

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثلاثون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 31 : ماي 2015

✓ مع موازيع العدد 31 : ماي 2015 :

- الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان.
- النيابة العامة بين الاستقلالية والتبعية.
- التوقيف المؤقت عن العمل كإجراء تأديبي.
- إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.
- المسؤولية المدنية الناشئة عن تلويث البيئة.
- نفي الصبغة الجماعية عن العقار غير المحفظ.
- الضريبة الجزافية الوحيدة في القانون الجبائي.
- الحكم بموت المفقود في التشريع الجزائري.
- مشكلة إثبات الجريمة الإلكترونية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثلاثون

صفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإمتل والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	
قراءة في النظام الفترقي الموائم (ققون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	

المجلة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلغوية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- توزيع المجلة

العدد الواحد والثلاثون : ماي 2015

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الواحد والثلاثون : لشهر ماي 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 31 لشهر ماي 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. نحو تنقيح مؤسسة تقادم الدّعى العموميّة في القانون التّونسي : من إعداد الأستاذ عبد الحميد حامدي، مساعد للتعليم العالي بالمعهد العالي للنقل وخدمات الاتصال بسوسة و الأستاذة نورشان عبد الجليل، مساعدة عرضية بالمعهد العالي للنقل وخدمات الاتصال بسوسة.....06
3. الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان : إبراهيم التجاني إبراهيم حامد باحث جامعي من السودان الشقيق حاصل على دكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبدالله بفاس.....50
4. النيابة العامة بين الاستقلالية والتبعية : أي نموذج يجانب المغامرة ؟ : إعداد الأستاذ فيصل بيجي دكتور في القانون الخاص أستاذ زائر بكلية الحقوق سلا.....60
5. التوقيف المؤقت عن العمل كإجراء تأديبي - (دراسة علمية على ضوء القانون المغربي) : الدكتور : عبد الجبار كريمي أستاذ التعليم العالي مساعد المركز الجهوي لمهن التربية و التكوين جهة دكالة - عبدة.....68
6. إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني -دراسة فقهية قضائية مقارنة وفقاً للأحكام المنظمة للإثبات - (الجزء الأول : عبء إثبات القانون الأجنبي) : إعداد الدكتور باسم محمد فتحي هارون دكتوراه في القانون المدني من كلية الحقوق جامعة بني سويف مصر، مدرس القانون المدني بكلية القانون جامعة دلون مملكة البحرين سابقاً، محكم دولي معتمد.....79
7. التأسيس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن تلويث البيئة -دراسة تحليلية على ضوء القانون المدني الجزائري وبعض التقنيات العربية : من إعداد الأستاذ سنوسي علي أستاذ القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الشلف الجزائر.....92
8. شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقار غير المحفظ - (تأملات في الفقرة الثانية من المادة 18 من المرسوم القضائي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة) : إعداد عبد الغني طه علامي باحث في القانون - من المغرب.....99
9. التأسيس القانوني للضريبة الجزافية الوحيدة في القانون الجبائي الجزائري : من إعداد الأستاذ لعلوي محمد أستاذ بالمركز الجامعي بالنعامة طالب بصف الدكتوراه جامعة وهران.....119

10. الحكم بموت المفقود في التشريع الجزائري : من إعداد الأستاذ بوسحابة لعيد ماجستير حقوق ولاية النعامة
الجزائر.....129
11. التحفيز الوظيفي مدخل أساسي لإصلاح الوظيفة العمومية المغربية : ميمون مشياخ باحث في سلك
الدكتوراه شعبة القانون العام مخبر الدراسات القانونية والسياسية والإدارية بكلية الحقوق - وجدة.....137
12. إثبات الجريمة الإلكترونية بين قيود الشرعية و متطلبات العدالة : الأستاذ ياسين زوباير خريج ماستر العلوم
و المهن الجنائية كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سلا.....150

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 13.Le financement des retraites- cas de mauritanie : : M. Sadvi Ould Sakhawi Professeur
d'économie à la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques Université de Nouakchott -
Mauritanie.....162
- 14.La gestion et la protection et au développement des espaces verts : KAID HAFIDA
Doctorante en droit des affaires comparée professeur contractuelle à la faculté de droit
Mostaganem, Algérie.....171
- 15.Le Régime Fiscal de l'Environnement Dans le Droit Algérien : Mme Habchi Leila Kamila
Doctorante à l'école doctorale A la faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sidi Bel
Abbés- Algérie.....179
- 16.Le principe de précaution pour la protection de l'environnement: Mme. SARI Née KARA-
TERKI Ilham : Chercheur en Doctorat Droit Publique Membre dans le Laboratoire des
Droits de l'Homme et des Libertés.....200

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الواحد و الثلاثين لشهر ماي 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 31 لشهر ماي 2015 من مجلة الفقه والقانون ، وقد شمل العدد الجديد عدة مواضيع هامة ترتبط بالأحوال الشخصية والإثبات مثل الخبرة الطبية ومدى تعارضها مع آية اللعان ، والحكم بموت المفقود في التشريع الجزائري ، ثم إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني -دراسة فقهية قضائية مقارنة وفقاً للأحكام المنظمة للإثبات ، وإثبات الجريمة الإلكترونية بين قيود الشرعية ومتطلبات العدالة .

هذا من جهة ومن جهة ثانية اهتم العدد بقضايا البيئة والعقار ، وناقش قضية التأسيس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن تلويث البيئة -دراسة تحليلية على ضوء القانون المدني الجزائري وبعض التقنيات العربية ، وشهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقار غير المحفظ - (تأملات في الفقرة الثانية من المادة 18 من المرسوم القاضي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة) .

هذا فضلا عن عدة مواضيع هامة أخرى باللغتين العربية والفرنسية عن تنقيح مؤسسة تقادم الدّعوى العموميّة في القانون التّونسي ، وعن التأسيس القانوني للضريبة الجزافية الوحيدة في القانون الجبائي ، والتحفيز الوظيفي مدخل أساسي لإصلاح الوظيفة العمومية المغربية ، ثم موضوع النيابة العامة بين الاستقلالية والتبعية : أي نموذج يجانب المغامرة ؟ والتوقيف المؤقت عن العمل كإجراء تأديبي - (دراسة علمية على ضوء القانون المغربي) .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

نحو نقيح مؤسسة نقادج الدعوى العمومية في القانون التونسي



ذ. عبد الحميد حامدي، مساعد للتعليم العالي
بالمعهد العالي للنقل وخدمات الاتصال بسوسة



الأستاذة نورشان عبد الجليل، مساعدة عرضية
بالمعهد العالي للنقل وخدمات الاتصال بسوسة

لدرء مخاطر الاضطرابات التي تضر بمصالح المجتمعات ولتحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والنفسي، استنبطت التشريعات مؤسسة التقادم وهو نظام يقوم على انقضاء مدة من الزمن تتحول في نهايتها من وضعيّة قديمة إلى وضعيّة قانونيّة مستقرة ونهائية لا تقبل الجدل والنقاش بما يُجنب المحاكم إعادة النظر في تلك الوقائع من جديد. وتنطبق مؤسسة التقادم في مجال القانون المدني أو القانون الجنائي. وينقسم التقادم على المستوى المدني إلى تقادم مسقط *prescription extinctive* يعرف بكونه " أسلوب ابتدعه المشرّع لإطفاء الالتزام بعد مرور فترة من الزمن لم يقم خلالها الدائن بأي عمل قانوني للحصول على حقه¹ " و إلى تقادم مكسب *prescription acquisitive* باعتباره سببا من أسباب اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحوز².

وبدوره ينقسم التقادم في الميدان الجنائي إلى تقادم العقوبة و تقادم الدعوى العمومية. و يُقصد بتقادم العقوبة انقضاء مدة زمنية معينة على صدور حكم قضائي بات³ دون أن يقع تنفيذه على المحكوم عليه مما يؤدي إلى سقوط الحق في تنفيذ العقوبة على الجاني⁴. ويُعرّف سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن بكونه مضي فترة من الزمن يحددها القانون تبدأ من تاريخ ارتكاب الجريمة دون أن تتخذ خلالها الدولة إجراء من إجراءاتها و يترتب على هذا التقادم انقراض الدعوى العمومية أي أنّ الجريمة تمحى فيصبح الفعل المجرم كأنه لم يرتكب ويحصن مرتكبه من التبعات القضائية وتسليط العقاب.

¹ جورج أنطاكي، التقادم المسقط، مطبعة ألف باء الأديب، 1970، ص.3.

² اقتضى الفصل 45 من م.ح.ع. أنّ " من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار مدة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون شغب مشاهدا مستمرا و بدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم .

والحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب"

³ الحكم البات هو الحكم الذي لا يقبل أي وجه من أوجه الطعن.

⁴ وفقا لأحكام الفصل 349 من م.إ.ج.ت. تسقط العقوبات المحكوم بها بمضي عشرين سنة كاملة بالنسبة للجنايات وخمسة أعوام في الجنح وعامين بالنسبة للمخالفات.

وتعود الجذور التاريخية لمؤسسة تقادم الدعوى الجزائية إلى القانون الروماني الذي كرس هذه التقنية حماية لمصالح المتهم بارتكاب الجرائم. و في هذا الصدد، وضع القانون الروماني قاعدة عامة مفادها سقوط الدعوى الجزائية بمرور عشرين سنة لأغلب الجرائم إلا أن هذه القاعدة عرفت استثناءين. فمن جهة أولى، تتقادم جريمة الزنا و جريمة اختلاس الأموال الأميرية بانقضاء مدة خمسة أعوام من تاريخ ارتكابهما¹. ومن جهة ثانية لا تقبل التقادم جرائم قتل الأب parricide وجريمة استبدال مولود بآخر² supposition de part.

وفي العصر الحديث تباينت الآراء الفقهية حول تقييم مؤسسة سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن. فقد استمات جانب أول من الفقه في الدفاع عن مزايا التقادم الجنائي. و لتبرير موقفه، اعتمد على المبررات التالية:

- المبرر الأول: إن مرور فترة زمنية طويلة نسبيا على ارتكاب الجريمة من شأنه أن يجعل المجتمع ينسى الجريمة و يقرر الصفا عن مرتكبها و لا يطالب بحاسبة المجرم.

- المبرر الثاني: يستفيد المجرم من تهاون وإهمال النيابة العمومية أو القائم بالحق الشخصي لعدم تحريك الدعوى العمومية خلال فترة زمنية يضبطها القانون.

- المبرر الثالث: شرعت مؤسسة التقادم لتحقيق هدف الاستقرار القانوني و النفسي و الاجتماعي لمرتكب الجريمة وذلك لإعادة إدماجه في المجتمع و لا يتحقق هذا الغرض إلا بالتخلص من شبح الملاحظات القضائية.

- المبرر الرابع: إن مرور الزمن من شأنه أن يجعل إثبات الجريمة صعبا وذلك لوفاة الشهود أو لسيانهم تفاصيل الواقعة و من ثمة يُخشى أن تقع معاقبة المشتبه به بصفة تعسفية.

وبالرغم من وجهة الحجج التي ساقها الاتجاه الفقهي المؤيد لتقادم الدعوى العمومية، فقد تعرضت هذه المؤسسة إلى انتقادات شديدة وجهتها كل من المدرسة التقليدية بزعامة الفقيه بكاريا Beccaria Cesare والمدرسة الوضعية الإيطالية. وقد تمحورت هذه الانتقادات حول مسألتين: فمن جهة أولى، إن عدم تتبع الجاني جراء ما اقترفه من جرائم لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يصلح المجرم بالطبيعة criminel par nature بل إن نظام التقادم يشجع على مزيد ارتكاب الجرائم بصفة مستمرة³. ومن جهة ثانية، يمنح تكريس مؤسسة تقادم الدعوى العمومية مكافأة للمجرم المحترف للإفلات من العقاب و بذلك تُهدر العدالة الجنائية و تندثر حقوق ضحايا الجرائم.

شأنه شأن أغلب التشريعات الحديثة، لم يأبه المشرع التونسي لهذه الانتقادات فكرس مؤسسة سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن وجعلها سببا عاما لانقراض الدعوى العمومية و الدعوى المدنية المرتبطة بها⁴. و قد أورد المشرع التونسي مبدأ التقادم صلب الفصلين 5 و 6 من م.إ.ج.ت. و في بعض النصوص الخاصة باستثناء بعض

¹ محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم بدر اوي، مبادئ القانون الروماني: تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1956، ص.245.

² يوسف الشوفاني، التقادم الجنائي و ضرورات العدالة الجنائية، رسالة لنيل الماستر المتخصص في "العلوم والمهن الجنائية"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا الرباط، ص. 12. للاطلاع على كامل الرسالة، يُرجى تشغيل الرابط التالي: http://droitagadir.blogspot.com/2013/05/blog-post_1.html

³ Renucci J.F., Infraction d'affaires et prescription de l'action publique, D. Chron., 1997, p.23.

⁴ تنقضي الدعوى العمومية وفقا لأحكام الفصل 4 من م.إ.ج.ت. "أولا: بموت المتهم، ثانيا: بمرور الزمن....."

الجرائم الغير قابلة للتقادم infractions imprescriptibles كجريمة التعذيب¹ و بعض الجرائم العسكرية² و الجرائم ضد الإنسانية³. ويخرج عن موضوع هذا البحث هذا الصنف من الجرائم.

وتهدف هذه المقالة إلى البحث في السياسة التشريعية التونسية المتعلقة بمؤسسة تقادم الدعوى العمومية بعد مرور ثمانية وأربعين عاما منذ إصدار م.إ.ج.ت.⁴ لتحديد مواطن ضعفها واقتراح حلول عملية لتطويرها و ذلك لإحجام المشرع التونسي عن تنقيح هذه المؤسسة ولعدم احتواء مشروع تنقيح م.إ.ج.ت. على تنقيح الفصول المتعلقة بتقادم الدعوى العمومية.

ولئن كرّس التشريع التونسي مبدأ سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن، فإنه تضمّن آجالاً مختلفة لتقادم الدعوى العمومية الناشئة عن الجريمة (فرع أول)، كما ضبط طرق متنوعة لاحتساب مختلف هذه الآجال (فرع ثان).

الفرع الأول: تعدد آجال تقادم الدعوى العمومية :

ضبط الفصل 5 من م.إ.ج.ت. الآجال العامة لانقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن التي تنطبق على كل الجرائم القابلة للتقادم بمختلف أصنافها (الفقرة الأولى)، كما أحال نفس الفصل إلى النصوص الإجرائية الجزائية الخاصة التي تحدّد آجالاً خاصة لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن بالنسبة لبعض الجرائم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعدد الآجال العامة لتقادم الدعوى العمومية :

على غرار المشرّع الفرنسي⁵ والمصري⁶، استند المشرّع التونسي صلب الفصل 5 من م.إ.ج.ت. للتصنيف التشريعي للجرائم الواردة بالفصل 122 من م.إ.ج.ت.⁷ ليضبط ثلاثة آجال عامة مختلفة لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن (أ)، إلا أنّ هذه الآجال تتميز بمجمودها (ب).

أ) التصنيف التشريعي الثلاثي لتقادم الدعوى العمومية :

اعتنق المشرّع التونسي مبدأ تدرج آجال التقادم وفقاً لطبيعة الجرائم فنصّ صلب الفصل 5 من م.إ.ج.ت. على انقضاء الدعوى العمومية بمضيّ عشرة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جناية (1)، و بمرور ثلاثة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنحة (2)، و بمرور عام كامل إذا كانت ناتجة عن مخالفة (3).

¹ اقتضى الدستور التونسي في فصله 23 أنّ جريمة التعذيب لا تسقط بالتقادم .

² وفقاً لأحكام الفصل 72 من م.ع.ع. لا تسقط العقوبة ولا دعوى الحق العام في حالة فرار العسكري إلى العدو أو أمام العدو أو في حالة تخلفه والتحاقه ببلد أجنبي وبقي فيها زمن الحرب تفصيلاً من واجباته العسكرية.

³ الأمر عدد 3384 لسنة 2008 المؤرخ في 6 أكتوبر 2008 المتعلق بنشر الاتفاقية المتعلقة بعدم سقوط جرائم الحرب والجرائم ضد البشرية بمرور الزمن، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 بتاريخ 7 نوفمبر 2008، ص. 3972.

⁴ صدرت م.إ.ج.ت. بمقتضى القانون عدد 23 لسنة 1968 مؤرخ في 24 جويلية 1968 يتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائية.

⁵ أنظر الفصول 7 و 8 و 9 من م.إ.ج.ف.

⁶ أنظر المادة 15 من م.إ.ج.م.

⁷ ورد بالفصل 122 من م.إ.ج.ت " تُوصف بجنايات على معنى هذا القانون، الجرائم التي تستوجب عقاباً بالقتل أو بالسجن لمدة تتجاوز خمسة أعوام. وتوصف بجنح، الجرائم التي تستوجب عقاباً بالسجن تتجاوز مدته خمسة عشر يوماً ولا تفوق الخمسة أعوام أو بالخطية التي تتجاوز الستين ديناراً. وتوصف بمخالفات، الجرائم المستوجبة لعقاب لا يتجاوز خمسة عشر يوماً سجناً أو ستين ديناراً خطية".

1) مدة تقادم الدّعى العموميّة الناشئة عن الجنايات :

طبقا لأحكام الفصل 122 من م.إ.ج.ت.، توصف بالجناية الجريمة التي تستوجب عقابا بالقتل أو بالسّجن لمدة تتجاوز خمسة أعوام. ووفقا لأحكام الفصل 5 من م.إ.ج.ت. تسقط الدّعى العموميّة الناتجة عن الجناية بمضيّ عشر سنوات كاملة من يوم ارتكاب الجريمة.

وبربط أحكام الفصل 122 م.إ.ج.ت. بأحكام الفصل 5 من م.إ.ج.ت.، يتّضح أنّ المشرّع قد خصّ الجريمة التي توصف بكونها جنائية، بأقصى مدة لسقوط الدّعى العموميّة بمرور الزّمن والمحدّدة بعشر سنوات كاملة مقارنة ببقية الجرائم المتمثلة في الجنح والمخالفات.

وتسقط الدّعى العموميّة بانقضاء عشر سنوات كاملة، إذا كانت ناشئة عن إحدى الجنايات التّالية المنصوص عليها بالمجلة الجزائية :

- الاعتداءات على أمن الدولة الداخلي¹.
- جرائم القتل العمد².

¹- نصّ الفصل 63 من م.ج.ت. على أنّه: "يعاقب بالإعدام مرتكب الاعتداء على حياة رئيس الجمهورية".

وفقا لأحكام الفصل 73 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسّجن ببقية العمر وبخطيّة قدرها مائتا ألف دينار من يقبل بمناسبة ثورة أن يقيم نفسه بدل الهيئات الحاكمة المكوّنة بمقتضى القوانين".

- اقتضى الفصل 74 من م.ج.ت.: "يعاقب بالإعدام كلّ من يجمع ويمدّ بالأسلحة جموعا أو يرأس جموعا بقصد نهب أموال عموميّة أو خاصّة أو الاستيلاء على عقارات أو منقولات أو إفسادها أو يحارب القوّة العامّة حال مقاومتها لمرتكبي هذه الاعتداءات أو يتصدّى لها".

- وفقا لأحكام الفصل 75 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسّجن مدّة عشرين عاما وبخطيّة قدرها مائتا ألف دينار كلّ من له علم بقصد أو بصفة تلك الجموع وارتضى الانضمام إليها أو مدّها بدون غصب بأسلحة أو بالمساكن أو بأماكن الاختفاء والاجتماع".

- عملا بالفصل 76 من م.ج.ت.: "يعاقب بالإعدام كلّ من يحرق أو يهدم بمادّة انفجاريّة أبنية أو مخازن الذخائر العسكريّة أو غيرها من أملاك الدّولة".

- اقتضى الفصل 77 من م.ج.ت.: "إذا ارتكب جمع مسلّح أو بدون سلاح الاعتداء على النّاس أو على الأملاك فكلّ فرد من أفرادها يعاقب بالسّجن مدّة عشرة أعوام".

²- وفق الفصل 201 من م.ج.ت.: "يعاقب بالإعدام كلّ من يرتكب عمدا مع سابقيّة القصد قتل نفس بأيّ وسيلة كانت".

-الفصل 202 من م.ج.ت.: "سابقيّة القصد هي النّيّة الواقعة قبل مباشرة الاعتداء على ذات الغير".

-الفصل 203 من م.ج.ت.: "يعاقب بالإعدام مرتكب قتل القريب". والمقصود بقتل القريب هو قتل الأهل وإن علوا.

-الفصل 204 من م.ج.ت.: "يعاقب بالإعدام قاتل النّفس عمدا إذا كان وقوع قتل النّفس إثر ارتكابه جريمة أخرى أو كان مصاحبا لها أو كانت إثره وكانت تلك الجريمة موجبة للعقاب بالسّجن أو كان القصد من قتل النّفس الاستعداد لارتكاب تلك الجريمة أو تسهيل ارتكابها أو مساعدة فاعلها أو مشاركتهم على القرار أو ضمان عدم عقابهم".

-الفصل 205 من م.ج.ت.: "يعاقب مرتكب قتل النّفس عمدا بالسّجن ببقية العمر في غير الصّور المقررة بالفصول المتقدّمة".

-الفصل 208 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسّجن مدّة عشرين عاما مرتكب الضّرب أو الجرح الواقع عمدا لكن بدون قصد القتل والذي نتج عنه الموت. ويرفع العقاب إلى السّجن ببقية العمر في صورة سبق النّيّة بالضّرب والجرح".

-الفصل 209 من م.ج.ت.: "الأشخاص الذين شاركوا في معركة وقع في أثناءها عنف انجرّ منه الموت بالصّور المقررة بالفصل قبله يعاقبون لمجرد المشاركة بالسّجن لمدة عامين بدون أن يمنع ذلك من العقوبات المستوجبة لمرتكب العنف".

-الفصل 210 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسّجن ببقية العمر الوالد الذي يتعمّد قتل ولده".

-الفصل 211: "يعاقب بالسّجن مدّة عشرة أعوام الأمّ القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته".

- جرائم الاغتصاب¹.
 - جريمة السرقة الموصوفة².
 - جريمة إضرار النار بصفة عمدية في المحلات المسكونة³ أو غير المسكونة⁴.
- و من بين الجنايات التي وقع التنصيص عليها من خارج المجلة الجزائية والتي تخضع للأجل العام لسقوط الجنايات والمقدر بعشر سنوات، نذكر:
- جريمة تزوير أداة تحويل الكرتوني للأموال،
 - جريمة استعمال أداة تحويل الكرتوني للأموال مزورة مع العلم بذلك .
 - جريمة قبول التحويل باستعمال أداة تحويل الكرتوني للأموال مزورة مع العلم بذلك⁵.

¹ وفقا للفصل 227 من م.ج.ت: "يعاقب بالإعدام :

(1) كل من واقع أنثى غصبا باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به.

(2) كل من واقع أنثى سبها دون العشرة أعوام كاملة ولو بدون استعمال الوسائل المذكورة.

ويعاقب بالسجن ببقية العمر كل من واقع أنثى بدون رضاها في غير الصور المتقدمة. ويعتبر الرضا مفقودا إذا كان سن المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة".

ورد بالفصل 227 مكرّر من م.ج.ت ما يلي: "يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من واقع أنثى بدون عنف سبها دون خمسة عشر عاما كاملة".

² نصّ الفصل 260 من م.ج.ت على ما يلي: "يعاقب بالسجن بقية العمر مرتكب السرقة الواقعة مع توفّر الأمور الخمسة الآتية:

- أولا: استعمال العنف الشديد أو التهديد بالعنف الشديد للواقعة له السرقة أو لأقاربه.
- ثانيا: استعمال التسور أو جعل منافذ تحت الأرض أو خلع أو استعمال مفاتيح مفتعلة أو كسر الأختام وذلك بمحلّ مسكون أو بالتلبس بلقب أو بزّي موظّف عمومي أو بادعاء إذن من السلّطة العامّة زورا.
- ثالثا: وقوعها ليلا.
- رابعا: من عدّة أفراد.
- خامسا: حمل المجرمين أو واحد منهم سلاحا ظاهرا أو خفيا".

وفقا للفصل 261 من م.ج.ت: "يعاقب بالسجن مدة عشرين عاما مرتكب السرقة الواقعة باستعمال أحد الأمرين الأولين من الأمور المقررة بالفصل المتقدم".

الفصل 262 من م.ج.ت: "يعاقب بالسجن مدة اثني عشر عاما مرتكب السرقة الواقعة بتوافر الأمور الثلاثة الأخيرة المقررة بالفصل 260".

الفصل 263 من م.ج.ت: "يعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام، مرتكب السرقة الواقعة :

- أولا: أثناء حريق أو بعد انفجار أو فيضان أو غرق أو حادث حلّ بالسكة الحديدية أو عسيان أو هيجان أو غير ذلك من أنواع الهرج.
- ثانيا: من أصحاب النزل وغيرها من المحلات المتعاطية لهذا النشاط وأصحاب المقاهي أو المحلات المفتوحة للعموم.
- ثالثا: من مستخدم أو خادم لمخدومه أو لشخص موجود بدار مخدومه.
- رابعا: ممن يخدم عادة بالمسكن الذي ارتكب به السرقة".

³ تضمّن الفصل 307 من م.ج.ت أنّه : "يعاقب بالسجن بقية العمر من يتعمّد مباشرة أو تعويضا إيقاد نار بمبان أو سفن أو مراكب أو مخازن أو حظائر مسكونة أو معدة للسكنى وبصفة عامة بالمحلات المسكونة أو المعدة للسكنى وكذلك عربات الأرتال وغيرها الحاوية لأشخاص أو التابعة لقافلة من العربات حاملة لمن ذكر سواء كانت لمرتكب الحريق أو لغيره.

ويعاقب بالسجن مدة اثني عشر عاما من أوقد النار مباشرة أو تعويضا إقما بزرع أو غراسات أو بتبن أو متحصّل صابة معرّم أو مكوم وإما بحطب معرّم أو مرتّب أمتارا مكعبة أو بعربات أرتال أو غيرها مما لم يكن مشمولا في قطار حاو لأشخاص أو ما عدا ذلك من الأثاث إن لم يكن على ملك مرتكب الحريق. ويكون العقاب بالإعدام إذا نتج عن الحريق موت".

⁴ يكون العقاب المستوجب هو السجن مدة عشرين عاما إذا كانت الأماكن التي أحرقت غير مسكونة أو غير معدة للسكنى ويحطّ العقاب إلى عشرة أعوام إذا كان المحلّ الواقع حرقه ملكا لمرتكب الجريمة".

⁵ طبقا لأحكام الفصل 17 من القانون عدد 51 لسنة 2005 مؤرخ في 27 جوان 2005 يتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال " يعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار كل من زور أو استعمل أو قبل باستعمال أداة تحويل الكرتوني مزورة.

- جريمة تكوين تنظيم يهدف إلى إعداد أو تحضير أو ارتكاب جريمة إيواء الأشخاص الداخلين أو المغادرين للتراب التونسي خلسة أو تعمد نقل شخص أو أشخاص لغاية إدخالهم إلى التراب التونسي أو إخراجهم منه خلسة¹.

ويستفيد من مبدأ سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن الجناية بانقضاء عشر سنوات، الفاعل الأصلي للجنائية والشريك² إذا تعلق الأمر بجريمة تامة³. كما يستفيد من أجل سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن الشخص الذي حاول ارتكاب جناية وشريكه، إذا تعلق الأمر بجريمة ناقصة⁴.

(2) مدة تقادم الدعوى العمومية الناتجة عن الجرح :

طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 122 من م.إ.ج. ت. تُعرّف الجرح بكونها: "الجرائم التي تستوجب عقاباً بالسجن تتجاوز مدته خمسة عشر يوماً ولا تفوق الخمسة أعوام أو بالخطية التي تتجاوز ستين ديناراً". ضبط المشرع صلب الفصل 5 من م.إ.ج.ت. الأجل العام لسقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجنحة والمقدر بثلاث سنوات تحسب انطلاقاً من تاريخ ارتكاب الجريمة. ويضم هذا الصنف من الجرائم العدد الأكبر من الأفعال المجرّمة. ومن بين الجرح التي تسقط فيها الدعوى العمومية الناشئة عنها بمضي الأجل العام المحدد بثلاث سنوات نذكر :

- السرقة المجرّدة⁵،
- القتل غير العمد⁶،

¹ أنظر أحكام الفصل 41 من القانون عدد 40 لسنة 1975 مؤرخ في 14 ماي 1975 والمتعلق بجوازات السفرووثائق النقل المنقح بالقانون عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004.

² الفصل 32: من م.ج.ت "يعدّ مشاركا ويعاقب بصفته تلك :

- أولاً: الشخص الذي أُرشد لارتكاب الجريمة أو تسبّب في ارتكابها بعطايا أو وعود أو تهديدات أو تجاوز في السلطة أو النفوذ أو خزعات أو حيل إجرامية،
- ثانياً: الشخص الذي مع علمه بالمقصد المراد الحصول عليه أعان على ارتكابه بأسلحة أو آلات أو غير ذلك من الوسائل التي من شأنها الإعانة على تنفيذ الفعل،
- ثالثاً: الشخص الذي مع علمه بالمقصد المذكور أعان فاعل الجريمة على الأعمال التحضيرية أو المسهّلة لارتكابها أو الأعمال التي وقعت بها الجريمة بالفعل دون أن يمنع ذلك من العقوبات الخاصة المقررة بهذه المجلة لمرتكي المؤامرة أو لمستجلب ما فيه خطر على أمن الدولة الداخلي أو الخارجي ولو في صورة عدم وقوع الجريمة التي كان مقصد الداعين إليها أو المتآمرين عليها ارتكابها أو استجلائها بالفعل،
- رابعاً: الشخص الذي يعين المجرمين عمداً، بإخفاء المسروق أو غيره من الوسائل الأخرى، بقصد ضمان استفادتهم من الجريمة أو عدم عقابهم.
- خامساً: الشخص الذي اعتاد إعداد محلّ لسكنى أو لاختفاء أو لاجتماع متعاطي جرائم قطع الطريق أو الاعتداء على أمن الدولة أو الأمن العام أو على الأشخاص أو الأملاك مع علمه بأعمالهم الإجرامية".

³ تُعرّف الجريمة التامة بكونها الجريمة التي يقوم فيها الفاعل بجميع الأفعال اللازمة لوقوعها وتتحقق نتائجها كاملة كمن يريد ارتكاب جريمة سرقة لمنزل فيدخل إليه ويجمع المسروقات ويفرّ بها.

⁴ تُعرّف الجريمة الناقصة (أو المحاولة) بكونها الجريمة التي يبدأ الفاعل بتنفيذها لكنّه يعدل على إتمامها لسبب خارجي عن إرادته فلا تتحقق بذلك النتيجة الإجرامية كمن يطلق النار على شخص قاصداً قتله فيخطئه ولا يصيبه أو يصيبه في غير مقتل فلا يموت.

⁵ وفقاً للفصل 264 من م.ج.ت: "يكون العقاب بالسجن لمدة خمسة أعوام وبخطية قدرها مائة وعشرون ديناراً بالنسبة إلى كلّ أنواع السرقات والاختلاسات الواقعة في غير الصور المبينة بالفصول من 260 إلى 263 من هذه المجلة. والمحاولة موجبة للعقاب".

⁶ ورد بالفصل 217 كما يلي: من م.ج.ت "يعاقب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها سبعمائة وعشرون ديناراً مرتكب القتل عن غير قصد الواقع أو المتسبب عن قصور أو عدم احتياط أو إهمال أو عدم تنبّه أو عدم مراعاة القوانين".

- الاعتداء بالعنف المجرد¹،
- الرجوع إلى الشغب بعد التنفيذ²،
- دخول محلّ مسكون دون إرادة صاحبه³،
- التجاهر بما ينافي الحياء⁴،
- الحريق غير العمدي⁵.
- جنحة السياقة تحت تأثير حالة كحولية⁶،

ويستفيد من انقضاء الدعوى العمومية الناجمة عن الجنحة بمضيّ ثلاث سنوات من يوم ارتكابها، كلّ من الفاعل الأصلي والشريك وذلك إذا اتخذت الجنحة شكل الجريمة التامة. أما إذا كانت محاولة ارتكاب الجنحة معاقبا عليها قانونا⁷، فيستفيد كلّ من مرتكب المحاولة والشريك، من انقضاء الدعوى العمومية بمرور ثلاث سنوات تحتسب هذه المدة انطلاقا من يوم ارتكاب الجنحة.

وقد لعبت محكمة التعقيب دورا هاما في تكريس وتوضيح مبدأ سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن الجنحة بمضيّ ثلاث سنوات. و في هذا الإطار، قضت بنقض الحكم الاستثنائي الجناحي الذي قضى بإدانة متهم من أجل ارتكاب جنحة التحيل وذلك بعد أن قامت زاعمة الضرر بالتقدم بشكاية إلى النيابة العمومية بعد مرور أربعة سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة. فقد أكدت محكمة التعقيب أنّ جريمة التحيل باعتبارها جنحة، فإنّها تخضع للأجل العام لسقوط الجرح المنصوص عليها بالفصل 5 من م.إ.ج.ت. والمقدر بثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة⁸.

¹ الفصل 218 من م.ج.ت: "من يتعمّد إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلة فيما هو مقرّر بالفصل 319 يعاقب بالسجن مدّة عام وبخطية قدرها ألف دينار.

وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدي عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدّة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار.

ويكون العقاب بالسجن مدّة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار في صورة تقدّم إضمار الفعل.

وإسقاط السلف أو الزوج المعتدى عليه حقه يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب.

والمحاولة موجبة للعقاب."

² وفقا لأحكام الفصل 255 مكرّر من م.ج.ت: "يعاقب بالسجن من شهر إلى ستّة أشهر وبخطية من مائة إلى خمسمائة دينار كلّ من تعمد الرجوع إلى الشغب بعد التنفيذ. والمحاولة موجبة للعقاب."

³ اقتضى الفصل 256 من م.ج.ت: "الإنسان الذي يدخل أو يستقرّ بمحلّ معدّ للسكنى وذلك بالرغم عن صاحبه يعاقب بالسجن مدّة ثلاثة أشهر. والمحاولة موجبة للعقاب."

⁴ الفصل 226 من م.ج.ت: "يعاقب بالسجن مدّة ستّة أشهر وبخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا كلّ من يتجاهر عمدا بفحش."

⁵ يعاقب بالسجن مدّة ثلاث سنوات وبخطية قدرها ألفا دينار كلّ من بتقصيره أو عدم احتياظه أو عدم تنبّه أو تغافله أو عدم مراعاته للقوانين يحدث حريقا بأمّنة منقولة أو بعقارات يملكها غيره."

انظر أحكام الفصول 87 و 89 و 90 من م.ط.⁶

⁷ وفقا لأحكام الفصل 59 من م.ج.ت. يعاقب بالعقاب المقرّر للجريمة نفسها، كلّ من حاول ارتكاب جنابة أو جنحة أو جرح صراحة عقوبة لكلّ من حاول ارتكاب هذه الجنحة.

⁸ - قرار تعقيبي جزائي عدد 14825 مؤرّخ في 20 أفريل 2006، ن.م.ت.، قسم جزائي 2006، ص. 128.

- قرار تعقيبي جزائي عدد 4169 مؤرّخ في 18 أكتوبر 2005، ن.م.ت.، قسم جزائي 2005، ص. 82.

وقد استقرّ فقه قضاء محكمة التعقيب على أنّ الدّعى العموميّة تنقضى بانقضاء ثلاثة أعوام بالنسبة للجنح وعلى محكمة الموضوع التمسك بذلك من تلقاء نفسها، طالما أنّ انقراض الدّعى العموميّة بمرور الزمن يهّم النّظام العام¹.

(3) تقادم الدّعى العموميّة الناشئة عن المخالفات :

طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 122 من م.إ.ج.ت. " تُوصفُ بمخالفات الجرائم المستوجبة لعقاب لا يتجاوز خمسة عشر يوماً سجناً أو ستين ديناراً خطيئة". وتعتبر عقوبة المخالفة أقلّ العقوبات المسلّطة على مرتكبي الجرائم وذلك لأنّ المخالفة تمثل أقلّ الجرائم خطورة على النّظام العام والسلم الاجتماعي. وقد نظم المشرّع التونسي أهم المخالفات صلب الكتاب الثالث من المجلّة الجزائيّة والذي يحمل عنوان "في المخالفات". وقد قسم المشرّع هذه المخالفات إلى:

- مخالفات متعلّقة بالسلّطة العامّة، نظّمها الفصلان 315 و315 مكرّر من م.ج.ت.².
- مخالفات متعلّقة بالأمن العام وبالراحة العامّة، نظّمها الفصل 316 من م.ج.ت.³.

¹ - قرار تعقيبي جزائي عدد 18414 بتاريخ 15 ديسمبر 1988، ن.م.ت. قسم جزائي 1988، ص. 44.

- قرار تعقيبي جزائي عدد 9752 مؤرّخ في 24 جانفي 1984، ن.م.ت.، قسم جزائي 1984، ص. 99.

² اقتضى الفصل 315 من م.ج.ت: "يعاقب بالسّجن مدّة خمسة عشر يوماً وبخطيئة قدرها أربعة دنائير وثمانمائة مليم :

- أولاً: الأشخاص الذين لا يمثلون لما أمرت به القوانين والقرارات الصّادرة ممن له النظر،
 - ثانياً: الأشخاص الذين يمتنعون من بيان أسمائهم ومقرّاتهم عند دعوتهم لذلك بوجه قانوني أو يذكرون أسماء أو مقرّات غير صحيحة،
 - ثالثاً: الأشخاص الذين دون أن يرتكبوا الجريمة المبيّنة بالفصل 126 من هذه المجلّة يحزّرون بالتشويش سير العدالة بالجلسة أو بغيرها من الأماكن،
 - رابعاً: الأشخاص الذين يبيعون مواد غذائيّة أو أطعمة بئمن أرفع من الثمن المحدّد ممن له النظر،
 - خامساً: الأشخاص الذين يمتنعون أحد أعوان السلّطة من دخول محلّاتهم حال مباشرته تنفيذ ما اقتضاه القانون".
- الفصل 315 مكرّر من م.ج.ت : "يتولّى رئيس البلدية بالنسبة للمنطقة البلدية والوالي بالنسبة للمناطق الأخرى تعيين الأماكن المعدّة خصيصاً لتعليق النصوص الصّادرة عن السلّطة العموميّة. ويحجّر أن تعلق بها الإعلانات الخاصّة. ومعلّقات النصوص الصّادرة عن السلّطة العموميّة تنفرد بالطّبع على الكاغذ الأبيض. وكلّ مخالفة لأحكام هذا الفصل يعاقب مرتكبها بخطيئة من عشرين إلى مائتي دينار وعند العود من أربعين إلى أربعمائة دينار.
- ³ نصّ الفصل 316 من م.ج.ت على ما يلي : "يستوجب العقاب المقرّر بالفصل 315 من هذه المجلّة :

- أولاً: الأشخاص الذين لم يتخذوا الاحتياطات اللاّزمة لمنع وقوع حوادث، وذلك عند إقامتهم أو إصلاحهم أو هدمهم لبناء على الطّريق العام،
- ثانياً: الأشخاص الذين يلقون عمداً أو دون احتياط أشياء بالطّريق العام من شأنها جرح المارّة عن سقوطها أو تلوّث ثيابهم،
- ثالثاً: الأشخاص الذين يطلقون عبارات نارّيّة أو شماريخ بأماكن عموميّة أو بالطّريق العام رغماً عن تحجير السلّطة،
- خامساً: الأشخاص الذين يمثلون دون لزوم بمكان عمومي حاملين لسلاح بذخيرة،
- سادساً: الأشخاص الذين يحدثون ضجيجاً أو ضوضاء من شأنها تعكير راحة السكّان أو يشاركون في ذلك.
- سابعاً: الأشخاص الذين يقودون بسوق أو بغيره من الأماكن المسكونة خيلاً أو عربات بسرعة مفرطة تشكّل خطراً على العموم،
- ثامناً: الأشخاص الذين يتركون معتوهين أو حيوانات ضارّة أو خطرة متجوّلة أو سائمة،
- تاسعاً: الأشخاص الذين يحزّرون كلباً على مهاجمة المارّة أو لا يمتنعونه من ذلك،
- عاشراً: الأشخاص الذين عند دعوتهم إلى شراء أو ارتهاًن أشياء يعلمون أنّ موردها مشكوكا فيه لا يعلمون دون تأخير السلّطة ذات النّظر بذلك".

- مخالفات متعلّقة بالأداب العامّة، نظّمها الفصل 317 م.ج.ت.¹
- مخالفات متعلّقة بالأشخاص، نظّمها الفصل 319 من م.ج.ت.²
- مخالفات متعلّقة بالمكاسب، نظّمها الفصل 320 من م.ج.ت.³
- مخالفات متعلّقة بالطريق العام، نظّمها الفصول 321 و321 مكرّر من م.ج.ت.⁴

إضافة إلى المخالفات التي نظّمها المشرّع صلب المجلّة الجزائية، أورد المشرّع جملة من النصوص الخاصة بالمنظمة لهذا الصنف من الجرائم مثل الفصل 83 من م.ط. الذي قسّم المخالفات إلى خمسة أصناف ويعاقب كلّ مخالف بخطية قدرها :

- ستة دنانير بالنسبة إلى المخالفات من الصنف الأوّل،
- عشرة دنانير بالنسبة إلى المخالفات من الصنف الثاني،

¹ الفصل 317 من م.ج.ت: "يعاقب بالعقوبات المذكورة :

- أولاً: الأشخاص الذين يتناولون مشروبات كحولية لمسلمين أو لأناس بحالة سكر،
- ثانيا: كلّ من وجد بحالة سكر ووضح بالطريق العام أو بجميع الأماكن العامّة الأخرى،
- ثالثاً: الأشخاص الذين يسيئون معاملة حيوانات لغيرهم بدون أن يمنع ذلك من العمل بأحكام الفصلين 25 و26 من الأمر الصّادر في 15 ديسمبر عام 1896،
- رابعاً: الأشخاص الذين يباشرون على رؤوس الملا سوء معاملة حيوانات أهلية لهم أو أنيط حفظها بعهدتهم.

ويحكم دائماً بالعقاب بالسّجن في صورة تكرر الفعل".

² الفصل 319 من م.ج.ت: "يستوجب العقوبات المذكورة للأشخاص الذين يرتكبون المعرّكات أو الضرب أو العنف ولا ينجز منه لصحة الغير أدنى تأثير معتبر أو دائم".

"وإذا كان المعتدى عليه سلفاً للمعتدي أو زوجاً له، فإسقاط حقّه يوقف التّبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب".

³ وفقاً لأحكام الفصل 320 من م.ج.ت "يستوجب العقوبات المذكورة :

- أولاً: الأشخاص الذين يرمون مواد صلبة أو قذورات على عربات أو ديار أو مبان أو أملاك لغيرهم.
- ثانيا: الأشخاص الذين يضعون أو يتركون بمجري المياه أو منابعها مواد أو غيرها من الأشياء الممكن سدّها بها".
- ⁴ عملاً بالفصل 321 من م.ج.ت "يستوجب العقاب المقرّر بالفصل 315 من هذه المجلّة :

- أولاً: الأشخاص الذين يشغلون الطريق العام دون رخصة ممن له النّظر بوضعهم مباشرة أو بواسطة مواد أو أشياء مهما كانت طبيعتها من شأنها المساس بأمن أو حرّية المرور أو بإحداث حفر به،
- ثانيا: الأشخاص الذين في صورة الترخيص لهم بشغل الطريق لا يرفعون الأشياء التي وضعوها به في الأجل المعين ممّن له النّظر أو الذين يتغافلون عن إنارة المواد أو الأشياء التي وضعوها بالطريق العام أو الحفر التي أحدثوها به،
- ثالثاً: الأشخاص الذين يطفئون الأضواء المعدة لتسهيل الجولان بالطريق العام أو لمنع الحوادث،
- رابعاً: الأشخاص الذين يتركون حيواناتهم حتّى تلتحق الضّرر بالطرقات العامّة أو الساحات المزخرفة أو المنتزهات أو الأرصفة دون أن يمنع ذلك من العمل بالمخالفات والعقوبات المستوجبة لها المقرّرة بالقوانين الخاصّة".

- اقتضى الفصل 321 مكرّر من م.ج.ت: "على كلّ من يريد أن يتعاطى مهنة بائع متجول أو موزّع بالطريق العام أو يغير ذلك من الأماكن العامّة أو الخاصّة للكتب والكتابات والمجلّدات والصّور والمنقوشات المصوّرة والمطبوعات الحجرية والأشرطة المغناطيسية والأفلام والاسطوانات أن يقدم إعلاماً في ذلك لمركز الولاية الكائن بدائرتها محلّ سكناه.

ويكون الإعلام مشتملاً على اسم القائم بالإعلام ولقبه وجنسيته ومهنته ومقرّه وسنّه ومكان ولادته ويسلم له وصل في ذلك.

ويوجّه القائم بالإعلام في نفس الوقت نسخة من ذلك إلى كتابة الدّولة للإعلام.

إنّ مباشرة مهنة بائع متجول أو موزّع بدون سابق إعلام أو الإعلام بغير الواقع أو عدم تقديم الوصل عند كلّ طلب تشكّل مخالفات يستوجب ارتكابها عقاباً بخطية من دينارين إلى خمسة دنانير وبالسّجن من يوم إلى خمسة عشر يوماً أو بإحدى العقوبات فقط وفي صورة العود لارتكاب المخالفات المذكورة أو تقديم إعلام كاذب يكون الحكم بالسّجن وجوبياً".

- عشرون دينارا بالنسبة إلى المخالفات من الصنف الثالث،
- أربعون دينارا بالنسبة إلى المخالفات من الصنف الرابع،
- ستون دينارا بالنسبة إلى المخالفات من الصنف الخامس¹.

حدّد المشرّع التونسي الأجل العام لسقوط الدّعوى العموميّة الناشئة عن المخالفة بمضيّ الزمن، بعام واحد من تاريخ ارتكاب المخالفة². وعلى هذا الأساس، قضت محكمة التعقيب بانقراض الدّعوى العموميّة الناشئة عن المخالفة إذا مرّ أكثر من عام بين تاريخ اقترافها وتاريخ إحالة المحضر والمخالف إلى المحكمة³.

ويستفيد من أجل سقوط المخالفة بانقضاء سنة كاملة من تاريخ وقوعها، الفاعل الأصلي أي المخالف فقط وذلك باعتبار أنّ المحاولة⁴ والمشاركة⁵ غير مجرّمة في هذا الصنف من الجرائم.

ويستنتج مما سبق أنّ آجال سقوط الدّعوى العموميّة المنصوص عليها بالفصل 5 من م.إ.ج.ت. تُعد من قبيل الآجال العاديّة العامة التي تنطبق على كلّ الجرائم بحسب وصفها القانوني ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

ب) الانتقادات الموجّهة للتقسيم التشريعي الثلاثي لتقادم الدّعوى العموميّة :

لئن وجد الاستناد لمعيار التقسيم الثلاثي للجرائم لضبط ثلاثة آجال عامة لسقوط الدّعوى العموميّة بمرور الزمن ترحيباً بادئ الأمر لاعتماده على مقدار العقوبة المسلطة على الجاني لتحديد مدّة انقراض الدّعوى العموميّة الناشئة سواء عن المخالفات أو الجنح أو الجنايات، فإنّه مع مرور الوقت سرعان ما فقد التقسيم الثلاثي لتقادم الدّعوى العموميّة بريقه وظهرت سلبياته ونقائصه. ويمكن أن نوجه له الانتقادات التالية:

أولاً : وحدة مدّة التقادم داخل الصنف الواحد من الجرائم : اعتمد المشرّع التونسي صلب الفصل 5 من م.إ.ج.ت. على معيار العقوبة المقرّرة لجزر الجريمة لضبط مدد تقادم الدّعوى العموميّة بصفة آلية وجامدة دون أن يأخذ بعين الاعتبار بخطورة الفعل المجرّم داخل الصنف الواحد من الجرائم. ونتج عن هذا التوجه المتحجر والجامد أن المشرّع التونسي قد قدر أنّ جميع الجنايات القابلة للتقادم تنقرض فيها الدّعوى العموميّة الناشئة عنها بمضيّ عشرة أعوام. ويُعد هذا التوجه مجحف و غير عادل وذلك لأنّه من غير المنطقي وضع مدّة تقادم موحدة للجنايات الأقل خطورة والمتعلقة بالاعتداء على الأموال والتي تقتضي تسليط عقوبة بالسجن لمدة معينة وبين الجنايات الأشدّ خطورة والمتعلقة بالقتل العمد والتي يجوز فيها الحكم بالإعدام أو السجن المؤبد. وينطبق نفس الاستنتاج بالنسبة للجنح، فمن غير المستساغ أن يكون لجنحة التسول و جنحة السرقة المجرّمة نفس أجل التقادم والمقدر بمرور ثلاث سنوات من يوم ارتكاب الجريمة وذلك لأنّ الجنحة الأولى تُعد بسيطة مقارنة بالجنحة الثانية.

¹ ضبط الأمر عدد 262 المؤرّخ في 15 فيفري 2010 قائمة المخالفات المذكورة، الزائد الرّسعي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 16 فيفري 2010، ص. 466 وما بعدها.

² الفصل 5 من م.إ.ج.ت.

³ تفيد وقائع هذه القضية تحرير أعوان الحرس لمحضّر ضدّ المخالف من أجل عدم إجراء الفحص الفتيّ طبق أحكام الفصل 84 من م.ط.، بتاريخ 2003/05/08. ثمّ أحالت النيابة العموميّة المخالف بتاريخ 2005/02/22 على ناحية القيروان. أنظر: قرار تعقيبي جزائي عدد 3911 بتاريخ 2005/10/31.

⁴ أنظر أحكام الفصل 59 من م.ج.ت.

⁵ أنظر أحكام الفصل 35 من م.ج.ت.

وقد تفتنت القوانين الحديثة إلى خطورة وضع مدة تقادم موحدة لكل صنف من أصناف الجرائم دون تمييز. وفي هذا الصدد، استبعد القانون الروسي تطبيق التقادم بالنسبة للجرائم التي تستوجب حكم الإعدام ويقتصر تأثير مرور الزمن على تخفيف العقوبة من الإعدام إلى عقوبة سالبة للحرية¹. كما اتجه القانون الاتحادي الإماراتي والقانون العماني إلى التمييز بين مدة تقادم الدعوى العمومية المترتبة عن الجنايات الخطيرة والتي يحكم فيها بالإعدام أو السجن المؤبد والجنايات الأخرى الأقل خطورة، فقد ضبطا مدة انقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن بمضي عشرين سنة بالنسبة للصنف الأول من الجنايات وعشرة أعوام بالنسبة للصنف الثاني من الجنايات².

ثانياً: عدم التناسب بين مدة التقادم ومدة العقوبة المسلطة على الجاني: من مواطن ضعف الأجل العام للتقادم المنصوص عليه بالفصل 5 من م.إ.ج.ت أنّ المشرع التونسي لم يجعل من مدة تقادم الدعوى العمومية متناسبة مع العقوبة المقررة للجريمة القابلة للتقادم. وفي هذا الصدد، تتقادم الدعوى العمومية الناشئة عن جنحة المجاوزة الممنوعة والمقدرة عقوبتها بالسجن لمدة أقصاها شهر وبخطية تتراوح بين 120 ومائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط³ بمرور ثلاث سنوات من يوم ارتكاب هذه الجريمة، في حين تنقضي في نفس الأجل الدعوى العمومية الناشئة عن جنحة الاعتداء بفعل الفاحشة على قاصر برضاه و المقدرة عقوبتها بخمس سنوات⁴. ويتضح من خلال هاتين الجنحتين أنّ المشرع التونسي قد تجاهل مبدأ التناسب بين مدة سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن والعقوبة المقررة للجرائم.

ففي جنحة المجاوزة الممنوعة، تكون عقوبة مرتكب هذه الجنحة المقدرة بشهر سجن و بخطية أقصر بكثير من أجل التقادم المقدر بثلاث سنوات، وفي المقابل فإنّ عقوبة مرتكب جنحة الاعتداء بالفاحشة على طفل برضاه المقدرة بخمس سنوات أطول من مدة التقادم هذه الجنحة والمحددة بثلاثة أعوام. وعلى هذا الأساس، يستفيد مرتكب الجنح الخطيرة من جهود الأجل العام للتقادم على قدر المساواة مع مرتكب الجنح البسيطة وذلك لأنه تنطبق عليهما نفس مدة سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن. يتعارض هذا التوجه حسب منظورنا مع مبادئ العدالة الجنائية لأنه يوفر لعنة المجرمين الذين يرتكبون جرائم خطيرة فرصة ذهبية للتملص من المسائلة الجزائية وذلك بالانتفاع بالأجل العامة القصيرة لتقادم الدعوى العمومية. وهذا ما من شأنه أن يساعد على استفحال الظاهرة الإجرامية في المجتمع وذلك المجرم العائد يستفيد من سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن.

وللتوفيق بين ضرورات العدالة الجنائية ومؤسسة التقادم الجنائي يستحسن حرمان المجرم العائد من الانتفاع بسقوط الدعوى العمومية بمضي الزمن أو التمديد في مدد التقادم بالنسبة للجرائم التي يرتكبها هذا الصنف من المجرمين أو الاكتفاء بتسليط خطايا مالية في صورة انقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن لردع المجرم.

¹ المنجي الأخضر، شرح مجلة الإجراءات الجزائية والتعليق عليها، معهد الدراسات العليا للنشر، 2014، ص.15.

² علي عبد الرحمان العويدان، انقضاء الدعوى الجنائية الخاصة في الشريعة الإسلامية وقوانين وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي، أطروحة للحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا: قسم العدالة الجنائية، 2009، ص.193. أطروحة منشورة على

الموقع الإلكتروني التالي: http://www.nauss.edu.sa/Ar/DigitalLibrary/ScientificTheses/Documents/d_cj_4_2009.pdf

³ أنظر أحكام الفصل 86 من م.ط.ت.

⁴ أنظر أحكام الفصل 228 مكرّر من م.ج.ت.

وللحد من سلبيات الأجل العام الجامد للتقادم، تخلت التشريعات الحديثة عن المعيار الثلاثي لتقدير مدة التقادم واعتمدت على معيار التناسب بين مدة تقادم الدعوى العمومية والعقوبة المقررة لمرتكب الجريمة القابلة للتقادم. وفي هذا الإطار، اقتضت مجلة الإجراءات الجزائية السويسرية أن الدعوى العمومية تنقضي بمرور سبع سنوات بالنسبة للجرائم التي تكون عقوبتها أقل من ثلاث سنوات، وبانقضاء خمسة عشر سنة بالنسبة للجرائم التي تكون عقوبتها أكثر من ثلاث سنوات سجنا، وبمرور ثلاثين سنة بالنسبة للجرائم التي تستوجب عقوبة السجن المؤبد¹. ووفقا لأحكام مجلة الإجراءات الجزائية البرتغالية، تنقضي الدعوى العمومية: بمرور سنتين بالنسبة للجرائم التي تكون عقوبتها أقل من عام، وبمرور خمس سنوات بالنسبة للجرائم التي تتراوح عقوبتها بين عام وخمسة أعوام، وبمضي عشر سنوات بالنسبة للجرائم التي تتراوح عقوبتها بين خمس وعشر سنوات، وبانقضاء خمسة عشر سنة بالنسبة للجرائم التي تتجاوز عقوبتها عشر سنوات².

وعلى ضوء ما تقدم، أصبح من الضروري على المشرع التونسي تنقيح أحكام الفصل 5 من م.إ.ج.ت. في أقرب الآجال لتحقيق العدالة الجنائية وذلك بتبني التوجه الحديث للتشريعات المقارنة التي تخلت عن الآجال العامة لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن وكرست مبدأ التناسب بين مدة التقادم والعقوبة المقررة للجريمة.

تسري الآجال العامة لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن على مختلف الجرائم القابلة للتقادم والمنصوص عليها في المجلة الجزائية أو في القوانين الخاصة وعلى الرشد والقصر والمجرم المبتدأ والمجرم العائد وعلى مرتكبي الجرائم البسيطة والجرائم الخطيرة الجرائم القصدية وغير القصدية ما لم يقع التنصيص صراحة على آجال خاصة لتقادم بعض الجرائم.

الفقرة الثانية: تعدد وتناثر الآجال الاستثنائية الخاصة لتقادم الدعوى العمومية:

للحد من السلبيات المترتبة عن جمود وتآكل الآجال العامة لتقادم الدعوى العمومية المنصوص عليها بالفصل 5 من م.إ.ج.ت.، ضبط المشرع التونسي آجالا استثنائية تنقضي بها الدعوى العمومية الناشئة عن بعض الجرائم الخاصة. وباستقراء هذه الآجال الخاصة، نلاحظ أن المشرع قد استعمل تقنية التمديد في الآجال العامة لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن (أ)، أو التقليل في هذه الآجال (ب)، وذلك حسب تقديره لمدى خطورة هذه الجرائم على السلم والأمن الاجتماعيين.

أ) التمديد في الآجال العامة لتقادم الدعوى العمومية:

أمام الخطورة التي تكتسبها بعض الجناح والجنايات وتأثيرها الخاص على أمن المجتمع، مدد المشرع التونسي في آجال سقوط الدعوى العمومية المترتبة عن الجرائم الإرهابية (1) وجرائم المخدرات (2). وتجدر الإشارة إلى أن اعتماد المشرع التونسي على تقنية التمديد في الآجال العامة لتقادم الدعوى العمومية لا تفلت من الانتقادات (3).

¹ Pour un nouveau droit de la prescription moderne et cohérent, rapport d'information préparé par les sénateurs : MM. Jean-Jaques Hyst, Hugues Portelli et Richard Yung, et présenté au sénat le 22 février 2007. disponible sur le : <http://www.senat.fr/rap/r06-338/r06-33812.html> p.35.

² ibid

1- التمديد في آجال سقوط الدّعى العموميّة الناجمة عن الجرائم الإرهابيّة :

لوضع حدّ لمخاطر الجرائم الإرهابيّة¹، مكّن المشرّع النيابة العموميّة من أجل متّسع لتحريك الدّعى العموميّة. وفي هذا الإطار، اقتضى الفصل 37 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم الجهود الدّولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال²، أنّ الدّعى العموميّة المترتّبة عن الجرائم الإرهابيّة تسقط بمضيّ عشرين سنة كاملة إذا كانت ناتجة عن جناية وعشرة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنحة وذلك ابتداء من يوم وقوع الجريمة على شرط أن لا يقع في بحر تلك المدّة أيّ عمل تحقيق أو تتبّع.

ومن المنتظر أن يُحافظ المشرّع التّونسي على نفس آجال تقادم الدّعى العموميّة الناشئة عن الجرائم الإرهابيّة صلب القانون الجديد المتعلّق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال والذي من المتوقع أن يشرع نواب الشعب في مناقشته قريبا حيث ورد بالفصل 85 من مشروع هذا القانون ما يلي " تسقط الدّعى العموميّة في الجرائم الإرهابيّة المنصوص عليها بهذا القانون بمرور عشرين عاما كاملة إذا كانت ناتجة عن جناية وبمرور عشرة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنحة"³.

للتصدّي لخطورة ظاهرة الجريمة الإرهابيّة، مدّد المشرّع التّونسي في الأجل العام لسقوط الدّعى العموميّة الناشئة عن الجناية بالنسبة للجرائم العاديّة والمحدّدة بعشر سنوات إلى عشرين سنة كاملة⁴ وذلك بالنسبة للجرائم الإرهابيّة التّالية :

- جريمة التحريض على ارتكاب جرائم إرهابيّة أو الدّعوة إلى الانضمام إلى تنظيم إرهابي⁵.

¹ عرف الفصل 4 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم الجهود الدّولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال الجريمة الإرهابيّة بكونها " كل جريمة، مهما كانت دوافعها، لها علاقة بمشروع فردي أو جماعي من شأنه ترويع شخص أو مجموعة من الأشخاص أو بث الرعب بين السكان، وذلك بقصد التأثير على سياسة الدولة وحملها على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به، أو الإخلال بالنظام العام أو السلم أو الأمن الدوليين، أو النيل من الأشخاص أو الأملاك، أو الإضرار بمقرات البعثات الدبلوماسية والقنصلية أو المنظمات الدولية، أو إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة بما يعرض حياة المتساكنين أو صحتهم للخطر، أو الإضرار بالمواد الحيويّة أو بالبنية الأساسية أو بوسائل النقل أو الاتصالات أو بالمنظومات المعلوماتية أو بالمرافق العموميّة".

² الرّائد الرّسعي للجمهورية التّونسيّة عدد 99 لسنة 2003 المؤرّخ في 19 ديسمبر 2003، ص. 3808.

³ أنظر النص الكامل لمشروع القانون الأساسي المتعلّق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال المنشور على موقع مجلس نواب الشّعب على الرابط

التالي : http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=89177&code_exp=1&langue=1

⁴ طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 706-25-1 من م.إ.ج.ف تسقط الدّعى العموميّة الناشئة عن الجنائيات المترتّبة عن الجرائم الإرهابيّة بمرور 30 سنة كاملة. لمزيد التعمّق حول هذه المسألة أنظر:

Challe B., « La prescription de l'action publique », JCL p.p. vol. 4, art. 7 à 9, fasc. 20, n°13.

⁵ وفقا للفصل 12 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم الجهود الدّولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال : " يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطيّة من خمسة آلاف إلى عشرين ألف دينار كل من يدعو، بأيّ وسيلة كانت، إلى ارتكاب جرائم إرهابيّة أو إلى الانضمام لتنظيم أو وفاق له علاقة بجرائم إرهابيّة أو يستعمل اسما أو كلمة أو رمزا أو غير ذلك من الإشارات قصد التعريف بتنظيم إرهابي أو بأعضائه أو بنشاطه".

- جريمة الانضمام إلى تنظيم إرهابي أو تلقي تدريبات عسكرية داخل تراب الجمهورية أو خارجه قصد ارتكاب جرائم إرهابية، داخل تراب الجمهورية أو خارجه¹.
- جريمة تدريب أو انتداب شخص أو مجموعة من الأشخاص بقصد ارتكاب عمل إرهابي داخل تراب الجمهورية أو خارجه².
- جريمة ارتكاب أعمال إرهابية ضدّ بلد أجنبي أو أحد مواطنيه أو القيام بأعمال تحضيرية لذلك وذلك باستعمال التراب التونسي³.
- جريمة توفير أسلحة أو متفجرات أو ذخيرة لفائدة تنظيم أو وفاق أو أشخاص لهم علاقة مجرّمة إرهابية⁴.
- جريمة توفير كفاءات أو خبرات أو توفير أو إفشاء معلومات لفائدة أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية⁵.
- جريمة إعداد محلّ لاجتماع أعضاء تنظيم إرهابي أو المساعدة على إخفائهم أو إيوائهم⁶.
- جريمة التبرّع أو جمع أموال الغرض منها تمويل أشخاص أو تنظيمات إرهابية⁷.

¹ نصّ الفصل 13 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال على أنّه: "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار:

- كلّ من انضمّ، بأيّ عنوان كان، داخل تراب الجمهورية، إلى تنظيم أو وفاق مهما كان شكله أو عدد أعضائه، اتّخذ، ولو صدفة أو بصفة ظرفية، من الإرهاب وسيلة لتحقيق أغراضه، أو تلقّي تدريباً عسكرياً بالبلاد التونسية بقصد ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية داخل تراب الجمهورية أو خارجه.
- كلّ تونسي انضمّ، بأيّ عنوان كان، خرج تراب الجمهورية، إلى مثل هذا التنظيم أو الوفاق أو تلقّي تدريبات عسكرية خارج تراب الجمهورية بقصد ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية داخل تراب الجمهورية أو خارجه".

² وفقاً لأحكام الفصل 14 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال: "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار كلّ من استعمل تراب الجمهورية لانتداب أو تدريب شخص أو مجموعة من الأشخاص بقصد ارتكاب عمل إرهابي، داخل تراب الجمهورية أو خارجه".

³ الفصل 15 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال: "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار كلّ من استعمل تراب الجمهورية لارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية ضدّ بلد آخر أو مواطنيه أو للقيام بأعمال تحضيرية لذلك".

⁴ احتوى الفصل 16 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال على ما يلي: "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى عشرين عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار كلّ من وقّر أسلحة أو متفجرات أو ذخيرة وغيرها من المواد أو المعدات أو التجهيزات المماثلة لفائدة تنظيم أو وفاق أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية".

⁵ اقتضى الفصل 17 ما يلي: "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى عشرين عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار كلّ من وضع كفاءات أو خبرات على ذمّة تنظيم أو وفاق أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية أو أفشى أو وقّر، مباشرة أو بواسطة، معلومات لفائدتهم بقصد المساعدة على ارتكاب جريمة إرهابية".

⁶ نصّ الفصل 18: من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال على أنّه "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى عشرين ألف دينار كلّ من أعدّ محلاً لاجتماع أعضاء تنظيم أو وفاق أو أشخاص لهم علاقة بالجرائم الإرهابية أو ساعد على إيوائهم أو إخفائهم أو عمل على ضمان فرارهم أو عدم التوصل للكشف عنهم أو عدم عقابهم أو على الاستفادة بمحصول أفعالهم".

⁷ وفقاً لأحكام الفصل 19 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرّخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلّق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال: "يعاقب بالسّجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار، كلّ من يتبرّع أو يجمع، بأيّ وسيلة كانت، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أموالاً مع علمه بأنّ الغرض منها تمويل أشخاص أو تنظيمات أو أنشطة لها علاقة بالجرائم الإرهابية، وذلك بقطع النّظر عن شرعية أو فساد مصدر الأموال التي تمّ التبرّع بها أو جمعها".

- جريمة إخفاء المصادر الحقيقية لمداخل لها علاقة بتنظيمات إرهابية¹.

وعلى غرار الجنايات في الجرائم الإرهابية، مدد المشرع التونسي، في الأجل العام لتقادم الدعوى العمومية الناجمة عن الجنحة في الجرائم العادية والمحدد بثلاث سنوات إلى عشر سنوات بالنسبة للجنح الناجمة عن الجرائم الإرهابية². وينطبق هذا الأجل الخاص المحدد بعشر سنوات بالنسبة للجنح التي عدم إشعار السُّلط بالمعلومات أو الإرشادات حول ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية³، وبنسبة للإخلال بموجبات أداء الشهادة في إحدى الجرائم الإرهابية⁴.

2- التمديد في أجل سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن الجنح المتعلقة بالمخدرات :

عوضاً عن الأجل العام لتقادم الجنح والمحدد بثلاث سنوات، نصّ الفصل 13 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات⁵ على أنّ الدعوى العمومية تسقط بمضيّ خمسة أعوام إذا كانت ناتجة عن جنحة متعلقة بالمخدرات. وقد ضبط المشرع في قانون 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات الجنح التي تسقط فيها الدعوى العمومية بمرور خمسة أعوام كالتالي :

- جنحة استهلاك أو المسك لغاية الاستهلاك الشخصي نبات أو مادة مخدرة⁶.
- جنحة التردد على مكان أعدّ أو هيئ لتعاطي المخدرات⁷.

¹ احتوى الفصل 19 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال على ما يلي: "يعاقب بالسجن من خمسة أعوام إلى اثني عشر عاماً وبخطية من خمسة آلاف إلى مائة ألف دينار، كلّ من أخفى، بأيّ وسيلة كانت، سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أو سهّل إخفاء المصدر الحقيقي لأموال منقولة أو عقارية أو مداخل أو مرائب راجعة لذوات طبيعية أو معنوية مهما كان شكلها لها علاقة بأشخاص أو تنظيمات أو أنشطة إرهابية أو قبل إيداعها تحت اسم مستعار أو إدماجها وذلك بقطع النظر عن شرعية أو فساد مصدر هذه الأموال. ويمكن الترفيع في مبلغ الخطية إلى ما يساوي خمس مرّات قيمة الأموال موضوع الجريمة".

² وفقاً لأحكام الفصل 716-16 من م.إ.ج.ف. تسقط الدعوى العمومية في الجرائم الإرهابية إذا كانت ناتجة عن جنحة بمضيّ عشرين سنة كاملة.

³ ورد بالفصل 22 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال ما يلي: "يعاقب بالسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطية من ألف دينار إلى خمسة آلاف دينار كلّ من يمتنع، ولو كان خاضعاً للسّر المهني، عن إشعار السُّلط ذات النّظر فوراً بما أمكن له الاطلاع عليه من أفعال وما بلغ إليه من معلومات أو إرشادات حول ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية. ويستثنى من أحكام الفقرة المتقدمة الوالدان والأبناء والإخوة والأخوات والقرين. ولا يمكن القيام بدعوى الغرم أو المؤاخذة الجزائية ضدّ من قام عن حسن نية بواجب الإشعار".

⁴ اقتضى الفصل 23 من 19 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال: "يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وبخطية من مائة إلى ألف ومائتي دينار، الشاهد الذي يخلّ بموجبات أداء الشهادة في إحدى الجرائم الإرهابية، دون أن يمنع ذلك من تطبيق العقوبات الأكثر شدة المقررة بالفصل 241 من المجلة الجنائية".

- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 الصادر في 26 ماي 1992، ص.621.

⁶ نصّ الفصل 4 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 على أنّه: "يعاقب بالسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطية من ألف دينار إلى ثلاثة آلاف دينار كلّ من استهلك أو مسك لغاية الاستهلاك الشخصي نباتاً أو مادة مخدرة في غير الأحوال المسموح بها قانوناً والمحاولة موجبة للعقاب".

⁷ وفقاً لأحكام الفصل 8 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992: "يعاقب بالسجن من ستة أشهر إلى ثلاثة أعوام وبخطية من ألف دينار إلى خمسة آلاف دينار كلّ من ترددّ على مكان أعدّ وهيئ لتعاطي المخدرات ويجري فيه تعاطيها مع علمه بذلك. ويستثنى من ذلك قرين وأصول وفروع من أعدّ أو هيئ ذلك المكان وكلّ من يقيم معه عادة".

وتجدر للإشارة إلى أن المرسوم عدد 106 لسنة 2011 المؤرخ في 22 أكتوبر 2011 الذي نقح أحكام الفصل 5 من م.إ.ج.ت.¹ قد مدد في مدة سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن جناية التعذيب² إلى أجل خمسة عشر عاما. وتجري آجال تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم التعذيب المرتكبة ضد الأطفال بداية من بلوغهم سن الرشد. وقد وقع التخلي عن مبدأ تقادم جرائم التعذيب المرتكبة ضد الاطفال بمقتضى الفصل 23 من دستور الجمهورية التونسية المصادق عليه في 26 جانفي 2014 والذي أقرّ بعدم سقوط هذا الصنف من الجرائم بالتقادم.

3) الانتقادات الموجهة لسياسة المشرع التونسي المتعلقة بالتمديد في الآجال العامة لتقادم الدعوى العمومية :

تنحصر النقائص التشريعية في هذا المجال بالأساس في إغفال التمديد في آجال تقادم الدعاوى العمومية الناشئة عن الجرائم المرتكبة ضد الأطفال (3-2)، وحصر نطاق التمديد آجال تقادم الدعاوى العمومية الناشئة المتعلقة بالمخدرات في الجرح دون الجنايات (3-1).

3-1) حصر التمديد في آجال تقادم الدعاوى العمومية المتعلقة بالمخدرات في الجرح دون الجنايات :

خالفا للمشرع الفرنسي الذي مدد في مدة سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن الجنايات المرتبطة بجرائم المخدرات إلى أجل ثلاثين سنة كاملة، أخضع المشرع التونسي الجنايات الناشئة عن جرائم المخدرات إلى نفس الأجل العام لتقادم الجنايات المنصوص عليه بالفصل 5 من م.إ.ج.ت والتي تنقضى فيه الدعوى العمومية بانقضاء عشر سنوات من تاريخ ارتكابها³.

وباستقراء أحكام الفصل 13 من القانون عدد 52 لسنة 1992 والمتعلق بالمخدرات، يتضح أنه يمدد في أجل سقوط الدعوى العمومية إلى خمسة أعوام إذا كانت ناتجة عن جنحة (جنحة الاستهلاك) ويحافظ على الأجل العام لسقوط الدعوى العمومية والمقدر بعشرة أعوام إذا كانت الدعوى ناتجة عن جناية (جناية الاتجار في المخدرات).

¹ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 الصادر في 28 أكتوبر 2011، ص. 2467.

² اقتضى الفصل 101 مكرّر من م.ج.ت. بأنه " يُقصد بالتعذيب كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أو معنويا يلحق عمدا بشخص ما بقصد التحصيل منه أو من غيره على المعلومات أو اعتراف بفعل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو غيره. ويعد تعديبا تخويف أو إزعاج شخص أو غيره للحصول على ما ذكر.

ويدخل في نطاق التعذيب الألم أو التعذيب أو التخويف أو الإرغام الحاصل لأي سبب من الأسباب بدافع التمييز العنصري.

ويعتبر معذبا الموظف العمومي أو شبه الذي يأمر أو يحرض أو يوافق أو يسكت عن التعذيب أثناء مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرته له."

³ زجر المشرع التونسي الجنايات الناشئة عن جرائم المخدرات صلب الفصول 5 و6 و7 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992.

*الفصل 5 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992: "يعاقب بالسجن من ستة أعوام إلى عشرة أعوام وبخطية من خمسة آلاف دينار إلى عشرة آلاف دينار كل من قال بأعمال الزراعة أو الحصاد أو الإنتاج أو المسك أو الحيازة أو الملكية أو العرض أو النقل أو التوسط أو الشراء أو الإحالة أو التسليم أو التوزيع أو الاستخراج أو التصنيع للمواد المخدرة بنية الاتجار فيها في غير الأحوال المسموح بها قانونا.

كما يعاقب بالسجن من عشرة أعوام إلى عشرين عاما وبخطية من عشرين ألف دينار إلى مائة ألف دينار كل من هرب أو وّرّد أو صدر مادّة مخدرة بنية الترويج أو الاتجار فيها في غير الأحوال المسموح بها قانونا.

*الفصل 6 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992: "يعاقب بالسجن من عشرين عاما إلى مدى الحياة وبخطية من مائة ألف دينار إلى مليون دينار كل من كوّن أو أدار أو انخرط أو شارك في إحدى العصابات سواء كانت موجودة داخل البلاد أو خارجها لارتكاب أيّ من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون داخل البلاد أو كان يعمل لحسابها أو يتعاون معها بأيّ طريقة غير قانونية ولو بدون مقابل."

ويستنتج مما سبق، أنّ السياسة الجنائية للمشرع التونسي في مادة المخدرات تعتبر سياسة غير عادلة وغير ناجحة وذلك لسببين على الأقل:

السبب الأول: إنّ التمديد في أجل سقوط الدعوى العمومية في الجرح يعني السماح للنيابة العمومية بممارسة الدعوى أي بتتبع وإحالة مستهلكي المخدرات وتقديمهم للمحاكمة لأطول فترة ممكنة. وهذا ما من شأنه أن يقضي على المستقبل الدراسي والمهني لمستهلكي المخدرات وخاصة بالنسبة للمبتدئين منهم¹.
ويتمثل السبب الثاني: في إحجام المشرع عن التمديد في الأجل العام لسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن بالنسبة للجنايات في مادة المخدرات وهو ما من شأنه حماية مصالح الفئة الخطيرة من تجار المخدرات التي تهدد مصالح ومستقبل الشباب وتعريض صحتهم للخطر. وبذلك يوفر المشرع التونسي لهذا الصنف الخطير من المجرمين سرعة الإفلات من العقاب.

وبعد مرور قرابة ربع قرن على صدور القانون عدد 52 لسنة 1992، نلاحظ أنّ هذا القانون غير العادل وغير المنصف ساهم في امتلاء السجون بمستهلكي المخدرات المبتدئين وفي عدم زجر أباطرة المخدرات، ولهذا يتعيّن التسريع بتدخل تشريعي لتنقيح أحكام هذا القانون وذلك بالتمديد في مدة سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجنايات في مادة جرائم المخدرات والتقليص من سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجرح المرتبطة بالمخدرات وإلغاء الفصل 12 من هذا القانون وذلك للسماح للقاضي بتقدير ظروف تخفيف العقاب على مستهلكي المخدرات.

3-2) إغفال التمديد في آجال تقادم الدعاوى العمومية الناشئة عن الجرائم المرتكبة ضد الأطفال:

خلافاً للمشرع التونسي الذي لم يمدد في آجال سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجرح أو الجنايات المرتكبة ضد الأطفال²، مدد المشرع الفرنسي في الآجال العامة لسقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجنايات الخطيرة المرتكبة ضد الأطفال إلى أجل عشرين سنة كاملة تُحتسب من تاريخ بلوغ الطفل سن الرشد وذلك لأنّ الطفل ضحية الجرائم يُعدّ شخصا في وضعية هشّة³.

وقد ضبط المشرع الفرنسي قائمة الجنايات التي تسقط فيها الدعوى العمومية بمرور عشرين سنة كاملة كالآتي: جريمة قتل الطفل، جريمة قتل الطفل المسبوقة أو المتبوعة باغتصاب، جرائم الاعتداء الجنسي على الطفل، جرائم الاستغلال الجنسي للطفل أو تعريضه لأعمال الدعارة أو جرائم التوسّط في الخفاء الذي يكون موضوعه الطفل، جرائم العنف التي تخلف عجزا دائما للطفل⁴.

¹ اقتضى الفصل 12 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 أنّه لا جال لانطباق أحكام الفصل 53 من م.ج.ت. والمتعلق بظروف تخفيف العقاب.

² عرف الفصل 3 من مجلة حماية الطفل، الطفل بكونه كلّ إنسان عمره أقلّ من 18 عاما ما لم يبلغ سنّ الرشد بمقتضى أحكام خاصة.

³ Fourmy Valérian, Le désordre de la prescription de l'action publique, mémoire pour l'obtention du master de Droit pénal et sciences pénales, faculté de Droit de Paris II, 2011, p.48.

⁴ Article 706-47 du CPPF.

ومدد المشرع الفرنسي كذلك في الأجل العام لسقوط الدّعى العموميّة الناتجة عن الجنح المرتكبة ضدّ الأطفال إلى مئة عشرين عاما بالنسبة للجنح المنصوص عليها بالفصل 222-12¹. كما مدد المشرع الفرنسي في آجال سقوط الدّعى العموميّة إلى عشر سنوات بالنسبة للجنح المرتكبة ضدّ الأطفال ومن بينها جنحة إقامة علاقة جنسيّة مع قاصر تتعاطى الدّعارة²، جنحة إفساد قاصر³، جنحة نشر أو تسجيل أو تمثيل صور إباحيّة للأطفال⁴، جنحة الاعتداء الجنسي دون ضغط أو عنف المرتكبة ضدّ قاصر سنّه يتجاوز 15 عاما⁵.

للتصدّي للجرائم الأخلاقيّة المرتكبة ضدّ الطفل القاصر، يجدر بالمشرع التونسي أن يمدد في آجال سقوط الدّعى العموميّة بالنسبة للجنح والجنایات المرتكبة ضدّ الأطفال وتحديد انطلاق احتساب سريان التقادم ببلوغ الطفل سنّ الرشد وذلك لأنّ أغلب الجرائم المرتكبة ضدّ هذا الصنف تسقط بمرور الزمن قبل اكتشافها.

ب) التقليل في آجال تقادم الدّعى العموميّة :

اعتبر المشرع التونسي أنّ بعض مرتكبي بعض الجرائم لا يشكلون خطرا كبيرا على أمن المجتمع، لذلك قلص في آجال العامة لسقوط الدّعى العموميّة بمرور الزمن. وتنحصر نطاق الجرائم التي تنقضي الدّعى العموميّة الناشئة عنها في أجل قصير في جرائم الصحافة (1) والجرائم الانتخابيّة (2) والجرائم الغاييّة (3).

1- التقليل في أجل تقادم الجرائم المرتكبة بواسطة الصحافة أو بآية وسيلة أخرى من وسائل الإعلام :

تعتبر حرّية الرأى والتعبير من الحرّيات الأساسيّة التي كفلها الدّستور التونسي⁶ والإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁷. ولئن شكلت حرّية الصحافة والطباعة والنشر إحدى ركائز الحكم الديمقراطي في أيّ دولة، فإنّ هذه الحرّيات قد تنقلب إلى فوضى وتستهمل كوسيلة سهلة لارتكاب الجرائم⁸.

وعلى هذا الأساس، تدخل المشرع التونسي لتنظيم حرّية الصحافة والطباعة والنشر لجزر الجرائم التي قد ترتكب بواسطتها⁹. ومراعاة لخصوصيّة العمل الصحفي ولما تمثله الآجال العاديّة لمدة تقادم الدّعى العموميّة المتعلقة بالجرائم بالجرائم من مخاطر على حرّية الصحافة وعلى مرتكب هذا النوع من الجرائم، قلص المشرع التونسي، أسوة بالقوانين

¹ L'article 222-12 du CPF dispose que : « L'infraction de violence ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus que huit jours est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende lorsqu'elle est commise sur un mineur de quinze ans... ».

² Article 225-12-1 du C.P.F.

³ Article 227-22 du C.P.F.

⁴ Article 227-23 du C.P.F.

⁵ Article 227-27 du C.P.F.

⁶ اقتضى الفصل 31 من الدّستور التونسي أنّ : "حرّية الرأى والفكر والتعبير والإعلام والنّشر مضمونة. لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحرّيات".

⁷ نصّ الفصل 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 أنّه : "لكلّ شخص الحقّ في حرّية الرأى والتعبير ويشمل هذا الحقّ حرّية اعتناق الآراء دون تدخل واستقاء الأنباء والأفكار وتلقّيها وإداعتها بأيّ وسيلة كانت دون تقيّد بالحدود الجغرافيّة".

⁸ أنظر حليلة الزكراوي، المسؤولية الجنائيّة في مجال الصحافة المكتوبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتلمسان، 2014، ص 15 وما بعدها.

⁹ مرسوم عدد 115 لسنة 2011 يتعلّق بحرّية الصحافة والطباعة والنّشر، الرّائد الرّسعي للجمهورية التونسيّة عدد 84 مؤرخ في 4 نوفمبر 2011، ص. 2559. وقد ألغى هذا المرسوم جميع النصوص السّابقة المخالفة له وخاصّة مجلّة الصحافة الصّادرة بالقانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل 1975 وجميع النصوص اللاحقة المتّمة والمنقصة له والفصول 397 و404 و405 من مجلّة الشغل.

المقارنة¹، من هذه الآجال وذلك صلب الفصل 76 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 الذي نصّ على ما يلي: "يسقط حقّ القيام بالدّعوى العموميّة والدّعوى المدنيّة عن الجنح أو المخالفات المنصوص عليها بهذا المرسوم بمضيّ ستة أشهر كاملة من تاريخ وقوعها أو من يوم آخر عمل إجرائي من أعمال التتبع".

يتّضح من خلال هذا الفصل أنّ المشرّع التونسي قد وحد بين أجل سقوط الدّعوى العموميّة الناتجة عن المخالفات وعن الجنح المترتبة عن ممارسة حرّية الصحافة والطباعة والنشر وذلك خلافاً للفصل 5 من م.إ.ج.ت. الذي نصّ عن أجلين مختلفين لسقوط الدّعوى العموميّة يختلف حسب كون الجريمة تتمثل في مخالفة تسقط بمرور سنة أو بجنحة تسقط بمضيّ ثلاث سنوات. ومن بين المخالفات المرتكبة بواسطة الصحافة أو بأيّ وسيلة أخرى من وسائل الإعلام، نذكر:

- المخالفة المتعلقة بعدم احترام أحكام الشفافية والمرتكبة من قبل كلّ مؤسسة تُصدر دورية ذات صبغة إخبارية².
 - المخالفة المتعلقة بتعليق النصوص المطبوعة الصادرة عن السلطة العامّة، بالطريق العام³.
- ومن أهمّ الجنح المرتكبة بواسطة الصحافة أو بأيّ وسيلة من وسائل الإعلام الأخرى، والتي تسقط فيها الدّعوى العموميّة بمضيّ ستة أشهر من تاريخ ارتكابها أو من آخر عمل إجرائي من أعمال التتبع، نذكر:

¹ حدّد المشرّع الفرنسي مدّة تقادم الدّعوى العموميّة في مجال الصحافة بثلاثة أشهر من تاريخ ارتكاب الجريمة أو من آخر يوم تحقيق أو تتبّع.

