

تصكر عن المرحم المغربي للكراسك والأشكال
في قانون الأعمال

❖ أعلام في القضاء

- العلامة القاضي عياض، د/ محمد الطودار.

❖ قبس من شخصيات قانونية

- الدكتور عبد الحميد بدوي: قاضي العروبة الأمي، ب/ رضى بن يحي.

❖ أبحاث ودراسات

1. إشكالية التوفيق بين مبدأي السلامة الإقليمية للدول وحق تقرير المصير، دراسة في القانون الدولي العام، د/ محمد بوبوش؛
2. وسائل دفع المسؤولية المدنية الطبيب البيطري عن إنتاج الدواء البيطري - مخاطر التقدم العلمي أنموذجا، د/ محمد مومن وب/ أحمد السراوي؛
3. النظرية الحديثة للغبن: الغبن الاستغلالي - قراءة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ب/ طارق محفوظ؛
4. التقييدات المؤقتة الواردة على العقار المحفظ في التشريع المغربي، ب/ محمد المهدي دربال؛
5. التحليل العملي للأثار السلبية للتراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري وكيفية التصدي لها بفعالية، ب/ لطيفة الينبي؛
6. خصوصية قواعد الإرث في أراضي الجماعات السلالية، ب/ محمد الجزولي.
7. Les produits de la finance islamique comme alternatives de financement des PME : Analyse théorique des contrats Mourabaha, Moucharaka et Moudaraba, R/ Ali Squalli.

❖ نبض المحاكم

- أحكام وقرارات صادرة عن محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية.

❖ نافذة على الجامعة

- أطروحة لنيل الدكتوراه حول موضوع: الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي، ب/ عبد العزيز سلواني؛
- مذكرة لنيل شهادة الماجستير حول موضوع: القاضي والعقد، ب/ مبروك ظاهري.

مختصة من قبل مختبر القانون والعلوم الاجتماعية والجمعية
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بهاس

مجلة معالم قانونية

Revue jalons juridiques

تصدر مرة في السنة

طبع ونشر

العدد السابع

2025



المدير المؤسس

محمد الصومار

منتدب فضائي بمعية الاستئناف التجارية بأكامير

journallegalmilestones@gmail.com

مدير تحرير المجلة
د/ محمد الطودار

مدير المجلة
د/ عبد العزيز الصقلي

نائب رئيسة التحرير
د. عمر بوسالم

رئيسة تحرير المجلة
د/ بهيجة فردوس

المدير المساعد
د/ ناصر متيوي مشكوري

هيئة التحرير

إدريس جويدي سيد أحمد محمود أحمد عبد الفضيل محمد بكر يوسف تيبس عمرو لمزرع فاطمة لحروف سعيد البكوري
نرجس البكوري محمد لطفي أديب حمديني خالد لعوان علي الصقلي رضى بن يحي يوسف الشكر

المراجعة اللغوية

اللغة الإنجليزية: كبير صاندي

اللغة الفرنسية: مصطفى جهيم

اللغة العربية: محمد الكوجيلي

الهيئة الاستشارية

عبد الرزاق طلال جاسم السارة، عميد بكلية القانون والعلوم السياسية بجامعة ديالى، العراق.

بيير ماليا، عميد بكلية القانون بجامعة عجمان، الإمارات.

كمال علاوين، عميد سابق لكلية القانون بالجامعة الأردنية، الأردن.

خليل الفندري، عميد سابق بكلية الحقوق بجامعة صفاقس، تونس.

عادل عبد الحميد الفجالي، أستاذ القانون بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية.

حسنه الرحموني، أستاذة القانون بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المملكة المغربية.

بشار طلال المومني، أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الشريعة والقانون، جامعة خورفكان، الإمارات.

ضحى النعمان، أستاذة القانون المدني المشاركة بكلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.

الهيئة العلمية

القانون الخاص والشرعية

عبد العزيز الصقلي	سهيل الأحمد	نبيل العبيدي	أيمن خالد عبد الكريم مساعده	نعمان رقيب
علي خالد قطينشات	محمد مومن	فراس الزويبي	محمد حسين عبد العال	لعروسي الشملاي
خالد عشتان الضفيري	قذافي عزات الغنائيم	خالد جمال أحمد حسن	حيدر عبد الرزاق حميد	عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد
عدي البشير	علي المهدي اوي	أحمد خرطة	ميثم محمد عبد النعماني	منير عياري
محمد سعد خليفة	سليمان عبد الجليل	مراد محمود المواجدة	عبد الرزاق أيوب	صالح أحمد اللهيبي
جميلة العماري	مهدي منير	وليد قضيوم	أبو بكر مهم	محمود عادل محمود جاسم
عقل يوسف مصطفى مقابلة	كثرة حرشي	محمد محروك	أحمد شوقي	مؤيد القضاة
أبو الوفا محمد	نادية حموتي	علاء الدين خصاونه	حازم نعيم الصمادي	أنور محمد صديقي مساعدة
نرجس البكوري	محمد شكري الجميل العدوي	أحمد عبد الظاهر	زينة غانم عبد الجبار الصفار	طاليل الشيباب
هدى الطالب علي	خالد بن عبد الله المزني	محمد طه عباس الصديق	أيمن مصطفى البقلي	العربي البوبكري
نور الدين الفقيهي	محمد بن طالب	جهاد محمد محمد الجراح	مظفر جابر الراوي	يونس نفيد
حمد خير العدوان	المصطفى قريشي	مراد بن صغير	محمد المجني	ناصر محمود الشرماني
حنان سعدي	عبد القادر مستور	هشام سعيد حسب الله الأوسي	إبراهيم أحمد محمد الراشده	فاطمة آيت الغازي
زين محمود علي الزين	علاء عيد طه	علي عبد الحميد تركي	فدوى القهواجي	عبد القادر صابر علي جرادة
أنجوم عمر	أحمد عبد الحميد أمين سليمان	كريم سامي	مصطفى إبراهيم أحمد عربي	محمد سيد رزق متولي حرب
طارق بن الحميدي العتيبي	عبد الله عبد الأمير طه العماري	علي حسين كعود	حافظ بوعزيز	رغيد عبد الحميد فتال
توفيق عارف توفيق المجالي	سليمان المقداد	محمود إبراهيم فياض	سماح قوبعة	أسامة الروكي
عواطف زارة	سلى عبيد الشعري	مصطفى ميمون	أنور أحمد راشد الفزيع	نصر أبو الفتوح فريد حسن
إيمان بن صالح	ديدي ليلي	نجلاء توفيق نجيب فليح	قيس عبد الوهاب الشيخ	أسيل عمر مسلم سلمان الخالد
أسماء سالمين محمد العرياني	لمياء سهران	عادل العشايي	سمية كنون	هاشم أحمد محمود
حسن لعلج	عبد الله محمد احجيله	محمد سعيد إسماعيل	إيمان فتحي الجميل	سامية الفاتح طه الحاج
لسعد أحمد الهادي الشريف	هدى حسن صديق	محمد بومديان	عادل راجع	عبد الرحيم البشير
عباسي الحسين	محمد شعيب عبد المقصود	هانبا محمد علي فقيه	محمد نواف ثلاث الفواعره	مريم مغراوي
محمود سلامة الشريف	الحسن الصقلي			

القانون العام والاقتصاد

هشام برجواي	رشيد المدور	عمر المخزومي	آمال عبد الله أبو عازه	عدنان عاجل عبيد
عميد عاصم خصاونه	الحسين ملوكي	أحمد خلف حسين الدخيل	بدر حماده صالح الجبوري	وفاء مكودي
قيس حسن عواد	إدرس لكريفي	عبد الرزاق هيري	خالد لفته شاكر الزبيدي	إبراهيم مفلح كامل الشوابكه
مجدي شعيب	عبد الرحيم المصلوحي	صلاح سعود محمد الرقاد	عمار سعدون سلمان البديري	عوض الليمون
سعد عطية حمد الموسى	حكيم التوزاني	محمد البدوي	حسام حميد شهاب	عمر صالح علي العكور
مبروكة كريم محمد عبد القادر	مروان محمد محروس المدرس	عمار شقواري	بهاء الدين خويره	مهجة محمد عبد الكريم
عبد العزيز خنفوسي	أحمد عارف ربيع الضلاعين	ياسر يوسف حذمان الخلايلة	محمد بوبوش	عبد الوهاب كريم حميد
عادل تميم	عبد الكريم عوض خليفة	أميرة عبد العظيم محمد عبد الجواد	أمانى محمد	نعيمة فرج عبد اللطيف الحداد
جواد الرباع	أمينة الفطناسي	ظافر مدحي فيصل الدوري	محمد بن عبد الله الجهوري	عماد مؤيد جاسم
صلاح الدين أبو زيد	عبد العزيز أحمد حسن	نسرین فتحي حسين عدوان	سمر الخمليشي	أحمد عبد الحكيم عبد الرحمن شهاب

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 رصيناً، يحتوي على مقومات الجدية والأمانة العلمية، والابتكار في المواضيع القانونية المطروحة على الساحة؛
- ✓ أن لا يكون قد سبق نشره أو وعد بنشره في مجلة أخرى؛
- ✓ تنشر مجلة معالم قانونية البحوث العلمية القانونية الأصلية للباحثين مكتوبة باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية دون إدراج ملخص أو كلمات مفتاحية للبحث ولا تدرج المراجع في آخر البحث؛
- ✓ أن يكون البحث مطبوعاً 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 دقيقاً ومعبراً عن محتوى البحث؛
 - ♦ على أن يكتب اسم الباحث أو الباحثين بخط arabic typesetting حجم 18؛
 - ♦ أما مضمون البحث المكتوب على المتن فإنه يكتب بخط sakal 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 sakal majallat بحجم 12
- ✓ يرسل البحث إلى مدير تحرير المجلة بواسطة البريد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني التالي:

journallegalmilestones@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 سلبى (لا يصلح للنشر) يقبل البحث مع التعديلات المطلوبة والمهمة، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من ثلاثة سلبية (اثنان لا يصلح للنشر) يكون البحث مرفوض.

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

أولاً: يصلح للنشر بدون أية تعديلات؛

ثانياً: يصلح للنشر بتعديلات جوهرية؛

ثالثاً: يصلح للنشر بتعديلات طفيفة؛

رابعاً: لا يصلح للنشر.

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

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

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

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

2. يشار عند توثيق مقالات 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 مجتزأً حيثما تكرر مثل: محمد الكشور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، العدد 31، 1999، ص 37.

محمد الكشور، 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 مجتزأً حيثما تكرر؛

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

✓ يحصل الباحث بعد صدور العدد الذي نشر به مقاله على نسخة من ذلك العدد، كما يحق له الحصول على نسخة من أي عدد شاء مرة كل ثلاث سنوات بحسب اختياره؛

✓ تخلي المجلة مسؤوليتها من أي إخلال بالملكية الفكرية للمقالات المنشورة بأي عدد ينشر عنها.

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

أعلام القضاء

3..... العلامة القاضي عياض

الدكتور: محمد الطودار - الدكتور: محمد شكري الجميل العدوي

قبس من شخصيات قانونية

15..... الدكتور عبد الحميد بدوي قاضي العروبة الأممي

بقلم: رضى بن يحي - الدكتور: محمد لكبايش

أبحاث القضاء

23..... إشكالية التوفيق بين مبدأي السلامة الإقليمية للدول وحق تقرير المصير- دراسة في القانون الدولي العام

بقلم الدكتور: محمد بوبوش

35..... وسائل دفع المسؤولية المدنية الطبيب البيطري عن إنتاج الدواء البيطري - مخاطر التقدم العلمي أنموذجا

بقلم الدكتور: محمد مومن - الباحث: أحمد السراوي

51..... النظرية الحديثة للغبن: الغبن الاستغلالي - قراءة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي -

بقلم: طارق محفوظ

79..... التقييدات المؤقتة الواردة على العقار المحفظ في التشريع المغربي

بقلم: محمد المهدي دربال

103..... التحليل العملي للآثار السلبية للتراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري وكيفية التصدي لها بفعالية

بقلم: لطيفة الينبي

119..... خصوصية قواعد الإرث في أراضي الجماعات السلالية

بقلم الباحث: محمد الجزولي

Les produits de la finance islamique comme alternatives de financement des PME : Analyse théorique des contrats Mourabaha, Moucharaka et Moudaraba..... 133

Ecrit par: Ali SQUALLI

نبض المحاكم

- قرار محكمة النقض، عدد: 1/598، المؤرخ في: 2022/04/26، ملف: اجتماعي، عدد: 2021/1/5/3009..... 147
- قرار محكمة النقض، عدد: 1/1146، المؤرخ في: 2024/07/10، ملف: جنحي، عدد: 2024/1/6/2291..... 151
- قرار محكمة النقض، عدد: 1/124، المؤرخ في: 2023/02/07، ملف: مدني، عدد: 2022/1/1/6916..... 155
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد: 1340، المؤرخ في: 2018/03/15، ملف: المسؤولية البنكية، عدد: 2018/8220/480..... 160
- قرار محكمة الاستئناف بمراكش، عدد: 146، المؤرخ في: 2024/04/24، غرفة المشورة، عدد: 2024/1124/86..... 168
- قرار محكمة الاستئناف بالعيون، عدد: 328، المؤرخ في: 2019/12/25، ملف: مدني، عدد: 2019/1501/195..... 176
- أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالداخلية، عدد: 17 — المؤرخ في: 2020/03/25، ملف: استعجالي، عدد: 2020/1101/18..... 181
- حكم المحكمة الابتدائية بتمارة، عدد: 699، المؤرخ في: 2021/07/01، ملف: منازعات الشغل، عدد: 2020/1501/591..... 185
- حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات، عدد: 297، المؤرخ في: 2019/07/18، ملف: قضايا العقار، عدد: 2019/1402/33..... 191

نافذة على الجامعة

- 1- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص - عبد العزيز سلواني-..... 203
- تحت عنوان: «الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي» نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
- 2- شهادة لنيل الماجستير - مبروك طاهري-..... 231
- تحت عنوان: «القاضي والعقد» نوقشت بكلية الحقوق، جامعة صفاقس - جمهورية تونس

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، أمّا بعد:

يسرّني، انطلاقاً من المسؤولية العلمية والمهنية التي ينهض بها الباحث والممارس القانوني، أن أقدم هذا العدد من مجلة معالم قانونية؛ تلك المنصة الرصينة التي أثبتت حضورها بوصفها رافداً معرفياً يدعم الثقافة النظامية ويحفّز النقاش العلمي المتخصص.

لقد شهدت البيئة التشريعية في الآونة الأخيرة تطورات متسارعة، محلياً ودولياً، الأمر الذي يعزّز من أهمية هذه المجلة ودورها في ترسيخ ثقافة القانون والارتقاء بجودة البحث والتحليل. وقد تضمّن هذا العدد طيفاً من الموضوعات والدراسات التي تعكس وعياً علمياً بهذه التحولات، وتقدّم رؤى بحثية عميقة أعدّها نخبة من المتخصصين.

ويأتي إصدار هذا العدد استكمالاً لرسالة المجلة في دعم المعرفة القانونية، وتوفير محتوى رصين يعزّز بيئة الحوار العلمي البناء، ويشجّع الإبداع البحثي الذي يسهم في خدمة منظومة العدالة وتطوير الممارسات القانونية في مختلف مجالاتها.

وفي الختام، أتقدّم بخالص الشكر والتقدير لكل من أسهم في إعداد هذا العدد وإخراجه، من باحثين ومراجعين وهيئات تحرير وإدارة، على ما بذلوه من جهد كان له بالغ الأثر في تقديم هذا العمل العلمي المتميز. وأسأل الله تعالى التوفيق والسداد، وأن يحقق هذا الإصدار تطلعات قرّائه، وأن يكون لبنة جديدة تضاف إلى صرح الدراسات القانونية. رئيس قسمي القانون العام والخاص بكلية القانون في الجامعة الإسلامية

د. إبراهيم بن سالم الحبشي

أعلام في القضاء



العلامة القاضي عياض

بقلم الدكتور: محمد الطودار

ممتدب قضائي

رئيس كتابة النيابة العامة

لدى محكمة الاستئناف التجارية بأكادير

راجعته وحققه الدكتور: محمد شكري الجميل العدوي

أستاذ القانون الخاص بكلية الاقتصاد والعلوم الإدارية

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المملكة العربية السعودية

مقدمة

يشع المرء بأفعاله وتصرفاته، ويرتقي بعلمه، كما يشع القاضي برسائله النبيلة الخالدة التي تتردها الألسن، وتقتفي أثرها البشرية جمعاء، ليبلغ بذلك مراتب الرقي في فنون شتى، وعلوم جمة غير القضاء بفضل اجتهاده وتضلعه، مما يساعد في الفصل في القضاء لمن هو أهل له، لا تأخذه في ذلك لومة لائم، وقد صدق الرسول الأكرم صلوات ربي وسلامه عليه المبعوث رحمة للعالمين حينما قال: [مَنْ وُيِّ الْقَضَاءُ، أَوْ جُعِلَ قَاضِيًا بَيْنَ النَّاسِ، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِّينٍ]¹، حتى يقضي بين الناس بما علمه واجتهد في معرفته، امتثالاً لقول الباري عز وجل: {وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ}².

وذلك زاد هذا العالم من أعلام القضاة النزهاء الذين ساهموا في ترك بصمته ناصحة، واضحة بهية، إنه القاضي المفدى عياض -رحمة الله الواسعة عليه- الذي يعد ثالث ثلاثة بعد الأصيلي وأبي عمران الفاسي الذين رفعوا رأس المغرب عالياً في ميدان الدراسات الإسلامية العليا، وخاصةً الفقه والخلاف على مستوى المذاهب³.

¹ أبي العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، حققه عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ج 4، ص 555.

² جزء من الآية 49 من سورة المائدة.

³ إدريس عزوزي، أبو الفضل القاضي عياض حياته: شخصيته العلمية، الاعتصام، تصدر عن جمعية العلماء خريجي الحديث الحسنية، ص 8، ع 7، جمادى الأولى، مارس 1982، ص 172.

طبقت شهرته الآفاق حتى قيل في حقه "لولا عياض لما ذكر المغرب"¹، وقد صح بأنه من الأعلام من تسمو بسببهم أوطانهم، وتذكر بفضلهم بلدانهم².

◆ نسبه

هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرون بن موسى بن عياض بن محمد بن عبد الله بن موسى بن عياض اليحصبي³. وقد ذكر ابنه: "كان أبي - رحمه الله - يقول: لا أدري هل محمد والد عياض أو بينهما رجل فهو جده"⁴.

استقر جد عياض بالقيروان قادماً من المشرق هو وبعض ولده، ثم انتقل إلى جهة بسطة بالأندلس، ومنها انتقلوا إلى مدينة فاس حيث اشتهر منهم عمرون والد جد عياض⁵.

ويعلق أحد المحققين المغاربة على نسب القاضي عياض فيقول: "وهو نسب يرتفع كما نرى إلى يحصب بن مالك بن زيد، الذي ينتهي إليه نسب الإمام مالك ابن أنس الأصبحي، وهكذا يمت القاضي عياض إلى الإمام مالك بصلتين: صلة المذهب المالكي، وصلة القربى والانتساب إلى قبيلة حمير من عرب اليمن، ذلك الصيت الذائع في التاريخ الإسلامي"⁶. بالإضافة - كما يقول آخر معلقاً على ذات الاتصال بالإمام مالك - إلى أنه من أشهر أعلام مذهبه الذين خدموه ونشروه⁷.

◆ نشأته

نشأ القاضي عياض في مدينة "سبتة" معقل العلم ومجمع الشيوخ سنة 476 هجرية⁸، في منتصف شعبان الموافق ل 1083 ميلادية⁹، إبان فترة شهدت ضم المغرب للأندلس على يد يوسف ابن تاشفين، الذي قام بتوحيد

¹ أو لما عرف المغرب.

² من المقدمة التي كتبها الدكتور بنشريف لكتاب التعريف، محمد بن القاضي عياض، التعريف بالقاضي عياض، تقديم وتحقيق محمد بن شريفة، ط 2، 1982، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والثقافة، الرباط، المغرب، المقدمة 1.

³ أنظر كل من:

— محمد بن القاضي عياض، م س، ص 2.

— شهاب الدين أحمد بن محمد المقرئ، أزهار الرياض في أخبار عياض، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الإبياري وعبد العظيم شلي، ط 1، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1358 هـ الموافق 1939 م، جزء أ، ص 28.

⁴ أنظر كل من:

— محمد بن القاضي عياض، م س، ص 2.

— شهاب الدين أحمد بن محمد المقرئ، م س، 1/24.

⁵ الودادية الحسنية للقضاة، القاضي عياض، مجلة الودادية الحسنية للقضاة، ع 2، نونبر 2010، ص 300.

⁶ محمد بن تاويت الطنجي، مقدمة ترتيب المدارك، نشر وزارة الأوقاف، الرباط، 1965، ج 1.

⁷ إدريس عزوزي، م س، ص 167.

⁸ إدريس الكتنبوري، القاضي عياض صاحب "الشفاء"، شخصيات علم من أعلام المغرب في عهد المرابطين، الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، س 39، ع 445، نونبر - دجنبر 2002، رمضان 1423، ص 44.

⁹ ابن بشكوال، أبو القاسم عبد الله بن سعيد، الصلة، تحقيق إبراهيم الأبياري، ط 1، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1989، 2/661.

المغرب الأقصى، وسعى إلى: "تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين، وقطع الخصام بينهم حتى تظهر النصفة، فلا يتعدى ظالم ولا يضعف مظلوم"¹، وفي فترة صارت فيها مدينة سبتة قبلةً للزائرين وطلبة العلم ومستقراً للعلماء، فيها ولد علي ابن يوسف، بعد سنة من ميلاد القاضي عياض².

فالمعروف أن القاضي عياض ورث المال والجاه من عائلة أبيه، والعلم والدين والصلاح من عائلة أمه³، فكيف لا يكون من العلماء الأفذاذ والقضاة الأتقياء الذين تربوا إلى جانب إخوته وسط أسرة وصفت بأنها الأسرة الطيبة: "الكريمة الشمائل مما جعله راجح العقل، ظاهر الذكاء، بادي الفطنة، متحفزاً للتعلم، طالباً له، حريصاً عليه، محترماً للأشياء، معظماً لهم كثير الأخذ عنهم، إلى أن برع بين أهل زمانه في مختلف أصناف العلوم"⁴.

♦ طلبه العلم

اتصل العالم المفدى القاضي عياض أثناء مكوثه بسبتة بجلة من العلماء والفقهاء والشيوخ، فمنهم أبي علي الغساني⁵، الذي تلقى منه إجازةً علميةً وهو في العشرين من عمره، فتحصل لديه زاد وافر من العلم⁶، كما

¹ وهي من الأمور العشرة التي يلزم بها الإمام كما ذكرها: أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، ط 1421 هـ الموافق 2000 م، منشورات محمد علي بيضون، لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 27.

² إدريس الكنبوري، م س، ص 45.

³ عبد السلام شقور، القاضي عياض الأديب، طبعة 1983، دار الفكر، الرباط، ص 69.

⁴ الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 301.

⁵ إلى جانب أخذه عن أعلام أهل سبتة مثل:

■ أحمد بن محمد بن بقي؛

■ أحمد بن محمد الشارقي؛

■ أحمد بن عمران الأنصاري؛

■ إبراهيم بن أحمد البصري؛

■ الحسن بن علي بن طريف؛

■ محمد بن عبد الله الأموي.

أنظر: إبراهيم الخطيب، سبتة مدينة القاضي عياض، الاعتصام، تصدر عن جمعية العلماء خريجي الحديث الحسنية، س 8، ع 7، جمادى الأولى، مارس 1982، ص 110. كما تتلمذ في أصول الدين لقاضي سبتة عبد الله ابن محمد اللخي. أنظر: إدريس عزوزي، م س، ص 168.

ومن شيوخه كذلك:

■ زعيم الفقهاء أبي الوليد ابن رشد؛

■ الحافظ أبي بكر ابن العربي؛

■ أبي عبد الله ابن عتاب... وغيرهم.

مذكور لدى: عمر الجيدي، أثر القاضي عياض في فقه العمليات، مجلة دار الحديث الحسنية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مؤسسة دار الحديث الحسنية، ع 3، 1982، ص 218.

⁶ إدريس الكنبوري، م س، ص 45.

ظهر أثره واشتد ساعده وقويت شوكة العلم لديه وهو بسبته¹، ولعل أدل على ذلك من قول محمد ابن عبد الرحيم الغرناطي: "وفيها خلق كثير من أهل العلم"².

فبسبته تلقى العلم الرصين والحصيلة الغزيرة التي أصقلت قريحته وجعلته لسان ذكر كل الأزمان، وقويت شوكة علم كبير من أعلام الحديث في المغرب والمشرق على حد سواء³. وكان خروجه للأندلس يوم الثلاثاء منتصف جمادى الأولى من العام سبع وخمسمائة للقاء مجموعة من أعلامها خاصة الحافظ أبا علي الصدي⁴.

ونظرا لغزارة علمه وهيبته فقد أوصى أمير المسلمين علي بن تاشفين عليه ابن حمدين قاضي الجماعة بقرطبة لمساعدته، إذ يشهد له بعلو كعبه في المعارف وطول باعه في الفنون، ويعتبر أحد أبرز علماء سبته بعد قدومه من قرطبة في رحلته الشهيرة رغم قصر مدتها في بحثه عن الأسانيد العالية⁵، والتوسع في الرواية، ومقارنة ما عنده بالأصول⁶.

كان عياض: "عالما مشاركا ومنتجا في جميع علوم عصره وآدابها تقريبا: فقيها، محدثا، متكلماً، مؤرخاً، خطيباً، شاعراً ومناضلاً سياسياً شجاعاً لا يساوم على مبادئه"⁷، ومصلحاً اجتماعياً همه الأكبر العلم⁸، حيث: "برع في زمانه وساد جملة أقرانه، وبلغ من التفنن في فنون العلم ما هو معلوم"⁹، كما كان: "أحد العلماء الذين أفتوا بتكفير محمد بن هانئ الأندلسي الذي قال في ممدوحه: «ما شئت إلا ما شاءت الأقدار فأحكم فأنت الواحد القهار»"¹⁰.

¹ قال مالك بن المرحل:

سلام على سبته المغرب أخية مكة أو يثرب

مذكور لدى: عبد الحق الطاهري، القاضي عياض وثورة السبتيين على الموحدين محاولة في التفسير، دراسات تاريخية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، ع 3، غشت 2014، ص 97.

² زكرياء بن محمد بن محمد بن محمود القزويني، آثار البلاد وأخبار العباد، دار صادر بيروت، لبنان، ص 533.

³ أحمد بن محمد فكير، من أعلام المدرسة الحديثية بالمغرب: القاضي عياض - ت 544، بحوث الندوة العلمية الأولى - المدرسة الحديثية بالمغرب والأندلس - نشر الرابطة المحمدية للعلماء، مدرسة ابن القطان للدراسات والأبحاث في الحديث الشريف والسيرة العطرة، مج 1، 2011، ص 249.

⁴ أنظر: إبراهيم الخطيب، م س، ص 110.

⁵ نظرا لشهرة علماء قرطبة وتفوقهم في العلم، واطلاعهم على أسرار الفقه المالكي. عمر الجيدي، م س، ص 230.

⁶ إدريس الكنبوري، م س، ص 45.

⁷ بلكبير عبد الصمد، م س، ص 58.

⁸ عبد الكبير المدغيري، القاضي عياض المصلح الاجتماعي، الاعتصام، تصدر عن جمعية العلماء خريجي الحديث الحسنية، س 8، ع 7، جمادى الأولى، مارس 1982، ص 88.

⁹ محمد بن القاضي عياض، م س، ص 4.

¹⁰ إدريس عزوزي، م س، ص 170.

ويعد كذلك شاعراً، وكان شعره كثيراً، لكن لم يجد ابنه أبو عبد الله عنه إلا اليسير، ويضيف: "وأكثر ما عندي منه إنما اتخذته عن أصحابه لا عنه، لأنه لم يدونه ولا قيده، ولا أرى أن يؤثر عنه ولا اعتقده"¹.

ومن شعره في النسيب والحنين إلى الأهل والديار يقول²:

أقمريّة الأدواح بالله طارحي أخا شجن بالنوح أو بغناء
فقد ارقطني من هديك رنة تهيج من برجي ومن برحاء
ذلعلك مثلي يا حمام فإنني غريب، "بداي" قد بليت بداء.

♦ توليه القضاء

إن ازدهار الأمم من تفشي عدل القضاء، ونكاسته من تردي أوضاعه، وحينما يتأصل ذلك في: «شخصيته كعالمٍ مصلحٍ وقاضٍ نزيهٍ ومعلمٍ مربٍ وإنسانٍ متمصلٍ لأسمى معاني الإنسانية»³، فإن القضاء سيكون بخير مثلما كان في تولي عياض لخطّة القضاء.

وسيزداد عطاء القضاء إذا تمت معرفة أنه: "من المنبع الإسلامي ارتوى المغاربة بالعلم، وظفروا بكل جوانب المعرفة فكانت لذلك بيئتهم بيئة الإسلام السليم، وكان مجتمعهم مجتمع العلم النافع"⁴. وفي هذا الجو الحيوي المفعم والمتشبع بتعاليم الدين الإسلامي ارتوى عياض بالعدل وسما في قضائه بالحزم.

فقد تولى عياض أمر القضاء وسنه تسعة وثلاثون عاماً سنة 515 هجرية الموافق 1179م، بعد فترة قصيرة من توليه منصب الشورى، فالجلوس للشورى درجة أولى في سلم القضاء وتبرئ له، بعد أن اختبر في المدونة المالكية⁵، حيث كان القاضي يتخذ أربعة مستشارين من نجباء الفقهاء لمساعدته، وللتدريب في نفس الوقت على خطة القضاء تحت إشرافه، لذلك أجلس القاضي عياض للشورى وهو في مقتبل العمر ولمساعدة القاضي⁶.

¹ محمد بن القاضي عياض، م س، ص 101 و 102.

² حمداتي شبيناء ماء العينين، الاعتصام، تصدر عن جمعية العلماء خريجي الحديث الحسنية، س 8، ع 7، جمادى الأولى، مارس 1982، ص 124.

³ عبد الكبير المدغيري، م س، ص 91.

⁴ محمد بن حماد الصقلي، حياة القاضي عياض العلمية، الاعتصام، تصدر عن جمعية العلماء خريجي الحديث الحسنية، س 8، ع 7، جمادى الأولى، مارس 1982، ص 148.

⁵ جلس القاضي عياض للمناظرة في المدونة المالكية وهو ابن اثنين وثلاثين سنة، فقد كانت المدونة تقليداً معروفاً عند فقهاء المالكية، ومناسبة لاختبار الشيوخ والطلبة على السواء في الفهم وسلامة الحفظ، يرأسها شيخ جليل، ويؤمها الطلبة وأعيان البلد. محمد بن القاضي عياض، م س، ص 10.

⁶ الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 305.

كما تولى العلامة عياض القضاء بغرناطة سنة 532 هـ الموافق 1137 م، حيث: "بقي عياض قاضياً على سبته نحواً من ست عشرة سنة، بلغت شهرته بصفته عالماً كبيراً، وقاضياً نزيهاً إلى تاشفين بن علي بن يوسف بن تاشفين، فأراد أن يكون قاضياً بغرناطة"¹. لكن تاشفين ضاق ذرعاً لسيرته العادلة، فصرفه عن قضاء قرطبة، وذلك في رمضان من سنة 532². وبتوليته لمنصب القضاء بغرناطة يكون القاضي عياض قد كسر العادة التي تجعل القضاة يأتون من الأندلس إلى المغرب³. وإن لم تدم ولايته إلا ستة أشهر بها فأعيد إلى قضاء سبته⁴. وقيل بعد نحو سنة ونصف من العمل، فعاد إلى سبته ليشغل نفسه بالتدريس والتأليف بالأساس قبل أن تظهر الدعوى الموحدية التي دفعته إلى خوض معارك مذهبية⁵، وقد أقره عبد المومن على القضاء لما دخل في طاعة الموحدين، واجتمع به بمدينة سلا فأكرمه وأجزل صلته وخاطبه بالتنويه وأقره على ما كان عليه⁶.

كان القاضي عياض يتأسى بقول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى قاضيه في رسالته المشهورة: "أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك". عرف بالعدل والصرامة وتطبيق الشريعة الإسلامية والضرب على أيدي المستهترين⁷، ويضاف إلى ذلك كله: "ما تردد على لسان كل من ترجم له أنه أقام الحدود وكان صلباً في الحق لا تأخذه في الله لومة لائم"⁸. وبذلك ساهم القاضي عياض في: "بناء صرح مؤسسة القضاء الذي يدون منعه وسيادته واستقلاله وعدالته"⁹.

تشبع عياض بالعدل، حتى أن الأنصاري ذكره عن مآثر سبته حيث قال بأن عياض: "... بنى الطالع الكبير الفذ، طالع سبته الذي بأعلى جبل مينائها، المعروف عند الناس بالناظور... وهو من أعجب الطلائع لكونه يكشف البرين، ويشرف على العدوتين إلى بادس"¹⁰.

¹ إدريس الكنبوري، م س، ص 45.

² راجع كل من:

— محمد بن القاضي عياض، م س، ص 11.

— الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 305.

³ إدريس عزوزي، م س، ص 170.

⁴ إدريس عزوزي، م س، ص 170.

⁵ الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 306.

⁶ إدريس عزوزي، م س، ص 170.

⁷ إدريس عزوزي، م س، ص 169.

⁸ عبد الكبير المدغيري، م س، ص 89.

⁹ بلكبكر عبد الصمد، صدر عن منتدى ابن تاشفين: المجتمع والمجال القاضي عياض، مجلة الملتقى، ع 26، ماي 2011، ص 58.

¹⁰ محمد بن القاسم الأنصاري السبتي، تحقيق: عبد الوهاب بن منصور، اختصار الأخبار عما كان بثغر سبته من سني الآثار، ط الثانية، 1403 هـ الموافق 1983 م، الرباط، ص 32 و33.

ومما يروى في عدالته أنه أقام حد الشرب على الكاتب الشهير، الفتح بن خاقان صاحب "قلائد العقيان"، وفي هذا يقول ابنه محمد: "ومن نوادر أخباره التي اضطرت الشرع إليها إقامته حد الخمر، على الفتح بن خاقان، وذلك أنه قصد إلى مجلس قضائه مخمرا، فتدسم بعض شهود المجلس منه رائحة الخمر فأعلم القاضي بذلك، فأمر به، فاستثبت في استنكاهه، وحده حدا تاما، وأخبرني بعض أصحابنا قال لي: بعث أبوك إلى الفتح بن خاقان، بعد أن أقام عليه الحد، صحتي ثمانية دنانير، وعمامة"¹، وحسب البعض فإن هذا من خلق القاضي عياض، الذي أهدى إليه ذلك تطيبا لخاطره².

ومن المسائل التي جرى العمل بها وفق رأي عياض ما يتعلق بـ: "بيع الصفقة"³، حيث اكتفى عياض باتحاد المدخل وبه نظم أبو زيد الفاسي فقال⁴:

في قابل القسم وما لم يقبل لا تشتط إلا اتحاد المدخل.

يشار إلى أن القاضي عياض تلقى تكوينه العلمي على يد العديد من القضاة الذي أخذ منهم، ونهل من معارفهم، ونذكر على سبيل المثال الآتية أسماؤهم:

♦ أبو عبد الله محمد بن عيسى التميمي السبتي القاضي، كان من أهل العلم والفضل تولى القضاء بفاس وسبته، ذكره عياض في الغنية من جملة شيوخه، وقال عنه ابنه بأن والده سمع منه كثيرا وأجازه⁵.

♦ أبو عبد الله محمد بن علي بن حمدين الثعلبي القرطبي، من كبار علماء وقضاة الأندلس، وهو الذي كان المرابطون يستشيرونه في القضايا العقدية والدينية الطارئة وعلى رأسها قضية إحراق كتاب الأحياء، سمع عنه بقرطبة كثيرا وأجازه⁶.

♦ أبو عبد الله محمد بن أحمد التجيبي القرطبي المعروف بابن الحاج، قاضي قرطبة، كان من جملة الفقهاء وكبار العلماء معدودا في المحدثين والأدباء، كان معتنيا بالحديث والآثار جامعا لها⁷.

¹ محمد بن القاضي عياض، م س، ص 112.

² أحمد بن محمد فكير، م س، ص 217.

³ عمر الجيدي، م س، ص 233. والتي تبقى من المسائل التي حيرت الفقهاء واختلف حولها الفقه كما وضع ذلك الونشريسي، يراجع في ذلك: عمر الجيدي، م س، ص 234 وما بعدها.

⁴ عمر الجيدي، م س، ص 237.

⁵ أنظر كل من:

— محمد بن القاضي عياض، م س، ص 6 و123.

— الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 303.

⁶ الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 303.

⁷ الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 303.

♦ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي قاضي الجماعة بقرطبة¹.

♦ آثاره:

اشتهر القاضي عياض بمؤلفاته التي وسعت الأرض وانتشرت في مشارقها ومغاربها لتعرف بمؤلفها العادل، حتى أن الحافظ النووي شارح مسلم والحافظ ابن حجر شارح البخاري، كانا ينقلان عن القاضي عياض²، وقال ابن خلكان في حقها بأن القاضي عياض: "صنف التصانيف المفيدة"³، ومن تلك التصانيف نجد:

✓ أجوبته عما نزل في أيام قضائه من نوازل الأحكام؛

✓ سر السراة في أدب القضاة؛

✓ الشفا بتعريف حقوق المصطفى ﷺ⁴؛

✓ الإلماع إلى معرفة أصول الرواية وتقييد السماع؛

✓ مشارق الأنوار على صحيح الآثار؛

✓ إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم؛

✓ تقريب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب الإمام مالك.

فقدت الكثير من مؤلفات القاضي عياض، وقيل بأن عدد مؤلفاته تسعة عشر عند ابنه في التعريف⁵، وأزيد من الثلاثين عند ابن تاويت الطنجي⁶.

¹ الودادية الحسنية للقضاة، م س، ص 304.

² أحمد بن محمد فكير، م س، ص 213.

³ أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، حققه: إحسان عباس، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر بيروت، لبنان، مج 3، ص 483.

⁴ يعد هذا الكتاب من أهم الكتب لقيمتها العلمية، ومن بين أهم الشروح التي قدمت له، نجد: "الفتح الفياض في شرح شفا القاضي عياض" للعلامة أبو الحسن علي بن أحمد الحريشي الفاسي، والذي تم تداوله كثيرا وانتشر بين طلبة العلم، بالإضافة إلى انكباب المتأخرون في شرحه منهم:

• محمد بن علي بن أبي الشرف الحسيني التلمساني في: "المنهل الأصفى في شرح ما تمس الحاجة إليه من ألفاظ الشفا"؛

• أحمد بن محمد الشمني في: "مزيل الخفاء عن ألفاظ الشفاء"؛

• أبو زيد عبد الرحمن بن عبد القادر بن علي الفاس في: "مفتاح الشفا في محاذاة الشفا"؛

• أبو عمران موسى بن محمد الراحل الدغمي العبدلاوي السلاوي في: "منهاج الصفا في التقاط درر الشفا".

أنظر: طارق الفاطمي، جهود علماء المغرب في القرنين الحادي عشر والثاني عشر الهجري في شرح شفا القاضي عياض (الفتح الفياض) للإمام أبي الحسن علي بن أحمد الحريشي الفاسي، مجلة الشفا، الرابطة المحمدية للعلماء، مركز ابن القطان للدراسات والأبحاث في الحديث الشريف والسيرة العطرة، ع 1، نونبر 2018، ص 123 و124 و125.

⁵ محمد بن القاضي عياض، م س، ص 116 وما يليها.

⁶ ج 1، صفحات كا، كب، كج، كد، كه، كو، طز.

♦ قيل في حقه بأنه:

- حسن السيرة، محمود الطريفة، مشكور الحلة، أقام جميع الحدود على ضروها واختلاف أنواعها¹.
- على جانب كبير من الذكاء والفهم، والفتنة والحرص على طلب العلم².
- أحد العباقرة الأفاضل... قل وجود من يشاركه في مواهبه وينافسه في نبوغه... ولم يسابقه في الميدان أحد ولم يخض لجة العرفان اعترافاً منه له بالسبق، وإقراراً بالفضل، فكان بحق "أبا الفضل"³.
- بحر علم وهضبة دين وحلم أحكم قراءة كتاب الله تعالى بالسبع وبلغ من معرفته الطول والعرض وبرز في علم الحديث وحمل راية الرأي ورأس في الأصول وحفظ أسماء الرجال وثقب في علم النحو وقيد اللغة وأشرف على مذاهب الفقهاء وأنحاء العلماء وأغراض الأدباء⁴.
- في ميدان الفقه بحر لا تكدره الدلاء، ومعه ينساب الفقه من قلمه انسياب نهر جارٍ، يحمل معه الثراء والعمق وحسن التعليل، زاده تمرسه بالقضاء تضلعا فيه⁵.

♦ وفاته

- وإن طالبت مدة القاضي عياض في القضاء، فإنه مع ذلك مات وهو مدين بخمسمائة دينار، وصدق فيه قول الشافعي - رحمه الله - بأنه: "من ولي القضاء فلم يفتقر فهو سارق"⁶، والذي توفي في ليلة الجمعة التاسعة من جمادى الآخرة من سنة أربعة وأربعين وخمسمائة للهجرة⁷.
- نفي القاضي عياض من سبتة إلى مراكش على يد الموحدين، حينما حاصر حزم عبد المؤمن سبتة، واستقر في مراكش مدة سنة بعد موته، وكان أهل مراكش يلتفون حوله ولم يتركوه أبداً حسبما ذكر ابن المؤقت، إلى أن توفي فيها سنة 544 هجرية⁸.
- ويعتبر القاضي عياض من بين سبعة أولياء مدينة مراكش العامرة، ولا زال ضريحه حسب ما يروج له أنه بباب دكالة، لكن الأصح أن ضريحه يتواجد بحي باب أيلان⁹.
- توارث أبناء عياض علمه ومنهم:

¹ محمد بن القاضي عياض، م س، ص 10.

² إدريس عزوزي، م س، ص 168.

³ محمد بن حماد الصقلي، م س، ص 146.

⁴ قول للملاح، مذكور لدى: شهاب الدين أحمد بن محمد المقرئ، أزهار الرياض في أخبار عياض، مج 3، م س، ص 7.

⁵ عمر الجيدي، م س، ص 218.

⁶ عبد الكبير المدغيري، م س، ص 89.

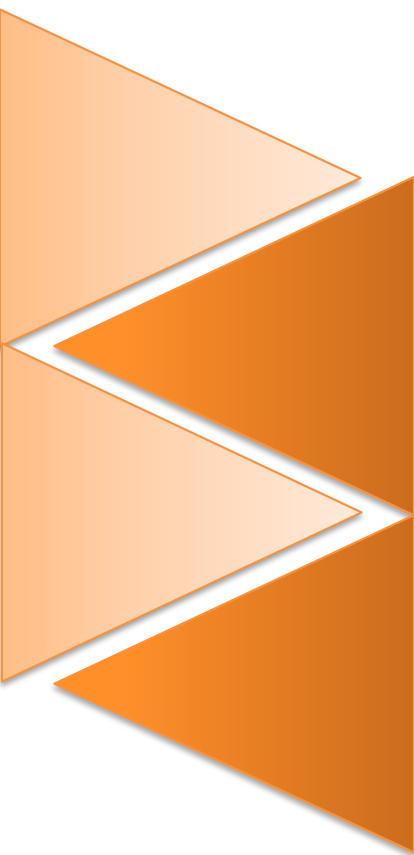
⁷ محمد بن القاضي عياض، م س، ص 13.

⁸ إدريس الكنبوري، م س، ص 46.

⁹ بجوار ضريح مولاي علي الشريف.

1. محمد بن عياض بن موسى بن عياض، وهو الذي تولى قضاء دانية ثم غرناطة، له "التعريف بالقاضي عياض"¹.
2. عياض بن محمد بن عياض بن موسى بن عياض؛
3. محمد بن عياض بن محمد بن عياض بن موسى؛
4. محمد بن أحمد بن محمد بن عياض.

¹ الذيل والتكملة، الورقة 121 (مخطوط – القسم الأخير)، مذكور لدى إبراهيم الخطيب، م س، ص 112.



قبس من شخصيات قانونية

الدكتور عبد الحميد بدوي قاضي العروبة الأممي

بقلم: رضى بن يحيى
باحث بجامعة ابن زهر
وعضو تحرير مجلة معالم قانونية

راجعته وحققه الدكتور: محمد لكبايش
أستاذ القانون الخاص مؤهل بكلية الحقوق بأكادير
جامعة ابن زهر

تزدهر الأمم بقوة رجالها العظماء، وتشمخ بعقول أبنائها النباه، وتصان الحقوق بثباتهم في وجه الأهواء، واقتفاءهم أثر الأوفياء، وارتقاءهم منازل الأتقياء، الذين يخلد التاريخ أسماءهم في صفحاته النقية البيضاء. وإذا ذكر العظماء لا بد أن يسطع في المقدمة نجمٌ من حمل فكر العلماء، وحنكة الحكماء، وهيبة القضاة النبلاء، إنه العبقري، والمفكر العربي، والقاضي الدولي، الدكتور عبد الحميد بدوي باشا (1887/1965م)، أحد أعمدة القانون الشامخة، وصروحه الراسخة التي لا تنضب بعلمه الغزير المنهمر العذب السلسيل، وعطاءه المتدفق المدرار الذي ليس للانقطاع إليه سبيل، فكان بحق أيقونة فكرية متفردة لا مثيل لها.

اجتمع في شخصه النادر عمق الفقيه المتأمل، ووقار القاضي الحصيف، وبصيرة المشرع النافذ في فهم الواقع الذي يأبى إلا أن يكون القانون عدلا يطبق لا مجرد نص يعلق، فهو مشرع مصر النبيه، وقاضيهما العدل النزيه، وفقهيهما الكيس الوجيه في فهمه ورأيه، فكان بذلك واحدا في صورة ثلاث، وكل صورة فيه تهر النظر، وتشد السامع بالوقار، والفصاحة والانتباه.

كان رحمه الله راسخ القدم في العلم والفهم، فلم يكن نصوصيا متقيدا بظاهر النص، أو قديم النصوص، أو مشهورها، وإنما كان نصوصيا واسع المعرفة، ومتفتحا على نصوص متعددة. وقد مكنته سعة أفقه القانوني من أن يجد السبيل للصواب حين كان يصعب على غيره أن يجده في ظل الأفق المحكوم. وعلى سبيل المثال فقد كانت ثقافته العربية والإسلامية رافدا غير منظور في فهمه للتشريعات اللاتينية والأنجلوساكسونية على حد سواء، وكان يدرك أن الحياة القانونية الحديثة لم تبدأ في عصر النهضة، وإنما بدأت قبل ذلك بكثير في نصوص عربية تضمنتها كتب أصول الفقه، والفقه الخاص، كما أدرك أيضا أن فلسفة القانون لم تبدأ على يد اليونان

واللاتين، وإنما بدأت قبل ذلك عند قدماء المصريين وفي شريعة حمورابي، وكان لهذا السبب يدرك أن الأصل في الأشياء أبعد بكثير من الأصل المتعارف عليه عند معاصريه¹.

نشأ عبد الحميد بدوي في قلب عصر النهضة الثقافية العربية، قبيل إخضاع مصر للاحتلال البريطاني بقليل، فكان على قدر تلك المرحلة رجلاً استثنائياً، فالشدائد والأزمات من رحمها يخرج الرجال، حيث حفل زمانه بنخبة من نجوم المقاومة الذين تصدروا المشهد السياسي آنذاك من قبيل: مصطفى كامل، وسعد زغلول، ورشدي باشا، كما عاصر قمماً شامخة من رجالات القانون الكبار أمثال: عبد الرزاق السنهوري، ومحمد كامل مرسي، وعلي علوبة باشا، وأحمد لطفي السيد، والشهيد عبد القادر عودة.

وشهد ذلك العصر أيضاً بزوغ أعلام النهضة الفكرية والأدبية، الذين صاغوا الوعي العربي النهضوي، وتصدروا الصحف الوطنية والمجلات الفكرية، وفي طليعتهم: عميد الأدب العربي طه حسين، وأمير الشعراء أحمد شوقي، وفارس البيان عباس محمود العقاد، ورفيق القلم الرشيق إبراهيم عبد القادر المازني، وغيرهم من فرسان الكلمة ورواد النهضة.

ولد عبد الحميد بدوي بالمنصورة في كنف أسرة محافظة تلقى في ربوعها تربية صوفية هادئة، فجاور أباه فترة من طفولته بالمدينة المنورة، حيث تعلم بها مبادئ الدين وعلوم اللغة العربية وأدائها²، ثم عاد إلى الإسكندرية ليتلقى تعليمه في مدارس مرموقة، إذ درس: "بمدرسة العروة الوثقى الابتدائية، ومنها إلى ثانوية رأس التين"³، إحدى أعرق مدراس مصر في القرن العشرين، وهي ذاتها التي نهل من علومها لاحقاً الفقيه الكبير عبد الرزاق السنهوري.

حصل عبد الحميد بدوي منها على شهادة البكالوريا سنة 1904م متصدراً طلاب دفعته، ثم واصل مسيرته العلمية بمدرسة الحقوق الخديوية بالقاهرة، فكان في طليعة نجباء خريجيها سنة 1908م، مما أهله لأن يكون بين القلائل الذين أوفدتهم مصر إلى جامعة جرونوبل بفرنسا، فنال منها الدكتوراه في القانون المدني سنة 1912م في موضوع: "تطور فكرة حق الامتياز"⁴.

¹ محمد الجوّاري، عبد الحميد بدوي باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، دار الروضة الطبعة 01، سنة 1442، 2021م، الصفحة 07.

² خير الدين الزركلي، الأعلام للزركلي، دار العلم، الطبعة 05، سنة 2002م، الجزء 03، الصفحة 285.

³ وردت في مقالة للكاتب ماهر عباس، إشارة إلى أسماء المدارس التي تلقى فيها د.عبد الحميد بدوي تعليمه، وهي مذكورة في نص مقالته بعنوان: عبد الحميد باشا بدوي الديبلوماسي الفقيه، منشورة بالموقع الإلكتروني:

www.algomhuria.gomhuriaonline.com، بتاريخ: 04 يناير 2025م، وقد اطلع عليه في الاثني 11 غشت 2025م، وذلك على الساعة 19:03.

⁴ Badaoui, Abd el-Hamid. Le développement de la notion du privilège : thèse pour le doctorat, présentée et soutenue le 20 juillet 1912. Grenoble : Allier frères, 1912, p209.

أظهر تفوقه ونبوغه في كل مراحل التعليم، فكان موضع حديث أساتذته وزملائه، إذ يحكى عن أحد زملائه القدامى أنه قال: كان بدوي الأول في صفنا، وأضاف الباحث والخبير الدولي (Jasper Brinton) أنه: بقي دائما كذلك¹.

بدأ حياته العلمية بخبرة متجذرة، ونباهة فذة، وفطنة متقدمة تنضح ببصيرة نافذة، حيث شرع في تدريس مادة قانون العقوبات المقارن بكليته الأم، كلية الحقوق بالقاهرة، خلال الموسم الجامعي: 1914/1915م. وإن المتصفح لمحاضراته المنشورة ليجد في شخصه دقة وعمقا في شرح العقوبة وبيان غاياتها، حيث اعتبر أن: "العقوبة بدأت منذ بدأ الناس يعيشون في حالة اجتماع، وأنت لتجد في كل زمن مهما تغلغل في القدم، وفي كل قبيلة مهما بلغ توحشها، أنها أذى يلحق بالفرد الذي ألحق أذى بالجماعة"².

أما عن فلسفتها وغاياتها: "فالعقوبة تتغي غرضين اثنين: غرض أدبي وهو: إحقاق العدل، وإسكان ما ثار من العواطف؛ لأن الجريمة تشعرك بالتعدي والظلم، وقد تثير الاستفزاز والشفقة بمن وقعت به، وتترك الناس قد استخفهم الخوف والقلق، فضلا عن الغرض النفعي، وهو أن المصلحة تقضي ألا ينتشر هذا العمل أو يتكرر، ويدخل فيه غرضان: أن يمنع المجرم من الرغبة في ارتكاب الجريمة مرة ثانية، سواء بالردع أو الإصلاح أو الاستئصال لمن لا أمل في إصلاحهم، وهذا هو الحماية الخاصة، والثاني منع الناس أن يقلدوه، وذلك بالإرهاب، وهذا هو الحماية العامة"³.

عاش حياة نموذجية سوية في كنف أسرته الثانية الوفية، إذ تزوج من سيدة فاضلة هي زهيرة، كريمة المرحوم حافظ باشا المنشاوي، ورزق منها بابنتين: المهندسة محمد الذي كان له نشاط بارز في مجال الأعمال، والسفير الدكتور عبد الحليم رئيس الوفد المصري في الأمم المتحدة سابقا، وابنتين: نهي ونوال. وقد أشاد الأستاذ أحمد الصاوي بدور رفيقة درب بدوي، في حفظ مواهبه، والإيمان بطموحاته، والسهرة على ازدهار مساعيه، ومواصلة الدعم له في صمته وصوته، قائلا: "ولا شك أن وجود زوجة ممتازة إلى جانب الرجل العبقري هي التي تحفظ مواهبه، وتجعلها تزدد نورا وإشراقا"⁴، فغدت بذلك مؤنسه وسميره، وسنده وظهيره في رحلة المجد والريادة.

تقلد المناصب وتدرج في الكراسي، فكما خطا بثبات في دروبه العلمية حتى بلغ أسمى الشهادات، مضى في حياته العملية يرتقي سلم المسؤوليات درجة تتلوها أخرى، فكان بذلك رجل دولة بامتياز، إذ شغل مناصب مرموقة، وجلس على كراس تباننت في مهامها وتساورت في ثقل الأمانة، فحيثما وُلِّيَ أزهى عطاؤه، وإذا نودي إلى تكليف علت أراؤه، وإن دعي إلى مسؤولية أخلص لها بوفاء يليق بمهابته وثناء خبراته.

فقد كانت أبرز الوظائف التي شغلها والمهام السامية التي أداها بكفاءة، أن عمل مساعدا بالنيابة العامة إثر حصوله على الليسانس من كلية الحقوق الخديوية بالقاهرة سنة 1908م وحتى 1911م، ثم عمل مدرسا بها

¹ J. Brinton, "In Memoriam Abdel Hamid Badaoui", The Egyptian Journal of International Law, vol, 25, 1965, p. 5.

² عبد الحميد بدوي، قانون العقوبات المقارن، محاضرات مصورة ألقاها بجامعة القاهرة، الموسم الجامعي 1914/1915م، الصفحة 08.

³ عبد الحميد بدوي، قانون العقوبات المقارن، مرجع سابق، الصفحة 08.

⁴ محمد الجواري، عبد الحميد باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، مرجع سابق، الصفحة 295.

خلال العامين الدراسيين 1912/1914 م. وفي ماي 1915 م اختاره وزير الحقانية عبد الخالق ثروت مديرا لمكتبه¹، كما انتُخب عضوا في لجنة الموظفين سنة 1919 م. ثم تقلد منصب قاض بالمحاكم الأهلية في الفترة من 1920 إلى 1921 م، وعُين سكرتيرا عاما لمجلس الوزراء سنة 1921 م².

ونظرا لما أبداه من كفاءة وتميز، فقد عُهد إليه بتولي منصب مستشار في لجنة قضايا الحكومة في الفترة من 1922 إلى 1926 م، وهي اللجنة المكلفة آنذاك بالقضاء والإفتاء والتشريع، كما انتُخب عضوا في لجنة وضع الدستور وسكرتيرا عاما لها سنة 1923 م، وكان قلم الحكومة المختلطة في عام 1923 م³.

أبان عن علو كعبه في رحاب القانون، وأهله قدمه الراسخة في القضاء لتبوؤ منصب مستشار بهيئة قضايا الدولة التي قضى بها حوالي 19 سنة (1922/1941 م)، وقد تولى رئاستها عام 1926 م، ليكون أول مصري يشغل هذا المنصب السامي، حيث اكتسب في هذا الموقع كل ألقابه المجاملة والمهاجمة، بدءا من أنه "مفتي الدولة"، و"مفتي القرية"، و"المفتي الأكبر"، أو "مصنع العبقرية"⁴، وبرز فيها منافحا عن مصالح الدولة المصرية أمام المحاكم الأجنبية، بما في ذلك المحاكم المختلطة، فكانت هذه الفترة بحق ذروة عطائه المهني.

وهو يتولى رئاسة هيئة قضايا الدولة، ذلك الجهاز الضخم بثقله ومسؤوليته، كان يقف خلف المشهد قائدا هادئا واثقا بخطاه، يوجه بخبرة فريقه من زملائه المتفانين والأكفاء، فقليل عنه: "أنه كان يمتلك القدرة على استشراف الصعوبات قبل أن تنشأ، وتذليلها حين تبدو عصية على الحل، وربما أكثر من أي رجل آخر في زمانه، فهو من قاد سفينة الدولة المصرية وسط الأمواج العاتية لنظام الامتيازات الأجنبية حتى أوصلها إلى بر السيادة الكاملة"⁵.

وقد برز هذا الحس القيادي أبهى ما يكون في معركة التحكيم المشهورة بقضية "سالم"، تلك الدعوى التي وجهت فيها الولايات المتحدة الأمريكية اتهامًا لمصر عبر التحكيم الدولي، إثر رفض المحاكم المختلطة دعوى أحد رعاياها، فأحيل النزاع على هيئة تحكيم دولية عام 1932 م، فكان عبد الحميد بدوي ممثل مصر أمامها إلى جانب قاض محايد هو: "والتر سيمونز". وفي فيينا دافع عبد الحميد بدوي عن الموقف المصري بحجج راسخة، مؤكدا أن مسؤولية الدولة لا تمتد إلى ما يتجاوز حدود سيادتها، وأن المحاكم المختلطة رغم طابعها الخاص، تظل جزءا من النظام القضائي الوطني، ولا تحمّل الحكومة تبعات قراراتها، وانتهت الهيئة إلى الحكم لصالح مصر في كونها صاحبة الكلمة العليا على أرضها وقضائها⁶.

¹ راجع موقع الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي: www.espesl.com/chairmen، اطلع عليه يوم الخميس 14 غشت 2025 م، على الساعة 18:17.

² محمد الجوّاري، عبد الحميد باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، مرجع سابق، الصفحة 22.

³ محمد الجوّاري، عبد الحميد باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، مرجع سابق، الصفحة 23، 28.

⁴ محمد الجوّاري، عبد الحميد باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، مرجع سابق، الصفحة 29.

⁵ J. Brinton, op.cit, p 03.

⁶ J. Brinton, op.cit, p 02.

لم يلبث بعد أن أرسى دعائمه في مدرج القضاء، أن انتقل إلى حمل أعباء المالية ووزارة عام 1940م، ثم تصدر الميدان الدبلوماسي ووزارة للخارجية سنة 1945م، قبل أن يحظى بالعضوية في مجمع اللغة العربية في العام نفسه¹. وقد دل مساره المهني عن قدرة فائقة، وبراعة منقطعة النظير في الجمع بين سدة القضاء، وحكمة الساسة، ورهافة اللسان العربي وأصالته.

حفر اسمه في منصات المؤتمرات والمحافل الدولية ممثلاً بذلك بلده أحسن تمثيل، فحظي بكل مدح وفخر وتقدير وإجلال، حيث شارك في مؤتمر القانون الدولي بلاهاي سنة 1930م، وكان عضواً في مؤتمر النقد والاقتصاد في لندن سنة 1933م، وترأس المؤتمر الدولي لتوحيد قانون العقوبات سنة 1938م، لكن يبقى أعظم ما يخلد ذكره، كونه الصانع الأول لمعاهدة مونتريه، حيث أنجح المفاوضات التي أدت إلى توقيعها سنة 1937م، متضمنة إلغاء الامتيازات الأجنبية على مصر، فألغيت بموجب ذلك المحاكم المختلطة نهائياً سنة 1949م، ليعود بذلك الاختصاص إلى المحاكم المصرية في كل المنازعات التي تثور بين الأجانب والمصريين².

شهد لحظة ميلاد هيئة الأمم المتحدة ونشأتها عام 1945م، وتتبع عن كثب مجريات مسار عملها منذ بداياتها، وكان عمره آنذاك 58 سنة، فهو القائل: "ولقد سرني وشرح صدري وقد حضرت مولد الهيئة، وتعقبت كثيراً مما يجري فيها، ويقضي عمل المحكمة حين تستفتيها الجمعية العامة في بعض شؤونها أن تحيط علماً بمداولاتها في جلساتها العامة وفي اللجان"³.

أهله نضجه وخبرته المهنية، إلى جانب ثقافته القانونية وحفاوته الدولية، وهو على مشارف الستينيات من عمره، لتولي منصب قاض أممي بمحكمة العدل الدولية سنة 1946م⁴، واستمر في خدمة العدالة الدولية على مدى عشرين عاماً، ليكون أول قاض عربي يمثل الشرق الأوسط على هذه المنصة العالمية.

أبدى إعجاباً بالغاً برقي شريعة الإسلام في مجال العلاقات الدولية، حيث لفت النظر إلى أنها أرسيت منذ فجرها أسس مبادئ الحرية، والإخاء، والمساواة، والعدل الفردي والاجتماعي، وصاغت أسس العلاقة بين الأمم على مبدأ حرية الرأي، وروح التسامح، وعدم الإكراه في الدين، وحددت ضوابط الحرب ورسمت آدابها، فحرمت قتل النساء والأطفال، ونهت عن التمثيل والتشويه والتعذيب والتحرير. وقد أشار إلى مفارقة واضحة، فالدول الغربية تتشدد بتبريد هذه المبادئ وتتغنى بذكرها، كما أنها تهمل تطبيقها إن تعارضت مع مصالحها، فهي قد: "ابتدعت في عهد غير بعيد شيئاً سموه القانون الدولي، ينظم العلاقات بين الدول بعضها ببعض في شؤون الحرب والسلم، وذهبوا يتجادلون في سلطانه، ولا يزالون في أخذ ورد بشأنه، والزيادة عليه، والإضافة إليه، يعملون به تارة، ويهملونه أطيواراً. وللإسلام أن يفخر بأنه منذ نشأته الأولى مضى يرسم آداب الحرب، والسفارات وموعدها، وأصول العلاقات السلمية بين الدول، أما الحرب فقد جعل الإسلام يبين الأخذ بأسباب الوساطة

¹ مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، سنة 1420، 1999م، الصفحة 02.

² محمد الجوّاري، عبد الحميد باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، مرجع سابق، الصفحة 35، 38، 39.

³ زكي هشام، الأمم المتحدة، تقديم عبد الحميد بدوي باشا، المطبعة العالمية، الطبعة 02، سنة 1952م، الصفحة 06.

⁴ خير الدين الزركلي، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، الجزء 03، الصفحة 285 بتصرف.

والتوفيق وإصلاح ذات البين أولاً وأخراً، وواجب مناصرة من اعتدي عليه، وينهى عن حروب الاعتداء، ولا يعرف إلا حروب الدفاع"¹.

أمد المكتبة القانونية بعدد من المؤلفات المتنوعة التي تشهد بغزارة علمه وسعة أفقه، ومنها:

- مركز الوارث في الشريعة الإسلامية؛

- أثر الامتيازات في القضاء والتشريع في مصر؛

- نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية؛

- حرية القول في مصر².

وقدم لمؤلفات أساتذة كبار، من أبرزها:

- حق الدولة والأفراد على الأموال العامة للدكتور محمد زهير جرانة، أستاذ القانون العام بكلية الحقوق،

جامعة فؤاد الأول، مطبعة الاعتماد، القاهرة، سنة 1943م،

- الأمم المتحدة للدكتور زكي هاشم، المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة 01، سنة 1951م؛

- الجنسية المصرية والطوائف الدينية في مصر للأستاذ فؤاد كرم، مكتبة عبد الله وهبة.

فكانت مقدماته إضافات علمية ونوعية قائمة بذاتها، تشهد بمداد لا ينضب، وقلم يفيض مداده بما يلزم

حيث يُستدعى، وهكذا اجتمع له في نتاجه العلمي بعدان متكاملان: التأليف الأصيل من جهة، والإسهام في إغناء

مؤلفات غيره من جهة أخرى، بما يوجي بشخصية معطاءة تجود بما حباها الله من نباهة نافذة، وفراصة قادرة

على النفاذ إلى صميم المسائل والارتقاء بها إلى أفق أرحب.

توفي رحمه الله فجأة عام 1965م³، عن عمر يناهز 78 عاماً، وأقيمت له حفلات تأبين في جميع المؤسسات

المصرية، ونعته الجامعة العربية والعالم، كما نعته الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي في بيان

رسمي، وقررا بالإجماع تحديد موعد لانتخاب خلف له لشغل المقعد الشاغر بمحكمة العدل الدولية⁴؛ تقديراً

لإسهاماته في القانون الدولي، واعترافاً بالمكانة الرفيعة التي حظي بها في الأوساط القانونية والدبلوماسية الدولية.

انتهى والله من وراء القصد.

¹ محمد الجوّاري، عبد الحميد باشا المفكر العربي والقاضي الدولي، مرجع سابق، الصفحة 238، 239.

² ذكرت مؤلفاته بموقع الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي: www.espesl.com/chairmen، اطلع عليه يوم الأحد 17 غشت 2025م، على الساعة 17:09.

³ خير الدين الزركلي، الأعلام للزركلي، مرجع سابق، الجزء 03، الصفحة 285.

⁴ United Nations, Security Council and General Assembly, Tribute to Judge Abdel Hamid Badawi upon his death, New York, 10 August 1965.

أبحاث ودراسات



إشكالية التوفيق بين مبدأي السلامة الإقليمية للدول وحق تقرير المصير - دراسة في القانون الدولي العام

بقلم الدكتور: محمد بوبوش
أستاذ العلاقات الدولية والقانون الدولي
مختبر القانون العام والعلوم السياسية
جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب

مقدمة

يواجه النظام القانوني الدولي، منذ نشأته، تعارضاً وتناقضاً بين مبدأين أساسيين ومؤسسين، هما احترام السلامة الإقليمية (الوحدة الترابية للدول) من جهة، وحق الشعوب في تقرير مصيرها من جهة ثانية. وإذا كان الأخير مشروعاً في حال احتلال وهيمنة استعمارية، ويحظى بقدسية قانونية من حيث المبدأ في الترسنة القانونية الدولية، فإنه يطرح معضلاتٍ سياسية في غاية من التعقيد، لما يتعلق الأمر بالانفصال عن دولة قائمة معترف بها بحكم قواعد القانون الدولي¹.

إذا، يعتبر كلا من مبدأي السلامة الإقليمية للدول (الوحدة الترابية) وحق تقرير المصير بمفهوم الانفصال من المبادئ الأساسية في القانون الدولي والمكرسان بموجب ميثاق الأمم المتحدة، الذي جعلهما في مستوى واحد من الأهمية؛ إذ نص في إحدى مبادئه على حظر استخدام القوة أو التهديد باستخدامها ضد السلامة الإقليمية للدولة، أو استقلالها السياسي، أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة والتي من بينها حق الشعوب في تقرير المصير.

ومن هنا تحاول هذه الدراسة البحث في التأصيل القانوني لمفهوم السلامة الوطنية والعلاقة بين أعمال مبدأ تقرير المصير ومبدأ السلامة الإقليمية للدول. وفي هذا الإطار، تعرض الدراسة إلى ماهية التعريف بمبدأ السلامة الإقليمية أو ما يصطلح عليه بالوحدة الترابية، ومبدأ الحق في تقرير المصير. ثم يتناول طبيعة العلاقة المضطربة بين المبدأين من منظور قواعد القانون الدولي.

¹ - عبد النور بن عنتر: معضلة النزعات الانفصالية، العربي الجديد، 07 أكتوبر 2017، على الرابط: <https://bit.ly/3er4vAe>

أولاً: السلامة الإقليمية (الوحدة الترابية)

هي مبدأ أساسي وجوهري وقاعدة أمرة في القانون الدولي يقوم على أنه لا ينبغي أن تحاول الدول القومية أن تؤسس تحركات انفصالية أو تحاول القيام بتغيرات حدودية في الدول القومية الأخرى. وبالعكس يقوم هذا المبدأ على أن فرض التغيرات الحدودية بالقوة هو عمل عدائي.

فقد أصبح مبدأ السلامة الإقليمية، من أبرز القيود على حق تقرير المصير. إذ تم إقرار مبدأ السلامة الإقليمية في المادة 10 من عهد عصبة الأمم 1919، كما تم إدراجه لاحقاً في ميثاق الأمم المتحدة¹. وتعتبر العلاقة بين حق تقرير المصير والسلامة الإقليمية علاقة شائكة، إذ شكلت أهم القضايا التي اختلف عليها في فقه القانون الدولي العام، الناظم للعلاقات الدولية بين الدول في إطار القرارات والمعاهدات والمواثيق الدولية. كما شكلت العلاقة بين حق تقرير المصير ومبدأ السلامة الإقليمية علاقة معقدة في إطار القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان.

ويقتضي مضمون مبدأ السلامة الإقليمية والوحدة الترابية، الرجوع إلى وثائق الأمم المتحدة في هذا السياق، وجاء في هذا الصدد في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، أنه: "يمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستغلال السياسي لأي دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة²."

في المفهوم العام، يشكل الإقليم أحد الأركان المادية الأساسية للدولة، حيث لا يمكن الحديث عن دولة دون وجود إقليم محدد، كما أن مبدأ السلامة الإقليمية للدول هو أحد العناصر الأساسية للحفاظ على السلم والاستقرار الدوليين³.

ونرى أن هذه اللبس في المفاهيم، مرده التجاذبات السياسية بين الدول والمواقف من كل قضية على حدة، كون مسألة حق تقرير المصير بمفهومه التقليدي، هي حق متأصل في ميثاق الأمم المتحدة، ويفترق افتراقاً كبيراً وبيناً مع المصطلح الجديد في الفقه القانوني وهو "حق تقرير المصير الداخلي" الذي يتعلق بحق الانفصال في إطار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية. ولعل ما يؤكد فرضيتنا هذه أن: "لجنة القضاء على التمييز العنصري، التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، أقرت منذ العام 1966 التمييز بشكل واضح ضرورة التمييز بين تقرير المصير الخارجي (كحق متأصل) وتقرير المصير الداخلي (كحق مكتسب). وفي كلا الحالتين يُشترط تحديد فكرة الشعب المختلف عن الدولة الأم في لغته وعاداته وثقافته. بينما يتفرد حق تقرير المصير (الخارجي) بمسألة احتلال دولة والمطالبة بالاستقلال في إطار ميثاق الأمم المتحدة، بغض

¹ - انظر: المادة 2 من ميثاق الأمم المتحدة.

² - محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2002، ص 160، 161.

³ - الشعب الأحوازي في إطار مبدأ السلامة الإقليمية للدول في القانون الدولي، مركز دراسات دور انتاش، 23 سبتمبر 2019، على الرابط:

<https://bit.ly/3waJ0hb>

النظر عن ممارسته حقوقه السياسية والاجتماعية والاقتصادية. بينما يشترط ما سُمي بـ "حق تقرير المصير الداخلي" التمييز العنصري، وممارسات الدولة الأم في الإقصاء والتمهيش السياسي والاقتصادي، ولهذا فإننا نجد إشارات صريحة كثيرة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان إلى ما يفترض أن يتمتع به المواطنون في ظل إقرار تقرير المصير الداخلي.

ومن الصعب الفصل بين مفهومي السلامة الإقليمية والسيادة، على اعتبار أن السيادة هي ممارسة جميع الاختصاصات على كامل التراب الوطني أو إقليم الدولة دون منازع، بمعنى أن لا أحد يحق له المساس بهذه الوحدة... إذ الإقليم هو أحد المكونات الثلاثة للدولة. فالوحدة الترابية هي شرط من شروط وجود كامل وسليم للدولة، وأنه ملازم لمبدأ حرمة أراضيها.

في هذه الحالة، تعني السلامة الإقليمية للمغرب وحدته الجغرافية داخل حدوده في علاقته مع بلدان الجوار: الجزائر وإسبانيا وموريتانيا، وتضم بالتالي مجموع الصحراء حتى الحدود مع موريتانيا جنوباً ومع الجزائر شرقاً. وهذه الحدود يتعين على دول الجوار القريب احترامها وعدم المساس بها وفقاً لأحكام القانون الدولي العام.

ثانياً: حق في تقرير المصير وأدبيات القانون الدولي

عرف بعض فقهاء القانون الدولي حق تقرير المصير بأنه: "حق أي شعب في أن يختار شكل الحكم الذي يرغب العيش في ظلّه والسيادة التي يريد الانتماء إليها". باعتبار أن السيادة ركن أساسي من أركان تقرير المصير. وإذا كان مبدأ تقرير المصير قد أُسْتُهْل في عام 1526، لكنه لم يجد تطبيقه الفعلي إلا في بيان الاستقلال الأمريكي المُعلن في 4 يوليو عام 1776، وبعدها أقرت به الثورة الفرنسية في سنة 1789، كما ضمنه الرئيس الأمريكي ولسن Wilson في نقاطه (14) التي أعلنها بعد الحرب العالمية الأولى¹.

وقد لعب هذا المبدأ دوراً مهماً في تاريخ القانون الدولي. كما احتل مكانة مهمة في معاهدات الصلح التي عقدت بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى 1919، لكنه لم يكتسب القاعدة القانونية الإلزامية في القانون الدولي بدليل التقرير الذي قدمته لجنة الفقهاء بتاريخ 5 شتنبر 1920، بشأن جزر الآند، حيث تضمن: "إقرار هذا المبدأ في عدة معاهدات دولية لا يكفي لاعتباره من قواعد القانون الدولي الوضعي".

إلا أن تغييراً في النظام الدولي قد حدث بخصوصه، فقد نص عليه ميثاق الأطلسي المعقود بين الحكومتين الأمريكية والانكليزية (روزفلت وتشرشل) في 14 غشت سنة 1941²، وانضم إليه بعد ذلك الاتحاد السوفيتي في

¹ - *For more details see:* Manela, Erez, "The Wilsonian Moment: Self Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism", (New York, Oxford University Press, 2007).

² - وهو عنوان البيان المشترك الذي صدر عقب لقاء رئيس الوزراء البريطاني ونستون تشرشل مع الرئيس الأمريكي روزفلت في 14 أغسطس 1941 على ظهر السفينة Prince of Wales بالقرب من جزيرة نيو فوندلاند بالمحيط الأطلسي وتنبع أهمية هذا البيان من أنه تضمن أول إشارة إلى أهمية إنشاء "نظام دائم للأمن العام" Permanent system of general security، بالإضافة إلى تأكيد عدد من المبادئ الأساسية

شتنبر عام 1941. وقد نصت المادة الثانية من الميثاق على أن: "الحكومتين لا ترغبان في أي تعديل إقليمي لا يتفق مع الرغبة التي يعرب عنها السكان المعنيون بحرية تامة". كما نصت المادة الثالثة منه: "باحترام حق جميع الشعوب في اختيار شكل الحكومة التي تريد أن تعيش في ظلها".¹ ثم جرى تأكيد هذا المبدأ في تصريح الأمم المتحدة الصادر في 1 يناير 1942، وتصريح يالطا الصادر في 11 فبراير سنة 1945.²

وتبنت منظمة الأمم المتحدة في مؤتمر سان فرانسيسكو سنة 1945، بعد الحرب العالمية الثانية، مبدأ حق تقرير المصير. وتم النص عليه في المادة الأولى فقرة (2) ضمن أهداف ومبادئ الأمم المتحدة كما ورد أيضاً في المادة (55) من الفصل التاسع الخاص بالتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي. وتابعت الجمعية العامة بعد ذلك إصدار القرارات لتأكيد حق الشعوب في تقرير المصير. وإذا كانت قد استخدمت كلمة «حق» right بدلاً من كلمة مبدأ principle بدءاً من قرارها رقم (1181) الصادر في 1957/12/11 فإنها وبعد النظر في التقارير المختلفة التي قدمتها لجنة حقوق الإنسان عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي؛ أصدرت في 1960/12/14 قرارها رقم (1514) الخاص بمنح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة³ والذي كانت له أهمية خاصة؛ لأنه اتخذ محوراً استندت إليه جميع القرارات اللاحقة الخاصة بتقرير المصير الصادرة عن الأمم المتحدة. وقد نص هذا القرار على حق جميع الشعوب من دون أي تمييز في تقرير مصيرها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي؛ على أن تتخذ خطوات مرتبة لمنح الشعوب غير المستقلة استقلالها التام، وألا يتخذ أي سبب مهما كان ذريعة لتأخير ذلك؛ لأن إخضاع الشعوب لاستعباد الأجنبي إنما هو إنكار لحقوق الإنسان الأساسية ويناقض ميثاق الأمم المتحدة ويعوق السلم والتعاون الدوليين.⁴

التي تضمنها ميثاق الأمم المتحدة فيما بعد وأهمها حق الشعوب في تقرير مصيرها وفي اختيار نظم الحكم الخاصة بها وتحريم اللجوء إلى القوة أو التهديد في العلاقات الدولية. محمد بوبوش، قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي.... المرجع السابق، ص: 18.

¹ - حق الشعوب في تقرير مصيرها، منظمة حمورابي لحقوق الإنسان، على الرابط: bit.ly/3ozw4QJ

² - يعدّ مؤتمر يالطا Yalta Conference المنعقد في الفترة الممتدة ما بين 11.4 شباط/فبراير 1945 مرحلة مهمة ومؤثرة في تاريخ العلاقات الدولية وتطور جهود إنشاء منظمة الأمم المتحدة، وقد انعقد في ظل وضع عسكري وسياسي غير مستقر إلا أنه أثمر بالمقابل عن العديد من النتائج المهمة والخطيرة. حيث تم الاتفاق على وضع تسوية للمستعمرات بتقسيمها إلى نوعين: الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي [ر] وتلك الخاضعة لنظام الوصاية [ر]، وأيضاً على وضع نظام لمحكمة العدل الدولية. إبراهيم دراجي، مؤتمر يالطا، الموسوعة العربية، على الرابط: bit.ly/3IJSpBK

³ - صدر هذا القرار التاريخي في أعقاب ممارسات المجتمع الدولي التي استمرت سبعة عشر عاماً بأغلبية 90 صوتاً مقابل لا شيء وامتناع 9 دول عن التصويت، وإن عدم وجود أي معارض للقرار إضافة إلى تدني نسبة الممتنعين عن التصويت إنما يدل على أنه يمثل رغبات جميع أعضاء الأمم المتحدة ومعتقداتهم، مما يعني أن حق تقرير المصير لم يعد حقاً قابلاً للتطبيق في المستقبل لأحوال غير محدودة وإنما أصبح حقاً قانونياً نافذاً وفورياً.

⁴ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, adopted by General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, note 10, para 2; the International Covenant on Civil and Political Rights, article 1, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, article 1; General Comment 12, Human Rights Committee (A/39/40), 1994, pp. 142-143.

إنَّ تدرج حق تقرير المصير جعله شعارًا ومطلبًا للشعوب بحسب تحدياتها الماثلة، ولقد تعاملت الدول الاستعمارية مع حق تقرير المصير على أنه وسيلة لتصفية وجودها بوسائل سلمية مما ترك لها مجالًا للتسويق من أجل الاستفادة من ثروات الدول المستعمرة.

وقد جرت العادة على اتباع عدة وسائل من أجل الاستقلال عبر تقرير المصير، من ذلك مثلًا الاستفتاء، حيث يتم تسويق الاستفتاء على أنه ممارسة ديمقراطية لاستبيان رغبة الشعوب سواء في الاستقلال أو البقاء في الدولة المستعمرة مثل حالة استفتاء إريتريا، واستفتاء تيمور الشرقية واستفتاء جنوب السودان.

ويختلف الاستفتاء الذي يستهدف الاستقلال عن الدولة القائمة عن الاستفتاء الذي يتم لأغراض داخلية مثل تجديد ولاية السلطة الاتحادية أو المصادقة أو رفض قبول مسودة الدستور الجديد. فالاستفتاء من أجل الاستقلال يتم تحت رقابة دولية عبر الأمم المتحدة، فيُشرف الأمم المتحدة، رغم عدم الزاميته، يظل خيارًا يسرع من فرص الاعتراف الدولي وفقًا لقرار الجمعية العامة رقم 637 الصادر في 16 دجنبر لسنة 1952: "كمبدأ عالمي، فإن التوصل إلى رغبات الشعوب التي تريد تقرير مصيرها، يتم بواسطة الاستفتاء أو أية وسيلة من وسائل الديمقراطية الأخرى المعترف بها دوليًا، ويفضل أن تتم ممارستها تحت إشراف هيئة الأمم المتحدة"¹.

ويرى بعض فقهاء القانون الدولي أن تقرير المصير هو حق إجرائي تقتضي ممارسته الخطوات الإجرائية التالية:

1. وجوب أن يكون هنالك اتفاق مسبق على إجراء الاستفتاء على تقرير المصير.
2. أن تشرع عملية الاستفتاء في إطار القانون المحلي.
3. أن تتم عملية الاستفتاء بطريقة شفافة تعكس خيار الشعب المستفتي.
4. أن تعترف الدولة الأم بنتائج الاستفتاء.
5. أن تتقبل دول الجوار نتائج الاستفتاء بما يحقق الاعتراف بكيان الدولة².

ثالثًا: العلاقة القانونية المضطربة بين السيادة الإقليمية والحق في تقرير المصير

1- حق تقرير المصير بمفهوم "الانفصال" في أدبيات القانون الدولي:

يقصد بالانفصال "Sécession" تكوين دولة جديدة فوق جزء قد يضيق وقد يتسع من إقليم دولة قائمة، شريطة استمرار هذه الدولة التي كانت ضحية الانفصال، إن استمرار هذه الدولة هو الذي يميز

¹ - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، أجاز في نيروبي، 1981.

² - أليو قرنق: الحق في الاستقلال عبر تقرير المصير بالتطبيق على تجربة جنوب السودان، مركز الجزيرة للدراسات، الخميس، 03 يناير، 2019، على الرابط: <http://bit.ly/2L21aMq>

الانفصال عن حل أو تفكك الدول éclatement, Dislocation désintégration بحيث تنهار وتختفي الدولة الأصلية نهائياً لفائدة دولتين جديدتين أو أكثر¹.

كما عرف الانفصال بأنه: خروج سكان جزء من إقليم دولة علي هذه الدولة بقصد الاستقلال عنها وتأسيس دولة جديدة متى نجحوا في تحقيق هذه الغاية بالتخلص نهائياً من سيادة الدولة الأم وتأسيس دولة جديدة مستجمة لكافة عناصر الدولة القانونية. وذهب آخر أن الانفصال هو: " تلك الحالة التي ينسلخ فيها إقليم من دولة قائمة ذات سيادة تعجز عن إخضاعه وإرجاعه إلى سيادتها فتكون بعد ذلك دولة تتوفر فيها كافة العناصر"².

ويقصد بالانفصال أيضاً "خروج جزء من إقليم الدولة عن سيادة الدولة الأصلية بقصد تأسيس دولة جديدة، ولكي تنشأ الدولة الجديدة يجب أن تكون قد استجمعت كافة عناصر الدولة القانونية واستقرت في الجزء المنفصل وعجزت الدولة الأم عن إقناعها بالعدول عن قرارها بالانفصال"³.

فعلى الرغم من قدم ظاهرة الانفصال عن الدول في التاريخ، إلا أنها بقيت في إطار مفرزات واقع الصراع بين الدول، وليست مولداً من مولدات حقوق الإنسان. فبالرغم من أن ظاهرة الانفصال أخذت نطاقاً واسعاً واكتسبت أهمية كبيرة جداً في العلاقات الدولية المعاصرة، منذ تأسيس منظمة الأمم المتحدة في أعقاب الحرب العالمية الثانية، إلا أنها جافت الحالات الواقعية لحقوق الشعوب في تقرير مصيرها داخلياً. حيث تصاعدت هذه الظاهرة منذ تسعينيات القرن العشرين في الدول الأوروبية في أوروبا الوسطى وأوروبا الشرقية وعلى وجه الخصوص بعد تفكك الاتحاد السوفياتي، كأحد مفرزات الصراع ابان الحرب الباردة بين المعسكر الاشتراكي الذي قاده الاتحاد السوفياتي السابق، وبين المعسكر الرأسمالي بقيادة الولايات المتحدة الأمريكي⁴.

ويذكر البعض أن الانفصال يعد من الناحية التاريخية الأسلوب الأكثر بروزاً في إنشاء الدول، ففي القرن العشرين نشأت عن طريق الانفصال العديد من الدول ولاسيما بعد مرحلة انتهاء الاستعمار، ويبدو أن الرأي المتقدم يخلط بين الاستقلال والانفصال، إذ إن الانفصال يعني تجزئة أرض الدولة بينما الاستقلال يعني التحرر من الاستعمار وإذا كان الأول (الانفصال) يصطدم بمبدأ أساسي من مبادئ القانون الدولي العام والذي يتضمن ضرورة المحافظة على الوحدة الإقليمية للدولة، فإن الثاني (الاستقلال) يمثل مبدأ مقرر في القانون الدولي العام هو حق التحرر وتصفية الاستعمار⁵.

¹ د.عبد الحق الجناتي الإدريسي، القانون الدولي العام، مكتبة المشكاة، وجدة: 2002، ص: 211.

² محمد على أحمد محمد تورشين: انفصال الدول (طرقه ودوافعه)، موقع جريدة حريات السودانية، بتاريخ 03 نوفمبر 2014 على الرابط: <http://www.hurriyatsudan.com/?p=166734>

³ - عبد الواحد محمد الفار: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص: 148.

⁴ - انظر: د. محمد خالد الشاكر، مجلس الأمن الدولي وحفظ السلم والأمن الدوليين قبل وبعد انتهاء الحرب الباردة، رسالة ماجستير، المعهد العالي، الجامعة اللبنانية، للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2009، ص 32 وما بعدها.

⁵ - علي زراقت: الوسيط في القانون الدولي العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011، ص: 290.

