



مجلة معالم قانونية
مجلة وثيقة علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والفقهية



جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية - فاس
القانون و الفلسفة و المجتمع
مختبر البحث
إقلاع

مجلة معالم قانونية

REVUE JALONS JURIDIQUES

مجلة محكمة تعنى بالدراسات القانونية
تصدر عن مختبر القانون والفلسفة والمجتمع
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

دورية

ماي / غشت
2022

العدد الرابع

ISSN: 2737-8365

ملف صحافة
04/ 2019

الإيداع القانوني
2020PE0002

المدير المؤسس

محمد الطودار

منتدب قضائي بالمحكمة

الابتدائية بوادي الذهب

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



مجلة معالم قانونية

مجلة علمية محكمة

تصدر دوريا

عن مختبر إقلاع القانون والفلسفة والمجتمع

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

لمراسلة المجلة، يرجى الإرسال على

البريد الإلكتروني التالي:

Abdelaziz.squalli@usmba.ac.ma

mohamedettouard@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 الرابع

تصدر كل أربعة أشهر

طبع ونشر

دار الآفاق المغربية للنشر

هيئة تحرير

| | |
|-------------------------|-------------------------|
| إدريس جويدي | محمد نواف ثلاج الفواعره |
| عز العرب لحكيم بناني | سيد أحمد محمود أحمد |
| يوسف تيبس | عبد الفضيل محمد بكر |
| عبد الله مرغيش | عصام بن حسن |
| فاطمة لحروف | عمرو لمزرع |
| سعاد تيالي | سعيد البكوري |
| هانيا محمد علي فقيه | ليلى مداني |
| محمد سرکوح | حاتم أمزيل |
| المراجعة اللغوية | |
| اللغة العربية | محمد الكوجيلي |
| اللغة الفرنسية | مصطفى جهيم |
| اللغة الإنجليزية | كبير صاندي |

الهيئة الاستشارية

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

كتابة المجلة

| حسن رحية | كوثر بلبول | نرجس بكوري |
|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------|
| نجيب الأعرج | كريم منقي | محمد بنلمقدم |
| الهيئة العلمية (القانون الخاص) | | |
| سهيل الأحمد | صالح بن حمد بن محمد البراشدي | العروسي الشمالي |
| أيمن خالد عبد الكريم مساعده | عبد الله عبد الأمير طه العماري | محمد حسين عبد العال |
| خالد عشتان الضفيري | فياض ملفي القضاة | نعمان رقيق |
| جورج حزبون حزبون | خالد جمال أحمد حسن | مخلص إبراهيم المبارك |
| علي المهداوي | محمد مومن | حافظ بوعزيز |
| أحمد خرطة | سليمان عبد الجليل | محمد سعد خليفة |
| عبد الرزاق أيوب | منير عياري | مراد محمود المواجدة |
| مهدي منير | صالح أحمد اللهيبي | عبد الرحيم بن بوعيدة |
| أحمد حموي | أبو بكر مهم | عبد الفضيل محمد بكر |
| محمد محروك | سامي عبد الله الدريعي | كنزة حرشي |
| عقل أحمد شوقي | محمود عادل محمود جاسم | العربي البوبكري |
| نادية حموتي | مؤيد القضاة | أبو الوفا محمد |
| أنور محمد صدقي مساعده | حازم نعيم الصمادي | علاء الدين خصاونه |
| زهير نعيم | أيمن مصطفى البقلي | حيدر عبد الرزاق حميد |
| علي منينو | محمد طه عباس الصديق | آلاء يعقوب يوسف |
| محمد خير العدوان | يونس نفيد | مظفر جابر إبراهيم الراوي |
| نور الدين الفقيهي | محمد بن طالب | بوشري النية |
| ناصر محمود الشرمان | هشام البخفاوي | جقبوي حمزة |
| جهاد محمد محمد الجراح | طايل الشياب | حنان سعدي |
| نبيل العبيدي | المصطفى قريشي | محمد المجني |
| علي حسين كعود | محمد محمد سادات | حافظ جعفر إبراهيم |
| فاطمة الشريعان | إيناس القدسي | سماح قوبعة |
| سلمى عبيد الشعري | علي عبد الحميد تركي | سليمان المقداد |
| توفيق عارف توفيق المجالي | أنور أحمد راشد الفزيع | ندی زهير سعيد الفيل |
| محمود إبراهيم فياض | مصطفى ميمون | عواطف زرارة |
| عدي جابر هادي | مراد بن صغير | محمد عدنان بن ضيف |
| ديدي ليلي | إيمان بن صالح | عبد القادر مستور |

| | | |
|-------------------|-----------------|----------------------|
| محمد إكيح | كوثر النفيسي | زينب الفاسي الفهري |
| لمياء سهران | علوي بوشتي | شهيد اسليماني |
| ازهيرى محمد | سهيلة بوزلافة | هشام الزربوح |
| ياسين كعبوش | سميرة زريقي | الزبير راجح |
| عبد الصمد حوالمف | سمية كنون | اسواني هشام |
| حسن لعلج | هاشم أحمد محمود | وليد قضموم |
| محمد سعيد إسماعيل | هشام المراكشي | عبد الله محمد احجيله |
| | محمد بومديان | |

الهيئة العلمية (القانون العام والاقتصاد)

| | | |
|----------------------------|-----------------------------|------------------------|
| بن صغير عبد العظيم | عمر المخزومي | عطاء الله أحمد فشار |
| عدنان عاجل عبيد | آمال عبد الله أبو عنزه | عبد النبي اضريف |
| عمار بوضياف | أحمد خلف حسين الدخيل | جمال عثمان جبريل |
| قبس حسن عواد | وفاء مكودي | بدر حماده صالح الجبوري |
| عبد الرزاق هيري | أمينة اسرير عبد الله | إدريس لكريني |
| إبراهيم مفلح كامل الشوايكة | خالد لفته شاكر الزبيدي | هشام جميل كمال |
| صلاح سعود محمد الرقاد | عبد الرحيم المصلوحي | مجدي شعيب |
| مروان محمد محروس المدرس | أحسن رابحي | عمر صالح علي العكور |
| أحمد محمد لطفي | عمار شقواري | عبد الكريم حيضرة |
| ياسر يوسف حدمان الخلايلة | أحمد عارف ربيع الضلاعين | عبد العزيز خنفوسي |
| هشام برجواي | نعيمة فرج عبد اللطيف الحداد | أماني محمد |
| سفيان فوكة | محمد لكريني | سباش ليندة |
| بن عياش سمير | عوض الليمون | عبد المولى المسعيد |
| ظافر مدحي فيصل الدوري | سمير حمياز | أمينة الفطناسي |
| سعد عطية حمد الموسى | هشام الحسكة | عدنان زروقي |
| ياسمين وعلي | بورياح سلمة | محمد الأمين النفاع |
| أمين السعيد | عماد مؤيد جاسم | سلمى بورياح |

الهيئة العلمية (الفلسفة)

| | | |
|-------------------|------------------|--------------|
| جون كريستوف ميرله | محمد إدريس منادي | مصطفى العارف |
|-------------------|------------------|--------------|

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 الأصيلة 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:

Abdelaziz.squalli@usmba.ac.ma

mohamedtoudar@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 مجتزءاً 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 المجلات 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 مجتزءا حيثما تكرر مثل: محمد الكشبور، 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 مجتزءا 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.

ثانيا: 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.

مقدمة

ليث المراد يصل، فنتتشي لذة القارئ والعارفين بحقوق الآخرين الذين يعيشون ويلات من التقصي وراء الحق الذي كثر من حوله الجور، والفساد الذي كأنما أصبح هو الأصل والمنشأ، ولا يقول بهذا إلا من تدمر وخاب ولم يرتق في الأسباب ليصل إلى عطف الله، وبأن هناك من كرسوا حياتهم للدفاع عن الحقوق، وفئة أخرى كل منهم خليفة الله في أرضه، وكثيرون ممن معيون بيت يسمه أمل وزرع الحياة، ويكفي أن تستهدي المتقاضي لإجراء قضائي، أو تدله على موعد جلسته، فهذا دور من أحاطوا بالقانون، وتخطوا بنصوصه ليكون هناك نسيج مثمر، في أفق جل التحديات التي تجابه القانون وأصحابه مهما كانت ولو كانت عبارة عن أزمات وكوارث لكنها مهما طاللت عابرة سبيل، ولن يرضخ القانون في التصدي لها، لأن وراءها رجالا وكوكبة انغمست في ثنايا القانون فأحسنّت تنفيذ وتطبيقه وتفعيله وتوطيد أسسه، وتلقينه وغرزه في النفوس، ولن تتراجع مجلة معالم قانونية مهما كانت الظروف التي قد تنتهيها في إصدارها في وقتها إلا عزمًا وتشبثًا وصبرًا، لأن هناك رسالة في بداية الطريق لتحقيقها، تتشابك وتتقاطع مع كل الطموحات التي عليها أن تساهم فيها، فهلا للقانون أن يهل بنا صديقا، عاكفة على تقديم ما ينفع الناس.

ابتدأ العدد الرابع بالاعتباس، ولسان الحال يردد ما ذكره مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام: «نحن لا نأبى الاعتباس فالحكمة ضالة المؤمن»، وهو اعتباس محمود مرغوب فيه للتعريف بفضائل فقهاء برعوا في مجال نحبه جميعا، وربما يبادلنا نفس الشعور من حيث لا ندري إنه القانون، وإذا علمنا أن معرفة الكتب نصف العلم ومعرفة الرجال يزيد في العلم، وقد ذكر الإمام الشاطبي: «إن العلم كان في صدور الرجال، ثم انتقل إلى الكتب وصارت مفاتيحه بأيدي الرجال»، فإن مجلة معالم قانونية أبت إلا أن تفرّد محورا خاصا معنونا بقبس من شخصيات قانونية بصمت مكانتها في علوم القانون، فكانت الشخصية التي وقع عليها الاختيار ترجع للدكتور أحمد فتحي بهنسي باعتباره موسوعة الفقه الجنائي الإسلامي، وأحد أعلام القانون الجنائي المقارن، ويكفي أنه كرس حياته، قاصدا وجه الله تعالى، ومنفعة العباد،

لخوض غمار الفقه الإسلامي، والغوص في أعماق الشق الجنائي منه، لإعداد أرضية القانون الجنائي الإسلامي بقسميه النظري والعملي. بقلم الدكتور: البشير عدي، أستاذ الشريعة والقانون الجنائي، بكلية الحقوق جامعة ابن زهر المغرب. تم تلا هذا العدد بسلسلة ندوات وملتقيات، حيث نظمت مجلة معالم قانونية المغرب، ومختبر الفلسفة والقانون والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، المغرب، وكلية القانون والعلوم السياسية بديالى، العراق، وبشراكة مع اتحاد الجامعات الدولي باسطنبول، والاتحاد الأمريكي الدولي للتعليم، وكلية الحقوق بصفاقس، والمجموعة الأمريكية للاستشارات والمؤتمرات والتدريب الملتقى الدولي الافتراضي الأول الموسوم ب: «التكوين الأكاديمي والتبادل المعرفي» من 14 إلى 20 دجنبر 2020، وكان الافتتاح بمقاليتين يعبران عن أزمتين الأولى معاشة منذ أن شهدت التشريعات العربية فرض الاستعمار والثانية تعايشت معها الأمة العربية ككل، ف: «أزمة الانتماء إلى عائلة قانونية في ظل الواقع الاجتماعي العربي» بقلم الدكتور: خليفة ابراهيم عودة، عميد كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، والدكتور: محمود عادل محمود أستاذ لنفس الكلية، برهنا على أن موقف التشريعات العربية طغى عليها بشكل كبير الطابع اللاتيني التي هي في الأساس تقع ضمن العائلة الرومانية الجرمانية دون اللجوء إلى العائلة الأنجلوسكسونية، فما حقيقة الانتماء إلى العائلة القانونية اللاتينية التي تعتبر - واقعياً - المرجع التاريخي لمعظم التشريعات العربية، وهل يتلاءم ذلك (الانتماء) مع الواقع العربي المعاصر؟ ولعل الحل الأمثل للإشكالية المطروحة حسب المقالة، هو الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية، التي حاشى أن يشوبها النقص، لأنها شريعة ربانية، وصالحة لكل زمان ومكان. والأزمة الثانية هي: «أزمة البحث الببليوغرافي للأطروحة زمن كورونا» بقلم الدكتور: خليل الفندري، عميد كلية الحقوق بصفاقس، تونس، فمما لا شك فيه أن الأطروحة الجامعية تعتبر أهم المصنّفات العلمية التي يمكن أن ينجزها الباحث، وتعد الانطلاقة الفعلية العلمية التي يبدأ بها المسار البحثي العلمي، الذي يحتاج فيه للاستعانة بالبحث الببليوغرافي باعتباره من أوكد العمليات التي يقوم عليها، ولئن كان أساس جدوى الاطلاعات الببليوغرافية في إطار أطروحة الدكتوراه استمرارية البحث الببليوغرافي وتواتره وعدم انقطاعه، فإن الأزمة الوبائية كوفيد-19 تسببت في تعطيل البحث العلمي. ورغم كل التحديات التي تجابه الأطروحات فإن الاسترشاد بالأراء التي قال بها الدكتور: محمد محفوظ، أستاذ التعليم العالي في القانون الخاص وعلوم الإجرام ب«كلية الحقوق بصفاقس» تونس، مفيد في هذا المضمار من خلال: «آراء في منهجية مقدمات الأطروحات في القانون»، فأول ما يتصادف معه القارئ أثناء قراءة عمل جامعي من حجم

الدكتوراه هو ذلك الحيز الذي يقدم للموضوع، نظرا لأهمية ما يتضمّنه العمل، والفكرة التي يعطيها عن داخله، وأكثر ما يتطلب من الحنكة في جعل القارئ يواصل قراءة ما ذكر، أو أن يكفّ عنها، ولتقديم الموضوع لابد من التوقف عند الجمل التي يقع افتتاح الموضوع بها وبيان مضمون ما يقع التقديم له، وكذا التقديم لدراسة الموضوع الذي يقتضي عرض العناصر التي يقع اعتمادها في طريقه غاية في إيصال القارئ إلى ما يمكن الاصطلاح عليه بعقدة الموضوع أو البحث. والمقالة الرابعة أتت لتحديثنا عن: «التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في القانون الدولي الخاص» للدكتور: عدنان يونس مخيبر أستاذ بكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، باعتبار أهمية التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في حالة مساس ذلك الحكم بالنظام العام للدولة، متطرقا للتأصيل القانوني للتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي والاتجاهات الحديثة في تنفيذ الأحكام الأجنبية. معتمدا على المقارنة بين النصوص القانونية المقارنة وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928. أما خامس المقالات فقد أضاف اللثام عن: «آثار الكورونا على إجراءات التقاضي» للدكتور: سيد أحمد محمود أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتجارية والتحكيم بكلية القانون جامعة الشارقة. الامارات العربية المتحدة. إذ أن تعطيل مرفق القضاء من سابع المستحيلات الذي عليه أن يواكب ديمومة تقديم الخدمة القضائية مهما كانت الأزمات والكوارث، لذا كان من الطبيعي جدا إحلال التقاضي عن بعد بديلا لإجراءات التقاضي التقليدية طالما كانت النصوص التشريعية -أثناء أزمة كورونا- تنص على ذلك أو تسمح بذلك من خلال إدخال التعديلات التشريعية الفورية لمواجهة أثر الكورونا. وأخيرا وليس آخرا أتممت هذه السلسلة ب: «المنهج العلمي وأساليب كتابة البحوث والرسائل العلمية»، بقلم الدكتورة: إشراق الإدريسي، أستاذة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالجديدة، المغرب. فالباحث الأكاديمي يعتمد على مناهج البحث العلمي التي تتميز بالدقة والعقلانية والتنظيم المنطقي، الذي يقوم على الاستخدام الممنهج لأساليب وإجراءات محددة للحصول على معلومات أو لكشف علاقات بين متغيرات في المجتمع وتتجلى أهمية منهجية البحث في كتابة بحث علمي على نحو كامل وشامل خاصة في الميدان القانوني شأنه في ذلك شأن العلوم النظرية والتطبيقية جميعا.

وقد استشرق هذا العدد أيضا بدراسات وأبحاث تلامس ما هو قانوني وفلسفي، ففي دراسة لأستاذ التعليم العالي في الفلسفة الدكتور: جون كريستوف ميرله بجامعة فيشطا بألمانيا معنونة باللغة الفرنسية كالتالي:

«Présumés et problématiques directeurs de la philosophie de la propriété»

تناول فلسفة الملكية من مصدر ديني (سفر التكوين)، أو تعريف الملكية وطرائقها والمفاهيم ذات الصلة بموضوع القانون الروماني وتدوينه، ذلك منطلق دراسة ماتعة لمقارعة الافتراضات في فلسفة الملكية، وفي المقالة الثانية تعرضت الدكتورة: سهيلة بوزلاقة، أستاذة التعليم العالي مساعدة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب، لموضوع: «الوساطة الجنائية وسيلة لفض المنازعات الجنائية» كآلية جديدة لحل الخصومات الجنائية خارج الإطار التقليدي للمحاكمة، وأحد الحلول البديلة في الدعوى العمومية لحل الخصومات الجنائية، فمن المعلوم أن فكرة الوساطة الجنائية بدأت في الظهور عام 1974 في كندا، وقد سارعت أغلبية التشريعات الأوربية إلى إقرار هذه الآلية في أنظمتها الجنائية وذلك على غرار الأنظمة الانجلوسكسونية، أما بالنسبة للتجربة العربية فلا زالت الوساطة الجنائية في بداياتها، وهو ما دفعها لتحديد ماهيتها، وتحديد نطاقها. وأثار الكورونا لم يسلم منها حتى التحكيم التجاري وهو موضوع المقالة الثالثة: «معوقات التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا» بقلم الدكتورة: رغد عبد الأمير مظلوم، أستاذة بكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق. فالوسيلة التي يتم من خلالها تراضي أو اتفاق الطرفين المتنازعين بفض أو تسوية ما حدث أو سيحدث بينهما من نزاعات ذات طابع تجاري هي المتمثلة في التحكيم التجاري، وأمام تحدي جائحة كورونا، أصبح من غير اليسير التفاوضي عن الإجراءات القضائية المتبعة فيه والتي تكون بطريقة إلكترونية عبر استخدام وسائل حديثة لإتمامه وهو ما يعرف ب: (التحكيم السبراني)، وهو تحدي في حد ذاته لآلية التحكيم التجاري. وتأثير الكورونا لا ينفك ينحصر على مجال معين، ولا أدل على ذلك من إطلاق العنان للعمل عن بعد، وهو عنوان المقالة الرابعة تحت عنوان: «العمل عن بعد والحاجة إلى نظام قانوني خاص بالمغرب» بقلم الباحث: ياسين قربي، محامي متمرن بهيئة الرباط، وباحث في سلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس أكادال، المغرب. ففي الوقت الذي أصبحت فيه تكنولوجيا الإعلام والاتصال فرصا لإحداث مناصب الشغل والتطورات المشهودة، باتت الأنماط التقليدية للعمل غير متفقة مع متطلبات الاقتصاد العالمي، مما أدى إلى خلق نمط حديث من الشغل اصطلح عليه ب: «العمل عن بعد». والتي تبلورت بشكل كبير في ظل أزمة جائحة فيروس كورونا المستجد، وفرض قيودها على الحركة الاقتصادية والتجارية داخل وخارج حدود الدولة، مما دفع العديد من المقاولات نحو نهج نمط التشغيل المتمثل في العمل عن بعد، كبديل لاستمرار نشاطها والتقليل من انتقال العدوى. والمقالة الخامسة باللغة الفرنسية الموسومة ب:

Le secret professionnel dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise :
cas de la prévention externe

للباحث: عمر بوسالم دكتور في قانون الأعمال. حيث يعتبر إرساء الالتزام بالسري المهني بدعة جديدة في المغرب أدخلها القانون 73-17 المتعلق بمساطر صعوبات المقاول، لضمان إجراءات أكثر كفاءة لصعوبات المقاول، إذ لم يتردد المشرع لعام 2018 في تطبيق تشريعات جنائية بشأن السري المهني، والغرض الأساسي من هذه الآلية هو حماية وثائق الإجراءات والمعلومات الحساسة للمقاول من خلال الالتزام بعدم الإفصاح. والمقالة الأخيرة باللغة الفرنسية كذلك والمعونة بـ:

La Confidentialité dans la Procédure d'Arbitrage Commercial au Maroc

للباحثة: حبيبة بنصغير، بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب. فالتحكيم شكّل حدثاً بارزاً، يحكم العديد من المجالات مثل مدونة الشغل ومدونة الأسرة وقانون البنوك والتأمين، وهلم جرا، خاصة القانون التجاري حيث يتم تنفيذ التحكيم بشكل فعال، هذا التطور جعل من الضروري نهج أسلوب مرن يتكيف مع احتياجات التجارة الدولية لمختلف النزاعات التي من الممكن أن تثار بهذا الصدد، للتاجر بشكل عام والمستثمر على وجه الخصوص، اللذان يطالبان بالأمن والربحية والتحويل الحر للأرباح ورؤوس الأموال، بما يلبي احتياجات الدولة من التنمية الاقتصادية، وهذا يبرهن على أهمية خصوصية مسطرة التحكيم التجاري بالمغرب.

ولا يمكن لأي عدد من أعداد المجلة أن يصدر دون الاهتمام بمحور الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن محاكم المملكة المغربية، لكونها ديدن اقتضاء الحقوق، ومشرب يرتوي منه عاشقوا القانون من باحثين ومهتمين ومتخصصين، وقد ظل علينا العدد الرابع بقرارات قضائية صادرة عن محكمة النقض وعددها ثلاثة، ففي قرار صادر عنها يحمل عدد 189/2 المؤرخ في 30 يونيو 2020، ملف مدني عدد 226/1/2/2018 اعتبر بأن: عدم تمكن المفوت له من تسجيل رسم المعاوضة لا يجيز للمطلوبة والحال أنها لا تنازع في هذه المعاوضة التي استفادت منها أن تحول دون تمكين من تعاوض معها بالعقار موضوع النزاع من تقييد المعاوضة بالرسم العقاري، فيما ذهب قرار صادر عن ذات المحكمة عدد 174/1 المؤرخ في 13 فبراير 2008 ملف جنحي عدد 2443/2005 إلى إقرار قاعدة تبيح إتاحة المشرع المغربي للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض سلوك مسطرة الطعن بالنقض لفائدة القانون باتباع المسطرة المنصوص عليها في المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية كلما كان هناك خرق جوهري للإجراءات الجوهرية للمسطرة، أما القرار الثالث الصادر عن محكمة القانون التي تسهر على وحدة الاجتهاد القضائي يحمل عدد 936/1 المؤرخ في 06/07/2005 ملف جنائي عدد 3255/2005 إذ أن: الأثر الذي نص عليه نص الفقرة الأولى من الفصل الثاني من ظهير 6 فبراير 1958 بخصوص العفو الخاص هو إيقاف

سير الدعوى العمومية في جميع مراحل المسطرة، ولو أمام المجلس الأعلى، وليس سقوط الدعوى العمومية. والمحاكم في درجتها الثانية لطالما أبدعت في إصدار قرارات تقر من خلالها باجتهادات قضائية تتم عن حنكة طويلة، وهو ما سيتجلى من خلال القرارات الثلاثة التالية: الأول صادر عن محكمة الاستئناف بتازة عدد 478 المؤرخ في 2018/10/08 ملف جنحي تلبسي عدد 2018/443 فالمعتبر قانونا هو أنه يجب إحالة المتهم في حالة اعتقال على المحكمة في ظرف ثلاثة أيام مع احتساب أيام العطل الرسمية، قاعدة لا يجب النزول عنها للحفاظ على حقوق المتهم، والقرار الثاني صادر عن محكمة الاستئناف بالعيون عدد 6 المؤرخ في 2020/06/24 ملف عقاري 2019/1404/20 حيث يبقى مجردا من أي إثبات دفع المستأنف عليها بكونها منحت المستأنف ثمن المبيع تنفيذا للالتزامات الوكيل طالما أنها الملزمة بإثبات تقديمها للحسابات المترتبة عن أداء مهمتها، فعبء إثباتها تقديمها المبلغ المذكور للمستأنف يقع على عاتقها، أما القرار الثالث فهو صادر عن محكمة الاستئناف بأسفي عدد 137 المؤرخ في 2019/04/18 ملف عقاري 2018/1403/335 أقر بما لا يدع مجالا للريبة بأن: الطعن كما الدعوى لا يصح إلا من ذي أهلية، و أن كون الحكم صادر باسم الهالكين لا يعفي الجهة المستأنفة من إقامة الطعن باسم الورثة متى ثبتت الوفاة، خاصة وأنه لم يثبت من وثائق الملف أن الوفاة كانت معلومة لدى المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه. وعلى مستوى محاكم الدرجة الأولى، فإن العدد الرابع وكما عود دائما ملتهمي صحفه قراءة طبعاً، وما أجمله من التهام، فإن هناك أمرين صادرين عن رئيسي محكمتين مختلفتين نوعياً ومحلياً، الأول صادر عن رئيس المحكمة التجارية بأكادير بموجب أمر رقم 441 المؤرخ في 2020/11/11 ملف استعجالي 2020/8101/348 حيث: يؤكد الصلح وجود نزاع بين الطرفين إلا أنهما اختارا إنهاء بطريقتهم رضائية واتفاقية وفي إطار ما تخوله لهما مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل، لذلك لا وجود لما يفيد الفسخ الرضائي لعقد الشغل، والثاني صادر عن رئيس المحكمة التجارية بوجدة بأمر يحمل رقم 207 المؤرخ في 2019/08/15 ملف استعجالي 2019/8101/135 اعتبر من خلاله أن مبادرة المدعية إلى تقديم دعوى في مواجهة مشغلته لأجل أداء التعويضات المستحقة لها قانوناً عن الفصل من العمل حسب الثابت من الحكم، يقتضي تمديد فترة وقف التنفيذ إلى حين تسلمها المبالغ المحكوم بها لفائدتها وذلك ابتداء من تاريخ توقفها عن أداء قسط القرض على ألا تتجاوز هذه الفترة سنتين، ويتعين حسب حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 1144 بتاريخ 03 يونيو 2021 في ملف مدني عدد 2020/1201/1637 التصريح ببطلان الجمعية المؤسسة على غاية غير محققة قانوناً طبقاً للفصل 3 من القانون المنظم للحق في تأسيس الجمعيات، وعلى أساس باطل لعدم وجود أي رابط بينها وبين المسجد الذي بناه المدعي،

ولغاية غير صحيحة لمخالفتها للمقتضيات القانونية المنظمة لتدبير الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي لاسيما مدونة الأوقاف. وما دامت - الوكالة موضوع النزاع - وفق حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 109 بتاريخ 07 أبريل 2016 في ملف عقاري عدد 2016/1402/17 قد تم تحريرها من طرف العدلين وخاطب عليها قاضي التوثيق، اللذين ذكرا في عقد الوكالة أن المدعي قد حضر عندهما ساعة إبرام التصرف وأدلى ببطاقة تعريفه الوطنية، وأشهد على نفسه أنه وكل الطرف المدعى عليه (أم) ليقوم نيابة عنه ببيع العقارين السالفي الذكر، ولا دليل في الملف يفيد أنه فعلا كان في الخارج ساعة إبرام عقد الوكالة، والبين من خلال وثائق الملف أن المدعي لم يثبت الوقائع التي بنى عليها طعنه في عقد الوكالة، وأن الأصل في التصرفات هو الصحة إلا أن يثبت العكس من طرف من يتمسك بخلاف الأصل.

وإن عين المجلة لبصيرة على مختلف الدوريات والمذكرات التي تصدرها مؤسسات ومرافق الدولة، والتي قاربت في هذا العدد من تسع دوريات ومذكرات تطرقت لمجموعة من المواضيع القانونية في مشارب شتى، وأولى تلك الدوريات هي الدورية المشتركة لوزيرة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة ووزير الداخلية ووزير الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات، المؤرخة في: 29 أبريل 2022، حول: شهادة عدم الصبغة الفلاحية، ودوريتين لوزير العدل، الأولى تحمل عدد: 10 س 4 ح، المؤرخة في: 22 فبراير 2022 حول: تنفيذ الانابات الزجرية، والثانية تحمل عدد: 12 س 4 ح، المؤرخة في: 07 مارس 2022 حول: الإعانات الخاصة الممنوحة لفائدة موظفي وزارة العدل، ومذكرة لرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، عدد: 22/23، مؤرخ في: 5 ماي 2022 حول: تفعيل منصة المحامي للتبادل الإلكتروني مع المحاكم، ومذكرة لرئيس النيابة العامة، عدد: 12 / ر ن ع / س / 2022، مؤرخ في: 23 مارس 2022 حول: القانون رقم 40.13 المتعلق بمدونة الطيران المدني، ودورية المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، عدد: 6316/400، المؤرخة في: 27 أبريل 2022 حول: مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب التصريح بالعملات النقدية وغيرها من وسائل الأداء والأوراق التجارية والأدوات المالية القابلة للتداول لحاملها، ودورية المحافظ العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، عدد: 427، مؤرخة في: 11 ماي 2022 رقم: 5530، بشأن: إعفاء طلبات إيداع أو تقييد السندات المتعلقة بإجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة المنجزة لفائدة الجماعات الترابية (الملك العام الجماعي) من وجيبات المحافظة العقارية، ومذكرة المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، عدد: 5471 مؤرخة في: 10 ماي 2022 بشأن: المذكرة المشتركة رقم 5316 بتاريخ 5 ماي 2022، وأخرى مشتركة

لمدير المحافظة العقارية ومدير المسح العقاري، عدد: 5316 مؤرخة في: 5 ماي 2022،
يشأن: طلبات التقييد المتعلقة بمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات
وإيداع أنظمة الملكية المشتركة المتعلقة بالعقارات المبنية.

محمد الطودار

دكتور في القانون

مدير تحرير مجلة معالم قانونية

منتدب قضائي بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب

فهرس العدد

11مقدمة

قبس من شخصيات قانونية

25الدكتور أحمد فتحي بهنسي، موسوعة الفقه الجنائي الإسلامي المعاصر.....
البشير عدي

سلسلة ندوات وملتقيات

نظمت مجلة معالم قانونية المغرب، ومختبر الفلسفة والقانون والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، المغرب، وكلية القانون والعلوم السياسية بديالى، العراق، وبشراكة مع اتحاد الجامعات الدولي باسطنبول، والاتحاد الأمريكي الدولي للتعليم، وكلية الحقوق بصفاقس، والمجموعة الأمريكية للاستشارات والمؤتمرات والتدريب الملتقى الدولي الافتراضي الأول الموسوم ب: «التكوين الأكاديمي والتبادل المعرفي» من 14 إلى 20 دجنبر 2020.

1 - أزمة الانتماء إلى عائلة قانونية في ظل الواقع الاجتماعي العربي 35
خليفة إبراهيم عودة ومحمود عادل محمود

2 - أزمة البحث البليوغرافي للأطروحة زمن كورونا 47
خليل الفندري

3 - آراء في منهجية مقدمات الأطروحات في القانون 63
محمد محفوظ

4 - التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في القانون الدولي الخاص 75
عدنان يونس مخيبر

5 - آثار الكورونا على إجراءات التقاضي 93
سيد أحمد محمود

- 6 - المنهج العلمي وأساليب كتابة البحوث والرسائل العلمية.....101
إشراق الإدريسي
- 7 - البيان الختامي عن أشغال الملتقى.....121
محمد الطودار

دراسات وأبحاث

- 1 - Pré-supposés et problématiques directeurs de la philosophie
de la propriété 125
Jean-Christophe Merle
- 2 - الوساطة الجنائية وسيلة لفض المنازعات الجنائية 133
سهيلة بوزلافة
- 3 - معوقات التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا
رغد عبد الأمير مظلوم 145
- 4 - العمل عن بعد والحاجة إلى نظام قانوني خاص بالمغرب 161
ياسين قربي
- 5 - Le secret professionnel dans le cadre des procédure des difficultés
d'entreprise (cas de la prévention externe) 177
Omar Bousalem
- 6 - La Confidentialité dans la Procédure d'Arbitrage Commercial au Maroc 191
BENSGHIR Habiba

محور أحكام وقرارات قضائية

- قرار محكمة النقض عدد 2/189 المؤرخ في 30 يونيو 2020،
ملف مدني عدد 2018/2/1/226 203
- قرار محكمة النقض عدد 1/174 المؤرخ في 13 فبراير 2008
ملف جنحي عدد 2005/2443 208
- قرار محكمة النقض عدد 1/936 المؤرخ في 2005/07/06
ملف جنائي عدد 3255/2005 212

- قرار محكمة الاستئناف بتأزفة عدد 478 المؤرخ في 2018/10/08
 216 ملف جنحي تلبسي عدد 2018/443
 قرار محكمة الاستئناف بالعيون عدد 6 المؤرخ في 2020/06/24
 222 ملف عقاري 2019/1404/20
 قرار محكمة الاستئناف بأسفي عدد 137 المؤرخ في 2019/04/18
 234 ملف عقاري 2018/1403/335
 أمر رئيس المحكمة التجارية بأكادير رقم 441 المؤرخ في 2020/11/11
 238 ملف استعجالي 2020/8101/348
 أمر رئيس المحكمة التجارية بوجدة رقم 207 المؤرخ في 2019/08/15
 242 ملف استعجالي 2019/8101/135
 حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 1144 بتاريخ 03 يونيو 2021
 246 في ملف مدني عدد 2020/1201/1637
 حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 109 بتاريخ 07 أبريل 2016
 252 في ملف عقاري عدد 2016/1402/17

عين على الدوريات والمذكرات

- دورية مشتركة لوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة
 ووزير الداخلية ووزير الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه
 والغابات، المؤرخة في 29 أبريل 2022، حول شهادة عدم الصبغة الفلاحية 263
 دورية وزير العدل عدد 10 س 4 ح المؤرخة في 22 فبراير 2022 حول تنفيذ
 267 الانابات الزجرية
 دورية وزير العدل عدد 12 س 4 ح المؤرخة في 07 مارس 2022 حول الإعانات
 269 الخاصة الممنوحة لفائدة موظفي وزارة العدل
 مذكرة الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية عدد 22/23
 271 مؤرخ في 5 ماي 2022 حول تفعيل منصة المحامي للتبادل الإلكتروني مع المحاكم
 مذكرة رئيس النيابة العامة عدد 12 / ر ن ع / س / 2022 مؤرخ في 23 مارس 2022
 272 حول القانون رقم 40.13 المتعلق بمدونة الطيران المدني

- دورية المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة عدد: 6316/400
المؤرخة في 27 أبريل 2022 حول: مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب
التصريح بالعملات النقدية وغيرها من وسائل الأداء والأوراق التجارية والأدوات
المالية القابلة للتداول لحاملها 281
- مذكرة مشتركة لمدير المحافظة العقارية ومدير المسح العقاري عدد: 5316
مؤرخة في: 5 ماي 2022، بشأن طلبات التقييد المتعلقة بمطابقة التصاميم
العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات وإيداع أنظمة الملكية المشتركة المتعلقة
بالعقارات المبنية 283
- مذكرة المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري
والخرائطية عدد: 5471 مؤرخة في: 10 ماي 2022 بشأن: المذكرة المشتركة
رقم 5316 بتاريخ 5 ماي 2022 285
- دورية المحافظ العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري
والخرائطية عدد 427، مؤرخة في: 11 ماي 2022 رقم: 5530، بشأن إعفاء طلبات
إيداع أو تقييد السندات المتعلقة بإجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة
العامة المنجزة لفائدة الجماعات الترابية (الملك العام الجماعي)
من وجبات المحافظة العقارية 286

نافذة على الجامعة

- رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في التخطيط الإستراتيجية،
تحت عنوان: «البعد الاستراتيجي لأسلوب الوساطة في تسوية النزاعات المدنية
في التشريع الاردني»، نوقشت بجامعة أم درمان الإسلامية ممثلة في معهد
البحوث والدراسات الاستراتيجية، جمهورية السودان
محمد الفروان 290

قبس من شخصيات قانونية

تنسيق

الدكتور: البشير عدي

والباحث: رضى بن يحي

الدكتور أحمد فتحي بهنسي موسوعة الفقه الجنائي الإسلامي المعاصر

بقلم : الدكتور البشير عدي
أستاذ الشريعة والقانون الجنائي
كلية الحقوق جامعة ابن زهر المغرب

الدكتور أحمد فتحي بهنسي، موسوعة الفقه الجنائي الإسلامي، وأحد أعلام القانون الجنائي المقارن، ومن منظري حركة تقنين الفقه الجنائي الإسلامي، وأبرز واضعي وموطئي أرضيتها.

هو رجل الأمن والفقيه القانوني، الذي آمن بأن: «هذه الشريعة الكاملة الشاملة، شريعة كفيلة بأن تصلح، بما ورد فيها من أحكام، المعوج من أمورنا في هذه الدنيا التي نعيش فيها الآن، وهي كفيلة - لو طبقت- أن تجعل موجة الإجرام التي نوغل فيها الآن تنحسر فيحل الأمن و الطمأنينة»⁽¹⁾؛ واعتقد مُطْمَئِنًا ومُطْمَئِنًا، بأن: «ساعة التقنين الجنائي الإسلامي آتية لا ريب فيها»⁽²⁾؛ فنذر نفسه وكرس حياته، قاصدا وجه الله تعالى، ومنفعة العباد، لخوض غمار الفقه الإسلامي، والغوص في أعماق الشق الجنائي منه، لإعداد أرضية «القانون الجنائي الإسلامي بقسميه النظري والعملي»⁽³⁾. ووضعا بين أيدي المعنيين والمهتمين، «حتى إذا ما حانت ساعة التقنين الجنائي الإسلامي، أمكن أن نضع قانونا جنائيا إسلاميا من واقع شريعتنا الغراء... بما يطابق مصالح الناس في هذا العصر الذي نعيش فيه»⁽⁴⁾؛ وجعل شعاره الذي دمج به صفحة الإهداء في مصنفاة: «إلى كل من يقتنع بفكرة، فيدعوا إليها، ويعمل على تحقيقها، لا يقصد بذلك إلا وجه الله ومنفعة الناس، في كل زمان ومكان».

1. أحمد فتحي بهنسي: نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي. دار الشروق، ط5/1988، ص 221.

2. نفسه، ص 221.

3. نفسه، ص 6.

4. نفسه، ص 5.

ولد هذا الرجل في مستهل العقد الرابع من القرن الماضي، ودرس بكلية الحقوق بالقاهرة، فحصل منها على شهادة الليسانس، وعلى دبلوم معهد العلوم الجنائية بها، ونال منها درجة الماجستير في القانون في موضوع: «العقوبة في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية متحررة»، المنشور سنة 1958.

كما حصل على دبلوم في الدراسات القانونية العربية، من معهد الدراسات العربية العليا التابع لجامعة الدول العربية. - معهد الدراسات والبحوث العربية حاليا -.

اشتغل بأسلاك الشرطة ضابطاً، و حاضر بالجامعة، ودرس بالمعهد العالي للدراسات الإسلامية بالقاهرة. وشارك في العديد من المؤتمرات واللقاءات العلمية، وأسهم في حركة تقنين الفقه الجنائي الإسلامي تنظيراً وممارسة.

تتلمذ على يد أقطاب الرعيل الأول والثاني، من أساتذة العلوم القانونية و الشرعية، في الجامعة المصرية، فجمع بين التكوين القانوني والشرعي، وكرس حياته العلمية للبحث في الفقه الجنائي ومقارنته بالفقه الغربي، وتقريبه من الباحثين القانونيين المعاصرين. متأثراً في ذلك بالعلامة الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الذي كثيراً ما يستشهد بأقواله ونداءاته المأثورة في هذا الباب، وغيره من الأساتذة المهتمين بالفقه المقارن وتقنين الفقه الإسلامي.

عرف بإخلاصه وأمانته ونباهته، وإقدامه وجَلده وتقانيه، حيث وصفه الدكتور محمد يوسف موسى سنة 1961 بـ: «الشاب النابه العالم، والطلعة المقدام»⁽⁵⁾. وقال عنه الدكتور محمد مصطفى قللي وهو بصدد التقديم لكتابه المسؤولية الجنائية: «والذي لا شك فيه، هو أن الكتاب يدل على جلد في البحث، وجهد موفق...، ولا يسعني إلا أن أحمده له هذا الإخلاص والجهد الأمين...»⁽⁶⁾.

كما عرف بحبه و شغفه بالفقه الجنائي الإسلامي، منذ سنواته الأولى بكلية الحقوق، وبإيمانه بتفرد هذا الفقه وسموه، وتجده وفعاليته وصلاحيته لكل زمان ومكان. وهو القائل في هذا المعنى: «نحمد الله تعالى على أن المسلمين في هذا العصر، تنبهوا إلى ما في الفقه الإسلامي من أفضال ومحاسن، ففيه القواعد المختلفة التي تغنيهم عن الرجوع لغيره من القوانين المستوردة، مما يلاءم مع عاداتهم وطباعهم.

5. أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي. دار الشروق، ط 1984/4. ص 11.

6. نفسه، ص 11

والمطلع على الشريعة الإسلامية وفقهها يجد فيما وضعه الفقهاء المسلمون، ما يسد الثغرة ويفي بالحاجة. فالفقه الإسلامي قابل للتطور يصلح لكل زمان و مكان، ولا عجب فهو من عند المشرع الأعظم»⁽⁷⁾.

وقد تفرغ لدراسة هذا الفقه وانكب على سبر أغواره، ولم شتات نصوصه المتناثرة في بطون المصنفات الفقهية والموزعة بين أبوابها، وعكف على ترتيبها وصياغتها على شاکلة الدراسات الجنائية الحديثة، ووضعها بين أيدي الباحثين والمعنيين والمهتمين بالفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي. فكان له - كما قال الدكتور محمد مصطفى القلي - فضل كبير في تقريب هذا الفقه: «إلى المشتغلين بالقانون وعرضها على النمط الذي تجري عليه الدراسة العصرية»⁽⁸⁾.

وكرس جهوده لكشف الغطاء عن خبايا هذا الفقه ومكوناته، وبيان ثرائه ومحاسنه وتقدمه، وعلو كعب رجالاته، وهو القائل بهذا الخصوص: «وكنّا في كل موضوع من الموضوعات التي نبحتها ونجدها تسموا على القوانين الوضعية، نزداد يقينا بقوة هذه الشريعة التي بحث فقهاؤها منذ أكثر من ألف سنة مختلف نظريات الجريمة والعقوبة التي لم يفتن إليها خبراء الاجتماع وعلماء القانون، إلا في هذا العصر الذي نعيش فيه»⁽⁹⁾.

وانبرى للدعوة للعناية به وببحثه وتطويره ومقارنته بالفقه الغربي، ودراسته على نهج هذا الأخير، باعتباره حقيقة واقعية، بكل استقلالية وبعيدا عن التقليد والاستلاب. قائلًا في هذا المعنى: «فلا يكفي أن نقول بصلاحيّة الشريعة الإسلامية لكل زمان و مكان، دون أن نؤكد ذلك بالبحوث المتطورة البعيدة عن التقليد، وبضرورة دراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة»⁽¹⁰⁾. وقال أيضا، «والهدف من هذه الدراسات والبحوث المقارنة، هو تطوير دراسة الفقه الإسلامي، على نهج دراسة الفقه الغربي، حتى نشق منه قانونا حديثا، يصلح للعصر الذي نعيش فيه»⁽¹¹⁾.

وظل ينادي بضرورة تقنين هذا الفقه وتطبيق أحكامه، وإعماله بدل القوانين الغربية العلمانية المفروضة والمستوردة. و هو القائل في هذا الصدد: «وفي الواقع أن المسلمين مقصرون في دينهم، فلديهم فقه عظيم متطور، مليء بالآراء القيمة والفروض العملية، التي تغنيهم عن استجداء قوانين من بلاد أخرى. وعلينا أن لا نقف موقفا سلبيا من

7. أحمد فتحي بهنسي: الحدود في الإسلام، مؤسسة المطبوعات الحديثة، ص 3.

8. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، م س، ص 10.

9. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات، م س، ص 6.

10. أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية متحررة، دار الرائد العربي. ط2/1983، ص 10.

11. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات، م س، ص 5.

تلك الآراء، بل يجب أن نقوم من الآن بتقنين جنائي إسلامي نستفيد فيه من ذلك الفقه العظيم، ولا يكفي أن نقول بأن الإسلام صالح لكل زمان ومكان، دون أن نؤكد ذلك بدراسته وبحثه وتطبيقه»⁽¹²⁾.

وكانت أمنيته أن يترجم الفقه الجنائي الإسلامي إلى لغات أجنبية، ليطلع عليها الأجنبي المتجرد الذي يبحث عن الحقيقة، ويشعر هو أيضا ويقتنع بقوة هذه الشريعة وسموها. وقد قال في هذا المضمار: «وإن أول ما نسعى إليه الآن ونعمل في سبيل تحقيقه بتوفيق الله، أن نقوم بترجمة هذه الكتب، إلى لغة أجنبية ليسهل على القارئ الأجنبي، أن يتتبع مقارنة الشريعة الإسلامية بقانونه الوضعي، فيلمس ما في الشريعة من نظريات ومذاهب تفوق أحدث ما وصل إليه الفقه الوضعي الآن»⁽¹³⁾.

شهد له أساتذته كالدكتور محمد يوسف موسى بطول باعه في الفقه الإسلامي، كما نطقت مصادر ومراجع مؤلفاته الكثيرة والمتنوعة، بسعة اطلاعه على أمهات مصنفات الفقه الإسلامي وبتطوّر مصادره بمختلف مذاهبه ومدارسه، وخبرته في سبر أغوار جزئياتها.

فقد رجع في دراسته للفقه الجنائي الإسلامي، للكثير من أمهات كتب أصول وفروع وقواعد الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وتياراته، من مطولات ومختصرات المتون والشروح والتعليقات والحواشي. وغيرها من مصنفات الأقضية والفتاوى والنوازل والسير والسياسة الشرعية، وكتب الخلاف العالي. فضلا عن مصنفات التفسير وفقه الحديث وعلم الكلام. علاوة على مؤلفات الفقهاء المحدثين وكذا المستشرقين الغربيين، في الفقه الإسلامي وأصوله وتاريخه ومقارناته. ولم يفته في هذا الباب سوى الوقوف على مصنفات علم الحديث ومصطلحه، مما كان له الأثر الواضح، على بعض الأحكام والنقاشات والترجيحات، المتعلقة بالمسائل الفقهية المستندة للنصوص الحديثية.

وقد استطاع، وفق منهج جوهري فريد، متحرر من أغلال شكليات المنهجية الغربية المغيبة للذات والخصوصيات، ومن قيود العقلية الفقهية المذهبية المتحجرة، أن يبرز مكانة الفقه الجنائي الإسلامي وأهميته، وما يحويه من أصول أبرز النظريات الحديثة في القانون الجنائي الغربي. وكذا المكانة المرموقة لفقهاء الإسلام، وسبقهم العلمي في العديد من دقائق قواعد ونظريات الفقه الجنائي، كما يشير إلى ذلك الباحثين المختصين، كالدكتور محمد مصطفى القلبي أستاذ القانون الجنائي بجامعة القاهرة سابقا رحمه الله، القائل وهو بصدد التقديم لكتاب المسؤولية الجنائية للمترجم: «والذي يلمسه المطالع هو أن

12. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، م س، ص 282.

13. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات، م س، ص 6.

مؤلف هذا الكتاب، قد كشف في كثير من الموضوعات عن أن هؤلاء الفقهاء قد سبقوا إلى معالجة كثير من المشكلات في بحث المسؤولية الجنائية وتناولها بالتحليل الدقيق وأدلوها فيها بأراء تدل على عمق التفكير وصدق النظر وسلامة التقدير»⁽¹⁴⁾.

كما أهلتة قدمه الراسخة في الفقه الإسلامي، للتنظير على مستوى تقنين الفقه الجنائي الإسلامي، فكانت له آراء واجتهادات واختيارات وتوجيهات، ومناقشات وانتقادات وتعقيبات، وملاحظات نوعية، في العديد من المسائل الفقهية النظرية، وكذا الجزئيات الفقهية الخلافية، في علاقتها بالأوضاع المعاصرة للمجتمع المسلم، وتقنين الفقه الجنائي وتطبيقه. ومن ذلك مثلا قوله بشأن تقنين التعزير: «ومن المتصور عند تقنين التعزير أن يكون في فرعين:

الفرع الأول: الحدود التي لم تتكامل أركانها ويقتضي الأمر عقاب مرتكبها؛

الفرع الثاني: هو كافة الجرائم من مخالفات وجنایات غير الحدود الشرعية.

ويجب أن نعلم أن المشرع عندما يقنن قانون العقوبات الإسلامي، فلا بد أن يقنن التعزير بطبيعة الحال، حتى لا يفهم القضاة أو غيرهم من الحكام أنهم يقومون بتعزير الجناة حسب تقديرهم»⁽¹⁵⁾.

ومن ذلك أيضا، قوله بشأن التلفيق بين المذاهب: « فإذا دققنا النظر في الأحكام المستنبطة وفروعها والخلاف فيها في كل جريمة من جرائم الحدود أو القصاص على ما ذكرنا، وجدنا آراء مختلفة، كل منها قصد من قال به وجه الله تعالى غير مغرض.

وعلينا أن لا نقف موقفا سلبيا من تلك الآراء، فقد وجدنا فيها من الدسامة ما ينير لنا السبيل، وعلينا أن نقوم من الآن بتقنين جنائي إسلامي، نستفيد فيه من تلك الخلافات المذهبية، فنختار ما يتمشى ومصلحة الناس في هذه الأيام، طالما تدور في فلك كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم»⁽¹⁶⁾.

ومن ذلك أيضا قوله، بشأن اجتهاداته واختياراته الفقهية: «أرى أنني انتهيت إلى رأي سليم في معاقبة المتهم في جرائم المخدرات بالتعزير بدلا من الحد. إذ إن جلدات نكال قد يرحب بها جالب أطنان من المخدرات بقصد ترويجها، بينما يجب أن يصل الأمر إلى

14. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، م س، ص 9.

15. أحمد فتحي بهنسي، التعزير في الإسلام، مؤسسة الخليج العربي، ط1/1988، ص 6.

16. أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة، ط1/1959، ص 217.

بتره من المجتمع، والتعزير كضلع بذلك، وكضلع أيضا بتدرج العقاب، بحسب حال الجنائي في نفسه»⁽¹⁷⁾.

شارك في العديد من اللقاءات العلمية كندوة التشريع الإسلامي بليبيا سنة 1972، بدراسة في موضوع: «الحدود في الشريعة الإسلامية، وتطبيقاتها في التشريعات الحديثة.. وأثرى، جزاه الله عن الإسلام و المسلمين خيرا، الساحة العلمية بالكثير من الأبحاث والدراسات والمؤلفات، في مجال الفقه الإسلامي عموما، والفقه الجنائي الإسلامي على وجه الخصوص. طرقت مؤلفاته وأبحاثه، مع ما يعتري بعض مباحثها من التكرار والحاجة للتمحيص، كافة أبواب الفقه الجنائي الإسلامي. بمختلف أصوله وقواعده، وفصوله وفروعه. وكيالاته وجزئياته.

فصنف في القانون الجنائي العام الإسلامي، كتبا تطرقت للجريمة، والمسؤولية الجنائية، والعقوبة، والقصاص والدية والتدابير الاحترازية.

وكتب في نظريات الفقه الجنائي الإسلامي، كمنظرية الشروع ونظرية الاشتراك ونظرية تعدد الجرائم ونظرية تفريد العقاب ونظرية التقادم، وموقف الشريعة من النظريات الجنائية الغربية المعاصرة، كمنظرية الدفاع الاجتماعي...

وألف في القانون الجنائي الإسلامي الخاص، مصنفاً حول الحدود والتعازير وجرائم السرقة والزنا والقذف والقتل والضرب والجرح والتفجير، وشرب الخمر وتناول المخدرات... وكتب في القانون الجنائي المسطري الإسلامي، مؤلفات حول الخصومة الجنائية والإثبات الجنائي والمحاكمة والطعن وتنفيذ العقوبة...

هذا فضلا عن تأليفه مدخلا لدراسة الفقه الجنائي الإسلامي، وموسوعة ألف بائية، لمختلف أبوابه ومواضيعه ومصطلحاته.

لقيت مؤلفاته اهتماما بالغا وقبولا واسعا وانتشارا كبيرا، وطبعت طبعا كثيرة، فاق العديد منها عشر طبعا، وصدرت عن العديد من دور النشر، داخل مصر وخارجها من قبيل: الشركة العربية للنشر والتوزيع، ومطابع دار الكتاب العربي، ومكتبة دار العروبة، ومكتبة الأنجلو المصرية، ودار الشروق، ومؤسسة الحلبي، ودار الرائد العربي، ومكتبة الوعي الكبرى، ومؤسسة الخليج العربي، ومؤسسة المطبوعات الحديثة، ودار النهضة العربية، ومن هذه المؤلفات:

1 - الحدود في الإسلام. و هو أول مؤلفاته، ونشر أوائل الستينات من القرن الماضي؛

17. أحمد فتحي بهنسي: الخمر و المخدرات في الإسلام. مؤسسة الخليج العربي، ط1/1989. ص 172.

- 2 - الحد و التعزير في الإسلام. وهو ثاني مؤلفاته، ونشر أوائل الستينات من القرن الماضي؛
- 3 - العقوبة في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية متحررة. وهو ثالث مؤلفاته، ونشر سنة 1958؛
- 4 - الجرائم في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة. وهو رابع مؤلفاته، ونشر سنة 1959؛
- 5 - المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة. وهو خامس مؤلفاته و نشر سنة 1961؛
- 6 - نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة. وهو سادس مؤلفاته، ونشر سنة 1962؛
- 7 - نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي. وهو سابع كتبه، ونشر سنة 1963؛
- 8 - القصاص في الفقه الإسلامي. وهو ثامن كتبه، ونشر سنة 1964؛
- 9 - السياسة الجنائية في الفقه الإسلامي. وهو تاسع كتبه ، ونشر سنة 1965؛
- 10 - الدية في الشريعة الإسلامية. وهو عاشر كتبه، ونشر سنة 1967؛
- 11 - موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي. نشر سنة 1970؛
- 12 - مدخل الفقه الجنائي الإسلامي. نشر سنة 1972؛
- 13 - الخصومة في الفقه الجنائي الإسلامي. نشر سنة 1987؛
- 14 - شرح وتعليق على رسالة الشيخ محمود شلتوت في المسؤولية الجنائية. نشر سنة 1987؛
- 15 - التعزير في الفقه الإسلامي. نشر سنة 1988؛
- 16 - نفقة المتعة. نشر سنة 1988؛
- 17 - تطبيق الحدود في التشريعات العربية الحديثة. نشر سنة 1988؛
- 18 - المخدرات والخمر في الإسلام. نشر سنة 1989؛
- 19 - الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، في أربعة أجزاء. منشورة سنة 1991.
- ومن أبرز مقالاته، المنشورة بمجلة الرسالة، التي كانت تصدر أسبوعياً بمصر، عن وزارة الثقافة والإرشاد القومي، ويرأس تحريرها الأستاذ محمد حسن الزيات رحمه الله، المقالات التالية:

- 1 - أثر القرآن والسنة في القصاص والدية. غشت 1963؛
- 2 - أساس العقاب في الشريعة الإسلامية. شتنبر 1963؛
- 3 - الحكم بشهادة المرأة . شتنبر 1963؛
- 4 - الحكم بالقرائن والفراسة. أكتوبر 1963؛
- 5 - التسعير والاحتكار في الفقه الإسلامي. نونبر 1963؛
- 6 - هل للقاتل ميراث؟ ماي 1964؛
- 7 - القصاص. يونيو 1964؛
- 8 - المفسدون في الأرض. يوليو 1964؛
- 9 - هل لشريعة القصاص أثر في التشريع الحديث. غشت 1964؛
- 10 - تنوع العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي. في جزئين. شتنبر/أكتوبر 1964؛
- 11 - السياسة الجنائية الشرعية. في ثلاثة أجزاء. موزعة على ثلاثة أعداد. منشورة في أكتوبر 1964.

تم بحمد الله الذي بنعمته تتم الصالحات، ونسأل الله تعالى أن يجزي هذا الطود العظيم، من أطواد العلم الشامخة خير الجزاء. وأن يجعل أعماله هذذه في ميزان حسناته، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم. وصلى الله وسلم وبارك على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.



سلسلة الندوات والملتقيات



الجلسة الافتتاحية

الملتقى الدولي الافتراضي الأول حول: التكوين الأكاديمي والتبادل المعرفي

يوم 14 دجنبر 2020



الدكتور محمد خير الغباني الحسيني
رئيس اتحاد الجامعات
الدولي تركيا



الدكتور خليل الفدري
عميد كلية القانون بصفافس
تونس



الدكتورة تمارا القولاغاسي
نائب رئيس الاتحاد الدولي للتعليم
و سفيرة النوايا الحسنة لدى الامم المتحدة



الدكتور خليفة إبراهيم التميمي
عميد كلية القانون
والعلوم السياسية بديالى العراق



الأستاذ: محمد الطوبار
مدير تحرير
مجلة معالم قانونية المغرب



الدكتورة بهجة فريوس
أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بفاس المغرب



الدكتور عبد العزيز الحقللي
رئيس مختبر الفلسفة والقانون والمجتمع
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بفاس المغرب



توقيع رسالة تعاون بين مجلة العلوم القانونية والسياسية التابعة لكلية
ديالى ومجلة معالم قانونية

أزمة الانتماء إلى عائلة قانونية في ظل الواقع الاجتماعي العربي

بقلم : الدكتور: خليفة ابراهيم عودة

عميد كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق¹

وقلم الدكتور: محمود عادل محمود

أستاذ بكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق²

المُقدِّمة

تتعدّد الأنظمة القانونية في العالم بتعدّد الدول، وتختلف باختلاف أشكالها، وتبعاً لذلك، تعتمد كل دولة عند سن تشريعاتها الداخلية فلسفة الغاية القريبة والبعيدة للقانون تبعاً لاحتياجات المجتمع، بحيث يعتمد المشرع عند إصدار أيّ تشريع على معالجة مشكلة قريبة يعاني منها هذا المجتمع، ومعالجة مشكلة أخرى على مر الزمن.

ومن الثابت، أنّ القانون يعتبر ظاهرة اجتماعية، فهو أشبه بالشجرة التي تُلقي بظلالها على أرض المجتمع، فإذا لم يواكب التطوّرات الحاصلة فيه، كان حبراً على ورق، مجرداً من روحه.

ويعتمد الباحث القانوني في مجال الدراسات الأكاديمية، إلى إرشاد المشرع أو حتى القاضي إلى أفضل الحلول، مستعيناً بذلك - في الغالب الأعم - بجملة من الدراسات خصوصاً منها الأجنبية، الذي بات اللجوء إليها معروفاً في الوسط الأكاديمي، بل مشروطاً في مجال القانون الخاص (تحديداً القانون المدني)، ليجد الباحث العربي نفسه منساقاً في نهاية المطاف إلى تقديم مقترحات تتلاءم مع ما ورد في الدراسات المذكورة آنفاً، التي هي في الأساس تحاكي واقعا غير واقعي.

1. dr.khalifa@uodiyala.edu.iq

2. mahmoud.adel@law.uodiyala.edu.iq

وقد شكّل هذا الأمر، بعد أن بات منهجاً ثابتاً في مجال الدراسات القانونية، علامة سلبية على الدراسات العربية، بحيث يجد القارئ العربي اليوم جميعها متشابهة رغم اختلاف عناوينها، وذلك يرجع إلى وحدة المصدر الذي يستقي منه، ما أدى إلى انفصال الدراسات الأكاديمية عن المشرع والقاضي على حد سواء، في حين أن المفترض يكمل كل واحد منهما الآخر. فالمشكلة إذن، أن ليس كل ما في فرنسا مثلاً ينطبق على العراق، فلكل بلد منهما نظام مجتمعي يختلف عن الآخر.

وبذلك، يثار السؤال في هذا المجال، عن حقيقة الانتماء إلى العائلة القانونية اللاتينية التي تعتبر - واقعياً - المرجع التاريخي لمعظم التشريعات العربية، وهل يتلاءم ذلك (الانتماء) مع الواقع العربي المعاصر؟ هذا ما سوف يكون مدار بحثنا من خلال التطرّق إلى وضع الانتماء التقليدي للعائلة القانونية في (المبحث الأول)، ثم التطرّق إلى الوضع المأمول لهذا الانتماء في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: وضع الانتماء التقليدي للعائلة القانونية

تستند العائلة القانونية على فكرة مفادها وجود عدّة روابط مشتركة لمجموعة من الأنظمة القانونية التي تعود لدول مختلفة تجتمع تحت لوائها. وبذلك يكون تطوّر النظام القانوني في كل دولة من هذه الدول مرتبطاً بالتطور الحاصل في النظام أو العائلة القانونية ككل؛ نظراً للأساس التاريخي المستمد منه أصل هذا النظام أو تلك العائلة.

وعلى الرغم من إيجابيات فكرة العائلة القانونية على النحو الذي سبق ذكره، إلا أن ما يؤخذ عليها - بالنسبة لنا - اختلاف المجتمعات المنتمية إليها والنظام العام السائد في كل منها، ما يجعل فكرة الانتماء إلى العائلة القانونية ذات بعد نظري صعب التطبيق من الناحية العملية.

ويستلزم بحث وضع الانتماء التقليدي للعائلة القانونية التطرّق إلى ماهية العائلة القانونية وتصنيفها (في المطلب الأول)، ثم التطرّق إلى موقف التشريعات العربية من الانتماء إلى العائلة القانونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية العائلة القانونية وتصنيفها

يقصد بالعائلة القانونية: بأنها عبارة عن مجموعة من النظم القانونية العائدة لعدّة دول، يتم دمجها مع بعض، استناداً إلى فكرة مفادها، أن قوانين هذه الدول تسمح لهم بالتجمع، على أساس عنصر الشبه بين مفردات هذه القوانين. ووفقاً للقانون الحديث، تُصنّف العائلات القانونية الكبيرة إلى العائلة الرومانية الجرمانية وسوف نتطرق إليها في (الفرع الأول)، وإلى العائلة الأنجلوسكسونية، وسوف نتطرق إليها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العائلة الرومانية الجرمانية⁽³⁾

سُميت هذه العائلة بهذا الاسم نسبة إلى تأثرها بالقانون الروماني الذي تركت مبادئه بعض البصمات على التشريعات المنتمية إلى هذه العائلة سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وتقسم هذه العائلة إلى مجموعتين أساسيتين وهي: المجموعة اللاتينية، والتي يمثلها النظام القانوني الفرنسي، وقوانين البلدان التي تستمد منها نظامها القانوني، ثم المجموعة الجرمانية، التي يمثلها النظام القانوني الألماني، وقوانين البلدان التي تستند إلى هذا النظام⁽⁴⁾.

وللعائلة الرومانية الجرمانية دوراً كبيراً في نشأة وتكوين الأفكار والنظم القانونية العالمية؛ نظراً لتمييز الرومان بالقدرة على التحليل والتصنيف والتنظير، واستخلاص المبادئ العامة، واستنباطها، فضلاً عن اقتباس الكثير من القوانين الحديثة الأفكار والتقسيمات من النظم الرومانية⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: العائلة الأنجلو سكسونية⁽⁶⁾

تتبع أسس النظام الأنجلو سكسوني من المملكة البريطانية، التي اعتمدت في نظامها القانوني على السوابق القضائية، بحيث لا يلعب التشريع - وفقاً للنظام الكلاسيكي - إلا دوراً

3. تشمل هذه العائلة الأنظمة التي نشأت في قارة أوروبا على أساس مزيج من التقاليد الرومانية والقانونية والمحلية، ويدخل في ذلك أنظمة كل من (فرنسا، وألمانيا، وإسبانيا، والسويد.. الخ)، إذ أخذت هذه الدول، القانون الروماني كأساس، استسقت منه مبادئها القانونية، وبالتالي برزت العائلة محل البحث على هذا الأساس. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر المقال بعنوان: مفهوم وأنواع الأسر القانونية، المنشور على الموقع الإلكتروني: <https://asde.ru/ar/employment-law/1-ponyatie-i-vidy-pravovyh-semei-obshchaya-harakteristika-osnovnyh/>

تاريخ الزيارة (2021/9/1)

4. د. حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسة الأولية (القانون العام)، جامعة قلمة (18 ماي 1945)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العام الدراسي (2017/2018)، صفحة 31.

5. د. فايز محمد حسين، النقاء الشرائع القانونية وتقارب القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، صفحة 218.

6. تشتمل هذه العائلة على مجموعة من القواعد والأعراف المكتوبة التي كانت موجودة خلال الفترة الانجلوسكسونية في إنجلترا، وذلك قبل الغزو النورماندي، وقد جرى التعبير عنها بلغة غير لاتينية؛ لأنها كتبت باللغة الأنجلوسكسونية القديمة، وهي تشمل كل من (بريطانيا العظمى، والولايات المتحدة الأمريكية، وأستراليا، وكندا.. الخ)، ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر المقال بعنوان: القانون الأنجلوساكسوني (قانون الأسرة العام، السوابق القضائية، القانون القضائي)، المنشور على الموقع الإلكتروني:

<https://referativno.ru/ar/inspection/romano-germanskaya-pravovaya-semya-pravovye-semi-ih-ponyatie-i-harakteristika-54/>

تاريخ الزيارة (2021/9/1)

ثانياً في النظام القانوني الإنجليزي، وبالتالي، لا يتم الاعتراف بالقاعدة القانونية، إلا إذا تمت في صورة حكم قضائي⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من الانتماء إلى العائلة القانونية

إنَّ الباحث في موقف التشريعات العربية من الانتماء إلى العائلة القانونية، يجد أنَّ الطابع اللاتيني، طغى بشكل كبير على هذه التشريعات، وبالتالي، صرنا من حيث لا ندرى (العراق أنموذجاً) ننتمي إلى المجموعة اللاتينية، التي هي في الأساس تقع ضمن العائلة الرومانية الجرمانية، ولو كان ذلك بصورة غير مباشرة، ودليل ذلك، أنَّه مثلاً في مجال القانون الخاص، اعتمد المشرع العراقي على القانون المدني المصري كمصدر تاريخي للقانون المدني العراقي، والذي هو في الأساس (القانون المصري) اعتمد على القانون الفرنسي كمصدر تاريخي عند إصداره.

ولو أردنا تقويم موقف تشريعاتنا العربية (العراق أنموذجاً)، لوجدنا أنَّ هذا الواقع يُشكِّل حقيقة في غاية الخطورة، وهي أنَّ التطور التشريعي في هذه التشريعات، يرتبط بالتطور الموجود في التشريعات المنتمية إلى العائلة اللاتينية، وهنا تكمن المشكلة، فالقاعدة، أنَّ الأحكام تختلف باختلاف المكان والزمان، ولكل بلد نظام عام يختلف عن غيره من البلدان، وبالتالي، انفصلت دراستنا عن الواقع، وصارت لا تحاكيه، وصرنا ننساق - تحديداً في القانون المدني - وراء التشريع والاجتهاد والفقهاء الفرنسيين.

ولعل خير مثال على ما سبق، نذكر تعديلات القانون الفرنسي التي حصلت في فبراير سنة 2016، والتي ألغى فيها المشرع الفرنسي ركن المحل والسبب في العقد واستبدلها بفكرة مضمون العقد⁽⁸⁾، فمن كان يتكلم أو حتى يسمع أي حديث عن حذف هذين الركنين

7. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر المقال بعنوان: الفرق بين النظامين الأنجلوسكسوني/الانجليزي (Common Law) والنظام المدني/اللاتيني (Civil Law)، المنشور على الموقع الإلكتروني لمجموعة نون العلمية، المتاح على الرابط، تاريخ الزيارة (2020/12/10):

<https://n-scientific.org/24343>.

8. يلاحظ في هذا الصدد، أنَّ المشرع الفرنسي لم يقتصر تعديله على إلغاء ركن المحل والسبب فحسب، إنَّما قام بجملة من التعديلات يمكن ذكر أهمها:

- 1 - تم تغيير عنوان الباب الثالث من القانون المدني ليكون بعنوان «مصادر الالتزام»، بدلاً من عنوان «العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصورة عامة»
- 2 - تمت التفرقة في المادة (1100) - وفقاً للتزقيم الجديد للمواد - بين التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون.
- 3 - عرفت المادة (1101) العقد بأنه: «اتفاق شخصين أو أكثر بغرض انشاء أو تعديل أو نقل أو إلغاء التزامات.
- 4 - أشارت المادة (1104) إلى وجوب أن تكون المفاوضات المتعلقة بالعقد، وإبرامه وتنفيذه بحسن نية، ويعد ذلك تحوُّلاً، هاماً في هذا القانون، إذ أصبح حسن النية واجبا مفروضاً بقوة القانون يشمل جميع مراحل العقد.
- 5 - نظمت المادة (1112) المفاوضات العقدية والمسؤولية الناشئة عن قطعها بدون مبرر أو عذر مقبول.
- 6 - أشارت المادة (1-1112) إلى الالتزام بالإدلاء بالمعلومات (الالتزام بالإعلام)، وبينت المسؤول عنه وجزاء الإخلال به، فضلاً عن كيفية إثباته وحدود هذا الالتزام.

قبل تعديلات القانون المذكور آنفاً، في حين أنّ المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي، أشارت إلى أنه: «يكون ضرورياً لصحة العقد: 1- رضا الأطراف. 2- أهليتهم للتعاقد. 3- مضمون أو محتوى مشروع ومؤكّد»⁽⁹⁾، وهو ما يعني وبصورة واضحة، أنّ المشرع الفرنسي لم يتلفّت إلى مقلديه عند سن تعديل (2016)؛ نظراً لأنّ غاية القانون عندهم غير الغاية التي عندنا.

المبحث الثاني: وضع الانتماء المأمول للعائلة القانونية

نعتقد أنّ الحل الأمثل للإشكالية التي سبق طرحها، هو الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية، التي حاشى أن يشوبها النقص، لأنها شريعة ربانية، وصالحة لكل زمان ومكان، ونحن هنا لا نقصد العزوف عن أيّ تطوّر تشريعي والاكتفاء بما ورد بها من أحكام، إنما القصد، أن يكون الدستور الأول لنا - كدول عربية فيها غالبية مسلمة - الشريعة الإسلامية الغراء، وليتم بعد ذلك استنباط كافة الأحكام منها.

وترتيباً على ما سبق ذكره، إنّ الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية كدستور أساسي عند سن التشريعات العربية من شأنه تجنيب التشريعات العربية السلبيات التي يمكن أن تتبثّق عند إصدارها، لناحية الانحراف عن الغاية أو الغرض المنشود من إصدارها، كما لو تم سن تشريع لتحقيق مصلحة فئة معينة أو الإضرار بجهة دون أخرى.

ويجب أن لا ننسى ما قدّمه أستاذنا العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله)، عندما حاول في كتابة القانون المدني العراقي استخدام الشريعة الإسلامية، وبالفضل نجح

7 - وضعت المادة (1153) نظرية عامة للنيابة في مجال القانون المدني.

8 - كذلك، وضعت المادة (1110) تعريفاً لعقد الأذعان، واعتبرت تعديلات القانون المدني أنّ كل بند يرد في العقد يكون من شأنه عدم التعادل بين حقوق والتزامات أطراف العقد يكون باطلاً لا أثر له. فضلاً عما سبق، كرست التعديلات الأخيرة تغييرات في القانون المدني الفرنسي لم تكن معهودة من قبل. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، ينظر: المقال المنشور من قبل الدكتور محمد حسن قاسم بخصوص تعديلات القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ (2016/2/10)، المنشور على الموقع الإلكتروني لجامعة بيروت العربية، المتاح على الرابط:

<chromeextension://ohfgljldgelakfkfepgkclcohadegdpjf/https://www.bau.edu.lb/BAUUpload/Library/Files/uploads/Dr%20Kassem.pdf>

تاريخ الزيارة 2020/12/9

9. نصّت هذه المادة على:

"Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain".

وقد تم تعريب هذه المادة من قبل الدكتور نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، صفحة 229.

في كثير من المواضع⁽¹⁰⁾، إلا أنه لم يسلم من الوقوع في شباك القانون المدني الفرنسي، ولعل خير مثال على ذلك، ما ورد في المادة (211) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك»، إذ يلاحظ من مطالعة وتحليل هذا النص، أن المشرع العراقي استخدم تعبير «الآفة السماوية والحادث الفجائي والقوة القاهرة»، رغم أن الرأي الراجح لدى فقهاء القانون المدني، أن المصطلحات الثلاث السابقة، لها نفس المعنى، وبالعودة إلى تأصيل هذه التعبيرات، نجد أن المصطلح الأول (الآفة السماوية) مستمد من الفقه الإسلامي، والتعبير الثاني والثالث (الحادث الفجائي والقوة القاهرة)، مستمد من القانون الفرنسي، وهو ما يعني أنه - رغم التقدم الذي احرزناه في القانون المدني - ما زلنا ندور في ذات الدائرة المغلقة، وهي العودة إلى العائلة اللاتينية، وهو ما يستلزم منا العمل على إيجاد حلول ناجعة للخروج من فلك العائلة المذكورة آنفاً، وتأسيس عائلة مستقلة بنا⁽¹¹⁾.

وعلى ذلك، يستلزم بحث وضع الانتماء المأمول للعائلة القانونية، التطرق إلى أسباب اختيار الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريعات العربية في (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى التطبيقات العملية لتفوق الشريعة الإسلامية في المجال القانوني في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب اختيار الشريعة الإسلامية كمرجع أساسي للتشريعات العربية

تتعدد الأسباب والأهداف التي تدفعنا كباحثين في المجال القانوني إلى اختيار الشريعة الإسلامية كمرجع أساسي للتشريعات العربية، منها أسباب مصلحية تنطرق إليها في (الفرع الأول)، ومنها أسباب غائية تتعلق بغاية القانون تنطرق إليها في (الفرع الثاني).

10. ينظر على سبيل المثال ما ورد في المادة (139) من القانون المدني التي نصت على أنه: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً»، والتي وضع من خلالها المشرع العراقي حجر الزاوية للحماية القانونية للأفراد من الشروط التعسفية، والتي تم سنها فيما بعد بقوانين الاستهلاك الفرنسية الحديثة، إذ أن الباحث في النص المذكور أعلاه، يجد تأصيله موجوداً في الشريعة الإسلامية، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: د. عبد المجيد الحكيم - د. عبد الباقي البكري - د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010، صفحة 240 وما بعدها.

11. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات نارس، كوردستان العراق، 2006، صفحة 360 وما بعدها.

الفرع الأول: أسباب مصلحية

في أحيان معينة، قد تُسن التشريعات الوضعية لأجل التعبير عن إرادة معينة سواء للحاكم نفسه أو لجماعة معينة على حساب جماعة أخرى، وذلك بمخالفة صريحة للغرض الحقيقي من إصدار التشريع، ألا وهو تحقيق العدل في المجتمع⁽¹²⁾.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، فعلى العكس من ذلك، فهي دائماً تهدف إلى صيانة المجتمع عبر حفظ الإنسان والسعي إلى حماية مصالحه وحياته، فالدين الإسلامي فضلاً عن تنظيمه القواعد المتعلقة بالعبادة والعبادة، نظم علاقات الناس بأسمى تنظيم، لدرجة وضع الأسس الكاملة التي تقوم عليها الدولة، فالناس سواسية، وكل مسلم على مسلم حرام دمه وماله وعرضه، وحرية الناس مصونة، ناهيك عن إعطاء للفقير الحق في مال الغني، حقٌ معلوم لا منة فيه ولا مهانة⁽¹³⁾، لذا صدق الحق عندما قال ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾⁽¹⁴⁾. وبذلك تتنزه قواعد الشريعة الإسلامية عن كل الميول والمؤثرات المصلحية التي ربما قد يقع الإنسان فيها عند قيامه بسن التشريع.

الفرع الثاني: أسباب غائية

لا يعتبر القانون بحد ذاته غاية، إنما يعتبر وسيلة لتحقيق غاية، والمنهج العلمي السليم، يفرض علينا التفرقة بين الغاية الفنية للقانون، والغاية المثالية. فالغاية الأولى تعني الهدف الحال والفوري الذي يرمي القانون إلى تحقيقه. أما الغاية الثانية، فتعني الغاية الأساسية للبناء القانوني أي للنظام القانوني بمجمله⁽¹⁵⁾؛ والحقيقة أن الإنسان يعجز عن سن تشريع متكامل يحقق الغايات المذكورة آنفاً، إنما يظل قاصراً عن تنظيم كل جوانب النشاط الإنساني؛ نظراً لتطور وتجدد الأنشطة الحياتية، ولذلك نجد دائماً القوانين الوضعية تحتاج إلى تعديل وتطوير، في حين الشريعة الإسلامية عالجت بمنهج شمولي كل تفصيلات حياة

12. تجدر الملاحظة في هذا الصدد، أنه من الناحية القانونية، يوجد فرق بين العدل والعدالة، فالعدل يعني: المساواة المجردة بين الناس من دون الاكتراث بظروفهم الشخصية، في حين العدالة تعني: المساواة الواقعية بين الناس مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الشخصية لكل واحد منهم؛ وعلى ذلك، ينشد المشرع تحقيق العدل؛ لأنه يصدر أحكاماً عامّة دون تفصيل، أما القاضي فينشد تحقيق العدالة، لأنه أقرب إلى الناس، وعلى احتكاك دائم مع قضاياهم اليومية. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: القاضي الدكتور محمد خليل شهاب، فلسفة القانون، محاضرات الفيت على طلبة السنة التحضيرية/ الماجستير في جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، العام الدراسي (2011/2012)، صفحة 6 وما بعدها.

13. علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، 1970، صفحة 19.

14. سورة الانبياء، الآية (71).

15. د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون (دراسة في فلسفة القانون)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، من دون ذكر سنة النشر، صفحة 307.

الإنسان وفق أحكام دقيقة باعتباره وحدة موضوعية واحدة؛ ويعود سبب ذلك إلى أن القوانين الوضعية جاءت بعد وجود الإنسان وظهور المجتمع، لذا هي تتبع من احتياجاته وتقف عند إشباعها، وهذا طبيعي لأنها من خلق الإنسان، في حين أن الشريعة محل البحث، لم تكن من صنع الإنسان وتسبق في الحقيقة وجوده، وبالتالي فهي، تنتزه عن أي قصور في تحقيق غايات المجتمع بكل أصنافها سواء ما كان قريباً منها أو بعيد.

المطلب الثاني: التطبيقات العملية لتفوق الشريعة الإسلامية في المجال القانوني

تتعدد التطبيقات العملية التي تثبت تفوق الشريعة الإسلامية في المجال القانوني وسبق الفصل في عدة موضوعات جاءت معالجة التشريعات - الوضعية - لها بصورة متأخرة، ونسلط الضوء في هذه الدراسة على نظرية الأوضاع الظاهرة، ونتطرق إليها في (الفرع الأول)، والمسؤولية المادية، نتطرق إليها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية الأوضاع الظاهرة

يقصد بالوضع الظاهر، بأنه المركز الواقعي أو الفعلي الذي يشغله الشخص، والذي تحيط به شواهد خارجية تولد اعتقاداً شائعاً بقانونية هذا المركز الذي يشغله، بحيث يظهر أمام الكافة بأنه صاحب المركز الحقيقي، ما يدفع الأخيرين - حسني النية - إلى التعامل معه على هذا الأساس، رغم أنه في الحقيقة ليس كذلك، بحيث يوجد مركز قانوني لشخص آخر بخلاف ما أظهره⁽¹⁶⁾.

وقد تم إدخال نظرية الوضع الظاهر مؤخراً في المجال القانوني من قبل الفقه والقضاء الفرنسيين، بحيث بدأت في فرع محدد من فروع القانون، ثم انتقلت إلى الفروع الأخرى، لذا فهي نظرية تعتبر حديثة نسبياً، ومن تطبيقاتها الموظف الظاهر، المحامي الظاهر، التاجر الظاهر.. الخ.

16. ويلاحظ في هذا الصدد، أن علاقة الوضع الظاهر قد تكون ثنائية الأطراف فقط، أي بين شخصين أحدهما صاحب الوضع الظاهر والآخر هو الخصم حسن النية الذي تعامل معه واتخذ الاجراءات في مواجهته، وهذه العلاقة هي الغالبة في ومن أمثلتها: الاسم الظاهر - الأهلية الظاهرة - الموطن الظاهر، وفي هذه الحالة، فإن الخصم صاحب الوضع الظاهر هو ليس صاحب المركز الحقيقي، ولكنه ظهر بمظهر على خلاف هذا المركز وتعامل معه الغير على أساس ما ظهر به. وقد تكون علاقة الوضع الظاهر ثلاثية الأطراف، أي بين ثلاثة أشخاص، الأول: هو صاحب المركز القانوني، والثاني: هو صاحب الوضع الظاهر الذي ظهر بمظهر صاحب المركز القانوني مع أنه ليس كذلك، والثالث: هو الغير حسن النية الذي تعامل أو أوفى بالتزامه مع صاحب الوضع الظاهر أو اتخذ الاجراءات القانونية في مواجهته على أساس أنه صاحب المركز القانوني، ومن أمثلة هذه العلاقة: الصفة الظاهرة، الدائن الظاهر، زوجة المفقود وورثته أو شركائه في شركة غيره بعد صدور حكم أو قرار بموته. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، محاضرات القيت على طلبة السنة التحضيرية/ الماجستير في جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، العام الدراسي (2012/2011)، صفحة 1 وما بعدها.

وعلى الجانب الآخر، نجد النظرية محل البحث، وُضعت بالفعل في الشريعة الإسلامية قبل أكثر من أربعة عشر قرناً، ودليل ذلك قول رسولنا الكريم محمد صلى عليه وعلى آله وصحبه وسلم: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنكُمْ تَخْصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فَأَقْضِي لَهُ بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»، إذ أن هذا الحديث وضع تطبيقاً في غاية الأهمية لنظرية الوضع الظاهر في مجال قانون المرافعات، فالقاضي اليوم، لا يُسأل إذا لم يتوصل إلى الحقيقة بسبب كذب وتدليس أحد الخصوم، إنما هو يفصل في النزاع بعد تدقيق وتمحيص الوقائع المحيطة به، فإن لم يصل إلى الحقيقة رغم بذله أقصى الجهود، فلا يسأل؛ لأن لنا في رسول الله أسوة حسنة، وكما قال ربنا الكريم ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية المادية

يقصد بالمسؤولية المدنية - بشكل عام - بأنها: إلزام محدث الضرر بتعويض الأضرار التي أحدثها للآخرين؛ بسبب إخلاله بالالتزام السابق المفروض عليه (سواء أكان محدداً بشخصه في المسؤولية العقدية أم مفروضاً على الكافة في المسؤولية التقصيرية)⁽¹⁸⁾.

والقاعدة العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، أن كل شخص يتسبب بخطئه بضرر للغير، يكون مسؤولاً عن التعويض، بما يعني أن انعقاد هذه المسؤولية (المدنية) يتطلب توافر ثلاث أركان هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية، مع مراعاة اختلاف مفهوم الخطأ بالنسبة للمسؤولية التقصيرية والعقدية، ويترتب على ذلك، عدم إمكانية مسائلة محدث الضرر ما لم يكن متعدياً مدركاً⁽¹⁹⁾.

ويلاحظ في هذا الصدد، أن التوجه المذكور آنفاً لم يجد تقبلاً من جانب الفقه والقضاء المعاصرين، لما نتج عنه من مجافاة للعدل؛ نظراً لصعوبة تحقق المسؤولية، سيما إذا أخذنا في الاعتبار إمكانية كون المسؤول مليئاً والمصاب معوّزاً، وقد كانت من نتائج ذلك، ظهور نظرية المسؤولية المادية ونظرية تحمل التبعية التي جعلت قوام المسؤولية عنصر الضرر واستبعدت الخطأ وما يتعلق به من إدراك وتمييز⁽²⁰⁾.

17. سورة الحشر الآية (7).

18. د. جلال العدوي - د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، صفحة 147.

19. ومعنى ذلك، عدم إمكانية مسائلة الطفل أو المجنون عن الأضرار التي يحدثونها؛ نظراً لأنهم معدومي الإرادة والخطأ في هذا الفرض يرتبط بوجود الإرادة. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، صفحة 182.

20. د. عبد المجيد الحكيم - د. عبد الباقي البكري - د. محمد طه البشير، مرجع سابق، صفحة 217.

ونتيجة لذلك، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم (98-389)، الصادر في سنة (1998)، المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، والذي من خلاله تم استبدال كركن من أركان المسؤولية المدنية بالعيب (عيب المنتج)، ليتم من خلال ذلك الاستناد على الضرر كركن أساسي لهذه المسؤولية، والذي تم إدخاله (القانون) في المواد (1-1386) إلى (17-1386) من القانون المدني الفرنسي، التي عدل رقمها في ما بعد، بالمرسوم رقم (131-2016)، الصادر بتاريخ (2016/2/10)، لتكون في المواد (1245) إلى (16-1245)، من القانون ذاته⁽²¹⁾.

وعلى الجانب الآخر، نجد أن الشريعة الإسلامية كان لها السبق في هذا المجال، فمن المبادئ المستقرة في هذه الشريعة إقامة المسؤولية المدنية على أساس الضرر وحده دون تطلب إثبات الخطأ - عن طريق إقرار مبدأ الغرم بالغنم - وبذلك يكون محدث الضرر ضامناً لمجرد توافر ركن التعدي والضرر، فضلاً عن الارتباط السببي بينهما⁽²²⁾، وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على مدى عمق وقوة الشريعة الإسلامية في كفالة التعويض للمتضررين، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بحياة الإنسان وسلامة جسده⁽²³⁾.

الخاتمة

تشكل العائلة القانونية حجر الزاوية في اجتماع مجموعة من الأنظمة القانونية التي تعود لعدة دول مختلفة، وذلك على أساس تشابه القواعد القانونية بينها، ما يجعل تطور النظام القانوني في كل من هذه الدول مرتبطاً بالتطور الحاصل في هذه العائلة؛ وعلى الرغم من إيجابيات الانتماء إلى العائلة القانونية، إلا أن ما يؤخذ عليها اختلاف بعض مجتمعات الدول المنتمية إليها عن القواعد الثابتة فيها ما يؤدي إلى انفصال بعض تشريعاتها عن الواقع المجتمعي؛ وقد توصلنا في هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات، نذكرها بالتفصيل على النحو الآتي:

21. على أن ما يلاحظ في هذا الصدد أن حكم المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة لا يتعدى سوى المنتجات على وفق المفهوم المحدد لها في القانون المدني الفرنسي، ولمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمود عادل محمود، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، أطروحة دكتوراه تمت مناقشتها في جامعة الاسكندرية/ كلية الحقوق في العام الدراسي (2018/2019)، صفحة 5 وما بعدها.

22. لمزيد من التفاصيل حول أركان المسؤولية المدنية في مجال الشريعة الإسلامية ينظر: د. وهبة الزجيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1998، صفحة 24 وما بعدها.