نصّ المادّة 213 من ق.إ.ج. المصريّة على أنّه "لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمترتكها ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك".

² أكد الفصل 23 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 على أنّه "يجب على كلّ مؤسسة تصدر دورية ذات صبغة إخبارية جامعة أن تنشر على أعمدها:

أ- في كلّ عدد:

- (1) أسماء وألقاب الأشخاص الطبيعيين المالكين إذا كانت المؤسسة غير متمتعة بالشخصية المعنوية،
- (2) شكل المؤسسة واسمها الاجتماعي ورأس مالها ومقرّها واسم ممثلها القانوني وأسماء شركائها الثلاثة الرئيسيين ومدتها، إذا كانت المؤسسة لها صفة الذات المعنوية،
- (3) اسم المدير المسؤول ومدير التحرير،
- (4) عدد النسخ التي تتولّى سحها عند كلّ إصدار.

ب- خلال الشهر التّاسع من السنّة الماليّة الجارية وعلى نسختها الورقيّة والالكترونيّة:

- (1) أسماء من يمارسون إدارتها واسم وكيلها أو الشركة التي تصدرها، إذا كانت المؤسسة محلّ وكالة حرة،
- (2) معدّل سحها خلال السنّة الماليّة المنقضية، وموازنتها السنويّة وحساب النتائج للمؤسسة الناشرة، مرفوقاً عند الاقتضاء بأسماء الوكيل أو الوكلاء أو بتركيبة مجلس الإدارة أو بأعضاء هيئة إدارتها الجماعيّة وأعضاء مجلس المراقبة وقائمة المساهمين في رأس مالها، أو بأسماء أعضاء تجمع المصالح الاقتصاديّة الذي تنتهي إليه والاسم الجماعي للشركات المكوّنة له أو لتجمّع الشركات الذي تنتهي إليه واسم الشركة الأم التي هي خاضعة لنفوذها القانوني أو الفعلي مع التنصيص على عدد الأسهم الراجعة لكلّ شركة وكافة العناوين التي تستغلّها المؤسسة الناشرة.

ويعاقب كلّ من يخالف هذه الأحكام بخطيّة ماليّة تتراوح بين خمسين ومائة دينار عن كلّ عدد يتمّ نشره بصورة مخالفة لهذه الأحكام".

³ وفقاً لأحكام الفصل 47 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: "يتولّى رئيس البلديّة بالنسبة للمنطقة البلديّة والوالي بالنسبة للمناطق غير البلديّة تعيين الأماكن المعدّة خصيصاً لتعليق النصوص المطبوعة الصادرة عن السلطة العامّة. ويعاقب كلّ من يتولّى تعليق المطبوعات الخاصّة في هذه الأماكن بالخطيّة المقررة بالفصل 315 مكرّر من المجلّة الجزائريّة".

- جرائم التحريض على ارتكاب الجرح :
- جنحة التحريض على ارتكاب جرائم القتل أو الاعتداء على الحرمة الجسدية للإنسان أو الاغتصاب أو النهب أو مجرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية أو التعاون مع العدو¹ بآية وسيلة من الوسائل المبينة بالفصل 50 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011².
- جنحة التحريض على الكراهية بين الأجناس والأديان والسكان³.
- جنحة استعمال بيوت العبادة للدعاية الحزبية والسياسية وكل من يتعمد النيل من إحدى الشعائر الدينية المرخص فيها⁴.
- الجرح المرتكبة ضد الأشخاص عن طريق الصحافة أو بآية وسيلة من وسائل الإعلام:
- جنحة نشر الأخبار الزائفة التي من شأنها أن تنال من الصفو العام⁵.
- جنحة الثلب^{6,7}.

¹ ورد بالفصل 51 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 "يعاقب بالسجن من عام إلى ثلاثة أعوام وبخطية من ألف إلى خمسة آلاف دينار كل من يحرض مباشرة بواسطة وسيلة من الوسائل المبينة بالفصل 50 من هذا المرسوم على ارتكاب جرائم القتل أو الاعتداء على الحرمة الجسدية للإنسان أو الاغتصاب أو النهب وذلك إذا لم يكن التحريض متبوعا بمفعول دون أن يمنع ذلك من تطبيق الفصل 32 من المجلة الجزائية، أما إذا كان التحريض متبوعا بمفعول فيرفع أقصى العقاب إلى خمسة أعوام سجنا.

ويعاقب بنفس العقاب من ينوّه بواسطة نفس الوسائل بالجرائم المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل أو بجرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية أو التعاون مع العدو".

² نص الفصل 50 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 على أنه : "يعاقب كمشاركين في ارتكاب ما يمكن أن يوصف بجنحة على معنى الفصل 51 وما بعده من هذا المرسوم كل من يحرض مباشرة شخصا أو عدة أشخاص على ارتكاب ما ذكر مما يكون متبوعا بفعل وذلك إما بواسطة الخطب أو الأقوال أو التهديد في الأماكن العمومية وإما بواسطة المطبوعات أو الصور أو المنقوشات أو الرموز أو بأي شكل من الأشكال المكتوبة أو المصورة المعروضة للبيع أو لنظر العموم في الأماكن العمومية أو الاجتماعات العامة وإما بواسطة المعلقات والإعلانات المعروضة لنظر العموم وإما بواسطة أي وسيلة من وسائل الإعلام السمي والبصري والالكتروني.

والمحاولة موجبة للعقاب وفقا لمقتضيات الفصل 59 من المجلة الجزائية".

³ اقتضى الفصل 52 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 : "يعاقب بالسجن من عام إلى ثلاثة أعوام وبخطية من ألف إلى ألفي دينار كل من يدعو مباشرة بواسطة وسيلة من الوسائل المبينة بالفصل 50 من هذا المرسوم إلى الكراهية بين الأجناس أو الأديان أو السكان وذلك بالتحريض على التمييز واستعمال الوسائل العدائية أو العنف أو نشر أفكار قائمة على التمييز العنصري".

⁴ ورد بالفصل 53 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 ما يلي: "يعاقب بخطية من ألف إلى ألفي دينار كل من يتعمد، بالوسائل المذكورة بالفصل 50 من هذا المرسوم، استعمال بيوت العبادة للدعاية الحزبية والسياسية وكل من يتعمد النيل من إحدى الشعائر الدينية المرخص فيها".

⁵ الفصل 54 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: "يعاقب بخطية من ألفين إلى خمسة آلاف دينار كل من يتعمد بالوسائل المذكورة بالفصل 50 من هذا المرسوم نشر أخبار زائفة من شأنها أن تنال من صفو النظام العام".

⁶ عرّف المشرع التونسي جنحة الثلب صلب الفصل 55 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: "يُعتبر ثلبا كل ادعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنية من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص معين بشرط أن يترتب عن ذلك ضرر شخصي ومباشر للشخص المستهدف.

وإعلان ذلك الادعاء أو تلك النسبة بصورة مباشرة أو بواسطة النقل يعاقب مرتكبه حتى ولو وقع ذلك في صيغة الاحتمال أو كان يقصد به شخص لم تقع تسميته بصفة صريحة على أن الاهتداء إليها تيسره فحوى العبارات الواردة في الخطب أو النداءات أو التهديدات أو الكتابات أو المطبوعات أو المعلقات أو الرسوم أو الإعلانات أو المنشورات الالكترونية".

⁷ وقع زجر جريمة الثلب صلب الفصل 56 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 الذي ورد به ما يلي "يعاقب مرتكب الاعتداء بالثلب بإحدى الطرق المبينة بالفصل 50 من هذا المرسوم بخطية من ألف إلى ألفي دينار مع الإذن بنشر مقتطفات من الحكم الصادر في القضية على عدد الدورية المحكوم ضدها الموالي لتاريخ إعلانها بالحكم وذلك بقطع النظر عن غم الضرر".

- جنحة الشتم¹.
 - جنح النشر الممنوع:
 - جنحة نقل معلومات عن جرائم الاغتصاب والتحرش الجنسي ضدّ القُصّر².
 - جنحة نشر وثائق التحقيق أو الظروف المحيطة بالمحاكمات المتعلقة بالجرائم أو الجنح المنصوص عليها بالفصول 201 إلى 240 من المجلة الجزائية³.
 - جنحة نشر تفاصيل الإجراءات القضائية⁴.
 - علاوة على التقليل في أجل سقوط الدّعوى العموميّة الناتجة عن الجنح المرتكبة بواسطة الصحافة، قلّص المشرّع التونسي في مدّة تقادم الدّعوى العموميّة النّاجمة عن الجرائم الانتخابيّة.
- 2- التقليل في آجال انقضاء الدّعوى العموميّة النّاجمة عن الجرائم الانتخابيّة :

أسوة بالمواثيق الدوليّة، كرّس المشرّع التونسي، صلب الفصول 34 و 55 و 74 من الدّستور، حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح للانتخابات. ولتكريس حياة سياسيّة ديمقراطيّة سليمة، جرّم المشرّع العديد من الأفعال المرتبطة بالعملية الانتخابيّة وبممارسة هذا النوع من الحقوق وذلك صلب الفصول 149 إلى 167 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء⁵.

وللمحافظة على استقرار الحياة السياسيّة، خير المشرّع الخروج عن الأجل العام لسقوط الدّعوى العموميّة المنصوص عليه بالفصل 5 م.إ.ج.ت. فقرّر التقليل منه وذلك صلب الفصل 167 من القانون المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء والذي ينصّ على ما يلي: " تسقط بالتّقدم الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون إثر انقضاء ثلاثة

¹ عملا بالفصل 57 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: "يعتبر شتما كلّ عبارة تنال من الكرامة أو لفظة احتقار أو سبّ لا تتضمّن نسبة شيء معيّن، والاعتداء بالشتم بالوسائل المبيّنة بالفصل 50 من هذا المرسوم يعاقب مرتكبه بخطيّة من خمسمائة إلى ألف دينار مع الإذن بنشر مقتطفات من الحكم الصّادر في القضية على عدد الدورية المحكوم ضدها الموالي لتاريخ إعلامها بالحكم".

² وفقا للفصل 60 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: "يعاقب بالسّجن من عام إلى ثلاثة أعوام وبخطيّة من ثلاثة آلاف إلى خمسة آلاف دينار كلّ من يتولّى نقل معلومات عن جرائم الاغتصاب أو التحرش الجنسي ضدّ القُصّر بأيّ وسيلة كانت متعمّدا ذكر اسم الضحيّة أو تسريب أيّة معلومات قد تسمح بالتعرّف عليها.

ويعاقب بنفس العقوبة كلّ من يتعمّد توريد أو توزيع أو تصدير أو إنتاج أو نشر أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحتها عن الأطفال".

³ اقتضى الفصل 61 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: "يحجر نشر وثائق التّحقيق قبل تلاوتها في جلسة علنيّة ويعاقب مرتكب ذلك بخطيّة تراوح بين ألف وألفي دينار.

ويسلّط نفس العقاب على من ينشر دون إذن من المحكمة المتعمّدة، بطريقة النقل مهما كانت الوسائل لا سيّما بالهواتف الجوّالة أو بالتصوير الشمسي أو بالتسجيل السمي أو السمي البصري أو بأيّة وسيلة أخرى، كلاً أو بعضاً من الظروف المحيطة بالمحاكمات المتعلّقة بالجرائم أو الجنح المنصوص عليها بالفصول 201 إلى 240 من المجلة الجزائية".

⁴ ورد بالفصل 62 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 ما يلي: "يحجر التناول الإعلامي لأيّة قضية من قضايا الثلب في الصّور المنصوص عليها بالفقرتين (أ) و(ب) من الفصل 59 من هذا المرسوم وكذلك بقضايا ثبوت النّسب والطلاق والإجهاض.

لا ينطبق هذا التحجير على الأحكام التي يجوز في كلّ وقت نشرها بإذن من السّلطة القضائية.

وفي كلّ القضايا المدنيّة يمكن للدوائر والمجالس تحجير نشر تفاصيل القضايا، ويحجر أيضا نشر أسرار مفاوضات الدوائر والمحاكم.

يحجر أثناء المرافعات وداخل قاعات جلسات المحاكم استعمال آلات التصوير الشمسي أو الهواتف الجوّالة أو التسجيل السمي أو السمي البصري أو أيّ وسيلة أخرى إلا إذا صدرت في ذلك رخصة من السّلطة القضائية ذات النّظر. وكلّ مخالفة لهذه الأحكام يعاقب عنها بخطيّة من مائة وخمسين إلى خمسمائة دينار مع حجز الوسائل المستعملة لذلك الغرض".

⁵ الرّائد الرّسعي للجمهورية التونسيّة عدد 42 الصّادر في 27 ماي 2014، ص. 1382.

سنوات من تاريخ إعلان النتائج النهائية للانتخابات". وباستقراء هذا الفصل، نلاحظ أن المشرع وحد بين أجل سقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجرح والجنايات الانتخابية¹.

وطبقا لأحكام للفصل 167 من القانون الانتخابي، تسقط الدعوى العمومية الناتجة عن إحدى الجنايات الانتخابية المنصوص عليها بالفصل 164 من هذا القانون بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ إعلان النتائج النهائية للانتخابات عوضا عن الأجل العام لتقدم الدعوى العمومية الناشئة عن الجناية والمقدر بعشر سنوات².

ويستفيد ومن الأجل السريع لسقوط الدعوى العمومية الناتجة عن الجرائم الانتخابية طبقا لأحكام الفصل 165 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 كل من الفاعل الأصلي لهذه الجرائم والشريك أو الوسيط أو المحرض.

3- التقليل في أجل تقدم الدعوى العمومية الناتجة عن الجرائم الغائبة :

كما هو الشأن بالنسبة للجرائم الانتخابية والجرائم الصحافية، قلص المشرع التونسي بالنسبة للجرائم الغائبة في الأجل العام لسقوط الدعوى العمومية المنصوص عليه بالفصل 5 من م.إ.ج.ت. وفي هذا الإطار اقتضى الفصل 143 فقرة أولى من مجلة الغابات "تسقط دعوى جبر الضرر الذي ينشأ من جراء الجرح والمخالفات بالغابات بمضي عام واحد ابتداء من تاريخ ختم محضر المعاينة وبمضي أجل قدره ثلاثة أعوام كاملة من تاريخ الجرح إن لم يجرر محضر في شأنها". ويستنتج من هذا الفصل أن الدعوى العمومية في مادة الجرح الغائبة³ تتقدم بمرور سنة واحدة من تاريخ ختم محضر المعاينة المحرر من قبل أعوان الغابات طبقا لأحكام الفصلين 113 و120 من مجلة الغابات.

إضافة إلى تعدد مدد انقراض الدعوى العمومية الناشئة عن مختلف أصناف الجرائم، اعتمد المشرع التونسي على طرق متنوعة لانطلاق احتساب آجال تقدم الدعوى العمومية.

¹ يلاحظ أن هذا القانون جرم الجنايات والجرح فقط ولا يحتوي على مخالفات في المادة الانتخابية.

² نص الفصل 164 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء على أنه: "يعاقب بالسجن لمدة 6 سنوات وبخطية مالية قدرها 5 آلاف دينار:

- كل عضو مكتب اقتراع أو أي من الفارزين قام بتدليس أوراق التصويت أو محضر الاقتراع أو محضر الفرز أو أوراق تجميع النتائج أو تعمد قراءة ورقة التصويت على غير حقيقتها أو بخلاف ما ورد فيها،
 - كل من اختلس أو أ تلف أو حجز محاضر أو صناديق الاقتراع أو أوراق التصويت،
 - كل شخص عمد إلى كسر صندوق الاقتراع وإتلاف الأوراق والوثائق المضمنة به أو إبدال الأوراق والوثائق التي يحتويها بأوراق تصويت ووثائق أخرى أو بأي أعمال أخرى ترمي إلى تغيير أو محاولة تغيير نتيجة الاقتراع والتبيل من سرية التصويت،
 - كل شخص سخر أو استأجر أشخاصا قصد تهديد الناخبين أو الإخلال بالنظام العام،
 - كل شخص اقتحم مكتب الاقتراع أو مراكز الجمع أو المكاتب المركزية باستعمال العنف لتعطيل عملية الاقتراع أو الفرز، ويرفع العقاب إلى السجن مدة 10 سنوات إذا كان المقتحمون أو من حاولوا الاقتحام حاملين لأسلحة".
- ³ أنظر أحكام الفصول 228 من إلى 230 من مجلة الغابات.

الفرع الثاني: تعدد طرق احتساب آجال تقادم الدّعى العموميّة :

لئن نصّ المشرّع على أنّ بداية احتساب سقوط الدّعى العموميّة ينطلق من يوم ارتكاب الجريمة (فقرة أولى)، فإنّ مدّة التقادم تتأثر ببعض العوارض التي تحول دون إمكانية مواصلة سريانها، فيما أن تنقطع من خلالها المدّة أو تتوقف (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : بداية احتساب آجال تقادم الدّعى العموميّة :

اقتضى الفصل 5 من م.إ.ج.ت. أنّ مدّة احتساب تقادم الدّعى العموميّة ينطلق من يوم وقوع الجريمة. ويذهب الرّأي السائد فقها¹ وقضاء² إلى أنّ يوم ارتكاب الجريمة لا يدخل في مدّة احتساب مدّة التقادم وإنّما ينطلق احتساب أجل السقوط من اليوم الموالي لارتكاب الجريمة. وتكتمل مدّة احتساب سقوط الدّعى العموميّة في آخر يوم من المدّة المقررة من طرف المشرّع الانقضاء الدّعى العموميّة بمرور الزمن أي بانتهاء اليوم الأخير من هذه المدّة على السّاعة منتصف الليل. وإذا أثير نزاع حول تاريخ ارتكاب الجريمة، يتعيّن على المحكمة أن تجيب عليه لأنّه وسيلة دفاع موضوعية³.

ولئن كرّس المشرّع مبدأ احتساب آجال سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزمن انطلاقاً من يوم ارتكابها (أ)، فإنّ هذا المبدأ ترد عليه عديد الاستثناءات (ب).

أ- مبدأ انطلاق احتساب آجال سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزمن :

يختلف منطلق بداية احتساب أجل سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزمن باختلاف طريقة ارتكاب الرّكن المادّي للجريمة. وفي هذا الإطار، تستوفي الجرائم الحينيّة أركان تحقّقها في وقت وجيز (1) في حين تستلزم الجرائم المستمرة امتداد الرّكن المادّي لفترة طويلة نسبيّة (2). أمّا جرائم الاعتياد فتحقّق عند تكرار الرّكن المادّي للجريمة المتمثّل في نفس الفعل الإجرامي (3).

(1) الجرائم الحينيّة أو الآنيّة أو الوقتيّة : *Infractions instantanées*

وهي الجرائم التي لا يستغرق تحقّق عناصرها غير وقت قصير. فهي تتمّ وتنتهي بمجرد إتيان الفعل المكوّن لها أي أنّها تبتدئ وتنتهي في زمن قصير⁴. وينطلق سريان الآجال لسقوط الدّعى العموميّة الناشئة عن الجرائم الحينيّة من

¹ - فوزيّة عبد الستار، "شرح قانون الإجراءات الجنائيّة"، دار النّهضة العربيّة، 1986، ص. 134.

- محمد نجيب حسني، "شرح قانون الإجراءات الجنائيّة"، دار النّهضة العربيّة، 1982، ص. 211 وما بعدها.

² Cass. Crim., 1^{er} février 1993, bull. crim. 1993, n°53 – Cass. Crim., 8 septembre, bull. crim. 1998, n°227 – Cass. Crim., 7 juin 2006, n°05-84.148, bull. crim. 2006, n°161.

³ الحسن هوداية، أهم قرارات المجلس الأعلى في تقادم المادتين الجنائيّة والمدنيّة، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى، 2002، ص. 3.

⁴ فرج القصير، "القانون الجنائي العام"، مركز النّشر الجامعي، 2006، ص. 87.

تاريخ ارتكابها¹. ويمكن أن تكون الجريمة الحينية جريمة بالفعل أي بالارتكاب (Infraction par commission). مثل :

- جريمة السرقة التي تتحقق وتتم بمجرد اختلاس شيء راجع للغير،
- جريمة القتل التي تكتمل بمجرد إزهاق روح الجني عليه،
- جريمة الثلب والشتم المرتكبة عن طريق شبكة التواصل الاجتماعي²،
- جريمة الشهادة زور³.

ويمكن أن تكون الجريمة الحينية جريمة سلبية أو جريمة بالامتناع (Infraction par omission) وذلك مثل :

- جريمة الامتناع عن الإنقاذ القانوني⁴.
- جريمة الامتناع عن إشعار السلط فوراً عن المعلومات أو الإرشادات حول ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية⁵.

وقد أثارَت بداية احتساب آجال التقادم في الجرائم الوقتية التي تحتوي إحدى عناصرها تحقق نتيجة إجرامية بعد مرور مدة زمنية من ارتكاب الفعل الإجرامي العديد من الصعوبات العملية أمام فقه القضاء : فهل تحتسب مدة التقادم من اليوم الموالي لوقوع الفعل الإجرامي أو من اليوم الموالي لتحقيق النتيجة الإجرامية ؟

وقد استقرَّ فقه القضاء على أنَّ بداية احتساب أجل التقادم بالنسبة لهذا النوع من الجرائم تنطلق من اليوم الموالي لتحقيق النتيجة الإجرامية وليس من يوم ارتكاب الفعل الإجرامي. ومن بين هذه الجرائم نذكر :

- جريمة القتل على وجه الخطأ⁶ : اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنَّ مدة الثلاث سنوات المقررة لسقوط الدَّعوى العمومية النَّاجمة عن جنحة القتل على وجه الخطأ ينطلق احتسابها من تاريخ حصول الوفاة (النتيجة الإجرامية) وليس من تاريخ حدوث الفعل الإجرامي. وهذا ما سمح لورثة أحد المتوفين بفيروس فقد المناعة من إثارة الدَّعوى

¹ قرار تعقيبي جزائي عدد 16398 مؤرخ في 20 أكتوبر 2007، نشرية محكمة التعقيب، قسم جزائي، ص. 128.

² Cass. Crim., 16 octobre 2001, bull. crim. 2001, n°211.

³ اعتبر فقه القضاء التونسي أنَّ مدة سقوط جريمة الإدلاء بالشهادة زورا تحتسب من يوم وقوع الجريمة لا من يوم حصول أثر لتلك الشهادة. أنظر مثلاً قرار تعقيبي جزائي عدد 4060 مؤرخ في 13 أكتوبر 2004، نشرية محكمة التعقيب قسم جزائي، 2004، ص. 102.

⁴ طبقاً لأحكام الفصل 143 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسجن مدة شهر وبخطية قدرها ثمانية وأربعون ديناراً كل من يمتنع أو يتقاعس وهو قادر على مباشرة الخدمات أو الأعمال أو الإغاثة التي دعي إليها في حال حوادث أو ازدحامات أو غرق أو فيضان أو حريق وغيرها من الكوارث وكذلك في صور السلب والنهب أو مفاجأة المجرم حال مباشرة الفعل أو مطاردة الجمهور له صائحا وراءه أو تنفيذ عدلي".

⁵ طبقاً لأحكام الفصل 22 من القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 والمتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال : "يعاقب بالسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطية من ألف إلى خمسة آلاف ديناراً كل من يمتنع، ولو كان خاضعاً للسّر المهني، عن إشعار السلط ذات النّظر فوراً بما أمكن له الإطلاع عليه من أفعال وما بلغ إليه من معلومات أو إرشادات حول ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية.

ويستثنى من أحكام الفقرة المتقدمة الوالدان والأبناء والإخوة والأخوات والقرين.

ولا يمكن القيام بدعوى الغرم أو المؤاخذه الجزائية ضد من قام عن حسن نية بواجب الإشعار".

⁶ طبقاً لأحكام الفصل 217 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها سبعمائة وعشرون ديناراً مرتكب القتل عن غير قصد الواقع أو المتسبب عن قصور أو عدم احتياط أو إهمال أو عدم تنبه أو عدم مراعاة القوانين".

العمومية والقيام بالحق الشخصي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم سنة 1993 بعد أن توفي مورثهم سنة 1990 والذي كان قد أصيب بالمرض منذ سنة 1983¹.

- جريمة القتل العمد: إذا حصلت الوفاة بعد انقضاء فترة زمنية من وقوع الاعتداء الإجرامي، ينطلق احتساب أجل التقادم العام المقدّر بعشر سنوات من اليوم الموالي لحدوث الوفاة ولا ينطلق من يوم وقوع الفعل الإجرامي². يُعدّ هذا الاتجاه القضائي سليما من الناحية القانونية لأنّ حدوث الوفاة (النتيجة الإجرامية) تعدّ عنصرا من عناصر جريمة القتل العمد.

(2) الجريمة المستمرة (Infraction continue) :

الجريمة المستمرة هي الجريمة التي يستغرق تحقق عناصرها وقتا طويلا نسبيا والعبارة في الاستمرار تكون بتدخل إرادة الجاني في الفعل المعاقب عليه. يكون الجاني في الجرائم المستمرة في حالة إجرامية دائمة وخرق متواصل للقانون تطبع نمط حياته. وينطلق سريان مدة انقراض الدّعى العمومية بمرور الزمن في الجرائم المستمرة ابتداء من آخر يوم توقف فيه الجاني عن ارتكاب الفعل المجرّم³.

ويمكن أن تتخذ الجرائم المستمرة شكل الجرائم الايجابية أين يقوم الجاني بارتكاب فعل مجرّم بصفة متواصلة يشكل خطورة على المجتمع. ومن بين الجرائم المستمرة الايجابية نذكر :

- جريمة التسوّل النصوص عليها بأمر 3 أفريل 1936 : يقوم الجاني بالفعل المجرّم بصفة يومية ومتواصلة للحصول على المال بصفة غير شرعية. وتنقضى الدّعى العمومية الناشئة عن جنحة التسول بانقضاء ثلاثة أعوام تُحتسب من آخر يوم ارتكب فيه الجاني هذه الجريمة.

- جريمة البناء بدون رخصة : اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنّ احتساب مدة تقادم الدّعى العمومية في جنحة البناء بدون رخصة، يسري من تاريخ انتهاء الأشغال وليس من يوم انطلاق الأشغال⁴.

- جريمة فتح حسابات بنكية في الخارج : ينطلق احتساب جنحة فتح حساب بنكي بالخارج بالنسبة للمقيمين من تاريخ غلق الحساب البنكي⁵.

- جريمة إخفاء مسروق⁶ : ينطلق احتساب أجل تقادم الدّعى العمومية في هذه الجنحة من تاريخ انتهاء حالة الاستمرار في هذه الجريمة كتاريخ خروج المال المسروق من حيازة من أخفاه.

- مسك واستعمال الكتاب المدلّسة⁷ : ينطلق احتساب أجل تقادم الدّعى العمومية الناجمة عن جناية مسك مدلّس من تاريخ خروج أو التنازل عن حيازة الكتب المدلّس من يد المتحوّز به.

¹ Cass. Crim., 4 novembre 1999, bull. crim. 1999, n°248.

² نقض 2 نوفمبر لسنة 1975، مجموعة أحكام محكمة النقض لسنة 1976، ص. 667. قرار مذکور في : فوزية عبد الستار، مرجع سابق الذكر، ص. 134.

قرار تعقيبي جزائي عدد 16398 مؤرخ في 20 أكتوبر 2007، نشرية محكمة التعقيب، قسم جزائي، ص. 128.³

⁴ Cass. Crim., 20 mai 1992, bull. crim., 1992, n°102.

⁵ Cass. Crim., 17 avril 1989, bull. crim 1989, n°157.

⁶ Cass. Crim., 28 mars 1996, Bull. crim 1996 n° 142.

⁷ اقتضى الفصل 176 من م.ج.ت. أنّ "كلّ من يتعمّد إبقاء رسم مدلّس عنده يعاقب بالسجن مدّة عشرة أعوام بمجرد إبقاء ما ذكر بيده".

- جريمة مسك سلاح بدون رخصة¹ : ينطلق احتساب مدة تقادم الدّعى العموميّة من تاريخ خروج الحيّزة من يد الماسك أي من تاريخ انتهاء استمرار الفعل المادّي لهذه الجريمة.
- جريمة مسك مخدّر لغاية الاستهلاك أو الاتّجار : يحتسب أجل سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزّمن في هاتين الجريمتين من تاريخ خروج الحيّزة من يد الحائز.
- جريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة² : هي جريمة مستمرة لا تنقضى بمرور الزّمن ما دامت حالة الشيوخ قائمة³.

ويمكن أن تكون الجرائم المستمرة جرائم سلبية أي أن يقوم الجاني بالامتناع عن القيام بفعل يجرّمه القانون وذلك بصفة مستمرة. ومن بين الجرائم المستمرة السلبية نذكر :

- جريمة الامتناع عن التصريح بالأداء الجبائي⁴،
- جريمة التخلف عن التجنيد⁵،
- جريمة عدم إحضار محضون⁶،

(3) جريمة الاعتياد *Infraction d'habitude*

يستوجب الرّكن المادّي لهذا الصنف من الجرائم تكرار الفعل المجرّم أي أنّ هذه الجريمة لا تتكوّن إلاّ إذا تعودّ الفاعل تكرار الفعل الممنوع العديد من المرّات. وهذا التكرار يستوجب تدخّل القانون الجنائي لجزر هذا الفعل لأنّ تكراره بصفة متجدّدة يهدّد النّظام العام. لا ينطلق احتساب تقادم الدّعى العموميّة النّاتجة عن جرائم الاعتياد إلاّ من اليوم الموالي لآخر فعل يدخل في تكرار الرّكن المادّي للجريمة⁷.

¹ أنظر أحكام القانون عدد 33 لسنة 1969 المؤرّخ في 12 جوان 1969 يتعلّق بضبط وتوريد الأسلحة والاتّجار فيها ومسكها أو حملها.

² جريمة منصوص عليها بالفصل 277 م.ج.ت.

³ قرار تعقيبي جزائي عدد 65175 مؤرّخ في 21 أكتوبر 1996، ن.م.ت. قسم جزائي، ص. 93.

⁴ طبقا لأحكام الفصل 89 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية " يعاقب بخطيّة بين 100 و10000 دينار، كل شخص لم يقم بإيداع تصريح أو تقديم عقد أو وثيقة في الآجال المحددة بالتشريع الجبائي وذلك علاوة على الخطايا المنصوص عليها بالفصول من 81 إلى 86 من هذه المجلة.

ولا تطبق الخطيّة في صورة قيام المطالب بالأداء بتسوية وضعيته قبل تدخل مصالح الجبائية".

⁵ اقتضى الفصل 66 من م.م.ع.ع. أن "كلّ من وجبت عليه الخدمة العسكريّة ولم يلبّ الدّعوة في حالة السلم في أجل المضروب له للالتحاق بالوحدة المعيّنة، يعاقب بالسّجن من ستّة أشهر إلى عام".

⁶ اقتضى الفصل الأوّل من القانون عدد 2 لسنة 1962 والمتعلّق بإحداث جريمة عدم إحضار محضون أنّه "في صورة حكم وقتي أو بات بالحضانة فإنّ الأب أو الأم أو كلّ شخص لمن له الحق في طلب إحضاره أو يتعمّد ولو بدون حيلة أو قوّة اختطاف ذلك المحضون واختلاسه أو يكلف من يتولّى اختطافه أو اختلاسه من أيدي من هو في حضانتهم أو من المكان الذي وضعوه به يعاقب بالسّجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطيّة من 24 دينارا إلى 140 دينارا أو بإحدى العقوبتين فقط".

⁷ قرار تعقيبي جزائي عدد 16398 مؤرّخ في 20 أكتوبر 2007، نشرية محكمة التعقيب، قسم جزائي، ص. 128.

ومن بين جرائم الاعتياد نذكر :

- جريمة ممارسة الطبّ بدون رخصة¹،
- جريمة الإساءة إلى الغير عبر الشبكات العموميّة للاتّصالات²،
- جريمة التحرش الجنسي³،
- جريمة سوء معاملة الطفل⁴،

لا يعتبر مبدأ سريان مدة التقادم من يوم ارتكاب الجريمة مبدأ مطلقا بل ترد عليه العديد من الاستثناءات.

ب) الاستثناءات الواردة على مبدأ انطلاق احتساب مدة تقادم الدّعوى العموميّة من يوم ارتكاب الجريمة :

تنقسم الاستثناءات الواردة على انطلاق احتساب سقوط الدّعوى العموميّة بمرور الزمن من يوم ارتكاب الجريمة إلى استثناءات قانونيّة (1) واستثناءات فقه قضائيّة (2).

(1) الاستثناءات القانونيّة الواردة على مبدأ انطلاق احتساب أجل التقادم من يوم ارتكاب الجريمة :

تقتضي الدراسة المعمقة للاستثناءات القانونية الواردة على مبدأ احتساب مدة التقادم ضبط هذه الاستثناءات (1-1) وتبسيط الضوء على نقائص التشريع التونسي في هذا المجال (1-2).

(1-1) تحديد الاستثناءات القانونيّة الواردة على مبدأ انطلاق احتساب أجل التقادم من يوم ارتكاب الجريمة :

أفرد المشرّع التونسي بعض الجرائم بطريقة خاصّة لاحتساب انطلاق أجل تقادم الدّعوى العموميّة. ومن بين هذه الجرائم نذكر :

- الجنايات⁵ والجرح البحريّة⁶ : ينطلق احتساب آجال سقوط الدّعوى العموميّة النّاجمة عن الجنايات والجرح البحريّة البحريّة من اليوم الموالي لوصول السفينة إلى ميناء توجد به سلطة بحريّة تونسيّة⁷.

¹ نصّ الفصل 6 من القانون عدد 21 المؤرّخ في 13 مارس 1991 والمتعلّق بممارسة مهنة الطب على أنّه "يعتبر ممارسة بصورة غير شرعيّة كلّ شخص يقوم عادة بأيّ صورة كانت بتشخيص أو معالجة أمراض أو علل جراحية سواء كانت وراثية أو مكتسبة حقيقيّة أو محتملة وذلك بأعمال شخصيّة أو استشارات شفويّة أو كتابيّة أو بأيّة طريقة أخرى"

² اقتضى الفصل 86 من مجلّة الاتّصالات أنّه : "يعاقب بالسّجن مدّة تراوح بين سنة واحدة وستين وبخطيّة من 100 إلى ألف دينار كلّ من يتعمّد الإساءة إلى الغير أو إزعاج راحتهم عبر الشبكات العموميّة للاتّصالات".

³ اقتضى الفصل 226 ثالثا من م.ج.ت. أنّه : "يعاقب بالسّجن مدّة عام وبخطيّة قدرها ثلاثة آلاف دينارا مرتكب التحرش الجنسي. ويُعدّ تحرشا جنسيا كلّ إمعان في مضايقة الغير بتكرار أفعال أو أقوال أو إشارات من شأنها أن تنال من كرامته أو تخدش حيائه وذلك بغاية حمله على الاستجابة لرغباته أو رغبات غيره الجنسيّة أو بممارسة ضغوط عليه من شأنها إضعاف إرادته على التصدي لتلك الرغبات...".

⁴ نصّ الفصل 224 م.ج.ت. على أنّه : "يعاقب بالسّجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها مائة وعشرون دينارا كلّ من اعتاد سوء معاملة طفل أو غيره من القاصرين الموضوعين تحت ولايته ورقابته دون أن يمنع ذلك عند الاقتضاء من العقوبات الأكثر شدّة المقررة للاعتداء بالعنف والضرب. ويُعدّ من سوء المعاملة اعتياد منع الطّعام أو العلاج.

ويُضاعف العقاب إذا نتج عن اعتياد سوء المعاملة سقوط بدني تجاوزت نسبه العشرين في المائة أو إذا حصل الفعل باستعمال سلاح. ويكون العقاب بالسّجن بقيّة العمر إذا نتج عن اعتياد سوء المعاملة موت".

⁵ أنظر الفصول من 92 إلى 94 من المجلّة التأديبيّة والجزائيّة البحريّة.

⁶ أنظر مثلا الفصل 84 و85 من المجلّة التأديبيّة والجزائيّة البحريّة.

⁷ أنظر أحكام الفصل 101 من المجلّة التأديبيّة والجزائيّة البحريّة.

- جنحة الفرار من الجندية زمن السلم: ينطلق احتساب آجال سقوط الدعوى العمومية الناجمة عن جنحة الفرار من الجندية زمن السلم بعد انقضاء أجل ضبطه الفصل 67 من م.ع.ع. والمقدر بمرور ستة أيام بالنسبة لكل عسكري مشتبه به غاب عن وحدته بدون إذن. أما بالنسبة للعسكري الذي ليس له ثلاثة أشهر في الخدمة فلا يُعدّ فارا إلا بعد غياب شهر كامل عن وحدته. أما بالنسبة للعسكري الذي سافر بمفرده من نقطة إلى نقطة وانتهت إجازته ولم يلتحق خلال 15 يوما من التاريخ المحدد لوصوله أو لعودته، فهو يُعدّ فارا من الجندية.
- الجرائم الانتخابية: ضبط الفصل 167 من القانون عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 والمتعلق بالانتخابات والاستفتاء، انطلق أجل احتساب تقادم الدعوى العمومية في الجرح والجنايات الناجمة عن الانتخابات انطلاقا من تاريخ إعلان النتائج النهائية للانتخابات. وتطبيقا لأحكام هذا الفصل، ينطلق احتساب أجل الثلاث سنوات المحدد لتقادم الدعوى العمومية في مادة الجرح والجنايات المتعلقة بالانتخابات التشريعية انطلاقا من يوم 21 نوفمبر 2014¹. وقد انطلق احتساب آجال تقادم الدعوى العمومية الناجمة عن الجرح والجنايات المتعلقة بالانتخابات الرئاسية في دورتها الأولى ابتداء من يوم 9 ديسمبر 2014². وقد انطلق أجل تقادم الدعوى العمومية الناجمة عن الجرائم الانتخابية المتعلقة بالدورة الرئاسية في دورتها الثانية انطلاقا من يوم 30 ديسمبر 2014³.
- الجرائم الغائبة: اقتضى الفصل 143 من م. الغابات أنه: "تسقط الدعوى العمومية الناشئة من جرّاء الجرح والمخالفات بمضيّ عام واحد ابتداء من تاريخ ختم محضر المعاينة وبمضيّ أجل قدره ثلاثة أعوام كاملة من تاريخ الجرح إن لم يجرّر محضر في شأنها".
- جريمة إهمال عيال⁴: ينطلق احتساب مدة سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن جنحة إهمال عيال والمقدرة بثلاث سنوات ابتداء من يوم انقضاء أجل شهر على إعلام المطالب بأداء معلوم معين النفقة أو جناية الطلاق بمضمون الحكم المقرر للنفقة وذلك باعتبار أن أجل الشهر يعد ركنا من أركان هذه الجريمة⁵.
- الجرائم المرتكبة من قبل مراقب الحسابات: طبقا لأحكام الفصل 271 من م.ش.ت.: "يعاقب بالسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطية من 1200 إلى 1500 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلّ مراقب حسابات يتعمد إعطاء أو تأييد معلومات كاذبة عن حالة الشركة أو لم يعلم وكيل الجمهورية بالجرائم التي بلغ له العلم بها". وعملا بأحكام الفصل 273 من م.ش.ت.: "تنقضي الدعوى العمومية بمضيّ ثلاث سنوات إذا كان الفعل الضارّ جنحة وبعشر سنوات إذا وصف الفعل بالجناية. وينطلق احتساب أجل تقادم الدعوى العمومية بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف مراقب الحسابات انطلاقا من تاريخ الكشف عن الفعل الضارّ".

¹ قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 24 مؤرخ في 21 نوفمبر 2014 يتعلّق بالتصريح بالنتائج النهائية للانتخابات التشريعية 2014، الرائد الرّسّي للجمهورية التونسية مؤرخ في 21 نوفمبر 2014، عدد 94، ص. 3311.

² قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 35 لسنة 2014 مؤرخ في 8 ديسمبر 2014 يتعلّق بالتصريح بالنتائج النهائية للدورة الأولى للانتخابات الرئاسية 2014، الرائد الرّسّي للجمهورية التونسية مؤرخ في 9 ديسمبر 2014، عدد 99، ص. 3548.

³ قرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عدد 36 لسنة 2014 مؤرخ في 29 ديسمبر 2014 يتعلّق بالتصريح بالنتائج النهائية للدورة الثانية للانتخابات الرئاسية 2014، الرائد الرّسّي للجمهورية التونسية مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، عدد 105، ص. 4022.

⁴ أنظر أحكام الفصل 53 مكرّر من م.أ.ش. "كلّ من حكم عليه بالنفقة أو بجناية الطلاق ففضّى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه، يعاقب بالسجن مدّة تتراوح بين ثلاثة أشهر و عام وبخطية من 100 دينار إلى ألف دينار...".

⁵ قرار تعقيبي جزائي عدد 24298 بتاريخ 4 جويلية 1989.

1-2) نقائص التشريع التونسي في مادة تأجيل سريان التقادم من يوم ارتكاب الجريمة :

بسبب عدم تنقيح أحكام الفصل 5 من م.إ.ج.ت.، تضمنت مؤسسة التقادم الجنائي العديد من النقائص خاصة في مادة سريان أجل التقادم انطلاقاً من يوم ارتكاب الجريمة.

أولاً : عدم تأجيل انطلاق احتساب سريان مدة التقادم بالنسبة للجرائم المرتكبة ضد الأشخاص الذين يوجدون في وضعيّة هشّة بسبب صغر السنّ : خلافاً للمشرّع الفرنسي الذي، وحفاظاً على مصلحة القصر، خير تأجيل انطلاق احتساب تقادم الدّعوى العموميّة بالنسبة للجنايات والجرح وللجنايات المرتكبة ضدّ الأطفال من طرف أصولهم الشرعيين، أو الطبيعيين أو بالتبني أو من طرف أيّ شخص له سلطة عليهم إلى حين بلوغهم سنّ الرشد، فإنّ المشرّع التونسي لم ينتهج هذا الأسلوب ولازم الصّمت حول إمكانية إرجاء احتساب أجل سقوط الدّعوى العموميّة في الجرائم المرتكبة ضدّ الأطفال إلى حين بلوغهم سنّ الرشد.

وعلى هذا الأساس، ينطبق الأجل العام المنصوص عليه بالفصل 5 من م.إ.ج.ت. لتقادم الدّعوى العموميّة الناشئة عن الجنايات والجرح المرتكبة ضدّ الأطفال. فالطفل لا يدرك معنى وخطورة الجرائم المرتكبة ضده بسبب صغر سنّه وخاصة إذا ارتكبت هذه الجرائم من قبل أحد أفراد عائلته فلا يمكنه إثارة الدّعوى العموميّة بمفرده.

ويتجه التذكير بأنّ المشرّع التونسي قد نصّ صلب الفقرة الأخيرة للفصل 5 من م.إ.ج.ت. بعد تنقيحها بمقتضى المرسوم عدد 106 لسنة 2011 على أنّ آجال سقوط الدّعوى العموميّة بالنسبة لجرائم التعذيب المرتكبة على الأطفال تسقط بمرور خمسة عشر عاماً ويقع احتساب آجال السقوط بداية من بلوغه سنّ الرشد. إلا أنّه وبصدور دستور الجمهورية التونسية المؤرخ في 26 جانفي 2014، وقع تنقيح هذه الفقرة ضمناً بمقتضى الفصل 23 من الدستور الجديد الذي جعل من هذا الصنف من الجرائم غير قابل للتقادم.

وبناء على ما تقدّم، يتحتّم على المشرّع التونسي أن يواكب التشريعات الحديثة¹ وذلك بتنقيح أحكام مؤسسة التقادم الجنائي وذلك بالتنقيح على انطلاق سريان مدة تقادم الجرائم المرتكبة ضدّ الأطفال من يوم بلوغهم سنّ الرشد لا من يوم ارتكاب الجريمة وذلك حماية لمصالح هذه الفئة الهشّة من الضحايا، وذلك لأنّ أغلب هذه الجرائم توصف بكونها جرائم خفيّة تتقادم قبل بلوغ الطفل سنّ الرشد.

ثانياً : عدم تأجيل انطلاق احتساب سريان مدة التقادم بالنسبة للجرائم الماليّة المرتكبة من قبل الموظف العمومي² : بغرض مقاومة جرائم نهب المال العام، قرّرت بعض التشريعات المقارنة وخاصة منها التشريع المصري تمكين النيابة العموميّة من متسع من الوقت لتتبع مرتكبي هذه الجرائم وذلك بالتخلي عن احتساب سريان مدة التقادم من يوم ارتكاب الجريمة. وفي هذا الإطار، نصت الفقرة الثالثة من المادة 15 من م.إ.ج.م على ما يلي " لا تبدأ المدة المسقطّة للدّعوى الجنائية في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والتي تقع من موظف عام إلا من تاريخ انتهاء الخدمة أو زوال الصفة ما لم يبدأ التحقيق فيها قبل ذلك " .

¹ اقتضت المادة الخامسة من المسطرة الجنائية المغربية أنّ مدة تقادم الدّعوى العموميّة الناجمة عن الجرائم المرتكبة ضدّ الأطفال ارتكبا أحد أصوله أو من له عليه سلطة أو كفالة ينطلق احتسابها ابتداء من تاريخ بلوغ الضحية سنّ الرشد المدني.

² طبقاً لأحكام الفصل 82 من م.ج.ت. " يُعتبر موظفاً عمومياً تنطبق عليه أحكام هذا القانون كلّ شخص تُعهد إليه صلاحيات السلطة العموميّة أو يعمل لدى مصلحة من مصالح الدولة أو جماعة محلية أو ديوان أو مؤسسة عموميّة أو منشأة عموميّة أو غيرها من الذوات التي تُساهم في تسيير مرفق عمومي .

ويشبهه بالموظف العمومي كلّ من له صفة المأمور العمومي من أنتخب لنيابة مصلحة عموميّة أو من تعيّنه العدالة للقيام بمأمورية".

وتطبيقاً لأحكام هذا النص يحتسب أجل سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم اختلاس المال العام المنصوص عليها بالمواد 112 إلى 119 من قانون العقوبات المصري¹ لا من يوم وقوع الجريمة وإنما من يوم انتهاء

¹ مادة 112 "كل موظف عام اختلس أموالاً أو أوراقاً أو غيرها وجدت في حيازته بسبب وظيفته يعاقب بالسجن المشدد. وتكون العقوبة السجن المؤبد في الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الجاني من مأموري التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة وسلم إليه المال بهذه الصفة.

(ب) إذا ارتبطت جريمة الاختلاس بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

(ج) إذا ارتكبت الجريمة في زمن حرب وترتب عليها إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها."

مادة 113 "كل موظف عام استولى بغير حق على مال أو أوراق أو غيرها لإحدى الجهات الميينة في المادة 119، أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة كانت يعاقب بالسجن المشدد أو السجن.

وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد إذا ارتبطت الجريمة بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو إذا ارتكبت الجريمة في زمن حرب وترتب عليها إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها.

وتكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع الفعل غير مصحوب بنية التملك.

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرات السابقة حسب الأحوال كل موظف عام استولى بغير حق على مال خاص أو أوراق أو غيرها تحت يد إحدى الجهات المنصوص عليها في المادة 119 أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة كانت."

مادة 113 مكرراً كل رئيس أو عضو مجلس إدارة إحدى شركات المساهمة أو مدير أو عامل بها اختلس أموالاً أو أوراقاً أو غيرها وجدت في حيازته بسبب وظيفته أو استولى بغير حق عليها أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة كانت يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع فعل الاستيلاء غير مصحوب بنية التملك."

مادة 114 كل موظف عام له شأن في تحصيل الضرائب أو الرسوم أو العوائد أو الغرامات أو نحوها، طلب أو أخذ ما ليس مستحقاً أو ما يزيد على المستحق مع عمله بذلك يعاقب بالسجن المشدد أو السجن."

مادة 115 كل موظف عام حصل أو حاول أن يحصل لنفسه أو حصل أو حاول أن يحصل لغيره، بدون حق على ربح أو منفعة من عمل من أعمال وظيفته يعاقب بالسجن المشدد."

مادة 115 مكرراً "كل موظف عام تعدي على أرض زراعية أو أرض قضاء أو مبان مملوكة لوقف خيري أو لإحدى الجهات الميينة في المادة 119 وذلك بزراعتها أو غرسها أو إقامة إنشاءات بها أو شغلها أو انتفع بها بأية صورة أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة يعاقب بالسجن متى كان ذلك العقار يتبع الجهة التي يعمل بها أو جهة يتصل بها بحكم عمله، وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد إذا ارتبطت الجريمة بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

ويحكم على الجاني في جميع الأحوال بالعزل من وظيفته أو زوال صفته ويرد العقار المغتصب بما يكون عليه من مبان أو غراس أو برده مع إزالة ما عليه من تلك الأشياء على نفقته وبغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من منفعة على ألا تقل عن خمسمائة جنيه."

مادة 116 "كل موظف عام كان مسئولاً عن توزيع سلعة أو عهد إليه بتوزيعها وفقاً لنظام معين فأخل عمداً بنظام توزيعها يعاقب بالحبس.

وتكون العقوبة السجن إذا كانت السلعة متعلقة بقوت الشعب أو احتياجاته أو إذا وقعت الجريمة في زمن حرب."

مادة 116 مكرراً "كل موظف عام أضر عمداً بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم عمله أو بأموال الغير أو مصالحهم المعهود بها إلى تلك الجهة يعاقب بالسجن المشدد.

فإذا كان الضرر الذي ترتب على فعله غير جسيم جاز الحكم عليه بالسجن."

مادة 116 مكرراً (2) (أ) كل موظف عام تسبب بخطئه في إلحاق ضرر جسيم بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال الغير أو مصالحهم المعهود بها إلى تلك الجهة بان كان ذلك ناشئاً عن إهمال في أداء وظيفته أو عن إخلال بواجباتها أو عن إساءة استعمال السلطة، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا يزيد على ست سنوات وغرامة لا تتجاوز ألف جنيه إذا ترتب على الجريمة إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها."

مادة 116 مكرراً (ب) كل من أهمل في صيانة أو استخدام أي مال من الأموال العامة معهود به إليه أو تدخل صيانته أو استخدامه في اختصاصه وذلك على نحو يعطل الانتفاع به أو يعرض سلامته أو سلامة الأشخاص للخطر يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا يزيد على ست سنوات إذا ترتب على هذا الإهمال وقوع حريق أو حادث آخر نشأت عنه وفاة شخص أو أكثر أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص.

وتكون العقوبة السجن، إذا وقعت الجريمة الميينة بالفقرة السابقة في زمن حرب على وسيلة من وسائل الإنتاج المخصصة للمجهود الحربي."

مادة 116 مكرراً (ج) كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاوله أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو مع إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن. وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد إذا ارتكب الجريمة في زمن حرب وترتب عليها إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها. وكل من استعمل أو ورد بضعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تتجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد. ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة.

ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر على حسب الأحوال، المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم." مادة 117 كل موظف عام استخدام سخرة عمالاً في عمل لإحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو احتجز بغير مبرر أجورهم كلها أو بعضها يعاقب بالسجن المشدد. وتكون العقوبة الحبس إذا لم يكن الجاني موظفاً عاماً. مادة 117 مكرراً كل موظف عام خرب أو أتلف أو وضع النار عمداً في أموال ثابتة أو منقولة أو أوراق أو غيرها للجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم عمله، أو للغير متى كان معهوداً بها إلى تلك الجهة، يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد. وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ارتكبت إحدى هذه الجرائم بقصد تسهيل ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد 112، 113، 113 مكرراً أو لإخفاء أداها.

ويحكم على الجاني في جميع الأحوال بدفع قيمة الأموال التي خربها أو أتلفها أو أحرقتها. مادة 118 فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المذكورة في المواد 112، 113 فقرة أولى وثانية ورابعة، 113 مكرراً فقرة أولى، 114، 115، 116، 116 مكرراً، 117 فقرة أولى، يعزل الجاني من وظيفته أو تزول صفته كما يحكم عليه في الجرائم المذكورة في المواد 112، 113 فقرة أولى وثانية ورابعة، 113 مكرراً فقرة أولى، 114، 115 بالرد وبغرامة مساوية لقيمة ما اختلسه أو استولي عليه أو حصله أو طلبه من مال أو منفعة على ألا تقل عن خمسمائة جنيه. مادة 118 مكرراً مع عدم الإخلال بأحكام المادة السابقة، يجوز فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا، الحكم بكل أو بعض التدابير الآتية.

1. الحرمان من مزاولة المهنة مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات.
 2. حظر مزاولة النشاط الاقتصادي الذي وقعت الجريمة بمناسبةه مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات.
 3. وقف الموظف عن عمله بغير مرتب أو بمرتب مخفض لمدة لا تزيد على ستة أشهر.
 4. العزل مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاثة سنوات تبدأ من نهاية تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر.
 5. نشر منطوق الحكم الصادر بالإدانة بالوسيلة المناسبة وعلى نفقة المحكوم عليه.
- مادة 118 مكرراً (أ) يجوز للمحكمة في الجرائم المنصوص عليها في هذا وفقاً لما تراه من ظروف الجريمة وملابساتها إذا كان المال موضوع الجريمة أو الضرر الناجم عنها لا تتجاوز قيمته خمسمائة جنيه أن تقضي فيها - - بدلاً بعقوبة الحبس أو بواحد أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة السابقة. ويجب على المحكمة أن تقضى فضلاً عن ذلك بالمصادرة والرد أن كان لهما محل، وبغرامة مساوية لقيمة ما تم اختلاسه أو الاستيلاء عليه من مال أو ما تم تحقيقه من منفعة أو ربح.

مادة 118 مكرراً (ب) يعفي من العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا كل من بادر من الشركاء في الجريمة من غير المحرضين على ارتكابها بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة بعد تمامها وقبل اكتشافها. ويجوز إعفاء من العقوبات المذكورة إذا حصل الإبلاغ بعد اكتشاف الجريمة وقبل صدور الحكم النهائي فيها. ولا يجوز إعفاء المبلغ بالجريمة من العقوبة طبقاً لفقرتين السابقتين في الجرائم المنصوص عليها في المواد 112، 113، 113 مكرراً إذا لم يؤد الإبلاغ إلى رد المال موضوع الجريمة. ويجوز أن يعفي من العقاب كل من أخفي مالاً متحصلاً من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا إذا أبلغ عنها وأدى ذلك إلى اكتشافها ورد كل أو بعض المال المتحصل عنها.

مادة 119 يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا يكون كله أو بعضه مملوكاً لإحدى الجهات الآتية أو خاضعاً لإشرافها أو لإدارتها:

- (أ) الدولة و وحدات الإدارة المحلية.
- (ب) الهيئات العامة والمؤسسات العامة و وحدات القطاع العام.
- (ج) الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له.
- (د) النقابات والاتحادات.
- (هـ) المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام.
- (و) الجمعيات التعاونية.
- (ز) الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التي تساهم فيها إحدى الجهات المنصوص عليها في الفقرات السابقة.

خدمة الموظف أو زوال صفته. ويُفسّر تأجيل المشرع المصري بداية سريان تقادم الدّعى العموميّة لهذا الصنف من الجرائم أنّه طالما ظلّ الموظف يشغل منصبه فثمة احتمال غالب في أن يستطيع إخفاء جريمته حتى تنقضي مدّة تقادم الدّعى العموميّة الناشئة عن الجريمة، فإذا سرى التقادم من يوم وقوع الجريمة انقضت مدته قبل أن تعلم بها النيابة العموميّة ولهذا السبب قرّر المشرع أن يسري التقادم انطلاقاً من تاريخ انتهاء الخدمة أو زوال الصفة¹.

وخلافاً للقانون المصري، تسقط الدّعى العموميّة الناشئة عن الجرائم المرتكبة من قبل الموظفين العموميين أو أشباههم حال مباشرة وظائفهم في التشريع التونسي بمرور ثلاث سنوات من تاريخ ارتكابها إذا كانت ناشئة عن جنحة² و بمرور عشرة أعوام إذا كانت ناشئة عن جناية³. وتحتسب مدّة التقادم ابتداء من يوم ارتكاب الجريمة. وعلى هذا الأساس، يُعد إخضاع المشرع التونسي جرائم اختلاس المال العام وجرائم الارشاش إلى الأجل العام المتمثل في سريان التقادم انطلاقاً من يوم ارتكاب الجريمة تشجيعاً غير مباشر للموظفين على ارتكاب جرائم الفساد المالي.

وللحد من سياسة الإفلات من العقاب التي كانت متبعة منذ الاستقلال إلى تاريخ نجاح الثورة التونسية، أقر المشرع التونسي صلب الفصل 9 من قانون العدالة الانتقالية أنّ الجرائم المتعلقة بالفساد المالي والاعتداء على المال العام لا تسقط بمرور الزمن، وبذلك تلافى المشرع التونسي ثغرة سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزمن انطلاقاً من تاريخ ارتكابها بالنسبة لهذا الصنف من الجرائم التي ارتكبت من الأول من جويلية 1957 إلى 31 ديسمبر 2013⁴. وبما أنّ قانون العدالة الانتقالية هو قانون وقفي واستثنائي، يجدر بالمشرع تنقيح أحكام مؤسسة التقادم الجنائي وذلك بالتنصيص على تأخير انطلاق سريان سقوط الدّعى العموميّة الناشئة عن جرائم نهب المال العام بمرور الزمن من تاريخ انتهاء خدمة الموظف أو من تاريخ فقدانه لصفته حتى يسهل على النيابة العموميّة تتبع مرتكبي هذا الصنف من الجرائم بعد مغادرتهم للوظيفة العموميّة.

لوضع حد للإفلات من العقاب، تجاهل فقه القضاء الفرنسي انطلاق احتساب تقادم الدّعى العموميّة من يوم ارتكاب الجريمة بالنسبة لبعض الجرائم.

(ح) أية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة.

مادة 119 مكرراً يقصد بالموظف العام في حكم هذا.

(أ) القانون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الدولة ووحدات الإدارة المحلية.

(ب) رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرهم ممن لهم صفة نيابية عامة سواء كانوا منتجين أو معينين.

(ج) أفراد القوات المسلحة.

(د) كل من فوضته إحدى السلطات العامة في القيام بعمل معين وذلك في حدود العمل المفوض فيه.

(هـ) رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين في الجهات التي اعتبرت أموالها أموالاً عامة طبقاً للمادة السابقة.

(و) كل من يقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه بمقتضى القوانين أو من موظف عام في حكم الفقرات السابقة متى كان يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة وذلك بالنسبة للعمل الذي يتم التكليف به.

ويستوي أن تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بغير أجر طواعية أو جبراً.

ولا يحول انتهاء الخدمة أو زوال الصفة دون تطبيق أحكام هذا متى وقع العمل أثناء الخدمة أو توافر الصفة.

¹ محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، ص. 118.

² أنظر أحكام الفصول: 85 و 87 و 87 مكرر 91 و 92 و 97 و 97 مكرر 97 ثالثاً من م.ج.ت.

³ أنظر أحكام الفصول: 83 و 84 و 88 و 89 و 95 و 96 من م.ج.ت.

⁴ أنظر أحكام الفصل 17 من القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013 المؤرخ في 24 ديسمبر 2013 والمتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها.

(2) الاستثناءات الفقه قضائية الواردة على مبدأ انطلاق احتساب أجل التقادم من يوم ارتكاب الجريمة :

اتّجه جانب من فقه القضاء إلى تأجيل انطلاق أجل احتساب سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزّمن بالنّسبة لبعض الجرائم الحينيّة التي يكون موضوعها تقديم مبلغ مالي بصفة متواصلة (2-1) أو بالنّسبة للجرائم الخفيّة (2-2).

2-1 الجرائم التي تُنفذ في شكل تقديم مال بصفة مسترسلة :

بالرّغم من أنّ جريمة التحيل تُعدّ جريمة حينيّة تكتمل عناصرها بمجرد تسليم المال¹، اعتبر فقه القضاء الفرنسي أنّ تاريخ انطلاق احتساب أجل سقوط الدّعى العموميّة الناتجة عن جنحة التحيل يسري من اليوم الموالي لتاريخ تسليم آخر دفعة من المال إذا تمّ هذا التسليم على دفعات متعدّدة ومتباعدة في الزّمن².

وقد أثرت أمام فقه القضاء التونسي مسألة تحديد انطلاق أجل سريان تقادم الدّعى العموميّة بمرور الزّمن الناشئة عن جنحة إصدار شيك بدون رصيد : هل ينطلق احتساب هذا الأجل ابتداء من تاريخ إصدار الشيك أو من تاريخ عرضه على البنك واكتشاف عدم توفر الرّصيد الكافي. في مرحلة أولى، اعتبر فقه القضاء التونسي أنّ الدّعى العموميّة الناشئة عن جنحة إصدار شيك بدون رصيد تسقط بمرور الزّمن في بحر الثلاثة أعوام الموالية لتاريخ إصداره إذا لم يقع إثارة أيّ تتبّع خلال هذه الفترة. وعليه يكون الحكم الذي قضى بإدانة المتّهم من أجل هذه الجنحة التي تقادمت بمرور الزّمن، مخالفا للقانون ومستوجبا للنقض بدون إحالة³. وفي مرحلة ثانية، تغيّر موقف فقه القضاء حيث اعتبر أنّ احتساب أجل سقوط الدّعى العموميّة الناتجة عن جنحة إصدار شيك بدون رصيد يسري من تاريخ عرض الصكّ للخلاص ولا يعتدّ مع ذلك بتاريخ إصداره ضرورة أنّ الصكّ بطبيعته مستحقا للأداء بمجرد الاطلاع عليه⁴.

2-2 الجرائم الخفيّة: *Infractions occultes ou clandestines*

وهي الجرائم التي يقع ارتكابها خفية ثمّ يتطلّب اكتشافها فترة زمنيّة معيّنة بعيدة عن فترة ارتكابها⁵. اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسيّة أنّ هذا النوع من الجرائم يقتضي انطلاق أجل سقوط الدّعى العموميّة ليس من يوم ارتكاب هذا النوع من الجرائم، بل من يوم اكتشافها وظهورها بما يسمح للنيابة العموميّة بممارسة الدّعى العموميّة. ومن بين هذه الجرائم الخفيّة جريمة خيانة الأمانة⁶، ومسك عملة أجنبيّة بصفة خفيّة⁷،

¹ طبقا لأحكام الفصل 291 من م.ج.ت. : "يعاقب بالسّجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها ألفان وأربعمائة دينار كلّ من استعمل اسما مدّلسا أو صفات غير صحيحة... ويكون قد تسلّم أو حاول أن يتسلّم أموالا أو منقولات أو رقاعا أو ممتلكات أو أوراقا ماليّة أو وعودا أو وصولات أو إبراءات واختلس بإحدى هذه الوسائل وحاول أن يختلس الكلّ أو البعض من مال الغير".

² Cass. Crim. 22 juillet 1971, bull. crim. 1971, n°237 – Cass.crim, 9 mai 1972, Bull. crim. 1972, n°161 – Cass. Crim. 26 avril 1994, Bull. Crim. 1994, n°149.

³ قرار تعقيبي جزائي عدد 5040 مؤرّخ في 20 فيفري 1982، نشرته محكمة التعقيب قسم جزائي، ص. 97.

⁴ قرار تعقيبي جزائي عدد 40227 مؤرّخ في 16 أكتوبر 2003، نشرته محكمة التعقيب قسم جزائي، ص. 115.

⁵ Roth Stéphanie, Clandestinité et prescription de l'action publique , thèse de doctorat , faculté de droit , de sciences politiques et de gestion de Strasbourg 2013, p 43.

⁶ Cass. Crim. 7 mai 2002, Bull. crim. 2002, n°108.

⁷ Cass. Crim. 7 février 1983.

وجنحة الغش^{1،2}، جرائم الإشهار الكاذب^{3،4}، جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة⁵.

لم يساير فقه القضاء التونسي نظيره الفرنسي. وفي هذا الصدد، قضت محكمة التعقيب التونسية بأن ينطلق احتساب مدة سقوط الدعوى العمومية الناشئة عن جريمة الإدلاء بالشهادة زورا (التي تعدّ جريمة خفية) من يوم وقوع الجريمة ولا يحتسب من يوم حصول أثر لتلك الشهادة أي من تاريخ اكتشافها⁶.

سواء كانت الجريمة القابلة للتقادم تسقط بمرور الزمن طبقا للأجل العامة أو الخاصة و بغض النظر عن تاريخ انطلاق احتساب سريان مدة تقادم الدعوى العمومية، تقبل هذه الأجل القطع والتعليق أثناء فترة سريان تقادم الدعوى العمومية.

الفقرة الثانية: قطع وتعليق مدة تقادم الدعوى العمومية:

رغبة منه في إرساء نوع من التوازن بين مصالح مرتكب الجريمة الذي ينتفع بسقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن وبين مصالح المجتمع الذي يطالب بزجر الجرائم حماية لكيانه من آفة الجرائم، أقرّ المشرع التونسي صلب الفصلين 5 و6 من م.إ.ج.ت. أنّ سريان سقوط الدعوى العمومية يقبل التعليق (أ) والقطع (ب) في حالة توفر موانع قانونية أو مادية تحول دون ممارسة الدعوى العمومية.

أ- تعليق أو إيقاف مدة تقادم الدعوى العمومية " La suspension de de délai de prescription " : "l'action publique"

يقصد بتعليق مدة تقادم الدعوى العمومية عدم احتسابها خلال فترة من الوقت يظهر أثناء سريانها سبب يحدده القانون، وخلال هذه الفترة يُجمد سريان مدة التقادم. فإذا زال ذلك السبب فإنّ المدة التي مضت بعد زواله تُضاف إلى المدة التي سرت قبل نشوئه. أي أنّ فترتي التقادم قبل نشوء السبب وبعده تضافان إلى بعضهما البعض حتى تكتمل مدة التقادم التي يستوجبها القانون.

وقد كرّس المشرع التونسي مؤسسة تعليق أجل سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن ضمن الفقرة الثانية من الفصل 5 م.إ.ج.ت. التي نصّت على ما يلي: "ومدة السقوط يعلّقها كلّ منع قانوني أو مادي يحول دون ممارسة الدعوى العمومية ما عدى الموانع المترتبة عن إرادة المتهم". وباستقراء هذه الفقرة والتطبيقات الفقه قضائية حول

¹ Cass. Crim. 7 juillet 2005, Bull. crim. N°206.

² اقتضى الفصل 294 من م.ج.ت.: "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها سبعمائة وعشرون دينارا من يغشّ عمدا المشتري بأن يسلم له شيئا غير الشيء المحقّق المعين بذاته الذي اشتراه.

ويستوجب نفس العقاب كلّ من يغشّ، باستعمال الحيل، المشتري في طبيعة أو كمية أو جودة الشيء المسلم له.

وكلّ ذلك لا يمنع، عند الاقتضاء، من العمل بالأحكام الخاصة المتعلقة بالغشّ إذا كانت المواد مدلسة أو غير صالحة للاستهلاك".

³ Cass. Crim. 20 février 1986, Bull. crim. 1996, n°70.

⁴ زجر المشرع التونسي الإشهار الكاذب بمقتضى الفصل 52 من القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 والمتعلّق بطرق البيع والإشهار التجاري، الرائد الرّسعي للجمهورية التونسية عدد 44 مؤرخ في 2 جوان 1998، ص. 1206.

⁵ أنظر أحكام الفقرة الثالثة من مجلة الشركات التجارية.

⁶ قرار تعقيبي جزائي عدد 4060 مؤرخ في 13 أكتوبر 2004، نشرته محكمة التعقيب قسم جزائي، ص. 102.

مسألة آجال تعليق سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزّمن، يتّجه النّظر إلى ضبط الأسباب القانونيّة (1) والماديّة (2) لتعليق أجل تقادم الدّعى العموميّة.

1) تعدد وتناثر الأسباب القانونيّة المعلّقة لتقادم الدّعى العموميّة :

ولئن لم يضبط المشرّع التّونسي قائمة الموانع القانونيّة التي تحول دون انطلاق احتساب مدة تقادم الدّعى العموميّة أو مواصلة احتساب سقوط الدّعى صلب فصل قانوني واحد، فإنّه تعرّض إلى هذه الموانع ضمن نصوص قانونية متعدّدة ومتناثرة، نذكر من بينها :

1-1) تعليق سريان تقادم الدّعى العموميّة في الجرائم التي تقبل الصّحح بالوساطة في المادة الجزائية: وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 337 سابعاً من م.إ.ج.ت. تُعلّق آجال سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزّمن طيلة الفترة التي استغرقتها إجراءات الصّحح بالوساطة في المادّة الجزائيّة والمدة المقرّرة لتنفيذه¹.

1-2) تعليق سريان تقادم الجرائم المرتكبة بمناسبة ممارسة مهنة وكيل العبور : طبقاً للفصل 33 جديد من القانون عدد 43 لسنة 2008 مؤرّخ في 21 جويلية 2008 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 32 لسنة 1995 المؤرّخ في 14 أفريل 1995 المتعلّق بوكلاء العبور² تُعلّق آجال سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزّمن، طيلة الفترة التي استغرقتها إجراءات الصّحح بين المخالف ووزير النّقل والمدة المقرّرة لتنفيذه.

1-3) حالات الحصانة المعلّقة لسريان تقادم الدّعى العموميّة : على غرار بقيّة التشريعات المقارنة، حصّن المشرّع التّونسي بعض الأفراد الذين يتعاطون ووظائف سامية في الدّولة ضدّ التّتبّعات الجزائيّة خلال فترة أدائهم لمهامهم. وتنحصر الحصانة ضدّ الإجراءات الجزائيّة في الحصانة الرّئاسيّة (١) والحصانة البرلمانيّة (٢) والحصانة القضائيّة (٣).

(١) الحصانة الرّئاسيّة : وفقاً لأحكام الفصل 87 من الدّستور التّونسي المؤرّخ في 26 جانفي 2014، يتمتّع رئيس الجمهورية بالحصانة طيلة تولّيه الرّئاسة³، وتعلّق في حقّه كافّة آجال تقادم الدّعى العموميّة وآجال سقوط العقوبة. ويمكن للنيابة العموميّة بعد انتهاء مهام رئيس الجمهورية، أن تستأنف تحريك الدّعى العموميّة ضدّه.

¹ طبقاً لأحكام الفصل 335 ثانياً من م.إ.ج.ت. : "يهدف الصّحح بالوساطة في المادّة الجزائيّة إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرّر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إذكاء الشّعور لديه بالمسؤوليّة والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعيّة".

كما حدّد الفصل 335 ثالثاً من م.إ.ج.ت. إجراءات ومجال انطباق الصّحح بالوساطة فنصّ على ما يلي : "لوكيل الجمهورية عرض الصّحح بالوساطة في المادّة الجزائيّة على الطّرفين قبل إثارة الدّعى العموميّة، إمّا من تلقاء نفسه أو بطلب من المشتكى به أو من المتضرّر أو من محامي أحدهما وذلك في مادّة المخالفات وفي الجرح المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 218 والفصول 220 و225 و247 و248 و255 و256 و277 و280 و282 و286 و293 والفقرة الأولى من الفصل 297 والفصول 298 و304 و309 من المجلّة الجنائيّة وبالقانون عدد 22 لسنة 1962 المؤرّخ في 24 ماي 1962 المتعلّق بجريمة عدم إحصار المحضون".

² الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة المؤرّخ في 22 جويلية 2008، عدد 59، ص. 2605.

³ اقتضى الفصل 75 من الدّستور التّونسي أنّ رئيس الجمهورية "ينتخب مدّة خمسة أعوام ... ولا يجوز تولّي رئاسة الجمهورية لأكثر من دورتين كاملتين متّصلتين أو منفصلتين وفي حالة الاستقالة تعتبر تلك المدّة مدّة رئاسة كاملة".

وتجدر الإشارة إلى أنّ محكمة التعقيب الفرنسية قد رفضت التتبع الجزائي المثار ضدّ الرئيس الراحل معمر القذافي على خلفية إمكانية تورّطه في تفجير الطائرة الفرنسية فوق صحراء النيجر. وقد برّرت المحكمة المذكورة هذا الموقف بالاستناد إلى العرف الدولي الذي يمنع تتبع رئيس دولة أثناء مباشرته لمهامه¹.

(٢) الحصانة البرلمانية: اقتضى الفصل 69 من الدستور التونسي أنّه إذا تمسك النائب بالحصانة الجزائية كتابة، فإنّه لا يمكن للنيابة العمومية تتبّعه أو إيقافه طيلة مدة نيابته للاشتباه في ارتكابه لتهمة جزائية ما لم تُرفع عنه الحصانة². وبناء على ما تقدّم يُعلّق أجل سريان سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن في حالتين. ففي الحالة الأولى لا يقع احتساب المدة الزمنية الفاصلة بين تاريخ طلب النيابة العمومية الإذن بتتبع نائب الشعب إلى تاريخ انقضاء المدة النيابة وذلك في صورة رفض مجلس نواب الشعب رفع الحصانة البرلمانية عن النائب. وفي الحالة الثانية يُعلّق أجل سريان سقوط الدعوى العمومية أثناء الفترة الممتدة من تاريخ تقديم النيابة العمومية مطلب تتبع النائب إلى تاريخ منح مجلس نواب الشعب الإذن برفع الحصانة البرلمانية. وفي حالة التلبس بالجريمة³ فإنّه يمكن إيقاف النائب ويُعلم رئيس مجلس نواب الشعب حالاً بذلك، وينتهي الإيقاف إذا طلب مكتب المجلس ذلك.

(٣) الحصانة القضائية: فقد نظّمها المشرع التونسي صلب الفصل 104 من الدستور الذي ينصّ على ما يلي: "يتمتع القاضي بحصانة جزائية ولا يمكن تتبّعه أو إيقافه ما لم ترفع عنه وفي حالة التلبس بجريمة يجوز إيقافه وإعلام مجلس القضاء الراجع إليه بالنظر الذي يبتّ في مطلب رفع الحصانة". وتهدف الحصانة القضائية إلى منع النيابة العمومية من اتّخاذ أيّ إجراء ضدّ أيّ قاضٍ دون أخذ الإذن من المجلس الأعلى للقضاء أو فقدان القاضي لصفته بالتقاعد أو العزل أو الاستقالة أو الإعفاء، وهو ما يترتّب عنه تعليق أجل سقوط الدعوى العمومية منذ تاريخ تقديم مطلب رفع الحصانة إلى مجلس نواب الشعب إلى حدود تاريخ رفعها في صورة موافقة المجلس على رفع الحصانة أو انطلاقاً من تاريخ فقدان القاضي لصفته في صورة رفض المجلس رفع الحصانة عنه. ومقارنة بالحصانة البرلمانية والرئاسية التي تمتدّ لفترة زمنية قصيرة تعلّق أثناءها مدة سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن، يطرح رفض رفع الحصانة القضائية لتتبع القاضي إشكاليات قانونية شائكة تتمثل بالخصوص في طول مدة تعليق تقادم الدعوى العمومية التي قد تمتدّ لأكثر من ثلاثين عاماً⁴. وبناء على ما تقدّم، تفقد الدعوى العمومية جدواها لطول المدة واندثار الأدلة وبذلك تضيع حقوق الضحية ويتعذر على النيابة العمومية إثارة وتتبع الدعوى العمومية.

¹ Recueil Dalloz, 2001, p. 2631.

² وقع تنظيم إجراءات رفع الحصانة البرلمانية صلب الفصول 28 إلى 33 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب. أنظر النصّ الكامل لهذا النظام على الموقع التالي: www.arp.tn/site/main/AR/does/reg_int-arp.pdf.

³ طبقاً لمقتضيات الفصل 33 من م.إ.ج.ت.: "تكون الجناية أو الجنحة متلبساً بها:

- أولاً: إذا كانت مباشرة الفعل في الحال أو قريبة من الحال.
- ثانياً: إذا طارد الجمهور ذا الشبهة صائحا وراءه أو وجد هذا الأخير حاملاً لأمتعة أو وجدت به آثار أو علامات تدلّ على احتمال إدانته، بشرط وقوع ذلك في زمن قريب جداً من زمن وقوع الفعل.

ويشبه الجناية أو الجنحة المتلبس بها كلّ جناية أو جنحة اقترفت بمحلّ سكنى استنجد صاحبه بأحد مأموري الضابطة العدلية لمعاينتها ولو لم يحصل ارتكابها في الظروف المبينة بالفقرة السابقة.

⁴ سلوى شمانقي، "تعليق أجل سقوط الدعوى العمومية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006، ص. 25.

1-4) المسائل الأولية المعلّقة لسريان تقادم الدّعى العموميّة: تُعرّف المسائل الأولية بكونها الدفوع التي تُثار بصفة عارضة أثناء البتّ في الدّعى الجزائية، ويتعيّن الفصل فيها أولاً لما لها من تأثير مباشر على نتيجة المحاكمة¹. وعلى هذا الأساس، تُشكل إثارة المسائل الأولية عائقا قانونيا يعطل حرية النيابة العموميّة في ممارسة الدّعى العموميّة ويؤدي بالضرورة إلى إيقاف سريان التقادم في المادّة الجزائية. وفي هذا الصدد، اقتضى الفصل 132 من م.إ.ج.ت. على أنّه " يجوز للمحاكم أن تحكم طبق قواعد القانون المدني في المسائل الأولية ذات الصبغة المدنية التي تثار أثناء قضية جزائية وذلك على شرط أن يكون لتلك المحاكم حق النظر فيها مدنيا وإلاّ وجب عليها تأجيل النظر إلى صدور حكم بات في المسألة الأولية ...

ولا تُقبل المسألة الأولية إذا ظهر أنّ القصد منها مجرد المماطلة ولم يكن لها تأثير خاص و مباشر على التتبع...". وطبقا لأحكام هذا الفصل يجب أن يتوفر في الدفع بالمسألة الأولية التوقيف ثلاثه شروط متلازمة. أولهما، يجب أن تكون للمسألة الأولية التوقيف متعلقة بأحد أركان الجريمة مما يتوقف عليها الفصل في الدّعى الجزائية أي أن يكون من شأنها إزالة صفة التجريم عن الفعل الذي ارتكبه المتهّم. وثانيهما، شرط جدية الدفع بالمسألة الأولية التوقيف حيث رفض المشرّع صلب الفقرة الثانية من الفصل 132 من م.إ.ج.ت. قبول إثارة المسألة الأولية إذا تبين أنّ القصد منها مجرد ماطلة المتهّم لربح الوقت لا غير. ثالثهما، لا يمكن وفقا لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 231 من م.إ.ج.ت. للقاضي الجزائي إيقاف النظر في الجريمة إذا كانت تتعلق بأفعال من قبيل العنف أو العصيان. وتتّوّع حالات الدفع بالمسائل الأولية التي توقف سريان تقادم الدّعى العموميّة يوجد:

أولا: المسائل الأولية ذات الصبغة الجزائية: مبدئيا تختص المحكمة المتعده بالنظر في الجريمة بالبتّ في جميع المسائل الأولية المتفرعة عن الدّعى العموميّة، إلاّ أنّ المشرّع قد أخرج بعض المسائل الأولية الجزائية عن اختصاص القاضي الجزائي وذلك في حالتين على الأقل.

فمن جهة أولى، سمح المشرّع التونسي للمتهّم في جرائم الثلب المنصوص عليها بالفصول 55 و 56 و 57 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 والمتعلق بجريمة الصحافة والطباعة والنشر² بإثارة مسالة أولية أمام المحكمة المتعده بالفصل في جنحة الثلب تتعلق بإثبات صحة محتوى الثلب. وإذا ثبت موضوع الثلب وكان الأمر المنسوب للشخص الموجه إليه الثلب موضوع تتبع جزائي بطلب من النيابة العمومية أو بناء عن شكاية من المظنون فيه، تتوقف إجراءات المحاكمة في قضية الثلب في انتظار البتّ في مآل التتبع الجزائي. ونتيجة لإثارة المتهّم الدفع الجزائي بصحة موضوع الثلب يُعلق سريان تقادم دعوى الثلب أثناء الفترة الزمنية الفاصلة بين إثارة الدفع والبتّ في مآل التتبع الجزائي المثار ضدّ الموجه إليه الثلب.

ومن جهة ثانية، جرّم المشرّع التونسي الادعاء بالباطل صلب الفقرة الأولى من الفصل 247 من م.ج.ت. التي تضمنت ما يلي " يُعاقب بالسجن من عامين إلى خمسة أعوام وبخطية قدرها سبعمائة وعشرون دينارا كل من أوشى باطلا بأية وسيلة كانت بشخص أو عدّة أشخاص لدى سلطة إدارية أو عدلية، من نظرها تتبع هذه الوشاية أو رفعها للسلطة المختصة، أو لدى رؤساء المشي به أو مستأجره".

وأضافت الفقرة الثالثة من هذا الفصل أنّه "إذا كانت الأفعال موضوع الوشاية موجبة لعقاب جزائي أو تأديبي فإنّه يُمكن إثارة التتبعات بموجب هذا الفصل أما بعد الحكم الابتدائي أو الحكم الاستئنافي القاضي بعدم سماع الدّعى

¹ Robert J.M., Questions préjudicielle, Répertoire Dalloz, n°1 p.2.

² أنظر الهامش عدد

وترك السبيل أو بعد قرار الحفظ الصادر عن محاكم التحقيق وإما بعد حفظ الوشاية من قبل القاضي أو الموظف أو السلطة المعنية أو المستأجر الذين من نظرهم تقرير مآل الوشاية.

وألزمت الفقرة الأخيرة من نفس الفصل المحكمة المتعهدة بالنظر في جنحة الادعاء بالباطل بإيقاف النظر إلى حين البتّ في الادعاء الكاذب الذي قدّمه الواشي. وعلى هذا الأساس، يُعلّق سريان تقادم الدّعوى العموميّة أثناء فترة البتّ كذب البلاغ المقدم من الواشي وذلك البحث في موضوع الوشاية يُعد مسألة أولية.

ثانياً: المسائل الأولية ذات الصبغة المدنية: أخرج المشرّع التونسي بعض المسائل ذات الصبغة المدنية من اختصاص القاضي الجزائري التي تفرض عليه إيقاف النظر في الدّعوى الجزائية وإحالة المسألة الأولية للمحكمة المختصة للبتّ فيها¹. وتنقسم المسائل الأولية ذات الصبغة المدنية بدورها إلى: المسائل الأولية المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل الأولية المتعلقة بالحقوق العينية.

- المسائل الأولية المتعلقة بالأحوال الشخصية: من ناحية أولى، وفقاً لأحكام الفصل 50 من مجلة الجنسية إذا أثير الاحتجاج بالجنسية التونسية أو بصفة الأجنبي أمام محكمة جزائية فعلى هذه المحكمة القيام في أجل في أجل ثلاثين يوماً لدى الدائرة المدنية بالمحكمة الابتدائية المقيم بدائرتها الشخص المتنازع في جنسيته². وتصدر المحكمة الجزائية قراراً بإيقاف النظر في الدّعوى الجزائية إلى أن يقع البتّ في مسألة الجنسية من قبل المحكمة المختصة. وعلى هذا الأساس، يُعد الدفع بالجنسية التونسية أو بصفة الأجنبي أمام القاضي الجزائري مسألة أولية تشكل عائقاً قانونياً يُوقف سريان تقادم الدّعوى العمومية خلال المدة الزمنية التي يتطلبها البتّ في مسألة الجنسية.