في هذا الخصوص، دأبت النصوص التي تقر مبدأ تقرير المصير إلى تقييد ممارسته بضرورة احترام الوحدة السياسية والترابية للدول المستقلة وذات السيادة. فمبدأ تقرير المصير لا يمكن أن يمارس على حساب مبدأ الوحدة الترابية للدول المستقلة.¹ فقد نصت التوصية 1514 في فقرتها السادسة على أن كل محاولة تسعى إلى تفكيك الوحدة الوطنية للدول تخالف أهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة²، وقد أعيد التركيز على هذه الفكرة في التوصية 2625 (د-25) لسنة 1970 المتعلقة بمبادئ القانون الدولي المنظمة للعلاقات الدولية بين الدول ومنها مبدأ حق تقرير المصير، وتنص هذه التوصية على أنها لا تتضمن ما يمكن أن يفسر بمثابة تشجيع أو ترخيص لأي عمل كيفما كان نوعه قد يفكك أو يهدد كلياً أو جزئياً الوحدة الترابية والسياسية لكل دولة مستقلة وذات سيادة³.

الأمر الذي قد يثير تعارض بين أعمال مبدأ السيادة الإقليمية والحق في تقرير المصير. وتكشف موازين القوى داخل أروقة الأمم المتحدة عن أنه تارة يتم الانتصار لمبدأ تقرير المصير على حساب السيادة الإقليمية أو الوحدة الترابية للدول وأحياناً يتم الانتصار للسيادة الإقليمية ولو على حساب حق المصير.

وقد أشار "جورج سيل" إلى أن حق مجموعة في الانفصال يصطدم مباشرة بحق آخر وهو حق باقي السكان في الاستمرار في تكون أمة ودولة ورغبتهم في العيش المشترك والحفاظ على سيادة بلدهم⁴.

والملاحظ أن الحل الذي تجنح إليه الأمم المتحدة في العديد من النزاعات الدولية المرتبطة بتقرير المصير والانفصال هو تغليب الوحدة الترابية والانتصار للسلامة الإقليمية على مبدأ الانفصال، فلطالما عبر الأمراء العامون للأمم المتحدة أثناء تعرضهم لأزمات دولية مرتبطة بحركات انفصالية عن معارضتهم لمبدأ الانفصال، باعتباره يهدد استقرار المجتمع الدولي وأمنه ويؤدي إلى بلقنة الدول وتفتيتها.

¹ - د. عبد الحق الجناتي الإدريسي، القانون الدولي... المرجع السابق، ص: 212.

² - « Any 6. « is country a of integrity territorial the and unity national the of disruption total or partial the at aimed attempt incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.». see: Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, Adopted by General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, in: <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>

³ - « Nothing in the foregoing shall be construed as prejudicing the positions of the parties concerned with regard to the status and effects of such lines under their special regimes or as affecting their temporary character.». see : 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, Resolution n° A/RES/25/2625 24 October 1970 adopted by the General Assembly , [Adopted on a Report from the Sixth Committee (A/8082)] in: <http://bit.ly/2GkLaiC>

⁴ - د. محمد تاج الدين الحسيبي، المجتمع الدولي وحق التدخل، سلسلة المعرفة للجميع، العدد 18، يناير 2001، منشورات رمسيس، الرباط، ص: 181.

فقد سبق للأمم المتحدة "أوتانت" أن أكد أن الأمم المتحدة لم يسبق لها أن قبلت ولا تقبل اليوم، ولن تقبل أبداً - على ما اعتقد - مبدأ انفصال جزء من إحدى الدول الأعضاء¹.

وقد سار على نفس النهج الأمين العام للأمم المتحدة أنطونيو غوتيريش عندما صرح عن موقف الأمم المتحدة والقانون الدولي من مسألة ضم Annexation المناطق الأوكرانية الأربعة (لوهانسك ودونيتسك وخيرسون وزابوريجيا) إلى الاتحاد الروسي، حيث تطرق إلى ما يسمى بـ "الاستفتاءات" في المناطق المحتلة التي أجريت خلال نزاع مسلح نشط في مناطق خاضعة للاحتلال الروسي وخارج الإطار القانوني والدستوري لأوكرانيا.

وأضاف أنه لا يمكن وصفها بأنها تعبير حقيقي عن الإرادة الشعبية "أي قرار تتخذه روسيا للمضي قدماً سيعرض آفاق السلام لمزيد من الخطر. وسوف يطيل أمد الآثار الدراماتيكية على الاقتصاد العالمي، وخاصة في البلدان النامية، ويعيق قدرتنا على تقديم المساعدات المنقذة للحياة في جميع أنحاء أوكرانيا وخارجها".

وأوضح أنه "لا يمكن التوفيق بينه وبين الإطار القانوني الدولي. ويقف ضد كل ما يعمل المجتمع الدولي من أجل الدفاع عنه. ويستهمين بمقاصد ومبادئ الأمم المتحدة"، ووصفه بالتصعيد الخطير، وبأنه ليس له مكان في العالم الحديث، ولا ينبغي القبول به².

ومن جهة أخرى لم تعترف الأمم المتحدة بانفصال إقليمي أبخازيا وأوسيتيا الجنوبية عن جورجيا عام 2008 وكذا بانفصال شبه جزيرة القرم وضمها إلى الاتحاد الروسي سنة 2014.

2- وسائل أعمال حق تقرير المصير بمفهوم "الانفصال"

ولتحقيق الانفصال تستخدم الأقليات، أو الحركات الانفصالية، عدة وسائل تتراوح ما بين الوسائل ذات الطابع السلمي، والوسائل العنيفة، ويمكن توضيح هذه الوسائل كالتالي:

¹ - "As an international organization, the United Nations has never accepted and does not accept and I do not believe it will ever accept the principle of secession of a part of [a] Member

State." Secretary-General's Press Conferences, UN MONTHLY CHRON., Feb. 1970, at 34, 36

L'ONU, chronique mensuelle, janvier 1970, p : 30. Voir aussi :

Alain Renard, Biafra Naissance d'une Nation, Aubier-Montagne. Paris, 1969. p 189.

Etido Effionginyang, Echoes of secession: the Hero, the rebel in Nigeria, African studies Quarterly, Volume 17, ISSUE 3, November 2017, pp. 3.5.

وقد جاء هذا التصريح أثناء محاولة الانفصال التي عرفتها نيجيريا والتي أدت إلى حرب أهلية دامية استمرت ما بين سنتي 1967 و1970 انتهت لصالح السلطة المركزية ضد انفصال إقليم "بيافرا". راجع:

عبد المالك عودة، "الحرب الأهلية في نيجيريا"، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، الأهرام العدد 10، 1967، ص: 25.

² - الأمين العام، قرار روسيا بضم أراضي أوكرانيا ليس له قيمة قانونية وتصعيد خطير يستحق الإدانة، موقع الأمم المتحدة، 29 سبتمبر 2022 على الرابط: <https://bit.ly/3rpMEjC>

1. الانفصال السلمي: يتضمن أن تعمل الأقليات في إطار سلمي من أجل تحقيق أهدافها، وذلك من خلال تنظيم عمل ذو طابع اجتماعي بإنشاء الأحزاب السياسية، الجمعيات، الحركات الثقافية أو منظمات للدفاع عن مبادئها ويغلب على نشاطها أسلوب الحوار وطرح الحجج حتى يستجاب لمطالبها، حيث تعمل على المشاركة في الحياة السياسية والاجتماعية داخل الدولة، كالمشاركة في العمليات الانتخابية وفي التنمية المحلية والوطنية¹.

كما أن هناك حالات تم خلالها انفصال الوحدات عن الدولة الفيدرالية بشكل سلمي سواء عن طريق الاستفتاء أم بدونه، ومن الأمثلة على ذلك انفصال فنزويلا عن كولومبيا في بداية الثلاثينات من القرن التاسع عشر وكذلك الانفصال الذي حصل في الاتحاد الفيدرالي لجزر الهند الغربية عام 1962 وكذا الحال للاتحاد الفيدرالي لروديسيا ونايسلاند عام 1963، وإذا كان ما تقدم قد حدث في ظل اتحادات فيدرالية مستعمرة فإن هناك حالات انفصال سلمية حدثت خلال نصف القرن الماضي فقد انفصلت سنغافورة عن ماليزيا عام 1965 كما أن الاتحاد السوفيتي السابق قد تفكك إلى خمس عشرة جمهورية في عام 1991، كما حصل الانفصال في تشيكوسلوفاكيا عام 1993، كما استطاعت جزيرة نفيس أن تنفصل عن اتحاد "سانت كيتسي" ونفيس بثلاثي الأصوات للمجلس التشريعي للجزيرة عام 1998 كما تم انفصال جمهورية الجبل الأسود عن اتحاد صربيا والجبل الأسود بعد إجراء الاستفتاء في شتبر من عام 2006².

ولعل دراسة وتحليل حالات الانفصال المتقدمة توضح أنها تعود لعدة أسباب لم تنشأ بصفة أساسية نتيجة تبني الفيدرالية وإنما بسبب سوء استعمال التدابير الفيدرالية، فعلى سبيل المثال حدث الانفصال في تشيكوسلوفاكيا بسبب تبني الفيدرالية الثنائية الطائفة، إذ طرح هذا النمط من الاتحاد مشاكل عديدة بسبب إصرار الوحدتين على التساوي فيما بينهما في كافة الأمور، حيث يملك كلا الوحدتين حق (الفيتو) في كافة القرارات السياسية الكبرى مما يؤدي في أحيان كثيرة إلى الجمود والتوقف عن اتخاذ وإقامة المشاريع والخطط العامة المفيدة للاتحاد، كما أن الوحدتين المكونتين للاتحاد (التشييك) و(السلوفاك) تتفاوتان بعدد السكان وبحجم الثروة فضلاً عن غياب التحالفات والائتلافات السياسية بين الوحدتين، وكل ذلك أسهم في انفصال الوحدتين اللتان كانتا تشكلان معاً الدولة الفيدرالية³.

2. الانفصال العنيف أو القسري: (استخدام القوة المسلحة من طرف الحركات الانفصالية):

ويستند هذا النوع عموماً إلى التمرد، وهو يعبر عن حالة الرفض والمقاومة للسلطة وللنظام السائد، ويتخذ التمرد أشكالاً عديدة، فقد يكون تمرداً معنوياً من خلال رفض الأفكار وطبيعة العلاقات القائمة داخل النظام

¹ - ريم عبد المجيد، أصداء كتالونيا: حى الحركات الانفصالية في أوروبا، المركز العربي للبحوث والدراسات، الأحد 29 أكتوبر 2017 على الرابط: <http://www.acrseg.org/40638>

² - د. صلاح جبير البصيصي، انفصال الوحدات المكونة للدولة الفيدرالية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، المجلد 9، 2017، كلية القانون، جامعة كربلاء. ص: 375.

³ - د. صلاح جبير البصيصي: انفصال الوحدات المكونة.. المرجع السابق، ص: 375.

السياسي، أو أن يكون تمرداً مادياً وذلك من خلال التظاهرات والاحتجاجات المسلحة للمطالبة بالانفصال. كما يمكن أن يتخذ شكل التمرد الفردي، حيث يتم استخدام العنف لمنع العناصر الممثلة للسلطة من أداء مهامها، لكن أخطر أشكال التمرد هو التمرد الجماعي، إذن أنه غالباً ما يقترن باستخدام السلاح، حيث يهدف إلى التأثير في النظام السياسي القائم وتغييره جذرياً، الأمر الذي يهدد أمن الدولة ووحدتها الوطنية¹.

وأياً كانت الوسائل المستخدمة فإن نجاح الانفصال يعتمد على توفر الدعم بمختلف أشكاله: المالي، العسكري، وحتى الإعلامي، حيث أن المساندة الخارجية تلعب دوراً هاماً في تعزيز هذا الموقف خاصة إذا كانت من دول الجوار.

ويرى البعض أن هدف الانفصال لا يمكن تحقيقه إلا إذا كانت جماعة الأقلية متمركزة في إقليم أو جزء من الدولة التي تريد الانفصال عنها، مع ذلك فالعديد من هذه الجماعات تمكنت من تحقيقه أو على الأقل الوصول إلى بلوغ الحكم الذاتي، إذ أن الأقليات التي تتركز في مناطق تقع على حدود الدولة تكون رغبتها متجهة نحو تحقيق أحد الهدفين: الانفصال أو تحقيق درجة عالية من الحكم الذاتي. كما أن تواجد الأقلية على المناطق الحدودية وتشكيلها امتداداً عرقياً داخل الدولة المجاورة، يعتبر عاملاً مساعداً في الضغط لتحقيق أهدافها.

رابعاً: التعارض بين مبادئ السيادة الإقليمية والحق في الانفصال

لقد كان الفقه وإلى زمن غير بعيد يعتبر أن القانون الوضعي لا يقبل بالحق في الانفصال²، فلقد كلفت عصبة الأمم سنة 1920 لجنة من الحقوقيين³ بإنجاز تقرير حول الجوانب القانونية لجزر "الأند" Islands Aaland وهي جزر صغيرة تقع بين فنلندا والسويد وتخضع لسيادة فنلندا، وانتهت اللجنة في تقريرها إلى أن: "القانون الوضعي لا يعترف لفئات من الشعب بالحق في الانفصال عن الدولة التي ينتمون إليها، وذلك بمجرد أن لهم الرغبة في ذلك، كما أنه لا يعطي الحق لدول أخرى في أن تدعم تلك المطالبة⁴، وأشارت إلى أن سكان الجزيرة لهم الحق في الاستقلال الثقافي، ولكن في إطار الدولة. وأنه فقط يحق لهم الانفصال عن فنلندا إذا لم تحترم حقوقهم⁵.

¹ - ريم عبد المجيد، أصداء كتالونيا: حى الحركات الانفصالية في أوروبا، المركز العربي للبحوث والدراسات، الأحد 29 أكتوبر 2017 على الرابط: <http://www.acrseg.org/40638>

² - د. محمد تاج الدين الحسيني، المجتمع الدولي وحق التدخل... المرجع السابق، ص: 180-181.

³ - تم تكوين هذه اللجنة من ثلاث حقوقيين وهم الأساتذة لارناند M.Larnande عميد كلية الحقوق بباريس، وماكس هيبير Max Huber أستاذ في زيوريخ syryken مستشار قانوني نيوزيلاندي. د. محمد تاج الدين الحسيني، المجتمع الدولي... المرجع السابق، ص: 181.

⁴ - "Positive International Law does not recognize the right of national groups, as such, to separate themselves from the State of which they form a part by the simple expression of a wish....."

⁵ - Sterio, Milena, "On the Right to External Self-Determination: Selfistans, Secession, and the Great Powers Rule", Minnesota Journal of International Law, Vol.19, No.1, 2010, P:143.

غير أن عملية التفتت الإقليمي لدول ذات سيادة أصبحت شيئاً مألوفاً، كما أن الدول المجهرية التي تفرضها النزعات الانفصالية في ظل المخاض المرتبط بتطبيق النظام العالمي الجديد سوف تتزايد.¹

إن الإقرار للأقليات بحق الانفصال وإقامة كيانات صغيرة فيه من التفتت للمجتمع الدولي ما يؤدي إلى عدم الاستقرار وتهديد النظام القانوني الدولي بالانهيار، وبالتالي تهديد السلم والأمن الدوليين، ولما كانت الأقليات في هذا العالم وفقاً للاتفاقيات الدولية قد حظيت بحقوقها وتوفرت لها الحماية القانونية اللازمة، فإنه وفقاً لمقتضيات استقرار القواعد القانونية في النظام القانوني الدولي، أن لا يسمح لهذه الأقليات بتجاوز هذه الحقوق والحماية المقررة لها، بحيث لا يفسر حق تقرير المصير تفسيراً واسعاً، بل تعتبر هذا الحق من الحقوق التي أقرت للشعوب الواقعة تحت الحكم الاستعماري².

ويرى اتجاه من الفقهاء أن حق تقرير المصير المنصوص عليه في المواثيق الدولية متعلق بحرية الشعوب التي تعرضت لاحتلال خارجي وهو ما يسمى بحق تقرير المصير الخارجي ولا يتعلق أبداً بحق تقرير المصير الداخلي الذي يرتبط بحركات وجماعات انفصالية داخل الدولة من أجل إقامة دولة مستقلة، حيث يذهب LANDS النوع من الحق يؤدي إلى عدم الاستقرار في المجتمع الدولي عندما تطالب كل جماعة أو أقلية بالاستقلال وحق تقرير المصير (الداخلي)، ويؤكد على أهمية حصر حق تقرير المصير وربطه بحركات تحرر الشعوب ضد الاستعمار³.

ويبدو أن المجموعة الدولية تكيل بالمكاليين في تعاطيها مع حق الشعوب في تقرير مصيرها. لكن من البين أنها اليوم أمام إشكالية صعبة كيف يمكن رسم الحدود بين القبول الدولي بالانفصال ومساندة الحلول في إطار الدولة القائمة⁴.

¹ - عبر الأمين العام للأمم المتحدة الراحل بطرس بطرس غالي بخصوص هذا التطور المتمثل في استفحال ظاهرة الدول المجهرية "الميكروسكوبية": "نعم لقد أظهرت تخوفاتي بخصوص نزعة القوميات التي تجتاح العالم، وإذا استمر هذا الاتجاه فسيصبح لدينا ما بين مائتين إلى ثلاثمائة دولة عضو، لكن ينبغي أن نعتز في مقابل ذلك بأن عدة جهات من العالم تعرف جهوداً لإنشاء نوع من الاندماج، وما حدث في الرابطة الأوروبية، يمكن أن يتكرر في عدة مناطق. إن القومية المجهرية هي مرحلة، وينبغي أن نكون جاهزين للمرحلة الموالية لمحاولة إدماج مختلف الدول المجهرية عن طريق نظام فيدرالي أو كونفدرالي بقصد الرجوع إلى وضعية "الماكرو-دولة" التي هي أساسية لتحقيق النمو الاقتصادي والسياسي". محمد تاج الدين الحسيني.. المرجع السابق.

- Voir l'Entretien avec le secrétaire générale de l'ONU. B.B.Ghli (le trimestre du Monde) 2^{ème} trimestre 1992, N° 18, p : 9 et s.

² - سالم الكسواني، المركز القانوني لمدينة القدس، الطبعة الثانية 1978 (دون ناشر)، ص: 275.

³ - بن عمر ياسين، حق تقرير المصير وحق الانفصال في القانون الدولي المعاصر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الشهيد حمة لخضر. الوادي، العدد 12، يناير 2016، ص: 249

⁴ - ناصيف يوسف حتي، التحولات في النظام العالمي والمناخ الفكري الجديد وانعكاساته على النظام الإقليمي العربي، بيروت، مجلة المستقبل العربي، العدد 165، تشرين الأول/نوفمبر 1992، ص: 46.

لذلك، تشترك مختلف الخصوصيات رغم تنوعها في كونها مطالب هوياتية، إثنية ثقافية عرقية أو دينية، وغالباً ما تكون كلها تعبر عنها جماعات تشعر بأنها محرومة ومقهورة في الدول - الأمة الفتية أو القديمة، ولقد جاءت الحاجة إلى الرفاهية الاقتصادية لتقوي هذه الكوكبة من الميزان أو الملامح. إذا كان الانفصاليون يعبرون عن رغبة في حماية هويتهم التي يعتقدون أنها مهددة، فإن الدافع الاقتصادي أصبح عاملاً محركاً. البعض يرغب في الانفصال عن الآخرين ليستفيد لوحده بثروات البلاد أو برخائها الاقتصادي¹.

خلاصة

إن ما يمكن قوله في نهاية الدراسة هو أن حق تقرير المصير لم يعد محل اتفاق مثلما كان في السابق، و هو ما أسفرت عليه التطورات الدولية، كما أن مستقبل مبدأ الحق في تقرير المصير وتطوره المستمر ينم عن أنه يعد من أهم المبادئ التي يقوم عليها التنظيم الدولي الحالي، وكذلك مبرراً ومسوغاً للتدخلات الدولية من قبل المجتمع الدولي والدول الفاعلة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول سواء لأهداف إنسانية أو لتحقيق مصالح تلك الدول، مما يجعل من هذا المبدأ محور العلاقات الدولية مستقبلاً وله أهمية كبرى في العلاقات الدولية. وما يجب التأكيد عليه هو:

- العمل على أن يكون مبدأ السلامة الإقليمية للدول والحق في تقرير المصير هما مبدأين يكملان بعضهما البعض كقواعد أمرة في القانون الدولي، وتكون العلاقة بينهما علاقة تكاملية وليست علاقة تناقض.
- ضرورة وضع القواعد القانونية الدولية التي تتعلق بحق تقرير المصير، لمنع التجاوزات التي من شأنها تهديد استقلال الدول وسلامتها الإقليمية.
- لا يمكن اعتبار حالات الانفصال التي تمت مثل كوسوفو وجنوب السودان حالة عامة يقاس عليها كل المطالب التي تدعو للانفصال بل يجب التأكيد على خصوصية كل حالة على حدة واختلاف ظروف ومعطيات كل حالة.
- ضرورة وضع القواعد التي من شأنها تحديد ما يدخل في سيادة الدولة واختصاصاتها الداخلية، ولا يجوز التعامل معها إقليمياً أو دولياً.

¹ - عبد النور بن عنتر، الدولة والعمولة وظهور مجتمع مدني عالمي، بيروت، مجلة شؤون الأوسط، العدد 107، صيف 2002، ص: 79.

وسائل دفع المسؤولية المدنية الطبيب البيطري عن إنتاج الدواء البيطري - مخاطر التقدم العلمي أنموذجا

بقلم الدكتور: محمد مومن
أستاذ التعليم العالي
مدير مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية

الباحث: أحمد السراوي
طالب بسلوك الدكتوراه
مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة القاضي عياض مراكش

مقدمة

الطب البيطري هو العلم الذي يهتم بمنع ومكافحة وتشخيص وعلاج الأمراض التي تؤثر على صحة الحيوانات، والوقاية من انتقال الأمراض الحيوانية إلى البشر.

لا يقتصر دور الطبيب البيطري على علاج ورعاية الحيوان المريض فقط، بل قد يمتد عمله ليشمل عدة خدمات، ومنها إنتاج الدواء البيطري، والاستعانة بالأبحاث العلمية المتطورة لإنتاج سلالات حيوانية، وتطوير طرق العلاج والأدوية.

ومن جهة أخرى، فإن كل تجربة ميدانية للأدوية البيطرية المرخص بها مسبقا من طرف الإدارة يجب أن تتم بتعاون مع الطبيب البيطري المرخص له المكلف بمتابعة القطيع المعني⁽¹⁾.

وبالرغم من أن صناعة الأدوية البيطرية تعتمد على البحث العلمي والتجربة، فإنها تتضمن مخاطر ترتبط بالتقدم العلمي والتطور التقني، وقد تسبب أمراضا أو أضرارا غير متوقعة، ولا يمكن اكتشافها في حدود المعرفة الفنية السائدة وقت الإنتاج أو وقت طرح الدواء للتداول، وهو ما قد يؤدي إلى قيام مسؤولية البيطري عن هذه الأدوية.

(1) - المادة 60 من مدونة الأخلاقيات المتعلقة بالالتزامات المهنية البيطرية الصادر بتنفيذها مرسوم رقم 2.07.1332 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5827 الصادرة بتاريخ 19 ربيع الآخر 1431 (5 أبريل 2010).

ويعد الدواء من أكثر السلع حساسية، لما يتسم به من خصوصية ناتجة من كونه ليس مجرد منتج عادي، بل إنه مادة شديدة الخطورة. كما أنه يقع ضمن نطاق مسؤولية المنتج عن العيوب التي قد تشوب منتجاته، إلا أنه للمنتج إمكانية دفع هذه المسؤولية بالاستناد إلى فكرة مخاطر التقدم العلمي.

ويرتكز هذا السبب لإعفاء المنتج من المسؤولية عن خطورة منتجاته على أنه لا يمكن اكتشاف هذه المخاطر إلا بعد طرح المنتج للتداول بسبب أن حالة المعرفة الفنية والعلمية المتاحة وقت طرحها للتداول لم تسمح له باكتشافها.

وقد احتل الدفع بمخاطر التقدم العلمي والتقني⁽¹⁾، بمقارنته مع باقي آليات نفي المسؤولية، مكانة غاية في الأهمية، وتباينت الآراء بشأنه، واتجه النقاش على المستوى الأوروبي أثناء صياغة التوجيه الأوروبي⁽²⁾ لسنة 1985 المتعلق بالمسؤولية عن أضرار المنتجات المعيبة إلى محاولة إرضاء جميع الأطراف⁽³⁾، حيث نص التوجيه في مادته 7⁽⁴⁾ على أن الدفع بمخاطر التقدم العلمي منتج لآثاره، وترك للدول الأطراف الحرية في الأخذ به من عدمه، وذلك من خلال المادة 15 من التوجيه⁽⁵⁾، والتي جاء مضمونها بأن المنتج يظل مسؤولاً حتى ولو أثبت أن حالة المعرفة العلمية والفنية وقت طرح المنتج للتداول لم تسمح له باكتشاف أي عيب في المنتج.

(1) - المشروع تناول هذا الدفع للمسؤولية بعبارة ارتباط العيب بحالة المعرفة العلمية والتقنية، لكن اشتهر في أوساط الفقه القانوني باصطلاح مخاطر التقدم العلمي، أو تطور المعرفة العلمية، فكلها مصطلحات لها نفس المعنى.
(2) راجع :

Directive n°85_374 du conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, journal officiel n°L210 du 07_08_1985.

(3) - يعد فكرة مخاطر التطور العلمي والتقني من المصطلحات الحديثة نسبياً والتي بدأت تنتشر في الآونة الأخيرة، وأشار إليها التوجيه الأوروبي ومن قبله اتفاقية ستراسبورغ وعلة ذلك ما يحمله هذا المصطلح من فكر شديد التقدم خاص بنظرية الضمان وينادي بإقرار مبدأ ضمان السلامة في مواجهة مخاطر التقدم العلمي.

أنظر: فاطمة الزهراء بومدين، مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور العلمي في مجال الدواء، مقال منشور بمجلة الاجتهاد للدارسات القانونية والاقتصادية، العدد 5، يناير 2014، ص: 163.

(4) - تنص المادة 7 من التوجيه الأوروبي على أنه:

"Le producteur n'est pas responsable en application de la présente directive s'il prouve :.....

e) que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut".

(5) - ينص البند (ب) من المادة 15 من التوجيه الأوروبي على أنه:

".....

b) par dérogation à l'article 7 point e), maintenir ou, sous réserve de la procédure définie au paragraphe 2 du présent article, prévoir dans sa législation que le producteur est responsable même s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut".

والخلاف على إدراج مخاطر التطور العلمي ضمن أسباب الإعفاء من المسؤولية، لم يقتصر على مستوى تشريع الاتحاد الأوروبي، وإنما انتقل إلى تشريعات الدول الأوروبية، والتي أخذت به في الغالب بعد صراع كبير بين المؤسسات التشريعية الوطنية ومؤسسات التأمين والشركات الصناعية، وكان الخلاف يهم بالدرجة الأولى المنتجات الدوائية⁽¹⁾.

أما المشرع المغربي، فقد جاء النص على هذا الدفع في البند "هـ" من الفصل 106-9 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي⁽²⁾، الذي يقابله البند 4 من الفصل 10-1245 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

تطرح المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن المنتجات الدوائية البيطرية إشكالا رئيسا يتعلق بمدى إمكانية اعتبار مخاطر التقدم العلمي والتقني سببا لنفي مسؤولية المنتج أو الطبيب البيطري، نظرا لما يتميز به قطاع صناعة الدواء البيطري من خصوصية واضحة، سواء من حيث طبيعة المواد المستعملة، أو من حيث تطور المعرفة العلمية بشكل سريع قد يجعل بعض المخاطر غير قابلة للكشف في وقت الإنتاج

تتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من الأسئلة من قبيل:

- ما هو مفهوم مخاطر التقدم العلمي في مجال المنتجات الدوائية؟
- ما هي حدود الأخذ بفكرة مخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب نفي المسؤولية المدنية للطبيب البيطري؟ هل ينبغي إعفاء المنتج البيطري عندما يكون الخطر غير معروف وفقاً للمعايير العلمية المتاحة وقت التصنيع؟ أم أن عليه اتخاذ احتياطات إضافية بالنظر لخطورة استعمال الدواء على الإنسان والحيوان والبيئة معاً؟
- ما هي شروط ونطاق التمسك بفكرة مخاطر التقدم العلمي؟
- كيف يمكن تحقيق توازن بين مصلحة المنتج (الطبيب البيطري أو المؤسسة المصنعة) في تشجيع الابتكار وعدم تحميله مخاطر قد تعرقل البحث العلمي، ومصلحة المستخدمين (المربين، الفلاحين، المستهلكين غير المباشرين...) في ضمان الحد الأقصى من السلامة والحماية من الأضرار المحتملة؟

(1) - نور الدين الكامل، المسؤولية المدنية عن أضرار المنتجات الدوائية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية - الرباط، سنة 2024، الصفحة: 303.

(2) - ينص الفصل 106-9 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "تنتفي مسؤولية المنتج، تطبيقاً لهذا الباب، إذا تمكن من إثبات... (هـ) أنه لم يكن ممكناً اكتشاف العيب بالنظر إلى ما وصلت إليه حالة المعرفة العلمية والتقنية أثناء عرض هذا المنتج في السوق...".

(3) - ينص البند 4 من الفصل 10-1245 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

"Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve : ...

4°- Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ; ...".

- دراسة هذا الاشكال وما يتفرع عنه من أسئلة فرعية، ارتأينا اعتماد المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المؤطرة للموضوع، والمنهج المقارن من خلال الاستئناف ببعض التشريعات، خاصة الفرنسي، وإلى جانب ذلك، سنعتمد المنهج الاستنباطي لاستنتاج أحكام نفي المسؤولية المدنية للطبيب البيطري المنتج بالاستناد إلى مفهوم مخاطر التقدم العلمي والتقني في إطار قواعد ظهير الالتزامات والعقود.

وتأسيساً على ما سبق، سيتم تقسيم هذه الدراسة وفق الشكل التالي:

- ♦ **المطلب الأول: فكرة الدفع بمخاطر التقدم العلمي في المنتوجات الدوائية البيطرية**
- ♦ **المطلب الثاني: إعمال الدفع بمخاطر التقدم العلمي كسبب لنفي مسؤولية الطبيب البيطري المنتج**

المطلب الأول: فكرة الدفع بمخاطر التقدم العلمي في المنتوجات الدوائية البيطرية

تثير مخاطر التقدم العلمي والتقني، التي يدفع بها المنتج لنفي المسؤولية عنه، مجموعة من الإشكالات، وصعوبات قانونية وواقعية، حيث إن الدارسين لم يتفقوا عن المقصود بمخاطر التقدم العلمي والتقني⁽¹⁾، ثم إن فكرة مخاطر التقدم العلمي والتقني تدور بين اتجاهين، فالاتجاه الأول يعتبرها سبباً من أسباب نفي المسؤولية المدنية عن المنتج⁽²⁾، أما الموقف أو الرأي الثاني فيرى عكس ذلك ويؤكد على ضرورة تحمل المنتج المسؤولية عن تلك المخاطر التي يكتشفها التطور العلمي والتقني⁽³⁾.

(1) أنظر في هذه الاتجاهات:

- حمود غزال الهيثم حسن، المسؤولية عن مخاطر التطور التكنولوجي، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 33، عدد 01، السنة 2011.
- حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004.
- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2004-2005.
- François Xavier Testu et Jean-Hubert Moitry, la responsabilité du fait des produits défectueux, commentaire de la loi 98-389 DU 19 mai 1998, La revue Dalloz affaires.

(2) - أنظر في هذه الاتجاه:

- ميرفت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004.
- محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع.
- حسن عبد الباسط جميعي، م س، ص: 266.
- صفاء شكور عباس، النظام القانوني للصيديات الالكترونية، دار الفكر والقانون المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص: 91.

(3) - أنظر في هذه الاتجاه:

- حسن عبد الباسط جميعي، م س، ص: 266.
- صفاء شكور عباس، النظام القانوني للصيديات الالكترونية، دار الفكر والقانون المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص: 91.

وبناء على ما سبق، وللإحاطة بفكرة مخاطر التقدم العلمي والتقني كسبب لإعفاء الطبيب البيطري المنتج من المسؤولية، سنتناول مفهومها (الفقرة الأولى)، ثم نتطرق إلى الخلاف الذي نشأ بين فقهاء القانون في شأن الأخذ بهذه الفكرة من عدمه كسبب من أسباب نفي مسؤولية الطبيب البيطري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الدفع بمخاطر التقدم العلمي في المنتوجات الدوائية البيطرية

نتج عن التقدم العلمي في تقنيات الإنتاج ظهور منتجات لا يمكن الكشف عن عيوبها التي تجعلها خطيرة إلا بعد مرور مدة زمنية معينة من تداولها، وهو ما يعرف بمخاطر التقدم العلمي الذي يستدعي منا تعريف مخاطر التقدم العلمي في مجال المنتجات الدوائية البيطرية (أولاً)، وتبيان خصائصه (ثانياً).

أولاً: تعريف مخاطر التقدم العلمي

يعتبر مصطلح "مخاطر التطور العلمي" من العبارات الحديثة التي شاع استخدامها في وسط الفقه القانوني في مجال المسؤولية، وهي تشير إلى الدفع الذي يخول للمنتج استبعاد مسؤوليته إذا تمكن من إثبات أن ما لحق المنتج من عيب أو مخاطر لم يكن في استطاعته أن يكتشفه أو يتنبأ به نتيجة محدودية الحالة المعرفية العلمية أو التقنية التي لم تسمح له بذلك، وقت طرح الدواء للتداول.

وينبغي على ذلك أنه لا يقصد بها المخاطر التي تصاحب الابتكارات العلمية والتقنية كما يفهم من المصطلح، وإنما يقصد بها كشف العيوب والمخاطر من خلال المعرفة الحقيقية اللاحقة⁽¹⁾، أي أنها تتعلق بحالة عدم اكتشاف المنتج عند إطلاقه منتجاته للتداول، مخاطر هذه المنتجات أو عيوبها، وجاء التطور العلمي واكتشفها بعد أن تم طرحها للتداول في السوق، فهي مخاطر لم ينتجها التطور العلمي، وإنما كشفها⁽²⁾، بمعنى أن المنتج لم يستطع اكتشاف العيب أو تجنبه، لأن الحالة المعرفية العلمية والفنية المتوفرة وقت طرح المنتج للتداول لم تسعفه في ذلك، مما يؤدي إلى انتفاء مسؤوليته⁽³⁾، حيث إن العيب في المنتج كان موجوداً لحظة طرحه في السوق، غير أنه لم

(1) حمود غزال الهيثم حسن، م س، ص: 242.

(2) - حسن عبد الباسط جميعي، م س، ص: 262.

(3) - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، م س، ص: 302.

وفي نفس المعنى أنظر:

- صالحة العمري، الحماية القانونية من مخاطر النشاط الطبي والصيدي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 276.

- حسن حسين البراوي، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، سنة 2018، ص: 31.

- محمود السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص:

يكن معروفا ولا يمكن معرفته لحظتها من قبل المنتج، لكن التطور العلمي اللاحق لطرح المنتج للتداول كشف وجود العيب⁽¹⁾.

وعرف بعض الفقه الفرنسي هذه المخاطر بأنها العيب الذي لم يستطع المنتج معرفته، لأن حالة العلم والتكنولوجيا آنذاك لم تسمح له باكتشاف هذه العيوب⁽²⁾.

وتعرف أيضا بأنها العيب الذي لم يتمكن المنتج -أو من في حكمه- من كشفه ولا تجنبه، نظرا لأن المعرفة العلمية والتقنية الموجودة وقت وضع المنتج في التداول لم تكن تسمح له بصفة موضوعية بذلك⁽³⁾.

يلاحظ من خلال هذه التعاريف أن المحور الأساسي في الدفع بمخاطر التقدم العلمي هو المعرفة العلمية والتقنية، لأنها هي التي كانت السبب في اكتشاف المخاطر، حيث كانت آنذاك عاجزة عن ذلك، وبالمقابل هي التي اكتشفت هذه المخاطر بعد التطور الذي عرفته فيما بعد⁽⁴⁾.

وتجد فكرة مخاطر التطور العلمي تطبيقا خصباً في مجال الأدوية، حيث تتعلق بكل عيب يلحق منتجات الأدوية لم يكن في استطاعة المنتج أو من في حكمه أو أي شخص ساهم في تصنيع الدواء في أي مرحلة أن يكتشف العيب أو يتفاداه وفقا للحالة العلمية والفنية الموضوعية والممكنة لحظة طرح الدواء للتداول⁽⁵⁾، لكن لا يتم اكتشافه إلا في وقت لاحق على هذا العرض⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف فكرة مخاطر التقدم العلمي في مجال الدواء البيطري بأنها: كشف التطور العلمي والتقني عن العيوب، التي لم يستطع الطبيب البيطري المنتج معرفتها أو بإمكانه معرفتها عند الصنع، في الدواء البيطري بعد طرحه للتداول، لأن حالة العلم آنذاك لم تسمح له باكتشاف هذه تلك العيوب، وبالتالي فيفترض أن العيب موجود في الدواء البيطري منذ طرح منتج الدواء البيطري للتداول في السوق، لكن حالة المعرفة العلمية لم تسمح بمعرفته أو اكتشافه في ذلك الوقت، ومع مرور الوقت وتطور المعرفة العلمية وتقدمها تكشف عن تلك العيوب الموجودة في الدواء البيطري.

(1) - سهام المر، المسؤولية المدنية لمنتجي المواد الصيدلانية وبائعها -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، السنة الجامعية: 2016-2017، ص: 444.

(2) - François Xavier Testu et Jean-Hubert Moitry, Op, cit, p: 23.

(3) - أبو بكر مهم، المسؤولية المدنية الناجمة عن المنتجات المعيبة، دراسة في الفصول 106-1 إلى 106-14 من ظل ع المضافة بمقتضى القانون 24.06، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، العدد 54، سنة 2016، ص: 172.

(4) - أيوب فلاق، مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور العلمي في ضوء قانون 24.09 -دراسة مقارنة-، مقال منشور بالمجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد 1، سنة 2018، ص: 42.

(5) - حسن حسين البراوي، م س، ص: 15.

(6) - نور الدين الكامل، م س، ص: 306.

ثانياً: خصائص مخاطر التقدم العلمي في مجال الدواء البيطري

إن فكرة مخاطر التطور تفترض أن المنتج لم يكن به عيب وقت إنتاجه أو طرحه للتداول، إلا أن تقدم المعارف والعلوم بعد ذلك كشف عن وجود مخاطر معينة فيه، ولا يمكن للمنتج التحلل من مسؤوليته إلا إذا أثبت أن هذه المخاطر لم تكن معلومة لحظة طرح المنتج.

ويترتب عن ذلك أن مخاطر التقدم العلمي تتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من المخاطر، وأهمها:

1- أن يكون العيب مرتبطاً بالمنتج

تفترض فكرة مخاطر التقدم العلمي أن المنتج يوجد فيه عيب عند طرحه للتداول، لكن المنتج لم يتمكن من الإحاطة به رغم اتخاذ كافة الوسائل المتاحة للتحقق من سلامة المنتج.

وتختلف مخاطر التقدم العلمي عن المنتج المعيب في أن الأولى تحمي من أخطار عيوب مجهولة للمنتج المتداول، بسبب أن حالة المعرفة الفنية والعلمية المتاحة وقت طرحها للتداول لم تسمح له باكتشافها، أما المنتج المعيب فهو وجود عيب فيه معروف، أو قد يكون مجهولاً، ولكن حالة المعرفة العلمية والفنية كانت تسمح له باكتشافه.

2- أن يتعذر اكتشاف العيب بسبب الحالة العلمية أو التقنية

تقوم فكرة مخاطر التقدم العلمي في المجال الدوائي على أن المنتج كان سليماً عند طرحه للتداول ولكن بمرور زمن معين يكشف التقدم العلمي عن عيوب في ذلك المنتج الذي تم إطلاقه للتداول في وقت لم تكن حالة العلم والتقدم التكنولوجي تسمح باكتشافه.

وتجعل هذه الخصيصة هذه المخاطر غير معلومة، أو غير قابلة للكشف وللعلم وقت طرح المنتج للتداول.

3- عدم إمكانية توقع مخاطر التقدم العلمي

إن فكرة مخاطر التقدم العلمي تنبني على أنها مخاطر لا يمكن توقعها ولا دفعها، بسبب أن المعرفة العلمية لم تصل إلى كشفها حين طرح الدواء للتداول، وهو ما يجعل من عملية تأمين مخاطر التطور العلمي صعبة، إذ كل ما يخرج عن دائرة التوقع، أو يتعذر إخضاع ظهوره أو تحقيقه للتقدير وفق ما تقتضي به الأصول العلمية لحساب الاحتمالات لا يقبل التأمين.

وتميز هذه الخصيصة بين مخاطر التقدم العلمي والمنتجات الخطيرة التي بالرغم من اشتراكهما في تهديد سلامة المستهلك وأمانه إلا أن المنتجات الخطيرة قد تقوم خطورتها بدون وجود عيوب في هذه المنتجات.

ومن جهة أخرى، فإنه إذا كانت مخاطر التقدم العلمي تتشابه مع القوة القاهرة في استحالة توقعهما، فإنه لا يمكن اعتبار مخاطر التقدم العلمي شكلاً من أشكال القوة القاهرة التي يمكن التمسك بها لدفع المسؤولية،

فالقوة القاهرة يجب أن تكون أمراً خارجياً أو أجنبياً عن المسؤول، على غير مخاطر التقدم العلمي التي تكون غير متوقعة ومستحيلة الدفع، إلا أنها ليست أمراً خارجياً عن المنتج.

الفقرة الثانية: فكرة مخاطر التقدم العلمي بين الأخذ والرفض

إن الأخذ بفكرة مخاطر التقدم العلمي والتقني كسبب من أسباب إعفاء المنتج من المسؤولية المدنية هي محل خلاف بين الفقه القانوني، بين مؤيد لهذه الفكرة (أولاً) ورافض لها (ثانياً)، ولم تسلم مسؤولية الطبيب البيطري المنتج للدواء البيطري من هذا النقاش.

أولاً: الاتجاه المؤيد لفكرة الدفع بمخاطر التقدم العلمي لنفي مسؤولية الطبيب البيطري المنتج

يتجه أصحاب هذا الرأي إلى القول بوجود الاعتداد بمخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب الإعفاء من مسؤولية المنتج (الطبيب البيطري المنتج للدواء البيطري)، والبحث عن حل وسط يوفق بين الحاجة إلى تشجيع الابتكار من قبل المنتجين وبين توقعات مستهلكي المنتجات الطبية البيطرية المشروعة في المنتجات الأكثر أماناً.

ويستند أصحاب هذا الرأي على مجموعة من المبررات والحجج، والتي نذكر من بينها:

- إذا لم يكن بالإمكان معرفة العيب أو اكتشافه وقت طرح المنتج الدوائي البيطري في السوق، فإن تحميل الطبيب البيطري بالمسؤولية بالرغم من ذلك يعتبر التزاماً بمستحيل⁽¹⁾، ولا يجوز الالتزام بالتزامات غير محددة، ولا التزام بمستحيل أو لا يمكن إدراكه؛

- إن عدم الاعتداد بمثل هذا الدفع من شأنه أن يعرقل التقدم العلمي وتطور المنتجات الحديثة، وسيترتب عنه الإحجام عن التطور والابتكار والتجديد التكنولوجي، حيث يؤدي إلى إعاقة الصناعة والإضرار بالاقتصاد وحرمان المجتمع من منافعه. من جهة أخرى فمن شأن الأخذ بهذا الدفع تحفيز الابتكار والبحث العلمي والتكنولوجي، حيث إن المنتج يطمئن إلى أنه لن يتحمل عبء ما يتم التوصل إليه من اكتشافات مما يدفعه إلى الابتكار والتجديد، ودون خشية وجود مخاطر كامنة لم يتمكن من العلم بها وتفاديها وقت طرح المنتج الدوائي للتداول في السوق، بحكم حالة المعرفة العلمية السائدة، الشيء الذي يشجع ويحفز المنتج على مواصلة البحث والتطوير⁽²⁾؛

- إن عدم الأخذ بمخاطر التطور العلمي كسبب لنفي المسؤولية والإعفاء منها سيؤدي إلى زيادة نفقة التأمين عن المخاطر، مما قد ينعكس على أسعار المنتجات ارتفاعاً بعد إلزام المنتج بالتعويض عن هذه الأضرار.

وقد نعى المشرعان الفرنسي والمغربي في نفس الاتجاه، حيث أخذ بمخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، وذلك من خلال المادة 10-1245 بالنسبة للمشرع الفرنسي، والمادة 106-9 بالنسبة للمشرع

(1) - ميرفت ربيع عبد العال، م س، ص: 82-83.

(2) - أنظر:

- فاطمة الزهراء بومدين، م س، ص: 162 وما بعدها.

- حسن حسين البراوي، م س، ص: 105.

المغربي، غير أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بالإعفاء من مخاطر التطور العلمي على إطلاقه، بل اعتبره سببا نسبيا للإعفاء⁽¹⁾، وذلك حينما استثنى المواد التي تدخل في مجال الدواء والتي يتم استخراجها من جسم الإنسان، وذلك من خلال المادة 10-1245 من القانون المدني الفرنسي، بخلاف المشرع المغربي الذي لم يضع هذا الاستثناء، وبالتالي فالمشرع المغربي قد أخذ بمخاطر التطور العلمي والتقني كسبب لإعفاء الطبيب البيطري المنتج من المسؤولية المدنية على إطلاقه، وبشكل واسع مقارنة بالمشرع الفرنسي.

ثانيا: الاتجاه الرافض لفكرة الدفع بمخاطر التقدم العلمي لنفي مسؤولية الطبيب البيطري المنتج

يعتبر المشرعان المصري العراقي من بين التشريعات التي لم تأخذ بمخاطر التطور العلمي والتقني كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية المدنية.

وقد ذهب الاتجاه المؤيد لهذا الموقف إلى أنه لا يمكن اعتبار مخاطر التقدم العلمي سببا لدفع المسؤولية المدنية عن المنتج أو الإعفاء منها، وقد أسسوا موقفهم على مجموعة من الحجج والبراهين⁽²⁾، وهي كما يلي:

- إن الأخذ بمخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية يتناقض مع الطبيعة الموضوعية للمسؤولية عن أضرار المنتجات المعيبة القائمة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس⁽³⁾، التي تبناها التوجيه الأوروبي، حيث إن التمسك بالإعفاء لعدم تمكن المنتج من العلم بعيوب المنتجات، في ضوء الحالة العلمية وقت صنع المنتج، لا يعني سوى أن المسؤولية تتأسس على خطأ مفترض يمكن للمنتج إثبات عكسه، وذلك بإثبات قيامه ببذل الجهد الكافي والعناية اللازمة للتعرف إلى عيوب المنتج⁽⁴⁾؛

- إن عدم اعتبار مخاطر التطور العلمي سببا للإعفاء من المسؤولية عن منتج الدواء، سيكون من شأنه تشجيع المنتجين، ومن بينهم الطبيب البيطري المنتج، على المزيد من البحث، بهدف تحقيق درجة أعلى من أمان في المنتجات الدوائية، الشيء الذي من شأنه أن يغني ويطور الخبرات الفنية والتقنية لهؤلاء المنتجين ويضعهم في مركز تنافسي أفضل، ناهيك عن بث الطمأنينة في نفوس المستهلكين لهذه المنتجات، على اعتبار أنها خضعت لمجموعة من الشروط وروعت في تصنيعها وإنتاجها التقنيات الحديثة، وذلك من أجل التأكد من خلوها من العيوب قبل طرحها في السوق للتداول⁽⁵⁾؛

(1) - محمد بودالي، م س، ص: 47.

(2) - في هذا الخصوص أنظر:

- حسن عبد الباسط جميعي، م س، ص: 266.

- صفاء شكور عباس، م س، ص: 91.

(3) - حسن عبد الباسط جميعي، م س، ص: 66.

(4) - فاطمة الزهراء بومدين، م س، ص: 184.

(5) - عبد الجليل دياب حمد المشهداني، المسؤولية المدنية لمنتجي الدواء عن عيوب المنتجات الدوائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2020، ص: 199.

- إن تأسيس مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور العلمي لا ترجع إلى ارتكاب المنتج خطأ معيناً، بقدر ما ترجع لضرورة ضمان التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمستهلك.

بعد أن عرضنا لهذين الاتجاهين، يتضح أن لكل اتجاه حججه وبراهينه المقنعة والمنطقية، وفي إطار الترجيح بين الاتجاهين، فإننا نميل إلى تأييد الأخذ بفكرة مخاطر التقدم العلمي والتقني كسبب من أسباب إعفاء الطبيب البيطري المنتج للدواء البيطري من المسؤولية، إلا أنه لا يجب أن نأخذها بشكل مطلق وغير مقيد، ولذلك وجب وضع ضوابط وشروط للقول والأخذ بها كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

وبالتالي، نأخذ فكرة مخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب إعفاء الطبيب البيطري من المسؤولية المدنية عن إنتاج الدواء البيطري للأسباب التالية:

- إن القول بمسؤولية الطبيب البيطري عن المخاطر التي يكتشفها التطور العلمي في المنتج الدوائي البيطري بعد إطلاقه للتداول وعرضه في السوق، فيه إجحاف للطبيب البيطري صانع الدواء البيطري، حيث يتم تحميله مسؤولية عن عيب لم يكن يعلمه أو لم يكن باستطاعته ذلك، وهناك قاعدة تقول إنه لا التزام بما لا يمكن إدراكه أو لا يمكن التنبؤ به.

- إن الدفع بعدم تحميل مستهلكي الدواء البيطري مخاطر التطور العلمي، يمكن تجاوزه وذلك بوضع نظام شامل للتعويض عن الأضرار التي تخلفها المنتجات الدوائية البيطرية، وذلك من خلال إنشاء صندوق للضمان، تسهم في تمويله الدولة والمنتجين، مع التأكيد على ضرورة تشديد مسؤولية المنتجين وعدم التساهل فيها حتى وإن قلنا بإمكانية الاستناد إلى مخاطر التقدم العلمي كسبب لنفي مسؤولية الطبيب البيطري.

- إن القول بمسؤولية الطبيب البيطري على هذا النحو من شأنه أن يوقف روح الابتكار والإبداع من لدن البيطرة المنتجين وصناع الدواء البيطري، وبالنتيجة عدم الاستفادة من خبراتهم وقدراتهم العلمية بسبب كبح روح المبادرة وعرقلتها.

- وبالرغم من ذلك لا يمكن الأخذ بفكرة مخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب إعفاء البيطرة المنتجين للدواء البيطري من المسؤولية على إطلاقها، بل لا بد من التقيد بمجموعة من الضوابط من قبل البيطرة، والغاية من ذلك هو عدم تنصل صانع الدواء البيطري من المسؤولية واعتبار مخاطر التطور العلمي وسيلة لتبرير الأخطاء التي قد يرتكبها، ومن بين هذه الشروط نذكر ما يلي:

- أن تكون المعرفة العلمية بالمخاطر المعتبرة للإعفاء من المسؤولية بعد طرح الدواء البيطري للتداول، أما عكس ذلك فلا يحق للطبيب البيطري المنتج التمسك بمخاطر التطور العلمي كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية؛

- يجب أن لا يكون الطبيب البيطري المنتج عالماً أو في استطاعته العلم بالعيب اللاحق بالدواء البيطري، على اعتبار أن علمه بهذا العيب في ضوء ما وصل إليه العلم والمعرفة قبل طرحه للتداول، أو مجرد إمكانية العلم بذلك لا يعطيه الحق في التمسك بفكرة مخاطر التطور العلمي كسبب من أسباب نفي المسؤولية المدنية؛

- بمجرد اكتشاف عيب في الدواء البيطري بعد طرحه للتداول، وجب على الطبيب البيطري المنتج أن يبادر إلى اتخاذ التدابير الضرورية لتدارك النتائج والآثار الضارة للدواء البيطري، وأن يعلم العموم بذلك العيب وتنبيههم إلى مخاطره التي اكتشفت مؤخرا، كما عليه وقف تداولها وسحبها من السوق بشكل مؤقت لإصلاح تلك العيوب قبل طرحها للتداول مرة أخرى، أو سحبها بشكل نهائي في الحالة التي يتعذر عليه إصلاح تلك العيوب.

المطلب الثاني: إعمال الدفع بمخاطر التقدم العلمي كسبب لنفي مسؤولية الطبيب البيطري المنتج

إن الأخذ بمخاطر التقدم العلمي والتقني كسبب لإعفاء الطبيب البيطري منتج الدواء البيطري من المسؤولية المدنية لا بد من توفر شروط التمسك بفكرة مخاطر التقدم العلمي من جهة (الفقرة الأولى)، ومن جهة أخرى لا بد أن نحدد نطاق الأخذ بفكرة مخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب نفي المسؤولية المدنية عن الطبيب البيطري المنتج للدواء البيطري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط التمسك بفكرة مخاطر التقدم العلمي

للتمسك بفكرة مخاطر التقدم والتطور العلمي من قبل المنتج كسبب من أسباب نفي المسؤولية، يفترض في المنتج الدوائي وقت طرحه في السوق أنه يحمل عيبا غير معلوم (أولا)، ولم يكن في استطاعة المنتج أن يعلمه في ذلك الوقت، حيث إن تقدم المعارف العلمية هو الذي كشفه وأفصح عن وجود مخاطر معينة فيه (ثانيا)، ثم ضرورة اتخاذ منتج الدواء البيطري جميع التدابير الضرورية واللازمة لتدارك النتائج الضارة التي تنتج عن اكتشاف العيب في الدواء البيطري (ثالثا).

أولا: وجود عيب في الدواء البيطري لم يكن معلوما ولم يكن بالاستطاعة معرفته

يعد عدم العلم بوجود العيب في الدواء البيطري وعدم استطاعة معرفته وقت طرحه للتداول في السوق، الشرط الأساسي للأخذ بمخاطر التقدم العلمي كأحد الأسباب التي تعفي الطبيب البيطري المنتج من المسؤولية.

ويجب أن يكون السبب في عدم العلم بوجود هذه المخاطر هو أن المعرفة الفنية والعلمية الثابتة وقت طرح المنتج للتداول لم تكن تسمح للمنتج أن يكتشفه أو يتنبأ به عند صناعة هذه المنتج، وحتى لحظة طرحه للتداول، وليس بسبب تقصيره، أو عدم بذله لجهد في التحقق من وجود المخاطر.

ويجب أن تكون عدم القابلية على العلم والكشف عن هذه المخاطر في وقت وزمن محددين، ويتحدد ذلك بوقت طرح الدواء للتداول، حينما يتخلل عنه المنتج إراديا⁽¹⁾، أو كما حدد ذلك الفصل 106-5 الذي نص على أنه

(1) - راجع :

Christian Laroumet, La responsabilité du fait des produit défectueux après la loi du 19 mai 1998, recueil Dalloz, 1998, p.311.

يعتبر المنتج معروضا إذا وضعه المنتج في السوق إراديا، بعوض أو بدون عوض، من أجل توزيعه أو تحويله أو توضيحه أو استعماله داخل التراب الوطني.

وكنتيجة لما سبق، لا يكون المنتج مسؤولا إذا أثبت عدم طرحه للمنتج للتداول إراديا، وذلك طبقا للفصل 9-106 من ظهير الالتزامات والعقود⁽¹⁾.

ويقع عبء إثبات توفر هذا الشرط على الطبيب البيطري المنتج للدواء البيطري⁽²⁾، فبالرجوع للفصل 9-106 من ظهير الالتزامات والعقود نجده ينص على أن مسؤولية المنتج تنتفي إذا تمكن المنتج من إثبات توفر الشروط الواردة في هذا الفصل، والتي من ضمنها عدم إمكانية اكتشاف العيب بالنظر لما وصلت إليه حالة المعرفة العلمية والتقنية أثناء عرض الدواء في السوق.

تقدر حالة المعرفة العلمية والفنية بشكل وبطريقة موضوعية مجردة، بعيدا عن الإمكانيات والقدرات الخاصة بكل منتج على حدة.

ثانيا: أن تظهر حالة المعرفة الفنية والعلمية بالمخاطر بعد طرح المنتج الدوائي للتداول

قد يكتشف التطور العلمي والتقني عن وجود عيب ما في أحد الأدوية البيطرية بعد مدة من طرحها للتداول، وهذا الأمر وارد وكثير الحصول خاصة في مجال الأدوية عامة والدواء البيطري خاصة، وذلك على أساس أن الصناعة والإنتاج يتطوران بتطور العلم والمعرفة واحتياجات الإنسان.

ومما لا شك فيه أن عددا من المخاطر لا يمكن اكتشافها إلا بعد طرح المنتج للتداول⁽³⁾، ويجب أن تقع المعرفة العلمية بالمخاطر بعد طرح الدواء للتداول في السوق، وهذا يعني أن يباشر المنتج صناعة الدواء والعملية الإنتاجية وفق المعلومات والمعرفة المتاحة وقت طرح الدواء للتداول⁽⁴⁾.

وللتمسك بمخاطر التقدم العلمي والتقني كسبب لنفي المسؤولية المدنية للطبيب البيطري المنتج للدواء البيطري، يجب أن يتم اكتشاف العيب أو الخطر بعد طرح الدواء البيطري للتداول في السوق.

(1) - ينص الفصل 9-106 من ظهير الالتزامات والعقود على أنه: "تنتفي مسؤولية المنتج، تطبيقا لهذا الباب، إذا تمكن من إثبات:

(أ) أنه لم يقدّم بعرض المنتج في السوق؛....."

(2) - الهام هريب وفتيحة ناصر، تأثير مخاطر التطور العلمي على قواعد المسؤولية، مقال منشور بمجلة صوت القانون، المجلد 9، العدد 1، سنة 2022، ص: 932.

(3) - ناجية العطار، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون الفرنسي، قانون رقم 98/389م، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 6، يونيو 2015، ص: 91.

(4) - حليم رجب كمال السيد، القيود الواردة على العمل الصيدلي، دراسة فقهية مقارنة بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية مصر، سنة 2019، ص: 147.

ثالثا: اتخاذ منتج الدواء البيطري كافة التدابير اللازمة لتدارك الآثار الضارة التي تنتج عن اكتشاف هذا

العيب

بمجرد كشف التطور العلمي العيب في المنتج الدوائي البيطري، لا بد للمنتج أن يتخذ الإجراءات والتدابير اللازمة لتدارك آثاره الضارة، كأن يتخذ المنتج كافة الإجراءات لمنع الضرر، وأن يقوم بسحب الدواء البيطري المعيب من التداول⁽¹⁾، وإعلام الجمهور وتحذيرهم من تلك المخاطر الكامنة في المنتوجات التي اكتشف مخاطرها وعيوبها مؤخرا⁽²⁾.

وبالتالي، لا يكفي إثبات عدم توفر خطر التطور في ظل المعرفة العلمية أثناء عرض الدواء البيطري للتداول، وإنما يجب عليه أيضا أن يثبت أنه قد اتخذ جميع التدابير اللازمة لتدارك الآثار الضارة والخطيرة الناتجة عن العيب في الدواء البيطري، والتي من شأنها أن تؤثر في تقرير الفوائد والمخاطر المرتبطة بالدواء البيطري.

الفقرة الثانية: حدود أعمال الدفع بمخاطر التقدم العلمي والتقني

بعد أن تطرقنا إلى شروط الأخذ بفكرة مخاطر التطور العلمي كسبب لنفي المسؤولية المدنية عن الطبيب البيطري عن المنتجات الدوائية البيطرية، سنخصص هذه الفقرة لدراسة نطاق الأخذ بفكرة مخاطر التقدم العلمي والتقني، بحث سنحدد (أولا) نطاقها من حيث المنتوجات، ثم من حيث الزمان (ثانيا)، وأخيرا من حيث المكان (ثالثا).

أولا: من حيث المنتجات

تعد المواد البيطرية منتجات تدخل ضمن نطاق أو حدود مخاطر التطور العلمي كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية المدنية، وبالرجوع إلى الفصول المنظمة للموضوع، يلاحظ أن المشرع المغربي نص على أن جميع المنتجات تدخل ضمن دائرة مخاطر التطور العلمي بدون استثناء، بيد أن المشرع الفرنسي استثنى منها المنتجات الدوائية التي يكون مصدرها جسم الإنسان أو مشتقاته.

وبالتالي فالمشرعان المغربي والفرنسي جعلوا جميع المنتجات الدوائية البيطرية تدخل ضمن دائرة فكرة مخاطر التقدم العلمي والتقني كسبب لإعفاء الطبيب البيطري من المسؤولية المدنية.

وإن المعرفة العلمية والتقنية التي يعتد بها، ليست هي تلك المتفق عليها في مجال صناعة وابتكار المنتوجات الدوائية، بما فيها البيطرية فقط، بل هي كامل المعرفة العلمية والتقنية المتاحة، والموجودة في المجالات الأخرى،

(1) - ناجية العطراقي، م س، ص: 91.

(2) محمود عادل محمود، الالتزام بالتحذير في مجال تداول المنتجات الخطرة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص: 194.

خاصة التي لها علاقة بالمنتج الدوائي البيطري المعني وباستخداماته على المستوى الواقعي، والتي يمكن استخدامها في صناعة وابتكار المنتج الدوائي البيطري اجتناب العيب الذي يشوبه⁽¹⁾.

وبعبارة أخرى، لا يستطيع المنتج أن يدعي تخصصه في قطاع معين من العلوم لكي ينفي المعلومات التي كانت متاحة والمتعلقة بفروع المعرفة الإنسانية الأخرى، وأن تقدير حالة المعرفة العلمية والفنية يكون بطريقة موضوعية مجردة دون الأخذ في الاعتبار الصفات والقدرات الخاصة بشخص المنتج⁽²⁾.

ثانياً: من حيث الزمان

باستقراء مقتضيات المادة 1245-15 من القانون المدني الفرنسي نجدها تنص على أنه لا يمكن للمنتج أن يتمسك بمخاطر التطور للإعفاء من المسؤولية، إذا ما ظهر العيب، وذلك خلال مدة العشر سنوات من تاريخ طرح المنتج للتداول، بشرط اتخاذ التدابير اللازمة لتدارك النتائج والآثار الضارة الناجمة عن المنتج المعيب⁽³⁾، من خلال إعلام الجمهور المستهلكين والأطباء وممتهني الصحة ومن في حكمهم واتخاذ الحيطة والحذر اللازمين من أجل تدارك النتائج والآثار الضارة، حيث لا يمكنه خلال هذه المدة الدفع بمخاطر التقدم العلمي، لأن ذلك دليل على عدم اتخاذه كل الاحتياطات اللازمة لإنتاج الدواء⁽⁴⁾.

وقد حاول المشرع الفرنسي التوفيق بين مصالح المنتجين من جهة، والمتضررين من جهة أخرى، حيث منح للمنتجين لحماية مصالحهم التمسك بهذا الدفع خلال هذه المدة، الأمر الذي قد يجنبهم تحمل تعويضات كبيرة لفائدة المتضررين، وكذلك من الناحية الاقتصادية من أجل تشجيع المنتجين على الابتكار في مجال الأدوية عامة، والمنتجات الدوائية خاصة، بالإضافة إلى أن بعض شركات التأمين في بعض الدول في الاتحاد، لا تقرر بمبدأ مخاطر التقدم العلمي والتقني⁽⁵⁾.

ومن جهة أخرى، حتى ومصلحة المتضررين من خلال إعطاءهم الإمكانية في رفع دعواهم خلال مدة 10 سنوات، والتوسيع من دائرة المنتجات الدوائية البيطرية التي لا يمكن للطبيب البيطري الصانع للدواء البيطري أن يدفع بمخاطر التقدم العلمي بشأنها.

(1) - نور الدين الكامل، م س، ص: 307.

(2) - مروى طلال درغام، المسؤولية المدنية لمنتج الدواء عن العيوب الخفية في الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص: 366.

(3) - تنص المادة 1245-15 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

"Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent chapitre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice".

(4) - صالحة العمري، م س، ص: 277.

(5) - حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص: 82.

الواقع أن مدة 10 سنوات لا يمكن تطبيقها على جميع المنتجات الطبية البيطرية، لأنه قد لا تظهر المخاطر في بعض الحالات إلا ما بعد مرور 10 سنوات، كما أنه في حالات أخرى قد يكون احتمال كبير جدا في ظهور المخاطر في المنتج قبل هذه المدة، ومن جهة أخرى، فإن ظهور العيب أو الخطر خلال هذه 10 سنوات يعني أن يتخذ الطبيب البيطري المنتج إجراءات وقائية خلال هذه الفترة، وبمجرد انتهائها يتحلل من التزاماته بالتتبع، وهذا لا يوفر حماية كافية للمتضررين.

وحسنا فعل المشرع المغربي بعدم تحديده المدة التي يكون فيها المنتج مسؤولا عن مخاطر التطور العلمي والتقني، وكذا المدة التي يحق له التمسك بهذا الدفع لنفي مسؤوليته، وترك الأمر يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، واحترام خصوصية كل منتج على حدة.

ثالثا: من حيث المكان

بخصوص حدود أعمال الدفع بمخاطر التقدم العلمي من حيث المكان، أو النطاق الجغرافي، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتولوز الفرنسية في قرار لها أنه: "يجب أن يتم تقييم المعرفة العلمية والتقنية، بالمعنى المقصود في الفصل 10-1245 من القانون المدني⁽¹⁾، بطريقة موضوعية بحتة، دون مراعاة صفات وقدرات المنتج، وأن حالة المعرفة العلمية والتقنية هي الأكثر تقدما في العالم كما كانت موجودة وقت تداول المنتج المعني".

وقد علق أحد الباحثين على هذا القرار بأنه لا يجب الاعتداد بحالة المعرفة العلمية والتقنية المتوفرة في النطاق الجغرافي التي ينتهي إليه صانع المنتج الدوائي، أو في النطاق الجغرافي الذي سيتم فيه عرض المنتج الدوائي به، وإنما يتم الاعتداد بكامل المعرفة العلمية الموجودة على المستوى العالمي والأكثر تطورا⁽²⁾.

خاتمة:

ختاما، من كل ما سبق، يتضح أن مسؤولية الطبيب البيطري المنتج عن مخاطر التطور العلمي والتقني أثارت إشكالات عدة من حيث مفهومها ونطاق أعمالها، الأمر الذي انعكس على موقف كل من التشريع والفقه، فهناك مؤيد لإقرار مسؤولية المنتج عن مخاطر التقدم العلمي، وهناك اتجاه رافض لإقرار مسؤوليته عنها، ليحسم الخلاف فيما بعد وذلك بإقرار أغلب التشريعات، ومنها التشريعات المغربية والفرنسية، عدم مساءلة المنتج بصفة عامة عن مخاطر التطور العلمي والتقني.

(1) - تنص المادة 10-1245 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

"Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :

...

4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ; ..."

(2) - نور الدين الكامل، م س، ص: 307 و308.

وتعد المعارف العلمية والتقنية المحور الأساسي في الدفع بمخاطر التطور العلمي والتقني لنفي مسؤولية الطبيب البيطري عن إنتاج الدواء البيطري، على اعتبار أنها هي السبب في عدم الكشف عن العيوب والمخاطر في الدواء البيطري، حيث إن هذه المعارف وقت طرح الدواء البيطري للتداول في السوق كانت عاجزة عن الكشف عن العيوب، في المقابل هي التي اكتشفتها وذلك بسبب ما عرفتته من تطور وتقدم.

وعلى الرغم من أن المشرع المغربي ونظيره الفرنسي نصا على دفع المسؤولية المدنية بسبب مخاطر التطور العلمي والتقني، إلا أنه لم يوضحا بشكل دقيق العناصر والشروط التي يقوم عليها هذا الدفع حتى يحق للمنتج عامة، والطبيب البيطري المنتج خاصة، الدفع بها والتمسك بها لنفي مسؤوليته، وقد تدخل الفقه لسد هذا الفراغ، وحدد مجموعة من الشروط يجب توفرها لإعمال هذا الدفع، أولها وجود عيب في الدواء البيطري لم يكن معلوما ولم يكن بالاستطاعة معرفته عند طرحه للتداول، وثانيا أن يكشف تطور حالة المعرفة الفنية والعلمية هذه المخاطر بعد طرح المنتج الدوائي للتداول، وأخيرا ضرورة اتخاذ كافة التدابير اللازمة لتدارك الآثار الضارة التي تنتج عن اكتشاف هذا العيب من طرف منتج الدواء البيطري.

ومن كل ما سبق نقترح ما يلي:

- إصدار نص قانوني صريح ينظم الدفع بمخاطر التقدم العلمي، حيث يتم تحديد مفهومه وشروط الإعفاء وحدوده؛
- إلزام الطبيب البيطري المنتج بالتبعية بعد طرح المنتج في السوق، حتى لا يستفيد من الإعفاء إذا كان بإمكانه اكتشاف الخطر لاحقا ولم يتخذ الإجراءات اللازمة؛
- توعية الأطباء البيطريين المنتجين للدواء البيطري بحدود الدفع بمخاطر التقدم العلمي، ثم وضع قيود تحول دون إساءة استعمال هذا الدفع حفاظا على حقوق المتضررين من جهة، وتشجيع الابتكار الصناعي في المجال البيطري من جهة ثانية.

النظرية الحديثة للغبين: الغبن الاستغلالي

- قراءة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي -

بقلم الباحث: طارق محفوط
إطار بالخزينة العامة للمملكة

مقدمة

تعتبر نظرية الالتزامات ركيزة الحقوق المدنية، وهي كما قال الدكتور السهوري¹ بمثابة العمود الفقري في جسم الإنسان²، بل إن سلطانها ينبسط على فروع الحقوق جميعا بحيث نجد آثارها في بعض المبادئ السائدة في الحقوق التجارية أو في الحقوق الإدارية أو في الحقوق الجزائية أو حتى في الحقوق الدولية من خاصة وعامة³.

وتشمل نظرية الالتزامات كما تطرق لها قانون الالتزامات والعقود في الكتاب الأول منه والمعنون بأحكام الالتزامات بوجه عام: مصادر الالتزام؛ ثم أوصافه؛ ثم انتقاله؛ ثم آثاره؛ ثم بطلانه وإبطاله؛ ثم انقضاءه؛ ثم أخيرا إثباته.

وكما هو معلوم فقد انعقد الاتفاق في كل التشريعات وعند جل الفقه الحديث على تصنيف خماسي لمصادر الالتزام⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزامات"، المجلد الأول، دار النهضة العربية - القاهرة - 1972، ص 114.

² يجعل «تارد» لنظرية الالتزام في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي.

³ مأمون الكزبري: "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - الجزء الأول - مصادر الالتزامات"، منشورات الحلبي الحقوقية 1978، ص 7.

⁴ لقد انتهى الفقه القانوني إلى تصنيف مصادر الالتزام على الشكل الآتي:

العقد؛

الإرادة المنفردة؛

الإثراء بلا سبب؛

العمل غير المشروع - المسؤولية المدنية -؛

القانون.

وهذا التصنيف الحديث جاء بعد سلسلة من المحاولات ابتدأت منذ عصر الرومان مع الفقيه «جيسنتيان» الذي صنف مصادر الالتزام إلى أربعة مصادر: العقد، وشبه العقد، والجريمة وشبه الجريمة. قبل أن يتدخل الفقيه «مودستان» ويضيف القانون إلى هذه المصادر الأربعة

ومعلوم أيضا أن العقد من أهم مصادر الالتزام الخمسة، وهو التصرف القانوني الأكثر تدولا في الحياة العملية الذي يعرف بأنه: "اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر على إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها"¹. وبتعبير أدق وأكثر اختصار "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني"².

والعقد حتى ينشئ ويتم تكوينه بصورة صحيحة بين طرفيه وبالتالي يترتب آثاره القانونية لابد أن تتوافر فيه شروط معينة عددها المشرع المغربي في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود. وبمقتضاه "فالعناصر اللازمة لتكوين عقد صحيح هي:

أ - أهلية المتعاقدين؛

ب- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام التعاقدي؛

ج- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام المتولد عن العقد؛

د- سبب مشروع للالتزام المذكور"³.

ولما كان التعبير الصحيح عن الإرادة أو التراضي هو الركن الأساسي في عملية التعاقد بحيث يؤدي تخلفه رفقة العناصر الأخرى إلى بطلان الالتزام⁴ بحيث يصبح هو والعدم سواء، فإن المشرع اشترط في عنصر التراضي أن يكون صحيحا لا يشوبه عيب من عيوب الرضى المحددة في الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود والتي يترتب عليها إبطال العقد على ما ورد عليه النص في الفصل 311 منه⁵.

المذكورة في موسوعة «جستنيان». هذا التصنيف نقل إلى مدونة نابليون دون أدنى تغيير، قبل أن يتدخل الفكر القانوني الحديث ويضيف الإرادة المنفردة، كمصدر مستقل للالتزام.

وتجدر الإشارة إلى أن الدكتور سمير عبد السيد تناغو أضاف لمصادر الالتزام مصدرين: الحكم القضائي في حالات معينة، والقرار الإداري، لتصير مصادر الالتزام على سبع لدى هذا الفقيه.

¹ نص على هذا التعريف المشرع الفرنسي في التعديل الذي لحق القانون المدني الفرنسي بتاريخ 10 فبراير 2016، وبالضبط في المادة 1101 منه وجاء فيها:

« Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligation ».

² مأمون الكزبري: "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - الجزء الأول- مصادر الالتزامات"، م س، ص 29.

³ الفصل الثاني من ق ل ع. دون أن تغفل الشكلية في الحالات التي يستوجب فيها المشرع شكلا معيناً في الالتزام التعاقدي إلى جانب الرضائية، ودون أن تغفل كذلك عنصر التسليم في العقود العينية.

⁴ الفصل 306 من ق ل ع.

* قانون الالتزامات والعقود (ظهير 9 رمضان 1331) 12 غشت 1913.

⁵ ينص الفصل 311 من ق ل ع على ما يلي: " يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد".

وعيوب الإرادة كما حددها الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود وكما هو منظم في الفصول من 40 إلى 56 من ذات القانون هي: الغلط والتدليس والإكراه والغبن. وإلى جانب هذه العيوب الأربعة التقليدية التي عددها المشرع ونص عليها إما في الفصل 39 أو أرجى بعضها وأشار إليه في الفصل 311¹ منح -المشرع- القاضي وإلى جانب نظرية الغبن التقليدية حق إبطال العقود المعقودة في حالات المرض والحالات المشابهة.

وتقوم هذه الحالة من حالات الإبطال عندما يُستغل شخص في حالة مرض أو في حالات مشابهة لحالة المرض وتنتزع منه مزايا مفرطة ما كان ليقبل التنازل عنها لو أنه كان سليما مدركا وبالتالي لا يستطيع القاضي إبطال العقد لعدم وجود شروط إبطاله إما على أساس الإكراه مثلا أو الغبن. وهو ما يصطلح عليه عند الفقه بالغبن الاستغلالي.

ويقصد بالغبن² الاستغلالي³ أن يستغل أحد المتعاقدين ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر ويستجره إلى عقد يغبنه فيه بحيث لا تتوازن في هذا العقد التزامات المغبون وحقوقه. فالنظرية الحديثة في الغبن تركز أساسا على الاستغلال، والاستغلال لا يتحقق إلا إذا أعطى الشخص أكثر من قيمة الشيء الشخصية نتيجة لعوزه أو طيشه أو عدم خبرته.⁴ فالعبرة هنا بالقيمة الشخصية لا بالقيمة المادية كما هو الشأن في الغبن المجرد.⁵

¹ نقصد هنا الغبن التقليدي فالمشرع لم يشر له في معرض حديثه عن عيوب الرضا في الفصل 39 من ق ل ع لكنه أرجى التطرق إليه في إطار الفصل 311 من نفس القانون.

² يقصد بالغبن في اللغة: الغلبة، والنقص. يقال تغابن تغابنا: أي غبن بعضهم بعضا. ويقصد بالغبن في الاصطلاح القانوني: "عدم التوازن بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه في العقد" أو "التفاوت في القيمة الحقيقية والمعاملة للمتعاقد في عقود المعاوضة". للمزيد من الإيضاح أنظر:

* عبد الواحد الأزهري: "منجد الطلاب في اللغة والأعلام"، الناشر فضاء الفن والثقافة 2006، ص 377.

* زيد قدرى الترجمان: "الموجز في القانون المدني نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام"، الطبعة الأولى 1992، ص 106.

³ ويقصد بالاستغلال: الانتفاع من الإنسان بغير وجه حق، وهو عنصر نفسي يعتبر الغبن مظهره المادي، وهو يختلف عن الغبن في شقين: الأول: أنه على عكس الغبن يمكن تصوره في جميع التصرفات، وليس فقط في المعاوضات كما هو الأمر في الغبن.

الثاني: أنهما يختلفان في المعيار فالأول أي الاستغلال يقوم على معيار شخصي في تحديده، أما الغبن فيأخذ فيه بمعيار مادي.

⁴ الطيب الفصايلي: "النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام -"، الجزء الأول، نشر البديع، الطبعة الثانية 1997، ص 103.

⁵ تجب الإشارة هنا إلى أن النظرية المادية التقليدية في الغبن تطورت إلى نظرية نفسية في الاستغلال في العديد من قوانين الدول المعاصرة - القانون المدني الألماني المادة 138، والقانون المدني السويسري المادة 21، والقانون المدني اللبناني المادة 214، القانون المدني المصري المادة 129، القانون المدني السوري المادة 130. والفرق بين النظريتين يتلخص فيما يلي:

أولا: النظرية المادية تنظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا شخصية فالعبرة بقيمة الشيء الذي يتحدد بناء على العرض والطلب. أما النظرية الشخصية فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد.

ثانيا: الغبن في النظرية المادية عيب مستقل قائم في ذاته وهو عيب يقع في العقد لا في الرضا. أما في النظرية الشخصية فالغبن ليس عيبا مستقلا وقائما بذاته، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا.

وعليه فإن الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود ومن خلال صياغته ينفرد بمجموعة من الخصائص التي تجعله ملجأ للقضاة لحماية المتعاقدين المستغل - فهو على العكس من بعض العيوب الأخرى يرجح حماية المتعاقد على تحقيق الأمن التعاقدية -، لكن وفي المقابل من ذلك يكتنفه نوع من الغموض يجعلنا نطرح عديد التساؤلات منها:

هل الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود دليل على أن المشرع المغربي يأخذ من خلاله بنظرية الغبن الاستغلالي؟ ثم ما هي الأمراض والحالات المشابهة التي يقصدها الفصل؟ وما هي شروط الدعوى وأجالاتها؟ وأخيرا سلطة القاضي التقديرية في الفصل 54 ورقابة محكمة النقض عليها؟

هذه التساؤلات ستكون محور البحث الذي سنتناوله على الشكل الآتي:

- ♦ المطلب الأول: المرض والحالات الأخرى المشابهة - الغبن الاستغلالي؛
- ♦ المطلب الثاني: دعوى الإبطال في نطاق الفصل 54 وسلطة القاضي التقديرية ومدى رقابة محكمة النقض عليها.

المطلب الأول: المرض والحالات الأخرى المشابهة - الغبن الاستغلالي-

نص المشرع المغربي في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة". ويمكن القول أن صيغة هذا الفصل فيما يتعلق بالمرض والحالات الأخرى المشابهة جاءت فضفاضة وغير محصورة. وهو ما يجعلنا نطرح سؤالا مفاده ما هي حالة المرض والحالات المشابهة التي يقصدها المشرع؟ وهل ينطبق الأمر على كافة الأمراض؟ هذه التساؤلات سنجيب عنها في هذا المطلب في (الفقرة الثانية) منه، لكن قبل ذلك ينبغي التطرق لسؤال مهم احتدمت حوله آراء فقهاء القانون المغاربة ونتج عنه انقسام فيها: هل بالفعل يتضمن الفصل 54 فكرة الغبن الاستغلالي؟

الفقرة الأولى: الفصل 54 وفكرة الغبن الاستغلالي

انقسم الفقه القانوني المغربي في الإجابة عن هذا السؤال إلى فريقين لكل منهما وجهة نظر يدافع بها عن موقفه، فريق يرى بأن الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يتضمن فكرة الغبن الاستغلالي وفريق آخر على النقيض يرى أن الفصل 54 لا يتضمن فكرة الغبن الاستغلالي. لذلك فإننا وللإجابة على هذه الفقرة سنقسمها إلى شقين نتطرق في (الأول) للفريق المؤيد لفكرة الغبن الاستغلالي، ثم في (الثاني) للفريق المعارض وكل هذا مع الإشارة لموقف القضاء المغربي وإعطاء وجهة نظرنا بخصوصه.

أولا: الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يتبنى فكرة الغبن الاستغلالي

يعد الدكتور مأمون الكزبري أول فقيه مغربي تبني هذا الطرح في إطار شرحه لعيوب الرضى في مؤلفه نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، فهو يرى أن الفصل 54 يركز على فكرة الغبن الاستغلالي، ويضيف: "ففي ضوء هذا النص، إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل مرض المتعاقد الآخر أو ضعفه أو طيشه

البين أو هوامه الجامح أو حاجته الماسة وأبرم معه عقدا لا تتعادل فيه التزامات الطرفين، بل ينطوي أحدهما على غبن فاحش، فإن الطرف المغبون غبنا استغلاليا يسوغ له طلب إبطال العقد، ولا سيما أن المشرع منح القاضي سلطة واسعة في هذا المجال وترك تقرير الإبطال لرأيه وتقديره". وما جعل الدكتور الفاضل يتبنى تأويله هذا ما ورد في الفصل 878 من قانون الالتزامات والعقود والذي نص في أوله على ما يلي: "من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي من أجل الحصول على قرض..."

ويؤيد هذا الطرح العديد من الفقهاء الآخرين¹، فمنهم من زكى هذا التأويل بكونه ينسجم مع فكرة العدالة ومحاربة الربا الذي انبثقت عنها فكرة الاستغلال، ومنهم من رأى أن الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يتضمن عناصر كافية لتطبيق نظرية الاستغلال التي ترتبط بعدد كبير من الحالات التي لا يمكن إدراجها ضمن عيوب الرضا.

ثانيا: الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود لا يتبنى فكرة الغبن الاستغلالي

على نقيض الاتجاه الأول الذي يرى في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود تطبيق وتبني لنظرية الغبن الاستغلالي، يرى هذا الاتجاه على أن التأويل المعطى للفصل من طرف الفقه الأول تأويل غير سليم، فقد قال البعض²، أنه بالرجوع إلى الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود لاستخلاص التسمية اللائقة بعيوب الإرادة التي ينظمها نجده لا يسعفنا في إطلاق تسمية الغبن الاستغلالي على تلك العيوب، لأن فكرة الاستغلال لا تشترك فيها جل عيوب الإرادة التي نظمها المشرع.

ويضيف على أنه من المعقول لكل من يعتمد على منهج الشرح على المتون أن يصف الفصل على أساس الاستغلال انطلاقا من تلخيص ما هو جوهري فيه.

ويرى البعض الآخر³، أن تأويل الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على أساس نظرية الغبن الاستغلالي من شأنه أن يقحم النص في ما ليس فيه، إذ يترتب على مثل هذا التأويل تقييد سلطة القاضي بتوضيح العنصر المادي، أي عدم التعادل الفادح بين الأداءات وهو مما لا يذكر في الفصل.

¹ من هؤلاء الفقهاء:

* الطيب الفصايلي: "النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام -"، م س، ص 103 وما يليها.

* أحمد شكري السباعي: "نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن"، منشورات عكاظ، طبعة 2011، ص 291-292.

* عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني - الجزء الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة"، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - 2016، ص 121 وما يليها.

* عبد الرحمان الشرقاوي: "القانون المدني، مصادر الالتزام - الجزء الأول - العقد والإرادة المنفردة"، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط - الطبعة الرابعة 2017، ص 158 وما يليها.

² محمد شليح: "تعليق على قرار 1625 الصادر بتاريخ 13/06/1988 ملف عدد 86/1628"، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجلس وزراء العدل العرب، عدد 10، ص 474 وما يليها.

³ أحمد أدريوش: "أثر المرض على عقد البيع - تأملات حول تطبيق الفصلين 54 و 479 من ق ل ع"، سلسلة المغفرة القانونية - العدد الثاني - مطبعة الأمنية - الرباط - 1996، ص 23.

فإذا كان هذا هو موقف الفقه بخصوص الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود، فمع أي اتجاه يسير القضاء المغربي؟

إن نفس الإشكال طرح أمام القضاء بين محاكم الموضوع ومحكمة النقض، فهذه الأخيرة تسير على منوال الفقه المؤيد لتبني الفصل 54 لنظرية الغبن الاستغلالي هذا الموقف يبرز في عديد القرارات الصادرة عنها باعتبارها أعلى هيئة قضائية بالمغرب. ومن هذه القرارات قرار¹ جاء فيه: "الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يعالج الغبن الاستغلالي باعتباره سببا من أسباب إبطال العقود كعيب من عيوب الرضى....".

إلا أن بعض محاكم الموضوع لا توافق محكمة النقض ولا ترى في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود تبني للنظرية وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1988/12/05 بالقول: "وحيث إن الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود. يمنح للمحكمة حق إبطال العقود المبرمة في حالة المرض والحالات المشابهة، وأن المشرع لم يقيد ذلك الحق، بل ترك للمحكمة سلطة تقدير ما إذا كانت حالة المرض التي يوجد عليها المتعاقد في فترة إبرام العقد هي التي جعلته يقوم بإبرام العقد أم لا..."².

ولا نخفي أن كلا الفريقين وجيه في مؤيداته وما اعتمد عليه للدفاع عن موقفه، إلا أننا نرى في الاتجاه الأول ومعه محكمة النقض وبعض محاكم الموضوع ليونة تجعل من إعمال النص حماية للطرف المُستغل خصوصا وأن الفصل 54 قد يكون الملجأ الأخير في ظل غياب شروط عيوب الرضى الأخرى.

أما القول بأن الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود لم يورد أي إشارة على الغبن الاستغلالي فهو قول صحيح لكنه يبقى سطحيًا خصوصًا إذا تأملنا موضع الفصل وأيضا مقارنته ببعض المواد الواردة في القوانين المقارنة³.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/06/13 تحت عدد 1625 في الملف المدني عدد 86/1682 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 139، ص 101 وما يليها.