23. د. عمر بن الزوبيير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه تمت مناقشتها في جامعة الجزائر، كلية الحقوق في العام الدراسي (2016/2017)، صفحة 44.

أولاً: النتائج

- 1 - يُقصد بالعائلة القانونية: بأنها عبارة عن مجموعة من النظم القانونية العائدة لعدّة دول، يتم دمجها مع بعض، استناداً إلى فكرة مفادها، أنّ قوانين هذه الدول تسمح لهم بالتجمع، على أساس عنصر الشبه بين مفردات هذه القوانين.
- 2 - تُصنّف العائلات القانونية الكبيرة إلى العائلة الرومانية الجرمانية، والعائلة القانونية الأنجلو سكسونية، وتمثل العائلة الأولى فرنسا وألمانيا، والعائلة الثانية بريطانيا.
- 3 - إنّ الباحث في التشريعات العربية، يجدها تنتمي - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - إلى العائلة اللاتينية؛ نظراً لارتباط مصدرها التاريخي بالتشريعات المنتمية إلى هذه العائلة.

ثانياً: المقترحات

على الرغم من أهمية الانتماء إلى العائلة القانونية اللاتينية ودورها البارز في نشأة الأفكار والنظم القانونية العالمية، إلا أنّ ذلك لا يمنع حقيقة عدم صحة انتماء تشريعاتنا العربية إلى هذه العائلة؛ نظراً لارتباط التطور الحاصل بها بالتشريعات الأساسية في هذه العائلة، والذي قد لا يناسب مجتمعاتنا العربية المعاصرة، ولذلك، من المهم التخلص من التبعية اللاتينية، واعتماد مرجعية عربية لتشريعاتنا، ونعتقد أنّ انفاذ ذلك، يكون من خلال الآتي:

- 1 - ضرورة التعاون والتعاقد بين الباحثين في مجال القانون والشريعة في عمل الدراسات القانونية، بغية استنباط الأحكام التي تتلاءم مع المجتمعات العربية، وفقاً لتطوّراتها المعاصرة.
- 2 - أهمية تشكيل مشرع عربي يتبنى إصدار التشريعات العربية بما يلاءم طبيعتها المجتمعية على أنّ يكون ذلك على عدّة مراحل ابتداءً من إصدار تشريعات استرشاديه، وصولاً إلى إصدار تشريعات ملزمة للدول على الأقل في مجال القانون الخاص، أو في مجال التشريعات التي لا تثير أيّ خلاف بين الدول.

أزمة البحث البليوغرافي للأطروحة زمن كورونا

بقلم الدكتور خليل الفندري

أستاذ تعليم عال

عميد كلية الحقوق بصفافس

يقوم البحث العلمي، في إطار أطروحة الدكتوراه، على الإضافة العلمية التي يقدمها الباحث للمنتوج العلمي السابق في شأن الموضوع الذي تتناوله الأطروحة ويكون مبناه إشكالية الموضوع. ذلك أن الأطروحة تعتبر، بعد رسالة الماجستير، أهم المصنّفات العلميّة التي يمكن أن ينجزها الباحث، والانطلاقة الفعلية العلمية التي يبدأ بها المسار البحثي العلمي، حيث تطلب فيها الإضافة العلمية لما هو موجود أو التأسيس لنظريات أو لتوجهات علمية وفكرية، حتى تشكل اللبنة الأولى للفقهاء، كمصدر لا فقط للمعلومة، ومنها المعلومة القانونية، وإنما أيضاً للقانون.

غير أنه لا يمكن للباحث أن يبلغ هذه الدرجة من النضج العلمي إلا متى نهل من الكتابات والمؤلفات التي سبقته في مجال موضوعه، سواء ما تعلق منها من مراجع عامّة تحيط إجمالاً بالموضوع الذي يتناوله بالدرس، أو مراجع خاصّة تتناول مسألة مخصّصة يتطلبها موضوعه. لذلك، يعتبر البحث البليوغرافي من أوكد العمليّات التي يقوم عليها البحث الدكتورائي، حتى أنه يلزم كافة مراحل إعداد مشروع الأطروحة، بدء باختيار الموضوع، وانتهاء بالإصلاح النهائي للمشروع.

ويقصد بالبحث البليوغرافي التقصي وجمع المعلومات والبيانات التي كتبت ونشرت حول موضوع ما، وذلك باستقائها من الكتب والدوريات وغيرها من المصادر المكتبيّة التي يمكن أن تستخدم في كتابة بحث ما.

وللبليوغرافيا المستعملة في إعداد أطروحة الدكتوراه مدلول ضيق، يقتصر على جمع المؤلفات والكتابات الفقهية أو العلميّة التي تهتمّ بموضوع الأطروحة، حيث تقتصر قائمة المراجع عليها. كما لها مدلول واسع، يشمل إلى جانب ما ذكر جملة المراجع الرسميّة التي يمكن استعمالها في إنجاز الأطروحة، على غرار النصوص القانونيّة والمعاهدات الدوليّة

والأحكام القضائية والتقارير الرّسميّة وغيرها من المراجع الرّسميّة. وإنّا نعتمد، في هذا المقال، المدلول الواسع للبيبلوغرافيا، بالنظر إلى أنّ أزمة البحث البيبلوغرافي زمن الكورونا شملت على حدّ السّواء المراجع الفقهيّة والعلميّة والمراجع الرّسميّة أوّلاً، فضلاً عن كون كافّة هذه المراجع ذات الطّبيعة المختلفة لازمة لإنجاز الأطروحة القانونيّة التي لا يمكن أن تكتمل إلاّ باجتماع كافّة هذه المراجع ثانياً.

ولا يقتصر البحث البيبلوغرافي على ما كتب أو نشر في تاريخ الاطلاع على المراجع البيبلوغرافية، وإنّما أيضاً على ما نشر لاحقاً من كتابات وأعمال علمية ذات العلاقة بالموضوع، وهو ما يتطلّب متابعة دوريّة من الباحث لما صدر من مراجع في مجال اهتمامه، وتحيين لمصادره الفقهيّة، وربّما أحياناً أو غالباً السّفر من جامعة إلى أخرى، أو من مدينة إلى أخرى، أو من دولة إلى أخرى بحثاً عن تكوين رصيد بيبلوغرافي، وولوج مستمر إلى المكتبة التي توفّر له هذه المراجع¹.

لذلك، يتطلّب البحث البيبلوغرافي، في إطار الدّراسات القانونية والحقوقيّة، إضافة إلى ما ذكر، إماماً بالنّصوص القانونية ذات الصّلة بالموضوع، سواء منها الوطنيّة أو المقارنة بقدر ما تمليه الأطروحة من استئناس أو مقارنة بالقانون المقارن. كما تتطلّب من الباحث إماماً بالتوجّهات القضائيّة، وخاصّة منها ما يتعلّق بفقّه قضاء محكمة التعقيب (قضاء النقض)، في علاقة بتأويل النصوص القانونية أو بتطبيقها، وبمختلف الاجتهادات القضائيّة أحياناً لتطويع النصوص القانونية، وهي من خصوصيّات البحث البيبلوغرافي في إطار الأطروحة التي تخوض في المجالات القانونيّة.

ولئن كان أساس جدوى الاطلاعات البيبلوغرافية في إطار أطروحة الدّكتوراه استمرارية البحث البيبلوغرافي وتواتره وعدم انقطاعه، فإنّ الأزمة الوبائية كوفيد-19، وما ترتّب عنها من حجر صحي شامل أو حجر صحي موجه، أو ما رافق ذلك من بروتوكولات صحيّة تحدّد من إمكانيّة الولوج إلى المكتبات الوطنيّة أو المكتبات الجامعية التي تعتمد المراجع الورقيّة، تسببت في تعطيل البحث العلمي بالنظر إلى صعوبة أو استحالة استقاء المراجع البيبلوغرافية اللازمة²، حيث أنّ الباحث لم يكن ليتوقّع مسبقاً توجّه الدّولة لاتخاذ هذه التدابير التي

1. تعمل العديد من البرامج الوطنيّة والبرامج الدوليّة على ضمان حركيّة طلبه الدّكتوراه لدعم البحث العلمي الدّكتورائي، خاصّة على مستوى الحركيّة بين الدّول، على غرار برنامج أوراسموس+ الممولّ من الاتّحاد الأوروبي، أو المشاريع العلميّة الثنائيّة أو متعدّدة الأطراف التي يمكن أن تكون فيها الجامعات التونسيّة طرفاً. أنظر موقع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، التعاون الدولي على الرابط: [www.mes.tn/coopération internationale](http://www.mes.tn/coopération_internationale)

2. أنظر على سبيل المثال الأمر الحكومي عدد 156 لسنة 2020 المؤرّخ في 22 مارس 2020 المتعلّق بضبط الحاجيات الأساسيّة ومقتضيات ضمان استمراريّة سير المرافق الحيويّة في إطار تطبيق إجراءات الحجر الشامل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسيّة، عدد 24 بتاريخ 22 مارس 2020، ص. 794 و795.

تقيّد إمكانية اللجوء إلى المكتبات حتّى يستعد مسبقاً لذلك، بأن يكون رصيذاً من المراجع الجغرافية ليستند إليها طيلة فترة الحجر الصحي وفترة توقف العمل بالمكتبات. ويتدعم الإشكال بإشكال قانوني يتمثل في تعليق الآجال القانونية لإعداد الأطروحة وتقديمها ومناقشتها³، وما يتبع ذلك من صعوبات بالنسبة للباحث وبالنسبة للمؤسسة الجامعية في تعاملها مع هذه الإشكالات غير المسبوقية. ولعلّ هذا الإرباك الذي تسببت فيه الجائحة الوبائية على مستوى حسن إعداد الأطروحة واستمرارية إنجازها يشكل أزمة حقيقية تعترض الباحث، وتعيقه عن مواصلة البحث أو إتمامه، خاصّة وأنّه مقيّد بأجال لإنجاز المطلوب منه، وهو ما يتطلب منا الوقوف على مظاهر هذه الأزمة وكيفية التخفيف من حدّتها في انتظار رفع العراقيل التي تعيق مواصلة إنجاز العمل.

ومن ثمة، تبرز أهميّة تناول أزمة البحث الجغرافي للأطروحة زمن الكورونا من خلال التعرّف على الصعوبات التي اعترضت أو قد تعترض الباحث، وتأثيرها على مواصلة البحث وجودة الأطروحة، والآليات المتاحة لتخطي الصعوبات.

لذلك، سنعمل من خلال هذا المقال، على إبراز مختلف الإشكالات المعترضة أو التي ستعترض الباحث، وسبل التخفيف من حدّتها، وما إذا كانت هذه السبل في متناول كل الباحثين أو البعض منهم، ونسببة الإشكالات المعترضة والحلول المقترحة بحسب مدى تقدّم الباحث في تكوين الرصيد الجغرافي.

وتختلف عوامل الأزمة بين الصعوبات الناتجة عن فرض الحجر الصحي (أولاً) واتباع البروتوكولات الصحيّة ذات العلاقة بالبحث العلمي (ثانياً).

أولاً - أزمة البحث الجغرافي في فترة الحجر الصحي

يقصد بفترة الحجر الصحي المدة الزمنية التي يتعطل فيها العمل جزئياً أو كلياً كإجراء وقائيّ من مزيد انتشار فيروس كورونا في مرحلة أولى، وللتخفيف من انتشاره في مرحلة ثانية. ولا بدّ، في هذا المجال، من الإشارة إلى أنّ الحجر الصحي، ولئن مكن البعض من الباحثين من التقدّم في نسق كتابة الأطروحة بالنظر إلى تفرّغ الباحث للكتابة، فإنّه معطل للبحث الجغرافي لسببين اثنين على الأقل: يتمثل السبب الأوّل في تعدّد اللوج للمكتبة الجامعية (أ)، ويتمثل السبب الثاني في تعليق الحركة الدولية للباحثين (ب).

3. أنظر أحكام الفصل الأوّل من المرسوم عدد 8 لسنة 2020 المؤرخ في 17 أبريل 2020 بتعلّق بتعليق الإجراءات والآجال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33 بتاريخ 18 أبريل 2020، ص. 927.

أ - تعذّر الولوج للمكتبة الجامعية

أظهرت الجائحة الوبائية لفيروس كورونا المستجد أنّ الآليات التقليديّة للبحث الببليوغرافي، القائمة على الولوج المادي للمكتبة الجامعية والانتفاع بخدماتها بصفة حضورية، قاصرة على التأقلم مع وضعيات مستعصية لم نشهدها من قبل، ولم نكن مستعدّين لها. فالحجر الصحي الذي تقرّر بصفة عاجلة أدّى إلى شلل تام على مستوى السير العادي لمرفق المكتبة الجامعية، حيث جوبه الباحثون بغلق كلي للمكتبة الجامعية بما تعذّر معه مواصلة البحث الببليوغرافي⁴.

مسّ هذا الإشكال الباحثين بدرجات متفاوتة، وذلك بحسب ما كان متوفّراً لديهم من مراجع ومقالات وكتب ومؤلفات وغيرها من المصادر الفقهية أو القانونية أو القضائية للمعلومة. من ذلك أنّ الباحث الذي ما يزال في بداية الطريق كان شديد التّأثر بهذا العامل مقارنة بالباحث الذي يعتبر في مرحلة متقدّمة من البحث. كما أنّ الإقرار الفجائي للحجر الصحي ترتّب عنه عدم قدرة الباحثين على الاستعداد لغلق المكتبة الجامعية، وذلك بتخصيص فترة من الزمن لتكوين رصيد ببليوغرافي تتم الاستعانة به خلال فترة الحجر الصحي. لذلك، كان لا بدّ من بديل يخفّف، ولو نسبياً، من حدّة آثار إقرار الحجر الصحي على استمرارية تكوين الرّصيد الببليوغرافي.

أظهرت هذه الصعوبات العلمية المتعلقة باستمرارية البحث العلمي أهميّة توفّر المؤسسات الجامعية والطلبة على مكتبة رقمية، من شأنها أن تضمن تواصل المعلومة والبحث عنها عن بعد، وتكون مرتبطة بشبكة الأنترنت، حيث تمكّن هذه المكتبة، بالنظر إلى سهولة الولوج إليها، من الحصول على المعلومة بصفة حيّية.

ويمكن أن تتحقّق هذه الغاية من خلال ثلاث طرق على الأقلّ، أوّلها اشتراك المؤسسة الجامعية التي تحتضن الباحث إلكترونياً بمراجع علمية، وثانيها قيام الباحث بالبحث عن المراجع بنفسه عن طريق الشبكة العنكبوتية، وثالثها اقتضار الباحث على ما يمكن أن يستقيه من الشبكة العنكبوتية من مراجع قانونية أو فقه قضائية.

1 - اشتراك المؤسسة الجامعية التي تحتضن الباحث إلكترونياً بمراجع علمية

تقوم هذه الآلية على تزويد المؤسسة الجامعية الباحثين بالمراجع الببليوغرافية عن بعد، عن طريق الولوج عن بعد إلى المكتبة الرقمية لتلك المؤسسة الجامعية. توفّر هذه الآلية للباحث في إطار شهادة الدكتوراه مرونة على مستوى التعامل مع الرصيد الببليوغرافي، كما

4. يراجع الأمر الحكومي عدد 156 لسنة 2020 المؤرّخ في 22 مارس 2020، سالف الذّكر.

تمكّنه من ربح الوقت، إذ يكتفي بإدخال كلمات مفاتيح بالمنصّة التي توفر له هذه الخدمة عن بعد، على غرار اسم الكاتب أو عنوان المؤلّف أو المقال أو بعض العبارات الرئيسيّة. ومع مرونة هذه الآليّة، فإنّها صعبة المنال، بالنظر إلى ارتفاع كلفة الاشتراكات الناتجة عن ارتفاع التكلفة وتدهور قيمة العملة الوطنيّة مقارنة بالعملة الأجنبية، خاصّة وأنّ أغلب مزوّدِي هذه الخدمات دور نشر أوروپيّة، وبالنظر أيضا إلى ضعف الاعتمادات المالية المخصصة للغرض والتي تشهد ضغطا من سنة مالية إلى أخرى تبعا للأزمة المالية العمومية وما تتطلّبه من ترشيد للنفقات.⁵

2 - قيام الباحث بالبحث عن المراجع بنفسه عن طريق الشبكة العنكبوتية

يكون قيام الباحث بالبحث عن المراجع بنفسه عن طريق الشبكة العنكبوتية بالولوج إلى مختلف المواقع الإلكترونيّة للناشرين الوطنيين أو الأجانب، للبحث عن المراجع التي قد تفيده، أو بالاستعانة بالروابط الإلكترونيّة التي تقوم الجامعات أو مراكز النشر بوضعها على ذمّة الباحثين، والتي بدورها تجمع المؤلّفات والمقالات الصادرة في شأن موضوع الأطروحة. وتفيد التجربة التي خضناها طيلة فترة الحجر الصحي الإجباري أنّ البعض من مواقع الأنترنت يقدّم هذه الخدمة، لكن بصفة محدودة، خاصة إذا كانت الخدمة مجانية، على غرار موقع www.cairn.info⁶، أو موقع Sci-Hub⁷، أو موقع المركز الوطني الجامعي للتوثيق العلمي

5. تشهد منحة الدولة المخصصة للمؤسسات الجامعيّة تراجعا من سنة إلى أخرى، وذلك بالنظر إلى سياسة الضّغط على النفقات وتوجّه الدولة إلى حتّ المؤسسات الجامعيّة على تنمية مواردها الماليّة الذاتيّة.

6. تشهد منحة الدولة المخصصة للمؤسسات الجامعيّة تراجعا من سنة إلى أخرى، وذلك بالنظر إلى سياسة الضّغط على النفقات وتوجّه الدولة إلى حتّ المؤسسات الجامعيّة على تنمية مواردها الماليّة الذاتيّة.

جاء بطالع هذا الموقع الإلكتروني ما يلي:

Quatre types de publications sont diffusées sur le portail Cairn.info : des revues, des ouvrages, des poches (collections Que sais-je ? et Repères) et des magazines.

Ces publications sont en accès payant, exceptés :

- Les pages de début et de fin pour les ouvrages, les Que sais-je ? et Repères et certains magazines (introduction, éditorial, bibliographies, annexes etc.) ;

- Un grand nombre de numéros de revues : environ 23/ des articles de revues disponibles sur Cairn.info sont en accès gratuit.

Ces articles sont consultables par tout utilisateur, indépendamment de la création d'un compte personnel, soit à partir d'un certain temps défini par les éditeurs (il s'agit de la « barrière mobile »), soit dès leur publication. L'ensemble des numéros d'une revue peuvent ainsi être gratuits, certains numéros uniquement, ou même certains articles uniquement au sein d'un numéro, selon le choix de chacune des revues.

Par ailleurs, pour toutes les publications diffusées sur Cairn.info, les métadonnées, sommaires et résumés d'articles / chapitres sont non seulement accessibles gratuitement, mais également librement téléchargeables et intégrables, par exemple dans les systèmes d'information des bibliothèques.

7. Voir <https://cursus.edu/articles/429206/-solutions-innovantes-facilitant-laces-libre-et-gratuit-aux-savoirs-scientifiques-payants>, publié le 6 mai 2019.

والتقني التابع لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي⁸. ومع أنّ هذه الطريقة متاحة بالنسبة للباحث، فإنها قد تصعب الأمر عليه في صورة ما إذا اقتضى الأمر تحميل محتوى المرجع، ذلك أنّ بعض المراجع محمية بحقوق التأليف، ولا تمكن الباحث من الولوج إلى محتواها الكلي إلا بعد دفع رسوم مالية مقابل الانتفاع بهذه الخدمة، خلافا لبعض المواقع الإلكترونية التي تقدّم هذه الخدمة مجاناً. وتؤدي هذه الصعوبة إلى الاعتراف بوجود هوة علمية بين من يستطيع الولوج مادياً إلى هذه الخدمة، ومن تعوزه الإمكانيات المادية للانتفاع بهذه الخدمة، وهو ما يمسّ بمبدأ مجانية التعليم والبحث وكذلك من الحرية الأكاديمية التي يعتبر البحث العلمي أحد دعائمها⁹.

3 - اقتصار الباحث على ما يمكن أن يستقيه من الشبكة العنكبوتية من مراجع قانونية

أو فقه قضائية

قد يقتصر الباحث على ما يمكن أن يستقيه من الشبكة العنكبوتية من مراجع قانونية أو فقه قضائية طيلة مدة تعطل العمل البحثي الببليوغرافي، بحيث تفيده في البحث، وذلك لدراستها وتحليلها، في انتظار استئنافه لما تبقى من بحث بصفة عادية. غير أنّ ما يعيب هذا الحل هو اقتصاره على النذر القليل من المعلومات، علاوة على أنّ معظم الباحثين يتوقّرون على مختلف المراجع القانونية أو الأحكام القضائية التي تقيدهم في تناول موضوعهم منذ الشروع في العمل البحثي، علاوة على أنه لا يمكن التكهّن مسبقاً بالمدّة التي سيستغرقها الحجر الصحي الإجباري، ومعها غلق مصالحي المكتبة الجامعية.

وبالإضافة إلى ما تقدّم، يعترض باحث الدكتوراه إشكال آخر لا يقلّ عبء، يتمثل في تعطل الحركة الدولية للبحث.

ب - تعطل الحركة الدولية للبحث

غالباً ما يتطلّب البحث الببليوغرافي حركة دولية للفاعلين في مجال البحث العلمي، وذلك في اتجاهات ثلاثة: الأول ينطلق من الباحث (1)، والثاني ينطلق من المؤطر (2)، والثالث يخوض في الوضعية الخاصة للباحث الأجنبي (3).

1 - صعوبات على مستوى تنقل باحث الدكتوراه من دولته إلى دولة أخرى

يتنقل باحث الدكتوراه من دولته إلى دولة أخرى حتى يستقي من مكباتها الجامعية المزيد من المراجع الببليوغرافية، وذلك بعد أن استوفى المراجع المتوفرة في المكتبات الجامعية الوطنية، بالنظر إلى غزارة المنتج العلمي والإصدارات العلمية التي قد تفيده.

8. يوفر هذا الموقع ما يزيد عن 60.000 مرجعاً من بين الكتب والأطروحات والمقالات، وما يزيد عن 27.000 مرجعاً إلكترونيًا، وما يزيد عن 71.000 مرجعاً قانونيًا.

9. تضمن الفقرة الأولى من الفصل 33 الحرية الأكاديمية، حيث تنصّ على أنّ «الحرّيات الأكاديمية وحرّية البحث العلمي مضمونة».

وبما أنّ هذه الحركة تقتضي فتح الحدود بين الدول، وفتح المجال الجوي خاصة أمام تنقل الأشخاص، فإنّ ذلك لا يتحقق في فترة الحجر الصحي التي تميّزت بإغلاق المجال الجوي والحدود البحرية والحدود البرية، وهو ما تعذّر معه السفر من دولة إلى أخرى لاستكمال الرّصيد الجغرافي للباحث، كما تعذّر معه مواصلة تنفيذ التّعهدات الدوليّة المبرمة في إطار التعاون الدوليّ المجسّد عبر برامج محدّدة واعتمادات موظّفة في التشجيع على الحركة البحثيّة، على غرار برنامج Erasmus + الممولّ من الاتحاد الأوروبي، والذي خصّص جزءه الأوّل إلى الحركة العلمية والإدارية، أو برنامج Horizon 2020¹⁰ أو في إطار منح التداول، أو في برامج علمية دوليّة خصوصيّة أخرى.

ولعلّ البعض من طلبة الدكتوراه، وبعد أن تقرّر تمتيعهم بإحدى هذه الآليات بعنوان السنة الجامعية الحالية، لن يتمكّنوا من الانتفاع بها بصفة فعلية، بالنظر إلى القيود والموانع المفروضة على السفر خارج حدود البلاد، خاصّة وقد تقرّر إرجاء كافّة المأموريّات والبحوث والتربّصات بالخارج إلى أجل لاحق¹¹.

غير أنّنا لا نعلم، إلى حدّ الآن، ما سيكون مآل من تعذّر عليه استعمال المنح البحثيّة إلى حدّ اليوم، وتحديدًا إن كانت له أولويّة الحصول عليها مجدّداً أو إن كان من المتعيّن تجديد الطلب. هذا وقد يكون في تأجيل السفر إلحاق مضرّة بطلاب الدكتوراه، خاصّة بالنظر إلى صعوبة التمكن من الظروف الملائمة مستقبلاً للإقامة في الدولة الأجنبيّة، أو بالنظر إلى القيود المفروضة وفقاً للبروتوكولات الصحية المعمول بها في هذا السياق.

2 - تنقل الأستاذ الأجنبي إلى الباحثين في الدكتوراه

قد يتنقل الأستاذ الجامعي إلى الباحثين في الدكتوراه في إطار الحركة الدوليّة، وذلك كأستاذ زائر¹². ومن المعلوم أنّ ذلك يكون في إطار إنجاز إذن بمأموريّة، على ميزانية المؤسسة الجامعية الحاضنة لطلبة الدكتوراه إذا كانت هذه الأخيرة هي من طلب زيارة المدرّس والمؤطر الأجنبي.

10. Voir ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique et Horizon 2020 Tunisia Recherche et Innovation E-Book, Défis, réalisations et perspectives, (Unité de gestion Programme européen de recherche et innovation Horizon 2020), 20172020-.

11. صدر في هذا الاتجاه منشور عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي يمنع بمقتضاه التربّصات والمأموريّات والبحوث والمؤتمرات الحضورية بالخارج، وذلك إلى أن يقرّر ما يخالف ذلك.

12. أقرّ الفصل 55 من النظام الأساسي الخاص بسلك المدرّسين الباحثين التابعين للجامعات موضوع الأمر عدد 1825 لسنة 1993 المؤرّخ في 6 سبتمبر 1993 بإمكانية تسمية أساتذة زائرين للعمل بنظام كامل الوقت لمدة محدودة. أنظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68 بتاريخ 10 سبتمبر 1993، ص. 1463.

ويكون الدافع من زيارة المدرّس الأجنبي تأطير طلبة الدكتوراه من كافة الجوانب العلمية والبيداغوجيّة والمنهجية، ومساعدة المؤطرين الوطنيين في أدائهم لمهمّة التأطير بالضرورة، وذلك وفقا لبرنامج تأطير طلبة الدكتوراه وتكوينهم العلمي كما تقرّره مدرسة الدكتوراه للمؤسسة الجامعية المعنية، سواء في إطار اكتساب الأرصدة اللازمة لتحصيل الشهادة العلمية، أو للتمكّن من إدراك بعض المسائل ذات العلاقة بمنهجية البحث العلمي بالأساس، ومنها البحث الببليوغرافي.

ومن المهم التأكيد، في هذا الصدد، على أنّ تعليق المأموريّات الدوليّة خلال فترة الحجر الصحي، سواء ذهابا أو إيابا، تسبّب في عدم تمكّن متابعة الطلبة الباحثين لهذه البرامج، بما في ذلك تلك المتعلقة بإسنادهم ومساعدتهم في التمكن من منهج البحث الببليوغرافي والمصادر الجديدة التي قد تتعلّق بمواضيع أطروحاتهم.

هذا ومن الممكن تلافي بعض الصعوبات الناجمة عن هذه القيود بواسطة التأطير الافتراضي، أو التأطير عن بعد. ذلك أنّ وسائل الاتصال الحديثة تتيح إمكانية التواصل عن بعد بين المدرّسين الباحثين الأجانب وطلبة الدكتوراه، باستعمال المنصّات الرقمية الموضوعة للتواصل عن بعد. إلا أنّ فاعليّة هذا الحل تبقى نسبيّة، بالنظر خاصّة إلى الهوة الرقمية بين الباحثين، حيث لا يتوفّر لدى الكلّ وسائل الاتصال الحديثة، أو لا يتمكّن البعض من طريقة استعمالها لعدم تلقيه تكوينا أساسيا في هذا الخصوص، أو تعترضه صعوبات في الربط بالشبكة العنكبوتية بالنظر إلى عدم تغطية كامل تراب الجمهورية بشبكة الأنترنت، فضلا عن أنّ الولوج إلى أغلب هذه المنصّات يكون بمقابل مالي يستوجب التمتع بخدمة الأنترنت.

3 - الوضعية الخاصّة للباحث الأجنبي غير المقيم

تعتبر وضعية الباحث الأجنبي المسجّل بالجامعة التونسية، سواء في إطار التعاون الدولي بين تونس وغيرها من الدول، أو في إطار سياسة التسجيل بمقابل، وضعية خصوصية بالنظر إلى أنّ عددا من الطلبة الأجانب لا يقيمون بالتراب التونسي، وإنّما ببلدهم الأصلي. وقد تسبب إقرار الحجر الصحي لهم في عدّة صعوبات، تبعا لغلغ الحدود وعدم قدرتهم على القدوم إلى المؤسسة الجامعية التونسية التي تحتضنهم في إطار التسجيل بشهادة الدكتوراه، للشروع في تكوين الرصيد الببليوغرافي أو مواصلة تكوينه أو إكماله.

وإذا كان هذا الأثر قصير المدى، فإنّه يربّب أثرا على المدى المتوسط، ومفاده أنّ بعض الطلبة الأجانب مرتبطين بتعهدات مع دولهم التي تكفّلت بنفقات تسجيلهم وإعاشتهم وإقامتهم، وهي تعهدات تقضي بإنجاز الأطروحة ومناقشتها في أجل محدد، والحال أنّه يصعب، على المدى المتوسط، مراعاة هذا الأجل بالنظر إلى أنّ المرحلة الأولى في إنجاز العمل، والمتمثلة في البحث الببليوغرافي، لم تنجز بعد.

وإذا كانت هذه عينة من الصعوبات التي اعترضت باحثي الدكتوراه خلال فترة الحجر الصحي، فإنّ العراقيين استمرّت مع فرض البروتوكولات الصحيّة المنطبقة على فضاءات البحث العلمي، لتفرز إشكالات جديدة لطلبة الدكتوراه، تعيّن عليهم مجابتهها، بالتنسيق مع المؤسسات الجامعية ذات النظر.

ثانياً - أزمة البحث البليوغرافي الناتجة عن اتباع البروتوكولات الصحيّة

مع رفع الحجر الصحيّ، واستئناف النشاط العادي لكافة المصالح العمومية بصفة تدريجيّة، عادت المكتبات الجامعية بصفة تدريجيّة إلى نشاطها لتستقبل الباحثين، وخاصة منهم باحثي الدكتوراه، لكن مع التقيّد بتدابير البروتوكولات الصحيّة المعمول بها، بالنظر إلى الخطورة التي يمكن أن يمثلها استعمال الكتب والدوريات والمجلّدات بالنسبة للإصابة بالمرض.

وتشير الدراسات العلمية إلى أنّ المدّة التي تستغرقها فاعليّة فيروس كورونا المستجدّ على الكتب تقدّر بثلاث ساعات، وهي مدّة كافية لنقل العدوى من إنسان حامل للعدوى إلى إنسان آخر عن طريق لمس نفس الكتاب، خاصة إذا كان هذا الأخير مطلوباً من قبل أكثر من باحث، أو إذا وقع التعامل بين الباحث الذي استعار الكتاب وعون الإعارة بالمكتبة الجامعيّة. ولتفادي خطر العدوى بالفيروس، أو على الأقلّ للتقليص من فرص الإصابة بالعدوى، تعيّن اتباع إحدى الطريقتين التاليتين، مع التقيّد بالبروتوكولات الصحيّة المعمول بها: إمّا تمكين الباحثين بشهادة الدكتوراه من غير المدرّسين من الدخول إلى مخزن الكتب أو مخزن الدوريات (أ)، وإمّا الاقتصار على الانتفاع بالخدمات المكتبيّة بالطريقة العاديّة، أي عن طريق الإعارة (ب).

أ - الترخيص للباحثين للدخول إلى مخزن الكتب أو الدوريات

يعتبر الترخيص للباحثين للدخول إلى مخزن الكتب أو إلى مخزن الدوريات بالمكتبة الجامعيّة استثناء من المبدأ الذي يقتضي اقتصار الأطلاع على المراجع انطلاقاً من خدمات الإعارة وقاعة المطالعة. فخلافاً للمدرّسين الباحثين الذين يتمتّعون بحقّ الولوج إلى مخازن المكتبة، فإنّ الانتفاع بخدمات المكتبة، وتحديدًا تكوين الرّصيد البليوغرافي، يقتصر على الإعارة الخارجيّة. ومع ذلك، فإنّه يمكن، استثنائيّاً، وبترخيص مسبق من رئيس المؤسّسة، وتيسيراً على الباحث من جهة وضماناً لحسن سير المرفق العام من جهة أخرى، تمكين عدد محدّد سلفاً من الباحثين ولمدّة زمنيّة محدودة من الدخول إلى مخزن الكتب والدوريات، حيث توجد رفوف الكتب والدوريات والمجلّدات والموسوعات وغيرها، وحيث يوجد أعوان الإعارة أيضاً، على أن يخصّص لهم مكان بمخزن المكتبة مهياً للغرض.

وإن كان الترخيص ممكناً في الفترة العادية، فإنه، وفي ظل المخاطر التي يتسبب فيها الفيروس المستجد، قد تعترض الباحث جملة من الإشكالات تحول دون انتفاعه بنظام الترخيص المشار إليه، وذلك لعدة اعتبارات وصعوبات (1)، وهو ما يستدعي إيجاد الحلول المناسبة لحلها (2).

1 - الصعوبات المعترضة

تتمثل أولى الصعوبات في ما تمليه البروتوكولات الصحية من أن تكون المساحة المخصصة لكل شخص لا تقل عن 3 متر مربع¹³، وهو ما يؤثر في عدد الباحثين الذين يمكن الترخيص لهم للتواجد بمخزن المكتبة بالتقليص من عددهم.

ويتعلق ثاني الصعوبات بأنه يتعين الالتزام بما تفرضه البروتوكولات الصحية من إلزام الباحثين المتواجدين بلبس الكمامة وتعقيم اليدين وقياس الحرارة بصفة مسبقة، وهو ما يتطلب توعية الباحثين المستخدمين للمكتبة بهذه القيود، كما يتطلب أيضاً تكليف عون للقيام بمراقبة مدى التزام الباحثين بهذه القيود، وهو ما لا يتحقق بالضرورة، بالنظر إلى النقص الملحوظ في عدد الأعوان، وخاصة أعوان الإعارة المكتبية.

ويتعلق ثالث هذه الصعوبات بأن البروتوكولات الصحية تستوجب، إضافة إلى ما تقدم، تعقيماً دورياً لمخزن الكتب ولمخزن الدوريات، وهو ما يعدّ عملية دقيقة، بالنظر إلى أن المراجع الورقية، بمختلف أصنافها، لا يمكن أن تعرض إلى التعقيم، حيث أن ذلك يتسبب في تلفها، وإنما توجب الأمر أن تترك لمدة زمنية دون استخدام بعد كل استعمال، وهو ما يصعب مهمة التصرف في مخزون المكتبة، خاصة إذا كانت المراجع المطلوبة والمستعملة من نسخة واحدة.

ويتعلق رابع هذه الصعوبات بأن فيروس كوفيد-19 يتسبب لأعوان المكتبة في حالة من الخوف تجاه المتعاملين معهم من الباحثين، بالنظر إلى أن طبيعة عملهم تقتضي لا فقط التعامل المباشر مع الباحث، وإنما كذلك التعامل مع الكتب التي يستخدمها الباحثون، وهو ما قد يرفع من نسبة خطر الإصابة بالفيروس. وبالفعل، وعلى إثر رفع الحجر الصحي والعودة التدريجية لنشاط البحث العلمي، لاقينا تخوفاً شديداً من أعوان مصلحة المكتبة من التعامل مع هذه الطريقة في الانتفاع بخدمات المكتبة، وخاصة تكوين الرصيد البليوغرافي لطلبة الأطروحة، مخيرين التعامل مع الباحثين عن طريق شبّاك الإعارة فحسب.

13. أنظر البروتوكول الصحي لفترة الحجر الصحي الموجّه الصادر عن وزارة الصحة ووزارة الشؤون الاجتماعية (معهد السلامة والصحة المهنية)، ماي 2020.

والحقيقة أنّ هذا الاعتبار الأخير يعدّ من المسائل الدّقيقة جدّاً التي يتعيّن على المسؤول عن المؤسسة الجامعية التعامل معها، ناهيك وأنها تطرح العديد من المصالح المتداخلة، وهي مصالح الطلبة الباحثين والتي يتبنّاها هيكلهم النقابي، وممثليهم بالمجلس العلمي، والمصلحة البحثية العلمية التي تبدي في شأنها لجان الدكتوراه والمجلس العلمي برأيها وتتداول فيها، والمصلحة النقابية لأعوان المكتبة التي يجدر، أيضاً، أخذها بعين الاعتبار عند اتّخاذ القرار، كلّ ذلك دون تغليب مصلحة على مصلحة أخرى، وإنّما بالعمل على التّوفيق بين كلّ هذه المصالح مجتمعة، بما يضمن استمرارية البحث العلمي وتكوين الرّصيد البليوغرافي أو إتمامه، وحماية أعوان المكتبة من أيّ أذى قد يصيبهم، وهو من الواجبات الوظيفية المحمولة على العون، كما على الإدارة.

2 - الحلول

كان تنفيذ إحدى مداولات المجلس العلمي لكلية الحقوق بصفاقس منطلقاً لجلسة تفاوضيّة مع الهيكل النقابي الممثل لأعوان المكتبة، عرض فيه الطرف الاجتماعي مخاوفه ومطالبه، كما عرض فيها الطرف الإداري الإكراهات التي تتع على عاتقه، ومنها خاصّة ما يتعلّق باستمرارية المرفق العام والحفاظ على صحّة وسلامة كافّة مرتادي الفضاء الجامعي، ومنهم مرتادي فضاء المكتبة، حيث تمّ التّوصّل إلى حلّ أرضى جميع الأطراف، ويتمثّل في التخفيض من عدد الباحثين المرخّص لهم للدّخول إلى مخزن الكتب ومخزن الدّوريات، والتخفيض في مدّة التّرخيص، ومزيد إحكام توقيت عمل المكتبة بالنسبة للباحثين الذين يرخّص لهم في دخول مخازنها بتقسيمه إلى حصّتين يوميّتين، على امتداد خمسة أيّام أسبوعياً، مع تخصيص الحصص المتبقية لتعقيم فضاء المكتبة، وتثبيت موزعات للسائل الكحولي المطهّر بمخازن المكتبة لتعقيم اليدين قبل استعمال الكتاب وبعده، مع التأكيد على مرتادي المكتبة باحترام مقتضيات البروتوكولات الصحيّة. وقد لاقت هذه التّدابير استحسان الجميع، وهو ما ساهم في استئناف المكتبة لنشاطها في ظلّ اتّخاذ كافّة الاحتياطات اللازمة لمنع انتشار الفيروس، علماً بأنّه لم نسجّل إلى حدّ اليوم إصابات بالفيروس لدى الباحثين المرتادين لمخازن المكتبة.

إنّ من شأن هذه الاعتبارات والإجراءات والتّدابير أن توفّق بين استمرارية البحث العلمي من خلال ضمان تواصل البحث البليوغرافي وضمان سلامة كافّة مرتادي مخازن المكتبة، كما تخفف على العون عبء الإعارة عن طريق الآلية المبدئية التي سيتمّ التّعريض لها لاحقاً، فضلاً عن كونها تمكن الباحث من التّعريف على المكتبة كفضاء طبيعي للبحث العلمي والتعامل

المباشر مع الكتاب والمحافظة عليه، بما يمكن من أقلمة المرفق العام البحثي بما يقتضيه التعامل مع أزمة البحث الببليوغرافي في هذه الظروف¹⁴.

وعلى كل، تظل هذه الطريقة في تمكين الباحث في إطار شهادة الدكتوراه من خوض البحث الببليوغرافي طريقة استثنائية مقارنة بالطريقة العادية المعتمدة، والمتمثلة في التعامل مع المكتبة عن طريق مصلحة الإعارة.

ب - الاقتصار على الانتفاع بالخدمات المكتبية عن طريق الإعارة

تمثل الإعارة بالنسبة للمكتبة والباحثين السبيل المبدئي الذي يمكنهم من الانتفاع بخدماتها. وتتميز البحوث الدكتورائية مقارنة بالبحوث الأخرى في كلية الحقوق بصفاقس بازدواجية خدمات الإعارة المقدمة إليهم، حيث تتراوح بين خدمة الإعارة الخارجية (1) وخدمة الإعارة الداخلية (2)، حيث لكل خدمة خصوصياتها وإضافاتها بالنسبة لباحث الدكتوراه، وهو ما يقتضي منا التعرض إلى كيفية أقلمة خدمة كل من الإعارتين للتعامل الجيد مع الجائحة الوبائية في علاقتها بالبحث الببليوغرافي.

1 - تطويع خدمة الإعارة الخارجية

تعمل خدمة الإعارة الخارجية على تمكين الطلبة والباحثين من المراجع الورقية من خلال شبك الإعارة وفق نظام داخلي للإعارة الخارجية، يحدد واجبات الطالب أو الباحث تجاه الكتاب وتوقيت الانتفاع بهذه الخدمة على امتداد اليوم. وتعتبر الإعارة خارجية عندما يطلع الباحث على محتوى المؤلف الذي استعاره ليطلع عليه خارج فضاء المكتبة، على غرار قاعة المطالعة أو بمنزله أو بوحدة البحث داخل الكلية.

ومن المهم التطرق، في هذا الصدد، إلى الإعارة الخارجية التي تتم من مصلحة المكتبة مباشرة، حيث يقصد من خلالها الباحث شبك الإعارة بمكتبة الكلية لطلب المراجع التي يرغب في الاطلاع عليها بقصد تكوين أو إتمام رصيده الببليوغرافي.

ففي هذا المجال، اتخذت كافة التدابير المنصوص عليها بالبروتوكولات الصحية المنطبقة، وخاصة من حيث توفير موزعات السائل الكحولي المطهر بمدخل المكتبة لتعقيم اليدين، كما تم رسم علامات أرضية لإرشاد الباحثين عند عملية التنظم في الصف لتترك مسافة التباعد الجسدي المقدر بـ متر. هذا وقد وقع تعليق معلقات توعوية للتحسيس بضرورة احترام البوتوكول الصحي وتفاذي التجمعات أمام شبك الإعارة. وإلى حد اليوم، يمكن أن

14. حول مبدأ أقلمة المرفق العام أو قابليته للتطور، أنظر التوفيق بوعشبة، الوجيز في القانون الإداري العام، مجمع الأطرش، تونس، 2021، ص. 392 و 393.

نعتبر أنّ سير العمل بهذه المصلحة الطبيعي، على ضوء ما نقوم به من زيارات مراقبة وتفقد من حين لآخر، وكذلك في ضوء غياب تشكّيات خاصّة بهذه المصلحة المكتبيّة.

ومع ذلك، فإنّه اعترضت الباحث في بحثه البليوغرافي صعوبة أخرى تمثّلت في نظام العمل بالحصّة الواحدة مباشرة على إثر استئناف النشاط التدريجي للمصالح العموميّة، حيث تقرّر ذلك على مستوى كافة الإدارات العموميّة¹⁵. وقد تسبّب ذلك في تزايد الطلب على شبّاك الإعارة الخارجيّة، بالرغم من أنّ عدد أعوان المكتبة لم يتغيّر. وقد تمّ استئناف توقيت العمل بنظام الحصّتين مؤخراً، لتستعيد مصلحة المكتبة نشاطها العادي.

وبهذه الطريقتة، تتمكّن المكتبة من الاستجابة لحاجيات الباحثين من مراجع تعيدهم في إنجاز أطروحاتهم، مع ضمان احترام البروتوكول الصّحيّ الجاري به العمل، بما يمكننا من التخفيف من وطأة الأزمة البوابيّة وتأثيراتها على استمراريّة البحث العلميّ الدّكتورائيّ. ولعلّ هذه الغاية تتأكد أكثر من خلال آليّتي الإعارة الدّاخلية.

2 - تطويع فضاءات الإعارة الدّاخلية

كثيرا ما يعتمد الطلبة الباحثون في إطار شهادة الدّكتوراه على آليّات الإعارة الدّاخلية التي توفرها الكلية، بالنظر إلى المزايا التي توفرها لهم على مستوى تكوين الرصيد البليوغرافي. ويقصد بالإعارة الدّاخلية الخدمة التي ينتفع بها الباحث في تكوينه لرصيده البليوغرافي من حيث الولوج إلى المراجع المتوفرة داخل الفضاءات المخصّصة للمكتبة، أو المعتبرة كذلك. وقد خصّصت الكلية صنفين اثنين من فضاءات الإعارة الدّاخلية. يتمثل الأوّل في الفضاء الداخليّ المهيأ للمكتبة، ويتمثل الثاني في مقرّات وحدات البحث. وبالتالي، من المهمّ التمييز، في هذا الصّدد، بين الإعارة الدّاخلية التي تتمّ من مصلحة المكتبة مباشرة، حيث يقصد من خلالها الباحث قاعة خاصّة بمكتبة الكلية لطلب المراجع التي يرغب في الاطلاع عليها بقصد تكوين أو إتمام رصيده البليوغرافي، والإعارة الدّاخلية التي تتمّ من مقرّ هيكل البحث الذي ينخرط الباحث فيه¹⁶، والذي يتوفر على قدر من المراجع البليوغرافية التي تعتبر أساسية في تكوين الباحث.

وقد أُلقت الجائحة البوابيّة بضلالها على كلتا الآليّتين المستخدمتين في تكوين الرّصيد البليوغرافي، لكن بنسب مختلفة وبطرق متباينة.

15. أنظر الأمر عدد 208 لسنة 2020 المؤرّخ في 2 ماي 2020 المتعلّق بضبط إجراءات الحجر الصّحيّ الموجّه، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 37 بتاريخ 2 ماي 2020، ص. 1048 و 1049.

16. أنظر الأمر عدد 644 لسنة 2009 المؤرّخ في 2 مارس 2009 المتعلّق بضبط تنظيم مخابر البحث ووحدات البحث ومجمعات البحث وطرق تسييره، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 20 بتاريخ 10 مارس 2009، ص. 1134 وما يليها.

فبالنسبة للإعارة الداخليّة التي تتمّ من مصلحة المكتبة مباشرة، فإنّ الانتفاع بهذه الخدمة في الظروف العاديّة يمرّ بدخول الباحث قاعة البحث المهيأة والمتوفّرة على رسائل الماجستير ورسائل الدكتوراه، سواء للاطلاع عليها، أو لإضافتها للرّصيد الببليوغرافي، أو للانطلاق من قائمة المراجع المضمّنة بها.

إلاّ أنّه تعذّر على الباحثين، مع استئناف النشاط البحثي، الانتفاع بهذه الآليّة في ظروف عاديّة، بالنظر إلى وجوب مراعاة قواعد البروتوكول الصحي المتمثلة أساساً في التباعد الجسدي والتعقيم الدّوري للقاعة، والعودة التدريجيّة للعمل. وقد تطلّب ذلك اقتصار استغلال قاعة البحث على نسبة لا تتجاوز النّصف من طاقة استيعابها، بما تسبّب في بعض الصّعوبات على مستوى إمكانيّة استقبال عدد كبير من طالبي هذه الخدمة، وهو ما ترتّب عنه تكاثر الطلب إمّا على مخزن المكتبة كما ذكر أعلاه، أو على شبّاك الإعارة الخارجيّة.

وأما بالنسبة للإعارة الداخليّة التي تتمّ بمقرّ هيكل البحث الذي ينخرط الباحث فيه، فتتمثل في الخدمة التي ينتفع بها الباحثون في شهادة الدكتوراه والأعضاء بوحدة البحث، حيث تتولى هذه الوحدات تأطيرهم ومساعدتهم على إنجاز أطروحاتهم، وتوفير الظروف الملائمة لإنجازها، ومن أبرزها المراجع الببليوغرافيّة التي تتوفّر بكلّ وحدة بحث والمقتناة إمّا على ميزانيتها، أو على ميزانيّة الكليّة.

غير أنّ الجائحة الوبائيّة أثّرت في هذه الآليّة، بأن فرضت على الباحثين من بين أعضاء هذه الوحدات البحثية قيوداً وبروتوكولات صحيّة من حيث التباعد الجسدي، وتطهير مساحات الحواسيب المستخدمة، وتعقيم فضاءات وحدات البحث، والحذر عند استعمال الكتب، وضيق مساحات مقرّات الوحدات التي قد تغدّي شعور بعض الباحثين بالخوف من القدوم إليها، مخيّرين اللجوء إلى قاعات المطالعة التي تتميّز بشساعتها.

وزيادة على ذلك، تبقى هذه الآليّة المتعلقة بالبحث الببليوغرافي محدودة، بالنظر إلى عدم قدرة وحدات البحث على استيعاب عدد هام من الباحثين في شهادات الدكتوراه، علاوة على العدد المحدود للوحدات التي لا تزال ناشطة.

وقد ترتّب عن المعطيات المتقدّمة أنّ الباحثين ينزعون إلى الانتفاع مباشرة بخدمات المكتبة في تكوين الرّصيد الببليوغرافي أو إتمامه، بالنظر إلى محدوديّة الحلول التي تقدّمها هذه الآليّات في دعم البحث العلمي وتأطيره وإسناد الباحث في تكوين بنك معطيات ببليوغرافيّة متنوّعة ومتعدّدة، مع أنّ الباحث لا يفقد، بالرغم من ذلك، صفته كعضو بوحدة البحث.

خاتمة

أفرزت الأزمة الوبائية أزمة في البحث العلمي الدكتورائي، تمثلت بالأساس في قطع حبل التواصل بين الباحث والرّصيد الببليوغرافي الذي يعتبر المادّة الخام للأطروحة. وقد كان هذا التأثير متفاوتا، بتفاوت درجة التقدّم في أشغال الأطروحة، بين من كان في المراحل الأولى لتصوّر الموضوع، ومن كان في المراحل النهائية المتمثلة في الإصلاح والتواصل مع الأستاذ المشرف على العمل. كما كان متفاوتا بتفاوت التدابير الصحيّة المتخذة، بين تلك المقرّرة للحجر الصحي، وتلك المقرّرة لاستئناف النشاط البحثي مع الالتزام بقواعد البروتوكولات الصحيّة، وكذلك بحسب آليّة الولوج إلى الرّصيد الببليوغرافي المطلوب.

وعلى العموم، اقتضت الجائحة الوبائية من الباحث إعادة برمجة ترتيب أولوياته في البحث للتقدم فيه ولعدم تركه بما يضمن سهولة الرجوع إليه في أيّ وقت، كما اقتضت من الأستاذ المشرف التعامل مع وضعيات لم يألّفها سابقا في التعامل مع الباحث الذي يؤطّره، مثلما أمّلت على المؤسّسة الجامعيّة جملة من الإكراهات والوضعيات التي يجب أن تجد طريقها إلى الحلّ، في ظلّ عدم تنقيح التراتيب المتعلقة بأجال إعداد رسالة الدكتوراه، وتمسّك سلطة الإشراف بتطبيق النصّ بدون تطويعه بما يستجيب لخصوصيّة الظرف.

وعلى كلّ، فإنّ الجائحة الوبائية كشفت عن نقائص منظومة البحث العلمي الحاليّة، وعن ضرورة الشّروع في الرقمنة التدريجيّة للمكتبة وللمراجع، وبرمجة الاقتناءات الجديدة من المراجع في شكل اقتناءات إلكترونيّة، مع البحث عن مصادر جديدة لتمويل الاقتناءات.

آراء في منهجية مقدمات الأطروحات في القانون

بقلم : الدكتور: محمد محفوظ

أستاذ تعليم عال في القانون الخاص وعلوم الإجرام
ب«كلية الحقوق بصفافس» بجامعة صفاقس (الجمهورية التونسية)؛
عميد أسبق للكلية المذكورة؛ المدير الحالي لمدرسة الدكتوراه بها.

من المستقرّ عليه في أطروحات القانون أنّها تتضمّن حيّزا يقدّم للموضوع؛ وكثيراً من يرى بأن هذا الحيّز هو أهمّ ما يتضمّنه العمل، وهو أكثر ما يعطي فكرة عن داخله؛ وهو، أيضاً أكثر ما يتطلب من الحنكة في جعل القارئ يواصل قراءة ما ذكر، أو أن يكفّ عنه؛ ومن ثمّة يكون هذا الحيّز أكثر ما يرهق الباحثين؛ وهو ما يتجلّى بما يثيرونه من التساؤلات، حول مضمونه (ما يتوجّب - وما لا يتوجّب - أن يتضمّن)؛ وحول حجمه (هل ثلث العمل أم رבעه أم أكثر أم أقل؟)؛ وبزمن تحريره (هل قبل الشروع في كتابة الأجزاء أم من بعد أن يقع الفراغ من ذلك؟)؛ وتوضيبه (هل يتوجّب تقسيمه إلى فروع تلوها عناوين أم أنّه لا لزوم في ذلك؟)؛ وخصوصياته (هل هناك من اختلافات بين مقدمات في مواضيع تكون في القانون العام وأخرى تكون في القانون الخاص؟) إلى غيرها من التساؤلات التي قد تختلف من باحث إلى آخر، وفي اختصاص أو آخر؛ وفي اعتقادنا أن مجمل هذه التساؤلات من الممكن أن تجد إجابات، يقدمها من يستثيرها بنفسه لنفسه، لو أنّه يستبطن الوظائف التي هي للمقدمات في الأبحاث القانونية، بوجه عام؛ والتي لا تقتصر على التقديم للمواضيع فحسب (أولاً)؛ بل تتجاوزها لدراستها، أيضاً (ثانياً)؛ مع تنبيه القارئ بأن ما سوف أركز عليه في هذه المداخلة إنّما يتعلّق بمضمون ما ذكر، لا بشكله¹؛ وأن جميع ما أسوقه ممّا يأتي، لا يعدو أن يكون سوى من الوصفات التي من الممكن للباحث أن يستأنس بها - أو أن يخالفها - لاسيما متى اشتدّ عوده

1. يمكن الرجوع في الشكل إلى مؤلفاتنا في «المنهجية القانونية»، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، تونس 2010 و ط 2، تونس 2019؛ و«منهجية مذكرة الماجستير والأطروحة في القانون»، نشر نفس الدار، ط 1، تونس 2020؛ مع التذكير بأنهم نصيحة هنا، وهي أن يستعمل الخطاب القانوني الذي يعتمد البساطة في الأسلوب والعمق في الأفكار.

في البحث وانصرفت له القدرة على تطويع الخطاب للأفكار ولأغراض الأفكار؛ مدعماً كل ما أسوقه من الوصفات بتطبيقات تكون في موضوع اخترت أن يتمثل في «النيابة العمومية»².

أولاً: التقديم للموضوع

يقتضي ذلك التوقف عند الجمل التي يقع افتتاح الموضوع بها (أ) وبيان مضمون ما يقع التقديم له (ب).

أ - افتتاح الموضوع

يمكن أن يكون ذلك بثلاث طرق على الأقل: واحدة لها طبيعة موضوعية، وأخرى أدبية، وثالثة مزدوجة؛ وتتمثل الطريقة الأدبية في الانطلاق من حادثة لها علاقة بالمؤسسة أو بالظاهرة موضوع البحث³؛ أما من حيث الطريقة الموضوعية، فيمكن أن تختزل في جملة أو أكثر، تعلن للقارئ بأن البحث يتعلق بموضوع كذا أو كذا⁴؛ وأما الطريقة المزدوجة، فتتمثل في فقرة قصيرة تختزل فيما يصطلح عليه بعضهم بجملة الهجوم (La phrase d'attaque)، والتي من الممكن أن تكون في شكل تساؤل يلفت الانتباه إلى ما تعيشه المؤسسة - أو الظاهرة⁵ - المعنية بالدراسة من وضع⁶؛ وتبقى أهم طريقة في اعتقادنا الطريقة الموضوعية التي تعتمد أصول الخطاب القانوني، هذا الذي يكفي بالأسلوب البسيط الذي يعبر عن الأفكار بدون مؤثرات جمالية⁷.

2. كان من الممكن أن تتعلّق التطبيقات بمواضيع أخرى من مثل «القضاء العدلي»، أو «القضاء الإداري»، أو «القضاء العسكري»، أو «النظام العام»، أو «حالة الضرورة»، أو «عيوب الرضا»، أو «التأسيس للمسؤولية المدنية»، أو غيرها من المواضيع التي غالباً ما يقع اختيارها، أو بالإمكان أن يقع اختيارها من الباحثين والباحثات في القانون بماذنيه بوجه عام.

3. من ذلك - فيما يتعلق بموضوع «النيابة العمومية» - الاستشهاد برواية أدبية؛ ومن ذلك رواية الأديب الفرنسي الشهير (Marcel Aymé) الحاملة لعنوان (La tête des autres) والتي تورد قصة مدع عام ليس همه سوى أن يتحصل - بقدراته الخطابية - على أحكام بإعدام المحالين على الدائرة (الجنايئة) التي ينسب إليها؛ وتتمثل وقائع الرواية في متهم بجرمة قتل لا يريد أن ييوح مع من كان في ساعة الفعل، قصد حماية عشيقته التي ليست تعدو أن تكون سوى زوجة المدعي العام، نفسه...؛ ويستحسن في الطريقة الأدبية أن يقع ختم التقديم بجملة من الخلاصات التي يرى الباحث بتركيز عمله عليها، والتي قد تكون في هذه الرواية (بما يهّم مؤسسة النيابة العمومية) توزع المدعي العام فيها بين ما يحركه من اعتبارات شخصية (الإشعاع في المسار) وأخرى اجتماعية (الحقيقة الصّارة به...).

4. من ذلك في موضوع «النيابة العمومية» افتتاح المقدمة بما يلي: «يتعلّق موضوع هذه الأطروحة بالنيابة العمومية».

5. كثيراً ما يتعلّق الأمر في المجال القانوني بمؤسسات منه بظواهر؛ ومع ذلك فمن الظواهر ما يكون حرياً بالدراسات القانونية، ومنها ظاهرة الطلاق، أو ظاهرة العنف الأسري، وظاهرة الإرهاب، وظاهرة تبييض الأموال؛ أما من المؤسسات القانونية، فكثيراً ما تتمثل في مصطلحات قانونية (من مثل الجريمة الإرهابية، وجريمة تبييض الأموال، والغلط، والتغريب، والإكراه - كعيوب رضا -، وغيرها)؛ مع لفت الانتباه بأن موضوع النيابة العمومية، إنما يتعلّق بمؤسسة قانونية، لا بظاهرة قانونية.

6. من ذلك في نفس الموضوع «أما أن الوقت لاعتماد مراجعات في نظام النيابة العمومية».

7. وبناء على ما تقتضيه الطريقتان الأخرتان من قدرة على التركيز على ما هو محوري في الموضوع، ومن سعة اطلاع على الروايات الأدبية بالنسبة للأولى واللذين قد لا يتوفّران للباحث أو الباحثة في فترة التقديم للبحث.

ب - مضمون التقديم

من المتّجه في التّقديم للموضوع أن يقع التّركيز على أهمّيته؛ ويقع تحديد ذلك - بحسب نظرنا - في مكانته الواقعيّة بالمنظومة الاجتماعية عموماً، وفي موقعه بالمنظومة القانونيّة، بوجه خاص؛ وهو الموقع أو المكانة اللّتين غالباً ما تدعوان الباحث إلى التّذكير بما يحكم الظّاهرة - أو المؤسّسة - المعنيّة بالدراسة من الأحكام (في معنى القواعد القانونيّة المنطبقة عليها)⁸؛ وبأصولها التّاريخيّة (هل هي ممّا أفرزته المنظومة القانونيّة المعنيّة بالدراسة، أم أنّها ممّا وقع تلقّيه من منظومات قانونيّة أخرى؟)؛ وبظروف تلقّيها من قبل المنظومة القانونيّة المعنيّة بالبحث، وبتطوّراتها... من دون أن يمنع ذلك التّذكير ببعض البديهيّات⁹؛ ويا حبّذا لو يقدّم الباحث جملة من الإحصائيّات للتّدليل على ما يجسّم تفسّري الظّاهرة، أو مكانة المؤسّسة بالمنظومة المعنيّة بالبحث¹⁰. وربّما يكون من أهمّ ما يتوجّب ذكره في التّقديم لموضوع الأطروحة، التّذكير بالمعطيات التّاريخيّة وبأهمّ العناصر القانونيّة المنظّمة للمؤسّسة أو المنطبقة على الظّاهرة مناط البحث؛ والمقصود بالعناصر القانونيّة المنطبقة على الظّاهرة أو المنظّمة للمؤسّسة مناط البحث ما يحكم هذه أو تلك من نصوص قانونيّة، قديماً¹¹ وحديثاً، في المنظومة المعنيّة بالأطروحة وفي غيرها من المنظومات المؤثّرة أو المتأثّرة بما ذكر¹²؛ ومن تطوّر للنصوص بما أضيف لها من تنقيحات؛ وبما تتألّف به من قرارات قضائيّة تكون صادرة عن هيئات القضاء الإداري أو عن هيئات القضاء العدليّ؛ وفي اعتقادنا أن لا فرق في ذلك أن يكون الموضوع من مواضع القانون العامّ بمختلف شعبه، أو

8. من ذلك في موضوع «النّياية العموميّة» القول: «والنّياية العموميّة مكانة هامّة في المنظومة القانونيّة لبلادنا؛ فهي حلقة أساسيّة في منظومة القضاء العدليّ، مع وكلاء الجمهوريّة، والوكلاء العامّين للجمهوريّة، والمدعين العامّين، وأعوان الضّابطّة العدليّة وغيرها من التّسميات؛ وربّما وجدنا لها بعض الشّبه في منظومات القضاء الإداري مع مؤسّسة نائب الدّولة؛ وتتولى مختلف هذه المؤسّسات تمثيل المجتمع لا في المجال الإداري، فحسب، بل وفي المجال المدنيّ أيضاً ثمّ وبدرجة خاصّة في المجال الجزائيّ، وفي الإجراءات الجزائيّة بالخصوص».

9. من ذلك في نفس الموضوع إيراد ما يلي: «وما يتّجه في الطّروف التّاريخيّة لهذه المؤسّسة أنّها لم تكن موجودة في المجتمعات الإسلاميّة؛ ربّما من أسباب ذلك أن القاضي لا يقضي في النزاعات المعروضة عليه باعتبار مصالح الأطراف فقط، بل وباعتبار مصالح المجموعة أيضاً؛ فالمؤسّسة لها تاريخ فرنسيّ بالأساس؛ وقد ظهرت بفرنسا بما يسمّى محامو الملك (Les avocats du Roi) والذين كانوا يدافعون على مصالح العرش الذي أخذ شيئاً فشيئاً يختلط بمصالح المجتمع؛ وفي فترة الثّورة الفرنسيّة، أصبح هؤلاء يدافعون على مصالح المجتمع ككل، وهو ما انعكس على تسميتهم من محامين الملك إلى محامي العموم (Les avocats généraux)».

10. ومن ذلك في موضوع «النّياية العموميّة» نسب القضاة فيما ذكر، ومقارنة أرقامها بقضاة القضاء الجالس.

11. في هذا الحيز يمكن أن تذكر بعض الآيات القرآنيّة وبعض الأحاديث النّبويّة، وبعض النّظريّات الفقهيّة، لاسيما تلك التي لها علاقة بالمذهب المنطبق بالبلاد؛ على ألاّ يقع ذلك بالنّفس التّمجيدّي الذي نجده لدى الوعاظ، بل بالنّفس الموضوعي المتجرّد من كل اعتبارات عقائديّة، حتى لا يقع التّزيّد بالإيجاب أو بالسلب على تلكم الأحكام، بما يعكس فقدان الموضوعيّة في البحث؛ وهو ما نجده - ويا للأسف - في جلّ المقدمات؛ ولا نرى مانعاً من أن يتحاشى الباحث ذكر ذلك، متى أفقده موضوعيّة.

12. ذلك ما يضيف على الحيز قيمة مقارنة.

القانون الخاص بمجمل تفرعاته؛ والتَّخْلَص من كلِّ ذلك بجملته أو أكثر تكون منعطفاً للتقديم لدراسة الموضوع، هذه المرّة¹³؛ وكل ما ذكر من النِّقَاط، يمكن أن يكتفي ببعض الصِّفحات التي لا لزوم في أن تتجاوز أصابع اليد الواحدة، وفي أقصى الحالات أصابع اليدين؛ خلافاً للتقديم لدراسة الموضوع الذي له أن يستغرق باقي الصِّفحات المعيّنة للمقدمة، عامّة، والتي يوجد توجّه لدى مجمل البيداغوجيين على ألا تتجاوز عشر العمل.

ثانياً: التقديم لدراسة الموضوع

يقتضي التقديم لدراسة الموضوع (وهو - في اعتقادنا - الأهمّ) عرض العناصر التي يقع اعتمادها في طريقه (أ)؛ غاية في إيصال القارئ إلى ما يمكن الاصطلاح عليه بعقده الموضوع أو البحث (ب).

أ - عناصر الطُّرق

من هذه العناصر ما يصلح لتحديد الموضوع (1)؛ ومنها ما يذكر بما أنجز فيه من أبحاث (2).

1 - تحديد الموضوع

يقتضي ذلك أن يقع التوقّف عند العبارات الاصطلاحية المستعملة في عنونته؛ السبب في ذلك ما حصل عليه من توافق بمجال الدّراسات القانونية عموماً، من أنّه إذا ما كان للقانون أن يتّصف بصفة العلم، فبناءً على ما تقتضيه الكثير من مفرداته من الدقّة؛ ولسنا نضيف شيئاً، إذا ما أردنا ذلك بالقول بأن المصطلح يختلف عن المفردة السائدة في اللغة التي تشرح بالرجوع إلى قواميس اللغة¹⁴؛ خلافاً للمصطلحات التي تشرح بالرجوع إلى كتابات الفقهاء وإلى ما يتزايد في المجال من قواميس قانونية¹⁵؛ وإذا ما كان للمصطلحات هذه الأهميّة بالمجال القانوني وبالطُّروحات التي تنجز فيه، فبناءً على ما يتضمّن كل مصطلح من محتوى معيّن فيه، مع ما يعبر عنه بالمفهوم فيه؛ كما يقتضي تحديد المصطلح بتمييزه

13. يمكن أن يكون ذلك بجملته أو أكثر تكون على النحو التالي: «وبناء على ما للظاهرة (أو للمؤسسة) المذكورة من الأهميّة الواقعيّة، فمن البديهي، أن يقع الاهتمام بها وذلك بتخصيص بحث لها».

14. إن ما يلاحظ في الأبحاث عامّة بعض الإفراط في هذا الحيز؛ خاصّة التوقّف عند العبارة وأصلها التلائي، واشتقاقاتها (من فعل، وإسم، ومصدر)؛ كالقول مثلاً بأن «النيابة مصدر لفعل 'ناب' و'أناب' ومعناه مثل»، وهكذا؛ وغالبا ما يقع الاعتماد في ذلك على مرجع يكاد يكون هو الأوحّد المعتمد من مجمل الباحثين وهو «لسان العرب» لـ«ابن منظور»، وهو ما نرى بوجوب التنقيص منه.

15. لا يقتصر هذا النمط من النتاج القانوني على شرح المصطلحات، وإنّما إلى تناول مؤسسات قانونية، أو ظواهر اجتماعية لها اعتبارٌ بالمجال القانوني، بما يأتي على عناصر تنظيمها بالتذكير بأهمّ ما يحكمها من نصوص قانونية، ومن تطبيقات قضائية، ومن شروح فقهية؛ كل ذلك باتّباع طريقة العرض الأبجدي؛ وبذكر ما يتوفّر في الموضوع من المراجع الفقهية، أيضاً؛ وبذكر العلاقة بين كل موضوع وموضوع عن طريق ما يعرف بالآلية المفاتيح...

عما هو متقارب منه...¹⁶؛ وكلها معطيات يتوجب على الباحث أن يتوقف عندها بما يمكن من فهم بقية عمله. ومن مقتضيات تحديد الموضوع أيضا، أن يقع تطويقه؛ وهو ما يكون بتمييزه عن الظواهر الشبيهة، وتفرقة عن المؤسسات المتقاربة، والتي من الممكن أن تحدث خلطا مع هذه أو تلك، أو تأثيرا في هذه أو تأثرا بتلك؛ وفي هذا الحيز بالذات يمكن للباحث أن يتخلص من المسائل التي يتوجب عليه تناولها؛ أو تلك التي استحيل عليه، بناء على ما توجه إليه، تناولها... من دون أن يمنع عليه ذلك بعض التدقيق (المتجسم ببعض الإطناب) في تناول المؤسسات المتقاربة، أو الظواهر الشبيهة؛ ومع التركيز فيما ذكر أيضا على المراجع التي يجوز للباحثين الآخرين الرجوع إليها لاكتساب مزيد من المعلومات حول المتقارب، إن شاؤوا؛ كل ذلك حتى لا يظهر الباحث أنه قصر في الأمر، أو أنه استعمل الحيز بمثابة من يستعمل «سلة المهملات» للتخلص مما لن يدرسه، أو مما استحال عليه درسه، كما يقال¹⁷.

2 - الكتابات في الموضوع

على الباحث أن يكون مستبظنا في هذا الصدد للتمييز بين المصدر والمرجع؛ فما يتوجب عليه أن يذكره، في هذا الحيز، المراجع (أي المؤلفات القانونية) لا المصادر (التمثلة - كما بينا - في عناصر المنظومة المذكورة التي رأينا باستحسان إيرادها في آخر الحيز المعين لتقديم الموضوع)؛ ومن الممكن للباحث، متى كان متأكدا من نفسه أن يذكر بانعدام ذلك، أو على الأقل أن يجلب الاهتمام إلى النقصان فيه؛ وهو ما يضيء أهمية على بحثه هو بالذات¹⁸؛ كما لا مانع من أن يذكر بما كتب في نفس الموضوع من قبل فقهاء أجانب، في منظوماتهم؛ وهو ما يتطلب منه ملائمة ذلك إلى المنظومة المعنية ببحثه؛ أما عن كثرة المراجع في نفس الموضوع، فعلى الباحث أن يبين أهمية بحثه فيها، المتمثلة في الغالب إلى إدخال بعض التناسق في كثرتها؛ ولا مانع في هذا الحيز بالذات من أن يذكر بما أثر فيه أكثر من غيره؛ لا أن يسكت عن ذلك؛ خاصة اعتبارا لما تتوجه له منظومات البحث عموما من مكافحة لظاهرة الانتحال، وخاصة أيضا، المنظومات المعلوماتية التي تمكن من

16. يتوجب في بحث يكون عنوانه «النيابة العمومية» المقصود بمفردة «النيابة» التي تقتضي التمثيل، والعمومية التي تقتضي تمثيل المجتمع ككل؛ كما أنه من المتوجب أن يقع التوقف عند مصطلحات أخرى، كثيرا ما تنصهر في عبارة «النيابة العمومية» ومنها مصطلح «الإدعاء العمومي»، ومصطلح «القضاء الواقف» وتمييز ذلك عن «القضاء الجالس»؛ وهكذا.

17. من ذلك في موضوع يتعلق بالنيابة العمومية، التذكير ببعض المؤسسات المنقشية في كثير من الدول الإسلامية، مع «هيات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»، والتي يصطلح عليها بـ«فرق الحسبة» هنا، وبـ«الشرطة الدينية» هناك، وبـ«فرق الإرشاد» هنا أو هناك... مع إظهار ما يميز هذه الفرق والهيئات عن النيابة العمومية؛ وبما قد تتأثر به هذه في عملها بتلك، لاسيما في مجمل الدول العربية الإسلامية...

18. من الممكن أن يكون ذلك بجملة أو أكثر؛ من ذلك في موضوع يتعلق بـ«النيابة العمومية»، مرة أخرى، القول: «ومع الأهمية الواقعية التي تتمتع بها مؤسسة النيابة العمومية، في منظومتنا القانونية، فإن الكتابات فيها تكاد تكون منعدمة؛ بل وهي من القلة بمكان؛ ومن الممكن أن نذكر في هذا الشأن بمقالة فلان، وكتاب علان»؛ وهكذا.

التعرّف على ما يكون مصدره غير شخصي للباحث¹⁹، كل ذلك للوصول إلى عرض ما يمكن الاصطلاح عليه بعقدة البحث.

أ - عقدة البحث

تتشكّل هذه العقدة بأربع عناصر، وهي: إشكاليّة البحث، من جهة (1)، والفكرة المحوريّة التي يركّز عليها، من جهة ثانية (2)، والمنهج الذي يتخيّر الباحث اعتماده في إنجازها، من جهة ثالثة (3)، والخطة التي يعيّن لها لذلك، من جهة رابعة (4).

1 - إشكاليّة البحث

قلّما تجد تعريفا دقيقا لذلك؛ حتّى أنّك لتجد في الكتب المعيّنة للمنهجيّة عموما وللمنهجيّة القانونية خصوصا ترددا في ذلك، غالبا ما يخفي عدم التمكن من قبل المؤلفين أنفسهم من المفهوم²⁰؛ فهناك من يرى بأن الإشكاليّة هي «السؤال (الأهم)» الذي يثيره الباحث في بحثه؛ وهناك من يرى بأنها عبارة جامعة لما يثير لا سؤالاً واحدا بل عدّة أسئلة؛ وهناك من يرى بأنها «المفارقة» التي يثيرها الموضوع²¹؛ وما نراه أنّ الإشكاليّة هي الجانب الذي يركّز عليه الباحث بحثه أو «الزاوية» التي يتخيّر الباحث في توجيه بحثه؛ وما يتوجّب لفت انتباه الباحثين إليه، أنّ الزوايا أو الجوانب التي تكون حريّة بتلقّيها كإشكاليات للأبحاث لا تردّ إلى واحدة؛ فالكثرّة سمتها الغالبة؛ وهو ما يوجب على الباحث أن يذكر بمجملها أو على الأقل بأغلبها، وأن يتخيّر ما يبدو له منها حريّا بالاهتمام، وأن يبرّر اختياره لها بمبررات معقولة²²؛ ومن ذلك - بالخصوص - ما يمكنه من الإجابة على أقصى ما يثيره البحث من الإشكالات

19. يمكن ذلك أن ينعكس بفقرة أو أكثر تكون محرّرة على النحو التالي: «الكتابات في النيابة العموميّة تكاد لا تحصى؛ نجد ذلك، في المنظومة الأمّ (الفرنسيّة) التي أنشأتها، وفي المنظومات الأخرى التي تلقّتها منها (ومنها المنظومة المصريّة، والمنظومة التونسيّة، والمنظومة المغربيّة، وغيرها كثير)؛ وقد وقع التعرّض إلى المؤسّسة في مجمل ما كتب بمادّة الإجراءات الجزائيّة، سواء في مؤلّفات عربيّة أو فرنسيّة؛ وهو ما يستدعي التأمّل فيما ذكر، بما يمكن اختزال أهمّ الأحكام المنظمة للمؤسّسة في كل بلاد أنشأتها أو تلقّتها؛ مع لفت الانتباه إلى أنّ زخم الكتابات في وظائف النيابة العموميّة بالمادّة الجزائيّة، إنّما تقابله قلة ملفّقة للانتباه في المادّة المدنيّة؛ وهو ما سوف نسعى إلى تفاديّه في هذا العمل...».

20. ذلك ما بيّناه في الكتب التي خصّصناها نحن أيضا للمنهجيّة القانونيّة، خاصّة كتابنا «منهجيّة مذكرة الماجستير وأطروحة الدكتوراه في القانون»، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2020.

21. ربّما كانت فكرة «المفارقة» أكثر ما يضيف غموضا عن الإشكاليات؛ من أسباب ذلك أنّه ليس من السهل أن يقع إبراز مفارقة في كل موضوع؛ ثم وبدرجة خاصّة إلى تمبيح ذلك بجملة تكون من الطول، بحيث أنّها تمبيح الفكرة التي يفترض أن تكون للباحث؛ وفي اعتقادنا أنّ فكرة المفارقة، هي ممّا يفقد الأطروحة دقّتها بناء على ما ينبو المفارقات في الغالب من قلة الدقّة.

22. من ذلك في موضوع يتعلّق بـ«النيابة العموميّة» القول: «الإشكاليات في موضوع النيابة العموميّة كثيرة؛ من ذلك ما يهّم هيكلتها؛ ومنها ما يهّم وظائفها؛ ومنها ما يهّم نجاعتها؛ وتبدو لنا إشكاليّة النجاعة أكثر ما يوجب الاعتبار، لا لكونه يشمل سائر الإشكاليات الأخرى، بل وكونه يتواءم مع موقف لنا من الأطروحة، ترى بأن الغاية من هذه ليس بالمعرفة فقط، بل ولتطوير المنظومة القانونيّة أيضا...».

أو المشاكل²³؛ وربما كان من ذلك مدى توفّق المؤسّسة مناط الدّراسة في تحقيق أغراضها، أو نجاعتها؛ أو بالتركيز على غرض لها، من مثل حماية المجتمع، أو الأطراف المعنيّة بها²⁴؛ كل ذلك بناء على ما نعتقده من وجوب استغلال عنصر آخر في المقدمات وهو فكرة البحث.

2 - فكرة البحث

هي الفكرة (المحوريّة) التي يقع عليها بناء البحث وتوجيهه؛ وفي اعتقادنا أنّها تتوافق مع يصطلح عليه غيرنا بـ«فرضيّة البحث»؛ وإذ نتخيّر عبارة «الفكرة (المحوريّة)» عن «فرضيّة البحث» فبناء على أنّ المجال القانوني ليس بالمجال العلميّ البحث، حيث التجربة والتأكد من التجربة²⁵، بل ذلك الذي تحكمه أفكار؛ وسواء وقع استعمال تسمية «فرضيّة البحث» بمثل ما يرى الكثير من زملائنا المحترمين أو «الفكرة (المحوريّة) للبحث» بمثل ما نرى نحن، فالمقصود بذلك - في جميع التسميات - موقف يقع تأسيس البحث عليه؛ ويعود ذلك - في قناعتنا - إلى تسمية «الأطروحة» من جهة وإلى الطبيعة الأكاديميّة التي تميّزها عن الأعمال ذات الطبيعة البيداغوجية، من جهة أخرى؛ فالعمل البيداغوجي أنموذجه الدّرس الجامعيّ الذي يقتصر فيه صاحبه على تقديم معلومات بطريقة تعتمد أقرب ما يمكن إلى التّرصيف؛ خلافاً للعمل الأكاديميّ الذي يعتمد طريقة العرض حول فكرة (محوريّة) يقع البناء عليها؛ ومن ثمّة تختلف غاية هذا عن ذلك؛ فالدّرس غايته التّعريف بأقصى ما يكون من العناصر التي يستعملها القاضي أو المحامي أو غيرهما في مهنته؛ خلافاً للأطروحة التي تتمثل غايتها في فهم الظواهر والمؤسّسات القانونيّة، بما يمكن من تقييمها بمنظومة بحثه، اعتماداً على

23. الفرق بين الإشكاليّة من جهة والإشكال أو المشكل، من جهة أخرى، هو أنّ للمشكل أو للإشكال طبيعة واقعيّة مختزلة في نقطة معيّنة، بخلاف الإشكاليّة التي من الممكن أن تشمل مجموعة لا تحصى من المشاكل أو الإشكالات؛ وقد جرى العرف المنهجيّ على استعمال المشكل (أو الإشكال) القانونيّ في تحليل القرارات القضائيّة والتعليق عليها؛ خلافاً للإشكاليّات التي تعتمد في المقالات وفي غيرها من الأعمال البحثيّة (يراجع في ذلك مؤلفنا «المنهجيّة القانونيّة»، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة 1 تونس 2010، وطبعة 2، تونس 2019).

24. يمكن للحيّز الذي يهّم الإشكاليّة في موضوع يتعلّق بالنيابة العموميّة أن يصاغ بالنّحو الآتي: «الإشكاليّات في موضوع النيابة العموميّة كثيرة؛ ومن ذلك الوجاهة في الإبقاء على المؤسّسة المذكورة بمنظومة تكتسحها اعتبارات المصلحة العامّة، لا سيّما مع ظاهرة الاحتساب والحسبة؛ وهو ما قد يؤوّل إلى التّساؤل أيضاً عن مدى توفّق هذه المؤسّسة في حماية الحقوق والحرّيات؛ وفعلاً نفيّد العديد من المنظومات القانونيّة بأن ما تتولّاه النيابة العموميّة من وظائف كثيرًا ما يؤوّل إلى إرهاب الحرّيات المذكورة، هذا إن لم يكن إلى إهدارها؛ وهناك إشكاليّة أخرى تنطلق من الوجاهة على الإبقاء على المؤسّسة المذكورة، ولكن بالتّساؤل عمّا يمكنها من تحقيق أغراضها الرّامية إلى الإقتصار على حماية المجموعة بما لا يتجاوز ذلك؛ وقد تضطرّ الواقعيّة القانونيّة إلى تخيّر الإشكاليّة الأخيرة في الدّكر، وهي إشكاليّة تحسين مردود النيابة العموميّة والتّساؤل عن الطرق الكفيلة بذلك...».

25. وفعلاً يقع الحديث عن فرضيّات للبحث في مجالات تكتسحها التجربة؛ ومن ذلك العمل في موضوع معدن الحديد، مثلاً للقول بأن الفرضيّة تتمثل بتأثره بالطقس، قولاً بأنّه يتمدّد في الصّيف ويتجمّع (أو يتقلص) في الشّتاء؛ وهو ما يوجب أخذ احتياطات فيما يصنع به من أدوات تعتبر ذلك.

ما يراه صاحبها من أغراض تحققها؛ وهو ما يعطي قيمة (قصوى) للمنهج الذي يعتمده الباحث في بحثه.

3 - منهج البحث

هناك الكثير مما قيل والأكثر مما يمكن أن يقال في هذا الصدد، خاصة مع ما درجت عليه عديد المقدمات من اللغو (من مثل القول بأن الباحث سوف يعتمد في بحثه المنهج التحليلي، أو المنهج الوصفي...)؛ وكثيرا ما يقع الإضافة إلى ذلك بعض العبارات التي لا ترمي إلى إضفاء الطبيعة العلمية على العمل سوى في الظاهر²⁶؛ ومن ذلك عبارة «المقاربة»؛ ويردّ السبب في مجمل ما تتخبط فيه الأبحاث من «التجويف» هنا، ما يحوم في مفهوم «المنهج» من الغموض؛ وربما تمكن الباحث من تضادي ما ذكر، بالتعرّف على أنّ المقصود بالمنهج هو التمشي الذي يتوخاه الباحث في إنجاز بحثه؛ وهو تمش قانوني يتطلب منه التعريف بالمؤسسات القانونية بدرجة أولى²⁷؛ وتحليل ذلك بعين الناقد، اعتبارا إلى ما للأطروحات من طبيعة أكاديمية - لا بيداغوجية - بالأساس²⁸؛ وبأنّ غايتها تطوير ما تتع دارسته، لا الاكتفاء بمعرفته، فحسب؛ ويدخل في التمشي، أن يوضّح الباحث إذا ما كان ينوي الاقتصار على منظومة بلاده، أم أنّه التفتّح على منظومات أخرى، مع تحديدها، وتبرير اختياره لها هي من دون غيرها²⁹؛ وهو ما يمكن اختزال المناهج في ثلاث: منهج مقارن يتجاوز المنظومة الداخلية إلى منظومات أجنبية؛ ومنهج تحليلي يكفي بالتعريف بعناصر المنظومة القانونية التي غالبا ما تختزل في

26. من ذلك ما يتردّد في عديد الأطروحات، من أنّ صاحبها سوف يعتمد المنهج الوصفي، أو المنهج التحليلي، من دون أن يبيّن المقصود بذلك.

27. من ذلك ما يردّده بعضهم من أنّه سوف يعتمد المقاربة القانونية؛ حال أنّ ما يهمّ في الأبحاث ذات الطبيعة القانونية، هي المقاربة المذكورة؛ على أن لا مانع من أن يلفت الباحث في بحثه إلى تأثير المقاربة المذكورة بالاعتبارات العقائدية، أو الأخلاقية، أو الفلسفية، أو الاقتصادية أو غيرها.

28. نذكر مرّة أخرى بأن العمل البيداغوجي، هو ما يقتصر على المحتوى المعرفي (أي ذلك المتمثّل في التعريف بالمؤسسات القانونية، فحسب؛ وهذا شأن الوسائل بدرجة أولى)؛ خلافا للأعمال الأكاديمية التي يقع التركيز فيها على الطريقة البحثية خاصة بالتركيز على ما سوف نعود له لاحقا من إشكالية بحث، ومن فكرة محورية في ذلك، يسعى الباحث إلى التقيّد بهما في بحثه، وإلى التركيز عليهما لطرحة.

29. من المؤسف أن يكون ذلك بجمل أنموذجية، لا تعدو أن تكون سوى من قبيل اللغو؛ وهو وضع كثيرا ما يتردّد فيه الباحثون بسبب عدم فهمهم لمادّة القانون المقارن، ولغايات المادّة المذكورة...؛ وربما ساعد هذا التطبيق المتعلق بالنيابة العمومية تضادي المحذور الذي كثيرا ما يقع فيه الباحثون؛ «ولن نقصر في دراستنا هذه على ما يحكم مؤسسة النيابة العمومية من الأحكام أو السلوكيات في منظومتنا الوطنية، بل وما يحكمها من هذه ومن تلك في منظومات أخرى؛ وسوف نعود في ذلك إلى منظومات شبيهة منّا، ومنها المنظومة المغربية، والمنظومة الجزائرية، والمنظومة المصرية؛ ولا يفوتنا التنبيه إلى أنّ مجمل هذه المنظومات قد أخذ من المنظومة الفرنسية، وهو ما يبرّر رجوعنا إلى المنظومة المذكورة؛ مع التركيز على تطوّر المؤسسة المعنية بالدراسة في هذه البلاد، ومدى توفّقها أو اختلافها عن تطوّرهما في البلدان الأخرى، بناء على ما يحكم كل بلاد وبلاد من أوضاع كثيرا ما تؤل إلى تحريف المؤسسات هنا عمّا هي عليه هناك، حتّى لا يقال إلى نسخها هنا بخلاف ما هي عليه هناك...».

القانون الوضعي؛ ومنهج نقدي يتجاوز ذلك إلى إظهار مواطن قوتها ومواطن ضعفها (وهو من المناهج المحبذة في الأطروحات)، اعتماداً على اعتبارات القانون الطبيعي... ومن كل ما ذكر من المناهج يمكن لخطة البحث أن تتأثر في اختيارها وفي تشكيلها.