ومن ناحية ثانية، يُعتبر البتّ في مسألة الدفع ببطان الزواج المثار أمام المحكمة الجزائية المتعهدّة بالنظر في قضايا الزنا³ من قبيل المسائل الأولية التي توجب على القاضي الجزائري إيقاف النظر في الدّعوى الجزائية وإحالة الدّعوى الفرعية المتعلقة ببطان الزواج للبتّ فيها من قبل القاضي المختص بالنظر في الأحوال الشخصية⁴. ومن البديهي أن تعلق مدة احتساب تقادم الدّعوى العمومية خلال الفترة الممتدة بين إصدار قرار إيقاف النظر في الدّعوى الجزائية و صدور الحكم في مسألة بطلان الزواج.

¹ سلوى شامنقي، مرجع سابق الذكر، ص. 48.

² أنظر أحكام الفصل 49 من مجلة الجنسية.

³ اقتضى الفصل 236 من م.ج.ت "رنا الرّوج أو الرّوجة يُعاقب عنه بالسجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها خمسمائة دينار. ولا يسوغ التتبع إلا بطلب من الرّوج أو الرّوجة الذين لهما وحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب. وإذا ارتكب الزنا بمحل الرّوجية فلا تنطبق أحكام الفصل 53 من هذا القانون. والشريك يعاقب بنفس العقاب المقرّر للرّوجة أو الرّوج المرتكب للجريمة."

⁴ قرار تعقيبي جزائي صادر عن محكمة التعقيب التونسية في 1967/12/11، نشرية محكمة التعقيب 1968، ص. 123.

- المسائل الأولية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية : تتعلق هذه المسائل من جهة أولى، بمجئحة إزالة الحدود أو تغيير علاماتها والمنصوص عليها بالفصلين 286¹ و287² من م.ج.ت. وبالجنح و المخالفات الغابية المنصوص عليها بالفصل 135 من مجلة الغابات³ من جهة ثانية.

إذا وقعت إحالة المتهم على المحكمة المختصة بتهمة ارتكاب إحدى هاتين الجنحتين و تمسك في طور المحاكمة بحق الملكية أو غيره من الحقوق العينية، يتعين على القاضي الجزائي إيقاف النظر الدعوى الجزائية الأصلية وإحالة الدعوى الفرعية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية على المحكمة المختصة وذلك لأنّ البتّ في مسألة ملكية المتهم للعقار من شأنه أن يزيل صفة الجنحة عن الفعل المرتكب . ومن هذا المنطلق، تعتبر المسائل الأولية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية من المسائل التي تُعلّق سقوط الدعوى العمومية أثناء الفترة الممتدة من تاريخ صدور قرار المحكمة الجزائية بإيقاف النظر في هذه القضية إلى تاريخ صدور حكم من المحكمة المدنية ذات النظر يثبت أو ينفي ملكية المتهم من للعقار موضوع النزاع الجزائي أو غيره من الحقوق العينية.

1-5) التعديل بين الحكام : أثناء الفصل في الدعوى العمومية من قبل القاضي الجزائي، يُمكن أن تُثار مسألة تنازع الاختصاص الحكمي⁴ أو الترابي⁵ بين المحاكم، ففي صورة تعهد كل من المحكمتين بالنظر في نفس القضية يُعدّ التنازع إيجابياً أمّا إذا تخلت كل منهما عن الفصل في الدعوى العمومية يكون التنازع سلبياً. وفي هذه الحالة يُفصل في تنازع الاختصاص عن طريق إجراء التعديل بين الحكام وفقاً لأحكام الفصل 292 من م.إ.ج.ت. التي تنصّ على ما يلي " تنظر محكمة التعقيب في مطالب التعديل بين الحكام وتتعهد بناء على طلب وكيل الدولة العام لدى المحكمة المذكورة.

وتقرّر إحالة القضية على المحكمة التي تراها مختصة بالنظر وتبطل الأعمال التي أجرتها المحكمة المنتزع منها القضية.

¹ ورد بالفصل 286 من م.ج.ت. ما يلي "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائة وعشرين ديناراً، كل يتعمد بغاية الاستحواذ على كل أو بعض ربع أو عقار غيره أو إزالة أو نقل أو حذف أو تغيير علامات تحجيره أو حدوده الطبيعية أو التي وُضعت بفعل الإنسان. ويستوجب نفس العقاب المقرّر كلّ من يستولي دون حق على المياه العمومية أو الخاصة.

وإذا كان الفعل واقعا باستعمال العنف أو التهديد نحو الأشخاص فالعقاب لهذا الفعل وحده يكون بالسجن لمدة عامين وبخطية قدرها مائتان وأربعون ديناراً دون أن يمنع ذلك من تطبيق العقوبات الأكثر شدة المقررة للاعتداءات على الأشخاص إن اقتضى الحال ذلك"

² احتوى الفصل 287 من م.ج.ت. ما يلي "إذا تمسك الجاني في الصورة المبينة بالفصل 286 من هذه المجلة بحق الملكية أو غيره من الحقوق العينية فالمحكمة تقدر مدى ضرورة إحالة الأفعال في فرعها غير المتعلق بالعنف، على المحكمة ذات النظر.

ولا يمكن للمتهم إثارة الدفع المشار إليه إلا إذا كان مؤسساً إما على رسم ظاهر أو على عناصر تعادل ذلك بها صفة دقيقة وكان الرسم أو العناصر المصرح بها من شأنهما لو تمّ إقرارهما من قبل من له النظر أن يزيل أي صبغة تجرّيمية عن الأفعال موضوع التتبع.

³ طبقاً لأحكام الفصل 135 من مجلة الغابات "إذا ادعى المتهم حق الملكية في عقار بعد نشر قضية في جبر الضرر حاصل في إحدى المخالفات المنصوص عليها بالمجلة، وكان من شأن هذا الحق أن يُزيل عن الفعل كل صبغة الجنحة فالمحكمة أن تُمهّل أجلاً قدره شهران لتمكين المتهم من القيام لدى المحاكم الراجع لها بالنظر العقاري إذا كان العقار محل النزاع غير مسجل أو ليدي بالرسم العقاري . ولا تُقبل الدعوى الفرعية لمرتكب الجنحة إلا إذا كانت مؤيدة برسم أو بعناصر واقعية بالغة حداً كافياً من الأهمية والدقة لإثارة الشك فيما يخص ملكية العقار موضوع الجنحة."

⁴ أنظر الهامش عدد.....

⁵ عملاً بالفصل 129 من م.إ.ج.ت. "تنظر في الجريمة محكمة الجهة التي ارتكبت فيها أو محكمة المكان الذي به مقر المظنون فيه أو المكان الذي به محل إقامته الأخير أو محكمة المكان الذي وُجد فيه.

وعلى المحكمة التي تعهدت أولاً بالقضية أن تبت فيها.

وإذا ارتكبت الجريمة على متن أو ضدّ سفينة أو طائرة مسجلة بالبلاد التونسية أو مؤجرة دون طاقم لفائدة مستغل يكون مقره الرئيسي أو

إقامته الدائمة بالتراب التونسي فإنّ المحكمة المختصة بالنظر تكون محكمة النزول أو الإرساء.

وتكون هذه المحكمة مختصة أيضاً ولو مع عدم توفر أحد الشرطين المبينين بالفقرة المتقدمة إذا هبطت الطائرة أو أرسست السفينة بالتراب التونسي وكان على متنها المنظنون فيه."

وإذا قرّرت محكمتان خروج القضية عن أنظارهما فالإحالة يجب أن تقع على محكمة أخرى".
يُستنتج من هذا الفصل أنّ المدة الزمنية التي يستغرقها إجراء التعديل بين الحكام من قبل محكمة التعقيب تشكل استحالة قانونية تمنع التتبع وتُعلق النظر في الدّعى العموميّة إلى تعيين المحكمة المختصة .

1- 6) إجراء استجلاب القضايا من المحاكم المختصة : اقتضى الفصل 294 من م.إ.ج.ت. أنّه " لمحكمة التعقيب بناء على طلب وكيل الدولة العام أن تأذن في الجنايات والجرح والمخالفات بسحب القضية من أية محكمة تحقيق أو قضاء وبإحالتها على محكمة أخرى من الدرجة نفسها وذلك مراعاة لمصلحة الأمن العام أو لدفع شبهة جائزة".
يقع تعليق سريان تقادم الدّعى العموميّة أثناء الفترة الزمنية التي يقتضيها إجراء انتزاع القضايا بطريق الاستجلاب من المحاكم المختصة بالنظر فيها وإحالتها إلى محاكم أخرى مماثلة لها.

علاوة على العوائق القانونية، توجد موانع مادية تُعلق سريان تقادم الدّعى العموميّة بمرور الزمن.

(2) العوائق المادية لتعليق تقادم الدّعى العموميّة :

يُقصد بالعوائق المادية الموانع التي يفرزها الواقع وتتمثل في ظهور واقعة مفاجئة أو حدث مفاجئ يؤدي إلى تعليق إمكانية تحريك أو ممارسة الدّعى العموميّة¹.

ولئن لم يقيم المشرّع التونسي بتفصيل محتوى الموانع المادية، فإنّه بالاستناد إلى الفقه وفقه القضاء يمكن تقسيم هذه العوائق إلى موانع ذات طابع شخصي تتمثل في حالة العته اللاحق لارتكاب الجريمة (1-2)، وموانع مادية ذات طابع موضوعي تتمثل في القوّة القاهرة (2-2).

1-2) حالة العته أو الجنون اللاحقة لارتكاب الجريمة² : نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من م.إ.ج.ت. أنّ المتهم غير الموقوف بالسّجن الذي يصاب بحالة جنون لاحقة لارتكاب الجريمة، ينتفع بجريان أجل سقوط الدّعى العموميّة طيلة فترة تتبّعه بسبب الجنون. ويبدو أنّ موقف المشرّع غير وجيه وذلك على اعتبار أنّه إذا طال مدة عته المتهم قد تسقط الدّعى العموميّة بمرور الزمن ويترتب عن ذلك سقوط الدّعى المدنيّة التي تمثل حقوق القائم بالحقّ الشخصي أو ورثته. وفي المقابل، نصّ الفصل 77 من م.إ.ج.ت. على تعليق أجل سقوط الدّعى العموميّة طيلة الفترة التي يبقى فيها المعتوه موقوفا بالسّجن في انتظار الإحالة على المحكمة.

ويهدف تعليق أجل سقوط الدّعى العموميّة بمرور الزمن بالنسبة للمتّهم الذي اعتراه عته أو جنون لاحق لارتكاب الجريمة إلى حماية هذا الصّنف من المتّهمين الذي لا يمكنه الدّفاع عن نفسه أثناء المحاكمة حيث لا يمكنه الدّفاع عن نفسه من درء التّهمة الموجهة له أو الإجابة على أسئلة النيابة أو القاضي، لذلك يقع تأجيل محاكمته إلى حين عودته إلى رشده³.

¹ محمد عوض الأحول، "انقضاء سلطة العقاب بالتقادم"، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964، ص. 346.

² طبقاً لأحكام الفصل 38 من م.ج.ت.: "يُعفى من المسؤولية الجنائيّة المتّهم الذي يرتكب جريمة ويكون في حالة جنون أو عته وقت ارتكابها".

³ سلوى شمانقي، مرجع سابق الذّكر، ص. 68.

2-2) حالة القوة القاهرة: تُعرّف القوة القاهرة في المادّة المدنية بكونها واقعة غير ممكنة التوقّع ومستحيلة الدّفع تؤدّي إلى إعفاء المدين من تعويض الخسارة النّاجمة عن التأخير في الوفاء بالالتزام¹. أمّا في مادّة الإجراءات الجزائية فإنّ القوة القاهرة تعدّ من قبيل الموانع المادية التي تقيد حقّ النيابة العموميّة في إثارة الدّعوى العموميّة وأثناء فترة ممارستها.

وتعلّق القوة القاهرة سريان آجال سقوط الدّعوى العموميّة أثناء فترة امتدادها. وتعدّ من قبيل القوة القاهرة حالة احتلال الدّولة من قبل العدو²، الكوارث الطبيعيّة، الاحتجاجات والثورات الاجتماعيّة³.

لئن كانت العوائق القانونية والمادية تُوقف سريان مدّة تقادم الدّعوى العموميّة، فإنّ أعمال التحقيق والتتبع تقطع هذه الآجال.

ب- قطع مدّة تقادم الدّعوى العموميّة " L'interruption de délai de prescription l'action publique "

حماية لمصالح المجتمع والمتضرّر من الجريمة، أقرّ المشرّع التّونسي صلب الفصل 6 من م.إ.ج.ت. إمكانية قطع مدّة تقادم الدّعوى العموميّة إذا حصل أثناء آجال السّقوط أعمال تتبّع أو تحقيق. وإذا حصل في غضون أجل سقوط الدّعوى بمرور الزّمن عمل تتبّع أو تحقيق فإن ذلك الأجل يقطع ويلغى ما مضى منه وينطلق أجل جديد للسقوط يسري من تاريخ ذلك العمل⁴. ويكون للأجل الجديد للتقادم نفس المدّة المقرّرة لسقوط الدّعوى العموميّة بمرور الزّمن سواء كانت خاضعة للأجل العام أو الخاصّ للتقادم، فمثلا إذا وقع قطع تقادم الدّعوى العموميّة الناشئة عن الجنح أو المخالفات المتعلقة بحريّة الصحافة والطباعة والنشر ينطلق أجل جديد لتقادم هذه الدعاوى يُقدر بستة أشهر كاملة تسري من يوم آخر عمل إجرائي من أعمال التتبع⁵. وللإلمام بمؤسّسة قطع تقادم الدّعوى العموميّة يتّجه النّظر إلى ضبط أسباب قطع التقادم (1) وآثار هذا القطع (2).

1- أسباب قطع تقادم الدّعوى العموميّة :

طبقا لأحكام الفصل 6 من م.إ.ج.ت. لا تُقطع آجال تقادم الدّعوى العموميّة الناشئة عن المخالفة أو الجنحة أو الجناية إلاّ بأعمال التحقيق والتتبع. وقد عرّفت محكمة التعقيب الفرنسيّة أعمال التتبع والتحقيق تعريفا موسّعا حيث اعتبرت أنّ هذه الأعمال تهدف إلى معاينة الجرائم، جمع الأدلّة والبحث عن مرتكبيها⁶. ولا تقطع أعمال التتبع والتحقيق آجال سقوط الدّعوى العموميّة إلاّ إذا كانت صادرة عن السّلطة المختصّة ومحرومة طبق القانون⁷.

¹ محمد الزّين، "النّظرية العامّة للالتزامات : العقد"، دار النّشر غير مذكورة، الطّبعة الثانية، تونس 1999، ص. 302.

² Cass. Crim. 1^{er} août 1919, DP. 1922, I, p. 49, note Matter.

³ علي كحلون، دروس في الإجراءات الجزائيّة، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، الطّبعة الثانية، 2013، ص. 137.

⁴ قرار تعقيبي جزائي عدد 11597 مؤرخ في 22 أكتوبر 1975، نشريّة محكمة التعقيب قسم جزائي جزء 2، 1975، ص. 65.

⁵ أنظر الهامش عدد

⁶ Cass. Crim., 2 avril 1998, Bull. Crim. 1998, n°131.

⁷ اقتضى الفصل 155 من م.إ.ج.ت. أنّ "المحضر لا يعتمد كحجّة إلاّ إذا كان من الوجهة الشكليّة محرّرا طبق القانون وضمنّ به محرّره ما سمعه وشاهده شخصيا أثناء مباشرته لوظيفته في مادّة من اختصاصه".

وتعتبر من أعمال التتبع التي تقطع تقادم الدعوى العمومية، قرارات النيابة العمومية الأولية بفتح تحقيق والطلبات التكميلية أو النهائية والقيام على المسؤولية الشخصية ومحاضر معاينة الجرائم المحررة بصفة قانونية من قبل أعوان الضابطة العدلية سواء بطلب من النيابة أو بدون طلب¹.

وتنحصر أعمال التحقيق التي تقطع سريان أجل سقوط الدعوى العمومية بمرور الزمن في الأعمال التي يتولاها قاضي التحقيق أصالة أو نيابة بنفسه أو بتكليف مأموري الضابطة العدلية من سماع الشهود واستنطاق ذي الشبهة وإجراء المعاينات بمكان ارتكاب الجريمة والتفتيش بالنازل وحجز الأشياء الصالحة لكشف الحقيقة وإجراء الاختبارات وإتمام جميع الأعمال المؤدية إلى إظهار البراهين المثبتة أو النافية للتهمة².

وقد أخرجت محكمة التعقيب التونسية الاعتراض على الأحكام الغيابية من نطاق أعمال التتبع أو التحقيق في القرار المبدئي التعقيبي الجزائي عدد 16398 المؤرخ في 20 أكتوبر 2007³ الذي ورد في إحدى حيثياته ما يلي " ولم يرد مطلقاً أن الأحكام ولو كانت غيابية من الممكن اعتبارها من قبيل أعمال التتبع أو التحقيق بل أن صدور الحكم يستدعي الحديث عن أحكام سقوط العقوبة، فقد نص الفصل 349 من م.إ.ج. على أن العقوبات المحكوم بها تسقط في الجنايات بمضي عشرين سنة كاملة وفي الجناح بمضي خمسة أعوام كاملة وفي المخالفات بمضي عامين ويجري أجل السقوط من تاريخ صيرورة العقاب المحكوم به باتا ويجري من يوم الإعلام بالحكم الغيابي إذا لم يقع ذلك الإعلام للمحكوم عليه نفسه ما لم يتبين من أعمال تنفيذ الحكم أن المحكوم عليه حصل له العلم به. كما أنه إذا لم يبلغ الإعلام بالحكم الغيابي إلى الشخص نفسه، أو لم يتبين من أعمال تنفيذ الحكم أن المضمون فيه حصل له العلم به، يمكن قبول الاعتراض على انقضاء آجال سقوط العقاب عملاً بأحكام الفصل 176 من م.إ.ج. والمعروف كذلك أن سريان أجل سقوط العقوبة يعلقه كل مانع قانوني أو مادي مثل الأذن والكوارث الطبيعية والاجتماعية ولا تقطع، في صورة الحكم بعقاب سالب للحرية، إلا بإلقاء القبض على المحكوم عليه. وفي صورة الحكم بخطية لا تقطع مدة سقوط العقوبة إلا بقيام السلطة المختصة بعمل من أعمال التنفيذ، وقد سار الفقه على اعتبار الدفء الجزئي من الخطية والعقلة ومطلب الجبر بالسجن من أعمال التنفيذ في الخطية .

وحيث أن الحكم الغيابي حكم قضائي ينفذ طبق إجراءات معينة ويبقى بعيداً كل البعد عن أعمال التتبع أو التحقيق، فهو ليس مجرد عمل قاطع، وأن الاعتراض عليه ليس له من أثر سوى إعادة المحاكمة بحضور المتهم، فتسقط بنوده الجزائية والمدنية لتحل محلها الأحكام الحضورية دون أن يكون لذلك أثر على مسألة سريان أجل سقوط الدعوى العمومية فبمجرد صدور الحكم الغيابي، بعد أن مورست الدعوى العمومية في آجالها، ينتقل الحديث عن سقوط العقوبة وليس سقوط الدعوى العمومية بدليل أحكام الفصلين 176 و 349 من م.إ.ج."

2- آثار قطع تقادم الدعوى العمومية :

يترتب عن أعمال التتبع والتحقيق محو المدة الزمنية السابقة التي سرت قبل ظهور الإجراء الذي قطع مدة التقادم وبعد انتهاء أعمال أو إجراءات التتبع والتحقيق ينطلق أجل جديد لاحتساب تقادم الدعوى العمومية . وهذا الأجل

¹ علي كحلون، التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2010، ص. 26.

² أنظر أحكام الفصلين 53 و 54 من م.إ.ج.ت.

³ نشرية محكمة التعقيب، قسم جزائي، ص. 128.

هو الأجل المقرر لسقوط الدعوى العمومية للجريمة التي وقع قطع تقادمها سواء كان أجلا عاما أو أجلا خاصا بحسب التكييف الخاص للجريمة. وفي هذا المجال نصت الفقرة الثالثة من الفصل 143 من مجلة الغابات أن كل عمل تنقطع به المدة المعينة لسقوط الدعوى الناشئة عن المخالفات والجنح الغابية يفتح أجل جديد قدره ثلاثة أعوام من تاريخ وقوعه.

وعملا بأحكام الفصل 6 من م.إ.ج.ت. ينطبق تقادم الدعوى العمومية ولو في حق من لم يشمل عمل تحقيق أو تتبّع. ومن جهتها اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن إجراء قطع تقادم الدعوى العمومية يشمل الفاعلين الأصليين للجريمة وشركائهم سواء كانوا معروفين أو مجهولين¹ وسواء وقع تتبّعهم جميعا أو تتبّع أحدهم فقط وسواء وقع فتح أعمال تتبّع ضد شخص معلوم أو ضد مجهول². كما اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن أعمال التتبع والتحقيق تقطع تقادم الدعوى العمومية سواء تعلق الأمر بالمساهمين في ارتكاب الجريمة أو بالنسبة إلى كل ضحايا نفس العمل الإجرامي³.

استقر فقه القضاء الفرنسي على اعتبار أن كل عمل تحقيق أو تتبّع يفتح ضد أحد المساهمين في الجرائم الغير قابلة للتجزئة "Infractions indivisibles"⁴ يقطع تقادم الدعوى العمومية الناشئة عن نفس الجريمة بالنسبة لبقية المساهمين فيها⁵. أما إذا كانت الجرائم مرتبطة⁶ "Infractions connexes"، فإن كل إجراء تحقيق أو تتبّع يقطع تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لإحدى هذه الجرائم، يقطع ضرورة مدة التقادم بالنسبة لبقية الجرائم⁷.

وقد طرحت أمام القضاء الفرنسي الإشكالية القانونية التالية: هل يمكن قطع الأجل الجديد للتقادم العديد من المرات؟ أقرت المحكمة الابتدائية بمونبليي بإمكانية قطع مدة التقادم في العديد من المناسبات⁸. وقد أيدها في ذلك

¹ Cass. Crim., 5 juillet 1993, Bull. crim. 1993, n°239.

² Cass. Crim., 13 novembre 1973, Bull. crim. 1973, n°414.

³ Cass. Crim., 16 février 1986, Bull. crim 1986, n°62.

⁴ طبقا لأحكام الفصل 55 من م.ج.ت.: "الجرائم الواقعة لمقصد واحد ولها ارتباطا ببعضها بعضا بحيث يصير مجموعها غير قابل للتجزئة تعتبر جريمة واحدة توجب العقاب المنصوص عليه لأشد جريمة منها".

⁵ Cass. Crim., 11 janvier 2006, n°05-82.055.

⁶ طبقا لأحكام الفصل 130 من م.إ.ج.ت.: "تعدّ الجرائم مرتبطة :

- أولا: متى وقعت من عدة أشخاص مجتمعين ولو لم يكن لهم غرض واحد.
- ثانيا: متى وقعت من عدة أشخاص ولو في أزمنة وأمكنة مختلفة لكن بناء على سابقة اتفاق بينهم.
- ثالثا: متى وقعت ولو في صورة عدم تعدد المجرمين للحصول على ما يمكن به ارتكاب جرائم أخرى أو لتسهيل إنجازها أو لإتمام وقوعها أو لإعانة مرتكبها على التفصي من العقاب".
- وفقا لأحكام الفصل 131 من م.إ.ج.ت. "يمكن الإذن بضم الإجراءات لبعضها في صورة ارتباط الجرائم في الأحوال المبينة بالفصل المتقدم أو في غيرها من الأحوال المشابهة لها إذا اقتضت الظروف لزوم توحيد التتبع.
- وإذا كانت الأفعال المرتبطة راجعة بالنظر لمحاكم مختلفة الدرجات بسبب نوع الجريمة أو صفة مرتكبها فالنظر في تلك الجريمة يكون للمحكمة الأعلى درجة .
- لكن إذا كانت الأفعال من قسم واحد من أقسام الجرائم فالمحكمة التي لها حق النظر في إحدى الجرائم المذكورة لها حق النظر في الأخرى بدون التفات إلى أحكام الفصل 129.

ويحتم ضم الإجراءات لبعضها بعضا في الصورة الواردة بالفصل 55 من المجلة الجنائية".

⁷ Cass. Crim., 19 septembre 2006, Bull. crim. 2006, n°228 ; Dr. Pén. 2006, Comm. 163, note A. Maron.

⁸ Cour d'appel de Montpellier, 5 mars 1887, S. 1888, p.161, note Villey.

جانب من الفقه بمقولة أن أحكام الفقرة الثانية من الفصل 7 من م.إ.ج.ف يسمح بقطع آجال التقادم أكثر من مناسبة¹. وفي المقابل، انتقد جانب آخر من الفقه موقف المحكمة وذلك لأن هذا الموقف يتعارض مع أساس مؤسسة التقادم في المادة الجنائية القائمة على نسيان الجريمة وتآكل واندثار الحجج مع مرور الزمن بعد ارتكاب الجريمة². يبدو أن الاتجاه الثاني أقرب إلى الصواب وذلك لأن قطع مدة التقادم العديد من المرات من شأنه أن يتعارض مع مصلحة المتهم، من جهة أولى. ومن جهة ثانية، يؤدي الموقف القائل بإمكانية قطع مدة التقادم العديد من المناسبات إلى جعل الجرائم غير قابلة للتقادم " .

الخلاصة : كشفت الدراسة المعمّقة لمؤسسة تقادم الدّعوى العموميّة الناشئة عن الجرائم عن فشل السياسة التشريعيّة التونسيّة، وذلك لأنّ أحكام هذه المؤسسة تتميز بالجمود والتجبر ولا تستجيب إلى مبادئ العدالة الجنائيّة من الناحيتين الشكليّة والموضوعيّة. فمن الناحية الشكليّة، تتميز النصوص القانونيّة المنظمة لسقوط الدّعوى العموميّة بمرور الزمن بالتشتت والتجزأ وتضارب أحكامها.

ومن الناحية الموضوعيّة، ترتب على استناد المشرّع التونسي على معيار الوصف القانوني للجريمة لضبط ثلاثة آجال عامة لتقادم الدّعوى العموميّة العديد من الآثار الكارثيّة تتمثل من جهة أولى في أنّ مدة تقادم الجنايات والجرح الخطيرة أقصر بكثير من مدة العقوبات المقرّرة لجزر هذه الجرائم. وفي المقابل تعتبر مدة تقادم الجرح البسيطة أطول بكثير من مدة العقوبات المقرّرة لجزر هذا النوع من الجرائم. ومن جهة ثانية، كان لاعتماد المشرّع التونسي على آليّة التمديد في مدة تقادم جنحة استهلاك المخدرات والإبقاء على الأجل العام لسقوط جناية الاتجار بالمخدرات امتلاء السجون بالمجرمين المبتدئين وتحصين بارونات المخدرات من التتبعات القضائيّة الطويلة نسبيا. ومن ناحية ثالثة، نتج عن إخضاع احتساب مدة تقادم الدّعوى العموميّة الناجمة عن الجرائم المرتكبة ضد الأطفال وجرائم نهب المال العام انطلاقا من يوم ارتكاب الجريمة سقوط سلطة الدولة في تتبّع هذه الجرائم لتقادم أغلبها قبل اكتشافها باعتبار أنّها تُعد من قبيل الجرائم الخفيّة.

ولتطوير مؤسسة تقادم الدّعوى العموميّة، يتعيّن على المشرّع التونسي الاستفادة من تجارب القوانين المقارنة وذلك بإدخال تعديلات جذرية على م.إ.ج.ف تتمثل :

أولا : في التخلي عن المعيار الثلاثي المستند على صنف الجريمة لتحديد مدة التقادم واستبداله بمعيار التناسب بين مدة سقوط الدّعوى العموميّة والعقوبة المقرّرة للجريمة وذلك لتحقيق التوازن بين ضمان حقوق ضحايا الجرائم وحماية حقوق المتهم بارتكاب هذه الجرائم.

ثانيا : يُستحسن أن يتدخل المشرّع لتأجيل بداية احتساب سريان التقادم بالنسبة للجرائم المرتكبة ضد الأطفال انطلاقا من بلوغهم سنّ الرشد، واحتساب سريان التقادم بالنسبة للجرائم الخفيّة بداية من تاريخ اكتشافها حتى لا تُصبح مؤسسة تقادم الدّعوى العموميّة بمثابة الوسيلة القانونيّة للإفلات من العقاب.

ثالثا : يتعيّن الاستغناء عن حالات قطع سقوط الدّعوى العموميّة بمرور الزمن تفاديا للمحاكمات التعسفيّة وغير العادلة حتى لا تُصبح كلّ الجرائم غير قابلة للتقادم.

¹ Guinchart S. et Buisson J., Procédure pénale, Litec, 6 éd., 2010, n° 1257.

² Stefani G., Levasseur G., et Bouloc B., Procédure pénale, Dalloz, 17 éd., 2000, n° 219.

الخبرة الطبية ومدى نعارضها مع آية اللعان



إبراهيم التجاني إبراهيم حامد

باحث جامعي من السودان الشقيق

حاصل على دكتوراه في القانون الخاص

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

يثور الجدل بين الفقهاء المعاصرين حول صحة العمل بالخبرة الطبية في مجال إثبات النسب ونفيه، حيث يرى بعضهم أن الخبرة الطبية تتعارض مع آية اللعان وآخرون يرون أنها لا تتعارض مع آية اللعان، وبناء على ذلك سوف نتعرض للخبرة الطبية وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيها (الفرع الأول)، ثم اللعان وشروطه (الفرع الثاني)، ثم الخبرة الطبية في التشريع المغربي (الفرع الثالث)، لنرى ما إذا كانت الخبرة الطبية تتعارض مع آية اللعان أم لا.

الفرع الأول: الخبرة الطبية وسندها الشرعي:

الخبرة الطبية أو البصمة الوراثية من القضايا الحديثة والمستجدة ولذلك لم يعرفها الفقهاء السابقون، كما لم يعرفها المشرع المغربي، ومع ذلك حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريفها وإيجاد دليل شرعي لها، قياسا لها على ما يشابهها من وسائل إثبات النسب المعمول بها عند الفقهاء.

فقد عرفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثانية عشرة سنة 1998 بقولها: "البصمة الوراثية وهي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية"¹، وعلاقة البصمة الوراثية بالخبرة الطبية هي كون أن الذي يقوم بهذا التحليل هم الأطباء المتخصصون، وما دامت الخبرة الطبية متعلقة بمجال الطب فإنه يصدق عليها مسمى الخبرة الطبية²، وعلماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما أو نفيه عنه من خلال الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع، أي نسبة 100%، أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى

¹ - سعد الدين مسعد هلال، القضايا الطبية المستحدثة، ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 2004م، ص95.

² - محمد المهدي، تأملات حول نفي نسب الطفل في ضوء المادة 153 من مدونة الأسرة، المجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد2، أبريل 2011، ص114.

قريب من القطع، وذلك بنسبة 99,999%¹، وطريقة معرفة ذلك أن يؤخذ عينة من أجزاء الإنسان بمقدار رأس الدبوس، من البول أو الدم أو الشعر أو المني أو العظم أو اللعاب أو خلايا الكلية أو غير ذلك من أجزاء جسم الإنسان، وبعد أخذ هذه العينة يتم تحليلها، وفحص ما تحتوي عليه من كروموسومات - أي صبغيات - تحمل الصفات الوراثية وهي الجينات، فبعد معرفة هذه الصفات الوراثية الخاصة بالابن وبوالديه يمكن بعد ذلك أن يثبت أن بعض هذه الصفات الوراثية في الابن موروثه له عن أبيه لاتفاقهما في بعض هذه الجينات الوراثية، فيحكم له عندئذ بأبوته له، أو يقطع بنفي أبوته عنه لعدم تشابههما في شيء من هذه الجينات الوراثية فيحكم عندئذ بنفي أبوته له، وكذلك الحال بالنسبة للأم².

ومن خلال التجارب الطبية وأهل الاختصاص في هذا المجال ثبت أن الخبرة الطبية وسيلة قاطعة في إثبات النسب ونفيه، وذلك بنسبة لا تحتمل العكس، فما موقف فقهاء الشريعة من هذه الوسيلة الحديثة؟

الخبرة الطبية بما أنها وسيلة حديثة شأنها في ذلك شأن غالب القضايا التي تكتشف عند غير المسلمين ثم تصل المسلمين وهم غير عالمين بحقيقتها فيدور الخلاف حولها، ثم تبدأ الرؤية تتضح شيئاً فشيئاً، ولذلك اختلف الفقهاء المعاصرون حول العمل بالخبرة الطبية في مجال الأنساب، وأغلبية الجامع الفقهية والفقهاء المعاصرين اليوم يجيزون العمل بها في حالات محددة سوف نذكرها، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى جواز العمل بها في إثبات النسب ونفيه وحلها محل اللعان³، معللين لذلك بأن الزوج إنما يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته، وحيث إن الفحص من خلال البصمة الوراثية قد يدل على صحة قول الزوج، فإنها تكون بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته في حال ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية⁴.

وعند النظر في الشريعة الإسلامية نجد أنها لم تحصر البيّنات في وسائل محددة وإنما فتحت الباب واسعاً أمام كل بيّنة تظهر الحق، كما أسلفنا في قول ابن قيم الجوزية في معنى البيّنة.

ولا شك أن البصمة الوراثية بيّنة من البيّنات بل هي من أقوى البيّنات، لأن البيّنة والإقرار خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب والخطأ والنسيان⁵، ولذلك قال الله جل شأنه: {فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى}⁶.

¹ - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ص 46.

² - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيحة، الرياض، 2002م، ص 13.

³ - من القائلين بالأخذ بالبصمة الوراثية والاكْتفاء بها عن اللعان، الدكتور يوسف القرضاوي، رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، والشيخ محمد المختار السلامي، مفتي تونس سابقاً، أما مجمع الفقه الإسلامي، والدكتور وهبة الزحيلي، ومفتي مصر السابق الدكتور نصر فريد فهم من القائلين بالعمل بها في مجالات محددة، قياساً على القيافة.

مركز ابن إدريس للدراسات الفقهية، البصمة الوراثية، العدد 1، 2007م، النجف، ص 13-15.

⁴ - عمر بن محمد السبيل، م س، ص 42.

⁵ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، م س، ص 12.

⁶ - القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 282.

كما أن الفقهاء قبلوا إثبات النسب بقول القائف¹، وهو قول مبني على الظن الغالب، وليس على الحقيقة الحقة، وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله في حديثه عن الحكم بالقرائن والأمارات: "ومن ذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده رضى الله عنهم بالقافة وجعلها دليلا من أدلة ثبوت النسب وليس هاهنا إلا مجرد الإمارات والعلامات"².

وإذا صح إثبات النسب بقول القائف المبني على الفراسة والظن والشبه، فإن الخبرة الطبية تعتبر تطورا لهذا العلم في اتجاه الدقة واليقين، وفي ذلك جاءت توصية الندوة الفقهية حول الوراثة والهندسة الوراثية ما نصه: "البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى الى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى"³. إذن الاعتراف بالخبرة الطبية باعتبارها بينة من البيئات أمر يكاد يجمع عليه الفقه المعاصر، فماهي مجالات العمل بها؟

حتى لا تتصادم الخبرة الطبية مع الوسائل المعروفة شرعا لإثبات النسب ونفيه، حدد مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في قراره مجالات العمل بالخبرة، وتتمثل هذه المجالات في الآتي:

1- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أو كان بسبب اشتراك في وطء شبهة ونحوه.

2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها بسبب الحروب أو غيرها⁴.

وإذا كانت البصمة الوراثية اعتبرها المجمع الفقهي بمثابة القيافة المتطورة وأن عملها محصور في مجالات القيافة، وهي الحالات السابقة، فإن ذلك يعني عدم العمل بها إذا كان النسب ثابتا بالفراش الصحيح والإقرار الصحيح والبينة الصحيحة.

وتعتبر هذه الفتوى اجتهادا فقهيا معاصرا له مكانته في الواقع العملي، تستفيد منه الأسرة والطفل، ومع ذلك لا بد من المزيد من البحث في هذه المسألة، لأن وسيلة النسب قد تثبت ولكن يستحيل عقلا أو عادة أن يكون هذا الطفل من ذاك الشخص المنسوب إليه، فينبغي أن يصار إلى ما هو أقوى في الدلالة على حقيقة الثبوت، وليس التمسك بالنص حيث إن محله في هذه الحالة يعتبر غير موجود، وتلك هي مقاصد الشريعة التي جاءت من أجل

¹ - القائف في اللغة : هو متبوع الآثار، وشرعا من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك، والأصل فيه خبر الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت : دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: "الم تري أن مجززا المدلجي دخل على فرأى أسامة وزيدا عليهما قטיפه قد قطيا بها رؤسهما وقد بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض؟" فأقراره على ذلك يدل على أن القافة حق.

الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، م س، ص 646.

وتخريج الحديث في فتح البارئ شرح صحيح البخاري، ج 12، دار المعرفة، بيروت 1379هـ، ص 57.

² - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، م س، ص 22.

³ - محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006م، ص 123.

⁴ - عمر بن محمد السبيل، م س، ص 49 - 50.

مصلحة العباد في العاجل والآجل، كما يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله: "الإقرار إذا كان لعله اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه أبداً، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرض الموت بما لوارثه لانعقاد سبب التهمة، واعتماداً على قرينة الحال في قصده في تخصيصه، وقد حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصحابة معه رضي الله عنهم برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد"¹.

والأصل أن حد الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهداء، فهل العمل بخلاف النص فيه تعطيل للنص كما يقول بذلك الرافضون للعمل بالخبرة الطبية؟ حاشا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب.

وخلاصة القول أن الخبرة الطبية أجاز العمل بها الكثير من فقهاء الشريعة المعاصرين خاصة في مجال الإثبات، وتم الاختلاف حول الأخذ بها في نفي النسب، بحجة أنها تتعارض مع اللعان، ومع ذلك تبقى لهذه الوسيلة مزاياها الضرورية لحماية الطفل، ومن هذه المزايا نذكر المزايا التي ذكرها الشيخ محمد التاويل حفظه الله وهو من علماء المغرب القائلين بعدم الأخذ بالخبرة الطبية في نفي النسب، وقد ذكر عدداً من هذه المزايا وهي: الحد من الخيانة الزوجية أو التقليل منها على الأقل في صفوف الزوجات غير العفيفات، حيث تخاف العار والفضيحة لها ولولدها وأهلها، وما يتبع ذلك من آثار سلبية عليها، وحماية المرأة وبصفة خاصة الفتيات من الاغتصاب واستغلال عفتهم أو حاجتهم للعبث بهن ثم التنكر لهن بعد إيجابهن، وأنها تحمى من ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم، وأنها تمكن الطفل من حقه في أن يكون له أب ينسب إليه ويحميه من التشرد والضياع.

أما الحجج التي اعتمد عليها لرفض العمل بالخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه، فهي تتمثل في كون الخبرة مظنونة أي ليست يقينية، وأنها تعارض آية اللعان².

وإذا تبين لنا أن البصمة الوراثية أو الخبرة الطبية هي وسيلة أجاز العمل بها في إثبات النسب أو نفيه الكثير من الفقهاء المعاصرين، ورفضها بعضهم بحجة أنها تتعارض مع آية اللعان، فما هو اللعان وهل فعلا الخبرة الطبية تتعارض مع آية اللعان؟

¹ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، م س، ص. ص 9، 11.

² - هذه الايجابيات التي ذكرها العلامة محمد التاويل أوردتها الأستاذ محمد المهدي في مقال له بعنوان تأملات حول نفي نسب الطفل في ضوء المادة 153 من مدونة الأسرة، منشور بالمجلة المغربية للطفل والأسرة، العدد 2، أبريل 2011، وذكره في نفس المقال مبرراته في القول بعدم جواز الأخذ بالخبرة الطبية، وهي:

- النتائج الايجابية المترتبة عن الخبرة الطبية كلها محتملة غير محققة الوقوع ولا مضمونة الحصول.
- وأن الحدود الشرعية كفيلة بتحقيق تلك النتائج كما يؤكد ذلك الواقع الإسلامي وتاريخه النظيف فإن جرائم الخيانة التي أفرزت أطفالاً غير شرعيين لم تظهر في المجتمعات الإسلامية إلا بعد تعطيل الحدود وانتشار ثقافة الحداثة والانحلال وتقلص ثقافة العفة وانحسارها.
- وأن الأخذ بالخبرة الطبية مخالف للشريعة الإسلامية نصاً وروحاً وشكلاً ومضموناً مستشهداً على ذلك بكون آية الملاعنة الواردة في سورة النور قطعية الدلالة ولذلك يجب الاحتكام إليها في حال إنكار الزوج ولده منهياً إلى أن الاستغناء عن اللعان واستبداله بالخبرة الطبية هو بدعة منكرة ومخالفة واضحة لكتاب الله وتجاوز سافر لحكمه وإعراض عنه. ص 116، من نفس المجلة.

ومع احترامنا لشيخنا الجليل، فإننا لا نرى أن الخبرة الطبية تعارض اللعان، لأن عدم العمل بالنص ليس بالضرورة تعطيل للنص، فقد أوردنا ما ذكره ابن قيم الجوزية، من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أخذ بالقرائن في مسألة الحامل وأقام عليها الحد مع أن الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود، وكذلك الفقهاء، قالوا بعدم صحة لعان الم محبوب والخصي والصغير، للتيقن من أنه لا يمكن أن يكون الولد من هؤلاء، فهل هذا تعطيل للنص؟

الفرع الثاني : اللعان وشروطه :

نص المشرع المغربي على اللعان¹ في المادة 153 من مدونة الأسرة، باعتباره وسيلة لنفي النسب، إلى جانب الخبرة الطبية، وترك تعريفه وشروطه وكيفية إجرائه للفقه الإسلامي، مما يجعلنا نرجع إلى كتب الفقه لمعرفة هذه الشروط بالنسبة للمشرع المغربي².

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن اللعان له شروط عامة تتعلق بإجراء اللعان بشكل عام، وشروط خاصة تتعلق بنفي النسب بشكل خاص.

فالشروط العامة للعان هي أن يكون الزوجين مسلمين بالغين عاقلين ناطقين غير محدودين عند أبي حنيفة، وأن تكون علاقة الزوجية بينهما صحيحة وقت القذف، وعند المالكية سواء أكان الزواج صحيحا أم فاسدا، وعند الحنفية لا يكون اللعان بعد الطلاق البائن وطلاق الثلاث والنكاح الفاسد³.

وأن تكون الزوجة عفيفة فإن سبق زناها أو نكحت ولو بالشبهة لا يصح اللعان عند الحنفية⁴.

و أن يكون القذف برؤية الزنا أو بنفي الحمل عند المالكية⁵، وعند الحنفية لا يشترط لفظ رؤية الزنا بل الاتهام بلفظ الزنا، وفي نفي الولد أن يقول: هذا الولد من الزنا، فإن قال: هذا الولد ليس مني لا يعتبر قذفا، ولا يقام اللعان لجواز أن يكون الولد من غيره⁶.

و أن تطلب الزوجة من القاضي إجراء اللعان في نفي الزنا⁷، لأنه حقها، به تدفع العار عن نفسها، فلا بد من طلبها كسائر الحقوق⁸.

¹ - اللعان في اللغة : يعني الطرد والإبعاد، وفي الاصطلاح : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه والحق العار به أو إلى نفي ولد، وفي تعريف آخر : حلف زوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن وجب نكولها حدها بحكم قاض.

الشريبي، ج 3، م س، ص 481، والعبدي، ج 1، م س، ص 380.

ودليل مشروعية اللعان هو قوله تعالى(والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكذابين، ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكذابين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين). القرآن، سورة القرءان الكريم، سورة النور من الآية 6-9.

ومن السنة ، ما أخرجه البخاري في صحيحه، "أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم رأيت رجلا وجد مع امرأته رجل أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألتها عنها قال عويمر والله لا انتهي حتى أسأله عنها فاقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله رأيت رجلا وجد مع امرأته رجل أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (قد انزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فات بها) قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم".

صحيح الإمام البخاري، ج 5، م س، ص 2033.

² - لا شك أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة المنصوص عليها شرعا لنفي النسب الثابت، وتنظيم هذه الوسيلة في التشريع الوضعي أمر حسن نسبة لأهميتها وما تمسه من أعراض وأنساب، ولذلك نرى أن على المشرع المغربي أن ينظم القواعد التي تحكم اللعان داخل تشريعه، لأن اللعان ركن أصيل في أحكام الأسرة.

³ - الأبى الأزهرى، جواهر الإكليل، ج 1، م س، ص 380، الكاساني، ج 3، م س، ص 241.

⁴ - الكاساني، ج 3، م س، ص 41.

⁵ - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، م س، ص 658.

⁶ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 2، م س، ص 590.

⁷ - إذا كان إجراء اللعان لنفي النسب فان طلب إجراء اللعان يكون من حق الزوج أيضا لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه، انظر: رد المحتار على الدر المختار، ج 2، ص 586.

⁸ - ابن الهمام، ج 4، م س، ص 251.

أما الشروط الخاصة باللعان لنفي النسب فعند الحنفية لا يكون اللعان لنفي النسب، وإنما الأصل أن اللعان يكون لدرأ الحد ونفي النسب يكون تبع لذلك¹، وعند المالكية يمكن أن يكون اللعان لنفي النسب استقلالا²، ويشترط الفقهاء بالإضافة إلى الشروط السابقة إذا كان اللعان لنفي النسب الآتي :

أن لا يكون الملعن قد أقر بالولد صراحة أو ضمنا، وأن ينفي الحمل أو الولد فور العلم به، فإن تأخر ولو يوما لا يصح له النفي عند المالكية³، وعند الحنفية، يكون اللعان بعد الولادة⁴، وينفيه في خلال يوم أو يومين، وفي رواية رواية لهم سبعة أيام، ورواية أخرى أربعين يوما⁵، و أن لا يطاء زوجته بعد علمه بالحمل أو رؤية الزنا⁶، و أن تلده لأكثر من ستة أشهر من وقت رؤية الزنا، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الرؤية لحق به، للعلم بأنها كانت حاملا قبل الاتهام بالزنا، بشرط أن يكون أكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد، أما إذا كان الوضع لأقل من ستة أشهر فلا يلحق به النسب وينتفي بدون لعان، وأن لا يكون الزوج مجبوبا أو خصيا أو صغيرا، وأن لا يثبت عدم التلاقي بينهما، جاء في الذخيرة: "إنما يحتاج إلى اللعان إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج أما إذا لم يمكن إما لقصر المدة عن ستة أشهر أو لطول المسافة بين الزوجين أو لصباء الزوجين أو لصباء الزوج أو لا يولد له فلا يلاعن ويلحق الولد لباقي الأنثيين إن كان يولد لمثله"⁷.

هذه الشروط الفقهية الموضوعية لإجراء اللعان تبين لنا الأحوال التي يجري فيها اللعان والتي لا يصح فيها اللعان، والهدف من عرض هذه الشروط معرفة موقع الخبرة الطبية من هذه الشروط هل يعمل بها في نفس المجال أم أن لها مجالا آخر، فهذه الشروط تبين على أن اللعان له شروط جد ضيقة لا تتوفر في كثير من الحالات، وفي المقابل أيضا وضع المشرع المغربي شروطا للعمل بالخبرة الطبية فمتى يتم العمل بالخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه في التشريع المغربي؟

¹ - الكاساني، ج 3، م س، ص 46.

² - القرافي، الذخيرة، ج 4، م س، ص 285.

³ - الدردير، الشرح الصغير، ج 2، م س، ص 668.

⁴ - العيني، ج 5، م س، ص 384.

⁵ - الكاساني، ج 3، م س، ص 246.

⁶ - الدسوقي، ج 2، م س، ص 260، الشريبي، مغني المحتاج 3، م س، ص 489.

⁷ - القرافي، الذخيرة، ج 4، م س، ص 285.

الفرع الثالث : الخبرة الطبية في التشريع المغربي :

إن اعتماد الخبرة الطبية في التشريعات القانونية المنظمة لقواعد النسب قد يعني لدى البعض أن هذه الخبرة تزامم وسائل شرعية ثابتة شرعا وربما تعارضها، وهذه النظرة جعلت التشريعات العربية تتباين مواقفها حول الأخذ بالخبرة الطبية في مجال اثبات النسب أو نفيه، فبعض التشريعات العربية لم تعر أي اهتمام للخبرة الطبية حيث لم تأخذ بالخبرة الطبية لا في مجال اثبات النسب ولا في نفيه، كالمشرع السوداني واليميني¹، وبعضها أخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب دون نفيه كالمشرع الجزائري² والتونسي³، وبعضها أخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه كالمشرع كالمشرع المغربي والاماراتي⁴.

إذن يعتبر التشريع المغربي من التشريعات العربية القليلة التي أخذت بالخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه، حيث أنه من ضمن المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة المغربية في تعديلها الأخير اعتماد الخبرة الطبية أو البصمة الوراثية التي تعتبر تطورا تشريعا هاما يصب في مصلحة حماية الطفل، والتقليل من أعداد الأطفال مجهولي النسب. وكان القضاء المغربي قبل النص على هذه الخبرة الطبية لا يعترف بها كوسيلة من وسائل نفي النسب⁵، وقد نص المشرع المغربي على هذه الخبرة الطبية في المادة 153 من مدونة الأسرة بقوله: " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية، يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشروطين: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، وصدور أمر قضائي بهذه الخبرة". ونص في المادة 158 على أنه: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية".

حاول المشرع المغربي التوفيق بين هذه الوسيلة ووسائل إثبات النسب ونفيه المعمول بها فقها، ولذلك وضع للعمل بهذه الخبرة شرطين راعى فيهما عدم التعارض وخطورة هذه الخبرة حتى لا تستغل في غير موضعها. فالشرط الأول إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، والشرط الثاني صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

¹ - نص المشرع اليمني على الوسائل التي يثبت بها النسب في المواد من 121 إلى 134 من قانون الأحوال الشخصية اليمني لسنة 1999. وحدد المشرع اليمني الوسائل التي يثبت بها النسب في الفراش والاقرار والشبهة، أما نفي النسب فنص عليه المشرع اليمني في المادة 110 من نفس القانون وحصر نفي النسب في اللعان دون غيره .

² - نص المشرع الجزائري على العمل بالخبرة الطبية في اثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 بقوله: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بتكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وبالنظر لهذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى الخبرة الطبية على سبيل الاستثناء، وفي إثبات النسب دون نفيه.

³ - نص المشرع التونسي على الأخذ بالخبرة الطبية في اثبات النسب في القانون رقم 75 المؤرخ في 1998/10/28، والمتعلق باسناد لقب عائلي للأطفال الممهلين أو مجهولي النسب، وجاء في المادة الأولى من هذا القانون على أنه: "يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب اسناد لقب الأب للطفل الذي ثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

⁴ - نص المشرع الاماراتي على الأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب في المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 بقوله: "يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش".

ونص على امكانية اللجوء إلى الخبرة الطبية لنفي النسب في المادة 97 فقرة 5 من نفس القانون بقوله: "للمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون قد تم ثبوته قبل ذلك".

⁵ - ذلك ما يؤكدته قرار صادر عن محكمة النقض المغربية والذي جاء فيه:

" حيث إن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب وانه إذا كان الشرع والقانون يعتدان برأي الخبرة من الأطباء في عدة مسائل فإنهما لم يعتدا برأيها فيما يرجع لنفي النسب استنادا إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب مادام في وسع ذلك الزوج نفي النسب".

محكمة النقض المغربية، قرار بتاريخ 9/فبراير 1982، مجلة المحاكم المغربية، عدد مزدوج، يناير، فبراير، 1997، مارس، أبريل، ص 35.

فما معنى الدلائل القوية كشرط لإجراء الخبرة الطبية؟ وهل الخبرة الطبية بهذين الشرطين يمكن أن تحل محل اللعان؟

الدلائل القوية كما فسرها القضاء المغربي هي أن يدلي الزوج المعني بالأمر مثلا لنفي النسب بشواهد طبية تثبت عقمه، أو بمحاضر الضابطة القضائية تفيد بأن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو يتأكد أن الغير اتصل بها عن طريق الشبهة، أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة، أو يقوم لديها شك في إمكانية الاتصال بين الزوجين، أو يحصل اختلاط مولودين داخل مستشفى الولادة مثلا ويتعذر التأكد من هويتها بوسائل أخرى، وبالتالي من نسبهما ما دام ان لذلك النسب حرمة¹.

إذن هذه مجالات الخبرة الطبية، فهل يعمل باللعان في نفس هذه المجالات حتى نقول بأن الخبرة الطبية تتعارض مع اللعان؟

وضحنا شروط اللعان في الفقه الإسلامي، وهي لا تنطبق على هذه المجالات، بمعنى أن في هذا الشرط ليس هناك أي تعارض بين الخبرة الطبية واللعان.

وأول الدلائل القوية وفقا لتفسير القضاء والفقه المغربي الإدلاء بوثائق طبية تثبت عقم الزوج، و في اللعان يشترط الفقه أن لا يكون الزوج عقيما، فإن كان كذلك لا يصح اللعان، وعلى العكس من ذلك تصح الخبرة الطبية إذا أتى الزوج بوثائق تثبت عقمه، فلا تعارض بين اللعان والخبرة الطبية في هذه المسألة، ولربما يقول قائل إن النسب في حالة العقم غير ثابت أصلا، نعم غير ثابت، ولكن لا بد أن يثبت العقم عن طريق الأطباء، وأن يكون العقم سابقا على الحمل، لأن باستطاعة الرجل أن يعقم نفسه بحقنة ثم يدلي بما يفيد بأنه عقيم، وإذا أتاح لنا العلم الحديث ما يرفع عنا الحرج، ويضع حدا لمثل هؤلاء الذين فسدت زممهم فلم لا نأخذ به، خصوصا وأن استخدام الخبرة الطبية في هذه الحالة ما هو إلا مزيد استيثاق ومن باب الحرص على حماية النسب.

والدليل الثاني من الأدلة القوية التي تشترط لأجراء الخبرة الطبية تعاطي الزوجة للخيانة الزوجية، ومن الشروط الفقهية لإجراء اللعان عفة الزوجة، أي أن لا يسبق لها زنا، إذن في هذه الحالة لا يكون هناك لعان، فهل تترك أم ينفي الولد مجرد حصول الزنا؟ لأن الزنا ليس من ضرورته الحمل، كما أن الزنا ليس من وسائل نفي النسب الثابت بالفراش²، فاستعمال الخبرة هنا فيه حماية للنسب وتخفيف لمن يقدم على مثل هذه الأفعال، فهذا أيضا مجرى مختلف، ولا تعارض بين الوسيلتين.

أما الدليل الثالث من الأدلة القوية فهو الاتصال عن طريق الشبهة، وقد ذكرنا أن من شروط اللعان عند الحنفية أن لا يحصل اتصال بالشبهة بالزوجة، فإن سبق لها اتصال بالشبهة فلا لعان بينهما، وكذا عند الشافعية لا لعان في حالة الشبهة، قال الشيرازي: "وإن كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشبهة وادعى الزوج أن الولد من الواطئ عرض معهما على القافة، ولا يلاعن لنفيه، لأنه يمكن نفيه بغير لعان، وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعان"³.

¹ - هذا ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بتارودانت، بتاريخ 2008/3/24 ملف عدد 07/311، المنتقى من عمل القضاء ص 253.

² - هذا يؤكد قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ 19 أكتوبر، 2005، وجاء فيه: "لكن حيث انه لما كان الفراش حجة قاطعة على ثبوت الحمل الناتج عنه ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان أو الخبرة الطبية إذا توفرت شروطهما، وكان البين من أوراق الملف أن البنات المطعون في نسبهما قد ازدادت على فراش الطالب الذي لم يتقدم بطلب اللعان إلا بتاريخ 8/10/81، وبعد مرور أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالحمل الثابت بتاريخ 3/6/81، وأثناء فحص المطلوبة في النقض من طرف الطبيب فان المحكمة كانت على صواب لما ردت طلب اللعان لفوات اجله ولم تلتفت إلى الحكم الجنحي الصادر بإدانة المطلوبة بجنحة الخيانة الزوجية لعدم تأثره على قرينة الفراش مما كانت معه الوسيلتان بدون أساس".

مجلة المناهج، م س، ص 216.

³ - الشيرازي، المهذب، ج 4، م س، ص 446.

فيبقى المجال للخبرة الطبية وقد علمنا أن المجمع الفقهي المعاصرة أجمعت على العمل بالخبرة الطبية في كل مجال تدخل فيه القيافة.

أما الدليل الرابع من الأدلة القوية التي تعتمد لاجراء الخبرة الطبية فهو اختلال مدة الحمل¹، ومن شروط اللعان أن يكون الحمل داخل المدة القانونية، فإن كان خارج المدة لا يثبت، وإن كانت ثابتة لا ينفي إلا باللعان، فما الحكم إذا لم تتبين بداية الحمل أو وضعه؟ هنا تكون الخبرة الطبية مرجحة.

والدليل الخامس الشك في إمكانية الاتصال بين الزوجين، من شروط اللعان أن يكون الاتصال بين الزوجين ممكنا، فإذا شككنا في الاتصال لا يصح إجراء اللعان، وهنا أيضا تكون الخبرة الطبية مرجحة.

أما الدليل السادس فهو اختلاط المواليد داخل المستشفى، وهذه ليست من مسائل اللعان وإنما تتعلق بتعيين المولود، وهذه تثبت بشاهد واحد ذكرنا كان أو أنثى عند الحنفية، وبشهادة امرأتين عند المالكية، وإذا لم يتوفر ذلك يمكن أن يثبت بالقيافة، وقد أجازت المجمع الفقهي العمل بالخبرة الطبية في كل ما يثبت بالقيافة، بل الخبرة الطبية تقدم على القيافة، لأن القائف يعتمد على الظن الغالب والخبرة تعتمد على القطع.

أما الشرط الثاني من الشروط التي وضعها المشرع المغربي لإجراء اللعان فهو صدور أمر قضائي بالخبرة الطبية، فليس كل خبرة طبية يمكن أن تثبت النسب أو تنفيه، وإنما الخبرة الطبية التي ينفي بها النسب هي الخبرة الطبية الصادر الأمر بها من القضاء، وبشرط أن تكون هذه الخبرة قاطعة، وقد ثبتت قطعية هذه الخبرة أي نسبة 100% في حالة الإثبات، و99,999% في حالة النفي، ويجب أن يجرى التحليل بواسطة أطباء متخصصين، وأن لا يشوبها غش أو تلوين، أو أي خطأ من نوع آخر، وهذا الشرط يتوافق مع الشروط التي وضعها مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، والتي من ضمنها أن تمنع الدولة إجراء الفحص إلا بواسطة القضاء².

وهذا ما نجده في التطبيق العملي للقضاء المغربي حيث جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2006/6/22، ما يلي :

"... وحيث إنه أمام إنكار المدعى عليه للحمل الذي ظهر بالمدعية ونفيه أن يكون قد عاشرها، لجأت المحكمة إلى إجراء خبرة جينية على الحامض النووي باعتبارها وسيلة شرعية في إثبات النسب، عهد للقيام بها لمختبر التحليلات الجينية للدرك الملكي بالرباط، الذي خلص في تقريره المؤرخ في 2006/4/19 إلى أن المدعى عليه يعد بحق الأب البيولوجي للمولود المسمى... بنسبة 99,9999%³.

ومن خلال هذه الشروط التي ذكرناها للخبرة الطبية وما اشترطه الفقهاء لإجراء اللعان بان لنا أن اللعان والخبرة الطبية طريقتان مختلفتان في أكثر شروطهما، إلا أنه مع ذلك لم يشترط المشرع المغربي عدم التعارض بينهما، وإنما ترك الخيار للمدعي لاختيار الوسيلة التي يراها مناسبة مع مراعاة شروط كل من الوصيلتين.

وفي هذه الحالة أيضا لا نرى تعارضا بين الخبرة الطبية واللعان، وقد ذكرنا أن من الفقهاء المعاصرين من أجاز العمل بالخبرة والاكتفاء بها عن اللعان، لأنه إذا ثبت قطعا عدم إمكانية نسبة الولد أو ثبت النسب بطريقة قاطعة

¹ - لا نقصد باختلال الفراش الولادة خارج مدة الحمل، أو عدم توفر إمكانية الاتصال، أو عدم وجود فراش، وإنما اقصد عدم ثبوت هذه العناصر بشكل واضح، أو الشك في توفرها، وفي هذه الحالة يسقط اللعان. كما أن النسب لا ينفي، وفي شأن اختلال الفراش بعدم معرفة تاريخ الفرقة والعقد، جاء في المهذب للشيرازي: "وان لم يعرف وقت طلاق الأول ووقت نكاح الزوج، فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه لان الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب فان حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان، الشيرازي ج4، م س، ص 447.

² - البصمة الوراثية، مركز ابن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، م س، ص 30.

³ - المحكمة الابتدائية بتازة، بتاريخ 2006/6/22 ملف عدد 5/1112، المنتقى من عمل القضاء، م س، ص 265.

هنا يكون اللعان لا محل له، ولذلك منع الفقهاء صحة لعان المحبوب والخصي والصغير للقطع بأنه لا يمكن أن يكون الولد منهما.

وإذا كان الفقهاء اشترطوا فورية اللعان أي الملاعن عليه أن ينفي الحمل فور العلم به، فما هو الحكم بالنسبة للخبرة الطبية هل يشترط فيها نفي الحمل مجرد العلم به؟

لم يحدد المشرع المغربي لإجراء الخبرة أجلا محددًا أي أن الذي يطالب بإجراء الخبرة الطبية له أن يطالب بهذا الإجراء ولو تأخر في طلبها بعد علمه بالحمل أو الولد، ذلك ما يؤكده قرار محكمة النقض المغربية بتاريخ 2006/9/27، الذي جاء فيه:

" إن المادة 153 من مدونة الأسرة لم تشترط مدة معينة لممارسة دعوى نفي النسب بواسطة خبرة قضائية تفيد القطع، لذلك فإن المحكمة التي رفضت الطلب بعلّة أنه عاد إلى المغرب وزوجته حامل في شهرها الثامن وسكت عن ذلك ولم يمارس دعوى اللعان ونفي النسب، داخل الأجل المقرر شرعا، لم تقم قضاءها على أساس سليم"¹.

¹ - محكمة النقض قرار بتاريخ 2006/9/27، الملف عدد 391، 2005/1/2، المنتقى من عمل القضاء، م س، ص 224.

النيابة العامة بين الاستقلالية والنبعية : أي نموذج بجانب المغامرة ؟



إعداد الأستاذ : فيصل بجي

دكتور في القانون الخاص

أستاذ زائر بكلية الحقوق سلا

مقدمة :

ما زال يثير موضوع استقلال النيابة العامة عن السلطة التنفيذية من عدمه نقاشات مستفيضة، على اعتبار أن المشرع الدستوري لم يكن واضحا تجاه السلطة التي تخضع لها النيابة العامة، فكانت المطالبة باستقلاليتها عن وصاية وزير العدل من أبرز النقاشات السياسية والقانونية التي أفرزها الدستور الحالي. وبعد إشراف وزارة العدل والحريات على الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، وإصدارها لميثاق إصلاح منظومة العدالة في يوليوز 2013، انتهى الأمر بعد ذلك من مرحلة التشاور والإنصاح ليدخل مشروع القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية إلى مرحلة أخرى وهي المرحلة التشريعية، لكنه ما زال مثار نقاش جاد.

والواقع أن موضوع العلاقة بين النيابة العامة والسلطة التنفيذية اختلفت حوله الآراء، ما بين داعين إلى إنهاؤها، وبين المنادين بعدم انفصالها، وكل منهما ينطلق مما نص عليه الدستور، فالداعين لإنهاؤها اعتمدوا على بعض النصوص الدستورية وبعض التجارب الأجنبية، إذ متع الفصل 111 من الدستور القضاة بنفس الحقوق المتمثلة في الانحراط في الجمعيات دون التمييز بين قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة، كما أن الفصل 113 نص على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة، ولاسيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم، ويؤكدون بأن استبعاد وزير العدل من تركيبة المجلس الأعلى للسلطة القضائية هو ضمان للاستقلال التام للنيابة العامة عن الجهاز التنفيذي.

بالمقابل يرى الاتجاه الداعي لعدم الانفصال، بأن الدستور حين أسس لاستقلال السلطة القضائية، فقد قصد قضاة الأحكام وليس قضاة النيابة العامة، والتمييز بينهما في الدستور كان واضحا، فالنيابة العامة ليست قضاء يفصل بين الخصوم، إنما تحيل الخصوم على قضاء الحكم، وهي بدورها تحتكم إليه، وتقدم إليه ملتمساتها، وهو ما جعل الدستور يمنح قضاة الحكم وحدهم حصانة العزل والنقل، لكن الدستور أخضع بالمقابل قضاة النيابة العامة وحدهم على سلطة تقوم بتوجيههم.

هذا التجاذب والتدافع في الاختيار، يدعو ليقظة استثنائية لمواكبة هذه القوانين عبر الانخراط في هذا النقاش الهام، ويدعو كذلك للبحث بموضوعية وروية ودون الانحياز أو التأثر أو الحماس لفكرة العقل الجماعي، ولذلك ارتأينا أن ندلو بدلونا في هذا النقاش من خلال النقاط التالية :

أولاً: طبيعة النيابة العامة

لابد من التساؤل أولاً عن طبيعة النيابة العامة التي تعد مدخلا هاما لوضع اليد على مفاتيح النقاش، وذلك من خلال البحث في مجموعة من النقاط، على اعتبار أن الخلط بين قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم يعد ملجأ للمدافعين عن استقلالية النيابة العامة عن وزير العدل باعتبارها قضاء، والقضاء تم الارتقاء به في الدستور إلى مصاف السلط، الذي كرس كذلك الفصل بينها.

فمن جهة، ترتدي النيابة العامة العديد من القبعات التي تجعلها ذات طابع خاص، فهي تعد ذلك الجهاز الذي يتلقى الشكاوى ويقرر ما يتخذ بشأنها، ويحقق في الجرائم، ويبحث عن الأدلة، كما يباشر بنفسه أو يأمر باتخاذ جميع إجراءات البحث والتحري عن الجرائم المنصوص عليها في القانون الجنائي، وبذلك تلبس النيابة العامة قبة الشرطي أو الدركي.

بالإضافة إلى ذلك، فهي تحتكر سلطة الملاءمة، وهي سلطة خطيرة لا يمتلكها قضاء الحكم، إلى جانب مباشرتها للدعوى العمومية، فتقاضي وتتهم، وتسمى جهاز اتهام وجهاز ادعاء، فتتدب كخصم، أي كطرف في الدعوى، وهي بذلك تلبس قبة المخاصم، فتحتكم إلى القضاء ليقول الكلمة الأخيرة، وإذا كانت النيابة العامة تعمل على مواكبة وتتبع العناصر، فإنها في الأخير تقدمها للجهة التي منحها القانون سلطة فض النزاع وهي قضاء الحكم، كما أن المبدأ العام في المجال الجنائي هو فصل جهاز الاتهام عن جهاز القضاء، وبذلك فلا يمكن لجهاز الاتهام أن يكون جهاز قضاء. بالمقابل، فالقضاء يعد تلك السلطة المكلفة بالفصل في المنازعات طبقاً للقانون، وحتى لو كانت هناك طرقاً أخرى لفض المنازعات، فإن الكلمة الأخيرة تبقى دائماً له وبشكل حصري.

كذلك عندما نص الدستور على أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية¹، فالمقصود في نظر بعض الباحثين أن السلطة القضائية هي المجلس الأعلى للسلطة القضائية وليس القضاء²، لأن الدستور تحدث عن السلطة القضائية واستقلال القضاء، على أن المقصود بالقضاء هو قضاء الأحكام، وعلى اعتبار ذلك أن قضاء النيابة العامة غير مستقل وتابع يتلقى التعليمات من رؤسائه، ولذلك فهو غير مقصود بالاستقلال. من جانب آخر، فالنظام الأساسي لرجال القضاء³، يعطي صبغة القضاء كذلك للقضاة الذين يمارسون مهامهم بوزارة العدل، فهم قضاة كذلك، يتم تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم بنفس الطرق، لكن لهم وضع خاص بحكم ممارستهم لمهام إدارية، وهو ما يميزهم عن قضاة الحكم أو عن قضاة النيابة العامة، ولذلك فلكل خصوصيته التي تميزه عن الآخر حسب طبيعة وظيفته، فقضاة الحكم شيء وقضاة النيابة العامة شيء والقضاة الذين يمارسون مهامهم بوزارة العدل شيء آخر.

1- تنص الفقرة الأولى من الفصل 107 من الدستور على أن: "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية".

2- يوسف وهابي، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، المنظمة من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بالتعاون مع جريدة أخبار اليوم المغربية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، 15 يونيو 2013.

3- الفصل الأول من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.467 بتاريخ 26 شوال 1394 (11 نونبو 1974) يكون النظام الأساسي لرجال القضاء، الجريدة الرسمية عدد 3237، بتاريخ 1974/11/13، ص 3315.

ثانيا : خصائص النيابة العامة :

للوقوف أكثر على تميز النيابة العامة عن قضاء الحكم، يلزم النظر كذلك من زاوية خصائصها، إذ تطبعها بعض الخصائص الهامة التي تميزها عن القضاء، ولعل أهمها يتمثل في وحدة جهازها، وفي تسلسلها الإداري، وفي استقلالها في أداء مهامها بكل حرية وتجرد، وفي عدم جواز مساءلتها، وعدم جواز تجريح أعضائها¹.

بخصوص وحدة جهاز النيابة العامة، فإن أي عضو في النيابة العامة يعتبر ممثلاً لهذه الهيئة، وأي عمل صدر عنه يعتبر وكأنه صادر عن الهيئة برمتها، فإمكانية الحلول هاته هي التي تعرف بوحدة النيابة العامة، أو مبدأ عدم التجزئة²، فإذا غاب ممثل النيابة العامة، فإن نائباً آخر يمكنه ممارسة الإجراء، بمعنى أن طاقم النيابة العامة واحد، ويمكن الاستغناء عن هذا بالآخر، لكن الأمر يختلف بالنسبة لقضاء الحكم، إذا غاب قاض فإن القاضي الثاني يلزمه بدء التحقيق من جديد، ويجب أن يناقش القضية من جديد، ولا توجد وحدة القاضي كما هو الأمر بالنسبة لوحدة النيابة العامة³.

أما بالنسبة للطبيعة التسلسلية للنيابة العامة التي لا يخضع لها قضاة الحكم، فهي مسألة جوهرية وفي غاية الأهمية وأساسية بالنظر لطبيعة الجهاز الذي يفرض وجوب انضباط أعضائه وفقاً للقانون، ولما ينتج عن تخطي التسلسل الإداري من نتائج سلبية، تتمثل في عرقلة السير العادي لعمله، وخلق صعوبات في تتبع القضايا ومراقبتها وكذا إعطاء التعليمات الملائمة بشأنها، كما أن عدم احترام هذا المقتضى من شأنه أن يفوت على وكيل الملك أو الوكيل العام للملك - حسب درجة المحكمة - إمكانية الاطلاع على ما يجري بدائرة نفوذه الترابي من قضايا وأحداث، وما يتبع ذلك من إصداره لتعليماته بشأنها، وبذلك يخضع قضاة النيابة العامة في ممارسة عملهم لمراقبة وتسيير رؤسائهم، ويلزمون بتطبيق أوامرهم على الأقل في ملتمساتهم الكتابية تحت طائلة مساءلتهم تأديبياً.

كما أنه من حيث المعيار العضوي، يجب التأكيد على أن التراتبية الإدارية التي تطبع عمل النيابة العامة تعد جزءاً لا يتجزأ من مفهوم المرفق الإداري الذي يطبع عمل دواليب ومرافق وزارة العدل، وبالتالي فإنه على غرار ما تخضع له تلك المرافق من سلطة رئاسية لوزير العدل، فإن النيابة العامة تخضع للسلطة الرئاسية نفسها⁴.

وإذا ما تم النقاش في المعيار الوظيفي، فبخصوص إمكانية تجريح أعضاء النيابة العامة، فيجدر التنويه بأنه لا يمكن تجريح أعضائها، فأسباب التجريح ترجع في مجملها إلى وجود فائدة للقاضي أو أحد أقاربه في الدعوى، أو وجود قرابة أو صداقة أو عداوة له أو لأقاربه مع أحد المتقاضين، وهي أسباب قد تميل به إلى التحامل على المتهم أو أخذ موقف منه وبالتالي تكوين قناعة بإدانته، ولذلك فتجريح القضاة في الدعوى الجنائية يعني إبعادهم عن النظر في الدعوى موضوع التجريح متى توفرت إحدى أسبابه⁵.

¹ - محمد بنعليلو، "واقع عمل النيابة العامة في المغرب بين الممارسة القضائية وضمان الحقوق والحريات"، وهي الدراسة التي كلف بإنجازها من طرف المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، في إطار مشروع إقليمي يدعمه برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج إدارة الحكم في الدول العربية UNDP-POGAR - لتعزيز حكم القانون وتحديث النيابات العامة في الدول العربية، ص 15.

² - نفس المرجع، ص 15.

³ - جعفر حسون، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، المنظمة من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بالتعاون مع جريدة أخبار اليوم المغربية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، 15 يونيو 2013.

⁴ - عبد السلام العيماني، "دراسة في القانون: أي استقلال للنيابة العامة يكرس استقلال السلطة القضائية في الدستور؟ (الحلقة الثانية)"، جريدة الصباح، عدد 29 يناير 2013.

⁵ - أحمد الخليلي، "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، مكتبة المعارف، 1979، ص 64.

لكن بالنسبة للنيابة العامة التي تعد خصما للمتهم، فإن المفروض في الخصم بشكل عام أن يستعمل كل الوسائل التي يبيحها له القانون لإقناع المحكمة بصحة ادعائه، ولذلك لا يمكن قبول ادعاء المتهم بأن عضو النيابة العامة جاء ضد مصلحته، إلا إذا تعلق الأمر بأسباب من شأنها أن تؤثر على المركز القانوني للمتقاضى في إطار دعوى مدنية معينة¹، على أن النيابة العامة تدافع عن تطبيق القانون، وقد تتحول من طلب الإدانة إلى طلب البراءة إذا ما ظهرت لها دلائل أو قرائن جديدة من شأنها تغيير المركز القانوني للمتهم، ولذلك فهي تعد خصما شريفا.

ثالثا: السياسة الجنائية وعلاقتها بالنيابة العامة :

إلى جانب النقاط التي تمت الإشارة إليها آنفا، يثار النقاش كذلك بخصوص السياسة الجنائية، هذه السياسة التي تعد كل تدبير أو إجراء تقوم به الحكومة لمنع الجريمة أو محاربتها أو الحد منها، وهي متضامنة في تطبيق هذه السياسة، ليوكل تنفيذ الجانب الجزري فيها لوزير العدل باعتباره جزءا من السلطة التنفيذية، والذي لا يتصور معه في ظل الأحكام الجديدة للدستور فيما يخص ربط المسؤولية بالمحاسبة، أن يسحب لوزير العدل جهاز النيابة العامة كجهة فاعلة وضرورية في تطبيق وتنفيذ السياسة الجنائية للحكومة²، وإذا تم تجريد السلطة التنفيذية من هذه الآلية، فكيف يمكن محاسبتها عن عدم تنفيذ برامجها إذا ما حدث واصطدمت بعدم تعاون السلطة القضائية؟

فحتى لو تم التثبيت بمسألة الفصل بين السلطات، فإن هذا الفصل في نهاية المطاف يهدف إلى توزيع الاختصاصات، وحتى في الأنظمة الدستورية الكبرى هناك الفصل الجامد والفصل المرن لهذه السلطات وعلى رأسها النظام الرئاسي³، والنظام البرلماني⁴، والنظام المختلط⁵، والمغرب من البلدان التي تعتمد توازن وتعاون السلطات⁶، إذن فمبدأ تعاون السلطات الذي كرسه الفصل الأول من الدستور، يدعو لضرورة الاتصال بين النيابة العامة والسلطة التنفيذية، على اعتبار أن هذه الأخيرة تستمد اختصاصها من نشاطها في المحافظة على النظام العام، وهذا النشاط لا يمكن أن يمارس إذا تم تجريدها من سلطة الاتهام.

1- في هذا الصدد ينص الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "تطبق أسباب التجريح المتعلقة بقاضي الأحكام على قاضي النيابة العامة إذا كان طرفا منضما، ولا يجرح إذا كان طرفا رئيسيا".

2- جعفر حسون، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، مرجع سابق.

3- يعد النظام الرئاسي ذلك النظام الذي يقوم على أساس الاستقلال والفصل الكبير بين السلطة التشريعية والتنفيذية وعدم إمكانية تأثير إحداهما على الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى وجود توازن بينهما بحكم الاستقلالية وليس بحكم وسائل التأثير المتبادل، مثلما هو الحال في النظام البرلماني، ويعتبر النظام الأمريكي النموذج الأمثل للنظام الرئاسي من الناحية النظرية.

4- يعد النظام البرلماني صورة من صور النظام النيابي، نشأ في إنجلترا بعد تطور طويل، ثم انتقل إلى العديد من الدول خاصة المستعمرات القديمة الإنجليزية، والنظام البرلماني لا يعني أن كل نظام يوجد فيه البرلمان هو كذلك، فالنظام الرئاسي وشبه الرئاسي يحتوي على برلمان ويكون أحيانا أقوى من السلطة التنفيذية. لهذا فالمعيار المميز لهذا النظام عن غيره هو أن السلطة التنفيذية مقسمة إلى قسمين، إحداهما الحكومة التي يحق لها حل البرلمان الذي يستطيع بدوره سحب الثقة منها، وثانها رئيس الدولة.

فالنظام البرلماني هو النظام الذي تكون فيه الحكومة مسؤولة أمام البرلمان كما يحق لها حله، ومن هنا أصبح البرلمان حلقة اتصال بين حكومة تحدد وتنفذ سياسة معينة، كما أن النظام البرلماني لا تستطيع الحكومة في ظلها إلغاء الحقوق المقررة أو تعديلها، كما لا يحق لها إلغاء مبدأ المعارضة.

5- لا يعد النظام المختلط نظاما أصيلا، لكنه مجرد خلط بين بعض مبادئ النظام البرلماني وبعض مبادئ النظام الرئاسي، وبالنظر إلى انتشاره في البلدان الأفروآسيوية وكذا في دستور فرنسا 1958، أصبح نظاما قائما بذاته، له وحدويته وخصائصه وأركانه.

6- تنص الفقرة الثانية من الفصل الأول من الدستور على أنه: "يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها".

رابعاً: تأثير قضاء النيابة العامة على قضاء الحكم :

من جانب آخر يثار النقاش أحيانا حول مسألة غاية في الأهمية، وتتعلق بتأثر قاضي الحكم بقاضي النيابة العامة أثناء الدعوى، وبالمخصوص في بعض الملفات ذات الحساسية الكبرى، هذا التأثير يجعل من القاضي يسترشد ببوصلة قاضي النيابة العامة، وتصبح بذلك السلطة التنفيذية التي توجه النيابة العامة تؤثر بالتالي في قضاء الحكم. بيد أنه بالمقابل فقد عالج الدستور في باب السلطة القضائية مسألة التخوف من أن تبقى النيابة العامة تابعة للسلطة التنفيذية في جميع ممارستها¹، كما رتب على ذلك الجزاء الجنائي والمدني، وأعطى مجموعة من الضمانات للمتضرر في إطار الخطأ القضائي².

خامساً: إسناد رئاسة النيابة العامة للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض :

بخصوص تكليف الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض برئاسة النيابة العامة، فيبدو أن الأمر يثير مجموعة من الصعوبات، فمن جهة يعد هذا الأخير عضواً في المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وسيكون عليه أحيانا أن ينتدب كقاضي وطرف في نفس الآن، مما قد يخلق مجموعة من الإشكالات، وبالتالي يثار التساؤل عن جدوى هذا الاستقلال. كما أنه لم تعط المؤسسة الوكيل العام المذكور أي مكانة دستورية تخول لها هذا المنصب الحساس، إذ كيف يتصور إسناد رئاسة النيابة العامة لمؤسسة لم ينص عليها الدستور ضمن تشكيلة المجلس الأعلى للأمن الذي يرأسه جلالة الملك، والتي من ضمنها وزير العدل والرئيس المنتدب للسلطة القضائية³، في حين لا وجود للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ضمن تشكيلة هذا المجلس الهام، كما أن هناك شخصيات ممثلة فيه من المفروض أنها تحت سلطة رئيس النيابة العامة، ومنها بعض المسؤولين عن الإدارات الأمنية، ومن بينهم المدير العام للأمن الوطني والمدير العام لإدارة مراقبة التراب الوطني اللذان يحلان صفة ضابط شرطة قضائية، فكيف يمكن تصور غياب الوكيل العام للملك رئيس النيابة العامة عن عضوية المجلس الأعلى للأمن وهو الضابط السامي للشرطة القضائية، وكيف يمكن لوزير العدل أن يكون عضواً في هذا المجلس وهو مجرد من صلاحياته كرئيس للنيابة العامة⁴ ؟

1- ينص الفصل 109 من الدستور على أنه :

"يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء؛ ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات، ولا يخضع لأي ضغط. يجب على القاضي، كلما اعتبر أن استقلاله مهدد، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

يعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة. يعاقب القانون كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة".

2- جعفر حسون، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، مرجع سابق.

3- تنص الفقرة الثالثة من الفصل 54 من الدستور على أنه :

"يضم المجلس الأعلى للأمن في تركيبته، علاوة على رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، والرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الوزراء المكلفين بالداخلية، والخارجية، والعدل، وإدارة الدفاع الوطني، وكذا المسؤولين عن الإدارات الأمنية، وضباط سامين بالقوات المسلحة الملكية، وكل شخصية أخرى يُعتبر حضورها مفيدا لأشغال المجلس".

4- يوسف وهابي، "المكانة الدستورية تبقى وزير العدل على رأس النيابة العامة"، جريدة الصباح، عدد 10 أبريل 2013.

أما بخصوص المسؤولية السياسية، فكما هو معروف فإن الوكيل العام للملك شخص غير مسؤول سياسياً، بالإضافة إلى أن مسؤوليته الجنائية وطريقة محاكمته غير واضحة، ومن الصعب تصور إسناد رئاسة النيابة العامة له دون ربط المسؤولية بالمحاسبة¹، أما وزير العدل فهو يسأل سياسياً أمام الملك²، وأمام رئيس الحكومة³، وأمام البرلمان⁴، وأمام الشعب كذلك من خلال صناديق الاقتراع، وطريقة محاكمته جنائياً فهي محددة بنص الدستور أيضاً⁵.

سادسا: ماذا لو تم سلك طريق ثالث لرئاسة النيابة العامة؟

قد يرى البعض بإمكانية سلك طريق ثالث، أي لا رئاسة وزارة العدل ولا الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض للنيابة العامة، غير أنه يجب أولاً تأسيس جهاز النيابة العامة بضوابطه قبل تعيين رئيس لها، وتمنح في هذا الصدد صلاحيات إدارية محددة لوزير العدل في علاقته برئيس النيابة العامة، أما المسائل القضائية فتكون لرئيس النيابة العامة في إطار الدستور والتي يحددها قانون السلطة القضائية.