أشار إليه: * محمد بفقير: «قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي» - الكتاب الأول - الالتزامات بوجه عام، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - الطبعة الرابعة 2015 ص 32.

وجاء في قرار آخر ما يلي: "بيع عقار - إبطال - حالة الغبن الاستغلالي.

إن أسباب إبطال التصرفات المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة طبقا لمقتضيات الفصل 54 من ق ل ع، لا يجوز التمسك بها إلا من طرف الشخص المتعاقد نفسه ولا تنتقل إلى ورثته من بعد مماته". قرار عدد 310 بتاريخ 2012/01/17 في الملف المدني عدد 2010/2/1/1423.

² مجلة القضاء والقانون: العدد 1988/139.

أشار إليه:

* عبد الرحمان الشرقاوي: "القانون المدني، مصادر الالتزام - الجزء الأول - العقد والإرادة المنفردة"، م س، ص 161.

³ نرى في هذا الإطار أن تتدخل محكمة النقض من أجل إعطاء تأويل لهذا الفصل، تأويل يحد لنا الخلاف وحيدا لو كان هذا التأويل صادرا في إطار مسطرة الغرف مجتمعة طبقا للفصل 371 من ق م م، خصوصا إذا ما علمنا أن القرارات الصادرة بغرف مجتمعة تجعل القرار بمثابة القانون بالنسبة لمحاكم الموضوع ويعطي له إلزاما أدبيا لا يمكن مخالفته، لكن مع احتمال كبير بنقضه من طرف محكمة النقض.

الفقرة الثانية: حالة المرض والحالات المشابهة

يمكن القول أن المشرع المغربي وعند تعرضه للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود أورد مصطلحات عامة ومهمة - حالة المرض والحالات المشابهة - فماذا يقصد المشرع بحالة المرض؟ وهل تشمل كل الأمراض أم أنها تقتصر على بعضها؟ ثم ما هي الحالات المشابهة التي يقصدها في هذا الفصل؟ هذا ما سنحاول التطرق له بنوع من الاقتضاب¹.

أولاً: حالة المرض

يقصد بالمرض في اللغة الاضطراب وتغير الصحة، وهو ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال من علة². والأمراض بهذا المعنى تنقسم إلى قسمين: الأولى عقلية، والثانية عضوية. وسنحاول استعراض بعض هذه الأمراض مع الوقوف حول هل يعتد بها في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود أم لا.

أ - الأمراض العقلية

1- الجنون: الجنون في اللغة مصدر جن بمعنى ستر، وجن الرجل أي زال عقله. فهو مجنون، ويقال جن جنونه. وجن به ومنه: أعجب به حتى صار كالمجنون³.

وفي الاصطلاح الفقهي اختلال عقل الإنسان على نحو تصبح معه أفعاله وأقواله صادرة منه بخلاف موجبات العقل العادي⁴.

والمشرع المغربي سوى بين الصغير غير المميز والمجنون وفاقد العقل في الحكم بحيث اعتبرهم عديمي أهلية الأداء طبقاً لما نصت عليه المادة 217 من مدونة الأسرة⁵. وإذا كان الحجر بالنسبة للقاصر يكون طبيعياً فإنه بالنسبة للمجنون وفاقد العقل يكون بناء على حكم قضائي. فقد نصت المادة 220 من مدونة الأسرة على أن: "فاقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك ويرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة".

¹ نشير إلى أننا لن نتناول الحالات بشرح مطول ممل ولا حتى بالاقتضاب المخل، لكننا سنورد المهم مع الإحالة على بعض المراجع من أجل التوسع بهذا الخصوص.

² عبد الواحد الأزهرى: "منجد الطلاب في اللغة والأعلام"، م س، ص 495.

³ عبد الواحد الأزهرى: "منجد الطلاب في اللغة والأعلام"، م س، ص 75.

⁴ عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني - الجزء الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة"، م س، ص 65.

⁵ نصت المادة 217 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

ثانياً: المجنون وفاقد العقل.

..."

* ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418.

ونتساءل هل حالة الجنون باعتبارها من الأمراض العقلية تندرج ضمن حالة المرض التي ينص عليها الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود؟

يرى بعض الفقه¹، أن من يدرج الجنون ضمن حالة المرض التي نص عليها الفصل 54 يتحايل على مقتضيات المادة 217 من مدونة الأسرة. فيقول إن هذه المادة تنطوي على حالتين: الأولى هي التي يكون فيها الجنون مطبقا مستغرقا أوقاته، والثانية هي التي يكون فيها الجنون متقطعا تتخلله فترات إفاقة يعود فيها المريض إلى عقله، بمعنى أن المرض يكون هو الأصل والتعقل استثناء، ويضيف أن المادة لم تتعرض للحالة التي يكون فيها العكس أي التعقل هو المبدأ والجنون هو الاستثناء، وبالتالي فهو يرى أن الشخص إذا أبرم عقدا في الحالة التي يكون فيها التعقل هو المبدأ والجنون هو الاستثناء، يكون له الحق في طلب إبطال العقد على أساس مقتضيات الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود.

إلا أن هناك من الفقه²، من يعارض هذا الطرح، ويرى إبعاد كل من نقصان الأهلية وانعدامها من تطبيق الفصل 54 لأنها منظمة بمقتضى مدونة الأسرة، وأن تطبيق الفصل 54 عليها سيكون تكرار معيبا لما ورد عليه النص في المدونة، ويضيف أن الإبطال في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود خاضع لسلطة القاضي التقديرية، في حين أنه يكون بقوة القانون في إطار مدونة الأسرة. كما أن القول حسب هذا الفقه بإمكانية تطبيق الفصل 54 على الحالة التي يبرم فيها شخص عقدا قبل استصدار قرار بالحجر عليه هو قول مردود ذلك أن المادة 224 من مدونة الأسرة تجعل تصرفات عديم التمييز باطلة ولا تنتج أي أثر³.

ونرى أن ما ذهب إليه الرأي الثاني يسعف المتعاقد إن هو قرر إبطال العقد لحالة الجنون أكثر مما يسعفه الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود خصوصا وأن الهدف من تنظيم ذات الفصل هو البحث عن الحماية للمتعاقد المستغل في الأولى وحماية له أن يكون الإبطال بناء على مواد مدونة الأسرة. ثم ما هو المغزى الذي سيجعل المشرع يعيد تكرار الأحكام ويجعلها معلقة بين نص عام ونص خاص، والقاعدة تقضي كما هو معلوم بأن الخاص يقيد العام واللاحق يلغي السابق.

2- العته: عرفت المادة 216 من مدونة الأسرة المعتوه: "هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته". وقد تفادت مدونة الأسرة ما كان يقع من خلاف حول مفهوم العته في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

¹ محمد شليح: "سلطان الإرادة في ضوء ق ل ع أسسه ومظاهره في نظرية العقد"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس - الرباط - 1983، ص 155 وما يليها.

² أحمد الخمليشي: "تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 1625 بتاريخ 13/06/1988" المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لمجلس الوزراء العرب، ص 464.

³ نشير إلى أن هذا النقاش منبثق بين الفقه في إطار الفصول 144 - 145 - 146 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إلا أننا رأينا اعتمادهما في إطار مدونة الأسرة لعدم وجود أي اختلاف بين ما كانت تشير إليه مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة بخصوص الأهلية.

وفيما يتعلق بالاختلاف بين المعتوه والمجنون، فيرى البعض أن الجنون يصاحبه الاضطراب والهيجان بأن يضرب ويشتم وهو ما لا يصاحب حالة العته¹. فمناط مفهوم العته عند الفقه ضعف العقل المؤدي لخلط الكلام وغير المصحوب باضطرابات أو هيجان، فهو نوع من الجنون الهادئ يلحق الشخص نظرا لتقدمه في السن أو لمرض². وقد صنف قرار وزير الصحة بتاريخ 23 أكتوبر 1998 العته ضمن الإعاقة الذهنية الخفيفة وهي تتميز باستقلال كافي، ذاكرة محفوظة، ونطق عادي مع وجود صعوبات في الفهم والتعبير عن المفاهيم المجردة.

والمعتوه كما المجنون يحجر عليه بحكم قضائي، فهل لفظ المرض المنصوص عليه في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يسري على العته؟

نجيب بالقول على أن العته يعيب إرادة الطرف المتعاقد وبالتالي فتصرف المعتوه في هذه الحالة ينطبق عليه نص المادة 228 من مدونة الأسرة³، التي تحيل على المادة 225 من ذات المدونة التي تجعل تصرفاته دائرة بين النفاذ والبطلان، فإذا كانت نافعة له نفعا محضا كانت نافذة أما إذا كانت مضرة به فإنها تعتبر باطلة، وفي حالة ما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر كانت متوقفة على إجازة النائب الشرعي لها حسب المصلحة الراجحة للمعتوه وفي حدود صلاحيات النائب.

ونحن لا نرى أي تطبيق للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على حالة المعتوه لأن مقتضيات مدونة الأسرة هي الأولى بالتطبيق وهي الأكثر حماية له خصوصا في الحالة التي تكون مضرة به أو دائرة بين النفع والضرر⁴.

ب - الأمراض العضوية

1- مرض الموت: لم يعرف المشرع المغربي مرض الموت أسوة بباقي التشريعات ومسايرة للقاعدة أن التعريف اختصاص الفقه لا المشرع كما أن المذاهب الفقهية الأربعة اختلفت كلها في تعريفه⁵، فقد عرفته مجلة الأحكام

¹ علي محيي الدين القرة داغي: "مبدأ الرضا في العقود"، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي - الجزء الأول -، دار البشائر الإسلامية - بيروت لبنان - 1985، ص 359 وما يليها.

² عبد الحق صافي: "الوجيز في القانون المدني - الجزء الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة"، م س، ص 74.

³ جاء فيها: "تخضع تصرفات السفه والمعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه".

⁴ وقد أضاف البعض حالة ثالثة وهي حالة "الغفلة" وهي كما عرفت محكمة النقض المصرية "ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإرادة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته المالية مع الغير وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الراجح منها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة، أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع".

* قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، طعن رقم 4 لسنة 27 قضائية بتاريخ 29-01-1959.

* وحيد مصباح عبده السندي: "إبطال العقد في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية القاضي عياض - مراكش -، الموسم الجامعي 2001/2002، ص 22/21.

⁵ للإطلاع على التعاريف المعطاة لمرض الموت لدى جل المذاهب أنظر:

* محمد الكشبور: "بيع المريض مرض الموت قراءة في قرار المجلس الأعلى"، سلسلة الدراسات المعاصرة - العدد 4 -، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2002، ص 99 - 100.

العدلية في المادة 1595 منها بأنه: "هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارج داره إن كان من الذكور وداخل داره إن كان من الإناث. ويموت على تلك الحالة قبل سنة فإذا امتد حاله أكثر من سنة فهو في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح". ومرض الموت بهذا المعنى يشترط فيه ثلاث شروط هي: أن يخاف منه الموت، وأن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه، وأن يموت صاحبه داخل أجل السنة¹.

وبخصوص انطباق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على المريض مرض الموت، يرى جانب من الفقه²، أنه يمكن أن نتصور تطبيقه على مرض الموت في الحالة التي لا يستطيع فيها الورثة إثبات أن المورث أراد أن يحابي المشتري الوارث، أو الحالة التي يتمكن فيها هذا الأخير من إثبات قصد مورثه في عدم رغبته في محاباته. وهناك من يرى على العكس من ذلك أنه يمكن اتخاذ الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود أساساً لطلب إبطال بيع المريض مرض موته³. ولكن ليس على أساس أن التصرف صدر منه خلال مرضه الذي يموت منه وإنما على أساس أن المرض قد أثر على إدراكه وتمييزه وجعله لا يقدر أهمية التصرف الذي أبرمه.

وبخصوص التعارض بين الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود وأحكام مرض الموت يرى الدكتور محمد الكشبور⁴، فَحَسَبَ رأيه أن هذه الأحكام -أحكام مرض الموت- نظام إسلامي خالص قررت من أجل حماية ورثة المتعاقد وقد ترمي إلى حماية حقوق الدائنين بصفة غير مباشرة من خلال تقوية الضمان العام المنصوص عليه ضمن مقتضيات الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود. أما الفصل 54 فقد ورد في البحث المخصص لعيوب الرضى وهو بالتالي مقرر لحماية المتعاقد نفسه، فهذا الأخير في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود هو وحده صاحب الصفة والمصلحة في طلب إبطال العقد علماً أن المرض المدعى به قد يكون مرض موت وقد يكون غير ذلك، المهم هو أن يتثبت أن هذا المرض قد أثر في نفسه ودفعه إلى التعاقد.

2- داء فقدان المناعة والتعبير السليم عن الإرادة: يذهب الدكتور امحمد الأمراني زنتار إلى القول بأن

شعور المريض المصاب بداء فقدان المناعة المكتسبة⁵، بأن موته محقق وقريب سيجعله يعيش اضطراباً نفسياً مستمراً وهو بذلك قد لا ينتبه عند إبرام عقود المعاوضة مما سيلحق به وبأهله ضرر مادياً. لذلك يحق للورثة

* عبد السلام أحمد فيغو: "التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت -دراسة فقهية قانونية مقارنة-"، مطبعة الأمنية -الرباط-، الطبعة الثانية 2010، ص 17 وما يليها.

¹ وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بالجديدة في قرار لها جاء فيه: "يتحقق مرض الموت بأمر منها أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه وأن يغلب فيه مرض الموت وينتهي فعلاً بها".

* قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة بتاريخ 1983/03/07 في الملف عدد 80/223 منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 20 و 21 ص 134 وما يليها.

² عز الدين بنصغير: "الفصل 54 من ق ل ع نص غير مطبق لماذا؟"، المجلة المغربية لقانون الاقتصاد والتنمية كلية الحقوق الدار البيضاء، عدد 1984/7، ص 227 - 228.

³ أحمد أدريوش: "أثر المرض على عقد البيع -تأملات حول تطبيق الفصلين 54 و 479 من ق ل ع"، م س، ص 48.

⁴ محمد الكشبور: "بيع المريض مرض الموت قراءة في قرار المجلس الأعلى"، م س، ص 99 - 100.

⁵ داء فقدان المناعة المكتسبة أو مرض الإيدز من الأمراض التي انتشرت في العالم خلال فترة الثمانينات، وعلى اعتبار أنه من الأمراض المؤدية للموت اهتمت به الدول ومنظمات الصحة العالمية.

المطالبة بإبطال العقد بالاعتماد على مقتضيات الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود وذلك إذا تحقق الشرطان اللذان تتطلبهما محكمة النقض للتطبيق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود، وبالتالي يبقى للقاضي في إطار السلطة التقديرية المخولة له تحديد ما إذا كان المرض هو المؤدي إلى إبرام التصرف أم لا¹.

وبخصوص هذه المسألة المتعلقة بداء فقدان المناعة، لا نوافق الدكتور الفاضل فيما ذهب إليه، خصوصا إذا ما علمنا بأن الإبطال في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود وكما سبق القول حق للشخص المستغل فهو صاحب الصفة والمصلحة في رفع الدعوى وليس للورثة الحق في رفعها بعد مماته، وإنما لهم حق اللجوء إلى الإبطال في إطار الفصل 479 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بمرض الموت، وهو ما قررته محكمة النقض في قرار صادر عنها جاء فيه²: "إن أسباب إبطال التصرفات المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة طبقا لمقتضيات الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود لا يجوز التمسك بها إلا من طرف الشخص المتعاقد نفسه ولا تنتقل إلى ورثته من بعد مماته". فالقول يصح إذا ما طلب المتعاقد الذي كان مريضا بمرض داء فقدان المناعة المكتسبة إبطال العقد لكون المرض أثر في مداركه وجعله يتعاقد وبالتالي يقع عبء الإثبات عليه وللمحكمة كامل السلطة في إبطال العقد من عدمه³.

أما بخصوص المرض الناتج عن فقدان التعبير السليم عن الإرادة، فالمشرع المغربي لم ينظم هذه الحالة على عكس باقي التشريعات التي أشارت للموضوع في قوانينها⁴. غير أن الفقه الإسلامي تولى المسألة بالتحليل فقد جاء في منظومة ابن عاصم "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" في فصل (ومن أصم أبكم العقود) ما يلي:

ومن أصم أبكم العقود	جائزة ويشهد الشهرود
بمقتضى إشارة قد أفهمت	مقصوده وبرضاه قد أعلمت
فإن يكن مع ذاك أعى امتنعا	لفقده الإفهام والفهم معا
كذلك للمجنون والصغير	يمنع والسكران للجهمور
وذو العى يجوز الابتياح له	وبيعه وكل عقد أعلمه
وبعضهم فرق بين من ولد	أعوى ومن عماه من بعد وجد

¹ محمد الأمrani زنتار: "الوضعية القانونية للمصاب بداء فقدان المناعة المكتسبة"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون تصدر عن كلية الحقوق بمراكش، العدد 18 لسنة 1992، ص 18.

² قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 12/01/17 تحت عدد 310 في الملف عدد 10/1423، منشور بمجلة ملفات عقارية العدد الثاني، ص 49 وما يليها.

³ ونشير إلى أنه يحق للورثة إذا رفع موروثهم الدعوى ثم حصلت الوفاة أن يواصلوا الدعوى في هذه الحالة طبقا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية دون أم يواجهوا بمقتضيات هذا القرار.

⁴ المادة 118 من القانون المدني السوري، المادة 70 و 177 من قانون الولاية على المال المصري، المادة 510 من القانون المدني الفرنسي.

ويقول ابن النازم في شرحه للتحفة¹، أن الأصم والأبكم تجوز عقودهم من بيع أو ابتياع ونكاح وتبرع، وبذلك يشهد الشهود بمقتضى إشارته المفهومة قطعاً. أما إذا اجتمع في الواحد الصم والبكم والعوى امتنع كل عقد في حقه، وقال في المجنون والصغير والسكران ما اجتمع عليه الجمهور من عدم جواز معاملتهم استناداً لقول المصطفى عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاثة" فذكر فيهم "المجنون حتى يفيق والصغير حتى يحتلم"، وأشار بخصوص الأعوى أنه تجوز مبايعته لكونه يعبر عن إرادته ويمكن فهم قصده.

ونحن نشير إلى أن الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود قادر على تلافي هذا الفراغ التشريعي بهذا الخصوص بحيث يمكن للقاضي في حالة ما استغل أحد المتعاقدين وهو في حالة من الحالة المذكورة في الفصل أمكن له بعد تحقق العناصر أن يحكم بإبطال العقد للاستغلال.

وهو ما ذهب إليه الدكتور أحمد أدريوش² بالقول إن العاهات الطبيعية المؤثرة على التعبير عن الإرادة أي على الفهم والإفهام كحالة من الحالات المنصوص عليها في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود.

ثانياً: الحالات المشابهة

تتعدد الحالات المشابهة للمرض وهو ما يستخلص من الفصل 878 من قانون الالتزامات والعقود، لذلك سنتطرق لحالة الطيش البين والهوى الجامح واستغلال الحاجة (أ)، ثم ننتقل للتطرق لعدم الخبرة وضعف الإدراك والسفه (ب).

أ- الطيش البين والهوى الجامح واستغلال الحاجة

1- الطيش البين: يعد الحالة الأولى التي يمكن أن يستغل فيها الطرف المغبون غبنا استغلالياً فهو حالة اندفاع خالية من التروي والتبصر والاكتراث بعواقب الأمور ولا يتطلب أن تكون قاصرة على بعض الأمور، وهذا ما يميز حالة الطيش البين عن حالة نقصان الأهلية ويتطلب أن يكون هذا الطيش بيناً أي ظاهراً للمتعاقد الآخر³. ومثاله الشاب الصغير الذي يعميه المال الكثير الذي يرثه، فيجعله يندفع في تصرفاته من غير تدقيق فيها ولا وزن للعواقب.

ويرى البعض⁴، أن واقعة الطيش باعتبارها الأكثر حدوثاً تحصل مع أولاد الأغنياء الذين يبذرون أموالهم في دون ترو على الملهذات والمراهنات أو لشخص حصل على وصية فبادر إلى بيع أمواله بتصرفات ضارة ليس فيها تقدير للعواقب.

¹ "شرح ابن النازم لتحفة الحكام لابن عاصم"، دراسة وتحقيق مع المقارنة مع المذاهب الإسلامية الأخرى - إبراهيم عبد السعود الجنابي - دار ابن حزم - بيروت لبنان -، الجزء الثاني الطبعة الأولى 2013، ص 1004 وما يليها حتى ص 1008.

² أحمد أدريوش: "أثر المرض على عقد البيع - تأملات حول تطبيق الفصلين 54 و 479 من ق ل ع"، م س، ص 45.

³ محمد شيلج: "سلطان الإرادة في ضوء ق ل ع أسسه ومظاهره في نظرية العقد"، م س، ص 155 وما يليها.

⁴ مورييس نخلة: "الكامل في شرح القانون المدني دراسة مقارنة"، الجزء الثالث، منشورات دار الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان -، طبعة 2007، ص 302.

ويمكن القول بأن الشخص الذي يبرم عقدا دون أن يكون لديه أدنى علم بتفاصيله أو حتى دون أن يكون لديه أدنى علم بنسبة قيمة كل من الالتزامين المتقابلين إلى بعضهما يعتبر في حالة طيش، وتقدير الطيش البين يدخل في سلطة قاضي الموضوع المطلقة وعليه أن يدخل في الاعتبار كل ما يمكن أن يوضح له قيام حالة الطيش لدى الطرف المغبون¹.

2- الهوى الجامح: يقصد به الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء والذي يتملك على الإنسان نفسه ويأسر إحساسه أو هو ميل إلى ناحية تغلب فيها العاطفة على الإرادة². أو هو الرغبة الشديدة والتعلق الشديد بشخص أو بشيء إلى الحد الذي يفقد سلامة الحكم على ما يتصل بموضوع الرغبة³. وكمثال على هذه الحالة جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما يلي: "من الأمثلة البارزة عند الفرنسيين بالنسبة لهذه الحالة تصرف المرأة المريضة عندما تحضرها الوفاة في أموالها بالهبة أو الوصية إلى الكنيسة تحت تأثير رجل الدين الذي جرت العادة أن يكون بجانب المحتضرين. ويضرب الفقهاء الفرنسيون مثالا آخر بالرجل المتقدم في السن الذي تستهويه خليلته أو زوجة جميلة صغيرة يتزوجها بعد وفاة زوجته الأولى. فهو يتصرف تحت تأثير دلال الخليفة أو الزوجة وشغفه وحبه لها في أمواله. فهذا التصرف من مثل هذا الرجل صدر منه وهو في حالة لم يتمكن فيها من المقاومة ولذلك اعتبر القضاء أن هذا التأثير والاستهواء كافيان لإلغاء هذا التصرف.

3- استغلال الحاجة: أطلق المشرع السوري على هذه الحالة في المادة 214 مصطلح الضيق ويقصد به كل ضائقة أيا كانت، سواء كانت هذه الضائقة تهدد الشخص من الناحية الاقتصادية أو في حياته وصحته أو حتى شرفه⁴.

وكمثال على هذه الحالة، المريض الذي تستغل حاجته لعملية جراحية ملحة لا يمكن تأخيرها فكل انتزاع منه يعد استغلالا. وأبرز مثال يمكن الإدلاء به هنا استغلال حاجة المستقرض من طرف المقرض على ما نص عليه الفصل 878 من قانون الالتزامات والعقود.

والحاجة لا تقتصر على الشخص الطبيعي لوحده بل يمكن أن تلحق بالشخص الاعتباري كذلك كما في الحاجة التي تمر منها الشركة التجارية التي سترتب على عدم أداء التزاماتها الخضوع لمساوئ صعوبة المقاول.

ب- عدم الخبرة وضعف الإدراك والسفه

1- عدم الخبرة: وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع المسترسل، والمقصود بعدم الخبرة حسب بعض الفقه تخلف المعرفة لدى الشخص في نطاق المعاملات لدرجة لا يستطيع معها أن يدرك حقيقة مدى التزاماته⁵ أو عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب البلاهة.

¹ إدريس العلوي العبدلاوي: "النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد-"، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، طبعة 1996، ص 419.

² إدريس العلوي العبدلاوي: النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد-"، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، طبعة 1996، ص 419.

³ محمد محروك: "الوجيز في نظرية العقد تكوينه وآثاره"، مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الأولى 2017، ص 66.

⁴ إدريس العلوي العبدلاوي: النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد-"، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، طبعة 1996، ص 419.

⁵ إدريس العلوي العبدلاوي: "نظرية الاستغلال"، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 96، فبراير 1969، ص 420/419.

وعدم الخبرة هو من الأمور التي تدخل في التقدير المطلق لقاضي الموضوع مستعينا في ذلك بالأعراف والعادات المحلية، وعليه فحالة عدم الخبرة أو التجربة من الحالات المشابهة والتي عبر عنها المشرع المغربي في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود.

ونمثل لها بالشخص الذي يقدم على بيع ما ورثه من آنية وتحف أثرية فيستغل من طرف شخص آخر يعلم بعدم خبرته في مثل هذه المسائل فيدفع بالإبطال للاستغلال لعدم الخبرة.

2- ضعف الإدراك: ويتمثل هذا العنصر في ضعف القوى العقلية التي يتغير عملها ويقل على ما كانت عليه في السابق، ومن أسبابه الأساسية شرب الكحول والتوتر والغضب وكذلك الاكتئاب وأيضا كحالة الشيخوخة أو الوقوع في حادث أفقد الشخص قدراته العقلية ووعيه.

ومصطلح الإدراك يطلق عموما على العمليات العقلية المتضمنة في اكتساب المعرفة والفهم.

3 - السفه: السفه حسب مقتضيات المادة 215 من مدونة الأسرة هو: "المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر به أو بأسرته"، فالسفيه هو الذي يسيء التصرف في ماله ولو كان ذا علم وخلق ودين.

وتعريف المدونة جاء مطابقا لتعريف المجلة العدلية العثمانية التي عرفته بأنه: "السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذر في مصارفه، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضا من السفهاء"¹.

المطلب الثاني: دعوى الإبطال في نطاق الفصل 54 وسلطة المحكمة التقديرية ومدى رقابة محكمة النقض عليها

حتم الانتقال من القوة الخاصة في المجتمعات القديمة إلى نظام الدعوى في الأنظمة الحديثة على المتقاضين ضرورة اللجوء إلى القضاء لاقتضاء الحقوق بعد مأسسة هذا الأخير ووضع أصوله². فبات على كل مدع لحق تجاه الغير التوفر على شروط لاقتضاء حقه واحترام آجال لسماع هذه الدعوى، لذلك وجب علينا التطرق لدعوى الإبطال في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود (الفقرة الأولى). وإذا كان الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يقوم على معيار شخصي لا على معيار مادي كما هو الحال بالنسبة للنظرية التقليدية للغبين فإن المشرع

¹ عبد الكريم شهبون: "الشافي في شرح مدونة الأسرة"، -الجزء الثاني-، مكتبة الرشاد، طبعة 2018، ص 26/25.

² إلا أن الأمر ليس على إطلاقه فالكثير من التشريعات خولت للأشخاص في حالات خاصة واستثنائية حل النزاع دون اللجوء للقضاء، من ذلك مثلا الدفع بعدم التنفيذ والحق في حبس الشيء...

للمزيد من الإيضاح أنظر:

* الطيب القصايبي: "الوجيز في القانون القضائي الخاص"، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء-، الطبعة الثالثة، ص 5 حق 8.

* مأمون الكزبري / إدريس العلوي العبدلاوي: "شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي"، الجزء الثاني، مطبعة دار القلم بيروت، طبعة 1973، ص 25/24.

خول بخصوصه للقاضي سلطة تقديرية لاستخلاصه مستهديا في ذلك بوقائع العقد والظروف المحيطة بالمتعاقد، لهذا فإن التطرق لنطاق سلطة القاضي التقديرية في إعمال الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود يحيلنا مباشرة للتطرق إلى رقابة محكمة النقض على هذه السلطة في التقدير وهو محورنا الثاني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دعوى الإبطال في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

سنتطرق ضمن هذه الفقرة للحديث عن شروط دعوى الإبطال في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود (أولا)، ثم لأجال رفع هذه الدعوى وآثارها (ثانيا).

أولا: شروط دعوى الإبطال في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

تُعرف الدعوى بغض النظر عن الخلاف الفقهي بكونها وسيلة إجرائية يستعملها المرء عند اللجوء إلى القضاء¹. والدعوى المدنية تتميز بمجموعة من الخصائص فهي وسيلة قانونية واختيارية وليست من طبيعة واحدة ولا يمكن تصورها إلا أمام القضاء². ويشترط لقبول الدعوى في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود ضرورة توفر شروط موضوعية (أ) وشروط شكلية (ب).

أ- الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإبطال بناء على الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

إن الشروط اللازم توفرها لقبول دعوى الإبطال في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود هي المنصوص عليها في إطار الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية³، وهي الصفة والأهلية والمصلحة.

الصفة: يعرف بعض الفقه⁴ الصفة بأنها: "ولاية مباشرة الدعوى، وهي الصفة التي يتحلى بها طالب الحق في إجراءات الخصومة يستمدّها المدعي من كونه صاحب الحق أو خلفا له أو نائبه القانوني". والصفة في دعوى الإبطال طبقا للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود تتحقق لدى الشخص نفسه المستغل الموجود في حالة المرض أو في غيرها من الحالات المشابهة لها، بحيث لا تخول لورثته من بعده على ما قرره محكمة النقض وهو ما سبقت الإشارة إليه. غير أن ما قرره محكمة النقض يسري بعد الوفاة وعلى عكس ذلك فإنه يمكن للشخص أن يوكل غيره من أجل مباشرة الدعوى نيابة عنه، وكذا في حالة فقدان الأهلية أو نقصها.

¹ نورة غزلان الشنيوي: "التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة - المسطرة المدنية"، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص 35.

² ومع ذلك فإنه يجوز تقديم الدعوى أمام هيئة التحكيم بعد اتفاق الأطراف على ذلك. للإيضاح أكثر أنظر:

* عبد الكريم الطالب: "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الثامنة 2016، ص 134.

³ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

⁴ موسى عبود / محمد السماحي: "المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي وفق تعديلات سنة 1993"، مطبعة ردمك، الطبعة الأولى 1994، ص 121.

الأهلية: تنقسم الأهلية حسب المادة 203 من مدونة الأسرة إلى نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء. فأما الأولى فهي كما نصت المادة: 207 "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طوال حياته لا يمكن حرمانه منها"، أما أهلية الأداء فقد عرفتها المادة 208 بأنها: "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها". والأهلية المقصود توفرها لدى رافع الدعوى في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود هي أهلية الأداء التي يجب أن تكون أهلية كاملة لا يشوبها أي سبب من أسباب الانعدام أو النقصان وإلا وجب رفع الدعوى من طرف النائب القانوني أو الشرعي عن الشخص، والنيابة الشرعية كما حددتها المادة 229 من المدونة إما: ولاية أو وصاية أو تقديم.

المصلحة: إن المصلحة هي الفائدة التي يحققها المدعي لنفسه من الدعوى¹. فالمصلحة شرط لازم، وركن أساسي لقيام الحق في الدعوى²، لذلك قيل بأن "لا دعوى بدون مصلحة" وأن "المصلحة هي مناط الدعوى" والمصلحة حتى يعتد بها يستلزم فيها أن تكون شخصية ومباشرة وقائمة وحالة، وبدون توفر هذه الشروط ترد الدعوى طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية تلقائيا من طرف المحكمة لأن هذه الشروط من النظام العام يجوز للأشخاص ومعهم المحكمة إثارتها في جميع مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، وعلى العكس فكلما استجمعت الدعوى شروطها كانت صحيحة وحُق للشخص طلب الإبطال بناء عليها.

ب - الشروط الشكلية لقبول دعوى الإبطال بناء على الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

لا تخرج الشروط الشكلية عن تلك التي نص عليها المشرع في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية وهي:

* **تعريف بأطراف الدعوى (المدعي والمدعى عليه):** ببيان أسمائهم العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها. وأهمية هذه البيانات تكمن في التعريف بالمدعي لدى المدعى عليه وتمكين هذا الأخير من إعداد وسائل دفاعه، وكذا تحديد الطرف الذي يلقي عليه عبء الإثبات إذ القاعدة أن: "اثبات الالتزام على مدعيه" حسب ما نص عليه الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، وأخيرا تحديد الاختصاص حسب قواعد قانون المسطرة المدنية والتي تقضي القاعدة بشأنها "أن المدعي يسعى وراء المدعى عليه".

* **بيان موضوع الدعوى:** هل هي دعوى شخصية أم عينية، وهل يتعلق الأمر بدعوى عقارية أم منقولة. وأهمية هذا التحديد تكمن على مستوى تحديد الاختصاص حسب الفصلين 27 و 28 من قانون المسطرة المدنية وكذلك على مستوى الآثار المتعلقة بأشخاص هذه الدعوى.

¹ نور الدين لبريس: "نظرات في قانون المسطرة المدنية"، مطبعة الأمنية - الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 15.

² الطيب القصايبي: "الوجيز في القانون القضائي الخاص"، الجزء الأول، م س، ص 197.

* عرض الوقائع والوسائل المثارة مع إرفاق الطلب بالمستندات التي ينوي المدعي استعمالها: وتكمن أهمية هذا الشرط في التحقق من مدى جدية النزاع من خلال بيان الأسس التي تبني عليها الدعوى ببيان الأساس الذي قامت عليه والأدلة التي يدعم بها المدعي مزاعمه، ولا يقصد هنا وجوب ذكر النص القانوني الذي يستند عليه المدعي بل فقط ذكر الأوجه القانونية التي تؤسس عليها الدعوى وهي في مثالنا الحالي "الابطال بناء على المرض أو الحالات الأخرى المشابهة".

ثانيا: آجال وأثار رفع دعوى الإبطال بناء على الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

لابد لنا بداية أن نتطرق لآجال رفع دعوى الإبطال (أ) قبل أن نتطرق للآثار التي يترتبها الحكم بالإبطال (ب).

أ- آجال رفع دعوى الإبطال:

بالرجوع لنص الفصل 311 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص: "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد". وإذا كان الفصل 311 قد حدد أجل السنة كأجل تقادم في الحالات التي لا يُحدد فيها أجل يغير السنة وفيما بين أطراف العقد فقط فإنه لم يحدد أجل بدايته إلا أنه بالرجوع للفصل التالي له (الفصل 312) نجده ينص على أنه: "لا يبدأ سريان مدة التقادم المذكورة في حالة الإكراه إلا من يوم زواله ولا في حالة الغلط والتدليس إلا من يوم اكتشافهما. أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقص الأهلية وهم على هذه الحالة وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد".

غير أنه تجب الإشارة إلى أن دعوى الإبطال يجب أن تمارس داخل أجل خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد على ما نص عليه الفصل 314 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "تنقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الأحوال بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد". ويستفاد بالتالي أن دعوى الإبطال في حالة الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود والتي تطرق لها الفصل 311 من ذات القانون بالقول: "... وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون... يجب أن تمارس داخل أجل السنة التي تبتدئ وفقا لما نص عليه الفصل 312 وأنه بمجرد مرور أجل التقادم المنصوص عليه في الفصل 314 أي خمس عشرة فيمنع بعد ذلك ممارسة هذه الدعوى لأن الأجل هنا يسقط الدعوى على ما نص عليه الفصل 371 من قانون الالتزامات والعقود بالقول "التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام".

ب- آثار دعوى الإبطال بناء على الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود:

معلوم أن كل دعاوى التي ترفع إلى المحكمة ترتب آثارها ودعوى الإبطال في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود لا تخرج عن هذا المبدأ العام، فكلما رفعت دعوى الإبطال بشروطها المنصوص عليها سابقا وقام الطرف المدعي بإثبات العنصرين المادي والنفسي وحكمت المحكمة في إطار سلطتها التقديرية بإبطال العقد

بناء على حالة المرض أو إحدى الحالات الأخرى المشابهة رتب هذا الإبطال آثاره فيما بين المتعاقدين وكذلك فيما بين المتعاقدين والغير على ما نص عليه الفصل 316 من قانون الالتزامات والعقود.

* آثار الإبطال فيما بين المتعاقدين: يقضي الفصل 316 من قانون الالتزامات والعقود بأنه "يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله..."، فالإبطال على ما ينص عليه هذا الفصل لا يسري بأثر رجعي، وتنقضي الالتزامات الناشئة عن العقد الباطل وتعين إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد¹.

وإذا كان قد نفذ من العقد جزء منه فإن مقتضيات الإبطال نقض التنفيذ الحاصل وإعادة المتعاقدين إلى حالهما قبل التعاقد، وإذا ما استحال إعادة المتعاقدين إلى حالهما قبل التعاقد سواء كان التنفيذ كلياً أو جزئياً وجب دفع تعويض عادل يتناسب والجزء الذي وقع عليه التنفيذ².

* آثار الإبطال فيما يخص الغير: إن مصطلح الغير كمفهوم يشوبه الغموض واختلف الفقه القانوني في تعريفه³ والغير عموماً يقصد به كل من لم يكن طرفاً في العقد بشخصه أو بمن يمثله والغير له معنيين: واسع وضيق. ونشير إلى أن نفس الآثار المقررة بالنسبة للمتعاقدين مقررة بالنسبة للغير، فالغير الذي تلقى حقاً على الشيء الذي ورد عليه العقد الباطل يزول حقه تبعاً للإبطال وذلك عملاً بالقاعدة التي تقضي بأن "الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك" غير أن الفصل 316 أورد استثناء فيما يتعلق بالغير حسن النية حيث نص على أنه: "... وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة". وبناء عليه فإن العقد يرتب آثاره بالنسبة للغير في حالات معينة، والعبرة بحسن النية أو سوءها وقت إبرام العقد لا بعده.

الفقرة الثانية: سلطة المحكمة التقديرية ومدى رقابة محكمة النقض عليها

إن تقرير الإبطال وفقاً للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود متروك للمحكمة⁴ في إطار سلطتها التقديرية على ما نص عليه الفصل موضوع التعليق بالقول: "... متروكة لتقدير القضاة"، ويستفاد أنه كلما تكونت لدى القاضي قناعة بكون المتعاقد المدعي طالب الإبطال عند إبرامه العقد وجد في حالة مرض أو حالة مشابهة لها

¹ المختار بن أحمد عطار: "النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي"، مطبعة دار النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2018، ص 243.

² مأمون الكزبري: "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي - الجزء الأول - مصادر الالتزامات"، م س، ص 215/214.

³ للاطلاع أكثر أنظر:

* هشام المراكشي: "الغير في القانون المغربي"، مطبعة دار النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2019.

⁴ جعلنا مصطلح "المحكمة" يحل محل مصطلح "القاضي" وهذا لا يغير من المفهوم شيئاً، وكذلك سيرا في نفس التوجه الذي أصبح المشرع يسير عليه في جل القوانين ومنها قانون المسطرة المدنية التي سارت في نفس المنوال تطبيقاً للمادة الأولى من الظهير الشريف 1.39.206 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 27 ربيع الأول 1414 (20 شتنبر 1993)، ص 1619.

اقترون بها استغلال كان له في إطار هذه السلطة التقديرية التي منحت له تقرير الإبطال إذا ما رفعت له الدعوى بذلك (أولا). وإذا كان المشرع قد اعترف للمحكمة بسلطة تقديرية في هذا النطاق فإننا نتساءل: هل هي خاضعة لرقابة محكمة النقض أم لا؟ وما مدى هذه الرقابة؟ (ثانيا).

أولا: السلطة التقديرية للمحكمة ونطاقها في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

للحديث عن السلطة التقديرية للمحكمة في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود نرى القيام بتعريفها على مستوى الفقه والقضاء إن وجد (أ)، على أن نتطرق لنطاقها في ذات الفصل (ب).

أ: مفهوم السلطة التقديرية للمحكمة

قبل أن نتطرق لتعريف السلطة التقديرية (ب) نرتئي بداية الحديث عن الخلاف الفقهي الذي دار حول جواز إقرارها للمحكمة من عدمه (أ).

1- الخلاف الفقهي حول السلطة التقديرية

لا بد من الإشارة إلى أن السلطة التقديرية في طريق إقرارها تعرضت لخلاف فقهي طويل ففكرة السلطة التقديرية والاعتراف بها أثار مشكلة وجود فراغ في النظام القانوني مما حدا ببروز اتجاهات عدة يمكن تقسيمها لثلاث اتجاهات:

- اتجاه رافض لفكرة وجود السلطة التقديرية، حيث يعتبر هذا الاتجاه أن إرادة المشرع هي الأصل وأن أي نشاط يقوم به القاضي هو مقيد بهذه الإرادة وأن دور القاضي في تطبيق القانون على الواقعة هو أشبه بألة تطبق القانون عليها، وإذا ما منح القاضي سلطة أكثر من ذلك تفتح الأبواب لعدم الثبات والاستقرار القانوني. فهؤلاء يبررون رفضهم للسلطة التقديرية للقاضي بأنها تتضارب واستقرار العمل القضائي هذا من جهة، ومن أخرى أن القاضي ملزم بإرادة المشرع في كل الحالات.

- اتجاه وسط يقر بوجود السلطة التقديرية في إطار التقييد بالنصوص القانونية، ومرد هذا أن أصحاب هذا الاتجاه استندوا إلى افتراض القصور في التشريع وقالوا بأنه من الصعب أن يضم التشريع تنظيما دقيقا لكافة المسائل نظرا لتنوعها وتغيرها فالواقع متغير ولا يتسم بالثبات إطلاقا. لذلك أقر هؤلاء وجود سلطة تقديرية مهمتها إكمال الفراغ أو النقص في التشريع مع اشتراطهم قيودا على القضاة تكون ضمانا لعدم تعسفهم في استعمال هذه السلطة التقديرية.

- اتجاه مقر بوجود السلطة التقديرية، فبحسب هذا الاتجاه أن القاضي وهو يعمل سلطته التقديرية يقوم بتطبيق مضمون القاعدة القانونية وأهدافها المرجوة ولا يخرج عنها. فقد يكتنف التشريع حسهم غموض بحيث يكون القاضي أمام خيارات بين قواعد قانونية متعددة بحيث يقوم هو بتقدير التطبيق الملائم على الحالة الخاصة المعروضة أمامه. فالتشريع حسب هذا الاتجاه لا يتطرق بالتنظيم لكافة المظاهر الواقعية للحياة الاجتماعية.

وهذا الاتجاه الأخير هو الاتجاه الغالب والمعول عليه في التشريع والفقه والقضاء، لأن الاعتراف بالسلطة التقديرية أمر محتتم ولا بد منه فلا بد للقاضي أن يقوم بممارسة نشاطه التقديري، فالتقدير المسبق للواقع والقانون هو الأساس لإعمال السلطة القضائية، فهي من هنا أصبحت ركنا ركينا في العمل القضائي بصفة عامة وأضحت ضرورة حتمية وخصيصة جوهرية للدعوى والقاضي يلجأ إليها بموجب تصريح من قبل المشرع للاهتمام إلى حكم قانوني بصدد الدعوى المثارة أمامه. غير أنه يجب على القاضي أن يراعي في إعماله للسلطة التقديرية الضوابط والقواعد المنظمة لهذه السلطة¹.

2- تعريف السلطة التقديرية للمحكمة

في غياب تعريف تشريعي لمفهوم السلطة التقديرية للمحكمة نجد الفقه في إطار المهمة الموكولة إليه قد جنح إلى تعريفها، غير أن التعاريف التي أعطيت لها ميزت فيها بين المفهوم العام والمفهوم الخاص.

المفهوم العام للسلطة التقديرية: تنطلق هذه السلطة التقديرية من المشرع نفسه الذي أوجب على القضاة ضرورة البت في القضايا التي ترفع إليهم وإلا توبعوا بجريمة إنكار العدالة² ويجوز تبعا لذلك مخاصمته³، فالقاضي المدني ملزم بالاجتهاد في كل الحالات المعروضة إليه ولو في حالة انعدام النص القانوني أو نقصانه أو غموضه أو في الحالات التي تستجد فيها مشاكل اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية لم يتنبأ المشرع بحدوثها⁴. فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا يحق للمحكمة الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار، ويجب البت في كل قضية رفعت إلى المحكمة...."⁵.

¹ للمزيد من الإيضاح أنظر:

* أحمد محمود سعد: "مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني: ماهيتها؛ وضوابطها؛ وتطبيقاتها"، مطبعة دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1988، ص 22 وما يليها.

² ينص الفصل 240 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: "كل قاض أو موظف عمومي، له اختصاصات قضائية، امتنع من الفصل بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه، وصمم على الامتناع، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه ورغم الأوامر الصادر إليه من رؤسائه، يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم على الأكثر، وبالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات".

* ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.

³ ينص الفصل 391 من ق م م على ما يلي: "يمكن مخاصمة القضاة في الأحوال الآتية:

...

4- عند وجود إنكار العدالة."

⁴ للمزيد من الإيضاح أنظر:

* محمد الكشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية"، مطبعة دار النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2001، ص 352 وما يليها.

⁵ وهذا بخلاف الوضع في المادة الجنائية المحكومة بقاعدة "للاجرم ولا عقوبة إلا بنص قانوني" تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

والملاحظ من خلال ما سبق أن السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة مفروضة عليها وليس فقط مجرد مكنة مخولة لها تستعملها حسب مشيئتها بل نجد المشرع أحيانا يحدد طريقة هذا الاجتهاد بتحديدته للتسلسل الذي يجب أن تسير على مقتضاه -التشريع ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم روح العدالة ومبادئ القانون الطبيعي-. والقاضي يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بأداب عصره ومصالح أمته. على أن فكرتين أساسيتين تسودان النظام العام والآداب، أولا: فكرة المعيار الموضوعي، فالمصلحة العامة والناموس الأدبي هما معياران موضوعيان لا ذاتيان؛ وثانيا: فكرة النسبية، إذ لا يمكن تحديد دائرة النظام العام¹ والآداب العامة إلا في أمة معينة وفي جيل معين من هذه الأمة².

ويستنتج البعض أنه متى كان المقصود من أعمال السلطة التقديرية ينحصر فيما يقوم به قاضي الموضوع من نشاط دون أن يكون خاضعا في ذلك لرقابة محكمة النقض يبقى مجالا بعيدا عن تلك السلطة، ويقر على أن الرأي السائد لدى جمهور الفقه وقضاء محكمة النقض أن الاجتهاد الذي يقوم به قاضي الموضوع عند انعدام النص القانوني الواجب التطبيق أو نقصانه أو غموضه إنما هو مسألة من مسائل القانون التي تخضع وينبغي أن تخضع لرقابة محكمة النقض³.

المفهوم الخاص للسلطة التقديرية: بجانب المفهوم العام للسلطة التقديرية هناك مفهوم خاص يحصرها فيما يبذله قاضي الموضوع من نشاط سواء فيما يتعلق باستخلاص الوقائع أو بإعمال حكم القانون عليه بحيث لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض.

فقاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لاستخلاص وقائع النزاع كما أنه يتمتع بسلطة تقديرية لا بأس بها في مجال تكييف الوقائع خاصة عندما يسمح له المشرع بذلك. والقاضي -المحكمة- بحسب هذا المفهوم الخاص نجد عدة حالات: 1- حالة انعدام سلطة قاضي الموضوع التقديرية/ 2- إعطاء حل أو عدة حلول للقاضي في إطار سلطته مع عدم تقييده به أو بها/ 3- وقد يمنح المشرع للمحكمة سلطة تقديرية مطلقة، وهذا هو حال الفصل 54 من ق ل ع⁴.

¹ النظام العام مفهوم مرن يتغير بتغير الزمان والمكان، ويمكن تعريفه بكونه: "مجموعة من الأسس القانونية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يقوم عليها كل مجتمع".

² للمزيد من الإيضاح أنظر:

* نبيل إسماعيل عمر: "سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية"، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص 83.

³ Ghestin (J) et Goubeaux (G): avec le concours de Fabre-Magnan (M) :

* Traité de droit civil "Introduction général" L.G.D.J. 1996.

* Traité de droit civil "La formation du contrat" L.G.D.J. 1990.

أشار إليه:

* محمد الكشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية"، م س، ص 354.

⁴ محمد الكشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية"، م س، ص 367 وما يليها.

ب: نطاق سلطة القاضي التقديرية في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

تتمتع المحكمة في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على سلطة تقديرية واسعة فإلى جانب عيوب الرضا التي نظمها المشرع ومن ضمنها حالة الغبن التقليديّة خول المشرع للمحكمة سلطة تقديرية واسعة تصرح من خلالها وتبعاً لظروف كل واقعة على حدى تحديد هل دعوى الإبطال تندرج ضمن حالة المرض والحالات المشابهة أو لا؟ خصوصاً وأن المشرع ترك تقرير الإبطال لرأيها وتقديرها - المحكمة -.

فالقاضي يجب عليه لتقرير الإبطال في إطار السلطة المطلقة المخولة له أن يمعن النظر في جميع الظروف والملاسات وأن يتخذ كل الاحتياطات الممكنة. وأن يبحث في الخصوص ما إذا كان المتعاقد قد استغل حالة الضعف التي يوجد عليها المتعاقد الآخر، والتي تجعله في مرتبة أدنى منه¹.

ويمكنه بخصوص الإثبات أن يعتمد جميع الوسائل التي منها شهادة الشهود والقرائن ولو كانت بسيطة. وتطبيقاً لهذه السلطة التقديرية قضت المحكمة الابتدائية بأسفي بإبطال عقد البيع الذي عقد بين الزوج وزوجته وذلك اعتماداً على مقتضيات الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 54 من نفس القانون. واعتبرت أن حالة الاستغلال تعتبر من جملة الحالات المشابهة لحالة المرض، كما اعتدت بالحالة الصحية والعقلية وسن الصحية واعتبرتها قرينة على كونه - الصحية - كان سهلاً للاستغلال².

وجاء في قرار لمحكمة النقض - المجلس الأعلى سابقاً³ - "لا يشترط لإبطال العقد للسبب المنصوص عليه في الفصل 54 من ق ل ع أن يكون الشخص فاقد الوعي بل يكفي أن تكون إرادته معيبة بسبب المرض الذي نزل به وأن المتعاقد معه قد استغل وضعيته هذه فحصل منه على قبول لإبرام عقد ما كان ليقبله لو كان سليماً معافاً، وأن المحكمة لما لها من سلطة التقدير الممنوحة لها بمقتضى الفصل 54 اعتبرت أن الهالك لم يكن حراً في تصرفه، وأن المشتري استغل المرض الخطير الذي نزل به فأحضر الموثق للمصحة التي كان يعالج فيها وأشهد بالبيع..".

ختاماً لهذا المحور نتساءل تمهيداً للمحور الأخير، هل السلطة التقديرية الواسعة المخولة لمحكمة الموضوع في نطاق الفصل 54 من ق ل ع تضل دون رقابة عليها من طرف محكمة النقض باعتبارها أعلى درجة قضائية بالمملكة أم أن دور محكمة النقض المتعلق بالوقائع القانونية يفرض على هذه الأخيرة بسط رقابتها على تطبيق القانون دون الموضوع.

¹ المملكة المغربية - وزارة العدل -، "شرح قانون الالتزامات والعقود"، الكتاب الأول/ الجزء الأول، ص 85.

² حكم المحكمة الابتدائية بأسفي، صادر بتاريخ 12/05/1980 تحت عدد 433 في الملف عدد 3864. أشار إليه:

* المختار بن أحمد عطار: "النظرية العامة للإلتزامات في ضوء القانون المغربي"، م س، ص 312.

³ قرار صادر 4 أبريل 1990، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 11، ص 139 ونا بعدها.

أورده: * محمد الكشبور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية"، م س، هامش ص 365.

ثانياً: رقابة محكمة النقض على سلطة المحكمة التقديرية في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

سبق الإقرار بداية على أن المشرع المغربي خول المحكمة سلطة تقديرية واسعة في نطاق تطبيق أحكام الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود لإبطال حالة الاستغلال المبنية على المرض أو على غيرها من الحالات الأخرى المشابهة غير أننا نتساءل هل هذه السلطة الواسعة تخضع لرقابة محكمة النقض أم أنها خلو من هذه الرقابة؟ إذ كلما اتسع نطاق السلطة التقديرية ضاقت ساحة الرقابة والعكس صحيح لذلك سنقوم بداية بمحاولة التمييز بين ما يكون واقعا لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا استثناء وما يكون قانونا يدخل في مهمة محكمة النقض الأساسية (أولا)، ثم بعد ذلك نعالج رقابة محكمة النقض على محاكم الموضوع في مسألة استخلاص الوقائع وتعليلها التعليل الصحيح (ثانياً).

أ: محاولة التمييز بين الواقع والقانون

نقر بداية على أن محاولتنا للتمييز بين ما هو واقع لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا استثناء وما يعتبر قانونا يدخل ضمن المهمة الأصلية لهذه الأخيرة سيكون مقتضيا ما دام أن الموضوع شاسع سال مداد فقهاء القانون حوله لذلك فإن هذه الدراسة يصعب عليها أن تورد تفصيلا دقيقا في هذه الجزئية. غير أننا نقر أن الأمر صعب وغامض.

ويمكن القول على أن هناك جانب من الفقه ممن يرفضون الاعتماد على مسألة التمييز بين الواقع والقانون لتحديد ولاية محكمة النقض نظرا للصعوبة التي تعتري الموضوع ولكثرة الأفكار التي صيغت بشأنه. إلا أن التمييز بين الواقع والقانون لا يخلو من أهمية فنظام الطعن بالنقض يعتمد تحديدا على الفصل بين الواقع والقانون، فلا يمكن لمحكمة النقض أن تباشر نشاطها قبل الوقوف على حقيقة هذا الأمر، والذي بدوره تفقد مهمتها المتمثلة في الرقابة على مسائل القانون فقط والتسليم بالتالي بالوقائع الواردة في الحكم كما أثبتنا ودون أن يكون لها أي ولاية على هذا الجانب فمحكمة النقض لا تحاكم الواقع وإنما تحاكم القانون فتراقب مدى صحة تطبيقه أو بمعنى آخر فهي تحاكم الأحكام¹.

وبإقرار نظام النقض الذي جُعل في أعلى الهرم القضائي بكل الدول رغم اختلاف التسميات التي تطلق عليه² فقد اقتصر اختصاصه على رقابة الأحكام التي يثبت مخالفتها للإجراءات أو تشكل مخالفة صريحة للقانون، وبالتالي أصبح وجود محكمة النقض يفترض التمييز بين الواقع والقانون.

¹ أمين مصطفى محمد: "التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض"، مطبعة دار الجامعة الجديدة، طبعة 2010، ص 7.

² يطلق على هذا الجهاز في المغرب "محكمة النقض" بعد التعديل الذي جاء به القانون 58.11 المغربي بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 شتنبر 1957) بشأن المجلس الأعلى الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228. وهي نفس التسمية المستعملة في التشريع الفرنسي والمصري، أما في بريطانيا فيطلق عليها "مجلس اللوردات"، و "محكمة التمييز" في كل من العراق والإمارات العربية والكويت، و "محكمة التعقيب" في تونس، و "المجلس الأعلى" في الجزائر.

فالدعوى المدنية عموماً تتألف من الوقائع¹ ويقصد بها "المسائل التي لا معقب على رأي قاضي الدعوى فيها بوقائع الدعوى وبموضوعها"²، وهي حسب بعض الفقه فإن: "السرد التاريخي للنزاع المعروف على المحكمة مع ذكر الأدلة الواقعية والحجج القانونية وما حصل فيها من إجراءات في جلسة المناقشات والمرافعات وتكون هذه الوقائع متمشية مع أسباب الحكم ومنطوقه وتؤثر على نتيجة الدعوى"³. ويجب على المحكمة بعد عرض هذه الوقائع أن تقوم بدراستها والتدقيق فيما يجب إعطاؤه لها من الأوصاف والتكييف القانوني الملائم في انتظار إيقاع الحكم بناء على هذا التكييف القانوني دون إغفال التعليل أو التسبيب الذي يفرض عليها بيان الأسباب المستخلص الحكم بناء عليها.

وأياً كانت طريقة التمييز بين فهم الواقع في الدعوى وفهم حكم القانون في هذا الواقع فإن هذين الفهمين لا يختلط أحدهما بالآخر في إيقاع حكم القانون على حاصل التكييف - حسب ما أشرنا إليه في الفقرة السابقة - أو في وضع كبرى القياس واستنباط نتيجته⁴، لأن اجتهاد القاضي يكون عندئذ في تحصيل القاعدة القانونية المناسبة أو في تفسيرها ثم في إنزال حكمها على الوقائع في الدعوى، ولا شبهة في أن اجتهاد القاضي في ذلك - أي في تأويل القانون وتطبيقه - يكون تصرفاً قانونياً صرفاً.

ب: مدى رقابة محكمة النقض على استخلاص الوقائع والتعليل في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

إذا كان الأصل أن محكمة النقض محكمة قانون لا يمتد سلطانها لمسائل الواقع التي تبقى خاضعة لسلطة قاض الموضوع إلا أن الأمر ليس على إطلاقه بل إن هناك من الحالات ما يخرج عن هذا الاستثناء لذلك نرى الحديث عن مدى رقابة محكمة النقض على استخلاص الوقائع (أ)، ثم مدى رقابتها على التعليل (ب) وكله في نطاق الفصل 54 من ق ل ع.

1- مدى رقابة محكمة النقض على استخلاص الوقائع في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

نشير بداية إلى أن القضاء والفقه مجمع على أن استخلاص الوقائع من الأمور التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع دون أي رقابة عليه من طرف محكمة النقض. إلا أن قاضي الموضوع في إطار استخلاصه للوقائع ملزم بالحرص في هذا التقدير وتحكمه مجموعة من الضوابط، من ذلك:

¹ وهو على ما يقوله ابن القيم الجوزية: "استنباط القاضي حقيقة ما وقع بالأدلة والأمارات والعلامات وإحاطة علمه بها"، وهو على ما يقوله علماء القانون "التحقق من الوجود المادي لوقائع الدعوى المدعاة".

للايضاح أكثر أنظر:

* حامد فهي / محمد حامد فهي: "النقض في المواد المدنية والتجارية"، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، طبعة 1937، ص 131.

² حامد فهي / محمد حامد فهي: "المرافعات المدنية والتجارية"، نشر مكتبة عبد الله وهبة/ طبعة 1940، ص 127.

³ فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، مطبعة دار النهضة العربية، طبعة 1980، ص 542.

⁴ للمزيد بهذا الخصوص أنظر:

* حامد فهي / محمد حامد فهي: "النقض في المواد المدنية والتجارية"، م س، ص 9 وما يليها.

**** إن محكمة الموضوع مقيدة بوقائع النزاع كما طرحت أمامها؛**

**** إنها ملزمة بالوقوف عند حدود هذه الوقائع دون تجاوزها إلى غيرها؛**

**** إنها تستخلص العناصر الواقعية المنتجة في الدعوى انطلاقاً مما عرض عليها من وقائع؛**

**** إنها في استخلاصها لهذه العناصر المرتبطة بواقع الدعوى مقيدة بقواعد القانون الموضوعية، إذ لا يمكنها أن تعتمد منها إلا ما استقام أمامها بدليل¹.**

ويدخل ضمن هذا المبدأ حالات كثيرة من بينها سلطة محكمة الموضوع في استخلاص عنصر المرض والحالات المشابهة له في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود، فالمرض كما يقول بعض الفقه طارئ جسي أو عقلي أو نفسي قد يعيب الإرادة فيدفعها إلى إبرام تصرفات ما كانت لتبرمها في حالة الصحة، فعلى سبيل المثال. ويضيف فقد نص الفصل 54 ق ل ع على أن أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القاضي.

فدرجة المرض ومدى تأثيره في الإرادة والحالات الأخرى المشابهة له كلها مسائل يندرج استخلاصها ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع². وقد قررت محكمة النقض -المجلس الأعلى سابقاً- بهذا الخصوص ما يلي: "كون الموصي كان في حالة مرض أم لا هي واقعة يرجع تقديرها لقضاة الموضوع ولا رقابة للمجلس عليهم.."³.

إلا أنه وكما أشرنا سابقاً فإن مبدأ عدم خضوع محاكم الموضوع في استخلاص الوقائع لرقابة محكمة النقض ليس على إطلاقه وأكثر المجالات التي تحكم هذا الاستثناء ما يتعلق بإعمال قواعد الإثبات من طرف محاكم الموضوع. فالقاضي وهو يقوم باستخلاص الوقائع ملزم باحترام القواعد المقررة قانوناً في مجال الإثبات وإلا عرض حكمه للنقض، لأن القواعد المذكورة تدخل في مجال القانون الذي يخضع لرقابة محكمة النقض فلا يمكن للمحكمة قلب عبء الإثبات ولا قبول دليل شفوي في الوقت الذي يستلزم القانون الدليل الكتابي ولا تجزيء الإقرار إذا كان هو الحجة الوحيدة على المقرر⁴.

وبناء عليه فإن المحكمة في إطار دعوى الإبطال في نطاق الفصل 54 من ق ل ع ملزمة باحترام القواعد الأساسية في نظام الإثبات، فالقاعدة العامة أن "إثبات الالتزام على مدعيه"⁵ وهذا ما يستوجب عليها عند استخلاص الوقائع إلقاء عبء الإثبات على المدعي، وانتقال هذا العبء بعد الإثبات إلى المدعى عليه ليصير نتيجة لذلك مدعياً والمدعي الأصلي مدع عليه على ما قرره الفصل 400 من قانون الالتزامات والعقود بالقول: "إذا أثبت

¹ نبيل إسماعيل عمر: "سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية"، م س، ص 130.

² محمد الكشبور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية"، م س، ص 251/252.

³ قرار عدد 662 صادر في 6 أبريل 1983 في الملف المدني تحت عدد 62662، أورده:

* محمد الكشبور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية"، م س، هامش ص 252.

⁴ عبد الكريم الطالب: "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، م س، ص 231/232.

⁵ الفصل 399 من ق ل ع.

المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه". وكمثال فإن مدعي الاستغلال هو الذي يقع عليه إثبات المرض الذي كان سببا في استغلاله والمحكمة بعد اقتناعها بهذا الإثبات في إطار السلطة المخولة لها تحول هذا العبء من المدعي إلى المدعى عليه الذي كان بداية في وضع مريح فتلزمه بإثبات ما يفند أقوال المدعي فيصير بذلك المدعى عليه في هذه الحالة مدعي ويبقى الوضع هكذا إلى أن يعجز أحدهما عن الإثبات فيحكم لمن كان الإثبات في صالحه نهاية. ونفس الأمر يقال بخصوص أدلة الإثبات فمثلا إذا كان موضوع الاتفاق تفوق قيمته عشرة آلاف درهم لم يكن بالإمكان إثباته بشهادة الشهود ويلزم أن تقام به حجة كتابية رسمية أو عرفية¹ وإلا كان حكمها خرقا لقواعد الإثبات يلزم نقضه². إلى غيرها من القواعد القانونية.

2- مدى رقابة محكمة النقض على التعليل في نطاق الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود

يتعين أن يكون كل مقرر قضائي معللا تعليلا كافيا سواء من حيث القانون أو من حيث الواقع، ويشكل عدم التعليل سواء ارتبط بالقانون أو بالواقع عيبا موجبا للإلغاء أو النقض ويتم التصريح بالإلغاء من طرف المحاكم التي تنظر في مختلف طرق الطعن التي يمكن ممارستها في مواجهة المقرر الصادر، كما يشكل هذا العيب سببا من الأسباب الموجبة للنقض المنصوص عليها في الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية³.

ويقصد بالتعليل أو التسبيب "بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه"⁴. أو حسب البعض⁵ "بيان الأوجه الواقعية والقانونية التي يركز إليها القاضي في بناء حكمه وإصداره وفق منطوقه على أساس أن يكون موافقا لإرادة القانون الخاصة في الحالة المعروضة عليه".

وأهمية التعليل تكمن فيما يقدمه من ضمانات تتجلى فيما يلي:

**** التحقق من أن القاضي قد اطلع على جميع الأوراق الموجودة في الملف بما في ذلك المرافعات؛**

**** التحقق من أن القاضي قد استخلص من أوراق الدعوى المقدمة إليه، والأدلة بحسب قوتها التي يمنحها القانون الموضوعي؛**

**** التحقق من أن القاضي قد فهم ما أحاط بالدعوى من وسائل قانونية وأنه قد كيفها وأرسي عليها الآثار القانونية الصحيحة⁶.**

¹ الفصل 443 من ق ل ع.

² والأمثلة في هذا الإطار كثيرة وعديدة يرجى الرجوع بشأنها لكتب الإثبات في الميدان المدني.

³ جواد أمهمول: "الوجيز في المسطرة المدنية"، مطبعة الأمنية-الرباط، طبعة 2015، ص 127.

⁴ مأمون الكزبري / إدريس العلوي العبدلاوي: "شرح المسطرة المدنية في القانون المغربي"، -الجزء الأول-، مطبعة دار القلم -بيروت-، طبعة 1973، ص 125.

⁵ الطيب برادة: "إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء"، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، طبعة 1996، ص 331.

⁶ أبو الوفا: "تسبيب الأحكام"، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، سنة 1996، ص 3. أشار إليه: عبد الكريم الطالب: "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، م س، ص 234.

ويرى الدكتور عبد الكريم الطالب أنه بالرغم من الأهمية التي توجد للتعليل في بيان الأوجه القانونية والواقعية التي بنى عليها القاضي حكمه فإنه لا يكون ضروريا في إطار الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود التي خول فيها المشرع سلطة تقديرية واسعة للقضاة من أجل الحكم بالإبطال بناء على المرض والحالات المشابهة له.

ومع إقرارنا بأن ما ذهب إليه الدكتور الفاضل صحيح إلا أننا نرى على أن محكمة النقض لا بد لها وأن تراقب القواعد المتعلقة بتعليل الحكم وكذا الكيفية التي بواسطتها يتم الإثبات على ما سبق بيانه، فمحكمة النقض لا بد وأن تراقب محكمة الموضوع في تعليلها استخلاص المرض، وتعليلها عنصره المادي والنفسي.

خاتمة

نشير ختاماً لهذه الدراسة أن المحكمة في إطار الفصل 54 من ق ل ع يخلو لها المشرع المغربي فقط الحكم بالإبطال إذا كان لهذا الإبطال موجب أو الحكم بصحة العقد كلما تبين لها على أن العقد صحيح لم تشوبه حالة مرض أو حالة أخرى مشابهة لها، دونما أي سلطة أخرى كإنقاص العقد مثلاً لعدم وجود نص يخلوها ذلك.

غير أننا نؤكد أن الأهمية التي تحتويها نظرية الغبن الاستغلالي تستوجب على المشرع:

أولاً: إعادة النظر فيها بإقراره بشكل صريح لنظرية الغبن الاستغلالي كما فعلت بعض القوانين المقارنة وذلك بإعادة صياغة نص الفصل 54 من ق ل ع بشكل يتماشى مع هذه الأهمية.

ثانياً: تخويل القاضي سلطة إنقاص التزامات الطرف المغبون دون إبطال العقد حفاظاً على استقراره، وذلك بتعديله بما يحقق التوازن فيه على غرار المشرع المصري¹.

ثالثاً: تخويل الطرف المطالب بالإبطال توقي هذا الإبطال بعرضه على القاضي ما يكون ملائماً لرفع هذا الغبن.

رابعاً: ضرورة تحديد المدة التي ترفع فيها دعوى الإبطال كما فعل التشريع المصري الذي حددها في سنة من تاريخ العقد، وأجل السنة جعله المشرع المصري أجل سقوط لا تسمع به الدعوى فيما بعد.

¹ أنظر للمزيد من الإيضاح:

** سمير عيد السيد تناغو: "مصادر الالتزام"، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2009، ص 67.

التقييدات المؤقتة الواردة على العقار المحفظ في التشريع المغربي

بقلم الباحث: محمد المهدي دربال
طالب باحث بسلك الدكتوراه
إطار بالمحافظة العقارية

مقدمة

تعتبر البنية العقارية إحدى الدعائم الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مختلف الدول من بينها المغرب، فهي تعد أفضل وسيلة للإنتاج، وعليها يتوقف جلب الاستثمار. لذلك، فقد انصب البحث على أنجع السبل الكفيلة للحفاظ على قيمتها من جهة وصيانة حقوق الملاك وأصحاب الحقوق من جهة أخرى.

غير أن اضطلاع العقار بهذه المهمة، يتوقف على وجود إطار قانوني يوضح بدقة معالمه ومساحته وحدوده ومالكه وتحملاته، ويمكن الجميع من التعامل فيه بكل ثقة واطمئنان، وهو ما تنبه إليه المشرع بحيث ما فتئ يتدخل من حين لآخر من أجل ضبطه، وذلك بوضع قوانين جديدة أو تعديل أو تغيير أو تتميم القوانين القديمة.

ولا شك أن نظام التحفيظ العقاري في المغرب يحكمه نظام الشهر العيني¹، الذي تفرد فيه للعقار صفحة خاصة به تقيد فيها التصرفات القانونية المتعاقبة التي ترد عليه، ويعتبر هذا النظام من أفضل ما أفرزته الصياغة التشريعية كنظام يكفل حماية قانونية في مواجهة الأطراف المتعاملين بشأنه، وكذا في مواجهة الأغيار، على اعتبار أنه يحقق الاطمئنان إلى البيانات الواردة بالرسوم العقارية، ويساهم في دعم الائتمان بفضل إشهار التصرفات العقارية وافتراض العلم بها من طرف الكافة استنادا إلى قرينة التسجيل.

وإذا كانت القاعدة في التشريع العقاري المغربي أن للتقييد في الرسم العقاري أثرا إنشائيا للحق بين الأطراف والغير فهو يتمتع بالقوة الثبوتية²، فإن هناك تقييدات مؤقتة وإن كانت لا تنتج أي أثر قانوني إلا بإشهارها عن طريق التقييد، فإنها ترمي إلى ضمان استيفاء حق شخصي أحيانا كالحجوز والإنذارات العقارية، أو تشكل وسيلة

¹ خير الدين الطاوس، "إشهار الحقوق المكتسبة خلال مسطرة التحفيظ و آثارها على ضوء مستجدات القانون 14.07"، الطبعة الأولى 2015، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص 11.

² للمزيد من التوسع أنظر بن طيبة صونية "مقاربة بين القوة الثبوتية والأثر التطهيري للرسم العقاري في التشريع المغربي" مقال منشور بمجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال المجلد: 60 العدد: 60 2021 ص 6 وما بعدها،

للمحافظة على حق عيني عقاري أحيانا أخرى، كالتقييد الاحتياطي والرهن المؤجل، وبالتالي فإن التقييدات المؤقتة متنوعة وتختلف تبعا للأهداف المتوخاة من كل تقييد مؤقت على حدة.

ونظرا للطابع الوقي لهذه التقييدات فهي لا تبقى على سبيل التأييد، فالعقار لا يبقى مثقلا بها وإنما لابد أن تنقضي إما بقوة القانون أو بحكم قضائي أو باتفاق الأطراف، الشيء الذي قد يؤثر إما سلبا أو إيجابا على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق محل التقييدات المؤقتة.

أهمية الموضوع:

إن موضوع التقييدات المؤقتة الواردة على العقار في التشريع المغربي له أهمية؛ والتي تبرز من خلال الدور الهام الذي يلعبه في الميدان الاقتصادي والاجتماعي والقانوني.

فمن الناحية الاقتصادية فإن التقييدات المؤقتة تعتبر مساطر فعالة أحدثها المشرع لمنع المدينين من التهرب من أداء الديون المثقلة بدمتهم، وذلك عن طريق حجز العقاري وبيع العقار بالمزاد العلني وتوزيع منتج البيع على الدائنين، كما أن المشرع المغربي أحدث مسطرة التقييد الاحتياطي لفائدة المشتريين لحفظ حقوقهم العقارية مؤقتا وسريان مفعول التقييد المذكور بأثر رجعي من تاريخ التقييد بالرسم العقاري.

أما من الناحية الاجتماعية، فتتجلى أهمية الموضوع في مدى تحقيقه للسلم الاجتماعي الذي لا يتأتى إلا عن طريق التقليل من المنازعات المثارة، الشيء الذي قد يساهم في الإقبال المتزايد على الاستثمار في الحقل العقاري وذلك راجع للثقة والطمأنينة الشائعة بين المتعاملين بشأن العقار المحفوظ.

أما من الناحية القانونية، فإن وظيفة التقييدات المؤقتة تتجلى في أنها تعتبر من أبرز الوسائل التي تعمل على حماية حقوق المتعاملين بشأن العقارات المحفوظة، كما أن وجودها بالرسم العقاري من شأنه أن ينبه كل شخص يريد التعامل بشأن عقار مثقل بهذا النوع من التقييدات، وهذا من شأنه أن يهدم قرينة حسن النية المفترضة في الغير.

إشكالية البحث:

انطلاقا من الموضوع الذي سنحاول دراسته والمتعلق بالتقييدات المؤقتة الواردة على العقار المحفوظ في التشريع المغربي، يمكن طرح الإشكالية الجوهرية لهذا الموضوع على الشكل الآتي: إلى أي حد استطاع المشرع المغربي من خلال سنه للتقييدات المؤقتة توفير الحماية للمتعاملين بشأن العقارات المحفوظة؟ إن الإجابة عن هذه الإشكالية يستدعي منا تناول الموضوع من خلال طرح أسئلة أخرى من الأهمية بمكان وهي: ما المقصود بالتقييدات المؤقتة؟ ماهي شروط إجرائها؟ ماهي الحقوق التي يمكن أن تكون موضوعا للتقييدات المؤقتة؟ ماهي الآثار المترتبة عنها؟

منهج البحث:

إن الإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها، يقتضي معالجة الموضوع باتباع منهج تحليلي وذلك من خلال تحليل المقتضيات القانونية خاصة الجديدة منها، وكذلك مواقف الاجتهاد القضائي، ومختلف الآثار الفقهية دون الاستغناء عن بعض المناهج الأخرى أثناء الخوض في ثنايا موضوعنا هذا كالمناهج النقدي.

على ضوء ما سبق، ارتأينا تناول الموضوع من خلال التصميم المعتمد على التقسيم الثنائي، وذلك على الشكل الآتي:

♦ المطلب الأول: ماهية التقييدات المؤقتة؛

♦ المطلب الثاني: حجية التقييدات المؤقتة.

المطلب الأول: ماهية التقييدات المؤقتة

لم يبادر المشرع المغربي إلى إعطاء تعريف محدد للتقييدات المؤقتة، لأن أحكامها وردت في نصوص قانونية متفرقة كمدونة الحقوق العينية¹ وظهير التحفيظ العقاري²، الشيء الذي دفع الفقهاء إلى استنباط عدة تعاريف فقهية تنسجم مع الغاية التي شرعت من أجلها. وتختلف بحسب طبيعة الحق الذي ترمي إلى ضمانه والحفاظ عليه، وذلك نظرا للطابع الوقي لهذه التقييدات وهو الحماية المؤقتة للحقوق موضوع التقييدات المؤقتة بالرسم العقاري، وبالتالي فإن التقييدات المؤقتة تمكن أصحابها من الحفاظ على مراكزهم القانونية وإجبار المدينين بالوفاء بالتزاماتهم اتجاه الدائنين وذلك حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات (الفقرة الأولى).

ويقتضي إجراء التقييدات المؤقتة بالرسم العقاري توافر مجموعة من الشروط لضمان المحافظة على الحقوق، سواء فيما يخص طبيعة العقار موضوع التقييد المؤقت، أو ضرورة تعلق الحق المتنازع عليه برسم عقاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم التقييدات المؤقتة وتمييزها عن التقييدات النهائية

ذهب رأي فقهي إلى اعتبار التقييدات المؤقتة هي التي تهدف مؤقتا إلى الحفاظ على حق وراذ على عقار محفظ تعذر تقييده في انتظار استكمال شروطه القانونية³، والمشرع أوجد هذه التقييدات بهدف الحد أو

¹ ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادرة بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24) نوفمبر 2011.

² الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)

³ - عبد الرحمان حموش، "التقييدات المؤقتة على العقار في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش 2002-2003، ص 34.

التخفيف من إطلاقية مبدأ القوة الثبوتية المطلقة لقيود السجل العقاري، هذا المبدأ الصارم الذي يأخذ به النظام العقاري حماية لحقوق الغير المقيد عن حسن نية.

أما رأي آخر¹، فقد ذهب إلى القول بأن التقييدات المؤقتة هي تلك الإجراءات المسطرية التي يتم سلوكها من قبل الدائنين، ومباشرة تقييدها بالرسم العقاري لإشهار المراكز القانونية المتعلقة به في مواجهة الأغيار، وذلك لضمان استيفاء حق شخصي أو عيني على الرسم المذكور، وهذه الإجراءات يتعين ممارستها أمام القضاء الاستعجالي والموضوعي أحيانا، أو مباشرة أمام المحافظ العقاري أحيانا أخرى.

وبعبارة أخرى، فإن التقييدات المؤقتة هي التي تدون في الرسم العقاري بشكل غير نهائي، إضافة إلى أنها عارضة ومؤقتة تنتهي بانتهاء مدة محدودة سلفا، أو بتحقيق واقعة تصبح بعدها لاغية لا قيمة لها وحتى ولو لم يشطب عليها، وكذلك احتياطية، الغرض منها الإشهار للعموم بأن الحق الذي تنسحب عليه مهدد بالانتقال أو بالزوال أو بالتعديل أو بإعادة تقييد ما سبق تشطيبه².

ونحن نعتقد، أن التقييدات المؤقتة هي التي يتم إشهارها بالرسم العقاري مؤقتا حفاظا على المراكز القانونية لأصحابها من جهة وإعلام الغير الذي سيقدم على التعامل بالعقار المثلث بهذا النوع من التقييدات من جهة ثانية، فتنبية الأغيار بأن العقار المراد التعامل بشأنه مثقل بتقييد مؤقت يهدم قرينة حسن النية المفترضة³، وتصبح تصرفاتهم القانونية الواردة على العقار المثلث بتقييدات مؤقتة غير محصنة من الطعن عملا بمفهوم المخالفة للفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري⁴، والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية⁵، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر بغرفتين، حيث اعتبرت من خلاله: "عنصر العلم بالبيع السابق يعد واقعا ثابتا ينفي حسن نية المشتري الثاني، والمحكمة استخلصت عنصر سوء نية هذا الأخير من كونه عندما أقدم على التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري المبيع والحال أن هذا الأخير مثقل بتقييد احتياطي قبله، وبالتالي فإن دعوى

¹ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي: القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول"، طبعة 2016، مطبعة الأمانة الرباط ص31.

² - محمد مهدي الجم، "التحفيظ العقاري في المغرب"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، ط3، 1986، ص250 و251.

³ سعيدة بنموسى: حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية، الندوة الوطنية حول موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، ص 541. سعيدة بنموسى: حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية، الندوة الوطنية حول موضوع الأمن العقاري، دفاتر محكمة النقض، عدد 26، ص 541.

⁴ جاء في الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة."

⁵ تنص المادة 2 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه."

التشطيب على عقد بيع المشتري الثاني المقدمة في إطار الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 لا تقتضي استصدار حكم سابق بإبطال التصرف¹.

وبالتالي فإن التقييدات المؤقتة تهدف إلى تنبيه الأغيار المتعاملين بشأن الرسوم العقارية أن هناك حقوق لفائدة أصحاب تلك التقييدات، يتعين استيفاؤها ضد المالك المدين أو ضد الملتزم بحق عيني أو تعديله أو إسقاطه أو إنهائه.

وتجدر الإشارة أن المجال الخصب للتقييدات المؤقتة نجدها في الحالات التي لا يوفي فيها المدينين بديونهم في الأجل المتفق عليه، أو في الحالة التي يشوب العقد المبرم بين الطرفين خلل شكلي يحول دون تقييده، أو عندما يمتنع البائع من إتمام إجراءات البيع مع المشتري فيضطر الدائن - نتيجة لذلك - إلى ممارسة مجموعة من المساطر القضائية وإجراء تقييدها مؤقتا، قصد الحفاظ على حقه².

وكما لا يخفى على أحد، أن التقييدات التي ترد على الرسم العقاري تنقسم إلى نوعين أولها: تقييدات نهائية للحق، وثانها تقييدات مؤقتة، الشيء الذي يستدعي منا التمييز بينهما على مستويين: يتعلق الأول بالحجية، أما الثاني فيتعلق بالأثر القانوني.

ففيما يخص المستوى الأول، تجدر الإشارة أن التقييدات النهائية تتمتع بالأثر الإنشائي للحق وبالقوة الثبوتية والحجية في مواجهة المتعاقدين والغير منذ تاريخ التقييد ما لم تقع أسباب قانونية يترتب عنها إلغاء هذه الحقوق أو انقضائها أو صدور حكم نهائي بعدم الاعتراف بالحق المقيد بالرسم العقاري، حينئذ يتم التشطيب على التقييد المنجز من قبل المحافظ على الأملاك العقارية، في حين أن التقييدات المؤقتة لا تنشئ الحق وإنما تنبئ باحتمال وجوده وإمكانية استكمال شروطه القانونية مستقبلا فقد يتحقق ذلك أو لا يتحقق³.

وبعبارة أخرى، إن التقييدات النهائية لها حجة قانونية بالنسبة لأشخاص الذين اكتسبوا حقوقا عليه أنهم هم المالكون الحقيقيين لها دون غيرهم، أي أنها تعتبر قرينة تشريعية قاطعة على أن المقيد في الرسم العقاري هو المالك بالنسبة للغير⁴. فصاحب الحق المقيد في السجل العقاري بمنأى من أن ينازعه أحد في حقه، لأن التقييد

¹ - قرار عدد 383 / 2 بتاريخ 2013/07/02، ملف مدني عدد 3329 / 1 / 2012، منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2013. ص 45

² - حسن فتوخ، " الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء مرجع سابق، ص 15.

³ - شرف عبد الباسط " أحكام التقييد الاحتياطي والحجز التحفظي في مجال العقار المحفظ في القانون الخاص، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية " مراكش 2010-2011، ص 137.

⁴ - تنص المادة 2 من م ح ع " إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها، تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبنية فيها..."

يضمن ثبات واستقرار حقه¹. والحجية المطلقة التي تتمتع بها التقييدات النهائية لا تسري فقط في مواجهة الكافة بل كذلك في مواجهة تقييد السلف²، إذ أن المستفيد من التقييد النهائي وفق بيانات الرسم العقاري يكون في حل من أي تأثير على مراكزه القانونية في حالة إبطال تقييد سلفه لأي سبب من الأسباب من طرف القضاء، ولا يمكن تنفيذه في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية باعتباره خلفا لسلفه. وقد كرس القضاء المغربي نفس الاتجاه معتبرا في أحد قراراته ما يلي: "إذا تصرف المشتري في الحقوق التي اشتراها بالصدقة وسجلت هذه الصدقة في الرسم العقاري الذي لم يكن مثقلا بأي تقييد أو تحمل، فإن هذا التقييد يعتبر قد تم بحسن نية، وأن الحكم الصادر على المتصدق باستحقاق ما اشتراه بالشفعة لا يمكن تنفيذه في مواجهة المتصدق عليه المسجل بحسن نية، والذي لم يكن طرفا في ذلك الحكم لو كان المتصدق عليه ابنا للمتصدق"³.

أما حجية التقييدات المؤقتة فهي نسبية ومؤقتة بين المتعاقدين لكون الحق المتعلق بالعقار المحفوظ لا زال محل نزاع بين المتعاقدين، وأن مجرد تقييد المقال الافتتاحي للدعوى مؤقتا بالرسم العقاري لا يخوله الوجود القانوني النهائي، وإنما تظل حجية التقييدات المؤقتة تدور وجودا وعدما مع اعتراف القضاء لصاحب التقييد المؤقت بالحق نهائيا من عدمه، فإذا كان الحكم النهائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به إيجابيا بالنسبة إليه، فإن حجية التقييد النهائي لهذا الحكم يسري مفعوله بأثر رجعي من تاريخ التقييد المؤقت، أما في حالة العكس يلزم التشطيب عليه من طرف المحافظ بناء على طلب من له مصلحة دون الحاجة إلى صدور الحكم بالتشطيب بناء على مقتضيات الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري⁴.

وفيما يتعلق بالمستوى الثاني، أي الأثر القانوني، فإذا كانت التقييدات المؤقتة تتشابه مع التقييدات النهائية في وجوب إشهارها عن طريق التقييد في الرسم العقاري فإن أثرهما مختلف، ذلك أن التقييدات النهائية لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا بالتقييد⁵. فالمشرع المغربي قرر قاعدة في غاية الأهمية تفيد بأن التسجيل أو التقييد في الرسم العقاري له أثر منشئ للحق، ويعني أن تصرفات الأفراد المتعلقة بالحقوق العينية العقارية لا تنشأ إلا بمقتضى واقعة التقييد في الرسم العقاري ودون اعتبار أية وسيلة أخرى⁶.

¹ للمزيد من التوسع بخصوص حماية الغير المقيد بالرسم العقاري: بوحمان عبد القادر: "حدود الحماية القانونية والقضائية للتقييدات بحسن نية، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض عدد 26، طبعة 2011 ص 545.

سعيد بن موسى "الحماية القانونية للمقيد عن حسن نية" مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 26 طبعة 2015 ص 541.
² حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي: القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول"، مرجع سابق، ص 111.

³ قرار لمحكمة النقض عدد 17 5 مؤرخ في 23 نونبر 2005، ملف شرعي عدد 144-2-1-2004، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 64-65 ص 186.

⁴ حسن فتوخ "الوسيط في شرح القانون المغربي: القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول"، مرجع سابق ص 108.

⁵ حسب مقتضيات الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري فإن الأفعال الإرادية والاتفاقيات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد.

⁶ إدريس الفاخوري، دنيا مباركة، "نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 07.14"، مطبعة الجسور بوجدة طبعة 2014 ص 237.