4 - خطة البحث

هي ما يضيف على البحث صبغة التنظيم والتنظيم؛ وهي التي تمكن الباحث من تفكيك الموضوع ومن ترتيب أفكاره بشأنه³⁰؛ وهي أيضاً ما يعكس اتجاهه فيما يرمي إليه من عرضه، وفيما يريد أن يوصل قارئه إليه بذلك؛ فبفضل الخطة المذكورة، يتغير خطاب العمل، من ذلك الذي يختلط فيه الحابل بالنابل (Le charabia)، إلى ذلك الذي تحكمه الأفكار (وهو المفضل)؛ وهو الذي يضيف على البحث العمل الأكاديمي الذي يتقيد بالفكرة المحورية، وبجملة من الأفكار الأخرى التي تدرج في الفكرة المذكورة، أو تتفرع عنها، أو تقتضيها؛ وكل ما ذكر غالباً ما يتطلب من الباحث عملية استنباط ليس من السهل على الجميع إتقانها؛ وهو ما يضطره إلى التفكير في عمله بما يجعله يضيف عليه صبغة شخصية، لا أن يقتصر على إيراد أفكار الغير ومقولاتهم؛ وهو ما لا ينصرف له إلا بكثرة القراءات، لاسيما تلك التي تكون خارجة عن مجال اختصاصه، من مثل الاقتصاد، وخاصة الفلسفة، وما يحكمها من منطق³¹... وكل ما ذكر يتوجب أن يعكس على صياغة العناوين المشكلة للخطة التي يقع تخييرها، حيث يجتمع فيها صدى للموضوع المطالب بطرقه، والإشكالية التي وقع تخييرها لتوجيهه، والفكرة المحورية التي وقع تخييرها لتكريزه؛ ومن هنا يتأكد تميز عناوين الأطروحات باعتبارها أعمال لها طبيعة أكاديمية عن عناوين الأعمال التي تكون لها الطبيعة البيداغوجية (وعلى رأسها الدروس الجامعية)، حيث غالباً ما تستعمل هذه عبارات موضوعية (من مثل: طبيعة المؤسسة، ووظائف المؤسسة؛ وشروط القاعدة، وآثار القاعدة؛ وظروف الظاهرة، وآثار الظاهرة؛ وهكذا)؛ خلافاً لتلك التي تتطلب أن تختزل أفكاراً وأن تكون معبرة على أفكار (من مثل: أزمة الطبيعة وغموض الوظائف...؛ وهكذا³²).

30. لو أن الأمر يتعلق بالنيابة العمومية، وانطلاقاً من فكرة الإزمنة، يمكن للموضوع أن يتفكك، وذلك بتخصيص حيز إلى أسباب ما ذكر، وحيز آخر إلى تفادي ذلك...

31. كثيراً ما تلتم هذه الخصال للباحث من قراءة الأبحاث الفلسفية، والمصطلحات الفلسفية...

32. يمكن لأطروحة يكون موضوعها النيابة العمومية، وإشكالية فيما ذكر تركز على جانب النجاعة، وعلى فكرة محورية تعتمد الأزمنة أن تصاغ عناوينها، على النحو الآتي: أزمة فيما يتعلق بمكونات النيابة العمومية (I)، وأزمة فيما يتعلق بوظائف النيابة العمومية (II)؛ ونرى كيف أن صياغة كل عنوان من هاذين العناوين يتضمن عبارة «النيابة العمومية»، وهو ما يربط العنوان بالموضوع؛ كتضمنه لعبارة «المكونات» التي يمكن ربطها بإشكالية النجاعة التي وقع تخييرها من الباحث؛ وتضمنه لعبارة «الأزمة» التي من الممكن تعويضها بعبارات مرادفة أو تعبر عن ذلك باستعمال كلمات من نوع «غموض» فيما يتعلق بالمكونات أو «تردد» فيما يتعلق بالوظائف.

خلاصة القول، فيما يمكن من الإجابة على مجمل ما يمكن لصاحب الأطروحة أن يطرحه على نفسه من التساؤلات، أن لا فرق في مقدمات ما ذكر بين مادة قانونية وأخرى؛ ولا لزوم في حجمها أن يتجسم بعدد معين من الصفحات مقارنة بالحجم الإجمالي للعمل³³؛ وربما كان من المفيد أن يسبق الباحث عمله بتحرير بعض الصفحات بالنسبة لما هو أساسي (حتى لا يتردى في تكرار ما يفترض أن يكون قد أوردته فيها في خلال أجزائه) على أن يعود إليها بعد أن يكون قد أنهى تحرير مجمل أجزائه، لإيراد ما استقصى عليه ذكره، فيها. وعسى أن بعض التشابه حرية بإعطاء مزيد من الأفكار عن كنه المقدمات، ووظائفها، والطرق التي يتوجب أن يقع بها عرض ما تتضمنه من المعطيات؛ من ذلك - فيما يتعلق بالطريقة المذكورة - أنها أقرب ما يكون إلى واجهات المتاجر التي يقتصر فيها أصحابها على عينات لما لهم من سلع داخلها، في كون أرقامها ما تستحث القراء لقراءة ما فيها، من دون أن يقع ذلك بجزئيات جزئياتها³⁴؛ وهي - فيما يتعلق بوظائفها -، بمثابة الدرس (الأولي) الذي يسديه الحرفي (نجار، حداد، وغيرهما) إلى متدربيه، بتعريفه على ما يتعامل به في صنعه من مواد، وعلى ما يستعملوه من آلات في تشكيل ذلك؛ وهي - فيما يتعلق بكنهها - بمثابة المرافعة الطويلة النفس في موقف يتقّمصه الباحث، يتولى به توجيه عرضه إلى ما يمكنه من الدود عنه من أول كلمة وإلى آخر كلمة فيه³⁵...؛ وعسى أنه هذه الملاحظة حرية جعل الباحث يختار لنفسه منهاجاً في التقديم يكون له أثراً في ذلك، وهو أن من يريد معرفة في موضوع ما، إنما يعود إلى المؤلفات ذات الطبيعة البيداغوجية، لا إلى الأطروحات ذات الطبيعة الأكاديمية؛ وأن من يعود إلى ما ذكر، هو في الغالب من يريد أن تكون له نظرة تقييمية في موضوع البحث، بما يمكنه من تحسين المؤسسة، أو مكافحة الظاهرة (متى كانت سلبية) أو تشجيعها (متى كانت إيجابية)؛ فذلك ما يمكن من كتابة التميز لهذه الأطروحة، أو الاندثار للأخرى؛ وهو أمر لا يلتزم بعدد الصفحات التي تكون لهذه أو تلك؛ وإنما بما تتضمنه من أفكار تتميز به هذه عن

33. هناك من يرى بأن المقدمة لها نفس القيمة هي والأجزاء، حيث لا يستغرب أن ترى يوماً من ينادي بأن يكون لها نفس الحجم الذي يكون لأحد أجزاء الموضوع؛ وفي اعتقادنا أن أهمية المقدمة كيفية، لا كمية؛ وهناك قاعدة معيارية (Norme) تجعل حجم مقدمات الأطروحات في حدود العشر من حجم ما ذكر (أي في أطروحة يكون حجمها 300 أن تكون المقدمة في حجم 30 صفحة)؛ وما نراه نحن، أن لا لزوم في اعتماد قواعد حسابية، قد تضطر الباحث إلى التجني على نفسه بما يجعله يتردى في ظواهر الحشو؛ وهو ما يمكن أن ينزل بمقدمة أطروحة تبلغ الـ300 صفحة، إلى الـ20 صفحة أو إلى ما يزيد عن الـ30 صفحة؛ فالعبرة في كل ما يقع الاستقرار عليه أن يكون هناك خيط رابط بين كافة أجزاء (أو تقسيمات) المقدمة، بحثي لا يشعر القارئ بالملل أو أنه يهدر وقته في قراءة ما يقع التقديم به.

34. يمكن للباحث أن يستعين في ذلك بإثارة بعض الأسئلة، من دون إطناب...

35. يمكن للفكرة المحورية في موضوع يتعلق بالنيابة العمومية أن تتمثل فيما قد يراه الباحث من أزمة في هذه المؤسسة؛ أو من عدم ملائمة في النظم القانونية التي تلقته؛ وهو ما قد يؤول إلى طرح تساؤل له علاقة بما ذكر: هل يتوجب الإبقاء على هذه المؤسسة أم إلغاؤها، أو على الأقل تحويلها بما يجعلها متلائمة مع المنظومات التي وقع تلقيها فيها...

تلك؛ وهو ما يتحدّد بالرجوع إلى تسميات الأشياء لا إلى ما ساد من أفكار مسبقة حولها؛ ومن ذلك، أنّ الأطروحة كيف لا كمّ؛ فكم من أطروحة ضخمة غمرها التّاريخ؛ وكم من أطروحة في صفحات معدودة قوّضت المجال القانونيّ، ولو بعد حين³⁶.

36. لنا مثال على ذلك في كتيب (Cesar Beccaria) الحامل لعنوان (Traité des délits et des peines) الذي ليس بأطروحة ولكن كان من الممكن أن يكون كذلك وهو في اعتقادنا أقرب ما ينبغي أن تكون عليه الأطروحات، فيما حقّقه من تقويض للمنظومات الجزائية في العالم الحديث بصفة عامّة . . .

التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في القانون الدولي الخاص

بقلم : الدكتور: عدنان يونس مخيبر¹

كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق

تمهيد

يعد التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي من الاتجاهات الحديثة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية نتيجة التطور الذي تمر به الدول في مجال العلاقات الاقتصادية والتجارية، كون أغلب الأحكام الأجنبية المطلوب تنفيذها حديثاً تتعلق بالعقود التجارية وأحكام التحكيم التجاري الدولي، وإذا ما أريد تنفيذ هذه الأحكام في دولة أخرى غير تلك التي صدر فيها الحكم يتوجب توافر شروط أساسية في هذا الحكم ومنها أن لا يكون مخالفاً للنظام العام لدولة التنفيذ، كون هذا الحكم يصدر باسم سيادة دولة أجنبية، وأمر تنفيذه سيكون باسم سيادة دولة أخرى، وهذه هي عقدة المشكلة، فانفصال سلطة القضاء عن سلطة التنفيذ، وإخضاع كل منهما لسيادة دولة غير التي تخضع لها الأخرى، يطرح إشكالية مدى الاعتراف بالأحكام الأجنبية التي يكون جزء منها مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ، كون عدم الاعتراف بأثار الأحكام الأجنبية ورفضها بصورة مطلقة لمخالفة جزء منها للنظام العام لدولة التنفيذ يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية من جهة ومن جهة أخرى يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في محيط المعاملات الخاصة الدولية، وتوفيقاً لما تم ذكره فإن الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص تؤمن بفكرة التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي بشرط انفصال الجزء المخالف للنظام العام عن بقية أجزاء الحكم الأجنبي وذلك لعدم إنكار كل قيمة قانونية لهذه الأحكام الأجنبية.

المقدمة

لم تعد مسألة التنفيذ الجزئي للأحكام الأجنبية من طرف القضاة تشكل خرقاً للمبادئ الأساسية لبلد التنفيذ في الوقت الحالي، لأنها أصبحت ضرورة أملتتها التطورات التي رافقت العلاقات القانونية، وهذا ما يؤكد جانباً من الفقه، بأن هناك اعتبارات لها وجاهاًتها توجب

1. dnanywns2@gmail.com

على الأقل إنكار بعض آثار الحكم، وليس كل آثاره، وهذا يبدو واضحاً في العصر الحديث لاستمرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الدولي، لأن الدول لم تعد محددة بحدودها السياسية، بل أصبحت تتعدى هذه الحدود لتتصل بحياة المجتمعات الأخرى، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يحتم الواقع الجديد الذي يمر به العراق على المشرع العراقي إعادة النظر في تنظيمه لمسائل تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928، كون قواعده لم تعد تتلاءم مع الواقع الاقتصادي الجديد بما يجعلها تواكب التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي أكدها الدستور العراقي لسنة 2005 في المادة (25) منه بالقول: «تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتبوع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتمميته»، وذلك لتحقيق اعتبارين: الأول يتمثل في حماية الحقوق المكتسبة واستقرار التعامل في ميدان المعاملات الدولية للحفاظ على مصالح الأفراد الخاصة الدولية عبر الحدود، والاعتبار الثاني يتمثل بعدم المساس بمبدأ هام هو مبدأ سيادة الدولة على إقليمها، ويلاحظ أيضاً أن الاتجاه الغالب بين دول العالم هو الاعتراف بأثار الأحكام الأجنبية، لأن عدم الاعتراف بأثار الحكم الأجنبي يخل بالمعاملات الدولية من حيث الاستقرار الواجب لها، ويترتب على ذلك الاعتراف بخلو الأحكام الأجنبية من العيوب الجوهرية التي تعيق تنفيذها، وبالتالي فإن الأحكام الأجنبية ليس كلها تكون قابلة للتنفيذ في الدولة العراقية، وإنما ينبغي من حيث المبدأ استحصال قرار بتنفيذها من محكمة عراقية للتحقق من خلو هذه الأحكام من العيوب الجوهرية التي تعيق تنفيذه في العراق عن طريق دعوى الأمر بالتنفيذ، فإذا كان الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في العراق مخالفاً للنظام العام، فإن المحاكم العراقية تمتنع عن تنفيذ الحكم الأجنبي بكامله دون البحث في الجوانب الأخرى للحكم الأجنبي والتي قد تكون غير مخالفة للنظام العام. لكن في ظل الاتجاهات الحديثة في تنفيذ الأحكام الأجنبية يتم التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في حالة مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام من خلال حصر عدم التنفيذ فقط بالجزء المخالف للنظام العام وحده دون بقية أجزاء الحكم الأخرى وهذا هو جوهر موضوعنا.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في أن التحليل الدقيق لأحكام قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 تتصف بالعمومية ولا تعطي حلاً دقيقاً للحالات المعروضة أمام القضاء العراقي لغرض إصدار أمر بالتنفيذ بصدد الحالات المستحدثة في تنفيذ الأحكام الأجنبية، كما أن قواعده تقتصر إلى عنصر التوقع مما يترتب على ذلك رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية بصورة كلية في حالة مخالفة جزء منها للنظام القانوني لقاضي دون إعطاء القاضي صلاحية

التنفيذ الجزئي للأجزاء الأخرى من الحكم الأجنبي غير المخالفة لنظامه القانوني، وأمام هذا الجمود في قواعد قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي بات من الضروري إيجاد آليات جديدة لتطوير قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون العراقي من أجل جعلها أكثر ملائمة مع الواقع والتطور السياسي والقانوني والاجتماعي الذي حصل في العراق.

أهمية البحث

نظراً للتطور الهائل الذي حصل في جميع مجالات الحياة ولاسيما في المعاملات الإلكترونية مما يتطلب حماية لهذا التطور من خلال توفير الضمانات القضائية الفعالة التي تساعد في إيصال الحقوق لأصحابها، والتي تستلزم تنفيذ الأحكام التي تصدر خارج الدول التي أصدرت الحكم ارتأينا أن نبحث هذه الفكرة.

فرضية البحث

إن فرضية البحث تدور حول إثبات أمرين:

الأول: قصور منهج قواعد قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928، وقدمه مما يجعل هذه القواعد غير قادرة على مجابهة التحولات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

الثاني: محاولة لإيجاد حلول في القواعد العامة لنجعلها تتناغم مع الاتجاه الحديث في تنفيذ الأحكام الأجنبية بخصوص الحالات المعروضة أمام القضاء العراقي بما يلائم التحول الاقتصادي والاجتماعي في العراق.

منهجية البحث

تم اتباع منهج الأسلوب المقارن في بحثنا هذا من خلال المقارنة بين النصوص القانونية المقارنة وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928.

خطة البحث

في ضوء ما تقدم سنبحث الاتجاهات الحديثة في تنفيذ الأحكام الأجنبية ومدى انسجامها مع قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي، بسبب عدم وجود قواعد تجيز هذا التنفيذ، وذلك من خلال مبحثين المبحث الأول سنبين فيه التأصيل القانوني للتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي والمبحث الثاني الاتجاهات الحديثة في تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المبحث الأول: التأصيل القانوني للتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي

يقصد بالحكم القضائي الأجنبي: « الحكم الذي يصدر من محكمة أجنبية مؤلفة في الخارج واكتسب الدرجة النهائية، وأقر حقوقاً مدنية أو تجارية بتفويض مدني سواء كان صادراً

من محكمة مدنية أو جنائية أم محكمة متعلقة بالأحوال الشخصية⁽²⁾. وإن غالبية دول العالم ومن بينها العراق لم تنكر الاعتراف بالحكم الأجنبي بل على النقيض تسمح بتنفيذه، لأن الإنكار بصورة مطلقة يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية ويعوق تطور العلاقات التجارية والاقتصادية وما يؤدي في النهاية إلى اضطراب المعاملات الدولية، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مفهوم التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي، وفي المطلب الثاني سنتناول الطبيعة القانونية للتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي.

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي

يقصد بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي بأنه: «وضع الحكم الأجنبي موضع التنفيذ وذلك بأن يلزم المحكوم عليه جبراً بأداء ما حكم به للمحكوم له في دولة أخرى، غير الدولة التي أصدرت محكمتها هذا الحكم»⁽³⁾.

كما أن تنفيذ الأحكام الأجنبية يكون على صورتين: أولهما تنفيذ كلي للحكم الأجنبي متى ما توفرت فيه شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية التي نصت عليها الأنظمة القانونية⁽⁴⁾. والصورة الثانية صورة جزئية أي منح الصيغة التنفيذية الجزئية للحكم الأجنبي باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام للدولة المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم كون قاعدة النظام العام في هذا البلد أمره⁽⁵⁾. وهو ذات الأمر بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة «إذ يطبق الجزء الذي ليس -هو كذلك غير مخالف للنظام العام- يكون الأمر كذلك في حالة ما إذا كان الحكم أو القرار القضائي الأجنبي جزء منه مخالف للنظام والجزء الآخر ليس بذلك فيجوز تنفيذ الجزء الذي لا يعارض مع النظام العام وإمكانية إصدار أمر بالتنفيذ ومنح الصيغة التنفيذية بشأنه»⁽⁶⁾.

2. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015، ص 311.

3. عباس العبودي، م س، ص 311.

4. المادة 298 من قانون المرافعات المدنية المصري، والفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998، المادة 605 من قانون تنفيذ الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 8-9 لسنة 2008، والمادة (6) من قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928.

5. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1 بن يوسف بن خده، كلية الحقوق، 2008 - 2009، ص 72.

6. نجات دهامنة، تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015 - 2016، ص 71.

وإنّ منح الحكم الأجنبي «الصيغة التنفيذية الجزئية تؤدي إلى منح أجزاء الحكم الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام في البلد المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي القوة التنفيذية التي كانت تنقصه»⁽⁷⁾.

ويتضح من التنفيذ الجزئي هدفين: الأول الغائي وهو إلغاء الجزء المخالف للنظام العام وبالتالي يتم الدفاع عن المبادئ والقيم الاجتماعية والدينية والاقتصادية والسياسية للدولة المراد منها تنفيذ الحكم الأجنبي، والهدف الثاني هي وقائي يتمثل بالمحافظة على مصالح الأفراد عبر الحدود في محيط المعاملات الخاصة الدولية⁽⁸⁾.

وبالتالي يمنح الحكم القضائي الأجنبي الصيغة التنفيذية الجزئية، متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن النواحي الأخرى وليس لها أن تدخل عليه أي تعديل من شأنه أن يوسع مداه سواء بالنسبة للموضوع أم بالنسبة للخصوم، مادام طلب التجزئة ممكن ولا تعترضه صعوبات تطبيقية ومادام أن هذا الجانب من الحكم لا ينطوي على مخالفة للنظام العام⁽⁹⁾. فإن هذا التنفيذ يؤدي إلى منع الجزء المتعارض مع النظام العام واستبعاده عن الحكم الأجنبي، أي بمعنى الاطاحة بالجزء المخالف للنظام العام وإبعاده عن التنفيذ، وبهذا يكون النظام العام قد أدى دوره الأساسي في حماية النظام القانوني الوطني من خلال تحقق أول أثر من أثاره هو استبعاد جزء من الحكم الأجنبي المخالف له⁽¹⁰⁾.

وتقدير مدى اعتبار جزء من الحكم الأجنبي مخالف للنظام العام من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ، مهتدياً في ذلك بالأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية السائدة في دولته⁽¹¹⁾، وعلى ذلك لا يجوز تنفيذ حكم أجنبي في العراق إذا تضمن الاعتراف بآثار الزواج المثلي لأنه في هذا الزواج لا يستطيع القاضي فصل الجزء المخالف للنظام العام عن بقية الأجزاء لوجود ترابط وثيق بين أجزاء الحكم وهنا يمنع إعطاء الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية.

7. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 602.

8. صالح جاد المنزلاوي، والاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والأعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 180.

9. صالح جاد المنزلاوي، المصدر السابق، ص 226.

10. وعرف الفقيه (جو دو ليوري) النظام العام في الفقه الغربي بصفة عامة بأنه ((مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين وبما يناسب علاقاتهم الاقتصادية)). قريقر فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2016 - 2017، ص 21.

11. صالح جاد المنزلاوي، المصدر السابق، ص 223.

وهناك اتجاه في الفقه يذهب إلى أن هناك اعتبارات لها وجاهاتها توجب على الأقل إنكار بعض آثار الحكم، وليس كل آثاره، والسبب في ذلك أن الحكم القضائي هو بمثابة حجر الأساس في صرح القانون⁽¹²⁾.

وفقاً لما تقدم، فإن الفقه⁽¹³⁾ يسلم بالصيغة التنفيذية الجزئية للحكم الأجنبي في حالة إعمال فكرة النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية في نطاق أضيق من نطاق إعمال هذه الفكرة عند تطبيق القوانين الأجنبية، وذلك احتراماً للحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في الخارج.

وبناءً على ذلك، فإن التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي يقصد به: «منح الصيغة التنفيذية لجزئية من الحكم الأجنبي، متى كانت هذه الجزئية قابلة للانفصال عن الأجزاء الأخرى وليس لها أن تدخل عليه أي تعديل من شأنه أن يوسع مداه سواء بالنسبة للموضوع أم بالنسبة للخصوم، مادام طلب التجزئة ممكن ولا تعترضه صعوبات تطبيقية ومادام أن هذا الجانب من الحكم لا ينطوي على مخالفة للنظام العام»⁽¹⁴⁾.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي

إن الطبيعة القانونية لمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية الجزئية هي استثناء من القاعدة الأصلية التي لا يجوز التوسع في أمر تطبيقه أو تفسيره إلا للضرورة، وبالقدر الذي تسمح به تلك الضرورة وذلك عندما يتعلق الأمر بتصميم المصالح العليا الحيوية للمجتمع التي تتادي بها كل الأنظمة القانونية في تنفيذ الأحكام الأجنبية بأن يستوفي الحكم الأجنبي شروط تنفيذها ومن ضمنها شرط عدم مخالفته للنظام العام للدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي⁽¹⁵⁾. ويتضح من هذا أن المبدأ الأصلي هو تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يستوفي جميع شروط تنفيذه وفق ما أشارت إليه المادة السادسة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928⁽¹⁶⁾، والاستثناء هو التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي، وهذا الطابع

12. الفقه العربي فؤاد عبد المنعم رياض، جابر جاد، عز الدين عبدالله نقلاً عن: اشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2006، ص 456.

13. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، 2004، ص 287، د. عبده جميل غصوب، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي، ص 456.

14. صالح جاد المنزلاوي، المصدر السابق، ص 226.

15. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص 287.

16. المادة (6/د) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي والتي تنص على «ان لا يكون سبب الدعوى مغاير للنظام العام في نظر القوانين العراقي».

الاستثنائي لفكرة التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في القانون الدولي الخاص مهم وضروري، لاتساقها مع حاجة المعاملات الدولية.

والبعض الآخر من الفقه القانوني يذهب بالقول أن الطابع القانوني للتنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي ما هو إلا تطبيق لفكرة الأثر المخفف للنظام العام في مجال تنازع القوانين لكنها مقيدة بعدم تعارضها مع النظام العام لدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها، وهذا الاتجاه ذهب إليه جانب من الفقه المصري اقتداءً بالفقه المقارن وبصفة خاصة في فرنسا، وذلك على أساس أن القاضي الوطني يمكنه أن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي أو بحق أو مركز قانوني نشأ في الخارج وفقاً لقانون أجنبي ولو لم يكن القانون الوطني يسمح بهذا الحق أو المركز القانوني إذا ما طلب منه إقراره إعمالاً لذلك القانون الأجنبي، ففي ذلك احترام للحقوق والمراكز القانونية التي نشأت صحيحة في الخارج. وكذلك أخذ القضاء اللبناني بفكرة الأثر المخفف للنظام العام في ميدان الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في لبنان ومنها القرار الصادر من محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 10/27/1964 والذي جاء فيه: «أن النظام العام لا تمسه تصرفات أجنبي تحصل خارج لبنان وفقاً لأحكام أجنبية تخضع لها تلك التصرفات، كما لا تمسه تصفية شركة لأجنبي تخضع لأحكام قانون أجنبي يسمح للمرء بالتصرف بحرية بأمواله بأعمال تجري أثناء حياته وبأعمال مضافة إلى ما بعد الموت»⁽¹⁷⁾.

ونحن نرى أن التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي هو استثناء من المبدأ الأصلي الذي أكدته المادة السادسة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي الذي يقضي بوجود توافر شروط تنفيذ الأحكام، وينحصر دوره في تنفيذ الجزء غير المخالف للنظام العام وإعماله لجزء المخالف للنظام العام، وفقاً لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي، في الأحوال التي لا يكون فيها ترابط بين أجزاء الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في الدولة. ولاشك في سلامة هذا الاتجاه للأخذ به في العراق على أساس اتساقها مع حاجة المعاملات الدولية¹⁸.

وفي ضوء ما تقدم، فإن فكرة التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي تقوم على مبدأ الفصل بين أجزاء الحكم الأجنبي أي يمكن قبول التنفيذ الجزئي لهذا الحكم واستبعاد الجزء المخالف بشرط أن يكون ممكناً الفصل بين أجزائه دون أن يؤدي ذلك إلى تعديل في مضمونه، كما لو صدر حكماً من المحاكم الفرنسية لصالح زوجة فرنسية في مواجهة زوج عراقي قضى من جهة بتطليقها، بسبب إبرام زوجها لعقد زواج ثاني، ومن جهة أخرى ببطلاق الزواج الثاني، هنا يقوم القاضي العراقي بتنفيذ الجزء المتعلق بالطلاق دون الجزء الخاص ببطلاق الزواج

17. اشرف عبد العليم الرفاعي، المصدر السابق، ص 501، د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007، ص 638.

18. صالح جاد المنزلاوي، المصدر السابق، ص 229.

الثاني¹⁹. أي يتم فصل الجزء المخالف للنظام العام لدولة المراد تنفيذ حكم الأجنبي فيها عن أجزاء الحكم الأجنبي الأخرى غير المخالفة للنظام العام والتي تكون جديرة بالتنفيذ فيما وراء هذه الجزء المستبعد.

وهذا ما أكده القضاء الجزائري في القرار الصادر من المجلس الأعلى بتاريخ 1984/6/23 وذلك بنقض القرار الصادر من مجلس تيزي وزو بتاريخ 1982/4/19 جزئياً والمتضمن الموافقة على حكم الدرجة الأولى الذي منح بمقتضاها الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقاً لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليه أيضاً المقدر %12 والتي يجيزها القانون الفرنسي المختص والتي تعتبر وفقاً للقانون الجزائري ممنوعة بناءً على ما جاء في نص المادة (453) من القانون المدني الجزائري التي تمنع تقاضي الفوائد بين الأشخاص الطبيعيين، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئياً، فيما يخص الحق المدعي اكتسابه طبقاً للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة تأسيساً على أن هذا الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر يعتبر مخالفاً للنظام العام في الجزائر²⁰.

المبحث الثاني: الاتجاهات الحديثة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

إن رفض الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية بصفة مطلقة يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية ومصالح الأفراد وتوفيقاً بين هذين الاعتبارين استقرت غالبية دول العالم على الاعتراف بفكرة الآثار الجزئية للأحكام الأجنبية وتنفيذها ولكن بشروط وقيود معينة، ولتفصيل هذا الكلام تقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في الأول الشروط الموضوعية لإعطاء الصيغة التنفيذية الجزئية للحكم الأجنبي وفي المطلب الثاني موقف القانون المقارن من التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإعطاء الصيغة التنفيذية الجزئية للحكم الأجنبي

وضعت الدول شروطاً لتنفيذ الأحكام الأجنبية للمحافظة على سيادة الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها والتي تأخذ به مختلف النظم القانونية سواء كانت قوانين داخلية أو اتفاقيات دولية، إضافة لهذه الشروط العامة توصلنا إلى أن هناك شروطاً خاصة يجب توافرها في التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي لذا سنوضح ذلك في الفقرتين الآتيتين:

19. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص410.

20. خالد شويرب، المصدر السابق، ص72

الفقرة الأولى: الشروط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية

ليرتب الحكم الأجنبي آثاره في دولة غير الدولة المصدرة له ويكون قابلاً للتنفيذ لا بد من أن تتوفر فيه شروط معينة من أجل منحه أمراً بالتنفيذ لذا سنقوم بالبحث بهذه الشروط من خلال الاتفاقيات الدولية وأحكام قوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية:

1 - الاتفاقيات الدولية

وبصدد هذا الموضوع نذكر بعض الاتفاقيات الدولية المبرمة بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق كما يأتي:

أ - صادقت جمهورية العراق على اتفاقية تنفيذ بعض الأحكام الصادرة في إحدى دول الجامعة في سائر دول الجامعة بموجب قانون رقم 35 لسنة 1956 والتي جاءت في المادة الأولى منها مبيّن مفهوم الحكم الأجنبي في المادة الأولى: (كل حكم نهائي مقرر لحقوق صادر عن هيئة قضائية في إحدى دول الجامعة العربية يكون قابلاً للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقاً لهذه الاتفاقية).

ب - اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية العراقية وجمهورية مصر العربية بموجب قانون رقم 194 لسنة 1964.

ج - صادقت على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي بموجب قانون رقم 110 لسنة 1983 وان جميع الاتفاقيات المبرمة بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية تفرض ذات الشروط والتي تتمثل بما يأتي²¹:

- 1 - بأن يكون الحكم صادر من محكمة مختصة؛
- 2 - أن يكون الحكم فاصلاً في المنازعات المدنية أو التجارية أو بتعويض صادر من محاكم جزائياً أو متعلق بأحوال شخصية،
- 3 - أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي فيه؛
- 4 - أن لا يكون الحكم مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام بالنسبة للطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ؛
- 5 - أن تكون الأحكام القضائية قابلة للتنفيذ لدى الطرف التابعة له المحكمة التي أصدرت الحكم؛

21. د. سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل، العاتك لصناعة الكتب، بغداد، ص 53 وما بعدها.

- 6 - أن لا يكون الحكم صادرا ضد الحكومة المطلوب منها التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة؛
- 7 - أن لا يتعلق الحكم بالإجراءات الوقتية أو التحفظية والأحكام الصادرة في قضايا الإفلاس أو الضرائب والرسوم؛
- 8 - أن لا يتنافى الاعتراف بالحكم أو تنفيذه مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها لدى الطرف المطلوب منه الاعتراف أو التنفيذ.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر بتاريخ 2017/10/17 عندما نظرت محكمة الأحوال الشخصية في بغداد في الدعوى المقدمة من المدعي والتي تطلب فيها تنفيذ حكم صادر من محكمة الشارقة الابتدائية الإماراتية والخاص بتسليم طفل (علي محمد رمضان) ووفقاً لاتفاقية الرياض المصادق عليها بقانون رقم 110 لسنة 1983، وأن المادة (3) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 أوجبت على من يريد تنفيذ حكم أجنبي أن يقيم الدعوى لدى محكمة البداية لإصدار (قرار بالتنفيذ) وأن المادة (31) من اتفاقية الرياض قضت بأن الاجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم وتنفيذه تخضع لقانون الطرف المطلوب منه الاعتراف بالحكم في الحدود التي لا تقضي بها الاتفاقية بغير ذلك، وإذ أن الاتفاقية لم تنص على نوع المحكمة التي تتولى إصدار الحكم وتركت المسألة لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي والذي نص على اختصاص محكمة البداية بإصدار قرار التنفيذ وعلى محكمة البداية مراعاة شروط المادة السادسة، إذ أن محكمة الأحوال الشخصية في بغداد جديدة نظرت الدعوى وفصلت في موضوعها على خلاف قواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام مما يجعل حكم محكمة الأحوال الشخصية في بغداد واجب النقص وأحالت الدعوى إلى محكمة بداية بغداد الجديدة لإكمال النظر فيها حسب الاختصاص²².

لكن في ظل النظام العام في القانون الدولي الخاص المستحدث والذي كان يسمى في السابق النظام العام المجموعاتي، حيث أصبح إلزاماً على أي قاضي ينتمي إلى هيئة قضائية داخلية لدولة من دول الاتحاد احترامها إلى جانب نظامه العام في بعده الدولي عند وجود عنصر أجنبي²³. وهذا النظام العام المستحدث يلزم القاضي الذي ينتمي إلى أحد دول الاتحاد بحماية نظامين قانونيين أحدهما تقليدي والأخر مستحدث.

22. القرار منشور على الموقع الإلكتروني www.hjc.iq

23. درار كريمة، بلعاسي عمر، النظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى المركز الجامعي بلحاج بوشعيب - عين تموشنت - معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر 2018-2019، ص 58.

2 - أحكام قوانين تنفيذ الأحكام الأجنبية

إن التشريعات القانونية في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية نصت على ضرورة توافر شروط معينة لتنفيذ الأحكام الأجنبية ومنها المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص رقم 97 لسنة 1998 في الفصل (11) منه وكذلك المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية المصري في المادة 298 والمشرع العراقي في المادة السادسة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 والتي جاء فيها: «يجب أن تتوفر الشروط الآتية بأجمعها في كل حكم يطلب إصدار قرار التنفيذ بشأنه وتتنظر المحكمة من تلقاء نفسها في توفر هذه الشروط سواء دفع المحكوم عليه من أجلها أو لا: أ- كون المحكوم عليه مبلغا بالدعوى المقامة لدى المحكمة الأجنبية بطرق معقولة وكافية للتبليغ. ب- كون المحكمة الأجنبية ذات صلاحية بالمعنى الوارد في المادة 7 من هذا القانون. ج- كون الحكم يتعلق بدين أو مبلغ معين من النقود أو كون المحكوم به تعويضا مدنيا فقط إذا كان الحكم الأجنبي صادرا في دعوى عقابية. د- أن لا يكون سبب الدعوى بنظر القوانين العراقية مغايرا للنظام العام ه- أن يكون الحكم حائزا صفة التنفيذ في البلاد الأجنبية.»

وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر بتاريخ 1982/1/30 بأن: «محكمة بداءة الكرخ لا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم الأجنبي إلا في أحوال أربعة عددها هي عدم اختصاص الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم وعدم تبليغ الخصوم ومخالفة الحكم للنظام العام أو الآداب العامة... الخ»²⁴.

على الرغم من أن الفقه يصف المادة السادسة المذكورة أنفاً جاءت بتعبير ضيق لفكرة النظام العام، إذ اقتصر النص على وجوب عدم تعارض الحكم مع النظام العام من حيث سبب الدعوى التي صدر الحكم فيها فقط، لأنه من الناحية العملية قد لا يكون سبب الدعوى مخالفا للنظام العام، وإنما يأتي الحكم بمضمون مخالف للنظام العام، فما هو الحكم مثلا لو عرض حكم أجنبي على القضاء العراقي وكان سبب الدعوى لا يخالف النظام العام، وإنما تضمن الحكم ما يخالف النظام العام؟

24. في دعوى امام محكمة بداءة الكرخ طلب فيها مدير العام لشركة إعادة التأمين العربية في بيروت اصدر قرار بتنفيذ الحكم الصادر من محكمة بداءة بيروت ضد المدعى عليه ن، ع، م ثم احدث المدعي دعوى منظمة فوحدت محكمة بداءة الكرخ الدعويين واصدرت الحكم المميز، الذي يقضي بالزام المدعي عليه ن، ع، م بأن يؤدي للمدعي مبلغ (2886) دينار حيث ذهبت محكمة التمييز العراقية بان محكمة بداءة الكرخ ملزمة بإصدار قرار بتنفيذ الحكم الصادر من محكمة بيروت طالما تنفيذ هذا الحكم مستوفيا لشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق وهذا اكدته في قرارها الصادر بتاريخ 1982/1/30 المذكور اعلاه، والمنشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني .

في هذه الحالة يذهب الفقه بالقول على القاضي رفض التنفيذ وذلك إعمالاً للقواعد العامة²⁵.

حيث أن لو كان مضمون الحكم الصادر من محكمة بداءة بيروت مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في العراق فإن محكمة التمييز العراقية سوف تنقض الحكم استناداً لنص المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل، لأن المادة السادسة عبرت عن النظام العام بتعبير ضيق وحسب الرأي الراجح في الفقه على القاضي رفض التنفيذ وذلك إعمالاً للقواعد العامة.

ومن خلال موقف الفقه نستنتج أن مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية التي اكتسبت في الخارج مقيّدة بعدم تعارضها مع النظام العام العراقي بدرجة خطيرة، لأنه في حالة تعارض الأحكام الأجنبية بشكل جسيم مع النظام العراقي، يستطيع القاضي العراقي رفض تنفيذها عن طريق نص المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل إعمالاً للقواعد العامة. وعند ذلك ينتج الدفع بالنظام العام العراقي آثاره كاملة دون أي تخفيف.

الفقرة الثانية: شروط التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي

الشرط الأول: أن إعمال فكرة النظام العام في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يجب أن يكون محصوراً في نطاق أضيق من نطاق إعمال هذه الفكرة عند تطبيق القوانين الأجنبية. فلو كان النظام العام يحول في بعض الفروض دون الاعتراف بالحق الناشئ تطبيقاً للقانون الأجنبي، فإن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي قرر هذا الحق بالفعل قد لا يتعارض بالضرورة مع النظام العام²⁶.

الشرط الثاني: يجب أن يكون التنفيذ الجزئي ضمن الحدود اللازمة لحماية الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام العام بطريقة يكفل معها تطبيق قواعد قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي والاتفاقيات الدولية، وينسجم مع الغاية من إعمال هذه الأداة، لكون النظام العام يشكل استثناء على مبدأ تنفيذ الأحكام الأجنبية الوارد في المادة السادسة فيجب عدم التوسع في إعماله وحصره في أضيق حدود وهذا ما يسلم به الفقه والقضاء في مختلف الدول²⁷.

25. د. طلال ياسين العيسى، علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، ع 1، 2009، ص 323.

26. د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص 287.

27. وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الشرط في قرار صادر لها بتاريخ 2006/5/9 حول إثبات النسب الطبيعي فجاء فيه (إذا كان إثبات البنوة الطبيعية لا تتعارض مع الاسس والمفاهيم الفرنسية بالنسبة للنظام العام الدولي، فإن ذلك لا ينجم عنه حرمان الولد الفرنسي الجنسية الفرنسية أو المقيم في فرنسا بصورة اعتيادية من إثبات بنوته، ويتضح من هذا القرار استثنائية النظام العام. قرار محكمة النقض الفرنسية منشور على الموقع الإلكتروني

الشرط الثاني: يجب أن لا يكون الهدف من منع تنفيذ الحكم الأجنبي مبني على الحكم الأجنبي في ذاته وفي جملته وإنما يهدف إلى منع النتيجة المنافية للنظام العام التي يؤدي إليها تنفيذ بعض الأحكام دون الأخرى، بحيث نأخذ بعين الاعتبار النتيجة غير المقبولة (الملموسة)²⁸، وهذا الأمر يقتضيه اضطراب المعاملات الدولية، لأن رفض الاعتراف بأثار الأحكام الأجنبية بصورة كلية يشكل خطراً من: ((شأنه الحد من العلاقات القانونية التي تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولي للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظراً لحرمانها مما تحتاج إليه من تأمين لحقوق الدائنين في المجال الدولي))²⁹.

الشرط الثالث: يجب عدم وجود ارتباطاً وثيقاً بين أجزاء الحكم الأجنبي المراد تنفيذه وهذا ما أكده المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم لسنة 1983 في المادة 1018 والتي تنص على أنه: «للمحكمة تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية منه متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن النواحي الأخرى، وليس لها أن تدخل عليه تعديل من شأنه أن يوسع مدها سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم» لأن في حالة وجود هذا الترابط الوثيق بين أجزاء الحكم الأجنبي يجعل مهمة القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي عسيرة في الفصل بين الجزء المخالف للنظام العام وبقية أجزاء الحكم غير المخالفة له، مما يحتم عليه في هذه الحالة الامتناع عن تنفيذ الحكم بكامله³⁰.

وأن الفقه يذهب إلى أن هناك اعتبارات توجب مراعاة إنكار أثار الحكم وعلى الأقل إنكار بعضها، فقد ترى الدولة التي يراد التمسك فيها بأن الحكم الأجنبي أن المحاكم التي أصدرته غير جديرة بالعدالة، أو أن الاعتراف بأثاره يمس النظام العام بها.

المطلب الثاني: آلية التجديد في تنفيذ الأحكام الأجنبية

إن رفض الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية بصورة كلية يحدث كثيراً في ميدان تعارض مضمون الحكم الأجنبي مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها سواء كان التعارض في الجانب الموضوعي أو الجانب الاجرائي، ومن أجل مواجهة هذا التعقيد فقد

https://www.courdecassation.fr>in-six . د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص 752.

28. Felix D. Strelbel, The Enforcement of Foreign Judgements and Foreign Public Law, Loyola of los angeles international and comparative law review, 3-1- 1999., pp66 .

29. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، ط2، 2007، ص 142.

30. د. اسامة العجوز، د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ط3، 2009، ص 200.

اقترح الفقه والقضاء والقانون المقارن « فكرة التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي » والتي لاقت ترحيباً من قبل القضاء لتحقيق مبدأ العدالة لأن الحكم القضائي هو بمثابة حجر الأساس في صرح القانون فالمشرع يضع قوانين تبين حقوق الأفراد والتزاماتهم كما يضع قواعد لتنظيم الحياة العائلية للأفراد. والحكم القضائي هو الذي يكفل إخراج كافة القوانين إلى حيز التنفيذ، فإذا كان هذا الحكم غير قابل لإنتاج أي أثر فإن هذه القواعد تصبح بدورها عديمة الجدوى³¹.

وفصل ذلك الفقيه بارتان في نظريته في مقالة معنونة ب: (الحكم الأجنبي كواقعة) الذي جاء فيه: (ينتج كل حكم أجنبي في فرنسا بمعزل عن الصيغة التنفيذية أثاراً واقعية تختلف عن الآثار الناشئة عن النقاط المفصولة بالحكم نفسه، ولكنها متلازمة معه ومقتربة منه، لا يمكن للقاضي الفرنسي إهمالها وعدم الأخذ بها)، حيث أوجز بارتان رأيه في الآثار الواقعية للحكم الأجنبي فقال: «أن طبيعة الآثار الناشئة في فرنسا عن الحكم الأجنبي ليست في حقيقتها سوى الآثار نفسها التي أحدثها أو التي من المفترض إحداثها في الخارج»، وحظيت هذه النظرية بتأييد كبير من الفقه الحديث³².

ويرى جانبا من الفقه المصري، اقتداء بالفقه المقارن وبصفة خاصة في فرنسا، بأن فكرة النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية يجب أن تأخذ طابعا مخففا يطبق نطاقه عنها في مجال تطبيق القانون الأجنبي، وهو ما يسمى بالنظام العام المخفف، وذلك على أساس أن القاضي الوطني يمكنه أن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي أقر بحق أو مركز قانوني نشأ في الخارج وفقا لقانون أجنبي ولو لم يكن القاضي الوطني يسمح بهذا الحق أو المركز القانوني إذا ما طلب منه إقراره احتراماً للحقوق والمراكز القانونية التي نشأت صحيحة في الخارج³³.

وبناءً على ذلك يمكن للمحكمة أن تمنح الصيغة التنفيذية لناحية جزئية من الحكم متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن النواحي الأخرى، وليس لها أن تدخل عليه تعديل من شأنه أن يوسع مدها سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم، مادام طلب التجزئة ممكن ولا تعترضه صعوبات تطبيقية.

وهذا ما أكده المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1983 في المادة 1018 والتي تنص على أنه: « للمحكمة تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية

31. د. اشرف عبد الغليم الرفاعي، المصدر السابق، ص 456.

32. د. عبده جميل غصوب، المصدر السابق، ص 557.

33. د. صالح جاد المنزلاوي، المصدر السابق، ص 225.

منه متى كانت هذه الناحية قابلة للانفصال عن النواحي الأخرى، وليس لها أن تدخل عليه تعديل من شأنه أن يوسع مداه سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم»³⁴.

حيث يكرس هذا النص فكرة التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي في ظل نظام المراقبة المتبع في أغلب الدول ومنها العراق الذي يمنح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ لا يتيح إطلاقاً توسيع صلاحيات القاضي بشأن الصيغة التنفيذية وبالتالي لا يعود للقاضي العراقي بناءً على هذا المبدأ التعديل على الحكم الأجنبي أو تصحيحه أو القضاء ببطلانه وإنما هو يأمر بتنفيذه أو يمتنع عن الأمر بالتنفيذ³⁵(34)، لأن الحكم الأجنبي يعد كافياً لذاته. ولم نجد نصاً في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 يتيح له هذه الصلاحية لأن المادة (5) منه تنص على أنه: «تصدر المحكمة قرار التنفيذ أو ترفض الطلب بإصداره وفق أحكام هذا القانون بعد إكمال المرافعة».

ولكن نجد المشرع العراقي طرح في المادة (274) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل جوازية تنفيذ قرار التحكيم كلاً أو بعضاً فجاء فيها: (يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم كلاً أو بعضاً، ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيه).

كما ان للقاضي من تلقاء نفسه ان يتعرض لما ينطوي عليه القرار من مخالفات لقاعدة موضوعية او اجرائية من القواعد المتعلقة بالنظام العام أو الآداب او لقيام خطأ جوهري او وجود غش او مخادعة. اعطاء المشرع العراقي في نص المادة 274 للقاضي صلاحية اعطاء تصديق الحكم جزئياً وتبطل الجزء المخالف لقاعدة موضوعية او اجرائية من القواعد المتعلقة بالنظام العام أو الآداب³⁶. ولعدم وجود نص في قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية العراقي النافذ فيتم الرجوع للقواعد العامة في قانون المرافعات من خلال نص المادة 274 منه والتي تعطي جوازية الاعتراف بأحكام المحكمين في الخارج واعطاءها الصيغة التنفيذية الجزئية متى أمكن فصل الجزء المخالف للحكم الأجنبي عن أجزائه الأخرى.

وكذلك المشرع العراقي في مجال العقود المدنية تبنى فكرة التجزئة في المادة (139) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التي تنص على أنه: (إذا كان العقد في شق

34. قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة 1983.

35. د. صالح جاد المنزلاوي، المصدر السابق، ص 226.

36. د. ادهم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، الطبعة الاولى، 2013، ص 306.

منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا³⁷.

حيث تقر هذه المادة قبول الحكم الذي أسسته نظرية انتقاص العقود، ومفادها أن العقد إذا تلبس بعدة أمور وكان صحيحا بالنظر لبعضها وباطلا إلى البعض الآخر، فإن العقد لا يبطل في الجميع. بل يبطل منه ما لا يكون صحيحا بالنظر إليه، ويبقى عقدا مستقلا صحيحا. ويتضح من خلال ما تم ذكره أن القضاء العراقي يستطيع تبني فكرة التنفيذ الجزئي من خلال المبادئ العامة الواردة في المادة 139 من القانون المدني العراقي وكذلك من نص المادة 274 من قانون المرافعات المدنية لسنة 1969.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

1 - يجب أن لا يكون الهدف من منع تنفيذ الحكم الأجنبي مبني على الحكم الأجنبي في ذاته وفي جملته وإنما يهدف إلى منع النتيجة المنافية للنظام العام التي يؤدي إليها تنفيذ بعض الأحكام دون الأخرى، وهذا الأمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية، لأن رفض الاعتراف بأثار الأحكام الأجنبية بصورة كلية يشكل خطراً من: «شأنه الحد من العلاقات القانونية التي تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولي للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظراً لحرمانها مما تحتاج إليه من تأمين لحقوق الدائنين في المجال الدولي».

2 - لقد تم تشريع قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي وعدم اتساع قواعده لتشمل الحالات المستحدثة في القوانين المقارنة يفترض الرجوع إلى المبادئ العامة الواردة في القانون المدني العراقي وقانون المرافعات المدنية العراقية في إطار تنفيذ الأحكام الأجنبية.

3 - الاهتمام باتساق الحلول والانسجام والتوافق فيما بين القضاء الوطني والنظم القانونية ذات الصلة.

ثانياً: التوصيات:

1 - نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر بقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم 30 لسنة 1928 بسبب التطور الحاصل على صعيد مجمل العلاقات الخاصة الدولية وكذلك

37. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في القانون المدني، الجزء، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، لسنة 2015، ص 134.

تضمنين نصاً في التشريع يمنح القاضي الصيغة التنفيذية الجزئي للحكم الأجنبي في حالة مخالفة جزء من الحكم الأجنبي للنظام القانوني لقاضي التنفيذ.

2 - يفترض على القاضي العراقي تبني فكرة التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي استناداً لنص المادة (139) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل والمادة (274) من قانون المرافعات المدنية لسنة 1969 كون فكرة التنفيذ الجزئي أصبحت من الأفكار القانونية المسلم بها في الفقه والقانون والقضاء المقارن.

3 - إن تقدير القضاء لمسألة تعارض الحكم الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته لا يبرر رفض تنفيذ الحكم الأجنبي كلياً، وإنما على القضاء الأخذ بفكرة التنفيذ الجزئي كلما توافرت شروطها.

آثار الكورونا على إجراءات التقاضي

بقلم : الدكتور سيد أحمد محمود

أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتجارية والتحكيم

بكلية القانون جامعة الشارقة

والمعار من كلية الحقوق جامعة عين شمس

المقدمة

إن فايروس كورونا المستجد له تأثير هام على القانون الموضوعي في مجالات عدة سواء في المعاملات المدنية أو التجارية أو الدولية منها أو حتى في مسائل الأحوال الشخصية أو في الالتزامات المترتبة على العقود حيث تعتبر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مظهراً من مظاهر السبب الأجنبي أو الحادث الاستثنائي أو الظرف الطارئ، التي تؤدي إلى استحالة تنفيذها مطلقاً أو كلياً أو جزئياً أو وقف تنفيذها، مما يترتب على ذلك أيضاً فسخ العقود أو وقف مدة سماع الدعوى المنظورة عن المنازعات الناشئة عنها. كما أن الظرف الطارئ الذي أرهق المدين في تنفيذ التزامه أدى إلى منح المشرع للمحكمة سلطة تعديل الالتزامات وقت ظهور تبعات الكورونا (العزل الصحي أو الحجر الصحي أو الإصابة بالمرض أو الاجراءات أو التدابير الاحترازية التي تتخذها الدولة) وبناء على طلب صاحب الشأن.

لذا يعتبر إحلال التقاضي عن بعد بديلاً لإجراءات التقاضي التقليدية أو العادية طالما كانت النصوص التشريعية -أثناء أزمة كورونا- تنص على ذلك أو تسمح بذلك من خلال إدخال التعديلات التشريعية الفورية لمواجهة أثر كورونا بدلاً من تعطيل مرفق القضاء الذي يجب أن يسير دائماً باطراد وانتظام حيث أنه مرفق الحياة القانونية الذي يعمل على مراعاة وصيانة حقوق الأشخاص وحريةتهم، وهذا يعني أن تكون الإجراءات عبر الوسائط الالكترونية من تقديم الصحيفة وإيداعها وقيدها وإعلانها وتقديم الأدلة والمستندات وتبادلها والمرافعة في القضايا والحكم فيها وكذلك الطعن في الأحكام وتنفيذها، علاوة على أن مرفق القضاء أو العدالة مثل باقي مرافق الدولة حيث أنه مرفق الحياة المستمرة للحفاظ على الحقوق والحرية في كل الأوقات وخلال الأزمات.

وكما تتطلب ممارسة حقوق الدفاع للخصوم أمام القضاء عند وجود الكوارث والأزمات الاستثنائية العامة الحق في طلب تأجيل الجلسات مع الحق في الاطلاع والرد على ما يقدم أو يثور في غيبتهم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حقهم في طلب وقف حساب المواعيد الاجرائية¹ أو امتدادها نتيجة لوجود مثل هذه الظروف الطارئة أو القوة القاهرة² (الكورونا)، ومثالها مواعيد الإعلان والحضور والظعن والتنفيذ سواءً كانت مواعيداً للسقوط أو للتقادم. لذا تكمن الاشكالية في تحديد الاثار الناجمة عن فيروس كورونا أو كوفيد 19 المستجد على إجراءات التقاضي.

لذا بالنسبة لإجراءات التقاضي واثـر الكورونا عليها تكون من خلال خطة بحث نفرق فيها بين مرحلتين أولها مرحلة ما قبل صدور الحكم (مطلب اول) وثانيها مرحلة ما بعد صدور الحكم (مطلب ثاني)، وذلك من خلال منهج تحليلي مقارنة أحياناً ببعض التشريعات الأخرى مع التشريع الاماراتي كأصل كالتالي:

المطلب الأول: مرحلة ما قبل صدور الحكم³

المقصود من هذه المرحلة بيان اثر الكورونا-19 المستجد وتبعاتها على كل من:

أولاً: رفع الدعوى وقيدها وإعلانها

يمكن لظهور تبعات الكورونا (العزل أو الحجر الصحي) أن تؤدي - باعتبارها قوة القاهرة - إلى تحول الاجراءات التقليدية إلى ممارستها عبر الوسائط الالكترونية سواء كانت في صحيفة الدعوى - أو في صحيفة الظعن أو المذكرات أو قيدها أو إعلانها، حيث توجد نماذج إلكترونية لذلك مما يؤدي إلى اختصار البيانات أو تغييرها، ووجود التوقيع الإلكتروني من الخصوم أو من يمثلهم أو من المحامين. وتعتبر دولة الامارات العربية المتحدة من الدول

1. سماح خمان، حماية المواعيد الإجرائية في ظل التعديلات التشريعية لمواجهة الأزمة الصحية لجائحة كوفيد 19: دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الفرنسي والكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، 2020

2. يثور التساؤل هل يمكن إعتبار جائحة الكورونا-19 من قبيل القوة القاهرة في مجال التقاضي من عدمه؟ للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي فرق بين نظريتي القوة القاهرة (م273، 287) من ناحية والحوادث الطارئة (م 249 معاملات مدنية اماراتي) من ناحية أخرى.

فيما يتعلق بالالتزامات العقدية حيث نفترض القوة القاهرة وجود حدث غير متوقع، ولا يمكن تفاديه، وخارج عن إرادة الأطراف، ومن شأنه جعل الإلتزام مستحيلًا في تنفيذه، وبالتالي تعطي القاضي سلطة إعفاء المدين كلية من الوفاء بالتزامه. أما الحوادث الطارئة فهي تشترك مع القوة القاهرة في الشروط ولكنها تختلف عنها في الأثر حيث تجعل الإلتزام مرهقاً وليس مستحيلًا مما يسمح للقاضي بتخفيف أو تعديل الإلتزام. درءاً للضرر الواقع على المدين.

3. القاضي الرئيس منصف الكشو، القوة القاهرة في المرافعات المدنية والتجارية في زمن الكورونا «كوفيد 19»، 2020، ص 7. عبدالفتاح حارس، الأمن القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، في سلسلة احياء علوم القانون المغربية، 2020.

التي استشرفت المستقبل بإصدارها قوانين ولوائح تنظم الكترونية القضاء⁴ وذلك بإصدارها القوانين أرقام 10 لسنة 2014 و10 لسنة 2017 و18 لسنة 2018 واللوائح أرقام 57 لسنة 2018 و260 لسنة 2019 و33 لسنة 2020. وإذا لم تكن هناك الكترونية في الاجراءات، لكان ميعاد الاجراء موقوفاً بسبب ظهور وباء الكورونا.

ثانياً: تقديم الأدلة والمستندات والمذكرات لإيداعها والاطلاع عليها:

توجد في دولة الامارات وفقاً لتشريعاتها الحديثة⁵ إمكانية أن تقدم الأدلة والمستندات والمذكرات بطريقة إلكترونية، وكذلك ايداعها والاطلاع عليها بطريقة الكترونية. كما قد يعتبر من آثار الكورونا على أدلة الإثبات هو اعتبارها مانعاً مادياً لتحويل الدليل المكتوب إلى الإثبات بشهادة الشهود، أو مظهراً من مظاهر السبب الأجنبي في حالة فقد الدليل وتحوله إلى شهادة الشهود أو يعتبر عذراً أو مانعاً من حضور الخصوم للاستجواب أو الشهود للشهادة وبالتالي لا توقع عليهم جزاءات كما سيأتي فيما بعد. كما قد يؤدي إلى اختصار محتوى المستندات أو المذكرات في مثل هذه الظروف.

ثالثاً: المرافعة

يمكن في ظل ظروف الكورونا والتباعد الاجتماعي أن يتبنى المشرع الكترونية المرافعة دون الحاجة إلى الحضور الجسدي للخصوم أو ممثليهم أو المحامين أو الشهود، كما يمكن الاكتفاء بالمرافعة الكتابية في هذه الظروف دون المرافعة الشفوية وبالتالي يمكن ايداعها في مكتب إدارة الدعوى الذي يقوم بدوره بإرفاقها في ملف القضية أو تكون المرافعة شفوية أو مكتوبة بطريقة الكترونية، ويتم اختصارها في مضمون مذكرة الدفاع.

كما يمكن للخصوم الاتفاق على وقف الخصومة لمدة ثلاثة أشهر وفقاً لقانون المرافعات المصري (المادة 128) أو ستة أشهر وفقاً لقانون الاجراءات المدنية الإماراتي (المادة 101) وقانون المرافعات الكويتي (المادة 91).

كما يمكن للمحكمة أن تعرض الصلح على الخصوم (المادة 74 من الاجراءات المدنية الاماراتية) أو الكترونياً ويثار التساؤل هنا هل يمكن اعتبار فيروس الكورونا وتوابعه من أسباب انقطاع الخصومة؟

4. ياسر باسم السبعوي، جائحة (فايروس كورونا) وأثرها على احكام القوانين الإجرائية - دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8، ملحق خاص، عدد 6، 2020

عبدالغني عماري، جائحة الكورونا وهيمنة القضاء الإفتراضي، سلسلة إحياء علوم القانون، المغرب، 2020.

5. وفقاً للمادة 17 مكرراً من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية والقانون رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي. في مصر قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004.

إن الاجابة تكون بالنفي لأن انقطاع الخصومة وارد على سبيل الحصر في المادة 130 من قانون المرافعات المصري، والمادة 92 من قانون المرافعات الكويتي، والمادة 103 من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي. ويمكن اعتبار حالات الانقطاع المؤدية أي وقف المواعيد واثاره من قبيل القوة القاهرة.

كما يمكن للمحكمة بسبب ظاهرة الكورونا أن تقوم بتأجيل الجلسات إدارياً مثلما حدث في مصر ووفقاً لنص المادة 98 مرافعات أو في الإمارات وفقاً لنص المادة 75 من قانون الاجراءات أو في الكويت وفقاً لنص المادة 72 من قانون المرافعات. ونظراً لاعتبار الكورونا وتوابعها بمثابة قوة قاهره فيمكن وقف مواعيد سقوط الخصومة ستة أشهر وفقاً لقانون المرافعات المصري (المادة 134)، أو سنة في قانون المرافعات الكويتي (نص لمادة 95) أو ستة أشهر في قانون الاجراءات المدنية (المادة 1/106) او انقضائها بمضي المدة سنتين وفقاً لقانون المرافعات المصري (المادة 140 وقانون الاجراءات المدنية الاماراتي المادة 1/110) وثلاث سنوات وفقاً لقانون المرافعات الكويتي (المادة 98).

علاوة على ذلك، فإن الكترونية المرافعة قد تؤدي إلى جعل الجلسات سرية وهذا يمس مبدأ علانية الجلسات.

رابعاً: المداولة والنطق بالحكم: في ظل وجود وباء الكورونا -19 ينبغي أن تتحول إجراءات التقاضي إلى أن تكون الكترونية لتحقيق التباعد الاجتماعي كتدبير احترازي من هذا المرض وذلك بإصدار تشريع بديل أو معدل لقانون المرافعات كما أشرنا إلى ذلك سابقاً ومع مراعاة وجود قوانين للتوقيع الالكتروني في معظم البلاد العربية مما يساعد ويسهل تطبيق الكترونية القضاء، وبالتالي يجوز أن تتم المداولة وكذلك النطق بالحكم بطريقة الكترونية لكي نحقق التباعد الاجتماعي المطلوب في مثل هذه الظروف، كما يجوز اختزال الحل في المداولة.

وإذا لم يتم هذا التحول الرقمي للقضاء، فإن المادة 174 مكرراً من قانون المرافعات المصري تقابلها المادة 14 من قانون المرافعات الكويتي، والمادة 2/127 من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي التي تقضي بأن يعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصوم وقرارات فتح باب المرافعة فيها إعلاناً للخصوم الذين حضروا إحدى الجلسات أو قدموا مذكرة لأي سبب من الأسباب بعد حضورهم، وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب بعد حضورهم أو تقديمهم للمذكرة، فعندئذ يقوم قلم الكتاب أو مكتب إدارة الدعوى بإعلان الخصوم بالحكم أو القرار المذكور بكتاب مسجل يعلم الوصول.

إن اختلاف شكل ومضمون الأحكام القضائية الحالية يعد ضرورة تستلزمها ظروف الأوضاع الحالية التي يمر بها العالم الآن بسبب جائحة كورونا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن متطلبات العمل عن بعد وقطاع العدالة الذكي والملف الالكتروني وإن كانت لها

إيجابيات في العمل المستقبلي إلا أن مخرجاتها لا تسعف القاضي الآن في إخراج الأحكام من أمرها التقليدي الورقي الذي كان سائداً ما قبل الكورونا لأن العمل الإلكتروني يتطلب أن يقدم الخصوم أوراقهم ومستنداتهم ومذكراتهم على شكل ملفات (بي دي ان) عن طريق الاسكنر (الاسكان) مما قد يشق على بعضهم، كما أن عليهم عدم مزاحمة ملف الدعوى بمذكرات طويلة ومستندات كثيرة ودفع شكلية موضوعية لا حصر لها وترهق القاضي في قراءتها على شاشة جهاز الكمبيوتر لديه والرد عليها في الوقت ذاته حيث يقوم القاضي بكتابة حكمه على صفحة أخرى أو على الكمبيوتر لديه والرد عليها في الوقت ذاته أو على جهاز آخر وهي عملية قد تكون مرهقة له وتأخذ منه وقتاً طويلاً وجهداً كثيراً فلا تؤدي العملية الإلكترونية إلى سرعة الفصل في القضايا، كما كان هو المأمول منها، لذلك يعتقد سمو الشيخ محمد بن راشد أن متطلبات إصدار الأحكام القضائية بعد عصر الكورونا تقتضي تغيير نمطها التقليدي الحالي شكلاً وموضوعاً، بحيث تكون مختصرة في الوقائع والأسباب بمعنى أن تتحرر من الشكليات الحالية بحيث لا تشمل إلا الديباجة ومختصر الطلبات ورأي المحكمة فيها ومنطوق الحكم دون الحاجة إلى سرد وقائع الجلسات والإجراءات التي اتخذتها المحكمة أثناء نظر الدعوى وموقف الخصوم منها والرد على كل دفع أو دفاع لا تأثير له في الحق المطالب به ومذكرات الأطراف وما تحويه من مستندات.

إن تحرير الأحكام من الشكليات الحالية لن يكون إلا بعد وجود تعديلات تشريعية إجرائية تتعلق بالقضاء والإثبات المدني وهذا ما نصبوا إليه في دراستنا، وهكذا فإن تبعات الكورونا تؤدي إلى اختصار الحكم شكلاً ومضموناً.

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور الحكم (أثار مباشرة وغير مباشرة)

والمقصود من هذه المرحلة بيان أثر الكورونا وتوابعها على إجراءات مرحلة ما بعد صدور الحكم وهذا يعني الطعن في الحكم وتنفيذه من ناحية، ومن ناحية أخرى ترتيب المسؤولية في حالة عدم اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الكورونا.

1 - الطعن في الحكم (أثر مباشر): إن الطعن في الحكم قد يتأثر ميعاده بفايروس الكورونا إذا اعتبرنا أنها قوة قاهرة تؤدي إلى وقف مواعيد الطعن سواء أكان عادياً أو غير عادي، ويمكن الاستغناء عن اللجوء إلى هذه النظرية لتطبيق قانون حالة الطوارئ المصري رقم 22 لسنة 2020 الذي يؤدي تطبيقه إلى وقف جميع المواعيد في القانونين حيث أن الكورونا لا يمكن اعتبارها في حد ذاتها سبباً لإيقاف مواعيد الطعن كما أن هذه الأسباب واردة في المادة 216 مرافعات مصري، والمادة 153 من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي والمادة 131 من قانون المرافعات الكويتي، والمادة 540 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي. في حالة وفاة المحكوم عليه أو فقد أهليته للتقاضي أو زوال صفة من ينوب عنه.

2 - تنفيذ الحكم قد يتأثر ميعاده بفيروس الكورونا وتوابعها إذا اعتبرنا ذلك من قبيل القوة القاهرة التي تؤدي إلى وقف جميع المواعيد الإجرائية ولكن يمكن الاستغناء عنها بتطبيق حالة الطوارئ الصحية وذلك بتطبيق قانون حالة الطوارئ المصري رقم 22 لسنة 2020 والذي يشير بوضوح إلى وقف جميع المواعيد الإجرائية الواردة في القوانين وهكذا تؤثر تبعات الكورونا على الطعن في الأحكام ومواعيدها وكذلك على تنفيذها.

3 - المسؤولية (أثر غير مباشر): قد تترتب على المتسبب في هذا الوباء وانتشاره بدون ابلاغ منظمة الصحة العالمية والمجتمع الدولي مسؤولية دولية كما قد تسأل الدولة التي لم تقم باتخاذ إجراءات وتدابير احترازية لمواجهة، وقد يسأل أيضاً الشخص الذي ينقل عدوى هذا المرض للآخرين دون إبلاغهم بها ولم يعزل نفسه عنهم على أساس المسؤولية التقصيرية⁶.

المطلب الثالث: أثر الكورونا على سلطة القاضي

ما هي سلطة القضاء في مثل هذه الظروف (الأوبئة والكوارث الطبيعية)؟ هل يتمتع بسلطات أصيلة أم استثنائية بمقتضى القانون؟ وهل هذه السلطات تضيق أم تتسع في التقيد بقواعد قانون المرافعات؟ أم يمكن له الرجوع للقانون المدني خصوصاً في استخدام نظرية السبب الأجنبي التي من صورها الآفة المادية أو القوة القاهرة⁷ أو الحادث الفجائي أو الظروف الطارئة؟ أم من الممكن أن يأمر بإجراءات بديلة عما هو منصوص عليه في قانون المرافعات لمواجهة هذه الظروف كالتقاضي عن بعد وذلك لتحقيق العدالة الناجزة؟ وهل قضاء القاضي بمقتضى القوة القاهرة يعتبر قضاء يعلمه الشخص؟ وهل يملك تحديدها من تلقاء نفسه؟ أم يجوز للأطراف بالاتفاق على تحديدها؟

إن سلطة القاضي عموماً مقيدة بتطبيق أحكام القانون عند وجودها وإذا لم توجد فيقع عليه أن يجتهد برأيه وفقاً لقواعد العدالة حتى يتلافى وقوعه في جريمة إنكار العدالة، وعلى ذلك تكون سلطاته مقيدة إجرائياً بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وكذلك لقواعد الإثبات بما فيها الإثبات الإلكتروني وفقاً لقانونه فتكون من ثم سلطات أصلية تتبع من تطبيقه القانون الإجرائي على القضايا وتطبيق أحكام القانون المدني أو التجاري على وقائع النزاع، ولكن في حال عدم وجود نصوص قانونية تنظم مسألة إجرائية أو موضوعية فهل يتذرع بذلك للهروب من حلها أم يتمتع بحكم وظيفته أيضاً ومسؤوليته في عدم إنكار العدالة في أن يلجأ عن طريق التكييف أو تفسير النصوص أو عن طريق القياس بالرجوع

6. أنظر المواد من 290 إلى 298 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

7. محمد سعيد عبدالرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، 2001.

لنصوص الموجودة بالفعل وتحديدها وتطبيقها على سبيل القياس إلى ما هو معروض عليه، لكي يتقاضي جريمة إنكار العدالة، وبالتالي في اعتقادنا يمكن للقاضي المدني في حالة عدم وجود نصوص في القانون الإجرائي تنظم المسألة الطارئة أو الحادثة الطبيعية مثلا الكورونا وتوابعها أن يلجأ إلى تطبيق القوة القاهرة أو الظروف الطارئة في القانون المدني على سبيل القياس خصوصا في مسألة المواعيد الإجرائية عموماً لوقفها في مثل هذه الظروف، ومن ناحية أخرى للقاضي المدني دور في حل الخلاف في حال غياب النص واحترام المبادئ العامة التي لا تحتاج إلى نص لتحقيق المحاكمة القانونية العادلة أو العدالة الناجزة بين الخصمين لأن الإجراءات وسائل وليست غايات (إن الحق يعلو ولا يعلى عليه)، وذلك باللجوء إلى إلكترونية القضاء باستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة لرفع الدعوى والسير فيها والمرافعة والمدولة والطعن بالحكم مهتدياً في ذلك بما يحدث في فرنسا باعتبارها الأصل التاريخي للقانون المدني حيث أن محكمة النقض الفرنسية اعترفت بذلك وكذلك بالدليل الإلكتروني قبل أن يقنن المشرع الفرنسي مثل هذه المسائل ويجب على القاضي في كل الأحوال أن يراعي ويعمل على مراعاة الضمانات الأساسية المتمثلة في احترام مبادئ التقاضي الأساسية من المساواة والحياد والمواجهة وحقوق الدفاع حتى بالنسبة للإلكترونية القضاء. كما يمكن للقاضي في اعتقادنا أن يستخدم السبل الإجرائية الودية من صلح وتوفيق بين الأطراف وخصوصاً في المنازعات ذات القيمة الصغيرة.

هل يمكن العمل بعلم القاضي لتقدير وجود القوة القاهرة؟ إن قضاء القاضي بالتعويض بناء على واقعة علمه الشخصي بحادثة الكورونا وتوابعها لا يعتبر قضاء بعلمه الشخصي على اعتبار أن هذه الواقعة مشهورة أو يعلمها الجميع ليس فقط في مجتمع القاضي بل في المجتمع العالمي بأسره وفي ذلك لا يحاسب على أساس علمه الشخصي بهذه الواقعة وملاساته هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عليه فقط أن يتحقق من السبب الأجنبي (جائحة الكورونا) قد قطعت رابطة السببية بين الخطأ والضرر أم لا، وكما أن تقدير القاضي من توافر شروط القوة القاهرة مسألة واقعية مع ذلك تخضع لرقابة محكمة النقض.

يجتهد قضاة الموضوع في بيان وتحديد توافر شروط القوة القاهرة من عدمه فيمكن له تقاضي جزاء السقوط عند وجود القوة القاهرة التي تولى تقديرها. والسؤال الذي يفرض نفسه هل يمكن حصر حالات القوة القاهرة باتفاق الخصوم؟ الإجابة بالنفي لأن ذلك من عمل القاضي الذي يخضع في تقديره لها لرقابة محكمة النقض حيث يمكن أن تحصر القوة القاهرة في الحالات التي يمر فيها الشخص الطبيعي أو الاعتباري الخاص بوضعية متأزمة من شأنها أن تهدد نشاطه أو نشاطها أو ديمومتها وشرط أن تكون تلك الأسباب خارجة تماماً عن إرادته واختياراته في تسييرها. بحيث لا يتسنى اجتناب أثارها رغم ما بذله من

مجهودات في درئها، وتستبعد المخاطر المتوقعة لكل نشاط مهني فهي مرتبطة بالنشاط الذي يقوم به الشخص الطبيعي أو الاعتباري في حين أنه القوة القاهرة تنطبق على كل واقعة يستحيل توقعها ودفعها، وكانت من حيث مصدرها أجنبية عن إرادة من يتمسك بها. وهل يمكن للقاضي في مثل هذه الظروف أن يحول أحكام الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل إلى أحكام بمقابل التعويض عند استحالة التنفيذ؟

الخاتمة

عند نشأة أو ظهور الوباء أو الحدث الاستثنائي العام مثل الكورونا-19 المستجد يجب ألا تعطل المحاكم بل تستمر، حيث أن السلطة القضائية في الدولة تعتبر عمودها وكذلك تطبيقاً لقاعدة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد من ناحية، وإنه كان من الجائز تعطيل الجلسات إدارياً ما عدا ما تعلق بالقضايا المستعجلة والنفقات والتنفيذ منه بشرط الحفاظ على الحقوق والحريات من ناحية أخرى، ثم يجب اتخاذ القرار باستخدام التقنيات المدنية في التقاضي على مستوى البلاد العربية، كالإمارات العربية المتحدة، حيث يجب تقنين استخدام إجراءات التقاضي عن بعد والوسائل البديلة للعدالة من ناحية ثالثة، وأخيراً أن يتم تعديل التشريعات (الدستورية والقوانين الموضوعية والإجرائية واللوائح) على ضوء نتائج ممارسة الإجراءات والتدابير الاحترازية لمواجهة الآثار الناتجة عن تبعات الكورونا (العزل أو الحجر الصحي أو الإصابة بهذا الوباء)، وكذلك تجسيد التعامل اللامادي للإدارة القضائية مع المتعاملين معها في تدبير الملفات القضائية والتعاملات الإدارية الأخرى.

المنهج العلمي وأساليب كتابة البحوث والرسائل العلمية

بقلم : الدكتورة إشراق الإدريسي

أستاذة القانون الخاص

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالجديدة

مقدمة:

ليس هناك علم أو تقدم علمي إلا عن طريق البحث، وتقدم البحث العلمي يعتمد على المنهج، يدور معه وجودا وعدما، صدقا وزيفا، ولقد استطاع الانسان بما منح الله من نعمة العقل، أن يجمع عبر تاريخه رصيذا هائلا من المعارف والعلوم، فبعضها معارف تقتصر على مجرد ملاحظة الظواهر ملاحظة بسيطة غير مقصودة، فيما تراه العين وما تسمعه الأذن وما تلمسه اليد.

وتلعب الدراسات العلمية دورا أساسيا في تخطيط الحكومات، وتنظيم المؤسسات، كما أنه يمكن لهذه الدراسات أن تكون ثورة معلوماتية مهمة لعمل الأحزاب السياسية والمنظمات غير الحكومية والنقابات العمالية والمجتمع المدني عامة، من هنا تأتي أهمية اتباع منهجية علمية في أي عملية بحث تهدف إلى فهم المجتمع وتطوير سياسات أو برامج أو مشاريع من أجل إحداث تنمية أو تغيير إيجابي في المجتمعات .

والتقدم العلمي يرجع إلى المعرفة الواعية للأساتذة والباحثين بكيفية تصميم البحث العلمي وأهم إجراءاته ومناهجه الدقيقة، الأمر الذي يجنبهم الكثير من الخطوات المتعثرة التي قد تقود إلى نتائج مشكوك فيها .

والمعرفة عبارة عن مجموعة المعاني والمعتقدات والأحكام والمفاهيم والتصورات الفكرية التي تتكون لدى الإنسان نتيجة لمحاولاته المتكررة لفهم الظواهر والأشياء المحيطة به. وهي بهذا المعنى لا تقتصر على ظواهر من لون معين وإنما تتناول جميع ما يحيط بالإنسان وكل ما يتصل به.

والمنهج العلمي أسلوب للتفكير والعمل الذي يعتمده الباحث لتنظيم أفكاره وتحليلها وعرضها وبالتالي الوصول إلى نتائج وحقائق معقولة حول الظاهرة موضوع الدراسة، ويمتاز هذا الأسلوب بالمرحلية بمعنى أنه يتكون من مجموعة من المراحل المتسلسلة والمتراصة التي يؤدي كل منها إلى المرحلة التالية، ويبدأ المنهج عادة بعد تحديد مشكلة الدراسة أو البحث مروراً بوضع وصياغة الفرضيات واختبارها وتحليلها ومن ثم عرض النتائج ووضع التوصيات .

وتصنف أنواع البحوث العلمية بحسب طبيعتها وبحسب مناهجها وبحسب جهة تنفيذها:

- بحسب طبيعتها تصنف إلى البحوث الأساسية النظرية والبحوث التطبيقية.
 - بحسب مناهجها إلى البحوث الوثائقية والبحوث الميدانية والبحوث التجريبية.
 - بحسب جهة تنفيذها فتصنف إلى بحوث غير أكاديمية وبحوث أكاديمية وهي بحوث الإجازة، بحوث الدراسات العليا والدكتوراه، وبحوث التدريس.
- وتعتبر المنهجية العلمية العمود الفقري لأي بحث في علوم الاجتماع يهدف لإنتاج معرفة، أو يطمح لمراقبة وفهم السلوكيات والتغيرات الاجتماعية والسياسية.

والذي يميز البحث الأكاديمي هو اعتماده على مناهج البحث العلمي التي تتميز بالدقة والعقلانية والتنظيم المنطقي، والابتعاد عن تلك العشوائية وغموض الهدف، ولكل علم مناهجه وتقنياته الخاصة به والمناسبة لطبيعة أهدافه، كما أن هناك مناهج كمية ونوعية، وأخرى نظرية وعلمية، وفي كل أعمالنا الأكاديمية نحتكم إلى المنهجية، منهجية البحث، ومنهجية التفكير والمناقشة، وتسيير الحوار، ومنهجية الاتصال والتفاوض، كلها تهدف إلى فكرة النظام والعمل العقلاني، وهذا ما يجعل المنهجية لا غنى عنها في كل التخصصات العلمية، وعليه فإنه لا يمكن إجراء البحوث والدراسات الاجتماعية الميدانية منها والنظرية دون معرفة مناهج البحث الاجتماعي والاطلاع على طبيعته وأنواعه وفنونه والاستفادة منه في جمع وتصنيف وتدوين المعلومات والحقائق التي يهتم بها الباحث أثناء دراسته وبحثه في موضوع معين .

ويقوم البحث العلمي الأكاديمي على الاستخدام الممنهج لأساليب وإجراءات محددة للحصول على معلومات أو لكشف علاقات بين متغيرات في المجتمع، ويهدف البحث العلمي إلى الوصول إلى معلومات جديدة أو التأكد من معلومات قديمة من أجل زيادة المعرفة أو التحقق منها، لذا يركز البحث العلمي على اختبار الفرضيات المطروحة من أجل فهم أو تحليل ظاهرة ما في المجتمع .

وتتجلى أهمية منهجية البحث في العديد من الأمور التي من شأنها أن تساعد الباحث على كتابة بحث علمي على نحو كامل وشامل، إذ ترتبط أهمية منهجية البحث العلمي في

وضع الباحث للفرضيات وذلك بعد أن يقوم بجمع المعلومات والتأكد من صحتها، حيث يعتمد الباحث على منهج علمي واحد على الأقل من مناهج البحث العلمي وذلك بناء على نوع المشكلة التي يتناولها في بحثه.

ويختار الباحث منهجية البحث من أجل الحصول على المعلومات الدقيقة من المصادر والمراجع التي لها صلة بموضوع البحث الذي يتناوله الباحث، لذا يمكن القول، إن منهجية البحث توسع مدارك الباحث في التنبؤ حول ما سيحدث في المستقبل فيما يتعلق بمشكلة البحث العلمي وذلك بناء على المعلومات التي تم الحصول عليها من مصادر مختلفة ونتيجة خبرته في مشكلة البحث .

ولا يجادل أحد في أهمية البحث العلمي في الميدان القانوني شأنه في ذلك شأن العلوم النظرية والتطبيقية جميعاً، فالبحث هو الوسيلة التي لا يمكن الاستغناء عنها في أي فرع من فروع العلم والمعرفة، وعلم القانون لم يتقدم إلا بفضل البحث الذي قام به رجال القانون في مختلف الشرائع وعبر مختلف الحقب .

وعليه سنقسم هذه الدراسة إلى الفصلين التاليين:

■ الفصل الأول: ماهية مناهج البحث العلمي

■ الفصل الثاني: أسلوب كتابة البحوث والرسائل

الفصل الأول: ماهية مناهج البحث العلمي

بدأ اهتمام الدول بالبحث العلمي منذ مدة بعيدة نسبياً، وقامت بتدريسه في كلياتها وجامعتها المختلفة كمادة أساسية في معظم التخصصات، وذلك إيماناً منها بدوره الفاعل في عمليات التطوير والتنمية بكافة أشكالها ومجالاتها .

ويهدف البحث العلمي كمسعى إنساني إلى تفسير ما يحدث حولنا من ظواهر، والغاية التي يرنو إليها الإنسان العالم هي فهم العالم الطبيعي. فإن تحققت الأهداف والغايات تيسر لنا إقامة نسق نظري ينطوي على مجموعة من القوانين التي تنظم أغلب الظواهر .

المبحث الأول: مفهوم البحث العلمي

من خلال هذا المبحث سنحدد مفهوم البحث العلمي، خصائصه، أهدافه، وأنواعه.

المطلب الأول: تعريف البحث العلمي

يتكون مفهوم البحث العلمي من كلمتين هما: البحث الذي يعني التحري أو التقصي أو السؤال أو الاستفسار عن شيء أو موضوع ما له أهمية معينة، كما يعني تقصي أو فحص دقيق

لاكتشاف معلومات أو علاقات جديدة ونمو المعرفة الحالية والتحقق منها ومن صحتها عن طريق الاختبار العلمي .

والكلمة الثانية هي: العلمي وتعني المعرفة الموثقة الشاملة حول موضوع محدد، من خلال تحديد واضح لمختلف أبعادها وأركانها، وهي حقيقتها التي تدركها الجهات أو الأطراف ذات العلاقة بها .

وهناك تعريفات كثيرة للبحث العلمي، متقاربة في معناها وفي ألفاظها ويمكن تلخيص أغلبها في أن البحث العلمي هو التحري والفحص والاستعلام والاستقصاء الشامل والمنظم والدقيق والناقد لكافة المتغيرات، والأدلة المرتبطة بالمشاكل أو الظواهر أو الموضوعات التي تبرز وتؤرق وتحير الأفراد ومجتمعاتهم ومؤسساتهم.

والغرض من كل هذا هو الوصول إلى اكتشاف معارف جديدة وموثقة، بعد اختبارها علمياً، أو الكشف عن حقائق الأشياء أو علاقتها ببعضها من أجل تطوير أو تعديل أو توضيح واقعها الممارس، أو تحقيق المعلومات الموجودة فعلاً، أو الوصول إلى إجابات عن التساؤلات حول القضايا المطروحة للبحث، أو التفتيش عن حل ناجع لمشكلة أكاديمية معينة، علماً أن الاكتشاف الجديدة لا يعني بالضرورة اختراعاً أو ابتكاراً، لم يسبق إليه الباحث أحد من قبل، بل قد يكون العمل العلمي متمثلاً في تنظيم مادة مبعثرة أو تصحيح فكرة أو نظرية .

كما عرفه البعض بأنه محاولة لاكتشاف المعرفة، والتتقيب عنها، وتطويرها وفحصها، وتحقيقها بتقص دقيق، ونقد عميق ثم عرضها عرضاً مكتملاً بذكاء وإدراك .

فالبحث إذن وسيلة وليس غاية بعد ذاته لأن الباحث يحاول بواسطته دراسة ظاهرة أو مشكلة ما، والتعرف على العوامل التي أدت إلى وقوعها، ثم الخروج بنتيجة أو الوصول إلى حل أو علاج للمشكلة .

ومن خلال كل هذه التعاريف يتبين لنا أن البحث العلمي هو دراسة مفصلة لمشكلة معينة تعتمد على مجموعة من المعايير العلمية، التي يتبعها الباحث من أجل الوصول إلى معرفة حقيقية وبالتالي الوصول إلى حل للمشكلة موضوع الدراسة.

المطلب الثاني: أهداف البحث العلمي وخصائصه

بعد التطرق إلى تعريف البحث العلمي سنحاول، من خلال هذا المطلب تحديد أهداف البحث العلمي، والخصائص التي تميزه.

الفقرة الأولى: أهداف البحث العلمي

من أهم الأهداف التي يسعى البحث العلمي إلى تحقيقها والتي لا وجود للبحث العلمي دونها، هناك:

الفهم: حيث يقوم العلم على جمع البيانات، وتصنيف المعلومات، وتفسير الظواهر وآلية حدوثها، وعليه يتم وضع الافتراضات للتوصل إلى النظرية العلمية.
التنبؤ: أي تصوّر تطبيق القاعدة في مواقف غير الموقف التي نشأت فيه.
التحكّم: يُشير إلى رفع مستوى السيطرة على الظواهر وذلك من خلال الفهم والتحليل الدقيق لها.

الفقرة الثانية: خصائص البحث العلمي

يتميز البحث العلمي بمجموعة من الخصائص أهمها أنه:

- يتسم بالدقة والتحديد
- بحث تجريبي
- يقوم على الأدلة
- يقتضي التنظيم والترتيب
- تجديدي .
- موضوعي
- له غاية أو هدف
- يقوم على امكانية تكرار النتائج وتعميمها .

المطلب الثالث: أنواع البحوث العلمية

ينقسم البحث العلمي إلى عدة أنواع وفقاً لطريقة المعالجة للحقائق والظواهر العلمية وعلى أساس النتائج العلمية المحصل عليها، كما تختلف البحوث العلمية باختلاف المنهجية المتبعة فيها، وتتمثل أنواع البحث العلمي في:

1. البحث العلمي المتعلق بالكشف عن الحقائق:

هذا النوع من البحوث يتضمن التنقيب عن حقائق معينة دون محاولة التعميم أو استخدام هذه الحقائق في حل مشكلة معينة .

2. البحث التفسيري النقدي:

يعتمد هذا النوع من البحوث إلى حد كبير على التذليل المنطقي وذلك للوصول إلى حلول المشكلات، ويستخدم هذا النوع عندما تتعلق المشكلة بالأفكار أكثر من تعلقها بالحقائق.

وفي التفسير النقدي لا بد ان تعتمد المناقشة أو تتفق مع الحقائق والمبادئ المعروفة في المجال الذي يقوم الباحث بدراسته، وأن تكون الحجج والمناقشات التي يقدمها الباحث

واضحة منطقيّة، وأن تكون الخطوات التي اتبعتها في تبرير ما يقول واضحة، وأن يكون التدليل العقلي وهو الأساس المتبع في هذه الطريقة تدليلاً أميناً وكاملاً حتى يستطيع القارئ متابعة المناقشة وتقبل النتائج التي يصل إليها الباحث.

3. البحث الكامل أو الشامل:

هذا النوع من البحوث هو الذي يهدف إلى حل المشكلات ووضع التعميمات بعد التنقيب الدقيق عن جميع الحقائق المتعلقة بموضوع أو مشكلة البحث، إضافة إلى تحليل جميع الأدلة التي يتم الحصول عليها وتصنيفها تصنيفاً منطقياً فضلاً عن وضع الإطار المناسب اللازم لتأييد النتائج التي يتم التوصل إليها.

