

العدد الثامن _ أكتوبر 2020



مجلة المحاميين للدراسات القانونية والقضائية



المدير المسؤول : ذ. ياسين الصبار
مدير التحرير : ذ. عمر الموريف
المشرف الفني : ذ. عز الدين الفوساني

مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية، مجلة علمية
إلكترونية تعنى بنشر المقالات والأبحاث ذات الصلة بمجال
القانوني والقضائي، تصدر كل ثلاثة أشهر على الموقع
الإلكتروني:

www.maroclaw.com

المدير المسؤول : ذ. ياسين الصبار

رئيس التحرير : ذ. عمر الموريف

الإشراف الفني : ذ. عز الدين الغوساني

البريد الإلكتروني للمجلة :

ALMOUMARIS@GMAIL.COM

الهاتف :

06.51.06.05.32

الإيداع القانوني للمجلة :

ISSN : 2605-7670

كل الحقوق محفوظة ©

الإفتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم ، و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين و آله و صحبه أجمعين ، أما بعد .

يسر إدارة و طاقم مجلة الممارس للدراسات القانونية و القضائية أن يضع بين أيدي القراء و المتتبعين الأوفياء العدد الثامن لشهر أكتوبر 2020.

يأتي هذا العدد في ظل مايعيشه العالم جراء جائحة فيروس كورونا وكذا الدخول الجامعي الإستثنائي ببلادنا ، أملين أن يكون هذا العدد في مستوى تطلعات قراءنا الأعزاء لتقريب المعلومة من الطلبة و الباحثين و المهتمين بالشأن القانوني و القضائي .

ولا ننسى أن نتقدم بالشكر لكل الباحثين و الممارسين الذين أغنوا هذا العدد بمقالاتهم و أعمالهم العلمية ، و نشكر كذلك كل من يسهر و يكد و يجد ليخرج أعداد مجلة الممارس من في أبهى حلة .

تمنياتنا بالتوفيق لجميع الباحثين و المهتمين ، و قراءة ممتعة .

ذ عز الدين الغوساني

المشرف الفني لمجلة الممارس.

اللجنة العلمية :

- ❖ د . عبد اللطيف الشنتوف (رئيس نادي قضاة المغرب)
- ❖ د . نور الدين الفقيهي (أستاذ جامعي)
- ❖ د . محمد الزهراوي (أستاذ جامعي)
- ❖ د . نور الدين الرحالي (أستاذ جامعي)
- ❖ د . عبد الإلاه المحبوب (أستاذ جامعي)
- ❖ دة . زهيرة فونتير (أستاذة جامعية)
- ❖ د . محمد بن التاجر (أستاذ جامعي)
- ❖ د . عبد الله فرح (مستشار بمحكمة النقض)
- ❖ ذ . البشير بن إسماعيل (نائب وكيل الملك)
- ❖ ذ . عزيز بنطلبة (محام)
- ❖ ذ . عبد الغني قاسيمي (مفوض قضائي)
- ❖ ذ . محمد الزكراوي (إطار بوزارة الداخلية)

اللجنة الاستشارية :

- + عز الدين الغوساني (أستاذ السلك الإبتدائي وباحث في القانون العام)
- + جواد خربوش (باحث بسلك الدكتوراه)
- + محمد عيشوش (باحث بسلك الدكتوراه)
- + محمد القاسمي (باحث قانوني)
- + محمد جحا (خريج سلك الماستر)
- + يونس لعناني (خريج سلك الماستر)
- + ادريس الشنقوي (باحث قانوني)
- + عبد الرحمان الباقوري (باحث قانوني)

قواعد النشر بالمجلة :

- أن يكون البحث أو المقال له صلة بالمجال القانوني أو القضائي
- أن يكون البحث أو المقال غير منشور سابقا في مجلة أو موقع
- أن يكون البحث أو المقال مستوفي للشروط المتعلقة بالمنهجية
- أن يكون البحث أو المقال محترما للأمانة العلمية
- أن يرسل المقال أو البحث في صيغة word
- أن توافق اللجنة العلمية والاستشارية على المقال أو البحث
- لا تتحمل المجلة التجاوزات التي يقوم بها صاحب المقال
- لا تعتبر المقالات المنشورة بالمجلة إلا عن رأي أصحابها
- أن يكون البحث أو المقال مرفقا ببطاقة تعريفية للكاتب
- إرسال المقال أو البحث للبريد الإلكتروني للمجلة :

Almoumaris@gmail.com

فهرس المحتويات :

الصفحة	الكاتب	عنوان المقال
7	عبدالحق الناظر	الصلاحيات الجديدة لقاضي تطبيق العقوبات : دراسة في ضوء مشروع قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي المغربي
22	عبد الهادي رشدي	تأثير جائحة كورونا على المعاملات العقارية
38	إلياس البوعناني	إشكاليات دعوى الحيازة و آثارها على الأمن العقاري المغربي
58	عماد أكضيض	الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الموتى بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المغربي والمقارن
90	مصطفى معتبر	أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المغربي
116	محمد فوندو	دعوى القسمة العينية للعقار غير المحفظ
138	جواد خربوش	حسن النية في العلاقات الاقتصادية

158	نهاد الغوتي	الشرعة الدولية للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية
169	عبد الهادي هزاع درعه	مسؤولية القطاع الصحي القطري عن حسن الرعاية الصحية
184	ياسين أدليمي	المسؤولية التأديبية على عمل الموثق وفق القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق

عبدالحق الناظر

طالب باحث في صف الدكتوراه

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

الصلاحيات الجديدة لقاضي تطبيق العقوبات : دراسة في ضوء مشروع قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي المغربي

أمام الانتقادات اللاذعة التي وجهت لمؤسسة قاضي تطبيق العقوبات في منظوماتنا القانونية، بالنظر للحيطه والحذر التي اتخذها المشرع المغربي في إسناد المهام لهذه المؤسسة والتي لا تخرج عن مهام وصلاحيات ذات صبغة اقتراحية إدارية تقتصر في مجملها على زيارة المؤسسات السجنية ووضع تقارير بتلك الزيارة، دون أية صلاحية بالتدخل في أسلوب تطبيق العقوبة من شأنها أن تؤثر في مصير المدان، كان لا بد أن يتدخل المشرع المغربي بموجب مشروع قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي من أجل توسيع صلاحيات هذه المؤسسة وعيا منه بأن الاقتصار على إنزال العقاب بإعمال تقنية العقوبة السالبة للحرية أضحي في الوقت الراهن منظورا متجاوزا، بل الأهم من ذلك هو مراعاة البعد الإنساني عند تقدير العقوبة واستبدال التصور الانتقامي للعقوبة بتدابير تهدف أولا وقبل كل شيء إلى إصلاح الجاني وتقويم سلوكه في انتظار إعادة إدماجه بشكل إيجابي ومنتج في المجتمع، وهو ما استلزم بالطبع إقصاء الجزاءات التقليدية، وعلى الخصوص العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وإقرار بدائل جديدة لهذه الأخيرة كخيار استراتيجي يعول عليه لتجاوز الفشل الذي برهنت عنه سياسة العقاب، وللتخفيف من حدة الآثار السلبية لسياسة الزجر والردع، بالإضافة إلى إقرار اختصاص قاضي تطبيق العقوبات بالبت في طلبات رد الاعتبار القضائي، وكذا السهر على مراقبة قرارات التخفيض التلقائي في العقوبة، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى فعالية هذه الصلاحيات

الجديدة ودورها في تفعيل مؤسسة قاضي تطبيق العقوبات أسوة ببعض التشريعات المقارنة؟

ذلك انه بالقراءة المتأنية للفقرة الأخيرة من المادة 596 من ق.م.ج التي جاء فيها بأن "قاضي تطبيق العقوبات يمارس مهامه حسب هذا القانون وكذا بموجب أي نصوص أخرى" تسمح لنا بالقول أن الاختصاصات القضائية المنوطة بهذه المؤسسة سوف تتعزز مع صدور مدونة القانون الجنائي الجديدة، وهو الأمر الذي تحقق مع صدور مشروع القانون الجنائي الذي جاء ولأول مرة بما يعرف بالعقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية في الباب الأول مكرر بموجب المواد 1-35 إلى 35-15 (الفقرة الأولى)، ناهيك عن تدعيم سلطات هذه المؤسسة بصلاحيات أخرى جديدة-كما سبقت الإشارة- تجد مجالها في مقتضيات مشروع قانون المسطرة الجنائية ويتعلق الأمر بالسهر على مراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة وكذا البث في طلبات رد الاعتبار القضائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : سلطة قاضي تطبيق العقوبات على تنفيذ وتتبع العقوبات البديلة كما سماها المشرع

لقد أقر مشروع القانون الجنائي لأول مرة العقوبات البديلة-مع التحفظ- إلى جانب العقوبات الأصلية والإضافية المعمول بها في القانون الجنائي ساري المفعول والتي يمكن الحكم بها كبديل للعقوبة السالبة للحرية، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول هذه التسمية هل هي عقوبة بديلة فعلا أم تدبير؟ (أولا)، ثم ماهي أنواع هذه العقوبات البديلة التي جاءت بها المسودة وسلطة قاضي تطبيق العقوبات بشأنها (ثانيا).

أولا: مفهوم العقوبات البديلة

بالرغم من العيوب التي تشوب العقوبات القصيرة المدة فلا زال المشرع المغربي يعمل بهذه العقوبات، وإن كانت التجربة الميدانية قد أثبتت عجزها وقصورها في أداء وظيفتها ومحدودية نتائجها، لاسيما أمام ارتفاع معدل الجريمة وعجز آليات المكافحة عن مسايرة هذا المد الإجرامي، ذلك أن الجميع فوجئ بحقيقة صادمة ونتيجة كارثية، فلا معدل

الجريمة انخفضت مستوياته، ولا المجرم من جهته ردع عن معاودة سلوكه الإجرامي، ولا المؤسسة السجنية أصبحت قادرة على تطبيق استراتيجيتها التربوية والإصلاحية نتيجة الاكتظاظ¹ إن وضعا شادا من هذا القبيل، لا يمكن إلا أن يساهم في تفاقم مظهرات أزمة العقوبات السالبة للحرية قصيرة الأمد، في مكافحتها لظاهرة الجنوح البسيط والتي تتعارض مع هدف الإصلاح والتأهيل وتفسد المحكوم عليه بدلا من إصلاحه، فهي بالنظر إلى قصرها غير كافية لتطبيق برنامج إصلاحي يستفيد منه المحكوم عليه الذي يكون عادة من المجرمين قليلي الخطورة الإجرامية فيكون لدخوله السجن آثار سيئة تمس مختلف نواحي حياته الاجتماعية، النفسية والاقتصادية، وتمتد هذه الآثار لتطال أفراد أسرته وعائلته بل والمجتمع ككل الذي يتحمل تبعه فشل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة² التي تعد سببا للعود الجنائي³.

ومن هذا المنطلق اتجهت العديد من التشريعات المقارنة إلى إقرار بدائل جديدة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة الأمد، ومنها المشرع المغربي الذي نص على العقوبات البديلة في المواد من 1-35 إلى 15-35 بحيث عرفها⁴ على أنها تلك العقوبات التي يحكم بها في غير حالات العود كبديل للعقوبات السالبة للحرية في الجرح التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها من أجلها سنتين حبسا.

¹- جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي والمقارن دراسة تحليلية وعملية، مكتبة الرشاد، الطبعة 2015، ص 17.

²- الحسين زين الاسم، إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة الموسم الجامعي 2006/2005، ص 6.

³ - Elisabeth FORTIS, la récidive, R.S.C, N°1, 2010, p : 125

⁴- تنص المادة 1-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي على ما يلي: "العقوبات البديلة هي العقوبات التي يحكم بها في غير حالات العود كبديل للعقوبات السالبة للحرية في الجرح التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها من أجلها سنتين حبسا. تحول العقوبة البديلة دون تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المحكوم عليه، في حالات تنفيذه للالتزامات المفروضة عليه بمقتضاها وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الفرع.

تحول العقوبة البديلة دون تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المحكوم عليه، في حالة تنفيذه للالتزامات المفروضة عليه بمقتضاها، وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الفرع".

كما ألزمت مشروع المسودة المحكمة عند استبدال العقوبة السالبة للحرية بالعقوبة البديلة أن تتوفر مجموعة من الشروط تتجلى في:⁵

- أن تحكم بالعقوبة الحبسية الأصلية

- أن تقرر استبدالها بعقوبة بديلة وتحدد الالتزامات الناتجة عنها

- أن تشعر المحكوم عليه بأنه في حالة عدم تنفيذه للالتزامات المفروضة عليهم فإنه سيتم تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها عليه.

لا يجوز الحكم بالعقوبة البديلة إلا بحضور المحكوم عليه في الجلسة وبموافقته، بعد إشعاره بحقه في الرفض.⁶

لكن لا بد أن نتساءل حول ما إذا كانت العقوبات البديلة التي جاء بها مشروع القانون الجنائي مصطلح مناسب؟

بالرجوع إلى المادة 14 من مسودة المشروع الجنائي⁷ نجدها قسمت العقوبات إلى أصلية وإضافية وبديلة⁸، وهكذا فواضعوا مسودة مشروع القانون الجنائي يعتبرون أن بدائل

⁵ - أنظر المادة 4-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي.

⁶ - فكيف سيتم تطبيق هذا المقتضى عمليا علما أن القانون يفرض على القضاة الحفاظ على سرية المداولات وعدم إبداء أي رأي يمكن أن يستشف منه الحكم الذي قد يصدر في القضية، فكيف سيعلم المتهم الموجود في حالة سراح مسبقا بالحكم الذي سيتم النطق به، ويلتزم بالحضور لكي يبدي موافقته على التدبير ويتعهد بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه وهل كل التدابير يجب أن يوافق عليها المحكوم عليه بما فيها التدابير الرقابية.

⁷ - تنص المادة 14 من مشروع القانون الجنائي على أنه:

"تكون العقوبات إما أصلية أو بديلة أو إضافية

فتكون أصلية عندما يمكن الحكم بها وحدها دون أن تضاف إلى عقوبة أخرى وتكون بديلة عندما يمكن الحكم بها كبديل للعقوبة السالبة للحرية وتكون إضافية عندما لا يمكن الحكم بها وحدها، وتضاف إلى عقوبة أصلية أو بديلة"

⁸ - بقراءة المادة 3-35 من مشروع القانون الجنائي، يتبين أنه لا يمكن إعمال العقوبات البديلة في أربع جرائم، لكن أليس من الأجدر هنا بالمشروع تحديد الجرائم الممكن فيها البدائل من أجل تقييد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، وليس

العقوبات هي في حد ذاتها عقوبات، ويسمونها باسم العقوبة، ذلك أن المادة 1-35 تعرف العقوبات البديلة بأنها العقوبات التي يحكم بها في غير حالات العود وكبديل للعقوبات السالبة للحرية التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها من أجلها سنتين، وما يلاحظ أن المادة لم تتحدث عن الجرح التي لا تتجاوز عقوبتها سنتين بل تقول المادة المذكورة العقوبات المحكوم بها مما يعني أن هذه العقوبات البديلة يمكن أن تطبق على جميع الجرح-إلا ما استثنى بنص- التي تصل عقوبتها إلى خمس سنوات حبسا مما يفضي إلى توسع نطاق الجرائم المعنية بهذه البدائل كما أنه من المفروض أن تكون بدائل العقوبات تدابير تحل محل العقوبة وتعوضها، لا أن تحمل هي نفسها وصم العقوبة، لذلك تحرص العديد من التشريعات على تجنب نعت التدابير البديلة بالعقوبات بل تختار لها أسماء تناسب طبيعتها وهي بدائل السجن، أو بدائل العقوبات، أو التدابير البديلة عن العقوبات فطبيعة بدائل العقوبات تأتي أن توصف بالعقوبة، لأنها تدابير ليست غايتها هي عقاب المحكوم عليه وإنما يكون غرضها هو تأهيله وتقويمه وإصلاحه، فإذا كانت متابعة الدراسة في العديد من التشريعات بديلا عن العقوبة فهل يصح أن ينعته واضعو المشروع بالعقوبة؟ ونفس الشيء يمكن أن يقال عن التكوين المهني أو متابعة العلاج النفسي أو العلاج من الإدمان؟ إنها ليست عقوبات، بل بدائل وتدابير بديلة.

ثانيا: أنواع العقوبات البديلة وسلطة قاضي تطبيق العقوبات بشأنها

بالرجوع إلى المادة 2-35 من مسودة مشروع القانون الجنائي نجدها قد حددت العقوبات البديلة في العمل لأجل المنفعة العامة (أولا)، والغرامة اليومية (ثانيا)، بالإضافة إلى تقييد بعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية (ثالثا).

أولا: العمل لأجل المنفعة العامة

إن عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة تتمتع بقيمة إصلاحية تهييية بالأساس تساعد على إدماج الجاني في المجتمع وأسرته وتحافظ على الروابط الأسرية وتحميها من التفكك

تحديد الجرائم التي لا يمكن فيها البدائل، لأن هذا المقتضى من شأنه أن يفتح المجال للبيع والشراء و يصبح في عدالة الأقوياء، فالقوي يمنحه البديل والضعيف يذهب إلى السجن ، فهل إذن الهدف من التشريع هو حماية المجتمع أم المحكوم عليهم؟

بفعل تطبيق العقوبة الحبسية، كما أنها تنفرد بقيمة اقتصادية تعفى مالية الدولة من تكاليف باهضة تخصص كميزانية لتوفير التغذية والرعاية الصحية والتجهيزات المختلفة لضمان صحة وسلامة السجناء⁹.

والمشروع المغربي في ظل المشروع الحالي للقانون الجنائي، وكذا مشروع قانون المسطرة الجنائية قد أدرك أهمية عقوبة العمل لفائدة المنفعة العامة وبات مقتنعا بأن السجن ليس الفضاء الأنسب لتحقيق مبدأ الإصلاح وإعادة الإدماج¹⁰ لاسيما في ظل الوضعية الراهنة للمؤسسات السجنية التي تعاني من الاكتظاظ ومختلف المشاكل التي تعرقل عملية الإصلاح، كما أن البدائل التقليدية المنصوص عليها في كل من القانون الجنائي¹¹ والمسطرة الجنائية، أصبحت غير كافية وغير منسجمة مع التوجهات الحديثة الرامية إلى إرساء نظرية متكاملة لبدائل العقوبات تتماشى مع مفهوم العدالة الجنائية العالمية¹².

وقد اشترط المشرع في مشروع القانون الجنائي بعدم الحكم بعقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية إلا إذا توفرت الشروط التالية¹³:

- أن يكون المحكوم عليه بالغا من العمر 15 سنة على الأقل وقت ارتكاب الجريمة

- أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنتين حبسا كما أن العمل لأجل المنفعة العامة يكون غير مؤدى عنه، وينجز لفائدة شخص اعتباري عام أو جمعية ذات منفعة عامة لمدة

⁹ - جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، مرجع سابق، ص 202.

¹⁰ يتساءل "فرانسوا فوكار"، عن الفائدة من تبني العقوبات البديلة فإذا كان المقصود هو تفادي السجن فإن هذا الحل يعتبر مقبولا، إلا أننا نخطئ إذا ذهبنا بعيدا وتصورنا أنه بإمكان هذا الحل أن يساعد المذنب على هذا الإدماج من جديد في المجتمع، إذ أن حلا كهذا ليس إلا حلا مؤقتا.

-أنظر: "فرانسوا فوكار"، العقوبات البديلة، المجلة القضائية العربية، العدد الأول، 1984، ص 393.
¹¹ - للإشارة أن التشريع الجنائي المغربي يتضمن ما يزيد عن 132 فصل ينطوي في شقه العقابي على عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة تتراوح مدتها ما بين شهر إلى 6 أشهر (الفصول 349 ق ج- 362 ق ج- 390 ق ج- 222 ق ج- 275 ق ج- 286 ق ج...) أو ما بين شهر واحد إلى سنة (الفصول 263 ج- 301 ق ج- 303 ق ج...) أو ما بين ثلاثة أشهر إلى سنة (ف277 ق ج- 282 ق ج- 320 ق ج- 322 ق ج- 348 ق ج...).

¹² - جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، مرجع سابق، ص 203.

¹³ - أنظر المادة 6-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي

تتراوح ما بين 40 و 600 ساعة¹⁴، بحيث يلتزم المحكوم عليه بتنفيذ عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة داخل أجل لا يتجاوز 12 شهرا من تاريخ صدور المقرر التنفيذي، مع إمكانية تمديد هذا الأجل، بناء على طلب من المحكوم عليه، بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات أو قاضي الأحداث حسب الحالات¹⁵.

ولعل أهم صلاحيات¹⁶ ق.ت.ع بشأن تنفيذ العمل من أجل المنفعة العامة تتجلى في كونه يقوم فور توصله بالحكم المتضمن لعقوبة العمل من أجل المنفعة العامة من لدن النيابة العامة بالاستماع للمحكوم عليه حول هويته ووضعيته الاجتماعية والمهنية والعائلية.

كما يمكنه¹⁷ أن يأمر بعرض المحكوم عليه على خبرة طبية لفحصه وتقديم تقرير عن حالته الصحية من أجل اختيار العمل الذي يناسب حالته البدنية إذا اقتضى الأمر ذلك.

يبلغ قرار قاضي تطبيق العقوبات الخاص بتنفيذ العقوبة إلى المحكوم عليه والنيابة العامة والمؤسسة السجنية التي يوجد بها رهن الاعتقال إن كان معتقلا-كما ترسل نسخة من نفس المقرر للمؤسسة التي سيؤدي بها العمل من أجل المنفعة العامة ويعمل أيضا على تهيئ برنامج دوري بالأعمال المتوفرة والمؤسسات التي يمكن أن تكون محلا لأداء عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة، ويحيل نسخة من هذا البرنامج على النيابة العامة لإبداء وجهة نظرها.

ويمكن لقاضي تطبيق العقوبات أيضا أن يقوم بزيارة تفقدية للمحكوم عليهم الذين يقضون عقوبات العمل من أجل المنفعة العامة وينجز تقريرا يحيل نسخة منه على النيابة

¹⁴ - فتحديد عدد ساعات لأجل المنفعة العامة المحكوم بها من لدن المحكمة، يقتضي كل يوم من مدة العقوبة الحسبية المنطوق بها يوازي ساعتين من العمل، مع مراعاة الحد الأقصى لعدد ساعات العمل المنصوص عليه في المادة 6-35.

¹⁵ - أنظر المادة 8-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي.

¹⁶ - أنظر المواد 1-647 إلى 7-647 من مشروع قانون المسطرة الجنائية الحالي.

¹⁷ - إن ما يلاحظ من خلال هذه المواد المنظمة لصلاحيات ق.ت.ع بشأن تنفيذ العمل من أجل المنفعة العامة، أن المشرع لم يتحدث بصيغة الوجوب في أغلب النصوص وإنما يكتفي فقط بالقول يمكن مما يعني أنه يترك سلطة تقديرية واسعة لقاضي تطبيق العقوبات في القيام بهذه الإجراءات من عدمها، الأمر الذي يتنافى مع جودة النص المفترضة في المشرع (أنظر المواد 2-647، 5-647، 6-647، 7-647 من مشروع ق.م.ج الحالي).

العامة، وفي حالة إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المحددة له في المقرر التنفيذي لأداء عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة.

يمكن لقاضي تطبيق العقوبات إصدار مقرر لوضع حد لهذه العقوبة وتطبيق حينها في حق المحكوم عليه العقوبة الأصلية الحبسية الأصلية بعد خصم ساعات العمل المؤداة. وعلى الرغم من هذه الصلاحيات المهمة المخولة لقاضي تطبيق العقوبات المتعلقة بتنفيذ العمل من أجل المنفعة العامة، فإن تنفيذ هذا العمل يقتضي عدة تدابير تطبيقية لم تشر المسودة إليها نهائيا فكيف سينفذ هذا العمل ومن سيراقب، وما هي ضوابط وشكليات التتبع؟ وماهي حالات المحكوم عليهم الذين يمكنهم تنفيذ هذا العمل ووضعياتهم الصحية ومدى قدرتهم على القيام بالعمل ومهاراتهم في هذا الإطار، وإجراءات التأمين عليهم إزاء حوادث الشغل؟ وإجراءات انتقالهم إلى مكان العمل، وكيفية تدبير أحوالهم على مستوى الأكل والتنقل...؟

إن الغموض يشوب هذا التدبير من أوله إلى آخره، والغريب إلقاء واضعي المسودة بهذه الكرة الملتهبة إلى قاضي تطبيق العقوبات، وهذا ما يجرنا إلى التساؤل التالي ماذا سيطبق هذا القاضي في غياب النصوص؟ هل سينتحل صفة المشرع ويخلق نصوصا قانونية لكي يجيب عن أسئلة التطبيق؟

ثانيا: الغرامة اليومية

تشكل الغرامة اليومية إحدى أهم العقوبات البديلة الرامية إلى تجاوز إشكالية العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة والحد من ظاهرة اكتظاظ المؤسسات السجنية، وقد عرفها بعض الفقه بأنها: "نظام يقوم على أساس إعطاء القاضي إمكانية الحكم أولا على المتهم بفترة زمنية معينة، ثم بعد ذلك يتم تقييم هذه المدة ماليا وتحويلها إلى غرامة"¹⁸.

ونظرا لأهميتها في مكافحة ظاهرة الجنوح البسيط فقد اعتمدها المشرع في المواد 10- 35 إلى 12- 35 من مشروع القانون الجنائي، معتبرا الغرامة اليومية عقوبة يمكن

¹⁸ - عبد الله درميش، مختلف أشكال بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 86، يناير 2001، ص

للمحكمة أن تحكم بها بدلا من العقوبة الحبسية، وهي مبلغ مالي تحدده ما بين 100 و 2000 درهم عن كل يوم من المدة الحبسية المحكوم بها والتي لا تتجاوز منطوقها في المقرر القضائي سنتين حبسا¹⁹.

ويلتزم المحكوم عليه بأداء المبلغ المحدد له في أجل أقصاه آخر يوم من العقوبة الحبسية المحكوم بها والواجبة التنفيذ فور صدور الحكم بها، مع إمكانية تمديد هذا الأجل بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات بناء على طلب من المحكوم عليه²⁰.

إن أول ما يلاحظ من خلال المواد المنظمة للغرامة اليومية هو أن مشروع القانون الجنائي فتح المجال للأغنياء من أجل شراء مدد حبسهم ويغلق الباب أما الفقراء الذين ليست لديهم القدرة لشراء الأيام الحبسية، إنه تمييز فيه خرق للقاعدة الدستورية التي تجعل المواطنين سواسية أمام القانون، والذي قد يصبح تشريعا يفرق بين فقراء المغرب وأغنيائه ومن المفروض أن تتصدى له المحكمة الدستورية.

وتضيف المادة 11- 35 عبارات لا معنى لها وهي "تراعي المحكمة في تحديد الغرامة اليومية الإمكانات المادية للمحكوم عليه وخطورة الجريمة المرتكبة".

ونحن نتساءل من سيحدد الإمكانات المادية للمحكوم عليه وكيف ستحدد؟ وماهي الوسائل الكفيلة بتحديدتها؟ وهل المحاكم لها القدرة والتفرغ والإمكانات لتحديد الإمكانات المادية للمتهمين الماثلين أمامها؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن مراعاة المحكمة لخطورة الجريمة المرتكبة هي عبارة فضفاضة تتعارض مع مبدأ الشرعية الذي يقتضي الدقة والوضوح والتحديد على مستوى القاعدة القانونية خاصة في الميدان الجنائي ذلك أن المادة المذكورة كان من الأجدر أن تحدد لائحة الجرائم الخطيرة وتلك التي لا تكتسي خطورة حتى تسهل المهمة على السادة القضاة من جهة وتضع حدا للتضارب والاختلاف

¹⁹-أنظر المادة 10-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي

²⁰- أنظر المادة 12-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي

فيما بينهم حول طبيعة الجريمة المرتكبة، بحيث ما يعتبره البعض منهم جريمة خطيرة يعتبره آخرون أنها لا تكتسي أية خطورة.

ثالثاً: تقييد بعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية

لقد نص المشرع على هذه العقوبات كبديل للعقوبات السالبة للحرية التي لا تتجاوز منطوقها في المقرر القضائي سنتين حسباً في المواد 13-35 إلى المواد 15-35 من المشروع، والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى اختبار المحكوم عليه والتأكد من استعداده لتقويم سلوكه واستجابته لإعادة الإدماج²¹.

ويلتزم المحكوم عليه بتنفيذ العقوبات²² التي تتضمن تقييداً لبعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية داخل أجل لا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ صدور المقرر التنفيذي مع إمكانية تمديد هذا الأجل بناءً على طلب من المحكوم عليه، بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات أو قاضي الأحداث حسب الحالات²³.

إن مدة 5 سنوات التي نصت عليها المادة 14-35 والتي يلتزم المحكوم عليه من خلالها بتنفيذ العقوبات التي تتضمن تقييداً لبعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية هي مدة طويلة في نظرنا، بل الأكثر من ذلك أن هذا الأجل يمكن تمديده إلى أجل آخر غير مسمى بناءً فقط على طلب المحكوم عليه المرفوع إلى قاضي تطبيق العقوبات.

²¹- أنظر المادة 13-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي

²²- لقد أحسن المشرع صنعا عندما عدد العقوبات التي تتضمن تقييداً لبعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية التي يمكن الحكم بواحدة أو أكثر منها وهي:

-مزاولة المحكوم عليه نشاطاً مهنيًا محدد أو تتبعه دراسة، أو تأهلاً مهنيًا محددًا
-إقامة المحكوم عليه بمكان محدد والتزامه بعدم مغادرته، أو بعدم مغادرته في أوقات معينة
-فرض رقابة يلزم بموجبها المحكوم عليه، من قبل قاضي تطبيق العقوبات أو قاضي الأحداث، إذا تعلق الأمر بحدث، بالتقدم في مواعيد محددة، وحسب الحالات، إما إلى المؤسسة السجنية أو مقر الشرطة أو الدرك الملكي، أو مكتب الموظف المكلف بالمساعدة الاجتماعية بالمحكمة.

-خضوع المحكوم عليه لعلاج نفسي أو علاج ضد الإدمان
-تعويض أو إصلاح المحكوم عليه للأضرار الناتجة عن الجريمة
²³- أنظر المادة 14-35 من مشروع القانون الجنائي الحالي .

لا يمكن الاختلاف حول أهمية العقوبات البديلة ضمن منظومتنا القانونية كحل ناجح لمكافحة ظاهرة الجنوح البسيط، وآلية حديثة للزجر والعقاب، بيد أن المشرع يجب عليه أن يتحرى نوع من الدقة والتحديد بخصوص هذه المقتضيات بما يسمح لقاضي تطبيق العقوبات القيام بتفريد العقاب على الوجه المطلوب.

الفقرة الثانية: سلطة قاضي تطبيق العقوبات في رد الاعتبار القضائي ومراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة

في ظل التوجه الجديد لمشروع قانون المسطرة الجنائية من أجل توسيع صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات، أصبح هذا الأخير يمارس مهمة البت في طلبات رد الاعتبار القضائي (ثانيا) ثم السهر على مراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة (أولا).

أولاً: السهر على مراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة

من بين أهم الصلاحيات التي أصبح يمارسها قاضي تطبيق العقوبات تلك المتعلقة بالإشراف القضائي على التخفيض التلقائي للعقوبة، ذلك أنه في ظل سياسة إعادة الإدماج أصبح بإمكان السجناء الذين أبانوا عن حسن السلوك خلال تنفيذ العقوبة الاستفادة من تخفيض تلقائي للعقوبة من طرف لجنة معينة بذلك²⁴، شريطة أن يكون الحكم حائزاً على قوة الشيء المقضي به، وأن يكون المحكوم عليه قد قضى ربع العقوبة السالبة للحرية على الأقل.

²⁴-تتكون لجنة تنفيذ التخفيض التلقائي للعقوبة من: مدير السجن- رئيس المعقل والمشرف الاجتماعي- ورئيس مكتب الضبط القضائي- وطبيب المؤسسة السجنية.

- تنص المادة 1-632 من مشروع القانون الجنائي الحالي على أنه : يستفيد السجناء الذين أبانوا عن حسن سلوك خلال تنفيذهم للعقوبة من تخفيف تلقائي للعقوبة السالبة للحرية قدره:
- أربعة أيام عن كل شهر إذا كانت العقوبة سنة أو أقل
- شهر واحد عن كل سنة أ جزء من السنة إذا كانت العقوبة المحكوم بها أكثر من سنة
لا يستفيد من التخفيض التلقائي للعقوبة المحكوم عليه الذي اتخذ في حقه قرار تأديبي وفقاً للمقتضيات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالسجون خلال الفترة التي يحتسب على أساسها التخفيض..".

كما يستفيد المحكوم عليه الذي تأخر صدور حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به في حقه من التخفيض التلقائي للعقوبة، ابتداء من التاريخ الذي يستوفي فيه الشرط المتعلق بقضاء ربع العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها عليه.

ويمكن أيضا استفادة السجناء الذين شاركوا في برامج الإدماج و أبانوا عن مجهودات متميزة في متابعة دراستهم أو في التكوين المهني أو الخضوع للعلاج من تخفيض إضافي²⁵ في حدود خمس مرات، وذلك بحساب مدة 4 أيام عن كل شهر بالنسبة للعقوبات المحكوم بها التي لا تتجاوز سنة أو شهر واحد عن كل سنة بالنسبة للعقوبات التي تفوق السنة، ويمكن سحب آخر تخفيض تلقائي للعقوبة استفاد منه السجن الذي أبان عن سلوك سيء بناء على ملتمس كتابي يقدمه مدير السجن أو وكيل الملك أو الوكيل العام للملك²⁶.

وتتجلى صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات بشأن التخفيض التلقائي للعقوبة في كون أنه بعد إحالة مدير السجن نسخة من قرار التخفيض التلقائي داخل أجل ثلاثة أيام على قاضي تطبيق العقوبات وعلى وكيل الملك، يمكن للأول ق.ت.ع -أسوة بالثاني- وكيل الملك- أن يطلب إيقاف التنفيذ المقرر من لدن مدير السجن من خلال ثلاثة أيام من إشعاره ويعرض بعد ذلك الأمر على لجنة مراقبة تطبيق التخفيض التلقائي المنصوص عليها في المادة 632-4 للبت فيه.

²⁵ - تنص المادة 632-5 من مشروع قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "يمكن للجنة المشار إليها في المادة السابقة بناء على اقتراح من السلطة الحكومية المكلفة بإدارة السجن إعادة الإدماج، منح تخفيض إضافي للسجناء المؤهلين للاستفادة من التخفيض التلقائي الذين شاركوا في برامج الإدماج أو أبانوا عن مجهودات متميزة في متابعة دراستهم أو في التكوين المهني أو الخضوع للعلاج وذلك بحساب مدة أربعة أيام عن كل شهر بالنسبة للعقوبات المحكوم بها التي لا تتجاوز سنة. أو شهر واحد عن كل سنة أو جزء من السنة بالنسبة للعقوبات التي تفوق السنة.

لا يمكن أن يستفيد السجن من التخفيض التلقائي الإضافية أكثر من 5 مرات طيلة مدة العقوبة التي يقضيها بالمؤسسة السجنية.

لا تقبل مقررات اللجنة أي طعن".

²⁶ - تنص المادة 632-6 من مشروع قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "يمكن للجنة أن تأمر بسحب آخر تخفيض تلقائي للعقوبة استفاد منه السجن الذي أبدى سلوكا سيئا بناء على ملتمس كتابي يقدمه مدير السجن أو وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي تطبيق العقوبات."

كما أنه في الحالة التي لا يستفيد فيها السجين من التخفيض التلقائي للعقوبة، يمكنه رفع تظلمه إلى لجنة مراقبة تطبيق التخفيض التلقائي للعقوبة، بحيث تحال هذه التظلمات فوراً على قاضي تطبيق العقوبات الذي يترأس اللجنة التي تختص بالبت في التظلمات المقدمة ضد القرارات الصادرة عن لجنة التخفيض بشأن التخفيض التلقائي للعقوبة، بالإضافة إلى ممثل النيابة العامة والمدير الجهوي لإدارة السجون أو من يمثله، وتضم في عضويتها حتى قاضي الأحداث إذا تعلق الأمر بحدث²⁷.

وعلى العموم تبقى هذه الصلاحيات المتعلقة بالتخفيض التلقائي للعقوبة مهمة وأساسية في تدعيم المركز القانوني لقاضي تطبيق العقوبات كخيار تبناه المشروع الحالي من أجل حماية حقوق وحرية المحكوم عليهم والمساهمة في إعادة إدماجهم من جديد في حظيرة المجتمع.

ثانياً: البت في طلبات رد الاعتبار القضائي

إن رد الاعتبار هي تلك الوسيلة التي يراد بها محو، بالنسبة للمستقبل، الآثار الناتجة عن العقوبة وحالات فقدان الأهلية المترتبة عنها، بحيث عرفه بعض الفقهاء²⁸ على أنه "إزالة حكم إدارة بالنسبة للمستقبل على وجه تنقضي معه جميع آثاره، ويصبح المحكوم عليه ابتداءً من تاريخ رد الاعتبار في مركز من لم تسبق إدانته.

²⁷ -تنص المادة 4-632 من مشروع قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "تحدث بمقر المحكمة الابتدائية التي توجد بدائرة نفوذها المؤسسة السجنية، لجنة تختص بالبت في التظلمات المقدمة ضد القرارات الصادرة عن لجنة التخفيض بشأن التخفيض التلقائي للعقوبة.

تتكون هذه اللجنة علاوة على قاضي تطبيق العقوبات كرئيس من ممثل النيابة العامة والمدير الجهوي لإدارة السجون أو من يمثله.

تجتمع اللجنة بالمحكمة الابتدائية ويمكن ان تجتمع بمقر السجن إذا قرر قاضي تطبيق العقوبات ذلك بناء على طلب ممثل النيابة العامة.

- يمكن للجنة أن تستمع إلى السجين المتظلم الذي يمكنه كذلك الاستعانة بمحامى.

- يمكن للجنة كذلك أن تطلب تقريراً من المندوب الجهوي لإدارة السجون حول سلوك المعني بالأمر".

²⁸ عبد الحميد الشواربي، الأحكام العامة لقانون العقوبات، مطبعة عصام جابر، بدون سنة، ص 162.

ورد الاعتبار يمكن أن يكون بقوة القانون²⁹ أو بقرار قضائي³⁰، فالأول يسهر على تنفيذه تلقائياً وتحت مراقبة النيابة العامة، رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي يقع بدائرة نفوذها مكان ولادة المحكوم عليه، أما الثاني-رد الاعتبار القضائي-فيرد بقرار لقاضي تطبيق العقوبات وفق التعديلات الجديدة³¹ وما يهمننا هنا هو هذا الأخير، بحيث نلاحظ أن إسناد رد الاعتبار القضائي لقاضي تطبيق العقوبات من بين أهم الصلاحيات التي جاء بها مشروع قانون المسطرة الجنائية الجديد بعدما كان قرار رد الاعتبار القضائي منوط بالغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف³² ذلك أن مشروع قانون المسطرة الجنائية جاءت مراعية لإمكانية إعادة الإدماج بحيث نجد بعض السجناء الذي خرجوا من السجن وحازوا على شهادات أو تعلموا بعض الحرف، وندموا على ما قاموا به ولديهم الإرادة للاندماج والانصهار داخل المجتمع بشكل إيجابي، وتعترضهم صعوبات في الحصول على سجل عدلي نظيف³³، فلا يقبل أي شخص تشغيلهم لا الدولة ولا خارج الدولة لذلك فإن مسودة المشروع حاولت ما أمكن أن تنقص إلى النصف مدد رد الاعتبار القضائي، وتقلص أيضاً بعض الشيء من مدد رد الاعتبار القانوني.

كما أن مشروع المشروع الجديد أبقى السجناء الذين ساهموا بجدية داخل السجنون في برامج التأهيل والإدماج وحصلوا على شهادة من السلطة الحكومية المكلفة بالسجون تشهد بحسن سلوكهم خلال فترة قضاء العقوبة وبمشاركتهم في برامج إعادة الإدماج بشكل تلقائي من المدة الخاصة برد الاعتبار القضائي.

فيتم بعد ذلك الإدلاء بهذه الشهادة المحصل عليها من لدن السلطات السجنية لقاضي تطبيق العقوبات مع الملف الذي يهيم المحكوم عليه للبت فيه من أجل الحصول على رد

²⁹- لقد نظم المشروع رد الاعتبار القانوني في المواد 688 و 689 من قانون المسطرة الجنائية

³⁰- لقد نص المشروع على رد الاعتبار القضائي في المواد من 690 إلى 703 من قانون المسطرة الجنائية.

³¹- تنص المادة 687 من مشروع قانون المسطرة الجنائية في فقرتها الأخيرة على أنه: "يرد الاعتبار قضائياً بقرار يصدره قاضي تطبيق العقوبات "

³²-تنص المادة 687 من ق.م.ح على أنه: "...يرد الاعتبار إما بقوة القانون أو بقرار تصدره الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف"

³³- لقد تناول المشروع أحكام السجل العدلي في المواد 654 إلى 686 من ق.م.ح.

الاعتبار، ويمكن للمحكوم عليهم أن يشتغلوا أيما أو شهورا قليلة بعد الإفراج عنهم، وبالتالي أصبحت مسألة البت في رد الاعتبار القضائي بموجب مشروع قانون المسطرة الجنائية تدخل ضمن الاختصاص الحصري لقاضي تطبيق العقوبات كمؤسسة أريد بموجبها أن تكون من بين مختلف المؤسسات التي تساهم في الإدماج والتأهيل.

وعموما فإن الصلاحيات الجديدة التي جاء بها مشروع قانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي لا يمكن أن يشكلا إلا خطوة مهمة نحو تدعيم المركز القانوني لقاضي تطبيق العقوبات بما يسمح له بإضفاء الطابع الإنساني أو ما يسمى "بأنسنة العقوبة" وتفريدها³⁴ لتجعل منه الجهاز الأهم في مرحلة التنفيذ، وإن كان المشروع الجديد لم يعط جميع صلاحيات قاضي تطبيق العقوبة الفرنسي لنظيره المغربي، ولعل ذلك مرده إلى التدرج في إعطاء هذه الصلاحيات وفق ما سار عليه المشرع الفرنسي إلى أن تكتمل التجربة وتتهيأ لها الظروف المادية والبشرية يقول بعض الفقه،³⁵ وهو ما يجعلنا نأمل بأن تكون المحطات القادمة من التعديلات فرصة سانحة للمشرع لكي يخطو بجرأة في هذا المجال ويسارع إلى تدارك النقص بتكليف هذا القاضي بمهام أخرى تتصل مباشرة بأسلوب التنفيذ سواء بالوسط المفتوح أو داخل المؤسسة العقابية، كأن يعهد إليه بالرقابة على النشاط الإداري للتحقق من مطابقته للقانون، وأن يعهد إليه بالإختصاص بالفصل في إشكالات التنفيذ بصفة عامة، وتفعيل دوره بخصوص مسطرة الإفراج الشرطي والعفو....حتى يكون للتدخل القضائي في التنفيذ معناه الحقيقي.

³⁴ Emmanuel Dreyer , droit pénal général ;3^{ème} Edition ;2014, p : 89.

³⁵ محمد النجاري، قاضي تطبيق العقوبة والإكراه البدني، مجلة ندوات محاكم فاس، العدد الثاني،يناير 2005،ص:270

عبد الهادي رشدي
طالب باحث بـمـاسـتـر العـقـار و التـعـمـير

تأثير جائحة كورونا على المعاملات العقارية

مقدمة

يعاني العالم اليوم من أزمة صحية تمثلت في انتشار وباء كورونا المستجد أو كما يعبر عنه بكوفيد 19 وهو الوباء الذي لم تسلم منه أعظم دول العالم، ويعتبر المغرب من بين دول العالم التي عرفت انتشار هذا الوباء الخطير، الذي لم يرخي بظلال تأثيره على الجانب الصحي والنفسي للمواطنين فحسب، بل امتد تأثيره ليشمل المجال الاقتصادي والأكثر من ذلك المجال القانوني بصفة عامة، و أمام هذا الوضع لجأت الحكومة المغربية إلى اتخاذ مجموعة من التدابير الاحترازية والاستباقية لمواجهة خطورة هذه الجائحة، ومن أهم هذه التدابير إعلان حالة الطوارئ³⁶ وفرض الحجر الصحي بالمغرب.

والواضح اليوم أن ظهور كوفيد 19 بالصين أواخر دجنبر 2019 وانتشاره بسرعة كبيرة في جميع دول العالم، ومن ضمنها المغرب قد شكل تأثيرا واضحا وملموسا على مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية مما أبانت معه مجموعة من القوانين عن عجزها في مواكبة الوضع الراهن، ونظرا لخطورة هذا الفيروس فقد تم تصنيفه من طرف منظمة الصحة العالمية بأنه جائحة³⁷ كونية أو عالمية.

والمعاملات العقارية أو المجال العقاري بصفة عامة لم يبق في منأى عن هذا التأثير خاصة بعض التصرفات والمعاملات الحساسة كالبیوع والأكرية العقارية وكذلك مجال القروض العقارية نظرا لكونها الوسيلة التي يلجأ لها العديد من المواطنين للحصول على رأسمال معين يمكنهم من اقتناء أو بناء سكن لائق، كما أن هذا التأثير مس بأهم الوسائل والمساطر التي

³⁶ تم إعلان حالة الطوارئ بالمرسوم رقم 2.20.293 في 29 رجب 1441 الموافق ل 24 مارس 2020، المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا -كوفيد 19-، الجريدة الرسمية عدد 6867، ص1783.

³⁷ يجد مفهوم الجائحة أصله في الشرع الإسلامي ومعناه اللغوي الهلاك والإتلاف لمال أو نفس ولا يختلف مفهومها في اللغة عن المعنى الاصطلاحي الفقهي فقد عرفها ابن عرفة بأنها " ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه. وقد قال المتحف ابن عاصم رحمه الله:

وكل ما لا يستطاع الدفع له..... جانحة مثل الرياح المرسله.

وضعها المشرع المغربي لحماية الملكية العقارية وتحقيق الأمن العقاري، ونخص بالذكر مسطرة التحفيظ العقاري سواء العادية أو الخاصة،
ومسطرة التقييد على الرسوم العقارية.

ولا يجادل أحد أن العالم ومنذ القدم قد عرف أنواع مختلفة من الأوبئة والمجاعات التي شكلت تهديدا خطيرا للبشرية جمعاء، مثل الطاعون والكوليرا وأنفلونزا الخنازير سنة 2009 وإبولا سنة 2014 انتهاء بفيروس كورونا المستجد كوفيد 19، 38 والذي بدوره أثار العديد من المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والقانونية ناهيك عن المشاكل الصحية، والتي استلزمت - المشاكل - البحث والتفكير لها عن حلول.

وبالتالي فهذا الموضوع اليوم يطرح أكثر من أي وقت مضى ضرورة الوقوف عن حقيقة متغيرين فرضتهم ظروف الحال، فمن جهة نجد أن المعاملات العقارية أو المنظومة العقارية عموما عرفت تأثيرا بسبب هذا الوباء، ومن جهة أخرى نجد الجهات المعنية تراهن وتسعى بكل ما لها من آليات ووسائل قانونية ومادية وبشرية إلى العمل على التخفيف من حدة هذا التأثير ومحاولة إعادة التوازن العقدي في مجال المعاملات العقارية، وذلك لتحقيق الأمن العقاري والأمن التعاقدية و ضمان استقرار المعاملات في ظل هذه الجائحة، وهو ما يبرر الأهمية النظرية والعملية للموضوع محل النقاش.

إن معالجة ومناقشة أي موضوع ذو راهنية وواقعية بشكل علمي أكاديمي يتطلب من الباحث الوقوف على جميع الإشكالات التي يثيرها الموضوع وتقديم الدليل الواضح عن كل موقف حتى يؤدي الباحث وظيفته ألا وهي إغناء الموضوع محط الدراسة والمساهمة في خدمة البحث العلمي بوطننا الحبيب، وموضوع تأثير كوفيد 19 على المعاملات العقارية يطرح بدوره إشكالية جوهرية أساسية مفادها: بأي معنى يمكن القول أن المعاملات العقارية تأثرت بكوفيد 19 الأمر الذي دفع إلى تفعيل وخلق مجموعة من الوسائل والاليات للتخفيف من حدة هذا التأثير؟

وهذه الاشكالية تتفرع عنها العديد من الاسئلة الفرعية من قبيل:

ما مظاهر وتجليات تأثير كوفيد 19 على بعض التصرفات العقارية؟

ما مظاهر وتجليات تأثير كوفيد 19 على مسطرتي التحفيظ والتقييد على الرسوم العقارية؟

³⁸ المصطفى الغشام الشعبي، التكيف القانوني لحالة الطوارئ الصحية بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، عدد خاص، يونيو 2020، ص 89.

ما أهم الوسائل المتخذة لإسعاف الوضع الراهن والتخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على التصرفات العقارية؟

وما أهم الآليات المتخذة للتخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على مسطرتي التحفيظ والتقييد على الرسوم العقارية؟

ولمحاولة مقاربة هذا الموضوع والإحاطة بالإشكالية المطروحة ارتأينا اقتراح التقسيم التالي:

أولاً: مظاهر تأثير كوفيد 19 على المعاملات العقارية.

ثانياً: آليات التخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على المعاملات العقارية.

أولاً: مظاهر تأثير كوفيد 19 على المعاملات العقارية

إن الأهمية التي أضحت تحتلها الثروة العقارية لا تخفى عن أحد، لذلك يسارع مختلف المتدخلين إلى ضبط الآليات الكفيلة للتحكم في العقار بصفة عامة، وعياً من الكل بأن العقار يعتبر حالياً قطب الرحى في أي عملية استثمارية،³⁹ ومحرك أساسي للدفع بعجلة التنمية، و بلا شك فإن كوفيد 19 شكل تأثيراً واضحاً على جميع التصرفات العقارية خاصة البيوع والأكرية العقارية، وكذا القروض العقارية (أ) كما أثر وبشكل كبير على مختلف مساطر التحفيظ والتقييد(ب).

أ: مظاهر تأثير كوفيد 19 على بعض التصرفات العقارية.

وجب الوقوف بداية عن مظاهر تأثير هذه الجائحة عن مجال الأكرية والبيوع العقارية (أ)، تم التطرق لمظاهر تأثير كوفيد 19 عن مجال القروض العقارية؟(ب)

1: تأثير كوفيد 19 على الأكرية والبيوع العقارية

لا تخفى أهمية العقود منذ القدم سواء انصبت على عقار أو منقول ومهما كانت طبيعة التصرف الذي يكون محلاً لها سواء من حيث التصرف في ملكيتها أو فقط في منفعته،⁴⁰

³⁹ عبدالعالي دقوقي، نظام التحفيظ العقاري بالمغرب بين النظرية والتطبيق دراسة في الاجتهاد القضائي الإداري، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، سنة 2020، ص 9.

⁴⁰ محمد محروك، العقود المسماة البيوعات والأكرية العقارية الواردة على العقار وفق آخر التعديلات، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء سنة 2019، ص 7.

ويعتبر عقدي البيع والكرء من أهم العقود التي تنصب بكثرة على الملكية العقارية، ومع ظهور جائحة كوفيد 19 فإن هذين العقدين عرفا تأثرا واضحا ولموسا.

بالنسبة لتأثير كوفيد 19 على البيوع⁴¹ العقارية: إن تفشي هذا الوباء الخطير شكل تأثيرا واضحا على البيوع العقارية بصفة عامة، ويتجلى هذا التأثير في التراجع إن لم يقال توقف عمليات إبرام عقود البيع العقارية، وهذا أمر يجد مبرره في كون إبرام مثل هاته العقود يتطلب إجراءات معينة من الصعب القيام بها في ظل الحجر الصحي.

وبالمثال على ذلك فالمشرع المغربي يشترط في عمليات بيع العقارات غير المحفظة تأكد العدول من كون العقار موضوع الشهادة المطلوبة ليس ملكا من الأملاك الجماعية أو المحبسة أو الملك الغابوي أو أملاك الدولة.، بواسطة شهادة إدارية صادرة عن السلطات المحلية⁴². وهي إجراءات معقدة وطويلة من الصعب القيام بها في ظل هذا الوضع الصحي المتأزم، وما قيل عن العقار غير المحفظ يقال عن العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ.

وبالتالي هذه كلها إجراءات يصعب إن لم نقل يستحيل القيام بها في ظل إعلان حالة الطوارئ وفرض الحجر الصحي، وهو ما أدى إلى تجميد وتعليق عمليات البيوع العقارية إلى ما بعد رفع الحجر الصحي. اللهم إلا إذا تم الاحتكام إلى التعاقد الإلكتروني كما هو منظم في القانون 4305.53.

حتى على فرض أنه تم التعاقد في ظل هذه الأزمة فمن المستحيل أن تنتقل الملكية في هذه الأحيان، لأن ملكية العقار كما هو معلوم لا تنتقل بمجرد تراضي الطرفين كمبدأ عام⁴⁴، بل لا بد من القيام بالإجراءات السابقة الذكر، ومن جهة فقد يطرح إشكال أيضا في حالة ما إذا أبرم شخص معين عقد بيع في هذه الأحيان وكان مصاب بمرض كوفيد 19 فالراجح أن هذا المرض يدخل في زمرة الأمراض الموجبة لإبطال العقد طبقا للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود كما سنرى في الجزء الثاني من هذا الموضوع.

تأثير كوفيد 19 على الأكرية العقارية⁴⁵: نظرا لتفشي المرض بشكل كبير لجأت السلطات المعنية إلى فرض الحجر الصحي على المواطنين وهو ما أدى إلى توقف العديد من الأنشطة

⁴¹ عرف المشرع المغربي عقد البيع في الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود بأنه "عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين لأخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له".

⁴² محمد محروك، مرجع سابق، ص 104.

⁴³ القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق ل30 نونبر 2007.

⁴⁴ الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود

⁴⁵ عرف المشرع المغربي عقد الكراء في الفصل 627 من قانون لالتزامات والعقود بأنه "عقد بمقتضاه يمنح أحد الطرفين للأخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة يلتزم الطرف الأخر بدفعها له".

التجارية والمهنية وهو ما أثر بشكل كبير على تنفيذ الالتزامات لتعاقدية عامة والالتزامات المترتبة عن عقد الكراء على وجه الخصوص. 46 سواء كان هذا الكراء مدني أو مهني 47 أو تجاري 48.

ولعل هذا مؤشرا واضحا ومظهرا بارز للبرهنة على كيفية تأثير كوفيد 19 على الأكرية العقارية وبصرف النظر عن نوعها، وهو الوضع الذي تطرح معه العديد من الأسئلة والتي وجب الإجابة عنها من طرف الفقهاء والباحثين والممارسين.

2: تأثير كوفيد 19 على مجال القروض العقارية

في ظل عجز التمويل الذاتي عن توفير السكن للمستهلك، وصعوبة الادخار بسبب تدني مستوى الأجور ومحدوديتها، فإن المستهلك غالبا ما يلجأ إلى القرض العقاري الذي يسمح له بالحصول على رأس مال معين يمكنه من اقتناء مسكن، مقابل التزامه برد المبلغ إلى البنك الذي تعامل معه دفعة واحدة أو على شكل أقساط شهرية أو سنوية، وبذلك أصبح القرض العقاري بالنسبة للمستهلك وسيلة ضرورية ومهمة في تمويل بناء أو اقتناء مسكن له ولعائلته، 49 والقروض العقارية كانت ولا زالت تطرح العديد من المشاكل نظرا للمخاطر المحيطة بها، كإعدام المساواة بين المقرض (المؤسسة البنكية) والمقترض (المستهلك) وتفاوت مراكزهم الاقتصادية.

إلا أن المرحلة الحرجة التي يعيشها المغرب على غرار باقي دول العالم أفرز مشاكل أخرى كانت من وحي هذا الوضع غير المطمئن، فأمام إعلان حالة الطوارئ وفرض الحجر الصحي كما سبق القول، توقف العديد من الأشخاص عن عملهم، وهو ما توقف معه مدخولهم الشهري، وكثير من هؤلاء الأشخاص تربطهم عقود قروض عقارية مع بعض المؤسسات البنكية وبالتالي مع توقفهم عن الشغل فقد أصبحوا عاجزين عن أداء ما بدمهم من أقساط لفائدة المؤسسات البنكية، وهذا مؤشر واضح يبرر ويفسر كيفية تأثير كوفيد 19 على مجال القروض العقارية، وهو ما دفع في نفس الوقت الجهات المعنية إلى اتخاذ

⁴⁶ مراد المدني، الطبيعة القانونية لجائحة كورونا كوفيد19 وأثره على العلاقات الكرائية، مداخلة في ندوة وطنية عن بعد في موضوع آثار كوفيد 19 على الالتزامات التعاقدية، يوم الأحد 14 يونيو 2020، على الصفحة الرسمية لمركز إدريس الفخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية على الفيسبوك.

⁴⁷ نظم المشرع المغربي الكراء السكني أو المهني بموجب القانون 67.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.111 الصادر بتاريخ 15 من محرم 1435 الموافق لـ 19 نونبر 2013، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 الصادرة بتاريخ 24 محرم 1435 الموافق لـ 28 نونبر 2013.

⁴⁸ الكراء التجاري أو الصناعي أو الحرفي منظم بمقتضى القانون 49.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 16.99 الصادر في 13 شوال 1437 الموافق لـ 18 يونيو 2016 المنشور بالجريدة عدد 6490 الصادر بتاريخ 7 دي القعدة 1437 الموافق لـ 11 غشت 2016، ص 5857.

⁴⁹ حسناء جبران، حماية مستهلك القروض العقارية في ضوء قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، جامعة الحسن الأول، السنة الجامعية 2011-2012، ص 1.

مجموعة من التدابير للتخفيف من حدة هذا التأثير من جهة، وحماية المستهلك الضعيف والذي ازداد ضعفه في ظل هذه الجائحة من جهة أخرى.

ب: مظاهر تأثير كوفيد 19 على مسطرتي التحفيظ والتقييد على الرسوم العقارية

قد كان لظهور كوفيد 19 تأثير واضح وسلبى على مساطر التحفيظ العقاري ومسطرة التقييد على الرسوم العقارية، لذلك وجب الوقوف على مظاهر تأثير هذه الجائحة على مسطرة التحفيظ العقاري(1)، وكذا الوقوف عن مظاهر تأثير هذه الجائحة عن مسطرة التقييد على الرسوم العقارية(2).

1: مظاهر تأثير كوفيد 19 على مسطرة التحفيظ العقاري

إن القطاع العقاري يشهد في الوقت الراهن حالة من التعثر من جراء تداعيات كوفيد 19، هذا الأخير الذي أفرز العديد من الإشكالات في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية، ومسطرة التحفيظ العقاري من القطاعات التي تأثرت بشكل مباشر من هذه الجائحة وما تطلبته من إجراءات لمواجهةها كإعلان حالة الطوارئ وفرض الحجر الصحي وغيرها من إجراءات، ورغم كل الجهود المبذولة من طرف الجهات المعنية وعلى رأسها الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطي، وعموماً يمكن تلخيص أهم المؤشرات الدالة على تأثير كوفيد 19 على مسطرة التحفيظ العقاري فيما يلي:

تعليق تقديم مطالب التحفيظ في فترة الحجر الصحي: كما هو معلوم فمطلب التحفيظ هو ذلك التصريح أو الطلب الذي يتقدم به المعني بالأمر والذي يسمى طالب التحفيظ بهدف تحفيظ عقاره.⁵⁰

وفي ظل هذه الجائحة فإن حق تقديم مطالب التحفيظ تم توقيفه وتجميده نظراً لإعلان حالة الطوارئ الصحية وفرض الحجر الصحي، وكذلك خوفاً من نقشي العدو بين عموم المواطنين الوافدين على إدارات المحافظات العقارية، وما زاد من حدة هذا التأثير هو أن نهاية هذه الأزمة لا يرتبط بتوقيت محدد وهو ما من شأنه التقليل إن لم يقال عدم تقديم أي مطالب للتحفيظ خلال هذه الفترة،⁵¹ اللهم إلا إذا تم تقديمها بشكل إلكتروني كما سنرى لاحقاً.

⁵⁰ عبدالعالي دقوقي، مرجع سابق، ص 32.

⁵¹ محمد الزوجال، تأثير كوفيد 19 على مسطرة التحفيظ، مداخلة في ندوة عن بعد تحت عنوان " تأثير كوفيد 19 على المنظومة العقارية" يوم السبت 13 يونيو 2020 على الساعة 17:30 مساءً، عبر الصفحة الرسمية لماستر العقار والمعاملات الانتمائية على موقع الفايسبوك.

استبعاد إلغاء مطالب التحفيظ: إن الأساس القانوني لإلغاء مطالب التحفيظ هو الفصل 23 و50 من ظهير التحفيظ العقاري الذي عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

والملاحظ اليوم بعد انتشار هذا الوباء أنه من الصعب بل من المستحيل إعمال مؤسسة الإلغاء بسبب عدم كفاية الإجراءات لأنه يصعب على طالب التحفيظ متابعة الإجراءات في ظل فرض الحجر الصحي كما يصعب على الجهات المكلفة القيام بهذه الإجراءات لأن حفظ الصحة مقدم على جميع الضروريات كما ذهب إلى ذلك فقهاء المالكية.⁵²

تأثير كوفيد 19 على مؤسسة التعرض: إيماننا من المشرع المغربي بأهمية حق الملكية وما يلعبه من دور في تحقيق التنمية والاستثمار، فقد منح لكل شخص تمس مسطرة التحفيظ بحقوقه أن يتدخل فيها عن طريق التعرض، إذا ظن أن إجراء المسطرة المذكورة تضر بحقوقه، وذلك لدحض قرينة ملكية طالب التحفيظ.⁵³

وسواء تعلق الأمر بالتعرض على المسطرة العادية للتحفيظ أو المساطر الخاصة فإن ظهور كوفيد 19 شكل تأثيرا واضحا ولموسا على هذه المؤسسة، لأن هذا التعرض يخضع لأجل معينة وبالتالي يصعب على من له الحق في التعرض ممارسة هذا الحق داخل الأجل المحدد قانونا هذا الأخير الذي تم وقفه وعدم احتساب سريانه إلا ما بعد رفع حالة الطوارئ، فالأجل القانونية في نظام التحفيظ العقاري هي أجل دقيقة ومن ضمنها أجل التعرض، كما أن ممارسة التعرض ممن له الصفة في ذلك تتطلب إجراءات معينة والتي من الصعب القيام بها حفاظا على سلامة المواطنين ونظرا لتعليق جميع عمل الإدارات ومن ضمنها المحافظة العقارية، اللهم إلا إذا تم ممارسة هذا التعرض بشكل إلكتروني كما سنرى في الجزء الثاني من هذا الموضوع.

تأثير كوفيد 19 على عمليات النشر والإشهار: كما هو معلوم فبعد تقديم مطلب التحفيظ لدى المحافظة العقارية وأداء الرسوم العقارية المستحقة، يتم تسجيله وإعطائه رقما خاص، ليقوم بعد ذلك المحافظ داخل أجل عشرة أيام 54 من تاريخ إيداعه بتحرير ملخص له ليتم نشره بالجريدة الرسمية،⁵⁵ لكن هذا النشر لا يمكن القيام به اليوم في ظل هذه الجائحة وهو ما يعتبر تأثيرا واضحا على إجراءات النشر والشهر كإجرائين ضرورين في مسطرة التحفيظ العقاري نظرا لما يلعبانه من دور في إعلام العموم بعملية التحفيظ.

⁵² منشور وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية إلى السادة مندوبو الشؤون الإسلامية، عدد 06، بتاريخ 16 مارس 2020.
⁵³ محمد خير، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط طبعة 2018، ص 232

⁵⁴ الفصل 17 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.
⁵⁵ محمد نعناني، إرشاد الساري إلى أصول التحفيظ العقاري دراسة عملية وفق مستجدات القانون 14.07 والقانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مطبعة الأحمدية، طبعة 2017، ص 62-63

تأثير كوفيد 19 على إجراءات التحديد: بعد القيام بالنشر المذكور يقوم المحافظ داخل أجل شهرين من تاريخ النشر بتحرير إعلان يتضمن تاريخ ووقت إجراء عملية التحديد، ليقوم بتوجيه نسخة منه ومن ملخص مطلب التحفيظ⁵⁶ 56 مقابل إشعار بالتوصل إلى رئيس المحكمة الابتدائية وممثل السلطة المحلية ورئيس المجلس الجماعي الذي يقع العقار موضوع مسطرة التحفيظ بدائرة نفوذهم وذلك قبل التاريخ المحدد بعشرين يوماً⁵⁷ 57 وهي كلها إجراءات يصعب القيام بها في ظل انتشار كوفيد 19، وإذا كانت جائحة كورونا قد عطلت وأوقفت عمليات النشر والإشهار وغيرها فمن باب أولى أن توقف وتعلق عملية الحضور للتحديد وخصوصاً إذا تم استحضار الأجواء التي تتم فيها عمليات التحديد، حيث تتم في أجواء تعرف تجمهراً وحضوراً كبيراً للأشخاص وخصوصاً بالمجال القروي، ومن تم وحفاظاً على صحة المواطنين التي تبقى فوق كل اعتبار وبالتالي تم تعليق وتوقيف جميع إجراءات التحديد إلى ما بعد هذه الجائحة.

ومن خلال هذه المؤشرات يتضح أن كوفيد 19 شكل تأثيراً واضحاً وملموساً على مسطرة التحفيظ العقاري، حيث تم تجميد هذه المسطرة إلى غاية رفع الحجر الصحي وعودة الأوضاع إلى طبيعتها، إلا أنه يبقى السبيل الوحيد هو الاحتكام إلى التدبير الإلكتروني للتحفيظ العقاري كآلية يجب أن تفعل للتخفيف من حدة كوفيد 19 على سير مسطرة التحفيظ.

2: تأثير كوفيد 19 على مسطرة التقييد بالرسوم العقارية.

قد نظم المشرع المغربي مسطرة التقييد في الفصل 65 من ظ ت ع الذي حدد التصرفات والأعمال الواجب تقييدها بالرسوم العقارية، وكذا الفصل 69 من نفس القانون الذي يبين الشروط الواجب توفرها في طلب التقييد.

وقد تولى الفصل 65 تحديد بعض الأجل الاحترافية للقيام بالتقييد إلا أن هذه الأجل ليست بأجل مسقطة للحق في التقييد من حيث المبدأ ولا يترتب عن فواتها سقوط الحق في التقييد أو رفضه، وإنما هي أجل يتعرض كل من لم يحترمها إلى غرامات التأخير بل إلى ضياع الحقوق أو فقدان رتبته في التقييد إن تراخى أصحابها عن تقييدها في أسرع وقت⁵⁸ 58 والوضعية الراهنة تجعل السؤال يطرح نفسه وبالبحاح حول تأثير هذا الوباء على أجل التقييد؟ وهل سيعرض كل من لم يحترم هذا الأجل للغرامة التأخيرية؟

الجواب عن السؤال الأول سيكون بالإيجاب أي أن مسطرة التقييد قد تأثرت بظهور هذه الجائحة وفرض الحجر الصحي، والدليل على ذلك أن العديد من أصحاب الحقوق الواجب

⁵⁶الفصل 18 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون 14.07

⁵⁷محمد نعناني، مرجع سابق، ص 63

⁵⁸محمد خيرى، م س، ص 407

تقيدها سيقومون بعدم احترام هذا الأجل، أما بخصوص الجواب عن السؤال الثاني والمتعلق بمدى تعرض المترخي عن التقييد للغرامة التأخيرية سيكون بالنفي والسند في ذلك المادة 6 من مرسوم إعلان حالة الطوارئ التي أوقفت جميع الأجال ومن ضمنها أجل التقييد، وسنفضل في ذلك أكثر في معرض الحديث عن الآليات المتخذة للتخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على مسطرة التقييد أو المنظومة العقارية ككل.

ثانيا: آليات التخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على المعاملات

العقارية

هناك مجموعة من الوسائل والآليات القانونية والتنظيمية التي تم اتخاذها و تفعيلها في ظل هذه الجائحة من أجل التخفيف من حدة التأثير الذي عرفته المعاملات العقارية أو المجال العقاري بصفة عامة، ولذلك وجب الوقوف على أهم آليات التخفيف من تأثير كوفيد 19 على بعض التصرفات العقارية وبالضبط على البيوع والأكرية العقارية وكذا مجال القروض العقارية (أ)، كما وجب الوقوف عن أهم التدابير المتخذة للحد أو على الأقل التخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على مساطر التحفيظ ومسطرة التقييد على الرسوم العقارية(ب).

أ: آليات التخفيف من تأثير كوفيد 19 على بعض التصرفات العقارية

في هذا الصدد ينبغي الوقوف على الآليات الكفيلة بتخفيف حدة تأثير كوفيد 19 على البيوع والأكرية العقارية(1) كما وجب التطرق لتقنية تأجيل سداد القروض العقارية كأهم وسيلة لحماية المستهلك في ظل هذا الوضع(2).

1: آليات التخفيف من تأثير كوفيد 19 على البيوع والأكرية العقارية

بالنسبة للبيوع العقارية: فإن أهم أليتين أو وسيلتين يمكن اللجوء إليهما للتخفيف من تأثير كوفيد 19 على مجال البيوع العقارية هما تقنية التعاقد الإلكتروني ومدى قدرتها على إسعاف الوضع الراهن من جهة، وكذا مدى اعتبار المريض بكوفيد 19 مريضا مرض الموت وبالتالي يكون بيعه عرضة للإبطال إن هو أبرم بيوع معينة في ظل هذه الفترة.

بخصوص التعاقد الإلكتروني فقد تدخل المشرع المغربي منذ سنوات وأصدر قانون ينظم التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية بموجب القانون رقم 53.05 الذي يتضمن مجموعة من المقترضات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية ومنها ما يتعلق بالإثبات وبتفسير البيانات والتوقيع، وكذا ما يرتبط ما يرتبط بإبرام العقود الإلكترونية وغيرها من المعطيات.59

⁵⁹محمد محروك، مرجع سابق، صفحة 24.

فالعقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد بفعل التباعد المكاني بين المتعاقدين تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة 65 من قانون 53.05، وأمام ظهور هذه الجائحة وفرض الحجر الصحي واستبعاد مؤسسة مجلس العقد فإن تقنية التعاقد الإلكتروني وبلا شك ستلعب دوراً مهماً في التخفيف من تأثير كوفيد 19 على البيوع العقارية وستجنب تجميد عمليات البيع إلى ما بعد رفع الحجر الصحي.

أما بخصوص مدى الاحتكام إلى حالة مرض الموت كسبب لإبطال البيوع العقارية التي يبرمها المصاب بكوفيد 19 فمن وجهة نظر القانون والفقه كذلك فإنه يبدو بداهة أن مرض كوفيد 19 إذا اقترن بتكوين العقد أياً كان العقد بدأ من الطلاق بين الزوجين إلى أنواع العقود التبادلية جميعها المدنية أو التجارية أو الإدارية وعقود الإرادة المنفردة تنطبق عليها أحكام المريض مرض الموت المعتبرة حالة موجبة للإبطال بمقتضى القانون وفقاً للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي. 60

أما بالنسبة للأكبرية العقارية: بالرجوع إلى المقتضيات القانونية الواردة في قانون 67.12 يمكن القول أن قانون 67.12 وما تضمنه من إجراءات لا يوفر الحماية القانونية للمكثري في ظل هذه الأوضاع وما قيل عن قانون 67.12 يقال عن قانون 49.16، فهذين القانونين لم يوفر الحماية للمكثري في الأحوال العادية فهل سيوفران هذه الحماية في فترة الأزمات؟؟

وقد يقول قائل أن المادة 6129 من قانون 67.12 قادرة على إسعاف الوضع، فمن خلال هاته المادة يتضح أنه يمكن للقضاء منح المكثري مهلة إضافية تسمى بمهلة الميسرة أو الأجل الاسترحامي، الذي سيساعد المكثري على تجاوز الصعوبات التي اعترضته، وفي حقيقة الأمر فلا تؤجل سوى واقعة الوفاء لا غير، مع بقاء صفة المطل لصيقة ولازمة للمكثري. 63 الأمر الذي يستدعي البحث عن حلول لهذه الإشكالات في بعض القوانين الأخرى.

وبالبحث في ثنايا قانون 67.12 نجد الفصل 243 يخول للقضاء الحق في منح أجلاً استرحامياً أو مهلة تسمى بمهلة الميسرة للمكثري من أجل تأجيل أداء الوجيبة الكرائية، وتوقيف جميع إجراءات المطالبة، رغم أن الأمر لا يخلو من مشاكل نظراً لكون صفة المطل ستبقى لصيقة

⁶⁰ محمد بن يعيش، مقال، بمجلة عدالة للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، عدد خاص، يونيو 2020، ص 25.

⁶¹ بالرجوع إلى هذه المادة وبالضبط الفقرة الثانية والثالثة يلاحظ أنه يحق للمكثري في حالة قبول الطلب، أن يرفع النزاع أمام المحكمة الابتدائية طبقاً لنفس القواعد، ويمكن للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ بناءً على حكم مغل،

⁶² عبدالقادر العرعاري، كراء المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني على ضوء القانون الجديد رقم 67.12، العقود الخاصة، الكتاب الثاني، دار الأمان الرباط، الطبعة الرابعة 2018، ص 232.

⁶³ مروان يوسف، وجهة نظر حول إفراغ المكثري من المحل السكني في زمن جائحة كورونا، مقال منشور بمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، عدد خاص يونيو 2020، ص 134.

بالمكتري، وتطبيق مهلة الميسرة ماهو إلا تطبيق لقواعد الشريعة الإسلامية والفقهاء المالكي خاصة، وكما يقول المتحف ابن عاصم:

وَمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِمَّا مُوسِرٌ *** فمطله ظلمٌ ولا يُؤخر
أَوْ مُعْسِرٌ قَضَاؤُهُ إِضْرَارٌ *** فَيُنْبَغِي فِي شَأْنِهِ الإِنْظَارُ
أَوْ مُعْدِمٌ وَقَدْ أَبَانَ مَعْذَرَهُ *** فَوَاجِبُ إِنْظَارِهِ لِمَيْسِرِهِ.64

وبالرجوع كذلك لنفس القانون يطرح التساؤل حول إمكانية الدفع بالقوة القاهرة في عقود الكراء تطبيقاً للفصل 269 من ق ل ع، والتي من شروطها (القوة القاهرة)، أن يكون الحادث الذي يشكل قوة القاهرة غير متوقع وليس بالمقدور دفعه وأن لا يكون بسبب خطأ المدين (المكتري).

ومن حيث المبدأ وكما ذهب أحد الباحثين فلا يمكن الاستتجاد بالقوة القاهرة والدفع بها في مجال عقود الكراء التي تأثرت بهذا الفيروس، لأن هذا الأخير لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ بل أخر التنفيذ إلى حين انتهاء حالة الطوارئ ورفع الحجر الصحي65. ليطرح السؤال هل هناك حلول أخرى؟

وأول من تنبغى الإشارة إليه في هذا الصدد هو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسات بتاريخ 16 مارس 2020 الذي منح للمكترية مهلة استرحامية لتأجيل الحكم عليها بالإفراغ، في ظل حالة الطوارئ التي يفرضها انتشار فيروس كوفيد 66.19
وكما ذهب أحد الممارسين وأكد أنه وجب حل هذه الإشكالات باتفاقات ودية بين المكري والمكتري، وقد اقترح هذه الحلول من خلال فرضيتين:

إذا تعلق الأمر بأشخاص لم تتأثر ذممهم المالية بهذه الجائحة وجب عليهم أداء الوجيبة الكرائية للمكري وخاصة إذا كانت هي مورد رزقه ومصدر عيشه وأبنائه، أما إذا تعلق بأشخاص تأثرت ذممهم المالية بهذا الوضع فيمكنهم اللجوء إلى الحلول السابقة الذكر، ولما لا استغناء المكري عن قبض هذه الأجرة أو على الأقل نصفها إن كان ممكن.67

64 - محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق عبد السلام محمد، دار الأفق العربية، الطبعة سنة 2011، ص 100.

65 مروان يوسف، مرجع سابق، ص 135.

66 أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالخميسات رقم 318، ملف عدد 20/1109/318 بتاريخ 2020/03/16.

67 مراد مدني، مرجع سابق (مداخلة في ندوة عن بعد)

ونشير في ختام هذه الفقرة إلى مبادرة أحد الفرق البرلمانية لوضع مقترح قانون أمام مجلس النواب لتعديل القانون 67.12 من أجل مواكبة وضعية المكثري في هذه الأزمة.68

2 : تأجيل سداد القروض العقارية كألية لحماية المستهلك والتخفيف من تأثير كوفيد 19

تنفيذا لقرارات لجنة اليقظة الاقتصادية أعلنت المجموعة المهنية لبنوك المغرب في 19 مارس 2020 تأجيل سداد أقساط قروض السكن وقروض الاستهلاك وبدون فوائد لأشهر مارس وأبريل وماي ويونيو بناء على طلب الزبون ، وكل ذلك وقوفا إلى جانب المستهلك في المجال البنكي نظرا لضعف قدرته عن الأداء في ظل هذه الأزمة، كما تم تفعيل خط إضافي للقروض تمنحها البنوك ويضمنها الصندوق المركزي للضمان الاجتماعي.

وهذا التأجيل ليس إجباريا بل يكون بناء على طلب المعني بالأمر وهو إجراء يهم جميع المقترضين المتوقفين عن العمل وكذا المنخرطين في صندوق الضمان الاجتماعي، والمنخرطين العاملين بالقطاع غير المهيكل، وإذا كانت هذه المبادرة من شأنها التخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 على المستهلك في مجال القروض العقارية فإن ذلك لا يخلو من مشاكل.

فقد أكد العديد من الخبراء الاقتصاديين أن تداعيات كوفيد 19 ستستمر سنوات مما يعني أن العجز عن التسديد سيبقى قائم إلى ما بعد مرور مدة تأجيل سداد القروض وخصوصا إذا تم استحضار أن الحجر الصحي بالمنطقة رقم 2 سيستمر إلى ما بعد 10 يونيو وهو ما يجعل مدة التأجيل قصيرة جدا خصوصا إذا تم إسقاط أحكام المادة 149 من قانون تدابير حماية المستهلك وهي المادة التي خولت المستهلك للقروض العقاري الحق في الإمهال القضائي لمدة سنتين في حالة عجزه عن الأداء بسبب ظروف غير متوقعة كما هو الشأن بالنسبة لجائحة كوفيد 19.69.

كما انه بالرجوع إلى الفقرة الرابعة من نموذج طلب التأجيل والتي تعتبر نقطة سوداء في هذا الطلب وهو ما دفع العديد من الباحثين إلى التعليق عنها، لأنها وببساطة تخرق وتتناقض مع العديد من المقتضيات الحمائية التي تضمنها قانون 31.08، كما تتعارض هذه الفقرة مع تصريح البنك المركزي بأن التأجيل لن يترتب عنه أي فوائد.

⁶⁸ تم تقديم هذا المقترح بإضافة المادة 30 مكرر من الباب الرابع المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها وقد جاءت هذه المادة على الصيغة التالية: " استثناء من أي مقتضيات مخالفة تعد المبالغ الكرائية العالقة بذمة المكثري عن الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ دينا عاديا يستوفى بالمساخر القانونية المعمول بها دون اعتبار ذلك مظل موجب للإفراغ دون تعويض.

كما تقدم نفس الفريق بمقترح قانون لتعديل قانون 49.16 بإضافة الفقرة الثانية للمادة الثامنة من هذا القانون ، للاطلاع على المقترحين ، انظر (ي) الموقع الإلكتروني لمجلس النواب www.chambredesrepresentants.ma

⁶⁹ خصوصا إذا تم استحضار ما جاءت به المادة الأولى من قانون تدابير حماية المستهلك والتي تقضي بأنه من حق المستهلك التثبت بالمقتضيات التشريعية التي تكون أكثر فائدة له.

ولذلك ليبقى الحل الأسلم هو تخلي البنوك عن منطق الربح والمضاربة في ظل هذا الوضع المتأزم والوقوف إلى جانب المستهلك في هذه الفترة خدمة لمبادئ التضامن والإنسانية.

ب: اليات التخفيف من تأثير كوفيد 19 على مساطر التحفيظ ومسطرة التقييد.

ويعتبر التدبير الالكتروني للتحفيظ العقاري كمستجد عرفه المجال العقاري في 10 دجنبر 2018 أهم الية وجب تفعيلها في هذه الظرفية (1)، كما يعتبر وقف الأجال القانونية من أهم الاليات المتخذة للتخفيف من حدة تأثير كوفيد 19 ومن ضمنها الأجال المرتبطة بمساطر التحفيظ والتقييد(2).

1: التدبير الالكتروني للتحفيظ العقاري ودوره في التخفيف من تأثير كوفيد 19 على مسطرة التحفيظ العقاري

فقد حاولت إدارة المحافظة العقارية رقمنة المعاملات العقارية سواء تلك المتعلقة بمساطر التحفيظ أو تلك المتعلقة بالسجلات العقارية، ولهذا صدر المرسوم المؤرخ في 10 دجنبر 2018 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات التدبير الالكتروني لعمليات التحفيظ والخدمات المرتبطة بها⁷⁰، وحسب المادة الثانية من مقتضيات المرسوم فإن التدبير الالكتروني يشمل إيداع مطلب التحفيظ بشكل الكتروني والتعرضات وجميع الإجراءات المتعلقة بمسطرة التحفيظ، كما أن عمليات الإشهار ستتم عبر المنصة⁷¹ الإلكترونية⁷².

والسؤال المطروح هنا حول دور هذه التقنية في التخفيف من تأثير كوفيد 19 على مسطرتي التحفيظ والتقييد؟

والإجابة عن هذا السؤال سيكون من خلال الوقوف على مذكرة للمديرية العامة للمحافظة العقارية، وكذا الوقوف على منشور لرئيس النيابة العامة، ففي إطار التدابير الاحترازية المتخذة من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطي لمواجهة أخطار فيروس كوفيد 19 وحرصا منها على سلامة المواطنين فقد تم اتخاذ مجموعة من التدابير ومن ضمنها، الزام المهنيين⁷³ 73 الشركاء⁷⁴ 74 على استعمال الخدمات الالكترونية

⁷⁰ المرسوم 2.18.181 المؤرخ في 2 دجنبر 2018 المتعلق بتحديد كيفيات التدبير الالكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها.

⁷¹ عبدالعالي دقوقي، مرجع سابق، ص 202.

⁷² المادة 18 من المرسوم المتعلق بتحديد كيفيات التدبير الالكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها.

⁷³ وتجب الإشارة إلى أنه مؤخرا صدر قرار بتاريخ 2019/09/25 عن المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية أحدث من خلاله منصة الكترونية خاصة بالموثقين قصد تمكينهم من الأداء الالكتروني لواجبات المحافظة العقارية على طلبات التقييد بالرسوم العقارية للمحررات الصادرة عنهم.

⁷⁴ بهذا الصدد صدرت كذلك مذكرة المحافظ العام إلى السيد رئيس الهيئة الوطنية للعدول، عدد 1799 في شأن تمكين السادة العدول من الولوج إلى الخدمات الالكترونية للوكالة، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2020.

المتوفرة عبر المنصة الالكترونية للوكالة، وحث المرتفقين إلى اللجوء للخدمات الالكترونية التي توفرها الوكالة من خلال البوابة الالكترونية، كالشهادات الالكترونية والتصاميم العقارية وغيرها. 75

كما ذهب رئيس النيابة العامة في منشور له بتاريخ 19 ماي 2020 إلى الدعوة إلى، 76 اعتماد شهادة الملكية وجداول المساحة والتصاميم العقارية المعالجة بطريقة الكترونية وعلى النحو المنظم في المرسوم 2.18181 المؤرخ في 10 دجنبر 2018 في القضايا والملفات المعروضة عليها. 77

2: وقف سريان الآجال القانونية كآلية للتخفيف من تأثير كوفيد 19 على مسطرتي التحفيظ والتقييد.

وكما سبقت الإشارة في الشق الأول من هذا الموضوع فإن كوفيد 19 أثر بشكل واضح على الآجال القانونية المضمنة في القوانين العقارية وخاصة آجال التعرض والتقييد وغيرها، لي طرح معه التساؤل حول الآليات المتخذة للحد أو التخفيف من تأثير كوفيد 19 على هاته الآجال؟

بالرجوع لمقتضيات المادة السادسة من المرسوم المتعلق بإعلان حالة الطوارئ يتضح أنه سيتم توقيف سريان جميع الآجال القانونية خلال حالة الطوارئ، وبالتالي فإن هذه المادة تعتبر الأساس القانوني العام لوقف جميع الآجال القانونية ومن ضمنها الآجال المنصوص عليها في القوانين العقارية، وهنا تجدر الإشارة إلى أن الآجال التي توقفت هي الآجال التي لم تكن قد انقضت قبل تاريخ التوقف المنصوص عليه في المادة 6 من المرسوم، أما تلك التي انقضت قبل تاريخ التوقف فإنها تظل في منأى عن تطبيق مقتضيات المادة 6.78

وفي هذا الشأن صدرت مذكرة من المحافظ العام والتي يدعوا من خلالها إلى الحرص على حسن تطبيق المستجدات القانونية المضمنة في مرسوم حالة الطوارئ عند احتساب الآجال التشريعية والتنظيمية المرتبطة بمختلف المساطر والإجراءات المتعلقة بنظام التحفيظ العقاري ولا سيما آجال تطبيق غرامة التأخير بشأن طلبات التقييد على الرسوم العقارية المنصوص عليها في الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري، و مختلف الآجال المرتبطة بمسطرة التحفيظ العادية وبما فيها آجال إنجاز التحديد وتعليق الوثائق لدى الجهات المختصة

⁷⁵ مذكرة المحافظ العام، عدد 14/ ووم ع م ع خ، بتاريخ 16 مارس 2020.

⁷⁶ صدرت كذلك دورية لوزير الداخلية في شأن شهادات الملكية والتصاميم العقارية وجداول المساحة المعالجة بطريقة الكترونية، بتاريخ 19 ماي 2020.

⁷⁷ منشور رئيس النيابة العامة عدد 22/س/ ر ن ع بتاريخ 19 ماي 2020

⁷⁸ عمر ودر، قراءة في المادة 6 من المرسوم المتعلق بالأحكام الخاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، بتاريخ 25 مارس 2020.

وإلغاء مطالب التحفيظ والتعرضات.. ومختلف الآجال المتعلقة بمساطر التحفيظ الخاصة كمسطرة التحفيظ الجماعي (إيداع المطالب والاستفادة من المجانية وقبول التعرضات..). ومسطرة ضم الأراضي الفلاحية ومساطر التحفيظ الأخرى، كما سيتم وقف آجال تقديم مطالب التحفيظ التأكيدية للتعرضات المقدمة ضد مساطر التحديد الإداري، والآجال المتعلقة بالتقييدات على الرسوم العقارية بما فيها التقييدات الاحتياطية. وعموما كافة الآجال الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمساطر وإجراءات تطبيق نظام التحفيظ العقاري، وكذا آجال تنفيذ هذه المساطر والإجراءات ولا سيما تلك المنصوص عليها في العقود والصفقات التي تبرمها الوكالة⁷⁹.

وتأسيسا على ما سبق يمكن البرهنة على أن الجهات المعنية اتخذت مجموعة من التدابير التي كان الدافع إلى اتخاذها هو انتشار هذا الفيروس، كما لجأت إلى تفعيل تدابير أخرى كانت متخذة لكن أصبحت الحاجة ملحة لها اليوم في ظل الحجر الصحي.

خاتمة:

ختاما يمكن القول أن ظهور فيروس كورونا المستجد لم يرخي بظلال تأثيره على الجانب الصحي للمواطنين فحسب، بل شكل تأثيرا واضحا على المجال القانوني وعلى المعاملات العقارية علو وجه الخصوص، وللتخفيف من حدة هذا التأثير فقد عمدت السلطات المعنية بما لها من وسائل وامكانيات إلى اتخاذ مجموعة من التدابير، و الهادفة من خلالها إلى حماية المعاملات العقارية وتحقيق الأمن العقاري في ظل هذا الوضع غير المريح كما نغتنم الفرصة ونوجه دعوة للمشرع من أجل تحيين الترسانة القانونية المنظمة للمعاملات العقارية بشكل يواكب ويتعاش مع جميع الأزمنة والأزمات، وخاصة قانون 67.12 المنظم للكراء السكني والمهني، والقانون 49.16 المنظم للكراء التجاري وغيرها من القوانين التي تتطلب الإصلاح والتعديل.

وقبل الختم نشيد بالمجهودات الجبارة التي تقوم بها السلطات المعنية ببلادنا تحت القيادة العليا لصاحب الجلالة نصره الله.

وأخيرا نحيط أساتذتنا علما وكل من تفضل بقراءة هذا العمل المتواضع أنه كيفما كان إنجازنا لهذا العمل فإننا نعترف بما قد يشوبه من خطأ وقصور، أثناء تدبيح الفقرات وحبك السطور وذلك راجع لما يشوب العقل الأدمي من نقص وقتور.

⁷⁹ مذكرة المحافظ العام عدد 2020/08، بشأن وقف الآجال التشريعية والتنظيمية بسبب حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها، صادرة بتاريخ 3 أبريل 2020.

كما نهيب بالشعب المغربي الحبيب إلى الالتزام التام بقواعد الوقاية والسلامة الصحية سائلين
العلي الكريم أن يرفع عنا هذا الوباء ويخلصنا من شر هذا البلاء.

ونختم بقوله تعالى " للذين أحسنوا الحسنى وزيادة ولا يرهق وجوههم قتر ولا ذلة أولئك
أصحاب الجنة هم فيها خالدون " صدق الله العظيم.

إلياس البوعناني
طالب باحث بـمـاسـتر العـقـار والمعامـلات الأتـمـانية
بكلية الحقوق بتطوان

إشكاليات دعوى الحيازة وآثارها على الأمن العقاري المغربي

المقدمة

لطالما شهد موضوع العقار⁸⁰ بالمغرب اهتماما كبيرا من قبل دارسي الحقلين القانوني والقضائي والباحثين فيه، نظرا لما يشكله هذا العنصر من أهمية بوصفه لبنة أساسية في صلب التنمية المنشودة، وأرضية تنطلق منها جل الاستثمارات المُدْرَعة للدخل والمشاريع العمومية.

كما أن الإنسان اتصف بحبه للعقار وتملكه والاستئثار به، لما لهذا التملك من دور في الحد من النزاعات والتطاحن بين الأفراد، وهذا ما أدى إلى الابتداع مجموعة من الانظمة والطرق، لتحديد العقار واشهار الحقوق العقارية المترتبة عليه، إلا أن هذه الطرق كانت قاصرة، ولم تكن كافية لزرع الثقة بين المتعاملين بها،⁸¹ ونقصد على رأس ذلك حيازة وسلوك دعواها لحماية العقار.

حيث جعل الإقبال الكبير على المجال العقاري بالمغرب عددا من الإشكالات المتعلقة به تطفو على السطح، خصوصا الموضوع المتعلق بالحيازة في العقار غير المحفظ، مما أوجب تدخلا حازما لسدّ مجمل النواقص والثغرات التي باتت تؤثر سلبا على تحقيق الأمن العقاري، وخلق قواعد قانونية صريحة ومتمينة تتيح لأصحاب العقارات تملكهم لها والتصرف فيها.

⁸⁰ - العقار عرفته المادة 6 من مدونة الحقوق العينية قانون رقم 39.08 بأنه " هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته."

⁸¹ - أحمد السكسيوي، " تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في التحفيظ العقاري بين التنظيم النص القانوني وإشكالات التنفيذ، دراسة نقدية على ضوء القانون 14.07، ووفق الاجتهاد القضائي المغربي"، سلسلة فقه القضاء العقاري، العدد الثاني، 2014، ص: 223.

لاسيما و أن حضارة الأمم وتقدمها أصبحا يقاسان بما توفره هذه الأمم لشعوبها من ضمانة لحقوق أفرادها، وفي مقدمتها حق الملكية العقارية⁸²، هذا الحق الذي ينظم سلطة استعمال العقار واستغلاله والتصرف فيه.

وتقدم المغرب، هو الآخر، وازدهاره رهينان بتوفيرهما الأمن العقاري الذي يحتاجه العقار بالمغرب، بوصفه الركيزة الصلبة التي تقوم عليها كل المجتمعات؛ بحيث يؤسس قوتها ويضمن سلامتها واستمرارها من خلال توافره فيها. والأمن بصفة عامة مصطلح ملازم لكل مجالات الحياة داخل المجتمع وخارجه، ومن بين مجالاته؛ الأمن القانوني العقاري الذي يشكل شرطا ضروريا من شروط جودة القانون⁸³ المنظم لهذا العقار، وأيضا الأمن القضائي⁸⁴ العقاري الذي يشكل الجانب الممارس لهذا القانون والمطبق له.

إن الأمن العقاري كفيل بحماية حق الملكية العقارية التي أصبحت بمقتضى المادة 17⁸⁵ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمة، ولا يجوز حرمان صاحبه منه إلا إذا قضت بذلك المصلحة العامة وثبت قانونا وبشرط التعويض العادل المدفوع مقدما⁸⁶. فإحاطة الحياة العقارية بالحماية الكافية أمر ضروري، وذلك رهين بتوفر أمن قانوني، وأمن قضائي، كركائز أساسية يقوم عليها الأمن العقاري ببلادنا.

82 - عائشة أمغار "الاستيلاء على عقارات الغير وأثره على الأمن العقاري" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية: 2018/2019، ص: 2.

83 - عبد المجيد الخذاري وفاطمة بن جدو، "الأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل"، مجلة الشهاب مجلد 4 عدد 2 يونيو 2018، ص: 387.

84 - يقصد بالأمن القضائي في الشريعة الإسلامية الشعور بالعدالة والاطمئنان الناتج عن أعمال السلطة الفصل في الخصومات وحماية الحقوق بمقتضى الشريعة الإسلامية، إبراهيم رحمان، "الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" مؤلف جماعي، سلسلة الأبحاث الشرعية والقانون، إصدارات مختبر الدراسات الفقهية والقضائية، سامي للنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، ص: 18.

85 - تنص المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 دجنبر 1948 على ما يلي: "لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".

أنظر الموقع: <http://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html>. تاريخ الولوج 27/04/2020، h: 12.57:

86 - وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع المغربي في الفصل 35 من دستور الجديد الذي ورد به ما يلي: "يضمن القانون حق الملكية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون.

تضمن الدولة حرية المبادرة والمقاولة، والتنافس الحر. كما تعمل على تحقيق تنمية بشرية مستدامة، من شأنها تعزيز العدالة الاجتماعية، والحفاظ على الثروات الطبيعية الوطنية، وعلى حقوق الأجيال القادمة.

تسهر الدولة على ضمان تكافؤ الفرص للجميع، والرعاية الخاصة للفئات الاجتماعية الأقل حظا".

ومنه يمكن القول أن الأمن العقاري هو توفير القانون الأحكام والقواعد التي توفر الحماية الكافية للعقار، وتضمن اطمئنان المالك بوجود ما يثبت به تملكه، واقامة الحجة على العقار الذي يملكه من خلال ثقته في القوانين المنظمة لهذا العقار،⁸⁷ إلى جانب ثقة المالك في القضاء الذي يسهر على تحقيق العدالة العقارية، في حالة إذا ما التجأ إليه لإثبات تملكه، أو للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحق بعقاره.

ولتحقيق هذا الأمن، تدخل المشرع المغربي في مجال تنظيم الملكية العقارية غير المحفوظة بعدة نصوص قانونية ترمي إلى ضبطها وحمايتها وإشاعة الأمن العقاري، لأن الملكية العقارية⁸⁸ لا جدوى من تقريرها إن لم تكن هناك وسائل ناجعة تحميها، فالملكية المجردة من الحق لها وجود مادي دون الوجود القانوني.⁸⁹

إلا أن هذا غير كاف ، حيث لازالت تُطرح حول الأمن العقاري العديد من الإشكالات التي تحد من تحقيق غاياته. ومن أهم هذه الإشكالات، نجد تلك المتعلقة بدعوى الحيازة، إذ المشرع المغربي كعادته لم يعرّف هذا النوع من الدعاوى، تاركا الأمر للفقه والقضاء، بحيث نجد الفقيه مأمون الكزبري يعرفها "بأنها الدعوى التي تحمي فقط الحيازة بحد ذاتها وباستقلال عن أصل حق الملكية أو أصل الحق العيني الذي هو موضوع الحيازة. والحيازة هي السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق العيني مترتب على شيء شريطة أن لا تكون الأعمال التي تتم عن هذه السلطة أو السيطرة من قبيل الأعمال التي يأتيها شخص على أنها مجرد رخصة من المباحات"⁹⁰ . وهذه الإشكالات لها أثر وخيم على الملكية العقارية بالمغرب وخاصة تلك غير المحفوظة مما يجعل سهولة الترامي على العقار موضوع الحيازة في ظل وجود مقتضيات قانونية تتضارب مع بعضها البعض مما يهدد سلامة الأمن العقاري⁹¹، ويجعل الدعوى الحيازة من أكثر الدعاوى المعروضة على محاكم المملكة.

87 - يونس معاطا، " الأمن العقاري في ضوء القانون 14.07" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول ، سطات، بدون سنة جامعية، ص : 2.

88 - يقصد بحق الملكية العقارية: "هي تلك العلاقة الشرعية بين الإنسان والشيء المملوك تخول صاحبها الإنتفاع والتصرف وحده ابتداء إلا لمانع"، عبد الله بن عبد العزيز المصلح، "قيود الملكية الخاصة"، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت 1988، الطبعة الأولى، ص39.

89 - عائشة أمغار "المرجع السابق، ص: 2 .

90 - مأمون الكزبري و إدريس العلوي العبدلاوي، "شرح قانون المسطرة المدنية على ضوء القانون المغربي"، الجزء الثاني، مطابع دار القلم بيروت، 1973، ص : 180.

91 - إن مصطلح الأمن مفهوم حديث النشأة ظهر مع دستور 2011 من خلال فصله 117، وأصبح يأخذ صورا عديدة "كالأمن التعاقدية"، و"الأمن الغذائي"، "الأمن البيئي"، ومن بين هذه الصور نجد الأمن العقاري، الذي يهتم العقار بالمغرب نظرا للإشكالات الكثيرة التي تحوم حوله.

إن موضوع إشكالات دعوى الحيازة وآثارها على الأمن العقاري بالمغرب يكتسي أهمية بالغة على المستوى النظري، بحيث عمل المشرع المغربي على تنظيم الحيازة بنصوص عديدة تهم الحيازة كسبب من أسباب اكتساب الملكية بموجب الفصل الثالث من الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية، المنظمة بمقتضى قانون 39.08⁹² من الفصل 239 إلى 264 على المستوى الموضوعي. كما نظم المشرع دعوى الحيازة على المستوى الشكلي أو الإجرائي في قانون المسطرة المدنية⁹³ في الفصول من 166 إلى 170 إلى جانب مقتضيات خاصة، وهذا ما طرح إشكالية تعارض بعض النصوص مع بعضها البعض.

وبخصوص الأهمية العملية للموضوع، فقد انعكست إشكالات دعوى الحيازة أيضا على مستوى العمل القضائي، من خلال القرارات والأحكام التي تصدرها محاكم المملكة، والتي في كثير من الأحيان كانت تتضارب مع مثيلاتها، الشيء الذي انعكس سلبا على الأمن العقاري ببلادنا، وذلك ما سنعمل على إيضاحه في ثنايا الموضوع.

إن لهذا الموضوع ضرورة تلح علينا أن نتناوله في قالب منهجي متعدد، يقوم أحيانا على المنهج التحليلي من خلال تحليل المعطيات والإشكالات التي تعرفها دعوى الحيازة، وأحيانا بالاعتماد على المنهج المقارن للاطلاع على التجارب الأجنبية في هذا الباب، إضافة إلى المنهج الاستنباطي لتناول الموضوع بشكل سلس تنطلق أفكاره من العام إلى الخاص.

وفي هذا الصدد، فإننا ننتقل من الإشكالية الآتية لمعالجة :

ما السبل الكفيلة لتجاوز الإشكالات التي تطرحها دعوى الحيازة على مستوى الأمن العقاري ببلادنا؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنتناول الموضوع عبر التقسيم التالي :

المبحث الأول : الإشكالات القانونية في دعوى الحيازة.

المبحث الثاني : الإشكالات العملية في دعوى الحيازة.

⁹² - الظهير الشريف، رقم 1.11.178، الصادر في 25 ذي الحجة 1432 / 22 نونبر 2011، بتنفيذ القانون رقم 39.08، المتعلق ب.م.ج.ع، ج.ر، عدد 5998، بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 / 24 نونبر 2011، ص 5587.

⁹³ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-74-447 بتاريخ 11 رمضان 1394 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية (ج.ر. بتاريخ 13 رمضان 1394 - 30 شتنبر 1974).

المبحث الأول: الإشكالات القانونية في دعوى الحيازة

إن الحيازة عند الفقهاء يقصد بها " وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه في مدة طويلة يحددها القانون تمنح صاحبها التصرف في العقار تصرف المالك في ملكه وتؤدي في النهاية إلى اكتساب ملكيته"⁹⁴، وتبلغ نسبة العقارات المحوزة بالمغرب التي تقع غالبيتها على الأملاك الخاصة⁹⁵ غير المحفظة، النسبة الغالبة مقارنة بباقي أنواع العقارات غير المحفظة بالمغرب إذ أن هذه الأخيرة هي التي تبلغ النسبة المهيمنة على الوعاء العقاري الإجمالي بالمغرب⁹⁶ وهذا ما يفسر ارتفاع نسبة دعاوى الحيازة أي "الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته التي سلبت منه طالبا الحكم بإلزام المدعى عليه بتسليم العقار إليه"⁹⁷ على مجموع الدعاوى الأخرى المعروضة على المحاكم.

وهذا ما دفعنا إلى تسليط الضوء على الإشكالات العملية والقانونية التي تطرحها دعوى الحيازة في ميدان العقارات غير المحفظة بالمغرب، والتي تحد من حماية الملكية العقارية للمالكين، وتهدد سلامة الأمن العقاري بالمغرب. إن الإشكالات التي تثار بخصوص دعاوى الحيازة متعددة، إلا أننا ارتأينا تناول تلك المتعلقة بتضارب بعض المقتضيات القانونية وتعارضها، والتي نجد منها: إشكالية التعارض بين المادة 263 و 240 من م.ج.ع بشأن إثبات الحيازة، (المطلب الأول) وإشكالية التعارض بين المادة 32 من ظ.ت.ع. و المادة 242 من م.ج.ع (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: إشكالية التعارض بين المادة 263 و 240 من م.ج.ع بشأن إثبات الحيازة.

إن المشرع المغربي كان واضحا عندما أحاط بجميع شروط الحيازة وألزم على من يدعيها أن يتوفر عليها مجتمعة، ولا تعد الحيازة قرينة على الملكية عند غياب أحد الشروط الواردة في 240 من م.ج.ع ، وذلك نصّ عليه صراحة في المادة 263 من م.ج.ع .

94 - سليمان احمد العليوي، "الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية"، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، الطبعة الأولى، 2012، ص: 140 - 141 .

95 - حيث تبلغ نسبة غير العقارات المحفظة، 80% في حين أن نسبة العقارات المحفظة لا تتجاوز 20% وهذا ما يفسر ارتفاع العقارات المحوزة بالمغرب، ورد في ورقة تأطيرية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، "العقار، عامل استراتيجي من أجل تحقيق تنمية مستدامة ومدمجة تضمن الإنصاف والتماسك الاجتماعي"، ص:9.

96 - تبلغ الأملاك الخاصة بالمغرب المساحة الإجمالية: 8.5 مليون هكتار، أي ما يمثل 12 في المائة من المساحة الوطنية، وتصل نسبة التحفيظ الإجمالي فيها إلى 6.31 في المائة، وتبلغ المساحة التي لم يتم تحفيظها بعد 5 ملايين هكتار. ورد في نفس الورقة ونفس الصفحة.

97 - غدير فوزي حسين عينيوسي، " خصوصية دعاوى الحيازة، دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الماستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2015، ص: 11.

إلا أن المادة 263 تطرح إشكالا في اعتبار مطلب التحفيظ شرطا لقيام الحيازة القانونية، أو كونه قرينة فقط على وجودها. فإذا ما اعتبرنا أن مطلب التحفيظ شرط لقيام الحيازة القانونية، فلا جدوى من توفر شروط المادة 240، حيث يصبح إثبات الحيازة رهينا بفتح مطلب التحفيظ. أما إذا اعتبرنا تقديم مطلب التحفيظ فقط قرينة على وجود تلك الحيازة، فإنه يبقى لتلك الشروط معناها التي شرعت من أجلها، ولكن يصبح تقديم مطلب التحفيظ وسيلة من أجل إخضاع العقار المحوز إلى نظام التحفيظ العقاري لا من أجل إثبات الحيازة. والحائز ملزم بإثبات شروط حيازته، إذا ما قَدّم أحد من الأغيار مطلبا لتحفيظ العقار لا يحوزه، باعتبار أن قواعد التحفيظ العقاري تتيح إمكانية التعرض على مطلب التحفيظ من قبل صاحب مصلحة - أي الحائز.

وإذا ما اعتبرنا أن المشرع كان يرمي من وراء هذا المقتضى تشجيع أصحاب العقارات غير المحفظة لتقديم مطلب التحفيظ، فإن الصواب من وجهة نظرنا المتواضعة، هو تقديم مطلب التحفيظ الذي كان على المشرع أن يفترض فيه عرض الحجج، لا أن يعفى طالب التحفيظ من عبء الإثبات بذريعة أن المطلب قرينة على الحيازة؛ فالمشرع افترض في طالب التحفيظ حسن النية، لكنه تجاهل إذا ما قدم طالب التحفيظ مطلبا على عقار لا يحوزه حيازة تستوفي شروط المادة 239 و 240 من م.ج.ع؛ أي أن طالب التحفيظ مقيد سيء النية، وهذه تعتبر ثغرة تنفذ منها مافيا العقار في ظل مقتضيات قانونية تحميهم، وتهدد سلامة أمننا العقاري ببلادنا.

غير أن الجدير بالذكر أن العقار المحوز بيد طالب التحفيظ لا يخرج من بين يديه إلا بيقين، وهو غير ملزم بالإدلاء بما يثبت صحة طلب التحفيظ العقار المتعرض عليه، وبالتالي فالمتعرض ملزم بالإدلاء إما بحجة كتابية تثبت ملكيته للعقار أو إثبات أن حيازة طالب التحفيظ هي حيازة تفتقد إلى الشروط المنصوص عليها فقها وقانونا، وأنها لم تكن لابهادة ولا واضحة وإن المتعرض الحائز هو يحوزها حيازة واقعية وليس حيازة قانونية.⁹⁸

إلا أن مسألة عبئ إثبات التي تقع عاتق المتعرض الذي يحوز العقار حيازة واقعية، اعتبرها البعض منافية لأحكام الشريعة الإسلامية و مجففة في حق الحائز، طالما أن الفقه المالكي يأخذ بقاعدة "البينة على من ادعى" وأن طالب التحفيظ هو من يدعي ان العقار يرجع لملكته، ويطالب بتحفيظه في اسمه، وأن ق.ل.ع المغربي اعتبر هو الآخر أن عبء الإثبات يقع على المدعي⁹⁹، على اعتبار أن الأصل في نطاق الحقوق العينية هو الظاهر،

98 - كنزة غنام، "مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش، سنة جامعية، 2015 - 2016، ص: 275.

99 - جاء في الفصل 399 من ق.ل.ع مايلي: "إثبات الالتزام على مدعيه".

فالحائز للعين لا يجب أن يطالب بإثبات ملكيتها، و الظاهر هو أن الحائز مالك والخارج الذي يدعي ملكية العين هو الذي يدعي خلاف ذلك. أي خلاصة القول أن عبء الإثبات يجب أن لا يقع على المتعرض بشكل أولي بل على طالب التحفيظ ثم يأتي المتعرض بحجج أكثر قوة ليكشف على أن حيازة القانونية لطالب التحفيظ لا يجب أن يعتد بها في إثبات ملكية العقار المتنازع فيه، وأن حيازة المتعرض واقعية تتجلى في شروط المواد 239 و 240 من م.ح.ع.

لكن المشرع ذهب خلاف هذا الاتجاه من خلال ظهير التحفيظ العقاري واعتبر أن طالب التحفيظ معفي من الإثبات والمتعرض هو من يقع عليه عبء الإثبات ولو كان يحوز العقار حيازة واقعية ، ونظام التحفيظ العقاري يعتمد على حيازة القانونية لا الواقعية.

إلا أن عبء الإثبات ينقلب على طالب التحفيظ في حالة قدم المتعرض ما يثبت به حيازته الواقعية للعقار، وكانت اثباتاته قوية ، وإذا كان طالب التحفيظ أيضا له ما يثبت به حيازته القانونية بإثباتات قوية أيضا، يلتجئ الى قواعد الترجيح بين البيئات.

غير أن القضاء المغربي سار على نهج المشرع حيث أقر بإعفاء طالب التحفيظ من الإثبات ما دام أنه من تقدم للمحافظة أولا، وبالتالي ليس هناك ما يلزمه بتوفر شروط الحيازة فيه، حيث جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى والذي ورد فيه "إن طالب التحفيظ يعطي لصاحبه صفة المدعى عليه، ولا يجب عليه الإدلاء بحجة حتى يدعم المتعرض تعرضه بحجة قوية"¹⁰⁰.

وجاء في قرار حديث لمحكمة النقض¹⁰¹ أنه "إذا ثبتت الحيازة للمتعرض، فإن ذلك يستلزم من المحكمة مناقشة حجج طالب التحفيظ ومقارنتها مع هذه الحيازة، وترتيب الأثر القانوني على الدعوى بشأن ذلك، إما منافيا أو إيجابيا، وهو ما لم تقم به المحكمة في نازلة الحال مما يكون معه قرارها غير مرتكز على أساس قانوني".

¹⁰⁰ - القرار الصادر عن المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 29 - 12 - 1967 والقرار عدد 13 الصادر بتاريخ 4 - 2004، منشور بالموقع "العيون أون لاين"، تاريخ الولوج 17/04/2020، h: 14.54 على الرابط <https://www.laayoune.online/2018/12/news12113.html?m=1>

¹⁰¹ - قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 13، الصادر بتاريخ 8 يناير 2013، في الملف المدني عدد: 2012/08/01/561، منشور بصفحة مغرب القانون بتاريخ 09 أكتوبر 2017 تاريخ الولوج: 2020/04/17 . www.maroclaw.com h:18:35

المطلب الثاني : إشكالية التعارض بين المادة 32 من ظ.ت.ع. و المادة 242 من م.ح.ع.

تعتبر مدونة الحقوق العينية في المادة 242¹⁰² منها، الحائز مُدَعَى عليه، ولا يكلف بإثبات وجه مدخله إلى عقاره المحوز لديه، إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه. غير أن هذه الضمانة المخولة للحائز سرعان ما يتم سحبها منه، وتذهب في مهب الريح، إذا ما قدم شخص ما مطلب التحفيظ بشأن هذا العقار إلى المحافظة العقارية، وبذلك يصبح الحائز متعرضاً، ويصبح طبقاً لمقتضيات الفصل 32¹⁰³ من ظهير التحفيظ العقاري مدعياً، ملزماً بإثبات وجه مدخله إلى هذا العقار، وبتقديم الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه، ويؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية.

وقد كان هنا، أيضاً، على المشرع أن يلزم طالب التحفيظ بأن يثبت ما يفيد حيازته للعقار الذي يرغب في تحفيظه، لا أن يترك المجال خلسة لمطامع النيات السيئة، حيث إنه في حالة ما إذا لم يعلم الحائز الحقيقي بتقديم مطلب التحفيظ على عقاره الذي يحوزه حيازة واقعية في الوقت المعلوم، أي قبل أن تنتضي مدة التعرض¹⁰⁴ لكي يتعرض على طالب التحفيظ، وقبل أن ينقضى أجل التعرض الاستثنائي¹⁰⁵، ولم يقدم الحائز تعرضه على المحافظة ويثبت حيازته، فإنه بدون شك يسقط حقه في العقار الذي يحوزه حيازة واقعية مكتملة الأركان والشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 240 من م.ح.ع، لأنه فور انتهاء أجل التعرض يقوم المحافظ بتحفيظ العقار بإسم طالب التحفيظ¹⁰⁶ ولو لم يكن يحوزه حيازة

¹⁰² - ورد في المادة 242 من م.ح.ع. مايلي : يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه.

¹⁰³ - ورد في الفقرة الأولى والثانية من الفصل 32 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بمقتضى قانون 14.07 مايلى : يعتبر التعرض لاغياً وكان لم يكن، إذا لم يقدم المتعرض خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 25 من هذا القانون، الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه، ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية.

تؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة عن كل واحد من التعرضات المتعلقة بالمطلب الواحد ويتم استخلاصها من طرف المحافظة العقارية لفائدة كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية.

¹⁰⁴ - حيث ورد في الفصل 27 من ظ.ت.ع، مايلي : "لا يقبل أي تعرض باستثناء ما هو منصوص عليه في الفصل 29 بعد انصرام أجل شهرين يبتدئ من تاريخ نشر الإعلان المذكور في الفصل 23 من هذا القانون بالجريدة الرسمية".

¹⁰⁵ - حيث ورد في الفصل 29 من ظ.ت.ع، مايلي : "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق، شريطة أن لا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الابتدائية.

يتعين على المتعرض أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية، بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل، وبالعهود والوثائق المدعمة لتعرضه. كما يتعين عليه أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية.

يكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي".

¹⁰⁶ - حيث ورد في الفصل 30 من ظ.ت.ع، مايلي : "خلال الثلاثة أشهر الموالية لانصرام أجل التعرض يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بتحفيظ العقار بعد التحقق من إنجاز جميع الإجراءات المقررة في هذا القانون، ومن شرعية الطلب وكفاية الحجج المدلى بها، وعدم وقوع أي تعرض".

واقعية مكتملة الشروط المادتين 240 و 239 من م.ح.ع ، فمبدأ التطهير¹⁰⁷ هنا ينتج اثره فيحرم الحائز من أي طعن إداري أو قضائي في الرسم العقاري الذي أنشأه المحافظ في إسم طالب التحفيظ، كما تكتسب الحقوق العينية المسجلة في الرسم العقاري مناعة مطلقة.¹⁰⁸

وهذا بدون شك يهدد الأمن العقاري ببلادنا، الأمر الذي لا يساهم في جعل العقار رافعة أساسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وجعله البنية الصلبة التي تنبني عليها مختلف السياسات العمومية في مجال توفير البنيات التحتية والمرافق والتجهيزات العمومية، والتخطيط والتهيئة العمرانية، وتوفير السكن اللائق، وتشجيع الاستثمار المنتج... إلخ¹⁰⁹،

وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى¹¹⁰ في أحد قراراته، حيث اعتبر أن: " كلا الطرفين يدعي حيازته للمدعى فيه من خلال رسم التصرف الذي أدلى به وأنه كان على المحكمة أن تتخذ التدابير التكميلية للتحقيق بشأن الحيازة المذكورة لما لذلك من تأثير على الفصل في النزاع.

وهو نفس الاتجاه الذي جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى¹¹¹ ، بحيث ورد به أن: " إدلاء الطاعن المتعرض بموجب تصرف في الملك يعتبر شاهدا عرفيا لفائدته فكان على المحكمة، والحالة هذه، أن تناقش حجة الطرفين وتبحث في حيازة الطعن المدعى فيه ".

المبحث الثاني : الإشكالات العملية لدعوى الحيازة

إن الإشكالات التي تعرفها دعوى الحيازة لم تقتصر على القانون فحسب، بل تجاوزته الى إشكالات عملية تطرح على مستوى المحاكم والمساطر المتبعة لإقرار حق الحيازة وإرجاعه إلى ما كان عليه (المطلب الأول)، وكذا الجهات المختصة للمطالبة بهذا الحق وتنفيذه (المطلب الثاني).

¹⁰⁷ - يقصد بمبدأ أو قاعدة التطهير في نظام التحفيظ العقاري : تطهير العقار من كل حق عيني أو تحمل عقاري متعلق بالملك و بطلانه إذا لم يتم تضمينه في الرسم العقاري من قبل أي شخص خلال مسطرة التحفيظ، و التقادم لا يزيد أي حق عيني على عقار محفظ و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة بالرسم العقاري كما جاء في الفقرة 2 من الفصل 1 من ظ.ت.ع. الذي تم تعديله و نسخه بمقتضى قانون رقم 14.07.

¹⁰⁸ - ورد في الفصل 63 من ظ.ت.ع. المعدل والمتمم والمغير بقانون رقم 14.07 مايلى : "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري".

¹⁰⁹ - من تقرير التركيبي حول واقع قطاع العقار بالمغرب للمناظرة الوطنية للسياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، المنعقدة بالصخيرات في 8 و 9 من دجنبر 2015، ص : 11.

¹¹⁰ - قرار المجلس الأعلى عدد 2777 المؤرخ في 2006/09/27 ملف مدني عدد 2005/1/1893، منشور بموقع مغرب القانون

<https://www.marocdroit.com> تاريخ الولوج. 22:33 h: 16/04/2020

¹¹¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 2459 المؤرخ في 2006/07/26 ملف مدني عدد 2005/1/1/3337، منشور بنفس الموقع.

المطلب الأول : الإشكالات المتعلقة بحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في ظل دعاوى الحيازة

إن المقصود هنا بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، "هو استرداد حيازة العقار أو رد حيازة العقار للحائز، الذي خرج العقار من يده بغير حق، بعمل من أعمال الغصب أو الحيل، بقصد رد هذه الحيازة إليه، إلى حين صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها".¹¹²

والمشرع المغربي، إضافة إلى الحماية الموضوعية من خلال مقتضيات القانون العقاري التي منحها للحيازة التي تم تناولها في المبحث الأول، نجده منح للحيازة حماية من نوع آخر، ألا وهي الحماية القضائية التي تتجلى في إمكانية اللجوء إلى القضاء الذي يقر هذا الحق ويحميه، وفي المساطر التي يوفرها للمتقاضى صاحب حق الحيازة، من خلال الدعوى التي يسلكها سواء أكانت دعوى عمومية بواسطة النيابة العامة أو بواسطة شكاية مباشرة من طرفه، إذا ما تعرضت حيازته للغصب والاستيلاء غير الشرعي، وهي حماية تأخذ مشروعيتها من منطق تحقيق الأمن العقاري والحفاظ عليه.

ودعوى استرداد الحيازة تُرفع من الحائز عندما تنزع حيازته للعقار أو الحق العيني كله أو بعضه. وسميت

هذه الدعوى بدعوى استرداد الحيازة لأن المدعي يطلب رفع التعدي الواقع عليها.¹¹³

وإلى جانب هذه الحماية المسطرية للحيازة، هناك حماية من نوع آخر هي الحماية الجنائية التي يمنحها القانون الجنائي للحائز، نتيجة عمل إجرامي يقع على حيازته للعقار بقصد سلبها أو انتزاعها منه¹¹⁴. ولذلك نص الفصل 570 من القانون الجنائي على جنة انتزاع عقار من حيازة الغير¹¹⁵، فالمشرع المغربي كان حكيمًا حينما شدد في عقوبة من

112 - عبدالله بن راشد بن محمد التميمي، "الحماية الجنائية والمدنية للحيازة، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005، ص: 131.

113 - عبد الإله صاعو، "دعوى الحيازة في التشريع المغربي"، مجلة قانون الأعمال، عدد 15، 2017، ص: 87.

114 - محمد لعروصي، "الحماية الجنائية للمنازعات العقارية"، مجلة القضاء الجنائي، العدد 6/5، 2017، ص: 119.

115 - ورد في الفصل 570 من القانون الجنائي ما يلي: يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم من انتزع عقاراً من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس.

إذا وقع انتزاع الحيازة ليلاً أو باستعمال العنف أو التهديد أو التسلق أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى سبعمائة وخمسين درهماً.

ارتكب جريمة مقترنة مع وسيلة¹¹⁶ أو ظرف¹¹⁷ من الظروف المشددة، إذ نجده قد رفع الحد الأدنى للعقوبة من شهر إلى ثلاثة أشهر، ورفع من الحد الأقصى من ستة أشهر إلى سنتين؛ ذلك أنّ السلوك الذي أتى به الجاني أخطر من السلوك الذي نصت عليه الفقرة الأولى من نص الفصل. كما نجده قد رفع من الحد الأقصى للعقوبة المالية من خمسمائة درهم إلى سبعمائة وخمسين درهماً، بينما أبقى على الحد الأدنى كما هو (مائتا درهماً)، وهذا الأمر يتفق فيه المشرع المغربي مع المشرع الجزائري¹¹⁸ في التشديد في العقوبة إذا اقترن فعل الانتزاع بظرف مشدد.¹¹⁹

لقد جاء الفصل 570 من القانون الجنائي شاملاً بحمايته لجميع أنواع العقارات الواردة بالمغرب، باستثناء أراضي الجماعات السلالية أو أراضي الجموع، حيث ورد نص خاص يحميها بموجب المادة 36¹²⁰ من القانون الجديد رقم 62.17¹²¹ الذي ينظم هذه الأراضي. والمشرع من خلال هذه المادة قد تجاوز إشكال النقص الذي يعتري الفصل أعلاه من القانون الجنائي، بحيث نص، إلى جانب الغرامة المالية والعقوبة الحبسية، على إرجاع الحال إلى ما كان عليه بالنسبة للعقار الذي تعرضت حيازته للاستيلاء، وهذا فيه ضمانات وحماية أكثر للأمن العقاري. غير أنه كان على المشرع أن يقوم بتعديل الفصل 570 من القانون الجنائي حتى تستفيد جميع العقارات من هذه الضمانة، لا أن ينتظر حتى تصدر

116 - " هذه الوسائل هي العنف أو التهديد، فكما انتزعت حيازة الملك العقاري بإحدى هاتين الوسيطتين طبقت العقوبة المشددة دون حاجة إلى البحث عن الخلسة أو التديس، كما أن وجود ظروف تشديد كالتعدد أو حمل السلاح، لا أثر له من هاتين الوسيطتين لأن المشرع قرر عقوبة واحدة كن العنف أو التهديد، من شخص واحد أو عدة اشخاص، كان الجاني أو أحد الجناة مسلحاً أم لا". أحمد الخليلي، "القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية، ص: 477.

117 - أما ظرف التشديد فيشمل الليل و التسلق و الكسر وتعدد الاشخاص و حمل السلاح، فهذه الظروف يظهر اثارها خاصة مع الخلسة او التديس ولا تستقل بمفردها لتكون الركن المادي للجريمة. أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص: 477.

118 - حيث ورد في الفقرة الثانية من المادة 386 من قانون العقوبات الجزائري مايلي: "وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلاً بالتهديد أو العنف أو بطريقة التسلق أو الكسر من عدة اشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، والغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج".

119 - جمال القتال، "الحماية الجنائية للحيازة العقارية"، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2014 - 2015، ص: 273.

120 - ورد في المادة 36 من القانون 62.17 ما يلي: "دون الإخلال بالعقوبة الأشد المنصوص عليها في القوانين الجاري بها العمل، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم:

- كل من قام أو شارك بأية صفة في إعداد وثائق تتعلق بالتفويت أو بالتنازل عن عقار أو الانتفاع بعقار مملوك لجماعة سلالية خلافاً للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل؛

- كل من قام أو شارك في إعداد وثائق تنفي الصيغة الجماعية عن عقار تابع لجماعة سلالية، خرقت للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

121 - ظهير الشريف رقم 1.19.115، الصادر في 7 ذي الحجة 1440، (9 غشت 2019)، بتنفيذ القانون رقم 62.17، بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية و تدبير أملاكها، ج.ر 6807، الصادرة في 24 ذي الحجة 1440، (26 غشت 2019)، ص: 5887.

القوانين الخاصة فتقوم بحل إشكالية النقص الذي يعتري النص العام ويقتلع الإشكال من أصله. "وعليه، فإن كل فصل إدانة في جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير دون أن يرافقها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، يجعله فارغا من محتواه وهدفه المنشود".¹²²

وهناك إشكالات أخرى يطرحها هذا الفصل، تتعلق بالطبيعة القانونية للحكم بإرجاع الوضع إلى حاله في جرائم الاعتداء على الحيازة العقارية وإشكالات تنفيذه، حيث إن الفصل 570 من القانون الجنائي لم يحدد من خلاله المشرع هذه الطبيعة، مما جعل الأمر يطرح إشكالا في تضارب الآراء الفقهية والأحكام والقرارات القضائية، وأدى إلى الخضوع للقواعد العامة المقررة في ق.م.ج، و ق.ج.

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية للحكم بإرجاع الوضع إلى حاله، فقد اختلف الفقه بشأنها إلى اتجاهين :

- الاتجاه الأول يرى بأن إرجاع الوضع إلى حاله جزء من التعويض المدني المترتب عن انتزاع الحيازة لفائدة المتضرر من فعل الانتزاع، وقد قاموا بتقسيم هذا التعويض إلى تعويض نقدي، والذي يجد سنده في الفصول 105¹²³ و 106¹²⁴ من ق.ج، هو المبلغ المالي الذي يستحقه المتضرر جبرا لما حصل له جراء حرمانه من حيازة أرضه، وتعويض عيني يتجلى في تمكينه من حيازة العقار المعتدى عليه وإعادة وضع يده عليه بصورة مادية وفعلية.¹²⁵

ويترتب عن اعتبار إرجاع الوضع إلى حاله تعويضا مدنيا، ما يلي :

122 - محمد بن حسان، " الحماية الجنائية للحيازة العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي، 2015 - 2016، ص : 101.

123 - ورد في الفصل 105 من القانون الجنائي مايلي: "كل حكم بعقوبة أو تدبير وقائي، يجب أن يبيت في الصوائر ومصارييف الدعوى طبق القواعد المنصوص عليها في الفصلين 347 و 349 من المسطرة الجنائية .

ويجب أن يبيت علاوة على ذلك، إذا اقتضى الحال في طلبات الرد والتعويضات المدنية".

124 - ورد في الفصل 106 من القانون الجنائي مايلي: "الرد هو إعادة الأشياء أو المبالغ أو الأمتعة المنقولة الموضوعة تحت يد العدالة إلى أصحاب الحق فيها.

ويمكن للمحكمة أن تأمر بالرد ولو لم يطلبه صاحب الشأن".

125 - ورد في الفصل 107 من القانون الجنائي ما يلي: "يجوز للمحكمة علاوة على ذلك، بقرار معلل، بناء على طلب المجني عليه أن تأمر برد:

1 - المبالغ المتحصلة من بيع الأشياء أو الأمتعة المنقولة التي كان له الحق في استردادها عينا.

2 - الأشياء أو الأمتعة المنقولة المتحصل عليها بواسطة ما نتج عن الجريمة، مع احترام حقوق الغير".

- أن يتم تقديم طلب إرجاع الوضع إلى حاله في إطار الدعوى المدنية التابعة، طبقا للقواعد المنظمة لهذه الأخيرة شكلا وموضوعا، أو في إطار الدعوى المدنية المستقلة بعد ثبوت نهائية الحكم القضائي بالإدانة وذلك طبقا لما تقتضيه قواعد المسؤولية.¹²⁶

- أن يتم تقديم طلب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من طرف المتضرر صاحب المصلحة أو ممن ينوب عنه ، فلا تتدخل المحكمة من تلقاء نفسها في هذا الشأن.¹²⁷

الاتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الرأي أن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه جزء من الدعوى العمومية، وبالتالي من العقوبة الجزرية الصادرة في جريمة انتزاع الحيابة، ذلك أنه إذا كانت مقتضيات الفصل 570 من القانون الجنائي لا تنص عليه صراحة كتدبير أصلي أو مكمل للعقوبة، إن قاعدة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من النظام العام تفرضه إلى جانب ما جاء منصوص عليه في القواعد العامة ل ق.ج ، و ق.م.ج، وأن الأمر بذلك لا يعتبر خروجاً عن مبدأ حياد القاضي أو الحكم بما لا يطلبه الخصوم، لأنه متى كانت القاعدة متعلقة بالنظام العام، تبقى المحكمة مطالبة بالحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كلما توفرت شروطه الضرورية تحت طائلة تبرير قرار الرفض.¹²⁸

الاتجاه الثالث : وهذا الاتجاه ذهب موازنا بين الاتجاهين السابقين حيث اعتبر أن يتعين البث في طلب إرجاع الوضع إلى حاله بنوع من المرونة والسهولة في المسطرة حماية لحق المتضرر في حيابة عقاره الى حين صدور تشريع يحدد جميع الجوانب المتعلقة بذلك عبر المبادئ التالية:¹²⁹

- اعتبار إرجاع الوضع الى حاله يتسم بطبيعة مختلطة في الدعوى أمام المحكمة المدنية، كتدبير مرتبط بالعقوبة الجزرية وجزء من التعويض المستحق للمتضرر، الى جانب التعويض عن الضرر جراء الحرمان من الحيابة.
- اعتبار إرجاع الوضع إلى حاله استثنائيا بعد صدور الحكم القاضي بالإدانة من أجل انتزاع الحيابة ومراجعة المحكمة الجزرية مصدرة قرار الإدانة في طلب

¹²⁶ - حسن حمداوي، "الحماية الجنائية للعقار على ضوء العمل القضائي- طنجة نموذجا"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 41، فترة التدريب 2015 - 2017، ص: 79.

¹²⁷ - محمد بن حسان، مرجع السابق، ص: 100.

¹²⁸ - حسن حمداوي، مرجع السابق، ص: 80.

¹²⁹ - حسن البكري، "الحماية القانونية لحيابة العقارات في التشريع الجنائي المغربي (الحكم - التعليق)"، مكتبة الرشاد، الطبعة الاولى 2001، سطات، ص: 139.

ارجاع الوضع الى حاله باعتباره ردا شأنه في ذلك شأن مراجعتها كلما استشكل الأمر في مصاريف الدعوى وغيرها تطبيقا للفصل 646¹³⁰ من ق.م.ج. ورأى القضاء بهذا الخصوص فقد كيف جريمة انتزاع الحيازة في أحد قرارات محكمة النقض التي ورد بها ما يلي¹³¹: "إن انتزاع حيازة عقار حسب الفصل 570 من ق.ج، لا يستوجب الدخول إلى العقار ووضع اليد عليه، بل يتحقق بمجرد منع الحائز من الانتفاع الكامل من حيازته الفعلية وحرمانه من التصرف في عقاره بكافة أنواع التصرفات المادية في أوجه المخصصة له، بما في ذلك تصويره سواء بالضرب أو بالبناء أو بأي شكل من الأشكال، والذي يشكل في نفس الوقت فعلا ماديا وصورة من صور العنف التي تدرج ضمن الوسائل المنصوص عليها في الفصل المذكور".

وفيما يتعلق بحكم بإرجاع الحال إلى ما كان عليه في إطار دعوى الحيازة فإن القضاء بدوره انقسم إلى اتجاهين، اتجاه يرى أن للمحكمة أن تقرر إرجاع العقار لحائزه الأول ولو لم يطلبه، لأنه يعتبر ردا لما يجب رده الذي يحق للمحكمة أن تحكم به تلقائيا طبقا للمادة 106 من ق.ج من ذلك قرار للمجلس الأعلى الذي ورد فيه¹³² " بأنه لمحكمة الموضوع الصلاحية بالحكم برد ما يلزم رده من غير أن يطلب منها ذلك". وبمقابل ذلك هناك قرارات قالت إن المحكمة لا يمكنها الحكم بإرجاع الحيازة إلى صاحبها إلا إذا طلب منها ذلك طبقا لأحكام الدعوى المدنية التابعة.

ومن ذلك القرار آخر للمجلس الأعلى¹³³ الذي جاء فيه ما يلي "لما اعتبرت المحكمة أن المشتكي لم يقدم مطالب مدنية في المرحلة الابتدائية وصرحت بذلك بعدم قبول استئنافه ثم قضت بناء على استئناف النيابة العامة وحدها بإلغاء الحكم الابتدائي القاضي بالبراءة من أجل الهجوم على ملك الغير وحكمت على المتهم بالإدانة بإفراغ الأملاك المعتدى عليها تكون قد خرقت القانون، لأن الإفراغ يدخل ضمن المطالبة بالحق المدني الذي لم يقدمه المشتكي".

¹³⁰ - ورد في الفصل 646 من قانون المسطرة الجنائية ما يلي : "إذا لم ينفذ المدين الالتزامات التي أدت إلى إيقاف الإكراه البدني، أمكن إكراهه من جديد فيما يخص المبالغ الباقية بدمته".

¹³¹ - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 116 بتاريخ 16 يناير 2016، في الملف الجنحي عدد 12302/6/6/2012، مجلة قضاء محكمة النقض عدد 76، ص: 307.

¹³² - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1715 تاريخ 1974/12/05، مقال بدون ناشر، "الحماية الجنائية للعقار على ضوء التشريع المغربي"، منشور بالموقع الإلكتروني لمجلة المختبر القانوني، سنة النشر 2016، تاريخ الولوج: 2020/04/21 - h: 22:3 . www.labodroit.com

¹³³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 4971 تاريخ 1983/06/26، منشور بنفس مقال .

وفي رأينا المتواضع فإن الرأي الأقرب إلى الصواب هو ما أورده الاتجاه الثاني إذ انه يحقق القدر الكافي من الحماية التي يحتاجها المدعي حيث أن إرجاع الحال إلى ما كان عليه في دعوى الحيازة هو من البديهيات التي كان على المشرع أن ينص عليها في الفصل 570، ومنه فإن هذا الإجراء يجب أن يتم من قبل القضاء الجنائي تكملة للدعوى العمومية عن طريق الدعوى المدنية التابعة بشكل تلقائي لا أن يطرق المدعي باب القضاء من جديد وأن يسلك مساطر جديدة أي إجراءات الدعوى المدنية بعرض القضية مجددا على القضاء المدني. وهذا الاتجاه أيده القضاء في أحد قرارات المجلس الأعلى¹³⁴: "إن تدبير إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يصدره القضاء الجزري تلقائيا دون حاجة إلى طلبه بسبب ارتباطه بالجريمة المدان بها المحكوم عليه"، وأن يكون هذا الأمر تكملة للعقوبات التي نص عليها في الفصل 570، والاتجاه الثاني كان أيضا صائبا لأن المشرع ذهب فيه حسب ما أورده المادة 36 من القانون 62.17 المتعلق بتدبير الأراضي الجماعات السلالية السالف الذكر.

إلا أن الخلاف الحاصل حول الطبيعة القانونية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بين كونه تعويضا عينيا يحكم به في إطار الدعوى المدنية التابعة أو جزء من العقوبة الجزرية نتج عنه إشكالات متعددة تتعلق بالمسطرة المتبعة في تنفيذه.

وعليه ، فإنه إذا اعتبر إرجاع الوضع إلى حاله تعويضا عينيا، يحكم به في إطار الدعوى المدنية التابعة فإن التنفيذ يكون بناء على طلب من المستفيد أو من ينوب عنه¹³⁵، ويتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم، والبت في هذا الإطار من الحصول على نسخة تنفيذية من الحكم القاضي بإرجاع الوضع إلى حاله، وتبليغ الحكم إلى المحكوم عليه ولا يتم التنفيذ إلا بالحصول على إذن من كتابة الضبط،¹³⁶ مع إمكانية الاستعانة بالسلطات العمومية.

¹³⁴ - قرار صادر عن المجلس الأعلى المؤرخ في 2000/5/23 تحت رقم 6/1031 ملف جنحي عدد 98/17641، أورده عبد الواحد شعير، "قراءة في الفصل 570 من القانون الجنائي (فقها وقضاء)"، في 14 - 04 - 2015، <https://www.maghress.com/alittihad/1211883> تاريخ الولوج في 23:19h 2020/04/22.

¹³⁵ - جاء في الفصل 429 من قانون المسطرة المدنية ما يلي: "تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه.

يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم أو إذا اقتضى الحال وفقا لمقتضيات الفصل 439 من هذا القانون.

يكلف قاض بمتابعة إجراءات التنفيذ يعين من طرف رئيس المحكمة الابتدائية باقتراح من الجمعية العامة .

يمكن لمحكمة الاستئناف أن تعهد بتنفيذ قراراتها إلى محكمة ابتدائية" .

¹³⁶ - انظر الشرقي الحراث، "دور كتابة الضبط في القضايا العقارية"، مكتبة الرشاد ، سطات ، الطبعة الأولى 2014، ص : 86 - 87.

أما إذا اعتبر جزء من العقوبة فإن الجهة المكلفة بتنفيذه هي النيابة العامة، وفق مسطرة تنفيذ المقررات القضائية المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية طبقاً للمادة 37 من ق.م.ج.

ولما كانت النيابة العامة هي التي يجب أن تسهر على تنفيذ هذا الإجراء، فإنه يتعين عليها أن تعهد بذلك إلى أعوانها التابعين لها في إطار الشرطة القضائية حسب المادة 22 من ق.م.ج، لا إلى قسم التنفيذ، التابع للمحكمة كما هو عليه الأمر في الميدان القضاء المدني.

وعندما يتم التنفيذ في إطار الدعوى العمومية تكملة للعقوبة التي حكمت على الجاني فإن الأمر يكتنفه بعض الصعوبات، فإن هذا الإجراء لن ينفذ حتى لا تعد إمكانية للطعن في وجه المدعى عليه المتهم، حسب ما جاء في الفصل 598¹³⁷ من ق.م.ج، وبالتالي يفقد المدعي مزية الاستفادة من سلوك المسطرة المدنية التي تخول له حق في التنفيذ بمجرد استنفاد طرق الطعن العادية التي تخوله حق فيه التنفيذ بمجرد استنفاد طرق الطعن العادية، حسب ما جاء في المادة 597¹³⁸ من ق.م.ج.

وفي نافذة القول فإن الغموض الذي يكتنف الطبيعة القانونية للحكم لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يثير في الواقع العملي العديد من الصعوبات في مسطرة تنفيذه، ويتجلى هذا في تنازع التنفيذ بين النيابة العامة والمطالب بالحق المدني، ولم يقتصر الخلاف الحاصل حول أي المسطرة يجب اتباعها في هذا النوع من الدعاوى فقط بل امتد ليشمل الخلاف حتى الجهة القضائية المختصة بالبث في صعوبة هذا التنفيذ.

¹³⁷ - ورد في المادة 598 من قانون المسطرة الجنائية مايلي : " يمكن أن يجري التنفيذ بطلب من الطرف المدني طبقاً لقواعد المسطرة المدنية، بمجرد ما يصبح المقرر الصادر بمنح التعويضات المدنية نهائياً لعدم قبوله لأي طريق من طرق الطعن العادية.

لا يجوز تطبيق الإكراه البدني إلا إذا اكتسب المقرر المذكور قوة الشيء المقضي به".

¹³⁸ - ورد في المادة 597 من قانون المسطرة الجنائية مايلي : "تقوم النيابة العامة والطرف المدني، كل فيما يخصه، بتتبع تنفيذ المقرر الصادر بالإدانة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القسم.

يقع التنفيذ بطلب من النيابة العامة عندما يصبح المقرر غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية، أو لطعن بالنقض لمصلحة الأطراف.

يحق لوكيل الملك أو الوكيل العام للملك أن يسخر القوة العمومية لهذه الغاية".

المطلب الثاني : إشكالية الاختصاص النوعي في البت في صعوبة تنفيذ رد الحالة إلى ما كانت عليه في دعوى الحيازة.

والتنفيذ عموما هو " تحقيق الشيء أو إخراجه إلى الواقع، أي أنه تلك الوسيلة القانونية التي تمارسها السلطة العامة تحت إشراف القضاء، وبأمر منه ، بناء على طلب الدائن الذي يمتلك أمر التنفيذ ولوج المواطنين إلى القضاء لاستصدار الأحكام ليس غاية في حد ذاته بل وسيلة لإجبار المحكوم عليه كي يرد الحق لصاحبه قهرا".¹³⁹

لقد برز إلى السطح اتجاهان رئيسيان حول تحديد الجهة المختصة قانونا بالبت في الصعوبات الناجمة عن تنفيذ إرجاع الحال إلى ما كان عليه في دعوى الحيازة.

الاتجاه الأول : يرى أن قاضي المستعجلات، سواء رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، هو المختص بالبت في الصعوبات الناجمة عن تنفيذ حكم إرجاع الوضع إلى حاله، إذ ينص الفصل 149¹⁴⁰ من ق.م.ج على أنه يجري التنفيذ بطلب من المطالب بالحق المدني، ويرجع الاختصاص إلى قاضي المستعجلات بصفة حصرية كلما تعلق الأمر بتنفيذ حكم. وهو ما أكدته محكمة النقض¹⁴¹ في أحد قراراتها "من اختصاص قاضي المستعجلات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه حماية للوضع الظاهر والمستقر ومنعا من مباشرة تغيير هذا الوضع الضامن للاستقرار.

الاتجاه الثاني: يرى أن الصعوبات الناتجة عن تنفيذ الأحكام الجزرية عموما ولو تضمنت مطالب مدنية ينعقد الاختصاص فيها إلى المحكمة الجنحية أو الجنائية التي أصدرت الحكم طبقا للمادة 599¹⁴² من ق.م.ج، ويزكي هذا الاتجاه ما جاء في المادة 40¹⁴³ من ق.م.ج.

139 - محمد الإدريسي، "الحماية الجنائية للعقار نحو تكريس حماية قانونية كاملة"، منشورات مجلة منازعات الأعمال، العدد 10، دجنبر 2018، ص 87 :

140 - ورد في المادة 149 من قانون المسطرة المدنية مايلي : "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات.

إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة.

إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول.

تعين أيام وساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس".

141 - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 538 مؤرخ في 13/02/2008 ملف مدني عدد 963 / 1/6/2006 أوردته محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص : 83.

142 - ورد في المادة 599 من القانون المسطرة الجنائية: "يرجع النظر في النزاعات العارضة المتعلقة بالتنفيذ إلى المحكمة التي أصدرت المقرر المراد تنفيذه ويمكن لهذه المحكمة أيضا أن تقوم بتصحيح الأخطاء المادية الصرفة الواردة فيه".

إلى جانب أن المشرع قضى بأحقية الاختصاص يرجع إلى النيابة العامة باعتبارها الجهة المخول لها حق مراقبة و السهر على تسيير عمل الضابطة القضائية، وتنفيذ المقررات القضائية و أوامر قاضي التحقيق والبت في الشكايات واستعمال طرق الطعن في الأحكام بموجب المواد 36-40-41-49 من قانون المسطرة الجنائية .¹⁴⁴

والقضاء الاستعجالي لا يجوز له أن يقضي بإرجاع الحال إلى ما كان عليه وذلك بإزالة ما أحدثه المتعرض بهدم ما بناه أو إقامة ما هدمه إذ أن حكمه برد الحيازة لا يعتبر قضاء في وضع يد وإنما قضاء بإجراء تحفظي يرد منه رد عدوان الغاصب محافظة على الأوضاع المادية الثابتة لضمان استقرار الأمن ولا جدال في أن إرجاع الحال إلى ما كان عليه بالبناء أو الهدم يعتبر قضاء موضوعيا يخرج من اختصاص القضاء المستعجل¹⁴⁵، والقضاء الاستعجالي يكون مختصا بطرد المحتل عندما يكون العقار المحفظ.¹⁴⁶

وهذا التذبذب في مواقف محاكم الموضوع يمس من الناحية العملية بحقوق الطرف المتضرر بحيث يصبح تحت رحمة الهيئة وسلطتها التقديرية في التكليف الذي ترتبه مناسبا إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه الشيء الذي يجعلنا نؤكد على لحكم ضرورة الحسم التشريعي في هذه المسألة عوض تركها مثار جدال بين الفقه والقضاء وذلك بالتنصيص صراحة على هذا المقتضى.¹⁴⁷

وفي رأينا المتواضع بخصوص الاتجاه الأقرب إلى الصواب هو الاتجاه الثاني، ذلك أن قانون المسطرة المدنية باعتباره القانون الأصل، ينص في فصله 26¹⁴⁸ على أن كل

143 - ورد في الفقرة 7 من المادة 40 من ق.م.ج مايلي : " يجوز لوكيل الملك إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم، أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائماً لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، على أن يعرض هذا الأمر على المحكمة أو هيئة التحقيق التي رفعت إليها القضية أو التي سترفع إليها خلال ثلاثة أيام على الأكثر لتأييده أو تعديله أو إلغائه.

يجوز له في حالة عدم وجود منازعة جدية، أن يأمر برد الأشياء التي ضبطت أثناء البحث لمن له الحق فيها، ما لم تكن لازمة لسير الدعوى أو خطيرة أو قابلة للمصادرة.

يسهر على تنفيذ أوامر قاضي التحقيق وقضاء الأحداث ومقررات هيئات الحكم".

144 - عبد الإلاه صاعو، المقال السابق، ص : 91.

145 - عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، " القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء"، الطبعة الثالثة، طبع بدار المعارف، مصر، 1991، ص : 408.

146 - حسن حمداوي، المرجع السابق، ص : 82.

147 - فاطمة العلمي، "القضاء الاستعجالي في المادة العقارية"، بحث نهاية التكوين الملحقين بالمعهد العالي للقضاء، 2015 - 2017، ص : 100.

148 - جاء في المادة 26 من ق.م.ج مايلي : "تختص كل محكمة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها وخاصة في الصعوبات المتعلقة بالمصاريف المؤداة أمامها.

لا تستأنف الأحكام الصادرة طبق الفقرة السالفة إلا إذا كانت الأحكام في الدعاوى الأصلية قابلة هي نفسها للاستئناف".

محكمة تختص بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها وخاصة في الصعوبات المتعلقة بالمصاريف المؤداة أمامها، مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 من القانون السالف الذكر.

إلا أن المشرع كان حكيما عندما لم يحدد أجل البث الجهة القضائية المختصة في تنفيذ أمر الصادر عن النيابة العامة بإرجاع الحال إلى ما كان عليه سواء بتأييده أو بتعديله أو إلغاءه، لأن في شأن التقييد المحكمة بأجل البث في هذا الأمر أن يضرب بما تتمتع به المحكمة من سلطة تقديرية واسعة ومطلقة في تجهيز الملف والبث فيها وحل النزاع المعروض عليها طبقا للقانون. إلا أنه كان حريا بالمشرع أن يحدد آجالا إحالة النيابة العامة بإجراء تحفظي أو بإرجاع الحال إلى ما كان عليه بشكل مستقل عن ملف الجريمة، وذلك حتى لا يفرغ تدخل النيابة العامة في منازعات العقار من محتواه، لأن من شأن إطالة أمد الملف بين يدي جهة الإحالة ضرب السرعة التي ارتأها المشرع من خلال الفصل 40 و 49 من ق.م.ج.¹⁴⁹

إن تنفيذ الحكم بإرجاع الحال إلى ما كان عليه في إطار دعوى الحيازة كاختصاص في نظرنا المتواضع يجب أن يمنح للنيابة العامة في إطار الدعوى الجنائية المعروضة على القضاء الجزري المغربي ذلك أن النيابة العامة هي الجهة التي يعهد إليها بتحريك الدعوى العمومية في دعوى استيلاء على الحيازة ثم لتسهيل الأمر على الحائز الذي نزعته حيازته في استرداد حيازته عوض أن يقوم بمطالبة من طرف رئيس المحكمة كإجراء جديد يجب أن يتقدم به والذي يهدر الزمن القضائي ويثقل كاهل المحاكم المدنية، والى جانب أن النيابة العامة هي الجهة الساهرة على ضمان الأمن، وتحقيق المصلحة العامة وحماية النظام العام، وكذلك إن إعطاء الاختصاص الى النيابة العامة يحقق المزيد من الضمانات الحيازة العقارية حتى يتم إدماج العقار غير المحفظ في عجلة التنمية والدورة الاقتصادية، وبطبيعة الحال تحقيق الأمن العقاري بالمغرب.

الخاتمة

بناء على ما سبق ذكره وتناوله في صلب الموضوع فإنه وجب وأكثر من أي وقت مضى إحاطة العقار بالمغرب وتطويره بالحماية اللازمة التي يحتاجها سواء على المستوى القانوني، أو المستوى العملي، وأقصد هنا بالضبط العقار غير المحفظ هذا الأخير الذي لازال يعرف إهمالا كبيرا من قبل المشرع وجل الباحثين والدارسين والمهتمين بالمجال العقاري، والذي تنشط في خضمه إشكالات عديدة تناولنا بعضها المتعلق بدعوى الحيازة،

¹⁴⁹ - بويكر أفواد، " الإعتداء على الحيازة العقارية طبقا للفصل 570 من القانون الجنائي واختصاص النيابة العامة وقاضي التحقيق من خلال قانون المسطرة الجنائية"، بحث نهاية للتدريب الملحقين بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 41، فترة التدريب 2015 - 2017، ص : 75 .

وأيضاً لازال مهدداً في أمنه العقاري رغم كل الجهود التي بذلها المشروع لتطويره وإدماجها في سلسلة التنمية وجعله أداة فعالة لتحريك عجلة الاقتصاد الوطني.

وبتالي يجب منح حماية للعقار غير المحفظ بشكل استباقي بدل أن ننتظر أن تخضع هذه العقارات لنظام التحفيز العقاري، ليحل هذا الأخير المشاكل العقار غير المحفظ، نظراً لأن تلك مسألة بعيدة المنال في الوقت الراهن في غياب الإمكانيات المادية و اللوجستيكية التي يتطلبها تعميم هذا النظام، هذا الأخير لاسيما إذا علمنا أنه هو الآخر بات يطرح العديد من الإشكالات على المستوى القانوني والقضائي بالمغرب .

وفي خضم هذه الوضعية فإن كل هذه الجهود التي بذلت من خلال إصدار القوانين العقارية الحديثة تظل قاصرة حتى تكون وسيلة للنهوض بالجانب العقاري غير المحفظ وجعله وسيلة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية إذا لم يراعى فيها التنسيق بين المقتضيات القانونية في مختلف القوانين، ولاشك في ذلك تضارب النصوص القانونية المنظمة لدعوى الحيازة.

عماد أكضيض
طالب باحث بـمـاـسـتـر العلوم الجنائية والأمنية
جامعة القاضي عياض مراكش

**الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الموتى بين أحكام الشريعة
الإسلامية والقانون المغربي والمقارن**

شهدت البشرية منذ الأزل، وخاصة في القرون الأخيرة حوادث مفرعة تكررت بشكل لافت للانتباه، وأصبحت ظاهرة خطيرة انتشرت في كل بقاع العالم، ألا وهي ظاهرة الاعتداء على حرمة الأموات وانتهاك مقابرهم تارة بالتفجير والحرق والتلوين وتارة أخرى بالنهب والتدنيس.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل تضخم ليصل إلى حد سرقة الجثث وبيعها أو استعمالها في التجارب والبحوث العلمية أو الاتجار فيها، أو انتزاع الأعضاء من جثث الأموات لزرعها في الأحياء، أو استعمالها في أعمال السحر والشعوذة.¹⁵⁰

ومن الأمور التي يظنها كثير من الناس أن حرمة الإنسان تنتهي بالممات، وجعلوا أن الله عز وجل جعل لجثة الميت من الصيانة، والحقوق، ما هو ثابت بالنصوص القطعية التي تنقلها الأثبات من أئمة الإسلام، كما أن الله عز وجل كفل الحق في حرمة الميت في القرآن الكريم من خلال تكريمه للإنسان وتشريفه بالدين، وتفضيله على سائر المخلوقات مصداقا لقوله: " ولقد كرّمنا بني آدم...".

وهذا التكريم لم يقتصر على مدة حياة الإنسان بل تعداه إلى مماته، فالإسلام حريص على احترام وتكريم الإنسان حيا وميتا، من ذلك أنه أقر للموتى بعض ما شرعه للأحياء، فراعى سترهم حيث جاء عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا تبرز فخذك للناس ولا تنذر إلى فخذ حي أو ميت " أبو داود، كما شرع زيارتهم فقد جاء عنه

¹⁵⁰ - زهراء بن سعادة، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2010/2011، ص6.

صلى الله عليه وسلم انه قال: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها" مسلم، كما أشار أيضا إلى إحساس الموتى لمن فوقهم من الأحياء.¹⁵¹

ولقد تعرض فقهاء الإسلام للأحكام المتعلقة بحرمة الميت فوضعوا أبوابا في كتب الفقه وشروح الحديث، وكتب التفسير، وفرعوا من مسائل الأصول فروعا اضطرتهم إليها النوازل الحادثة في كل زمان ومكان، حتى أدركنا هذا العصر، عصر التكنولوجيا والأبحاث الطبية والعلمية الحديثة، حيث كثرت فيه صور الاعتداءات على حرمة الأموات ومقابرهم، وكذا ما طرأ من النوازل والمسائل لا سيما تلك المتعلقة بالاكشافات الطبية الحديثة، الأمر الذي يستوجب توفير الحماية اللازمة لجسم الانسان سواء كان حيا أو ميثا.

ونتيجة لكثرة الاعتداءات والأفعال التي أصبحت تتعرض لها المقابر في بلانا وباقي بلدان العالم، فقد اتجهت جل التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع المغربي إلى سن نصوص قانونية تجرم هذه الأفعال وتكفل حرمة الأموات وتعزيز الحماية لمقابرهم، حيث رتبت على انتهاك حقوق الميت عقوبات زجرية سواء كان ذلك منصب على جثته أو على قبره وكل ما يتعلق به، وبذلك تكون قد طبقت مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة والتي تدعو الى احترام وتوقير الأموات.

ونظرا للأهمية البالغة التي يحتلها هذا الموضوع في الوقت الراهن، وكذا لقلّة البحوث العلمية والكتابات القانونية التي نبشت في أعماقه، ارتأينا أن نخوض هذه التجربة ونبحث فيه وذلك من خلال بيان تجليات الحماية الجنائية لحرمة الميت والمقابر في الشريعة الإسلامية والقانون المغربي، بالتطرق إلى مظاهر الحماية التي أولتها الشريعة الإسلامية لحرمة الميت وأبرز الحقوق التي كفلتها له، وكذا مختلف صور الاعتداءات التي تعرض لها التشريع الجنائي المغربي، وبيان أثر الحماية الجنائية التي خص بها التشريع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي تلك الحرمة على حد سواء، من خلال التعرض للجزاءات المترتبة على هذه الاعتداءات.

الأمر الذي دفعنا لطرح الإشكال التالي: ما مدى فعالية الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الأموات في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي المغربي؟ وهل استطاعت مقتضيات الجنائية الزجرية الحد من مختلف صور الاعتداءات التي تتعرض المقابر بشكل عام والأموات على الخصوص؟ كل هذه الإشكالات سنحاول الإجابة عليها من خلال التصميم التالي:

¹⁵¹ - طارق حليلو، الحماية الجنائية لحرمة الميت بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2013/2014، ص 5.

-المبحث الأول: الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الميت في الشريعة الإسلامية

-المبحث الثاني: الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الميت في التشريع المغربي

المبحث الأول: الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الميت في

الشريعة الإسلامية

من المعلوم أن الله عز وجل قد كرم بني آدم وفضله على كثير ممن خلق تفضيلاً، لذلك قال في محكم كتابه: " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم..."¹⁵²، وذلك نهى عن امتهان أو ابتدال ذاته، ونفسه، أو تشويهه، أو التعدي على حرمانه حيا كان أو ميتاً.

ومسألة احترام الموتى ومقابرهم من أعرق الاعتقادات الدينية وأعمقها، إذ يعتبر الموتى هم أهم الأرض وساكنوها، فلا يجوز الاعتداء عليهم بأي شكل من الأشكال، وهو ما ابتلي به العالم اليوم من انتشار الاعتداءات بكل صورها على حرمة الموتى، وانتهاك المقابر بالنهب والتمثيل واستغلالها في مسائل السحر والشعوذة إلى غير ذلك من الأفعال النيئة التي تخل بالاحترام الواجب لهم.

وهو الأمر الذي تنبعت إليه الشريعة الإسلامية السمحة، وذلك من خلال تجريمها لمجموعة من التصرفات والأفعال التي تنتهك حرمة الموتى ومقابرهم (المطلب الأول)، ووضعت لها بذلك جملة من العقوبات تطبق على كل مخالف للقواعد الشرعية المرسومة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على المقابر وحرمة الميت في الشريعة الإسلامية

من خلال تصفحنا لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بجثة الميت وقبره، وجدنا أن نظرتها للجرائم الماسة بحرمة الميت وقبره أوسع وأشمل مما هي عليه في القوانين الوضعية، حيث نصت على مجموعة من الجرائم والتي يمكن التعرف عليها من خلال التطرق في (الفقرة الأولى) إلى الجرائم الواقعة على حرمة المقابر، والحديث في (الفقرة الثانية) عن تلك الواقعة على حرمة الميت.

¹⁵² - سورة الاسراء، الآية 70.

الفقرة الأولى: الجرائم الواقعة على حرمة المقابر

إن من عظيم عناية الله عز وجل بعباده أن سن لهم إقبار موتاهم، ولم يتركها كالبهائم ترمى فتأكلها الكلاب والطيور، وبذلك تصبح جيفة نتنة، بل أكرمهم بالإقبار وفطر ذلك على بني آدم، كما قال عز شأنه في كتابه الكريم " ألم نجعل الأرض كفاتا، أحياء وأمواتا"¹⁵³، وقوله كذلك " تم أماته فأقبره"¹⁵⁴، إلى غير ذلك من الصور والآيات التي أورد فيها سبحانه وتعالى مسألة إقبار الموتى، والأحاديث النبوية الشريفة كما سنتعرض لها في حينها.

وبناء على هذا التكريم الإلهي فقد أولى الدين الإسلامي الحنيف عناية وحماية جنائية لحرمة مقابر الموتى بأن سن مجموعة من الأفعال الاجرامية التي تدخل في نطاق انتهاك حرمة المقابر، ومنها جريمة بناء المساجد على القبور والتمسح بها (أولا)، جريمة الذبح عند القبور واتخاذها اعيادا (ثانيا)، وأخيرا جرائم نبش القبور (ثالثا).

أولا: جريمة بناء المساجد على القبور والتمسح بها

لقد نهت الشريعة الإسلامية عن اتخاذ القبور مساجدا أو بناء المساجد عليها أو التمسح بها، وذلك سدا للدریعة المفضیة إلى الشرك بالله عز وجل، وحفظا لحرمة لقبور من البدع والفتن.

فبخصوص جريمة اتخاذ القبور مساجدا أو بناء المساجد عليها، فورد النهي صريحا، وبذلك جاءت النصوص متواترة، فمنه ما رواه الشيخان البخاري ومسلم رحمة الله عليهما، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **لنن الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجدا**" **قالت عائشة: يحدر ما صنعوا، قالت: ولولا ذلك لأبرز قبره غير أن خشي أن يتخذ مسجدا**".

وذلك انه كان قديما إذا مات فيهم نبي أو رجل صالح صورا صورته وبنو عليه مسجدا ليأنسو برؤية صورته، ويتعظوا لمصيره ويعبدوا الله عنده، فمضت على ذلك أزمان، وجاء في الصحيحين، أن أم سلمة وأم حبيبة رضي الله عنهما، ذكرتا لرسول الله صلى الله عليه وسلم كنيسة رأتها بأرض الحبشة وما فيها من الصور، فقال صلوات ربي وسلامه عليه: " **أولئك إذا مات فيهم الرجل الصالح بنوا على قبره مسجدا وصوروا فيه تلك الصور، أولئك شرار الخلق عند الله يوم القيامة**"، وجاء بعدهم خلف رأوا أفعالهم وعبادتهم عند تلك الصور ولم يفهم أغراضهم، وزين لهم الشيطان أعمالهم، وألقى إليهم أنهم كانوا يعبدونها فعبدوها.

¹⁵³ - سورة المرسلات الآية 25 و 26.

¹⁵⁴ - سورة عبس الآية 21.

وبهذا فالنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اتخاذ قبره مسجدا خشية أن يعبد من دون الله عز وجل، ففي صحيح مسلم عن جندب بن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يموت بخمس وهو يقول: "إني أبرأ إلى الله أن يكون لي منكم خليل فإن الله قد اتخذني خليلا كما اتخذ إبراهيم خليلا، ولو كنت متخذا من أمتي خليلا لاتخذت أبا بكر خليلا ، ألا وإن من كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد ألا فلا تتخذوا القبور مساجد فإني أنهاكم عن ذلك".¹⁵⁵

وبين شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى العلة في نهيه صلى الله عليه وسلم عن اتخاذ القبور مساجد، فقال: "وهذه العلة هي لأجلها نهى الشارع، هي أوقعت كثيرا من الأمم، إما في الشرك الأكبر، أو فيما دونه من الشرك، فإن النفوس قد أشركت بتمثيل القوم الصالحين، وبتماثيل يزعمون أنها طلاس للكواكب ونحو ذلك".

والأحاديث في هذا الباب كثيرة، والخلاصة منها أن جل الأئمة من علماء المسلمين من جميع المذاهب الأربعة وغيرهم على النهي عن اتخاذ المساجد على القبور وحذروا من ذلك، عملا بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، ونصحا للأمة وتحذيرا لها أن تقع فيما وقع فيه من قبلها من غلاة اليهود والنصارى وأشباههم من ضلال هذه الأمة.¹⁵⁶

وبذلك ذهب ابن حزم رحمه الله تعالى وغيره إلى تحريم الصلاة إلى المقبرة وفي المقبرة، لما تبث من الأحاديث المتواترة التي لا يسع لأحد تركها¹⁵⁷، ودليل تحريمها ما تبث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الأرض كلها مساجد إلا الحمام والمقبرة".¹⁵⁸

أما فيما يتعلق بمسألة التمسح بالقبور وتقبيلها، فتعتبر من الأعمال المبتدعة التي تعد ذريعة لتقديس الأشخاص والأشراك بالله عز وجل، ولو كان المتمسح به قبر النبي صلى الله عليه وسلم. وفي هذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: "واتفق العلماء على أن من زار قبر النبي صلى الله عليه وسلم، أو قبر غيره من الأنبياء والصالحين – الصحابة وأهل البيت وغيرهم- أنه لا يتمسح به، ولا يقبله، بل ثبت في الصحيحين أن عمر بن

¹⁵⁵ - محمد بشير فلفلي، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا-قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 236.

¹⁵⁶ - مقال منشور على الرابط التالي:

www.islamqa.com

¹⁵⁷ - اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، الطبعة السابعة، تحقيق، د. ناصر بن عبد الكريم العقل، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، أورده، محمد بشير فلفلي، مرجع سابق، ص 237

¹⁵⁸ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب في الواضع التي لا تجوز الصلاة فيها، 492-330/1، والترمذي في سننه، كتاب الصلاة، باب في كراهية ما يصلى إليه وفيه، 346/178-177/2، وابن ماجة في سننه، كتاب المساجد والجماعات، باب المواضع التي تكره فيها الصلاة، 745-246/1، والحاكم في المستدرک، وغيرهم.

الخطاب رضي الله عنه قال: والله إنني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع، ولولا أنني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك".¹⁵⁹

ولهذا لا يسن باتفاق الأئمة أن يقبل الرجل أو يسلم ركني البيت، ولا جدران البيت، ولا مقام إبراهيم، ولا صخرة بيت المقدس، ولا قبر أحد من الأنبياء والصالحين، حتى تنازع الفقهاء في وضع اليد على منبر سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان موجوداً، فكرهه مالك وغيره، لأنه بدعة، وذكر أن مالكا لما رأى عطاء فعل ذلك لم يأخذ عنه العلم، ورخص فيه أحمد وغيره، لأن ابن عمر رضي الله عنهما فعله، وأما التمسح بقبر النبي صلى الله عليه وسلم وتقبيله فكلهم كره ذلك ونهى عنه، وذلك لأنهم علموا ما قصده النبي صلى الله عليه وسلم من حسم مادة الشرك وتحقيق التوحيد وإخلاص الدين الله رب العالمين".

فالثابت من هذه الأحاديث وغيرها أن الشارع الحكيم قد نهى عن بناء المساجد على القبور ونهى كذلك عن الصلاة إليها وعندها أو التمسح بها، ولعن من فعل ذلك لما في ذلك من امتهان لحرمة المقابر والموتى ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى عبادة القبور وتعظيمه كما فعلت الأمم من قبل، وأن هذه المساجد المبنية على قبور الأنبياء والصالحين والملوك وغيرهم يجب إزالتها بالهدم أو غيره.¹⁶⁰

ثانياً: جريمة الذبح عند القبور واتخاذها أعياداً¹⁶¹

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت زيارة القبور على الوجه الشرعي واعتبرت ذلك سنة ثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم، حيث قال: "زوروا القبور فإنها تذكركم بالآخرة"، فإذا تمت زيارة القبر للدعاء له، ولتذكر الموت والآخرة فهذا كله طيب ومحمود، وكان الرسول عليه الصلاة والسلام يعلم أصحابه إذا زاروا القبور أن يقولوا: السلام عليكم أهل الديار من المؤمنين والمسلمين، وإن إنشأ الله بكم لاحقون، نسأل الله لنا ولكم العافية، فإن زيارتهم لغير ما ذكر، لطلب الموتى على قضاء مسألة من المسائل، أو الاستغاثة بهم، وطلب الشفاء منهم، يعد زيارة شركية، هذه زيارة منكرة، بل هي شرك أكبر، لأن دعاء الأموات والاستغاثة بالأموات، والنذر لهم شرك أكبر، وهكذا الذبح لهم، كونه يذبح بقرة، أو بعير، أو شاة، أو دجاجة، يتقرب إلى الميت، يرجوا شفاعته، أو يرجوا بركته هذا شرك

¹⁵⁹ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب تقبيل الحجر، 1/495-496(1610).

¹⁶⁰ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 74.

¹⁶¹ - ومعنى اتخاذ القبور أعياداً: هو اعتياد قصد القبور في وقت معين، عائد بعود السنة، أو الشهر، أو الأسبوع، أو الاجتماع عند القبور في وقت معين.

أكبر، يقول سبحانه وتعالى في سورة الأنعام: "إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين".¹⁶²

وهذه تعد من الجرائم التي فيها انتهاك لحرمة المقابر والموتى، إذ تعد من المنكرات التي نهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم، لكونها ذريعة للشرك بالله عز وجل، وأساس نهى النبي عليه الصلاة والسلام، ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تجعلوا بيوتكم قبورا، ولا تجعلوا قبري عيداً، وصلوا علي فإن صلاتكم تبلغني حيث كنتم".¹⁶³

ويقول النبي صلى الله عليه وسلم كذلك: "لعن الله من ذبح لغير الله"، فليس لأحد أن يذبح للأصنام، أو للأولياء، أو للجن، بقصد التقرب إليهم، طلب شفاعتهم، أو نصرهم على الأعداء، أو لطلب إغاثتهم، أو ليشفوا مريضه، أو يردوا غائبه، أو يعطوه الولد، أو ما أشبه هذا مما يفعله عباد القبور، وعباد الأولياء وعباد الأصنام، أما الذبح عند القبور لله، لا للأولياء الله بغرض التقرب إلى الله، فهذه بدعة، القبور منهي الذبح عندها، هذا توسيح لها وإيداء وتلويث لها.

لقد ابتدع بعض الناس منذ أزمنة طويلة بدعا عظيمة تتعلق بالقبور، ومن أقبح تلك البدع: تخصيص زيارة قبور القرابات في الأعياد أو في أوقات وأزمنة معينة، ومن يفعل ذلك يرى أن زيارة الأقارب من الموتى في ذلك اليوم من باب البر وزيادة الود لهم، وهذا لا شك من البدع المحدثه المحرمة، وهذا منهي عنه لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم، حيث قال: "لا عقرب¹⁶⁴ في الإسلام"¹⁶⁵، وذلك لأنهم كانوا يعقرون الإبل على قبور الموتى، أي ينحرونها ويقولون: إن صاحب القبر كان يعقر للضيوف أيام حياته فكافئه بمثل صنيعه بعد وفاته.

والغريب في الأمر أنه رغم نهى الشريعة الإسلامية عن هذه الأفعال واعتبرتها من الشركيات ومن كبائر الذنوب، إلا أننا نجد في العديد من الدول الإسلامية الى اليوم ما زالت هذه العادات منتشرة بكثرة، من زيارة للقبور والأضرحة والاجتماع والذبح عندها، وهذا ان كان يذل على شيء فإنما يذل على ضعف الايمان في قلوبهم من جهة وتفشي الجهل والامية اتباع الهوى من جهة أخرى.

¹⁶² - والنسك يطلق على الذبح والعبادة، مصداقا لقوله عز وجل: "إن أعطيناك الكوثر، فصل لربك وأنحر".

¹⁶³ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب زيارة القبور، 534/2 (2042)، وأحمد في المسند، 403/14 (8804)، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الجنائز، باب من كره زيارة القبور، 32/3 (11817)، والحديث صححه النووي كما في الأذكار، ص 203، وحسنه شيخ الإسلام

ابن تيمية كما في اقتضاء الصراط المستقيم، 170/2، وصححه الألباني في المشكاة، 292/1، 926.

¹⁶⁴ - أصل العقرب: ضرب قوائم البعير أو الشاة بالسيف وهو قائم

¹⁶⁵ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الجنائز، باب كراهية الذبح عند القبر، 550/2 (3222)، وأحمد في المسند، 333/20 (13032)

ثالثاً: جريمة نبش القبور

إذا مات الانسان ودفن في قبره فانه لا يجوز الاعتداء على قبره بالنبش، ويقصد بالنبش هنا سرقة ما يكون بداخل قبره من كفن أو أموال، أو سرقة الجثة ذاتها أو بعض أعضائها.

ومصدر النبش من فعل نبش، والذي يدل على ابراز شيء مستور¹⁶⁶، و"النباش" هو من يعتاد النبش عن الميت والبحث عنه، أو هو من الذي يسرق أكفان الموتى بعد دفنهم في قبورهم¹⁶⁷.

والأصل عند أهل العلم هو حرمة نبش قبور المسلمين لأن نبشها يعتبر انتهاكا لحرمة القبور والمقابر بصفة عامة، وبذلك أوجب الشرع حفظها وصيانتها، وقد قرر الفقهاء أنه لا يجوز نبش قبر الميت الا لعذر شرعي وغرض صحيح، فالأصل هو حرمة نبش القبور الا في حالات خاصة بينها الفقهاء، وقد لعن النبي عليه الصلاة والسلام نباش القبور، فقد ورد في الحديث أنه أي النبي، "لعن المختفي والمختفية"، والمقصود هنا بالمختفي نباش القبور.

والجدير بالذكر أن العديد من المقابر والقبور في معظم الدول الإسلامية خاصة ودور العالم بصفة عامة، تتعرض للعديد من الانتهاكات من دوي الضمير والقلب الميت والمجرمين والملحدين، وذلك بشتى أنواع الاعتداءات بالنبش والتخريب والتلوين، إما لأغراض السحر والشعوذة، أو للسرقة والنهب، وفي هذا خرق لمقاصد الدين الإسلامي الحنيف

وبالتالي فمما لا شك فيه أن من يقوم بنبش قبر الميت من أجل سرقة كفنه أو ما يوجد به من أموال، أو حتى سرقة الجثة كاملة في حد ذاتها أو بعض أجزائها، فان ذلك يعتبر اعتداء على حرمة الموتى واثما عظيما، لأن فعل النباش لا يتوقف عند حد السرقة، بل يتعداه إلى انتهاك حرمة الميت، فينبش عليه قبره، ويتركه متعريا مكشوبا فيصبح عرضة للعبث، فلفظاعة فعل النباش ودناءته ولما فيه من انتهاك لحقوق الأحياء قبل الأموات جرّمته الشرعية السحاء ونهت عنه¹⁶⁸.

الفقرة الثانية: الجرائم الواقعة على حرمة الموتى

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية كفلت مجموعة من الحقوق للإنسان سواء قبل الموت أو بعد الموت، ومن بينها الحق في عدم انتهاك حرمة بعد الممات، وهو ما يمكن استنباطه من خلال استقراء العديد من الأحاديث النبوية الشريفة والآيات القرآنية الكريمة.

¹⁶⁶ - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ص 971، أوردته زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 80.

¹⁶⁷ - ابن منظور جمال الدين محمد بن كرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، الجزء السادس، 1994، 4324.

¹⁶⁸ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 80.

وهو ما يبين لنا بكل وضوح مدى مراعاة ديننا الإسلامي الحنيف حقوق الميت وحرمته، وذلك بتجريم جملة من الأفعال والأمر التي تعد انتهاكا لحرمة الميت، إذ نجد من بينها على سبيل المثال لا الحصر، جريمة وطء الميتة (أولا)، تم جريمة قذف الميت (ثانيا)، وأخيرا جريمة سب وشتم الميت (ثالثا).

أولا: جريمة وطء الميتة

لقد تقرر في جميع الشرائع السماوية والفظر السليمة أن جريمة الزنا من الجرائم التي تتنافى وفضة الانسان وكرامته، وهي من كبائر الذنوب، بل ومن أشدها خطورة على المجتمعات، قال الامام أحمد رحمه الله: " لا أعلم بعد القتل ذنبا أعظم من الزنا".

وإذا كانت فاحشة الزنا منكرة فيها انتهاك للعرض، وإفساد للنسل، فإن من أشد الجرائم فضاة، جريمة وطء الميتة، والتي تعد انتهاكا صارخا لحرمة الأموات والأحياء، وغاية لنشر الفساد في الأرض.

وتعتبر جريمة الزنا من كبائر الذنوب، وأشدها خطورة على كيان المجتمعات واستقرارها، فهي تتنافى مع الأخلاق الحميدة والفضة للإنسان وكرامته، ولبشاعتها حدد لها الشارع جزاء صارما يتناسب وفضاعتها، ولكنه فرق في العقاب، بين العازب الذي لم يتزوج وهو غير محصن، فله عقوبة خاصة به، والثيب المحصن، له عقوبة تخصه.¹⁶⁹

والزنا في اللغة: يمد ويقصر فيقال "زنا" بالمد على لغة أهل نجد، ويقال "زنى" بالقصر على لغة أهل الحجاز، وبها جاء القرآن الكريم كما في قوله تعالى: " ولا تقربوا الزنى إنه كان

فاحشة وساء سبيلا".¹⁷⁰

وشرعا " هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين"¹⁷¹، وعرفه ابن عرفة بقوله: " الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حله عمدا".¹⁷²

وعليه ومن خلال دراستنا لهذه الجريمة نجد أن الشريعة الإسلامية قد راعت حرمة جثة الميت بتجريمها لوطء الميتة، لأن مرتكب تلك الجريمة الشنعاء يكون قد ارتكب اثما

169 - محمد بشير فلفلي، مرجع سابق، ص 159.

170 - سورة الإسراء، الآية 32.

171 - ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، (د.ت)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، دار الفكر بيروت، لبنان، 2/324، أورده محمد بشير فلفلي، مرجع سابق، ص 160.

172 - طارق حليلو، الحماية الجنائية لحرمة الميت بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة والقانون، كلية العوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الوادي، الجزائر، 2014/2013، ص 68.

عظيما وجرما كبيرا واعتداء واضح على حرمة الأموات، ولكن اختلف الفقهاء بخصوص مسألة توقيع الحد على مرتكب هذه الفاحشة على الميتة، وهو ما سنتطرق اليه في معرض حديثنا عن العقوبات التي أقرها التشريع الجنائي الإسلامي لهذه الجريمة.

في الوقت الذي لم ينص فيه المشرع المغربي على جريمة وطء الميتة، اللهم ما نص عليه بخصوص جريمة الخيانة الزوجية بمقتضى الفصل 491 من القانون الجنائي.

وبهذا فقد أجمع فقهاء الشريعة على تجريم وطء الميتة، حيث قال ابن قدامه رحمه الله تعالى: "إن وطئ ميتة، ففيه وجهان، أحدهما عليه الحد، وهو قول الأوزاعي، لأنه وطئ في فرج آدمية فأشبهه وطء الحية، ولأنه أعظم ذنبا، وأكثر إثما، لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميت...".¹⁷³

ثانيا: جريمة قذف الميت

إذا نظرنا الى كتب علوم اللغة والمفردات، سنجدها عرفت القذف بأنه مصدر مأخوذ من قذف يقذف من باب ضرب يضرب، وجمعه قذف، وقذفات مثل غرفة، غرف وغرفات.¹⁷⁴

القاف والذال والفاء، أصل يدل على الرمي وال طرح.¹⁷⁵

وفي الشرع يقصد به: رمي البالغ، العاقل، المختار، العالم والمدرک للتجريم، غيره بزنى، أو بنفي نسب من أبيه.

فجريمة القذف من الكبائر المنهي عن اقترافها بالكتاب، والسنة، والاجماع:

إذ نجد في الكتاب أصل التجريم في قوله تعالى: " **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم**"¹⁷⁶، وقوله كذلك " **إن اللذين يرمون المحصنات العاقلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم**"¹⁷⁷

أما في السنة النبوية، فنجد في أصل التحريم قوله صلى الله عليه وسلم: " **اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم**

¹⁷³ - بن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد: المغني، ج12، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، و د/ عبد الفتاح محمد الطلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط 2، 1992، ص340.

¹⁷⁴ - الجوهرى، الصحاح، ص 843، أشار اليه، طارق حليلو، مرجع سابق، ص 70.

¹⁷⁵ - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء الخامس، ص 68.

¹⁷⁶ - سورة النور، الآية 4 و 5.

¹⁷⁷ - سورة النور، الآية 23.

الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات".¹⁷⁸

وأما الإجماع، فقد اتفقت كلمة المجتهدين من السلف والخلف، على تحريم القذف، والحكمة من تحريم القذف هي رغبة الشارع في صيانة الأعراض من كل اعتداء يقع عليه.¹⁷⁹ وما يمكن ملاحظته من خلال دراسة بعض جوانب هذه الجريمة أن الفقهاء اختلفوا في شأن العقوبة المقررة لجريمة قذف الميت هل هي حدية أم تعزيرية، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الموالي.

وفي هذا الصدد فقد أجمع الفقهاء على تجريم قذف الميت وتحريمه كقذف الحي، وذلك لأن عموم الأدلة المحرمة للقذف لا تفرق في التحريم بين حي وميت، والغاية من تجريم القذف، هي حماية حق الانسان في شرفه واعتباره سواء كان ذلك أثناء حياته أو بعد مماته.

وبالرجوع الى القانون الجنائي المغربي، سنجد أن المشرع المغربي لم ينص في الفرع الذي خصه بالجرائم المتعلقة بالمقابر وحرمة الموتى، على جريمة قذف الميت، وإنما أوردتها بصفة عامة في الفصل 442 من م.ق.ج، ولم يفرق فيه بين الحي والميت.

أما بخصوص الشريعة الإسلامية فقد سبق أن وجدنا أنه لا يرتكب جريمة القذف الا من يرمى غيره بالزنا، أو ينفيه من نسبه، والقاذف يدراً عنه الحد إذا ما أثبت جريمة الزنا على المقذوف بالشهادة، أو بإقرار المقذوف، وعلى ذلك فان موضوع الحماية هنا هو أعراض الناس والسمعة الحسنة والطيبة لأفراد المجتمع.

ثالثاً: جريمة سب وشتم الميت

جعل الله تعالى حرمة المسلم من أكبر الحرمات، وأوجب صونها على المسلمين والمسلمات، وحرمة المسلم غير مقيدة بحياته، بل هي باقية في الحياة وبعد الممات ويجب صونها وحمايتها في كل حال من الأحوال.

ومن المعلوم أن نصوص الشريعة الإسلامية جاءت بتحريم سب المسلم على الإطلاق ولم تفرق في النهي بين الأحياء والأموات شأنها في ذلك شأن جريمة القذف السابق دراستها، وشددت في الوعيد لمن سب مسلماً.

¹⁷⁸ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب رمي المحصنات، 264/4 (6857).

¹⁷⁹ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 62.

وأصل التجريم ما رواه البخاري والنسائي وأحمد، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي صلى الله عليه وسلم: " لا تسبوا الأموات فإنهم قد أفضوا إلى ما قدموا"، وقد بوب البخاري هذا الحديث في الصحيح فقال، (باب ما ينهى من سب الأموات).

وقال ابن حبان كذلك في صحيحه: ذكر البعض من العلة التي من أجلها نهى عن سب الأموات، ثم روى بإسناده إلى زياد بن علاقة أنه سمع المغيرة بن شعبة يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تسبوا الأموات فتؤذوا الأحياء"¹⁸⁰.

هذا والجدير بالذكر كذلك أن المشرع المغربي لم ينص من بعيد ولا من قريب على جريمة سب وشتم الميت، شأنه في ذلك شأن جريمة قذف الميت، وإنما سوى في ذلك بين الأحياء والأموات، إذ تعرض لهذه الجريمة بمقتضى الفصل 443 و 444 من القانون الجنائي.

ومنه فما لنا الا أن نقول هنا أن كل ما تم التعليق عليه بخصوص هذه الأخيرة والمنسوبة على الميت فهو ينطبق على جريمة سبه، لأن القانون الوضعي يقوم في جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ويعاقب الصادق والكاذب على السواء، والمبدأ الأساسي في هذا القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه فان فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلعا لما قال.¹⁸¹

المطلب الثاني: العقوبات المترتبة على انتهاك حرمة مقابر الموتى

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد ولت عناية خاصة وكفلت حماية جنائية للمقابر وحرمة الأموات، من خلال تجريمها لمجموعة من الأفعال التي اعتبرتتها الشريعة الإسلامية السمحة انتهاكا لحرمة المقابر والموتى، فإنها لم تقف عند هذا الحد بل رتبت جملة من العقوبات الجزرية على كل من سولت له نفسه التعدي على حرمة المقابر والأموات، والمرجع في ذلك أنه أينما وجد التجريم وجد العقاب، إذ لا يمكن تصور جريمة بدون عقاب إلا في حالات خاصة أوردتها الشريعة الإسلامية على سبيل الحصر.

وعليه سنتولى في هذا المطلب دراسة العقوبات المترتبة على انتهاك حرمة المقابر في (الفقرة الأولى)، بينما سنخصص (الفقرة الثانية) لمعالجة العقوبات المترتبة على انتهاك حرمة الموتى.

¹⁸⁰ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 65.

¹⁸¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي -مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 14، 2000، ص456.

الفقرة الأولى: العقوبات المترتبة على انتهاك حرمة المقابر¹⁸²

تتنوع العقوبات التي سنتها التشريع الجنائي الإسلامي لجرائم الاعتداء على حرمة المقابر، فمنها ما هو متعلق بالعقوبات الحدية (أولاً)، ومنها ما هو متعلق بالعقوبات التعزيرية (ثانياً) وهو الغالب.

أولاً: العقوبات الحدية

من خلال اطلاعنا على العقوبات التي شرعها الشريعة الإسلامية لجرائم الاعتداء على المقابر وانتهاك حرمتها، لاحظنا أن الجرائم الموجبة للعقوبة الحدية واحدة ويتعلق الأمر بجريمة نبش القبور، في مقابل أن الجرائم الأخرى التي تم التطرق إليها في المطلب الأول من الفقرة الأولى كلها جرائم تستوجب العقوبات التعزيرية كما سنرى في النقطة الموالية.

وعليه اتفقت معظم آراء فقهاء الشريعة الإسلامية رحمهم الله تعالى حول توقيع العقوبة الحدية المتمثلة في القطع على نباش القبور، وعللوا حكمهم هذا بكون القبر حرز لقوله سبحانه وتعالى: " ألم نجعل الأرض كفاتا، أحياء وأمواتا " ¹⁸³.

وأسسوا حكمهم على الأسباب التالية:

✓ إن أساس الحكم بالقطع المقرر على السارق، هو أخذ شيء لم يجز له الشارع أخذه، فيمتلكه على وجه الخفية، فحالته هنا تماثل حالة النباش، وبالتالي صح إقامة حد القطع على النباش، وخاصة لما فيه من الأحاديث والآثار التي تثبت الحكم عليه بالقطع.

✓ إن فعل النباش لا يتوقف عند حد السرقة، بل يتعداه إلى انتهاك حرمة الميت، فينبش عليه قبره، وفي غالب الأحيان يتركه مكشوفاً فيصبح عرضة لعبث الجاهلين وانتهاك الطامعين، أو حتى تنهشه الكلاب، والوحوش، فلفظاعة فعل النباش ودناءته ولما فيه من انتهاء لحقوق الأحياء قبل الأموات كان الحد في حقه من باب أولي لصون كرامة الأحياء والأموات وحفظ الحرمات، وكذلك لتحقيق الزجر ¹⁸⁴.

ثانياً: العقوبات التعزيرية

لقد رتبت الشريعة الإسلامية على جرائم انتهاك المقابر عقوبات تعزيرية يضعها الإمام حسب ما يراه مناسباً لحفظ حرمة الأموات والأحياء معاً، وتطبيقاً لمقاصد الشرع، وبذلك

¹⁸² - رتبت الشريعة الإسلامية عقوبة حدية على النباش والمتمثلة في القطع، ورتبت عقوبات تعزيرية متنوعة منها الحبس، والجلد، والنفي، والتوبيخ، والهجر، والتشهير والعقوبات المالية وحتى القتل، فإمام المسلمين أو ولي الأمر يختار منها ما يراه مناسباً، فيأخذ بعين الاعتبار حال الجاني وشخصيته وظروف وملابسات ارتكاب الجريمة، وهذا ما يسمى بالتفريد العقابي ولا مانع في العقوبات التعزيرية الجمع بين أكثر من عقوبة كالحبس والجلد والتشهير معاً على جريمة بناء المساجد على القبور والتمسح بها، وجريمة الذبح عند القبور واتخاذها أعياداً، خلافاً للقانون الجزائري الذي رتب جرائم انتهاك المقابر نوعين فقط من العقوبات وهي عقوبة الحبس والغرامة المالية فقط أو إحداهما.

¹⁸³ - سورة المرسلات، الآية 25 و 26 .

¹⁸⁴ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 118.

سنحاول أن نتطرق الى عقوبة جريمة بناء المساجد على القبور والتمسح بها (1)، بعد ذلك عقوبة الذبح عند القبور واتخاذها اعيادا (2).

1- عقوبة جريمة بناء المساجد على القبور والتمسح بها

لقد نهى الشارع الحكيم عن اتخاذ القبور مساجدا أو بناء المساجد عليها، أو التمسح بها، وذلك سدا للذريعة المفضية للشرك بالله عز وجل وحفظا لحرمة القبور من البدع والحوادث.

وعليه منعت الشريعة الإسلامية بناء المساجد على القبور والتمسح بها وأمرت بهدمها وإزالتها، كما نهت كذلك على الذبح عنها واتخاذها أعيادا، وذلك سدا للذريعة المفضية إلى الشرك بالله عز وجل، وحفظا لحرمة القبور من البدع، واندثار معالم التوحيد التي جاءت بها الرسل والأنبياء.

ولقد سبق أن بينا من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تم التطرق إليها سابقا، أن الشارع الحكيم قد نهى عن بناء المساجد على القبور، ونهى كذلك عن الصلاة إليها وعندها ولعن من فعل ذلك لما في ذلك من امتهان لحرمة المقابر والموتى ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى عبادة المقبور وتعظيمه، كما فعلت الأمم من قبل.

2- عقوبة الذبح عند القبور واتخاذها اعيادا

يعتبر الذبح عند القبور واتخاذها أعيادا من أعظم المحرمات المتعلقة بانتهاك حرمة المقابر، فهي انتهاك لحقوقهم أولا، ولمبادئ الشريعة الإسلامية ثانيا، لما فيها من بدع منكرة ومفاسد ومنكرات وفتن ومعاصي...إلخ.

الفقرة الثانية: عقوبات الاعتداء على حرمة الموتى

رتبت الشريعة الإسلامية جملة من العقوبات على جرائم الاعتداء على حرمة الموتى، منها ما تطبق عليها العقوبات الحدية (أولا)، ومنها ما يوجب العقوبات التعزيرية (ثانيا).

أولا: العقوبات الحدية

رتبت الشريعة الإسلامية على كل من جريمة وطء الميتة (1) وقذف الميت (2) عقوبات حدية هي على الشكل التالي:

1- عقوبة جريمة وطء الميتة

بخصوص العقوبة المقدرة لجريمة وطء الميتة التي نصت عليها أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تتناسب مع جريمة تدنيس الجثة أو القيام بأي عمل فيه عليها وحشية أو

فحش، تباينت آراء الفقهاء في ذلك، فبعضهم أوجب توقيع الحد عليها، والبعض الآخر لم يوجبه بل أوقع عليها التعزير فقط، ولكنه في جميع الحالات فلقد اتفق جميع الفقهاء على اعتبار وطء الميتة جريمة تستوجب العقاب.

فالإمام مالك والشافعي ذهبوا إلى أن وطء الرجل للمرأة الميتة يعتبر زنا موجبا للحد، بل إنه يجب مضاعفة العقوبة عليه، لأنه بالإضافة إلى هذه الجريمة هناك جريمة أخرى متمثلة في هتك حرمة الميت.

وقال الإمام الأوزاعي: لأنه وطء في فرج آدمية فأشبهه وطء الحية ولأنه أعظم ذنبا وأكثر إثماً، لأنه انضم إليه فاحشة هتك حرمة الميتة.

وحتى حينما ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يقيم عليه الحد لأن حياة المرأة عنده شرط لتحقيق حكم الزنى وبذلك يكون موتها شبهة يدرأها الحد عنه، ومع ذلك قال أبو حنيفة: الرجل الذي يوطئ ميتة يعزر أي "يجلد" بحسب تقدير القاضي.¹⁸⁵

وقال الخرشي¹⁸⁶ كذلك، "من أتى ميتة غير زوجة بعد موتها في قبلها أو دبرها فإنه يحد لإنطباع حق الزنا عليه"¹⁸⁷، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب فيه ابن فرحون¹⁸⁸ عندما قال: "من وطء ميتة فعليه الحد على المشهور".¹⁸⁹

والقائلون بوجوب الحد استدلوا على ذلك، في كون وطء الميتة كوطء الحية، لأنه يتم في فرج الأدمية فيجب فيه الحد، كما إن وطء الميتة أعظم ذنبا وأكثر ذنبا من وطء الحية لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة.

إن في إيجاب الحد على واطئ الميتة سد للذرائع المفضية لانتهاك حرمة الأموات، لاسيما أمام انتشار المغريات وزيادة الفتن وكثرة هيجان أصحاب الطباع الفاسدة، من هنا يظهر لنا أن القول بوجوب الحد هو القول الراجح، وأما الذين فرقوا بين وطء الميتة ووطء الحية فأسقطوا الحد في الأولى، وأوجبوه في الثانية فعليهم بالدليل، وهو التخصيص، لأن الأدلة الواردة في الوطء عامة، بل إن انتهاك حرمة الميت أشد وأعظم كما أسلفنا، لأنه إضافة إلى الوطء انتهاك حرمة الميت فعلى هذا نكون بصدد جريمتين والله أعلم.

¹⁸⁵ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 99.

¹⁸⁶ - هو الإمام محمد بن عبد الله بن علي أبو عبد الله الخرشي، المالكي، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية يقال لها أبو خراش، ولد سنة 1010 هـ، وتوفي في ذي الحجة سنة 1101 هـ. ينظر: الأعلام (240/6).

¹⁸⁷ - أبو عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج 8، ط 1، لبنان دار الكتب العلمية، ص 279.

¹⁸⁸ - هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمرى، المدني القاضي المالكي، ولد بالمدينة حوالي سنة 729 هـ، ونشأ بها، أحد أئمة الأعلام، أخذ العلم عن أبيه وعمه، تولى قضاء المالكية بالمدينة النبوية، تفقه، وبرع وصنف. من آثاره: "تبصرة الحكام في أصول أقضية" و"مناهج الأحكام" و"الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب". توفي سنة 799 هـ. ينظر: شذرات الذهب (608/8) (ومعجم المؤلفين (68/1)).

¹⁸⁹ - ابن فرحون، الديباج المذهب، تحقيق: د.محمد الأحمدى أبو النور، ج 2، لا ط، القاهرة، دار التراث للطبع والنشر، ص 75، أورده طارق حليلو، مرجع سابق، ص 69.

2- عقوبة قذف الميت

لقد نص القرآن الكريم على عقوبة القذف في قوله عز وجل : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبل لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسدون، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم".¹⁹⁰

ومنه فعقوبة جريمة القذف سواء ارتكبت ضد إنسان حي أو ميت تتمثل في ثلاثة عقوبات وهي: جلد القاذف ثمانين جلدة، عدم قبول شهادته، وأخيرا الحكم عليه بالفسق.

واختلف الفقهاء كذلك بصدد عقوبة هذه الجريمة، بحيث ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى إيجاب حد القذف على القاذف بناء على طلب من أحد الورثة، أو الأصول، أو الفروع، وحثهم في ذلك أن الورثة يلحقهم بالقذف الخزي والعار، وأن الميت ليس محلا لإلحاق العار به.¹⁹¹

وذهب الحنابلة إلى انه لا حد على من قذف ميتا إلا إذا كان الميت أنثى، وكان لها ابن محصن وحثهم في ذلك: أن قذف أمه معناه نسبه إلى انه من الزنا.¹⁹²

هذه مجمل الآراء الواردة بخصوص عقوبة قاذف الميت في الفقه الجنائي الإسلامي، والتي تبين لنا منها أن توقيع الحد على قاذف الميت واجب، وذلك لما يلحق الميت من الشين والمعة، وكذلك أهله.

ثانيا: العقوبات التعزيرية¹⁹³

بعد ما عرضنا جرائم الاعتداء على حرمة جثة الميت الموجبة للعقوبات الحدية، فإنه يتحتم علينا كذلك تبيان جرائم الاعتداء على حرمة الميت الموجبة للعقوبات التعزيرية، والمتمثلة في جريمة واحدة ألا وهي جريمة سب وشتم الميت، وذلك على الشكل التالي:

1- عقوبة جريمة سب وشتم الميت

لقد سبق لنا التطرق للنصوص التي جاءت بها الشريعة الإسلامية السمحاء بتحريم سب المسلم على الإطلاق، وقد بينا فيه بأن الشريعة الإسلامية لم تفرق في ذلك النهي بين الأحياء والأموات، وشددت في الوعيد لمن سب مسلما.

¹⁹⁰ - سورة النور، الآية 4 و 5.

¹⁹¹ - السرخسي، المبسوط، (ج9/ص112)، (والكاساني، بدائع الصنائع (ج7/ص88)، (والخطاب، مواهب الجليل (ج6/ص305)، أوردتهم طارق حليلو، مرجع سابق، ص 71.

¹⁹² - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 101.

¹⁹³ - التعزير شرعا معناه التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وقد دل الكتاب والسنة، وإجماع المسلمين على التعزير، فهو عقوبة شرعية على معصية أو جنائية لا حد فيها ولا كفارة.

فلا يجوز انتهاك حرمة الأموات أو التعرض لهم بالسب أو الشتم أو السعي بالغيبة والنميمة أحياءً ولا أمواتاً، وتعتبر لعنة الأموات أعظم من لعنة الأحياء، وذلك لما فيه مساس لحرمة الأموات وكرامتهم التي أولتها الشريعة الإسلامية برعاية كاملة مثلها في ذلك مثل الأحياء بل وأعظم.

بالإضافة إلى ما ذكر سابقاً، تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت حماية حرمة جسم الإنسان لا تتوقف عن التطبيق بعد وفاته، فإن احترام ذكرى الإنسان بعد وفاته تمثل أيضاً قيمة قانونية تحل محل حق الإنسان في عدم المساس بحياته الخاصة وحقه في الشرف والاعتبار والتي كانت لصيقة به حال حياته، فبعد فناء الإنسان يتحول إلى مجرد ذكرى تشهد عليه أفعاله، ويعد المساس بمقدار الاحترام الذي كان يتمتع به قبل وفاته والإخلال بمكانته في نفوس محبيه مساساً بذكراه، وقد يعد أيضاً مساساً بسمعة أسرته، ويبدوا واضحاً من ذلك الفرق الكبير بين حرمة جسم الإنسان واحترام ذكرى المتوفى.

فبينما تعد حرمة جسم الإنسان جوهر كرامة الإنسان والتي يتعين عدم العبث بإنسانيته وعدم امتهانه أو انتهاك جسمه، فإن ذكرى الإنسان تتوقف على ما كان يتحلى به الإنسان قبل وفاته والقيم التي كان يعتنقها، والتي تمثل الرصيد الذي تتكون منه ذكراه، وهذه القيمة المعنوية يجب المحافظة عليها واحترامها، فاحترام الإنسان – كما أشار حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 6 يوليو 1994م- لا يتوقف عن التطبيق بعد وفاة الإنسان.¹⁹⁴

وخلاصة القول ومن خلال استقراءنا للعقوبات التي أوردتها الشريعة الإسلامية لجرائم الاعتداء على حرمة الميت، سنجد أنها ذات بعد شامل وجامع، من شأنها أن تكفل للإنسان بعد وفاته حماية لعرضه وسمعته ونسبه وشرفه.

ملاحظة:

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه بخصوص العقوبات التعزيرية المقررة لمستحدثي هذه البدع والمرتكبة على حرمة المقابر فهي نفس العقوبات التعزيرية التي عزر بها سلف الأمة أهل الأهواء والبدع، ذلك لأن الجرائم المتعلقة بانتهاك حرمة المقابر تفتح باب الشرك بالله عز وجل، وكما نعلم أن أعظم إثم عند الله الشرك به، لقوله تعالى: " إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء ومن يشرك بالله فقد افترى إثماً عظيماً".¹⁹⁵

وبذلك تتنوع العقوبات التعزيرية المقررة على منتهكي حرمة المقابر حسب مدى جسامة الانتهاك وخطورته على دين الأمة الإسلامية، وكذلك حسب شخصية المنتهك ومدى معرفته

¹⁹⁴ - طارق سرور : نقل الأعضاء البشرية بين الأطباء "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2001، ص9، وأوردته زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 104.

¹⁹⁵ - سورة النساء، الآية 40.

بفضاعة فعله وعواقبه الوخيمة. ويرجع تقدير وتحديد نوع ومقدار العقوبة التعزيرية لإمام المسلمين أو لولي أمر البلاد وذلك حسب مقاصد الشريعة وأصولها العامة، والأصل في ذلك جلب المصالح ودرء المفسد، ولو استلزم ذلك قتل المعتدي فيجب على ولي الأمر القيام بذلك، فمن استحق منهم أن يقتله قتله، ومن استحق أن يضربه، ويحبسه، وينكل به فعل به ذلك، ومن استحق أن ينفية نفاه، وحذر منه الناس.

وبالتالي فتحدد مقدار العقوبات التعزيرية يكون للإمام أو لولي الأمر، فيخير بين القتل أو السجن، الجلد أو التوبيخ، التشهير أو الزجر، حيث يحدد نوع العقوبة بناء على ظروف وملابسات ودوافع ارتكاب الجريمة وقصد الجاني من ارتكابها، وذلك بهدف إقامة العدل، وجلب المصالح ودرء المفسد ودفع الضرر وحفظ لحرمة الأموات ولكرامة وشعور الأحياء.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للمقابر وحرمة الميت في القانون المغربي

كشفت جل الدراسات والاحصائيات التي قامت بها المنظمات الحقوقية بالمغرب ومنها، المجلس الوطني لحقوق الانسان عن الوضع الكارثي الذي تعيشه المقابر المغربية، حيث تعاني إهمالا كبيرا في جميع المستويات، إذ أضحت مرتعا للمتسكعين والمتسولين والمتشردين، ومجالا لرمي القمامة، ونمو الأعشاب العشوائية والرعي الجائر، مما يحول دون أداء وظيفتها.

فدراسة هذا الموضوع لم يكن من محض الصدفة، وإنما فرضته علينا الإشكالات والأوضاع المزرية التي تعيشها مقابرنا اليوم، في ظل غياب الوازع الديني والأخلاقي، وفي ظل كذلك تفشي الظواهر المتعلقة بالسحر والشعوذة.

ونظرا لمجموعة من الانتهاكات التي تتعرض لها حرمة المقابر والموتى سواء بالمدن أو بالبوادي، عمل المشرع المغربي اسوة بباقي التشريعات المقارنة على تهيئ ترسانة قانونية وحقوقية، ذات بعد انساني كوني، وزجري في نفس الوقت، تكفل للموتى ومقابرهم حماية قانونية لا يمكن لأحد انتهاكها تحت طائلة توقيع العقوبة.

وفي دراستنا للحماية الجنائية للمقابر وحرمة الميت في التشريع الجنائي المغربي، سنحاول ابتداء أن تطرق في (المطلب الأول) إلى صورة الاعتداءات التي تقع على حرمة المقابر والموتى، مصنفيين بذلك بين تلك التي تقع على حرمة المقابر، وتلك التي تنتهك

حرمة الميت، لنعرج في (المطلب الثاني) للحديث عن جملة العقوبات الزجرية التي نص عليها المشرع المغربي لمكافحة جرائم التعدي وانتهاك حرمة المقابر والموتى.

المطلب الأول: صور الجرائم الواقعة على المقابر وحرمة الموتى

سعيًا من المشرع المغربي في توفير حماية قانونية جنائية للموتى ومقابرهم، جرم مجموعة من الأفعال التي تعد انتهاكا لحرمة الميت والمقابر، من قبيل النيش وتلويت المقابر، ناهيك عن التمثيل بالجنث، واستخراجها واخفائها أو استعمالها في أعمال السحر والشعوذة.

وبذلك وسيرا على التصنيف الذي وضعه المشرع المغربي في مجموعة القانون الجنائي للجرائم الواقعة على حرمة المقابر والموتى، سنتطرق في (الفقرة الأولى) صور الاعتداءات الواقعة على حرمة المقابر، لنناقش في (الفقرة الثانية) الجرائم التي تنتهك حرمة الموتى.

الفقرة الأولى: صور الاعتداءات الواقعة على حرمة المقابر

من خلال القراءة الفاحصة لمجموعة القانون الجنائي، وجدنا أن المشرع المغربي ضيق من نطاق الجرائم الواقعة على حرمة المقابر، مرجع ذلك أن ما نعيشه اليوم يستدعي التدخل للتنصيص على أفعال تنتهك حرمة المقابر وادخالها ضمن النصوص المجرمة.

ولذلك سنحاول أن نتعرض لكل من جريمة هدم وامتهان وتلويت المقابر (أولاً)، وكذلك جريمة انتهاك القبور ودفن الجنث واستخراجها خفية أو بدون ترخيص (ثانياً)، وإن كانت الجريمة الأخيرة فيها تداخل بين حرمة الموتى وحرمة المقابر.

أولاً: جريمة هدم وامتهان وتلويت المقابر

احتراما وتقديرا من المشرع المغربي لحرمة المقابر، وتكريسا لمعالم الشريعة الإسلامية السمحة كما أسلفنا في المبحث الأول، جرم كل ما من شأنه أن ينتهك حرمة القبور، وأورد ضمن هذه الأفعال التي تعد تعديا على حرمة المقابر جريمة هدم وامتهان وتلويت القبور والقابر بشكل عام.

وقد ورد التنصيص على هذه الجريمة بمقتضى الفصل 268 من مجموعة القانون الجنائي، حيث جاء فيها ما يلي: "من هدم أو امتهن أو لوث المقابر، بأي وسيلة كانت، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 200 إلى 500 درهم".

والملاحظ من خلال قراءة الفصل أعلاه أن المشرع المغربي أدرج هذه الجريمة ضمن صنف الجرائم الجنحية والتي تختص بها المحكمة الابتدائية الزجرية طبعا، كما أنه مقارنة مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية من مقتضيات زجرية لحفظ وحماية حرمة المقابر، سنجد أن هذه الأخيرة توسعت في توفير هذه الحماية وأوردت لنا مجموعة من الجرائم والتي تطرقنا لبعضها سلفا، وهو ما لا نجد له أثر في القانون المغربي.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات المقارنة استعملت مصطلحات مختلفة في تنظيمها لجريمة انتهاك حرمة المقابر، كما أنها اختلفت كذلك بصدد هذه الجريمة، فالبعض من هذه التشريعات قد نظمها في مادة قانونية واحدة مع جريمة انتهاك حرمة الموتى، كالمشرع الفرنسي الذي نظمها في الباب الثاني المخصص بالجرائم ضد الأشخاص، في الفصل الخاص الذي عنوانه بـ"الاعتداء على الكرامة" بالضبط في المادة 17/225 من قانون العقوبات الفرنسي، وقد تضمن النص على " انتهاك أو تدنيس بأي وسيلة كانت المقبرة أو المقابر والجرار أو النصب لذكرى الموتى، يعاقب عليها بالحبس لمدة سنة واحدة وغرامة قدرها 15000 يورو".

أما المشرع المصري فقد نظمها في المادة 160 من قانون العقوبات رقم 85 لسنة 1937 (المعدل طبعا)، والتي جاء فيها: " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين من انتهاك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها".

أما المشرع الجزائري فقد نص عليها في قانون العقوبات الجزائري رقم 156/66 لسنة 1966 في الفصل الخامس الجنائيات والجنح التي يرتكبها الأشخاص ضد الأمن العمومي، وبالضبط في المواد 150 و 152، حيث نص في المادة 150 على ما يلي: " كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأي طريقة كانت يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار"، كما أشار في المادة 152 من ذات القانون الى انتهاك حرمة المدافن، إذ نص على ما يلي: " كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة.."، أما مقابر الشهداء فقد نص عليها في المادة 160 مكرر 6.¹⁹⁶

في حين أن المشرع التونسي قد نظمها في الباب الرابع في الاعتداءات على السلطة العامة الواقعة من أفراد الناس، في القسم الرابع عشر في الفصلين 167 و 168 من المجلة الجنائية التونسية، فقد ورد في الفصل 167: " يعاقب بالحبس مدة عامين وبخطية قدرها 48 دينارا كل من ينتهك حرمة قبرا.."، أما بخصوص المادة 168 فقد نص فيها على ما

¹⁹⁶ - محمد بشير فلفلي، مرجع سابق، ص 191.

يلي: " يعاقب بالحبس مدة ستة أشهر وبخطية قدرها 24 ديناراً، كل من يهدم أو يفسد أو يلوث هيكلًا أقيم بمقبرة".

وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع السوري، حيث نص في المادة 468 من قانون العقوبات السوري على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين، من أهتك أو دنس حرمة القبور أو أنصاب الموتى أو أقدم قصداً على هدمها أو تحطيمها أو تشويهها، ب- من دنس أو هدم أو حطم أو شوي أي شوه أي شيء آخر خاص بشعائر الموتى أو بصيانة المقابر أو تزيينها"، نفس المقتضيات نص عليها المشرع العراقي بمقتضى المادة 373 من قانون العقوبات.¹⁹⁷

والملاحظ من جل النصوص القانونية التي تم التطرق إليها أن الركن المادي في هذه الجريمة يمثل في أفعال الهدم والتخريب والتدنيس أو التحطيم، ناهيك على أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي استلزم فيها المشرع المغربي وباقي التشريعات الأخرى الركن الثاني لتحقق الجريمة والمتمثل في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة.

ثانياً: جريمة انتهاك القبور¹⁹⁸ ودفن الجثث واستخراجها خفية أو بدون ترخيص

إذا كنا تطرقنا في النقطة الأولى الى جرائم تعد انتهاكا لحرمة المقابر، فإن المشرع المغربي أورد عبارة " من انتهك قبراً " في الفصل 270 من القانون الجنائي وهو ما يحيلنا على أن المشرع خصص لحماية المقابر الفصول 268 و 270، إذ نص في الفصل الأخير على ما يلي: " من انتهك قبراً أو دفن جثة أو استخراجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من 200 إلى 500 درهم".

والجدير بالملاحظة أن المشرع المغربي نص على جريمة دفن جثة واستخراجها ضمن النصوص المؤطرة للحماية الجنائية لحرمة المقابر، وان كان لم يصنفها، فيمكن ملاحظة ذلك من ظاهر النص، وهذا ما يجعلنا نقول بأنه كان على المشرع أن يصنفها، وفي هذا الصدد يمكن أن يقول قائل فالمقابر والموتى سيان لا فرق بينهما، غير أن هناك اختلاف بين الأفعال التي تعد انتهاك لحرمة المقابر وتلك التي تعتبر تعدياً لحرمة الموتى.

وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 152 من قانون العقوبات، حيث جاء فيها: " كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة من 500 إلى 2000 د.ج".¹⁹⁹

¹⁹⁷ - بدون ذكر اسم كاتب المقال، جريمة انتهاك حرمة القبور (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2018، ص 9.

¹⁹⁸ - ويمكن أن نعرف الانتهاك في هذه الجريمة بأنه: " كل فعل من شأنه الاعتداء على القبور بشكل يخالف القانون أو الآداب العامة".

وما قلناه بخصوص الجريمة الأولى هو نفسه ينطبق على هذه الجريمة، إذ المشرع استلزم توافر الى جانب الركن القانوني والركن المادي، الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي الذي ينصرف الى تعمد الجاني انتهاك حرمة القبور والتعدي عليها سواء بالتخريب أو التحطيم أو التلويت.

وما يمكن ملاحظته من خلال المقارنة بين الجرائم التي أوردتها الشريعة الإسلامية لحماية حرمة المقابر أشمل من تلك التي نصت عليها التشريعات الوضعية.²⁰⁰

الفقرة الثانية: صور الجرائم الواقعة على حرمة الموتى

لقد اهتم التشريع الجنائي المغربي كغيره من التشريعات الجنائية بضرورة احترام الموتى وعدم انتهاك حرمتهم، وذلك من خلال سنه لمجموعة من النصوص القانونية التي تجرم كل اعتداء على حرمة الموتى، ورتب على ذلك جملة من العقوبات الزجرية كما سوف نرى في المطلب الثاني.

ومن بين الجرائم التي نص عليها المشرع المغربي، نجد الاخلال بالاحترام الواجب للموتى (أولاً)، وكذا تلويت الجثة أو التمثيل بها، تدنيس الجثة، أو ارتكاب عليها عملا من الأعمال الوحشية أو البذيئة (ثانياً)، وأخيراً جريمة إخفاء جثة أو اتلافها أو تضييعها (ثالثاً).

أولاً: جريمة الاخلال بالاحترام الواجب للموتى

مما لا شك فيه أن جريمة الاخلال بالاحترام الواجب للموتى والمنصوص عليها في الفصل 269 من مجموعة القانون الجنائي²⁰¹، تضم في طياتها مجموعة من الأفعال التي تعتبر من الناحية الشرعية والقانونية اخلالا بالاحترام المفروض للموتى، ومن ذلك نجد على سبيل المثال سب وشتم الميت، أو القيام بأعمال الدناسة على القبور، كالجلوس عليها أو التبول والتغوط عليها، الى غير ذلك من الأفعال والخروقات.

وقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما لم يرد ما يمكن اعتباره اخلال بالاحترام، تاركا بذلك الأمر الى السلطة التقديرية للقاضي، وهذا من شأنه أن يوسع من دائرة التجريم وتشمل أي فعل من شأنه أن ينتهك ويخل باحترام الموتى.

199 - بن سعادة زهراء، مرجع سابق، ص 46.

200 - وهنا يمكن القول أن المشرع المغربي كغيره من التشريعات لم ينص على مجموعة من الأفعال والخروقات التي تعد انتهاكا صارخا لحرمة المقابر وقبور الموتى، ومن بينها جرائم النيش وأخذ الرفاة واستعمالها في أعمال السحر والشعوذة، ناهيك عن جرائم الرعي في المقابر... وهو ما يستدعي من التشريعات الوضعية التدخل وتجريم هذه الأفعال الغير الأخلاقية والمشينة.

201 - ينص الفصل 269 من القانون الجنائي المغربي على ما يلي: "من ارتكب عملا من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للموتى في مقبرة أو في أي مكان للدفن، يعاقب بالحبس من شهر الى ثلاثة أشهر وغرامة من 200 الى 250 درهم".

وما يمكن ملاحظته من خلال مقارنة هذا النص بالمقتضيات المنظمة للجرائم الماسة بحرمة المقابر، سنجد أن المشرع المغربي حصر الأفعال التي تعتبر جريمة في نظر القانون والمتمثلة في كل من فعل " الهدم " و " الامتهان " و " التلوين " المنصوص عليها في الفصل 268 السالف الذكر، على غرار ذلك، ترك الباب مفتوحا بخصوص ما يمكن أن ينتهك حرمة الموتى، إذ جاءت العبارة في الفصل 269 مفتوحة " من ارتكب عملا من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للموتى... "، وهو ما يدفعنا الى القول أنه يجب على المشرع أن يتدخل وينص على نفس العبارة التي أوردها الفصل أعلاه ليكون بذلك الفصل على الشكل التالي: " من ارتكب عملا من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للمقابر أو أماكن الدفن... " .

هذا بالإضافة إلى أن المشرع لم يوضح العناصر اللازمة لقيام جريمة الاخلال بالاحترام الواجب للموتى، على غرار ما فعل بخصوص الجرائم الأخرى، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المغربية في قرار لها بأنه: " لما أدانت المحكمة المتهم بجنحة انتهاك حرمة الموتى ببناؤه لدكان ومقهى داخل مكان مخصص وتابع لمقبرة، وذلك بشهادة الشاهدين، لم تبرز العناصر المادية المكونة للجريمة حسب الفصل 269 من القانون الجنائي، مما يجعل ما قضت به دون أساس قانوني " .²⁰²

وتعليقا على القرار أعلاه، فإن حكم المحكمة الابتدائية بالقنيطرة والذي تم تأييده من طرف غرفة الجناح الاستئنافية لدى محكمة الاستئناف والقاضي بمؤاخذة المتهم من أجل جنحة انتهاك حرمة المقابر والحكم عليه بثلاثة أشهر حبسا موقوفة التنفيذ وغرامة قدرها 250 درهم، تكون قد استعملت سلطتها التقديرية في تكييف الأفعال المنسوبة اليه، وأن المحكمة بنت قضاءها على أساس من القانون، وسندنا في ذلك أن المشرع بنفسه لم يحدد العناصر أو الأفعال المكونة لجريمة الاخلال بالاحترام الواجب للموتى المنصوص عليها في الفصل أعلاه، بحيث لو أراد التنصيص على تلك الأفعال لنص عليها، كما أن الأمر هنا يتعلق بانتهاك حرمة الموتى وليس حرمة المقبرة وهذا بصريح العبارة، ناهيك على أنه بالنظر الى حيثيات القرار سنجد أن محكمة النقض تارة تستعمل انتهاك حرمة المقابر وتارة أخرى تستعمل انتهاك حرمة الموتى، والظاهر أن الفصل أعلاه يتحدث عن حرمة الموتى.

وعليه نخالف التوجه الذي ذهب فيه محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه، وبعدم تأييد قرار غرفة الجناح الاستئنافية، ونأسس رأينا على الأسباب المشار اليها أعلاه، ونقول بأن المشرع المغربي قد أحسن صنعا في عدم تحديده للأفعال التي تشكل جريمة الاخلال بالاحترام الواجب للموتى، تاركا بذلك الأمر إلى سلطة القاضي الجنائي، وذلك لتشمل

²⁰² - القرار عدد 260 الصادر بتاريخ 29 فبراير 2012، في الملف الجنحي عدد 2012/3/6/458، منشور في مجلة مغرب القانون، على الرابط التالي: www.maroclaw.com

الجريمة كل ما من شأنه أن يدخل في زمرة انتهاك حرمة الموتى، وعدم تنصيب المشرع على الأفعال التي تشكل العناصر المكونة للجريمة دليل قوي على أن هذا الأخير أدرك على بأنه إذا حدد تلك الأفعال سيكون بذلك قد غل سلطة القاضي الجنائي في تكييف الوقائع.

ثانياً: جريمة تلويث الجثة أو التمثيل بها أو ارتكاب عليها عمل من الأعمال الوحشية أو البذيئة

لا تقتصر الجرائم الواقعة على حرمة الموتى، على تلك التي تعد اخلال بالاحترام الواجب لهم، بل تعدى الأمر ذلك ليشمل كذلك جرائم تلويث الجثث أو التمثيل بها أو ارتكاب عليها عمل من الأعمال الوحشية أو البذيئة.

وعليه فقد نص المشرع المغربي في الفصل 271 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: "من لوث جثة أو مثل أو ارتكب عليها عملاً من الأعمال الوحشية أو البذيئة، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 500 درهم".

وبقراءتنا للمقتضيات التي جاء بها المشرع في الفصل أعلاه، تبين لنا أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا توفرت ثلاثة أركان أساسية، متمثلة في الركن القانوني الذي تم التطرق إليه أعلاه، إلى جانب الركن المادي، والذي يتمثل في ارتكاب الجاني لأي فعل فيه تلويث أو تمثيل للجثة، أو قيامه بالأعمال الوحشية عليها وهذا يشكل وجه الاعتداء، الذي يؤدي بنا إلى نتيجة هذه الاعتداء بمعنى أن تكون نتيجة الاعتداء حصول انتهاك لحرمة جثة الميت التي يجرمها القانون، وأن تكون هناك علاقة سببية بين فعل الاعتداء والنتيجة الاجرامية، وأخيراً الركون المعنوي الذي يتمثل في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 153 من قانون العقوبات، حيث جاء فيها ما يلي: "كل من نس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 2000 د.ج".²⁰³

الظاهر من التنصيب على هذه المقتضيات القانونية هو حماية الجثة من أعمال التدنيس والتشويه ومن الأعمال الوحشية وأعمال الفحش، والتدنيس كرمي القاذورات عليها، أما التشويه كقطع بعض أعضائها بحيث تتغير صورتها وبذلك يصعب التعرف عليها، أما الأعمال الوحشية فهي كثيرة ومتنوعة وقد تتمثل في قطع الرأس أو تمزيق البطن أو بتر

²⁰³ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق ص 48

جزء من أجزاء الجثة، أما أعمال الفحش فهي بدورها أعمال وحشية وقد تتعلق على وجه الخصوص بالأعضاء التناسلية.²⁰⁴

ثالثا: جريمة إخفاء جثة أو إتلافها أو تضييعها

سعى من المشرع المغربي في توفير الحماية اللازمة لجثة الميت من الخروقات والانتهاكات التي يقوم بها دو النيات السيئة والضمير الغائب، وفي ظل كذلك غياب الوازع الديني والأخلاقي، نص على جريمة أخرى تضاف إلى قائمة الجرائم الواقعة على حرمة الموتى، وهي جريمة إخفاء الجثة أو إتلافها بمقتضى الفصل 272 من مجموعة القانون الجنائي الذي ينص على أنه: "من أخفى جثة أو ضيعها يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من 200 إلى 250 درهم".

وعليه فتحليلنا لمقتضيات الفصل أعلاه، يمكن القول إن المشرع ضيق من دائرة التجريم التي تخص جثة الميت، إلا أنه في المقابل لم يبين الطريقة التي تتحقق بها جريمة الإخفاء والضياغ، وقد أحسن صنعا في ذلك لتشمل الجريمة أي فعل قد يقوم به الجاني في سبيل التخلص من الجثة.

ناهيك على أن الفصل أعلاه يشمل كذلك كل من أوكلت إليه صلاحية أو سلطة إما حراسة الجثة أو مراقبتها كالموظفين العاملين في مستودعات الأموات، أو أولئك العاملين في قطاع الصحة، الى غير ذلك ممن هم مكلفون بمهام من المهام التي تصب في هذا الإطار.

وفي هذا الصدد فإن المشرع في الفقرة الأولى من الفصل المذكور وباقي الفصول الأخرى التي تم التطرق إليها لم يشر الى ما إذا كانت الجثة لميت مات نتيجة مرض أو موت طبيعي أو غير ذلك من الأسباب التي قد تؤدي الى الوفاة، غير أنه استدرك ذلك في الفقرة الثانية من الفصل 272 المذكور أعلاه، لينص بذلك على أنه: "إذا كانت الجثة لشخص مجني عليه في جريمة قتل أو مات نتيجة ضرب أو جرح، فإن العقوبة تكون بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 1000 درهم".

وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 154 من قانون العقوبات، حيث جاء فيها ما يلي: "كل من خبأ أو أخفى جثة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 500 إلى 1000 د.ج.

²⁰⁴ - دروس مكبي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية بقسنطينة، د ط، 2005 ص، 26، أوردته زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 48.

وإذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفي نتيجة ضرب أو جرح، فإن العقوبة تكون بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 5000 درهم د.ج."²⁰⁵

وتجدر الإشارة إلى أن الحماية الجنائية التي أولتها التشريعات الوضعية لجثة الميت لا تقتصر فقط على الجرائم المشار إليها سلفاً، بل هناك العديد من الجرائم الأخرى التي تم التنصيص عليها في نصوص خاصة ونورد على سبيل المثال: القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعا، والذي جاء بمقتضيات زجرية تكفل الحماية الجنائية الضرورية للموتى من أعمال الاتجار في أعضائهم، أو أخذها منهم أو زرعها أو بيعها دون وجه حق وبشكل غير مشروع.²⁰⁶

المطلب الثاني: العقوبات المترتبة على انتهاك حرمة المقابر والموتى

إذا كانت جل التشريعات الوضعية قد تدخلت بموجب العديد من النصوص القانونية الزجرية لحماية حرمة المقابر والموتى من مجموعة الانتهاكات والخروقات التي تتعرض لها، فإنها في المقابل أوردت جملة من العقوبات الزجرية المترتبة على الجرائم المتعلقة بانتهاك هذه الحرمة.

وعليه سنحاول في هذا المطلب الإحاطة بهذه العقوبات من خلال التطرق في (الفقرة الأولى) إلى العقوبات المترتبة على جرائم انتهاك حرمة المقابر، لننتقل بعد ذلك في (الفقرة الثانية) للحديث عن العقوبات التي رتبها المشرع المغربي على الجرائم المتعلقة بانتهاك حرمة الموتى.

الفقرة الأولى: المقتضيات الزجرية المتعلقة بانتهاك حرمة المقابر

من خلال تصفح النصوص الجنائية التي أوردها المشرع المغربي بخصوص جرائم انتهاك حرمة المقابر، سنجد أنه جعل لها عقوبات سالبة للحرية وأخرى عقوبات ذات طابع مالي متمثلة في الغرامات.

²⁰⁵ - زهراء بن سعادة، مرجع سابق، ص 49-50.

²⁰⁶ - من أعظم وأهم الانجازات العلمية التي طالعنا بها هذا القرن، والتي تعتبر نتاج تقدم العلوم الطبية والبيولوجية، عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث أصبحت هذه الأخيرة الحل الوحيد والعلاج الحقيقي للعديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت. وبذلك تعتبر جثث الموتى مصدر هام لتلك العمليات وخاصة في حالة عدم توافر الأعضاء البشرية المطلوبة من الأحياء، حيث تمثل الجثة المصدر الوحيد والأساسي لعمليات زرع الأعضاء الفردية مثل القلب والكبد.

أولاً: العقوبات المترتبة على جريمة هدم وامتھان وتلويث المقابر

بالرجوع الى الفصل 268 من مجموعة القانون الجنائي سنجد المشرع المغربي كغيره من التشريعات نص على عقوبة سالبة للحرية وأخرى مالية لجريمة هدم وامتھان وتلويث المقابر لما في ذلك من انتهاك لحرمة المقابر والتقليل من الاحترام الواجب للموتى كما سوف نرى تباعاً.

وعليه جاءت صياغة الفصل أعلاه على الشكل التالي: " من هدم أو امتھن أو لوث المقابر، بأي وسيلة كانت، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 200 إلى 500 درهم".

وتقريباً هي نفس العقوبات التي نصت عليها التشريعات المقارنة، ومنها التشريع الجزائري، حيث نص في المادة 150 على ما يلي: " كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأي طريقة كانت يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار"، كما أشار في المادة 152 من ذات القانون الى انتهاك حرمة المدافن، إذ نص على ما يلي: " كل من انتهاك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة".²⁰⁷

وهي نفس العقوبات التي نصت عليها التشريعات الأخرى التي سبق وأن أشرنا إليها سلفاً، ومنها مثلاً، التشريع السوري، حيث نص في المادة 468 من قانون العقوبات السوري على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين، من أ-هتك أو دنس حرمة القبور أو أنصاب الموتى أو أقدم قصداً على هدمها أو تحطيمها أو تشويهها، ب-من دنس أو هدم أو حطم أو شوي أي شوه أي شيء آخر خاص بشعائر الموتى أو بصيانة المقابر أو تزيينها".²⁰⁸

ثانياً: العقوبات المترتبة على جريمة انتهاك القبور ودفن الجثث واستخراجها خفية

من خلال التمعن في العقوبات التي وضعها المشرع المغربي لهذه الجريمة، سنجد أنها بدورها تنقسم الى عقوبات سالبة للحرية وأخرى مالية شأنها في ذلك شأن باقي العقوبات الأخرى.

²⁰⁷ - طارق حليلو، مرجع سابق، ص 92.

²⁰⁸ - وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف ببيت لحم في دولة فلسطين بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإدانة المتهمين من أجل جرائم الاعتداء على أماكن دفن الموتى وانتهاك حرمة الأموات طبقاً للمادة 277 من قانون العقوبات والحكم عليهم بالحبس ثلاثة أشهر. أنظر موسوعة القوانين والأحكام الفلسطينية، على الرابط التالي: <https://maqam.najah.edu/judgments/2682/>

وعليه نص في الفصل 270 السالف الذكر على أنه: " من انتهك قبرا أو دفن جثة أو استخرجها خفية يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من 200 إلى 500 درهم".

وهي نفس العقوبة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 152 من قانون العقوبات، حيث جاء فيها: " كل من انتهك حرمة مدفن أو قام بدفن جثة أو إخراجها خفية، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة من 500 إلى 2000 د.ج".

وتجدر الإشارة أنه من خلال المقارنة بين هذه النصوص القانونية أن المشرع المغربي وباقي التشريعات الأخرى تركز بكثير على العقوبات السالبة للحرية أكثر من العقوبات المالية، والصحيح أنه ونظرا لما تعرفه السجون من اكتظاظ، كان على هذه التشريعات بالأحرى التقليل من العقوبات الحبسية والزيادة في العقوبات المالية أو الحكم بإحدى هاتين العقوبتين وهي عبارة ملم نجد لها أثر في النصوص التي تطرقنا إليها، اللهم بعض التشريعات التي نصت على ذلك.

بالإضافة الى أنه كان عليها أن تنص على أنه للقاضي الجنائي الحكم مثلا على الجاني بالعقوبات البديلة كإعادة بناء سور المقبرة مثلا أو ترميمها أو تنظيفها لمدة محددة، أو العمل لأجل المنفعة العامة، إلى غير ذلك من العقوبات البديلة.

الفقرة الثانية: العقوبات المترتبة على انتهاك حرمة الموتى

إذا كان المشرع المغربي أولى اهتمامه للمقابر كمكان لدفن الموتى، وأحاطه بحماية بمقتضى نصوص زجرية كما أسلفنا ذلك، فإنه في المقابل لم يهمل الأشخاص الذين يدفنون في هذه المكان، واعتبره مكان مقدس لا يجوز انتهاك حرمة، ولذلك أورد جملة من العقوبات الجنائية تطبق على كل مخالف لهذه القواعد القانونية الأمرة.

وعليه سنتعرف في هذه الفقرة على مختلف العقوبات التي رتبها المشرع على جرائم انتهاك حرمة الموتى، وذلك على الشكل التالي:

أولا: العقوبات المنصوص عليها بخصوص جريمة الاخلال بالاحترام الواجب للموتى

بالرجوع الى الفصل 269 من مجموعة القانون الجنائي، والذي ينص على أنه: " من ارتكب عملا من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للموتى في مقبرة أو في أي مكان للدفن، يعاقب بالحبس من شهر الى ثلاثة أشهر وغرامة من 200 الى 250 درهم"، وعليه يكون المشرع المغربي نص على عقوبة سالبة للحرية وغرامة مالية تطبق على كل من ارتكب

أي فعل من شأنه الاخلال بالاحترام الواجب للموتى سواء في المقبرة أو في أي مكان آخر مخصص للدفن، شأنه في ذلك شأن باقي الجرائم الأخرى والتي سنتطرق إليها تباعاً.²⁰⁹

ثانياً: عقوبة جريمة تلويث الجثة أو التمثيل بها أو ارتكاب عليها عمل من الأعمال الوحشية أو البذيئة

ينص الفصل 271 من القانون الجنائي على أنه: "من لوث جثة أو مثل أو ارتكب عليها عملاً من الأعمال الوحشية أو البذيئة، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 500 درهم".

والملاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع صنف هذه الجريمة ضمن الجناح التأديبية التي لا يمكن للعقوبة أن تتجاوز فيها خمس سنوات، باستثناء حالات العود.²¹⁰

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 153 من قانون العقوبات، حيث جاء فيها ما يلي: "كل من نس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 2000 د.ج".

وعليه يكون التشريع المغربي والجزائري وباقي التشريعات الأخرى المقارنة قد نصت على عقوبات سالبة للحرية وأخرى مالية تطبق على كل مخالف للمقتضيات الجنائية المنصوص عليها في القانون.

ثالثاً: عقوبة جريمة إخفاء جثة أو اتلافها أو تضييعها

بالرجوع إلى الفصل 272 من مجموعة القانون الجنائي سنجد المشرع المغربي نص على الجزاء الجنائي الذي يطبق على كل مرتكب لجريمة إخفاء جثة أو كل من قام بإتلاف جثة أو تضييعها، وذلك من خلال ما نص الفصل أعلاه: "من أخفى جثة أو ضيعها يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من 200 إلى 250 درهم".

وأضاف في الفقرة الثانية من نفس الفصل على أنه: "إذا كانت الجثة لشخص مجني عليه في جريمة قتل أو مات نتيجة ضرب أو جرح، فإن العقوبة تكون بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 1000 درهم".

²⁰⁹ - وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المغربية في قرار لها عدد 260 الصادر بتاريخ 29 فبراير 2012، في الملف الجنحي عدد 2012/3/6/458 بأنه: "لما أدانت المحكمة المتهم بجنحة انتهاك حرمة الموتى ببنائه لدكان ومقهى داخل مكان مخصص وتابع لمقبرة، وذلك بشهادة الشاهدين، لم تبرز العناصر المادية المكونة للجريمة حسب الفصل 269 من القانون الجنائي، مما يجعل ما قضت به دون أساس قانوني".

²¹⁰ - الفصل 16 من القانون الجنائي.

وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 154 من قانون العقوبات، حيث جاء فيها ما يلي: "كل من خبأ أو أخفى جثة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 500 إلى 1000 د.ج.

وإذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفي نتيجة ضرب أو جرح، فإن العقوبة تكون بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 5000 درهم د.ج."

ومن خلال استقراء الفصول أعلاه يتضح أن كلا من المشرع المغربي والجزائري نصا على نفس المقتضيات اللهم بعض الاختلاف، بحيث أولا أنهما على أن الجاني لكي يتابع ويعاقب على هذه الجريمة يجب أن يأتي أحد الأفعال المنصوص عليها أعلاه، بالإضافة إلى أن الجاني يعاقب إذا قام بإخفاء الجثة أو ضيعها بأي وسيلة من الوسائل، وهو ما يمنح القاضي الجنائي كامل السلطة التقديرية في تقدير الأفعال التي يأتيها الجاني في هذه النازلة.

كما أن المشرع المغربي شدد العقوبة على الجاني كلما كانت الجريمة تتعلق بشخص مجني عليه في جريمة قتل أو مات نتيجة ضرب أو جرح.

خاتمة:

ولعل الخلاصة التي يمكن أن نخرج بها من خلال دراستنا وتحليلنا لمختلف جوانب هذا الموضوع، أن الشريعة الإسلامية أولت اهتماما كبيرا منذ الأزل لحرمة المقابر والموتى وجرمت بذلك مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تعتبر تعديا على هذه الحرمة، وقد استحضرت التشريعات الوضعية ما نصت عليه الشريعة الإسلامية في نصوصها الجنائية وكفلت بذلك للمقابر وحرمة الموتى حماية جنائية بمقتضى جملة من النصوص التجريبية والعقابية.

غير أن هذه النصوص ومن خلال اطلاعنا على مجموعة من الصور ومقاطع الفيديو لمجموعة من المقابر المغربية ومقابر بعض الدول، لم تأتي أكلها ولم تحقق الغاية المرجوة منها، الأمر الذي يستدعي من المشرع المغربي إعادة النظر في الإطار القانوني المنظم لها، لأنه بحاجة ماسة إلى تحيين عاجل، كما يقتضي من السلطات المعنية، وكل المتدخلين في هذا الصدد النظر في واقع المقابر المغربية والدعوة إلى اتخاذ الإجراءات الضرورية لحمايتها من الأفعال الشنيعة التي تتعرض لها يوم بعد يوم.

لائحة المراجع:

- ✓ ابن فارس، معاجم مقاييس اللغة، الجزء الخامس.
- ✓ ابن منظور جمال الدين محمد بن كرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، الجزء السادس، 1994، 4324.
- ✓ اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، الطبعة السابعة، تحقيق، د. ناصر بن عبد الكريم العقل، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- ✓ أبوداود، في سننه، كتاب الصلاة، باب في الواضع التي لا تجوز الصلاة فيها، 492-330/1، كتاب المناسك، باب زيارة القبور، 2/534(2042)، كتاب الجنائز، باب كراهية الذبح عند القبر، 2/550(3222).
- ✓ الترمذي في سننه، كتاب الصلاة، باب في كراهية ما يصلّى إليه وفيه، 346/178-177/2.
- ✓ ابن ماجة في سننه، كتاب المساجد والجماعات، باب المواضع التي تكره فيها الصلاة، 745-246/1.
- ✓ ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الجنائز، باب من كره زيارة القبور، 32/3(11817).
- ✓ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، (د.ت)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، دار الفكر بيروت، لبنان، 2/324.
- ✓ البخاري، في صحيحه، كتاب الحدود، باب رمي المحصنات، 264/4(6857).
- ✓ بن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد: المغني، ج12، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، و د/ عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط 2، 1992.
- ✓ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي -مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 14، 2000.
- ✓ ابن فرحون، الديباج المذهب، تحقيق: ذ.محمد الأحمد أبو النور، ج2، لا ط، القاهرة، دار التراث للطبع والنشر، ص75.
- ✓ أبو عبد الله الخرشبي، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل، ج8، ط1، لبنان دار الكتب العلمية، ص279.
- ✓ بدون ذكر اسم الكاتب، جريمة انتهاك حرمة القبور (دراسة مقارنة)، مقال بمجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2018.
- ✓ مقال منشور على الرابط التالي: www.islamqa.com

- ✓ دردوس مكبي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية بقسنطينة، د ط، 2005.
- ✓ طارق حليلو، الحماية الجنائية لحرمة الميت بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الوادي، الجزائر، 2013/2014.
- ✓ طارق سرور: نقل الأعضاء البشرية بين الأطباء "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2001، ص9.
- ✓ - محمد بشير فلفلي، الحماية الجنائية لحرمة الميت في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا-قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.
- ✓ زهراء بن سعادة، الحماية الجنائية لحرمة الميت في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2010/2011.

الدكتور مصطفى معتبر
باحث في القانون الخاص
بكلية الحقوق بطنجة

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المغربي

مقدمة

إن الإنسان اجتماعي بطبعه، لا يمكنه أن يعيش بمعزل عن المجتمع، ولكون مجهوداته وقدراته جد محدودة فإنه يلجأ لغيره هادفاً إلى تلبية حاجاته ومصالحه اللامتناهية، بالدخول في علاقات قانونية متشعبة مع عدة أطراف. ولعل العقد يمثل أفضل وأنجع وسيلة لديه لتحقيق غاياته، وضمان تبادل خدماته ومنتجاته، كما أنه من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوكات الإنسان قديماً وحديثاً، لأنه ينظم الحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات بإقرار الحق وفرض الالتزام. ولا ينكر أحد ما للعقد من أهمية عظيمة في حياتنا اليومية فهو المرتكز الأساسي للمعاملات المالية في وسطنا الاجتماعي. ونظراً للدور الهام المناط بالإرادة الحرة في التعاقد فقد تركز لها السلطان الأكبر في إنشاء الروابط العقدية وترتيب آثارها، إذ ساد مبدأ سلطان الإرادة أغلب العلاقات القانونية نتيجة لازدهار وانتشار المذهب الفردي وتجسيده لإرادة وحرية الفرد ومصالحه في المجتمع، فكان يكفي لتكوين وإنشاء علاقة عقدية وتحديد آثارها أن يتطابق ويتوافق الإيجاب بالقبول، وبذلك صارت الإرادة الحرة المستقلة مصدر اللاتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية، ومنه وجب احترام وتقديس حرية التعاقد والقوة الإلزامية الناتجة عنها.

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة، وهو بذلك من الآثار المترتبة عن التعاقد، فإذا نشأ العقد صحيحاً بأركانه وشروطه ترتبت عنه التزامات وأصبحت واجبة التقديس والتنفيذ، لا يمكن التنصل منها أو المساس بها سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير.

من هذا المنطلق فإن موضوع بحثنا يتعلق بالقوة الملزمة للعقد كمبدأ وأثر مباشر للالتزامات العقدية والبحث في أسسها وحدودها، وبما أن ذلك من صلب نظرية العقد فإنه لا مجال من التطرق إلى المواضيع التي اكتست أهمية بالغة في هذا المجال، فقد تناولها شراح وفقهاء القانون بإسهاب، فكانت محل نقاشات فقهية ونصوص تشريعية وتطبيقات قضائية.

ومما لا شك فيه أن نظرية الالتزامات ومن ثم نظرية العقد في القانون المدني أخذت مكانة علمية نظرية وعملية مرموقة.

و لذلك فقد اعتنى بها التشريع الوطني والمقارن بتنظيم أحكامها وجعلها المصدر الأول للالتزام.

فبعدها تكرست القوة الملزمة للعقد كمبدأ في ظل سيادة المذهب الفردي فإنها اصطدمت بعالم من الاستثناءات في ظل سيادة المذهب الاجتماعي. فموضوعنا يعالج جزئية مهمة من نظرية العقد المدني، إذ يتناول تأكيد هذا المبدأ وبيان طبيعته القانونية من ماهيته وتحديد نطاقه والأسس المختلفة التي يركز عليها وأهم آثاره وجزاءات الإخلال به. كما يتناول أهم القيود والاستثناءات الواردة على هذا المبدأ كجانب تطبيقي، بدءاً بدور الإرادة في إنهاء وتعديل العلاقات التعاقدية، وكذا تدخل كلا من المشرع والقاضي لموازنة الالتزامات وحماية الطرف الضعيف فيها، ثم التطرق لمبررات الحد من هذا المبدأ.

غير أن الأمور لا تسير دائماً كما يجب، فالعلاقات التعاقدية قد تصطدم بعد إبرامها بظروف مغايرة تحول دون تنفيذها واستمرار مفعولها حسب ما اتفق عليه ووفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، حينها يُثار التساؤل حول مدى ملائمة سلطان الإرادة للروابط العقدية، وإمكانية التلطيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد المتفرع عنه. بمعنى ما هي الأسس التي يستمد منها العقد قوته الملزمة؟ وما هي الحدود التي تتوقف عندها هذه القوة الملزمة؟ وبصيغة أخرى، هل القوة الملزمة للعقد مطلقة وثابتة، أم هي نسبية ومحدودة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا إعمال واعتماد المنهج المقارن في دراستنا هاته، مع التركيز على الفقه والتشريع والقضاء، كما حاولنا أن نستعين بقواعد الفقه والشريعة الإسلامية في بعض مراحل البحث لانسجامها مع الموضوع وارتباطها به تاريخياً، ولأنها نظام متكامل وصالح لكل زمان ومكان. كما اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي، لأننا بصدد الإحاطة بموضوع يتطلب استقراء بعض النصوص وتصنيفها للوصول إلى قواعد وأحكام، وعرض الآراء وتحليلها وتعليلها وتوضيح غامضها، وبيان المتناقض منها وترجيح الآراء والتوفيق بينها.

و لقد ارتأينا تناول هذا العرض وذلك وفق التصميم الآتي بيانه على الشكل التالي:

المبحث الأول: أساس القوة الملزمة للعقد.

المبحث الثاني: آثار القوة الملزمة للعقد.

المبحث الأول: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها

إنه وكما هو معلوم فإن العقد يعتبر كقاعدة عامة شريعة المتعاقدين أي أن المتعاقدان هما اللذان يلتزمان بما اتفقا عليه وتسري آثاره عليهما فقط إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات كما أنها تترتب عليها جزاءات عند الإخلال بها.

إنه ولدراسة هذا المبحث سنعمل على تقسيمه إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: العقد شريعة المتعاقدين

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

المطلب الأول: العقد شريعة المتعاقدين

إن القوة الملزمة للعقد تجد أساسها في إرادة المتعاقدين ويشترط في هذه الإرادة أن تكون خالية من العيوب التي تضرب بصحة العقد عرض الحائط وللتعمق في هذا المطلب سنحاول تناوله في فقرتين حيث سنتناول في الفقرة الأولى إلى شروط الإرادة الصالحة للتعاقد على أن نتطرق في الفقرة الثانية إلى نتائج صحة العقد.

الفقرة الأولى: شروط الإرادة الصالحة للتعاقد

إن الإرادة الصالحة للتعاقد هي تلك الإرادة التي تخلو من العيوب التي تخل بصحة العقد ومن هنا فإن الإرادة التي أنتت غير مشوبة بالعيوب الواردة في الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود هي التي تصلح وحدها للتعاقد وتكون أساسا ملزما للعقد تجاه الأطراف. وإنه لمن الضروري الإشارة ولو بشكل مقتضب إلى هذه العيوب التي تجعل الإرادة غير صالحة في العقد وسنستهل دراسة هذه العيوب بالغلط ثم التدليس والإكراه.

أولاً: الغلط:

يعتبر الغلط هو عبارة عن وهم يتولد في ذهن المتعاقد يجعله يتصور الأمر على غير حقيقته فقد يتوهم شخص صحة واقعة هي في الحقيقة غير صحيحة، أو عدم صحة واقعية هي في الواقع صحيحة.

و الغلط الذي يعتبر عيبا ويجعل الإدارة غير صالحة كأساس ملزم في العقد هو ذلك الغلط المؤثر.

و نجد أن المشرع قد تناول الغلط في الفصول من 40 إلى 45 من قانون الالتزامات والعقود وقد حدد حالات الغلط وهي كالتالي:

-الغلط في القانون

-الغلط في الشيء

-الغلط في شخص المتعاقد

-الغلط الواقع من الوسيط

-الغلط في الحساب

و هنا يمكن القول بأنه إذا ثبت الغلط بالشروط الواردة في قانون الالتزامات والعقود فإن إرادة من وقع في الغلط تكون معيبة غير صالحة لإنتاج الآثار المقصودة من العقد وبذلك تكون الإرادة أساسا ملزما للعقد.

ثانيا: التدليس

ينص الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود “ يكون قابلا للإبطال للرضا الصادر عن غلط، أو الناتج عن التدليس، أو المنتزع

تم التطرق إلى التدليس في قانون الالتزامات والعقود وذلك بعد أن تناول المشرع الغلط وهنا نجد المشرع قد حذا حذو القانون المدني الفرنسي حيث تناوله المشرع في فصلين هما 52 والفصل 53 من القانون المدني المغربي.

و يمكن تعريف التدليس بأنه “ الالتجاء إلى الحيلة والتضليل والخداع بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه على التعاقد “[3] كما عرفه الأستاذ المرحوم مأمون الكزبري “ التدليس هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد. ”

و لكي يعتد بالتدليس لا بد من توفر الشروط الآتية:

-استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه

-كون هذه الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت المدلس عليه إلى التعاقد

-صدور التدليس أو الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كون هذا المتعاقد على

علم بها.

ثالثا: الإكراه

يعد الإكراه من بين العيوب التي تحول دون لعب الإرادة دور في بناء الأساس الملزم للعقد.

و قد عرفه المشرع في الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود بأن " الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخص آخر أن يعمل عملا بدون رضاه."

و قد عرفه بعض الفقه " الإكراه عبارة عن ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد."

و لكي يكون الإكراه عاملا في تعيب الإرادة ويخرجها من الصحة لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط وهي على التوالي:

-التعاقد تحت سلطان الرهبة

-أن تكون الرهبة هي التي حملت المكره على التعاقد

-اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر.

رابعا: الغبن

يوجد في قانون الالتزامات والعقود إلى جانب الغلط والتدليس والإكراه عيب الغبن، والغبن يتجسد في خسارة تلحق بالمتعاقد من جراء العقد وهو عبارة عن عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه ، وقد عرفه الفقيه مأمون الكزبري بأنه " هو التفاوت وانتفاء التوازن بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه مقابل ما يعطيه في عقود المعارضة".

و تنبغي الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصلين 55 و56 من قانون الالتزامات والعقود يتجلى لنا أن القاعدة في القانون المغربي أن الغبن المجرد عن التدليس لا يخول طلب إبطال العقد لكن استثناء قد يعيب الإرادة. وفي هذا الإطار سنشير بشكل موجز إلى كل من القاعدة في الغبن وكذا الاستثناء على هذه القاعدة.

-الغبن المجرد لا يخول طلب إبطال العقد:

المبدأ العام ان الغبن في التشريع المغربي لا يعيب العقود ولا يخول الإبطال لأن الحفاظ على التوازن الاقتصادي لأطراف العلاقة التعاقدية موكول لمن له مصلحة وكل ما يتكلف

به القانون هو التوازن القانوني وقد حرص المشرع المغربي على التنصيص على هذا المبدأ في القانون المدني في الفصل 55 والذي جاء فيه " الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله وذلك ما عدا الاستثناء الوارد بعده"

-الغبن المقرون بالتدليس يخول الإبطال-

بالرجوع إلى الفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود والذي جاء فيه "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف قاصراً أو ناقص الأهلية ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون ولو لم يكن تدليس من الطرف الآخر ويعتبر غبنا كل فرق يزيد عن الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء"

انطلاقاً من استقراء هذا النص نجد أن المشرع أجاز إبطال العقد للغبن المجرّد عن التدليس استثناءً، وذلك إذا لحق هذا الغبن بالقاصر أو ناقص الأهلية ولو تعاقد وفقاً للأوضاع القانونية، لكن يشترط هنا أن يصل الغبن إلى الحد الذي يقرره المشرع في الفصل أعلاه وذلك بزيادة الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء

الفقرة الثانية: الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد

إن الإرادة السليمة التي تتحاشى العيوب التي سبق لنا وأسلفنا ذكرها هي التي ينتج عنها ما يسمى بالعقد شريعة المتعاقدين.

و يقصد بهذا المبدأ هو أن العقد منذ تمامه تصبح شروطه مقام القانون بالنسبة لعاقديه فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بتعديل أو إنهاء العقد بإرادته المنفردة ويلزم لإحداث شيء من ذلك أن يتم الاتفاق المتبادل من لدن الطرفين معاً إلا إذا جعل القانون لأحد الأطراف في حالات خاصة حقاً في ذلك وفي هذا السياق نجد الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي ينص صراحة على "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشيئها ولا يجوز إلغائها أو تعديلها إلا برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون."

و في نفس الإطار نجد نفس المنحى قد كرسه كل من التشريع الفرنسي في المادة

1134 من القانون المدني الفرنسي أنه "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها" وكذلك نجد المشرع المصري قد نص على هذه القاعدة في المادة 147 من قانونه المدني حيث جاء فيها "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" ومن خلال هذه النصوص

التشريعية فالمبدأ العام أن العقد هو شريعة المتعاقدين وهذا يحتم عدم المساس بشروط العقد الذي توافقت إرادة كل من العاقدين على إنشائه بإرادة أحدهما المنفردة إلا أنه في بعض الأحيان يتضمن العقد نفسه شروطا يمنح عاقيه أو أحدهما الرجوع عنه أو إجراء تعديل في أحكامه وكمثال على هذه الحالة سنذكر التعاقد بالعربون والذي خصصه المشرع الفصول من 288 إلى 290 .

و كمثال آخر على ذلك: الحالة التي يتضمن فيها عقد الإيجار شرطا يخول للمستأجر إنهاء العقد قبل انتهاء مدته وفي هذه الحالة لا توجد أية صعوبة في الرجوع عن العقد أو إجراء التعديل في أحكامه ممن يطول له هذا الحق، إعمالا له فليس في ذلك أي إخلال به.

و نجد الحالة التي لا يتضمن العقد عند إبرامه ما يخول لأطرافه أو أحدهما نقضه أو تعديله، ولكن يتفق العاقدان كلاهما على شيء من ذلك في زمن لاحق.

و عليه يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة فالأفراد لهم مطلق الحرية في إبرام ما شأؤوا من العقود بشرط احترامهم لمقتضيات النظام العام والأخلاق والآداب العامة وإذا حصل مثل هذا الاتفاق بناء على هذه الحرية فإن العقد يصبح بمثابة شريعة للمتعاقدين.

ومن خلال ما تقدم فالعقد أو الاتفاق طالما تم إبرامه على وجه شرعي، ينشئ بين عاقيه التزامات تكون أشبه بالالتزامات التي يفرضها القانون. لأجل هذا فالمتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من التزامه، إلا إذا قام اتفاق على ذلك وبين المتعاقد الآخر. ومن خلال تتبع مبدأ سلطان الإدارة في حقل الالتزامات والعقود المغربي نجد أن المشرع نظرا للانتقادات التي وجهت لمبدأ سلطان الإرادة تفادى عيوب مبدأ سلطان الإدارة وأعاد الأمور إلى نصابها في مجالات عدة، فأقام نظرية الغبن في الفصلين 55 و56 حد من المبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين كما نجد أن المشرع أعطى للمكتري حماية قوية من تعسف المالك ومنح المحكمة سلطة تقديرية في هذا المجال هدفه هو تحقيق العدالة الاجتماعية.

المطلب الثاني: حدود الإرادة كأساس ملزم للعقد

إنه وكما سبق الذكر فإن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يحول دون المراجعة الفردية لبنود العقد إلا أن هذا الأخير يعرف حالات استثنائية يحق فيها لأحد المتعاقدين أو القاضي إدخال تعديلات أو القيام بإلغاء بعض البنود وهناك العديد من الحالات لتدخل القضاء وللحديث في هذا الموضوع أكثر سنحاول التعرف على الحد من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بنص القانون (الفقرة الأولى) على أن نبين بعد ذلك الحالات التي يسمح فيه التشريع للقضاء بالتدخل في العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحد من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بنص القانون

إنه حسب القاعدة العامة فإنه لا يمكن تعديل العقد أو نقض أحكامه إلا بمقتضى اتفاق الأطراف إذ أنه لا يمكن لأحدهما أن يعدل أو أن ينقض العقد بإرادته المنفردة لأنه في هذه الحالة يعتبر مخلاً بالتزاماته وهنا تثور مسؤوليته العقدية، إلا أنه استثناء يمكن الخروج عن هذه القاعدة في مجموعة من الحالات التي يخول فيها القانون لأحد الأطراف حق العدول عن العقد وهذا هو الاستثناء الحقيقي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

ذلك أن تدخل المشرع يكون لوضع ضوابط لحرية التعاقد بحيث لا تمس حرية المتعاقدين في إطار ما يعرف بالنظام العام والآداب العامة من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الذي يحتاج إلى الحماية من أجل المحافظة على الفائدة الاقتصادية من العقد .

بالإضافة إلى ما سلف أعلاه يمكن القول على أن تدخل المشرع في بعض العقود بالنص على نظامهما يكون على سبيل الاحتياط بمعنى أن القواعد التي يسنها لا تحد من حرية المتعاقدين ولكنها تكمل هذه الحرية، فهي قواعد مكملة وليست أمرة.

فإذا كان المشرع قد فرض القيود على الإرادة في مرحلة تكوين العقد فإنه في المقابل قد فرض قيوداً أخرى على المرحلة التي تلي التكوين ألا وهي مرحلة التنفيذ.

إذن فالمشرع لم يكتفي بالتقييد من دور الإرادة في مرحلته تكوين العقد وإنشائه بل تدخل أيضاً في العقود بعد إبرامها وعدل أحياناً من شروطها على حساب الإرادة.

و هذا ما يفهم من نص الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث أدخل القانون في عداد المؤسسات التي يمكن لها التدخل في تنفيذ العقد عن طريق التعديل أو الإنهاء إلى جانب مؤسسة الرضى الصادر عن المتعاقدين.

و قد جاء فيه ما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغائها أو تعديلها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون."

فنتيجة لعوامل اقتصادية تدخل المشرع في العقود بعد تمامها فقد أثرت السياسة النقدية في قيمة النقود وأدى التضخم إلى انخفاض القيمة الحقيقية للنقود والذي أدى بدوره إلى انخفاض القيمة الحقيقية لمحل الالتزام بدفع مبلغ من النقود. وإثر تأزم الأوضاع من جراء ذلك بدأت الدول بالتدخل لتوجيه سياساتها النقدية من الحرب العالمية الأولى وأحاطت الالتزامات بشبكة من القيود تحد من دور الإرادة.

و كمثل على ما قلناه نجد مجموعة من الحالات التي يخول فيها القانون لأحد الأطراف أن يصل إلى نقض العقد أو إلى تعديله برغم إرادة الطرف الآخر.

و في هذا الإطار نورد ما جاء به المشرع المغربي في الفصل 794 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على " لا يجوز للمودع عنده أن يجبر المودع على استرداد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه، ما لم تدعه إلى ذلك مبررات خطيرة.

و لكن يجب عليه أن يرد الوديعة للمودع بمجرد أن يطلب هذا منه ردها ولو كان الاتفاق قد حدد أجلا معيناً لرد الوديعة."

من خلال هذا الفصل يمكن القول بأن المشرع قد منح الحق للمودع باسترداد الشيء المودع بقوة القانون عند طلبه لهذا الشيء المودع ولو كان العاقدان قد اتفقا على أجل محدد لرد الوديعة وبهذا يكون المودع له الحرية في إنهاء عقد الوديعة وقت ما شاء. ذلك أنه بمجرد رد الشيء المودع من المودع عنده ينتهي العقد الرابط بينهما.

كذلك نجد أن الفصل 931 من قانون الالتزامات والعقود يعطي الإمكانية للموكل إنهاء عقد الوكالة وقت ما شاء دون اعتبار لشريعة المتعاقدين حيث جاء فيه " للموكل أن يلغي الوكالة متى شاء وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر."

و عليه فإنه في حالة نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين لا بد من أن يكون نص صريح يخول هذه الإمكانية للمتعاقد، أما في حالة عدم وجود هذا النص يرجع إلى المبدأ السابق الذكر ألا وهو العقد شريعة المتعاقدين.

الفقرة الثالثة: التدخل القضائي في الحد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كما سبق القول أنه يحول دون المراجعة الفردية لبنود العقد ورأينا بأنه في حالات معينة يمكن للمشرع التدخل للحد من هذا المبدأ فإنه كما يمكن أن يكون القانون كحد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإن القضاء بدوره ومن خلال عمله يمكن أن يكون حدا لهذا المبدأ وهنا نورد حالتين يمكن فيهما للقضاء لعب دور في تنفيذ العقود والأمر يتعلق هنا بحالة تدخل القضاء لتمتيع المدين بمهلة الميسرة (أولا) وحالة تدخله للتخفيف من الشروط التعسفية (ثانيا)

أولا: تدخل القضاء لتمتيع المدين بمهلة الميسرة:

هنالك بعض الحالات التي يكون فيها سند الدين محددًا من حيث تاريخ الأداء والاستحقاق وهذا الوضع يمكن الدائن من سلوك المسطرة الاستعجالية لاستصدار الأمر

بالأداء في إطار مقتضيات الفصول 155 إلى 165، إلا أن الأمر ليس كما هو عليه دائما فإنه يمكن للمحاكم الابتدائية أن تقوم بإعطاء أجل قصد وفاء المدين بالدين العالق في ذمته وذلك بعد مراعاتها لمركز المدين وظروفه، وهذا ما يفهم من نص الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي جاء فيه " إذا لم يكن هناك مدين واحد، لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء، ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة، وذلك ما لم يتفق على خلافه إلا إذا تعلق الأمر بالكمبيالات.

و مع ذلك يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاقضيق، أن يمنحوه أجالا معتدلة للوفاء..."

و هنا يمكن القول أن المشرع أعطى للقضاء السلطة التقديرية للعمل على التخفيف من عبء المدين لكنه لم يفتح له الباب على مصراعيه بل حد من سلطته التقديرية ولم يجعلها هذه المرة سلطة واسعة بل قيدها في حدود ضيقة حسب ما هو منصوص عليه في الفصل المذكور أعلاه.

إذن فإن مهلة الميسرة يمكن منحها من طرف قاضي الموضوع بطلب من المدين ويمكن أن يمنحها القضاء من تلقاء نفسه متى اتضح له ذلك من ظروف النزاع، وهي مهلة يمكن أن تمنح في أي درجة من درجات التقاضي .

و في نفس السياق أوردت أستاذتنا أمينة آيت حسين في مؤلفها قول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري حيث يقول " إن العناصر الرئيسية التي يقدر القاضي بمقتضاها حالة المدين ليعترف هل تستدعي هذه الحالة نظرة ميسرة، هي حسن نية المدين ورغبته في الوفاء بدينه، وأن الضيق الذي أحاط به أمر مؤقت وأن موارده كافية في النهاية للوفاء بدينه، وأنه يتخذ من التدابير ما يبسر له هذا الوفاء وأنه فعل ما أمكنه الوفاء به وأن الوفاء فورا بكل الدين يلحق به ضررا جسيما وأنه قدم للدائن الضمان الكافي للحصول على حقه."

من خلال ما تقدم فالقاضي ملزم بمراعاة ظروف المدين حسب الفقرة الثانية من الفصل أعلاه من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وذلك لمنحه أجلا للوفاء بما في ذمته تجاه الدائن لكن عليه كذلك التأكد مدى توفر الشروط في المدين للوفاء أي كونه حسن النية وأنه يرغب في الوفاء وغيرها من الشروط وهذا لكي لا يتعسف في حق الدائن الذي يطلب الوفاء بدينه الذي في ذمة المدين.

ثانيا: تدخل القضاء للتخفيف من الشروط التعسفية

بما أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى نظرية الظروف الطارئة وعليه لم يمنح القاضي حق التدخل في تعديل العقد فإنه في المقابل قد منحه إمكانية أخرى للتدخل فيه وذلك عن طريق التدخل من أجل الحد من الشروط التعسفية بالإضافة إلى الإمكانية الأخرى التي منحها إياه والتي سبق لنا تناولها والأمر يتعلق بالتدخل لمنح مهلة الميسرة.

و ما قلناه أعلاه هو ما سارت عليه مجموعة من التشريعات حيث أن مجلس أوروبا قد أصدر مذكرة توجيهية إلى الدول الأعضاء بتاريخ 5 نيسان 1993 تتعلق البنود التعسفية الواردة في العقود المجراة مع المستهلكين يدعوها موجهها إلى سن قوانين أو إصدار مراسيم أو قرارات تتوافق مع مضمونها، وقد حددت المذكرة العقود التي يمكن النظر في بنودها التعسفية التي لم تكن موضوع مفاوضات شخصية أي الموضوع من قبل أحد أطرافها، كما حددت مفهوم البند التعسفي بأنه " البند الذي يحدث وضعا غير متوازن بصورة بينة في الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقد خلافا لمصلحة المستهلك " .

و كما هو معلوم فالقانون يساير التطورات التي يعرفها المجتمع إذ أن قاعدته ليست جامدة بل هي ذات طابع مرن وهذا ما أكده المشرع المغربي الذي ساير التطورات التي عرفت نظرية العقد حيث أصدر قانون 31-08 المتعلق بحماية المستهلك الذي اتخذ فيه جملة من التدابير اللازمة لحماية المستهلك ضد تجاوزات المهنيين.

و من هذا المنطلق فإنه يمكن القول أن المشرع المغربي قد خطى خطوة إيجابية إلى الأمام وذلك بتمكينه لجهاز القضاء من التدخل في المنازعات الاستهلاكية بهدف خلق توازن لهذه العلاقة الغير متوازنة في أصلها، إنه وحسب هذا القانون نجده قد مكن المحكمة من تأويل الشك لصالح المستهلك.

و في نفس الإطار يمكننا أن نورد ما نص عليه المشرع في الفصل 264 الذي أعطى الحق للقضاء للتحقيق من شروط التعويض المتعسف فيها والمدرجة في العقد حيث جاء فيه ما يلي " يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي " .

من خلال هذا الفصل يمكن القول بأن المشرع قد أعطى للمحكمة سلطة تقديرية في التخفيف من الشرط الذي قد يورده الدائن لصالحه على حساب المدين، وقد حسن صنيع المشرع في هذا الصدد ذلك أن مثل هذه الشروط التعسفية هي التي تكون السبب في اختلال التوازن في شتى العقود.

ثالثاً: تدخل القضاء في إطار الظروف الطارئة

و قد ارتأينا تناول هذه النظرية كآخر استثناء يرد على الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد وذلك بالنسبة للتشريعات التي أخذت بهذه النظرية حيث يتمكن القاضي من مراجعة بنود العقد عندما يثبت لديه بأن للاستمرار في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المدين أصبح مرهقا لهذا الأخير.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع المغربي لم يأخذ بهذه النظرية عكس ما عليه بعض التشريعات التي أخذت بها ومن هذه التشريعات نقف عند التشريع المدني الإيطالي والذي أخذ بها في الفصل 1467 الذي جاء فيه ما يلي " في العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ، إذا أضحي التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهابا فاحشا بسبب حوادث استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتعلق مع العدالة. "

كذلك نجد من التشريعات العربية من أخذ بهذه النظرية حيث أعملها المشرع المصري في الفصل 147 من قانونه المدني.

لكن رغم ذلك فإن الاعتقاد الراجح في هذا السياق بخصوص هذه النظرية هو أن هذه الأخيرة تتقاطع مع مبدأ سلطان الإرادة والتي يؤدي إعمالها إلى هدم هذا المبدأ.

المبحث الثاني: آثار القوة الملزمة للعقد

إن انعقاد العقد صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروطه يجعل منه شريعة في مواجهة طرفيه حيث تنصرف إليهما آثاره دون أن تتعداهما - كقاعدة عامة - إلى الغير وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية آثار العقد.

أي أن آثار العقد تقتصر على طرفيه وعدم انصرافها إلى الغير إلا في حالات معينة وضمن حدود محددة، ومن جهة ثانية عدم إمكانية إلزام الأطراف المتعاقدة إلا بما تضمنه العقد أو تفرضه طبيعة المعاملة أي بعبارة أخرى فإن القوة الملزمة للعقد ليس لها أثر إلا على المتعاقدين ومن في حكمهم ولما كان الأمر كذلك فإن تناول موضوع نسبية آثار العقد له أهمية بالغة تتجلى بالأساس في تحديد مدى نسبية آثار العقد سواء بالنسبة للأشخاص أو الموضوع إذ أن المبدأ هو " العقد شريعة المتعاقدين " فلا يستطيع أحدهما بحسب الأصل أن ينقضه أو يعدل في أحكامه، ما لم يسمح له به القانون كما لا يمكن أن تنصرف آثاره إلى غيره.

لكن تطور المعاملات وما يفرضه ذلك من ضرورة الحفاظ على استقرارها أفرز مظاهر جديدة لتصرفات عقدية تعتبر على أنها خروج عما كرسه هذا المبدأ.

و أمام كل هذا وذاك. يحق لنا أن نتساءل عن: ما هي تجليات مبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص؟ وما هي مظاهر هذا المبدأ من حيث موضوع العقد؟

المطلب الأول: آثار العقد من حيث الأشخاص والموضوع.

عندما يكون العقد صحيحا ومستوفيا لشروطه فإنه ينتج آثاره في مواجهة أطرافه وهذا ما يعرف بمبدأ هام يسمى " مبدأ نسبية أثر العقد) Principe de la relativité الفقرة الأولى) وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة تنشأ العقود، وعملا بمبدأ المتعاقدين تحدد التزامات المتعاقدين ويلتزم الأطراف بكل ما جاء في موضوع العقد الذي تم إبرامه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار العقد من حيث الأشخاص.

من القواعد الكلية أن العقد ينتج آثاره بين المتعاقدين وأنه لا ينتج آثاره بالنسبة للغير إلا على وجه استثنائي. ويقصد بالمتعاقدين الأشخاص الذين كانوا طرفا في العقد بأشخاصهم أو بمن يمثلونهم .

يتبين من الفصل 230 من ق ل ع على أن " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغائها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون."

أي أن العقد نسبي في آثاره حيث أن قوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين إذ لا يتلقى الغير حقوقا ولا يتحمل التزامات بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه، لأن الأصل أن هذه الحقوق والالتزامات تتصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، كما أن العقد لا يفيد ولا يضر غير طرفيه .

و على هذا الأساس فإن القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص لا تنحصر بين طرفي العلاقة العقدية فحسب، بل تمتد إلى خلفهما من جهة، وإلى الغير من جهة أخرى.

أولا: الخلف العام Successeur à Titre Universelle:

يقصد بالخلف العام بأنه من يخلف سلفه في كامل ذمة ذلك السلف أو في جزء شائع منها أي في حصة نسبية منها ، وقد قرر المشرع المغربي هذه القاعدة وذلك من خلال الفصل 229 من ق.ل.ع حيث جاء في مضمونه على أن آثار العقد ينسحب إلى المتعاقدين والخلف العام دون المساس بالقواعد المتعلقة بالميراث.

و مفاد ذلك أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت الموروث المتعاقد، أما الالتزامات فتقرر بشأنها الشريعة الإسلامية أنه " لا تركة إلا بعد سداد الدين " أي أن الالتزام يبقى في التركة ولا تنتقل هذه الأخيرة إلى ذمة الوارث حتى ينقضي هذا الالتزام وتكون التركة ظاهرة من أي التزام غير أن هناك حالات استثنائية لا يسري فيها أثر العقد على الخلف العام وهي:

إرادة المتعاقدين.

طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإنه يمكن للمتعاقدين وقت إبرام العقد الاشتراط في صلبه على آثار العقد لا ينتقل من العاقد إلى خلفه ما دام ذلك الشرط غير مخالف للنظام العام.

حالة طبيعة العقد.

قد تكون كذلك طبيعة العقد ألا تنصرف أثره إلى الخلف العام ومثال على ذلك الإيراد المرتب لمدى الحياة وأن لا ينتقل بالتالي إلى الخلف العام لهذا الدائن.

بنص القانون.

يمكن كذلك أن يتدخل المشرع بنص صريح يقضي بعدم انتقال آثار العقد إلى الخلف وبالتالي فإنه لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك وإلا سوف يكون هذا الاتفاق مخالف للنظام العام. ومن ذلك ما نص عليه الفصل 229 من ق.ل.ع.

ثانيا: الخلف الخاص.

يقصد بالخلف الخاص من يتلقى من سلفه حقا معيناً كان قائماً في ذمة هذا السلف.

سواء كان هذا الحق عينياً كما في الحق الذي ينتقل إلى المشتري أو الموهوب له أو الموصى له بعين معينة أو حقا شخصياً كما في الحق الذي ينتقل إلى المحيل إلى المحال إليه .

و من أهم المبادئ التي تحكم أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص، هي أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك، أي أن الشيء أو الحق ينتقل إلى الخلف الخاص وفقا للحالة التي كان عليها في ذمة سلفه .

ثم من المبادئ كذلك أن الشيء أو الحق إذا انتقل من سلف إلى خلف فهو ينتقل بسائر ما يتمتع به من مميزات و ضمانات.

ثالثا: الدائنين

لقد نصت المادة 1241 من ق.ل.ع على ان اموال المدين ضمان عام لدائنيه فقررت أن “أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم...”، أي أن التصرفات التي قد جريها المدين تكون سارية في وجه دائنه إذ أن هذه التصرفات ينعكس على هذا الأخير سلبا وإيجابا حسب ما إذا كان من شأنه الانتقاص أو الزيادة في ذمة المالية للمدين.

و القاعدة أن للمدين كافة الحرية في التصرف في ماله على الصورة التي يريدونها وأن الدائن ليس له أن يناقش أو يعارض هذا التصرف حتى لو أنقص من ضمانه العام.

و في المقابل منح المشرع المغربي الدائن مجموعة من الوسائل القانونية لحمايته من التصرفات الضارة به والتي قد تصدر من المدين قصد الإضرار بدائنه ومن بين هذه الوسائل نذكر دعوى الصورية ودعوى توقيع الحجز التحفظي.

(1)الصوريةSimulation.

الصورية هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترتضيان حكمه، وقد نص المشرع المغربي على هذه الوسيلة القانونية في الفصل 22 من ق.ل.ع، فالدعوى الصورية تخول للدائن حق الطعن في العقد الذي أبرمه مدينه بشكل صوري للإضرار بدائنه فقط ينقص الذمة المالية له. فالدائن بواسطة هذه الدعوى يعمل على الكشف على الحقيقة التي أراد المدين إخفائها.

(2)دعوى توقيع الحجز التحفظي

من الوسائل التي منحها القانون كذلك للدائن حق إلقاء الحجز التحفظي على أموال مدينه وقد نص عليها المشرع من خلال الفصل 138 من ق.ل.ع حيث أعطى للدائن إقامة الحجز التحفظي وذلك من أجل منع المدين من التصرف في الأموال المراد الحجز عليها.

(3)حق الحبس

لقد عرف المشرع حق الحبس في الفصل 291 من ق.ل.ع بأنه “ حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون.”

فبالرجوع إلى هذا التعريف يمكن القول بأن للدائن حق حبس أموال المدين إذا كانت بحوزته إلى أن يتمكن من استيفاء حقه.

رابعاً: آثار العقد بالنسبة إلى الغير

المقصود بالغير هو كل شخص أجنبي عن حلقة المتعاقدين ولا تربطه بهما أي رابطة إلزامية، أي أن الغير لا يصبح دائناً ولا مديناً بعقد يبرمه متعاقدان آخران.

غير أن هناك حالات يمكن فيها على وجه استثنائي جعل الغير يكسب حقوقاً بعقد لم يكن فيها طرفاً:

(1) الالتزام عن الغير على شرط إقراره.

لقد نص المشرع على أحكام هذا الالتزام من خلال الفصول من 36 إلى 38 من ق.ل.ع: ويقصد به أن يلتزم شخص باسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الالتزام.

و تتحقق هذه الصورة عندما يتصرف شخص عن شخص آخر دون أن يكون وكيلاً إما لأنه وكيل وتجاوز حدود وكالته وإما لأنه غير وكيل أصلاً ولكن تربطه بمن يتصرف عنه صلة خاصة تجعله موقن بأنه سيقر تصرفه .

(2) التعهد عن الغير.

يقصد بالتعهد عن الغير ذلك العقد الذي بين شخصين بمقتضاه يلتزم أحدهما وهو " المتعاقد " بأن يجعل شخصاً ثالثاً يلتزم في مواجهة المتعاقد معه .

و إذا كان المشرع المغربي قد أقر صراحة الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه فإنه وبخلاف جل التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الجديد في مادته 153 لم يقر صراحة " التعهد عن الغير " لكن ورغم ذلك فإن الفقه القانوني قد أجمع على إمكانية الأخذ به طالما ليس فيه ما يخالف النظام العام.

الفقرة الثانية: آثار العقد من حيث الموضوع.

لكي يلتزم المتعاقدان ينبغي تحديد نطاق العقد المبرم بينهما ومادام أن العقد نسبي من حيث المضمون فلا يلزم إلا بما ورد فيه، وبيان نطاق العقد ومداه يستلزم تفسيره إذا كان في حاجة إلى ذلك وقد تطرق المشرع المغربي إلى تفسير العقود في الفرع الأول من الباب الثاني من القسم السابع من الكتاب الأول من ق.ل.ع تحت عنوان تأويلات الاتفاقات:

و يقصد بتفسير العقود Interpretation des Contrats أو بتأويلها حسب التعبير الذي اعتقده المشرع المغربي التعرف على مراد المتعاقدين المشترك ومقصدهم من خلال العبارة التي استعملوها في التعبير عن الإرادة أي تفسير إرادة المتعاقدين من خلال نصوص وشروط العقد القائم بينهما، وهذا التفسير له قواعد يجب إتباعها من قبل القاضي وذلك من أجل الوقوف على حقيقة ما قصد إليه المتعاقدان.

و بالرجوع إلى المقتضيات المنظمة في هذا الفرع نجد المشرع قد تطرق لثلاث حالات في تفسير العقود:

(1) عبارة العقد الواضحة:

إن وضوح عبارة العقد لا يعني عدم جواز تفسيرها إذ أن المطلوب هو الوصول إلى وضوح نية المتعاقدين في العقد وليس وضوح العبارة في ذاتها حيث يمكن أن تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح .

و حسب الفصل 461 من ق.ل.ع اذا كانت ألفاظ العقد صريحة، امتنع البحث عن قصد صاحبها.

(2) عبارة العقد الغامضة:

لقد تعرض المشرع المغربي لحالات غموض عبارة العقد في الفصل 462 من ق.ل.ع حيث يكون العقد في هذه الحالة في حاجة إلى التفسير ومن هذه الحالات:

إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصده المتعاقدين عند تحرير العقد. ففي هذه الحالة يتحرر القاضي من الألفاظ المستعملة ويقرر العمل بنيتها الحقيقية .

إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها.

إذا كان الغموض ناشئاً عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير الشك حول مدلول تلك البنود.

و تطبيقاً لقاعدة العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فإن القاضي إذا وجد في العقد ما يستلزم تفسيره التزم بالتحري عن إرادة المتعاقدين الحقيقية وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى " أن لمحكمة الموضوع الحق في أن لا تعند في العقود إلا معناها لا مبناها

وأنها حينما تقرر أن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة تصحح الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد.

و من أجل تسهيل مهمة القاضي في هذا المضمار وضع المشرع مجموعة من القواعد لتفسير العقد الغامض العبارة حددها في الفصول من 463 إلى 473 من ق.ل.ع. ويتولى القاضي بعد انتهائه من عملية التفسير إذا كان هناك ما يستلزمها تحديد نطاق العقد ولتحديد نطاق العقد يقتضي أولاً معرفة ماهية العقد أي إعطائه الوصف القانوني الذي يتفق وما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهذه العملية (تكيف العقد) تعتبر مسألة قانونية يقوم بها القاضي دون التقيد بالوصف الذي أعطاه له المتعاقدين... و قاضي الموضوع يقوم بهذه العملية من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب منه ذلك.

(3 حالة الشك).

في بعض الحالات قد يتعذر ترجيح أحد المعاني التي تحملها العبارة، وفي هذه الحالة فإن الفصل 473 من ق.ل.ع جاء بجواب لهذه الحالة حيث ينص على أنه "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم" وفي هذا الصدد قال الفقيه أحمد حسن البرعي: " أن الأصل هو براءة الذمة والاستثناء أن يكون الشخص ملتزماً. والقاعدة أن الاستثناء لا يتوسع فيه " .

المطلب الثاني: جزاءات الإخلال بالقوة الملزمة للعقد.

في حالة إخلال المدين بالتزاماته اتجاه الدائن فإن لهذا الأخير الحق في نهج عدة خيارات لاستيفاء حقوقه، ومن بينها المطالبة بالتنفيذ العيني وما قد يعقب ذلك من تنفيذ جبري وترتيب المسؤولية العقدية التي تخضع لقواعد خاصة، ناهيك عن حق الدائن في الرجوع على المدين بدعوى التعويض بسبب خطئه.

كما يمكنه أيضاً المطالبة بفسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين كلها سبل من شأنها أن تسهل للدائن الحق في استقاء دينه وتجعل المدين يوفي بالتزاماته وفي هذا السياق سوف نتعرض لهذه الحالات كجزاءات مقررة للإخلال بالقوة الملزمة للعقد الملزم للجانبين في الفقرتين الآتيتين:

الفقرة الأولى: حل الرابطة العقدية بالفسخ.

إن طلب الفسخ حق لأحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين كجزاء، عن عدم تنفيذ أحد الطرفين لإلتزاماته ومساسه بحرمة الرابطة العقدية. ويعرف الفسخ لغةً بأنه فسخ الأمر أو

العقد أي نقضه، أما الفسخ قانونا فيتمثل في الجزاء المترتب نتيجة عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزاماته مع استعداد طالب الفسخ لتنفيذ ذلك الالتزام .

و في هذا الصدد جاء الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود “ إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على الالتزام مادام تنفيذه ممكنا فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد وله الحق في التعويض في الحالتين...”

و في نفس الإطار نجد أن المشرع المصري يسير في نهج مشرعنا المغربي حيث أن بالرجوع إلى المادة 157 من القانون المدني المصري التي نصت على أنه “ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته”.

ومن خلال ما سلف يستنتج على أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل فعلا بالتزاماته وأن يكون المتعاقد الآخر قد نفذ التزاماته.

أولاً: الفسخ القضائي.

يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة وهو يفصل في دعوى الفسخ التي تستهدف حل القوة الملزمة للعقد، ويعتبر الفسخ القضائي (Résolution Judiciaire) من أبرز صور أنظمة الفسخ المتعارف عليها فهو بمثابة القاعدة العامة في ميدان انحلال العقود وزوالها، إذ أن معظم حالات إقرار الفسخ تتم عن طريق القضاء ولا يقع الفسخ القضائي إلا بتوفر شروطه ذلك لكي تصدر المحكمة قرار الفسخ فإنه يتعين في العقد موضوع النزاع أن يكون ملزما للجانبين وهذا هو(الشرط الأول) وأن يحصل الإخلال في تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق أحد الطرفين وهذا هو(الشرط الثاني) أما (الشرط لثالث) والأخير فهو ضرورة أن يكون هناك إخطار قانوني موجه إلى الطرف الذي تماطل في تنفيذ التزامه.

الشرط الأول: تعلق الأمر بعقد ملزم لجانبين

و كما سبقت الإشارة إلى هذا الشرط فإن مؤسسة الفسخ ترتبط في الأصل بالعقود الملزمة للجانبين وبمفهوم المخالفة فإن العقود التي لا تلزم إلا طرفا واحدا وكذا تصرفات الإرادة المنفردة لا تكون قابلة للفسخ، وذلك راجع إلى أن الدائن في مثل هاته العقود لا يتحمل بأي التزام مقابل عكس ما عليه الأمر في العقود الملزمة للجانبين.

الشرط الثاني: أن يحصل الإخلال أو التماطل في تنفيذ الالتزامات المتقابلة

و يعني هذا الشرط أن يتعلق الأمر بالالتزامات المتقابلة وأبسط مثال على ذلك هو عقد البيع حيث نجد كل من البائع والمشتري تقع على عاتقهما التزامات متقابلة فالبائع ملزم بنقل الملكية أو التسليم وعلى المشتري أداء الثمن.

الشرط الثالث: ضرورة وضع المدين في حالة مطل

حيث أنه لكي تكون دعوى المطالبة بالفسخ مقبولة فإنه يتعين إخطار المدين أو الدائن في حالة مطل على أن هذا الالتزام (الإخطار) لا يقع على المدين وحده بل يشمل حتى الدائن وهذا ما يستنتج من الفصل 270 من قانون الالتزامات والعقود.

و من خلال ما تقدم فإنه لكي تصدر المحكمة قرار الفسخ فإنه لا بد من توفر هذه الشروط الثلاثة كما أسلفنا ذكرها أعلاه.

ثانياً: الفسخ الاتفاقي

قد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخاً إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه وذلك إعمالاً للقواعد العامة للفسخ لعدم التنفيذ.

و هذا النوع من الفسخ لا يتحقق أو لا يتقرر إلا بناء على اتفاق الأطراف على إدراج شرط فاسخ صريح في العقد وقد أشار قانون الالتزامات والعقود إلى جواز مثل هذا

الاتفاق في الفصل 260 والذي جاء فيه: " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء ".

و من تطبيقات هذه القاعدة في ميدان عقد البيع نجد حالة الفصل 581 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: " أنه إذا اشترط بمقتضى العقد أو العرف المحلي أن البيع يفسخ إذا لم يؤدي الثمن فإن العقد يفسخ بقوة القانون بمجرد عدم أداء الثمن في الأجل المتفق عليه."

الفقرة الثانية: الدفع بعدم التنفيذ

تكون هذه الحالة كما هو الحال مع ما سبق ذكره في الفسخ على يد القضاء في العقود الملزمة للجانبين، ومعناه أن للمتعاقد حق الامتناع عن تنفيذ التزاماته إذا أحل المتعاقد معه في ذات العلاقة العقدية بتنفيذ تعهداته أي أن الدائن يمكنه الامتناع عن تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الآخر حتى يقوم هذا الأخير بتنفيذ ما عليه من التزامات إزاء الطرف الأول وذلك

كالبيع والمعاوضة . ويتجلى الغرض من هذا الإجراء، هو الضغط على الممتنع قصد التنفيذ كهدف أساسي قبل طلب الفسخ وقد عرف الدفع بعدم التنفيذ منذ عهد القانون الكنسي على أساس المبدأ الشائع آنذاك.

أولاً: الخصائص والشروط.

و يتميز نظام الدفع بعدم التنفيذ بمجموعة من الخصائص وهي كالتالي:

أن الدفع بعدم التنفيذ يتم بطريقة تلقائية دون الحاجة إلى اللجوء إلى الإجراءات القضائية كرفع الدعوى والاستماع إلى الشهود إلى غير ذلك من الإجراءات.

إذا كان الدفع بعدم التنفيذ كما قلنا سابقا يتم بطريقة تلقائية دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء فإن هذا لا يتعارض مع المبدأ القائل بأن الفرد لا يحق له أن يحصل على حقه بنفسه.

إن الهدف الذي يهدف إليه الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ العقد وليس إنهاء هذا العقد كما رأينا في مؤسسة الفسخ سابقا.

إن الدفع بعدم التنفيذ يعد في الواقع تطبيقا من تطبيقات الحبس الذي تمت الإشارة إليه سابقا في معرض بحث آثار القوة الملزمة للعقد.

و الدفع بعدم التنفيذ كمؤسسة قانونية فلكي تنتج آثارها وتكون مقبولة من الناحية القانونية فإنه يتعين توفر شرطين أساسيين يكمن أولهما في أن يكون العقد من صنف العقود الملزمة للجانبين وثانيهما أن تكون الالتزامات المتولدة عن هذا العقد ثابتة ومستحقة الأداء وسنقوم بالتفصيل في هاذين الشرطين على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون العقد من صنف العقود الملزمة للجانبين.

و معنى هذا الشرط أن قاعدة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ترتبط ارتباطا وثيقا بهذا النوع من العقود أي العقود الملزمة للجانبين والتي تكون مبنية في الأصل على تقابل الالتزامات بين طرفي العقد المدين والدائن وهنا يطرح إشكال يتعلق بالعقود الملزمة لجانب واحد حيث لا يسوغ لأحد طرفي العقد التمسك بمؤسسة الدفع بعدم التنفيذ ريثما يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه.

الشرط الثاني: أن تكون الالتزامات المتولدة عن هذا العقد ثابتة ومستحقة الأداء

و معنى هذا الشرط أن الدفع بعدم التنفيذ يستوجب أن يكون العقد ثابتا ومستحق الأداء وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن العقد إذا كان مشوبا بعيب في صحته فإن هنا لا مجال لإعمال القاعدة السابقة.

و ما قيل عن الالتزام غير المستحق الأداء يقال أيضا عن الالتزامات التي سقطت بالتقادم وتحولت إلى التزامات طبيعية والحال أن هذا النوع من الالتزامات لا تسري عليها معظم الأحكام التي تسري على الالتزامات المدنية بما في ذلك الدفع بعدم التنفيذ ومن ناحية أخرى لا يجوز للمتعاقد استعمال حقه .

ثانيا: آثار التمسك بدفع بعدم التنفيذ.

إنه وبعد استجماع الدفع بعدم التنفيذ لشروطه التي أسلفنا ذكرها أعلاه فإنه يترتب آثارا في مواجهة العاقدين وكذلك الغير وهو ما سنحاول تناوله في هذه النقطة.

(1) آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للعاقدين:

إن أول ما يرمي إليه الدافع بعدم التنفيذ هو وقف مفعول العقد الرابط بينهما كإجراء مؤقت ومستعجل حيث أنه لا يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية ما هو عليه بالنسبة لنظام الفسخ وإنما يعتبر بمثابة وسيلة لدفع المتعاقد الممتنع عن تنفيذ إزامه إلى القيام بتنفيذها وكمثال على ذلك قد يلجأ الدائن إلى حبس الشيء أو المال إلى غاية تنفيذ المدين ما يقع عليه.

(2) آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير:

عندما يتم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فإن لهذا الأخير آثار تمتد إلى كل من تربطه بالعاقدين علاقات قانونية سابقة كما هو الشأن بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص وكذا الدائنين والغير.

ذلك لأن الدفع بعدم التنفيذ إذا كانت تتمحور آثاره بالنسبة للعاقدين فقط بصورة أولية فإن الغاية التي تم تقرير هذا النظام سيكون عديم الأثر وعديم الجدوى إذا لم تسري آثاره تجاه الغير الذي يرتبط بالعاقدين بعلاقات قانونية رغم كونها خارجة عن دائرة التعاقد بين الطرفين.

و لسريان آثار الدفع تجاه الغير فإنه يتعين أن يكون حق هذا الغير ناشئا في الفترة اللاحقة لإثارة الدفع بعدم التنفيذ أما إذا كان حق الغير سابقا على واقعة التمسك بالدفع فإن مفعول هذا الأخير لا يمس في شيء إعمالا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة للغير عن حسن النية .

خاتمة

لقد تطرقنا في هذه الدراسة لأساس مبدأ القوة الملزمة للعقد وحدوده، وحاولنا البحث في ماهية هذا المبدأ الذي يعتبر من المبادئ القانونية الشهيرة في تحديد الالتزامات وفي نظرية العقد، وركزنا على مدى ثباته وتكريسه في ظل تطور قانون العقود وتشعب العلاقات التعاقدية وتغير ظروف إبرامها وتنفيذها والقيود الواردة عليه. ومن أهم النتائج التي أمكن لنا التوصل إليها وإقرارها إجابة عن الإشكالية المطروحة نلخصها إجمالاً على النحو التالي. حقيقة أن مبدأ القوة الملزمة للعقد هو نتيجة لسيادة سلطان الإرادة وانتعاش المذهب الفردي منذ ما يقارب قرنين كاملين، فقد تميزت العلاقات التعاقدية آنذاك بساتيكية مستميتة، إذ لم يكن ممكناً المساس بقداستها تحت أي مبرر كان، فإذا أنشأت الإرادة الحرة عقداً وحددت مضمونه اكتسب الإلزامية وصار ثابتاً ومستقراً وواجب التقديس والتنفيذ.

و تبين بأنه في عقود القانون الخاص كونها عقوداً تخضع بالأساس لإرادة الأطراف وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ليس لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزاماته بإرادته المنفردة، ولا يجوز نقض العقد وتعديله بالزيادة أو النقصان، إلا برضاء الطرف الآخر أو وفقاً لما ينص عليه القانون، إذ ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.

لذلك تركز هذا المبدأ في العلاقات التعاقدية وصار قاعدة لا يجوز نقضها ولا تعديلها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، فلم يكن بوسعهم الرجوع عما اتفقوا بشأنه، ولم يُسمح للتشريع ولا للقضاء بالتدخل في هذه العلاقات التعاقدية والمساس بحرماتها، بل ألزمهم هذا المبدأ باحترام الروابط والعمل على مد يد المساعدة لتنفيذها حسب ما اشتملت عليه، وما تستلزمه خاتمة أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها أيضاً وبحسن نية وبأمانة وإخلاص، وقد أنزل الفقهاء الرابطة العقدية منزلة القانون للدلالة على قوتها وقداستها ووجوب تنفيذها.

كما اتضح لنا أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يستند على جملة من الأسس والاعتبارات، بدءاً بإرادة أطراف العلاقة العقدية التي لها الدور الهام في إنشائها وتنفيذها والتي تستمد أصولها من حرية الإنسان الطبيعية والنظام الاقتصادي الرأسمالي وأثارها على نظام العقد، إلى جانب القواعد الدينية والمبادئ الخلقية التي أكدت الوفاء بالعهود والعقود قبل القواعد الوضعية، ناهيك عن الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية التي تستوجب الثقة والانتماء واستقرار معاملات الأفراد والجماعات ضماناً لتحقيق مصالحهم التي تنظمها العقود، إضافة إلى القانون والقضاء اللذان كرّسا هذا المبدأ نظرياً وعملياً من خلال النص عليه بقواعد أمرة في مختلف التشريعات المقارنة القديمة والحديثة وكذا الاجتهادات القضائية.

هوامش:

[1] بإكراه.

[2] الأستاذ محمد الربيعي: "نظرية العقد" الطبعة-2011 - المطبعة غير مذكورة.
الصفحة 38.

[3] الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي "نظرية العقد" الطبعة 1996 مطبعة النجاح
الجديدة الدر البيضاء، الصفحة 361.

[4] الدكتور عبد القادر العرعاري: نظرية العقد الطبعة 2016، مطبعة الأمنية-
الرباط، الصفحة-159.

[5] الدكتور المختار بن أحمد عطار: النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون
المغربي، الطبعة 2011ن مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الصفحة -169.

[6] الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي م.س. الصفحة 612.

[7] الالتزام.

[8] الدكتور عبد القادر العرعاري م.س الصفحة: 338

[9] الدكتور عبد القادر العرعاري م.س الصفحة: 338

[10] الدكتور إدريس العبدلاوي: م.س الصفحة 613.

الدكتورة أمينة آيت حسين: " القانون المدني " دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام –
مصادر الإلتزام – الطبعة الأولى 2017

[11] مطبعة فور إفنت- الرباط، الصفحة 201.

[12] الدكتورة أمينة آيت حسين: م.س الصفحة - 201-

[13] الدكتور عبد القادر العرعاري: م.س الصفحة 341

[14] الدكتورة أمينة آيت حسين: م.س الصفحة 204.

[15] الدكتورة أمينة آيت حسين: م.س. الصفحة 203.

[16] الدكتور عبد القادر العرعاري: م.س. الصفحة 341.

- [17]د: مأمون الكزبري: م.س.ص 245.
- ذ: فاضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الملتحق للتعويض، الإثراء بلا سبب القانون،
- [18]قصر الكتاب ص 11. ط 2006.
- [19]الخلف: هو من تربطه صلة معينة بالمتعاقد ويكون خلفا عاما أو خاصا أو دائنا.
- [20]الغير: هو الشخص الأجنبي بالنسبة للعقد ولا تربطه صلة بالمتعاقدين.
- [21]مأمون الكزبري: م.س.ص 253.
- [22]د. مأمون الكزبري: م.س.ص 254.
- [23]د مأمون الكزبري: م.س.ص 258.
- [24]ذ. محمد الشرقاوي: م.س. ص 248.
- [25]د.مأمون الكزبري: م.س.ص 263.
- [26]ذ. مأمون الكزبري: م.س.ص 294.
- [27]عاطف النقيب " نظرية العقد " منشورات عويدات بيروت- باريس. ص 401.
- [28]ذ محمد الشرقاوي: " نظرية العقد، دراسة في قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الأول مصادر الالتزام.
- [29]للطباعة والنشر - بيروت - لبنان ص 264.
- [30]ذ عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام ص 453.
- [31]مأمون الكزبري م س ص 237.
- [32]د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: م.س.ص 490.
- [33]د. مأمون الكزبري: م.س.ص 238.

قرار المجلس الأعلى في الحكم عدد 308 صادر بتاريخ 20 أبريل 1966 منشور
بمجلة القضاء والقانون العدد 85/87 يناير

[34] مارس 1968 ص 289.

[35] أحمد حسن البرعي: م.س.ص 217.

[36] ذ. أمينة آيت احساين " القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام
مصادر الالتزام الجزء الأول " العقد " الطبعة الأولى الصفحة - 234.

[37] الدكتور عبد القادر العرعاري: م.س الصفحة 380.

[38] المدين أو من شخص آخر يعمل باسمه... " جاء في الفصل 270 من ق.ل.ع: "
يكون الدائن في حالة مطل إذا رفض دون سبب معتبر قانونا استقاء الأداء المعروض عليه
..."

[39] الدكتورة أمينة آيت حسين م.س صفحة -236-

[40] الدكتور عبد القادر العرعاري- م.س. الصفحة 367.

[41] الدكتورة أمينة آيت حسين: مرجع سابق الصفحة- 231-

[42] الدكتورة أمينة آيت حسين: مرجع سابق الصفحة 233.

محمد فونديو
طالب باحث في سلك الدكتوراه
بجامعة محمد الخامس بالرباط

دعوى القسمة العينية للعقار الغير المحفظ

مقدمة

إن المشرع المغربي كباقي التشريعات الدولية أخذ بمبدأ لا يجبر أحد على البقاء في الشيع²¹¹، سواء من خلال مدونة الحقوق العينية التي نصت بمقتضى المادة 27 " لا يجبر أحد على البقاء في الشيع، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر" ، أو من خلال الفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود المغربي " لا يجبر أحد على البقاء في الشيع، ويسوغ دائما لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر" ومنح للمتقاسمين كامل الحرية في اختيار طريقة القسمة العينية²¹² طبقا للفصل 1083 الذي جاء فيه " يحق للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم، ان يجروا القسمة على الوجه الذي يرونه، بشرط ان ينعقد إجماعهم عليها..."، لهذا يذهب الشركاء بإرادتهم إلى الاتفاق على القسمة العينية فنكون أمام قسمة عينية اتفافية ، وإما أن تكون في صورة قسمة عينية قضائية او ما يسمى بدعوى القسمة العينية .

²¹¹ عفيف شمس الدين، "الوسيط في القانون العقاري"، الجزء الثاني، الملكية العقارية منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الثانية ، سنة 2011، ص:99.

²¹² أحمد عبد العال أبو قرين، "حق الملكية في الفقه و القضاء والتشريع " ، دار الثقافة الجامعية لطباعة والنشر ، الطبعة الاولى 1999 ، ص:207.

- عبد الرحمان الشرقاوي، "القانون المدني مصادر الالتزام"، الجزء الاول، التصرف القانوني ، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، ط الاولى سنة 2012، ص:127 وما بعدها.

بحيث إن الشيوخ حالة طارئة مؤقتة ، وأن لا مناص من الرجوع بالملكية إلى وضعيتها الطبيعية استجابة لرغبة الشريك الذي يريد أن يستقل بنصيبه عينا أو عن طريق التصفية إن كان العقار غير قابل للقسمة العينية، لذلك فإن القسمة العينية هي التي يراد منها إخراج الشريك من العقار المشاع إلى عقار خاص بفرز حصته عن باقي الشركاء، فتتخذ شكلا معيناً إما أن يكون شكل اتفاق جميع الأطراف فيما بينهم عليها بالقسمة الاتفاقية ، وإما أن تتخذ شكل قسمة قضائية منبعها اختلاف المالكين على الشياخ مما تسبب في خلق منازعات غير محدودة وخاصة أننا أمام عقار غير محفظ ، ومن ثم فإنه يترتب على القسمة العينية بعد تمامها على الوجه المعتد به قانوناً إفراز الحصص التي تؤول لكل شريك حسب حصته المستقلة في الملك المشاع لأن فلسفة القسمة العينية تقتضي إزالة الشياخ وتمكين كل شريك بملك مستقل فردي علماً أن ذلك رهين بمدى ضمان الشركاء المتقاسمين لحصص بعضهم تحقيقاً للعدل والمساواة بينهم لأن كما يقال المساواة روح القسمة²¹³.

غير أنه قد لا يتوفر إجماع الشركاء على قسمة المال الشائع بالاتفاق قسمة عينية، وقد يتجسد الإجماع على ذلك لكن يوجد بين الشركاء قاصراً أو من في حكم الغائب ولا يعترف حينها بعقد القسمة بعد إجرائها ، لأن في مثل هذه الفرضيات لا سبيل للقسمة العينية سوى اللجوء إلى القضاء لقسمة المال الشائع وهو ما ذهبت إليه المادة 26 من مدونة الحقوق العينية الذي جاء فيها " إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد الخروج من الشياخ أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيها بينهم طبقاً للقانون"²¹⁴.

وتتجسد أهمية الموضوع في أن مسألة إنهاء حالة الشياخ العقارية تطرح إشكالات عديدة تتمثل في بطلان الإجراءات وتعتقدها علوة على تعدد النصوص القانونية المؤطرة للقسمة العينية خاصة و نحن أمام العقار الغير محفظ بحيث يخضع لقواعد ذات ضوابط قانونية و أخرى فقهية خاصة الفقه المالكي و الأعراف المحلية التي تحكم العقار الغير محفظ بحيث لا

²¹³ محمد كشيور، القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي"، مطبعة النجاح الدار البيضاء ، الطبعة الاولى، سنة 1996 ص:

²¹⁴ وهو نفس ما جاء به الفصل 184 من قانون الالتزامات و العقود .

يخفى لهذا التشعب من آثار على حقوق الشركاء خاصة في التنازع بين القواعد القانونية فيما بينها و هذه الأخيرة و الفقه المالكي.

من خلال ما تقدم نفترض أن القواعد القانونية غير كافية للإجابة عن الإشكالات المتعلقة بالقسمة العينية للعقار الغير محفظ إما سهواً من المشرع المغربي بإهمال معالجتها أو عدم التطرق لها بشكل كافي وهو ما سنحاول إبرازه من خلال قواعد القسمة القضائية .

ومن تم سنحاول التطرق لأحكام العامة للقسمة القضائية من خلال قواعد مباشرة دعوى القسمة العينية للعقار الغير محفظ **(المطلب الأول)** خاصة إذا علمنا أن الحكم في القسمة العينية يقتضي الإلمام بمجموعة من المسائل الفنية والتقنية الدقيقة التي تستعصي على القاضي أن يجيدها مما يجعله يصدر أمراً تمهيدياً بالخبرة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: قواعد مباشرة دعوى القسمة العينية للعقار الغير المحفظ

تعتبر الدعوى ذلك الحق المقرر لكل إنسان بمراجعة السلطة القضائية للحصول على حق مجرود أو مغتصب²¹⁵، بحيث لا يمكن أن تمارس إلا من قبل ما يسمى بالخصوم في الدعوى المقيدتين برفعها إلى المحكمة المختصة **(الفقرة الأولى)** وذلك وفق قواعد مسطرية **(الفقرة الثانية)** بعد إثبات ملكية الملك المشاع **(الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى: الخصوم والمحكمة المختصة في دعوى القسمة

إن مسألة الخصوم لكل دعوى هي مسألة بديهية **(أولاً)** بحيث لا يمكن تصور أي مطالبة قضائية إلا بوجود خصوم تفرض عليه الضوابط التشريعية الاجرائية احترام قواعد الاختصاص **(ثانياً)**.

²¹⁵ إدريس العلوي العبدلاوي، "القانون القضائي الخاص"، الجزء الثاني، الدعوى والأحكام، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى،

1407هـ/1886، ص:7.

أولاً: الخصوم في دعوى القسمة

إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية يحق لكل شريك أن يرفع دعوى القسمة فيكون هو المدعي فيدخل جميع الشركاء الآخرين كمدعى عليهم فالمدعى دائماً هو الشريك في مال الشائع يختلف مع شركائه في قسمة اتفاقية بحيث يحق لكل واحد منهم الخروج من الشيعاء برفع دعوى القسمة، يكلف باقي من الشركاء بالحضور أمام المحكمة²¹⁶، ويشترط في المدعي طبقاً للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه " لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه...."، أن يكون ذو صفة والتي يقصد بها ولاية مباشرة الدعوى، وهي التي يتحلى بها طالب الحق في إجراءات الخصومة، ويستمد من المدعي من كونه صاحب الحق أو خلفاً له أو نائبه القانوني²¹⁷.

ومن ثم فقد تثبت صفة المدعي في دعوى القسمة من خلال أن يكون شريك على الشيعاء أصلياً أو خلفاً عاماً أو وصياً أو خلفاً خاصاً فيستطيع كل واحد منهم أن يرفع دعوى القسمة للمطالبة بنصيبه فقط، ملزم بإثبات هذه الصفة تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً مهما كانت مصلحة المدعي²¹⁸، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها "...الصفة من النظام العام ويمكن المحكمة أن تثيرها تلقائياً إذا كان رسم الإراءة يشير إلى أسماء كل الورثة..."²¹⁹

²¹⁶ بئينة العلوط ، "القسمة القضائية للعقار" ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى ص: 30.

²¹⁷ عبد الكريم طالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، مطبعة المعرفة مراكش لنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2013، ص:146.

- أنظر إدريس العلوي العبدلاوي ، "قانون القضائي الخاص"، مرجع سابق ص: 28.

²¹⁸ محمد كشور، "القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي"، مرجع سابق، ص:213: (بتصرف).

²¹⁹ قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 06/11/22 عدد 660 في ملف 99/15/216 مشار له عند عبد الكريم طالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية" ، مرجع سابق، ص: 155.

وفي قرار آخر جاء فيه " ...مجرد إثبات لصفتهم الإرثية في الهالك يخولهم حق الطعن بالاستئناف في الحكم "220.

بالإضافة إلى الصفة لا بد أن يكون المدعي ذو مصلحة جدية يجنيها من وراء دعوى القسمة العينية للعقار والتي يقصد بها مناط الدعوى ومناطق طرق الطعن 221، بحيث أن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان للمدعي مصلحة فيها وقد قيل " لا دعوى حيث لا مصلحة " والمصلحة هي مناط الدعوى²²².

و قد ذهبت محكمة النقض إلى أن المصلحة هي شرط لازم لقبول الدعوى وصحتها وذلك من خلال قرارها الذي جاء فيه " حيث أنه بناءً على الفصل الأول من ق م م فإن من شروط قبول الدعوى شرط المصلحة....، فضلا على كل ما تقدم فإنه لا دعوى بلا مصلحة"223

وبما أن المشرع قد أعطى الحق لكل شريك طلب القسمة فإنه مفترض وجود مصلحة لدى الشريك الذي يطلب القسمة عن طريق القضاء 224.

وهكذا يلزم أن يكون المدعي أهلا للدفاع عن حقوقه بحيث يفترض في الشريك كمال الأهلية ما لم يثبت عكسها بسفه أو عته أو جنون أو صبي غير مميز وغيرها من الحالات

²²⁰ قرار محكمة النقض بتاريخ 15/05/07 عدد 734 ملف مدني عدد 3905/87 منشور بمجلة "قضاء محكمة النقض"، عدد 47، ص: 35 وما يليها.

²²¹ جهان زاوش، "دعوى القسمة ودور القضاء في حماية المتقاسمين"، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2011/2012، ص:16.

²²² إدريس العلوي العبدلاوي، "قانون القضائي الخاص"، مرجع سابق ص: 35 وما يليها.

²²³ قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1999/05/20 في ملف إداري عدد 99/15/216 مشار له عند عبد الكريم طالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية" المرجع السابق، ص:155..

²²⁴ سميحة الإدريسي البوزيدي، "دعوى القسمة على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء، سنة 2013/201، ص: 35.

التي تؤثر في الأهلية بالنقصان أو الانعدام مما يستوجب النيابة الشرعية للتصرف في المال المشاع²²⁵.

أما فيما يخص المدعى عليهم فهم دائما الشركاء الآخرين الذين ترفع الدعوى ضدهم كما اشترط في المدعي الصفة والأهلية في التقاضي، فإنه يلزم توفر ذلك في المدعى عليه بحيث لا يمكن مقاضاته من هو عديم الأهلية أو ناقصها لذلك تقام في مواجهة نائبه الشرعي وعند انعدام هذا الأخير فإن تعمل على تمثيل القاصر أو منعدم الأهلية، أن من القواعد المسلم بها في الفقه الإسلامي وكرسها الاجتهاد القضائي وحتى قواعد المسطرة المدنية هي أن القاضي يعتبر وليا لما لا ولي له²²⁶، علما أن المدعي ملزم بإدخال جميع الشركاء في دعوى القسمة تحت طائلة عدم قبولها²²⁷.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض من خلال قرارها الذي جاء فيه "...أما في دعوى القسمة فيجب إدخال جميع الورثة وإلا فلا تسمع دعواه"²²⁸، وقد جاء في قرار آخر " إن القسمة البتية يجب أن تشمل على جميع الشركاء في العقار، ويعرض للنقض الحكم الذي صادق على تقرير الخبرة دون مشاركة جميع الشركاء "²²⁹ وهكذا فإنه في حالة صدور حكم في دعوى القسمة العينية دون إدخال جميع الشركاء، فإنه لا يحتج به على الشريك الذي لم يدخل خصما وهو وحده الذي له حق التمسك بعدم نفاذ الحكم عليه²³⁰.

²²⁵ جهان زاوش، "دعوى القسمة ودور القضاء حماية المتقاسمين"، المرجع السابق، ص:16 (بتصرف).

²²⁶ محمد كشيور، "القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي"، المرجع السابق، ص:219 (بتصرف).

²²⁷ المادة 316 من مدونة الحقوق العينية.

²²⁸ قرار محكمة النقض بتاريخ 85/04/09 عدد 490 من ملف عدد 4515 منشور عند عبد العزيز توفيق، "قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال أربعين سنة"، مطبعة الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 2005، ص:36 وما بعدها.

²²⁹ قرار محكمة النقض بتاريخ 87/04/23 ملف عدد 85/7220 منشور عند محمد بفقير، "مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي"، ص:421.

²³⁰ عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، "حق الملكية"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت_لبنان الطبعة الثالثة 1998، ص:913 (بتصرف).

وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه " في القسمة البتة لشركة يجب أن يشمل جميع الورثة ومن واجب المحكمة أن تثير ذلك تلقائيا ولو لم يتمسك به الأطراف لأن تنفيذ الحكم بالقسمة بين البعض سيؤدي بالضرورة إلى ضياع حقوق الباقيين ولهذا يتعرض للنقض الذي أفاد أن قسمة المتروك بين الأولاد ووالدهم هي ضمن جملة الورثة" 231.

ثانيا: المحكمة المختصة في دعوى القسمة العينية

نقصد بالاختصاص صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة عليها 232، لذلك فإن للشريك المدعي أن يرفع دعوى القسمة العينية أمام جهة قضائية مختصة نوعيا ومكانيا للبت فيها، فعندما نتحدث عن الاختصاص النوعي أو ما سمي بالاختصاص المادي 233، نتحدث عن جميع القواعد التي هدفها تحديد المحكمة المختصة لسبب غير موقعها المحلي 234، لهذا يمكن تعريفه بذلك الاختصاص الذي ينظر فيه إلى نوع الدعوى بغض النظر عن قيمتها 235.

وتعتبر المحكمة المختصة نوعيا للنظر في دعوى القسمة العينية هي المحاكم الابتدائية باعتبارها صاحبة الوصاية العامة وذلك طبقا لما جاء في الفصل 18 من ق م م 236 ، ومن ثم فإن للمحكمة الابتدائية دون غيرها صلاحية البت في الدعوى المتعلقة بالقسمة العينية كما أنه تختص المحكمة الاستئنافية التي تقع بدائرتها المحكمة الابتدائية في ذلك ، علما أن محكمة النقض كمحكمة قانون تبقى كجهة أعلى للجهات القضائية التي لها الاختصاص لنظر في مدى تطبيق محاكم أدنى درجة للقانون في الدعاوى المرتبطة بالقسمة ويحق

²³¹ قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 91/03/31 عدد 144 في ملف عدد 7000/72 منشور عند محمد بفقير ، "مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي" ص:420.

²³² عبد الكريم طالب ، "الشرح العملي للقانون المسطرة المدنية" ، المرجع السابق، ص:17.

²³³) Pierre Julien, Natalie Fric éco, droit judiciaire privé, 2ème édition, L.G.D.J paris, 2003 p :51.

²³⁴) éditions, p : 786. lextens Jacques héron, Thierry, droit judiciaire, privé, 4ème édition,

²³⁵) بثينة العلوط، "القسمة القضائية للعقار"، المرجع السابق، ص:38.

²³⁶) أنظر الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية.

للطرف الدفع بعدم الاختصاص النوعي قبل كل دفع أو دفاع بصيغة الإلزام²³⁷، مما يفيد عدم ارتباط الاختصاص النوعي بالنظام العام، فإن كان هذا الموقف لا يثير أي إشكال بالنسبة للاختصاص المحلي، فإنه غير مستساغ قانونا بالنسبة للاختصاص النوعي²³⁸ ولعل هذا الأمر يصح محل نظرا عند قراءة الفقرة الخامسة من الفصل 18 من م م ق م التي جاء فيها " يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من لدن محكمة الدرجة الأولى " .

إذن فالاختصاص النوعي حسب هذه الفقرة لا يتعلق بالنظام العام لأن هذا الفصل لم يفرض على المحكمة الحكم بعدم الاختصاص النوعي بل أقرت لها الإمكانية فقط من خلال عبارة "يمكن"²³⁹.

أما الاختصاص المكاني فالمشرع يحدد مكان المحكمة التي ستنتظر في النزاع، هادفا إلى توزيع الاختصاصات بين كل المحاكم بحسب الموقع²⁴⁰، ويقصد به الاختصاص الذي يتحدد تبعا لمحل إقامة أو الموطن أو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.

ويحدد هذا النوع من الاختصاص في قضايا القسمة العقارية بموقع العقار موضوع القسمة العينية²⁴¹، لفهم من هذا أنه إذا كان المال الشائع عقارا كانت المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع بدائرتها العقار أو احد أجزائه إذا كان في دوائر محاكم متعددة بحيث ذهب بعض الفقه²⁴² إلى إسناد اختصاص إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها أكثر هذه العقارات قيمة، في حالة تعددهم، لكن على الرغم من ذلك نعتقد انه إذا تساوت قيمة العقارات فإنه لا مفر من الرجوع إلى اختيار المدعي للمحكمة التي يرفع إليها الدعوى، أما

²³⁷ أنظر الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية.

²³⁸ جهان زاوش، "دعوى القسمة ودور القضاء حماية المتقاسمين"، المرجع السابق، ص: 246.

²³⁹ محمد كشور، "القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي"، المرجع السابق، ص: 246.

- أنظر الحسن البندالي، "الإشكاليات التي تثيرها النصوص القانونية المنظمة للاختصاص النوعي بين محاكم العادية والمحاكم المتخصصة"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 2 يناير 2009، ص: 47.

²⁴⁰ (p Jacques héron Thierry, op cite p) 787.

²⁴¹ الفصل 228 من قانون المسطرة المدنية.

²⁴² محمد كشور، "القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي" المرجع السابق، ص: 244.

إذا كان هناك منازعة في قيمة العقارات لابد من اللجوء إلى خبرة لتحديد أي العقارات أكثر قيمة²⁴³.

الفقرة الثانية: تقييد دعوى القسمة العينية

انسجاماً مع مقتضيات الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية فإن جميع الدعاوى المعروضة على أنظار المحكمة ترفع بناء على مقال²⁴⁴ مكتوب يودع لدى كتابة ضبط المحكمة، أو بناء على تصريح شفوي يدلي به المدعي يحضر بمقتضاه محضر من طرف كاتب الضبط ، بناء عليه يتمكن القاضي من تقرير طلبات الطرف بعد الاطلاع على وسائل دفوع الخصوم²⁴⁵، ولهذا فإنه لا يمكن قبول دعوى القسمة العينية إلا إذا توفرت فيهما هذه الشروط، لأن المسطرة هي مسطرة كتابية وهو ما أكده الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه " تطبق أمام المحاكم الابتدائية قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستئناف...." ، بذلك فلا سبيل لرفع دعوى إلا بمقال مكتوب أو تصريح موقعين من قبل المدعي ، وإذا باشر الدعوى بنفسه وكان مأذوناً له بالتقاضي وفق الفصل 32 من قانون المنظم لمهمة المحاماة أو من وكيله الذي يكون في الغالب محامياً، أما فيما يخص التصريح الشفوي الذي يدلي به المدعي أمام كتابة الضبط فإنه في الختام يؤول إلى محضر مكتوب موقع عليه المدعي بالتصريح أو يشار إلى عدم قدرته على ذلك إذا كان غير ممكن أن يوقع²⁴⁶، وعلى الرغم من ذلك فلا بد من احترام مقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية ، بحيث يلزم أن يتضمن المقال الافتتاحي لدعوى القسمة العينية ما يلي:

²⁴³ جهان زاوش، "دعوى القسمة ودور القضاء حماية المتقاسمين"، المرجع السابق، ص: 22.

²⁴⁴ هو وسيلة المدعي في تحريك الدعوى لإقرار حماية القضائية للحق الذي تحميه الدعوى.

²⁴⁵ حميد البشري، "دعوى الاستحقاق العقار الغير محفظ بين الفقه والاجتهاد القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية و جدة، جامعة محمد الأول و جدة، الموسم الجامعي: 2009- 2010 ص: 38 وما يليها.

²⁴⁶ عبد الكريم طالب، "الشرح العملي للقانون المسطرة المدنية"، المرجع السابق، ص: 157.

✓ التعريف بأطراف الدعوى ولا يخفى لما في ذلك من فائدة تتجلى في تسهيل أمر توجيه الاستدعاءات والتبليغات للأطراف.

✓ بيان موضوع الدعوى الذي هو إفراز حصص الشركاء عن طريق القسمة العينية أو بيع مال الشائع في المزاد العلني وتوزيع ثمنه بين الشركاء حسب نصيب كل واحد.

✓ ملخص للوقائع المتعلقة بدعوى القسمة المثارة إضافة إلى الحجج والمستندات التي ينوي استعمالها لتعزيز مقال افتتاحي للدعوى.

وفي حالة عدم احترام هذه البيانات الشكلية فإن مصير الدعوى يكون هو عدم القبول 247 ، وهو ما يحينا للحديث على إثبات ملكية المال الشائع لماله من فعالية في رفع دعوى القسمة العينية.

الفقرة الثالثة: إثبات ملكية العقار الشائع غير المحفظ

ان إثبات الملكية في العقار الغير محفظ تختلف باختلاف طرق اكتسابها وفق ما حدده الفقه الإسلامي ووفق الحالات التي تعرض بكثرة على القضاء المغربي على رأسها :

اكتساب المال الشائع عن طريق الإرث أو عن طريق الحيازة أو عن طريق التعاقد.

فإما عن طريق الإرث، يمكن أن تنتقل الملكية العقارية بالميراث الذي يعتبر أمر إجباري لا يتوقف على إرادة الورثة لذلك فإن مكسب المال الشائع وهذا السبب ملزم أثبتت ملكيته حسب الوسائل المحددة فقها حتى يستجاب لطلب القسمة²⁴⁸، وهو ما جاء في شرح التحفة لابن عاصم الغرناطي:

²⁴⁷ عبد الكريم طالب، "الشرح العملي للقانون المسطرة المدنية"، المرجع السابق، ص:160.

²⁴⁸ جهان زواش، بدون ذكر سنة الطبع، ص 32 (بتصرف)

فبعد اثبات الموجبات 249

وحيث كان القسم للقاضي

ومن ثم لا بد من إثبات الموجبات المتجلية في الموت الهالك وعدد الورثة 250، وبالتالي يلزم ارفاق مقال المدعي في العقار الغير محفظ برسم الاراثة المثبت لموت الهالك وتعدد

الورثة وهو ما ذهبت إلى محكمة النقض من خلال قرار ما جاء فيه " إذا رفع الوصي أو الورثة أمر للقاضي ليقسم بينهم، فإنه لا يقسم بينهم حتى يثبتوا أصل الملك الموروث واستمراره بيده، وحيازته وإثبات الموت وعدد الورثة " 251

وبناءً عليه فإن طالب القسمة ملزم بالإدلاء بما يثبت 252 مدخل الهالك من المال المطلوب قسمته ولا يعني ذلك أي وثيقة بحيث أن لرسم الإرث أهمية في إثبات صفة الأشخاص الذين ترد أسمائهم فيه وهو ما أكدته مع النقض في قرارها الذي جاء فيه " الإرث تثبت صفة المذكورين فيها وتثبت صفة المدعين بورود أسمائهم في إرث الهالك المنسوب إليه موضوع دعوى القسمة " 253.

و ما أن يكتسب هذا المال المشاع عن طريق الحيازة وهي السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على العقار أو المنقول 254، في حين ذهب البعض الآخر إلى تعريفها

²⁴⁹ ابن عاصم الغرناطي، "شرح التحفة"، المجلد الثاني، أكده وجمعه وصححه عبد الكريم شهبون، بدون ذكر دار الطباعة والنشر، ص: 154.

- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، "ميارة الفاسي شرح الإمام على تحفة الحاكم للقاضي ابن عاصم الأندلس" الجزء الثاني، ضبطه وصححه، حسن عبد اللطيف عبد الرحمان، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، ص: 105.

²⁵⁰ عادل المعروف، "إشكالية العملية للقسمة القضائية العقارية"، مجلة المنار عدد 6 سنة 2015، ص: 20.

- جهان زواش، "دعوى القسمة ودور القضاء حماية المتقاسمين"، مرجع سابق، ص: 32.

²⁵¹ قرار محكمة النقض رقم 856 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1995 في ملف أحوال الشخصية رقم 090/06/289 منشور عند عبد العزيز توفيق، "قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال أربعين سنة"، المرجع السابق، ص: 87 وما يليها.

²⁵² بثينة العلوط، "القسمة القضائية للعقار"، مرجع سابق، ص: 49 (بتصرف).

²⁵³ قرار محكمة النقض عدد 97 بتاريخ 22/12/1998 في ملف عقاري عدد 94/2/1/5334.

²⁵⁴ جواد الهروس، "الحيازة الاستحقاقية في الفقه المالكي والتشريع"، الطبعة الثانية، سنة 1431هـ / 2010م، ص: 65.

بالسلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على الشيء منقول كان أو عقار أو حق عيني²⁵⁵، والحيازة حتى يعتد بها كسبب من أسباب التملك لابد من توفر الشروط والقواعد التي اعتد بها الفقهاء وهما يتجسدان في عنصران، أولهما مادي ويتجسد في السيطرة الفعلية أو السلطة الواقعية على الشيء أو الحق العيني أما العنصر الثاني فيتجسد في أن حائز الشيء تتوجه نيته إلى حيازته كمالك²⁵⁶.

إذن إذا تملك عدة أشخاص عقار عن طريق الحيازة كان لمن يريد الخروج من الشيع أن يثبت الحيازة وشروطهما وهو ما أكدته المادة 240 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها " يشترط لصحة حيازة الحائز:

- أن يكون واضع يده على الملك.
- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.
- أن ينسب الملك لنفسه، ينسبونه إليه كذلك.
- أن لا ينازع في ذلك منازع.
- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون".

أما فيما يخص مدة الحيازة فقد حددها المشرع في 10 سنوات كاملة إذا كان الحائز أجنبي²⁵⁷، أما بين الأقارب نميز بين حالة العداوة التي تصل مدتها 40 سنة كاملة، أما في حالة إذا انعدمت كانت مدة المكسبة 10 سنوات بين الأقارب²⁵⁸، ويبتدئ سريان مدة الحيازة من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية التملك، أما في حالة توالي التفويتات

²⁵⁵ مأمون الكزبري، "التحفيظ العقاري والحقوق العينية التبعية في ضوء التشريع المغربي"، الجزء الثاني، شركة هلال لطباعة والنشر، الطبعة الثانية سنة 1987، ص: 194

²⁵⁶ محمد الهاشمي، "دعوى القسمة من خلال العمل القضائي"، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، فوج 36 سنة 2011/2009 ص: 34.

²⁵⁷ المادة 250 من مدونة الحقوق العينية.

²⁵⁸ المادة 251 من مدونة الحقوق العينية.

فمن تاريخ بداية المفوت الأول 259، وتحسب المدد كاملة 260، وهو ما أكد عليه ابن عاصم في شرح التحفة من خلال قوله:

والأجنبي ان يحوز أصلا بحق
والأقربون حوزهم مختلف
عشر سنين فالتملك استحق
بحسب اعتمارهم يختلف
فإن يكن يمثل سكنى الدار
والزرع للأرض و الاعتمار
فهو ما يحوز الأربعين
ودون تشاجر كالأبعدين

قد يكسب هذا الملك المشاع عن طريق التعاقد فلا بد للمدعي للخروج من حالة الشيعاع أن يرفق مقاله بالعقد باعتباره مصدر الشيعاع الذي يلزم أن يعين نصيب كل شريك لأنه في حالة الشك تعتبر أنصبة المتقاسمين متساوية²⁶¹.

لكن ما وجب الإشارة إليه إلا أنه قد أثير جدل واسع حول التنازع بين قانون الالتزامات والعقود وقواعد الفقه الإسلامي ومدونة الحقوق العينية فيما يخص إثبات ملكية العقار الغير محفظ²⁶²، بناءً على عقد بحيث ذهبت المحكمة الابتدائية بالخميسات إلى " حيث أدلى المدعى بمجرد لفيف لإثبات عقد البيع، حيث أن هذا الأخير منصب على عقار وإن كان عقار غير محفظ لا يمكن إثباته بمجرد لفيف وفقا للفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه " إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن تجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ وحيث انه

²⁵⁹ المادة 253 من مدونة الحقوق العينية.

²⁶⁰ المادة 252 من مدونة الحقوق العينية.

²⁶¹ الفصل 961 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه " عند الشك يفترض انصباء المالكين على الشيعاع متساوية".

²⁶² جيهان زاوش، "دعوى القسمة و دور القضاء في حماية المتقاسمين"، مرجع سابق، ص: 35.

نظرا للعلل أعلاه يكون طلب المدعى غير مؤسس قانونا وتعين عدم الاستجابة إليه...."263.

والرأي فيما نعتقد أن خضوع العقارات الغير المحفظة للقواعد الفقه المالكي، فليس هناك مانع من تطبيق مقتضيات مدونة الحقوق العينية بحيث يستنتج من المادة الرابعة منها أن جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء حقوق عينية أخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها يلزم أن تحرر تحت طائلة البطلان في محرر رسمي أو ثابت التاريخ، بحيث يتم تحريره من طرف محامي مقبول لترافع أمام محكمة النقض وهو نفس ما ذهب إليه الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود الذي يستلزم تحرير بيوع العقارات أو الحقوق العينية العقارية أو أشياء القابلة للرهن الرسمي في محرر ثابت التاريخ، وبالتالي فهذه المقتضيات الواجب التطبيق، علما انه إذا كانت شهادة الليف عرفت انتشارا واسع ووسيلة إثبات جميع أنواع المعاملات في العصر القديم إلا أنه في السنوات الأخيرة عرفت قصورا كبيرا أمام تغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية وما صاحب ذلك من زور وكذب²⁶⁴، ولا يتم قبولها إلا للضرورة وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه "القسمة العينية وباقي العقود الإنشائية يجب إثباتها بوثيقة رسمية أو عرفية ولا يمكن إثباتها بالليف لأنها لا تقبل إلا للضرورة"²⁶⁵

المطلب الثاني: الخبرة القضائية في القسمة العينية للعقار غير المحفظ

تتطلب القسمة العينية العقارية الإلمام بمجموعة من العمليات التقنية والفنية الدقيقة التي يستعصي على القاضي أن يجسدها²⁶⁶، لذلك فإنه يعتمد على إصدار حكم تمهيدي وذلك

²⁶³ حكم صادر عن محكمة الابتدائية بالخميسات عدد 121 ملف عقاري عدد 1999/96 بتاريخ 205/3/25 ورد عند بئينة العلوط، "القسمة القضائية للعقار" مرجع سابق، ص:733.

²⁶⁴ جهان زاوش، "دعوى القسمة و دور القضاء في حماية المتقاسمين"، مرجع سابق، ص:36 (بتصرف).

²⁶⁵ قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 97/12/09 عدد 790 في ملف شرعي عدد 93/5751 منشور عند محمد بفقير، "مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي"، المرجع السابق، ص:388.

²⁶⁶ عادل المعروف، "المعايير القانونية والفنية لإعداد مشروع القسمة القضائية العقارية"، مجلة القانون المغربي، العدد 25 نونبر 2014، ص:21.

طبقا للفصل 59 من قانون المسطرة المدنية يعين بمقتضاه خبير أو عدة خبراء لإعداد مشروع القسمة العينية (الفقرة الأولى) يجيب فيه عن الأسئلة المتقدمة من قبل المحكمة هذه الأخيرة التي تعمل على المصادقة على مشروع القسمة بعد التحقق من كفايته (الفقرة الثانية) مع العلم على أنه لكل طرف حق المطالبة بخبرة مضادة (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى: دور الخبير في إعداد مشروع القسمة

تعتبر عملية إنجاز القسمة العينية عملية مركبة ومعقدة في ذاتها تتطلب إجراءات تقنية وقانونية، لذلك فإن الأمر يقتضي إسناد هذه المهمة إلى الخبير لا اعتبره أهل الاختصاص في إفراز الحصص من خلال التعديل والتقويم وهو ما أكدته قرار محكمة النقض الذي جاء فيه " مهمة الخبير في القسمة القضائية هي التقويم والتعديل لا تعيين الحصص مكانيا... "267.

وبناءً على ذلك فإن القاضي المقرر يأمر بإجراء خبرة و يعين خبير إما تلقائيا أو بناءً على اقتراح الأطراف واتفقهم²⁶⁸، علما أنه يحق للمدعي أن يطالب بإجراء خبرة وتعيين خبير في مقال افتتاحي أو إضافي، كما للمدعي عليه أن يطالب بها في طلب مقابل أثناء النظر في الدعوى ولهما تقديم عريضة للقاضي تتعلق بذلك²⁶⁹.

وإذا كانت الخبرة هي استشارة تقنية تطلبها المحكمة من شخص ذي كفاءة علمية وعملية تؤهله لمعاينة وقائع مادية يصعب على المحكمة معاينتها لافتقادها تلك الكفاءة²⁷⁰، فإنها من أهم المراحل التي تمر منها القسمة العينية القضائية بحيث لا نكاد نجد حكما واحدا قضى بالقسمة دون الاستعانة بخدمات الخبرة وهو ما ذهب إليه محكمة النقض من خلال قرارها

²⁶⁷ قرار محكمة النقض الصادر في 97/10/22 عدد 6517 في الملف عدد 96/4467 مشار له عند محمد بفقير ، "مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي"، مرجع سابق، ص: 430.

²⁶⁸ الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية.

²⁶⁹ محمد كشيور ،"دعوى القسمة على ضوء القانون المغربي"، مرجع سابق، ص: 288.

²⁷⁰ دليلة أبو درقة العلوي ،"الملكية الشائعة و انقضاؤها على ضوء التشريع المغربي" ، رسالة لنيل دبلوم الماستر ، جامعة الحسن الثاني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء ، الموسم الجامعي 2010 / 2011 ، ص: 70.

" يقتضي الحكم بالقسمة إجراء خبرة، لإعداد مشروع القسمة والتحقق من وضعية العقار المطلوب قسمته..."²⁷¹.

وهو ما جعل بعض الفقه يذهب إلى اعتبار الخبرة عرفاً قضائياً في مجال القسمة²⁷²، متى كان محلها أموال عقارية فالقاضي يلجأ إلى الخبرة سواء طلب المتقاسمين ذلك أو لم يطلبوا²⁷³، محددًا مهام الخبير في الحكم التمهيدي هذه الأخيرة التي قد تتمظهر فيما يلي:

❖ قسمة العقار عينية، إذا كان قابل لها.

❖ إذا كان غير قابل للقسمة اقترح ثمن انطلاق البيع بالمزاد العلني لقسمة قسمة التصفية .

وهو ما ذهب إليه قرار محكمة النقض الذي جاء فيه " لم تغير المحكمة طلب كما اقتضت بقسمته المدعى فيه عن طريق بيع بالمزاد العلني وقسمة ثمنه بين المالكين، كما ثبت لها من الخبرة التي أمرت بها أن المدعى فيه لا يقبل القسمة العينية"²⁷⁴.

و هكذا فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقوم الخبير بمهامه في غيبة الأطراف وإلا اعتبرت الخبرة باطلة وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض بقولها "...إجراء الخبرة لإعداد مشروع القسمة دون استدعاء جميع أطرافها طبقاً للفصل 63 من قانون المسطرة المدنية يعد خرقاً للفصل المذكور وموجباً للنقض"²⁷⁵.

وبالتالي فهو ملزم باستدعاء الأطراف ووكلائهم للحضور إنجاز الخبرة مع إمكانية استعانة الأطراف بأي شخص يرون فائدة في حضوره، وبحيث على الخبير أن لا يقوم

²⁷¹ قرار محكمة النقض بتاريخ 16/03/1999 ملف شرعي عدد 98/448، مشار له عند قضاء محكمة النقض عدد 55 ص: 135.

²⁷² محمد كشيور، "القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي"، مرجع سابق، ص:

²⁷³ (p 1954 revue marocaine du droit 1954.:ponsier l'action en partage des immeubles immatriculés 359.)

²⁷⁴ قرار محكمة بتاريخ 22/06/99 تحت عدد 573 في ملف عقاري عدد 94/5215 منشور عند عبد العزيز توفيق، "مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي"، مرجع سابق، ص: 35 وما يليها.

²⁷⁵ قرار محكمة النقض بتاريخ 22/06/99 تحت عدد 537 في ملف عقاري عدد 99/5215 منشور عند عبد العزيز توفيق، "قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال أربعين سنة"، مرجع سابق، ص: 35 وما يليها.

بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية ما لم تأمر المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها أن هناك حالة استعجال، وبطبيعة الحال فإن هذا الخبير يكون تحت رقابة القاضي الذي يمكنه حضور عمليات الخبرة إذا تبين له أن ذلك مفيدا²⁷⁶.

ومن المعلوم أن القاضي خول له التشريع تحديد مدة للخبر للإجابة عن المسائل التقنية ملزم بالتقييد بها تحت طائلة الجزاء التأديبي مع إمكانية تحمل المصاريف والتعويضات إذا ترتب عن التأخير في إنجاز مشروع القسمة ضررا كما يمكن الحكم عليه بغرامة لفائدة الخزينة العامة²⁷⁷، هذا إن كان لم ينجز مهامه بإرادته دون تدخل عوامل أجنبية في ذلك وهو ما يفرض علينا التساؤل على ما العمل إذا لم يستطع الخبير القيام بمهامه لأسباب خارجة عن إرادته في الميعاد الذي حدده من طرف القاضي؟

أمام غياب نص تشريعي لهذه الفرضية، نعتقد أنه لا بد من إخبار الخبير القاضي لمنحه أجلا إضافيا حتى يتمكن من إتمام مهمته²⁷⁸، كما ينبغي أن نشير على أنه إذا لم تجد المحكمة البيانات اللازمة للإجابة عن الأسئلة التقنية للقيام بالقسمة العقارية العينية يمكنها أن تأمر باستدعاء الخبير لمناقشة تقريره وللمحكمة أن تعيد المأمورية لنفس الخبير قصد اتمام مهامه أو إلى خبير آخر²⁷⁹.

الفقرة الثانية: المصادقة على مشروع القسمة العينية

بعد إنجاز الخبرة المطلوبة في دعوى القسمة العينية العقارية من قبل الخبير الذي يضع تقريرا مفصلا عن ذلك مرفقا بنسخة تصميم للقسمة العينية ونسخة تصميم عقاري مفصل، وغيرها من الوثائق الضرورية فإنه يضعه في كتابة الضبط للمحكمة التي عينته لكي يطلع

²⁷⁶ الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية.

²⁷⁷ الفصل 61 من قانون المسطرة المدنية.

²⁷⁸ جيهان زاوش، "دعوى القسمة و دور القضاء في حماية المتقاسمين"، المرجع السابق، ص: 46.

²⁷⁹ الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية.

عليه كل من يعنيه الأمر²⁸⁰، بحيث إذا تبين للمحكمة ان تقرير الخبرة جاء مستجيبا ومجيبا عن الأسئلة الفنية التي أمر بها القاضي فإن هذا الأخير يصادق على مشروع القسمة في الحكم لكي يصبح تقرير الخبرة قابلا للتنفيذ²⁸¹، وهو ما أكدته محكمة النقض من خلال قرار لها الذي جاء فيه " الخبير الذي تنتد به المحكمة من أجل وضع مشروع القسمة يجب عليه:

1- أن يقوم بعملية مسح الأرض

2- أن يقرر قابلية أو عدم قابلية للعقار الشائع للقسمة العينية.

3- أن يقسم العقار في حالة قابلية للقسمة العينية إلى حصص تتناسب وحصص جميع الشركاء على الشياخ ومصادقة المحكمة على التقرير الذي لم يلتزم بما ذكر يعرض قرارها للنقض "282.

غير أنه إذا اقترح الخبير فرز نصيب كل شريك في جهة معينة دون أن يراعي القسمة بعد التعديل والتقويم يتعين على المحكمة أن تقبل الاقتراح دون المصادقة على تقرير وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها الذي جاء فيه " إن محكمة الاستئناف المصدرة القرار المطعون فيه في إطار دعوى القسمة واقتراح الخبير فرز نصيب كل شريك في جهة معينة مع المدرك أو بدون، وقضت بالمصادقة على التقرير المذكور خاصة أن القسمة القضائية هي قسمة قرعة بعد التعديل والتقويم تكون بذلك قد جعلت قرارها مخالف للقاعدة المذكورة أعلاه، وبالتالي فهو يستوجب النقض "283.

²⁸⁰ مصطفى مازي، "الإشكالات العملية للقسمة القضائية العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية و جدة، جامعة محمد الأول و جدة، الموسم الجامعي: 2007 - 2008 ص: 58.

²⁸¹ عادل المعروف، "المعايير القانونية والفنية"، مرجع سابق، ص: 40.

²⁸² قرار محكمة النقض بتاريخ 00/09/13 عدد 830 في ملف عدد 95/190 منشور عند محمد بفقير، "مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي"، مرجع سابق، ص: 430.

²⁸³ قرار محكمة النقض رقم 232 مؤرخ في 2005/1/26 عدد 2001/711/329، غير منشور مشار له عند عادل المعرفي، "المعايير القانونية والفنية"، المرجع السابق، ص: 40 و ما يليها.

وما تجدر الإشارة إليه أنه بمجرد وضع التقرير بكتابة الضبط يتم تحديد أتعاب الخبير بصفة نهائية بحيث يكون التقرير مرفقا ببيان أو كشف الأجور الذي يكون محررا وجوبا وفق النموذج المهيأ من قبل وزارة العدل ويودع لدى القاضي المكلف بالتسعيرة للمصادقة على المبلغ الوارد فيه والذي يكون في الغالب الأحيان مساويا للمبلغ الجزافي الذي وقع تعيينه وذلك إذا اعتبر المبلغ مساويا وكافيا لتسديد صوائر الخبرة، علما ان تحديد أتعاب الخبرة القضائية في القضايا العقارية يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الأمر بالخبرة والذي يراعي في تحديدها طبيعة العمل الموكول إليه والجهد الذي يقوم به من أجل القيام بمهامه وتكتب المصاريف كما انه للقاضي أن يأمر بأداء أتعاب تكميلية للخبير في الحالة التي يدعي فيها تقديم إيضاحات عن بعض النقط الغامضة في تقريره وتوضع أتعاب الخبير بصندوق المحكمة بحيث يمنع أن يسلمها المتقاضى مباشرة إلى الخبير وإلا تعرض لعقوبات صارمة تحت طائلة تشطيب عليه من الجدول المسجل به داخل المحكمة²⁸⁴.

في حالة عدم سداد مستحقات الخبير فإنه يحكم القاضي بعدم قبول الطلب بخصوص الدعوى المرفوعة لأنه قد تتوقف الدعوى على الخبرة وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بفاس في حكم جاء فيه " لا يمكن للمحكمة البت في طلب إجراء قسمة عقارية إلا إذا تم إجراء الخبرة التي يتوقف عليها تحديد طريقة إنهاء الشياخ، عدم إيداع مصاريف الخبرة، عدم القبول الدعوى"²⁸⁵.

الفقرة الثالثة: الخبرة المضادة في القسمة العينية القضائية

إذا تبين للخصوم من الخبرة أنها لم تقم على أساس سليم أو أنها أضرت بحقوقهم فلهم المطالبة بخبرة مضادة لجبر الضرر الذي تعرضوا له من جراء الخبرة الأولى غير أن المحكمة غير ملزمة بالاستجابة لطلب الخبرة المضادة ما دامت قد استخلصت قناعتها من الخبرة الأولى ورأت فيها ما يكفي كل النزاع بكيفية عادلة²⁸⁶، وهو وما ذهب إليه

²⁸⁴ الفصل 57 من قانون المسطرة المدنية.

²⁸⁵ حكم صادر عن محكمة الابتدائية بفاس رقم 394 بتاريخ 07/10/11 ملف عقاري رقم 2006/13.

²⁸⁶ سميحة الإدريسي البوزيدي، "دعوى القسمة على ضوء العمل القضائي"، مرجع سابق، ص: 75.

الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه " لكن وحيث ان المحكمة غير ملزمة بالاستجابة إلى الخبرة المضادة ما دامت قد استخلصت قناعتها من الخبرة التي أجريت ورأت فيها ما يكفي للوصول إلى ما قضت به "287، علما أن رأي الخبير لا يقيد المحكمة طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه " لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين ويبقى له الحق في تعيين خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع "، فرأيه إذن عنصر من عناصر الإثبات في الدعوى فلا يخرج عن كونه دليلا للمحكمة الموضوع تقديره288، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها من ذلك مع العلم أن صرف النظر من قبل القاضي عن الخبرة لا يكون مقبولا إلا إذا تبين الأسباب التي دعت به إلى ذلك، مع منعه من أن يعتمد على حرياته الشخصية المتاحة للفصل في الدعوى289، بالإضافة إلى ما سبق فإن الخبرة يمكن إجرائها لأول مرة أمام قاضي الدرجة الثانية بحيث يحق للمستشار المقرر أن يتخذ الإجراءات اللازمة لجعل القضية جاهزة للحكم أو بأمر بتقديم المستندات التي يرى ضرورتها لتحقيق في الدعوى من خلال البحث والخبرة والحضور الشخصي290، على اعتبار أن الاستئناف درجة ثانية للتقاضي فمن البديهي أن يبقى للقاضي الحق في تبني الخبرة التي أجريت أمام محكمة الابتدائية، ولهم إلغاء كلياً أو جزئياً شريطة تعليل ما استقر عليه في هذا الصدد291.

قد لا يتوفر إجماع الشركاء على قسمة المال الشائع بالاتفاق قسمة عينية، وقد يتجسد الإجماع على ذلك لكن يوجد بين الشركاء قاصرا أو من في حكم الغائب ولا يعترف حينها بعقد القسمة بعد إجرائها على النحو الذي أوضحناه سابقا، لأن في مثل هذه الفرضيات لا

²⁸⁷ قرار محكمة النقض رقم 333 بتاريخ 20 يونيو 1979 في ملف مدني عدد 17/2007 غير منشور مشار له عند سميحة

الإدريسي البوزيدي، "دعوى القسمة على ضوء العمل القضائي" مرجع سابق، ص:56.

²⁸⁸ محمد كشور، القسمة القضائية على ضوء القانون المغربي"، مرجع سابق، ص:285.

²⁸⁹ قرار محكمة النقض، بتاريخ 13 دجنبر 1977 عدد 8 فبراير /18 دجنبر 1998 مشار له عند سميحة الإدريسي البوزيدي

، "دعوى القسمة على ضوء العمل القضائي" مرجع سابق، ص:76.

²⁹⁰ الفصل 334 من قانون المسطرة المدنية.

²⁹¹ قرار صادر عن محكمة الاستئناف رقم 63 بتاريخ 10/669 ملف عدد 09/26 غير منشور مشار له عند جهان زاوش ، "دعوى

القسمة و دور القضاء في حماية المتقاسمين" مرجع سابق، ص:47.

سبيل للقسمة العينية سوى اللجوء إلى القضاء لقسمة المال الشائع وهو ما ذهبت إليه المادة 26 من مدونة الحقوق العينية الذي جاء فيها " إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد الخروج من الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيها بينهم طبقاً للقانون"292.

خاتمة

إن الملكية الشائعة لا تخرج عن كونها صورة من صور الملكية الفردية، لأن كل واحد من الشركاء يملك حصة في الشيوع ملكية فردية ينصب حق مباشر على هذه الحصة لا على العقار كله ، ومن ثم يكون المحل هو هذه الحصة الشائعة فحق الملكية على المال الشائع هو الذي يقسم حصصاً ، علماً أن الملكية الشائعة ليست تلك الصورة المثلى للملكية العقارية لما لها من انعكاسات سلبية على الشركاء و العقار الشائع بحد ذاته سواء من الناحية الاجتماعية أو القانونية أو الاقتصادية .

فمن الناحية الاجتماعية أن الشيوع الناتج عن الإرث كثيراً ما يتسبب في تفكيك الروابط الأسرية لما قد ينتج عنه من منازعات عائلية لا حد لها، المتعلقة على الخصوص بعقارات التركة و هو ما يؤدي في غالب الأحيان إلى اللجوء إلى القضاء و تراكم الملفات الراجعة أمامه في دعوى القسمة العينة.

أما من الناحية القانونية فنظام الملكية الشائعة يطرح صعوبات جمة في تدبير العقار لأنه يتطلب من المالك في المال المشائع الراغب في انجاز مشاريع استثمارية حصول على موافقة باقي الشركاء الشيء الذي لا يسمح في إدماج هذه العقارات في مسار التنمية و بالتالي يصاب بالشلل التام لما ينتج عن تلك المنازعات من عدم الاتفاق الأطراف حول إدارة المال الشائع.

أما من الناحية الاقتصادية فإن المشرع خول للشريك التصرف بحصته الشائعة بأي تصرف شاء ما لم يكن مخالف للقانون و الآداب العامة و هو ما يساعد على تنمية العقار و

²⁹² وهو نفس ما جاء به الفصل 184 من قانون الالتزامات والعقود.

استثماره علما أنه يحق لباقي الشركاء ممارسة حقهم في الشفعة و حق الأفضلية مما يهدد الهدف المنشود و هو إدخال العقار المشاع إلى عجلة التنمية مما يسبب غياب المبادرة الفردية لأن المصلحة التي يحققها أحد الشركاء للمال المشاع لا بد و أن يستفيد منها باقي الشركاء مما يجعله لا يرى حافز لخدمة العقار لوحده و هو ما ينتج عنه قلة المردودية و سوء الاستعمال و الاستغلال مما يؤدي إلى الانعكاس السلبي على الاقتصاد الوطني.

جواد خربوش
طالب باحث في سلك الدكتوراه
بجامعة عبد الملك السعدي بطنجة

حسن النية في العلاقات الاقتصادية

مقدمة

إن التغيرات التي شاهدها اقتصاديات الدول استجابة لواقع المعاملات الاقتصادية داخل السوق، استلزم معه ضرورة تحديث الترسانة القانونية وفق مقاربة اقتصادية حامية هادفة لوضع التوازن في الارتباطات التعاقدية، بما يحقق المساواة الموضوعية الاقتصادية للعقد.

وعليه برزت ضوابط قانونية توجيهية للعقود على رأسها قانون حرية الاسعار والمنافسة²⁹³ و قانون حماية المستهلك²⁹⁴، وذلك تجسيدا لمبدأ حسن النية الاقتصادي التوجيهي، جنبا لكل ما من شأنه التسبب في عدم التكافؤ التعاقدية وبالتالي عدم استقرار العلاقات التعاقدية خاصة على مستوى الارتباطات بين المهنيين، أو بين هذا المهني و المستهلك، لأن هاجس الربح السريع الذي يهيمن على تفكير المهني قد يؤدي إلى القيام بتلاعبات و مناورات بطرق احتيالية منافية للمنافسة وكذا تضرر بمصالح المستهلك، وبالتالي منافية لمبدأ حسن النية في التعاقدات، وان أقر بعض الباحثين²⁹⁵ على قصوري هذا المبدأ من حيث نطاق ممارسته في حدود مرحلة التنفيذ وهو ما يتماشى مع نص عليه الفصل 231 الذي جاء فيه "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع

²⁹³ ظهير شريف رقم 1014126 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

²⁹⁴ ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

²⁹⁵ المعزوز البكاي، "بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة"، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد الثالث، مطبعة الامان لطباعة والنشر، سنة 2016، ص: 15.

التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف-أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته"، غير أن هذا التصور الكلاسيكي لمبدأ حسن النية لا يستقيم وإن كان الفصل ينص على ذلك، لان وفي نطاق واقع تطور الاقتصادي أصبح يتجسد مبدأ حسن النية الاقتصادي من خلال التوجيه الاقتصادي بضوابط ذات طابع أخلاقي منبثقة من كنه هذا المبدأ هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن المشرع الفرنسي وسع نطاق هذا المبدأ من خلال الفصل 1104²⁹⁶ من الامر الصادر في 10 فبراير 2016 الذي الزم بمراعاة مبدأ حسن النية من مرحلة المفاوضات الى ابرام و تنفيذ العقد واعتبر ذلك من النظام العام، وهو ما لا يدع مجالاً لشك في النطاق الواسع والمتطور لهذا المبدأ.

وعليه فإننا اليوم يمكن القول إنه أصبحنا أمام مفهوم جديد لمبدأ حسن النية من خلال القواعد القانونية الاقتصادية، مما أصبح معه مشروعاً طرح التساؤل التالي:

إلى أي حد يتجسد مبدأ حسن النية الاقتصادي في كنه بعض القواعد القانونية ذات الطابع الاقتصادي على ضوء التشريع المغربي؟

ومن تم سوف نحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال إبراز حسن النية في العلاقات بين المهنيين (المطلب الاول) على أساس أن نخصص (المطلب الثاني) لحسن النية في العلاقات بين المهني والمستهلك.

المطلب الاول: حسن النية في العلاقات بين المهنيين

أمام هاجس الفاعلين الاقتصاديين في تحقيق أكبر قدر من الربح وتجنباً لكل التعسفات الاقتصادية المخلة بالمنافسة وبمبدأ حسن النية، فإن المشرع عمل على سن قواعد قانونية سعياً الى تحقيق السير الحسن للسوق وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية الاقتصادية سواء من خلال حظر الممارسات المنافسة للمنافسة (الفقرة الأولى) او بالحرص على شفافية الممارسات التجارية (الفقرة الثانية) تجسيدا لمبدأ حسن النية الاقتصادي.

« contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Art. 1104:²⁹⁶

الفقرة الأولى: حظر ممارسات المنافاة للمنافسة

إن حظر المنافسات المنافاة للمنافسة لا يطال كل الاتفاقات أو التحالفات، وإنما فقط التي تمس بالسير العادي للمنافسة داخل السوق الاقتصادية سواء اتخذ شكل اتفاقات منافاة للمنافسة (أولاً) أو شكل استغلال تعسفي لسوق الاقتصادية (ثانياً) مما يؤكد الدور التوجيهي للعقد وفق مبدأ حسن النية الاقتصادي.

أولاً: الاتفاقات المنافاة للمنافسة

يجد مبدأ منع الاتفاقات المنافاة للمنافسة أساسه في المادة 6 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، غير أن المشرع لم يحدد مفهوم هذه الاتفاقات كباقي التشريعات التي سلكت نفس المنحى بحيث تعاملت مع هذه الاتفاقات والمبادرة أو الاتفاق باعتبارها تصرف قانوني اقتصادي ينافي قواعد المنافسة بغض النظر عن الاسم أو الشكل القانوني الذي يمكن أن يتخذه التصرف²⁹⁷.

وقد حاول بعض الباحثين إعطاء تعريف لهذا النوع من الاتفاقات باعتبارها " تواطؤ بين الإيرادات قصد عرقلة السوق"²⁹⁸، وذهب البعض الآخر إلى تعريفه بتلك "النتيجة المشتركة لعدة إيرادات المستقلة لإرساء سلوك اجتماعي للتصرف في السوق الاقتصادية"²⁹⁹.

من خلال هذه التعاريف يفترض في هذا النوع من الاتفاقات عدة شروط حيث يطالها الحظر وبالتالي البطلان لأن المشرع لا يمنعها بحد ذاتها وإنما لتسببها في عرقلة السوق الاقتصادية والسير العادي للمنافسة بحيث تتجسد هذه الشروط في ما يلي:

²⁹⁷ مفيد الفارسي، "حرية الأسعار والمنافسة في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، الموسم الجامعي 1999-2000، ص: 32.

²⁹⁸ حنان أرناني، "تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الموسم الجامعي 2003 - 2006، ص: 64.

²⁹⁹ M'hamed motik: "droit commercial marocain imprimerie " el Maarif al Jadida, Rabat, 2001 p. 168.

أ: وجوب تواطؤ بين الإرادات

يقصد بالتواطؤ " كل الاستعمال التعاقدية والاتفاقات التي تهدف أو ينتج عنها إفساد لعبة المنافسة إما عبر التوافق حول الأثمان أو حول الأسواق أو الزبناء أو هو تآزر وتعاون الإرادات لعرقلة المنافسة"³⁰⁰.

وقد يتم هذا التواطؤ بين المقاولات سواء كانت فردية أو جماعية³⁰¹ إلا أنه في اعتقادنا قد ينشأ هذا التواطؤ بين الأشخاص الاعتبارية من جهة والأشخاص الطبيعيين من جهة أخرى مادامت هذه الأخيرة تمارس نشاطا اقتصاديا من شأن هذا الاتفاق أن يغير الشروط العادية للسوق³⁰².

ب: عرقلة المنافسة والاعتداء على السوق

يجب التأكيد أنه لا يمكن وضع اتفاقات الأطراف في خانة الحظر وبالتالي البطلان استنادا على التواطؤ فقط لابد من أن يؤدي هذا الاتفاق إلى عرقلة قواعد المنافسة من خلال توفر عنصر العلاقة السببية بين الاتفاق المبرم وعرقلة سير المنافسة³⁰³، وهو ما أكدته المشرع من خلال المادة 6 من قانون 104.12 التي يستفاد منها أن الاتفاقات تحظر عندما يكون الغرض منها أو يمكن أن يترتب عليه عرقلة السوق أو الحد منها أو تحريف سيرها.

مما يدل على خطورة هذه الاتفاقات نجد أن المشرع تدخل لمنعها بمجرد اقتترافها أو المبادرة للقيام بها دون انتظار نتائجها لأن النص لا يربط المنع يشترط تحقق المساس الفعلي بالمنافسة وبالتالي فإن تحقيق النتيجة ليس ضروريا لتطبيق مقتضيات القانونية لحظر

³⁰⁰ حنان أزناي، " تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود"، المرجع السابق، ص: 64.

³⁰¹ (Mhamed Motik: "droit commercial marocaine" op.cit- p: 168.

³⁰² ربيع شرقي، " الممارسات المنافسة لقواعد المنافسة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، الموسم الجامعي 2007-2008، ص: 32 وما يليها.

³⁰³ ربيع شرقي، " الممارسات المنافية لقواعد المنافسة"، المرجع السابق، ص: 34.

- حنان أزناي، "تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود"، المرجع السابق، ص: 65.

الاتفاق وهو ما يعني أن الضرر أي المساس بالمنافسة المقصود هنا يمكن أن يكون احتمالياً³⁰⁴.

علما أن هذا الحظر لا يمس الاتفاقات فقط بل إنه يشمل حتى الاستغلال التعسفي لسوق.

ثانياً: الاستغلال التعسفي للسوق

يشكل الاستغلال التعسفي لسوق الوجه الثاني للممارسات المنافسة للمنافسة المحظورة والمترتب على ثبوت محظورية البطلان بقوة القانون وهو ما أكدته المادة السابعة من قانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة بحيث يستنتج منها أن كل منشأة أو مجموعة منشآت يحظر عليها استغلال التعسفي لوضع مهيمن في السوق الداخلية أو جزء منه وكذا الحالة التبعية الاقتصادية التي يوجد فيها الزبون أو الممون وليس له حل موازي عندما يكون الغرض منها عرقلة المنافسة أو الحد منها أو تحريف سيرها.

أ-الوضع المهيم داخل السوق

لم يسلك المشرع المغربي منحى جل التشريعات التي لم تعرف مسألة الوضع المهيم إنما اكتفى بتعداده كأحد الممارسات المنافسة للمنافسة المحظورة لذلك فقد كان لمحكمة العدل الدولية دورا فعالا في بلورة تعريف الذي جاء فيه " هو ذلك المركز المؤهل للملتزم او الملتزمين لقدرة اقتصادية يتمكن بواسطتها تفادي المنافسة الفعال في السوق من خلال إعطاء هذا التاجر المقدر على التصرف إلى حد معقول بالاستقلال عن منافسيه وعملائه، ويظهر هذا المركز بسبب كبر حجم الحصة في السوق أو تحقيق هذه الحصة مع المهارة الفنية والمواد الأولية أو رأسمال مما يمكنه من تحديد أسعار أو السيطرة على الإنتاج أو التوزيع في جزء كبير من السلعة محل الاتفاق المحظور"³⁰⁵.

³⁰⁴ أبو بكر مهم، "المساس بالمنافسة داخل السوق، دراسة على ضوء المادة 6 من قانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة"، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري، عدد مزدوج 11 و 12، سنة 2018 ص 35

³⁰⁵ عبد الإله العباسي، "حدود حرية الأسعار والمنافسة في القانون المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الموسم الجامعي 2011-2012، ص:69.

وبعبارة أخرى فإن الوضع المهيمن هي الصفة التي تمكن منشأة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق من شأنها أن تعرقل قيام المنافسة الفعلية وتعطيها إمكانية القيام بالتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء المنافسين أو زبائنها أو ممونيها³⁰⁶.

وبناءً على ما سبق فإن الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن يتكون من عنصرين أولهما توفر المقولة على سلطة مطلقة تمكنها من فرض شروط سير السوق وثانيهما إخضاع المنافسين إلى سلوكها المنفرد³⁰⁷.

ويجب التأكيد على أن الوجود في حالة الوضع المهمة لسوق لا يتطلب الحظر والبطلان إلا إذا اقترن بالاستغلال التعسفي لهذه الوضعية وهو الذي يشكل إخلالاً بقواعد المنافسة ويُعيق حرية المنافسة واقتصاد السوق³⁰⁸.

ب: الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية

يحظر الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية داخل سوق طبقاً للمادة 7 من قانون 104.12 من قانون حرية الأسعار والمنافسة بحيث يوجد الزبون في هذه الوضعية أو الممون دون أن يكون له أدنى حل موازي لتخلص هذه التبعية من تم فالهيمنة الاقتصادية إما أن تكون مطلقة فتعلق بالوضع المهيمن أو تكون نسبية فترتبط بحالة التبعية الاقتصادية داخل السوق³⁰⁹، وحتى يطال الحظر والبطلان لهذه الحالة الأخيرة لا بد من تحقق ثلاثة شروط وطبقاً للمادة 7 وهي:

- ◀ وجوب حالة تبعية اقتصادية.
- ◀ غياب حل موازي للشركات الموجودة في حالة تبعية اقتصادية.
- ◀ القيام بممارسات تعسفية استغلالية سوق الاقتصادية منافية للمنافسة.

³⁰⁶ أبو بكر مهم، "التعسف في استغلال الوضع المهيمن على ضوء قانون المنافسة"، مقال منشور بمجلة قانون الأعمال والمقاولات، عدد 16 ماي 2009، ص: 56.

³⁰⁷ ربيع شرقي، "الممارسات المنافية لقواعد المنافسة"، المرجع السابق، ص: 44.

³⁰⁸ فؤاد معلال، "ضوابط المنافسة وفق أحكام القانون التجاري المغربي الجديد"، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 19، سنة 2002، ص: 112.

³⁰⁹ عبد الإله العباسي، "حدود حرية الأسعار والمنافسة في القانون المغربي"، المرجع السابق، ص: 31.

وبالتالي فالوجود في حالة تبعية اقتصادية لا يحظر ويرتب عليه البطلان بقوة القانون إلا إذا كان استغلال بشكل تعسفي لأن التعسف هو الذي يضيف عليه الطابع المخل بالمنافسة مما يستوجب معه حظر هذا الصنف من الوضعيات الاقتصادية تحقيقا لعدالة التعاقدية فعالة للعلاقات التعاقدية بين الفاعلين الاقتصاديين خارج مسار النظرية العامة للتعاقد³¹⁰.

وفي ختام هاته الفقرة يجب لفت الانتباه إلى أن الممارسات المنافسة للمنافسة يمكن أن تكون محلا للاستثناء بحيث يكتب لها مجالا للعيش في اقتصاديات الدول مواكبة لتقدم الخارجي واحتواء إكراهاته، وهو ما تبناه له المشرع المغربي من خلال المادة 9 من قانون حرية الأسعار والمنافسة ملطفا بذلك قاعدة الحظر تساهم في تطوير المقاولات الوطنية التي جلها عبارة عن مقاولات صغرى ومتوسطة ويتعلق الأمر بحالتين أولهما، الممارسات الناتجة عن النصر القانوني أو التنظيمي، كما هو الشأن لبيع المواد الصيدلانية والنفطية التي يحدد فيها هامش الربح بمقتضى نصوص تنظيمية³¹¹ وثانيهما الممارسات التي من شأنها المساهمة في التقدم الاقتصادي والاجتماعي.

بحيث أن المعيار المعتمد في هذه الاستثناء لتحديد مشروعية الممارسات المنافسة للمنافسة هو أن الغرض منها أو النتائج المتوخاة منها يجب أن تتفق في تحديد مصلحة العامة كأن تهدف إلى تطوير الاستثمار أو تشجيع التصدير أو تحسين الجودة أو تخفيض التكلفة أو التشجيع على استعمال تقنيات جديدة أو تطوير طرق التدبير والتسيير³¹².

ويجب التأكيد على انه لا بد من تحقق مجموعة من الشروط حتى يأخذ بهذه الاستثناءات وهي:

✍ إثبات أن هذه الممارسات تساهم في التقدم الاقتصادية.

✍ مساهمة هذه الممارسات كافية لتعويض قيود المنافسة.

³¹⁰ حنان أرناني، "تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود"، المرجع السابق، ص: 72 وما يليها.

³¹¹ مفيد الفارسي، "حرية الأسعار والمنافسة في التشريع المغربي"، المرجع السابق، ص: 68.

³¹² فؤاد معلال، "شرح القانون التجاري المغربي جديد، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الخامسة، سنة 2016، ص: 275.

الفقرة الثانية: النزاهة في الممارسات داخل السوق

لتأخذ الحرية التجارية مجراها الطبيعي فإنه يلزم أن تحترم وألا تتعارض مع ما تقتضيه الحرية التعاقدية والتنافسية من قواعد، وعليه يمنع إقامة تفرقة بين الفاعلين الاقتصاديين ومنح شروط تفضيلية للبعض مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح بقية الأطراف الفاعلة داخل السوق³¹³. وهو ما جعل المشرع يتدخل ليمنع كل منتج أو مستورد أو بائع بالجملة أو مقدم خدمات من أن يطبق على شريك اقتصادي أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أي إجراء أو شراء تمييزية غير مبررة بمقابل حقيقي محدثا بهذا الفعل إجحافا أو فائدة في المنافسة بالنسبة إلى الشريط المذكور³¹⁴، ومن ثم فإن المشرع يحرص على ضبط التمييزات الخاطئة لأنها تؤثر على القدرة التنافسية داخل السوق مما يسبب الإضرار بالمصالح الاقتصادية للفاعل الاقتصادي.

وهو ما يفسر وعي المشرع بأنه لا يمكن ضمان منافسة حقيقية بين الفاعلين الاقتصاديين إلا إذا كان بإمكان هؤلاء أن يتعرفوا على شروط وأساليب المتبعة من قبل منافسهم أو المتعاملين معهم في عرض منتوجاتهم أو خدماتهم وتجنب كل ممارسات التمييزية ضمانا للعلاقات النزاهة بين المهنيين لتحافظ على حرية المنافسة التجارية³¹⁵، لذلك منع المشرع مثل هذه الممارسات التي تحد من المنافسة تحت طائلة الغرامة ما بين **5000 درهم إلى 300000 درهم مع إمكانية مضاعفة الغرامة في حالة العود داخل أجل خمس سنوات**³¹⁶.

ويجب الاعتراف على أن التعداد التشريعي للممارسات التمييزية الواردة في المادة **61 من قانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة**، يظل على سبيل المثال لا الحصر، مما يسمح للقضاء بسلطة تقديرية واسعة لتطبيق جزاء المنع كلما وجد أمامه عمل

³¹³ حنان أرنائي، "تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على قانون العقود"، المرجع السابق، ص: 35.

³¹⁴ الفصل 61 من قانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

³¹⁵ فؤاد معلال، "شرح القانون التجاري، الجزء الأول، نظرية التاجر والنشاط التجاري"، المرجع السابق، ص: 263 وما يليها.

³¹⁶ المادة 78 من قانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

من شأنه أن يفضل شريكا دون آخر ولو لم يرد ضمن النصوص القانونية³¹⁷، وذلك وفق أساسين يمكن من خلالها الحكم ببطلان الممارسات التمييزية ويتعلق الأمر بعدم تبرير الممارسة بمقابل حقيقي أما ثانيهما أحدثها إجحافا أو فائدة في المنافسة بالنسبة للشريك³¹⁸.

وهكذا يكون منع الممارسات التمييزية من الصور التي سعى المشرع من ورائها إلى ضبط العلاقات التعاقدية، حفاظا على شفافية العلاقات بين المهنيين، بحيث أن هذه الحماية تقتضي زرع الثقة والأمانة وشرف التعامل بين الفاعلين الاقتصاديين وحث المتعاملين في اقتصاد السوق على احترام حقوق ومصالح الغير لهذا فإن المقاربة الاقتصادية تعد بمثابة إشعاع جديد للاتفاقات، فضلا عن كونها امتدادا للنظرية العامة لتعاقد بنظرية اقتصادية حيث يتسنى توسيع دائرة العدالة التعاقدية لتشمل العدالة التنافسية³¹⁹.

المطلب الثاني: حسن النية في العلاقات بين المهني والمستهلك

لقد رتب الاستغلال التعسفي لمبدأ سلطان الارادة مجموعة من السلبيات الناتجة عن اختلال المراكز الاقتصادية وهو ما جعل أحدهم طرفا ضعيفا في العملية التعاقدية، ولهذا اتجهت كل التشريعات الى محاولة معالجة هذا الاختلال بتحقيق نوع من العدالة والتوازن العقدي وذلك بسن التزامات من المرحلة السابقة لتعاقد (الفقرة الأولى) وكذا في مرحلة التنفيذ (الفقرة الثانية) ترسيخاً لمفهوم جديد لمبدأ حسن النية الاقتصادي.

الفقرة الأولى: التزامات فيما قبل التعاقد

نص المشرع المغربي على مجموعة من الضمانات على رأسها حق الإعلام (أولاً) وكذا تجريم الإشهار والكاذب أو المضلل لما يتسبب في تأثير على رغبة المستهلك للحصول على المنتجات أو الخدمات (ثانياً) حماية للمستهلك.

³¹⁷ مفيد فارسي، "حرية الأسعار والمنافسة في التشريع"، المرجع السابق، ص: 65 وما يليها.

³¹⁸ عبد الإله العباسي، "حدود حرية الأسعار والمنافسة في القانون المغربي"، المرجع السابق، ص: 95.

³¹⁹ رشيدة الناجي، "تأثير قانون المنافسة على القوة الملزمة للعقد الاتفاقات المنافية للمنافسة نموذجاً"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الموسم الجامعي 2013-

2014، ص: 50.

أولاً: حق الإعلام

إن مبدأ سلامة العقود لا يمكن أن يتحقق في الوقت الراهن من خلال فكرة حسن نية فقط، موازنة مع التطورات التي أصبحنا نشاهدها على مستوى الواقع الاقتصادي والاجتماعي وعلى مستوى ما صدر أخيراً ببلادنا من قوانين لها ارتباط وثيق بالعلاقات التعاقدية³²⁰، بحيث لم تعد عملية إبرام العقود تتم بشكل تلقائي في أغلب الأحيان فعادة ما يسبق توافق الإرادتين مرحلة ما قبل التعاقد يتم من خلالها تبادل المعلومات بين الطرفين وفي ظلها ينشأ على عاتق المنتج أو مقدم الخدمة التزام بإعلام طرف الآخر وتوضيح كل المعطيات التي تهم محل العقد³²¹، وبعد التزام بالإعلام إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات العامة المؤثرة في إقدامه إحجامه على التعاقد³²².

بحيث أن تحقيق الحرية التعاقدية لدى الطرف الأقل خبرة ودراية بمحل العقد يلزم أن تتم بطرق أخرى أهمها توفير الظروف الملائمة، حيث يكون على بينة بموضوع التعاقد وشروطه ومخاطره وطبيعته وخصائصه وسعر السلع أو الخدمات المعروضة أو الوسيلة الملائمة للوصول إلى إشباع الاحتياجات للمستهلك هي فرض التزام بالإعلام على المتعاقد الذي يتمتع بالقوة المعرفية والفنية وهو ما يعتبر بحق أداة فعالة لتحقيق الشفافية والنزاهة في العلاقات التعاقدية³²³ عموماً، والعلاقات التي تربط بين أطراف داخل السوق خصوصاً

³²⁰ من بين هذه القوانين:

- قانون زجر الغش في البضائع،
- قانون حرية الأسعار والمنافسة،
- قانون حماية المستهلك،
- مدونة تجارة،
- قانون الشركات قانون المنظم للوكالات والأسفار.

³²¹ مفيد الفارسي، "تأثير قانون المنافسة على قانون الالتزامات والعقود"، المرجع السابق، ص: 76.

³²² فاطمة الزهراء القرهوني، "آثار قانون 31:08 عدد لتدابير حماية المستهلك على قانون العقود والالتزامات"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية أ كدال، الموسم الجامعي 2015-2016.

³²³ بوعبيد عباس، "الالتزام بالإعلام في العقود"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض مراكش، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، الموسم الجامعي 2003-2002، ص: 6.

وهو ما يشكل انعكاسا إيجابيا على تطور قواعد المنافسة وضمن إن صح القول النقاء التجاري حرصا على تحقيق توازن المصالح الاقتصادية داخل السوق، مما يعني معه أن إعلام المستهلك يساهم في تشجيع المنافسة بين المهنيين لتحسين الإنتاج الذي يستجيب لرغبات المستهلك وكل ذلك من شأنه أن يؤثر بشكل إيجابي على التنمية الاقتصادية³²⁴. ويمكن حصر الالتزامات التي تقع على عاتق الفاعل الاقتصادي في ارتباطه المستهلك في مجال الإعلام إلى التزامين أولهما الحرص على إعلام المستهلك بالأسعار لأنه شرطا ضروريا لتحقيق الشفافية في السوق وتطوير المنافسة، ويحمي منشورا³²⁵، وثانيها الالتزام بإعلام الشروط الخاصة للبيع وإنجاز الخدمات حرصا على تنوير المستهلك وذلك طبقا للمادة الثانية من قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يقف عند هذا الحد بل نص على عقوبة تتراوح بين 2000 إلى 50000 درهم لكل استنادا إلى المادة 173 من قانون حماية المستهلك.

وعليه يجب على الموردين بأي وسيلة مناسبة وضع المستهلك في مكانة تتيح معرفة خصائص الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة، وإذا لزم الأمر تزويده بالمعلومات التي من المحتمل أن تمكنه من اتخاذ خيار عقلائي حسب احتياجاته وتحقيقا لرغباته:

وبناءً على ما تقدم نلاحظ ما يلي:

✍ على أن ضرورة الحرص الدائم على أن يكون مبدأ المنافسة التجارية مشروعا وحرأ، يلزم أن يخدم مصلحة المستهلك تحقيقا لإشباع حاجياته ورغباته بالائتمان المنافسة لقدرته التراتبية ووضعيته المالية مع الجودة العالية.

³²⁴ مهدي منير، "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية وجدة، الموسم الجامعي 2004-2005، ص: 182.

³²⁵ بوعبيد عباسي، "الالتزام بالإعلام في العقود"، المرجع السابق، ص: 379.

أن أهمية الالتزام بالإعلام في تنوير المستهلك، ساهمت في تطوير هذا الالتزام لدرجة أن البعض أصبح يقتضي عنه بمفاهيم أكثر إلزامية كالالتزام بالتبصير³²⁶.

ويجب الاعتراف على أن المشرع المغربي وسع من الضمانات بمقتضى قانون حماية المستهلك لهذا الأخير، حرصا على حسن عملية التعاقد داخل السوق الاقتصادية مما ساهم في منع كل ما من شأنه أن يؤثر على رغبة المستهلك تحقيقا لرغباته وإشباعها وما منع الإشهار الكاذب والمضلل.

ثانياً: منع الإشهار الكذب او المضلل

إن تطور الاقتصاد الحديث يعتمد على مجموعة من التقنيات التي توظف لتأثير على رغبات المستهلكين الذين يتم التركيز عليهم لأنهم يمثلون الغاية النهائية للإنتاج.

وعلى رأس هذه التقنيات وسائل الاتصال التي تلعب عبر التاريخ دورا أساسيا في الرفع من قيمة السلع والخدمات من خلال التعريف بالمؤسسة الإنتاجية والدعاية لتصريف منتجاتها في الأسواق.

وأمام تطور آليات السوق تغير مفهوم الاتصال ليصبح خطة اقتصادية يجب أن يعدلها العدة بشكل محكم حتى تحقق التفوق بين المنافسين، وذلك بالتأثير على المستهلك لإجبارهم على تغير سلوكهم الاستهلاكي الاقتصادي أو إعادة النظر في مواقفهم، اتجاه منتج أو خدمة معينة، على اعتبار أن هذه المواقف هي ظاهرة نفسية يكون الغرض منها التعريف بشيء مجهول لبعض الأفراد، أو التأثير على البعض الآخر الذي لا يكثرث لوجود منع في السلع أو في الضمان التي تعرض فيها الأسواق، وهو التأثير الذي لا يتم إلا بواسطة

³²⁶ انظر للتعمق أكثر بخصوص الالتزام بالإعلام، وبالتبصير ما يلي:

- عبد الرحمان الشرقاوي: "دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة: 2008، ص: 54.

- الحسين بلحساين، "أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره"، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، وجدة، عدد 4، دجنبر 2001، ص: 10 وما يليها.

الاتصال الذي أصبح يعد بمثابة الدعامة الأساسية لتحقيق الشهرة للمنتوج وهو ما يساهم في إعداد المستهلك لاتخاذ قرار بضرورة الشراء بدفعه ثم يدققه بعد ذلك إلى تحقيق هذه النتيجة بواسطة الاقتناع³²⁷.

والإشهار يعد من أهم الوسائل التي أصبحت تستخدم في تطوير الأنشطة الاقتصادية للشركات لزيادة الهائلة في الإنتاج والمنافسة الشديدة على التسويق ترغيبا في اقتناء المنتجات والحصول على أكبر قدر من الزبناء داخل السوق الاقتصادية من خلال بنیان مزاياها وإمكانياتها في إشباع رغبات مجموع المستهلكين³²⁸.

وعليه نظم المشرع المغربي الإشهار كأحد الممارسات التجارية المتعلقة بقانون حماية المستهلك وقد أفرد له أربع مواد من 21 إلى 24 من قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

ويعرف الإشهار بأنه "فن الذي يستخدم لممارسة التأثير النفسي على العموم لتحقيق أهداف تجارية أو هو توظيف مجموعة من الوسائل كيف ما كان نوعها للتعريف بالمقولة الصناعية التجارية أو الحرفية من أجل التباهي بالمنتوج أو خدمة معينة"³²⁹.

وقد عرف المشرع الإشعار في المادة 2 من قانون 37.03³³⁰ المتعلق بالاتصال السمعي البصري المحال عليه بمقتضى المادة 21 من قانون حماية المستهلك التي يستنتج منها أنه دون المساس بمقتضى المادة 2 و 67 من قانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، يمنع كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال ادعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه إذا ارتبط بحقيقة

³²⁷ مهدي منير، "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، المرجع السابق، ص: 229 وما يليها.

³²⁸ نوال شبيبة، "حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك في مجال البيوع"، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1- كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2013-2014 ص: 23.

³²⁹ بشرى الساروت، "استغلال الضعف والجهل لدى المستهلك المقترض"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الموسم الجامعي 2016-2017 ص: 33.

³³⁰ ظهير شريف رقم 1-04-257 المتعلق بالاتصال السمعي البصري جريدة الرسمية بتاريخ 23 ذو الحجة 1425-3 فبراير 2005.

وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيباتها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة...

وحيث جاء في المادة 2 من قانون 77.03 أن الإشهار هو شكل من أشكال الخطايا المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي سيتم بحثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجه لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف الترويج للتزويد بسلع أو خدمات بما فيها تلك المقدمة بتسمية فنتها في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي، أو فلاحي أو مهنة حرة، وإما للقيام بالترويج التجاري لمقاولة عامة أو خاصة³³¹.

والملاحظ في هذا التوجه أن الإشهار يجب أن يكون صحيحا أي لا يتضمن معلومات وبيانات مخالفة للحقيقة أو ما يسمى بالإشهار الكاذب بالشكل الذي يمكن المستهلك من تكوين فكرة وقناعة وصورة واضحة عن المنتج أو الخدمة المعلن عنها وعن خصائصها ومميزاتها بحيث يقدم على اقتنائها بإرادة حرة متتورة³³².

ونظرا لخطورة الإشهار الكاذب وتأثيره على السير العادي داخل السوق الاقتصادية مما ينعكس سلبا على الاقتصاد الوطني، فإنه لا يجب التساهل مع من تم هذا الإشهار لصالحه ويعد مسؤولا من هذه الادعاءات الكاذبة³³³، وهو ما تجسد فعلا عندما تشدد المشرع بمقتضى بعض القوانين الخاصة في العقوبة بحيث جاء في المادة 182 من قانون 103.12³³⁴ المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها أنه " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20000 درهم إلى 200000 درهم أو

³³¹ للمزيد من التوضيح انظر:

إبراهيم جعيدان، "حماية المستهلك في القروض العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الموسم الجامعي: 2020-2022، ص:77.

³³² عبد الإله العباسي، "حدود حرية الأسعار والمنافسة في القانون المغربي"، المرجع السابق، ص: 73.

³³³ مهدي منير، "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، المرجع السابق، ص: 262.

³³⁴ ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 24 ديسمبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الجريدة الرسمية عدد 6328 الصادرة بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015).

بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص عامل لحسابه الخاص أو لحساب شخص اعتباري:

يستعمل بغير حق تسمية تجارية أو عنوانا تجاريا أو إعلانا وبصورة عامة كل عبارة تحتمل على الظن أنه معتمد كمؤسسة ائتمان أو تحدث عمدا في أذهان الجمهور التباسا حول مزاوله نشاط بصفة قانونية.

يستعمل جميع أساليب التي يراد بها تشكيك الجمهور في صنف مؤسسة الائتمان الممنوحة من أجلها رخصة الاعتماد "

أما من حيث قانون حماية المستهلك فإنه يعاقب بغرامة من 50000 إلى 250000 درهم كل من خالف مقتضيات المادتين 21 و 22 المتضمنتان الضوابط القانونية للإشهار. كما يمكن رفع المبلغ الأقصى للغرامة المنصوص عليها في المادة نصف نفقات الإشهار المكون للجنة.

أما إذا كان المخالف شخصا اعتباريا يعاقب بغرامة تتراوح من 50000 درهم إلى 100000 درهم³³⁵.

الفقرة الثانية: التزامات اثناء التنفيذ

من خلال حماية من الشروط التعسفية (أولاً) أو من خلال منحه أجلا أو ما يسمى بالإمهال القضائي للوفاء بديونه في حالة إعساره تحقيقه لروح العدالة التعاقدية الواقعية (ثانياً).

أولاً: الحماية من الشروط التعسفية

عندما يدخل المستهلك في علاقة تبادلية مع المهنة، فإنه يهدف إلى إشباع حاجياته ورغباته من خلال الحصول على السلعة أو الخدمة تساوي القيمة النقدية التي يدفع ثمنها لكن وبحكم التفاوت في الخبرة والقوة الاقتصادية بين طرفين يمكن أن يقع المستهلك ضحية أما قيام المهني بإجراء شروط تعسفية تحقق له مصالحه على حساب المستهلك، وهو ما فتح

³³⁵ المادة 174 من قانون حماية المستهلك.

المجال أمام القضاء من أجل التدخل لإلغاء أو تعديل مثل هذه الشروط التعسفية التي من شأنها أن تثقل كاهل المستهلك ومنح تعويض عن الضعف الذي مارسه المهني بفعل قوته الاقتصادية لتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح³³⁶.

وهو ما يدل على الوعي التشريعي بمنح صلاحيات لتدخله للقضاء لمعالجة اختلال توازن بين المتعاقدين في ظل الظروف الاقتصادية التي أفرزت ظرفا قويا وآخر ضعيفا³³⁷.

وقد عرف المشرع المغربي الشرط التعسفي بمقتضى المادة 15 من قانون حماية المستهلك والتي جاء فيها: " يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك، كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلالا كبيرا بين الحقوق وواجبات طرفي العقد على حسب المستهلك".

وبناءً عليه يتبين أن المشرع اعتمد معيار اختلال كبر بين التزامات وحقوق وأطراف العقد على حساب المستهلك، بحيث أن الهدف من التدخل هو تحقيق عدالة تعاقدية تراعي مصالح المتعاقدين بنوع من المرونة³³⁸، مما يتسنى معه تجاوز هذا الإخلال الكبير.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 19 من قانون حماية المستهلك نجد أن للجهاز القضائي دورا مهما من خلال سلطته التقديرية في تقرير بطلان الشروط التعسفية وبالتالي اعتبارها كأن لم تكن علما أن هناك بعض من هذه الشروط لا يمكن إلغائها إنما الاكتفاء بتعديلها فقط وهو ما أكد عليه المشرع المغربي بمقتضى الفصل 264 مع³³⁹ من ق ل ع

³³⁶ (Yousra Eloufir, "le protection du consommateur contre les clauses abusibles" université Mohammed V Faculté des sciences juridiques Economiques et sociales Agdal, septembre 2014 p 19.

³³⁷ عبد الرحمان الشراوي، "دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي"، المرجع السابق، ص: 87.

³³⁸ فاطمة الزهراء القرحوني، "آثار قانون 31.08 المحدد لتدابير حماية المستهلك على قانون العقود والالتزامات"، المرجع السابق، ص: 38.

³³⁹ الفقرة الثالثة من الفصل 264 التي جاء فيها: " يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغ فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزائي "ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

الذي يمنح للقاضي صلاحية التدخل لمراجعة الشرط الجزائي دون إبطاله³⁴⁰ بحيث يكون تعسفا كلما استغل المتعاقدين قدرته الاقتصادية لفرض تعويض اتفاقي مبالغ فيه³⁴¹.

وبالرجوع إلى المادة 16 من قانون حماية المستهلك نجد أن المشرع قد عدد مجموعة من الضوابط القانونية تساعد القاضي على تكيف أن هذا الشرط هو شرط تعسفي وهي كالتالي:

◀ ضرورة احترام قواعد التأويل المنصوص عليها من الفصل 461 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود.

◀ الرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بالعقد وقت إبرامه.

◀ الرجوع إلى جميع بنود الواردة في العقد وقت إبرامه.

◀ الرجوع إلى جميع بنود الواردة في العقد.

أما بخصوص المادة 18 من نفس القانون فقد عدت بعض الشروط التعسفية التي تبقى واردة على سبيل المثال لا الحصر³⁴².

وفي هذا السياق يجب الاعتراف أن أحسن المشرع صنعا عندما جعل جراء بطلان الشروط التعسفية الغامض يقتصر عليها دون العقد إذا أمكن استمراره من دونها، على اعتبار أن هدف المستهلك من التعاقد هو المنفعة بالمنتج أو الخدمة وهو ما يحقق له المصلحة في تمكينه من الوصول إلى الغاية التي يتوخاها من التعاقد³⁴³، علما أن هاجس القضاء هو حماية المستهلك من مثل هذه الشروط وفق الضمانات التشريعية بحيث إنه لم

³⁴⁰ كوثر بجة، "المصلحة الفضلى للمستهلك"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الموسم الجامعي 2017-2018.

³⁴¹ محمد لبغيل، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع المغربي والمقارن"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، الموسم الجامعي 2009-2010، ص: 29.

³⁴² لبنى الزبيدي، "تكييف العقد الاستهلاكي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، الموسم الجامعي 2018-2018، ص: 35 وما يليها.

³⁴³ عبد المهيم حمزة، "النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن، دراسة على الأسس النظرية والجوانب العملية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، الموسم الجامعي 2003-2004، ص: 405.

يقف عند هذا الحد بل تعداه إلى ما يمكن تسمية بالإمهال القضائي الذي يخدم مصلحة المستهلك الذي أثرت عليه ظروف معينة سواء اقتصادية أو اجتماعية التي حتمت عليه عدم سداد مديونيته في الوقت المحدد وهو ما سنعالجه في النقطة الموالية.

ثانياً: المهلة القضائية

ينتج عن مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة وجوب تنفيذها في الأجل المحدد المتفق عليه بين الأطراف، إلا انه أحيانا يمكن أن تعترض المدين صعوبات خارجة عن إرادته ضمن ضائقة مالية أو وضعية اقتصادية أو حالة اجتماعية غير متوقعة تمنعه من الأداء في الأجل المتفق عليه أو المحدد قانونا، ولتقادي الأضرار به منح المشرع للقضاء سلطة تقديرية لتمكين المدين من فرصة إضافية تمكنه من الوفاء بديونه ضمن إطار المهلة القضائية، استنادا إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 243 من ق ل ع والذي جاء فيه: " مع ذلك يسوغ للقضاء مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق أي يحتوى أجالا معتدلة للوفاء أو أن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها".

ما يعاب على هذا الفصل أن لم يحدد الجهة المختصة بمنح المهلة القضائية لان عبارة للقضاء تشمل قضاة الموضوع وقضاء الأمور الاستعجالية إلا أنه قد تدارك قانون 31.08 ذلك وأسند اختصاص منح الإمهال القضائية في العقود الاستهلاكية إلى رئيس المحكمة وليس لقاضي الموضوع استنادا إلى مقتضيات المادة 149³⁴⁴ من القانون السالف الذكر.

وهو ما أكده القضاء المغربي من خلال قرار محكمة النقض عدد 1/366 المؤرخ في 2014/06/19 حيث جاء فيه: " لكن حيث أن محكمة مصدره القرار المطعون فيه كما علل قرارها بأنه : " حيث إن كان من حق المستأنف الاستفادة من المهلة القضائية المنصوص عليها في المادة 119 من قانون 31.05 المتعلق بحماية المستهلك الذي أضاف المشرع على مقتضيات صبغة النظام العام التي تمنح للمقترض حق الاستفادة من المهلة القضائية وفق تنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد القرض لمدة مناسبة مع عدم ترتيب

³⁴⁴ المادة 149 من قانون 31.05 المتعلق بتدابير حماية المستهلك.

أي فائدة أثناء ترتيب المهلة القضائية في حالة حرمانه من أجره بسبب فصله عن العمل، فإن إيقاف تنفيذ التزامات المدين يتم بناء على أمر يصدره رئيس المحكمة المختصة³⁴⁵ تكون قد طبقت مقتضيات المادة 149 تطبيقاً سليماً، وأن عبارة يجوز للقاضي الواردة في الفقرة الثانية من المادة المذكورة تعود على رئيس المحكمة باعتباره هو من يصدر الأوامر وليس محكمة الموضوع³⁴⁵.

وبناءً على ما تقدم يتضح أن المشرع منح للقاضي دوراً جديداً وهو المتمثل في منح سلطة تقديرية لمنح المستهلك مهلة قضائية للوفاء بالتزاماته وذلك وفقاً للشروط الآتية:

❧ ألا يصيب الدائن بسبب المهلة المسيرة ضرر جسيم.

❧ أن يكون الأجل معقولاً.

❧ أن لا يكون هناك نص تشريعي يمنع القاضي من منح مهلة المسيرة كما هو الشأن للمادة 304 من مدونة التجارة المتعلقة بالشيك، حيث تمنع أي إمهال قضائي

❧ غير أن ما يلاحظ على أن المشرع المغربي قرن قرر الحصول على المهلة القضائية ضرورة تعلق المنازعة بالقروض العقارية أو الاستهلاكي لا غير وهو مما من شأنه المساس بالحماية المخولة للمستهلك على اعتبار أن المنازعات الاستهلاكية غير محصورة على القروض فقط.

وهو ما يشكل قصوراً في تحقيق التوازن بين المصالح الاقتصادية خارج نطاق عقود القرض من خلال مهلة القضائية.

³⁴⁵ قرار محكمة لنقض الغرفة التجارية (القسم الأول) عدد 1/366 مؤرخ في 2014/06/19 مشار له عند لبنى الزبيدي، تكيف العقد الاستهلاكي المرجع السابق، ص: 42.

إذ كان على المشرع أن يوسع من نطاق الاستفادة من هذا الامتياز القضائي ليشمل كل الفئات الاستهلاكية في مجال العقود الادعائية التي يتعذر فيها على هذه الفئة تنفيذ التزاماتها لأسباب اقتصادية واجتماعية تتجاوز إمكانياتهم المحدودة³⁴⁶.

الخاتمة

إن واقع العلاقات التعاقدية داخل السوق يصيبها نوع من عدم التكافؤ في المراكز التعاقدية، الناتج عن تفاوت القوة الاقتصادية لطرفي العقد، وهو ما دفع بالمشرع لمحاولة سن قواعد من شأنها خلق ضوابط قانوني تساهم في تحقيق توافق بين الطرفين، هذه الضوابط التي تنبع من أسس اخلاقية حمائية.

وهو ما يخول لنا الاعتراف ان تطور القاعدة القانونية واكبه تطور مبادئ النظرية العامة على رأسها مبدأ حسن النية الذي يمكن تسميته في ظل واقع بروز قواعد ذات طابع اقتصادي وفق ما تم دراسته لمبدأ حسن نية الاقتصادي على أساس ان جل القواعد الحمائية منبثقة من كنه هذا المبدأ ذو الطابع الاخلاقي مما يجعلنا نؤكد على مرونة مبدأ حسن نية الذي يطوع وفق اي تغييرات بآليات تشريعية وقضائية.

³⁴⁶ عبد القادر العرعاري، "مصادر الالتزامات الكتاب الأول، نظرية العقد"، دار الأمان، الرباط، الطبعة الرابعة، سنة 2014 ،

نهاده الغوتي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس - الرباط -

الشرعة الدولية للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية

يتسم الواقع الاقتصادي العالمي المعاصر- الذي تسيطر عليه أفكار العولمة - بهيمنة التكنولوجيا الحديثة بشتى أشكالها باسطة أجنحتها على مختلف المعاملات الاقتصادية ومؤثرة في جميع العلاقات القانونية³⁴⁷ بجل مجالاتها بما في ذلك مجال الملكية الفكرية ، والتي عرفت بفعل استخدام ملكة العقل اللامتناهية تطورا مضطردا إلى حد أصبحت تتمظهر فيه بشكل لا محسوس، وفي مقابل ذلك فإن الاستخدام السلبي للعقل دائما ما سعى إلى تطوير أساليب الجريمة حتى امتدت بدورها إلى العالم الافتراضي لتصبح حقوق الملكية الفكرية هي الضحية الأولى لهذا الأسلوب الجرمي خصوصا مع ارتفاع قيمتها الاقتصادية.

وفي ظل هذا الترابط المنطقي بين صورتى استخدام العقل في زمن المعلومات سواء الإيجابية المتمثلة في الملكية الفكرية أو السلبية المتمثلة في الجريمة المعلوماتية أفرز لنا ما يسمى بالجريمة المعلوماتية³⁴⁸ في مجال الملكية الفكرية.

ولا جدال في أن الجرائم المعلوماتية أضحت من أخطر وأعقد الجرائم باعتبارها عابرة للحدود، حيث تستخدم فيها أحدث التقنيات وتتميز بانتشار مرتكبيها في أغلب الأحيان عبر دول مختلفة، بحيث فقدت الحدود الجغرافية كل أثر في الفضاء الشبكي المتشعب العلاقات،

³⁴⁷ - عبد اللطيف هداية الله، تقديم مؤلف محمد محبوب، النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الثانية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، 2011، الرباط، ص7.
³⁴⁸ - KHAÏLOV تجدر الإشارة إلى أن المعلوماتية مصطلح استعمله أول مرة البروفيسور، مدير المعهد بالاتحاد السوفياتي سابقا وسما لعلم المعلومات العلمية، ثم دأع استعماله بعد ذلك على مستوى جغرافي واسع وبمفاهيم متباينة، حتى أحصى له البعض أكثر من ثلاثين تعريفا مختلفا في الكتابات المتخصصة في علم المعلومات.
-خالد الشرفاوي السموني، مكافحة الجرائم الالكترونية على ضوء التشريعين الوطني والدولي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 102، يناير-فبراير 2012، ص 129الاتحادي للمعلومات العلمية والتقنية

وأصبحنا بالتالي أمام جرائم تتم في فضاء إلكتروني معقد عبارة عن شبكة اتصالات لامتناهية غير مجسدة وغير مرئية متاحة لأي شخص حول العالم وغير تابعة لأي سلطة حكومية، يتجاوز فيها السلوك المرتكب المكان بمعناه التقليدي، له وجود حقيقي وواقعي لكنه غير محدد المكان³⁴⁹.

لأجل كل هذا كان من الضروري إيجاد إطار قانوني دولي لمكافحة هذا النوع من الجرائم التي تتعدى الحدود الجغرافية لدولة معينة وتؤدي إلى إفلات العديد من المجرمين المعلوماتيين من العقاب تحت ذريعة مبدأ الشرعية الجنائية.

يعتبر موضوع حماية الملكية الفكرية من أكثر المواضيع صعوبة وتشابكا سواء فيما يتعلق بالتفاوض حول التوصل إلى اتفاقية دولية بشأنها أو صياغة التشريعات الوطنية الخاصة بها، أو وضع تلك التشريعات الوطنية موضوع التنفيذ، وتعتبر الاتفاقيات مصدرا من المصادر الدولية للتشريعات، ويقصد بالمصادر الدولية المعاهدات والاتفاقيات الدولية سواء تعلق الأمر بالاتفاقيات الجماعية أو الثنائية³⁵⁰، حيث تجدر الإشارة هنا أن حقوق الملكية الفكرية لم تكن محمية دوليا إلا بعد سنة 1883، حيث كان لكل دولة مطلق الحرية في سن تشريعاتها كما تريد بدون قيد أو شرط، ومع تطور التجارة الدولية وانتقال السلع والبضائع خارج إقليم الدولة دون أن تجد إطارا قانونيا يحميها، بدأ التفكير في توحيد قوانين الملكية الفكرية بإبرام اتفاقيات دولية³⁵¹ وأخرى إقليمية.

وعليه تم إصدار العديد من الاتفاقيات التي تهدف لتصدي للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية، مما يجعل من المشروع بأن نجعل الإشكالية المحورية تتحدد في إلى أي حد استطاعت هذه الاتفاقيات توفير مقتضيات كفيلة بتأطير الجريمة المعلوماتية في ظل الصور المتعددة لهذه الأخيرة في مجال الملكية الفكرية؟

لمعالجة الإشكالية السالفة الذكر سنعتمد خطة منهجية قائمة على مقارنة تعتمد مجال التطبيق عبر ثنائية المجال الدولي والمجال الإقليمي على الشكل التالي:

³⁴⁹ - سومية عكور، الإطار القانوني للجريمة المعلوماتية بالمغرب: قراءة في التشخيص والزجر، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد الأول، 2017، ص 117.

³⁵⁰ - عبد اللطيف غفار، المعلوماتية وانعكاساتها على الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية، مجلة المحامي، العدد 70، 2017، ص 303.

³⁵¹ - محمد محبوبي، تطور حقوق الملكية الفكرية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 6، 2004، ص 53.

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية المؤطرة للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية
المطلب الثاني: الاتفاقيات الاقليمية المؤطرة للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية
الفكرية

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية المؤطرة للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية

تعتبر الجريمة المعلوماتية جريمة عابرة للحدود أي أنها لا تهم فقط بلد معين، بل تهم كل دول العالم، لذلك كان لزاما على هذه الأخيرة التصدي لهذه الظاهرة والعمل جاهدا على محاربتها، وتكثيف الجهود من أجل مكافحة هذه الآفة الخطيرة التي تهدد الفرد والمجتمع من خلال اتفاقيات دولية، والتي ساهمت بشكل كبير في تنظيم الجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية خصوصا اتفاقية بودابست (الفقرة الأولى) واتفاقية لويبو (الفقرة الثانية) وهذا ما سيتم معالجته تبعا.

الفقرة الأولى: اتفاقية بودابست

تعتبر اتفاقية بودابست³⁵² من أهم الاتفاقيات التي ترمي إلى مكافحة الجرائم المعلوماتية عن طريق التعاون الدولي، والتي تم إبرامها من طرف الدول الأعضاء في مجلس أوروبا وذلك بهدف وضع سياسة جنائية موحدة تمكن من ملاحقة المخلين بالأمن المعلوماتي وتنسيق التعاون القضائي وخاصة على مستوى التحقيق في الجرائم التي ترتكب عن طريق استخدام وسيلة الكترونية³⁵³.

وبالرجوع إلى أحكام هذه الاتفاقية نجدها قد تضمنت 48 مادة موزعة على أربعة فصول حيث خصص الفصل الأول لتحديد المصطلحات³⁵⁴ فيما تطرق الفصل الثاني والذي

352 - حيث تم إبرامها في 22 نونبر 2001.

353 - حليلة بن حفو، محاربة الجرائم الالكترونية على الصعيد الدولي "الواقع والأفاق" مجلة العلوم الجنائية، العدد الأول، 2014، ص202.

354 - والذي نجد مادته الأولى قد عرفت نظام الحاسوب بأنه:

«Système informatique : est tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme un traitement automatisé de données »

يهما في هذا المقام إلى الإجراءات الواجب اتخاذها على المستوى المحلي والذي نجد المادة الثانية منه قد جرمت الدخول غير المشروع إلى الشبكات والأنظمة المعلوماتية وانتهاك إجراءات الحماية بقصد الحصول على البيانات أو لأي غرض إجرامي آخر³⁵⁵، أما المادة السابعة والثامنة فقد جرمتا التزوير والاحتيايل بواسطة الحاسوب عبر إتلاف ومسح وتعديل أو حذف البيانات المعلوماتية بدون وجه حق للحصول على منفعة اقتصادية من الغير.

وحرى بالبيان أن المادة العاشرة³⁵⁶ من اتفاقية بودابست كانت أكثر صرامة حيث تطرقت للجرائم المتعلقة بالملكية الفكرية وألزمت كل طرف أن يتبنى الإجراءات التشريعية اللازمة لتجريم الاعتداءات الواقعة على الملكية الفكرية، مع احترام الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية باريس، واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، وكذا اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وذلك باستثناء كل حق معنوي منصوص عليه في هذه الاتفاقية عندما يرتكب عمدا، على مستوى تجاري بواسطة نظام معلوماتي....

وبالاطلاع على المذكرة التفسيرية لهذه الاتفاقية نجدها تنبه إلى أن انتهاكات حقوق الملكية الفكرية، وعلى وجه الخصوص حق المؤلف تعتبر الجرائم الأكثر انتشارا على الانترنت، كما أن إعادة إنتاج وبت المصنفات المحمية عبر الانترنت (خصوصا الأعمال الأدبية والتصويرية والموسيقية والسمعية البصرية) بدون موافقة مؤلفها هو أمر شائع للغاية، هذا بالإضافة إلى أن السهولة التي توفرها التكنولوجيا الرقمية للنسخ الغير المصرح

355 - خالد عياد حلبين، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2011، ص256.

356 - حيث نجد المادة العاشرة من الاتفاقية تنص على أن:

« 1- chaque partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément a son droit interne, les atteintes a la propriété intellectuelle, définies par la législation de ladite partie, conformément aux obligations que celle-ci a souscrites en application de l'Acte de paris du 24 Juillet 1971 portant révision de la conventions de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, de l'accord sur les aspects commerciaux des droit de propriété intellectuelle et du traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle a l'exception de tout droit moral conféré par ces conventions, lorsque de tels actes sont commis délibérément a une échelle commerciale et au moyen d'un système informatique »

به، كل هذا فرض ضرورة وضع نصوص تشتمل على جزاءات جنائية صارمة وتعزز التعاون الدولي في هذه المجال³⁵⁷.

تأسيا على ما سبق يتبين أن اتفاقية بودابست جاءت بأحكام صارمة في مواجهة الجريمة المعلوماتية عامة والمتعلقة بالملكية الفكرية خاصة نظرا للمكانة التي تحتلها، وبغية حماية حقوق الملكية الفكرية من أي اعتداء قد يمسها ويلحق الضرر بمبتكريها ومؤلفيها خصوصا أمام الثورة التكنولوجية التي سهلت القيام بأي اعتداء دون وجه حق ودون ترك أي أثر.

الفقرة الثانية: اتفاقية لويبو

يرجع تأسيس المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) إلى سنة 1967 حيث تم توسيعها في استوكهلم بالسويد وأصبحت هذه المنظمة إحدى الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة اعتبارا من 17 دجنبر 1974³⁵⁸.

واتفاقية³⁵⁹ WIPO جاءت كنتاج لمجهودات المنظمة العالمية للملكية الفكرية في مجال حقوق المؤلف من الاعتداءات التي قد تلحقه، حيث تم بتاريخ 20 دجنبر 1996 اعتماد معاهدة لويبو بشأن حق المؤلف³⁶⁰، وذلك بتقنين حق المؤلف ومكافحة الجرائم المرتبطة بالملكية الفكرية ضمن شبكة الانترنت³⁶¹.

وبالإطلاع على أحكام هذه الاتفاقية نجد ديباجتها أكدت على أن هذه الاتفاقية جاءت نتيجة الحاجة الملحة إلى تطبيق قواعد دولية جديدة تفسر بعض القواعد المعمول بها لإيجاد

³⁵⁷ - هلاي عبد الإله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، معلق عليها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2007، القاهرة، ص من 130 إلى 132.

³⁵⁸ - محمود احمد عبانة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص159. re de l'économie numérique, les è-voir aussi : Othman lhrai, la propriété intellectuelle à l' mécanismes de protection internationaux, Op.cit, p26.

³⁵⁹ - اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية، والتي جاءت تسميتها نتيجة للحروف الأولى لترجمتها باللغة الانجليزية World Intellectual Property Organization.

³⁶⁰ - حيث يصطلح عليها باللغة الانجليزية (WIC) Wipo Copyright Treaty (WIC).
³⁶¹ - محمد حسين قاسم وآخرون، موسوعة التشريعات العربية في الملكية الفكرية وأهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية ذات الصلة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص69.

حلول مناسبة لمواجهة التطورات الحديثة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأثيرهما على ابتكار المصنفات الأدبية والفنية.

إن اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحماية حق المؤلف تحظى بأهمية بالغة في هذا المجال خصوصا وأنها أتت بحلول للتحديات التي يطرحها الاستخدام المكثف للتكنولوجيا الرقمية وتفاذي القصور على مستوى الاتفاقيات الدولية لحماية حق المؤلف³⁶².

وبقراءة متأنية لمواد هذه الاتفاقية التي تكونت من خمسة وعشرون مادة، نجد مادتها الرابعة توفر حماية فعالة لبرامج الحاسوب³⁶³ باعتبارها مصنفات أدبية، بمعنى المادة 2 من اتفاقية برن وتطبق هذه الحماية على برامج الحاسوب أيا كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها لتضيف المادة الخامسة من هذه الاتفاقية أن مجموعة البيانات وقواعد البيانات تتمتع بالحماية بصفتها هذه أيا كان شكلها، إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها³⁶⁴.

ولهذا الغرض حثت هذه الاتفاقية³⁶⁵ الدول الأعضاء أن تنص في قوانينها على إجراءات فعالة ضد التحايل على التدابير التكنولوجية التي يستعملها المؤلفون فيما يتعلق بمصنفاتهم.

يتبين إذن أن اتفاقية لويبو الأولى والمتعلقة بحقوق المؤلف جاءت بقواعد فعالة لحماية حق المؤلف بصفة عامة وبرامج الحاسوب بصفة خاصة والتي أعطت حماية للبيانات والابتكارات الفكرية ضد أي اعتداء قد يلحق بها.

³⁶² - ناصر جلال، حقوق الملكية الفكرية والاقتصاد الجديد، دون ذكر الطبعة، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2006، ص 252.
³⁶³ - حيث قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بجمع خبراء حق المؤلف من شتى الدول لإعداد نصوص نموذجية في هذا الشأن، يكون الهدف منها هو مساعدة الدول على استكمال تشريعاتها في مجال حماية البرامج أو مجرد توضيحها.
-محمد حسام محمود لطفي الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الإلكتروني الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، 1978، ص 161.

³⁶⁴ - منير محمد الجبنيهي، ممدوح محمد الجبنيهي، التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، دون ذكر الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 126-127.
³⁶⁵ - انظر المادة 11 من اتفاقية Wipo.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الإقليمية المؤطرة للجريمة المعلوماتية في مجال الملكية الفكرية

لقد عملت بعض الاتفاقيات الإقليمية على توفير حماية فعالة ضد الجريمة المعلوماتية عموماً وفي مجال الملكية الفكرية على وجه الخصوص. فالتطرق لهذا المطلب سيتم عبر الحديث عن اتفاقية المجلس الأوروبي (الفقرة الأولى)، لنعرج بالحديث بعد ذلك عن الاتفاقية العربية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اتفاقية المجلس الأوروبي

تعتبر اتفاقية المجلس الأوروبي من الاتفاقيات الإقليمية التي حثت على محاربة الجريمة المعلوماتية في مختلف المجالات وعلى عدة مستويات، وكما يدل اسمها على ذلك فهذه الاتفاقية همت بالأساس دول الاتحاد الأوروبي.

ويعود تاريخ هذه الاتفاقية إلى 28 يناير 1981 حيث وقعت اتفاقية تحت مظلة المجلس الأوروبي يتعلق بحماية الأشخاص في مواجهة المعالجة الالكترونية ذات الصبغة الشخصية³⁶⁶.

وبعد ذلك تم تنويع جهود المجلس الأوروبي بإصدار اتفاقية شاملة تتعلق بجرائم الحاسوب الآلي، وذلك في اجتماع في ستراسبورغ في الخامس والعشرين من أبريل سنة 2000³⁶⁷.

وقد أشارت ديباجة هذه الاتفاقية إلى أن الدول الأعضاء وحرصاً منها على حماية مجتمعاتها من جرائم الحاسب الآلي، يجب عليها وضع التشريعات الملائمة وتعزيز التعاون الدولي سيما مع تزايد معدلات الجرائم المرتبطة بالتقنية من جرائم شبكات الحاسب الآلي، والاعتداء على المعلومات الإلكترونية؛ كما انه يجب على الدول الأعضاء في الاتحاد أن

³⁶⁶ - أسامة عبد الله فايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1994، ص83.

³⁶⁷ - محمود أحمد عباينة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، م س، ص165.

تأخذ بعين الاعتبار التوصية N.R(89)9 المتعلقة بالجرائم المتصلة بالحاسب الآلي، والتوصية N.R(89)13 المتعلقة بالمشاكل التي تعيق قانون الإجراءات الجنائية في مجال جرائم الحاسب الآلي. كما أوصى مؤتمر براغ لسنة 1997 بضرورة دعم اللجنة الأوروبية لمعضلات الحاسب الآلي، ثم قمة ستراسبورغ لتقييم ردة الفعل أو مدى التجاوب العام مع تكنولوجيا المعلومات الحديثة³⁶⁸.

حيث دعا المجلس في توصيته الصادرة في خصوص جرائم الحاسب الآلي البنوك الأعضاء إلى تجريم الاستعمال غير المصرح به لنظام الحاسب الآلي، وذلك ضمن القائمة الاختيارية التي اقترحها المجلس إلى جانب القائمة الأساسية لجرائم الحاسب الآلي³⁶⁹.

وبالرجوع إلى نص هذه الاتفاقية نجدها قد تكونت من خمسة فصول، خصص فصلها الأول لضبط المصطلحات، حيث جاء في المادة الأولى من هذه الاتفاقية عدة تعريفات من بينها تعريف نظام الحاسب بأنه أي جزء من الأجزاء المترابطة التي تعالج البيانات وتشغل البرامج، كما تطرق العنوان الرابع من الفصل الثاني لحقوق النسخ والاعتداءات المتصلة بها (copying and related offence)، حيث أن المادة العاشرة في فقرتها الأولى أشارت إلى وجوب تبني الدول في تشريعاتها نصوصاً قانونية رادعة لإعادة إنتاج أو توزيع أي مواد محمية بقوانين حماية الملكية، من خلال الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليها بواسطة الحاسب الآلي، بالشكل المخالف لاتفاقية برن بشأن المصنفات الأدبية والفنية، وبفقرتها الثانية إلى حقوق التأليف المحمية في الدول المجاورة كما ورد في اتفاقية لويبو³⁷⁰.

يتبين إذن أن اتفاقية المجلس الأوروبي وفرت حماية لحقوق المؤلف ضد أي اعتداء عموماً ونسخ المصنفات أو إعادة إنتاجها أو توزيع أي مصنف محمي بدون وجه حق.

فإذا كانت هذه الجهود على المستوى الأوروبي فماذا عن المستوى العربي؟

368 - محمود احمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، م س، ص165.
369 - نائلة عادل محمد فريدة قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص413.
370 - محمود احمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، م س، ص166-168.

الفقرة الثانية: الاتفاقية العربية

تعتبر الاتفاقية العربية المتعلقة بمكافحة جرائم تقنية المعلومات اتفاقية تم إعدادها من قبل لجنة مشتركة بين المكتب التنفيذي لمؤتمر وزراء الداخلية العرب³⁷¹، حيث تكلفت الجهود العربية المبذولة في إطار حماية الملكية الفكرية وحق المؤلف خصوصا في إبرام هذه الاتفاقية³⁷².

ومن خلال الاطلاع على المذكرة التوضيحية بخصوص هذه الاتفاقية، نجد أن المملكة المغربية قد وقعت على هذه الاتفاقية خلال انعقاد الاجتماع الوزاري المشترك لمجلس وزراء العدل والداخلية العرب الذي عقد يوم 21 دجنبر 2010 بالقاهرة، والذي شهد توقيع سبعة عشر دولة، وهي الأردن، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، تونس، الجزائر، المملكة العربية السعودية، السودان، سوريا، العراق، سلطنة عمان، فلسطين، قطر، الكويت، ليبيا، مصر، موريتانيا واليمن³⁷³.

وبالعودة إلى أحكام هذه الاتفاقية نجدها قد تكونت من ثلاثة وأربعون مادة مقسمة على خمس فصول، حيث أشار الفصل الأول إلى الأحكام العامة (الهدف من الاتفاقية، تحديد المصطلحات، مجالات تطبيق الاتفاقية والسيادة)، أما الفصل الثاني فتطرق إلى التجريم، فيما عنون الفصل الثالث والرابع على التوالي بالأحكام الإجرائية والتعاون القانوني والقضائي، ليكون الفصل الخامس ختام الاتفاقية حيث تعلق بالأحكام الختامية.

وبقراءة متأنية لمقتضيات الفصول المؤطرة لهذه الاتفاقية، نجد أن المادة السادسة منها قد جرمت الدخول غير المشروع أو البقاء وكل اتصال غير مشروع مع كل أو جزء من تقنية المعلومات أو الاستمرار به، كما تشدد العقوبة إذا ترتب على هذا الدخول أو البقاء أو الاتصال أو الاستمرار بهذا الاتصال محو أو تشويه أو نسخ أو نقل أو تدمير للبيانات

371 - عبد الفتاح بيومي حجازي، التزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، 2008، ص 17.

372 - محمود احمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، م س، ص 171.

المحفوظة والأجهزة والأنظمة الالكترونية وشبكات الاتصال وإلحاق الضرر بالمستخدمين والمستفيدين.

ويعتبر الاعتداء على سلامة البيانات وإساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات من الجرائم المنتشرة بكثرة عبر الوسائط المعلوماتية لهذا تتناولها أيضا هذه الاتفاقية³⁷⁴.

هذا بالإضافة إلى جريمة التزوير والاحتيال، حيث يعتبر تزويرا حسب هذه الاتفاقية كل استخدام لوسائل تقنية المعلومات من أجل تغيير الحقيقة في البيانات تغييرا من شأنه إحداث ضرر وبنية استعمالها كبيانات صحيحة، أما المتسبب بإلحاق الضرر بالمستخدمين والمستخدمين عن قصد وبدون وجه حق بنية الاحتيال لتحقيق المصالح والمنافع بطريقة غير مشروعة للفاعل أو للغير عن طريق:

1- ادخال أو تعديل أو محو أو حجب للمعلومات والبيانات؛

2- التدخل في وظيفة أنظمة التشغيل وأنظمة الاتصالات أو محاولة تعطيلها أو تغييرها.

تعطيل الأجهزة والبرامج والمواقع الالكترونية، فيمثل جريمة الاحتيال حسب المادة الحادية عشر من هذه الاتفاقية.

وبما أن الجرائم المتعلقة بالملكية الفكرية عموما وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة خصوصا تعتبر من جرائم تقنية المعلومات، فقد خصصت لها هذه الاتفاقية المادة السابعة عشر والتي همت الجرائم المتعلقة بانتهاك حق المؤلف، حيث جرمت انتهاك حق المؤلف كما هو معروف حسب قانون الدولة الطرف، وذلك إذا ارتكب الفعل عن قصد ولغير الاستعمال الشخصي.

374 - حيث أن المادة الثامنة من هذه الاتفاقية نصت على أن:
الاعتداء على سلامة البيانات:

- 1- تدمير أو محو أو إعاقه أو تعديل أو حجب بيانات تقنية المعلومات قصدا وبدون وجه حق.
 - 2- أن يستلزم لتجريم الأفعال المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة أن يتسبب بضرر جسيم.
- أما المادة التاسعة: جريمة إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات:
- 1- إنتاج أو بيع أو شراء أو استيراد أو توفير
 - 2- حيازة أية أدوات أو برامج مذكورة في الفقرتين أعلاه بقصد استخدامها لغايات ارتكاب أي من الجرائم المذكورة في المادة السادسة إلى المادة الثامنة.

يستنتج إذن من أحكام هذه الاتفاقية التي تم تحليل فقط بعض منها أنها كانت صارمة في مواجهة الجريمة المعلوماتية عموما والجرائم المتعلقة بالملكية الفكرية خصوصا، حيث أقرت عقوبات زجرية في مواجهة هذه الجرائم وهذا ما يتبين من خلال فصول هذه الاتفاقية.

الخاتمة:

بناء على ما تقدم، يمكن القول أن الجريمة المعلوماتية التي يتميز فيها المجرم بالذكاء السلبي، و مجال الملكية الفكرية الذي أساسه الابداع و الابتكار و استخدام ملكة العقل شكلا ثورة على جميع القواعد الوطنية والدولية، مما دفع بالاتفاقيات الدولية والإقليمية أن تحرص على توفير حماية فعالة لحقوق الملكية الفكرية في هذا المجال؛ إلا أن الطبيعة الخاصة التي تكتسبها هذه الجريمة المركبة جعل الإحاطة بجميع مكوناتها أمر صعب يستدعي إعادة النظر في هذه الاتفاقيات ومحاولة تحيينها تماشيا مع الثورة الرقمية التي تطور مستمر.

عبد الهادي هزاع درعه

طالب بسلك الدكتوراة في القانون العام بجامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط

مسؤولية القطاع الصحي القطري عن حسن الرعاية الصحية

مقدمة:

تشكل الرعاية الصحية في البلدان المتقدمة جزءاً متكاملًا من نظام الدولة ككل، وذلك لارتباطها بالصحة العامة وبمقدمي الخدمات الصحية، فالغاية المنظمة تتمحور إلى حد كبير حول تعزيز الرعاية الصحية، وتجنب المعالجة غير الضرورية.

وتحتاج الرعاية الصحية إلى قيم حتى تستطيع توفير الصحة للجميع، وإلى وجود نظم صحية تضع الناس في صلب الرعاية الصحية، الأمر الذي يتطلب سياسات وقيادات قوية، مهمتها الإشراف على تقديم خدمات الرعاية الصحية المتمركزة حول الشخص، والتي من المفروض أن يتم تقديمها بصفة شاملة ومتكاملة ومنسقة، بالإضافة إلى التركيز على الصحة والوقاية من الأمراض وأنماط الحياة الصحية.

وقد طورت الأدبيات العلمية والحقوقية والصحية كثيراً من المعايير والمفاهيم التي تمس هذا الجانب، لكنها أحياناً تظل أدبيات أو معايير منفصلة عن الشريعة الإسلامية، والتي بينت أن سلامة الإنسان وصحته والمحافظة عليها من الأهداف السامية التي جاءت بها.

ويشكل التطور الكبير في المجال العلمي والتكنولوجي وما رافقه من اختراعات واكتشافات أثر كبير على صحة البشرية، خاصة إذا ما أحسن استغلالها، وتم وضع القوانين والضوابط اللازمة التي تحكم مسؤولية توظيفها لتحسين صحة الساكنة.

ولقد أقرت دول العالم في تشريعاتها والمواثيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية العديد من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الإنسان، ولعل من أبرز هذه الحقوق هي الرعاية الصحية، مما يبرز عناية الدول بالصحة العامة، وتوفير وسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، فالصحة أعلى ما يملكه الإنسان من ثروات في الحياة، وبفقد الرعاية والمحافظة والمتابعة، تتحقق الرفاهية والتمتع بالحياة التي هي أعظم نعمة من الله عز وجل.

إن الدولة تسعى إلى إثبات حاجات المواطنين عملاً بمفهوم الدولة التدخلية، عبر مجموعة من مؤسساتها، ومن ضمنها المؤسسات والمرافق الصحية العامة.

وكما قال بعض الفقهاء في تعريفهم للقانون الإداري أن الدولة هي جسم وخلاياها هي المرافق العامة³⁷⁵، فإن مسؤولية ضمان الدولة للحق في الصحة يقع تنفيذه على مرافقها الصحية، تمارسه وفق القوانين المنظمة، وتتحمل بموجبه مسؤولية ضمان صحة الساكنة وتعزيزها.

ولمعالجة هذا الموضوع نقترح التالي:

المحور الأول: ضمان حسن الرعاية الصحية بين مسؤولية المؤسسات الصحية ومسؤولية الطبيب.

المحور الثاني: مسؤولية دولة قطر عن توفير الرعاية الصحية.

المحور الأول: ضمان حسن الرعاية الصحية بين مسؤولية المؤسسات الصحية ومسؤولية الطبيب

إذا كان من الثابت أن العلاقة بين الطبيب والمريض في مجال الممارسة الحرة لمهنة الطب هي علاقة تعاقدية في نطاق القانون الخاص، فإن الأمر ليس كذلك في مجال الممارسة الطبية من خلال المؤسسات الصحية العامة، إذ من الواضح أن المريض لا يرتبط بأية علاقة تعاقدية سواء مع المؤسسات الصحية العامة أو مع الدكتور المعالج بها.

أ- مسؤولية المؤسسات الصحية العامة في ضمان الرعاية الصحية

وهذه العلاقة تنشأ من خلال الخدمات الطبية التي تقدمها المؤسسات الصحية العامة باعتبارها مرفقاً عاماً، تلتزم بإشباع الحاجات العامة للجمهور، فالقائمين على تسيير هذه المرافق العامة، يعتبرون بمثابة أعضاء فيها، أي أن كافة أعمالهم تكون منسوبة للمرفق ذاته، فيتحمل المرفق مسؤولية أعمالهم تجاه جمهور المستفيدين³⁷⁶.

فالتبيب العامل في المستشفيات العامة يعتبر تابعاً لها، ولو كانت هذه التبعية تبعية إدارية، فإنها كافية لأن تتحمل المؤسسة الطبية العامة مسؤولية أخطاء العاملين فيها. ففي فرنسا

375 محي الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 14.

376 محمد مصطفى الجمال، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، الحلبي، سنة 2000، ص 97. (المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق في جامعة بيروت العربية).

ومنذ العام 1908، عندما تقرر اختصاص المحاكم الإدارية في نظر المنازعات المتعلقة بالمسؤولية الطبية الناتجة عن أعمال موظفي الإدارة والمساعدين الطبيين في المستشفيات العامة، كانت العلاقة بين المريض والمرفق العام الطبي، بالنسبة لأخطاء الموظفين المساعدین الطبيين في المستشفيات العامة، تخضع لأحكام القانون الإداري وللقواعد العامة للمسؤولية الإدارية³⁷⁷، في حين أن المسؤولية المترتبة عن أعمال الأطباء في المستشفيات العامة هي على خلاف ذلك. فالأطباء العاملون في المستشفيات العامة الفرنسية لا يخضعون للنظام العام لموظفي الدولة والإدارات المحلية³⁷⁸. فنتيجة للوضع الخاص فيما يتعلق بأعمال العناية والعلاج بما في ذلك العناية في المستشفيات العامة، كان القضاء العدلي يعلن نفسه مختصاً في نظر الدعاوي الناتجة عن نشاط الأطباء في المؤسسات الاستشفائية العامة، وقد كان لهذا الاتجاه مبرران:

المبرر الأول: الاستقلال الفني الذي يتمتع به الطبيب، وإن كان منضماً للهيكلة الإدارية للدولة.

المبرر الثاني: شعور القضاة العدليين، عملاً بمبادئ قانونية ثابتة بأنهم حماة الطبيعيين للشخص الإنساني، وبالتالي تطبيق أحكام وقواعد القانون الخاص.

كما كان القضاء الإداري الفرنسي في الوقت نفسه يعتبر أن دعاوي المسؤولية الناجمة عن عمل الأطباء في المستشفيات العامة يعود له أمر النظر فيها، وذلك على اعتبار أن الطبيب يساهم بصورة مباشرة في تنفيذ المرفق العام الطبي وبالتالي تطبيق قواعد وأحكام القانون الإداري، لذلك كان لابد لمحكمة حل الخلافات الفرنسية من أن تتدخل، حيث قررت، وانسجماً مع أحكام سابقة لمجلس الدولة الفرنسي أن مسؤولية المستشفيات العامة تجاه المرضى المستفيدين الناتجة عن الأطباء العاملين فيها تخضع لأحكام القانون الإداري، تماشياً مع حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1936 حيث اعتبر أن علاقة المريض بالمرفق العام الطبي هي علاقة نظامية محددة بموجب النصوص التنظيمية والقانونية. كما صدر قرار بدعوى MME BIANCALE عام 1991 يؤكد على أن علاقة المريض بالمرفق الطبي العام هي علاقة نظامية وليست علاقة تعاقدية على الإطلاق. أما في مصر فلقد كان الوضع مختلفاً تماماً عن فرنسا، حيث كان القضاء العدلي المصري يطبق قواعد المسؤولية التقصيرية وليست المسؤولية العقدية في مساءلة المرافق الصحية العامة تجاه المتعاملين معها (المرضى).

377 للمرجع نفسه، ص 202.

378 المادة (27 - 714 L) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

في العام 1972 صدر قانون مجلس الدولة المصري الذي ينص على اختصاص المجلس في دعاوي التعويض الناتجة عن الأعمال المادية للإدارة³⁷⁹. وبالتالي أصبحت علاقة المريض بالمرافق الصحية العامة علاقة نظامية تحكمها قواعد القانون الإداري المختلفة عن قواعد القانون الخاص، مما يفتح المجال أمام تطور هذه العلاقة في سبيل تحسين ظروف وموقع المريض تجاه المؤسسات الصحية العامة عملاً بإحدى خصائص القانون الإداري وهي مرونته.

وبعد أن بينا أن علاقة المريض بطبيب المستشفى العام ليست تعاقدية، فلا يمكن بناء على ذلك، مساءلة طبيب المستشفى العام، عن الضرر الذي يصيب المريض بسبب خطأ الطبيب المساعد إلا على أساس المسؤولية التقصيرية للأسباب التالية:

- لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة إن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما.

- كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هنا محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية العقدية³⁸⁰.

- إن انجاز العمل الطبي في المستشفيات العامة يتطلب تداخل عدد من العلاقات الطبية كعلاقة الطبيب بالمرفق الطبي، وعلاقة الطبيب بأعضاء الفريق الطبي الذي يشترك في إتمام العمل الطبي معه، وعلاقة المريض بالمرفق الطبي والطبيب المعالج³⁸¹.

- وتقوم مسؤولية الإدارة إذا وقع خطأ أو تصرف غير مشروع، أدى إلى إصابة أحد الأفراد بالضرر مع وجود علاقة سببية بين هذا الخطأ الذي وقع والضرر الذي أصاب المضرور³⁸².

- والمستشفيات العامة هي مصالح عمومية يجري العمل فيها طبقاً للقوانين واللوائح التي تنطبق ليس على القائمين بأمرها فقط بل على المرضى أيضاً الذين يعالجون فيها، فهؤلاء جميعاً في مركز قانوني تحدده قوانين المصلحة.

379 مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس 2006، ص 153.

380 السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة نشر، ص 41.

381 أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان، سنة 2008، ص 33.

382 حمدي على عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص 253.

- والبعض يرى أن اعتبار علاقة المريض بالمستشفى العام علاقة قانونية فإن ذلك يقتضي حقاً أن تعتبر مسؤولية الدولة تقصيرية استناداً إلى أن مسؤولية الإدارة هنا مستمدة من القانون العام لا الخاص.

- كما أن مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية هي مسؤولية مباشرة طالما أن خطأهم قد حصل في الدائرة التي يقومون فيها بالعمل باسم الدولة، إذ في حدود هذه الدائرة يعتبر نشاط الطبيب نشاطاً للدولة فتختفي شخصية الطبيب وتبرز شخصية الدولة إلا أن الموظف كان قديماً وحده الطبيب هنا داخل إطار المستشفى العام كمرفق عام هو المسئول عما يسببه من أضرار للأفراد حيث أن فكرة الدولة كانت تختفي خلف شخصية الموظفين الحقيقية، فالموظف أو الطبيب هو العنصر البارز فإذا ما أصيب أحد الأفراد بضرر بسبب سير مصلحة من المصالح العامة كان للمجني عليه أن يرجع لا على المصلحة ذاتها، أو الدولة بل يرجع على الموظف شخصياً ولكن سرعان ما تحددت فكرة الدولة، وأصبحت مسئوليتها مباشرة -

ويتفق هذا الحل مع قضاء المحاكم الإدارية في فرنسا، فإنها لم تر التفرقة في مسؤولية المستشفى بين ما إذا كان خطأ الطبيب فنياً أم غير فنياً، ولا بين ما إذا كانت رابطة التبعية متوافرة أم لا، إذا اعتبرت مسؤولية المستشفى في هذه الحالة مسؤولية مباشرة.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن الدعوى من قبل الشخص المعنوي العام القائم بإدارة المصلحة والمرفوعة أمام المحاكم الإدارية لا يشترط للحكم فيها ثبوت الخطأ، ذلك لأن السلطة الإدارية وبنوع خاص وفي المستشفيات يجب أن تكون متعهدة للجمهور بضمان حسن سير المصلحة وتطبيق هذه المبادئ يؤدي إلى قبول مسؤولية المؤسسة العامة لا بصفة ثانوية بل بصفة أصلية كمديرة للمصلحة، وحتى في الأحوال التي تحصل فيها الحادثة نتيجة لخطأ شخصي منسوب للأطباء، كخطأ في التشخيص فإن هذا الخطأ لا يمكن فصله عن المصلحة التي هيأت السبيل لارتكابه، وعرضت المجني عليه لنتائجه الضارة.

أما عن القاعدة العامة فهي أن المسؤولية التي تقع على عاتق الإدارة فنقوم على أساس الخطأ طبقاً لقضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي، وأن الخطأ هذا هو الخطأ البسيط، أما عندما يتعلق الأمر بالمرافق الطبية فإن مجلس الدولة الفرنسي يتطلب الخطأ الجسيم لإمكان مساءلة الإدارة بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الأعمال الطبية، بينما الخطأ البسيط فلا يكفي لقيام المسؤولية وتحريكها، إلا إذا كان سبب الخطأ سوء تنظيم أو إدارة العمل بالمرفق³⁸³.

³⁸³ حمدي على عمر، المرجع السابق، ص 254.

- دراسة عن مسؤولية مؤسسات الرعاية الطبية: في إحدى الدراسات الأمريكية التي أجريت في بداية التسعينات، ونشرت في دورية (نيوانجلاند) الطبية في عام 1991، والتي شملت 30,000 حالة مرتبطة بالأخطاء الطبية والحوادث تبين بأن 14% منهم قد توفوا، وما نسبته 70% تضرروا من إعاقات صحية منهم 2.6% إعاقات دائمة، وحوالي 27% تضرروا بسبب الإهمال الطبي. ونظراً لتفاقم المشكلة أسست الدول الأوروبية وأمريكا وكندا مؤسسات لمتابعة الأنظمة والشروط المتبعة لتقليل الأخطاء الطبية، وقد أعطيت صلاحيات كبيرة لإرساء تلك الضوابط في القطاعين العام والخاص. فتم تأسيس هيئة التنسيق الوطنية لتوثيق الأخطاء الطبية، وتشكلت المؤسسة الوطنية لأمان المريض في أمريكا، ومنظمة الوقاية من الأخطاء الطبية، ووكالة الرعاية الصحية للأبحاث والجودة.

وتم العمل على تطوير التدريب والكاادر الطبي والاهتمام بالتعليم الطبي المستمر، وارتبط عمل الأطباء والممارس الصحي بشروط توظيفية صارمة ويتم التجديد للممارسة بشكل سنوي بناءً على التقييم ومستوى الكفاءة والأداء الوظيفي، وهذا ما أدى إلى تنافسية عالية على مستوى الأطباء، فالبقاء للأفضل والأكفأ، ولا يوجد لدى الدول الغربية التوظيف الآلي الذي تتحمل الحكومة مسؤوليته. وتتم أيضاً مراجعة الجامعات التي تخرج الكوادر الطبية وبعضها قد يكون غير معترف به دولياً، وخريجو تلك الجامعات لا يحصلون على عمل إلا بشروط صارمة تتطلب أداء امتحانات معقدة، وتحول البعض منهم للعمل في مجالات غير طبية.

ب- مسؤولية الطبيب ضمان حسن رعاية المريض

ذهب القضاء المصري إلى القول بأن الخطأ المنسوب للطبيب لم يكن إلا خطأً يسيراً، وبناءً عليه رفض دعوى المسؤولية المرفوعة على الطبيب لأنه يلزم مساءلة الطبيب عن الخطأ الفني أن يكون جسيماً، وأن مسؤولية الأطباء عن أخطائهم الفنية في تشخيص المرضى والعلاج لا تنعقد إلا في حالة الخطأ الجسيم، إلا أن القضاء المصري قد بيّن في البداية التفرقة بين خطأ الطبيب العادي وبين خطأه الفني، وقد قضت المحاكم بأنه لا يجوز للقاضي التدخل في تقدير النظريات والطرق العلمية، وتتنحصر مهمته في الكشف عما إذا كان قد وقع من الطبيب إهمال محقق بوضوح أو عدم اتخاذ الاحتياطات التي يملئها الحذر العادي، أو جهل بالقواعد التي يجمع الأطباء على تأكيدها كما تقر المحاكم للطبيب بالاستقلال في ممارسته مهنته طبقاً لما يملئ عليه ضميره فهو لا يسأل عن أخطائه الفنية، كالخطأ في التشخيص والعلاج، إلا في حالة الغش، والخطأ الجسيم، كما لو ثبت أنه أظهر جهلاً مطبقاً بأصول العلم الفني والطبي³⁸⁴.

384 قري محمد محمود، المسؤولية التأديبية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 76 - 78.

إن للدولة لجان ومؤسسات تقوم بزيارات ميدانية مفاجئة للمستشفيات ومراجعة التشريعات ومستوى الجودة والعمل ومراجعة ملفات المرضى والاستماع لشكاوى المرضى، وتملك تلك المؤسسات صلاحيات لوقف عمل المستشفيات المخالفة، أو أي من الكوادر الصحية العاملة في حالة أي تجاوز وظيفي أو مهني.

إن تقليل الأخطاء الطبية يتطلب مراجعة شاملة للمؤسسات الصحية من قبل لجان ذات خبرة وكفاءة عالية وتعطى صلاحيات قانونية، ويتم أيضاً مناقشة التأمين الصحي، ومراجعة قبول مستويات التوظيف، وإيجاد حلول لفئة الأطباء الذين لم يتم اجتيازهم للامتحانات التخصصية وإبعادهم عن الممارسة في الأماكن والدوائر والتخصصات ذات الأخطار الطبية العالية، وإعطائهم فرص زمنية محددة لتحسين مستواهم الأكاديمي والعلمي. ويجب مراجعة التشريعات والالتزام الوظيفي والحفاظ على الأداء العالي، وتجديد رخص الممارسة الطبية على أسس الكفاءة والعطاء وتحمل المسؤولية والتطوير الذاتي والنجاح الوظيفي. والعمل على خصخصة جزء من الخدمات المساندة من القطاع الصحي تميزت بالبيروقراطية وشابها الأداء المتواضع. والإشراف على القطاع الصحي الخاص بشكل دقيق ليتماشى مع مستويات الجودة والسلامة، والاهتمام بسلامة الأجهزة الطبية ومراجعة تلك الأجهزة بشكل دوري ومنتظم وصارم من قبل دوائر الهندسة والصيانة وعدم الانتظار لوقوع الخلل والتلف. ولكن تبقى الأخطاء الطبية كجزء يشكّل نسبة ضئيلة بالمقارنة بما حققه الطب من نجاحات على المستوى المحلي والعالمي، ولكنها نسبة مؤلمة تنتظر إعادة النظر والبدء في دراستها على المستوى المحلي³⁸⁵.

على مستوى حقوق المريض فهو يتمتع بالحقوق الآتية:

- 1- أن يُعامل باحترام وتقدير من جميع أفراد طاقم المستشفى، دون أي تمييز وفي بيئة آمنة خالية من العوائق التي لا مبرر لها.
- 2- أن يتلقى الرعاية اللازمة للحصول على تشخيص سليم وعلاج لمرضه أو إصابته.
- 3 - أن يتلقى الرعاية الطبية العاجلة عند الضرورة مجاناً وبدون تأخير لا مبرر له.
- 4- أن يتم تبليغه باسم ووظيفة الطبيب الذي سيكون مسؤولاً عن رعايته.
- 5- أن يتم تبليغه بتفاصيل وضعه الصحي بصورة كاملة، على أن يقوم العاملون بالتصريح بهذه المعلومات له شخصياً أو لمن ينوب عنه.

385 عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات - منشأة المعارف - الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، سنة 1991م.

- 6- أن يشارك في القرارات المتعلقة بالرعاية الصحية المقدمة له.
- 7- أن يحصل على جميع المعلومات التي يحتاج إلى معرفتها لكي يتمكن من الموافقة على أي إجراء أو علاج يتم اقتراحه عليه.
- 8- أن يتم الحفاظ على خصوصيته أثناء إقامته في المستشفى وأن يتم الحفاظ على سرية جميع الأمور المتعلقة بالرعاية الصحية المقدمة له.
- 9- أن يكون له مترجم، إن وجد، إذا كان حاجز اللغة يشكل عائقاً مستمراً يحول دون فهمه للعلاجات والرعاية التي تُقدّم له.
- 10- أن يتم إخباره في حال كان العلاج المقدم له تجريبياً وأن يكون له الحق في قبول أو رفض المشاركة في البحث التجريبي.
- 11- أن يرفض العلاج (إلا إذا كان المريض معتلاً عقلياً أو طفلاً) وأن يتم إخباره بالعواقب الطبية لرفضه، وفي هذه الحال سيتوجب عليه التوقيع على نموذج إقرار برفض العلاج.
- 12- أن يرفض القيام بفحصه أو معاينته من قبل شخص غير مسؤول مسؤولية مباشرة عن تقديم الرعاية له.
- 13- أن يطلب رأياً ثانياً من طبيب آخر.
- 14- أن يرافقه أحد أفراد أسرته أو ولي أمره طوال الوقت إذا كان طفلاً، أو مسناً، أو لا أمل في شفائه. ولكن لن يسمح للمرافق بمصاحبته داخل وحدة العناية الطبية المركزة، أو غرفة العناية القلبية، أو وحدة الأمراض المعدية، أو غرفة العمليات.
- 15- أن يستلم فاتورة مفصلة وموضحة بجميع التكاليف.
- 16- أن يطلع على سجلاته الطبية مجاناً وأن يحصل على تقاريره الطبية عند الطلب، مقابل رسم مناسب.
- 17- أن يتسلم رسالة مكتوبة للخروج من المستشفى تتضمن تفاصيل رعايته الطبية المستمرة.
- 18- أن يتلقى توضيحاً كاملاً عن أسباب ضرورة تحويله إلى مؤسسة أخرى للرعاية الصحية.

- 19- أن يتم إخطاره بقواعد وقوانين المستشفى التي قد يكون لها أثر عليه.
- 20- أن يتقدم بالشكوى بخصوص الخدمات والرعاية التي تُقدَّم له دون خوف من التعرض للانتقام وأن تستجيب المستشفى لشكواه.
- بالنسبة لمسؤوليات المريض الذي يتلقى العلاج فيترتب عليه:
 - 1- أن يُظهر مراعاته للمحيطين به وأن يعامل المرضى والعاملين باحترام وأدب.
 - 2- أن يحترم خصوصية المرضى الآخرين.
 - 3- أن يقدم معلومات كاملة وصحيحة عن شكواه الحالية، وتاريخه الطبي وأي حساسية يعاني منها تجاه أي عقاقير طبية وجميع الأمور الأخرى المتعلقة بصحته.
 - 4- أن يسأل عن أي شيء يجده غير واضح بالنسبة له.
 - 5- أن يقوم بالإبلاغ عن أي تغيير يطرأ على صحته أو أي شعور بعدم التحسن.
 - 6- أن يتبع الخطة العلاجية التي يصفها له طبيبه.
 - 7- أن يقبل تحمل المسؤولية عن رفضه العلاج أو عدم اتباعه لخطة العلاج.
 - 8- أن يلتزم بالمواعيد أو يقوم بإلغائها مسبقاً.
 - 9- أن يتفهم أن حالات بعض المرضى قد تستدعي اهتماماً أكبر من حالته ولهذا السبب ستكون لهم الأولوية.
 - 10- يمثل لقواعد السلامة بما فيها قاعدة عدم التدخين.
 - 11- أن يحرص على السداد الفوري للتكاليف المالية الخاصة بالرعاية الصحية التي يتلقاها.

المحور الثاني: مسؤولية دولة قطر عن توفير الرعاية الصحية.

يشكل دستور قطر لسنة 2004 الإطار القانوني لعقانة الدولة وتحديث الأداء السياسي، وضمن الرعاية الاجتماعية. وارتباطاً بالبعد الأخير، تنص المادة 23 من الدستور على مسؤولية المؤسسات الحكومية عن العناية بالصحة العامة وتوفير وسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة.

وعملا بهذا الفصل من القانون الأسمى للدولة، تقوم دولة قطر بإنشاء العديد من المرافق والمؤسسات الصحية التي تسعى إلى تلبية الحاجات الصحية لكافة القاطنين بها، ومن أبرزها مؤسسة حمد الطبية، والتي تعد المزود الرئيسي لخدمات الرعاية الصحية غير الربحية في قطر.

ولقد تأسست مؤسسة حمد الطبية بموجب مرسوم أميري عام 1979، وهي تدير الآن ثماني مستشفيات عامة ومتخصصة وهي: مستشفى حمد العام، مستشفى الرمييلة، مستشفى النساء، المركز الوطني لعلاج وأبحاث السرطان، مستشفى الخور، مستشفى الوكرة، مستشفى القلب، المستشفى الكوبي، كما تعد مؤسسة حمد الطبية المنظمة الأولى والوحيدة خارج الولايات المتحدة التي تحصل على اعتماد اللجنة الدولية المشتركة لجميع مستشفياتها في أن واحد، ومؤسسة الرعاية الصحية الأولية.

إضافة لذلك، تم إطلاق النظام الصحي الأكاديمي في قطر في عام 2011 بهدف تطوير مستوى الرعاية الصحية محلياً من خلال الريادة في البحوث والاكتشافات الطبية، وتوفير خدمات رعاية صحية عالية الجودة، وخدمات تثقيفية وتعليمية ذات مستويات عالمية لكوادر الرعاية الصحية، ويعد النظام الصحي الأكاديمي أول شراكة من نوعها في المنطقة، وأول نظام صحي أكاديمي في العالم يمتد نطاقه على مستوى الدولة بأكمله، ومن بين الشركاء الحاليين في النظام الصحي الأكاديمي: مؤسسة حمد الطبية، وكلية طب " وايل كورنيل" في قطر، وجامعة قطر، وجامعة كالجارى - قطر، ومؤسسة الرعاية الصحية الأولية، وكلية شمال الأطنطي - قطر، ومركز السدرة للطب والبحوث.

وعلى مستوى جودة الرعاية الصحية، فقد توج القطاع الصحي القطري بالحصول على المستوى الماسي من الاعتماد الكندي الدولي في يونيو 2017، والذي يؤكد على أن الخدمات الصحية على مستوى عالٍ من الجودة والسلامة وفقاً للمعايير العالمية.

أما على مستوى الدور القطري الفاعل في العديد من مجالات النظم الصحية الحديثة، خاصة في ظل قياس درجة نجاح النظم الصحية المرهون بحسن الأداء والجودة في خدمات الرعاية الصحية، فقد قامت قطر ببعض الخطوات الجبارة نبيها في الآتي:

أولاً: مسيرة الرعاية الصحية مع الأشقاء:

لقد أسهم الدعم المتواصل لمجلس وزراء الصحة في إنشاء مراكز الرعاية الصحية على امتداد دول التعاون الخليجي وتوفير مستلزماتها، كما صدر العديد من القرارات التطويرية التي اتخذتها المؤتمرات المتعاقبة للمجلس في دعم عمل هذه المراكز ومساعدتها على أداء المهام المنوطة بها وتحقيق الأهداف المرجوة منها وإيلاء الفئات الأكثر عرضة

للخطر في المجتمع (الأطفال - الأمهات - المسنين - المعاقين - المراهقين...) أهمية متزايدة.

ولعل استمرار النهج المتمثل باستمرار الدعم والمؤازرة من معالي وزراء الصحة بدول المجلس للرعاية الصحية ووضعها دائماً من قبلهم على رأس قائمة الأولويات لوزارات الصحة في دولهم للخطط التنموية الطويلة والقصيرة الأمد سوف يجعل منها القاعدة القوية المتينة بل ستكون المرتكز الأساسي لانطلاقة البرامج الصحية المستقبلية نحو بلوغ وتحقيق الأهداف التنموية للألفية الجديدة في ظل المتغيرات العالمية ولجعلها الاستثمار الأمثل لتحقيق أفضل عائد للصحة والتنمية على المدى الطويل.

ثانياً: الأنشطة والإنجازات للرعاية الصحية:

تم إنجاز العديد من الأنشطة والإنجازات على مستوى الرعاية الصحية أهمها:

- عقد اجتماعات اللجنة الخليجية المختصة بصفة مستمرة حتى أسهم في تطوير العمل ببرامج الرعاية الصحية ومواكبة المستجدات.
- متابعة التطبيق التجريبي لمؤشرات الجودة النوعية على المستوى المركزي والوسطي والطرقي وتجميع مرئيات الدول حيالها ومناقشتها باجتماع اللجنة الخليجية المختصة.
- متابعة خطوات تحري وتجميع البيانات حول عوامل المخاطر للأمراض المزمنة (في إطار شبكة إيمان) حيث تم في عدد من دول المجلس إعداد استبيانات جمع المعلومات المذكورة وإجراء المسح.
- التنسيق مع منظمة الصحة العالمية وكلية الصحة العامة لعقد دورة تدريبية على آليات التقويم المتعمق للرعاية الصحية الأولية بمشاركة مسؤولي الرعاية الصحية والجودة النوعية من جميع دول المجلس حيث قامت وزارة الصحة بدولة الإمارات العربية المتحدة مشكورة باستضافة هذه الدورة الهامة بدبي.
- عقد تسع مؤتمرات خليجية للرعاية الصحية الأولية.

ثالثاً: أهم التطورات الإيجابية في المرحلة السابقة:

- 1- ورشة العمل الخليجية "مشروع الارتباط بشبكة إيمان.
- 2- تجربة دول الخليج في التقويم المتعمق للرعاية الصحية.
- 3- التطبيق الاختباري لمؤشرات الجودة بالرعاية الصحية.

4- اعتماد الخطة التنفيذية لتطوير البرنامج الخليجي للرعاية الصحية الأولية. ليتواءم مع الأهداف الإنمائية الألفية العالمية، وأن يتم التنفيذ ابتداءً من يناير 2010م ويكون التقييم ورفع تقارير المتابعة لما تم إنجازه بشكل سنوي وقبل اجتماع اللجنة الخليجية للرعاية الصحية السنوي، كما تم الاتفاق على صيغة موحدة لنموذج الخطة التنفيذية على مستوى الدول، وتم إقرار الإطار العام لها بعد وضع الملاحظات النهائية عليها.

5- اعتماد النموذج الاسترشادي: الذي يمثل الحد الأدنى من الخدمات المطلوب تقديمها في مراكز الرعاية الصحية بدول المجلس المقدم من سلطنة عمان والمطور بعد إدخال ملاحظات وإضافات أعضاء اللجنة الخليجية عليه.

6- عقد حلقة العمل الخليجية حول مؤشرات الجودة بمراكز الرعاية الصحية في دولة الإمارات العربية المتحدة بمشاركة مرشحين من كل دولة عن اللجنة الخليجية لسلامة المرضى واللجنة الخليجية للرعاية الصحية.

7- الاتفاق على ضرورة التناغم في عمل أعضاء اللجنة الخليجية للأمراض غير المعدية (المزمنة) مع لجنة الرعاية الصحية. وذلك لتدعيم الأنشطة التخصصية لرعاية مرضى الأمراض المزمنة والفئات ذات الأخطار ضمن منظومة الرعاية الصحية.

8- الاتفاق على أهمية تضمين الخدمات الوقائية والعلاجية والتعزيزية والتأهيلية ضمن برامج طب الأسرة. وكذلك بعض برامج طب المجتمع ذات العلاقة بطب الأسرة، بالاستفادة من التجارب العالمية في هذا المجال، وحث جميع كليات الطب في دول المجلس بتضمين مناهجها دورة سريرية في طب الأسرة، وحثهم على التعريف المبكر للطلبة على مرافق وبرامج الرعاية الصحية.

9- اضافة برنامجين لاستراتيجية الرعاية الصحية الاولية " تحسين خدمات رعاية الحالات الطارئة " " الخدمات الوقائية لصحة الفم والأسنان في الرعاية الصحية.

رابعاً: المتطلبات التطويرية في المرحلة الحالية:

1- استكمال إعداد الخطط الاستراتيجية والتنفيذية ذات المراحل الزمنية استرشاداً بالتجارب العالمية الناجحة وطبقاً لمتطلبات وإمكانيات دول المجلس ووفقاً للآليات المعتمدة لدعم "نظم طب الأسرة والمجتمع".

2- استكمال تطوير البرنامج الخليجي للرعاية الصحية على ضوء المستجدات العالمية الحديثة، وبما يتوافق مع القضايا الصحية الخليجية ذات الأولوية وتماشياً مع توجهات منظمة الصحة العالمية ضمن إطار برنامجها للعمل الصحي العالمي الحادي عشر خلال

الفترة من (2006-2015) مع التركيز على دمج البرامج مثل: تعزيز الصحة العمومية. - التصدي للأمراض المزمنة غير المعدية. - الرعاية الصحية النفسية. - تحسين جودة الخدمات الصحية. - الرعاية المستمرة.

3- العمل على تطوير النموذج الخليجي الموحد والذي يمثل الحد الأدنى من الخدمات المطلوب تقديمها في مراكز الرعاية الصحية بدول المجلس.

4- العمل على تأهيل الأعداد الكافية من المتخصصين في طب الأسرة كاستراتيجية ذات أولوية قصوى خلال السنوات العشر القادمة وفق برنامج زمني محدد والحث على تطوير برامج للتأهيل التخصصي المتوسط من خلال برامج الدبلوم أو الماجستير.

5- تطوير وتنفيذ برامج للتعليم الطبي والتطوير المهني المستمر تغطي مناحي أولويات طب الأسرة والمجتمع.

6- العمل على تخصيص حوافز خاصة للكوادر الصحية المختلفة للعمل في مجال الرعاية الصحية وطب الأسرة كتقليل المدة اللازمة للترقية وإيجاد البدلات المناسبة والعمل على توحيد الرواتب مقارنة مع التخصصات الأخرى ومعاملة تخصص طب الأسرة على أنه من التخصصات النادرة.

7- العمل على تضمين الخدمات الوقائية والعلاجية والتعزيزية والتأهيلية ضمن برامج طب الأسرة والمجتمع، بالاستفادة من التجارب العالمية في هذا المجال.

8- العمل على تعديل مناهج دراسة الطب والتركيز على الجوانب الوقائية وتعزيز مبادئ الرعاية الصحية، وأساسيات طب الأسرة والمجتمع، وإعطاء المزيد من الاهتمام بالنواحي السلوكية والاجتماعية التي تؤثر على حياة الإنسان والمجتمع من خلال ربط العلوم الطبية بالمشاكل الصحية في المجتمع.

9- العمل على زيادة وتعزيز الدعم وتعويض المساندة اللازمة للرعاية الصحية وطب الأسرة والمجتمع من قادة دول المجلس من خلال التأكيد على صناع القرار على الدور الذي لازالت تؤديه الرعاية الصحية الأولية للفرد والمجتمع كهدف استراتيجي وطني منذ إعلان المآتا بالاتحاد السوفيتي السابق في سبتمبر عام 1978 م (1398هـ). باعتبارها المدخل الأساسي للنظام الصحي والعمل على زيادة الموارد المالية المخصصة للرعاية الصحية بالدول الأعضاء والعمل على تنمية الموارد البشرية والتركيز على التأهيل القيادي للعاملين الصحيين في الرعاية الصحية والاستثمار في القوى العاملة الوطنية في هذا المجال ومن ثم التنسيق مع القطاعات الأخرى المعنية بالرعاية الصحية الأولية بدول المجلس فيما يخص أنشطتها الصحية.

خاتمة:

تنشأ مسؤولية القطاع الصحي ابتداء من السياسة الصحية للدولة، وثانياً من خلال العلاقة بين المرضى ومقدمي الخدمة الطبية من خلال تقديم الخدمات الطبية التي تقدمها المؤسسات الصحية العامة باعتبارها مرفقاً عاماً يلتزم بإشباع الحاجات العامة للجمهور، فالقائمين على تسيير هذه المرافق العامة، يعتبرون بمثابة أعضاء فيها أي أن كافة أعمالهم تكون منسوبة للمرفق ذاته، فيتحمل المرفق مسؤولية أعمالهم تجاه جمهور المستفيدين.

أما بخصوص مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية، فهي مسؤولية مباشرة طالما أن خطأهم قد حصل في الدائرة التي يقومون فيها بالعمل باسم الدولة، لذلك يتم العمل على تطوير التدريب والكادر الطبي والاهتمام بالتعليم الطبي المستمر، بالإضافة إلى الالتزام بشروط توظيفية صارمة، وتجديد الممارسة بشكل سنوي بناءً على التقييم ومستوى الكفاءة والأداء الوظيفي، الأمر الذي سيؤدي إلى تنافسية عالية على مستوى الأطباء، فالبقاء للأفضل والأكفأ.

بالنسبة لدولة قطر، وفي إطار تنفيذ التزاماتها المتعلقة بتقديم الرعاية الصحية للقاطنين بها على أحسن وجه، فقد قامت بإنشاء العديد من المرافق الصحية، ومن أبرزها مؤسسة الرعاية الصحية الأولية، باعتبارها أحد الركائز الأساسية في تقديم الخدمات الصحية والعلاجية والوقائية للمجتمع، والتي حصلت على المستوى الماسي من الاعتماد الكندي الدولي في يونيو 2017، الأمر الذي يؤكد على أن خدمات مؤسسة الرعاية الصحية على مستوى عالٍ من الجودة والسلامة وفقاً للمعايير العالمية. وكذلك مؤسسة حمد الطبية المزود الرئيسي لخدمات الرعاية الصحية غير الربحية في قطر، والتي تعد المنظمة الأولى والوحيدة خارج الولايات المتحدة التي تحصل على اعتماد اللجنة الدولية المشتركة لجميع مستشفياتها في آن واحد.

لائحة المراجع:

- محي الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- محمد مصطفى الجمال، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، الحلبي، سنة 2000.
- السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة نشر.
- أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات الحكومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت – لبنان، سنة 2008.
- حمدي على عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- قدرى محمد محمود، المسؤولية التأديبية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات - منشأة المعارف – الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، سنة 1991م.
- مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس 2006.
- المادة (27 – 714 L) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

ياسين أدليمي

طالب باحث بماهتر قانون العقود والعقار والتوثيق

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر أكادير

المسؤولية التأديبية على عمل الموثق وفق القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق

مقدمة

تعتبر مهنة التوثيق³⁸⁶ من المهن الحرة النبيلة شأنها في ذلك شأن المحاماة والهندسة والطب، ونبيل هذه المهنة تستمد من أهميتها وتاريخها العريق، فهي ضاربة في القدم، عرفت الإنسانية منذ الأزمنة الغابرة في شتى صورها ومختلف أشكالها سواء من حيث كيانها المادي أو من حيث محتواها ومضمونها.

ولكي يكون المحرر التوثيقي صحيحا ومنتجا لكل أثاره فقد اشترط المشرع أن تتوفر فيه العديد من الشروط، سواء الشروط الشكلية أو الشروط الموضوعية، كما تم تحديدها في قوانين المهنة أو في نصوص أخرى كقانون الالتزامات والعقود ومدونة التجارة ومدونة الضرائب ومدونة الحقوق العينية وغيرها، كما يجب توفر شروط أخرى في محرر هذا المحرر التوثيقي نفسه أي الموثق، منها ما يتعلق بتكوينه وكفاءته وعلمه، ومنها ما يتعلق بقدراته البدنية والعقلية، ومنها ما يرجع لسلوكه وتمسكه بمبادئ الأمانة والنزاهة والتجرد والشرف وما تقتضيه الأخلاق الحميدة وأعراف وتقاليد مهنة التوثيق.

واحترام هذه الشروط التي تعتبر ضوابط مهنية يجب التمسك بها والاهتداء بمقتضياتها يستوجب في الموثق أن يكون لديه ميول فطري لممارسة هذه المهنة واستعداد كامل لتحمل أعبائها الشاقة مستبعدا تحقيق الأطماع المادية والتي قد تؤدي بمن يسعى في تحقيقها إلى الخروج عن الجادة وعدم الوفاء بقديسية اليمين القانونية التي طوق بها نفسه قبل الشروع في العمل.

وإخلال الموثق بالالتزامات الواقعة عليه، سواء الالتزامات التي تفرضها عليه النصوص القانونية، أو الالتزامات المتعلقة بأعراف المهنة، قد يعرضه للمساءلة، سواء في إطار المسؤولية المدنية أو الجنائية، أو المسؤولية التأديبية، هذه المسؤولية التي يترتب عنها عقوبات قد تصل إلى العزل عن المهنة.

³⁸⁶ إن نظام التوثيق بالمغرب يشهد ازدياداً، حيث يوجد توثيق يمارسه العدول وذلك في إطار ما يسمى بخطة العدالة المنظمة وفق القانون 16.03، وتوثيق آخر يمارسه الموثقين العصري والمنظم بمقتضى القانون 32.09 وهو الذي يهمنا نحن في هذا البحث.

فالنظام التأديبي وهو ما يهمننا في هذا البحث، يهدف إلى معاقبة السلوكيات التي تسيء إلى القواعد المفروضة على الشخص باعتباره ممارسا لمهنة معينة، و المسؤولية التأديبية للموثق إنما شرعت للحفاظ على الأمانة والثقة والشرف والنزاهة المفروض اتصاف مهنة التوثيق العصري بها³⁸⁷.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في الدور الفائق الذي يلعبه مرفق التوثيق، لما له من دور فعال في ضمان استقرار المعاملات العقارية وتحقيق الأمن التعاقدي، وبالتالي فدراسة المسؤولية التأديبية لهذا المهني لها أهمية كبيرة وذلك من خلال تحديد الاختلالات التي ترتب هذه المسؤولية وكذا العقوبات التي تكون جزاء هذه الاختلالات، كما أن تقرير هذه المسؤولية من طرف المشرع المغربي له دورا كبير في حماية المهنة وكذا المتعاملين مع الموثق.

ويطرح هذا الموضوع إشكالية مفادها ما مدى فعالية النظام القانوني التأديبي المنصوص عليه في قانون التوثيق في حماية المهنة وضبط الموثق؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات يمكن أن نجملها في ما يلي:

متى يسأل الموثق تأديبيا؟ وما هي حدود هذه المسؤولية؟ ومن يملك حق المساءلة؟ وما هي حالات وإجراءات المتابعة؟ وما هي جزاءات هذا المتابعة؟ ما هي إجراءات المحاكمة؟ وماهي ضمانات المحاكمة التأديبية العادلة؟ وكيف يتم الطعن في القرارات التأديبية الصادرة في حق الموثق؟

ولقد اعتمدنا في هذا الموضوع على كل من المنهج التحليلي والوصفي، وذلك عن طريق جرد ووصف النصوص القانونية المتعلقة بالتوثيق وتحليلها، وكذا تحليل أهم الإشكالات التي تطرحها، كما اعتمدنا أيضا على المنهج المقارن كلما اقتضى الأمر ذلك.

ولمعالجة هذا الموضوع ومحاولة الإجابة على كل الإشكالات التي يطرحها حاولنا الاعتماد على التصميم التالي:

المطلب الأول: أحكام المسؤولية التأديبية للموثق

المطلب الثاني: مسطرة المتابعة والمحاكمة التأديبية والطعن في المقررات التأديبية.

³⁸⁷ . عبدالمجيد بوكير، المسؤولية القانونية للموثقين العصريين بين ظهير رابع ماي 1925 م ومشروع القانون 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وبإحداث هيئة وطنية للموثقين، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 19، 2011، ص 36.

المطلب الأول: أحكام المسؤولية التأديبية للموثق

إن النصوص القانونية والتشريعية هي المصدر الوحيد للمخالفات التأديبية، فالموثق الذي يخالف هذه النصوص القانونية يكون عرضة للمساءلة التأديبية.

ولتحديد أحكام المسؤولية التأديبية للموثق فسنحاول تقسيم هذا المطلب لفقرتين، سندرس ماهية المسؤولية التأديبية للموثق والغاية منها في (الفقرة الأولى)، أما في (الفقرة الثانية) فسنحاول دراسة المخالفات والعقوبات التأديبية.

الفقرة الأولى: ماهية المسؤولية التأديبية للموثق والغاية منها

لمهنة التوثيق مبادئ وقوانين تنظيمية وكذلك أخلاقيات كما هو الشأن بالنسبة لباقي المهن الحرة، ولا يمكن للموثق خرقها أو تجاوزها تحت طائلة المسؤولية التأديبية، وبالتالي ففي هذه الفقرة سنحاول تحديد ماهية المسؤولية التأديبية للموثق (أولاً)، بعدها نحدد الغاية من هذه المسؤولية (ثانياً).

أولاً: ماهية المسؤولية التأديبية للموثق

باستقراء مواد القانون 32.09³⁸⁸ المنظم لمهنة التوثيق العصري بالمغرب نجد أن المشرع قد أحجم على تعريف المسؤولية التأديبية للموثق، فالمادة 73 منه لم تذكر فيها كلمة مسؤولية على الإطلاق بل تكلمت عن إمكانية إصدار عقوبات تأديبية ضد كل موثق خالف النصوص القانونية المنظمة للمهنة، أو أخل بواجباته المهنية، أو ارتكب أعمالاً تمس بشرف المهنة أو الاستقامة أو التجرد أو الأخلاق الحميدة أو أعراف وتقاليد المهنة، وما دامت العقوبات هي نتيجة حتمية للمسؤولية، فالإخلال بهذه الأخيرة هو الذي يترتب عنه الجزاء الذي هو العقوبة، فالمسؤولية والعقاب متلازمان، ومن ثم لم يكن من اللازم على المشرع الحديث عن المسؤولية وتعريفها، بل نراه في المادة المذكورة انتقل للحديث مباشرة عن الحالات التي تستوجب العقاب وهي المشار إليها أعلاه تاركاً مسألة التعريف للفقهاء.

³⁸⁸ ظهير شريف رقم 1.1.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق، نُشر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 2011/11/24، ص 5611.

و تتجسد المسؤولية التأديبية أساسا في مخالفة المهني لواجبه وفقا للمقتضيات القانونية والتنظيم المعمول به، وذلك عند إتيانه عملا إيجابيا أو سلبيا محددًا، يعد إخلالا منه بواجبات مهنته أو خروجا عن مقتضياتها، أو يعد مساهمة منه في وقوع الخطأ المهني³⁸⁹.

وبالتالي يمكن تعريف المسؤولية التأديبية للموثق بكونها كل الاخلالات والمخالفات التي يرتكبها الموثق أثناء مزاولته لمهنة التوثيق والتي تسيئ إلى الأخلاق والواجبات العامة التي تفرضها عليه مهنة التوثيق، سواء تعلق الأمر بالسلوك العام، أو الخاص، أو الثقة والنزاهة أو بشرف المهنة. وتجد هذه المسؤولية سندها في المواد من 72 إلى 89 من القانون 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق العصري.

وقد يتساءل المرء بخصوص ما جاء في المادة 73 من حالات³⁹⁰ هل هي واردة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال فقط ؟

إن القراءة الصحيحة للمادة 73 تظهر أن هذه الحالات التي جاء بها المشرع في هذه المادة هي على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر، فإذا كان الإخلال بالواجبات المهنية لا يطرح أي إشكال على مستوى تحديد وتكييف هذا الإخلال، فإن مسألة تحديد الأفعال التي تعتبر مسا بشرف المهنة أو الاستقامة أو التجرد أو الأخلاق تبقى مطلقة ومرسلة بدون حصر ولا تحديد، ومن الصعوبة بما كان تحديدها وحصرها، فالأخلاق و الاستقامة مفاهيم متعددة، كما أن أعراف وتقاليد المهنة تختلف من جهة إلى أخرى ومن محل إلى آخر³⁹¹.

³⁸⁹ . سمير قطب، حدود السلطة والمسؤولية الإشرافية مع التطبيق على الشرطة، دار النهضة العربية، طبعة 1977، ص 138.

³⁹⁰ حددت المادة 73 من قانون التوثيق 32.09 الحالات التي تستوجب إصدار عقوبات تأديبية في حق الموثق ويمكن إجمال هذه الحالات في:

- 1- مخالفة النصوص القانونية المنظمة للمهنة؛
- 2- الإخلال بالواجبات المهنية؛
- 3- ارتكاب أعمال تمس بشرف المهنة؛
- 4- ارتكاب أعمال تمس الاستقامة؛
- 5- ارتكاب أعمال تمس التجرد؛
- 6- ارتكاب أعمال تمس بالأخلاق الحميدة؛
- 7- ارتكاب أعمال تمس بأعراف وتقاليد المهنة.

³⁹¹ . العلمي الحراق، الوثيق في شرح قانون التوثيق، دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2014، ص 158.

وإذا كانت كل من المسؤولية التأديبية والمسؤولية الجنائية يتقاطعان في عنصر الجزاء، إذ يترتب عن الإخلال بهما فرض عقوبة، الأولى تأديبية والثانية جنائية، فإن المتابعة من أجل الأولى لا يعفي المتابع من الثانية، فمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 73³⁹² من قانون التوثيق جاءت واضحة في هذا المجال إذ اعتبرت أن المتابعة التأديبية لا تحول دون تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو المتضررين وذلك زجرا للأفعال التي تكون جنحا أو جنايات.

كما أنه لا يشترط في تحريكها تراتبية معينة، بمعنى أنه يمكن تحريك أيهما في أي وقت وحتى أثناء سريان الأخرى، فتحريك إحداهما لا يوقف تحريك الثانية³⁹³.

وضمانا لاحترام الموثقين المهنية وأدائهم مهامهم على الوجه المطلوب فإن المشرع في قانون 32.09 ربط المسؤولية التأديبية بالمراقبة وتناولهما معا في قسم واحد وهو القسم الرابع.

وهكذا فقانون التوثيق شأنه في ذلك شأن ظهير 5 ماي 1925 الملغى أخضع الموثقين فيما يخص عملياتهم الحسابية أو الأموال والقيم المودعة لديهم أو التي يتولون حساباتها أو فيما يخص صحة عقودهم وعملياتهم واحترامهم للقانون المنظم للمهنة لمراقبة مزدوجة يتولاها الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي يمارس بدائرتها الموثق المراقب والوزارة المكلفة بالمالية طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، والجديد الذي جاء به قانون 32.09 هو إمكانية حضور رئيس المجلس الجهوي للموثقين عملية المراقبة غير أنه في حالة إشعاره ولم يحضر أو ينتدب من ينوب عنه فإن المراقبة تجرى في غيبته.

كما أنه يمكن للمجلس الجهوي القيام بعمليات المراقبة من خلال لجنة تضم رئيس المجلس الجهوي بصفته رئيسا وموثقين يتوافران على أقدمية خمس سنوات على الأقل يتم انتخابهما لمدة سنتين من طرف الجمع العام للموثقين الخاص بالمجلس الجهوي.

³⁹². تنص الفقرة الأخيرة من المادة 73 من القانون 32.09 بأنه : " لا تحول المتابعات التأديبية دون تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو المتضررين زجرا للأفعال التي تكون جنحا أو جنايات."
³⁹³. عبداللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مداخلة ضمن اللقاء الوطني الأول بين محكمة النقض والغرفة الوطنية للتوثيق العصري بالمغرب تحت شعار آفاق مهنة التوثيق على ضوء قانون 32.09 والعمل القضائي، سلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 20، مطبعة الأمنية - الرباط، 2013، ص 120.

إضافة إلى المراقبة الخاصة التي ودرت في المادة 67 من قانون التوثيق والتي يتولها الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه وموضوعها المحفوظات والسجلات النظامية وسجلات المحاسبة والتأشير عليها³⁹⁴.

وحتى تكون عملية المراقبة فعالة وتؤدي النتيجة المتوخاة منها فإن القانون 32.09 جاء بإمكانية القيام بها بصفة مفاجئة³⁹⁵، كما ألزم الموثق بمسك العديد من السجلات والاستجابة لأوامر القائمين بالتفتيش لتسهيل مأموريتهم³⁹⁶.

ثانيا: الغاية من المسؤولية التأديبية للموثق

يتوخى من تحديد مسؤولية الموثق التأديبية العديد من الأهداف نذكر منها الأهداف التالية³⁹⁷:

- ❖ الحفاظ على قدسية المهنة من عبث العابثين وتهور المستهترين والضرب على أيدي المتلاعبين الذين قد تسول لهم أنفسهم تسخير المهنة لقضاء أغراضهم الخاصة والغير المشروعة.
- ❖ صون كرامة الموثق نفسه سواء من تجنبه الوقوع في الأخطاء المهنية التي قد تؤدي به إلى المتابعة التأديبية وفي بعض الأحيان إلى المتابعة الجنائية عندما يتعلق الأمر بأفعال يقتضي القانون زجرها جنائيا، وهنا يكون للمراقبة القبيلة دور فعال إذ كلما تمت على الوجه المطلوب وفي الوقت المناسب كلما أتت أكلها وكلما تيسر حصر الضرر، أو من تجنبه الوقوع في أخطاء الآخرين الذي تربطهم به العلاقة المهنية، وذلك بحصر مفعولها في نطاق ضيق.

ولا بد من الإشارة إلى الدور المهم والفعال الذي يمكن أن تلعبه الهيئة الوطنية للموثقين بمجلسها الوطني والمجالس الجهوية في صون كرامة الموثق والحال دون تورطه في المخالفات المهنية.

³⁹⁴. تنص المادة 67 من القانون 32.09 الخاص بالتوثيق على أنه: " للوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من

ينوب عنه حق مراقبة المحفوظات والسجلات النظامية وسجلات المحاسبة والتأشير عليها، مه بيان تاريخ إجراء المراقبة."

³⁹⁵. تنص الفقرة الأولى من المادة 69 من القانون 32.09 على أنه: " يمكن للوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أن

يقوم بمراقبة أي مكتب للتوثيق بكيفية مفاجئة، وله أن يختار من يساعده في ذلك."

³⁹⁶. تنص الفقرة الأخيرة من المادة 69 من القانون 32.09 على أنه: " يلزم الموثق بالرد على الأسئلة الموجهة له، والاستجابة

لما يقتضيه التفتيش."

³⁹⁷ عبداللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 121-

❖ الحفاظ على مصالح المتعاقدين من الضياع وصونها من العبث والحفاظ على الثقة التي تربط الموثق بزبنائه، والتي تعتبر الأساس المحوري في مهنة التوثيق.

❖ ضمان استقرار المعاملات التي أنشئت من أجل الحفاظ على الحقوق المختلفة، والتي تؤدي إلى تحقيق الأمن التعاقدي الذي يعتبر إحدى عوامل تنمية الاقتصاد الوطني وازدهاره.

❖ الحفاظ على الالتزامات القائمة على عاتق الموثق وضمن تنفيذها من طرفه، خصوصا الالتزام بإسداء النصح للمتعاقدين الذي يعتبر من أهم التزامات الموثق، فالموثق ملزم أثناء عملية التعاقد بأن يقوم بإطلاع الأطراف على مضمون العقد وآثاره، وأن يبين لهم بوضوح التزاماتهم وحقوقهم³⁹⁸، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)³⁹⁹ أنه : " الموثقة محررة عقد تفويت أسهم قد قصرت في عملها عندما لم تسد النصح للمفوت له وذلك بإشعاره بأن الأسهم موضوع التفويت مثقلة برهن لدى إحدى الأبنك وتحميلها مسؤولية ذلك"⁴⁰⁰.

نفس المبدأ أكدته محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها جاء فيه : " إن عدم اخبار الأطراف من طرف الموثق برهن الأسهم المباعة وعدم تبصيرهم بها والإقدام على تحرير العقد قبل فك الرهن يشكل اخلالا مهنيا."⁴⁰¹

وهذا ما قضت به أيضا محكمة لا سين في حكمها الصادر بتاريخ 20 يونيو 1963 والذي جاء فيه : " إن الموثق الذي لا ينصح المشتري بخطورة أداء الثمن بين يدي البائع مباشرة قبل التأكد من الوضعية

³⁹⁸ .للتوسع أكثر أنظر محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، دراسة في ضوء مستجدات قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة وقانون 32.09 المتعلق بالتوثيق، مطبعة النجاح الدار البيضاء، نشر وتوزيع مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الثالثة، 2017، ص 52 وما يليها.

³⁹⁹ .تجدد الإشارة إلى أن اسم " المجلس الأعلى " تم تغييره ب " محكمة النقض " وذلك بموجب القانون رقم 58.11 المغير بموجبه الظهير الشريف 1.57.223 الصادر في ربيع الأول 1377 (27 شتنبر 1975) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011) الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذي القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.

⁴⁰⁰ .قرار المجلس الأعلى عدد 587 الصادر بغرفتين، الغرفة الادارية والغرفة المدنية بتاريخ 23 فبراير 2005، في الملف المدني عدد 2002/1/1/2482، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، إعداد ادريس المحجوب، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ص 85.

⁴⁰¹ .قرار محكمة الاستئناف بالرباط، في الملف عدد 24/1/1، الصادر بتاريخ 25 يونيو 2006، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 89.

القانونية للعقار، يعتبر مسؤولاً ومقصراً في أداء الواجب المفروض عليه بحكم أعراف المهنة وطبيعتها
402،

والتزام الموثق بمبدأ إسداء النصح هو الذي يميزه عن غيره من محرري العقود العرفية من كتاب
عموميين وغيرهم.

الفقرة الثانية: المخالفات والعقوبات التأديبية

إن التوثيق من المهن القانونية المنظمة بمقتضى قانون مؤطر لها وهو القانون 32.09، وبالإضافة
لهذا القانون الأساسي للمهنة، فإن مهنة التوثيق تحكمها أعراف وتقاليد المهنة.

ولضمان أداء الموثق لكل الالتزامات الواقعة على عاتقه فالمشعر رتب مسؤولية عن كل إخلال يقوم
به هذا الموثق، وتتمثل هذه المسؤولية إما في المسؤولية المدنية، أو المسؤولية الجنائية، أو المسؤولية
التأديبية.

والمسؤولية التأديبية لا يمكن تصورها إلا إذا كان الشخص منتمياً لهيئة أو طائفة معينة، وأخل
بواجباته والتزاماته التي تفرضها عليه وظيفته أو مهنته، فأى إخلال من الموثق يعرضه لعقوبات تأديبية
(ثانياً)، و لكن هل كل مخالفة يقوم بها الموثق تكون موضوع عقوبة تأديبية ؟ (أولاً).

أولاً: المخالفة الموجبة للتأديب

إن الالتزامات الواقعة على الموثق كثيرة ومتعددة، وقد سعى المشعر المغربي من خلال إثقال كاهل
الموثق بكل هذه الالتزامات جعل الأطراف المتعاقدين في اطمئنان إزاء حقوقهم، وبالرجوع للنصوص
المنظمة لمهنة التوثيق فإننا نجد أن المخالفات التي يمكن أن تنجم عن الموثق والتي تكون موضوع مسؤولية
تأديبية تنحصر في المخالفات المتعلقة بأخلاقية وأعراف المهنة (1)، والمخالفات المتعلقة بإخلاله
بالالتزامات القانونية الواجبة عليه والتي تدخل ضمن الأخطاء المهنية (2).

⁴⁰² قرار صادر عن محكمة لا سين في حكمها الصادر بتاريخ 20 يونيو 1963، أورده محمد الربيعي، الأحكام الخاصة
بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، مرجع سابق، ص 52.

1- المخالفات المتعلقة بأخلاقيات وأعراف المهنة

إن مهنة التوثيق كما سبق الذكر هي مهنة منظمة بالعديد من النصوص القانونية، هذه النصوص القانونية تفرض على المزاويلين لها مجموعة من الالتزامات الأخلاقية تجاه هذه المهنة، بالإضافة إلى أعرافها وتقاليدها وأدبياتها، وأي إخلال بهذه الأخلاقيات يجعل الموثق معرضاً للمسؤولية، فالفقرة الأولى من المادة 73 من القانون 32.09 قد جاء واضحة وذلك عندما نصت على أنه: " يمكن إصدار عقوبات تأديبية ضد كل موثق خالف النصوص القانونية المنظمة للمهنة، أو أخل بواجباته المهنية، أو ارتكب أعمالاً تمس بشرف المهنة أو الاستقامة أو التجرد أو الأخلاق الحميدة أو أعراف المهنة."

وبالتالي فكل إخلال من طرف الموثق بأخلاقيات المهنة أو أعرافها و تقاليدها يترتب مسؤوليته التأديبية، حيث اعتبر مجموعة من الباحثين أن أساس هذه المسؤولية أي المسؤولية التأديبية يتجلى في جانب الخطأ المهني وذلك بالإخلال بهذه الأعراف والأخلاقيات⁴⁰³.

هذا ما يجعل كل موثق ملزم باحترام معاني الشرف وتحليه بالأخلاق وذلك ليحرر بمهنية عالية العقود التي يتلقاها، لدوام استمرار الثقة بين الموثق وزبائنه وبين شركائه⁴⁰⁴ أيضاً⁴⁰⁵، وفي ما يتعلق بعلاقة الموثق مع زبونه فهي أكثر علاقة يترتب عنها المسؤولية التأديبية للموثق عند إخلاله بأخلاقيات المهنة في إطارها.

ومن بين الواجبات الأخلاقية التي يكون الموثق ملزماً بها، التزامه بتقديم النصح والرشد والتبصير لزبائنه، و كما سبق الذكر فالإلتزام الموثق هذا يجب أن يكون على قدم المساواة ودون انحياز لطرف على

⁴⁰³ يوسف أقصيبي، المسؤولية القانونية للموثق، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية التابعة لجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2010-2011، ص 17.

⁴⁰⁴ تنص المادة 59 من القانون 32.09 على أنه: " يمكن لموثقين أو أكثر إبرام عقد مشاركة في الوسائل اللازمة لممارسة مهنتهم وإدارة وتسيير المكتب إذا كانوا معينين في نفس الدائرة الترابية للمحكمة الاستئنافية. لا يجوز أن تكتسي هذه المشاركة شكل شركة تجارية. يجب أن تكون المشاركة محل عقد محرر تراعى فيه مقتضيات هذا القانون، وينص فيه خاصة على ضمان الاستقلال المهني للموثق وتقيده بالسر المهني.

يضع المجلس الوطني نموذجاً لهذا العقد."

⁴⁰⁵ ورقة عمل مقدمة في الحلقة الدراسية حول التعاون بين المهن الحرة ذات الأهداف القانونية المتقاربة، الدار البيضاء، 24 يونيو 1994، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 20، دجنبر 1994، ص 52.

طرف آخر، فالموثق ملزم بأن يكشف للأطراف كل ما يتعلق بموضوع العقد الذي هم بصدد إبرامه⁴⁰⁶، وتعتبر المادة 37 من قانون التوثيق أساس هذا الالتزام⁴⁰⁷.

هذا النصح الذي يلتزم الموثق بتقديمه يجب أن يتم قبل المرحلة التعاقدية أي قبل تعاقد الأطراف، والموثق ملزم بتقديم النصح ولو كان الطرف المتعاقد موثقا آخر وذلك لتفادي مسؤوليته التأديبية، فلا يمكن له أن يدفع مسؤوليته هاته بحجة أن الزبون يفترض فيه معرفة المعلومات التي تهم التصرف الذي هو مقبل على إنجازه.

وقد قضت المحكمة الابتدائية بمراكش⁴⁰⁸ في حكم لها ب: "مؤاخذة الموثق من أجل تحرير وعد بالبيع لعقار مثقل بحجز تحفظي دون إخطار المشتري بوجود الحجز مما يجعله مرتكبا لمخالفة تتمثل في عدم القيام بالإجراءات الخاصة لضمان حجية العقد والتبعية فالموثق يكون قد مس بالثقة التي وضعها فيه الأطراف مما يقضي بمتابعته بالتوقيف عن ممارسة مهنة التوثيق العصري لمدة شهرين وتحميله الصائر"

غير أن ما يطرح الاشكال هنا هو كيفية إثبات قيام الموثق بتقديم النصح لزبائنه؟

من بين الأساليب التي يعتمد عليها الموثق لإثباته قيامه بالنصح تضمينه بند في العقد مفاده أن الموثق قد قدم النصح لزبائنه، غير أن هذا البند حسب نظرنا قد تكون فيه مخالفة لمقتضيات الفقرة السابعة من المادة 34 من القانون 32.09 والتي تمنع على الموثق أن يضمن العقد الذي يحرره مقتضيات لصالحه.

⁴⁰⁶. زبيدة مهداوي، حماية المتعاملين مع الموثق من خلال قانون 32.09، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نقوش بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية التابعة لجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2011-2012، ص 89.

⁴⁰⁷. تنص الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون 32.09 على أنه: "يجب على الموثق إسداء النصح للأطراف، كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها."

⁴⁰⁸. حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش رقم 16، بتاريخ 15/10/2009 في الملف عدد 09/1/1517، أورده لبينى الوزاني، المسؤولية التأديبية على ضوء العمل القضائي، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى، 2011، ص 19.

كما يمكن للموثق إثبات نصحه لزبائنه عن طريق وثيقة مستقلة يضمن فيها الموثق أنه قام بنصح الأطراف، غير أن هذه الوثيقة يجب أن تكون ثابتة التاريخ، وبالتالي فالزبائن قد يمتنعون عن إنجاز هذه الوثيقة مما يحول دون تحقيق النتيجة المبتغاة.

ويمكن إثبات النصح أيضا عن طريق اعتماد تقنية الصوت والصورة (تقنية التسجيل السمعي البصري) وذلك بوضع كاميرات داخل مكتبة الموثق، فقد جاء في منشور لوزارة العدل عدد 16 أنه: "..... ورغم كل هذه الضمانات فقد رصدت في الواقع العملي مجموعة من المشاكل التي تؤثر سلبا على القيمة الثبوتية لهذه العقود، وتشكك في مصداقية مؤسسة التوثيق برمتها، من أبرزها إنكار بعض المتعاقدين لتصرفاتهم، الشيء الذي يعرض الحقوق للضياع ويمس بالأمن التعاقدي، ويضر السادة الموثقين.

وحفاظا على الأمن التعاقدي واستقرار المعاملات.

وضمامنا لحقوق المتعاقدين والموثقين في آن واحد.

فإنه بات من الضروري على السادة الموثقين تجهيز مكاتبتهم بتقنية التسجيل السمعي البصري عند توثيق العقود وتسجيل كل ما يروج في مجالسها بالصوت والصورة، والاحتفاظ بها للرجوع إليها عند الاقتضاء، على أن يعلنوا للمتعاقدين بكون مكاتبهم مجهزة بتقنية التسجيل المذكورة....⁴⁰⁹

غير أنه ما يعاب على هذه الطريقة هو عدم احترام سرية المحادثات والاتفاقات التي تكون سواء بين الأطراف فيما بينهم، أو بينهم وبين الموثق، لأن مجلس العقد يجب أن يكون في إطار السرية التامة، مما قد يفرغ هذه التقنية من محتواها الذي أعدت له.

وإلى جانب التزام الموثق بالنصح فإنه يلتزم بالمحافظة على السر المهني والحفاظ على سرية ما يبحون له به المتعاقدين من معلومات أثناء تعاقدهم ما عدا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ويجد هذا الالتزام أساسه في المادة 24 من قانون التوثيق، وأي إخلال به يعرض الموثق لمسؤوليته التأديبية⁴¹⁰. وهذا الالتزام لا يقتصر على الموثق فقط بل يشمل أيضا المترنين لديه وكذا أجراءه.

⁴⁰⁹ منشور صادر عن وزارة العدل عدد 16 س 2، صادر ب 17 فبراير 2017 حول موضوع استعمال تقنية التسجيل السمعي البصري عند توثيق العقود.

⁴¹⁰ تنص المادة 24 من القانون 32.09 على أنه: " يلزم الموثق بالمحافظة على السر المهني، ماعدا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ويقع نفس الإلزام على المترنين لديه وأجراءه."

ومن الأمور التي تدخل أيضا ضمن أخلاقيات المهنة احترام الموثق روابط الزمالة، وذلك باحترام زملائه الموثقين الآخرين، و احترام قواعد الإخلاص والمنافسة الشريفة وعدم الاعتماد على الاحتيال والسمسرة لجلب زينائه⁴¹¹ لأن هذا فيه إضرار بالمهنة.

2- المخالفات الناتجة عن الأخطاء المهنية للموثق

يعتبر إخلال الموثق بالالتزامات القانونية التي يفرضها عليه القانون المنظم للمهنة من قبيل الأخطاء المهنية التي توجب مساءلة الموثق تأديبيا، فالمادة 26 من قانون التوثيق قد جاءت واضحة ونصت على أنه: " يتحمل الموثق مسؤولية الأضرار المترتبة عن أخطائه المهنية، والأخطاء المهنية للمتمرنين لديه، وأجرائه....."، وبالتالي فالموثق لا يكون مسؤولا فقط عن أخطائه المهنية، بل مسؤوليته تشمل كل من الأخطاء المهنية للمتمرنين لديه، وكذا الأخطاء المهنية لأجرائه.

ومن بين التصرفات التي تدخل ضمن الأخطاء المهنية للموثق والتي ترتب مسؤوليته التأديبية ما نصت عليه المادة 33 من قانون التوثيق، فالموثق يمنع عليه تحت مسؤوليته التأديبية أن يتسلم أموالا أو يحتفظ بها مقابل فوائد، ويمنع عليه كذلك أن يستعمل ولو مؤقتا مبالغ أو قيما توجد في عهده بأي صفة كانت فيما لم تخصص له، كما يمنع عليه أن يحتفظ بالمبالغ التي في عهده لحساب الغير بأي صفة كانت، ويجب على الموثق وضعها فور تسلمها بصندوق الإيداع والتدبير، غير أن الموثق يمكن له الاحتفاظ بهذه المبالغ في حالة حصوله على إذن كتابي ممن له مصلحة، أو أمر من السيد رئيس المحكمة التي يعمل بدائرتها، على أن لا يتعدى أجل احتفاظه بتلك المبالغ ثلاثة أشهر في جميع الحالات.

وهناك العديد من الأحكام والقرارات التي تمت فيها مؤاخذة الموثق بسبب إخلاله بمقتضيات المادة 33 السالفة الذكر ومن بين هذه القرارات والأحكام نذكر حكم المحكمة الابتدائية بتمارة الذي جاء فيه: " وحيث إن المحكمة قد تبنت لها خاصة أمام اعتراف المتهمه بأن هذه الأخيرة قد تسلمت المبلغ المذكور، بواسطة شيكات قرض من مؤسسة..... بصفتها موثقة وهو وديعة مؤتمن عليها لحساب الغير وظل بمكبتها لمدة أكثر من شهر واحد من دون أن تحصل على ترخيص يخول لها الإبقاء عليه بمكبتها أو أن يكون

⁴¹¹.تنص المادة 90 من القانون 32.09 على أنه: " يمنع على الموثق القيام مباشرة أو بواسطة الغير بأي عمل يدخل في نطاق سمسرة الزبناء أو جلبهم.

يعاقب على مخالفة مقتضيات الفقرة السابقة بالحبس من سنتين إلى أربع سنوات وبالغرامة من 20000 إلى 40000 درهم مع مراعاة العقوبات التأديبية التي قد تطبق على الموثق سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا."

ممنوحا لها بناء على طلب كتابي من ذوي المصلحة وبمقتضى أمر من رئيس المحكمة والذي في جميع الأحوال لا يمكن أن يتجاوز ثلاثة أشهر وأنها لم يعمل على إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل القانوني، وحيث إنه بذلك تكون المخالفة ثابتة في حق المتهمين ويتعين معه التصريح بإدانتها من أجلها، وحيث إنه بالنظر لتنازل المشتكية في شكايتها فإن المحكمة ترى الحكم على الموثقة بتطبيق عقوبة من الدرجة الأولى المتمثلة في الإنذار وذلك استنادا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 34 من ظهير 4 ماي 1925.⁴¹²

وجاء في حكم آخر للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ما يلي : " وحيث إنه وباحتفاظ الموثق على المبالغ المودعة لديه لمدة تفوق الشهر، ودون حصوله على ترخيص بذلك من طرف من يعينهم الأمر يكون قد خالف مقتضيات الفصل موضوع المتابعة ويتعين معه الحكم بمؤاخذته من أجل ذلك.

وحيث ارتأت المحكمة مراعاة منها لظروفه الاجتماعية (متزوج وله ولدين) ولعدم سوابقه الاقتصار على عقوبة الإنذار وتطبيقا لمقتضيات ظهير 4 ماي 1925.⁴¹³

وأیضا من بين التصرفات التي ترتب مسؤولية الموثق عن أخطائه المهنية عدم تأكده من الوضعية القانونية للعقار هل هو مثقل بأي رهون أو تكاليف، وهل هو عقار محفظ أو غير محفظ أو في طور التحفيظ، وهل هو من العقارات القابلة للتفويت أو لا.

فإنه من بين الالتزامات الهامة الملقاة على كاهل الموثق في مجال المعاملات العقارية، التأكد من الوضعية القانونية للعقار، وأي إخلال منه بهذا الواجب يعد تقصيرا يعرضه للمسؤولية، فقد جاء في حكم محكمة Douai في حكمها الصادر بتاريخ 21 ماي 1973 أن : " التزام الموثق بالنصح يحمله في المعاملات العقارية بواجب آخر وهو التحري عن الوضعية القانونية للعقار، والتأكد من أنه غير مثقل برهون وتكاليف"⁴¹⁴.

⁴¹² . حكم المحكمة الابتدائية بتمارة رقم 4 بتاريخ 2006/11/16، في الملف عدد 07/5، أوردته لبنى الوزاني، المسؤولية التأديبية للموثق على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 174-175.

⁴¹³ . حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 05/12 الصادر بتاريخ 2006/06/22، أوردته لبنى الوزاني، المسؤولية التأديبية للموثق على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 198.

⁴¹⁴ . حكم محكمة Douai الصادر بتاريخ 21 ماي 1973، أوردته محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحجرات الصادر عنهم، مرجع سابق، ص 56.

وجاء في قرار محكمة النقض ما يلي : " إن عدم تأكد الموثق من وضعية العقار إزاء المحافظة العقارية وعدم إخبار الأطراف بوضعيته الحقيقية يعتبر تقصيرا منه بالقيام بما كان عليه فعله ليطم التعاقد بشأنه بدون مشاكل، والمحكمة لما قضت بمعاقبته بالإيقاف عن مزاوله المهنة ثلاثة أشهر بعله ارتكابه للمخالفتين المنسوبتين إليه تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وبنته على أساس"⁴¹⁵.

غير أن مسؤولية الموثق هاته تسقط في الحالة التي يبادر فيها المشتري إلى تسليم الثمن للبائع، وتوقيع العقد بدعوى أنه قام بالتحريات بنفسه، وبالتالي فهنا الطرف يتحمل تبعه عمله، ولا يقبل منه أي ادعاء ضد الموثق بعدم القيام بواجبه، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 نونبر 1971⁴¹⁶.

وكذلك الشأن عندما لا يترك الأطراف للموثق الوقت الكافي للقيام بالبحث والتحري عن وضعية العقار، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 28 ماي 1974⁴¹⁷.

وإذا وضع الموثق شرطا في العقد بعدم المسؤولية أو وضعه في محرر مستقل، فإن القضاء لا يعتد به، ويبقى الموثق مسؤولا عن النتائج المترتبة عن عدم تأكده من الوضعية القانونية للعقار من حيث التحملات، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 12 ماي 1958⁴¹⁸.

وتجدر الإشارة أن اطلاع الموثق على الوضعية القانونية للعقار، وأخذ شهادة عقارية تثبت خلوه من الرهون والتحملات غير كاف، لأن وضعية العقار تبقى قابلة للتغيير من لحظة إلى أخرى، ففي الفترة الفاصلة بين الحصول على الشهادة العقارية وتحرير العقد وتوقيعه، يمكن أن يقوم البائع برهن العقار أو بيعه، ولهذا فالموثق ملزم بعدم تسليم الثمن للمشتري إلا بعد القيام بتقييمه عقد البيع بالرسم العقاري والحصول على شهادة عقارية تثبت بأن الملكية آلت إلى المشتري.

غير أنه ما يطرح التساؤل هنا هل الموثق له الحق في تلقي التصرفات التي يكون محلها عقار غير محفظ أو أن اختصاصه يتحدد فقط في العقارات المحفظة والتي في طور التحفيظ ؟

⁴¹⁵ قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 19 فبراير 2015، قرار غير منشور.

⁴¹⁶ Cass. Civ. 25 novembre. 1971 J.C.P. 73- 17375.

⁴¹⁷ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 ماي 1974، أورده محمد الربيعي، مرجع سابق، ص 57.

⁴¹⁸ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 ماي 1958، أورده محمد الربيعي، مرجع سابق، ص 56.

برجعونا إلى الفصل الخامس من ظهير 4 ماي الملغى نجده يحدد اختصاصات الموثق في ميدان العقار في العقارات المحفوظة والعقارات في طور التحفيظ، ومرد ذلك كون التوثيق في تلك الفترة يزاول من طرف موثقين فرنسيين لا اطلاع لهم بالأحكام والقواعد الفقهية التي تنظم العقارات غير المحفوظة، غير أن هذا المنع استمر حتى بعد حصول المغرب على استقلاله وأصبح التوثيق يمارس من قبل المغاربة.

غير أنه بالرجوع إلى القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق فإنه لم يتطرق لهذا المنع بنص صريح، مما يجعل الموثق ملزم بتلقي المعاملات التي تخص العقارات غير المحفوظة، ولا يحق له أن يمتنع عن التلقي وإلا سيكون مسؤولاً عن الضرر الذي سيرتب عن هذا الامتناع⁴¹⁹، وبالتالي تتم مساءلته تأديبياً.

ثانياً: العقوبات التأديبية

بالرجوع لظهير 4 ماي 1924 الملغى نجده كان يقسم العقوبات التأديبية التي تكون في حق الموثق لدرجتين، العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والتي تشمل كل من الإنذار والتوبيخ مع تسجيله في الملف، والعقوبات التأديبية من الدرجة الثانية والتي تشمل كل من التوقيف المؤقت والعزل.

غير أنه حسب القانون 32.09 فإن العقوبات التأديبية تنقسم إلى نوعان أصلية وإضافية، وهذه العقوبات لا تشمل الموثق فقط بل حتى المتمرنين.

فالعقوبات الأصلية بالنسبة للمتمرنين هي : الإنذار والتوبيخ ووضع حد للمتمرن⁴²⁰ ، وبالنسبة للموثقين الرسميين فهي الإنذار والتوبيخ والإيقاف عن ممارسة المهنة لمدة لا تتجاوز السنة والعزل⁴²¹ ، أما بالنسبة للعقوبات الإضافية فلا تشمل إلا الموثقين الرسميين وهي المنصوص عليها في مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 75 والتي جاء فيها : " يمكن أن تكون العقوبات التأديبية الثلاث الأولى مقرونة بعقوبات إضافية كالحرمان من الحق في الترشيح لعضوية المجلس الوطني والمجالس الجهوية للموثقين أو التصويت في الانتخابات المتعلقة بها وذلك لمدة لا تتجاوز 5 سنوات."

⁴¹⁹ تنص المادة 29 من قانون التوثيق على أنه : " إذا امتنع الموثق عن القيام لواجبه بدون سبب مشروع تحمل مسؤولية

الضرر المترتب عن هذا الامتناع."

⁴²⁰ المادة 72 من القانون 32.09.

⁴²¹ المادة 75 من القانون 32.09.

هذه العقوبات الإضافية لم تكن واردة في ظهير 4 ماي 1925 الملغى، ولعل التنصيص عليها في هذا القانون راجع للمستجد الجديد الذي تناوله القسم السابع من القانون 32.09 والمتعلق بإحداث الهيئة الوطنية للموثقين والمجلس الوطني والمجالس الجهوية، حيث تعمد المشرع حرمان الموثقين المخالفين من العضوية في هذه الهيئات وحتى حرمانهم من حق التصويت جزاء لهم على ما ارتكبوه في حق المهنة، وإذا كان مبدأ البراءة والإدانة يتوقف على مدى توفر أدلة الإثبات فإن المعيار في تحديد العقوبة يدخل في الإطار العام الذي هو تفريد الجزاء وتشخيصه، فكلما كانت المخالفات بسيطة والضرر الناتج عنها خفيفا كلما اقتضت العقوبة على الإنذار والتوبيخ، وكلما كانت المخالفات خطيرة والضرر الناتج عنها فادحا، كلما كانت العقوبة مشددة وقد تصل على الإيقاف أو العزل حسب الأحوال، كما أن شخص الموثق نفسه يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد العقوبة، وفي جميع الأحوال يبقى الأمر موكولا في ذلك للسلطة التقديرية لأعضاء اللجنة ولقضاة المحكمة الإدارية عند البث في الطعن ضد المقررات التأديبية⁴²².

وقد يتساءل المرء عن الإيقاف المؤقت الذي يأمر به السيد الوكيل العام للملك بعد استئذان السيد وزير العدل والحريات في إطار المادة 78⁴²³ من القانون وذلك كلما فتحت متابعة تأديبية أو جنحية أو جنائية ضد موثق إما لأسباب مهنية أو عند اعتقاله بسبب يمس الشرف، وحتى قبل إجراء المتابعات إذا تبين من أي مراقبة أو تفتيش وجود خطورة على أصول العقود والمحفوظات والأصول والمستندات والقيم المؤمن عليها هل يدخل ذلك الإيقاف في إطار العقوبات التأديبية أم أنه مجرد تدبير احترازي يلجأ إليه الوكيل العام للملك في تلك الحالات لحماية المهنة والحفاظ على حقوق المتعاقدين، وضمان الأمن التعااقدي.

إن هذه الإمكانية الممنوحة للوكيل العام في نظرنا لا تعدو أن تكون سوى إجراء احترازي يلجأ إليه عندما يتعلق الأمر ببعض الحالات الخطيرة التي يصبح معها الموثق في وضعية لا تؤهله للممارسة، ويصبح من المصلحة شل يده عن التوثيق، وهي حالات جاءت مقرونة في حالة المتابعة بالخروقات المهنية أو

⁴²² عبد اللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 128.

⁴²³ تنص الفقرة الأولى والثانية من المادة 78 من القانون 32.09 على أنه: "يمكن للوكيل العام للملك كلما فتحت متابعة تأديبية أو جنحية أو جنائية ضد موثق إما لأسباب مهنية أو عند اعتقاله بسبب يمس الشرف، أو يوقفه مؤقتا عن عمله بإذن من وزير العدل.

يمكن وفق نفس الكيفية الأمر بالإيقاف المؤقت ولو قبل إجراء المتابعات الجنائية أو التأديبية إذا تبين من أي مراقبة أو تفتيش وجود خطورة على أصول العقود والمحفوظات والاموال والسندات والقيم المؤمن عليها."

بالاعتقال، ويمكن الأمر بهذا الإيقاف حتى وقبل المتابعة عندما يظهر أن هناك خطورة قد تلحق الضرر بأصول العقود والمحفوظات والأصول والمستندات والقيم المؤمن عليها، ولا تدخل في إطار العقوبة التأديبية التي لها مسطرة خاصة، وأمر تحريك المتابعة فيها موكول للسيد الوكيل العام، والتصريح بها من اختصاص اللجنة المنصوص عليها في المادة⁴²⁴ 11.

وصلاحية الوكيل العام ليست مطلقة في هذا الباب، بل منحصرة في مجرد الاقتراح ويبقى إذن السيد وزير العدل والحريات إلزاميا في الإيقاف المؤقت⁴²⁵.

ويبقى الطعن في هذا الإيقاف ممكنا أمام اللجنة المنصوص عليها في مقتضيات المادة⁴²⁶ 11.

والآثار المترتبة عن العقوبة كثيرة ومتنوعة حسب نوع العقوبة نفسها أصلية كانت أم إضافية.

فهي عندما تتعلق بالتوبيخ أو الإنذار فآثارها معنوية أكثر منها مادية، وعندما تتعلق بالإيقاف والعزل فإن آثارها تمس الجانب المادي في حياة الموثق وتحرمه من ممارسة المهنة مؤقتا أو نهائيا، ويستلزم

⁴²⁴. تنص المادة 11 من قانون التوثيق على انه: "تتكون اللجنة المكلفة بإبداء الرأي في تعيين الموثقين ونقلهم وإعفائهم

وإعادة تعيينهم والبت في المتابعات التأديبية للموثقين والمتمرنين من:

- وزير العدل بصفته رئيسا أو من يمثله؛

- الوزير المكلف بقطاع المالية أو من يمثله؛

- الأمين العام للحكومة أو من يمثله؛

- رئيس أول محكمة استئناف أو نائبه؛

- وكيل عام للملك لدى محكمة استئناف أو نائبه؛

- قاض بالإدارة المركزية لوزارة العدل من الدرجة الأولى على الأقل بصفته مقررا؛

يعين كل من الرئيس الأول والوكيل العام للملك ونائبهما والقاضي بالإدارة المركزية من طرف وزير العدل.

- رئيس المجلس الوطني للموثقين أو من ينوب عنه؛

- رئيسي مجلسين ينتدبان من طرف رئيس المجلس الوطني.

تحدد طريقة عمل اللجنة بنص تنظيمي."

⁴²⁵. عبد اللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 129.

⁴²⁶. تنص الفقرة الثالثة من المادة 78 من القانون 32.09 على أنه: "يقوم الوكيل العام للملك بتبليغ الأمر بالإيقاف

المؤقت إلى المعني بالأمر وإلى المجلس الجهوي للموثقين ويسهر على تنفيذه، ويمكن للموثق الموقوف الطعن في هذا الإجراء

أمام اللجنة المشار إليها في المادة 1."

ذلك إشعار جهات أخرى بالعقوبة كوزارة المالية والمحافظ العام على الملكية العقارية، والمجالس الجهوية والمجلس الوطني⁴²⁷ لتكون علي بينة من ذلك وتتخذ كافة التدابير للتنفيذ.

المطلب الثاني: مسطرة المتابعة والمحاكمة التأديبية والطعن في المقررات التأديبية

في حالة ما إذا ثبت خطأ الموثق، سواء إذا أخل بالتزاماته القانونية التي يفرضها عليه القانون 32.09، أو إذا أخل بالتزاماته تجاه تقاليد وأعراف المهنة، فإنه يتبع في حقه مسطرة للمتابعة و بعد ذلك مسطرة للمحاكمة (الفقرة الأولى)، وإذا صدر مقرر تأديبي في حقه فإن القانون قد وفر له ضمانات الطعن في هذه المقررات التأديبية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسطرة المتابعة والمحاكمة التأديبية للموثق

في هذه الفقرة سنحاول الحديث عن مسطرة المتابعة التأديبية والجهات التي تحركها (أولاً)، ثم ننتقل للحديث عن مسطرة المحاكمة التأديبية وضماناتها (ثانياً).

أولاً: مسطرة المتابعة التأديبية والجهات التي تحركها

إن المشرع المغربي في قانون 32.09 أسند مهمة تحريك المتابعة التأديبية إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي يعمل في دائرتها الموثق المخالف، وتحريك المتابعة لا يتم إلا بعد إجراء بحث في موضوعها من طرف نفس الجهة كذلك، وعادة ما تكون هذه الأبحاث نتيجة شكاية قدمت من طرف أحد المتعاقدين أو المتضررين إلى السيد الوكيل العام للملك مباشرة، وإما نتيجة للتحريات التي أسفرت عنها مراقبة وتفتيش مكاتب الموثقين، أو عقب ملتمس قدم للوكيل العام للملك من طرف رئيس المكتب الجهوي للموثقين التابع له الموثق المخالف وحتى من طرف رئيس المجلس الوطني، أو بعد صدور حكم قضى بإدانة الموثق إثر متابعة جنائية، حيث يصبح الوكيل العام للملك ملزماً بإحالة ملف المتابعة التأديبية على اللجنة المنصوص عليها في المادة 11 من قانون 32.09 داخل أجل ثلاثة أشهر كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 78 من القانون المذكور.

⁴²⁷ الفقرة الرابعة من المادة 78 من القانون 32.09 المتعلق بالتوثيق.

هذه الإحالة تتم برفع تقرير من طرف الوكيل العام للملك مرفق بالوثائق اللازمة إلى السيد وزير العدل والحريات الذي يتولى عرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها في المادة 11، ويبقى للوكيل العام للملك السلطة التقديرية في حفظ المسطرة أو رفعها إلى السيد وزير العدل والحريات وذلك حسب توفر أدلة المتابعة من عدمها، وحسب ما إذا كانت الأفعال المنسوبة للموثق تكتسي صبغة المخالفة أو لا تكتسيها، وهذه الإمكانية تستنتج من صياغة مقتضيات المادة 80 من القانون 32.09 التي ابتدأت بعبارة: " إذا قرر الوكيل العام للملك بعد البحث متابعة الموثق....."، فهذه العبارة تفيد إمكانية المتابعة وإمكانية الحفظ طبعاً إذا توفرت شروطه⁴²⁸.

والصياغة التي جاءت بها المادة 79 من القانون تثير أكثر من تساؤل:

فالمادة المذكورة بينت أن المجلس الجهوي ملزم تحت طائلة صرف النظر داخل أجل شهر من تاريخ التوصل بإبداء وجهة نظره في الشكايات التي تحال عليه من طرف الوكيل العام للملك وفي تلك التي تحال عليه مباشرة من طرف أصحابها في شكل تقرير يرفعه السيد الوكيل العام للملك، والتساؤل المطروح هو: هل الوكيل العام للملك ملزم بإحالة جميع الشكايات التي يتوصل بها إلى المجلس الجهوي لإبداء رأيه فيها أم أن الأمر يبقى اختيارياً بالنسبة إليه، وبالتالي يمكنه مباشرة البحث في الشكايات دون أخذ رأي المجلس الجهوي، ويمكن التساؤل بالتبعية عن مدى إلزامية وجهة نظر المجلس الجهوي للسيد الوكيل العام للملك في اتخاذ القرار؟

يظهر من صياغة المادة المذكورة أنه ليس هناك ما يجبر الوكيل العام للملك على إحالة الشكايات المقدمة إليه على المجلس الجهوي، وذلك لخلو النص من أي عبارة يستفاد منها الإلزام، وهذا الرأي ينسجم مع ما جاء في مقتضيات المادة 124 القانون التي حددت المهام المسندة إلى المجلس الجهوي ومن بينها إبداء النظر فقط في الشكايات الموجهة إليه ضد الموثقين داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ التوصل مع رفع تقرير بشأنها إلى السيد الوكيل العام للملك، دون ترتيب أي جزاء على عدم تطبيق ذلك، ومع ذلك يبقى إحالة الشكايات على المجلس الجهوي أمراً ضرورياً لأنه ينسجم مع فلسفة القانون رقم 32.09 الذي تعتمد إشراك ممثلي الموثقين في كل شؤونهم، منذ اجتيازهم لمباراة الالتحاق إلى الامتحان النهائي إلى العضوية في اللجنة الإدارية المنصوص عليها في المادة 11 وحتى إلى التأديب في حالة تبوث مسؤوليتهم

⁴²⁸ عبد اللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 124.

التأديبية، وإبداء وجهة نظر المجلس الجهوي سيكون لها بدون شك دور كبير في اتخاذ القرار المناسب في الشكاية خصوصا إذا كانت وجهة النظر تلك موضوعية وبعيدة عن المجاملة والتحيز.

والمنطق السليم يقتضي أخذها بعين الاعتبار من طرف الوكلاء العامين للملك عند تقريرهم في الشكايات المحالة عليهم انسجاما مع فلسفة النص واعتبار أن الجميع ينشد المصلحة العامة.

ومرحلة البحث هذه والمتابعة وحتى مرحلة المراقبة يكون الوكيل العام للملك فيها مطوقا بالمحافظة على سرية الأبحاث شأنه في ذلك شأن باقي المشاركين بمن فيهم الموثق موضوع الشكاية نفسه.

ولا بد من الإشارة إلى أن البحث مادام مقتصرا على الجانب التأديبي فإن الجهة التي تقوم به هي الوكيل العام للملك، أما عندما يتعداها ويصبح متعلقا بالجانب الجنائي فإن جهات البحث الاعتيادية هي التي يسند لها القيام به وذلك حسب الحالات⁴²⁹.

وإذا تعلقت هذه المتابعات التأديبية بموثق عضو باللجنة المذكورة في المادة 11، تعين عليه الانسحاب من عضوية هذه اللجنة ويحل موثق آخر مكانه وذلك وفق ما نصت عليه المادة 81 من قانون التوثيق.

وكما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 73 من نفس القانون، فإن المتابعات التأديبية لا تحول دون تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو المتضررين وذلك زجرا للأفعال التي تكون جنحا أو جنائيات، وبالتالي فمتابعة الموثق تأديبيا، لا يمنع متابعته جنائيا في حالة كان الفعل المنسوب له يشكل جنحة أو جنائيات.

أما في ما تعلق بعلاقة النيابة العامة في شخص الوكيل العام للملك بوزارة العدل في ظل المتغيرات الحالية التي عرفها المغرب، بنقل صلاحية إشراف وزير العدل على قضاة النيابة العامة إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة بموجب القانون 33.17⁴³⁰، فقد أصدرت النيابة العامة دورية لها بتاريخ 2 يناير 2018 تؤكد فيها بقاء سلطة الرقابة على المهن القانونية والقضائية للسلطة

⁴²⁹ عبد اللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 125.
⁴³⁰ ظهير شريف رقم 1.17.75 صادر في 8 ذي الحجة 1438 الموافق ل 30 أغسطس بتنفيذ القانون رقم 33.17 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل على الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة وبسن قواعد لتنظيم رئاسة النيابة العامة، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6605 بتاريخ 27 ذو الحجة 1438 الموافق ل 18 ديسمبر 2017، ص 5155.

الحكومية المكلفة بالعدل، مما يحتم معه العمل على إشعار وزير العدل والحريات بكل إخلال منسوب للموثق وبالمتابعات المقامة ضدهم فضلا عن الإشعارات الموجهة للمجلس الجهوي⁴³¹.

وتجدر الإشارة أنه حسب المادة 77 من قانون التوثيق، فإن إعفاء الموثق من مهامه لا يحول دون متابعته تأديبيا عن الأفعال التي ارتكبها قبل الإعفاء، أي إذا تم إعفاء الموثق عن ممارسة المهنة لسبب من الأسباب المنصوص عليها في قانون التوثيق، فإن إعفاءه هذا لا يحول دون متابعته تأديبيا عن الأفعال التي ارتكبها قبل إعفائه.

ولعل الحكمة من هذا المقتضى أن الموثق قد يشعر باحتمال متابعته في مخالفة ما، فيعتمد إلى طلب إعفائه من مهامه طمعا في عدم متابعته، وبعد مرور مدة التقادم، يلتبس إرجاعه إلى ممارسة المهنة بناء على مقتضيات المادة 9 من القانون 32.09، و بالتالي يمكن تعيينه موثقا وذلك إذا لم تجرى في حقه أي متابعة تأديبية، ودفعاً لهذا التملص نصت المادة 77 المذكورة على أن هذا الإعفاء لا يحول دون المتابعة التأديبية⁴³².

كما تشير المادة 76 من قانون التوثيق على أن المتابعات التأديبية تتقدم في حق الموثق في حالتين :

- بمرور خمس سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة؛
- بتقدم الدعوى العمومية إذا كان الفعل المرتكب زجريا.

وينقطع أمد هذا التقادم بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق التي تأمر بها السلطة التأديبية أو تباشره.

وتعتبر مقتضيات هذه المادة ضمانا جديدة جاء بها القانون الجديد 32.09 في متابعة الموثقين تأديبيا أو زجريا، وهي من أهم حسنات هذا القانون، بحيث نصت على أن المتابعة التأديبية المقامة في شأن الموثق تتقدم بمرور خمس سنوات ابتداء من تاريخ ارتكابه المخالفة، والمتابعة الزجرية تتقدم بتقدم

⁴³¹. أسامة أوزيل، حدود مراقبة النيابة العامة للمهن القانونية والقضائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية التابعة لجامعة ابن زهر، السنة الجامعية 2018/2019، ص 64-65.

⁴³². العلمي الحراق، الوثيق في شرح قانون التوثيق، مرجع سابق، ص 162.

الدعوى العمومية، كما نصت على أن أجل التقادم ينقطع بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق الذي تأمر به السلطة التأديبية أو تباشره.

بمعنى أن أجل التقادم ينقطع بكل إجراء يقوم به الوكيل العام للملك ما عدا قرا الحفظ، أو تقوم به اللجنة التأديبية المنصوص عليها في المادة 11 فيما يتعلق بتقادم المتابعات التأديبية، كما ينقطع التقادم بكل إجراء من إجراءات التحقيق التي يقوم بها قاضي التحقيق، أو من إجراءات المتابعة التي تقوم بها السلطة القضائية أو تأمر بالقيام به فيما يتعلق بتقادم المتبعات الجزرية، أما قرار الحفظ الذي تتخذه النيابة العامة في شأن الأبحاث والتحري فيما يخص المتابعات الجزرية فإنه لا يقطع التقادم، وذلك كله طبقا لمقتضيات المادة 6⁴³³ من قانون المسطرة الجنائية⁴³⁴.

وفي الأخير نورد جدولاً إحصائياً بالمتابعات التأديبية والجزرية الخاصة بالموثقين⁴³⁵:

السنة نوع المتابعة	2016	2015	2014	2013	2012	2011
التأديبية	79	72	26	56	58	95
الجزرية	27	27	42	43	36	67

⁴³³ تنص الفقرة الأولى من المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه: "ينقطع أمد تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة تقوم به السلطة القضائية أو تأمر به، وبكل إجراء يعتبره القانون قاطعاً للتقادم."

⁴³⁴ العلي الحراق، الوثيق في شرح قانون التوثيق، مرجع سابق، ص 161-162.

⁴³⁵ أحمد الأمrani، الرقابة القضائية على محرري العقود العقارية، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 25، يناير 2019، ص 305.

ثانيا: مسطرة المحاكمة التأديبية وضماناتها

سنحاول التطرق لمسطرة المحاكمة التأديبية للموثق الذي تبت مسؤوليته التأديبية (1) ، بعد ذلك سنتطرق لتحديد الضمانات المخولة للموثق في القانون 32.09 من أجل ضمان محاكمة تأديبية عادلة له (2).

1- مسطرة المحاكمة التأديبية

إذا كان ظهير 4 ماي 1925 الملغى قد أسند تحريك المتابعة التأديبية للنيابة العامة، وخص غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية بالنظر فيها بأحكام ابتدائية قابلة للاستئناف⁴³⁶ ، فإن القانون 32.09 جاء بمقتضيات جديدة فيما يخص المحاكمة، حيث أسند البت في المتابعة المرفوعة من طرف الوكيل العام للملك إلى لجنة إدارية مكونة حسب المادة 11 من القانون المذكور، من السيد وزير العدل رئيسا أو من يمثله، ومن الوزير المكلف بقطاع المالية أو من يمثله، ومن الأمين العام للحكومة أو من يمثله، ويختار وزير العدل للعضوية في هذه اللجنة رئيسا أولا لمحكمة الاستئناف أو نائبه، ووكيلا عاما للملك لدى محكمة الاستئناف أو نائبه، وقاضيا من الإدارة المركزية بوزارة العدل من الدرجة الأولى على الأقل بصفته مقرا، إضافة لذلك تتكون هذه اللجنة أيضا من رئيس المجلس الوطني للموثقين أو من ينوب عنه، ومن رئيسي مجلسين جهويين ينتدبان من طرف المجلس الوطني.

و يظهر لنا من تركيبة هذه اللجنة أنها لجنة تأديبية إدارية بامتياز، عكس المحاماة التي تكون الهيئة هي المكلفة بالتأديب، وعكس المفوضين القضائيين والعدول التي تكون اللجنة المكلفة بالتأديب لجنة قضائية.

وتركيبة هذه اللجنة الإدارية قد جاءت شاملة لكل الفعاليات التي لها علاقة بموضوع التوثيق وهذا يعتبر مكسبا مهنيا كبيرا للموثقين، فمن شأنه صيانة قدسية المهنة.

والمشروع المغربي لم يلزم اللجنة المذكورة بعقد جلساتها في أوقات معينة، بل ترك لها الصلاحية لاختيار تاريخ الانعقاد، حسب جدول الأعمال المتوفرة لديها، وإن كانت هذه الصلاحية في الحقيقة غير مطلقة، نظرا لتطويقها بأجال محددة للبت في كثير من الحالات.

⁴³⁶ عبد اللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مرجع سابق، ص 126.

واللجنة الإدارية المنصوص عليها في المادة 11 ليست جهة موكل لها البت في المتابعات التي يرفعها إليها السادة الوكلاء العامون فقط، بل موكل إليها كذلك النظر في الطعون التي يتقدم بها السادة الموثقون الموقوفون مؤقتا عن العمل بمقتضى قرار صادر من طرف الوكيل العام للملك وذلك في إطار الفقرة الثانية من المادة 78 من قانون التوثيق.

فهذا التوقيف المؤقت كما سبق الذكر هو تدبير احترازي وإجراء قضائي يتخذه الوكيل العام للملك في حق الموثق بعد إذن من وزير العدل، وهذا القرار هو القرار الوحيد القابل للطعن أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة 11.

و مسطرة المحاكمة أمام هذه اللجنة تكون شفوية، وحسب مقتضيات المادة 82 من قانون التوثيق يتم استدعاء الموثق المتابع قبل خمسة عشر يوما من التاريخ المحدد للنظر في القضية برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة النيابة العامة، كما أن هذا الاستدعاء يجب أن يتضمن يوم وساعة ومكان اجتماع اللجنة، مع الإشارة إلى ملخص وقائع المتابعة، كما يشعر الموثق في الاستدعاء المذكور بإمكانية اختيار موثق أو محامي أو هما معا لمؤازرته أمام هذه اللجنة، كما يحق له أيضا بقوة القانون الاطلاع على وثائق الملف وأخذ نسخ منها.

وعلى الموثق المتابع المثل شخصا أمام اللجنة، وفي حالة عدم حضوره رغم استدعائه بصفة قانونية ولم يدل بأي عذر مقبول، فإن اللجنة تبت في المتابعة في غيابه وذلك بمقرر معلل.

وحتى يتم تفعيل المقررات التأديبية فإن المشرع أوكل للسيد الوكيل العام للملك الموجود في دائرته الموثق المتابع حسب مقتضيات المادة 83 من قانون التوثيق تبليغها إلى المعني بالأمر داخل أجل شهر من تاريخ صدورهما، وذلك بواسطة محضر تبليغ توجه نسخة منه إلى السيد وزير العدل، وأخرى لكل من رئيس المجلس الوطني والمجلس الجهوي، على أن يتولى رئيس اللجنة إشعار كل من الوزير المكلف بالمالية والمحافظ العام على الملكية العقارية، إذا كانت العقوبة الصادرة في حق الموثق هي الإيقاف أو العزل، حتى يتخذ كل التدابير اللازمة للتنفيذ كل في إطار اختصاصه.

ويجب وفق مقتضيات المادة 85 على كل موثق صدرت في حقه عقوبة الإيقاف التخلي عن ممارسة أي عمل من أعمال المهنة، كما يجب على الموثق الذي صدرت في حقه عقوبة العزل أن يتخلى عن ممارسة أي عمل من أعمال المهنة وعن وصف نفسه بصفة موثق، وكل مخالفة لهذه المقتضيات يعاقب عليها

الموثق حسب مقتضيات المادة 89 من قانون التوثيق طبقا لمقتضيات الفصل⁴³⁷ 381 من مجموعة القانون الجنائي.

2- ضمانات المحاكمة التأديبية العادلة

إن القانون 32.09 جاء بالعديد من الضمانات المهمة جدا، والتي من شأنها بالفعل أن تحقق محاكمة تأديبية عادلة للموثق، وتجليات ذلك تظهر في الآتي :

- إحالة الشكايات الموجهة ضد الموثقين من طرف السيد الوكيل العام للملك على المجالس الجهوية لإبداء وجهة النظر فيها قبل الشروع في البحث، وهذه المجالس بحكم اطلاعها فإن وجهة نظرها يمكن أن يكون لها دور فعال في اتخاذ القرار الأنسب، خصوصا إذا كانت وجهة نظر موضوعية؛

- إشعار المجلس الجهوي للموثقين بإحالة ملف المتابعة على اللجنة الإدارية بمجرد إحالته، حتى يكون على بينة من الأمر ليتمكن من التتبع والمواكبة؛

- تحديد آجال كافية لتبرئ الدفاع من طرف الموثق المتابع عند استدعائه من طرف اللجنة؛

- إمكانية مؤازرته أمام اللجنة من طرف موثق آخر أو محامي أو هما معا؛

- تمكينه من الاطلاع على جميع وثائق ملف المتابعة وإمكانية حصوله على نسخ منها بقوة القانون؛

- تقادم المتابعة التأديبية في حقه إما بمرور خمس سنوات من تاريخ ارتكابه للمخالفة، أو بتقادم الدعوى العمومية إذا كان الفعل المرتكب زجريا؛

- إمكانية الطعن في المقررات التأديبية أمام المحكمة الإدارية (وهذا موضوع الفقرة الثانية من هذا البحث)؛

- تطويق الوكيل العام للملك الذي يعتبر سلطة اتهام في المسطرة التأديبية بعدة آجال الهدف منها الإسراع بإنهاء المسطرة في ظروف عادية ومن ذلك مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 78 من القانون

⁴³⁷. ينص الفصل 381 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على أنه : " من استعمل أو ادعى لقباً متعلقاً بمهنة نظمها القانون أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العامة شرط اكتسابها، دون أن يستوفي الشروط اللازمة لحمل ذلك اللقب أو تلك الشهادة أو تلك الصفة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يوجد نص خاص يقرر عقوبة أشد"

32.09 التي تلزمه بإحالة ملف المتابعة التأديبية على اللجنة التأديبية داخل أجل ثلاثة أشهر في حالة صدور حكم بالإحالة الجنائية.

الفقرة الثانية : الطعن في المقررات التأديبية

يعتبر الطعن في المقررات التأديبية الصادر في حق الموثق من أرق الضمانات التي وفرتها هاته النصوص القانونية للموثق، فتمكين الموثق من حق الطعن في المقررات الصادرة ضده فيه ما فيه من الحماية لحقوقه.

وبالنظر لتشكيل اللجنة المنصوص عليها في المادة 11، والتي لها الحق في إصدار المقررات التأديبية في حق الموثق، يظهر أنها لجنة إدارية بامتياز، وبالتالي فالقرارات الصادرة عنها لها طبيعة إدارية محضة.

وإن القانون 32.09 المتعلق بالتوثيق قد نسخ ما كان ظهير 4 ماي 1925 الملغى يعطيه للنيابات العامة بصراحة النص بشأن الطعن في المقررات التأديبية الصادرة عن غرفتي المشورة الابتدائية والاستئنافية كنظام قضائي للتأديب كقضاء عادي⁴³⁸، حيث حلت محلها اللجنة الإدارية التابعة لوزارة العدل في البت في المتابعات التأديبية ضد الموثقين وفقا للمادة 11 من القانون 32.09.

ولقد أجازت المادة 84 من قانون التوثيق الطعن في المقررات التأديبية، ولكن هذا الطعن لا يكون له أثر واقف، بمعنى أن هذا الطعن لا يوقف التنفيذ للمقرر مبدئيا إلا إذا قرر القضاء المختص ضرورة إيقاف تنفيذ هذا المقرر وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة نفسها.

ويقدم الطعن في مقررات التأديب وكذا المطالبة بإيقاف تنفيذها طبقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في القانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية⁴³⁹.

و بالتالي فمسطرة هذا الطعن ستكون أولا أمام المحكمة الابتدائية الإدارية، الذي يكون حكمها قابل للطعن أمام محكمة الاستئناف الإدارية، ثم هذا القرار الاستئنافي يكون قابل للطعن بالنقض أمام

⁴³⁸. إدريس الشبلي، غرفة المشورة في النظام القضائي المغربي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، سنة التكوين 2004/2002، ص 56.

⁴³⁹. القانون 41.90 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.91.225 بتاريخ 10 شتنبر 1993، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ جمادى 1414 الموافق ل 3 نونبر 1993، ص 2168.

محكمة النقض وذلك في الغرفة الإدارية بهذه المحكمة، وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بالنقض في هذا القرار الاستثنائي لا يوقف التنفيذ إلا ما استثني وفق أحكام الفصل⁴⁴⁰ 361 من قانون المسطرة المدنية.

وقد أحسن المشرع ما فعل بخصوص منح ضمانات الإلغاء للقضاء الإداري نظرا لمرونة التعامل المعروف في إصدار مقرراته من حفاظه على الحقوق والحريات من جهة، وأيضا لطبيعة الجهة مصدرة القرار التأديبي⁴⁴¹، فكل قرار قد يصدر عنها لعيب شكلي أو انحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو مخالفة القانون كان معه الحق للموثق المتضرر التقدم بالطعن فيه أمام هذه المحكمة داخل أجل 60 يوما⁴⁴² من تاريخ تبليغ القرار إليه، وأكثر من ذلك استفادته من الإعفاء من أداء الرسم القضائي لطلب الإلغاء⁴⁴³.

وبالتالي يظهر أن القانون 32.09 قد جاء بالعديد من الضمانات التي هدفها الأسمى هو حماية الموثق، وكذا حماية المهنة لما لها من هبة ووقار مميز، ومن أبرز هذه الضمانات كما سبق الذكر إمكانية الطعن في المقررات التأديبية الصادر عن لجنة التأديب.

خاتمة

إن موضوع المسؤولية التأديبية للموثق من المواضيع المهمة التي لم تحظى بقدرها من الدراسة، فأثناء دراسة هذا الموضوع تبين لنا قلة المراجع التي تناولت هذا الموضوع بالدقة.

⁴⁴⁰ ينص الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية المغربي على أنه: " لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

1- في الأحوال الشخصية؛

2- في الزور الفرعي؛

3- في التحفيظ العقاري.

يمكن علاوة على ذلك للمحكمة بطلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائي أن تأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية ومقررات السلطات الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء."

⁴⁴¹ أسامة أوزيل، حدود مراقبة النيابة العامة للمهن القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص 84.

⁴⁴² جاء في الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية على أنه: " يجب أن تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة داخل أجل ستين يوما تبتدئ من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاءه إلى المعني بالأمر."

⁴⁴³ جاء في المادة 22 من القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية أنه: " يعفى طلب الإلغاء بسبب تجاوز السلطة من أداء الرسم القضائي."

فرغم أن القانون 32.09 حاول تحديد الأفعال التي ترتب مسؤولية الموثق إلا أنه لم يحددها على سبيل الحصر بل ذكرها على سبيل المثال، دون تحديد المعيار الذي تقاس به مسؤولية الموثق في الخطأ التأديبي الموجب للمتابعة، مما جعل البعض يصنف هذه المخالفات في إطار المسؤولية التأديبية والبعض الآخر يصنفها في إطار مسؤوليات أخرى كالمسؤولية المدنية.

كما أنه من الإشكالات المطروحة هي كيفية إثبات قيام الموثق بالتزاماته لتجنب مسؤوليته التأديبية، خصوصا التزامه بنصح الزبون وتنوير إرادته، فهذا الالتزام من الالتزامات التي يصعب على الموثق إثبات قيامه بها، وبالتالي على المشرع محاولة تحديد آلية تساعد الموثق في هذا الصدد من أجل إثبات قيامه بهذا الالتزام.

ونشير إلى أن أحكام مسؤولية الموثق العصري كما هي مسطرة في التشريع المغربي غير منتظمة بالشكل الذي يجعلها فعالة في حماية الموثق أولا، ثم حماية أطراف العلاقة التعاقدية ومعهم الأغيار، ولا يقتصر الأمر على المسؤولية التأديبية بل يتعداها للمسؤوليات الأخرى، كالمسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، وبالتالي على المشرع المغربي القيام بالتفاتة حقيقية من أجل ضبط كل هذه المسؤوليات وتحديثها، لأنه لا يمكن الحديث عن التطور والتقدم دون إشراك مؤسسة التوثيق فيه لما لها من دور كبير.

لائحة المراجع:

الكتب:

- ◀ سمير قطب، حدود السلطة والمسؤولية الإشرافية مع التطبيق على الشرطة، دار النهضة العربية، طبعة 1977.
- ◀ العلمي الحراق، الوثيق في شرح قانون التوثيق، دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2014.
- ◀ لبنى الوزاني، المسؤولية التأديبية على ضوء العمل القضائي، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى، 2011.
- ◀ محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، دراسة في ضوء مستجدات قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة وقانون 32.09 المتعلق بالتوثيق، مطبعة النجاح الدار البيضاء، نشر وتوزيع مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الثالثة، 2017.

الرسائل:

- أسامة أوزيل، حدود مراقبة النيابة العامة للمهن القانونية والقضائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية التابعة لجامعة ابن زهر، السنة الجامعية 2018/2019.
- زبيدة مهداوي، حماية المتعاملين مع الموثق من خلال قانون 32.09، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نوقش بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية التابعة لجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2011-2012.
- يوسف أقصبي، المسؤولية القانونية للموثق، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية التابعة لجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2010-2011.

بحوث نهاية التكوين:

- إدريس الشبلي، غرفة المشورة في النظام القضائي المغربي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، سنة التكوين 2002/2004.

المدخلات:

- عبداللطيف الزويتيني، أساس المسؤولية التأديبية من خلال قانون 32.09 والعمل القضائي، مداخلة ضمن اللقاء الوطني الأول بين محكمة النقض والغرفة الوطنية للتوثيق العصري بالمغرب تحت شعار آفاق مهنة التوثيق على ضوء قانون 32.09 والعمل القضائي، سلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 20، مطبعة الأمنية – الرباط، 2013.

المقالات:

- أحمد الأمrani، الرقابة القضائية على محرري العقود العقارية، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 25، يناير 2019.

عبدالمجيد بوكير، المسؤولية القانونية للموثقين العصريين بين ظهير رابع ماي 1925 م
ومشروع القانون 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وإحداث هيئة وطنية للموثقين، مقال
منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 19، 2011.

ورقة عمل مقدمة في الحلقة الدراسية حول التعاون بين المهن الحرة ذات الأهداف القانونية
المتقاربة، الدار البيضاء، 24 يونيو 1994، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 20،
دجنبر 1994

المناشر:

منشور صادر عن وزارة العدل عدد 16 س 2، صادر ب 17 فبراير 2017 ن حول موضوع
استعمال تقنية التسجيل السمعي البصري عند توثيق العقود

مجلة الممارس للدراسات
القانونية والقضائية
المديرة: ياسين الصبار