ذلك أن التصرف الذي يتم تقييده يصبح الحق بمقتضاها موجودا وثابتا، في حين أن صاحب الحق الذي لم يتم تقييده لا يتوفر على أية فائدة قانونية مهما كانت السندات التي يعتمدها عليها لإثبات حقه¹، ويترتب على الأثر التأسيسي للتقييدات النهائية نتيجتين:

النتيجة الأولى: إيجابية تتمثل في الاعتراف القانوني بالحقوقي المقيدة فيما بين الأطراف وفي مواجهة الأغيار، فلكي يقيد الحق يجب أن يكون مأخوذا عند صاحب الحق السابق مما يعني أنه في حالة ما إذا كان الحق العيني موضوع عدة انتقالات أو اتفاقيات متتالية، فإنه لا يمكن تقييد آخر انتقال إلا بعد تقييد الاتفاقيات السابقة².

أما النتيجة الثانية: سلبية حيث ينتج عن عدم التقييد عدم الاعتراف بالوجود القانوني للحقوق، وهذا في نظرنا قد يؤدي إلى إهدار حقوق العديد من الأفراد ذوي النية الحسنة، خصوصا الأشخاص الذين يعذرون على جهلهم بالقواعد القانونية.

وفيما يخص الأثر القانوني للتقييدات المؤقتة، فإن إنشاء المراكز القانونية للحفاظ على الحقوق المتعلقة بعقار محفظ لا يتحقق إلا بمبادرة من له المصلحة إلى إجراء تقييد مؤقت بالرسم العقاري حتى يتأتى بمقتضاه لصاحب التقييد المذكور الاستفادة من تحويله إلى تقييد نهائي للحق بأثر رجعي في حالة وقوعه داخل الأجل القانوني المحدد لصلاحيية التقييد المؤقت أو حصوله على حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يعترف بالحق موضوع التقييد المؤقت بالرسم العقاري، وتقييد هذا الحكم النهائي يكون بأثر رجعي منذ تاريخ التقييد المؤقت ولا يحق بذلك للغير الذي اكتسب حقا على نفس العقار المحفظ موضوع التقييدات الاحتجاج بحسن نيته في مواجهة صاحب التقييد المؤقت لأنه قبل التعامل بشأن الرسم العقاري رغم كونه مثقلا بتقييد مؤقت³.

هذا وتجدر الإشارة، أن المشرع استثنى بعض التقييدات المؤقتة من الإشهار بواسطة التقييد في الرسم العقاري، ورتب لها نفس الأثر القانوني الذي تتمتع به باقي التقييدات المؤقتة، ويتعلق الأمر بالرهن المؤجل، بحيث ينتج أثره القانوني في مواجهة المتعاقدين والأغيار بالرغم من عدم تقييده في نظير الرسم العقاري⁴. أما الحجز العقاري كتقييد مؤقت بالرسم العقاري فإن الأثر القانوني للمركز القانوني في مباشرة إجراءات البيع الجبري لعقار المدين يكون من تاريخ إجراء تقييد الأمر الرسمي بالحجز وفقا لمقتضيات الفصل 65 من ظهير

¹ - محمد خيري، "العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 14 07 المتعلق بالتحفيظ العقاري"، دار النشر المعرفة، طبعة 2014، ص 551.

² - محمد بن الحاج السامي، "سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي والاقتصادي"، منشورات عكاظ، الرباط، طبعة 2011، ص 156.

³ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول"، مرجع سابق ص 112.

⁴ - حسن فتوخ "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول"، مرجع سابق، ص 113.

التحفيظ العقاري¹، ويمتد هذا الأثر إلى منع المحافظ من إجراء أي تقييد جديد من تاريخ التقييد بالرسم العقاري حسب الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري²، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض في أحد قراراتها: "...حيث صح مانعته الوسيلة ذلك أنه بمقتضى الفصل 87 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، لا يمكن أن يباشر على الرسم العقاري أي تقييد جديد لحق عيني بعد إجراء الحجز العقاري وتسجيله بالرسم العقاري خلال مدة وجود الحجز، وإذ يكون بينا من أوراق الملف أن العقار موضوع النزاع محل حجز تحفظي مقيد بتاريخ 27-06-2000، وحجز تنفيذي مسجل بتاريخ 29-04-2003، فإن المحكمة لما قضت بالإذن للمحافظ بتسجيل الحكم في الصك العقاري عدد 36542/س بالرغم من وجود حجز مضروب عليه تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"³.

أما بالنسبة للإنذار العقاري كتقييد مؤقت، فإن أثره يقتصر من جهة أولى على إعلام الكافة بممارسة الدائن المرتهن لإجراءات تحقيق رهنه، وذلك بطرح العقار المرهون للبيع بالمزاد العلني قصد استيفاء مبلغ الدين المضمون بالرهن من منتوج البيع، ومن جهة ثانية فهو يمنع المحافظ من إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة بيع العقار بالمزاد العلني⁴. وفيما يتعلق بالتقييد الاحتياطي كتقييد مؤقت كذلك فإن الآثار المترتبة عنه تتمثل في تجميد العقار وحرمان مالكة من التصرف فيه بالبيع أو الرهن، كما أنه يعين رتبة التقييد فيما بعد ابتداء من تاريخ إجراءاته⁵.

¹ ينص الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه."

² فغني عن البيان أن إجراء حجز على عقار محفظ وتسجيله بالرسم العقاري يمنع تقييد أي حق عيني جديد بالرسم العقاري طيلة مدة الحجز ولا يمكن مباشرة على الرسم العقاري أي تقييد جديد لحق عيني بعد إجراء الحجز على العقار وتسجيله بالرسم العقاري خلال مدة وجود الحجز طبقاً للفصل 87 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري. كما غير وتمم بالقانون 07 14 وبالتالي فيمنع على المدين أن يتصرف في العقار محل الحجز لأن في ذلك إضرار بالدائن. للمزيد من التوسع أنظر: طيب برادة، "التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق"، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 1993، ص 334.

³ قرار محكمة النقض عدد 3024 المؤرخ في 19-06-2012، ملف مدني عدد 2816/07/2010، منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudence.com تاريخ الاطلاع: الثلاثاء 13 مارس 2023 على الساعة 11:44.

⁴ فالإنذار العقاري يعتبر أهم أثر من آثار الرهن الرسمي اتفاقاً كان أم جبرياً، إذ يعطي الحق للدائن المرتهن في التقييد على العقار المرهون وذلك بنزع ملكيته جبراً على صاحبه وبيعه بالمزاد العلني عن طريق مسطرة تحقق الرهن وتمكينه من استيفاء دينه من منتوج البيع. للمزيد من التوسع أنظر: حبيبة التاييس "الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري"، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 2 سنة 2003، ص 30.

⁵ هشام مزيع، "تقييد وتشطيب الحقوق العينية بين النص التشريعي والواقع العملي"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني maroc.droit.com تاريخ الاطلاع 13 مارس 2023 على الساعة 12:16.

الفقرة الثانية: خصائص التقييدات المؤقتة

إن البحث في الخصائص التي تمتاز بها التقييدات المؤقتة يقتضي منا أولاً، أن نقف عند طبيعتها القانونية التي اختلف فيها الفقه.

فلا يخفى على أحد، أن الطبيعة القانونية للتقييدات المؤقتة تختلف باختلاف الحق الذي ترمي إليه حمايته، فقد تتخذ طابع تحفظي لغل يد المدين من التصرف في عقاره المحفظ ومنعه من تفويته للتأثير على الضمان العام المقرر للدائنين، وذلك عن طريق إجراء حجز تحفظي وتحويله إلى حجز تنفيذي يؤدي إلى بيع العقار بالمزاد العلني واستيفاء الدين من منتج البيع، وقد يكون هذا الإجراء وقتياً في البداية ثم يتحول إلى تقييد نهائي ناقل للحق العيني على الرسم العقاري، وذلك عن طريق سلوك مسطرة التقييد الاحتياطي الذي رتب عليه المشرع سريان مفعوله بأثر رجعي منذ تاريخ إجرائه¹.

أما رأي آخر من الفقه²، فيرى أن موضوع التقييد المؤقت يمكن أن يكتسي طابعاً مختلطاً كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للوعد بالبيع المبرم بين الطرفين، فقد يتسلم بمقتضاه البائع جزء من ثمن البيع كتسبيق ثم يمتنع عن إنجاز العقد النهائي، ففي هذه الحالة يمكن للمشتري إجراء تقييد مؤقتين على الرسم العقاري المعني بالنزاع للحفاظ على حقوقه، الأول يتمثل في إجراء حجز تحفظي لضمان الحق الشخصي باستيفائه لجزء الثمن المسلم للبائع والثاني يتعلق بإجراء تقييد احتياطي لضمان نقل الحق العيني المتمثل في حق الملكية موضوع البيع³.

وتجدر الإشارة أن المبادرة إلى إجراء حجز تحفظي لا يخول أي امتياز للدائن الحاجز في استيفاء دينه من منتج البيع بالأولوية على باقي الدائنين كما يرى أحد الفقه⁴. وإنما يخوله الحق في مواصلة إجراءات الحجز عن طريق تحويله من حجز تحفظي إلى آخر تنفيذي، وبيع العقار بالمزاد العلني، اللهم إذا كان الدائن مرتباً⁵.

¹ - أشرف عبد البساط، مرجع سابق، ص 10.

² - عبد الرحمان حموش مرجع سابق، ص 77 و 78.

³ - الحجز التحفظي يختلف عن التقييد الاحتياطي: في كون الأول يحول إلى حجز تنفيذي تليه إجراءات العقار المحجوز ونزعه جبراً من المحجوز عليه عن طريق بيعه بالمزاد العلني، وذلك خلافاً للتقييد الاحتياطي الذي يؤول غالباً إلى التقييد النهائي للحق المتنازع عليه مع أخذ هذا الأخير لرتبته بأثر رجعي من تاريخ التقييد الاحتياطي كما يرد الحجز على المنقولات والعقارات المحفظة أو في طور التحفيظ أو غير المحفظة، أما التقييد الاحتياطي فلا يمكن إجراؤه إلا على العقارات المحفظة. أنظر عبد الرزاق النجي، "الحجز التحفظي العقاري إشكالات تطبيقية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة 2006-2007 ص 29.

⁴ - محمد خير، مرجع سابق، ص 281.

⁵ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي: القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء مرجع سابق ص 34.

ونحن نعتقد أن الطبيعة القانونية لهذه التقييدات المؤقتة تحفظية بالدرجة الأولى، لأن من شأنها منع المدين من تهريب أمواله عن طريق التفويت وعدم نفاذ أي تصرف يجريه المدين، كما أن وجودها بالرسم العقاري من شأنه تنبيه الكافة بوجود حق لازال متنازع بشأنه وتعذر تقييده بطريقة عادية، الشيء الذي يحقق الحماية للمستفيد من التقييد المؤقت.

فيما يتعلق بالخصائص التي تمتاز بها هذه المؤسسة القانونية؛ تتجلى الخاصية الأولى في الطابع الوقي بحيث تحفظ هذه التقييدات الحقوق غير القابلة للتقييد النهائي في الرسم العقاري حماية للمراكز القانونية، إذ تعتبر في حد ذاتها إجراء تحفظيا يمارس من طرف من له مصلحة للحفاظ مؤقتا لضمان استحقاق واستيفاء الحق محل النزاع، وهذا التحفظ الذي يقع على العقار المتنازع بشأنه لا يكون على سبيل التأبير، وإنما بشكل مؤقت ومحدود بمدة زمنية أو متوقف على مآل الدعوى موضوع التقييد المؤقت، فمثلا إذا تعلق الأمر بحق شخصي فهو متوقف على الأداء الاختياري للمدين في ذمة المدين لفائدة الدائن، أو بيع العقار الجاري بشأنه التقييد المؤقت بالمزاد العلني واستيفاء دينه من ثمنه، أما إذا تعلق بضمان حق عيني فهو محدد من حيث زمن سريان مفعوله الذي يمكن أن يكون في حدود 10 أيام أو ثلاثة أشهر¹، وبعبارة أخرى أن المراكز القانونية التي تنشأها التقييدات المؤقتة تدور وجودا وعدما مع التقييد المؤقت المتعلق بها، فأما أن يستوفي الدائن حقه من المدين بطريقة ودية وينقضي التقييد المؤقت، أو أن يتم بطريقة جبرية فينقضي التقييد المؤقت لزوما بتسجيل محضر إرساء المزاد العلني بالرسم العقاري الذي يظهر هذا الأخير من جميع الرهون والتكاليف الأخرى².

أما الخاصية الثانية، فتتمثل في الأثر الرجعي في ضمان الحقوق، ذلك أن المراكز القانونية الناشئة عن إشهار التقييدات المؤقتة تسري بأثر رجعي منذ تاريخ إجراء التقييد المؤقت بالرسم العقاري، غير أن هذا الأثر الرجعي ليس له طابع مطلق، بل نسبي، على اعتبار أن التقييدات المؤقتة الرامية إلى استيفاء دين في مواجهة المدين عن طريق سلوك مسطرة الحجز العقاري لا يمكن الحديث بشأنها عن هذا الأثر الرجعي. أما بالنسبة للتقييدات المؤقتة الهادفة إلى ضمان حق عيني على عقار محفظ فإن سريان مفعولها بأثر رجعي يتجلى في تمكين صاحب التقييد المؤقت من إنجاز التقييد النهائي داخل الأجل القانوني لصلاحية التقييد من جهة، أو حصول

¹ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول" مرجع سابق، ص 85.

² - تجدر الإشارة أن استيفاء الدائن بحقه الشخصي من ثمن البيع، ليس بالأمر الهين؛ لأن الدائن ملزم بالقيام بمجموعة من المساطر الموازية ومن ضمنها تبليغ المحجوز عليه بمحضر الحجز التنفيذي إذا كان الحجز تنفيذا حتى يمكنه الاستفادة من أثر عدم نفاذ التصرفات التي يجريها المدين، وهذا ما يجسد بشكل جلي الفراغ التشريعي الحاصل بشأن قرينة العلم الخاص للمدين؛ من خلال عملية التبليغ وقرينة العلم العام من خلال تقييد الحجز من طرف المحافظ.

للمزيد من التوسع: أنظر يونس بن الزاوية، العقار المحفظ بين الرهن الرسمي والحجز العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، نوقشت بكلية الحقوق مراكش 2001، ص 97 وما بعدها.

صاحب التقييد المؤقت على حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به، اعترف له بالحق ومبادرته إلى تقييد هذا الحكم بالرسم العقاري، ليسري مفعوله بأثر رجعي من تاريخ التقييد المؤقت من جهة أخرى¹.

ويتبين من خلال خاصيتي الطابع الوقي والأثر الرجعي التي تمتاز بهما التقييدات المؤقتة أهميتها القانونية، بحيث تقوم بحماية الحقوق العينية التي يمكن أن تصبح مهددة بالضيق، وذلك عن طريق إشهارها والكشف عنها في انتظار حصولها على القوة الثبوتية اللازمة لتقييدها نهائياً، كما أن الإعلان عنها من شأنه التنبيه بكونه حق موجود لازال متنازعا بشأنه².

الفقرة الثانية: شروط إجراء التقييدات المؤقتة

إن إشهار الحقوق في ظل نظام التحفيظ العقاري لا يكون إلا بتقييدها في الرسم العقاري، ذلك أن المشرع المغربي أقر مبدأ الأثر الإنشائي للتقيد بالرسم العقاري وأعطى لكافة البيانات الواردة به قوة ثبوتية في مواجهة كل من يرغب الاحتجاج بحق غير مقيد، وذلك لإشاعة الثقة في مصداقية هذه الوثيقة التي ما فتئت أغلب النصوص التشريعية تسعى إلى تحيينها³.

وكما هو معلوم أن هذا التقييد له معنيان: معنى واسع يشمل كل ما يمكن أن يتلقاه الرسم العقاري، من تقييدات بصرف النظر عن الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا التقييد، فتشمل بذلك التقييدات النهائية والمؤقتة، أما التقييد بمعناه الضيق: فهو العملية الكتابية التي تنشئ حق عقارياً، أو تنقله أو تعدله أو تقضي عليه نهائياً⁴.

وبما أن التقييدات المؤقتة، تدخل في إطار التقييد بمعناه الواسع في الرسم العقاري، فإنه وحتى يتم تدوينها في الرسوم العقارية لا بد لها من توفر شرطين بعضها يتعلق بالعقار الذي ينسحب عليه التقييد، والبعض الآخر يتعلق بالحقوق المراد تقييدها مؤقتاً⁵، وهذه الشروط هي:

¹ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول" مرجع سابق، ص 88.

² - حسن فتوخ، ملخص لموضوع الدكتوراه حول التقييدات المؤقتة بالرسم العقاري، مقال منشور بمجلة الأملاك؛ مجلة فصلية تعني بالدراسات القانونية والفقهية، عدد 6، ص 171.

³ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول" مرجع سابق، ص 120.

⁴ - محمد مهدي الجم، مرجع سابق، ص 210-211.

⁵ - عبد الرحمان حموش، "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول" مرجع سابق، ص 13.

أولاً: قصر إجراء التقييدات المؤقتة على عقار المحفظ

يشكل العقار المحفظ ضمانة هامة للمتعاملين في الحقل العقاري، باعتباره يخضع للتقييد بمعنييه الواسع والضيق الذي تتحقق بمقتضاه قرينة العلم المفترضة تشريعيا في الكافة، وتحصن الرسم من الطعن في التقييد الذي أجراه الغير بحسن نية؛ أي أن حقه يصبح في منأى من أي تأثير بالمنازعات السابقة لتقييده¹.

والعقار المحفظ هو الذي يتوفر على رسم عقاري قار يعطيه قوة، لأنه يؤدي إلى تثبيت وضعه ماديا كما يحميه من الترامي عليه بخلاف العقار الغير المحفظ.

وباعتبار التقييد الاحتياطي تقييدا مؤقتا فهو لا يرد إلا على العقارات المحفظة؛ أي أن العقار في طور التحفيظ وغير المحفظ يستحيل قانونا أن يكونا محلا للتقييد الاحتياطي، على اعتبار أن المشرع أوجب على مدعي الحق سلوك مسطرة التعرض على مطلب التحفيظ أو مسطرة الإيداع بسجل التعرضات وفق الفصلين 24 و84 من ظهير التحفيظ العقاري².

ومع ذلك فقد أصدر أمرعن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء³ قضى بإجراء تقييد احتياطي على مجرد مطلب للتحفظ ضمانا لديون بنكية مستندا في ذلك على مقتضيات الفصلين 20 من قانون إحداث المحاكم التجارية، و148 من قانون المسطرة المدنية، مخالفا بذلك مقتضيات الفصلين 85 و86 من ظهير التحفيظ العقاري التي تحدد نطاق ممارسة هذه المسطرة على العقارات المحفظة دون تلك التي في طور التحفيظ، وهو الأمر الذي دفع المحافظ إلى رفض تنفيذ الأمر المذكور مبرا قراره بوجود صعوبة قانونية.

ويرى بعض الفقه، أن هذا الأمر قد جانب الصواب، فالتقييد الاحتياطي لا يرد إلا على العقارات المحفظة ليس إل⁴، أما من يدعي حقا عينيا على عقار في طور التحفيظ فله أن يتعرض على مطلب التحفيظ، كما أنه جاء مخالفا للفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري الذي يشترط أن يكون العقار محفظا لإجراء أي تقييد احتياطي عليه، ومخالف كذلك للفصل 86 من الظهير المذكور الذي يحدد مدة التقييد الاحتياطي المبني على أمر في ثلاثة أشهر⁵.

¹ - حسن فتوخ، مرجع سابق، ص 121.

² - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي: القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء مرجع سابق، ص 126.

³ - أمر عدد 20 49 بتاريخ 26 أكتوبر 2000، صادر في ملف رقم 99/19/29، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 84، ص 201.

⁴ عبد الله آيت منصور، "التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي، مقتضياته القانونية، واشكالاته العملية، مطبعة الأمنية الرباط 2016 ص 38-39.

⁵ - محمد خيرى، "التعليق على أمر قضائي متعلق بتقييد الاحتياطي": تعليق المنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 84 شتنبر أكتوبر 2002 ص 202 وما بعدها.

ولعل ما يسترعي الانتباه، أنه لا يمكن إجراء تقييد احتياطي لحماية حق عيني عقاري كان ناشئاً قبل تأسيس الرسم العقاري، ولم يقيد بالرسم المذكور بعد إنجازه من قبل المحافظ بدليل أن الرسم العقاري يظهر العقار من جميع الحقوق السابقة ويكون غير قابل للطعن فيه جزئياً أو كلياً، ولا يمكن إقامة أي دعوى في شأنه.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط يقضي: "بأنه لا يمكن حماية حق نشأ قبل التحفيظ أو خلاله، ولو لم تتم المطالبة به خلال هذه المرحلة، وعلى قاضي الأمور المستعجلة أن يحمي المالك المقيّد اسمه على الرسم العقاري من كل ادعاء حتى لو قام صاحبه بالحصول على تقييد احتياطي لفائدته¹".

ومن هنا يمكن القول، أنه لا يمكن إجراء تقييد احتياطي بشأن حق سابق على التحفيظ، لأن من شأن ذلك الطعن في نهائية الرسم العقاري والسماح بقبول الادعاء بحقوق سابقة للتحفيظ خلافاً لمقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظ ت ع² التي تخول فقط لأصحاب هذه الحقوق رفع دعوى شخصية للمطالبة بالتعويض المنصوص عليه في الفصل 64 شريطة إثبات التدليس³.

¹ - قرار بتاريخ 10 أكتوبر 1944 تحت عدد 2526، أورده محمد خيرى، مرجع سابق ص 467.

² ينص الفصل 1 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي: "يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفظ خاضعاً للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛

- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له."

أما الفصل 61 من ظهير التحفيظ العقاري فقد جاء فيه ما يلي: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة."

³ - حسن فتوخ "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء الأول" مرجع سابق، 177.

أما فيما يتعلق بالرهن المؤجل والإنذار العقاري كتقييدين مؤقتين كذلك، فإنهما لا يتم إيقاعهما إلا على العقارات المحفوظة وحدها، بدليل أن المشرع تحدث للرهن المؤجل في المواد¹ 184 و² 185 و³ 186 من م ح ع، على أن إشهار رهن مؤجل أو تقييده احتياطيا بالرسم العقاري يمكن في حالة الرهون قصيرة الأجل أن يؤجل مدة من الزمن لا تتعدى تسعين يوما، دون أن يكون الدائن معرضا لفقد الرتبة التي تبقى مكتسبة له. ثم تحدث بالنسبة للإنذار العقاري في المادة 214 من مدونة الحقوق العينية⁴ على وجوب تنصيب الإنذار على اسم العقار أو العقارات المحفوظة التي سيجري بيعها في حالة الأداء ورقم رسمها ومكانها.

- لكن الإشكال يطرح عندما يتحول الرهن المؤجل إلى رهن رضائي بعد انقضاء تسعين يوما؛ بناء على رغبة الدائن المرتهن، فهل يمكن تصور إجراء رهن رسمي على عقار في طور التحفيظ⁵؟

بالرجوع إلى مقتضيات المادة⁶ 165 من مدونة الحقوق العينية، فإنها توجي صراحة بإمكانية نشوء عقد الرهن الرسمي على عقار في طور التحفيظ، ويخول بالتالي للدائن المرتهن حقا عينيا تبعا كما أن مقتضيات الفصل⁷ 84 تسمح أيضا بإمكانية تقييد رهن رسمي على عقار في طور التحفيظ، الأمر الذي دفع رأي من الفقه إلى القول أن عقد الرهن الذي نشأ قبل تأسيس الرسم العقاري، وبالرغم من إيداعه بالمحافظة العقارية لا يمكن

¹ تنص المادة 184 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: إذا تعلق الرهن الاتفاق بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما، ولا يترتب عن هذا التأجيل فقد الدائن لمرتبته التي يبقى مكتسبها بشرط أن يتقيد بالمقتضيات المبينة في المادة الآتية.

² تنص المادة 185 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "يودع الدائن المرتهن أصل العقد أو نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الأملاك العقارية أن يقيد حقه تقييدا احتياطيا وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من إجراء أي تقييد آخر برضى المالك وذلك مدة تسعين يوما تسري من تاريخ التقييد المنجز. يضمن هذا التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري ولا يشار إليه في نظيره.

يمكن للدائن المرتهن أن يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به."

³ تنص المادة 186 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "ينتهي مفعول التقييد الاحتياطي للرهن المؤجل ويشطب عليه تلقائيا إذا لم ينجز التقييد النهائي لحق الدائن المرتهن خلال المدة المذكورة."

⁴ جاء في المادة 214 من مدونة الحقوق العينية ما يلي: "يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائده مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في الأجل. تكون للشهادة الخاصة المذكورة قوة سند قابل للتنفيذ."

⁵ - حسن فتوخ "الوسيط في شرح القانون المغربي؛ القواعد الموضوعية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، الجزء، ص 129.

⁶ - جاء في المادة 165 من م ح ع "الرهن الرسمي حق تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لأداء دين."

⁷ - جاء في الفصل 84 من ظ ت ع: "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير أن يدعي بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإدلاء بسجل التعرضات، يقيد الحق المذكور عند التحفيظ إذن بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له، إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك."

اعتبار العقار معه مرهونا رهنا رسميا، بل لا يعدوا أن يكون مجرد وعد بالرهن لا أقل ولا أكثر؛ بحيث أن تقييده يبقى معلقا على النتيجة التي سيؤول إليها مطلب التحفيظ وليس بالتالي الحق للمحافظ تسليم شهادة خصوصية للرهن¹.

وإذا كانت جميع مؤسسات القرض تحرص على وجوب كون العقار المرهون محفظا دون غيره من العقارات فإن هناك مؤسستين عموميتين هما القرض العقاري والفندقي والصندوق الوطني للقرض الفلاحي تسمح نصوص القانون المحدث لهما بمنح القروض مقابل إيقاع رهن رسمي على عقارات في طور التحفيظ².

ثانيا: أن يكون الحق مكتمل الوجود بتاريخ التقييد الاحتياطي

وقد انقسم الفقه بخصوص هذا الشرط إلى اتجاهين، يذهب أولهما إلى أنه ليس من الضروري أن يكون الحق المدعى به في العقار، والمراد الاحتفاظ به مؤقتا عن طريق تقييده بالرسم العقاري مستكملا وجوده بتاريخ التقييد، بل يكفي أن يكون في طور التكوين. أما الاتجاه الثاني، فيرى أن موقف سابقه يتنافى مع مفهوم التقييدات المؤقتة خصوصا الفصلين 85 و86 من ظ ت ع المتعلقين بالتقييد الاحتياطي وحالاته لاعتبارات منها³:

- إن التقييد الاحتياطي يكون لمصلحة من يدعي حقا، فإذا كان الحق في طور التكوين ولم يوجد بعد، فكيف يمكن الادعاء به سلفا، فلا يمكن مثلا إجراء تقييد احتياطي لبيع لم يبرم عقده بعد.

- إن تاريخ التقييد هو الذي يعتبر لتعين رتبة التقييد اللاحق للحق، فإذا كان الحق المدعى به في طور التكوين بتاريخ التقييد فلا يمكن إعطاؤه أي مرتبة إلا بعد اكتمال وجوده، فكيف يمكن للتقييد اللاحق له أن يعين رتبته في تاريخ لم يكن له وجود فيه.

- إن الإيجاب الذي لم يقترن بقبول بعد، وبالتالي لا يمكن أن يكون مدار تقييد احتياطي⁴.

وفي اعتقادنا تقتضي المحافظة على الحق عن طريق التقييدات المؤقتة أن يكون نشوء هذا الحق المتعلق بالرسم العقاري كاملا، وقت إجراء التقييد المؤقت بالرسم العقاري، أما إذا كان محتمل الوجود فلا مجال لإجراء التقييد المؤقت بشأنه حتى لا يشكل أي عرقلة لوضعية الرسم العقاري؛ فمثلا إن إيقاع الحجز التحفظي على عقار محفظ يتم لضمان دين محقق، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في قرارها كما يلي⁵: "إن المحكمة

¹ - زنبوري يحيى، "مسؤولية المحافظ في ميدان التحفيظ العقاري" بحث لنيل دبلوم سلك السلك العادي للمدرسة الوطنية للإدارة العمومية الرباط، سنة 1991-1992، ص 113.

² - عبد الواحد الشعير، "إشكالية الرهن العقاري الرسمي كضمان بنكي في ضوء التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق"، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1995 ص 130.

³ - عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، ص 80.

⁴ - محمد مهدي الجهم، مرجع سابق، ص 260.

⁵ - قرار عدد 37 الصادر بتاريخ 20 يناير 2015 في الملف المدني عدد 2812/1/2014، منشورة بمجلة النشرة المختصة لمحكمة النقض، عدد 21 سنة 2015.

حين رفضت طلب المحجوز عليه برفع الحجز الواقع على عقارهم؛ معللة ذلك أن شهية المديونية تحوم بالقضية، وأن طالبة الحجز تعتبر نفسها مغبونة وأعطت أكثر مما أخذت، وأن مهمة القانون الحرص على إقامة تكافؤ بين المتعاقدين، في حين أن الحجز يفترض وجود دين له ما يرجح جديته وتحققه، بينما الحجز المطلوب رفعه، إنما اتخذ لضمان ما قد تحكم به المحكمة الموضوع من تعويض مترتب عن حقوق مازالت موضوع منازعة أمام المحكمة، مما يفيد أن الدين المراد المحافظة على الوفاء به بالحجز مازال مجرد ادعاء، ولم يقيم عليه ما يثبت صحته أو حقيقته، وبالتالي تكون المحكمة قد خرقت مقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية¹ وعرضت قضاءها للنقض.

المطلب الثاني: القوة الثبوتية للتقييدات المؤقتة

يفهم من حجية الحقوق المقيدة، تلك القيمة التي يمكن إعطاؤها لتلك التقييدات؛ بحيث يعتد بها كوسيلة لإثبات ملكية الحقوق العينية العقارية وكذا القيود التي تترتب عنها².

نظرا لذلك فلا يتم شهر التصرفات في الرسم المعد لها إلا بعد التحري عن صحتها والتثبت من خلوها من كل ما يمنع تقييدها، ونتيجة هذا التشدد يعطي لكل تصرف ثم تقييده قوة ثبوتية اتجاه الجميع³.

ومبدأ القوة الثبوتية للتقييدات اعتبره أحد الفقه المغربي بأنه حجز الزاوية بالنسبة للنظام العقاري ككل، لأن الحقوق المقيدة في الرسم العقاري هي التي تستفيد وحدها من قرينة الشرعية والصلاحيية سواء في مواجهة الغير وكذا الأطراف⁴. وهنا لابد من التمييز بين القوة الثبوتية للتقييدات الملزمة والمصاحبة لتأسيس الرسم العقاري، إذ تتصف بكونها نهائية وغير قابلة للطعن⁵؛ أي تكون لها قوة ثبوتية مطلقة، وبين القوة الثبوتية للتقييدات اللاحقة لتأسيس الرسم العقاري التي تمنح لها قوة إثباتية نسبية فقط بحيث تتأثر بصحة السند الذي بنيت عليه⁶.

وكما هو معلوم أن حجية التقييدات الواردة بالرسم العقاري لا تسري فقط على الأطراف المباشرة في العلاقة التعاقدية، بل تسري كذلك على خلفائهم العامين أو الخاصين الذي يجوز لهم التمسك بها كلما اقتضت

¹ جاء في الفصل 452 من ظهير التحفيظ العقاري: "يصدر الأمر المبني على الطلب بالحجز التحفظي من رئيس المحكمة الابتدائية، ويحدد هذا الأمر ولو على وجه التقريب مبلغ الدين الذي رخص الحجز بسببه ويبلغ هذا الأمر وينفذ دون تأخير".

² - محمد خيري، مرجع سابق، ص 586.

³ - سعاد عاشور، مرجع سابق، ص 230.

⁴ - MOHAMED EL MERNRSSI, essai sur la notion de publicité foncier, thèse pour l'obtention de doctorat, université d'économie et de séances sociales de Paris, l'année 1973, p142.

⁵ - رشيدة حموش، مرجع سابق، ص 85.

⁶ - عبد السلام زيزون، "إشهار الحقوق العينية"، مقال منشور بمجلة التحفيظ العقاري، العدد 6 أكتوبر 1995، ص 11.

مصلحتهم ذلك من أجل الحفاظ والدفاع عن حقوق التركة أو حقوق وواجبات السلف¹، لذلك فإن معالجة هذه النقطة يقتضي بنا تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين كالتالي:

الفقرة الأولى: حجية التقييدات اتجاه الأطراف المباشرين

إن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى حجية التقييد المؤقت الواقع على العقار من طرف صاحب المصلحة في مواجهة مالك العقار².

هنا نقول أن تحديد المركز القانوني الناتج عن التقييدات المؤقتة بالنسبة للمستفيد منها يفرض علينا بيان مدى الحجية التي يكتسبها الحق المراد المحافظة عليه بالرسم العقاري.

فبالنسبة للتقييد الاحتياطي أيا كان نوعه، فإن نتيجته المباشرة تتجلى في الاستفادة من ميزة الأثر الرجعي في حفظ الحق من تاريخ إجرائه في حالة الاعتراف القضائي بالحق أو عند التقييد النهائي؛ وذلك دون اعتبار لأية حجية للتقييدات اللاحقة له طالما أن المفعول القانوني لهذه الأخيرة يتوقف على مآل التقييد الاحتياطي السابق لها³، ذلك أن التقييد الاحتياطي يزلزل مبدأ القوة الثبوتية لذلك الحق ويبطل اكتسابه بالنية الحسنة طيلة المدة المقررة له⁴، أما حالة العكس فإن التقييد الاحتياطي لن تكون له إلا القيمة القانونية للتصرف المستند عليه؛ فمثلا إذا ثبت زورية الوعد بالبيع موضوع دعوى إتمام إجراءات البيع المقيد احتياطيا في الرسم العقاري فإنه حجيته تزول طبعاً في مواجهة المتعاقدين المنسوب إليه البيع بصدر حكم يقضي برفض الطلب. ففي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض أن ثبوت زورية الوعد بالبيع المدلى به من طرف الموعد له بالبيع يجعل المحكمة في غنى عن البحث في التدليس والغش الذي يدعيه هذا الأخير، حيث جاء في هذا القرار: "بما أن المحكمة ثبتت لها أن العقد المدلى به من طرف الطاعن مزور، فإنها لم تكن في حاجة إلى البحث في التدليس والغش الذي يدعيه هذا الأخير، ولذلك فإن القرار حين علل أنه بناء على الطعن بالزور الفرعي فقد تأكد أن التوقيع المنسوب لمالك العقار ليس بتوقيعه، وذلك باعتماد الخبر على وثائق المقارنة والتي يوجد بها توقيع هذا المالك إبان حياته، مما يبين أن العقد أو الوعد بالبيع المدلى به ليس صحيحاً يكون قد جاء معللاً تعليلاً كافياً ومركزاً على أساس قانوني وغير خارق للفصول المستدل بها⁵".

¹ - حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية مرجع سابق، ص 151.

² - عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، ص 111.

³ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية" مرجع سابق، ص 154.

⁴ - محمد مهدي الجرم، مرجع سابق، ص 261.

⁵ - قرار صادر عدد 2472، صادر بتاريخ 2003/09/10، ملف مدني عدد 1/1/1035، منشور بمجلة المنازعات العقارية دلائل عملية عدد 3 ص 97.

وتجدر الإشارة أن حجية التقييد الاحتياطي تسري بالنسبة للمستفيد منه في مواجهة من تلقى الحق منه دون غيره على اعتبار أن المشتري لعقار محفظ لا يستطيع تقييده بالرسم العقاري إذا كان البائع له غير مسجل لعقد شرائه¹، فالشخص المستفيد من التقييد الاحتياطي لا بد أن يكون أخذ حق من المالك المقيد بالرسم العقاري صاحب التقييد السابق مباشرة، فمثلاً إذا كان مشتري قد أخذ حقه من شخص لم يقدّم هو نفسه بتقييد حقه أو يتعذر عليه تقييد حقه فإنه لا يحق لهذا المشتري الثالث أن يتخذ تقييداً احتياطياً وإنما يجب أن تتصل سلسلة الحقوق حتماً بالمالك المقيد صاحب التقييد السابق مباشرة².

أما بالنسبة للحجز العقاري، فكما أشرنا سابقاً، فإنه بمجرد تبليغ محضر الحجز للمحافظ على الملكية العقارية يمنع هذا الأخير من اتخاذ أي تقييد نهائي بشأن العقار المحجوز وهذا ما نص عليه الفصل 87 من ظ.ت.ع³، لكن الحجية القانونية للحجز العقاري الذي يتم بناء على مسطرة تحقيق الرهن تتوقف على عدم المنازعة فيه من طرف المدين الراهن، أما إذا تنازع هذا الأخير في الإنذار العقاري وطلب بطلانه والتشطيب عليه، فإن الحجز يفقد الحجية التي يتميز بها⁴.

وتجدر الإشارة أن حجية الإنذار العقاري وتحقيق الأثر المتوخى منه مرتبط على بقاء المدين الراهن في وضعية قانونية سليمة، أما إذا صدر بشأنه حكم بالتسوية القضائية فإن المحكمة التجارية لها صلاحية إبطال كل تأسيس لضمان أو كفالة بعد تاريخ التوقف عند الدفع.

الفقرة الثانية: حجية التقييد اتجاه الخلف

إن حجية التقييدات الواردة بالرسم العقاري سواء كانت نهائية أو مؤقتة لا تسري في مواجهة طرفي العلاقة التعاقدية فحسب، وإنما في مواجهة خلفائهم العامين والخاصين كذلك، وذلك حسب الأحوال المحددة في القانون، وسنحاول من خلال هذه الفقرة أن نبين مظاهر هذه الحجية ومدى اختلافها بين الخلف العام والخلف الخاص وبيان أهمية الحماية القانونية لأصحاب الحقوق في مواجهة هؤلاء الخلفاء معتمدين على بعض المواقف القضائية.

¹ - حسن فتوخ، " الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات "مرجع سابق، ص158.

² - محمد بن الحاج السلي، مرجع سابق، ص361.

³ جاء في الفقرة الأولى من الفصل 87 ما يلي: " كل حجز أو إنذار بحجز عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيد به بالرسم العقاري. وابتداء من تاريخ هذا التقييد لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز..."

⁴ - حسن فتوخ، " الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية"، م س، ص161.

أولاً: الخلف العام

يقصد بالخلف العام من يخلف سلفه الذي توفي في كل ذمته المالية أو في جزء منه، مثل الوارث والموصى له بجزء من التركة كالثالث مع مراعاة قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، والخلف العام لا ينتقل إليه إلا ما تبقى من التركة وفي حدود نصيبه¹.

فالقاعدة المقررة في ق.ل.ع هي أن الحق لا ينتج أثره بين المتعاقدين فحسب، بل في مواجهة الخلف العام كذلك دون المساس بالقواعد المتعلقة بالميراث، ومفاد ذلك أن الحقوق التي ينشأها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت الموروث المتعاقد، أما الالتزامات فتبقى في التركة ولا تنتقل هذه الأخيرة في ذمة الوارث حتى ينقض الالتزام وتكون التركة ظاهرة².

وبما أن الخلف العام ملتزم بتنفيذ التزامات موروثه كما سبقت الإشارة، فإن تقييد الإرث أو الوصية من قبل الورثة أو الموصى له لا يخول لهم الحق في التمسك بحسن النية في اكتساب الحقوق اتجاه ورثة آخرين غير المذكورين بالإرث؛ بحيث يمكنهم أن يبادروا إلى تسجيل دعوى انتسابهم إلى الهالك والمطالبة بمنابهم الشرعي، وإجراء تقييد احتياطي لمقال هذه الدعوى قصد ضمان حقهم بأثر رجعي، بل يمكنهم الاعتماد على حكم أو قرار قضائي بثبوت نسبهم للهالك للمطالبة قضائياً بالحظ الإرثي وإجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى إلى حين البث نهائياً في دعوى النسب³.

والأمر لا يقتصر فقط على الورثة، بل يمتد كذلك إلى الحاجز أو الدائن المرتهن رهناً مؤجلاً أو المشتري من الهالك غير المسجل لشرائه مادام هذا الأخير سبق له أنه رفع دعوى ضد البائع قيد حيات أو ضد ورثته بعد وفاته ترمي إلى تطهير العقار من الحجز إتمام إجراءات البيع⁴.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "...لئن كان عقد البيع غير مسجل في الرسم العقاري لا ينقل الملكية، فإنه يترتب على البائع التزامات شخصية وأهمها ضمان حوز المبيع والتصرف فيه، ونقل ملكيته إلى المشتري، ولما كان الوارث خلفاً للموروث يحل محله في كل مال فتؤول جميع الحقوق التي كانت لموروثه، وتلزمه جميع تعهداته في حدود التركة وليس له أن يدعي على المشتري أي حق على العقار المبيع له من المورث ولا أن يتمسك ضده بعدم تسجيل العقد الصادر له من الموروث في الصك العقاري، والمحكمة لما صرحت بأن المطلوبة أثبتت شراء الأرض موضوع الرسم العقاري من موروث الطالبين وحصلت على حكم نهائي يلزم الطالبين برفع

¹ - أستاذتنا حليلة بن حفو، "الوجيز في النظرية العامة للالتزامات والعقود"، مطبعة قرطبة أكادير، طبعة ماي 2015، ص 167.

² - أحمد حسن البرعي، "نظرية الالتزام في القانون المغربي"، مطبعة دار الثقافة الدار البيضاء، دون ذكر الطبعة، ص 188.

³ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية"، مرجع سابق، ص 170.

⁴ - عبد العزيز بوفراس، "إتمام بيع العقار المحفظ في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش 1999-2000، ص 270.

التقييدات على الرسم العقاري المذكور واعتبرت تواجدها فيه مبررا وأنها غير محتلة له فإنها لم تخرق الفصل 489 المستدل به وعللت قرارها تعليلا كافيا¹.

وفيما يتعلق بالموصى له، فهو يعتبر هو الآخر خلفا عاما وتبقى هذه الصفة لصيقة به وتجعله ملزما بتنفيذ التزامات موروثه فهو يحل محله في الوفاء بالالتزام ومن ثم فلا يمكن اعتباره غير لكي يتمسك بالتقييد بحسن نية في مواجهة المشتري²، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض: "...ولما كان كذلك السيد لافو جيران خلفا عاما لبائع المطلوب، باعتباره المالك الوحيد لتركته كموصى له فإن المشتري محق في توجيه الدعوى ضده مادام أن الوصايا تأتي في الرتبة بعد الديون والحقوق المستحقة للغير ومن جهة رابعة فإن السيد لافو جيران لا يمكنه التمسك بقاعدة التقييد بالرسم العقاري بحسن نية باعتباره خلفا عاما للبائع، كما أن تسجيل التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري بمبادرة من المشتري يحول بدوره دون تمسك الطاعن بنفس القاعدة المذكورة³..."

وبخصوص الحجز العقاري الجاري على عقار الهالك من طرف الدائن وإن كان لا يحول دون تقييد الورثة لإراثتهم بالرسم العقاري المثقل بالحجز المذكور، فإن الخلف العام يكون ملزما اتجاه المشتري بتطهير العقار حتى يتأتى له تقييد شرائه ونقل الملكية إليه، فالخلف العام لا يعد من الغير حتى يمكنه التحلل من التزام الهالك بعله إيقاع حجز على عقار هذا الأخير من طرف الدائن، لأن هذه الإمكانية مخولة فقط للغير الذي يتضرر من التصرفات التي يجريها مدينه من أجل إضعاف الضمان العام للدائنين⁴.

وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض في إحدى قراراتها ما يلي: "لكن حيث أن التصرفات التي يجريها المحجوز عليه والضارة بالغير هي وحدها التي تكون باطلة، أما إذا لم يتضرر أحد من الغير من تصرف المحجوز عليه فيبقى التصرف صحيحا وينتج مفعوله بين الطرفين، وبما أن الطالبين هم خلفاء للهالك في العقار محل النزاع فلا يحق لهم التمسك بالحجز كسبب لإبطال العقد لأنهم ليسوا من الغير وحلوا محل الهالك كطرف في العقد، ولا يمكنهم التحلل من التزامات موروثهم بدعوى الحجز على العقار المبيع⁵."

¹ - قرار عدد 364 بتاريخ 2006/2/2 ملف مدني عدد 2004/3/1/2908، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 67 سنة 2007 ص 82.

² - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية" مرجع سابق ص 175.

³ - قرار عدد 911 مؤرخ في 11-2-1997 ملف مدني، عدد 90/4939 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد مزدوج 54.53 السنة 21، ص 84.

⁴ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية"، مرجع سابق، ص 179.

⁵ - قرار رقم 528 صادر بتاريخ 21/9/1997، أشار إليه حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية مرجع سابق، ص 179.

ثانياً: الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص كل من يخلف سلفه في حق عيني أو حق شخصي كان سلفه دائماً به من قبل¹، فمثلاً المشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، ومن المبادئ العامة أن الحق ينتقل من السلف إلى الخلف الخاص بالحالة التي كان عليها في الذمة المالية للسلف، فلو كان البائع قد رتب على العقار قبل بيعه رهناً رسمياً مثلاً وقيده بالرسم، فإن المشتري يتلقى العقار المبيع وهو مثقل بهذا الرهن، ولكن وفق ضوابط معينة؛ وهي أن يكون تاريخ العقد الذي أبرمه السلف سابقاً على تاريخ العقد الذي انتقل بموجبه الحق إلى الخلف الخاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن الحق مكتملة له؛ أي وثيقة الصلة بالشئ أو الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص²، وسنقتصر الحديث هنا عن مشتري عقار باعتباره خلفاً خاصاً وهو مثقل بالكراء.

فإذا كان المشرع قد أجاز في الفصل 67 من ظ ت ع³ عدم الإضرار بحقوق الغير الأطراف بعضهم على بعض، وإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب التزاماتهم العقدية، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد يتعلق بصفة المشتري للملكية عقار محفظ، ومدى اعتباره غيراً أو خلفاً خاصاً يحل محل سلفه في التحمل بالحقوق العقارية التي يكون العقار مثقلاً بها ولو كانت غير مقيدة⁴.

هنا نجد بعض العمل القضائي قد اعتبر أن المشتري لعقار محفظ خلفاً خاصاً للبائع، وتنتقل إليه جميع الحقوق والواجبات ويحل محل المالك السابق في النزاع القائم بينه وبين المالك، رغم جهل المالك الجديد للنزاع المذكور وتحوزه بالملك المبيع فارغاً وإكراهه للغير وتأسيس هذا الأخير أصلاً تجارياً عليه⁵.

وبالتالي فإن عقد الكراء يظل سارياً في مواجهة المالك الجديد الذي يحل محل سلفه في كل حقوقه والتزاماته الناتجة من الكراء القائم.

أما بالنسبة لاكتسابه لصفة الغير في مواجهة المالك، فإن المشرع نص على وجوب إشهار عقود الأكرية التي تتجاوز مدتها ثلاث سنوات تحت طائلة عدم التمسك بها في مواجهة الغير وهو المالك الجديد باعتباره طرفاً في العلاقة التعاقدية وتعامل بحسن نية على ضوء البيانات الواردة في الرسم العقاري التي لا تتضمن أي إشارة

¹ - رمضان أبو السعود، "مصادر الالتزام"، دار الجامعية الجديدة للنشر الاسكندرية 2003، ص 247.

² - أستاذتنا حليلة بن حفو، مرجع سابق، ص 170.

³ جاء في الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي: "إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

⁴ - حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، مرجع سابق، ص 180.

⁵ - قرار عدد 2418 صادر عن استئنافية البيضاء 2001/3/20 في الملف عدد 99/7118، أشار إليه حسن فتوخ، م س، الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، ص 181.

إلى عقد الكراء¹، ذلك أن المشرع أعطى ضمانات قانونية مهمة لمكتري هذه العقارات، إذ تجاوزت مدة الكراء ثلاث سنوات حيث ارتقى بالحق من مجرد حق شخصي إلى حق عيني، يخول صاحبه الاحتجاج به ضد المكري والأغيار مهما كانت صفتهم ودرجتهم، شريطة تقييد هذا الحق في الرسم العقاري².

وبالتالي فإذا لم يقدم المكتري في تسجيل عقد شرائه بالرسم العقاري فإن أثر عقد الكراء يقتصر على الطرفين فيما بينهما، ولا يمكن أن يمتد إلى المالك الجديد طالما أن المكتري في حد ذاته قد أهمل القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لإشهار حقه الشخصي، أما إذا كان الكراء يقل عن ثلاث سنوات حيث أن المالك الجديد يكون ملزما بالتحمل بكافة الالتزامات في مواجهة المكتري السابق على التفويت ولو كانت العلاقة الكرائية الرابطة بين البائع والمكتري غير واردة في محرر مكتوب.

ومن ثم فإن نطاق الحلول الملزم به المالك الجديد في مواجهة المكتري يكتسب طابعا نسبيا وليس مطلقا؛ إذ أن الحماية المقررة قانونا للمكتري تتوقف من جهة على مدة عقد الكراء، ومن جهة أخرى على الطرف الذي أبرمه ومدته³.

ولا تفوتنا الإشارة إلى أن التقييدات المؤقتة لها كذلك آثار في مواجهة الغير، بحيث أن شأنها شأن باقي التقييدات النهائية، لا يكون لها أثر بين الأطراف أو الأغيار إلا من تاريخ إجرائها بالرسم العقاري، غير أن المشرع قد عمل إلى التطبيق من القوة الثبوتية المطلقة للتقييدات الواردة في الرسم العقاري وجعلها نسبية في مواجهة الغير سيئ النية، ومنع هذا الأخير من التمسك بحجية التقييد الذي تم وفق قرينة حسن النية⁴.

¹ - حسن فتوخ، الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية، مرجع سابق، ص 182.

² عبد المجيد أسويق، مرجع سابق، ص 25.

³ - حسن فتوخ، "الوسيط في شرح القانون المغربي، الجزء الثاني، القواعد المسطرية للتقييد الاحتياطي والحجوز والإنذارات العقارية"، مرجع سابق، ص 185.

⁴ إذا كان حسن النية يفترض دائما مادام العكس لم يثبت طبقا للفصل 477 من ق ل ع، فإن المشرع حصن جميع التقييدات الواردة بالسجل العقاري لفائدة هذا الغير من أي طعن أو احتجاج في مواجهته بحقوق غير مسجلة. غير أنه في مواقف قضائية عديدة أورد استثناءات على مبدأ الحجية المطلقة للتقييدات وأتاح إمكانية الإبطال أو التشطيط في حالة توفر قرائن تثبت سوء نية صاحب الحق المقيد، وهي قرائن يكون الهدف منها إعادة التوازن بين جميع أطراف العلاقة التعاقدية، مما يضمن استقرار المعاملات، ومن ثم تحقيق الأمن القانوني الذي يعد أساس الاستثمار العقاري⁴، ومن بين هذه القرائن التقييدات المؤقتة؛ بحيث تلعب دورا مهما في دحض قرينة حسن النية المفترضة من طرف المشرع، وبالتالي إبطال التصرفات القانونية المبرمة بين الطرفين، والتشطيط عليها من الرسم العقاري. للمزيد من التوسع راجع سعيدة بنموسى، حدود الحماية القانونية والقضائية للغير المقيد عن حسن نية، مقال منشور بدفاتر محكمة النقض، الندوة الوطنية للأمن العقاري، عدد 26 مطبعة الأمانة الرباط، ص 558.

خاتمة

حاولنا تسليط الضوء على ماهية التقييدات المؤقتة؛ بحيث وقفنا في البداية عند تعريفها الذي اختلف فيه الفقهاء من حيث الأسلوب فقط، ذلك أن مختلف هذه التعاريف تتمحور حول الوظيفة الاحتياطية، والحماية التي تقوم بها هذا النوع من التقييدات فهي عرضة ومؤقتة، تنتهي بانتهاء مدة محددة سلفا، أو بتحقيق واقعة تصبح بعدها لاغية، لا قيمة لها، وبالتالي فهي تقييدات مهددة بالزوال.

بعد ذلك انتقلنا للحديث عن طبيعتها القانونية والخصائص التي تمتاز بها وتجعلها تختلف عن التقييدات النهائية، فهي تتسم بالطابع الوقفي وبالأثر الرجعي. كذلك، وقفنا عند شروط إجراء هذه التقييدات؛ فهي ترد فقط على العقارات المحفوظة دون غيرها، كما يجب أن يكون الحق موضوع التقييد المؤقت مكتمل الوجود، لا في طور التكوين.

هذا، وقد خصصنا حيزا لآثار التقييدات المؤقتة، بحيث أن هذه الأخيرة تكتسي حجية فيما بين الأطراف المباشرة في العلاقة التعاقدية، وتسري هذه الحجية كذلك على خلفائهم العامين أو الخاصين الذين يجوز لهم التمسك بها كلما اقتضت مصلحتهم ذلك، من أجل الحفاظ والدفاع عن حقوق التركة، وكذلك في مواجهة الغير الذي يحق له التمسك بالعقد المقيد أو بالتقييد الوارد بالرسم العقاري.

تلکم كانت أهم المحطات التي استوقفنا ونحن نخوض غمار رحلة البحث، وقد قادتنا إلى إبداء مجموعة من الاقتراحات تتعلق بالتقييدات المؤقتة.

أولا: تعديل الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري، وذلك بالتنصيص صراحة على أن الحجز العقاري أو الإنذار العقاري، يمنع المحافظ من إجراء أي تقييد نهائي فقط، ولا يحول بالتالي دون إجراء التقييدات المؤقتة بما فيها الحجز العقاري اللاحقة له أو التقييدات الاحتياطية.

ثانيا: ضرورة حصر نطاق الحجز التحفظي كتقييد مؤقت على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية، لأن توسيعه ليشمل الحقوق العينية على حساب التقييد الاحتياطي تحويلا لمؤسسة التقييد الاحتياطي وتنحيها عن وظيفتها القانونية، كما أن ذلك يعتبر مساسا بحقوق كافة أطراف العلاقة القانونية، وتقليلا للضمانات التي يخولها إياهم التقييد الاحتياطي.

ثالثا: ضرورة توحيد المصطلحات المستعملة في المادة العقارية سواء في النصوص التشريعية، أو في أحكام المحاكم وقراراتها، فكيف يعقل مثلا أن نجد نصوصا قانونية تسمى التقييد الاحتياطي تقييدا أوليا كقانون نزع الملكية لأجل المصلحة العامة وآخر تسميه تقييدا احتياطيا.

رابعاً: إضافة إلى نص لا يحدد الوضعية القانونية للمدين المحجوز عليه واعتباره بائعاً حتى تنطبق عليه التزامات البائع طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

خامساً: ضرورة تدخل المشرع للحسم في ماهية الحقوق للشيء يمكن أن تكون موضوعاً للتقييدات المؤقتة، وذلك للحد من الخلاف الفقهي والقضائي.

ومن شأن هاته الاقتراحات، تحقيق استقرار المعاملات العقارية بين الأفراد، على عدة مستويات: منها الاقتصادي والاجتماعي، ومنها الاستقرار القانوني الذي يدور معه كل ما وجوداً وعدماً، فلما للأمن العقاري من فائدة وتأثير على جذب المستثمرين، وعلى توجهات محاكم الموضوع وقرارات محكمة النقض، فالأمن القانوني يؤثر بما لا يدع مجالاً للشك في الأمن القضائي، بناء على وضوح الغايات والتوجهات التشريعية والنصوص القانونية التي لا تؤدي إلى تباين وأحياناً تضارب القرارات على مستوى محكمة النقض.

التحليل العملي للأثار السلبية للتراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري وكيفية التصدي لها بفعالية

بقلم الباحثة: لطيفة الينبي

طالبة بسلك الدكتوراه مختبر القانون الخاص ورهانات التنمية
بجامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الحقوق بفاس المغرب

مقدمة

يلعب العقار دورا حيويا في تحقيق التنمية المستدامة في شتى تجلياتها، باعتباره الأرضية الأساسية التي تنبني عليها السياسات العمومية للدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، وذلك من خلال توفير الوعاء العقاري اللازم لإنجاز البنيات التحتية الأساسية والمرافق العمومية، وتوفير السكن المتنوع الذي يستجيب لحاجيات مختلف الفئات الاجتماعية والمرافق العمومية، فضلا عن دعم الاستثمار في مختلف المجالات الفلاحية والصناعية والسياحية والخدمات وغيرها¹.

وقد عمل المشرع المغربي على وضع مجموعة من القوانين التي تنظم العقار أهمها ظهير 12 غشت 1913 الذي غير وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07².

هذا الأخير الذي يشكل اليوم إحدى الركائز الأساسية لتثبيت الملكية العقارية وهو نظام مزدوج في هيكلته ومتنوع في طبيعته³، إذ يوجد نظام خاص بالعقارات غير المحفظة⁴، وهناك نظام آخر خاص بالعقارات المحفظة يجد أساسه في نظام الشهر العيني المستمد من نظام تورانس الاسترالي، وينبني نظام التحفيظ العقاري على مجموعة من الإجراءات التي يقطعها العقار غير المحفظ، والتي يكون الهدف من ورائها تأسيس الرسم العقاري الخاص بالعقار، وهو أيضا مجموعة من الإجراءات التي يكون الهدف من ورائها تقييد الحقوق بعد تأسيس الرسم العقاري. ونحن في هذا الصدد سنقتصر على إخلال طالب التحفيظ والمتعرض بالإجراءات القبلية لتأسيس الرسم العقاري دون التي تليها.

¹ المناظرة الوطنية حول "السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية تقرير تركيبي حول واقع قطاع العقار بالمغرب أهم عناصر التشخيص دجنبر 2015 ص، 3.

² الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1391 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف 1.11.177 في 25 من ي الحجة 1432 (24 نونبر 2011)، ص. 5575.

³ ادريس الفاخوري، "نظام التحفيظ العقاري بالمغرب"، دار النشر الجسور وجدة، الطبعة الثانية 2003، ص. 1-2.

⁴ ادريس الفاخوري، "نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14_07"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2013، ص. 1.

وجدير بالذكر، أن مسطرة التحفيظ تتميز بكونها مسطرة إدارية يمكن أن تتخللها مرحلة قضائية ابتداء من إحالة الملف من طرف المحافظ على الأملاك العقارية على كتابة ضبط المحكمة الابتدائية في حالة وجود تعرضات. غير أنه بالرغم من كونها مسطرة إدارية أساسا، يشرف على إجراءاتها المحافظ على الأملاك العقارية والذي يعود له القول والفصل فيها، إلا أن دور طالب التحفيظ فيها أو المتعرض لا يخلو من أهمية بحيث يتعين على من تدخل فيها إتباع العديد من الإجراءات التقنية والقانونية، بغية الحصول على أرضية قانونية وهندسية تمكن من إرساء قواعد الأمن العقاري الذي يعد الوعاء الأساسي لممارسة النشاطات الاقتصادية. فطالب التحفيظ إذا ما اختار تحفيظ عقاره يكون ملزما بالاحتكام إلى جملة من الإجراءات القانونية حددها المشرع المغربي في ظهير 12 غشت 1913 الذي غير وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07.

وما قيل عن طالب التحفيظ يقال أيضا عن المتعرض كطرف قد يتدخل في المسطرة إذا ما تراءت له بوادر حقه في المطلب المزمع تحفيظه وذلك من أجل الحيلولة دون إتمام الإجراءات إلى حين اقتضاء حقه، هذه المكنة القانونية التي لم يتركها المشرع على عواهنها وإنما طوقها بأجال وشروط على المتعرض الاحتكام إليها إن هو أراد استرجاع حقه موضوع طلب التحفيظ.

هذه الإجراءات أعلاه كثيرا ما تكون عرضة للتخلي أو التراخي في استكمالها سواء من طرف طالب التحفيظ أو المتعرض الأمر الذي يرجع بالأساس إلى عدة عوامل متداخلة منها ما هو قانوني واجتماعي وثقافي واقتصادي بالإضافة إلى أسباب أخرى تعود إلى معيقات سياسة التشريع العقاري بالمغرب وقد أورد المشرع في ظهير 12 غشت 1913 الذي غير وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 فصولا تشير إلى حالات التراخي، كيفية تداركها والجزاء المترتبة عن فوات الأجال المحددة والغاية من ذلك كله الحفاظ على قيمة هذه الإجراءات من المؤثرات التي قد تعرقل سيرها العادي الأمر الذي سينعكس بالسلب على الأمن العقاري واستقرار المعاملات العقارية.

من خلال ما أشرنا إليه تظهر لنا أهمية البحث في موضوع التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ ذلك أنه موضوع يتعلق بالواقع المعاش داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية وتعود مسألة التراخي لياس العديد من المواطنين في إيجاد حلول لمطالبهم تارة وامتناع آخرين عن التردد تارة أخرى على المحافظات، بعدما رفضت أو ألغيت مطالبهم فمحاولتنا للكشف عن الأسباب الحقيقية للتراخي تعتبر مفتاحا لتعميم نظام التحفيظ العقاري أو بالأحرى التشجيع عليه بالمغرب ذلك أن معرفة خلفيات أي مشكلة هو الطريق إلى الحل حيث سيتمكن ذلك من تحقيق معالجة ناجعة وفعالة تصيب الخلل بشكل مباشر، لذلك حاولنا أن نقف على هذه الخلفيات التي تعيق عملية التحفيظ بشكل أو بآخر فتشل حركة عملية التحفيظ، على أن نجتهد في طرح بعض المقترحات التي قد تساعد في تخطي إشكالية التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري.

وما يزيد من أهمية هذه الدراسة المتواضعة هو ندرة الدراسات الميدانية السوسولوجية في ميدان التحفيز العقاري بشكل عام، إذ أن جل الدراسات تقتصر على ما هو نظري وقانوني دون الغوص في الواقع العملي الذي يكشف لنا العديد من الاختلالات¹.

هذا فضلا عن الأهمية الاقتصادية والتنموية وحتى الاجتماعية بالنسبة للعقار الذي أصبح يعتبر معيارا مهما لتحديد الثروة إلى جانب المعايير الأخرى.

إن انتقاءنا لهذا الموضوع: "الآثار السلبية للتراخي في إتمام مسطرة التحفيز العقاري"، لم يكن وليد الصدفة وإنما هناك دوافع ذاتية وموضوعية دفعتنا إلى اختياره.

أما الأولى فتتجلى في الميلول الشخصي إلى المواضيع المتعلقة بمعوقات مسطرة التحفيز والرغبة في إيجاد الحلول وسبل التصدي لها، والرغبة في إثراء المكتبة ببحث جديد متعلق بمسألة التراخي وعدم الحزم في استكمال مسطرة التحفيز العقاري، بالإضافة إلى فترة تدريب متواضعة أجريتها داخل المحافظة العقارية والتي سمحت لنا معاينة وضعية الزبناء في قسم العموم حيث أبانت عن غضب واستنكار مجموعة من المواطنين المقبلين على التحفيز العقاري الذين ينتظرون المشورة المفصلة والإجراء المناسب والمرن، بالإضافة إلى أن أغلب الطلبات المتراخي أصحابها إنما تعود إلى أراضي توجد بالعالم القروي، الأمر الذي ولد في نفسي الرغبة في معرفة الأسباب والعوامل التي أحدثت التباين خاصة إذا ما قورن بالعالم الحضري، هذا فضلا عن تجربة موازية داخل مكتب موثق حيث عاينا فيها صعوبات مسطرة التحفيز العقاري والتي يصعب على المواطن العادي الإمام بها جميعها.

أما الثانية فتتمثل في الرغبة في تسليط الضوء على ما هو قانوني بخصوص مسألة عدم استكمال مسطرة التحفيز العقاري في علاقته بالواقع للكشف عن الأسباب والعوامل قصد تطويق ذلك بمجموعة من الحلول الممكن بفضلها تخطي هذا الإشكال بالإضافة إلى تداعيات التراخي في استكمال مسطرة التحفيز العقاري على الأمن العقاري وتهديده لاستقرار المعاملات العقارية.

وكما هو معلوم أن لكل عمل تحدياته وعقباته ونحن بدورنا واجهتنا بعض منها كضيق مجال البحث الذي يتناول جزئية مستنبطة بمفهوم المخالفة من روح التشريع الأمر الذي لا يدع مجالاً للتأويلات أو للانفتاح أكثر وإنما يحتاج إلى الكثير من الدقة. كما أنه وإن كان الانفتاح على ما هو واقعي وميداني أمر جيد إلا أنه من الصعوبات التي واجهتنا خصوصا عملية استجواب المواطنين فيما يفيد ملأ الاستثمارات، إحجامهم عن مدنا بالإجابات الشافية تارة لوجود جهل بهذه الإجراءات وتارة أخرى لوجود تخوف من استغلال معطياتهم خصوصا مع تنامي ظاهرة الاستيلاء على العقارات.

هذه الأهمية التي يكتسبها موضوعنا قيد الدرس والتحليل هي من دفعتنا إلى طرح الإشكالية الآتية:

¹ تأتي أهمية الدراسة القانونية والاجتماعية للقانون من خلال دراسته دراسة واقعية في أساسه وتطور قواعده، تم دراسته أثناء تطبيقه في الواقع العملي، والبحث في العوامل التي تؤثر فيه ومدى تأثيره في سائر النظم الاجتماعية الأخرى.

ما هي العواقب والنتائج المترتبة عن التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري، وكيف يؤثر ذلك على الثقة في القطاع العقاري وعلى الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي؟

ولإحاطة بموضوع التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري سنعتمد مقارنة قائمة على تعدد المناهج¹، ومن بينها المنهج الوصفي والتحليلي والنقدي، وذلك في محاولة لرصد مختلف الجوانب المتعلقة به.

وعليه سنحاول اعتماد خطة التقسيم الثنائي، سنقسم الموضوع إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

- ♦ المبحث الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لظاهرة التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري
- ♦ المبحث الثاني: تأثيرات إشكالية التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ وسبل الحد من تفشيها.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لظاهرة التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري

اختار المشرع المغربي أن تبدأ مسطرة التحفيظ العقاري إدارية وتنتهي إدارية، وأعطى للمحافظ العقاري سلطة وصلاحيات كبيرة. لم يترك المشرع المغربي مسطرة التحفيظ على عواهنها وإنما سن فيها من الإجراءات المقيدة بمجموعة من الآجالات الملزمة سواء للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية أو من قبل المتدخلين في هذه الإجراءات. وسنقوم في هذا المبحث بتخصيص (المطلب الثاني) للحديث عن أسباب التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري، وذلك بعد أن نعرض على الإطار المفاهيمي لنوضح معنى عبارة التراخي (المطلب الأول).

المطلب الأول: مفهوم التراخي وأنواعه

تتعدد التعاريف التي أعطيت للتراخي حتى يكاد يكون البعض منها تكرار للبعض الآخر، إلا أن ما يهمننا في هذا الصدد هو التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري، ولذلك ارتئينا في هذا المطلب أن نعرض لهذا المفهوم لغة واصطلاحاً وأن نميزه عما يشابهه من المصطلحات حيث سنعرض للتعريف لغة واصطلاحاً في (أولاً) ثم أنواعه (ثانياً).

أولاً: تعريف التراخي لغة واصطلاحاً

أ: التراخي لغة²: من مادة (ر.خ.و)، والرخو كلمة مثلثة الراء، أي تأتي بفتح الراء كسرهما وضمهما. والرخو: الهش من كل شيء، والتراخي: مصدر تراخى، وهو التقاعد عن الشيء، والتقاعد عنه، والإبطاء والتأخير فيه، والتهمل وامتداد الزمان، والتأهل وترك الاستعجال والمبادرة.

¹ للمزيد من التفاصيل حول مناهج العلوم القانونية يراجع: عبد القادر قرموش، "مدخل لدراسة العلوم القانونية والاجتماعية"، محاضرات أعدت لطلبة السداسية الأولى حقوق فوج 1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

² زينب جبارة احمد الاسطل، "التراخي في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة"، بحث استكمال درجة الماجستير في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، الجامعة الإسلامية، غزة عمادة الدراسات العليا كلية الشريعة والقانون، ماجستير الفقه المقارن، السنة الدراسية 2017، ص. 1.

ب : التراخي اصطلاحاً¹: لم يذكر الأصوليون تعريفاً محدداً للتراخي لكنهم تحدثوا عنه في ثلاثة مواضع وهي: الأمر والرخصة ومعنى ثم باب معاني الحروف.

ولم يفرد الفقهاء القدامى التراخي كمصطلح - بتعرف محدد في كتبهم في حدود علمي - وذلك إما لأن التعريف الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، أو لوضوح المعنى عندهم، فيكون توضيح الواضح مشكلاً كما يقال، وقد عرفه من جاء بعدهم بتعريف لم يخرج عن المعنى اللغوي السابق كثيراً، فقد عرف بأنه: "جواز تأخير الفعل عن وقته الأول إلى ظن الفوت".

فكلمة جواز تفيد حكماً شرعياً، والشائع في التعريفات ألا تتحقق عن حكم شرعي، إلا إذا كان هناك سقف زمني وهذا يصدق غالباً على العبادات.

وتأخير الفعل عن وقته الأول: يشمل التراخي والتأخير أيضاً على حد سواء.

وإلى ظن الفوت: لا إلى تحققه، فيخرج التأخير.

والواضح أن هذا التعريف بحاجة لشيء من التعديل ليصبح جامعاً مانعاً، فيصبح: تأخير الفعل عن وقته الأول إلى ظن الفوت.

أما في المعنى القانوني فيمكن أن نستشفها من سياق النصوص القانونية، وذلك عند تعذر القيام بالواجب والالتزام، فالإزام المشرع المغربي لطالب التحفيظ أو المتعرض بالقيام بمجموعة من الالتزامات والوثائق في آجال محددة يفيد بمفهوم المخالفة أنه إذا تعذر القيام بها لسبب أو لآخر فإننا سنكون بصدد الحديث عن التراخي، ومثال على ذلك: إذا لم يقدم طالب التحفيظ ما يثبت تملكه الفعلي والجاد للعقار من وثائق ورسوم أو إذا لم يحضر عملية التحديد إلى غيرها من الالتزامات. والتراخي نوعان منها ما يمكن إدراجه في خانة حسن النية ومنها ما يعزى إلى سوء النية.

ثانياً: تقسيم التراخي باعتبار الإرادة

لا يلجأ طالب التحفيظ أو المتعرض للتراخي دائماً عن قصد وإرادة وإنما قد يكون وراء تراخيم دوافع وأسباب تجعلهم يتقاعسون عن إتمام مسطرة التحفيظ العقاري لذلك سنقوم بالتمييز بين التراخي الإرادي أو الاختياري (أ) على أن نميزه بعد ذلك عن التراخي الإجباري (ب).

1. التراخي الاختياري: وهو التراخي الخالي من المؤثرات الخارجية، العائد بالأساس إلى اختيار ورغبة طالب التحفيظ أو المتعرض بحيث يكونان على معرفة ودراية تامة بالإجراءات اللازمة من احترام الآجال وتقديم للوثائق وتجسيد للحضور في بعض محطات التحفيظ العقاري إلا أنهما يتقاعسان عن ذلك، والغالب في هذه الحالة أن يكون السبب راجع لسوء نية المتراخي طالب تحفيظ كان أو متعرض حيث أنهما وبعد مباشرة الإجراءات قد يظهر المالك الحقيقي بمؤيدات أقوى فلا يجدان حينها حلاً آخر غير التراخي خوفاً من الجزاء.

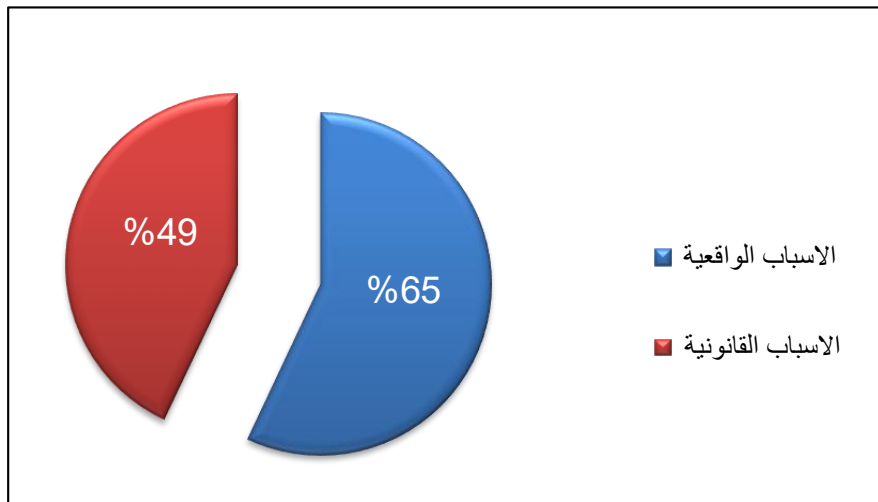
2. التراخي الإجباري: وهو التراخي العائد لمؤثرات خارجة عن إرادة المتدخلين في مسطرة التحفيظ، بحيث وإن كان سواء طالب التحفيظ أو المتعرض يرغب فعليا في إتمام إجراءاته إلى أنه قد يواجه أثناء ذلك ما يقف حائلا بينه وبين تحقق غايته، والمؤثرات كثيرة منها ما هو قانوني ومنها ما هو واقعي، بالإضافة إلى مؤثرات قد تعود لأسباب أخرى سنعرض لها في المبحث الثاني من هذا الفصل بشيء من الشرح من التفصيل. ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه في هذه الحالة غالبا ما يكون الشخص المتراخي حسن النية بخلاف الحالة الأولى.

المطلب الثاني: الأسباب القانونية والواقعية لظاهرة التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري

إذا كان التوجه التشريعي الجديد في المغرب يهدف إلى تعميم نظام التحفيظ العقاري، فإنه من الأهمية بمكان معرفة الاختلالات والصعوبات التي تعترض طريق تحقق ذلك، حتى نستطيع الوقوف عند مكان الخلل لمعالجتها وتخطيها وإذا كان الدليل الواضح لتحقيق سياسة تعميم نظام التحفيظ العقاري هو إقبال عدد كبير من المواطنين على المحافظات العقارية قصد تحفيظ عقاراتهم، فإنه وبمفهوم المخالفة فإن عزوفهم وتراخيهم عن إتمام مسطرة التحفيظ العقاري يفيد هدم ما تسعى إلى تكريسه الدولة ولذلك ارتأينا قصد النهوض ودعم سياستها وهدفها المنشود أن نقف وراء الأسباب والدوافع التي تحرك المتدخلين في مسطرة التحفيظ العقاري من طلاب التحفيظ والمتعرضين فتحول بينهم وبين رغبتهم في تحفيظ عقاراتهم، لأن من شأن معرفتها وتقصيها التوصل إلى حلول وآليات جديدة تساعد على تكريس ما يسعى بتعميم نظام التحفيظ العقاري.

هذه الدوافع لا يمكن معرفتها نظريا وإنما عمليا، من خلال دراسة ميدانية، اعتمدنا فيها على أسلوب المقابلة أولا من خلال تسليط الضوء على فئات مختلفة من المجتمع المغربي داخل المحافظات، واستنطاقهم بمجموعة من الأسئلة المفتوحة حتى لا يكون الشق النظري وحده المعتمد وأسلوب الاستبيان حاولنا من خلاله استطلاع الرأي العام وتطويرهم بسلسلة من الأسئلة المحددة التي ستفيدنا في هذا المضمار، لكي نستطيع تقريب القارئ أكثر مما هو واقعي.

رسم بياني يوضح الأسباب الحقيقية وراء تفشي ظاهرة التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري



قصد الوصول إلى معطيات المبيان أعلاه، قمنا بتحليل عينة تعادل 150 شخصا وذلك باعتمادنا على أسلوب المراقبة والاستبيان، منهم 52% شخص باثروا عملية التحفيز العقاري، ومنهم 48% آخرون لهم علاقة بمن قاموا بتحفيز عقاراتهم من أفراد العائلة أو وكلاء عنهم أو موظفين داخل الوكالة الوطنية للمحافظ العقاري، حتى تكون النتائج المتوصل إليها حصرية ودقيقة، ذلك أن موضوع التراخي في إتمام مسطرة التحفيز العقاري وما يقف خلف ذلك من أسباب لا يمكن الوصول إليها إلا من خلال استفتاء من لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالموضوع، كما توصلنا إلى نسبة 45% من الأشخاص الذين واجهتهم مشاكل أثناء مباشرتهم لعملية التحفيز فحاولنا عرضها وفهمها ثم ربطها بموضوعنا قيد الدرس والتحليل ذلك أن عمومية المشاكل التي قد تواجه المواطن أثناء مباشرتهم لعملية التحفيز هي من ستسعيننا لجرد خصوصيتها المؤدية تحديدا إلى تحقق إشكالية التراخي في إتمام مسطرة التحفيز العقاري، وكما هو واضح في المبيان المدرج، نجد أن الأسباب الواقعية نسبتها 65% في حين أن القانونية 49%، وهذا ما يفيد أن الخلل يعود بالأساس إلى ما هو مرتبط بالواقع المعاش أكثر مما يعود إلى ما هو قانوني.

المبحث الثاني: تأثيرات إشكالية التراخي في إتمام مسطرة التحفيز وسبل الحد من تفشيها

يؤدي نظام التحفيز العقاري دورا مهما في إرساء دعائم قانونية صلبة للملكية العقارية، كما يساهم في تجاوز كل المشاكل التي يعرفها العقار غير المحفظ، لذلك نجد العديد من الفقهاء ينادون بفرض إلزامية هذا النظام وبالتالي تعميمه، إلا أن عوامل عدة تحول دون الوصول إلى هذا المبتغى مما يؤدي ذلك إلى تعميق أزمة الازدواجية. ويعتبر التراخي في إتمام مسطرة التحفيز العقاري من الأسباب التي تساهم في تكريس هذا الوضع السلبي خاصة عندما يتم إلغاء أو رفض مطالب التحفيز أو التعرضات.

المطلب الأول: الآثار المترتبة عن التراخي في إتمام مسطرة التحفيز العقاري

يعد العقار ثروة هامة ومحركا ضروريا ودعامة لتحقيق الإقلاع الاقتصادي الوطني وإقامة مختلف البنيات التحتية والتجهيزات العمومية. كما تبنى عليه سياسة الدولة في مجال التعمير والتخطيط العمراني. وهو الآلية الأساسية لضمان حق المواطنين في السكن، كما يعتبر الوعاء الرئيسي لتحفيز الاستثمار المدر للدخل والموفر لفرص الشغل ولانطلاق المشاريع الاستثمارية في مختلف المجالات الصناعية والفلاحة والسياحية والخدماتية وغيرها، ونظرا للأهمية الاقتصادية والقيمة المالية والاجتماعية التي يتميز به، فقد أولت له كل التشريعات في العالم والمواثيق الدولية والإقليمية الأهمية البالغة حرصا منها على حمايته وحصانته من كل وقائع التعدي وضروب الغصب والاستيلاء¹. وهو ما أكدته إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، الذي كرس مبدأ ضمان الملكية الخاصة وحرية التملك باعتبارهما حقين أساسيين، حيث نصت المادة 17 منه على أنه: لما كانت الملكية حقا مقدسا ولا يمكن المساس بها، فإنه لا أحد يمكن أن يحرم منها إلا إذا تطلبت الضرورة العامة ذلك. ويعتبر إلغاء

¹ لذكراري محمد، "حكمة العقار بين هشاشة التشريع و سطوة الاستيلاء"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.maroclaw.com بتاريخ 30 نوفمبر 2017 الساعة 10:38م.

مطلب التحفيظ ورفضه من الأسباب التي تساهم في تكريس أزمة ازدواجية نظام التحفيظ وهذا ما سنحاول تناوله في هذا المطلب من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: انعكاسات التراخي على المتدخلين في مسطرة التحفيظ

أولاً: إعادة العقار إلى الوضع السابق على تقديم مطلب التحفيظ

يترتب عن وضع حد لمطلب التحفيظ انعكاسات سلبية، تلحق كل المعنيين بمسطرته ونخص بالذكر، طالب التحفيظ ويفترض فيه أنه المالك الحقيقي المراد تحفيظه، ويبقى طالب التحفيظ مالكا طيلة سريان مسطرة التحفيظ إلى أن تثبت ملكيته بشكل قاطع بمقتضى قرار التحفيظ أو يتعرض مطلبه للإلغاء.

لهذا، فإن صفة طالب التحفيظ تدور مع مآل مطلب التحفيظ وجودا وعدما¹، فإذا تكللت هذه المسطرة بقرار التحفيظ، ستتحول صفة طالب التحفيظ إلى صفة مالك العقار ملكية قاطعة بمقتضى الرسم العقاري الذي يعتبر سنداً نهائياً وغير قابل للطعن، أما إذا تعثرت مسطرة التحفيظ كان يتقاعس طالب التحفيظ عن مواصلة مسطرة التحفيظ العقاري وعدم الحضور إلى عمليات التحديد أو وقوع نزاع حول الملك طبقاً للفصلين 23 و 50 من قانون التحفيظ العقاري، أن يكون مآل التحفيظ الإلغاء².

لكن هل إلغاء مطلب التحفيظ يسري كذلك على المتعرض؟

المتعرض هو شخص ينازع طالب التحفيظ في ملكيته للعقار موضوع مسطرة التحفيظ، أو في هذا الحق أو في وجود حق عيني عليه³، وفي حالة وجود تعرض ضد مسطرة تحفيظ المطلب الملغى فالأمر هنا يختلف، ذلك أن التعرض يكون مصيره الإلغاء أيضاً، إذ أن الفرع يتبع الأصل في عدم التعرض بانعدام المطلب⁴. هذه المنازعة تمنع أحياناً طالب التحفيظ من متابعة مسطرة تحفيظ عقاره، ليقينه من صحة التعرض وعدم جدية مطلبه، في هذه الحالة يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بإلغاء مطلب التحفيظ بالتبعية يلغي معه التعرض⁵، ويكون الهدف من ورائه إيداع طلب جديد حتى يتمكن من التهرب من آثار التعرض الذي سيجره لا محالة إلى ساحة القضاء⁶.

ويترتب عن إيداع مطلب التحفيظ انطلاق إجراءات مسطرة التحفيظ وإعطاء العقار المراد تحفيظه وضعية قانونية خاصة سماها الفصل 84 من قانون 14,07 "في طور التحفيظ"، لكن قرار إلغاء مطلب التحفيظ

¹ محمد فليحي، "قرار التحفيظ بين صحة المستندات وسلامة الإجراءات"، مجلة التحفيظ العقاري، العدد 6 سنة 1997، ص. 37.

² محمد حداد، مرجع سابق، ص. 135 ويترتب عن ذلك زوال صفة طالب التحفيظ.

³ المصطفى الكلية، "خصوصيات المسطرة في قضايا التحفيظ"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2009_2010، ص. 35.

⁴ عبد الحق أبو حفص، مرجع سابق، ص. 13.

⁵ محمد الحداد، مرجع سابق، ص. 13.

⁶ وجمعة زفو، "آثار نظام التحفيظ على تداول الملكية، مقارنة قانونية عملية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2011_2012، ص. 75.

يؤثر في الوضع القانوني للعقار إذ يخرج من نظام العقار في طور التحفيظ ويرجعه إلى وضعه القانوني السابق وهو نظام غير محفظ¹.

ثانيا: أثر الإلغاء على المتدخلين في عملية التحفيظ العقاري

إن تأثير التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري وما يترتب عنه من إلغاء للمطالب ورفضها لا يقف عند حد طالب التحفيظ والمتعرض فقط، وإنما ينسحب إلى كل متدخل في هذه المسطرة، بما فهم: المحافظ على الأملاك العقارية، المهندس، المساح الطبوغرافي، المحلف، الموظفين داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، ذلك أن كل عملية تحفيظ باءت بالفشل هي في المقابل جهد ونفقات ضائعة، فالمحافظ على الأملاك العقارية عندما يقوم بفحص المستندات ويطلب أخرى قصد استكمال الملف فلا يأتي بها طالب التحفيظ يكون قد أضاع الجهد في ذلك ونفس الشيء بالنسبة لطالب التحفيظ الذي لا يحضر عملية التحديد مرتين متتاليتين يحرم من استرجاع المبالغ التي أداها قصد الشروع في عملية التحفيظ، بما في ذلك: المهندس، المساح الطبوغرافي، المحلف الذي يحضر عملية التحديد، فلا يصادف طالب التحفيظ حاضرا يكون بدوره قد أضاع وقته وجهده، ثم إن لهذا التراخي تأثير أيضا على طلاب التحفيظ والمتعرضين الجادين في طلباتهم حيث سيتأخرون عن إجراءاتهم بالتبعية.

الفقرة الثانية: انعكاسات التراخي على سياسة التحفيظ العقاري

أولا: عرقلة الأهداف المتوخاة من التحفيظ العقاري

إن تعميم التحفيظ في الواقع لا يعني فقد الوصول إلى تحفيظ كل العقارات، ولكن يعني أيضا توضيح الوضعية العقارية على مستوى شمولي، وبالتالي تعميم الأرضية القانونية الهندسية الصلبة للملكية العقارية، أو بتعبير آخر فإنه يعني تعميم معرفتنا بالواقع العقاري وهياكله وارتكاز هذه المعرفة على واقع صلب ومعطيات مؤكدة وقائمة وحالة، لا فقط على واقع يتأرجح بين التعقيد وعدم الاستقرار أو على توقعات وافتراضات محتملة فقط².

إذا، فتعميم نظام التحفيظ يهدف إلى شمول هذا الأخير لكافة الأنظمة العقارية وبالتالي وضع أساس قانوني صلب لا يبقى معه المجال للحديث عن عقار محفظ وعقار غير محفظ³، ومن تم فالتعميم يفرض نفسه وهو مطلب ينادي به الجميع ولم تعد منافعه تخفى على أحد، وهو يضع حدا نهائيا للأسباب التي تؤدي إلى ضياع الحقوق في الملكية⁴.

¹ عبد العالي دقوقي، مرجع سابق، ص. 107.

² محمد ابن الحاج السلي، مرجع سابق، ص. 319.

³ عبد العالي دقوقي، مرجع سابق، ص. 32.

⁴ انظر أهمية تعميم نظام التحفيظ العقاري من خلال الإحصائيات ونتائجها التي أوردها الطالب نبيل لبيب، "انعكاس إجبارية التحفيظ العقاري على سياسية التحفيظ العقاري بالمغرب -دراسة تقييمية-"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث الدراسات في الطفل والأسرة والتوثيق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2018_2019م، من ص. 116 إلى ص. 126.