ويشترط في البحث العلمي الكامل الشروط الآتية:

- أن تكون هناك مشكلة تتطلب حلاً.
- أن يوجد الدليل الذي يحتوي عادة على الحقائق التي تم إثباتها.
- أن يحلل الدليل تحليلاً دقيقاً وأن يصنف بحيث يرتب الدليل في إطار منطقي وذلك لاختباره وتطبيقه على المشكلة
- أن يستخدم العقل والمنطق لترتيب الدليل في حجج أو إثباتات حقيقية يمكن أن تؤدي إلى حل المشكلة.

المبحث الثاني: مفهوم المنهج

سننظر في هذا المبحث إلى تعريف المنهج وخصائصه.

المطلب الأول: تعريف المنهج

تشق كلمة «منهج» من نهج أي سلك طريقاً معيناً، وبالتالي فإن كلمة «المنهج» تعني الطريق والسبيل، ولذلك كثيراً ما يقال أن طرق البحث مرادف لمناهج البحث.

وترجمة كلمة «منهج» باللغة الإنجليزية ترجع إلى أصل يوناني، وتعني البحث أو النظر أو المعرفة، والمعنى الاشتقاقي لها يدل على الطريقة أو المنهج الذي يؤدي إلى الغرض المطلوب.

ويحدد المنهج حسب طبيعة موضوع البحث أو الدراسة وأهدافها التي تخضع إلى ظروف خارجية أكثر منها إرادية .

ويقصد بالمنهج الطريقة التي يتبعها الباحث في دراسة موضوع ما، حيث يعرفه البعض بأنه:

- أسلوب للتفكير والعمل يعتمد على الباحث لتنظيم أفكاره وتحليلها وعرضها وبالتالي الوصول إلى نتائج وحقائق معقولة حول الظاهرة موضوع الدراسة.
- الأسلوب الذي يستخدمه الباحث في دراسة ظاهرة معينة والذي من خلاله يتم تنظيم الأفكار المتنوعة بطريقة تمكنه من علاج مشكلة البحث ..
- فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة، إما من أجل الكشف عن حقيقة مجهولة لدينا، أو من أجل البرهنة على حقيقة لا يعرفها الآخرون .
- من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أن:
- منهج البحث هو مجموعة من القواعد العامة التي يعتمد عليها الباحث في تنظيم ما لديه من أفكار أو معلومات من أجل توصله إلى النتيجة المطلوبة.
- منهج البحث العلمي قد يقتصر على أسلوب واحد واضح ومميز وقد يشمل على مجموعة من الأساليب ذات الخصائص المتشابهة.
- يرتبط تحديد الأسلوب أو المنهج العلمي الذي يستخدمه ويطبقه الباحث لدراسة ظاهرة أو مشكلة معينة بحسب الظواهر المدروسة في خصائصها وموضوعاتها فما يصلح لدراسة ظاهرة، لا يصلح لدراسة ظاهرة أخرى.
- بعض الظواهر لا يمكن دراستها إلا باستخدام أساليب ومناهج علمية معينة، فكثير من العلوم يمكن تمييزها والتعرف عليها من خلال طبيعة مادتها العلمية ولكن بعض العلوم الأخرى لا تتحدد شخصيتها إلا من خلال أسلوب أو منهج الدراسة العلمي المتبع فيها .

المطلب الثاني: خصائص المنهج

- تتميز مناهج البحث العملي بمجموعة من الخصائص المشتركة يمكن إجمالها في:
- طريقة التفكير والعمل المنظمة التي تقوم على الملاحظة والحقائق العلمية وتشتمل مجموعة من المراحل المتسلسلة والمتراصة.
- الموضوعية والبعد عن التحيز والميول إلى الاتجاه الشخصي.
- الديناميكية والمرونة بمعنى أنها قابلة للتعديل والتغيير من وقت لآخر نظراً للتقدم الذي يطرأ على العلوم المختلفة.
- إمكانية التثبت من نتائج البحث العلمي في أي وقت وباستخدام أساليب ومناهج علمية جديدة.
- التعميم حيث يمكن تعميم نتائج البحوث العلمية ويستفاد منها في دراسة ظواهر أخرى مشابهة.

- القدرة على التنبؤ، فأساليب ومناهج البحث العلمي قادرة على وضع تصور لما يمكن ان تكون عليه الظواهر المدروسة في المستقبل .

المطلب الثالث: تصنيفات المناهج العلمية

كما سبق الذكر فمصطلح البحث العلمي هو طريقة علمية منظمة يسلكها الباحث وفق منهج يسمى منهج البحث من أجل تقصي الحقائق في شأن مسألة أو مشكلة معينة تسمى موضوع البحث، للوصول إلى حقائق نسميها نتائج البحث.

أما مناهج البحث فهي الطريقة التي يتم من خلالها تحليل الظاهرة أو دراسة الموضوع أو الوصول للموضوع، فالمنهج هو اتباع خطوات محددة بشكل منطقي متتابع لدراسة المشكلة وجمع المعلومات حولها باستخدام أدوات معينة ومن ثم القيام بعرض المعلومات وتحليلها وتفسيرها واستنتاج الحقائق منها .

وعليه فإنه ليس هناك بحث علمي دون منهج واضح يتم وفقا لقواعده دراسة المشكلة محور البحث وتحليل أبعادها ومسبباتها ومعرفة جوانبها وتأثيرها وتأثرها بالظواهر المحيطة، ووفقا لأدواته يتم قياسها والتنبؤ بحركتها والوصول إلى معالجات ونتائج محددة يمكن تطبيقها لتصحيح القصور القائم المسبب للمشكلة، فالبحث لا يمكن أن يتم دون منهج علمي واحد على الأقل.

وقد اختلف العلماء المختصين بعلم المناهج حول أنواع وعدد مناهج البحث العلمي بين الضيق والاتساع، فالبعض يركز على أنواع المناهج الرئيسية والأصلية والبعض الآخر يوسع في عدد المناهج والبعض يختلف في أسمائها، وسنركز فقط على المناهج العلمية التي نحتاج إليها في الدراسات الاجتماعية والقانونية.

وإذا كانت مناهج البحث العلمي المؤدية إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم المختلفة باتباع قوانين وقواعد عامة تحكم وتضبط سير العقل وتحدد عمليات للوصول إلى نتائج معينة متنوعة ومختلفة باختلاف فنون المعارف والعلوم والثقافات فإن مناهج البحث العلمي الكبرى الأساسية والمتفق عليها من قبل مفكري علم المناهج هي:

1. المنهج التاريخي: ذلك البحث الذي يصف ويسجل ما مضى من وقائع وأحداث الماضي، ويدرسها ويفسرها ويحللها على أسس علمية منهجية دقيقة، بقصد التوصل إلى حقائق ومعلومات، أو تعليمات تساعدنا في فهم الحاضر على ضوء الماضي، والتنبؤ بالمستقبل.

2. المنهج الوصفي: يقوم بدراسة ووصف خصائص وأبعاد ظاهرة من الظواهر في إطار معين أو في وضع معين، يتم من خلاله تجميع البيانات والمعلومات اللازمة عن هذه الظاهرة،

وتنظيم هذه البيانات وتحليلها للوصول إلى أسباب ومسببات هذه الظاهرة والعوامل التي تتحكم فيها وبالتالي استخلاص نتائج يمكن تعميمها مستقبلاً.

3. المنهج الاستنباطي: وهو منهج أسلوبه الشرح والنظر والتفكير والتأمل والتحليل، وينتقل من الكل إلى الجزء أو من العام إلى الخاص.

4. المنهج الاستقرائي: عملية ملاحظة الظواهر وتجميع البيانات عنها للتوصل إلى مبادئ عامة وعلاقات كلية، وهو يقوم على التتبع لأشياء جزئية مستعينا على ذلك بالملاحظة والتجربة وافترض الفروض، لاستنتاج أحكام عامة منها ويسمى المنهج الاستقرائي بالمنهج التجريبي، لأنه يستند في تحليلاته إلى الملاحظة والتجربة وافترض الفروض.

5. المنهج التحليلي: هو الذي يقوم من خلاله الباحث بدراسة مختلف الإشكاليات العلمية معتمداً على عدة أساليب كالتفكيك والتركيب والتقييم.

6. المنهج التجريبي: هو الذي يقوم على تغيير متعمد ومضبوط للشروط المحددة للواقع أو الظاهرة، التي تكون موضوعاً للدراسة، وملاحظة ما ينتج عن هذا التغيير من آثار في هذا الواقع أو الظاهرة.

7. المنهج المقارن: ذلك المنهج الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر.

الفصل الثاني: أسلوب كتابة البحوث والرسائل

إن دراسة منهجية البحث تعد من أهم الدراسات التي تلقن في مجال البحث العلمي، على اعتبار أن المنهجية هي عمدة البحث وعموده الفقري وأن المنهج هو الطريق الذي يتبعه الباحث للوصول إلى هدفه وأن الالتزام بالمنهج العلمي يحتم على الباحث منذ البداية تحديد الخطوات الكبرى التي سيتبعها للوصول إلى هذه الأهداف.

والباحث لا يمكنه أن يكون منهجية إذا كان غير ملم بالخطوات الأساسية في البحث وبشروط التوثيق الجيد للبحث وبمقومات التركيب وكيفية وضع التصميم.

ومن أهم شروط البحث الجيد ومواصفاته هي:

- تحديد الهدف
- أهمية موضوع البحث موضوع الدراسة وراهنيته
- ظهور شخصية الباحث
- حسن التأليف وجمالية الأسلوب
- مواكبة العصر

- الدقة في النقل والتوثيق
- الجمع بين الأصالة والتجديد
- اتباع المنهج العلمي .
- ومن أجل كتابة البحوث والرسائل العلمية لا بد من اتباع المراحل التالية:
- 1 - اختيار الموضوع.
- 2 - جمع المراجع.
- 3 - صياغة الاشكالية.
- 4 - اعداد التصميم أو الخطة.
- 5 - تدوين المعلومات التي نقرأها.
- 6 - توثيق وتركيب البحوث.
- 7 - مكملات البحث.

المبحث الأول: مرحلة اختيار موضوع البحث وجمع المراجع وتحديد الاشكالية

من أجل إعداد دراسة علمية متماسكة وقوية، تجيب عن إشكالية راهنة وحديثة، لا بد من اتباع مراحل علمية تبدأ باختيار موضوع البحث ثم جمع المادة الخام، صياغة إشكالية محورية تكون هي منطلق ومنتهى الاشتغال على موضوع البحث.

المطلب الأول: اختيار موضوع البحث

يعتبر اختيار موضوع البحث الخطوة الأولى في كل بحث، يختار الباحث فيها موضوعاً يود دراسته والبحث فيه، وبتعبير آخر طرح مشكلة، هذه الخطوة الإيجابية هي التي تطلق إشارة البدء في العمل الجاد.

والباحث الأصيل الجيد هو الذي يعرف كيف يختار المشكلة، أو يعرف كيف يسأل ليأتي جواب له أهمية واقعية وقيمة وجودية، تتجاوز مع واقع قائم في المحيط المدرس .
ومن أجل اختيار موضوع البحث بشكل صحيح لا بد من توافر مجموعة من الشروط من أهمها نذكر:

- أن يتسم الموضوع بالجدة والحدثة، حيث يتعين على الباحث أن يختار موضوعاً يواكب التطورات التي تحدث على المستوى التشريعي والمواقف القضائية والفقهية، وبالتالي يكون موضوع جديد لم يتطرق له باحث آخر من قبل حتى ولو كانت اشكالية الموضوع قديمة لكن طريقة مناقشتها والحلول المقدمة لها لا بد أن تكون جديدة .

- أن تكون مراجعه متوفرة، ويسهل الرجوع إليها.

- أن يتصف الموضوع بأهمية تجعله صالحا للبحث والدراسة، حيث تعد أيضا أهمية الموضوع المتناول من الأسباب المؤدية لاختيار موضوع البحث العلمي، حيث تثير اهتمام الباحث القضايا المهمة التي تشغل الرأي العام أو المجتمع المحلي أو الدولي، والتي من خلال دراستها والوصول إلى حل لها يكون قد قدم فائدة كبيرة للمجتمع، حيث كلما كانت أهمية الموضوع والمشكلة البحثية كبيرة نظرية كانت أم عملية كلما شكل ذلك دافعا كبيرا لاختيار هذا الموضوع للبحث والدراسة.

- أن يختار الباحث الموضوع الذي يقدم إضافة للمعرفة الإنسانية ويساهم في حل مشكلات المجتمع في مختلف جوانبه سواء كان البحث نظريا أو تفسيريا أو تطبيقيا ومهما كان الهدف منه .

المطلب الثاني: جمع المراجع

تعد خطوة جمع المصادر والمراجع من اهم الخطوات في عملية بناء البحث العلمي، إذ هذا الاخير مرهون بقوة المراجع التي تم التوصل إليها وتوظيفها توظيفا علميا من أجل إثراء موضوع البحث .

يتعين على الباحث أن يقوم بالبحث الأولي عن المراجع المتعلقة بموضوع بحثه وتدوينها، والتأكد من كفايتها من أجل الشروع في عمله، فنقص المعلومات أو ندرتها، أو استحالة الحصول عليها تجعل من الموضوع غير قابل للدراسة، وعليه فاختيار الموضوع للبحث، يستلزم التأكد من وفرة المعلومات والحقائق وامكانية الحصول عليها من مختلف الجهات والمصادر والمراجع العلمية في الوقت المناسب وفي حدود إمكانيات الباحث وقدراته قبل الانطلاق في البحث .

وعليه فإنه يجب على الباحث من أجل الحصول على المعلومات المطلوبة في موضوع معين الرجوع إلى الموسوعات العلمية ودوائر المعارف، والبحوث العلمية، وفهارس المكتبات، ومراكز البحث العلمي، والنشرات العلمية والقوائم الببليوغرافية التي تأتي عادة في نهاية المؤلفات بخاصة الحديثة منها، ذات الصلة بموضوع البحث، بالإضافة إلى قيام الباحث بمحادثات مع المتخصصين حول موضوع بحثه، وذلك من أجل إمام الباحث بكل جوانب البحث وتحديد الطرق والوسائل الممكنة لمعالجة المشكلات البحثية المرتبطة به، والاطلاع على مناهج البحث من خلال ما تم التطرق له سابق والتوجه نحو أفضلها، وبالتالي إغناء البحث من كل جوانبه النظرية والتطبيقية .

المطلب الثالث: صياغة الإشكالية

مشكلة البحث هي سؤال بحاجة إلى إجابة، أو موقف غامض يحتاج إلى تفسير، وبدون وجود مشكلة لا يكون هناك مبرر ولا ضرورة من أجل مناقشة هذا البحث، فالمشكلة أو الإشكالية هي النقطة الأساسية التي يقوم عليها أي بحث، والإشكالية يجب أن تكون واضحة تعبر مباشرة عن العوامل المؤثرة في خطة البحث.

ويتم تحديد إشكالية البحث، عبر القيام بصياغتها بشكل واضح، وذلك لكي تعبر هذه الإشكالية عن الأفكار التي تدور في ذهن الباحث والتي يسعى إلى حلها من خلال قيامه بالبحث العلمي، ولتسهيل صياغة إشكالية البحث العلمي يجب على الباحث أن يحدد العلاقة بين متغيرين أو أكثر، كما يجب أن يقوم بتحديد نطاق المشكلة البحثية الزماني والمكاني فالتحديد الدقيق لنطاق المشكلة يسهل معالجتها ويوفر الجهد ويستبعد الموضوعات عديمة الأهمية من نطاقها .

ويكون للبحث إشكالية واحدة عامة، يمكن أن تتفرع منها إشكاليات ثانوية، والإشكالية هي المشكلة الكبرى أو القضية المطروحة التي ينطلق منها البحث والباحث، لحل معضلة علمية في مسيرة البحث، وكل عنوان عام أو فرعي في تقسيم البحث يجب أن يكون مرتبطاً بالإشكالية من قريب أو بعيد .

ومن أجل أن تكون الإشكالية جيدة لا بد أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط التالية:

- أن يكون الموضوع جديداً لم يتطرق إليه من قبل، وأن تكون الإشكالية من دون حل وبقية مطروحة.
- أن يكون الموضوع مرتبطاً بحياة المجتمع ويملك قابلية للمعالجة.
- أن تكون الإشكالية إضافة معرفية للتراكمية العلمية.
- يجب أن يكون الموضوع أو الإشكالية واضحة.
- أن تكون بيانات الدراسة متاحة، يستطيع الباحث الوصول إليها واختبارها.
- وجود علاقة وثيقة بين الموضوع المختار وميولات واهتمامات الباحث العلمية .

المبحث الثاني: مرحلة اعداد التصميم وتركيب البحوث وتوثيقها

تعد هذه المرحلة من البحث العلمي في العلوم الاجتماعية من أهم المراحل وأدقها، لأنها تعبر عن مرحلة متقدمة من البحث، وصل في إطارها الباحث إلى تكوين صورة نهائية حول الموضوع وبداية صياغة الاستنتاجات النهائية للدراسة.

ويشتمل البحث على مجموعة من العناصر الأساسية وهي: العنوان، المقدمة، صلب الموضوع، توثيق المعلومات ثم الخاتمة.

المطلب الأول: اعداد التصميم وتدوين المعلومات

من أجل الإحاطة بجميع جوانب البحث أو الدراسة لا بد من إعداد تصميم يشكل خارطة طريق للباحث من أجل تدوين المعلومات المتحصل عليها بطريقة منظمة.

الفقرة الأولى: اعداد التصميم أو الخطة

يعتبر التصميم عملية فكرية ضرورية، وهو جزء أساسي في أي بحث، وخطوة إجرائية وذهنية لا بد منها حتى يمكن للبحث أن يتواجد ويكتمل، كما يعتبر المرحلة الأساسية في إخراج الموضوع إلى حيز الوجود، فهو بمثابة الإطار الهندسي للموضوع، والمقصود بتصميم البحث هو الإجراءات والخطوات التي يمر بها الباحث عندما يشرع في تخطيط البحث وتنفيذه.

وتصميم البحوث يعني تلك العملية العقلية التي يبدها الباحث والتي تقوم على أساس التنظيم المنطقي لخطوات البحث العلمية من أجل الوصول إلى الهدف المنشود .

وتسعى خطة أو تصميم البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

- وصف إجراءات القيام بالدراسة ومتطلباتها.

- تحدد موضوع الدراسة ومراحل تنفيذها.

- تشكل إطاراً لتقويم الدراسة بعد انتهائها.

ومن أجل وضع خطة بحث صحيحة لا بد من توفر مجموعة من الشروط والتي يمكن إجمالها في:

1. أن تكون خطة البحث مختصرة وأن تكون محددة تحديداً دقيقاً.

2. ترتيب عناصر الخطة ترتيب منطقي وربط العناصر بعضها.

3. يجب أن تكون الخطة أو التصميم مرتبط ارتباطاً مباشراً بمشكلة البحث.

4. وضع تصميم شامل يتعرض لجميع القضايا والإشكاليات التي يطرحها الموضوع.

5. عدم تكرار العناوين والافكار.

6. تحقيق التوازن عن طريق اعتماد نوع من أنواع التصميمات المتعارف عليها والمعمول

بها سواء كان هذا التصميم التاريخي أو الأنجلو سكسوني أو اللاتيني.

الفقرة الثانية: تدوين المعلومات

يتعين على الباحث ان يقوم بقراءة جميع المراجع المتعلقة بموضوع البحث قراءة شاملة سواء كانت عامة أو خاصة وذلك عن طريق اتباع شروط القراءة العلمية الصحيحة وهي: جرد جميع الفهارس وتحديد المحاور المرتبطة بموضوع البحث ثم الانتقال إلى تدوين هذه المعلومات إما بالاعتماد على الطريقة التقليدية المتمثلة في البطاقات أو الجذازات والملفات، أو الطريقة الحديثة والتي تعتمد على نسخ المراجع والبحث عبر الانترنت.

الفقرة الثالثة: عنوان البحث ومقدمته

أولاً: عنوان البحث

يعتبر عنوان البحث هو مطلع، بحيث يكون جديداً مبتكراً، حاملاً الطابع العلمي الهادئ الرصين، مطبقاً للأفكار الواردة بعده ومعبراً عن المشكلة باختصار، مبيناً طبيعتها ومادتها العلمية، يعطي انطباعاً أولياً في عبارات موجزة توحى للقارئ بمضمون البحث.

وتقتضي الدراسة العلمية المنهجية الوصول إلى عنوان واضح دقيق، يوحى للقارئ بفحوى مضمون البحث، ومدى استفادته منه، لهذا من الضروري اختيار موضوع يتفق مع رغبة وميول، الباحث مع ضرورة استشارة الأساتذة الأكفاء لإبداء رأيهم ومقترحاتهم حول عنوان البحث، ومناقشة مدلوله، والتعرف على أبعاده، ويزيد هذا من اطمئنان الباحث في الوقوف على اختلاف وجهات النظر .

كما يجب على الباحث أن يتجنب الموضوعات التي تتطلب مجموعة من المعلومات التي ليست لديه، فضلاً عن ضرورة اختيار الموضوع الذي تتوفر لديه مصادره ومراجعته، أو أكبر قدر منها بطريقة سريعة .

ثانياً: مقدمة البحث

تعتبر مقدمة البحث الواجهة الأساسية التي تستلهم القارئ وترشده إلى الاطلاع على موضوع البحث، لأنها تعطي تصوراً عن البحث بشكل عام، والمقدمة لا تكتب عادة إلا بعد الانتهاء من كل مراحل البحث، وحتى تتسجم مع الضوابط البيداغوجية لا بد أن تشمل على العناصر التالية:

- تمهيد عام لموضوع البحث للوصول إلى الفكرة الخاصة محل الدراسة والبحث، - من العام إلى الخاص.-
- تمييز الموضوع عن المسائل المشابهة مع تحديد المفاهيم والمصطلحات المتعلقة به.
- تناول التطور التاريخي للموضوع.

- تحديد أسباب اختيار الموضوع وبيان أهميته العلمية والعملية.
- بيان الصعوبات التي اعترضت الباحث.
- تحديد المنهج الذي تناوله الباحث في الدراسة.
- طرح الإشكالية.
- الاعلان عن التصميم المقترح.

المطلب الثاني: صلب الموضوع وتوثيق المعلومات

من أجل صياغة بحث علمي قويم، وبعد تحديد عنوان البحث ووضع المقدمة، تأتي مرحلة تحليل الموضوع وتوثيق المعلومات.

الفقرة الأولى: صلب الموضوع

يعتبر صلب الموضوع، نتاج وثمره عمل مضني قام به الباحث طيلة فترة تحضير وإنجاز هذا البحث قصد إخراجه في شكل بحث علمي جيد ومتكامل من حيث الشكل والمضمون . ويتكون صلب الموضوع من المادة العلمية الأساسية للبحث العلمي، وهو الجزء الأكبر والحيوي والهام لأنه يشمل جميع أقسام البحث وعناوينه وجميع الأفكار والآراء والنظريات والتحليل والتعليق.

كما يشمل صلب الموضوع جميع مقومات صياغة وتحرير البحث من تعابير وأسلوب ولغة واقتباس وتعامل مع المراجع العلمية وهوامش، وأمانة علمية وإبداع وابتكار، وشخصية الباحث.

ويشترط في الكتابة العلمية بأن تكون واضحة، دقيقة، بعيدة عن الاستطراد والتكرار والحشو، ويجب أن تكون مرتبة ومتصلة في الفكر والمعنى والأسلوب.

وعلى الباحث أيضا الالتزام بقواعد الإملاء والنحو، فكثير من الأخطاء قد تضعف من قيمة البحث، مع ضرورة الاعتناء بالأسلوب، وتجنب الجمل الطويلة والصعبة الفهم، وإيجاد الروابط بين أطراف الموضوع، الفواصل، النقط، أو بين كل جزء وآخر .

الفقرة الثانية: توثيق المعلومات

يعتبر الاقتباس جزء من البحث العلمي، فالباحث مهما علت درجته وتراكت خبرته، فإنه لا يستغني عن خبرات وتجارب الآخرين، والباحث الذي يعتقد أن لا علم غير علمه ولا معرفة غير ما يعرف، باحث مغرور بجهل أو يتجاهل أن لا حدود للعلم وأنه لا يمكن لإنسان واحد أن يلم بكل شيء.

والاقتباس العلمي الصحيح هو الذي يقوم على استيعاب الباحث لأقوال وكتابات الآخرين حول الموضوع وإضافتها إلى معلوماته وأفكاره، ومن ثم إعادة كتابتها بلغته الخاصة بحيث تدمج في التحليل .

ويتم اقتباس المعلومات من المصادر والمراجع بالطرق التالية:

- الطريقة الأولى: نقل النص كاملاً:

ويفضل نقل النصوص كاملة من دون تغيير في الحالات التالية:

1. إذا كانت تعبيرات المؤلف وكلماته ذات أهمية خاصة.
2. إذا كانت تعبيرات المؤلف مؤيدة للغرض في فهم الموضوع.
3. الخشية من تحريف المعنى بالزيادة أو النقصان، خصوصاً إذا كان موضوعاً ذا حساسية خاصة.

- الطريقة الثانية: التلخيص

وذلك بأن يعمد الباحث إلى تلخيص فكرة بأكملها شغلت حيز كبيراً من الصفحات، بأسلوبه الخاص.

- الطريقة الثالثة: الشرح والتحليل

يتناول الباحث فكرة أو موضوعاً تعرض له أحد المؤلفين بأسلوبه بطريقة مفصلة وتوضيح أوسع.

- الطريقة الرابعة: الجمع بين التلخيص والشرح وبين اقتباس النصوص

وذلك بأن يكتب الباحث بأسلوبه تلخيصاً وتحليلاً، ثم يتبعها بنص مقتبس من نصوص المؤلف.

- الطريقة الخامسة: إضافة تعليقات شخصية

يستحسن في بعض الأحيان إضافة تعليقات على النصوص المقتبسة من المصادر والمراجع المعتمدة .

الفقرة الثالثة: الخاتمة

خاتمة البحث من حيث الشكل هي آخر ما يتضمنه البحث، وتشكل ملخصاً نهائياً له، وفيها يقوم الباحث ببلورة النتائج والأفكار والأجوبة التي يتوصل إليها، على ضوء تحليلاته المتضمنة في صياغة الموضوع، وبالتالي فهي مجرد وصف سريع لهذا البحث وللنتائج والمقترحات والتوصيات التي توصل إليها الباحث .

ولا يجوز أن تكون الخاتمة مجرد ملخص لما تضمنه الموضوع من تحليلات، وإنما يجب أن تعبر عن الإجابة التي يقدمها الباحث للإشكالية المطروحة، تلك الإجابة التي توصل إليها الباحث من خلال التحليلات التي تضمنها الموضوع، يضاف إليها ما يستخلصه من اقتراحات وتوصيات مناسبة.

ومن أهم المميزات التي تتميز بها الخاتمة، أنها حصيلة البحث بأكمله ولا تشكل جزءا منفصلا عنه، وتجسد النتائج النهائية التي توصل إليها الباحث.

وتتضمن الخاتمة التقسيمات التالية:

- استعراض ماهية الدراسة دون الدخول في التفاصيل.
- النتائج والأفكار الجديدة التي توصل إليها الباحث.
- المقترحات أو التوصيات التي يرى الباحث أنه من المناسب العمل بها.
- طرح تساؤلات تشكل مواضيع دراسة في المستقبل إما للباحث نفسه أو للغير .

المطلب الثالث: مكملات البحث

تتمثل مكملات البحث في: الملاحق والمراجع، والفهرس.

الفقرة الأولى: ملاحق:

هي أجزاء استعان بها الباحث، وهي تتضمن وثائق قانونية أو أدلة اعتمد عليها الباحث في كتابة بحثه وهي تدخل في صلب الموضوع، لكن كتابتها في المتن قد يشغل حيزا كبيرا من الصفحات، مما يقطع على القارئ سلسلة تفكيره، ويؤثر سلبا على ربط الحوادث المتسلسلة، بعضها ببعض، وهذا ما يجعل الباحث يقتصر على كتابة ما لا يؤثر على أسلوبه وعلى تسلسل أفكاره ويوثقه، ثم يحيل القارئ على ما يختاره له منها كاملا في الملاحق .

الفقرة الثانية: قائمة المراجع

يجب على كل باحث ان يقوم بجرد لجميع المراجع التي اعتمد عليها في بحثه، وذلك بطريقة منظمة ومرتبطة بحسب اللغة، وأنواع المراجع العامة والخاصة، وترتيب أسماء المؤلفين حسب الترتيب الأبجدي.

وبالنسبة لطريقة تدوين المعلومات الخاصة بالمراجع المعتمدة في الهامش فهي كالتالي:

أولا: بيانات الكتب

1. اسم المؤلف أولا، وإذا كان للكتاب أكثر من مؤلف يذكر أنه مؤلف جماعي ويكتب اسم المؤلفين على نفس الترتيب موصولا بينهما بحرف الواو.

2. عنوان الكتاب
3. عدد الأجزاء.
4. الطبعة الاولى أو الثانية، سنة الطبع.
5. دار الطبع والنشر ومكان الطبع.
6. رقم الصفحة.

ثانيا: الرسائل والأطروحات

1. اسم الباحث.
2. عنوان البحث.
3. تحديد نوع البحث أطروحة أو رسالة.
4. ذكر اسم الكلية ثم الجامعة.
5. السنة الجامعية.
6. رقم الصفحة.

ثالثا: بيانات المقالات

1. اسم كاتب المقالة.
2. عنوان المقالة.
3. اسم المجلة، أو الجريدة.
4. عدد المجلة وتاريخ صدورها.
5. تاريخ الطبع.
6. المطبعة ومكان الطبع.
7. رقم الصفحة.

رابعا: الأحكام القضائية

1. اسم المحكمة.
2. رقم الحكم أو القرار
3. تاريخ صدوره
4. رقم الملف
5. ذكر هل القرار أو الحكم منشور أو غير منشور.

6. المجلة المنشور فيها مع ذكر جميع البيانات المتعلقة بهذه المجلة.
7. رقم الصفحة.

ثالثا: النصوص التشريعية

1. نوع النص التشريعي
2. موضوع النص
3. تاريخ صدوره
4. عدد الجريدة الرسمية المنشور فيها مع ذكر جميع البيانات المتعلقة بها.

الفقرة الثالثة: الفهرس

هو قائمة المحاور التي اشتمل عليها البحث، وتكون فهارس البحوث في آخرها، لكن القليل من الباحثين يضعونه في أول أعمالهم وتسجل فيها عناوين الأقسام والأبواب والفصول والمباحث والفروع والمطالب وتقسيمات جزئية.

وتطلق على هذا الفهرس تسمية محتويات البحث، وتسجل فيه على الجانب الأيمن من الصفحة العناوين الرئيسية والفرعية، مرتبة عموديا، من أولها إلى آخرها. وعلى الجانب الأيسر من الصفحة نفسها، تسجل أرقام الصفحات التي توجد بها تلك العناوين، والغرض من هذا التنظيم والترتيب هو تسهيل مهمة القارئ في العثور على ما يرغب فيه من عناصر البحث .

خاتمة

في الأخير أود أن الفت عناية الباحثين والأكاديميين إلى إعطاء المزيد من الاهتمام إلى دراسة علم المنهج لما يشكله كمحور نجاح أي بحث أو دراسة علمية رصينة. كما أريد ان اختتم مداخلتى بتوصية:

ادعوا من هذا المنبر الرفيع إلى توحيد المنهجية أو الخطة أو التصميم المعتمد في الدراسات القانونية وذلك تقاديا لأي تشنت قد يكون له تأثير سلبي سواء على نفسية الباحث أو على جودة البحث بحد ذاته وهذا ما نلمسه أثناء مناقشة البحوث والدراسات العلمية حيث ان كل عضو من اعضاء لجنة المناقشة يحاول ان يفرض منهجيته ولو كان ذلك لا ينسجم مع التوجه العام للموضوع.

البيان الختامي عن أشغال الملتقى

إعداد: الدكتور: محمد الطودار

مدير تحرير مجلة معالم قانونية

منتدب قضائي بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب

انعقد الملتقى الدولي الافتراضي الأول على مدار سبعة أيام متواصلة من 14 دجنبر 2020 إلى غاية 20 دجنبر 2020 من تنظيم مجلة معالم قانونية المغرب، ومختبر الفلسفة والقانون والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس المغرب، وكلية القانون والعلوم السياسية بديالى العراق، وبشراكة مع اتحاد الجامعات الدولي باسطنبول تركيا، والاتحاد الأمريكي الدولي للتعليم أمريكا، وكلية الحقوق بصفاقس تونس، والمجموعة الأمريكية للاستشارات والمؤتمرات والتدريب العراق.

وقد استفاد من هذا الملتقى العشرات من طلبة الدكتوراه وحتى الماجستير في بلدان عربية متعددة منها: تونس، العراق، الإمارات، الأردن، اليمن، الجزائر، إلى جانب نظائرهم من المغرب، بمناسبة ورشات تكوينية في مواضيع مختلفة تصب في مناهج علم القانون، دون أن ننسى الجلسات العلمية الغنية بتوجهات عربية أغنت الطرح في سبيل إيجاد أطروحة بحثية عربية ذات راهنية تواكب مستحدثات العصر، وتجابه الدول الأوروبية.

جلسات علمية وورشات تكوينية أسفرت بمناسبة انتهاء الملتقى الدولي الافتراضي الأول الموسوم ب: «التكوين الأكاديمي والتبادل المعرفي»، في بسط العديد من التوصيات الهامة التي تروم تحسين جودة البحث العلمي، وإيجاد أطروحة عربية ذات جودة عالية، والتي تهتم في جانب منها طلبة الدراسات العليا، وأخرى تتعلق بالجامعات العربية المختلفة.

■ توصيات تهتم طلبة الدراسات العليا

- يتعين على طلبة الدراسات العليا أن يحسنوا اختيار موضوعات رسائلهم وأطاريحهم، بما يرتبط بالواقع المعاش قانونيا وسياسيا واقتصاديا واجتماعيا؛
- أن يتم التركيز على الموضوعات الحديثة، والمقارنة بين القوانين المختلفة، بما يساعد الدول العربية في الاستفادة من التجارب الغربية المتقدمة، وما يتلاءم مع واقعنا العربي؛

- يتعين كذلك على الطلبة في سلك الماستر والدكتوراه الحضور المكثف لعدد من المناقشات خلال إعدادهم لرسائلهم قصد الاستفادة من هذه المناقشات العلمية؛
- يتعين على الباحث أن يبتعد عن أدلجة موضوعه وان يتعامل مع الاطروحة التي يشتغل عليها على أساس حجج منطقية وقانونية؛
- على الباحث أن لا ينطلق من أفكار مسبقة أو من إسقاطات فكرية تشوه الدليل وترسم طريقا خاطئاً للبحث منذ انطلاقه؛
- ينبغي العمل على إعداد دليل في منهجية كتابة الرسائل والأطاريح الجامعية قصد إنارة الطريق أمام الباحثين من الناحية الشكلية والمنهجية.؛
- يتعين أن يكون الاستدلال في البحث مرتكزا على القانون الوضعي لبيان خصوصياته في المسألة موضوع البحث ولا يقع اللجوء إلى القوانين الأجنبية إلا على سبيل المقارنة؛
- يفترض في الباحث تجاوز عدم الانسجام في منظومته القانونية والنتائج عن تعدد المصادر للبحث عن حل ينسجم مع روح العصر وعن نسقية ترتقي بمجتمعه؛
- التفاعل مع القيم الكونية يكون بقدرة على الانفتاح وبرغبة في إدماجها في المنظومة القانونية بقدر الإمكان؛
- العمل على نشر الوعي الإلكتروني والذكاء الاصطناعي القانوني في مجال القضاء التحكيمي.

■ توصيات تتعلق بالجامعات العربية المختلفة

- التعاون العلمي بين الجامعات العربية خاصة فيما يتعلق بمناقشة الأطاريح حيث يتعين أن يكون العضو الخارجي من إحدى الجامعات العربية؛
- دور التبادل المعرفي القانوني في إثراء القواعد القانونية والارتقاء بها بشكل يضمن مساهمتها للواقع المجتمعي والتطورات والتغيرات التي يعرفها؛
- خلق منصة افتراضية لكل الجامعات العربية، ليسهل عمل الطالب في ما لم تسعفه الظروف للحصول على أحكام وقرارات قضائية؛
- ضرورة العمل بين مختلف المؤسسات الجامعية على تشارك المعرفة وتبادلها وتطويرها والعمل على تدبيرها بالشكل الذي يرسى قواعد مستقبل معرفي واعد؛
- وجوب رصد ميزانية كافية للبحث العلمي قصد تشجيع الباحثين من جهة والنهوض بقطاع البحث العلمي من جهة أخرى.



دراسات وأبحاث

Présupposés et problématiques directeurs de la philosophie de la propriété (Fès 15.07.2021)

Jean-Christophe Merle

Professeur de l'enseignement supérieur En philosophie

Université Allemand de vichta

« Dieu créa l'homme à son image. [...] Dieu les bénit et leur dit : Soyez féconds, multipliez, emplissez la terre et soumettez-la. » (Genèse 1, 28) Pour deux raisons, il peut sembler curieux que j'aborde la philosophie de la propriété par une source religieuse, une citation de l'Ancien Testament. Premièrement, la philosophie n'est pas la religion. Deuxièmement, cette source ne contribue guère à définir le concept de propriété, sur lequel je reviendrai plus loin. La définition de la propriété, de ses modalités et des concepts qui y sont relatifs, fut l'objet du droit romain et de sa codification bien plutôt de la Genèse. Cependant, comme s'en plaignait le spécialiste du droit romain Michel Villey (*Le Droit et les Droits de l'homme*, 1983), le droit romain est devenu largement étranger à la pensée juridique moderne, et plus encore à la philosophie de la propriété. Par contre, ce passage de l'Ancien Testament, c'est-à-dire le *dominium terrae*, fournit une clé hors pair pour saisir une partie des présupposés et problématiques directeurs de la philosophie de la propriété, du moins dans sa tradition occidentale, quelle que soit par ailleurs la position des différents théoriciens de la propriété en matière religieuse.

C'est pourquoi j'indiquerai quelques éléments fondamentaux de cette tradition issue de l'idée du *dominium terrae*, et mentionnerai par contraste les autres éléments fondamentaux de la tradition occidentale de la philosophie de la propriété au gré de ma présentation, ce qui me permettra d'expliquer pourquoi ce n'est que relativement récemment que la philosophie de la propriété, dont l'objet principal a été très longtemps la justification de la propriété, a commencé à s'intéresser à l'analyse conceptuelle de ce qu'est la propriété.

Les éléments fondamentaux de cette tradition issue de l'idée du *dominium terrae* sont:

(1) Malgré la diversité des théories de la propriété, la *charge de la preuve se trouve toujours du côté de la propriété privée*, par opposition tantôt à la propriété commune, tantôt à la propriété collective. Cela vaut aussi pour les plaidoyers les plus radicaux

en faveur de la propriété privée, tel celui du libertarien Robert Nozick dans *Anarchie, Etat, Utopie*. Or, de fait, selon le *dominium terrae* Dieu n'a pas donné la Terre à chaque homme individuellement, mais à l'espèce humaine dans son ensemble. La division de ce *dominium* en parcelles privées a donc besoin d'une justification.

(2) L'égalité entre êtres humains est la règle par défaut en ce qui concerne la possession et l'usage de la propriété ainsi que la jouissance de ses fruits, de sorte que *la charge de la preuve se situe du côté des dispositions inégalitaires*.

(3) Cette *justification*, quelle qu'elle soit, comme aussi celle des positions en faveur de formes de propriété commune ou de propriété collective, se trouve toujours dans un *avantage distributif* pour l'espèce humaine. Par avantage distributif, j'entends un avantage pour toutes les personnes concernées, c'est-à-dire pour tous les êtres humains. Or, de fait, le *dominium terrae* n'est pas donné par Dieu sans condition, mais avec le commandement de le faire fructifier pour l'ensemble du genre humain. L'étendue du droit de propriété demeure toujours conditionnée à l'exigence d'avantage distributif. A l'opposé, le droit de propriété romain était illimité, du moins jusqu'à la période classique, laquelle limita, par exemple, quelque peu le droit de construire ainsi que de maltraiter à son gré les esclaves. Le caractère conditionné du droit de propriété s'exprime par exemple par le droit de nécessité (*ius necessitatis*) et le droit d'usage innocent (*ius innoxia*), qui permettent respectivement de faire usage de la propriété d'autrui, le cas échéant sans son consentement, en cas de danger immédiat pour la survie (par exemple de détresse extrême de la personne en danger immédiat de mourir de faim) ou d'usage qui ne nuit pas au propriétaire. L'argument invoqué en faveur de ces droits est que, dans de tels cas, qui contreviennent à l'exigence d'avantage distributif, la communauté de possession primitive du *dominium terrae* *vaut à nouveau*. Cette distinction permet également la critique radicale de la propriété privée de Rousseau : « Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisait de dire, ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. [...] Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la Terre n'est à personne. » (164).

(4) Tandis que les restrictions à la propriété trouvent leur fondement dans le *dominium terrae*, la propriété trouve son fondement dans l'ordre juridique. En effet, non seulement dans la célèbre citation de Rousseau susmentionnée, mais aussi, à sa suite, chez Kant et tous les auteurs ultérieurs, l'existence de la propriété et l'institution d'un ordre juridique sont conceptuellement liés. C'est l'institution de l'ordre juridique et la sortie de « l'état de nature » qui constitue le passage de la possession provisoire à la possession péremptoire, durable, c'est-à-dire à la propriété. L'ordre juridique attribue devoirs et droits, c'est-à-dire détermine le mien (*meum*) de chaque individu, le concept jusnaturaliste de *meum* englobant celui de propriété matérielle ou immatérielle, sans cependant s'y réduire. Le christianisme du *dominium terrae* s'abstient par principe de définir la propriété ou d'en donner des règles d'attribution.

Il sépare la cité de Dieu de la cité terrestre, gouvernée par César, c'est-à-dire par le droit.

(5) La sphère des sujets du droit de propriété et celle des objets du droit de propriété sont radicalement séparées l'une de l'autre. Cette séparation, décrite par la *separability thesis* (thèse de la séparabilité), exclut par exemple l'esclavage. De fait, tous les êtres humains ont été, dans une égale mesure, créés à l'image de Dieu, tandis que le reste de la Création leur est soumise. Certes, dès le début du christianisme et encore jusqu'au tout début de la modernité, des théologiens fournissent à l'institution de l'esclavage, sur laquelle était bâtie l'économie et la société de l'empire romain une justification, soit en reprenant la thèse aristotélicienne des êtres humains incapable de conduire leur vie eux-mêmes, soit en considérant l'esclavage comme une punition consécutive à la commission de péchés, soit encore en relativisant le mal que constitue la condition d'esclave en la comparant à l'esclavage plus grands encore envers ses propres passions. Mais ces théologiens, par cela même qu'ils cherchent une justification à l'esclavage, montrent deux différences radicales qui les séparent de la mentalité antique, laquelle (1) considèrent la différence de condition entre esclaves et hommes libre comme une question de bonne ou de mauvaise fortune qui, en tant que telle, ne requiert pas de justification (De fait, la tentative aristotélicienne de justifier l'esclavage demeure largement isolée dans la philosophie antique.) et (2) ne considèrent l'esclavage ni comme un mal, ni comme une conséquence du mal. Ces mêmes éléments théologiques, à savoir (1) l'égalité entre les êtres humains comme images de Dieu comme état naturel des êtres humains, (2) la thèse selon laquelle l'esclavage comme condition sociale est un mal et (3) que l'esclavage envers ses propres passions est un mal plus grand encore, sont exactement ceux dont se servira Rousseau pour rejeter l'esclavage comme condition sociale et le despotisme politique : « L'homme est né libre, et par-tout il est dans les fers. Tel se croit le maître des autres, qui ne laisse pas d'être plus esclave qu'eux. [...] Ce droit ne vient pas de la nature ; il est donc fondé sur des conventions. » (*Contrat social*, livre I, chap. 1)

Comme l'existence de l'esclavage, celle de la propriété est expliquée par le mal et son institution par une convention, mais seule des deux la propriété reçoit une justification. Par-là, j'entends que la propriété n'existait certes pas dans la condition naturelle du *dominium terrae*, mais, étant donnée l'existence du mal, elle constitue la meilleure solution en second et un remède partiel au mal. Tel n'est pas le cas pour l'esclavage.

Quels sont les maux qui expliquent et justifient l'institution de la propriété et la coexistence de propriété privée, de propriété commune et de propriété collective ? Selon Hugo Grotius, les péchés - ou vices - qui entraînent le non-respect du commandement divin du *dominium terrae* et les maux qui s'ensuivent, sont, pour l'essentiel, au nombre de trois : (1) l'insatiabilité, la vaine tentative de la satisfaire nécessitant un travail et une division du travail accrus, et le « manque d'équité et d'amitié, qui faisait qu'on n'aurait pas gardé une juste égalité ni dans le travail, ni

dans la consommation des fruits et des revenus. » (227), c'est-à-dire (2) la paresse et (3) l'avidité. Ces vices entraînent la discorde et les conflits entre les hommes.

La justification de la propriété comme meilleure solution en second qui résulte de ces vices est que la division du *dominium terrae* entre les hommes constitue un remède à deux maux. D'une part, selon un argument semblable à celui d'Aristote, chacun prend davantage soin de ce qui lui est propre que de ce qui est commun, de sorte que la propriété privée motive chacun à accroître son travail - ou à réduire sa paresse - ou à réduire sa consommation - ou à réduire son avidité, de telle sorte qu'au moins entre travail et consommation la proportionnalité s'accroisse. D'autre part, la division de la propriété par convention entre les êtres humains est censée mettre un terme aux conflits relatifs aux ressources. Cette meilleure solution en second ne constitue cependant ni un remède idéal, ni un remède complet aux vices susmentionnés, et les vices qui les engendrent subsistent. Deux voies s'ouvrent alors : (a) Considérer que le résultat de ces vices n'est pas un mal, mais est bénéfique, et que ces vices privés sont donc des vertus publiques. Telle est la voie prise, depuis le dix-huitième siècle par la pensée économique classique, sécularisée. (b) Définir la meilleure solution relative à la répartition des ressources non pas en termes de théorie de la propriété, mais en termes de théorie de la justice, comme le fait John Rawls.

La pensée économique classique n'est pas seule à rompre le lien normatif constitutif entre le mal et la propriété. Tandis que la pensée économique classique considère, comme c'est le cas dans la *Fable des abeilles* de Bernard Mandeville, que les vices privés liés à la propriété conduisent à la vertu publique de l'accroissement des richesses pour l'ensemble de la société, quoique de manière inégale, l'Idéalisme allemand voit dans la propriété la sphère où s'exerce la liberté et de la volonté de l'être humain, ce qui ne garantit certes pas la moralité de l'être humain, mais ce qui est indispensable au développement de la moralité. En plaçant la liberté et la possibilité du développement moral au cœur du concept de propriété, les philosophes de l'Idéalisme allemand, de Kant à Hegel en passant par Fichte, s'opposent explicitement, d'une part, au stoïcisme, pour lequel la liberté est intérieure et indifférence à la condition physique, et, d'autre part, à la conception chrétienne qui insiste certes sur l'importance de l'existence de la liberté humaine, mais la lie directement à la responsabilité du chrétien pour le mal qu'il peut causer par ses péchés. Une différence majeure entre le *dominium terrae* et la conception de la liberté de l'Idéalisme allemand est la différence entre le commandement de Dieu et l'auto-législation de l'être humain en tant qu'être rationnel, tel qu'elle a été formulée par Kant. Comme l'observe Michel Villey, l'Idéalisme allemand, notamment Hegel, tout en utilisant des catégories du droit romain, qui n'est pas une philosophie, Hegel se situe à l'antipode du droit romain sur au moins deux points décisifs. D'une part, contrairement au droit romain, l'Idéalisme allemand ne conçoit plus la propriété comme consistant en premier lieu en une relation entre une personne et une chose que l'ordre juridique ne fait que reconnaître comme un *domus* absolu, mais comme une relation qui (1) se situe en

premier lieu entre personnes, et qui (2) ne se définit pas isolement, mais seulement dans l'ensemble des relations juridiques de l'ordre juridique.

On peut penser qu'une conception de la propriété comme sphère de la liberté humaine pourrait livrer un fondement du droit de propriété comme droit de l'homme. Toutefois, il ne correspond que très partiellement à l'actuel droit de l'homme à la propriété. La portée potentielle de l'idée de la propriété comme sphère de la liberté d'action de la personne, jointe à celle d'égalité humaine, mènerait certes en dernière conséquence à un égalitarisme de la propriété privée, sauf à introduire, comme le fait Rawls pour les biens sociaux primaires, un principe de différence dérivé de l'avantage distributif. Proudhon formule ainsi l'idée de la propriété comme sphère de liberté d'action de la personne, jointe à celle d'égalité humaine : « [...] n'est-il pas vrai que si la liberté de l'homme est sainte, elle est sainte au même titre dans tous les individus ; que si elle a besoin d'une propriété pour agir au dehors, c'est-à-dire pour vivre, cette appropriation d'une matière est d'une égale nécessité pour tous ? ». Le droit de l'homme à la propriété, tel qu'il est formulé par l'article 17 de la *Déclaration Universelle des droits de l'homme* de 1948 est autre : Au sens de Wesley Hohfeld, il est non pas un *claim right*, qui garantirait l'accès à des ressources exigibles, mais une *liberty*, c'est-à-dire une protection contre les tentatives d'empêcher l'exercice du droit de propriété : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. » Par ailleurs, si la propriété est la sphère de liberté de la personne, une implication possible serait de ranger le droit à la propriété *entièrement* parmi les droits à la personnalité, ce que nul ne songe à faire.

L'autre grande tradition philosophique qui naît simultanément à l'Idéalisme allemand, à savoir l'utilitarisme, conçoit la propriété également dans le cadre d'un système de droits et devoirs corrélatifs qui régit les relations entre les personnes. Contrairement au droit romain, l'utilitarisme justifie la propriété par l'utilité. A l'opposé du droit naturel du *dominium terrae* et de l'Idéalisme allemand, l'utilitarisme de la première génération, ne vise pas, l'avantage distributif, mais l'avantage collectif. Toutefois, à partir de l'importance accordée à la justice distributive dans *De l'utilitarisme* de Mill ainsi que de la victoire progressive de l'utilitarisme de la règle sur l'utilitarisme de l'action, les choses changent. L'utilitarisme, sans adopter l'avantage distributif comme principe constitutif, l'adopte alors dans une large mesure comme conséquence empirique du principe constitutif de la recherche du plus grand bonheur du plus grand nombre.

La critique radicale de la propriété, telle qu'on la trouve chez Rousseau, et surtout chez Marx ou Proudhon, se base sur le même critère que les théories susmentionnées qui offrent une justification d'une propriété privée non absolue. Cette critique radicale voit, elle aussi, la propriété comme un système de droits entre personnes et adopte comme critère de justification l'avantage distributif. Ces théories considèrent que la propriété privée, loin de fournir un avantage distributif, procure un avantage

seulement au petit nombre, tandis qu'elle appauvrit, asservit et déshumanise le grand nombre.

De mon esquisse du *dominium terrae* jusqu'à ce point, les débats philosophiques sur la propriété sont essentiellement normatifs. Cependant, un intérêt relativement récent pour l'analyse conceptuelle descriptive de la propriété s'est développé, qui me semble plus prometteuse encore que l'approche traditionnelle normative.

Définir le concept de propriété d'une manière qui englobe toutes les espèces de propriété est une tâche dont les philosophes du droit contemporains doutent qu'elle puisse être remplie (cf. Waldron 1988, 26). Les thèses centrales de la discussion actuelle tentent cependant de prendre en compte la diversité des espèces de propriété existantes :

(1) *L'exclusion thesis (thèse de l'exclusion)* : le droit de propriété, quel que soit son objet ou son étendue est un droit d'exclure d'autres personnes d'au moins certains usages de la chose concernée et au moins dans le futur (cas de la nue propriété). Certains auteurs lient cette thèse à la rareté des biens définie comme non pas seulement comme l'état de fait dans lequel il existe un montant limité d'une certaine ressource, mais aussi, en plus, par un excédent de demandes, de sorte que toutes ne peuvent être satisfaites et qu'elles entrent en collision entre elles. Or, l'extension (au sens logique) du droit de propriété et celle du droit d'exclusion ne sont pas identiques parce que le droit de propriété sur une patente permet d'exclure des utilisateurs potentiels, alors même qu'aucune limite physique n'existe à la possibilité de l'utiliser.

(2) Non seulement le droit de propriété n'est pas en premier lieu un rapport entre une personne et une chose, mais ce à quoi se rapporte le droit de propriété n'est pas non plus une « chose » (*res*), mais ce sont plutôt des *ressources*. Ce terme semble bien correspondre à l'extension (au sens logique) du droit de propriété, qui recouvre des objets qui vont des ressources naturelles aux produits boursiers dérivés en passant par l'immobilier, y compris en copropriété, en viager, en nue-propriété, les effets personnels, les actions, les moyens de production, les patentes, les droits d'auteurs etc. Le terme « ressource » permet en effet d'englober l'objet de tous les types d'activité ainsi que d'abstention, pour autant que l'abstention suive une intention. Le terme ressource permet aussi d'exclure de cette extension les simple *liberties*, tenant ainsi compte du fait que la propriété n'est pas seulement une *liberty*, mais aussi un *claim right*.

(3) Le droit de propriété n'est pas, à proprement parler, un droit, mais plutôt un *bundle of rights*, un faisceau de droits. Ces droits sont non seulement très divers, mais appartiennent à toutes les catégories relatives aux *rights*, telles que les a analysées conceptuellement Wesley Hohfeld, chacune des catégories étant naturellement soumise à d'éventuelles restrictions imposées par l'ordre juridique respectif, qui peuvent aller jusqu'à l'expropriation pour raison d'intérêt public) (a) *claim rights* (droits exigibles) : par exemple le droit de posséder, d'utiliser, de gérer, de percevoir

des loyers, les fruits, etc. ; (b) *liberties* : de consommer ou de détruire l'objet ; (c) *powers* (pouvoirs) (c'est-à-dire pouvoirs de déterminer des *claims rights* et des *liberties*) : pouvoirs de transférer par contrat, donation, testament, etc., de renoncer, de négliger ou d'abandonner ; (d) *immunities* (immunités) : par exemple contre la saisie arbitraire par l'Etat. A ce faisceau de droits, on devrait cependant ajouter les *devoirs* et *obligations*, notamment en matière de responsabilité civile.

Parmi les droits inclus dans ce faisceau, certains droits sont-ils constitutifs du faisceau, au sens où, en leur absence, on ne saurait qualifier un faisceau de droits de « droit de propriété » ? Kant accorde une place centrale au droit d'amener ou de ramener l'objet en sa possession, sans naturellement limiter la propriété à la possession, seule la première n'ayant d'autre nature que juridique, tandis que la seconde étant en premier lieu de nature physique. Il convient de restreindre l'affirmation de Kant : la nue-propriété n'inclut pas la possession présente, mais seulement la possession future. Par contre, le faisceau inclut à mon sens surtout toujours le droit de transférer, quand bien même il est limité, par exemple par le droit de préemption à la vente d'une autorité publique. C'est pourquoi il me semble que la théorie de l'*entitlement* de Robert Nozick, qui limite les règles de justice à la première acquisition et au transfert, à l'exception de toute autre règle, est certes une théorie de la justice que je ne partage pas, mais qu'elle rend, en revanche, bien compte de ce qui est le cœur du faisceau de droits qu'est le droit de propriété : le *pouvoir de transférer*, et par là-même de co-déterminer l'attribution de *claim-rights* et de *liberties*. C'est aussi ce droit dont le propriétaire jouit avec la plus grande longévité en établissant un *testament* en faveur de personnes physiques ou d'une fondation, même dans les systèmes juridiques où il est limité par les parts réservées à certains descendants, ascendants ou collatéraux. Or, statistiquement, les inégalités de richesse sont généralement largement plus grandes que les inégalités de revenu (en Allemagne, par exemple, une concentration double du premier pourcent). A cet égard, il me semble donc étonnant que la critique de la propriété, concentrée sur l'exploitation, c'est-à-dire sur la possession du produit, ait négligé le transfert.

Non seulement cette critique radicale de la propriété privée, mais aussi une majorité de théories justifiant l'existence de la propriété privée, se concentrent sur un concept que je n'ai pas mentionné dans ma liste : le travail. Je ne pense pas seulement à la célèbre théorie lockéenne de l'acquisition par la combinaison de la première possession *et* du travail qui multiplie considérablement les ressources. Car, même dans les théories qui ne conditionnent pas l'acquisition de la propriété à un travail préalable, la possibilité de travailler et d'obtenir le fruit de son travail est un argument majeur pour la justification de la propriété privée comme, à l'opposé, pour la critique, partielle ou totale, de la propriété privée. De la propriété des ressources nécessaires à la production découle aussi la propriété des fruits ou des biens obtenus par transfert de propriété. Fichte considère même que la sphère de liberté garantie par la propriété doit se concrétiser par un droit à un métier et à un poste réservé, exclusif, garantis.

Quoique le travail joue un rôle majeur dans les conceptions de la propriété, il ne me semble pas appartenir au concept de propriété pour les raisons suivantes. Il existe des objets de propriété ou des aspects d'objets de propriété qui n'ont qu'un rapport très indirect et faible au travail. Les objets, même de peu de valeur, auxquels nous attachons une valeur sentimentale parce qu'ils nous ont été donnés par des proches ou parce que nous les lions à des circonstances particulières ne sont pas liés au travail. La décoration intérieure de notre logement, certes payée par le revenu de notre travail, a une valeur d'échange, au sens économique, mais nous ne saurions en être privés, fût-ce contre compensation, par exemple par une autre décoration plus chère, sans que notre sphère privée en soit sensiblement affectée. On peut certes vendre les droits d'auteur de son roman, mais de cette cession est, en droit allemand, toujours exclu le droit de transformer cette œuvre. Certains objets ou aspects du droit de propriété touchent au *droit à la personnalité*. Par contre, certaines sources de propriété ne sont *ni* liées à la personnalité, *ni* au travail, par exemple la propriété issue d'une donation, celle résultant de la chance dans les jeux de hasard. Ces deux exemples ne sont pas des anomalies, mais résultent directement du cœur du droit de propriété, à savoir le *pouvoir de transférer*.

Si la propriété est un bien juridique dont la dépossession arbitraire est protégée par un droit de l'homme, il me semble donc que le fondement d'un tel droit de l'homme n'est pas unique (n'est pas, par exemple la jouissance du fruit de son propre travail), mais qu'il est bien plutôt divers, c'est-à-dire qu'il relève de plusieurs biens juridiques plus fondamentaux encore que la propriété.

J'observe ici que sur la base d'une analyse conceptuelle de la propriété, on peut reprendre la discussion normative, tout en la libérant d'une certaine approche philosophique traditionnelle de la propriété qui tentait de la déduire d'un unique principe ou de la réduire à un principe ou à un aspect particulier. Le constat d'une pluralité de fondements, à notre époque largement sécularisée, vaut aussi pour d'autres droits de l'homme ou droits fondamentaux. C'est dans cette perspective que notre travail interdisciplinaire et interculturel me semble être très prometteur.

الوساطة الجنائية وسيلة لفض المنازعات الجنائية

بقلم: الدكتورة سهيلة بوزلافة

أستاذة التعليم العالي مساعدة

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

مقدمة

أمام التغيرات التي عرفتها السياسة الجنائية المعاصرة والخيارات التي تبدو ولاشك أنها تتجه نحو تصورات نظرية جديدة، تهدف إلى رسم ملامح عدالة تفاوضية وتحقيق نجاعة قضائية والثقة في العدالة الجنائية بصفة عامة، حيث يتطلب الأمر اعتماد وسائل وآليات جديدة لحل النزاعات خارج الإطار التقليدي للمحاكمة وإجراءاتها تفادياً لتعقيدات القضاء وكثرة شكلياته، ظهرت آلية الوساطة الجنائية كألية جديدة لحل الخصومات الجنائية خارج الإطار التقليدي للمحاكمة تقوم على فتح قناة للتواصل بين أطراف الخصومة الجنائية، فهي تعتبر نظام قانوني مستحدث يهدف إلى حل الخصومات الجنائية بغير الطرق التقليدية ودون الحاجة إلى مرورها بالإجراءات الجنائية العادية، فهي أحد الحلول البديلة في الدعوى العمومية لحل الخصومات الجنائية وقد جاءت استجابة لضرورة تبني سياسة جنائية تقوم على المصالحة بين أفراد المجتمع وجبر الضرر بالنسبة للضحية وإعادة إدماج الجاني.

لذلك يمكن القول بأن الوساطة الجنائية هي ذلك الأسلوب التوفيقى الذي يقوم به طرف ثالث لمساعدة أطراف الخصومة أملاً في التوصل إلى حل يرضونه بهدف حماية العلاقة الاجتماعية وبغية الحفاظ على الروابط الاجتماعية وتحويل علاقة التصادم بين الجاني والضحية إلى أسلوب تعاقدى يلتزم من خلاله الجاني بتعويض الضحية في مقابل تخلي هذا الأخير عن أحقيته في تحريك الدعوى العمومية وتتدخل الدولة كطرف ثالث لتتنازل بدورها عن إنزال العقاب بالجاني متى ارتضت ووافقت على العقد التصالحي بين الطرفين.

على الرغم من أن إجراء الوساطة الجنائية غير مألوف حتى يمكن تطبيقه في التشريعات الجنائية العربية، فإنه من الإجراءات التي تؤدي دوراً مهماً في التشريعات المقارنة الأخرى،

سواء كانت تلك التشريعات تعتمد في نظامها القانوني على النظام اللاتيني أم على النظام الانجلوسكسوني، فقد عرفت تلك الأنظمة إجراء الوساطة الجنائية كأسلوب لحل بعض المنازعات الجنائية على الرغم من اختلافهما البسيط في آلية تطبيقه.

بدأت فكرة الوساطة الجنائية في الظهور عام 1974 في كندا وذلك مع تصاعد المطالبات بالمحافظة على حقوق الضحايا في عام 1970، عن طريق جمعيات أنشأت لغرض الدفع نحو إقرار هذا الإجراء، وفي عام 1973 قامت جمعيتا «المساجين» و«اللجان» معا بتقويم دليل كامل للوساطة الجنائية يضم 32 برنامج ووصلت هذه البرامج في عام 1974 إلى 47 برنامج ثم إلى 86 في عام 1979، وعلى غرار كندا قامت جمعية «الوساطة بين الجناة والمجني عليهم في الولايات المتحدة الأمريكية» بقيادة فكرة الوساطة الجنائية، والتي أصبحت جمعية عالمية سنة 2000 حيث تضم 350 عضوا ولها 300 مكتب في أربعين ولاية أمريكية وسبع دول، وكونت ما يقارب 1200 برنامجا للوساطة الجنائية¹.

هذا ولم يمض على ظهور أسلوب الوساطة الجنائية في النظام الانجلوسكسوني كثيرا من الوقت، حتى انتقل إلى النظام اللاتيني، إذ ونظرا لما تلعبه هذه الوسيلة من دور كبير في الحفاظ على العلاقات الاجتماعية وتسوية المنازعات وتخفيف العبء على الأجهزة القضائية، سارعت أغلبية التشريعات الأوروبية إلى إقرار هذه الآلية في أنظمتها الجنائية وذلك على غرار الأنظمة الانجلوسكسونية.

ويتصدر هذه التشريعات النظام الجنائي الفرنسي، حيث كان للنيابة العامة في فرنسا دور كبير في ظهور الوساطة الجنائية وكذلك في منتصف العقد الثامن من القرن التاسع عشر، حينما دعا جهاز النيابة العامة إلى إنشاء جمعية تسعى إلى الإمسك بعملية الوساطة الجنائية²، لتحديد بعد ذلك المعالم النهائية لهذه الوسيلة في القانون الفرنسي رقم 93-02 الصادر 04 يناير 1993 والذي تم تعديله بمقتضى القانون 99-515 الصادر في 23 يونيو 1999 والقانون رقم 204-2004 الصادر سنة 2004. فانطلاقا من المادة 41³ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، يتبين أن نظام الوساطة الجنائية إجراء يتم خارج إطار القضاء لكن غير منفصل

1. إبراهيم العسري، العدالة التصالحية: مبررات بروزها وآفاقها بالمغرب، الوساطة الجنائية نموذجا، مجلة القيس المغربية، العدد الثالث، يوليو 2012، ص 265.

2. جمعية «مساعدة الضحايا والرقابة القضائية»، والتي تلتها مجموعة من الجمعيات الأخرى كجمعية «مساعدة الضحايا بالمعلومات»، وجمعية «مساعدة ضحايا الجريمة» وغيرها من الجمعيات.

3. طبقا لمقتضيات المادة 41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، فإن الوساطة الجنائية يضطلع بها نائب أو وكيل الجمهورية ويتخذها قبل تحريك الدعوى العمومية برضى جميع الأطراف ومع مراعاة الشروط التالية:

- أن تفضي الوساطة الجنائية إلى إصلاح الضرر الحاصل بالمجني عليه.
- أن تضع حدا للاضطراب الحاصل الناتج عن الجريمة.
- أن تساهم في إعادة إصلاح وإدماج الجاني في المجتمع.

عن سلطات الدولة، فهي التي تتولاها وتراقبه عن طريق جهاز النيابة العامة، ولكن بالرغم من أن النيابة العامة هي التي تتولى القيام بهذه المهمة، إلا أن المشرع الفرنسي لم يعتبر نظام الوساطة الجنائية نظاماً قضائياً مثل ما هو الحال عليه في النظام الانجلوسكسوني، وإنما بقي هذا الإجراء محتفظاً بتسمية الوساطة الجنائية « Médiation pénal » ولم يسم إصلاحاً قضائياً Réparatrice justice⁴.

أما بالنسبة للتجربة العربية لازالت الوساطة الجنائية في بداياتها، فهناك من التشريعات التي اعتمدت هذه الآلية كوسيلة بديلة تخفف العبء عن الجهاز القضائي وتتبنى بذلك فكرة التراضي وجبر الضرر، ويعد القانون التونسي نموذج منها حيث التي أقرت نظام الوساطة الجنائية ضمن القانون الإجراءات الجنائية وقانون حماية الطفل، وذلك تأثراً بالمشرع البلجيكي.

فقد أقر المشرع التونسي إجراء الصلح عن طريق الوساطة الجنائية حسب القانون 93 لسنة 2002 بإضافة بند تاسع على الكتاب الرابع من مجلة الإجراءات الجنائية التونسية بعنوان: « الصلح بالوساطة في المادة الجزائية » وقد تضمن الباب ستة مواد تتعلق بنطاق وإجراءات وآثار الوساطة الجنائية في القانون التونسي، وقد وضع المشرع التونسي الأسباب الموجبة لإقرار هذا القانون، بأن الهدف من إقرار الوساطة الجنائية هو ضمان تعويض الأضرار الناجمة عن الجريمة، وإعادة تأهيل واندماج الجناة في المجتمع، وتدعيم الشعور لديهم بالمسؤولية⁵.

وعليه يتبين أن نظام الوساطة الجنائية ليس بنظام دخيل في المادة الجنائية بل كانت له بوادر تشريعية في جل التشريعات سواء منها الغربية أو العربية، شيء يدفعنا للتساؤل حول مدى توافق مضمون هذا النظام في إطار مشروع قانون المسطرة الجنائية مع الدور الأساس الذي تهدف إليه وسائل فض المنازعات في المادة الجنائية.

ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في إطار مبحثين:

■ المبحث الأول: ماهية نظام الوساطة الجنائية

■ المبحث الثاني: نطاق الوساطة الجنائية

4. ابراهيم العسري، العدالة التصالحية: مبررات بروزها وآفاقها بالمغرب، الوساطة الجنائية نموذجاً، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، مرجع سابق ص 189.

5. صباح احمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية وامكانية تطبيقها في العراق دراسة مقارنة، بحث مقدم الى مجلس القضاء في اقليم كردستان-العراق، س 2014، ص 26.

المبحث الأول: ماهية نظام الوساطة الجنائية

وتمثل الوساطة الجنائية نمطاً من الإجراءات الجنائية التي تقوم على الرضائية في إنهاء المنازعات الجنائية. كما أنها تعد خياراً ثالثاً يجوز للنيابة أن تلجأ إليه للتصرف في الدعوى الجنائية، حيث كانت النيابة العامة في الغالب ما تتجه إلى أحد طريقتين تقليديتين: الأول هو الأمر بحفظ الأوراق، والثاني هو متابعة الإجراءات وقد أثبت التطبيق العملي عدم ملائمتها في التعامل مع الجرائم البسيطة، حيث يؤديان إلى حلول لا تلبي حقوق واحتياجات⁶.

فيجوز للنيابة العامة حال نظرها للقضايا الجنائية البسيطة، التي تتسم بوجود روابط دائمة بين أطرافها وقبل اتخاذ قرارها بشأن الدعوى الجنائية أن تحيل القضية إلى وسيط بعد ان تحصل على موافقة الأطراف، بدلاً من إصدار أمر يحفظ الأوراق بالشكل الذي يؤدي إلى حل الخصومة، أو تحريك الدعوى في قضايا لا يفضل أن تشغل بها المحاكم وبذلك يمكن اعتبار الوساطة الجنائية إحدى الوسائل لإنهاء الدعوى الجنائية قبل تحريكها بمعرفة النيابة العامة أي أنها من بدائل رفع الدعوى الجنائية⁷.

الوساطة الجنائية حسب بعض الفقه المصري هي إجراء يتوصل بمقتضاه شخص محايد (الوسيط) إلى التقريب بين طرفي الخصومة الجنائية، بغية السماح لهما بالتفاوض على الآثار الناشئة عن الجريمة؛ أملاً في إنهاء النزاع الواقع بينهما، بينما يعرفها رأي آخر بأنها تقتضي قيام شخص ثالث بالتوفيق بين مصالح أطراف النزاع بغية الوصول إلى حل ودي ينهي به نزاعاً يواجه أشخاصاً يرتبطون عادة بعلاقات دائمة كأفراد الأسرة أو الجيران أو زملاء العمل. وقد ذهب جانب ثالث إلى تعريفها بأنها «نظام قضائي بديل تخول بمقتضاه النيابة العامة برضاء الطرفين الجاني والمجني عليه إحالة القضية إلى وسيط سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً للوصول لتسوية النزاع، وإنهاء الاضطراب الاجتماعي للجريمة وتعويض المجني عليه، وإعادة تأهيل الجاني وعند تنفيذها تقضي النيابة العامة بانتضاء الدعوى».

ومما تجدر الإشارة إليه أن نظام الوساطة الجنائية وإن اختلفت تعاريفه إلا وأنه يضل وسيلة هامة من وسائل فض المنازعات في إطار المادة الجنائية شأنها في ذلك شأن باقي المجالات (المدنية التجارية...) لذا ينبغي بداية أن نحيط بطبيعة هذا النظام (المطلب الأول) ثم الوقوف في مقام ثان على مميزاته مقارنة مع الصلح الجنائي كوسيلة من وسائل فض المنازعات التي قد تشابهه (المطلب الثاني).

6. سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة. سنة 1997 ص 118.

7. Cario: La mediation penale entre repression, L'harmattan 1977, P:7

المطلب الأول: طبيعة نظام الوساطة الجنائية

باستحضار التجارب السالفة الذكر وكما تبين لنا في نظام الوساطة الجنائية، إن الجهة المكلفة بها تشكل محور الأساس في تحديد طبيعة ذلك النظام.

وهكذا تنقسم الوساطة الجنائية من حيث الطبيعة إلى ثلاث صور، الأولى وساطة قضائية، والثانية وساطة اجتماعية تحت رقابة قضائية، والثالثة وساطة اجتماعية.

أولاً: الوساطة القضائية

يقصد بالوساطة القضائية تلك الصورة التي تتم عن طريق تدخل أعضاء النيابة العامة أو القضاة، حيث يقوم العضو القضائي بمباشرة مهمة الوساطة بين الأطراف، مثال ذلك الوساطة القضائية التي تتم بفرنسا في دور العدالة والقانون، والتي تتم في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق قاضي الصلح، والتي تتم في بلجيكا عن طريق النيابة العامة، وفي الأردن عن طريق قضاة الصلح⁸.

ثانياً: الوساطة الاجتماعية تحت رقابة قضائية

يقصد بهذه الصورة من صور الوساطة تلك التي تتم عن طريق تدخل أشخاص من خارج الأجهزة القضائية سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو جمعيات أهلية، وذلك عن طريق إحالة القضية بمعرفة النيابة العامة، وتتم هذه الصورة تحت إشراف ورقابة النيابة العامة أو القضاة، حيث يكون للنيابة العامة تقدير نجاح الوساطة في إصدار قرارها بشأن الدعوى الجنائية، مثال ذلك الوساطة المفوضة المطبقة في القانون الفرنسي عن طريق جمعيات مساعدة المجني عليهم، فهي وساطة اجتماعية؛ لأن القائمين عليها أشخاص عاديون لا ينتمون للأجهزة القضائية وهم الوسطاء الجنائيون⁹.

ثالثاً: الوساطة الاجتماعية

يقصد بالوساطة الاجتماعية تلك الصورة التي تتم بعيداً عن الأجهزة القضائية، عن طريق تدخل بعض الأشخاص القاطنين بالأحياء المشهود لهم بحسن السيرة، للتوفيق في المنازعات وإيجاد حلول للمشكلات التي تتم في محيط الجيرة، فالوساطة قبل أن تكون «قانوناً» كانت سلوكاً متجدداً من موروثنا الروحي والاجتماعي من حيث الجوهر وإن اختلف الشكل والمظهر، ولا زالت محببة للنفس البشرية التي ترفض الآراء والأحكام عليها.

8. ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، دراسة تحليلية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض 2011 ص 67

9. ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة، دراسة تحليلية، مرجع سابق ص 68

فهذه الصورة هي التي تشهدها معظم المجالات المدنية مع اختلاف في الجهة المكلفة بالوساطة¹⁰.

وبالرجوع إلى مشروع قانون المسطرة الجنائية من خلال الفصل 41 يتبين لنا أن المشرع المغربي نص على الصلح بالوساطة وذلك بأن يعهد بإجراء الصلح إلى وسيط أو أكثر يختاره الطرفان أو يختاره وكيل الملك.

وعليه يتضح لنا أن الجهة المكلفة بعملية الوساطة قد تكون اجتماعية لكنها تظل تحت إشراف جهاز النيابة العامة أي يمكن اعتبار الوساطة الجنائية طبقاً لمنطوق الفصل 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي بأنها وساطة اجتماعية تحت رقابة قضائية. وإن دل ذلك على شيء إنما يدل على التزام المغرب بما أدرجته باقي التشريعات السالفة الذكر. لكن التساؤل المثار هنا هو كيف يمكننا أن نميز بين الوساطة الجنائية والصلح الجنائي؟ ذلك ما سنحاول تناوله من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تمييز الوساطة الجنائية عن الصلح الجنائي

يعرف الصلح الجنائي بأنه إجراء يتم عن طريق التراضي على الجريمة بين المجني عليه ومرتكبها خارج المحكمة والذي يمكن اتخاذه أساساً لسحب الاتهام في الجريمة، بمعنى أن المجني عليه قد قدمت له ترضية حفزته لأن يرغب في الامتناع عن الاتهام¹¹.

وتجدر الإشارة بداية أن كلا من الصلح الجنائي والوساطة الجنائية قد تجمعهما نقط تشابه عديدة نذكر منها:

- كلاهما يعد وسيلة غير تقليدية في حل المنازعات الناشئة عن الجرائم القليلة الخطورة.
- كلاهما يقوم على مبدأ الرضائية بين الجاني والمجني عليه.
- أن جوهر كل منهما حصول المجني عليه على تعويض عادل يجبر الضرر الناشئ عن الجريمة، وبذلك يكون كلا من الصلح والوساطة بذات الأثر، وهو تجنب الجاني مساوئ العقوبة.

لكن من جهة أخرى، أكيد أن كلا الوسيلتين يختلفان في جوانب عديدة أخرى نذكر منها:

10. نذكر على سبيل المثال الوساطة الاجتماعية في إطار فض نزاعات الشغل الجماعية التي وإن لم ينص المشرع عليها صراحة في مدونة الشغل فإنه يمكن أن تصلح مبدئياً لإعمال نظام الوساطة شريطة احترام الشكليات المنطلبة والمنصوص عليها في كل من مدونة الشغل والقانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم الداخلي والدولي والوساطة الاتفاقية.

11. إبراهيم مدحت محمد عبد العزيز، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى السنة غير مذكورة، القاهرة، ص: 26.

- يبرم الصلح في أي مرحلة من الدعوى العمومية في حين الوساطة تكون قبل تحريك الدعوى.

- لا يشترط في الصلح أن يكون التعويض كاملا عكس الوساطة الجنائية، فالنصوص التي أجازت الصلح في بعض الجرائم لم تعن سوى بتقديم ما يفيد الصلح بين الجاني والمجني عليه، أو وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال، فهي لم تتطلب شروطا أخرى مثل أن يكون الصلح في مقابل تعويض كامل للضرر، الذي سببته الجريمة للمجني عليه، أو أن يكون من شأن هذا الإجراء العمل على إعادة تأهيل الجاني وهي شروط يلزم توافرها في الوساطة.

- الجرائم التي تستدعي الوساطة هي عادة جرائم بسيطة تخضع لتقدير النيابة العامة أما جرائم الصلح فهي محددة مسبقا.

- الوساطة الجنائية تتم عن طريق تدخل شخص ثالث، الذي يقوم -الوسيط بالدور الرئيسي، في الوصول إلى اتفاق للوساطة بين أطراف النزاع، كما أنه يقوم بمتابعة تنفيذ هذا الاتفاق حتى النهاية، في حين أن الصلح لا يكون عن طريق وسيط، إنما يتم مباشرة بين الجاني والمجني عليه أو وكيله الخاص.

- الوساطة الجنائية هي بديل عن الدعوى العمومية وتتم بناء على اقتراح من النيابة العامة أما الصلح فيكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

وعليه يتبين لنا أن كل من الصلح الجنائي والوساطة الجنائية هما متشابهان باعتبارهما وسيلتان أساسيتان لفض المنازعات في المادة الجنائية إلا أنهما يختلفان في تفاصيل إجرائية يفترض فيها أن تجعل كلاهما نظام مستقل عن الآخر.

وهكذا بعد أن حاولنا تحديد طبيعة الوساطة الجنائية وميزنا بينها وبين الصلح الجنائي كنظام قانوني تطور وبارز، ننتقل في مبحث ثانٍ لطرح نطاق الوساطة الجنائية.

المبحث الثاني: نطاق الوساطة الجنائية

لا شك أن تشابك العلاقات الإنسانية وتعقيدها ألقى بظلاله لبروز وجه جديد للعدالة الجنائية ومن ابرز هذه الوجوه هي الوساطة الجنائية، لما لها من أهمية ودور فعال في معالجة الآثار السلبية للجريمة عن طريق وضع حد لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة مع نبد مشاعر الكراهية والبغضاء وإيجاد مساحة للنقاش والتحاور بين المتخاصمين، وهو الأمر الذي يساهم في تيسير سير العدالة الاجتماعية، ومساعدتها في إصلاح الجاني وتأهيله وإعادة إدماجه في المجتمع إلى جانب تعويض المجني عليه بما يجبر عنه الضرر، ويتم هذا كله تحت إشراف ورقابة السلطة القضائية صاحبة الاختصاص، ولا يسلب منها اختصاصها

الأصيل في سعيها نحو تطبيق مبادئ العدالة الاجتماعية فمن هم أطراف الوساطة الجنائية؟ (المطلب الأول) وماهي المراحل التي تستوجب قيامها؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أطراف الوساطة الجنائية

الوساطة الجنائية هي توجّه بديل للإجراء الجنائي العادي في حالات معينة، فالنظام القضائي ليس هو الإجراء الوحيد الذي يجب أن يعالج ظاهرة الجناة المخالفين للقانون في كل الحالات، ففي حالات معينة من الأفضل إجراء حوار ووساطة بين الجناة والمجني عليهم، بهدف التوصل لتصحيح الضرر وتأهيل الجاني وفق تدابير خارج النظام القضائي. يتم هذا الحوار أو هذا الإجراء بين الجاني والمجني عليه بتدخل من الوسيط تحت إشراف ورقابة النيابة العامة.

أولاً: النيابة العامة

تعد النيابة العامة أهم أطراف الدعوى الجنائية، فهي الجهة المختصة بتحريك وممارسة الدعوى الجنائية حيث لها من الصلاحيات ما يكاد يجعلها الطرف الأقوى أو بالأحرى صاحب القرار خاصة على مستوى إجراء الوساطة الجنائية.

فقد نص الفصل 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية على أنه «... كما يمكنه أن يعهد بذلك إلى محامي الطرفين أو وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره وكيل الملك...»¹² يتبين بذلك أن النيابة العامة لها دوراً رئيسياً في الوساطة الجنائية، فضلاً عن سلطتها في تقدير مدى ملاءمة حل النزاع القائم بالوساطة الجنائية، فهي تملك سلطة الإشراف والرقابة على عملية الوساطة، وهي الجهة التي تخطر الأطراف برغبتها في حل النزاع من خلال الوساطة، وهي الجهة المنوط بها تقدير عملية الوساطة في إطار الحدود التي رسمها المشرع من خلال مباشرة سلطتها في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية بناء على ما توصل إليه سواء بنجاح الوساطة أو فشلها¹².

ثانياً: الوسيط الجنائي

يقصد بالوسيط الجنائي Le Médiateur Pénale الشخص القائم بعملية الوساطة في المسائل الجنائية. وتعد مهنة الوساطة¹³ من الأمور المستحدثة في نظام الجنائية،

12. رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية، في القانون الفرنسي، القاهرة النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص 19

13. التمييز بين أنشطة الوساطة وجهات الوساطة، فأعضاء النيابة، القضاء والشرطة، يمكنهم مباشرة الوساطة في إطار عملهم في الدعوى الجنائية إلا أن هذا الأمر يختلف عن جهات الوساطة، التي تبأشر مهمة الوساطة بصفة الامتياز سواء أكان شخصاً طبيعياً أو جمعيات أهلية.

الإجراءات حيث تخوله النيابة العامة مهمة الاتصال بأطراف الدعوى لتسوية الآثار المترتبة عن الجريمة، وبعد انتهاء مهمته يقوم بإخطار النيابة العامة عن نتائج الوساطة. فالوسيط يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً¹⁴، ويمكن أن يكون شخصاً معنوياً¹⁵ كجمعيات مساعدة المجني عليهم، إلا أنه يشترط شكلاً في شخص الوسيط أن يكون نزيهاً، ذو كفاءة مهنية وشخصية، أن يكون متمتعاً بأهليته كاملة (مدنياً وجنائياً). أما بالنسبة للشروط الموضوعية التي ينبغي أن تتوفر في شخص الوسيط، فهي أولاً الاستقلال أي أن يكون هذا الأخير منفصلاً في ذاته عن النيابة العامة من جانب، وعن طرفي الخصومة من جانب آخر، لا يخضع لتأثيرهم أو أي إملاء صادر منهم. ثم من حيث اختصاصه بمعنى ألا يكون من المشتغلين بالوظائف القضائية، وذلك حرصاً على حياده واستقلاله في مواجهة السلطة القضائية.

وأخيراً يشترط في الوسيط الحياد أي عدم ميله لطرف دون آخر؛ وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة أن يكون الوسيط غير متأثر بأي معلومة نمت لعلمه من الخارج، وأن يتعامل مع أطراف النزاع من دون اتخاذ موقف أو حكم مسبق. كما تفترض صفة الحياد عدم وجود أي صلة أو علاقة بين الوسيط وأي طرف من أطراف النزاع؛ أي أن يكون غريباً عن موضوع الدعوى الجنائية وعن أطرافها¹⁶.

ثالثاً - الجاني

تعد موافقة الجاني على إجراء الوساطة الجنائية أمراً حتمياً، فالرضائية من أهم سمات هذا الإجراء الجنائي المستحدث، باعتبار أن الوساطة الجنائية أساسها الحوار وحرية المساهمة من قبل أطراف الدعوى الجنائية.

فمن حق الجاني أن يحاط بكافة جوانب الوساطة الجنائية وإجراءاتها والتزاماتها، وكذا الآثار المترتبة عليها، كما يلزم أن يكون الجاني معترفاً بارتكابه للجريمة، حيث أنه من المستحيل أن شخص ما ناكراً للجريمة، ويقبل الوساطة الجنائية، بحيث أن إقراره بالجرم

14. ينبغي التمييز بين نوعين من الوسطاء الطبيعيين: الأول هو الوسيط الجنائي، الذي يعمل منفرداً أو من خلال جمعيات مساعدة المجني عليه، والثاني، وسيط المدعي العام، الذي يتولى التسوية في بيوت العدالة والقانون باعتبارها دوائر تابعة للنيابة العامة في فرنسا وبلجيكا.

15. ترجع هذه الصورة إلى جمعيات مساعدة المجني عليهم والرقابة القضائية، التي كان لها دور في ممارسة الوساطة الجنائية وكانت هذه الممارسات تستند في شرعيتها إلى الاتفاقات التي أبرمتها هذه الجمعيات مع النيابة، التي بمقتضاها تمت إحالة عدد من القضايا إلى هذه الجمعيات لتتولى حلها عن طريق الوساطة.

16. الظفيري فايز عابد، تأملات في الوساطة الجزائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت سنة 2009، ص 161.

الذي ارتكبه أثناء إجراءات الوساطة لا يؤخذ به، إذا ما فشلت الوساطة، وتم السير في الدعوى الجنائية وفق الإجراءات المعتادة¹⁷.

رابعاً - المجني عليه

يعد المجني عليه أهم أطراف الوساطة الجنائية، إذ أن الوساطة عملية تهدف إلى إرضاء المجني عليه وإشباع شعوره بالعدالة وأن اجملتم يسعى إلى رد اعتباره وتعويضه عن الجريمة التي أملت به.

فحضور المجني عليه أثناء سير الإجراءات لازماً، لأنه يشكل أحد الأطراف المشكلة لمجلس الوساطة، وبالتالي الحصول على موافقته ضروري لإتمامها، لذلك يتوجب على وكيل الملك، أن يقوم بالحصول على موافقته بقبول الوساطة، هذا ويمكن أن يكون المجني عليه إما شخص طبيعي أو معنوي، كما يمكن أن يكون قاصر ففي هذه الحالة تطبق وساطة القصر التي يكون فيها ولي المجني عليه هو الطرف في الوساطة مع الجاني¹⁸.

وعليه نكون قد استعرضنا بشكل مختصر دور الأطراف الأربع لإجراء الوساطة الجنائية مما يجدر بنا بعدها الوقوف على مضمون هذا الإجراء عبر المراحل المكونة له وذلك في إطار المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مراحل الوساطة الجنائية

بداية لا بد أن نشير أن المشرع الجنائي المغربي لم يضع نصوص تشريعية لتنظيم إجراءات الوساطة الجنائية، حيث لم يحدد ضوابط إجراء عملية الوساطة، إلا أنه تبعاً للمبادئ التي تسعى إليها الوساطة الجنائية فهاته الأخيرة تمر عبر ثلاث مراحل، تتمثل الأولى في مرحلة إحالة النزاع للوساطة، الثانية في مرحلة المفاوضات والثالثة تتجلى في تنفيذ الاتفاق على الوساطة.