لكن التخوف يأتي حسب بعض الباحثين، انطلاقاً من أن لا يكون دفاع التيار المحافظ داخل الجسم القضائي في اتجاه إبعاد النيابة العامة عن وزارة العدل؛ صادراً عن اقتناع بالمبدأ، لكنه يخشى مما يمكن أن تنتج صناديق الاقتراع، وخوفاً كذلك من شخصية الوزير وطابعه، ولذلك فإن الخوف كل الخوف من أن يكون الدفاع عن خروج النيابة العامة من دائرة نفوذ السلطة التنفيذية ليس حماية لاستقلالها، ولكن حتى تبقى هذه السلطة الحساسة محصورة في مربع معين⁶.

1- نفس المرجع.

2- تنص الفقرة الثالثة من الفصل 47 من الدستور على أنه:

"للملك، بمبادرة منه، بعد استشارة رئيس الحكومة، أن يعفي عضواً أو أكثر من أعضاء الحكومة من مهامهم".

3- تنص الفقرة الثانية من الفصل 89 من الدستور على أنه:

"تعمل الحكومة، تحت سلطة رئيسها، على تنفيذ البرنامج الحكومي وعلى ضمان تنفيذ القوانين".

- كما تنص الفقرة الأولى من الفصل 93 من الدستور على أن:

"الوزراء مسؤولون عن تنفيذ السياسة الحكومية كل في القطاع المكلف به، وفي إطار التضامن الحكومي".

4- تنص الفقرتان الأولى والثانية من الفصل 100 من الدستور على أنه:

"تُخصص بالأسبوعية جلسة في كل أسبوع لأستئلة أعضاء مجلسي البرلمان وأجوبة الحكومة.

تُدلي الحكومة بجوابها خلال العشرين يوماً الموالية لإحالة السؤال عليها".

5- ينص الفصل 94 من الدستور على أن:

"أعضاء الحكومة مسؤولون جنائياً أمام محاكم المملكة، عما يرتكبون من جنایات وجنح، أثناء ممارستهم لمهامهم.

يُحدد القانون المسطرة المتعلقة بهذه المسؤولية".

6- جعفر حسون، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، مرجع سابق.

خاتمة :

إذا كانت العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية لازالت تحتاج إلى تأطير، فإن القول بأن النص الدستوري لم يحسم في السلطة التي تتبع لها النيابة العامة، لا ينسجم كل الانسجام مع هذا القول، إذ لا يتفق معه العديد من الباحثين والمختصين بالشأن القانوني عامة وبإصلاح منظومة العدالة بشكل خاص¹، فيرون بأن الدستور تطرق إلى السلطة التي تتبع لها النيابة العامة في موضعين، من خلال الفصل 110²، ومن خلال الفصل 116³، الذين ينصان على عبارة "السلطة التي يتبعون لها"، وبالرغم من سكوتها عن هذه الجهة، فإنهما يكرسان للتبعية والتسلسلية، وهذا ليس له إلا تفسيراً واحداً وهو ضرورة خضوع النيابة العامة لسلطة ما وهي ليست سوى السلطة التنفيذية متمثلة في مؤسسة وزير العدل، ولذلك فمفهوم السلطة التي جاءت في الدستور لا تعني أي جهة أخرى غير وزير العدل، وإن كان قد أبعاد عن عضوية المجلس الأعلى للسلطة القضائية، الذي لا يعتقد أن فيه إشارة إلى إبعاده عن النيابة العامة⁴، فإن ذلك من شأنه أن يبعدة عن التحكم في مصير قضاة النيابة العامة، لتبقى له صلاحية تقديم تقارير تقييمهم للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الذي تعود له وحده سلطة تحديد مساهم المهني، لتبقى تبعيتهم له فيما عدا ذلك في إطار القانون.

أما بخصوص استقلالية النيابة العامة في أنظمة أخرى، فيلاحظ بأن هذه الأنظمة قد نصت بالمقابل على ضمانات هامة، وهو أن جهاز النيابة العامة نفسه يحاسب من خلال صناديق الاقتراع، إذ أن الأسلوب المعتمد في اختيار أعضاء النيابة العامة هو الانتخاب على أساس مدة محددة، وعلى أساس برنامج سياسي يحاسبون عليه كذلك، فإذا منحت النيابة العامة الاستقلال، ستبقى منطقية ومنسجمة مع ذاتها بتوفيرها شروط الاستقلالية هذه⁵، ولذلك وجب التحذير من مغبة المغامرة باستقلال النيابة العامة عن وزير العدل في ظل الظروف الحالية.

• لائحة المراجع المعتمدة :

- 1- أحمد الخمليشي، "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، مكتبة المعارف، 1979.
- 2- جعفر حسون، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، المنظمة من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بالتعاون مع جريدة أخبار اليوم المغربية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، 15 يونيو 2013.
- 3- رشيد مشقاقة، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، المنظمة من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بالتعاون مع جريدة أخبار اليوم المغربية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، 15 يونيو 2013.
- 4- عبد السلام العيماني، "دراسة في القانون: أي استقلال للنيابة العامة يكرس استقلال السلطة القضائية في الدستور؟ (الحلقة الثانية)"، جريدة الصباح، عدد 29 يناير 2013.

1- يوسف وهابي، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، مرجع سابق.

2- تنص الفقرة الثانية من الفصل 110 من الدستور على أنه :

"يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها".

3- تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 116 على أنه:

"يراعي المجلس الأعلى للسلطة القضائية، في القضايا التي تهم قضاة النيابة العامة، تقارير التقييم المقدمة من قبل السلطة التي يتبعون لها".

4- رشيد مشقاقة، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، المنظمة من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بالتعاون مع جريدة أخبار اليوم المغربية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، 15 يونيو 2013.

5- جعفر حسون، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، مرجع سابق.

5- محمد بنعليلو، "واقع عمل النيابة العامة في المغرب بين الممارسة القضائية وضمان الحقوق والحريات"، دراسة كلف بإنجازها من طرف المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، في إطار مشروع إقليمي يدعمه برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج إدارة الحكم في الدول العربية UNDP-POGAR - لتعزيز حكم القانون وتحديث النيابات العامة في الدول العربية.

6- يوسف وهابي، مداخلة في ندوة حول موضوع "أي منظور لاستقلال النيابة العامة على ضوء أحكام الدستور الجديد؟"، المنظمة من طرف منتدى الكرامة لحقوق الإنسان بالتعاون مع جريدة أخبار اليوم المغربية، بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية، 15 يونيو 2013.

7- يوسف وهابي، "المكانة الدستورية تبقي وزير العدل على رأس النيابة العامة"، جريدة الصباح، عدد 10 أبريل 2013.

النوقيف المؤقت عن العمل كإجراء تاديبى (دراسة علمية على ضوء القانون المغربى)



الدكتور : عبد الجبار كريمى
أستاذ التعليم العالى مساعد
المركز الجهوى لمهن التربية
والتكوين جهة دكالة - عبدة

مقدمة :

تحتل الوظيفة العمومية فى بلادنا و غيرها من الدول المعاصرة مكانة عالية باعتبارها مظهرا من مظاهر ممارسة الدولة لسلطتها السيادية. فهى تعبير واضح عن الأفكار و المبادئ و الأسس التى تقوم عليها الدولة. فوجودها رهين بوجود إدارة فعالة تعتمد على إستراتيجية واضحة المعالم لبلوغ أهداف مرتبطة بالسياسات العمومية و التوجهات الكبرى للبلاد فى كافة المجالات الاجتماعية، السياسة و الاقتصادية¹.

لكى تستطيع الدولة تنفيذ مخططاتها و الأهداف و الاستراتيجيات المسطرة، لا بد و أن تتوفر على موارد بشرية تعمل لحسابها. فالإدارة شخص معنوي لا يمكن لها أن تقوم بأعمالها و وظائفها إلا عن طريق أشخاص ذاتيين منتمين لها يأترون بأمرها و يعبرون عن إرادتها. وهؤلاء الأشخاص يحملون صفة الموظف العمومي، الذى يقوم بدور كبير فى تسيير المرافق التى تتفرع عن الإدارة العمومية. و نظرا للدور الذى تلعبه المرافق العمومية باعتبارها مرتبطة بالحياة اليومية للمواطنين، و لحجم الخدمات التى تقدمها لهم، لا بد و أن تتوفر على رأسمال بشري يتمتع بالكفاءة العلمية و المهنية التى يتطلبها الواجب المهني.

¹: أحمد عبد العال صبرى جلي، نظام الجدارة فى تولية الوظائف العامة، دارالجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص20.

إضافة إلى مجموعة من الشروط الواجب توفرها في من يريد الانخراط في سلك الوظيفة العمومية¹. فجودة الخدمات التي تقدمها الإدارة مرتبطة بمدى فعالية الموظف و تفانيه في خدمة الوطن و المواطنين.

ونظرا لأهمية الوظيفة العمومية فقد حرص المشرع المغربي منذ الاستقلال على استصدار النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية في 24 فبراير 1958 الذي يعتبر الإطار القانوني المنظم للوظيفة العمومية ببلادنا، حيث يعتبر بمثابة مرجعا قانونيا ينظم العلاقة بين الموظف و الإدارة. و من خلال علاقة التبعية التي تربط الموظف بإدارته، باعتباره أحد مكونات رأس مالها و مصدر ثرواتها، فهو يتمتع بقوة القانون بمجموعة من الحقوق التي تمكنه من الرقي بمستواه المهني و الاجتماعي إضافة إلى مجموعة من الواجبات التي يجب عليه القيام بها اتجاه إدارته. و على هذا الأساس فإن الموظف و بمناسبة ممارسته لمهامه الوظيفية قد يتهاون في أدائها، كما قد يستخدم السلطة الممنوحة له في غير محلها إضافة إلى مجموعة من الهفوات و الأخطاء التي يمكن أن تثير مسؤوليته القانونية، و بالتالي يصبح مخلًا بواجبه المهني اتجاه إدارته.

و الإخلال بالواجب المهني يمكن أن يتسبب في عرقلة سير المرفق العمومي و تعطيل مصالح المرتفقين المرتبطين به بطريقة مباشرة². مما يتيح للإدارة إمكانية إصدار عقوبات تأديبية في حق الموظفين المرتكبين لمثل هذه المخالفات وفق مسطرة تأديبية ثلاثية بين طبيعة الخطأ و العقوبة المقررة . و التأديب ليس غاية في حد ذاته و لكن تهدف الإدارة من ورائه أولا ضمان حسن سير المرافق العمومية و ثانيا مراقبة مدى التزام الموظفين بالضوابط القانونية التي من الواجب عليهم التقيد و الالتزام بها أثناء مزاولتهم لمهامهم. إضافة إلى مجموعة من الضمانات القانونية المخولة للموظف من أجل التمتع بجميع حقوقه حتى في مرحلة التأديب و ذلك لضمان العدل و المساواة بين الموظفين و كذلك درءا لكل تجاوز أو تعسف قد يتعرض له الموظف المخالف، و يظهر ذلك جليا من خلال القواعد الخاصة بمسطرة التأديب.

ويرتكز النظام التأديبي في المغرب على مبدأ المسؤولية باعتبار أن الموظف مسؤول عن أفعاله أثناء ممارسته للمهام الموكولة إليه. ينص الفصل 17 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على أن "كل موظف كيفما كانت رتبته في السلك الإداري مسؤول عن القيام بالمهام التي عهد بها إليه . كما أن الموظف المكلف بتسيير مصلحة من المصالح مسؤول أمام رؤسائه عن السلطة المخولة له لهذا الغرض وعن تنفيذ الأوامر الصادرة عنه ولا يبرأ في شيء من المسؤوليات الملقاة على عاتقه بسبب المسؤولية المنوطة بمروءوسيه . وكل هفوة يرتكبها الموظف في تأديبه وظيفته أو عند مباشرتها تعرضه لعقوبة تأديبية زيادة إن اقتضى الحال ، عن العقوبات التي ينص عليها القانون الجنائي". من الملاحظ أن المشرع المغربي من خلال هذا النص لم يفرق بين رتب الموظفين ولا درجاتهم لتحديد المسؤولية عن الخطأ المهني أو عن التجاوز في استعمال السلطة المخولة لكل موظف مكلف بتسيير مصلحة من المصالح بل

¹: يشترط الفصل 21 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية على من يريد تقلد الوظائف العمومية أن تتوفر فيه الشروط التالية:
- أن تكون له الجنسية المغربية.

- أن يكون متمتعا بالحقوق الوطنية و ذا مروءة.

- أن يكون مستوفيا لشروط القدرة البدنية التي يتطلبها القيام بالوظيفة.

- إن لم يكن في وضعية تتفق و مقتضيات قانون الخدمة العسكرية.

²: مليكة الصروح، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، أكتوبر 2001، ص 20.

أخضعهم لنظام تأديبي موحد يأخذ بعين الاعتبار درجة إخلال الموظف بواجباته المهنية المتعارف عليها زيادة عن العقوبات المسطرة في القانون الجنائي عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية الجنائية.

و نظرا لحساسية المرفق العمومي فإن المشرع المغربي لم يقيم بحصر لائحة المخالفات التي يمكن أن يرتكبها الموظف العمومي بل ترك ذلك لسلطة الإدارة التي يمكن أن تقرر نوع المخالفة من خلال الواجبات الملقة على عاتق الموظف، ولكنه فقط عمد إلى حصر لائحة العقوبات في الفصل 66 من النظام الأساسي العام، وهي مرتبة حسب تزايد خطورة الخطأ الذي ارتكبه الموظف، و الفصل 6 من المرسوم الملكي رقم 63.62 بتاريخ 17 ماي 1968 بالنسبة للموظفين المتمرنين.¹ و تختلف العقوبات حسب ما إذا كان الموظف مرسما أو متمرنا. وتنقسم العقوبات إلى ثلاثة أنواع، فهناك عقوبات ذات طابع معنوي كالإنذار و التوبيخ، و هناك عقوبات تتعلق بالوضعية المالية و المهنية للموظف كالحذف من لائحة الترقى، و الانحدار من الطبقة، و القهقرة من الرتبة، و هناك العقوبات التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف و إدارته و يتعلق الأمر بالعزل من غير توقيف الحق في التقاعد والعزل المصحوب بالحرمان من الحق في التقاعد. و المجلس التأديبي هي الجهة المخول لها قانونا البت في الملفات التأديبية الخاصة بهذين الصنفين من الموظفين. من بين العقوبات التي يمكن أن تطبق على هذين الصنفين، التوقيف المؤقت عن العمل مع الحرمان من كل أجره باستثناء التعويضات العائلية. علما أنه يمكن للإدارة أن تلجأ لتوقيف الموظف ليس كعقوبة تأديبية و لكن كإجراء احتياطي إذا كان الموظف متابع جنائيا حتى يتم إصدار الحكم النهائي. لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو الأساس القانوني لهذه العقوبة؟ و ما هي الحالات التي يمكن توقيف الموظف المخالف على أساسها؟ و ما هو رأي القضاء في مثل هذا النوع من الأجراء؟

للإجابة على هذه الأسئلة سنتناول الموضوع وفق التصميم التالي :

أولا: الأساس القانوني لعقوبة التوقيف المؤقت عن العمل.

1-دواعي إصدار عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل.

2- تطبيق عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل.

ثانيا: الضمانات المخولة للموظف ضد التوقيف المؤقت عن العمل.

1- الضمانات القانونية .

2- رقابة القضاء على القرارات التأديبية.

¹: تشمل العقوبات التأديبية المطبقة على الموظفين على ما يأتي، وهي مرتبة حسب تزايد الخطورة:

1-الإنذار،

2-التوبيخ،

3-الحذف من لائحة الترقى،

4-الانحدار من الطبقة،

5-القهقرة من الرتبة،

6-العزل من غير توقيف حق التقاعد،

7-العزل المصحوب بتوقيف التقاعد.

و هناك عقوبتان تكتسيان صبغة خصوصية، و هما الحرمان المؤقت من كل أجره باستثناء التعويضات العائلية و ذلك لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، و الإحالة الحتمية على التقاعد، و لا يمكن اصدرها هذه العقوبة الأخيرة إلا إذا كان الموظف مستوفيا للشروط المقررة في تشريع التقاعد.

و يقع الإنذار و التوبيخ بمقرر معلل تصدره السلطة التي لها حق التأديب من غير استشارة المجلس التأديبي و لكن بعد استدلاء بيانات المعني بالأمر، أما العقوبات الأخرى فتتخذ بعد استشارة المجلس التأديبي الذي تحال عليه القضية من طرف السلطة التي لها حق التأديب و ذلك بتقرير كتابي يتضمن بوضوح الأعمال التي يعاقب عليها الموظف و إن اقتضى الحال الظروف التي ارتكبت فيها.

المبحث الأول: الأساس القانوني لعقوبة التوقيف المؤقت عن العمل:

يقصد بالتوقيف المؤقت عن العمل الإجراء التأديبي الذي يمكن أن تتخذه الإدارة ضد الموظف الذي يتقاعس في إنجاز المهام الموكولة إليه أو عند ارتكابه لأفعال منافية للقوانين الجاري بها العمل. و يحدد الفصلان 66 و 73 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية الأساس القانوني لعقوبة التوقيف المؤقت عن العمل بالنسبة للموظفين الرسميين، وكذلك الفصل 6 من المرسوم الملكي رقم 63.62 الصادر بتاريخ 17 ماي 1968 بالنسبة للموظفين المتمرنين، حيث يتم تطبيقها على الصنفين بنفس الشروط و الكيفيات. لكن متى يمكن للإدارة تطبيق هذه العقوبة؟

1- دواعي إصدار عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل:

ينص الفصل 73 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه "إذا ارتكب أحد الموظفين هفوة خطيرة سواء كان يتعلق الأمر بإخلال في التزاماته المهنية أو بجنحة ماسة بالحق العام فإنه يوقف حالا من طرف السلطة التي لها حق التأديب..." يتبين من خلال هذه الفقرة أنه يتم توقيف الموظف المخالف مؤقتا عن العمل عند إخلاله بواجباته المهنية أو ارتكابه لجنحة ماسة بالحق العام¹ وبصفة عامة عند ارتكابه لخطأ مهني. و على هذا الأساس يكون التوقيف المؤقت عن العمل عبارة عن إجراء احتياطي ضد الموظف المخالف حتى يتبين للإدارة حقيقته من أجل اتخاذ العقوبة الملائمة. من الملاحظ أن المشرع المغربي لم يعط تعريفا دقيقا للخطأ في المجال التأديبي، و لكن قرنه بإخلال الموظف بواجباته المهنية حسب النصوص و القوانين الجاري بها العمل. بخلاف الفصل 78 من قانون التزامات و العقود الذي عرف الخطأ على أنه ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان ينبغي الامتناع عنه من غير قصد إحداث الضرر، و هو أحد أركان قيام مسؤولية الفرد عن أفعاله و سلوكه المنحرف إضافة إلى الضرر و العلاقة السببية بينهما. لكن في مجال الوظيفة العمومية الخطأ المهني أو الوظيفي مرتبط بالمهام الموكولة للموظف العمومي و التي يمكن أن تختلف من إدارة إلى أخرى، بغض النظر عن حدوث الضرر أم لا، لان الضرر ليس جزءا من المسؤولية الإدارية للموظف. لقد ترك المشرع تقدير الخطأ لسلطة الإدارة و ما يلزمها من حدود²، حيث تحدث في الفصل 17 من قانون الوظيفة العمومية عن الهفوة، والفصل 73 عن الهفوة الخطيرة. و الهفوة يقصد بها جميع الأفعال التي يرتكبها الموظف بمناسبة قيامه بواجباته المهنية و التي تكون مخالفة لأخلاقيات الوظيفة العمومية، كاستغلال النفوذ، إفشاء السر المهني و غيرها من الأفعال التي تخضع للسلطة التقديرية للإدارة وذلك من أجل تحديد مدى خطورتها و توقيع الجزاء الملائم على الموظف المخالف³. و الهفوة الخطيرة هي التي تستدعي التوقيف الآني عن العمل بحيث يصبح معها الموظف في نظر الإدارة غير مؤهل لممارسة عمله إلى حين التحقق من الأفعال المنسوبة إليه، و بالتالي توقيع العقوبة اللازمة في حقه بعد عرضه على أنظار المجلس التأديبي. ولا يشترط في فعل الموظف أن يكون عمديا لكي يعتبر خطأ مهنيا أو مخالفة إدارية، بل يكفي فقط الإخلال بالواجب المهني المفروض على الموظف الحريص في مثل موقع الموظف المخالف. و على هذا الأساس فإن السلطة التي لها صلاحية البث في ما إذا كان الخطأ المرتكب يشكل خطأ مهنيا أم لا، هي التي تكون مختصة في تحديد مشروعية المتابعة التأديبية من عدمها و ربطها بمسؤولية الموظف. و يظهر ذلك جليا عندما تعمد الإدارة إلى توقيف الموظف مؤقتا عن العمل كإجراء احتياطي إذا كان متهما بارتكاب جنحة أو جريمة تمس بالحق العام، حتى يتبين للإدارة حقيقة هذا الموظف من خلال الحكم القضائي النهائي الذي يبرئه أو يدينه، و بالتالي يمكن لها تحديد

¹: يقصد بذلك الجرائم و الجنح التي يعاقب عليها القانون الجنائي وقت ارتكابها، و التي يمكن أن يرتكبها الموظف العمومي سواء عند ممارسته لوظيفته كجريمة الرشوة و خيانة الأمانة، بل حتى لو ارتكبت خارج الوظيفة، خلال حياته اليومية، كالسرقة و الخيانة الزوجية، و غيرها من الأفعال التي تمس بالحق العام.

²: عبد الله المتوكل، الخطأ الفادح في التقدير أو الخطأ البين في التقدير، المجلة القانونية، عدد 58،

³: مليكة الصروح، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة و القضاء، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، 1984، ص 15.

العقوبة التأديبية اللازمة في حقه دون تعسف و لا استبداد يمكن أن يضر بمصلحة الموظف¹. و تجدر الإشارة أن رقابة القضاء على العقوبات التأديبية كفيلة بمنع تعسف الإدارة، و للقاضي الإداري أن يؤيد العقوبة التأديبية أو يحكم بعدم مشروعيتها إذا تبين له أن الفعل المنسوب للموظف غير موجود أو لا يتلاءم مع العقوبة الصادرة في حقه.

2- تطبيق عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل :

بحكم علاقة التبعية التي تربط الموظف العمومي بإدارته، يعتبر هذا الأخير جزءا منها، بحيث هو ملزم بالقيام بجميع الواجبات المهنية التي تفرضها عليه الوظيفة الموكولة إليه، و المحافظة على كرامة الوظيفة العمومية و الابتعاد عن كل ما من شأنه أن يسيء إليها سواء في أوقات العمل أو خارجها. و على هذا الأساس فالإدارة يمكنها في أي وقت تحريك المسطرة التأديبية في حق كل موظف إذا تبين لها ارتكابه لمخالفة إدارية. يمكن للإدارة توقيف الموظف المرسم مؤقتا عن العمل لمدة لا تتجاوز ستة أشهر مع حرمانه من كل أجره باستثناء التعويضات العائلية إذا تقاعس عن القيام بواجباته المهنية أو كان كثير التغيب عن العمل. ويمكن تطبيق نفس العقوبة على الموظف المتمرن و لكن لمدة لا تتجاوز شهران مع حرمانه من كل أجره باستثناء التعويضات العائلية².

تطبق هذه العقوبة على الموظف المخالف سواء كان مرسما أو متمرنا بنفس الشروط و الكيفيات، و يتم اقتراحها من طرف المجلس التأديبي. و يتعين هنا أن نميز بين ما إذا كان للموظف الذي ثبت في حقه الفعل المخالف سوابق تأديبية (حالة العود) أم انه ارتكب هفوة خطيرة .

أ- حالة العود :

إن الهدف الأساسي الذي تسعى إليه الإدارة هو ضمان استمرارية تأدية المرافق العمومية لخدماتها التي تقدمها للمواطنين على قدم المساواة. من أجل ذلك فالمرجع المغربي أعطى للإدارة حق إصدار عقوبات الإنذار و التوبيخ دون استشارة المجلس التأديبي إذا لم يكن للموظف سوابق تأديبية، بعد استفساره عن المخالفة الموجهة إليه. و مثال ذلك الموظف الذي يتغيب عن العمل بصفة غير مشروعة، أو الذي يتجاوز حدود الأدب و اللياقة عند مخاطبة رؤسائه في العمل. و مثل هذه التصرفات يمكن أن تسيء للإدارة و الموظف على حد سواء و خصوصا إذا كانت تتكرر باستمرار، حيث يعتبر الموظف في حالة العود و بالتالي تضطر الإدارة إلى سلوك المسطرة التأديبية الأشد احتراماً لمبدأ تناسب العقوبة مع الفعل المخالف.

تطبيقا لمقتضيات الفصل 73 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية يمكن مكاتب الإدارة المركزية من أجل استصدار قرار توقيف الموظف مؤقتا عن العمل مباشرة أو بعد عرضه على أنظار المجلس التأديبي إذا تبين أن للموظف سوابق تأديبية و أن جميع العقوبات التي اتخذت في حقه لم تساهم في الحد من تصرفاته التي انعكست على سلوكه الوظيفي. و على هذا الأساس يجب تمكين الإدارة التي لها صلاحية إصدار قرار العقوبة من جميع الوثائق و المستندات التي تثبت الأفعال المنسوبة إلى الموظف و كذلك التي تثبت العقوبات التي سبق اتخاذها في حقه. وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الإدارية³ بالرباط بتاريخ 1998/06/25 حكما أيدت فيه قرار وزير التربية الوطنية من أجل توقيف أستاذ كان يشغل مهمة رئيس مجلس جماعي نظرا لتقاعسه عن مزاولة عمله التربوي الأساسي . و ذلك لان من واجبه التوفيق بين العاملين معا بشكل لا يضر بمصلحة التلاميذ عن طريق إشعار الإدارة مسبقا بأوقات غيابه حتى تتمكن الإدارة من ترتيب حصصه الدراسية على نحو يتماشى و مهمته الجماعية.

¹: عمر فؤاد بركات، السلطة التأديبية، مكتبة النهضة العربية، 1979، ص 90.

²: الفصل 6 من المرسوم الملكي رقم 68.62 الصادر بتاريخ 17 مايو 1968.

³: المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 633 صادر بتاريخ 1998/06/25.

ب- حالة ارتكاب الموظف لهفوة خطيرة :

تحدث الفصل 73 من قانون الوظيفة العمومية عن الهفوة الخطير أو جنحة ماسة بالنظام العام، حيث أعطى المشرع المغربي الحق للإدارة بتوقيف الموظف مباشرة أو بعد عرضه على أنظار المجلس التأديبي، بعد التأكد من خطورة الفعل المرتكب. لذلك حول المشرع للإدارة سلطة تقدير وتكييف الأفعال التي يمكن أن يرتكبها الموظف العمومي و تؤدي به إلى عقوبة تأديبية ، و ذلك من خلال الواجبات الملقة على عاتقه باحترام الضوابط القانونية و القواعد المنظمة للمرافق العمومية.

يمكن توقيف الموظف مؤقتا عن العمل عند ارتكابه لجنحة ماسة بالنظام العام. و في هذا الاتجاه قام وزير التربية الوطنية بإصدار قرار بتاريخ 15/02/1993 قضي بتوقيف معلم مؤقتا عن العمل بناية بن سليمان نظرا لاعتقاله بتهمة الخيانة الزوجية إلى حين موافاة وزير التربية الوطنية بالحكم النهائي الذي سيصدر في حقه، قصد عرضه على أنظار المجلس التأديبي. و بعد سقوط الدعوى العمومية بقرار صادر عن محكمة الاستئناف، تقرر إحالة المعلم على أنظار المجلس التأديبي الذي أصدر في حقه عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل لمدة عشرين يوما. من الملاحظ أن الوزارة من خلال هذه النازلة قامت بتوقيف الموظف مؤقتا عن العمل كإجراء احتياطي إلى حين صدور الحكم الذي يبرئ أو يدين المتهم، و ذلك لأنها تعتبر أن الفعل الذي ارتكبه الموظف و لو خارج أوقات عمله يمكن أن يسيء إلى الإدارة أكثر مما يسيء إلى الموظف. على اعتبار أن الجنحة أو الجريمة يمكن أن تؤدي إلى إدانة الموظف وإحالة على مؤسسة سجنية، مما يؤدي إلى عدم قدرته على القيام بواجباته المهنية مما يعطي الحق للدارة بعقد المجلس التأديبي غيابيا من أجل البث في النازلة و اقتراح العقوبة اللازمة في حقه و التي يمكن أن تصل إلى العزل .

و تجدر الإشارة أنه تطبيقا للفصل 73 من قانون الوظيفة العمومية يجب أن يتضمن قرار التوقيف المؤقت عن العمل بوضوح أن المعني بالأمر يحتفظ بمرتبه كاملا طيلة مدة التوقيف أو أن يبين قدر ما سيتحملة الموظف من الاقطاع. باستثناء التعويضات العائلية التي يضل المعني بالأمر، يتقاضاها كاملة طيلة مدة التوقيف. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 12/12/1996، حيث أكدت أن قرار حرمان الموظف المتابع جنائيا من كل أجرته طيلة مدة التوقيف بالرغم أن قرار التوقيف لم ينص على هذا التدبير يشكل مخالفة صريحة لنص الفصل 73 من ظهير 24/02/1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، مما يستدعي التصريح بإلغائه¹. في حالة ما إذا انتقل الموظف قبل عرضه على أنظار المجلس التأديبي، يتم إرسال الملف التأديبي إلى الجهة التي انتقل إليها مع التأكيد على إتمام المسطرة التأديبية في حقه. تتم أيضا بنفس الكيفية في حالة ما إذا كان الموظف في وضعية إلحاق، حيث يتم إعداد ملفه التأديبي و إرساله إلى إدارته الأصلية من أجل عرضه على أنظار المجلس التأديبي و اقتراح العقوبة المناسبة ، و ذلك عملا بمقتضيات الفصل 65 من قانون الوظيفة العمومية الذي ينص على أن السلطة التي تختص بحق التأديب هي السلطة التي لها حق التسمية.

و ضمنا لحقوق الموظف المتابع تأديبيا ألزم المشرع المغربي الإدارة باحترام مجموعة القواعد المسطرية التي تهتم طريقة تشكيل المجالس و اختصاصاتها²، إضافة إلى قواعد خاصة تهتم كيفية انعقاد هذه المجالس و الإجراءات الخاصة بانعقادها إلى شروط عقدها. وتجدر الإشارة أن هذه القواعد تعتبر من النظام العام بحيث يؤدي عدم احترامها إلى إلغاء قرارات الإدارة من طرف القضاء الإداري الذي يعتبر الجهة التي تمارس الرقابة القضائية و احترام الإدارة للقانون.

¹المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم عدد 334 بتاريخ 12/12/1996، ملف رقم:95/147.

²مرسوم رقم 2.59.0200 الصادر في 5 ماي 1959 المتعلق باللجان الإدارية المتساوية الأعضاء.

المبحث الثاني: الضمانات المخولة للموظف ضد التوقيف المؤقت عن العمل.

يتمتع الموظف المعروف على أنظار المجلس التأديبي للبت في الأفعال المنسوبة إليه بمجموعة من الضمانات سواء منها القانونية، أي المنصوص عليها صراحة بقوة القانون أو الضمانات القضائية، حيث أن قرارات الإدارة المغربية تخضع جلها لرقابة القضاء الإداري. فالموظف العمومي الذي يتضرر من جراء قرار إداري يمكن له مراجعة هذا القرار عن طريق القضاء الذي يمكن أن يؤيد أو يلغي هذا القرار.

1- الضمانات القانونية المخولة للموظف المتابع تأديبيا:

إلى جانب الإجراءات المسطرية الواجب سلوكها من طرف الإدارة عند متابعة الموظف العمومي، يمنح النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية للموظف الموقوف مؤقتا عن العمل مجموعة من الحقوق أثناء عرضه على أنظار المجلس التأديبي، كحقه في الاطلاع على الملف التأديبي، حقه في الدفاع، حقه في تقديم الحجج القانونية و كذلك الحق في إحضار الشهود وغيرها من الحقوق التي تمكنه من ضمان متابعة عادلة و شفافة.

أ- الحق في الاستدعاء للممثل أمام المجلس التأديبي:

إلى جانب استدعاء أعضاء المجلس التأديبي يجب على الإدارة توجيه استدعاء الموظف الموقوف مؤقتا عن العمل مقابل إشعار بالتوصل، مع الإشارة في الاستدعاء إلى سبب الإحالة على أنظار المجلس التأديبي، إضافة إلى تحديد زمان و مكان انعقاد المجلس. يعتبر الاستدعاء أو الإخطار من النظام العام بحيث يمكن للموظف الذي صدرت في حقه عقوبات تأديبية غيابيا الطعن أمام القضاء الإداري بسبب عدم التوصل بالاستدعاء لحضور الجلسة التأديبية. و في هذا الصدد أصدرت المحكمة الإدارية بمراكش¹ حكما يقضي بإلغاء المقرر التأديبي ضد موظف عمومي نظرا لأنه يتسم بالشطط في استعمال السلطة، بعد ما تبين للمحكمة أنه لا يوجد من بين وثائق الملف ما يفيد أن المعني بالأمر قد وقع استدعاؤه للممثل أمام المجلس التأديبي، الشيء الذي اعتبرته المحكمة هدرا لحقوق الدفاع و حرمان الموظف المتهم من الضمانات المنصوص عليها قانونا. و يجب أن يبعث الاستدعاء إلى محل إقامة الموظف المتهم و داخل الأجل القانوني، حتى يتمكن الموظف من المثل أمام المجلس في المكان و الزمان المحددين في الاستدعاء. و على هذا الأساس فلا استدعاء الذي لم تحترم فيه الإدارة المقتضيات القانونية يمكن أن يعرض قرارها بإدانة الموظف المتهم للإلغاء من طرف القضاء².

ب- الحق في الاطلاع على الملف التأديبي:

يعطي الفصل 67 من قانون الوظيفة العمومية للموظف المتهم أو من سيدافع عنه الحق في الاطلاع على ملفه الشخصي الخاص بالمتابعة بتمامه وعلى جميع الوثائق الملحقة به وذلك بمجرد ما تقام عليه دعوى التأديب. إن حق الاطلاع على ملف المتابعة التأديبية يعطي للموظف فكرة حول الأفعال المنسوبة إليه و معرفة تفاصيلها و كذلك الظروف المحيطة بها، حتى يتسنى له تهيئ جميع الوسائل القانونية التي تمكنه من الدفاع عن نفسه أو توكيل محام للدفاع عنه أو اختيار أحد الموظفين ينتمي لدرجته أو لدرجة أعلى من أجل الدفاع عنه أثناء الجلسة مع وجوب إخبار الإدارة بذلك قبل يوم انعقاد الجلسة التأديبية. يعتبر القضاء الإداري هذا الحق من الضمانات الأساسية الذي يؤدي عدم احترامها من طرف الإدارة إلى إلغاء قراراتها التأديبية، و على هذا الأساس أصدرت المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 11/03/1999 حكما يقضي بإلغاء القرار التأديبي الصادر عن الإدارة لعدم تقييدها بالإجراءات القانونية الواردة في الفصل 67 من قانون الوظيفة العمومية الذي يتعلق بحقوق الدفاع³.

¹: المحكمة الإدارية بمراكش، حكم عدد 12 بتاريخ 25/04/1996 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية عدد 17 ص 180.

²: المحكمة الإدارية بوجدة، حكم عدد 24 بتاريخ 23/01/2002 منشور بالدليل العلمي الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني، ص 20.

³: المحكمة الإدارية بمكناس، حكم عدد 25 بتاريخ، 11/03/1999 منشور بمجلة المحاماة عدد 13 ص 129.

ج- الحق في تقديم الوثائق و الحجج التي تبرئه.

يحق للموظف أثناء عرضه على أنظار المجلس التأديبي الرد على جميع الأفعال المنسوبة إليه بجميع الأشكال المتاحة قانونا و ذلك إما كتابة عبر تقديم الحجج و الدلائل التي يمكن أن تبرئه أو بطريقة شفوية ، كما يمكن له أن يحضر بعض الشهود للإدلاء بشهادتهم أمام أعضاء اللجنة المذكورة. و تجدر الإشارة أن عدم تمتيع الموظف في إطار الضمانات الأساسية التي يخولها له القانون حقه في الدفاع يجعل قرارات الإدارة الصادرة في هذا الشأن مشوبة بعدم المشروعية في إجراءات اتخاذها و بالتالي يمكن أن تتعرض للإلغاء من طرف القضاء الإداري¹. فالإدارة مطالبة بالإنصات لدفعات الموظف المتهم و إعطائه الفرصة اللازمة للدفاع عن نفسه و محاولة إقناع أعضاء المجلس بجميع الوسائل القانونية، و يمكن أيضا للإدارة إحضار شهود من أجل تعزيز موقفها أمام أعضاء المجلس.

كما يمكن حسب الفصل 68 من قانون الوظيفة العمومية للمجلس إجراء بحث تكميلي من أجل تعزيز ملف المتابعة حول الأعمال المؤاخذ عليها الموظف و الظروف التي ارتكبت خلالها تلك الأعمال. و على هذا الأساس يجب أن يدلي المجلس برأيه معللا بالأسباب في العقوبة المتخذة حسب الأفعال المنسوبة إلى الموظف، في أجل شهر ابتداء من يوم النازلة، و يمتد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر عند القيام ببحث². و في حالة متابعة الموظف لدى محكمة زجرية يمكن للمجلس التأديبي أن يؤجل الإدلاء برأيه إلى غاية صدور الحكم النهائي³. و في ختام أشغال المجلس التأديبي يحق للموظف الحصول على شهادة الحضور تثبت مثوله أمام أعضاء اللجنة.

يوجه المجلس بعد نهاية أشغاله رأيه إلى السلطة التي لها حق إصدار العقوبة التأديبية و التي لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تصدر عقوبة أشد من التي يقترحها المجلس التأديبي إلا بعد موافقة رئيس الحكومة⁴. كما تلتزم الإدارة بتبليغ قرار العقوبة إلى الموظف المعني.

د- سحب العقوبة بعد انصرام الأجل القانونية.

طبقا للفصل 75 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، يمكن للموظف الذي صدرت في حقه عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل و الذي لم يقع إخراجه من سلك الوظيفة العمومية و بعد مرور 10 سنوات أن يتقدم إلى الوزير المعني بطلب يلتمس من خلاله سحب العقوبة من ملفه الإداري. وإذا تبين للإدارة بعد تطبيق هذه العقوبة أن سيرة الموظف أصبحت مرضية أي أن الهدف من العقوبة قد تحقق و هو إصلاح الموظف، فإن الوزير يستجيب لطلبه بعد استشارة المجلس التأديبي الذي يعقد جلسته غيابيا دون حضور الموظف المعني بالأمر للبت في طلب سحب العقوبة، حيث يقوم المجلس بالإدلاء برأيه بالرفض أو القبول في محضر يبعث إلى الإدارة الوصية، و بالتالي يبقى لها صلاحية اتخاذ القرار النهائي.

2- رقابة القضاء على القرارات الإدارية :

من الضمانات التي يتمتع بها الموظف العمومي رقابة القاضي الإداري على القرارات الصادرة عن الإدارة المغربية التي تقضي بمثل هذا النوع من العقوبة. و على هذا الأساس يمكن للموظف الذي يشعر أنه تعرض لظلم من جراء قرار التوقيف المؤقت عن العمل أو عدم تطبيق العقوبة بشكل صحيح أن يتقدم إلى القضاء و المطالبة

¹: المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 30 بتاريخ 17/3/1998 غير منشور.

²: الفصل 70 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

³: الفصل 68 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

⁴: الفصل 71 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

بالغاء القرار الإداري بحجة الشطط في استعمال السلطة¹. و هذا ما تؤكد المادة 20 من القانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية، حيث تنص على أن: " كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعيب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزا في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة". و التجاوز في استعمال السلطة يقصد به الإساءة في استعمال السلطة من طرف الإدارة التي لها سلطات تقديرية و ليست مقيدة².

و تجدر الإشارة أن هناك مجموعة من القرارات الإدارية التي تقضي بتطبيق عقوبة التوقيف عن العمل بسبب خطأ مهني كانت صائبة و تم تأييدها من طرف القاضي الإداري. و يعني أن القضاء يمكن أي يؤيد قرار العقوبة إذا تبين له أنها اتخذت بشكل قانوني. فرقابة القضاء تستدعي التطبيق الأمثل للقانون سواء بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتأييده.

أ- الموقف المؤيد لقرار عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل :

يمكن للقاضي الإداري عند فحص القرار الإداري المطعون فيه أمامها من طرف الموظف الذي صدرت في حقه العقوبة، أن يؤيده إذا تبين أن القرار قد أحترم الشكليات الإجرائية القانونية، أو أنه صدر غير متمس بالتجاوز في السلطة، أو أنه صدر من الجهة المختصة و معللا تعليلا كافيا. وفي هذا الاتجاه أصدرت المحكمة الإدارية³ بالرباط بتاريخ 1998/06/25 حكما أيدت فيه قرار وزير التربية الوطنية من أجل توقيف أستاذ كان يشغل مهمة رئيس مجلس جماعي نظرا لتقاعسه عن مزاولة عمله التربوي الأساسي. و ذلك لان من واجبه التوفيق بين العاملين معا بشكل لا يضر بمصلحة التلاميذ عن طريق إشعار الإدارة مسبقا بأوقات غيابه حتى تتمكن الإدارة من ترتيب حصصه الدراسية على نحو يتماشى و مهمته الجماعية. عند فحص ملف النازلة تبين للقاضي الإداري أن قرار السلطة الوصية غير متمس بالتجاوز في استعمال السلطة و ذلك لان الإدارة استنفذت جميع الإجراءات القانونية بدءا باستفسار الموظف عن التغييرات الكثيرة و هذا أكده رئيسه المباشر في التقارير الصادرة في حقه التي تبين أن المعني بالأمر قد استنفذ الرخص القانونية التي تسمح له بالتغيب بسبب عمله كرئيس جماعي، إضافة إلى تقرير التفتيش الذي يبين بوضوح التأخر الحاصل في الدروس بسبب كثرة التغيب. هذا بالإضافة إلى أن المعني بالأمر كان ينقصه الاحترام الواجب لسلطة الإدارة، حيث كان يخاطب رؤسائه بصفته رئيسا للجماعة و ليس بصفته موظفا بوزارة التربية الوطنية.

وبعد اطلاع المحكمة على ملف النازلة تبين لها أن الإدارة محقة في قرارها و ذلك لثبوت الأفعال المنسوبة إلى الطاعن، و على هذا الأساس اعتبرت المحكمة القرار غير متمس بالتجاوز في استعمال السلطة و بالتالي تم تأييده.

ب- الموقف المعارض لقرار عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل.

يمكن للقاضي إلغاء قرار صدر بتوقيع عقوبة التوقيف المؤقت عن العمل ضد الموظف العمومي لعدم احترامه للنصوص و مقتضيات القانونية الجاري بها العمل. و هذا أكدته المحكمة الإدارية بمكناس⁴ بتاريخ 1996/04/11 لما

¹ حسب المادة 8 من القانون 41/90 "تختص المحاكم الإدارية مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون، بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة..."

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف في استعمال السلطة كسبب للإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 54

³ المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 633 صادر بتاريخ 1998/06/25، غير منشور.

⁴ المحكمة الإدارية بمكناس، حكم 96/10، صادر بتاريخ 1996/04/11، غير منشور.

اعتبرت أن عدم إحالة الموظف المعرض للتوقيف داخل أجل أربعة أشهر على المجلس التأديبي طبقاً لمقتضيات الفصل 73 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية يجعل القرار مشوباً بعيب مخالفة القانون و بالتالي معرض للإلغاء. في هذه النازلة تم توقيف أستاذ مؤقتاً عن العمل من طرف النائب الإقليمي لوزير التربية الوطنية بلحي الحمدي عين السبع بدعوى أنه لم يسلم مفاتيح السكن الإداري الذي كان يقطنه بمجموعة مدارس المهاية، رغم إنذاره وإمهاله مدة أكثر من سنة ونصف، قبل انتقاله. هذا التصرف اعتبره النائب الإقليمي خطأ مهنياً يستحق عليه التوقيف احتياطياً عن العمل مع حرمانه من كل أجره باستثناء التعويضات العائلية إلى حين عرضه على أنظار المجلس التأديبي. بعد اطلاع المحكمة تبين لها أن القرار المطعون فيه يخالف مقتضيات الفصل 73 من قانون الوظيفة العمومية، وذلك لأن الموظف تم توقيفه و لم تتم إحالته على أنظار المجلس التأديبي داخل أجل أربعة أشهر مما يشكل خرقاً للقانون يستدعي معه إلغاء المطعون فيه و ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية. وهذا ما أكدته اجتهاد المجلس الأعلى بتاريخ 18 شتنبر 1986 في قرار له، حيث أكد: "و حيث أن الطاعن تم توقيفه عن عمله من تاريخ 10/05/1983 و لم يعرض على المجلس التأديبي إلا في تاريخ 12/03/1984، و هذا فيه مخالفة لمقتضيات الفصل 73 من ظهير 24 فبراير 1958 الذي ينص على أن وضعية المعني بالأمر يجب تسويتها نهائياً داخل أجل أربعة أشهر من تاريخ التوقيف عن العمل"¹، و تبعاً لذلك قضى بإلغاء القرار المطعون فيه.

و هناك أيضاً الحالة التي يحكم فيها القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري بسبب انعدام التعليل. و في هذا الاتجاه صدر حكم عن المحكمة الابتدائية بمراكش² بتاريخ 05/06/2002 يقضي بإلغاء قرار وزير التربية الوطنية الذي قضى بتوقيف أستاذ، يعمل بإعدادية سيدي واصل بناية أسفي بعدما تم عرضه على أنظار المجلس التأديبي، لمدة شهر مع حرمانه من كل أجره باستثناء التعويضات العائلية بتهمة أنه كان وراء تلميذة قامت برفع شكاية إلى السيد النائب الإقليمي بمدينة أسفي تتهم فيها مدير الإعدادية بالتحرش. فتم على إثرها عرض الأستاذ على أنظار المجلس التأديبي. و بعد إصدار العقوبة من طرف وزير التربية الوطنية قام الأستاذ بالطعن في القرار المذكور أمام المحكمة الإدارية بمراكش التي حكمت بإلغاء القرار الأسباب التالية:

- عدم توفر وسائل الإثبات ضد الأستاذ،

- خرق حقوق الدفاع،

- عدم إجراء بحث للتحقق من مدى صحة الأفعال المنسوبة إلى الأستاذ المتهم. و تجدر الإشارة أن المفوض القضائي للمملكة قام باستئناف هذا الحكم لدى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى³ بتاريخ 04/1/2003، التي أيدت بدورها هذا الحكم بقرارها الصادر بتاريخ 08/01/2004.

خاتمة:

مما تقدم يتضح جلياً أن التوقيف المؤقت عن العمل يمكن أن تلجأ الإدارة لإجراء احتياطي ضد الموظف المتهم إلى حين عرضه على أنظار المجلس التأديبي و بالتالي اقتراح العقوبة اللازمة في حقه. كما يمكن أن يأخذ شكل عقوبة تأديبية إذا تم عرض الموظف المتهم مباشرة على أنظار المجلس التأديبي و تم اقتراحها كعقوبة تأديبية و تم تبنيها

¹: المجلس الأعلى، قرار رقم 159، صادر بتاريخ 18 شتنبر 1989.

²: المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم عدد 58 الصادر بتاريخ 05/06/2002.

³: المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 20 الصادر بتاريخ 08/04/2004.

من طرف السلطة التي لها حق التأديب. لكن كيفما كان القصد من تطبيق هذا الإجراء، يجب على الإدارة تطبيقه بشكل لا يضر بمصلحة الموظف وخصوصا عندما تطول مدة التوقيف في حالة ما إذا كان الموظف متابع جنائيا. فالإدارة من خلال سلطتها التقديرية مطالبة دائما بالتطبيق الأمثل للقانون شكلا و مضمونا و احترام جميع الضمانات القانونية المخولة للموظف حين المتابعة التأديبية و ذلك من أجل إصدار قرارات صائبة سواء بإدانة أو ببراءة الموظف المتهم. لان هذا الأخير يتمتع أيضا بضمانات قضائية يمارسها القاضي الإداري من خلال رقابته على القرارات الإدارية الصادرة في حق الموظف العمومي. و تجدر الإشارة أنه إلى جانب دعوى الإلغاء المخولة للموظف ضد القرارات التأديبية الصادرة في حقه، هناك دعوى التعويض التي يمكن للموظف الذي تضرر من جراء تصرف الإدارة أن يرفعها أمام القاضي الإداري في إطار دعاوى القضاء الشامل للمطالبة بجبر الضرر، و ذلك لأن اللجوء إليها يظل مفتوحا أمام المحكمة و خصوصا في حالة فوات الأجل القانوني على دعوى الإلغاء (60 يوما).

• المراجع المعتمدة :

- أحمد عبد العال صبري جليبي، نظام الجدارة في تولى الوظائف العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- مليكة الصروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، أكتوبر 2001.
- مليكة الصروخ، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة و القضاء، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه، مطبعة الجبلابي، القاهرة، 1984.
- عبد الله المتوكل، الخطأ الفادح في التقدير أو الخطأ البين في التقدير، المجلة القانونية، عدد 58.
- عمر فؤاد بركات، السلطة التأديبية، مكتبة النهضة العربية، 1979.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف في استعمال السلطة كسبب للإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001
- النصوص القانونية :
- قانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية الصادر في 03 نوفمبر 1993.
- المرسوم الملكي رقم 68.62 الصادر بتاريخ 17 مايو 1968.
- ظهير 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- مرسوم رقم 2.59.0200 الصادر في 5 ماي 1959 المتعلق باللجان الإدارية المتساوية الأعضاء.
- ظهير التزامات و العقود الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 .
- الأحكام و القرارات القضائية :
- المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم عدد 58 الصادر بتاريخ 2002/06/05.
- المحكمة الإدارية بوجدة، حكم عدد 24 بتاريخ 2002/01/23 منشور بالدليل العلمي الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني.
- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 20 الصادر بتاريخ 2004/04/08.
- المحكمة الإدارية بمكناس، حكم عدد 25 بتاريخ، 1999/03/11 منشور بمجلة المحاماة عدد 13.
- المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 633 صادر بتاريخ 1998/06/25.
- المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 30 بتاريخ 1998/3/17
- المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم عدد 334 بتاريخ 1996/12/12،
- المحكمة الإدارية بمكناس، حكم 96/10، صادر بتاريخ 1996/04/11.
- المحكمة الإدارية بمراكش، حكم عدد 12 بتاريخ 1996/04/25 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية عدد 17.
- المجلس الأعلى، قرار رقم 159، صادر بتاريخ 18 شتنبر 1989.

إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني - دراسة فقهية قضائية مقارنة وفقاً للإحكام المنظمة للإثبات -

(الجزء الأول : عبء إثبات القانون الأجنبي)



إعداد الدكتور باسم محمد فتحي هارون

دكتوراه في القانون المدني من كلية الحقوق

جامعة بني سويف مصر، مدرس القانون المدني بكلية

القانون جامعة دنون مملكة البحرين سابقاً، محكم دولي معتمد

المقدمة :

تزايدت في الآونة الأخيرة المنازعات التي تثير تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ويرجع ذلك إلى عوامل متعددة، يأتي في مقدمتها تطور وسائل الاتصالات، وتنوعها، وانتشار ما يسمى بعقود التجارة الإلكترونية، فضلاً عن الأسباب التقليدية المعروفة. فقد تحول العالم إلى قرية صغيرة، وتنوعت العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الشعوب المختلفة. وقد فرض نشأة هذه العلاقات الحاجة لوجود قانون ينظمها، ويحكم القاضي بموجبه في حالة حدوث نزاع. ونظراً لارتباط هذه العلاقات بأكثر من دولة؛ لذا يكون من غير المناسب إخضاعها جميعاً للقانون الوطني، الذي يكون في كثير من الأحيان غير متناسب مع خصوصيتها. لذلك أفسحت أغلب الدول المجال لتطبيق القوانين الأجنبية أمام قضاءها الوطني، بموجب نصوص تشريعية، تسمى بقواعد الإسناد التشريعي.⁽¹⁾ فإذا ما أشارت

(1) - هذا ما يطلق عليه تنازع القوانين. ويقصد به تعدد القوانين التي يحتمل تطبيقها في نزاع، نظراً لوجود علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي؛ لاختيار القانون الأكثر ملائمة لينطبق على النزاع. الدكتور/ ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقارن - الطبعة الثانية - مطبعة دار الحكومة - دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٧ - ص ٢٥٦. وكان السائد قديماً هو مبدأ إقليمية القانون، أي تطبيق قانون الدولة على جميع العلاقات القانونية على إقليمها، مما كان يحول دون قيام تنازع القوانين. فقانون الدولة هو وحده الذي يحكم جميع القضايا. لكن تعدد العلاقات وانتشارها أدى إلى الاعتراف بمفهوم نسبي لمبدأ إقليمية القانون، بتقرير استثناءات اقتضتها مصلحة المجتمع الوطني والدولي معاً. وكانت الفكرة السائدة قديماً أن أساس تطبيق القانون الأجنبي يتمثل في قواعد المجاملة الدولية، وفق ما قالت به المدرسة الهولندية. إلا أن تطور الفكر القانوني أفرز أفكاراً أخرى وانتهى إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يقوم على أساس ملزم، مصدره القانونين الداخلي والدولي معاً. كما أفرز التطور فكرة أخرى تتمثل في قواعد العدالة والملائمة، أي أكثر القوانين ملائمة وعدالة لتنظيم العلاقة. وبذلك فإن المشرع الوطني في كل دولة يراعي أن يكون القانون الذي يحكم العلاقة هو الأكثر ملائمة وعدالة.

قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي بحكم العلاقة؛ فإنه يجب تطبيقه على النزاع، وفق ضوابط وشروط كثيرة، لا تدخل دراستها في موضوع هذا البحث. لكن ما يهمنا ويدور حوله موضوع هذا البحث أن القاضي الوطني يكون ملزماً بتطبيق قانون لا يعرفه، فهو وكما يشبه الفقه كمن يقفز في الظلام. من هنا يظهر إطار موضوع البحث، حول إثبات هذا القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. وبذلك فلن نتناول قواعد التكييف والإسناد وغيرها من المسائل التي تدخل في نطاق دراسة القانون الدولي الخاص، ونحيل بشأنها للمراجع العامة والمتخصصة.⁽¹⁾ ولذلك سوف يقتصر موضوع البحث على بيان إثبات القانون الأجنبي، وفقاً لقواعد الإثبات التي يطبقها القاضي الوطني. ويقصد بالقانون الأجنبي، القواعد القانونية المعمول بها في الدولة التي أشارت إليها قواعد الإسناد؛ ليحكم بموجبها في النزاع. ومفهوم القاعدة القانونية في هذا الصدد مفهوم واسع، بحيث يشمل مصادر القاعدة، الأصلية والاحتياطية. وتمهيداً لهذا البحث سوف نعرض لبعض المفاهيم الأساسية، كما هو على نحو ما يلي.

• محل الإثبات : (2)

يقصد بمحل الإثبات ما يتم إثباته، والإثبات لا يرد على الحق المدعى به، لكن يرد على الواقعة القانونية⁽³⁾ التي تعد مصدراً للحق. حيث يجب على الشخص إثباتها، لأن الحق ليس إلا أثر يترتب عليها.⁽⁴⁾ ومصدر الحق يكون واقعة معينة هي التي أنشأته، سواء أكان في صورة نشأة حق جديد أو انقضاء حق قائم أو انتقاله.⁽⁵⁾ وعندما يثار النزاع أمام القضاء، يعرض الخصوم خليطاً من الوقائع والقواعد القانونية، ويطالبون بتطبيق الأخيرة على الأولى. وهنا يثور تساؤل هل يقع على عاتق الخصوم إثبات الوقائع، وكذلك إثبات القواعد القانونية؟

(1) - تدخل دراسة هذه الشروط تحت مظلة القانون الدولي الخاص، لذلك نحيل بشأن بيانها للمراجع العامة والمتخصصة في هذا الفرع من فروع القانون. مع التأكيد على أننا قد استعنا ببعض هذه المراجع، وورد ذكرها في موضعها من هذا البحث.

(2) - الإثبات القانوني أو ما يطلق عليه الإثبات القضائي يقصد به: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها". الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين، القاهرة 2007، بند 10 ص 12، الدكتور/ باسم محمد فتحي هارون، القواعد العامة لقانون الإثبات البحري رقم (14) لسنة 1996، دراسة فقهية قضائية مقارنة، الطبعة الأولى 2012، ص 7 وما بعدها. وانظر أيضاً: حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 195 لسنة 2004، بجلسة 2005/4/14، حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، بجلسة 1989/5/27، الطعن رقم 20 لسنة 40 ق، ج 2، ص 345.

(3) - الواقعة القانونية هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً، فإذا لم يرتب عليها القانون أثراً فلا تعد واقعة قانونية. والأثر القانوني قد يتمثل في صورة نشوء حق، أو انقضاؤه، أو انتقاله. وقد تكون طبيعية، أو بفعل الإنسان. انظر: الدكتور/ عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون ونظرية الحق، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2006، ص 149، الدكتور/ سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، طبعة مكتبة الذاكرة، بغداد 2009، ص 276.

(4) - الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون الإثبات، بدون ذكر دار نشر، 2002، ص 49، الدكتور/ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005، بند 8 ص 13.

(5) - الدكتور/ محمد سعد خليفة، الدكتور/ عبد الحميد عثمان، أحكام قانون الإثبات، مطبوعات جامعة البحرين، 2006، ص 33.

• عبء إثبات القاعدة القانونية :

من المقرر أن القاعدة القانونية لا تكون محلاً للإثبات، ويقع عبء العلم بها على عاتق القاضي، الذي يُفترض علمه بها وبتفسيرها. لذلك لا يقع على عاتق الخصوم عبء إثبات القاعدة القانونية.⁽¹⁾ ويلتزم القاضي باستظهار الحكم القانوني الصحيح المنطبق على الواقعة المطروحة أمامه، وأن ينزله عليها.⁽²⁾

وتعد القاعدة العرفية⁽³⁾ قاعدة قانونية⁽⁴⁾، وبذلك فإنها تكون واجبة التطبيق على المنازعة، في حالة إذا خلى التشريع من نص ينظم المسألة التي تحكم النزاع، فهي مصدر احتياطي، يأتي غالباً في مقدمة المصادر الاحتياطية، ويطبقها القاضي من تلقاء نفسه.⁽⁵⁾

(1) - الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، بند 37 ص 43، الأستاذ/ محمود صالح المحامي، دور القاضي في الإثبات، مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، مايو ويونيو 1987، السنة السابعة والستون، ص 79، الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 50، الدكتور/ محمد سعد خليفة، الدكتور/ عبد الحميد عثمان، المرجع السابق، ص 34، الدكتور/ باسم محمد فتحي هارون، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

(2) - وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تطبيق القانون على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى طلب من الخصوم، بل هو واجب القاضي الذي عليه، ومن تلقاء نفسه أن يبحث عن الحكم القانوني المنطبق على الواقعة المطروحة عليه، وأن ينزل هذا الحكم عليها، أي كان النص القانوني الذي استند إليه الخصوم في تأييد طلباتهم أو دفاعهم فيها. الطعن رقم 1265 لسنة 47 ق، بتاريخ 1982/2/18، مجموعة المكتب الفني، صفحة رقم 261، الطعن رقم 1083 لسنة 57 ق، بتاريخ 1989/6/20، مجموعة المكتب الفني، القاعدة 2701، ص 640.

(3) - العرف هو ما اعتاد عليه الأفراد، من سلوك معين، في ناحية معينة من نواحي الحياة الاجتماعية، بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بين الناس بأنها ملزمة. الدكتور/ سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001، بند 52 ص 69، الدكتور/ عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 84. ويقوم العرف على ركنين: ركن مادي يتمثل في الاعتياد على سلوك معين، وركن معنوي يتمثل في الاعتقاد بالزامية هذا السلوك. انظر: المرجع السابق، ص 85.

(4) - يعد العرف وفقاً للقانون البحري المصدر الرسمي الاحتياطي الأول من مصادر القاعدة القانونية، ويأتي بعد التشريع. فقد نصت المادة (1) من المرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحري على أنه: "أ) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها. (ب) فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهدياً بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". ملحق الجريدة الرسمية: العدد 2476، الأربعاء 9 مايو 2001.

(5) - الدكتور/ حسن عبد الباسط جميعي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون ذكر دار نشر أو تاريخه، ص 24، الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص 33.

لكن نظراً لأن علم القاضي بالقواعد العرفية أمرٌ في غاية الصعوبة من الناحية الواقعية، وذلك بخلاف التشريع المكتوب.⁽¹⁾ لذلك فإن عبء إثبات العرف وجوداً وشروطاً يقع على عاتق الخصوم. فإذا لم يتمسكوا به، أو لم يستطيعوا إثبات وجوده، وتوافر شروطه؛ فإن القاضي لا يستطيع أن يطبق القاعدة العرفية.⁽²⁾

وقد استقر الفقه⁽³⁾، والقضاء البحريني⁽⁴⁾ والمقارن على أن التحقق من العرف يعتبر من المسائل الموضوعية، والمنازعة فيه جدلاً موضوعياً، لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز. مع التأكيد على أن القاضي قد يكون على علم بوجود القاعدة العرفية، وتوافر شروطها، لذا يجب عليه تطبيق العرف، وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون. فالعرف كقاعدة قانونية ملزم للقاضي، دون توقف ذلك على إرادة الخصوم.⁽⁵⁾

ويحدث علم القاضي بالقاعدة العرفية، إذا كانت محل تطبيق لأحكام قضائية سابقة، أو تناولتها العديد من المراجع الفقهية بالشرح والتحليل، أو كان عرفاً عاماً مشهوراً، أو انتهت إليه الخبر المتدب في الدعوى.⁽⁶⁾ ومن الجدير بالذكر أنه في حالة تمسك الخصم بوجود القاعدة العرفية، فيحق له أن يطلب من المحكمة إثباتها عن طريق أهل الخبرة، ويجب على المحكمة إجابته لطلبه، إذا تأكدت من جديته، والحرص على البحث عنها ولو

(1) - يختلف حكم العرف عن حكم العادة الاتفاقية التي تنشأ نتيجة اعتياد الناس على نوع معين من السلوك، دون الشعور بالزاميتها. وهذه العادة لا تعد قاعدة قانونية كالعرف، لكن هي عادة اتفاقية، تكسب قوتها الملزمة عن طريق شروط يعتاد الناس على وضعها في اتفاقاتهم، سواء بصورة صريحة، أو بصورة ضمنية، فمصدر إلزاميتها هو انصراف الإرادة إليها. الدكتور/ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 86. كما أن العادة الاتفاقية، لا يتوافر لها الركن المعنوي المتمثل في الاعتقاد بالزاميتها، ومصدر القوة الملزمة لها هي إرادة الأطراف سواء الصريحة أو الضمنية. الدكتورة/ سوزان علي حسن، المرجع السابق، بند 57 ص 72. فمعيار إلزامية العادة الاتفاقية هو اتجاه إرادة أطراف العقد إلى الأخذ بالعادة، لذلك يجب أن يكون الأطراف على علم بمضمون هذه القاعدة، فالجهل بها من قبل المتعاقدين يعني عدم اتجاه إرادتهما إلى الأخذ بها وجعلها جزءاً ملزماً من أجزاء العقد. وذلك يفترض ألا يكون الأطراف قد ضمنوا العقد صراحة هذه القاعدة، لأنها بذلك ستصبح شرطاً من شروطه، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة. والعادة أمر مألوف في العقد يعلم بها الأطراف ولم تتجه إرادتهم للالتزام بها، وبالرغم من ذلك تعد شرطاً من شروط العقد، وعلى من يدعي وجودها يقع عبء الإثبات، فنحن بصدد واقعة من واقعات التداعي التي يجب على من يتمسك بها عبء إثباتها، فلا يفترض علم القاضي بها، ويجب على المتمسك بها أن يثبت الظروف التي تدل على انصراف الإرادة إلى التقيد بها، ولا يخضع القاضي بشأنها لرقابة محكمة التمييز. الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 38 ص 44، الدكتور/ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها، الدكتور/ حسن عبد الباسط جمبي، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها، الدكتور/ أنور سلطان، المرجع السابق، بند 10 ص 1، الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها. ومن تطبيقات محكمة التمييز في هذا الشأن ما قضت به بأن: "احتفاظ صاحب العمل بجوازات سفر عماله طيلة استمرار علاقة العمل وحتى تنتهي بتسليمه الجواز إما رضاً أو قضاءً هو استنتاج لعادة سائدة لا ترقى إلى مرتبة العرف، ويقع على عاتق من يتمسك بهذه العادة واجب إثبات وجودها، لما كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت من ثمة إقرار للمطعون ضده بأن جواز سفر الطاعن في حوزته، ولم يقدم الطاعن الدليل على ذلك رغم إتاحة الفرصة له أمام محكمة الموضوع بدرجتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلبه، لا يكون قد خالف القانون ويضحي النعي عليه على غير أساس". الحكم الصادر بتاريخ 2009/2/9 في الطعن رقم 2008/244، والحكم الصادر بتاريخ 2009/1/5 في الطعن رقم 2007/612.

(2) - نقض مدني بجلسة 1975/5/27، مجموعة أحكام النقض 26 - 1085 - س 20، نقض جلسة 1979/3/17 - مجموعة أحكام النقض 399 س 42 ق.

(3) - انظر على سبيل المثال: أستاذنا الدكتور/ أحمد محمود سعد، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 2000، بند 133 ص 238، الدكتور/ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005، ص 33، أستاذنا الدكتور/ مصطفى أحمد عبد الجواد، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 193.

(4) - انظر على سبيل المثال: الحكم الصادر في الطعن رقم 294، 344 لسنة 2005، بجلسة 2006/1/23، مجموعة أحكام محكمة التمييز، السنة السابعة عشرة، القاعدة 30، ص 115، الطعن رقم 323 لسنة 2008، بجلسة 2010/1/4، مجموعة أحكام محكمة التمييز، السنة الحادية والعشرون، القاعدة 2، ص 8.

(5) - الدكتور/ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 87، الدكتور/ أنور سلطان، المرجع السابق، بند 10 ص 14 وما بعدها.

(6) - الدكتور/ حسن عبد الباسط جمبي، المرجع السابق، ص 25.

بتكليف الخصم بإثباتها.⁽¹⁾ وقيام العرف مسألة واقع لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز، لكن تطبيق العرف مسألة قانونية يخضع القاضي بشأنها لرقابة محكمة التمييز.⁽²⁾

• مشكلة البحث :

يستدعي تطبيق القانون الأجنبي إثبات مضمونه ابتداءً، بإقامة الدليل على محتواه، وبيان أحكامه. ونظراً لأنه قانون غير منشور في دولة القاضي، ولا يفترض علمه به. وقد لا يكون القانون الأجنبي مكتوباً في دولته، حتى وإن كان مكتوباً فاختلاف اللغة والتفسير يثير صعوبة كبيرة في التطبيق. ولن يتمكن القاضي من تطبيق هذا القانون على وقائع النزاع إلا بالوصول إلى مضمونه. مما يطرح إشكالية هذا البحث حول إثبات مضمون هذا القانون، سواء من ناحية إشكالية المتحمل بعبء الإثبات، أو من ناحية إشكالية أحكام إثبات هذا القانون.

تقسيم :

سوف نتناول هذا البحث من خلال مبحثين، حيث سيكون عبء إثبات القانون الأجنبي في مبحث أول، سيتم عرضه في هذا العدد، على أن يكون المبحث الثاني في عدد لاحق - بمشيئة الله تعالى - حول أحكام إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الأول : عبء إثبات القانون الأجنبي :

تمهيد وتقسيم :

يقصد بعبء الإثبات بوجه عام، مشقة إقامة الدليل على الواقعة القانونية مصدر الحق في الدعوى، وهذا الإثبات يمثل عبئاً؛ لأنه حملٌ ثقيلٌ قد يصعب على الشخص في حالات كثيرة القيام به، كما أن مصير الدعوى يتوقف على من يقع على عاتقه هذا العبء.⁽³⁾ وإن كان هذا الأمر عبئاً على أحد الأطراف، فإنه يكون ميزة للطرف الآخر. وقد نظم المشرع عبء الإثبات، وحدده بدقة في إطار قاعدة عامة تنظمه. وحرص المشرع على توزيع هذا العبء على الخصوم، حتى لا يثقل به طرف دون الآخر، في إطار منع به الادعاء الكيدي.⁽⁴⁾

(1) - الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 52.

(2) - الدكتور/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 26، الدكتور/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 33.

(3) - سالم محمد سالم الكواري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون ذكر دار نشر، الطبعة الأولى، البحرين 1999، ص 56، الدكتور/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية 2004، ص 343، الدكتور/ باسم محمد فتحي هارون، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

(4) - الدكتور/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 343 وما بعدها. والقاعدة العامة في عبء الإثبات أن البيئة على من ادعى، فمن يدعي بشئ يجب أن يقيم الدليل عليه. والمقصود بالمدعي هوكل من يدعي أمراً على خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً. وقد نصت المادة (1) من قانون الإثبات البحريني على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". وانظر تطبيقاً: حكم محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم 268 لسنة 2004 بجلاسة 2005/4/18، الطعن رقم 95 لسنة 2007 بجلاسة 2007/10/22، والطعن رقم 529، 549 لسنة 2008 بجلاسة 2009/6/1. مع التأكيد على أن هذا النص هو أول نص يقرر هذه القاعدة في تاريخ القانون البحريني، حيث خلى المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971 بإصدار قانون المرافعات من نص مشابه. انظر: الدكتور/ باسم محمد فتحي هارون، المرجع السابق، ص 61، هامش رقم 156. وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة توزيع عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه لا تتعلق بالنظام العام، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها، سواء تم هذا الاتفاق قبل النزاع أو أثنائه، وسواء تم صراحة أو ضمناً. انظر: الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 47، نقض مدني مصري في الطعن رقم 1157 لسنة 47 ق، بجلاسة 1981/4/28.

وقد ثار الخلاف حول كيفية النظر للقانون الأجنبي، فهل يعتبر واقعاً ويقع على الخصوم عبء إثباته، أم أنه قانون كالقانون الوطني، ويقع على القاضي عبء العلم به، والوصول إلى مضمونه ومحتواه. ولبيان هذه الاتجاهات؛ سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع.

المطلب الثاني : القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون.

المطلب الثالث : رأي الباحث في عبء إثبات القانون الأجنبي.

المطلب الأول : القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الأجنبي يعد مسألة من مسائل الواقع.⁽¹⁾ ويترتب على ذلك أن القاضي لا يفترض علمه بهذا القانون، ويقع على عاتق الخصوم عبء إثباته. وإذا لم يطلب الخصوم تطبيق هذا القانون صراحة فإنهم يكونوا متنازلين عنه. كما أن القاضي لا يخضع في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة محكمة التمييز؛⁽²⁾ لأنها مسألة واقعية.⁽³⁾ وبالإضافة لذلك لا يلزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ما لم يقيم الخصوم بإثارته وإثباته.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى حجج تتمثل في أن القانون الأجنبي يتجرد من عنصر الإيجاب عند تطبيقه أمام القضاء الوطني.⁽⁴⁾ كما أن تكليف القاضي الوطني بالعلم بقوانين العالم كله أمر مستحيل، بل إن افتراض علمه بقانون أو آخر أمر غير واقعي، فهذه القوانين لا تنشر في دولة القاضي حتى يعلم بها. ذلك فضلاً عن عدم تماشي الأمر مع المنطق، فلا يعقل معاملة القانون الأجنبي كمعاملة القانون الوطني.⁽⁵⁾

كما أنه من ناحية أخرى إذا اعتبرنا القانون الأجنبي مسألة قانونية؛ فإنه سيترتب على ذلك وجوب إعطاء سلطة لمحكمة التمييز في الرقابة على تطبيقه، وهذا أمر يستحيل على محكمة التمييز.⁽⁶⁾ وتبنى هذا الموقف القضاء في الدول الأنجلوسكسونية.⁽⁶⁾

(1) - فالقانون الأجنبي وفقاً للأنظمة التي تعتنق هذا الاتجاه لا يعدو إلا أن يكون مجرد واقعة، مما يقتضي على الطرف صاحب المصلحة التمسك به وإثباته. انظر:

الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، منشورات المجلس الحقوقي، الطبعة الأولى 2004، ص 35.

(2) - في عرض ذلك يراجع: الدكتور/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 28، الدكتور/ أنور سلطان، المرجع السابق، بند 10 ص 16.

(3) - استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على أن فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع. انظر على سبيل المثال: الحكم الصادر في الطعن رقم 193 لسنة 2002، بجلسة 2003/4/7، مجموعة أحكام محكمة التمييز، السنة الرابعة عشرة، القاعدة 54، ص 192، الطعن رقم 230، 233 لسنة 2002، بجلسة 2003/4/28، المجموعة السابقة، القاعدة 75، ص 270، الطعن 210 لسنة 2003، بجلسة 2004/1/26، مجموعة أحكام محكمة التمييز، السنة الخامسة عشرة، القاعدة 27، ص 96، الطعن 36 لسنة 2004، بجلسة 2004/11/22، المجموعة السابقة، القاعدة رقم 198، ص 707، الطعن رقم 242 لسنة 2003، بجلسة 2004/5/10، المجموعة السابقة، القاعدة 117، ص 429.

(4) - انظر:

Henri Batiffol: Droit international privé, 1974, p, 413. Henri Batiffol, Lagarde Paul: Traité de droit international privé, L.G.D.J., T.1, 8^{ème} édition, 1993, p.528.

(5) - الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 53، الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 32.

(6) - انظر :

Cross and Wilkins, Anoutline of the law of evidence, 3ed 1971. P. 22.

J.H.C. Morris: The conflict of laws. London, 7ed, 1980. P. 36.

فالقاضي وإن كان ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي وفق قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيقه⁽¹⁾ إلا أن هناك افتراض قابل لإثبات العكس، مفاده تطابق مضمون هذا القانون مع القانون الوطني⁽²⁾. ويترتب كنتيجة طبيعية لهذا الافتراض؛ أن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الطرف الذي يتمسك به، ويدعي أن حكمه مختلف عن حكم القانون الوطني.

لكن ذلك لم يمنع من صدور بعض الأحكام القضائية انتهت إلى أنه إذا كان القاعدة القانونية الأجنبية مشهورة، فإن القاضي يمكنه أن يقضي بموجب علمه الشخصي⁽³⁾.

- موقف القانون الفرنسي :

اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا الرأي بصورة عامة، حيث اعتبرت القانون الأجنبي واقعة، ورتبت على ذلك كافة الآثار المترتبة على هذا الوصف. مع التأكيد على أنها وفي ظل ولائها لهذا الاتجاه أبدت شيئاً من المرونة، تمثلت في سماحها لقاضي الموضوع بأن يقضي في القانون الأجنبي بعلمه الشخصي إذا كان يعلم بمضمونه. لكن في غير هذه الحالة، فإن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق أطراف الدعوى⁽⁴⁾.

كما أن القاضي لا يمكنه أن يثير من تلقاء نفسه تطبيق القانون الأجنبي، فلا بد أن يتمسك به أحد الأطراف. فإذا لم يتم التمسك به، يطبق القاضي قانونه، وفقاً لنظرية الاختصاص الاحتياطي العام لقانون القاضي. ورفضت محكمة النقض الفرنسية فرض رقابتها على تفسير قاضي الموضوع للقانون الأجنبي. ونتج عن اتجاه محكمة النقض الفرنسية مجموعة من النتائج أهمها أن الأطراف يجوز لهم التمسك أمام محكمة الاستئناف بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة؛ لأنه وسيلة دفاع جديدة، لكن لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وبناء على اتجاه القضاء ذهب الفقه الفرنسي للقول بأن القضاء لا يعطي للقانون الأجنبي مكانة القانون الفرنسي، ويعتبره عنصراً من عناصر الواقع *Elément de fait*. ويجد هذا الموقف تبريره في أن كل قاعدة قانونية لها عنصران، الأول هو العنصر العقلي، ويقصد به كونها قاعدة عامة ومجردة. أما العنصر الثاني فهو عنصر الإلزام.

(1) - ويرجع الفقه تبني القضاء لهذا الاتجاه إلى نظرة القضاء في هذه الدول للقانون الأجنبي ذاته، حيث أن تطبيق هذا القانون يعود إلى نظرية الحقوق المكتسبة «Vested rights». ويتمثل مضمون هذه النظرية في أن القانون الأجنبي لا يطبق أمام القضاء الوطني بوصفه قاعدة قانونية أمرية، وإنما يطبق احتراماً لفكرة الحقوق المكتسبة في ظل هذا القانون. فالقاضي الوطني من الناحية الواقعية لا يطبق القانون الأجنبي، بل يعترف فقط بالحق الذي اكتسب في ظله. لذا يعد القانون الأجنبي في نظر القاضي مجرد عنصر في واقعة هي: الحق الذي نشأ في ظل هذا القانون. ولم تسلم هذه النظرية من النقد. حيث أنها تفسر فقط حالة تطبيق القانون الأجنبي على الحقوق التي نشأت خارج حدود الدولة، في حين أن الغالب أن ينشأ الحق في دولة القاضي، لكن يخضع للقانون الأجنبي. انظر: سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2004، ص 197.

(2) - الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997، ص 54، الدكتور/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2002، ص 297.

(3) - انظر :

Dicy and Morris on the conflicte of law, 9ed, 1973, p. 1125.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع الإنجليزي قد أسند النظر في شأن القانون الأجنبي للقاضي، ولم يجعله مثل جميع الوقائع من اختصاص المحلفين. كما أن القضاء الإنجليزي يفسر القانون الأجنبي وفق ما يفسر في دولته.

(4) - نقض مدني فرنسي 26 أبريل 1950، دالوز 1950، قضاء 9، ص 361. وفي السياق ذاته استبعدت محكمة الاستئناف الفرنسية Caen تطبيق القانون الإسباني الواجب التطبيق في قضية تتعلق بحادث مرور، وطبقت القانون الفرنسي؛ بسبب عدم إثبات المدعي للقانون الإسباني. وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارات من أهمها قرار لوتور الصادر في 25 مايو 1948. انظر:

- L'arrêt Lautour: Cass. Civ., 25 Mai 1948, v. Batiffol Henri, Lagarde Paul, Op.cit., p. 538.

ووفقاً لهذا الاتجاه تتمتع القاعدة بهذين العنصرين، داخل حدود الدولة التي أصدرتها. لكن إذا أثرت أمام قاضٍ آخر بوصفها قانوناً أجنبياً، فإنها تفقد عنصر الإلزام، وتطبق كواقعة وليست قانوناً.⁽¹⁾ مما يفرض على الخصوم إثباتها، كما يترتب على ذلك أن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة واقع. ولا يؤثر على طبيعة القانون الأجنبي كواقعة نص المشرع الوطني بموجب قواعد الإسناد على تطبيق القانون الأجنبي، حيث تظل غريبة عن النظام القانوني الداخلي.⁽²⁾ وشبه الفقه الفرنسي القانون الأجنبي بلوائح الشركات، على سند من القول أن كلاهما عبارة عن قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، دون اكتساب صفة القانون؛ لأنها صدرت عن غير المشرع الوطني، صاحب الاختصاص بتقرير الصفة القانونية على ما يصدر بالدولة من قواعد عامة مجردة.

- موقف القانون المصري :

لم يرد نصٌ في القانون المصري بهذا الخصوص، بالرغم من أن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان قد ورد فيه نصٌ، ودارت حوله مناقشات، لكن لم تتضمنه الصيغة النهائية للقانون.⁽³⁾ أما عن موقف القضاء، فقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه، وأخذت بما جرت عليه أحكام محكمة النقض الفرنسية، وألقت عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الطرف الذي يتمسك به؛ مستندة في ذلك إلى اعتباره من مسائل الواقع، التي يتعين على الخصم إثباتها. فقد قضت بأن: "الاستناد إلى قانون أجنبي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعدو أن يكون واقعة مادية، وهو ما بوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه".⁽⁴⁾ وقضت أيضاً بأنه: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة، يجب إقامة الدليل عليها. وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة...."⁽⁵⁾

(1) - الدكتور/نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دارهومة، الجزائر 2001، ص 27.

(2) - وانتهت إلى أن قواعد الإسناد في القانون الفرنسي، غير ملزمة ولا بد أن يتمسك بها الخصوم، مالم تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي، فتصبح متعلقة بالنظام العام. انظر:

Arrêt Bisbal : Cass. Civ., 12 Mai 1959. Henri Batiffol, Paul Lagarde: Op.Cit., p. 531.

(3) - انتهت المناقشة إلى صياغة هذا النص بالشكل الآتي: "في جميع الحالات التي سيقدر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق عليه القانون المصري، إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن إثباته". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، صفحة 314 وما بعدها.

(4) - الطعن رقم 8 لسنة 35 ق، بجلسة 1967/7/26، الطعن رقم 373 لسنة 36 ق، بجلسة 1972/11/18، مجموعة المكتب الفني، س 13، رقم 318، ص 1257، نقض جلسة 1977/1/19، مجموعة المكتب الفني، س 28، رقم 58، ص 376، الطعن رقم 1555 لسنة 50 ق، بجلسة 1984/5/31، مجموعة المكتب الفني، س 30، رقم 292، ص 1522.

(5) - ونظراً لأهمية أسباب هذا الحكم نوردتها؛ حيث جاء به: "... لما كان ذلك وكانت المعاهدات الدولية قد أصبحت مصدراً مهماً من مصادر القانون البحري، وطريقاً لتوحيد أحكامه على النطاق الدولي، وصارت قواعده بمقتضى هذه المعاهدات قواعد دولية معروفة لدى القضاء البحري في كثير من الدول، وكانت مصر قد انضمت إلى المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل في 1924/8/25 والتي أصبحت تشريعاً نافذ المفعول في مصر بموجب المرسوم بالقانون الصادر في 1944/1/31، وكان بروتوكول هذه المعاهدة قد خول الدول المتعاقدة الحق في تنفيذه إما بإعطائها قوة القانون أو بإدخال أحكامها في تشريعها الوطني، وكان من المعلوم فقهاً وقضياً أن إنجلترا قد أدخلت أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة 1924 في تشريعها الداخلي حيث أصدرت قانون نقل البضائع بحراً لسنة 1924 وجعلت أحكامه مطابقة لأحكام المعاهدة المذكورة التي أصبحت تشريعاً نافذاً في مصر؛ فإن علم القاضي بمضمون هذا القانون يكون مفترضاً ولا يكون ثمة محل للإلقاء عبء إثبات مضمونه على عاتق من يتمسك به". نقض مدني في الطعن رقم 2317 لسنة 59 قضائية، جلسة 1996/2/8 مجموعة المكتب الفني، السنة 47، الجزء الأول، ص 317.

وهذا الحكم قد أكد على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة، لكن أوجد تبريراً لاتجاهه، بأنه أمر أملمته فقط الاعترافات العملية. وألقت المحكمة على عاتق قاضي الموضوع واجب البحث عن مضمون القانون الأجنبي مادام ذلك في استطاعته. مع خضوعه لرقابة محكمة النقض.⁽¹⁾

وقد أخذ بهذا الاتجاه جانب من الفقه المصري⁽²⁾ وساق جانب آخر تبريراً مؤيداً له، بسبب الصعوبة العملية التي تعترض القضاء في العلم بالقانون الأجنبي، سواء للإحاطة بالنص، أو بالتفسير.⁽³⁾

- موقف القانون البحريني والقطري :

لم يتضمن القانون، سواء بمملكة البحرين أو دولة قطر نصاً على غرار المشرع المصري، ويذهب شراح القانون البحريني، وكذلك تجري أحكام القضاء البحريني على اعتبار القانون الأجنبي بمثابة مسألة واقع يقع على عاتق الخصوم عبء إثباته.⁽⁴⁾ وهو ذات الاتجاه الذي تبنته محكمة التمييز القطرية. حيث قضت بأن: "من المقرر أن القانون الأجنبي هو واقعة مادية يتعين على من يتمسك به أن يقدمه، وإلا طبق القاضي القانون الوطني. وكانت الأوراق قد خلت من وجود للقانون السوري ولم يقدمه الطاعن، ومن ثم يخضع النزاع المائل قي إثبات الزواج وإثبات النسب إلى أحكام القانون القطري."⁽⁵⁾ وهذا الحكم لا يمكن تبرير موقفه بالصعوبات العملية.