والإلزامية التي صدرت بالنسبة لبعض أنواع العقارات والاختيارية للبعض الآخر هي جزء من الهدف الاستعماري لسلطة الحماية، حتى يسهل لها السيطرة على مجموعة من الأراضي الفلاحية الجيدة وغيرها، باستعمال الوسائل القانونية كما وردت في قانون التحفيظ العقاري¹. إلا أن تعميم نظام التحفيظ العقاري يواجه عدة صعوبات من بينها طول المساطر الإدارية والقضائية وكمثال على ذلك. إضافة إلى اختيارية التحفيظ ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية كالتحفيظ في مناطق الضم، وإن كانت هناك العديد من الصعوبات والمشاكل سواء على مستوى تنظيمها القانوني والذي يعرف العديد من الثغرات قلما نجده في نصوص قانونية أخرى، أو على مستوى إنجازها المادي من طرف الجهات المكلفة بهذا الإنجاز والتي تتميز بتعددتها وتداخل اختصاصاتها².

فبالرجوع إلى الفصل 13 من ظهير 30 يونيو 1962 المتعلق بضم الأراضي الفلاحية³، نجد أن صدور مرسوم المصادقة من طرف رئيس الحكومة على مشروع الضم بعد مناقشته في المجلس الحكومي أمر من شأنه تكريس تعدد الجهات المتدخلة في عملية الضم فضلا عن المساهمة في إطالة عملية الضم، ليس فقط في جانبها المادي، بل حتى القانوني وما يترتب عنه من نتائج سلبية تحول دون حماية مصالح الأطراف، بالنظر إلى ما ينتج عن عملية الضم من آثار على هؤلاء من بدايتها إلى حين المصادقة على مشروع الضم، وخاصة إذا التزمت اللجنة بالقيام بالعمل المطلوب من طرف رئيس الحكومة، لتفاجئ بعد ذلك برجوع الملف إليها لإضافة تعديلات جديدة، بل الأكثر من ذلك قد يحظى المشروع بالقبول والمصادقة بمجرد توجيهه إلى وزير الفلاحة، أو رئيس الحكومة، إذ يمكن لهذا الأخير أن يرفض المصادقة عليه وذلك بسبب من الأسباب كتجاوز لجنة الضم حدود اختصاصاتها الترابية والمحددة في نطاق القطاع محل عملية الضم قيامها بإنجاز أشغال قطاع آخر مجاور لا يشمل المرسوم⁴. كما نجد الإشكال المتعلق بعملية التحديد الإداري التي وإن كان المشرع المغربي قد حدد مدة بداية أشغاله فإنه لم ينص صراحة على الحيز الزمني لإنجاز هذه العملية⁵.

أما بالنسبة لمؤسستي رفض وإلغاء مطالب التحفيظ يمكن اعتبارهما من بين العوامل التي تؤثر بشكل كبير على تعميم نظام التحفيظ العقاري كيفما تكون الأسباب الداعية إلى رفض أو إلغاء مطالب التحفيظ، إذ أن رفض

¹ Andre Mesurreur, « la propriété foncier au Maroc librairie Vuibert », Paris 1921, p. 26.

² محمد الزخوني، "ضم الأراضي الفلاحية بين إصلاح الهياكل العقارية ومتطلبات التنمية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، سنة 2004/2005، ص. 92.

³ الفصل 13 من ظهير 30 يونيو 1962 المتعلق بضم الأراضي الفلاحية قصد المصادقة عليه "تحدد اللجنة بصفة نهائية مشروع الضم بعضها ببعض ثم يعرضه على وزير الفلاحة للمصادقة عليه بموجب مرسوم، وإذا طلب رئيس الحكومة إدخال تعديل على المشروع فيرجع إلى اللجنة التي تقوم بعملها طبقا للكيفية المبينة في المقطع الثاني من الفصل 11".

⁴ محمد الزخوني، "ضم الأراضي الفلاحية بين إصلاح الهياكل العقارية ومتطلبات التنمية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة العقار والعقود، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2004 / 2005، ص. 29.

⁵ حيث نص في المادة 20 من المرسوم التطبيقي 25 يوليوز 1962 الخاص بضم الأراضي الفلاحية "لا تقبل بعد مضي 6 أشهر تبتدئ من يوم نشر المرسوم الصادر بالمصادقة على تصميم الضم أي تعرض أو طلب للتقييد".

مطلب التحفيظ يحول دون إخضاع العقار لمسطرة التحفيظ العقاري، أما بالنسبة للإلغاء فإنه يرجع العقار إلى ما كان عليه ولو كان المحافظ على مقربة من اتخاذ قرار التحفيظ، وبالتالي حرمان العقار الذي بدأ في مسطرة التحفيظ من إخضاعه لنظام التحفيظ العقاري وإرجاعه إلى نظام العقار غير المحفوظ وما تتميز به العقارات الغير المحفوظة من الوضعية القانونية والمادية الهشة، وبالتالي فعدم تحفيظ العقار يعد عائقاً أمام الاستثمار إما بسبب تخوف المعنيتين من المنازعات القضائية أو عدم حصولهم على قروض بنكية لتمويل مشاريعهم، لأن مؤسسات التمويل تشترط أن يكون العقار المعني بالاستثمار محفوظاً قبل منح أي قرض، فالاستثمارات الأجنبية تتطلب الرصيد العقاري الكافي والخالي من النزاعات¹. لذلك، يتطلب الأمر حلولاً قانونية تسير في اتجاه تقليص دور المحافظ من إلغاء مطالب التحفيظ ويجب التضييق من حق المحافظ في رفض مطلب التحفيظ، لأن التعميم يحتم ذلك وحتى لا يضطر طالب التحفيظ إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بإلغاء قرار المحافظ². ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى الأخطاء التي قد تصدر عن المحافظ على الأملاك العقارية قد تكون في بعض الأحيان سبباً في عرقلة التعميم ويتمثل هذا الخطأ بالأساس في ارتفاع نسبة طلبات استرداد وجيئات المحافظة العقارية المستخلصة نتيجة خطأ أو إغفال، حيث أشار السيد المحافظ العام³ إلى أن كثرة الأخطاء المرتكبة في مجال استخلاص وجيئات المحافظة العقارية يؤثر سلباً ويضعف من المجهودات التي تبذلها الوكالة من أجل تحسين جودة الخدمات المقدمة لفائدة المرتفقين، بالإضافة إلى عدم وجود مكاتب توجيهية خاصة غير مصلحة العموم والتي قد يحقق توفرها مزايا عديدة أبرزها تقلص نسبة الطلبات المرفوضة أو الملغاة.

ثانياً: تأثير التراخي على التدبير العمراني

إن النتائج التي يسفر عنها التراخي هي عودة العقار إلى وضعيته السابقة، أي وضعية العقار الغير المحفوظ هذا الأخير التي يعرف نزاعات لا حد لها، فتتكاثر بذلك الدعاوى المتنازع فيها حول استحقاق العقار وذلك لتفشي ظاهرة التواطؤ والغش والتدليس.

فالعقود العدلية التي يعتمد عليها لإثبات حق الملكية لا تتوفر على المعلومات المدققة للعقار لا من الوجهة القانونية ولا من الوجهة الطبوغرافية، كما أن السجلات العقارية ليست مضبوطة الضبط الكافي الذي ييسر إمكانية الرجوع إليها واعتمادها. وهو ما يعرقل عملية الاطلاع على العقارات وتتبع وضعيتها ومعرفة مالكيها الحقيقيين. ونضيف إلى هذا ضعف الهياكل المشرفة على تطبيق هذا النظام، الشيء الذي نتج عنه عدم تقنين

¹ عطار المختار، "قانون التحفيظ العقاري والتجزئة العقارية أي ضمان للاستعمار التجزئة العقارية والتعمير"، مارس 2001/2002، مطبعة وليلي للطباعة والنشر والوراق، ص. 21 وما بعدها.

² أحمد أجديرة، مرجع سابق، ص. 85.

³ مذكرة عدد 01/2020 رقم 000099 بتاريخ 6 يناير 2020 بشأن طلبات استرداد وجيئات المحافظة العقارية المستخلصة نتيجة خطأ أو إغفال.

هذه القواعد ثم اختلاف الآراء الفقهية والقضائية بشأنها¹، كما أنه في إطار العقار غير المحفوظ يصير من الصعب جدا إجراء أبحاث ودراسات عقارية دقيقة تخدم إنجاز وثائق التعمير.

أما على مستوى تنفيذ وثائق التعمير فإنه يصعب تحديد ملاك الأراضي الواقعة عليها التجهيزات والمرافق العمومية والطرق والمساحات الخضراء وغيرها من المكونات الأساسية للوثيقة التعميرية خاصة عندما يتعلق الأمر بسلك مسطرة نزاع الملكية². إذا كانت هذه - باختصار - بعض أهم السلبيات التي قد تعرقل تنفيذ وثائق التعمير بالنسبة للعقار غير المحفوظ، فإن هذا الأخير لا يخلو كذلك من إيجابيات يستنتج بعضها من نقائص العقار المحفوظ.

ثالثا: تأثير التراخي على النظام المالي والاقتصادي للمغرب

يترتب عن وضع حد لمطلب التحفيظ انعكاسات سلبية، تلحق كل المعنيين بمسطرته ونخص بالذكر طالب التحفيظ، فكل شخص تقدم لدى المحافظة العقارية بطلب يرمي إلى تحفيظ حقه العيني، يسمى طالب التحفيظ يفترض فيه أنه المالك الحقيقي للحق المراد تحفيظه، ويبقى طالب التحفيظ مالكا طيلة سريان مسطرة التحفيظ، إلى أن تثبت ملكيته بشكل قاطع بمقتضى قرار التحفيظ، أو يتعرض مطلبه للإلغاء. لهذا، فإن صفة طالب التحفيظ تدور مع مآل مطلب التحفيظ وجودا وعدما. فإذا تكللت هذه المسطرة بقرار التحفيظ، ستتحول صفة طالب التحفيظ إلى مالك العقار ملكية قاطعة بمقتضى الرسم العقاري الذي يعتبر سنداً نهائياً وغير قابل للطعن أما إذا تعثرت مسطرة التحفيظ كأن يتقاعس طالب التحفيظ عن مواصلة الإجراءات أو عدم الحضور إلى عمليات التحديد أو وقوع نزاع حول الملك طبقاً للفصلين 23 و50 من قانون التحفيظ العقاري، يمكن أن يكون مآل مطلب التحفيظ الإلغاء، ويترتب عن ذلك زوال صفة طالب التحفيظ.

المطلب الثاني: الحلول والبدائل المقترحة في بعض الأنظمة المقارنة للحد من إشكالية التراخي

سنحاول في هذا المطلب أن نعرض لمجموعة من الحلول والبدائل وذلك بالانفتاح على تجارب بعض الأنظمة المقارنة للحد من إشكالية التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري مثل التجربة التونسية للاستفادة من حلولها الناجحة لتخطي هذه الإشكالية.

حيث يمتاز مشروع التحفيظ العقاري التونسي عن نظيره المغربي في تنصيبه على إعلام العموم بواسطة الجريدة الرسمية بالتاريخ المعين للتحديد ويتم ذلك قبل عشرين يوما على الأقل³.

أضف إلى ذلك أن التشريع التونسي العقاري يدرج في خلاصة مطلب التحفيظ المنشورة بالجريدة الرسمية بيان ينص على تاريخ إشهار هذا الإعلان أي الإعلان الخاص بإشهار خلاصة مطلب التحفيظ بالجريدة الرسمية

¹ محمد الوكاري، "العقار والمجال الحضري"، مقال منشور بمجلة مجلة أبحاث، العدد 14 السنة الرابعة 1987، ص. 100.

² أحمد مالكي وعبد الواحد الإدريسي، "العقار غير المحفوظ وآثاره على تنفيذ وثائق التعمير"، مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2004، ص. 77.

³ راجع الفقرة السادسة من الفصل 323 من مجلة الحقوق العينية التونسية.

وإلى انتهاء أجل قدره شهرين من تاريخ نشر الإعلان المتعلق بختم عمليات التحديد بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية فإن التعرضات تقدم للمحكمة مصحوبة بالمؤيدات.

وأجد أن إشهار هذا البيان ضمن خلاصات مطالب التحفيظ له أهمية حمائية ولكن للأسف لا نجد نظير لهذا البيان في خلاصات مطالب التحفيظ المنشورة في الجريدة الرسمية المغربية، باعتبار أن المشرع المغربي نص في ظهير التحفيظ العقاري على أن نشر التعرضات على مطالب التحفيظ المقدمة إلى الجهات المختصة يتم خلال أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر الإعلان عن انتهاء التحديد المؤقت في الجريدة الرسمية (الفصل 23 من ظهير التحفيظ العقاري).

وفي هذا الصدد، يقول الأستاذ محمد خيرى بأن مطالب التحفيظ التي يتم نشرها بالجريدة الرسمية غالبا ما تكون مذيلة بتنبيهه نصه كالآتي إن تواريخ التحديد تعلن للعموم في الوقت اللازم بواسطة إعلانات تعلق بمصلحة المحافظة العقارية والمحكمة الابتدائية وبمكتب القائد وبواسطة الإشهار بأسواق الناحية، كما ترسل استدعاءات خصوصية للمجاورين المبينة أسماؤهم في مطلب التحفيظ أما الأشخاص الذين يريدون معرفة اليوم المعين لإجراء التحديد فلهم أن يطلبوا ذلك من مصلحة المحافظة العقارية¹. غير أنه باطلاعنا على خلاصات مطالب التحفيظ المنشورة بالجريدة الرسمية لم نجد فيه هذا التنبيه، واعتقد أنه نادرا ما يتم الإشارة إليه في خلاصة مطلب التحفيظ، وعليه نأمل أن يتم على الأقل شهر هذه الخلاصة بهذه الجريدة مصحوبة بالتنبيه أعلاه.

الملاحظ أن المشرع العقاري اللبناني اعتمد على نفس الجهات المكلفة بالتعليق التي نص عليه نظيره التونسي والمغربي، كما يلاحظ بأن إجراءات التعليق في التشريع العقاري اللبناني هي الأكثر توافقا مع إجراءات التعليق في التشريع المغربي، ولكن هذا لا يمنع من إننا قد لمسنا اختلافات طفيفة بين إجراءات التعليق المعتمدة لدى المشرع العقاري اللبناني ونظيره المغربي

من جانب الوسائل المعتمدة في توجيه الاستدعاءات، نجد المشرع العقاري التونسي على خلاف مشرعنا المغربي لم يقيد عملية استدعاء طالب التحفيظ لحضور عملية التحديد بوسيلة معينة أي أن لا يتوقف ديوان في الأراضي باعتباره الجهة المكلفة بهذه المهمة على طرق الاستدعاء العادية وإنما أن يقوم بجميع وسائل التبليغ، والحضور إلى محل طالب التحفيظ الأصلي أو المختار بنفسه إن اقتضى الحال².

إن تعميم التحفيظ توصية سال عليها مداد الكثير من الفقهاء، لكن تحقيق هذا المبتغى في الظرف الراهن ليس بالأمر الهين لعدة أسباب نذكر منها:

¹ محمد خيرى، "قضايا التحفيظ العقاري.."، مرجع سابق، ص. 162.

² منير الفرشيشي، "في القانون العقاري التونسي: التشريع وآليات التطبيق"، الجزء الثاني، الملكية العقارية في التسجيل العقاري، دار محمد علي الحامي للنشر، سنة 2010، ص. 196.

- ضعف الوسائل المادية والبشرية التي تتوفر عليها حاليا المحافظة العقارية من أجل فحص طلبات التحفيظ بشكل عاجل، فكيف سيكون الوضع لو كان التحفيظ إجبارياً¹؛
- تعقد المسطرة وطول مراحلها. ولذلك فإننا نقترح في هذا الصدد بعض النقاط التي قد تساهم - لا محالة - في تيسير التدخل العمومي في هذا الشأن، إن تم توظيفها في نظام التحفيظ العقاري كما يلي²؛
- الاستفادة من التقدم المعلوماتي في تطوير أنظمة المسح العقاري وترقيم كل المعطيات في أفق إدماج هذه الأنظمة ضمن نظم المعلومات الجغرافية S.I.G دون تمييز بين السجلات العقارية والعمليات المساحية؛
- الرفع من عدد المحافظات العقارية لتقريبها من المواطنين حتى لا يكون البعد وتكاليف السفر حاجزا أمام الملاك في تحفيظ عقاراتهم، وكذا الزيادة في عدد الأطر ذات الكفاءة من تقنيين ومهندسين وموثقين ومن عدد القضاة المختصين في الميدان العقاري، وزيادة البرامج التكوينية لفائدة العاملين بالمصالح المكلفة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري محافظات كانت أو مصالح هندسية، خاصة وإننا نعرف ثلة هذه البرامج الأمر الذي يؤدي تجميد إمكانياتهم ومؤهلاتهم النظرية والعلمية³.
- التأكيد على ضرورة إنجاز عملية التحديد والمسح في وقت وجيز وذلك بالاستفادة من التقنيات المستجدة في هذا المجال خاصة نظام التموضع الشمولي G.P. S؛
- حسن استقبال المواطنين داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية؛
- السعي إلى تبسيط مسطرة التحفيظ العقاري وجعلها أكثر مرونة تتلاءم ومتطلبات المقبلين على عملية التحفيظ العقاري؛
- إقرار آليات أخرى تحفز على التحفيظ كمنح تخفيضات لمن يقوم بإتمام إجراءاته دون تماطل أو تراخي؛
- وضع استراتيجية للانتهاء من معضلة ازدواجية النظام العقاري سعياً إلى التشجيع على التحفيظ العقاري بجعله إلزامياً تدريجياً على مستوى البلديات والمناطق المحيطة بها كمرحلة أولى، علماً أن القانون المتعلق بالجماعات لم يعد يقسم الجماعات الترابية إلى جماعات حضرية وأخرى قروية.
- إدراج تخصصات تجمع بين العقار والتعمير على مستوى كليات الحقوق والمعهد القضائي للوصول إلى تأهيل أطر عليا في شؤون التعمير والعقار؛
- الإسراع بالبت النهائي في ملفات مطالب التحفيظ العقاري داخل أجل محدد؛

¹ Khalid lyazidi, « le régime de livre foncière après 80 ans d'expérience ; collègue organise par la direction générale des onservation ; foncière.24_25 novembre Rabat 1993 », p.52

² ثم استخراج بعض هذه الحلول انطلاقاً من اقتراحات المواطنين بعد إجابته عن السؤال الأخير من الاستمارة انظر الملحق "استمارة بحث ميداني" ص 123.

³ محمد بن الحاج السلمي بالبت، مرجع سابق، ص. 314.

— تشجيع التحفيظ الجماعي لمزاياه المتعددة؛

— تقنين الشهادة الإدارية¹ التي ساء استعمالها إما جهلاً للقانون أو تجاهلاً به وذلك بأخذ رأي الوكالة الحضرية فيها²، كما ذهب إلى ذلك مشروع مدونة التعمير المعروض على أنظار الأمانة العامة للحكومة.

إن العلاقة الوطيدة بين التعمير والعقار حين تصطدم بحرص الإدارة على تفادي المسؤولية المحتملة التي يمكن أن تترتب عن تسليمها لرخص وأذون تكرر أو تعطي الشرعية للتطاول على ملكية الأفراد أو حق من حقوقهم العقارية، قد تتسبب في منازعات يستوجب الأمر انتظار نتائجها للبت في ملفات التدبير العمراني هذه النتائج التي تكون في بعض الأحيان مخالفة لمقتضيات معمول بها في ميدان التعمير، الأمر الذي ينهض سبباً يضاف إلى الأسباب التي تعرقل التدخل العمومي بهذا الخصوص.

خاتمة

من خلال دراستنا المتواضعة لموضوع التراخي في إتمام مسطرة التحفيظ العقاري، حاولنا قدر الإمكان الوقوف على حالات التراخي، أسبابها، نتائجها كما حاولنا تقييم جهود الدولة الرامية إلى تخطي هذه الإشكالية أو بالأحرى تفاديها ونحن في طريقنا لتحليل هذا الموضوع لم تسعفنا المعطيات النظرية المجردة وحدها للإجابة عن مجموعة من التساؤلات الأمر الذي أفضى بنا إلى الخروج للميدان والاحتكاك بالمواطنين قصد استطلاع آراءهم كطرف مرسل من جهة، ثم الانفتاح على الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية كطرف مستقبل ومشرف على عملية التحفيظ من جهة أخرى حتى يتسنى لنا الخروج ببعض الاستنتاجات وحتى نكون موضوعيين أكثر في تحليلنا لهذا الموضوع.

وقد توصلنا إلى أن التشريع العقاري المغربي لم يستطع بعد أن يخفف من حدة الإجراءات التي تثقل كاهل المتدخلين في المسطرة، هذه الأخيرة التي لو تحققت بالشكل المطلوب سيتحقق معها وبالتبعية تعميم نظام التحفيظ العقاري، اللهم بعض المستجدات التي لا يمكن إنكار نجاعتها حقيقة غير أنها تصادم مع إكراهات واقعية عديدة، وبذلك نقول أن نجاعتها رهينة بتوفير الإمكانيات اللازمة للعمل بها، ولعل أهم بعض الحلول التي يمكن أن نقترحها تتمثل في الآتي ذكره:

- ♦ توفير مكتب خاص داخل المحافظات العقارية يتكلف بإرشاد المقبلين على عمليات التحفيظ والإجابة عن استفساراتهم، بالإضافة إلى تشجيعهم وتوعيتهم بأهمية خضوع عقاراتهم لنظام التحفيظ العقاري.
- ♦ إقرار مجانية التحفيظ للفئات المعوزة كمحاولة لتشجيعهم على التحفيظ، ومنح تخفيضات وتحفيزات لكل من أتم إجراءاته على أتم وجه دونما تقاعس أو تراخي.
- ♦ في إطار سياسة القرب، تقريب الإدارة من المواطن القروي المستهدف بالأساس بسياسة التحفيظ كمحاولة لتسهيل عملية التنقل إلى وسط المدينة من أجل تقديم طلب التحفيظ وإتمام الإجراءات اللازمة.

¹ المنصوص عليها في الفصلين 35 و61 من قانون 25-90 السالف الذكر.

² أحمد مالكي وعبد الواحد الإدريسي، "العقار غير المحفوظ وآثاره على تنفيذ وثائق التعمير"، مرجع سابق، ص. 78.

- ♦ رفع اللبس والغموض عن مقتضيات المادتين 23 و50 من القانون العقاري بالتنصيص صراحة على أن القضاء الإداري هو المختص برقابة قرار المحافظ على الأملاك العقارية بإلغاء مطلب التحفيظ في جميع الحالات.
- ♦ تعديل المادة 29 من القانون العقاري بحذف الفقرة التي تنص على أن قرار المحافظ برفض التعرض الاستثنائي محصن من أي طعن، وذلك بفتح المجال للطعن في جميع القرارات التي يتخذها المحافظ في هذا الشأن أمام القضاء الإداري.
- ♦ تعديل المادتين 30 و32 من القانون العقاري بوضع وتحديد الجزاء القانوني الذي يجب توقيعه على المحافظ على الأملاك العقارية في حال عدم التزامه بالآجال المحددة بهذه المواد من أجل ضمان السرعة والفعالية لمسطرة التحفيظ.
- ♦ تعديل المادة 29 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 تحديد طبيعة الإغفالات والمخالفات والأخطاء التي يمكن للمحافظ تداركها.
- ♦ تنظيم أحكام الإلغاء بسبب تجاوز السلطة، بالسماح للقاضي بتوجيه الأوامر للمحافظ إذا ثبت له أن قراره مشوب بأحد عيوب المشروعية، وذلك من أجل ضمان الفعالية والنجاعة لرقابة القضاء وتجاوز قاعدة أن (القاضي الإداري يقضي ولا يدير).
- ♦ التسريع بتعميم نظام التحفيظ العقاري وخلق قضاء عقاري متخصص.
- ♦ خلق آليات وخلايا للتنسيق بين جميع المحافظات العقارية والإدارة للأمن الوطني، والنيابات العامة، لفحص وتدقيق وثائق الهوية وباقي الوثائق المرتبطة بها المقدمة إلى المحافظ على الأملاك العقارية، لمجابهة ظاهرة وجريمة السطو على ممتلكات الأجانب والمغاربة المقيمين خارج التراب الوطني مع توفير كل الإمكانيات المادية والفنية واللوجيستكية لذلك.
- ♦ فتح قنوات للتواصل بين المحافظين العقاريين والسادة القضاة والانفتاح على كل الباحثين والمهتمين من أساتذة جامعيين وخبراء ومراكز الأبحاث وغيرهم.

خصوصية قواعد الإرث في أراضي الجماعات السلالية

بقلم الباحث: محمد الجزولي
طالب في سلك الدكتوراه

مقدمة

تعتبر الأراضي السلالية رصيذا عقاريا متميزا ومهما في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، نظرا للمساحة الكبيرة التي تشغلها هذه الأراضي والتي تقدر بحوالي 15 مليون هكتار، كما تضم ساكنة تقدر بحوالي 9 ملايين نسمة، وتتوزع هذه الأراضي على 55 عمالة وإقليم ويبلغ عدد الجماعات السلالية 4563 جماعة.

ونظرا للأهمية التي يحظى بها هذا الرصيد العقاري، فإن المشرع أولى به اهتماما كبيرا من خلال سن نصوص تشريعية مهمة، همت القطع مع الأوضاع السلبية التي يعرفها التديير والاستغلال والانتفاع بهذه الأراضي منذ ظهير أبريل 1919 والظواهر المعدلة له، وكذا مختلف الدوريات والمناشير التي همت التنظيم القانوني لهذه الأراضي، وتتجلى هذه المستجدات القانونية من خلال سن القانون 62.17¹ المتعلق بالوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتديير أملاكها، والمرسوم التطبيقي المتعلق به²، والقانون 63.17³ المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلالية، والقانون 64.17⁴ المغير والمتمم لظهير 27 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري، وقد أعطت هذه النصوص زخما جديدا للنظام القانوني لأراضي الجماعات السلالية بما يمكن أن يخدم مساهمتها في تحقيق أهداف التنمية المنشودة.

وقد جاءت هذه القوانين الجديدة بمستجدات تشريعية مهمة، والتي سنحاول من خلالها التركيز على خصوصية نظام الإرث في أراضي الجماعات السلالية، ولعل هذا الأمر يفرض علينا التطرق إلى العلاقة الممكنة بين قواعد الإرث كما هي محددة في الشريعة الإسلامية والنظام القانوني لأراضي الجماعات السلالية، هذا إلى

¹ - ظهير شريف رقم 1.19.115 بتنفيذ القانون 62.17 المتعلق بالوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتديير أملاكها، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 26 غشت 2019.

² - مرسوم رقم 2.19.973 الصادر في 9 يناير 2020 بتطبيق أحكام القانون رقم 62.17 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتديير أملاكها.

³ - ظهير شريف رقم 1.19.116 بتنفيذ القانون 63.17 المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلالية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 26 غشت 2019.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.19.117 بتنفيذ القانون 64.17 الذي يقضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.69.30 الصادر في 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 26 غشت 2019.

جانب الحديث عن تأثير هذه القواعد على بعض المقتضيات القانونية في هذا النظام القانوني، وهذا لا يعني الخوض في أحكام وقواعد الإرث وإنما تناوله بمعناه المتعلق بانتقال الحق من الهالك المستفيد من حق الانتفاع في هذا النوع من الأراضي إلى ورثته.

وعلى هذا الأساس فإننا سنحاول تناول هذا الموضوع انطلاقاً من الإشكالية المحورية التالية: إلى أي حد تسمح الطبيعة القانونية لأراضي الجماعات السلالية بتطبيق قواعد الإرث كما هي محددة في مدونة الأسرة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعمد منهجاً تحليلياً، من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع بحثنا سواء في إطار القانون 62.17 والقانون 64.17 السالفي الذكر، مع اعتماد منهجية تروم إلى بحث علاقة الإرث كما هو مبين في الفقه الإسلامي بأراضي الجماعات السلالية (الفقرة الأولى)، ثم الانتقال لمعالجة الموضوع في شقه القانوني من خلال بيان مدى انتقال الحق بالإرث في هذه الأراضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: علاقة الفقه الإسلامي بأراضي الجماعات السلالية

يعتبر بحث علاقة الفقه الإسلامي بنظام أراضي الجماعات السلالية ذو أهمية بالغة يفرضها طبيعة الموضوع، وذلك من خلال توضيح مدى وجود علاقة بين هذه الأراضي بالفقه الإسلامي، ومدى إمكانية إعمال القواعد الشرعية عليها بما في ذلك ما يتعلق بقواعد الإرث.

أولاً: تأصيل موجز لأراضي الجماعات السلالية

تعتبر الأراضي الجماعية نظاماً عقارياً متميزاً وفريداً من نوعه، يصعب على الدارس والمهتم بالحقلين القانوني والاجتماعي والتاريخي تحديد تاريخ ظهوره وبدايته، غير أن أغلب الدارسين أجمعوا على أن هذا النظام يرجع من حيث جذوره التاريخية إلى حقبة ما قبل ظهور الإسلام، وقد ارتبط في جوهره بفكرة التملك الجماعي لوسائل الإنتاج داخل القبيلة والعشيرة التي ينتهي إليها الفرد¹، كما كانت هذه الأراضي محكومة بالعادات والأعراف.

وبالتالي، فإن أراضي الجماعات السلالية تعد من أقدم الأنظمة العقارية بالمغرب، وهي أراضي تمتلكها بصفة جماعية مجموعات من السكان المنتمين لأصل واحد وسلالة واحدة².

لذلك يمكن القول، أن ظهور هذا النظام كان مع ظهور فكرة التملك لدى الإنسان، إذ أن الأسرة كانت في الأصل صاحبة الملكية، ثم انتقل هذا الحق إلى القبيلة التي ينتمي إليها الفرد، كما هو الحال لدى القبائل التي تمارس الترحال، والتي كانت ولظروف البيئة والمناخ والعرف والعادات توجب بقاء الأرض الرعوية مشتركة بين

¹ - أحمد الساخي، النظام القانوني الجديد لأموال الجماعات السلالية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2021 ص 38.

² - عبد المجيد غميحة، الحماية المقررة للمرأة السلالية في نظام أراضي الجموع، مقال منشور ضمن أشغال ندوة أراضي الجموع وسؤال الحكامة والتنمية الترابية، المنظمة من طرف المحكمة الابتدائية بطنزيت سنة 2018 مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2018 ص 43.

أفراد القبيلة، أما الأراضي الزراعية فيتم توزيعها حسب المعايير على الأفراد الذين يتم تحديددهم، حيث نتج عن ذلك نوع من الاستغلال والانتفاع المؤقت من طرف أصحاب الخيام وأرباب العائلات¹.

وقد تبني المشرع نظام أراضي الجموع تشريعيا من خلال ظهير 27 أبريل 1919، مع مجموعة من التعديلات التي أدخلت عليه قصد جعله مساهرا للتطورات الاجتماعية والاقتصادية الحاصلة، أبرزها ظهير 6 فبراير 1963 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية.

ثانيا: مكانة الفقه الإسلامي ضمن نظام أراضي الجماعات السلالية

اختلفت الدراسات الفقهية بخصوص مكانة الفقه الإسلامي ضمن نطاق أراضي الجموع ومدى إمكانية سريان بعض أحكامه على هاته الأراضي حيث يمكن في هذا الإطار التمييز بين اتجاهين، الأول ينفي أية علاقة بين الإثنين، فيما يذهب الاتجاه الثاني إلى وجود علاقة قانونية بينهما.

1- الاتجاه الأول: يبرز في إطار هذا الاتجاه ما ذهب إليه ألبر كيوم albert guillaume، والذي اعتبر الأراضي الجماعية: "مؤسسة عرفية وجدت قبل دخول الإسلام ولها نظام خارج عن نطاق الفقه الإسلامي"²، حيث أن: "التملك الجماعي للأراضي كان هو السمة الغالبة على المناطق المغربية، وأن أصل الملكية القبلية الجماعية يرجع إلى ما قبل الإسلام وبالتالي ليس مؤسسة إسلامية فلا وجود لها في القرآن الكريم أو الحديث النبوي الشريف، ولا في المذهب المالكي، بل هي شكل من أشكال الملكية يرتكز نظامه على العرف فقط وخاصة في السهول"³.

ومن جهة أخرى، فإن القول بوجود علاقة بين الفقه الإسلامي وهذا النظام مجانب للصواب، وذلك لكون الفقه الإسلامي لم يعرف إلا ثلاثة أنواع من أنواع الملكية وهي: الملكية الخاصة والملك الوقفي والأراضي الموات⁴، من خلال ذلك يمكن القول أن هذا الاتجاه ينسب على اعتبار الأملاك الجماعية مؤسسة عرفية نشأت قبل ظهور الفقه الإسلامي مما يعني أنها غير مرتبطة به ولا يمكن إعمال أحكامه عليها، كما أن الخصوصية التي تتميز بها هذه الأراضي لا يمكنها أن تصنف ضمن أنواع الملكية التي هي معروفة في الفقه الإسلامي.

2 – الاتجاه الثاني: خلافا للاتجاه الأول الذي استبعد فكرة وجود علاقة بين الفقه الإسلامي ونظام أراضي الجموع، فإنه يبرز رأي مخالف يرى بأن الوضعية القانونية التي كانت تخضع لها أملاك الجماعات السلالية

¹ - محمد غزبول، وضعية المرأة السلالية بين النصوص القانونية والتطبيقات العملية، مقال منشور ضمن المؤلف الجماعي، دراسات معمقة في قانون العقار والأعمال الجزء الثاني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص 31.

² - albert guillaume, la propriété collective au maroc, édition la porte, rabat 1960 P 40.

أوردته: حياة اليوسفي، الوضعية القانونية والحقوقية للمرأة السلالية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق دار نشر المعرفة، ص 8

³ - أحمد الساهي، النظام القانوني الجديد للأملاك الجماعات السلالية، مرجع سابق، ص 38.

⁴ - أحمد الساهي، النظام القانوني الجديد للأملاك الجماعات السلالية، مرجع سابق، ص 44.

تستند في أصولها إلى الشريعة الإسلامية، وذلك حتى لو كان تنظيمها يعود إلى الفترة السابقة لدخول الإسلام إلى المغرب¹.

من ناحية أخرى وفي ذات السياق، فإن هناك من اعتبر أن الأراضي السلالية هي نوع من الأراضي الموات²، والتي يعود مصدرها للفقهاء الإسلاميين³، بحيث قامت الأسرة والتي تحولت فيما بعد في إطار التماسك العائلي والإثني إلى قبائل، بإحياء هذه الأراضي وجعلها قابلة للفلاحة أو لممارسة النشاط الرعوي، وهو توجه نميل إليه على اعتبار أنه لا يمكن فهم هذا النظام إلا من خلال الرجوع إلى أصوله، وليس من خلال استقراء مجموعة من الخصوصيات التي أضفتها النصوص القانونية على هذا النظام.

فالقول بكون أراضي الجموع غير قابلة للحجز والتقادم يتعارض مع فكرة الأراضي الموات، فهذا في اعتقادنا ليس إلا مجرد تدبير قانوني فرضه حماية هذا الرصيد العقاري من طرف المشرع، وهو ما ينطبق على خاصية الانتفاع وعدم إمكانية التصرف فيها، بالإضافة إلى كافة الخصائص التي تتميز بها هذه الأراضي، والتي جاءت بها النصوص التشريعية والتنظيمية المؤطرة لهذا الرصيد العقاري، كما أن اعتبار هذا النظام مؤسسة عرفية ليس لها أي ارتباط بالفقه الإسلامي محل نظر، وذلك لكون الأعراف تختلف بحسب الزمان والمكان ولم ينكرها الفقه الإسلامي ما دامت لم تخالف أحكام قطعية واردة في الكتاب والسنة والاجماع وغيرها من مصادر الفقه الإسلامي، وبالتالي فإن هذه الأعراف ما دامت لا تخالف مقاصد الشرع فهي جزء منه، وإن كانت هناك أعراف تخالف أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية ومن ذلك حرمان النساء من الانتفاع من الأراضي السلالية.

وهنا تجدر الإشارة إلى الطلب الذي تقدمت به وزارة الداخلية باعتبارها وصية على الأراضي السلالية، للمجلس العلمي الأعلى قصد إبداء رأيه فيما يخص استفادة النساء السلاليات من عوائد الأراضي السلالية، وهو ما يمكن اعتباره إشارة من لدن إدارة الجهة الوصية واستحضار من لدنها للمرجعية الإسلامية بخصوص تدبير هذه الأراضي، وقد صدرت في هذا السياق فتوى من المجلس العلمي الأعلى⁴، ومن بين ما ورد فيها أن: "مسألة

¹ - المختار بن أحمد عطار، أراضي الجموع الواقع والأفاق، مداخلة مقدمة ضمن أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها المحكمة الابتدائية بتزيت، حول موضوع أراضي الجموع وسؤال الحکامة والتنمية الترابية، يومي 22 و 23 أبريل 2016، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط الطبعة الأولى، سنة 2018 ص 78.

² - عرف الأستاذ محمد بن معجوز الأراضي الموات بأنه هو "قيام الشخص بأعمال تؤدي إلى جعل الأرض غير المملوكة والتي لا يمكن الانتفاع بها على حالتها صالحة للاستغلال، وهذا يعني أن الأرض التي لا تصلح تسمى أرضاً ميتة أو مواتاً، وإحيائها يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها" محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016 ص 308

³ - عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، سلسلة المكتبة القانونية المعاصرة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 1999، ص 16.

⁴ - جاء في الفتوى العلمية الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى بتاريخ 18 ماي 2010 أن "مسألة حرمان المرأة من الحقوق المادية والعينية في مثل هذه الحالة موضوع السؤال هي حالة غير سليمة، كان عليها أهل الجاهلية قبل الإسلام، فجاء الدين الإسلامي الحنيف بتكريم المرأة وإنصافها، فأبطل تلك العوائد والأعراف التي كانت تحرم المرأة من مثل تلك الحقوق، وحسم الأمر وأنصفها وأعطاه حقوقها المشروعة.

حرمان المرأة من الحقوق المادية والعينية في مثل هذه الحال موضوع السؤال هي حالة غير سليمة، كان عليها أهل الجاهلية قبل الإسلام، فجاء الدين الإسلامي الحنيف بتكريم المرأة وإنصافها، فأبطل تلك الأعراف والعوائد التي كانت تحرم المرأة من مثل تلك الحقوق، وحسم في الأمر وأنصفها وأعطاه حقوقها المشروعة".

وتأسيسا على ذلك، فإن من حق المرأة في الجماعات السلالية أن تستفيد كما يستفيد الرجل من العائدات المادية والعينية، التي تحصل عليها الجماعة إثر العمليات العقارية التي تجرى على الأراضي الجماعية، وأن يكون ذلك بمعايير عادلة، تعطي لكل ذي حق حقه، تحقيقا للعدل الذي جاء به شرع الإسلام، وجعله من أسس دينه وتجليات تكريم الإنسان رجلا كان أو امرأة¹، وبالتالي فإن المستفاد من ذلك أنه ما كان على سلطات الوصاية أن تطلب رأي المجلس العلمي الأعلى ما لم يكن هناك ترابط بين الفقه الإسلامي وهاته الأراضي، وكذلك لما للوزاع الديني من أهمية في تجاوز العوائق النفسية والتمثلات الذهنية التي تحول دون انتفاع المرأة السلالية من هذه الأراضي.

وكان لذلك تأثير واضح وبين على تغيير الأوضاع السلبية القائمة خصوصا بعد صدور الدورية عدد 60 سنة 2010² والدورية عدد 17 سنة 2012³، كما تواترت القرارات القضائية التي أجمعت على حق المرأة السلالية في هذا الانتفاع بأراضي الجماعة السلالية التي تنتهي إليها، ومن ذلك ما أورده أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض والذي جاء فيه أنه: "من المقرر أن توزيع الانتفاع بشأن الأراضي السلالية يخضع للأعراف المحلية

وتأسيسا على ذلك فمن حق المرأة في الجماعات السلالية أن تستفيد كما يستفيد الرجل من العائدات المادية والعينية. التي تحصل عليها الجماعة إثر العمليات العقارية التي تجرى على الأراضي الجماعية، وأن يكون ذلك بمعايير عادلة، تعطي لكل ذي حق حقه، تحقيقا للعدل الذي جاء به شرع الإسلام، وجعله من أسس دينه وتجليات تكريم الإنسان رجلا كان أو امرأة" أورد مضمون هذه الفتوى، محمد غزبول، المقال السابق، ص 38.

¹ - محمد غزبول، وضعية المرأة السلالية بين النصوص القانونية والتطبيقات العملية، المقال السابق، ص 38، أنظر كذلك عبد المجيد غميحة، الحماية المقررة للمرأة السلالية في نظام أراضي الجموع، المقال السابق ص 50 و51.

² - الدورية عدد 60 الصادرة عن مديرية الشؤون القروية بتاريخ 25 أكتوبر 2010، حول موضوع: استفادة النساء من التعويضات المادية والعينية التي تحصل عليها الجماعات السلالية.

وقد دعت هذه الدورية إلى رفع الإقصاء عن النساء السلاليات فيما يخص حقهن في الاستفادة من الأراضي الجماعية إسوة بالرجال ولاسيما التعويضات المادية والعينية التي تحصل عليها الجماعات السلالية إثر العمليات العقارية التي تجرى على بعض الأراضي الجماعية، ودعت الجماعات السلالية إلى تجاوز العادات والأعراف التي تمنح الرجال جميع الاستثناءات وتستثني النساء من هذه العملية.

وهو ما يتنافى مع الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية العامة التي تفيد بأحقية المرأة إسوة بالرجل حيث أن الشريعة الإسلامية شرعت نقل الحقوق المالية للرجال والنساء كما هو الحال في الإرث والوقف والهبه والشفعة والعمرى والرقبى وغير ذلك من الحقوق المالية.

كما أن هذا الوضع لا يتماشى مع التطور الذي عرفه مجال المرأة بالمغرب والذي كان من تجلياته إصدار عدة قوانين تقر مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وكذا الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب.

وبالتالي وجوب انعكاس ذلك على وضعية المرأة السلالية والتي يجب إدراجها ضمن لوائح ذوي الحقوق المستفيدين من التعويضات العينية والمادية الناتجة عن عمليات عقارية تهتم أراضي هذه الجماعات.

³ - الدورية الوزارية رقم 17 بتاريخ 30 مارس 2012 تدعو إلى استفادة النساء السلاليات من حق الانتفاع من أراضي الجماعات السلالية موضوع تقسيمات جديدة من طرف الهيئات النيابية.

وتعليمات الوصاية، وخاصة منها الدورية الوزارية عدد 60 بتاريخ 25 أكتوبر 2010 التي تحت على استفادة النساء السلاليات من التعويضات العينية والمادية الناجمة على المعاملات العقارية التي تعرفها أملاك الجماعات السلالية وذلك إسوة بذوي الحقوق الرجال، والدورية الوزارية عدد 17 بتاريخ 30 مارس 2012 التي تدعوا إلى استفادة النساء السلاليات من حق الانتفاع من أملاك الجماعة السلالية موضوع تقسيمات جديدة من طرف الهيئة النيابية¹.

الفقرة الثانية: موقف المشرع من انتقال الحق بالإرث في الأراضي السلالية

يطرح موضوع الإرث في نظام أراضي الجماعات السلالية العديد من الإشكالات، خصوصا أمام ما يتميز به هذا الرصيد من خصوصيات عديدة تلقي بظلالها بخصوص إمكانية الاعتداد بهذه القواعد كما هو متعارف عليها في الفقه الإسلامي، وسنحاول مقارنة هذه المسألة من خلال استقراء النصوص القانونية ورصد كيفية تعامل المشرع من انتقال الحق في حالة هلاك المستفيد منه، ولأجل تناول هذه النقطة سنعمد إلى تقسيمها إلى جزأين، سنتناول في الأول الأراضي السلالية الواقعة داخل دوائر الري، فيما سنتطرق في الجزء الثاني للأراضي السلالية البورية.

أولا: الأراضي الواقعة داخل دوائر الري

نظم المشرع الإطار القانوني المتعلق بهذه الأراضي بموجب الظهير الشريف رقم 1.69.30 الصادر في 25 يوليوز 1969، والذي جاء في إطار سعي الدولة المغربية لتقوية الاستثمارات الفلاحية وتجاوز الأساليب التقليدية في الاستغلال، وتحسين وتنمية الزراعات وتربية المواشي داخل دوائر الري عن طريق إقامة مؤسسات فلاحية ومستغلين يجري عليهم نظام قانوني يضمن لهم الاستقرار الضروري، كما أن القانون المنظم لهذه الأراضي جاء بخصوصية هامة تتجلى في اعتبار هذه العقارات مشاعة بين ذوي الحقوق المتوفرين على هذه الصفة من تاريخ نشر هذا الظهير في الجريدة الرسمية²، مما يعني أن المشرع استثنى من خاصية الانتفاع إلى اعتبارها ملكية

¹ - القرار عدد 112 الصادر بتاريخ 08 فبراير 2018 في الملف الإداري عدد 2017/1/4/276، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، العدد 42، ص 62

وفي قرار يصب في نفس الاتجاه الذي هو التأكيد على حقوق المرأة السلالية: "إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بالنقض استندت فيما انتهت إليه في تحليل قرارها في إطار توزيع الانتفاع بالأراضي السلالية إلى مقتضيات الفصل 19 من الدستور الذي يقر المساواة بين الرجل والمرأة وأمام القانون، وما تقوم عليه المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، في ذات السياق من استفادة ما يخلف إلى الذكور والاناث، وما تقضي به الاتفاقات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب، ولاسيما اتفاقية منع جميع أشكال التمييز ضد النساء، مما يجعل العرف القائم على حرمان النساء من الانتفاع بالأراضي السلالية مخالفا لتلك القواعد لتخلص إلى اعتبار قرار مجلس الوصاية بعدم تمكين المطلوبتين من حقهما في الانتفاع غير مشروع، تكون قد بنت قضاءها على أساس من القانون وعللت قرارها تعليلا كافيا" القرار عدد 341 الصادر بتاريخ 20 مارس 2020 في الملف الإداري عدد 2019/1/4/ 5854 ص 147 ، منشور بمنصة البوابة القضائية للمملكة المغربية <https://juriscassation.cspj.ma>

² - الفقرة الأولى من بيان الأسباب الخاص بظهير الأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، الجريدة الرسمية 2960 مكرر الصادرة في 29 يوليوز 1969 ص 2018

مشاعة بين ذوي الحقوق في انتظار تملكها وفق الجهود الرامية إلى ذلك، والتي تسعى من خلالها الدولة إلى تملك هذه الأراضي بخلق ملكية مفرزة عن طريق تجزئتها إلى قطع أرضية.

ومن هذا المنطلق، واعتبارا لكون هذه الأراضي تنبني على حق الملكية، فإنه يطرح الإشكال حول مدى إمكانية انتقالها بواسطة الإرث عند وفاة أحد المالكين على الشياع، ولأجل تناول هذا الأمر ينبغي إبراز المقتضيات التي كان معمولاً بها قبل تعديل ظهير 25 يوليوز 1969 والوضع القانوني الحالي بعد تعديله بموجب القانون 64.17.

1- قبل تعديل ظهير 1969: ورد في بيان الأسباب لظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري أنه: "تعتبر العقارات المذكورة لبلوغ هذه الغاية مشاعة بين ذوي الحقوق المتوفرين على هذه الصفة في تاريخ نشر ظهيرنا الشريف هذا وسيعمل من جهة أخرى على اتباع طريقة خاصة بنقل الإرث حتى يتجنب تكاثر عدد الملاكين على الشياع"، من ذلك يتضح أن المشرع وإن اعتبر الملكية مشتركة بين ذوي الحقوق، فإنه عند هلاك أحد الملاكين على الشياع لا يتم الاعتراف بقواعد الإرث وفق المتعارف عليه في الشريعة الإسلامية وإنما باتباع طريقة خاصة، وهو ما سيتضح من خلال الفصل الثامن من الظهير الذي ينص على أنه: "إذا توفي أحد الملاكين على الشياع نقلت حصته لأحد ورثته على أن يؤدي للورثة الآخرين قيمة حقوقهم.

ويتم اختيار الفرد المسلمة إليه القطعة وكيفية الأداء باتفاق بين الورثة.

وإذا لم يحصل اتفاق أشعر مجلس الوصاية بذلك من طرف الوارث المهتم بالأمر أو من طرف السلطة المحلية عند الاقتضاء.

ويعين مجلس الوصاية الفرد المسلمة إليه القطعة ويحدد مبلغ وشروط أداء التعويض الواجب أدائه من طرف هذا الأخير لشركائه في الإرث.

ويمكن عند الاقتضاء منح قرض من طرف المؤسسات العمومية للقرض الفلاحي قصد مساعدة الفرد المسلمة إليه القطعة على أداء التعويضات الواجبة لشركائه في الإرث¹.

ولعل الهدف من تبني المشرع لهذه المقاربة يأتي من خلال رغبته في تجنب تكاثر عدد الملاكين على الشياع، وتجنب النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الورثة والحيلولة دون تجزئة العقار، وذلك بالرغم من كون المشرع أزال الصفة الجماعية عن هذه الأراضي وجعلها مشتركة ومملوكة لذوي الحقوق المستغلين لها، مما يستدعي أعمال

¹ - تقابل هذا الفصل ما جاء في المادة 15 من ظهير 29 دجنبر 1972 ظهير شريف رقم 1.72.277 بتاريخ 22 ذي القعدة 1392 (29 دجنبر 1972) بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص، أنه "في حالة وفاة الشخص المسلمة إليه القطعة فإن هذه القطعة وأموال التجهيز اللازمة لاستغلالها تسلم لوارث واحد من ورثته ماعدا إذا استرجعت الدولة القطعة طبق الشروط المحددة في الفصول التالية.

ويتحتم على الوارث المسلمة له القطعة الأرضية أن يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم. غير أن الورثة يكونون ملزمين على وجه التضامن باستثمار القطعة والمحافظة على عناصر استغلالها إلى أن يتقرر تسليمها أو استرجاعها".

قواعد الإرث إلا أن المشرع كان له رأي آخر بأن خول استغلال الأرض لأحد الورثة دون البقية مع إقرار تعويض مناسب للبقية.

وقد اعتبر أحد الباحثين أن هذا الأمر لا يعد خروجاً عن قواعد الإرث لكون هذا المقتضى إنما جاء لتحقيق الصالح العام المتمثل في تنمية فلاحية، إذ أنه في حالة وفاة أحد المالكين على الشيعاء فإن حصته تنتقل إلى أحد ورثته وليس لأجنبي في مقابل تعويض الباقي نقداً ويراعي في التعويض المساواة بين الورثة جميعاً¹.

إلا أنه بالرغم من ذلك، فقد نجم عن تطبيق مقتضيات هذا الفصل مجموعة من التعثرات، أثرت بشكل كبير على حماية الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري²، ناجمة بالأساس في عدم اقتناع بعض ذوي الحقوق بالتنازل عن حقوقهم العينية في الأرض الجماعية لفائدة وارث واحد³، وكذا صعوبة الحسم وبصفة عادلة في تعيين الوارث الذي ستسلم له القطعة وكيفية تحديد مبلغ التعويض وشروط أدائه لباقي الورثة، وذلك في غياب معايير مضبوطة للفصل بين كافة الورثة نتيجة عدم اكتمال الإطار التشريعي المرتبط بتطبيق مقتضيات هذا الفصل، الشيء الذي يترتب عنه مشاكل اجتماعية تتمثل بالخصوص في زعزعة الاستقرار العائلي والهجرة القروية، هذا بالإضافة إلى النزاعات القائمة بين الورثة والمرتبطة بهذه الإشكالية⁴.

وقد عملت الدورية عدد 57 التي أصدرتها سلطات الوصاية بخصوص الإشكالية المتعلقة بالإرث في الأراضي الواقعة داخل دوائر الري، على إيجاد حلول للإشكالات والصعوبات العملية والمسطرية التي تتمثل بالأساس في صعوبة الحسم في تعيين الوارث الذي ستسلم إليه القطعة الأرضية والكيفية التي يتم بها تحديد مبلغ التعويض وشروط أدائه لباقي الورثة⁵، والتي ارتكز تدخلها على الحسم بصفة نهائية في الحالات التي يتعذر فيها تعيين هذا الوارث، وكذا قيمة التعويض الذي يستحقه باقي الورثة، والتي تعرض على مجلس الوصاية، استناداً إلى الآراء والاقتراحات المضمنة بأجوبة العمالات والأقاليم حول المنشور الوزاري رقم 73 بتاريخ 4 ماي 2000، واعتماد طريقة عملية تتجلى في إيجاد حلول توفيقية بين الورثة قد تساعد وكمحلة أولية على التخفيف من حدة هذه الإشكالية من خلال دراسة أغلبية الحالات المرتبطة بها على المستوى المحلي، وتتولى القيام بهذه المهمة لجنة محلية منبثقة عن اللجنة الإقليمية المنصوص عليها في الدورية المشتركة لوزارة الفلاحة والتنمية القروية والمياه

¹ - محمد غزبول، وضعية المرأة السلالية بين النصوص القانونية والتطبيقات العملية، المقال السابق، ص 53.

² - أسامة بوفطيرة، حقوق الاناث في القوانين المنظمة للأراضي السلالية على ضوء المستجدات التشريعية، مقال منشور في سلسلة المنازعات العقارية، الجزء السادس، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة الأمنية الرباط 2021، ص 173.

³ - محمد غزبول، وضعية المرأة السلالية بين النصوص القانونية والتطبيقات العملية، المقال السابق، ص 54.

⁴ - دورية تحت عدد 57 الصادرة عن مديرية الشؤون القروية بتاريخ 25 ماي 2007 حول موضوع: إشكالية الإرث في الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري والخاضعة لمقتضيات ظهير 25 يوليوز 1969 (الفصل الثامن منه).

⁵ - أسامة بوفطيرة، حقوق الاناث في القوانين المنظمة للأراضي السلالية على ضوء المستجدات التشريعية، المقال السابق، ص 174.

والغابات ووزارة الداخلية تحت رقم 47 المؤرخة في 12 أبريل 2002 بشأن تطبيق مقتضيات ظهير 25 يوليو 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري¹.

وفي الحالة التي لا يتم فيها الوصول إلى حلول توفيقية بين الورثة، يتم عرض النزاع على مجلس الوصاية إعمالا لمضمون الفقرة الثانية من الفصل الثامن التي يقول فيها المشرع أنه إذا لم يحصل اتفاق أشعر مجلس الوصاية بذلك من طرف الوارث المهتم بالأمر أو من طرف السلطة المحلية عند الاقتضاء.

2- بعد صدور القانون 64.17: بعد صدور القانون 64.17 المغير والمتمم للظهير الشريف الصادر في 25 يوليوز 1969، والذي جاء بمستجد تشريعي هام تمثل في نسخ أحكام الفصل الثامن بموجب المادة الرابعة من القانون 64.17 التي جاء فيها بأنه: "تنسخ أحكام البند الأول من الفصل الأول والفصل الثامن والبند 2 من الفقرة الأولى من الفصل العشري من الظهير الشريف السالف الذكر رقم 1.69.30"، وهو مستجد تشريعي يحسب للمشرع نظرا للإشكالات العديدة التي سبق لنا ذكرها، والتي نتجت عن التطبيق العملي لهذا الفصل، رغم أن المشرع لم يقيم بالموازاة مع ذلك بتعديل الفقرة الخامسة من بيان الأسباب بحيث لم يعد لها داع مع نسخ الفصل الثامن المرتبط بها.

وقد اعتبر أحد الباحثين، أن الملكية في الأراضي الواقعة داخل المدارات السقوية تكون شائعة، ومن تم فإن وفاة المستفيد تنتقل حصته بقوة القانون عن طريق الإرث²، وبالتالي فإن من الأجدي وتماشيا مع اعتبار الملكية هنا شائعة، الأخذ بقواعد الإرث كما هي مبينة في الشريعة الإسلامية، مع تخويل الحق لكل من يريد الخروج من الشيعاء في الحصول على تعويض مناسب للحيلولة دون تجزئة الرصيد العقاري والحفاظ على تماسكه لخدمة الغايات المتوخاة منه، وذلك لسد هذا الفراغ التشريعي الذي تركه نسخ المادة الثامنة مع ما يمكن أن يحدثه ذلك من تضارب على مستوى الأحكام القضائية، وهنا يبقى للقضاء بما له من سلطة تقديرية سد هذا الفراغ التشريعي الذي أحدثه نسخ هذا الفصل من خلال الموازنة بين الأهداف المتوخاة من هذا الرصيد العقاري وحقوق الورثة.

وإن كان المنطق يفرض بعد نسخ هذا الفصل، اعتبار انتقال الحق في الحصة الشائعة التي خلفها مورثهم إلى كافة الورثة، واعتبارهم ملاك على الشيعاء غير أنه وتطبيقا لقاعدة لا يجبر أحد على البقاء في الشيعاء، أنه يحق لمن يريد الخروج من حالة الشيعاء الحصول على تعويض مناسب دون إمكانية مطالبته بقسمة العقار اعتبارا للخصوصية التي يتميز بها، والتي يتعذر من خلالها قسمته إلا وفقا لشروط معينة مع احترام المساحة الدنيا التي يتطلبها القانون.

¹ - دورية تحت عدد 57 حول موضوع: إشكالية الإرث في الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري والخاضعة لمقتضيات ظهير 25 يوليوز 1969 (الفصل الثامن منه)، ص 2.

² - مداخلة أحمد الساخي في ندوة أراضي الجماعات السلالية مدخل للاستثمار والتنمية، المنظمة من طرف المركز المغربي لنشر الوعي بالقانون، المنظمة عن بعد، بتاريخ 13 ماي 2022.

ثانيا - الأراضي السلالية البورية

أعطى المشرع نفسا جديدا وبعدا آخر لهذه الأراضي بعد صدور القانون 62.17 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدريب أملاكها ومرسومه التطبيقي، وما يهمننا في هذا الإطار هو مقارنة مدى إمكانية انتقال حق الانتفاع بالإرث وماهي خصوصية هذا الأخير، وتناول الأحكام التي تنظم ذلك في إطارها القانوني، مع ملامسة مدى توفيق المشرع بين خصوصية هذه الأراضي ومدى إمكانية انتقال هذا الحق بالإرث عند وفاة الهالك المنتفع لفائدة ورثته، وهو ما سنحاول الإجابة عنه في هذه النقطة.

1- مدى انتقال حق الانتفاع بالإرث: يعد الانتفاع بأراضي الجماعات السلالية حقا شخصيا يخول لذوي الحقوق استغلال الأراضي وفق ماهي معدة لها، وي طرح هنا التساؤل حول مصير الأرض المسندة لذي حق لمنفعته حينما يتوفى، هل تنتقل لذوي حقوق الهالك أم يتم استرجاعها من طرف الجماعة السلالية ليتم إعادة توزيعها على أعضاء الجماعة السلالية، أم أنه استند إلى قواعد الإرث في ذلك، أو أنه اتبع نهجا خاصا في نقل هذا الحق إلى الورثة.

إجابة على هذا التساؤل فإن القارئ لنصوص القانون السالف ذكره سيلاحظ أن المشرع نحى في اتجاه عدم إعمال قواعد الإرث كما هو متعارف عليها في انتقال هذا الانتفاع، سواء في القانون السابق وكذا القانون الحالي، وقد سار العمل القضائي على إعمال هذا التوجه كما هو الحال بالنسبة لهذا القرار الذي ورد فيه: "إن المحكمة لما استندت فيما انتهت إليه إلى أن المبادئ الإسلامية للشريعة الإسلامية باعتبارها الدين الرسمي للدولة يقتضي توريث ما يخلف إلى الأبناء ذكورا ونساء وقسمته وفق الفريضة الشرعية، ولو تعلق الأمر بأرض جماعية سلالية، في حين تمسك الطرف الطالب أمامها بأن تقسيم حصة الانتفاع بالأراضي الجماعية بين أفراد الجماعة السلالية لا يخضع إطلاقا لقواعد الإرث المنصوص عليها في مدونة الأسرة وإنما لمقتضيات ظهير 1919 بشأن الوصاية على الأراضي الجماعية والأعراف المحلية ودوريات وزير الداخلية، ولا مجال لنقل الملكية ولا التصرف فيها، وللمجلس النيابي أن ينقل الحصة النفعية لاستغلالها لفائدة شخص أو أكثر حسب الاستحقاق من أفراد الجماعة السلالية ولو لم يكونوا من أقربائه، وهي لما أيدت الحكم المستأنف القاضي بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، ودون مراعاة ما ذكر لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه"¹.

وفي قرار آخر: "إن محكمة الاستئناف لما عللت ما انتهت إليه بأنه في حالة وفاة الشخص المخصصة له القطعة الأرضية الجماعية على وجه المنفعة، فإن حق الانتفاع بها ينتقل إلى أحد ورثته أو بعض ورثته الذين هم أعضاء الجماعة السلالية التي تختار الوارث أو الورثة الذين يخول إليهم ذلك الحق تحت مراقبة الولاية المحليين، وإذا لم يكمل للمتوفي زوجة ولا أولاد يعلن عن فراغه ويمنح لفرد آخر من الجماعة ليس له نصيب، وأن الأراضي

¹ - القرار عدد 104 الصادر بتاريخ 01 فبراير 2018 في الملف الإداري عدد 2016/1/4/4130، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، العدد 42، ص 133

الجماعية بحكم نظامها القانوني الخاص الذي لا يخول حق المطالبة بها كملكية خاصة، وتقسيم حق الانتفاع بها بين ذوي الحقوق بعد الوفاة يخضع للضوابط المنصوص عليها في الفصل السادس من ضابط تقسيم الأراضي الجماعية رقم 2977 الصادر عن وزير الداخلية بتاريخ 1957/11/13 ولا يخضع إلى الضوابط المنصوص عليها في المواد 321 من مدونة الأسرة المتعلقة بقواعد الإرث، تكون قد بنت قضائها على أساس من القانون وعللت قرارها تعليلا سائغا¹.

إلا أنه على الرغم من ذلك فإنه نجده يستشهد بقواعد الشريعة الإسلامية في العديد من المناسبات لاسيما إذا تعلق الأمر بحقوق المرأة السلالية، كما هو الحال بالنسبة لهذا القرار الذي جاء في أنه "لما استندت المحكمة في تعليل قضائها إلى أن الأرض السلالية المتنازع بشأن توزيع الانتفاع بها التابعة للجماعة السلالية كان يستغلها أب المستأنف عليهن، المطلوب ضدهن قصد حياته، وأنه ليس ضمن وثائق الملف ما يفيد التنازل عن حق استغلالها والتصرف فيها إلى المستأنف، موضحة بأن عملية تقسيم حصة الانتفاع بالأراضي الجماعية بين أفراد الجماعة السلالية تبقى خاضعة للأعراف مع عدم المساس بحقوق المرأة السلالية المكفولة بمقتضى الشريعة الإسلامية ودستور المملكة المغربية والاتفاقات الدولية المصادق عليها من لدن الدولة المغربية، فإنها لم تخرق أية قاعدة قانونية وبنت قضائها على أساس وعللت قرارها تعليلا سائغا².

كما يلاحظ أن الجماعة السلالية في إطار توزيعها لحق الانتفاع وتطبيقا للأعراف والعادات السائدة داخلها، تقوم بنقل حصة كان ينتفع بها أحد أعضائها إلى ورثته، وكمثال على ذلك ما ورد في أحد القرارات التي تطرقت إلى هذا الأمر، حيث أن "البين أن الطرف الطالب تمسك بأن قرار مجلس الوصاية تضمن تعليلا وافيا شاملا إذ أشار إلى وقائع النزاع ومقرر المجلس النيابي الذي جاء مفصلا وموضحا للنزاع بين الطرفين، كما أشار إلى تقرير السلطة المؤيد لمنطوق القرار النيابي ومقترحها بشأن مخلف الهالك ومطالب الطرفين لينتهي لمناقشة المقرر النيابي والعرف السائد بالمنطقة ويقرر تمكين ورثة الهالك من مخلف في الأراضي الجماعية موضوع النزاع،

¹ - القرار عدد 473 الصادر بتاريخ 11 أبريل 2019 في الملف الإداري عدد 2017/1/4/3164، منشور بمنصة البوابة القضائية للمملكة المغربية [/https://juriscassation.cspj.ma](https://juriscassation.cspj.ma)

كما جاء في أحد القرارات " ... ما دام الواقع يفرض بشأن تلك الأراضي عدم التعامل معها بمنطق لا ينسجم والقانون المنظم لحق الانتفاع، إذ أنه بعد وفاة المنتفع يرجع العقار إلى الجماعة التي تعيد توزيع حق الانتفاع منه، وأن الجماعات السلالية دأبت على إعادة توزيع ذات الانتفاع على الورثة حفاظا على ديمومة استمرار عيش العائلة التي تعتمد في حياتها على تلك الأرض وهو الأمر الذي أخذه مجلس الوصاية بعين الاعتبار بالنظر إلى كون المطعون ضدها الزوجة الثانية كفيلة لقاصرة من صلب مورث المستأنفين، لم تخرق القانون ولم تخرق أية وقائع وعللت قرارها تعليلا سائغا وبنته على سند من القانون"، القرار عدد 935 الصادر بتاريخ 5 نونبر 2020 في الملف الإداري عدد 2019/1/4/1956، منشور بذات المنصة.

² - القرار عدد 104 الصادر بتاريخ 23 يناير 2020 في الملف الإداري عدد 2019/1/4/1844، منشور بمنصة البوابة القضائية للمملكة المغربية [/https://juriscassation.cspj.ma](https://juriscassation.cspj.ma)

والمحكمة لما خلصت إلى أن قرار مجلس الوصاية خال من الأسباب المبررة لاتخاذها، جاء قرارا متسما بالتناقض وفاسد التعليل الموازي لانعدامه¹.

وعلى الرغم من أن المشرع لم يأخذ بنظام الإرث كما هو متعارف عليه إلا أنه خفف من هذا الأمر من خلال ما نصت عليه المادة 19 من المرسوم التطبيقي للقانون 62.17 والتي جاء فيها " في حالة وفاة المستفيد من الانتفاع ذكرا كان أم أنثى، تؤول القطعة الأرضية موضوع الانتفاع إلى أبنائه وبناته وزوجه أو زوجته.

إذا لم يخلف المستفيد من الانتفاع أحدا من الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة، تسترجع الجماعة السلالية القطعة أو القطع المعنية، قصد توزيعها من جديد على وجه الانتفاع أو الاحتفاظ بها لتعبئتها للاستثمار".

وبالتالي فالملاحظ أن المشرع ورغم عدم إعماله لهذه القواعد في انتقال حق المنفعة، إلا أنه لطف من ذلك بأن خول انتقال هذا الحق إلى الأبناء والبنات والزوجة أو الزوج حصرا دون بقية الورثة، وهو اجتهد خفف من قاعدة المنع المسطري من انتقال ذلك الحق عن طريق الارث وفي غيابه يعود حق الانتفاع أو العقار للجماعة السلالية²، ولعل هذا التوجه الذي سلكه المشرع يجد أصله من مقتضيات الفصل السادس من ضابط تقسيم الأراضي الجماعية رقم 2977 الصادر عن وزارة الداخلية بتاريخ 13/11/1957، والذي ينص على أنه في حالة وفاة أحد أفراد الجماعة الذي كان يتمتع بنصيب معين في أرض جماعية، فإن حقه ينتقل إلى زوجته وأولاده الذين لم ينالوا نصيبا بعد، كما يرجع إلى بعض الأعراف السائدة والتي يتم من خلالها نقل ذلك الحق إلى بعض الورثة لضمان ديمومة العيش داخل الجماعة السلالية.

وتعليقا على هذا التوجه الذي ذهب إليه المشرع، يمكن القول بأنه مبني على الاعتبارين التاليين:

- الحق الذي يمنح لذوي الحقوق يقوم على المنفعة ولا ينصب على الملكية، وتبقى الجماعة السلالية هي صاحبة ملكية الرقبة خلافا للأراضي الواقعة داخل دوائر الري.
- من شأن أعمال قواعد الإرث على هذه الأراضي أن يساهم في تفتيت هذه الأراضي وإضعاف قوة وتماسك الجماعة السلالية، مع ما يمكن أن يكون لذلك من آثار اقتصادية واجتماعية.

2- الأراضي التي صدرت بشأنها قرارات التمليك : جاء القانون 62.17 بمستجد تشريعي بخصوص طريقة انتفاع الأعضاء بأموال الجماعة السلالية الواقعة خارج دوائر الري من خلال السماح بتمليك قطع أرضية وفق شروط معينة، وهكذا نجد المادة 17 من ذات القانون تنص على أنه "يمكن تقسيم الأراضي الفلاحية التابعة للجماعات والواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير، وإسنادها على وجه الملكية المفزة أو

¹ - القرار عدد 493 الصادر بتاريخ 11 أبريل 2019 في الملف الإداري عدد 2962/1/4/2018، منشور بمنصة البوابة القضائية للمملكة المغربية <https://juriscassation.cspj.ma>

² - مداخلة أحمد الساخي في ندوة أراضي الجماعات السلالية مدخل للاستثمار والتنمية، المنظمة من طرف المركز المغربي لنشر الوعي بالقانون، المنظمة عن بعد، بتاريخ 13 ماي 2022

المشاعة لفائدة عضو أو عدة أعضاء بالجماعة السلالية المعنية ذكورا وإناثا...¹، وقد جاء القانون التنظيمي بتفصيل لهذا الأمر في المادة 21 وما بعدها كما صدر بشأن ذلك الدورية عدد 6303¹، والتي تطرقت إلى نوعية العقارات التي يمكن تملكها والشروط اللازم توفرها في المترشحين للتمليك إضافة إلى المسطرة التي يتعين سلوكها. وبالتالي فإنه يتم تملك عقار مملوك للجماعات السلالية لعضو أو لعدة أعضاء على وجه الملكية المفزة أو المشاعة وتأسيس رسم عقاري في اسم المستفيد من التملك، وذلك لدواعي استثمارية وتنمية وتثمين الملك العقاري السلالي، وهنا يطرح التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق قواعد الإرث على هذا العقار حين وفاة المستفيد من التملك، خصوصا أنه ينبغي على حق الملكية، وهو ما لا تسعفنا النصوص القانونية في الإجابة عنه، حيث أنه إذا رجعنا إلى الفصل 19 من المرسوم التطبيقي رقم 2.19.973 السالف ذكره، نجده يخص بالذكر المستفيد من الانتفاع، مما يعني عدم شموله لهذا النوع الجديد من العقار السلالي، مما يتعين على سلطات الوصاية والقضاء بما له من سلطة الاجتهاد سد هذا الفراغ التشريعي، مع التأكيد على تطبيق قواعد الإرث كما هي في الفقه الإسلامي على النوازل المطروحة في هذا الإطار.

خاتمة:

ختاما لهذا الموضوع يمكن القول أن المشرع المغربي تعامل مع أراضي الجماعات السلالية تعاملًا خاصًا فيما يتعلق بانتقال الحق فيها بالإرث، وهنا وجب التمييز بين الأراضي الواقعة داخل دوائر الري والتي تنبني على الملكية الشائعة، مما يسمح بتطبيق قواعد الإرث كما هي محددة في الفقه الإسلامي، غير أن المشرع في إطار تنبيهه لمقاربة تراعي خصوصية هذا الرصيد العقاري ذهب في اتجاه اعتماد نهج خاص في نقل هذا الإرث، قبل أن يتم التراجع عن ذلك بموجب القانون 64.17 من خلال إلغاء الفصل الثامن من ظهير 1969، نتج عنه فراغ تشريعي يتعين على القضاء الاطلاع بدوره الطبيعي في سد هذا النقص، وكذا من طرف سلطات الوصاية التي يتعين عليها بدورها أن تجد حلولًا ملائمة لهذا الموضوع، تقطع مع الأوضاع السلبية التي نجمت عن تطبيق الفصل المذكور من هذا الظهير، كما يتعين على المشرع سد هذا الفراغ التشريعي لتلافي أي اضطراب على مستوى الممارسة العملية.

أما بالنسبة للأراضي البورية، فإنها لا تسمح بتطبيق قواعد الإرث، لأنها لا تنبني على الملكية وإنما على حق الانتفاع، لكن العادة جرت داخل الجماعة وكذا بعض الأعراف على نقل هذه المنفعة لبعض الورثة، وهو ما انعكس تشريعيا على توجهات المشرع الذي سمح بنقل هذه المنفعة إلى ورثة محددين بنص المرسوم التطبيقي للقانون 62.17 حسبما بيناه في ثنايا هذا البحث.

لكن بالرغم من ذلك وانسجاما مع الاستراتيجية الرامية إلى تملك بعض الأراضي السلالية التي تقع خارج دوائر الري، فإنه يتعين في هذا الإطار إعمال قواعد الإرث وفق ما هو مبين في الفقه الإسلامي، مع ضرورة سد الفراغ التشريعي الحاصل في هذه المسألة.

¹ - دورية حول تملك قطع أرضية فلاحية بورية من أملاك الجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات، والصادرة بتاريخ 13 ماي 2020.

Les produits de la finance islamique comme alternatives de financement des PME : Analyse théorique des contrats Mourabaha, Moucharaka et Moudaraba

Ecrit par: Ali SQUALLI

Docteur en science économique et gestion

Université Sidi Mohammed Ben Abdelah, FSJES

FES, MAROC

Introduction

L'accès au financement constitue l'un des principaux obstacles au développement et à la compétitivité des petites et moyennes entreprises (PME), particulièrement dans les économies émergentes. Les PME, qui représentent souvent plus de 90 % du tissu entrepreneurial et une part significative de la création d'emplois, rencontrent des difficultés structurelles pour accéder aux circuits traditionnels de financement, en raison notamment des asymétries d'information, de l'insuffisance des garanties et du rationnement du crédit bancaire¹.

Face aux limites du modèle conventionnel fondé sur l'intérêt et l'endettement, la finance islamique se présente comme une alternative crédible, alignée sur les principes de l'économie réelle, la transparence contractuelle et le partage du risque. Fondée sur l'interdiction du *riba*, la prohibition du *gharar* et l'obligation d'adosser toute transaction à un actif tangible, elle propose des instruments de financement susceptibles de mieux répondre aux besoins des PME. Parmi ces instruments, la *Mourabaha*, la *Moucharaka* et la *Moudaraba* se distinguent par leur capacité à offrir des solutions adaptées aux contextes de faible collatéralisation, aux projets innovants ou aux structures entrepreneuriales émergentes.

¹ Berger, A. N., & Udell, G. F. (1998). The economics of small business finance. *Journal of Banking & Finance*, 22(6–8), 613–673. Et Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., & Maksimovic, V. (2005). Financial and legal constraints to growth: Does firm size matter? *Journal of Finance*, 60(1), 137–177.

Dans plusieurs juridictions, la finance islamique a démontré sa capacité à soutenir l'inclusion financière, à diversifier les sources de financement et à promouvoir des pratiques d'investissement plus résilientes. Toutefois, la compréhension de son potentiel effectif dans le financement des PME demeure souvent limitée à des approches empiriques fragmentées ou à des analyses pratiques. D'où la nécessité d'un travail théorique rigoureux permettant de clarifier les fondements économiques des principaux contrats islamiques et d'analyser leur pertinence en tant que leviers alternatifs de financement.

Cet article propose une analyse théorique approfondie de ces trois contrats, en mettant en lumière leurs caractéristiques, leur pertinence en tant qu'alternatives au financement conventionnel et leurs limites opérationnelles. Il comprend également une section dédiée au contexte marocain, où la finance participative connaît un développement récent mais encore limité, malgré son potentiel pour soutenir les PME.

Malgré l'importance stratégique des PME et le besoin de financement qu'elles expriment, les travaux intégrant les spécificités des contrats islamiques comme alternatives crédibles restent limités. Dès lors, la question centrale qui guide cette recherche est la suivante :

En quoi les principaux produits de la finance islamique notamment la Mourabaha, la Moucharaka et la Moudaraba peuvent-ils constituer des mécanismes de financement alternatifs efficaces pour les PME en réponse aux limites du système financier conventionnel?

Cette problématique soulève plusieurs interrogations secondaires :

- Quels principes distinguent les contrats islamiques du financement conventionnel fondé sur l'intérêt ?
- Comment ces instruments peuvent-ils atténuer les contraintes d'accès au crédit pour les PME ?
- Quelles sont leurs limites opérationnelles et les conditions de leur déploiement ?
- Quel rôle peuvent-ils jouer dans le contexte marocain ?

L'objectif général de cet article est d'évaluer, dans une perspective théorique, la capacité des principaux contrats islamiques à répondre aux défis du financement des PME.

Les objectifs spécifiques sont de :

1. Analyser les fondements économiques et juridiques de la finance islamique.
2. Examiner les caractéristiques et modalités de la Mourabaha, de la Moucharaka et de la Moudaraba.
3. Comparer leurs apports et limites par rapport aux mécanismes conventionnels.
4. Identifier les conditions de réussite pour leur mise en œuvre.
5. Analyser leur potentiel dans le contexte spécifique du Maroc.

Cette étude adopte une approche théorique basée sur une analyse documentaire et conceptuelle. Elle s'appuie sur :

Cette étude adopte une approche exclusivement théorique et conceptuelle. Elle repose sur une analyse synthétique de la littérature académique relative à la finance islamique, aux mécanismes contractuels fondés sur l'économie réelle, ainsi qu'aux enjeux du financement des petites et moyennes entreprises. La méthodologie mobilisée est de nature qualitative documentaire et s'appuie sur :

- les ouvrages de référence en finance islamique¹;
- les normes AAOIFI² et IFSB³ pour les aspects contractuels ;
- la littérature économique sur l'accès au financement des PME⁴;
- des rapports institutionnels marocains⁵.

Cette méthode permet de construire un cadre conceptuel solide, sans recourir à une étude empirique.

¹ El-Gamal, M. A. (2006). *Islamic Finance: Law, Economics, and Practice*. Cambridge University Press. et Iqbal, M., & Mirakhor, A. (2011). *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*. Wiley. et Selon Ayub, M. (2007). *Understanding Islamic Finance*. Wiley.

² AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions). *Shari'ah Standards*. Manama.

³ IFSB (Islamic Financial Services Board). *Guiding Principles on Risk Management*.

⁴ Berger, A. N., & Udell, G. F, op.cit. et Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., & Maksimovic, V, op.cit.

⁵ Bank Al-Maghrib. (2018–2024). *Rapport annuel sur la supervision bancaire*. Rabat.

1. Revue de littérature

1.1 Contraintes du financement conventionnel des PME

La littérature montre que les PME font face à des contraintes importantes : asymétrie d'information, insuffisance de garanties, taux d'intérêt élevés et rationnement du crédit¹. soulignent que ces contraintes sont particulièrement fortes dans les économies émergentes, où les systèmes bancaires sont prudents et peu enclins à financer les projets à risque.

La littérature sur les marchés du crédit met en évidence les difficultés structurelles rencontrées par les PME dans l'accès au financement. Les travaux de montrent que les petites entreprises souffrent d'une forte asymétrie d'information², entraînant un rationnement du crédit et une dépendance excessive aux garanties. confirment que³, dans les économies émergentes, les PME sont particulièrement pénalisées par les exigences bancaires en matière de collatéral et par le coût élevé du crédit.

Ces limites conduisent à un sous-investissement chronique et freinent la croissance du tissu entrepreneurial, ce qui justifie la recherche de mécanismes alternatifs plus inclusifs.

1.2 Fondements de la finance islamique

La finance islamique repose sur des principes éthiques et économiques qui la distinguent du système conventionnel : interdiction de l'intérêt (riba), prohibition de l'incertitude excessive (gharar), obligation d'adosser les transactions à un actif réel et promotion du partage des profits et des pertes (musharaka et moudaraba). Ces principes renforcent la transparence, limitent la spéculation et favorisent un financement aligné sur l'économie réelle.

1.3 Les contrats islamiques et les PME

Plusieurs travaux ont mis en avant la pertinence des contrats islamiques pour le financement des petites entreprises⁴. montre que les instruments participatifs comme la Moucharaka et la Moudaraba permettent de surmonter les problèmes d'information asymétrique en alignant les

¹ Berger, A. N., & Udell, G. F, op.cit. et Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., & Maksimovic, V, op.cit.

² Berger, A. N., & Udell, G. F, op.cit.

³ Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., & Maksimovic, V, op.cit.

⁴ Obaidullah, M. (2005). Islamic Financial Services. King Abdulaziz University.

intérêts du financier et de l'entrepreneur. insiste sur la flexibilité de la Mourabaha pour financer des actifs tangibles sans recourir à des garanties excessives¹.

Dans la pratique, cependant, les banques islamiques privilégient souvent la Mourabaha en raison de sa simplicité opérationnelle et de son risque relativement faible², tandis que les contrats participatifs peinent à se développer en raison des coûts de supervision et des risques de gouvernance.

Cette littérature met en évidence un potentiel important mais encore sous-exploité des mécanismes islamiques pour soutenir l'inclusion financière et la croissance des PME.

2. Analyse théorique des contrats islamiques applicables au financement des PME

2.1 La Mourabaha : un instrument commercial fondé sur l'actif réel

La Mourabaha est un contrat de vente à coût majoré dans lequel la banque acquiert un bien demandé par le client, puis le lui revend avec une marge bénéficiaire connue et convenue dès le départ.

ce contrat repose sur trois principes clés³:

1. Existence réelle de l'actif : la banque doit détenir le bien avant de le revendre.
2. Transparence totale du coût et de la marge.
3. Absence d'intérêt, puisque le gain provient d'une opération commerciale.

Pertinence pour les PME

- Permet l'acquisition de machines, équipements, matières premières.
- Accessible même aux PME disposant de faibles garanties grâce à l'adossement à l'actif financé.
- Réduit le risque de crédit pour la banque.

Limites

- Ne favorise pas directement le partage du risque.
- Reste proche du modèle conventionnel si mal structuré.

¹ Usmani, M. T. (2002). An Introduction to Islamic Finance. Idaratul Ma'arif.

² Karim, R., & Archer, S. (Eds.). (2011). Islamic Finance: The Regulatory Challenge. Wiley.

³ Selon Ayub, op.cit. et Usmani, M. T., op.cit

2.2 La Moucharaka : un partenariat fondé sur le partage des profits et des pertes

La Moucharaka correspond à une participation conjointe dans le capital d'un projet. Banque et entrepreneur contribuent au capital et partagent les profits selon une clé prédéfinie, tandis que les pertes sont partagées selon les parts de capital¹.

Apports pour les PME

- Alignement des intérêts → réduction du risque moral.
- Soutien aux entreprises innovantes ou en phase de croissance.
- Offre un financement sans garanties, basé sur la viabilité du projet.

Limites

- Forte asymétrie d'information → coûts de supervision élevés.
- Faible appétence des banques pour des risques de gouvernance.

2.3 La Moudaraba : un contrat de partage profit/perte avec gestion confiée

La Moudaraba est un partenariat dans lequel une partie (la banque) apporte le capital, et l'autre partie (l'entrepreneur) apporte son expertise et gère le projet. Les profits sont partagés selon les proportions convenues, tandis que les pertes sont supportées uniquement par le fournisseur de capital, sauf en cas de négligence².

Avantages pour les PME

- Idéal pour startups ou entreprises sans collatéral.
- Encourage l'entrepreneuriat grâce à faible risque initial pour le porteur de projet.
- Utile dans les secteurs où l'expertise est cruciale.

Limites

- Risque moral élevé pour la banque → nécessité de mécanismes de gouvernance.
- Complexité d'application sans systèmes de suivi performants.

¹ Iqbal, M., & Mirakhor, A, op.cit.

² Usmani, M. T., op.cit.

3. Discussion générale : Apports et limites des contrats islamiques dans le financement des PME

Le recours aux contrats islamiques comme instruments de financement des petites et moyennes entreprises présente un potentiel important pour combler les défaillances du système financier conventionnel. Toutefois, leur efficacité dépend largement des conditions institutionnelles, des capacités des banques à gérer les risques spécifiques et du cadre réglementaire qui encadre leur mise en œuvre. Cette discussion examine de manière approfondie les apports des modèles islamiques, leurs limites structurelles ainsi que les leviers nécessaires pour optimiser leur impact sur l'inclusion financière et le développement économique.

3.1. Les apports des contrats islamiques pour les PME : alignement d'intérêts, réduction des asymétries d'information et inclusion financière

3.1.1 Un modèle fondé sur des actifs réels et une logique économique plus inclusive

L'une des principales contributions de la finance islamique au financement des PME réside dans son ancrage dans l'économie réelle. Contrairement au modèle conventionnel, fondé sur la dette, la finance islamique requiert l'existence d'un actif tangible ou d'un projet économique identifiable pour toute opération¹.

Cela permet :

- D'évaluer plus précisément la valeur économique du projet,
- De réduire le risque de spéculation,
- De limiter les exigences de garanties personnelles difficiles à fournir pour les PME,
- De créer une relation contractuelle plus équilibrée.

La Mourabaha, par exemple, constitue une alternative efficace pour financer l'acquisition de biens productifs sans recourir à des prêts à intérêt, tandis que la Moucharaka et la Moudaraba favorisent un investissement direct dans le projet entrepreneurial.

¹ Chapra, M. U. (2000). The Future of Economics: An Islamic Perspective. Islamic Foundation. Et Iqbal, M., & Mirakhor, A, op.cit.

3.1.2 Un meilleur alignement des incitations et une réduction du risque moral

Les modèles participatifs reposent sur un mécanisme fondamental : le partage des profits et des pertes. Cette logique d'incitation¹, permet de réduire significativement les comportements opportunistes, puisque:

- Les deux parties ont intérêt à maximiser la performance du projet,
- La banque se positionne comme partenaire stratégique plutôt que simple créancier,
- L'entrepreneur n'est pas pénalisé par des charges financières fixes en phase de démarrage.

Ainsi, la Moucharaka et la Moudaraba offrent des solutions adaptées aux entreprises innovantes, aux startups et aux PME en phase de croissance.

3.1.3. Un vecteur d'inclusion financière et de justice contractuelle

La finance islamique, par ses principes, favorise une approche plus équitable de l'intermédiation financière. Elle permet à des entrepreneurs, souvent exclus du crédit conventionnel en raison du manque de garanties, d'accéder à des financements structurés autour de l'actif et du projet lui-même².