فمرحلة إحالة النزاع للوساطة، تعتبر أولى مراحل الوساطة الجنائية، حيث يختص وكيل الملك باتخاذ قرار إحالة النزاع للوساطة، فهو يملك في جميع الأحوال التمسك به أو رفضه، نظراً لإمكانية تحقيق أغراض الوساطة الجنائية.

حيث أنه طبقاً لنص الفصل 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي ينص على أنه يجوز لوكيل الملك إحالة النزاع للوساطة، إذ كان من شأن إجراء الوساطة وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها، حيث أنه يتضح من خلال النص

17. BONAF-SCHMITT (J.P)). La médiation pénale en France et aux États-Unis l.g.d.j.1998, . p41

18. نورة منصور، الوساطة الجنائية ودورها في تحقيق رضاء أطراف النزاع بنظام العدالة الجنائية، مجلة الشريعة والاقتصاد/المجلد السابع/الإصدار الثاني العدد 14 لسنة 2018، ص 329.

أن المشرع خص وكيل الملك باقتراح الوساطة، إلا أنه زيادة على ذلك فإنه يجوز لأطراف النزاع من اقتراحها بناء على طلب من كلامها إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن على وكيل الملك الحصول مسبقاً على موافقة الأطراف على الوساطة.

أما بالنسبة للمرحلة الثانية وهي مرحلة المفاوضات. وتعد هذه الخطوة من أهم خطوة الوساطة، حيث تمثل مرحلة فاصلة في جهود الوساطة، فنجاح الأخيرة يتوقف على ما يبيده أطراف النزاع من تفاهم وتعاون من أجل حل النزاع ودياً ودون ذلك تكون نهاية جهود الوساطة بالفشل. ويهدف الوسيط من خلال هذه المقابلات إلى تأكيد موافقتهم للاستمرار في عملية الوساطة، وكذلك تعريفهم بحقوقهم أثناء عملية الوساطة. كما أنه يعدهم بأنه سوف يتم التوقف عن القضائية في الإجراءات حال انتهاء الوساطة بالنجاح، وتبدأ مرحلة التفاوض من خلال إجراء لقاءات مع أطراف النزاع.

ومن المؤكد أن هذه المرحلة يفرضي عنها نجاح أو فشل إجراء الوساطة الجنائية. فإن فشل فلا شك أن النيابة العامة ستقوم بتحريك الدعوى العمومية في حق الجاني بعد إخطارها طبعاً بنتيجة التفاوض، وإن نجح الإجراء فإن الأطراف يتفق باقتراح من الوسيط على تدابير الوساطة المتمثلة في التعويض سواء كان مالياً أو مادياً أو معنوياً.

وأخيراً يمر الأطراف إلى تنفيذ اتفاق الوساطة أو ما آلت إليه المفاوضات من نتائج حيث تعد من أهم مراحل الوساطة. ثم إنه لا يجوز البدء في تنفيذ الاتفاق إلا بعد مصادقة النيابة العامة عليه بالتنفيذ، وعليها واجب مراقبة تنفيذه، ولذلك فمن المناسب أن تعهد النيابة بمسألة التنفيذ هذه إلى الوسيط، لأنه القادر على فهم النزاع وأبعاد حله المتفق عليه وخصوصاً أنه لا يوجد ما يمنعها من ذلك¹⁹.

فإذا قام الجاني بتنفيذ الالتزامات الواجبة عليه، قام الوسيط بإرسال تقرير للنيابة العامة يفيد الانتهاء من مهمة متابعة تنفيذ اتفاق الوساطة، وفي الحالات التي يكون فيها اتفاق الوساطة ينص على خطة للسداد، فإن القضية لا تغلق إلا بعد التسوية النهائية للتقسيط، أما إذا لم يتم الجاني بتنفيذ الالتزامات الواقعة عليه، فإن الوسيط يلتزم بإخطار النيابة العامة لتتولى التصرف في الدعوى بتحريكها أو اقتراح التسوية الجنائية.

خاتمة:

لا شك أنه في ظل عدم وجود نص حالي للوساطة الجنائية كان من الضروري أن نستعرض بداية بعض النماذج من هذا النظام في إطار بعض الدول الغربية والعربية والتي كانت سباقة في تعاطيها مع هذه الآلية كوسيلة هامة لفض المنازعات في المادة الجنائية.

19. Mbanzoulou: la mediation penale, L'harmattan, 2002. P: 49, 50.

حاولنا أيضا الوقوف على الفصل 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي لإبراز طبيعة وأطراف نظام الوساطة الجنائية وتوصلنا بذلك إلى بعض النتائج:

- الوساطة الجنائية هي وساطة اجتماعية تحت رقابة قضائية.
- تناول المشرع في مشروع قانون المسطرة الجنائية الصلح الجنائي عن طريق الوسيط وليس الوساطة الجنائية كنظام مستقل.
- لم يتم وضع ضوابط تشريعية لتنظيم إجراءات الوساطة شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي.
- بشأن الجرائم التي يجوز فيها الوساطة الجنائية هي نفسها تلك التي نص عليها المشرع في الصلح الجنائي. والملاحظ أنه تم توسيع نطاق هذه الجرائم وهي الجرح المنصوص عليها في المادة 41-1 من المشروع.
- في إطار الرقابة القضائية من طرف النيابة العامة على الصلح بالوساطة متى تبين لها أن تحرك المتابعة يمكنها ذلك حتى في مرحلة التفاوض.

فالوساطة الجنائية إذن هي ذلك الأسلوب التوفيقى الذي يقوم به طرف ثالث لمساعدة أطراف الخصومة أملا في التوصل إلى حل يرضونه بهدف حماية العلاقة الاجتماعية وبغية الحفاظ على الروابط الاجتماعية وتحويل علاقة التصادم بين الجاني والضحية إلى أسلوب تعاقدى يلتزم من خلاله الجاني بتعويض الضحية في مقابل تخلي هذا الأخير عن أحقيته في تحريك الدعوى العمومية وتتدخل الدولة كطرف ثالث لتتنازل بدورها عن إنزال العقاب بالجاني متى ارتضت ووافقت على العقد التصالحي بين الطرفين.

ونتيجة لذلك، إن الوساطة الجنائية ما هي إلا صورة من صور الصلح الجنائي أو إحدى تطبيقات الصلح الجنائي فقط، لذا ينبغي على المشرع المغربي أن يكون أكثر جرأة في سنه لمقتضيات هذا النظام باعتباره نظاما مستقلا عن الصلح وآلية ووسيلة فعالة لفض المنازعات في المادة الجنائية.

معوقات التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا

بقلم: الدكتورة رغد عبد الأمير مظلوم

أستاذة بكلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق

المقدمة

يعد التحكيم التجاري وسيلة يتم من خلالها تراضي أو اتفاق الطرفان المتنازعان بفض أو تسوية ما حدث أو سيحدث بينهما من نزاعات ذات طابع تجاري، وذلك من خلال اللجوء إلى شخص أو أشخاص طبيعيين أو معنويين لحل هذه المنازعات، وتكون محل ثقة عند المتخاصمين. ويجري التحكيم التجاري عادة إما بمعرفة المحكمة المختصة وبإشرافها أو بدون معرفتها وبدون إشرافها وهذه هي النظرة المتبعة حديثاً، والتي أسهم المجتمع الدولي فيها عند تحديده علاقة التحكيم بالقضاء وهذه المبادئ العامة المعروفة في التحكيم التجاري والتي نجدها اليوم مطبقة في ظل جائحة كورونا، ولكن بطريقة مختلفة من ناحية الوسيلة المتبعة في إجراء التحكيم التجاري، أي بمعنى أن الإجراءات القضائية المتبعة فيه تكون بطريقة إلكترونية عبر استخدام وسائل حديثة لإتمامه وهو ما يعرف ب: (التحكيم السبراني) أي التحكيم عن بعد ونظر الدعاوى التحكيمية باستخدام الوسائل الحديثة. وبالتالي يمكن أن نورد تعريف جامع مانع عن التحكيم عبر الانترنت: هو التحكيم الذي لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من خلال وسيلة نظر النزاع وحسمه وإجراءات إصدار الحكم حيث يتم اعتماد الوسيلة الإلكترونية في نظر النزاع فلا وجود للورق والكتابة التقليدية ولا حاجة للحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم. إلا أن اتباع مثل هذه الوسائل قد تعرض التحكيم التجاري للعديد من المعوقات أو الإشكاليات في ظل جائحة كورونا مما يتطلب إيجاد حلول لها من أجل الاستمرار في الفصل في القضايا التحكيمية، كي لا تنعكس وبشكل سلبي على التحكيم التجاري نفسه.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في دراسة أهم المعوقات التي قد يمر بها التحكيم التجاري الإلكتروني في ظل جائحة كورونا والتي قد تتمثل بمعوقات قانونية تتعلق بحالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم التقليدي في تسيير الخصومة التحكيمية، إذ إن صعوبة الاتفاق على اللجوء

إلى التحكيم بين المتخاصمين انعكس سلباً على التحكيم التجاري ولاسيما لو تم بطريقة إلكترونية وعن بعد، فإذا لم يتفقوا على إحالة الخصومة بالتسوية عن طريق التحكيم لا القضاء يجعل حل النزاع غير مجدي، إذ إن هذا يخالف وبشكل صريح ما نص عليه الشرع العراقي؛ لأنّ التحكيم هو طريق استثنائي لتسوية النزاعات، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، لذا وجب النص صراحة لا ضمناً على الاتفاق بشأنه، فضلاً عن أهمية دراسة المعوقات الخاصة بالرقابة على إجراءات التحكيم وما قد يتعرض إليه التحكيم عن بعد من خرق للبيانات والمعلومات التي قد تقدم أثناء عملية التحكيم والإجراءات المتبعة لضمان وحفظ هذه المعلومات مع إعطاء السرية لتلك المعلومات من أجل سير العملية التحكيمية.

أهداف البحث:

النظر في معوقات التحكيم التجاري عند تقديم الخدمات الاستشارية وامكانية حسم المنازعات من خلال التحكيم التجاري عن طريق محكمين عبر وسائط الاتصالات الالكترونية ويتميز هذا الأسلوب بعدم التزام الأطراف للانتقال من بلد الى اخر فضلا عن النظر في معوقات التخزين والمراجعة فضلا عن معوقات الحصول على الحكم التحكيمي بشكل إلكتروني من خلال مواقع مصممه لهذا الغرض.

مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة الموضوع بالمشكلات الأساسية الآتية:

- 1 - هل يمكن تطبيق المبادئ العامة المتبعة في التحكيم التجاري التقليدي على التحكيم الإلكتروني أو عن بعد؟
- 2 - هل يمكن اعتبار التحكيم عن بعد هو السبب بظهور المعوقات القانونية والرقابية في ظل جائحة كورونا؟
- 3 - ما هي الشروط الأساسية المتبعة في التحكيم عن بعد في ظل جائحة كورونا؟ كشرط لانعقاد التحكيم التجاري الإلكتروني، وهل يمكن اعتبار هذه الشروط هي ذاتها المتبعة في التحكيم التجاري التقليدي؟
- 4 - هل بإمكان المحكمة المختصة بالرقابة على قرارات المحكمين التجاريين كما هو متبع في العراق ان تمارس الرقابة نفسها على قرار الحكم الإلكتروني؟
- 5 - وما يمكن اعتبار ضمان وحفظ سرية البيانات والمعلومات الإلكترونية في التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا نوع من أنواع الرقابة على التحكيم التجاري ومن ثم يمكن اعتباره من المعوقات الرقابية على التحكيم الإلكتروني.

منهجية البحث:

إن المنهج المتبع في البحث هو المنهج (التحليلي المقارن) من خلال تحليل النصوص الخاصة بالتحكيم التجاري التقليدي والتحكيم التجاري الإلكتروني ومقارنته مع نصوص بعض الدول ومنها العراق وكيف انعكست المعوقات التي يمر بها التحكيم التجاري على التحكيم نفسه في ظل جائحة كورونا .

خطة البحث:

بناءً على ذلك قسم البحث إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول نطاق التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا، وقسم إلى مطلبين: المطلب الأول معوقات تحديد نطاق التحكيم التجاري وفي المطلب الثاني تناولنا معوقات الاتفاق على موضوع التحكيم التجاري، أما في المبحث الثاني وتناولنا فيه معوقات الرقابة القضائية على حكم المحكمين في ظل جائحة كورونا، وقسم إلى مطلبين، الأول رقابة محكمة البداية على القرار التحكيمي، وفي المطلب الثاني سرية العملية التحكيمية في ظل جائحة كورونا.

المبحث الأول: نطاق التحكيم التجاري القانونية في ظل جائحة كورونا

تعد المعوقات القانونية التي يمر بها التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا من أهم الإشكاليات التي يتطلب النظر بها وترتيبها من جانب المحكمين ألا وهي تحديد نطاق التحكيم وموضوعه وكيفية الاتفاق على الموضوع التي تقف عوائق وضعية أمام الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري وهذا بحد ذاته عد من أهم المعوقات التي يمر به التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا، لهذا سنبحث هذه المعوقات في مطلبين بحيث تناولنا في المطلب الأول / معوقات تحديد نطاق التحكيم التجاري، والمطلب الثاني / تناولنا فيه معوقات الاتفاق على موضوع التحكيم التجاري.

المطلب الأول: معوقات تحديد نطاق التحكيم التجاري

لو نظرنا إلى المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقية⁽¹⁾. أنها حددت نطاق التحكيم التجاري وبشكل واضح وصريح وهو ما ينسجم مع الموقف الذي اتخذته بعض الدول الأوروبية ومن بينها فرنسا في قانونها المدني الفرنسي في المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾. وهذا التوافق بين المادتين نجده في نقطة واحدة وهي استبعاد القواعد القانونية

1. نصت المادة(254) من قانون المرافعات المدنية على انه (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ولا يصح إلا من له أهلية التصرف في حقوقه، ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية).

2. نصت المادة (2060) مدني فرنسي على انه : (لا يجوز التحكيم في مسائل الأحوال المدنية أو الشخصية وأهلية الأشخاص والمسائل المتعلقة بالطلاق والتفريق أو في النزاعات التي تخص الجماعات العامة والمؤسسات العامة، وبشكل عام في جميع المواد التي تتعلق بالنظام العام).

المتعلقة بالنظام العام في ولاية اللجوء إلى التحكيم، إلا أننا نجد ان فرنسا وبوقت لاحق قد أصدرت مرسوماً أضاف به المشرع الفرنسي إلى مادته المذكورة النص الاتي : (غير انه يجوز ان يرخص بموجب مرسوم لبعض فئات المؤسسات العامة التي هي ذات طابع صناعي أو تجاري بأن تعقد تحكيمياً)⁽³⁾.

وبموجب هذا المرسوم سمحت فرنسا لهيئة التحكيم ان تحكم بموجب هذا النص وأيضاً بموجبه فإن للمؤسسات العامة التجارية خاصة ان تلجأ إلى التحكيم بموجب المرسوم هو بمثابة قرار إداري، وحكمه حكم الإجازة، والإجازة أما أن تكون سابقة أو لاحقة إلى اللجوء إلى التحكيم، والإجازة اللاحقة للجوء إلى التحكيم هي كالإجازة السابقة للجوء إليه⁽⁴⁾.

وان هذا التوسع في نطاق التحكيم الذي أورده المشرع الفرنسي كان له انعكاساته على التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا، إذ إن في ظل هذه الظروف الاستثنائية يتطلب مثل هذا التوسع والذي لا نجده لدى المشرع العراقي فإذا ما حدد نطاق وموضوع التحكيم التجاري اصبح المتخصصين على بينة من الأمر، وحتى ولو كان التحكيم قد تم عن بعد أي بطريقة إلكترونية، إلا أن تقليص هذا النطاق قد يجعل فصل هيئة التحكيم في المسائل المتنازع عليها أمراً من الصعوبة أجرائه في ظل ظروف استثنائية يمر بها العالم، ومن ثم لا يحقق الغاية المرجوة من الفصل بموجب التحكيم لا القضاء.

وأيضاً نجد فرنسا قد ذهبت إلى ابعد من ذلك من خلال إصدارها قانون استثنائي في 19 آب / أغسطس 1986 أجاز بموجبه للدولة والمقاطعات العامة ان تقبل إدراج شروط اللجوء إلى التحكيم من دون الحاجة إلى إصدار مرسوم يجيز له ذلك عند إبرامها العقود الاستثنائية مع الشركات الأجنبية، وذلك استثناء من حكم المادة (2060) من التقنين المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

والواضح ان المشرع الفرنسي اقر فكرة اللجوء إلى التحكيم اضطراراً حتى قبل إصداره القانون رقم (126) لسنة 2001 في اطار ما يعرف بالتنظيمات الاقتصادية الجديدة، وعند مقارنة هذا الأخير مع القانون العراقي لا نجد له تطبيق رغم الظروف الاستثنائية الحالية التي يمر بها العراق في ظل جائحة كورونا، فإذا ما استبعدنا دراسة التحكيم بين الزوجين باعتبارها تدخل في نطاق أحكام قانون الأحوال الشخصية، فنجد ان التحكيم في العراق يقتصر على المسائل المتعلقة بالجوانب المادية أو الفنية التي يجوز فيها الصلح، اي ان

3. المرسوم رقم (75-596) في 9 يوليو 1975 .

4. د. اكرم فاضل قصير، المعين في دراسة قواعد اللجوء إلى التحكيم التجاري بموجب أحكام القانون العراقي، مكتبة صباح القانونية، بغداد، 2015، ص 7 .

5. د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م، ص 55 .

المشروع العراقي حصر التحكيم في نطاق النزاعات المدنية والتجارية سواء كان النزاع التجاري داخلي ام خارجي فلا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح حصراً ومن ثم استبعد جميع العقود التي تبرم في العراق وجميع الأعمال التي تصدر من الإدارة مثل القرارات الإدارية، أي انه استبعد النزاعات المتعلقة بالقرارات الإدارية، وهذا التقييد قد يجعل الكثير من النزاعات المتعلقة في هذا المجال دون ان يفصل بها في ظل الظروف الاستثنائية .

ومن ثم، يجعل أكثر القضايا الخارجة عن نطاق الصلح معطلة بسبب تقييدها بهذا النص لذلك يفترض التوسع في نطاق التحكيم وجعله أكثر تفعيلاً في مثل هذه القضايا في ظل جائحة كورونا، وهذا الأمر لم يقتصر على القانون المدني وإنما شمل أيضاً ما جاء في قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل⁽⁶⁾.

والأمر ليس كذلك في ظل قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل، والذي أجاز فيه اللجوء إلى التحكيم في كل نزاع قانوني له طابع اقتصادي سواء كان مصدره تعاقدياً ام لا⁽⁷⁾.

ووجود تناقض بين ماهية التحكيم أو اللجوء إليه مع ماهية وطبيعة النزاع المتعلق بالقرار الإداري⁽⁸⁾، أما الدعوى المنظورة من قبل هيئة التحكيم والمتعلقة بالحقوق الشخصية للكيانات التجارية المتخاصمة فلا شأن لها بالنظام العام .

فإذا ما نصت دعوى قرار إداري له صفة تنظيمية يتمتع بالعموم والتجريد، كما تتمتع القاعدة القانونية بهما، وهذا ما لا نجده في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم عن بعد في ظل كورونا، فهو اتفاق ثنائي بين أطرافه لا يتمتع بالعمومية، كما لا تتمتع قواعده الاتفاقية بدهاءة بالتجريد إطلاقاً، فلا علاقة لاتفاق التحكيم بالمشروعية، ومن ثم نجد ان قانون الاستثمار العراقي قد نص على مبدأ عدم جواز الطعن بالأوامر الإدارية بالتحكيم، وهذه المبادئ العامة نجدها أيضاً مطبقة في ظل جائحة كورونا من خلال اللجوء إلى التحكيم عن بعد، وقد وضع قانون الاستثمار العراقي استثناء على ذلك ألا وهو (أجاز للمستثمر الأجنبي ان يلجأ إلى

6. نص المادة (27) الفقرة (4 و5) من قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 .

7. نصت المادة (1) من قانون التحكيم ي المواد المدنية والتجارية المصر رقم (27) لسنة 1994 والمعدل بقانون رقم (9) لسنة 1997 على ما يأتي : (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية ن تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من أشخاص القانون العام والقانون الخاص اياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج وانفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية ...) .

8. للتفصيل أكثر انظر: د. عمار طارق عبد العزيز، التحكيم في المنازعات الإدارية غير العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد (17) العدد (1)، 2015، ص 124 .

التحكيم في اي نزاع له مع الإدارة، ولاسيما إذا كان ناشئ عن تنفيذ إجازة الاستثمار، ومن هذا نفهم ان القرار الإداري لا يخضع لولاية التحكيم التجاري .

اما دعوى التعويض⁽⁹⁾ في ظل جائحة كورونا فيجوز ان تكون محلاً للتحكيم ويكون لهذه الدعوى حجية الحكم الصادر فيها على اطراف النزاع فحسب، ولا تتعلق بالنظام العام، فهذه الدعوى تقبل التحكيم فيها في ظل الظروف العادية وفي ظل الظروف الاستثنائية، وهي جائحة كورونا، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في التحكيم التجاري فما دامت هي دعوى يجوز التصالح فيها، لذات فهي تقبل التحكيم فيها عن بعد وهذا ما لا نجده مطبق في العراق، إلا أن القانون المصري أجاز لهذا النوع من الدعوى ان يجري فيها التحكيم سواء كان تحكيم اعتيادي ام تحكيم عن بعد.

ومن ثم، فإن التحكيم التجاري قد يصطدم بمعوقات أخرى تدخل ضمن معوقات النطاق الذي يمر به التحكيم التجاري نفسه في ظل الظروف العادية وهي مسائل متعلقة بالنظام العام فإن المبادئ العامة في التحكيم التجاري هو استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام العام عن نطاق التحكيم التجاري ولا يمكن اعتبارها من المسائل التي تدخل ضمن نطاق التحكيم، وهل يمكن ان تعتبر هذا الأمر نفسه يسري على التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا؟

وللجواب على هذا التساؤل يكون انه من المنطق لا يجوز التحكيم في اي مسألة متعلقة بمسائل المركز القانونية مثلاً للقاصر ولاسيما في المسائل التي نظمها المشرع العراقي في مسائل الأحوال الشخصية في قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959، وذلك لتعلقها بالنظام العام وهذا الأمر يسري على التحكيم الإلكتروني وحتى وان كان عن بعد ومن باب المخالفة فإن جميع المسائل التي لا تدخل ضمن اطار النظام العام يجوز التحكيم التجاري فيها حتى ولو كانت عن بعد بطريقة إلكترونية⁽¹⁰⁾.

وإن الحكمة من ذلك الابتعاد تتجسد بعلوية قواعد النظام العام على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، ولذلك لا يجوز التحكيم في اي نزاع متعلق بمسائل النظام العام ولاسيما إذا رفعت بشأن موضوع النزاع أو محله دعوى قضائية إلى المحكمة المختصة للفصل فيه، مثال : دعاوى الجنسية أو الضرائب والرسوم فالحكم اسير اتفاق التحكيم، فلو جاز له التحكيم في هذه المسائل كالمسائل المتعلقة بالجنسية والرسوم والضرائب لحكم فيها هذا المحكم بمقتضى شروط اتفاق التحكيم المذكور وليس بمقتضى النظام العام وقواعده

9. دعوى التعويض وهي الدعوى التي يرفعها احد الأشخاص إلى القضاء لمطالبة الإدارة بتعويضه عما أصابه من ضرر سواء كان مصدر الضرر قرار اتخذته ام فعلاً مادياً فعلته وسبب ضرراً بالمدعي .

10. د. عمر رياض احمد، إدارة أموال القاصر والتصرف فيها (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2015، ص 67 .

الامرة، وبذلك يصبح اتفاق التحكيم في مستوى اعلى من قواعد النظام العام، وهذه النتيجة مرفوضة قانوناً منطقتاً⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني: معوقات الاتفاق على موضوع التحكيم التجاري

ان اللجوء إلى التحكيم سواء في شكله التقليدي أو الإلكتروني يخضع مطلقاً لاتفاق الأطراف على اعتباره وسيلة فعالة لحل النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود ويكون هذا أما في شكل اتفاق تحكيم أو مشاركة تحكيم تكون في شكل مكتوب، إلا أن جائحة كورونا فرضت ظروف استثنائية وجب إيجاد حلول لها من أجل الاستمرار في الفصل في القضايا التحكيمية، حيث نجد بعض القوانين تشترط لصحة إبرام اتفاق بشأن موضوع التحكيم ان يشمل الاتفاق على بيان دقيق لموضوع النزاع، وهو نوع من التشديد في تحديد الوقائع التي ينصب عليها التحكيم، وهذا ينعكس سلباً على التحكيم نفسه في ظل جائحة كورونا ولاسيما إذا كان إلكترونياً وهو من في المعوقات القانونية التي يمر بها التحكيم الإلكتروني، ونجد هذا الأمر قد اخذ به قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم (88) لسنة 1956 (الملغى) وهو نوع من التشديد في تحديد موضوع التحكيم التجاري وذلك في المادة (140) منه⁽¹²⁾.

بينما نجد قانون المرافعات العراقي النافذ رقم (83) لسنة 1969 لم يشترط مثل هذا التشديد في ذكر بيان تفصيلي دقيق لموضوع التحكيم كشرط عند الاتفاق عليه كما فعل المشرع العراقي في قانون (88) لسنة 1956 (الملغى)، وهذه المرونة التي أعطاها المشرع العراقي بقانون المرافعات قد حسنت الوضع بالنسبة للتحكيم التجاري مما كان له آثاره الإيجابية على التحكيم التجاري الإلكتروني⁽¹³⁾، لأن التشديد السابق على موضوع التحكيم التجاري قد يجعل من الصعوبة بمكان تطبيقه في ظل ظروف استثنائية مثل جائحة كورونا التي يتطلب الكثير من المرونة في الإجراءات التحكيمية لضمان سرعة حسم الخصومات ذات الطابع التحكيمي التجاري.

11. د. اكرم فاضل قصير، المعين في دراسة قواعد اللجوء إلى التحكيم التجاري بموجب أحكام القانون العراقي، المصدر السابق، ص 87.

12. نصت المادة (140) من قانون المرافعات العراقية على انه: (يجب ان يكون الاتفاق على التحكيم كتابة، وان يشتمل على بيان للموضوع، ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح).

13. يعرف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه (عقد يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف بطريقة شخصية أو بصرية عليها على شبكة الاتصالات الدولية بقبول مطابق له صادر من طرف آخر بذات الطريقة بقصد ان يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن ان تنشأ بينها بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية). ينظر: د. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2009، ص 201، وكذلك د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 52.

وان شروط الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم هو شرط واحد وهو الكتابة وبدونها لا يثبت التحكيم، ولهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز العراقية في أحد أحكامها بأن: (القانون نوع واحد وان الشرط الوحيد لوجوده، وترتيب اثره هو ان يكون ثابتاً بالكتابة أو يستوي في ذلك ان يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد، أي انه يتناول كل النزاعات الناشئة عن العقد (وهو يتناول في ذات الوقت تفسير هذا العقد وما إذا كانت المسائل المطروحة على المحكمين هي داخلية في نطاقه ويعود لهم حق الفصل فيها)⁽¹⁴⁾.

وهذا شرط الكتابة قد انعكس أيضاً على التحكيم الإلكتروني أي انه سواء كان التحكيم التجاري العادي والإلكتروني فإنه يشترط أيضاً فيه الكتابة وأياً كانت طريقة أو وسيلة الكتابة سواء كانت على ورق أو بطريقة إلكترونية وعن بعد طالما تحقق الشرط فإن التحكيم في هذه الحالة قد استوفى شروطه المطلوبة لانعقاده .

وفيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني فقد أوضح برنامج تحكيم المحكمة الافتراضية كيفية تقديم الطلب وما يتم الكتابة به، وهي عندما ينشأ نزاع يتعلق بعقد معين أو بنشاط معين ناشئ عن استخدام شبكة الإنترنت، يقوم المتضرر بزيارة موقع البرنامج على العنوان التالي (www.vmag.org) لتقديم ادعاء عن طريق الضغط على العبارة (fil a comp laint) والتي ستوصل المدعي إلى نموذج ليملاً الفراغات الموجودة فيه والتي تشمل مثلاً المعلومات المتعلقة بالمدعى من ناحية اسمه كاملاً وعنوانه الإلكتروني واسم الشركة التي يمثلها. ان وجدت وعنوان الشركة كاملاً والمعلومات المتعلقة بالمدعى عليه من ناحية اسمه كاملاً وعنوانه الإلكتروني واسم الشركة التي يمثلها، ان وجد وكذلك المعلومات المتعلقة بالنزاع (وقائع النزاع) وحسب التاريخ وسبب الدعوى . ثم تملأ الاستمارة ويسلم إلى مركز التحكيم هذا الطلب ويبدأ في استكمال إجراءات التحكيم والاتصال بالمدعى عليه⁽¹⁵⁾.

ومن خلال هذه الطريقة الإلكترونية يتم من خلالها مجابهة المعوقات التي قد يمر بها طرفي التحكيم التجاري والتي قد يجهلان الطريقة التي يتم فيها الاتفاق على موضوع النزاع وكيفية الكتابة وهي من المعوقات الأساسية التي قد يواجهها اطراف التحكيم عن كيفية الوصول إلى طريقة محددة للتحكيم التجاري والتي تضمن سرعة وانسيابية الفصل في الخصومة التحكيمية.

14 . القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 . مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون، ج4، بغداد، وزارة العدل، منشورات الدائرة القانونية، 1990، ص400 .

15 . المحامي عبد الله عبد السلام العمري، التحكيم الإلكتروني بعد شيوع، بحث منشور على موقع الإنترنت . www.araa.sa.com تاريخ الزيارة 2020/11/23 .

لذلك أصدرت غرفة التجارة الدولية مذكرة إرشادية في 9 إبريل 2020 والتي تقدم توجيهات للأطراف بشأن التدابير للممكنة التي تهدف إلى التحقيق من تأثير جائحة كوفيد-19 قامت من خلالها بتحديد مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى تفايدي التأخيرات التي تسبب فيها الظروف الراهنة الذي أدى إلى تعطيل جلسات المحكمة التحكيمية، فأقرت ضرورة اللجوء إلى رقمنة الإجراءات لما يتميز به من مرونة في التكيف مع الأوضاع عن طريق استخدام وسائل التواصل الإلكترونية ومنصات التداول من خلال تحديد المسائل التي من الممكن تسويتها بالاتفاق بين الأطراف بحسب الحالة بمساعدة خبراءهم⁽¹⁶⁾، فضلاً عن ايضاحها إلى ضرورة التحقيق من صعوبة تقديم النسخ المطلوبة في الوقت الحالي، إذ ينبغي ان تدعو هيئات الأطراف إلى استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني لتقديم المستندات إلى اقصى حد ممكن مع مراعاة قواعد القانون الوضعي التي يمكن تطبيقها للأطراف الاتفاق على ان تكون أحكام التحكيم موقعة من قبل أعضاء هيئة التحكيم على نسخ منفصلة وأن تكون جميع هذه النسخ المنفصلة في ملف إلكتروني واحد واطار الأطراف عن طريق البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى تسهل الإرسال، ويبلغ الأطراف بحكم التحكيم عن طريق اخطار بشكل إلكتروني⁽¹⁷⁾.

فإن المعوقات الخاصة بالاتفاق على موضوع التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا التي سبق توضيحها قد ادت المحاولات والاجراءات الاللكترونية إلى تذليل الكثير من هذه المعوقات ولاسيما بعد الإجراء الذي اتخذته غرفة التجارة الدولية في توجيهات الأخيرة مما جعل التحكيم التجاري الإلكتروني أكثر سرعة في الفصل في النزاع من التحكيم العادي الذي يحتاج إلى مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم الإلكتروني من حيث الحضور المادي للأطراف وتهيئة التحكيم وتبادل المرافقات والبيانات بين اطراف الدعوى مع كثرة النفقات والمصاريف.

وان كانت هناك ثمة سلبيات للتحكيم الإلكتروني والتي انعكس بطريقة غير مباشرة على التحكيم العادي إلا أن اغلب المحاولات المتبعة في الآونة الأخيرة أدت إلى تذليلها ومجابتها، ولعل أهمها عدم الالتزام الأطراف بالانتقال من مكان إلى آخر لحضور جلسات وتبادل الوثائق والمستندات وكل هذا يتم عن طريق البريد الإلكتروني مما يقلل من خطر الإصابة بمرض كوفيد - 19.

16. حسب الفقرة (8/أ) تعزيز فعالية إجراءات التحكيم من المذكرة التوجيهية الصادرة من غرفة التجارة الدولية في 9 إبريل 2020 .

17. الفقرة (13) و(15) من المذكرة التوجيهية .

المبحث الثاني: معوقات الرقابة القضائية على حكم المحكمين في ظل جائحة كورونا

بعد صدور القرار التحكيمي من قبل الهيئة التحكيمية يتم الاعتراف بقرار التحكيم ونفاذه من الناحية العملية، بمصادقة المحكمة المختصة وهي محكمة البداية عادة من خلال إقامة دعوى أمامها بالنظر في اصل الحق ومن ثم مصادقة هذا القرار من قبل محكمة البداية، وهذه هي الطريقة العادية المتبعة ولاسيما في العراق لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نحدد بالمطلب الأول رقابة محكمة البداية على القرار التحكيمي، والثاني نحدد فيه سرية العملية التحكيمية في ظل جائحة كورونا .

المطلب الأول: رقابة محكمة البداية على القرار التحكيمي

كما هو معروف في التحكيم التجاري التقليدي في بعض الدول ومن بينها العراق والتي سلك فيه المشرع العراقي مسلك يتعلق بإقامة دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة ومن ثم إخبارها بحدوث نزاع تجاري أو مدني ما بين المحكمتين ويفصل المحكمين في موضوعه فصلاً نهائياً يستوجب التصديق عليه أو اتخاذ قرار قضائي بشأنه على اقل تقدير، وذلك من دون لجوء طلب التحكيم ابتداءً إلى المحكمة المختصة طالبا منها إحالة النزاع إلى التحكيم. فإذا اتفق الخصوم على تعيين المحكمين فيما بينهم دون اللجوء إلى المحكمة المختصة لتعيينهم، فإنه يتعين عليهم في هذه الحالة، خاصة على من له مصلحة في تنفيذ حكم المحكمين ان يراجع محكمة البداية المختصة لإخبارها بإحالة النزاع اليهم أولاً ومن ثم الطلب فيها تصديق حكمهم ثانياً، أوله ان يراجع المحكمة المختصة بدعوى أصلية للنظر في تصديق قرار المحكمين⁽¹⁸⁾ .

إذا سبق لهذه المحكمة ان إحالة الخصوم، بناءً على اتفاقهم إلى المحكمين المختصين للفصل في النزاع القائم بينهم، وذلك وقت أحكام المادة (272) مرافعات مدنية والتي لا تجيز تنفيذ قرار التحكيم بأي وجه من الوجوه إلا إذا اقترن بقرار قضائي يصادق عليه ويؤكد مضمون ما قضى به أولئك المحكمون سبق لهم ان قضوا به، وتوضح الفقرة (1) من المادة (253) من قانون المرافعات ومن باب المخالفة يتبين لنا مشروعية اللجوء إلى المحكمين مباشرة، من دون المرور بالمحكمة أو من دون طلب إذنها بإحالة موضوع النزاع اليهم⁽¹⁹⁾ .

لذلك يعدّ ما تقدم من المعوقات التي قد يمر بها التحكيم التقليدي نفسه إذ إن هذه الإجراءات قد يؤدي إلى إطالة الإجراءات التحكيمية ومن ثم سيؤدي إلى عرقلة سير العملية

18. المحامي حميد يونس، شرط التحكيم ومدى رقابة المحكمة على حكم المحكمين التشريع العراقي، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد (2) السنة (23)، 1968، ص16 .

19. وهذا الطريق نصت المادة (1/253) مرافعات عراقية على انه: (إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى أمام القضاء الا بعد استفاد طريق التحكيم) .

التحكيمية والتي يكون الغاية منها هو الإسراع بالإجراءات كيفما الحال في عملية التحكيم الإلكتروني، فغداً كان دور محكمة البداية الرقابية الذي تمارسه على قرار هيئة التحكيم المتفق عليها من قبل المختصين قد ينعكس سلباً على التحكيم الإلكتروني في عدة نواحي وهي حضور الخصوم أمام المحكمة المختصة لغرض التصديق، إذ إن حضور الخصوم للمرافعة القضائية نابع من الإكراه وليس على أساس الاتفاق فيما بينهم⁽²⁰⁾، لما للمحكمة من ولاية جبرية عليهم، وهذا الأمر من الصعوبة الأخذ به في ظل ظروف استثنائية وهي جائحة كورونا، مما قد يعرقل عمل التحكيم الإلكتروني ولأن الغاية منه هو التخفيف من حالة التجمعات والإسراع بالإجراءات القضائية .

فالمحكمة المختصة بالتصديق على قرار التحكيم، والتي يكون دورها الرقابي على هذا القرار قد يعطل حكم التحكيم من تلقاء نفسها، أي أن حكم المحكمين لا ينفذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة، وإذا رأت المحكمة حكم المحكمين موافقاً للقانون موضوعاً وشكلاً، صدقته وإلا أبطلته أي ان إذا تبين للمحكمة ان قرار المحكمين جاء مخالفاً لأحكام القانون الموضوعي فكان المفروض على المحكمة ان تقضي بإبطاله وهذا ما نجد تطبيقه واضح في نص المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقية والتي سبق الإشارة إليه⁽²¹⁾.

فإذا كانت نفس هذه الإجراءات التي اتبعتها العراق بشأن القرار التحكيم وإمكانية التصديق عليه يمكن اتباعه على التحكيم الإلكتروني فهذا الأمر من الصعب اتباعه في ظل هذه الظروف وتطبيقه على التحكيم الإلكتروني على الرغم من ان بعض الدول قد خفضت من حدة هذه الإجراءات لغرض التسهيل على هيئة التحكيم والمختصين امر إجراء حسم النزاع بسهولة وأكثر يسراً من خلال اعتماد تدابير إجرائية يمكن ان تخفف من اثر حالات التأخير خلال التحكيم، بما في ذلك حالات التأخير الناجمة عن جائحة فيروس كورونا لذلك يجب ان يأخذوا بعين الاعتبار وجود جوانب معينة من إجراءات التحكيم لا ينبغي ان نتعرض لتأخير ملموس بسبب بالجائحة على سبيل المثال في الدعاوى التي تم تقديمها حديثاً، والتي على هيئة التحكيم ان يتجنب أي حالات التأخير عبر التشاور مع الأطراف حول كيفية تنظيم وتوقيت جلسة إدارة الدعوى الأولية في اقرب وقت ممكن عملياً وحتمياً امكن في مراسلتها الأولى مع الأطراف، وهذا ما نجده واضح في المكرة التوجيهية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكن اتخاذها للتخفيف من آثار جائحة فيروس كورونا .

20. الحفوقي حميد نصيف، التحكيم واجتهاد القضاء في القانون العراقي، بلا، 2012، ص 59 .

21. نصت المادة (272) من قانون المرافعات العراقية على انه : (1- لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعينهم قضاءً أو اتفاقاً، ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة . 2- لا ينفذ قرار المحكمين الا في حق الخصوم الذين حكموهم، وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله) .

المطلب الثاني: سرية العملية التحكيمية في ظل جائحة كورونا

لعل من المعوقات التي تعترض التحكيم الإلكتروني هي صيانة وحفظ سري التحكيم، إذ ان من الشروط المهمة والجوهرية لنجاح عملية التحكيم الإلكتروني هي ضمان سرية العملية التحكيمية، فقد اتجه اغلب مراكز التحكيم الإلكتروني على صيانة ذلك، إذ كان دورها مشابه لعمل السلطات القضائية الرقابية في هذا المجال من خلال تضمينها نصوصاً تحفظ سرية اية معلومات تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من يطلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه ولاسيما من الشهود والخبراء، ولكن المشكلة تكمن في فرض تحدياً آخر وهو الاختراق الذي يتم عن طريق المتطفلين، من يقوموا بسرقة بطاقات الدفع الإلكتروني واستغلالها . والحلول المطروحة في هذا المجال تكمن في تشفير البيانات المخطوطة والمتبادلة بصورة وتمنع من قراءتها إلا من قبل المرسل إليه⁽²²⁾ .

لقد تعددت الهيئات والمراكز التي تمارس أو تضمن سرية العملية التحكيمية الإلكترونية وتكاد تكون حالياً معظم مراكز التحكيم الدولية تتيح المجال لحل نزاعات التجارة الإلكترونية بأسلوب سري وإلكتروني، ومن اهم هذه المراكز أو الهيئات هي غرفة التجارة الدولية (ICC) وجمعية التحكيم الأمريكي (AAA) والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) وقد عمدت جميع هذه المراكز التحكيمية إلى وضع أنظمة خاصة بالتحكيم الإلكتروني تسمح بمباشرة التحكيم وإتمام جميع إجراءاته حتى صدور الحكم الفاصل للنزاع بوسائل إلكترونية ويكون دورها رقابي على كل الإجراءات التحكيمية الإلكترونية التي تتم بين المختصين .

وفي الغالب تقضي نظم التحكيم الإلكتروني بإنشاء موقع خاص لكل قضية تحكيمية تتم حمايته ومنع الدخول إليه الا بكلمة سر (Pas word)، ليتم بعد ذلك تبلغ الأطراف بعنوان هذا الموقع وآلية الدخول إليه ن ومن اهم فوائد وجود موقع إلكتروني خاص بالنزاع انه يتم تحميل كافة الطلبات والدفع والمستندات عليه من قبل الأطراف انفسهم بدلاً من إرسالها إلى سكرتارية المركز بشكل تصبح معه كل وثائق القضية متاحة للاطلاع عليها من قبل طرفي النزاع وهيئة التحكيم إضافة إلى السكرتارية⁽²³⁾ .

وان الالتزام بالسرية في عملية التحكيم التجاري الإلكتروني يهيمن على كافة مراحل النزاع مما يشجع على الالتجاء إلى التحكيم ولاسيما في اطار العلاقات التجارية والتي تتطلب السرية للحفاظ على السمعة التجارية الدولية، التي تتطلب السرية للحفاظ على السمعة

22. د. احمد السيد البهي الشوبري، إبرام التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية والعربية، الإسكندرية، المجلد الرابع، العدد الثالث والثلاثون، 2020، ص 825.

23. مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل النزاعات، التحكيم الإلكتروني، 6 تشرين الثاني، 2013، بحث منشور على موقع الإنترنت على الموقع .m.facebook.com

التجارية لأطراف عقد التحكيم، وهذا هو احد اهم الأسباب ان تدعو إلى السرية في التحكيم، إذ إن التحكيم التجاري يشترط فيه السرية والكتمان للمعلومات والوثائق والمستندات التي تعرض خلال المرافعة أو التي يتم الكشف عليها في العملية التحكيمية فعلى الرغم من مزايا السرية التي يتمتع بها التحكيم التجاري الإلكتروني، إلا أن هنالك امور سلبية انعكست على موضوع السرية ومنها ان السرية من المواضيع التي تعاني من نقص في التشريعات القانونية المنظمة لها، إذ يلاحظ على اغلب التشريعات القانونية المنظمة للتحكيم تسكت عن موضوع السرية إلا أن ذلك السكوت لا يعني عدم الأخذ بها في التحكيم وإغفالها من قبل الأطراف لأن الأطراف غالباً ما ينصون عليها في اغلب اتفاقاتهم التي تقضي باللجوء إلى التحكيم فيما لو حصل النزاع وكذلك قد نجد الاتفاقيات الدولية التي كثيرا ما تتعهد بحل النزاعات الدولية بسرية تامة عن طريق التحكيم⁽²⁴⁾. ومنها اتفاقية واشنطن لعام 1965 المعدلة 2006 اذ نصت المادة (5/98) منها على عدم امكانية نشر احكام التحكيم كاملة الا بموافقة الاطراف وهذا دليل على مدى سرية التحكيم التجاري .

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع معوقات التحكيم التجاري في ظل جائحة كورونا وما يتضمنه من إشكاليات قانونية ورقابية انعكست سلباً على واقع التحكيم التجاري سواء على المستوى الداخلي والدولي وتم التوصل إلى عدة نتائج لعل أهمها هي :

- 1 - ان المعوقات الخاصة بتحديد نطاق التحكيم في ظل جائحة كورونا يتطلب الأمر التوسع في نطاق موضوع التحكيم التجاري فإن حصره بالمواضيع ذات الطابع التجاري والمالي يجعل من الصعب على المتخصصين الأخذ بنظام التحكيم الإلكتروني.
- 2 - عدم خضوع القرار الإداري لولاية التحكيم التجاري سواء كان تحكيم تقليدي أم تحكيم إلكتروني أما دعوى التعويض وفي ظل الظروف الاستثنائية مثل جائحة كورونا فيجوز ان تكون محلاً للتحكيم التقليدي والإلكتروني ويكون لهذه الدعوى حجية الحجم الصادر فيها على اطراف النزاع فحسب، طالما كانت لا تتعلق بالنظام العام .
- 3 - يصطدم التحكيم التجاري الإلكتروني بمعوقات تدخل ضمن النطاق الذي يمر به التحكيم التجاري نفسه في ظل الظروف الاعتيادية وهي مسائل متعلقة بالنظام العام، لان في المبادئ العامة في التحكيم التجاري هو استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام العام عن نطاق التحكيم التجاري ومن ثم يسري هذا الأمر على التحكيم التجاري الإلكتروني في ظل جائحة كورونا .

24. د. نظام جبار طالب وفاطمة علي رحيم، إعادة النظر في السرية كميزة ومثلية في التحكيم التجاري الدولي، جامعة القادسية، بحث منشور على موقع الإنترنت www.qu.edu.iq

- 4 - يخضع التحكيم الإلكتروني مطلقاً لاتفاق الأطراف على اعتباره وسيلة فعالة لحل النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود . ويشترط هذا الاتفاق الكتابة وايا كانت الوسيلة المتبع فيها الكتابة سواء كانت إلكترونية أو بخط اليد .
- 5 - وجود أو ظهور برنامج تحكيم المحكمة الافتراضية في ظل التحكيم الإلكتروني يحدد بموجبه كيفية تقديم الطلب وما يتم الكتابة به، عندما ينشأ نزاع يتعلق بعقد معين أو بنشاط معين ناشئ عن استخدام شبكة الإنترنت .
- 6 - الاتجاه نحو اتخاذ إجراءات يسمى بـ (رقمنة الإجراءات) لما تهدف إليه تلك الإجراءات في تفادي التأخير التي تسببت فيها الظروف الراهنة في ظل جائحة كورونا والتي أدت إلى تعطيل جلسات المحكمة التحكيمية عبر استخدام وسائل التواصل الإلكترونية .

التوصيات:

- 1 - توسيع نطاق وموضوعات التحكيم بما يضمن شمول مواضيع معينة إذا ما عرضت على القضاء العادي قد تؤدي إلى تعطيل وتأخير الفصل فيه، مما يؤدي إلى تحقيق الغاية أو الوسيلة التي يرمي إليها التحكيم الإلكتروني من سرعة إنجاز والفصل في القضايا المتنازع عليها .
- 2 - إعطاء نوع من المرونة في تحديد موضوع التحكيم التجاري الإلكتروني والإجراءات المتبعة فيه لأن هذا التشدد يجعل من الصعوبة تطبيقه في ظل ظروف استثنائية وهي جائحة كورونا، التي يتطلب الكثير من المرونة في الإجراءات التحكيمية . فضلاً عن، التسهيل للمتخصصين سهولة الرجوع للنموذج الإلكتروني والذي يعد هو بمثابة عريضة الدعوى المقدمة إلى المرسل إليه (المحكم) وعدم التشدد فيها .
- 3 - نوصي مشرعنا العراقي من خلال ممارسة العملية الرقابية القضائية على القرار التحكيم ان تكون الرقابة بعيدة عن التشدد وتبسيط الإجراءات اللازمة لرفع دعوى المصادقة على القرار التحكيمي، ومن جانبنا نفضل رفع تلك الرقابة لأنه لا داعي لها طالما كانت هيئة التحكيم المختارة من قبل الأطراف أو من قبل هيئة المحكمة فالأمر لا يتطلب بعد رقابة قضائية لان مثل هذه الرقابة لا تخفف من تأثير جائحة كورونا، بل أنها قد تطيل إجراءات حسم النزاع علماً ان التحكيم الإلكتروني وضع لتفادي التأخيرات نتيجة الإجراءات المطولة مما تؤدي إلى تعطيل جلسات المحكمة وهذا من غير ممكن اتباعه في ظل جائحة كورونا .
- 4 - سد النقص التشريعي في التشريعات القانونية المنظمة لموضوع سرية بيانات التحكيم الإلكتروني، إذ لوحظ ان اغلب التشريعات القانونية، ومن بينها العراق قد سكتت عن موضوع السرية للبيانات التحكيمية وكيفية ضمان حفظ المعلومات التحكيمية .

5 - قصور القانون المنظم لمسائل التحكيم الإلكتروني في العراق كونه لم يأخذ بنظر الاعتبار خصوصية التحكيم الإلكتروني، مما يتطلب على مشرعي العراق سن قانون التحكيم الإلكتروني يعالج جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم التقليدي وما يمر به هذا الأخير من معوقات، علماً أننا لم نجد في قانون المعاملات الإلكتروني العراقي رقم 78 لسنة 2012 في طياته نص يحدد موضوع التحكيم الإلكتروني.

6 - ان التحكيم الإلكتروني يسهل عملية التواصل بين الدول لذا فإن انضمام العراق إلى بعض الاتفاقيات ومنعها اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمصادق عليها بموجب قانون انضمام العراق إلى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى رقم 64 لسنة 2012 يمثل خطوة نحو الأمام نأمل من مشرعي العراق الانضمام إلى اتفاقيات أخرى موضوعها التحكيم لاسيما اتفاقية يورك الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي عام 1958.

العمل عن بعد والحاجة إلى نظام قانوني خاص بالمغرب

بقلم: ياسين قربي

محامي متمرن بهيئة الرباط

باحث في سلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس أكادال

مقدمة

أدت ثورة تكنولوجيا الإعلام والاتصال إلى إنشاء شكل جديد من تنظيم وتنفيذ الشغل، بأن أصبحت الآليات الإلكترونية وسيله هامة يتم اللجوء إليها لإبرام العقود بين الأجراء والمقاولات، سواء داخل الدولة الواحدة، أو حتى بين الأشخاص الذين ينتمون إلى دول مختلفة¹، بحيث شكلت هذه التكنولوجيا مجموعة من الأدوات الحديثة للعمل، المتعلقة بالإنتاج، والتخزين، والمعالجة، وتبادل المعلومات الرقمية على اختلاف أشكالها، من ذلك وسائل الإعلام الرقمية بجميع أنواعها، منها ما هو ثابت أو متنقل، مروراً بالإنترنت والبطائق الإلكترونية، أو الهاتف المحمول، والكمبيوتر والفاكس وكاميرات الويب، كل هذه التطورات أدت إلى تغيير البنية التقليدية لعقد الشغل، وأدت إلى التغيير في أزمنا وأماكن الشغل²، إذ أصبحت تكنولوجيا الإعلام والاتصال فرصاً لإحداث مناصب الشغل، وفي حالات أخرى عامل لتقليصها، والتي تؤثر سلباً على مجال التشغيل³.

وأنه في خضم كل هذه التطورات باتت الأنماط التقليدية للعمل غير متفقة مع متطلبات الاقتصاد العالمي، مما أدى إلى خلق نمط حديث من الشغل، يتفق ويتواءم مع هذه المتغيرات الجديدة، ويعتمد بالأساس على التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال كأدوات للعمل، تمثل بالخصوص في ما اصطلح عليه ب: «العمل عن بعد».

1. Olivier de Tissot : Internet et contrat de travail. Les incidences de la connexion à Internet sur les rapports employeurs-salariés. Droit Social, (2000) , p150-158.

2. سميرة كميلى: قانون الشغل والتطورات التكنولوجية، مجلة القانون المغربي، العدد 13، مارس، 2009.

3. من كلمة السيد عبد السلام الصديقي وزير التشغيل والشؤون الاجتماعية بمناسبة انعقاد اللقاء الوطني حول موضوع: التطورات التكنولوجية والأنماط الجديدة للعمل، الرباط في 24 مارس 2016، عن وزارة الشغل والإدماج المهني، منشورة بموقعها الرسمي، www.travail.gov.ma.

اعتباراً للتطورات التي شهدتها فكرة العمل عن بعد في المغرب، والتي تبلورت بشكل كبير في ظل أزمة جائحة فيروس كورونا المستجد، بأن تم الاعتماد على هذا النمط من الشغل بشكل متسارع عما كان عليه سابقاً، بل اختصر سنوات عديدة من التحول الرقمي في العديد من الأنشطة، وتغيير مستقبل الشغل التقليدي وطبيعته، فقد تسببت جائحة كورونا في فرض قيودها على الحركة الاقتصادية والتجارية داخل وخارج حدود الدولة، فلا تتقل ولا سفر، مع توقف شبه كامل للإنتاج، الأمر الذي كانت له عدة تداعيات على الروابط القانونية لعلاقات الشغل⁴، مما دفع العديد من المقاولات نحو نهج نمط التشغيل المتمثل في العمل عن بعد، كبديل لاستمرار نشاطها والتقليل من انتقال العدوى.

وعلى ذلك، بات لنمط العمل عن بعد عدة انعكاسات وتأثيرات على علاقات الشغل، فهناك ترابط منطقي بين التقدم المتواصل في هالة التكنولوجيا، والتحويلات التي عرفتها علاقات الشغل، وعلى الخصوص في مجال تنفيذ⁵، ومن هذا المنطلق يطرح التساؤل عن مكانة نمط العمل عن بعد في ظل التشريع الخاص بالشغل ببلادنا، وأنه إذا كانت تكنولوجيا الإعلام والاتصال أثرت على التشغيل بحيث أصبحت هذه التكنولوجيا أداة تولد المزيد من الوظائف وتمكن الأجراء من الحصول على أنواع جديدة من العمل بطرق جديدة وأكثر مرونة، فالملاحظ أن هذه التحويلات أدت إلى منعطف جديد في علاقات الشغل، وشكلت تحدياً في نفس الوقت للوضع الراهن والذي يطرح لنا تساؤلاً عن مدى استجابة ومواكبة قانون الشغل لهذه المتغيرات؟

إذ تعكس التغييرات والتطورات التي أحدثتها الثورة التكنولوجية على علاقات الشغل، العديد من الآثار، عبر تطور الممارسات والتنظيمات والعلاقات فيما بين أطراف عقد الشغل، مما يستدعي تدخل المشرع من خلال تقديم إطار تنظيمي قادر على تعزيز هذه الممارسات الحديثة، وتقنينها بشكل يحافظ على التوازنات فيما بين أطراف علاقة الشغل. إن معالجة هذا الطرح الذي تبينناه من خلال عنوان هذا المقال، يقتضي منا أن نتطرق أولاً إلى تطور هذا نمط التشغيل الحديث في المغرب، ومكانته ضمن مدونة الشغل (المبحث الأول)، ثم نتطرق فيما بعد لدواعي ودوافع تنظيم العمل عن بعد، والحاجة الملحة لوضع تنظيم خاص، من خلال إبراز خصوصيات هذا النمط الحديث من التشغيل مقارنة بنظيره التقليدي (المبحث الثاني).

4. رضوان ربيعة: العمل عن بعد كمدخل لمواجهة فيروس كورونا المستجد في ضوء اقتصاد المعرفة، مجلة قانون العمل والتشغيل، عشت 2020، عدد خاص بتأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، ص 58 و 59.

5. محمد عبد الحفيظ المناصير: النظام القانوني لعقد العمل عن بعد، دراسة في القانون المقارن، مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 46، العدد 1، السنة 2019، ص 246.

المبحث الأول: وضعية العمل عن بعد في المغرب

يعرف العمل عن بعد بأنه: استخدام الأجير لتقنيات الاتصال المعلوماتية تمكنه من أداء العمل، سواء أكان مستقلا أو تابعا، بما يعطي المرونة لمفهومي وقت العمل ومكانه،⁶ كما يعرف بأنه: «أسلوب لأداء العمل، حيث ينفذ العمل بشكل كامل، أو في جزء كبير منه، من موقع مفصول ماديا عن موقع المشغل، الذي يكون في الغالب منزل الأجير، مع استخدام تكنولوجيا المعلومات في الإدارة، والتشغيل، والتنفيذ، والتواصل».⁷

هذا النمط الحديث من الشغل أثبتت تقنياته مزايا عديدة، من مثل الراحة والهدوء والحفاظ على الوقت والمال، كما يحول دون عوائق التنقل، وتقليل الرحلات بالنسبة للأجير، مع تقليل وتوفير المساحات داخل المقاول،⁸ كما يكرس الاستقلالية في العمل وفي توزيع وقت حياة الفرد.⁹

فقد شهد المغرب تطورات ملموسة في السنوات الأخير لهذا النمط الحديث من التشغيل، والتي ساهمت فيه عدة عوامل، بأن أصبح منتشرا في العديد من المقاولات المغربية وأصبح معتمدا بشكل أساسي (الفقرة الأولى).

هذا الوضع الذي أصبح يطرح تساؤل عن مكانة هذا النمط من التشغيل في مدونة الشغل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تطور العمل عن بعد في المغرب

اعتبارا للتطورات التاريخية التي شهدتها فكرة العمل عن بعد بين مختلف التجارب الدولية،¹⁰ فقد شهد المغرب بدوره عدة تطورات ساهمت في ظهور هذا النمط الحديث من

6. Frédéric Robert : le télétravail à domicile, Larcier, (2005),p30.

7. The legal aspects of teleworking, University of East Anglia, Human Resource Management Journal, Vol 12 No. 3,(2002), p 61.

8. Laurent Taskin Patricia Vendramin : Le télétravail une vague silencieuse, Les enjeux socio-économiques d'une nouvelle flexibilité, UCL presses universitaires de Louvain, Belgique, 2004, p34.

9. Arnaud Scaillez, Diane-Gabrielle Tremblay: Le télétravail, comme nouveau mode de régulation de la flexibilisation et de l'organisation du travail : analyse et impact du cadre légal européen et nord-américain, Revue de l'organisation responsable, 2016/1 Vol. 11, p27.

كما كشف التقرير المشترك لمنظمة العمل الدولية ومنظمة «أورو فوند الأوروبية»، أن استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة تسهل توازن أفضل بين العمل والحياة بشكل عام، وأن ازدياد استخدام التقنيات الرقمية كالهواتف الذكية والحواسيب اللوحية والمحمولة والمكتبية للعمل من المنزل أو من أي مكان آخر يغير بسرعة النموذج التقليدي للعمل، يمكن لذلك أن يحسن التوازن بين العمل والمسؤوليات الأسرية، ويخفف الوقت اللازم للذهاب من وإلى العمل، ويعزز الإنتاجية،

تقرير منشور على موقع الرسمي لمنظمة العمل الدولية، www.ilo.org.

10. يبدو أن التطور التاريخي للعمل عن بعد ظهر منذ سنة 1950 في الولايات المتحدة، وفي سنة 1962 في انكلترا، إذ بدأت التجارب الأولى على العمل عن بعد من طرف بعض الشركات العالمية، التي استعانة بمصادر خارجية لعمل

التشغيل وانتشاره، بحيث ساهمت العديد من العوامل في سياق ظهور وتطور العمل عن بعد في المغرب، وقد تنوعت هذه العوامل بين دوافع تقنية وأخرى اقتصادية بل البعض منها كانت دوافع واقعية فرضها بعض الأحداث، وفي هذا السياق يمكن رصد بعض العوامل الرئيسية على النحو التالي:

أولاً: العوامل الاقتصادية

تظهر أولى العوامل التي ساهمت في ظهور وتطور العمل عن بعد في المغرب، تلك التطورات الاقتصادية التي شهدتها بلادنا في العقود الأخيرة، فعلى الرغم من أن مسار النمو ببلادنا قد تميز بتطورات متباينة منذ الثمانينات، إلا أن المغرب استطاع في السنوات الأخيرة تطوير نموذج يجمع بين الانفتاح الاقتصادي والإصلاحات الهيكلية العميقة، وذلك على خلفية التغيرات الهيكلية الجارية في الاقتصاد العالمي بشكل متزايد، من خلال إعادة التوازن للقوى الاقتصادية في عالم متعدد الأقطاب يواجه تحديات كبيرة، وقد ساهم توفره المغرب على مناخ جيد للاستثمار، حيث تقوم المملكة المغربية بتطوير إستراتيجيتها لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر، وقد تعزز ذلك بالتقدم الذي أحرزه المغرب في مؤشر مناخ الأعمال إلى المرتبة رقم 53 عالمياً، الصادر عن البنك الدولي سنة 2020،¹¹ وشكل بذلك عامل مهم لجلب الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية.

كما اعتمد المغرب توجهات واضحة للاستثمارات الأجنبية المباشرة نحو قطاع الخدمات، ويرجع ذلك إلى المكانة المهمة التي تحتلها الخدمات في جميع الدول مهما في مستوى نموها، وقد سهلت الثورة التكنولوجية التي حدثت في ميادين الإعلام والاتصال

المبرمجين بمنزلة لهم، وقد تنوعت هذه التجارب بين مختلف الدول، ساهمت فيها العديد من العوامل، من مثل أزمة النفط العالمية سنة 1973، بحيث أن الشركات فكرت النظر في استخدام وسائل أكثر مرونة لتحسين تنظيم العمل، وحل المشاكل التكلفة، وفقدان الطاقة والإنتاجية وللتغلب على الأزمة.

و قد تطرقت معظم المراجع والدراسات التي تناولت موضوع العمل عن بعد للتطور التاريخي لهذا النمط الحديث من الشغل، يمكن الرجوع إليها للتوسع أكثر، على سبيل المثال:

- موسى خالد السيد محمد عبد المجيد: أحكام عقد العمل عن بعد، مكتبة القانون الاقتصاد، الرياض طبعة 2014.
- محمد عبد الحفيظ المناصير: النظام القانوني لعقد العمل عن بعد، دراسة في القانون المقارن، مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 46، العدد 1، السنة 2019.
- علا فاروق عزام: المسؤولية القانونية في عقد العمل عن بعد، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2012.
- عبد الله المالكي الحلايبي: التنظيم القانوني للعمل عن بعد، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، طبعة 2021.

11. يعتبر مؤشر "مناخ الأعمال" المعروف باسمه الأصلي "دوين بيزنيس" (Doing Business) من ضمن أشهر التقارير التي يصدرها البنك الدولي، والذي يعتمد على 10 مؤشرات أساسية لقياس درجة "ممارسة الأعمال" على مستوى 190 دولة عبر العالم، منها: إنشاء المقاول، الحصول على تصريح البناء، توصيل الكهرباء، نقل الممتلكات، الحصول على القروض، حماية المستثمرين الأقلية، ودفع الضرائب، والتجارة عبر الحدود، وتنفيذ العقود، وتسوية الصعوبات، يمكن الاطلاع على كل ذلك من خلال الموقع: www.doingbusiness.org

والانتشار الواسع للإنترنت والمنافسة القوية في مجال الاتصالات ترويج الخدمات عن بعد، أمام العديد من الخدمات التي كانت غير قابلة للتداول دوليا، والتي أصبحت الآن قابلة للتصدير، مما أدى إلى تعميق التقسيم الدولي للعمل اسوة بما شهده إنتاج وتجارة المواد المصنعة خلال السبعينات والثمانين، إذ شكل قطاع الخدمات ما يعادل 25 % من الناتج المحلي الإجمالي للمملكة المغرب، ما جعله من أكثر القطاعات الاقتصادية نشاطا من حيث المعدلات الإنتاجية والمردودية والربح، وتعمل الحكومة المغربية على قطاع المعاملات الخارجية أو ترحيل الخدمات «الأفشورينغ» لتقليص حجم البطالة، بحيث أصبحت ظاهرة إعادة توطين الخدمات ظاهرة مهمة تتجلى في التراجع التدريجي لمجال الصناعة فوق تراب الدول المتقدمة لصالح نمو مضطرد للقطاع الثالث، وتساهم إعادة توطين أنشطة الخدمات في تنمية الاقتصاد العالمي، ولها آثار إيجابية بالنسبة للدول المستقبلية وبالنسبة لدول المصدر.¹²

ثانيا: العوامل التقنية والتكنولوجية

أيضا يشكل انتشار تكنولوجيا الإعلام والاتصال، من خلال تطور البنية التحتية التكنولوجية بالمغرب، أحد أهم العوامل التي سهلت انتشار العمل عن بعد في وتطوره، إذ أصبح قطاع تكنولوجيات المعلومات حاليا أحد القطاعات ذات الأولوية في الاقتصاد المغربي، نظرا لمساهمته الفعالة في التنمية البشرية والاقتصادية، والذي مكن المغرب من الاندماج في الاقتصاد العالمي للمعرفة من خلال الإدماج المكثف والتعميم الواسع لتكنولوجيات المعلومات على مستوى جميع الفاعلين في المجتمع، لذا فالتحول الرقمي أصبح من بين الأوراش الكبرى التي أولى المغرب عناية خاصة لها بالنظر إلى أهميتها التي برزت بشكل كبير خلال تدبير جائحة كورونا سواء في التعليم أو في العمل عن بعد، وقد عمد المغرب إلى نهج عدة سياسات وبرامج ومخططات لتقوية البنية التحتية التكنولوجية والتحول الرقمي بالمغرب بدأ من المخطط الرقمي 2013، والإستراتيجية الجديدة «المغرب الرقمي 2020» وحتى مذكرة التوجهات العامة للتنمية الرقمية بالمغرب في أفق 2025.¹³

ثالثا: العوامل المتعلقة بالمهارات والوظائف

بالإضافة إلى ظهور مفاهيم الكفاءة والمعرفة وقابلية التشغيل، والمتطلبات العديدة على مستوى كفاءات خريجي المعاهد ومراكز التكوين، وتتمثل تلك المتطلبات في أن يتحلى

12. التقرير الاقتصادي والمالي في مشروع قانون المالية لسنة 2003، الصادر عن وزارة المالية بموقعها الرسمي <https://www.finances.gov.ma>

13. يمكن الاطلاع على كل هذه المخططات والبرامج على الموقع الرسمي للحكومة : www.egov.ma

الفرد بمجموعة من المهارات والصفات من خلال التكوينات المتاحة بمختلف المجالات والتخصصات.

وقد انتقل مجال التشغيل من المهن التقليدية القائمة، إلى مهن جديدة كلياً، ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بتكنولوجيا الإعلام والاتصال، إذ بالنظر للنمو السريع لعدد من المهن في المجال التكنولوجي، أصبحت من متطلبات هذا النوع الجديد من التشغيل يد عاملة متخصصة في هذا المجال، تتميز بمهارات خاصة مختلفة ومغايرة للوضع التقليدي المعتاد، فصار الحديث عن «أجير رقمي» أو «أجير إلكتروني»، ذو مهارات خاصة في المجال التكنولوجي، تلقى تكوينات متخصصة في مجال تكنولوجي معين، هذا التحول في المهارات والمهن الذي أثر لا محالة على الشكل التقليدي لمهام ووظائف الأجير، إذ أصبحت نظم تكنولوجيا الإعلام والاتصال هي السمة السائدة في التشغيل، وذلك من خلال زيادة الاعتماد عليها بشكل كبير، فبفضل هذه التكنولوجيا تم التركيز على مفهوم مهارات العمل، عبر التركيز على الشخص وما يمتلكه من مهارات حديثة بصفة أكبر،¹⁴ بحيث أصبحت المهن المعاصرة تعتمد على المهارات والمعرفة أكثر من اعتمادها على القوة الجسدية،¹⁵ فأصبح بذلك الحديث عن متطلبات تقنية وفنية تواكب التطورات التكنولوجية، والانتقال من منطق التشغيل والوظائف إلى منطق المهارات،¹⁶ فلم يعد الأجير ذلك الشخص البسيط الذي يعتمد على مهارات تقليدية يدوية أو ذهنية، بل أضيف إلى كل ذلك مهارات ومتطلبات معرفية أخرى مرتبطة بالمجال التكنولوجي، لاسيما تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

رابعاً: العوامل المرتبطة بظروف جائحة كورونا

تعتبر جائحة كورونا من بين العوامل الأساسية لتطور العمل عن بعد في المغرب سواء في القطاع الخاص أو القطاع العام،¹⁷ إذ أن منظمة العمل أعلنت أنه بسبب جائحة كورونا،

14. SandossBenabid, Gilles Grolleau : Les nouvelles technologies de l'information et de la communication : un instrument potentiel au service de l'économie sociale ?, Innovations, année 2003/1 (n17), p150.

15. مختار بشتلة : البناء التكنولوجي والبناء المهني (بين المنظور التاريخي والرؤية المستقبلية)، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 17 ديسمبر 2017، مطبعة جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ص 319.

16. Jean-Claude Castagnos, Michel Le Berre: Substance et contour de la GRH sous influence de la technologie, dans la Moderniser la gestion des hommes dans l'entreprise Coordonné par Mohammed Matmati, Michel Le Berre, Rueil-Malmaison, France : Éditions Liaisons, 2005 .p 24.

17. تقرر بموجب منشوري وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 1/2020 و 2/2020 المؤرخين على التوالي في 16 مارس وفاتح أبريل 2020 إعادة تنظيم العمل بإدارات الدولة، من خلال اعتماد نظام العمل عن بعد بالنسبة للموظفين، وتم في هذا الإطار إصدار دليل العمل عن بعد بالإدارات العمومية في أبريل 2020. يتضمن هذا الدليل مجموعة من الممارسات والضوابط التي يجب احترامها من طرف الإدارة والموظف لضمان سلامة العمل عن بعد بما فيها الالتزامات المتعلقة بالتعليمات الصادرة عن المديرية العامة لأمن نظم المعلومات

سيخسر العالم ما يعادل 25 مليون وظيفة بدوام كامل، من بينها 5 ملايين في الدول العربية،¹⁸ إذ أصبح العمل عن بُعد وسيلة مثالية لحماية الأجراء والموظفين، والحفاظ على استمرارية العمل، ويهدف هذا الإجراء إلى التقليل من أي اتصال جسدي أو تواصل غير ضروري أو تجمعات يمكن أن تؤدي إلى انتشار أكبر لفيروس كورونا، حيث فرض العمل عن بعد نفسه جراء تدابير الحجر الصحي المفروضة، بأن اعتمدت نسبة كبيرة من المقاولات المغربية نظام العمل عن بعد، لضمان استمرارية نشاطها، بعد تفشي فيروس «كورونا» منذ بداية الجائحة، وتواصل نسبة كبيرة من الشركات والمؤسسات الاقتصادية، من ضمنها شركات التأمين والمقاولات العاملة في قطاع الخدمات، العمل بهذا النظام بشكل جزئي.¹⁹

الفقرة الثانية: مكانة العمل عن بعد في مدونة الشغل

من المعلوم أن تأثير التطورات التكنولوجية يثير أسئلة تتمحور حول قدرة القانون على التكيف معه، لاسيما قانون الشغل الذي يعد مصدرا متميزا للعلاقة بين القانون والتكنولوجيا،²⁰ فالاضطرابات التي تولدها هذه التكنولوجيات تثير مخاوف قانونية عديدة، تولد وضعاً غير مستقر،²¹ ومن هنا تظهر أهمية الإطار القانوني الخاص بنمط الاشتغال عن بعد، والمرتبطة ببروز إشكالات جديدة مرتبطة ببنية هذا النمط الحديث من الشغل، والمتعلقة بالمسائل القانونية، بشكل يعمق النقاش حول مدى ملائمة مقتضيات تشريع الشغل لهذا النمط الحديث من الشغل.

بغية التعرف على مكانة العمل عن بعد في مدونة الشغل، يتطلب منا التطرق لمكانة العمل عن بعد ضمن المقتضيات القانونية الواردة بمدونة الشغل، لاسيما تلك المتعلقة بالأجراء

والتوجهات الوطنية لأمن نظم المعلومات موضوع منشور رئيس الحكومة رقم 03/2014 للرفع من القدرات الوقائية والعملية لبلادنا لضمان حماية وسلامة المعلومات السيادية، وضمان التشغيل الأمثل لنظم المعلومات. وكذا الالتزام بمقتضيات القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

18. بحسب تقرير جديد لمنظمة العمل الدولية، فإنه من المتوقع أن يشهد العالم تقليصاً في الوظائف لنحو 200 مليون من الموظفين بدوام كامل في الأشهر الثلاثة المقبلة فقط، تحذير يأتي بعد حوالي ثلاثة أسابيع من توقع المنظمة تعرض 25 مليون وظيفة للتهديد بسبب كوفيد-19، خاصة بعد فرض إجراءات الإغلاق الكامل أو الجزئي في العديد من الدول، وما حملته ذلك من تأثير على نحو 2.7 مليار عامل، أي 4 من بين كل 5 من القوى العاملة في العالم، منشور بموقع منظمة العمل الدولية.

www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS__738781/lang--ar/index.htm

19. محمد لديب: هل ساهم «العمل عن بعد» في رفع إنتاجية المقاولات زمن «جائحة كورونا»؟ مقال منشور - جريدة هيسبريس الإلكترونية 14 ماي 2021.

20. Alain Supiot : Homo juridique : essai sur la fonction anthropologique du droit, Paris, Seuil, 2005, p186.

21. Jean-Michel Bruguière : L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet, Dalloz, 2014, p 2.

المشتغلين بمنازلتهم (أولاً)، وأية خصوصية ينفرد بها عن العمل عن باقي الوضعيات والأنماط المشابهة له ضمن المقتضيات القانونية الواردة بمدونة الشغل (ثانياً).

أولاً: مجال تطبيق المقتضيات الخاصة بالأجراء المشتغلين بمنازلتهم على العمل عن بعد

اختلفت الآراء حول التنظيم القانوني للعمل عن بعد بالمغرب، إذ أن البعض قد أسند هذا النمط الحديث من التشغيل من حيث التنظيم القانوني إلى المادة 8 من مدونة الشغل، الخاصة بالأجراء المشتغلين بمنازلتهم، والتي نصت على ما يلي:

يعتبر أجراء مشتغلين بمنازلتهم، في مدلول هذا القانون، من توفر فيهم الشرطان أدناه، دون داع إلى البحث عن وجود أو انتفاء علاقة تبعية قانونية تربطهم بمشغلهم، ولا عن كونهم يشتغلون أو لا يشتغلون مباشرة واعتيادياً تحت إشراف مشغلهم، ولا عن كون المحل الذي يعملون فيه والمعدات التي يستعملونها ملكاً لهم أو لا، ولا عن كونهم يقدمون، إلى جانب شغلهم، كلاً أو بعضاً من المواد الأولية التي يشتغلون بها، إذا كانوا يشترون تلك المواد مستجراً شغل ثم يبيعهونه الشيء المصنوع، أو يتسلمونها من مورد يعينه لهم مستجراً الشغل ويفرض عليهم التزود منه، ولا عن كونهم يحصلون بأنفسهم على المواد الإضافية أو لا يحصلون:

1 - أن يعهد إليهم بصفة مباشرة أو بواسطة الغير بأن يؤدوا، لقاء أجر، شغلاً لحساب مقاوله واحدة أو عدة مقاولات من المقاولات المبينة في المادة الأولى؛

2 - أن يشتغلوا إما فرادى وإما بمعوية مساعد واحد أو أزواجهم أو أبنائهم غير المأجورين.

فمن خلال ملاحظة المادة السابقة، تظهر العديد من العناصر المشتركة بين الأجراء المشتغلين بمنازلتهم، وبين الأجراء في العمل عن بعد، لاسيما من حيث انتفاء أو قيام علاقة تبعية قانونية تربطهم بمشغلهم، من خلال انتفاء عملية الإشراف المباشر من طرف مشغلهم، بالإضافة إلى المحل أو المكان الذي يعملون فيه والمعدات التي يستعملونها، ملكاً لهم أو لمشغلهم، كل هذه العناصر الأساسية والمشاركة بين نمط تشغيل الأجراء بمنازلتهم وبين نمط العمل عن بعد، شكلت قناعة للبعض كون الأجراء المشتغلين عن بعد، بمثابة أجراء يشتغلون بمنازلتهم،²² وعلى اعتبار أنه من أبرز الخدمات المشابهة لهذه الفئة التي يقدمها البعض عبر الحاسوب لفائدة المقاولات،²³ وأن هذا النوع من التطور في أنماط

22. سعد محمد جرندي: الدليل العملي لمدونة الشغل، قراءة تحليلية نقدية لمقتضيات المدونة مدعومة بأهم الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض، مطبع صناعة الكتاب، الدار البيضاء، 2016، ص 73، 74.

23. Abdelkrim Ghali: le télétravail est droit du travail, revue du droit marocain, n°14 avril 2009, p58.

التشغيل يقتضي التفاوضي عن التعبير السابق من خلال « العمل بالمنزل» إلى تعبير « العمل عن بعد».²⁴

وما يعزز هذا الطرح السابق، غياب تنظيم قانوني خاص في التشريع المغربي، لذا يمكن الاستعانة بمقتضيات « الأجراء المشتغلين بمنزلهم» وفقا للمادة 8 من مدونة الشغل، لإدخال العمل عن بعد ضمن نطاق تطبيق مدونة الشغل، خاصة أن نمط الاشتغال بالمنزل تتميز فيه وضعية الأجير بعدم الثبات، من خلال عمل مقابل أجر لا يتطابق ما هو معمول به في قانون الشغل بالنسبة لباقي الأجراء، كما لا يخضع لأية مراقبة أو تفتيش من قبل الأجهزة المختصة، ودون مراعاة لشروط الصحة والسلامة، بما فيهم الأجراء الذين يعتمدون في عملهم على الوسائل الحديثة للتكنولوجيا، هذه الفئة التي تتلقى تكوينا علميا عاليا، وتعاني مما يعاني منه الأجراء المشتغلين بمنزلهم.²⁵

ثانيا: اختلاف وضعية الأجراء المشتغلين بمنزلهم عن وضعية العمل عن بعد

بالرغم من التشابه الذي قد يحصل بين العمل بالمنزل وبين العمل عن بعد، فهناك بعض الفروقات بين هذين النمطين من التشغيل على مستوى الواقع، بحيث يفرق بين العمل في المنزل وما يصطلح عليه باللغة الفرنسية بـ: « travail à domicile »، والعمل عن بعد « travail à distance »، وأيضا العمل عن بعد من خلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال « télétravail »، إذ يتلاقى مفهوم العمل من المنزل، « travail à domicile »، والعمل عن بُعد « télétravail »، للوصول إلى فكرة العمل عن بُعد « travail à distance »، واعتبار لذلك يكون العمل بالمنزل والعمل عن بعد من خلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال شكلان من أشكال العمل عن بعد.

فإذا كانت المادة 8 من مدونة الشغل تشير إلى الأجراء المشتغلين بمنزلهم، فهذا الشكل من الشغل بدأ يعرف طريقه للتلاشي، بأن كان مرتبطا ببعض المهام التي يمكن للأجير أن ينجزها بمنزله، كالخياطة والحياكة ومختلف الحرف اليدوية التي تتطلب بعض المواد البسيطة التي قد ينجزها الأجير من منزله، فعلى مستوى وقت العمل مثلا، فإن الأجير في نظام الاشتغال بالمنزل يكون أكثر حرية في تنظيم وقته، في حين أن الأجير في نظام العمل عن بعد، يكون وقت عمله مرتبطا أكثر بوقت العمل الرسمي للمقاول وبشكل متوازي معها، من خلال احترام جدول زمني محدد، في نفس ساعات العمل التي تعمل بها المقاول.

24. سعد محمد جرندي، مرجع سابق، ص 74، 75.

25. صفاء مخشاني: النظام القانوني للشغل في المنازل بالمغرب، دار الأفاق المغربية، الطبعة الأولى 2021.

كما أن نمط العمل عن بعد أصبح أكثر تنوعاً وتطوراً من نظيره التقليدي السابق، وهو الذي يؤدي فيه الأجير العمل المطلوب منه خارج مباني المقاولة، سواء أكان الاشتغال في منزل الأجير أو في مكان آخر يختاره للقيام بذلك، ويستخدم في إنجاز الشغل تكنولوجيا الإعلام والاتصال، هذه التكنولوجيا التي تشكل العنصر الفارق مقارنة بالعمل في المنزل في شكله التقليدي، لذا يكون من غير المناسب الأخذ بالمقتضيات المنظمة للأجراء المشتغلين بمنزلهم، لعدم إمكانية حصر العمل عن بعد فقط في العمل المنجز بالمنزل، أو العمل المنجز من المنزل، وأن هذه المقتضيات الحالية لا تتماشى بالشكل المطلوب مع طبيعة العمل عن بعد المنجز من خلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، رغم أوجه التشابه المشتركة بين هذين النمطين من التشغيل.

ويبدو أن منظمة العمل الدولية قد حددت بعض أوجه التفرقة بين العمل في المنزل والعمل عن بعد، وقد توجد بعض الاختلافات الطفيفة فيما بين المصطلحات، فعلى سبيل المثال قد يعني بعضها ترتيباً مؤقتاً في حين يعني البعض الآخر ترتيباً لفترات طويلة، وبذلك يعتبر العمل في المنزل نوعاً من أنواع العمل عن بعد من المنزل، حيث يقتصر الاختلاف على إمكانية اشتغال العمل عن بعد العمل من أماكن متنوعة بعيداً عن مكان العمل الأساسي أو المبنى الذي يوجد فيه المشغل، ويشير العمل عن بعد إلى الاستعاضة عن الانتقال إلى المقاولة والاستعانة فقط بوسائل الاتصال الحديثة، لذا اعتبرت المنظمة أن العمل عن بعد يتميز فيه مواصلة الاتصال بالمقاولة عن طريق تكنولوجيا الإعلام والاتصال،²⁶ وأن العمل عن بعد في شكل العمل بالمنزل لا تتوفر فيه خاصية الاتصال المتواصل للمشغل مع أجراءه. كما أن بعض التشريعات المقارنة فصلت نظام العمل بالمنزل عن نظام العمل عن بعد، ومنها التشريع الفرنسي من خلال قانون الشغل الذي انضرد بمقتضيات قانونية خاصة بالعمل عن بعد، من المواد L1222-9 إلى L1222-11،²⁷ بحيث عرفت العمل عن بعد كونه كل شكل من أشكال تنظيم العمل كان يمكن تنفيذه بالمقاولة، ويقوم به الأجير بإرادته باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وذلك في ظل التنظيم السابق لنظام العمل بالمنزل من المواد L7412-1 إلى L7412-3 من نفس القانون.²⁸

26. دليل أصحاب العمل إلى العمل من المنزل استجابة لجائحة كوفيد-19، منظمة العمل الدولية، 2020، منشور بموقعها الرسمي: www.ilo.org، ص 7.

27. L'article L.1222-9 du Code du travail français, tel qu'il est modifié par la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018.

28. L'article L7412-1 Est travailleur à domicile toute personne qui :

1° Exécute, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, un travail qui lui est confié soit directement, soit par un intermédiaire ;

2° Travaille soit seule, soit avec son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin

المبحث الثاني: أهمية تنظيم العمل عن بعد

بالنظر إلى تعريف العمل عن بعد السابق، أصبحت الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد، من الموضوعات الجديدة التي تكتنفها الصعوبات القانونية في تطبيق قانون الشغل على الأجراء المشتغلين عن بعد، فالتكييف القانوني لهذا النوع الحديث من عقود الشغل في إطار التقنيات الحديثة، يمكن القول فيه بأن حداثة عقد العمل عن بعد على الساحة القانونية، جعلته يندرج ضمن العقود غير المسماة، ليعد بذلك عقداً كغيره من عقود الشغل،²⁹ إلا أنه يتسم بسمات متميزة عن عقود الشغل التقليدية، ومن هذه السمات، أنه عقد من العقود التي تتم عن بعد، أي أنه يتمتع بصفة البعد،³⁰ بأن يتم في الأماكن البديلة بعيداً عن الأماكن التقليدية لأداء الشغل، هذا وتوجد بعض السمات الأخرى التي يتسم بها العمل عن بعد، تتجلى أبرزها في كونه عقداً إلكترونياً، وأنه نوع خاص من العقود يستخدم فيه وسائل تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات عن بعد، وأنه عقد عابر للحدود.³¹

وبناء على كل هذه العوامل والخصائص الحديثة، فقد تطور العمل عن بعد في المغرب بشكل غير رسمي، بدون أي تعديل للتشريع المتعلق بالشغل، ودون أي اتفاقيات جماعية مؤطرة لهذا النمط الحديث من الشغل، إذ أصبح يقوم على إطار قانوني غير مكتمل، مما خلق العديد من التحديات يجب الاستعداد لها للحد من أي عقبات يمكن أن تؤثر سلباً على علاقة الشغل، وعلى حقوق أطراف هذه العلاقة مستقبلاً، لاسيما بالنسبة للأجير الطرف الأضعف في هذه العلاقة.

ou avec ses enfants à charge au sens fixé par l'article L. 313-3 du code de la sécurité sociale, ou avec un auxiliaire.

Il n'y a pas lieu de rechercher :

- S'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 8221-6 ;
- S'il travaille sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage ;
- Si le local où il travaille et le matériel qu'il emploie, quelle qu'en soit l'importance, lui appartient;
- S'il se procure lui-même les fournitures accessoires ;
- Le nombre d'heures accomplies.

29. مالك حمد أبو نصير ومحمد عبد الحفيظ المناصر: الحماية القانونية للعامل في عقد العمل عن بعد، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 14، السنة السابعة، العدد 2، حزيران 2017، ص 161.

- محمد عبد الحفيظ المناصر: مرجع سابق، ص 248.

30. علا فاروق عزام: المسؤولية القانونية في عقد العمل عن بعد، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2012، ص 85-86، ذكره مالك حمد أبو نصير ومحمد عبد الحفيظ المناصر: مرجع سابق، ص 162.

31. محمود رمضان: الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، الطبعة الأولى، ص 128.

بناء على التحديات السابقة التي تواجهها مدونة الشغل في مواجهة العمل عن بعد، سنعمل على إبراز الأهمية التي تدعو إلى ضرورة تنظيم هذا النمط الحديث من الشغل، من خلال إبراز الخصوصيات التي يتميز بها عقد العمل عن بعد في ظل القواعد القانونية القائمة في مدونة الشغل، (الفقرة الأولى)، مع التطرق إلى بعض اللبانات الأساسية التي يمكن وضعها كأساس إطار تشريعي خاص بالعمل عن بعد مستقبلاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصوصيات العمل عن بعد في ظل قواعد مدونة الشغل

في الواقع، إن الصعوبة الرئيسية التي تظهر من خلال دراسة العمل عن بعد تتجلى في العديد من العناصر، تنطلق من فئات قانونية معينة ومتعددة، فالسمات التقليدية التي أسست عليها علاقة الشغل حلت محلها سمات حديثة فرضت أنماط جديدة على هذه العلاقة، إذ يحدث في كثير من الأحيان أن الصعوبات التي يفرضها وضع نمط العمل عن بعد، لا يتم فهمها بطريقة الصحيحة، بل يتم التعامل معها من زوايا التقليدية والتشريعات القائمة، في حين أن العمل عن بعد له خصوصيات معينة ومحددة، يجب التعامل معها من هذا المنطلق. فعقد العمل عن بعد، عقد له طبيعة خاصة في معظم عناصره وأثار تنفيذه، إذ تغيرت النظرة من مفهوم الشغل التقليدي بسبب طفرة تكنولوجيا الإعلام والاتصال، إلى مفهوم حديث ونمط حديث للشغل، ومن ثم استحدثت هذه التكنولوجيا مجموعة من الأعمال، بشكل مختلف عن الوضع التقليدي للشغل، فانتشار تكنولوجيا الإعلام والاتصال والتطور التدريجي لها داخل المقولة، أحدث العديد من الآثار على الشغل والتشغيل، تجلى ذلك من عبر العديد من التغييرات التي أحدثتها على مستوى البنية التقليدية للشغل، وفي العديد من المستويات والعناصر المشكلة لعلاقة الشغل، والتي يمكن طرح أهمها كالتالي:

أولاً: على مستوى تنفيذ عقد الشغل

ذلك من حيث زمان ومكان تنفيذ الشغل؛

فمن حيث مكان تنفيذ الشغل، أصبح تعدد الأماكن تنفيذ مهام الأجير، سواء في مكان إقامته أو في أمكنة أخرى أو بشكل متنقل، ولم يعد الحديث عن تواجد الأجير في مكان المقولة وداخل أسوارها.

أما من حيث وقت تنفيذ الشغل، أصبح الأجير يتمتع بنوع من الحرية في تنفيذ شغله في العمل عن بعد، وتمتعه بالمرونة في تنظيم وقت شغله، مما يؤدي إلى نوع من الخلط بين وقت الشغل ووقت الراحة، بالإضافة إلى صعوبة تحديد وقت الشغل الفعلي الذي استغرقه الأجير في إنجاز شغله، والوقت الإضافي الذي اضطر لعمله من أجل إنجاز شغله، وعن كيفية احتساب هذا الوقت الإضافي.

ثانيا: على مستوى عنصر التبعية

إذا كانت مراقبة الأجراء من صلاحيات المشغل انطلاقا من عنصر التبعية، بالإشراف عليهم وتوجيههم وتتبع عملهم، فما يميز العمل عن بعد هو استحالة المراقبة المادية المباشرة للأجراء، بحيث أصبح المشغل يعتمد بدوره على تكنولوجيا الإعلام والاتصال من أجل التواصل مع الأجراء، وتوجيهه، ولا يمكن مراقبتهم بشكل تفصيلي كما هو الحال في الوضع التقليدي، وما يبقى على المشغل سوى مراقبة المنتج أو العمل النهائي الذي ينجزه الأجير في العمل عن بعد، هنا يطرح إشكال حول طبيعة التبعية المعول عليها في هذه الحالة، هل هي تبعية قانونية أم تبعية اقتصادية، أم يمكن الحديث عن نوع خاص بالتبعية في العمل عن بعد.

ثالثا: على مستوى حوادث الشغل

بخصوص الحوادث التي يمكن أن يتعرض لها الأجير الذي ينجز عمله عن بعد، وما يثار من إشكال حول ما يتعرض له الأجير من حوادث في محل إقامته، فهل يمكن تكييف سقوط الأجير أثناء تنقله من غرفة إلى غرفة، أو إلى المطبخ بمثابة حادثة شغل؟ وكيف يمكن التمييز بين الحوادث التي تقع في إطار الحياة المهنية عن تلك التي تقع في إطار الحياة الشخصية.

رابعا: على مستوى الحقوق المرتبطة بتمثيلية الأجراء

نظرا لكون الأجير في العمل عن بعد يشتغل بمعزل عن المقابلة، يطرح تساؤل عن كيفية ممارسة هذا الأجير لحقوقه الجماعية، من خلال كيفية الاتصال بمؤسساته التمثيلية، سواء على مستوى ممثلي الأجراء أو ممارسة حقه النقابي، بحيث أن الأجير في العمل عن بعد يجب ألا يعيش في عزلة عن مؤسساته التمثيلية.

خامسا: على مستوى الحقوق الشخصية للأجير

مست التكنولوجيا الحديثة بخصوصية الأجير وألفة حياته الخاصة، وذلك من خلال الاستعمالات اليومية لها من طرف المشغل، وأثناء ممارسة حق الرقابة والتوجيه، كل ذلك من خلال برامج محكمة لتتبع الأجير ومراقبته، ككاميرات المراقبة وعلبة الرسائل الإلكترونية والهاتف، وأيضا إمكانية ورصده عن بعد من خلال نظام التتبع عن بعد (GPS)، ومعالجة معطياته الشخصية، بحيث أن هذه الأنظمة مكنت من التقاط كم هائل من المعلومات الشخصية الخاصة بالأجير، والتي تبقى في حوزة المشغل، ويمكن له الرجوع إليها في أي وقت، ليظهر بذلك تداخل بين صفته كأجير داخل المقابلة، وبين حياته الخاصة.

سادسا: على مستوى النظام التأديبي

يتعلق الأمر بالأخطاء المرتكبة من طرف الأجير المشتغل عن بعد من خلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، بحيث تم تجاوز الخطأ في شكله التقليدي المادي، وأصبح له طبيعة إلكترونية لا مادية، ارتبط ارتباطا وثيقا بالشغل الذي ينجزه الأجير من خلال هذه التكنولوجيا، بحيث ارتبط الخطأ بالمجال الإلكتروني وأصبح ذو طبيعة خاصة، فكيف سيتم التعامل مع هذه الأخطاء من حيث نظام التأديب ومن حيث إثبات هذه الأخطاء ذات الطبيعة الإلكترونية المغايرة عن الطبيعة التقليدية المعتادة.

الفقرة الثانية: الاتجاه نحو تنظيم خاص بالعمل عن بعد

جدير بالذكر أنه في حالة اعتماد عقد الشغل عن بعد، سواء أكان بشكل مباشر، أو وبعد موافقة الأجير فيما بعد، من خلال تحول عقد العمل من النمط التقليدي إلى نمط العمل عن بعد، فإن هذا الأجير يتمتع بجميع حقوقه المنصوص عليها في عقد الشغل الأولي، كما أنه يحتفظ بالمميزات المرتبطة بالعقد، وبكل الضمانات التي توفرها النصوص التشريعية الخاصة بالشغل.

إلا أن التأثيرات الذي أحدثها نمط التشغيل الحديث المتمثل في العمل عن بعد، قد أظهر بعضا من الصعوبات التي يواجهها الإطار القانوني المنظم لعلاقة الشغل الفردية، الشيء الذي يدفع وبإلحاح إلى تنظيم وتأطير هذا النمط الحديث من التشغيل،

وفي هذا الإطار سنبرز بعض التوجهات التي يجب التطرق إليها بصفة أساسية في تأطير وتنظيم العمل عن بعد، إذ توجد بين يدي المشرع المغربي خيارين في تنظيم العمل عن بعد؛ يتجلى أولى الخيارين من خلال قواعد خاصة ومستقلة في مدونة الشغل، تخص العمل عن بعد وتنظمه بشكل مستقل في نطاق الخصوصيات التي يتميز بها عن عقد الشغل التقليدي، خاصة في النقاط المرتبطة بتنفيذ الشغل عن بعد، والتي تثير إشكالات عدة على النحو المبين سابقا، ذلك بأن يضع المشرع قواعد خاصة في هذا النطاق، على أن تشارك باقي النقاط الأخرى التي لا تثير أي إشكال بالقواعد العامة في مدونة الشغل، ولا تتعارض مع خصوصيات العمل عن بعد.

وما يعزز هذا الطرح هو التوجه السابق للمشرع في التعامل مع فئة الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة، والتي نظم لها مقتضيات خاصة نصت عليها مدونة الشغل، لاسيما في المادة 79 وما بعدها، رغم ما كانت تثيره من إشكال في السابق، على الخصوص بالجانب المتعلق بعنصر التبعية.

كما يتجلى الخيار الثاني في نطاق المادة 8 من مدونة الشغل، والذي يظل الأقرب إلى مفهوم العمل عن بعد، حسب رأي البعض، وذلك على الأقل بتطوير النصوص المتعلقة بالعمل بالمنزل، بشكل يتناسب مع التطورات التكنولوجية، وذلك بتعديل المادة 8 وجعلها منظمة لجميع أشكال العمل المنجز خارج المقولة، وتتضمن بذلك العمل بالمنزل والعمل عن بعد، بأن تصبح المقتضيات المنظمة للعمل بالمنزل مناسبة لمختلف أنواع الشغل المنجزة خارجة أسوار المقولة، وتضم العمل عن بعد من خلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، والعمل في شكله التقليدي من خلال الأجراء المشتغلين بمنزلهم، على اعتبار كما قلنا سابقا أن مقتضيات المادة 8 الحالية، لا تتماشى بشكل كامل وطبيعية العمل عن بعد المنجز من خلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وجب اعتماد تسمية خاصة بهذا النمط الحديث من التشغيل من خلال «الشغل عن بعد» عوض العمل عن بعد، واعتماد «الأجير المشتغل عن بعد»، عوض العامل عن بعد، وذلك تماشيا مع المصطلحات التي وضعها المشرع في مدونة الشغل، من خلال اعتماد تسمية عقد الشغل عوض عقد العمل، والمشتغل عوض صاحب العمل والأجير عوض العامل.

أيضا وجب إلزام كل مقولة في حالة إبرامها لعقود عمل عن بعد، أن تضع ميثاق داخلي خاص بنظام العمل عن بعد، يراعا فيه خصوصية هذا النمط الحديث بكل تجلياته، ويحدد طرق وكيفية تنفيذ هذا العقد، مع مراعاة الحقوق المخولة للأجير في نصوص مدونة الشغل. كما أن تنظيم نمط العمل عن بعد ليس بالضرورة أن يكون من طرف المشرع، إذ تلعب اتفاقيات الشغل الجماعية دورا مهما هي الأخرى، ولها نفس المميزات والخصائص التشريعية، على اعتبار أن التشريع لا يستطيع مسايرة كل التطورات، لاسيما منها التطورات التكنولوجية التي تتسم بالسرعة، وأن المشرع فتح المجال لطرفي الإنتاج للحوار والتفاوض، بغية تنظيم علاقة الشغل والتوصل إلى اتفاق جماعي مشترك بينهم، من خلال إمكانية وضع تأطير خاص بنمط العمل عن بعد، تصبح من خلالها اتفاقيات الشغل الجماعية أداة تنظيمية تحكم علاقات الشغل، ولها وظيفة تشريعية.

حيث جاءت المادة 11 من مدونة الشغل على أنه: « لا تحول أحكام هذا القانون دون تطبيق مقتضيات الأنظمة الداخلية الأساسية، أو عقد شغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، أو ما جرى عليه العرف من أحكام أكثر فائدة للأجراء»، وذلك ما تم نهجه في دولة بلجيكا من خلال اتفاقية خاصة بنظام العمل عن بعد حملت رقم 85 مكرر، سنة 2008، وذلك في ظل الفراغ التشريعي الذي كان سائدا.³²

32. La convention collective de travail n° 85 bis du 27 février 2008 en Belgique.

خاتمة:

ستظل سنة 2020، التي ارتبطت بجائحة كورونا، سنة متميزة بالنسبة لنمط العمل عن بعد، والتي على أساسها تمكنت المقاولات من التكيف بسرعة مع متطلبات الأمن الصحي، بأن أصبح العمل عن بعد هو الحل الناجع للاستمرارية، وفي نفس الوقت، فرصة لتطوير هذا النمط الحديث الذي دخلت غماره العديد من المقاولات والمؤسسات العامة.

إلا أنه بالرغم من كون القواعد الحالية المنظمة لعلاقة الشغل من خلال مدونة الشغل التي تصلح في معظمها لتنظيم نمط العمل عن بعد، إلا أنها تظل غير كافية بالشكل المطلوب، وأن هذا الفراغ الجزئي سيفتح المصراع للاجتهاد القضائي لسد الفراغات التي قد تنشأ في حالة النزاعات المترتبة عن الشغل في إطار العمل عن بعد.

لدى كانت الضرورة ملحة اليوم أكثر من الأمس في تقنين وتنظيم العمل عن بعد، فمن جهة، يعد هذا الأمر كتشجيع للمقاولات والأجراء معا على نهج هذا النمط الحديث من التشغيل، واعتماده، بأن يصبح جزء من إستراتيجية التشغيل في المغرب، وذلك بغاية الاستفادة من المميزات التي يوفرها هذا النمط الحديث من التشغيل بالنسبة للمقاوله وبالنسبة للأجراء، ومن جهة أخرى، يعد تقنين وتنظيم هذا النمط الحديث من التشغيل عنصرا مهما في الحفاظ على التوازن في الحقوق والمصالح بين أطراف علاقة الشغل، لاسيما بالحقوق المتعلقة بالأجير الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

Le secret professionnel dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise (cas de la prévention externe)

Omar Bousalem

docteur en droit des affaires.

Les procédures de prévention des difficultés des entreprises présentent un certain nombre de caractères qui leur sont spécifiques et les différencient des procédures collectives de traitement : alors que ces derniers cherchent à attirer le plus grand nombre possible de participants et, à cette fin, font une large place aux mesures de publicité, les procédures préventives, au contraire, sont placées sous le signe du secret professionnel et impliquent le plus souvent qu'un choix soit fait parmi les partenaires de l'entreprise qui seront invités à participer aux négociations¹.

Au Maroc, la mise en place d'une obligation au secret professionnel est une nouveauté apportée par la loi 73-17.² Dans sa volonté d'assurer plus d'efficacité des procédures des difficultés d'entreprise, le législateur de 2018 n'a pas hésité à mettre en jeu la législation pénale sur le secret professionnel³. A cet égard, l'article 549 dispose que: « La procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ».

Notons toutefois, que le règlement amiable instauré par la législation de 1996 a été remplacé par une nouvelle procédure dite de conciliation. Cette dernière n'est pas nouvelle, le législateur marocain n'a fait que modifier quelques éléments de

-
1. J.-PIERRE-SORTAIS « procédures préventives et confidentialités », mélanges en l'honneur de Jean-luc Vallens, éd Joly, l'extenso, 2015, P 241.
 2. Dahir n°1-18-26 du 2 chaabane 1439 (19 avril 2018) portant promulgation de la loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de loi n° 15-95 formant code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise ;(B.O n° 6732 du 6 décembre 2018).
 3. Au droit français, cette considération a été prise en compte depuis la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. En effet, sous l'empire de ladite loi, l'article L. 611-6 du Code de commerce disposait que « toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal ». Notons toutefois, que la loi française n°2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises a substituée l'obligation de confidentialité à l'obligation de secret professionnel en tant que notion civile moins intimidante.

l'ancien règlement amiable en renforçant la sécurité entourant cette procédure, et ce pour assurer une réelle efficacité au traitement des difficultés des entreprises. Par cette mesure, le législateur marocain a voulu mieux appréhender les difficultés des entreprises en plaçant cette procédure parmi les mécanismes de détection. Dans cette phase, le chef d'entreprise cherche à obtenir des accords avec ses créanciers afin d'éviter la liquidation judiciaire. Ces accords doivent être tenus secrets.

Autrement dit, la nouvelle loi a amélioré les procédures préventives mises à la disposition des dirigeants d'entreprises, leur permettant ainsi de trouver celle qui est la mieux adaptée à leur situation. Cette procédure permet la désignation d'un mandataire spécial en vue de réduire les oppositions éventuelles entre les associés ou des partenaires habituels de l'entreprise, et toutes les difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise ou un conciliateur dont l'objet est d'aplanir les difficultés financières ou économiques de l'entreprise, en recherchant la conclusion d'un accord avec les créanciers tout en respectant le secret professionnel⁴.

L'étude du secret professionnel dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprises notamment la procédure de prévention externe implique que l'on s'interroge sur la nature des informations qui doivent être protégées, ainsi que sur la qualité des personnes envers lesquelles cette obligation a vocation à s'appliquer (chapitre 1). Le but essentiel de ce mécanisme de protéger les actes des procédures et les informations sensibles de l'entreprise par une obligation de non-divulgaration, ou encore de discrétion. Toutefois, malgré l'efficacité de ces obligations, notamment en droit des procédures des difficultés d'entreprise, ces mécanismes ne prennent pas en considération la valeur économique de l'information, ils sont insuffisants ou bien inappropriés à la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise. La valeur économique et stratégique des idées, du savoir-faire de l'entreprise a conduit à l'apparition de la théorie du secret des affaires, qui nécessite également l'introduction de cette théorie dans notre droit positif (chapitre 2).

Chapitre 1: le champ d'application du secret professionnel

Pour les entreprises, y compris celles en difficulté, le secret professionnel constitue aujourd'hui la clé du succès. En réalité, les informations confèrent un avantage concurrentiel et doivent donc être soustraites à la convoitise des autres opérateurs du marché⁵. En effet, les procédures de difficultés d'entreprises sont publiques, et il convient donc de protéger le débiteur, exposé au risque de propagation des rumeurs qui portent atteinte à la réputation de l'entreprise et qui pourraient lui faire perdre la confiance de ses partenaires⁶.

4. Art 549 du code de commerce.

5. J.-FRONCOIS -MARTIN, «Redressement et liquidation judiciaires», 8e éd., Dalloz.,2003.P.65.

6. A.-CHOUKRI-SBAII, «Alwassit des procédures de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise 3e éd, 1998.p.262.

La définition du champ d'application de l'obligation au secret professionnel implique que l'on s'interroge sur la qualité des personnes envers lesquelles cette obligation a vocation à s'appliquer (section 1), ainsi que sur la nature des informations qui doivent être protégées (section 2).

Section 1. Les personnes soumises au secret professionnel

À la lecture de l'article 549 du code de commerce, le législateur précise que la «procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ». Or, le texte n'indique que les actes de la procédure. Cette rédaction ne nous renseigne pas sur l'identification des personnes concernées ni sur les obligations de prudence qui leur incombent dans leurs missions pour ne pas enfreindre ce secret.

Pratiquement parlant, la procédure de prévention externe nécessite l'intervention de certains professionnels comme le président du tribunal, le débiteur et ses créanciers, le mandataire spécial, le conciliateur etc.

Ces professionnels sont les confidentiels de l'entreprise en difficulté. A ce titre, ils recueillent un grand nombre d'informations qu'ils ne doivent pas divulguer, sous peine de sanctions pénales.

En effet, les parties participantes à l'accord respectent, de manière générale, le secret professionnel. Le débiteur et ses créanciers ont, en effet, tout intérêt à garder le secret de la procédure afin de parvenir à un accord. En outre, le débiteur ne souhaite pas exposer ses difficultés à ses autres partenaires, et les créanciers craignent les réactions de leurs propres clients.

En pratique, Certaines affaires révèlent néanmoins que le secret des difficultés de l'entreprise à l'égard des tiers n'est pas toujours respecté. Le choix des créanciers participant à l'accord est donc déterminant. Certains créanciers concurrents du débiteur peuvent trouver des avantages à mettre en échec la négociation et à divulguer alors l'existence de telles négociations. Cette divulgation est souvent spécialement réalisée pour influencer sur le prix de négociation des instruments, objets de la négociation.

La question qui se pose dans ce cadre qu'en est-il lorsque le secret est divulgué par un tiers qui n'a jamais participé à la procédure de conciliation ni de près ni de loin ? Cette divulgation est-elle susceptible de sanction ?

Vu la nouveauté de cette disposition, et vu l'absence de jurisprudence marocaine, la chambre commerciale de la cour de cassation française a eu l'occasion de trancher sur cette question par un arrêt rendu en date du 13 février 2019 par lequel la cour de cassation française⁷ a eu à statuer sur un conflit entre le devoir de confidentialité et une liberté fondamentale puisqu'il s'agit de la liberté d'expression ; celle-ci, appliquée à la profession de journaliste, devient la liberté d'information et touche, par conséquent,

7. Cass.com, arrêt n°198 du 13 février 2019 publié sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/198_13_41359.html

à la liberté même de la presse⁸. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes : alors qu'une procédure de mandat ad hoc, puis de conciliation était en cours concernant les sociétés du groupe C, une société, Mergermarket Ltd., éditrice d'un site d'information financière en ligne et spécialisée dans le suivi de l'endettement des entreprises a publié un article concernant l'ouverture de la procédure de mandat ad hoc puis a, par la suite, diffusé divers articles rendant compte de l'évolution des procédures en cours, cela a provoqué une réaction tant des sociétés débitrices que la SELARL chargée des fonctions de mandataire ad hoc puis de conciliateur ; elles ont donc saisi le juge des référés pour obtenir le retrait de l'ensemble des articles contenant des informations confidentielles les concernant et l'interdiction d'en publier d'autres.

Les demanderesses ont obtenu gain de cause en première instance, les juges du fond ont condamné la société qui a révélé l'existence et l'avancée du traitement amiable en décidant d'allouer une indemnisation élevée aux sociétés débitrices au titre du préjudice subi, caractérisé par la réduction du crédit fournisseur et la trésorerie.

Mais, en appel de référé, la cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt infirmatif.

De ce fait, la Cour de cassation rejette le pourvoi et valide le raisonnement des juges du fond. Elle estime que les articles litigieux ne sont pas de nature à nourrir un débat d'intérêt général sur les difficultés des sociétés du groupe, mais qu'ils tendent essentiellement à satisfaire les intérêts des abonnées du site régi par la société éditrice. La Haute juridiction érige la confidentialité comme règle fondamentale des procédures amiables, elle n'admet d'exception qu'en cas de débat d'intérêt général. De plus, la Haute juridiction relève que leur publication risque de causer un préjudice considérable aux sociétés du groupe ainsi qu'aux parties appelées à la procédure de prévention amiable et de compromettre son déroulement et son issue. Le fait que la procédure se soit terminée par une conciliation n'a aucune incidence. L'accord trouvé aurait pu être plus favorable aux sociétés du groupe si la confidentialité avait été respectée, la divulgation des informations ayant dégradé les relations entre les parties.

À partir de ce qui précède, nous constatons que le législateur français a étendu le champ d'application de secrets professionnels à toutes les personnes ayant participé, de loin ou de près, au déroulement de la procédure, et ayant eu connaissance de cette dernière. De surcroît, le législateur français a le mérite d'obliger ces personnes au secret professionnel sous peine d'engager leurs responsabilités.

En effet, les dispositions de l'article 549 du code de commerce doivent en réalité retenir une acception aussi large que possible, les dispositions de l'article susmentionné ne font aucune référence aux personnes soumises au secret (Il semble que le législateur a limité cette obligation aux seuls professionnels de la procédure).

8. J.-PIERRE-SORTAIS, op.cit., p.241.

Il existe par conséquent une ambiguïté. Pour qu'elle ait un réel impact sur le déroulement de la prévention externe, il serait judicieux de réajuster cette disposition en étendant le champ d'application du secret professionnel pour impliquer toutes les personnes qui sont appelées au règlement amiable, et qui, par leurs fonctions ont pu en avoir connaissance.

Section 2. Les informations couvertes par le secret professionnel

Les dispositions de l'article 549 de la loi du 19 avril 2018 ne font aucune référence à ces informations. Il existe par conséquent une ambiguïté sur le fait de savoir si le secret doit uniquement couvrir l'accord amiable en tant que tel, ou bien si celui-ci ne doit pas s'étendre davantage.

L'objectif poursuivi par l'obligation au secret professionnel incline en réalité à retenir une acception aussi large que possible. Le secret a donc vocation à s'appliquer à toutes les étapes de la procédure et doit concerner tous ses aspects. La protection s'étend du dépôt de la requête du débiteur jusqu'au-delà de l'exécution de l'accord, en passant par l'instruction du président du Tribunal, la désignation du mandataire spécial ou du conciliateur, la phase de la négociation, la conclusion, puis l'homologation.

Sont donc couvertes par le secret, toutes les informations que le dirigeant aura fournies à l'appui de sa requête en vertu des dispositions de l'article 551 alinéa 2 du code de commerce, ainsi que tous les renseignements recueillis par le président du tribunal en vertu de son droit de communication, ou bien du rapport de l'expert qu'il aura éventuellement désigné.

Il en va de même pour toutes les informations susceptibles de circuler pendant la phase des négociations. A ce stade, de nombreuses personnes peuvent en effet être consultées par le conciliateur. Le risque de divulgation d'informations confidentielles de nature à compromettre la conclusion de l'accord et la sauvegarde de l'entreprise est particulièrement important. D'où la nécessité pour ce dernier, de se montrer vigilant en veillant notamment à ne fournir que les indications strictement nécessaires qu'à des personnes dont l'intervention est réellement indispensable au sauvegarde de l'entreprise⁹. Donc le débiteur devra se méfier des créanciers qui, ayant été présents aux négociations, auront finalement refusé d'y participer, car ce sont eux qui sont le plus à même de divulguer des informations secrètes sur l'entreprise en difficulté. Dans cette perspective, le fait de porter sur tout écrit concernant la procédure de conciliation la mention « secret » s'avérera utile¹⁰.

Cependant, le secret professionnel tel qu'instauré par les dispositions de l'article 549 précité, se trouve décliné lorsque ce dernier se trouve confronté au droit de

9. Cité par N.-DEPLOIX-ROBAIN, « Le règlement amiable des difficultés d'entreprise », Thèse Paris IX Dauphine., 1997.

10. Ibidem.

sociétés et plus particulièrement, aux sociétés faisant appel public à l'épargne. En effet, l'article 4 de la loi n°44-12 relative à l'appel public à l'épargne et aux informations exigées des personnes morales et organismes faisant appel public à l'épargne¹¹ prévoit que « l'information donnée au public par les personnes morales faisant appel public à l'épargne doit être exacte, précise et sincère ». Dans le même ordre d'idée, l'article 14 de la même loi dispose que : « les personnes morales ou organismes faisant appel public à l'épargne sont tenus de publier dans un journal d'annonces légales et surtout et sur tout autre support de publication exigé par l'AMMC, aussitôt qu'ils en ont pris connaissance, toute information portant sur l'organisation, leur situation commerciale, technique ou financière, et pouvant avoir une influence significative sur les cours en bourse de leurs titres ou une incidence sur le patrimoine des porteurs de titre »¹².

Cependant, ce secret conduit certains auteurs en droit des affaires à souligner des contradictions, notamment quand ils se heurtent au principe de l'obligation imposée par les sociétés cotées en bourse, on parle désormais, comme a cité Madame LYAZAMI NAHID «la mise sous embargo de l'information »¹³, toutefois, cette obligation d'information n'a pas une portée générale, cela veut dire que l'entreprise émettrice de l'information a la faculté de ne pas communiquer ou diffuser l'information et de la retarder provisoirement sous sa responsabilité lorsque ladite information porte atteinte à son intérêt. Dans ce cadre, la loi 44-12 récite, dans son article 15, insiste sur le fait de :

- protéger les intérêts de l'émetteur ;
- garantir la confidentialité de ladite information ;
- ne pas induire le public en erreur.

La question qui se pose dans ce cadre : est-ce que l'émetteur peut légitimement retarder la diffusion de l'information au public ?

L'hétérogénéité entre les dispositions de l'article 549 et l'article 15 de la loi n°44-12 pose beaucoup de questions dans ce sens.

Certains auteurs pensent que l'application distributive des règles en présence pourra, à elle seule, alléger l'acuité de ce problème, alors que d'autres auteurs penchent vers la confirmation de la suprématie de la confidentialité¹⁴.

11. Dahir n°1-12-55 du 28 décembre 2012 portant promulgation de la loi 42-12 relative à l'appel public à l'épargne et aux informations exigées des personnes morales et organismes faisant appel public à l'épargne (B.O n°6124 du 7 février 2013).

12. Art 1.2 circulaire de l'AMMC n° 03/19 du 20 février 2019 relative aux opérations et informations financières.

13. N-LYAZAMI, « La prévention des difficultés des entreprise : étude comparative entre le droit français et le droit marocain », Thèse du Toulon-Var.,2013.p.112.

14. Cité par N-LYAZAMI,op.cit.,p.391.

À cet égard Y.GUYON considère que «la confidentialité paraît plus souhaitable que la transparence », il rajoute que la prééminence de ce principe doit être assurée même lorsque « l'entreprise est en situation difficile ou compromise, sans être en état de cessation de paiement¹⁵.

Dans la même perspective, CARBONNIER, « ne cesse d'affirmer l'utilité de grader la discrétion, car elle constitue la clé de la réussite»¹⁶.

Quant à J.CHARTIER, il considère que « l'expérience a très clairement démontré que la réussite d'une procédure amiable repose essentiellement sur ces trois principes fondamentaux : anticipation, confidentialité et consensus »¹⁷.

Chapitre 2 vers la consécration d'une sanction d'atteinte au secret d'affaires : approche prospective.

Aujourd'hui, nous vivons dans une société dite de l'information, où les entreprises possèdent une richesse incorporelle de grande valeur.

L'information présente aujourd'hui un grand intérêt pour l'entreprise, soit parce qu'elle est une source directe de profit, soit parce que sa divulgation porte préjudice à son titulaire. Ce dommage peut, par exemple résulter de la perte d'avantage concurrentiel conféré par la connaissance, qui entraîne une baisse de chiffre d'affaires.

En effet, Les informations économiques confidentielles ne sont pas suffisamment prises en compte par le droit marocain. A cet égard, une grande partie des informations économiques, financières et sociales échappent aux mécanismes du secret du droit commun. Autrement dit, la protection des informations sensibles fait donc l'objet de dispositions disparates. Parfois soutenue par le droit pénal comme le secret professionnel, ou bien contractualisée et soumise au droit de la responsabilité civile comme la clause de confidentialité, elle n'est pas, du coup, suffisamment efficace.

A titre d'exemple, un fichier de clientèle n'est pas couvert par le secret. Dans la même optique, la responsabilité civile suppose qu'un préjudice soit établi, ce qui ne sera pas le cas si l'information est transmise à quelqu'un qui n'en a pas l'utilité. Ainsi, la protection offerte par le droit positif marocain ne protège pas toutes les informations sensibles avec la même vigueur. Par exemple, des données confidentielles relevant de la stratégie de l'entreprise, comme l'intention d'acquérir une unité de production ou de lancer une gamme de produits. En la matière, la seule protection réside dans les techniques contractuelles, qui souffrent des limites inhérentes à toute convention ; relativité à l'égard des tiers et limite temporelle, contrairement au législateur français

15. Y. GUYON « La transparence dans les procédures collectives ». LPA, 21 avril 1999, n°79, page 8 ; N-LYAZAMI,op.cit.,p.391.

16. Colloque sur la transparence, revue Juridique et Commerciale, 1993, n°spécial, page 9 ; N-LYAZAMI,op.cit.,p.391.

17. J.CHARTIER. « Le projet de sauvegarde des entreprises ». Commission de finance, d'économie générale et du plan. Assemblée nationale, page 20.

qui a transposé la directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées¹⁸ (secrets d'affaires) par une loi qui a été entrée en vigueur le 30 juillet 2018, et qui a été introduite dans le code de commerce un titre V intitulé : « de la protection du secret des affaires »¹⁹.

Son homologue marocain ne dispose d'aucun texte de loi qui prévoit la reconnaissance légale du secret des affaires et de la répression de sa violation. Certes, notre législation impose le secret professionnel dans plusieurs textes de loi, mais ce dispositif ne permet pas de protéger le secret des affaires.

Section 1 : Distinction entre le secret des affaires et le secret professionnel

A l'heure actuelle, le secret des affaires est une pratique des entreprises, il ne peut être qualifié de notion juridique généralement reconnue par le droit marocain.

En effet, quelques confusions et quelques doutes naissent quant à l'articulation de secret professionnel et de secret des affaires. Pour contribuer à lever ces doutes, il faut souligner que le secret professionnel, prescrit par l'article 446 du code pénal²⁰, ne vise que la révélation d'un secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire²¹. Cette obligation particulière ne s'applique qu'aux personnes désignées par la loi. En d'autres termes, l'article 446 susmentionné, vise à protéger la clientèle des professions réglementées comme les médecins ou les avocats.

Pour l'exercice de leurs métiers, ces derniers sont amenés à recueillir des informations sensibles confiées par leurs clients ou par leurs patients dont ils ne doivent trahir la confiance²². De ce fait, le secret professionnel ne s'applique que de manière restreinte ; il ne concerne que les personnes expressément visées par la loi.

A l'inverse, le secret des affaires a permis aux praticiens de faire rentrer dans leurs domaines, toutes les informations sensibles qui ne sont pas couvertes par les

18. Directive 2016/943/EU du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

19. Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

20. Loi n° 11-99 modifiant et complétant l'article 446 du code pénal promulguée par le dahir n° 1-99-18 du 18 chaoual 1419 (5 février 1999); (B.O. n° 4682 du 15 avril 1999).

21. R- GUILLEN, et G-MONTAGNIER, «Lexique des termes juridiques », 9e édition 1993, Dalloz.p.950.

22. En ce sens l'article 446 du code pénal dispose que : « Les médecins, chirurgiens ou officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes ou toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions permanentes ou temporaires, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets, sont punis de l'emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de mille deux cent à vingt mille dirhams... ».

autres mécanismes du secret²³, qu'elles soient de nature industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique. A cet égard, l'article L151-1 du code de commerce français définit désormais le secret des affaires comme une information satisfaisant trois critères :

1 - elle n'est pas généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité;

On retiendra que le terme « information » est mis en évidence par la définition que donne le Petit Robert, selon laquelle il s'agirait de « l'action de s'informer, de prendre des renseignements », d'un « fait ou jugement qu'on porte à la connaissance d'une personne, d'un public, à l'aide de mots, de sons ou d'images », mais également d'un « élément ou système pouvant être transmis par un signal ou une combinaison de signaux ». L'information présente donc deux aspects : il s'agit d'une part de s'informer, et d'autre part de transmettre ou de mettre au courant.

2 - Elle revêt une valeur commerciale effective ou potentielle qui résulte de son caractère secret;

Il résulte de ce texte que l'objet de l'information sera en soi sans incidence selon l'article 14 de la directive 2016/943. Il pourra s'agir notamment de connaissances technologiques, de savoir-faire ou encore de données commerciales relatives aux clients, aux fournisseurs, aux coûts d'études et de stratégies de marché qui satisferont aux critères précités²⁴.

23. Y-PACOLT, « les divers facettes du secret des affaires », Dr. & PALL. 2002, n° 102, p. 70.

24. A cet égard l'article 14 stipule que « Il importe d'établir une définition homogène du secret d'affaires sans imposer de restrictions quant à l'objet à protéger contre l'appropriation illicite. Cette définition devrait dès lors être élaborée de façon à couvrir les savoir-faire, les informations commerciales et les informations technologiques lorsqu'il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité. Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle. Ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle. La définition du secret d'affaires exclut les informations courantes et l'expérience et les compétences obtenues par des travailleurs dans l'exercice normal de leurs fonctions et elle exclut également les informations qui sont généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou qui leur sont aisément accessibles. Directive 2016/943/EU du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

Dans la même optique l'accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce (ADPIC) impose aux États signataires de préserver les « renseignements non-divulgués ». Ce texte, issue de l'accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce, dont la finalité est d'harmoniser les régimes nationaux, prévoit un standard de protection minimal. Son article 39.2 stipule que : « les personnes physiques ou morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux

3 - Elle fait l'objet de mesures de protection raisonnables pour demeurer secrète, compte tenu des circonstances.

Selon ce qui précède, on peut déduire qu'en matière économique, l'information doit être objectivement confidentielle puisqu'elle est confiée parfois à des personnes sans profession ni état particulier. Donc la donnée est secrète en elle-même et non en raison de la personne à laquelle elle est transmise. Il faut donc raisonner en termes de prérogatives sur ce renseignement et non en termes d'obligation imposée au confident²⁵.

En effet, le secret professionnel s'applique sur les personnes expressément visées par la loi (il est fondé sur la responsabilité pénale d'une personne), alors que le secret des affaires s'applique à la protection des informations, quels que soient les acteurs, il est axé sur la protection des informations d'une organisation, même si aucune définition ne nous permet d'être catégoriques.

En somme, les informations économiques confidentielles ne sont pas suffisamment prises en compte par le droit marocain. En effet, les personnes morales jouissent de nombreux droits fondamentaux, qui leur ont été attribués par la loi. Donc, le secret des affaires peut également être assimilé à la vie privée des personnes, même si l'application des dispositions de la loi 08-09 sur la protection des données à caractère personnel²⁶ est difficilement envisageable. L'information confidentielle doit en effet être définie de manière objective et, à l'inverse de la vie privée des personnes, en matière économique, est systématiquement patrimonial alors que tel n'est pas le cas en matière de droit des personnes. Quoi qu'il en soit, les informations de nature stratégique, telles que la situation financière, technique ou stratégique, etc, ne peuvent être assimilées à des biens. Pour autant, leur protection est nécessaire comme en témoigne le droit français, qui les qualifie de secret des affaires. La divulgation de ces renseignements cause un préjudice à l'entreprise car ils se rapportent à sa connaissance du marché.

honnêtes, sous réserve que ces renseignements :

a-soient secrets en ce que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;

b - aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secret ;

c - aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secret».

25. S.-MARCELLIN et T-DU MANOIR DE JUAYE, « le secret des affaires », lexixnexus 2e éd, 2019, p 45.

26. Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (B.O. n° 5714 du 5/3/2009).

Section 2 : l'intérêt du secret des affaires dans le cadre des procédures préventives.

Lorsque la situation financière du débiteur se dégrade, des dispositifs d'alerte peuvent être actionnés par différents acteurs, ces mécanismes ont pour but d'attirer l'attention du dirigeant afin que celui-ci réagisse suffisamment tôt pour redresser la situation. Cette procédure n'est pas légalement confidentielle, la loi 73-17 ne prévoit aucune disposition qui protège la confidentialité de la procédure de prévention interne, de ce fait, l'alerte lancée par le commissaire aux comptes est obligatoire. Ce dernier, qui atteste de la sincérité de la comptabilité de l'entreprise est particulièrement bien placé pour relever l'existence des difficultés que celle-ci traverse²⁷, c'est pourquoi il est tenu²⁸ d'interroger le dirigeant lorsqu'il constate, lors de l'exercice de sa mission, « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »²⁹. Si la réponse est satisfaisante, la procédure cesse, à l'inverse, faute de réponse adaptée, le commissaire aux comptes saisit le conseil d'administration. La délibération est ensuite communiquée au président du tribunal de commerce en cas de carence du conseil, une assemblée générale est convoquée.

En la matière, dans ce cadre la confidentialité n'est pas imposée par la loi, elle semble être respectée en pratique³⁰. Le commissaire aux comptes est tenu au secret professionnel à l'inverse, il semble très difficile, dans les faits, de contraindre les actionnaires au silence.

L'article 548 du code de commerce dispose : « Faute d'une délibération de l'assemblée générale à ce sujet, ou s'il a été constaté que malgré les décisions prises par cette assemblée, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le président du tribunal en est informé par le commissaire aux comptes, par le chef d'entreprise

27. J.-M. de BERMOND DE VAULX, « le secret des affaires à l'épreuve des mesures prévention des difficultés des entreprises », JCP E 1995, n° 40, 493.

28. La procédure d'alerte est prévue par l'article 547 du Code de commerce, qui dispose « Lorsque le chef de l'entreprise ne procède pas, de son propre chef, au redressement des faits de nature à compromettre l'exploitation, le commissaire aux comptes, s'il en existe, ou tout associé dans la société informe le chef de l'entreprise des faits ou des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, notamment ceux de nature juridique, économique, financière ou sociale et ce, dans un délai de 8 jours de leur découverte par lettre recommandée avec accusé de réception, l'invitant à redresser la situation.

Faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délai de 15 jours de la réception ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer, dans un délai de 15 jours l'assemblée générale pour y statuer sur rapport du commissaire aux comptes, s'il en existe ».

29. La procédure d'alerte est prévue par les articles 547 et 548 du code de commerce qui visent respectivement les SA et les autres sociétés. sur cette notion, V.M. JEANTIN et P.LE CANNU, op.cit., n° 32, p.22.

30. P. LE CANNU, « prévention et règlement amiable », juri-dictionnaire, joly, 1988, p. 17.

ou par un associé ». Il conviendrait à notre avis de sanctionner la violation de ce devoir de manière à assurer l'efficacité et la confidentialité de l'information³¹.

Enfin, aux termes de l'article 549 du code de commerce, le président de tribunal convoque immédiatement les dirigeants lorsqu'il a connaissance de « difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », l'entretien a pour but de déterminer des « mesures propres à redresser la situation de l'entreprise » et la mission du juge est alors préventive et non juridictionnelle.

Le mandat spécial est aujourd'hui régi par l'article 549 du code de commerce qui permet au président du tribunal de désigner, à la demande du débiteur, un mandataire dont il détermine la mission. Il s'agit généralement de prendre connaissance de la situation de l'entreprise, voire de commencer à discuter avec les créanciers. Le secret conditionne l'efficacité de cette procédure ; comme l'explique un auteur : « la confidentialité qui existait jusqu'à présent devrait être conservée pour que le mandat ad hoc soit pleinement efficace. Les mandats qui ont vraiment réussi à ce jour n'ont pas quasiment pas été connus des tiers. Cela a constitué leur force »³². La procédure de conciliation est davantage formalisée : elle s'adresse aux entreprises qui « éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, ou sociales ou des besoins ne pouvant pas être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise et ne se trouvent pas en cessation de paiement. De ce fait, le conciliateur doit « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. L'accord n'est communiqué qu'aux parties signataires³³.

D'une manière générale, l'article 549 prévoit que « [...] la procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ». Or, ce devoir de discrétion ne concerne que les actes de la procédure. Ce texte ne permet pas en effet, de prendre en compte tous les secrets de l'entreprise en difficulté par exemple, les connaissances techniques ou commerciales qui présentent pourtant un grand intérêt. Cet état du droit est regrettable car il ne permet pas de sanctionner les professionnels participant à la procédure de négociation qui exploitent des informations pour leur propre compte. Il conviendrait donc de remplacer cette notion de secret par celle de secret des affaires, de manière à prendre en compte tous les renseignements confidentiels. Il est également impératif de punir non seulement la divulgation mais aussi l'utilisation de l'information en cause à d'autres fins que celles assignées par le législateur.

31. En ce sens, les informations en question devraient être considérées comme relevant d'un secret des affaires, sanctionné pénalement.

32. B.ZABALA, « prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », JCP E 2008.

33. Art 557 du code de commerce

A ce jour, le secret des affaires n'a pas de qualification juridique dans notre droit positif. Aucun texte ne lui est expressément consacré et le droit commun n'est pas d'un grand secours. Néanmoins, cette expression apparaît parfois dans notre droit, mais toujours de manière incidente par exemple, l'article 613 du code de commerce dispose que : « aucune des informations prévues aux articles 612³⁴ et 619³⁵ de la présente loi ne peut être utilisée à l'encontre de l'entreprise lors de toute procédure ou action ou auprès de toute autre partie que sur son autorisation expresse, à moins qu'il ne s'agisse d'une créance publique ». Comme nous avons précédemment vu, l'information joue un rôle particulier en droit des procédures des difficultés d'entreprise. Or, ces informations ne concernent que des données et des

34. L'article 612 du code de commerce énonce que « Le syndic est tenu de mettre à la disposition des créanciers, à partir du jour suivant la publication de l'avis et jusqu'à la date de la réunion de l'assemblée, les informations et les documents suivants :

1) dans le cas où l'assemblée est convoquée pour délibérer sur le projet du plan de redressement assurant la continuité de l'exploitation de l'entreprise ou le plan de redressement proposé par les créanciers :

- les informations concernant la situation financière active ou passive avec indication détaillée du passif privilégié et chirographaire ;
- un inventaire détaillé de l'actif de l'entreprise ;
- le projet du plan de redressement prévu à l'article 595 ci-dessus proposé par le syndic, accompagné, le cas échéant, des offres qu'il a reçues en cas de cession partielle prévue à l'article 635 ci-dessous ;
- le cas échéant, le projet du plan de redressement proposé par les créanciers conformément aux dispositions du 3ème alinéa de l'article 615 ci-dessous.

2) dans le cas où l'assemblée est convoquée pour délibérer sur la modification dans les objectifs et les moyens du plan de continuation conformément aux dispositions de l'article 629 ci-dessous :

- le plan de continuation, tel qu'approuvé par le tribunal ;
- les propositions de modification du plan, y compris les propositions des taux de remises ;
- le rapport du syndic visé au premier alinéa de l'article 629 ci-dessous ;
- les informations relatives à la situation financière de l'entreprise.

3) dans le cas où l'assemblée est convoquée pour délibérer sur la cession des actifs prévus à l'article 618 ci-dessous : copie de la demande de cession et l'état actualisé des actifs prévus au même article. Tout créancier peut, en personne ou par mandataire, consulter les documents visés ci-dessus et en prendre copies à ses frais.

Lorsque le créancier est empêché de consulter lesdits documents ou le syndic refuse de les lui communiquer, il peut saisir le juge-commissaire en vue de l'autoriser à les consulter dans le délai prévu au 1^{er} alinéa ci-dessus.

Le syndic met à la disposition de l'assemblée lors de sa réunion les informations précitées ».

35. L'article 619 du code de commerce énonce que : « Tout créancier peut, sur demande présentée au syndic, se faire communiquer tout au long de l'exécution du plan de continuation au siège de l'entreprise :

- les informations relatives à la situation financière de l'entreprise y compris la situation active et passive avec indication détaillée du passif privilégié et chirographaire ;
- les flux de trésorerie ;
- les informations non financières pouvant impacter dans le futur

L'exécution par l'entreprise de ses engagements. Tout créancier peut, en personne ou par mandataire, prendre copie des documents précités à ses frais.

personnes identifiées. Contrairement à certaines législations étrangères notamment la France, notre droit ne réprime pas réellement l'espionnage économique : le tiers qui s'approprié une information ne peut être poursuivi sur le fondement d'un texte ad hoc.

Conclusion

En application de l'article 549 du code de commerce, les dépositaires de l'information secrète relative à la procédure de prévention externe sont soumis au secret professionnel. En vertu de ce texte, la prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets leur divulgation cause un préjudice à l'opérateur économique car celui-ci perd la confiance de ses partenaires, fournisseurs et clients. Les procédures de prévention interne comme les procédures de prévention externe, doivent prendre en considération l'impératif de discrétion, ce qui ne nous semble pas justifié. A notre sens, il serait néanmoins utile de faire explicitement référence au secret des affaires et de sanctionner les indiscretions.

Contrairement au droit français qui a substitué l'obligation de confidentialité à l'obligation de secret professionnel, la stipulation des mesures coercitives et répressives par le législateur marocain à l'encontre de celui qui divulgue le secret professionnel est infructueuse et mal adaptée aux exigences des procédures des difficultés d'entreprise. Les débiteurs victimes de la divulgation, préféreraient l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction pour être indemnisés du préjudice subi.

C'est dans ce cadre que nous invitons le législateur marocain à supprimer la notion pénale du secret professionnel, en la substituant à la confidentialité ou au secret des affaires, en tant que notion civile moins intimidante. Ce changement sémantique doit être inscrit dans le cadre d'un mouvement de dépenalisation du droit des affaires.

La Confidentialité dans la Procédure d'Arbitrage Commercial au Maroc

BENSGHIR Habiba

Etudiante chercheuse au cycle doctoral FSJES.FES

La Dynamie que connaît l'économie nationale avait poussé le Législateur à introduire un corps législatif convenable à ce développement, et sur le sommet de ces principales initiatives, l'Arbitrage formait une démarche notable, régissant plusieurs domaines tel que le droit de travail, le droit de la famille, le droit bancaire et d'assurances...et spécialement du Droit commercial où l'arbitrage se concrétise efficacement. De la sorte, ce développement avait rendu nécessaire une méthode flexible et adaptée aux besoins du commerce international pour les litiges qui en résultent. Le Commerçant en général, et L'investisseur en particulier réclament ainsi la sécurité, la rentabilité, et le libre transfert des profits et du capital, l'Etat veut un investissement en secteur critique et conforme à ses objectifs économiques répondant aux nécessités de développement. Ceci avait poussé le Législateur à introduire une importante distinction entre la procédure interne et international dans l'application des règles arbitrales pour réformer la Législation antérieure du Code de procédure civile de 1974 par la promulgation d'une Loi spéciale formant le Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile portant sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle.

Sa Majesté le Roi Mohammed VI avait insisté dans plusieurs discours royaux sur l'importance des investissements nationaux et étrangers, citons un extrait du discours de Sa Majesté le Roi Mohammed VI, que Dieu le glorifie prononcé à l'occasion de la Fête du Trône à Casablanca, le 30 juillet 2013 où sa majesté avait annoncé que : « [...] Par ailleurs, la mise en œuvre graduelle des stratégies sectorielles a permis à notre pays de réaliser des progrès palpables et d'accroître son attractivité pour les investissements étrangers, et ce, en dépit d'une situation économique et sociale mondiale difficile, [...], En affirmant Notre volonté d'encourager l'investissement, Nous réitérons Notre appel au gouvernement pour qu'il accorde la priorité à tout ce qui est de nature à stimuler la croissance et à favoriser la création d'emplois. Il doit veiller à une complémentarité entre les impératifs de consommation locale et l'exportabilité de notre production, avec tout ce que cela induit comme effets positifs sur la balance des paiements, [...]».

Sans doute que, ce qui a conféré à l'Arbitrage une grande amplitude demeure le champ commercial auquel il s'harmonise par fluidité. Une certaine complémentarité rassemble l'Arbitrage et le monde des Affaires, le premier se voit nécessaire aux intérêts du deuxième, qui recherche dans le règlement de ses litiges délicats, l'affectation des principes de l'Égalité des parties par l'application des règles choisies par leur propre initiative, de l'Indépendance et l'impartialité du Tribunal Arbitral choisi, et de la confidentialité de l'affaire exposée, puisque l'Arbitrage offre les avantages de rapidité, et d'adaptabilité aux circonstances affairistes par le respect de la volonté des parties tout au long de la procédure, en une concrétisation de la disponibilité offerte par les Arbitres, et par les droits de défense obligatoirement respectées.

Il ressort donc des développements précités que le mobile qui forme la raison du choix de la procédure en dépit du recours à la procédure contraignante réside dans les avantages que peut présenter la première vis-à-vis de la procédure judiciaire à laquelle l'avantage de la confidentialité se présente par son importance capitale la plus attractive aux yeux des Investisseurs tant nationaux qu'étrangers. Toutefois, ce principe primordial, dans le domaine d'arbitrage commercial s'affronte amplement aux exigences de la transparence commerciale qui est l'un des aspects colossaux du domaine des affaires, ceci étant bien confirmé par plusieurs économistes et juristes tel ce qu'avait annoncé l'Avocat et l'ex Président des États Unies Calvin Coolidge «La publicité, c'est la vie du commerce».

Alors devant ces deux exigences se crée le paradoxe à déceler entre le respect des principes commerciaux et la préservation de la substance créant le caractère privé de l'arbitrage, et l'obligation de transparence des affaires commerciales, devant cette discordance se pose la question à savoir, si le degré d'importance accordée à la confidentialité dans la procédure arbitrale par le Législateur Marocain est suffisante pour motiver le choix des litigants ? Qu'elle est la portée universelle des deux principes ? Et qu'en est-il des conséquences de la relation transversale entre l'avantage de confidentialité avec l'avantage de transparence commerciale sur la procédure arbitrale ? Et plus précisément quels sont les attitudes de la confrontation des deux composantes sur les instances arbitrales?

Compte tenu de l'importance de l'Avantage de la confidentialité dans la procédure arbitrale, et pour répondre à ces confusions, il paraît utile d'identifier tout d'abord la primauté de la confidentialité en arbitrage des affaires impliquant une transparence tenue (I), pour traiter par la suite l'étendu des Menaces du Secret d'Arbitrage des Affaires soulevant La question d'une Transparence Affirmée (II).

I - La Primauté de la confidentialité en Arbitrage des Affaires impliquant une transparence tenue:

Il est indubitable que la primauté de la confidentialité en arbitrage met l'obligation de transparence en question, et pour comprendre les points d'intersection entre les deux, il conviendra de traiter l'universalité de la confidentialité de la procédure (A),

pour passer à la concrétisation de l'obligation de confidentialité par le Législateur Marocain (B).

A - L'universalité de la confidentialité de la procédure arbitrale :

Pour les partisans du principe, cette procédure à part est par nature confidentielle. Serge Lazareff déclare même que «la confidentialité est la sœur jumelle de l'arbitrage». Et Emmanuel Gaillard avait expliqué que la confidentialité est toujours un principe de l'arbitrage et est une obligation qui ne peut être éteinte que par la volonté contraire expresse et conjointe des parties.

Il est indéniable que l'une des caractéristiques traditionnelles de l'arbitrage commercial, est l'un des facteurs d'attraction des investissements étrangers vers les pays qui ont besoin d'un afflux de fonds étrangers pour stimuler le développement économique, ainsi que l'efficacité, la vitesse et la sélection des spécialistes pour régler le différend est celui de la confidentialité de la procédure arbitrale. Mais qui avait commencé à faire face à certaines critiques devant l'appel à la transparence et à l'ouverture pour permettre aux différentes parties, comme la société civile et les organisations non gouvernementales, à participer à la procédure d'arbitrage. Surtout quand il s'agit des litiges dont fait partie l'Etat ou l'une de ses institutions publiques, et qui ont une incidence sur la conduite de fonds publics, ou qui se concentrent sur des questions sensibles et funestes, que les principes de la démocratie, obligent l'état à informer les citoyens de leurs contenu et de permettre à ses représentants de participer à la procédure.

De sorte que les arguments de la transparence deviennent plus forts que ceux de la confidentialité connus dans la jurisprudence traditionnelle. Et cette question de la transparence dans l'arbitrage d'investissement serait probablement l'un des traits les plus saillants de l'avenir de l'arbitrage commercial international. Et là on devra séparer entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement où le premier pourra être national ou international et qui impose le respect du principe de la confidentialité qu'il soit ad-hoc ou institutionnel, et régit les rapports des personnes du droit privé ou des personnes du droit public à caractère commercial, qui intéresse un déroulement des instances principalement secrètes, en vue que les sentences arbitrales ne pourront être publiées que par agrément de toutes les parties, mais sous l'empire de l'arbitrage d'investissement ce dernier est toujours international qui régit les litiges entre investisseurs généralement soumis aux règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et aux règles prescrites par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (Conclue à Washington le 18 mars 1965), qui a comme principe général le renforcement de la transparence suivant les directives de la commission des nations unies pour le droit commercial international mises en vigueur le 1 avril 2014, mais les investisseurs ne regardent pas la question sous cet angle, ils préfèrent la confidentialité afin de préserver leurs intérêts.

Universellement La confidentialité et le caractère privé sont deux notions parallèles, il faudrait donc faire la distinction entre ces deux concepts. Selon Jean-Claude Najjar «L'arbitrage est un mode privé de règlement des conflits». Ce caractère privé de la procédure, qui signifie que les audiences se déroulent portes closes, fait dire à Thomas Clay que «L'arbitrage n'est pas seulement une justice privée mais une justice rendue en privée». Jusqu'à la fin des années 80, les deux concepts de la confidentialité et de la vie privée étaient confondus . En effet dans un arrêt rendu le 26 juin 1984 par la Queen's Bench Division, Oxford Shipping Co Ltd v Nippon Yusen Kaisha, la Cour avait expressément dit que le caractère privé des audiences équivalait au caractère confidentiel de la procédure. Une évolution de cette perception a eu lieu le 15 mars 1990 dans l'arrêt Dolling Baker v Merret, où les juges de la Cour d'Appel concluent que ces deux notions sont différentes mais que la confidentialité dérive du caractère privé. Ainsi, selon la vision classique du concept, l'obligation découle du fait que les audiences soient privées en Common Law. Cette position avait évolué avec l'arrêt Esso v Plowman rendu par la High Court australienne qui a distingué les deux concepts : « the privacy of the hearings does not necessarily mean that the information or documents provided by one party to the other are confidential » .

Soulignons par ailleurs que l'obligation de Confidentialité en parallèle de l'exigence de transparence trouvent le point d'entente dans le fait que le caractère privé des instances arbitrales se trouve protégé par l'avantage de la confidentialité qui engage la responsabilité éthique et juridique de tous les intervenants, et que le principe de transparence ne pourrait être invoqué que dans les affaires concernant les transactions de manière générale en respect des composantes y afférentes.

B - La concrétisation de l'obligation de confidentialité par le Législateur Marocain:

Au Maroc la Loi 08-05 relative à l'Arbitrage et à la Médiation Conventionnelle a été introduite pour régir les rapports selon les règles internationales d'ordre général inspirée par la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006, par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (Conclue à Washington le 18 mars 1965) et par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), cette avancée législative avait montré une performance remarquable spécialement dans le domaine commercial, où le caractère confidentiel de l'Arbitrage offre une grande attraction aux investissements commerciaux des agents nationaux comme pour les investisseurs internationaux, qui refusent de révéler leurs secrets industriels ou commerciaux, et c'est sur cet axe que la non-divulgaration ait été introduite universellement.

Celle-ci avait soutenu le principe fondamental de la confidentialité, l'article 326 de la Loi 08-05, édicte que les arbitres sont tenus au secret professionnel dans les termes prévus par la loi pénale, et cette répression à portée pénale montre la

concision vis-à-vis ce principe directeur et classique de l'arbitrage. Et sur le plan des délibérations, une certaine discrétion est obligé automatiquement aux arbitres qui sont tenus du secret tout au long de la procédure sauf convention contraire, et il est à signaler que la sentence rendue reste secrète sauf si les parties autorisent le contraire.

Ainsi le caractère privé de la procédure concerne uniquement les audiences, lorsque la procédure est en cours. La confidentialité est alors l'obligation faite aux parties, aux arbitres, aux témoins et aux experts intervenants lors de l'arbitrage de ne pas divulguer les informations. Cette obligation s'étend dans le temps, elle perdure après que les audiences aient eu lieu et que la sentence ait été rendue. Le champ matériel de l'obligation est plus étendu également. Elle peut concerner l'existence même de la procédure d'arbitrage. Il n'est en effet jamais bon pour une société que ses clients ou partenaires commerciaux sachent qu'elle est partie à un litige. Elle peut ensuite concerner ensuite la confidentialité des débats, qui est en fait l'interdiction de l'accès aux tiers aux audiences et aux minutes de celles-ci, ce qui équivaut au caractère privé de la procédure. Elle concerne aussi le secret du délibéré, l'obligation pèse alors sur les arbitres. La confidentialité peut s'étendre à la non-communicabilité des pièces produites et de la sentence.

Les Arbitres sont tenus dans tous les cas d'une obligation de discrétion et de conservation des documents et des informations professionnelles et personnelles des parties au public.

Tout au long de la procédure, commençant par les documents présentés, par l'audience, passant par le délibéré et arrivant à la sentence arbitrale, les arbitres restent tenus de préserver les secrets des parties.

II - Les Menaces du Secret d'Arbitrage des Affaires soulevant La question d'une Transparence Affirmée :

L'obligation de confidentialité se trouve menacée lors du commencement de la procédure arbitrale (A), et cette transparence imposée s'élargit par le développement des étapes procédurales (B).

A - L'exception de transparence accompagnant la mise en œuvre de la procédure arbitrale :

Si la règle générale en Arbitrage Commercial demeure la confidentialité, celle-ci n'est pas absolue et supporte quelques exceptions de différents ordres, et se trouve toujours limitée puisqu'il n'existe plus sur le plan national comme international une concrétisation réelle à la sacralité de la discrétion dans l'Arbitrage.

Commençant principalement par l'intérêt général où aucune confidentialité n'est préservée en vue du respect de l'ordre public général, et ceci était par acceptation d'une grande partie doctrinale et judiciaire. Et en cas d'obligation judiciaire d'information pour protéger l'un des droits de l'une des parties exposées en justice ou devant autre institution ou autorité et même lors d'une exposition demandée pour introductions au marché boursier, ceci étant autorisé par la loi type nommée

pas fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ou le privant de la capacité d'exercer le commerce ou de l'un de ses droits civils » (l'Article 320 al 1 CPC), et l'impartialité devient l'autre condition à remplir.

L'Article 327-7 a disposé que l'Arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. A cette fin s'ajoute aussi la possibilité pour les parties qui se voient devant la nécessité de récuser les Arbitres de recourir au Président du Tribunal pour ce faire, où la demande de récusation est présentée par écrit au président de la juridiction compétente en précisant les motifs de la récusation, dans un délai de huit jours à compter de la date où le demandeur de la récusation a pris connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou des circonstances justifiant la récusation.

Le principe de confidentialité s'estompe aussi lorsqu'en cours de la procédure arbitrale, des mesures provisoires ou conservatoires sont nécessaires pour garantir l'applicabilité finale de la sentence, et à cette fin les tribunaux arbitraux et étatiques sont tous deux compétents pour ordonner des mesures provisoires. Ainsi comme c'est le cas du droit français (art. 1449 al. 1 CPC). La convention d'arbitrage fait obstacle à ce qu'une partie saisisse un tribunal étatique, que ce soit avant ou pendant la procédure arbitrale. Selon L'Article 327-1 de la loi 08-05 sur l'Arbitrage et la Médiation Conventionnelle, la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle aux parties, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage soit au cours de celle-ci, d'avoir recours au juge des référés en vue de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire conformément aux dispositions prévues par la loi.

Le Juge statuant en référé, peut même ordonner tous les moyens de preuves ou d'expertise susceptibles de montrer le caractère conservatoire ou provisoire et urgent de la question soulevée devant lui. Cela étant regroupant toutes les mesures offertes par le droit commun, tel que les saisies mobilières et immobilières et les saisies-arrêts[...], édictées par le législateur, ce qui porte atteinte à la procédure arbitrale durant les instances et avant l'établissement de la sentence arbitrale, où la confidentialité devient la mort-née des délibérations.

B - L'accroissement indésirable de la transparence de la procédure par le contrôle judiciaire :

Après l'établissement de la Sentence Arbitrale, celle-ci dès qu'elle est rendue, elle acquiert la force de la chose jugée, mais relativement à la contestation qu'elle tranche plusieurs entraves qui freinent sa concrétisation, et à cette étape les parties, où l'une des parties se trouve parfois obligée de saisir la justice étatique essayant de ne céder qu'au minimum des informations confidentielles, mais ceci devient presque impossible dès lors que la sentence nécessite une certaine rectification, ou d'être interprétée lors d'ambiguïté, ou même d'être complétée !

L'Article 327-29 avait disposé que si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, le pouvoir de rectifier, ou d'interpréter la sentence arbitrale appartient au président de la juridiction dans le ressort de laquelle est rendue la sentence arbitrale qui doit se prononcer dans un délai de trente jours par ordonnance non susceptible de recours.

Et il faut signaler ici que l'Ordonnance d'Interprétation qui émane du Président du Tribunal est considérée comme étant un complément de la Sentence initiale et devint une partie intégrante de ce dernier et d'après ceci l'on déduit qu'il subit les mêmes effets desquels aura lieu celui-ci, ce qui signifie que les caractères de confidentialité de la sentence redue se trouvent effrénés par l'obligation de transparence des jugements étatiques !

L'Obligation de la transparence dans la procédure d'arbitrage s'élargit au fur et à mesure de la nécessité du recours à la justice étatique et ceci se manifeste en cas de refus d'exécution de la sentence arbitrale qui n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur du président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

Et la saisine du Juge étatique se trouve obligatoire aussi lorsqu'il est nécessaire d'appliquer les sentences étrangères sur le territoire national, comme le dispose L'article 327-46 du CPC dispose : « les sentences arbitrales internationales sont reconnues au Maroc si leur existence est établies par celui qui s'en prévaut (...). Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées reconnues et exécutoires au Maroc par le président de la juridiction commerciale dans le ressort de laquelle elles ont été rendues, ou par le président de la juridiction commerciale du lieu d'exécution si le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger ».

Les sentences arbitrales internationales sont reconnues au Maroc si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public national ou international. Et sous les mêmes conditions, elles sont déclarées reconnues et exécutoires au Maroc par le président de la juridiction commerciale dans le ressort de laquelle elles ont été rendues, ou par le président de la juridiction commerciale du lieu d'exécution si le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger.

La transparence globalement affirmée en procédure d'arbitrage s'accroît lors de la saisine des voies de recours étatiques pour recours en annulation. Les sentences arbitrales peuvent faire objet de ce recours dans les formes ordinaires devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles ont été rendues. Et Il est à distinguer qu'en vertu de l'Article 327-37, que lorsque la cour d'appel annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission du tribunal arbitral sauf si l'annulation est prononcée pour absence de convention d'arbitrage ou pour nullité de cette convention. Ici une obligation incombe au Juge d'appel qui doit évaluer le fond de la sentence à chaque fois en cas d'annulation de la sentence, sans toutefois en dépasser les limites de la mission des Arbitres. Ce qui rend le critère de confidentialité impossible à imposer.

Et en vertu du nouvel article 327-34 al. 2 CPC, « la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une demande en rétractation, conformément aux dispositions de l'article 402, ci après et ce, devant la juridiction qui aurait connu de l'affaire, dernière disposition prévoit un certain nombre de cas dans lesquels la sentence peut faire l'objet d'une demande en rétractation.

Les parties à l'arbitrage ne pourront pas former un pourvoi en cassation contre la sentence elle-même. Seuls les pourvois formés contre les arrêts rendus par la cour d'appel en matière d'arbitrage sont possibles en application du nouvel article 327-38 al. 2 CPC. Les règles qui président à la formation des pourvois en cassation sont celles prévues par les articles 353 et suivants CPC ».

Devant tout ceci on peut déduire que la composante qui forme la pierre angulaire de l'arbitrage commerciale qui est le principe de la confidentialité se neutralise au fur et à mesure du déclenchement de la procédure, parfois par le manque de diligence de l'une des parties, ou par l'avènement des difficultés d'enchaînement ou même lors de la demande d'exequatur ou bien du recours en annulation où le juge reçoit la compétence exclusive de se prononcer sur le fond du litige, et ceci offre une opportunité à la doctrine et au législateur de pouvoir traiter les réticences du mode lors de son applicabilité, et c'est ce qui sera prochainement majoritairement résolu selon le projet de Loi 17-95 relatif à l'Arbitrage et la Médiation conventionnelle.



محور أحكام وقرارات قضائية

قرار محكمة النقض

عدد: 2/189

المؤرخ في: 30 يونيو 2020

ملف: مدني

عدد: 2018/2/1/226

بين:

أ ف بنت ح بن ب ومن معها

ضد

ب ع ح بن ع ك ابن ص

القاعدة

عدم تمكن المفوت له من تسجيل رسم المعاوضة لا يجيز للمطلوبة والحال أنها لا تنازع في هذه المعاوضة التي استفادت منها أن تحول دون تمكين من تعاوض معها بالعقار موضوع النزاع بعدما قام بحيازته وبنائه والتصرف فيه وأن تمتنع من تقييد المعاوضة بالرسم العقاري كما لا يحق لها التمسك بمبدأ التطهير بشأن تصرف أجرته في مرحلة التحفيظ التي أحاطها المشرع بخصوصية غايتها حماية حقوق من تلقى الحق عنها، وتبعاً لذلك فإن المعاوضة تسري في حقها وتلزمها، ويمكن تقييدها باسم المتعاوض بالرسم العقاري، وخلفه الطاعنين من بعده، استناداً إلى مبدأ تسلسل التقييدات وتعيين الرسوم العقارية.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون

إن محكمة النقض بمجموع غرفها في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: أ ف بنت ح بن ب، وورثة أ بن م وهم: والده م أ بن م بن أ، ووالدته ف أ بنت ح بن ب، وأرملته السيدة ف ص بنت ص بن م، وأولاده منها: خ، وي، وب.

الساكنين: ...

ينوب عنهم الأستاذ محمد القدوري المحامي بهيئة الرباط والمقبول للترافع أمام محكمة

النقض

الطالبين

وبيين : (1) ب ع ح بن ع ك بن ص .

الساكن: ...

(2) نظارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بسلا، في شخص السيد ناظر الأوقاف بمكتبه بالنظارة.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص السيد وزير الأوقاف، بمكتبه بالوزارة.

المطلوبين

بحضور: المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بسلا المدينة.

بناء على العريضة المرفوعة بتاريخ 2017/07/04 من طرف الطالبين المذكورين حوله بواسطة نائبهم الأستاذ محمد القدوري والرامية إلى نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2017/1/18 في الملف عدد 1201/2016/671 تحت عدد 39.

بناء على المذكرة الجوابية المقدمة بتاريخ 2018/4/2 من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة بتاريخ 2018/8/3 من طرف المحافظ على الأملاك العقارية بسلا.

وبناء على قرار السيد الرئيس الأول رقم 2018/65 بتاريخ 2018/12/24 بإضافة غرفة الأحوال الشخصية والميراث إلى الغرفة المعروضة عليها القضية.

وبعد تداول الغرفتين في النقطة القانونية المتعلقة بمدى حجية قاعدة التطهير المنصوص عليها في قانون التحفيظ العقاري، وهل هي قاعدة مطلقة تسري على الكافة أم أنها قاعدة نسبية لا تسري على خلف طالب التحفيظ.

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 2019/04/23 ثم تم تأخيرها لجلسة 2019/4/30.

وبناء على الفصل 371 من ق.م.م وبمقتضاه فإنه يمكن للهيئة المؤلفة من غرفتين أن تقرر إحالة القضية على محكمة النقض للبت فيها بمجموع الغرف.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 19/11/26 والتأخير لجلسة 2020/02/04 ثم التأخير لجلسة 2020/03/10.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وحضور الأستاذ محمد القدوري عن النقض، وعبد الغني عماري عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد عبد الرحمان انويدر.

وبعد المرافعة الشفوية للأستاذ محمد القدوري التي أكد فيها ما جاء في مقال طالبي النقض.

وبعد الاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد الكافي ورياشي التي أكد فيها ملتس النيابة العامة.

وأدرجت القضية في المداولة لجلسة 2020/6/2 ثم وقع تمديد المداولة لجلسة 2020/6/30.

وبعد المداولة طبقاً للقانون.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه بالنقض أن الطاعنين أ ف بنت ح بن ب ومن معها المذكورين أعلاه ادعوا بتاريخ 2/12/2015 أمام المحكمة الابتدائية بسلا أن المدعى عليه ب ع ح تملك القطعة الأرضية موضوع مطلب التحفيظ عدد 209-20 الكائنة بسانية بوفلجة الزنقة 2 سلا المشيد عليها منزل المدعين مساحتها 100 متر مربع بمقتضى معاوضة أبرمت بينه وبين ناظر الأوقاف بسلا نيابة عن وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية مقابل 84000 درهم أداها المشتري لوزارة في 15/2/1988 و14/6/1988 وأنه فوتها بعد ذلك للمدعية أ ف وابنها أ م بنسب متساوية بينهما بمقتضى عقد عرفي مصحح الإمضاء بتاريخ 1996/3/8 وأن المشتري م أ توفي وآل النصف الذي كان يملكه في المدعي فيه إلى ورثته وأنه تعذر عليهم تقييد شرائهم بالرسم العقاري لكون البائع لهم ب ع ح لم يقيد بدوره شراءه على الرسم العقاري والتسوا الحكم على المدعى عليهم ب ع ح ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتقييد عقد المعاوضة المبرم فيما بينهما بشأن العقار موضوع المطلب عدد 209-20 المؤسس له الرسم العقاري عدد 20-13805 بالسجل العقاري وعلى المدعى عليه ب ع ح بتقييد شراء المدعية أ ف وم أ وتقييد إرثته الهالك م أ على الرسم العقاري المذكور وأمر المحافظ على الأملاك العقارية بسلا بتنفيذ الحكم الذي سيصدر عند صيرورته نهائياً وبعد جواب المحافظ على الأملاك العقارية بأن الملك ذا المطلب عدد 209-20 قد تم تحفيظه وأنشئ له رسم عقاري بتاريخ 1999/9/27 دون أن يتقدم المدعى عليه ب ع ح بطلب إلى المحافظ قصد تضمين عقد المعاوضة بسجل التعرضات لكي يتم

أخذ الحق المذكور بعين الاعتبار عند تأسيس الرسم العقاري، وصدر حكم ابتدائي بتاريخ 2016/3/29 في الملف عدد 1403-15-690 بعدم قبول الدعوى استأنفه المدعون وأيدته محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الفريدة للنقض

حيث يعيب الطاعنون على القرار المطعون فيه فساد التعليل ونقصانه ذلك أن المنحى الذي علل به قضاءه إنما قد يجد مجاله في الحالة التي يمانع فيها صاحب الرسم العقاري المؤسس بناء على مطلب التحفيظ في حقوق المدعي ويجادل في استحقاقه لجزء من العقار المعني أو في المسند المنشئ له في حين أن وزارة الأوقاف تؤكد صراحة أنها فوتت العقار المدعى فيه لبع ح الذي لم يبد أي مجادلة في أحقيتهم في المدعى فيه ولا في سند انتقال ملكيتهم ولا في أنهم هم الحائزون له كما أن قاعدة التطهير التي اعتمدها القرار إنما تنصرف إلى الحقوق العينية التي نشأت قبل تحفيظ العقار ولا يعمد من نشأت لصالحه إلى التعرض على مطلب التحفيظ ولا إلى إيداع سنده في المطلب بخلاف الحقوق الناشئة بعد تأسيس الرسم العقاري ويرد فيها أنها تنصب على المطلب فإن لمن نشأت لمصلحته أن يحتج بها ويطلب تقييدها على الرسم العقاري كما أن تعليل القرار بأنه ليس أمام الطاعنين سوى المطالبة بالتعويض عن التدليس الذي أفضى إلى تحفيظ العقار يكون قد حرف وثائق النازلة إذ لا وجود لأي تدليس في النازلة إذ أن الأمر يتعلق بمجرد إغفال لحقوق معترف بها بوجه صحيح ولذلك التمسوا نقض القرار المطعون فيه.

حيث تبين صحة ما عابه الطاعنون على القرار، ذلك أن المحكمة عللت قضاءها بأن «المستأنفة ف أبناها الهالك م أبشتريا من ب ع ح المطلب عدد 209 الذي تملكه بعقد معاوضة مع نظارة الأوقاف بسلا، وأن المطلب تم تحفيظه تحت الرسم العقاري الأم عدد 20/8813، واستنادا للفصل 62 فإن الرسم العقاري يبقى هو نقطة الانطلاق الوحيد في الحقوق والتحملات ومبدأ التطهير مطلق، لذلك أجاز المشرع لذوي الحقوق سواء كانوا غيرا أو خلفا مباشرة مسطرة التعرض أو الإيداع طبقا للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، في حين أن معاوضة سلف الطاعنين ع ح ب مع نظارة الأوقاف بتاريخ 15/2/1988 انصبت على قطعة محددة ومعرفة بالرقم 19 من تجزئة الفروكي الصغير موضوع المطلب عدد 20/209 الذي تحول إلى الرسم العقاري الأم 20/8813، واستخرجت منه القطعة رقم 19 موضوع الدعوى ذات الرسم الفرعي عدد 20/13805 في اسم المتعاوضة نظارة الأوقاف مساحتها أ واحد وهي أرض عارية حسبما يستفاد من شهادة الملكية المؤرخة في 29/10/2015، وأن عدم تمكن المفوت له ب ع ح من تسجيل رسم المعاوضة لا يجيز للمطالبة والحال أنها لا تتنازع في هذه المعاوضة التي استفادت منها أن تحول دون تمكين من تعاوض معها بالعقار موضوع

النزاع بعدما قام بحيازته وبنائه والتصرف فيه وأن تمتنع من تقييد المعاوضة بالرسم العقاري كما لا يحق لها التمسك بمبدأ التطهير بشأن تصرف أجرته في مرحلة التحفيظ التي أحاطها المشرع بخصوصية غايتها حماية حقوق من تلقى الحق عنها، وتبعاً لذلك فإن المعاوضة تسري في حقها وتلزمها، ويمكن تقييدها باسم المتعاضد بالرسم العقاري، وخلفه الطاعنين من بعده، استناداً إلى مبدأ تسلسل التقييدات وتعيين الرسوم العقارية، والمحكمة لما عللت قضاءها على النحو المبين أعلاه، دون أن تأخذ بعين الاعتبار ما أثاره الطاعنون بخصوص تمام المعاوضة بين الطرفين طبقاً للقانون وحيازة كل طرف الشق المتعاضد به، مما كان معه القرار فاسد التعليل وعرضة للنقض.

لأجله

قضت محكمة النقض بجميع الغرف بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية، على نفس المحكمة للبت فيه طبقاً للقانون وعلى الطرف المطلوب المصاريف.

كما قررت إثبات قرارها هذا بسجلات المحكمة المصدرة له، إثر الحكم 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 السيد إبراهيم بحماني رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث رئيساً للجلسة، ورئيس الغرفة المدنية (القسم الثاني) السيدة مليكة بامي، والسادة: عبد الرحمان انويدر مقرراً، حسن بوشامة، عبد الرحيم سعد الله، محمد الخليفي، عمر لمين، عبد الغني العيدر، نور الدين الحضري، لطيفة أرجدال، عبد الإله حنين رئيس الغرفة التجارية القسم الثالث، محمد الوزاني الطيبي، عبد الإله أبو العياد، هشام العبودي، عبد القادر الوزاني، عبد المجيد بابا اعلي رئيس الغرفة الإدارية القسم الأول، أحمد دينية، المصطفى الدحاني، نادية للوسي، فائزة بلعسري، مليكة ابن زاهر رئيس الغرفة الاجتماعية القسم الأول، العربي عجابي، عمر تيزاوي، أم كلثوم قربال، عتيقة البحراوي، عبد الله الزيادي رئيس الغرفة الجنائية القسم الثامن، الطيب تاكوتي، حجاج بنو غاز، عبد الرحيم بشرا، محمد قاسمي، أعضاء وبمحضر المحامي العام الأول السيد أحمد الموساوي، والمحامي العام السيد عبد الكافي ورياشي وبمساعدة كاتب الضبط السيد بناصر معزوز.

قرار محكمة النقض

عدد: 1/174

المؤرخ في: 13 فبراير 2008

ملف: جنحي

عدد: 2005/2443

بين:

الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض

ضد

ع م بن ع ل

القاعدة

كلما كان هناك خرق جوهري للإجراءات الجوهرية للمسطرة إلا وأتاح المشرع المغربي للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض سلوك مسطرة الطعن بالنقض لفائدة القانون باتباع المسطرة المنصوص عليها في المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية.

يتعرض للإبطال لفائدة القانون بدون إحالة القرار الذي رفع الحجز عن المبالغ المالية الموجودة بالحسابين المفتوحين في اسمي زوجته وابنته، في حين أن المطلوب صرح أمام الشرطة القضائية وأمام قاضي التحقيق حين الاستماع إليه ابتدائيا أنه كان يروج المخدرات المهربة من المغرب بهولندا، وأنه تحصلت له منها مبالغ مالية مهمة منها تلك المبالغ التي أودعها بالحسابين المذكورين قبل أيام من الشروع في البحث معه.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك

بتاريخ 13 فبراير 2008

إن الغرفة الجنحية بالمجلس الأعلى

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى

الطالب

وبين: ع م بن ع ل

المطلوب

بناء على طلب النقض لفائدة القانون، المحال بتاريخ ثالث فبراير 2005 على الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى من طرف السيد الوكيل العام لديه، استنادا إلى أمر كتابي من وزير العدل بمقتضى كتابه عدد 21 المؤرخ في 19 يناير 2005، والرامي إلى نقض القرار رقم 99/655 الصادر بتاريخ 17 نونبر 1999 عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالرباط في الملف عدد 98/252 لفائدة القانون، في نطاق مقتضيات المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية. والقاضي بإدانة المطلوب ع م بن ع ل، بجرائم الاتجار في المخدرات الممزوجة بمادة الكيف والتبغ، ونقلها، وتصديرها للخارج، وقبول شيك على وجه الضمان، وعدم إيداع عملة أجنبية لدى بنك وسيط مقبول لدى مكتب الصرف، وتصدير بضائع محظورة عبر مكتب للجمرك دون تصريح، وبمعاقبته بأربع سنوات حبسا نافذا وبغرامة نافذة قدرها مائة ألف (100.000) درهم، وببراءته من باقي ما نسب إليه (تكوين عصابة إجرامية والمشاركة)، وبأدائه لشركة التبغ ذعيرة قدرها أربعمائة ألف (400.000) درهم، وبأدائه لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة غرامة قدرها مائتان وخمسون ألفا وتسعمائة وخمسون (250.950) درهما، وبمصادرة المبالغ المالية المتحصل عليها من جراء ذلك في حدود مبلغ ثمانية ملايين (8.000.000) درهم، ورفع الحجز عن المبالغ المالية الموجودة بالحسابين البنكيين في اسمي كل من السيدتين ف ع بنت ع ق وف ع.

إن المجلس/

بعد الإنصات إلى السيد ميمون لحو المحامي العام في مستنتاجاته.

وبعد أن تلا السيد المستشار عبد السلام البري التقرير المكلف به في القضية

وبعد المداولة وطبقا للقانون

وفي شأن وسيلة النقض الفريدة المستدل بها، المتخذة من انعدام الأساس القانوني، وانعدام التعليل، وخرق الإجراءات الجوهرية للمسطرة:

ذلك أن الاعترافات المفصلة للمتهم ع م أمام قاضي التحقيق تفيد أنه اشتغل بهولندا منذ سنة 1966، وكان يمارس التجارة في الكيف المستورد من المغرب بمقهى تملكها بأموستردام إلى حدود سنة 1989 حيث توقف عن ذلك، واستمر في الاتجار في العقارات بالمغرب، وتحصل له حوالي ثلاثة ملايين سنتيما حول منها مليونين ونصف في اسم زوجته ع ف، ونصف مليون في اسم ابنته ف، وكان هيا المبلغ المذكور بقصد إنشاء مطحنة للحبوب بالحسيمة. غير

أن القرار المطعون فيه علل قضاءه بإضفاء الشرعية على المبالغ المحجوزة في اسمي ف ع وف ع المذكورتين بأنه ملك خالص لهما، وبأنه لم تقع متابعتهما بأي فعل جرمي. وهذا يتناقض مع ما صرح به المتهم ع م من الأموال المذكورة متحصلة من تجارته في المخدرات، ويتنافى مع النصوص القانونية، ومن ضمنها الفصل 11 من ظهير 1974/05/21 والفصل 106 من القانون الجنائي، مما يعتبر خروجاً عن المبادئ العامة للاجتهاد القضائي في مادة المصادرة. ومن واجب المجلس الأعلى أن يصحح هذا الخرق الجوهري، خاصة وأن القرار جاء متناقضاً في شقه القاضي بمصادرة المبالغ المالية المتحصل عليها من الاتجار في المخدرات عندما حصرها في مبلغ 8.000.000 درهم دون المبالغ المالية التي تم تحويلها بطريقة تدليسية من طرف المتهم إلى زوجته وابنته، مما يكون معه القرار المطعون فيه ناقص التعليل الموازي لانعدامه، وخارقاً للإجراءات الجوهرية للمسطرة ومعرضاً للنقض لفائدة القانون.

بناء على مقتضيات المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية.

حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: « يمكن للوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى أن يحيل إلى الغرفة الجنائية - استناداً إلى الأمر الكتابي الذي يوجهه إليه وزير العدل - الإجراءات القضائية أو القرارات أو الأحكام التي تصدر خرقاً للقانون أو خرقاً للإجراءات الجوهرية للمسطرة».

وحيث إن الطلب المحال على هذه الغرفة من لدن السيد الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى بتاريخ 17 نونبر 1999 في الملف الجنائي عدد 98/252 لفائدة القانون، لكون المحكمة أمرت بمصادرة المبالغ المالية المتحصل عليها من الاتجار في المخدرات في حدود 8.000.000 درهم فقط، وبرفع الحجز عن المبالغ المالية الموجودة بالحسابين المفتوحين في اسمي ف ع بنت ع ق وف ع، والحالة أن المطلوب المسمى ع م بن ع ل صرح أمام الشرطة القضائية وأمام قاضي التحقيق حين الاستماع إليه ابتدئاً بأنه كان يروج المخدرات المهربة من المغرب بهولندا، وأنه تحصلت له منها مبالغ مالية مهمة منها تلك المبالغ التي أودعها بحسابي زوجته وابنته بالبنك الشعبي قبل أيام من الشروع في البحث معه.

وحيث إن المحكمة، لما قضت بإرجاع تلك المبالغ، عللت قضاءها في هذا الشأن بما يلي: «وحيث إن المبالغ المالية المحجوزة بالحسابات البنكية لكل من المسماة ف ع وف ع تعتبر ملكاً خالصاً لهما بالطرق المشروعة، فهما مالكتان شرعيتان لها لأنه لم تقم متابعتهما بأي فعل جرمي، ولذلك يتعين الأمر بإعادة الأموال الموضوعة تحت يد العدالة إلى أصحابها الشرعيين وفق مقتضيات الفصل 106 من ق.ج.»

وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة استندت في قضائها برفع الحجز عن الأموال المودعة بحسابي زوجة وابنة المطلوب، والمحجوزة بهما، إلى أنهما مالكتان شرعيتان لها، وأنها ملك خاص لهما، وإلى أنه «لم تتم متابعتهما بأي فعل جرمي»، دون بيان الوسيلة الشرعية التي تملكناها بها، خاصة وأن نفس القرار أثبت في توصيفاته على لسان المطلوب في مرحلتي البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي (ابتدائيا) أنه حول تلك المبالغ إلى الحسابين البنكيين المفتوحين في اسمي زوجته وابنته المذكورتين « بعد انطلاق الأخيرة الخاصة بمحاربة المخدرات وتجارها، وخوفا من إيقافه وحجز كل أمواله الموجودة بحساباته البنكية بالمغرب»، فضلا عن أن الفصل 11 من ظهير 21 ماي 1974 الذي طبقته المحكمة لم يقيد مصادرة المبالغ المحصل عليها من ارتكاب الجريمة بضرورة متابعة الشخص المحجوزة لديه تلك المبالغ، الأمر الذي كان معه التعليل المذكور وحالته ما ذكر، بمثابة انعدام تعليل القرار، مما يعرضه للإبطال لفائدة القانون في حدود ما ذكر، وبدون إحالة، وفي نطاق مقتضيات المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية.

من أجله

قضى بنقض وإبطال القرار الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 17 نونبر 1999 في القضية ذات العدد 98/252 لفائدة القانون، وبدون إحالة وذلك في حدود ما قضى به من إرجاع المبالغ المالية المحجوزة إلى زوجة وابنة المطلوب ع م بن ع ل. كما قرر إثبات قراره هذا في سجلات المحكمة المذكورة أعلاه إثر القرار المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى الكائن بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: الطيب أنجار رئيسا والمستشارين عبد السلام البري مقررًا وجميلة الزعري وعبد السلام بوكرك ومصطفى مداح، وبمحضر المحامي العام السيد جمال النور الذي كان يمثل النيابة العامة عند تلاوة القرار، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة حفيظة أوبلا.

قرار محكمة النقض

عدد: 1/936

المؤرخ في: 06 يوليوز 2005

ملف: جنائي

عدد: 2005/3255

بين:

الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض

ضد

م ع

القاعدة

تكون المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض والإبطال لفائدة القانون، وبدون إحالة، لما جعلت أثر العفو الخاص الذي صدر على المعني به خلال ممارسة الدعوى العمومية يترتب عليه سقوط الدعوى العمومية استنادا للمادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية والذي يترتب فقط على العفو الشامل الذي (لا يكون إلا بنص تشريعي صريح) حسب الفصل 51 من مجموعة القانون الجنائي، وهو ما لا يتوفر في الحالة الراهنة، إذ أن الأثر الذي نص عليه نص الفقرة الأولى من الفصل الثاني من ظهير 6 فبراير 1958 بخصوص العفو الخاص هو إيقاف سير الدعوى العمومية في جميع مراحل المسطرة، ولو أمام المجلس الأعلى.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك

بتاريخ 2005 /7/6

إن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: السيد الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى

الطالب

وبين: م ع

المطلوب

بناء على طلب النقض لفائدة القانون، المحال بتاريخ سادس يناير 2005 على الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى من طرف السيد الوكيل العام للملك لديه، استنادا إلى أمر كتابي للسيد وزير العدل في نطاق المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية، والرامي إلى نقض وإبطال القرار الجنحي عدد 2595 الصادر في القضية رقم 20/02/827 بتاريخ رابع أبريل 2004 عن غرفة الجنج الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بالرباط، والقاضي بسقوط الدعوى العمومية لصدور عفو ملكي سام في حق المتهم المطلوب ع م بن م.

إن المجلس/

بعد الإنصات إلى السيد امحمد الحمدوي المحامي العام في طلباته الرامية إلى تأكيد الطلب.

وبعد أن تلا السيد المستشار العاقل عبد الرحمان التقرير المكلفة به في القضية

وبعد المداولة وطبقا للقانون،

في الشكل:

حيث إن الطلب مستوف للشروط التي يتطلبها القانون.

وحيث بلغ الإعلام بتاريخ الجلسة للمطلوب وتبين من ملاحظة العون المبلغ على استدعائه أنه انتقل من العنوان.

وفي الموضوع:

حيث أدلى بمذكرة لبيان أسباب الطعن بالنقض لفائدة القانون اعتمادا على وسيلة تتعلق بخرق المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية؛

ذلك أن الظنين ع م كان متابعا أمام المحكمة الابتدائية بالرباط في الملف الجنحي عدد 3762 بجنحة نشر بواسطة صحفية لنبا زائف من شأنه الإخلال بالنظام العام المنصوص عليها في قانون الصحافة.

وأثناء سريان القضية في المرحلة الاستئنافية صدر عفو ملكي خاص يتعلق بالعقوبة الحبسية والغرامة المحكوم عليه بها ابتدائيا إلا أن محكمة الاستئناف اعتبرته عفوا شاملا وقضت بسقوط الدعوى العمومية.

ويتبين من القرار المطعون فيه أن اعتماد محكمة الموضوع على المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية التي تتحدث عن العفو الشامل يشكل خرقا جوهريا للقواعد المسطرية، إذ أن العفو الذي استفاد منه الظنين هو عفو خاص ينحصر أثره في حدود العقوبة الحبسية

والغرامة مع بقاء كافة الآثار الأخرى المترتبة عنه. وهذا الخرق الجوهري للقواعد المسطرية يعرض القرار للنقض والإبطال لفائدة القانون وذلك في غياب أي طعن فيه للنياحة العامة.

حيث علل القرار المطعون فيه ما قضى به ما يلي:

«حيث يستفاد من وثائق الملف أن صاحب الجلالة أصدر عفوا ملكيا ساميا لفائدة م م من العقوبة الحبسية والغرامة موضوع الحكم المستأنف».

«وحيث يتعين اعتبارا لما ذكر وتطبيقا للمادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية التصريح بسقوط الدعوى العمومية بالعمو».

وحيث يتجلى من كتاب السيد وزير العدل رقم 3/026 بتاريخ 21 يناير 2004 المدرج بالملف والذي استندت إليه المحكمة في قرارها المطعون فيه، أن صاحب الجلالة (... تفضل حفظه الله فأصدر أمره السامي المطاع بالإعفاء بالعمو الخاص من العقوبة الحبسية والغرامة على المسمى م م المحكوم عليه من المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2001/11/21 من أجل التهمة المنسوبة إليه في القضية عدد 2001/3762/23 موضوع الملف الجنحي الاستئنافي عدد 02/2002/872).

وحيث ينص الفصل 53 من القانون الجنائي على أن:

«العمو من حقوق الملك، ويباشر وفق الترتيبات التي تضمنها الظهير رقم 1.57.387 الصادر في 16 رجب 1377 الموافق 6 فبراير 1958 بخصوص العمو».

وبناء على مقتضيات الظهير الشريف المذكور، وبالأخص الفصول 1 و2 و13 منه.

حيث ينص الفصل الأول والفقرة الأولى من الفصل الثاني من هذا الظهير، المغيران بالظهير الشريف بمثابة قانون عدد 226/77/1 الصادر بتاريخ 24 شوال 1397 الموافق 8 أكتوبر 1977 على ما يلي:

«إن العمو الذي يرجع النظر فيه إلى جنابنا الشريف يمكن إصداره سواء قبل تحريك الدعوى العمومية أو خلال ممارستها أو على إثر حكم بعقوبة أصبح نهائيا».

«إن العمو الصادر قبل الشروع في المتابعات أو خلال إجراءاتها يحول دون ممارسة الدعوى العمومية أو يوقف سيرها حسب الحالة في جميع مراحل المسطرة ولو أمام المجلس الأعلى».

وحيث وصف العمو الملكي السامي موضوع القضية - كما تضمنه كتاب السيد وزير العدل المدرج بالملف وأشار إليه تعلييل القرار - بأنه عفو خاص، وبأنه انصب على العقوبتين المحكوم بهما ابتدائيا على المطلوب من أجل التهمة المنسوبة ليه، وبأنه صدر خلال ممارسة الدعوى العمومية في المرحلة الاستئنافية، فهو إذن صادر في نطاق الظهير الشريف المذكور.

وحيث إنه بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل الثاني من نفس الظهير المنقولة أعلاه فإن العفو الصادر خلال إجراء المتابعات يوقف سير الدعوى العمومية في جميع مراحل المسطرة، ولو أمام المجلس الأعلى.

وحيث إن المحكمة المطعون في قرارها لم تتقيد بما يقتضيه هذا النص القانوني الذي يحدد أثر العفو الذي صدر على المعني به خلال ممارسة الدعوى العمومية المعروضة عليها في إيقاف سير هذه الدعوى، وهو ما كان يتعين عليها التصريح به تطبيقاً للظهير المذكور الذي لا ينص صراحة على سقوط الدعوى العمومية في الحالة المذكورة كما قضت المحكمة بذلك.

وحيث إن المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية التي استندت إليها المحكمة في سقوط الدعوى العمومية إنما ترتب هذا السقوط على العفو الشامل الذي (لا يكون إلا بنص تشريعي صريح) حسب الفصل 51 من مجموعة القانون الجنائي، وهو ما لا يتوفر في الحالة الراهنة.

الأمر الذي كانت معه المحكمة قد أخطأت في تطبيق فصل القانون المذكور فعرضت بذلك قرارها للنقض والإبطال لفائدة القانون، وبدون إحالة.

وحيث إن طلب النقض لفائدة القانون أحاله السيد الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى. استناداً إلى الأمر الكتابي الذي وجهه إليه السيد وزير العدل من نطاق المادة 560 من قانون المسطرة الجنائية فإن إبطال القرار المطعون فيه يكون لفائدة القانون وبدون إحالة.

من أجله

قضى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 4 أبريل 2004 عن غرفة الحنح الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بالرباط، لفائدة القانون، وبدون إحالة.

كما قرر إثبات قراره هذا بسجلات محكمة الاستئناف بالرباط إثر الحكم المطعون فيه أو بطرته.

وبأنه لا داعي لاستخلاص الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى الكائن بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: الطيب أنجار رئيساً والمستشارين عبد الرحمن العاقل مقرراً والحسن الزايرات وجميلة الزعري وعبد السلام بوكرع، وبمحضر المحامي العام السيد امحمد الحمداوي الذي كان يمثل النيابة العامة، وبمساعدة كاتبة الضبط الأنسة حفيظة أزكاغ.

قرار محكمة الاستئناف بتازة

عدد: 478

المؤرخ في: 08 أكتوبر 2018

ملف: جنحي تلبسي

عدد: 2018/443

بين:

النيابة العامة

ضد

أ د بن م

القاعدة

يجب إحالة المتهم في حالة اعتقال على المحكمة في ظرف ثلاثة أيام مع احتساب أيام العطل الرسمية، ولا مجال للاستدلال بمحضر الجمعية العامة للمحكمة المحددة يومي الاثنين والخميس لانعقاد جلسات الجنحي التلبسي لتبرير خرق حق ينظمه القانون باعتباره أسمى تعبير عن إرادة الأمة، وبهذا لم تعتمد المحكمة مبدأ إلزامية احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى وتكون قد أساءت تفسير القانون ولم تطبق المادة 385 من قانون المسطرة الجنائية تطبيقاً سليماً.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون

بتاريخ 2018/10/08 أصدرت غرفة الجنح الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بتازة وهي تنظر في القضايا الجنحية القرار الآتي نصه:

بين: النيابة العامة

وبين المسمى: أ د بن م.

المتهم بارتكابه جنح: حيازة المخدرات واستهلاكها والاتجار فيها طبقاً للفصول 2 و3 و8 من ظهير 1974/05/21، وذلك بالدائرة القضائية لهذه المحكمة ومنذ زمن لم يمض عليه أمد التقادم الجنحي.

بناء على التصاريح بالاستئناف أعداد 80358 و80361 و80371 و346 وتاريخي 04 و10/09/2018 والتي استأنف بمقتضاها كل من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتازة والمتهم أعلاه والمحامين اللذان يؤازرانه أعلاه، الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 09/03/2018 في الملف الجنحي تلبسي عدد 2018/374 والقاضي: بمؤاخذة المتهم من أجل مسك المخدرات واستهلاكها وتسهيل استعمالها على الغير بعد القول بإعادة التكييف والحكم عليه بالحبس النافذ لمدة ستة 6 أشهر وغرامة نافذة قدرها 5000 درهم مع الصائر والإجبار في الأدنى وبمصادرة المبلغ المالي المحجوز لفائدة إدارة الأملاك المخزنية وبإتلاف كمية المخدرات المحجوزة بحضور من يجب قانونا.

موجز الوقائع

يستفاد من وثائق الملف وخاصة محضر الضابطة القضائية (درك المركز القضائي واد أمليل) عدد 241 المنجز بتاريخ 16/08/2018، أنه تم بنفس التاريخ وعلى مستوى مركز أولاد ازباير إيقاف المشتبه فيه أ د بعدما تمت معاينته وضبطه من طرف نفس الضابطة القضائية وهو بصدد تزويد أحد الأشخاص بالمخدرات، وأنه بعد تفتيشه تم حجز كمية 7 غرامات من مخدر الشيرا بحوزته وكمية 30 غراما من مخدر الكيف ومبلغ مالي قدر ب 45 درهم.

وعند الاستماع تمهيدا للمشتبه فيه أ د صرح أن كمية المخدرات المحجوزة تخصه ويتاجر فيها وأن المبلغ المالي المحجوز والمقدر ب 45 درهم يخصه وهو من عائدات تجارته في المخدرات كما أنه مدمن على استهلاكها.

وعند استنطاقه من طرف السيد وكيل الملك اعترف بحيازة المخدرات واستهلاكها وأنكر الاتجار فيها موضحا أنه كان بصدد تسهيل استهلاك المخدرات على أبناء الدوار، فتقرر إيداعه بالسجن ومتابعته من أجل الجنج أعلاه وإحالته إلى المحكمة لجلسة 27/08/2018.

وعند عرض ملف القضية على أنظار المحكمة الابتدائية بأول جلسة بتاريخ 27/08/2018 أحضر المتهم في حالة اعتقال هويته طبق المحضر وحضر ذ. لمبصر عن ذ. شباني والتمس مهلة لجلسة 03/09/2018.

أدرج الملف بجلسة 03/09/2018 أحضر لها المتهم في حالة اعتقال وحضر ذ. لمبصر عن ذ. شباني لمؤازرته وبعد التأكد من هويته وتقدم ذ / لمبصر بالدفع ببطالان الإجراءات وأن موكله معتقل بصفة تعسفية والتمس رفع الحالة وإطلاق سراحه وبطلان الإجراءات نظرا لعدم احترام أجل ثلاثة أيام لإحالة المتهم على الجلسة، أعطيت الكلمة لممثل النيابة العامة فأوضح بأن 5 أيام الموالية تزامنت مع أيام عطلة عيد الأضحى وتقرر البت في الملتمس لآخر الجلسة.

أدرج ملف القضية من جديد في نفس اليوم أي يوم 2018/09/03 أحضر المتهم في حالة اعتقال يؤازره لمبصر وذ شباني، وعن المنسوب إليه أجاز بالإنكار والتمس ممثل النيابة العامة الإدانة ورافع ذ. لمبصر عن المتهم موضحاً بأنه ليس بالملف ما يثبت قيام التهمة الموجهة إليه وأن وسائل الإثبات منعدمة والتمس تمتيع المتهم بأقصى ما يمكن من ظروف التخفيف فيما يتعلق بالحياسة والحكم بالبراءة من الباقي لظروفه الاجتماعية ورافع ذ. شباني موضحاً الظروف الاجتماعية للمتهم ولانعدام سوابقه ولانعدام الإثبات والتمس تمتيع المتهم بأقصى ما يمكن من ظروف التخفيف، وبعد إعطاء الكلمة الأخيرة للمتهم أكد أنه لا يتاجر في المخدرات فتم حجز الملف للتأمل لآخر الجلسة. فصدر الحكم أعلاه والذي تم الطعن فيه بالاستئناف.

بعد إحالة ملف القضية على هذه المحكمة أدرج بأول جلسة بتاريخ 2018/10/01 أحضر لها المتهم في حالة اعتقال وحضر دفاعه والتمس مهلة لإعداد دفاعه فأهل لجلسة 2018/04/16 والتي أحضر لها المتهم في حالة اعتقال وحضر الأستاذان.. لمؤازرته وبعد اعتبار القضية جاهزة والتأكد من الهوية وعرض التهمة والوقائع على المتهم تدخل ذ/... وتقدم بدفع شكلي لكون حق الدفاع مشروع وأن قانون المسطرة أعطى ضمانات تتجلى في حق الدفاع وأوضح بأن المتهم أحيل على المحاكمة بعد مرور تسعة أيام وأنه يجب إحالته داخل الأجل القانوني وأنه أثار هذا الدفع ابتدائياً وأن المتهم معتقل تعسفياً بعلّة أن المحكمة سطرت جدول الجلسات الاثنين والخميس والحال أن الجمعة كان يوم عمل، وأن هناك إشكالات قانونية ويجب الإفراج عن المتهم والحكم عليه في حالة سراح، وأكد ذ/ هذا الدفع الشكلي والتمس إجابة المحكمة عن الدفع وأنه كان يجب أن يكون الجواب قانونياً خلال المرحلة الابتدائية، والتمس السيد الوكيل العام للملك رفض الملتمس، فقررت المحكمة بعد المداولة على المقعد ضم الدفع إلى الجوهر والاستمرار في مناقشة القضية، وعن المنسوب إليه اعترف المتهم باستهلاك مخدر الكيف واعترف بضبط 8 رزيمات من مخدر الكيف بحوزته واعترف بضبط ما يعادل 20 درهماً من مخدر الشيرا بحوزته أيضاً ونفى التجارة في المخدرات، وعند مواجهته بمحضر المعاينة والتصريحات التمهيدية، أوضح بأنه يستهلك فقط ولا سوابق له وأكد السيد الوكيل العام للملك المذكرة الاستئنافية ورافع ذ/... عن المتهم فأوضح بأن هناك اعترافاً مدوناً وإشكالات قانونية وكان على الضابطة ضبط المشتري والتمس تمتيعه بأقصى ما يمكن من ظروف التخفيف وبعد إعطاء الكلمة الأخيرة للمتهم لم يصف جديداً تقرر المداولة قصد النطق بالقرار لآخر الجلسة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل:

حيث أن الطعون بالاستئناف أعلاه قدمت وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا، لذا قررت المحكمة قبولها.

في الموضوع:

حيث جدد المتهم بواسطة دفاعه أمام هذه المحكمة الدفع. الذي سبق وأن تقدم به أمام المحكمة الابتدائية الرامي إلى التصريح ببطلان الإجراءات نظرا لإحالة المتهم إلى المحكمة بعد تسعة أيام من الأمر بإيداعه بالسجن.

وحيث إنه ولما أثير هذا الدفع قبل كل دفاع في جوهر الدعوى وقبل استنطاق المتهم خلال المرحلتين معا طبقا للمادة 323 من ق م ج، فإن المحكمة قررت قبوله شكلا.

وحيث إنه وبمقتضى الشرعية الدولية لحقوق الإنسان التي صادق عليها المغرب وقام بنشرها، والفصلين 23 و71 من دستور يوليو 2011، فإنه لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون، والذي له الاختصاص الحصري للتشريع في ميدان المسطرة الجنائية والحقوق والحريات الأساسية. وحيث إنه وبمقتضى المادتين 47 و74 من ق م ج، فإنه إذا أصدر وكيل الملك أمرا بالإيداع في السجن، فإن القضية تحال إلى أول جلسة مناسبة تعدها المحكمة الابتدائية حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 385 من نفس القانون، وهي المدة التي تنص على أنه يقدم المتهم إلى الجلسة في الحالة المنصوص عليها في المادة 74 من نفس القانون بدون سابق استدعاء (الإحالة الفورية)، وفي كل الأحوال داخل أجل ثلاثة أيام، ... وأنه يترتب البطلان عن مخالفة هذه المقتضيات، وهو جزاء تشريعي صريح لا لبس فيه.

وحيث إنه وبمقتضى المادة 750 من ق م ج، فإن جميع الأجل المنصوص عليها في نفس القانون آجال كاملة لا تشمل اليوم الأول ولا اليوم الأخير، وإذا كان اليوم الأخير للأجل يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل بعده.

وحيث إنه يتجلى من وثائق الملف (صك المتابعة ومحضر الجلسة) أن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتازة قام باستنطاق المشتبه فيه (المتهم) وأصدر أمرا بإيداعه بالسجن المحلي بتازة يوم 2018/08/18 وقرر متابعته من أجل الجرح أعلاه وإحالة القضية إلى جلسة يوم الاثنين 2018/08/27 والتي كانت الجلسة الأولى، والحال أنه كان يتعين احتساب الأجل ابتداء من يوم الأحد 2018/08/19، ولما صادف اليوم الثاني والثالث من الأجل أيضا يومي عطلة (ثورة الملك والشعب يوم الاثنين 2018/08/20، وعيد الشباب يوم الثلاثاء

والمصادف يوم الأربعاء 2018/08/22 والخميس 2018/08/23 عطلة عيد الأضحى، فإنه كان على وكيل الملك إحالة القضية وتقديم المتهم للمحاكمة خلال أول يوم عمل بعد العطلة أي الجمعة 2018/08/24 وليس يوم الاثنين 2018/01/27.

وحيث إنه ونظرا للمعطيات الواقعية والقانونية أعلاه، يتبين أن المحكمة المصدرة للحكم المستأنف قد أساءت تفسير القانون ولم تطبق المادة 385 من ق م ج تطبيقا سليما، ولم تعتمد مبدأ إلزامية احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى، لما اعتبرت أن أجل الثلاثة أيام المشار إليه أعلاه يبتدئ من تاريخ 2018/08/24 واعتبرت أن إحالة القضية وتقديم المتهم إلى المحكمة بتاريخ 2018/08/27 إجراء قانوني سليم، وردت الدفع المثار من قبل المتهم بواسطة دفاعه، معللة ذلك بكون الأيام التي سبقته أيام عطل رسمية، وأن الأيام الحصرية التي تتعقد بها جلسات الجنحي تلبسي اعتقال بالمحكمة تقتصر على يومي الاثنين والخميس من كل أسبوع استنادا إلى محضر الجمعية العامة برسم نفس السنة، والحال أنه لا مجال للاستدلال بمحضر الجمعية العامة للمحكمة لتبرير خرق حق ينظمه القانون والذي يعتبر أسمى تعبير عن إرادة الأمة (الفصل 6 من الدستور).

وحيث إنه وللمعطيات الواقعية والقانونية أعلاه، ولما كان القضاء يتولى حماية حقوق الأشخاص وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون (الفصل 117 من الدستور)، فإن المحكمة قررت إلغاء الحكم المستأنف والتصريح ببطلان مسطرة إحالة المتهم على المحكمة طبقا للمادة 385 من ق م ج.

وحيث إنه ولما كان إلغاء الحكم المستأنف غير مؤسس على خرق الإجراءات الشكلية التي يقرها القانون والتي يمكن تداركها (المادتان 324 و406 من ق م ج)، فإنه لا يمكن للمحكمة أن تتصدى وتبت في موضوع القضية وتضفي بالتالي الشرعية على المتابعة والإحالة إلى المحكمة.

وحيث إن التصريح ببطلان مسطرة الإحالة إلى المحكمة يقتضي حتما البت في شأن الاعتقال الاحتياطي، فقررت المحكمة بالتالي الإفراج عن المتهم ما لم يكن معتقلا لسبب آخر.

وحيث أن المحكمة قررت تحميل الخزينة العامة الصائر.

لهذه الأسباب

تصرح المحكمة علنيا نهائيا وحضوريا

في الشكل: بقبول الاستئنافات.

في الموضوع: بإلغاء الحكم المستأنف والتصريح ببطلان مسطرة إحالة المتهم على المحكمة. والأمر بالإفراج عنه ما لم يكن معتقلا لسبب آخر مع تحميل الخزينة العامة الصائر.

بهذا صدر القرار في التاريخ أعلاه بقاعة الجلسات العمومية بهذه المحكمة من طرف نفس الهيئة التي ناقشت القضية وحجزتها للمداولة وهي مشكلة من السادة:

عبد الناصر الويز: رئيسا ومكلفا بالقضية

خالد لفتوح: مستشارا

فاطمة سبيوس: مستشارة

بحضور السيد عبد الرحمان خلوفي مثلا للنيابة العامة

وبمساعدة السيد عزيز البخشوشى: كاتباً للضبط.

قرار محكمة الاستئناف بالعيون

عدد: 6

المؤرخ في: 24 يونيو 2020

ملف: عقاري

عدد: 2019/1404/20

بين:

م س

ينوب عنه الأستاذ عالي بوتو المحامي بهيئة المحامين

لدى استئنائي أكادير والعيون

ضد

ب ف

القاعدة

لا يمكن التمسك بعدم صحة عقد البيع موضوع الدعوى لتعاقد الوكيل مع نفسه، متى كان ذلك التعاقد بناء على إذن مسبق من الموكل.

يتطلب الإذن الصريح للمستأنف عليها بمقتضى الوكالة بأن تباع العقار موضوعها لمن شاعت ولو لنفسها وبالثمن الذي تريد، ولا مجال للقول بأن قيام المستأنف عليها ببيع العقار المذكور لنفسها وبثمن 50 ألف درهم يشكل إضرارا بمصالح المستأنف لأنه أدى بمصالحه عندما حرر لها الوكالة وفق الصيغة الموجودة في الملف، والوكيل ملزم بإعمال مضمون الوكالة في الحدود المسطرة بها، وبالتالي يكون عقد البيع المنجز صحيحا قانونا.

يبقى مجردا من أي إثبات دفع المستأنف عليها بكونها منحت المستأنف ثمن المبيع تنفيذيا لالتزامات الوكيل طالما أنها الملزمة بإثبات تقديمها للحسابات المترتبة عن أداء مهمتها، فعبء إثباتها تقديمها المبلغ المذكور للمستأنف يقع على عاتقها.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 24-06-2020 أصدرت محكمة الاستئناف بالعيون في جلستها العمومية المنعقدة

بقاعة جلساتها العادية وهي تبت في القضايا العقارية وهي مترتبة من:

السيد البوشتي المجدوب: رئيساً

السيد حسن الهاشمي: مقرراً

السيد ياسين ستران: عضواً

السيد السالك الكراعي: كاتب الضبط

القرار الآتي نصه

بين: س م س الساكن بجماعة بوكراع دائرة بوكراع اقليم العيون.

ينوب عنه الأستاذ عالي بوتو المحامي بهيئة المحامين لدى استئنافي أكادير والعيون

بصفته مستأنفاً من جهة

وبين: ب ف الكاتبة بحي المسيرة رقم 38 العيون.

بصفتها مستأنفاً عليها من جهة أخرى

-الوقائع-

بناء على المقال الاستئنافي الذي تقدم به المستأنف بواسطة دفاعه بتاريخ 17-09-2019 الذي يطعن بمقتضاه في الحكم عدد 2019/19 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعيون بتاريخ 12-06-2019 ملف رقم 2019/10 القاضي (- في الشكل : بقبول الدعوى - في الموضوع : برفض الطلب وتحميل المدعي المصاريف).

بناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

بناء على ملتزم النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون.

وتطبيقاً لمقتضيات الفصل 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه من قانون المسطرة المدنية.

المرحلة الابتدائية:

بناء على المقال الافتتاحي للمدعي بواسطة نائبه المسجل بكتابه ضبط المحكمة المؤدى عنه الصائر القضائي بتاريخ 25 /12/ 2018 والذي عرض خلاله أنه سبق أن اشترى بموجب عقد عرفي جميع الشقة رقم 15 بلوك د2 المتكونة من ثلاث غرف وقاعة تحمل اسم الرسم العقاري عدد 15508/17 باسم بئر انزران 38، وأنه خول المدعى عليها وكالة من أجل القيام بأعمال الإشراف والبيع لتلك الشقة بتاريخ 26/03/2013 ومنحها الإذن بالبيع للغير ولنفسها إن شاءت ذلك، وأن المدعى عليها عمدت إلى بيع العقار لنفسها دون علم العارض ودون احترام بنود الوكالة ذلك أنه بالرجوع إلى عقد البيع المحرر من طرف العدلين بمذكرة

الحفظ رقم 73 عدد 19 صحيفة 15 وصل 170/95 يتبين أنها أقرت أمام العدلين أن ثمن البيع 50000.00 درهم وسلمت له المبلغ بصفته صاحب الملك وأنه لم يسبق أن كان على علم بواقعة البيع المنجز من المدعى عليها نظرا لقيامه بالعقار والسكن به، إلى أن فوجئ بها مع الغير يهجمان عليه بالمنزل المذكور مما جعله يتقدم بشكاية في الموضوع لتواجهه بعقد البيع المنجز منها لفائدة نفسها، وأنه حال مراجعة مصالح المحافظة العقارية واستخراج عقد البيع تبين أنه يتضمن معلومة غير حقيقية، والعقد في أصله غير تام الأركان ذلك أنه لم يسبق أن توصل بأي ثمن لذلك العقار ولم يسبق له إشعاره بذلك البيع منها هذا من جهة، ومن جهة ثانية ومما يدل على أن عقد البيع غير صحيح هو الثمن، فالعقار عبارة عن منزل سكني بمواصفات ومكونات سبق الإشارة إليها أعلاه فلا يمكن على الإطلاق تصويره بثمن قدره 50000.00 درهم والحال أنه يتواجد أولا بموقع استراتيجي ولا توجد لحد الآن بقع بذلك الثمن خارج المدار الحضري فبالأحرى أن تكون داخله مما يدل على أن العقد مشوب بعيوب البطلان نظرا لعدم حيازته للثمن أصلا، وبالرجوع للمادة 306 من ق ل ع والتي تنص على أن: الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له ويكون باطلاً بقوة القانون: 1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه 2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه. كما يؤكد أنه لم يسبق له أن أشعر بعقد البيع موضوع الطلب وأنه لم يسبق أن توصل بثمنه المزعوم هذا من جهة ومن جهة ثانية فبالرجوع إلى المادة 308 من ق ل ع تنص على ما يلي: بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه إلا إذا أمكن لهذا أن يبقى قائماً بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وأنه من خلال ما ذكر فالعقد موضوع الطلب مشوب بعيوب البطلان نظرا لانتفاء إرادة العارض ولعدم أداء الثمن أصلا لفائدته والمادة 488 من ق ل ع تنص على ما يلي: يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى، وأن المدعى عليها صرحت أمام العدول بأداء الثمن المتفق عليه وهو 50000 درهم وحازته ولكنه يؤكد عدم حيازته لأية مبالغ ولم يسبق أن أشعر بذلك البيع، ومعلوم أن من شروط الوكالة طبقاً لأحكامها في المواد 879 إلى نهايتها أن الوكيل ملزم بإخبار الموكل بكل أعماله وأنه والحال ما ذكر فإنه يناسب القول ببطلان عقد البيع المنجز بتاريخ 2017/07/13 سجل رقم 74 عدد وما دام أن المادة 408 من ق ل ع واضحة فإنه يناسب انتداب خبير عقاري لمعاينة العقار وتحديد ثمنه الحقيقي وإيداعها بصندوق المحكمة من إتمام صحة البيع وإنتاج آثاره القانونية، والتمس قبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع الحكم ببطلان عقد البيع المنجز من المدعى عليها بناء على وكالة العارض موضوع مراجع عقد البيع سجل الأملاك رقم 74 صحيفة 321 عدد 407 بتاريخ 2017/07/13 واعتباره عديم الآثار القانونية مع إرجاع الحالة

إلى ما كانت عليه وتكليف المحافظ بالتشطيب عليه من سجل المحافظة العقارية واحتياطيا وطبقا لأحكام المادة 408 من ق ل ع فإنه إذا كانت المطلوب ضدها ترغب في تملك العقار فإنه يناسب انتداب خبير عقاري لتحديد قيمة العقار الحقيقية وتكليفها بإيداعه بصندوق المحكمة مع ما يترتب عنه قانونا وأرق مقاله بعقد الشراء وشهادة المحافظة وعقد الوكالة. وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل المدعى عليها بواسطة نائبها والتي عرضت فيها أن عقد البيع أنجز بناء على وكالة مفوضة من قبل المدعي والتي أذن فيها بإتمام إجراءات البيع والتوصل بقيمة العقار وبحق التصرف المطلق وأن المدعي لم ينازع في عقد الوكالة وأن عقد البيع المنجز تام الأركان ولا يشوبه أي عيب وأنها سلمت للمدعي الثمن وأن عامل الثقة باعتبار أنها كانت زوجة له هو الذي جعلها تسلمه الثمن بدون أن تتسلم منه أية حجة كتابية وأنها أمام إنكار المدعي وعدم وجود أي دليل كتابي بيدها فلم يبق لها سوى الاحتكام إلى ضميره بتوجيه اليمين الحاسمة له في إطار الفصل 85 من قانون المسطرة المدنية والتمست أساسا رفض الطلب واحتياطيا توجيه اليمين الحاسمة لإثبات أو رد ادعائه عن عدم تسلم ثمن البيع.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف المدعي بواسطة نائبه والتي التمس فيها أساسا القول بعدم صحة الوكالة المنجز على أساسها البيع موضوع الطلب لانتفاء الاذن الصريح واحتياطيا أن العقد مشوب بالبطلان نظرا لعدم تنفيذ التزام المطلوب ضدها بأداء الثمن والشهاد له باستعداده أداء اليمين الحاسمة.

بناء على مستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبعد إجراء المحكمة الابتدائية لمسطرتها في النازلة أصدرت حكمها أعلاه والمطعون فيه بالاستئناف.

أسباب الاستئناف

أدلى المستأنف بواسطة نائبه بمقال استئنافي استعرض من خلاله موجز الوقائع وعلل استئنافه بكون الحكم المطعون فيه جانب الصواب وذلك لعدة أسباب أوردها في الآتي:

1 - انعدام الأساس القانوني وعدم الرد على دفع نظامية: حيث أنه بالاطلاع على تعليل الحكم الابتدائي يتبين أنه خلص على علة واحدة مفادها وحيث أنه بالرجوع الى مضمون عقد الوكالة المذكور نجده يخول لها بمقتضاها حق التصرف المطلق في الملك وتملك بموجبه حق البيع لمن شاءت وبما شاءت ولو لنفسها مما يعتبر معه إذن صريحا بالتصرف في العقار فضلا عن إقرار المدعي بمقتضى مقاله الافتتاحي بمنحها هذا الإذن.... وثمن البيع يعتبر

من الالتزامات التي تقع على الوكيل في مواجهة موكله في إطار تقديم الحساب طبقاً لأحكام 908 ق ل ع ولا يمكن اعتبارها سبباً للإبطال التي أنجزها الوكيل.

وحيث أنه عملاً بأحكام الفصل 230 ق ل ع الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها أو في الحالات المنصوص عليها في القانون». وحيث أنه من خلال التعليل أعلاه يتضح أن المحكمة متناقضة في تعليلها ويتجلى ذلك في تنصيصها أولاً على أن الوكالة صحيحة ومنجزة لآثارها وتعود في العلة الأخيرة وترتكز على مقتضيات المادة 230 ق ل ع مقيدة أن الالتزامات المنشأة بين المتعاقدين تقوم مقام القانون ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها أو الحالات المنصوص عليها في القانون، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لعمليات البيع يتضح أن من الواجبات الملقاة على عاتق المشتري أداء الثمن حتى يتحقق نقل البيع وبالمادة 235 ق ل ع واضحة وصريحة (في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل..... الخ. وحيث أنه في نازلة الحال فالمطلوب ضدها وعلى فرض القبول بصحة الوكالة فإنها تتضمن دور البائع والمشتري وتقر في جوابها على أنها أدت الثمن الفائدة العارض بمبلغ 50 ألف درهم ملتزمة بتوجيه اليمين إلى العارض الذي سجل الاستعداد لأدائها وهو يعتبر إقراراً قضائياً بعدم تحوز العارض الثمن والحال أن مقتضيات المادة 443 ق ل ع واضحة «الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية... الخ. وحيث أنه بالإضافة إلى ذلك وأمام عدم ثبوت تحوز العارض الثمن من طرف المطلوب ضدها وعلى فرض اعتبار عقد الوكالة صحيح فإنه رغم ذلك يبقى بيع العقار» مختل في أركانه نظراً لكون عقد البيع في أصله من العقود الملزمة لجانبين على اعتبار أنه يحدث التزامات تبادلية في ذمة كل طرف ويصبح كل واحد منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت فالبايع يلتزم بنقل ملكية المبيع والمشتري يلتزم بأداء الثمن مقابل حصوله على ملكية المبيع، ويترتب على الالتزامات أعلاه في عقد البيع نتائج من بينها أنه إذا وقع التزام أحد الطرفين باطلا لأي سبب كان ترتب عنه بالمقابل بطلان التزام الطرف الثاني كما أنه إذا انقضى التزام أحدهما لاستحالة الوفاء مثلاً انفسخ العقد وانقضى الالتزام يضاف إلى ذلك أنه في حالة عدم تنفيذ أحد الطرفين (البائع والمشتري) التزاماته للطرف الآخر أن يدفع بعدم التنفيذ طبقاً لأحكام المادة 235 ق ل ع. وحيث أنه وفي نازلة الحال ما دامت المطلوب ضدها تجمع بين الصفتين البائع والمشتري استناداً إلى الوكالة المزعومة فإنها مع ذلك لم تنفذ الالتزامات كما ينبغي ذلك أنها باعت لنفسها فإنها تبقى ملزمة بإثبات أداء الثمن

للعارض على اعتبار أنها مشتريه لنفسها وليس الغير هو من اشترى حتى يواجه العارض بمقتضيات المادة 908 كما ذهب إلى ذلك الحكم الابتدائي عن غير حق، فلو أن الطرف الثاني هو من اشترى العقار وحصل نقل الملكية إليه فإن العارض هنا لا يملك الحق في مقاضاة الغير نظرا لصراحة المادة 908 ق ل ع ولكن عند قيام المطلوب ضدها بحمل صفة الوكيل والموكل «البائع والمشتري في نفس الوقت» فإنها تبقى ملزمة بإثبات ما يفيد أداء الثمن للعارض الذي بعد إثبات تحوزه الثمن يسترجع صفته كبائع أصلي. وحيث إنه واضح أن تعليل الحكم الابتدائي بعيدة كل البعد على موضوع النزاع خصوصا لما ارتكز في آخر تعليقه على المادة 230 ق ل ع نظرا لكون النص أعلاه يلزم الأطراف الثنائية كل من جهته وفي نازلة الحال فالبائع والمشتري واحد فقط يبقى ملزم بأداء الثمن الذي هو الالتزام المتقابل منه كمشتري لإخلاء ذمته واعتبار البيع صحيح أن سلمنا بصحة الوكالة...

1 - في عدم صحة تعاقد الوكيل مع نفسه: حيث أنه من الشروط الواجبة على الوكيل أن يعمل على جلب المصلحة والمنفعة لموكله طبقا للقواعد العامة والقانونية، وحيث أنه في نازلة الحال فالمطلوب ضدها لم تجلب نفعا للعارض بل جلبت له ضرر كبير في مواجهته ويتجلى ذلك في عدم علمه بالبيع وثمنه ولم تشعره بذلك المطلوب ضدها ويعتبر تصرفها هذا مخالف لمقتضيات المادة 907 ق ل ع هذا من جهة، ومن جهة ثانية «إن تعاقد الوكيل مع نفسه بحكم الوكالة غير مقبول نظرا لكونه يصبح أمام تناقض المصالح وتحريم تعاقد الوكيل مع نفسه يقوم على قرينة قانونية، هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد، فهو لا يقصد بذلك أن يبيع للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض المصالح، لأنه لو قصد ذلك التعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل، فإذا تعاقد الوكيل مع نفسه يكون متجاوزا حدود الوكالة ويكون شأنه شأن كل وكيل تجاوز حدود الوكالة فلا يكون عمله نافذا في حق الموكل إلا إذا أقره» أنظر في ذلك كتاب الوسيط في شرح القانون المدني الجديد لصاحبه الدكتور الفقيه السنهوري صفحة 419 مجلد الأول. وحيث أنه وعلى فرض صحة الوكالة وإذن العارض للمطلوب ضدها بالبيع لنفسها فإنها لم تشعر بذلك طبقا لأحكام المادة 907 ق ل ع خصوصا حول الثمن لكي تتأكد من إذا كان يقبل به أو يرفضه والحال أن ثمن البيع المصرح به في العقد جد هزيل بالمقارنة مع مكان العقار وقيمه الاقتصادية. وحيث أنه وفي نفس التوجه تدخل المشرع المغربي ونص على ذلك في المادة 894 من ق ل ع مؤكدا أنه لا يجوز للوكيل أيا كان مدى صلاحياته بغير إذن صريح من الموكل..... ولا تقويت عقار أو حق عقاري..... الخ.

والعمل القضائي بدوره أكد ذلك في قرار محكمة النقض عدد 1/40 بتاريخ 2014 ملف مدني عدد 2013 / 1/1/4319 (لا يجوز للوكيل أيا كانت مدى صلاحياته بغير إذن صريح من

الموكل تقويت عقار أو حق عقاري وأن مجرد الإشارة في الوكالة المذكورة إلى عبارة وبيع ما يباع لا يفيد وجود إذن صريح ببيع العقار.....). وحيث أن الرجوع عقد الوكالة المدلى به في الملف يتضح أنها جاءت عامة خولت المطلوب ضدها القيام بالعديد من المهام ولم تقتصر على الإذن الخاص والصريح بالبيع فقط مما يجعلها غير عاملة والحال أن المطلوب ضدها في آخر المطاف وحتى على فرض قبول الوكالة فإنها لم تجلب منفعة للعارض أمام عدم إثباتها الثمن الحقيقي للعقار وعدم إثبات صحة تسلم العارض له محاولة الركوب على قاعدة اليمين ورغم أنها غير منتجة فالعارض قبل بها ولكن مع الأسف الحكم الابتدائي تحاشى مناقشة ذلك وخلص إلى إصدار حكم مجاني للصواب القانوني وغير مؤسس مما يناسب إلغاءه وبعد التصدي الحكم وفق الطلب.

2- في خرق مقتضيات المادة 907 ق ل ع: حيث أنه وعلى فرض صحة الوكالة وصحة عقد البيع من المطلوب ضدها إلى نفسها بما أرادت فإنها مع ذلك لم تبادر إلى إشعار العارض بتنفيذ مقتضيات تلك الوكالة عن طريق البيع لنفسها ذلك أن الرجوع إلى عقد الشراء يتضح أنه منجز في 2017/07/07 والعارض لم يكن على علم بذلك نظرا لكونه يتردد على نفس العقار ويضع به أغراضه الشخصية إلى أن فوجئ ما بين 5 و6 شتنبر 2018 لما عاد أدراجه إلى منزله ليلا فوجئ بكون المنزل محكم الأقفال ويدخله عدد من الذكور والإناث وأجرى اتصال بالشرطة (رفقته شكاية) وعند الاستماع إلى الأطراف صرحت المطلوب ضدها أن الشقة صارت ملكها بعد شراءها لنفسها وأدلت بعقد الشراء موضوع الدعوى الحالية. وحيث أنه بذلك التاريخ يكون العارض على علم أن المطلوب ضدها عمدت إلى بيع العقار لنفسها دون أن تخبره ولا تشعره فضلا عن عدم أداء ثمنها الحقيقي رغم تصريحها أن البيع حصل لها ب 50 ألف درهم. وحيث أنه والحال ما ذكر فالمطلوب ضدها وعلى فرض التسليم بالشراء فإنها لم تحترم مقتضيات المادة 907 ق ل ع (على الوكيل بمجرد إنهاء مهمته أن يبادر إلى إخطار الموكل بها مع إضافة كل التفاصيل اللازمة التي تمكن هذا الأخير من أن يتبين على نحو مضبوط الطريقة التي أنجز بها الوكيل تلك المهمة... وإذا تسلم الموكل الأخطار تم تأخر في الرد أكثر.... الخ، وحيث أن العارض وبمجرد وقوفه على ما قامت به المطلوب ضدها من التصرفات غير قانونية عمد إلى إيداع الشكايات وأنجز تقييد احتياطي على العقار وتقدم بدعواه الحالية في الموضوع مما يجعل المطلوب ضدها لم تتقيد بالنص أعلاه وتتحمل تبعاته وبالتالي فالبيع المنجز لنفسها معاب.

3- حول تحقق المسؤولية وصحة الطلب موضوع الدعوى: بالرجوع إلى المادة 909 ق ل ع نجدتها تنص بما يلي: (الوكيل مسؤول عن الأشياء التي يتسلمها بمناسبة وكالته طبقا لأحكام الفصول 791 و792 و804 و813). وحيث إن الاطلاع على المادة 791 ق ل ع المحال عليها

بمقتضى المادة أعلاه تنص على ما يلي: (على المودع عنده أن يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه.....). وحيث أن المادة 804 ق ل ع تنص على ما يلي: (على المودع عنده أن يرد ذات الشيء الذي تسلمه وتوابعه التي سلمت له معه في الحالة التي هو عليها مع عدم الإخلال بما هو مقرر في الفصلين 808-809 ق ل ع. وحيث إنه من خلال النصوص أعلاه وعلى فرض قبول عقد الوكالة المنجز بها عقد البيع من المطلوب ضدها لنفسها فإنها مع ذلك تبقى غير منتجة وتفيد تحقق المسؤولية وعدم صحة البيع المنجز منها لنفسها على شقة العارض وما ذهب إليه الحكم الابتدائي مجانب للصواب القانوني خصوصا وأن أحد أهم أركان عقد البيع «تسليم الثمن» لم يتحقق في نازلة الحال وهو التزام تقابلي الزامي من المشتري لفائدة البائع، والعارض أكد عدم توصله الثمن أصلا رغم هزائه وعدم تطابقه مع قيمة العقار.

4 - حول تناقض أجزاء الحكم وعمله: حيث أن الرجوع إلى تعليل الحكم يتضح أنه قضى بصحة عقد الشراء المنجز على عقد الوكالة، وأنه بالرجوع إلى منطوقه يتضح أنه قضى برفض الطلب. وحيث أنه يظهر أن أجزاء الحكم متناقضة فإذا كانت الوكالة المنجز على ضوئها عقد البيع صحيحة فمعنى ذلك أن عقد البيع المنجز من المطلوب ضدها لنفسها صحيح والعارض أثار عدم صحة ذلك وأكد أن الثمن المسطر بعقد البيع غير صحيح ولا يتطابق ومواصفات العقار خصوصا وأنه يتواجد في منطقة استراتيجية واقتصادية مهمة فضلا على أنه عقار محفظ وهو عبارة عن «دار» بكل المواصفات ولا يوجد حاليا في مدينة العيون وفي ضواحيها بقعة بمبلغ 50 ألف درهم فبالأحرى أن تكون دار فما بالك أن تجدها داخل مدينة العيون وفي الأحياء الاقتصادية المهمة والعارض في طلبه الاحتياط أشار إلى أنه في حالة اعتبار البيع صحيح فإنه يناسب انتداب خبير عقاري لتحديد الثمن الحقيقي للعقار والحكم به على المطلوب ضدها لكن الحكم الابتدائي تحاشي الوقوف على ذلك بتعليل أقل ما يقال عنه أنه فاسد ومجانب للصواب القانوني وخارق للنصوص أعلاه مما يناسب إلغاءه وبعد التصدي الحكم وفق الطلب.

5 - حول خرق مقتضيات المواد 488 و306 و308 ق ل ع: حيث أن الرجوع إلى مقتضيات المادة 306 ق ل ع نجدتها تنص على ما يلي: (الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له ويكون الالتزام باطل بقوة القانون، إذا كان ينقصه أحد الأركان لقيامه أو إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه). وحيث أن العارض أكد وأفاد عدم علمه أولاً بالبيع وعدم توصله بالثمن المزعوم وعدم قبوله بذلك أصلاً. وأن المادة 388 ق ل ع (بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائماً دون الجزء الذي لحقه البطلان). وأنه في نازلة الحال فالعقد ينقصه ركن

التمن ولا دليل على توصل العارض به بين المطلوب ضدها مما يجعل العقد باطل نظرا لكون ركن التمن ركن أساسي في عقد البيع وبالتالي فإنه لا يمكن للعقد أن ينتج آثاره بدون ذلك الركن مما يجعل الالتزام من أصله باطل وحيث أنه بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه فبالرجوع إلى المادة 488 ق.ل.ع والتي تنص على أنه يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء باتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى. وأن المادة أعلاه واضحة وصريحة في كون البيع يقع بالاتفاق وفي نازلة الحال فالمطلوب ضدها إذا كانت فعلا تتحوز الوكالة بالبيع فإنها تبقى ملزمة بإشعار العارض والاتفاق معه على التمن الواجب وهي واقعة غير محققة ولعل الدليل على ذلك عدم إشعارها أصلا للعارض بالبيع لنفسها أو الغير إلى أن وقعت الواقعة التي على ضوئها تقدم بشكاية إلى الضابطة وعندها واجهته بعقد الشراء لنفسها، وعليه فأمام عدم اتفاق العارض والمطلوب ضدها على التمن من أصله فإنها بذلك تكون عملية البيع من الأساس معابة ولا تركز على أساس مما يجعل ما ذهب إليه الحكم الابتدائي مجانب للصواب ويناسب إلغاءه في جميع الأحوال. والتمس في الأخير إلغاء الحكم الابتدائي في ما قضى به وبعد التصدي الحكم وفق طلبات العارض بمقاله الافتتاحي مع تحميلها الصائر.

بناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف نائب المستشارف عليها عرض فيها أن المستشارف يزعم أن عقد البيع الملقى بالملف هو عقد باطل لعدم توصله بتمن البيع. وأنه بالرجوع إلى عقد البيع ستلاحظ المحكمة الموقرة أن العارضة قد قامت بشرائه بناء على وكالة مفوضة من قبل المستشارف والذي أذن لها فيها بإتمام إجراءات البيع والتوصل بقيمة المبيع وبحق التصرف المطلق في الملك وحق البيع لمن شاءت وما شاءت ولو لنفسها، وبما أن المستشارف لم ينازع في هذه الوكالة، فإن تصرف العارضة ببيع العقار صحيح وعقد البيع تام الأركان لتضمنه أهم العناصر المكونة لعقد البيع: - التراضي على البيع - الشيء المبيع - من المبيع (الفصل 488 ق.ل.ع.) ولا يشوبه أي عيب مما يمكن أن يجعله باطلا، والحكم الابتدائي لما قضى برفض الطلب بعله وجود الإذن بالتصرف وكون تسليم تمن البيع يعد من الالتزامات التي تقع على عاتق الوكيل في مواجهة موكله في إطار تقديم الحساب طبقا لمقتضيات 908 ق.م.ع. وليست سببا لإبطال التصرفات التي أنجزها الوكيل فقد جاء معللا تعليلا سليما ما يناسب معه تأييده.

وبناء على القرار التمهيدي بإجراء بحث في النازلة الصادر بتاريخ 2019/12/25، تم إنجازها وتضمين نتائجها بمحاضر الجلسات طيه.

وبناء على مستنتاجات بعد البحث المدلى بها من طرف نائب المستشارف عليها

وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات آخرها جلسة 17-06-2020 حضر نائباً الطرفين وأكدا ما سبق فتقرر حجز القضية في المداولة لجلسة 24-06-2020 .

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في الشكل:

حيث إن الاستئناف قدم داخل الأجل القانوني ووفقاً للإجراءات المتطلبه قانوناً فهو مقبول شكلاً.

في الموضوع:

حيث انصب الطعن بالاستئناف على العلل المسطرة أعلاه.

وحيث إنه خلافاً لما نراه الطاعن على الحكم كون أن عقد البيع موضوع النزاع مختل الأركان، لأن المشتري لم يؤدي ثمن المبيع للمستأنف وهو ما يجعل ذلك التصرف باطلاً وتسري عليه مقتضيات الفصل 306 من ق ل ع، فإنه برجوع هذه المحكمة لوقائع القضية ووثائق الملف تبين لها أن عقد البيع المذكور لم يكن المستأنف طرفاً فيه، والمستأنف عليها وباعتبارها تحمل صفة المشتري والبايع فقد أقرت بتسليم المبلغ المحدد في خمسون ألف درهم حسب عقد البيع الموجود ضمن وثائق الملف لموكلها الذي منحها وكالة خاصة للقيام مقامه ببيع العقار المذكور. وبالتالي فجميع أركان عقد البيع قائمة وسليمة والحكم الابتدائي لما اعتبرها كذلك يكون قد بنى قضاءه على أساس من القانون.

وحيث إنه لا يمكن التمسك بعدم صحة عقد البيع موضوع الدعوى لتعاقد الوكيل مع نفسه، ذلك أن الرجوع إلى المبادئ العامة للتعاقد فإنه ليس بها ما يمنع التعاقد مع النفس، وأن التشريعات المقارنة التي نصت على المنع كان هدفها حماية الموكل مما قد يلحقه جراء تضارب مصالح الوكيل في حالة تعاقد مع نفسه، سرعان مع أجازته في حالة ما إذا كان ذلك التعاقد بناء على إذن مسبق من الموكل، وهو نفس الاتجاه الذي أكدته المذاهب الفقهية، وبخاصة المذهب المالكي الذي اعتبر أنه: (نعم يجوز له - الوكيل - شراؤها - السلعة لموكل ببيعها- إذا أذنه موكله) يراجع الحرشي أبو عبد الله محمد بن عبد الله -ت 1101 هـ - شرح الحرشي على مختصر سيدي خليل ج 6 دار صادر بيروت، وأورده علي عبد العالي الاسدي في كتابه النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2012 ص . 259

وحيث إنه ولما كان قد عبر المستأنف صراحة أنه يأذن للمستأنف عليها بمقتضى الوكالة المذكورة بأن تبيع العقار موضوعها لمن شاءت ولو لنفسها وبالثمن الذي تريد فإنه لا مجال للقول بأن قيام المستأنف عليها ببيع العقار المذكور لنفسها وبثمن 50 ألف درهم يشكل إضراراً

بمصالح المستأنف لأنه أدرى بمصالحه عندما حرر لها الوكالة وفق الصيغة الموجودة في الملف، والوكيل ملزم بإعمال مضمون الوكالة في الحدود المسطرة بها، وبالتالي يكون عقد البيع المنجز صحيحاً قانوناً ويتعين رد جميع الدفع المثاره بشأنه.

وحيث إنه ولئن كان لا يجوز للوكيل أياً كانت صلاحياته أن يقوم بتفويت عقار أو حق عقاري إلا إذا توافر على إذن صريح من الموكل، فإنه بالرجوع إلى الوكالة المضمنة بوثائق الملف يتبين أنها جاءت خاصة بحيث حددت للوكيل نطاق وكالته وبينت له العقار موضوع الوكالة بشكل ناف للجهالة، وهو ما يجعل التصرف ببيع ذلك العقار قد احترام المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 894 من ق ل ع، ويكون ما أثاره الطعن بهذا الخصوص غير مؤسس ويتعين رده.

وحيث إنه بخصوص ثمن المبيع، فإنه ولئن كان الثمن قد لا يناسب المبيع حسب وجهة نظر المستأنف، فإن ذلك لا يرتب إلا مسؤولية الوكيل الذي تفرض عليه أن يكون شخصاً متبصراً حريصاً على حقوق موكله، ولا أثر له على عقد البيع المنجز، فإن إعطاء الموكل صلاحية بيع العقار بالثمن الذي شاءته الوكالة يجعل من الدفع بزهادة المبلغ وعدم إشعار الموكل به قبل التعاقد مردود عنه، طالما أن الوكالة تصرفت في حدود الوكالة الممنوحة لها ولم تخرج عن نطاقها.

وحيث إن دفع المستأنف عليها بكونها منحت المستأنف ثمن المبيع المتمثل في مبلغ 50 ألف درهم تنفيذاً للالتزامات الوكيل يبقى مجرداً من أي إثبات طالما أنها الملزمة بإثبات تقديمها للحسابات المترتبة عن أداء مهمتها، فعبء إثباتها تقديمها المبلغ المذكور للمستأنف يقع على عاتقها.

وتطبيقاً من هذه المحكمة لمقتضيات الفصلين 907 و910 من ق ل ع أمرت تمهيداً بإجراء بحث للتأكد من واقعة تسلّم المستأنف لثمن المبيع وطريقة أدائه والإحاطة بجميع الظروف المتعلقة بأدائه، حضر لجلسته المستأنف ونفى تسلمه لثمن المبيع المذكور، في حين تخلفت المستأنف عليها رغم توصلها ودون مبرر مشروع، مما يعتبر إقراراً ضمناً منها بعدم تقديمها للحسابات للمستأنف.

وتبعاً لذلك وأمام خلوف مما يفيد تنفيذ المستأنف عليها للالتزامات المترتبة عن عقد الوكالة والمتمثلة في تسليم مبلغ 50 ألف درهم المحدد ثمناً للمبيع، وأمام إقرارها الضمني كما بين أعلاه، فإن الحكم الابتدائي لما قضى برفض الطلب بهذا الخصوص يكون قد جانب الصواب ويتعين إلغاؤه في هذا الشق، وبعد التصدي الحكم بأداء المستأنف عليها لفائدة المستأنف مبلغ 50 ألف درهم.

وحيث لئن كان إخلال الوكيل بإحدى التزاماته يرتب مسؤوليته تجاه الموكل، فإن التصرفات التي يبرمها تبقى صحيحة طالما أنها كانت في نطاق ما هو مسموح له به قانونا واتفاقا، ومن تم يتعين بعد الحكم بأحقية المستأنف في مبلغ 50 ألف درهم المبينة أعلاه، تأييد الحكم الابتدائي في باقي مقتضياته لكونه طبق القانون تطبيقا سليما.

وحيث إن باقي الأسباب القانونية والواقعية لم تكن محل طعن الشيء الذي يتعين معه تأييد الحكم بخصوصها.

وحيث يتعين تحميل المستأنف والمستأنف عليها الصائر وفق القدر المحكوم به.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا، حضوريا وتمهيدا تصرح:

في الشكل: بقبول الاستئناف.

في الموضوع: بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى جزئيا وبعد التصدي الحكم على المستأنف عليها بأدائها مبلغ (50000) خمسون ألف درهم للمستأنف وتأييده في الباقي وتحميل المستأنف عليها الصائر حسب النسبة.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية بمقر محكمة الاستئناف بالعيون مترتبة من نفس الهيئة أعلاه التي ناقشت القضية وجعلتها في المداولة.

قرار محكمة الاستئناف بأسفي

عدد: 137

المؤرخ في: 18 أبريل 2019

ملف: عقاري

عدد: 2018/1403/335

بين:

أ ب و ف م

.ينوب عنهما ذ/عبد الغني الدرعي المحامي بهيئة أسفي

وبيين:

ط أ

أ أ

ينوب عنهما ذة/مريم اضريبين المحامي بهيئة الدار البيضاء

القاعدة

الطعن كما الدعوى لا يصح إلا من ذي أهلية، وأن كون الحكم صادر باسم الهالكين لا يعفي الجهة المستأنفة من إقامة الطعن باسم الورثة متى ثبتت الوفاة، خاصة وأنه لم يثبت من وثائق الملف أن الوفاة كانت معلومة لدى المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بأسفي

بتاريخ: لعام 1440 هـ الموافق: 18 أبريل من سنة 2019 م

وهي تبت في المادة العقارية مؤلفة من السادة:

عبد الواحد كمال: رئيسا

عبد الشافي لخليفي: مستشارا مقررا

علال باحبيبي: مستشارا

وبمساعدة السيدة لبنى العرافي: كاتبة للضبط

القرار التالي:

بين: أ ب وف م الساكنين برقم 25 الهاشميين سيدي عبد الكريم آسفي.

ينوب عنهما ذ/ عبد الغني الدرعي المحامي بهيئة آسفي.

بوصفهما مستأنفين من جهة

وبين: ط أ الساكن برقم 131 سيدي عبد الكريم اجنان كولون آسفي.

أ أ الساكن برقم 88 الزنقة 186 الألفة الدار البيضاء.

ينوب عنهما ذة/ مريم اضريبين المحامي بهيئة الدار البيضاء..

بوصفهما مستأنفا عليهما من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على مستنتجات النيابة العامة بالملف.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون

المسطرة المدنية ومقتضيات ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه.

الوقائع

بناء على المطلب عدد 23/7325 المقدم بتاريخ 1992/02/03 من طرف م ف ومن معها إلى السيد المحافظ بأسفي الرامي إلى تحفيظ الملك المدعو « أرض الدار » الكائن بزاوية مول البركي، إقليم آسفي مساحته هكتار واحد و12 أرا يحده قبلة الزنقة وآخرين وشرقا الطريق ومن البحر ورثة سي علال بن عبد الكبير ومن الشتاء ورثة علي الغزواني مستندا في مطلبه رسم تركة.

و بناء على التعرض الوارد على المطلب المذكور من طرف ط أ مطالبا بجزء العقار مساحته 140 م م وهو التعرض الذي قيد تعرضه بكناش 27 عدد 500 بتاريخ 2002./12/02

وبناء على التعرض الوارد الثاني على المطلب المذكور من طرف أ أ مطالبا بجزء العقار مساحته 140 م م وهو التعرض الذي قيد تعرضه بكناش 28 عدد 207 بتاريخ 2002./12/02

وبناء على إحالة المطلب على المحكمة الابتدائية بأسفي للبت فيه وفقا للقانون وبعد تبادل المذكرات بين الأطراف أمامها وإدلاء السيد وكيل الملك بملتمسه الرامي إلى تطبيق القانون وإجراء معاينة رفقة خبير تسيير الإجراءات أصدرت حكمها بتاريخ 2008/01/30 في الملف رقم 1403/13/207 بصحة التعرض الصادر عن المتعرض أ أ المقيد بتاريخ 2003/09/24

كناش 28 عدد 207 جزئياً في حدود الجزء الملون بالأحمر من التصميم المنجز من قبل الخبير أبيق وبصحة تعرض ط أ جزئياً في حدود مساحة 35 سنتمرا عرضاً من العلامة ب4 إلى ب11 وفق التصميم المنجز من قبل الخبير أبيق المرفق بتقرير الخبرة المودع بكتابة ضبط المحكمة بتاريخ 2017/03/13 على المطلب عدد 23/7325 وتحميل خاسر الدعوى مصاريفها وبإحالة الملف على السيد المحافظ لاتخاذ ما يراه مناسباً بشأنه استأنفه الطاعنان بواسطة نائبيهما ذ/عبد الغني الدرعي ناعيين عليه:

عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني سليم: ذلك أن الحكم اعتمد معاينة أنجزت خلافاً للقانون لأنها أمرت بمعاينة بتاريخ 2016/11/29 وأنجزت المهمة دون حضور طالبي التحفيظ خلافاً لما ينص عليه القانون ما دامت السيدة م ف توفيت بتاريخ 1996/10/19 في حين توفي أ ب بتاريخ 1999/09/20، وأن إنجاز المعاينة في غياب أطراف القضية يجعلها غير قانونية وهو ما ذهب إليه عمل محكمة النقض وأنه بذلك يكون الحكم المطعون فيه غير مرتكز على أساس من القانون ويتعين إلغاؤه والحكم برفض الطلب واحتياطياً بإرجاع الملف إلى المحكمة الابتدائية للبت فيه وفقاً للقانون.

وجواباً على المقال الاستئنافي أدلت ذة/اضريبين مريم عن المستأنف عليهما بمذكرة جاء فيها أن الاستئناف معيب شكلاً وموضوعاً فإن المعاينة أنجزت وفقاً للقانون، وأن تعرض موكلها صحيح ملتزمة بتأييد الحكم المطعون فيه فيما قضى به.

وبعد أن راجت القضية بجلسة أخيرة بتاريخ 2019/03/28 تقرر حجزها خلالها للمداولة لجلسة 2019/04/11 قصد النطق بالقرار ومددت لجلسة 2019/04/18 وخلالها أدلى الفريق المستأنف بمذكرة تعقيبية اعتبر فيها أن المستأنفين متوفيين، وأن المعاينة المنجزة رغم ثبوت وفاتها مخالفة للقانون مؤكداً السابق مرفقاً التعقيب بنسختين موجزتين من رسمي وفاة.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

المحكمة

في الشكل:

حيث إن الثابت من وثائق الملف أن المستأنفين متوفيين حسب النسختين من رسمي وفاتهما المدلى بهما بالملف، وأن الجهة المستأنفة عالمة بذلك بدليل أنها هي من أدلت بما يثبت الوفاة، وأن الطعن كما الدعوى لا يصح إلا من ذي أهلية، وأن كون الحكم صادر باسم الهالكين لا يعفي الجهة المستأنفة من إقامة الطعن باسم الورثة متى ثبتت الوفاة، خاصة وأنه لم يثبت من وثائق الملف أن الوفاة كانت معلومة لدى المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه، وبذلك فإن الطعن بالاستئناف المقام من طرف الهالكين رغم ثبوت وفاتهما يكون مقاماً من

طرف غير ذي أهلية فهو معيب شكلا المتعين لذلك عدم قبوله شكلا وإبقاء الصائر على الجهة الطاعنة.

لهذه الأسباب

إن محكمة الاستئناف وهي تقضي علينا انتهائيا وحضوريا:

في الشكل: بعدم قبول الاستئناف شكلا وإبقاء الصائر على الجهة المستأنفة.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بأسفي دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

إمضاء:

كاتب الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

أمر رئيس المحكمة التجارية بأكاير

عدد: 441

المؤرخ في: 11 نونبر 2020

ملف: استعجالي

عدد: 2020/8101/348

بين:

ج ك

ضد

شركة وفا سلف شركة مجهولة الاسم في شخص ممثلها القانوني

القاعدة

لا يعني وجود صلح مبرم بين المدعي ومشغلته أنه هو من اختار فسخ العلاقة التشغيلية، ذلك أن الصلح يؤكد وجود نزاع بين الطرفين إلا أنهما اختارا إنهاءه بطريقة رضائية واتفاقية وفي إطار ما تخوله لهما مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل، لذلك لا وجود لما يفيد الفسخ الرضائي لعقد الشغل.

عدم وفائه بالتزامه حسب ما يبدو من ظروف النازلة غير متعمد وخارج عن إرادته مما يستوجب وفقا لأحكام المادة 149 من القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك منحها مهلة قضائية لتسديد الدين في أجل معقول ليس فيه ضرر بالدائنة المقرضة في مدة سنة ونصف من تاريخ صدور هذا الأمر حتى يتمكن من تدبير أموره والتغلب على الصعوبات الاجتماعية والاقتصادية التي يعيشها في الوقت الراهن، دون أن تترتب على المبالغ المستحقة طيلة هذه المدة أي فائدة.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن عبد اللطيف المحمدي نيابة عن رئيس المحكمة التجارية بأكاير بصفته قاضيا للأمر المستعجلة.

وبمساعدة السيدة سمية موفق كاتب الضبط

بناء على مقتضيات المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية أصدرنا الأمر الآتي
نصه يوم: 2020/11/11

بين:

الكائن بب ف 13 رقم 15 حي الداخلة اكادير. النائب عنه الأستاذ عمر ادماغ المحامي
بهيئة باكادير .

مدعي من جهة

وبين: شركة وفا سلف شركة مجهولة الاسم في شخص ممثلها القانوني
الكائن مقرها الداخلة بالرقم 108 شارع الحسن الأول الداخلة
النائب عنه الأستاذ مصطفى جداد المحامي بهيئة الدار البيضاء

مدعي عليها من جهة أخرى

حيث تقدم المدعي بمقال مؤدى عنه بتاريخ 2020/09/23 أوضح فيه أنه بتاريخ
2015/08/26 استفاد العارض من قرض استهلاكي بمبلغ 57.000.00 درهم بقسط شهري
قدره 949.81 درهما وأن العارض قد فقد منصبه كأجير لدى شركة وأنه نظرا للالتزامات
العارض الأسرية ووضعيته الاجتماعية والظرفية الحالية للبلاد لم يتمكن بعد من الحصول
على عمل جديد وصارت الأقساط تستغرق كل مدخراته وتهدد استقراره وأسرته علاوة على
قرض استهلاكي ثان، وأمام هذا الوضع وتطبيقا للفصل 149 من قانونا حماية المستهلك
فإن العارض يلتمس الحكم بإمهال الطالب قضائيا ووقف الأقساط والفوائد للقرض موضوع
الملف رقم L4565070 انطلاقا من شهر ماي 2020 مع ما يترتب عن ذلك قانونا. وأرفق
الطالب مقاله بصورة من ورقة تقنية عن القرض وصورة جدول استخدام الدين وصورة
جدول استخدام قرض ثان وصورة من محضر صلح.

وبناء على استدعاء الطرفين بصفة قانونية.

وبناء على مذكرة جواب نائبة المدعى عليها والتي ورد فيها أنه بالرجوع إلى محضر
الصلح التمهيدي المنعقد بمندوبية الشغل بأكادير سوف يتضح أن المدعي أبرم صلحا
بإرادته مع من أجل وضع حد للعلاقة الشغلية بشكل رضائي واتفاقي، وأنه ومن خلال
هذا الصلح توصل بمبلغ 100.000.00 درهم من مشغلته، وأن فسخ العلاقة الشغلية تم بإرادة
المدعي ورغبته ولم يكن خارجا عن إرادته، وأن مقتضيات المادة 149 من القانون 08-31
القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك تعطي لرئيس المحكمة الإمكانية لإيقاف تنفيذ
التزامات المدين في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة، وأن المدعي لم
يتم فصله من العمل بل هو من أنهى العلاقة الشغلية بإرادته. وأن المدعي عند إقدامه على

هذه الخطوة كان يعلم جيدا تحملاته المادية والتزاماته تجاه العارضة، وأن مقتضيات المادة 149 غير متوفرة في النازلة، وأن الحالة الاجتماعية الطارئة تقتضي أن لا يكون هناك للمدين يد فيها أو بمعنى أصح أن لا يكون هو من اختارها كما هو الأمر في نازلة الحال وأن الطلب الحالي يكون بالتالي غير منسجم وروح القانون رقم 08-31 وخاصة المادة 149 منه وأنه تبعا لذلك يتعين التصريح برفض الطلب وترك الصائر على المدعي. وبناء على إدراج القضية بجلسة 2020/11/04 حضرها نائب المدعي وأسند النظر، فنقرر حجز الملف للتأمل ليوم 2020/11/11.

وبعد التأمل طبقا للقانون

حيث إن الطلب يهدف إلى الحكم بإمهال الطالب قضائيا ووقف الأقساط والفوائد القرض موضوع الملف رقم L4565070 انطلاقا من شهر ماي 2020 مع ما يترتب عن ذلك قانونا.

وحيث إنه بمقتضى المادة 149 من القانون رقم 31.03 المتعلق بحماية المستهلك فإنه بالرغم من أحكام الفقرة 2 من الفصل 243 من ظهير الالتزامات والعقود، يمكن ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة، ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ المستحقة لا تترتب عليها فائدة طيلة مدة المهلة القضائية.

وحيث بالاطلاع على ظاهر المستندات يتبين أن المدعي كان يعمل لدى ... إلى أن غادرها بعد إبرام صلح تمهيدي نهائي في إطار المادة 41 من مدونة الشغل مع المشغلة بحضور مفتش الشغل، بتاريخ 2020/03/02 حيث تسلم مقابل ذلك مبلغ إجمالي جزافي شامل لجميع مستحقاته عن إنهاء العلاقة الشغلية بشكل رضائي واطفاقي، وقبل هذه الواقعة كان قد استفاد من المدعى عليها من قرض استهلاكي بمبلغ 57.000.00 درهم يسدد على مدى 84 شهرا على شكل أقساط شهرية محددة في مبلغ 94981 درهم ابتداء من 2015/08/26 بمقتضى العقدة رقم L4565070، ثم توقف عن الدفع منذ ماي 2020 بسبب انتهاء العلاقة الشغلية مع مشغلته السابقة، وبالتالي فإن عدم وفائه بالتزامه حسب ما يبدو من ظروف النازلة غير متعمد وخارج عن إرادته مما يستوجب وفقا لأحكام القانون السالف الذكر منحها مهلة قضائية لتسديد الدين نحددها في أجل معقول ليس فيه ضرر بالدائنة المقرضة في مدة سنة ونصف من تاريخ صدور هذا الأمر حتى يتمكن من تدبير أموره والتغلب على الصعوبات الاجتماعية والاقتصادية التي يعيشها في الوقت الراهن.

وحيث إن ما تمسكت به المدعى عليها من أن المدعي هو من اختار إنهاء العلاقة الشغلية بإرادته وأن الفسخ لم يكن خارج عن هذه الإرادة، وبالتالي فإنه لم يفصل من

العمل بل هو من أنهى العلاقة الشغلية وهو ما لا تنطبق عليه مقتضيات المادة 149 من القانون 08-31.

لكن حيث إنه وجود صلح مبرم بين المدعي ومشغلته لا يعني أنه هو من اختار فسخ العلاقة الشغلية ذلك أن الصلح يؤكد وجود نزاع بين الطرفين إلا أنهما اختارا إنهاءه بطريقة رضائية واتفاقية وفي إطار ما تخوله لهما مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل، لذلك لا وجود لما يفيد الفسخ الرضائي لعقد الشغل، مما يكون معه ما تمسكت به المدعى عليها غير مؤسس ويتعين التصريح برده وحيث أنه يتعين تحميل المدعي الصائر وتطبيقا للفصول 2-37-38-39-50-124-149 من ق م م والمادة 20 و21 من قانون إحداث المحاكم التجارية والمادة 149 من القانون 08-31 لهذه الأسباب نأمر علنيا ابتداءيا بوقف تنفيذ التزامات المدعي المترتبة عن عقد القرض الاستهلاكي بمبلغ 57,000,00 درهم موضوع العقدة رقم I4565070 المبرمة بينه وبين المدعي عليها، وبمنح المدعي مهلة سنة ونصف من تاريخ صدور هذا الأمر دون أن تترتب على المبالغ المستحقة طيلة هذه المدة أي فائدة على أن تستأنف بعد انصرام المهلة تنفيذ التزاماته بأداء أقساط القرض وفقا للقدر المحدد بالعقد وشمول الأمر بالإنفاذ المعجل وتحميل المدعي المصاريف.

وبهذا صدر الأمر في اليوم والشهر والسنة أعلاه وتلي بالجلسة العلنية.

أمر رئيس المحكمة التجارية بوجدة

عدد: 2019/207

المؤرخ في: 15 غشت 2019

ملف: استعجالي

عدد: 2019/8101/135

بين:

ي ن

ضد

التجاري وفا بنك ممثل من طرف وفا إيموبيلي

القاعدة

لما كان توقيف المدعية عن العمل حالة اجتماعية غير متوقعة، يتعين معه إيقاف التزاماتها الناتجة عن عقد القرض الذي يربطها مع المدعى عليه.
مبادرة المدعية إلى تقديم دعوى في مواجهة مشغلته لأجل أداء التعويضات المستحقة لها قانونا عن الفصل من العمل حسب الثابت من الحكم، يقتضي تمديد فترة وقف التنفيذ إلى حين تسلمها المبالغ المحكوم بها لفائدتها وذلك ابتداء من تاريخ توقفها عن أداء قسط القرض على ألا تتجاوز هذه الفترة سنتين.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن أحمد أيران نيابة عن السيد رئيس المحكمة التجارية بوجدة بصفتنا قاضيا
للمستعجلات

وبمساعدة السيدة فاطمة مولاي عيسي كاتبة الضبط
بناء على المادة 21 من قانون إحداث محاكم تجارية.
أصدرنا الأمر الآتي نصه يوم الأربعاء 15 غشت 2019

بين:

عنوانها:

ينوب عنها: الأستاذان أنيس كورة ونبيل تقني المحاميان بهيئة وجدة.

من جهة

وبين المدعى عليه: التجاري وفا بنك، ممثل من طرف وفا إيموبيلي، شركة مساهمة في شخص ممثلها القانوني، مقرها الاجتماعي برقم 2 شارع مولاي يوسف الدار البيضاء.

ينوب عنه: الأستاذ بوبكر بوكمزة المحامي بهيئة الناظر.

من جهة أخرى.

بناء على المقال الاستعجالي الذي تقدمت به المدعية بواسطة محاميها، والمؤدى عنه الرسم القضائي بتاريخ 2019/06/19، والذي عرضت فيه أنها استفادت من قرض عقاري قدره 190,000 درهم بمقتضى عقد القرض المضمون بالرهن الرسمي، إلا أنها أصبحت حاليا عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها بسبب فصلها عن العمل بتاريخ 2017/05/18 وهو ما حدا بها إلى تقديم دعوى التعويض عن الطرد التعسفي التي صدر فيها الحكم رقم 771 بتاريخ 2018/12/13 قضى لها بمجموعة من التعويضات.

لذلك التمس استنادا على مقتضيات المادة 140 من القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الأمر بإيقاف التزاماتها الناتجة عن عقد القرض المبرم مع المدعى عليه إلى حين انتهاء الأزمة المالية التي تمر منها على ألا تتجاوز مدة الإيقاف سنتين ابتداء من حلول أول قسط بقي بدون أداء، مرفقة طلبها بكشف حساب بنكي، عقد بيع عقاري، صورة شمسية لشهادة الملكية صورة شمسية لمقال افتتاحي.

أجاب البنك المدعى عليه أن الجهة القضائية المختصة حسب مقتضيات المادة (110 من القانون المشار إليه) هي محكمة الموضوع وليس محكمة الرئيس في إطار سلطاته الولائية أو بصفته قاضيا للمستعجلات، مضيفا أن فصل المدعية عن العمل لم يكن توففا مفاجئا، وأن حسابها البنكي بقي متواترا وبصفة عادية ومنتظمة في مفرداته مما يبقى معه العسر المدعى غير ثابت. والتمس الحكم أساسا بعدم الاختصاص لفائدة قضاء الموضوع، واحتياطيا عدم قبول الدعوى واحتياطيا أكثر الحكم برفض الطلب.

عقبت المدعية أن البت في الطلب من اختصاص رئيس المحكمة نظرا للطابع الاستعجالي الذي تكتسيه هذه النوعية من القضايا وهو ما استقرت عليه محكمة النقض في القرار الصادر عنها بتاريخ 2014/06/19 تحت رقم 366 في الملف رقم 2014/1/3/520 منشور بالنتقرير السنوي لمحكمة النقض سنة 2014، ملتمة الحكم وفق طلبها مرفقة تعقيبها بصورة شمسية لحكم اجتماعي صدر لفائدتها.

وبعدما أكد المدعى عليه ما سبق تقرر بجلسة 2019/08/07 حجز القضية للتأمل لجلسة 2019/08/15 .

وبعد التأمل

حيث يهدف طلب المدعية إلى الأمر بإيقاف التزاماتها الناتجة من عقد القرض المبرم مع المدعى عليه إلى حين انتهاء الأزمة المالية التي تمر منها على ألا تتجاوز مدة الإيقاف سنتين ابتداء من حلول أول قسط بقي بدون أداء.

وحيث الثابت من وثائق الملف أن المدعية أبرمت مع المدعى عليها عقد قرض بمقتضاه استفادات من قرض عقاري بمبلغ 190.000 درهم.

وحيث أن المدعية توقفت عن العمل نتيجة طردها من طرف مشغلتها حسب الثابت من الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2018/12/13 في ملف نزاعات الشغل رقم 17/315.

وحيث تنص المادة 149 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه:

« بالرغم من أحكام الفقرة 2 من الفصل 243 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يمكن ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ المستحقة لا تترتب عليها فائدة طيلة مدة المهلة القضائية، ويجوز للقاضي، علاوة على ذلك، أن يحدد في الأمر الصادر عنه كيفيات أداء المبالغ المستحقة عند انتهاء أجل وقف التنفيذ، دون أن تتجاوز الدفعة الأخيرة الأجل الأصلي المقرر لتسديد القرض بأكثر من سنتين.

وحيث لما كان توقيف المدعية عن العمل حالة اجتماعية غير متوقعة، فإنه يتعين تطبيقا للمقتضى أعلاه إيقاف التزاماتها الناتجة عن عقد القرض الذي يربطها مع المدعى عليه.

وحيث إن المدعية بادرت إلى تقديم دعوى في مواجهة مشغلته لأجل أداء التعويضات المستحقة لها قانونا عن الفصل من العمل حسب الثابت من الحكم المشار إليه أعلاه، مما يقتضي تمديد فترة وقف التنفيذ إلى حين تسلمها المبالغ المحكوم بها لفائدتها وذلك ابتداء من تاريخ توقفها عن أداء قسط القرض على ألا تتجاوز هذه الفترة سنتين.

وحيث أن النفاذ المعجل مقرر بقوة القانون.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل مصائبها.

وتطبيقا للفصول: 1، 32، 37، 38، 39، 50، 124، 149، 448 من قانون المسطرة المدنية، وللمقتضيات المادة 149 من القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

لهذه الأسباب

ونحن نبت علنية ابتدائيا وحضوريا

تأمر بوقف التزامات المدعية المترتبة عن عقد القرض الذي أبرمته مع المدعى عليه مؤقتا وذلك ابتداء من توقفها عن أداء قسط القرض إلى غاية اقتضاءها التعويضات المحكوم بها لفائدتها على ألا تتجاوز فترة الإمهال القضائي سنتين، مع وقف احتساب الفوائد طيلة الفترة المذكورة، وشمول الأمر بالتنفيذ المعجل، وتحميل المدعى عليه الصائر. وبهذا صدر الأمر في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

حكم المحكمة الابتدائية بالرباط

عدد: 1144

المؤرخ في: 03 يونيو 2021

ملف: مدني وأكرية

عدد: 2020/1201/1637

بين:

السيد ع ج ب في شخص ممثلة بوكالة السيد ح ب

ضد

ج ن ت ج في شخص رئيسها السيد م وأعضاء مكتبها المسير

القاعدة

يتعين التصريح ببطلان الجمعية المؤسسة على غاية غير محققة قانونا طبقا للفصل 3 من القانون المنظم للحق في تأسيس الجمعيات، وعلى أساس باطل لعدم وجود أي رابط بينها وبين المسجد الذي بناه المدعي، ولغاية غير صحيحة لمخالفتها للمقتضيات القانونية المنظمة لتدبير الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي لاسيما مدونة الأوقاف، إذ جعل المشرع تأسيس الجمعية منحصرًا في المحسنين الراغبين في بناء المسجد وليس تسيير مسجد تم بناؤه من طرف الغير، هذا فضلا عن وضع القانون المذكور لإجراءات يتعين على الجمعية الالتزام بها، والتي لا يوجد بالملف ما يفيد بأن المدعى عليها قامت بها. كما يترتب عن صفة الوقف العام للمسجد تولى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وحدها إدارته وتدبير أمواله بصريح المادة 60 من مدونة الأوقاف، والتي وضعت مسطرة خاصة لتسيير وتدبير الأموال الموقوفة وقفا عاما بمقتضى المادة 61 منها، في حين أن الجمعية تقوم بشكل تلقائي بتحصيل الواجبات الكرائية عن الشقق والمحلات التجارية المحيطة والتابعة للمسجد، وجعلتها من مواردها دون أن تكون لها الصفة للقيام بهذه المعاملات مادامت لم تدل بما يفيد التفويض لها من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بصفتها الجهة الوحيدة المخول لها قانونا القيام بهذه المهام لتقوم مقامها بهذه المهام ولا بما يفيد إبرام أي اتفاقية تسيير مع الوزارة الوصية متجاوزة المسطرة المنصوص عليها في المادة 61.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 20 شوال 1442 (3 يونيو 2021) في جلستها العلنية الحكم الآتي نصه:

بين : السيد ع ج ب في شخص ممثلة بوكالة السيد ح ب
عنوانه: النقطة الكيلومترية 6.5 طريق زعير الرباط
ينوب عنه الأستاذ محمد واحي المحامي بهيئة مكناس

مدعي من جهة

وبين: ج ن ت ج في شخص رئيسها السيد م وو أعضاء مكتبها المسير
مقرها الكائن بشارع محمد السادس كلم 6 زنقة بني مسكين الرباط
ينوب عنها الأستاذ المعطي الأيوبي المحامي بهيئة الرباط

مدعي عليها من جهة أخرى

بحضور : السيد وزير الداخلية بمكتبه بالرباط
السيد والي جهة الرباط سلا القنيطرة وعامل صاحب الجلالة على عمالة الرباط ينوب
عنه الأستاذ عبد الفتاح زهراش المحامي بهيئة الرباط
النيابة العامة في شخص السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعي بواسطة نائبه إلى كتابة الضبط بهذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 25-12-2020، عرض فيه بأن بنى مسجدا على عقاره المحفظ المسمى المنظر الجميل ذي الرسم العقاري عدد 14198-50 الكائن بطريق زعير زنقة بني مسكين يسمى مسجد النصر كما حبس عمارة تقع بحي أكدال زنقة واد زيز رقم 16 على هذا المسجد لتكون مداخل أكرية السكن بها ومحلاتها التجارية وأكرية المحلات التجارية الكائنة بمحيط المسجد مخصصة لتدبير مصروفات المسجد من صيانة وأداء أجور الإمام والمأموم والحراس إلى غير ذلك من المستلزمات، وقد تفاجأ بكون جمعية قد أسست وجعلت من أهدافها الإشراف على حسن وتسيير مسجد النصر والاهتمام بالفضاءات المحيطة بالمسجد وصيانة المرافق التابعة للمسجد وذلك وفق ما استطاع الوصول إليه من صور عن القانون الأساسي لهذه الجمعية التي تشير في الفصل

الخامس إلى أهداف الجمعية وما علق من إعلانات على باب المسجد وخلال بحثه توصل إلى كون الجمعية تتوفر على وصل رسمي من السيد والي جهة الرباط سلا القنيطرة تحت عدد 1036 ق.ش.ت/م.ت.ح.ع بتاريخ 15 غشت 2019 وأن هذه الجمعية أصبحت تمارس دون وجه حق مهام جمعية مالكة للمحلات السكنية والتجارية وأصبحت تفوت الأصول التجارية بملايين الدراهم دون التوفر على الصفة التي تمنحها هذه الصلاحية وأنها تمارس التماس الاحسان وتلقي الصدقات والهبات والزكاة دون التوفر على الرخصة اللازمة وقد توجه بشكاية في الموضوع بتاريخ 19-09-2019 تحت عدد 660-3101-2019 وأن جعل هدف الجمعية هو تسيير المسجد هدف لا يستقيم وظروف الحال خاصة وأنه وهب من ماله الخاص عمارة بحي أكدال لتكون مداخل أكريتها لفائدة المسجد وأن الجمعية أصبحت تحقق أرباحا من خلال تفويت الأصول التجارية مستغلة كبر سنه وخرقت مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.58.376 الذي يضبط بموجبه حق تأسيس الجمعيات خاصة الفصل 1 منه وأن الجمعية قد أسست لغاية غير متحققة قانونا طبقا للفصل 3 من هذا القانون وأن الجمعية لا تتوفر على أساس لعدم وجود رابط بينها وبين المسجد الذي بناه ويسيره بواسطة أشخاص منتدبين لذلك وأن جعل الجمعية هدفها الأساسي تسيير مسجد النصر يجعلها أساسها باطلا، ملتصا التصريح ببطلان ج ن ت ث ج ذات الترخيص الإداري عدد 11036 ق.ش.د.م.ت.ح.ع المؤرخ في 15 غشت 2019 مع الأمر بتصفية أموالها وفق القانون مع النفاذ المعجل وتحميله الصائر. وبناء على مذكرة نائب المدعي بجلسة 11-02-2021 أدلى بمقتضاها بشهادة الملكية ونسخة من العقد التوثيقي ومحضر معاينة والقانون الأساسي للجمعية وصورة شمسية من الانذار بالإفراغ وصورة من توصيل رسمي من السيد والي جهة الرباط سلا القنيطرة وصورة من إنذار وصورة من وصل كراء مسلم من طرف الجمعية لأحد المكترين وصورة من شكاية للسيد وكيل الملك. وبناء على جواب نائب ولاية جهة الرباط سلا القنيطرة في شخص السيد الوالي بجلسة 11-03-2021 عرض فيه بأنه لا علاقة له بالنزاع ملتصا إخراجة من الدعوى. وبناء على مذكرة نائب المدعي بجلسة 11-02-2021 أدلى بمقتضاها بمحضر الضابطة القضائية الذي يؤكد ما جاء بمقاله ويتضمن اعترافات وإقرار المدعى عليه بأنه أنشأ الجمعية لتسيير المسجد بعد أن تم عزله من طرفه من التسيير وأقر بتوصله عن طريق الجمعية بأكرية العقارات ومبالغ بيوع الأصول التجارية وأكد المكثرون ذلك. وبناء على جواب نائب المدعي عليها بجلسة 25-03-2021 عرض فيها بأن الدعوى غير مقبولة شكلا لكون المدعي لا صفة له في طلب حل الجمعية التي أسست بصفة نظامية بعد حصولها على وصل نهائي لتأسيس الجمعية وهو وصل لم يكن موضوع طعن وهذا يعتبر إقرارا منه بشرعية تأسيس الجمعية وأنه طبقا للمادة 3 مكرر من مدونة الأوقاف فإنه عندما يكون

طلب بناء أحد الأماكن المشار إليها مقدما من لدن المحسنين فإنه يجب أن يكونوا جمعية لهذا الغرض تنشأ طبقا لأحكام ظهير تنظيم حق تأسيس الجمعيات وأن طلب حل الجمعية غير مقبول شكلا لمخالفته للمادتين 3 مكرر و6 من مدونة الأوقاف وتعدم بذلك صفته في الدعوى واحتياطيا فإنه طبقا للمادة 36 من ظهير الجمعيات فإن الجمعيات تحل نهائيا بقرار من الجمع العام أو بتوقيف نشاطها كليا ونهائيا وتحول موارد الجمعية في حالة حلها إلى جمعية مماثلة لها في الأهداف وأن طلب المدعي لا يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 36 ملتصقا برفض الطلب.

وبعد أن حضر الأستاذ وحي وتسلم نسخة من المذكرة أكد سابق الكتابات، فقررت المحكمة اعتبار القضية جاهزة وحجزها للتأمل لجلسة 01-04-2021. وبناء على مذكرة نائب المدعي عليها أثناء التأمل أدلى بمقتضاها بنسخة من الوصل النهائي لتأسيس الجمعية ونسخة من القانون الأساسي وصورة من مدونة الأوقاف. وبناء على مذكرة نائب المدعي المدلى بها بجلسة 15-04-2021 التمس فيها إدخال وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 20-05-2021 ألقى بالملف شهادة التسليم تفيد توصل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وتخلفت عن الحضور وحضر الأستاذ وحي وأدلى بمذكرة تنازل عن إدخال ناظر الأوقاف في الدعوى وألقى بالملف مذكرة الأستاذ الأيوي مرفقة بشهادة وفاة المدعي. فقررت المحكمة اعتبار القضية جاهزة وحجزها للتأمل قصد النطق بالحكم لجلسة 27-05-2021 وتم تمديده لجلسة 03-06-2021.

وبعد التأمل

في الشكل: حيث دفعت المدعى عليها بانعدام صفة المدعي في الدعوى استنادا الى مقتضيات المادة 3 مكرر والمادة 6 من مدونة الأوقاف.

وحيث إن ما استند إليه المدعى عليه في دفعه غير مطابق للمقتضيات القانونية المحال عليها، ولا يوجد أي مقتضى من المقتضيات التي أوردها المدعى عليه في مذكرته مطابقا لما هو منصوص عليه الظهير الشريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف المنشورة بالجريدة الرسمية عدد 5847 (14 يونيو 2010) ص 3154، ويكون الدفع بذلك مردودا.

حيث قدمت الدعوى مستوفية للشروط المتطلبة قانونا ومؤداة عنه الرسوم القضائية ويتعين التصريح بقبولها شكلا.

في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم ببطلان جمعية مع الأمر بتصفية أموالها وفق القانون مع النفاذ المعجل وتحميلها الصائر.

حيث أسس المدعي طلبه على أن الجمعية أسست على غاية غير محققة قانونا طبقا للفصل 3 من القانون المنظم للحق في تأسيس الجمعيات، وأنها مؤسسة على أساس باطل لعدم وجود أي رابط بينها وبين المسجد الذي بناه المدعي على عقاره ذي الرسم العقاري عدد 50-14198 وحبس عمارة على هذا المسجد لتكون مداخيل أكريتها ومداخيل أكرية المحلات المجاورة للمسجد مخصصة لتدبير مصروفات المسجد وغيرها من المستلزمات. وحيث يتبين من النظام الأساسي للجمعية والوصل النهائي المتعلق بها بأنه تم بتاريخ ماي 2019 تأسيس جمعية تحمل اسم « ج ن ت ج بالرباط ».

في حين أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 3 مكرر من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 الصادر في 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 29.04، يتبين بأنها نصت على أنه: «عندما يكون طلب بناء أحد الأماكن المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، مقدما من لدن محسنين، يجب على هؤلاء أن يكونوا جمعية لهذا الغرض... أي أن المشرع جعل تأسيس الجمعية منحصر في المحسنين الراغبين في بناء المسجد وليس تسيير مسجد تم بناؤه من طرف الغير، هذا فضلا عن وضع القانون المذكور لإجراءات يتعين على الجمعية الالتزام بها كالحصول على شهادة المطابقة وترخيص العامل للحصول على الالتماس العمومي وتوفر الجمعية على حساب بنكي وكذا إبرام اتفاقية لغرض تسيير المسجد مع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بعد استشارة الإدارات المعنية، وهي الإجراءات التي لا يوجد بالملف ما يفيد بأن المدعى عليها قامت بها، ولا يغني حصولها على وصل نهائي عن الالتزام بالشروط المذكورة بالنظر لخصوصية المكان موضوع التسيير وخضوعه لنظام خاص بها. ذلك أن المسجد يعد وقفا عاما بقوة القانون طبقا للمادة 50 من مدونة الأوقاف التي تنص على أنه: تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها. يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثلة القانوني. وحيث يترتب عن صفة الوقف العام تولي وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وحدها إدارته وتدبير أمواله بصريح المادة 60 من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: تجري على الأموال الموقوفة وقفا عاما جميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف. ولهذه الغاية، تكلف إدارة الأوقاف بتدبير هذه الأموال واستثمارها وفق القواعد المنصوص عليها في هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها».

وحيث يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة طبقا للمادة 51 من المدونة .

وحيث إنه من شروط تأسيس الجمعيات أن تؤسس على سبب صحيح في حين أن السبب والغاية التي أسست من أجلها الجمعية تحددت وفق نظامها الأساسي في الإشراف على تدير وتسيير مسجد النصر والاهتمام بالفضاءات المحيطة به وصيانة المرافق التابعة للمسجد .

وحيث جعلت هذه الجمعية مواردها تتكون من عائدات المرافق المكررة التي تحيط بالمسجد وأنشطتها وممتلكاتها والإعانات العمومية وإعانات القطاع الخاص ومساعدات جهات أجنبية أو منظمات دولية حكومية أو غير حكومية وغيرها، في حين أنه باستقراء مقتضيات مدونة الأوقاف يتبين بأنها وضعت مسطرة خاصة لتسيير وتدير الأموال الموقوفة وقفا عاما بمقتضى المادة 61 من المدونة وتتمثل على الخصوص في إجراءات السمسرة أو طلب العروض، مع اشتراط التقيد بمبادئ المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والالتزام بقواعد الشفافية والإشهار المسبق. في حين أن الجمعية تقوم بشكل تلقائي بتحصيل الواجبات الكرائية عن الشقق والمحلات التجارية المحيطة والتابعة للمسجد كما هو ثابت من محاضر الاستماع للمكترين المنجزة من طرف الضابطة القضائية وجعلتها من مواردها دون أن تكون لها الصفة للقيام بهذه المعاملات مادامت لم تدل بما يفيد التفويض لها من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بصفتها الجهة الوحيدة المخول لها قانونا القيام بهذه المهام لتقوم مقامها بهذه المهام ولا بما يفيد إبرام أي اتفاقية تسيير مع الوزارة الوصية وتكون بذلك الجمعية قد تجاوزت المسطرة المنصوص عليها في المادة 61 من المدونة.

وحيث إنه بناء على كل ما سبق يتبين بأن الجمعية المدعى عليها مؤسسة لغاية غير صحيحة لمخالفتها للمقتضيات القانونية المنظمة لتدير الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي لاسيما مدونة الأوقاف ويتعين بذلك التصريح ببطئها.

وحيث إن خاسر الدعوى بتحمل بصائرهما.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة وهي تبت في القضايا المدنية بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا.

في الشكل: بقبول الدعوى.

في الموضوع: الحكم ببطئان ج ن ت ج وترتيب الآثار القانونية وتحميل المدعي عليه الصائر.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه وكانت المحكمة تتركب من:

الأستاذة لمياء أو بوزور القاضية المكلفة

السيدة فاطمة عفيفي كاتبة الضبط

حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات

عدد: 109

المؤرخ في: 07 أبريل 2016

ملف: عقاري

عدد: 17/1402/2016

بين:

خ ب بصفته وكيلًا عن ب ا

ضد

1. أ ل

2. ح م

ينوب عنه: الأستاذ مولاي عبد النبي ناصر الدين المحامي بهيئة المحامين بالرباط

3. ا م

ينوب عنها: الأستاذ محمد عادل بنكيران المحامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء

4. ف ق

5. ح ج

6. ف ز ج

7. ع ج

ينوب عنهم: الأستاذ أحمد الحريري بهيئة المحامين بالرباط

وبيين:

1. م ز العدل المنتصب للإشهاد بدائرة المحكمة الابتدائية بسلا

2. ع ل ت العدل المنتصب للإشهاد بدائرة المحكمة الابتدائية بسلا

3. المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بتيفلت

القاعدة

لئن كانت الدعوى ترمي إلى إبطال وإبطال رسم الوكالة موضوع النزاع، وأن مكان إقامة المدعى عليه (الوكيل) يوجد بمدينة مكناس، فإن النزاع برمته إنما يهدف إلى التشطيب على البيوعات العقارية التي أبرمت بشأن الرسمين العقاريين اللذان يتواجدان بدائرة نفوذ هذه المحكمة، مما يجعل الدعوى في حقيقتها دعوى عينية مختلطة تخضع لاختصاص هذه المحكمة.

تعتبر الوكالة ورقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالنزور طبقا لمقتضيات الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود، ما دامت - الوكالة موضوع النزاع - قد تم تحريرها من طرف العدلين وخاطب

عليها قاضي التوثيق، اللذين ذكرا في عقد الوكالة أن المدعي قد حضر عندهما ساعة إبرام التصرف وأدلى ببطاقة تعريفه الوطنية، وأشهد على نفسه أنه وكل الطرف المدعى عليه (أ م) ليقوم نيابة عنه ببيع العقاريين السالفي الذكر، ولا دليل في الملف يفيد أنه فعلا كان في الخارج ساعة إبرام عقد الوكالة، والبين من خلال وثائق الملف أن المدعي لم يثبت الوقائع التي بنى عليها طعنه في عقد الوكالة، وأن الأصل في التصرفات هو الصحة إلا أن يثبت العكس من طرف من يتمسك بخلاف الأصل.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 07 أبريل 2016

إن المحكمة الابتدائية بالخميسات

في جلستها العلنية المنعقدة للبت في قضايا العقار المحفظ، أصدرت الحكم الآتي نصه:

بين: خ ب بصفته وكيلًا عن ب ا

عنوانه: المدينة الخضراء كواف سيتي فيلا 8 بوسكورة الدار البيضاء

ينوب عنه: الأستاذ النقيب أقديم محمد المحامي بهيئة المحامين بالرباط

المدعي

وبين:

1 - أ ل عنوانه: الحي العسكري البساتين رقم 111 مكناس

2 - ح م عنوانه: زنقة البلبل رقم 155 حي كريمة

ينوب عنه: الأستاذ مولاي عبد النبي ناصر الدين المحامي بهيئة المحامين بالرباط

3 - ا م عنوانها: حي شبه الجزيرة رقم 114 سيدي علال البحراري

ينوب عنها: الأستاذ محمد عادل بنكيران المحامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء

4 - ف ق عنوانها: حي شبه الجزيرة سيدي علال البحراري

5 - ح ج عنوانه: حي بدر إقامة الواحة زنقة التهامي الهاروشي رقم 8 فاس

6 - ف ز ج عنوانها: حي بدر إقامة الواحة زنقة التهامي الهاروشي رقم 8 فاس

7 - ع ج عنوانه: حي بدر إقامة الواحة زنقة التهامي الهاروشي رقم 8 فاس

ينوب عنهم: الأستاذ أحمد الحريري المحامي بهيئة المحامين بالرباط

المدعى عليهم

وبين:

- 1 - م ز العدل المنتصب للإشهاد بدائرة المحكمة الابتدائية بسلا
- 2 - ع ل ت العدل المنتصب للإشهاد بدائرة المحكمة الابتدائية بسلا
- 3 - المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بتيفلت

المطلوب حضورهم

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي

للدعوى المقدم من طرف المدعي بواسطة نائبه إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 30 دجنبر 2015، مؤدى عنه، عرض فيه أنه يملك عقارين الأول المسمى كوميز A86 ذي الرسم العقاري عدد 16/37066 الكائن بتيفلت سيدي علال البحرأوي والثاني المسمى كوميز A87 ذي الرسم العقاري عدد 16/37067 الكائن بتيفلت وأنه يقيم بالديار الأمريكية وأنه تقاجئ بكون عاقريه تم تقويتها عن طريق البيع وتقيدهما بالرسم العقاري، بناء على عقد وكالة يوكل بموجبها أ ل ليقوم مقامه بجميع أنواع التصرفات في شأن العقار المذكور، وأنه لم يوكل أي شخص كما لا يعلم مضمون الوكالة خاصة أنه بتاريخ تحرير الوكالة 2014/12/19 كان قد غادر المغرب بتاريخ 2014/12/16 حسب تأشيرة خروجه من مطار محمد الخامس، وأنه يطعن في الوكالة لأنها غير صادرة عنه، وأن المشرع رتب جزاء البطلان على الالتزامات التي أختل أحد الأركان اللازمة لقيامها لما ينص عليه الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود، وأن مقتضيات الفصل 311 من ق.ل.ع واضحة وتحيل على الفصول 39 و55 و56 من نفس القانون ويتبين منها أن التصرف القانوني مشوب بعيب الرضى لأنه لم يبرم العقد بل العقد ناتج عن تدليس وأن الرضى يقتضي تراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وباقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية حسب الفصل 19 من ق.ل.ع، وأنه لم يوكل أو يكلف الوكيل المشار له للقيام بعملية البيع وأنه لم يتفق على أي شرط من الشروط وبالتالي فالوكالة مختلقة بدليل عدم وجوده في المغرب وعدم إعطاء الوكالة للمدعى عليه، والتمس الحكم بإبطال وبطلان رسم الوكالة العدلية المنجزة بتاريخ 2014/12/16 لزوريته وعدم مطابقتها للحقيقة والواقع، والتشطيب على كل البيوعات المسجلة باسم المدعى عليهم تحت غرامة تهديدية قدرها 1000 درهم من تاريخ الامتناع عن التنفيذ، وأمر السيد المحافظ بتيفلت بالتشطيب على جميع التقييدات اللاحقة المقيدة بالرسم العقاريين كوميز A86 و A87، وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، وترتيب كل الآثار القانونية وتحميل المطلوب ضدهم

الصائر، وأدلى صورة لجواز السفر، عقود بيع، شهادتي الملكية، نسخة من وكالة خاصة، فأجابت المدعى عليها م أن المدعى عليه أ ل يسكن بمدينة مكناس وأن الوكالة أنجزت بسلا وأنها تسكن بسيدي لال البحراري التابع لدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، ملتزمة التصريح بعدم الاختصاص المكاني وإحالة الملف على المحكمة الابتدائية بالقنيطرة وإن اقتضى الحال على المحكمة الابتدائية بمكناس واحتياطيا على المحكمة الابتدائية بسلا المختصة مكانيا للبت في الطلب، وأن الدعوى قدمت من طرف وكيل المدعي دون الإدلاء بوكالة مما يجعل الدعوى معيبة شكلا وخارقة لمقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، وأن الوثائق المدلى بها من طرف المدعي عديمة الحجية لكونها مجرد صورة شمسية وذلك تماشيا مع الفصل 440 من ق.ل.ع وأنها لا علاقة لها بالمدعي أو بوكيله لأنها اشترت بحسن نية العقار بعد استرسال بيعه وشرائه من عند مجموعة من المشتريين وبالتالي يكون شرائها سليما وغير مشوب بأي شائبة وهي بالتالي تعتبر مشتريه بحسن نية ولا يمكن بأي حال من الأحوال مواجعتها بأي بطلان، وأن الطلب جاء خارقا لمقتضيات الفصل 419 من ق.ل.ع ذلك أن الوكالة موضوع النزاع تعتبر ورقة رسمية منجزة من طرف عدلين وهي وثيقة لا يطعن فيها إلا بالنزور، وأن الخصم اكتفى بتقديم الدعوى دون الطعن بالنزور الفرعي في الوكالة أو تقديم شكاية بذلك أمام السيد الوكيل العام من أجل تزوير محرر رسمي طبقا للفصل 354 من القانون الجنائي أو على الأقل الطعن بالنزور الأصلي أو الفرعي في الوكالة، وأن المادة 311 من ق.ل.ع نصت على تقادم جميع دعاوى الإبطال في مدة سنة، وأن الوكالة أنجزت في 2014/12/19 وتقدم المدعي بدعواه في 2015/12/30 أي بعد فوات أجل السنة، وأن المدعي لم يحدد وجه الطعن في الوكالة، وأنه من أجل استجلاء الحقيقة فإنها تلتزم إجراء بحث، والتمست أساسا التصريح بعدم الاختصاص المكاني وفق المذكور أعلاه، واحتياطيا التصريح بعدم قبول الطلب واحتياطيا جدا رفض الطلب وأكثر احتياطيا إجراء بحث، كما تقدم السيد المحافظ بجواب بين فيه تاريخ تأسيس الرسميين العقاريين وانتقالهما إلى المدعي تم من بعد ذلك إلى المدعى عليهم، كما أجاب المدعى عليهم ح ج ومن معه بكونهم مجرد مشتريين للعقار من البائع لهم ح م والتمسوا الحكم برفض الطلب، كما تقدم ح م بجواب ذكر فيه أن ح ب تقدم بصفته وكيل عن المدعي بالدعوى دون الإدلاء بوكالة وبالتالي لا صفة له، وأن الدعوى مخالفة لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، وأن الوكالة تضمنت أن المدعي حضر أمام العدول يوم 2014/12/19 وأنه صرح أنه غادر المغرب في 2014/12/16 وأنه دخل يوم 2014/12/18 للمغرب من مطار محمد الخامس كما يستفاد من أوراق جواز السفر المدلى بها من طرفه وبالتالي فالمدعي كان في المغرب يوم 2014/12/19 ولم يكن بأي دولة أخرى وأوراق جوازه تشهد بذلك، وأن هذا التناقض يجعل دعواه باطلة عملا بالقاعدة الفقهية

القائلة أن من تناقضت حججه مع أقواله بطلت دعواه، وأن الدعوى قدمت خارج الأجل كما ينص على ذلك الفصل 311 من ق.ل.ع. وأن الوكالة ورقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور، وأن المدعي لم يثبت بأي وسيلة من وسائل الإثبات خصوصا لما تهاوت أقواله بأنه لم يكن في المغرب، وأنه يمكن للمحكمة الانتقال إلى مدينة سلا لمحكمة الأسرة لمعاينة بصمة المدعي بمذكرة الحفظ للعدلين المحررين للوثيقة، وأنه يعتبر مشتر حسن النية وأن الفصل 477 من ق.ل.ع. جاء فيه: «حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت»، وأن الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري ينص على أنه: «لا يمكن في حال التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة»، وأن محكمة النقض اعتبرت في القرار عدد 170 بتاريخ 2013/3/20 ملف عدد 2012/1/1/2810 غير منشور أن: «تقييد التصرفات والحقوق في الرسوم العقارية قرينة لفائدة الغير حسن النية على صحتها ويبقى له حق التمسك بالفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري»، كما أن المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية تنص على ذلك، وأن المدعي لم يثبت وقوع التدليس أو الزور وبالتالي فلا يمكن الإضرار به لأن نصوص القانون تحميه لحسن نيته، والتمس أساسا عدم قبول الدعوى، واحتياطيا رفض الطلب واحتياطيا جدا معاينة مذكرة الحفظ ومعاينة بصفة معطي الوكالة، وأدلى بصورة من ورقة جواز المدعي، كما أدلى العدلان محمد الزهراوي وعبد الله الثعالبي بإشهاد بأنهما تلقيا الوكالة موضوع الدعوى، فأدرجت القضية بجلسة 24 مارس 2016، حيث حضر ذ بنحيا عن ذ أقديم وتخلف الباقي رغم التوصل كما تخلف الدفاع رغم الإعلام وأكد الحاضر الطلب، حيث تقرر حجز القضية للمداولة والنطق بالحكم لجلسة 07 أبريل 2016.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الاختصاص المكاني:

حيث ينص الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع، وأنه لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية».

يجب على من يثير الدفع أن يبين المحكمة التي ترفع إليها القضية وإلا كان الطلب غير مقبول.

إذا قبل الدفع رفع الملف إلى المحكمة المختصة التي تكون الإحالة عليها بقوة القانون وبدون صائر.

يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من لدن قاضي الدرجة الأولى».

وحيث إنه لئن كانت الدعوى ترمي إلى إبطال وبطلان رسم الوكالة موضوع النزاع، وأن مكان إقامة المدعى عليه (الوكيل) يوجد بمدينة مكناس، فإن النزاع برمته إنما يهدف إلى التشطيب على البيوعات العقارية التي أبرمت بشأن الرسمين العقاريين اللذان يتواجدان بدائرة نفوذ هذه المحكمة، مما يجعل الدعوى في حقيقتها دعوى عينية مختلطة تخضع لاختصاص هذه المحكمة، وأنه بخصوص تواجد المدعى عليها م بسيدي علال البحراوي فإن هذه المدينة إنما تدخل في دائرة هذه المحكمة وليس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، كما أنه إبرام رسم الوكالة بمدينة سلا لا يجعل المحكمة الابتدائية بهذه المدينة مختصة مكانيا للبت في النزاع، ما دامت الغاية من بطلان الوكالة هي التشطيب على عقود البيع المقيدة بالرسمين العقاريين المتواجدين داخل نفوذ هذه المحكمة، مما يجعل الدفع بعدم الاختصاص المكاني غير مؤسس قانونا، ويتعين رده.

في الشكل: حيث إنه لئن كان الطرف المدعي لم يدل للمحكمة بما يفيد وكالته على المسمى بوزكري ادروش، فإن الدفع بانعدام صفته في النزاع يبقى غير مؤسس، أمام عدم ثبوت تضرر الطرف المدعى عليه من ذلك، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه لا دفع بدون ضرر، مما يجعل الدفع المذكور غير مؤسس قانونا ويتعين رده.

وحيث قدمت الدعوى مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها قانونا، مما يتعين معه التصريح بقبولها من هذه الناحية.

في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم بما هو مسطر أعلاه.

وحيث بنى المدعي دعواه الرامية إلى بطلان عقد الوكالة على أساس أنه لم يكن موجودا عند إبرام الوكالة موضوع النزاع بالمغرب، وأنه كان متواجدا بالولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 2014/12/16، وأن الوكالة أبرمت بتاريخ 2014/12/19، مما يجعلها باطلة.

وحيث إنه بالرجوع إلى الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود نجد أنه ينص على أن «الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده» كما نص الفصل 880 من نفس القانون على أنه «يلزم لصحة الوكالة، أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه، كما جاء في الفصل 881 على أنه «تبطل الوكالة: أ - إذا كان محلها مستحيلا أو مبهما إبهاما فاحشا؛ ب - إذا كان محلها أعمالا مخالفة للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية، وأنه بالاطلاع على أوراق الدعوى لا سيما الصور المدلى بها من طرف

المدعي الخاصة بجواز سفره يتبين أنه دخل إلى المغرب في 2014/12/18، وبالضبط من مطار محمد الخامس، وعقد الوكالة أبرم في 2014/12/19، ولا دليل في الملف يفيد أنه فعلا كان في الخارج ساعة إبرام عقد الوكالة، فضلا عن أنه بالرجوع إلى عقد الوكالة يتبين أن العدلين اللذين حررا العقد المذكور قد ذكرا فيه أن المدعي قد حضر عندهما ساعة إبرام التصرف وأدلى ببطاقة تعريفه الوطنية، وأشهد على نفسه أنه وكل الطرف المدعى عليه أ م ليقوم نيابة عنه ببيع العقاريين السالفي الذكر، وأنه مادامت الوكالة موضوع النزاع قد تم تحريرها من طرف العدول وخاطب عليها قاضي التوثيق فإنها تعتبر ورقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلى بالزور طبقا لمقتضيات الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أن «الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور. إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور. ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة، وأن البين من خلال وثائق الملف أن المدعي لم يثبت الوقائع التي بنى عليها طعنه في عقد الوكالة، وأن الأصل في التصرفات هو الصحة إلا أن يثبت العكس من طرف من يتمسك بخلاف الأصل، وأنه بخصوص عقود البيع التي أبرمت بشأن العقاريين السالفي الذكر، فإنها تبقى صحيحة أمام عدم ثبوت كون الوكالة التي على أساسها تم البيع مزورة فضلا عن أنه طبقا للفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 فإن 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، وأنه لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة، وأن الأصل هو حسن النية، مما يجعل الطلب غير مؤسس قانونا، ويتعين الحكم برفضه، مع تحميل رافعه المصاريف، طبقا لمقتضيات الفصل 124 من قانون المسطرة المدنية.

وتطبيقا للفصول 1-31-32-50-119 إلى 123 من قانون المسطرة المدنية، ومقتضيات قانون الالتزامات والعقود.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة في جلستها العلنية ابتدائيا وغاييا بالنسبة م أ وحضوريا بالنسبة للباقي
في الشكل: قبول الدعوى
في الموضوع: رفض الطلب، مع تحميل رافعه المصاريف.

بهذا صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه بقاعة
الجلسات الاعتيادية للمحكمة الابتدائية بالخميسات وهي مترتبة من السادة:

الأستاذ/ ميمون الهواري: رئيسا

الأستاذ/ بوعبيد الترابي: عضوا مقررا

الأستاذ/ امجيد بن شيخ: عضوا

وبمساعدة السيدة: ربيعة أتلى : كاتبة للضبط

كاتبة الضبط

المقرر

الرئيس



عين على الدوريات والمذكرات

دورية مشتركة

لوزيرة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة ووزير الداخلية ووزير
الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات

المؤرخة في: 29 أبريل 2022

الموضوع: حول شهادة عدم الصبغة الفلاحية

سلام تام بوجود مولانا الإمام دام له النصر والتمكين؛

وبعد . وكما تعلمون، ورغبة من المشرع المغربي في تحقيق متطلبات السيادة العقارية على الأراضي الفلاحية، فقد قيد تملك الأجانب للعقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة خارج الدوائر الحضرية بمجموعة من الشروط والقيود الإجرائية، والتي ضمنها في مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية. تتمثل أساسا في الظهير الشريف رقم 1.63.288 بشأن مراقبة العمليات العقارية الواجب إنجازها من طرف بعض الأشخاص والمتعلقة بالأحكام الفلاحية القروية، والذي اشترط ضرورة التوفر على رخصة إدارية كمستند رئيسي من أجل توثيق عمليات كراء أو اقتناء العقارات الفلاحية المعدة للفلاحة الواقعة خارج الدوائر الحضرية إذا كان أحد طرفي العقد أجنبيا.

ولأجل نفس الغاية، وترسيخا للسيادة العقارية، تم إصدار الظهير الشريف رقم 1.63.289 بتحديد الشروط التي تسترجع الدولة بموجبها أراضي الاستعمار، والظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.213 بتاريخ 2 مارس 1973 تنقل بموجبه إلى الدولة ملكية العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة التي يملكها أشخاص ذاتيون أجانب أو أشخاص معنويون .

ويعتبر الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.645 الصادر بتاريخ 23 أبريل 1975 والمتعلق باقتناء العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة خارج الدوائر الحضرية، النص القانوني الرئيسي الذي يحصر صراحة اقتناء العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة الكائنة كلاً أو بعضاً خارج الدوائر الحضرية على الأشخاص الذاتيين أو المعنويين المغاربة مستثيا بذلك الأجانب والشركات ذات الأسهم.

هذا، ويحكم الحركية التي عرفها مجال الاستثمار ببلادنا وما استتبعها من وجوب مواءمة المنظومة القانونية وأهداف الجذب والحفز الاستثماري، صدر المرسوم رقم 2.04.683 بتاريخ 29 دجنبر 2004، المتعلق باللجنة الجهوية المكلفة ببعض العمليات العقارية، والذي نص على إمكانية اقتناء الأشخاص الذاتيين الأجانب أو الشركات بالأسهم أو شركات يكون مجموع رأسمالها أو جزء منه بيد أشخاص أجانب للعقارات المذكورة. وذلك قصد إنجاز مشاريع استثمارية غير فلاحية شريطة الحصول على شهادة عدم الصبغة الفلاحية، وهو الاختصاص الذي أضحي منوطا باللجن الجهوية الموحدة للاستثمار المحدثة بموجب القانون رقم 47.18 الصادر بتاريخ 13 فبراير 2019.

ويتعين التذكير في هذا الإطار، أنه وخلافا للمقتضيات السالفة الذكر، فقد تم بتاريخ 29 يونيو 2001 إصدار دورية لوزير الفلاحة رقم 2694، تنص على عدم فرض شهادة عدم الصبغة الفلاحية في مجموع المعاملات العقارية بالنسبة للأجانب في العقارات الواقعة خارج الدوائر الحضرية موضوع رخصة السكن أو عقارات مبنية واقعة في مناطق مشمولة بتصميم التهيئة، وهو الإجراء التنظيمي الذي تم إلغاؤه بمقتضى رسالة عدد 2695 بتاريخ 17 ماي 2005 صدرت عن وزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري. وكذا بموجب المذكرة المصلحية للمحافظة العقارية تحت عدد 2227 بتاريخ 10 يونيو 2005، والتي تقضي بوجوب التقيد بمقتضيات المرسوم رقم 2.04.683 المشار إليه أعلاه.

وفي إطار الدينامية المتسارعة التي يعرفها قطاع الاستثمار ببلادنا، صدر بتاريخ 22 يوليوز 2021 القانون رقم 62.19 يتعلق بسن مقتضيات خاصة تتعلق بإمكانية اقتناء شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم عقارات فلاحية أو قابلة للفلاحة خارج الدوائر الحضرية، وقد تضمنت المقتضيات الواردة به تعديلات مهمة تم بموجبها إضافة شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم الخاضعين للتشريع المغربي إلى قائمة الأشخاص الاعتباريين الذين يجوز لهم اقتناء عقارات فلاحية أو قابلة للفلاحة الواقعة خارج الدوائر الحضرية من أجل إنجاز استثمارات فلاحية، مع حصول الشركة المعنية على الموافقة المسبقة بالاقتناء، من اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار المنصوص عليها في القانون رقم 47.18 المشار إليه أعلاه.

ويجدر التوضيح في هذا السياق، أن تعدد المنظومة التشريعية والتنظيمية والإجرائية المرتبطة بموضوع الدورية أفضى إلى اختلاف في التفسير بين:

- عدم حجية ومنطقية مطالبة الأشخاص الأجانب بالإدلاء بشهادة عدم الصبغة الفلاحية بالنسبة للعقارات الموجودة بمناطق مشمولة بوثيقة تعمير تنزع عنها الصبغة الفلاحية، أو بتجزئات عقارية مفرزة الرسوم أو مشاريع مندمجة مرخصة؛

- ووجوب مطالبة الأجانب، عند طلب اقتناء العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة الواقعة كلاً أو جزء خارج المدار الحضري، بالحصول، في جميع الحالات، على شهادة عدم الصبغة الفلاحية، وذلك في تقييد صارم بالمقتضيات القانونية الجاري بها العمل. ومن هذا المنظور، وبغرض توضيح الإجراءات الواجب اتخاذها في هذا الإطار، فإنه يتعين عليكم ما يلي :

أ - استحضاراً لوجوب إقرار التوازن بين توفير حد معقول من السيادة العقارية وكذا حفز وتشجيع الاستثمار، فإنكم مطالبون بالاستمرار في اشتراط حصول الأجانب على شهادة عدم الصبغة الفلاحية مع تسليمها التلقائي عند طلب اقتناء الأجانب للعقارات الواقعة خارج المجال الحضري، والناتجة عن تجزئات سكنية مرخصة ومسلمة ومفرزة الرسوم العقارية أو عند طلب اقتناء بنايات مندرجة في إطار مجموعات سكنية مرخصة ومسلمة ومفرزة الرسوم العقارية.

ب - بالنسبة للعقارات الواقعة خارج المدار الحضري وغير المندرجة في الحالات المذكورة أعلاه فإنكم مدعوون إلى التقييد الصارم بالشروط الواجبة لأجل منح شهادة عدم الصبغة الفلاحية، والمنصوص عليها بموجب الفصل الثالث من المرسوم رقم 2.04.683 المذكور أعلاه، لا سيما ما يلي:

- ضرورة اقتران تسليم الشهادة المذكورة بوجوب إقامة مشروع استثماري غير فلاحي؛
 - عدم تسليم الشهادة بالمناطق ذات المؤهلات الفلاحية العالية؛
 - التأكد من أن العقار لا يوجد داخل المناطق المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الخاصة، ولا سيما قطاعات الضم ودوائر الري، وبأن العقار لم يتم تسليمه في إطار الإصلاح الزراعي؛

- الحرص على إقرار التناسب بين المساحة اللازمة لإنجاز المشروع الاستثماري والمساحة الإجمالية للعقار موضوع الاستفادة من الشهادة المذكورة؛

- تقييم الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للمشروع المراد إنجازه، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار للخصوصية المجالية للمنطقة؛

- الحرص على إنجاز المستثمر لمشروعه في الأجل المحدد، وذلك تحت طائلة اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

ج - الاستناد، في تحديد المدار الحضري، وبصفة حصرية إلى مقتضيات القانون رقم 131.12 المتعلق بمبادئ تحديد الدوائر الترابية للجماعات الترابية، والذي ينص في الفقرة الأخيرة من المادة السابعة منه على أنه : «يحدد داخل كل جماعة معنية، بقرار لوزير

الداخلية، مدار حضري يشمل كليا أو جزئيا النفوذ الترابي للجماعة، ويعتبر الجزء الباقي من تراب الجماعة قرويا» .

د- تعليل القرارات الإدارية السلبية الصادرة برفض منح شهادة عدم الصيغة الفلاحية، استنادا إلى القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، مع ضرورة الإفصاح عن أسباب الرفض في صلب القرار، وتجنب الإحالة على محاضر أو تقارير، وذلك بما يحصن القرارات السلبية من الشطط الموجب لإلغائها عبر الأحكام والقرارات القضائية.

وبالنظر للأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الموضوع، فإنكم مدعوون لإيلاء الأهمية القصوى لتنفيذ ما جاءت به هذه الدورية، والسهر على اتخاذ ما يلزم لإعمال مقتضياتها، مع موافاة مصالحكم المركزية (الكتابة العامة) بتقارير حول الإجراءات المتخذة وكذا الصعوبات التي قد تعترض تطبيقها.

| | | |
|------------------|----------------------------|----------------------------------|
| وزير الداخلية | وزير الفلاحة والصيد البحري | وزيرة إعداد التراب الوطني |
| عبد الوافي لفتيت | عبد الوافي لفتيت | والتعمير والإسكان وسياسة المدينة |
| محمد صديقي | محمد صديقي | فاطمة الزهراء المنصوري |

دورية

وزير العدل

عدد 10 س 4 ح

المؤرخة في 22 فبراير 2022

الموضوع: حول تنفيذ الانابات الزجرية

سلام تام بوجود مولانا الامام

وبعد، في إطار تكريس الأهمية التي توليها الوزارة لتنفيذ المقررات القضائية المتضمنة للغرامات والإدانات النقدية والصوائر والمصاريف القضائية؛

ومن أجل تجاوز الإكراهات والصعوبات التي تعيق عملية التحصيل، وكذا التقليل من حجم مجموع مبالغ الغرامات والإدانات النقدية المتكفل بها الباقية بدون تحصيل، والذي يعرف ارتفاعا متزايدا ومتواترا؛

وحرصا من الوزارة على إعطاء الأهمية لتحصيل الإنابات الزجرية الواردة من المحاكم، وعدم الاكتفاء بإرجاعها إلى المحاكم المصدرة لها بمحاضر سلبية، دون بذل الجهود المطلوب لتنفيذها، خاصة وأنها تؤخذ بعين الاعتبار عند عملية توزيع الإعانات الخاصة المقررة في إطار الحساب الخاص، والتي تعتمد على معايير محددة من بينها بطاقات التقييم الخاصة بكل موظف على حدة؛

واعتبارا لكون المبالغ المتعلقة بالإنابات الزجرية الواردة عليكم من مختلف محاكم المملكة تعد ديونا عمومية ؛

فإنه يتعين عليكم التقيد بالتدابير التالية:

- اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحصيل الإنابات الزجرية الواردة بكافة الطرق القانونية الممكنة، وتفعيل كافة مساطر التحصيل الجبرية والاستثنائية بشأنها، كمساطر الحجز والبيع والإشعار للغير الحائز، وحق الإطلاع، طبقا لمقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية؛

- توجيه تذاكير حول مآل الإنابات إلى المحاكم المناوبة، للإسراع بتفعيل المساطر المرتبطة بتحصيل الديون العمومية:

- إنجاز تقارير دورية بالمجهود المبذول في هذا الشأن.

هذا، ومن شأن الحرص على العمل بهذه التدابير، درء المسؤولية الملقاة على عاتق رئيس كتابة الضبط، باعتباره محاسبا عموميا، في تبليغ وتحصيل مبالغ الإنابات الزجرية الواردة وتتبع الصادرة منها.

ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الموضوع، أهيب بكم الحرص على تطبيق هذه المقتضيات بكامل الدقة والعناية، وإشعارنا بتوصلكم بهذه الدورية، والسلام.

وزير العدل

عبد اللطيف وهبي

دورية
وزير العدل
عدد 12 س 4 ح
المؤرخة في: 7 مارس 2022

الموضوع: حول الإعانات الخاصة الممنوحة لفائدة
موظفي وزارة العدل

المرجع: الرسالة الدورية عدد 02/2019/م.م.م بتاريخ 11 فبراير 2019 حول الإعانات الخاصة الممنوحة لموظفي هيئة كتابة الضبط.

سلام تام بوجود مولانا الامام

وبعد، علاقة بالموضوع والمرجع المشار إليه أعلاه، بشأن الإعانات الخاصة الممنوحة لموظفي وزارة العدل بمقتضى المادة الثالثة من المرسوم رقم 2.11.474 الصادر في 15 شوال 1432 (14 شتبر 2011)، المحدد للمبلغ السنوي الأقصى للإعانات الخاصة الممنوحة لفائدة الموظفين المعهود إليهم باستيفاء الغرامات والعقوبات المالية التي تحكم بها المحاكم والمصاريف القضائية والرسم القضائي، حسب الدرجة والأطر المماثلة لها في سلم الأجور المخول لها الاستفادة منها؛

وفي إطار التدبير الجيد لعملية التحفيز المرتبط بتوزيع هذه الإعانات وصرفها لفائدة مستحقيها بجميع الدوائر القضائية داخل أجل محدد وبشكل متزامن، يأخذ بعين الاعتبار البيانات والعناصر التالية :

- عدد التبليغات المرتبطة بالمقررات القضائية الجزرية وبالسدات التنفيذية وكذا عدد التبليغات الخاصة بمساطر وإجراءات التحصيل؛
- عدد الملفات المنفذة، المتعلقة بالغرامات والإدانات النقدية والرسوم القضائية التكميلية وصوائر المساعدة القضائية والمصاريف القضائية في الميدان الجنائي، المحلية أو المتعلقة بالإنبات الواردة؛

- المبالغ المحصلة خارج المحكمة؛

- النقطة التقديرية الممنوحة من طرف الرئيس المباشر؛

- مدة الاشتغال بهذه المهام داخل السنة المالية المعنية.

ومن أجل ذلك، أذكركم بأنه يتعين عليكم موافقتنا، وفي أجل أقصاه متم شهر أبريل من السنة الجارية، بقوائم إسمية للموظفين المكلفين فعليا بعملية التحصيل، برسم سنة 2021، وذلك وفقا للنموذج المرفق بالرسالة الدورية عدد 63 بتاريخ 2014/09/24، حول التدابير الآتية الواجب اتخاذها للرفع من مردودية وحدة التبليغ والتحصيل بالمحاكم، مع الحرص على عدم إغفال إدراج أي موظف أو موظفة ضمن القائمة المشار إليها أعلاه، المستوفين للشروط المطلوبة، لتفادي توجيه قوائم استدراكية تطرح إشكالات على المستوى الميزانياتي اعتبارا لانعكاسها المالي الإضافي بعد حصر القوائم الأصلية المتوصل بها، مع العمل على اقتراح تحيين قرارات تعيين الموظفين المكلفين بالتبليغ والتحصيل وكذا المكلفين بتصفية الرسم القضائي التكميلي أو صوائر المساعدة القضائية في إبانها.

لذا، ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الموضوع، أهيب بكم الحرص على تطبيق هذه المقترحات بكامل الدقة والعناية، والسلام.

وزير العدل

عبد اللطيف وهبي

مذكرة

الرئيس المنتدب

للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

عدد 23/22

مؤرخة في: 5 ماي 2022

الموضوع: حول تفعيل منصة المحامي للتبادل الإلكتروني مع المحاكم

سلام تام بوجود مولانا الإمام، دام له النصر والتأييد؛

وبعد، ففي إطار تعزيز الجهود المبذولة في مجال التحول الرقمي لمنظومة العدالة، وخصوصا الشق المتعلق بالتبادل الإلكتروني مع المهن القانونية والقضائية، أخبركم أن وزارة العدل قد شرعت في تعميم استعمال منصة المحامي للتبادل الإلكتروني بمختلف الدوائر القضائية للمملكة، نظرا لما تتيحه من مزايا إجرائية وتديرية سواء بالنسبة للإدارة القضائية أو لهيئة الدفاع.

ولتحقيق الغاية المرجوة من هذه المنصة المؤمنة، ولا سيما السعي للرقمنة الشاملة للمساطر والإجراءات التي يباشرها المحامي أمام المحاكم ونزع الطابع المادي عنها، أهيب بكم الانخراط الإيجابي لضمان حسن تنزيلها وتفعيلها بالمحاكم التي تشرفون عليها. مع خالص التحيات والسلام.

محمد عبد النبوي

الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

مذكرة

رئيس النيابة العامة

عدد 12 / ر ن ع / س / 2022

مؤرخة في: 23 مارس 2022

الموضوع: حول القانون رقم 40.13 المتعلق بمدونة الطيران المدني

سلام تام بوجود مولانا الإمام

لقد تبين من خلال الاجتماع الذي تم عقده مع المديرية العامة للطيران المدني في إطار تقييم تطبيق القانون رقم 40.13 المتعلق بمدونة الطيران المدني عدم تفعيل بعض المقتضيات الخاصة بمعاينة وضبط المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون من طرف الأعوان المؤهلين لذلك.

وبالنظر للأهمية الكبرى التي شكلها قطاع الطيران المدني في تحقيق التنمية المستدامة باعتباره قاطرة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية لأي بلد، فقد عمل المشرع المغربي على إصدار القانون رقم 40.13 المتعلق بمدونة الطيران المدني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.61 صادر في 17 من شعبان 1437 (24 ماي 2016) (جريدة رسمية عدد 6474 بتاريخ 16 يونيو 2016).

وقد تضمن هذا القانون مجموعة من القواعد والمبادئ تضمن أمن الطيران المدني وحماية حقوق المسافرين، وزعت على عدة أقسام حددت الإطار القانوني المنظم لكل من الطائرات، المطارات، الملاحة الجوية وارتفاقاتها، النقل الجوي، التعويض الممنوح للمسافر، أمن الطيران المدني، التحقيق التقني، البرنامج الوطني لأمن الطيران المدني.....

هنا وقد خصص القسم الثاني عشر للاختصاص ومعاينة المخالفات والمساطر، والقسم الثالث عشر للمخالفات والعقوبات.

أولاً : المقتضيات المتعلقة بالاختصاص والمساطر المتبعة في معاينة المخالفات:

1 - الاختصاص

المحكمة المختصة للنظر في مخالفات أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه هي المحكمة التابع لدائرة نفوذها المطار الذي نزلت به الطائرة مباشرة بعد ارتكاب المخالفة إذا تمت أثناء الطيران، أو مكان ارتكاب المخالفة المذكورة إذا تم ذلك على سطح الأرض.

2 - البحث ومعاينة المخالفات

يقوم بالبحث عن المخالفات لهذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه ومعاينتها، إضافة إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية:

- الضباط قواد الطائرات المكلفون بأمن المجال الجوي؛
- قائد الطائرة التي ارتكبت بها المخالفة؛
- الأعوان المؤهلون من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالطيران المدني المكلفون على الخصوص بكل مهام التفتيش.
- زيادة على الأشخاص المشار إليهم أعلاه، يعتبر الأعوان المؤهلون من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالبيئة مختصين كذلك لإثبات كل مخالفة لأحكام القسم الخامس من هذا القانون المتعلق بحماية البيئة وبالحد من الإزعاجات في مجال الملاحة الجوية المدنية. يؤهل الأعوان المشار إليهم أعلاه قصد الاضطلاع بمهامهم، لتوقيف كل طائرة مدنية مغربية أو أجنبية، ومراقبتها وتفتيش كل المؤسسات والمحلات والمنشآت والتجهيزات والوثائق والوسائل ذات الصلة بالمخالفة المرتكبة.

3 - المحاضر وأخذ العينات

يترتب مباشرة على معاينة أي مخالفة تحرير محضر يوقعه العون الذي حرر المحضر ومرتكب أو مرتكبو المخالفة.

يتضمن المحضر يوجه خاص ما يلي:

- أ - البيانات التي تمكن من التعرف حسب الحالة على:
- الطائرة ومالكها أو مستغلها؛
- المحلات والمنشآت والتجهيزات والوسائل التي لها صلة بالمخالفة؛
- المؤسسة التي تقوم بالأنشطة الصناعية ذات الصلة بالطيران المدني ومستغلها وكذا الأذن أو الاعتمادات التي تستفيد منها وفقا لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

- ب - تاريخ ومكان ارتكاب المخالفة وتحرير المحضر.
- ج - الحالة المدنية لمرتكب أو مرتكبي المخالفة وجنسيتهم وصفتهم؛
- د - طبيعة المخالفة أو المخالفات المرتكبة.ذ
- يتضمن المحضر أيضا، إذ سمحت الظروف بذلك، تصريحات كل شخص يوجد بمكان ارتكاب المخالفة يعتبر الاستماع إليه مفيدا.
- إذا أخذت عينة من العينات، وجبت الإشارة إلى ذلك في المحضر مع الإحالة إلى «محضر أخذ العينات» المحرر بهذه المناسبة.
- إذا استلزمت معاينة المخالفة أخذ عينات، ترتب على ذلك إعداد محضر في حينه بشأن أخذ العينات ويلحق بالمحضر الأصلي، ويشار في محضر أخذ العينات إلى كل معلومة تسمح بالتعرف على الجزء المعني بأخذ العينة وطبيعة العينات والكميات المأخوذة.
- توضع أختام على العينات المأخوذة من قبل العون محرر المحضر وتوجه فورا لأجل تحليلها إلى أحد المختبرات أو الهيئات الواردة في قائمة تعدها السلطة المكلفة بالطيران المدني. ويرسل المختبر أو الهيئة استنتاجاته إلى السلطة المذكورة.
- ترسل أصول المحاضر فورا من قبل الأعوان الذين قاموا بتحريرها إلى السلطة المكلفة بالطيران المدني.

4 - المساطر المتبعة:

- تقوم السلطة المختصة بالطيران بعد الاطلاع على المحضر بما يلي:
- مصادرة المحركات والمراوح والقطع والتجهيزات أو منتجات الملاحة الجوية الفاسدة أو غير المطابقة للمواصفات القانونية وتدميرها أو العمل على تدميرها، عند الاقتضاء، بعد أخذ العينات وذلك على نفقة ومسؤولية مرتكب أو مرتكبي المخالفات؛
- وقف الطائرة المستعملة لارتكاب المخالفة بالمكان الذي اقتيدت إليه.
- يحزر محضر بشأن كل عملية مصادرة أو تدمير.
- إذا لم يتم تطبيق مسطرة الصلح المنصوص عليها في المواد 288 و289 و290 و291 من المدونة، يرفع المحضر من طرف السلطة المختصة إلى النيابة العامة المختصة داخل أجل الثلاثين يوما التالية لتاريخ تسلم أصل المحضر المتعلق بمعاينة المخالفة.
- توجه السلطة المختصة، داخل أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثة أيام من أيام العمل ابتداء من تاريخ تسلم أصل محضر المخالفة، إلى رئيس المحكمة المختصة مقالا مرفقا بالمحضر بغية الحصول على تأكيد وقف الطائرة بأمر صادر داخل أجل لا يمكن أن يتجاوز 3 أيام من أيام العمل.

- يجوز التراجع عن وقف الطائفة في كل وقت إذا قام مرتكب المخالفة بإيداع كفالة لدى مؤسسة بنكية يعينها لهذا الغرض رئيس المحكمة المرفوع إليها الأمر، أو إذا قدم ضماناً مالياً تخصص لتنفيذ العقوبات التي تحدد المحكمة مبلغها وأدى إن اقتضى الحال المصاريف القضائية ومصاريف الحراسة والصيانة والمناولة والتعويضات المدنية المحتملة.

في حالة حكم نهائي لم ينفذ، تصبح الكفالة أو الضمانة نهائياً كسباً للخزينة بعد خصم المصاريف والتعويضات المدنية المحتملة.

5 - مسطرة الصلح:

- يمكن للإدارة المختصة، بطلب من مرتكب المخالفة، عدم رفع الأمر إلى النيابة العامة وإبرام صلح باسم الدولة مقابل أداء المخالف لغرامة جزافية للصلح.

- يبلغ إلى المخالف مقرر الصلح الذي يبين فيه المبلغ الذي يجب عليه أدائه بواسطة أي وسيلة تثبت التوصل، خلال عشرة أيام من أيام العمل تبتدئ من تاريخ توصل مصالح السلطة المختصة بأصل محضر معاينة المخالفة.

- يوقف الشروع في مسطرة الصلح الدعوى العمومية.

- يجب أداء مبلغ غرامة الصلح خلال 30 يوماً من أيام العمل التي تلي توصل المخالف بمقرر الصلح الذي تم تبليغه إليه، عد انصرام هذا الأجل، ترفع السلطة المختصة الأمر إلى النيابة العامة بالمحكمة المختصة.

- يجب ألا يقل، بأي حال من الأحوال، مبلغ الغرامة الجزافية للصلح عن الحد الأدنى لمبلغ الغرامة المقررة للمخالفة المرتكبة. وفي حالة العود، يجب ألا يقل مبلغ غرامة الصلح عن ضعف الحد الأدنى للغرامة المقررة للمخالفة الأولى.

- لا يمكن اللجوء إلى مسطرة الصلح لجبر الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الممتلكات.

- تمسك السلطة المختصة سجلاً للمخالفين تبين فيه، علاوة على هوية هؤلاء، نوعية المخالفة المرتكبة وتاريخه والعقوبة المتخذة وبيان مسطرة الصلح عند الاقتضاء، ويتم الاطلاع على هذا السجل قبل أي تحديد لمبلغ غرامة الصلح لمعرفة ما إذا كان المخالف في حالة عود.

ثانياً: المخالفات والعقوبات.

حددت المدونة عدة مخالفات مرتبطة بمجال الطيران المدني، وأفردت عقوبات زجرية مختلفة بحسب خطورة الأفعال المرتكبة والفئة والصنف موضوع المخالفة:

- 1 - المخالفات المرتكبة من طرف مالك أو مستغل الطائرة:
- تسجيل الطائرة في دفتر أجنبي دون الحصول مسبقا على شطبها من دفتر التسجيل المغربي وفقا لأحكام المادة 6؛
 - التحليق أو محاولة التحليق بطائرة لا تحمل علامات التعرف عليها أو تحمل علامات صارت غير مقروءة بأي وسيلة من الوسائل أو تم وضعها خارج المواضع المقررة قانونا لهذا الغرض خرقا لأحكام المادتين 13 و14؛
 - التحليق أو محاولة التحليق بطائرة دون رقم تسجيل أو برقم تسجيل غير مطابق لوثائق التعرف عليها؛
 - استخدام أو السماح باستخدام طائرة دون التوفر على إحدى الوثائق المشار إليها، حسب الحالة في المادتين 17 أو 139 من القانون أو بوثيقة منتهية صلاحيتها أو مسلمة لطائرة أخرى؛ ويتعرض للعقوبة نفسها كل من لم يستطع الإدلاء بالوثائق المذكورة بطلب من الأعوان. وتستحق الغرامة عن كل وثيقة ناقصة أو منتهية صلاحيتها أو لم يتم الإدلاء بها؛
 - عدم إبرام التأمين أو أي ضمانة مالية أخرى مشار إليها في المادة 95 أو أبرم تأمينًا بمبلغ لا يغطي مجموع مسؤوليته كما هي محددة في المادة . 96
- وقد حددت عقوبة هذه المخالفات في الحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وبغرامة من ألف ومائتي (1200) درهم إلى مائة ألف (100.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وهي نفس العقوبة التي يخضع لها كل من:
- صاحب الامتياز الذي لم يبرم وثيقة واحدة أو أكثر من وثائق التأمين المشار إليها في المادة 108 وتستحق الغرامة عن كل وثيقة تأمين غير مبرمة؛
 - الناقل الجوي الذي لم يبرم التأمين أو أي ضمانة مالية أخرى مشار إليها في المادة 218 أو أبرم تأمينًا بمبلغ لا يغطي مجموع مسؤوليته كما هي محددة في نفس المادة.
- 2 - المخالفات المرتكبة من طرف ربان الطائرة:
- قيادة الطائرة بتهور أو دون تبصر خرقا لأحكام البند 1 من المادة 185؛
 - تدوين شهادة الصلاحية للملاحة أو بشهادة منتهية صلاحيتها أو مسلمة لطائرة أخرى؛
 - تدوين رقم تسجيل أو برقم تسجيل لا يتلاءم مع وثائق التعرف عليها؛
 - تدوين علامات التعرف أو بعلامات صارت غير مقروءة بأي وسيلة من الوسائل أو تم وضعها خارج المواضع القانونية المقررة لهذا الغرض؛

- عدم التوفر على إجازة أو أي سند ملاحه جوية آخر جارية صلاحيته مفروض التوفر عليه اعتبارا للرحلة المنجزة. ويتعرض للعقوبة نفسها كل عضو آخر من المستخدمين الملاحين عند ارتكاب مخالفة مماثلة.

وقد حدد المشرع عقوبة هذه المخالفات في الحبس من شهر (1) إلى سنة (1) وإحدة وبغرامة من ألف ومائتي (1200) درهم إلى مائة ألف (100.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

في حين حددت المادة 295 العقوبة في الحبس من شهر (1) إلى ثلاثة (3) أشهر وبغرامة من ألف ومائتي (1.200) درهم إلى مائة ألف (100.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط للربان الذي يرتكب المخالفات التالية:

- التحليق فوق منطقة محظورة أو مقننة، خرقا لأحكام المادة 142 أو لم يتقيد بأحد الالتزامات المترتبة على أحكام المواد من 143 إلى 147 أو حلق في المجال الجوي بطائرة تخرق جدار الصوت دون الإذن المنصوص عليه في المادة 149؛

- قام بنقل أو حاول نقل بضاعة خطيرة دون التقيد بأحكام المادة 219 .
كما يعاقب بغرامة من ألف ومائتي (1200) درهم إلى خمسين ألف (50.000) درهم كل ربان قام بالمخالفات التالية:

- عدم احترام قواعد الجو والحركة الجوية أو نظام الأضواء والإشارات المستعملة في الحركة الجوية والمفروضة وفقا لأحكام المادة 179؛

- القيام برمي مجموع أو بعض حمولة البضائع أو المحروقات دون التقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة 180؛

- عدم القيام بإعداد التقرير المنصوص عليه في المادة 181 وفق الشروط الواردة فيها؛

- تنفيذ عمليات تحليق بهلوانية دون الإذن المنصوص عليه في البند 3 من المادة 185، ويتعرض للعقوبة نفسها كل شخص نظم التحليقات المذكورة أو شارك في تنظيمها؛

- عدم التبليغ المنصوص عليه في المادة 250 فيما يتعلق بحوادث أو عوارض الطيران الخطيرة؛

- رفض المشاركة في عمليات البحث والإنقاذ دون مبرر رغم استطاعته القيام لذلك.

3 - المخالفات المرتكبة من طرف الناقل الجوي ومستخدمي الملاحة الجوية:
ويتعلق الأمر بمخالفات معاقب عليها بغرامات مالية متفاوتة حسب نوعها وهي كالتالي:

- إستغلال خدمة للنقل الجوي أو محاولة ذلك دون الإذن المنصوص عليه في المادة 193 وتطبق العقوبة بالنسبة إلى كل طائفة مستعملة؛

- القيام بأي نشاط في الطيران العام أو محاولة ذلك دون التقيد بالشروط المحددة تطبيقاً للمادتين 195؛

- كل ناقل جوي سمح، بمناسبة رحلة عبور، بالركوب أو النزول فوق التراب المغربي لأشخاص أو بضائع أو قام دون إذن صريح بخدمة من خدمات النقل الجوي الداخلية ضمن شروط لا تتطابق مع الشروط الواردة في المادة 202؛

- كل رحلة تمت دون إفاضة السلطات المختصة بالمعلومات المسبقة عن الركاب وأعضاء الطاقم والبيانات الخاصة بسيرتهم طبق الشروط الواردة في المادة 212؛

- كل مستخدم من مستخدمي الملاحة الجوية المدنية مارس مهاماً خاصة بمستخدمي الملاحة الجوية دون الحصول على سندات الملاحة الجوية المطلوبة خرقاً لأحكام المادة 161، أو مارس مهامه تحت تأثير مشروبات كحولية أو منومات أو مخدرات خرقاً لأحكام البند 2 من المادة 185.

- مزاولة أنشطة تصميم الطائرات أو إنتاجها أو صيانتها دون التوفر على الاعتماد المنصوص عليه في المادة 25، أو استمر في مزاولة نشاطه بعد سحب الاعتماد منه.

4 - مخالفات مختلفة:

يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) ويفرامة من خمسة آلاف (5000) درهم إلى عشرين ألف (20000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من قام بتغيير حالة الأماكن التي وقعت بها الحادثة وأخذ عينات منها وقام على متن الطائرة أو حطامها بمناولة لأشياء أو أخذ عينات منها أو تحويل مكانها أو إزاحتها بدون إذن من السلطة القضائية أو الباحثين التقنيين أو لضرورة تقديم الإسعاف للمصابين خرقاً لمقتضيات المادة 267.

ويعاقب بالفرامة من 10.000 إلى 20.000 درهم كل من منع المحققين التقنيين أو باحثي المعلومات الأولى من الولوج بكل حرية إلى مكان الحادثة أو العارض الخطير للطيران المدني وإلى الطائرة أو حطامها وجميع العناصر الهامة ولاسيما منها أجهزة التسجيل على متن الطائرة والمعلومات المتحصل عليها وملفات مصالح الحركة الجوية ومن الاستماع إلى شهود الحادثة أو العارض الخطير للطيران المدني خرقاً لمقتضيات المادة 251.

ويعاقب بالفرامة كل من قام بالمخالفات التالية:

- كل من أقام منشأة تشكل عائقاً أو خطراً على الحركة الجوية دون التوفر على الإذن المنصوص عليه في المادة 134؛

- كل محدث أو مستغل علامات التصوية (علامات تشوير أرضي لممرات المطار)، حسب الحالة، الذي لا يقوم بصيانتها خرقة لأحكام المادة 137؛
 - كل رمي متعمد وغير مفيد لأشياء أو مواد قد تلحق أضرارا بالأشخاص والممتلكات على سطح الأرض من على الطائرات أثناء تحليقتها، حتى ولو لم يتسبب الرمي المذكور في أي ضرر؛
 - كل من ضبط داخل طائرة دون التمكن من تبرير وجوده فيها بسند نقل أو بإذن مستغل الطائرة أو قائدها؛
 - كل من لم يمثل أو رفض الامتثال لتعليمات السلامة الصادرة عن قائد الطائرة أو أي عضو آخر من الطاقم؛
 - كل من وجد دون إذن داخل منطقة أمن ذات ولوج منظم داخل مطار؛
 - كل شخص حائز لسند الولوج إلى منطقة أمن ذات ولوج منظم بالمطار، قيد الصلاحية، ولا يحمله بشكل ظاهر خلال تواجده في المنطقة المذكورة؛
 - كل من لم يمثل أو رفض الامتثال لتعليمات السلامة الصادرة عن قائد الطائرة أو أي عضو آخر من الطاقم؛
 - كل من وجد دون إذن داخل منطقة أمن ذات ولوج منظم داخل مطار؛
 - كل شخص حائز لسند الولوج إلى منطقة أمن ذات ولوج منظم بالمطار، قيد الصلاحية ولا يحمله بشكل ظاهر خلال تواجده في المنطقة المذكورة؛
 - كل سائق مركبة تتحرك في مناطق أمن ذات الولوج المنظم، لا يتوفر على سند الولوج إلى المطار؛
 - كل صاحب مركبة متوقفة في مناطق أمن ذات الولوج المنظم، دون التوفر على سند الولوج إلى المطار.
- لذا، ونظرا لأهمية وتنوع المقتضيات القانونية التي جاءت بها مدونة الطيران المدني، وارتباطها بأمن وسلامة المجال الجوي الوطني والدولي، فإني أدعوهم إلى ما يلي:
- أولاً: تعميم هذا المنشور على نوابكم، وعقد اجتماعات لتدارس مدونة الطيران المدني من أجل استيعاب مضمونها والالمام بأحكامها.
- ثانياً: حث الشرطة القضائية على التنسيق مع المفتشين التابعين للمديرية العامة للطيران المدني لتفعيل إجراءات المراقبة وضبط المخالفات الخطيرة المنصوص عليها في القانون رقم 40.13 والإسراع بإنجاز الأبحاث القضائية المرتبطة بها؛

ثالثا : تنفيذ مضمون الدورية السابقة رقم 2 س/ ر.ن.ع وتاريخ 19 يناير 2021 المرتبطة بالدورية المشتركة رقم 143 وتاريخ 13 يناير 2021 حول تعزيز التنسيق مع مكتب التحقيقات وتحليل حوادث الطيران المدني في مجال التحريات حول الحوادث والوقائع الخطيرة.

رابعا : إشعاري بكل الصعوبات التي من شأنها اعتراض التطبيق السليم لمدونة الطيران المدني.

والسلام.

الوكيل العام للملك رئيس النيابة العامة
الحسن الداكي

دورية

المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة

عدد: 6316/400

المؤرخة في 27 أبريل 2022

الموضوع: مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب
التصريح بالعملات النقدية وغيرها من وسائل الأداء والأوراق التجارية والأدوات المالية
القابلة للتداول لحاملها

المرجع: مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة
قرار وزيرة الاقتصاد والمالية رقم 381.22 بتاريخ 20/04/2022 والمنشور بالجريدة
الرسمية عدد 7084 بتاريخ 21/04/2022

في إطار تعزيز المنظومة التشريعية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، تمت إضافة
الفصل 66 المكرر من مدونة الجمارك بموجب قانون المالية لسنة 2022 الذي نص على
إلزامية التصريح بالعملات النقدية وغيرها من وسائل الأداء والأوراق التجارية والأدوات
المالية القابلة للتداول لحاملها عند الدخول أو الخروج من التراب الوطني عندما تساوي أو
تتعدى قيمتها مبلغ 100.000 درهم.

وعلى هذا الأساس، يجب على جميع المسافرين (المغاربة أو الأجانب، المقيمين أو
غير المقيمين) الوافدين أو المغادرين للتراب الوطني اكتتاب هذا التصريح لدى مصلحة
الجمارك بالحدود، وذلك وفق النموذج الوارد بالقرار الوزاري المبين بالمرجع (طيه صورة
منه) والمتوفر عند نفس المصلحة.

هذا، وجدير بالإشارة إلى أن مخالفة هذا المقتضى القانوني تترتب عليه العقوبات
المنصوص عليها في الفصل 297 المكرر من مدونة الجمارك، علاوة على ما قد ينجم عليها

من عقوبات أخرى زجرية مرتبطة بقانون الصرف أو بقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

تتسخ جميع الأحكام المخالفة لهذه الدورية.

المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة

نبيل الأخضر

مذكرة مشتركة

مدير المحافظة العقارية

ومدير المسح العقاري

عدد: 5316

مؤرخة في: 5 ماي 2022

الموضوع: في شأن طلبات التقييد المتعلقة بمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات وإيداع أنظمة الملكية المشتركة المتعلقة بالعقارات المبنية

سلام تام بوجود مولانا الإمام،

وبعد، علاقة بالموضوع المشار إليه أعلاه بخصوص الصعوبات التي ما فتئت تواجه بعض الملاكين والمنعشين العقاريين لمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات على إثر البناءات المشيدة عليها وكذا إخضاع هذه العقارات لنظام الملكية المشتركة بسبب عدم التطابق التام بين مضمون التصاميم المعمارية بدون تغيير وما تم تشييده من بناء على أرض الواقع؛

وأخذا بعين الاعتبار مختلف الشكايات الواردة على المصالح المركزية للوكالة في الموضوع؛

ونظرا لأن معظم هذه البناءات تتوفر على رخصة السكن أو شهادة المطابقة مما يستفاد منه أن البناءات المذكورة قائمة وتستغل فعليا من طرف مالكيها حسب التخصيص المقرر لها؛

ومساهمة من الوكالة في إيجاد الحلول الملائمة لتجاوز هذه الوضعية وتبسيط المساطر المعمول بها وتذليل الصعوبات المطروحة في هذا الباب، وبالتالي إدخال هذه العقارات في الدورة الاقتصادية، فقد تقرر بأن تتم دراسة والبت فيها وفق الشروط التالية:

أولاً: بالنسبة لطلبات إبداء الملفات التقنية المتعلقة بمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات وطلبات التقييد المتعلقة بها:

- 1 - الإدلاء إليكم برخصة البناء والتصميم المعماري بدون تغيير للتأكد من أن البناء المشيد قد تم الترخيص به طبقاً للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل.
- 2 - الحرص عند مراقبتكم للبناءات المشيدة على أن يكون عدد طوابقها هو العدد المرخص به من طرف الجهات المعنية، بحيث لا يمكن قبول الملفات التقنية الخاصة بمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات وكذا طلبات التقييد المتعلقة بها في الحالات التي يتم فيها إضافة طابق علوي أو أكثر أو طابق تحت أرضي لم يتم الترحيم له.
- 3- قبول الملفات التقنية الخاصة بمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات وطلبات التقييد المتعلقة بها في الحالات التي يتبين لكم وجود بعض التغييرات مقارنة مع ما هو مرخص به، على سبيل الاستدلال فقط: تقليص مساحة الفناء، إحداث مرافق بالسطح، وأيضاً إحداث مسبح بالنسبة للفيلا.
- 4 - الإدلاء برخصة السكن أو شهادة المطابقة مؤرخة قبل 31 دجنبر 2021، بالنسبة فقط للعقارات موضوع التغييرات المذكورة أعلاه.

ثانياً: بالنسبة لطلبات إبداء الملفات التقنية الخاصة بالملكية المشتركة وطلبات التقييد المتعلقة بها:

- تظل هذه الطلبات خاضعة لنفس الشروط المشار إليها أعلاه المتعلقة بطلبات مطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات، مع ضرورة الحرص على احترام:
- 1 - تخصيص الأجزاء المفترزة المكونة للملك.
 - 2 - الأجزاء المشتركة المشار إليها في التصاميم بدون تغيير.
 - 3 - عدد الأجزاء المفترزة المرخصة حسب التصاميم بدون تغيير.
- وفي الأخير، تدعوكم إلى الحرص على الالتزام بمقتضيات هذه المذكرة مع العمل على التنسيق فيما بينكم عند البت في الطلبات المشار إليها أعلاه والتي من شأنها أن تثير لديكم بعض الصعوبات، وفي حالة وجود اختلاف بينكم، فبإمكانكم الرجوع إلى المصالح المركزية المختصة لتوجيهكم إلى الإجراء الواجب اتخاذه في هذا الشأن.

والسلام.

شاهي مدير المسح العقاري مصطفى كحاك

مدير المحافظة العقارية بوشعيب

مذكرة

المدير العام الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

عدد: 5471

مؤرخة في: 10 ماي 2022

الموضوع: المذكرة المشتركة رقم 5316 بتاريخ 5 ماي 2022

سلام تام بوجود مولانا الإمام،

وبعد، لقد بلغ إلى علمي، أن تنزيل المذكرة المشار إليها في الموضوع، الصادرة عن مديرتي المحافظة العقارية والمسح العقاري والموجهة إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية ورؤساء مصالح المسح العقاري، بخصوص طلبات التقييد المتعلقة بمطابقة التصاميم العقارية مع الحالة الراهنة للعقارات وإيداع أنظمة الملكية المشتركة المتعلقة بالعقارات المبنية، قد يعطي تفسيراً خاطئاً لأهدافها ومضامينها، في حين أن المبادئ الأساسية للتعمير يجب أن تطبق في احترام تام للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل في هذا الشأن.

وعليه، فقد تقرر إلغاء العمل بهذه المذكرة إلى حين توضيح وتفسير جميع الجوانب المتعلقة بها.

والسلام.

المدير العام الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية

والمسح العقاري والخرائطية

كريم تاجموتي

دورية عدد 427

المحافظ العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

رقم: 5530

مؤرخة في: 11 ماي 2022

الموضوع: في شأن إعفاء طلبات إيداع أو تقييد السندات المتعلقة بإجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة المنجزة لفائدة الجماعات الترابية (الملك العام الجماعي) من وجيبات المحافظة العقارية

سلام تام بوجود مولانا الإمام،

وبعد، ففي إطار تطبيق مقتضيات المذكرة عدد 2021/09/09 بتاريخ 2021/08/09 في شأن القانون رقم 57.19 المتعلق بنظام الأملاك العقارية للجماعات الترابية، طرح علي السؤال حول نطاق الإعفاء من وجيبات المحافظة العقارية المتعلقة بعمليات الإيداع أو التقييد المرتبطة بالأملاك العامة للجماعات الترابية طبقا لمقتضيات المادة 45 (البند الثاني) من القانون رقم 57.19 المذكور، وذلك فيما إذا كان الإعفاء يشمل كذلك طلبات الإيداع أو التقييد المتعلقة بإجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة التي تباشرها الجماعات الترابية:

وسعيا نحو توحيد العمل الإداري بينكم، يشرفني أن أنهي إلى علمكم أنه ما دام أن الإجراءات المتعلقة بمسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة والمتمثلة أساسا في مقررات إعلان المنفعة العامة ومقررات التخلي والأوامر بالحيازة والاتفاقات المتعلقة بالحيازة، يمكن أن تفضي إلى نقل ملكية العقارات موضوع المسطرة المذكورة لفائدة الجماعات الترابية وضمها إلى أملاكها العامة، فإن تضمين هذه الإجراءات بالسجلات العقارية يندرج ضمن عمليات الإيداع أو التقييد المشمولة بالإعفاء المنصوص عليه في المادة 45 المذكورة أعلاه.

هذا وألفت انتباهكم إلى أنه يتعين عليكم قبل إخضاع الطلبات المقدمة إليكم في هذا الشأن للإعفاء من وجيبات المحافظة العقارية، التأكد من أن السندات المتعلقة بإجراءات

نزع الملكية المشار إليها أعلاه تتضمن ما يفيد أن العقارات المراد نزع ملكيتها ستصنف ضمن الملك العام للجماعة الترابية المعنية كما هو محدد بموجب المادة 4 من القانون رقم 57.19 المذكور.

وفي الأخير، أطلب منكم الحرص على التقيد بمقتضيات هذه الدورية، والرجوع إلي في شأن الصعوبات التي قد تعترضكم عند التطبيق .

والسلام

المحافظ العام

إدريس نزرقي



نافذة على الجامعة

رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في التخطيط الإستراتيجية تخصص قانون مدني

تحت عنوان:

« البعد الاستراتيجي لأسلوب الوساطة في تسوية النزاعات المدنية في التشريع الأردني »

نوقشت بجامعة أم درمان الإسلامية ممثلة في معهد البحوث والدراسات الاستراتيجية

جمهورية السودان

تقدم بها الطالب

محمد الفروان

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: محمود مصطفى المكي

1438 - 2016

مقدمة

إن الهدف من إدخال نظام الوساطة ضمن منظومة التشريعات الأردنية يأتي ضمن إطار الحركة التي شهدتها المملكة الأردنية الهاشمية في السنوات الأخيرة في مجال التشريعات التي تطل مختلف ميادين الحياة المجتمعية، وذلك لأسباب أملتها الظروف، وكان القضاء واحداً من تلك الميادين التي طالها التطوير، سواء لجهة التشريعات القضائية أم لجهة الإدارة القضائية.

وكان من بين التشريعات التي طالها يد المشرع الأردني بالتعديل قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 فقد جرى تعديله لاستحداث إدارة قضائية سميت (إدارة الدعوى المدنية) عام 2001، وكذلك قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 الذي جاء بتنظيم عصري ومتطور، وتعتبر الوساطة من الحلول البديلة لتسوية النزاعات التي عالجها المشرع

الأردني في القانون رقم (12) لسنة 2006 ثم بعد ذلك جاء قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم (15) لسنة 2015 والتي تقوم على مبدأ التفاوض بين الأطراف المتنازعة من خلال شخص ثالث محايد يسمى الوسيط يساعد الأطراف على التوصل إلى تسوية للنزاع. وقد كان الهدف من جملة هذه التعديلات تخفيف العبء على كاهل المحاكم وتسهيل إجراءات التقاضي مما ينعكس إيجاباً على الأفراد والمجتمع وتوفير البيئة الاستثمارية التي يسعى الأردن في السنوات القادمة إلى استقطابها.

إن الوساطة كأحد الحلول البديلة لتسوية النزاعات لها أهمية كبيرة ولها من المبررات ما يجعلها من أكثر الحلول البديلة فاعلية في تسوية النزاعات المدنية، وتتمثل هذه الأهمية بخصوصيتها ومحدودية تكاليفها مقارنة بتكاليف التقاضي، وملاءمة مواعيد الجلسات (جلسات الوساطة) ومكانها لطرفي النزاع، والتوصل إلى اتفاق نهائي رضائي بين أطراف النزاع ومن صنعهم.

هذا ويتمتع نظام الوساطة بالعديد من السمات التي تجعله أكثر فاعلية من غيره من النظم البديلة لتسوية النزاعات المدنية، ومن هذه المزايا السرية، والسرعة، وحرية الانسحاب واللجوء إلى القضاء والقدرة على إيجاد حلول خلاقة ومبتكرة بين طرفي النزاع تسهم في بناء أو استمرارية العلاقة بين الأطراف من خلال اتفاق نهائي رضائي من صنع الأطراف يحقق المصلحة الشخصية لكل طرف بالإضافة إلى المصلحة المشتركة لهما.

وبما أن التجربة التشريعية والعملية في الوساطة في الأردن لا تزال غضة، فلا بد من بيان موقف التشريعات المقارنة التي عرفت وطبقت نظام الوساطة منذ فترة طويلة. وقد تم اختيار التجربة الأمريكية وعلى وجه الخصوص ولاية يوتا الأمريكية كنموذج للمقارنة، باعتبار أن المشرع الأردني قد تأثر لدى تبنيه هذا النظام بما هو مطبق في الولايات المتحدة الأمريكية.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيسي للوساطة في تسوية النزاعات المدنية ويتفرع منه الأسئلة التالية:

- 1 - ما مفهوم استراتيجية الوساطة؟
- 2 - ما أهمية الوساطة ودورها في فض النزاعات؟
- 3 - ما المزايا التي تميز الوساطة عن غيرها من الطرق البديلة لتسوية النزاعات؟
- 4 - من الوسيط وما الدور الذي يلعبه في عملية الوساطة؟

- 5 - ما علاقة الوساطة بطرفي النزاع؟ وإلى أي مدى يجب على الوسيط حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة؟
- 6 - ما مدى التزام الوسيط بالمحافظة على سرية المعلومات التي اطلع عليها خلال الوساطة؟ وما هي الآثار المترتبة على هذا الالتزام؟
- 7 - ما النزاعات المدنية الملائمة للوساطة وغير الملائمة لها؟
- 8 - ما أهم النتائج المترتبة على عملية الوساطة؟
- 9 - إلى أي مدى تعتبر اتفاقية الوساطة بمثابة حكم قطعي؟ وهل مصيرها ينصب في إطار التنفيذ الاختياري والطوعي أم لا؟

أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا البحث في تناول الباحث لنظام الوساطة كحل بديل لتسوية النزاعات المدنية من خلال تغطية جميع الجوانب المتعلقة بنظام الوساطة كأحد الحلول البديلة لتسوية النزاعات المدنية وفقاً للقانون الأردني، وبالتالي توفير مرجع عربي أردني متخصص يساهم في تطوير هذا النظام. ولتحقيق ذلك سيتناول الباحث جميع النصوص القانونية الناظمة لموضوع الوساطة بالبحث والتحليل والتقييم ومقارنتها بالتجربة الأمريكية كما تتمثل أهمية البحث في معرفة مدى انسجام نظام الوساطة مع التنظيم التشريعي الأردني بشكل عام، ومدى ملاءمته للظروف الاقتصادية والاجتماعية في الأردن. وللبحث قيمة علمية وذلك لعدم وجود دراسات كافية في هذا المجال.

أهداف البحث

الهدف الرئيسي لهذا البحث هو دراسة البعد الاستراتيجي للوساطة في تسوية النزاعات المدنية بالتشريع الأردني، ومن خلال ذلك يسعى هذا البحث لتحقيق الأهداف الفرعية التالية:

- 1 - التعرف على مفهوم الاستراتيجية وعلاقتها بالوساطة.
- 2 - دراسة وتحليل المفاهيم المتعلقة بالوساطة والوسيط وفض النزاعات.
- 3 - التعرف على المزايا التي تميز الوساطة عن غيرها من الطرق البديلة لتسوية النزاعات المدنية.
- 4 - التعرف على الدور الذي يلعبه الوسيط في عملية الوساطة.
- 5 - دراسة وتحليل علاقة الوسيط بطرفي النزاع والتعرف مدى حماية الوسيط للطرف الضعيف من طرفي النزاع.

6 - التعرف على طبيعة النزاعات المدنية التي تستوجب أسلوب الوساطة دون غيره من الأساليب الأخرى.

7 - إثراء المكتبات العربية بما هو جديد في هذا المجال.

حدود البحث

يتعلق هذا البحث بنظام الوساطة كأحد الحلول البديلة لتسوية النزاعات المدنية بين الأشخاص وفقاً لقانون الوساطة الأردني رقم 12 لسنة 2015 بحيث تم طرح المادة العلمية على مستوى محدد ومعين، وبذلك يكون جوهر البحث منصّباً على العناصر الأساسية الواجب توفرها لنجاح هذا النظام والدور الذي يلعبه الوسيط في تحقيق هذه العملية لهدفها، ومدى فاعلية نظام الوساطة في حل النزاعات المدنية، وعليه فإن نطاق البحث ينحصر في دور الوساطة في تسوية النزاعات المدنية بشتى أشكالها وأنواعها المدنية والتجارية.

منهج البحث

تقوم منهجية هذا البحث بشكل أساسي على الجمع بين المنهج الوصفي والتحليلي:

- **المنهج الوصفي:** من خلال هذا المنهج يقوم الباحث بإلقاء الضوء على النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع لبيان مواطن القوة والضعف ومزايا هذا النظام وعيوبه وما قد يميزه عن غيره من الحلول البديلة، وبيان آراء الفقه والقضاء في المسائل الفقهية المختلفة وإبداء الرأي حولها.

- **المنهج التحليلي:** يعتمد هذا المنهج على تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية لمعرفة مدى نجاح المشرع الأردني في تنظيمه لأحكام هذا النظام وكذلك مدى ملاءمته للمجتمع الأردني والمقارنة مع تشريعات الدول التي أخذت بنظام الوساطة لتسوية النزاعات المدنية.

الدراسات السابقة:

1 - دراسة أبو رمان (2009) اهدفت هذه الدراسة إلى بيان دور الوسيط الخاص في حل النزاعات المدنية، على ضوء أحكام قانون الوساطة الأردني رقم (12) لسنة (2006) في الفترة 2007 - 2009م، أهم النتائج التي توصلت لها هذه الدراسة أن المشرع الأردني قد ساوى بين قاضي إدارة الدعوى المدنية وقاضي الصلح في منحهم السلطة التقديرية في إحالة النزاع إلى الوساطة، إلا أن ما يجري عليه العمل حالياً لدى المحاكم هو عدم قيام قاضي الصلح بالإحالة إلى الوسيط الخصوصي ونظراً لما تتمتع به الوساطة من مزايا

1. رلى صالح أحمد أبو رمان، دور الوسيط الخاص في حل النزاعات المدنية، بحث ماجستير غير منشور في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، الأردن، 2009

رأت هذه الدراسة أنه كان من الأجدر أن يحيل قاضي الصلح النزاع إلى وسيط خاص. كذلك توصلت الدراسة إلى العديد من التوصيات منها ضرورة إنشاء شركات أو مؤسسات تضم نخبة من القضاة المتقاعدين أو المحامين أو المهنيين، حيث تستطيع هذه الشركات استقبال الطلبات والنزاعات الخاصة بالأطراف بعيداً عن الضغط النفسي المتعلق بهيبة القضاء والوقت، ويتم ذلك من خلال تشجيع القضاة والمحامين والموظفين العاملين في إدارة الوساطة والمحكمة. دراسة مساعدة (2004)² تناولت هذه الدراسة الوساطة بشكل عام من حيث ماهيتها وأنواعها ومزاياها وإجراءاتها، ولم يتناول الباحث في دراسته الوسيط الخاص، إلا في جزئية بسيطة من حيث الصلاحية التي أعطاها قانون الوساطة لوزير العدل في اختيار وسطاء خصوصيين، ومن حيث اشتراط المؤهل العلمي في اختيار الوسيط الخصوصي، وقد طرح الباحث عدة أسئلة في بحثه ولم يجب عليها ولم تغط دراسته موضوع الوسيط الخصوصي.

2 - دراسة الزبيدي (2015)³ هدفت هذه الدراسة إلى معرفة الوساطة في التشريعات المدنية والأحوال الشخصية وقانون العمل وقانون العقوبات في القانون العراقي ووالأردني والصيني وغيرها من الدول، وقد خلصت الدراسة إلى أن الوساطة نظام اجتماعي وشعبي وقضائي في ذاته، ذلك أن غاية الوساطة الصلح وحيثما يكون الصلح بعد النظر في الدعوى القضائية فإنه صلحا قضائياً، وعندما يكون سابقاً على الدعوى القضائية فيكون صلحا ذاتياً اجتماعياً. وخلصت الدراسة أيضاً إلى أن الطابع الذي تأخذه الوساطة غالباً هو طابع قضائي ينصب على فض أو حل النزاع، إلا أنه في كل الأحوال تكون الوساطة من طرف ثالث أو أكثر يتحلى بصفات يتبع مبادئ العمل كوسيط، فإنه نشاط اجتماعي أيضاً، وحيثما يكون النظام مستساغاً من قبل شرائح المجتمع فإنه يكون شعبي كما في نموذج قانون الوساطة الصيني. وقد أوصت الدراسة عدة توصيات أهمها أن الباحث يقترح على المشرع العراقي النظر بجدية إلى تشريع قانون الوساطة لتسوية النزاعات بالطرق السلمية وخاصة إذا ما عرفنا أن هذا الأمر ينسجم كثيراً مع النظام السياسي الديمقراطي الحديث إذ اعتماد مبدأ الحوار وإطلاق الحريات الفردية المسؤولة فضلاً عن أن المرحلة التي يعيشها العراق حالياً وسبب الانتقال من مرحلة الحروب والحصار والاضطهاد السياسي والاجتماعي ما يتمخض عنه من مشكلات ونزاعات قد تستمر إلى عقود من الزمن وعلى غرار قانون الوساطة الأردني.

2. أيمن مساعدة، الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2014 ص 1935.

3. ياسر عطوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي، بحث منشور على مجلة رسالة الحقوق العراقية، السنة السابقة، العدد الثاني، 2015 م ص 190 - 209

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على النظام القانوني في الوساطة القضائية في الجزائر، وانتهج الباحث المنهج العلمي التحليلي المقارن المعتمد على أساس تحليل العناصر المكونة للموضوع إلى جزئيات وتوضيح الأسباب وربطها بالنتائج مع مقارنة الأفكار الموجودة في الواقع وتبيان مدى مكانتها في القانون.

توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها أن الوساطة كطريق بديل لحل النزاع له مميزات، عن الطرق الأخرى كالصلح والتحكيم وإن نظرة التشريعات المقارنة للوساطة القضائية ليست كلها واحدة وعائلة الشرق الأقصى نموذج هذا التميز ذلك أن البعض يعتبرها مرحلة أولى من القضاء كذلك توصلت الدراسة إلى أن اختلاف الأنظمة من حيث تحديد مجال الوساطة، ذلك أن كل نظام خص الوساطة القضائية بمجالات معينة والبعض الآخر فعل العكس.

أوصت الدراسة بضرورة الاهتمام بوضع أنظمة قانونية تحكم حل النزاعات بطريق الوساطة المنازعات التي تتعلق بوسائل الاتصال الحديثة. وكذلك أوصت بتوفير إطار قانوني واضح المعالم في مجال الإلكتروني يسمح للأطراف المتنازعة لحل النزاعات بالوساطة القضائية.

التعليق على الدراسات السابقة:

تشابهت هذه الدراسة كثيراً مع دراسة (أبو رمان) في تناولها للتجربة الأردنية في الوساطة لحل النزاعات، إلا أن دراسة (أبورمان) ركزت على الوسيط ولم تتطرق كثيراً إلى أساليب الوساطة وأطراف النزاع كما أنها لم تتطرق إلى القوانين المدنية في هذه الشأن، واختلفت دراسة الباحث مع جميع الدراسات في أن دراسة الباحث قد قامت بربط أسلوب الوساطة بالاستراتيجية باعتبار أن الاستراتيجية تعزز من مفهوم وسائل الوساطة وتقننها لتصبح علماً يدرس.

تشابهت دراسة الباحث مع دراسة (الزبيدي) في تناولها موضوع الوساطة والقوانين المدنية في هذا الشأن، واختلفت معها في أن دراسة (الزبيدي) قد تناولت القوانين العراقية والصينية وغيرها من الدول، في حين أن دراسة الباحث قد ركزت على القوانين الأردنية فقط.

هيكل البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة وثلاثة فصول، تناول الفصل الأول مفهوم الاستراتيجية والوساطة واشتمل على ثلاثة مباحث، تناول المبحث الأول مفهوم الاستراتيجية وأهميتها في تسوية النزاعات، وتناول المبحث الثاني مفهوم الوساطة ونشأتها وتطورها وشرعيتها، بينما تناول المبحث الثالث البناء القانوني للوساطة.

جاء الفصل الثاني بعنوان الوساطة كأحد الحلول البديلة لتسوية النزاعات حيث اشتمل على ثلاثة مباحث، تناول المبحث الأول الحلول البديلة لتسوية النزاعات، وتناول المبحث الثاني خصائص وعيوب الوساطة، بينما تناول المبحث الثالث الوساطة والتحكيم.

تناول الفصل الثالث النظام القانوني للوساطة واشتمل على أربعة مباحث، جاء المبحث الأول بعنوان الوسيط حيث تناول تعريف الوسيط وآلية اختياره، وآلية اختيار الوسيط وقاضي الوساطة، وتناول المبحث الثاني مهام الوسيط، وتناول المبحث الثالث دور الوسيط ومبادئ التفاوض، بينما تناول المبحث الرابع إجراءات الوساطة.