- تقدير هذا الاتجاه :

لم يرحب الفقه بهذه الاتجاه وانتقده من عدة أوجه :

الوجه الأول : قامت أسس هذا الاتجاه على افتراض خاطئ، مفاده أن القانون الأجنبي يتحول إلى واقعة، وأن القاضي الوطني، لا يخاطب بأحكامه. وهذا لا يصح التسليم به، فالقاعدة القانونية تحتفظ بطبيعتها، سواء أكانت أمام القاضي الوطني، أو أمام قاض أجنبي بوصفها قانوناً أجنبياً. فالقانون الأجنبي تأمر به قاعدة الإسناد المقررة بموجب التشريعات الوطنية، وأوجب المشرع الوطني تطبيقها. كما أنه لا يمكن قياس القانون الأجنبي على لوائح الشركات؛ فالقاعدة القانونية الأجنبية قاعدة عامة مجردة، أما لوائح الشركات فهي قواعد تحكم مراكز ذاتية، وحالات محددة. ولو سلمنا جدلاً بأن القاعدة القانونية تفقد عنصر الإلزام عندما تطبق أمام قاضي أجنبي، فلماذا لا نفترض أنها تسترد هذا العنصر مرة أخرى. ويتمثل سند استردادها لإلزاميتها في قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيقها.

الوجه الثاني : كما أخذ على هذا الاتجاه أنه استأق فكرته من تقسيم عناصر الدعوى إجرائياً إلى وقائع يثيرها الخصوم، وإلى القانون الذي يقوم القاضي بتطبيقه على هذه الوقائع. واعتبر هذا الاتجاه أن القانون الأجنبي من قبيل الوقائع، ولم يسلم له بالطبيعة القانونية، وطالما أنه ليس قانوناً، فيكون واقعاً. لذا أخذ على هذا الاتجاه تجاهله خصوصية المنازعات التي تتمتع بصبغة دولية، والتي فرضت خضوع النزاع لقانون أجنبي عن قانون القاضي.

(1) - تعرض هذا الموقف للنقد من قبل الفقه المصري؛ على سند من القول أن المحكمة انتهت إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة. ثم قررت رقابتها على قاضي الموضوع في تطبيقه. انظر: الدكتور/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 179.

(2) - الدكتور/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 346.

(3) - الدكتور / جمال عبد الرحمن محمد علي، الدكتور/ محمد حسام محمود لطفى، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة العربية، القاهرة 2013، ص 47.

(4) - الدكتور/ محمد سعد خليفة، والدكتور/ عبد الحميد عثمان، المرجع السابق، ص 35، حكم محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم 183 لسنة 1995 بجلسة 1996/2/11.

(5) - الحكم الصادر بجلسة 2011/1/11، في الطعن رقم 137 لسنة 2010، تمييز مدني غير منشور.

وهذه الانتقادات دفعت جانباً من الفقه الفرنسي إلى التأكيد بأن موقف قضاء بلاده من القانون الأجنبي لا يرجع إلى النظر إليه كواقعة. بل يرجع إلى الصعوبات العملية التي تعترض طريق تطبيق القانون الأجنبي، سواء من ناحية إثباته، أو من ناحية رقابة محكمة النقض على تطبيقه.

المطلب الثاني: القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الأجنبي هو قانون كالقانون الوطني تماماً⁽¹⁾، والقاضي الوطني ملزم بموجب قانونه أن يطبق قانوناً أجنبياً على النزاع المعروض عليه. ويجب أن يتعاطى مع هذا القانون على هذا الأساس، ملزماً بإثارته من تلقاء نفسه، ولو لم يتمسك الخصوم به.⁽²⁾ ويقع على القاضي وحده عبء إثبات مضمون هذا القانون، ومحتواه. كما يخضع القاضي في تفسير هذا القانون وتطبيقه لرقابة محكمة التمييز.⁽³⁾

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى حجج مفادها، أن القانون الأجنبي يعتبر جزءاً من قانون الدولة، وذلك بمجرد وجود قاعدة إسناد وطنية تسند لهذا القانون الاختصاص التشريعي بالفصل في النزاع. فالقاضي بذلك يطبق قانونه الوطني. كما استند أصحاب هذا الاتجاه إلى حجة أخرى مفادها، ما توجبه اعتبارات العدالة، والتي لا يمكن التخلي عن تحقيقها بداعي صعوبة الوصول للقانون الأجنبي أو صعوبة فرض رقابة من محكمة التمييز على قضاء الموضوع، ولا يمكن أن تتحول القاعدة القانونية لمسألة واقعية، مجرد أن الذي سيطبقه هو قاضي أجنبي. وهذا الرأي هو السائد في التشريع والفقه والقضاء في ألمانيا وإيطاليا.⁽⁴⁾

وهذا الاتجاه يضع المسألة في وضعها الحقيقي على اعتبار أن قاعدة الإسناد الوطنية تضيء على القانون الأجنبي صفة الإلزام خارج إطار دولته.⁽⁵⁾ وحتى في حالة عدم علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي، وإلزام الخصوم بإثباته، فإن ذلك لا ينزع عن القانون صفته كقانون. كما أن هذا الاتجاه يفرضه المنطق، فوظيفة القاضي هي تطبيق القانون على الوقائع، فإذا نظرنا للقانون الأجنبي كواقعة، سننتهي إلى أن القاضي الوطني يطبق واقعة على وقائع. أضف لذلك أنه في حالة تعذر إثبات الواقعة، يتعين القضاء برفض الدعوى، لكن في حالة عدم استطاعة إثبات القانون الأجنبي، فإن القاضي يطبق قانونه.

ذلك فضلاً عن أن واقع الدعوى ملك الخصوم، تحديداً أو اتفاقاً، في حين أن اتفاق الخصوم على تفسير معين للقانون الأجنبي لا يلزم القاضي، ولا يغير من طبيعة هذا القانون استعانة القاضي الوطني بالخصوم لإثبات مضمونه. وخلاصة ما تقدم: فإن القانون الأجنبي يظل قانوناً محتفظاً بطبيعته، داخل حدود دولة إصداره وخارجها بموجب قواعد الإسناد الوطنية التي تشير إليه. ولا يعتبر عنصراً من عناصر الواقع.⁽⁶⁾ ويلتزم القاضي الوطني بالبحث عن

(1) - انظر:

Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: Droit international privé, Dalloz, 7^{ème} édition, 2001. P. 276.

(2) - الدكتور/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 149.

(3) - الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 37 ص 47، الدكتور/ محمد سعد خليفة، والدكتور/ عبد الحميد عثمان، المرجع السابق، ص 35، الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 32.

(4) - في عرض وتأييد هذا الرأي يراجع: الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 37 ص 47، الدكتور/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 44.

(5) - الدكتور/ محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، دار الكتب الوطنية بنغازي، 1994، ص 95.

(6) - الدكتور/ هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية 1968، ص 267.

القانون الأجنبي، دون حاجة إلى تمسك الخصوم به أو إثباته. مع التأكيد على أنه يستطيع طلب المعاونة من الخصوم. ويخضع في تطبيقه وتفسيره لرقابة محكمة النقض.

- موقف القانون الفرنسي :

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يعد قانوناً، وليس واقعاً.⁽¹⁾ بل إن الأستاذ Batiffol قد ذهب في سبيل إيضاحه لفكرته مؤكداً على أن القانون الأجنبي هو قانون، لكن يعامل أمام القضاء كواقعة؛ تفادياً لتحايل أصحاب المصالح على قواعد القانون الأجنبي.

وتبنى هذا الاتجاه القضاء الفرنسي بصورة جزئية، حيث تراجعت محكمة النقض الفرنسية - بعض الشيء - عن موقفها السابق، وأجازت للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي.⁽²⁾ ثم تغير اتجاهها بصورة أكبر متحولة للأخذ صراحة بهذا الاتجاه، حيث قضت بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي، دون أن يتمسك به الخصوم، حسب ما جاء في الحكمين، الأول الصادر في 11 أكتوبر 1988، والثاني الصادر بتاريخ 18 أكتوبر من نفس العام.⁽³⁾ حيث انتهت إلى أن القاضي بتطبيق القانون وبحث جميع عناصر الدعوى. فضلاً عن ذلك فرضت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، اعترافاً بصفته القانونية. إضافة لذلك أصدرت حكماً بتاريخ 13/1/1993 جاء به أن: "قاضي الموضوع يطبق ويفسر بكل سيادة القانون الأجنبي، هذا الأخير يبقى رغم غياب رقابة محكمة النقض قاعدة قانونية لا تخضع لأحكام المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الجديدة". كما أنها انتهت إلى أن القاضي يكون ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي، إذا أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق اتفاقية دولية.

ومن الجدير بالذكر أن هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب لدى الفقه المصري.⁽⁴⁾ لكن محكمة النقض لم تأخذ به كما سبق بيانه. مع التأكيد على ما سبق بيانه في المطلب الأول، حيث أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى جواز قضاء القاضي بعلمه بالقانون الأجنبي، وكان ذلك بصدد معاهدة دولية، قام بتضمينها المشرع الإنجليزي في قانون الداخلي.⁽⁵⁾

- بعض النظم المؤيدة لهذه النظرية :

اتجهت بعض التشريعات للنص صراحة على مضمون هذا الاتجاه، مثل المشرع الألماني والسويسري، حيث تدخلت بنص صريح وألزما القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، مستخدماً في ذلك كافة الوسائل المتاحة بما في ذلك طلب معاونة الخصوم. والفقه الألماني يوجب على القاضي الوطني البحث عن القانون

(1) - بارتان، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، فقرة 107.

(2) - انظر:

Cass. 1^{ère} civil 2 mars 1960, compagnie Algérienne de crédit et de banque, v. juris classeur du droit international, T. 3, Dalloz, édition 1998, p. 08.

(3) - انظر:

Cass. Civ. 1^{ère}, 11 octobre 1988, Cass. Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1988, v. Derruppé Jean, Op.Cit., p.101.

(4) - انظر على سبيل المثال: أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 40، الدكتور/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 78، الدكتور/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 577.

(5) - نقض مدني في الطعن رقم 2317 لسنة 59 قضائية، جلسة 1996/2/8 مجموعة المكتب الفني، السنة 47، الجزء الأول، ص 317.

الأجنبي⁽¹⁾. وذهبت لهذا محكمة النقض الإيطالية، في حكم صادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 26 فبراير 1966، وكذلك محكمة النقض البلجيكية في حكم صادر في 23 فبراير 1984⁽²⁾. وعلى المستوى الفقهي يميل الرأي الغالب إلى هذا الاتجاه، منقسماً في داخله إلى اتجاهين، فيرى الاتجاه الأول ويتبنه جانب من الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي، بموجب قواعد الإسناد الوطنية يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءاً منه.

مما يعني أنه كالقانون الوطني تماماً، فالقانون الأجنبي يطبقه القاضي كقانون، ولا يفقد هذه الصفة إذا خرج من نطاق الإقليم الذي أُصدر فيه. في حين يذهب الاتجاه الراجح إلى أن هذا القانون لا يفقد صفته الأجنبية، والقاضي يطبقه استجابة لأمر المشرع الوطني الوارد في قاعدة الإسناد دون أن يندمج في النظام القانوني الوطني⁽³⁾. ويرتب على بقاءه قانوناً أجنبياً وجود اختلاف في المعاملة الإجرائية التي يلقاها هذا القانون مقارنة بالقانون الوطني.

المطلب الثالث : رأي الباحث في عبء إثبات القانون الأجنبي :

• القانون الأجنبي قاعدة قانونية واجبة التطبيق بموجب قانون القاضي :

استقر الفقه والقضاء على أن القاضي يكون ملزماً في جميع الأحوال بتطبيق قاعدة الإسناد، فهذه القاعدة هي قاعدة وطنية ملزمة أمره، ومتعلقة بالنظام العام في جميع الحالات. قد وضعها المشرع الوطني بغية تحقيق الاستقرار في المعاملات التي تثير منازعات ذات شق دولي، لاختيار القانون الأكثر ملائمة لحكمها. والقاضي ملزم بتطبيقها، حتى ولو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها⁽⁴⁾. ولا يمكن للقاضي تبرير إغفاله للقانون الأجنبي المختص، بزعم أنه يتبنى نفس الحل للنزاع الذي يتبنه المشرع الوطني.

كما أنه يجوز التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد لأول مرة أمام محكمة التمييز، بوصفها مسألة قانون تخضع لرقابة هذه المحكمة⁽⁵⁾. لذا يكون لزاماً على القاضي أن يبذل جهده في البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، دون انتظار لطلب الخصوم بذلك.

• مصلحة الخصوم في إثبات القانون الأجنبي :

بالرغم من أن الخصوم غير ملزمين بإثبات القاعدة القانونية بوجه عام، والقانون الأجنبي بوجه خاص. إلا أن مصلحةهم تقتضي أن يسعوا سعياً حثيثاً لتقديم القواعد القانونية وتفسيرها للمحكمة. وهذه النظرة هي نظرة واقعية. فالقواعد القانونية لم يعد من المستطاع علم القضاة بها كاملة، في ظل عددها الكبير، وتعدد القضايا التي

(1) - الدكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض، الدكتور/ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1974، ص 52 وما بعدها.

(2) - في عرض ذلك: الدكتور/ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 44.

(3) - الدكتور/ محمد كمال فهد، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1997، ص 477.

(4) - الدكتور/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 252. انظر: المواد (10:28) من القانون المدني المصري، المادة (7) من القانون المدني البحريني، والمواد (21 وما بعدها) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية البحريني، وكذلك المواد (10:38) من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004. (الجريدة الرسمية، العدد 11، في 2004/8/8).

(5) - انظر: الدكتور/ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، طبعة 2002، ص 11. وقد نصت التشريعات الحديثة على ذلك صراحة، مثل القانون النمساوي، والقانون المجري، والقانون السويسري، وانتجه القضاء الألماني. كما أوصى باتباع هذا الموقف مجمع القانون الدولي في دورته لعام 1989، الذي أوصى بتطبيق القاضي لقاعدة الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي. انظر: الدكتور/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 38.

ينظرها القاضي. وهذا ما يدفع الخصوم عملياً، من أجل تحقيق مصلحتهم أن يبحثوا عن القواعد القانونية، ويقدمونها للمحكمة. وقد أثبت الواقع العملي أن أغلب القضاة يقبلون بصدر رحب ما يقدمه الخصوم من قواعد قانونية تساعدهم في الفصل في الدعوى.⁽¹⁾ وتظهر أهمية ذلك إذا كان الأمر يتعلق بقانون أجنبي، حيث أن التحقق منه يثير صعوبات كثيرة، مما يقتضي تكاتف الخصوم مع المحكمة في إثباته.

• عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي :

بعد عرض الاتجاهين السابقين، فإننا نرجح الاتجاه الثاني مع إبداء بعض التحفظات، فالقانون الأجنبي كما بينا مفروض التطبيق على القاضي الوطني بموجب قانونه. وهو قانون بمعنى كلمة قانون لذلك فإن القاضي يجب عليه أن يطبق هذا القانون الأجنبي.

والتطبيق هنا ملزم للقاضي ولو لم يثر الخصوم وجوب ذلك، لأن القاضي مخاطب من قانونه الوطني. ولكن ذلك لا يمنع من مساعدة الخصوم للقاضي في الإثبات، دون أن يأخذ القاضي بإثبات الخصوم على إطلاقه، فالأمر يتعلق بقاعدة قانونية، سواء أكانت متمثلة في نص أو قاعدة أياً كان مصدرها، ويقع على عاتق القاضي تفسير هذه القاعدة وتطبيقها، والخصوم لن يقدموا إلا ما سيخدم مصلحتهم من النصوص والتفسيرات والشروح، مما يستوجب أن يكون القاضي حريصاً في التحقق من صحة هذا القانون.

ويكون إثبات القانون الأجنبي بطرق متعددة، سوف نتناولها تفصيلاً في المبحث الثاني. لكن نبين في هذا الصدد أن الغالب في إثباته يكون عن طريق الفتاوى والشهادات الصادرة من رجال القانون في هذه البلد، أو بشهادات وأوراق رسمية، سواء صادرة من سفارات هذه الدولة في الخارج أو السلطات الأجنبية نفسها.⁽²⁾ ومن الجدير بالذكر أن مضمون القانون لا يقتصر على نصوص مجردة، لكن يمتد إلى شروح وتفسيرات هذا القانون، فضلاً عن المصادر الاحتياطية، وهذا أمر شاق على القاضي وعلى الخصوم. وختاماً نؤكد على أن التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي هو التزام بوسيلة، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فيجب على القاضي أن يسعى، بكافة الوسائل الممكنة من أجل الوصول لأحكام القانون الأجنبي وتطبيقها، وله أن يستعين في ذلك بالخصوم كما تقدم، ووسائل أخرى سيتضمنها المبحث الثاني إن شاء الله تعالى.

(1) - الدكتور/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 24، الدكتورة/ ليلى عبد الله سعيد، الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحري، مطبوعات جامعة البحرين، الطبعة الأولى 2002، ص 31، الدكتور/ أنور سلطان، المرجع السابق، بند 9 ص 14.

(2) - الدكتور/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 53، الدكتور/ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 346 وما بعدها.

الناسيس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن تلويث البيئة -دراسة تحليلية على ضوء القانون المدني الجزائري وبعض التقنينات العربية-



من إعداد الأستاذ : سنوسي علي

أستاذ القانون الخاص كلية الحقوق

والعلوم السياسية - جامعة الشلف / الجزائر

إختلف الفقه والقضاء حول أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن التلوث البيئي، شأنه شأن اختلافه بصدد مختلف الصور الحديثة المعاصرة من صور المسؤولية المدنية عن بعض الأنشطة الجديدة. ويمكن في هذا الصدد أن نلاحظ ثلاثة مذاهب بصدد أساس مسؤولية التلوث البيئي، حيث يؤسسها مذهب أول على فكرة الخطأ الواجب الإثبات، بينما يرى فريق ثان إسنادها إلى فكرة الخطأ المفترض، وينتهي مذهب آخر إلى أنها مسؤولية موضوعية تستقل عن فكرة الخطأ تماما

وسنستعرض في هذا البحث المذاهب الثلاثة، ثم نعقب بعد ذلك بخصوص الأساس الراجع. المذهب الأول: تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ الواجب الإثبات.

يرى أنصار هذا المذهب أن المسؤولية المدنية الناشئة عن التلوث البيئي - وهي غالبا ما تكون مسؤولية تقصيرية حيث لا توجد بين المسؤول والمضرور علاقة تعاقدية - تستند إلى الأصل العام في المسؤولية المدنية وهو الخطأ الواجب الإثبات، وذلك استنادا على نص المادة 1382-1383 من التقنين المدني الفرنسي، وتقابلها المادة 163 من التقنين المدني المصري¹، وهما يقابل المادة 124 من التقنين المدني الجزائري²، ويمثل هذا الأساس القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني عموما، حيث يتعين على المضرور للحصول على تعويض الضرر الذي أصابه، أن يثبت خطأ المسؤول الذي تسبب بالضرر، وبالطبع يجب أن توجد رابطة السببية بأن يكون الخطأ هو سبب الضرر الناتج، ووفقا لهذا المذهب فإن الخطأ هو أساس المسؤولية عن التلوث البيئي.

¹ المادة 163 من التقنين المدني المصري على أنه: "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

² كما تنص المادة 124 من التقنين المدني الجزائري على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" 691.

كما أنه يقع على المضرور عبء إثبات خطأ المسؤول المتسبب في إحداث هذا التلوث، وقد يكون هذا الخطأ متمثلاً في مخالفة القوانين أو اللوائح المعمول بها في هذا الشأن¹، وقد يتمثل الخطأ في الإهمال أو التقصير في أخذ الاحتياطات اللازمة أثناء مباشرته لنشاطه حتى لا تترتب عليه مضايقات أو أضرار تلوث البيئة وتلزمه بالتعويض، ويتمثل الإهمال والتقصير هنا في انحراف المسؤول عن السلوك المعتاد في مثل هذا الإستعمال، سواء نجم هذا الانحراف عن عمد أو إهمال أو عدم تبصر، بل قد تستند المسؤولية إلى فكرة عدم التعسف في استعمال الحق، ولا سيما أن التقنين المدني الجزائري قد نظمها ووضع معاييرها في نص المادة 2691، وكذلك قد يستند الخطأ إلى مخالفة التزام قانوني قد يفرضه القانون، مثال ذلك نص المادة 807 من التقنين المدني المصري³.

• تقدير هذا الأساس :

يمكن أن نورد ملاحظتين على هذا المذهب كأساسين يجب اعتبارهما لزوماً وهما :

- الاعتبار الأول :

إن هذا الأساس يمكن الأخذ به فقط في الحالات التي يوجد فيها نص صريح يشترط التزامات واحتياطات وإجراءات معينة، ويمثل نشاط المسؤول في مخالفة هذه الالتزامات، فيسهل عندئذ إسناد مسؤولية عن هذا التلوث عن طريق إثبات خطأه بمخالفة هذه الالتزامات، مع مراعاة المحاولات المستميتة من أنصار هذا المذهب، وخاصة القضاء، في التوسع في فكرة الخطأ وأساسه وعدم الإقتصار على مخالفة النصوص القانونية، بل الاكتفاء بمجرد الانحراف في الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد، حتى تقوم المسؤولية وهو الأمر الذي يتضح من استعراض أمثلة من أهم التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه.

ومن ذلك ما حكم به من تقرير مسؤولية المالك الذي حاول التخلص من الروائح المنفرة والأدخنة السوداء والغازات الضارة المرسله على العقارات المجاورة مما أصابها بالأضرار، وأقام القضاء هذه المسؤولية استناداً لفكرة الخطأ على أساس أنه كان في مقدور المسؤول تجنب هذه الأضرار باتخاذ الإحتياطات اللازمة.

وكذلك ما حكم به من به من ربط المسؤولية بفكرة الخطأ الثابت، وهو ما قرره محكمة باريس بمسؤولية مستغل المطار بالتعويض عن الأصوات الفاحشة والمستمرة التي تحدثها محركات الطائرات أثناء هبوطها وإقلاعها من مركز لتدريب الطيارين، على أساس الخطأ في عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع أو تقليل حدة هذه الضوضاء.

كما حكم بمسؤولية شركة صناعة تقطير المشروبات، عن الأدخنة والروائح المتولدة عن مخلفات هذه الصناعة في المناطق المجاورة، استناداً إلى المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ المتمثل في مخالفة اللوائح المنظمة للإجراءات والاحتياطات الواجب اتخاذها لمنع تلوث البيئة المحيطة بهذه الروائح والأدخنة.

وكذلك من أمثلة توسع القضاء في فكرة الخطأ كأساس لثبوت المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي، ما حكمت به محكمة القضاء الإداري الفرنسية - بمدينة كان - بمسؤولية وزارة الصناعة عن عمليات التلوث في الهواء في بعض المناطق - منطقة الميناء - الناتجة عن المنشآت الصناعية - رغم الترخيص بنشاطها - مثل شركة صناعة الفحم الحجري، وصناعة الخمور والتي تسبب أضراراً مادية ومعنوية للبيئة المحيطة والجيران القاطنين بها، بسبب الأدخنة الكثيفة والغازات السامة التي تضر بالصحة العامة والإنتاج الزراعي والتي تؤثر على الهواء والسكنية، وقد أقامت

¹ وعلى رأسها في مصر القانون رقم 4 لسنة 1994 الخاص بحماية البيئة بكافة نصوصه، كما يقابله في الجزائر كافة القوانين واللوائح التي تهدف إلى المحافظة على البيئة وعدم الإضرار بها، والمحافظة على الصحة العامة والأمن العام والسكنية العامة.

² المادة 691ق م ج: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه على حد يضر بملك الجار....."

³ المادة 807 ق م م.

الحكمة هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المتمثل في مخالفة لوائح الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وعدم اتخاذ الإحتياطات والتدابير الأمنية اللازمة لمنع أو وقف هذا التلوث، وانتهت المحكمة إلى إلزام وزارة الصناعة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن هذا التلوث البيئي.

- الإعتبار الثاني :

ولكن مع ذلك، قد تنحسر قواعد المسؤولية المبنية على الخطأ الواجب الإثبات عن استيعاب جميع صور وأضرار التلوث البيئي، ذلك لأن معيار الخطأ قد لا يتوافق في كافة صور وأحوال التلوث البيئي، وما ينشأ عنه من أضرار، بل على العكس قد يكون يكون النشاط مشروعاً ويكون مستغل المنشأة حاصلًا على ترخيص قانوني بممارسة نشاطه المهني أو الحرفي، بل أكثر من ذلك قد يكون قد اتخذ كافة الإحتياطات والإجراءات اللازمة والحديثة لمنع التلوث الناشئ عن نشاطه، ومع ذلك كان هذا النشاط محدثاً لمضار تلوث تستوجب تعويض من أصابه، ومن ثم يتعين في هذه الحالة إسناد المسؤولية إلى أساس آخر غير فكرة الخطأ الواجب الإثبات.

مثال ذلك، فإن شركات الطيران الحاصلة على التراخيص القانونية اللازمة لممارسة نشاطها، والتي تتبع كافة قواعد الملاحة الجوية، وسائر النصوص القانونية واللوائح المنظمة لهذا النشاط، فإنه إذا تسببت طائراتها رغم ذلك في إحداث ضوضاء وإزعاج أثناء الهبوط والإقلاع من المطارات مما يسبب أضراراً للقائمين حولها، فإنه لا يمكن إقامة المسؤولية الناشئة عن هذه الأضرار إلى فكرة الخطأ الواجب الإثبات، لأنه سيتعذر إثبات مثل هذا الخطأ، ولذلك يتعين البحث عن أساس آخر للمسؤولية.

المذهب الثاني : تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض .

وهنا حاول جانب ثان من الفقه والقضاء البحث عن أساس للمسؤولية يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للضرر الناشئ عن التلوث البيئي وصعوبة إثبات ترتبه عن خطأ المسؤول، وقد وجد أنصار هذا الإتجاه ذلك الأساس الجديد، في فكرة الخطأ المفترض، وهي فكرة عرفتتها بعض التقنيات الحديثة، وعلى رأسها التقنين المدني المصري، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، هي فكرة وسط بين الخطأ الشخصي وبين المسؤولية الموضوعية، ويسمى البعض بالمسؤولية شبه الموضوعية، حيث أنها تفترض إقامة المسؤولية على أساس خطأ مفترض في جانب المسؤول، وإعفاء المضرور من عبء إثبات الخطأ العادي بالنسبة لهذا المسؤول، وذلك تسهيلاً له وتوسعة للمسؤولية، وضماناً لحصول المضرور من أضرار التلوث البيئي على التعويض اللازم لجبر هذا الضرر دون حاجة لإثبات أي خطأ.

وبتتبع فكرة الخطأ المفترض في القوانين الحديثة، نجد أنها تستند إلى نوعين من المسؤولية، أولها: المسؤولية عن فعل الغير، وثانيهما المسؤولية الناشئة عن الأشياء، وسنحاول تتبع تطبيقات كل من هذين النوعين على المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي، ثم نبين تقدير هذا الأساس من أسس المسؤولية.

النوع الأول : المسؤولية عن فعل الغير. (La responsabilité du fait d autrui)

وهي تأخذ إحدى الصورتين، إما مسؤولية المكلف بالرقابة، وإما مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

1- فبالنسبة لمسؤولية المكلف بالرقابة (La Responsabilité du surveillant)، والتي تحددها المادتين 135/134 ق م ج 1، وفي ضوء هذين النصين نبحت مسؤولية المكلف بالرقابة عمن هم في رقابته على ضوء القانون المدني الجزائري.

فالرقابة التي تعنيها المادة 134 هي الإشراف على شخص وتوجيهه وحسن تربيته، ومنعه من الأضرار بالغير، باتخاذ الإحتياطات اللازمة في سبيل ذلك 2، وهنا يفترض القانون أن وقوع الفعل الضار من طرف الشخص الذي هو تحت الرعاية، كان نتيجة تقصير متولي الرقابة في القيام بها، إخلالا بالتزامه، ومن ثم أقام قرينة الخطأ على عاتقه 3، فإذا قصر المكلف بالرقابة قانونا في أداء هذا الواجب، كان مخطئا خطأ شخصيا يوجب مسؤوليته 4.

وقد قضت بعض التطبيقات القضائية من أنصار هذا التكييف، بإعمال مسؤولية متولي الرقابة استنادا إلى خطأ مفترض في مجال التلوث البيئي، ومثال ذلك ما حُكم به بمسؤولية صاحب المدرسة - كمتولي الرقابة عن الصخب الفاحش والزحام الشديد الذي يحدثه الأطفال أثناء دخولهم أو خروجهم من المدرسة أو أثناء صعودهم ونزولهم السلام، حوالي ثمان مرات في اليوم وما يصاحب ذلك من ضوضاء يحدثونها، وذلك إستنادا إلى خطأ مفترض في جانب في جانب متولي الرقابة، - صاحب المدرسة - وفي رقابته للتلاميذ .

وكذلك الحكم بمسؤولية رب الأسرة عن الضوضاء التي يحدثها أبنائه بالإضافة إلى تعويضه ما يصيب الغير من أضرار نتيجة ارتطام الكرة بنوافذ الجيران أثناء لعبهم، وذلك استنادا إلى خطأ مفترض في جانبه كمتولي للرقابة عليهم .

وقد توجه المشرع الجزائري إلى أنه إذا استوفى المضرور مبلغ التعويض من المكلف بالرقابة، فلا يجوز له أن يرجع للخاضع لها، لأنه لا يستطيع المضرور بحال من الأحوال الإستيلاء على تعويضين عن ضرر واحد، كما أنه إذا دفع الخاضع للرقابة مبلغ التعويض، فإنه لا يستطيع أن يرجع على المكلف بها ليطالبه بما دفع، لأن الخطأ الموجب للضمان هو الإنحراف الصادر منه لا من متولي الرقابة 5.

وخلاصة القول أن مسؤولية متولي الرقابة تقررت قانونا لمصلحة الغير، وليس لمصلحة المشمول بالرقابة، ولذا لا يصح أن يتمسك أمام المحاكم بموجب إلزام متولي الرقابة بتعويض الضرر .

2- أما بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (La responsabilité du commettant du) (fait de son préposé).

¹ المادة 134 ق م ج " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" مع ملاحظة تطابق شبه تام بين النص الجزائري ونظيره المصري في المادة 173 ق م م ، مع اختلاف في الفقرة الأخيرة فقط.

المادة 135: " يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين والمؤدبين، وأرباب الحرف، مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلميذتهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين. ويستطيع المكلف بالرقابة، أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ."

² المحكمة العليا بتاريخ نوفمبر 1986، ملف رقم 42927 (ملف غير منشور)

³ المحكمة العليا، غ م رقم 30064، 2 مارس 1983، الإجتهد القضائي ص 27 أون ق 1985، 3، ص 62.

⁴ Mazeaud et tunc. La responsabilité, T1, No 732, Planiol et Ripert. Traité, T.6 NO 627.

⁵ د العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ج 2، ص 308.

والتي تنظمها المادة 136 ق م ج 1، فيكفي هنا أن تقوم رابطة تبعية بين شخصين، ويصدر من التابع، أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها عمل غير مشروع يصيب الغير بالضرر، فتقوم مسؤولية المتبوع عن تعويض الغير عما أصابه من ضرر دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب هذا المتبوع، بل تستند المسؤولية إلى خطأ مفترض في جانب المتبوع في الرقابة والتوجه.

ومن تطبيقات أعمال هذا التكييف في نطاق مسؤولية التلوث البيئي ما حُكم به بمسؤولية ملاك الأراضي والمزارع عن تعويض الأضرار الناشئة عن تعويض الأضرار غير العادية التي تلحق بالمزارع المجاورة نتيجة ذهاب وإياب السيارات المستعملة بواسطة سائقي وأتباع هؤلاء الملاك، وأقام القضاء هذه المسؤولية استناداً لخطأ مفترض في جانب المتبوع.

كما حكم بأن كافة أضرار التلوث النووي للبيئة والصادر عن نشاط مشروعات أو أفراد بأن مسؤولية تعويض هذه الأضرار تقع على عاتق الدولة باعتبار أن استخدام الطاقة النووية يدخل في التخطيط العام لاقتصاد الدولة لما يعود على الصالح العام، ولذلك فإن مسؤولية الدولة تقوم في هذه الحالة على أساس خطأ مفترض في جانبها كمتبوع.

النوع الثاني: المسؤولية الناشئة عن الأشياء. (La responsabilité du fait des choses).

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 138-139-140/2 و3-140/1، وما يقابله في القانون المدني المصري في المادة 176 وما بعدها، وبملاحظ هذه النصوص نجد أن الأحكام التي تقرها هي أحكام مستحدثة في القانون العربي المعاصر، لك أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، وخاصة بالفقه والقضاء الفرنسيين، وهذا الحكم كما قدمنا يعتبر انعكاساً لحاجات عصر الآلة والقوى الصناعية المحركة.

كما أن تلك النصوص القانونية تفرض أن حارس الحيوان أو الأشياء غير الحية أو الجوامد كالآلات الخطرة والبناءات،... مسؤول مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض عما يلحق الغير من أضرار بسبب الأشياء التي في حراسته استناداً إلى خطئه المفترض في الحراسة والسيطرة والرقابة...، بحيث لا يمكن دفع هذه المسؤولية بإثبات انتفاء الخطأ بالنسبة له، أي أن خطئه غير قابل فثبات العكس، فلا تنتفي هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ومن تطبيقات هذه المسؤولية في مجال البيئة بالنسبة لحارس الحيوان، ما تم الحكم به من مسؤولية القصاب (الجزار) عن الروائح الكريهة المنبعثة من مزرعة حيواناته التي أنشأها بالقرب من مصيف، وكذلك مسؤولية حارس الكلب إذا تركه ينبج على نحو يقلق الجيران، فمثل هذه الحالات تسمح للمتضررين منها بحق المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية المفترضة.

كما انه من تطبيقات المسؤولية المفترضة لحارس البناء، ما تم الحكم به عن انعقاد مسؤولية الحارس عن الضرر الناتج من استعماله الآلات والمعدات حال قيامه بعملية هدم بناء مما ترتب عليه إحداث أضرار للجيران بسبب ذلك الهدم الذي يسأل عنه مسؤولية قائمة على خطأ مفترض يستطيع دفعه بإثبات تخلف أي خطأ من ناحيته.

¹ المادة 136 ق م ج: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعة بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها"، والملاحظ وجود تطابق حرفي مع نص المادة 174 من القانون المدني المصري.

² تفصيل هذا في المواد الآتية:

المادة 138 ق م ج: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة."

³ د. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 347.

⁴ د. محمود جلال حمزة، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1981، ص 125.

كما يلحق بهذا مسؤولية مستغل المنشآت الصناعية كحارس للأشياء عما يصدر منها من اهتزازات وأدخنة سوداء وروائح مقززة، وانبعاثات ضارة، والأبخرة المنبعثة في الهواء والتي تلوث الجو، وتكون طبقة سحابية تتسبب في وقوع الحوادث، فهو يسأل عن كافة هذه الحالات مسؤولية مستندة إلى حراسة الأشياء القائمة على خطأ مفترض لا يحتاج معه المضروب إلى إثبات أي خطأ شخصي في جانب المسؤول.

وقد اعتنق القضاء أيضاً هذا الأساس، وهذا النوع من المسؤولية، في مجال مسؤولية المنتج والصانع والبائع عن الأشياء الخطرة وما تحدثه من مخاطر للبيئة، وأضرار للأشخاص، بل وحملت الأحكام القضائية هؤلاء الأشخاص الإلتزام بالإعلام والتبصير، والإدلاء بكافة البيانات المتعلقة بالأشياء الخطرة من أجل إيجاد رضاء سليم حر متنور علماً بطبيعة هذه الأشياء وخطورتها وأثرها، بحيث تقوم مسؤوليتهم عن تعويض الأضرار الناشئة في هذا المجال استناداً لمخالفتهم لهذا الإلتزام بالإفشاء أو الإدلاء.

• تقدير هذا الأساس:

يتميز هذا التأسيس بأنه يسهل على القضاء تطبيقه في كافة الحالات التي ينص فيها القانون على الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية، بحيث تستند المسؤولية عن تلويث البيئة في هذه الحالات إلى النص القانوني دون حاجة إلى جدل أو إلتزام المضروب بعبء إثبات الخطأ، في جانب المسؤول، بل يكفي توافر إثبات حالة من حالات هذه المسؤولية المفترضة التي تندرج تحت النص المنظم لها، وذلك مثل كافة نصوص القانون التي تنص على المسؤولية عن فعل الغير، أو عن الأشياء كما سبق تفصيله، هذا مع ملاحظة أن هذه المسؤولية الأخيرة كانت محل جدل تفصيلي في الفقه حول أساسها وشروطها وسائر أحكامها.

ولكن يعيب هذا التأسيس، أنه غير جامع لحالات المسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي، وينحسر عن تغطية كافة صور المسؤولية الناشئة عنها، وخاصة الصور المعاصرة لها والتي لا يمكن أن تندرج تحت أي نص من النصوص المقررة للخطأ المفترض سواء في مجال المسؤولية عن فعل الغير أو عن الأشياء¹ لأن هناك صور حديثة من التلوث البيئي وخاصة المحدث لأضرار عامة، مثل التلوث النووي والإشعاعي والسمعي، والتي لا يمكن اندراجها تحت إحدى حالات المسؤولية المفترضة المنصوص عنها قانوناً، ولذلك يستطيع المسؤول دفع هذه المسؤولية عنه بانتفاء الأساس القانوني لها، ولذلك يبقى الوضع متطلباً أساساً عاماً تندرج تحته الصور الحديثة من صور التلوث البيئي، وقد وجد الفقه والقضاء هذا الأساس في المسؤولية التالية.

ثالثاً: التأسيس المختار.

كان من نتيجة الإنتقادات والملاحظات التي وجهت إلى المذهبين السابقين، والتي يتعارض بعضها مع طبيعة الضرر البيئي، أن اتجه الفقه والقضاء المعاصرين إلى أساس جديد للمسؤولية المدنية للتلوث البيئي، بحيث يتلاءم مع طبيعتها ويغطي كافة الصور الناشئة عنها دون الحاجة إلى البحث عن الخطأ واجب الإثبات، أو عن الخطأ المفترض، بل تستند المسؤولية كلية إلى فكرة الضرر، ولا يمكن للمسؤول دفع هذه المسؤولية بنفي الخطأ مهما كان، أو حتى إثبات السبب الأجنبي، فالمسؤولية الموضوعية تقوم على تعويض الضرر ولو بغير خطأ.

- المقصود بالمسؤولية الموضوعية وأساسها:

تقوم هذه المسؤولية - كما يظهر من اسمها - استناداً إلى موضوعها أو محلها، أي لفكرة الضرر الناشئ عنها، والذي يحقق تلوثاً بيئياً تتجاوز آثاره الخطأ الشخصي، ومن ثم لا يمكن إسناد المسؤولية حينئذ إلى ثابت أو مفترض، بل

¹ وهذا حال الكثير من القوانين العربية، القانون الليبي م 181 / القانون العراقي م 231 / القانون اللبناني م 132.

تستند المسؤولية كلية إلى فكرة الضرر، ولا يمكن للمسؤول دفعها بأي حال، لأن هذه المسؤولية تقوم على تعويض الضرر ولو بغير خطأ.

ولا شك أن الأساس القانوني للمسؤولية الموضوعية - الضرر - يتلاءم تماما في مجال الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة حيث يتحمل المضرور عبئا كبيرا في إثبات الخطأ، وبحيث يعجز غالبا عن إثباته، كما أنه قد لا تتوافر حالة من حالات الخطأ المفترض، ولذا فإن المسؤولية الموضوعية أصبحت صماما قانونيا فعالا لضمان حقوق الأفراد، وتيسير تعويض الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة في حالات يعجزون فيها عن إثبات خطأ في مواجهة المسؤول.

ولذلك فإن الأساس القانوني لهذه المسؤولية هو فكرة (تحمل التبعة)، طبقا للقاعدة الفقهية (الغنم بالغرم)، ويستند هذا الأساس إلى أن الطبيعة الخاصة للأنشطة الصناعية والتجارية الحديثة، والتي تحدث تلوثا للبيئة يصعب إسناد تبعه الخطأ فيه على المسؤول الذي يمارس النشاط المحدث لهذا التلوث بغض النظر عن أي خطأ، أو بتعبير آخر، فإن فكرة تحمل التبعة تعني أن: "من يستفيد من خطر ناشئ عن نشاطه عليه أن يتحمل تبعته"، أي يعوض الأضرار الناجمة عن هذا النشاط، فهو كما نرى معيار يقوم على "تبعة الربح" أو "تبعة النشاط والسلطة"، فكما يغنم الشخص ويستفيد ويربح من شيء، فإنه يقع عليه عندئذ مغارمه، أي مسؤولية تعويض الأضرار الناشئة عنه مقابل هذا الغنم وتلك الفائدة.

- خصائص المسؤولية الموضوعية :

- 1- أنها موضوعية، فلا ينظر في إثباتها إلى عنصر الخطأ أو إثباته، بل تستند إلى أي ضرر.
- 2- توفر أكبر حماية من الأنشطة الخطرة، خاصة في مجال الطاقة النووية والنشاطات الصناعية الإشعاعية.
- 3- مسؤولية مركزة في شخص المستغل، أي أنها تبحث عن أشخاص المسؤولية وليس عن الأخطاء.
- 4- أنها مسؤولية محددة التعويض، لا يوجد فيها إجحاف لحق المضرور بأي حال، ولا تعسف ضد المسؤول غير

المخطف 3

- المصادر والمراجع المعتمدة :

- 01- القانون المدني الجزائري، الطبعة الجديدة المعدلة والحديثة (القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.
- 02- المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، محمود جلال حمزة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1981.
- 03- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ج2.
- 04- القانون المدني المصري.
- 05- القانون المدني الليبي.
- 06- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- 07- القانون المدني اللبناني
- 08- القانون المدني العراقي

Traité du droit civil français, Planiol et Ripert. T6 et T7. Paris ; 1952 - 09

¹ وهو ما دأب القضاء الفرنسي والأمريكي على الأخذ به في مجال الملاحه الجوية والأضرار الناشئة عن تحليق الطائرات وما تحدثه من أضرار وأصوات المحركات عندما سقطت أجزاء من محركات الطائرات فوق بعض الأحياء في باريس ترتب عنها تسرب كميات من الغازات والزيوت الضارة. أما في القضاء الأمريكي، فتح القضية المشهورة (ريلا ند ضد فلتشر)، وبهذا يكون القضاء الأنجلوسكسوني قد أرسى من جانبه دعائم المسؤولية المدنية الموضوعية، القائمة على فكرة التعويض المستند إلى تحمل تبعه الضرر الناشئ عن نشاط الإنسان. بغض النظر عن استناده لأي خطأ.

² مثل إتفاقية باريس لسنة 1960، المادة 03، واتفاقية فيينا المادة 4.

³ مثل إتفاقية بروكسل لسنة 1963، والتي حددت أن أقصى حد للتعويض في كل حالة، يجب أن يتناسب مع حجم النشاط ومدى الضرر الناشئ عن التلوث، وهو كما نرى معيار يتمشى مع القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار".

شهادة نفكي الصبغة الجماعية عن العقار غير المحفظ

(تأملات في الفقرة الثانية من المادة 18 من المرسوم القاضي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة)



إعداد: عبد الغني طه علامي

باحث في القانون - من المغرب

من المعلوم أن النظام العقاري المغربي يمتاز بازدواجية البنية، حيث يتم التمييز بين عقار محفظ يخضع لظهير التحفيظ العقاري¹ وعقار غير محفظ يخضع لمدونة الحقوق العينية² و قانون الالتزامات والعقود وقواعد الفقه الإسلامي. وهما نظامان يتعايشان جنبا إلى جنب ضمن التركيبة العقارية المغربية ويحتفظ كل منهما بخصوصيته وبالقواعد القانونية المنظمة له.

التحفيظ يعد بمثابة حالة مدنية للعقار، فهو يركز الإثبات ويوطد الحجة للعقار، يبدأ بالشكلية في حصر ذاتية العقار وينتهي بالحجية في ملكيته³ وهو يخضع لمسطرة محددة تطهر العقار من كل المنازعات كما يعد وسيلة لتصفية النزاعات من خلال التعرضات التي يجب تقديمها وإثارتها في آجال معينة. مما يجعله يتفوق على نظام العقار غير المحفظ، الذي يعتمد في إثباته على رسوم عدلية تنتج أثرها بمجرد إبرامها والإشهاد على الأطراف بذلك، على أن تضمن بسجل قسم التوثيق بالحكمة الابتدائية المتواجد العقار في نفوذها.

في هذا الإطار تأتي مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 18 من المرسوم القاضي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة حيث جاء فيها " إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب على العدل التأكد بشهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعيا أو حبسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها." و مفادها أن إثبات ملكية العقارات غير المحفظة تتم برسوم عدلية، بناء على شهادة إدارية، صادرة عن السلطة المحلية، تنفي الصبغة الجماعية عنها.

¹ ظهر 12 غشت 1913 كما تم تعديله وتتميمه بموجب القانون 14.07، ج رعدد 5998 المؤرخة في 24 نونبر 2011.

² قانون رقم 08-39 صادر ب 22 نونبر 2011، ج. رعدد 5998 المؤرخة في 24 نونبر 2011.

³ انظر محمد رياض، نظرات في العقار غير المحفظ، منشور بكتاب، العقار المحفظ... إلى أين؟، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق

— مراكش، تنسيق محمد بونيات ومحمد مومن، الطبعة الأولى 2004، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، ص 49.

وانتفاء الصبغة الجماعية يستلزم أن لا يكون العقار من أراضي الجموع، وأن لا يكون ملكا حبسيا ولا ملكا خاصا للدولة وأن لا يكون من أملاك الجماعات العمومية بصفة عامة.

أما أراضي الجموع أو الجماعات السلالية، فهي تلك الأراضي التي تمتلكها بصفة جماعية مجموعة من السكان المنتمين لأصل واحد وسلالة واحدة¹.

وأما الملك الحبسي، أو الوقف، فهو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لجهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه إما بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون. ويكون إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا.²

وأما الملك الخاص للدولة فهو جميع الأملاك التي تتوفر عليها الجماعات العمومية والتي لم تخصص لاستعمال العموم أو لفائدة مرفق عام.³ وتتميز فيها بين الأملاك الغابوية وأراضي الكيش والأملاك المخزنية. وغالبا ما يقصد بالملك الخاص للدولة هذا النوع الأخير.

إن العقار الغير محفظ متى ثبت انتفاء الصبغة الجماعية عنه، من الأصناف التي تم ذكرها، فإن ذلك وجب أن يضمن في شهادة إدارية تصدر عن السلطة المحلية. و الشهادة كما عرفها الفقه⁴ هي "تقرير حقيقة أمر توصل الشاهد إلى معرفته بعينه أو بأذنه." أما الشهادة الإدارية فهي سند لإثبات حالة تصدره إدارة معينة، في شكل ورقة مكتوبة، ضمن شروط معينة ينص عليها قانون منظم. و شهادة نفي الصبغة الجماعية إنما هي شهادة إدارية، في شكل وثيقة ورقية، تصدرها السلطة المحلية المختصة تثبت من خلالها أن عقارا معيننا لا يدخل ضمن أراضي الجماعات العمومية الغير مخصصة للاستعمال العام، وذلك بعد استشارة المصالح المعنية بالإشراف على تلك الأراضي.

تم تنظيم شهادة نفي الصبغة الجماعية، في إطار النصوص المنظمة لخطة العدالة، لأول مرة بمقتضى ظهير⁷ يوليوز 1914، تم جاء ظهير 1.81.11 المؤرخ بتاريخ 06 يونيو 1982 ومرسومه التطبيقي الصادر في 18 أبريل 1983 بتفصيل أكثر في هذا الباب. لنخلص إلى المرسوم رقم 378.08.2 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2008 بتطبيق القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

إن دوافع دراسة الموضوع تنطلق من حقيقة أن المساحات الشاسعة للعقارات غير المحفوظة التي تزخر بها بلادنا هي في الأصل، بلاد فتوحات تعود ملكيتها للأمة ولمستغليها حق الانتفاع، شأنها في ذلك شأن العقارات التي تم تحفيظها، وهو معطى يبرر من جهة، حجم الطلبات على توثيق ملكية الأراضي في ظل التوجه التدريجي نحو اعتماد نظام التحفيظ بطريقة شاملة، و من جهة أخرى، يقوي من فرص أن يكون العقار مكتسبا للصبغة الجماعية. مما يجعل من شهادة نفي الصبغة على الأراضي الجماعية شهادة محورية في الدفع بتوثيق الملكيات الخاصة وحماية الملكيات الجماعية.

¹ دليل الأراضي الجماعية، الصادر عن قسم الأراضي الجماعية، مديرية الشؤون القروية بوزارة الداخلية، ص 4.

² المادة 1 من مدونة الأوقاف الصادرة بتاريخ 23 فبراير 2010، ج. ر عدد 5847 الصادرة بتاريخ 14 يونيو 2010.

³ انظر بوعزاوي بوجمعة، القانون الإداري للأملاك، الطبعة الأولى 2013، دار نشر EMLIV، ص 29.

⁴ للتوسع انظر ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى 1977، مطبعة فضالة، المحمدية ص 96 وما بعدها. انظر أيضا محمد ابن معجوز، وسائل للإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 1995، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 50 وما بعدها.

إذا كان العقار المحفظ يخضع لمسطرة تطهره من كل المنازعات من خلال التعرضات التي يجب تقديمها وإثارها في آجال معينة. فهل يمكن القول أن استخلاص شهادة انتفاء الصبغة الجماعية هو بمثابة مسطرة تطهير موازية للعقارات غير المحفظة؟

و هكذا فإن معالجة هذا الموضوع تقتضي، في نظرنا الحديث على الإجراءات المسطرية المتبعة في استصدار الشهادة الإدارية لنفي الصبغة الجماعية على العقارات غير المحفظة (مبحث أول)، والإشكاليات المثارة بشأن استصدارها (مبحث ثان).

المبحث الأول : الإجراءات المسطرية المتبعة في استصدار الشهادة الإدارية.

تميز في الإجراءات المسطرية المتبعة للحصول على شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقارات، بين إجراءات طلب الحصول على الشهادة (مطلب أول) وإجراءات التأكد من أن العقار لا يكتسي الصبغة الجماعية (مطلب ثان).

المطلب الأول : إجراءات طلب الحصول على الشهادة الإدارية :

إن مسطرة الحصول على شهادة نفي الصبغة الجماعية على العقار غير المحفظ عرفت حقتين حيث كانت في الحقة الأولى تسلم من طرف عامل العمالة أو الإقليم المتواجد بنفوذه العقار المراد توثيق ملكيته، وذلك بعد انعقاد اجتماع للجنة إقليمية يرأسها. وقد اختلفت تركيبة اللجنة باختلاف النصوص التنظيمية¹، حيث كانت في البدء² تتكون من ممثلي كل من : المديرية الإقليمية للفلاحة أو المكتب الجهوي للاستثمار، مصلحة المحافظة على الأملاك العقارية والرهون، مصلحة المسح العقاري، نظارة الأوقاف، المديرية الإقليمية للتجهيز، مصلحة المياه والغابات، وقسم الشؤون القروية بالعمالة. لتكتفي فيما بعد بممثلين عن مصلحة المحافظة على الأملاك العقارية والرهون، مصلحة المسح العقاري وقسم الشؤون القروية بالعمالة³.

وقد كانت خصوصية المسطرة تتمثل في كون الشهادة المسلمة لم تكن تثبت إلا "أن قطعة أرضية معينة لا تدخل ضمن أملاك الجماعات السلاوية، أما غير ذلك فلا، سواء تعلق الأمر بأملاك الدولة العامة أو الخاصة أو أملاك الجماعات المحلية أو الأوقاف أو الأملاك الغابوية، ذلك أن النصوص القانونية المنظمة لهذه الأنظمة العقارية تسند هذا الاختصاص للجهة المكلفة بالتسيير، ليكن وزير التجهيز والنقل أو ناظر الأوقاف أو مدير أملاك الدولة أو رئيس المجلس الجماعي حسب الأحوال"⁴.

غير أنه بعد صدور المرسوم المتعلق بمخطة العدالة⁵ تبذلت الصورة وذلك بتنقيح المادة 18 منه على أنه "إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب على العدل التأكد بشهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعيا

¹ انظر منشوري وزير العدل عدد 688 الصادر بتاريخ 19 أبريل 1974 حول تفويت الأراضي الجماعية. و عدد 645 حول المسطرة الواجبة الاتباع بخصوص النزاعات المتعلقة بالأملاك الجماعية، والمنشور الوزاري المشترك بين وزارة العدل والداخلية رقم 62/8 بتاريخ 12 مارس 1962 في شأن توضيح جهة الاختصاص في المنازعات المتعلقة بالأراضي الجماعية. ودوريات وزير الداخلية عدد 1690 بتاريخ 5 يونيو 1974 وعدد 351 بتاريخ 13 مايو 1997 وعدد 7018/م ش ق بتاريخ 3 نونبر 2005 وعدد 123/م ش ق بتاريخ 10 نونبر 2006.

² دوريتا وزير الداخلية عدد 351 بتاريخ 13 مايو 1997 وعدد 7018/م ش ق بتاريخ 3 نونبر 2005.

³ دورية وزير الداخلية عدد 123/م ش ق بتاريخ 10 نونبر 2006.

⁴ العربي مياد، في جواب على سؤال "هل من صلاحية رجل السلطة منح شهادة إدارية تتعلق بالتصرف في عقار محفظ؟" جريدة العلم، بتاريخ 29/12/2010

⁵ المرسوم الصادر في 28 أكتوبر 2008 بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج. ر عدد 5687 الصادرة يوم فاتح دجنبر 2008.

أو حبسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها." إذ أصبحت الشهادة الإدارية المسلمة من طرف السلطة المحلية تنفي الصبغة الجماعية، بمفهومها العام¹، عن العقار موضوع الشهادة، وليس فقط الصبغة السلالية. مقتضيات المادة 18 المذكورة بالرغم من وضوحها وشموليتها لكنها لم تنص عن المسطرة الواجب اتباعها لاستصدار الشهادة الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية² على العقار غير المحفظ مما ترك المجال للتخبط والارتباك لفترة من الزمن قبل أن يتم تدارك ذلك بإصدار دورية مشتركة³ في الموضوع، رفعا ل "الإكراهات التي خلفها تطبيق المادة 18 سواء لدى المواطن طالب الشهادة، أو لدى السلطات الإقليمية والمحلية"⁴، و "تفاديا للأعباء المادية والمعنوية التي قد يتكبدها المواطنون المعنيون"⁵، فدخل تسليم الشهادة الإدارية المذكورة حقة ثانية. وعليه أصبح لزاما على الراغب في الحصول على الشهادة الإدارية التقدم إلى السلطة المحلية المختصة، بالوثائق التالية:

1. طلب خطي للحصول على شهادة نفي الصبغة الجماعية على العقار غير المحفظ المعني؛
2. بطاقة معلومات حول العقار؛
3. رسم بياني يبين فيه حدود ومجاوري العقار موضوع الطلب؛
4. نسخة من البطاقة الوطنية للتعريف الخاصة بالعقار المعني؛
5. تصريح بالشرف مصادق عليه.

مع الحرص على الإدلاء بست نسخ من كل وثيقة مما ذكر.

¹ أي أنها تقرباً أن العقار المعني ليس ملكاً لجماعة سلالية ولا لجماعة محلية وليس ملكاً حبسياً أو ملكاً خاصاً للدولة أو ارتفاقاً لملك عام.

² تبعاً لما ورد في الإحالة السابقة، فإن مصطلح الجماعة أو الجماعي، طيلة هذه المحاولة التحليلية، يقصد به المفهوم العام الذي يهدف إليه الفصل 18 من المرسوم المتعلق بخطة العدالة.

³ دورية عدد 1437 الصادرة بتاريخ 17 دجنبر 2012 حول تطبيق مقتضيات المادة 18 من المرسوم المتعلق بخطة العدالة، موقعة من طرف 07 وزراء، يتعلق الأمر بكل من وزير الداخلية، وزير العدل والحريات، وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وزير الاقتصاد والمالية، وزير التجهيز والنقل، وزير الطاقة والمعادن والماء والبيئة، المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر.

⁴ من نص دورية وزير الداخلية عدد 14 بتاريخ 7 فبراير 2013، بخصوص تفعيل الدورية المشتركة عدد 50/س2.

⁵ من نص الدورية المشتركة عدد 50/س2 المشار إليها سلفاً.

والجدير بالذكر أن نفس الدورية تطلب الإدلاء، في مرحلة لاحقة، بتصميم طوبوغرافي للعقار منجز من طرف مهندس مساح طوبوغرافي، غير أن الممارسة العملية أفرزت بأن هذه الوثيقة تطلب بدورها في البدء، من طرف المصالح المحلية المختصة، مع الوثائق السالفة الذكر مجتمعة، وذلك، من باب الحيطة، بالنظر لكون العقار غير المحفظ غالباً ما تكون حدوده غير مضبوطة حتى بالنسبة لحائزيه، خاصة إذا ما كان الأمر يتعلق بأشخاص غير مقيمين بنفوذ أو بورثة ويستغلونه، بطريقة غير مباشرة، عبر الأغيار¹. بالإضافة إلى كون " بيان مساحة العقار في الرسوم العدلية، يتم استناداً إلى تصريحات الأطراف، وهي مساحة تقريبية تتقلص وتتمدد حسب إرادة المالكين ونواياهم، أما الحدود فيتم بيانها استناداً إلى أسماء الملاك المجاورين أو إلى بعض العلامات الثابتة²."

المطلب الثاني: إجراءات التأكد من كون العقار لا يكتسي الصبغة الجماعية:

بعد وضع الملف لدى مصالح السلطة المحلية المختصة، وفق للشروط المنصوص عليه أعلاه، فإن السلطة المحلية المعنية تباشر إجراءات التأكد من كون العقار الغير المحفظ موضوع الطلب لا يكتسي الصبغة الجماعية، وذلك كما يلي:

1. توجه السلطة المحلية نسخاً من الطلب، ومرفقاته، إلى الجهة الإدارية المعنية، داخل أجل سبعة أيام من تاريخ توصلها به، لموافاتها كتابة بما إذا كان العقار مدرجاً أو غير مدرج ضمن الأملاك التابعة لها.

وشرط الإجابة كتابة هو شرط صريح، وذلك بغية حمل الإدارات المعنية على التمحيص والتدقيق في الرد، حماية للملك الجماعي، من جهة، و صونا لحقوق المرتفقين، من جهة ثانية، بإحقاق الإثبات وتفادي تملص الإدارات المعنية من التزاماتها الغير موثقة.

وشرط الكتابة يسري حتى على الجماعات السبلالية، إذ أن نواب (أو نائب) الجماعات السبلالية المعنية ملزمين بتزويد السلطة المحلية بتصاريح كتابية يوضحون فيها موقفهم حول طبيعة العقار الجماعية أو غير الجماعية، لتقوم السلطة المحلية تبعاً لذلك، بصفتها ممثلة سلطة الوصاية، بإنجاز تقرير حول الموضوع يمكن عامل العمالة أو الإقليم من إبداء رأيه في النازلة.

2. إجابة الجهات الإدارية المعنية داخل أجل 60 يوماً من تاريخ التوصل.

¹ من بين أهم أنظمة الاستغلال بواسطة الغير أو أنظمة المزارعة، نذكر ما يلي: نظام الخماسة: وهو النظام الأكثر انتشاراً. حيث يتم إبرام عقد الخماسة بصورة شفوية بين مالك الأرض أي الإقطاعي والخماس وذلك لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد في السنوات القادمة في حالة اتفاق الطرفين. ويقضي هذا النظام بأن يتعهد المالك بتقديم الأرض، والبذور، وحيوانات الحراثة، وسائر أدوات العمل، بينما يقدم الخماس وسائر أفراد أسرته قوة عملهم. وعند توزيع المحصول ينال المالك أربعة أخماس المحصول، ويبقى الخمس الأخير للفلاح أي الخماس. /نظام المربعة: يتم إبرام عقد المربعة بين مالك الأرض والرباع بصورة شفوية ولمدة سنة واحدة قابلة للتجديد، حيث يقوم المالك بتقديم وسائل الإنتاج من أرض وبذور وحيوانات حراثة وأدوات عمل، في حين يقدم الرباع وأفراد أسرته قوة عملهم. وبعد جني المحصول يأخذ الرباع ربع المحصول، بينما يذهب ثلاثة أرباعه إلى المالك. /نظام المشاركة بالخبرة: يقضي هذا النظام بأن يقدم المالك الأرض فقط، بينما يقدم الفلاح أي الخباز العمل، والبذور، وحيوانات الحراثة، وسائر أدوات العمل. وفي نهاية السنة، يحصل الخباز على ثلث المحصول أو نصفه، وينال مالك الأرض الباقي. /ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن الفلاح المحاص زيادة على عمله الأساسي في أراضي المالك، مطالب بتنفيذ الأمور الآتية: - أن يكون وأفراد أسرته في خدمة أسرة المالك: - العمل على صيانة منزل المالك والاعتناء بالحديقة: - تزويد المالك بالخضار والفواكه التي ينتجها للتوسع أكثر انظر، عبد السلام أديب "التحولات الاقتصادية والسياسية للتطبيقات الاجتماعية في المغرب (الجزء الرابع)، التشكيلات الاجتماعية في البوادي المغربية" الحوار المتمدن، العدد 652، 2003/11/14، محور اليسار، الديمقراطية والعلمانية في المغرب العربي.

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=11677>

² محمد خيري "مقاربة بين نظام العقارات المحفظة ونظام العقارات غير المحفظة"، منشور بكتاب، العقار المحفظ... إلى أين؟، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق - مراكش، تنسيق محمد بونيات ومحمد مومن، الطبعة الأولى 2004، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، ص 20.

يتعلق الأمر ب كل الجهات الإدارية التي تدير أملاك جماعية، سلالية كانت أم حبسية أو أملاك الدولة أو غيرها. وإذا كانت الدورية المشتركة توحى بأن الإدارات المعنية، هي الإدارات الواردة توقيعات وزرائها في الدورية، باستثناء وزارة العدل لكونها المشرفة على مهنتي العدالة والتوثيق، فإن ورود كلمة و" غيرها" في نص المادة 18 من المرسوم القاضي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، يجعل الأمر مفتوحا، ويمكن مراسلة إدارات إضافية حسب الأحوال، مثل الجماعات المحلية أو مديريات الفلاحة أو ما شابه ذلك.

3. إذا أجابت إحدى الجهات الإدارية المعنية بأن العقار موضوع الطلب مدرج ضمن الأملاك التابعة لها، فإن السلطة المحلية تجيب صاحب الطلب بذلك، وترسل نسخا من الجواب إلى باقي المصالح، ويحفظ الملف.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الإدارات المعنية التي ترى أن العقار موضوع الطلب مدرج ضمن الأملاك التابعة لها ملزمة بتعليل أجوبتها السلبية ، أو إرسال مرفقات، تثبت صحة طروحاتها اتجاه الجهة المؤهلة قانونا لتسليم الشهادة الإدارية، و إذا كان يكفي السلطة المحلية المعنية الجواب النافي أو المؤكد للصبغة الجماعية للعقار للمرور للإجراء الموالي، فإن لصاحب الطلب إمكانية متابعة المصلحة المعنية أمام القضاء لكونها لم تلتزم بمقتضيات القانون 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية. وذلك بعدم التنصيص كتابة في صلب وثيقة هذه القرارات على الأسباب القانونية الموضوعية أو المادية الداعية إلى اتخاذها، كما نص على ذلك القانون المذكور، وتماشيا مع منشور الوزير الأول في هذا الصدد الذي يشير إلى " أن عدم تعليل القرارات الإدارية المرتبطة بالمجالات التي حددها القانون السالف الذكر يجعلها معرضة للإلغاء أمام القضاء الإداري بسبب عدم الشرعية، مما يقتضي الدقة والرصانة في صياغتها والحرص على أن يكون التعليل واضحا ومحددا ومطابقا للقانون¹."

4. إذا لم تجب الجهات المعنية داخل أجل ستين يوما فإن السلطة المحلية تعقد معها اجتماعا، داخل 15 يوما، من مرور الأجل المذكور، يخصص الاجتماع لدراسة محتويات الملف، وللقيام ببحث ميداني في عين المكان، ومعاينة مدى تطابق العقار موضوع الطلب مع الرسم البياني المدلى به، كما يمكن مطالبة الراغب في الشهادة الإدارية، عند الاقتضاء، بالإدلاء بتصميم طبوغرافي منجز من طرف مهندس مساح طبوغرافي، إن لم يكن قد أدلى به سلفا، ويجرر ممثل السلطة المحلية محضر معاينة في الموضوع².

وفي هذه الحالة يتعين على الجهة الإدارية المعنية أن تجيب السلطة المحلية كتابة داخل أجل 30 يوم من تاريخ إجراء البحث الميداني وعقد الاجتماع.

5. تقوم السلطة المحلية بتضمين الشهادة الإدارية بأن العقار موضوع الطلب غير مدرج ضمن الأملاك المنصوص عليها في المادة 18 من المرسوم المتعلق بخطة العدالة.

أما المعلومات التي يجب أن تتضمنها الشهادة فهي:

- الصفة الشخصية والإدارية لمصدرها وتاريخ الإصدار؛
- اسم المستفيد الذي تقدم بطلب يلتمس من خلاله الحصول على شهادة نفي الصبغة الجماعية و الحبسية وصبغة ملك الدولة وغيرها عن العقار موضوع الشهادة؛
- اسم العقار ومكان تواجد حده وحدوده ومساحته؛

¹ منشور الوزير الأول رقم : 2/2003 خ.ش.ع.أ.ه بتاريخ 6 محرم 1424 الموافق ل 10 مارس بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية .

² دورية وزير الداخلية بخصوص تفعيل الدورية الوزارية المشتركة المشار إليهما سلفا.

- تعليل موضوعي، مبني على وثائق الملف وعلى الرسائل الجوابية المتوصل بها من مختلف المصالح الوزارية، ومحيط ببيانات الدورية المشتركة 50/س2؛
 - عبارة "أن العقار (المعني) غير مدرج ضمن الأملاك المنصوص عليها في المادة 18 من المرسوم رقم 378.08.2 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2008 بتطبيق القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة."؛
 - توقيع وخاتم السلطة المحلية المختصة.
6. تسلم السلطة المحلية الشهادة الإدارية لصاحبها، وترسل نسخا منها، قصد الإخبار إلى كل الجهات الإدارية الأخرى.

المبحث الثاني: الإشكاليات المثارة بشأن استصدار الشهادة الإدارية.

لاشك أن مسألة استصدار شهادة نفي الصبغة الجماعية تعرف إشكاليات، تختلف باختلاف العقارات، واختلاف المصالح المعنية، قد يغيب عنا بعضها، وقد لا يظهر بعضها إلا بالممارسة الفعلية و الاحتكاك بالملفات المتعلقة بها، لذا سنحاول التركيز على إشكاليتين اثنتين تتعلقان بطبيعة العقار (مطلب أول) وبالمصالح المعنية بإبداء الرأي (مطلب ثان).

المطلب الأول: اشكاليات مرتبطة بطبيعة العقار:

حصرت المادة 18 من المرسوم المتعلق بتطبيق القانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة العقار التي تستصدر من أجله الشهادة الإدارية من لدن السلطة المحلية في العقار غير المحفظ، وبهدف نفي الصبغة الجماعية على العقار ليس إلا، وذلك بتنصيبها على عبارة " إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ.. " وعبارة " وجب التأكد من كونه ليس ملكا جماعيا أو حبسيا ولا من أملاك الدولة وغيرها"، غير أن الممارسة العملية، سواء الإدارية منها أو القضائية، أفرزت، من جهة، بروز مطالب لإثبات استمرار الملكية ليس فقط في العقار الغير محفظ، بل حتى في العقار الموضوع في طور التحفيظ، ومن جهة أخرى، مطالب تتعلق بعقارات موسومة بمنازعات بين الخواص.

1. العقار غير المحفظ:

إن الشهادة الإدارية الرامية إلى نفي الصبغة الجماعية، لا يمكن استصدارها إلا بالنسبة للعقار الغير المحفظ، والحكمة من ذلك هي أن إثبات الملكية والحقوق الملصقة بها في العقار المحفظ¹ يكون السند الرسمي فيها هو الرسم العقاري الذي يعتبر حجة رسمية لا تقبل إثبات العكس إلا استثناء، غير أنه في العقارات غير المحفظة " يتم الاعتماد في إثبات الملكية على رسوم تحرر من طرف عدول، قد يعترها أحيانا بعض الخلل أو الغموض أو عدم الدقة لأنها تستند إلى تصريحات الأطراف سواء من حيث مدخل التملك أو من حيث المساحة والحدود"² وهذه الرسوم رغم صبغتها الرسمية إلا أنها لا تكتسي الصفة القطعية حيث يمكن الطعن في صحتها. و دليل ذلك ما تنص عليه المادة 66 من ظهير التحفيظ العقاري، التي ترى أن " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية".

¹ الشهادة الإدارية المنجزة من طرف السلطة المحلية التي تشير إلى اعتمار عقار محفظ للمدة المعتبرة شرعا في الحياة المكسبة والتي تفوق 10 سنوات وإن أرفقت برسم عدلي في الموضوع يشهد شهوده بما ذكر لا قيمة قانونية لها متى تعلقت بعقار محفظ. مادام العقار المحفظ لا يطاله التقادم، وأنه لا يمكن اكتساب أية حقوق عليه ما لم تكن مسجلة في الرسم العقاري.

² محمد خيرى، المرجع السابق، ص 19.

يبدو إذن، أن اعتماد شهادة نفى الصبغة الجماعية تكون فقط بالنسبة للعقارات التي لا تكتسي الرسوم المثبتة للملكيتها الصفة القطعية والتي يمكن الطعن في صحتها، وإذا كان العقار المحفظ يخرج من هذه الدائرة بقوة القانون، والعقار الغير المحفظ يعتبر مجال اعتماد الشهادة المذكورة بامتياز، طبقا لمقتضيات الفصل 18 المشار إليه سلفا، فماذا يمكن القول عن العقار الموضوع في طور التحفيظ؟

2. العقار الموجود في طور التحفيظ:

تعرف الممارسة العملية، الإدارية والعدلية، طلبات باستصدار شواهد إدارية، أو ليفية، لنفي الصبغة الجماعية، لتكون مدخلا لإثبات الملكية لعقارات في طور التحفيظ. هذه الطلبات تكون أحيانا بناء عن جهل بالمسطرة القانونية الواجب اتباعها في هذا النوع من العقارات، وأحيانا اضطرارية، بالنظر لعدم وجود إمكانية أخرى متيسرة لإثبات الحقوق.

و غني عن البيان، أنه يمكن لمالك العقار اختيار تطبيق مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بشأن عقاره¹ وذلك بتقديمه لمطلب التحفيظ لدى المحافظ على الأملاك العقارية. ويعتبر هذا الطلب بمثابة تصريح يبدي فيه طالب التحفيظ رغبته وعزمه على تحفيظ عقاره واتباع الإجراءات المطلوبة لذلك²، وهو مطلب إذا قدم لا يمكن سحبه مطلقا³.

و مطالب التحفيظ يمكن أن تكون فردية كما يمكن أن تكون جماعية⁴ وإذا كان مطلب التحفيظ الفردي لا يطرح أي إشكال، مادام أن قانون التحفيظ العقاري، في المواد 10 وما بعدها، قد نص على من يحق لهم تقديم الطلب⁵، وأن المادة 13، من نفس القانون، اشترطت بيان أصل التملك، في الوثائق المدلى بها، فإن مطالب التحفيظ الجماعية، خاصة تلك المتعلقة بالتحفيظ الجماعي للأملاك القروية، تبقى تطرح أكثر من سؤال. ومرد ذلك إلى كون القانون⁶ يذهب إلى عدم إلزام المستفيدين من هذه المسطرة بالإدلاء بعقود التملك الأصلية ويكتفي بشهادات محضرة في عين المكان.

¹ مع مراعاة مقتضيات الفصلين 7 و 8 من ظهير التحفيظ العقاري حول حالات التحفيظ الإجباري.

² محمد خيري، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، المساطر الإدارية والقضائية، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2013، ص 146.

³ المادة 06 من القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

⁴ ينص القانون على حالتين للتحفيظ الجماعي، تتعلق الأولى بالأملاك المتجاورة المنصوص عليها في المادة 16 من ظهير التحفيظ العقاري، أما الثانية فتهتم بالأملاك القروية الصادر بشأنها ظهير 26 يوليوز 1969، ج.ر عدد 2960 مكرر بتاريخ 29 يوليوز 1969.

⁵ يتعلق الأمر ب:

- المالك؛

- الشريك في الملك مع الاحتفاظ بحق الشفعة لشركائه، وذلك عندما تتوفر فيه الشروط اللازمة للأخذ بها،

- المتمتع بأحد الحقوق العينية الأتية: حق الانتفاع، حق السطحية، الكراء الطويل الأمد، الزينة، الهواء، التعلية أو الحبس.

- المتمتع بارتفاقات عقارية بعد موافقة صاحب الملك،

- الدائن الذي لم يقبض دينه عند حلول أجله، بناء على قرار قضائي صادر لفاءدته بالحجز ضد مدينه،

- النائب الشرعي في اسم المحجور أو القاصر حين تكون لهذا المحجور أو القاصر حقوق تسمح له بتقديم الطلب لو لم يكن محجورا أو قاصرا.

⁶ ظهير 26 يوليوز 1969، ج.ر عدد 2960 مكرر بتاريخ 29 يوليوز 1969.

إذا علمنا أن الشهادات المذكورة إنما تصدر بناء على إفادات شفوية غير دقيقة من قرويين مقيمين قد يكونون غير مالكين، وإنما مجرد متصرفين بناء على أحد أنظمة المزارعة، فإن هذا النوع من التحفيظ قد يعرض حقوق الملاك الحقيقيين للترامي وللمنازعة.

في ظل غياب إمكانية أخرى لإثبات الترامي على ملك الغير، يتم السعي لاستصدار شهادة استمرار الملكية، وذلك في خطوة أولى، بالسعي للحصول على شهادة إدارية تنفي الصبغة الجماعية على عقار في طور التحفيظ. والسؤال وقتئذ، هل الإدارة ملزمة بإعطاء هذه الشهادة بالرغم من كونها لا تدخل، صراحة، في نطاق الفصل 18 من المرسوم القاضي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة؟

إن العقارات في طور التحفيظ لا تعتبر نوعاً مستقلاً من العقارات يوازي العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة، بل هي لا تعدو أن تكون مقدمة لمسطرة التحفيظ التي نظمها ظهير 12 غشت 1913¹.

وهكذا، إذا استحضرننا أن الغاية من مقتضيات المادة 18 المذكورة هي "حماية الأملاك الجماعية والحبسية وأملاك الدولة وغيرها.. من التصرفات غير المشروعة"² من جهة، وأنها جاءت "تفادياً للأعباء المادية والمعنوية التي يتكبدها المواطنون"³ من جهة أخرى، كما تنص على ذلك الدورية المشتركة، المفصلة والموضحة لها، فإنه يمكن القول أن حالة طالب شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقار في طور التحفيظ تحقق الشرط الأول وتتماشى مع مرمى الشرط الثاني.

وإذا اعتبرنا أن عبارة "العقار الغير المحفظ"، الواردة في النص، ليست تعريفاً لعقار يكتفى "بغير محفظ" وإنما هي مجرد نفي لصفة "محفظ" عن العقار، فإنه يمكن القول أن العقار الموضوع في طور التحفيظ لا زال لم يكتسب صبغة العقار المحفظ بعد، وبمفهوم المخالفة فهو عقار غير محفظ، تسري عليه مقتضيات الفصل 18 من المرسوم القاضي بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها عدد 2174 في الملف المدني عدد 2004/1166⁴ حينما اعتبر "أنه بموجب الفصل 13 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري المعدل بظهير 1938/4/05 فإن مطلب التحفيظ لا يعتبر سنداً صحيحاً يثبت ملكية طالب التحفيظ للملك موضوع المطلب وإنما هو مجرد تصريح يقدمه طالب التحفيظ للمحافظ الذي يعطيه وصلاً بذلك ويمكن للمحافظ حسب الأحوال المنصوص عليها في القانون التشطيب عليه." وسارت عليه ابتدائية تاونات في أحد أحكامها الصادرة حديثاً⁵.

¹ انظر محمد أوزيان، الأملاك المخزنية بالمغرب: النظام القانوني والمنازعات القضائية، دراسة في نظام أملاك الدولة الخاصة في ظل التطور التشريعي والعمل القضائي، الكتاب 1، دارالآفاق للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، ص 19.

² الفقرة 3 من نص الدورية المشتركة 50/2س

³ الفقرة 6 من نفس الدورية.

⁴ منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 152 الصفحة 163 وما يليها.

⁵ حكم غير منشور، صدر بتاريخ: 2013/10/22 ملف رقم: 2011/12/349.

كما أكده بعض الفقه¹ حينما اعتبر أن "الحجية المعطاة للتسجيل ليست بمطلقة، بل إن قوتها في الإثبات مرتبطة بمدى صحة التصرف وحسن نية الأطراف. وفي هذا تختلف آثار التسجيل عن آثار التحفيظ". فماذا عن آثار المنازعة التي توسم العقار؟ وماهي الإشكاليات التي تطرحها؟

3- العقار الموسوم بمنازعة :

يحدث إن يتقدم إلى الإدارة أكثر من طلب بنفي الصبغة الجماعية عن عقار أو جزء منه، أو بطلب واحد تعتريه تعرضات من طرف الأغيار فيثار إشكال من الأحق بالشهادة² وهل على الجهة المختصة بتسليم شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقارات فعل ذلك عقب كل طلب، إذا ما تأكد لها ذلك، دون تدقيق في مشروعية الطلب من عدمها؟

إن الإشكال المثار رغم أهميته يبقى ثانويا في هذا الباب، ذلك لأن شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقار، على افتراض أنها تم تسليمها خطأ لأحد الخواص دون خصمه، فإنها، في مرحلتها الإدارية، لا تثبت ملكية العقار وإنما تكتفي بنفي الصبغة الجماعية عنه.

فالشهادة الإدارية لا تعدو أن تكون سندا لإثبات حال، كما أكد على ذلك العمل القضائي حينما اعتبر أن "منح شهادة إدارية لا يمكن أن يعتبر قرارا إداريا تنفيذيا من شأنه التأثير بذاته في المركز القانوني للطاعن، لكون هذه الشهادة لا تعدو أن تكون سندا لإثبات حالة"³.

بيد أنه بالرجوع إلى النصوص المنظمة لمسطرة الشواهد الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على العقارات نجد أنها تنص على "الثبت في منح الشهادة الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على عقار محل نزاع معروض على القضاء إلى حين صدور حكم نهائي في النازلة"⁴.

وقد ذهب القضاء الإداري في اعتماد هاته النصوص حينما اعتبر أن "القضاء الإداري المغربي يعتمد في معالجة القضايا المثارة أمامه على القانون بمفهومه العام، الذي يشمل المبادئ العامة للقانون والنصوص القانونية

¹ محمد خيري، المرجع السابق، ص 16.

² تنص المادة 03 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على إنه:

"إذا تعارضت البنات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها:

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه؛
- تقديم بينة الملك على بينة الحوز؛
- زيادة العدالة والعبارة ليست بالعدد؛
- تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب؛
- تقديم بينة الإثبات على بينة النفي؛
- تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها؛
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد؛
- تقدم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة؛
- تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا؛
- تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال."

³ حكم غير منشور للمحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ: 09/04/2012 ملف رقم: 09/51/51

⁴ دوريتا وزير الداخلية عدد 123/م ش ق بتاريخ 10 نونبر 2006 وعدد 7018/م ش ق بتاريخ 3 نونبر 2005.

والمناشير والدوريات الإدارية، في حالة عدم وجود نصوص قانونية، أو في حالة عدم تعارض هذه المناشير والدوريات مع النصوص القانونية¹.

وعليه، فإن العقارات الموسومة بمنازعة يجب التريث في إعطاء شواهد نفي الصبغة الجماعية المتعلقة بها، شريطة أن تكون المنازعة معروضة على أنظار القضاء، وذلك إلى حين صدور حكم نهائي في الموضوع.

إن شرط رواج المنازعة أمام أنظار القضاء هو من الأهمية بما كان، ذلك أن العمل القضائي لا يعتد بالمنازعات غير الرائجة أمام المحاكم و من أمثلة ذلك أنه قضى بإلغاء قرار عامل إقليم تريت في تسليم الشهادة الإدارية المذكورة استنادا على وجود تعرض الورثة، حيث أفاد في نص الحكم :

"وحيث تمسك المطلوب في الطعن بكونه لم يرفض تسليم الشهادة المطلوبة وإنما أوصى بالتريث في دراسة الطلب لغاية تسوية النزاع و ذلك وفق دوريات وزير الداخلية في الموضوع، ومنها الدورية عدد 123 بتاريخ 10/11/2006.

وحيث أنه بالرجوع إلى الدورية عدد 123 المذكورة أعلاه، في فقرتها ما قبل الأخيرة فهي توصي بالتريث في إصدار الشهادة الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على عقار محل نزاع معروض على القضاء إلى حين صدور حكم في النزلة.

وحيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف فإنه لا يوجد من بينها ما يفيد وجود أي نزاع معروض على القضاء، مما يكون معه القرار مشوبا بعيب السبب ويتعين لذلك الحكم بإلغائه مع ما يترتب عن ذلك قانونا بتمكين الطاعن من الشهادة المطلوبة إذا كان العقار.. لا يكتسي الصبغة الجماعية"².

وفي قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، تحدثت فيه عن صلاحية اللجنة المعهود لها بدراسة طلب الحصول على الشهادة المذكورة واعتبرتها " تقتصر على مدى توفر العقار على الصبغة الجماعية من عدمه دون البحث فيما إذا كان العقار موضوع نزاع مع الأغير."

كما اعتبرت " أن دور عامل العمالة أو الإقليم بخصوص الشهادة الإدارية التي تمنح لطالبتها لإقامة استمرار الملكية هو التأكد من انتفاء الصبغة الجماعية عن العقار موضوع الشهادة المطلوبة وذلك طبقا لدورية السيد وزير الداخلية عدد 123/م ش ق بتاريخ 10 نونبر 2006 التي جاءت تأكيدا للدوريتين عدد 7018/م ش ق بتاريخ 3 نونبر 2005 و عدد 351 بتاريخ 13 مايو 1997.

وأن رفض عامل الإقليم تسليم الشهادة الإدارية لطالبتها التي تنفي الصبغة الجماعية عن عقار بدعوى وجود نزاع بين طالب الشهادة والغير، على الرغم من عدم وجود أي نزاع في هذا الشأن معروض أمام القضاء، و دون

¹ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 982 الصادر بتاريخ 2008/07/23، ملف رقم 5/2007/186 منشور من طرف الملكي الحسين بن عبدالسلام، أراضي الجماعات السلالية وجماعات القبائل، بين الأنظمة القانونية والأحكام العرفية، الجزء الأول، طبعة 2011، بروميا الرباط، ص 223 وما بعدها.