Cette dimension est essentielle dans les économies émergentes où le secteur informel est important et où les PME jouent un rôle crucial dans la réduction du chômage.

3.2. Limites et défis dans la mise en œuvre des contrats islamiques

Malgré leurs apports théoriques, les contrats islamiques rencontrent plusieurs limites opérationnelles qui réduisent leur diffusion dans le financement des PME.

3.2.1. La domination excessive de la Mourabaha dans la pratique

Comme le montrent³, les banques islamiques privilégient massivement la Mourabaha, représentant parfois plus de 70 % de leurs opérations. Ce choix s'explique par :

- Sa simplicité opérationnelle,
- Son risque faible comparé aux contrats participatifs,

¹ El-Gamal, M. A, op.cit. et Obaidullah, M. (2005). Islamic Financial Services. King Abdulaziz University.

² Selon Ayub, op.cit.

³ Karim, R., & Archer, S. (Eds.). (2011). Islamic Finance: The Regulatory Challenge. Wiley.

- Sa conformité réglementaire plus facile à vérifier.

Cependant, cette domination conduit à un modèle qui se rapproche, dans la pratique, du crédit conventionnel, ce qui limite le potentiel transformationnel de la finance islamique pour les PME.

3.2.2. Les défis de gouvernance et de supervision dans les contrats participatifs

Les contrats Moucharaka et Moudaraba, malgré leurs avantages théoriques, sont peu utilisés. Les raisons sont multiples :

- Coûts élevés de suivi et d'audit,
- Asymétrie d'information persistante entre banque et entrepreneur,
- Risques de gestion, fraude ou négligence,
- Faible culture du partenariat dans les environnements bancaires.

soulignent que ces risques constituent des obstacles majeurs à l'adoption généralisée des contrats participatifs¹.

3.2.3. Contraintes réglementaires et cadre prudentiel insuffisant

Les institutions de régulation (IFSB, AAOIFI) ont établi des normes importantes, mais leur application reste variable selon les juridictions. Les défis incluent :

- Une interprétation hétérogène des standards,
- L'absence de mécanismes de résolution des litiges adaptés aux contrats participatifs,
- Des exigences prudentielles parfois inadaptées aux modèles de partage du risque.

Ainsi, la pleine exploitation du potentiel de ces contrats nécessite un cadre institutionnel robuste.

4. Le contexte marocain : potentiel et défis du financement participatif

Depuis 2017, le Maroc a introduit les **banques participatives**, supervisées par Bank Al-Maghrib². Le cadre légal s'appuie sur :

- La loi 103-12 relative aux établissements de crédit ;

¹ Khan, T., & Ahmed, H. (2001). Risk Management in Islamic Financial Institutions. IRTI-IDB.

² Bank Al-Maghrib (2017–2024). Rapports annuels & Rapports sur la supervision.

- Les circulaires de Bank Al-Maghrib ;
- Les avis du Conseil Supérieur des Oulémas (CSO).

4.1. Une dominance marquée de la Mourabaha

Les rapports de Bank Al-Maghrib (2018–2024) montrent que plus de 85 % des financements participatifs sont réalisés via la Mourabaha immobilière et automobile.

Ceci reproduit en partie les limites observées dans d'autres pays : faible place des contrats participatifs.

4.2. Un potentiel important pour les PME

Le Maroc dispose d'un tissu entrepreneurial où les PME représentent 95 % des entreprises. Pourtant, leur accès au financement reste limité¹.

Les contrats participatifs pourraient :

- Alléger les contraintes de garanties,
- Encourager l'innovation,
- Soutenir les secteurs productifs.

4.3. Le rôle de Tamwilcom

L'institution publique **Tamwilcom** a introduit des mécanismes de garantie compatibles avec la finance participative, notamment pour la Mourabaha et l'Ijara².

Une extension vers la Moucharaka et la Moudaraba permettrait d'accroître l'impact de ces contrats sur les PME.

4.4. Défis spécifiques

- Culture bancaire orientée vers la dette,
- Faible expertise des équipes dans les partenariats participatifs,
- Besoin d'un cadre fiscal plus adapté.

¹ Haut-Commissariat au Plan (HCP). (2022). Rapports économiques et financiers. Rabat.

² Tamwilcom. (2020–2024). Rapports annuels et notes de synthèse. Rabat.

Conclusion :

La finance islamique, en fondant ses opérations sur des actifs tangibles, la transparence contractuelle et le partage du risque, constitue une alternative crédible et complémentaire aux modes de financement conventionnels. Les contrats Mourabaha, Moucharaka et Moudaraba présentent des mécanismes adaptés aux besoins des PME, qu'il s'agisse d'acquérir des équipements, de financer des projets innovants ou de soutenir des entrepreneurs dépourvus de garanties traditionnelles.

La Mourabaha apparaît comme un instrument accessible, simple et efficace, mais son utilisation dominante peut conduire à une reproduction des logiques du modèle conventionnel si elle n'est pas accompagnée d'un développement réel des contrats participatifs. La Moucharaka et la Moudaraba, quant à elles, incarnent l'essence de la finance islamique : un système fondé sur l'investissement productif, l'alignement des intérêts et la justice contractuelle. Leur déploiement effectif dépend toutefois de la capacité des institutions bancaires à gérer les risques d'information et de gouvernance associés.

Dans le contexte marocain, bien que le marché participatif soit en croissance, une plus grande place accordée aux contrats participatifs pourrait renforcer l'inclusion financière et stimuler l'entrepreneuriat. L'avenir du financement participatif au Maroc repose ainsi sur une combinaison de réformes réglementaires, de renforcement des capacités bancaires et d'innovation financière.

La contribution de cet article réside dans la clarification théorique des fondements et mécanismes de ces contrats, ainsi que dans l'analyse de leur pertinence pour surmonter les obstacles structurels au financement des PME. En mettant en lumière les conditions de succès nécessaires, cette étude ouvre également la voie à des recherches futures, notamment empiriques, visant à évaluer l'efficacité réelle de ces instruments dans différents contextes économiques.

Ainsi, la finance islamique a le potentiel de jouer un rôle majeur dans la promotion d'une croissance économique inclusive, en offrant des solutions adaptées aux défis spécifiques des PME et en contribuant à une transformation profonde des pratiques financières contemporaines.

نبض المحاكم



قرار محكمة النقض

عدد: 1/598

المؤرخ في: 2022/04/26

ملف: اجتماعي

عدد: 2021/1/5/3009

بين:

..

ضد

..

القائمة

حددت المادة 62 من مدونة الشغل أجل ثمانية أيام قصد الاستماع للأجير، ينطلق ابتداء من تاريخ التبين من الخطأ المنسوب إليه، ولم يحدد المشرع أي أجل يفصل بين تاريخ استدعاء الأجير، وتاريخ الاستماع إليه وهو ما يفهم منه أنه لا يوجد ما يمنع من الاستماع للأجير في نفس اليوم الذي توصل فيه بالاستدعاء.

المشغل ملزم طبقاً للمادة 62 بتمكين الأجير من فرصة للدفاع عن نفسه، بالاستماع إليه، أما تمكينه من أجل لإعداد دفاعه، فيتوقف على تقديم طلب بذلك، وهو ما لا دليل على حدوثه في نازلة الحال.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

إن غرفة الاجتماعية القسم الأول بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: ..

ينوب عنها الأستاذ: م م ص المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة

وبين: ..

المطلوب

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2021/07/05 من طرف الطاعنة المذكورة أعلاه بواسطة نائبيها والرامي إلى نقض القرار رقم 1825 الصادر بتاريخ 2021/04/06 في الملف رقم 2020/1501/1538 عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء.

وبناء على المستندات المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2022/04/12.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 26/04/2022.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد عمر تيزاوي والاستماع إلى مستنتاجات المحامي العام السيد عبد العزيز أوبايك.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية ومن القرار المطعون فيه أن المدعي تقدم بمقال يعرض فيه أنه عمل لدى المدعى عليها إلى أن تم فصله بصفة تعسفية ولأجل ذلك التمس الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك وبعد انتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعي مجموعة تعويضات عن الاضرار والفصل والضرر وتسليمه شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية ورفض باقي الطلبات، استأنفه الطرفان فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب

التعويض عن أجرة الشهر 13 والحكم من جديد بتعويض عنه وتأيبده في الباقي، و هو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن الفرع الأول والثاني من وسيلة النقض الأولى:

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه، خرق القانون الداخلي والمتمثل في خرق مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل والفصلين 72 و من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الاستدعاء الموجه للطاعن مؤرخ في 2019/10/10 وسلمه للمفوض القضائي في نفس اليوم وتوصل به بتاريخ 2019/10/10 وأن المطلوب في النقض حضر لجلسة الاستماع واختار أن يؤازره رئيسه المباشر وأن المشرع لم ينص على ضرورة استدعائه بشكل معين، فكيف يمكن إلزام المشغل باستدعاء الأجير وتركه مدة من الايام بين تاريخ الاستدعاء ويوم الاستماع اليه والحال انه ملزم بسلوك مسطرة الفصل برمتها داخل اجل 8 ايام، وأن الطاعنة توصلت بتاريخ 2019/10/08 برسالة من شركة أ س تؤكد فيها أنها لم تتوصل بالبضاعة موضوع الفاتورة رقم 403-185 المؤرخة في 2019/07/04 والفاتورة 417-185 المؤرخة في 2019/07/05 فبادرت فور ذلك بالشروع في مسطرة الاستماع ووجهت للمعني بالأمر استدعاء بتاريخ 2019/10/10 توصل به بتاريخ 2019/10/11، كما ان ما ضمن بجلسة البحث ليس ما تم التصريح به خلال جلسة البحث ولعل اهم قرينة تهدم هذا الأمر هي الوثائق المدلى بها من طرف الطاعنة خاصة في مذكرتها الجوابية بعد البحث بجلسة 2021/03/30، اوضحت فيها ان المطلوب في النقض ارتكب مجموعة من الاخطاء منذ سنة 2018 واصدرت قرارا بتوقيفه لمدة 8 ايام ابتداء من 2018/07/06 بمناسبة الخطأ الأول وفي الاسبوع الأول من شهر اكتوبر 2019 توصلت بشكاية من احد زبائنهم بتزوير طابعها، ثم توصلت مرة اخرى بتاريخ 2019/10/08 برسالة شركة أ المشار اليها اعلاه واستمعت اليه بحضور ع ب وتم تبليغه محضر الاستماع وبعده مقرر الفصل وأن القرار لم يميز بين خطأ سنة 2018 وخطأ سنة 2019 اذ حتى ولو ان الامر يتعلق بنفس الفعل الاجرامي، مما يتعين معه نقضه.

حيث ثبت صحة ما نعتة الطاعنة على القرار المطعون فيه، فمن جهة اولى فان المادة 62 من مدونة الشغل حددت اجل ثمانية ايام قصد الاستماع للأجير، ينطلق ابتداء من تاريخ التبين من الخطأ المنسوب اليه، ولم يحدد المشرع أي أجل يفصل بين تاريخ استدعاء الأجير، وتاريخ الاستماع اليه وهو ما يفهم منه أنه لا يوجد ما يمنع من الاستماع للأجير في نفس اليوم الذي توصل فيه بالاستدعاء، الا اذا ابدى تحفظا حول ذلك اثناء مسطرة الاستماع اليه والتمس مهلة لإعداد دفاع ما لأن المشغل ملزم طبقا للمادة 62 بتمكين الأجير من فرصة للدفاع عن نفسه، بالاستماع اليه، أما تمكينه من أجل لإعداد دفاعه، فيتوقف على تقديم طلب بذلك، وهو ما لا دليل على حدوثه في نازلة الحال، ومن جهة ثانية فان الثابت من خلال وثائق الملف ان الطاعنة تبينت من الخطأ المنسوب للأجير بتاريخ 2019/10/08، بناء على الشكاية التي تقدمت بها شركة أ س، التي تفيد عدم توصلها ببضائع متعلقة بفاتورتين، فتم استدعاؤه لجلسة 2019/10/11، أي بعد مرور يومين، وتم الاستماع اليه، واتخاذ قرار فصله من الشغل، وتبليغه مقرر الفصل بنفس التاريخ، لتكون بذلك مسطرة الفصل قد احترمت من طرف المشغل، اما ما تعلق بالأفعال الصادرة عن الأجير سنة 2018 والتي اشار اليها الممثل القانوني

بجلسة البحث، فقد كانت موضوع عقوبة توقيف لمدة ثمانية أيام حسب القرار المؤرخ في 2018/07/08، وان المحكمة لما نحت خلاف ذلك، تكون قد خرقت المقتضيات القانونية المستدل بها وعرضت قرارها للنقض، وبغض النظر عما أثير بباقي الفروع والوسائل الأخرى.

حيث ان حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان احالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها من جديد.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية إلى المحكمة نفسها، للبت فيها من جديد بهيئة أخرى، طبقاً للقانون، وتحميل المطلوبة في النقض الصائر.

كما قررت إثبات قرارها هذا بسجلات المحكمة المصدرة له، اثر القرار المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد: العربي عجايبي والمستشارين السادة عمر تيزاوي مقررا، وأم كلثوم قربال وعتيقة بحراوي، وأمينة ناعمي أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد عبد العزيز أوبايك، وبمساعدة كاتب الضبط السيد خالد لحياني.

كاتب الضبط

المستشار المقرر

رئيس الغرفة

قرار محكمة النقض

عدد: 1/1146

المؤرخ في: 2024/07/10

ملف: جنحي

عدد: 2024/1/6/2291

بين:

الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية

ضد

..

القائمة

براءة المطلوب من أجل بث وتوزيع ادعاءات ووقائع كاذبة قصد المساس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم عن طريق الأنظمة المعلوماتية ومحاولة استدراج شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب نقص بدني ونفسي، تأسيساً على تصريحاته وقت البحث معه وأقواله بين يديها حين محاكمته فيما اعتبرته اعترافاً منه، ودونما تبيانها إن كان المتهم قد ارتكبها حقاً طبقاً لما تقتضي— به أفعال تلك الفصول القانونية بكمال أركانها وتام عناصرها التكوينية قابلاً للإلغاء على هذا الأساس.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة الجنائية (الهيئة الأولى) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية.

الطالب

وبين: ..

المطلوب

بناء على طلب النقض المرفوع من طرف الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 09 أكتوبر 2023 أمام كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بالرشيدية، الرامي إلى نقض القرار الصادر بتاريخ 2023/10/09 عن غرفة الجناح الاستئنافية بها في القضية ذات العدد 2023/2601/435 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرشيدية فيما قضى به من مؤاخذة المطلوب من أجل محاولة التحرش الجنسي بواسطة رسائل إلكترونية ذات طبيعة جنسية و معاقبته بثلاثة أشهر حبسا نافذا وغرامة مالية نافذة قدرها (5000) درهم والحكم من جديد ببراءته من ذلك و تأييده فيما قضى به من عدم مؤاخذته من أجل بث و توزيع ادعاءات و وقائع كاذبة قصد المساس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم عن طريق الأنظمة المعلوماتية ومحاولة استدراج شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب نقص بدني ونفسي.

إن محكمة النقض

بعد أن تلا السيد المستشار أحمد نهيد التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيدة زكية وزين المحامية العامة في مستنجاتها.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل:

حيث إن طلب النقض قدم داخل الأجل المحدد قانونا بموجب المادة 527 من قانون المسطرة الجنائية وجاء مستوفيا لما يقتضيه القانون، فهو مقبول شكلا.

وفي الموضوع:

نظرا لمذكرة بيان وسائل الطعن بالنقض المدلى بها من لدن الطاعن بإمضاءه.

في شأن وسيلة النقض الفريدة المستدل بها المتخذة من انعدام التعليل، ذلك أن المطلوب اعتراف تمهيداً بأنه قام بنشر تدوينة "هانا غادي لواحد الدوار جهة ورزازات دعيو معايا نغشم شي يتيمة راه شحال هادي ما فرحت القريد" بواسطة هاتفه عبر صفحته الشخصية بمواقع التواصل الاجتماعي مؤكداً أن الهدف من وراء هذه التدوينة هو مساعدة الأشخاص قصد الزواج، في حين أنها تشكل تحريضاً على ارتكاب جنحة بواسطة وسيلة إلكترونية ومحاولة التحرش الجنسي بواسطة وسيلة إلكترونية مكتوبة وبث وتوزيع ادعاءات ووقائع كاذبة تمس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم عن طريق الأنظمة المعلوماتية ومحاولة استدراج شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب نقص بدني ونفسي مما يشكل انعداماً للتعليل ويعرض القرار للنقض والإبطال.

حيث إن المحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من عدم مؤاخذة المطلوب من أجل بث وتوزيع ادعاءات ووقائع كاذبة قصد المساس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم عن طريق الأنظمة المعلوماتية ومحاولة استدراج شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب نقص بدني ونفسي، ناقشت مضمون العبارة موضوع المتابعة من أجل ما ذكر وهي كالتالي: "هانا غادي لواحد الدوار جهة ورزازات دعيو معايا نغشم شي يتيمة راه شحال هادي ما فرحت القريد" وخلصت إلى أن المحكمة الابتدائية "حينما قضت بإدانة المتهم من أجل التهم الموجهة إليه وعاقبته عليها وفق ما جرى به منطوق حكمها المطعون فيه، تأسيساً على تصريحات المتهم وقت البحث معه وأقواله بين يديها حين محاكمته فيما اعتبرته اعترافاً منه خلال هاتين المرحلتين من المحاكمة، ودونما تبيانها إن كان المتهم قد ارتكبها حقاً - طبقاً لما تقضي به أفعال تلك الفصول القانونية بكمال أركانها وتام عناصرها التكوينية، وخلافاً لمجموع العلل المسطرة أعلاه، فقد كان حكمها المطعون فيه قائماً على غير أساس قانوني وواقعي سديد، في شقه هذا، وأضحى خليقاً، والحال ما ذكر، بالإلغاء من طرف ذي المحكمة لفائدة المتهم المذكور عملاً منها بأحكام المادة 409 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك بعدما اطمأنت وكونت اقتناعاً بالصميم عملاً بفحوى المادتين 286 و 287 من ذات القانون بعدم ثبوت قيام الجرائم المذكورة الموجهة إلى المتهم طبقاً لمقتضيات الفصول القانونية المذكورة المطبقة عليها الواردة بقرار المتابعة أعلاه، وبات حقاً عليها، التصريح بعدم إدانته من أجلها والحكم ببراءته منها، تنزيلاً وتفعيلاً منها - لأحكام الفصلين 23 و 119 من الدستور، وتطبيقاً لمقتضيات المواد 1-286 الفقرة الأخيرة منها و 389 في فقرتها الأولى من قانون المسطرة الجنائية.

وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة عللت ما قضت به من براءة المطلوب من أجل بث وتوزيع ادعاءات ووقائع كاذبة قصد المساس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم عن طريق الأنظمة المعلوماتية ومحاولة استدراج شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب نقص بدني ونفسي، تعليلًا كافيًا من الناحيتين الواقعية والقانونية وأبرزت عدم توفر عناصر الجرائم المتابع بها، مما يتعين معه رفض طلب النقض.

من أجله

قضت برفض طلب النقض المرفوع من طرف الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية.

وتحميل الخزينة العامة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل بحي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: محمد بن حمو رئيساً، والمستشارين: أحمد نهيد مقرراً، وعبد الحق أبو الفراج والمحجوب براق والحسن بن دالي، أعضاء، وبمحضر المحامية العامة السيدة زكية وزين التي كانت تمثل النيابة العامة، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة اليماني.

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

قرار محكمة النقض

عدد: 1/124

المؤرخ في: 2023/02/07

ملف: مدني

عدد: 2022/1/1/6916

بين:

الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض

ضد

..

الناحية

خول المشرع المغربي بموجب الفقرة الثانية من الفصل 382 من قانون المسطرة المدنية للأطراف الذين يتم إدخالهم من طرف الوكيل العام للملك بموجب مسطرة الإحالة على محكمة النقض بقصد إلغاء الأحكام التي قد يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم باعتبارها مسطرة خاصة ممكنة تقديم مذكراتهم دون لزوم استعانتهم بالمحامي.

يشكل تذييل الأمر موضوع طلب الإبطال بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية خلافا لصريح قانون المسطرة المدنية في الفصل 312 تجاوزا للسلطة بممارسة رئيس المحكمة المذكور اختصاص أسند تشريعيا لغيره.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة المدنية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض.

طالباً من جهة

وبين: ..

مدخلين في الدعوى من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال المقدم من طرف الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بتاريخ 2022/10/04 في إطار الفصل 382 من قانون المسطرة المدنية والمادة 2 من القانون رقم 17-33 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 17-45 بتاريخ 2017/08/30 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، والذي يعرض فيه أن النيابة العامة بهذه المحكمة توصلت بطلب بتاريخ 2020/10/02 من طرف .. أسفي تلتبس فيه إحالة الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء في إطار مقالات مختلفة في الملف 2019/3792 القاضي بتذليل مقرر تحكيكي بالصيغة التنفيذية على محكمة النقض لإلغائه عملاً بمقتضيات الفصل 382 من قانون المسطرة المدنية لتجاوز القاضي المصدر له لسلطاته تأسيساً على الاختصاص المذكور موكول حصراً لرئيس المحكمة التجارية عملاً بنص الفصل 312 من قانون المسطرة المدنية، وفي عرضه للوقائع أورد بأن المطلوب من هـ تقدم بمقال إلى رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء في إطار الأوامر المبنية على طلب من أجل تذليل المقرر التحكيكي الصادر عن المحكم المنفرد السيد .. بتاريخ 2019/04/16، والمودع بكتابة ضبط نفس المحكمة بتاريخ 2019/04/17 تحت رقم 2019/430 بالصيغة التنفيذية، والقاضي على شركة .. بأن تؤدي .. مبلغ 4.800.927,68 درهم كتعويض عن الفصل التعسفي وتاريخ 2019/04/26 أصدر رئيس المحكمة المذكورة أمراً قضى فيه بتذليل المقرر التحكيكي المشار إليه بالصيغة التنفيذية، وهو الأمر الذي صدر بناء عليه بتاريخ 2019/06/20 الأمر بالحجز على أموال .. أسفي .. ، وذلك بمقتضى ملف المقالات المختلفة عدد 2019/5705. مضافاً بأن الأمر الصادر بتاريخ 2019/04/26 هو الذي شكل الأساس للحجز على أموال الشركة المحجوز عليها لدى الغير، وأوضح بأن تذليل المقرر التحكيكي من طرف رئيس المحكمة الاجتماعية فيه خرق لمقتضيات الفصل 312 من قانون المسطرة المدنية التي تسند الاختصاص في تذليل المقررات التحكيمية بالصيغة التنفيذية لرئيس المحكمة التجارية وليس لأي جهة أخرى، مما يكون معه رئيس المحكمة الاجتماعية قد تجاوز حدود السلطات المخولة له قانوناً.

لأجله تلتزم النيابة العامة بإبطال الأمر المبني على طلب الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء بتاريخ 2019/06/26 موضوع الملف عدد 2019/3792 مع ترتيب جميع الآثار القانونية عن هذا الإبطال، وأرفق مقاله بنسخة من الأمرين الصادرين عن المحكمة الاجتماعية، ونسخة من المقرر التحكيمي، ونسخة من الأمر الصادر عن الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض رئيس النيابة العامة، ونسخة من طلب الإحالة المقدم من طرف شركة أ أسفي.

وبناء على المذكرتين الجوابيتين المدلى بهما من طرف نائب المدخلة في الدعوى ش .. أسفي، والمودعتين بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2022/10/25، والتي أكدت فيهما ما ورد بطلب الوكيل العام للملك لمحكمة النقض، لأجله تلتزم من خلالهما الإذن لمحاميهما بتقديم مستنتاجاته الشفوية في الملف، وبإبطال الأمر الرئاسي عدد 3792 الصادر عن رئيس المحكمة الاجتماعية بالدار البيضاء بتاريخ 2019/04/26 في الملف عدد 2019/3792، واعتبار الإبطال والإلغاء يجري على الجميع.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من نائب المدخل في الدعوى ... والمودعة بكتابة ضبط هذه بتاريخ 2022/07/25، والتي ضمتها بأنه وخلافا لما تمسكت به النيابة العامة، فإن مقتضيات الفصل 312 من قانون المسطرة المدنية وإن أسندت الاختصاص للبت في تذييل المقررات التحكيمية لرئيس المحكمة التجارية، فإنه أورد استثناء على ذلك عندما نص على أنه ما لم يرد خلاف ذلك، كما أنه دأب في عدة فصول على التنصيص على أنه يتولى رئيس المحكمة المختصة العديد من الإجراءات الخاصة بالتحكيم، علاوة على أن الإطار العام الذي يحدد الاختصاص النوعي للمحاكم هي الفصلين 18 و 20 من قانون المسطرة المدنية، ومادام النزاع الذي يجمع الطرفين يتعلق بنزاع اجتماعي، فإن المحكمة المختصة نوعيا للبت في طلب تذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وليس رئيس المحكمة التجارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النيابة العامة أوردت في أسباب الإلغاء أنه لم هناك إمكانية للطعن في المقرر أن هناك طعنين متوازيين، وبخصوص الفصل 382 أوضح بأنه وإن أعطى الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية فإنه أورد استثناء بالتنصيص على ما لم يرد خلاف ذلك، أي أنه يجب أن يراعى عند التذييل اختصاص الجهة المعروض عليها، ومادام النزاع في النازلة يروم التعويض عن نزاع الشغل فمجاله المحكمة الاجتماعية ومن تم رئيسها. وبعد أن أكدت النيابة العامة مقال الطعن ومستنتاجاتها، تقرر حجز القضية للمداولة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل:

حيث دفع نائب المدخل في الدعوى .. بعدم قبول طلب الترافع من طرف محامي المدخلة في الدعوى شركة أ .. ، لكون المحامي المذكور غير مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وأنه لا يمكن الجمع بين الطعن بالبطلان في المقرر التحكيمي الذي لازال ساريا أمام محكمة الإحالة وطلب الإلغاء بسبب تجاوز القضاة لسلطاتهم.

لكن، حيث إن مسطرة الإحالة على محكمة النقض بقصد إلغاء الأحكام التي قد يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم هي مسطرة خاصة خول فيها المشرع - في الفقرة الثانية من الفصل 382 من قانون المسطرة المدنية - للأطراف الذين يتم إدخالهم من طرف الوكيل العام للملك مكنة تقديم مذكراتهم دون لزوم استعانتهم بالمحامي. فضلا على أن الدفع يبقى متجاوزا اعتبارا لكون الأستاذ م ح الذي رافع نيابة عن المدخلة في الدعوى المذكورة هو محام مقبول للترافع أمام محكمة التعقيب بتونس، وأنه قد أدلى بالإذن بالترافع من طرف وزير العدل، هذا من جهة، وأن المدخل في الدعوى من جهة أخرى إنما التمس تسجيل تضامنه مع النيابة العامة التي تبقى هي الطرف الأصيل في الطعن ويبقى مقالها ومستنتاجاتها هما المعتمد للبت في الطلب، كما أن عرض المنازعة بشأن المقرر التحكيمي لا يحول دون طلب الإحالة أمام محكمة النقض من طرف الوكيل العام للملك كمسطرة خاصة تتوخى إبطال الأمر بالتذيل للتجاوز دون البت في صحة المقرر المذكور، مما يبقى معه الدفعان المذكوران على غير أساس ويتعين ردهما.

وحيث قدم الطلب تبعا لذلك وفق الشكليات المتطلبة قانونا، مما يتعين معه قبوله.

وفيما يخص الجوهر:

حيث انه من الثابت من أوراق الملف والوثائق المرفقة وخصوصا الأمر المبني على طلب الصادر رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء بتاريخ 2019/04/26 موضوع الملف عدد 2019/3792 القاضي بتذيل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، والمطلوب إبطاله بسبب تجاوز مصدره لسلطته طبقا للفصل 382 من قانون المسطرة المدنية، على أساس خرق مقتضيات الفصل 312 من نفس القانون والتي تسند الاختصاص في تذييل المقررات التحكيمية بالصيغة التنفيذية لرئيس المحكمة التجارية، وليس لأي جهة أخرى.

حيث صرح ما عابه الطالب على الأمر المطلوب إبطاله، ذلك أن مقتضيات الفصل 312 الواردة في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية - نصت بشكل صريح وواضح بخصوص من يسند له اختصاص تذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية على أنه: (يراد في هذا الباب بما يلي.... 3 - "رئيس المحكمة" رئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك)، وهو بذلك منح من حيث الأصل هذا الاختصاص حصريا لرئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك، وأن الاستثناء الوحيد ينصرف إلى ما نصت عليه مقتضيات الفصل 310 من نفس القانون التي أسندت الاختصاص بتذيل الأحكام التحكيمية المتعلقة بالمنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات للمحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وهو الاستثناء الوحيد من القاعدة التي يقرها الفصل 312 المذكور فيما يخص إسناد الاختصاص الحصري لتذيل المقررات التحكيمية لرئيس المحكمة التجارية دون غيره من رؤساء المحاكم الأخرى، وأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه، وأن القاعدة الفقهية تقضي بأن لا اجتهاد مع وجود النص.

وحيث إن الأمر موضوع طلب الإبطال لتجاوز السلطة لما تم تذييله بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية خلافا لصريح القانون يشكل تجاوزا للسلطة بممارسة رئيس المحكمة المذكور لاختصاص أسند تشريعيا لغيره.

وحيث إن الطلب تبعا للعلل أعلاه مؤسس قانونا، ويتعين الاستجابة له والتصريح بإلغاء وإبطال الأمر المبني على طلب الصادر رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية.

لهذه الأسباب

قضت المحكمة بإبطال وإلغاء الأمر المبني على طلب الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء بتاريخ 2019/04/26 موضوع الملف عدد 2019/3792 القاضي بتذيل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، مع ما يترتب عن ذلك قانونا.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة محمد ناجي شعيب رئيس الغرفة رئيسا. والمستشارين: عبد الحفيظ مشماشى عضوا مقررا ومحمد أسراج، ومحمد شافي، وسعاد سحتوت. أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد عمر الدهراوي. وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة بشرى راجي.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

عدد: 1340

المؤرخ في: 2018/03/15

ملف: المسؤولية البنكية

عدد: 2018/8220/480

بين:

بنك ش م

ضد

أ ب ش

القائمة

يكون البنك ملزماً بتبعاته، وذلك بتعويض المستأنف عليه عن الضرر المعنوي الذي لحق به جراء امتناعه عن تنفيذ عملية الإيداع بخصوص الخدمات المتعاقد بشأنها، بدعوى وجوب الإدلاء ببطاقة التعريف الوطنية، ممتنعاً الاعتماد على صورة عنها وباقي الوثائق المثبتة للهوية من جواز السفر ورخصة السياقة

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 15/03/2018، وهي مؤلفة من السادة:

رئيسة ومقررة: م ن

مستشارة

مستشارة

بمساعدة السيدة كاتبة الضبط

في جلستها العلنية في القرار الآتي نصه:

بين: بنك ش م في شخص ممثلها القانوني.

النائب عنها الأستاذ: ع و ب المحامي بهيئة الرباط الجاعل محل المخابرة معه بمكتب الأستاذ محمد المنور المحامي بهيئة الدار البيضاء.

بوصفه مستأنفا من جهة

وبين: أ ب ش:

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأطراف واستدعاء الطرفين لجلسة 08/03/2018.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و429 من القانون المسطرة المدنية.

وبعد المداولة وطبقا للقانون

حيث في الشكل:

بتاريخ 08/01/2018 تقدم بنك بمقال مؤدى عنه الرسوم القضائية بمقتضاه يستأنف الحكم رقم 5550 الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط ملف رقم 3875/8207/2017 وتاريخ 21/12/2017 القاضي بأدائه لفائدة المستأنف عليه مبلغ 9000 درهم وتحميله الصائر.

حيث لا دليل بالملف يفيد تبليغ الحكم المطعون فيه للطاعن، مما يكون معه الاستئناف مقبول شكلا لتقديمه داخل الأجل ووفق الشروط المتطلبة قانونا.

في الموضوع:

يؤخذ من وثائق الملف والحكم المستأنف أنه بتاريخ 2017/11/03 تقدم المدعي بمقال عرض فيه أنه للمدعي عليه لديه حساب تجاري مفتوح لديها تحت عدد 251014336090113 بوكالة 251 مولاي يوسف تمارة، وأنه بتاريخ 2017/09/25 تقدم أمام وكالة بنكية تابعة للمدعي عليها الكائن بشارع الأبطال أكدال الرباط قصد ضيخ مبلغ 21,500 درهم نقدا بحسابه لتغطية أداء قسط سلف التمويل، إلا أن المستخدم المكلف بالوكالة المذكورة رفض إيداع المبلغ المذكور بالحساب بدعوى وجوب الإدلاء ببطاقة التعريف الوطنية، ممتنعا الاعتماد لا على صورة شمسية طبق الأصل منها ولا على جواز السفر ولا على رخصة السياقة، بالرغم من أنها كلها وثائق إدارية رسمية صادرة عن إدارات عمومية تثبت هوية المدعي، وأنه أمام المستخدم وامتناعه الشديد عن ضيخ وإيداع المبلغ المالي فإنه قام بإثبات ذلك بواسطة مفوض قضائي الذي انتقل إلى الوكالة المذكورة وذلك بتاريخ 2017/09/25، وأنه اضطر إلى الانتقال إلى وكالة أخرى وهي الكائنة برقم 389 الرباط فضاء البنك وقام بإنجاز العملية دون أي تعقيب، وأنه نظرا لكون التصرف الصادر عن المدعي عليها هو أمر مخالف للعمل البنكي وفي إخلال بالثقة المتبادلة بين الزبون والبنك ويشكل خطأ بنكيا مهنيا يرتب مسؤوليتها، ملتصقا بالحكم على المدعي عليها بأدائها له تعويضا قدره 30,000 درهم مع شمول الحكم بالفوائد القانونية من تاريخ الطلب إلى غاية التنفيذ وتحميل المدعي عليها الصائر، وأدلى بأصلي كشف حساب وأصلي محضر معاينة وأصلي وصل تحويل بمبلغ 11500 درهم و10000 درهم.

وبناء على مذكرة جواب المدلى بها بجلسة 2017/11/30 من طرف المدعي عليه والتي أوضح من خلالها كون المقال غير مقبول شكلا لكون المدعي لم يحدد الإطار القانوني الذي اعتمده من أجل طلب التعويض، هل مسؤولية تقصيرية أم تعاقدية، ونوع الضرر الحاصل له ونوع الخسارة، واحتياطيا من أجل الموضوع: هل طلب البطاقة الوطنية يعتبر خطأ يستوجب التعويض، وأنه من واجب المسؤول عن تحويل الأموال أن يتأكد من هوية الشخص، وأن المحضر المحرر من طرف المفوض القضائي تجاوز حدود اختصاصه، وأن لكل موظف طريقة مباشرة عمله بما يرضي ضميره ويرضي مسؤوليته المهنية ولا دخل له في تصرفات غيره وطريقة إدارة عمله، ملتصقا بالحكم برفض الطلب وتحميل المدعي الصائر.

وبعد تعقيب المدعي صدر الحكم المشار إليه أعلاه وتم استئنائه من طرف المحكوم عليه، وأسس استئنائه على الأسباب التالية:

السبب الأول: الخطأ في تطبيق القانون المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية وبين القانون المتعلق بالحصول على رخصة السياقة. ذلك أن الموظف حينما تمسك بضرورة الإدلاء بأصل البطاقة الوطنية فإنه كان يتمسك بمقتضيات الظهير الشريف رقم 1.07.149 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 بتنفيذ القانون رقم 06.30.35 المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية، وهذا القانون ينص في مادته الأولى على أن تلك البطاقة هي التي تثبت هوية صاحبها، ولم يرد في القانون أن وثيقة أخرى تحل محلها. أما رخصة السياقة فإنه بالرجوع إلى القانون المنظم لها نجد أنها تتكون فقط بالاسم الشخصي والعائلي وتاريخ ومكان الولادة، والغرض منها الحصول على رخصة السياقة. لذلك فإن تمسك الموظف بتقديم أصل البطاقة الوطنية لا يعتبر خطأ محدثا للضرر يجب إجباره بتعويض مادي.

السبب الثاني: عدم الجواب وضعف التعليل الموازي لانعدامه. ذلك أن المستأنف أشار إلى العناصر المكونة للضرر سواء في إطار المسؤولية التقصيرية وفي إطار المسؤولية التعاقدية، والمحكمة لم تبرز بما فيه الكفاية العناصر المكونة للمسؤولية ولم تبرز بما فيه الكفاية الضرر الحاصل من عدم قبول صورة البطاقة الوطنية في المعاملات البنكية.

السبب الثالث: مخالفة الأعراف الجاري بها العمل في المؤسسات البنكية. إن مدونة التجارة في المادة الأولى نصت على أن الأعراف التجارية سابقة في التطبيق على النصوص القانونية، وتلك الأعراف تحتم التدقيق في هوية كل من يقبل على معاملة بنكية، والبنك كمؤسسة مهنية ومسؤولة عن عمليات الأموال لا بد من أن يتخذ الاحتياطات خصوصا وهو مراقب من طرف بنك المغرب، وبنك المغرب أصدر دورية وحث المؤسسات البنكية على الاعتماد على البطاقة الوطنية في كل معاملة بنكية، ومن المتصور أن تكون البيانات الواردة في الصورة تختلف عن البيانات الواردة في أصل البطاقة، لذلك نص المشرع على أن كل تغيير طرأ على حامل البطاقة الوطنية أن يبادر إلى استخراج بطاقة وطنية تحتوي على بيانات محينة ومطابقة للواقع الجديد لصاحب تلك البطاقة. لأجل ذلك تلتزم إلغاء وإبطال الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم برفض الطلب وتحمله الصائر.

وأجابت المستأنف عليها بجلسة 2018/02/22 أنه على خلاف ما أثارتها الجهة المستأنفة بالزعم بالخطأ في تطبيق القانون فإنه يجدر التأكيد على أن الطاعنة لم تدل بأي سند قانوني أو دورية لوالي بنك المغرب تفرض على الأبنك مطابقة زبائها بالإدلاء بأصل البطاقة الوطنية عند كل معاملة بنكية تتعلق بإيداع المبالغ في الحساب البنكي الشخصي للزبون بين إحدى وكالات المؤسسة البنكية المفتوح فيها الحساب، طالما أن هذه الأخيرة قد تبقى لها التثبت من هوية العارض بمجرد فتح الحساب لديها، اعملاً لمقتضيات المادة 488 من مدونة التجارة.

وأن تعنت مستخدم الجهة المستأنفة بإلزام العارض بالإدلاء بأصل بطاقة تعريفه الوطنية ورفضه إنجاز عملية ضخ حسابه البنكي بمبلغ 21,500 درهم بسداد أقساط الدين الحال أجلها، بالرغم من توفره على نسخة

مطابقة منها، وكذا على أصل جواز سفره وعلى رخصة السياقة التي تعتبر وثائق رسمية لإثبات الهوية، يعتبر عملاً غير مشروع متسماً بالتعسف، مما ألحق ضرراً معنوياً ونفسياً بالعارض.

وعلى خلاف المنحى الذي اتخذته الجهة المستأنفة لدفع المسؤولية عنها، فإن المشرع وبموجب الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود قد أعطى النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية نفس قوة الإثبات التي لأصولها إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ. ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي.

وأن الثابت من وثائق ملف القضية ومعطياتها أن مستخدم الجهة المستأنفة رفض إنجاز عملية إيداع النقود في الحساب البنكي للعارض المفتوح لديها، بحضور المفوض القضائي غ م الذي أنجز محضر معاينة مجردة، بحيث عاين فيه عن كذب امتناع المستخدم عن إنجاز العملية المطلوبة بالرغم من أنها وثائق رسمية معترف بها.

ومن جهة أخرى، فإن ما أثارته المستأنفة من أسباب للنيل من الحكم المستأنف تبقى غير جديرة بالاعتبار، طالما أن الحكم المستأنف معلن تعليلاً سليماً، وأبرز بما فيه الكفاية العناصر المكونة للمسؤولية البنكية؛ لما اعتبر أن مسؤولية هذه الأخيرة ثابتة من خلال إحجام مستخدم وكالتها بشارع الأبطال أكدال الرباط عند تنفيذ تعليمات العارض بخصوص الخدمات المتعاقد بشأنها، وذلك برفض استخدامها ضخ المبالغ المالية بحسابه بدون سبب أو عذر مشروع، ما دام أن الوثائق المدلى بها له كافية للتأكد من هويته والتي تبقى لها حجيتها القانونية في إثبات الهوية، سيما وأن العارض قام بإنجاز نفس العملية البنكية المطلوبة في وكالة أخرى تابعة للجهة المستأنفة الكائنة برقم 389 الرباط فضاء البنك دون أن تطالبه بأي وثيقة.

ومن ثم فإن تعسف المستخدم في مطالبته بالإدلاء بأصل بطاقته الوطنية ورفضه إنجاز عملية إيداع النقود في حسابه البنكي رغم توفره على ما يثبت هويته، تسبب بشكل مباشر في لحق ضرر معنوي للعارض تمثل في المس بالاستقرار الواجب توفره في العلاقة بين البنك وزبائنها، خاصة وأن هذه الأخيرة تتلقى مصاريف ورسوم مقابل خدماتها التي تقدمها لزبائنها.

وطالما أن العلاقة بين العارض والمستأنفة القرض الفلاحي للمغرب هي علاقة تعاقدية تندرج ضمن العقود البنكية المنظمة بمقتضى المادة 487 من مدونة التجارة، وقائمة بموجب الحساب البنكي الجاري المفتوح لدى هذه الأخيرة تحت عدد..... بوكالة القرض الفلاحي 251 مولاي يوسف تازة، وما دامت هذه العلاقة تفوض حقوقاً والتزامات على المتعاقدين معاً، فإن إخلال أي طرف بالتزاماته التعاقدية يترتب عليه بالتبعية تحمل مسؤولية ذلك.

والثابت من عناصر المنازعة، وهذه الواقعة لا تنازع فيها الجهة المستأنفة ولا تنازع فيها – فإن رفض أحد مستخدميها إيداع مبالغ مالية في الحساب الخاص بالعارض بعلة عدم تقديمه لبطاقة التعريف الوطنية الأصلية، واكتفائه بالإدلاء بنسخة طبق الأصل من بطاقة تعريفه الوطنية، دون الأخذ بعين الاعتبار باقي الوثائق

المثبتة للهوية من جواز السفر ورخصة السياقة، تكون بذلك المستأنفة قد أخلت بالتزامها تجاه العارض واركتبت خطأً مهنيًا تتحمل تبعات المسؤولية عنه من دفع التعويض عن الضرر اللاحق بالعارض. وما دام العارض كان بصدد تطعيم حسابه البنكي بمبالغ مالية لتغطية وضمان أداء أقساط سلف التمويل المحدد أجل استخلاصها بحلول يوم 27 من كل شهر كما هو ثابت من الكشفوف الحسابية المرفقة بمقال الدعوى، إذ إن كل تأخير من جانبه يترتب عليه احتساب فوائد ومصاريف بنكية لحساب المستأنفة، فإنه بالتالي لا يوجد أي مقتضى قانوني يلزم العارض بالإدلاء بأصل بطاقة تعريفه الوطنية عند كل عملية إيداع في حسابه البنكي المفتوح لديها. وعلماً أن المعاملة تمت بين العارض وبين المؤسسة البنكية المستأنفة وليس مع مؤسسة بنكية أخرى، وأن التعسف الذي مارسه مستخدم المستأنفة في حق العارض لما امتنع ورفض إيداع المبلغ المالي في حسابه، يعد إخلالاً من جانب المستأنفة بالتزاماتها التعاقدية، الشيء الذي أضّر بالعارض معنوياً وأفقده الثقة في خدمات مصرفه، كما أن عملية التشكيك التي مارسها المستخدم في حقه خلقت له ضرراً معنوياً بليغاً إضافة إلى الضرر المادي، مما يستحق معه العارض تعويضاً على ذلك باعتباره أمراً مخالفاً للعمل البنكي وخطأً مهنيًا يستوجب تحميل المستأنفة تبعات مسؤولية الخطأ الصادر عنها، باعتبار أن المسؤولية التقصيرية للبنك تقوم إذا لم يوجد بينه وبين الزبون أي عقد، أو كان عقداً باطلاً بينهما أو تقرر بطلانه، بيد أن الضرر لم ينشأ من جراء الإخلال بالتزام ناشئ عنه، بل نشأ بسبب الإخلال بالتزام قانوني باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين. ومن ثم فإن رفض المستأنفة إنجاز العملية البنكية في وقتها لأسباب واهية وغير معقولة يرقى إلى مرتبة الخطأ البنكي الذي يستوجب تحميلها تبعات هذا الخطأ. لهذه الأسباب يلتزم تأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنفة الصائر.

وعقب المستأنف بجلسة 08/03/2018 قائلاً إنه يلاحظ على جواب المستأنف عليه أنه يحتج بفصول وردت في قانون الالتزامات والعقود بخصوص المعاملة التي أقبل على القيام بها، والحال أن تلك العملية تعتبر عملية بنكية يحكمها أولاً ما ورد في مدونة التجارة، وكون المعاملات البنكية وهي من طبيعة تجارية بغض النظر عن صفة الطرف الآخر، والمعاملات البنكية وهي من المعاملات التجارية تخضع في الدرجة الأولى للأعراف التجارية وتقاليدها وما استقر عليه العمل التجاري. وبالرجوع إلى مدونة التجارة نجد أن المواد الأولى تعطي الأسبقية في التطبيق للأعراف وعادات التجار، وكون الأعراف والعادات مقدمة على غيرها، وقد استقر العمل البنكي في جميع المؤسسات البنكية على أن أي تعامل لا يتم إلا بواسطة تقديم بطاقة الهوية، وفي المغرب بطاقة التعريف الوطنية الأصلية، ولا يقوم مقامها أي وثيقة أخرى. وقد أدلى بنسخة من القانون المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية لتؤكد المحكمة من الغرض الذي من أجله أحدثت تلك البطاقة. وفرضاً: هل رجل أمن وفي إطار التفتيش يكتفي بصورة بطاقة التعريف الوطنية. وهل المفوض القضائي حينما يرغب في التأكد من هوية شخص يكتفي بصورة وثيقة من وثائقه. وهل نحمل موظف البنك المسؤولية لأنه كان حريصاً على التأكد من هوية الشخص الذي يتعامل معه؟ هل إذا فعل الإنسان ما يفرضه القانون يوصف بأنه متعنت. كثيراً ما يحضر مدع أو مدعى عليه أو شاهد أمام المحكمة وتطلب منه المحكمة الاطلاع على أصل بطاقة تعريفه الوطنية وتسجل مضمونها في محضر الجلسة. هناك فرق بين كون الموظف يرفض القيام بالمعاملة وكون ذلك الموظف يريد التأكد

من هوية الشخص الذي سيتعامل معه. لا محل للمسؤولية إذا فعل أو تمسك أي شخص بما يأمر به القانون. ثم إن المستأنف عليه لم يثبت الضرر الذي لحق به، وتعريف الضرر وأركانه معروف، فما هي الخسارة التي لحقت به وما هي المصاريف التي أنفقتها لإصلاح ذلك الضرر. وإن التعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدماً، والتعويض لا بد فيه من إثبات الخطأ وإثبات الضرر والعلاقة السببية بينهما. وللإشارة، فإن بنك المغرب فعلاً أصدر عدة دوريات وعدة مناشير يحث فيها الأبنك على الاطلاع على بطاقة التعريف الوطنية وتسجيل مراجعها، بل وأخذ صورة مناسبة بالنسبة للتحويلات المالية الواردة من الخارج أو التحويلات المالية لمبالغ مهمة داخلياً، لأن الدور الذي تلعبه البطاقة الوطنية، وهي صادرة من جهة مختصة، هو غير الدور الذي يلعبه جواز السفر أو رخصة السياقة. وكل الوثائق التي أشار إليها المستأنف هي عبارة عن وقائع من نسج خياله وتفتقر لوسائل الإثبات. وإن مسألة الخطأ تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، والمحكمة واعية كل الوعي بأن المعاملات المالية يجب فيها اتخاذ الحيطة والحذر. لأجل ذلك تؤكد ما ورد في مقاله الاستئناف وما ورد في هذا التعقيب، ويلتمس الحكم بإلغاء الحكم المستأنف وإبطاله وتحميل المستأنف عليه الصائر.

وبناء على اعتبار القضية جاهزة للبت وحجزها للمداولة للنطق بالقرار بجلسة 2018/03/15.

محكمة الاستئناف

حيث يعيب الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكتروني، وبين القانون المتعلق بالحصول على رخصة السياقة وعدم الجواب وضعف التعليل، الموازي لانعدامه، ومخالفة الأعراف الجارية بهذا العمل في مؤسسة البنكية.

حيث خلافا لما نعه الطاعن على الحكم المستأنف بخصوص خرقه تطبيق القانون المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكتروني، فإن الثابت في نازلة الحال أن الأمر لا يتعلق بسحب مبالغ ولا فتح حساب لأول مرة لمطالبة الزبون بأصل البطاقة الوطنية، وإنما بداية أقساط القرض الحال أجلها، وأن مستخدم الطاعن امتنع الاعتماد على صورة البطاقة الوطنية وجواز السفر وكذا رخصة السياقة، وهي كلها وثائق إدارية تثبته للمستأنف عليه، بالرغم من قول نص البطاقة الوطنية المأخوذة عن أصلها، فإن المشرع أعطاه نفس القوة الثبوتية التي للأصل إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد الذي أخذت فيها النسخ، طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 440 من قانون الالتزامات والعقود.

وبذلك فإن مستخدم الطاعن، لما رفض إيداع مبلغ 21,500 درهم نقداً بحساب المستأنف عليه بدعوى وجوب الإدلاء ببطاقة التعريف الوطنية، ممتنعاً الاعتماد على صورة عنها وباقي الوثائق المثبتة للهوية من جواز السفر ورخصة السياقة، يكون قد ارتكب خطأ وأخل بالتزاماته، يكون ملزماً بتحمل تبعاته، وبذلك بتعويض المستأنف عليه عن الضرر المعنوي الذي لحق به جراء امتناعه عن تنفيذ عملية الإيداع بخصوص الخدمات المتعاقد بشأنها. وتبقى أسباب الاستئناف غير جديرة بالاعتبار لكون الحكم المستأنف أظهر عناصر المسؤولية البنكية وعلل ما قضى به التعليل السليم، ولم يخرق أي مقتضى من المقتضيات المتمسك بها، وأن

الاحتجاج بالقانون المحدث بموجبه البطاقة الوطنية الإلكترونية غير منتج، لكون الأمر يتعلق بإيداع مبلغ مالي في حساب الزبون لفائدة البنك، مما يتعين تأييد الحكم المستأنف ورد الاستئناف لعدم ارتكاز مستند الطعن على أي أساس.

وحيث يتعين تحميل الطاعن الصائر.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وهي تبت نهائيا علنيا وحضوريا.

في الشكل: بقبول الاستئناف

في الجوهر: برده وتأييد الحكم المستأنف وتحميل الطاعن الصائر

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.

كاتب الضبط

الرئيس والمقرر

قرار محكمة الاستئناف بمراكش

عدد: 146

المؤرخ في: 2024/04/24

غرفة المشورة

عدد: 2024/1124/86

بين:

الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بمراكش

ضد

مجلس هيئة المحامين بمراكش

القائمة

لا وجود لأي مقتضى قانوني يستلزم توفر النيابة العامة على المصلحة لتقديم طعنها ضد مقررات مجلس هيئة المحامين متى تبين لها أنها مخالفة للقانون، وذلك اعتبارا لكون النيابة العامة هي شخص معنوي عام يحرص على تطبيق القانون في مختلف المجالات حفاظا على النظام العام ومصلحة المجتمع وحفاظا على النظام العام المهني المرتبط أساسا بما تقدمه مهنة المحاماة كباقي المهن المساعدة للقضاء من خدمات للمجتمع والمرتبطة أساسا بإنتاج العدالة وتوفير مناخ الاستقرار المعاملاتي للأفراد بغية تحقيق الأمن القضائي.

اتخاذ مجلس الهيئة قرار يخرج عما رسمه المشرع من تحديد شروط الولوج للمهنة وإضافته شرطا نشازا يعتمد على الوضعية المادية للمرشح واقتصار الولوج إليها على فئة معينة ضدا على مبدأ سواسية المواطنين أمام القانون، يكون قد تجاوز اختصاصه الذي يجب ألا يخرج عما حددته المادة 91 من القانون 08-28 ويكون بذلك قد شرع بغير موجب ولا حق لغير فئة المنتهين إلى المهنة.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بمراكش، يوم 24 أبريل 2024 في جلستها العلنية المنعقدة للبت في قضايا غرفة المشورة، مؤلفة من السادة:

ربيع بوسهمين رئيسا

محمد الأمين الجابري مستشارا مقرر

المصطفى جليل مستشارا

نور الدين النعماني مستشارا

رشيد قافو مستشارا

بحضور السيد عبد الكريم القصاري ممثلا للنيابة العامة

وبمساعدة السيدة سهام مرشاد كاتبة الضبط

القرار التالي:

بين السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بمراكش.

بوصفه طاعنا من جهة.

وبين مجلس هيئة المحامين بمراكش في شخص السيد النقيب

بمقر هيئة المحامين بمراكش بمحكمة الاستئناف بمراكش.

ينوب عنه الأستاذ النقيب م ب والأستاذ ص ح المحاميان بهيئة مراكش.

بوصفه مطلوبا في الطعن من جهة أخرى.

بناء على مقال الطعن والمقرر المطعون فيه ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر.

وبناء على ادراج الملف بالجلسة السرية.

وتطبيقا لمقتضيات القانون رقم 28.08 المنظم لمهنة المحاماة كما تم تعديله وتتميمه.

ملخص الوقائع

بناء على مقال الطعن الذي تقدم به السيد الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة بتاريخ 2024/03/18 والذي عرض فيه أنه بناء على المادتين 92 و 94 من القانون رقم 28-08 المنظم لمهنة المحاماة فإنه يتقدم بالطعن ضد قرار مجلس هيئة المحامين بمراكش المؤرخ في 2024/02/29 والقاضي بمراجعة وتعديل رسم الانخراط بالهيئة والذي حدده أولا في مبلغ 130.000 درهم بالنسبة للطلبة المغاربة ومبلغ 400.000 درهم بالنسبة للقضاة والموظفين ورجال السلطة وأساتذة التعليم العالي ومبلغ 1.000.000 درهم بالنسبة للمحامين المنتمين إلى إحدى الهيئات بإحدى الدول الأجنبية المرتبطة مع المملكة المغربية باتفاقية دولية متعلقة بممارسة المهنة، أما بالنسبة للمحامين المنتقلين من إحدى الهيئات بالمغرب فقد حدد هذا المبلغ في 130.000 درهم بالنسبة للمحامين المتمرنين و 250.000 درهم بالنسبة للمحامين الرسميين، وأسس السيد الوكيل العام للملك طعنه ضد هذا القرار على تجاوز مجلس الهيئة لنطاق اختصاصه إذ أن المادة 91 من القانون 28-08 حددت حصرا اختصاصات مجلس الهيئة في حين أن القرار تجاوزها واشترط على من يرغب في الانخراط في الهيئة أداء رسوم مبالغ فيها مع العلم أن الرسوم تعتبر من الضرائب والمكوس التي تبقى من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية تمارسها بموجب القوانين التي تشرعها ومن ثمة، فإن اشتراط أداء رسم الانخراط خارج إطار القانون المنظم للمهنة يعتبر تطاولا على اختصاصات المشرع مستدلا بقرار لمحكمة النقض صادر في هذا المنحى تحت عدد 1499 بتاريخ 2010/04/06 في الملف 2008/6/1/55 الذي اعتبر "واجبات الاشتراك الواردة بالمادة 85 من قانون المحاماة هو المبلغ المالي أو الخدمات التي تحددها الجمعية أو النقابة لمساهمة أعضائها في تحمل أعباء تسييرها، وهي تنحصر في العضو المنتمي للهيئة فقط، لا الوافد عليها كالمحامين الرسميين المنتقلين من هيئات أخرى والمعفيين من شهادة الأهلية والتمرين، والمحامين الأجانب وغيرهم، ويكون الطعن المرفوع من الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف في القرار الصادر عن مجلس الهيئة بشأن تحديد واجبات انخراط الوافدين على الهيئة مؤسسا باعتبار أن شروط الترشيح لمهنة المحاماة واردة حصرا في القانون المنظم للمهنة، وليس في هذا القانون ما يعطي لمجلس الهيئة صلاحية إصدار مقرر بفرض رسم الانخراط في المرشح لمهنة المحاماة للتسجيل بالهيئة"؛ كما أسس السيد الوكيل العام للملك طعنه على كون اشتراط أداء الرسوم للانخراط في مهنة المحاماة أو تعديلها زيادة أو نقصانا على حد سواء يعتبر ضرب لمبدأ المساواة بين أبناء الوطن الواحد لقيامه على أساس غير سليم من جهة، ومن جهة ثانية فإنه يركز على ضرورة اشتراط توفر الموارد المالية الكافية لدى كل من يرغب في الانخراط في المهنة مما يجعلها حكرا على طبقات معينة دون غيرها من فئات المجتمع، وهذا يعطي انطبعا وإحساسا بوجود تمييز بين أفراد المجتمع والذي يبقى أمرا مرفوضا ومتناقضا مع المواثيق الدولية ومبادئ دستور المملكة المغربية، مما يجعل القرار المطعون فيه يضرب مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة في الولوج إلى مهنة المحاماة ويخالف الفصل 31 من الدستور الذي جعل من بين مهام الدولة العمل على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة من الحق في الشغل، هذا فضلا على كون قرار مجلس الهيئة يتناقض كذلك مع قانون المحاماة نفسه باشتراط قيد جديد غير منصوص عليه في المادة 11 والمادة 5 من القانون 28-08

إذ ليس في هذا القانون ما يسمح لمجلس الهيئة فرض رسوم الانخراط على المرشح للمهنة، و بالتالي فلا يمكن لقرار مجلس الهيئة أن يخالف قانون المهنة لاعتباره تشريع أعلى درجة من القرار ومن ثمة لا يمكن للقرارات التي يتخذها مجلس الهيئة حتى ولو تم التحجج بأنها تهمل مصدرها من العرف أن تخالف القانون، ملتصقا في الأخير بقبول الطعن شكلا وموضوعا إلغاء مقرر هيئة المحامين بمراكش المطعون فيه الصادر بتاريخ 2024/02/29 والتصريح ببطلانه. وأرفق مقال الطعن بالقرار المطعون فيه ونسخ من قرارات محكمة النقض.

وبناء على المذكرة الدفاعية لمجلس هيئة المحامين بمراكش والتي جاء فيها أن القرار المطعون فيه يعتبر من القرارات التي يصدرها مجلس الهيئة في إطار التسيير الداخلي لشؤون المهنة ولم يخول القانون للسيد الوكيل العام للملك الطعن فيها وهو ما يجعل صفة هذا الأخير منتفية، كما هو الشأن بالنسبة للمصلحة التي تبقى بدورها منعدمة ملتصقا بعدم قبول الطعن شكلا، وفي الموضوع فإن القرار المطعون فيه صادر في إطار القانون ووفق مقتضياته، ذلك أن ما ذهب إليه الوكيل العام للملك من كون المادة 91 لا تشترط رسوما للانخراط في المهنة ليس له سند في القانون ما دامت المادة 20 من قانون المهنة اشترط لقبول طلب المترشح للتسجيل بجدول الهيئة أداء واجب الانخراط وهذا ما ذهب إليه أحدث قرار لمحكمة النقض عندما أكدت أن من شروط التسجيل في هيئة المحامين أداء واجبات الانخراط والذي يشكل شرطا قانونيا ملزما وأن تحديد مبلغه يتم وفق النظام الداخلي للهيئة، لذلك واستنادا للمادة 20 من القانون 08-28 والمادة 26 من النظام الداخلي فإن القرار الصادر عن مجلس الهيئة قرار يستند للقانون وينسجم مع توجه محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون ملتصقا برفض الطعن وتحميل الخزينة العامة الصائر. وأرفق المذكرة بصورة من قرار عدد 2/1044 صادر بتاريخ 2018/04/13.

وبناء على المذكرة الكتابية للأستاذ النقيب ب نيابة عن مجلس الهيئة عرض من خلالها أن صفة ومصلحة الطاعن منعدمة استنادا للمادة 20 من القانون 08-28 واستنادا لقرار سابق أكد رفض تسجيل أحد المرشحين للجدول بعلّة عدم أداء واجب الانخراط، كما أكد أن المجلس عندما اتخذ القرار فإن ذلك من اختصاصه تطبيقا لقانون المهنة وللنظام الداخلي دون أي إخلال بالنظام العام وهو ما أكدته قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 794 الصادر بتاريخ 2012/04/18 والذي أيده محكمة النقض، هذا فضلا على استفادة الملتحق بالمهنة بمجرد قبوله من مجموعة مشاريع أنجزت من طرف الهيئة ملتصقا أساسا برفض الطعن لانعدام الصفة واحتياطيا لرفضه لخرق القانون. وأرفق مذكرته بقرار غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بمراكش وقرار محكمة النقض المؤيد له وقرار محكمة النقض المؤيد لقرار محكمة الاستئناف بوجده.

وبناء على إدراج القضية بجلدة 2024/04/17 حضرها الأستاذ النقيب ب والأستاذ ح، فأعطيت الكلمة للسيد الوكيل العام للملك وبعد استعراضه لوقائع القضية ومؤيدات الطعن الذي تقدم به بتفصيل أكد ملتصقه الكتابي ملتصقا بقبول الطعن، تناول الكلمة الأستاذ النقيب ب وتلاه الأستاذ ح الذين استعرضا بدورهما في مرافعتهم دفاعهما المشار اليها بمذكرتهما الكتابية المشار اليهما انفا والتمسار د الطعن وبعد ان عقب كل طرف على ما اثاره الاخر تقرر حجز الملف للمداولة والنطق بالقرار بجلدة 2024/04/24.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل:

حيث تمسكت الجهة المطلوبة في الطعن بانعدام صفة ومصلحة النيابة العامة لتقديم طعنها ضد القرار الصادر عنها والرامي إلى تعديل ومراجعة واجبات الانخراط بالهيئة ملتزمة على هذا الأساس التصريح بعدم قبول الطعن.

وحيث إنه من جهة أولى فإنه لا وجود لأي مقتضى قانوني يستلزم توفر النيابة العامة على المصلحة لتقديم طعنها ضد مقررات مجلس هيئة المحامين متى تبين لها أنها مخالفة للقانون، وذلك اعتبارا لكون النيابة العامة هي شخص معنوي عام يحرص على تطبيق القانون في مختلف المجالات حفاظا على النظام العام ومصلحة المجتمع وحفاظا على النظام العام المهني المرتبط أساسا بما تقدمه مهنة المحاماة كباقي المهن المساعدة للقضاء من خدمات للمجتمع والمرتبطة أساسا بإنتاج العدالة وتوفير مناخ الاستقرار المعاملاتي للأفراد بغية تحقيق الأمن القضائي، ومن هنا يظهر الدور البارز للنيابة العامة في ممارسة رقابتها البعدية على عمل الأجهزة المسيرة للمهنة، هذا الدور هو نفسه من جهة ثانية الذي منح النيابة العامة الصفة في تقديم طعنها ضد القرار المطعون فيه وكرسه القانون 08-28 المنظم لمهنة المحاماة بصريح نص المادة 92 منه التي أوكلت للنيابة العامة ممثلة في السيد الوكيل العام للملك دون غيره صلاحية تقييم ما إذا كانت مداولات أو مقررات جهازي الجمعية العامة أو مجلس الهيئة اتخذت خارج نطاق اختصاصهما أو خلافا للمقتضيات القانونية أو كان من شأنها الإخلال بالنظام العام، ومنحها في حال تحقق هذا الأمر التماس معاينة البطلان من المحكمة.

وحيث إنه استنادا لذلك فإن ما تمسكت به الجهة المطلوبة في الطعن يبقى غير مؤسس قانونا ويبقى طعن النيابة العامة في قرار تعديل ومراجعة واجبات الانخراط في الهيئة مستوفيا لكافة شروطه الشكلية المتطلبية قانونا ويتعين قبوله.

في الموضوع:

حيث ارتكز ملتزم النيابة العامة الرامي إلى إلغاء المقرر المطعون فيه والتصريح ببطلانه على تجاوز مجلس الهيئة لنطاق اختصاصه المحدد بموجب القانون المنظم لمهنة المحاماة رقم 08-28 خاصة المادة 91 منه وأنه لا يوجد أي مقتضى يخول لمجلس الهيئة فرض أي رسم مالي على المنخرطين الجدد سواء المتمرنين أو الوافدين على الهيئة في إطار الانتقال من هيئة لأخرى بالمملكة وكذا الأمر بالنسبة لطلبات تسجيل المعفيين من التمرين، كما أن هذا القرار يضرب مبدأ المساواة بين أبناء الوطن الواحد ويعطي انطبعا بوجود تمييز بينهم.

وحيث استند دفاع المطلوبة في الطعن لتبرير المقرر المطعون فيه على كون القرار صادر في إطار القانون وأن مجلس الهيئة له الحق في تحديد واجبات الانخراط وهي من ضمن اختصاصاته طبقا للمادة 20 من القانون

28-08 التي تنص على أداء واجب الانخراط كشرط لقبول طلب التسجيل بالهيئة، مؤكداً أنه لا يعقل أن يستفيد المترشح للتسجيل بالهيئة من رصيد عقاري مهم واستثمارات متعددة دون أن يساهم في ذلك.

وحيث إن الجواب عما أثير من طرف جهتي الطعن يستوجب تحديد مجموعة من المفاهيم والاطلاع على التجارب في القانون المقارن، عبر الجواب عن مجموعة من الأسئلة التي يتوقف عليها البت في الطلب إيجاباً أو سلباً منها على الخصوص:

أولاً: الفرق بين واجبات الانخراط الوارد النص عليها بالمادة 20 من القانون رقم 28-08 وعلاقتها بواجبات الاشتراك المنصوص عليها بالمادة 91 من نفس القانون؟

ثانياً: مبررات وأسس واجبات الاشتراك والانخراط في مهنة المحاماة؟

ثالثاً: مدى إمكانية تطبيق قواعد القانون الداخلي للهيئة على المترشح للتقييد بلائحة التمرين أو جدول الهيئة؟

رابعاً: معالجة مسألة واجب الانخراط في مهنة المحاماة في القانون المقارن؟

حيث من جهة أولى فإنه باستقراء النصوص القانونية السارية المفعول والتي نصت على عبارة واجبات الانخراط وواجبات الاشتراك (خاصة المادة السادسة من الظهير المنظم لتأسيس الجمعيات رقم 376-58-1) يتبين أن الفرق بين واجبات الانخراط وواجبات الاشتراك من حيث الاصطلاح إنما تحدده وضعية الملزم بها، إذا كان ينتهي بتاريخ أدائها للهيئة فهي تسمى واجبات اشتراك وإذا كان خارج هذه الهيئة فهي تسمى بواجبات الانخراط لأن بموجها ينخرط في الهيئة وطلب الولوج إليها هي سبب ادائها وبالتالي فإن أول واجب اشتراك يؤديه المترشح للعضوية يسمى بواجب الانخراط، وأن القول بأن واجبات الانخراط تختلف عن واجبات الاشتراك مقداراً أو طبيعة لا يجد أي سند في القانون، ذلك أن سن قواعد تحدد رسوماً أو مكوساً أو مبالغ تلزم المواطنين إنما جعله الدستور باعتباره أسى تعبير عن إرادة الأمة من الاختصاصات الحصرية للمشرع دون غيره، بدليل المادة 71 من دستور 2011 بل وتعاقب المادة 243 من القانون الجنائي كل قاض أو موظف عمومي طلب أو تلقى أو فرض أو أمر بتحصيل ما يعلم أنه غير مستحق، سواء للإدارة العامة أو للأفراد، وأضفت الطابع الجرمي على صنيعه هذا، وتوضح بذلك الأهمية القصوى التي ولاها المشرع المسألة إلزام المواطن بأداء مبالغ مالية إذ أحاطها بضمانات تصل حد الحماية الجنائية.

وحيث من جهة ثانية فإن الأسس المبررة لتحديد ووجود واجبات الانخراط والاشتراك في مهنة المحاماة هي نفسها الأسس المبررة لهذه الواجبات في باقي الهيئات والجمعيات والمهن الحرة وفي هذا الصدد نصت على ذلك مجموعة من القوانين مثلاً: المادة 15 من المرسوم التطبيقي للقانون المنظم لمهنة المفوضين القضائيين تحت رقم 2.08.372 والمادة 37 من القانون رقم 16-89 المنظم لمهنة المهندسين المعماريين والمادة 55 من خطة العدالة ونفس الشيء بالنسبة للمنخرطين في هيئات الأطباء والهيئة الوطنية للمحاسبين المهنيين وغيرها من المهن المنظمة قانوناً، هذه الواجبات تحدد من طرف الهيئات المسيرة للمهنة انطلاقاً من حاجيات التسيير اليومي للمهنة، على

شكل أتاوات دورية وجدت لتسهيل التسيير الذاتي لهذه الهيئات انسجاما مع استقلالها الإداري، وبالتالي لا يمكن لنطاقها ان يتجاوز ما هو مستلزم للتسيير المالي للهيئة من جهة، ولا أن يشكل أية عرقلة للولوج الى المهنة عن طريق إضافة شروط غير منصوص عليها قانونا من قبيل أداء مبالغ ضخمة غير التي يلزم بها باقي أعضاء الهيئة كرسوم اشتراك.

وحيث من جهة ثالثة فإنه باستقراء الاختصاصات المخولة لمجلس الهيئة يتضح انه مخول له سن قواعد النظام الداخلي، هذه القواعد تُطبق على المنتمين للهيئة ولا يمكن لما يتخذه من قرارات او قواعد ان يتجاوز الأعضاء المكونين للهيئة على اعتبار ان الجهة المخول لها اتخاذ القواعد العامة المجردة لتطبيقها على كافة المواطنين هي الجهة التشريعية عبر القواعد القانونية (الفقرة الأولى من المادة السادسة من دستور 2011) وبالتالي فإن القول بأن مجلس الهيئة يُحدد رسوم انخراط خاصة تطبق على كل من يود ولوج مهنة المحاماة بالدائرة المذكورة سيكون من قبيل تمكين المجلس المذكور من اختصاص يتجاوز نطاق القانون التشريعي.

وحيث من جهة رابعة فإن الباحث في الأنظمة القانونية المشابهة لنظامنا القانوني سيجد أن أغلبها لا يفرض أي قيد أو شرط مالي خاص كواجب انخراط منفصل عن واجبات الاشتراك الخاصة بهيئة أو نقابة أو جمعية المحامون، نورد على سبيل المثال لا الحصر القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي لمجموعة من القوانين المعاصرة المنظمة لمهنة المحاماة في مجموعة من الدول، إذ أنه لا يتضمن أي شرط من هذا القبيل (القانون رقم 71-1130 بتاريخ 12/31/1971)، نفس الشيء في القانون السينيغالي الذي لا يستلزم أي مبلغ كواجب للانخراط في مهنة المحاماة (القانون رقم 84-09 بتاريخ 04 يناير 1984)، ونفس الامر بالنسبة للانضمام لبعض هيئات المحامين بالولايات المتحدة الأمريكية BAR ASSOCIATIONS ، الذي لا يشترط بدوره أي واجب مالي كمقابل للولوج إلى مهنة المحاماة، وأنه حتى بالنسبة للقوانين التي نصت على هذا الشرط فإنها قيدته سواء من حيث الجهة التي لها صلاحية تحديد مبلغ واجب الولوج للمهنة، وأعطت صلاحية تحديده للسلطة الحكومية ممثلة في وزير العدل أو من حيث مقدار المبلغ الذي يجب ألا يتجاوز ما هو متطلب لدراسة طلب القيد وفي هذا الصدد نصت الفقرة الرابعة من المادة 428 من مدونة التنظيم القضائي البلجيكي (LE JUDICIAIRE BELGE CODE) على أنه: "عند تقديم الطلب يمكن فرض واجب القيد. هذا الواجب يؤدي لإحدى الهيئات الثلاث. يحدد مبلغه من طرف وزير العدل ولا يمكن ان يتجاوز متوسط ما تستلزمه دراسة الطلب.

" Lors de l'introduction de la requête, un droit d'inscription peut être demandé au candidat. Ce : droit est payable (à l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ou à l'Ordre van Vlaamse balies), Son montant est fixé par le Ministre de la Justice. Il ne peut excéder le coût moyen du traitement des demandes ".

وحيث إنه أيا كانت المبررات المؤسسة للقرار الطعين فإنها لا تجد أي سند من المشروعية على اعتبار ان تمكين مجلس الهيئة من تحديد هكذا مبالغ تفرض على من يود الولوج الى المهنة سيكون من قبيل تمليك المهنة

للمهنيين وترك الحبل على الغارب وإعطائهم (للمهنيين) خارج القانون صلاحية اقتصار الولوج إليها على فئة من يتوفر على هذه المبالغ لا غير ضدا على فلسفة الدستور المغربي الذي يجعل المواطنين سواسية أمام القانون.

وحيث إن مجلس الهيئة باتخاذ قرار يخرج عما رسمه المشرع من تحديد شروط الولوج للمهنة وإضافته شرطا نشازا يعتمد على الوضعية المادية للمرشح واقتصار الولوج إليها على فئة معينة ضدا على مبدأ سواسية المواطنين أمام القانون، يكون قد تجاوز اختصاصه الذي يجب الا يخرج عما حددته المادة 91 من القانون 28-08 ويكون بذلك قد شرع بغير موجب ولا حق لغير فئة المنتمين الى المهنة.

وحيث إن المادة 92 من القانون المنظم لمهنة المحاماة رقم 28-08 تجعل المقررات التي يتخذها مجلس الهيئة خارج اختصاصه أو خرقا للقانون باطلة، ومنح لمحكمة الاستئناف صلاحية معاينة بطلانها بناء على ملتمس السيد الوكيل العام للملك لديها مما يتعين معه والحالة هاته معاينة بطلان القرار موضوع الطعن القاضي بتعديل ومراجعة رسم الانخراط مع ما يترتب عن ذلك قانونا.

لهذه الأسباب

فإن غرفة المشورة وهي تبت في مادة الطعون تصرح علنيا، انتهائيا وحضوريا:

في الشكل:

قبول الطعن.

في الموضوع:

بمعاينة بطلان قرار مجلس هيئة المحامين بمراكش المؤرخ في 2024/02/29 بتعديل ومراجعة رسم الانخراط مع ما يترتب عن ذلك قانونا وتحميل الجهة المطلوبة في الطعن المصاريف.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بمراكش دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

قرار محكمة الاستئناف بالعيون

عدد: 328

المؤرخ في: 2019/12/25

ملف: مدني

عدد: 2019/1501/195

بين:

ع م

ضد

شركة ب I ا B I

القائمة

وإن نص المشرع في المادة 41 من مدونة الشغل على سلوك الأجير لمسطرة الصلح التمهيدي، فإنه لم يقرن ذلك بصيغة الوجوب، ذلك أنه نص في المادة المذكورة على أنه (يمكن للأجير) وهو ما يجعله منه حراً في اللجوء إلى التسوية الودية عن طريق الصلح من عدمه، وعلى فرض عدم سلوكها من طرف الأجير فمحكمة الدرجة الأولى بادرت إلى إجراء الصلح بين الطرفين دون جدوى.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 25 دجنبر 2019 في جلستها العلنية المنعقدة للبت في القضايا الاجتماعية القرار الآتي نصه وهي مؤلفة من السادة:

رئيسا	ذ/ بوشتي مجدوب
مستشارا ومقررا	ذ/ حسن الهاشمي
مستشارا	ذ/ محمد حضري
كاتبا للضبط	وبمساعدة الراحة ميارة

القرار التالي:

بين: م ع

عنوانه: حي ق ت 707 العيون.

ينوب عنه ذ/ ع ح أش المحامي بهيئة اكادير والعيون.

بصفته مستأنف ومستأنفا عليه من جهة

وبين: شركة B I ب ا في شخص ممثلها القانوني

بمقرها: 8 ز أ د ا الدار البيضاء.

ينوب عنها ذ/ ع ر المحامي بهيئة الدار البيضاء:

بصفته مستأنف عليها ومستأنفة من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقالين الاستئنافيين اللذين تقدم بهما الطرفان بواسطة نائبيهما الأول من طرف ميلود عرابي بتاريخ 2019/07/23 المعفى من الرسوم القضائية بقوة القانون والثاني من طرف شركة بيست انتريم بتاريخ 2019/07/31 المؤداة عنه الرسوم القضائية بنفس التاريخ، بمقتضاها تم الطعن في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعيون عدد 100 الصادر بتاريخ 2019/04/01 في الملف رقم 2018/1501/126 القاضي في الشكل: قبول الدعوى. في الموضوع: الحكم على شركة BEST INTERIM - بيست انتريم- في شخص ممثلها القانوني الكائن بمقرها الاجتماعي 8 زنقة أبو زيد الدبوسي انفا الدار البيضاء لفائدة السيد ميلود عرابي ما يلي:

تعويضاً عن الفصل ما قدره (71279,52 درهم) واحد وسبعون ألفاً ومئتان وتسعة وسبعون درهماً واثنان وخمسون سنتيماً. تعويضاً عن الاضرار ما قدره (5940 درهم) خمسة آلاف وتسعمائة وأربعون درهماً. تعويض عن الأقدمية (57600 درهم) سبعة وخمسون ألفاً وستمئة درهم. تعويض عن العطلة السنوية ما قدره (2227,84 درهم) ألفين ومئتان وسبعة وعشرون درهماً وأربعة وثمانون سنتيماً. وشمول الحكم بالنفاذ المعجل فيما يتعلق بالشق المتعلقة بالتعويضات الناتجة عن عقد الشغل -الاقدمية والعطلة السنوية- وجعل الصائر على خاسر الدعوى ورفض باقي الطلبات.

بناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين . وتطبيقاً لمقتضيات الفصل 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

المرحلة الابتدائية:

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المدلى به من قبل نائب المدعي والمسجل لدى كتابة الضبط بتاريخ 2018/10/18 والمعفى من الرسوم القضائية بقوة القانون، والذي يستفاد منه أن المدعي كان يشتغل لدى المدعى عليها منذ 2011/09/01 إلى غاية 2017/11/24 بأجرة شهرية قدرها 3000 درهم ليتم طرده بدون سبب مشروع، وأنه كان يشتغل 12 ساعة في اليوم وكذلك أيام العطل الرسمية وأن له شهود يؤكدون واقعة الطرد، لأجله يلتزم إجراء البحث والصلح والحكم على المدعى عليها بالفرق بين الأجرة المقبوضة والحد الأدنى مبلغ 1000000 درهم، والتعويض عن العطل السنوية المؤدى عنها 95000 درهم، التعويض عن العطل الأسبوعية 200000 درهم، التعويض عن الساعات الإضافية ما قدره 10000000 درهم، والتعويض عن مهلة الأخطار 9000000 درهم، التعويض عن الفصل 2500000 درهم، التعويض عن الأعياد الدينية 3000 درهم، التعويضات العائلية 1500000 درهم، التعويض عن الأقدمية 1000000 درهم، مع الحكم على المدعى عليها بمنحها للعارض شهادة العمل تحت طائلة تعويض قدره 2000000 درهم والنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليها الصائر، وأرفق مقالته بمقتطفات حساب وشواهد صادرة عن الضمان الاجتماعي وشواهد الأجر.

وبناء على كافة الإجراءات المسطرية اصدرت المحكمة الابتدائية حكماً المطعون فيه بالاستئناف.

المرحلة الاستئنافية:

استعرض نائب المستشار موجز الوقائع ثم ناقش في طعنه أن الحكم الابتدائي جاء مجاناً للصواب فيما قضى به من عدم الحكم لموكله بالتعويض عن الضرر وفقدان الشغل والتمس تعديل الحكم الابتدائي والحكم للعارض بالتعويضات المطلوبة ابتدائياً .

كما استعرض نائب المستشار موجز الوقائع ثم ناقش في طعنه:

- ❖ في سوء التعليل المنزل منزلة انعدامه: أنه بالرجوع إلى ملف النازلة ووثائقه يتبين أنه خال من محضر مفتش الشغل أو أية وثيقة تثبت سلك المستأنف عليه لمسطرة الصلح التمهيدي مما يتعين معه إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به والحكم تبعاً لذلك بعد التصدي بعدم قبول المقال شكلاً.
 - ❖ في رفض الطلب: أن العارضة لم تطرد المستأنف عليه من عمله وليس من بين وثائق الملف ما يثبت ذلك، وأن المستأنف عليه يزعم كونه تعرض للطرد التعسفي ولم يتمكن من إثباته ذلك ولو بشهادة الشهود في جميع مراحل الدعوى وخصوصاً خلال جلسة البحث، إضافة إلى ذلك فإن العارضة هي شركة مناولة تضع رهن إشارة الشركات المستعملة عمالاً موسمين ومؤقتين قصد انجاز مهام مؤقتة تنتهي بإنجاز المهمة المحددة في العقد. مما يتعين معه إلغاء الحكم الابتدائي والحكم برفض الطلب.
 - ❖ في التعويضات المحكوم بها: أن المحكمة الابتدائية وقعت في أخطاء في احتسابها للتعويض عن الفصل والتعويض عن الأقدمية، والتمس التخفيض منهما إلى الحد المفصل بمقاله.
 - ❖ في الأمر بأجراء بحث: أن العارضة تلتزم وبصفة جد احتياطية الأمر بإجراء بحث في نازلة الحال بحضور جميع الأطراف وكذا الشهود مع حفظ حق العارضة في التعقيب على هذا البحث.
- بناء عليه ادرجت القضية بجلسة 2019/12/11 حيث حضر ذنائب المستأنف عليه وتخلف نائب المستأنف رغم استدعائه واعتبرت المحكمة القضية جاهزة فتقرر حجز الملف للمداولة قصد النطق بالحكم بجلسة 2019/12/25.

وبعد المداولة وطبقاً للقانون

في الشكل:

حيث إن الاستئنافين قدما داخل أجل القانوني ووفقاً للإجراءات المتطلبة قانوناً فهما مقبولان شكلاً.

في الموضوع:

حيث علل الطرفين المستأنفين استئنافهما بما هو مسطر أعلاه.

وحيث إنه ولئن صح ما أثارته المستأنفة ش B I ب 1 من كون المشرع في المدة 41 من مدونة الشغل قد نص على سلوك الأجبر لمسطرة الصلح التمهيدي، فإنه لم يقرن ذلك بصيغة الوجوب، ذلك أنه نص في المادة المذكورة على أنه (يمكن للأجير) وهو ما يجعله منه حراً في اللجوء إلى التسوية الودية عن طريق الصلح من عدمه، وعلى فرض عدم سلوكها من طرف الأجبر فمحكمة الدرجة الأولى بادرت إلى إجراء الصلح بين الطرفين دون جدوى، ومن ثم يكون تشبث المستأنفة المذكورة بهذه العلة غير مؤسس، والحكم الابتدائي لما قضى بصحة المسطرة ورتب عليها منح المستأنف عليه ميلود عرابي التعويضات عنها يكون قد طبق القانون التطبيق السليم ويتعين تأييده بهذا الخصوص.

وحيث إنه خلافا لما نعتته الطاعنة أيضا من كونها لم تعمل على طرد الأجير المستأنف عليه، فإن الأصل المكرس قانونا وقضاءا بمقتضى المادة 63 من المدونة أن المشغل هو من يقع عليه إثبات وجود مبرر مقبول للفصل كما يقع عليه إثبات المغادرة التلقائية، وتبعاً لذلك فالأجير يكفيه أن يدعي أن فصل تعسفياً لكي ينتقل عبء إثبات العكس على المؤجر، والمستأنفة في نازلة الحال لم تثبت لمحكمة البداية أو لهذه المحكمة أنها فصلته بمبرر مقبول أو أنه غادر تلقائياً، ومن ثم يكون الحكم الابتدائي لما قضى بوجود الطرد التعسفي في النازلة يكون قد بنى قضاءه على أساس من القانون ويتعين تأييده.

وحيث إنه بمراجعة التعويضات المحكوم بها لفائدة الأجير والمتعلقة أساساً بالفصل والأقدمية ووضعها في نطاق المواد التي تؤطر احتسابها وخاصة المواد 53 و350 من مدونة الشغل نجد بأن الحكم الابتدائي قد جانب الصواب عند تحديده مقدار التعويض المستحق عنهما، ويتعين التخفيض منه إلى القدر المحدد في منطوق الحكم أدناه.

وحيث إن المستأنف ميلود عرابي لم يفصل عند بيانه لأوجه استئنافه كيف أن الحكم الابتدائي أضر بمصالحهما، وأن تبني وسيلة عامة كما أقدم عليه المستأنف المذكور يجعل هذه المحكمة لا تتوافر على عناصر التي يمكنها بسط رقبتها عليهما، وتقييم الحكم الابتدائي بخصوص صوابيته من عدمه في التقرير فيها.

وحيث إن باقي الأسباب الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم المطعون فيه لم تكن محل طعن وعليه تعين تأييده في باقي مقتضياته .

وحيث يتعين تحميل المستأنفين الصائر في حدود القدر المحكوم به مع إعفاء المستأنف ميلود عرابي منه.

لهذه الأسباب

تصرح المحكمة علنياً، انتهائياً، وحضورياً:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به مع تعديله وذلك بتخفيض التعويض عن الفصل إلى مبلغ 15089,12 درهم وعن الأقدمية إلى مبلغ 9207 درهم مع تحميل المستأنفة الصائر في حدود القدر المحكوم به.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بالعيون دون أن تتغير الهيئة التي ناقشت القضية وجعلتها للمداولة

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالداخلية

عدد: 17

المؤرخ في: 2020/03/25

ملف: استعجالي

عدد: 2020/1101/18

بين:

شركة E F C في شخص ممثليها القانونيين

ضد

م ص ب بالداخلية

و و و م بالداخلية

القامة

تتجلى أهم خصائص القضاء الاستعجالي في اتخاذ الإجراءات الوقتية التي تقتضيها حالة الاستعجال دون المساس بأصل الحق، وأنه من صلاحياته البحث في المستندات المقدمة إليه بحثاً عرضياً وتلمس ظاهر الحجج المعروضة عليه ليستخلص منها أي الفريقين أجدر بالحماية وما إذا كان النزاع جدياً أم لا.

ولما كانت النيابة العامة قد باشرت الدعوى العمومية في حق ربان السفينة موضوع الطلب فإن وضعيتها القانونية كأداة لارتكاب الفعل موضوع المتابعة أضحت من صميم اختصاص القضاء الجزري، كما أن الدعوى العمومية وآثارها لازالت سارية طالما أن باقي الأطراف تقدمت بالطعن بالنقض في مواجهة القرار الاستئنائي الجنحي المستدل به، وهناك دعوى رأجة أمام المحكمة الإدارية تتعلق باستحقاق التعويض عن حرمان المدعية عن استغلال السفينة موضوع القرار الإداري مما يقتضي التصريح بعدم الاختصاص.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن رضوان فـارح رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب بصفتنا قاضيا للمستعجلات بمساعدة السيد عبد الصادق الداية كاتب الضبط الأمر الآتي نصه:

بين: شركة E F C في شخص ممثلها القانونيين الكائنين بهذه الصفة بمقرها الاجتماعي ب P.O B 3 W بدولة ناميبيا.

ينوب عنها الأستاذ ت ب المحامي بهيئة أكادير.

بصفتها مدعية من جهة

وبين: م ص ب بالداخلة في شخص مندوبها.

الكائن بهذه الصفة بمقرها بشارع الولاء الداخلة.

النائب عنها الأستاذ م س المحامي بهيئة أكادير.

و و و م بالداخلة في شخص مديرها الكائن

بهذه الصفة بميناء الداخلة .

بصفتها مدعى عليهما من جهة أخرى

-الوقائع-

بناء على المقال الافتتاحي الذي تقدمت به المدعية بواسطة نائبها والمؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2020/02/24 يعرض بمقتضاه أن المدعية تملك باخرة الصيد الساحلي المسماة M الحاملة للعلم الناميبي والرقم 681028 وأن عناصر البحرية الملكية عمدوا إلى إيقافها بتاريخ 2018/12/29 واقتيادها للرسو بميناء الداخلة للصيد بسبب اتهام طاقمها بالصيد في المياه الإقليمية المغربية، ونظرا إلى أن مقتضيات الفصل 48 من الظهير الشريف رقم 255-73-1 بتاريخ 27 شوال 1393 المتعلق بالصيد البحري ينص على أن: "يرفع مندوب الصيد البحري القضية إلى وكيل جلالة الملك لدى المحكمة المختصة لأجل المتابعة بعد الاطلاع على المحضر المثبتة فيه المخالفة إذا كان الأمر لا يقتضي تطبيق فصل 53 وما يليه". فإن مندوب الصيد البحري لم يرفع الشكاية في مواجهة ربان السفينة أصدر تعليماته للضابطة القضائية قصد الاستماع لربان السفينة الذي كان قد غادر التراب الوطني قبل ذلك التاريخ بأربعة أشهر حسب الثابت من المحضر المنجز من قبل المركز البحري بالداخلة تحت عدد 114 بتاريخ 17 يوليوز 2019، وبما أن النيابة العامة تابعت الربان من أجل تعاطي الصيد في

المياه الإقليمية المغربية والمنطقة الاقتصادية الخاصة دون التوفر على رخصة للصيد فأصدرت المحكمة الابتدائية بوادي الذهب بتاريخ 2019/12/12 ملف جنحي عادي عدد 2019/2102/1404 حكما قضى بمؤاخذة الظنين ربان السفينة والحكم عليه بشهرين موقوفة التنفيذ وغرامة مالية نافذة قدرها 10.000 درهم وبأدائه لمطالب بالحق المدني تعويضا قدره 100.000 درهم مع إحلال الشركة المالكة محلّه في الأداء، وتم الطعن بالاستئناف فأصدرت الغرفة الجنحية الاستئنافية بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب قرارا تحت عدد 8 بتاريخ 2020/02/20 بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي التصريح بعدم قبول المتابعة وبعدم الاختصاص في المطالب المدنية، وأنه بصور القرار أعلاه فإن بقاء سفينة الصيد الساحلي راسية بميناء الداخلة لم يعد له أي مبرر قانوني، لأجله تلتزم المدعية الأمر برفع كل حجز أو قيد والإذن للسفينة المسماة M الحاملة للعلم الناميبي والرقم 681028 بمغادرة ميناء الداخلة مع تبليغ نسخة منه إلى السيد وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب مع ما يترتب عن ذلك قانونا، وأرفقت مقالها بنسخة من عقد جنسية السفينة ونسخة من شكاية ونسخة من محضر الضابطة القضائية ونسخة من محضر البحرية الملكية وصورة من الحكم الابتدائي جنحي ونسخة من القرار الاستئنافي.

بناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف دفاع المدعى عليهما ص ب بالداخلة بجلسة 2020/03/18 يعرض من خلالها أن القرار الاستئنافي المستدل به تم الطعن فيه بالنقض من طرف النيابة العامة والعارضة، وأن عملية حجز السفينة تقع ضمن إجراءات الدعوى العمومية وهي بهذا الوصف تخضع لأثر وقف التنفيذ الناتج عن الطعن بالنقض ضد القرارات الاستئنافية الجنحية، وأن المدعية فضلا عن المذكور أعلاه سبق لها وأن تقدمت بنفس الطلب الحالي أمام المحكمة الإدارية بأكادير فتقرر تمهيدا إجراء بحث بين الطرفين تم تأجيله لجلسة 2020/06/11، ومادام النزاع معروضا في الجوهر على محكمة أخرى فإن البت فيه استعجاليا من شأنه المساس بالجوهر، لأجله يلتزم الحكم بعدم الاختصاص مع ما يترتب عن ذلك قانونا، وأرفق مذكرته بصورة من التصريح بالطعن بالنقض من طرف العارضة وصك الطعن بالنقض من طرف النيابة العامة وصورة من قرار تمهيدي بإجراء بحث صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير.

بناء على كتاب النيابة العامة بتاريخ 2020-03-10 يلتزم أساسا التصريح بعدم الاختصاص للقضاء الاستعجالي واحتياطيا رفض الطلب لعدم نهائية القرار الاستئنافي المطعون فيه بالنقض وأن السفينة يحتفظ بها في الميناء إلى أن يتم أداء التعويضات والغرامات والصوائر التي قد يحكم بها.

بناء على إدراج القضية بعدة جلسات آخرها جلسة 2020-03-18 حضر ذ/ ت وألفي بالملف مذكرة جوابية تسلم الأستاذ الحاضر نسخة منها والتمس تعقيب شفوي أوضح من خلاله أن الفصل 48 من ظهير 1973 المتعلق بقانون الصيد البحري يستوجب رفع مندوب الصيد البحري المخالفة إلى النيابة العامة قبل حجز السفينة وهو الأمر الذي لم يتحقق في النازلة، وأدلى بصورة من كتاب موجه من الأستاذ ت إلى السيد وكيل الملك لدى هذه المحكمة وصورة من جواب السيد وكيل الملك، وأن الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تتعلق بالتعويض عن الضرر، وعن سؤال للمحكمة بخصوص استعمال مصطلح الحجز في الطلب من الناحية القانونية أوضح بأن

احتفاظ المدعى عليها بالسفينة يعتبر حجزاً في الواقع، وعن سؤال للمحكمة بخصوص ارتباط الحجز بالدعوى العمومية الرائجة أجاب الأستاذ بأن هناك ارتباطاً للحجز بالدعوى العمومية، وأكد الطلب فتقرر حجز القضية للتأمل لجلسة 2020/03/25.

وبعد التأمل طبقاً للقانون

في الشكل: حيث قدم الطلب وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانوناً مما يتعين معه قبوله.

في الموضوع: حيث يرمي الطلب إلى رفع الحجز أو القيد والإذن للسفينة المسماة M الحاملة للعلم النامي والرقم 681028 بمغادرة ميناء الداخلة .

حيث إن أهم خصائص القضاء الاستعجالي تتجلى في اتخاذ الإجراءات الوقتية التي تقتضيها حالة الاستعجال دون المساس بأصل الحق، وأنه من صلاحيات قاضي المستعجلات البحث في المستندات المقدمة إليه بحثاً عرضياً وتلمس ظاهر الحجج المعروضة عليه ليستخلص منها أي الفريقين أجدر بالحماية وما إذا كان النزاع جدياً أم لا.

حيث إن الحجز الواقع على السفينة موضوع الدعوى ذو طبيعة إدارية محضة باعتباره يدخل ضمن اختصاصات السلطة المكلفة بالصيد البحري تحت عهدها ومسؤوليتها، كما أنه لما كانت النيابة العامة قد باشرت الدعوى العمومية في حق ربان السفينة موضوع الطلب فإن وضعيتها القانونية كأداة لارتكاب الفعل موضوع المتابعة أضحت من صميم اختصاص القضاء الجزري، وأن الدعوى العمومية وأثارها لازالت سارية طالما أن باقي الأطراف تقدمت بالطعن بالنقض في مواجهة القرار الاستئنافي الجنحي المستدل به، كما أن هناك دعوى رائجة أمام المحكمة الإدارية تتعلق باستحقاق التعويض عن حرمان المدعية عن استغلال السفينة موضوع القرار الإداري المتخذ من طرف م ص ب بالداخلة، وبالتالي فإن تدخل القضاء الاستعجالي للبت في الدعوى من شأنه المساس بجوهر الحق خاصة فيما يتعلق بمشروعية القرار المتخذ بإيقاف السفينة ومناقشة مسبباته القانونية المرتبطة بأصل الحق مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص وإحالة الأطراف على محكمة الموضوع وتحميل المدعية الصائر.

حكم المحكمة الابتدائية بتمارة

عدد: 699

المؤرخ في: 2021/07/01

ملف: منازعات الشغل

عدد: 2020/1501/591

بين:

م ١١

ضد

مخبرة د ن ه D N

القائمة

إنقاص ساعات العمل العادية تزيد مدته على 60 يوما وبالتالي كان يتعين على المشغلة المدعى عليها استشارة مندوبي الأجراء وممثليهم النقابيين والتفاوض معهم للوصول إلى اتفاق حول فترة الإنقاص، وما دام أن الملف خال مما يفيد الاتفاق المذكور، فإنه لا يسمح بالإنقاص من مدة الشغل العادية إلا بإذن يسلمه عامل العمالة أو الإقليم طبقاً لأحكام الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية وإغلاق المقاولات المحددة في المادة 67 من مدونة الشغل. يعتبر تقليص المدعى عليها لعدد ساعات العمل العادية دون موافقة الأجير فصلاً تعسفياً موجبا للتعويض.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الابتدائية بتمارة وهي تبت في قضايا منازعات الشغل الحكم الآتي نصه:

بين: م ١١

الساكن (ة) حي ن 1 رقم 160 تمارة

نائبه ذ/ع ز محامي بهيئة الرباط.

مدعى من جهة

وبين: مخبزة دن ه D في شخص ممثلها القانوني السيد ا ح الكائن مقرها رقم 10 شارع م خ إقامة ن ه

تمارة

نائبه ذ/ب س محامية بهيئة الرباط.

مدعى عليه من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به المدعى لدى هذه المحكمة بتاريخ 07-10-2020 والمعفى من الرسوم القضائية بقوة القانون، والذي يعرض من خلاله أنه كان يشتغل لدى المدعى عليها بأجرة شهرية قدرها 3700 درهم منذ 01-10-2013 إلى حدود 18-03-2020 تم توقيفه عن العمل بسبب جائحة كورونا وبتاريخ 15-07-2020 استأنفت المشغلة العمل توجه إليها مباشرة فاقترحت عليه بكون سوف يعمل نصف الشهر ويتوصل بأجرة نصف شهر لكون الشركة تمر بأزمة مالية مما يشكل فصلا تسفيا، لذلك يلتمس الحكم بالتعويضات التالية: عن الاضرار مبلغ 7400 درهم، عن الفصل مبلغ 24000 درهم، عن الضرر 44400 درهم، عن العطلة السنوية 3700 درهم، عن الأقدمية مبلغ 15400 درهم، عن عدم التصريح بتوقف عن العمل قصد الاستفادة من تعويض صندوق كوفيد مبلغ 7000 درهم، تسوية وضعيته لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مع شمول الحكم بالنفاد المعجل والصائر على المدعى عليها، وأرفق مذكرته بشهادة التصريح بالأجر لدى الضمان الاجتماعي، محضر محاولة التصالح، أصل شهادة العمل، أصل بيان الأجر.

وبناء على مذكرة جواب المدلى بها من قبل دفاع المدعى عليها بتاريخ 28-01-2021 والتي عرض فيها من جهة أن مقاله مختل شكلا مما يتعين معه عدم قبول الدعوى، ومن جهة أخرى فإنه نظرا لظروف جائحة كورونا دخلت في أزمة اقتصادية ومن أجل الحفاظ على مناصب الشغل اضطرت إلى تقليص ساعات العمل والاشتغال بنظام التناوب بعد استشارة الأجراء ومفتش الشغل، مؤكدا أن المدعى يعمل خباز ومهمته تنحصر في إعداد

الخبز بالإضافة إلى أشخاص آخرين يقومون بنفس المهمة، فتم اقتراح إنقاص ساعات العمل والاشتغال 15 يوما لكل خباز مقابل نصف الأجرة، فرفض المدعي الامتثال لقرار المشغلة، مؤكداً أنه التحق بتاريخ 15-09-2020 بعد توجيهه انذار له بالالتحاق، وأضاف أن أجرة المدعي هي 3200 درهم، وأنها قامت بالتصريح بتوقفها عن العمل لدى صندوق الضمان الاجتماعي، وأن المدعي استفاد من صندوق كوفيد، ملتصقا في الشكل عدم قبول الدعوى وفي الموضوع رفض الطلب، وأرفق مذكرته رسالة نصية بالمليل، أصل ورقة الارسال أمانة، لائحة بفواتير السلع قبل وبعد الحجر الصحي، التزام موقع من المدعي.

وبناء على مذكرة تعقيب مع مقال إصلاحي المقدم من طرف دفاع المدعي بتاريخ 25-03-2021 والتي التمس فيها الإشهاد على إصلاح اسم المدعى عليها، ومن جهة ثانية فالمشغلة تقرر بتغيير مدة العمل وتخفيض أجرة المدعي ملتصقا بالحكم وفق مقاله.

وبناء على مذكرة تعقيب المدلى بها من قبل دفاع المدعى عليها بتاريخ 22-04-2021 والتي أكد فيها سابق دفعه ملتصقا بالحكم برفض الطلب لتوفر شروط الحادث الفجائي والقوة القاهرة.

وبناء على مذكرة ختامية المدلى بها من قبل دفاع المدعي بتاريخ 20-05-2021 والتي أكد فيها سابق دفعه بخصوص عدم احترام مقتضيات المواد 185 و 67 من مدونة الشغل ملتصقا بالحكم وفق مقاله.

وبناء على مذكرة تأكيد المدلى بها من قبل دفاع المدعى عليها بتاريخ 10-06-2021 والتي أكد فيها سابق دفعه، مضيفا أن الإغلاق الذي كان بقرار الحكومة هو الدافع إلى اعتماد تقليص ساعات العمل والاشتغال بطريقة التناوب، ملتصقا بالحكم برفض الطلب.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 2021/06/03 حضر دفاع الطرفين أدلى دفاع المدعى عليها بمذكرة تأكيد، المحكمة اعتبرت القضية جاهزة، مما تقرر معه حجز الملف للتأمل لجلسة 2021-07-01.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث باءت محاولة الصلح بالفشل لتمسك كل طرف بموقفه.

في الشكل: حيث قدمت الدعوى وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فهي مقبولة من هذه الناحية.

في الموضوع: حيث يهدف المدعي من خلال طلبه الحكم له بالتعويضات المشار إليها أعلاه نتيجة فصله من طرف المدعى عليها بشكل تعسفي.

وحيث إن علاقة الشغل واستمرارها عن المدة من 2013-10-01 الى 2020-07-15 لم تكن محل منازعة من قبل المدعى عليها.

وحيث دفعت المدعى عليها من أجل رد دعوى المدعي بكونه غادر العمل من تلقاء نفسه بعد رفضه مقترحها الرامي إلى إنقاص ساعات العمل.

وحيث بالرجوع إلى المقتضيات القانونية التي تنص على إمكانية المشغل الإنقاص من ساعات العمل العادية، فإنها خولت ذلك وفق شروط معينة يجب احترامها وهي أن تمر المقاولاة بأزمة اقتصادية عابرة أو بظروف استثنائية وغير متوقعة تجبر المؤسسة أو المقاولاة المشغلة على الإنقاص من ساعات العمل لمواجهة تطبيقاً لأحكام المادة 185 وما بعده من مدونة الشغل.

وحيث إن الثابت من خلال وثائق الملف ودفعوعات الأطراف أن إنقاص ساعات العمل العادية تزيد مدته على 60 يوماً وبالتالي كان يتعين على المشغلة المدعى عليها استشارة مندوبي الأجراء وممثلهم النقابيين والتفاوض معهم للوصول إلى اتفاق حول فترة الإنقاص، وما دام أن الملف خال مما يفيد الاتفاق المذكور، فإنه لا يسمح بالإنقاص من مدة الشغل العادية إلا بإذن يسلمه عامل العمالة أو الإقليم طبقاً لأحكام الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية وإغلاق المقاولات المحددة في المادة 67 من مدونة الشغل.

وبالتالي فإن إقدام المدعى عليها على تخفيض ساعات العمل دون ثبوت توفر شروط الإنقاص ولا لما يفيد سلوكها المسطرة المقررة في المادة 185 من مدونة الشغل، من شأنه المساس بشكل مباشر بالحد الأدنى للأجر القانوني الذي أسسه المشرع من أجل الحفاظ على الدور المعيشي لأجرة وصيانة القدرة الشرائية للعامل

وحيث تبعاً لما ذكر أعلاه فإن تقليص المدعى عليها لعدد ساعات العمل العادية دون موافقة الأجير يعتبر فصلاً تعسفياً موجباً للتعويض.

وحيث لا ينبغي الحكم للمدعي بالتعويضات إلا في إطار مدونة الشغل الجديدة والمراسيم التطبيقية الجاري بها العمل.

تحتسب التعويضات على أساس أجرة شهرية قدرها 3200 درهم الثابتة من خلال ورقة أداء الأجر المدلى بها من طرف المدعي، مما يتعين اعتمادها في احتساب التعويضات المستحقة.

وحيث تبعاً لذلك يستحق المدعي التعويضات التالية:

1- عن الفصل: حيث إنه عملاً بالمادة 52 من مدونة الشغل فإن الأجير المرتبط بعقد شغل غير محدد المدة بعد قضائه ستة أشهر من الشغل داخل نفس المشغل يستحق عند فصله تعسفياً تعويضاً بحسب الكيفية المنصوص عليها في المادة 53 من نفس المدونة وذلك على الشكل التالي: $912 \times 13.46 = 15312.48$ درهم.

2 - عن الضرر أو الطرد التعسفي: حيث إنه بمقتضى المادة 41 من مدونة الشغل، فإنه يحق للطرف المتضرر في حالة إنهاء الطرف الآخر للعقد تعسفياً، الحصول على تعويض عن الضرر يعادل أجرة شهر ونصف من العمل عن كل سنة أو جزء من سنة، كما يلي: $4800 \times 8 = 38400$ درهم.

3 - عن مهلة الإخطار: حيث إن الملف خال مما يفيد أن المدعى عليها قد منحت للمدعي مهلة الإخطار قبل الاستغناء عن خدماته طبقاً للمادة 43 من مدونة الشغل، مما يكون معه محققاً في الحصول على أجرة شهرين من

العمل على أساس أن المدعي يعمل عامل لدى المدعى عليه، طبقاً للمادة الأولى من المرسوم الوزيري المؤرخ في 29 - 12- 2004، وجب فيها مبلغ 6400 درهم .

4- التعويض عن الأقدمية: حيث إن الثابت من ورقة أداء الأجر المدلى بها من قبل المدعي أن مكافأة الأقدمية من مشتملات الأجر، مما يتعين معه التصريح برفض الطلب.

5- التعويض عن العطلة السنوية: وحيث إن الملف خال مما يفيد أن المدعي اتفق مع المدعى عليها على ضم العطل، مما يجعله محققاً في الحصول فقط على تعويض عن العطلة السنوية الأخيرة.

وحيث لا يوجد بالملف ما يفيد أن المدعى عليها مكنت المدعي من التعويض عن سنة الأخيرة، وذلك باعتبارها ملزمة قانوناً بمسك سجلات العطل الخاصة بعمالها، مما يكون معه محققاً في الحصول على تعويض عنها عملاً بالمادة 252 من مدونة الشغل كما يلي: $123.07 \times 19.5 = 2399.86$ درهم

6 - التعويض عن الحرمان من الاستفادة من التعويض الممنوح من صندوق كوفيد: وحيث تبين لهذه المحكمة أن طلب المدعي غير مؤسس في ظل عدم إثبات ادعائه خاصة وأن المشغلة قامت بالتصريح بالأجير لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي كما هو ثابت من خلال شهادة التصريح بالأجور المدلى بها من قبل المدعي، مما يتعين معه التصريح برفض الطلب.

7 - التصريح لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي: وحيث تبين لهذه المحكمة من خلال الاطلاع على شهادة التصريح بالأجر لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أن المشغلة قامت بالتصريح بالمدعي، مما يتعين معه التصريح برفض الطلب.

وحيث إن النفاذ المعجل لا يمكن أن يشمل سوى التعويضات الناتجة عن عقد الشغل وهي التعويض عن العطلة السنوية، وأن باقي التعويضات الأخرى لا مبرر لشمولها بالنفاذ المعجل.

وحيث إن المحكمة ليست ملزمة بتتبع الأطراف في مناحي أقوالهم وبذلك فإن الدفع المتجاوزة والغير المنتجة في الدعوى تقرر صرف النظر عنها وردها.

وحيث تم البت في النازلة من طرف المحكمة في غياب المستشارين الاجتماعيين طبقاً لمقتضيات الفصل 270 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث يتعين تحميل خاسر الدعوى الصائر.

وتطبيقاً للفصول 1 3 32 37 38 39 50 124 147 270 وما يليه من ق م م ومدونة الشغل.

لهذه الأسباب

فإن المحكمة تصرح وهي تبت في قضايا نزاعات الشغل علنياً ابتداءً وحضوراً للطرفان:

في الشكل: قبول الدعوى.

في الموضوع: بأداء المدعى عليها لفائدة المدعي التعويضات التالية:

* عن الفصل: مبلغ 15312.48 درهم

* عن الضرر: مبلغ 38400 درهم

* عن مهلة الإخطار: مبلغ 6400 درهم

* عن العطلة السنوية مبلغ 2399.86 درهم

مع شمول التعويض عن العطلة السنوية بالنفاد المعجل وبتحميل المدعى عليها الصائر ورفض باقي الطلبات.

بهذا صدر الحكم وتلي في جلسة علنية في اليوم والشهر والسنة أعلاه، وكانت هيئة المحكمة مكونة من:

الأستاذ: محمد بلعدي رئيسا

بمساعدة السيد: منية الساعدي كاتبا للضبط

حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات

عدد: 297

المؤرخ في: 2019/07/18

ملف: قضايا العقار

عدد: 2019/1402/33

بين:

م ك

ضد

1. السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات

2. الدولة الملك الخاص

القاعدة

إنقاص ساعات العمل العادية تزيد مدته على 60 يوما وبالتالي كان يتعين على المشغلة المدعى عليها استشارة مندوبي الأجراء وممثلهم النقابيين والتفاوض معهم للوصول إلى اتفاق حول فترة الإنقاص، وما دام أن الملف خال مما يفيد الاتفاق المذكور، فإنه لا يسمح بالإنقاص من مدة الشغل العادية إلا بإذن يسلمه عامل العمالة أو الإقليم طبقاً لأحكام الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية وإغلاق المقاولات المحددة في المادة 67 من مدونة الشغل. يعتبر تقليص المدعى عليها لعدد ساعات العمل العادية دون موافقة الأجير فصلاً تعسفياً موجبا للتعويض.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن المحكمة الابتدائية بالخميسات

في جلستها العلنية المنعقدة للبت قضايا العقار، أصدرت الحكم الآتي نصه:

بين: م ك

الساكن (ة) 20 ت م زنقة ع ح ز الخميسات.

نائبه ذ/ ع ر ص المحامي بهيئة المحامين بالرباط.

مدعى من جهة

وبين:

1. السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات بمكاتبه بالمحافظة العقارية بالخميسات.

مدعى عليه من جهة أخرى

2. الدولة الملك الخاص الممثلة في شخص مدير أملاك الدولة النائب عنه السيد رئيس أملاك الدولة بالخميسات.

المدخلة في الدعوى والمتدخل إراديا فيه

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعية بواسطة نائبيها إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 4 فبراير 2019، مؤدى عنه، عرضت فيه أن والدها حمادي كنات بن الجيلالي كان يملك الرسم العقاري رقم 16/9692، وأنه توفي وأنها تقدمت بطلب للسيد المحافظ قصد تقييد الإرثاثة عدد 197 ص 217 سجل التركات 47 بتاريخ 2015/12/17 بالرسم العقاري المذكور، وأن السيد المحافظ أصدر قرارا بتاريخ 2019/1/17 يقضي برفض الطلب بعلّة أن طلبها يتعارض مع مقتضيات المادة 15 من ظهير 29 دجنبر 1972 وأن حجية الحكم المستدل به والصادر بالملف عقار محفظ رقم 2016/1402/160 عن ابتدائية الخميسات يتعلق برسم عقاري آخر الذي هو 16/9691، وأن قرار السيد المحافظ لا أساس له قانونا وموضوعا، وأن تسجيل الإرثاثة بالرسم العقاري لا يتعارض إطلاقا مع المادة 15 من ظهير 29 دجنبر 1972، ذلك أن المادة 15 تتكلم عن الوارث الواحد كما تتكلم عن باقي الورثة كما تتكلم كذلك تطبيقا سليما وقانونيا يلزم وجود إرثاثة حتى يتم الاهتداء إلى الوارث الواحد الذي ستسلم له الأرض قصد استغلالها ثم باقي الورثة لتمكينهم من واجب الاستغلال وكذا الورثة الذين

يكونون ملزمين على وجه التضامن باستثمار القطعة الأرضية والمحافظة على عناصر استغلالها إلى أن يتم تسليمها أو استرجاعها، وأن المادة المذكورة لم تستني ورثة الهالك نهائيا لذكرها باقي الورثة وأن الورثة جميعا يكونون ملزمين على وجه التضامن باستثمار القطعة الأرضية، وأن توفر الإرثية ضروري ولازم لتطبيق المادة 15 عكس نظرية السيد المحافظ وأن قراءة السيد المحافظ للمادة 15 اقتصر على الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية والثالثة، وأن الفقرة الثانية تنص على أنه " يتحتم على الوارث المسلمة له القطعة الأرضية أن يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم"، وأن الفقرة الثالثة تنص على أنه " غير أن الورثة يكونون ملزمين على وجه التضامن باستثمار القطعة الأرضية والمحافظة على عناصر استغلالها إلى أن يتقرر تسليمها أو استرجاعها"، وأنه يتجلى من الفقرة الثالثة أن جميع الورثة ملزمين باستثمار القطعة الأرضية والمحافظة على عناصر استغلالها، وأن السيد المحافظ رتب على المادة 15 مفهوما غير صحيح من الناحية القانونية والواقعية وأن المادة 15 وكذا ظهير 29 دجنبر 1972 برمته ليس بهما أي مقتضى قانوني يمنع صراحة تسجيل إرث الهالك المستفيد من الأرض الخاضعة لنظام الظهير المذكور، ذلك أن المادة 15 لم تشر صراحة عدم تسجيل الإرثية بالرسم العقاري، وأن ابتدائية الخميسات لها قصب السبق في إصدار حكم قضائي الذي يعتبر عملا قضائيا طبق وفسر المادة 15 تطبيقا سليما وهو بحق حكم يجب الافتخار به تعليلا ومنطوقا وهو الحكم عدد 235 بتاريخ 2016/6/23 في الملف عدد 2016/1402/160، وأنه استنادا إلى الحكم المذكور قامت المدعية بفتح ملف تنفيذي وأن السيد المحافظ قد قام فعلا بتنفيذ مقتضيات الحكم الصادر عن ابتدائية الخميسات السالف الذكر وقام بتقييد إرث الهالك حمادي كينات بن الجيلالي بالرسم العقاري عدد 16/9691 وأنها ومنذ تقييد الإرثية بالرسم العقاري الأنف الذكر وهي ملتزمة بنود المادة 15 من ظهير 29 دجنبر 1972 وأن القطعة الأرضية إلى الآن وحتى الآن لا زالت تستغل من طرف الوارث الواحد الذي سلمت له قصد استغلالها، وأن الشروط المحددة في شهادة الملكية لا زالت قائمة ولا زال العمل بها علما بأن تقييد الإرثية لا يعني ذلك بيعا أو تفويتا أو كراء أو حجزا أو تقسيما، وأن تسجيل الإرثية بالرسم العقاري لم يغير أي شيء ولم يطرأ على الرسم العقاري أي جديد، وإن الوضع الذي كان عليه قبل تسجيل الإرثية لا زال قائما بما يعني أن المادة 15 لا زالت مطبقة لأن تسجيل الإرثية به ليس تفويتا ولا شيء آخر، والتمست التصريح بأن قرار السيد المحافظ الصادر بتاريخ 2019/1/7 تحت عدد 41 مخالف للقانون والحكم تبعا لذلك بطلانه، والتصريح ببطلان قرار السيد المحافظ والحكم عليه بتقييد إرث الهالك حمادي كينات بن الجيلالي المضمن أصلها تحت عدد 197 صحيفة 217 سجل التركات رقم 47 بتاريخ 2015/12/17 توثيق الخميسات بالرسم العقاري عدد 16/9692 تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 1500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ ابتداء من تاريخ الامتناع، وأرفقت مقالها بقرار موضوع الطعن، شهادة ملكية خاصة بالرسم العقاري موضوع الدعوى، طلب تسجيل إرثية، نسخة عادية من الحكم الصادر في الملف 2016/1402/160 مع شهادة بعدم الطعن بالاستئناف، محضر تنفيذي، شهادة ملكية خاصة بالرسم العقاري 16/9691.

فتقدم السيد المحافظ بمذكرة جوابية مع إدخال الغير في الدعوى عرض فيها أن الرسم العقاري عدد 16/9692 يندرج ضمن الرصيد العقاري للدولة (الملك الخاص) والذي تم توزيعه على بعض الفلاحين في إطار

ظهر 1972/12/29 بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص، وأن الظهير حدد شروط خاصة (الفصل 5-6) ومسطرة خاصة (الفصل 7-8) للاستفادة من هذه الأراضي وأنه بتاريخ 1982/5/12 صدر المرسوم عدد 2-80-785 المحدد لقائمة الفلاحين المستفيدين من الأراضي الفلاحية باقليم الخميسات ومن بينهم مورث المدعية المسمى قيد حياته حمادي كنات، وأنه بناء على المرسوم المذكور فقد تم إبرام بيع بينه وبين الدولة والذي تم تقييده بالرسم العقاري موضوع النزاع تحت شروط فاسخة، وأن الفصل 15 ينص على أنه في حالة وفاة الشخص المسلمة له القطعة فغن هذه القطعة وأموال التجهيز اللازمة لاستغلالها تسلم لوارث واحد من ورثته ما عدا إذا استرجعت الدولة القطعة طبق الشروط المحددة في الفصول التالية. ويتحتم على الوارث المسلمة له القطعة الأرضية أن يؤدي لباقي الورثة قيمة حقوقهم"، كما أن الفصل 17 ينص على أن الوارث الذي يريد استفادة من مقتضيات الفصل 15 أن يقدم طلبا في أجل شهر يبتدى من يوم وفاة مورثة وإلا سقط حقه في ذلك. ويوجه الطلب إلى العامل الذي يرفعه إلى وزير الفلاحة للبت فيه بعد أخذ نظر اللجنة المنصوص عليها في الفصل السابع، وأنه يتبين من خلال ذلك أن إعادة منح القطعة الأرضية الموزعة لأحد الورثة على وفاة المستفيد الأول يجب أن تمر وفق الإجراءات السالفة الذكر، وأن ما جاء في مقال الدعوى من أن الملك موضوع النزاع يعتبر من الأموال والحقوق العينية المالية وبالتالي فإنه بالضرورة يدخل ضمن مفهوم التركة طبقا للمادة 321 من مدونة الأسرة فإنه خلافا لهذه القراءة الخاطئة فإن مقتضيات القانونية المنصوص عليها في ظهير 1972 اعلاه تحول دون خضوع القطع الأرضية الموزعة في إطار هذا الأخير لمقتضيات المادة 312 من م أ ذلك أن هذه الأخير تعتبر نص عام في حين أن ظهير 1972 يعتبر نص خاص وأن النص الخاص يقدم على النص العام كما أنه لا اجتهاد مع وجود النص، وأنه وقع الخلط وعدم التمييز في المقال بين الحق العيني القابل للتقييد بالرسم العقاري وبين الحق الشخصي لباقي الورثة المتمثل في الحصول على قيمة حقوقهم الذي لا يقبل التقييد، وأنه بذلك يكون قرار السيد المحافظ جاء متناسقا وموافقا للنصوص المقررة قانونا، وأنه فيما يخص الإدخال فإن العقار يدخل في إطار الرصيد العقاري للدولة الملك الخاص التي قد تتضرر من أي حكم يصدر في النازلة، ملتصقا برفض الطلب وإدخال الدولة الملك الخاص في الدعوى، مدليا بعقد بيع.

فعقبت المدعية بأن مورثها مسجل في الرسم العقاري بصفته المالك الوحيد له، وأن الرسم العقاري طبقا لظهير التحفيظ العقاري يطهر العقار من كل نزاع من ثمة فإنه لا نقاش ولا شك ولا نزاع كون مورثها هو المالك للرسم العقاري المدعى فيه، وأنه مادام هو المالك للرسم العقاري فإنه لا محد عن تسجيل إراتته بذات الرسم، وأن المدعى عليه قد أقر أمام القضاء بأن مورثها قد أبرم بيعا مع الدولة تم تقييده بالرسم العقاري وأنه بذلك فتقييد مورثها في الرسم العقاري تم بناء على عقد بيع، أي أن مصدر ملكية مورثها هو الشراء، وأن إقرار المدعى عليه بالشراء هو إقرار قضائي لأنه تم أمام القضاء، وأن المسألة إنما تتعلق بتقييد الإرث بالرسم العقاري وأن الظهير لا يمنع من تقييد الإرث، وأن المادة 15 لا يمكن تجزئتها والأخذ ببعضها، وأن ما ورد في المقال الافتتاحي هو نقل حرفي لتعليل منطوق الحكم الصادر في الملف عدد 2016/1402/160، وأن دفعه هو طعن في الحكم الصادر عن المحكمة واعتبر تعليلا المحكمة بأنه قراءة خاطئة للظهير الشريف وهذا فيه مس خطير بقدرسية

الأحكام القضائية وسابقة لا يمكن السكوت عنها لأن الذي لم يفهم التنظيم القضائي لا يمكنه فهم النصوص القانونية، وأن القضاء يطبق النصوص القانونية التي سنّها المشرع ولا يطبق المراسيم، وأنه بخصوص طلب الإدخال فإن النزاع محصور بينها وبين المحافظ وأن الدولة الملك الخاص لم تصدر القرار المطعون فيه فهي غير معنية بموضوع الدعوى اطلاقاً، وأن حقوق الدولة والمتمثلة في الشروط الفاسخة فهي مضمونة ولن يقع المساس بها، لأن تسجيل الإرث بالرسم العقاري المدعى فيه (وهذا الذي لا يريد السيد المحافظ فهمه) لا يعتبر بيعاً أو كراء أو حجز أو قسمة، وأن تسجيل الإرث لا يتعارض مع المادة 15 والتمست الحكم وفق الطلب.

فأجابت المدخلة في الدعوى مقدمة في نفس الوقت مقالا للتدخل الإرادي في الدعوى مؤدى عنه الرسوم القضائية عرضت فيهما أن الدولة الملك الخاصة لا زالت هي المالكة للرسم العقاري موضوع النزاع وأن المقال الافتتاحي جاء معيباً شكلاً لكون المدعية لم تذكر عنوانها الحقيقي مما يستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى، وأن السيد المحافظ قد أسس قراره على أن المادة 15 حددت طريقة استفادة الوارث الوحيد من القطعة في حالة وفاة المورث مكررة نفس ما ورد في تعقيب السيد المحافظ وفي مقال التدخل الإرادي فقد أكدت أنها لها مصلحة في النزاع الحالي مما تود معه التدخل إرادياً في الدعوى، وأنه قد تقدم أحد الورثة وهو السيد سليمان كنان بطلب في الموضوع حصل على إثرها على موافقة اللجنة الإقليمية للإصلاح الزراعي خلال اجتماعها المنعقد بتاريخ 10 شتنبر 2009، حيث صدر قرار وزير الفلاحة والصيد البحري رقم 10.2785 بتاريخ 13 شتنبر 2010 قضى بتسليم المعني بالأمر كنان القطعة الممنوحة سابقاً لأبيه، وأنه خلافاً لما انتهى إليه الحكم المعتمد من قبل المدعية فإن مقتضيات القانونية المنصوص عليها في الظهير المذكور تحول دون خضوع القطعة الأرضية الموزعة في إطار هذا الأخير لمقتضيات الفصل 312 من مدونة الأسرة وأن مدونة الأسرة هي نص عام في حين أن ظهير 1972 نص خاص مقدم في التطبيق على النص العام، وأن البيع المبرم بين الدولة الملك الخاص هو عقد بيع من نوع خاص أساسه الظهير السالف الذكر يتضمن مجموعة من الشروط الفاسخة، ومحلّه غير قابل لإجراء أي تصرف بشأنه ومثقل برهن رسمي لفائدة الدولة ضماناً لتأدية جميع أقساط البيع، كما أن للدولة الحق في استرجاعه اثر سقوط الحق أو لأي سبب آخر وبناء عليه فإنه لا يمكن القول أننا أمام عقد بيع بالمفهوم العام، وأن الفصل الرابع من عقدة البيع بين الدولة ومورث المدعية على أنه " عند وفاة مالك عقار الدولة المبيع يبرم حسب نفي كيفيات هذه العقدة مع من عين من ورثته بصفة قانونية ملحق يحل بموجبه محل الهالك في التحويلات والمنافع المنصوص عليها في عقدة البيع"، وأن المسطرة واضحة عقب وفاة المستفيد ولا تشوبها شائبة ولا فائدة من السعي إلى تسجيل الإرث مادام أن عقد البيع الجديد سيبرم مع الوارث الذي تقدم بطلب الاستفادة داخل أجل شهر من وفاة الهالك والذي تمت الموافقة عليه من قبل اللجنة الإقليمية للإصلاح الزراعي، وأنه مادام المستفيد الجديد قد تم منحه القطعة الأرضية موضوع النزاع بموجب قرار لوزير الفلاحة والصيد البحري فإنه لا يستقيم عقلاً ومنطقاً تسجيل الإرث خاصة وأن المستفيد الجديد على وشك إبرام عقد إعادة المنح معها، وأنه طبقاً لظهير 1972 فإن القطعة الأرضية الممنوحة للفلاحين لا تنتقل إلى الورثة بعد الوفاة لكونها لا تدخل في التركة ولا تنتقل وفق الشرع لكونه لا يشمل جميع الورثة بل يستفيد منه واحد منهم فقط في حين أن التركة توزع على جميع

الورثة حسب الأنصبة الشرعية سواء بالتعصيب أو الفرض أو هما معا، وأن صفة وارث تعتبر فقط شرطا لإعادة منح القطعة الأرضية من جديد كان الغرض منها تحديد وحصر الفئة التي يمكن لها أن تتقدم بطلب إعادة المنح، وأن تقييد الإرث لا يفيد في شيء مادام أن العقار موضوع رهن وستنقل ملكيته للمستفيد الجديد بمجرد منحه شهادة رفع اليد، وأنه بناء على ذلك يكون قرار السيد المحافظ مؤسس قانونا وأن إلغاء قرار المحافظ الصادر بتاريخ 2019/1/17 تحت عدد 41 والحكم بتسجيل الإرث بالرسم العقاري المدعى فيه يعد خرقا واضحا لمقتضيات ظهير 1972 المحتج به التي تعد من النظام العام، فضلا على أنه قد يضر بمصالحها وحقوقها تجاه العقار المدعى فيه وكذا بحقوق المستفيد الجديد السيد سليمان كنان، ملتزمة عدم قبول الدعوى شكلا ورفض الطلب موضوعا، وفي التدخل الإرادي قبوله شكلا وموضوعا الحكم برفض الطلب لعدم ارتكازه على أساس قانوني ولخرقه مقتضيات الظهير الشريف 1.72.277 بتاريخ 22 ذي القعدة 1392 (29 دجنبر 1972) بمثابة قانون يتعلق بمنح الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص، مدلية بصورة من عقد بيع، صورة من محضر اجتماع اللجنة الإقليمية لإصلاح الزراعي، صورة من الجريدة الرسمية عدد 5890 بتاريخ 10 شتنبر 2009، صورة طبق الأصل من ترخيص بالإمضاء.

فعقبت المدعية بأن الدولة الملك الخاص لا صفة ولا مصلحة لها في الدعوى لكون القرار المطعون فيه صادر عن المحافظ وليس جهة أخرى، وأن ما ورد في مذكرة الدولة الملك الخاص هو صورة طبق الأصل لمذكرة السيد المحافظ، ملتزمة الحكم وفق الطلب وعدم قبول طلب التدخل الإرادي في الدعوى الذي تقدمت به الدولة الملك الخاص.

وبناء على إدراج القضية بجلسة 4 يوليوز 2019، حيث حضر نائب المدعية وتخلف المدعى عليهم، فتقرر حجز القضية للمداولة والنطق بالحكم لجلسة 18 يوليوز 2019.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: في الطلب الأصلي :

حيث دفعت المدخلة والمتدخلة إراديا في الدعوى بكون العنوان الذي سطرته المدعية في مقالها الافتتاحي لهذه الدعوى هو نفسه العنوان المدلى به في ملف آخر معروض على محكمة الاستئناف؛ إذ رجعت شهادة التسليم بخصوصه بملاحظة أن المعنية بالأمر قد انتقلت من العنوان، مما يجعلها تتقاضى بسوء نية من خلال ذكر عنوان غير حقيقي، ملتزمة الحكم بعدم قبول الدعوى شكلا لخرقها الفصل 32 من ق.م.م.

حيث إن إثارة الدفع المذكور أمام هذه المحكمة يبقى غير ذي جدوى مادام أن الملف الذي أثير بشأنه الدفع معروض على محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية، وأن الأصل أن العنوان المدلى به هو العنوان الحقيقي للمدعية وهو الذي تقيم فيه، وأن هناك مساطر محددة قانونا يمكن سلوكها قصد التأكد من مدى صحة عنوان المدعية، مما ارتأت معه المحكمة رد الدفع لعدم ثبوت صحته.

وحيث قدمت الدعوى بخصوص الطلب الأصلي مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها قانوناً، مما يتعين معه التصريح بقبولها شكلاً.

في طلي إدخال الغير في الدعوى والتدخل الإرادي فيها :

حيث دفعت المدعية بكون الدولة الملك الخاص لا صفة ولا مصلحة لها في الدعوى لكون موضوع هذه الأخيرة محصور ومحدد في إلغاء قرار السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات.

وحيث إن الثابت من خلال وثائق الملف وبإقرار جميع الأطراف أن العقار موضوع الدعوى يعتبر ملكاً خاصاً للدولة قامت بتفويته لمورث المدعية في إطار ظهير 29 دجنبر 1972، مقابل أقساط يؤديها المستفيد وأن الدولة الملك الخاص قد قامت بتقييد رهن على الرسم العقاري لضمان استيفاء ثمن المبيع وبالتالي فإن صفتها في التدخل تبقى قائمة، كما أن أي قرار قد يتخذ بشأن العقار الممنوح للمستفيد يبقى من مصلحة الدولة الملك الخاص أن تشعر به حتى لا تتضرر مصالحها، وبالتالي تبقى مصالحها في النزاع قائمة كذلك، مما يجعل الدفوع المثارة غير مؤسّسة قانوناً ويتعين ردها.

وحيث قدم طلبا الإدخال في الدعوى والتدخل الإرادي مستوفيان للشروط المقررة في الفصول المنظمة لهما، مما يتعين معه التصريح بقبولهما من هذه الناحية.

في الموضوع: في الطلب الأصلي وطلب إدخال الغير في الدعوى والتدخل الإرادي فيها:

حيث يهدف الطلب الأصلي إلى الحكم وفق ما هو مسطر أعلاه .

وحيث بالنظر لارتباط الطلب الأصلي مع طلي إدخال الغير في الدعوى والتدخل الإرادي فيها، فإن هذه المحكمة ارتأت البت فيها كلية .

وحيث إن الثابت من خلال عقد البيع المؤرخ في 21 مارس 1984 المبرم بين الدولة (الملك الخاص) ومورث المدعية المسمى قيد حياته حمادي بن الجيلالي، أن الملك المسمى " الراشيدية 74 " ذي الرسم العقاري عدد 16/9692 قد تم تسليمه للمستفيد المذكور بناء على المرسوم رقم 2-50-785 الصادر بتاريخ 12 ماي 1982، وذلك في إطار الظهير الشريف رقم 1-72-277 الصادر بمثابة قانون في 22 ذو القعدة 1392 (29 دجنبر 1972) المتعلق بمنح بعض الفلاحين أراض فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3187 الصادر بتاريخ 22 شتنبر 1972 وكذا النصوص الصادرة بتطبيقه، وأنه وبعد وفاة المستفيد حمادي بن الجيلالي تقدمت المدعية بطلب للسيد المحافظ من أجل تقييد الإرثية بالرسم العقاري باعتبارها من ورثة الهالك، فأصدر المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات قراره عدد 41 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2019 برفض الطلب بعلّة أن العقار خاضع لظهير 29 دجنبر 1972 الذي حدد الشروط الخاصة بتعيين الأقراد الذين توزع عليهم هذه الأراضي كما حدد النظام الخاص بها، وأن الفصل 15 من الظهير المذكور في فقرته الأولى نص على أنه " في حالة وفاة الشخص المسلمة إليه القطعة فإن هذه القطعة الأرضية وأموال التجهيز اللازمة لاستغلالها،

تسلم لوارث واحد من ورثته ما عدا إذا استرجعت الدولة القطعة طبقا للشروط المحددة في الفصول التالية"، وهذا هو القرار موضوع الطعن بناء على الأسباب السالفة الذكر.

وحيث إنه ودون الخوض في مناقشة ما إذا كان العقار موضوع النزاع يدخل أم لا في تركة الهالك وكذا حجية الحكم المدلى به في الملف الحالي لعدم جدوى تلك المناقشة، ولكون التطبيق السليم للقانون يقتضي من المحكمة أن تبحث في كل نازلة على حدة وبناء على الوثائق المدلى بها أمامها أخذا بعين الاعتبار كل ما قد يستشف من حقائق قد تكون غير متاحة في نازلة أخرى وإن كانت مشابهة لها؛ فإنه لئن كانت المدعية قد سبق لها أن استصدرت حكما عن هذه المحكمة تحت رقم 253 بتاريخ 2016/06/23 في الملف عدد 2016/1402/160 يتعلق بنزاع مشابه قضت فيه المحكمة بإلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات، بعدما توصل هذا الأخير بالمقال الافتتاحي للدعوى دون أن يجيب عنه، وبلغ بالحكم القاضي بإلغاء قراره الرفض لتقييد الإرث ولم يطعن فيه بالاستئناف وقام بتنفيذه وذلك بتقييد إرث المدعية في الرسم العقاري عدد 16/9691 باعتبار أن الهالك حمادي كنان بن الجيلالي قد حصل على رسمين عقاريين أحدهما مخصص لممارسة الفلاحة وهو الذي تم تقييد الإرث فيه والثاني مخصص للسكن وهو موضوع الدعوى الحالية، فإن الحكم المذكور لا حجية له في الملف الحالي لعدم توفر مقتضيات الفصل 418 من ق.ل.ع خاصة أن الحكم المذكور يتعلق برسم عقاري يختلف عن الرسم الحالي، مما يتعين معه رد الدفع المذكور.

وحيث إن فلسفة المشرع المغربي من وضع ظهير 29 دجنبر 1972 المتعلق بمنح الأراضي الفلاحية المسترجعة لفائدة بعض الفلاحين في شكل تعاونيات هي تفادي تفتيت الأراضي الفلاحية وحتى تساهم الأراضي الممنوحة في هذا الإطار في تنمية الاقتصاد الوطني من خلال تطوير وتنمية الأنشطة الفلاحية.

وحيث إنه بالرجوع إلى عقد البيع الذي يعتبر شريعة المتعاقدين وبالتالي هو القانون الواجب الاحتكام إليه في حالة حدوث أي نزاع والذي تنتقل الالتزامات المضمنة فيه إلى الورثة طبقا للفصل 229 من ق.ل.ع، وعلى أساسه منحت الأرض للمستفيد مورث المدعية، يتبين أن الدولة الملك الخاص قد باعت للهالك القطعة الأرضية مع قيد الفسخ إذا لم يف الشخص المسلمة له القطعة بالالتزامات التي فرضت عليه أو تعهد بها لأجل استثمار القطعة أو استغلالها، وأن البيع المذكور قد تم بثمن قدره 92.300 درهم يؤدي إلى صندوق القابض بالخميسات في ثمان عشرة قسطا سنويا على التوالي، وأن أجل أداء الأقساط المتفق عليها قد حل بدءا من فاتح شتنبر 1979، وأنه يمكن للمشتري أن يؤدي قبل الأوان جميع الأقساط المؤجلة، وأن العقار يبقى موضوعا تحت الرهن بصفة خاصة ضمانا لأداء ثمن البيع إلى أن يتم دفعه بكامله، وبعد أداء هذا الثمن ترفع الدولة اليد عن الرهن المذكور، وأنه بالرجوع للفصل الرابع من العقد يتبين أنه في حالة وفاة مالك عقار الدولة المبيع يبرم حسب نفس كيفية هذا العقد مع من عين من ورثته بصفة قانونية ملحق يحل بموجبه محل الهالك في التحملات والمنافع المنصوص عليها في عقد البيع، وأنه تنفيذا لهذا الفصل وتطبيقا لمقتضيات الفصل 15 من ظهير 29 دجنبر 1972 فقد تقدم السيد سليمان كنان أحد ورثة المستفيد الأصلي بطلب في الموضوع حصل على إثره على موافقة اللجنة الإقليمية

للإصلاح الزراعي خلال اجتماعها المنعقدة بتاريخ 10 شتنبر 2009، كما صدر قرار لوزير الفلاحة والصيد البحري رقم 2785.10 بتاريخ 13 شتنبر 2010 قضى بتسليمه القطعة الأرضية الممنوحة سابقا لأبيه، في انتظار استيفاء باقي الإجراءات المتعلقة بإبرام ملحق لعقد البيع يحل بموجبه محل والده ويقيد اسمه في الرسم العقاري.

وحيث إن عدم منازعة المدعية في استفادة أخيها سليمان كنان من الأرض الممنوحة سابقا لأبيهما وصدور قرار بالموافقة على إعادة منحه نفس القطعة الأرضية من طرف الجهة المكلفة بذلك، دليل كاف على أن الشرط الفاسخ المضمن في العقد الذي بموجبه منحت الأرض بداية للهلك ما زال قائما، ولا يمكن تقييد الإرث في الرسم العقاري المملوك أصلا للدولة الملك الخاص، كما أن المدعية لم تدل بما يفيد حصولها على رفع القيد من الدولة الملك الخاص حتى يصبح العقار ملكا خالصا لوالدها المتوفى ويمكن للورثة عندئذ أن يقيدوا إراثهم بعد الإدلاء للمحافظ على الأملاك العقارية برفع القيد والتشطيب من طرفه على الشروط الخاصة الواردة في الرسم العقاري، وأنه لا يمكن التمسك بحجية المقيد في شهادة الملكية باعتباره مالكا دون الأخذ بعين الاعتبار الشروط الخاصة المضمنة فيها وكذا الشروط الواردة في عقد البيع، الأمر الذي يجعل قرار المحافظ على الأملاك العقارية القاضي برفض طلب تقييد الإرث جاء موافقا للقانون ولم يثبت للمحكمة أي عيب فيه يجعله معرضا للإلغاء، ويكون بذلك طلب الإلغاء والعلل أعلاه غير مؤسس قانونا ويتعين رفضه، مع تحميل رافعة الدعوى المصاريف.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنيا ابتداءيا وحضوريا

في الشكل: قبول الدعوى بخصوص الطلب الأصلي وطلبي إدخال الغير في الدعوى والتدخل الإرادي فيها في الموضوع: رفض الطلب الأصلي مع تحميل رافعته المصاريف.

بهذا صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية للمحكمة الابتدائية بالخميسات وهي متركبة من السادة: بوعبيد الترابي رئيسا ومقررا، سناء أبو عبد الله عضوا، عبد العالي ايت بلحاج عضوا، وبمساعدة السيدة: ربيعة أثلى كاتبة للضبط.

كاتبة الضبط

الرئيس والمقرر

نافذة على الجامعة



أهروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

تحت عنوان:

«الحماية القانونية والمؤسساتية من الاعتقال التعسفي»

نوفشت بكلية العلوم القانونية والافتصالية والاجتماعية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بعاس

المملكة المغربية

تقدم بها الطالب

عبد العزيز سلوان

تحت إشراف

الأستاذة: نرجس البكوري

أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والافتصالية والاجتماعية بعاس

2025 - 2024

مقدمة

ساهم تنظيم المجتمع البشري وارتقاؤه إلى مستوى التعايش والانسجام الاجتماعي في ظهور فكرة الحرية التي نشأت وتطورت مع فكرة حقوق الإنسان، خاصة مع تنامي مكانة الفرد في إطار حركة فكرية فلسفية تسعى إلى الاعتناء بالكائن البشري¹ وتؤكد على أهمية حقوقه وحياته داخل الدولة.

ومن هذا المنطلق، فإن العلاقة بين الفرد والسلطة تمثل نقطة محورية في تطوير فكرة الحقوق والحريات، ذلك أن السلطة من طبيعتها تتطلع دائماً إلى فرض وجودها على جميع مناحي الحياة، في حين يسعى الفرد إلى الحد من هذه السلطة وضبطها بما يحفظ كرامته وحقوقه، ومن ثم تشكل مسرح تطور وتعزيز مكانة الحقوق والحريات²، وهي منذ القدم أهم مجالات الخلاف بين الدولة كسلطة وبين الفرد كمواطن له حقوق يجب احترامها.

لذلك ينبغي القول، أن أهم الحريات المعبّرة عن وجود الإنسان هي الحرية الشخصية اللصيقة بأمنه الشخصي وحرية تنقله، وحقه في سلامة بدنه وحرية في مسكنه وحرمة³، وبما أن الأمن الشخصي أو الأمان الشخصي هو أصل الحريات التي يتمتع بها الإنسان لتعلقها بصميم كرامته ومصدر قيمته وسبب تقدمه إلى المثل العليا الإنسانية⁴ تبقى بذلك بمنأى عن كل تصرف يقيد بها ويحد منها.

ومما لا شك فيه، أن الحرية محور ارتكاز الأمم والحضارات، فهي تفجر الطاقات وتلهم العقول لتحقيق أروع الإنجازات، كما تحرك البشرية نحو مزيد من التقدم والازدهار⁵، ومن ثم كانت بمثابة الشعلة التي أنارت الطريق أمام حركات التحرر من ويلات الاحتلال والاستبداد نحو التقدم والإصلاح، والحرية هي أغلى ما يملكه الإنسان باعتبارها القوام الذي تدور عليه رحي الحياة والوجود والجدار القويم الذي يشيد ويبني عليه المجتمع، فهي لا يمنحها المشرع بل حق مكفول للإنسان ملتصق به منذ نشأته لا ينفصل عنه أبداً.

¹ - يوسف البحيري، حقوق الإنسان المعايير الدولية وآليات الرقابة، المطبعة والوراقة الوطنية الدوايات مراكش، الطبعة الأولى 2010، ص. 11.

² - إبراهيم علي بدوي الشيخ، حقوق الإنسان بين المجتمع الدولي والمجتمعات القومية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 34، السنة 1978، ص. 276.

³ - محمد حسن مرعي، الآثار الجزائية للجرائم الماسة بالحرية الشخصية - دراسة مقارنة-، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 16، السنة 2019، ص. 319.

⁴ - صبيح المحمصاني، أركان حقوق الإنسان، دار القلم للملايين بيروت، الطبعة الأولى، مارس 1979، ص. 99.

⁵ - ثورث بدوي، الشرطة والحرية "مبدأ التوازن بين سلطات الشرطة وحريات المواطنين"، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، السنة الثالثة، يناير 1995، ص. 66.

ومن البديهي أن العلاقة بين الحرية والنظام العام أو حماية المجتمع من مرتكبي الأفعال الجرمية تمتاز بالاضطراب الدائم، ومن ثم إن الفراغ الذي يبقى بينهما لا ينظمه إلا القانون، بوضع إجراءات تحيط ممارسة سلطة العقاب المخولة للدولة في أضيق الحدود، لأن سوء تقدير كل إجراء من إجراءات الخصومة الجنائية قد يعصف بحقوق وحرّيات الأشخاص وينحرف بها المسار إلى الاعتقال التعسفي.

لعله من المفيد القول، أن إجراءات القبض والاعتقال تشكل أخطر تهديد للحق في الحرية، لذلك أولتها التشريعات الدولية والوطنية أهمية قصوى وأحاطتها بمجموعة من الضمانات وأحدثت من أجلها مؤسسات تتولى تعزيز حمايتها من الشطط والتعسف.

تحديد الإطار المفاهيمي:

يثير موضوع الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي جملة من المصطلحات يفرض منطق البحث التطرق إليها وتحديد مفاهيمها قصد استجلاء الغموض الذي يكتنفها، والوقوف على معانيها والمراد منها وذلك من قبيل:

الحماية: الحماية مصدر حمى، حمى الشيء يحميه، حماية بالكسر أي منعه، وحمى المريض ما يضره: منعه إياه، واحتى هو كذلك وتحى: امتنع، والحَيّ: المريض الممنوع من الطعام والشراب¹، ويقال حميت القوم حماية أي نصرتهم²، حماية المواطنين وقايتهم وصيانتهم، حماية البيئة وقايتها من التلوث، حمى الشر منه أي منعه ودفعه عنه.

مرادفات الحماية: جنة، ستر، وقاية، حراسة، حفظ، دفاع، رقابة، ضمانة، أمان، صيانة.

أضداد الحماية: أذى، سوء، اعتداء، إضرار، تعدي.

حماية الحريات الفردية هو إجراء قانوني يهدف إلى صون وحماية الحقوق وتمكين المتهم من فرص الدفاع عن نفسه³.

وفضلا عن ذلك، يشمل مفهوم الحماية اصطلاحا جميع الأنشطة التي تهدف إلى ضمان الاحترام الكامل لحقوق الإنسان وفقا لنص وروح القوانين ذات الصلة⁴، بينما يرى البعض أن الحماية إقرار بحقوق الأفراد عبر التزام السلطات بالدفاع عن وجودهم القانوني إلى جانب وجودهم المادي، لذلك تعكس هذه الفكرة جميع

¹ - آبادي الفيرز، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة السادسة 1998، ص. 1276.

- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، د.س، ص. 60.

² - ابن القطاع، كتاب الأفعال، عالم الكتب بيروت، الطبعة الأولى 1983، ص. 243.

³ - معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي almany.com/ar/dict/ar-ar.

تاريخ الولوج 2023/12/13 على الساعة 32:11.

⁴ - محمد يوسف صاخي، الحماية الدولية للمتشردين قسريا داخل دولهم، دار النهضة العربية القاهرة 2004، ص. 8.

الإجراءات المادية التي تمكن الأفراد المعرضين للخطر من التمتع بالحقوق والمساعدة المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية¹.

القانونية: يشير هذا المصطلح إلى مجموعة من القواعد، وبمفهوم العلوم الاجتماعية هو "القواعد الملزمة التي تنظم تعايش الأفراد داخل الجماعة، والتي تُرفق عادة بالإجبار، ويعاقب المخاطب بها عند عدم احترامه إياها"²، وذهب بعض الفقه إلى القول بأنها "قواعد تنظم الحياة في المجتمع وتضبط العلاقات بين الأفراد، هي قواعد سلوك تفرض أو تمنع أو تبيح سلوك معين"³، لتحقيق غرضين أساسيين يتمثل الأول في تأمين حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة، بينما يتجلى الغرض الثاني في ضمان كيان المجتمع والحفاظ على استمراره واستقراره وتأمين المصلحة العامة بوجه عام⁴.

المؤسسية: من مؤسسة ومؤسسات، وتعني مجموعة من الأشكال والبنى الأساسية للتنظيم الاجتماعي كما يحددها القانون أو العرف المنبثقين عن حكم بشري داخل مجتمع معين⁵، ويعد من مكوناتها عنصرين أساسيين، أولهما عنصر بنيوي متمثل في نماذج العلاقات البشرية التي تكتسي طابع الاستقرار والاستمرارية، وثانيهما عنصر سيكولوجي مرتبط بالمعتقدات والقيم الأساسية المتداولة داخل الجماعة الاجتماعية⁶.

وبالإضافة إلى ذلك، إن المؤسسات هي ما أسس عليه الناس حياتهم العامة وما ابتدعوه من نظم تعارفوا عليها وطبقوها، وطورتها عبر التاريخ بعض الوقائع الاجتماعية من أجل تيسير شؤونهم وتنظيم علاقاتهم الداخلية كأفراد وجماعات⁷.

الاعتقال: هو سلب للحرية، وعرفه بعض الفقهاء أنه حجز شخص في مكان ما ومنعه من التنقل أو الاتصال بغيره، أو مباشرة أي عمل من الأعمال إلا في الحدود التي تسمح بها السلطة الأمر به، وأوضح بعضهم أن الاعتقال هو وضع شخص رهن الحجز لحبسه أو اعتقاله، حيث يعني الحرمان من الحرية بسلطة قانونية سواء كانت حقيقية أو مفترضة⁸.

¹ - فرانسوز بوشيه سولينية، القاموس العلمي للقانون الإنساني، ترجمة محمد مسعود، دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الأولى 2006، ص. 303.

² - رجاء ناجي المكاوي، علم القانون - ماهيته، مصادره، فلسفته، تطبيقه، دار أبي رقرق للنشر 2013، ص. 31.

³ - محمد جلال السعيد، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة 2016، ص. 41.

⁴ - أبوبكر مهم، المدخل لدراسة القانون - دراسة وفق آخر المستجدات التي عرفتها الترسانة القانونية المغربية -، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2018، ص. 18 وما بعدها.

⁵ - رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1986، ص. 11.

⁶ - عبد اللطيف اكنوش، تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية بالمغرب، إفريقيا الشرق، د. ط، ص. 11 وما بعدها.

⁷ - علي سليمان العبيدي، هوامش في تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية، الطبعة الأولى 1984 ص. 10.

⁸ - فرقة عبود عواد العارضي، حق الأمن الشخصي وضماناته القانونية، - دراسة مقارنة -، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، السنة 2011، ص. 309.

وفي ذات السياق، يختلف الاعتقال عن مجموعة من المفاهيم المشابهة له من حيث دلالاتها الاجرائية كالقبض والتوقيف، لذلك فالقبض هو الإمساك بالشخص ومنعه من الذهاب والإياب، فهو يحد من حرية الأفراد في الرواح والغدو المكفولة لهم بمقتضى المبادئ العامة¹ المقررة قانوناً، وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه عبارة عن "مجموعة من الاحتياطات الوقائية الصرفة هدفها التحقق من شخصية المتهم وإجراء التحقيق الأولي، ووضعه تحت تصرف الشرطة لمدة بضع ساعات كافية لجمع الاستدلالات التي يمكن أن يستنتج منها لزوم توقيع الحبس الاحتياطي وصحته قانوناً"، وعرفته أيضاً بأنه "إمساك المقبوض عليه من جسمه وتقييد حركته، وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر بقضاء فترة زمنية معينة"².

وفي هذا الإطار يعتبر الشخص مقبوضاً عليه متى تم الاحتفاظ به من قبل سلطة قانونية قصد مواجهته بتهمة جنائية منسوبة إليه وبغرض الحصول على رد منه بشأن تلك التهمة³، وبالتالي يعد جريمة "كل من قبض على أي شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين وفي غير الأحوال التي تصرح بها القوانين واللوائح بالقبض على ذوي الشبهة..."⁴.

وجدير بالذكر كذلك، أن التوقيف هو عبارة عن مجرد إيقاف الشخص لسؤاله عن هويته الكاملة ووجهته إذا وضع نفسه عن طوعية واختيار موضع الريب والشك تستلزم وضعيته ضرورة تدخل رجل السلطة العامة للتحري والكشف عن حقيقته⁵، والتوقيف جائز دائماً لرجل السلطة العامة وإن لم تكن له الصفة الضبطية بخلاف القبض لا يجوز إلا من رجل الشرطة يتمتع بالصفة الضبطية وفي الحالات التي وردت بالقانون على سبيل الحصر⁶، وبهذه المعاني يتضمن الاعتقال في الواقع معنى القبض والتوقيف يلعب فيه عنصري الزمن والجهة المخول لها القيام به دوراً حاسماً في التمييز بينهما.

¹ - محمد مدحت الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، السنة 1993، ص. 187.

² - أورده: رؤوف عبيد، المشكلات الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية 1973، ص. 284.

- حسن ممدوح مانع العدوان، مدى توافر حقوق المقبوض عليه وحمايتها في التشريع الأردني، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الأول، العدد الأول، يوليو 2013، ص. 221.

- محمد محمود عبد العزيز، المرشد في المشكلات الإجرائية في المسائل الجنائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، السنة 2009، ص. 57.

- رضا عبد الحكيم إسماعيل رضوان، الاستيقاف بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 35، مارس 2011، ص. 405.

³ - خليفة مشاري العيفان، القبض مفهوماً وحكماً في القانون الأمريكي والكويتي، مجلة الحقوق، العدد 2، السنة 2016، ص. 166.

⁴ - المادة 280 من ق.إ.ج.م.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، بطلان إجراءات القبض، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة 2005، ص. 32.

⁶ - عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف الإسكندرية، د. ط، ص. 169.

التعسف: هو الظلم والجور، والطغيان والاستبداد¹، وفي الاصطلاح التصرف الذي لا مبرر له²، ويعتبر التعسف تجاوز الأصول ومخالفة القوانين الوضعية والأعراف الدولية وإساءة استعمال السلطة والحق.

الاعتقال التعسفي: عرفته هيئة التحكيم المستقلة بكونه احتجاز تقوم به أجهزة الدولة دون مراعاة الشروط الجوهرية والإجرائية المتعلقة بسلب الحرية بسبب ممارسة المواطنين لحقوقهم الأساسية وعلى الأخص حرية الرأي والتعبير وحق المشاركة في الحياة العامة سياسياً أو نقابياً أو جمعوياً³.

وفي إطار المهام المسندة "للفريق العامل المعني بالاعتقال التعسفي" لدى مجلس حقوق الإنسان بالأمم المتحدة بموجب القرار رقم 1997/50 اعتبر أن "التعسف" لا ينبغي أن يعني "المخالفة للقانون"، بل يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً ليشمل عوامل الحيف والفجائية وعدم مراعاة الأصول القانونية، لذلك يعتبر الفريق العامل الحرمان من الحرية إجراء تعسفياً إذا أدرج ضمن الفئات الخمس التالية:

- الفئة الأولى: إذا اتضح استحالة الاحتجاج بأي أساس قانوني لتبرير الحرمان من الحرية.

- الفئة الثانية: إذا كان الحرمان من الحرية ناجماً عن ممارسة الحقوق والحريات التي كفلتها المواد 7، 13، 14، 18، 19، 20، و21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك المواد 12، 18، 19، 21، 22، 25، 26 و27 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

- الفئة الثالثة: عدم التقيد كلياً أو جزئياً بالقواعد الدولية المتعلقة بالحق في المحاكمة العادلة.

- الفئة الرابعة: إذا تعرض ملتمسو اللجوء والمهاجرون للاحتجاز الإداري مدة طويلة دون إمكانية المراجعة أو التظلم الإداري أو القضائي.

- الفئة الخامسة: إذا شكل الحرمان من الحرية انتهاكاً للقانون الدولي بسبب التمييز بكافة أنواعه⁴.

¹ - المعجم الوسيط.

- المعجم الرائد.

- معجم لسان العرب.

almaany.com/ar/dict/ar-ar

تاريخ الولوج 2023-12-14 على الساعة 21:15.

² - معجم المعاني الجامع.

almaany.com/ar/dict/ar-ar

تاريخ الولوج 2023-12-14 على الساعة 21:25.

³ - المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، هيئة التحكيم المستقلة لتعويض ضحايا الاختفاء القسري والاعتقال التعسفي، اللجنة الأولى في مسار العدالة الانتقالية بالمغرب، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2010، ص. 47.

⁴ - <https://www.ohchr.org/ar/about-arbitrary-detention>.

تاريخ الولوج 2023-12-20 على الساعة 01:27.

تحديد الإطار التاريخي:

يعد الحق في الحرية والأمن الشخصي من زمرة الحقوق المدنية المتصلة بشخص الإنسان وذاته، لذلك أقرت الشريعة الإسلامية عدة مبادئ تؤطره¹ ومنحته ما يستحق من الإهتمام، كما عملت على ضمان عدم خرقه من قبل القائمين على تطبيق الشرع في البلاد الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً² فلا يجوز تقييده مهما كانت الظروف إلا للضرورة ومصلحة المجتمع.

وتماشياً مع ما تم ذكره، بما أن الأصل في أحكام الشريعة الإسلامية جلب المصالح ودرء المفاسد، والضروريات الخمس هي حفظ الدين وحفظ النفس والعقل والعرض والمال، لذلك إعتترف الإسلام بحرية الإنسان منذ ولادته، فإله سبحانه وتعالى خلق وكرم الإنسان وفضله على جميع الكائنات وخلق فيه الإرادة و جعله مسؤولاً عما يصدر عنه من تصرفات، حيث قال تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ﴾³، وحرصاً على حق تكريم الإنسان بإعتباره منحة إلهية، قال سبحانه وتعالى في سورة الإسراء: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾⁴.

ومن زاوية أخرى، إن احترام حق الحرية في الشريعة الإسلامية لأكبر دليل على تكريم الإنسان بما وهبه الله من عقل وإرادة، وما سخر لقدراته من طاقات وما أنزل عليه من هداية رسله⁵، قال تعالى في كتابه الحكيم: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾⁶، وتأكيداً لتلك المنزلة الرفيعة التي أولاها الله للإنسان، قوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁷، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁸، وقوله كذلك: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾⁹.

¹ - علي عمران دحيم، حماية حقوق وحريات الأفراد، أطروحة لنيل الدكتوراه في الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، جمهورية السودان، كلية الشريعة والقانون، السنة 2008، ص. 40.

² - محمد عبد المعبود مرسي، حقوق المهتم في الشريعة الإسلامية، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية 1990، ص. 10.

³ - سورة يس، الآية 71.

⁴ - سورة الإسراء، الآية 70.

⁵ - علي عمران دحيم، م. س، ص. 42.

⁶ - سورة البقرة، الآية 30.

⁷ - سورة البقرة، الآية 286.

⁸ - سورة الطلاق، الآية 7.

⁹ - سورة الإسراء، الآية 15.

استناداً إلى ما سبق، يراد بالحماية من الاعتقال التعسفي في الشريعة الإسلامية حق الفرد في أن يعيش في أمان دون خوف من أن يقبض عليه أو يحبس بإجراءات تعسفية، واطمئنانه إلى أن ذلك لن يحدث إلا بناء على قرار من الهيئات القضائية¹.

لذلك أشار القرآن الكريم لهذا الحق بمعنى العام والخاص، والمقصود بحق الحماية من الاعتقال التعسفي في معناه العام قوله تعالى: ﴿فَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ بِالْأَمْنِ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾²، وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾³، وقوله سبحانه كذلك: ﴿فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ﴾⁴، حيث كانت قبائل قريش تقوم برحلتين للتجارة رحلة الشتاء إلى اليمن ورحلة الصيف إلى الشام، غير أنهما محفوفتين بالمخاطر، إلى أن جاء نور الهدى الرسول صلى الله عليه وسلم فتبددت مخاوفهم وأمنت الطرق بتوافد الحجاج والزوار وقوافل التجارة.

من جهة أخرى، عضدت السنة النبوية الشريفة المعنى العام في حديثين شريفيين كلاهما يعني عدم الخوف، حيث قال الرسول عليه الصلاة والسلام: "المؤمن من آمنه الناس على أموالهم وأنفسهم، والمهاجر من هجر الخطايا والذنوب"، وقال صلى الله عليه وسلم كذلك: "المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه"، ووضح من الحديثين الشريفين أن المسلم والمؤمن الحقيقي هو من آمنه الناس على أرواحهم وحريةهم بعدم التعدي عليها بالقبض أو الحبس غير المشروع⁵ أي بعدم ممارسة إحدى صور الاعتقال التعسفي.

في حين المقصود بالحماية من الاعتقال التعسفي في معناه الخاص إذ جاء القرآن الكريم بقصتين الأولى قصة يوسف عليه السلام، حيث قال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ وَإِلَّا تَصْرِفْ عَنِّي كَيْدَهُنَّ أَصْبُ إِلَيْهِنَّ وَأَكُنْ مِنَ الْجَاهِلِينَ﴾⁶، وقد ثبت للنبي يوسف عليه السلام صفة المعتقل وكان اعتقاله وحبسه بصورة غير مشروعة من قبل السلطة الحاكمة⁷، أما القصة الثانية فهي لنبي الله موسى عليه السلام، حيث قال تعالى: ﴿قَالَ لَنِي اتَّخَذْتَ إِلَهًا غَيْرِي لِأَجْعَلَكَ مِنَ الْمُسْجُونِينَ﴾⁸، حيث عمل فرعون على انتهاك حق الأمن عن طريق الحبس غير المشروع إلى كل من اتخذ إلها غيره⁹.

¹ - عبد الغني عبد الله بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية بيروت 1992، ص. 306.

² - سورة الأنعام، الآية 81.

³ - سورة الأنعام، الآية 82.

⁴ - سورة قريش، الآيتان 3 و4.

⁵ - عبود فرقد عواد العارضي، م. س. ص. 45.

⁶ - سورة يوسف، الآية 33.

⁷ - عبود فرقد عواد العارضي، م. س. ص. 46.

⁸ - سورة الشعراء، الآية 29.

⁹ - عبود فرقد عواد العارضي، م. س. ص. 47.

وفضلاً عن ذلك، لم يقتصر تكريم الإنسان على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بل استمر ذلك إلى عهد الخلفاء الراشدين، إذ أثناء ولاية عمرو بن العاص على مصر نازع ابن عمرو شاباً من دهماء المصريين في ميدان سباق حيث ضرب المصري بالسوط، فأقسم الشاب المجني عليه أن يشكوه إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال له: "أذهب فلن ينالني ضرر من شكواك فأنا ابن الأكرمين"، وبسبب ذلك رحل الشاب من مصر إلى الحجاز ورفع شكواه إلى الخليفة، فأرسل الخليفة إلى مصر يستدعي الوالي وابنه وجلس للمظالم علانية، فقال المجني عليه مخاطباً الخليفة بأمر المؤمنين إن هذا -وأشار إلى ابن عمرو- ضربني ظلماً ولما توعدته بأن أشكوه إليك قال: "فأنا ابن الأكرمين"، فنظر عمر إلى عمرو بن العاص وقال قولته الشهيرة "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرار"¹، وبذلك اعتبرت الشريعة الإسلامية الحكم بما أنزل الله هو الضامن لحماية حقوق الإنسان من جميع أشكال التعسف وإهدار الحريات بكونها أكثر حساسية لما ترد عليها قيود².

إن تطور مبدأ الحماية من الاعتقال التعسفي وبروزه بالصيغة التي عليها اليوم من حيث قيمته وأهميته، هو نتاج كفاح طويل ضد أصناف الظلم والقهر والاستبداد التي عرفها العالم عبر حقب متعاقبة، فخلال القرون الوسطى التي ساد بها النظام الإقطاعي تركزت السلطات في يد الملك الذي استأثر بها، وانتحل لنفسه ولرجاله سلطة القبض على الأفراد وحبسهم دون محاكمة وبوجه غير قانوني، كانت سبباً في اندلاع ثورة شعبية انتزعت من ملك إنجلترا "جون لا كلاند" سنة 1215 الوثيقة العظمى أو "الماجنا كارتا"، وهي أول وثيقة قانونية دستورية تنازل فيها الملك عن توسعه القضائي وتعهده فيها "بأن لا يقبض على أي فرد أو يحبس أو يعدم، أو ينفى أو تصدر أمواله، إلا بحكم صادر طبقاً لقوانين البلاد"³، تلتها سلسلة من الاعلانات كان أهمها الأمر العالي الذي صدر في بلجيكا سنة 1611 يحظر القبض على أي فرد إلا بإذن مكتوب من القاضي، ولم يقف الأمر عند ذلك بل صدر هناك تشريع منذ 1679 يعرف "إحضار جسم السجين"⁴ أو habeas corpus، بعد هذا تواترت مجموعة من القوانين ومن بينها قانون الحقوق المترتب عن الثورة الإنجليزية سنة 1688 ضد الملك "جيمس الثاني"، ثم دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة 1878 بعد إعلان الاستقلال الأمريكي سنة 1776⁵، ينضاف إليه إعلان الجمعية التأسيسية الوطنية الفرنسية "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" سنة 1789 عقب الثورة الفرنسية الذي

¹ - محمد عبد المعبود مرسي، م. س، ص. 17.

² - محمود عاطف البنا، الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام، مجلة الأمن والقانون، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1994، ص. 152.

³ - رؤوف عبيد، م. س، ص. 279 وما بعدها.

⁴ - تشريع habeas corpus أو "إحضار جسم السجين" يسمح كل ضحية قبض جائر أو حبس باطل أن يرفع دعوى لإبطال هذا القبض أو الحبس والأمر بالإفراج فوراً طالبا من القاضي أن يصدر أمره إلى مدير السجن قصد "إحضار جسم السجين إلى ساحة المحكمة مع سبب حبسه" ومن هنا جاء اسم هذا التشريع ومعناه باللغة اللاتينية "أحضر الجسم".

⁵ - عماد خليل إبراهيم، تنظيم حقوق الإنسان في القانون الدولي، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد 4، العدد 34، السنة 12/2007، ص. 273.

أقرت فيه بحقوق الإنسان كحقوق طبيعية مقدسة غير قابلة للتصرف¹ والتي كانت بدايات تدويل الحقوق والحريات وأصبحت ذات بعد إقليمي ودولي.

وفي ذات السياق، وبعد المآسي والأهوال التي خلفتهما الحربين العالميتين الأولى والثانية واقتناع المجتمع الدولي بضرورة رأب الصدع وسد الثغرات التي مست الحقوق والحريات² لما تعرض له الأفراد والجماعات من اعتقال وجرائم الإبادة، سيشهد مبدأ الحماية من الاعتقال التعسفي منعطفا جديدا بإعلان ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945³ الذي تضمن العديد من البنود التي تحمي الحق في الحرية، بالموازاة مع ذلك شهدت عملية التشريع الدولي في مجال الإجراءات الماسة بالحرية والضمانات المرتبطة بها تسارعا ملحوظا منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 دجنبر 1948، باعتباره تصورا دوليا ومعيارا كونيا مشتركا⁴ له وقع وقيمة أخلاقية على تشريعات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني⁵.

وفي إطار التأسيس دائما، واصل واضعو العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية منذ إقراره سنة 1966 تكريس مبدأ الحماية من الاعتقال التعسفي بنوع من التفصيل والدقة خلافا للعمومية التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁶، وعليه فقد أدى تراكم تراث الحقوق والحريات إلى فتح دائرة أوسع من المبادئ كضمانات إضافية للحماية من الاعتقال التعسفي بحسب الوضعيات التي يجد الأشخاص أنفسهم بها، مثل مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.

وعلاوة على ذلك، فإنه أمام صعوبة التوافق دوليا حول ضمانات محددة للحماية من الاعتقال التعسفي لاختلاف الثقافات والايديولوجيات، اهتدى الفكر الحقوقي الى الخيار الإقليمي والقواعد الاتفاقية الإقليمية⁷

¹ - محمد خليل موسى، تأملات حول أزمة القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية برلين ألمانيا 2016، ص. 80.

² - عمر محمد شحادة، حقوق الإنسان في الدستور والمواثيق الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2016، ص. 266.

³ - إنعقد مؤتمر سان فرانسيسكو بتاريخ 26 يونيو 1945 وصادق على مشروع ميثاق الأمم المتحدة المكون من ديباجة و111 مادة، والذي دخل حيز التنفيذ في 24 أكتوبر 1945، أي بعد أن أودعت الدول الخمس الكبرى وغالبية الدول الموقعة على الميثاق تصديقاتها لدى حكومة الولايات المتحدة الأمريكية وبذلك ظهرت إلى الوجود منظمة عالمية جديدة تضم في عضويتها اليوم كل دول العالم تقريبا. للمزيد انظر: نزار عبد القادر، دليل الآليات الدولية في مجال حماية حقوق الإنسان، منشورات معهد جنيف لحقوق الإنسان، الطبعة التاسعة 2020.

⁴ - Yves Madiot, droit de l'homme, masson, Paris, milon, Barcelonne, Bonn, 2^{ème} édition 1991, p. 87.

⁵ - هارون ولد أحمد، أعمال المعايير الدولية لحقوق الإنسان في التشريعات الوطنية - حالة موريتانيا -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2003، 2004، ص. 1.

⁶ - كمال سعدي مصطفى، حقوق الإنسان بين المواثيق الدولية والمذاهب الفكرية، دار الكتب القانونية، دراسات للنشر والبرمجيات مصر، 2010، ص. 139.

⁷ - عصام العطية، القانون الدولي العام، جامعة بغداد، الطبعة الخامسة 1992، ص. 73.

لإعطاء فعالية ونجاعة ملائمة للحماية من الاعتقال التعسفي، حيث كانت البداية على مستوى أوروبا مع الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي دخلت حيز التطبيق في 3 شتنبر 1953 متجاوزة المفهوم التقليدي للحماية وتبنت نظرية الحماية الايجابية عبر الآليات الضامنة لها.

وفي هذا الإطار، وبعد حصول غالبية الدول الإفريقية على إستقلالها تبنت منظمة الإتحاد الإفريقي الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 21 أكتوبر 1986 ليؤسس اللبنة الثانية الإقليمية من لبنات بناء قواعد الحماية من الاعتقال التعسفي على مستوى القارة الإفريقية، انضافت إليها الدول العربية عبر الميثاق العربي لحقوق الإنسان في إطار جامعة الدول العربية في خطوة فعلية وجادة نحو حماية الحقوق والحريات، كما تكرست هذه الحماية على مستوى القارة الأمريكية أساسا في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والتي دخلت حيز التنفيذ في 18 يوليوز 1978 باعتبارها حجر الزاوية في النظام الأمريكي لحماية الحقوق والحريات لمنظمة الدول الأمريكية.

وبطبيعة الحال، فرض هذا الزخم من القواعد المعيارية حتمية خلق ضمانات تقتضي توفر جملة من المهام والأدوار التي تقوم أجهزة المنظمات الدولية والإقليمية بغرض إيجاد مناخ عام يكفل إقرار وتعزيز الحماية من الاعتقال التعسفي، عبر إنشاء آليات دولية تعاقدية وغير تعاقدية تسعى إلى مراقبة مدى احترام تلك الضمانات وهو ما يشكل مظهرا جادا من مظاهر تدويل هذه الحماية¹.

ونتيجة لذلك، استطاع تدويل حماية الحقوق والحريات إعادة تكييف المفهوم التقليدي لسيادة الدول ليستجيب للتطورات التي عرفتها الإنسانية في هذا المجال، حيث كرس المفهوم النسبي لها بالسماح للمنظمات الدولية بواسطة آلياتها التعاقدية وغير التعاقدية والعديد من النشطاء والمؤسسات الحقوقية² بمراقبة مدى احترام هذه الضمانات، والتحقيق في بعض القضايا والأحداث التي عرفتها بعض الدول، رغم الصعوبات التي تعترضها في أداء مهامها ومنها الضغوط الممارسة من الدول الكبرى عندما يتعارض ذلك ومصالحها³.

لذلك من الطبيعي أن تتعرض بعض المجتمعات للتوتر وعدم الاستقرار بفعل تعارض مصالح أعضائها وتناقض توجهاتهم ورغباتهم، بلغت في بعض الأحيان مداها بارتكاب جرائم شنيعة في حق بعضهم البعض⁴، وفي هذا الإطار وبعد حصول المغرب على استقلاله سنة 1956 ونظرا للدور الذي قامت به الحركة الوطنية في تحقيق

¹ - رضوان السامي، إستراتيجية العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الآليات الدولية الوطنية لحماية حقوق الإنسان بالمغرب، أطروحة الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2020-2021، ص. 5.

² - عمر عماد، كيف يمكن تفعيل تعزيز وحماية حقوق الإنسان؟ مطبعة السنابل عمان، الطبعة الأولى، يوليوز 2000، ص. 101.

³ - سعيد الصديقي، الدولة في عالم متغير، الدولة الوطنية والتحديات العالمية الجديدة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 2008، ص. 81 وما بعدها.

⁴ - حميد اربيعي، المحاكمة العادلة أساس العدل في دولة القانون - دراسة مقارنة -، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، العدد مزدوج 10-11، السنة 2010، ص. 11.