² حكم المحكمة الإدارية بأكادير الصادر بتاريخ 26/01/2010، ملف عدد 89/2009، منشور ب أملاك الدولة، العدد 2-2013، منشورات مجلة الحقوق المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ص 63 وما بعدها.

التأكد من الصبغة الجماعية للعقار، يجعل القرار المطعون فيه متسما بتجاوز السلطة لمخالفة القانون، بمفهومه العام، ومعرضا بالتالي للإلغاء.¹

غير أنه بالرجوع لنفس الدوريات² التي استند عليها القضاء الإداري في أحكامه، نجد أنها تنص على أن المسطرة المتبعة تقتضي ضرورة تحرير محضر³ معاينة ميدانية مؤشر عليه من طرف السلطة المحلية، وإذا علمنا أن رجل السلطة له صفة ضابط شرطة قضائية⁴، وأن المحاضر⁵ المحررة من طرف ضباط الشرطة القضائية " يوثق بها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات"⁶ و " لا يمكن الحكم بطلانها إلا بوجود نص صريح في القانون"⁷ و "لا يطعن فيها إلا بالزور"⁸، وهي تختلف على تقرير المعاينة المنجز من طرف من لا يتمتعون بالصفة الضبطية الذي يبقى " مجرد معلومات"⁹ و لا يرقى إلى درجة القرار الإداري كما جاء في حكم لإدارية أكادير حيث نص على " أن تقرير المعاينة لا يشكل قرارا إداريا قابلا لطعن بدعوى الإلغاء لعدم توفره على مقومات القرار الإداري"¹⁰ تماشيا مع ما ذهب إليه قضاء محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) الذي اعتبر أنه " بناء على الفصل 360 من ق م ق م فإن اختصاص المجلس الأعلى بالنظر في طلبات الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة ينحصر في الطلبات الموجهة ضد مقررات السلطة الإدارية دون الأعمال المادية، ولما كانت الرسالة التي يطعن فيها المدعي (..) تتضمن فقط إخباره بالوقائع والملايسات التي توفرت للوزارة حول شكايته فهي تتعلق بأعمال مادية صرفة ينبغي عرضها على الجهة المختصة بالنظر فيها ولا صلة لها بأي مقرر إداري"¹¹

إن المعاينة كإجراء لا تعدو أن تكون عملا ماديا لا يرقى لدرجة القرار الإداري حتما، لكنها عندما تضمن في محضر من طرف من له الصفة الضبطية فهي تأخذ بعدا مغايرا، وجب أخذه بعين الاعتبار، صيانة للحقوق، من جهة، وحرمة الصفة، من جهة ثانية.

غير أن هذا الطرح سيجد، لاحالة، من يخالفه بالقول أن محضر المعاينة المنجز في إطار مسطرة تسليم الشواهد الإدارية التي تنفي الصيغة الجماعية عن العقارات، وإن كان موقعا من طرف السلطة المحلية المؤهلة فإنه ينجز بناء

¹ نفس القرار السابق.

² باستثناء الدورية عدد 123/م ش ق بتاريخ 10 نونبر 2006

³ " إن لفظة المحضر لم تكن معروفة في الأوساط القضائية المغربية ولم يدخل هذا المصطلح إلى بلادنا إلا في عهد الحماية الفرنسية وأصبح اللفظ على العموم يقصد به مخالفة من المخالفات العادية التي يمكن أن يسجلها شرطي ضد الأشخاص" انظر عبد اللطيف بوحموش " دليل الشرطة القضائية في تحرير المحاضر و توثيق المساطر" الطبعة الثانية، 2011، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 165.

⁴ تنص المادة 20 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: يحمل صفة ضابط للشرطة القضائية: .. الباشوات والقواد.

⁵ المحضر حسب المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية هو " الوثيقة التي يحررها ضباط الشرطة القضائية أثناء ممارسة مهامه ويضمنها ما عاينهما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه".

⁶ المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية.

⁷ قرار محكمة النقض 4/792 المؤرخ في 19/04/2006، ملف جنحي عدد 05/18865 منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى- الإصدار الرقبي ماي 2007- العدد 67، ص 281.

⁸ المادة 292 من قانون المسطرة الجنائية

⁹ تنص المادة 291 من قانون المسطرة الجنائية على أنه " لا يعتبر ماعدا ذلك من المحاضر والتقارير إلا مجرد معلومات"

¹⁰ حكم عدد 2/2000 صادر بتاريخ 20-01-2000 أورده نورالدين الصبار "منح شهادة عدم الصبغة الجماعية ذات الصلة بأراضي الجموع: دراسة لطبيعة القرار الإداري وحدود سلطات قاضي الإلغاء في ضوء حكم للمحكمة الإدارية بأكادير، أملاك الدولة، مرجع سابق ص 71.

¹¹ قرار عدد 169 صادر بتاريخ 29-05-1981 ملف إداري عدد 5049 أشار إليه نورالدين الصبار، مرجع سابق، ص 71.

على تعليمات سلطة إدارية وليست سلطة قضائية، ذلك أن مقتضيات قانون المسطرة المدنية تنص على اختصاص المحكمة في "الأمر ب.. وقوف على عين المكان"¹ والاختصاص الحصري لرؤساء المحاكم " بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بإثبات حال"². لكن ذلك لا ينفي شيئاً مادام منصوصاً عليها في دوريات تدخل في معنى القانون بمفهومه العام، و مادامت هناك محاضر ماثلة تجرى في إطار مساطر إدارية وتتمتع بقيمتها الثبوتية³.

بالمقابل، إذا كان العقار موسوماً بمنازعة، لنفترض أنها غير راجعة أمام القضاء، وتم الثريت في إعطاء الشهادة الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية عنه، لوجود تعرضات من الأغيار، كما ورد في الأحكام القضائية السالف ذكرها، فهل يحق للقضاء الإداري قبول الطعن بإلغاء ذلك؟ كيف لشهادة تم تصنيفها بأنها مجرد عمل مادي أن تكون موضوع إلغاء أمام القضاء الإداري؟

و هذا ما تبنته إدارية فاس مصرحة أن "رفض ناظر الأوقاف إعطاء شهادة إدارية بعدم الحبسية قصد إنجاز ليف ملكية عقار معين، لا يعتبر قراراً إدارياً حتى يتأتى الطعن فيه بالإلغاء، إذ الأمر يتعلق بعمل من أعمال الإدارة المادية التي لا تعتبر بمثابة قرار إداري، أي إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني. و بالتالي لا تتوفر فيه خصائص و مقومات القرار الإداري ومن تم فهو لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء، مما تبقى الدعوى مجردة من المؤيد المقبول ومآلها عدم القبول."⁴

يبدو إذن، أن موقف القضاء الإداري غير ثابت في قبول الدعاوى المتعلقة بالإشهادات الإدارية فتارة يعتبرها أعمال مادية لا تدخل ضمن مجال اختصاص قاضي الإلغاء ومآلها عدم القبول، و ثانية يتم قبول طلبات البت فيها ويحكم بعدم الاختصاص وثالثة يتم قبول الدعوى و التصريح بالاختصاص⁵.

في ظل ذلك، ونظراً للحاجة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة (قرارات إدارية وأعمال مادية)، صيانة للحقوق من التعسف، وحملاً للإدارة على الالتزام بمبدأ المشروعية، فإن استعمالنا في هذا العمل لمصطلحات "تصرفات إدارية"، "أعمال مادية" أو "قرارات إدارية" في صيغة المفرد أو الجمع، إنما يقصد بها الإشهادات التي تتعلق بالصبغة الجماعية للعقارات من عدمها، وذلك لنتمكن من مقارنة الإشكاليات المرتبطة بها والتي قد تواجه المصالح المصدرة لها.

¹ الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية.

² الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية.

³ على سبيل المثال محاضر المعايينات لإثبات مخالفات التعمير المنصوص عليها في القانون 90-12 المتعلق بالتعمير.

⁴ حكم رقم 2009/1 بتاريخ 2009/1/7، ملف إداري عدد 2008/5/42. نشره، زكرياء العماري، المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، الجزء الأول، سلسلة "دليل العمل القضائي"، منشورات مجلة القضاء المدني، ص 252 وما بعدها.

⁵ في حكم لإدارية مكناس، عدد 3/2007/1 غ، صادر بتاريخ 2007/01/18، بعد أن قبلت الطلب قضيت باختصاصها معتبرة أن "إدلاء الطاعن بوثائق تثبت عوزه يجعل رفض تسليمه شهادة الاحتياج غير مرتكز على أساس"، منشور ب م.م.إ.م.ت عدد 81-82، أكتوبر 2008، ص 306 وما يليها.

المطلب الثاني: إشكاليات مرتبطة بالمصالح الإدارية المعنية بإبداء الرأي حول انتفاء الصبغة الجماعية على العقارات : طبقا للمادة 18 المذكورة، ول مقتضيات الدورية المشتركة، فإن المصالح المعنية بإبداء الرأي حول الصبغة الجماعية للعقار من عدمها هي :

- المصلحة أو المصالح المشرفة على أملاك الجماعات السلالية، وأراضي الكيش؛
- المصلحة المشرفة على الإملاك الحبسية؛
- المصلحة المشرفة على أملاك الدولة؛
- المصلحة المشرفة على قطاع الطاقة والمعادن؛
- المصلحة المكلفة بالتجهيز؛
- المصلحة المكلفة بتدبير الملك الغابوي،
- كل مصلحة أخرى تدير أو تشرف على ملكا جماعيا.

و مسألة إبداء الرأي مقيدة بآجال، وتطرح سؤال حجية الرأي المبدي من طرف كل مصلحة من المصالح المعنية.

1. آجال إبداء الرأي:

تنص الدورية المشتركة 50/س2 على مجموعة من الآجال وهي كالتالي:

- أجل سبعة أيام، من تاريخ التوصل بالطلب، مخصص للسلطة المحلية قصد توجيه نسخا منه ومن مرفقاته إلى الجهات الإدارية المعنية،
- أجل 60 يوما من تاريخ توصل الجهات الإدارية المعنية للإجابة،
- أجل 15 يوما من مرور الأجل المخصص للمصالح المعنية بإبداء الرأي في حالة إذا لم تلتزم إحداها أو أكثر به، لعقد اجتماع لتدارس الملف، وللقيام ببحث في عين المكان،
- أجل 30 يوما من تاريخ عقد الاجتماع وإجراء البحث الميداني لإعطاء الجواب النهائي عن طبيعة العقار.

وتنص المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية¹ على أجل 60 يوما للتقدم بطلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة يبتدىء من تاريخ نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر. وإذا ما تم القيام بتظلم إداري داخل هذا الأجل فللمتضرر أجل 60 يوما للطعن بالإلغاء، يبتدىء من تبليغ القرار الصادر صراحة برفض التظلم الإداري كليا أو جزئيا.

إن فائدة تدقيق الآجال هي حمل الإدارات المعنية على إعطاء الأهمية اللازمة للملفات الواردة عليها لكونها ستكون ملزمة بالإجابة عليها في أفق محدد. كما أنها تمكن صاحب الطلب، المهتم، من متابعة ملفه ومعرفة مكان تواجده، وممارسة حق الطعن القضائي في الآجال القانونية، عند الاقتضاء.

تطرح مسألة الأجل مجموعة من الإشكاليات، ولعل أبسطها هي: ماذا لو أن مصلحة معينة لم تحترم الآجال المنصوص عليها ولم تصدر أي جواب بالنفي أو بالإيجاب؟

في المجال القضائي تعد الآجال القانونية من النظام العام، ذلك أنه بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية نجد ينص على ضرورة "مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذا القانون أو في قوانين أخرى"².

¹ القانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية الصادر الأمر بتنفيذه رقم 225-91-1 بتاريخ 10 شتنبر 1993. ج.ر عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993 ص 2186.

² الفصل 46 من قانون المسطرة المدنية.

أما في المعاملات الإدارية، بوجه عام، فيبقى التقيد بالأجال مسألة أخلاق، بالدرجة بالأولى، قبل أن يكون التزاما قانونيا، غير أنه مع الأسف غالبا ما يتم تغييب هذه المسألة في العمل الإداري، لأن "تعقيد المعاملات يبرر الإكراميات."¹

في هذا الإطار نستحضر نص الرسالة الملكية الموجهة إلى أشغال الندوة الوطنية لتخليق المرفق العام، التي يقول فيها جلالته :

".. نهيب بكم أن تولوا أهمية كبرى لتدبير الوقت، أي للعامل الزمني، الذي أصبح يكتسى في عصرنا أهمية عظمى ويستلزم المبادرة الفورية إلى حل قضايا الناس بلا إبطاء ولا تفريط، بعيدا عن التعقيد البيروقراطي، قريبا من النهج الهادف مباشرة إلى النفع ومد يد المعونة. وفي ذلك أيضا استجابة لما دعا إليه ديننا الحنيف من خلال تنديده بمن يقف من الآخر موقف المعرض عنه الراض لمساعدته.

ولا تكتمل روح الخدمة والإحساس بالمسؤولية إلا بموصول الاجتهاد لتحسين فعالية التدبير ومراقبة مردوديته وتوجهه نحو حل المشاكل وتجاوز العقبات.

إن هدف الإجراءات العمومية التسهيل والتيسير وليس التعقيد والتعسير وهي منهج لترسيخ روح الاستقامة والوضوح والشفافية والتعجيل في إيصال النفع للناس..."²

إن الأصل أن جواب الإدارة المعبر عن موقفها وإرادتها³، لا يشترط فيه أن يصدر في صيغة معينة أو بشكل معين إلا إذا نص قانون على خلاف ذلك. وهو ما ذهب إليه العمل القضائي حين أفاد " وحيث أنه لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في صيغة معينة أو في شكل معين، إلا إذا نص قانون على خلاف ذلك، ولهذا فقد يكون القرار المطلوب نسخة منه شفويا، وبالتالي فلا يمكن في هذه الحالة أن يفرض القضاء على الإدارة كتابة القرار، بمعنى إصداره بالشكل الذي يناسبها."⁴

بالرجوع إلى حالة شواهد نفي الصبغة الجماعية عن العقارات نجد أن الدورية المشتركة تشترط الإجابة كتابة من المصالح المعنية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك سابقا. وإذا ما ستحضرنا أن الدوريات، الغير المتعارضة مع القوانين، تدخل في إطار القانون بمفهومه العام، فإن الجواب الذي يعتد به في إطار مسطرة استصدار شهادة نفي الصبغة الجماعية هو الجواب المكتوب دون غيره.

و يبقى السؤال هو، إذا لم يصدر الجواب في أجله القانوني، هل يمكن تجاوز الإدارة الممتنعة واعتبار مسألة سكوتها بمثابة موافقة ضمنية؟

حسب مقتضيات الفقرة 05 من المادة 23 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية فإنه "إذا التزمت الإدارة الصمت طوال ستين يوما في شأن طلب قدم إليها اعتبر سكوتها عنه ما لم ينص قانون خلاف ذلك بمثابة رفض له". يتبين إذن أن جواب الإدارة الصريح مسألة إلزامية للتعبير عن موافقتها على طلب معين فإن لم تجب

¹ محمد بحار "تقييم لعلاقة المواطن بالإدارة المغربية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 107، نونبر-دجنبر 2012، ص 116.

² الرسالة السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله إلى المشاركين في الندوة الوطنية دول "دعم الأخلاقيات بالمرفق العام" يوم 28 أكتوبر 1999.

³ يرى الأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي أن "الإرادة سيدة موفورة السلطان.. فالأصل أن الإرادة حينما تنشئ التصرف القانوني، تعمل متحررة من القيود التي تستلزم ورودها في شكل أو في آخر. فيكفي في ذلك أن يعبر الشخص عن إرادته، بإبرازها إلى العالم الخارجي، دون ما ضرورة لمجئ هذا التعبير في صيغة معينة، أو في قالب محدود أو في شكل خاص. فسواء أن يعبر الشخص عن إرادته في إنشاء تصرف ما باللفظ أو بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ موقف يدل على حقيقة مقصودة"، شرح القانون المدني- النظرية العمدة للإلتزام- نظرية العقد، الطبعة الأولى 1996، مطبعة النجاح الجديدة، ص 91.

⁴ المحكمة الإدارية بالرباط، ملف استعجالي عدد 791 بتاريخ 1997/1/8 أورده محمد الأزهر، الحريات العامة في القضاء المغربي، الطبعة الأولى 2012، مطبعة النجاح الجديدة، ص 272 وما بعدها.

فجوابها حليف لرفض الطلب¹. وعلى المعني بالأمر القيام بالإجراء الموالي، وهو الإجراء الوارد في المادة 05 من القانون 03-01 بشأن إلزامية تعليل القرارات الإدارية التي تفيد بأنه "عندما تلتزم السلطات الإدارية السكوت من خلال القرارات الضمنية السلبية التي تصدرها، يحق للمعني بالأمر تقديم طلب داخل أجل 30 يوما الموالية لانصرام الأجل القانوني للطعن لإطلاعه على أسباب القرار الضمني السالف وتكون الإدارة ملزمة بالرد على الطلب داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل بالطلب."²

لكن بالعودة إلى الأجل التي نصت عليها الدورية المشتركة نجد أنها خصت المصالح المعنية بإبداء الرأي بأجل 60 يوما لإعطاء جوابها، فإن لم تفعل فيتم استدعاءها لاجتماع خلال الـ 15 عشر يوما الموالية لتدارس الملف والقيام بمعاينة ميدانية، وهما الإجراءان المخولان لأي متضرر من سكوت الإدارة في وجه طلبه، مما يستفاد منه أن المشرع أنزل السلطة المحلية في مسطرة استصدار شواهد نفي الصبغة الجماعية عن العقار المحفظ منزلة صاحب الطلب، ولم يعتبرها مجرد وسيط في المسطرة. وعليه فإن السلطات المختصة بتسليم الشواهد الإدارية في هذا الباب ملزمة بالسعي وراء جواب الإدارات الممتنعة حتى تعبر عن آرائها الصريحة في وجه الطلبات الموجهة إليها، كما يسعى طالب الحاجة وراء حاجته، تماشيا مع المقتضى الأخير من المادة السالفة الذكر "تكون الإدارة ملزمة بالرد على الطلب داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل بالطلب"، غير أن الخصوصية التي خص به المشرع هذه المسطرة هي تمديده للأجل بـ 30 يوما إضافية.

فإن لم تبادر المصالح الممتنعة بإبداء جوابها بعدئذ، فللمعني بالأمر أن يطعن في ذلك أمام المحكمة الإدارية داخل أجل 60 يوما من تاريخ انصرام الأجل المخول للإدارة³. وهو ما أكدته المحاكم الإدارية بقولها "يمكن الطعن بإلغاء القرارات الصادرة عن مجلس الوصاية على أراضي الجماعات السبلالية بسبب تجاوز السلطة داخل أجل ستين يوما تبتدئ من تاريخ نشر أو تبليغ هذه القرارات إلى المعنيين بالأمر أو من تاريخ العلم اليقيني بها."⁴

تبقى الإشارة أن أجل قبول طلب إلغاء قرار إداري بسبب تجاوز السلطة ينقطع إذا رفع إلى جهة قضائية غير مختصة ولو كانت المجلس الأعلى، ويبتدئ سريان الأجل مجددا ابتداء من تبليغ المدعي الحكم الصادر نهائيا بتعيين الجهة القضائية المختصة⁵.

بالمقابل، ومدام الأمر يتعلق بملك جماعي، بالمفهوم العام، هل بمقدور إشهاد إداري، أو رسالة، أو ما شابهه ينفي الصبغة الجماعية عن عقار، قاصر على مرتبة القرار الإداري، أن يحصن صاحب الطلب في ملكيته، حتى لو تبين لاحقا أن جواب الإدارة لم يكن صائبا، وتعذر سحبه في الأجل القانونية؟

¹ لهذا نجد أن إحدى التوصيات الصادرة عن الندوة الوطنية حول الإصلاح الإداري تحت عنوان "الإدارة المغربية في أفق 2010" تنص على "تقليص الأجل القانونية للرد على طلبات المواطنين والبت في الملفات التي تهمهم واعتماد مبدأ اعتبار سكوت الإدارة بعد انصرام الأجل المحددة بمثابة قبول ضمني للطلب."

² المادة 05 من القانون 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية. ج.ر عدد 5029 بتاريخ 2012/08/12، ص 2282.

³ المادة 23 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

⁴ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 17 مارس 2011، منشور ب أملاك الدولة، عدد 1، 2012، منشورات مجلة الحقوق المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ص 253 وما بعدها.

⁵ المادة 25 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

2. حجية الرأي المبدى :

إن تخصيص الأملاك العمومية للنفع العام قد اقتضى إخضاعها لقواعد لا نظير لها في مجال الأملاك الخاصة، وذلك بهدف حمايتها من كل اعتداء محتمل. ¹ وقد تجسدت أهم هذه القواعد في عدم قابلية الملك العمومي للتفويت، ولا للكسب بالحيازة أو التقادم، ولا يجوز الحجز عليه. والنصوص القانونية التالية توضح ذلك:

"إن الأراضي الجماعية غير قابلة للتقادم ولا التفويت و الحجز." ²

" لا يقبل التفويت بالأملاك العمومية ولا تسقط حقوق الملكية فيها بمرور الزمان" ³

"الأملاك العمومية البلدية لا تفوت ولا يبطل حق ملكيتها بمرور الزمان" ⁴

" يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو التقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق مقتضيات النصوص عليها في هذه المدونة." ⁵

"لا تكتسب بالحيازة :

- أملاك الدولة العامة و الخاصة؛

- الأملاك المحبسة؛

- أملاك الجماعات السلالية،

- أملاك الجماعات المحلية؛

- العقارات المحفظة؛

- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون" ⁶

و قد عمل القضاء المغربي على تكريس هذه الحماية المخصصة للأملاك الجماعية في العديد من المناسبات، ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض حينما اعتبرت:

- أن "المصادقة النهائية على التحديد الإداري للأملاك الدولة تطهرها من كل حق قبل التحديد، ولا يقبل المنازعة." ⁷

- و أن "أعمال التصرف لا يمكن أن تؤدي إلى تملك الأرض الجماعية بالحيازة" ⁸

- و أنه "إذا تبث أصل الملك للدولة، فإنه لا يجوز تملكه بالحيازة مهما طال أمده" ⁹

¹ منية بنلمليح، قانون الأملاك العمومية بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (م.م.إ.م.ت)، سلسلة مؤلفات وأعمال جمعية، عدد 81، ص 122.

² الفصل 04 من ظهير 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتفويتها، كما عدل وتمم بظهير 06 فبراير 1963.

³ الفصل الرابع من ظهير فاتح يوليوز 1914، ج. ر عدد 62 بتاريخ 10 يوليوز 1914.

⁴ الفصل 8 من الظهير المنظم للأملاك القروية الصادر في 28 يونيو 1954، ج. ر عدد 2177 الصادرة بتاريخ 16 يوليوز 1954

⁵ المادة 51 من مدونة الأوقاف الصادرة بتاريخ 23 فبراير 2010، ج. ر عدد 5847 الصادرة بتاريخ 14 يونيو 2010.

⁶ المدة 261 من مدونة الحقوق العينية، قانون رقم 39-08 صادر ب 22 نونبر 2011.

⁷ قرار عدد 1371 بتاريخ 4 أبريل 2000 في الملف المدني 149-1-1-1998 منشور من طرف عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري من سنة 1991-2002، ص 59.

⁸ قرار عدد 165 بتاريخ 20 مارس 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقي دجنبر 2000 العدد 1، ص 18.

⁹ قرار عدد 216 بتاريخ 21 يناير 2003، منشور من طرف العربي محمد مياد، الدليل العلمي للملك الخاص للدولة على ضوء القانون والقضاء، الطبعة الأولى 2013، بروميا - الرباط، ص 193 وما بعدها.

- و أن " الأملاك الخاصة للدولة لا تمتلك بالحيازة"¹

وما ذهب إليه محكمة الاستئناف بالرباط عندما أفادت " أن أملاك الدولة العامة نظرا لعدم قابليتها للتفويت ولعدم سريان التقادم عليها لا يمكن أن تتضرر من جراء التحفيظ."² في ظل ما ذكر من حماية، محصنة، للملك الجماعي والملك العام بصفة عامة، وفي ظل ما سبقت الإشارة إليه من كون الإشهاد الإداري لا يعدو أن يكون مجرد عمل مادي لا يرقى إلى درجة القرار الإداري³ لا يسعنا إلا أن نتساءل عن حجج الأراء المبداة من طرف المصالح المعنية بالإشراف على الأملاك الجماعية في إطار مسطرة استخلاص شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقارات غير المحفظة؟

بعبارة أخرى إذا ما تم إصدار جواب إداري، غير دقيق، متعلق بعدم الصبغة الجماعية لعقار ما، وتعلقت به حقوق الغير، هل يخضع لأحكام باقي القرارات الإدارية؟ ولا يمكن التراجع عنه إلا في الآجال القانونية؟ أم أن حق الدولة في أملاكها لا يمكن مناقشته ولو بوجود إثبات صادر عن أحد مصالحها؟ من المعلوم أن القرارات والتصرفات المادية للإدارة، مادامت تصدر من موظفين، فإنها يمكن أن تصدر خاطئة، مما قد يعرض مصالح الإدارة والمرتفقين، على حد سواء، للضياع، فكيف يمكن تصحيح ذلك؟

قد سبق أن أشرنا للمسطرة الواجب اتباعها بالنسبة للمرتفق المتضرر من التصرف أو القرار الإداري، لكن الإشكال يطرح عندما تصدر الإدارة قرارا في صالح طالبه ويتبين لها من بعد أنها لم تصادف الصواب، فهل يحق لها التراجع عن ذلك؟

إن القرارات الإدارية لا تصير محصنة ولا يمكن العودة فيها إلا بمرور مدة 60 يوما عن تاريخ صدورهما، قبل ذلك فإن للإدارة أن تتراجع عن كل ما أقدمت عليه إذا ما تبث لها عدم صحته وصوابه. وهذا ما أكدته العمل القضائي عندما أفاد في أحد القرارات " حيث أنه من جهة فالإدارة المطلوبة في الطعن هي التي قامت بسحب قرارها.. وبذلك فإنه وإن كان للإدارة أن تسحب قراراتها الإدارية فإن ذلك يبقى رهينا بممارسة هذا التصرف داخل أجل 60 يوما من تاريخ صدور القرار الإداري المراد سحبه، وأن يكون هذا السحب قد انصب على قرار غير مشروع.. مما يجعل هذا القرار قد تحصن بفوات الأجل المذكور وولد بالتالي مركزا قانونيا قارا وحقا مكتسبا للطاعن لا يمكن للإدارة تجاوزه ولا التراجع عنه."⁴

هكذا إذن، فإن القرار الإداري المشروع والمحصن بمرور أجل 60 يوما عن تاريخ إصداره، لا يمكن للإدارة سحبه ولا التراجع عنه لأنه قد يكون ولد مركزا قانونيا قارا وحقا مكتسبا لصاحبه تحت طائلة اعتبار قرار السحب خارجا عن إطار المشروعية ومتسما بالتالي بتجاوز السلطة لعيب مخالفة القانون و موجبا للإلغاء. فهل ذلك ينطبق حتى على القرارات والتصرفات المادية المتعلقة بالعقار غير المحفظ عندما يتم استصدار إشارات إدارية بشأنها تنفي

¹ قرار عدد 3930 صادر بتاريخ 25 دجنبر 2002 في الملف المدني عدد 2154/1/1/2002، الغرفة المدنية، القسم الأول، أورده محمد أوزيان، الأملاك المخزنية بالمغرب: النظام القانوني والمنازعات القضائية، دراسة في نظام أملاك الدولة الخاصة في ظل التطور التشريعي والعمل القضائي، الكتاب 2، دارالآفاق للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، ص 16.

² قرار رقم 76 صادر بتاريخ 29 شتنبر 2005، ملف رقم 12/2005/14 منشور ب أملاك الدولة، عدد 1، 2012، منشورات مجلة الحقوق المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ص 278 وما بعدها.

³ اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها رقم 9 صادر بتاريخ 15.09.1994 أن "الإشهاد الإداري لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري إذا لم يحدث أو ينشئ أو يعدل في المركز القانوني لطاعن" أورده نورالدين الصبار، مرجع سابق، ص 71.

⁴ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 39 بتاريخ 09/01/2008، منشور ب م.م.إ.م.ت، عدد 89، ص 287 وما بعدها.

عنها الصبغة الجماعية؟ أم أن العقارات التي قد تكون ملكا جماعيا لا يمكن تخصيصها بهذه الطريقة اعتبارا لتخصيصها للمنفعة العامة؟

إن الإشهاديات الإدارية بانتفاء الصبغة الجماعية التي قد تصدر عن الإدارات المعنية يمكنها أن تتحصن بفوات أجل التراجع، لكن هل يمكنها أن تتحصن من مبدأ عدم المشروعية؟ وقد سبق أن أشرنا إلى القواعد الحمائية، المنقطعة النظر، التي خص بها المشرع الأراضي الجماعية، بالمفهوم العام، سواء كانت ملكا عاما أو خاصا للدولة. وهو الأمر الذي يطرح سؤال ما الجدوى من سلوك مساطر معقدة دون أن يكون للقرار الناتج عنها أية حجية وقت المنازعة؟

خاتمة :

لا ريب أن الإثبات القانوني يعد من المسائل الشائكة في مختلف الأنظمة القانونية، ويكفي أن نشير إلى أنها الوسيلة التي تمكن القضاء من القيام بمهمته المتمثلة في تحقيق العدالة وصيانة المجتمع، عن طريق إيصال الحقوق لأربابها، وإيقاع العقوبات على مستحقيها.¹ وكم من حق ضاع لاستعصاء إثباته.

و قد كان المشرع المغربي حكيما لما ظل يزاوج بين الوسائل العصرية في الإثبات وبين الوسائل التقليدية المستمدة من العمق التاريخي للشعب المغربي، عقيدة وأعرافا وتراكمات ثقافية، إيماننا منه بالحاجة الماسة إليها. ولعل نظام الشهادة يدخل في هذا الباب، حيث استمد نظامها من المصدرين الأساسيين للشريعة الإسلامية اللذين هما القرآن والسنة، كما استمد القواعد التي تنظم شهادة الشهود، لتكون وسيلة فعالة لحفظ حقوق الناس،² وقد تم تطويرها من شهادة الأفراد إلى شهادة الإدارات.

إن حديثنا عن نظام الشهادة الإدارية لنفي الصبغة الجماعية عن العقارات مكننا من معرفة المسطرة والآليات المعتمدة في هذا الشأن، كما مكننا من إثارة مجموعة من الإشكاليات التي أفرزتها الممارسة العملية والتي تساهم في تعقيد المساطر في وقت يدور فيه الحديث عن تبسيطها.

ويمكن القول أن مسطرة استصدار شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقارات غير المحفوظة تتوفر على كل المقومات لتكون بمثابة مسطرة تطهير للعقار غير المحفظ من كل المنازعات، موازية لمسطرة التطهير التي يعرفها العقار المحفظ، شريطة تشذيبها ومعالجة الإشكاليات المثارة بشأنها.

لتجاوز الإشكاليات المذكورة فإننا نرتئي أن نورد الاقتراحات التالية :

- ضرورة تحصين الشواهد الإدارية المستوفية للمساطر الإدارية المعمول بها، وللشروط القانونية، صونا لمصداقية الإدارة، ومنعاً لهدر الجهود بطريقة مجانية؛
- العمل على إيجاد آليات قانونية لحمل الإدارات المعنية بإبداء الرأي على التقيد بالآجال وبالإجابة على الطلبات الواردة عليها، تجنباً للمشاق التي يتكبدها أصحابها، وتكريسا لسمو النص التشريعي؛

¹ انظر محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1416-1995، ص 5.

² محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 49.

- اعتماد مبدأ عدم جواب الإدارة في الأجل القانونية بمثابة موافقة على الطلب وليس رفضا له كما تنص على ذلك المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية؛
- إعطاء جواب صريح بشأن طلبات استخلاص شواهد استمرار الملكية بالنسبة للعقارات الموضوعة في طور التحفيظ، تفاديا لعناء المواطنين ورفعا للحرص على الإدارة في هذا الشأن؛
- ضرورة الأخذ بعين الاعتبار المنازعة التي توسم العقار لارتباط حقوق الغير بها، تحقيقا للعدالة الشاملة.

تلك كانت بعض الخلاصات والاقتراحات للإشكاليات المثارة حول المرحلة الإدارية لاستصدار شهادة استمرار الملكية، من خلال استصدار شهادة نفي الصبغة الجماعية عن العقارات غير المحفظة، فماذا يمكن القول عن المرحلة التوثيقية المتعلقة باستخلاص الشهادة العدمية وبخطاب قاض التوثيق؟

الناسيس القانوني للضريبة الجزائرية الوحيدة في القانون الجبائي الجزائري



من إعداد الأستاذ: لعلوي محمد

أستاذ بالمركز الجامعي بالنعامة

طالب بصف الدكتوراه جامعة وهران

ملخص:

يرتكز مضمون الاصلاح الضريبي لسنة 2007 على تأسيس ضريبة جديدة حلت محل النظام الجزائي القديم، والتي عوضت ثلاث أنواع رئيسية من الضرائب وهي الضريبة على الدخل الاجمالي، الرسم على النشاط المهني والرسم على القيمة المضافة، هذه الضريبة اصطلح على تسميتها الضريبة الجزائرية الوحيدة « **Impôt Forfaitaire Unique** ».

لهذا ولأجل معرفة مدى نجاعة هذا الإصلاح الضريبي، سوف نحاول من خلال هذا المقال القيام بتشخيص نظام الضريبة الجزائرية الوحيدة.

كلمات مفتاحية: " نظام، الاصلاح، ضريبة، جزافية، وحيدة، رسم، **Impôt، Forfaitaire Unique** " مقدمة:

لا يختلف اثنان على أن الضرائب تعتبر من أهم الموارد التي تعتمد عليها الدول في تنفيذ اختياراتها الإقتصادية، وهي في الجزائر من أهم الركائز المعتمد عليها في تمويل الخزينة العمومية للدولة، تأتي في المرتبة الثانية بعد قطاع المحروقات، هذا الأخير الذي يأتي على رأس كل الموارد.

وبتبنى السلطة لسياسة اقتصادية جديدة، بتخليها عن الإقتصاد الموجه ودخولها في ميدان الإقتصاد الحر، و في مفاوضات لأجل الإنضمام إلى منظمة التجارة الدولية والتوسيع من نظامها الإقتصادي، خصوصا بعد انهيار المعسكر الشرقي وفشل النظام الإشتراكي، كلها عوامل فرضت على السلطة التفكير الجدي في محاولة اصلاح نظامها الضريبي، الذي أصبح لا يتلاءم مع مستجدات ومتطلبات أهدافها الاقتصادية⁽¹⁾.

لهذا وتجسيدا لفكرة التغير في النظام الجبائي الجزائري، تم الإنطلاق في عملية إصلاح واسعة، بهدف تنظيم وتبسيط النظام الجبائي الجزائري، وجعله يتماشى مع التحول الإقتصادي الذي تعرفه البلاد، والتي بدأت بتكوين

اللجنة الوطنية التي أسندت لها مهمة الإصلاح في سنة 1987، هاته الأخيرة التي قدمت تقريرها الأول سنة 1988 ،
لندخل في نظام ضريبي جديد إبتداءا من سنة 1992، والذي هو متواصل لغاية اليوم .

ولعل من أهم الإصلاحات تأسيس نظام ضريبي جديد، جاء به قانون المالية لسنة 2007، سمي بالضريبة الجزافية
الوحيدة⁽²⁾ .

عليه ومن خلال هذا المقال سوف نحاول أن نلقي الضوء على هذا النوع من الضريبة المستحدثة، من خلال طرح
الإشكالية التالية :

• ماهي الطبيعة القانونية للضريبة الجزافية الوحيدة ؟

وتجرنا هذه الإشكالية إلى طرح أسئلة فرعية نجيب عليها من خلال إعدادنا لهذا المقال نوجزها فيما يلي :

• ما مفهوم الضريبة الجزافية الوحيدة ؟

• ماهي الية تطبيق الضريبة الجزافية الوحيدة ؟

• ماهي الاعفاءات والتحفيزات المتعلقة بها؟

• كيف يتم حسابها وتحصيلها؟

لأجل هذا سوف نعالج موضوع مقالنا هذا وفق الباحثين التاليين :

• المبحث الاول : الإطار المفاهيمي للضريبة الجزافية الوحيدة .

• المبحث الثاني : إجراءات الإخضاع للضريبة الجزافية الوحيدة .

المبحث الاول : الإطار المفاهيمي للضريبة الجزافية الوحيدة .

تم استحداث الضريبة الجزافية الوحيدة بموجب أحكام قانون المالية لسنة 2007، من خلال إضافة باب ثاني
ضمن الجزء الثاني من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة⁽³⁾ ، الذي جاء بعنوان " الضريبة الجزافية الوحيدة"،
وذلك من خلال المادة 282 مكرر إلى المادة 282 مكرر 6، هذا النظام الذي عوض كل من " الضريبة على الدخل
الاجمالي IRG"، "الرسم على القيمة المضافة TVA"، "الرسم على النشاط المهني TAP"، والتي كانت تفرض على
المكلفين التابعين للنظام الجزافي القديم .

لهذا وجب دراسة هذا النوع من الضرائب من خلال تحديد مفهومها وتأصيلها التاريخي (المطلب الاول) ، و
تبيان مجال تطبيقها (المطلب الثاني).

المطلب الاول : ماهية الضريبة الجزافية الوحيدة وتأصيلها التاريخي .

من خلال هذا المطلب و لأجل الإلمام بالضريبة الجزافية الوحيدة وجب إعطاء تعريف لها من خلال (الفرع
الاول) ، وتحديد تأصيلها التاريخي في (الفرع الثاني) ، ذلك أن التعرض لهذين العنصرين يسمح للقارئ أو حتى
للمتمرس في المجال الضريبي أن يستوعب أكثر هذا النوع المستحدث من الضرائب.

الفرع الأول : مفهوم الضريبة الجزافية الوحيدة :

في هذا وجب التطرق الى التعريفين القانوني والفقهية، ولو أن المشرع الجبائي من خلال قانون الضرائب المباشرة
والرسوم المماثلة لم يعطنا تعريفا بما تحمله الكلمة من معنى، لهذا بحثنا عند الفقهاء الجبائين لعلنا نستطيع تقريب
الفكرة أكثر مما بينها التعريف القانوني.

أولاً : التعريف القانوني :

تشريعياً يعرفها المشرع الجزائري كالتالي: " تؤسس ضريبة جزافية وحيدة تحل محل النظام الجزافي للضريبة على الدخل و تعوض الضريبة على الدخل الإجمالي والرسم على القيمة المضافة وكذا الرسم على النشاط المهني".⁽⁴⁾

ثانياً : التعريف الفقهي :

أما فقها فيقصد بنظام الضريبة الجزافية الوحيدة أن تعتمد الدولة في الحصول على إيراداتها على ضريبة وحيدة تفرض على مادة معينة⁽⁵⁾.

وهي عقد بين المكلف و إدارة الضرائب، يبرم لمدة سنتين انطلاقاً من إقرار المكلف أو من الظواهر الخارجية التي تساعد في تحديد رقم الأعمال ، وهذا النظام يطبق على المكلفين بالضريبة الذين لا يزيد رقم أعمالهم 3.000.000.00⁽⁶⁾.

ونخلص في هذا أن هذا النظام يستوجب أن تفرض الضريبة على المكلف مرة واحدة في السنة بطريقة جزافية وعلى كافة إيراداته، كما أنها تفرض من طرف جهة مختصة وهي إدارة الضرائب (الدائن الممتاز)، فهي تمتاز دون غيرها من الضرائب الأخرى، بوحدة الجهة وفي ذات الوقت بوحدة الإجراءات والأساليب التي يخضع لها المكلف⁽⁷⁾.

الفرع الثاني : التأصيل التاريخي للضريبة الجزافية الوحيدة.

ظهر هذا النظام في أوروبا، حيث كان الطبيعيون أو الفيزيوقراطيون⁽⁸⁾ في القرن السابع عشر أول من نادى به، قبل أن تبلغ الصناعة مكانتها الحالية ، في وقت كانت الأرض أو الزراعة هي المصدر الوحيد للثروة، فكان أرباب العمل والملاك يستغلونها ثم يبيعون محاصيلها، فتفرض عليهم الضرائب دون سواهم، وكان عبئها كبيراً إلا أنهم كانوا ينقلونه إلى المستهلكين عند شرائهم للمنتجات في شكل ضريبة غير مباشرة⁽⁹⁾.

تعرضت هذه الفكرة إلى عدة انتقادات وذلك لأنها اعتبرت أن الزراعة هي المصدر الوحيد للإنتاج، في حين أن هذا التكليف خاطئ لأننا لو أخذنا بهذا الرأي بصفة مطلقة، لكان التجار والحرفيين وأصحاب المصانع من المعفيين من الضريبة وهذا أمر يتنافى والمبادئ التي تقوم عليه الضريبة .

وفي مرحلة ثانية وخلال القرن العشرين تحديداً سنة 1956 ظهر الفقيه الفرنسي شبلييه، وجاء بفكرة جديدة مفادها أن الضريبة الموحدة يجب أن تفرض في مجال استخدام الطاقة لا غير، أي أنه لا بد من فرض الضريبة على الكهرباء والوقود دون غيرهما من المواد الأخرى، لأنه بهذا التوجه سوف تفرض الضريبة على الجميع دون إستثناء، فالطاقة ممثلة في الكهرباء والوقود لا يستغني عنها أحد .

كما ظهرت عدة مدارس أخرى تنادي بفرض الضريبة على مادة معينة فمنهم من أراد فرضها على الدخل العام، وهناك من طالب بفرضها على الإنفاق العام، كما فرضها آخرين على رأس المال... الخ، وما يستنتج أن أنصار فرض الضريبة الموحدة لم يتفقوا على المادة التي تفرض عليها الضريبة⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني : مجال تطبيق الضريبة الجزافية الوحيدة.

مجال التطبيق نعني به أن نطبق الضريبة مهما كان نوعها على صنف معين من العمليات والأشخاص يحدددهم القانون سلفاً دون غيرهم، لأجل هذا قسمنا المطلب إلى فرعين نعالج الأشخاص المعنية بالضريبة الجزافية الوحيدة (الفرع الأول) ، ونتطرق إلى المجالات المعفاة من الضريبة الجزافية الوحيدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الاشخاص المعنية بالضريبة الجزافية الوحيدة.

جاء نص المادة 282 مكرراً 1 واضحاً في تحديد الأشخاص الذين تطبق عليهم الضريبة أعلاه، حيث نصت على أنه لا يخضع لنظام الضريبة الجزافية الوحيدة إلا الأشخاص الطبيعيون الذين لا يتجاوز رقم أعمالهم السنوي ثلاث

ملايين دينار جزائري (3.000.000.00) دون غيرهم، حيث بمفهوم المخالفة لا يخضع الأشخاص الاعتباريين (شركات ومؤسسات) ولا أصحاب المهن الحرة (المهن غير تجارية)، ومحطات الخدمات ... لهذا النوع من الضرائب، وذلك لأنه يفترض في مداخيلهم تجاوز هذا السقف⁽¹¹⁾.

أما بالنسبة للأنشطة المطبق عليها نظام الضريبة الجزافية الوحيدة، فقد حددتها المادة أعلاه في نشاطين اثنين، فهي إما ان تكون خاصة بأنشطة بيع البضائع والاشياء (الاعمال التجارية)، أو تأدية الخدمات التابعة لفئة الأرباح الصناعية والتجارية، أو أن تكون تابعة لكليهما بشرط أن لا تتجاوز السقف المحدد قانونا، وفي حالة تجاوز السقف المحدد تنتقل الى ما يسمى بالنظام الحقيقي بصفة الية⁽¹²⁾.

فصت المادة **282 مكرر 1** من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على أنه يخضع للضريبة الجزافية الوحيدة :

1- الأشخاص الطبيعيين الذين تتمثل تجارتهم الرئيسية في بيع البضائع والاشياء... .
2- الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون الأنشطة الأخرى (تأدية الخدمات التابعة للأرباح الصناعية والتجارية)... .
كما استثنت ذات المادة أعلاه من نظام الضريبة الجزافية الوحيدة النشاطات التالية :

- عمليات البيع بالجملة ؛
 - عمليات البيع التي يقوم بها الوكلاء المعتمدون؛
 - موزعو محطات الوقود؛
 - المكلفون بالضريبة الذين يقومون بعمليات التصدير؛
 - الأشخاص الذين يقومون بعمليات البيع لمؤسسات مستفيدة من الإعفاء المنصوص عليه في التنظيم المتعلق بالمحروقات و لمؤسسات تستفيد من نظام الشراء بالإعفاء من الرسم؛
 - الفرازون وتجار الأملاك وما شابههم وكذا منظمو العروض و الألعاب والتسلية بمختلف أنواعها.
- الفرع الثاني: المجالات المعفاة من الضريبة الجزافية الوحيدة.

نصت المادة **282 مكرر 6** على نشاطات معفاة من تطبيق نظام الضريبة الجزافية الوحيدة، وهي حسب النص محددة على سبيل الحصر، والسبب في أن المشرع الجزائري اعفاها من مجال تطبيق الضريبة الجزافية الوحيدة حسب رأينا هو سبب اجتماعي محظ، وما يبرر رأينا هذا هو أن طبيعة هاته النشاطات لا تعتبر من قبيل النشاطات الثقيلة في المجال الاقتصادي، الذي تحقق فيه ذلك الدخل الكبير، وعليه :

- فالمؤسسات التابعة لجمعيات الأشخاص المعوقين المعتمدة وكذا المصالح الملحقة بها.
- مبالغ الإيرادات المحققة من قبل الفرق المسرحية.
- الحرفيون التقليديون وكذا الأشخاص الذين يمارسون نشاطا حرفيا فنيا والمقيدين في دفتر الشروط الذي تحدد بنوده عن طريق التنظيم .

غير أن هاته النشاطات وإن كانت معفاة من الضريبة الجزافية الوحيدة، إلا أن المزمين بها مكلفون بدفع بالحد الأدنى للإخضاع الضريبي والمقدر بـ 5000.00 سنويا، تسدد قبل الفاتح فيفري من السنة اللاحقة.

المبحث الثاني : اجراءات الاخضاع للضريبة الجزافية الوحيدة .

نقصد بإجراءات الإخضاع المكنة أو الوسيلة التي نتبعها حتى نستطيع تأسيس العقد في إطار الضريبة الجزافية الوحيدة.

لهذا سوف نحاول في هذا المبحث التعرف على رقم الأعمال المعتمد في تأسيس الضريبة (المطلب الاول)، وفي مرحلة ثانية نحاول التعرف على الالتزامات المطالب بها المكلف بالضريبة، والعقوبات المطبقة عليه في حالة إخلاله بعقد الضريبة الجزافية الوحيدة (المطلب الثاني).

المطلب الاول: رقم الأعمال المعتمد في تأسيس الضريبة.

أهم عنصر يعتمد عليه لتأسيس عقد الضريبة الجزافية الوحيدة هو رقم الأعمال السنوي المعتمد في تأسيسها، والذي يمثل وعاءها، لهذا سوف نحاول تتبع الاجراءات القانونية في تحديده من خلال (الفرع الاول)، وتحديد النسب والمعدلات المطبقة (الفرع الثاني) واخير التطرق الى كيفية تسديد هذا النوع من الضرائب (الفرع الثالث).

الفرع الاول: كيفية تحديد رقم الاعمال الخاضع للضريبة.

النظام الضريبي الجزائري لا يعتمد على أسلوب المباغثة في تقدير الضريبة على المكلفين، بل يعتمد على إجراءات وطرق حوارية في تأسيسها، فتحديد رقم الأعمال الخاضع للضريبة الجزافية الوحيدة، يستوجب قانونا أن توجه إدارة الضرائب تبليغا بموجب رسالة موصى عليها مع إشعارا بالإستلام تبين فيه بالنسبة لكل سنة من السنتين العنصر المعتمد عليها لتحديد رقم الأعمال (13).

وفي هذا تمنح إدارة الضرائب للمكلف بالضريبة مدة 30 يوم لأجل الرد عليها، إما بالموافقة على رقم الأعمال المحدد، أو تقديم ملاحظاته بشأن ذلك، يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ استلام التبليغ.

في حالة موافقة المكلف على تقدير الإدارة، أو عدم الرد عليها في الأجل المحدد، يعتمد رقم الأعمال المقترح من قبلها، ذلك أن عدم الرد يعتبر قبولا تاما للإقتراح المبلغ به حسب القواعد العامة (14)،

كما يعتمد رقم الأعمال كذلك في حالة عدم موافقة المكلف أو عدم قبول الإدارة للاقتراحات المقدمة من قبله، وفي هذا خول القانون للمكلف بالضريبة إمكانية طرح شكوى نزاعية يطالب فيها بتخفيض الضريبة المؤسسة (15).

كما تجدر الإشارة إلى أنه يحدد مبلغ الضريبة الجزافية الوحيدة المستحقة على كل مستغل في كل سنة مدنية لفترة سنتين من طرف مصلحة الضرائب التي يتبع لها مكان ممارسة النشاط، مع إمكانية تغيير مبالغ الضريبة من سنة لأخرى خلال هذه الفترة (16).

يتم اخضاع المكلف عن طريق ارسال وثيقة C8 إلى المكلف ليرد عليها في أجل 30 يوم، ثم إرسال وثيقة C9 التي تتضمن التقدير النهائي لرقم الاعمال المعتمد كوعاء لحساب مبلغ الضريبة الجزافية الوحيدة لمدة سنتين كما بيناه سابقا.

الفرع الثاني: المعدلات المطبقة في حساب الضريبة.

معدل الضريبة هو نسبة من مطرح الضريبة، وقد تكون هذه النسبة ثابتة وذلك بغض النظر عن الضريبة في حد ذاتها، فنسميها حينئذ ضريبة نسبية، أما إذا تزايدت مع تزايد مطرح الضريبة فنسميها ضريبة تصاعدية.

فما هو المعدل المطبق للضريبة الجزافية الوحيدة؟

بالرجوع الى المادة 282 مكرر4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، نجد ان المشرع حدد معدل الضريبة الجزافية كما يأتي:

✓ 6% عندما يتحدد النشاط في بيع البضائع والأشياء، الى جانب نشاط صناعة الخبز (17).

✓ 12% عندما يتحدد النشاط في ممارسة تأدية الخدمات التابعة لفئة الأرباح الصناعية والتجارية.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو على أي أساس حدد المشرع الجبائي هاته المعدلات؟ إجابة على هذا فالواضح أن المشرع لم يحدد هذه المعدلات بصفة اعتباطية، ولو كان كذلك لظهر هذا سلبا في عرقلة النشاطات

الاقتصادية والوضع الاجتماعي في الدولة، ولكن دراسته للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة هي التي وراء تحديد هذه النسب، كما أن تحديدها مستند إلى مبادئ علمية ودراسات فنية دقيقة وصحيحة⁽¹⁸⁾.

الفرع الثالث: كيفية تسديد الضريبة الجزافية الوحيدة.

تدفع الضريبة الجزافية الوحيدة إلى قبضة الضرائب لمكان ممارسة النشاط، وذلك على أربعة أقساط، كل قسط منها يدفع في أجل أقصاه آخر يوم من الثلاثي المعني، ويحدد المبلغ المسدد لكل قسط بتقسيم الضريبة المفروضة سنويا على أربعة، أما إذا صادف يوم التسديد يوم عطلة فإن آخر أجل يمدد إلى أول يوم عمل يلي مباشرة هذه العطلة، وحتى نفهم هذه الطريقة لأبأس من إعطاء مثال تطبيقي⁽¹⁹⁾.

لنفرض أن مكلف بالضريبة يمارس نشاط البيع والشراء حقق رقم أعمال سنوي قدره **1.500.000.00**، فما هو مبلغ الضريبة الجزافية الوحيدة المستحقة؟، وما هو مقدار كل قسط يسدد خلال كل ثلاثي؟⁽²⁰⁾

- مبلغ الضريبة الجزافية المستحق للسنة الأولى هو $500.000.00 \times 5\% = 75000.00$
- وبالتالي يكون قسط الضريبة المسدد في كل ثلاثي لنفس السنة هو: $75000.00 / 4 = 18750.00$

وتحدد مواعيد التسديد وفق الرزنامة الآتية:

- القسط الاول: 31 مارس من السنة المعنية كأخر اجل .
- القسط الثاني: 30 جوان من السنة المعنية كأخر اجل .
- القسط الثالث: 30 سبتمبر من السنة المعنية كأخر اجل .
- القسط الرابع: 31 ديسمبر من السنة المعنية كأخر اجل⁽²¹⁾.

المطلب الثاني: التزامات الخاضعين للنظام الجزافي والعقوبات الجبائية المطبقة عليهم.

الخاضعين للنظام الضريبة الجزافية الوحيدة يخضعون إلى التزامات (الفرع الأول)، كما أنه في المقابل تطبق عليهم غرامات جبائية، نتيجة الإخلال بواجباتهم التصريحية. (الفرع الثاني).

الفرع الاول: الالتزامات الجبائية

تنقسم الالتزامات الجبائية في عمومها إلى قسمين، نعالجها من خلال الإلتزامات التصريحية (أولا)، و إلتزامات الدفع (ثانيا).

أولا: الإلتزامات التصريحية.

يعتبر التصريح بممارسة النشاط من أهم الواجبات الجبائية الملقة على عاتق المكلف بالضريبة، فهو ملزم في غضون 30 يوم من يوم مباشرة النشاط، أن يقدم تصريحاً بالوجود إلى مفتشية مقر سكنه، على أن يكون هذا التصريح مطابقاً للنموذج الذي تقدمه الإدارة⁽²²⁾.

كما أن نص المادة الاولى من قانون الاجراءات الجبائية جاء واضحاً حيث حدد مجموعة إلتزامات لا بد من المكلف بالضريبة الامتثال لها وإلا كان مخالفاً للقانون، فوجب حينئذ على الأشخاص الطبيعيين الذين تتمثل تجارتهم الرئيسية في بيع البضائع والأشياء أن يقوم بمسك دفترين، الأول تلخص وتسجل فيه سنويا تفاصيل مشترياتهم المدعمة بفواتير أو أي مستندات تبوئية أخرى، والثاني تلخص وتسجل فيه تفاصيل مبيعاتهم، على أن يكون كلا الدفترين مرقمين ومؤشر عليهما من قبل المصالح الجبائية، ويقدمان عند كل طلب من طرف هاته الأخيرة.

أما بالنسبة للمكلفين بالضريبة الممارسين لنشاط تأدية الخدمات، يتعين عليهم حيازة دفتر يومي يتم ضبطه يوم بيوم، تقيد فيه التفاصيل الخاصة بإيراداتهم المهنية، مع ضرورة تقديمه هو الآخر عند كل طلب من طرف الإدارة الجبائية.

كما أن المكلفين بالضريبة الذين يوفرون مناصب شغل، يجب عليهم أن يصرحوا خلال كل ثلاثي بالدخل الاجمالي / أجور للأفراد العاملين عندهم عن طريق وثيقة ج 50.⁽²³⁾

ثانيا: التزامات الدفع.

يلتزم المكلفون بالضريبة الخاضعون لنظام الضريبة الجزافية الوحيدة، بدفع الضرائب المترتبة عليهم، بقباضة الضرائب الموجودة بمقر سكنهم، على أن يكون الدفع عند بداية كل ثلاثي جديد.

وفي ذات السياق فهم ملزمون بتسديد الضرائب الدخل الاجمالي / أجور المتعلقة بالأشخاص العاملين عندهم، على أن يكون لهم الاختيار في تسديدها إما شهريا أو ثلاثيا⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني: العقوبات الجبائية

وهي إما أن تكون عقوبات جبائية لعدم التصريح (أولا)، أو عقوبات جبائية لعدم دفع الضريبة (ثانيا).

أولا: عقوبات جبائية لعدم التصريح.

تطرقنا في السابق الى أن المكلف بالضريبة الجديد ملزم أن يقدم تصريحا بالوجود في غضون 30 يوم من يوم مباشرة نشاطه، لهذا فقد أوجب المشرع الجبائي عقوبة جبائية لمن لم يمثل لهذا الالتزام وحدد قيمتها ب 30.000.00⁽²⁵⁾.

كما تطبق غرامة جبائية تقدر بـ 5000.00 على كل مكلف بالضريبة لا يملك السجلات المرقمة والمؤشر عليها المذكورة أعلاه⁽²⁶⁾.

ثانيا: عقوبات جبائية لعدم الدفع.

المكلف بالضريبة ملزم بأن يقوم بتسديد الضريبة الجزافية الوحيدة في أوقاتها المحددة قانونا، لهذا فتجاوز هذه المدد يرتب عليه غرامة جبائية تقدر بـ 10% عند عدم التسديد بمجرد دخول الشهر الاول الموالي لثلاثي المعني بالتسديد، وتضاعف هذه النسبة إلى 3% عن كل شهر تأخير كغرامة تهديدية، دون أن تتجاوز العقوبة الكلية حدود 25%⁽²⁷⁾.

مثال :

لنفرض أنه من خلال المثال أعلاه، المكلف بالضريبة تجاوز أجل تسديد القسط الاول، فسد هذا القسط في 1 أفريل من ذات السنة فهنا تفرض عليه غرامة جبائية تقدر بـ 10%، كما أنه إذا واصل عدم تسديده الضريبة إلى غاية 1 ماي تضاف إلى 10% السابقة نسبة 3% فتصبح الغرامة 13%، لتصبح في الشهر السادس 25% وهو أقصى حد لها.

الخاتمة :

لقد حاولنا من خلال هذا المقال، التطرق الى أهم النقاط المتعلقة بالضريبة الجزافية الوحيدة، ولو بصفة وجيزة، حيث استطعنا من خلال هذا التشخيص الوقوف على النتائج التالية :

- إن نظام الضريبة الجزافية الوحيدة يقوم على فرض هذه الضريبة على نشاط اقتصادي محدد.
- يساهم هذا النظام بصفة أساسية في تدعيم الخزينة العمومية، إلا أن حصيلته تبقى دائما غير كافية في مواجهة النفقات العامة المتزايدة .

- يمتاز بعدالة ظاهرية، وذلك أنه من الناحية العملية يحقق ثقل وعبئ على فريق من المكلفين دون غيرهم ، مما يعطي فرصة للتهرب الضريبي.
 - كما يمتاز بالسهولة والبساطة في تحديد وعاءه الضريبي .
- الهوامش :

1. أ. أمزيان، عزيز، المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2005، ص4.
2. القانون رقم 06-24 المؤرخ في 16-12-2006 المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ص2.
3. راجع المادة 2، المرجع السابق، ص2.
4. راجع المادة 282 مكرر من القانون رقم 76-101 المؤرخ في 9 ديسمبر 1971، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ص136.
5. موفق، محمد عبده، نظام الضرائب في الفقه الإسلامي، عمان 2005، ص128.
6. للإشارة فقد تم تعديل هذا السقف مرتين الاولى بموجب المادة 10 من قانون المالية التكميلي لسنة 2008 حيث رفع من 3.000.000.00 الى 5.000.000.00، والثانية بموجب المادة 12 من قانون المالية لسنة 2012، أين رفع مرة ثانية من 5.000.000.00 إلى 10.000.000.00.
7. أ. هشام راضي هاشم التايه، النظام القانون للإدارة الضريبية في فلسطين بين النظرية والتطبيق، اطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004، ص36.
8. الفيزيوقراطيون إسم يطلق على رواد المدرسة الطبيعية أو الفيزيوقراطية، وهي من أهم المدارس الاقتصادية، والتي كانت تعتقد أن الطبيعة هي الأساس وهي تستمد قواعدها من العناية الإلهية، الفيزيوقراط Physiocrates يرون أن العمل الزراعي هو العمل الوحيد المنتج، أما الأعمال الأخرى كالصناعة والتجارة فذات طابع خدماتي لاغير، من أهم رواد المدرسة الطبيعية فرانسوا كينييه François Quenay (1774 - 1694)
9. حسين، الصغير، دروس في المالية والمحاسبة، دار المحمدية العامة، الجزائر، 1999، ص58، 56.
10. أ. موفق، محمد عبده، المرجع السابق، ص129.
11. راجع المادة 282 مكرر 1 فقرة 1 وفقرة 2 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المرجع السابق، ص136.
12. أ. صالح، العيد، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الجبائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، سنة 2014، ص21.
13. أ. عباس، عبد الرزاق، التحقيق المحاسبي والنزاع الضريبي من خلال عملية الرقابة الجبائية على ضوء التشريع الجبائي الجزائري والمقارن، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص85.
14. أ. عباس، عبد الرزاق، المرجع السابق، ص86.
15. راجع المواد 70 الى 76 من قانون الاجراءات الجبائية، ص30 الى 31.
16. راجع المادة 282 مكرر 2 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المرجع السابق، ص137

- 17..راجع المادة 12 من قانون المالية لسنة 2012، ص6، حيث خفضت هذه الاخيرة نسبة الضريبة الخاصة بالبيع والشراء من 6% الى 5%.
- 18.رانا، أديب منذر، مفهوم الضريبة تعريفها واشكالها، دبلوم الدراسات العليا، جامعة دمشق، سوريا، 2006، ص21.
19. موقع جامعة سطيف، كلية الاقتصاد،
20. مثال تطبيقي من اقتراح الباحث .
- 21.أ.ع، راوية، " الضريبة الجزافية الوحيدة نظام فرض ضريبة بسيط ووحيد و موجز "، نشرية رسالة المديرية العامة للضرائب، عدد 40، أبريل 2009، ص 3.
22. راجع المادة 183 المعدلة من قانون لضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المرجع السابق، ص 94. (المادة معدلة بالمادة 14 من قانون المالية 2007).
23. تعليمة رقم 7 الصادرة بتاريخ 9.1.2007 المتعلقة بالضريبة الجزافية الوحيدة، والصادرة عن المديرية العامة للضرائب بوزارة المالية الجزائرية، ص 5.
24. المرجع السابق، ص 10.
25. راجع المادة 194-1 من قانون لضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المرجع السابق، ص 99 .
26. راجع المادة 194-3، المرجع السابق، ص 100. (معدلة بموجب المادة 19 من ق م لسنة 1999).
27. راجع المادة 402، المرجع نفسه، ص 177. (معدلة بموجب المادة 22 من ق م لسنة 2007).

○ المراجع :

1. الكتب :

- أ. أمزيان، عزيز، المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2005.
 - أ. موفق، محمد عبده، نظام الضرائب في الفقه الإسلامي، عمان 2005 .
 - أحسين، الصغير، دروس في المالية والمحاسبة، دار المحمدية العامة، الجزائر، 1999.
 - أ. صالح، العيد، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الجبائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، سنة 2014.
 - أ. عباس، عبد الرزاق، التحقيق المحاسبي والنزاع الضريبي من خلال عملية الرقابة الجبائية على ضوء التشريع الجبائي الجزائري والمقارن، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- #### 2. المقالات :

- أ.ع، راوية، " الضريبة الجزافية الوحيدة نظام فرض ضريبة بسيط ووحيد و موجز "، نشرية رسالة المديرية العامة للضرائب، عدد 40، أبريل 2009.

3. الاطروحات والمذكرات:

- هشام راضي هاشم التايه، النظام القانون للإدارة الضريبية في فلسطين بين النظرية والتطبيق، اطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004، ص36.

- د. رانا، أديب منذر، مفهوم الضريبة تعريفها و اشكالها، دبلوم الدراسات العليا، جامعة دمشق، سوريا، 2006، ص21.

4. الوثائق الالكترونية :

- دروس في الجباية ، متوفرة على الرابط التالي :
«www.cte.setif.dz/coursenligne/fiscalite14062012/IFUcours.html» تاريخ الدخول

2014-12-24

5. التعليمات :

- تعليمة رقم 7 الصادرة بتاريخ 9.1.2007 المتعلقة بالضريبة الجزافية الوحيدة، والصادرة عن المديرية العامة للضرائب بوزارة المالية الجزائرية.

6. النصوص القانونية والتنظيمية :

- أمر رقم 101-76 مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق لي 09 ديسمبر سنة 1976 يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة (ج عدد 102، بتاريخ 22-12-1976، ص1432).
- قانون رقم 21-01 مؤرخ في 7 شوال عام 1422 الموافق لي 22 ديسمبر سنة 2001 يتضمن قانون المالية لسنة 2002، والمنشأ للقانون الاجراءات الجبائية (ج ر عدد 79، بتاريخ 23-12-2001، ص3).
- قانون رقم 24-06 مؤرخ في 6 ذي الحجة عام 1427 الموافق لي 26 ديسمبر سنة 2006 المتضمن قانون المالية لسنة 2007 (ج ر عدد 85، بتاريخ 27 ديسمبر 2006، ص2).
- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 ذي الحجة عام 1428 الموافق لي 30 ديسمبر سنة 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008 (ج ر عدد 82، بتاريخ 31-12-2007، ص3).
- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 ذي الحجة عام 1428 الموافق لي 30 ديسمبر سنة 2007، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008 (ج ر عدد 82، بتاريخ 31-12-2007، ص3).
- قانون رقم 16-11 مؤرخ في 03 صفر عام 1433 الموافق لي 28 ديسمبر سنة 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012 (ج ر عدد 72، بتاريخ 29-12-2011، ص3).

الحكم بموت المفقود في التشريع الجزائري



من إعداد الأستاذ : بوسحابة لعبد

ماجستير حقوق ولاية النعامة الجزائر

إن الحياة الطبيعية للإنسان تبتدئ بولادته حيا و تنتهي بوفاته، ولكن هناك حالة بينهما لا يعرف فيها الشخص أهو حي أم ميت؟، وهذه الحالة تعرف بالفقدان.

إن ظاهرة فقدان الأشخاص من الظواهر الشائعة التي تحدث في مختلف الدول، فكثيرا ما نسمع عن تحطم طائرة، أو غرق سفينة في البحر، أو حدوث كوارث طبيعية كالزلازل، والفيضانات يذهب ضحيتها عدد من الأشخاص يكونون في عداد المفقودين لعدم التيقن من حياتهم، لغياب دليل يؤكد وفاتهم، ولعل الجزائر من بين الدول التي عرفت هذه الظاهرة بجد، واحتلت مساح القضاء بشكل ملحوظ، وذلك نتيجة للظروف الاستثنائية التي عرفتها البلد في العشرية الأخيرة، وما خلفته المأساة الوطنية من مفقودين، بالإضافة إلى ما خلفه كذلك فيضانات باب الوادي، وزلزال بومرداس.

إن من البديهي أن المفقود تربطه علاقات مع أسرته و غيره، وأن غيابه يسبب ضررا لهم، ولجبر هذا الضرر أجاز المشرع الجزائري لورثته، النيابة العامة وكل ذي مصلحة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقضي بالفقدان. بعد الحكم بالفقدان يستمر البحث و التحري عن المفقود بجميع الوسائل و الطرق الممكنة للوصول إلى معرفة حياته من مماته، فإن لم يتم الوصول إلى حقيقة ذلك، و لم يظهر له أثر، و لم يرجع إلى بيته و أهله ومرت على ذلك مدة معينة جاز لمن تتوفر فيهم الشروط القانونية (الورثة، النيابة العامة وكل ذي مصلحة) اللجوء إلى القضاء لطلب حكم بموته بعد إتباع إجراءات قانونية معينة، فيجوز للقاضي الحكم بذلك إن توفرت الشروط اللازمة ودلت على ذلك قرائن، وهنا يثور الإشكال التالي : ما هي المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود؟، و للإجابة على الإشكال المطروح نقسم هذا المقال إلى مبحثين :

- المبحث الأول : المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري .
- المبحث الثاني : المدة التي جاءت بها القوانين الخاصة .

المبحث الأول : المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري :
 إن لم يظهر المفقود، ولم تثبت وفاته لا بالمعينة و لا بالبينة القاطعة و لا بأوراق رسمية و مرت على فقله فترة زمنية محددة، فلا يمكن لهذا الشخص أن يبقى مفقودا إلى الأبد فثمة ضرر يلحق خاصة بأهله وزوجته، فالقاعدة تقضي بأن الضرر يزال، ومن ثم جاز اللجوء إلى القضاء لطلب الحكم بوفاته بعد مرور مدة من فقله، إذن كم هي هذه المدة؟
 اختلف الفقهاء في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الحنابلة بتقسيم المفقود إلى قسمين: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، وهذا ما نص عليه في المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها¹: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

ومن ثم يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي :

المطلب الأول : في حالة الحروب والحالات الاستثنائية.

المطلب الثاني : في الحالة التي تغلب فيها السلامة.

المطلب الأول : حالة الحروب و الحالات الاستثنائية (الحالة التي يغلب فيها الهلاك) :

إذا فقد شخص في الحروب والحالات الاستثنائية كالقصد في الفيضانات أو الكوارث الطبيعية أو الزلازل، وهي حالات يغلب فيها هلاك الشخص، فقد سلك المشرع الجزائري في ذلك منهج الحنابلة حيث أجاز للقاضي الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات، و بعد التحري.

إن التحري هو البحث عن المفقود بجميع الطرق الممكنة التي توصل إلى بيان ما إذا كان حيا أو ميتا، مع أخذ بعين الاعتبار الوثائق الإدارية، شهادة الشهود، وكذا القرائن التي يغلب فيها الهلاك و المأخوذة من ظروف الدعوى².

لكن السؤال الذي يثور هو ما هو التاريخ الذي يبدأ منه سريان الأربع سنوات؟

لم ينص المشرع الجزائري على تاريخ بداية سريان الأربع سنوات، أما القضاء الجزائري فقد اختلف في ذلك فمنهم من احتسبها من تاريخ الحكم بالفقد، ومنهم من احتسبها من تاريخ انتهاء البحث، ومنهم من احتسبها من تاريخ الغياب.

وقد فصلت المحكمة العليا في هذا الاختلاف بأن التاريخ الذي يبدأ منه احتساب مدة الأربع سنوات هو تاريخ فقدان وليس تاريخ النطق بالحكم، حيث جاء في اجتهاد المحكمة العليا أن قضية الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 113 من قانون الأسرة وأيدوا الحكم المستأنف، في حين أن هذه المادة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية وهما ظرفان يجعلان فقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه³.

¹ - قانون 11-84 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية العدد: 24 مؤرخة في 12 رمضان عام 1404

الموافق 12 يونيو 1984)، المعدل بالأمر رقم: 02-05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (الجريدة الرسمية العدد: 15 مؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005)، المادة 113 منه.

² - بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 385.

³ - أنظر: المحكمة العليا، غ أ ش، 2002/04/10، ملف رقم: 290808، م.ق. 2003، عدد 1، ص 372.

وجاء تعليق الدكتور بلحاج العربي على هذا القرار، بأن القرار محل التعليق رغم أنه جاء في صيغة مركزة ملئها الدقة والإيجاز، فإنه يفسر في حقيقة الأمر نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري وهو يوضح جليا بأنه يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك وهي ما يسمى بالأحوال الاستثنائية بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، بعد البحث الدقيق بكل الطرق الممكنة¹.

إن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أن هناك حالات يتيقن فيها هلاك المفقود كأن يكون على متن سفينة تغرق، أو طائرة تتحطم، أو يفقد إثر زلزال عنيف أو فيضانات عارمة كالذي حدث في 10 نوفمبر 2001 في باب الوادي، فهذه كلها تدخل في الحالات الاستثنائية ولا جدوى أن ننتظر أربع سنوات كاملة للحكم بوفاته².

على أساس ما ذكر أعلاه وحتى يحكم القاضي بوفاة المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية يشترط توفر ما يلي:

- أن يكون المفقود فقد في حرب أو حالة استثنائية.

- البحث على المفقود بكل الطرق الممكنة، وذلك بتحري القاضي عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا، بأن يكون التثبت من فقده من الجهة الرسمية المختصة وهي النيابة العامة التي لها صلاحيات إحضار ملفات الشرطة القضائية، كأن يتأكد من مراكز الحدود (هل خرج من البلد أو لم يخرج)، ويستفسر عنه من السفارات، وعندئذ يتبين حاله³.

- أن تمضي مدة أربع سنوات على الأقل تحسب من يوم فقده لا من تاريخ الحكم بفقده.

ب- **المطلب الثاني: في الحالات التي تغلب فيها السلامة:**

إذا فقد الشخص في أحوال عادية كمن سافر للعمل أو العلم أو السياحة، فإن المشرع الجزائري حدد من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري أنه في الأحوال العادية يفوض الحكم بالوفاة للسلطة التقديرية للقاضي بشرط أن لا تقل المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود عن أربع سنوات، حيث يلزم القاضي خلالها بالتحري والبحث عن المفقود بكل الطرق التي توصل إلى تحديد حياته من عدمها⁴.

ومن ثم فإن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المدة اللازمة للحكم بموت الشخص الذي فقد في حالة تغلب فيها السلامة، فيكون للقاضي الرجوع لوقائع القضية المعروضة عليه ويستخلص من ظروف الفقدان وحالة الشخص المفقود المدة التي يعتمد عليها للحكم بموت المفقود⁵، ويجب أن لا تكون هذه المدة أقل من أربع سنوات.

¹ - بلحاج العربي، تعليق على قرار، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 1، ص 111 و 112.

² - أنظر: دليلة براف، أحكام المفقود، رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، العدد الخامس، شهر ديسمبر 2003، ص 41.

³ - بلحاج العربي، تعليق على قرار، مجلة المحكمة العليا، نفس المرجع، ص 113.

⁴ - أنظر: دليلة براف، المرجع السابق، ص 41.

⁵ - أنظر: قياسية فاطمة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، تحت إشراف: بن يسعد رايح عزيز، 2006، ص 32.

- المبحث الثاني : في القوانين الخاصة :

غض المشرع الجزائري الطرف عن قانون الأسرة الجزائري في القوانين الخاصة التي جاءت تنظم حالات استثنائية مرت بها الجزائر، حيث سنتطرق إلى المدة التي جاء بها كل قانون أو مرسوم للحكم بموت المفقود فيها على النحو التالي :

المطلب الأول في الأمر 02-03.

المطلب الثاني في القانون 03-06.

المطلب الثالث في الأمر 01-06 .

المطلب الأول : في الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على فيضانات 10 نوفمبر 2001 :

جاء في المادة الثانية منه الفقرة الثالثة أن الحكم بوفاة المفقود يصدر من القاضي المختص بحكم ابتدائي و نهائي في أجل لا يتعدى شهر واحد ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه، أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فنصت على أن الضبطية القضائية تعد محضرا بفقدان الشخص المعني بعد انتهاء الأبحاث ويسلم المحضر لذوي حقوق المفقود في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة¹، وبالتالي إذا رفع من له الحق في رفع دعوى فقدان الشخص الذي يثبت وجوده في أماكن فيضانات باب الوادي من اليوم الذي يسلم له محضر معاينة بفقدان الشخص المعني فتكون المدة التي فيها يحكم بموت المفقود هي : خمسة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة على الأكثر.

¹ - الأمر 03-02 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير سنة 2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001(الجريدة الرسمية العدد :15 المؤرخة في:16 ذي الحجة عام 1422 الموافق 28 فبراير سنة 2002). المادة الثانية منه : "بغض النظر عن أحكام القانون الأسرة الجزائري، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 : 1- يصرح متوفى بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية.2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.3- يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه."

المطلب الثاني : في القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003 :

ورد في المادة الثانية من هذا القانون الفقرة الثالثة أن الحكم بوفاة المفقود في الزلزال المذكور يكون بناء على حكم يصدره القاضي المختص في أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ رفع الدعوى أمامه، أما الفقرة الثانية فنصت على أن الضبطية القضائية تعد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم لذوي الحقوق أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة¹، وبالتالي فإن المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في حالة عدم تماطل ذوي الحقوق أو من له مصلحة في رفع دعوى وفاة المفقود هي : تسعة أشهر من تاريخ وقوع الزلزال على الأكثر.

المطلب الثالث : في الأمر 06-01 المتضمن تنفيذ أحكام ميثاق السلم و المصالحة الوطنية :

جاء هذا المرسوم لمعالجة الظرف الخاص الذي عاشه الشعب الجزائري بما يسمى العشرية السوداء، حيث جاء في المادة 232 أن القاضي يحكم بموت المفقود في أجل شهرين من تاريخ رفع الدعوى، كما أن المادة 31 منه نصت على وجوب رفع الدعوى في أجل ستة أشهر من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان، أما المادة 30 الفقرة الثانية⁴ جاء فيها على أن الشرطة القضائية تعد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث ويسلم إلى ذوي حقوق المفقود أو أي شخص له مصلحة في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية أي سنة ابتداء من تاريخ: 2006/02/28، وبالتالي فإن الفترة القصوى للحكم بموت المفقود في هذا الظرف الخاص هي عشرين (20) شهرا ابتداء من تاريخ 2006/02/28.

¹ - القانون 06-03 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003 (الجريدة الرسمية العدد: 37 المؤرخة في: 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003)، المادة الثانية منه: "بغض النظر عن أحكام القانون الأسرة الجزائري، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه: 1- يصرح متوفى بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن هذا الزلزال، ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية. 2- تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة. 3- يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة، أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

² - الأمر 01-06 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية عدد: 11 مؤرخة في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006)، المادة 32 منه: "يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة. يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

³ - الأمر 01-06 المادة 31 منه "يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام القاضي المختص في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة بالفقدان".

⁴ - الأمر 01-06 المادة 30 منه الفقرة الثانية "... تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص له مصلحة في ذلك في أجل ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان".

الخلاصة :

لقد نص قانون الأسرة الجزائري أن المدة الدنيا التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية هي أربع سنوات، وجاء اجتهاد المحكمة العليا ليعين أن احتساب هذه المدة يكون من تاريخ الفقد، غير أن الحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر في الآونة الأخيرة و المتمثلة في فيضانات باب الوادي، و زلزال بومرداس جعلت المشرع الجزائري يصدر قوانين خاصة غض فيها الطرف عن قانون الأسرة، حيث جاء في المادة الثانية من الأمر 02-103: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الجزائري، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001"، ونفس الأمر ورد في المادة الثانية من القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 يونيو سنة 2003.

بالإضافة إلى ذلك فإن المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في فيضانات باب الوادي في حالة عدم التماطل في رفع الدعوى قدرت ب(05) خمسة أشهر على الأكثر من تاريخ وقوع الكارثة، أما بالنسبة للمدة التي يحكم فيها بموت المفقود في زلزال بومرداس هي (09) تسعة أشهر على الأكثر من تاريخ وقوع الزلزال، وهذا في حالة عدم التماطل في رفع الدعوى.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري رأى أن هذه الحالات يتيقن فيها هلاك المفقود و لا جدوى أن ننتظر أربع سنوات كاملة للحكم بالوفاة³.

• التوصيات :

إن المدة المقررة للحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية و المقدرة بأربع سنوات أصبحت في مجملها طويلة لا تتناسب مع الأحوال الاستثنائية، أي لا تف بالغرض المطلوب، كما أنه في زماننا هذا توفرت وسائل الإعلام و الاتصال كثيرا مما يختلف عن الزمان السابق اختلافا كبيرا⁴. كما أنه يبدو جليا من الأمر 03-02 و القانون 03-06 اللذين أصدرهما المشرع الجزائري لمعالجة حالات استثنائية سببه عجز قانون الأسرة عن معالجتها، وهي إشارات ومعطيات ربما تدفعنا إلى التفكير، ولما لا إعادة النظر في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، و خاصة في الأحوال الاستثنائية⁵.

¹ - أنظر: الأمر 03-02 ، المادة 2 منه.

² - القانون 06-03، المادة الثانية منه: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الجزائري تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه".

³ - أنظر: دليلة براف، المرجع السابق، ص 41.

⁴ - أنظر: بلحاج العربي، تعليق على قرار، المرجع السابق، ص 116.

⁵ - أنظر: بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 117.

والملاحظ أن المشرع المغربي قلص هذه المدة إلى سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته في الأحوال الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك¹، في حين أن المالكية يعتبرون أن المفقود في بلاد الوباء و ما شابها ميت دون تلوم، وعليه ينبغي على المشرع الجزائري أن يراجع نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري حتى تكون صالحة لمعالجة الحالات الاستثنائية، دون حاجة إلى تدخله كل مرة بقوانين خاصة، وفي هذا الباب نقترح أن يكون التعديل كما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمرور سنة من تاريخ الفقد بعد التحري، ويمكن للقاضي تقليص هذه المدة لأقل من سنة إذا كان الفقد في زلزال أو كارثة طبيعية، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد".

المراجع و المصادر :

أ- المؤلفات :

01- بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010.

ب- المقالات : (مرتبة ترتيباً أبجدياً) :

01- بلحاج العربي، تعليق على قرار، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01.

02- دليلة براف، أحكام المفقود، رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، الجزائر، العدد الخامس، شهر ديسمبر، 2003.

ج- المذكرات :

01- قياسية فاطمة، المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، تحت اشراف بن سعد رابح عزيز، 2006.

د- القوانين :

1- قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية العدد: 24 مؤرخة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو 1984)، المعدل بالأمر رقم: 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (الجريدة الرسمية العدد: 15 مؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005).

2- قانون رقم: 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003 (الجريدة الرسمية العدد: 37 مؤرخة في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003).

¹ قانون 70-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004 المعدل (الجريدة الرسمية عدد: 5184 مؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004)، المادة 327 منها "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة. وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين".

- 3- قانون 70-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22-04-01 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004 المعدل (الجريدة الرسمية عدد: 5184 المؤرخة في 14 ذي الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004)
- 4- أمر رقم: 03-02 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 (الجريدة الرسمية العدد: 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 الموافق 28 فبراير 2002).
- 5- أمر رقم: 01-06 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية العدد 11 مؤرخة في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير 2006).
و-قرارت قضائية :
- 1- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،2002/04/10، ملف رقم:290808،المجلة القضائية، 2003، عدد 01.

التحفيز الوظيفي مدخل أساسي لإصلاح الوظيفة العمومية المغربية



ميمون مشاخ باحث في سلك الدكتوراه

شعبة القانون العام مخبر الدراسات القانونية

والسياسية والإدارية بكلية الحقوق - وجدة

مقدمة :

يعد التحفيز إحدى أهم آليات لتدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، فالاستخدام الأمثل للموظفين مرتبط بتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية تجعلهم يقبلون بكل تفران على أعمالهم وتقديم مردودية أفضل، وتحقيق الرغبات، وإشباع الحاجات هو ما يطلق عليه من الناحية العلمية اصطلاح التحفيز والحوافز.¹ يقول JD beter المدافع النشيط والمتحمس لأسلوب الإدارة بالأهداف في السبعينات في الولايات المتحدة الأمريكية أن تسعة أعشار الجيل الجليدي العائم قد غرقت لأنها لم تعد مرئية، ونفس الشيء بالنسبة للتحفيز فهو غير مرئي، فلا يرى ولا يفهم منه إلا جزء صغير جدا، وإن صعوبة إدراكه وتمييزه جعلته مجهولا كليا إلى حد الآن كقاعدة عامة.²

وتكمن صعوبة حصر التحفيز في كونه مرتبط بحاجيات الإنسان والتي تتميز بالتجدد باستمرار، وذلك لأن إشباع حاجيات معينة يفتح الباب أمام حاجيات أخرى وهكذا دواليك. وبالتالي فإن التحفيز هو عملية متعددة ومتنوعة العناصر تقوم بها الإدارة لإثارة رغبة الموظف في مضاعفة جهوده، وبذل طاقاته لأداء عمله في أقصى ما يملكه من مستويات المردودية والإنتاجية،³ ولتحقيق ذلك فإنه يجب مواكبة حاجيات الموظف المتجددة باستمرار.

¹ محمد أزداد- عبد الحق شتواني: التحفيز الوظيفي ودوره في تحسين الإداري. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، تخصص الإدارة العامة. جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2000-2001. ص 2.

² أمادو إبراهيم سري: التحفيز المادي والمعنوي في المنشآت العمومية والخاصة. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام. جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1995-1996. ص 14.

³ عبد الحق عقلة: مدخل لدراسة القانون الإداري وعلم الإدارة. الجزء الأول، القانون الإداري، 1998. ص 78.

وعلى غرار باقي الدول النامية فإن الإدارة المغربية لا تزال تعاني في تلبية الحاجيات الأساسية للموظف المغربي، حيث إن شريحة واسعة من موظفي الإدارة المغربية لا زالت تحلم بأدنى مستويات الرضا الوظيفي والإداري. وفي ظل الخطاب الراجح حاليا حول إصلاح الوظيفة العمومية المغربية فإن التحفيز يبدو آخر شيء يفكر فيه المسؤولون تحت ضغط الاكراهات المالية. فكل الأوراش الإصلاحية المفتوحة في الوقت الراهن تسعى إلى عقلنة تدبير الموارد البشرية، بتقليص التوظيفات، وتقليص الكتلة الأجرية للوظيفة العمومية ...

وفي هذا السياق تأتي مساهمتنا هذه للتأكيد على أن العملية التحفيزية تعد المدخل الأساسي لإصلاح الوظيفة العمومية المغربية ويجب أن تحظى بالأولية والنجاح في كسب رهانها سيكون بمثابة ضمانة حقيقية لإنجاح الإصلاحات المختلفة الأخرى.

لمعالجة هذا الموضوع سنتوقف في فرع أول عند واقع التحفيز في الإدارة المغربية، ثم نتناول في الفرع الثاني آفاق وإمكانيات تطوير المنظومة التحفيزية.

الفرع الأول : واقع التحفيز بالوظيفة العمومية المغربية :

على غرار مختلف آليات تدبير الموارد البشرية بالإدارة المغربية تعرف آلية التحفيز الكثير من الاختلالات، وهي في الواقع مرتبطة بالعناصر الأخرى لتدبير الموارد البشرية، إن لم نقل بأنها نتيجة لمختلف الاختلالات التي تعرفها الآليات التدييرية الأخرى.

وللوقوف على اختلالات هذه المنظومة يمكن تقسيمها بين اختلالات على مستوى التحفيز المادي (الفقرة الأولى) واختلالات على مستوى تدبير المسار المهني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : قصور التحفيز المادي :

تتجلى معوقات التحفيز المادي أساسا في نظام الأجور والمكافآت، ذلك أن الأجر أو المكافأة لكي يكون دافعا للتحفيز يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الخصائص الضرورية أهمها الكفاية والعدالة¹ ويقصد بالكفاية أن تكون الأجور قادرة على إشباع جميع الاحتياجات وخاصة الأساسية منها. فكلما تحقق الإشباع إلا وزاد الرضا المهني وتقوت أواصر الارتباط بين الموظف والإدارة التي تشغله، وكلما قل الإشباع إلا وفقدت الأجور أهميتها وفكر الموظف في الموارد الأخرى التي يمكن الحصول عليها ولو عن طريق الاقتراض².

أما العدالة فتتمثل في العدالة من توزيع الأجور والتعويضات حسب الاستحقاق بين مختلف فئات الموظفين وعلى كافة القطاعات.

بشكل عام يمكن تلخيص اختلالات منظومة التحفيز المادي في ثلاث عناصر رئيسية.

¹ - الضاوية نعيي: التحفيز في الوظيفة العمومية المغربية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا. وحدة البحث والتكوين في الإدارة العامة. جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009. ص 127.

² - حسين العمراني: إدارة التعليم العالي والبحث العلمي بالمغرب. الجزء الأول، ضرورة تقوية القدرات التنظيمية 1996-1997. ص 138.

أولاً : إشكالية منظومة الأجور :

يعتبر الأجر أهم رافعة للتحفيز وعنصر لا يمكن التملص منه في الإنفاضة بالمسؤولية، إلا أن الموظف لا يتقاضى أجراً كافياً على العموم¹ الشيء الذي يؤثر على أدائه الإداري، ويفتح أمامه باب البحث عن طرق للكسب غير المشروع. هذا وتتميز الأجور بالوظيفة العمومية بكونها غير شفافة، فهيكلة الأجور غير واضحة بسبب وجود 125 عاملاً آخر من عناصر الدخل وخروقات هامة بين مختلف الوزارات.²

كما يلاحظ بأن الأجور بالوظيفة العمومية تطرح إشكالية على مستوى التوازنات التي يتعين الحفاظ عليها بين مختلف الهيئات الإدارية وكذا داخل نفس الهيئة.³

وبين الواقع ابتعاد هذه الأجور في إدارتنا المغربية عن مبدأ العدالة الذي يقتضي التقابل المتكافئ بين المستحقات والمساهمة في الإنتاج والتسيير.⁴

لقد أدى هذا التفاوت الموجود على مستوى الأجور الى ظهور فئتين من الموظفين داخل الوظيفة العمومية المغربية فئة محظوظة نسبياً، وفئة تضم أعواناً يعيشون على عتبة الفقر.⁵

هذا وتعرف الأجور بالوظيفة العمومية كذلك اختلالات عميقة تمثل في الفوارق المهولة في توزيعها بين الأطر العليا والأطر الدنيا، ففي المغرب يبلغ أعلى راتب 30 مرة أدنى راتباً، بينما يبلغ في البلدان ذات الاقتصاد المشابه 13 مرة.⁶

ومن الاختلالات الخطيرة كذلك الفوارق المهمة في الأجور بين لعض الهيئات والأطر، والتي يتم ولوجها بنفس المستوى التعليمي، وعدد سنوات التكوين كما هو الشأن مقللاً بالنسبة لهيئات المهندسين والمنتدبين القضائيين والمتصرفين. فالفئة الأخيرة تعد الأكثر تضرراً من هذا الاختلالات، حيث يصل الفارق أحياناً مع الفئات الأخرى ألفي درهم في بداية المسار المهني.

ومن الاشكاليات الرئيسية في منظومة الأجور ضعف قيمة الرتب الأساسي في الأجرة التي تغلب عليها التعويضات وذلك نتيجة اللجوء المستمر في الحكومات المتعاقبة تحت مطالبة النقابات بالزيادة في التعويضات بدل الراتب لما يوفره ذلك من الناحية المالية مقارنة مع ما يمكن أن تدفعه الدولة في حالة اعتماد الزيادة في الراتب الأساسي⁷ وذلك لكون التعويضات لا تحتسب في راتب التقاعد.

أما بخصوص شبكة الأرقام الاستدلالية فتعريفها مجموعة من الاختلالات نذكر منها :

محدودية تطور الحياة الإدارية للموظفين والأعوان داخل السلم وخصوصاً ما يتصل بالسلايم الصغرى : السلم 1 : 24 نقطة بين أول وآخر رتبة - السلم 2 : 39 نقطة كفارق بين أول وآخر رتبة - السلم 3 : 55 نقطة...؛

¹ - محمد أزداد-عبد الحق شتواني: م س، ص 65.

² - محمد أزداد - عبد الحق شتواني: م س، ص 65.

³ - الضاوية نعيبي: م س، ص 130.

⁴ - المناظرة الوطنية الأولى للإصلاح الإداري، منظومة الأجور، 2002، ص 3.

⁵ - الضاوية نعيبي: م س، ص 131.

⁶ - بوشعيب الإدريسي- عبد العزيز خليفة: التحفيز الوظيفي في الإدارة العمومية المغربية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام. جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1997-1998. ص 56.

⁷ - ميمون مشياخ: إعادة انتشار الموظفين في الوظيفة العمومية المغربية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات الماستر في القانون العام، شعبة التدبير الاستراتيجي للموارد البشرية في الإدارة والمقاولات. جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2009-2010. ص 55.

عدم خضوع فارق النقط الاستدلالية من رتبة الى أخرى داخل نفس السلم لقاعدة منطقية محددة؛
 قصور الشبكة الاستدلالية في وضعها الراهن على تغطية كل الحياة الإدارية.¹
 هذه بشكل عام أهم اختلالات منظومة الأجور بالوظيفة العمومية المغربية، والتي تضاف إليها اختلالات أخرى
 مرتبطة بأنظمة التعويضات.

ثانيا : إشكالية نظام التعويضات :

إلى جانب اختلالات منظومة الأجور كما رأينا، تعرف التعويضات في مختلف أشكالها اختلالات كبيرة جعلها تشكل
 بؤرة حقيقية للتمييز بين مختلف فئات الموظفين.

فكما سبق وأن أشرنا تتميز هذه التعويضات بالكثافة وذلك نظرا للجوء المستمر إليها للاستجابة لمطالب الهيئات
 النقابية، بدل الزيادة في الرتب الأساسي وذلك لأنها غير خاضعة للاقتطاع من أجل التقاعد، وهي بذلك توفر للدولة
 أموالا سيتم دفعها لو خضعت للاقتطاع.² وبالتالي فهي تتميز بالوفرة والعشوائية، كما أنها غير مبررة، إذ لا يمكن
 تحديد أسباب استحقاقها وذلك نظرا لأسباب إقرارها من جهة، ونظرا لعدم وضوح تقسيم الوظائف والمهام داخل
 الإدارة العمومية المغربية، حيث إن المهام والمسؤوليات غير محددة، ولذلك فإن التطبيق يكون شخصا حسب ما يقوم
 به الموظف من اختصاصات.³

ولذلك فإن العشوائية وعدم التنظيم في منحها يجعل الموظف متقاعسا وتفقد العلاوة دورها في تحريك دوافع وشعور
 الإنسان من أجل المزيد من الجهد لتحقيق أهداف الإدارة، ثم إن كثرة أنواع التعويضات جعلتها عرضة لاتخاذ
 قرارات تكون بعيدة عن الموضوعية، كما تخلق نوعا من الفوارق وعدم العدالة وعدم التوازن.⁴

كما تتميز هذه التعويضات بكونها تتسم بالثبات والدوام، مما يفقدها الجانب التحفيزي ويجعلنا نتساءل عن الجدوى
 من تسميتها بتعويضات، وهي تكاد تتخذ مواصفات الراتب الأساسي، كما أنه في كثير من الحالات يكتنفها
 الغموض، فليس هناك نصوص واضحة تبين كيفية الاستفادة منها والمعايير التي تمنح على أساسها.⁵

وإضافة الى ما سبق فإن التعويضات تتميز بتفاوتاتها سواء بين مختلف الوزارات أم بين المصالح المركزية والمصالح
 الخارجية.

وكمثال على هذه التفاوتات يشكل كرم وزارة المالية التي تشكل مطمح كل الموظفين، حيث تمنح موظفيها منحة
 منتصف السنة وهي منحة تنقسم الى قسمين: منحة المردودية والتي لا تخضع لسقف محدد، والمكافأة التي يطلق عليها
 اسم **Prime de remise** والتي تحدد بناء على النقط المحصل عليها وفقا لسلم ورتبة الموظف.⁶

وفيما يتعلق بالتفاوتات بين المصالح المركزية والمصالح الخارجية فهي تتجسد بشكل أساسي في التعويضات عن التنقل
 التي يتم توزيعها بشكل غير عادل وغير مبرر بين هذه المصالح، إذ تحظى المصالح المركزية بحصة الأسد من هذه

¹ - الضاوية نعيبي: م س، ص 136.

² - الحسن البلقيسي: الإدارة العمومية المغربية بين محاولات الإصلاح وضرورة التغيير. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الخامس،
 كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2001-2002، ص 64.

³ - الضاوية نعيبي: م س، ص 142.

⁴ - يوسف طائف: التدريب الإداري ودوره في التنمية الإدارية، التجربة المغربية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية
 العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الموسم الجامعي 199-1994، ص 153.

⁵ - محمد أزداد- عبد الحق شتواني: م س، ص 67.

⁶ الضاوية نعيبي: م س، ص 142.

التعويضات ويتم صرفها بطريقة شهرية، في حين لا يستفيد موظفي المصالح الخارجية إلا برصيد قليل مرتين في السنة مع العلم بأن موظفي هذه المصالح هم الأكثر تنقلا واستحقاقا للتعويض. وباستثناء هذه التعويضات الممنوحة في وزارة المالية، فإن قانون الوظيفة العمومية المغربي يعرف غيابا تاما للتعويضات التشجيعية.

ويمكن أن نلخص مما سبق بأن نظام التعويضات في الوظيفة العمومية المغربية ليس فقط غير محفز، وإنما يشكل مصدر تدمر وإحباط لشريحة واسعة من الموظفين الشيء الذي ينعكس سلبا على أدائهم وكفاءتهم الوظيفية داخل الإدارة المغربية.

ثالثا: ضعف الخدمات الاجتماعية :

تمنح الدولة أعوانها مزايا وتشجيعات عينية واجتماعية إما بالمكافأة لهم على إنجازهم للمهام المنوطة بهم، أو كأدوات لضمان استقرارهم النفسي والاجتماعي، ومساعدتهم على أداء وظائفهم على الوجه الأكمل، وتمثل هذه الخدمات في السكن والقروض والخدمات الصحية.

إلا أن ما يلاحظ بهذا الخصوص هو أن الأعمال الاجتماعية للموظفين تتميز بغياب العدالة والتوازن في تقديمها، إذ تترجم المزايا التي يستفيد منها موظفو بعض القطاعات في غياب نظرة شاملة في مجال الأعمال الاجتماعية بتطوير إدارة عمومية بوجهين : قطاعات يمكنها الاستجابة لرغبات موظفيها وإشباع حاجياتهم بسهولة مقابل إدارة تعوزها الإمكانيات للقيام بذلك.¹ كما أن وزارة الأشغال العمومية تقدم علاوة على تعويضات النقل امتيازات على شكل منح عينية.²

وتعتبر خدمة السكن من الخدمات الأساسية والمهمة، إلا أن واقع هذه الخدمة يشهد على العديد من الخروقات والاختلالات. فإلى جانب عدم كفاية المساكن فإن تسييرها يعرف مجموعة من اختلالات نذكر منها عدم افراغها من طرف قاطنيها بعد انتقالهم، أو إحالتهم على التقاعد، بل وصل الأمر إلى حد بيع المفاتيح في الكثير من الحالات، الشيء الذي يكرس التخبط الذي تعرفه الإدارة المغربية.

وفي هذا الإطار فإن خدمة السكن أصبحت في طريق الزوال بعد شروع الكثير من القطاعات في تفويت المساكن التابعة لها لقاطنيها بشكل نهائي، كما هو الشأن بالنسبة للقطاع الفلاحي مثلا.

وفي نفس السياق تشكل التعويضات عن السكن إحدى الآليات المهمة لتجاوز هذا المشكل، إلا أنه باستثناء قطاعات قليلة التي تمنح تعويضات عن السكن فإن موظفي أغلب القطاعات لا يستفيدون من أي تعويض.

ونفس الشيء ينطبق على الخدمات الصحية، فإذا كانت أغلب القطاعات تحاول توفير الحد الأدنى من هذه الخدمات فإن الملاحظ بأن هذه الخدمات تقتصر على العاصمة ونواحيها، وبالتالي فإن موظفي المصالح الخارجية في الغالب لا يستفيدون من هذه الخدمات.

الفقرة الثانية : عدم حافزية تطور المسار المهني :

إلى جانب الاكراهات المادية والمالية المتمثلة في الأجور والتعويضات والخدمات العينية والاجتماعية فإن تطور المسار المهني للموظف في المغرب يشكل مصدرا لإحباط فئات كثيرة من الموظفين.

ومن الآليات المهمة على هذا المستوى نتوقف عند الترقية التي تعتبر من الدعامات الأساسية التي يقوم عليها نظام التوظيف الذي يعتبر الوظيفة العمومية بمثابة مهنة ينقطع لها الموظف، حيث إنها مسألة تشغل بال العاملين بالنظر إلى

¹ - وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري: تدبير الموارد البشرية بالإدارة، المقاربة الجديدة للتحديث. دراسات وأبحاث رقم 3، أبريل 2002، ص 133.

² - المرجع نفسه.

أن جميع آمالهم تنحصر في وظائفهم، ويتوقف عليها مصيرهم.¹ وبالتالي فإن تطور مسارهم المهني عبر الترقية يعد أحد الحوافز المهمة التي يفترض أن ترفع من كفاءتهم ونشاطهم في سبيل تحقيق الترقى المنشود، وفي ذلك ما يخدم مصالحهم ومصالح الإدارة على السواء.

لكن بالرغم من هذه الأهمية فإن النظام المتعلق بالترقية في الوظيفة العمومية المغربية لا يوفر لجل الموظفين مزايا حقيقية مقابل ما يؤدونه من خدمات،² فالترقية داخل الإدارة المغربية يكتنفها الغموض في إطارها القانوني، وكذلك عدم وجود معايير دقيقة يمكن الاستناد إليها في تقييم أداء الموظفين باعتباره قاطرة نحو الترقية.³

ومن أشكال الترقية نجد الترقية في الرتبة، وهي تتم بشكل أوتوماتيكي تبعا للنقط المحصل عليها، إلا أن هذه الترقية تعرف الكثير من أوجه القصور أهمها ضعف الزيادة المالية الناتجة عنها، وبالتالي فهي لا تشكل أي حافز بالنسبة للموظف، كما أن هذه الترقية ليست منتظمة، ولا تسير في اتجاه متصاعد ومن ثم فهي لا تسير الحياة الإدارية للموظف.⁴

أما الترقية في الدرجة فهي محفزة من الناحية المالية، وينتظرها الموظف بشغف، إلا أن نظامها تشوبه الكثير من الثغرات لعل أهمها التمييز بين مختلف فئات الموظفين في ما يتعلق بأساليب الترقية.

فالإصلاح الذي عرفه نظام الترقية سنة 2005 أصبحت بموجبه الترقية تتم بالاختيار بعد التقييد في لائحة الترقى، وعن طريق امتحان الكفاءة المهنية حسب الشروط الآتية :

- بالاختيار بعد التقييد في جدول الترقى بشرط: التوفر على عشر سنوات من الأقدمية على الأقل، وفي حدود 20% سنويا من عدد الموظفين المتوفرين على شرط الأقدمية السالف الذكر؛

- عن طريق امتحان الكفاءة المهنية بشرط، التوفر على ست سنوات أقدمية في الدرجة على الأقل في حدود 13% سنويا من عدد الموظفين المتوفرين على شرط الأقدمية المذكور.⁵

أهم ملاحظة يمكن إبرازها على ضوء مقتضيات هذا النظام هو ضعف نسبة المناصب المتبارى بشأنها إذ لا يكفي التوفر على شرط الأقدمية، بل يتم اللجوء إلى معايير أخرى تكون أحيانا غير واضحة لاختيار الموظفين المقبولين للترقية، وذلك نتيجة لضعف النسبة المخصصة للترقية من مجموع الموظفين المتوفرة فيهم الشروط الأساسية.

إلا أن أهم اختلال يعتري منظومة الترقى في نظرنا هو كون هذا النظام لا يطبق على جميع فئات الموظفين، حيث نصت المادة الأولى من المرسوم المذكور على أنه تحدد شروط الترقى في الدرجة أو الإطار بالنسبة لموظفي الدولة باستثناء مجموعة من الفئات تضم أكثر من عشر هيئات.

وهكذا يتم الترقى في الدرجة في هذه الهيئات المستثناة تبعا لمقتضيات أنظمتها الأساسية الخاصة، الشيء الذي يخلق تمييزا كبيرا في الترقى في الدرجة بين موظفي الدولة، حيث تتم الترقية في بعض الهيئات عن طريق امتحان الكفاءة

¹ - عصمت عبد الكريم خليفة: نظام الترقية في الوظيفة العمومية في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. المنظمة العربية للعلوم الإدارية، 1981. ص 9.

² - محمد أزداد- عبد الحق شتواني: م س، ص 69.

³ - الضاوية نعيبي: م س، 149.

⁴ - نفس المرجع، ص 154.

⁵ - مرسوم رقم 2.04.403 صادر في 29 من شوال 1426 (2 ديسمبر 2005) بتحديد شروط ترقى موظفي الدولة في الدرجة والإطار. ج ر عدد 5394 بتاريخ 9 فبراير 2006.

المهنية بعد أقدمية أربع سنوات فقط عكس النظام العام الذي يتطلب ست سنوات، وعن طريق الاختيار بعد أقدمية خمس سنوات مقابل 10 سنوات للفئات الأخرى، كما هو الشأن بالنسبة لهيئة المهندسين مثلا.¹ في ظل هذا النظام فإنه يحدث في حالات كثيرة أن يلج موظفين نفس الإدارة وبنفس الدرجة وبعد مرور فترة معينة تكون فئة قد تطورت وترقت بشكل مهم في مسارها المهني في حين الفئة الأخرى لا تزال تراوح مكانها، ولنا أن نتصور ما يمكن أن يحدثه ذلك من أثر على الحالة النفسية للفئة غير المستفيدة.

هذا بالنسبة للترقية، وهناك اختلالات أخرى تهم التوظيف والتعيين. وفي هذا الصدد وفي ظل التدبير التقليدي للموارد البشرية وغياب آليات التدبير الحديث من مرجعيات للوظائف والكفاءات والتدبير التوقعي لا يتم تعيين الموظفين في المناصب المناسبة لمؤهلاتهم وتخصصاتهم وكفاءاتهم، فقد يكون الموظف مؤهلا وذا مستوى أهم من الوظيفة التي يتولاها مما يسقطه بسرعة في ظاهرة الروتين والملل،² التي تؤثر سلبا على كفاءته من جهة، وعلى تحفيزه من جهة أخرى.

وتعاني الإدارة المغربية اختلالات كثيرة من هذا النوع حيث نجد أحيانا موظفين يتوفرون على شواهد عليا يقومون بمهام تنفيذية مما يسبب لهم نوعا من عدم الرضا والإحباط.³ كما أن ارتفاع مستوى التعليم وعدم الربط بين منتجات النظام التعليمي ومتطلبات سوق العمل والاحتياجات الوطنية يؤدي إلى ارتفاع كبير في نسبة البطالة والمؤهلين تأهيلا جامعا في تخصصات متعددة لا تتوافق في الغالب مع متطلبات الوظائف بالإدارة العمومية. ورغم ذلك يتم توزيع الخريجين على وحدات الجهاز الإداري بالدولة والجماعات المحلية بشكل غير مدروس.⁴

وفي نفس السياق لا تميز بعض الأنظمة الأساسية الخاصة بين التخصصات في المستويات الثقافية لشغل الوظائف المعلن عنها، ولا تشترط التوفيق بين احتياجات ومتطلبات الوظائف وبين التخصصات،⁵ الشيء الذي شجع بعض الإدارات في ظل عدم وجود تخطيط للموارد البشرية على التوظيف العشوائي دون مراعاة الاحتياجات الحقيقية. وكمثال على ذلك تعيين أطر يتوفرون على شواهد ودبلومات في الفيزياء أو الكيمياء والآداب بالعمالات والأقاليم بدل العمل بالمؤسسات المختصة.⁶

إن أهم العناصر الفاعلة في تحفيز الموظف هو ارتياحه في الوظيفة المزاوله، وبذلك فإن الاختلالات المذكورة تساهم في انعدام التحفيز لدى شريحة مهمة حتى الموظفين الذين يزاولون مهاما لا تناسب تخصصاتهم ومؤهلاتهم. ويعد التكوين من الآليات المهمة لتطوير المسار المهني للموظف العمومي إلا أن واقع تجسيده يثير الكثير من المشاكل منها:

¹ - المادة 9 من المرسوم رقم 2.11.471 الصادر في 15 شوال 1432 (14 سبتمبر 2001) بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة المهندسين والمهندسين المعماريين المشتركة بين الوزارات. ج ر عدد 5982 بتاريخ 29 سبتمبر 2011، ص 4847.

² - Christian BATAL : La gestion des ressources humaines dans le secteur public. Tome 1, l'analyse des métiers, des emplois et des compétences. Les éditions d'Organisation, 1997, quatrième tirage 2000. P 124.

³ - ميمون مشياخ: م س، ص 14.

⁴ - محمد باهي: تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، الإطار القانوني، المعوقات التنظيمية والمظاهر السلوكية، تحديث التدبير. مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2002، ص 50.

⁵ - نفس المرجع، ص 52.

⁶ - نفس المرجع، ص 54.

غياب ثقافة تنمية الموارد البشرية؛

ضعف الاعتمادات المالية المخصصة لمجال التكوين المستمر؛

اعتبار التكوين عملية اختيارية ليس لها انعكاس على الوضعية النظامية للموظف معالم يترتب عنها المهارات وتقادما¹.

إلا أن أهم العوائق التي تحد من فعالية التكوين المستمر بالوظيفة العمومية المغربية هو غياب الحوافز المادية والمعنوية للتكوين، حيث إن التعويضات المقررة له لم تركز على أسس معقلنة ومضبوطة، ولم تساير تطور الحياة، كما أنه لا يستفيد منها سوى الموظفون الخاضعون لتكوين خارج محل إقامتهم حيث يستثنى الموظفون المقيمون بنفس المدينة. فهذه التعويضات لم تصل إلى المستوى المطلوب، أضف إلى ذلك عدم التزام الإدارة بتنفيذ هذه التعويضات بالرغم من ضآلة قيمتها وعدم قدرتها على مواجهة متطلبات الحياة اليومية.²

ونفس الشيء يسري على الحوافز المعنوية للتكوين لأن مسألة التكوين كحافز لا تثار بالشكل الكافي خاصة بالنسبة للتكوين القصير الأمد التي لا تخول أي حق في الترقية أو تحسين الوضعية الإدارية، وهذا ما يضيف عليه صبغة شكلية فقط، ويدفع بالموظفين إلى التردد في اتخاذ قرارات المشاركة أو عدم المشاركة فيه.³

هذه بشكل عام أهم مظاهر انعدام التحفيز في الوظيفة العمومية سواء من حيث التحفيز المادي المتمثل في مشاكل منظومة الأجور والتعويضات والخدمات الاجتماعية والمنح العينية التي تعد بؤرة حقيقية للإحباط والتذمر في أوساط الموظفين، أم من حيث التحفيز المعنوي المتمثل في حافزية المسار المهني للموظف سواء في التوظيف والتعيين أو في الترقى وكذا التكوين المستمر.

إلى جانب هذه الاختلالات الأساسية للمنظومة التحفيزية لا بد من الوقوف عند عنصر آخر مهم في العملية التحفيزية وهو دور الموظف في صياغة القرارات المتعلقة بتدبير الوظيفة العمومية بالمغرب.

ففي الوقت الذي دأبت فيه العديد من الأنظمة الإدارية على إقرار مبدأ مشاركة الموظف، وأعطته بعدا قانونيا ومؤسسيا لا زال التهميش يشكل جزءا من فلسفة إدارتنا، والإمكانيات المتاحة أمام مشاركة الموظف المغربي إمكانيات متواضعة ومحدودة، وحتى الأجهزة الموجودة على هزالتها ومحدوديتها نجدها تحمل في طياتها نزوحا نحو تهميش الموظف سواء من حيث طبيعة الاختصاصات المسندة إليه أو طرق تسييرها وتمثيل الموظفين بها.⁴

وإذا كان هاجس إشراك الموظفين في دراسة المشاكل التي تعنيهم مباشرة قد تمت الاستجابة لها من خلال إنشاء كل من المجلس الأعلى للوظيفة العمومية واللجان الإدارية المتساوية الأعضاء،⁵ إلا أن هذه الهيئات يبقى دورها استشاريا أو صوريا، ولا تتدخل في مختلف القضايا التي تهم الموظفين.

في ظل هذا الوضع وأمام جسامه التحديات التي تواجه الإدارة المغربية فقد أضحي من اللازم التدخل لإعادة النظر في المنظومة التحفيزية، باعتبارها المدخل الرئيسي لإصلاح الوظيفة العمومية المغربية.

¹ - الضاوية نعيبي: م س، ص 158.

² - يوسف طائف: م س، ص ص 198-199.

³ - الضاوية نعيبي: م س، ص 162.

⁴ - مصطفى سلمي: مساهمة المواطن والموظف في العمل الإداري من منظور العلم الإداري. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1996-1997. ص 9.

⁵ - محمد أزداد- عبد الحق شتواني: م س، ص 82.

الفرع الثاني : سبل تطوير منظومة التحفيز في الوظيفة العمومية المغربية :

لاشك أن التحفيز عنصر حاسم في النهوض بأوضاع الموارد البشرية بالإدارة العمومية، وكما رأينا فإنه يعاني قصورا كبيرا في مختلف جوانبه وتجلياته مما يساهم سلبا على أداء الموظف العمومي والإدارة العمومية على السواء، الشيء الذي يحتم إصلاح الوضع في ظل التحديات التي تواجه الإدارة بشكل عام. يمكن تقسيم الإجراءات الواجب القيام بها في هذا الشأن في مجموعتين اثنتين تتعلق الأولى بالتحفيز المادي (الفقرة الأولى) والثانية بالتحفيز المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إجراءات النهوض بالتحفيز المادي :

تشكل الأجور أحد أركان المهمة للتحفيز المادي وبنبغي إيلاؤها عناية خاصة إذا أردنا النهوض بالمنظومة التحفيزية بشكل عام.

ومن أهم الاجراءات الضرورية بهذا الخصوص تحقيق العدالة الأجرية في الوظيفة العمومية المغربية وذلك بمراجعة النظام الحالي في اتجاهين: من جهة الحد من الفوارق الأجرية بين الأطر العليا والأطر الدنيا وكذا بين أجور موظفي نفس الاطار الذين ينتمون لوزارات مختلفة.

وإذا كانت هناك ضرورة للإبقاء على تفاوت ما فيجب أن يرتبط بمستوى إنتاجية ومردودية الموظفين، ومن جانب آخر يجب التفكير في أشكال إقامة نظام حقيقي للأجر المستحق والممنوح بواسطة تشجيع المبادرة والخلق.¹ كما يجب تقليص الفوارق الأجرية بين مختلف الهيئات والأطر.

وفي نفس السياق يجب العمل على أن يستعيد المرتب الأساسي مكانته ضمن عناصر الأجرة، وذلك بدمج جزء من التعويضات القارة المرتبطة بالوضعية النظامية للموظف في هذا المرتب من خلال مراجعة قيمة النقطة الاستدلالية مع مراعاة انعكاسات هذا الإجراء على المعاشات المخولة، واعتماد شبكة أرقام استدلالية جديدة من شأنها أن تضمن للموظف عند كل ترقية تحسنا ماديا ملموسا من خلال تمديد الشبكة الحالية أفقيا بإحداث رتب جديدة لتمكين الموظف الذي لم يستفد من ترقية عمودية من الاستفادة من ترقية أفقية موزعة بشكل متجانس على مساره الإداري، وكذا مراجعة الشبكة عموديا في إطار نفس التصور الجديد لهيكله أسلاك الوظيفة العمومية، وذلك بتقليص عدد المستويات في التركيبة الهرمية (خمسة مستويات بدلا من اثني عشر حاليا).²

كما أنه من الاجراءات المهمة في هذا السياق تطبيق السلم المتحرك للأجور على غرار مجموعة من الدول، والذي يسمح بالترقي الآلي السنوي للموظفين ويجعل الأجر يتماشى مع الارتفاع الصاروخي لمستوى المعيشة.³ إلى جانب الإجراءات المتعلقة بمنظومة الأجور يجب العمل على مراجعة نظام التعويضات والمنح المعمول به حاليا، فهو يترك أثارا سلبية واضحة على نفسية شريحة واسعة من الموظفين.

ولذلك فمن اللازم العمل على توحيد التعويضات وتعميمها على مختلف الموظفين الذين تتوفر فيهم الشروط بغض النظر عن الانتماء لهذا القطاع أو ذلك، الشيء الذي سيولد الإحساس بالانتماء إلى الإدارة العمومية بغض النظر عن القطاع الوزاري المعني.

¹ - محمد أزداد-عبد الحق شتواني: م س، ص 89.

² - الضاوية نعيبي: م س، ص 175.

³ - محمد أزداد-عبد الحق شتواني: م س، ص 90.

وفي نفس الاطار يجب مراجعة نظام التعويض عن الإقامة المعمول به حالياً، وذلك بمراجعة مقاديره والمعايير المتعلقة بترتيب الجهات والأقاليم قصد حث الموظفين على الاستقرار بالأقاليم النائية أو ذات الطقس القاسي.¹ ويجب إحداث تقسيم جديد يخضع لمعايير البعد والقرب من العاصمة، ومدى توفر مختلف المرافق الضرورية خاصة الصحية منها، ويمكن القول بهذا الصدد بأن اعتماد الجماعة كوحدة جغرافية لمنح التعويض أكثر إنصافاً وبإمكانه التقليل من تأثير العمل بالمناطق النائية.²

وفي نفس السياق دائماً يجب الإشارة إلى التذمر الذي تخلقه التعويضات عن التنقل على نفسية الموظفين بمختلف فئاتهم، فمعلوم أن هذه التعويضات هي عبارة عن منح يطلق عليها اسم التعويضات عن التنقل لتبرير صرفها، إلا أن طريقة توزيعها تطرح أكثر من علاقة استفهام حيث تستحوذ المصالح المركزية على حصة الأسد فيما لا تحظى المصالح الخارجية إلا بقدر قليل جداً.

وتعد طريقة توزيعها غامضة بل غير منطقية، ذلك أن التنقل غالباً ما يهيم المصالح الخارجية، فالموظفون الأكثر تنقلاً هم موظفو المصالح المحلية فالإقليمية فالجهوية ثم المركزية. ومن المفروض أن يكون توزيع هذه التعويضات خاضعاً لهذا المنطق، ويتم تعويض الموظفين الذين يقطعون آلاف الكيلومترات قصد الحضور لاجتماعات أو تكوينات على مستوى الجهوي أو المركزي. لذلك فقد حان الأوان لمراجعة هذا المشكل وإعادة النظر في توزيع هذه التعويضات.

وفي نفس الإطار يلاحظ بأن التعويضات الحقيقية عن التنقل تقتصر في الغالب على المصالح المركزية، ويتعين بالتالي توزيع هذه التعويضات وتعميمها لتشمل كل المصالح المركزية والخارجية على السواء.

ومن جوانب التحفيز المادي أيضاً تعميم الاستفادة من الخدمات الاجتماعية على كافة فئات الموظفين وكافة القطاعات الوزارية، وذلك بتوحيد وتعميم الاستفادة من خدمات الأعمال الاجتماعية على جميع الإدارات العمومية والجماعات المحلية.³

وفي نفس السياق يجب تطوير الخدمات الصحية المقدمة للموظفين وذلك من خلال إعادة النظر في بعض المساعدات والإعانات المالية التي تقدمها الجمعيات التعاضدية كالتعويض عن وفاة المنخرط أو عن وفاة زوج أو أحد أبناء المنخرط، حيث يتم تحديد هذا التعويض بشكل جزافي، وهو في حاجة لمراجعة كي يواكب ارتفاع الأسعار. كما يجب إقرار اللامركزية على صعيد القطاع التعاضدي، فالتعاضديات تعرف حالياً تركز في مدينتي الرباط والدار البيضاء مما يترتب عنه بطء ملموس في تصفية الملفات الطبية وأداء التعويضات المستحقة للمنخرطين، مما يضعف الحس التعاضدي ويخل بمبدأ المشاركة الفعالة لكافة المنضوين تحت لواء الجمعيات التعاضدية.⁴

كما يمكن التفكير في إنشاء صيدليات تعاضدية بمساهمة الدولة والتعاضديات، وذلك عن طريق إعفاءات أو تخفيضات جمركية بالنسبة للمستحضرات الصيدلانية التي تستوردها التعاضديات. وبذلك سيستفيد المنخرط والتعاضديات على السواء، حيث يحصل المنخرط على الدواء مباشرة دون الحاجة إلى شرائه ثم اتباع إجراءات طويلة للحصول على تعويض قيمته من طرف التعاضدية.⁵

¹ - الضاوية نعيبي: م س، ص 176.

² - ميمون مشياخ: م س، ص 78.

³ - ميمون مشياخ: م س، ص 78.

⁴ - الضاوية نعيبي: م س، ص 180.

⁵ - نفس المرجع، ص 181.

ويمكن اعتبار الرعاية الاجتماعية ذلك النشاط الذي يهتم بكل التغييرات المنشودة لتحسين مستوى الأفراد عن طريق إشباع حاجاتهم الطبيعية والاجتماعية المشروعة.¹ ويمكن تحقيق هذه الرعاية من خلال خدمات التغذية عن طريق إحداث مطاعم بأسعار رخيصة، وجمعيات تعاونية استهلاكية، وكذا خدمة السكن حيث يعد المسكن من الخدمات الاجتماعية التي تأتي في المرتبة الأولى ويجب على الإدارة تلبيتها من خلال تعميم السكن الإداري، أو تمكين الموظفين من الحصول على قطع أرضية بتسهيلات في الأداء وتقديم قروض من أجل السكن.²

الفقرة الثانية: أهمية التحفيز المعنوي:

إذا كان التحفيز المادي مهما للنهوض بأداء الموظف العمومي فإن التحفيز المعنوي لا يقل عنه أهمية، بل إن التحفيز المعنوي قد يكون أهم في الكثير من الحالات، فقد تكون المساواة في الأجور مثلاً في الكثير من الحالات أهم من الزيادة فيها.

يرتبط التحفيز المهني بشكل كبير بالآفاق التي يفتحها المسار المهني للموظف خاصة من خلال منظومة الترقية، ولذلك لا بد من نظام الترقيات أن يستند على أساس سليم ليس فقط من الناحية الفنية ولكن من ناحية اكتسابه لرضا الموظفين بشعورهم لعدالته وموضوعيته وعدم التأثير في تطبيقه بأية ميول أو اتجاهات شخصية تعكس محاباة أو تمييز غير منطقي أو عادل، وهي عوامل تساهم في هبوط معنويات الموظفين، ولا يخفى ما لذلك من أثر سيء على الكفاية الإنتاجية.³

على مستوى القانوني يجب إعادة النظر في نظام الترقية في اتجاه تحقيق المساواة بين مختلف فئات الموظفين وذلك لن يتأتى إلا بوضع نظام ينطبق على الجميع ولا يخضع لاستثناءات الأنظمة الأساسية الخاصة. فإذا كان التمييز يعد في حد ذاته تحفيز للفئات المستفيدة فإنه بالمقابل يترك أثراً سلبياً في نفسية الفئات غير المستفيدة وهي الشريحة الأكبر في موظفي الدولة.

ولذلك يجب إعادة الاعتبار للنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على حساب الأنظمة الأساسية الخاصة. ومن الإجراءات الضرورية لحافزية الترقية نذكر كذلك ربطها بالتكوين الذي يؤدي إلى تطوير حقيقي للمهارات وجعله أكثر تحفيزاً في إطار المراجعة الشاملة لهيكله الأطر.⁴

وحيث نتحدث عن التكوين فإنه لا يجب أن ننسى ضرورة تطوير منظومة التكوين المستمر من خلال توسيع استفادة مختلف فئات الموظفين، واعتماد هندسة للتكوين تنبني على تخطيط الاحتياجات الحقيقية للموظفين في علاقتها مع تطور المهام والصلاحيات الموكولة للإدارة العمومية.

وفي نفس السياق من الضروري إعادة النظر في التعامل مع متابعة التكوين خارج الإدارة العمومية وذلك بمنح الفرصة للموظفين لمتابعة تكوينهم كلما كانت الظروف متاحة لذلك. وفي هذا الإطار يجب إعادة النظر في منظومة الترقية بشكل يجعل الترقية بالشهادة ممكنة وفق معايير وشروط مناسبة تراعي مصلحة الإدارة وتأخذ بعين الاعتبار الأثر المعنوي الكبير الذي ستركه ذلك في نفسية الموظفين وعلى أدائهم الإداري.

¹ - نور الدين عجيل: تنمية وتسيير الموارد البشرية في الوطن العربي، الواقع والآفاق. بحث لنيل دبلوم السلك العادي بالمدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، الموسم الدراسي 1993-1994. ص 57.

² - زكرياء المكنيسي- رشيد باحماد: مردودية الموظف: العوامل المؤثرة ووسائل الرفع منها. بحث لنيل دبلوم السلك العادي بالمدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، 1984. ص 21.

³ - الضاوية نعيبي: م س، ص 187.

⁴ - نفس المرجع، ص 189.

دائما في سياق الرفع من حافزية الترقية يجب توسيع آفاق الترقية بشكل يسمح للموظفين الترقية بشكل مستمر، وهنا من اللازم التفكير في زيادة عدد الرتب وتخفيض سنوات الترقية بالأقدمية. وعلاقة بالترقية يعتبر تقييم أداء الموظف أداة هامة للتحفيز، وعلاوة على كونه أداة لاختبار الموظف، فهو يعد أداة للتقدير والاعتراف بقيمة ومكانة الموظف داخل الإدارة من خلال تشجيعه والاستماع الى رأيه في كل ما يتعلق بوظيفته والمشاكل التي يواجهها وحاجياته من التكوين إن اقتضى الأمر.

لذلك يجب العمل على تفعيل مسطرة التقييم داخل الإدارة المغربية على الأقل كل سنتين كما ينص النظام الجاري به العمل حيث نص على خضوع الموظف لتقييم يتم مرة واحدة على الأقل كل سنتين يتضمن مقابلة مع الرئيس المباشر الذي يعد على إثر هذه المقابلة تقريرا يبرز مدى حاجة الموظف للاستفادة من إعادة التاهيل والحركية لممارسة مهام مناسبة لمؤهلاته...¹ إذ أن الواقع يبين أن عملية التقييم غير مفعلة حيث يتم الاكتفاء في معظم الإدارات بمسطرة التنقيط السنوي.

وعند إجراء مقابلة التقييم ينبغي استحضار المعلومات الآتية :

مدى إلمام الموظف بالمعطيات المرتبطة بالنشاط المهني الذي يمارسه؛

السرعة في إنجاز العمل؛

القدرة على التنظيم والحفاظ على الملفات والاعتناء بوسائل العمل؛

السلوك وحسن العلاقات مع الرؤساء والزملاء والمتعاملين مع الإدارة؛

الانضباط واحترام آجال إنجاز الأنشطة والمهام.²

من شأن هذه الاجراءات أن تجعل الموظف يحس بقيمته ومكانته داخل الإدارة.

وفي نفس السياق يجب تقوية دور اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء في حماية والدفاع عن حقوق الموظف خاصة في مجال الترقية، حيث يجب أن تؤدي دورا هاما وشجاعا في مجال الترقية على غرار ما هو معمول به في فرنسا، فقد توصي بإدراج أسماء لم تكن مدرجة في قائمة الترقى وإذا رفضت السلطة الادارية هذه التوصية يتدخل المجلس الاستشاري لشؤون الوظائف العامة لدى الوزير المعني ويوصي بوضع اسم الموظف المغبون على قائمة الترقية.³

كما يجب التفكير في تعزيز تمثيلية الموظفين بصورة ديمقراطية وشفافة وتمكينها من الوسائل القانونية المدعمة لنجاح مهمتها خاصة من خلال توسيع صلاحياتها القانونية وإشراكها في تدبير ملفات الموظفين.

دائما في إطار التحفيز المعنوي تعتبر جودة الفضاء الداخلي للإدارة من أهم الجوانب المحفزة لأداء الموظف، ويتعلق الأمر بتهيئ الظروف المادية اللازمة للقيام بالعمل وخلق أجواء وعلاقات عمل أكثر انسجاما.

من جهة الظروف المادية تشكل البنية الإدارية ووسطا إداريا ينبغي أن يهيئ جوا من الهدوء، ويكون حافزا للعمل وليس باعثا على الرغبة في الفرار من الواقع المشحون الذي تفرضه على الموظفين والأعوان.⁴ ولذلك ينبغي العناية

¹ - المادة 10 من المرسوم رقم 2.05.1367 صادر في 29 شوال 1426 (ديسمبر 2005) بتحديد مسطرة تنقيط وتقييم موظفي الإدارات العمومية. ج ر عدد 5397 بتاريخ 19 ديسمبر 2005. ص 3528.

² - الضاوية نعيبي: م س، ص 194.

³ - مولاي إدريس الحلالي الكتاني: الترقية الداخلية للموظفين من الناحية القانونية. م م إ م ت، عدد 27، أبريل-يونيو 1999. ص 25.

⁴ - زكرياء المكنيسي- رشيد باحماد: م س، ص 49.

بالبنية الإدارية والعمل على ضمان شروط الحجم والنظافة والرونق، وعلى توفير كل مقومات العمل وشروطه الضرورية، وموقع بعيد عن الضوضاء لتحقيق الأهداف المرسومة.¹

أما من جهة الفضاء التواصلي وعلاقات الموظفين فيما بينهم فإن الأمر يقتضي جعل الإدارة خلية منسجمة ومتكاملة. وذلك لن يتأتى بدون العمل على تحقيق الحد الأدنى من العدالة بين مختلف فئات الموظفين، الشيء الذي سيقضي على كل صراعات بين مختلف الفئات داخل الإدارة الواحدة خاصة بين الشعب الإدارية والشعب التقنية.

كما يجب العمل على نشر ثقافة القيادة الإدارية بدل مفهوم الإدارة أو الرئاسة، وذلك بتشجيع المديرين والرؤساء على ممارسة صلاحياتهم عبر التوجيه والتحفيز والتنسيق بدل الأوامر والتعليمات، لأن من شأن ذلك تحفيز الموظف وضمن مشاركته النشطة في تنفيذ المهام المطلوبة منه.

خاتمة :

يعد التحفيز من أهم آليات تدبير الموارد البشرية إن لم يكن أهمها على الإطلاق. فهو يحرك الدوافع لدى الموظف ويجعله يقبل على أداء مهامه بحيوية ونشاط، ويستخدم كل إمكانياته وكفاءاته في ذلك.

إلا أنه كما لاحظنا فإن هذا العنصر غائب كلياً في الوظيفة العمومية المغربية، فمجموعة عناصر التحفيز المادي والمعنوي تعاني اختلالات بالجملة، بل إنها فقدت أهدافها التحفيزية تماماً، وصارت مصدراً للإحباط والتذمر لدى شريحة واسعة من الموظفين.

لذلك فإن المدخل الأساسي لإصلاح الوظيفة العمومية يتطلب المرور أولاً عبر تحفيز الموظف، وضمن المخراطه في مسلسل الإصلاح من خلال توفير كل مقومات الرضا والتحفيز المادي والمعنوي بشكل يضمن إحساسه بفخر الانتماء للإدارة، والراحة في أداء المهام المنوطة به.

وتعد الإجراءات المشار إليها للنهوض بالتحفيز المادي والمعنوي خطوة أولى في إصلاح منظومة التحفيز، وذلك لأن التحفيز عملية مستمرة تهدف إلى خلق الدوافع باستمرار ومواكبة مختلف احتياجات الموظف المتجددة.

¹ - محمد أزداد-عبد الحق شتواني: م س، ص 111.

إثبات الجريمة الإلكترونية بين قيود الشرعية و متطلبات العدالة



ذ. ياسين زوباير خريج ماستر

العلوم والمهن الجنائية كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

مما لا شك فيه أنه نتيجة للثورة المعلوماتية التي عرفها العالم برمته في الآونة الأخيرة تطور المجتمع في سائر المجالات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية... حيث أضحى التعامل بهذه الثورة المعلوماتية نتيجة حتمية و معيار حقيقي لنمو المجتمع و ازدهاره وتقدمه، إلا أنه في مقابل النتائج الإيجابية التي أسفرت عنها هذه الثورة المعلوماتية و كمظهر من مظاهر إساءة استعمالها ظهرت ما يعرف بالجريمة الإلكترونية التي اختلفت مضمونا وشكلا عن الجرائم التقليدية، فإذا كانت هذه الأخيرة ترتكب في فضاء محدد المعالم يخلف دليلا ماديا ملموسا، فإن الجريمة الإلكترونية لا تجد ظلها إلا في عالم افتراضي لا يعرف منطق الحدود و لا يترك أية آثار مادية ملموسة، و إنما يترك آثار افتراضية قابلة للاندثار في لحظة بصر إذا لم تتدخل جهات إنفاذ القانون في الوقت المناسب لحجز الدليل الذي يدين مقترفي الجريمة المذكورة. لذلك اعتبرت الجريمة الإلكترونية مجالا جديدا من المجالات التي أضحيت يتدخل فيها القانون الجنائي و قانون الإجراءات الجنائية لمواجهةها.¹

¹ Voir Thierry breton, rapport chantier sur la lutte contre la cybercriminalité, le 25 février 2005, p2, (pdf) disponible en ligne sur le site web :

و نظرا لخصوصية الجريمة الإلكترونية باعتبارها تندرج ضمن مصاف الجرائم العابرة للحدود، فإن الجهات المكلفة بإنفاذ القانون قد تجاوزت نسبيا وسائل الإثبات التقليدية أمام عجز هذه الأخيرة كل العجز على مساندة تطور مجالات ارتكاب الجريمة الإلكترونية التي تتطور بتطور التقنية ذاتها¹، وبدأ محل اهتمامها في مجال البحث والتحري عن الجريمة المذكورة ما بات يعرف بالدليل الإلكتروني حسب ما أطلق عليه المشرع الأوروبي، والذي يمكن تعريفه بأنه ذلك الأثر الإلكتروني الذي تخلفه الجريمة الإلكترونية أو غيرها، سواء كان هذا الأثر الإلكتروني ناتج عن جهاز الكمبيوتر أو هاتف محمول أو أي آلة إلكترونية حاسبة من شأنها أن تخلف دليلا بين نسبة الجريمة إلى مقترفيها²، غير أن مسألة البحث عن هذا الدليل لازالت تثير العديد من الإشكالات القانونية و الواقعية التي تستمد مصدرها من خصوصية البيئة الإلكترونية التي تحتكم إليها الجريمة الإلكترونية، وذلك على أساس أن الدليل الإلكتروني الجنائي يشتق من نفس البيئة الإلكترونية التي تحتكم إليها الجريمة المذكورة لذلك فهو يتسم بنفس خصائصها، إذ في إطار البحث عن الحقيقة التي يصبو إليها القضاء الجنائي استنادا على الدليل الإلكتروني الجنائي المتحصل عليه، تبرز مصلحتان تبدوان متعارضتان، الأولى تتجلى في مصلحة المجتمع في أن يتم ضبط مرتكبي

¹ ففي المرحلة الأولى من شيوع استخدام الكمبيوتر في الستينيات ومن ثم السبعينات، ظهرت أول معالجات لما يسمى جرائم الكمبيوتر واقتصرت المعالجة على مقالات و مواد صحيفة تناقش التلاعب بالبيانات المخزنة و تدمير أنظمة الكمبيوتر والتجسس المعلوماتي والاستخدام غير المشروع للبيانات المخزنة في نظم الكمبيوتر، و توافقت هذه النقاشات مع التساؤل حول ما إذا كانت هذه الجرائم مجرد شيء عابر أم ظاهرة جرمية مستجدة، بل ثار الجدل حول ما إذا كانت جرائم بالمعنى القانوني أم مجرد سلوكيات غير أخلاقية في بيئة إلكترونية، وبقي التعامل معها أقرب إلى النطاق الأخلاقي منه إلى النطاق القانوني. ومع تزايد استخدام الكمبيوتر الشخصي في منتصف السبعينات ظهرت عدد من الدراسات القانونية التي اهتمت بجرائم الكمبيوتر وعالجت عددا من قضايا الجرائم الفعلية، وبدأ الحديث عنها بوصفها ظاهرة إجرامية لا مجرد سلوكيات مفروضة. وفي الثمانينات طفا على السطح مفهوم جديد لجرائم الكمبيوتر ارتبط بعمليات اقتحام نظام الكمبيوتر عن بعد وأنشطة نشر و زراعة الفيروسات التي تقوم بعمليات تدميرية للملفات أو البرامج، وشاع اصطلاح الهاكرز المعبر عن مفتحى النظم المعلوماتية. ويشهد العالم في الفترة الراهنة ازديادا مطردا لنطاق استخدام تقنية المعلومات في المجتمع وتطورا بالغا لدورها في تسيير شؤونه، اقترن في المقابل بازدياد مواز للأجرام الإلكترونية. أنظر خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، مطبعة دار الفكر الجامعي، 2009، ص 71.

² تعددت التعريفات التي جادت بها أقلم الفقه حيث من بين التعريفات التي حاولت إعطاء تصور لمفهوم الدليل الإلكتروني التعريف الذي اختزله في كل البيانات يمكن إعدادها أو تخزينها تمكن الحاسوب من إنجاز مهمة ما، (أنظر خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري و التحقيق في جرائم الحاسوب و الانترنت، دار الثقافة و النشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 229). وفي تعريف آخر نجد أن الدليل الإلكتروني ما هو إلا معلومات يقبلها العقل و المنطق و يعتمدها العلم، يتم الحصول عليها بإجراءات علمية وقانونية بترجمة المعلومات و البيانات المخزنة في الحاسوب وملحقاته وشبكات الاتصال ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق و المحاكمة لإثبات حقيقة فعل أو شيء له علاقة بجريمة (أنظر محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2004، ص 234)، كما هناك من عرف الإلكتروني الجنائي بأنه الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسوب و يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية، من الممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة، ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده أمام القضاء. (ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث و التحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الحاسب الآلي و الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 88). لكن الملاحظ على أن هذه التعريفات التي حاول تعريف الدليل الإلكتروني تبقى قاصرة عن إعطاء تصور جامع مانع له.

هذا النوع من الجرائم وعدم إفلاتهم من العقاب لتحقيق متطلبات العدالة، وذلك بقطع النظر عن مدى شرعية الوسيلة المستند عليها في ذلك، أما المصلحة الثانية و هي مصلحة الفرد في أن يحاكم محاكمة عادلة تتوفر فيها كافة الضمانات القانونية دون المساس بحقوقه الاجرائية أثناء استيفاء الدليل الذي يدينه.

و على ضوء هذا التعارض بين المصلحتين، وتعدد الإشكالات التي يثيرها موضوع الجريمة الإلكترونية عموما و مسألة إثباتها على وجه الخصوص نطرح الإشكال المركزي التالي:

إلى أي حد يمكن للقضاء الجنائي أن يستند على الدليل الإلكتروني الجنائي الذي تم استيفاءه دون مراعاة لمعيار الشرعية في إثبات الجريمة الإلكترونية؟

ويتفرع عن هذا الإشكال المركزي الإشكالات الفرعية التالية :

ما هي المقومات القانونية التي تضيء على الدليل الإلكتروني الجنائي صفة الشرعية في إثبات الجريمة الإلكترونية ؟
ما التوجه الذي استقرت عليه معظم التوجهات التشريعية و القضائية و الفقهية في الاهتمام بفكرة شرعية إثبات الجريمة الإلكترونية ؟

للإجابة على كل هذه الإشكالات سوف ننطلق من فرضية أساسية مفادها أن التقيد بمعيار الشرعية في تتبع ورصد مرتكبي الجريمة الإلكترونية يضيق من نطاق تدخل أجهزة إنفاذ القانون في الوقت المناسب لحجز الدليل الذي تخلفه هذه الأخيرة. ويجعل الدليل الإلكتروني الجنائي لا يعبر عن الحقيقة التي يبحث عنها القضاء الجنائي.

وللوقوف على مدى صحة هذه الفرضية سوف نعتمد على التصميم الآتي :

أولا : المقومات القانونية للدليل الإلكتروني الجنائي في إثبات الجريمة الإلكترونية.

ثانيا : الدليل الإلكتروني الجنائي بين هاجس البحث عن الحقيقة و قيود الشرعية.

أولا : المقومات القانونية للدليل الإلكتروني الجنائي في إثبات الجريمة الإلكترونية :

من المعلوم أن خطورة بعض الجرائم المستحدثة و على رأسها الجريمة الإلكترونية أضحت تثير العديد من الإشكالات الاجرائية خلال مرحلة استيفاء الدليل الجنائي وذلك نظرا لخصوصية هذه الجرائم التي من الصعب التعامل معا كباقي الجرائم التقليدية من حيث البحث و التقيب عن الدليل الذي يدين مقترفها، حيث أن الضرورة تقتضي الاستناد على وسائل علمية تتسم بنفس الصفات و الخصوصية التي تتسم بها هذه الجرائم المستحدثة ، ونظرا لكون أن مسألة إثبات هذه الأخيرة يمكن أن تمس ببعض الحقوق و الحريات الثابتة للأفراد والتي تكفلها معظم المواثيق الدولية و التشريعات الوطنية _ كمبدأ احترام الخصوصية _ ، فإن أجهزة إنفاذ القانون تجد نفسها أمام العديد من التحديات التي لها صلة بقاعدة التقيد بالإجراءات المسطرية التي تسبق عملية استيفاء الدليل الإلكتروني ، وذلك تكريسا لمبدأ الشرعية الإجرائية في التوصل إلى هذا الأخير،¹ ومن ثم قبوله كدليل مشروع يتضمن كافة مقوماته القانونية (2).

1-ارتباط الدليل الإلكتروني الجنائي بالقيود القانونية :

إذا كانت جميع الأدلة الجنائية يمكن قبولها ، بحسب الأصل، فإن مرحلة استيفاء هذه الأدلة الجنائية يقتضي أن لا يكون بأية وسيلة كانت ، فيتعين إحاطة هذه الوسائل بالمشروعية.¹ وقد اعتبر بعض الفقه أن عدم شرعية الحصول على الدليل بمثابة الانعدام القانوني للدليل الجنائي المتحصل عليه ، أي عدم صلاحيته للأخذ به و التعويل عليه في الإثبات، لفقدانه القيمة القانونية رغم وجوده المادي أو الغير المرئي_ كما هو الشأن بالنسبة للدليل الإلكتروني

¹BOUISSON J ,procedure pénale,litec,2eme édition,2002,p.471,no.463.

الجنائي،¹ ومن ثم فمشروعية الحصول على الدليل الإلكتروني الجنائي يجب أن تبقى قاعدة راسخة في معظم الإجراءات التي تخضع لها الجريمة الإلكترونية من قبل أجهزة البحث و التحري عن الجرائم ، وأي مساس بالقاعدة المشار إليها أنفا يفرغ الدليل الإلكتروني الجنائي من قيمته القانونية.

وقيمة الدليل القانونية المتمثلة أساسا في التقيد بمبدأ الشرعية وإن كانت مطلوبة في البحث عن الدليل فهي مطلوبة أيضا في حمل الدليل إلى ساحة القضاء، إذ يجب أن يتم ذلك بالطريقة المشروعة التي كفلها القانون حماية للحريات وضمنا لحق الدفاع، ونحو ذلك ضرورة أن يكون الدليل قد طرح للمناقشة العلنية بالجلسة، وفي حضور الخصوم، وقد اتاحت لهم الفرصة لمناقشة و ابداء الرأي بشأنه أخذا بمبدأ شفوية الجلسة وهذا ما نص عليه المشرع المغربي بمقتضى المادة 287 من قانون المسطرة الجنائية الصادر في 3 أكتوبر 2002 ، التي جاء فيها ما يلي: " لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفويا وحضوريا." أما القانون الفرنسي فنص على شرط مناقشة الدليل الإلكتروني الجنائي في الفقرة الثانية من المادة 427 من قانون الاجراءات الفرنسي حيث جاء فيها "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه إلا على أدلة طرحت عليه أثناء المحاكمة ونوقشت أمامه في مواجهة الخصوم.² وبالمثل فإن القانون المصري نص هو الآخر على وجوب مناقشة الأدلة الجنائية في المادة 302 من قانون الاجراءات المصرية بقوله "مع ذلك لا يجوز له (أي القاضي) أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة." ، وهذا يعني أن جميع أنواع الأدلة الإلكترونية سواء كانت مطبوعات أو بيانات معروضة على شاشة الحاسب الآلي أو كانت بيانات مدرجة في حاملات البيانات، أم اتخذت شكل أشرطة أو أقراص، فإنها ستكون محلا للمناقشة عند الأخذ بها كأدلة إثبات أمام المحكمة.³

ويرى بعض الفقه أن مناقشة الأدلة العلمية بالجلسة تتميز بخصوصية ، تتجلى في كونها لا تمتد إلى الجوانب العلمية التي لا يفهم معناها إلا ذوو الاختصاص، لكن بالمقابل قد تدور المناقشة حول المناحي العملية التي رافقت إجراء الخبرة أو الدليل العلمي، للتأكد من شرعية الإجراءات وسلامة ذلك الدليل القانونية و التقنية.⁴ وفي إطار الحديث عن فكرة شرعية الدليل الإلكتروني الجنائي، نجد أن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية بالرغم أنه لم يتضمن نصوص صريحة تتعلق بمشروعية الدليل الإلكتروني الجنائي، إلا أن الفقه و القضاء كانا بجانب هذا المبدأ سواء في مجال التنقيب عن الجرائم التقليدية، أم في مجال التنقيب عن الجرائم الإلكترونية ، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن القضاء يسير في توجه استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الحصول على الدليل الإلكتروني بشرط التوصل إليه في إطار الشرعية الإجرائية ، ونفس الشيء نجده في كل من سويسرا وبلجيكا.⁵

¹ أنظر مرجع عبد الحكيم فودة، أدلة الإثبات و النفي في الدعوى الجنائية في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، 2007، ص 194

² Article 427/2 du c.p.p "le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuve qui lui sont apportées au cours des debats et contradictoirement discuté devant lui."

³ عبد الله أدعول، الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية-مراكش، السنة الجامعية 2011-، ص 96.

⁴ الحبيب بيهي، اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة محمد الخامس، الرباط، 1998-1999، ص 168.

⁵ هلالى عبدلاه أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 121

وعلى هذا الأساس فإن شرعية الدليل الإلكتروني تبقى من أهم المتطلبات الأساسية لقبول الدليل وعرضه على أنظار المحكمة وذلك من خلال التقيد بالإجراءات التي ينص عليها القانون و دون انتهاك للحقوق الأساسية للمشتبه به.¹

2_ حدود قبول الدليل الإلكتروني الجنائي في إثبات الجريمة الإلكترونية :

اختلفت جل التشريعات في درجة الركون إلى صحة الأدلة الإلكترونية كأدلة جنائية قاطعة تعبر عن حقيقة نسبة الجريمة إلى مقترفها، فجانب منهم يرى أن الأدلة المستمدة من الحاسبات الآلية لا تعدو أن تكون أدلة ثانوية تأسيسا منهم على ما يعرف بقاعدة " الدليل الأفضل " ² ويثيرون تشككا كبيرا حول قبول الأدلة عندما تتخذ شكل صور مستخرجة من الحاسوب كأداة صالحة للإثبات أمام القضاء وذلك باعتبار أن الإشارات الإلكترونية و النبضات المغنطة التي تعتمد عليها الحاسبات في تشغيلها ليست مرئية للعين البشرية الأمر الذي لا يتأتى معه للقاضي مناظرته أو وضع أيديهم على الدليل الأصلي وما يقدم إليهم في وثائق أخرجها الحاسب رغم نجاعته في الملاحقة الجنائية يمكن الاعتراض على قبوله بدعوى أنه " نسخ " لأصول مما يجعله دليلا ثانويا لا أصليا.³

وبتجه رأي آخر إلى قبول الدليل الإلكتروني شريطة أن يكون هذا الدليل جاء على إثر تقرير قام به خبير ⁴، خصوصا أن الخبير في الجرائم عموما و الجريمة الإلكترونية على وجه الخصوص يكون له دورا محوريا في إثبات الجريمة ونسبتها إلى الشخص المشتبه به في اقترافها، لذلك نجد أنه في معظم القرارات و الأحكام التي تبت في الجريمة الإلكترونية تعول دائما على تقرير الخبراء التقنيين في بيان وقائع وملاسات بعض الجرائم الإلكترونية من أجل مساعدة القضاء في تكوين عقيدته التي يحتاج تقديرها إلا معرفة ودراية علمية لا تتوفر لديه.⁵

لكن على ضوء هذه التوجهات الفقهية في مسألة قبول الدليل الإلكتروني نرى بأن المشرع المغربي - وباقي التشريعات المقارنة التي تأخذ بنظام الإثبات الحر -، أقر بصريح العبارة بمقتضى المادة 286 من ق م ج أنه " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ماعدا في الأحوال التي يقضي القانون بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم .. " مما يفيد أن مسألة قبول الدليل الإلكتروني الجنائي أمام القضاء لا تثير أدنى إشكال إذا تم التقيد بالشرعية الاجرائية في استيفاء الدليل الإلكتروني حتى يجسد فكرة الانضباط لروح القانون.⁶

¹ Marco gercke, Rapport, comprendre la cybercriminalité:phénomène, difficultés et réponses juridique, premier ouvrage, septembre 2012,p 244.

² أشار قانون الأدلة الأمريكي إلى قاعدة الدليل الأفضل بقوله إذا كانت البيانات المستخرجة من الحاسوب أو الجهاز مشابه كمخرجات الطباعة أو أية مخرجات أخرى يمكن قراءتها وقراءة البيانات التي تحويها. فإن هذه المخرجات لبيانات الحاسوب تفي بقاعدة الدليل الأفضل، راجع المرجع، سامي جلال فقي حسين، التفتيش في الجرائم المعلوماتية، دار الكتب القانونية مصر، بدون ذكر سنة الطبعة، ص303. راجع كذلك: Marco gercke, t., op citté,p 245.

³ عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر و حقوق المؤلف و المصنفات الفنية و دور الشرطة و القانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، 2003، لبنان، ص 367

⁴ عفيفي كامل، المرجع السابق، ص374.

⁵ أمال عثمان ، الخبرة في المسائل الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1964، ص68.

⁶ عبد الحكيم الحكماوي، الإثبات في الجريمة الإلكترونية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، تأثير الجريمة الإلكترونية على الإثبات المالي، العدد السابع، مطبعة الأمنية، الرباط، 2014، ص142.

غير أنه ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد وهو أن الاستناد على الدليل الإلكتروني في إثبات الجريمة الإلكترونية لا بد وأن يتصافر مع باقي وسائل الإثبات التقليدية الأخرى، حيث بالرجوع إلى بعض الأحكام و القرارات القضائية يتضح جليا أن القضاء الجنائي المغربي يأخذ بالدليل الإلكتروني ويدرجه ضمن حيثياته باعتباره قرينة معززة لباقي وسائل الإثبات الأخرى، ونستدل على ذلك ببعض الأحكام و القرارات الصادرة عن قضائنا الجنائي المغربي حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش "وحيث أن اعتراف الظنين تمهيدا بالمنسوب إليه....وحيث أن انكاره للمنسوب إليه أمام المحكمة تكذبه التصريحات التمهيدية أمام الضابطة القضائية وكذا مختلف الصور و الفيديوهات التي تم استخراجها من الموقع الإلكتروني العالمي المسمى facebook والذي قام الظنين بالكشف لضابط الشرطة القضائية عن العناوين السرية التي استعملها للانخراط في المواقع المذكورة.¹

كما جاء في حيثيات حكم آخر صادر عن ابتدائية سلا "وحيث أن المتهم قد صرح تمهيدا أنه كان يشتغل رفقة المتهم الأول على تحويل المكالمات الدولية الخاصة بشركة اتصالات المغرب وقرصنتها باستعمال تقنيات معلوماتية جد متطورة و يشتغل عليها هذا الأخير عن طريق حاسوبه المحمول وباستخدام شبكة الأنترنت."²

إذن على ضوء هذه الأحكام القضائية المشار إليها آنفا يمكن القول أن الدليل الإلكتروني يبقى مقبول مرتبط بتصافر باقي وسائل الإثبات الأخرى التي تساعد القاضي الجنائي في تكوين قناعته من أجل قبول الدليل الإلكتروني الجنائي في الإثبات الجنائي.

ثانيا : الدليل الإلكتروني الجنائي وسيلة للوصول إلى الحقيقة و تحقيق العدالة :

سنحاول في هذا المقام معالجة الدليل الإلكتروني الجنائي بين فكرتي القانون و الواقع و ذلك من خلال الوقوف على التوجه الذي أضحت تسير على منواله التوجهات التشريعية و القضائية و الفقهية في الاهتمام بفكرة شرعية الدليل الإلكتروني الجنائي.

1 : الدليل الإلكتروني الجنائي وهاجس البحث عن الحقيقة :

من المعلوم أن الدليل هو أداة للحقيقة و الأمثلة على ذلك متعددة ، حيث بالرجوع إلى مقتضيات المادة 81 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي في فقرتها الأولى³ نجد أن المشرع الفرنسي يقر بصريح العبارة أن للقاضي الحق في الاستعانة بجميع المعلومات التي تصله إلى الحقيقة طبقا للقانون.⁴ فهاجس المشرع الفرنسي وباقي التشريعات المقارنة هو وصول القضاء الجنائي إلى الحقيقة باعتبارها غاية إرادة المشرع في نسبة الجريمة إلى مرتكبها ، إلا أن الحقيقة التي يتحدث عنها المشرع الفرنسي وكل من يقول بأن الدليل هو وسيلة للوصول إلى معرفة حقيقة واقعة ما⁵، تبقى

¹ حكم ابتدائي عدد4، صادر بتاريخ 2012/1/2، في ملف جنحي تلبسي عدد 11/2103/3823، عن المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم غير منشور، مشار إليه عند: عبد الله أدعول، المرجع السابق، ص.75.

² حكم ابتدائي عدد809 صادر بتاريخ 2013/4/24، في ملف جنحي تلبسي رقم: 1/13/338، عن المحكمة الابتدائية بسلا، حكم غير منشور

³ L'article 81 Code de procédure pénale française prévoit que « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité.

⁴ Mustapha mekki, VÉRITÉ ET PREUVE, agrégé des facultés de droit, université paris13_sorbonne pris cité, (I.R.D.A), 2013, p2

⁵ E.Molina, la liberté de la preuve des infraction en droit français cntemoprain, these, Aix Marseille 3, dir.s.cimamtoni, 2000; Aix en provence, puam, 2001, p.3

تبقى حقيقة قضائية تتسم بنوع من النسبية وليست الحقيقة واقعية التي تجسد حقيقة الجريمة باعتبارها واقعة مادية مشهودة ومحسوسة،¹ مما حدا بأحد الفقهاء² إلى القول أن الحقيقة المطلقة لا مجال للحديث عنها في ميدان الإثبات عموماً و الإثبات الجنائي على وجه الخصوص، نظراً لارتباط الحقيقة في الميدان الجنائي بالحكم القضائي المعبر عنها، والذي يعتبر بدوره مجرد تعبير عما خلص إليه القاضي جراء ما وصل إليه اقتناعه الصميم.

وإذا كان الهدف الأساسي من الدليل الإلكتروني الجنائي هو الكشف عن الحقيقة بغية تحقيق العدالة فإن هذه الغاية تعترضها مسألة الشرعية في الوصول إلى حقيقة الإثبات، وذلك من خلال تقيد أجهزة إنفاذ القانون بكافة الضمانات القانونية الإجرائية و الموضوعية التي تقتضيها عملية الحصول على الدليل الإلكتروني الجنائي، وقد ذهب بعض الفقه في إطار حديثه عن العلاقة الجدلية بين الدليل و الحقيقة أن شرعية محاكمة المتهم تجد سندها في شرعية الحصول على الدليل الجنائي الذي يوصل إلى الحقيقة، وبالتالي يبقى سؤال الشرعية من بين التحديات التي تواجه الدليل الإلكتروني الجنائي في إثبات حقيقة الجريمة.³

لكن أمام التحديات التي تطرحها بعض الجرائم و على رأسها الجريمة الإلكترونية التي تتسم بمجموعة من السمات، قد يصعب على أجهزة إنفاذ القانون التقيد ببعض المبادئ الإجرائية التي تقتضيها عملية استيفاء الدليل الإلكتروني الذي يوصل إلى مقترفها، مما يجعلنا نطرح تساؤلاً مشروعاً حول مدى إمكانية ترجيح متطلبات العدالة على فكرة شرعية الدليل؟

2 : مدى إمكانية ترجيح متطلبات العدالة على فكرة شرعية الدليل الإلكتروني :

كما سبقت الإشارة إليه آنفاً، فالأدلة الإلكترونية الجنائية هي وسيلة للتوصل إلى الحقيقة، إلا أن الوصول إلى الحقيقة يصادف أجهزة إنفاذ القانون ضرورة التقيد بالشرعية في تحقيق هذه الغاية التي يقوم عليها الإثبات الجنائي. وتجدر الإشارة أن الشرعية تكتسي مدلولاً فضفاضاً، يتجاوز مفهوم الشرعية الذي يعني مجرد مطابقة الإجراء للقاعدة القانونية المكتوبة، ليشمل فوق ذلك ضرورة أن يكون متوافقاً مع مقتضيات الأمانة و النزاهة التي يفترض توافرها في شخص القائم بالإجراء.⁴

و من المعلوم أن الشرعية في الحصول على الدليل الجنائي بصفة عامة تجد مضمونها وفكرتها من عدة مصادر تشمل الاتفاقيات الدولية⁵ و القواعد التشريعية واجتهادات القضاء التي تستبعد فكرة الدليل المتولد عن إجراء غير مشروع، إلا أن افتراض الشرعية في الحصول على الدليل كأساس للوصول إلى الحقيقة قد يكون سبباً معيقاً لذلك الوصول، وهو الأمر الذي دفع بالقضاء إلى البحث عن الحقيقة باعتبارها غاية المشرع من إقرار قواعد الإثبات وأن الأدلة التي لا توصل إلى إقرار الحقيقة لا قيمة لها ولا تنسجم وإرادة المشرع.⁶

¹ عبد الحكيم الحكماوي، المرجع السابق، ص155

² عبد الحكيم الحكماوي، المرجع السابق، ص156

³ Mustapha mekki, op cité, p4

⁴ موسى مسعود ارحومة، اشكالية قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 1995-1996، ص6

⁵ على سبيل المثال لا الحصر انظر الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1648 والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

⁶ عبد الحكيم الحكماوي، المرجع السابق، ص156

وقد اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لهذا التوجه الذي استقر عليه القضاء في الأخذ بفكرة الدليل غير المشروع لأن البحث عن الحقيقة يبرر الوسيلة من منظور هذا الاتجاه الذي يقبل بحقيقة الدليل الإلكتروني الجنائي الذي يتم التوصل إليه بطريقة غير مشروعة¹، فهاجس هذا الاتجاه يبقى منحصرا في تحقيق العدالة باعتبارها هي غاية المشرع من النصوص القانونية، لكن هذا الهاجس يتناقض مع الرأي الذي يقول أن الإثبات يقتصر على إثبات الوقائع لا بيان وجهة نظر المشرع وحقيقة قصده فالبحت يتعلق بتطبيق القانون وتفسيره وهو عمل تضطلع به المحكمة لولحدها².

و الملاحظ أن معظم التوجهات القضائية و على وجه الخصوص الفرنسية بعدما كانت حريصة على مسألة الشرعية في الوصول إلى الدليل الجنائي وذلك استنادا على بعض القرارات الصادرة عنها³ بدأ هاجسها ينصب نحو الوصول إلى الحقيقة حتى وإن كانت طريقة تحقيق ذلك غير مشروعة⁴.

ومن الأمثلة القضائية التي تأخذ بفكرة الدليل الإلكتروني الجنائي غير المشروع القرار الصادر عن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 يناير 2012 و الذي جاء فيه " إن التسجيلات المتحصل عليها بشكل سري لا تنسجم مع مقتضيات المادة 170 من قانون المسطرة الجنائية ومن تم يجب الحكم بإلغائها لكن من الممكن أن يتم مناقشتها أثناء الخصومة."⁵ فالقضاء الفرنسي من خلال مقتضيات هذا القرار اعتبر أن التسجيلات المتحصل

¹ Mission De Recherche, droit et justice, La preuve pénale internationalisation et nouvelles technologies, la documentation française, paris, 2007, p153

² إدريس النوازي، موقف القضاء من الجريمة الإلكترونية، مقال منشور بمنشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية 2010، التجارة الإلكترونية أي حماية؟، ص 103

³ ومن القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي و التي تؤكد على ضرورة الالتزام بشرعية الدليل الجنائي قرار رقم 05-84837 بتاريخ 11 2006 أنظر عبد الحكيم الحكماوي المرجع السابق، ص 156

⁴ ومن القرارات القضائية التي لا تتقيد بالشرعية في الوصول إلى الدليل الجنائي قرار رقم 93-82.717 و القرار الصادر بتاريخ 27 يناير 2010 و الذي جاء فيه ما يلي :

" des lors qu'aucune disposition légal ne permet aux juges répressifs d'éclairer des moyens de preuve remis par un particulier aux service d'enquêtée, au seul motif qu'ils auraient été obtenus été de facons illicite ou délyale et qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire, la coure d'appel a justifié sa decision.

حكم أورده عبد الحكيم الحكماوي، نفس المرجع، ص 157

⁵ Cass.crim.,31janv.2012,n 11-85.464,F-P+B+I.ADDE ,cass.crim,7mars 2012,n11-88.118, Mustapha mekki, op cité, p 32.

"a jugé que « (...) Des enregistrements obtenus clandestinement par unepersonne privée ne constituent pas en eux-mêmes desactes ou des pièces de l'information, au sens del'article 170 du Code de procédure pénale, et, comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement»

عليها بطريقة غير مشروعة في الأصل يجب الحكم بإلغائها لكونها تتناقض مع مقتضيات المادة 170 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسية، إلا أنه قبل الدليل الإلكتروني الجنائي كدليل يمكن مناقشته، مما يفيد أن القضاء الفرنسي بدأ يتجه نحو تكريس الاتجاه الذي يقبل بقيمة الدليل الإثباتية بقطع النظر عن قيمته القانونية.¹

و الملاحظ أن فكرة قبول الدليل الإلكتروني الجنائي الذي يتم التوصل إليه بطريقة غير مشروعة بهدف تحقيق غاية العدالة، يكرس لا محال النظرية الفقهية المتطرفة التي يصطلح عليها بنظرية القانون الجنائي للعدو حيث تتحصل هذه النظرية في ضرورة معاملة المجرمين لا كمواطنين خرجوا عن جادة الصواب، وإنما كأعداء يجب توقي شرهم بأية طريقة كانت ومهما كلف ذلك من ثمن دون التقييد بمفهوم الشرعية الموضوعية و الاجرائية.²

وصفوة القول أن التوجه الذي يقبل بفكرة الدليل الإلكتروني الجنائي المتحصل دون التقييد بالشكليات الإجرائية يعكس لا محال الخرق الصريح لمبدأ الشرعية الإجرائية ويمس بضمانات المحاكمة العادلة الذي تدافع عنه معظم المواثيق الدولية،³ و يتناقض مع المبادئ التي تقرها نفسها القوانين الإجرائية و المتمثلة في ضرورة خضوع أي إجراء تقوم به جهات البحث و التحري لروح ومضامين القانون وإلا اعتبر باطلا .

كما أن هذا التوجه يعبر بشكل جلي عن مدى القصور الذي يشوب الدليل الجنائي بصفة عامة و الدليل الإلكتروني الجنائي بصفة خاصة عن إثبات بعض الجرائم عندما يتقيد بالشرعية، ولذلك فمهما اتسم الدليل الإلكتروني الجنائي بنفس الخصائص و السمات التي تميز الجريمة الإلكترونية كجريمة غير مرئية لا تجذ ظلتها إلا في عالم افتراضي منعدم الحدود، إلا وسيتعارض مع جدار الشرعية الذي يقيد بضرورة الخضوع إلى إجراءات قد تحد من فعاليته وتجعله قاصرا عن إثبات الجريمة.⁴

وعلى هدي ما سبق، فحتى يتسم الدليل الإلكتروني بالفعالية في إثبات سواء الجريمة التقليدية أو الجريمة الإلكترونية لابد وأن يتجرد من فكرة الشرعية وأن يكون الهدف هو الوصول إلى الحقيقة التي هي مناط تحقيق متطلبات العدالة وإرادة المشرع من خلق تلك الإجراءات الجنائية.

و لكن مهما تعددت الأسباب الدافعة إلى ترجيح متطلبات العدالة على مفهوم الشرعية فإن العدالة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحقق إلا من خلال تقييد جهات إنفاذ القانون بمفهوم الشرعية، لأن الهدف الأساس من

¹ - De même, la Cour de Cassation, le 7 mars 2012 a répondu par la négative sur le point de savoir si les preuves obtenues de manière déloyale ou illicite encourent la nullité, dès lors que les éléments de preuves produits par les parties peuvent être discutés contradictoirement. (cass.crim, 7 mars 2012, n°11-88.118)

² أنظر في هذا السياق مرجع عبد الحفيظ بلقاضي، التجريم والعقاب في أقوى نزاعتهما تسلطا: القانون الجنائي للعدو، مجلة الشريعة والقانون، العدد 26.2006، ص.396

³ وفي ذلك يقول بعض الفقه أن استبعاد الدليل غير المشروع يشكل عقبة في سبيل إقامة العدالة التي تضار من جراء خطأ يرتكبه أحد رجال الشرطة، وأن ثمة جزاء مستقل لهؤلاء عند مخالفتهم للقانون. راجع سامي الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري و القانون، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص.93.

⁴ وهذا ما دفع بعض الفقه إلى القول أن كلما زادت صعوبة الإثبات تطلب الأمر بالمقابل التساهل أكبر في البحث عن الدليل. راجع في هذا السياق المرجع التالي:

AMBROISE-CASTEROT, Recherch et administration des preuves en procedure penale: a quete de la verite, A. J. pen. 2005, no. 7-8,

وضع النصوص القانونية قبل تحقيق متطلبات العدالة هو احترام تطبيق تلك النصوص على أرض الواقع و التي تعبر هي أخرى عن إرادة المجتمع، فقواعد العدالة تأبى أن تتأسس على إجراءات لا تتسم بالشرعية، لأن في اطمئنان الأفراد إلى صحة الإجراء ما يجعله يثق في القضاء و العدالة، وفي حالة الاستناد على اجراءات غير صحيحة فإن هذا التوجه يفقد الأفراد ثقتهم في القضاء.¹ وهذا الموقف الذي ندافع عنه هو الذي تم تكريسه في أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية في 1973/04/09 حيث جاء فيه "إن إفلات مجرم من العقاب لا يضر العدالة بقدر ما يضرها الاقتيات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق."²

• لائحة المراجع :

- باللغة العربية :

إدريس النوازلي، موقف القضاء من الجريمة الإلكترونية، مقال منشور بمنشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، مراكش، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية 2010، التجارة الإلكترونية أي حماية 2006 الحبيب بيهي، اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة محمد الخامس، الرباط، 1998 - خالد ممدوح إبراهيم ، الجرائم المعلوماتية، مطبعة دار الفكر الجامعي 2009 سامي الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري و القانون، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

سامي جلال فقي حسين، التفتيش في الجرائم المعلوماتية، دار الكتب القانونية مصر، بدون ذكر سنة الطبعة عبد الحكيم الحكماوي، الإثبات في الجريمة الإلكترونية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، تأثير الجريمة الإلكترونية على الإثبات المالي، العدد السابع، مطبعة الأمنية، الرباط، 2014 عبد الله أدعول، الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية - مراكش، السنة الجامعية 2011 -، ل عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1964، ص 68.

عفيفي كامل، جرائم الكمبيوتر و حقوق المؤلف و المصنفات الفنية و دور الشرطة و القانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، 2003، لبنان

مرجع عبد الحفيظ بلقاضي، التجريم والعقاب في أقوى نزعاتهما تسلطاً: القانون الجنائي للعدو، مجلة الشريعة والقانون، العدد 26،

ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث و التحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الحاسب الآلي و الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006،

موسى مسعود ارحومة، اشكالية قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 1996 -

¹ عبد النبي سلى ، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة، رسالة جامعية لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانون. جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية - قسم الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2008، ص 9.

² قرار قضائي صادر عن محكمة النقض المصرية مشار إليه في مرجع: عماد عوض عدس، التحريات كإجراء من إجراءات البحث عن الحقيقة، دار النهضة

هلالى عبدالاه أحمد، حجة المخرجات الكمبيوترية فى الإثبات الجنائى، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

En français :

AMBROISE-CASTEROT, Recherch et administration des preuves en procedure penale: a quete de la

E.Molina, la liberté de la preuve des infraction en droit français cntemporain, these, Aix Marseille 3, dir.s.cimamtonti, 2000 ; Aix en provence, puam, 2001

Mission De Recherche, droit et justice, La preuve pénale internationalisation et nouvelles technologies, la documentation française, paris, 2007, verite, A.

Mustapha mekki, VÉRITÉ ET PREUVE, agrégé des facultés de droit, univesrsité paris13_sorbonne pris cité ,(I.R.D.A), 2013

Voir Thierry breton, rapport chantier sur la lutte contre la cybercriminalité, le 25 février 2005, p2, (pdf) disponible en ligne sur le site web : www.4law.co.il/cat505.pdf

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

LE FINANCEMENT DES RETRAITES : CAS DE LA MAURITANIE



M. Sadvi Ould Sakhawi

Professeur d'économie à la Faculté des Sciences Juridiques et Economiques

Université de Nouakchott - Mauritanie

Les retraites appelées aussi les pensions, sont des prestations sociales versées à des personnes ayant atteint un âge donné, le plus souvent sous condition d'arrêt de leur activité professionnelle. Le montant de la pension dépend généralement du salaire annuel moyen de l'assuré, de la durée totale de sa carrière et de la durée d'assurance dans le régime général.

Le régime général des retraites est l'ensemble des règles qui organisent les retraites dans un pays donné. Il parfois complété par un régime complémentaire.

Les régimes spéciaux de retraite sont des régimes de retraite dont bénéficient des employés de certaines grandes entreprises publiques, ou certaines professions liées à la fonction publique (militaires ou policiers par exemple) ou des branches entières comme l'industrie ou l'élevage etc.

Selon les pays, les systèmes des retraites sont organisés suivant deux modalités différentes (qui peuvent cependant coexister)¹; il s'agit des retraites par répartition (cas de l'Allemagne, de la France et des pays francophones) et des retraites par capitalisation (cas du Royaume-Uni)

¹ Jean- Yves Capul, L'économie et les sciences sociales de A à Z, Hatier, Paris, 2004, p : 257

- **Les modes de Financement des retraites et les débats qu'ils suscitent :**

Historiquement le financement de la protection sociale repose sur deux conceptions.

La plus ancienne connue sous le nom du modèle bismarckien (du nom de l'empereur allemand Bismarck 1815-1898) s'appuie sur une logique d'assurance (principe de capitalisation) financée par les cotisations sur les revenus. Elle permet de verser des prestations sociales proportionnelles au revenu professionnel, et dans les limites du plafond de la sécurité sociale.

La seconde conception connue sous le nom du modèle beveridgien (du nom de l'administrateur et économiste britannique William Beveridge 1879-1963) repose quant à elle sur un financement de la protection sociale par l'impôt. Elle sous-tend une logique d'assistance (principe de répartition) qui s'appuie sur la théorie économique keynésienne (la redistribution permet de soutenir et de stabiliser la demande globale et éviter ainsi de trop graves dépressions)¹.

Dans la répartition la cotisation des actifs versés pendant une période sert à financer les retraités de la même période. Ce régime obéit à une logique de solidarité intergénérationnelle : les actifs d'aujourd'hui payent les actifs d'hier. Le système de répartition est adapté à la couverture de populations larges dans le cadre des régimes obligatoires. Ces performances varient en fonction du taux de croissance du PIB.

Après la deuxième guerre mondiale, la très grande majorité des pays du monde, surtout les pays les plus industrialisés, a choisi le régime par répartition comme base du système obligatoire des retraites.

Dans le système par capitalisation, les cotisations des assurés sont placées sur le marché financier. Le capital ainsi constitué permettra ultérieurement de verser au retraité une rente jusqu'à son décès. Ce second régime est bien adapté à la couverture facultative de populations restreintes disposant d'un revenu élevé et stable, dans un contexte d'inflation faible. Il est particulièrement sensible aux fluctuations des taux d'intérêt réel et plus généralement aux évolutions du marché financier.

¹ Michel Bialès et autres, l'essentiel sur l'économie, BERTI éditions, Alger, 2007, p : 123

Mais le choix entre les deux modèles de financement a toujours suscité un sérieux débat.

Le débat entre partisans des deux systèmes met en jeu les intérêts matériels considérables (les assureurs et les banquiers sont favorables à la capitalisation) et des valeurs (la répartition suppose une solidarité collective intergénérationnelle, la capitalisation se contente de l'individualisme)..

On entend souvent affirmer que la retraite par la capitalisation serait préférable pour des questions de rendement. Sur le long terme, ce ne pourrait être vrai que si le revenu du travail salarié (sur lequel est indexé la retraite par répartition) progresserait moins vite que le revenu du capital (sur lequel est indexé la retraite par capitalisation), ce qui signifierait une paupérisation relative des salariés ; ces derniers n'y gagneraient durant la retraite qu'à condition d'y perdre durant leur vie active.

Nicholas Kaldor (1918-1986) a d'ailleurs appelé « règle d'or »¹ cet impératif de l'équilibre économique à long terme : le revenu du capital et le revenu du travail doivent progresser au même rythme que celui de la croissance économique sous peine de graves crises.

Certains préconisent la retraite par capitalisation afin d'orienter vers la bourse une partie de l'épargne financière, qui prend dans la répartition d'autres voies, privant ainsi les firmes nationales d'une source potentielle de financement. Mais il suffirait pour résoudre ce problème d'autoriser les sociétés d'assurance vie à placer en bourse une plus forte fraction d'épargne qu'elle collectait.

Le véritable argument en faveur de la capitalisation c'est qu'elle pourrait permettre à des gestionnaires de fonds de les placer là où ils apportent le plus, en revendant au premier fléchissement de la rentabilité pour les replacer ailleurs. Un habile gestionnaire pourrait alors obtenir un rendement financier supérieur au rendement moyen du capital.

Au delà de ce débat assez mûri, la croissance des dépenses de retraite consécutive en grande partie à l'allongement de l'espérance de vie surtout dans les pays développés, a conduit à une véritable interrogation sur la réforme des systèmes des retraites en particulier l'orientation vers une recherche du meilleur dosage qu'il conviendrait de respecter entre capitalisation et répartition.

¹ Philippe Deubel et autres, dictionnaire d'analyse économique et historique des sociétés contemporaines, Pearson Education, paris, 2009, p : 347

• Les cas des retraites en Mauritanie :

Toute société humaine dispose de systèmes et de pratiques plus ou moins formels qui définissent et règlent les actions d'entraide et d'assistance permettant de protéger ses propres membres contre les risques et aléas de la vie. Dans la plupart des pays africains, les systèmes formels de sécurité sociale, souvent érigés selon les modèles adoptés dans les pays industrialisés, assurent une protection certaine aux membres inscrits. Cependant, seule une minorité infime de la population constituée normalement de fonctionnaires et salariés du secteur formel de l'économie peuvent en bénéficier, laissant de côté la grande majorité de la population œuvrant dans l'agriculture/élevage et dans les secteurs informels en milieu urbain.

A coté de ces systèmes formels de sécurité sociale, il y a des systèmes qui, basés sur les valeurs coutumières des groupes et/ou sur les principes religieux, visent à assurer la solidarité dans le groupe et à protéger les membres les plus faibles. Cependant, face aux transformations sociales et économiques actuelles, y compris celles qui semblent être inexorablement liées à l'urbanisation, beaucoup de ces systèmes et pratiques commencent à perdre leur force et/ou à s'effriter en faveur des valeurs plus individualistes.

Dès lors, pour un pays comme la Mauritanie, le défi consisterait à repérer les stratégies les plus appropriées permettant d'étendre à toutes les couches de la population cette protection qui est actuellement offerte par les systèmes formels de sécurité sociale et de promouvoir les valeurs et les pratiques traditionnelles de solidarité collective, tout en les adaptant aux nouveaux besoins de la société.

La Mauritanie est parmi les états qui on souscrit à la Convention de l'OIT n°102 de 1952 relative à la Sécurité Sociale¹. Le pays dispose de trois régimes de sécurité sociale : (i) celui qui est géré par la Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS) en faveur des travailleurs salariés du Code du Travail et du Code de la Marine Marchande; (ii) celui qui est géré par la Caisse des Retraites de l'Etat en faveur des fonctionnaires et, enfin, (iii) celui de l'assurance maladie qui est géré par la Caisse Nationale d'Assurance Maladies (CNAM) et qui bénéficie les fonctionnaires, les militaires et les parlementaires. Ce dernier a été créé par l'ordonnance N° 2005-006 portant institution d'un régime d'assurance maladie et a été récemment étendu à tous les établissements publics. Il y a également l'Office National de la Médecine du Travail (ONMT), régi par la loi 2004/017 du 6 juillet 2004 portant code du travail en son article 255,

¹ Carol WATSON et Ould Brahim Ould Jiddou FAH, Etude sur la protection sociale en Mauritanie, UNICEF, 2010, p : 42

chargé de promouvoir et maintenir le bien-être physique, mental et social de tous les travailleurs.

Le régime des fonctionnaires est qualifié de « régime d'employeur » avec des prestations en faveur des agents titulaires de la fonction publique mauritanienne. Le système comprend les prestations suivantes : des allocations familiales (à hauteur de 500 UM par enfant et par mois), des pensions pour invalidité professionnelle et non professionnelle, des prises en charge partielle des frais médicaux dans le cadre de soins dispensés par les formations sanitaires publiques (évacuations sanitaires) et enfin des revenus de remplacement servis par la Caisse des Pensions, dont la forme juridique est un compte spécial du Trésor et **non pas un établissement public autonome.**

Le régime de sécurité sociale géré par la CNSS est régi par la loi n° 67 – 039 du 3 février 1967 instituant un régime de sécurité sociale, modifiée par la loi n° 72 – 145 du 18 juillet 1972 et l'ordonnance n° 87 – 296 du 24 novembre 1987. Il couvre trois (03) branches : la vieillesse, l'invalidité et les décès, les risques professionnels et enfin les prestations familiales.

Depuis septembre 2005, un régime d'assurance maladie obligatoire (AMO) pour les salariés des institutions publiques a été institué¹. Par la Loi n° 2012-007 du 7 février 2012, ce régime obligatoire a été étendu à de nouvelles catégories professionnelles (employés des sociétés privées, les personnes exerçant une profession libérale..)²

Deux établissements publics sont chargés de gérer la sécurité sociale en Mauritanie: **La Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS) et La Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM).**

- **La Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS)** sous tutelle du Ministère de la Fonction publique et du Travail, est un établissement public à caractère industriel et commercial, doté de la personnalité morale et jouissant de l'autonomie financière³ est chargée de la gestion des risques de vieillesse, d'invalidité, de décès (survivants), des accidents du travail, des maladies professionnelles et des prestations familiales.

L'affiliation au régime de Sécurité sociale est obligatoire conformément à l'article 2 de la loi 67-039 du 03 février 1967, sans aucune distinction de race, de nationalité, de sexe ou d'origine, pour tous les travailleurs régis par le Code du Travail et le Code de la Marine

¹ Loi N° 2005-006 du 29 septembre 2005

² Art premier de la loi 2012-007 du 3 février 2012

³ Site CNSS : www.CNSS.mr

Marchande, les salariés de l'Etat ne disposant pas d'un régime particulier de sécurité sociale, les élèves des écoles professionnelles et Les stagiaires.

Le Financement de la CNSS est essentiellement assuré par les cotisations des employeurs (13%) et des travailleurs salariés (1%) et fonctionne selon le système de répartition. Les cotisations versées par les employeurs et les travailleurs, sont calculées sur un plancher (SMIG) de 30 000 UM (à compter du 1^{er} Septembre 2011) et un plafond mensuel de 70.000 ouguiyas.

Ce taux se répartit entre les différentes branches comme suit :

Branche	Part patronale	Part salariale
Vieillesse, invalidité, décès (survivants)	2%	1%
Accidents du travail, maladies professionnelles	3%	
Prestations familiales dont prestations en espèces de maternité	8%	

- La Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM) établissement public à caractère administratif sous tutelle du Ministère de la Santé et des Affaires Sociales, gère le régime d'assurance maladie¹. Elle est instituée par l'ordonnance N° 2005-006 du 29 septembre 2005.

Sa mission est de Garantir la couverture des risques et frais de soins de santé inhérents à la maladie ou l'accident, à la maternité et à la réhabilitation physique et fonctionnelle

Pouvant bénéficier des services de la CNAM l'assuré principal le conjoint(e) et les enfant(s) âgé(s) de moins de 21 ans. L'assuré principal doit être issu de l'une des catégories socioprofessionnelles suivantes : les fonctionnaires et agents de l'État, les parlementaires, le personnel des forces armées, les employés du secteur parapublic ainsi que les retraités issus de ces différentes catégories

¹ Art 6 de la loi N° 2005-006 du 29 septembre 2005

Le financement de l'assurance maladie obligatoire AMO est assuré par les cotisations versées dans le compte de la CNAM ouvert au Trésor Public. Il repose sur la solidarité entre les assurés sociaux suivant le principe de contribution et de mutualisation des risques. L'assurance maladie obligatoire de base en Mauritanie est essentiellement financée par les cotisations des employeurs et des salariés. Les taux de cotisation correspondant respectivement à chaque groupe d'assurés et celui supporté par l'Etat sont fixés comme suit¹ :

Groupes d'assurés	Taux de cotisation	Contribution de l'employeur
Fonctionnaires et agents de l'état	4%	5%
Parlementaires	5%	
Personnel des forces armées en position active	4%	
Personnel des établissements publics, sociétés à capitaux public et personnes morales de droit public	4%	
Titulaires de pensions de retraite issus des groupes couverts par l'assurance maladie	2.5%	

Actuellement, 10% environ des mauritaniens sont couverts par l'AMO gérée par la CNAM.

- **Les difficultés de recouvrement des cotisations :**

La CNSS et la CNAM sont chargées chacune en ce qui la concerne de collecter l'ensemble des cotisations et des contributions de la sécurité sociale.

¹ Article 2 du décret 2006-144 fixant les taux de cotisation au régime d'assurance maladie instituée par l'ordonnance 2005-006 du 29 septembre 2005

Les cotisations sont dues pour chaque mois au cours duquel se situe une période de services effectifs, une période de congés rémunérés, ou toute autre période pour laquelle l'employeur est tenu du paiement de tout ou partie de la rémunération.

Les cotisations doivent faire l'objet de versements dans les délais définis par la réglementation en vigueur. Le taux de recouvrement avoisinait les 90% en 2010

Pour assurer un recouvrement fiable et efficace, les deux caisses engagent des inspecteurs qui sont chargés du contrôle de l'assiette des cotisations ainsi que la véracité des données fournies par l'employeur. Ces inspecteurs ont droit d'accéder à tout document prévu par la législation du travail permettant de vérifier les déclarations des employeurs et notamment les états de salaires mensuels tenus dans les formes prescrites par la réglementation en vigueur.

Compte tenu du caractère dépensier de la sécurité sociale et qui est difficilement maitrisable, il est primordial que le recouvrement des cotisations soit effectué de manière efficiente dans les meilleures conditions de rapidité et d'exhaustivité ; toutes les cotisations dues doivent être correctement calculées et rapidement mises en recouvrement par un encaissement efficace.. Cependant des difficultés énormes sont rencontrées dans le cadre du processus de recouvrement des cotisations¹ dont on peut citer : la véracité des données, le retard de versement des cotisations et le non respect de l'assiette des cotisations .

Pourtant, des mesures de dissuasion ont été prévues par la loi. L'employeur qui ne verse pas les cotisations dues dans le délai prescrit est passible d'une majoration du montant des cotisations dues de 10 %, payable en même temps que les cotisations. Une nouvelle majoration de 1,5 % est appliquée par mois ou fraction de mois écoulé après l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date d'échéance des cotisations.

Le non paiement des cotisations dans les délais prescrits donne lieu à l'envoi d'une lettre de rappel ou d'une mise en demeure à l'employeur défaillant².

L'employeur qui conteste le bien-fondé de sa dette, peut saisir, dans le délai d'un mois qui suit la date de la réception de la lettre de rappel ou la mise en demeure, la commission du recours gracieux.

¹ Mohamed Salem OULD NANY, Recouvrement des cotisations de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie -CNAM Mauritanie, Séminaire technique sur le recouvrement des cotisations sociales Hammamet, Tunisie , 5-6 juin 2012

² Site CNSS : www.cnss.mr

Si la mise en demeure reste sans effet, il est établi un relevé des sommes dues et des majorations de retard.

Le relevé certifié comporte tous les effets d'un jugement et devient exécutoire dès l'expiration d'un mois imparti pour le paiement de la mise en demeure.

Si l'employeur destinataire d'un relevé certifié ne réagit pas dans le délai prévu, une ordonnance de saisie des biens appartenant à l'employeur ainsi que ses comptes bancaires est notifiée à ce dernier par l'intermédiaire d'un huissier agissant au nom et pour le compte de l'organisme de sécurité sociale en question.

Tous les frais occasionnés par la mise en œuvre de la procédure du recouvrement forcé des cotisations sont entièrement à la charge de l'employeur, y compris les honoraires du huissier.

Conclusion :

La protection sociale est de plus en plus perçue au plan mondial comme une composante-clé des stratégies de réduction de la pauvreté. Elle constitue un maillon important des efforts visant la réduction de la vulnérabilité économique, sociale, alimentaire/nutritionnelle et la protection contre d'autres chocs et stress. Elle est particulièrement importante pour les enfants eu égard à l'ampleur de leur vulnérabilité,

Malgré son renforcement récent par la mise en place d'un système d'assurance maladie, le système formel de sécurité sociale ne couvre qu'une minorité infime de la population mauritanienne, négligeant ainsi les groupes les plus vulnérables. Cette situation est bien connue, et a donné lieu, au niveau national, à des analyses et réflexions, voire même des stratégies expérimentales. Ces réflexions méritent d'être actualisées et redynamisées au sein d'une réflexion plus large sur une stratégie nationale de la protection sociale intégrée comme priorité dans le cadre stratégique de la lutte contre la pauvreté en Mauritanie. Des études spécialisées dans le domaine de la sécurité sociale soutenues par des partenaires techniques et financières spécialisées pourraient contribuer à ce processus.

Au même temps, il ya lieu aussi de réfléchir sur les points forts et les points faibles des systèmes traditionnels de solidarité sociale et d'entraide, et de prendre en compte des nouvelles formes de solidarité de groupe telles que celles émanant du phénomène grandissant de la migration, ainsi que de développer des mesures adéquates pour renforcer les capacités des familles et des ménages d'assumer leurs rôles dans la protection sociale de leurs membres.

Il est surtout important, dans un pays comme la Mauritanie, de s'appuyer sur les valeurs de l'Islam et de réfléchir sur les mesures les plus appropriées qu'il faudrait entreprendre pour renforcer ses propres systèmes de protection sociale.

La gestion et la protection et au développement des espaces verts



KAID HAFIDA Doctorante

en droit des affaires comparée

professeur contractuelle à la faculté

de droit Mostaganem, Algérie

Introduction :

La gestion et la protection et la développement des espaces verts dans le cadre du développement durable ont pour objectifs notamment, d'améliorer le cadre de vie urbain; d'entretenir et d'améliorer la qualité des espaces verts urbains existants; de promouvoir la création d'espaces verts de toute nature; de promouvoir l'extension des espaces verts par rapport aux espaces bâtis ; de faire de l'introduction des espaces verts, dans tout projet de construction prise en charge par les études urbanistiques et architecturales publiques et privées¹.

Constituent des espaces verts les zones ou portion de zones urbaines non construites et recouvertes totalement ou partiellement de végétation, situées à l'intérieur de zones urbaines, ou devant être urbanisées, au sens de la loi n° 90-25 du 18 novembre 1990, susvisée, et qui font

¹ - Au sens de la présente loi algérien, on entend par : Jardin botanique : institution qui rassemble des collections documentées de végétaux vivants à des fins de recherche scientifique, de conservation, d'exposition et d'enseignement. Jardin collectif : Représente l'ensemble des jardins de quartier, les jardins des hôpitaux, les jardins d'unités industrielles et les jardins d'hôtels. Jardin ornemental : Espace aménagé où l'échantillon végétal ornemental prédomine. Jardin résidentiel : Jardin aménagé pour le délasserment et l'esthétique, rattaché à un ensemble résidentiel. Jardin particulier : jardin rattaché à une habitation individuelle.

l'objet d'un classement selon les modalités fixées par les dispositions de la présente loi en une des catégories suivantes ¹:

- Les parcs urbains et périurbains sont constitués par les espaces verts délimités et, éventuellement clôturés, constitués par les espaces de détente et de détente et de loisirs, et pouvant comporter des équipements de repos, de jeux et/ou de distraction, de sport et de restauration. Ils peuvent également comporter des plans d'eau, des circuits de promenade et des pistes cyclables ;
- Les jardins publics qui sont des lieux de repos ou de halte dans des zones urbaines qui comportent des massifs fleuris ou des arabes. Cette catégorie comprend également les squares plantés, ainsi que les places et placettes publiques arborées ;
- Les jardins spécialisés qui comprennent les jardins botaniques et les jardins ornementaux ;
- Les jardins collectifs et/ou résidentiels ;
Les jardins particuliers ;
- Les forêts urbaines qui comportent les bosquets, les groupes d'arbres, ainsi que toute zone urbaine boisée y compris les ceintures verts ;
- Les alignements boisés qui comprennent toutes les formations arborées situées le long des routes, autoroutes voies de communication en leurs parties comprises dans des zones urbaines et périurbaines².

Chapitre 1 : Des instruments de gestion des espaces verts

Constituent des instruments de gestion des espaces verts :

- Le classement des espaces verts ;
Les plans de gestion des espaces verts.

Section 1 : Du classement des espaces verts :

A- Des conditions et modalités de classement des espaces verts

Le classement des espaces verts est l'acte administratif par lequel l'espace vert concerné, quel que soient sa nature juridique ou son régime de propriété, est déclaré constituer, en vertu

¹ Art 4 de la loi n° 07-13 du 13 mai 2007 relative à la gestion, à la protection et au développement des espaces verts.

-En ce sens v. Jean,R.,Antonio D ., (2003). « Développement durable et aménagement du territoire ».

² - Journal le Quotidien d'Oran (18 février 2041), Quel avenir pour les espaces verts en Algérie, Algérie.

des dispositions de la présente loi, un espace vert et rangé dans une des catégories fixées par les dispositions de loi¹.

Le classement des espaces verts comporte deux phases :

- Une phase d'étude de classement et d'inventaire ;
- Une phase de classement.

L'étude de classement comporte :

- La caractérisation physique de l'espace vert ;
- La caractérisation écologique de l'espace vert ;
- Le plan général d'aménagement de l'espace vert.

L'étude de classement doit faire ressortir notamment :

- L'importance de l'espace vert concerné pour la qualité du cadre de vie urbain ;
- L'usage de l'espace concerné en cas de risque majeur ;
- La fréquentation de l'espace vert concerné avec, pour corollaire, les mesures et moyens de sa sécurisation et de son entretien ;
- La valeur particulière des composantes des espaces verts concernés et notamment ceux dont la protection est nécessaire ;
- L'évaluation du risque de dégradation naturelle ou artificielle auquel les composantes de l'espace vert sont exposées².
- L'étude de classement doit également comprendre un inventaire exhaustif de l'ensemble de la végétation vert concerné qui fait ressortir :
 - Les variétés végétales existantes dans l'espace vert concerné qui fait ressortir :
 - Les variétés végétales existantes dans l'espace vert concerné ;
 - La cartographie de l'espace vert faisant ressortir les variétés végétales qui y sont implantées ;
 - La cartographie de l'espace vert faisant ressortir les allées et voies de circulation éventuelles, ainsi que les réseaux d'approvisionnement en eau d'arrosage et, le cas échéant, les bassins ou plans d'eau existants³

¹ - Art 34 de la loi n° 03-10 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, modifiée par la loi 07-06 du 13 mai 2007 déjà citée

² - Art. 8 de la loi 07-06 du 13 mai 2007 déjà citée.

³ - Art. 9. Du la loi n° 07-06 op.cit.

Il est institué une commission interministérielle des espaces verts chargée d'examiner les dossiers de classement des espaces verts, d'émettre un avis sur le classement proposé et de transmettre aux autorités les projets de classement relevant de leur autorité¹.

Les modalités d'organisation et de fonctionnement de cette commission sont fixées par voie réglementaire. Le classement des espaces verts est prononcé : **Pour les parcs urbains et périurbains** : par arrêté du wali sauf pour les parcs d'envergure nationale pour lesquels le classement est prononcé par arrêté conjoint des ministres chargés de l'intérieur, de l'environnement et de l'agriculture. Dans ce cas et conformément aux de l'article 24 ci-dessous, l'arrêté de classement précise l'autorité chargée de la gestion du parc concerné. **Pour les jardins spécialisés** : par l'autorité ayant créé les jardins spécialisés concernés ou par celle à laquelle est confiée leur gestion.

Pour les jardins collectifs et/ ou résidentiels : l'acte de classement est pris par le président de l'assemblée populaire communale concernée, sur la base des études architecturales des résidences, cités ou de tout ensemble d'habitations collectives ou semi collectives.

Pour les jardins particuliers : les mentions et délimitations des espaces verts, telles que fixées expressément par le permis de construire, constituent l'acte de classement des jardins particuliers ; **Pour les forêts urbaines** : par arrêté du ministre chargé des forêts. **Pour les alignements boisée et les alignements situés dans des zones non encore urbanisées** : par arrêté du ministre chargé des forêts. **Pour les alignements situés des zones urbanisées** : par du président de l'assemblée populaire communale².

Aucun déclassement d'espace vert ne peut être opéré s'il n'a pas fait l'objet :

- D'une étude faisant ressortir l'utilité publique de l'affectation envisagée et l'impossibilité d'utiliser une assiette foncière autre que celle de l'espace vert concerné,

¹ - Choya F et Merlin, Dictionnaire de l'urbanisme, Paris, Presse, universitaire de France, p.963

- Paris. Jean,R.,Antonio D ., (2003). « Développement durable et aménagement du territoire ». presses polytechniques et universitaires romandes Jean,R.,Antonio D ., (2003). « Développement durable et aménagement du territoire ».

² - Art.12. De la loi n°07-06 déjà citée

- L'accord de déclassement de la commission interministérielle instituée par les dispositions de l'article 10 ci-dessus. Dans tous les cas, le déclassement d'un espace vert ne peut être prononcé que par décret¹.

Section 2 : Des effets du classement des espaces verts :

Dés classement d'un espace vert en une des catégories prévues par les dispositions de la loi, selon les modalités fixées à l'article 11 de la présente loi, et sans préjudice des mesures de préservation et de protection des espaces verts prévues par la législation et la réglementation en vigueur, constituent des effets du classement les mesures de protection, ainsi que les mesures particulières additives prescrites par le plan de gestion. Tout changement d'affectation de l'espace vert classé ou tout mode d'occupation d'une partie de l'espace vert concerné est interdit, et toute construction ou infrastructure devant être implantée à une distance inférieure à cent (100) mètres des limites d'un espace vert est interdite conformément la loi, et toute demande de permis de construire est refusée si le maintien des espaces verts n'est pas assuré, ou si la réalisation du projet entraîne la destruction du couvert végétal. Et tout dépôt de débris ou déchets dans les espaces verts est interdit en dehors des lieux ou dispositifs et désignés cet effet, ainsi que l'abattage d'arbres sans permis préalable est interdit. Et toute publicité dans les espaces verts est interdite².

Outre la clôture éventuelle de certaines zones non ouvertes au public, les plans de gestion prévus par la loi, détermineront les cas où l'espace vert concerné devra faire l'objet d'une clôture.

Pour les jardins particuliers, ainsi que pour les jardins collectifs et/ou résidentiels, le certificat de conformité prévu par les dispositions de l'article 75 de la loi n° 90-29 du décembre 1990 susvisée, ne peut être établi et délivré si les espaces verts prévus par le permis de construire n'ont pas été respectés. Hormis les cas pour lesquels la présente loi prévoit des dispositions particulières, les forêts urbaines et les alignements boisés situés hors des zones urbanisées, au sens de l'article 11 demeurent régis par la législation en vigueur notamment par les dispositions de la loi n° 84-12 du 23 juin 1984.

¹ - Choya F et Merlin, Dictionnaire de l'urbanisme, op. cit, p.968.

- Gilbert, D., (1963). « Les structures anthropologiques de l'imaginaire : introduction à l'archétypologie générale ».

² - Fadel D, Traitement d'une zone suburbaine en forêt de loisirs dans la région de Skikda, Men. ING. Etat, agronomies, I.N.A. el Harrach ; p.95.

Section 3 : Des plans de gestion des espaces verts.

La gestion des espaces verts relève de l'autorité ayant procédé au classement de l'espace vert concerné, dès son classement et après avis de la commission instituée par la loi, l'espace vert concerné fait l'objet d'un plan de gestion.

Le plan de gestion des espaces verts est un document technique qui comporte l'ensemble des mesures de gestion, d'entretien, d'usage, ainsi que toute prescription particulière de protection et de préservation de l'espace vert concerné, afin de garantir sa durabilité.

Le contenu et les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de gestion des espaces verts sont fixés selon la catégorie à laquelle ils appartiennent par voie réglementaire, et pour les jardins collectifs et/ou résidentiels, les conditions de leur gestion et de leur entretien, ainsi que les charges particulières incombant aux résidents et notamment ceux chargés de leur préservation sont fixées par voie réglementaire.

Chapitre 2 : Du développement des espaces verts.

Section 1 : Des prescriptions relatives au développement des espaces verts et aux normes qui leur sont applicables

Toute production architecturale et/ ou urbanistique doit intégrer et prendre en charge la nécessité de prévoir des espaces verts selon les normes et objectifs fixés par la présente loi, pour toute conception d'espaces verts, le concepteur public ou privé est tenu dans une optique d'homogénéité et d'unité, de prendre en considération les facteurs suivants¹ :

- Le caractère du site;
- Les vues à conserver, à mettre en valeur ou celles à masquer;
- Les ressourcés de terrain ;
- Les espèces et variétés végétales de la région concernée;
- Le patrimoine architectural de la zone ou de la région;
- Les servitudes et les contraintes liées à la mitoyenneté, au régime des eaux, au droit de passage, au bornage, aux alignements de voirie, nivellements, plantations, aux canalisations, souterraines et aux installations électriques souterraines.

¹ - Reh bien h, Présentation du service espaces vert de Freiburg in paysage, actualités, n° 166 Mars 2005, p.13-14.

- Casbah. Alger. De Chimay, J. (1961). « Plaisirs des jardins ».

Les emplacements réservés aux espaces verts dans les zones urbaines doivent être pris en considération lors de l'élaboration ou de la révision des instruments d'urbanisme.

Il est institué en vertu de la présente loi :

- Des normes d'espace vert ;
- Des coefficients d'espace vert par ville ou par ensemble urbain ;
- Des coefficients d'espace vert pour les habitations particulières ;
- Une nomenclature des arbres urbains et des arbres d'alignement.

Section 2 : Des dispositions relatives à l'usage des espaces verts en matière de risques majeurs

Les périmètres dégagés suite à l'effondrement de bâtisses, en zones urbaines ainsi que les zones urbaines grevées de servitudes non aedificandi après traitement des raisons qui ont conduit à les soumettre aux contraintes sus évoquées, sont utilisés en priorité en espaces verts.

Section 3 : Des dispositions pénales relatives à l'usage illégale des espaces verts.

Sont habilités à recherche et à constater les infractions aux dispositions de la présente loi les officiers et agents de police judiciaire et les fonctionnaires dûment mandatés, agissant en vertu qui leur sont conférés par les lois et règlements en vigueur¹.

Toute infraction aux dispositions de la loi est punie d'un emprisonnement de six(6) mois à un (1) an et d'une amende de cinquante mille dinars (50.000DA) à cent mille dinars (100.000DA) et de la remise l'état des lieux, en cas de récidive, la peine est portée au double².

Et toute infraction aux dispositions de la loi est punie d'un emprisonnement de deux(2) à quatre (4) mois et amende de cinq mille dinars (10.000DA) à vingt mille dinars (20.000DA). en cas récidive, la peine est portée au double³.

Ainsi que toute infraction aux dispositions de la loi est peine d'un emprisonnement de un (1) à quatre (4) mois et d'une amende de cinq mille dinars (5.000 DA) à quinze mille dinars (15.000DA). Et en cas de récidive, la peine est portée ou double⁴. Est puni d'un emprisonnement de trois(3) à six(6) mois et d'une amende de vingt mille dinars (20.000 DA) à cinquante mille dinars (50.000 DA) quiconque se rend responsable de la dégradation des espaces verts et d'arrachage de jeunes plants.

¹ - Art.34 de la loi n° 07-06.

² - Art.35 de la loi n° 07-06.

³ - Art 37. de la loi n° 07-06 .

⁴ - Art. 38. du la loi n° 07-06 .

Est punie aussi d'un emprisonnement de six (6) à dix-huit (18) mois et d'une amende de cinq cent mille dinars (500.000DA) à un million de dinars (1.000.000 DA) toute personne qui détruit volontairement tout ou partie d'un espace vert avec intention de s'emparer des lieux et de les affecter à une quelconque autre activité. Et en cas de récidive, la peine est portée au double

Conclusion :

Le besoin d'espace vert urbain n'est plus à démontrer en milieu urbain ; il ne relève pas seulement d'enjeux environnementaux et esthétiques, mais aussi le lieu d'expériences fondatrices et d'ouverture sociale. La présence de cet espace vital est indispensables au bien être des populations humaines, car son absence se présente comme un phénomène qu'il faut analyser. A l'instar des villes Algériennes ; la ville de Batna en est un témoin vivant. Les habitants de la ville ressentent un manque en matière d'espace vert dans leur ville. Face à l'image physique dégradée des espaces verts dans la ville de Batna, on trouve un habitant avec une notion d'espace vert urbain qui n'est pas claire et se limite à l'esthétique, l'ombre et le bien-être, et celle de l'esthétique représente le rôle majeur que joue cet espace. La politique appliquée concernant les espaces verts au niveau de la ville de Batna souffre d'un manque de textes règlementaires, de gestion,...d'une vraie attention à cet espace.

Le Régime Fiscal de l'Environnement Dans le Droit Algérien



Mme Habchi Leila Kamila

Doctorante à l'école doctorale

**A la faculté de Droit et des Sciences Politiques
de Sidi Bel Abbés- Algérie.**

E-mail : habchi.lila@outlook.com

Introduction :

Le régime fiscal environnemental est considéré comme une stratégie efficace pour l'application de la politique de protection de l'environnement, dans la mesure où il a été soutenu par de nombreux décideurs politiques et économiques et ce, après que l'administration environnementale en Algérie soit convaincue de l'inefficacité des seuls moyens de régulation face aux préjudices environnementaux.

Le régime fiscal environnemental occupe , en Algérie, une place prépondérante dans la protection de l'environnement, en ce sens qu'il est considéré comme un moyen économique auquel a recours l'état pour la protection de l'environnement contre toutes formes de pollution. Par ailleurs, le régime fiscal de l'environnement contribue à la mise en place des ressources financières nécessaires à la couverture des dépenses environnementales.

C'est dans ce but, que nous tenterons, par le biais de cette recherche, d'apporter un éclairage sur les fondements du régime fiscal environnemental dans le droit algérien et ce , dans une perspective d'évaluation de son efficacité dans la mise en œuvre de la politique environnementale et la concrétisation de ses objectifs.

Chapitre I : Le régime fiscal environnemental répressif :

Le régime fiscal de l'environnement en Algérie est considéré, en général, comme un dispositif répressif et ce, conformément au principe du pollueur-payeur qui constitue une technique économique efficace pour concrétiser les objectifs stratégiques environnementaux, et un moyen adéquat pour la mise en œuvre du rôle dévolu à la fiscalité environnementale dans la protection de l'environnement.

Section I: Le principe du pollueur- payeur.

Ce principe qui est apparu pour la première fois en 1972 par le biais de l'organisation de coopération et de développement économique (OCDE) en Europe, stipule que: " Les autorités publiques sont tenues de prélever au pollueur les dépenses relatives aux mesures destinées à la protection de l'environnement dans des conditions acceptables"¹. Ce principe a été mis en œuvre de manière effective dans le cadre de la clause 16 de la charte de « rio De Janeiro » qui stipule que les autorités de tutelle doivent encourager le paiement des dépenses environnementales et l'utilisation des instruments économiques requis dans la mesure où le pollueur est tenu de supporter les frais inhérents à la pollution, en prenant en considération l'intérêt général et sans porter atteinte au commerce et l'investissement internationaux.²

Sous-Section I: Définition du principe du pollueur-payeur.

Le contenu du principe du pollueur- payeur est d'ordre économique, en ce sens que le prix des produits et services exposés sur le marché doit refléter le coût des produits utilisés qui intègrent également les ressources environnementales, car le rejet des déchets polluants dans l'air et sur le sol est une forme d'utilisation de ces ressources dans la production . C'est la raison pour laquelle l'évaluation économique de ces ressources qui sont intégrées dans les frais de production, doit être obligatoire.

¹ - Miifi Kamel: Les techniques de régulation administrative dans la protection de l'environnement, mémoire de magistère dans le droit administratif, Université El Hadj Lakhdar, Batna, 2010-2011, p117.

² - Hamida Djamil, Le système juridique du préjudice environnemental et les techniques d'indemnisation, Dar El Khaldounia, Algérie, 2011, p 195.

Dans le même contexte, le principe du pollueur-payeur renferme également un aspect politique dans la mesure où les pouvoirs publics visent à alléger au profit du trésor public les charges financières relatives à la pollution dont s'acquitte le pollueur¹.

Selon le chercheur Agath Van Lag, le principe du pollueur-payeur a un impact économique et non juridique en ce sens que l'augmentation du coût du produit vendu par le pollueur, génère une baisse de la demande et, corrélativement, une réduction de la production et une limitation de la pollution et de l'utilisation des ressources naturelles².

Certains experts considèrent que le principe du pollueur-payeur est un principe juridique et indemnisant, sans cependant qu'aucune responsabilité ou charge soient supportées par l'état dans les projets de lutte contre la pollution. Ce principe peut constituer une référence pour déterminer l'indemnisation des dommages environnementaux dans le cadre de la responsabilité environnementale. Cette indemnisation requiert l'existence de l'acte causant le préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et le préjudice, pour qu'elle soit établie sur la base du préjudice et non pas sur la faute³.

Selon le docteur Hamida Djamila, le principe du pollueur-payeur est simultanément un principe juridique et économique dans la mesure où celui-ci exige du pollueur le paiement des charges sociales des préjudices qu'il a causés à l'environnement et dont les éléments constitutifs sont communs à l'ensemble de la collectivité. D'autre part, la nature du préjudice environnemental ne répond pas, dans la plupart des cas, aux critères sur lesquels repose la responsabilité civile, eu égard à la difficulté de prouver l'existence du préjudice personnel qui est lié à l'existence d'un intérêt personnel direct⁴.

Le législateur algérien a fait valoir que le principe du pollueur-payeur est applicable à toute personne dont les activités causent ou sont susceptibles de

¹ - Ounnes Yahia, guide de l'élu local pour la protection de l'environnement, Dar el Gharb d'édition et de diffusion, Oran, 2003, p. 339.

² - Agatha Van Lag, Droit de l'environnement, 3^{ème} édition, Thémis, paris, 2002, p 119.

³ - Kamel Razik, Le rôle de l'état dans la protection de l'environnement, revue El Bahit, université de Blida, N°05, 2007, p. 101

⁴ - Hamida Djamila, op.cit., p. 203.

causer des dommages à l'environnement assume les frais de toutes les mesures de prévention de la pollution, de réduction de la pollution ou de remise en état des lieux et de leur environnement ¹.

Ceci explique l'adoption du critère économique par le législateur Algérien qui a abandonné la norme juridique du principe du pollueur-payeur, en utilisant le terme "charges" au lieu de celui de "la responsabilité".

Le principe du pollueur-payeur englobe l'obligation d'acquiescement des taxes et impôts supplémentaires aux acteurs causant la pollution, et l'obligation pour ces derniers d'indemniser et d'éliminer les dommages.

Si le pollueur est en même temps le payeur conformément au texte juridique en vigueur, dans la réalité, il récupère les taxes écologiques dans les prix des produits et des services présentés et, dans ce cas le consommateur devient enfin de compte le véritable payeur de ces taxes, ce qui implique de fait, une diminution de l'efficacité du principe du pollueur-payeur.

Sous-Section II: Moyens de mise en œuvre du principe du pollueur-payeur.

L'Algérie a pris l'initiative d'introduire une série de moyens pour l'application du principe du pollueur-payeur, qui se sont concrétisés sous deux formes:

1. Les moyens réglementaires :

Le plus important moyen réglementaire utilisé par le législateur pour la mise en œuvre du principe du pollueur-payeur a trait au contenu du décret exécutif 93-160 réglementant les rejets d'effluents liquides industriels qui repose fondamentalement sur la mise en place d'un ensemble de conditions techniques qui doivent être prises en considération . Ces conditions sont liées aux² :

- Débit et degré de pollution des eaux réceptrices et leur capacité de régénération naturelle.
- Modalités d'utilisation des eaux réceptrices et exigences de l'alimentation en eau des populations.

¹ -Art.03 de la loi 03-10 du 19-07-2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable/ JORA N°43.

² -Art.5 du décret 93-160 du 10 juillet 1993 réglementant les rejets d'effluents liquides industriels JORA N°46.

- La protection de la faune et de la flore et exigences sanitaires, économiques, et touristiques.
- L'importance et de la nature des rejets.

En complément de cela, le législateur recommande que l'autorisation des rejets doit être délivrée par le ministre chargé de l'environnement après avis du ministre chargé de l'hydraulique¹.

Le dossier de demande d'autorisation du rejet comporte notamment²:

- Les noms, prénoms, qualité et domicile du demandeur dans le cas où la demande émane d'une collectivité, d'une entreprise publique, ou de toute autre personne morale, elle renferme les indications suivantes: nature, siège, objet, noms, prénoms et qualité du ou des représentants habilités auprès de l'administration.
- La description de l'emplacement de l'opération projetée et le cas échéant, de sa profondeur et des niveaux souterrains dans lesquels elle s'effectue.
- La nature et l'importance du rejet, les conditions d'évacuation ou de dépôt notamment, sa répartition dans le temps, et les mesures proposées pour remédier à la pollution des eaux.
- La nature des agents polluants susceptibles d'altérer la qualité des eaux.
- La description technique des installations prévues pour éviter d'altérer la qualité des eaux ou de nuire à la stabilité publique.

Cette demande doit être jointe d'une carte sur laquelle est reporté l'emplacement de l'opération projetée.

Les objectifs de ce décret ne s'accommodent pas avec le contenu du principe du pollueur-payeur qui a pour but de réduire ou éradiquer complètement la pollution ,et oblige le pollueur à supporter les charges financières en contrepartie des préjudices causés à l'environnement, tandis que le décret précité oblige le pollueur à prendre les mesures qui lui permettent d'évacuer les déchets dans le milieu naturel.

¹ - Art. 6 du même décret.

² - Art. 8 du même décret.

2. Les moyens fiscaux:

Dans le but d'améliorer la situation de dégradation de l'environnement, le législateur a pris l'initiative d'introduire les instruments fiscaux pour mettre fin au phénomène de la pollution.

Les taxes sur les activités polluantes ou nuisibles à l'environnement figurent parmi les moyens fiscaux les plus importants, qui peuvent être appliqués à l'ensemble des activités industrielles, commerciales, et de prestations pratiquées par les installations de différentes classes.

Cette taxe a été élaborée en application de la loi de finances 1992¹

Il est institué une taxe sur les activités polluantes ou dangereuses pour l'environnement: le taux de base de la taxe annuelle est fixé comme suit:

- 90.000,00 DA pour les installations classées dont une activité au moins est soumise à autorisation du Wali territorialement compétent.
- 20.000,00 Da pour les installations classées dont une activité au moins est soumise à autorisation du président de l'assemblée populaire communale territorialement compétent.
- 9000,00 DA pour les installations classées dont une activité au moins est soumise à déclaration.
- 120.000,00 DA pour les installations classées dont une activité au moins est soumise à autorisation du ministre chargé de l'environnement.

Pour les installations n'employant pas plus de deux personnes, les taux de base sont réduits à:

- 24.000,00DA pour les installations classées soumises à autorisation du ministère chargé de l'environnement.
- 18.000,00DA pour les installations classées soumises à autorisation du Wali.
- 3000,00 DA pour les installations classées soumises à autorisation du président de l'assemblée populaire communale.

¹ - Art 117 de la loi 91-25 du 18-12-1991 relatif à la loi de finances 1992 modifiée et complétée par l'article 54 de la loi 99-11 relatif à la loi des finances 2000, JORA N° 99 modifié et complété par l'article 202 de la loi 01-21 relatif la loi de finances 2002, JORA. N°79.

- 2000,00 DA pour les installations classées soumises à déclaration.

S'agissant du taux de ces taxes, il y'a lieu de remarquer que le législateur a adopté une méthode graduelle dans la définition de l'indice annuel des taxes appliquées sur les activités polluantes en fonction du degré de classification des industries, en ce sens qu'un tel indice augmente parallèlement à l'élévation de la classification des infrastructures qui est liée au niveau d'impact négatif sur l'environnement.

Il faut également remarquer que ces textes ne favorisent pas l'application du contenu relatif au principe du pollueur payeur, en ce sens que cette taxe repose sur la nature de l'industrie, et le nombre des travailleurs, et non pas sur les dangers et les préjudices résultant de l'exploitation de l'activité en question.

En conséquence, cette taxe qui ne prend pas en ligne de compte le degré de pollution et les préjudices qui affectent l'environnement, remet en cause la méthode d'application fiscale qui prive le principe du pollueur payeur de son efficacité, et de son rôle en tant qu'instrument incitatif¹.

L'efficacité du principe du pollueur-payeur et la réalisation de son objectif sont liées à la mise en adéquation des activités industrielles avec les buts assignés à ces taxes, et ce, par le biais de l'investissement qui s'appuie sur la technologie adaptée à l'environnement.

Par ailleurs, il est utile de signaler que l'application dudit principe, est confrontée aux difficultés du terrain pour diverses raisons dont la principale a trait à sa caractéristique générale qui ne permet pas, dans la plupart des cas, l'identification des pollueurs et leur contrôle.

Section II: La fiscalité environnementale répressive.

La fiscalité environnementale en Algérie est entrée en application sur le terrain consécutivement aux réformes qui ont ciblé les organismes environnementaux, en ce sens que les pouvoirs publics ont adopté le régime fiscal de l'environnement qui est considéré comme un instrument d'épargne de l'administration environnementale en matière de ressource financière destinée à la lutte contre la pollution et la protection des potentialités naturelles.

¹ - Hamida Djamila, op.cit., p. 453.

Sous-Section I: Le contenu de la fiscalité environnementale répressive.

La fiscalité environnementale est perçue comme l'une des politiques nationales récentes qui a pour but de corriger les insuffisances par le biais d'une taxe ou d'un impôt sur la pollution, dont les recettes sont utilisées dans la lutte contre la pollution et la mise en place d'organismes qui veillent à la protection de l'environnement sur le terrain.

Les recettes précitées constituent un élément de motivation qui dissuade le pollueur de récidiver et d'utiliser une technologie environnementale propre qui contribue à la réduction des dépenses¹.

La fiscalité environnementale constitue un cadre qui englobe les taxes et les impositions fiscales, imposées par l'état aux personnes polluantes physiques et morales², dans une perspective répressive.

Cette fiscalité environnementale est définie sur des bases économiques et techniques, avec la prise en compte des considérations politico-économiques³.

En général, la fiscalité est considérée comme l'un des instruments de maîtrise économique utilisé à des fins de financement du développement, et l'encouragement de la consommation rationnelle et judicieuse des produits et des prestations de service sur le plan économique, et cela, par le biais de l'augmentation ou la réduction de la valeur fiscale imposée sur les produits⁴.

La fiscalité environnementale répressive vise à atteindre les objectifs ci après:

- La contribution à l'éradication de la pollution dans la mesure où les impôts obligent le pollueur à limiter la pollution, en ce sens que ces impôts touchent directement ses ressources financières.

¹ - Kamel Razik, op.cit., p. 100.

² - Fares Mesdour, L'importance de l'intervention des gouvernements dans la protection de l'environnement par l'application de la fiscalité environnementale, Revue El Bahit, université de Blida, N°05, 2009, p. 348.

³ - Hassouna Abdelghani, La protection juridique de l'environnement dans le cadre du développement durable, thèse de doctorat en droit, université Mohamed Kheider, Biskra, 2012- 2013, p. 43.

⁴ -El Aychi Ajlene, Rationalisation du système fiscal algérien dans le cadre de contenant et le recouvrement ,mémoire de magistère en sciences commerciales, université d'Alger, 2005-200, p. 32.

- Le renforcement des autres dispositions réglementaires dans le domaine de la protection de l'environnement qui sont devenues insuffisantes pour réprimer les contrevenants.
- Consolidation des décisions permettant à l'état d'exploiter de nouvelles sources financières pour la lutte de la pollution.
- L'incitation et l'encouragement à éviter le stockage des rejets industriels dangereux et limiter les activités à risque dont les effets polluants sont devenus considérablement coûteux¹.
- L'intégration directe des coûts des prestations et des préjudices environnementaux dans les prix des produits encourage l'application du principe du pollueur payeur, tandis que la fiscalité environnementale incite à l'innovation, particulièrement lorsque l'énergie, les eaux, les minerais, les déchets solides, liquides et gazeux, sont soumis à l'imposition.

Dans ce cas, les contribuables ont recours à de nouvelles procédures pour le transport, l'utilisation de l'énergie et la consommation pour réduire le taux d'imposition auxquels ils sont soumis².

Sous-Section II: Les éléments de la fiscalité environnementale répressive.

La fiscalité environnementale répressive englobe deux aspects qui sont: les impôts et les taxes.

1. Les impôts :

Ce sont des prélèvements financiers imposés par l'état qui les recouvre conformément à la réglementation, et qui sont estimés de manière obligatoire et définitive.

Ces prélèvements sont imposés aux contribuables dans le but de couvrir les dépenses publiques de l'état destinées au développement multiforme (économique, social, culturel...etc.)³.

¹ - Miifi Kamel, op.cit., p. 121.

² - Hassouna Abdelghani, op.cit., p. 79.

³ - Hassouna Abdelghani, op.cit., p. 77.

Les impôts qui sont considérés comme un moyen économique efficace pour la régulation des activités économiques, ont un impact direct sur l'environnement qui peut être positif, négatif ou inexistant.

L'impact généré par les impôts est positif lorsque ces derniers sont utilisés comme moyen pour éradiquer les activités économiques polluantes par le biais d'une imposition élevée.

Leur impact est négatif lorsque les activités polluantes sont encouragées par le biais de la réduction ou la suppression des impôts.

L'impact des impôts est inexistant lorsque ces derniers ne provoquent aucun changement sur les activités économiques polluantes et deviennent, en conséquence, un moyen de motivation pour la protection de l'environnement¹.

L'impôt est considéré comme le moyen le plus efficace pour l'élimination de la pollution environnementale et ce, du fait de l'existence d'une relation proportionnelle entre le coût de l'impôt et le degré de nuisance des polluants, qui ont pour effet d'encourager le pollueur à réduire la quantité des émanations.

2. Les taxes :

Les taxes constituent les plus importantes recettes de la fiscalité environnementale destinées à la protection de l'environnement, Le législateur algérien n'a, cependant, abordé les taxes écologiques que tardivement, et ce, après que l'administration environnementale soit convaincue de l'efficacité des seuls instruments administratifs pour faire face à la complexité des problèmes environnementaux.

La fonction préventive des taxes écologiques est matérialisée par l'encouragement des pollueurs à se conformer aux règles de réduction de la pollution, par le biais de l'application de la valeur de base de la taxe et ce, par l'utilisation du coefficient multiplicateur en cas de récalcitrance².

¹ - Bensafia Sihem, Les organismes administratifs chargés de la protection de l'environnement, mémoire de magistère en droit de l'administration et des finances, université Alger1, 2010-2011, p. 175.

² - Ounes Yahia, Les mécanismes juridiques de la protection de l'environnement, thèse de doctorat en droit public, université de Tlemcen, 2007, p. 303.

La similitude entre l'impôt et la taxe réside dans le fait qu'ils constituent un montant qui est imposé financièrement dont le recouvrement est utilisé dans la couverture des dépenses publiques. Toutefois, la taxe diffère de l'impôt dans la mesure où elle représente la contrepartie d'un service, tandis que l'impôt est considéré une contribution obligatoire dans les dépenses publiques sans contrepartie directe au profit du contribuable¹.

Les taxes environnementales ne prennent pas constamment la forme d'une sanction administrative, mais constituent plutôt une mesure permanente liée de manière aléatoire aux activités polluantes de l'environnement. A cet effet, l'administration environnementale s'emploie à se libérer de la pollution et à orienter les concernés vers un comportement écologique adapté à la politique préconisée par la réglementation².

Les taxes écologiques ne peuvent atteindre l'objectif répressif que dans la mesure où leur valeur est équivalente ou supérieure aux dépenses relatives à la lutte contre la pollution. Seulement, une éventuelle faiblesse de cette valeur risque d'inciter les entreprises industrielles et les pollueurs dans la poursuite de leurs activités polluantes.

Sous -Section III: Les applications de la fiscalité environnementale répressive.

Le législateur s'est attelé à élaborer un ensemble de taxes et impôts environnementaux pour mettre fin à différentes formes de pollution parmi lesquelles figurent celles imposées sur les émissions polluantes, sur les produits, et pour la protection de la qualité de la vie. Nous en citons quelques exemples:

1. La taxe supplémentaire sur la pollution industrielle de l'air:

Cette taxe vise notamment l'émission dans l'atmosphère de gaz, fumées, vapeurs, particules liquides ou solides qui dépassent les valeurs limites fixées dans le décret exécutif 06-138³.

¹ - Hassouna Abdelghani, op.cit., p. 78.

² - Miifi Kamel, op.cit., p. 118.

³ - Décret exécutif n°06-138 du 15 avril 2006 réglementant l'émission dans l'atmosphère de gaz, fumées, vapeurs, particules liquides ou solides, ainsi que les conditions dans lesquelles s'exerce leur contrôle, JORA N°24.

Ce décret a été créé en vertu de la loi de finances 2002¹, complété par le décret exécutif 07-299², qui a pour objectif de fixer les modalités d'application de la taxe complémentaire sur la pollution atmosphérique d'origine industrielle et ce suivant une répartition du coefficient multiplicateur qui est fixé de 1 à 5 selon, les quantités émises dépassant les valeurs limites fixées de 10% comme niveau minimal à 100% comme niveau maximal pour les établissements classés³.

Le coefficient multiplicateur de chaque établissement classé est transmis au receveur des contributions diverses de la wilaya par les services de l'environnement de la wilaya concernée.

La détermination des quantités de pollution visant à fixer le coefficient multiplicateur est effectuée sur la base des analyses des émissions atmosphériques d'origine industrielle, élaborées par l'observatoire national de l'environnement et du développement durable (ONEDD)⁴.

2. La taxe sur les sacs en plastique importés et/ou produits localement :

Cette taxe a été créée en vertu de la loi de finances 2004, qui impose une taxe de 10,50 DA par kilogramme sur les sacs en plastique importés et/ou produits localement

Le produit de cette taxe est affecté au compte d'affectation spéciale N°302-065 intitulée "Fond national pour l'environnement et la dépollution"⁵.

3. La taxe d'incitation sur les déchets liés aux activités de soin des hôpitaux et cliniques :

Cette taxe qui a été créée en vertu de l'article 204 de la loi de finances pour 2002, est fixée à un taux de références de 24.000 DA/t. Le tonnage concerné est arrêté en fonction des capacités et types de soins de chaque établissement concerné ou par mesure directe.

Le produit de cette taxe est affecté comme suit:

- 10% au profit des communes.

¹ - Art 205 de la loi 01-21 du 22-11-2001 relative à la loi de finances 2002, JORA N°79.

² - Décret exécutif 07-299 du 27 septembre 2007 fixant les modalités d'application de la taxe complémentaire sur la pollution atmosphérique d'origine industrielle.

³ - Art. 03 du décret 07-299 déjà précité.

⁴ - Art. 04 du décret 07-299 déjà précité.

⁵ - Art. 53 de la loi 03-22 du 28-12-2003 portant loi de finance pour 2004, JORA N°83.

- 15% au profit des travaux publics.
- 75% au profit du fond national pour l'environnement et la dépollution (FEDEP)¹.

La conclusion à tirer de ce qui précède est que la fiscalité environnementale constitue un moyen matériel adéquat qui permet de concrétiser le principe de pollueur-payeur sur le terrain. Elle représente également un moyen économique de protection de l'environnement dont l'efficacité apparaît dans l'intégration des dépenses des prestations et des préjudices environnementaux directement dans les coûts des produits et des prestations. Elle incite, en outre, à l'utilisation des ressources naturelles sans influencer négativement sur l'environnement.

Chapitre II: Le régime fiscal environnemental incitatif

Le régime fiscal environnemental n'est pas un régime intégralement répressif qui impose les taxes et les impôts, car il renferme également des motivations fiscales qui ont le plus grand effet dans la mise en place des industries et des activités ayant des affinités avec l'environnement ainsi que l'exemption fiscale qui suscite une réponse spontanée à l'utilisation des techniques adaptées à l'environnement².

Les motivations fiscales environnementales visent toute politique fiscale ayant pour but d'atteindre des objectifs environnementaux au profit de la société par le biais de l'orientation des investissements vers des secteurs qui favorisent la réduction du niveau de pollution de l'environnement. Ceci entraîne d'une façon ou d'une autre la correction du comportement des individus et des industries envers l'environnement³.

Sur le plan pratique, il est possible d'octroyer des motivations pour encourager les investissements environnementaux et pour inciter les pollueurs à adapter des politiques de protection environnementale. Ces motivations englobent le régime des subventions environnementales et les mesures d'exemption environnementales.

Section I: Le régime des subventions environnementales.

Le régime des subventions environnementales constitue les aides financières telles que les donations et les crédits bonifiés, qui incitent les pollueurs à changer leur pratique et à se

¹ - Art. 204 de la loi 01-21 portant loi de finances pour 2004, déjà précitée.

² - Fares Mesdour, op.cit., p. 349.

³ - Hassouna Abdelghani, op.cit.p.89

réconcilier avec l'environnement, tout en obligeant les établissements qui sont confrontés aux difficultés à se conformer aux normes imposées.

Ces subventions sont classées en subventions globales et sectorielles.

Sous-section I : Les subventions globales.

Les subventions globales se concrétisent par le biais des fonds prévus par les différentes lois de finances parmi lesquels nous citons :

1. Le fond national de l'environnement et de dépollution :

Ce fond a été constitué en vertu de la loi de finances 91-25 déjà précitée et ce, en son article 189 qui définit son mode de fonctionnement en vertu du décret exécutif 98-147 qui a été modifié à son tour par le décret exécutif 01-408 du 13-12-2001 modifié par le décret exécutif 06-273¹.

Les ressources de ce fond sont puisées dans les taxes sur les activités polluantes et dangereuses pour l'environnement en complément des amendes provenant des infractions à la réglementation environnementale, des donations, des subventions nationales et internationales, et des indemnités émanant de la pollution inhérente aux rejets des produits cliniques dans les milieux récepteurs parmi lesquels figure la mer.

En complément de cela, s'ajoutent les crédits fournis au profit du fond et destinés aux opérations de dépollution aléatoire résultant des produits chimiques dangereux pour les milieux terrestres, maritimes, et atmosphériques.

Le fond a pour mission d'accorder des aides destinées aux activités qui contribuent à orienter les établissements vers l'utilisation d'une technologie spécifique, et à financer les opérations de contrôle de la situation environnementale en générale, et des sources de pollution en particulier.

2. Le fond national du patrimoine culturel :

Le concept d'environnement se subdivise en deux volets naturels et industriels ou infrastructuraux. Ces derniers ont une portée historique ou culturelle qui s'intègre dans le cadre

¹ - Décret exécutif 06-273 du 04-07-2006 modifié par le décret exécutif 98-147 du 04-07-1998 portant les modes de gestion de compte spécial N°65-302 intitulé « Fond national pour l'environnement et la dépollution » , JORA N°45.

du patrimoine national ou mondial. Eu égard au caractère sensible de ce genre de patrimoine, celui-ci nécessite une protection spécifique dont certains mécanismes se concrétisent par le biais du fond national de protection du patrimoine culturel¹.

Ce fond s'emploie également à financer les études d'expertise et les travaux de restauration nécessaires à la sauvegarde, la réhabilitation des biens culturels immobiliers protégés, et à prendre en charge les actions de vulgarisation et de sensibilisation qui ont pour objectif de promouvoir le civisme et la culture de protection et de sauvegarde du patrimoine culturel².

Le financement de ces frais est basé sur :

- La quote-part prélevée sur les revenus issus de l'exploitation des biens culturels matériels et immatériels.
- La quote-part de taxe sur les pneus.
- La taxation applicable sur la plus-value générée par la valorisation du patrimoine culturel.
- Le produit des amendes résultant des infractions à la législation portant protection du patrimoine culturel, les subventions de l'état et des collectivités locales, les dons et legs³.

Sous-Section II : Les subventions environnementales sectorielles.

Ces subventions se matérialisent par le biais de certains fonds créés en vertu des différentes lois de finances dont les suivants :

1. Le fond national des énergies renouvelables :

Parmi les impacts environnementaux les plus importants liés à l'utilisation des énergies traditionnelles figure l'effet de serre (le réchauffement planétaire) qui se rattache au phénomène de réchauffement de la terre résultant de l'augmentation de la concentration de certains gaz dans la couche d'ozone dont le plus important est le gaz d'oxyde de carbone.

¹ - Hassouna Abdelghani, op.cit., p. 94.

² - Art. 04 du décret exécutif 06-239 du 04-07-2006 fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation n°302-123 intitulé "Fond national du patrimoine culturel".

³ - Art. 03 du même décret.

Contrairement à cela, l'utilisation des énergies renouvelables à un impact probant dans la protection de l'environnement, eu égard à son rôle dans la réduction des émissions de ces gaz¹.

En ce qui concerne les actions de promotion, de recherche et de développement, et l'utilisation des énergies renouvelables en complément ou en substitution aux énergies fossiles, les projets de développement bénéficient d'incitations dont la nature et le montant sont fixés par la loi de finance².

En se référant à la loi de finances de l'année 2010, on remarque que le législateur a créé le fond national des énergies renouvelables qui est financé par des prélèvements estimés à 0,5% sur la fiscalité pétrolière, avant que ce taux ne soit modifié à 1% dans la loi de finances complémentaire de l'année 2011.

Le but de ce fond est de participer au financement des actions et projets inscrits dans le cadre de la production des énergies renouvelables et de la cogénération³.

Le législateur a rattaché le financement du fond de promotion des énergies renouvelables à un taux de pourcentage puisé dans la fiscalité pétrolière qui constitue une estimation fluctuante conditionnée par les bouleversements des marchés pétroliers dans le monde, en ce sens que la hausse et la baisse de leurs revenus rendent le fond incapable de jouer pleinement son rôle.

2. Le fond matériel des eaux potables :

Ce fond a été créé en vertu de la loi de finances de l'année 2003. Les bilans des recettes de ce fond regroupent les redevances⁴ dues pour la délivrance de l'autorisation des ressources

¹ - Mohamed Talbi, Mohamed Sahli, L'impact de l'énergie renouvelable sur la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, Revue El Bahit, université Ourgla, N°06, 2008, p. 05.

² - Art. 15 de la loi 04-09 du 14-08-2004 portant sur la promotion des énergies renouvelables dans le cadre du développement durable, JOR N° 52.

³ - Art. 40 de la loi 11-11 du 18-07-2011 relative à la loi de finance complémentaire pour 2011, JORA N°40.

⁴ - Les redevances environnementales sont définies comme des prélèvements financiers d'une valeur symbolique, payés par le contribuable en contrepartie des services fournis par les pouvoirs publics, comme l'approvisionnement en eau potable avec l'imposition d'une redevance en rapport avec le niveau de consommation (économie d'eau). Veuillez vous référer dans ce contexte à Benahmed Abdelmounim, Les instruments juridiques et administratifs de protection de l'environnement en Algérie, thèse de doctorat en droit, université d'Alger, Benyoucef Benkhedda, 2008- 2009, p. 209.

en eau¹. En ce qui concerne les eaux minérales, les eaux de source et les eaux pour la fabrication de boissons et limonades ces redevances sont fixées à raison d'un dinar (1 DA) par litre d'eau prélevé.

Le produit de la redevance est réservé à raison de 50% au profit du trésor public et 50% au profit du fond national des eaux potables².

En dépit des avantages fournis par le régime des subventions environnementales, celui-ci contient des insuffisances objectives, en ce sens qu'il va à l'encontre du principe du pollueur payeur, et encourage l'adhésion de nouveaux établissements à l'investissement dans les secteurs polluants.

Malgré cela, ce régime joue encore un rôle déterminant dans la concrétisation de la politique environnementale qui repose sur l'équilibre entre la réalisation des objectifs environnementaux et la préservation de la continuité des établissements économiques dans la réalisation du développement.

Section II : Le régime d'exemption fiscale environnementale.

L'exemption fiscale dans le domaine environnementale constitue une cession de l'état de son droit sur la valeur des taxes et des impôts imposés sur les investissements qui contribuent au développement économique et à la protection de l'environnement.

L'exemption fiscale environnementale peut être totale en incluant les impôts et les taxes imposés sur les différentes activités économiques et ce, pour distinguer entre les activités économiques polluantes et celles adaptées à l'environnement.

Cependant, l'exemption peut être provisoire en s'étalant sur une durée limitée à l'instar de l'exemption d'un établissement durant les cinq premières années de sa création et ce, pour l'inciter et l'habituer à l'acquisition d'une technologie conforme à l'environnement³.

A cet effet, plusieurs lois inhérentes à l'environnement ont abordé des mesures incitatives fiscales et financières parmi lesquelles on cite:

¹ - Art. 37 de la loi 05-12 du 04-08-2005, JORA N° 60, relative à l'eau.

² - Art. 98 de la loi 02-11 du 04-12-2002 portant loi de finances pour 2003, JORA N° 86 modifiée et complétée par l'article 46 de la loi de finances complémentaire pour 2008, JORA N°47.

³ - Hassouna Abdelghani, op.cit., p. 90.

Sous-Section I :L'incitation fiscale dans la loi 03-10 relative à la protection de l'environnement.

Le législateur a prévu les incitations fiscales relatives aux activités du développement qui visent la protection de l'environnement et ses ressources au titre de la loi 03-10 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, en ce sens qu'il a indiqué que les entreprises industrielles qui importent des équipements leur permettant d'éliminer ou de réduire dans leur processus de fabrication ou dans leurs produits, les gaz à effet de serre ou toute forme de pollution, bénéficient d'incitations financières et douanières qui sont précisées par la loi de finances¹.

Sous-Section II: L'incitation fiscale énoncée dans la loi, art. 04 de la loi 01-20 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire.

La politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire vise un développement harmonieux de l'ensemble du territoire national. Elle retient comme finalité l'incitation à la répartition appropriée entre les régions et les territoires des moyens de développement en visant l'allégement des pressions sur le littoral, les métropoles et les grandes villes et la promotion des zones de montagne, des régions de hauts plateaux et du sud².

Le législateur a prévu, par le biais de la loi de finances de l'année 2004, la réduction de la valeur du montant fiscal imposé sur les bénéficiaires des petites et moyennes entreprises qui bénéficient d'un abattement de 15% sur le montant de L'IBS dû au titre de leur activité de production de biens et de services, dans les wilayas des hauts plateaux, et de 20% dans les wilayas du sud pour une période de cinq années³.

Sous-Section III : L'incitation fiscale énoncée dans la loi sur l'investissement.

L'investissement joue un rôle important, eu égard aux prestations qu'il fournit au profit du développement économique, à l'allégement de ses charges, et sa contribution dans la réduction du taux de chômage. A cet effet, la majorité des états ont opté pour l'encouragement de l'investissement par le biais de diverses mesures incitatives.

¹ - Art. 76 de la loi 03-10 déjà précitée.

² - Art. 04 de la loi 01-20 du 12-12-2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire.

³ - Art. 08 de la loi 03-22 du 28-12-2003 relative à la loi de finances pour 2004, JORA N°83.

Comme application de ce genre d'incitations, le législateur a prévu un ensemble d'avantages fiscaux au profit des investisseurs utilisant des technologies qui contribuent à la protection de l'environnement et des ressources naturelles¹.

Le législateur a également prévu ces avantages fiscaux dans la loi relative au développement de l'investissement dans son chapitre (2) consacré aux avantages exceptionnels dont bénéficient les investisseurs.

Le bénéfice de ces avantages fiscaux exceptionnels est octroyé sur deux phases de la durée de l'investissement qui sont²:

1. Au titre de la réalisation de l'investissement :

- Exemption du droit de mutation à titre onéreux pour toutes les acquisitions immobilières effectuées dans le cadre de l'investissement,
- Application du taux réduit en matière de droits de douane pour les biens importés et entrant directement dans la réalisation de l'investissement.
- Application du droit fixe en matière d'enregistrement au taux réduit de deux pour mille (2‰) pour les actes constitutifs et les augmentations de capital.

2. Après constat de mise en exploitation :

- Exonération, pendant une période de dix (10) ans d'activité effective de l'impôt sur le bénéfice des sociétés (IBS), d'IRG sur les bénéfices distribués, du versement forfaitaire (VF) et de la taxe sur l'activité professionnelle (TAP).
- Exonération à compter de la date d'acquisition de la taxe foncière sur les propriétés immobilières entrant dans le cadre de l'investissement pour une période de 10 ans.

Conclusion :

Le régime fiscal environnemental qui comprend les impôts, taxes et incitations fiscales, est considéré comme un des instruments économiques et financiers qui peuvent être utilisés, pour consolider davantage l'efficacité à l'effet de traiter la problématique de la pollution, et d'encourager les individus à œuvrer à son éradication et ce, par la tarification de l'utilisation des ressources environnementales au lieu que celles-ci soient exploitées sans contrepartie, en permettant au pollueur de choisir librement la méthode adéquate visant à réduire le degré de pollution à des niveaux tolérables.

¹ - Art.10-2 de l'ordonnance 01-03 du 20-08-2001 relative au développement de l'investissement, JORA N°47.

² - Art. 11 de l'ordonnance précitée..

Le régime fiscal environnemental est perçu également comme un moyen efficace pour l'intégration des dépenses des préjudices environnementaux directement dans le prix des produits et des activités polluantes. Il a, en outre, pour but de concrétiser la complémentarité entre la politique économique et environnementale, et l'équilibre entre la protection de l'environnement d'une part, et la justice sociale et l'efficacité économique d'autre part.

Cette étude nous a permis de tirer les résultats et les recommandations suivantes:

Les résultats

- Manque de clarification du contenu du principe pollueur-payeur, dans la mesure où c'est le consommateur qui, en fait, paie le montant de la taxe écologique qui est inclus dans le prix du produit vendu à la place du pollueur.
- L'utilisation des recettes fiscales environnementales dans des domaines autres que l'environnement a pour effet de réduire l'investissement anti-pollution et de diminuer l'efficacité du principe du pollueur payeur.
- Le dilemme entre le régime d'incitation fiscale environnementale et le principe pollueur-payeur, a pour effet d'encourager l'investissement dans des secteurs polluants, et ce, pour bénéficier des aides financières.
- L'inadéquation des taxes écologiques avec le degré de pollution, n'incite pas les pollueurs à opter pour les meilleures démarches permettant de réduire la pollution.
- La fiscalité environnementale qui est le plus important moyen des pouvoirs publics, constitue un complément aux instruments de régulation administrative environnementale.
- La fiscalité environnementale est affectée au profit des fonds réservés à la protection de l'environnement.
- La fiscalité environnementale a pour effet de réduire les mauvais comportements humains envers l'environnement.

Les recommandations:

- Nécessité d'assouplir la fiscalité environnementale selon la nature des déchets et le degré de préjudice qui en résulte.

- L'utilisation des recettes de la fiscalité environnementale pour consolider les recherches et les technologies relatives au traitement et la diminution des déchets.
- L'affectation des recettes des taxes environnementales imposées dans le cadre du principe du pollueur payeur au profit des domaines et secteurs servant directement le consommateur, comme la santé et la sécurité sociale.
- La mise en place d'un système de contrôle sur le terrain et des mesures strictes garantissant la protection de l'environnement.
- La nécessité de mettre en œuvre la fiscalité environnementale dont le rôle est de réduire les diverses formes de pollution, en insistant sur l'utilisation des ressources environnementales conformément aux exigences environnementales.
- L'augmentation du taux de la fiscalité environnementale dans le but d'inciter les entreprises industrielles et les individus à réduire ou abandonner définitivement la pollution.

Le principe de précaution pour la protection de l'environnement



Mme. SARI Née KARA-TERKI Ilham

Chercheur en Doctorat Droit Public

Membre dans le Laboratoire des Droits de l'Homme et des Libertés

E-mail : ilhamkara_sari@hotmail.fr

Introduction :

L'être humain est à la recherche d'une existence ou la notion du mal, l'idée même du risque est bannie, tout au moins si celui-ci ne résulte pas directement de son comportement.

Parmi ces risques, il ya la pollution de l'environnement qui est provoquée par les actes fait par l'homme directement ou indirectement, qui entraîne des conséquences préjudiciables et dangereuse pour la santé humaine, sécurité, le bien être de l'homme, la flore, la faune, l'air, l'atmosphère, les eaux, les sols, ...¹.

Et pour la lutte contre la pollution, il ya un certain nombre de principe qui peuvent être guérie cette pollution, parmi elles "*le principe de précaution*".

Que signifie ce principe ? et qu'elles sont ces sources ? Et est-ce-que la précaution peut être un principe de responsabilité?

Pour répondre à ces questions, on va étudier deux parties :

Paragraphe 1: Définition et Source.

Paragraphe 2: La nature de la précaution et sa relation avec la responsabilité.

¹ -Mohamed Kahloula, Manuel De Droit Des pollutions Et Nuisances, Konouz Edition, 2013, p.1.

Paragraphe 1 : Définition et Source

On va essayer de donner des définitions pour le principe de précaution (*sous-paragraphe 1*), et de trouver les sources de ce principe (*sous-paragraphe 2*).

Sous-paragraphe 1: Définition

Les origines Etymologique du terme '**Précaution**' se trouve dans le verbe latin '**Pré Caver** ' dans le quelle le préfixe '**Pré** ' marque une antériorité dans le temps ou dans l'espace et indique une anticipation (**Pré = Avant**). Par contre le verbe '**caver** ' signifié se méfier, qui se retrouve dans la locution latine '**cave canem** ' '**attention au chien**'. Il s'agit donc, de se méfier avant l'occurrence d'un événement et avant que le problème ne soit réellement connu et identifier¹.

Précaution c'est un nom féminin, qui indique une disposition prise pour éviter un inconvénient².

C'est un principe de gestion prudente des risques incertains qui impose une définition des mesures immédiates de protection de l'environnement ou de la santé, sans attendre la preuve scientifique. C'est un principe d'action responsable qui permet l'équilibre entre l'utopie d'un risque Zéro et celle d'un progrès insouciant des dangers³.

Ce principe, c'est une démarche intégré dans les risques inconnus ou incertaines dans les paramètres de certain actions ou décisions, on peut dire la, que face a la l'incertitude ou a la controverse scientifique, il est nécessaire d'adopter des mesures de protection a titre de précaution, plutôt que ne rien faire⁴. Dans ce sujet M. Prieur a dit: " C'est en réalité mettre concrètement en œuvre le droit a l'environnement des générations futures " ⁵.

Donc l'objet de la précaution c'est de gère l'urgence de la décision et vise à gérer l'incertitude scientifique.

¹ -GRANET(M-B), Principe de Précaution et risques d'origine nucléaire: Quelle Protection pour l'environnement?, Journal du Droit Internationale, n3-2001, Limoges, p.758.

² -Dictionnaire HACHETTE, Edition 2010, p.1296.

³ -Momas I, Gaillard J.F, Lesaffre B, Plan National Sante Environnement, Rapport de commission d'orientation, La Documentation Française, 2004, p ?296.

⁴ - Mohamed Kahloula, op, p.16.

⁵ -M. Prieur, Droit de l'environnement, 3eme édition, Dalloz, 1996, p.144.

Sous-paragraph 2: Les sources

La notion de ce principe trouve ces origines dans les débats environnementaux des années 1970¹, car il a apparu pour la première fois en Allemagne où il est affirmé au début des années 70 comme l'un des principes d'une politique de protection de l'environnement atmosphérique contre la pollution d'origine industrielle, où il établissait qu'il n'était pas nécessaire d'attendre de disposer de certitudes sur le caractère dommageable pour l'environnement de certaines pratiques ou substances avant d'engager des actions de prévention².

Ce principe s'est étendu vers l'Europe du nord puis sur les scènes internationales et nationales.

Au plan international, le principe de précaution a été proclamé, dans la déclaration des Nations Unies sur l'environnement qui se tient à Rio de Janeiro 1992 dans le principe 15³. Depuis de nombreuses conventions internationales portant sur la protection de l'environnement ont repris ce principe, car on trouve " la convention pour la protection du milieu marin et du littoral de la méditerranée"⁴, et " la convention sur les changements climatiques"⁵.

¹ -le principe de précaution en suisse et au plan international, document de synthèses du groupe de travail interdépartemental " principe de précaution", Aout2003, p.3.

² -Lucide Montestcuqu ET Olive Guye, Le principe de précaution en sante environnementale, présentation et exemples d'application en Rhône-Alpes, les dossiers sante- environnement de L'ORS, N3, France, Avril 2009, p.1.

³ - « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.», Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 1992.

⁴ -Convention de Barcelone 1976, Amendes et Adoptes le 10 juin1995.

⁵ - la convention sur les changements climatiques, Adoptes par l'Assemblée générale des Nation Unies le 09 Mai 1992.

Au plan national, la France est le premier pays européen à intégrer le principe de précaution dans sa législation interne, car ce principe a été introduit pour la première fois dans la *'loi Barnier'* de 1995¹, qui visait à renforcer la protection de l'environnement.

En Algérie, la loi n03-10² énonce le principe de précaution dans des termes proches de ceux de la déclaration de 1992.

Paragraphe 2 : La nature du principe de précaution et sa relation avec la responsabilité :

Selon les définitions données pour le principe de précaution, ce dernier a des spécificités (sous paragraphe 1), et comme il a un rôle de protection es qu'il a un rôle dans le domaine de responsabilité (sous paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1: La nature du principe de précaution :

Le principe de précaution a trois types de nature, la nature politique, la nature économique et la nature juridique.

1- La précaution principe politique d'action³ :

Le principe de précaution c'est un outil qui permet d'éclairer les décideurs politiques dans leurs choix sans conséquences juridiques en fonction de la décision, sauf si celle-ci est explicitement prévue par les textes et il permet à l'action publique de se saisir de façon précoce de risques dont l'existence même est sujette à caution scientifiquement (La prise de conscience collective).

¹ -l'article L. 110-1 "Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable».La loi N 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

² - l'article 3, Loi N03-10 de 19 juillet 2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, J.O.R.A, N 43 du 20 juillet 2003.

³ - O. Godard, Le principe de précaution, un principe politique d'action, Revue Juridique de l'Environnement, 2000, Limoges, p.127,

2- *La nature économique:* (un principe des décisions)

Il permet, de prendre dès aujourd'hui des décisions dans la mesure où la recherche aidant les éléments de connaissance, car les recherches seront orientées en fonction des décisions prises.

Cette approche économique est ainsi utilisée en tant que méthode de décision technico-scientifique en niant toute juridicité du principe, seul le coté utilitaire est envisagé.

Cette vision permet d'avoir des meilleures informations dans le futur et de leur garder une flexibilité suffisante pour modifier les mesures au fur et à mesure des progrès de la connaissance et elle permet également de tenir compte de la décision dans ses effets sur le futur.

3- *La nature juridique:* (un principe de comportement)

Le principe de précaution est une norme de comportement face à un risque, permettant au juge de définir en quelque sorte le profil du «*Bon père du famille*» du risque¹.

Sous-paragraphe 2: Le principe précaution et la responsabilité :

Certains courant doctrinal, considère la précaution comme principe de responsabilité, car ils voient dans le principe de précaution un nouveau fondement de la responsabilité et affirment qu'il pourrait en modifier profondément le sens et la porter.

Un autre courant doctrinal, conteste et mis en doute tout influence du principe de précaution sur la responsabilité juridique².

Dans tout les cas, la nature juridique du principe de précaution lui donne un rôle dans le domaine de responsabilité, car il devient un principe de comportement devant le juge.

Conclusion :

Le principe de précaution, marque donc un engagement éminemment politique exercé dans des conditions d'incertitude scientifique. Sa méthode de prendre les décisions, oriente les recherches et permette d'avoir des meilleures informations dans le futur. Cette norme de comportement lui donne un rôle dans le domaine de responsabilité.

¹ -Thierry GALIBERT, Le principe de précaution : Du droit de l'environnement au droit de la sécurité des aliments, Mémoire réalisé pour l'obtention du Diplôme d'études approfondies d'Etudes Juridiques, UNIVERSITE DE LA REUNION, Faculté de Droit et des sciences économiques, 2001-2002, p.33a 34.

² -Philippe KOURILSKY, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 15octobre 1995, p.74.

BIBLIOGRAPHIE :

1-Dictionnaires :

-Dictionnaire HACHETTE, Edition 2010.

2- Livres :

-Mohamed Kahloula, Manuel De Droit Des pollutions Et Nuisances, Konouz Edition, 2013.

-M. Prieur, Droit de l'environnement, 3eme édition, Dalloz, 1996.

3-Thèses et mémoires

-Thierry GALIBERT, Le principe de précaution : Du droit de l'environnement au droit de la sécurité des aliments, Mémoire réalisé pour l'obtention du Diplôme d'études approfondies d'Etudes Juridiques, UNIVERSITE DE LA REUNION, Faculté de Droit et des sciences économiques, 2001-2002.

4-Articles :

-GRANET(M-B), Principe de Précaution et risques d'origine nucléaire: Quelle Protection pour l'environnement ?, Journal du Droit Internationale, n3-2001, Limoges.

-Momas I, Gaillard J.F, Lesaffre B, Plan National Sante Environnement, Rapport de commission d'orientation, La Documentation Française, 2004.

- O. Godard, Le principe de précaution, un principe politique d'action, Revue Juridique de l'Environnement, Limoges, 2002.

5-Documents :

-Lucide Montestcuqu ET Olive Guye, Le principe de précaution en sante environnementale, présentation et exemples d'application en Rhône-Alpes, les dossiers sante- environnement de L'ORS, N3, France, Avril 2009,

-Philippe KOURILSKY, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 15octobre 1995.

-le principe de précaution en suisse et au plan international, document de synthèses du groupe de travail interdépartemental " principe de précaution", Aout2003.

6- Bibliographie juridique:

-Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 1992 .

-Convention de Barcelone 1976, Amendes et Adoptes le 10 juin1995.

-la convention sur les changements climatiques, Adoptes par l'Assemblée générale des Nation Unies le 9mai1992.

-La loi N 95-101 du 2 fevrier1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

-Loi N03-10 de 19 juillet 2003relative a la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, J.O.R.A, N 43 du 20 juillet 2003.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615