ذلك آمن الجميع بأن تدبير المرحلة سيعرف مقارنة تشاركية بين مختلف مكونات النظام¹، الأمر الذي أفرز سلطة غير عادلة دفعت شرائح واسعة من المغاربة المتشبثة بالاستقلال إلى التعبير عن غضبها بأشكال مختلفة، الشيء الذي لم يلق ترحيباً من السلطات العمومية²، اضطرت معه الدولة إلى القيام بالعديد من الإجراءات والإصلاحات لم تلبى هي الأخرى طموحات المجتمع المغربي وأضررت بمصالح فئات واسعة من المغاربة³، إذ اندلعت من جديد بعدد من المدن الحركات الاحتجاجية والانتفاضات الشعبية على رأسها أحداث مدينة الدار البيضاء بتاريخ 23 مارس 1965، انتفاضة أولاد خليفة في منطقة الغرب سنة 1970، أحداث مولاي بوعزة في إقليم خنيفرة سنة 1973، حيث تميزت هذه المرحلة بصراع قوي حول امتلاك السلطة وتنامت تيارات سياسية وحزبية دخلت في موجة احتجاج عمومي في الشارع وصراعات سياسية مع النظام من أجل بناء الحكم، كما واجهت المؤسسة الملكية حركات سياسية مسلحة وانهيارات عسكرية⁴ للإطاحة بها⁵.

وعلى إثر إعلان الحكومة عن زيادات في أئمة المواد الأساسية⁶ وسياسة التقشف التي نهجتها في مطلع الثمانينات اندلعت انتفاضات مرة أخرى، مثل "انتفاضة الخبز" بتاريخ 20 يونيو 1981 بالدار البيضاء، بالإضافة إلى انتفاضة يناير 1984 التي اندلعت على إثر الاضطرابات الاجتماعية واتساع مد الحركات الإسلامية⁷، ثم انتفاضة 14 دجنبر 1990 التي عبرت عن عمق الأزمة البنيوية، لتشهد الحياة السياسية لحظات عصيبة⁸، فكان رد السلطة عنيفاً بالنظر لعدد المعتقلين⁹ الذين مورست في حقهم ضروباً متنوعة من الانتهاكات الجسيمة، أبرزها

¹ - الحسين أعبوشي، محمد الغالي، الربيع العربي والنظام الدستوري والسياسي المغربي في جدلية التأثير والتأثر، ثورات الربيع العربي ومخاطر الانتقال السياسي والاقتصادي، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 22 و23 مارس 2013 بكلية الحقوق بمراكش، سلسلة المؤتمرات والندوات، العدد 43، السنة 2013، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2013، ص. 158.

² - عمرو السراج، تجربة العدالة الانتقالية في المغرب، منشورات الهيئة السورية للعدالة الانتقالية 2014، ص. 5.

³ - زهير عطوف، تجربة العدالة الانتقالية في المغرب بين الإنصاف والمصالحة، دراسة مركز إدراك للدراسات والاستشارات حلب سوريا، أكتوبر 2017، ص. 6.

⁴ - محاولتي الانقلاب ضد النظام الملكي سنتي 1970 و1971.

⁵ - إحسان الحافظي، الجيش والملكية والنخبة السياسية في المغرب: البنية والسلوك، مجلة سياسات عربية، العدد 25، مارس 2017، ص. 5.

⁶ - المصطفى عشيبيات، دينامية الاحتجاجات المغربية: 20 فبراير نموذجاً، مجلة وجهة نظر، العدد 53، السنة 2012/16، ص. 4.

⁷ - السياق التاريخي للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان بالمغرب، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، يونيو 2005، ص. 46 وما بعدها.

⁸ - إيمان الرامي، الاحتجاج المغربي والخطاب السوسيولوجي، مجلة دراسات، جامعة طاهر محمد، بشار الجزائر، المجلد 9، العدد الأول، السنة 2020، ص. 5 وما بعدها.

⁹ - مصطفى الملاحوي: "..... كانت البداية في ليلة 23 مارس 1973 حين داهمت بيتنا في عمق الظلام وسكون الليل والساعة تجاوزت الواحدة صباحاً مجموعة من زوار الليل يفوق عددهم في تقديري العشرة أشخاص، ... بعد أن أنهوا التفتيش، عصبوا عيني بمنديل، وقيدوا يدي بعد أن وضعوهما خلف ظهري وتأبطني شخصان أحدهما عن يميني والآخر عن يساري، ونزلوا بي سلم العمارة وأنا أتعثر في درجاته، ... أدخلت إلى مكان لم أكن أعرفه، أجلس على كرسي وبقيت في هذه الوضعية مدة لا أقدرها بدوران عقارب الساعة... في مساء ذلك اليوم أدخلت إلى غرفة، ونزعت العصابة عن عيني وكانت الغرفة صماء مربعة الشكل وجدرانها مطلية باللون الرمادي تؤثر طاولتان مستطيلتان الشكل وقضبان من حديد وحبال متناثرة هنا وهناك وصمت أعظم من الهول يلف المكان، بعد برهة صدم الباب بقوة وملأ المكان مجموعة من

الأشخاص بلباس مدني، وبادرني أحدهم بلكمة مدوية على وجهي وكدت أن أسقط أرضاً لولا أن أمسك بي آخر منهم، وبدأ يكيل لي اللكمات تلو اللكمات صوب وجهي وأخذ الدم يسيل من وجهي وأحسست بتورم في عيني وجهتي، وكلما فقدت توازني وأشرفت على السقوط كانت تتلقفني يد ضخمة لتثبتني في مكاني لأتلقى مزيداً من اللكم والرفس والركل المصحوب بالسب والشتم والقذف، بعدها جاءت وجبة دسمة من التعذيب، فلقد أجلسنا أرضاً على شكل القرفصاء ووضعت يداي حول ركبتي وشبكت أصابعي ولف حول الرسغين حبل متين حتى شد اليدين إلى بعضهما حول الركبتين، ثم جيء بقضيب حديدي طوله المترين وأدخل تحت باطن الركبتين ثم رفع القضيبين من جهتيه ووضعت كل جهة على طاولة وهكذا أصبحت معلقاً في الهواء رجلاي إلى الأعلى ورأسي إلى الأسفل... وبدأ الضرب بكبرياج صلب على القدمين، لقد كنت أحس بألم الضرب في أم رأسي شعرت بحرارة شديدة تكاد تحرق رأسي واحتقان شديد وضغط كبير في دماغي ولم أعد أقوى على الصراخ واستسلمت لقدرتي لأن الدم كان يجري بغزارة من قدمي... مدة وجيزة ثم دخلت غرفة أخرى... إلا أن أسلوب هؤلاء في التعذيب كان يختلف عن الآخرين، لقد جاؤوا بكرسي خشبي طويل (دك) مددوني فوقه على ظهري، وبدأوا يشدونني إليه حتى صرت أنا والدك قطعة واحدة، وشعرت بالدك يرتفع من جهة القدمين ليتدل رأسي إلى الأسفل ثم وضع على قدمي وأنفي "جفاف" مبللاً بالماء لتعاد عملية الخنق من جديد، وأضافوا إلى هذه العملية ضربني على قدمي... والصعق بالكهرباء في الأماكن الحساسة التي لا أستطيع ذكرها كان روحي ستخرج من جسدي... لم أجب على أي سؤال من الأسئلة التي يطرحونها علي... لقد طرحوني أرضاً ومددوني على بطني وثبتوا ركبتي إلى الخلف بعدما شدوا الوثاق على قدمي من العرقوبين وأرجعوا ذراعي وراء ظهري وأوثقوا بإحكام يدي إلى الرسغين وجاؤوا بقضيب حديدي طويل أدخلوا تحت الوثاقين، ثم رفعوه من الطرفين ووجدت نفسي ممدداً في الفراغ نصف الأمام قبالة الأرض ونصف الخلفي تجاه السقف يسمونها "الطيارة"... وهي من أصعب صيغ التعذيب... أحسست ببعضلات ذراعي وكأنها تتمزق وبفقرات ظهري وكأنها تتفكك... فعلاً لحظات قاسية ورهيبة... لقد مكثنا في الكوربيس مدة 13 شهراً ونقلت بعدها إلى درب مولاي علي الشريف حيث قضيت هناك شهراً... حوكمنا في إطار السراح المؤقت وكانت الأحكام بالبراءة لفائدة أغلب أعضاء مجموعتنا... وحين أعيد وصف ما جرى فمن باب التذكير بفظاعة ووحشية التعذيب الذي تعرض له المناضلون في الأقبية والزنايات والمعتقلات السرية...".

- فاطمة البية: "تم إعتقالي بتاريخ 17 مايو 1977، ولكن المحضر الذي قدمت من خلاله للمحاكمة كان يشير إلى أن إلقاء القبض علي كان في 23 مايو، وبذلك ضاع مني أسبوعاً كاملاً، أي أنني قضيت في السجن 7 أيام على المدة التي حكم علي بها، وفي الواقع أنا لم أعقل ولكن تم اختطافي، لأن الإعتقال يجري عبر الاستدعاء بواسطة وثيقة رسمية توجه للمعني بالأمر، ويحضر على إثرها إلى الكوميسارية أو مركز الدرك... لم تكن أمام البوليس أي حدود لقد استعمل جميع الأساليب، بما في ذلك التحرش الجنسي، تم إقتيادي إلى كوميسارية في "بلاس بيري" بالرباط وقضيت فيها 3 أيام رفقة معتقلات عاديّات، وكان يتم تزويد جل المعتقلات بالطعام والشراب ما عدا أنا، في اليوم الثالث نقلت إلى "درب مولاي الشريف" الذي قضيت فيه 7 أشهر ومنه إلى سجن أغبيلة حيث مكنت 20 يوماً ثم مكناص فيما بعد.

==== حين وصلت إلى "درب مولاي الشريف" وجدت أمامي معتقلة سابقة هي خديجة البخاري ثم التحقت بنا كل من ماريا الزويتني ووداد البواب وفيما بعد لطيفة اجبابدي وتبعتهما زكية بودا، كنا جميعاً في ممر بالعصابة ومجال تحركنا كان هو إما التحقيق أو المرحاض. بعد التحقيق تمت إحالتنا على سجن أغبيلة ومنها نقلنا إلى سجن مكناص، قضينا فيه مدة 3 سنوات بدون محاكمة، ولم نعرض على القضاء إلى بعد إضراب على الطعام.

أثناء المحاكمة وجهت إلينا تهمة المس بالأمن الداخلي للدولة، محاكمتنا لم تكن عادلة وحكم علي بخمس سنوات لذلك رفضت الاستئناف لأنني إعتبرت المحاكمة في حد ذاتها ظلماً.

للمزيد من الشهادات: عبد السلام بنعيسى، ذاكرة الاعتقال السياسي، حوارات ومسارات، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، منشورات ملتقى الطرق، مطابع إفريقيا الشرق 2012.

التعذيب والاختفاء القسري والاعتقال التعسفي في معتقلات سرية بكل من تازممارت¹ وقلعة مكونة² وأكدر³ ومراكز التعذيب بدار المقرري⁴ ودرب مولاي علي الشريف⁵، في حين قدم البعض منهم لمحاكمات⁶ عرفت خروقات قانونية ومسطرية على إثرها انسحب دفاع المتهمين من أغلب جلساتها⁷.

وفي هذا السياق، بعدما صارت حقوق الإنسان أحد مرتكزات التحول الديمقراطي⁸ أصبحت المسألة الحقوقية تشكل تحديا حقيقيا للسلطة السياسية الوطنية في علاقتها بالمنتظم الدولي، لكون العديد من التقارير تشير باستمرار إلى وجود انتهاكات ممنهجة لحقوق الإنسان بالمغرب⁹، ونتيجة لذلك أدركت المؤسسة الملكية ضرورة مواكبة التغيير الذي عرفه المشهد السياسي الدولي، وفي إطار حق الصفح وواجب الاعتذار¹⁰ وللقطع مع مرحلة المفهوم التقليدي للسلطة بكل سلبياتها¹¹ وتصفية ملفات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، بادر صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله منذ اعتلائه عرش أسلافه الميامين إلى تأسيس هيئة الإنصاف

¹ - تازممارت سجن سري يقع بالقرب من الطريق الرئيسية لمدينة الراشدية على بعد 20 كلم من مدينة الريش، كان من بين أشهر السجون السرية المغربية في فترة ما يسمى بسنوات الرصاص، سجن فيه العسكريين الذي شاركوا في المحاولتين الانقلابيتين لسنوات 1971 و1972.

² - قلعة مكونة معتقل يقع في وادي داديس، بنيت فيه قلعة لإحتجاز السجناء الذين تعرضوا للاختفاء القسري.

³ - أكدر معتقل سري يوجد ضواحي مدينة ورززات كان يستقبل عشرات المعتقلين السياسيين والعسكريين طول سنوات الرصاص، والذي تحول بعد إحداث هيئة الإنصاف والمصالحة إلى فضاء ثقافي مفتوح.

⁴ - دار المقرري واحدة من إحدى عشر دار خاصة بالرباط، كان يرسل إليها السجناء السياسيين قصد الاستئطاق والتعذيب.

⁵ - درب مولاي علي الشريف معتقل سري في مدينة الدار البيضاء، كان يستخدم لإيداع السجناء السياسيين قصد المحاكمة السرية والتعذيب خلال الفترة بين 1959 و1991.

⁶ - من المحاكمات الشهيرة التي عرفت في تلك الفترة، محاكمة مراكش سنة 1971، المحاكمات التي أعقبت الأحداث الاجتماعية للسنوات 1986، 1981، 1990، والتي تميزت بالحملات الواسعة من الاعتقالات استمرت لما يزيد عن ستة أشهر.

- عدم القدرة على تبرير استمرار اعتقال المتابعين بين تاريخ اصدار قاضي التحقيق بالمحكمة العسكرية قراره بعدم الاختصاص وتاريخ صدور قرار الإيداع بالسجن من قبل وكيل الملك بمراكش لمدة تزيد عن 20 يوما.

- استمر المحروسون نظريا لمدة 18 يوما (من 20 يونيو إلى 8 يوليوز 1981).

للمزيد من المعلومات حول الخروقات التي طالت المحاكمات أنظر:

المجلس الوطني لحقوق الإنسان، المتابعات والمحاكمات ذات الصبغة السياسية، من 1956 إلى 1999، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، سلسلة ندوات، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2014.

⁷ - محمد مصطفى الريسوني، التجربة المغربية في مجال العدالة الانتقالية الحقيقية، جبر أضرار الماضي وتوصيات الإصلاحات، ندوة إقليمية حول موضوع الوقاية من التعذيب في سياق الانتقال الديمقراطي في شمال إفريقيا، الرباط 09-10 يونيو 2012، منشورات المندوبية المكلفة بحقوق الإنسان، نونبر 2015، ص. 30.

⁸ - Norberto Bobbio, Le Feture de la démocratie, Seuil, Paris 2007, p. 91.

⁹ - عبد الله العروي، من ديوان السياسة، المركز الثقافي الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009، ص. 31.

¹⁰ - محمد سبيللا، العنف السياسي في مغرب ما بعد الاستقلال، عنف الدولة، أشغال الندوة المنظمة من طرف هيئة الإنصاف والمصالحة، مراكش 11 و12 يونيو 2004، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، سلسلة دراسات وندوات هيئة الإنصاف والمصالحة، ص. 94.

¹¹ - عبد الكريم جلام، مدلول ومكانة الحكامة الأمنية في نظرية المفهوم الجديد للسلطة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 126 - 127، يناير أبريل 2016، ص. 43.

والمصالحة بتاريخ 6 نونبر 2003 كتجربة خاصة¹ وأول تجربة عربية إسلامية إشتغلت على مدار سنتي 2004 و 2005² عبر العديد من اللقاءات اتخذت فيها إجراءات وتدابير ذات اتجاهات مختلفة ومتوازنة³، اختتمت أشغالها بإصدار تقرير يتضمن العديد من التوصيات تهم الجوانب السياسية والدستورية، منها على الخصوص تعزيز إستقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، واعتماد مبدأ البراءة والحق في المحاكمة العادلة، وتبني إستراتيجية وطنية مندمجة لمكافحة الإفلات من العقاب وإصلاح القطاع الأمني، إضافة إلى تحقيق التجانس بين التشريع الجنائي والالتزامات الدولية عبر أولوية القانون الدولي على القانون الداخلي⁴، ناهيك عن جبر الضرر الفردي والجماعي وحفظ الذاكرة⁵، ولتنزيل التوصيات التي جاءت بها الهيئة ولاستكمال الإصلاحات المؤسسية تبنت المملكة المغربية في فاتح يوليوز 2011 دستورا جديدا كان ثورة حقيقية هادئة في مجال حماية الحقوق والحريات، إنطلاقا من الاختيارات الكبرى للتصديق التي تضمنت سمو القانون الدولي لحقوق الإنسان على القوانين الوطنية⁶، مرورا بكون الاعتقال التعسفي أو السري والاختفاء القسري من أخطر الجرائم التي تُعرض مقترفاها لأقصى العقوبات، وصولا إلى إحاطة إجراءات القبض على الأشخاص والبحث معهم بضمانات إجرائية قانونية تراعى فيها مبادئ المحاكمة العادلة⁷ بصياغة لغوية تحمل خصوبة الإصلاح التي جاء بها دستور 2011، وما انطوى عليه من قيم إنسانية رفيعة ومبادئ قانونية سامية، وما تضمنه من توسيع للحقوق والحريات العامة بأجيالها الثلاث⁸ في إشارة واضحة للأهمية الدستورية للحماية من الاعتقال التعسفي.

¹ - سلوى فوزي الدغيلي، المرحلة الانتقالية في ليبيا غياب إستراتيجية واضحة للعدالة الانتقالية ملاحظات على قانون العدالة الانتقالي رقم 29 لسنة 2013، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد الأول، السنة 2017، ص. 34.

² - أحمد شوقي بنيوب، العدالة الانتقالية: المفهوم والنشأة والتجارب، حلقة نقاشية، مجلة المستقبل العربي، العدد 413، السنة 2013/36، ص. 148.

³ - أحمد بوجداد، الملكية والتناوب: مقارنة إستراتيجية، تحديث الدولة وإعادة إنتاج النظام السياسي بالمغرب، مطبعة النجاح الجديد الدار البيضاء 2000، ص. 51.

⁴ - عبد الواحد بلقصري، إشكالية الذاكرة السياسية والعدالة الانتقالية في المغرب، مجلة المستقبل العربي، العدد 362، السنة 2009/31، ص. 81.

⁵ - للمزيد ينظر إلى:

- هيئة الإنصاف والمصالحة، التقرير الختامي، الكتاب الثالث، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، 2006.

- هيئة الإنصاف والمصالحة، التقرير الختامي، الكتاب الرابع، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، 2006.

⁶ - جاء في تصدير دستور المملكة المغربية لسنة 2011: "... جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة..."

- المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، منجز حقوق الإنسان بالمغرب التطور المؤسسي والتشريعي وحصيلة تنفيذ السياسات العمومية بعد دستور 2011، منشورات الوزارة المكلفة بحقوق الإنسان، المملكة المغربية، يوليوز 2019، ص. 227.

⁷ - الفصل 23 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

⁸ - أحمد شوقي بنيوب، الإطار التشريعي والمؤسسي لحقوق الإنسان في ضوء دستور 2011، تقرير حول سمات التطور والمقتضيات الحاضرة لحقوق الإنسان، مطبعة دار النشر المغربي الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2019، ص. 23.

وإلى جانب ذلك، ولتوسيع مجال الحماية المقررة دستوريا من الاعتقال التعسفي على مستوى القانون الموضوعي عمل المشرع الجنائي المغربي¹ على وضع نموذج تجريبي لجريمة العمل التحكيمي من خلال الفصل 225 من ق.ج.م في إطار ملائمة القانون الأدنى مع القانون الأعلى رغم الملاحظات الموجهة لهذا النموذج سواء من حيث الصياغة والألفاظ المعتمدة أو من حيث العقوبة المقررة لهذا الفعل.

ومن جهة أخرى، لا يقتصر المساس بالحرية على النظام العقابي وحده بل يمتد أيضا إلى النظام الإجرائي، من خلال إجراءات الخصومة الجنائية التي تباشرها الدولة بعد وقوع الجريمة لكشف الحقيقة وإقرار سلطاتها في العقاب²، ففي خضم هذه المراحل يرتفع منسوب المطالبة بالحماية من الاعتقال التعسفي، لذلك أحاط قانون المسطرة الجنائية المغربي³ حقوق المشتبه فيهم خلال مرحلة البحث التمهيدي التلبسي والعادي ومرحلة التحقيق الإعدادي بمجموعة من الإجراءات المسطرية التي توفر لهم الحماية من خطر التحكم وتجاوز السلطة، رغم التناقض الذي تعرفه هذه السلطات بين فعاليتها وضمانات الحماية سواء على مستوى مدة الوضع تحت الحراسة النظرية أو على مستوى قصور نظرية البطلان، إضافة إلى غموض مسطرة المطالبة بالتعويض عن الاعتقال التعسفي كصورة من صور الخطأ القضائي المكرس دستوريا.

وعلى صعيد آخر، فهل يكفي للحماية من الاعتقال التعسفي التنصيص على مقتضياته في النصوص التشريعية؟ بالطبع إن ذلك لا يكفي فلا بد من وجود مؤسسات رقابية كضمانة حقيقية، من هنا جاءت الرقابة القضائية بإعتبارها الجهاز الأمين على حقوق وحريات الأفراد⁴، بما يملكه من مقومات الاستقلال والنزاهة وما يتوفر عليه من آليات رقابية قبلية أو بعدية قصد التدخل لوضع حد للتعسفات المرتكبة خلال أطوار الخصومة الجنائية أو على مستوى تنفيذ العقوبة المقررة قانونا.

وبالإضافة إلى ما سبق، ولتعزيز الحماية من الاعتقال التعسفي، اعتمدت مؤسسات استشارية طبقا لمبادئ باريس، مثل المجلس الوطني لحقوق الإنسان الذي لعب ولا يزال يلعب دورا محوريا في هذه الحماية، سواء من خلال التقارير والآراء الإستشارية الصادرة عنه أو من خلال إجراء التحقيقات والتحريات اللازمة عند ملاحظة المحاكمات التي تثير حفيظة الرأي العام بوجود إختلالات مسطرية وخروقات إجرائية.

¹ - ظهير شريف رقم 413.59.1 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق 5 يونيو 1963، ص. 1253.

² - أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة مصر، طبعة معدلة 1995، ص. 365.

³ - ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 الموافق 30 يناير 2003، ص. 315.

⁴ - لطيفة المهداني، الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، مطبعة الشركة الشرقية الرباط، الطبعة الأولى، دجنبر 2005، ص. 185.

تحديد أهمية الموضوع:

بالنظر إلى تزايد الإهتمام بعلاقة التأثير والتأثر بين الإتفاقيات والمعاهدات الدولية وبين القوانين والتشريعات الوطنية والضمانات التي تكرسها للحماية من الاعتقال والحرمان غير المشروع من الحرية، وأمام ضعف وقلة الأبحاث في موضوع الدراسة "الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي" من طرف الباحثين على الصعيد الوطني وشح المعلومات بخصوصه جعلني أقترح الصعاب وأركب المغامرة لاستكمال البحث فيه على مستوى دراسات الدكتوراه، وتسليط الضوء أكثر على بعض الجوانب المظلمة التي تعترى القوانين وآليات الرقابة التي تكبح فعالية الحماية من الاعتقال التعسفي وطنيا ودوليا، بغية لفت الانتباه إليها خاصة بعد قطع المملكة المغربية مع الانتهاكات الممنهجة لحقوق الإنسان عقب تأسيس هيئة الإنصاف والمصالحة.

وتأسيسا على ذلك، حاولت قدر الامكان كشف الخيط الناظم الذي يوطر العلاقة بين حق الدولة في تقرير العقاب على مقترف الفعل الجرمي وبين حماية حقوقه وحياته من كل تسلط أو تعسف قد يطالها، إذ لولا إشكالية الصراع التاريخي بين السلطة والحرية لما كانت هناك ضرورة لسن مقتضيات حمائية، بالإضافة الى المساهمة من موقعي كطالب باحث بأفكار واقتراحات مرتبطة بالمسائل القانونية والمؤسسية تدعم الجهود المبذولة لفهم كنه حماية حقوق الإنسان خاصة في أماكن وظروف تشجع وتسهل عملية التعسف وتضعف ضمانات الحماية المقررة لها.

وانطلاقا مما تقدم تكمن أهمية دراسة موضوع "الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي" في نقطتين أساسيتين:

الأهمية العلمية:

يكتسب موضوع "الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي" أهميته العلمية من محاولة تقييم نجاعة مقتضيات الإتفاقيات الدولية والإقليمية في الحد من الانتهاكات الجسيمة للحرية وخاصة الاعتقال التعسفي، كما تتجلى هذه الأهمية كذلك في دراسة مدى قوة تأثير الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية واستيعاب روح مقتضياتها المتعلقة بالحماية من الاعتقال التعسفي من قبل آليات العدالة الجنائية خصوصا القانون الجنائي والمسطرة الجنائية ومؤسسات الرقابة الموازية لها.

وبالإضافة إلى ذلك، لموضوع الحماية من الاعتقال التعسفي راهنية وطنية تتجلى في الانتظارات والطموحات المسجلة من قبل المجتمع المغربي أفرادا وجماعات على التعديلات التي قد تطال القوانين الموضوعية والمسطرية، التي تنبع من أهمية المرحلة التي نعيشها والمرتبطة بالإصلاحات المؤسسية والقانونية الكبرى إنطلاقا من دستور 2011 في ظل المكتسبات الحقوقية التي راكمها المغرب بعد طي ملف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، خاصة بعدما طفت على السطح وقائع وممارسات أثارت حفيظة الرأي العام حول مستقبل هذه الحماية عبر التسلط والتعسف المرتكبة من قبل سلطات إنفاذ القانون.

الأهمية العملية:

تتجلى الأهمية العملية لموضوع الحماية من الاعتقال التعسفي في دراسة تفاعل المؤسسات القضائية وغير القضائية كآليات رقابية لكشف الخروقات المتعلقة بعدم شرعية الاعتقال والتصدي لها، وكذا القيام بأدوارها الهامة المرتبطة بتفسير بعض المقتضيات لسد الثغرات التشريعية التي تسمح بخرق القواعد المسطرية الماسة بالحرية، كما يُسأل هذا الموضوع حدود سلطة الملاءمة المخولة للأجهزة القضائية المشرفة على البحث والتحري في تقدير بعض الإجراءات الماسة بحريات الأشخاص من أجل تقوية ثقة المواطنين في قدراتها على ضمان وحماية حرياتهم وتعزيز الاحترام التام لدولة الحق والقانون.

إشكالية الموضوع:

مما لا شك فيه، أن موضوع الحماية من الاعتقال التعسفي مرتبط بحق أساسي من حقوق الإنسان هو الحق في الحرية، وانطلاقاً من مقولة أن "الحرية تاج على رؤوس الأحرار لا يراها إلا السجناء"، تثار إشكالية مركزية مؤطرة للموضوع تقوم على إبراز الخيط الرفيع والناظم بين ضمان حق الدولة في العقاب وحماية حقوق وحريات الأفراد.

وتبعاً لذلك، تتمحور الإشكالية الرئيسية لهذه الأطروحة في: مدى فعالية الضمانات القانونية والمؤسسية الدولية والوطنية في الحماية من الاعتقال التعسفي؟

ولتحليل العناصر الأساسية لهذه الإشكالية لابد من طرح فرضيتين أساسيتين من خلالهما يمكن إيجاد عناصر الإجابة ومنها:

- وجود مرجعيات دولية ووطنية تؤطر الحماية من الاعتقال التعسفي، إضافة إلى عدد من الآليات والأجهزة الرقابية تضمن التنزيل السليم لها.
- تتخلل هذه المرجعيات وهذه الترسانة مساحات بيضاء تكتنفها ضبابية، كما تعترض الآليات والأجهزة الرقابية معيقات وإكراهات تحد من دورها وفعاليتها في ضمان الحماية من الاعتقال التعسفي.

المقاربة المنهجية للموضوع:

انطلاقاً مما سبق، وللجواب على الإشكالية المحورية وللإحاطة أكثر بجوانب موضوع الحماية من الاعتقال التعسفي، ونظراً لما تقتضيه طبيعة المادة المدروسة وكل جزئية منها حرصت على أن أعتمد على أكثر من منهج من المناهج العلمية لرصد الإشكالات والقضايا الشائكة التي يطرحها علي الموضوع، حيث اعتمدت المنهج التحليلي للوقوف على ثنائيا ومضامين المادة التشريعية وما يستفاد منها نصاً وروحاً، وعند تحليل المعطيات الإحصائية وقراءتها قراءة علمية رصينة وظفت المنهج الوصفي كمنهج بحثي يقوم على وصف الظاهرة بكل دقة وموضوعية، وفي مقام آخر اعتمدت المنهج النقدي كأسلوب منهجي لقراءة النصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية موضوع الدراسة قراءة نقدية وإعطاء بدائل لها لتجاوز نقائصها وضمان فعاليتها عند التطبيق، وأخيراً اعتمدت المنهج

المقارن لتوسيع الفهم وإثراء المعرفة والوقوف على مختلف تجارب التشريعات والممارسات المقارنة كسبل للحماية من الاعتقال التعسفي. وبناء عليه، ولمقاربة موضوع "الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي" إعتمدت التصميم التالي:

الباب الأول: الضمانات القانونية والمؤسسية الدولية للحماية من الاعتقال التعسفي
الباب الثاني: الضمانات القانونية والمؤسسية الوطنية للحماية من الاعتقال التعسفي

حاولت من خلال الباب الأول إبراز أهمية الضمانات الدولية والإقليمية المعززة لقدرات الدول للحماية من الاعتقال التعسفي ودور آليات الرقابة المقررة بموجبها ومدى فعاليتها في تكريس ذلك. في حين تضمن الباب الثاني البنية الدستورية والتشريعية الوطنية للحماية من الاعتقال التعسفي ومدى قدرة المؤسسات الوطنية القضائية والحقوقية من خلال الصلاحيات المخولة لها في تعزيز ذلك.

خاتمة:

في خضم هذه الدراسة المتعددة الجوانب المعنونة بـ "الحماية القانونية والمؤسسية من الاعتقال التعسفي"، توصلت إلى مجموعة من النتائج، وخلصت إلى اقتراحات قد تساهم في تعزيز ضمانات الحماية من الاعتقال التعسفي قانوناً ومؤسسياً.

أولاً: النتائج.

♦ يعد الاعتقال التعسفي من بين الانتهاكات الماسة بالحرية المشمولة بالحماية على المستوى الدولي وتم تكريسها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

♦ أقر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية جملة من المبادئ بنوع من الدقة والوضوح تكرر الحماية من الاعتقال التعسفي، وعززها بضمانات لا يمكن فصلها عن الحق في الحرية منها إشعار الشخص بأسباب إيقافه وضرورة تقديمه بشكل سريع إلى جهة قضائية قصد البت في مسألة إيقافه أو إطلاق سراحه، وتمكن هذه المقتضيات من مراقبة أعمال السلطة التنفيذية التي تستهدف حرية الأفراد وحمايتهم من القبض والحبس غير القانوني والتعسفي.

♦ تتضمن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مقتضيات جد متقدمة بالمقارنة مع باقي الاتفاقيات الإقليمية الأخرى سواء من حيث التكريس أو من حيث آليات الرقابة.

♦ يعتبر الميثاق الإفريقي أداة لتطوير حقوق الإنسان بالرغم من بعض النواقص التي كان لها التأثير السلبي على ضمانات الحماية من الاعتقال التعسفي.

♦ لا يتوفر الميثاق العربي لحقوق الإنسان على الحماية الكافية إسوة بباقي الصكوك الإقليمية الأخرى إذ يحتاج إلى تحيين بعض المواضع الجديرة بالعناية من قبيل آليات الحماية في أفق ولادة حركة عربية ونظام عربي يستجيب لتطلعات الشعوب والأفراد في مجال الحقوق والحريات.

♦ لم تحض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بالقبول والترحيب اللازمين من قبل عدد من الدول وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تسعى هذه الأخيرة إلى إنشاء أجهزة داخلية لمراقبة الحقوق والحريات بدعوى وجود عقبات دستورية تحول دون إنضمامها إلى الاتفاقية، كما تربط مساعداتها الاقتصادية والعسكرية للدول باحترام تلك الحقوق للاتفاف على بنود الاتفاقية وإفراجها من محتواها الأساسي والمحوري في حماية الحقوق والحريات.

♦ ترتبط المسؤولية الدولية عن الحماية من الاعتقال التعسفي في جانب منها بموضوع أساسي هو علاقة الاتفاقيات الدولية بالقوانين الوطنية، حيث تتجه معظم الدول إلى تبني أولوية القانون الدولي لحقوق الإنسان على القوانين الوطنية وتكرس ذلك دستوريا.

♦ إن الشكل السائد اليوم المتعلق بمسؤولية الدول عن الجرائم المرتكبة بخصوص القانون الجنائي الدولي مرتبط أساسا بالحصار الاقتصادي نظرا لتأثيراته المتعددة الجوانب داخليا وخارجيا وفعاليتها وتعدد أساليبه وصوره خاصة في عصر العولمة حيث أصبحت معها اقتصاديات الدول تتقوى بتبادل المنافع فيما بينها.

♦ يعتبر تبني نظام المسؤولية الجنائية الفردية تطورا وإضافة جديدة نحو إرساء قواعد العدالة الجنائية الدولية وحماية إضافية للحقوق والحريات على المستوى الدولي.

♦ بقدر ما يسمح التحفظ باعتماد الاتفاقيات الدولية على أوسع نطاق وتيسير درجة انتشارها بين مكونات المجتمع الدولي، بقدر ما يمس بوحدة النظام القانوني المتوخى منها وإفراج حملتها القانونية وإضعاف فعاليتها.

♦ يطغى على عمل البعثات الدولية المكلفة بالتحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان العامل السياسي مما يؤثر بشكل كبير ويساهم في إفلات عدد كبير من مرتكبي هذه الجرائم من العقاب ويضعف بالتالي ضمانات الحماية.

♦ ساهمت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في إطار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في إغناء الحماية من الاعتقال التعسفي من خلال الاجتهادات الصادرة عنها بمناسبة تلقي الشكاوى والبلاغات وتوسيع مفهوم الحماية المقررة في المادة التاسعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

♦ لا تتصف القرارات والتوصيات الصادرة عن اللجان الإقليمية بالإلزام مما يضعف سبل الحماية من الاعتقال غير المشروع المرتكب من قبل سلطات إنفاذ القانون في الدول.

♦ إن النظام المعقد الذي تخضع له آلية تقديم الشكاوى أمام اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان بموجب المادة 55 من الميثاق الإفريقي وكذا اشتراط نشر قرارات اللجنة بمقرر صادر عن مؤتمر رؤساء الدول والحكومات، يعد تضيقا على إمكانية لجوء الأفراد إلى هذه الآلية ويشكل عقبة أمام الحماية الإقليمية من الاعتقال التعسفي على المستوى الإفريقي.

♦ يشكل نظامي الحصانة والتقدم عائقا أمام نجاعة وفعالية عمل المحكمة الجنائية الدولية كما يعد عامل عدم توحيد المسؤولية الجنائية والعقوبة أمامها ثغرة وخللا تمكن المجرمين الحقيقيين ومقترفي الأفعال الإجرامية ذات البعد الدولي من الإفلات من العقاب.

♦ إن تعارض نظام روما الأساسي مع المقتضيات التشريعية الداخلية لبعض الدول جعلها في منأى عن كل مسؤولية جنائية أمامها مما يشكل محدودية تأثيرها على معظم أقطار المعمور وخاصة الدول التي تعرف انتهاكات جسيمة للحقوق والحريات.

♦ يعد تدخل مجلس الأمن في إجراءات التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية تغييرا في مسارها الحقيقي من السياق القانوني إلى السياق السياسي.

♦ تعد المحكمة الأوروبية الجهاز القضائي الأكثر فعالية ونجاعة في حماية الحقوق والحريات، إن على مستوى حجم القضايا التي تنظر فيها أو على مستوى الاجتهادات الصادرة عنها.

♦ رغم طموح المحكمة الإفريقية للعب دور مهم في حماية الحقوق والحريات على صعيد القارة الإفريقية إلا أنها تواجه مجموعة من الصعوبات التي تعترضها سواء من الجانب المؤسساتي أو من جانب الاستقلالية.

♦ إحتلت الحماية من الاعتقال التعسفي المكانة الأساسية في الحوارات التفاعلية للدول أثناء عملية الاستعراض الدوري الشامل سواء من حيث ملاحظات الدول أو من حيث الردود والاستنتاجات.

♦ إن مبادئ الشفافية وعدم التسييس التي يركز عليها الاستعراض الدوري الشامل تبقى نسبية يصعب تحقيقها إذ أن بعض جلساته تتحول إلى منبر لتصفية الحسابات السياسية وفق إيديولوجية الدولة وتوجهات سياستها الخارجية.

♦ لعبت الإجراءات الخاصة دورا حاسما في الحماية من الاعتقال التعسفي من خلال التوصيات التي تصدرها بشأن البلاغات التي تتوصل بها أو الزيارات القطرية التي تقوم بها.

♦ لملاءمة التشريع الجنائي مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية جرم المشرع الاعتقال التعسفي من خلال الفصل 225 وما بعده من ق.ج.م، غير أن هذا التجريم تضمن عبارات فضفاضة تطرح عدة إشكاليات تجعل مسؤولية المخاطبين به أمر صعب المنال إذ ما المقصود بـ "العمل التحكيمي" هل هو الاعتقال غير المشروع إذا ارتبط بحرية الأفراد؟، هل هو شطط في استعمال السلطة إذا ارتبط بباقي الحقوق الأخرى؟ وهل هو خرق للإجراءات المسطرية إذا ارتبط بإجراءات البحث والتحقيق؟

♦ ميز المشرع الجنائي المغربي في تجريم الاعتقال التعسفي بين الجنائية والجنحة مع العلم أنه طبقا للفصل 23 من الدستور فإن هذه الجريمة من أخطر الجرائم تطبق على مقترفيها أقصى العقوبات.

♦ تأثرا بالمشرع الفرنسي ميز المشرع الجنائي المغربي بين الجريمة المقترفة من قبل الموظف العمومي أو مفوضي السلطة العامة فوصفها بالعمل التحكيمي، بينما إذا اقترفت من طرف أحد أفراد المجتمع وصفها

بالقبض، الاحتجاز، والاختطاف، شدد في العقوبة على الثانية، بينما اقتصر في الأولى على عقوبة التجريد من الحقوق الوطنية وربط العقاب بالصفة الوظيفية لا بخطورة الفعل المرتكب.

♦ صعوبة إقامة الدليل على النية الإجرامية للفاعل تزيد من صعوبة تطبيق مقتضيات الفصل 225 من ق.ج وتفرغه من محتواه وتضعف فعاليته في ضمان حماية الحق في الحرية.

♦ إن تسوية المشرع الجنائي في عقوبة التجريد من الحقوق الوطنية بين الجريمة السياسية وجريمة الاعتقال التعسفي لا يعني ذلك أنه ساوى بينهما، بل على العكس يختلفان من حيث الأركان والأسباب والفاعلين.

♦ عدم تطابق الحالات التي يشير إليها الفصل 228 من ق.ج مع مقتضيات المسطرة الجنائية.

♦ إن عبارة "ضرورة البحث" التي حددها المشرع من شروط الوضع تحت تدبير الحراسة النظرية تبقى غير محددة المعنى ولا تفي بالغرض لعدم دقتها وغموض المقصود منها ولخطورة الإجراء المترتبة عنها.

♦ رغم أن الاتفاقيات الدولية تؤكد على الدور الإيجابي الذي يجب أن تلعبه السلطات العمومية لحماية الحريات نجد المشرع المسطري تعمد استخدام عبارات وألفاظ لا تفيد الوجوب، بل ترك المبادرة للشخص المشتبه فيه على أن يبقى دور الضابطة القضائية سلبيا فإن عبر عن ذلك الحق استجاب له وإن كان يجهله غض الطرف عنه، فكيف لنص يخاطب المشتبه فيه ولا يخاطب الضابط المشرف على البحث والتحري أن يساعد على حماية الحريات.

وارتباطا بذلك إن عبارة "المساعدة القانونية" تفيد المصاحبة والمواكبة من قبل شخص مؤهل قانونا مثل المحامي، فهل هذه الإمكانية متاحة؟ إن الجواب هنا بالنفي طبعاً وهذه الإمكانية تبقى متاحة فقط عند المخابرة مع المحروس نظرياً لمدة 30 دقيقة تحت مراقبة الضابطة القضائية.

بالإضافة إلى ذلك هناك عبارة "المساعدة القضائية" فهل هذا الحق يمكن إسقاطه على مجريات البحث والتحري، خاصة وأن هذه المسطرة تتطلب إجراءات وإعداد وثائق تستوجب مراسلة جهات متعددة حتى يمكن الاستفادة منها.

♦ إن إشعار عائلة المشتبه فيه تكتنفه جملة من الصعوبات، منها عدم إلزام الضابط بهذا الإجراء وعدم تحديد الوسيلة المستعملة في هذا الإشعار بالرغم من التطور التكنولوجي المشهود.

♦ بالرغم من أن المحامي هو الجهة المؤهلة قانوناً لمساعدة الشخص المحروم من حريته أورد المشرع بعض القيود تضعف ضمانات الحماية من الاعتقال على مستوى فترة ومدة المخابرة أو على مستوى ظروف الاتصال.

♦ المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية لم يحدد طبيعة الأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق، هل هي على سبيل التخيير أم ملزمة حسب الترتيب المعلن عنه في الفقرة الأولى من المادة 142؟ هذا من جهة، ومن جهة

أخرى لم يحدد الحالات التي يجوز فيها لقاضي التحقيق اللجوء إلى إصدار الأمر بالإحضار مما يتعذر معه الجزم بضرورة الالتزام بتسلسل الأوامر من عدمه مثل ما نص عليه المشرع المصري في المادة 13 من ق.إ.ج.م.

♦ استعمل المشرع المغربي عبارتي "التقديم في الحال" و"الاستئطاق على الفور" دون تقييدهما بأجل معين ومحدد لفترة القبض على المطلوب وإحضاره أمام قاضي التحقيق خاصة وأن هذه المرحلة تحوم حولها الشكوك لضمان حقوق المتهم، حيث أن مصطلح "الفورية" يفيد السرعة في إتخاذ الإجراء المناسب للحفاظ على حريات وكرامة الأفراد وفقا للجان الدولية والإقليمية في هذا المجال.

♦ لم يحدد المشرع المغربي في المادة 149 من ق.م.ج.م. ما إذا كان التقديم أمام النيابة العامة بدائرة القبض على المشتبه فيه يعتبر استئطاقا يمكن بناء عليه وضعه تحت تدبير الاعتقال الاحتياطي مع العلم أنه مجرد التثبت من هوية المتهم وإحاطته بالتهمة الموجهة إليه، ولم يحدد المدة التي يقضيها عند نقله إلى المؤسسة السجنية إلى حين اتخاذ قاضي التحقيق القرار المناسب في حقه.

♦ بقدر ما شدد المشرع المغربي في الشكليات التي يخضع لها الأمر بإلقاء القبض طبقا للمواد 156، 147، و148 من ق.م.ج.م. بقدر ما وسع من المدة التي يودع خلالها بالمؤسسة السجنية والتي تصل إلى 72 ساعة، مما يترتب عليها إمكانية ارتكاب مجموعة من المخروقات المتعلقة بالحقوق والحريات ومنها جريمة التعذيب.

♦ إن المتابع بمقتضيات قانون المسطرة الجنائية يسهل إدخاله في وضعية الضنين أو المتهم من خلال عدم اشتراط تعليل الأمر بالاعتقال (الأمر بالإيداع بالسجن)، مقابل صعوبة إخراجها منها من خلال تعليل قرار الإفراج عنه تعليلًا خاصًا.

♦ حدد المشرع المغربي ثلاث مبررات لإتخاذ قرار الاعتقال الاحتياطي استعمل فيها عبارات غير واضحة المعنى وغير مفهومة المبني تكرس الهاجس الأمني على حساب الحرية وتغلب عنصر الفعالية على حساب قرينة البراءة وحقوق الدفاع.

♦ إن سكوت المشرع المغربي في المادتين 66 و80 من ق.م.ج.م. عن تقرير البطلان لكل خرق لإجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية لا يسمح بغض الطرف عن نصوص أخرى لتدارك الأمر، وخاصة المادتين 289 و751 من ق.م.ج.م. اللتان تقرران صراحة انعدام الأثر لكل إجراء أنجز بكيفية غير قانونية مع أن معظم الفقهاء يعتمدون تقنية إعمال النصوص العامة عند خلو القانون من نصوص خاصة تعالج مسألة معينة.

♦ إن توجه محكمة النقض المخالف لما سارت عليه محاكم الموضوع بعدم تقرير بطلان شكليات وإجراءات الحراسة النظرية المخالفة للضوابط القانونية توجه غير صائب متجاهلة الارتقاء الدستوري والشرعية الإجرائية التي كرسها دستور 2011.

♦ تشكل الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية المغربية قواعد ذهبية نحو مؤسسة التعويض عن الاعتقال غير المبرر، من شأنها التلطيف من حدة الاعتقال على نفسية المعتقل وبالتالي تحقيق العدالة

الجنائية الاجتماعية والتصالحية بين الفرد والدولة، ويعد مخرجا قضائيا لإشكالية مطروحة متعلقة بالتعويض عن الخطأ القضائي، نأمل من المشرع المغربي التدخل لوضع نصوصها وشكلياتها بشكل واضح وجلي أمام الفراغ التشريعي المتعلق بهذه الدعوى والتضييق المُبطن من قبل المشرع في الشروط والإجراءات المتعلقة بمسطرة المراجعة.

♦ إن تكريس الاستقلال المؤسسي والإداري وكذا المالي للسلطة القضائية يعد مدخلا من مداخل الحماية من الاعتقال التعسفي.

♦ الملاحظ على النص المنظم لزيارات النيابة العامة لأماكن الحراسة النظرية كآلية للحماية من الاعتقال التعسفي (المادة 45 من ق.م.ج.م) أنه استعمل عبارة "يتعين" التي تفيد الوجوب دون أن يقترن الإخلال به بجزء ماعدا المراقبة التي يمارسها الوكلاء العامون ووكلاء الملك على المهام المنوطة بنوابهم في إطار التسلسل الرئاسي.

♦ إن الصلاحيات المخولة لقاضي تطبيق العقوبات في مراقبة شرعية الاعتقال عند زيارة المؤسسات السجنية كآلية قضائية للحماية من الاعتقال غير المبرر تنحصر في حدود المراقبة الشكلية لسند الاعتقال، بينما المراقبة الموضوعية تنحصر في ممارسة طرق الطعن المتاحة.

♦ تعد رقابة رئيس الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف رقابة غير مباشرة وإحدى ميكانزمات التدخل في مسار الاعتقال الاحتياطي لتقدير ما إذا كان مبررا أو غير مبرر.

♦ نسجل النسبة المقلقة للاعتقال الاحتياطي على مستوى المؤسسات السجنية تبعا لتذبذب السياسة الجنائية مقارنة بالهدف المنشود في برنامج النجاعة القضائية لوزارة العدل المحدد في 35%.

♦ صعوبة تطبيق أغلب التدابير والالتزامات المصاحبة لقرار الوضع تحت المراقبة القضائية كبديل للاعتقال الاحتياطي نظرا لضعف التنسيق والالتقاء بين السلطات المشاركة في تنزيل هذا البديل إما لانعدام الإمكانيات المادية والبشرية المرصودة لهذا الإجراء وإما لعدم وضوح النص القانوني المنظم له.

♦ إن استقراء التقارير الصادرة عن رئاسة النيابة العامة منذ استقلالها عن الوزارة المكلفة بالعدل سنة 2017 إلى سنة 2022 جعلنا نسجل التجاوب السريع للنيابات العامة مع الادعاءات المتعلقة بالاعتقال التعسفي، وعدم التردد في استعمال السلطات التي يخولها القانون بكل حزم وصرامة، انخرطا منها في الجهود الوطنية لتعزيز ضمانات حماية الحقوق.

ثانيا: المقترحات:

من أجل تعزيز ضمانات أكثر حمائية من الاعتقال التعسفي خلصت إلى المقترحات التالية:

أ- على المستوى التشريعي:

♦ ضرورة استكمال المغرب انضمامه إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق والحريات إما عن طريق إتمام مساطر التصديق وإما عن طريق رفع التحفظات وتجاوز الإعلانات التفسيرية المتعلقة ببعض مقتضيات الاتفاقية المرتبطة أساساً بضمانات وآليات الحماية من الاعتقال التعسفي وخاصة العهد الدولي الخاص بالعقوبة المدنية والسياسة.

♦ وجب مواصلة المغرب انضمامه إلى الاتفاقيات الإقليمية وعلى رأسها الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وإلى البروتوكول الخاص بإنشاء المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان، مساهمة منه في تطوير الآليات الإقليمية للحماية من الاعتقال التعسفي خصوصاً بعد المكانة المتميزة التي أصبح يحتلها بعد عودته القوية إلى منظمة الاتحاد الإفريقي.

♦ الفرصة متاحة اليوم لاستغلال المغرب موقعه كرئيس مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة خلال هذه السنة، لإغناء التجربة في الحماية من الاعتقال التعسفي على المستوى الدولي وانعكاسها الإيجابي على التشريعات الجنائية الوطنية ذات الصلة.

♦ يجب رفع الالتباس المرتبط بالمحددات الثلاث كشرط لسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية.

♦ ضرورة احترام الجدولة الزمنية لتقديم التقارير في إطار عملية الاستعراض الدوري الشامل وأجال الردود حول ملاحظات الدول.

♦ التسريع بالموافقة على طلبات الزيارات المقدمة من قبل الفرق العاملة في مجال حقوق الإنسان، وخاصة الفريق العامل المعني بالاعتقال التعسفي.

♦ إعادة النظر في تبويب الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي بإضافة باب ثاني مكرر تحت عنوان "شطط الموظفين في استعمال سلطتهم"، وتقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فروع، فرع أول في "الاعتقال التعسفي" فرع ثان في "التعذيب" فرع ثالث في "الاختفاء القسري" وفرع رابع في "حرمة المسكن".

♦ ضرورة تدخل المشرع الجنائي لإعادة صياغة فصول التجريم المتعلقة بهذه الجريمة وجعل الفرق واضح بين الاعتقال التعسفي وباقي الأعمال التحكيمية الأخرى كالاختفاء القسري، أخذا بعين الاعتبار ما يمكن أن يحقق الردع العام والخاص وما يجعل الانسجام قائماً بين فصول القانون الجنائي في تلاؤم تام مع الفصل 23 من دستور 2011، لذلك أقترح الصياغة التالية للفصل 225 من ق.ج "كل قاض أو ضابط للشرطة القضائية، أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوة العمومية، يأمر أو يباشر بنفسه اعتقالاً تعسفياً، يعاقب بالسجن من 5 إلى 10 سنوات.

لكن إذا أثبت أن تصرفه كان بناء على أمر صادر من رؤسائه في مادة تدخل في نطاق اختصاصهم ويوجب عليه طاعتهم، فإنه يتمتع بعذر معف من العقاب، وفي هذه الحالة تطبق العقوبة على الرئيس الذي أصدر الأمر وحده.

وإذا كان الاعتقال التعسفي قد ارتكب أو أمر به لغرض ذاتي أو بقصد إرضاء أهواء شخصية كانت العقوبة هي السجن من 20 إلى 30 سنة".

♦ وجب على المشرع الجنائي المغربي التدخل قصد تصحيح المعطى المرتبط بعدم تطابق الإحالات المشار إليها في الفصل 208 من ق.ج. مع مقتضيات المسطرة الجنائية، وذلك بإحلال المادة 608 بدل 653 من ق.م.ج. وكذا المواد من 611 إلى 621 بدل 660 إلى 662 من ق.م.ج.

♦ إرساء استعمال وسائل التسجيل السمعية البصرية أثناء الاستماع للمشتبه فيه في مخافر الشرطة.

♦ توحيد المساطر القانونية المنظمة للتحريات التي تقوم بها الضابطة القضائية سواء كانت شرطة أو درك، مع تحيين القانون المنظم للدرك بما يتلاءم مع مقتضيات المسطرة الجنائية، خاصة الشق المتعلق بتوقيع الأشخاص على المحاضر عوض دفتر التصريحات.

♦ إلغاء عبارة "ضرورة البحث" في المادتين 66 و80 من ق.م.ج. وتعويضها بمحددات موضوعية مثل: خطورة الفعل، مكان إقامة الفاعل، صفة الفاعل، ضمانات الحضور، يلتزم بها ضابط الشرطة القضائية عن الوضع تحت تدبير الحراسة النظرية لوضع حد للتأويلات التي تعطى لهذه العبارة وفق كل جريمة أو وفق فهم ضابط الشرطة القضائية لها.

♦ لا بد من تكريس موقف محكمة النقض تشريعاً والمتعلق بكون المدة التي يستغرقها نقل المشتبه فيه من مخفر الشرطة لتقديمه أمام النيابة العامة لا تحتسب ضمن مدة الحراسة النظرية.

♦ إعادة النظر في صياغة المادة 65 من ق.م.ج. حتى يتم تفادي كل اعتقال تعسفي لا لشيء إلا لكون ضابط الشرطة القضائية قد صنفهم ضمن الأشخاص المفيدون في التحريات.

♦ النص صراحة على بطلان الوضع تحت تدابير الحراسة النظرية التي لم تحترم الإجراءات القانونية لما في ذلك من تقوية ل ضمانات الحماية من الاعتقال التعسفي.

♦ تبني مشرع المسطرة الجنائية نظرية عامة للبطلان تضم نصوصاً عامة تهتم جميع مراحل الإجراءات الجنائية، يمكن تطبيقها عند غياب نصوص خاصة تعالج كل مرحلة من مراحل الدعوى العمومية.

♦ تقوية حضور ودور المحامي في الساعات الأولى من الوضع تحت الحراسة النظرية للتقليل من فرص خرق الإجراءات الجنائية الماسة بالحرية.

♦ ولتجاوز معضلة الاعتقال الاحتياطي لا بد من:

- إعادة قراءة السياسة الإتهامية لبعض الجهات القضائية المكلفة بالاعتقال بشكل يضمن عدم خرق قرينة البراءة والركون إلى جوهر النصوص القانونية وما كرسه الدستور المغربي لسنة 2011 بالشكل الصحيح.

- إعادة النظر في أحكام ومبررات الاعتقال الاحتياطي وجعلها أكثر تشددا وحرصا على حريات الأشخاص أخذا بعين الاعتبار جسامة الفعل المقترف، كفاية الأدلة ووسائل الإثبات، عدم توفر ضمانات الحضور، وربط مبرر النظام العام بالأفعال التي تشكل جنائية.

- الإبقاء فيما يخص مدة الاعتقال الاحتياطي على مدة الشهر مع التمديد لمرتين بالنسبة للجنح التأديبية، وفي الجنح الضبطية جعله في حدود خمسة عشر يوما قابلة للتجديد مرتين على ألا تتعدى في المجموع خمسة وأربعين يوما، أما بالنسبة للجنايات ولكونها على قدر معين من الجسامة الإبقاء على شهرين مع تخفيض مدة التمديد وجعلها في حدود مرتين ليكون المجموع هو ستة أشهر احتراما للمعيار الدولي للمحاكمة داخل أجل معقول والذي يتراوح عادة بين 90 و180 يوما.

♦ ضرورة تعليل قرار الإيداع في السجن سواء من قبل النيابة العامة أو من قبل قاضي التحقيق تعليلا خاصا تحت رقابة قضاء الموضوع للحد من القناعات الذاتية التي تعصف بالحريات ولا موضع فيها للضوابط الموضوعية.

♦ إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 618 من ق.م.ج.م بما يمكن من تقليص أعداد المعتقلين احتياطيا من الناحية التشريعية ونقترح لذلك "... يعتبر معتقلا احتياطيا، كل شخص تمت متابعتة جنائيا، ولم يصدر بعد في حقه أي حكم بالإدانة...". ملائمته مع المفهوم الأممي المعتمد دوليا.

♦ فسح المجال أمام النيابة العامة لاعتماد بدائل الاعتقال الاحتياطي وعدم الاقتصار فقط على الصلح والكفالة المالية مع تشجيع قضائها على اعتماد الكفالة الشخصية خاصة بالنسبة لبعض الفئات من المجتمع.

ب- على المستوى المؤسسي:

♦ لابد من تبني المجلس الأعلى للسلطة القضائية خارطة طريق مرتبطة بالتكوين الأسامي والتكوين المستمر لتقوية الاستقلال الذاتي للقضاة.

♦ ضرورة رسم المجلس الأعلى للسلطة القضائية استراتيجية واضحة المعالم للرفع من نسبة الموارد البشرية على مستوى القضاة لتخفيف العبء على الممارسين الحاليين فيما يخص زيارة مخافر الشرطة وكذا تصفية المخلف أمام تعاظم ظاهرة الجريمة في المجتمع.

♦ لابد من إيلاء أهمية خاصة لقضايا المعتقلين المتراكمة على مستوى المحاكم بإيجاد حلول لمشاكل التبليغ والإجراءات القضائية الأخرى، مع إمكانية استغلال السجل الوطني للسكان وفتح طرق التبليغ الإلكتروني قصد تجهيز الملفات والتعجيل بالبت فيها خاصة بالنسبة للمحاكمات الجارية أمام محاكم الاستئناف والتي تتطلب وقتا وإجراءات أطول.

- ♦ وجب تظافر الجهود بين المؤسسات المتدخلة في تطبيق الالتزامات المصاحبة لقرار الوضع تحت المراقبة القضائية المنصوص عليها في المادة 161 من ق.م.ج عن طريق إبرام اتفاقيات أو إن اقتضى الأمر تعديل الأنظمة المؤسسة لها بجرأة أكبر للخروج من النفق المظلم الذي يعرفه تدبير الاعتقال الاحتياطي وطنيا.
- ♦ تقوية دور ومكانة قاضي تطبيق العقوبات عند زيارة المؤسسات السجنية وتمكينه من صلاحيات واسعة عند مراقبة شرعية سندات الاعتقال.
- ♦ مراجعة القانون المنظم للمجلس الوطني لحقوق الإنسان بما يتلاءم مع مكانته كمؤسسة مستقلة وتمكينه من الموارد البشرية والمالية الكفيلة للعب دوره الأساسي في حماية الحقوق والحريات على المستوى الوطني والمساهمة في إشعاع المملكة الحقوقي على المستوى الدولي في المجالس الدولية لحقوق الإنسان.

شهادة لنيل الماجستير

تحت عنوان:

«الفاضي والعقد»

نوفشت بكلية الحقوق / جامعة صفاقس

جمهورية تونس

تقدم بها الطالب

مبروك لخاوري

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: نعمان رفيف

أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق، جامعة صفاقس

2021

المقدمة

إذا كان لا ينكر تغير الأحوال بتغير الأزمان¹، ذلك أنّ الحقّ الذي انطفأ لا يمكن أن يعود للحياة² فإنه لا خلاف في أنه يجب الأخذ بالعقد في جميع أبعاده القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية والفلسفية لكون الحقوق الذي لا يعلم إلا القانون جاهل بالقانون³.

لما كانت النظرية العامة للعقد سليمة النظرية العامة للالتزام، فإن العقد يعد أهم مصدر من مصادر الالتزام⁴. وعلى أهميته فإن المشرع التونسي شأنه شأن أغلب التشريعات العربية والمقارنة لم يعرف المقصود بالعقد، ذلك أنه من المعلوم بداهة أن تترك التعاريف عادة للمجهود الاستنباطي للفقه، نجد جانباً منه يعرضه على أنه: "عبارة عن اتفاق بين إرادتين فأكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وآثارها"⁵. على أن هذا التعريف المقدم وإن تواتر استخدامه لدى الشراح فإنه قد لقي تقريضا من جانب آخر من الفقه، إذ يبدو أن جعل مفهوم العقد مرادفا للاتفاق لا يحظى بالإجماع⁶، ومن ناحية ثانية يبدو أن دقة المفهوم تجد كيانها من خلال تأصيله وظيفيا، لينعقد الرأي على اعتباره: "توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء معايير قانونية"⁷. وأيا كان من

¹ ترجمة خاصة للأستاذ محمد العربي هاشم للفصل 656 من المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود لسنة 1899. قارن المادة 39 من مجلة الأحكام العدلية/المجلة العثمانية. "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان". قارن محمد العربي هاشم، التقرير الافتتاحي، تأثير القرن العشرين في القانون التونسي الخاص، مجموعة لقاءات الحقوقيين، تونس، 2000، ص. 16.

L'article 656 de l'avant-projet du Code civil et commercial Tunisien, discuté et adopté, imprimerie générale, 1899, p. 259
« Les règles de droit ne sont pas absolue et changent avec les circonstances qui les ont fait naître et l'utilité qui en est la cause ».

أنظر: كمال شرف الدين، تقديم مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد العربي هاشم، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006.

² أنظر: الفصل 653 من المشروع التمهيدي، لم.إ.ع. أنف الذكر، ص 259.

³ تعقيب مدني صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، عدد 2289 مؤرخ في 2017/03/02، منشور على موقع محكمة التعقيب، وأيضا بالتقرير السنوي لمحكمة التعقيب لسنة 2017، ص 140 وما بعدها، وبقرارات الدوائر المجتمعة 2016-2019، ص 94.

⁴ أنظر: حول مفهوم ومصادر وأحكام الالتزام في التشريع التونسي، علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش، 2014-2015؛ خليفة الخروبي، قانون مدني، أوصاف الالتزام، مجمع الأطرش، 2008؛ منجي طرشونة، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، دروس مرقونة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة 1992-1993.

⁵ محمد الزين، قانون مدني، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الوفاء، تونس، سبتمبر مطبعة 1997، ف. 33، ص 39. أنظر في نفس الاتجاه:

S. GUNCHARD et T. DEBARD, *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 2017, p. 295 et s.; G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 10^{ème} éd., PUF, 2014, p. 257 et s.

⁶ أنظر للتفصيل:

Youssef GUENZOU, La notion d'accord en droit privé, préf., Charley Hannoun, L.G.D.J., 2009.

⁷ أنظر للتفصيل:

أمر فإننا نجد فقه القضاء التونسي يوفر تعريفا للعقد، اعتبر أنه عبارة عن: "التقاء إرادتين أو أكثر لإنشاء التزام قانوني من خلال التصريح بالرضا الذي ينبنى عليه العقد تصريحاً معتبراً وفق ما نص عليه الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود...."¹. وينتهج الفقه الحديث معيار محل العقد وهدفه لتقديم تقسيم منهجي وواضح للعقود². وأمام غياب مفهوم تشريعي للقاضي، يمكن تعريفه بأنه الذي عُيّن بمقتضى أمر من رئيس الجمهورية بناء على ترشيح من المجلس الأعلى للقضاء بغية فصل النزاعات³. ومن ثمة ومن هذا المنطلق ينعقد الرأي على حتمية تدقيق طبيعة العلاقة بين القاضي والعقد، ذلك أن الرابطة التعاقدية تحكمها ثلاثية مفترضة التجانس وهي الحرية والمساواة والمسؤولية⁴ والتي يمكن تلخيصها في الحقوق والالتزامات الأمر الذي يجعل منهم قضاة أنفسهم. حيث يترتب على ذلك من حيث المبدأ أطراف العقد هم فقط للذين لهم السلطة في تقرير شروط العقد كما يمكنهم بعد ذلك التدخل فيه سواء لتعديله أو نقله أو إلغائه، وهذا يعني أن القاضي يبدو للوهلة الأولى مستبعداً من هذه العلاقة الحصرية الملزمة للأطراف المتعاقدين على اعتبار وأن القوة الإلزامية للعقد تتأصل من ذاتية أطرافه ولا يكون للقانون من وظيفة إلا إكسائه بالصيغة التنفيذية فالقانون لا ينشئ الالتزام بل يعترف به ويضمنه. على أنه على الرغم من هذه الأهمية التي لا جدال فيها لاستقلالية الإرادة إنه لم يحتفظ بها كأساس للعقد بسبب التشكيك في استقلاليته والتي تم وصفها بأنها إساءة للروح الفلسفية التي بنيت عليها، لينعقد الرأي على أن إشراف الدولة يشكل ضماناً للفرد سيّما وقد بثت في مختلف القواعد التعاقدية التنظيمية موجّهات سلوكية كالنظام العام والأخلاق الحميدة⁵، بالإضافة إلى التنامي المطرد لعقود الإذعان⁶. ففكرة استقلال الإرادة، التي هيمنت على قانون العقود، وتخطت الأطر التعاقدية، "ظلت غير واعية بذاتها"⁷. ومن المفارقات أن

J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *La formation du contrat*, Tome 01 : le contrat – le consentement, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 2013, n° 37 et s., p. 27 et s. ; S. LEQUETTE, « la notion de contrat », RTDciv 2018, p. 541 et s. ; D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion du contrat*, Préface de Y. LEQUETTE, L.G.D.J. 2020, spéc., n° 910 et s., p. 533 et s., spécial., n° 916, p. 535.

¹ تعقيب مدني عدد 70947 مؤرخ في 2020/09/30، منشور بالتقرير السنوي لمحكمة التعقيب التونسية لسنة 2020، ص. 116 و 117.
² أنظر: حول نقد المعايير التقليدية في تقسيم العقود، نعمان الرقيق، العقود الخاصة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2022، ص. 14 و 15، ف. 09 و 10.

³ أنظر الباب الخامس من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، والباب الرابع من دستور 2022 والقانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/07/17 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاء، والتنقيحات الطارئة عليه.
⁴ أنظر في نفس الاتجاه:

D. MAZEAUD, « *Le juge et le contrat : Variations optimistes sur un couple illégitime* », in *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235 et s., spécial., n° 03, p. 236.

⁵ أنظر في نفس الاتجاه:

N. REKIK, *L'ordre public et le contrat civil*, préf., M-K CHARFEDDINE, éd., LATRECH, Tunis 2015, spécial., n°15, p. 17.

⁶ أنظر للتفصيل:

N. REKIK, « *Les clauses abusives et la protection du consommateur* », *Etudes juridiques*, n° 07, 2000, p. 111 et s.

⁷ أنظر:

V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., 1980, p. 71.

GOUNAUT، أحد أشدّ المنتقدين لمبدأ سلطان الإرادة، هو من أعاد النقاشات الفقهية إلى أوجها¹. كان النقد هو المهيمن على الرغم من أنّ تعميم تعبير "سلطان الإرادة" يعود اليه.

من خلال نوع من التأثير المرتد، تم تقديم نظرية سلطان الإرادة التي انتقدها، باعتبارها النظرية التقليدية للعقد حتى أصبحت حجر الأساس والمحور الذي تدور حوله المبادئ الأساسية للعقد كالحرية التعاقدية والقوة الملزمة والأثر النسبي. ومع ذلك فإن انتقاداته احتوت على بذور أزمة العقد التي كانت على وشك الانفجار² التي يعود تاريخها إلى بداية القرن العشرين، مع ظهور ما يسمى بعقود الإذعان³ فاختلفت النظريات على أنّ تلتقى في مسألة أساس استقلالية الإرادة⁴، حيث طرح النقاش حول طبيعة هذه الأزمة أي أزمة يمكن أن تكون؟⁵. ومنذ ذلك الحين، لم تعد لاستقلالية الإرادة عقيدة متعالية حيث فسحت نظرية سلطان الإرادة المجال لنظريات أخرى تطرح روى مختلفة منافسة للعقد. وتمت إعادة النظر في العلاقة بين القانون والقاضي والعقد: ففي حين كان للقانون، في النظرية التقليدية دور سلبي فقط في حماية الحرية الفردية فإنه في مذهب القرن العشرين اضطلع بدور إيجابي، وأصبح أداة مباشرة لخدمة الدولة التي تنوي التوجيه، أو على الأقل توجيه السلوك الفردي، وريث العقد الاجتماعي⁶.

النظرية الأولى فقد تزعمها Kelsen، الذي أكد على أهمية دور القانون في القوة الإلزامية للعقد حيث يعرف العقد على أنه قاعدة، أكثر من كونه تلاقى إرادات فهو مجرد إجراء لإنشاء القاعدة. ولكن هذه القاعدة التعاقدية أقل درجة بالمقارنة مع القاعدة أو الأمر الذي يحدد الاتفاقية كإجراء لإنشاء معايير القانونية⁷. أما

¹ أنظر:

E. GOUNAUT, *Le principe de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, DIJON, 1912.

² أنظر: GALBOIS -LEHALLE, *La notion du contrat*, ibidem, n° 12, p. 09..Cf. D

³ أنظر:

R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229 ; L. JOSSERAND, « *Le contrat dirigé* », DH. 1933, chron., p. 89 ; « *Le contrat forcé et le contrat légal* », DH 1940, p. 5 et s ; R. MOREL, « *Le contrat imposé* », in *Le Droit privé français au milieu du XX siècle ; études offertes à G. Ripert*, t. II, LGD], 1950, p. 116 et s.

⁴ قارن:

Cf. Diane GALBOIS -LEHALLE, *La notion du contrat*, ibidem, n° 13, p. 10-11.

⁵ أنظر:

F. TERRÉ, « *Sur la sociologie du contrat* », Arch. Phil. Dr. 1968, p. 71 et s.

⁶ أنظر:

Ch. JAMIN, « *Quelle nouvelle crise du contrat* », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, coll., Thèmes, 2003, p. 07, spécial., p. 9-10.

⁷ أنظر: H. Kelsen, « *La théorie juridique de la convention* » Arch. Phil. Dr. 1940, p. 33 et s.

النظرية الثانية، فقد بلورت مع ROUHETTE، الذي قام بتوسيع فصائل التحاليل الانشائية معتبرا أن العقد بمثابة فعل منتج لقواعد ثنائية، يستمد قوته الملزمة لا من الاتفاق وإنما من القيمة الإلزامية التي يمنحها القانون للاتفاق¹. ومع ذلك فإن أزمة جديدة، قد بانت مطلع فجر القرن الواحد والعشرين بظهور تحد جديد للنظرية العامة للعقد، تمثل في مبدأ التضامن²، وهو مبدأ قديم متجدد، دافع عنه SALEILLES وخاصة، DEMOGUE اللذان اعتبارا أن الأطراف المتعاقدة تشكل نوعا من العالم المصغر، يجب العمل على تحقيق الأهداف المشتركة وهي مجموع الأهداف الفردية التي يسعى إليها كل فرد. على أن فكرة التضامن التي دعا إليها كل من JAMAIN و MAZEAUD في نهاية القرن العشرين تهدف إلى القطع مع المقاربة الارادية للعقد³، من خلال وضع ثقل التركيز على الانصاف ومبدأ حسن النية وهو ما سيساهم في إنشاء ظاهرة تغير المناخ في قانون العقود⁴.

وإذا كان العقد اليوم يتعرض إلى هجوم بوصفه نموذج مثالي للفكر القانوني فإنه من البديهي أن هذه المقاربة تعطينا من البحث عن أسس لإضفاء الشرعية على تدخل القاضي في المحتوى التعاقدي، ذلك أن إصباغ العقد ببعد موضوعي ينضاف إلى نظيره الذاتي يسمح بالنظر إلى العقد من منظور وزاوية مزدوجة فهو ذو أبعاد ذاتية لأنه ثمرة توافق فكري ولكنه أيضا ذو أبعاد اقتصادية-مالية، تحفز حضور القاضي لفرض التوازن العقدي أين يتأصل هذا الحضور بصرف النظر عن هذه الازدواجية في الأبعاد في مختلف النزاعات الناجمة عن العقد بدءً بالتكوين، مروراً بالتنفيذ وصولاً إلى الانقضاء.

¹ أنظر:

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965. Adde, du même auteur: « *La force obligatoire du contrat, Rapport français* », in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s ; « *Brefs propos sur le volontarisme contractuel* », in *Mélanges Denis Tallon, Société de législation comparée*, 1999, p. 317 et s. la présentation de sa thèse ; L. CASTRO, « *Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat* », Arch. Phil. Dr. 1968, p. 51 et s., et plus généralement pour une présentation de son œuvre, v. Association H. Capitant (dir.), *Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2013, et plus spécialement en droit des contrats, F. CHÉNEDÉ, « *La notion de contrat* », in *Hommage à Georges Rouhette*, ibidem. p. 25 et s., p. 36, p.87, p.88.

² أنظر:

Ch. JAMIN, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in *Le contrat au début du XXI siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s ; Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003 ; D. MAZEAUD, « *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle?* », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 et s. 99. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, A. Rousseau, 1932, n° 3, p. 9.

³ أنظر:

Ch. JAMIN, « *Quelle nouvelle crise du contrat* », précit., p. 13.

⁴ أنظر:

A. BÉNABENT, « *Observation finales* », in dossier « *Les prérogatives contractuelles* », R.D.C 2011/02, p. 746 et s., « ...un phénomène de changement climatique en droit des contrats ».

فما هي حقيقة دور القاضي في العقد؟

إن أحد الاتجاهات الرئيسية المستحدثة في القانون الخاص هو تعزيز صلاحيات القاضي فعلى المستوى الدولي غالباً ما يفهم هذا التعزيز ضمن المصطلح الإنجليزي "التقدير القضائي" أو "السلطة التقديرية للقاضي"¹، فكثيراً ما يشكل هذا المفهوم نقطة انطلاق النقاشات الفقهية حول صلاحيات القاضي في النظرية العامة للعقد²، ويقع التمييز بين السلطة التقديرية الخاضعة للرقابة والسلطة التقديرية المطلقة لقضاة الأصل³. ونسجل تعقيداً مضافاً لبيان كنه هذه السلطة وحدودها خاصة فيما يتعلق بتطبيق المفاهيم ذات المحتوى الغير محدد كالمعايير القياسية أو المفاهيم الإطارية⁴. ومن المؤكد أن المعيار المميز والمحدد لهذه السلطة التقديرية، هو مجال الوقع والقانون باعتبار أن التمييز بينهما موجود باستمرار في طرائق الاستدلال القانوني⁵.

ومن هذا المنطلق فإن رفع اللثام عن حقيقة دور القاضي في المادة التعاقدية يقتضي بالضرورة تدقيق دوره في تقدير مدلول الإرادة التعاقدية (الجزء الأول)، ثم التعرض إلى دوره في مرحلة تنفيذ العقد (الجزء الثاني).

نافلة القول، تعهدت فرضية البحث بإقامة الدليل على تهافت الأبعاد الذاتية للعقد وما انجر عنها من تقديم الحرية التعاقدية في قالب "سلطان" ينهل منها ويغذيها ويحفزها على التصدي لكل تدخل خارجي ليفسح المجال طوعاً وكرهاً إلى القاضي ويعهد إليه بإقامة ميزان العدل بين مختلف المصالح المتناقضة وقد أثبت البحث في كل مراحله صحة هذا الطرح. فلما كانت النظريات القانونية هي في كنهها تقوم على فنّ التجميع بين المتناقضات فإن النظريات الذاتية والموضوعية هي الأحقّ بهذه المعالجة الفنية وإذا كان العقد ثمرة توافق إرادي، فإن ذلك لا يبرر تغلب بعده الذاتي- النفساني على بعده الموضوعي-الاقتصادي وإنه مما لا شك فيه أن تحقيق التوازن بين هذه المتناقضات يفترض بالضرورة تدخلاً خارجياً لتحقيقه. مثلما أنه لا مندوحة من القول بأن تدخل القاضي في العقد أصبح معطى مسلماً به فرضته حتميات المقاربة التعاقدية القائمة على اختلال موازين القوى بين أطراف

¹ يعود أصل مصطلح السلطة التقديرية للقاضي إلى المصطلح الإنجليزي، «Judicial discretion»، أو «Discretionary power of Judge» C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat*, ibidem, n° 09, p. 20.

² أنظر حول مفهوم التقدير قرار الدوائر المجتمعة عدد 305 مؤرخ في 2012/12/27، قرارات الدوائر المجتمعة 2012، ص. 59.

³ أنظر:

B. HESS, « Judicial Discretion », in M. STROME, B. HESS, (dir.), *Discretionary power of Judge : Limites and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 45 et s ; Cf. A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse, Strasbourg, Préface D. SIMON, Bruxelles, 2010, n° 28, « ...absence d'une définition communautaire de cette notion ».

⁴ أنظر حول التمييز بين المعايير القياسية Les standards juridiques والمفاهيم الإطارية les notions cadres والمفاهيم ذات المحتوى المتغير les notions à contenu variables، مبروك ظاهري، القاضي والعقد، مذكرة للحصول على شهادة مجسّار بحث في القانون الخاص تحت إشراف العميد نعمان الرقيق، كلية الحقوق بصفاقس 2024-2025، ص. 209 وما بعدها.

⁵ أنظر:

C. ATIAS, *Devenir Juriste*, Le sens du droit, LexisNexis, 2011, n° 153, p. 186, « ...la distinction du fait et du droit est constamment présente dans le raisonnement juridique ».

الرابطة التعاقدية، وما يترتب عنه من أنانية وانتصار للمصلحة الفردية-الذاتية على حساب المصلحة الموضوعية-المشتركة إذ لا مراء من التأكيد على أننا نسجل توسعا للمدّ التوجيهي-الحماي الذي أصبغه المشرع على المقتضى التعاقدى انتباه منه إلى قصور البعد الذاتى على ضمان التوازن والاستقرار التعاقدى. وترتبا عما سبق الإلماع اليه، فإنه لا غرو بأن القاضي أصبح طرفا ثالثا في العملية التعاقدية، وهذا الاعتراف إنما استبان من خلال ما رصدناه من صحوة لبركان فقه قضائي، عكس ثورة تارة هادئة وطورا حثيثة على المعطيات التشريعية والتعاقدية بان فجرها في مطلع تسعينات القرن الماضي وتأكدت هذه الصحوة من خلال جرأة فقه قضاء محكمة التعقيب في مناشدة المقاصد التشريعية الهادفة حتى في غياب نص صريح يمنح تفويضا تشريعا للقاضي للتدخل لإثراء المحتوى التعاقدى حيث يستبان عند أول انتباه أنه من المبادئ الراسخة فقها وقانونا أن العدالة لا تقوم بالضرورة على العقد الذي تأكد لنا أنه لا يمكن إلا أن يدعم الحد الأدنى منها دون أن يفقد فضائله الاقتصادية والاجتماعية ولذلك فإنه يجوز حينئذ التأكيد على أن القاضي هو الأقدر على تحقيق العدالة التعاقدية والعقدية الناجعة والمدروسة. ويبدو أن وصف وتقييم حيوية ومشروعية وشرعية سلطة القاضي في التدخل في المحتوى التعاقدى في القانون المعاصر، سواء كان ذلك بموجب تفويض تشريعي أو إذا ما فوض نفسه بنفسه كان انطلاقا من افتراضين لا يستتبع أحدهما الآخر: الأول هو " الشعور بالقياس «sens de la mesure» " الذي يحفز القاضي فيما يتعلق بمبدأ وطريقة السلطة الممنوحة له بالقانون، بشكل مباشر أو غير مباشر ثانيا، وهو الأهم أننا سجلنا روح انتقامية للقاضي التونسي، «esprit de revanche»، التي تدفع به إلى التدخل في العقد على الرغم من المقتضيات التعاقدية أو التشريعية التي قد توحى باستبعاده من الحقل التعاقدى أين تتسارع الشواهد وتتسابق لتؤكد هذا الطرح أين وقفنا على تحول فقه قضائي في فلسفة تفسير العقد من الأخذ بالمنهج الموضوعي، وما يعكسه من تشبث بالقوة الملزمة للعقد عتبة المعنى المباشر للفظ نحو الإقرار بإمكانية تأويل الإرادة الواضحة وهو ما يفيد ازدواجية منهجية التأويل القضائي القائمة على المزاجية بين مختلف مناهج التفسير مما يسمح من خلاله بتدخل القاضي لإثراء المحتوى التعاقدى وقد تأكدت هذه الازدواجية أيضا من خلال معاناة منهجية التكييف/الوصف في فقه قضاء محكمة التعقيب أين سجلنا محاولة في التوفيق بين المعايير الذاتية والموضوعية لتكييف العقود وفسخ المجال أمام محكمة الأصل لتنتقي الأقوم. مثلما استبان الموقف الإيجابي لفقه الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الذي يسير بخطى حثيثة نحو تثبيت صلاحية محاكم الأصل في مراجعة المحتوى التعاقدى وإثرائه بمضافات التنفيذ التي تجد أساسها في مبدأ حسن النية وما يفرضه من تنفيذ مع تمام الأمانة ناهيك عن الدور الوظيفي للمفاهيم الغير محددة، التي تسمح بتوسيع آثار العقد ونطاقه من قوة ملزمة وأثر نسبي. ناهيك على أن المراجعة القضائية للعقد تتأصل بداهة إما من خلال تفويض القانون أو من خلال تأويله وهو ما يفيد أن القاضي يستوظف الأحكام التشريعية كمنطلقات لإضفاء الشرعية على تدخله، وهو ما يستروح من خلال جرأة فقه قضاء محكمة التعقيب التي انتهت مؤخرا لقبول فكرة المراجعة القضائية للعقد بسبب الظروف الطارئة، بعد ما مهدت مواقف الدوائر المجتمعة الطريق للرقابة القضائية على المحتوى التعاقدى. يستبان مما سبق الإلماع اليه، الدور الوظيفي-الإنشائي للقاضي في تحقيقا التوازن العقدى بين أطراف الرابطة التعاقدية والذي لا يعدو إلا أن يكون توازنا ماليا .

فاستقلالية الإرادة وهي مسألة مشكوك فيها، لا تعني استقلالها عن الإرادة التشريعية. ذلك أن مقاصد المشرع لا تهدف في كثيرها إلى الانتصار لطرف على حساب الآخر وإنما تتأصل على نحو قياسي في البحث عن التوازن وتستروح هذه المقاصد الهادفة من خلال التفويض التشريعي للقاضي للتدخل وترميم هذا التوازن كلما اختل ويتأكد ذلك من خلال ما سجلناه في فنّ سبك القواعد القانونية، التي منحت القاضي سلطة تقديرية للتدخل في المحتوى التعاقدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة وتتعلق الفرضية الأخيرة وهي الأكثر دقة في أسلوب الصياغة المرنة للقاعدة التشريعية التي تمنح مجالاً رحباً للقاضي للاجتهاد وتوقيع بصمته في استنباط مقاصد المشرع وإخراج النصوص التشريعية من الجمود إلى الحركة ومن التصلب إلى المرونة من خلال أقلمتها وتكييفها مع التطورات المطردة ولا يتأصل هذا الدور الإنشائي - الخلاق فقط من خلال تأويل الأحكام التشريعية بل أيضاً من خلال تأويل المفاهيم الغير محددة أو الغامضة، فالغموض (المقصود) هو أحد أبرع فنون الصياغة التشريعية والتي لا يغيب عنا أنها سنّت لتتكيف وتتطور في مفاهيم وظيفية تتسع لاستيعاب التطورات. وأيا كان من أمر، فإن التفويض التشريعي للتدخل القضائي في العقد لا يطرح إخراجاً بقدر ما يتأصل في تدخل القاضي من خلال تأويل الأحكام التشريعية أين استبان التباين لا فقط فيما يتعلق بتفسير العقد أو مراجعته وإنما أيضاً من خلال تطبيق الأحكام التشريعية المتعلقة بفسخه فبعد أن استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على قراءة مألوفة لأحكام الفسخ تؤكد أسبقية الغصب، تحول فقه القضاء نحو تأكيد حق الدائن في الخيار بين الغصب والفسخ على أنه استبان أنه مجرد خيار إجرائي. ذلك أنه يخضع لرقابة المحكمة التي لها الصلاحية في التثبت من شرعية طلب الفسخ. ويبيّن هذا الطرح لاستجابة تشريعية لتطعيم المنظومة القانونية بما يحفز الحضور القضائي للتدخل في كل أزمات العملية التعاقدية بصورة صريحة ولكن معقنة وممنهجة ولما لا الاستئناس لما انتهت إليه التشريعات المقارنة من ذلك القانون الفرنسي الذي قلّص بشكل أو بآخر من الأدوار الريادية لأطراف الرابطة التعاقدية وعزز بمضافات تشريعية صريحة وضمنية من دور القاضي في النظرية العامة للعقد انتباهاً واعترافاً منه بقصور الانحياز إلى الأبعاد الذاتية للعقد عن ضمان التوازن والاستقرار التعاقدي ديدنه في ذلك نجاعة ومنفعة اقتصادية قصوى للعقد. مثلما أنه من المتجه الاستئناس بالتشريعات المقارنة التي جمّعت مختلف التقنيات الخاصة في مجلة مدنية موحدة، تجمع مختلف فروع القانون الخاص مما تحقق مقروئية الأحكام التشريعية ويوحد مقاصد المشرع في اتجاه واحد وهو ما من شأنه أن يساهم في توحيد اجتهاد المحاكم وتحقيق الأمن والاستقرار القانوني. ثم إنّ المتأمل في نشاط الدوائر المجتمعة والمنفردة لمحكمة التعقيب وما استبان منها من اجتهادات؛ يؤكد الهوان والقصور الهيكلي والوظيفي لمحكمة التعقيب أثر بالسلب على الصناعة القضائية وحقوق المتقاضين من أحكام انطباعية وأزمنة قضائية مطولة بالرغم مما ندر منها من اجتهادات خلاقة وعليه فإن الرأي ينعقد على التوصيات التالية: إن راهنية المنظومة التشريعية وما انتابها من غموض وهنّات يحفز مسؤولية الاستجابة القضائية وأقلمة الأحكام التشريعية وتكييفها مع المتغيرات وإنّا نطلعنا بعد صدور ثلاثية التقارير السنوية لمحكمة التعقيب، بالإضافة إلى مجموعة أعمال ملتقيات نظمها محكمة التعقيب، " محكمة التعقيب حتمية التطوير ضماناً لجودة العدالة " خاصة التقرير السنوي لسنة 2017 وما

تضمنه من انتباه للمعوقات ومن تطلع للأفق واستشراف المستقبل باقتراحه لتعديلات للأطر التشريعية؛ مضمونيا وهيكليا ووظيفيا إلا أنها بقيت طيّ التناسي والنسيان.

صفوة القول، إنه من المتعين الالتفات إلى إصلاحات تشريعية كبرى، ذلك أنّ "لقضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فأفهم إذا أدلي إليك؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له...، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك، وهديت لرشدك، أنّ تراجع الحق؛ فإن الحق قديم لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل".