

سلسلة يديرها
الدكتور رضوان العني
باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية
عبدالواحد تولان

الإيداع القانوني
2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري
X2028876

ملف الصحافة
42/2011

المطبعة

دار القلم للطباعة
12. شارع النور ، يعقوب المنصور -الرباط
الهاتف: 0661370079 /0537299490
الفاكس: 0537694820
البريد الإلكتروني: daralkalam@yahoo.fr
Daralqalam2011@gmail.com

المراسلة

20350 ق ج البيضاء 2 حي قصر البحر 24 الرقم 13 العنوان: زنقة
الهاتف: 0665929835
البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة
لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

- د- عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)
- د- أحمد حضرائي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
- د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق – عين السبع الدار البيضاء (القانون العام)
- د- گولفرنري محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
- د- إدريس الحيايني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
- د- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
- د.نعيم سابق : أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص)
- د.محمد شادي : أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع
- د.ابوبكر مهم : أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق –سطات (القانون اخاص)
- د.عاصم التجاني إبراهيم : رئيس قسم إدارة الاعمال – جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك (المملكة العربية السعودية)
- د/عبدالله محمد عبدالله : رئيس قسم الاقتصاد وإدارة الأعمال -جامعه شقراء (المملكة السعودية)
- د/ راجي يوسف محمود : رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية بكلية القانون - جامعة الكتاب- جمهورية العراق

قواعد النشر

- 1- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، و ألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
 - 2- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
 - 3- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سالفاً.
 - 4- تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
 - 5- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
 - 6- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
 - 7- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:
 - اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني
 - كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.
 - وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
 - 8- إتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب ، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر ، ص
 - 9- توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:
 - مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2-القوانين والمواثيق الدولية-3-المقالات-4-المواقع الالكترونية)
 - المراجع باللغة الأجنبية: (1-الكتب-2-القوانين والمواثيق الدولية-3-المقالات-4-المواقع الالكترونية)
 - 10 طريقة كتابة المراجع:
 - الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب ، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر
 - المقال: لقب الكاتب ، اسم الكاتب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
 - المواقع الالكترونية: لقب الكاتب ، اسم الكاتب ، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني وتاريخ الولوج وساعته
 - رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، السنة.
 - إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر
 - 11- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:
 - نوع الخط هو TraditionalArabic حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة الهوامش. (أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman.12
 - ترك هوامش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.
 - 12- لا يزيد عدد صفحات المقال (بما في ذلك المراجع) عن 22 صفحة ولا يقل عن 15 صفحة
 - 13- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني elanbiredouane@gmail.com
 - 14- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
 - 15- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
 - 16- تعبر المضامين الواردة في المقال على آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.
 - 17- أي خرق لقواعد البحث العلني أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.
- كل بحث أو مقال لا تتوفر فيه الشروط لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا يتم نشره مهما كانت قيمته العلمية

محتوى العدد	
7	افتتاحية العدد
الدراسات والابحاث	
<input type="checkbox"/>	الإجرام الرياضي في التشريع المغربي محمد المبطل
31	الحماية الجنائية لافشاء السر المهني بين مدونة الشغل والقانون الجنائي الزهرة تومي
48	الحماية المدنية والجنائية المقررة للأشياء المحجوزة محمد احتوش
59	الجرائم الماسة بالحياة الخاصة: جريمة انتهاك الحق في الصورة - نموذجاً - ياسين الكميوش
73	الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبسي محمد الجيراري
83	دواعي اللجوء إلى بدائل الدعوى العمومية في القانون المغربي عادل أزيرار
110	نظام الإكراه البدني في التشريع الجمركي عمر انويرا
135	مراقبة المحادثات الإلكترونية في التشريعات الفلسطينية والضمانات المتعلقة بها عبدالله ذيب محمود
155	أي دور للعقوبة السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك؟ ابن الشيخ عبد الإله
170	نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ضمن أنظمة التدابير غير الاحتجازية أثناء التحقيق والمحاكمة. سعيد الكاهية
193	بصمة العين كأحد أدلة الإثبات وتطبيقاتها إبراهيم الحمادي
204	مؤسسة التقيد الإحتياطي في القانون المغربي نافع عبد الرحيم
253	الحماية الجنائية للأطفال: ضحايا الجرائم والأطفال المهملين وفي وضعية صعبة نموذجاً أشرف بلاوشو
269	العمل لأجل المنفعة العامة للأحداث وفقاً لمسودة مشروع القانون الجنائي ومشروع قانون المسطرة الجنائية وفاء مطيع
291	جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في القانون المغربي إلياس الهواربي
330	أحبابو الضمانات القانونية في الجريمة الإلكترونية عبد السلام أبو الربيع

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله ربي العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى اله صحبه ومن اتبع هداه الى يوم الدين.

اما بعد؛

يسعدنا تقديم هذا العدد الخاص الجديد لمجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية والذي نقوم فيه بنشر عددا من المساهمات العلمية المتميزة في موضوع القانون الجنائي والسياسة العقابية، لتشق به سماء العلم بما تقدمه من أبحاث خطتها أنامل الباحثين والمتخصصين الأجلاء لتكون المنهل الصافي الذي يروي جدد الجهل ليعود إلى العلم مخضراً يانعاً تقتات منه العقول النيرة والكوادر اليافة التي حطت رحالها في رحاب هذه المجلة.

ولقد جاءت بحوث هذا العدد متنوعة في مضامينها محكمة في مبناها، من قبيل: "الحماية الجنائية لأفشاء السر المهني بين مدونة الشغل والقانون الجنائي"، "الجرائم الماسة بالحياة الخاصة: جريمة انتهاك الحق في الصورة - نموذجاً"، "الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبسي" و" أي دور للعقوبة السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك؟"

نعديكم بالمزيد كما أنتم تعدونا بالتواصل وليكن شعارنا (العلم أولاً) حتى نحقق الأهداف المرجوة من وراء هذا الانجاز العظيم.

إن هذه المجلة مجلتكم وإدارتها حريصة جداً على إرضائكم بما تقدمه من أبحاث نتمنى أن يلاق هذا العدد الذي بين يديكم استحسانكم.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل،،،

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

الدراسات والابحاث

الإجرام الرياضي في التشريع المغربي

Sports Crime in Moroccan Legislation

محمد المبتول

MOHAMED EL MEBTOUL

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. سلا

medmebtoul2015@gmail.com

المخلص:	Summary :
<p>تعتبر الرياضة من أهم الأنشطة التي مارسها الإنسان على مر التاريخ، نظرا لما لها من فوائد بدنية ونفسية وتربوية هامة تساعد على تحمل متطلبات الحياة ومواجهة مصاعب الدهر.</p> <p>وإذا كانت الرياضة قد تأسست عبر تاريخها على أسس من القيم الاجتماعية، وفي مقدمتها الأساس الأخلاقي القائم على الروح الرياضية والإخاء والسمو، إذ لعبت الرياضة أدوارا مختلفة في تجنيد وتنظيم الشباب، وكانت أسلوبا ووسيلة للتعبير ولتأييد الشخصية الوطنية، فإن تغلغل عدة تأثيرات ومنها السياسة والاقتصاد خاصة، جعل مجال الرياضة مسرحا تمارس فيه أنواع عدة من الجريمة تتراوح بين الإجرام الفردي البسيط والإجرام المنظم المعقد، والذي شكل أحد البثور السوداء في وجه الرياضة الجميل، جعلت منه ظاهرة جديرة بالدراسة في الوقت الراهن، حيث أن الإجرام الرياضي لم يعد أمرا طارئا، ولا حدثا استثنائيا يمكن تجاهله، وإنما أصبح ظاهرة اجتماعية بامتياز، ينبغي البحث في دلالاتها وأسبابها، ولا بد من تفاعل الجميع إن شئنا الحد من خطورتها.</p> <p>وتهدف هذه المقالة إلى إبراز أهم تجليات الإجرام</p>	<p>Sport is considered one of the most important activities practiced by human beings throughout history, because of its important physical, psychological and educational benefits that help to meet the requirements of life and to face its difficulties.</p> <p>If sport was founded throughout its history on the foundations of social values, especially moral ones based on the sporting spirit, brotherhood and primacy. It also played different roles in youth recruitment and organization and it was a means of expression and support of the national character. The penetration of several influences related to politics and economy in particular, made sports a scene for many types of crimes, ranging from simple and individual crimes to complex and organized ones. This has formed one of the black pimples in the face of the beautiful sport and made it a phenomenon worthy of studying now, as sports criminality is no longer a matter that can be ignored. It has become a very distinguished social phenomenon that should be explored with the interaction of everybody, to look for its implications and causes in order to reduce its severity.</p> <p>This article aims to highlight the most important manifestations of</p>

<p>sports criminality in the national sports arena and how the Moroccan legislator faced it objectively and procedurally. Given that, he did not deal with it through general provisions only (criminal law), but he also included special provisions that will strengthen the criminal law in order to combat and reduce this phenomenon. The most notable of these laws are the law No. 30.09 on physical education and the disciplinary law of the Royal Moroccan Football Federation.</p>	<p>الرياضي في الساحة الرياضية الوطنية، وكيف واجهه المشرع المغربي سواء موضوعيا أو إجرائيا، حيث لم يقتصر هذا الأخير في معالجته لظاهرة على النصوص العامة (مجموعة القانون الجنائي) بل ضمن أيضا نصوصا خاصة بعض الجرائم التي من شأنها تعزيز سياسته الجنائية في مكافحة الظاهرة والحد منها، ومن أبرز هذه القوانين القانون رقم 30.09 المتعلق بالتربية البدنية. والقانون التأديبي للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم.</p>
<p>Keywords : hooliganism –Match-fixing :-Sports Contracts-Sports Safety</p>	<p>الكلمات المفتاحية شغب الملاعب – التلاعب بنتائج المباريات - العقود الرياضية - السلامة الرياضية</p>

مقدمة:

تعد الرياضة أحد الأنشطة الإنسانية المهمة، فلا يكاد يخلو مجتمع من المجتمعات الإنسانية من شكل من أشكال الرياضة، بغض النظر عن درجة تقدم أو تخلف هذا المجتمع، ولقد عرفها الإنسان عبر عصوره وحضارته المختلفة، وإن تفاوتت توجهات كل حضارة بشأنها، فبعض الحضارات اهتمت بالرياضة لاعتبارات عسكرية سواء كانت دفاعية أو توسعية، والبعض الآخر مارس الرياضة لشغل أوقات الفراغ وكشكل من أشكال الترويح، بينما وظفت الرياضة في حضارات أخرى كطريقة تربوية، حيث فطن المفكرون التربويون القدماء إلى إطار القيم الذي تحفل به الرياضة، وقدرتها الكبيرة على التنشئة والتطويع، وبناء الشخصية الاجتماعية المتوازنة، ناهيك عن الآثار الصحية التي ارتبطت منذ القدم بممارسة الرياضة وتدريبها البدنية، وهذا المفهوم الذي أكدته نتائج البحوث العلمية حول الآثار الصحية على المستوى البيولوجي للإنسان.¹

إن الرياضة باعتبارها مظهرا اجتماعيا واضحا، أصبحت تفرض نفسها في أوساط الباحثين، وأصبحت منجزات الرياضة على المستوى الإجمالي وأنشطتها تعد أحد المؤشرات العامة التي يحكم من خلالها على مستوى التقدم الاجتماعي والثقافي لمجتمع ما، فالرياضة أضحت ظاهرة متداخلة بشكل عضوي بنظام الكيانات والبنى الاجتماعية، كما أن التقدم والرقى الرياضي يتوقف على المعطيات الاجتماعية السائدة في المجتمع، ولذلك فإن التحليل النهائي للظروف الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية وحجم ومدى التأثيرات الحيوية بينها هو الذي يحدد عبر عدد من الروابط غير المباشرة إلى أي مدى يمكن أن تتقدم الرياضة، وأيضا إلى أي مدى يمكن أن تتدهور.²

وإذا كانت الرياضة قد تأسست عبر تاريخها على أسس من القيم الاجتماعية، وفي مقدمتها الأساس الأخلاقي القائم على الروح الرياضية والإخاء والسمو، حيث يجتمع الناس على الود والتفاهم والصدقة في إطار ترويجي يعمل على إزالة التوترات، ويساعد على التقارب ونبذ الفرقة، فإن تغلغل عدة تأثيرات ومنها

¹ أمين أنور الخولي، الرياضة والمجتمع، مجلة عالم المعرفة، عدد 216، دجنبر 1996، ص، 5. أنظر أيضا: بوطالبي بن جدو، محاضرات في مادة تاريخ وفلسفة التربية البدنية والرياضية، سنة أولى ليسانس، جامعة محمد لمين دباغين، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، فرع: علوم وتقنيات النشاطات البدنية والرياضية، السنة الجامعية: 2015 - 2016.

² مات فيف، أساسيات التربية البدنية، دون ذكر الطبعة، موسكو، دار النشر التقدم، 1981، ترجمة أمين أنور الخولي، ص، 8.

السياسة والاقتصاد خاصة، جعل مجال الرياضة مسرحا تمارس فيه أنواع عدة من الجريمة تتراوح بين الإجرام الفردي البسيط والإجرام المنظم المعقد، جعلت منها ظاهرة جديدة بالدراسة في الوقت الراهن، حيث أن الإجرام الرياضي لم يعد أمرا طارئاً، ولا حدثاً استثنائياً يمكن تجاهله، وإنما أصبح ظاهرة اجتماعية بامتياز، لا بد من البحث في دلالاتها وأسبابها، إن شئنا الحد من خطورتها.

بناء على ذلك عمدت مختلف الدوا، ومن بينها المملكة المغربية¹ على ضرورة وجود قوانين وتشريعات تحكم الرياضة وخاصة التنافسية منها،² مما فتح المجال لطرح سؤال جوهري يتمحور حول مدى وعي المشرع المغربي بخطورة ظاهرة الإجرام الرياضي ؟ وإلى أي حد وفق في إيجاد ترسانة قانونية كفيلة بالحد منها ؟ وهو الإشكال الذي تتفرع عنه التساؤلات التالية:

👉 كيف غزت الجريمة مجال الرياضة في الوقت الذي كانت عاملاً أساسياً للحد منها ؟

👉 ما هي الأسباب الكامنة وراء ذلك ؟

👉 كيف يمكن الحد من استفحال ظاهرة الإجرام في الرياضة ؟

👉 وماهي انعكاسات ذلك على تغير مفهوم الرياضة ؟

ولأجل الإحاطة بمحاولة بالموضوع سأعمل على تناوله في نقطتين أساسيتين:

❖ أولاً: الإجرام الرياضي البسيط أسبابه وسبل مكافحته.

❖ ثانياً: الإجرام الرياضي المنظم مظاهره وتداعياته.

¹ ارتقى دستور المملكة المغربية لسنة 2011 بالرياضة لدرجة الحق الدستوري الواجب تحقيقه وتميمته وتوفير مختلف الوسائل لتيسير التمتع به، وهو ما يتضح من نصوص الفصول 26، 31، 33 منه.

² تعد الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في المناظرة الوطنية للرياضة بالصخيرات سنة 2008، المرجعية الأساسية لمختلف القوانين والاستراتيجيات التي اعتمدها المملكة في هذا القطاع، حيث أشار جلالتة إلى: "...إن الوضع المقلق لرياضتنا الوطنية، على علته الكثيرة، يمكن تلخيصه في إشكالات رئيسية، وهي بياجاز: إعادة النظر في نظام الحكامة المعمول به في تسيير الجامعات والأندية، وملاءمة الإطار القانوني مع التطورات التي يعرفها هذا القطاع" "...ولتجاوز الأزمة الحالية، فإنه يتعين وضع نظام عصري وفعال لتنظيم القطاع الرياضي، يقوم على إعادة هيكلة المشهد الرياضي الوطني وتأهيل التنظيمات الرياضية للاحتراافية ودمقرطة الهيئات المكلفة بالتسيير إن الوضع يتطلب، قبل كل شيء، اتخاذ التدابير المؤسساتية والقانونية الملائمة لمواكبة التطورات المتسارعة التي تعرفها الرياضة العالمية، ولاسيما متطلبات تطوير الاحترافية."

أولاً: الإجرام الرياضي البسيط أسبابه وسبل مكافحته.

سنتولى في هذه النقطة الحديث عن كل من ظاهرة شغب الملاعب (1)، ومسألة الإخلال بالسلامة الرياضية(2).

(1) ظاهرة شغب الملاعب:

تقع الملاعب الرياضية بما تحتويه من منشآت وأجهزة على مساحة محددة، تجعلها قبلة لحشود غفيرة من الجماهير في مختلف التظاهرات الرياضية، إذ لا يمكن ممارسة أي رياضة دون وجود جماهير، فالجمهور هو جزء - اللاعب رقم 12 في لعبة كرة القدم - من النشاط الرياضي، بيد أن مميزات هذا العنصر تقابلها سلبيات تعكس صفو الروح الرياضية والتنافس الشريف، تتمثل أساساً في ظاهرة شغب الملاعب التي أصبحت واسعة الانتشار في الملاعب الرياضية العالمية، وهي ظاهرة ليست بالحديثة وإنما هي ظاهرة قديمة قدم الرياضة التنافسية.

ويقصد بشغب الملاعب الرياضية: "الأعمال العدوانية من ضرب، وتدمير، وتخريب، وكذلك التصرفات غير اللائقة والأخلاقية التي يقوم بها اللاعبون والإداريون والجماهير الرياضية خرقاً للأنظمة القانونية المعمول بها قبل وأثناء وبعد المسابقات الرياضية."¹

وتاريخ الرياضة على مر العصور حافل بالأحداث المجسدة لهذه الظاهرة، إذ يرجعها الباحثين إلى الأصول الأثولوجرافية² للمنافسات الرياضية القديمة للإنسان البدائي، حيث كان الصراع على أشده وكانت المباريات بمثابة المعارك، وتفرض النزاعات بالطرق الحبية، فقد نعت كونراند لورينز الرياضة بقوله: "إنها أحد أشكال الطقوس المميزة لمعركة أعدتها الثقافة الإنسانية."³

والحوادث الممثلة للظاهرة لم تقتصر على العصور القديمة، بل إنها ظاهرة متجددة ومتغيرة في كل زمن

¹ مراد زويقات، جريمة شغب الملاعب، ورقة مقدمة لاستكمال مادة علم الجريمة التطبيقي، الفصل الأول، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العام الدراسي 1427.1426، ص 5.

² الأثنولوجرافيا فرع من علم الإنسان، إذ ينصب على دراسة الطباع، ويدرس قيم الناس وحياتهم اليومية، والعلاقات الاجتماعية، ويحصل على المعلومات بطرق مختلفة تشمل الحديث مع أعضاء المجتمع وتصوير أنشطتهم على شرائط أو تقارير مكتوبة.

³ أمين أنور الخولي، م س، ص 226.

وحين، إذ شهد العالم أحداثا عديدة تراوحت بين الخسائر المادية والبشرية وبين قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدول، ونذكر من هذه الحوادث:

- أدت أعمال العنف والشغب سنة 1964 في مباراة (بيرو) و(الأرجنتين) إلى قتل 318 شخصا وجرح أزيد من 500 آخرين إثر احتساب الحكم لأحد الأهداف تسلا في هذه المباراة، ولم يمنع تدخل قوات الأمن من حدوث المأساة.
- تعد الكارثة الأكثر ذهولا هي التي حدثت في أمريكا الوسطى سنة 1969، ففي مباراة (هندوراس) و(السلفادور) ضمن تصفيات كأس العالم، أدت حوادث العنف والشغب إلى قطع العلاقات بين البلدين وإعلان حالة الحرب سميت ب "حرب كرة القدم".
- أحداث ما بعد مباراة (الجزائر) و(مصر) في اللقاء الفاصل في السودان برسم تصفيات كأس العالم 2010، حيث أدت أحداث الشغب والعنف إلى تأثر وجمود العلاقات بين البلدين.

فأحداث الشغب في الملاعب الرياضية ما هي إلا تعبير عن ثقافة مكتسبة وسلوك مفتعل، غير أنه لا يخفى غالبا . تأثير الواقع الاجتماعي والأحداث المعاشة يوميا، وهو ما جعل المفكر سارتر يستعين بأحداث المنافسات الرياضية للدلالة على البناء الجدلي للجماعات البشرية وأدوار الأفراد، ويستشف من تحليله أن الصراع في الملاعب الرياضية يتناسب مع تركيبة الجماعات البشرية والنظام الاجتماعي الذي يمثله مهما بدا ذلك متناقضا¹.

وإذا كانت ظاهرة الشغب في الملاعب الرياضية تنطوي على هذه الخطورة البالغة، فإن القضاء عليها لن يتأتى إلا بالفهم والإمام بمسبباتها، هذه الأخيرة التي تختلف من مجتمع لآخر، فضلا عن كونها متعددة يصعب حصرها، ومتسمة بالتباين من حيث التأثير.

والعوامل المسببة لهذه الظاهرة تجاذبتها نظريات مختلفة²، حاولت كل واحدة منها تفسير السلوك المكون

¹ أمين أنور الخولي، م س، ص 226.

² للاطلاع أكثر على هذه النظريات، أنظر سعد سعيد الزهراني، سيكولوجية العنف والشغب لدى الجماعات، أبحاث الندوة العلمية . أمن الملاعب الرياضية، الرياض 26/27/6/2000، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، (تاريخ ومكان النشر والناشر غير مذكورين)، الطبعة الأولى، ص 70. 74.

أو المؤطر للعنف والشغب، وهي النظريات التي يمكن إجمالها في الآتي:

1. نظرية الغرائز أو التفسير البيولوجي:

تفترض هذه النظرية أن الإنسان يولد ولديه استعداد مسبق للعدوان، والذي يظهر بشكل مباشر أو عن طريق التنفيس في المواقف المقبولة اجتماعيا، مثل المنافسات الرياضية.

2. نظرية التعلم الاجتماعي:

تفترض هذه النظرية أن العنف والشغب ظاهرة مكتسبة عن طريق الملاحظة والمحاكاة، ويتعلمها الأفراد كما يتعلمون أي نوع من أنواع السلوكيات الاجتماعية الأخرى، وهو ليس غريزيا يولد مع الإنسان كما ذهب لذلك النظرية السابقة.

3. نظرية الإحباط:

يرى أنصار هذه النظرية أن العنف والشغب ما هو إلا نتيجة الإحباط الذي يؤدي إلى القيام بالسلوك العدواني، حيث أنه متى ما تعرض الفرد إلى موقف محبط فإن العنف والشغب يكون استجابة طبيعية لهذا الموقف.

وإن كان لنا أن نقول شيئا حول هذه النظريات أو إمكانية الترجيح بينها، فإننا نساير نظرية التعلم الاجتماعي، ونرد ذلك إلى أن تصرف الفرد وعقليته وهو بمفرده، يختلف عن تصرفه وعقليته وهو ضمن جماعات الشغب التي يلتقي بها في الملاعب الرياضية، ففي الصورة الأولى يحكم العقل ويتصرف بالاتزان، ويتعد عن كل ما يسيء لصور، عالما أن أنظار المجتمع مسلطة عليه، فضلا عن وعيه بالمسؤولية القانونية التي يمكن أن تطاله إذا ما أساء التصرف، بينما في الصورة الثانية ينضم إلى الجماعات المشاغبة ويتأثر بسلوكها، فينعدم مبدئيا. شعوره بالمسؤولية، وتغيب عن ذهنه نظرة المجتمع إليه فيقد على التصرف وفق لتصرفاتها ويمشي على هديها.¹

ومهما اختلفت تفسيرات المنظرين والباحثين وتعددت منطلقاتهم، فإن أسباب ظاهرة شغب الملاعب صعب الحصر، لكن يمكن ذكر أهمها في التالي:

¹ من أجل التعرف أكثر على التفسير العلمي النفسي لسلوكيات الجماهير، أنظر: سيغموند فرويد، علم نفس الجماهير، ترجمة جورج طرابيشي، الطبعة الأولى، بيروت، دار الطليعة، 2006. وأنظر أيضا: غوستاف لو بان، سيكولوجيا الجماهير، ترجمة هشام صالح، الطبعة الأولى، بيروت، دار الساق، 1991.

- الحشد الزائد.
- تأثير الكحوليات والمخدرات.
- التحكيم الهزلي والمتحيز.
- الجماهير المتعصبة بشدة لفريقها.
- الأداء السلبي في مباريات حساسة.
- التوترات الاجتماعية والسياسية.
- عدم تهئ الظروف الملائمة للدخول والخروج من الملعب.
- عدم احترام القوانين الجاري بها العمل.
- استفزاز المشجعين من قبل بعض اللاعبين أو سوء تقدير أحد رجال الأمن أثناء معالجة بعض الحالات.
- الشحن الإعلامي السلبي للجماهير بسبب المنافسة.
- ميل بعض الأفراد إلى العنف عندما يكونوا في جماعات.

وإذا أردنا أن تسير الرياضة بالشكل السليم والبعيد عن هذه الظاهرة السلبية لا بد من إيجاد حلول كفيلة بإحاطة الظاهرة بإطار يسهل معه احتوائها، ومكافحتها بكيفية نلمس نجاعتها على أرض الواقع.

لعل أبرز وسيلة لكبح جماح هذه الظاهرة هي نشر ثقافة التنافس الشريف وتقبل الخسارة كما الفوز، وهو أمر يقتضي التحسيس بخطورتها ومساوئها سواء بشكل غير مباشر بواسطة وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة،¹ أو بشكل مباشر عن طريق توزيع منشور بمناسبة بيع التذاكر، وتوزيع قمصان تحمل شعارات مكافحة الشغب،² إضافة إلى وضع لافتة الممنوعات بالصور أمام أبواب الملاعب، كما يمكن تحقيق هذه الغاية من خلال تنظيم مسابقات الجمهور المثالي، واللاعب المثالي في آخر الموسم، فضلا عن تكوين خلية أمن الملاعب الرياضية التي يمكن تشكيلها من ممثل السلطات المحلية، وممثل

¹ أنظر في هذا الإطار: خليفة طالب بهباني، دور وسائل الإعلام في الحد من شغب الملاعب الرياضية، مداخلة ضمن ندوة: الأمن الرياضي تحت عنوان: شغب الملاعب وأساليب مواجهته، التي نظمتها مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 9.

² أنظر في هذا الصدد: سمير عبد القادر خطاب، دور التربية في تنمية الوعي الرياضي لدى المشجعين، مداخلة ضمن ندوة: الأمن الرياضي تحت عنوان: شغب الملاعب وأساليب مواجهته، التي نظمتها مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 59.

النيابة العامة، وممثل الأمن الوطني، وممثل الدرك الملكي.¹ ومن الأمور التي تعد غاية في الأهمية، الاهتمام برفع مستوى كفاءة التحكيم الرياضي، ناهيك عن إنفاذ العقوبات الجزية،² إذا لم تنجح الأساليب الوقائية. على مسيبي ومرتكبي الشغب بشكل يحد من هذه الظاهرة التي تهدد الرياضة وجماليتها.

وهكذا، ولما كان التشريع أحد الآليات التي تملكها الدولة لحكم المجتمع وبسط سيطرتها وسيادتها على الأفراد، وتحديد الإطار العام لسلوكياتهم والحؤول دون جنوحهم عن النظام العام للدولة، وأمام تفشي ظاهرة الشغب في الملاعب الوطنية، عمل المشرع المغربي على التدخل لضبط هذا المجال الحيوي، وذلك من خلال القانون رقم 09.09 المغير والمتمم لمجموعة القانون الجنائي،³ وخصص له الفرع الثاني مكرر، من خلال 19 فصلا تمم بها الفصل 308 تحت عنوان: "العنف المرتكب أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها".

وبالرجوع إلى هذه الفصول يتضح أن المشرع المغربي حاول من خلال الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها، وضع سياسة جنائية كفيلة بالحد من هذه الظاهرة، تميزت بعدة خصائص، أبرزها التعدد والتنوع في التجريمات، حيث حاول المشرع الإحاطة بمختلف الأفعال الجرمية التي تساهم في حدوث العنف سواء قبل أو أثناء أو بعد المباريات والتظاهرات الرياضية، إذ قسمها وفقا لطبيعتها وأثرها على الأفراد، أخذ في ذلك بعين الاعتبار الأوجه المتعددة لمآلات العنف (الموت والإيذاء والخسائر المادية)، إلى أعمال عنف ينتج عنها الموت (الفصل 308 - 1)، عاقب عليها - إذا توافرت شروط الفصل 403 - بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 20.000 درهم، وأعمال عنف ارتكب خلالها ضرب وجرح أو أي نوع آخر من أنواع العنف أو الإيذاء (الفصل 308 - 2)، حدد لها عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من

¹ أنظر في هذا السياق، ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، دور أجهزة الأمن في فرض الأمن أثناء المناسبات الرياضية، مداخلة ضمن ندوة: الأمن الرياضي تحت عنوان: شغب الملاعب وأساليب مواجهته، التي نظمتها مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 113. وجدير بالذكر في هذا السياق أن المديرية العامة للأمن الوطني قد أحدثت قسم الأمن الرياضي التابع لمديرية الأمن العمومي، والخلايا التابعة له في مختلف المدن مهمتها تتبع التظاهرات الرياضية، بغية القيام بدورها الرادفي في التطبيق السليم للقانون رقم 09.09 بمعية الجهات المعنية من وزارة الداخلية والأندية.

² الأمر الذي أقره المشرع المغربي بموجب القانون رقم 09.09 المتعلق بمحاربة العنف داخل الملاعب المتمم لمجموعة القانون الجنائي.
³ ظهر شريف رقم 1.11.38، الصادر في 29 من جمادى الآخرة 1432 الموافق ل 2 يونيو 2011، بتنفيذ القانون رقم 09.09 المتعلق بالعنف المرتكب أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها، والمتمم لمجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 5956، الصادرة بتاريخ 27 رجب 1432 الموافق ل 30 يونيو 2011، ص 3081.

1.200 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط،¹ بالإضافة إلى أعمال عنف ذات طبيعة مادية تنصب على الأموال سواء كانت عقارية أو منقولة (الفصل 08 - 3) أقر لها عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 1.200 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.²

كما أنه من الملاحظ أن مشرع القانون رقم 09.09 وسَّع من نطاق التجريم، وهو ما من يتضح من خلال العنوان المعتمد لهذا القانون، إذ يتميز نطاق تطبيقه ببعده تراخي يتجاوز ما قد يفهم من القراءة السطحية له، التي تفيد بأنه يطبق داخل الحدود الجغرافية للمنشآت والتظاهرات الرياضية، وهو أمر بخلاف الواقع العملي، إذ يمتد تطبيق أحكامه إلى الأفعال الجرمية المرتكبة بعد إجراء المباريات والتظاهرات الرياضية، وكذا في الأماكن العمومية التي تبث فيها تلك المباريات أو التظاهرات الرياضية،

وجدير بالذكر أن مشرع القانون رقم 09.09 استحضر طبيعة البيئة التي يمارس فيها العنف الرياضي، والذي تتسم غالبا بالجماعية، من قبيل مجموعات الإلتراس، وهو ما يبرر استخدامه لمصطلح "المساهمة" والتي تفيد أن كل شخص ارتكب شخصا فعل يدخل في التنفيذ المادي للأفعال المجرمة بموجب هذا القانون يعتبر مساهما في جرائم العنف الرياضي طبقا للفصول المشكلة لهذا القانون، والمشار إليها أعلاه.³

ولأن القضاء هو المرآة العاكسة لنجاعة التشريعات والضامن لحسن تطبيقها، فقد منحه المشرع صلاحيات مهمة، وأناط به دورا فعالا في التدخل كلما ظهر لها موجب للتدخل، وتم منحه الحق في الحكم بالمصادرة لفائدة الدولة الأدوات والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة التي

¹ حيث تمت متابعة الأخطاء في هذه النازلة على الدخول إلى ملعب تحت تأثير مخدر والمساهمة في أعمال العنف أثناء إجراء مباراة رياضية، ارتكب خلالها أعمال الضرب والجرح وإلحاق خسائر مادية بمال منقول مملوك للغير وإتلاف أجزاء من الملعب وارتكاب عنف في حق موظف عمومي أثناء قيامه بوظيفته، حيث تم الحكم عليهم بالحبس بثلاثة أشهر وغرامة مالية قدرها 1200 درهم في حق واحد منهم والحكم على الباقي بشهرين وغرامة مالية قدرها 1200 درهم. حكم المحكمة الابتدائية (الجزرية) بالدار البيضاء)، في الملف الجنعي التلبسي عدد 2999/2013/2105، بتاريخ: 2013/04/29، غير منشور.

² إذ تمت معاقبة الظنين في هذه النازلة بشهر واحد حبسا نافذا و غرامة نافذة قدرها 2000 درهم على إثر مساهمته في إلحاق أضرار مادية بمنقولات مملوكة للغير بمناسبة تظاهرة رياضية. حكم المحكمة الابتدائية (الجزرية) بالدار البيضاء، في الملف الجنعي التلبسي عدد 2013/1581/13، بتاريخ: 22/02/2013، غير منشور.

³ بوركبة نبيل، قراءة في القانون رقم 09.09 المتعلق بالعنف المرتكب في المباريات والتظاهرات الرياضية، مقال منشور بموقع: marocdroit.com اطلاق يوم: 2019/10/01، على الساعة: 16h30.

تحصلت منها، وكذلك المنح وغيرها من الفوائد التي كوفئ بها مرتكب الجريمة أو كانت معدة لمكافأته (الفصل 308 - 15)، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر المقرر الصادر بالإدانة طبقا لأحكام الفصل 48 من القانون الجنائي أو بثه بمختلف الوسائل السمعية البصرية أو بتعليقه (الفصل 308 - 16)، إضافة إلى إمكانية أن تأمر المحكمة بحل الشخص المعنوي في حالة صدور مقرر بإدانته من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها سابقا (الفصل 308 - 17)، فضلا عن تمكين المحكمة من سلطة الحكم علاوة على العقوبات المنصوص عليها في قانون الشغب على الشخص المدان بالمنع من حضور المباريات أو التظاهرات الرياضية لمدة لا يمكن أن تتجاوز سنتين مع إمكانية شمول هذا التدبير بالنفاذ المعجل، كما يسوغ للحكمة أيضا تحديد صورة هذا المنع، إما بملازمة محل إقامته أو مكان آخر أو تكليفه بالتردد على مركز الأمن أو السلطة المحلية وذلك خلال وقت إجراء المباريات أو التظاهرات الرياضية التي منع من حضورها (الفصل 308 - 18).

وعموما، فيمكن القول أن المملكة المغربية قد خطت خطوات هامة في اتجاه مواجهة الظاهرة، لكنها خطوات تبقى قاصرة وغير كافية، حيث أن الاقتصار على المقاربة الأمنية أو الجزية أبان على عدم نجاعته، خاصة عند عدم تفعيل القرارات وتنزيل الإجراءات في هذا الشأن، إذ رغم وجود قوانين صارمة مازالت ظاهرة الشغب في تزايد مما يدفعنا إلى القول بضرورة إعادة النظر في المقاربة الجزية ذاتها، عبر بلورة سريعة وملحة للقانون 09.09، بالإضافة إلى تنوع الزوايا التي يمكن النظر منها إلى هذه الظاهرة.

2- ظاهرة الإخلال بالسلامة الرياضية:

تمتد ظاهرة الإصابات الرياضية لمختلف التخصصات الفردية منها والجماعية، وأصبحت من المواضيع الأكثر أهمية التي تشغل البال وتؤرق الرياضيين الممارسين نظرا للخطورة المتأصلة في بعض الألعاب، حيث يكون غالبا الاحتكاك مباشرة مع الخصم من جهة أو نتيجة لعدم الوعي الكافي بالممارسة الصحية للأنشطة الرياضية، أو مخالفة للنظم والقوانين المنظمة للسلامة الرياضية من جهة أخرى. فاحتمال التعرض للإصابة الرياضية وارد عند جميع الرياضيين، ويبقى البحث قائما لدى المعنيين بتدريب الأنشطة الرياضية لإيجاد أفضل السبل والوسائل للوقاية والتقليل من حوادث الإصابات الرياضية، أو على الأقل في حالة حدوثها محاولة التعريف بالطريقة العلمية السليمة في إسعاف وتأهيل الإصابة وإعادة اللاعب للممارسة.

وإذا كانت الإصابات الرياضية أمرا طبيعيا نظرا للتنافس الشديد والشريف في الآن نفسه أثناء ممارسة اللعبة، لاسيما الجماعية منها، ففي مقابل ذلك تتعدد الحالات الشاذة التي تخرج عن الإطار الاعتيادي للرياضة، تكون ناتجة عن إخلال الرياضيين ذاتهم للأنظمة والقوانين المؤطرة للسلامة الرياضية، مما يؤدي إلى الجنوح عن الهدف الأسى للرياضة، ولعل الأمثلة على هذه الظاهرة كثيرة في الملاعب الرياضية كملعب كرة القدم، وكرة القدم الأمريكية، وملاعب الهوكي على الجليد. وهو ما يفسر كثرة حالات الإيقاف التي يتعرض لها الرياضيين، ونحو ذلك إيقاف لاعبة أمريكية مدى الحياة عن ممارسة كرة القدم بسبب عنفها المعتاد أثناء المباريات.

هكذا أصبح الرياضي بحاجة إلى حماية وضممان لمواجهة خطر الإصابة قبل وبعد وقوعها، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة للوقاية من الإصابة، وكذا التعامل مع الإصابة، ويعتبر التأمين الأداة الضرورية لتحقيق الرياضيين للحماية المرجوة، إذ أضحي التأمين. مطلب جميع الفئات المكونة للجسم الرياضي، حفاظا على العنصر الأساسي في أي لعبة وهو الرياضي نفسه، إضافة إلى النادي الذي استثمر الكثير لتكوين هذا الرياضي.¹

والتأمين في المجال الرياضي ليس بالأمر الحديث، بل أن تطوره اقترن بتطور الرياضة، خاصة مع إقبال شركات التأمين على تغطية المخاطر الرياضية، بعدما صار التأمين في هذا الميدان ضرورة ملحة، زكمتها الأحداث الرياضية المصحوبة بانعدام السلامة بين الفينة والأخرى.

والتاريخ الرياضي يحفظ لنا مجموعة من وثائق التأمين وصلت لأرقام كبيرة تقدر بالملايين، ومن أمثلة ذلك اكتتاب اللاعب البرازيلي pelé لوثيقة تأمين بثلاثة ملايين فرنك فرنسي أثناء كأس العالم سنة 1969 بإنجلترا، وكذا التأمين الذي عقده حارس مرمى المنتخب الإسباني إيكركسياس بمبلغ 7000 يورو، وكذلك التأمين الذي أبرمه الملاكم محمد علي بطل العلم في الوزن الثقيل ب 600.000 فرنك فرنسي قيل مواجهة البطل الألماني كارل ميلدن بورغ.² وهي كلها وثائق أبرمت لتأمين الإصابة عن المخاطر الرياضية التي قد

¹ معزز عبد الكريم، العقد والتأمين والتعويض في المجال الرياضي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد السابع، الجزائر، ص 242. أنظر كذلك: رعد أدهم عبد الحميد، ريدر حسين يوسف، التأمين عن الاصابات الجسدية للرياضي المحترف - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 8،

المجلد 3، العدد 29، 2016، ص 172 وما بعدها.

² معزز عبد الكريم، نفس المرجع، ص 254.

يتعرض له الرياضيين، والتي يعود سببها في الغالب إلى إخلال المنافس بالنظم المعمول بها، ليبقى التأمين هو الضمان الأنجع لتفادي الإصابة، فضلا عن تطبيق القواعد القانونية المنظمة للسلامة الرياضية والضرب على أيدي الرياضيين غير المنضبطين.

غير أن القول بضرورة التأمين في المجال الرياضي لا يعني غياب إمكانية المسائلة الجنائية إذا ثبت أن الأفعال المخلة بقواعد السلامة الرياضية والمنافية للعب النظيف، والتي ترتكب عن عمد وسوء نية، حيث أنه بالرغم من اعتبار الألعاب الرياضية إحدى أسباب التبرير التي لم ترد في نص الفصل 124 من القانون الجنائي، فإن ذلك مشروط بأن تأتي هذه الأفعال التي ترتبت عنها الإصابات الرياضية ضمن الأنواع الرياضية المعترف بها قانونا، ووفقا للقواعد الرياضية المعمول بها دون قصد إحداث الضرر، وأن يقع العنف أثناء ممارسة اللعبة، ثم رضا المنافس بالمشاركة في المباراة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مشروع القانون رقم 30.09¹ قد أوجب بمقتضى المادة 78 منه على الجامعات الرياضية أن تحدد القواعد التقنية المطبقة على التجهيزات الرياضية، لا سيما من أجل ضمان سلامة الرياضيين وسلامة المنافسات والتظاهرات الرياضية بصفة عامة.

ثانيا: الإجرام الرياضي المنظم مظهره وتداعياته.

تبوأَت الرياضة والأنشطة البدنية مكانة واضحة على الساحتين المحلية والعالمية، كظاهرة اجتماعية تستحق الدراسة والتأمل، ولقد برزت مظاهر هذه المكانة من خلال إنشاء الهيئات والمؤسسات والجمعيات والروابط والاتحادات واللجان المهتمة بالرياضة، وتعمل على رعاية أنشطتها محليا ودوليا، ولقد برز الاهتمام بالرياضة خلال المائة سنة المنصرمة نتيجة لعدد من الظروف الاقتصادية والاجتماعية والتغيرات الثقافية العميقة التي وقعت إبان تلك الفترة، ولقد كان التنويع الفعلي لنجاح الرياضة في إحياء الألعاب الأولمبية وإقامة أول دورة حديثة منها سنة 1896، ولعل النجاح المطرد في إقامة هذه الدورات من العوامل العامة التي أثارت الاهتمام بالرياضة على كل المستويات، وساعد في ذلك الدور المهم الذي لعبه الإعلام وبخاصة التلفزيون في تقديم الرياضة للعامة وتبسيط مفاهيمها، وتشكيل اتجاهات إيجابية

¹ ظهير شريف رقم 1.10.150 صادر في 13 من رمضان 1431 (24 أغسطس 2010) بتنفيذ القانون رقم 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضة، الجريدة الرسمية عدد: 5885، بتاريخ 16 ذو القعدة 1431 (25 أكتوبر 2010)، ص 4805.

نحوها.¹

ويعتقد مفكر التربية البدنية، "zeigler" أن عدة قوى أصبحت تؤثر في الرياضة ومنها أساسا القيم والمعايير الأخلاقية، السياسة، الاقتصاد، الدين و البيئة، وبالرغم من أن الطابع البدني يطغى على المنافسة الرياضية، فإن الصفات المعنوية والنفسية والمعرفية والعقلية، تستخدم جميعها خلال المنافسات الرياضية، ولا يمكن إغفالها، مما جعل للرياضة خصائص ومتطلبات. ولأجل ذلك يعتقد عالم الاجتماع "mongan" أن للرياضة مظهرين أساسيين، مظهر طقوسي "Ritualistic" وآخر درامي "Dramatic"² وهما معا يثيران الكثير من المشاعر والأحاسيس وهو ما جعل الرياضة وسيلة للتوفيق بين الأوضاع الاجتماعية القائمة وبين التعبير النفسي اللاشعوري، حتى قيل أنه أصبحت الرياضة تقدم المتعة للمشاهدين، والمكانة للرياضيين، والأموال للمدربين والإداريين ورياضيي الاحتراف.

وبذلك اصطبغت الرياضة بالصبغة المادية، وأصبحت أحد أكبر مجالات تسويق البضائع والمصالح التجارية، وقد كان وراء الارتقاء الملحوظ للرياضة مصالح رأسمالية، حيث أنه كلما زادت درجة تصنيع المجتمع واهتماماته بالتقنيات الحديثة زاد حجم المصادر الإضافية التي يمكن استثمارها في الرياضة لكونها مصدرا للريح ووسيلة دعاية ناجحة.³

وأمام هذا التحول الراديكالي في وظيفة الرياضة كوسيلة للترويج، ونزوعها نحو المادية وانصهارها في دورة الاقتصاد، جعلها كغيرها من قطاعات الإنتاج الأخرى، مجالا للعديد من الممارسات اللاشعورية، بلغت في أقصى خطورتها صورا من الإجرام المنظم كالتزوير في العقود الرياضية (1) والتلاعب في نتائج المباريات الرياضية (2).

(1) التزوير في العقود الرياضية:

يعتبر العقد أهم صور التصرف القانوني في الحياة الاجتماعية لأن الإرادة المنفردة ليست سوى مصدر استثنائي للالتزام، لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط

¹ أمين أنور الخولي، م س، ص، 29.

² محمد علي محمد، وقت الفراغ في المجتمع الحديث، الإسكندرية، دار المعرفة، 1981، ص، 120.

³ أمين أنور الخولي، م س، ص، 111.

القانونية.¹

والرياضة إحدى المجالات الحيوية التي تستوجب في معاملاتها اللجوء إلى الآليات والمؤسسات القانونية، وإحدى هذه الآليات أو المؤسسات نجد العقد الرياضي.²

ولاعتبار العقد بأنه رياضي،³ هناك ثلاث معايير: المعيار الشخصي وطبقا له يعد العقد رياضيا إذا قام بإبرامه شخص رياضي أيا كان محل العقد ومهما كانت طبيعته، وهناك المعيار الموضوعي، وطبقا له يعد العقد رياضيا إذا كان محله عملا رياضيا متمثلا إما في لعبة رياضية أو عمل غرضه وهدفه رياضي، وأخيرا هناك المعيار الطبيعي ومفاده أن العقد يعتبر رياضيا إذا كانت طبيعته تقتضي ذلك.⁴

وبغض النظر عن مدى توفيق هذه المعايير في تحديد مفهوم العقد الرياضي، فإن التساؤل المثار هو: من هو الرياضي؟

إنه بالرجوع إلى المادة 56 من القانون 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضة، نجدها تنص على أنه: "تمنح صفة رياضي هاوي أو محترف للرياضيين الممارسين للأنشطة البدنية والرياضية، من لدن الجامعة المعنية، وفقا للتعريف المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون وللأنظمة العامة للجامعات الرياضية" وبالعودة إلى المادة الأولى من نفس القانون نجدها تنص على أن: "الرياضي هو كل لاعب أو ممارس رياضي يزاول نشاطا رياضيا بدنيا أو ذهنيا" كما عرفت الرياضي المحترف بأنه: "كل

¹ العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،1999، ص،42.

² وفقا للمادة 14 من القانون رقم 30.09 والتي أحالت عليها المادة الأولى من ذات القانون فإن الجمعيات الرياضية ترم عقود شغل مع الرياضيين المحترفين والأطر الرياضية المحترفة تسمى "عقودا رياضية" وفق عقود نموذجية تحددها الإدارة حسب خصائص الرياضيين أو الأطر الرياضية وخصائص كل نشاط رياضي، وبالتالي لا يخرج مفهوم العقد الرياضي عن مفهوم العقد بصفة عامة كما هو في القانون المدني لكن شريطة أن يأتي وفق الشكليات التي حددتها الإدارة الرياضية المعنية في العقد النموذجي. أنظر في هذا الصدد: موسي محمد وآخرون، العقد الرياضي النموذجي، مقال منشور بموقع: www.maroclaw.com تم الاطلاع بتاريخ: 2019/10/13، على الساعة:16h30.

³ يعرف موضوع العقود الرياضية بالمغرب مجموعة من الإشكالات، تتلخص في اعتماد رخصة الجامعة كآلية للتحويل على العقد، وغياب تسجيل العقود بالجامعة، وإمضاء العقود من طرف واحد، وعدم حصول اللاعبين على نسخ العقود، ثم غياب القانون الداخلي للأندية. أنظر في هذا الصدد: المتقي عبد الإله، عقود اللاعبين... عيوب وثغرات وتحاليل، مقال منشور على الموقع: assabah.ma بتاريخ: 6 شتنبر 2017، تم الاطلاع بتاريخ: 2019/10/10، على الساعة:15h15.

⁴ معزز عبد الكريم، م، ص، 245 وما بعدها.

رياضي أو كل إطار رياضي يمارس أو يؤطر مقابل أجر بصفة رئيسية أو حصرية نشاطا رياضيا لأجل المشاركة في منافسات أو تظاهرات رياضية."

ويتميز العقد الرياضي بعدة خصائص منها، أنه عقد رضائي كقاعدة عامة يتم بالإيجاب والقبول، وبالتالي فهو عقد ملزم لجميع أطرافه، كما أنه عقد معاوضة فيه أخذ وعطاء أو مقابل، وهو عقد مستمر، فالمدة فيه عنصر جوهرى، وأخيرا فإن العقود الرياضية التي يبرمها اللاعبون مع النوادي تعد من عقود الإذعان، إذ يذعن الرياضيون لشروط النادي أو غيره، المسبقة للتعاقد معه، ومع ذلك فإن التفاوض في العقد الرياضي أمر قائم،¹ فضلا عن أن هناك من كيفه بأنه عقد عمل ذو طبيعة خاصة.²

وبالرجوع إلى الفصل 58 من القانون أعلاه، نجده يشدد على الجمعيات والشركات الرياضية حينما تقوم بالاستغلال التجاري لفائدتها أو لفائدة مسانديها للصورة الجماعية لفرق أو للرياضيين، أن يتم ذلك بعقود رياضية، ويجب تبعا لذلك دفع جزء من مداخيل ذلك الاستغلال التجاري للفرق أو الرياضيين أو الأطر الرياضية المعنية بالعقد. وتحدد شروط الاستغلال التجاري بالعقد الرياضي وفقا لشروط المادة 14 من نفس القانون، ولا يمكن للرياضيين تبعا لذلك تفويت صورتهم الفردية إلى أحد المنافسين للطرف الثاني للعقد، أو أن يرتبطوا بعدة عقود عن نفس الفترة.

كما أنه جدير بالذكر أن مشروع القانون 30.09 يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم الجمعيات الرياضية أو الشركات الرياضية أو المؤسسات الخاصة للرياضة وللتربية البدنية أو مراكز التكوين إذا قامت بتشغيل رياضيين محترفين أو أطر رياضية محترفة دون أن تبرم مع كل واحد منهم عقدا رياضيا، كما هو منصوص عليه في المادة 14 من هذا القانون. (المادة 2/94).

كما تجدر الإشارة إلى أنه بجانب العقوبات التي تقرها - حسب كل رياضة - الجامعات الملكية المنظمة للعبة في حق من ثبت تورطهم في عمليات تزوير العقود الرياضية تطبق القواعد العامة المتعلقة بتزوير المحررات الرسمية وفقا للفصول من 351 إلى 359 من القانون الجنائي.

¹ محمد سليمان الأحمد وآخرون، الثقافة بين القانون والرياضة، مدخل فلسفي ثقافي عام في القانون الرياضي، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2005، ص.95.

² علاء الدين زياد، عقد العمل الرياضي، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص: القانون الرياضي، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية: 2015 - 2016، ص. 55.

وهكذا، فإن التطور الهائل الذي عرفته الرياضة، ودخولها عالم المال والأعمال وخضوعها لقواعد الصفقات والأرباح، وبالنظر إلى مستوى التنافس الحاد بين الأندية الرياضية التي تحول أغلبها إلى شركات تجارية ضخمة يتم تداول أسهمها في البورصات العالمية، وبالنظر إلى حجم الأموال والأرباح المتحصلة من عقود الرعاية والاحتضان، أصبحت العقود الرياضية وخاصة عقود الاحتراف مجالاً واسعاً لكل الممارسات المشبوهة،¹ فالرغبة في تحصيل أكبر قدر من الأرباح من جانب الشركات الرياضية، يقابله جشع الرياضيين اللذين يسعون بدافع الشهرة أحياناً أو بدافع الخوف من المستقبل إلى رفع سقف المطالب المادية. وعليه أصبحنا نعاين عدة صور من التدليس والتزوير والإجحاف في العقود الرياضية، بل وحتى التواطؤ من أجل الإيقاع في الغلط عن طريق الاحتيال، ومن أهم صور الاخلالات المتعلقة بعقود الرياضة خاصة الاحترافية منها نذكر على سبيل المثال:

- التزوير في مدة العقد الاحترافي، حيث تستعمل المدة الزائدة عن المدة الأصلية في ابتزاز الرياضي لدفعه إلى التنازل عن مستحقاته في حالة عدم الرغبة في تجديد العقد.
- التصريح الكاذب بقيمة العقد الرياضي قصد تسهيل عملية التهرب الضريبي.
- الترويج الكاذب لعقود احتراف أو رعاية وهمية بغية رفع قيمة الرياضي في سوق الانتقالات.
- عمليات النصب والاحتيال الممارسة من بعض وكلاء الرياضيين المحترفين.
- عدم تمكين الرياضي المحترف من ما يسمى "بالبطاقة الدولية" قصد التعاقد مع طرف آخر وذلك بنية الابتزاز.
- تنظيم بعض المنافسات الرياضية بمقتضى العقود المبرمة على أساس أنها خيرية في حين أنها تكون تجارية وذلك قصد الاستئثار بالأرباح.
- التزوير في سن الرياضيين، أو في بعض وثائقهم الشخصية الرسمية.
- توقيع مجموعة من العقود الرياضية من طرف نفس الرياضي لنفس الفترة.
- ادعاء صفة رياضي "دو مستوى عالي" المنظمة قانوناً، قصد إبرام عقود بشروط مادية مرتفعة.

¹ محمد سليمان أحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، عمان، دار الثقافة، 2001، ص، 18.

○ إخفاء بعض الأمراض غير العضوية الصعبة التشخيص أو إظهار مزايا غير حقيقية من طرف وكلاء الرياضيين بغرض التدليس.

إن القائمة تبقى طويلة، ذلك أن التطور التكنولوجي وسرعة النمو الاقتصادي جعل من الرياضة والرياضيين سلعة تجارية تخضع لميكانزمات السوق وتتأثر بالأساليب الملتوية والاحتيالية السائدة، وتبقى المقاربة الجزرية لشل هذه الظاهرة المتفشية في عالم الرياضة، والتي قد تصل إلى السجن والغرامات الباهظة، غير كافية لكبح جماح هذه الاخلالات، ويبقى السبيل هو التوعية واليقظة الاجتماعية والرجوع بالأساس إلى جوهر الرياضة كوسيلة نبيلة غايتها الترويح والتهديب والتقارب بين الأفراد والجماعات.

(2) التلاعب في نتائج المباريات الرياضية:

بالنظر إلى أهمية المسابقات الرياضية على اختلاف أنواعها، وما تدره من أموال سواء من عائدات بيع حقوق البث التلفزيوني أو عقود الدعاية والإشهار، أصبحت هذه المسابقات ساحة للمراهنات بامتياز، وإذا كانت ثقافة المراهنات قد غزت جميع المجالات فإن الرياضة تعتبر اليوم أهم سوق للمراهنات نظرا لكثرة المسابقات الرياضية وتنوعها وغرابتها أحيانا، ونظرا لإمكانية التلاعب في نتائجها ما دام الأمر متوقفا على إرادة أفراد بعينهم يتحكمون في النتائج ويمكنهم تغيير مجرياتها في كل وقت وحين. ولذلك نجد اليوم أن حالات الفساد المالي والإداري أصبحت مرتبطة بالتلاعب بنتائج المباريات الرياضية، وقد شهد مبالغ المراهنات المالية على المباريات الرياضية زيادة كبيرة في السنوات الأخيرة، كما يسر استخدام الانترنت إلى حد كبير في إمكانية المراهنة على المباريات في جميع أنحاء العالم، ونظرا لإمكانية تحقيق أرباح كبيرة والخطر الضئيل لكشف التلاعب، بات هذا الأخير أكثر جذبا للمجرمين وعصابات الجريمة المنظمة، وغسل الأموال، حيث الأرقام بالمليارات، إذ أنه تضح ثلاثة ملايين دولار يوميا من الأموال للمراهنات في مجال مباريات كرة القدم وحدها.¹

وتتركز أهم شبكات التلاعب في نتائج المباريات في أوروبا، حيث تسخر شركات التحويل السريع للأموال للقيام بنقل الرشاوى إلى شتى أنحاء العالم، هذه الرشاوى التي تصل إلى حد 100.000 يورو للمباراة

¹ نشرة الأنتربول، الأمانة العامة، النزاهة في مجال الرياضة، التوعية بالفساد في كرة القدم وزيادة فهمه، 2012، ص 2.

الواحدة، سواء كان المتلقي لاعبا رياضيا أو حكما أو مسؤولا إداريا في البعثة المستهدفة،¹ ولعل أهم مثال على هذه الفضائح ما أسفر عنه التحقيق الذي باشرته منظمة "اليوروبول" والذي أسفر على كشف اللاعب في نتائج أكثر من 380 مباراة في أوروبا وحدها، و300 مباراة أخرى في كل من افريقيا وآسيا وأمريكا الجنوبية والوسطى، وتعتبر مقابلات تصفيات كأس العالم وكأس أوروبا من أهم المباريات الرياضية المستهدفة لأنها تستأثر بمتابعة جماهيرية كاسحة،² وقبل ذلك تفجرت فضيحة "الكالشيو بولي" في إيطاليا، كما أن سنة 2012 وحدها عرفت توقيف 93 لاعبا في تركيا، و100 في زمبابوي، وفي كوريا الجنوبية أقدم مدرب ومجموعة من اللاعبين على الانتحار عقب إدانتهم بالتلاعب بنتائج مباريات البطولة الاحترافية، كما أدين وعوقب بالسجن في الصين أزيد من 60 لاعبا وحكما ومدربا ومسؤولا محليا على نفس الممارسات أعلاه،³ وما يقال عن كرة القدم يقال عن كرة اليد كفضيحة اللاعب في نتائج بطولة كرة اليد الفرنسية العام سنة 2011، وكذلك في بطولة محترفي كرة السلة الأمريكية NBA، وكافة أصناف الرياضات عبر العالم سواء تعلق الأمر بالرياضة الهوائية أو الاحترافية.

وفي أواخر شهر ماي 2015 أُلقت الشرطة السويسرية القبض على 7 مسؤولين كبار من قادة الاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA في مدينة زيوريخ بسبب تورطهم في قضايا فساد ورشوة من قبل بعض الدول للحصول على شرف تنظيم كأس العالم، وأيضا غسيل الأموال بناء على طلب من مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي.

والمغرب لا يشكل استثناء من هذه الظاهرة، حيث ظهرت على الساحة الوطنية مؤخرا - وليست القضية الأولى - قضية التلاعب بمباريات البطولة الوطنية الاحترافية "اتصالات المغرب"، حيث طفت على سطح

¹ على أنه ليست الرشاوى هي الوسيلة الوحيدة للضغط واستمالة هؤلاء، بل نجد كذلك استعمال السلع الباهظة الثمن أو الخدمات الجنسية أو التهديد باستعمال العنف.

² لعل المثال الأبرز لهذه المراهنات نجد المقامر السنغافوري الشهير ويلسون بيرومال، الذي اعترف في مقابلة مع شبكة «سي إن إن» الأمريكية أنه جني بين 5 و6 ملايين دولار من خلال التأثير والتلاعب في حوالي 100 مباراة دولية سواء في الدورات الأولمبية أو تصفيات كأس العالم وكأس أمم أفريقيا وغيرها من المحافل الرياضية الكبرى.

أسس بيرومال شركات وهمية مثل «football4U» بهدف إغراء العديد من الاتحادات الأهلية والكثير من الأندية مما ضمن له تحقيق مبالغ خيالية، كما استطاع إبرام عدة عقود وهمية مع عدة اتحادات مثل جنوب أفريقيا وبوليفيا لإقامة مباريات ودية يرتبها بنفسه ويحدد نتائجها.. ولم يكتف بيرومال بذلك فقد اعترف بأنه أحيانا يختار الحكام واختيار الملاعب وتأجيرها ليوم كامل باسم هذه الشركات الوهمية التي يطلقها. أنظر: قنديل محمد، المراهنات.. بزئس بلارقيب، مقال منشور بموقع: akhbarelyom.com تم الاطلاع بتاريخ: 2019/11/09، على الساعة: 00.27.

³ الموقع الإلكتروني: www.reuters.com/article/sport اطلع يوم: 2019/10/01 على الساعة: 35.23 ليلا.

الأحداث الكروية ببلادنا شبة التلاعب بنتيجة مباراة الكوكب المراكشي ويوسفية برشيد، بشكل اعتبره نادي المغرب التطواني مشينا وخادشا بسمعة الكرة الوطنية.

ومما سبق، فإن أخطر الأمراض التي أصبح يخشى معها على مجال الرياضة وصيرورتها وسمعتها

عموما، هو تغلغل الجريمة المنظمة¹ والتي مثلنا لها بتحكم مافيا المراهنات والقمار عبر العالم في

نتائج مباريات ومنافسات رياضية عالمية، ولعل هذا الخطر هو الذي دفع بالفيفا وهي أعلى هيئة دولية تتولى تسيير شؤون الرياضة الأكثر شعبية في العالم وهي كرة القدم، وبشراكة مع الأنتربول إلى إطلاق برنامج عالمي يركز على المراهنات النظامية وغير النظامية وعلى التلاعب بنتائج المباريات، وذلك لتحقيق أمرين هاميين:

■ تعليم وتدريب الجهات الفاعلة الرئيسية في اللعبة، على كيفية تحديد محاولات إفساد المباريات أو التلاعب بنتائجها ومقاومتها والإبلاغ عنها.

■ العمل على إعداد أجهزة إنفاذ القانون للتحقيق والتعاون في القضايا المتصلة بالفساد والتلاعب بنتائج المباريات، ولأجل ذلك تم إحداث الوحدة المعنية بالتزاهة في الرياضة في مقر الأمانة العامة للأنتربول بمدينة ليون الفرنسية، وهذه الوحدة التي تلقت مؤخرا أكبر هبة مالية تقدم لمنظمة أمنية من طرف الفيفا والتي بلغت 20 مليون يورو لتنفيذ برنامجها الطموح على مدى عشر سنوات.²

ولا تقتصر الجهود الدولية على هذه الشراكة والبرامج، بل توجد مجموعة من الهيئات مختلفة المناهل ومتنوعة التخصصات، غير أن جلها إن لم نقل كلها تعمل في فلك المرجعيات الدولية المتعلقة بمكافحة

¹ جراء اعتبارات ذات طبيعة اقتصادية وسياسية وحتى اجتماعية لم تستطع الدول على حصر مفهوم الجريمة المنظمة في تعريف جامع مانع، لهذا نجد جل التشريعات تخلو من تعريف هذه الجريمة، لكن هذا لا يمنع من ذكر التعاريف التي وضعها الفقه، ومنها: "أنها تلك الجريمة التي ترتكب من تنظيم إجرامي هيكلية يتكون من شخصين فأكثر تحكمه قواعد معينة أهمها قاعدة الصمت، ويعمل هذا التنظيم بشكل مستمر لفترة غير محددة ويعبر نشاطه حدود الدول، ويسعى للحصول على الربح المادي." جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى، اعمان - الأردن، دار النقا، 2008، ص 45.

² نشرة الأنتربول، الأمانة العامة، م س، ص، 4 و 5.

الفساد بشكل عام، كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003،¹ والتوصيات مؤتمر الدول

الأطراف في الاتفاقية السالفة الذكر المنعقد بفيينا أيام 22 إلى 24 غشت 2016، والذي تمحور حول موضوع النزاهة في المجال الرياضي، وينضاف إلى ذلك توصيات المؤتمر الدولي السادس للوزراء وكبار الموظفين المسؤولين عن التربية البدنية والرياضة والتابع لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة المنعقد بتاريخ : 19 / 10 / 2017، أكدت على ضرورة التزام السلطات الوطنية والهيئات الحكومية وغير الحكومية المعنية بالرياضة من بحث جميع جوانب النزاهة في الرياضة بطريقة فعالة.

ومن جملة هذه الهيئات نجد المجلس الدولي للأمن الرياضي ICSS،² والمنظمة الدولية للنزاهة الرياضية SIGA،³ وكذا الاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA.⁴

أما على الصعيد الوطني فقد بدلت الهيئات المكلفة بتدبير الشأن الرياضي جهودا حثيثة في هذا الصدد،

أملا منها في تطوير العرض الرياضي وخلق جو من المنافسة الشريفة، وهي جهود لا تنفصل عن الجهود العامة التي تبذلها الدولة في مكافحة الفساد بشكل عام، حيث أصبحت للمملكة استراتيجية وطنية لمحاربة الفساد 2016 - 2025 كترجمة لالتزاماتها الدولية في هذا الإطار، كما أن دستور 2011 نص في

¹ لقد وقعت المملكة المغربية على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في 31 أكتوبر 2003، ثم صادقت عليها في 9 ماي 2007، الجريدة الرسمية عدد: 5596، بتاريخ 8 محرم 1429 (17 يناير 2008)، ص 133.

كما وقعت المملكة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد بتاريخ 21 دجنبر 2010، الجريدة الرسمية عدد: 6228، بتاريخ 6 ربيع الآخر 1435 (6 فبراير 2014)، ص 743.

² هي منظمة غير ربحية، ليست لها أي توجهات أو ارتباطات خاصة أو حكومية، وتهدف إلى أن تصبح مركزا عالميا للخبرة، وبوصفه مركزا دوليا مقره بالدوحة، بقطر، يعمل المركز مع جميع الأشخاص المسؤولين عن الأمن الرياضي، والسلامة والنزاهة، وتشمل قائمة عملائه وشركائه وأصحاب المصلحة الرئيسيين مثل منظمي الفعاليات والحكومات والدول المرشحة، والجهات المالكة للبنية التحتية، والجمعيات الرياضية، والبطولات والأندية. للتعرف أكثر على هذا المركز أتر الموقع التالي: <http://www.theicss.org/>

³ تأسست المنظمة الدولية للنزاهة الرياضة سنة 2017 بلندن، ومقرها بجنيف بسويسرا كأول منظمة دولية في العالم تعنى بالنزاهة في الرياضة، وتم إدراجها كمؤسسة مستقلة وفقا للقانون السويسري، وتهتم هذه المنظمة بكل ما يتعلق بالنزاهة في الرياضة عبر ثلاث محاور رئيسية وهي: الحوكمة الجيدة التي تستند على معايير مبادرة النزاهة والشفافية في الرياضة والتي تتضمن أعلى المعايير من حيث الديمقراطية والشفافية والمساءلة والتمثيل الحقيقي للشركاء وأصحاب المصالح في عمليات صناعة القرار بالاتحادات والمؤسسات الرياضية المختلفة، وكذلك النزاهة المالية وذلك وفقا لتوصيات منتدى النزاهة المالية في الرياضة، بما في ذلك الالتزام بالرقابة الشاملة والتوافق مع المعايير. بالإضافة إلى النزاهة الرياضية وهو الجانب الذي يشمل مكافحة التلاعب في نتائج المباريات والمراهنتان غير المشروعة من خلال تطبيق قواعد ومبادئ الدليل الصادر عن البرنامج المشترك بين جامعة باريس السوربون والمركز الدولي للأمن الرياضي.

⁴ هي الهيئة المنظمة للعبة كرة القدم في العالم، تأسست في 21 ماي 1904، في باريس، ويقع مقرها بمدينة زيورخ السويسرية، وتظم 211 من اتحادات كرة القدم في العالم. انظر: الموسوعة الحرة: ويكيبيديا.

الفصلين 36 و167 منه على إحداث "الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة"

وانسجاما مع التزاماته الدولية نص الفصلين 36 و167 من دستور المملكة على إحداث هيئة وطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة التي تقوم بمهام المبادرة والتنسيق والاشراف وضمان تتبع تنفيذ سياسات محاربة الفساد، وتلقي ونشر المعلومات في هذا المجال، وكذا المساهمة في تخليق الحياة العامة، وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة، وثقافة المرفق العام، وقيم المواطنة المسؤولة وقد صدر بشأن تنظيمها وأليات اشتغالها وكذا عضويتها، القانون التنظيمي رقم 113.12 بتاريخ 2 يوليوز 2015¹ ولتفعيل هذه الاستراتيجية تم إحداث اللجنة الوطنية لمكافحة الفساد على مستوى رئاسة الحكومة بتاريخ : 2017/11/2²

أما على مستوى الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم فهناك مجهودات تبدل في هذا المجال وإن كانت على قلتها لكنها محمودة، إذ أنه من جملة أهداف الجامعة الملكية لكرة القدم المنصوص عليها في المادة 5 من نظامها الأساسي منع الطرق والممارسات التي من شأنها أن تلحق ضررا بنزاهة المنافسات أو اللاعبين الرسميين والأعضاء أو التي تسبب في إحداث تجاوزات في كرة القدم وكذا اتخاذ التدابير الوقائية اللازمة.

وانسجاما مع أهدافها في هذا المجال، وكذا تفعيل اللوائح ودوريات الاتحاد الدولي لكرة القدم في مجال حماية النزاهة الرياضية، تضمنت المدونة التأديبية للجامعة الملكية لكرة القدم نصوصا تجرم وتعاقب الأفعال النافية للقيم الرياضية من قبيل الرشوة المنصوص عليها وعلى عقوبتها من خلال الفص 99، ثم فعل التأثير غير المشروع على نتائج المباريات من خلال الفصل 100، وكذا تجريم الغش الرياضي من خلال الفصل 101، ثم تجريم فعل تزوير ورقة المباراة من خلال الفصل 102، تم تجريم تعاطي المنشطات من خلال الفصل 103 من القانون التأديبي للجامعة³. وزيادة على هذا يمكن تطبيق العقوبات المقررة لجريمة

¹ ظهير شريف رقم 1.15.65 صادر في 21 شعبان 1436 (9 يونيو 2015) بتنفيذ القانون رقم 113.12 المتعلق بالهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها. الجريدة الرسمية عدد: 6374، بتاريخ 15 رمضان 1436 (2 يوليوز 2015)، ص 6075.

² مرسوم رقم 2.17.264 صادر في 28 من رمضان 1438 (23 يونيو 2017) بإحداث اللجنة الوطنية لمكافحة الفساد. الجريدة الرسمية عدد: 6582، بتاريخ 4 شوال 1438 (29 يونيو 2017)، ص 3858.

³ وقد خرج للوجود قانون محاربة تعاطي المنشطات في مجال الرياضة سنة 2017. ظهير شريف رقم 1.17.26 صادر في 8 ذو الحجة 1438 (30 أغسطس 2017) بتنفيذ القانون رقم 97.12 المتعلق بمكافحة تعاطي المنشطات في مجال الرياضة، الجريدة الرسمية عدد: 6604، بتاريخ: 23 ذو الحجة 1438 الموافق ل 14 شتنبر 2017، ص 5048.

الرشوة في مجموعة القانون الجنائي (الفصلين 248 و 249).

ويطرح التلاعب بنتائج المباريات تهديدا أوسع نطاقا أيضا، إذ يستخدم المجرمون الأموال المتأتية منه في أنشطة غير مشروعة أخرى. ويات من المهم، أكثر من أي وقت مضى، وضع استراتيجيات منسقة لمنع التلاعب بنتائج المباريات عن طريق إشراك الجهات المعنية على كل من الصعيد الوطني والإقليمي والدولي.

خاتمة:

إنه أمام استفحال ظاهرة الإجرام في الوسط الرياضي تعالت الأصوات لإعادة النظر في الطبيعة التنافسية للرياضة، بعد أن تحولت أغلب المنافسات الرياضية إلى صراع مرير قد يتخطى كل القيم البشرية، واستعانت بأساليب أبعد ما تكون من قيم الرياضة الأصلية كالعنف والعدوان، والغش وتعاطي المنشطات، وتقديم الرشاوى للمسؤولين والرسميين والرياضيين، الأمر الذي أصبح يندرج بتقويض نظام الرياضة بكامله. فهل أصبحنا ملزمين بتقبل منطق البيزنس الرياضي؟

الحماية الجنائية لافشاء السر المهني بين مدونة الشغل والقانون الجنائي

الزهرة تومي

طالبة باحثة في سلك الدكتوراة

بجامعة محمد الخامس أكادال الرباط

تقديم :

ظل كتمان السر من أصعب الأمور على الإنسان لأسباب متعددة، ونظرا لما يترتب الإفشاء الأسرار من أضرار وخيمة، كان لا بد من تجريم إفشائه التزاما بقواعد الدين¹ والأخلاق و الضمير وتحقيقا لمصالح الفرد والمجتمع.

ومن المتفق عليه بين فقهاء أن التجريم إفشاء بعض الأسرار المهنية معروفة منذ القدم فالالتزام بالمحافظة عليه أضحى واجبا أخلاقيا يتخذ صورة قاعدة أخلاقية، بل واجبا قانونيا يرتب جزءا جنائيا².

لما كانت حماية حقوق ومصالح المجتمع وأفراده هي الهدف الذي ينشده القانون، فإن وسائل وآليات هذه الحماية تختلف بحسب طبيعة الحقوق والمصالح التي يتصدى القانون لحمايتها ' فمنها ما تكون وسيلة حمايته توفير العلانية له، ومنها ما تكون وسيلة حمايته إحاطته بإطار من السرية . فوسيلة الحماية بتوفير العلانية هي توفير العلم للكافة بحق صاحب الشأن حتى لا يتعدى أحد على حقه أو ينازعه إياه و وسيلة حماية الحقوق والمصالح المحاطة بالسرية هي أن تبقى طي الكتمان وألا يفشها المؤمن عليها³.

¹ نصت الشريعة الإسلامية على ضرورة المحافظة على أسرار وكتماها، سواء فيما يتعلق منها بالأفراد أو الدولة، وأمر (ص) عليه وسلم المسلمين جميعا بأن يحفظوا، أسرارهم وأن يستروا عوراتهم،؟ وذلك أدوم للألفة وأصون للحقوق الأفراد والجماعات مصدقا لقوله عز وجل "والله يعلم ما تسرون وما تعلنون" سورة النحل الآية 19.

- قال سبحانه وتعالى في سورة الملك الآية 13 "واسروا قولكم أو اجهروا به إنه عليم بذات الصدور" كما أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بكتمان السر إذ قال: "استعينوا على قضاء حوائجكم بالكتمان، فإن كل ذي نعمة محسود" رواه الطبراني، في معالجه الثلاث، البيهقي في شعب الإيمان، وابن عدي في الكامل... وقد جاء بلفظه: "استعينوا على إنجاح الحوائج بالكتمان فإن كل ذي نعمة محسود". وهو مروى من حديث معاذ بن جبل، وعلي ابن أبي طالب وابن عباسي وأبي هريرة وأبي بردة.

² - الفصل 447 من مجموعة القانون الجنائي

³ - سعيد عبد اللطيف : الحماية الجنائية للسرية المصرفية- دراسة مقارنة دار النهضة العربية طبعة 2004 ص : 5.

ويعد موضوع الحماية الجنائية لإفشاء السر المهني من أدق وأصعب مواضيع القانون الجنائي وأكثر غموضا وتعقيدا وذلك راجع لارتباط الوثيق بين الحماية الجنائية لسري المهني والحياة الخاصة للأفراد من جهة وباقي فروع القوانين من جهة أخرى خصوصا تلك المنظمة لمجال الشغل , صعوبة ظهرت في هذا الموضوع تعود إلى تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه . إذ يرى أحد الفقهاء في نظرية العقد أساسا لهذا الالتزام , في حين تبني اتجاه آخر نظرية النظام العام بينما اعتبر اتجاه آخر أن أساس هذا الأخير يقوم على المصلحة التي تتجلى في الحفاظ على المصالح المحمية لرئس المفاوضة.... وبالتالي إذا كان المشرع قد أقر مجموعة من الحقوق لفائدة الأجير، وقام بحمايتها جنائيا في كل ما يمس بها فإنه بمقابل ذلك وضع مجموعة من الالتزامات على عاتقه من أجل استقرار علاقة الشغل¹.

ويعتبر إفشاء الأسرار المهنية من قبل الأخطاء الجسيمة التي تبرر الفصل إثرها وذلك بدون إخطار أو تعويض عن ذلك الفصل الذي جاء نتيجة لإفشاء أحد الأسرار المهنية المتعلقة بالمفاوضة التي يشتغل فيها الأجير.

اذ أن المشرع قد أقر مجموعة من حقوق للأجير أثناء سريان علاقة الشغل وعمل على حمايتها جنائيا تجاه كل ما يمس بها من طرف المشغل بالمقابل وضع مجموعة من التزامات على عاتق الأجير لأجل استمرار علاقة الشغل وقام بحمايتها جنائيا.

بما أن هذا الأخير يعتبر من الالتزامات المتعلقة بالمفاوضة التي يشتغل بها الأجير. فإنه يثار حوله مجموعة التساؤلات : عن مدى حماية المشرع لإفشاء السر المهني من خلال القانون الجنائي ومدونة الشغل؟

- مدى قدرة ونجاعة المقتضيات القانونية ذات الصلة بحماية السر المهني في توفيق بين مصالح الأطراف المتعلقة التشغيلية؟

- وماهي إجراءات المتابعة القضائية والجزاء المحدد لجريمة إفشاء السر المهني؟

المبحث الأول: جريمة إفشاء الأسرار المهنية

المبحث الثاني: المسطرة المتبعة والآثار المترتبة عنها

¹ - سميرة كميلى : قانون الجنائي للشغل الجزء الأول مطبوعة بنى إزناس ، الطبعة الأولى 2015 ، ص 200 .

المبحث الأول : جريمة إفشاء الأسرار المهنية

المطلب الأول: حماية إفشاء السر المهني

إن السر المهني بلا منازع ضرورة علمية وتديرية خاصة إذا تعلق الأمر بأعمال وخدمات حساسة للشركة، فلكل عمل أسرارته التي يتفانى صاحبه في إخفائها عن الغير حتى لا يعرض نفسه للمنافسة الغير المشروعة والتشويش على سمعته.

و عليه ينص الفصل 447 ق.ج على ما يلي: " لكل مدير أو مساعد أو عامل في المصنع إذا أفشى أو حاول إفشاء أسرار المصنع الذي يعمل به سواء كان ذلك الإفشاء إلى أجنبي أو إلى مغربي مقيم في بلد أجنبي يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى عشرة آلاف درهم.

وإذا أفشى هذه الأسرار إلى مغربي مقيم بالمغرب فعقوبته الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائة وعشرين إلى مائتين وخمسين درهما ويحكم بالحد الأقصى المقرر في الفقرتين السالفتين حتما إذا كانت الأسرار متعلقة بمصنع السلاح أو الذخيرة الحربية مملوك للدولة.

في جميع الأحوال يجوز أن يحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من 5 إلى 10 سنوات".

فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع المغربي أولى اهتمامه أيضا بأسرار المقابلة التي تشكل خطورة كبيرة على تقدمها وتطورها وكذا على استمراريتها ففرض لها حماية جنائية تقمها خطر إفشاء سر الصنع الذي هو السبيل للحفاظ على حياة المقابلة المهتدة بالمنافسة، فالحفاظ على أسرار المقابلة ما هو إلا حماية لها من المنافسة. فإلى جانب تجريم هذا الفعل من خلال نص القانون الجنائي فإنه حسب مدونة الشغل يشكل خطأ جسيما يبرر فصل الأجير من شغله حسب مقتضيات المادة 39 م.ش بدون إخطار، ولا تعويض.

فجريمة إفشاء الأسرار المهنية تفرض علينا أولا التطرق إلى دراسة السر محل الحماية الجنائية(الفقرة الأولى)، ثانيا صفة الفاعل في هذه الجريمة (الفقرة الثانية) ثم ثالثا تحديد الأركان المكونة لها(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : السر محل الحماية الجنائية

يمكن تعريف إفشاء السر بأنه الإفصاح عن أسلوب أو طريقة مهنية للتصنيع, لها لأهمية عملية أو تجارية والتي تستعمل من طرف الأجير الملمزم بإخفاء هذا الأسلوب أو الطريقة عن منافسيه الذين لا يعرفون أي شيء عنه¹. وهذا السر المني يعتبر من أسرار الصنع التي حصل عليها نتيجة شغله والتي لا يمكن أن تصل إلى علم الغير لأنها تتعلق بالمقاولة المشغلة والتي تهدف من خلال أسرارها المحافظة على طريقة الإنتاج والصنع التي دائما تكون محل منافسة الغير المشروعة. فسمات جريمة إفشاء سر الصنع تنتظم في صيغة بسيطة كما يلي : - فالحماية الجنائية لا تسري إلا على مناهج أو أساليب الصنع المحتفظ بها كسر في مواجهة المنافسين أي كل المعلومات والمعارف التي ليست حرة وسهلة البلوغ مما يفيد أن الإفصاح بالمواد أو المنتوج نفسه لا يشكل جريمة معاقبة².

إلا أنه حسب الفصل 447 ق.ج، فإنه لا يشترط أن يسفر الإفشاء عن نتيجة معينة فهو معاقب جنائيا ولو لم يصب الضحية ' المشغل ' بضرر ذو قيمة عكس ما جاء في مدونة الشغل إذ لكي يعتبر إفشاء السر المني كخطأ جسيما يبرر الفصل حسب المادة 39 م.ش، فإنه يجب على المشغل أن يثبت أن الأجير قد أفشى إلى الغير سرا مهنيا يتعلق بالشغل وأن هذا الإفشاء قد تضررت منه المقاولة وبالتالي فإن الفصلين معا يتفقان على كون إفشاء سر الصنع هو دائما فعل مجرم يهدد بمجرد البوح به حياة المقاولة.

إلا أنه يثار إشكال يتمثل في الاختراع الذي يتوصل له الأجير هل يدخل ضمن السر المني أم لا يرى بعض الفقه الفرنسي³ أنه 'إذا كان الأجير المفشي قد اشتغل فقط في مختبر تابع للمقاولة التي يرتبط مع رئيسها بعقد الشغل وتحت إدارة هذا الأخير، فإن السر هنا والذي يتمثل في أن هذا الأخير الذي توصل إليه الأجير و الذي ينتج عن الأعمال المنجزة هو في ملكية المشغل وإفشاؤه للأجانب عن المؤسسة يعد معاقبا جنائيا، وعلى العكس من ذلك يكون للأجير حق على الأسرار المرتكزة على مبادرة الفردية ، وخارج اختصاصاته المهنية وهذا الحق يثبت للأجير ولو زوده المشغل بالآلات أو الأدوات واليد العاملة لان الفكرة المبتكرة ترجع

¹ - Jean Ndidier (W) droit pénal des affaires, ed Dallog paris 1991 : 376

- حسن الفكهاني التعليق على القانون الجنائي على القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه والقضاء إصدار الدار العربية للموسوعات الطبعة 1993-1992.

² - سميرة كميلى م.س. القانون الجنائي للشغل أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق شعبة القانون الخاص في إطار وحدة التكوين والبحث. ص 180

³ - Merbe (R) Vit (A) traite de droit criminel droit pénal spécial ed cujas 1980 .

إلى الأجير والدعم المادي من طرف المشغل لا يخوله حق الملكية للسر المكتشف أو الملكية المشتركة له.

الفقرة الثانية: صفة الفاعل في جريمة إفشاء سر المصنع

ومما لا شك فيه أن الاحتفاظ بأسرار المهنة من الالتزامات التي تحتم حسن النية في تنفيذ عقد الشغل ، فالأجير تبعاً للشغل المنوط به قد يطلع على أسرار خاصة بالمقاولة تكسبه الوسيلة التي يمكن أن يستعملها ضد مشغله وذلك قصد الضغط عليه من أجل تحقيق بعض المطالب المهنية. ويعتبر الميدان الصناعي أكثر الميادين تعرضاً لهذا النوع من الضغوط وهو تهديد قد يؤدي بالمشغل إلى الإذعان لبعض المطالب لأن إفشاء السر المهني سيعرضه مبدئياً للضرر¹. وزيادة على ذلك فالمادة 447. ج لا تأخذ كأساس في التجريم إلا صفة

الجانبي دون المجني عليه الضحية (رئيس المقاولة)، وحسب منطوق هذا الفصل يعاقب كل مدير... ألا يكون غير هؤلاء الأشخاص أي لا يمكن أن يخرج عن إطار علاقة الشغل كما هو محدد في الفصل السابق ذكره، لكن ما يمكن أن نستنتجه من الفصل أيضاً هو أنه حاول أن يقتصر الجزاء الجنائي فقط على المرحلة التي تبقى فيها علاقة الشغل قائمة بين الأطراف وذلك بنصه ".... إذا أفشى أو حاول إفشاء أسرار المصنع الذي يعمل به...." وبالتالي فإن الأجراء الذين لا زالوا تحت تبعية المشغل هم المسؤولون عن المحافظة على السر المهني الذي اطلعوا عليه بمناسبة شغلهم، إلا أن اقتصر الجزاء الجنائي على هذه الفترة ينقص من الحماية الجنائية المقررة لحماية المقاولة التي تبقى مهددة حتى ولو لم يستمر عقد الشغل، وذلك لأن السر المهني هو دائم لها فإن تجريم إفشاء السر المهني لا بد أن يطال حتى المذنب بعد انتهاء علاقة الشغل².

إلا ان التجريم المرتبط ب'إفشاء أسرار الصنع قد يطرح مشكلاً عندما يكون الأجير المرتكب لهذا الفعل مرتبط بالمقاولة المشتغلة له بواسطة مقاولة التشغيل المؤقت. فهل يعاقب بمقتضى الفعل 447 ق. أم لا؟ بالرجوع للفعل 447 ق.ج نجده يتحدث عن المدير والمساعد والأجير أي أن المشرع يطلب لتوقيع العقاب وجود نوع من التبعية بين الأجير المذنب والمشغل، وهذا المعيار يؤدي إلى استبعاد الأجير المؤقت الذي لا

¹ - محمد سعيد بناني قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية.

² - والإيضاح فقط نظرنا فإن واجب الكتمان هذا يجب أن يمتد حتى فترة انتهاء عقد العمل، فعقد العمل يضمن بالإضافة إلى شرط الكتمان الالتزام بشرط عدم المناقصة، ويهدف هذا المبدأ إلى منع أجير عن أداء نفس المهمة في مجال جغرافي قريب من مشغله السابق خلال مدة معينة.

تربطه علاقة تبعية إلا مع مقابلة التشغيل المؤقت¹.

أيضا يثار مشكل آخر يتمثل في تحديد طبيعة السر المهني المضمن في الفصل 447 ق.ج وكذا في المادة 39 م.ش التي اعتبرته خطأ جسيما يبرر الفصل فهذا المشكل يظهر في الحالة التي يطلب فيها المشغل طبيب الشغل أن يبين له الوقائع ذات الارتباط بالحالة الصحية للأجير، وهذا ما يجعل الطبيب أمام وضعيات قانونية مختلفة، وذلك نجعا لما إذا كان طلب الفحص وارد من طرف الأجير أو من طرف المشغل بشأن الوقاية أو مراقبة ليصعب آنذاك التوفيق بين المعلومة التي تفيد الوقائع التي جعلت الأجير عاجز مؤقتا أو دائما عن أداء الشغل، وبين حق الأجير في الاحتفاظ بالسر الذي يهيم صحته، ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى مؤاخذة الطبيب الذي بلغ المشغل بتقرير يتضمن معلومات شخصية بشأن الأجرة التي تكلف بفحصها².

المطلب الثاني : عناصر جريمة الإفشاء السر المهني

يشترط لثبوت جنحة إفشاء السر المهني توافر عنصرين : أولهما مادي المتمثل في فصل الإفشاء، الذي يسمح للأغيار بمعرفة مفصلة للمعلومات الخاصة بصناعة ما، والمحتفظ بها كسر خاص بالمؤسسة أما العنصر الثاني فيتجلى في الركن المعنوي في صورة القصد العام المبني على العلم والإرادة. وستحاول التطرق إليهما من خلال :

الفقرة الأولى : الركن المادي لجريمة الإفشاء السر المهني

حسب الفصل 447 ق.ج فإن الركن المادي لجريمة إفشاء السر المهني يتحدد من خلال إفشاء هذا السر الذي توصل له المفشي تبعا للشغل الذي يمارسه فهذه الجريمة تتحقق بنقل السر المهني إلى الغير لفائدة استغلاله مما يستثنى معه الحالة التي ينقل فيها الاجير السر لنفسه ماذم عقد الشغل مازال قائما أننا نرى أنه ما إذا انتهت العلاقة الشغلية فأن هذا الأجير يصبح في حكم الغير وبالتالي يسر عليه المنع أي تجريم الفعل الذي قام به، وتقوم هذه الجريمة سواء كان ذلك الإفشاء لفائدة أجنبي أو مغربي مقيم في بلد أجنبي أو مغربي مقيم بالمغرب وهذا التميز من حيث الجنسية ماهو إلا عنصر مشددا للعقوبة التي

¹ - Jaen didier (w) : op cité, p 377.

² - Cass chambre criminelle 19 Novembre 1985.

- وللמיד من الإيضاح والتفصيل أنظر إلى مرجع محمد سعيد بناني، مرجع سابق ص 1058.

تختلف بينما إذا كان القائم بها أجنبي أو مغربي في الخارج أو مغربي مقيم بالمغرب، أما من نقل له الخبر فإن الفصل 447 ق.ج لم يحدد صفته أو المهنة التي يقوم بها، وبالتالي يبقى العنصر المهم في تحقيق هذه الجريمة هو المفشي للسر. ونظرا لخطورة هذه الجريمة فإن المشرع الجنائي لم يعاقب على الجريمة التامة بل عاقب أيضا على مجرد محاولة ارتكاب جريمة إفشاء السر المهني وذلك بذكره في الفقرة الأولى من الفصل 447 "... إذا أفشى أو حاول إفشاء أسرار المصنع الذي يعمل به...." مما يؤدي إلى توسيع دائرة التجريم إلا أنه بالتمتع أكثر في مقتضيات الفصل يتضح لنا أن عقوبة محاولة ارتكاب هذه الجريمة هو قاصر على نقل هذا السر لفائدة الأجانب المغاربة المقيمين بالخارج وبذلك تكون محاولة نقل السر المهني لفائدة المغاربة المقيمين بالمغرب غير معاقب عليه جنائيا، أنه بالرغم من تحقق كل العناصر السابق ذكرها فإنه لا بد أن يكون الأجير المفشي للسر عالما بسرته وكذا بخطورته على المقاوله وأن يأتيه عمدا أي قصد ارتكابه.

فرغم أن المشرع المغربي قد عاقب جنائيا على إفشاء الأسرار المهنية بواسطة الفصل 447 ق.ج فإنه لم يشترط في هذه الحالة تحقق عنصر الضرر هذا عكس ما نجده في المادة 39 ح.ش التي اشترطت لتحقيق جريمة إفشاء السر المهني وبالتالي اعتبارها خطأ جسيما يبرر فصل الأجير فضلا مبررا فإن الأمر لا يتعلق بإفشاء السر المهني فقط بل أن ينتج عنه بالإضافة إلى ذلك ضرر للمقاوله مما يجعلنا أمام ثلاثة عناصر وهي: إفشاء السر المهني، و'ن يحدث ذلك ضرر للمقاوله، وأن يرتكب خارج المقاوله مدام هذا السبب لم يذكر ضمن الأخطاء المرتكبة داخل المقاوله.

الفقرة الثانية: الركن المعنوي

لا يكفي لقيام مسؤولية الأجير الجنائية في جريمة إفشاء السر المهني من الناحية القانونية، يأتي الأجير بالفعل المادي للجريمة فقط بل لا بد أيضا من توفر الركن المعنوي¹ وتعتبر جريمة إفشاء السر المهني من الجرائم العمدية، والتي يأخذ ركنها المعنوي صورة القصد ويتربط على ذلك أن جريمة إفشاء السر لا يعاقب عليها جنائيا نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط في المحافظة على السر² فالقصد الجنائي المتطلب في جريمة إفشاء السر المهني هو القصد العام، بالتالي فإنه لا يعاقب عليه في الحالات التي يقصد فيها الجير

¹ - عبد الواحد العلمي : القسم العام

² - حسن محمد نجيب

إفشاء أسرار المصنع وذلك لعدم توافر عنصرا لإرادة، وإنما يعاقب على ذلك مدنيا بالتعويض.

وقد ثار نقاش حول توافر نية الإضرار (القصد الخاص) لصاحب السر، بمعنى أن يكون قد قصد نية الإضرار.

لقيام جريمة الإفشاء على عدة أسباب منها :

- أن المشرع الفرنسي قد قصد في تجريم إفشاء السر حماية خاصة لصاحبه، فإذا لم يتوفر قصد الإضرار أركان هذا دليلا على انعدام أهمية السر.
- إن جريمة الإفشاء لها طبيعة مماثلة لجرائم القذف والسب التي تتطلب نية الإضرار وذلك يتضح من خلال وضع المشرع الفرنسي لهذه الجريمة بين جرائم القذف والسب.

وقد أيدت المحاكم الفرنسية في البداية هذا الرأي لكن سرعان ما عدلت عن اشتراط نية الإضرار حيث نصت المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي عام ومطلق ويعاقب على كل إفشاء لسر المهني، بحيث أن المشرع قصد من فرض الالتزام بالسرية على بعض الأشخاص تأكيد الثقة دون أن يكون من الضروري توافر قصد الإضرار لدى المتهم.

وبالتالي فإن جريمة الإفشاء السر المصنع تقوم على ضرورة توافر القصد العام دون الخاص حيث يكفي العلم والإرادة للمعاقبة على الإفشاء.

1. العلم: يتطلب هذا الركن افتراض وجود العلم لدى الأجير بأن السر المودع لديه بحكم عمله له طبيعة سرية وأنه يدخل ضمن مهنته التي تعتبر هي أساس علمه بالسر،

2: الإرادة

بالإضافة إلى العلم كشرط أساسي في الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر المهني هناك عنصرا آخر يتضح من خلال توجيه الجاني إرادته لارتكاب سلوك الإفشاء، فكلما وجهت الإرادة إلى الاعتداء على حق من الحقوق المحمية جنائيا، والتحقق القصد الجنائي وبالتالي الركن المعنوي.

المبحث الثاني: الإجراءات المتابعة والجزاء في جريمة إفشاء السر المهني

تكمن القوة القانونية للالتزام بالكتمان في الحماية المقررة بمقتضى نصوص تشريعية تفرض وجوباً للالتزام بكتمان السر المهني إذ القول بخلاف ذلك يجعل كتمان السر المهني دون جدوى وليس الإشعار زائف لا قيمة له.

وتتجسد هذه الحماية في تحريك المتابعة، سواء على مستوى الإجراءات المتبعة في الدعوى العمومية والمدنية (الفقرة الأولى) أو بالنسبة إلى الجزاءات المقررة في القانون الجنائي (الفقرة الثانية)

المطلب الأول: الدعاوي الناتجة عن جريمة إفشاء السر المهني

يترتب على خرق القانون الجنائي عقاب الفاعل عن طريق توقيع الجزاء عليه بواسطة الوسيلة المقررة قانوناً كذلك وهي الدعوى العمومية التي تقيمها النيابة العامة باسم المجتمع لتطبيق القانون الجنائي على المخالف (أولاً) لكن الخرق السابق للقانون الجنائي قد يتخلف عنه إلى جانب الضرر الذي أصاب المتضرر من إفشاء السر المهني، بحيث يحق لهذا الأخير المطالبة بالتعويض، أما القضاء الجنائي تبعاً للدعوى العمومية المنظورة أمامه، وتسمى هذه المطالبة بالدعوى المدنية التابعة¹. فممارسة المتابعات الجنائية بشأن جرائم الشغل لا تثير خصوصيات تذكر إلا في حالات جل نادرة إذ تخضع مبدئياً لما هو مقرر في قانون المسطرة الجنائية وما يسري بشأن سائر الجرائم، سواء فيما يتعلق بتحريك الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة، أو إمكانية لازدواجية المتابعة من خلال تزامن ممارسة متابعة جنائية وممارسة مسطرة تأديبية، أو ما بين تزامن ممارسة متابعة جنائية وممارسة دعوى اجتماعية². والخصوصيات التي يمكن إثارتها هذا تتعلق بصفة أساسية بالأشخاص الذين يمكن لهم تحريك الدعوى العمومية، والدعوى المدنية.

¹ - عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص الأولى، 2006 ص

79.

² - سميرة كميلي مرجع سابق ص 328.

الفقرة الاولى : تحريك الدعوى العمومية الدعوى المدنية التابعة لها

قضت المادة الثانية من قانون المسطرة الجنائية¹ أنه "يترتب على كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات، والحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن ضرر الذي تسببت فيه الجريمة".

يتضح من خلال هذه المادة أن الضرر الناتج عن الجريمة سواء كان ضررا فعليا أو ضررا قانونيا يوسع المجال أمام الجهات المتضررة للمطالبة بمساءلة الشخص الذي ارتكب، مما قام به. وفي الوقت الحاضر انتهى الأمر إلى أن المطالبة القضائية تستهدف توقيع العقاب على مرتكب الفعل باسم المجتمع فإن الدعوى تسمى "دعوى عمومية" وإذا كانت المطالبة القضائية ترمي إلى إصلاح الضرر اللاحق بالضحية المباشرة من الجريمة والحصول على تعويض، فإن الدعوى تسمى "دعوى مدنية".²

1. الدعوى العمومية

إن الدعوى التي تقام أمام القضاء الجزري مرتكب الجريمة من أجل المطالبة بتوقيع الجزاء عليه تسمى دعوى عمومية، لأنها تثار باسم المجتمع بكامله.

ولدعوى العمومية طرفان رئيسيان، طرف مدعي وطرف مدعى عليه، فالطرف المدعي إما أن يكون النيابة العامة أو المتضرر، أو جهات أخرى عينها القانون، والطرف المدعى عليه هو المتهم سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا، وكذا يقتضي الأمر إدخال أطراف أخرى في الدعوى أو تدخلها فيها تلقائيا، كالمطالب بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية.³

يقصد بالطرف المدعي، الطرف الذي خوله القانون حق إقامة وممارسة الدعوى العمومية، أو على الأقل حق إقامتها. وقد عهد قانون المسطرة الجنائية للنيابة العامة بحق ممارسة إقامة الدعوى العمومية، كما عهد لبعض الأشخاص أو الهيئات بإقامتها في حدود معينة، فالمادة الثالثة تنص على أن الدعوى العمومية تمارس ضد الفاعل الأصلي للجريمة المساهمين في ارتكابها، ويقمها ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما

¹ - القانون رقم 22-01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تنميته وتغييره بموجب القانون رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب

² - وزير العدل محمد بوزيغ "شرح قانون المسطرة الجنائية" الجزء الأول الدعوى العمومية السلطات المختصة بالتحدي عن الجرائم وزارة العدل منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، الرباط العدد 2 الطبعة الخامسة ص 22

³ - محمد بوزيغ "شرح قانون المسطرة الجنائية" مرجع سابق ص 25

يمكن أن يقيّمها الموظفون المكلفون بذلك قانونا، ويمكن أن يقيّمها الطرف المتضرر طبقا للشروط المحددة في هذا القانون¹.

و بالتالي إذا كان المشرع قد سمح بإقامة الدعوى العمومية للنياحة العامة والأطراف أخرى، فإنه لم يمنع حق ممارسة الدعوى العمومية سوى للنياحة العامة، ولذلك فإن دور باقي الأطراف الذين خولهم القانون حق إقامة الدعوى العمومية ينتهي بالنسبة للدعوى العمومية عند إقامتها، أي مجرد تحريكها وعرض الخصومة بالكيفية القانونية على الهيئة القضائية المكلفة بالتحقيق أو البث².

الفقرة الثانية: الدعوى المدنية التابعة

إذا كان موضوع الدعوى العمومية هو المطالبة بتوقيع الجزاء على المخالف للقانون الجنائي، فإن موضوع الدعوى المدنية التابعة هو مطالبة المتضرر بجبر الأضرار اللاحقة به من جراء الجريمة ولا يكون ذلك الا بتعويضه عن ذلك، وممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء الجزري كدعوى تستهدف إصلاح الضرر الناجم عن خرق القانون. وذلك من خلال عدم المحاكمة على سر المهني، يكون مصيرها رهينا بمصير الدعوى العمومية فعندما تتم إدانة المتهم يكون على القاضي البت في التعويضات المدنية المقررة للمتضرر (المشغل) كطرف مدني وبالمقابل في حالة براءة الأجير فإن القاضي الجنائي يصبح غير مختص بالبت في المطالب المدنية وبالتالي لا يمكن إقرار تعويضات للطرف المدني ويبقى لهذا الأخير رفع الدعوى أما القضاء المدني المختص³، وهذا ما نصت عليه المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية إن حق إقامة الدعوى المدنية للتعويض على الضرر الناتج عن جنائية أو جنحة أو مخالفة يرجع لكل من تعرض شخصيا لضرر الجسماني أو المادي أو المعنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة...".

وتجدر الإشارة إلى أن سماع دعوى المسؤولية عن الإفشاء السر المهني، لا بد أن يكون هناك ضرر لحق المشغل شخصا من جراء ما قام به الأجير المؤمن على السر من أفعال مخالفة للالتزام قانوني عام يتمثل في إفشاء أسرار المقاولة من طرف الأجير الملزم بالمحافظة عليها.

¹ - محمد بوزيع مرجع سابق، ص 25.

² - محمد بوزيع م س، ص 28

³ - زهور هيباوي: القانون الجنائي للمشغل - علاقات الشغل الفردية- نموذجا- رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسات العليا المعمقة، في القانون الخاص،

كلية الحقوق وجة، السنة الجامعية 2006-2007 ص 122.

كما يجب على المتضرر (رئيس المقاوله) أن يثبت كل أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة السببية القائمة من الخطأ والضرر. حتى تتأتى للمتضرر المطالبة بالتعويض لكن السؤال المطروح هو كيف يقدر القضاء التعويض الكامل الواجب للمتضرر شخصيا عن الضرر الناجع عن جريمة إفشاء السر المهني الذي يعتبره المشرع من خلال مقتضيات المادة المطروح هو كيف يقدر القضاء التعويض الكامل الواجب للمتضرر شخصيا عن الضرر الناجع عن جريمة إفشاء السر المهني الذي يعتبره المشرع من خلال مقتضيات المادة 39 مدونة الشغل خطأ جسيما يمنع للمشغل الفصل بدون تعويض عن الفصل أو من فقدان الشغل....

في الواقع أن تحديد التعويض من قبل القضاء لا يتم إلا بعد تأكد من حصول الضرر بشروطه القانونية¹ مستندا في ذلك لعدة عناصر منها مدى مشاركة المتضرر في إحداث الضرر وتقييد بالنصوص القانونية الخاصة بالتعويض² ومما لا شك فيه أن التعويض الناتج عن الجريمة يرجع إلى السلطة التقديرية لقضاة الدرجة الثانية بتخفيض التعويض الممنوح للمطالب بالحق المدني من غير أن يكون ملزما تبرير ذلك بأسباب خاصة.

المطلب الثاني : الآثار المتابعة للأجير على العلاقة الشغلية قبل صدور الحكم الجنائي تتعلق آثار المتابعة الجنائية للأجير جنائيا (البند الأول) وتتواصل النفوذ التأديبي للمشغل في مواجهة الأجير.

الفقرة الأولى : مآل عقد الشغل عند متابعة الأجير جنائيا

في إطار وقوفنا على الآثار المترتبة عن متابعة الأجير جنائيا خلال المرحلة السابقة لصدور الحكم الجنائي يطرح التساؤل حول مدى تأثير إيقاف الأجير بسبب متابعته جنائيا على عقد الشغل ؟ وبعبارة أخرى هل متابعة الأجير جنائيا تكون مبررا لفسخ عقد الشغل ؟

¹ - شروط الضرر القابل للتعويض :

- أن يكون الضرر مباشرا
- أن يكون مخففا وحالما
- أن يكون الضرر شخصيا

² - كما هو الحال بالنسبة لطهير 2 أكتوبر 1984 الذي يشتمل على مجموعة من الجداول تحدد التعويض الواجب للمتضرر بدلالة نسبة العجز المؤقت أو الدائم التي لحقه

لم تتعرض مدونة الشغل لهذا الموضوع أما على المستوى الفقهي،¹ فإن الموقف السائد هو أن الإيقاف للأجير بسبب متابعته جنائيا لا يكون في حد ذاته سببا لفسخ عقد شغله وإن كان يؤدي إلى توقف تنفيذه مؤقتا.

فالمنطق يقتضي انتظار صدور الحكم الجنائي بالإدانة لأجل فصل الأجير، وفي ذلك احترام للمبدأ القاضي بسلطة الحكم الجنائي على المدني، والمبدأ القاضي بأن الأصل هو براءة المتهم إلى حيث ثبوت الإدانة.²

أما على المستوى العملي فإن الواقع يكشف على أن مجرد ارتكاب خطأ تأديبي يسمح بالمتابعة الجنائية يكون كافيا لأجل فصل الأجير، ومن أجل تبرير هذا الموقف ثم اللجوء إلى مفهوم الاستحالة المؤقتة للتنفيذ وهو مفهوم مرتبط ارتباطا وثيقا بنظرية القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. لهذا يستوجب توفر سبب يكون مستقلا عن أرادة الشخص وغير متوقع ويستحيل دفعه،³

وإذا كانت النظرية التقليدية تعتبر أن القوة القاهرة تؤدي إلى إنهاء الالتزام، فإن النظرية الحديثة تميز بين القوة القاهرة التي تتضمن استحالة نهائية لتنفيذ العقد بحث تؤدي إلى إنهائه، والقوة القاهرة التي تتضمن استحالة مؤقتة لتنفيذ بحيث يترتب عنها فقط تعليق العقد.⁴

بخصوص التشريع المغربي فقد اعتبر القوة القاهرة سببا لإنهاء عقد الشغل من خلال المادة 33 من مدونة الشغل، وعلى من اتخذ مبادرة إنهاء الشغل استنادا وجود قوة القاهرة، أن يثبت ذلك، وغلا كان مسؤولا مدنيا عن ذلك الإنهاء ومن الممكن في إطار القوة القاهرة

ورغم ذلك فإن ضمان استقرار الأجير في شغله اقتضى من المشرع جعل القوة القاهرة توقف عقد الشغل أحيانا ولا تنهيه.⁵

¹ - هشام الشتيوي، إجراءات البحث والمحاكمة في جرائم الشغل، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون خاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية-مراكش، السنة الجامعية 2010/2009، ص 83

² - سميرة كميلى: المرجع السابق، ص 351.

³ - الفصل 95 من ق.ل.ع

⁴ - انظر حول هذا الموضوع

- إدريس فجر، القوة القاهرة وإنهاء عقد الشغل، مجلة المرافعة، عدد 2-3 ص 299 وما يليها

- فاطمة اسحاق أثار القوة القاهرة على الالتزام العقدي في القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني،

عين الشق، كلية الحقوق الدار البيضاء، 2005-2006، ص 150 وما بعدها.

⁵ - انظر بهذا الخصوص

لكن لا يستطيع المشغل أن يستند من أجل تبرير فسخ عقد الشغل إلى أن الأجير لم يعد محل ثقة بسبب متابعته جنائيا، مما يثير شكوكا حول نزاهته؟

وفي هذا الإطار ذهبت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن فصل الأجير من عمله لأجل سبب مرتبط بشخص الأجير يجب أن يركز على عناصر موضوعية، وفقدان في حد ذاته لا يشكل سببا للتسريح كما أن التسريح لا يمكن أن يستند على اتهام.

وإذا كان من حق المشغل كما سبقت الإشارة الاقتصار على تأديب الأجير فقط دون متابعته جنائيا فهل من شأن تحريك الدعوى العمومية ضد الأجير أن تؤدي وجوبا إلى تعليق الإجراءات التأديبية؟

في غياب نص تشريعي أو اجتهاد قضائي يجيب على هذا التساؤل بشكل صريح فإن المحكمة النقض التونسية¹ ذهبت في قرار لها إلى أن تطبيق مبدأ الجنائي يوقف النظر في المدني إنما هو "أمر اختياري بالنسبة للمجالس والهيئات"، ولهذا فإن متابعة الأجير جنائيا لا تؤدي وجوبا إلى تعليق الإجراءات التأديبية، وذلك باعتبار استقلالية القانون الجنائي عن القانون التأديبي.

ونخلص من خلال ما سبق إلى أنه يجوز للمشغل أن يتخذ ما يشاء من العقوبات التأديبية دون انتظار مأل المتابعة الجنائية، ويمكن أيضا انتظار مأل المتابعة بغاية الحصول على حكم بالإدانة ضد الأجير وهو ما يدعم قراره على الصعيد التأديبي.

أثار المتابعة الجنائية للأجير على العلاقة الشغلية بعد صدور الحكم تتمثل أثار المتابعة الجنائية للأجير بعد صدور الحكم الجنائي في فصل الأجير من الشغل الأول من طرف المشتغل استنادا للخطأ الذي ارتكبه أما الأثر الثاني فيطرح معه التساؤل حول مدى تقييد القاضي الاجتماعي بمأل الدعوى العمومية الثاني.

الفقرة الثانية: فصل الأجير من الشغل

إذا صدر حكم نهائي ضد الأجير نتيجة ارتكاب جريمة بمناسبة العمل أو خارجه، فإنه يمكن للمشغل فصل الأجير دون الحاجة إلى إحالته على المجلس التأديبي الذي نصت عليه المادة 62 من مدونة

- محمد الكشور، إنهاء عقد الشغل، مرجع سابق، ص 19-20

¹ - القرار التعقيبي المدني عدد 45875 بتاريخ 23 يناير 1995، أشار إليه النوري مزيد، المرجع السابق، ص 135.

الشغل.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يشترط أن يتضمن الحكم الجنائي الصادر بالإدانة مدة معينة للقول بإمكان فصل الأجير من شغله؟ أم أن المهم هو أن يكون قد صدر في حقه حكم نهائي مهما كانت مدته؟

بالرجوع إلى مدونة الشغل لا نجد أي حكم لهذه المسألة فالمادة 39 من المدونة المذكورة تنص على أن ارتكاب الأجير لجنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة صدر بشأنها حكم نهائي وسالب للحرية يعد بمثابة خطأ جسيم يمكن أن يؤدي إلى الفصل¹.

ويلاحظ أن هذه المادة اشترطت فقط ارتكاب الأجير لجنحة ماسة بالشرف، أو الأمانة أو الآداب العامة صدر بشأنها حكم نهائي وسالب للحرية دون أن تحدد المدة التي ينبغي أن يتضمنها هذا الحكم للقول بإمكان فصل الأجير من عدمه.

وتساؤل المطروح هنا :

• هو ما مدى تقييد القاضي الجنائي بمال الدعوى العمومية في جريمة الإفشاء الأسرار المهنية في ميدان الشغل؟

عندما يكون خطأ الذي ينسب للأجير خطأ مزدوجا، مهنيا كما هو الأمر بالنسبة للإفشاء السر المهني بحيث يقع فصله من العمل وفي نفس الوقت يكون محل متابعة جنائية فإذا تقدم الأجير في هذه الحالة بدعوى أمام القضاء الاجتماعي فإن هذا الأخير يكون مطالبا بإيقاف النظر في الدعوى الشغلية إلى أن يقع البث في الدعوى العمومية وهنا نتساءل عند حجية الحكم الجنائي بالنسبة للقاضي الاجتماعي؟

لم يكن للغرفة الاجتماعية - محكمة النقض حاليا- موقف قار من نطاق ومدى تأثير الحكم الجنائي، القاضي ببراءة الأجير عن أفعال توجب بها على وضعيته المهنية وعلى علاقته مع مشغله، بحيث إنه إذا كانت الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى تذهب الحكم الجنائي بإدانة الأجير يلزم القاضي الاجتماعي الذي لا يمكن أن يقضي بعدم شرعية الطرد المستند إلى الأسباب والوقائع التي من أجلها أدين، فإن تأثير الحكم

¹ - هذا إلى جانب الأخطاء الجسيمة الأخرى التي تؤدي إلى فصل الأجير والتي نصت عليها المادة 39 من مدونة الشغل.

القاضي ببراءته على وضعيته المهنية ليس محل اجتهاد قار وموحد للغرفة الاجتماعية فتارة تأخذ به على إطلاقاً وتارة أخرى لا تأخذ به، تركه لقاضي الموضوع مطلق السلطة التقديرية لتقدير الأسباب التي يستند عليها المشغل لطرد الأجير بما في ذلك تلك التي برأه منها القاضي الجنائي¹.

ويرى عبد الرزاق السنهوري² أن هناك إجماعاً فقهيها وقضائياً على أن حجية الأمر المقضي به تعتبر من النظام العام في المسائل الجنائية، أي في حكم يصدر من محكمة جنائية ويحتج به أما محكمة جنائية، والعلّة في ذلك ظاهرة، فالحكم الذي يصدر في جريمة بالإدانة أو البراءة يعني النظام العام في المقام الأول، ولا يجوز أن يترك أمر هذا الحكم الجنائي، بل يجب أن تكون له حجية مطلقة لا بالنسبة إلى الخصوم فحسب، بل أيضاً في حق الكافة.

وأما بالنسبة للحكم بالإدانة أو البراءة لا ينبغي أن يجوز حجية أمام القاضي الاجتماعي الذي يجب أن يبقى غير مفيد بصفة آلية بما تصدره المحكمة الجزرية لأن مفهوم الخطأ في المادة الاجتماعية يختلف عن مفهوم الخطأ في المادة الجنائية لذلك يبقى من حق القاضي الاجتماعي البحث من جديد في الوقائع التي ينسبها المشغل للأجير والتي كانت سبباً لإنهاء علاقات الشغل وهذا من شأنه أن يوفر حماية أكبر للأجير.

لقد أبانت الناحية العملية أن الخطأ المرتكب من طرف الأجير قد يكفيه القضاء الجزري بكونه جريمة في حين قد لا يشكل خطأً جسيماً يؤدي إلى فصله من العمل و في مقابل ذلك قد يرتكب الأجير خطأ، ويصدر القضاء الجزري بشأنه حكماً بالبراءة مع أن هذا الخطأ قد يشكل خطأً جسيماً يوجب فصله، وبالتالي فإن القضاء الاجتماعي يجب أن تبقى له الكلمة الأخيرة بعد مناقشة القضية من جديد للقول بوجود الخطأ الجسيم من عدمه.

¹ - عبد العزيز العتيقي، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

² - عبد اللطيف خالفي المرجع السابق، ص 230

خاتمة :

وختاما يمكن القول أن المشرع المغربي و العمل القضائي لم يترك الحرية المطلقة للمشغل في استعمال الحق أن سلطته دائما تبقى مقيدة بالقانون والقضاء الذي يجسد رقابته عليه سواء على الشروط الشكلية وأيضا الموضوعية وذلك من أجل احترام مبادئ المحاكمة العادلة التي يضمنها القانون الجنائي والدستور وكذا المواثيق الدولية، تضمن حماية الأجير باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وحقوق المشغل من خلال حماية مقاولته من كل ما قد يصيبها من تشويش على سمعتها، حماية اقتصادية التي تهدف إلى استقرار علاقات الشغلية.

الحماية المدنية والجنائية المقررة للأشياء المحجوزة

محمد احتوش

باحث في الشؤون القانونية

تعتبر مرحلة تنفيذ الأحكام القضائية أساسية في تقرير الحماية القضائية للحقوق، حيث لا يقتصر دور الجهات القضائية على إصدار الأحكام والإبقاء عليها دون تنفيذ، لأن إجراءات التنفيذ لها أهميتها في التكريس الفعلي للحقوق التي تضمنتها السندات التنفيذية من خلال تفعيل القواعد الإجرائية على السند التنفيذي، وقد حدد المشرع السبل التي تكفل للمستفيد من السند التنفيذي الحصول على حقه وفق إجراءات مرتبة زمنيا وقانونيا¹.

ويقصد بالحجز لغة المنع والحيلولة بين الشئتين²، ومن ذلك قوله تعالى:

"وجعل بين البحرين حاجزا"³، أي مانعا ولذا كان استعمال المشرع لهذا المصطلح استعمالا صحيحا قصد به منع الدائن والمدين من التصرف في المال والحيلولة دون حدوث أي تصرف عليه.

ويعد الحجز وسيلة هامة تمكن الدائن من جبر مدينه على الوفاء بالتزامه بطريقة غير مباشرة، وذلك عندما يتعلق الأمر بأداء مبلغ مالي أو يؤول إليه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام الأصلي وتحوله إلى التزام بمبلغ مالي عن طريق التعويض، فإذا لم يبادر المدين إلى التنفيذ الاختياري فإنه يجبر على ذلك بالحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلني ليستوفي الدائن حقه من ثمنها إذا كان محل الحجز منقولاً. وما بين مرحلة الحجز وبيع المنقول بالمزاد يتحمل حارس الأشياء المحجوزة مسؤولية عن كل إخلال بالتزاماته وتمتد هذه المسؤولية إلى الأغيار في حالة تعديهم على المنقولات المحجوزة، سواء من الناحية المدنية والجنائية على حد سواء، وهو ما سنتولى دراسته من خلال تناول الحماية المدنية المقررة للأشياء المحجوز في (المطلب الأول)، ثم إبراز مظاهر الحماية الجنائية لها في (المطلب الثاني).

¹ مباركي توفيق ميلود: إشكالات التنفيذ في القضاء العادي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون الجزائرية، ع الثامن س 2017.

ص 349 و 350.

² أبي القاسم الحسين بن محمد: المفردات في غريب القرآن، الجزء الأول، نشر مكتبة نزار مصطفى الباز، ص 143.

³ سورة النمل الآية 61.

المطلب الأول: الحماية المدنية

خص المشرع الحارس بموجب الفصل 461¹ من ق م م، وجعل كقاعدة عامة المنفذ عليه حارسا على الحيوانات والمنقولات المحجوزة² إذا وافق الدائن على ذلك أو كان من شأن إتباع طريقة أخرى أن تسبب في مصاريف باهظة، أو تسليمها إلى حارس بعد إحصائها، وغالبا ما يرفض المنفذ عليه تولي حراسة الأشياء المحجوزة والتي قد تكون قيمتها زهيدة، فإن هذا الرفض لا يحول دون تعيينه حارسا عليها ما دام نقلها إلى المحجز البلدي مثلا يتطلب مصاريف لا تتناسب مع قيمتها، وأن امتناعه عن التنفيذ هو السبب في مباشرة إجراءات الحجز التنفيذي ضده فعليه أن يتحمل الآثار الناتجة عن فعله.

ويمنع على الحارس تحت طائلة استبداله والحكم عليه بتعويض عن الضرر استعمال الحيوانات والأشياء المحجوزة أو استغلالها لمصلحته ما لم يأذن له الأطراف بذلك، وهذه الخاصية هي التي تميز الحجز التنفيذي عن الحجز التحفظي³، فهذا الأخير لا يترتب عنه سوى غل يد المدين المحجوز عليه من التصرف في الأشياء المحجوزة تصرفا يضر بدائنيه أو كرائها⁴، أما بالنسبة للحجز التنفيذي فيمنع عليه استعمال المحجوز أو استغلاله تحت طائلة الحكم عليه بتعويض عن الضرر لفائدة الحاجز، مع إمكانية إثارة مسؤوليته الجنائية كما سنرى لاحقا.

1 الحراسة المنصوص عليها في هذا الفصل ذات طبيعة قانونية.

² يلاحظ أن المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 465 من ق م م اشترط لتعيين الحارس في حالة حجز المحاصيل والثمار التي أوشكت على النضج أن تدعو الضرورة إلى ذلك، إلا أن تعيين الحارس يشكل إجراء ضروريا لا مناص منه لتحديد المسؤول مدنيا وجنائيا في حالة تبديد الأشياء المحجوزة، لأن عدم تعيينه يفرغ مسطرة الحجز التنفيذي من محتواها، وبالتالي يصعب تحديد الشخص الذي قام بالتبديد، لهذا يجب على المشرع أن يجعل تعيين الحارس إجراء إلزاميا مع ترتيب جزاء البطالان في حالة مخالفة ذلك.

³ محمد بوحزامة ويوسف بوكنفي: الحجز التحفظي على ضوء العمل القضائي المحكمة الابتدائية بتازة نموذجا، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 37، س 2013/2011، ص 4.

⁴ وفي حالة تبديد الأشياء المحجوزة تحفظيا يخول للحاجز المطالبة كذلك بالتعويض، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض: "ومن جهة ثالثة فإن موضوع دعوى نازلة الحال يرمي إلى الحكم على الطالب بأدائه للمطلوبة تعويضا عن قيمة المحجوز الذي عهد إليه بحراسته فاستعمله في تشييد منزله وعملا بمقتضيات الفصول 818 و791 و793 و824 و826 من قانون الالتزامات والعقود فإن إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يعتبر حراسة والتي تخضع لأحكام الوديعة التي توجب على المودع عنده أن يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه وإذا استعمل المودع عنده الوديعة بدون إذن من المودع فإنه يضمن هلاكها ولو حصل ذلك نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي وعلى الحارس أن يرد الشيء بدون أجل لمن يعنيه من الخصوم أو القضاء ويسأل عن كل خطأ يرتكبه في إدارته وأن الثابت من وثائق الملف والقرار المطعون فيه أن أربعين ألف باجورة محجوزة حجزا تحفظيا لفائدة المطلوبة وضعت بيد الطالب كحارس لها والذي بإقراره في محضر تفقد المحجوز المؤرخ في 30/04/2001 ملف التنفيذ عدد 2001/85 قام باستعمالها في تشييد بناء مما يكون قد أخل بما هو ملزم به قانونا ولذلك لما ثبت للمحكمة الابتدائية المؤيد حكمها بالقرار المطعون فيه قيام الطالب بتبديد المحجوز حسب الثابت من محضر تفقد المحجوز المشار إليه أعلاه بإقراره باستعماله في البناء، واعتبرت عمله هذا غير مشروع ورتبت على ذلك ما توصلت إليه من نتيجة تكون قد طبقت القانون".

قرار ع 3418 المؤرخ في 21/12/2005 الملف المدني ع 14147/3/2004، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرسمي ع 67 ماي 2007، ص 38.

وتفرض الحراسة على الحارس عدة التزامات¹: من بينها المحافظة على الشيء المعهود له بحراسته وصيانتها وإدارته في حدود التصرفات المسموح بها عن طريق بذل عناية الرجل المعتاد والمحافظة عليه²، ويمتد التزامه إلى اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة عليه؛ كرفع الدعاوى الإستعجالية لدرء أي خطر يحدق بالشيء موضوع الحراسة، بناء عليه لا يجوز له في غير أعمال الصيانة المأذون والمسموح له بها أن يتصرف في الشيء المعهود له بحراسته التي تتجاوز الحدود المذكورة إلا بموافقة الأطراف أو بترخيص من القضاء³، تحت طائلة الحكم عليه بأداء تعويض عن الضرر طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 461 من ق م م، تطبيقاً له جاء قرار لمحكمة النقض:

"حيث إن المحكمة استبعدت إنكار الطاعن استعمال واستغلال المنقولات المحجوزة، بعلّة مضمّنها "أن الثابت من وثائق الملف خاصة محضر الإفراغ موضوع ملف التنفيذ ع 2/03/646 أن الطاعن عين حارساً قضائياً على المنقولات وقد صرح لدى المفوض القضائي عبد الله... في ملف عقود مختلفة عدد 2005/145 أن المنقولات المذكورة موضوع الحجز التحفظي عدد 7/04/21 باستثناء الثلاثة في ملك المطلوب في النقض، وأنه شرع في استغلالها منذ 4 مارس أي مباشرة بعدما تم إفراغ المكثري المذكور من المقهى (الباهية) إلى يوم تاريخ تحرير المحضر الاستجوابي وهو 2005/01/26"، وهي بهذه العلة غير المنتقدة وبما جاء في علة الحكم الابتدائي المؤيد من أنه في غياب ما يثبت بيع المنقولات موضوع الحجز المذكور أعلاه عن طريق المزاد العلني، واعتباراً لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 461 من ق م م التي تمنع على الحارس القضائي استعمال الأشياء المحجوزة أو استغلالها لمصلحته، فإن المدعي يبقى محقاً في الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به"⁴.

¹ مصطفى التراب: الحراسة القضائية بين النظرية والتطبيق، مجلة الملحق القضائي، ع 17، ص 26 وما يليها.

² تم تعيين مالك المنزل طالب الإفراغ حارساً على المنقولات المتواجدة بمنزله بعد القيام بتنفيذ الحكم القاضي بالإفراغ، وبعد مرور مدة زمنية طويلة تضرر من عدم استغلال منزله لتواجد منقولات المكثري المنفذ ضده حكم الإفراغ، ولتفادي إثارة مسؤوليته المدنية والجنائية تقدم بطلب إلى المحكمة قصد بيع هذه المنقولات بالمزاد العلني، وتمت الاستجابة إلى طلبه، وجاء في منطوق المحكمة ما يلي:

"تأمر المحكمة بإخراج المنقولات المحددة بمضبر استرجاع حياة محل عدد 'éââ' المؤرخ في 2004/04/27 من حراسة السيد... وبيعها بالمزاد العلني وإيداع ثمن البيع بصندوق هذه المحكمة رهن إشارة صاحب الحق فيه وشمول الحكم بالنفاذ المعجل".

ملف ع 3012 صادر بتاريخ 2006/08/23 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، غ م.

³ عبد الرحيم مزور: منع الحارس القضائي من استعمال الأشياء المحجوزة أو استغلالها لمصلحته تعليق على قرار محكمة النقض، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، ع 74، ص 236 وما يليها.

⁴ القرار ع 536 الصادر بتاريخ 2011/04/14 في الملف التجاري ع 2010/2/3/1745، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض ع 74، ص 232.

وكرست محكمة النقض هذا المبدأ القانوني نفسه في قرار آخر لها جاء فيه:

المطلب الثاني: الحماية الجنائية

فضلا عن الحماية المدنية للدائن الحاجز من تصرفات الحارس التي تمس الأشياء المحجوزة، فإن المشرع قرر حماية جنائية للمنقولات المحجوزة من خلال تجريم فعل تبديدها أو اختلاسها طبقا لمقتضيات الفصلين 524 و 526 من القانون الجنائي إذا كان مرتكب الفعل هو المحجوز عليه، وميز في الفصل 524 المذكور في العقوبة بين حالتين، في الحالة التي يتلف أو يبدد عمدا الأشياء المحجوزة المملوكة له والمسلمة لغيره لحراسها حيث حدد العقوبة في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة مالية، وفي حالة تبديد الأشياء المحجوزة وهو الحارس عليها فإن العقوبة هي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة مالية.

ويثار الإشكال في الحالة التي يقوم فيها الحارس المحجوز عليه بعدم إحضار المنقولات المحجوزة في التاريخ المعين للبيع مع بقائها لديه دون أن يتلفها أو يبديدها، فهل يرقى هذا السلوك إلى مرتبة الفعل الإجرامي المنصوص عليه في الفصل 524 من القانون الجنائي؟

بخصوص هذه الإشكالية هناك توجهين قضائيين، الأول يكيف هذا الفعل على أنه جرمي ويحكم بالإدانة، والثاني يعتبر الفعل الجرمي منتفي في هذه الحالة¹، كما ذهب إلى ذلك المحكمة الابتدائية بتزيت في حكم لها جاء فيه:

"حقا حيث إن صورة محضر التنفيذ المؤرخ في 29/4/2003 ملف التنفيذ عدد 02/3/46 المنجز من قبل عون التنفيذ...تضمن كون الأخير عند فتح المحل وجده مفرغا تماما من أي شخص أو منقول عدا كرسي و"سخان خاص بالماء" وحقبية بها بعض لعب الأطفال، وسلم المحل على حالته للمطلوب في النقص وعين حارسا على ما ذكر... أي المنقولات السالفة الذكر.

وحيث إنه والحالة هذه فإن الأمر لا يتعلق بحراسة قضائية على الشقة وإنما بحراسة على المنقولات التي حدها عون التنفيذ في إطار الإجراءات التي يقوم بها وفق ما يخوله له الفصل 456 من ق م م والمحكمة حين اعتربت في تعليها أن الطاعنة أفرغت من الشقة من طرف مأمور التنفيذ وسلمت للمطلوب في النقص الذي عين حارسا عليها ورفضت طلب التعويض بناء على ذلك بالرغم من عدم صدور أمر بالحراسة القضائية، تكون قد راعت أوضاعا غير قانونية في تعليق قرارها مما جعله فاسد التعليل وغير مرتكز على أساس قانوني".

قرار ع 2/163 المؤرخ في 11/3/2014 ملف مدني ع 2013/2/1/1991، غ م. ويستخلص من هذا القرار أن مجرد تعيين شخص حارس على منقول يجب ألا يتخلى عنه إلى بإذن من القضاء مهما كانت قيمته أو نوعه، حيث يترتب على التصرف فيه أو التخلي عنه الحكم بتعويض للطرف الحاجز أو مالك المنقول.

¹ يستشف هذا التوجه أيضا من رصد أحد الباحثين لإشكالات التنفيذ ومن بينها إنجاز بعض المحاضر من طرف مأمور التنفيذ التي لا تفيد طالب التنفيذ، مثل محضر عدم إحضار محجوز والحال أن دوره طبقا لقانون المسطرة المدنية أن يتفقد المنقولات موضوع الحجز ويمكنه متى لم يجدها أن ينجز محضرا لتحديدتها أو إتلافها حتى يتأتى لطالب التنفيذ تقديم شكاية من أجل إتلاف المحجوزات.

رشيد مشاقفة: قاضي التنفيذ، مكتبة دار السلام، ط الأولى 2000، ص 49.

"وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على الوثائق المرفقة بالملف خاصة محضري عدم تقديم محجوز المنجزين من طرف مأمور التنفيذ تحت عدد 2017/1105 بتاريخ 2018/11/23 وباقي الوثائق الأخرى والتي بمقتضاها تم تعيين المهتم حارسا للسيارة المحجوزة نوع متسوبيشي بيك أب رقم 33-أ-56339 إلى حين إجراء بيعها بالمزاد العلني، والذين أكدا عدم قيام المتهم بإحضارها أمام مقر قيادة تغيرت من أجل إجراء السمسرة العمومية عليها بمقر القيادة أعلاه رغم توصله بإشعار من أجل ذلك باعتباره حارسا قضائيا عليها. تبين لها أن الوثائق المرفقة بالملف وخاصة محضري عدم تقديم محجوز المشار إليهما أعلاه لم يرد بهما ما يفيد قيام المهتم بتبديد المحجوز المتمثل في السيارة أعلاه سواء عن طريق تفويتها للغير أو التصرف فيها بأي شكل آخر من أنواع التصرف أو إهمالها بهدف إلحاق أضرار مادية بها، خاصة وأن المهتم أكد تمهيدا أن السيارة لازالت بمزاد منزلها على حالتها، والتي تم حجزها بمقتضى أمر السيد وكيل الملك ووضعتها بالمحجز البلدي بمركز تغيرت وحجز وثائقها وكذا مفاتيحها كما هو مبين من خلال أمر بإيداع مستندات الإقناع المرفق بالملف تحت عدد 2018/703. وهو ما يؤكد أن السيارة موضوع الحجز لازالت موجودة على حالتها. كما أن الفصل 524 من القانون الجنائي يشترط لقيام جناحة تبديد محجوز قيام المهتم بإتلافه عمدا أو تبديده رغم كونه حارسا له. وهي العناصر غير المتوفرة في نازلة الحال، الشيء الذي يبقى معه ما نسب إليه غير قائم في حقه.

وحيث يتعين إرجاع الوثائق المحجوزة لمن له الحق فيها مقابل إشهاد¹.

يبدو من خلال الحكم القضائي أعلاه أن المحكمة مصدرته تمسكت بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

وتجدر الإشارة إلى أن التسمية التي يضعها مأمور التنفيذ على محضره لا تلزم النيابة العامة ولا قضاء الحكم، فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وبالتالي فمضمون المحضر هو الذي يتم الاعتماد عليه وإخضاعه للتكييف الصحيح، لذلك يمكن أن يعنون محضر مأمور التنفيذ بمحضر عدم إحضار محجوز أو محضر إخفاء محجوز أو محضر تبديد محجوز أو محضر إخباري مع أن الوقائع واحدة ويبقى الاختلاف في تسمية المحضر فقط، ودراسة هذه الوقائع المضمنة بصلب المحضر هي التي يمكن اعتمادها في تسيير المتابعة أو تعليق الحكم بالبراءة أو الإدانة.

¹ ملف جنحي عادي ع 2018/2826 صادر بتاريخ 2019/01/21، غ م.

تعمدنا إيراد حيثيات الحكم كاملة قصد مناقشته.

وسارت المحكمة الابتدائية بالحسيمة في التوجه نفسه في حكم لها جاء فيه:

" حيث أنكر المهتم المنسوب إليه، موضحا بأنه لم يتم تبديد المحجوز أو إخفائه وأن السيارة موضوع الحجز تتواجد بمنزله وهي رهن إشارة العدالة. وحيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف وخاصة محضر الإفادة المنجز من طرف المفوض القضائي يتبين أن المهتم لم يكن حاضرا عند انتقال المفوض القضائي بمعية القوة العمومية إلى منزله قصد التنفيذ على سيارته موضوع الحجز، كما أنه لا دليل بالملف على قيام المهتم بتبديد السيارة المذكورة أو إتلافها سيما وأن مجرد الامتناع عن التنفيذ لا يعد تبديدا للمحجوز وفق ما يقتضيه الفصل موضوع المتابعة.

ملف جنحي عادي ع 2015/2102/1707 صادر بتاريخ 2016/01/23، غ م.

قانوني المنصوص عليه في الفصل الثالث من القانون الجنائي، وبذلك اعتبرت أن عدم إحضار المنقول المحجوز لبيعه بالمزاد لا يشكل تبديداً أو إتلافاً له¹ طبقاً للفصل 524 من القانون المذكور ما دامت السيارة المحجوزة موجودة في حيازة المحجوز عليه، وبالتالي ربطت أركان جنحة تبديد محجوز² بالتبديد أو الإتلاف الفعلي والمادي للشيء المحجوز وليس مجرد عدم تقديمه بالتاريخ المحدد للمزاد، وهو تفسير ضيق للفصل 524 المشار إليه³، حيث إن التبديد أو الإتلاف يتحقق بمجرد عدم إحضار الأشياء المحجوزة في التاريخ والمكان المحدد بمحضر الحجز⁴. ولما قضت المحكمة في الحثيثة الثانية بإرجاع الوثائق المحجوزة إلى

¹ يلاحظ أن المشرع في الفصل 241 من القانون الجنائي أضاف إلى أركان جريمة الاختلاس عنصر الإخفاء.

² عدم إدراج المشرع لعنصر الإخفاء كركن مادي لهذه الجنحة، يجعل الفصل 524 المذكور يحتمل عدة تفسيرات، لأن جودة النص القانوني لا مناص منها لوجود أمن قضائي والتقليل من تضارب آراء المحاكم، خاصة وأن القاضي الجنائي مقيد بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وقاعدة عدم التوسع في تفسير القانون الجنائي، وبالرجوع إلى التشريع المقارن، يلقى أن المشرع التونسي نظم وأحاط جنحة تبديد محجوز بنص قانوني محكم، وعاقب على مجرد المحاولة في الفصل 278 من المجلة الجنائية والذي جاء فيه:

"يعاقب بالسجن مدة عامين وبخضبة قدرها ألف دينار لكل من يعدم أشياء يعلم أنها معقولة أو يتلفها أو يخفيها. والمحاولة موجبة للعقاب ويضاعف العقاب إذا وقع الفعل ممن تم تعيينه حارساً للأشياء المعقولة".

ولم يتم تدارك هذه النقطة بموجب مسودة مشروع القانون الجنائي المؤرخة في 2015/03/31، حيث احتفظت بنفس الصياغة الواردة في القانون الجنائي وتم تخفيض العقوبة.

³ جاء في قرار المحكمة وهي تفسر المقصود بالتبديد المنصوص عليه في الفصل 524 من القانون الجنائي، ما يلي:

"لكن حيث إن القرار المطعون أيد الحكم الابتدائي وبذلك تبنى علله وأسبابه وحيث إن الحكم الابتدائي المؤيد أبرز بما فيه الكفاية العناصر المادية والمعنوية المكونة للأفعال موضوع المتابعة معللاً فيما انتهى إليه من إدانة وعقوبة بقوله (حيث إن الظنين عين حارساً على المنقولات موضوع الحجز من طرف العون القضائي حسب محضر الحجز التنفيذي المؤرخ في 1996/10/23 وأنه لم يقم بإحضار هذه المنقولات المحجوزة رغم إشعاره بذلك بتاريخ 1997/3/2 حسب ما يستفاد من محضر عدم إحضار المحجوز المؤرخ في 1997/03/26 وأن إنكاره يبقى مجرد محاولة للتخلص من العقاب ...) وبالتالي فإن رئيس البلدية المذكورة بصفتها مسؤولاً قانونياً عن تسييرها والممثل القانوني لها والذي تم تعيينه حارساً على المنقولات المحجوزة بصفتها تلك قام بتبديدها بعدم إحضارها إلى المكان المخصص لبيعها طالما أن التبديد لا يعني حتماً إبادة الشيء خاصة أمام توفر النية الإجرامية وذلك بمعرفة سابقة بأن الأشياء المحجوزة موضوعة تحت يد العدالة وإن ما صدر منه يبقى مجرماً بمقتضى الفصل 524 من القانون الجنائي موضوع المتابعة والذي أدين من أجله الشيء الذي جاء معه القرار مؤسساً ولم يخرق أي مقتضى قانوني".

قرار ع 2/1318 المؤرخ في 2004/10/13 ملف جنعي ع 2001/18687، غ م.

⁴ اعتبرت محكمة النقض المصرية توافر أركان جنحة تبديد محجوز متى نقل المتهم المحجوزات من المحل الذي حجزت به ولو لم يشعر بتاريخ البيع، معللة قرارها بأنه:

"من المقرر أن جريمة الاختلاس تتم إذا نقل الحارس المحجوزات من مكان الحجز بقصد عرقلة التنفيذ حتى إذا جاء المحضر يوم البيع لم يجدها فيه لما ينطوي عليه هذا الفعل من الإضرار بمصلحة الدائن الحاجز ومن مخالفة صريحة لواجب الاحترام الذي يقتضيه الحجز والسلطة التي أوقعته، وإذن فمتى كانت المحكمة قد أثبتت أن المتهم نقل المحجوزات من المحل الذي حجزت به إلى جهة يجلبها الدائن الحاجز دون أن يخطر هذا النقل وأن هذا الإجراء قد وقع منه بسوء نية بقصد عرقلة التنفيذ وعدم تمكين الدائن من بيع المحجوزات، فإنه لا يجدي المتهم ما يثيره من جدل حول عدم وصول إخطار الدائن الحاجز له بتحديد اليوم الذي حدد أخيراً لبيع الأشياء المحجوزة، وبصدد وجود الأشياء لأن الجريمة قد تمت بالفعل بمجرد ذلك النقل وقبل اليوم المحدد للبيع أخيراً".

الطعن رقم 79 لسنة 21 ق، جلسة 1951/02/27 مجموعة الربع قرن، ص 139.

أشار إليه، فايز السيد جاد للمساوي وأشرف فايز للمساوي: المشكلات القضائية والدفع القضائية في الحجز والتبديد في ضوء أحدث أحكام النقض حتى عام 2003، ص 55 و56.

من له الحق فيها فقد ضربت عرض الحائط مجهودات النيابة العامة وأمور التنفيذ المبذولة خلال مسطرة الحجز ليرجع الحال إلى ما كانت عليه، كما عرضت مصلحة طالب التنفيذ للضياع، حيث إرجاع الوثائق المحجوزة الذي قضت به المحكمة بمثابة رفع الحجز.

ومجازاة للمحكمة في توجيهها هذا، فلو أعاد مأمور التنفيذ إجراءات الإشهار وتحديد تاريخ البيع وأخفى المحجوز عليه المنقولات المحجوزة مرة ثانية¹ وتابعته النيابة العامة وقضت المحكمة مرة أخرى ببراءته. فإلى متى سنضع حدا لتعننت المحجوز عليه؟ فأمام علمه اليقيني بصدور الحكم بالبراءة فأكد ومؤكد أنه لا يتوانى في إعادة القيام بالفعل نفسه، ومن ثم فتوجه المحكمة غير سليم، فالنيابة العامة لما تابعت المتهم قد قدرت خطورة الفعل المرتكب تقديرا صحيحا. فالقانون الجنائي يعاقب على العبث بإجراءات التنفيذ القضائية² وليس الاعتداء على ملكية الأشياء المحجوزة، وكان على المحكمة أن تلتفت إلى مصلحة طالب التنفيذ الذي تضرر من هذا السلوك³. ذلك بأن المشرع قصد من النصوص الجنائية التي وضعها لعقاب مرتكب جريمة تبديد محجوز أن يجعل منها جريمة من نوع خاص قوامها الاعتداء على السلطة العامة التي أوقعت الحجز؛ قضائية كانت أو إدارية والغرض من العقاب عليها هو وجوب احترام أوامر السلطة

¹ في الملف التنفيذي ع 16/785 لدى المحكمة الابتدائية بكلميم، قام مأمور المحجوز عليه بإغلاق المحل التجاري الذي تتواجد فيه المنقولات المحجوزة بتاريخ البيع بالمزاد العلني وتم تحرير محضر إخفاء محجوز، تقدم طالب التنفيذ بشكاية إلى السيد وكيل الملك فتم حفظها، وتقدم مرة أخرى بطلب مواصلة التنفيذ فتم إجراء عملية الإشهار من جديد وفي تاريخ البيع أغلق المنفذ عليه المحل كما في المرة الأولى. وفي هذه الحالة على طالب التنفيذ أن يتقدم بشكاية مباشرة ضد المحجوز عليه أمام رئيس المحكمة لإتصافه وردع المشتكى به، طبقا للمادة الثالثة من قانون المسطرة الجنائية.

² قضت محكمة النقض بنقض القرار الصادر عن غرفة الجناح الإستئنافية الذي أدان الطاعن من أجل جنحة تبديد محجوز لكون المتهم عين حارسا قضائيا على محصول القطعة الأرضية المزروعة بالشعير والتي حددها الخبير حسب محضر التنفيذ المنجز من طرف مأمور التنفيذ بتاريخ 2009/05/20 ملف تنفيذي عدد 09/805 وأنه بتاريخ 2009/6/2 رجع مأمور التنفيذ لتفقد المحصول المذكور تبين له بأن هذا المحصول تم حصاده. وأقر المتهم بأنه يحتفظ بما قدره 11 قنطارا من هذا المحصول، واستنادا لما ذكر تكون التهمة المنسوبة للمتهم ثابتة في حقه، وعابت محكمة النقض على القرار المطعون عدم إبراز المحكمة أين تتجلى العناصر التكوينية لجنحة تبديد المحجوز وأين يتجلى النقص في المحصول ما دام الطاعن حصده وجمعه في 11 كيسا وما يثبت عكس ما قدمه من هذه الأكياس حتى يكون هناك تبديد.

قرار ع 3/614 المؤرخ في 2012/05/30 ملف جنعي عادي رقم 2012/3/6/4340، غ م.

ونؤيد توجه محكمة النقض أعلاه، لأن الفعل الذي أقدم عليه الحارس هو من باب الالتزامات الملقاة على عاتقه إذ يلتزم بالحفاظ على الأشياء المحجوزة من تعرضها لأي تلف وقيامه بحصاد المنتوج وجمع غلته في أكياس يشكل تصرف الشخص الحريص على مهمته، كما أن مسؤوليته المدنية والجنائية ستثار لو لم يتم بالفعل المذكور والمتمثل في المحافظة على الأشياء المحجوزة.

³ في نازلة مماثلة أيدت محكمة النقض الحكم القضائي القاضي بالإدانة وجاء في حيثياته:

"وحيث إنه طبقا للفصل 524 من القانون الجنائي فإن المحجوز عليه الذي يعمد إلى إخفاء أو عدم تقديم الأشياء المحجوزة الموضوعة تحت حراسته طبقا لمحضر الحجز يعتبر فعلة هذا تبديدا محجوز. ومحكمة الموضوع ثبت لها أن الشاحنة المملوكة للطاعن كانت محجوزة ووضعت تحت حراسته إلى حين حلول أجل بيعها وأنه رفض تقديمها في الأجل المحدد ورفض بيعها باعتزافه قضائيا وهو ما اعتبرته تبديدا محجوز. وبذلك فإن العناصر التكوينية للجنحة المذكورة متوفرة في النازلة طبقا للفصل المذكور".

قرار ع 3/415 المؤرخ في 2009/03/04 ملف جنعي عادي رقم 08/3/6/24735، غ م.

المذكورة¹.

وعلى خلاف هذا التوجه، هناك محاكم أخرى تسير في التوجه الذي قضت به محكمة النقض في تأويل وتفسير الفصل 524 المذكور، ومنها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو والذي قضى بالإدانة بالرغم من استيفاء الحاجز للمبالغ المحكوم بها لفائدته، وعللت قضاءها بما يأتي:

"وحيث صرح المتهم ساعة الاستماع إليه تمهيداً من طرف الضابطة القضائية في محضر قانوني أنه تم تعيينه حارساً على البقرة التي تم حجزها بين يديه لأداء ما بذمته. واعترف بالمنسوب إليه أمام المحكمة، وأضاف أنه قام بتأدية مبلغ 4820 درهم قيمة الخسائر الناتجة عن التبيد.

وحيث صرح المشتكي تمهيداً أنه توصل بمبلغ 4820 درهم كالتالي: 3670 درهم مبلغ أصل الدين مع الصائر، و 550 درهم أجر المفوض القضائي، و 600 درهم عن مبلغ تنقلات المفوض القضائي.

وحيث ينص الفصل 2/524 على أنه "... أما في حالة وضع الأشياء المحجوزة تحت حراسة مالكيها، فعقوبته الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم".

وحيث إن الاعتراف يبقى سيد الأدلة في المجال الجنائي، مما تكون معه التهمة ثابتة في حق المتهم"².

وذهبت بعض المحاكم إلى الحكم بالإدانة بالرغم من تنازل الحاجز واستعداد المحجوز عليه بأداء المبالغ المحكوم بها؛ إذ جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بتاونات:

"وحيث أجاب المتهم ساعة الاستماع إليه تمهيداً من طرف الضابطة القضائية في محضر قانوني أنه قام

1 إن أرادة المشرع منصرفاً لذلك، من خلال عقاب زوج وأصل وفرع المحجوز عليه في حالة مساعدتهم في التبيد أو الإتلاف أو مجرد المحاولة وذلك استثناء من أغلب الحالات التي يعفي فيها المشرع زوج أو فروع المتهم من العقاب؛ كالفصول 534 و535 و295 و218.6 و297 من القانون الجنائي. والملاحظ كذلك أن المشرع جرم الإخفاء في جريمة تبيد محجوز بنص خاص، استثناء من اللجنة المنصوص عليها في الفصل 571 من القانون المذكور كنص عام، الذي يعاقب بدوره الشخص الذي يخفي الأشياء المبددة، وفي الفصل 574 من القانون نفسه أعفى المتهم من العقاب إذا كانت الأشياء المخفأة في ملكية زوجته أو فروعها، على خلاف الفصل 526 من القانون الجنائي لم يعف زوج أو أصل أو فرع المحجوز عليه من العقاب، وهو ما يؤكد خطورة هذه الجريمة ومساسها بقدرسية الأحكام القضائية وتنفيذها.

² ملف جنجي ع 2018/2102/2051 صادر بتاريخ 2019/01/31، غ م.

وقضت المحكمة نفسها في حكم لها بالإدانة بالرغم من تأدية المحجوز عليه للمبالغ محل الحجز، جاء فيه:

"حيث إن المتهم صرح تمهيداً أنه تم تعيينه حارساً على ثلاث بقرات التي تعود ملكيتها لشقيق زوجته وليس له، وأضاف أنه قام بتأدية مبلغ... قيمة الخسائر الناتجة عن التبيد.

وحيث إنه ولئن أنكر المتهم هذه التهمة في جميع مراحل الدعوى فإنه بتفحص المحكمة لوثائق الملف تبين أن مأمور التنفيذ حرر في حقه محضر إخفاء محجوز بتاريخ 2018/10/26 عندما تفقد البقرات المحجوزة بقصد بيعها بالسوق الأسبوعي لخميس توجطات ولم تجدها مما تكون معه التهمة أعلاه ثابتة في حقه".

ملف جنجي ع 2018/2102/1850 صادر بتاريخ 2018/12/13، غ م.

بتبديد المحجوز المتجلي في شحنة من محصول الليمون الذي كان بحوزته وانه مستعد لأداء ما بذمته من دين والبالغ 4000 درهم لفائدة المشتكي.

وحيث إن الثابت من محضر التنفيذ عدد 2016/106 المنجز من طرف المفوض القضائي عبد العزيز ... بتاريخ 2016/12/13، أنه قام بتاريخ 2016/11/29 بعملية الحجز التنفيذي على منقول تمثل في طن من "المندرين"، على أن يتم بيعه بتاريخ 2016/12/13، وأنه بحلول هذا التاريخ انتقل إلى عين المكان ولم يجد المنقول المحجوز من طرفه.

وحيث إن إنكار المتهم ما هو إلا وسيلة للتملص من المسؤولية والإفلات من العقاب تفنده اعترافاته أمام الضابطة القضائية كونه قام بتبديد محجوز الليمون الذي كان بحوزته.

وحيث إن العنصر الأساسي في جريمة تبديد محجوز هو عنصري الإلتاف والتبديد عمدا¹. وأكدت محكمة النقض في قرار لها بأن عدم إحضار المحجوز عليه للمنقول بتاريخ البيع يشكل ركنا ماديا لجنحة تبديد محجوز، جاء فيه:

"لكن من جهة حيث إن القرار المطعون فيه علل ما انتهى إليه من تأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من إدانة الطاعن بما يلي: "حيث أنكر المتهم المنسوب إليه في سائر أطوار القضية ... وحيث إن إنكاره هذا تكذبه الظروف والملابسات المحيطة بالقضية ومحضر الحجز التنفيذي للمنقولات المؤرخ في 2004/01/26 في الملف عدد 03/168 وكذا محضر عدم إحضار المحجوز والامتناع المؤرخ في 2004/02/09 وحيث إنه بالرجوع إلى محضر الحجز التنفيذي المشار إلى مراجعه أعلاه يتبين أن السيد مأمور إجراءات التنفيذ قام بحجز بقرتين باللون الأسود والأبيض نوع محلي وستة نعاج_شياه_ وعين المتهم حارسا على ذلك وأمره بإحضارهم إلى السوق من أجل البيع ... وحيث إنه بتاريخ 2004/02/09 توجه السيد مأمور إجراءات التنفيذ إلى السوق للقيام بالإجراء المذكور، لكن المتهم الحارس القانوني على المحجوز لم يحضر المحجوز للسوق قصد البيع ... وحيث إن عدم إحضار المتهم المحجوز في اليوم المحدد من أجل البيع يعتبر ذلك بمثابة تبديده، كما يعبر عن سوء نيته الجرمية ... وحيث إن المتهم لم يطعن في المحضرين المذكورين أعلاه بأي مطعن ... وحيث إنه استنادا لما ذكر أعلاه تكون العناصر التكوينية لجريمة تبديد المحجوز متوفرة في النازلة"¹.

¹ ملف جنجي ع 2018/11 صادر بتاريخ 2018/05/02 عن المحكمة الابتدائية بتاونات مركز القاضي المقيم بقرية أبامحمد، غ م.

وتجدر الإشارة إلى أن ارتكاب المحجوز عليه لفعل التبديد يخضع لمقتضيات الفصل 524 من القانون الجنائي ولو لم يعين حارسا قضائيا، أما إذا كان الحارس مرتكب فعل التبديد غير مالك للمحجوز المبدد فإنه لا يخضع لمقتضيات الفصل 524 المذكور ولكن تطاله المقتضيات الجزية المنظمة لجنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها في الفصل 547 من القانون المشار إليه أعلاه²، تأكيدا لما ذكر قضت المحكمة الابتدائية بطنجة براءة حارس الشركة الذي تم تعيينه حارسا على المنقولات المحجوزة وأدانت المسير والممثل القانوني للشركة المحجوز عليها³ لكونه هو الذي قام بفعل التبديد.

وقرر القضاء المصري بتوفير أركان جنحة تبديد محجوز، إذا بدد الحارس الأشياء المحجوزة أو أخفاها أو اختلاسها ولو كان محضر الحجز باطلا ما دام لم يصدر حكم قضائي ببطلانه معللة قرارها بأن:

"الحجز متى أوقعه موظف مختص فإنه يكون مستحقا للاحترام الذي يقتضيه القانون بنصه على معاقبة كل من يتجرأ على اختلاس أشياء محجوزة وذلك على الإطلاق ولو كان الحجز مشوبا بما يبطله ما دام لم يصدر حكم ببطلانه من جهة الاختصاص، فإذا كان المحجوز على ماله غير مدين للحاجز، فإن ذلك لا يبرر له الاعتداء على الحجز بالتصرف في المحجوزات أو العمل على عرقلة التنفيذ عليها بدلا من اتخاذ الطرق القانونية في سبيل إرجاع الأمور إلى نصابها الصحيح"⁴.

¹ قرار ع 8/467 المؤرخ في 17/06/2010 ملف جنعي ع 08/5/6/17844، غ م.

² يلاحظ أن المشرع جعل من صفة الحارس ظرف تشديد العقوبة في الفصل 549 من القانون الجنائي.

أدانت المحكمة الابتدائية بالجديدة زوجة المحجوز عليه التي عينت حارسة على سيارة زوجها المنفذ عليه، حيث بحلول تاريخ البيع تبين لمأمور التنفيذ أن السيارة غير موجودة لدى الحارسة وتابعتها النيابة العامة بالمشاركة في تبديد محجوز طبقا للفصلين 129 و524 من القانون الجنائي وتمت إدانتها وفقا لفصول المتابعة.

ملف جنعي عادي ع 17/9319 صادر بتاريخ 2018/03/14.

³ وعللت حكمها بما يلي:

"بالنسبة للمتهم الأول حيث انه وبالنظر لكونه يعد حارسا غير مالك للمحجوز المبدد فإن وضعيته هاته غير مجرمة بمقتضى الفصل 524 المذكور وبالتالي فلا يسع المحكمة إلا التصريح ببراءته.

بالنسبة للمتهم الثاني حيث أنكر الأفعال المنسوبة إليه في كل مراحل القضية موضحا انه لم يسبق له أن كلف بان يكون حارسا على الآلات والمعدات المحجوزة ولم يسبق له التوقيع على أية وثيقة في هذا الصدد وأنها سلمت بحضوره إلى شركة ماكوغال المكرية استنادا على حكم قضائي. وحيث إن المتهم بصفته المسير والممثل القانوني للشركة المحجوز عليها فإنه يأخذ حكم المالك بالنسبة لكل موجوداتها وبالتالي فإن قيامه وعن علم بتسليم الأشياء المحجوزة إلى شركة أخرى -بدعوى أنها مكرية لها ويدها حكما قضائيا باسترجاعها لم يكن محل أي طعن -هو عين التواطؤ والتبديد مادام انه لم يشعر لا الأطراف الحاجزة بهذا التنفيذ ولا المفوض القضائي بواقعة الحجز حتى يتمكن هذا الأخير من إثارة صعوبة في التنفيذ وتضطر الجهة المكرية إلى سلوك المسطرة القانونية الصحيحة والحضورية لكل الأطراف لتستحق تلك المعدات".

ملف جنعي عادي ع 2103/13/2709 صادر بتاريخ 2015/01/22، غ م.

⁴ الطعن رقم 721 لسنة 11 ق_جلسة 17/02/1941 مجموعة الربع قرن، ص 134.

ولعل الاستفاضة في مناقشة هذه النقطة من الناحية الجنائية¹ له أهميته لتوحيد العمل القضائي للمحاكم والمتابعات المسطرة من طرف النيابة العامة للسير في توجه موحد وتكريس حماية جنائية لمسطرة الحجز التنفيذي، لأن الحماية المدنية وحدها غير كافية ما لم تقترن بالحماية الجزرية.

أشار إليه فايز السيد جاد للمساوي وأشرف فايز للمساوي، م س، ص 94.

¹ نص المشرع في مسودة مشروع ق م م على أن الجارس يوقع محضر الحجز والا ذكرت الأسباب المانعة من ذلك وتسلم إليه صورة منه، وعلى المكلف بالتنفيذ أن يوضح له المسؤولية للمقاة على عاتقه وبنه إلى أن كل إتلاف أو اختلاس أو إخفاء أو تبيد للأشياء المحجوزة أو الامتناع عن تسليمها يستتبع المسؤولية المدنية والجنائية.

ويستشف من صياغة هذه المادة أن المشرع ألقى على عاتق مأمور التنفيذ التزام بإعلام الجارس بالمسؤولية المدنية والجنائية التي تترتب عن إخلاله بالواجبات المفروضة عليه، والمتمثلة في المحافظة على الأشياء المحجوزة وتقديمها بتاريخ البيع، ويشكل هذا الإعلام ضماناً للجارس لأنه غالباً ما يجهل الأثار المترتبة عن إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه.

الجرائم الماسة بالحياة الخاصة: جريمة انتهاك الحق في الصورة - نموذجاً.

ياسين الكعيوش

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية الحقوق - فاس-

مقدمة:

مرت حقوق الإنسان بمجموعة من المراحل وقطعت أشواطاً متعددة حتى صُنفت ضمن أجيال من الحقوق، وشكلت في مجموعها منظومة كلية لا تقبل التجزئة، ويعتبر الحق في الحياة الخاصة أحد تلك الحقوق التي عملت القوانين على صيانتها من كافة صور المساس والاعتداء؛ عن طريق أداة القانون الجنائي الذي يبيح للأفراد داخل المجتمع بإتيان أفعال معينة، ويلزمهم بالامتناع عن ارتكاب أفعال أخرى مقابل جزاءات لمن خالف ذلك، حفاظاً على الأمن والاستقرار الاجتماعي.

ونظراً للتقدم العلمي السريع واتساع استخدام أجهزة الاتصال الحديثة على نطاق واسع، فقد تعرضت الحياة الخاصة لانتهاكات متعددة، مما دفع معظم التشريعات إلى بسط حماية أكبر للحق في الخصوصية، كأحد الحقوق الفردية المعبرة عن الحرية الشخصية. وإن اختلفت هذه التشريعات في وضع مفهوم محدد للحق في الحياة الخاصة، فإن الفقه عرفها من زاوية الحق في الحياة الأسرية والشخصية والداخلية والروحية للشخص، عندما يعيش وراء بابه المغلق، وقد قيل أن الحق في الحياة الخاصة هو حق الفرد في استبعاد الآخرين من نطاق حياته الخاصة، والحق في احترام ذاتيته الشخصية، ويعني أيضاً حق الشخص في أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادة صاحب الشأن، والتي تتعلق بصفة أساسية بحقوقه الشخصية⁽¹⁾.

لكن يبقى أشهر تعريف للحياة الخاصة، هو التعريف الذي وضعه معهد القانون الأمريكي، حينما عرف الحق في الحياة الخاصة من زاوية المساس بها بقوله " كل شخص ينتهك بصورة جديّة وبدون وجه حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور،

¹ محمود نجيب حسني، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، مجلة القضاة، العدد السادس، يوليو 1987 ص 201-202.

ويعد مسؤولاً أمام المعتدى عليه⁽¹⁾.

وصفوة القول إن الحق في الحياة الخاصة في بداية القرن العشرين، لم يلقى أي اهتمام من قبل التشريعات الجنائية حيث رفضت الاعتراف به كحق مستقل بذاته، ومبررها في ذلك آنذاك أن فكرة هذا الحق تعد غامضة وغير واضحة المعالم والحدود، وبالتالي تمت معالجته من منظور علم الأخلاق وعلم الاجتماع، ولم يتسنى للقوانين الجنائية سوى تجريم فعل القذف والسب، لأن الهدف هنا هو التحقير والخط من كرامة الشخص، أما من يذكر أموراً حقيقية تخص حياة شخص معين فلا يسأل جنائياً⁽²⁾.

بيد أن مع مرور الوقت اتجهت غالبية الفقه إلى إقرار الحق في الحياة الخاصة، بوصفه حقاً قائماً بذاته، بعدما استشعر الجميع أهمية هذا الحق، كما لقي اهتماماً دولياً حينما نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته". كما نصت المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته أو مراسلاته"⁽³⁾.

لذا عملت أغلب الدساتير الحديثة وباختلاف فلسفة نظمها القانونية تضمين الحق في الحياة الخاصة، بجعله حقاً دستورياً وجب حمايته من أي اعتداء أو انتهاك، حيث نص الدستور المغربي ضمن الفصل 24

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، سنة 1986 ص 34.

² سفيان باكراد، حماية الحق في سرية المراسلات في ظل التطور التكنولوجي للمعلومات، مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة، مجلة بحوث مستقبلية، العدد 53، سنة 2011 ص 44.

³ اتجه مؤتمر رجال القانون المنعقد في ستوكهولم سنة 1967 إلى أن الحق في الحياة الخاصة للفرد يعني حق العيش بمنأى عن الأفعال التالية:

- التدخل في حياة أسرته أو منزله؛
- = التدخل في كيانه البدني أو العقلي أو حريته الأخلاقية أو العقلية؛
- الاعتداء على شرفه أو سمعته؛
- وضعه تحت الأضواء الكاذبة؛
- إذاعة وقائع تنصل بحياته الخاصة؛
- استعمال اسمه أو صورته؛
- التجسس والتلصص والملاحظة والتدخل في المراسلات؛
- سوء استخدام الاتصالات الخاصة الشفوية أو المكتوبة
- إفشاء المعلومات التي تصل إليه بحكم الثقة في المهنة.

" لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة. لا تنتهك حرمة المنازل، ولا يمكن القيام بأي تفتيش وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون.

لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلا أو بعضا، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون...".

وإذا كان مفهوم الحق في الحياة الخاصة جديد على الفكر القانوني، فإن للمرجعية الإسلامية السبق في إقراره وبيانه وتجسيده بطريقة دقيقة، فالمولي عز وجل يهانا عن التجسس والاطلاع على أعراض الناس لقوله سبحانه وتعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ"⁽¹⁾. وقد نهى النبي الكريم صلى الله عليه وسلم عن تتبع عورات الآخرين، وعملا بذلك ذهب الفقهاء إلى القول بتحريم التجسس واستندوا في ذلك على قوله صل الله عليه وسلم " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا ولا تجسسوا، ولا تناجشوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا"⁽²⁾.

لكن بعد تطور نمط الاعتداء على الحياة الخاصة للأشخاص باستغلال التقدم التكنولوجي، والذي أدى إلى الابتزاز وانتشار الأخبار الزائفة والمعلومات والأقوال السرية وتداولها على نطاق واسع، حاول المنتظم الدولي جاهدا التفكير في إيجاد مرجعية دولية تؤطر الجرائم المعلوماتية، بعدما استفحلت نوعيتها التي لا تؤمن بالحدود الجغرافيا ولا السياسية بين مختلف دول العالم؛ وهو ما تحقق خلال سنة 2001 بصدور اتفاقية "بودبست" الخاصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 2004 لتكون بداية تحول في مجال مكافحة الجريمة الالكترونية على الصعيد الدولي⁽³⁾.

¹ سورة الحجرات الآية 12.

² جامع السنة وشروحاتها. <http://www.hadithportal.com/hadith-6066&book1> (doc numérique)

³ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 27 نوفمبر 2013 قرارا حول « الحق في الحياة الخاصة في العصر الرقمي » ينظر إلى هذا الحق من الزاوية الحقوقية كحق أصيل من حقوق الإنسان وليس من الزاوية القانونية. وقد حظي القرار المذكور بالترحيب، باعتباره أول قرار صادر عن الأمم المتحدة يؤكد أن حقوق الإنسان في العالم الرقمي يجب حمايتها وتعزيزها بالقدر ذاته، وهما تتم حماية حقوق الإنسان في العالم المادي. وقد اعتبر الحق في الحياة الخاصة الرقمية يضم مجموعة من الحقوق التي أصبحت جزء لا يتجزأ من منظومة حقوق الإنسان وهي:

1. الحق في التخفي الرقمي (Droit à l'anonymat numérique) ويعني أن لكل شخص الحق في التواجد على شبكة الإنترنت دون أن يكون

مجبورا على كشف هويته الحقيقية شريطة أن لا يضر ذلك بالنظام العام وحقوق وحريات الغير.

وأمام تلك التحديات الراهنة للتكنولوجية وسرعة انتقال وانتشار الصور والمعطيات التي ألحقت ضررا مباشرا بحرمة الحياة الخاصة، فقد كان لزاما على المشرع الجنائي المغربي أن يبسط حمايته القانونية على الحق في الحياة الخاصة بعدما طالته انتهاكات كثيرة، مستجيبا لمبدأ الشرعية الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني" الذي كان يمنع ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة، وهو ما تجسد فعلا من خلال التعديلات المدخلة على القانون الجنائي عن طريق قانون محاربة العنف ضد النساء رقم 103.13 الذي دخل حيز التنفيذ في 12 شتنبر 2018⁽¹⁾ المتمم والمعدل لبعض مقتضيات القانون الجنائي؛ والذي جرم من خلاله المشرع ضمن الفصول 1- 447 و 2- 447 و 3- 447، مجموعة من الأفعال اعتبرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة خصوصا المرتكبة بوسائل معلوماتية حديثة. أهمها:

- التقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها".
 - تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته.
 - بث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته أو قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم".
- ومن البديهي أن يتفطن المشرع الجنائي إلى تجريم تلك الأفعال الماسة بالحق في الحياة الخاصة، نتيجة الانتهاكات التي مست الفرد في ذاته وجوهره وسمعته، بعدما أصبحت نعمة التكنولوجيا الحديثة ووسائل التواصل الاجتماعي، نقمة على حياة البعض الذي يفضل كتمان أموره الخاصة.

2. الحق في النسيان الرقمي (Droit à l'oubli numérique) ويعني أن يلتزم المسؤولون عن معالجة المعطيات الشخصية (مواقع التجارة الإلكترونية، المؤسسات العمومية...) بعدم حفظ تلك المعطيات لمدة تتجاوز الغاية التي جمعت من أجلها. كما يعني كذلك أن لكل شخص الحق في تعديل أو حتى سحب معلومات تخصه من شبكة الإنترنت (مواقع إلكترونية، مواقع التواصل الاجتماعي...) شريطة أن لا يحدث ذلك ضررا للأشخاص الذاتيين أو المعنويين الذين يحوزون هذه المعلومات.

3. الحق في الهوية الرقمية (Droit à l'identité numérique) ويعني أن يكون لكل شخص الحق في التواجد كشخص رقمي (Homme numérique) على شبكة الإنترنت، إلى جانب وجوده كشخص حقيقي (Homme réel). وترتبط بهذا الحق ضرورة تجريم انتحال الهوية الرقمية (انتحال البريد الإلكتروني، انتحال صفحة الفاييس بوك، انتحال عنوان بروتوكول الإنترنت...).

¹ الظهير الشريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 الموافق لـ 22 فبراير 2018 بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 – 23 جمادى الآخرة (12 مارس 2018) ص 1449.

وقد سبق للمشرع المغربي أن جرم مسألة التدخل في الحياة الخاصة للأشخاص، وكذلك المس بالحق في الصورة وذلك بموجب قانون الصحافة والنشر رقم 88.13⁽¹⁾ الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 15 غشت 2016، حيث اعتبر هذا القانون كل تعريض لشخص يمكن التعرف عليه، وذلك عن طريق اختلاق ادعاءات أو إفشاء وقائع أو صور فوتوغرافية أو أفلام حميمية لأشخاص تتعلق بحياتهم الخاصة، ما لم تكن لها علاقة وثيقة بالحياة العامة أو الرأي العام جريمة معاقب عليها، والملاحظ على المشرع أنه جرم فعل التدخل في الحياة الخاصة إذا تم النشر في هذه الحالة دون موافقة الشخص المعني بالأمر، أو إذا كان ما تم نشره من معلومات يقصد منه المس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم.

لكن ما دامت هذه المقتضيات جاء التنصيص عليها ضمن قانون الصحافة والنشر وهو قانون خاص، تبقى مقتضياته قاصرة على فئة الصحفيين والصحافيات والمؤسسات الصحافية حسب المادة الأولى منه؛ ومن ثم طرحت إشكالات واقعية حينما ترتكب هذه الأفعال من طرف أشخاص عاديين على مواقع التواصل الاجتماعي أو المواقع الإلكترونية؛ حيث كان التعويض فقط في إطار المسؤولية التقصيرية طبقا للفصل 77 ق ل ع م الذي ينص على " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

لذا فإن المصالح الاجتماعية كلما بلغت في نظر المشرع قيمة كبيرة، كلما أسدل عليها ستار الحماية الجنائية معتبرا المساس بها جريمة تحرك مسؤولية فاعلها ويستتبع إنزال العقاب الجزري به، ومن بين هذه المصالح الاجتماعية حق الشخص في حياته الخاصة.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن التساؤل عن: ما هو نطاق مبدأ الشرعية الذي حدده المشرع في تجريم فعل تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته ؟ هذا ما سنحاول إبرازه من خلال الحديث عن العناصر التكوينية لهذه الجريمة، على النحو الآتي:

المطلب الأول: الركن القانوني.

المطلب الثاني: الركن المادي.

المطلب الثالث: الركن المعنوي.

¹ الظهير الشريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 10 غشت 2016، لتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر، الجريدة الرسمية عدد 6641 ص 1234.

لكي يعتبر فعل أو امتناع جريمة بالمفهوم القانوني (بدل الاجتماعي أو الديني) يقتضي توفر مجموعة من الشروط، إذ تشكل هذه الأخيرة العناصر المكونة للجريمة والمحددة لطبيعتها ووصفها، وهي بمثابة أركان تقوم عليها، لذا يستلزم لقيام جريمة معينة ركن قانوني (مبدأ الشرعية) يحدد النموذج الإجرامي محل التجريم (المطلب الأول)، وركن مادي صادر عن الجاني (المطلب الثاني) ثم ركن معنوي والمتمثل في القصد الجنائي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الركن القانوني

إن الشرعية الجنائية تقتضي وجود نص قانوني سابق لفعل الاعتداء، وهذا إقرار لأهم مبادئ القانون الجنائي ألا وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني"⁽²⁾. والذي يقتضي أن يكون النص الجنائي المجرم لبعض الأفعال مبينا بصورة واضحة ودقيقة، الأمر الذي يضمن تحقيق فعالية أكبر أثناء تطبيقه، ويعد أيضا قاعدة أساسية يبني عليها النظام الجنائي في الدول الحديثة، وأخذت بها كل الدول في دساتيرها⁽³⁾.

ولعل التطورات السريعة في عالم المعلومات والأجهزة الرقمية مست جانبا من حياة الأشخاص نظرا لسهولة وسرعة انتقال الصور الشخصية وتداولها في العالم الافتراضي. هذا الأمر جعل القانون الجنائي في صيغته الماضية في موضع لا يحسد عليه، إذ بات غير قادر على ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة الماسة بصورة الشخص، والتي كانت نتاج الجانب السلبي للنظام المعلوماتي، ومن ثمة تفاعل المشرع الجنائي بإضافة مقتضيات جديدة لسد الفراغ التشريعي، حيث حدد السلوك المراد تجريمه وعقوبته والتي اعتبره انتهاكا لحق الشخص في صورته، في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حين قيام الفاعل بتثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، عمدا وبأية وسيلة، فإن العقوبة هي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة

¹ يعود أصل هذا المبدأ إلى الفقيه بكاريا من خلال كتابه "الجرائم والعقوبات" 1764 إلى أن تم تكريسه في التشريعات الوضعية الحديثة عقب الثورة الفرنسية 1789 ضمن وثيقة إعلان الحقوق والمواطنة، التي جاءت في مادتها الثانية "لا يجوز عقاب أي شخص إلا بمقتضى قانون صادرا قبل ارتكاب الجريمة".

² ينص الفصل 3 من ق ج م على أنه "لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون".

³ كرسه المشرع المغربي ضمن الفصل 23 من الدستور "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبق الإجراءات التي ينص عليها في القانون".

من 2.000 إلى 20.000 درهم، حسب الفصل 1-447 ق ج الفقرة الثانية.

الحالة الثانية: حين قيام الشخص ببت أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته... فإن العقوبة هي من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات حبسا وغرامة من 2000 إلى 20.000 درهم. حسب الفصل 2-447.

الحالة الثالثة: وهي في حالة العود أو ارتكاب الجريمة من طرف الزوج أو الطليق أو الخاطب أو أحد الفروع أو أحد الأصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها أو ضد امرأة بسبب جنسها أو ضد قاصر، ترفع العقوبة إلى الحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 طبقا لما ورد ضمن الفصل 3-447 ق ج.

إن الوصف القانوني للأفعال التي حددها المشرع في النصوص القانونية أعلاه، تبقى غير كافية للقول بوجود جريمة تدخل تحت خانة العقاب، وإنما لابد من ترجمة هذه الأفعال واقعيًا في العالم الخارجي حسب النموذج الإجرامي المرسوم لها سلفًا من المشرع الجنائي، وهو ما يسمى بالركن المادي للجريمة الذي نسعى لإبرازه في النقطة الموالية.

المطلب الثاني: الركن المادي

يعد الركن المادي ركيزة أساسية لتحقيق جريمة ما، لكون المشرع لا يعاقب على مجرد النوايا والأفكار الإجرامية، ولا حتى التصميم على ارتكابها-الأعمال التحضيرية- إذا لم توصف بالمحاولة⁽¹⁾. وبناءً عليه، فالركن المادي يعد أهم وأبرز أركان الجريمة، -ربما الجريمة نفسها أحيانًا- حينما تتميز بضعف ركنها المعنوي، إذ بمجرد الامتناع عن تنفيذ ما أمر به القانون بتحقيق الجريمة، وبهذا الركن تقوم الجريمة، وذلك عن طريق السلوك الإجرامي.

ويأخذ الركن المادي في جريمة انتهاك حق الشخص في صورته، إحدى صور النشاط الإجرامي وهي: " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، وباعتبار هذه

¹ المحاولة هي جريمة ناقصة، تنقصها النتيجة الإجرامية، ولها ركنين وهما: البدء في التنفيذ وغياب العدول الاختياري. كما لها ثلاث صور وهما: (الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة والجريمة الموقوفة)، والمحاولة لا تكون إلا في الجرائم المادية.

الجريمة من الجرائم الشكلية⁽¹⁾ التي يعاقب عليها القانون بمجرد إتيان الفاعل للنشاط الإجرامي، فإن النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية لا أهمية لهما في العناصر التكوينية للجريمة، مما يعني أن المشرع المغربي قد لا يأخذ بعين الاعتبار ما قد ينجم عن الجريمة من أضرار فعلية، بقدر ما ينظر إلى الأخطار المحتملة التي قد تترتب عنها، والتي قد تعرض مصالح أساسية في المجتمع للخطر، وهي إفشاء خصوصية شخص عن طريق صوره التي لا يريد أن يشاركها مع الغير.

لهذا تقتضي خصوصية جريمة " تثبتت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان

خاص دون موافقته، توافر الشروط التالي:

الشرط الأول: تثبتت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص.

الشرط الثاني: توافر وسيلة في ارتكاب الفعل.

الشرط الثالث: صورة الشخص أثناء تواجده بمكان خاص.

الشرط الرابع: ارتكاب الفعل دون موافقة صاحب الصورة.

الشرط الأول: تثبتت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص.

يتبين أن النشاط الإجرامي في الجريمة محل الدراسة، يتجسد في سلوك ايجابي⁽²⁾ وله أربع صور وهي: تثبتت أو تسجيل أو بث أو توزيع).

1. مصطلح التثبيت: الذي أورده المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية، مفاده قيام الجاني بأخذ والتقاط صورة للمجني عليه وهو بمكان خاص، باستعمال وسائل كيفما كانت بما فيها الوسائل المعلوماتية الحديثة، حيث استعملت التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي

¹ الجرائم الشكلية هي الجرائم التي يتحقق ارتكابها بصرف النظر عن النتيجة التي تهدف إليها، أي أن ركنها المادي يتكون من مجرد سلوك معين بغض النظر عن حصول النتيجة الإجرامية أو عدم حصولها، وهذا السلوك يمكن أن يكون قياما بعمل أو امتناعا عنه.

² يعد السلوك الإجرامي الايجابي كل حركة عضوية ذات صفة إرادية تتمثل في فعل يأتيه الجاني بمخالفة لما نهى عن إتيانه القانون. أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات " القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 308.

والمصري والجزائري⁽¹⁾، مصطلح "الالتقاط" بكونه الأخذ والحصول على الشيء مصادفة دون جهد أو نية في ذلك⁽²⁾.

فالمشرع كان دقيقا في توظيف مصطلح التثبيت، حيث لا تتحقق جريمة "تثبيت" صورة الشخص من خلال العين المجردة أو باستعمال منظار عادي، كأن ينظر شخص لصورة شخص أثناء تواجده بمكان خاص لا يريد أن يراه فيه أحد، فهذا السلوك لا يقع تحت طائلة التجريم المنصوص عليه في هذا الباب، لأن الوسائل المستعملة (العين أو المنظار) لا يمكنها تثبيت صورة الشخص على دعامة ملموسة كالأجهزة والتقنيات الحديثة.

2. مصطلح التسجيل: يقصد به كصورة ثانية للنشاط الإجرامي هي تسجيل الصورة عن

3. طريق حفظها على الجهاز أو التقنية المستعملة في ذلك، ليتم مشاهدتها بعد التسجيل في وقت آخر⁽³⁾.

4. مصطلح البث: وهو نقل أو إرسال الصور من مكان الفاعل إلى مكان أخرى، أو تحويل

الصورة من وسيلة إلى أخرى. مما يشكل اتساع قاعدة الجمهور المتبع لتلك الصور، يعني أن يعمل الفاعل على توسيع إفشاء الصور التي حصل عليها بين باقي الأشخاص، أي تحويل الصورة من موضع إلى آخر.

5. مصطلح التوزيع: وهو النشر والمشاركة على صعيد واسع وتمكين الأشخاص من

الحصول على تلك الصور⁽⁴⁾، ويعد الموزع في هذه الحالة مساهما في الجريمة إن لم يكن هو الفاعل الأصلي. كما يعني التوزيع تمكين شخص يوجد في مكان مختلف عن المكان الخاص الذي يوجد فيه المجني عليه، من الاطلاع على صورته.

الشرط الثاني: تو افروسييلة في ارتكاب الفعل.

يتعلق الشرط الثاني في الركن المادي بوسيلة ارتكاب فعل (التثبيت أو التسجيل أو البث أو التوزيع) حيث ورد في الفصل 1-447 ق ج مصطلح ""بأية وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية"". إذ يدخل في

¹ تنص المادة 303 مكرر فقرة 2 من القانون العقوبات الجزائري ".... باللتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكن خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه".

² علي أحمد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان سنة 2006 ص 113.

³ محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر سنة 2004 ص 67.

⁴ علي أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص 95.

حكمتها آلات التصوير الفوتوغرافية أو الهواتف أو الحواسيب⁽¹⁾.

وبالنظر إلى المصطلحات المستعملة في تحديد شروط توافر الركن المادي بخصوص أداة ارتكاب الفعل، نجد أن المشرع قد توسع في بسط الحماية الجنائية للصورة، حيث لم يشترط استعمال جهازا محمدا، وإنما استعمل مصطلح "أية وسيلة بما فيها المعلوماتية" الذي يشمل جميع الأجهزة والتقنيات الحديثة التي قد تظهر في المستقبل، مما يعكس مساهمة المشرع للتطور العلمي المذهل في مجال الاتصالات، كالهواتف المحمولة وآلات التسجيل المتنوعة وكذا تقنيات الالتقاط والتسجيل التي تعمل عن بعد، وتشغل بواسطة البرمجة المعلوماتية... إلخ. كما يضم مصطلح "أية وسيلة" الطرق التقليدية كالرسم بالريشة في حالة ما إذا كان الجاني رساما وقام بتثبيت صورة للمجني عليه بمكان خاص. في حين نجد المشرع المصري ضمن الفصل 309 مكرر من القانون العقوبات، ضيف نطاق الحماية باستعماله مصطلح "الأجهزة أيا كان نوعها" وهذا ما يعني أنه استثنى الرسم على اللوحات التي لا تعد جهازا، كما أن هذا المصطلح لا يحتوي التقنيات الحديثة الأخرى التي ظهرت أو قد تظهر مع التقدم التكنولوجي.

الشرط الثالث: صورة الشخص أثناء تواجده بمكان خاص.

يتطلب الشرط الثالث لتحقيق الركن المادي في جريمة (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته)؛ وقوعه على صورة الشخص التي هي محل الجريمة أساسا، هذا فضلا عن تواجده في مكان خاص، ولذلك فقد عُرفت صورة الإنسان: بكونها ذلك الامتداد الضوئي لجسمه ولا تعبر عن فكرة وليس لها دلالة سوى إشارتها إلى شخصية صاحبها⁽²⁾.

ومن هنا، يستلزم لذلك أن تكون هناك صورة لشخص، فلا تقوم الجريمة إذا تم تصوير شيء (كسيارة الشخص مثلا) أو مستند (ورقة أو كتاب) أو مكان (منزل أو حديقة). فقد يترتب تثبيت صورة لشيء كمستند مثلا إحداث ضرر بالمجني عليه، ورغم ذلك فلا تقوم الجريمة قيد الدراسة لأن محل الصورة هو "شيء" وليس "شخصا".

¹ رئاسة النيابة العامة، منشور عدد 48 / 2018، حول حماية الحياة الخاصة في ل القانون رقم 103.13، ص 3.

² Isabelle Lalies, la protection pénale de la vie privée, presses, Universitaire d'Aix-Marseille, France, 1999, P45.

كما يشترط ضرورة وجود الشخص في مكان خاص، وأساس هذا الشرط هو حماية حرمة الحياة الخاصة للأفراد، حيث لا تقع الجريمة إذا وجد الشخص بمكان عام، وتطبيقا لذلك فلا تتوافر هذه الجريمة إذا تم تصوير شخص حال وقوفه أمام منزله أو وجوده بمقهى، حيث الملاحظ أن الجاني يثبت صورة المجني عليه غالبا أثناء وجوده في وضع لا يرغب أن يراه أحد. لأن علة تجريم انتهاك حق الشخص في صورته، هو وجوده بمكان خاص لا يجوز دخوله إلا بإذن صاحبه، بخلاف جريمة التقاط "الأقوال أو المعلومات" والتي لم يشترط المشرع أن تكون صادرة في مكان خاص أو عام، وإنما اشترط سريتها فقط. ضمن الفقرة الأولى من الفصل 447.1 ق ج.

ومن هنا، يمكن القول إن القانون الجنائي لا يبسط الحماية في هذا الباب على من يوجد في مكان عام، إذا ما تم تصويره أو نقلت صورته أو سجلت، لأن المعيار هنا هو وجود المجني عليه في مكان خاص، حتى ولو كان في موضع طبيعي كمن يجلس بكامل ملابسه بمكان خاص لا يصله العامة من الناس، ورغم ذلك تقوم الجريمة.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول تعريف المكان الخاص، فرأى أول أخذ بالمعيار الشخصي للمكان الخاص، الذي هو كل مكان يتعذر بلوغه بنظرات من الخارج ويكون دخوله متوقفا على إذن مالكة أو المستغل أو المنتفع". أما الرأي الثاني أخذ بالمعيار الموضوعي حيث قام بتحديد المكان الخاص بناء على تعداد صور المكان العام ومنها: الشارع، الحديقة، المقاهي، الملاعب، الجامعات... وهذه الأماكن لا تدخل في نطاق تطبيق القانون، وعلى عكس من ذلك، فإن الأماكن الخاصة بطبيعتها تخضع للحماية ومنها المسكن، ومكتب المدير⁽¹⁾. في حين تعد من الأماكن الخاصة حسب القضاء المقارن والتي تبنتها النيابة العامة مؤخرا ضمن منشورها، كل من غرفة الفندق والمرآب والمسبح الخاص والسيارة ولو وجدت في الطريق العام⁽²⁾.

ومن الأمثلة التي جاء بها الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص تحديد المكان الخاص عن العام، هو تلك الدعوى القضائية التي أقامتها فتاة أمام القضاء الفرنسي اختصمت فيها إحدى الصحف الفرنسية لنشرها صورها عارية الصدر أثناء تناولها وجبة الإفطار برفقة أصدقائها أمام الشاطئ، حيث أسست المدعية دعواها على أن نشر صورتها من قبل الجريدة يشكل انتهاك لحرمة حياتها الخاصة، وفقا للمادتين

¹ Isabelle Lales, op.cit; p 67.

² منشور رئاسة النيابة العامة، مرجع سابق، ص 3.

368 من قانون العقوبات القديم و المادة 226/1 من قانون العقوبات الجديد. وقد أصدرت المحكمة حكمها في الدعوى بالرفض تأسيسا على أن الشاطئ لا يعد مكانا خاصا في مفهوم المادة 368 من قانون العقوبات، فهو مكان عام يستطيع الجمهور الدخول إليه دون الحصول على إذن، بالإضافة إلى وجود عدد من المصطافين في حالة عري كامل أو جزئي، وأن العري لم يكن يشغل نظرات الآخرين من المصطافين، كما أنه لم يكن يمنع المصطافين من المرور⁽¹⁾.

الشرط الرابع: ارتكاب الفعل دون موافقة صاحب الصورة.

إن الشرط الرابع في الركن المادي يقتضي القيام بالسلوك المجرّم دون إذن أو رضاء من صاحب الصورة، وهو ما جاء في الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية، لأن موافقة المجني عليه ببيع الفعل ويخرجه من نطاق الخصوصية إلى نطاق العلنية، وبالتالي فلا تقوم الجريمة آنذاك، وهو استثناء على القاعدة الجنائية التي تفيد أن رضاء المجني عليه لا يعد سببا من أسباب الإباحة في القانون الجنائي، وعلة ذلك أن معظم الجرائم تشكل اعتداء على حقوق الأفراد ذات أهمية اجتماعية، ووضع المشرع الحماية يفرض عقوبات وذلك للحفاظ على البعد الاجتماعي لحقوق الأشخاص، ولا يملك الفرد التنازل عن أي حق ذو أهمية اجتماعية لأن ذلك يشكل مساسا بحق المجتمع، وتطبيقا لذلك فلا يمكن تخويل الشخص سلطة التنازل عن حقه في الحياة الخاصة وحقه في الحفاظ على سلامة جسده⁽²⁾. لكن الضرورة الاجتماعية أيضا تقتضي احترام الإرادة والحرية الفردية ومن ثم فلا عقاب على المساس بالحياة الخاصة للشخص إذا كان هذا الأخير يريد أن يشاركها مع الغير ولا يعتبرها خاصة وسرية.

وبمفهوم المخالفة فإذا رضي المجني عليه قيام الجاني بتثبيت صورة له أو تسجيله أو توزيعها فلا جريمة آنذاك، لأنه سبب من أسباب إباحة الفعل.

¹ Cass. 18 Mars 1971.J.C.P. p 447

ورد في هذا الحكم ما يلي:

« Ne peut être tenu comme un lieu privé au sens l'article 368 une plage, ou été photographiée une femme la poitrine découverte des lorsque cette plage est lieu public accessible à tous les estivants ».

² محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 271.

المطلب الثالث: الركن المعنوي

يعد الركن المعنوي ركنا هاما في تكوين الجريمة، والذي يتمثل في القصد الجنائي، أي اتجاه نية الشخص إلى الإضرار بالغير أو الممتلكات مع علمه بأركان الجريمة.

وإذا أخذنا بالتعريف القائل بأن القصد الجنائي هو انصرام إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، مع العلم بالعناصر الواقعية والقانونية اللازمة لقيامها، وبصلاحية النشاط لإحداث النتيجة المحظورة قانونا وتوافر نية تحقق ذلك. فإن توافر القصد الجنائي وتحققه لا بد من وجود عنصرين أساسيين، وانعدامهما أو انعدام أحدهما يعتبر إخلال بهذا الركن - القصد الجنائي - وهما: اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، والعلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون الجنائي.

ولعل جريمة "" تثبتت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته "" لا تخرج عن هذا النطاق، باعتبارها جريمة عمدية يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي العام، الذي لا يتطلب لتحقيقه ضرورة توافر نية محددة لدى الفاعل؛ حيث استعمل المشرع مصطلح " كل من قام عمدا" يعني لا تقوم الجريمة في حالة الخطأ غير العمدي.

وعليه فإن القصد الجنائي بعنصري العلم والإرادة يجب أن يكونا متوفرين لقيام الركن المعنوي، أي أن يعلم الجاني⁽¹⁾ بأن الأفعال التي يأتيها وهي (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته) تشكل جريمة نهي القانون عن إتيانها، وإذا انتفى العلم لا قيام للركن المعنوي ولا تتحقق الجريمة آنذاك.

كما يقتضي أيضا أن تتجه إرادة الجاني إلى إتيان نشاطه الإجرامي من أفعال (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع) حيث تعتبر جوهر القصد الجنائي وتمثل العنصر الوحيد الذي يميز الجرائم العمدية عن الجرائم غير العمدية، على خلاف العلم الذي يعد ضروري ولأزم، ولكنه غير كاف لتكوين القصد الجنائي لأنه يتطلب في الجرائم العمدية وغير العمدية على حد سواء.

¹ يقصد بالعلم إحاطة الجاني بحقيقة الواقعة الإجرامية، من حيث الواقع ومن حيث القانون الوضعي، لأنه بدون هذا العلم لا يمكن أن تقوم الإرادة الإجرامية جمال الدين عبد الأحد، النظرية العامة للجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996 ص 332.

وتجدر الإشارة أن الدوافع التي تحرك الجاني وراء سلوكه الإجرامي، والتي يتحقق بها القصد الجنائي الخاص، لا أهمية لها في تقرير العقاب من عدمه، ما دام المشرع قد حدد السلوك المجرّم دون الغاية من ورائه، وبالتالي قد يكون للجاني نية في الإضرار بالحياة الخاصة للشخص عن طريق التوزيع والعبث بصوره الخاصة، وقد يكون سلوكه فضول فقط.

وتجدر الإشارة أن استعمال تقنيات ووسائل تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته للكشف عن أفعال محظورة في القانون الجنائي، هو فعل لا يمكن أن يقع تحت طائلة العقاب، كأن يثبت أو يسجل شخص وقائع جريمة الرشوة، أو وقائع جريمة المخدرات، أو خيانة الزوجية، أو صور شخص مطلوب لدى العدالة...إلخ، فهذه كلها صور شخصية وتمت بمكان خاص ولا يوافق صاحبها على كشفها، ولكن ما دامت أنها تشكل جريمة في حد ذاتها فإن كشفها مباح.

خاتمة:

إن إضفاء الحرمة على حياة الفرد الخاصة هي حاجة اجتماعية، إذا كان من شأنها الإسهام في استقرار المجتمع وأمنه، لأن الإنسان رغم واجباته الاجتماعية لا يمكن أن يهب نفسه طوال الوقت للآخرين ناسيا بذلك ذاتيته والاستقلالية بكيانه الخاص، فهو يحتاج بأن يخلو إلى نفسه، وأن تكون له خصوصيات يحس فيها بحريته ويشعر فيها بذاته، وهي ممارسة إنسانية ضرورية لكي يكون أكثر فعالية وإيجابية في أداء واجبه الاجتماعي على أحسن وجه، لذا يأتي القانون الجنائي لحماية هذه الرغبة الاجتماعية.

وحقيقة القول إن العمل القضائي الجنائي مستقبلا سيكشف عن فعالية الحماية الجنائية للحق في الصورة من أفعال " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته " في إطار التفسير الضيق طبعا للمفاهيم، والتي ستطرح بلا شك إشكالات جمة يمكن لمحكمة النقض توحيد التوجه القضائي فيها.

الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبيسي

محمد الجيراري

استاذ باحث

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة

تعد المسطرة الجنائية حلقة من حلقات القانون الجنائي -بمفهومه الواسع- تتبوع عن كذب الواقعة الإجرامية منذ ارتكابها، بدءا من إجراءات البحث والتحري مروراً عن متابعة مرتكب الجريمة ثم الحكم عليه بالعقوبة المقررة قانوناً، وانتهاءً بتنفيذ العقوبة المحكوم عليه بها.

وخلال كل مراحل الخصومة الجنائية المذكورة، يضع قانون المسطرة الجنائية عدة مقتضيات من شأنها حماية حرية المشتبه فهم، خاصة على مستوى مرحلة البحث، على اعتبار أن الجهة التي تتدخل في هذه المرحلة هي جهة "غير قضائية" (الضابطة القضائية)، الأمر الذي استلزم ضرورة تحقيق المشرع لنوع من التوازن بين مصلحتين متعارضتين؛ مصلحة عامة من خلال تحقيق عدالة جنائية فعالة، ومصلحة خاصة تتجلى في صون كرامة الإنسان والحفاظ على حقوقه وحياته. ولعل تحقيق المصلحة الثانية رهين بتمتع المشتبه فهم بحقوق الدفاع خلال مرحلة البحث، والتي يعتبر حق التزام الصمت أولها، باعتباره حقا من الحقوق الجوهرية للمشتبه فهم، مما يدل على ذلك حرص العديد من التشريعات الإجرائية على إيراد إعطائه أهمية بالغة، بحكم أن عدم احترام حقوق الدفاع بشكل عام يجعل كل إجراء متخذ خلال الخصومة الجنائية باطلا على أساس أنه إجراء معيب.

ونظرا للأهمية التي يكتسبها الحق في التزام الصمت باعتباره حقا أساسيا لضمان محاكمة عادلة، فإننا أثرنا دراسته في هذه الصفحات انطلاقا من مطلبين أساسيين، الأول نقف فيه على ماهية حق المشتبه فيه في التزام الصمت، والثاني نتطرق فيه إلى آثار تفعيل ذلك الحق.

المطلب الأول: ماهية الحق في التزام الصمت

إن الحديث عن ماهية الحق في التزام الصمت خلال مرحلة البحث التمهيدي في حالة "التلبس" يفرض علينا تعريف الصمت (أولاً) من جهة، وعرض تصوره التاريخي في الأنظمة الإجرائية المعاصرة (ثانياً) من جهة أخرى.

أولاً: تعريف الصمت

يعرف الصمت لغة بأنه السكوت وعدم النطق، ويقال لغير الناطق صامت أي ساكت، وأصمت فلان يعني أسكته. لكننا لم نجد في التشريعات الإجرائية وكذا بالنسبة للمهتمين والباحثين في المجال القانوني من عرف "الحق في الصمت"، ولعل السبب في ذلك راجع بالأساس إلى تداول هذا المفهوم لدى العامة، فضلاً عن كون المعنى الاصطلاحي للمفهوم لا يخرج عن معناه اللغوي. كل ما هنالك أن القوانين الإجرائية التي أوردت هذا الحق اكتفت بتقريره للمشتبه فيه كحق من حقوق الدفاع دون تعريفه بدقة ووضوح، وبديهي كل البدهاء أن الحق في التزام الصمت لن يكون مقرراً إلا لفائدة المشتبه فيه القادر على النطق أو الكلام وليس لمن لا يستطيع ذلك (كالأبكم مثلاً).

ويفيد الحق في التزام الصمت خلال مرحلة البحث التمهيدي في حالة التلبس في كون المشتبه فيه في الإجابة أو عدم الإجابة عن أسئلة الضابطة القضائية، وذلك من غير أن يشكل صمته دليلاً ضده أو قرينة على أنه مرتكب الجريمة، وتبعاً لذلك لا يجوز للمحكمة (إذا وصلت الخصومة الجنائية إلى مرحلة المحاكمة) أن تفسر إمساك "المتهم" عن الكلام كدليل من أجل إدانته. وعليه، يكون حق التزام الصمت من الضمانات الأساسية التي يمنحها القانون للمشتبه فيه، والتي لا يمكن منعه من التمتع بها تحت أي ذريعة، وأي إخلال بهذه الضمانة من طرف الضابطة القضائية يخول للمشتبه فيه حق الطعن فيه وبالتالي بطلان الإجراءات المعيبة. وفي هذا الخصوص، صدر اجتهاد قضائي غير مسبوق عن المحكمة الابتدائية بميدلت بتاريخ 26 نونبر 2015، يكرس حق المشتبه فيه في التزام الصمت، كونه موضوع بحث من لدن الضابطة القضائية التي لم تشر في المحاضر التي أنجزتها في إطار البحث التمهيدي إلى الحق المذكور، الأمر الذي جعل المحكمة تقضي ببطلان المتابعة في حق المتابعين، وذلك لعدم احترام الضابطة

القضائية لمقتضى دستوري يلزمها بإبلاغ المشتبه فهم الموضوعين رهن الحراسة النظرية بحقهم في التزام الصمت.¹

ثانيا : التصور التاريخي للحق في التزام الصمت في الأنظمة الإجرائية المعاصرة

إن دراسة هذا المحور تتطلب منا الوقوف على حق الصمت في الأنظمة الأنجلوساكسونية (1) التي كانت سبابة إلى تبني حق التزام الصمت ضمن قوانينها الإجرائية، ثم بعد ذلك العروج على الحق المذكور في الأنظمة اللاتينية (2) التي تأخرت نسبيا في تضمينه داخل قوانينها، على أن نختم المحور بالوقوف على حق التزام الصمت في التشريع المغربي (3).

1 – حق الصمت في النظام الأنجلوساكسوني :

لقد ظهرت بوادر الحق في التزام الصمت في القانون الأمريكي، فيما عرف بحقوق ميراندا، وذلك نسبة إلى المدعي "إرنستو ميراندا" الذي رفع دعوى ضد ولاية أوريغون الأمريكية. وتتلخص الواقعة التي تأصل من خلاها حق التزام الصمت في القانون الأمريكي، في قيام شرطة فينيكس بولاية أوريغون الأمريكية بالقاء القبض على المدعو إرنستو ميراندا في 13 مارس 1963 بتهمة اختطاف واغتصاب فتاة. وقد اعترف ميراندا بما نسب إليه بعد استجوابه، إذ وقع اعترافا بارتكابه الجريمة المنسوبة إليه على نموذج حكومي مطبوع كُتب أعلاه أن المشتبه فيه كان على علم تام بكافة حقوقه القانونية، في حين أن شرطة أوريغون لم تطلع له (ميراندا) على حقوقه الثلاثة الرئيسية التي يضمنها له القانون خاصة في إطار التعديل الخامس والسادس للدستور الأمريكي، وهي حقه في :

- أن يلتزم الصمت
- أن يستعين بمحام
- أن يعلم بأن تصريحاته أثناء التحقيق يمكن أن تكون أدلة ضده.

وخلال محاكمة ميراندا، وأثناء عرض النيابة العامة اعترافات ميراندا الخطية كدليل لإدانته، اعترض

1 حكم المحكمة الابتدائية بميدلت تحت عدد 2466، في الملف الجنعي التظبي عدد 2015/2467، صادر بتاريخ 2015/11/26.

محاميه عليها معتبرا إياها "لم تكن اختيارية"، لأن المهم لم يبلغ خلال استجوابه بالحقوق التي يمنحه القانون إياها والتي في طبيعتها حقه في التزام الصمت. إلا أن المحكمة غضت الطرف عن دفع محامي ميراندا، فأدانت الأخير بعشرين سنة سجنًا، وهو ما ستؤيده محكمة أوريغونا العليا في مرحلة الاستئناف سنة 1965.

غير أن ميراندا لم ييأس، فقرر اللجوء إلى "المحكمة العليا الأمريكية" بالعاصمة واشنطن، كمحكمة قانون من أجل نقض الحكم القاضي بإدانته. ونظرا لإصابة مؤازره بمرض، طلب ميراندا المساعدة من "الاتحاد الأمريكي للحريات العامة"، الذي قبل فعلا طلب إرنستو ميراندا حيث وكل ثلاثة محامين لمؤازرته. وقد قبلت المحكمة العليا المذكورة النظر في قضية ميراندا إلى جانب ثلاث قضايا مشابهة.

وفي 13 يونيو 1966 قررت أغلبية المحكمة العليا بواشنطن نقض حكم ولاية أوريغونا ضد إرنستو ميراندا، على اعتبار أنها لم تحترم التعديلات الخامس والسادس من الدستور بانتهاكها لحقوق الدفاع الثلاثة المشار إليها سابقا. لكن ستم محاكمة ميراندا فيما بعد بخصوص نفس القضية، لكن هذه المرة باحترام كل الإجراءات القانونية، فتمت إدانة ميراندا الذي قضى بضع سنوات في السجن قبل أن يحصل على السراح المشروط سنة 1972، وبعد خروجه من السجن بأربع سنوات تقريبا، لقي ميراندا حتفه سنة 1976 جراء طعنة داخل حانة. ولعل وجه الطرافة يكمن في أن قاتل ميراندا عند استجوابه فَعَلَ حقه في التزام الصمت بحسب "حقوق ميراندا"، فتكرست منذ ذلك الحين "حقوق ميراندا" أو "تحذير ميراندا" في القانون الإجرائي الأمريكي.

وفي نفس التوجه، يوجب القانون الإنجليزي بأن يقال للشخص أمام جهة الاستدلال أو التحقيق أنه: "ليس ملزما بأن يقول أي شيء إلا إذا كانت لديه الرغبة في أن يقوله، ولكن كل ما سيقوله سيؤخذ كدليل"، أضف إلى ذلك ضرورة أن يكون الشخص في حالة وعي وإدراك تامين بتلك المقولة، التي أضحت قاعدة متأصلة في القانون الإجرائي الإنجليزي.

2 – حق التزام الصمت في النظام اللاتيني:

إن الحق في التزام الصمت خلال مرحلة البحث التمهيدي مستورد من النظام الأنجلوساكسوني ومستلهم من المسطرة الاتهامية التي توازن بين سلطة الاتهام وجهة الدفاع، خلافا للمسطرة التنقيبية التي تغلب

كفة الاتهام على حساب جهة الدفاع، خاصة في المرحلة الجنينية (البحث التمهيدي) من الخصومة الجنائية. وهكذا نجد القانون الإجرائي الفرنسي كرس الحق في التزام الصمت أصالة عن النظام الأنجلوساكسوني أثناء البحث التمهيدي، وذلك بمقتضى قانون تدعيم البراءة ل 15 يونيو 2000 الذي ينص على أن: "للشخص المودع تحت الحراسة النظرية أن يشعر فوراً بحقه في عدم الإجابة عن أسئلة المحققين".

لكن هذا المقتضى أثار نقاشاً حاداً وجدلاً واسعاً بين المهتمين من فقهاء القانون ورجال شرطة، على اعتبار أنه من شأنه أن يعرقل إجراءات الاستماع إلى الشخص الموضوع رهن الحراسة النظرية من أجل الوصول إلى الحقيقة، التي تعد غاية النظام الإجرائي بشكل عام. وعلى إثر هذه النقاشات، تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 04 مارس 2002 الذي عدل به المادة 1-63 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، ليمنح "الخيار" للمشتبه فيه بين الإدلاء بالإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وبين الإمساك وعدم الإجابة عنها. وبالتالي لم يتم إلغاء هذه الضمانة المتعلقة بحق التزام الصمت، حيث بات هذا الأخير مكرساً بمضامين وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. فيبقى بذلك لكل مشتبه فيه موضوعاً رهن الحراسة النظرية الحق في أن يلتزم الصمت أثناء استجوابه استناداً إلى النصوص القانونية ذات الصلة من جهة، والسوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من جهة أخرى.

3 – حق التزام الصمت في التشريع المغربي:

يعتبر الحق في التزام الصمت إجراءً أساسياً من إجراءات المحاكمة العادلة المنصوص عليها في المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، وكذا القوانين الوطنية من دستور وقانون مسطرة جنائية.

فقد نص دستور المملكة المغربية لسنة 2011 في الفقرة 3 من الفصل 23 على أنه: " يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله، على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت. وبحق له الاستفادة، في أقرب وقت ممكن، من مساعدة قانونية، ومن إمكانية الاتصال بأقربائه، طبقاً للقانون".

وهو ما أكدته المادة 22.01 في المادة 66 التي تنظم تقريباً جميع الضمانات الممنوحة للمشتبه فيه خلال مرحلة البحث التمهيدي في حالة التلبس، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة

المذكورة على أنه: "يتعين على ضباط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فوراً و بكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله، وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت".
وجدير بالذكر أن حق التزام الصمت خلال مرحلة البحث التمهيدي يقتصر فقط على البحث التمهيدي في حالة التلبس دون البحث التمهيدي في غير حالة التلبس، مرد ذلك إلى أن المشرع عندما تدخل سنة 2011 ليعدل قانون المسطرة الجنائية بمقتضى قانون 35.11، عدل فقط المادة 66 التي تنظم النوع الأول من الأبحاث (في حالة التلبس) ولم يعدل المادة 80 التي تنظم النوع الثاني منها (في غير حالة التلبس).

وفي ختام حديثنا عن حق التزام الصمت في التشريع المغربي، تحسن الإشارة إلى أن حق التزام الصمت كان موضوع اجتهاد¹ صادر عن المجلس الدستوري سابقاً -المحكمة الدستورية حالياً- قبل أن يكرس ذلك الحق دستورياً سنة 2011. وهكذا نجد المجلس المذكور اعتبر إلزام أحد أعضاء البرلمان بالإدلاء بتصريحاته أمام الوكيل العام للملك على إثر شكاية قامت ضده، يعتبر مساساً بحريته ومن شأنه خرق قرينة البراءة.

المطلب الثاني: آثار تفعيل حق التزام الصمت

لقد أثارت مسألة تفعيل المشتبه فيه لحقه في التزام الصمت مجموعة من النقاشات، البعض منها له علاقة بأثر تفعيل الحق المذكور على أعمال الضابطة القضائية (أولاً)، والبعض الآخر له ارتباط بأثر تفعيله على مبادئ أخرى؛ تحديداً مبدأ عدم تجريم الذات (ثانياً).

أولاً: أثر تفعيل حق التزام الصمت على أعمال الضابطة القضائية

أناط المشرع المغربي الضابطة القضائية بمجموعة من المهام، ونخص بالذكر تلك المضمنة في المادة 18 من قانون المسطرة الجنائية 22.01، المتمثلة في التثبت من وقوع الجرائم، وجمع الأدلة، وضبط مرتكبيها (الجرائم). كما تتولى تنفيذ الأوامر والإنايات القضائية الصادرة عن قضاة التحقيق، وكذلك أوامر النيابة العامة باعتبارها جهازاً يشرف، يوجه، ويراقب أعمال الضابطة القضائية.

¹ يتعلق الأمر بقرار المجلس الدستوري -سابقاً- رقم 586 الصادر في الملف عدد 04/796 بتاريخ 12 غشت 2004، وقد تمت الإشارة إليه في مؤلف عبد الكافي ورياس حول موضوع ضمانات المشتبه فيه أثناء البحث التمهيدي ص 631.

وخلال ممارسة الضابطة القضائية لمهامها في إطار الأبحاث التمهيديّة عامة والتي في حالة التلبس خاصة، تجد نفسها -على مستوى الممارسة الميدانية- مضطرة إلى التوفيق بين مصلحتين أساسيتين؛ الأولى تتعلق بضرورة تعميق الأبحاث والتحريات بشأن القضايا المعروضة عليها أو التي تصادفها أثناء مزاولة مهامها بغية الوصول إلى الحقيقة، والثانية ترتبط بضرورة احترام وعدم المساس بحقوق و ضمانات المشتبه فيهم، سواء أثناء عملية توقيفهم أو خلال عملية الاستماع إليهم، وفي طليعة هذه الحقوق الحق في التزام الصمت.

وقد سبق وأشرنا إلى أن قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002 يلزم الضابطة القضائية بإشعار المشتبه فيه بحقه في التزام الصمت، باعتباره إجراء شكليا، تحت طائلة الدفع بإلغاء الإجراء المعيب. لكن الإشكال الذي طرح يتعلق بالحالة التي يفعل فيها المشتبه فيه حق التزام الصمت وأثره على عمل الضابطة القضائية، لأن من شأن تفعيل الحق المذكور أن يعيق عمل ضابط الشرطة القضائية المكلف بالبحث في ممارسة مهامه، التي يسعى من خلالها -بالأساس- إلى الوصول إلى الأدلة التي تمكنه من حل لغز الجريمة. وهذا ما أدى إلى طرح عدة أسئلة من قبيل، مدى جواز استخلاص الضابطة القضائية لأدلة وقرائن من خلال صمت المشتبه فيه؟ وهل يكون حق التزام الصمت مطلقا أم غير مطلق؟

اعتبر بعض الباحثين أن تفعيل حق التزام الصمت من جانب المشتبه فيه يمس بصميم المهام الموكولة للضابطة القضائية ويغل يديها، خصوصا عندما يتعلق الأمر بالجرائم العادية، لا لشيء سوى لكونها تعرف مدد حراسة نظرية ضيقة (48 ساعة قابلة للتمديد 24 ساعة)، خلافا لما عليه الأمر بالنسبة للجرائم الماسة بأمن الدولة (96 ساعة قابلة للتمديد مرة واحدة) والجرائم الإرهابية (96 ساعة قابلة للتمديد مرتين)، حيث تكون مدة الحراسة النظرية خلالها نسبيا كافية للضابطة القضائية من أجل إنجاز المهام المنوطة بها؛ من بحث على أدلة وقرائن مفيدة في التحريات بغية استكشاف الحقيقة. فهذه الوضعية المذكورة خاصة بالنسبة للجرائم العادية التي تكون فيها مدة الحراسة النظرية ضيقة، تضع ضابط الشرطة القضائية على المحك، الشيء الذي من شأنه عرقلة مجريات البحث والتحري ويضع حواجز عدة أمامه. فمثلا قد يكتفي المشتبه فيه الذي تم وضعه رهن الحراسة النظرية، بتقديم هويته فقط ويمتنع عن الإجابة عن باقي أسئلة الضابطة القضائية في انتظار قدوم دفاعه، أو قد يشرع في

الإجابة عن بعض الأسئلة دون البعض الآخر... إلخ. فمثل هذا الوضع من شأنه أن يعرقل عمل ضابط الشرطة القضائية المكلف بالبحث - كما ذكرنا - سابقا.

أما العارفين بأمور البحث والتحريات في المادة الجنائية، فإنهم يجدون في صمت المشتبه فيه صعوبة كبيرة كلما كان للجريمة "رأسا واحدا"؛ أي فاعل أصلي واحد دون وجود مشاركين أو مساهمين. مرد ذلك إلى أنه الوحيد لذي يملك الحقيقة، وتزداد الصعوبة كلما كان المشتبه فيه ممتهنا للأفعال الإجرامية ومن ذوي السوابق القضائية، إذ سيصبح هامش الأبحاث والتحريات آنذاك أكثر ضيقا ويؤثر سلبا على جودة محاضر الضابطة القضائية، لا سيما فيما يخص الجرائم المشار إليها في المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية، حيث يوثق بمضمون المحاضر المنجزة بشأنها إلى أن يثبت العكس.

وتفعيل المشتبه فيه لحق التزام الصمت لا يؤثر فقط على عمل الضابطة القضائية، بل يؤثر حتى على جهاز النيابة العامة، إذ ستجد نفسها بين الفينة والأخرى مضطرة إلى مطالبة الضابطة القضائية في كل بحث فعل خلاله المشتبه فيه حق التزام الصمت، بتعميق البحث أو التماس قضاء التحقيق عبر إحالة الملفات عليه من أجل التحقيق، وذلك بخصوص الجرائم التي تقبل التحقيق. كل ذلك في سبيل الوصول إلى مفاتيح تكون الضابطة القضائية قد عجزت عن الوصول إليها، خاصة بسبب ضيق مدد وضع المشتبه فيهم رهن الحراسة النظرية في إطار الأبحاث التمهيدية كما سبق وأشرنا.

وفي نفس السياق، نود الإشارة إلى أن الحق في التزام الصمت كضمانة أساسية من ضمانات المحاكمة العادلة، يكون موضوع استغلال من طرف بعض محترفي الإجرام، الذين يكونون على اطلاع بالإكراهات التي تواجه الضابطة القضائية أثناء قيامها بالمهام الموكولة إليها، من وفرة في القضايا المعروضة عليها كما ونوعا من جهة، وقلة الموارد البشرية التي تعاني منها هذه المؤسسة من جهة أخرى، مما يجعل بعض المشتبه فيهم يستفيدون من الإكراهات السالفة الذكر؛ إما بعدم متابعتهم من طرف النيابة العامة، وإما بالحكم ببراءتهم من طرف القضاء الجالس لانعدام الأدلة، وحتى إن حصل شك ما فإنه يفسر لصالح المتهم.

غير أن ما تم ذكره في هذا الصدد لا يجب أن يفهم معه أن التزام الصمت كخيار يلجأ إليه المشتبه فيه لكي يتنصل من مسؤوليته الجنائية سيجعل الضابطة القضائية جهازا غير قادر على التتبع والمسك بخيوط

الجريمة، بل أن المحكمة قد تلتبس الإدانة من خلال عناصر أخرى موجودة ومرتبطة بالأفعال موضوع المتابعة. وهناك قضية ل"جون موراي" ضد المملكة المتحدة، تفيد بأن الحق في الصمت خلال كل مراحل الخصومة الجنائية فيه إساءة إلى مصلحة المتهم أمام القضاء¹. لكنها (المحكمة) في جميع الأحوال، لا يجوز لها أن تفسر التزام صمت المشتبه فيه بأنه اعتراف ضمني بصحة الأفعال المنسوبة إليه، وبالتالي وجب على القضاء الزجري أن ينأى عن استخلاص قناعته بالإدانة خلال مرحلة المحاكمة من ذلك الصمت. وفي هذا الخصوص، خلصت محكمة النقض المصرية إلى أن: "سكوت المتهم لا يصح أن يتخذ قرينة على ثبوت التهمة ضده"²

ثانيا : أثر حق التزام الصمت على مبدأ عدم تجريم الذات

يعتبر مبدأ عدم تجريم الذات المعبر عنه بالفرنسية ب : Le principe contre l'auto-incrimination من المبادئ التي تأسلت في الأنظمة الجنائية الأنجلوساكسونية، وإن كان الخلاف قد حصل بخصوص جذوره التاريخية والمصادر التي انبثق عنها، بين من يرجعه إلى القرن 13 م بإنجلترا ومن يرجعه إلى القرن 17 م، فيما ذهب آخرون إلى اعتبار الأصل التاريخي للمبدأ المذكور يعود إلى "الإنجيل"؛ الذي ينص على عدم اعتبار الشخص "مذنباً" بناء على إقراره الشخصي أو الذاتي.

وبخصوص علاقة مبدأ عدم تجريم الذات و حق التزام الصمت، يمكن القول أن حق التزام الصمت يكون متفرعا عن مبدأ عدم تجريم الذات أو النفس. فإذا كان الأول يفيد عدم إلزام الشخص على الحديث بالقوة، فإن الثاني يفيد عدم إجبار الشخص بأي شكل من الأشكال على أن يكون شاهدا ضد نفسه بأنه مجرم، وبالتالي كون كل منهما مكتملا للآخر.

وإذا أردنا معرفة ما إذا تبني المشرع المغربي مبدأ عدم تجريم الذات، فإننا نقول بأنه لا توجد أي إشارة صريحة تفيد اعتناق المشرع المغربي للمبدأ المذكور، سواء في الدستور أو في قانون المسطرة الجنائية. كل ما هنالك، أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي وقع عليه المغرب في 19 يناير 1977

¹ CEDH, 8 Février 1996, John Murray / Royaume uni

3- نقض 18 مارس 1973 رقم 73 مشار إليه عند حكيم وردى، أثر عدم احترام مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية. م.س ص 21.

وصادق عليه في 3 ماي 1979، نص على مبدأ عدم تجريم الذات في البند 3 من المادة 14، الذي يؤكد بأن: "لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات التالية.... أن لا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب".

لكن بالتمعن مليا في مواد قانون المسطرة الجنائية، يمكن القول في نطاق جد محدود بأن المشرع أخذ بشكل غير مباشرة بمبدأ عدم تجريم الذات، وذلك بمفهوم مغاير لا يحمل معنى إجبار الشخص على الاعتراف بكونه مجرما، بل على العكس من ذلك نجد المشرع في المادة الجنائية لا يعتبر الإقرار سيد البيئات كما في المادة المدنية، إذ حتى لو اعترف المتهم بأنه ارتكب جريمة معينة، فإن القاضي الجزري قد لا يأخذ بذلك الاعتراف إذا لم يشكل له الاقتناع الصميم طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية. وهذا ما نجده يتماشى مع القرارات الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي أصدرت قرارات عديدة أكدت من خلالها أن عدم التنصيص صراحة على مبدأ عدم تجريم النفس في المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لا يحول دون اعتماده في إطار المعايير الدولية المعترف بها بشكل عام، ما دام يدخل ضمن مفهوم الحق في المحاكمة

العادلة التي تعتبر الغاية الأسمى التي تتحراها كل النظم الإجرائية المعاصرة في العالم.

دواعي اللجوء إلى بدائل الدعوى العمومية في القانون المغربي

عادل أزيبار

طالب باحث في كلية الحقوق - السوسيسي بالرباط

مقدمة :

تعاني الدول على اختلاف إيديولوجياتها من ظاهرة التضخم الجنائي التي كانت نتيجة طبيعية لاستخدام المشرع السلاح العقابي¹ لمواجهة الكثير من الأنماط المستحدثة من السلوك الإجرامي. بيد أن بعضا من هذه الأنماط قد لا تمس الضمير العام، حيث لا تلقى استهجان الضمير الإنساني، على الرغم من أنها جرائم يترتب عليها إخلال بأمن المجتمع، ومن ثم يتدخل المشرع بالتجريم والعقاب من أجل حماية الحقوق والحريات المعرضة للضرر أو الخطر وفق "نظرية الضرورة الاجتماعية" التي تعد إحدى الضوابط التي يعتمد عليها المشرع لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات وضرورة العقاب بما يحقق الغاية من التجريم.

و ليس خفيا أن أزمة العدالة الجنائية تلازمت مع ظاهرة التضخم الجنائي، فقد كانت نتاجا طبيعيا لتزايد أعداد القضايا الجنائية، الأمر الذي بات يهدد المحاكم بالشلل، فأضى الوصول إلى العدالة الناجزة الآمنة عسيرا، وغدا القضاء معذورا إذا لم يحقق العدالة الآمنة في ظل الأعداد الهائلة من القضايا المحالة عليه.

و نتيجة للانتقادات الموجهة لأجهزة العدالة الجنائية التقليدية لعدم فعاليتها من كثرة اللجوء إلى الخيار العقابي عن طريق الدعوى العمومية، و التي تعد هي إحدى نتائج رد الفعل إزاء التعسف في التجريم والعقاب²، برز في السياسة الجنائية المعاصرة، اتجاهان رئيسيان في مواجهة أزمة العدالة الجنائية يركزان على المقاربة الاقتصادية للقانون الجنائي³. الاتجاه الأول له علاقة بالشق الموضوعي

¹ - أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة 2، دار الشروق، 2002، ص 151.

² - ضاري خليل محمود ، بدائل الدعوى الجزائية في القانون العراقي والمقارن، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد السادس ، 1987، ص 13.

³ - انتقال السياسة الجنائية من المقاربة الأمنية للقانون الجنائي - التي لم تقدم أكثر مما أخذت من الدول اقتصاديا واجتماعيا -، إلى المقاربة الاقتصادية بشقيه الإجرائي والموضوعي.

وينادي بالحد من سياسة التجريم والعقاب¹ De décriminalisation et de dépenalisation، و ثانيهما يرتبط بالشق الإجرائي من القانون الجنائي، ويسمى بسياسة التحول عن الإجراءات De déjudiciarisation؛ بمعنى إخضاع المتهمين لمعاملة إجرائية تختلف عن تلك المقررة تقليدياً في المحاكمة الجنائية العادية، ويتمثل جوهر هذه السياسة في إسقاط إجراءات الخصومة الجنائية كلياً أو جزئياً، واستبدالها بإجراءات أخرى أقل تعقيداً، وأكثر سرعة في حسم المنازعات، سواء كانت بسيطة لا تتوخى سوى تيسير الإجراءات، أو مقترنة ببرامج لإصلاح الجاني وتأهيله²، وفي هذا الشق يندرج ما يسمى بدائل الدعوى العمومية³.

و بما أن بدائل الدعوى العمومية هي إعطاء دور أكبر لأطراف الدعوى من متهم و مجني عليه بمشاركة المجتمع في إنهاء الدعوى والسيطرة على مجرياتها لمواجهة الظاهرة الإجرامية⁴ فإنها تفترض عدم اتخاذ الإجراء الجنائي، بتعبير آخر الابتعاد تماماً عن إثارة الدعوى العمومية. و لعل أهم الأمثلة على ذلك الصلح والوساطة والتسوية. فهذه البدائل تعد سبباً لانقضاء الدعوى العمومية بحيث لا يكون هناك محل للسير فيها⁵. وهناك من عبر عنها⁶ بالطريق الثالث la troisième voie؛ أي تخويل النيابة العامة طريقاً ثالثاً في مواجهة ظاهرة الإجرام البسيط إضافة إلى حفظ الملف والمتابعة.

¹ - رفع التجريم عن بعض أنواع السلوك الإجرامي وإدخالها في دائرة المشروعية، فلا يترتب على ارتكابها عقوبة جنائية أو غير جنائية. وأساس ذلك أن ثمة جرائم معينة لم تعد تتضمن اعتداء على مصالح المجتمع على النحو الذي يبرر استمرارها تحت طائلة التجريم، أضف إلى ذلك أن أنماطاً معينة من السلوك الإجرامي لم تعد محل استنكار من المجتمع. ويعني الحد من العقاب أن يظل السلوك غير مشروع دون أن يترتب عليه توقيع جزاء جنائي. هكذا تستمر صفة التجريم قائمة بالنسبة للفعل على أن يوقع على مرتكبها جزاءات مدنية أو تأديبية أو إدارية أو غيرها من بدائل العقوبات.
- راجع بهذا الصدد: عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 92 وما بعدها.
- J. PRADEL, " la rapidité de l'instance pénale, aspects de droit comparé", R.P.D.P., n°4, 1995, p 215.
- John RASON SPENCER, "La célérité de la procédure pénale en Angleterre", R.I.D.P., éd. érés, 1995, p 414.

² - أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية ماهيته والنظم المرتبطة به دراسة مقارنة، الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2005، ص 12.

³ - للإشارة أن بدائل الدعوى العمومية تمثل آخر التطورات أو آخر مراحل تطور الفكر العقابي، فقد كانت البداية في التفكير بإحلال التدابير الوقائية محل العقوبة وهو الاتجاه الذي تبنته المدرسة الوضعية، ثم الاتجاه إلى إلغاء العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، ثم الاتجاه إلى الحد من العقوبات السالبة للحرية بوجه عام، وفي النهاية كان الاتجاه إلى استبدال الخصومة الجنائية التقليدية أو بدائل جديدة للدعوى العمومية.

- حاسم محمد رشيد الحديج، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، بدون دار النشر، وبدون طبعة، 2000، ص 116.
⁴ - علي عدنان الفيل، " بدائل إجراءات الدعوى الجزائية دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 25، أبريل 2011، مجلة تصدرها جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، ص 74.

⁵ - حاسم محمد رشيد الحديج، م.س، ص 115.

⁶ - J. PRADEL, la procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire, Recueil Dalloz, 2000, doctrine, p 2.

ونظرا للأهمية العملية التي يحتلها نظام بدائل الدعوى العمومية باعتباره خير وسيلة لتمكين القاضي من حسم أكبر عدد من الدعاوى الجنائية المعروضة عليه في وقت وجيز وبأقل تكلفة من جهة، وتجنب أطراف الخصومة طول وتعقد الإجراءات من جهة أخرى، فهذه الإستراتيجية لاقت ترحيبا كبيرا في كثير من التشريعات المقارنة، كما هو الشأن بالنسبة لكل من التشريع الإسباني والانجليزي والإيطالي من خلال تفعيل العدالة الجنائية عن طريق تبسيط إجراءاتها¹.

أما المشرع المغربي، فلم تغب عن باله الأهمية القصوى التي تحتلها بدائل الدعوى العمومية. ولئن كان لم يتعرض لجميع صورها من ناحية التنظيم، إلا أنه نظم مؤسسة الصلح في المادة 41 من ق.م.ج، وهو الشيء الذي دفعنا للبحث عن مدى ملاءمة المنظومة التشريعية و حاجة الواقع العملي لنظام بدائل الدعوى العمومية بالمغرب؟

ولما كان ميثاق إصلاح منظومة العدالة قد أوصى باللجوء إلى بدائل الدعوى العمومية²، فإن الإجابة عن التساؤل الذي طرحه هذه الدراسة سيكون من خلال فرضية مفادها أن بدائل الدعوى العمومية كنظام قانوني مستحدث في السياسة الجنائية المعاصرة سيساهم في التخفيف من حجم القضايا المعروضة على القضاء، و بالتالي التخفيف من اكتظاظ المؤسسات السجنية و إعادة الاعتبار لأطراف الخصومة الجنائية إن تم تنظيم جميع صورته في المنظومة الجنائية .

و للوقوف على مدى صحة هذه الفرضية، سنعمد المنهج التحليلي الذي من خلاله نسلط الضوء على واقع السياسة الجنائية ببلادنا عن طريق قياس معدل الاهتمام التشريعي بموضوع بدائل الدعوى العمومية و مقارنته بما توفر لدينا من إحصائيات رسمية من جهة، و الوقوف على الدور الذي تلعبه بدائل الدعوى العمومية من جهة أخرى، سواء تعلق الأمر بمؤسسات العدالة أو بأطراف الخصومة الجنائية.

ومن أجل ذلك ستتوزع محاور هذه الدراسة إلى محورين وفق الشكل الآتي:

المحور الأول: الاهتمام التشريعي بموضوع بدائل الدعوى العمومية

المحور الثاني: بدائل الدعوى العمومية و خدمة العدالة الجنائية

¹ _K.Tiedeman, Rev.int.dr.pén.1/7/1993,p 820et s.

² _ميثاق إصلاح منظومة العدالة، الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة، 2013، ص 84.

المحور الأول: الاهتمام التشريعي بموضوع بدائل الدعوى العمومية

لقد أصبحت ظاهرة الجريمة على رأس انشغالات الرأي العام، ذلك أن الإحساس بانعدام الأمن وتفاقمها (الظاهرة الإجرامية) وبرزت أنواع جديدة من الإجرام أفقد نظام العدالة الجنائية الثقة و جعله محط انتقاد من طرف الرأي العام، كونه لا يستجيب لتطلعاتهم؛ أي أن سياسة العقاب لم تؤد إلى نتائج محمودة . و يكمن الهدف من تخصيص هذا المحور لعرض حجم الاهتمام التشريعي بموضوع بدائل الدعوى العمومية على المستوى الكمي و في معرفة الحيز الذي يشغله هذا النوع من الإجرام (الإجرام البسيط) داخل المنظومة القانونية (الفقرة الأولى)، ومقارنته مع ما لدينا من معطيات إحصائية تهم بالخصوص عدد الملفات المعروضة على أجهزة العدالة الجنائية (الفقرة الثانية)، الأمر الذي سيمكننا من التوصل إلى مدى قدرة تشريعنا وواقعنا على استيعاب موضوع نظام بدائل الدعوى العمومية ببلادنا.

الفقرة الأولى : مدى ملاءمة الترسنة الجنائية لموضوع بدائل الدعوى العمومية

تعد النصوص الجنائية من أهم العناصر المساعدة على فهم السياسة الجنائية في أي بلد والمغرب من الدول التي تنطبق عليها هذه القاعدة. ذلك أن المشاكل التي يعاني منها نظامه الجنائي ترجع في الكثير منها لنصوصه.

لذا فإن البحث عن الأرضية المناسبة لتفعيل نظام بدائل الدعوى العمومية يستدعي منا مجرد وقياس حجم الإجرام البسيط المتضمن في نصوص مجموعة القانون الجنائي (أولا)، دون إغفال القوانين الجنائية الخاصة (ثانيا)، نظرا للتكامل القائم بينهما.

أولا: الإجرام البسيط في مجموعة التشريع الجنائي المغربي

إذا كان " الإجرام البسيط" من المفاهيم التي يصعب إيجاد تعريف موحد لها ومتفق عليه لدى المهتمين بالظاهرة الإجرامية، فإن المتفق عليه أنه مفهوم يرتبط أساسا بجرائم قليلة الخطورة، حيث إن المشرع يقر لها عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة.

وقد اختلفت الآراء والاتجاهات التي قال بها الفقه¹ حول المعايير التي يمكن الاستناد إليها لتحديد

¹ - يمكن إجمال هذه الاتجاهات فيما يلي: - التحديد على أساس نوع الجريمة : بحيث يستند هذا الاتجاه في اعتبار الجريمة بسيطة أم لا إلى التقسيم التشريعي للجرائم، وحسبه الجريمة البسيطة تكون نتيجة اقرار جرائم المخالفات وبعض الجناح بالنسبة للتشريعات التي تعتمد التقسيم الثلاثي

هذا المفهوم. غير أن الأغلبية استقرت في ذلك على معيار المدة¹ باعتباره أفضل الأسس التي يقوم عليها هذا التحديد. ومع ذلك انقسم أنصار هذا الرأي حول تحديد المدة التي تعتبر فيها الجريمة بسيطة. فمنهم من حددها في كل جريمة لا تتجاوز فيها العقوبة في حدها الأقصى ثلاثة أشهر، ومنهم من حددها في ستة أشهر، بينما قال آخرون بأن المدة يجب أن تكون محددة في سنة، في حين حددها غيرهم في سنتين كاملتين².

وبناء عليه، نرى أن الضابط الذي ينبغي الاحتكام إليه في تحديد ما إذا كانت الجريمة بسيطة أم لا، لا يتعلق بضابط المدة، وإنما بضابط الخطورة الإجرامية و ما يستتبعه من مساس بالشعور العام لدى أفراد المجتمع في تقديرهم للعدالة، هذا الضابط افتراض فلسفي يقيس عليه المشرع مدى خطورة و جسامته الفعل المرتكب. فإذا كانت هذه الخطورة قليلة أو لا تمس بالنظام العام أو أنها لا تحدث اضطرابا اجتماعيا، فإنه يسهل معالجتها خارج نطاق الدعوى العمومية. أما إذا كانت تحدث اضطرابا اجتماعيا كبيرا فتم معالجتها داخل نطاق الدعوى العمومية بما تكفله من ضمانات لتحقيق العدالة.

قد عرف القانون الجنائي المغربي كغيره من القوانين محطات تاريخية قبل الاستقلال، بدء من ظهير 12 غشت 1913، مروراً بالمجموعة الجنائية الخاصة بالمنطقة الشمالية الصادرة في فاتح يونيو 1914، والمجموعة الجنائية الخاصة بمنطقة طنجة الدولية الصادرة في 5 يناير 1925، وصولاً إلى

للجرائم (جنابات - جنح - مخالفات) كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للمشرع المغربي والفرنسي، إلا أنه بالرغم من أن هذا التقسيم يسعفنا في تحديد نوع الجريمة، إلا أن هذا التحديد يبقى نسبياً.
- أنظر بهذا الصدد: عبد الواحد العلي، شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2002، ص 243.

- التحديد على أساس نوع المؤسسة العقابية: يفترض أصحاب هذا الاتجاه اختلاف أنواع المؤسسات العقابية سواء من حيث طبيعة النظام السائد في كل منها أو من حيث نوع المعاملة العقابية، وهذا الاختلاف يجعل منه المشرع ضابطاً للتمييز بين أنواع العقوبات السالبة للحرية فلكل جريمة حسب هذا المعيار نوع من السجون يخصص لتنفيذ العقوبة الناتجة عن ارتكابها.

- أنظر بهذا الصدد: محمد مفتاح بقال، مؤسسة السجون في المغرب. مطابع ميثاق المغرب، الطبعة الأولى، الرباط، 1979، ص 65.
والمشرع المغربي أشار إلى هذا المعيار من خلال القانون رقم 98 / 23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية حيث أكد في المادة 2 / 2 على أن: "المؤسسات السجنية تنقسم إلى مجموعتين:

1 - السجون المحلية وهي مخصصة بصفة عامة لإيواء المعتقلين الاحتياطيين والمحكوم عليهم بعقوبات قصيرة الأمد والمكروهين بدنيا.
2- المؤسسات السجنية المخصصة لإيواء المدانين والمنصوص عليهم في المادة 8 بعده".

¹ - محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهري الحد من التجريم والعقاب، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005، ص 302.

² - فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، دون ذكر الطبعة، بيروت، 2009، ص 436.

مجموعة القانون الجنائي الصادرة في 23 دجنبر 1953¹.

وبعد الاستقلال حاول المشرع إيجاد قانون جنائي يستجيب لأصول العدالة الجنائية ووحدة الوطن وضمان مساواة الأفراد أمامه، غير أن ذلك لم يتسن له تحقيقه إلا في 26 نوفمبر 1962² حيث دخل حيز التنفيذ في 17 يونيو 1963. وقد عرف القانون الجنائي ابتداء من هذا التاريخ ما يزيد عن 100 تعديل شمل عدة مقتضيات، كما تم تعميده بمجموعة من النصوص الأخرى نتيجة انخراط المغرب في المنظومة الدولية لحقوق الإنسان³.

وفي سياق هذا الإطار التاريخي، وبالموازاة مع النهضة التشريعية التي عرفها المغرب ما بعد الاستقلال، استفاد المشرع المغربي عند إعداد مجموعة القانون الجنائي من التطور الذي عرفته النظم الجنائية الحديثة، وكذا مواقف الفقه المعاصر، فضلا عن الاجتهادات القضائية الرائدة والمواكبة للنظريات الجديدة في ميدان التجريم والعقاب.

مراعاة لما تقدم، كان من الطبيعي أن يكون تدخل المشرع على مستوى القانون الجنائي لتعزيز المبادئ الدستورية في التجريم والعقاب، ضمانا لاستفادة الأفراد من الحقوق و الحريات على قدم المساواة. ومما ينبغي التذكير به أن كثيرا من فصوله تصدت للجنوح والإجرام البسيط الذي برز بحدّة نتيجة تطور المجتمع الاستهلاكي المصحوب بالتقدم التكنولوجي والتغيرات الاجتماعية بشكل أصبحنا نلاحظ معه أن هناك محدودية في مواجهته، فقد أصبح يكاد يفوق الإجرام الخطير، مما أدى إلى ظهور ما يعرف "بظاهرة التضخم في الإجرام البسيط"⁴ وهذا ما يوضحه المبيان التالي⁵:

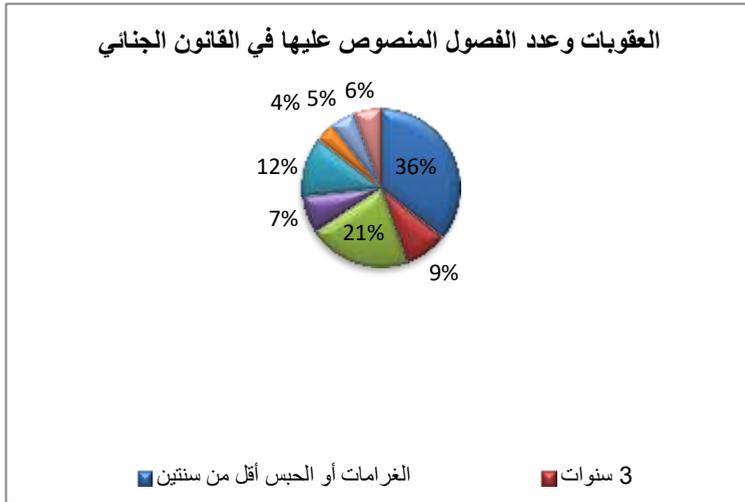
¹ _ Frabcois-Paul BLANC et Rabha ZEIDGUY, Code pénale textes et documents juridiques, .casablanca, Socepress, 2001, p 7 etc.

² _ ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر بتاريخ 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر، بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963) ، ص 1253.

³ _ الطيب الشرقاوي، السياسة الجنائية: مفهومها وآليات وضعها وتنفيذها والخطوط العريضة للسياسة الجنائية القائمة بالمغرب ، ندوة السياسة الجنائية بالغرب : واقع وآفاق، أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9-10-11 دجنبر 2004، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والأيام الدراسية، الطبعة الأولى، العدد الرابع، 2005، ص 33.

⁴ _ الطيب الشرقاوي، "السياسة الجنائية"، مفهومها وآليات وضعها وتنفيذها والخطوط العريضة للسياسة الجنائية القائمة بالمغرب"، م.س، ص 34.

⁵ _ إحصائيات صادرة عن وزارة العدل ، أوردها الطيب الشرقاوي، المرجع نفسه ص 34.



ولعل ما يتضح من المعطيات الواردة أعلاه، أن ظاهرة الإجرام البسيط تشغل حيزا لا يستهان به من مجموع فصول القانون الجنائي. فالنسبة المئوية للجرائم المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس لأقل من سنتين تبلغ حوالي 36% من المجموع العام للجرائم المنصوص عليها ضمن مجموعة القانون الجنائي، وهي نسبة ليست بالقليلة إذا علمنا أن باقي الجرائم الأخرى والمعاقب عليها بعقوبات سالبة للحرية تمتد من ثلاث سنوات حبسا إلى غاية السجن المؤبد

والإعدام تبقى لها نسبة 64%، وهو ما يصطلح عليه "بالإجرام الخطير"¹.

و عليه، يتضح لنا الاهتمام الكبير لمجموعة القانون الجنائي المغربي بالإجرام البسيط الذي يعد أرضية خصبة لتفعيل نظام بدائل الدعوى العمومية. غير أنه لا يمكن الحسم في هذه النقطة، إلا بعد الوقوف على مدى اهتمام القوانين الجنائية الخاصة بهذا الصنف من الجرائم لكون هذه الأخيرة جزء مكمل لمجموعة القانون الجنائي، فبدونها لا يمكن الوصول إلى نتيجة واضحة حول الكم الذي يشغله الإجرام البسيط في القانون الجنائي المغربي بوجه عام .

¹ - هشام ملاطي، مساهمة القاضي في حل أزمة السجن بالمغرب، دراسة مقارنة لأهم المقترضات الجنائية الإجرائية والموضوعية مع المعطيات الإحصائية، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، 2007، ص ص 55- 56.

ثانيا: ظاهرة الإجرام البسيط في القوانين الجنائية الخاصة

يتضح من خلال الفلسفة التي يتبناها المشرع المغربي في سياسته الجنائية أنها تجعل قواعد

القانون الجنائي الخاص تتميز بعدم حصر نطاقها أمام تدخل المشرع الجنائي باستمرار في تعديل أحكام هذه القواعد، وذلك مرده إلى الطابع النسبي لفكرة القيمة أو المصلحة الجديرة بالحماية، الأمر الذي ينطبق على القوانين الجنائية الخاصة. فالتضخم الكمي في عدد الجرائم التي يتضمنها القسم الخاص في مجموعة القانون الجنائي المغربي استتبعه تطور في الكيف وهو ما تمثل في استقلال طوائف معينة من الجرائم بذواتها وتفرداها بأحكام خاصة حتى أضحت في النهاية فروعاً خاصة لمجموعة القانون الجنائي¹.

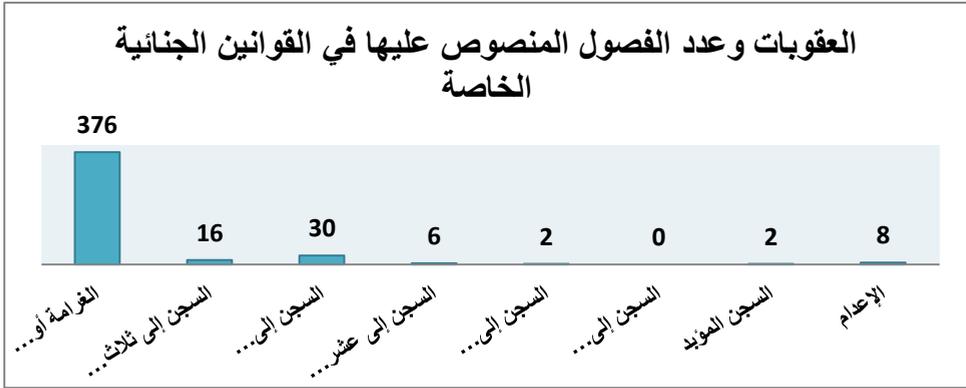
إن القوانين الجنائية الخاصة هي تلك النصوص القانونية التي تحدد جرائم معينة وتبين عقوبتها ما لم ترد في المجموعة الجنائية²، علاوة على ذلك فالنصوص الجنائية الخاصة تأتي منفردة وتقوم بتحديد فعل جرمي معين وتحدد عقوبته، وما يمكن أن يطبق على مرتكبها من تدبير وقائي. إنها شبيهة بتلك النصوص الجنائية الواردة في القسم الخاص من المجموعة الجنائية، إذ أتت بعد صدوره نظراً لتطور المجتمع وظهور أفعال إجرامية جديدة لم يدركها المشرع إبان سنه للقانون الجنائي آنذاك.

وانطلاقاً مما سبق، يثور التساؤل حول مدى ملاءمة القوانين الجنائية الخاصة لنظام بدائل الدعوى العمومية؟ ولتفاعل مع هذا التساؤل يتطلب مجرد مختلف النصوص القانونية التي تجرم أفعالاً موسومة بالإجرام البسيط، ومقارنتها بجرائم تنصف بالخطورة الإجرامية. وذلك من خلال المبيان الآتي

¹ عبد الرحمان أسامة، دروس في القانون الجنائي الخاص، مطبعة طه حسين، وجدة، دون ذكر الطبعة، 2009، ص 5.

² محمد الطيب بوطيبي، الموجز في القوانين الجنائية الخاصة (وفق التشريع المغربي). دار النشر الجسور، دون ذكر الطبعة، وجدة، 2004، ص 9.

مبيان يصنف العقوبات وعدد الفصول المنصوص عليها في القوانين الجنائية الخاصة¹



إذا كنا قد خلصنا من خلال المبيان الأول المتعلق بنسبة الإجراء البسيط في مجموعة القانون الجنائي أن موقع هذا النوع من الإجراء يستحوذ على حصة قليلة من مجموع الجرائم ، فإن المبيان الثاني يظهر بشكل واضح هيمنة الجرائم المعاقب عليها بعقوبات قصيرة المدة على التشريع الجنائي المغربي، بحيث تشكل نسبة العقوبات التي تتمثل في الغرامات والحبس أقل من سنتين 85,45%، مقابل الجرائم التي تعد خطيرة والمشكلة نسبة 14,54% من مجموع الجرائم.

هكذا، يتضح لنا أن موضوع بدائل الدعوى العمومية على جانب كبير من الأهمية خاصة في القوانين الجنائية الخاصة، لا سيما تلك المتعلقة بمجال المال والأعمال: فهذه الأخيرة وإن كانت تتخذ من العقوبات المالية (الغرامة) سلاحا لها لردع مجرمي الأعمال، فإنها تتضمن بشكل كبير عقوبات حبسية تطال غالبا الجرائم التي تقترب عن قصد وعن سوء نية، ملاءمة في ذلك للمصلحة العامة².

ويبقى التساؤل الذي يتعين علينا الإجابة عنه - بعد عرض حجم الاهتمام التشريعي بظاهرة الإجراء البسيط في المنظومة الجنائية- هو المرتبط بعدد الملفات والقضايا الراجعة أمام أجهزة العدالة الجنائية والتي تكمن في مجموع الجرائم المعتبرة موضوعا خصبا لتفعيل نظام بدائل الدعوى العمومية

¹ تم الاعتماد في جمع هذه النصوص على موسوعة التشريعات الجزية الخاصة، للأستاذين طارق طباش وعبد العالي الدليمي، ج. الأول والثاني، المطبوعة والوراثة الوطنية، مراكش، 2006. أوردته: نوردين الوناني، السياسة الجنائية في معالجة الإجراء البسيط، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 18.

² _Mohammed Drissi ALAMI MACHICHI, "régulation de l'economie par le droit, Revue marocaine de droit d'économie et de gestion", n 52,p 15.

سواء على مستوى عدد المتابعين أو على مستوى عدد الملفات التي تنتظر البت فيها. وهو ما سوف نتوصل إليه من خلال رصد إحصائي لهذه العينة من الإجرام على المستوى العملي.

الفقرة الثانية : رصد إحصائي لديناميكيات الإجرام البسيط

إن رصد ديناميكيات الإجرام البسيط ومعرفة الحجم الذي يشغله في الواقع، يتطلب منا رصد معدل الجرائم من خلال المعطيات الإحصائية المرتبطة بعدد القضايا و بعدد المتابعين من سنة 2013 إلى حدود 2016 (أولا)، على أن نقوم بتحليل هذه الإحصائيات في علاقتها ببدايات الدعوى العمومية (ثانيا).

أولا : الإجرام البسيط في أرقام

تعد ظاهرة الإجرام بصفة عامة من الظواهر الاجتماعية، والجماعية في نفس الوقت، ومن الثابت أن دراسة أو تحليل كل ظاهرة لا يتأتى إلا إذا توفرت بعض المعطيات التي تمكن من القيام بذلك، ومن بين تلك المعطيات ما تتضمنه الإحصائيات الجنائية¹. ذلك أن البحث عن مدى انعكاس ظاهرة التضخم في الإجرام البسيط الذي يعرفه القانون الجنائي بالمغرب على واقع أجهزة الضبط الاجتماعي لن يتأتى إلا من خلال إحصاءات الجريمة باعتبارها وسيلة لا غنى عنها في تحديد مشكلة الجريمة، إذ لا يمكن بدونها معرفة أبعادها وما قد تشغله من حيز في المجتمع².

و الإحصائيات الجنائية كما عرفها بعض الباحثين³ هي " مختلف المعطيات الرقمية المتعلقة بالأفعال الإجرامية المرتكبة في وقت معين، والتي يتم التعرف عليها وتسجيلها من طرف الهيئات المكلفة بذلك"⁴. تكمن أهميتها في كونها السبيل الوحيد لمعرفة نمط الإجرام وأوضاعه في منطقة معينة ولفترة زمنية محددة. كما أنها تفيد المخطط الأمني في وضع خطط المنع والمكافحة، فضلا عن كونها في مقدمة الوسائل العلمية لطرق البحث في جوانب الجريمة، إضافة إلى دورها الهام في التنبؤ بما سيحدث مستقبلا على أسس علمية، ومن ثم اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتخفيف أثار ما سيقع. وفي غياب البيانات الإحصائية

¹ _ محمد ملياني، دروس في علم الإجرام، منشورات جامعة محمد الأول، وجدة، بدون ذكر الطبعة، 1995، ص 75.

² _ جعفر علوي، في السلوك الإجرامي دراسة لأهم النظريات في علم الإجرام في علاقته بالسياسة الجنائية، دار القلم، الطبعة الأولى، 2010، ص 50.

³ _ محمد ملياني، دروس في علم الإجرام، م.س، ص 76.

⁴ _ وفي تعريف آخر يذهب الفرنسي Philippe Robert أن " الإحصائيات هي ركام من الأرقام يزعم الذين يستعملونه أنهم يقيسون به الإجرام والمجرمين فيعطونه بفعل ذلك خاصية احتكار تحديد نسبة الجريمة وقياس حجمها " .

الصحيحة فإن فرص التنبؤ هذه قد تتلاشى¹.

و تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من إيماننا بأن الإحصائيات الجنائية هي أساس ومقياس دراسة مدى توفر أرضية قابلة لتطبيق هذه البدائل من عدمها في المنظومة الجنائية بالمغرب، إلا أن هذه الإحصائيات تبقى نسبية و ذلك لوجود بعض المؤثرات التي تجعل الإجرام كما يظهر من خلالها ليس هو الإجرام بأكمله².

تقديرا للصعوبات التي تحول دون معرفة الرقم الحقيقي، ارتأينا تسليط الضوء على تطور وارتفاع معدلات بعض الجرائم البسيطة بناء على الإحصائيات المتحصل عليها من وزارة العدل و المتعلقة بالسنوات من 2013 إلى 2016³ وذلك من خلال المبيانات الآتية:



¹ _ أحمد ضياء الدين محمد خليل، الظاهرة الإجرامية بين الفهم والتحليل، بدون ذكر المطبعة والطبعة، 1996، ص ص 24-25 .

² _ يمكن إجمال هذه المؤثرات فيما يلي:

- القابلية للتبليغ la réportabilité على اعتبار أن ارتكاب الفعل الإجرامي ليس هو تسجيله إحصائيا، لأن هناك مدة تنصرم من وقت الارتكاب إلى وقت التسجيل، تعمل فيها مجموعة من الميكانيزمات على عدم وصل الفعل إلى علم نظام القضاء الجنائي.

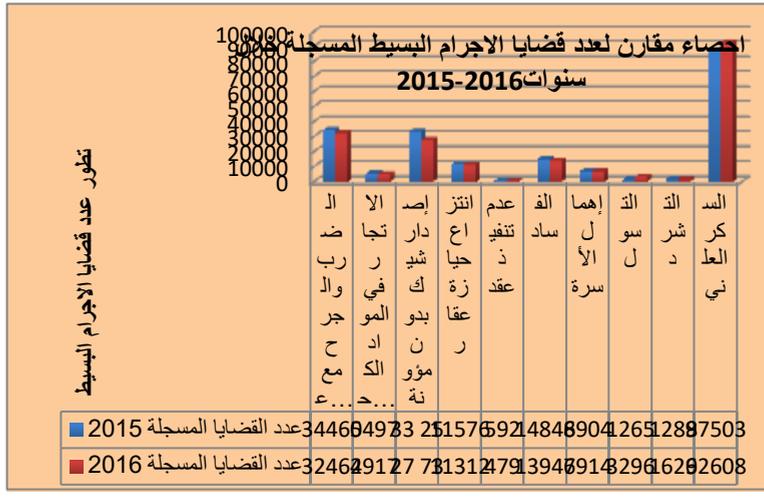
- إعادة بناء الموضوع la reconstruction d'objet على اعتبار أن الإحصائيات الجنائية ليست هي إحصائيات الإجرام بأكمله، وإنما هي إحصائيات كما تمت إعادة بناء موضوعها من طرف الأجهزة المصدرة لها، ففي مرحلة أولى تمر القضايا الجنائية على أجهزة الشرطة أو الدرك وفي هذه المرحلة يتم إما رفض بعضها أو معالجة مجموعة منها وهي لا تصل بالتالي إلى المرحلة اللاحقة لها، كما أنه على مستوى هذه الأخيرة قد تلجأ النيابة العامة إلى حفظ بعض الملفات بدون متابعة.

هكذا تتحكم في النظام الجنائي ميكانيزمات " للضبط التلقائي " auto-régulation يجعله ينظم تلقائيا المواد الداخلة إليه. راجع بهذا الصدد :

- محمد ملياني، دروس في علم الإجرام، م.س، ص 79 وما بعدها.

- جعفر علوي، في السلوك الإجرامي، م.س، ص 51 وما بعدها.

³ _ إحصائيات تم استخراجها من بعض الإحصائيات المتحصل عليها من وزارة العدل برسم سنوات 2013-2016.



لا بأس من الإشارة بداية إلى ملاحظة أساسية قبل الانتقال إلى تحليل هذه الإحصائيات. وهي أن هذه الأخيرة لا تشكل مجموع الجرائم البسيطة الواردة في المنظومة الجنائية المغربية¹، وإنما مجرد نماذج لبعض قضايا الإجرام البسيط تم إدراجها حتى يتسنى لنا توضيح الغاية التي نود الوصول إليها، أن أرضية السياسة الجنائية بالمغرب قادرة على أن تكون موضوعا ممتازا لتفعيل نظام بدائل الدعوى العمومية.

ثانيا : تحليل وتقييم الإحصائيات في علاقتها ببدائل الدعوى العمومية

¹ - نقصد بذلك مجموعة القانون الجنائي و القوانين الجنائية الخاصة.

من خلال المعطيات الإحصائية المتعلقة بعدد القضايا والمتابعين أمام المحاكم خلال السنوات الممتدة من 2013 إلى غاية 2016، نلاحظ ارتفاع معدل القضايا المسجلة. فمثلا خلال سنة 2013 بلغ عدد القضايا المسجلة أمام المحاكم 188051 قضية قدم بشأنها 202266 متابعا. وفي سنة 2014 عرف هذا العدد تراجعاً وصل إلى حدود 187129 قضية، قدم بشأنها 417750 متابعا. ليرتفع هذا العدد بعض الشيء سنة 2015 إلى حدود 197190 قضية مسجلة تويعا فيها حوالي 230099 شخصا. أما في سنة 2016 فكان عدد القضايا المسجلة 1953300 قضية تويع فيها حوالي 236574 شخصا. هذا فيما يخص عدد القضايا وعدد المتابعين.

أما في ما يخص نوعية الجرائم موضوع المتابعة، فهي في غالبيتها تنصدها جرائم الضرب والجرح مع عجز تقل مدته عن 20 يوما، و جرائم السكر العلني وإهمال الأسرة، وجريمة عدم توفير مؤونة الشيك عند تقديمه للأداء، والفساد وغيرها من مجموع الجرائم المرتكبة والمعتبرة جرائم بسيطة.

وعلى سبيل المثال بلغ عدد المتابعين في جريمة عدم توفير مؤونة الشيك عند تقديمه للأداء خلال

أربع سنوات من 2013 إلى 2016 ما مجموعه 121248 متابعا. أما في جريمة السكر العلني مجموع السنوات بلغ عدد المتابعين فيها 429492 متابعا. و في جريمة إهمال الأسرة - ودائما في مجموع السنوات الأربع - 27801 متابعا. أما في جريمة الفساد بلغ مجموع المتابعين 261728. وفيما يخص جريمة الضرب والجرح مع عجز يقل مدته 20 يوم فكان مجموع المتابعين هو 144889 شخصا.

وبناء عليه، تدفعنا المعطيات الرقمية التي توصلنا إليها من خلال نتائج الإحصائيات عن العدد الضخم من القضايا البسيطة المعروضة على القضاء، للتساؤل عن مدى فعالية السياسة الجنائية المتبعة أمام هذه العينة من الجرائم التي لا تشكل خطورة على المجتمع في غالبيتها. ذلك أن غالبية هذه الجرائم ترتكب من طرف أشخاص لا تتوفر فيهم الخطورة الإجرامية، بل إن العقوبة القصيرة المقررة في حق هؤلاء الأشخاص هي الخطورة في حد ذاتها بالنظر للأثار المترتبة عنها. والأمر لا ينحصر نطاقه في فترة التنفيذ فقط بل يمتد إلى ما بعد خروج الشخص المحكوم عليه من السجن، كما أنها لا تمسه وحده، وإنما تنعكس سلبا على جميع العلاقات الاجتماعية التي تربطه بأسرته وبمجتمعه بأكمله.

إن النزج بالمحكوم عليه في السجن لقضاء عقوبة قصيرة يعد نبذا اجتماعيا وفصلا له من النسيج الاجتماعي للمجتمع الذي يعيش فيه، ومن ثم حمله على التشبع بقيم وثقافة ونمط مختلف على نظم

وقواعد متباينة مع ما هو سائد خارج السجن. إنه صراع بين ثقافتين متعارضتين يتخبط في محيطها النزول المبتدئ الذي يكون مطالباً في ظل هذا الوضع بإنشاء علاقات اجتماعية جديدة بينه وبين مجتمعه الجديد¹.

غير أن حدة هذا الصراع تخف تدريجياً نتيجة احتضان النزول من طرف المجتمع الجديد الذي رحب به ولم يستنكر سلوكه المنحرف، هو الإحساس الذي لم يجد له صدى في مجتمعه الكبير، مجتمع أبعد من حضنه لاقترافه جرماً بسيطاً يحمل مساساً قليل الجساماة بالشعور العام لأفراده. تتحول نظرته إليه نظرة عداً وسخط، ومن ثم يتحول مجتمع السجن إلى مرجعيته الأولى في السلوك والتصرف حتى بعد خروجه من السجن، ومن ثم تصبح ثقافة السجن بديلاً لثقافته الأصلية.

وعندما تتم تنشئة النزول وتعليمه وتمريته على ما يتوقع إتباعه في المؤسسة فإنه يلتزم على أن يكتف بسلوكه مع توقعات وثقافة السجن، هذه الثقافة تعكس في مضمونها ثقافة أخرى وهي ثقافة الجريمة وتبادل الخبرات الإجرامية وصقل مواهب المبتدئين وخاصة المحكوم عليهم من أجل ارتكاب جرائم بسيطة تنتزع منهم صفة الخوف والعار من العقوبة².

وعليه، تصبح الجريمة عندهم شيئاً اعتيادياً بل ويتباهون بها أيضاً من خلال الانضمام إلى عصابات من داخل السجن لتنفث سمومها على الناس بعد مغادرتهم السجن، هذا الأخير لا يمكن أن يتخلى عن صنع الجانحين، بل إنه مدرسة للإجرام إذ يثقف الجانح المبتدئ الذي نفذ أول حكم عليه، ويتعلم من البارعين أحدث أساليب الإجرام ليصبح بعد ذلك من محترفي الجريمة ومرتادي السجون.

إن العقوبة تحدث اضطراباً عميقاً في حياة المحكوم عليه المبتدئ الذي يظل أسيراً لتجربة السجن مطارداً دائماً بالجريمة التي ارتكبها بسبب الوصم الاجتماعي الذي لحقه، ويستمر في ملاحظته حتى بعد الإفراج عنه مما يعيق مستقبله، ومن ثم إعادة احتضانه من جديد من طرف ذوي سوابق أمثاله.

كل هذه السلبيات وغيرها لسياسة العقاب المتبعة في معالجة هذه العينة من الإجرام داخل نطاق الدعوى العمومية، شكل دافعنا الأساسي لدعوة المشرع إلى العدول عن هذا النهج نحو نمط جديد من العدالة القائم على الشفافية والمصادقية المتجسدة في نظام بدائل الدعوى العمومية. هذا الأخير

¹ _ عبد الرحيم صدقي، علم العقاب- العقوبة على ضوء العلم الحديث في الفكر المصري والمقارن، دار المعارف، الطبعة الأولى، القاهرة، 1986، ص 99.

² _ مرتكبي جريمة عدم توفير مؤونة الشيك عند تقديمه للأداء، وجريمة إهمال الأسرة وجريمة الفساد على سبيل المثال.

بطبيعته يفترض حوارا بين طرفي النزاع مصحوبا باعتراف الجاني بخطئه وتعويضا مقبولا للمجني عليه، الأمر الذي يزيل النزاع من صدر طرفيه. بيد أن الطريق العادي للتقاضي في هذه العينة من الجرائم قد يفضي حكما بالنزاع لا يحقق ما يطلبه طرفاه، نظرا لعدم اعتراف الجاني بخطئه، وعدم استفادة المجني عليه من حبس الجاني.

إضافة لما سلف فنظام بدائل الدعوى العمومية في غالبية صوره يفرض طابعا تربويا اجتماعيا يشجع على اندماج الأفراد فيما بينهم، مما ينسجم وخصوصية المجتمع المغربي، لأن التنوع في الحياة الاجتماعية يشجع على التطور في أنماط حل النزاعات بين الأفراد، كما يسمح للأفراد بإدارة نزاعاتهم خارج نطاق الدعوى العمومية.

وبناء عليه، نجد سؤال يفرض نفسه بقوة مفاده: هل يمكن لنظام بدائل الدعوى العمومية الذي يفرضه واقع السياسة الجنائية بالمغرب أن يعيد الاعتبار للعدالة الجنائية ببلادنا إن تم تفعيله بالشكل الصحيح؟

المحور الثاني: بدائل الدعوى العمومية وخدمة العدالة الجنائية

تحكم قواعد المسطرة الجنائية فكرة أساسية غايتها تحقيق التوازن بين الفاعلية وسرعة الفصل في الدعوى من ناحية، واحترام متطلبات دولة القانون - والتي يأتي في مقدمتها احترام حقوق الإنسان وحرياته- من ناحية أخرى¹. وبقدر كفالة هذا التوازن، بقدر ما يكتسب من شرعية. فلا يسوغ التشبث باحترام المبادئ التقليدية الراسخة إلى الحد الذي ينطوي على عرقلة الجهاز القضائي في مرحلة النزاعات. كما لا يسوغ أيضا التشبث بتلك الفاعلية إلى الحد الذي ينطوي على مساس بالحد الأدنى لحقوق الإنسان وحرياته. ومن هذا المنطلق، سنحاول الوقوف عند أهداف بدائل الدعوى العمومية؛ المتمثلة في إعادة الاعتبار لمركز أطراف الخصومة الجنائية (الفقرة الأولى)، الذي ينعكس بشكل واضح على عمل أجهزة العدالة الجنائية (الفقرة الثانية).

¹ _ عمر سالم ، م.س ، ص 10.

الفقرة الأولى: بدائل الدعوى العمومية وإعادة الاعتبار لأطراف الخصومة الجنائية

إذا كان التحول عن الخصومة الجنائية التقليدية يحكمه تغيير وجه المحاكمة الجنائية العادية نحو أنماط بديلة للدعوى العمومية، فإن هذه المقاربة الاقتصادية للقانون الجنائي التي تتم بحجة ضمان الفعالية للإجراءات في مواجهتها للظاهرة الإجرامية لا تعدو أن تكون مجرد علاج إجرائي بسيط يهدف إلى إشاعة جو الأمن بين الأفراد على الرغم من أنه يخاطر بتعويض التوازن بين الفاعلية الإجرائية وضمان حقوق الإنسان دون أن يقدم أدنى ضمانات على إمكانية تحقيق الهدف المنشود منه، فهل استطاع أن يعيد الاعتبار لأطراف الخصومة الجنائية منها الضحية (أولاً)، والمتهم (ثانياً) في إطار نظام بدائل الدعوى العمومية.

أولاً: بدائل الدعوى العمومية وتقوية المركز الحقوقي للضحية في الخصومة الجنائية

بداية تنبغي الإشارة إلى أن تعبير الضحية يشمل المجتمع والفرد كمجني عليه، بل قد يشمل المتهم ذاته إذا تم المساس بحقوقه الأساسية، أثناء مباشرة الإجراءات الجنائية¹، كما لو تم تعذيبه لحمله على الاعتراف أو انتهكت سرية مراسلاته وأحاديثه الشخصية، أو اعتدى على حرمة مسكنه دون سند قانوني، أو الاعتقال الاحتياطي عندما لا تتوفر شروط الاعتقال الاحتياطي، أو انتفاء علته...²

ومصطلح الضحية أو المضرور يختلف³ عن مصطلح المجنى عليه. فهذا الأخير هو صاحب المصلحة التي مستها الجريمة بالاعتداء. وبتعبير آخر هو الشخص الذي أصابه ضرر أيا كان نوعه، و اتخذ هذا الضرر صورة النتيجة الإجرامية للجريمة⁴. أما الضحية فهو من أصابه ضرر دون أن يمثل اعتداء على المصلحة التي يحميها نص التجريم¹.

¹ _ راجع بهذا الصدد: محمد كروط، وضعية المجنى عليه في الدعوى العمومية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص 15 وما بعدها.

² _ عمر سالم، م.س، ص 67.

³ _ لإشارة، فقد أفصح مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والذي عقد في ميلانو بايطاليا في سبتمبر 1985 عن المقصود بضحايا الجريمة، وذلك في الفقرة الأولى من إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة، وذلك في الفقرة الأولى من هذا الإعلان" يقصد بمصطلح الضحايا الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية والحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاك للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة".

- التقرير الذي أعدته الأمانة العامة للأمم المتحدة، مطبوعات الأمانة العامة نيويورك 1986، ص 65.

⁴ _ محمد نجيب حسنين، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، سنة 1988، ص ص 121-122.

ومؤدى ذلك أن تعبير الضحية أو المتضرر أكثر اتساعا من تسمية المجنى عليه و المتهم. وفي هذه الدراسة سنركز على الضحية أو المتضرر سواء اعتبر مجنيا عليه أم لا، ونستبعد من بين الضحايا، المتهم في الحالات التي يعد فيها ضحية؛ أي أن مناط حديثنا عن مظاهر خدمة نظام بدائل الدعوى العمومية للضحية سيشمل الفرد الذي تضرر من الجريمة التي ارتكبها الجاني، والمجتمع الذي تأذى من السلوك المخالف للقانون.

وعليه، خدمة بدائل الدعوى العمومية للضحية الفرد تتمثل في كون هذا الأخير في إطار بدائل الدعوى العمومية لم يعد الطرف السلبي في قانون المسطرة الجنائية مثلما كان وضعه في النظام الإجرائي الذي قام خلال القرن 19 والنصف الأول من القرن العشرين، حيث كان ينظر إلى دور الضحية على أنه سلبي يقتصر على تقديم شكوى أو التأسيس كمدعي مدني في الدعوى ليطالب بحقوقه حتى أطلق البعض² عليه تعبير "الطرف المنسب في الدعوى العمومية". وكان ينظر إلى الدعوى العمومية أنها تدور بين طرفين أساسيين هما: النيابة العامة- ممثلة عن المجتمع- والمتهم الذي ارتكب فعلا مخالفا لقيم ومبادئ تعايش هذا المجتمع، فأصبح الضحية في - نطاق بدائل الدعوى العمومية - أحد أطراف الدعوى، ليصبح أطراف هذه الأخيرة ثلاثة، النيابة العامة ممثلة عن المجتمع، المتهم الذي ارتكب الجريمة والضحية الذي تضرر من الجريمة³.

هكذا، أصبح الضحية في إطار نظام بدائل الدعوى العمومية يلعب دورا كبيرا في الخصومة الجنائية، حيث نص المشرع المغربي في المادة 41 من ق.م.ج على أنه "يمكن للمتضرر قبل إقامة الدعوى أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر..."، إذ يستشف من خلال هذه المادة أن الضحية أصبح يلعب دورا محوريا في إطار هذه الآلية البديلة للدعوى العمومية، وله اليد العليا على مصير الدعوى، إن شاء أقامها إن شاء أنهاها، وبالتالي يمكن القول أن نظام بدائل الدعوى العمومية جعل النظرة متفائلة لقانون المسطرة الجنائية بإدخاله للضحية الذي كان منسيا على حساب حقوق المتهم.

¹ - ومثال على ذلك، الأبناء في جريمة الزنا، فهؤلاء هم الضحايا أو المتضررين من الجريمة. أما الزوج فهو المجنى عليه.

² - أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، م.س، ص 510.

³ - أنظر بهذا المعنى: جلال طلال، السرعة في الإجراءات الجنائية في التشريع الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع

القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012، ص 40.

علاوة على ذلك، فإن صور بدائل الدعوى العمومية تكفل تعويضاً سريعاً وأكيداً للمجنى عليه عن الخسارة المادية التي لحقت به، من جراء الفعل المرتكب، فبدلاً من أن يعاني هذا الأخير مشقة الانتظار لفترة طويلة في ظل المحاكمات العادية، فهو يحصل على التعويض في فترة بسيطة لا تتجاوز بضعة أشهر¹.

وعليه، فإن بدائل الدعوى العمومية يترتب عليها إخراج الضحية من المجهول الذي يعيش فيه، بحيث يتم سماعه مباشرة بعد ارتكاب الجريمة. ويجد نفسه صاحب دور إيجابي في إدارة الجانب الذي يخصه من الإجراءات الناشئة عن الجريمة، فيشعر بأنه طرف معترف به و ليس مجهولاً، وبالتالي تختفي مشاعر عدم الرضا التي تنتاب الضحية في إدارة العدالة بصورتها التقليدية.

وغني عن البيان، أن نظام بدائل الدعوى العمومية يخدم الضحية من خلال استفادته من مجموعة من الآثار الإيجابية؛ منها وصوله إلى حقه بطريقة يسيرة ومختصرة، وفي ذلك تجنيب لكثرة الإجراءات وتكبد النفقات. و الضحية يصبح في غنى عن الحضور أمام المحكمة وبعد تقديم المطالب المدنية وأداء الرسوم القضائية وممارسة الطعون، وانتظار صيرورة الحكم باتاً حائزاً لقوة الشيء المقضي... إلخ، وهكذا فنظام بدائل الدعوى العمومية أنجع للمتضرر من المسطرة العادية التي لها أعباؤها الخاصة²، الشيء الذي دفع بعض الرأي³ إلى اعتبار الهدف من إيجاد صور بدائل الدعوى العمومية هو مراعاة ظروف المجنى عليه.

أما بالنسبة للدور الذي يقدمه نظام بدائل الدعوى العمومية خدمة للمجتمع كضحية، فهو النظر إلى تلك الغرامة التي تعوض المجتمع، وهي إن كان الطابع الرمزي يغلب عليه في كثير من الأحوال إلا أن له دوره في تعويض المجتمع عما لحق به من جراء الجريمة. وتبعاً لذلك فإن الخزينة العامة تستفيد من مبلغ الغرامة بشكل مباشر، وذلك من خلال الأداء النقدي الذي يودعه الملزم بذلك حسب ما جاء في الأمر القضائي من رئيس المحكمة بشأن الصلح مثلاً⁴. و المجتمع إذا - أي الدولة كضحية - يتنازل هو الآخر عن

¹ - أسامة حسنين عبيد، م.س، ص 190.

² - حميد ميمون، المتابعة الجزية وإشكالاتها العملية، بدون طبعة، 2005، ص 127.

³ - فيز السيد للمساوي، الصلح الجنائي في الجتع والمخالفات وقانون التجارة والجرائم الضريبية والجمركية، المركز القومي العربي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 16.

⁴ - حميد ميمون، م.س، ص 172 .

نصف الحد الأقصى للغرامة قانونا، وذلك في سبيل اختصار واستخلاص المبلغ المقرر في الأمر القضائي بأسرع وقت وأقل تكلفة.

لذلك فإن صور بدائل الدعوى العمومية تؤدي إلى تحقيق العدالة التي يسعى إليها الضحية، فكثرة القضايا وتعددتها وتعقدتها يدفع النيابة العامة إلى الإكثار من إصدار قرار الحفظ كوسيلة للتخلص من القضايا، حتى تحول هذا الأخير من أداة من أدوات السياسة الجنائية إلى وسيلة لإدارة العدالة الجنائية، مما يؤدي إلى المساس بحق الضحية. وبالتالي فإن إدخال الضحية في الخصومة الجنائية بواسطة نظام بدائل الدعوى العمومية، يجعل النظرة متفائلة للعدالة الجنائية، من خلال حصوله على تعويض مما لحقه من جراء الفعل الذي أصيب به والذي كان سيكون مصيره قرار الحفظ من جهة، ومن جهة أخرى كون رضا الضحية شرط أساسي للجوء إلى بدائل الدعوى العمومية.

وعليه، نصل إلى نتيجة أساسية أن هذا النظام يعد بمثابة إعادة الاعتبار لمركز الضحية في الخصومة الجنائية بصفة خاصة، و قانون المسطرة الجنائية بصفة عامة.

بعد الحديث عن دور بدائل الدعوى العمومية في إعادة الاعتبار للضحية الذي كان طرفا منسيا في الدعوى العمومية عن طريق تقوية مركزه في مواجهة المتهم، حق علينا التساؤل حول ما إذا كان رد الاعتبار لمكانة الضحية في الخصومة الجنائية قد تم على حساب المتهم. كما هو الحال عليه في نظام الإجراءات الجنائية الحالي بالنسبة لمركز المتهم. بعبارة أخرى هل التحول عن المحاكمة الجنائية العادية نحو نمط جديد - خارج نطاق الدعوى العمومية - له ما يبرره بالنسبة للمكانة التي يتمتع بها المتهم في قانون المسطرة الجنائية من امتيازات.

ثانيا : بدائل الدعوى العمومية وتقوية حقوق المتهم

وفي معرض البحث عن تعريف المتهم ذهب البعض¹ إلى أنه كل شخص تثور ضده شهادات ارتكابه لجريمة ما، بذلك يلزم بمواجهة الإدعاء بمسؤوليته عنها، والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون وتهدف تمحيص هذه الشهادات وتقدير قيمتها ثم تقرير البراءة أو الإدانة. مؤدى ذلك أنه لا يشترط لاعتبارات الشخص متهما أن يتم الانتظار حتى يتصل القاضي بالدعوى، وهو ما يترتب عنه إلزام

¹ _ نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، م.س، ص 94.

المتهم بالحضور أمام المحكمة المختصة في مواد الجنح والمخالفات، بل لا يشترط لتوفر هذه الصفة أن يتم تحريك الدعوى ضده، على عكس ما يذهب البعض¹ في التمييز بين المتهم والمشتبه فيه، في كون المتهم من وجه إليه اتهام رسمي بارتكاب فعل مجرمه القانون، والمشتبه فيه هو الشخص الذي يكون محل شبهة بارتكاب جريمة، وبذلك يكون من جراء ذلك خاضعا لبحث تجريره السلطات المختصة في المرحلة السابقة عن الاتهام.

وانسجاما مع فلسفة بدائل الدعوى العمومية، فإننا نرى أن التعريف الثاني للمتهم وإن كان أدق وأقرب إلى الصواب لسريان نطاق صفة المتهم بعد تحريك الدعوى ضده، إلا أن لجوء المتهم إلى بدائل الدعوى العمومية، هو اعتراف ضمني منه بارتكاب الجريمة، ومن ثم لا جدوى من البحث في هذه الصفة.

عموما، إن مصلحة المتهم في إطار بدائل الدعوى العمومية، تتمثل في مصلحة مشروعة في تحديد مصيره بين البراءة والإدانة، في أقل مدة ممكنة حتى يقوم بالوفاء بدينه إلى المجتمع والذي يتجسد في الجزاء الذي يوقعه عليه إن ثبتت إدانته، أو العودة إلى أهله وذويه وعمله إن ثبتت براءته²، كما أن نظام بدائل الدعوى العمومية يجنب المتهم المثول أمام القضاء الجنائي وما قد يترتب عن ذلك من احتمال الإدانة الجنائية، ولجوء المتهم إلى حل النزاع خارج نطاق الدعوى العمومية، قد يخفف عنه الآلام النفسية التي تلازمه طول فترة الاتهام، ولحين صدور حكم نهائي في القضية³، فالشخص - في ظل نظام بدائل الدعوى العمومية - لا ينظر إليه، بحسبانه متهما⁴، سواء من جانب أسرته، أو العي الذي يقطنه أو بقية مخالطيه⁵، وبالتالي فإن اختيار المتهم نظام بدائل الدعوى العمومية يجنبه الوصمة الاجتماعية التي تبقى ملازمة له طول حياته⁶.

كما أن المتهم في هذا الإطار يتفادى العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، وهو ما يؤدي إلى التضييق من دائرة استخدام السلاح العقابي، وبالتالي يؤدي بالنتيجة إلى التضييق من دائرة التضخم

¹ - وزارة العدل ، م.س، ص 17.

² _Abdle azim WAZIR," la célérité de la procédure pénale en Egypte", R.I.D.P, 1995,pp 493-494.

³ - محمد حكيم حسنين الحكيم ، النظرية العامة للصالح وتطبيقاتها في المواد الجنائية دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، بدون طبعة، 2004، ص 176.

⁴ - حميد ميمون ، م.س ، ص 128.

⁵ - أسامة حسنين عبيد، م.س ، ص 186.

⁶ - لمزيد من التوضيح حول الوصم الاجتماعي راجع :

- جعفر علوي، في السلوك الإجرامي ، م.س ، ص 41 وما بعدها.

العقابي، الذي لا يستند على ضرورة اجتماعية، مقارنة بالفعل المرتكب الذي غالبا ما يكون بسيط. وتظهر أهمية اللجوء إلى نظام بدائل الدعوى العمومية بالنسبة للمتهم بالمفهوم الواسع في إنهاء الدعوى العمومية، بصورة موجزة، مع تحقيق أغراض السياسة الجنائية المعاصرة، وأهمها إصلاح المتهم وتأهيله¹، وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة ضد الضحية. بل إن بعض صور بدائل الدعوى العمومية في بعض التشريعات المقارنة تنص بشكل صريح على أن من بين الأغراض الأساسية من اللجوء إليها إعادة اندماج المتهم في النسيج الاجتماعي كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي².

بعد تحديد الأهداف التي يسعى نظام بدائل الدعوى العمومية إلى تحقيقها بالنسبة لأطراف الخصومة الجنائية لتكون مبررنا في الدفاع على نظام بدائل الدعوى العمومية في المنظومة الجنائية المغربية. حق لنا القول أن اللجوء إلى نظام بدائل الدعوى العمومية في معالجة "ظاهرة الإجرام البسيط"، لا يعود بالنفع على أطراف الخصومة الجنائية فقط، بل إن الأمر يتجاوز ذلك إلى القيام بخدمة لأجهزة الدولة بصفة عامة والعدالة الجنائية بصفة خاصة. هذا ما سنقف عنده تفاعلا مع السؤال الآتي: أين تتجلى مظاهر خدمة بدائل الدعوى العمومية بالنسبة لأجهزة العدالة الجنائية؟

الفقرة الثانية: بدائل الدعوى العمومية وخدمة مؤسسات العدالة الجنائية

تمثل بدائل الدعوى العمومية رد فعل تشريعي لعدة صعوبات كان يثيرها تحريك الدعوى العمومية في بعض الجرائم البسيطة³، مما جعل منها أحد الحلول الممكنة لعلاج تعثرات العدالة الجنائية، حيث أفضى تزايد أعداد الدعاوى الجنائية إلى زيادة العبء على عاتق المحاكم بشكل يخشى منه على سير العدالة⁴، و يتخذ نظام بدائل الدعوى العمومية خدمة لأجهزة العدالة الجنائية إحدى صورتين، أولهما بالقضاء الجنائي (أولا)، وترتبط ثانيهما بالمؤسسات العقابية (ثانيا).

¹ _ أنظر بهذا المعنى: مدحت رمضان، "بدائل الدعوى الجنائية والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة"، السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس، أيام 11/10/9 دجنبر 2004، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأيام الدراسية، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، العدد 4، 2005، ص 336.

² - Art. 41-1 CPPF.

³ _ محمد الودغيري، العدالة في المغرب بين القضاء العادي والاستثنائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006، ص 19.

⁴ _ أسامة حسنين عبيد، م.س، ص 178.

أولاً: مظاهر خدمة بدائل الدعوى العمومية للقضاء الجنائي

تتمثل مظاهر خدمة نظام بدائل الدعوى العمومية بالنسبة للقضاء " الجنائي " في كون هذا الأخير يكفل له عددا من المزايا، فهو يساهم بمستواه بالنظر إلى ما يتصف به من سرعة ومرونة في الإجراءات، فضلا عن انخفاض قيمتها المادية و اقتصاد في الوقت .

إن فعالية الجزاء الجنائي ترتبها بسرعة تنفيذه. والسرعة تعني تجنب البطء المسطري، بتجنب تطويل الأجل أو عدم تحديدها بالمرّة، فتغدو مطية للتسويق والمماطلة. كما أن السرعة من شأنها أن تضمن حقوق المتضرر من الجريمة، وتحول دون تلاشي وسائل الإثبات واندثارها، وتضمن أيضا حسم الخصومة في أقصر الأوقات. وهو قول قد حظي بتأييد عدد من الفلاسفة والفقهاء، نذكر منهم - على سبيل المثال « بيكاريا C.Beccari » الذي أعلن أنه " كلما كان العقاب سريعا وتاليا لارتكاب الجريمة، كلما كان عادلا ونافعا"¹، بل إن إجراءات الدعوى نفسها يجب أن تنتهي في أقرب وقت ممكن، كلما قصرت الفترة الزمنية بين الجريمة والعقوبة، كلما قوي الارتباط الفكري بين هذين الأمرين، وتستجيب صور بدائل الدعوى العمومية لهذه الفكرة، بالنظر إلى ما تحققه من سرعة في إنهاء الدعاوى الجنائية، حيث تساعد على اختصار الفترة الزمنية بين لحظة ارتكاب الجريمة، وصدور قرار قضائي في شأنها.

وتستند اعتبارات السرعة في نظام بدائل الدعوى العمومية إلى الرغبة في عدم ترك المتهم في وضع غير مستقر لمدة طويلة، فضلا عن الرغبة في المحافظة على تماسك الأدلة وعدم ضياعها، حيث يمكن الاستفادة منها عند استرجاع الإجراءات وإحالة الدعوى إلى المحكمة.

ونظر لأهمية مبدأ السرعة، فقد أدركت القوانين الوضعية اليوم، أن طول أمد النزاع لا يمس فقط بحقوق المتهم وآليات المحاكمة العادلة، بل يكلف خزينة الدولة نفقات أكثر بسبب طول الإجراءات. كما أدركت أن المبالغة في مدة الفصل في القضية يسبب الآلام الكبيرة للمتهم بحكم وضعه موضع الاتهام بما ينجم عن ذلك من مساس بشرفه واعتباره وأسرته وبأسى مبادئ قانون المسطرة الجنائية وهي قرينة البراءة، فضلا عن أن طول الانتظار قد يؤدي إلى إصابة الشهود بالنسيان مما يؤثر على معرفة الحقيقة².

¹ تشيزاري بيكاريا، الجرائم والعقوبات، ترجمة يعقوب محمد حياتي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، بدون طبعة، 1985، ص 82.

² جمعية عدالة، الأمن القضائي وجودة الأحكام، دار القلم، بدون طبعة، نونبر 2013، ص ص 25-26.

كل ما سلف يكشف السبب الذي جعل دستور فاتح يوليوز لسنة 2011 يكرس في الفصل 120 مبدأ الحق في صدور الحكم داخل أجل معقول، والذي يعد من المعايير التي تقاس بها نجاعة القضاء في الدول المتقدمة.

وبالتالي، فإن نظام بدائل الدعوى العمومية يخدم العدالة من خلال اقتصاد الوقت بالفصل في نزاعات بسيطة قد تكلف القضاء وقتا كبيرا.

إضافة إلى ذلك، فإن صور بدائل الدعوى العمومية تخدم العدالة من خلال التخفيف عن كاهل جهاز القضاء من المتطلبات القضائية، وإعطائه القدرة على تكريس الوقت والجهد الكافيين للفصل في القضايا الأكثر أهمية، ويتضح ذلك إذ ما لا حظنا عدم جدوى ما قال به البعض من "زيادة الإمكانيات المادية والبشرية للجهاز القضائي"¹. لأن الزيادة في عدد القضاة لا يؤدي إلى أية نتيجة في ظل تزايد عدد القضايا المسجلة نتيجة لتزايد عدد السكان، وهذا ما يوضحه الجدول الآتي:

تطور عدد القضايا المسجلة وعدد السكان بالنسبة لكل قاض بين سنوات 1994-2004²

السنة	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2004 ³
عدد القضايا	2165	338	2327	2692	2641	2741	2770	2734	3118
القضايا المسجلة	1323321	465153	1676421	1743967	1652160	2107343	2034360	2169813	315669
عدد السكان	26.074.000	6.386.000	26.884.000	27.310.000	27.555.000	28.238.000	28.729.000	29.218.000	29.892.000
عدد السكان بالنسبة لكل قاض	12034	1286	11538	10145	10517	10302	10371	10686	9586

¹ - Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, "la médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance états des lieux et perspectives", R.S.C, 1994, p 533.

² - حصيلة إصلاح القضاء حصيلة المنجزات (1997-2002) أكتوبر 2002، تقرير صادر عن وزارة العدل ص 81، منشور على موقع الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة على الرابط الآتي: « <http://hiwar.justice.gov.ma/document/document.aspx> » الإطلاع عليه بتاريخ (2016/07/29) على الساعة (01:50).

³ - فيما يخص سنة 2004 أنظر: حصيلة عمل وزارة العدل 2008-2012 متطلبات برامج الإصلاح، تقرير صادر عن وزارة العدل ص 13، منشور على موقع الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة على الرابط الآتي: « <http://hiwar.justice.gov.ma/document/document.aspx> » الإطلاع عليه بتاريخ (2016/07/29) على الساعة (01:50).

وبقراءة الجدول يتضح جليا التزايد الكبير في عدد القضايا المسجلة أمام القضاء نتيجة ارتفاع عدد السكان في غياب خصاص في الموارد البشرية. وبالمقارنة بين سنة 1994 و 2004 نجد أن نسبة التغيير في عدد القضايا 58,06% لم يواكها العدد الكافي من القضاة بالنسبة لتزايد عدد السكان.

وفي إحصائيات حديثة صادرة عن وزارة العدل، يتجلى أنه إلى غاية غشت 2009 بلغ عدد القضاة بالمغرب 3269 قاضيا¹ مقابل عدد القضايا في المحاكم العادية والمختصة و المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) خلال السنة القضائية 2008 بين مسجل و مخلف عن سنة 2007 بلغ 3.409.652 قضية، و أن عدد الأحكام الصادرة خلال السنة نفسها 2.663.087 حكما، وأن عدد السكان بحسب إحصاء سنة 2004 لا يقل عن 30.000.000؛ أي بمعدل قاض مقابل 10.000 نسمة². علما أن المعيار الدولي هو قاض لكل 500-600 نسمة، وهذا المعدل لم يصل إليه في المغرب رغم المجهودات المبذولة من طرف وزارة العدل في السنوات الأخيرة، كما توضح ذلك الإحصائيات المبينة في الجدول الآتي :

جدول مقارنة لعدد قضاة مع عدد سكان المملكة خلال الفترة ما بين 2009 - 2014³

السنة	عدد القضاة	عدد السكان	عدد القضاة لكل 100000 نسمة
2009	3267	31.195.000	10,47
2010	3352	31.543.000	10,63
2011	3758	31.894.000	11,78
2012	3716	32.245.000	11,52
2013	3905	32.597.000	11,98
2014	4044	32.597.000	12,40

هذا، ويلاحظ بقراءة هذه المعطيات أنه في الوقت الذي ارتفع فيه عدد السكان خلال الفترة ما بين 2009 و 2014 بنسبة 4,49%، سجل قضاة المملكة زيادة تفوق 23% مما مكن من تحسن مؤشر عدد القضاة لكل 100.000 نسمة بالمغرب خلال نفس الفترة عن 12% . كما يوضح هذا المجهود الذي بذلته

¹ ليصل هذا العدد سنة 2012 إلى 3724 قاضيا، أي بزيادة نسبتها 0.13% من مجموع القضاة بالمغرب: وزارة العدل، العدالة في أرقام، منشور على موقع وزارة العدل، قسم الإحصائيات والمعطيات، على الرابط www.justice.gov.ma « الإطلاع عليه بتاريخ (2016/03/27) على الساعة (03:34).

² إحصائيات عن مصلحة الإحصائيات، مديرية الدراسات و التعاون والتحديث بوزارة العدل، قسم الإحصائيات محكمة النقض، لمزيد من التفصيل. - راجع: بنسالم أوديغا، الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص 19.

³ تقرير صادر عن وزارة العدل، معالم على درب الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة – حصيلة منجزات وزارة العدل خلال سنة 2013-2014، ص 36، منشور على موقع الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة على الرابط الآتي: <http://hiwar.justice.gov.ma/document/document.aspx> « تم الإطلاع عليه بتاريخ (2016/07/29) على الساعة (02:50).

الوزارة لتوظيف قضاة جدد لتعويض المحالين على التقاعد، وكذا الزيادة في العدد الإجمالي للقضاة الذي ارتفع إلى 777 قاضيا خلال الفترة؛ أي بمعدل 130

قاضيا في السنة¹.

إلا أنه، رغم الزيادة في عدد القضاة للارتقاء بنجاعة وفعالية القضاء، تبقى الأرقام غير كافية أمام ارتفاع عدد القضايا المحالة على القضاء. ففي سنة 2012 مثلا بلغ عدد القضايا المسجلة 23397493 قضية بينما بلغ عدد القضايا الراجعة أمام المحاكم (المسجل + المخلف) ما مجموعه 3251392 قضية، في حين لم يبلغ عدد القضايا المحكومة سوى 2356430 قضية؛ أي بنسبة بت في القضايا بلغت %72,47 من القضايا الراجعة، وتخلف أمام محاكم الموضوع 891912 قضية؛ أي بنسبة %27,43 من القضايا الراجعة، علما أن القضايا المدنية تشكل %62,83 في حين بلغت نسبة القضايا الجزئية %37,17 من مجموع القضايا²، وأن نسبة الإجرام البسيط يشكل %15.

كل هذه الأرقام تجعلنا نؤكد على دور نظام بدائل الدعوى العمومية في التخفيف عن القضاء ليس على مستوى الموارد البشرية فقط، وإنما أيضا على المستوى الاقتصادي، حيث يوفر على الدولة نفقات ملاحقة المتهمين ومقاضاتهم³، وهو ما يجعل الأفراد يقبلون العدالة البسيطة المتجسدة في صور بدائل الدعوى العمومية، رغبة منهم في تجنب الخصومة القضائية، والمكلفة مقارنة بالطرق الودية لحل النزاع.

وبناء عليه، إذا كانت الحتمية في اللجوء إلى بدائل الدعوى العمومية تعنى بدرجة أولى بمجابهة عينة - خاصة - من الإجرام في مهدها، فإن التخفيف من عبء القضايا البسيطة المطروحة أمام القضاء يظل أحد أهم النتائج المتوخاة من هذا التوجه، لأن من شأن ذلك إعطاء الوقت الكافي للجرائم الخطيرة

¹ _ تقرير صادر عن وزارة العدل ، معالم على درب الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة – حصيلة منجزات وزارة العدل خلال سنة 2013-2014، م.س، ص 36،

² _ تقرير صادر عن وزارة العدل ، معالم على درب الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة – حصيلة منجزات وزارة العدل خلال سنة 2013-2014، م.س، ص 7.

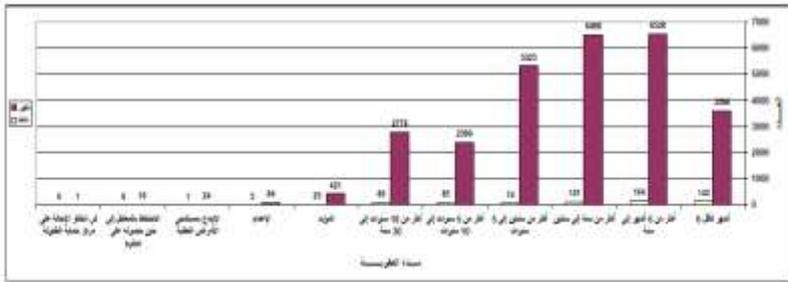
³ _ خاصة وأن كلفة الجريمة في بلادنا في ارتفاع دائم، فبالعودة إلى تطور ميزانية وزارة العدل خلال الفترة الممتدة ما بين سنة 2001 و2013، يتضح ارتفاع مؤشر الجريمة بشكل واضح ، بحيث بلغت سنة 2001 مجموع الميزانية 1576127000,00 لترتفع سنة 2013 إلى 3442043000.00 أي بنسبة % 1.18

- وزارة العدل ، العدالة في أرقام، م.س.

التي تحتاج معالجة دقيقة وضمائنات كافية لأطراف الخصومة الجنائية. وعليه، فإنه من الطبيعي أن تلقي هذه الإستراتيجية بظلالها النفعية على المؤسسات السجنية ببلادنا.

ثانيا : مظاهر خدمة بدائل الدعوى العمومية للمؤسسة السجنية

إن نظام بدائل الدعوى العمومية يلعب دورا كبيرا بالنسبة للمؤسسة السجنية، نظرا لما يقدمه من خدمة جليلة للعدالة، خاصة فيما يرتبط بالتخفيف من اكتظاظ المؤسسات العقابية، الذي يعد نتيجة حتمية لتكدس القضايا أمام المحاكم. ولما كانت الجرائم موضوع بدائل الدعوى العمومية في غالبيتها جرائم بسيطة معاقب عليها بعقوبات قصيرة المدة نسبيا، فإن الرصد الإحصائي لعدد المعتقلين المدانين حسب مدة العقوبة السالبة للحرية الصادرة في حقهم يؤكد ذلك. حيث يتضح أن 60.11% من المجموع العام للقضايا المعروضة أمام المحاكم والتي تم إصدار أحكام فيها قابلة لأن تكون موضوعا لبدايل الدعوى العمومية- باعتبارها جرائم بسيطة- في حين أن الجرائم التي يمكن وصفها بالخطيرة تشكل فقط 39.89% من المجموع العام لعدد المعتقلين المدانين خلال سنة 2007، وهو ما يوضحه الرسم البياني التالي¹:



وهكذا، فإن تطبيق نظام بدائل الدعوى العمومية يمكن أن يساهم بطريقة غير مباشرة في التخفيف من ظاهرة الحبس قصير المدة، التي تعددت مثالها من نواحي اقتصادية واجتماعية ونفسية، بالنسبة للدولة أو المحكوم عليه على حد سواء.

¹ _ النشرة الإحصائية الصادرة عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج لسنة 2007، ص 21. منشورة على موقع المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج ، على الرابط التالي: « <http://www.dgapr.gov.ma/index.php> » الإطلاح عليه بتاريخ (2016/03/30) على الساعة (18:13).

إن اللجوء إلى نظام بدائل الدعوى العمومية يخدم العدالة الجنائية، من خلال تجنبها مشقة الانشغال في قضايا تكون بسيطة في البداية، فتترتب عنها مشاكل مستعصية كلما تعلق الأمر بخلافات بين الأقارب أو الجيران، نتيجة لعوامل مختلفة كالثأر أو الانتقام لكون حلها خارج نطاق الدعوى العمومية فيه منفعة لإطرافه - الضحية والمتهم - من جهة، ولأجهزة العدالة الجنائية بمؤسسته - القضاء وإدارة السجون وإعادة الإدماج - من جهة ثانية.

وبناء عليه، نخلص من خلال هذه الدراسة إلى أن الدعوى العمومية أصبحت غير صالحة لحماية بعض المصالح الاجتماعية الجديرة بالحماية. حيث أثبتت الأبحاث وجود هوة كبيرة بين الأهداف التي يتوخاها القانون الجنائي، وبين النتائج التي تحققت. ويبدو ذلك واضحاً في نواحي متعددة. فمن ناحية أولى؛ عجز القانون الجنائي عن تحقيق الردع العام والخاص (خاصة في بعض الجرائم التي لا تكتسي خطورة اجتماعية بالغة كما رأينا). فعدد الجرائم في ازدياد مستمر والعود إلى الجريمة أصبح ظاهرة واضحة للعيان. فقد بات واضحاً عجز الدولة بمفردها عن مكافحة ظاهرة الإجرام البسيط عن طريق الدعوى العمومية، مما يدفع بنا الأمر إلى دعوة المشرع الجنائي¹ إلى إعادة النظر في سياسته الجنائية تجاه معالجة الإجرام البسيط، ذلك من خلال التشجيع على حل النزاعات البسيطة خارج نطاق الدعوى العمومية، بما فيه من تخفيف للعبء عن كاهل مؤسسات العدالة ببلادنا، و في ذات الوقت تحقيق التوازن المطلوب بين ما سبق وما يجب أن يكتنه كل من المجنى عليه والمتهم من احترام للقانون وعدالته.

¹ - خاصة وأتينا أمام مشروع قانون المسطرة الجنائية .

نظام الإكراه البدني في التشريع الجمركي

عمر انويرا

باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق - طنجة

مقدمة:

الأصل أن يتم تنفيذ الأحكام القضائية اختيارًا من جانب الأطراف عن طريق قيام المدين أو المحكوم عليه بأداء المبلغ المحكوم به عليه من تلقاء نفسه، بيد أن هذه الصورة لا تتحقق في غالب الأحيان ذلك أن الواقع العملي أثبت وجود عدة نماذج يتقاسم فيها المحكوم عليهم عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدهم، إما بشكل متعمد أو لأسباب أخرى، آنذاك لا مناص من اللجوء إلى وسائل أخرى للتنفيذ حفاظًا على هيبة و قدسية الأحكام القضائية وكذا تدعيمًا لثقة المتقاضين في مدى فعالية المنظومة القضائية.

ومن الآليات القانونية التي أوجدها المشرع و أباح اللجوء إليها لإجبار المدين على التنفيذ نجد نظام الإكراه البدني . فما المقصود بنظام الإكراه البدني؟ وكيف تبنت مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة نظام الإكراه البدني؟

إن المشرع المغربي شأنه شأن باقي التشريعات الأخرى لم يعطي تعريفًا للإكراه البدني، وإنما ترك المجال للفقه ليتولى ذلك، وقد اختلف الفقه في تعريفه للإكراه البدني، فهناك من عرفه بأنه حبس المحكوم عليه مدة معينة يحددها الحكم الصادر به طبقًا لمقتضيات القانون المنظم لهذا الإجراء القهري لإجباره على أداء ما التزم به أو ألزم به قضاء¹، وهناك من عرفه بأنه إجراء تهديدي يستهدف الضغط على المدين القادر على الوفاء عن طريق حبسه لإجباره على تنفيذ التزامه². وعرفه الدكتور السهوري بأنه وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، ويكون ذلك بحبسه حتى يضطره الحبس إلى الوفاء بالدين وكيفما كان الحال فإنه مهما اختلفت التعاريف فإن الإكراه البدني ليس عقوبة بمفهوم الفصول 16 و 17 و 18 و 36 من القانون الجنائي كما انه ليس تدبيرًا وقائيًا سواء كانت تدابير شخصية الفصل 61 من القانون الجنائي أو عينية الفصل 62 من القانون الجنائي ، أي بمعنى أعم أن الإكراه البدني ليس جزاءً

¹ حسن الرميلي؛ " الإكراه البدني على ضوء التشريع المغربي والمقارن "؛ نشر البديع الطبعة الثانية؛ سنة 2000، ص 30.

² محمد لزوي؛ " التنفيذ الجبري عن طريق الإكراه البدني من خلال مدونة تحصيل الديون العمومية "؛ مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية؛ سلسلة مواضيع الساعة؛ العدد 31؛ ص 70.

عن عمل أو امتناع مخالف للقانون الجنائي ، كما أنه ليس تديباً وقائياً هدفه حماية المجتمع من الإجرام عن طريق المنع الخاص

بناء على ذلك يبقى للإكراه البدني كيانه المستقل كوسيلة من الوسائل التهديدية التي تهدف إلى إجبار وإلزام المدين على أداء المبالغ المحكوم بها عليه وذلك عن طريق الزجج به في السجن لفرض انصياعه لأحكام القانون محافظة على ما لهذه الأحكام من هيبة و قدسية¹.

هذا وقد نظم المشرع المغربي الإكراه البدني من خلال الباب الخامس من القسم الأول من الكتاب السادس و بالضبط من المادة 633 إلى 647 من قانون المسطرة الجنائية.

وإذا كان المشرع المغربي قد نص على الإكراه البدني كوسيلة من وسائل التنفيذ وهو في ذلك يبدو متأثراً بالمدرسة اللاتينية التي ترجح العنصر الشخصي في الالتزام عكس المدرسة الجرمانية ، فإن تناوله لهذه المسطرة و تنظيمه لها قد تم بمقتضى عدة نصوص تبعا لنوعية الديون. فقانون المسطرة الجنائية نظم الإكراه البدني بخصوص الغرامات و المصاريف القضائية و التعويضات ورد ما يلزم رده، أما مدونة

¹ _ ففي عهد الرومان ، كان شخص المدين ضامنا للوفاء ، إذا أنه يحق للدائن حبس المدين حتى يوفي بديونه أو يوفي عنه، و إلا كان للدائن يبعه كعبد و اقتضاء حقه من ثمنه ، بل قد يصل الأمر إلى حد قتله، ثم تطور هذا النظام بعد ذلك حيث منع استرقاق المدين بسبب عدم الوفاء وقد تم الإبقاء على إمكانية حبسه فقط، وفي مرحلة أخرى أصبح الإكراه البدني رهينا بصور حكم من القاضي. في حين أن الشريعة الإسلامية حرصت على توثيق العقود و خاصة تلك المتعلقة منها بالدين و الهدف هو الحفاظ على حقوق الدائن و حمايته من غدر المدين الذي قد يحاول التملص من التزاماته. إلا أنها مع ذلك وقفت موقفا وسطا يوازي بين حقوق الدائن و المدين ، حيث جاءت بمسألة إنذار المعسر إلى حين اليسر مصداقا لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 280 : " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " ، بل تجاوزت ذلك و اعتبر الصدقة على المعسر الفقير خيرا من إنذاره.

وفي المقابل فإنها أجازت حبس المدين الموسر المماطل في أداء دينه لظلمه لدائنه استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني الظلم". أما التشريع الفرنسي الذي يستمد منه المشرع المغربي كثيرا من قوانينه فقد عرف نظام الإكراه البدني كوسيلة من وسائل التنفيذ عدة مراحل ، فقبل سنة 1867 كان هذا النظام يطبق على أوسع نطاق ويشمل كذلك ضمان تنفيذ الديون المدنية و التجارية. أما ابتداء من هذا التاريخ فقد تم تضيق نطاقه ليقتصر على الميدان الجنائي دون الميدان المدني و التجاري وقد علل الفقيه جازو هذا الموقف الجديد للمشرع الفرنسي بكون الشخص يلزم في ماله لا في شخصه.

وبذلك لا مبرر لتطبيق الإكراه البدني في الالتزامات التعاقدية لأن محل العقد مال المدين لا حريته ولا يجبر على التنفيذ إلا في إطار ما للترم به ، بخلاف الالتزامات الناتجة عن الأفعال الجرمية فتجسد بشأنها فعالية مسطرة الإكراه البدني لأن بدونها فإن المحكوم عليهم بالغرامات المالية فقط و يعجزون عن أدائها أو يرفضون ذلك سيخرجون من دائرة العقاب.

للمزيد من الإيضاح راجع: عبد الرحيم الدافي – إبراهيم بوحريث : " نظام الإكراه البدني بين التشريع و العمل القضائي " ؛ رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء سنة 2002_2004 ، ص 43.

الجمارك¹ فقد نظمت الإكراه البدني بشأن العقوبات المالية المتعلقة بالجنگ والمخالفات الجمركية ، وذلك بمقتضى الفصل 262 مكرر و الفصل 264 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

والملاحظ ، هو أن مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة نصت على الإكراه البدني في فصلين وأشارت فقط إلى نطاق تطبيقه على المخالفات الجمركية و المدة الخاصة به، وأغفلت مجموعة من العناصر الضرورية لتطبيق الإكراه البدني و المتمثلة أساسا في شروط الإكراه البدني و الاستثناءات التي تمنع تطبيقه (المطلب الأول)، وكذا مختلف الإشكالات المسطرية التي يعرفها نظام الإكراه البدني المطبق على الجنگ و المخالفات الجمركية (المطلب الثاني).

الأمر الذي يقتضي منا الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للإكراه البدني و المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية المشار إليه أعلاه، إضافة إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة ومدونة تحصيل الديون العمومية باعتبار هذه الأخيرة هي الشريعة العامة للقوانين الخاصة بالديون العمومية وذلك لكون الحقوق والرسوم الجمركية تعتبر ديونا عمومية².

¹ _ إضافة إلى الإكراه البدني نجد مدونة الجمارك والضرائب غير مباشرة نظمت الإكراه الإداري الذي يصدره مدير أو قابض ادارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ، من أجل تحصيل الرسوم و المكوس الجمركية و الغرامات وغيرها من المبالغ المستحقة للخزينة. وقد نص الفصل 271 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة على أنه :

"1- يسوغ لمدير الإدارة أن يصدر أمرا بالإكراه الإداري لتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في الفصل 36 من هذه المدونة. و يبلغ الإكراه من طرف أعوان الإدارة.

ولا يمكن استعمال الإكراه بعد أجل 15 سنة من تاريخ التبليغ".

وبالرجوع إلى الفصل 36 من نفس المدونة تجده ينص على " إذا عزل عون من أعوان الإدارة أترك وظيفته لسبب من الأسباب يجب عليه أن يسلم حالا إلى هذه الإدارة وكالة عمله و السجلات والأختام والأسلحة و الأمتعة و أشياء التجهيز التي كان معهودا إليه بها للقيام بعمله كما يجب عليه أن يقدم حساباته.

2- يجب عليه كذلك أن يرد إلى الإدارة جميع الشارات المميزة ليدلته ".

² _ المادة 2 من مدونة تحصيل الديون العمومية تنص على أنه " تعتبر ديونا عمومية بمقتضى هذا القانون :- الضرائب المباشرة للدولة والرسوم المماثلة وكذا الضريبة على القيمة المضافة، المشار إليها بعبارة « الضرائب والرسوم » فيما يلي من هذا القانون: - الحقوق والرسوم الجمركية ؛ - حقوق التسجيل والتمبر والرسوم المماثلة ؛ - مداخيل وعائدات أملاك الدولة ؛ - حصيلة الإستغلالات والمساهمات المالية للدولة ؛ - الغرامات والإدانات النقدية ؛ - ضرائب ورسوم الجماعات المحلية وهيئاتها ؛ - سائر الديون الأخرى لفائدة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية التي يعهد بقبضها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل ، باستثناء الديون ذات الطابع التجاري."

المطلب الأول: شروط تطبيق الإكراه البدني والاستثناءات الواردة عليه في التشريع الجمركي

يعتبر الإكراه البدني وسيلة ضغط للحمل على الأداء، وهي ذات خطورة كبيرة على المدين لكونه يمس بحريته، لذلك أقر المشرع المغربي مجموعة من الشروط من أجل سلوك مسطرة الإكراه البدني، قصد حمل المدين على الوفاء بالتزاماته، لأن الهدف من الإكراه البدني هو رد الحقوق إلى أصحابها، وذلك دون تعسف، لذا فإنه لا يمكن للدائن إكراه غريمه إلا بتوفر هذه الشروط (الفقرة الأولى)، إلا أن نطاق تطبيق الإكراه البدني بالرغم من توفر هذه الشروط يرد عليه بعض الاستثناءات تحد من تطبيقه على المدين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط تطبيق الإكراه البدني في المادة الجمركية

من خلال قراءة المقتضيات القانونية المنظمة للإكراه البدني سواء المنصوص عليها بقانون المسطرة الجنائية أو بمدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة أو بمدونة تحصيل الديون العمومية يتضح أن المشرع وضع مجموعة من الشروط يتعين توفرها حتى يتسنى تطبيق مسطرة الإكراه البدني لتحصيل الغرامات والإدانات النقدية ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط موضوعية (أولا)، و شروط شكلية (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية للإكراه البدني

تتمثل الشروط الموضوعية لتطبيق الإكراه البدني في المادة الجمركية فيما يلي:

(أ)- أن يكون هناك دين بذمة المحكوم عليه.

(ب)- أن يكون الدين ثابتا بمقتضى سند تنفيذي.

(ت)- أن تكون مدة الإكراه البدني محددة قانونا.

• (أ)- أن يكون هناك دين بذمة المحكوم عليه

تنص المادة 635 من ق.م.ج على انه: " يمكن تطبيق مسطرة الإكراه البدني في حالة عدم تنفيذ الأحكام

الصادرة بالغرامة ورد ما يلزم رده و التعويضات و المصاريف ..."¹، كما أن الفصل 264 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة ينص على أنه: " ينفذ الإكراه البدني المطبق بشأن جناحة أو مخالفة جمركية رغم الطعن بالطرق غير العادية بمجرد صدور الحكم النهائي."²

وهذا يعني أن الإكراه البدني لا يمكن تطبيقه إلا إذا كان المحكوم عليه بصفة عامة مدينا بمبلغ مالي أو ملزما بعمل ما، وبمجرد ما يصدر الحكم بالغرامات الجبائية، فإن ذلك يعطي لإدارة الجمارك صفة الدائن و للمحكوم عليه صفة المدين.

وفي هذا الإطار نصت المادة 633 الفقرة الثانية من قانون المسطرة الجنائية على أن مأموري كتابات الضبط في محاكم الاستئناف و المحاكم بالمملكة مؤهلون في أن واحد مع القبض للقيام بالمتابعات المتعلقة بالتحصيل الجبري بواسطة الإكراه البدني لتحصيل الغرامات والعقوبات المالية.³

وعموما فسواء تعلق الأمر بدين عمومي أو خاص،⁴ فإن الإكراه البدني يشكل وسيلة الضغط الوحيدة والحاسمة على المدين لإجباره على تنفيذ التزامه.

¹ _ المادة 635 من قانون المسطرة الجنائية.

² _ الفصل 264 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

³ _ تنص الفقرة الثانية من المادة 633 من ق.م.ج. على أنه: تتولى المصالح المكلفة بالمالية ومصالح كتابات الضبط بمحاكم الاستئناف والمحاكم استيفاء المصاريف القضائية والغرامات ما لم ينص على خلاف ذلك في قوانين خاصة.

يؤهل مأموري كتابات الضبط في محاكم الاستئناف والمحاكم بالمملكة للقيام في أن واحد مع القبض بالمتابعات المنصوص عليها في القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 الصادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتحصيل الغرامات والعقوبات المالية.

يعتبر مستخرج المقرر الصادر بالإدانة، سندا يمكن بمقتضاه الحصول على الأداء من أموال المحكوم عليه بجميع الوسائل القانونية. ويكون هذا الأداء مستحقا بمجرد ما يصبح مقرر الإدانة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به.

غير أنه إذا أفصح المحكوم عليه حضورياً بعقوبة غرامة فقط عن إرادته أداء ما عليه فوراً، سلم إليه أمر بالدفع مؤشراً عليه من قبل النيابة العامة، ويمكن لكاتب الضبط حين تقديم الأمر إليه أن يستوفي مبلغ الغرامة والمصاريف القضائية.

⁴ _ الإكراه البدني في الديون الخصوصية منظم في إطار ظهير 1.60.305 بتاريخ 20.02.1961. فقد أثار عدة إشكالات تتمثل أساساً في تعارضه مع مقتضيات العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، خاصة في الفصل 11 الذي ينص على ما يلي: "لا يجوز سجن إنسان على أساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي فقط". وتماشياً مع أحكام هذا العهد الدولي تدخل المشرع المغربي، وغير وتمم ظهير 20 فبراير 1961 المتعلق بالإكراه البدني في القضايا المدنية، إلا أن الفقه ومعه القضاء عرف تضارباً في تفسير مقتضيات هذا الفصل، حيث نجد من يرى بان المشرع المغربي قد

• الشرط الثاني: أن يكون الدين ثابتا بمقتضى سند تنفيذي

لقد بينت المادة 639 من ق.م.ج. في فقرتها الأخيرة أن المطالب بالحق المدني يمكن أن " يقدم طلب تطبيق الإكراه البدني لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة , ويرفق بنسخة من المقرر القابل للتنفيذ بالإضافة إلى الوثائق المشار إليها في المادة 640 بعده"¹.

والملاحظ، أن المادة أعلاه وغيرها من المواد الأخرى المتعلقة بالإكراه البدني كالمادة 635 من ق م ج , تتحدث عن الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المحكوم به بصفة لا تقبل الرجوع، فهي بذلك تشترط أن يكون الحكم لم يعد قابلا لأي وجه من وجوه الطعن العادية أو غير العادية.

أما بالنسبة لإدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة فإن الفصل 264 من مدونة الجمارك ينص على أن الإكراه البدني يطبق رغم أن الحكم لم يصبح نهائيا ، وبعبارة أخرى فبمجرد صدور الحكم الابتدائي يسمح بتطبيق الإكراه البدني رغم قبول هذا الحكم للطعن بالاستئناف، وهذا ما يستنتج من الفصل المذكور الذي يقضي بأنه يباشر فوراً حبس المحكوم عليه إذا كان يوجد في حالة سراح مؤقت ، ولو كان الحكم الصادر ضده يقضي بعقوبة موقوفة التنفيذ، وذلك رغم الاستئناف الذي يكون قد قدمه ضد الحكم

استثنى المبالغ المالية الناتجة عن التزام تعاقدي من تطبيق الإكراه البدني ، وهو ما يتضح من حكم المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 16 ابريل 1990 في ملف مدني تجاري عدد 3/90 والذي جاء فيه : "حيث إن طلب تحديد الإكراه البدني لم يعد مشروعا بعد مصادقة المغرب على الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المؤرخة في 16/12/1966 والمصادق عليها بتاريخ 05/03/1979 والمنشورة بالجريدة الرسمية بالفرنسية عدد 3525 بتاريخ 29/05/1979 تنص على : " لا يجوز سجن شخص من اجل دين مترتب عن التزام تعاقدي "

في حين هناك من يرى بتقييد عدم التنفيذ بإثبات عسر مدين إذ إن الفصل 11 من معاهدة نيويورك لم يلغى الإكراه البدني بالنسبة للديون المدنية بصفة مطلقة ، وإنما قيد هذا الإعفاء بشرطين ، وهما عدم القدرة على الأداء ، وتعلق الدين بالتزام تعاقدي ، ومن ثمة فلا مجال للاحتجاج بالفصل 11 إذا كان المدين موسرا ، وهذا ما أكدته بدوره المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- في قرار صادر بتاريخ 20/09/2000 في الملف التجاري عدد 2000/372 حيث جاء فيه : "لما كانت المادة 11 من المعاهدة الدولية المؤرخة ب 16/12/1966 ، والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 08/11/1979 تنص على : "الوفاء بالتزام تعاقدي فقط " ، فان مؤدى ذلك إن المحظور طبقا للمادة المذكورة هو سجن إنسان غير قادر على تنفيذ التزامه التعاقدي ، إما إذا كان على تنفيذه وامتنع من ذلك فلا محل للحظر المذكور.

وقد ذهب الأستاذ رياض عبد الغاني في أن الخلاف لا يؤكد أي سند قانوني اعتبارا إلى أن النص المذكور قيد مسألة عدم تنفيذ الإكراه البدني في الديون التعاقدية بضرورة توفر عسر المدين ، إما إذا كانت ذمته المالية ملبنة فإن التشبث بالاعتماد على هذا النص لتجنب التنفيذ والخضوع إلى الضغط عليه بالإكراه البدني ، يلحق ضررا بالشخص المستفيد ، خاصة إذا كانت المبالغ المالية مهمة ، وهكذا فإنه سواء تعلق الأمر بدين عمومي أو خصوصي فإنه يمكن المطالبة بتطبيق الإكراه البدني في حق المدين الممتنع عن الأداء ، شريطة عدم إثباته لعسره.

¹ - يعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية لسلك مسطرة الإكراه البدني.

المذكور فيكفي صدور الحكم بالعقوبات المالية الجمركية ليباشر الإكراه البدني،¹ ما عدا إذا كان مبلغ الإكراه البدني مضمونا بكامله.²

أما المحكوم عليه المعتقل وقت صدور الحكم، فيبقى رهن الاعتقال لقضاء مدة الإكراه البدني ولو كانت العقوبة الحبسية الصادرة ضده موقوفة التنفيذ، بل حتى لو قدم طعنا بالاستئناف ضد الحكم المذكور، وذلك لأن المشرع نص في المادة 264 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة على أنه ينفذ الإكراه البدني رغم الطعن بالطرق العادية، بمجرد صدور الحكم نهائيا، ولو لم يكتسب بعد قوة الشيء المقضي به.³

وهذا الأمر ينطوي على مس واضح بحرية المعني بالأمر ذلك أنه قد يعتقل من أجل أداء مبلغ العقوبات المالية المتعلقة بجنحة أو مخالفة جمركية وقد يلغى القرار على اثر ممارسته لطرق الطعن غير العادية وبالتالي يكون المعني بالأمر قد اعتقل بدون وجه حق.

● الشرط الثالث: أن تكون مدة الإكراه البدني محددة

يشكل الإكراه البدني خطورة على حرية المدين، لذلك فإنه لا يمكن تطبيقه إلا بعد تحديد مدته مسبقا، وهو ما يتضح من المادة 636 من ق.م.ج. التي ألزمت في فقرتها الأولى كل محكمة زجرية عندما تصدر مقررًا بالغرامة أو برد ما يلزم رده أو بالتعويضات أو المصاريف القضائية أن تحدد مدة الإكراه البدني، وفي حالة ما إذا أغفلت المحكمة الحكم بالإكراه البدني أو عن تحديد مدته، فإنه يتم الرجوع إليها لتبث في الموضوع بغرفة المشورة وينفذ مقررها رغم كل طعن.⁴

ولهذه الغاية أقر المشرع المغربي مددا معينة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، على أن لا تخرج عن تلك المحددة في المادة 638 من ق م ج، ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.¹

¹ - وهنا نتضح خصوصيات القانون الجمركي، وبالتالي خروجه عن القواعد العامة للإكراه البدني والمنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية فيما يتعلق بالأحكام التي يمكن أن تكون سندتات تنفيذية والمتمثلة في الأحكام النهائية.

² - راجع الفصل 254 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

³ - وهذا مقتضى يتناقض مع دستور 2011.

⁴ - المادة 636 من قانون المسطرة الجنائية.

وبالفعل فمدونة الجمارك باعتبارها نصا خاصا، فإنها حددت في الفصل 262 المكرر من م ج ض غ م مدة الإكراه البدني بقولها: " يطبق الإكراه البدني بشأن العقوبات المالية المتعلقة بجنح أو مخالفات جمركية و تحدد مدته على النحو التالي رغم كل الأحكام المخالفة لهذا الفصل:

- من سنة واحدة إلى سنتين بالنسبة للجنح الجمركية.

- من 6 أشهر إلى سنة بالنسبة للمخالفات الجمركية من الطبقة الأولى و الثانية

- من شهر واحد إلى 6 أشهر بالنسبة للمخالفات الجمركية من الطبقة الثالثة و الرابعة².

يتبين من خلال مقتضيات المادة 262 مكرر من م.ج.ض.غ.م. أن المشرع الجمركي في تقريره لمدة الإكراه

البدني المتعلق بالعقوبات المالية اعتمد على معيار خطورة الجريمة الجمركية المرتكبة وبصرف النظر عن مقدار الدين المستحق.

أما فيما يتعلق بمدة الإكراه البدني من أجل تحصيل الرسوم الجمركية فيتم تحديدها حسب مقدار الدين المراد تحصيله وهذه المدد منصوص عليها في المادة 79 من مدونة تحصيل الديون العمومية وهي محددة كما يلي:

¹ - تنص المادة 638 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: " حدد مدة الإكراه البدني من بين المدد المبينة بعده ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك:

. من ستة أيام (6) إلى عشرين يوماً (20) إذا كان مبلغ الغرامة أو ما عداها من العقوبات المالية يقل عن ثمانية آلاف درهم (8000):
. من خمسة عشر يوماً (15) إلى واحد وعشرين يوماً (21) إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق ثمانية آلاف درهم (8000) ويقل عن عشرين ألف درهم (20000):

. من شهر إلى شهرين (2) إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق عشرين ألف درهم (20000) ويقل عن خمسين ألف درهم (50000):
. من ثلاثة أشهر (3) إلى خمسة أشهر (5) إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق خمسين ألف درهم (50000) ويقل عن مائتي ألف درهم (200000):
. من ستة أشهر (6) إلى تسعة أشهر (9) إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق مائتي ألف درهم ويقل عن مليون درهم (1000000):
. من عشرة أشهر (10) إلى خمسة عشر شهراً (15) إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق مليون درهم (1000000).

إذا كان الإكراه البدني يرمي إلى تسديد عدة ديون فتحسب مدته حسب مجموع المبالغ المحكوم بها²

² - الفصل 262 مكرر من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

مدة الحبس	مبلغ الدين
15 إلى 21 يوم	يعادل أو يفوق 8000 درهم ويقل عن 20000 درهم.
من شهر إلى شهرين	يعادل أو يفوق 20000 درهم ويقل عن 50000 درهم.
3 أشهر إلى 5 أشهر	يعادل أو يفوق 50000 درهم ويقل عن 200000 درهم.
6 أشهر إلى 9 أشهر	يعادل أو يفوق 200000 درهم ويقل عن مليون درهم.
10 أشهر إلى 15 شهر	يعادل أو يفوق مبلغها مليون درهم

ونشير في الأخير إلى أنه في حالة إغفال الحكم تحديد مدة الإكراه البدني ، فإنه يتعين مراجعة المحكمة التي أصدرت الحكم تطبيقا للفصل 636 من قانون المسطرة الجنائية.

ثانيا : الشروط الشكلية للإكراه البدني في المادة الجمركية

تتجلى الشروط الشكلية للإكراه البدني في المادة الجمركية فيما يلي:

(أ)- إنذار المدين بالوفاء.

(ب)- تقديم طلب من الدائن يرمي إلى إيداع المدين في السجن.

(ت)- عدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين.

• (أ) إنذار المدين بالوفاء.

نصت المادة 640 من ق.م.ج. على ما يلي: " لا يمكن تطبيق الإكراه البدني ، في جميع الأحوال ولو نص عليه مقرر قضائي، إلا بعد موافقة قاضي العقوبات الذي يتحقق من توفر الشروط الآتية بعد توصله بالملف من وكيل الملك:

1- توجيه إنذار من طرف طالب الإكراه البدني إلى الشخص المطلوب تطبيق الإكراه البدني في حقه يبقى دون نتيجة بعد مرور أكثر من شهر واحد من تاريخ التوصل به ."

انطلاقا من المادة أعلاه، فإن الإنذار الذي يوجهه الدائن إلى المدين الممتنع عن سداد مبلغ الدين لتسوية وضعيته المالية اتجاها من له الحق، فيقتنع المدين أنه أمام الأمر الواقع و يخضع لمنطقه، فيتدبر الأمر

ويسرع إما إلى تدبير المبلغ المالي المدين به، أو السعي لدى الدائن لإجراء تسوية ودية معه وتحصيل التنازل عنه.¹

وبالرجوع إلى مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة نجد أنها أغفلت التنصيص على هذا الشرط ، لكن على مستوى الواقع يتعين على إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة قبل أن تباشر إجراءات الإكراه البدني أن تقوم بإنذار المدين الممتنع عن أداء الغرامة، لأن انذاره هو وضعه قانونا في حالة المتأخر عن تنفيذ التزامه² وإشعاره بضرورة الوفاء به تحت طائلة طلب اعتقاله لحمله قسرا على الأداء هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن تبليغ الإنذار إلى المحكوم عليه يمكن الرجوع فيه إلى مقتضيات المادة 260 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة حيث نصت على انه : " يسوغ لأعوان الإدارة أن يحرروا ويبلغوا جميع العقود غير القضائية التي يستلزمها :

- الإثبات و التحصيل و المنازعات المتعلقة بالمكوس و الرسوم.
- بيع الأشياء المحجوزة أو المصادرة أو المتروكة في الجمرک و كذا تحصيل الغرامات و العقوبات المالية الأخرى.³

• (ب) تقديم طلب من الإدارة يرمي إلى إيداع المدين في السجن

تنص المادة 640 من قانون المسطرة الجنائية على أن : " لا يمكن تطبيق الإكراه البدني ، في جميع الأحوال ولو نص عليه مقرر قضائي، إلا بعد موافقة قاضي تطبيق العقوبات الذي يتحقق من توفر الشروط الآتية بعد توصله بالملف من وكيل الملك:

2- تقديم طلب كتابي من المطالب بالإكراه البدني يرمي إلى الإيداع في السجن."

من خلال هذه المادة يتضح أنها أوجبت على المطالب بتطبيق الإكراه البدني، الذي يريد الاستمرار في إجراءات التنفيذ و تطبيق الإكراه البدني في مواجهة المدين ، أن يتقدم بطلب كتابي إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة بهدف من خلاله إلى النزج بالمدين في السجن.

¹ - يوسف بن ناصر: " الدليل العملي والقضائي في مسطرة الإكراه البدني " : سلسلة بن باصر للدراسات القانونية و الأبحاث القضائية، الوراقة الوطنية ، مراكش ، العدد الرابع، 2005-2006 ، ص 153.

² - عبد الرزاق أحمد السهري: " الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1964 ، ص 776.

³ - الفصل 260 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

وتجدر الإشارة إلى أن إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة لا تقدم على طلب اعتقال المحكوم عليه لقضاء الإكراه البدني ، إلا إذا كان في حالة سراح ، أما في حالة اعتقال فلا ضرورة لتقديم الطلب لأن الاعتقال الاحتياطي يجعل المدين الممتنع تحت أيدي العدالة.¹

• (ب) عدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين

إن إقرار المشرع لهذا الشرط بكيفية صريحة في الفقرة الرابعة من المادة 640 من ق.م.ج. يعطينا جوابا كافيا عن السؤال الذي كان مطروحا في ظل القانون القديم حول المرحلة التي ينبغي أن يقدم فيها طلب تطبيق الإكراه البدني بمعنى آخر ما موقع الإكراه البدني من وسائل التنفيذ الأخرى؟²

ويزكي هذا الجواب كذلك مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 635 من ق.م.ج. الحالي والتي تقضي بأن مسطرة الإكراه البدني يمكن أن تطبق في حالة عدم تنفيذ الأحكام الصادرة بالغرامة ورد ما يلزم رده و التعويضات و المصاريف إذا تبين أن الإجراءات الرامية للحصول على هذه الأموال بقيت بدون جدوى أو أن نتائجها غير كافية.

وبالرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة نجدها مرة أخرى أغفلت التنصيص على هذا الشرط، لكن وبما أن دين إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة يعتبر من الديون العمومية ، فإنه يمكن الاستعانة بمدونة تحصيل الديون العمومية والتي تقضي في مادتها 76 بأنه إذا لم تؤد طرق التنفيذ على أموال المدين إلى نتيجة يمكن أن يتابع التحصيل الجبري للضرائب والرسوم و الديون العمومية الأخرى بواسطة الإكراه البدني.

وعليه ، فإن الإكراه البدني وإن كان إجراء اختياريا بإرادة الدائن (إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة)، فإنه لا يمكن لهذه الأخيرة اللجوء إليه إلا بعد سلوك إجراءات التنفيذ الأخرى على مال المدين وان تبقى بدون نتيجة.

¹ _ الجلالى القدومي : " المنازعات الجزرية في القانون الجمركي المغربي " : رسالة لنيل دبلوم العالي للمدرسة الوطنية للإدارة العمومية ، الفوج 20 سنة، 1989 ، مرجع سابق ، ص 312.

² _ ومما ينبغي التنبيه إليه وهو أن هذا الشرط وإن كان غير مقرر في القانون القديم فإن عمل النيابة العامة كان يجري بضرورة الإدلاء بمحضر عدم وجود ما يحجز حتى يتأتى مباشرة مسطرة الإكراه البدني.

أما حاليا فإن المشرع لم يحصر الأمر في المحضر السالف الذكر وإنما أتى بعبارة عامة تشمل كافة الوثائق القانونية التي من شأنها إثبات عدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين.

الفقرة الثانية : موانع تطبيق الإكراه البدني في المادة الجمركية

الأصل أن القاعدة القانونية، هي قاعدة عامة و مجردة بمعنى أن مفعولها يسري على مجموع المخاطبين بها، ممن يتمتعون بأهلية التمييز و يتحملون كامل المسؤولية عن الأفعال الصادرة عنهم، تحقيقا لمبدأ العدالة و تكريسا لمبدأ المساواة أمام القانون الذي يعد أولى الأولويات وأسمى غايات القاعدة القانونية.

بيد أنه ثمة موانع، تقوم أحيانا كاستثناء يحد من عمومية نطاق هذا المبدأ ، وهي عوارض يمكن أن تستقي روافدها من أسباب شخصية أو موضوعية ، ونظام الإكراه البدني من منطلق وصفه و طبيعته كمجموع قواعد مؤطرة لوسيلة جبرية للتنفيذ لم يزعج بدوره عن سياق القاعدة حيث يخضع بدوره لمجموعة من الاستثناءات التي تعطل تطبيقه إما بسبب عسر المدين (أولا) ، وإما بسبب سنه (ثانيا).

أولا : عسر¹ المدين يمنع تنفيذ الإكراه البدني

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 635² من قانون المسطرة الجنائية على أنه : " ... لا يمكن تنفيذ الإكراه البدني على المحكوم عليه ، الذي يدلي لإثبات عسره بشهادة عوز يسلمها له الوالي أو العامل أو من ينوب عنه ، وبشهادة عدم الخضوع للضريبة تسلمها مصلحة الضرائب بموطن المحكوم عليه ."

وهكذا ، فقد جعل المشرع المغربي من عسر المدين مانعا يحول دون تطبيق الإكراه البدني في حقه.

وبالرجوع إلى مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة نجدها لم تنص على هذا الاستثناء ، لكن في إطار

¹ _ يقصد بالإعسار في اللغة : الضيق والافتقار ، ويقال عسر الزمان أي اشتد ، وعسر عليه ضيق وأعسر... والبسرو المسيرة ، ضد العسر ، وعنه يقول الله تعالى في كتابه العزيز: " فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا" سورة الشرح الآية 4.

والإعسار كما عبر عنه البعض " هو حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الأداء على أمواله"
للمزيد من الإيضاح راجع: عبد الرزاق السنهوري : شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص 1030.

وينقسم الإعسار إلى إعسار فعلي وآخر قانوني ، فالأول ينصرف إلى كل حالة واقعية تكون خلالها ديون المدين المستحقة الأداء تفوق ما عنده من أموال ، في حين أن الإعسار القانوني يعتبر حالة قانونية عندما تكون ديون المدين المعسر المستحقة الأداء تفوق المتوفرة بذمته المالية .

أنظر: بن القاضي كوثر: خرق مقتضيات القانون الضريبي ما بين الغرامات المالية والعقوبات الجنائية ، رسالة لنيل شهادة الماستر في قانون المنازعات ، كلية الحقوق مكناس ، السنة الجامعية ، 2009-2010 ، ص 113.

² _ تقابلها المادة 753 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي .

Art 752 du procédure pénale dispose que ; la contrainte judiciaire ne peut être prononcée contre les condamnés qu , par tout moyen , justifient de leur insolvabilité.

مدونة تحصيل الديون العمومية نجدها من خلال المادة 57 تنص على إمكانية إعفاء المدين المعسر شريطة أن يثبت إعساره إما بمحضر عدم وجود ما يحجز كما نصت على ذلك المادة 56 بالنسبة للمدينين المعروفين بقدرتهم على الوفاء، والذين لم يفض الحجز الذي أجرى عليهم إلى أي نتيجة، وإما بشهادة العوز المسلمة من طرف السلطة الإدارية المحلية بالنسبة للمدينين المعروفين بعسرهم¹.

وما ينبغي تسجيله في هذا الصدد، هو أن وجود إحدى الوثيقتين كاف لإثبات العسر في إطار مدونة تحصيل الديون العمومية، بخلاف المادة 635² من ق.م.ج. التي تربط عدم تنفيذ الإكراه البدني بإدلاء المحكوم عليه بالوثائق المثبتة لعسره وهي شهادة العوز، وشهادة عدم الخضوع للضريبة، إضافة إلى ذلك فإن مدونة تحصيل الديون العمومية لم تحدد بدقة الجهة المكلفة بتسليم شواهد العوز عكس ما نصت عليه المادة 635 من ق.م.ج، كما انه في إطار قانون المسطرة الجنائية نجد المشرع لم يعاقب على افتعال العسر، عكس ما هو منصوص عليه في إطار مدونة تحصيل الديون العمومية.³

ثانيا: الاستثناءات المتعلقة بالسن

حضي عامل السن باهتمام جل التشريعات، والقوانين الخاصة بالإكراه البدني، حيث أن عدم بلوغ الشخص أو تجاوزه لسن معينة، يكون مانعا من إخضاعه لمسطرة الإكراه البدني، و تجدر الإشارة إلى أن التقدم في العمر هو كالصغر من حيث آثاره على الإكراه البدني، حيث أن كلاهما معفى من الإكراه البدني، وبالرجوع إلى التشريع المغربي، نجده حدد هذا المانع المتعلق بالسن في المكره دون 18 سنة (أ)، وبلوغ المكره الستون سنة (ب).

- أ - المحكوم عليه دون 20 سنة :

كان المشرع المغربي في إطار قانون المسطرة الجنائية القديم يحدد سن المحكوم عليه المتعذر إكراهه بدنيا في 16 سنة، وذلك طبقا للمادة 676 من قانون المسطرة الجنائية الملغى؛ إلا أن المشرع المغربي تدارك هذا

¹ المادة 57 من قانون 15-97 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية.

² راجع المادة 635 من قانون المسطرة الجنائية.

³ المواد 84 وما يليها من قانون 15-97 المتعلق بمدونة تحصيل الديون العمومية.

الأمر في قانون المسطرة الجنائية الحالي، ليرفع سن المحكوم عليهم إلى سن 18 سنة كاملة يوم ارتكاب الفعل الإجرامي ، وذلك طبقا للمادة 636 من قانون المسطرة الجنائية الحالي¹.

ويندرج هذا التعديل في إطار تطبيق المعايير الدولية الخاصة بإدارة شؤون قضاء الأحداث ، و التي تؤكد على ضرورة استبعاد العقوبات السالبة للحرية ضد الأطفال الجانحين و ذلك بالنظر إلى تكوينهم الفيزيولوجي وقدراتهم العقلية بالمقارنة مع الطبيعة المميزة للإكراه البدني ، حيث يمكن اعتباره يتميز بالقسوة ، بالإضافة إلى أنه مجرد إجراء استثنائي ، باعتباره وسيلة جبرية لحمل المحكوم عليه على التنفيذ².

وبالرجوع إلى مدونة تحصيل الديون العمومية نجدها تنص في المادة 77 على أنه لا يمكن اللجوء إلى الإكراه البدني فيما يخص تحصيل الرسوم و الديون العمومية الأخرى إذا كان سن المدين يقل عن 20 سنة أو يبلغ 60 سنة فما فوق³ ، حيث يلاحظ في هذا الإطار أن المدونة رفعت الحد الأدنى للسن الذي لا يمكن تطبيق الإكراه البدني على المحكوم عليه إلى 20 سنة على خلاف قانون المسطرة الجنائية التي جعلته 18 سنة.

- ب - بلوغ المحكوم عليه 60 عاما:

يشكل بلوغ المحكوم عليه لستين سنة أهم الأسباب التي تحول دون إمكانية إخضاعه للإكراه البدني، والملاحظ أن المشرع المغربي قد خفض من الحد الأقصى للسن الذي يمكن معه إخضاع المدين لمسطرة الإكراه البدني، وذلك أن المادة 676 من قانون المسطرة الجنائية القديم كانت تنص على أنه لا يمكن الحكم بالإكراه البدني على المحكوم عليه الذي يبلغ من العمر 65 عاما، ليتدخل المشرع بموجب ق.م.ج.

¹ _ تنص المادة 36 من قانون المسطرة الجنائية على انه لا يمكن الحكم بالإكراه البدني أو تطبيقه:

-1

-2

-3 إذا كان عمر المحكوم عليه يقل عن 18 سنة يوم ارتكابه للجريمة".

² _ أناس عبدلاوي علوي ؛ "الإكراه البدني في المادة الجنائية " ؛ بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، بجامعة محمد الأول

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة . السنة الدراسية 2011-2012 ، ص 56 وما بعدها .

³ _ المادة 77 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

الحالي، و يخفض السن إلى 60 عاماً¹.

ومن أجل تفعيل هذا المانع، يجب على المحكمة أن تتأكد قبل الاستجابة لطلب تطبيق الإكراه البدني من سن المطلوب في الدعوى، وإلا عرضت حكمها للنقض، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - " .. ذلك أن التزام المطعون من مواليد سنة 1933، وإنه لا يمكن أن يقضي بتطبيق الإكراه البدني من أجل استخلاص الصائر عند بلوغ المتهم 65 سنة، استنادا إلى مقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 636 من ق.م.ج.، خاصة وأن الطاعن بلغ عند صدور القرار 68 سنة، ونتيجة لما ذكر فإن هناك محلا لنقض القرار الاستثنائي على ضوء هذه الوسيلة..."² وفي نفس الاتجاه صدر قرار آخر أكدته محكمة النقض عندما اعتبرت أن المحكمة خرقت نص المادة 636 من ق.م.ج.، و عرضت قرارها للنقض عندما قررت تطبيق الإكراه البدني في حق البالغ من العمر 85 سنة"³.

ثالثا: استثناء متعلق بقيمة المبالغ المستحقة

أعطى المشرع المغربي الديون التي تقل عن 8000 درهم من الخضوع لمسطرة الإكراه البدني مراعيًا في ذلك وضعية ذوي الدخل المحدود.⁴

رابعا: استثناءات متعلقة بالمرأة الحامل أو المرضعة

تنص الفقرتين الأخيرتين من المادة 77 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه لا يمكن اللجوء إلى الإكراه البدني في ما يخص الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى في الحالات الآتية:

- إذا كانت المرأة حاملا.

¹ - راجع المادة 636 من قانون المسطرة الجنائية.

² - قرار محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - عدد 3/350 بتاريخ 18 مارس 2003، الملف الجنحي عدد 93/22708، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 54/53، سنة 2004، ص 288.

³ - قرار صادر عن محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - عدد 1433، بتاريخ 14 فبراير 2004، ملف جنحي عدد 12426، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 37/38، سنة 2005، ص 169.

⁴ تنص المادة 77 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه: "لا يمكن اللجوء إلى الإكراه البدني فيما يخص تحصيل الضرائب والديون والرسوم والديون العمومية الأخرى في الحالات التالية: إذا كان مجموع المبالغ المستحقة يقل عن ثمانية الآلاف درهم (8000 درهم)".

- إذا كان المدين امرأة مرضعة وذلك في حدود سنتين ابتداء من تاريخ الولادة.¹ وهكذا فقد جعل المشرع المغربي حمل المرأة أو كونها مرضعة مانعا يحول دون تطبيق الاكراه البدني في حقها وذلك في حدود سنتين ابتداءً من تاريخ الولادة وذلك مراعاة لحالتها الاجتماعية.

وفي نفس السياق نصت المادة 78 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه "لا يمكن اللجوء الى الإكراه البدني ضد الزوج وزوجته في آن واحد ولو من أجل ديون مختلفة".²

المطلب الثاني: الإشكالات المسطرية والقضائية للإكراه البدني في التشريع الجمركي

تبنت مجموعة من التشريعات نظام الإكراه البدني باعتباره وسيلة غير مباشرة للضغط على المدين المحكوم عليه، وذلك قصد إرغامه على إظهار ما قد يخفيه من أموال تهربا من عملية التنفيذ عن طريق الزج به في السجن لمدة حددها القانون قد تطول أو تقصر حسب قيمة الدين، وبهذا المعنى يشكل الإكراه البدني مساسا بحرية المحكوم عليه، لذلك أحاطه المشرع بمجموعة من القواعد والإجراءات، حماية لحرية الأفراد الممكن الضغط عليهم من أجل الأداء بواسطة هذا الإجراء.

وتقتضي دراسة الإشكالات المسطرية والقضائية المرتبطة بنظام الإكراه البدني من حيث طبيعة إجراءاته العامة والخاصة والأشخاص الخاضعين لها ومن لهم الحق في المطالبة بها، ثم تحديد الجهة القضائية المختصة بتطبيق هذه المسطرة.

ونتولى دراسة ذلك في فقرتين سنخصص الأولى لمسطرة الإكراه البدني، والفقرة الثانية للمنازعة في مسطرة الإكراه البدني.

الفقرة الأولى: مسطرة الإكراه البدني

إن الإكراه البدني كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه، يشكل مساسا خطيرا بالحرية الفردية للشخص وتهديدا حقيقيا لها، لذلك حرص المشرع على عدم اللجوء إلى هذه المسطرة إلا لمن لهم الصفة في المطالبة بها، بعد سلوك مجموعة من الإجراءات القانونية تختلف باختلاف ما إذا كان المدين في حالة سراح أم في

¹ المادة 77 من مدونة تحصيل الديون العمومية

² المادة 78 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

حالة اعتقال، والتي من شأنها أن تلتطف من طبيعتها القسرية وتكسبها الصبغة الشرعية تجاه الأشخاص الخاضعين لها.

لذلك نتناول الأشخاص الخاضعين لمسطرة الإكراه البدني (أولاً)، ثم كيفية سريان إجراءات تطبيقها (ثانياً).

أولاً: الأشخاص الخاضعون لمسطرة الإكراه البدني

إن الأشخاص الذين يمكن إجبارهم على الوفاء بالتزاماتهم في إطار مدونة الجمارك والضرائب غير مباشرة هم كالآتي: المتهم المدان (أ)، والمسؤول عن الحقوق المدنية (ب).

- أ-المتهم المدان:

يعتبر المتهم أو المحكوم عليه الذي خسر الدعوى وتمت إدانته، بمقرر لم يكن حائز لقوة الشيء المقضي به، على رأس الأشخاص الذين يمكن أن يقع عليهم الإكراه البدني، وذلك في حالة امتناعه عن الوفاء بما ألزم به من طرف المحكمة.

وهكذا فانه في حالة الحكم على المتهم بالبراءة من الجريمة المنسوبة إليه، إما لكون الفعل غير منسوب إليه، وإما إن الفعل غير مجرم قانوناً فانه لا مجال لتطبيق الإكراه البدني لان الحكم بالبراءة يبقي ذمة المتهم خالية من أي دين سواء أكان غرامات مالية أو تعويضات مدنية¹.

ويبقى على هيئة الحكم أن تعفي المتهم، وذلك بناء على مقرر معلل من جزء الغرامات أو التعويضات التي لم يترتب مباشرة عن الجريمة المحكوم عليه بسببها، وذلك في الحالة التي لم يفصل المقرر بالإدانة في جميع الجرائم موضوع المتابعة، أو في الحالة التي لم يفصل فيها المقرر إلا في جرائم وقع تغيير وصفها إما أثناء التحقيق أو عند صدور الحكم أو القرار أو الأمر، وكذلك إذا قضى بإخراج بعض الأفراد المطلوب متابعتهم من الدعوى، ويبقى على نفس الهيئة تحديد المبلغ المالي الذي يجب أن يعفى منه المحكوم

عليه، هذه المبالغ التي تتحملها الخزينة العامة أو الطرف المدني حسب الأحوال¹.

¹ _ يوسف بناصر: الدليل العملي والقضائي في مسطرة الإكراه البدني : مرجع سابق : ص 150.

أما في الحالة التي يحكم فيها على المتهم بالإدانة، وهي عكس الحالة الأولى، حيث أن إدانة هذا الأخير تفرض على المحكمة الجزرية أن توقع عليه إحدى العقوبات الحبسية أو المالية أو هما معا، مع وجوب تحميل المتهم المدان أو المسؤول المدني، أداء المبالغ المالية للجزينة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 367 من قانون المسطرة الجنائية².

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن المشرع ألزم كل محكمة جزرية عندما تصدر موقرا بالغرامة أن تحدد مدة الإكراه البدني، وهكذا إذا لم يبادر المتهم بأداء ما بذمته، وفي حالة ما إذا بقيت الإجراءات الرامية إلى الحصول على تلك الديون بدون جدوى، ففي هذه الحالة يمكن إجبار المحكوم عليه على الأداء وذلك بإخضاعه لمسطرة الإكراه البدني³.

- ب-المسؤول عن الحقوق المدنية :

الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا عن عمله الشخصي، ولكن يمكن على وجه الاستثناء أن يجعل القانون شخصا مسؤولا عن عمل قام به غيره، وفي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية إلا بالنسبة للأشخاص الذين عددهم القانون حصرا .

والمشرع المغربي بعد أن اقر هذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود

¹ _ حسن الرميلي؛ مرجع سابق ص 50.

² _ تنص الفقرة الأولى من المادة 367 من ق.م.ج. على ان : " كل حكم أو قرار أو أمر صدر بإدانة المتهم أو بالحكم على المسؤول عن الحقوق المدنية، يجب أن يقضي عليهما بأداء المصاريف للجزينة العامة.

يمكن أن يقضي كل حكم أو قرار أو أمر يصدر بإعفاء المتهم، بتحميله المصاريف كليا أو جزئيا أو بتحميلها للمسؤول عن الحقوق المدنية.

لا يمكن أن يقضي الحكم أو القرار أو الأمر الصادر ببراءة المتهم، بتحميله ولو جزءاً من المصاريف، ما عدا في الأحوال التي ينص فيها قانون خاص على خلاف ذلك.

يتحمل مصاريف الدعوى الطرف المدني الذي خسرها. غير أنه إذا كانت النيابة العامة هي المثيرة للمتابعة، أمكن للمحكمة بقرار خاص ومعلل أن تعفي الطرف المدني حسن النية الذي خسر الدعوى من المصاريف كليا أو جزئيا.

في حالة الحكم بأداء المصاريف، تبت المحكمة في الإكراه البدني إن اقتضى الحال ذلك. "³ _أناس العبدلاوي علوي : الإكراه البدني في المادة الجنائية : مرجع سابق ص : 59 – 60.

المغربي والتي تنص على أنه: "لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث بفعله فحسب لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده"¹.

هذا، وقد عدد في الفقرات الموالية من نفس المادة مختلف الأشخاص الذين يمكن مساءلتهم عن فعل الغير²، وتبعاً لذلك الحكم عليهم بأداء التعويضات المستحقة للمتضرر من أفعال من هم تحت عهدهم وتحميلهم مصاريف الدعاوى التي يكونوا طرفاً فيها ويخسرونها وانطلاقاً من مسؤوليتهم هذه تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهتهم بكافة الطرق القانونية بما في ذلك إمكانية اللجوء إلى مسطرة الإكراه البدني.

وبالرجوع إلى الفصل 229 من مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة نجدها تنص على انه يعتبر مسؤولاً مدنياً عن فعل الغير فيما يخص الرسوم والمكوس والمصادرات والغرامات والمصاريف بالإضافة إلى الأشخاص المذكورين في الفصل 85 من ق ل ع، مالكو البضائع عن فعل مستخدمهم ومالكو وسائل النقل عن فعل مستخدمهم إلا إذا أثبتت المسؤولية الشخصية للمستخدم المكلف بالسياقة³.

وفي إطار الحكم بالغرامة على الأشخاص مرتكبو الأفعال التي تشكل جنح أو مخالفات جمركية ثبت وقت ارتكابها أنهم في حالة جنون أو أنهم قاصرين، فإن هذه الغرامة في المادة الجمركية غير خاضعة لقواعد أو أحكام وقف التنفيذ باعتبارها تعويضاً مدنياً لجبر الضرر الحاصل من جراء ارتكاب أفعال تشكل جنحاً أو مخالفات جمركية. حيث انه في هذا الصدد ينشأ للإدارة حق على الغرامة في المادة الجمركية منذ ارتكاب الفعل أو من تاريخ الحكم بحسب الأساس المعتمد لتحديدها وان صدر في الفترة الممتدة بين الارتكاب و الحكم قرار أو نص تشريعي يلغي بمقتضاه الجنحة أو المخالفة المرتكبة أو يخفف العقوبة⁴.

ثانياً: الإجراءات المسطرية لتطبيق الإكراه البدني في المادة الجمركية

إن المشرع المغربي كما سبق الذكر يعتبر من بين التشريعات التي أصرت على الإبقاء على الإكراه البدني

¹ _ المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

² _ مامون الكزبري : النظرية العامة للالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الجزء الأول : مصادر الالتزام ، بيروت 1968 ، ص 434.

³ _ الفصل 229 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

⁴ _ الفصل 228 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

على نطاق واسع ، عندما يتعلق الأمر بالديون العمومية من غرامات وضرائب وديون الدولة ومؤسساتها العامة التي تخضع في تحصيلها لمساطر خاصة تناولتها مدونة تحصيل الديون العمومية الصادرة في إطار القانون رقم 15.97 التي جاءت لتوحيد مختلف النصوص القانونية المتفرقة التي كانت سارية في هذا الإطار ولتؤسس لفلسفة جديدة في العلاقة بين المواطن والإدارة وتستجيب للتطورات الحاصلة في ميدان حقوق الإنسان حسب ما جاء في عرض السيد وزير الاقتصاد والمالية في تقديمه مشروع المدونة أمام لجنة المالية بمجلس النواب.¹

فكيف تجري إجراءات مسطرة الإكراه البدني في المادة الجمركية؟

تختلف المسطرة الواجب إتباعها من أجل إكراه المدين بدنيا باختلاف طبيعة الدين المراد تحصيله فبالنسبة للضرائب و الرسوم الجمركية فتخضع إجراءات التحصيل عن طريق الإكراه البدني لمقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية بينما تخضع إجراءات التحصيل المتعلقة بالغرامات الجمركية لقانون المسطرة الجنائية.

وعليه سأتناول مسطرة الإكراه البدني بالنسبة للضرائب والرسوم الجمركية (أ) وبعدها سأدرس مسطرة الإكراه البدني بالنسبة للغرامات الجمركية (ب).

أ- بالنسبة للضرائب والرسوم الجمركية:

الإجراءات المسطرية الواجب إتباعها من أجل إكراه المدين بدنيا من أجل الضرائب والرسوم الجمركية تتمثل في:

- 1-تقديم طلب كتابي إلى رئيس المحكمة الابتدائية :

بعد توفر الشروط المسبقة للتحصيل الجبري، من إشعار المدين، وترخيص رئيس الإدارة بموجب قائمة اسمية تبين المدين أو المدينين، وبقاء درجات التحصيل الأخرى بدون نتائج مرضية يمكن اللجوء إلى الإكراه البدني لتحصيل الرسوم والمكوس والغرامات الجمركية عن طريق تقديم طلب كتابي من طرف

¹ _ الأستاذان عبد الرحمان ابليللا ورحيم الطور: تحصيل الديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة ، سنة 2000 ص 49.

المحاسب المكلف بالتحصيل¹ إلى رئيس المحكمة من اجل تحديد مدة الإكراه البدني ويجب أن يتضمن هذا الطلب البيانات التالية:

- الاسم الشخصي والعائلي للمدين وعنوانه.
 - طبيعة الدين.
 - مبلغ الدين.
 - تاريخ توجيه الإنذار للمدين الملزم.
 - مدة الإكراه البدني المطالب بها.
 - توقيع المحاسب المكلف بالتحصيل.
 - التأشير عليه من لدن المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، ويمكن أن يفوض للمديرين الجهويين وغيرهم من الموظفين القيام بهذا الإجراء.²
- وعليه فإذا كانت المسطرة سليمة من الناحية القانونية، فان قاضي المستعجلات يقوم بتحديد مدة الإكراه البدني تبعا لمبلغ الدين المطالب به وذلك داخل اجل 30 يوما من تاريخ تقديم الطلب.

- 2-إحالة ملف الإكراه البدني على وكيل الملك:

بعد تحديد مدة الإكراه البدني من طرف قاضي المستعجلات يحال الملف فورا على وكيل الملك من اجل تنفيذه حيث يعطي تعليماته للقوة العمومية من اجل تنفيذ تلك المسطرة فإذا أدى المدين الدين أو الغرامة يرجع الملف لمصدره بعبارة:

"التاريخ

يرجع لمصدره بعد الأداء".

وإذا لم يتم العثور على المنفذ عليه أو المكروه يطلب من الضابطة القضائية انجاز مذكرة بحث في حقه وبعد انجازه المسطرة يتم الحفظ إلى حين العثور عليه :

"التاريخ

الحفظ إلى حين العثور على المنفذ عليه".

¹ _ المادة 80 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

² _ المادة 141 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

وإذا كان سن المعني بالأمر يتجاوز 60 سنة أو يقل عن 20 سنة وبصفة عامة من الفئات المستثناة من هذه المسطرة يتخذ ممثل النيابة العامة الإجراء الآتي :

"التاريخ

ترجع المسطرة لمصدرها لحصول مانع قانوني".

- ب - بالنسبة للغرامات والإدانات التقيدية

بخصوص هذا النوع من الديون الجمركية يتعين التفريق بين المحكوم عليه الموجود في حالة سراح الذي تخضع المسطرة الواجب إتباعها بدنيا لمقتضيات الفصل 640 من ق.م.ج. وبين المحكوم عليه الموجود في حالة اعتقال الذي تحكمه مقتضيات الفصل 641 من نفس القانون.

○ حالة المحكوم عليه الموجود في حالة سراح

القاعدة المنصوص عليها في الفصل 640 من ق.م.ج. وهو أنه لا يمكن تطبيق مسطرة الإكراه البدني ضد المحكوم عليه الموجود في حالة سراح ولو نص مقرر قضائي على ذلك إلا بعد موافقة قاضي تطبيق العقوبات بعد التحقق من استيفاء الشروط القانونية المطلوبة.

بعد تبليغ الإنذار بالأداء يبقى بدون جدوى بعد مرور أكثر من شهر من تاريخ التوصل به، يمكن للمحاسب أن يتقدم بطلب تطبيق الإكراه البدني إلى النيابة العامة مرفق ب :

-نسخة من الإنذار؛

-نسخة من الحكم القضائي المراد تنفيذه؛

-نسخة من المستندات المثبتة لعدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين.

تقوم النيابة العامة بعد التحقق من توفر الشروط المطلوبة بإحالة الملف على قاضي تطبيق العقوبات الذي يصدر قرارا بالموافقة إذا ما تبينت له وجهة الطلب وسلامة الإجراءات المستنفذة وتعمل النيابة العامة بمجرد توصلها بالقرار بإصدار أمرها للقوة العمومية بإلقاء القبض على المطلوب تطبيق الإكراه البدني في حقه لقضاء مدة الإكراه البدني المحكوم بها عليه.¹

○ حالة المحكوم عليه الموجود في حالة اعتقال

هذه الحالة عالجتها مقتضيات الفصل 641 من ق.م.ج. والتي وردت بها مقتضيات تطبق على المحكوم عليه المتواجد في حالة اعتقال وتتلخص هذه الإجراءات فيما يلي:

¹ _راجع المادة 640 من قانون المسطرة الجنائية.

- يقدم طلب كتابي من أجل تطبيق الإكراه البدني إلى رئيس المؤسسة السجنية المتواجد بها المطلوب إكراهه بدنياً.

- يوجه رئيس المؤسسة السجنية للمحكوم عليه إنذاراً كتابياً لأداء دينه يشمل التذكير بمقرر الإدانة ومبلغ الغرامة المحكوم بها ومبلغ المصاريف وكذا مدة الإكراه البدني المأمور به. إذا صرح المحكوم عليه بعدم قدرته على الوفاء بدينه ولم يدل بشهادة عوز وبشهادة عدم الخضوع للضريبة فإن رئيس المؤسسة السجنية يحضر محضراً في الموضوع ويرسله على الفور إلى النيابة العامة التي بعد اطلاعها عليه تصدر أمراً بإبقاء المحكوم عليه في السجن لقضاء مدة الإكراه البدني بعد قضاء العقوبة السجنية المحكوم بها عليه¹.

○ حالة وقوع نزاع

إذا وقع نزاع يتم إحضار المطلوب إكراهه بدنياً المقبوض عليه أو الموجود في حالة اعتقال بين يدي رئيس المحكمة التابع لدائرة نفوذها محل القبض أو الاعتقال الذي يبت في النزاع. فإذا كان النزاع يتعلق بسلامة إجراءات الإكراه البدني يبت الرئيس في الأمر بشكل استعجالي ويكون الأمر مشمولاً بالنفاذ المعجل رغم الاستئناف².

أما إذا كان النزاع يستلزم تفسيراً فإن الاختصاص للبت فيه يرجع للمحكمة التي أصدرت المقرر الذي بموجبه تباشر إجراءات الإكراه البدني التي تنظر فيه غرفة المشورة ويمكنها أن تصدر أمراً بإيقاف التنفيذ إلى حين البت في النزاع.

ولا يقبل المقرر الفاصل في النزاع أي طعن ما عدا النقض¹.

¹ - في هذا الإطار أكدت الرسالة الدورية الصادرة من وزير العدل بتاريخ 9 فبراير 2005 والمتعلقة بتطبيق مسطرة الإكراه البدني في الإدانات النقدية حيث جاء فيها أن: "لقد استرعى انتباهي وجود إشكاليات في معالجة مسطرة الإكراه البدني المتعلقة بتحصيل الغرامات والإدانات النقدية المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، ورغبة في توحيد عمل النيابة العامة في هذا الباب، أطلب منكم التقييد بأحكام الإكراه البدني الوارد في قانون المسطرة الجنائية كما نصت على ذلك المادة 134 من مدونة تحصيل الديون العمومية، مع التمييز بين الشخص المحكوم عليه الموجود في حالة سراح والذي يخضع لمقتضيات المادة 640 من قانون المسطرة الجنائية حيث لا يمكن تطبيق الإكراه البدني في حقه إلا بعد موافقة قاضي تطبيق العقوبات وبين الشخص المعتقل الذي يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المادة 641 من نفس القانون، مع إعمال - وفي كافة الأحوال - مقتضيات المادة 262 مكرر من مدونة الجمارك المتعلقة بمدد الإكراه البدني والمادة 132 من مدونة تحصيل الديون العمومية والمادة 264 من مدونة الجمارك المتعلقة بطبيعة الحكم حيث تكون هذه الإدانات النقدية قابلة للتنفيذ بمجرد القرار بها نهائياً وليس مكتسباً لقوة الشيء المقضي به".

- الرسالة الدورية تحت عدد 1 س 3 المؤرخة في 9 فبراير 2005 الصادرة عن وزير العدل - مديرية الشؤون الجنائية والعفو.

² - راجع المادة 643 من قانون المسطرة الجنائية.

الفقرة الثانية: انقضاء الإكراه البدني في المادة الجرمية

إن الإكراه البدني كنظام قانوني قد ينتهي قبل تنفيذه مادامت الغاية المنشودة منه هي الإجبار على الوفاء وليس العقاب على ذلك ويمكن تجنب مفعوله وفق شروط معينة حددها القانون (أولا)، كما قد تعثره حالات التقادم، مما يؤدي إلى انقضاءه (ثانيا).

وبالرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة نجدها لم تحدد لنا الطرق التي ينتهي بها الإكراه البدني، مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة.

- أولا - إنهاء الإكراه البدني وإيقاف أثره:

إن نظام الإكراه البدني كوسيلة استثنائية لتنفيذ المبالغ المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ليست غايتها حبس المدين المحكوم عليه وإنما تهديده والضغط عليه ولذلك قد تنتهي هذه المسطرة الاستثنائية في التنفيذ دون قضاء مدة الحبس لأسباب محددة قانونا.

وهكذا نجد المادة 645 من قانون المسطرة الجنائية تنص على: " يمكن للمحكوم عليهم بالإكراه البدني أن يتجنبوا مفعوله وان يوقفوا سريانه إما بأداء مبلغ من المال كاف لانقضاء الدين من أصل وفوائد وصوائر وإما برضى الدائن الذي سعى إلى اعتقالهم أو بأداء قسط من الدين مع الالتزام بأداء الباقي في تاريخ محدد.

يفرج وكيل الملك عن المدين المعتقل بناء على ثبوت انقضاء الدين أو بطلب من الدائن"².

- ثانيا - تقادم الإكراه البدني:

طبقا للفصل 49 من القانون الجنائي فانه من بين الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء العقوبة أو الإعفاء منها تقادمها، وبذلك فان نظام التقادم يطال الدعاوى ويشمل كذلك العقوبات الأصلية كانت أو الإضافية.

وما يهمننا في هذا الصدد العقوبات المالية دون السالبة للحرية باعتبارها محلا للتنفيذ بواسطة الإكراه

¹ - للتوسع أكثرراجع المواد 599 و600 من قانون المسطرة الجنائية.

- راجع: عبدالرحيم الدافي ابراهيم بوحريث: نظام الإكراه البدني بين التشريع والعمل القضائي؛ مرجع سابق؛ ص 105.

² - المادة 645 من قانون المسطرة الجنائية.

البدني .

وقد عرف المشرع المغربي الغرامة في الفصل 35 من القانون الجنائي بأنها إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لفائدة الخزينة العامة مبلغا معيناً من النقود المتداولة قانوناً في المملكة¹, واعتبرها عقوبة أصلية.

و أداء الغرامة المحكوم بها داخل الأجل القانونية يخلص المحكوم عليه من آثار هذه الإدانة².

وإذا كان تقادم العقوبة الشخصية لا يخضع للوقف أو الانقطاع – عكس تقادم الدعاوى- أي انه يتحقق بمجرد مضي فترة على تاريخ صدور الحكم، فان ما يميز الغرامة وما يرتبط بها هو أن تقادمها ينقطع بكل إجراء من إجراءات التحصيل بمسعى من الجهات المأذون لها بتحصيل تلك الأموال حسب مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 648 من قانون المسطرة الجنائية، وتتقادم إجراءات تحصيل الغرامات المالية في المادة الجمركية بمضي 4 سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها طبقاً للمادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

خاتمة:

على أساس ما سبق، فان نظام الإكراه البدني يعتبر وسيلة من وسائل التنفيذ الجزري التي يمكن من خلالها حمل المدين على أداء المترتب بذمته لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ولو لم يصدر حكم نهائي بذلك، وذلك متى تحققت شروطه وانتفت موانعه، والملاحظ هو أن المشرع المغربي أخذ به في الإجبار على أداء مختلف الأداءات، ومنها الغرامة الجمركية.

¹ _ الفصل 35 من القانون الجنائي.

² _ راجع المادة 648 من قانون المسطرة الجنائية.

مراقبة المحادثات الإلكترونية في التشريعات الفلسطينية والضمانات المتعلقة بها

Monitor electronic conversations in Palestinian legislation and related guarantees

د. عبدالله ذيب محمود

Dr. Abdullah Theeb Mahmmod

أستاذ مساعد

كلية القانون – جامعة الاستقلال

الملخص

تعتبر مراقبة التسجيلات الإلكترونية من أعمال التحقيق التي تقع ضمن اختصاص ورقابة النيابة العامة، فالحصول على موافقة قاضي محكمة الصلح لإجراء المراقبة، يعتبر من الشروط الأساسية لصحة إجراء المراقبة، حيث تعد التسجيلات الإلكترونية من الأدلة الإلكترونية المعترف بها قانوناً، طالما تم إتباع الطريق القانوني السليم الذي رسمه المشرع الفلسطيني في الحصول عليها، فالتسجيلات قد تكون مسموعة أو مقروءة أو مرئية، وبالتالي تعتبر ذات قيمة قانونية سواء كانت تمثل دليل إدانة أو براءة، حيث يمكن للقاضي أن يستخلص قيمتها بعد مراجعتها والإطلاع على تفاصيلها، أو الاستعانة بخبير لتحليلها وخصوصاً إذا لم تكن واضحة.

هذا ويجب مراعاة الجوانب الفنية والتقنية لقبول تسجيل المحادثات الإلكترونية، ومنها التأكد من أن صوت المتحدث يعود للمتهم، وأن المحادثة المكتوبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي لم تتعرض إلى القطع أو الحذف أو التغير بما يغير من معنى الحديث باتجاه إدانة المتهم أو براءته، أو انتحال لهوية الشخص المتحدث، وبالتالي يجب التأكد من شخص المتحدث، والتحقق على المحادثات الإلكترونية بشكل صحيح، والعمل كذلك على حماية تلك التسجيلات من الحذف أو التخريب.

وتجدر الإشارة إلى أن حماية الحياة الخاصة للأفراد يعد مبدأ دستوري وعالي لا يجوز مخالفته بإجراءات المراقبة إلا بالحدود التي رسمها القانون، ذلك أن الحق في الخصوصية قابل للتقييد وعرضة للانتقاص منه وفق الإجراءات القانونية، وخصوصاً في سبيل الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة وفق إجراءات استثنائية ومشددة لا يجوز مخالفتها، فلا يجوز إجراء المراقبة والتسجيل للمحادثات إلا إذا كانت هناك فائدة منها لظهور الحقيقة، بعد موافقة قاضي محكمة الصلح بناء على طلب النائب العام أو أحد مساعديه بمراقبة الاتصالات والمحادثات الإلكترونية وتسجيلاتها والتعامل معها للبحث عن الدليل المتعلق بجناية أو جنحة يعاقب بالحبس عليها بمدة لا تقل عن سنة.

الكلمات الدالة: (التنصت، مراقبة الاتصالات، المحادثات الإلكترونية)

Abstract

Monitoring of electronic recordings is considered an investigation work that falls under the jurisdiction and control of the Public Prosecution. Obtaining the approval of the Magistrate's Court Judge for conducting the monitoring is considered one of the basic conditions for the validity of the monitoring procedure. Electronic recordings are considered to be legally recognized electronic evidence, as long as the proper legal method is followed. Registrations may be audible, readable or visible, and therefore considered to be of legal value, whether they represent evidence of guilt or innocence, where the judge can extract their value after reviewing the details, or seek Expert to analyze, especially if it is not clear.

The technical and technical aspects of accepting the recording of electronic conversations must be taken into consideration, including making sure that the voice of the speaker belongs to the accused, and that the written conversation via social media has not been subject to interruption, deletion or change to change the meaning of the conversation towards the conviction or innocence of the person, or impersonation of the person's identity. The speaker, therefore, must make sure the person the speaker, the reservation of electronic conversations properly, and also work to protect those recordings from deletion or sabotage.

It should be noted that the protection of the private life of individuals is a constitutional and universal principle that may not be violated by surveillance procedures except within the limits set by the law, as the right to privacy is subject to restriction and subject to derogation from it in accordance with legal procedures, especially in order to access the truth and justice in accordance with exceptional and strict procedures. It is not permissible to violate it. It is not permissible to observe and record conversations unless there is a benefit to them for the emergence of the truth, after the approval of the Magistrate of the Magistrate's Court at the request of the Attorney General or one of his assistants to monitor communications and electronic conversations and recordings and deal with them to the sea. (D) Evidence of a felony or misdemeanor punishable by imprisonment of at least one year.

Keywords: (Tapping, Communication Control, Electronic Conversations)

مقدمة

كفلت المواثيق الدولية والداساتير الوطنية حق الإنسان في سرية اتصالاته الشخصية، وبالتالي لا يجوز أن تخضع هذه المكالمات والمحادثات لأي رقابة إلا بموجب أحكام القانون، والتي هي استثناء على القواعد الأساسية الواردة في القانون الأساسي الفلسطيني والتي تنص على قدسية الحرية الشخصية وعدم إخضاعها لأي تدخل من الغير.

إلا أن وقوع بعض الجرائم يستتبع في بعض الحالات إجراء مراقبة المحادثات الالكترونية من قبل الأجهزة المختصة بموجب أحكام القانون، إلا أن هذه المراقبة محصورة بموجب قواعد محددة في قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، والقرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، مع مراعاة مع ورد في القانون الأساسي الفلسطيني من ضمانات تتعلق بهذا الإجراء .

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تناولها لأهم الإجراءات المتبعة في التحقيق في الجرائم الالكترونية، ألا وهو مراقبة المحادثات الالكترونية، فهل هذا الإجراء يمثل انتهاك لقواعد الحرية الشخصية ومساس بالحياة الخاصة للأفراد، أم أن مقتضيات العدالة والتحقيق تستدعي المراقبة بعد السير في الطريق القانوني السليم في إجراء المراقبة، رغم أهمية هذا الإجراء في الكشف عن مرتكبي بعض الجرائم، وبالتالي لا بد من إطار قانوني يوضح الطبيعة القانونية لهذا الإجراء.

إشكالية الدراسة:

تبرز مشكلة الدراسة في الإجابة عن السؤال الرئيسي وهو: ما هو الإطار القانوني الناظم للإجراءات المتبعة في مراقبة المحادثات الالكترونية في التحقيق في الجرائم الالكترونية، وما هي الضمانات المتعلقة بها؟ كما ستجيب الدراسة على مجموعة من الأسئلة وهي على النحو الآتي:

ما هي القيمة القانونية للمحادثات الالكترونية كدليل الكتروني في الجرائم الالكترونية؟

ما هي الإجراءات القانونية الصحيحة المتبعة في مراقبة المحادثات الالكترونية؟

أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى التعرف على الطبيعة القانونية للإجراءات المتبعة في مراقبة المحادثات الالكترونية في التحقيق في الجرائم الالكترونية، كذلك التعرف على الضمانات المتعلقة بهذه الإجراءات، كما تستهدف الدراسة إلى محاولة تفسير وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بمراقبة المحادثات الالكترونية لمعرفة القيمة القانونية لهذه المحادثات الالكترونية في الجرائم الالكترونية، كما تستهدف الدراسة إلى التعرف على الإجراءات المتبعة في مراقبة المحادثات الالكترونية.

منهجية الدراسة :

تقوم هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بمراقبة المحادثات الالكترونية، سواء الواردة في القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، أو النصوص الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2001، وكذلك ما ورد في القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003.

خطة الدراسة:

قسم الباحث الدراسة إلى ثلاث مطالب،

المطلب الأول: ماهية المحادثات الالكترونية في الجرائم الالكترونية

الفرع الأول: تعريف المحادثات الالكترونية

الفرع الثاني: تعريف الجرائم الالكترونية

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في مراقبة المحادثات الالكترونية

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة أمام النيابة العامة في مراقبة المحادثات الالكترونية.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للمحادثات الالكترونية.

المطلب الثالث: الضمانات المتعلقة بحقوق الأفراد فيما يتعلق بالمراقبة

الفرع الأول : القيود الواردة على مراقبة المحادثات الالكترونية.

الفرع الثاني: مدى توافق مراقبة المحادثات مع الحرية الشخصية للأفراد.

المطلب الأول: ماهية المحادثات الالكترونية في الجرائم الالكترونية.

تعتبر المحادثات الالكترونية نوعاً من أنواع الاتصالات المسموعة والمرئية والمكتوبة، حيث أدى التطور التقني الحديث على ظهور العديد من البرامج التي تستخدم في إجراء المحادثات الالكترونية، وبالمقابل لا بد من الإشارة إلى ظهور العديد من صور الجرائم الالكترونية، والتي سيأتي عليها الباحث تبعاً في هذه الدراسة، حيث أصبحت المحادثات الالكترونية عنصراً أساسياً في بعض الجرائم الالكترونية، وبالتالي كانت الحاجة إلى مراقبة المحادثات الالكترونية من أجل المساعدة في الوصول إلى الحقيقة في الجرائم الالكترونية، أو تسهيل الوصول إلى الجناة، أو التأكد أو نفي أي معلومات حول الجريمة.

الفرع الأول: تعريف المحادثات الالكترونية

تعد المحادثات الالكترونية وسيلة للتواصل بين الأفراد، وهي تدخل ضمن إطار الحياة الخاصة للأفراد يتم من خلالها تبادل الأسرار، وبسط الأفكار الشخصية دون حرج أو خشية تنصت الغير وفي مأمّن من الفضول أو استراق السمع، وغالباً ما يكون الشعور بالأمن الشخصي أثناء إجرائها هو الدافع إلى الاسترسال فيها وهو ضمانة أساسية في ذلك، وبالتالي يقصد بالمحادثات الشخصية ما يتبادله شخصان من حوار في مكان خاص سواء بطريقة مباشرة تقليدية أو الكترونية عبر وسائل تكنولوجيا المعلومات المختلفة¹.

وقد عرف القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية تكنولوجيا المعلومات بأنها أي وسيلة إلكترونية مغناطيسية بصرية (كهروكيميائية)، أو أي وسيلة أخرى، سواء أكانت مادية أم غير مادية، أو مجموعة وسائل مترابطة أو غير مترابطة، تستخدم لمعالجة البيانات وأداء المنطق والحساب أو الوظائف التخزينية، وتشمل أي قدرة تخزين بيانات أو اتصالات تتعلق أو تعمل بالاقتران مع مثل هذه الوسيلة، كما عرف القرار بقانون المذكور البيانات والمعلومات الإلكترونية على أنها كل ما يمكن تخزينه أو معالجته أو إنشاؤه أو توريده أو نقله باستخدام تكنولوجيا المعلومات، بوجه خاص الكتابة أو الصور أو الصوت².

2 محمد أبو النجاة، الدعوى الجنائية وفن للتحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 262.

² أنظر نص المادة الأولى من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية.

هذا وتتنوع وسائل التكنولوجيا المتعلقة بالمحادثات الالكترونية، فمنها ما هو سابق لبرامج التواصل

الاجتماعي، كالهواتف الثابتة وهي قديمة نسبياً مقارنة مع وسائل التكنولوجيا الحالية، حيث تطورت هذه الهواتف لكي تصبح هواتف لا سلكية، وتوسعت وتطورت شبكة الاتصالات، إلى أن ظهرت شبكة الاتصالات الدولية (شبكة الانترنت)، أو الشبكة الإلكترونية والتي تعرف على أنها إرتباط بين أكثر من وسيلة لتكنولوجيا المعلومات للحصول على المعلومات وتبادلها، بما في ذلك الشبكات الخاصة أو العامة أو الشبكة العالمية (الإنترنت)¹، الأمر الذي أحدث ثورة كبرى في مجال المحادثات الالكترونية، حيث ظهرت العديد من البرامج للعديد من الشركات، حيث عرف القرار بقانون التطبيقات الالكترونية على أنه برنامج إلكتروني مصمم لأداء مهمة محددة بشكل مباشر للمستخدم أو لبرنامج إلكتروني آخر، يستخدم من خلال وسائل تكنولوجيا المعلومات أو ما في حكمها.

وقد ظهر ما يسمى البريد الإلكتروني، والذي أصبح وسيلة للتواصل والاتصال، وظهرت معه شركات عالمية ك (Gmail)، و (Yahoo) و (Hotmail)، كما ظهرت العديد من برامج التواصل الاجتماعي ك (Face book) و (WhatsApp)، مع الإشارة إلى أن هناك تقديرات عشوائية تتحدث عن وجود ما بين 800 إلى 5000 موقع وتطبيق اجتماعي، ولكن أشهر التطبيقات ما تم ذكره، وأبرزها (Face book)، والذي لا يزال يعتبر البرنامج الأشهر في ميدان المراسلات والتفاعل بين الأصدقاء ونشر الصور والفيديوهات والمنشورات المختلفة بحجم مستخدمين يتجاوز 2 مليار مستخدم نشط شهرياً، وبانتشار شاسع في أكثر من 120 دولة حول العالم.²

هذا وتشمل المحادثات الالكترونية الكلام المكتوب أو المسموع أو إرسال الصور أو الفيديوهات المباشرة أو المسجلة، أو الوثائق والمستندات أو الملفات والبرمجيات، حيث تتحول إلى معلومات الكترونية وبيانات.

الفرع الثاني: تعريف الجرائم الالكترونية

لم يستقر الفقه على تعريف موحد للجريمة الالكترونية كونها متطورة من وقت لآخر، لذلك تعددت التعريفات الفقهية بهذا الخصوص، فقد عرفها الفقه الفرنسي على أنها (مجموعة من الأفعال المرتبطة

¹ أنظر نص المادة 1 من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018.

² للمزيد أنظر الموقع الإلكتروني <https://www.dimofinf.net/blog/s/491/>

بالمعلوماتية والتي يمكن أن تكون جديرة بالعقاب¹

وقد عرفها البعض الآخر بأنها " أية جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية والجريمة التي تشمل من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة إلكترونية"².

ويعرفها البعض الجريمة المعلوماتية على أنها هي: " كل سلوك غير مشروع أو غير قانوني أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو ينقلها³، وتعرف أيضاً بأنها (النشاط الذي تستخدم فيه التقنية الالكترونية الرقمية بصورة مباشرة أو غير مباشرة كوسيلة لتنفيذ الفعل الإجرامي المستهدف)⁴.

هذا وعرفها مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاينة المجرمين المنعقد في فيينا في عام 2000 بأنها "أي جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية أو داخل نظام حاسوب وهذه الجريمة تشمل جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة الكترونية"⁵

ولم يتطرق المشرع الفلسطيني لتعريف الجريمة الالكترونية سواء في التشريعات الجنائية السابقة أو في القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 الخاص بالجرائم الالكترونية، وإنما حدد العديد من المظاهر والأفعال التي تشكل بحد ذاتها جرائم الكترونية وحدد لها العقوبات المناسبة لها .

هذا ويمكننا أن نستخلص تعريف للجرائم الالكترونية، وهو على النحو الآتي: كل فعل غير مشروع جرمه القانون يتعلق بالحاسوب أو النظام الالكتروني أو شبكة الكترونية داخلية أو مستند الكتروني أو شبكة حاسوب أو تطبيق أو برنامج الكتروني تكون هذه الوسائل المذكورة هي محل الجريمة أو وسيلة لارتكاب جرائم أخرى .

وقد وحد القرار بالقانون المفهوم المتعلق بالظواهر الإجرامية المرتبطة بالحاسوب وشبكة الانترنت بأن أطلق عليها مصطلح الجرائم الالكترونية، وهذا المصطلح هو شامل وواسع بحيث انه يتعلق بالبيانات والمعلومات والبرامج والتطبيقات والمستندات والأنظمة المحوسبة، أو أي نظام مرتبط على شبكة الانترنت أو شبكة خاصة أو حكومية، أو المكونات المادية للحاسوب، فكل ما ذكر يصلح أن يكون محلاً للجريمة أو وسيلة لارتكاب جريمة أخرى.

¹ هذا التعريف مشار اليه لدى يوسف المصري ، الجرائم المعلوماتية والرقمية للحاسوب والانترنت، الطبعة الأولى، دار العدالة، مصر، 2011، ص 9.

² حاتم عبد الرحمن، الاجرام المعلوماتية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2003، ص 28.

³ سامى على حامد عباد، الجريمة المعلوماتية واجرام الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 55.

⁴ مصطفى محمد موسى، التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، الطبعة الأولى، مطابع الشركة، مصر، 2003، ص 56.

⁵ تري المويشير، بناء نموذج امي لمكافحة الجرائم المعلوماتية وقياس فاعليته، جامعة نايف، الرياض، 2012، ص 23.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في مراقبة المحادثات الالكترونية

هناك مجموعة من الإجراءات والتي نص عليه المشرع الفلسطيني في القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية تتعلق بمراقبة المحادثات الالكترونية، ولكن يشترط لقيام أمر المراقبة أن تكون هناك جريمة، سواء أكانت جريمة تقليدية أم الكترونية، وأن يكون هناك أحد الأشخاص المشتبهين، حيث نظم القرار بقانون إجراءات المراقبة للمحادثات الالكترونية.

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة أمام النيابة العامة في مراقبة المحادثات الالكترونية.

أصبحت الأساليب التقليدية في البحث والتحري عديمة الجدوى، بسبب استغلال المجرمين التقنيات العلمية الحديثة في تنفيذ أفعالهم الإجرامية، حيث بات من الضروري الاستعانة بالوسائل الحديثة لكشف الجريمة والبحث عن مرتكبها مثل اعتراض المحادثات الالكترونية وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، وهي وسائل أخذ بها المشرع الفلسطيني وأخضعها لمجموعة من القيود، لأن تجاوزها يشكل تعد على الحياة الخاصة للأفراد¹.

وقد رسم المشرع الفلسطيني طريق مراقبة الاتصالات والمحادثات الالكترونية، ابتداء من نص المادة (51) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لعام 2001، حيث منح المشرع النائب العام أو إحدى مساعديه أن يضبط لدى مكاتب البرق والبرقيات والبريد والخطابات والجرائد المكتوبة والطرود المتعلقة بالجريمة، كما يجوز له مراقبة المحادثات السلكية ولا سلكية، وإجراء تسجيلات لأحاديث في مكان خاص بناءً على إذن من قاضي محكمة الصلح متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة في جناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنه، ويجب أن يكون أمر الضبط أو إذن المراقبة أو التسجيل مسبباً، ولمدة لا تتجاوز 15 يوماً قابلة للتجديد مرة واحدة.

وهنا يلاحظ أن المشرع اشترط أن يكون هناك جريمة قائمة مستمرة أو وقعت وانتهت، حيث أن أعمال المراقبة هي جزء من أعمال التحقيق التي تقع ضمن اختصاص النيابة العامة، لكن لطبيعة المراقبة وما

¹ جميلة محلق: اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات والتقاط الصور في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والادارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 42، الجزائر، 2015.

يمكن أن يشكل ذلك الإجراء من تعدد على الحياة الخاصة للأفراد، فقد جعل المشرع أمر المراقبة مبنياً على قرار قاضي محكمة الصلح ولفترة زمنية محدودة، وأن يكون هدف مراقبة التسجيلات والمحادثات استخلاص الحقيقة، وأن يرتبط بالكشف عن جريمة سواء كانت جنحة أو جناية لا تقل عقوبتها عن سنة.

وبذات المعنى جاءت المادة (34) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، حيث أن لقاضي الصلح أن يأذن للنائب العام أو أحد مساعديه بمراقبة الاتصالات والمحادثات الالكترونية وتسجيلها إذا تعلقت بجناية أو جنحة لا تقل عقوبة الحبس عن سنة وذلك لمدة لا تتجاوز (15) يوم وقابلة للتجديد مرة واحدة بناءً على توافر دلائل جدية، وعلى من قام بالمراقبة أو التسجيل أن ينظم محضر بذلك يقدمه للنياحة العامة، ويلاحظ أن ما يميز نص المادة (34) والواردة في من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، عن نص المادة (51) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لعام 2001، هو أن المادة (34) شملت مراقبة المحادثات الالكترونية، مع الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني منح في نص المادة (34) حق مراقبة الاتصالات الفوري بعد حصول النيابة العامة على إذن المحكمة المختصة.

كما أشار المشرع الفلسطيني إلى الاعتراض الفوري للاتصالات، وهو ما نصت عليه المادة (36) من القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، حيث أشار المشرع أن للمحكمة المختصة أن تأذن بالاعتراض الفوري لمحتوى الاتصالات وتسجيلها أو نسخها بناءً على طلب من قبل النائب العام أو احد مساعديه ويتضمن قرار المحكمة جميع للعناصر التي من شأنها التعريف بالاتصالات موضوع طلب الاعتراض والأفعال الموجبة له، ومدته، حيث تكون مدة الاعتراض في الفقرة الأولى من المادة (36) لا تزيد على ثلاثة اشهر من بداية تاريخ الشروع الفعلي في إنجازه، قابلة للتمديد مدة واحدة فقط، كما يتعين على الجهة المكلفة بتنفيذ إذن الاعتراض إعلام النيابة العامة بالتاريخ الفعلي للانطلاق عملية الاعتراض، والتنسيق معها بخصوص اتخاذ التدابير اللازمة لحسن سيرها.

والمقصود بالاعتراض يعني تسجيل المحادثات، واعتراض المراسلات والتتبع السري والمتواصل للمراسلات الخاصة بالمشتببه به ودون علمه، ويعرف انه إجراء تحقيقي لتسجيل المحادثات الالكترونية بشكل سري، تأمر به السلطة القضائية في الشكل المحدد قانوناً بهدف الحصول على دليل غير مادي للجريمة، ويتضمن

من ناحية أخرى استراق السمع إلى الأحاديث، وهو يعتبر أيضاً وسيلة هامة من الوسائل الحديثة للبحث والتحري، وتستخدمها النيابة العامة في مواجهة الجرائم الخطيرة وتتم عبر وسائل الاتصالات الحديثة¹.

هذا ويتميز اعتراض المحادثات الالكترونية بخصائص معينة تساعد على تحديد مفهومه وطبيعة العمل به، حيث يجب أن يكون اعتراض المحادثات الالكترونية دون علم ورضا المشتبه به²، كما أن اعتراض المحادثات إجراء يمس حق الشخص في سرية الحديث، ويمس بحق الإنسان في خصوصية حديثه وهو ما أشارت إليه المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003، مع الإشارة إلى أن اعتراض المحادثات إجراء يساعد دون شك الجهات القضائية والأمنية للوصول إلى أدلة ومعلومات كانت تعتبر شخصية، ولا يمكن المساس بها تحت ذريعة الحريات الشخصية، إلا أن الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة هو المبرر الجوهري للوصول إلى تلك المحادثات والتسجيلات، مع الإشارة إلى أن حالة من الغموض تكتنف نص المادة (36) من القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، سواء من حيث طول مدة الاعتراض، بالإضافة إلى عدم وضوح سبب الاعتراض الفوري للمحادثات.

وهنا لا بد من استخدام أجهزة قادرة على التقاط الأحاديث، حيث أصبح من الضروري إيجاد تقنيات

جديدة ذو فعالية كبيرة لاقتحام خصوصية الأشخاص المشتبه بهم، وخصوصاً مع التطور الذي عرفته العمليات الإجرامية التي شكلت قلقاً رهيباً في أوساط للمجتمع، لذا تستلزم عملية اعتراض المحادثات الالكترونية استخدام أجهزة ذو تقنية واسعة قادرة على التقاط الأحاديث الصوتية أو المكتوبة بدقة وجودة عالية، إلا أن استعمال هذه الوسائل دون أي ضمانات تقيدتها تشكل خطراً على حرية الأفراد، كما أن الشركات الكبرى ك (Face book) و (WhatsApp) و (gmail) تحمي محادثات مستخدميها، وتستخدم في ذلك تقنيات التشفير المختلفة، وبالتالي لا بد من الحصول على موافقة تلك الشركات لإجراء المراقبة، كما يجب على تلك الشركات الإلتزام والإستجابة لما يصدر عن النيابة العامة من إجراءات قانونية سليمة للوصول إلى إذن المراقبة، وذلك كون إجراء المراقبة عمل من أعمال التحقيق في الجرائم التي تقع ضمن إختصاص النيابة العامة، وبالتالي يحذر معارضة أعمال النيابة العامة، حيث يؤدي ذلك إلى تعطيل إجراء

¹ ياسر الامير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجزائية، دار المطبوعات، جامعة القاهرة، ط 1، 2009، ص 150.

² خداوي مختار، إجراءات البحث والتحري الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر، 2016، ص 31.

المراقبة وبالتالي إعاقة الوصول إلى الحقيقة¹.

هذا وتعتبر تقنية التنصت على المحادثات الالكترونية بطريقة قانونية مشروعة من خلال الإلتزام بالإجراءات المنصوص عليها في التشريعات ذات العلاقة، وما ينتج عنها من تسجيلات، أدلة الكترونية لها قيمتها القانونية، حيث تتمثل تلك التسجيلات بأحاديث شخصية تصدر عن الغير من أقوال وأحاديث تقنع القاضي وتفيد في الكشف عن الجريمة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتسجيل المحادثات الالكترونية.

يعرف تسجيل المحادثات بأنه (نوع من استراق السمع على الأحاديث الخاصة والمحادثات خلسة دون علم صاحبها بواسطة أجهزة الكترونية أسفر عنها النشاط العلمي الحديث)²، ويعرف أيضاً (حفظ الأحاديث الخاصة على المادة المخصصة لإعادة الاستماع إليها)، وقد كان هذا التعريف هو المعتمد الأساسي باعتباره أكثر شمولاً وتوضيحاً بتسجيل المحادثات، وقد اعتمدت عملية التسجيل الصوتي في السابق على وضع الرقابة على المكالمات الهاتفية، ونقل الأحاديث وتسجيلها، ويتم عن طريق وضع ميكروفونات حساسة تستطيع التقاط الأصوات وتسجيلها على أجهزة خاصة، كما يتم عن طريق التقاط الإشارات اللاسلكية، حيث كانت تعد تلك الإجراءات من قبيل الإجراءات التحقيق والتي تحركها النيابة العامة بقصد الحصول على الحقيقة.

وقد تطورت أجهز مراقبة المحادثات الالكترونية، وظهرت تقنيات حديثة جعلت من عمليات المراقبة سهلة ويسيرة، وبالتالي فإن يمكننا تعريف تسجيل المحادثات الإلكترونية بأنه "تسجيل ما يدور بين الأفراد من كلام مكتوب أو مسموع أو مسجل أو مرئي، والمرسل أو المحفوظ عبر وسائل تكنولوجيا المعلومات المختلفة، وحفظه كدليل إلكتروني معتمد قانونياً".

وعليه فإن الطريق الصحيح الذي رسمه المشرع لمراقبة المحادثات الالكترونية هو من خلال النائب العام أو أحد مساعديه بناء على قرار محكمة الصلح المختصة، حيث يوجه الأمر إلى مأموري الضبط القضائي،

¹ وهو ما يتفق مع نص المادة (40) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية والتي تنص على أنه (فيما عدا الإلتزامات المهنية المنصوص عليها في القانون، لا يجوز الاستناد إلى أسرار المهنة أو مقتضياتها للامتناع عن تقديم المعلومات أو الوثائق التي تطلب وفقاً لأحكام القانون).

² محمد ابو النجاة، الدعوى الجنائية وفن التحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 262.

وخصوصاً وحدة الشرطة الالكترونية، والمشكلة بموجب القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، والتي يمتلك أفرادها قدرت فنية وتقنية لمراقبة المحادثات الخاصة بالمشتبه فيهم خلال فترة زمنية محددة وبسريرة تامة، كما يمكن مخاطبة الشركة صاحبة الخدمة، والتي يقع على عاتقها التعاون مع النيابة العامة بموجب أحكام القرار بقانون، حيث تقوم بتسجيل المحادثات الالكترونية لمشتبه فيهم بعد الحصول على أمر النيابة العامة المسبب، أو تسهل عملية تسجيل المحادثات، وهو ما أكدت عليه المادة (31) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، حيث نصت على أنه " يلتزم مزود الخدمة، وفقاً للإجراءات القانونية المقررة بالآتي: 1. تزويد الجهات المختصة بمعلومات المشترك التي تساعد في كشف الحقيقة، بناءً على طلب النيابة أو المحكمة المختصة. 2. حجب رابط أو محتوى أو تطبيق على الشبكة الإلكترونية بناءً على الأوامر الصادرة إليها من الجهات القضائية، مع مراعاة الإجراءات الواردة في المادة (39) من هذا القرار بقانون. 3. الاحتفاظ بمعلومات المشترك لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات لغايات ما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة. 4. التعاون ومساعدة الجهات المختصة وبناءً على قرار قاضي المحكمة المختصة في جمع أو تسجيل المعلومات أو البيانات الإلكترونية والاحتفاظ المؤقت بها"، ولا يمكنها أن تتذرع بالمهنية في عدم تسجيل أو مراقبة المحادثات الالكترونية، وهو ما أكدت عليه المادة (40) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية، حيث نصت على أنه " فيما عدا الالتزامات المهنية المنصوص عليها في القانون، لا يجوز الاستناد إلى أسرار المهنة أو مقتضياتها للامتناع عن تقديم المعلومات أو الوثائق التي تطلب وفقاً لأحكام القانون".

ويلاحظ مما سبق، أن عملية مراقبة المحادثات الالكترونية باتت أسهل، وخصوصاً إذا كانت هناك جهات مختصة ببناء على إذن قضائي بالتوازي مع التقدم التقني السريع في برامج الحاسوب والشبكات، مع الإشارة إلى أن الهواتف الخلوية يمكن تحميلها بتطبيقات الكترونية بكل يسر لتسجيل المحادثات التي يجريها صاحب الهاتف، لكن هل تصلح تلك المحادثات كدليل إثبات؟ وهنا نقول أن تلك المحادثات إذا تم الحصول عليها بطريقة مشروعة، أي تم تقديمها من قبل أحد أطراف تلك المحادثة، فإنه يمكن اعتبارها دليل إثبات أو نفي بعد التأكد الفني من صوت المتحدث، لأن الغاية هي الوصول إلى الحقيقة، مع مراعاة الحريات الشخصية والحياة الخاصة للأفراد، أما إذا تم تقديمها من طرف ثالث لا علاقة له بالمحادثة الهاتفية فإن هذا التسجيل لا يصلح كدليل في الجريمة، لكن ماذا لو قام احدهم بتسجيل حوار يدور

داخل جلسة خاصة بين مجموعة من الأفراد دون أن يعلموا به، واستند إلى ذلك التسجيل لإدانة احدهم أو نفي الجريمة عن احدهم؟ وهنا نقول أن ذلك التسجيل يشكل انتهاك للحقوق والحريات، وهو يخرج عن الطريق المشروع الذي رسمه المشرع الفلسطيني لاعتبار التسجيل دليل في الجريمة الالكترونية أو الجريمة التقليدية، وبالتالي فإن هذا التسجيل غير قانوني، بل ويحاكم صاحبه بتهمة تسجيل محادثات عن الحياة الخاصة للأفراد دون علمهم.

هذا وتعتبر مراقبة التسجيلات الإلكترونية من أعمال التحقيق التي تقع ضمن اختصاص ورقابة النيابة العامة، بعد الحصول على موافقة قاضي محكمة الصلح، كما وتعتبر التسجيلات الالكترونية من الأدلة الالكترونية المعترف بها، طالما تم إتباع الطريق القانوني السليم الذي رسمه المشرع في الحصول عليها¹، حيث يمكن أن تكون عبارة عن تسجيلات مسموعة أو مقروءة أو مرئية، وبالتالي تعتبر ذات قيمة قانونية سواء كانت تمثل دليل إثبات أو نفي، حيث يمكن للقاضي أن يستخلص قيمتها بعد مراجعتها والإطلاع على تفاصيلها، أو الاستعانة بخبير لتحليلها وخصوصاً إذا لم تكن واضحة.

وبالتالي فإن التسجيلات الإلكترونية تشكل دليلاً معترفاً به إذا أخذت وفق الأصول القانونية، وهو ما جاء مطابق لنص المادة (37) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي: " يعتبر الدليل الناتج بأي وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات أو أنظمة المعلومات أو شبكات المعلومات أو المواقع الإلكترونية أو البيانات والمعلومات الإلكترونية من أدلة الإثبات"، حيث يجب المحافظة عليه، وتحريره بالشكل المناسب حتى لا يتعرف للإتلاف.

المطلب الثالث: الضمانات المتعلقة بحقوق الأفراد فيما يتعلق بالمراقبة

تعد مراقبة المحادثات الهاتفية والاتصالات الالكترونية نوعاً من الإطلاع على الرسائل، والمكالمات الهاتفية تتضمن بعض أسرار الحياة الخاصة للمرسل والغير، وبالتالي لا يجوز للغير الإطلاع على هذه المراسلات². فالإطلاع على تسجيلات ومكالمات الآخرين يعد انتهاك لحرمة الحياة الخاصة، إلا أن المشرع

¹ أنظر المادة (2/32) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية .

² سامي جلال فقي حسين، التفتيش في الجرائم المعلوماتية دراسة تحليلية ، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 287.

أوجد سبباً من أسباب التبرير والإباحة، وهو إجازة القانون، ولذلك فإن هناك قيود مفروضة على هذا الإجراء، وهو ما سنتحدث عنه فيما يلي:

الفرع الأول: القيود الواردة على مراقبة المحادثات الالكترونية.

لقاضي الصلح أن يأذن للنائب العام أو أحد مساعديه بمراقبة الاتصالات والمحادثات الالكترونية وتسجيلها إذا تعلقت بجناية أو جنحة لا تقل عقوبة الحبس عن سنة، وذلك لمدة لا تتجاوز 15 يوم وقابلة للتجديد مرة واحدة بناءً على توافر دلائل جدية، وعلى من قام بالمراقبة أو التسجيل أن ينظم محضر بذلك يقدمه للنيابة العامة.

وحتى تكون مراقبة المحادثات الالكترونية صحيحة، يجب أن يصدر إذن المراقبة من قاضي محكمة الصلح، كما يشترط وقوع الجريمة قبل صدور الإذن، أما إذا كانت الجريمة لم تقع بعد، فلا نرى ضرورة لقبول مثل ذلك الأمر بالتسجيل، لأنه ينطوي على اعتداء واضح وصرح على حق الفرد في الخصوصية الذي كفله القانون ما دامت مبررات هذا الإجراء غير قائمة¹، وهو ما نصت عليه المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 (من أن كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر)، كما أن المراقبة يجب أن تكون لفترة زمنية محدودة، وذلك لمدة لا تتجاوز 15 يوم وقابلة للتجديد مرة واحدة، وأن يكون هدف مراقبة التسجيلات والمحادثات استخلاص الحقيقة، وأن يرتبط بالكشف عن جريمة سواء كانت جنحة أو جناية لا تقل عقوبتها عن سنة.

هذا ويجب مراعاة الجوانب الفنية والتقنية لقبول تسجيل المحادثات الإلكترونية، ومنها التأكد من أن صوت المتحدث يعود للمتهم، وأن المحادثة المكتوبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي لم تتعرض إلى القطع أو الحذف أو التغيير بما يغير من معنى الحديث باتجاه إدانة المتهم أو براءته، أو إنتحال لهوية الشخص المتحدث، وبالتالي يجب التأكد من شخص المتحدث، والتحفظ على المحادثات الإلكترونية بشكل صحيح،

¹ أنظر نص (المادة 12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنص على عدم المساس بخصوصيات الإنسان وعائلته وبيته ومراسلاته وعدم المساس بشرفه وكرامته وسمعته، والجميع لهم الحق في الحصول على حماية القانون ضد هذه الجرائم، وكذلك نص (المادة 17) الوارد بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

والعمل كذلك على حماية تلك التسجيلات من الحذف أو التخريب، كما تنص المادة (4/33) من قرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 " إذا استحال إجراء والتحفيز بصفة فعلية يتعين حفاظاً على أدلة الجريمة استعمال كافة الوسائل المناسبة لمنع الوصول والنفوذ إلى بيانات المخزنة بنظام المعلومات".

ويلاحظ مما سبق أن التسجيل الناتج عن مراقبة الاتصالات والمحادثات الالكترونية يعتبر دليلاًً الكترونياً سواء كان من أدلة البراءة أو الإدانة، وبالتالي فإن الدليل الالكتروني يعتبر باطلاً إذا تم الحصول عليه بشكل مخالف للقانون، فإذا شاب إجراءات مراقبة التسجيلات الالكترونية أي عيب فإنه يبطلها، ولهذا الأمر أهمية بالغة لما يترتب على بطلان الدليل من آثار، فإذا كان الدليل الباطل هو الدليل الوحيد فلا يصح الاستناد إليه في إدانة الجاني¹، وهو ما يتفق مع المادة (38) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018، بخصوص التسجيلات الإلكترونية التي يمكن الحصول عليها من دول أخرى نتيجة الاتفاقيات والتعاون الدولي، حيث تنص المادة (38) على أن " تعتبر الأدلة المتحصل عليها بمعرفة الجهة المختصة أو

جهات التحقيق من دول أخرى، من الإثبات طالما أن الحصول عليها قد تم وفقاً للإجراءات القانونية

والقضائية للتعاون الدولي".

هذا ويعتبر الاختراق، أو الدخول الغير مشروع على المحادثات الالكترونية أو التنصت عليها أو نسخها أو الإطلاع عليها من الأفعال المجرمة، حيث عرف المشرع الفلسطيني في المادة الأولى منه الالتقاط على أنه مشاهدة البيانات أو المعلومات أو الحصول عليها، أما الاختراق فقد عرفه على أنه الدخول غير المصرح به أو غير المشروع لنظم تكنولوجيا المعلومات أو الشبكة الإلكترونية.

وعليه تعتبر مراقبة المحادثات الالكترونية بطريقة غير مشروعة من الجرائم التي وضع المشرع الفلسطيني عقاب على من يرتكها، حيث أن الغاية من ذلك حماية الحياة الخاصة للأفراد، حيث رسم المشرع الطريق الصحيح من أجل مراقبة هذه المحادثات ضمن إجراءات صارمة ومحددة.

¹ اسامة بن غانم العبيدي، الدليل في الجرائم المعلوماتية، معهد الإدارة العامة، الرياض، 2010، ص 104.

الفرع الثاني: مدى توافق مرقبة المحادثات مع الحرية الشخصية للأفراد.

يعتبر الحق في الخصوصية من الحقوق الأساسية للأفراد، وهو ما نصت عليه المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 (من أن كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر)، وهو ما نصت عليه المواثيق الدولية أيضاً كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث جاءت المادة الثانية عشرة من هذا الإعلان لتنص على أن "لا يعرض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل"¹، فحرمة الحياة الخاصة مبدأ دستوري لا يجوز الإخلال به إلا وفق الإجراءات المسموح فيها وفق القانون.

ويضاف إلى ما سبق، ما جاء به العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية²، وتحديداً المادة (17) حيث جاءت هذه المادة مشابهة للمادة الثانية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث نصت على انه "١. لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته. 2. من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس"³.

يضاف إلى ذلك أن انتهاك الحق في الخصوصية يشكل خرقاً للواجب الملقى على عاتق الدول بموجب الإعلان المتعلق بحق ومسؤولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف فيها عالمياً⁴، حيث ورد في المادة الثانية منه "يقع على عاتق كل دولة مسؤولية وواجب رئيسيين في حماية وإعمال جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية"، فحق الإنسان في

¹ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، أنظر موقع الأمم المتحدة على شبكة الانترنت

<https://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights/index.html>

² انضمت دولة فلسطين في عام 2014 إلى العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

³ العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، صدر في 16 كانون الأول 1966، ودخل حيز النفاذ في 3 كانون الثاني 1976.

⁴ الإعلان المتعلق بحق ومسؤولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها عالمياً اعتمد ونشر

على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1444/35 المؤرخ في 9 كانون الأول/ ديسمبر 1998

الخصوصية هو من أبرز حقوق الإنسان المكفولة بموجب كافة الدساتير في دول العالم المختلفة، يضاف إلى ذلك التوجيه الأوروبي رقم (46/1995) الصادر عن البرلمان الأوروبي¹، وتحديداً المادة الثانية منه والتي بدورها أكدت على حق الأفراد في الحفاظ على خصوصيتهم ومراعاة حقوق الإنسان وحرياتهم الأساسية لا سيما الحق في الخصوصية.

ويلاحظ مما سبق أن حق وحرمة الحياة الخاصة مبدأ دستوري وعالمي لا يجوز مخالفته بإجراءات المراقبة إلا بالحدود التي رسمها القانون، ذلك أن الحق في الخصوصية قابل للتقييد وعرضة للانتقاص منه وفق الإجراءات القانونية، وخصوصاً في سبيل الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة وفق إجراءات استثنائية ومشددة لا يجوز مخالفتها، فلا يجوز إجراء المراقبة والتسجيل للمحادثات إلا إذا كانت هناك فائدة منها لظهور الحقيقة، بعد موافقة قاضي محكمة الصلح بناء على طلب النائب العام أو أحد مساعديه بمراقبة الاتصالات والمحادثات الإلكترونية وتسجيلاتها والتعامل معها للبحث عن الدليل المتعلق بجناية أو جنحة يعاقب بالحبس عليها بمدة لا تقل عن سنة، وذلك لمدة ١٥ يوم قابلة للتجديد مرة واحدة بناءً على توافر دلائل جديّة وعلى من قام بالمراقبة أو التسجيل أن ينظم محضراً بذلك يقدمه

للياباة العامة².

وفي ذات السياق تجدر الإشارة إلى الاعتراض الفوري للمحادثات، والذي نكون مدته لا تزيد على ثلاثة اشهر والقابل للتتمديد مرة واحدة حيث أن هناك حالة من الغموض تكتنف نص المادة (36) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، حيث لم يوضح المشرع الفلسطيني الأساس القانوني للاعتراض الفوري للمحادثات، هل هو بناء على جريمة، أم لأسباب أمينة، أو غيرها، وهنا كان يفضل على المشرع أن لا يخرج عن الأسس العامة المتعلقة بمراقبة المحادثات، وأهمها مراعاة حرمة الحياة

¹ الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 24\10\1995 بشأن حماية الأفراد فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وبشأن حرية حركة تلك البيانات EC\ التوجيه رقم 95\46

² أنظر المادة (41) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، والتي تنص على (تلتزم أجهزة الدولة ومؤسساتها وهيئاتها والجهات والشركات التابعة لها بالاتي: 1. اتخاذ التدابير الأمنية الوقائية اللازمة لحماية أنظمتها المعلوماتية، ومواقعها الإلكترونية، وشبكاتنا المعلوماتية، والبيانات والمعلومات الإلكترونية الخاصة بها. 2. الإسراع في إبلاغ الجهة المختصة عن أي جريمة منصوص عليها في هذا القرار بقانون، فور اكتشافها أو اكتشاف أي محاولة للانتقاط أو الاعتراض أو التنصت بشكل غير مشروع، وتزويد الجهة المختصة بجميع المعلومات لكشف الحقيقة. 3. الاحتفاظ ببيانات تكنولوجيا المعلومات، ومعلومات المشترك لمدة لا تقل عن (120) يوماً، وتزويد الجهة المختصة بتلك البيانات. 4. التعاون مع الجهة المختصة لتنفيذ اختصاصاتها).

الخاصة للأفراد، وأن يكون هناك جريمة لا تقل عقوبتها عن سنة، وأن لا تطول مدة الاعتراض، حيث يأخذ على النص القانوني أن جعل مدة الاعتراض ستة أشهر، وهذه مدة طويلة جداً تجعل من حرمة الحياة الخاصة مباحة بسبب طول مدة المراقبة، وهو ما أشار إليه المشرع الفلسطيني بأن مدة الاعتراض في الفقرة الأولى من المادة (36) لا تزيد على ثلاثة اشهر من بداية تاريخ الشروع الفعلي في إنجازه، قابلة

للتמיד مدة واحدة فقط.

الخاتمة

أولاً: النتائج :

1. تعتبر مراقبة التسجيلات الإلكترونية من أعمال التحقيق التي تقع ضمن اختصاص ورقابة النيابة العامة، بعد الحصول على موافقة قاضي محكمة الصلح لإجراء المراقبة، كما وتعتبر التسجيلات الإلكترونية من الأدلة الإلكترونية المعترف بها، طالما تم إتباع الطريق القانوني السليم الذي رسمه المشرع في الحصول عليها، حيث يمكن أن تكون عبارة عن تسجيلات مسموعة أو مقروءة أو مرئية، وبالتالي تعتبر ذات قيمة قانونية سواء كانت تمثل دليل إدانة أو براءة، حيث يمكن للقاضي أن يستخلص قيمتها بعد مراجعتها والإطلاع على تفاصيلها، أو الاستعانة بخبير لتحليلها وخصوصاً إذا لم تكن واضحة.

2. يقع على مزود الخدمة التعاون ومساعدة الجهات المختصة وبناءً على قرار قاضي المحكمة المختصة في جمع أو تسجيل المعلومات أو البيانات الإلكترونية والاحتفاظ المؤقت بها.

3. يجب مراعاة الجوانب الفنية والتقنية لقبول تسجيل المحادثات الإلكترونية، ومنها التأكد من أن صوت المتحدث يعود للمتهم، وأن المحادثة المكتوبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي لم تتعرض إلى القطع أو الحذف أو التغيير بما يغير من معنى الحديث باتجاه إدانة المتهم أو براءته، أو انتحال لهوية الشخص المتحدث، وبالتالي يجب التأكد من شخص المتحدث، والتحفظ على المحادثات الإلكترونية بشكل صحيح، والعمل كذلك على حماية تلك التسجيلات من الحذف أو التخريب.

4. تعتبر حماية الحياة الخاصة للأفراد مبدأً دستوري وعالمي لا يجوز مخالفته بإجراءات المراقبة إلا بالحدود التي رسمها القانون، ذلك أن الحق في الخصوصية قابل للتقييد وعرضة للانتقاص منه وفق الإجراءات القانونية، وخصوصاً في سبيل الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة وفق إجراءات استثنائية ومشددة لا يجوز مخالفتها، فلا يجوز إجراء المراقبة والتسجيل للمحادثات إلا إذا كانت هناك فائدة منها لظهور الحقيقة، بعد موافقة قاضي محكمة الصلح بناء على طلب النائب العام أو أحد مساعديه بمراقبة الاتصالات والمحادثات الإلكترونية وتسجيلاتها والتعامل معها للبحث عن الدليل المتعلق بجناية أو جنحة يعاقب بالحبس عليها بمدة لا تقل عن سنة.

5. يشكل تسجيل المحادثات دون إتباع الإجراءات القانونية الصحيحة جريمة دخول غير مشروع على المحادثات الالكترونية، ويجعل من الدليل الإلكتروني باطلاً ولا يجوز الاستناد إليه.

التوصيات :

1. هناك حالة من الغموض تكتنف المادة (36) من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية، حيث لم يوضح المشرع الفلسطيني الأساس القانوني للاعتراض الفوري للمحادثات، هل هو بناء على جريمة، أم لأسباب أمينة، أو غيرها، وهنا كان يفضل على المشرع أن لا يخرج عن الأسس العامة المتعلقة بمراقبة المحادثات، وأهمها مراعاة حرمة الحياة الخاصة للأفراد، وأن يكون هناك جريمة لا تقل عقوبتها عن سنة، وأن لا تطول مدة الاعتراض.
2. العمل على إضافة مادة إلى القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية تتعلق بآلية تسجيل المحادثات عبر مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة، وخصوصاً مع الإنتشار الكبير لهذه البرامج، حيث أن هناك حالة من الغموض تكتنف تسجيل تلك المحادثات، بمعنى هل هناك حاجة لاختذ اذن من تلك المواقع لمراقبة مستخدمي تلك البرامج أم لا.
3. العمل على إقرار قانون إجرائي يتضمن القواعد الخاصة بالمراقبة والتفتيش والضبط في المجال الإلكتروني، وكذلك النص من خلاله على الأدلة الالكترونية وحجيتها في الاثبات.

أي دور للعقوبة السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك؟

ابن الشيخ عبد الإله،

باحث في صف الدكتوراة

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية الاجتماعية

السوسبي، الرباط

مقدمة

تسعى السياسة العقابية في الميدان الاقتصادي إلى تحقيق هدفين أساسيين هما: ردع الأفراد وحماية النظام العام الاقتصادي، فالردع يراد به منع الجاني من العود إلى الجريمة والحيلولة دون اقتداء غيره به، أما حماية النظام العام الاقتصادي فيراد بها تصحيح المعاملات المالية، وإعادة التوازن إلى الوضع المالي المنخرم بفعل الجريمة، وكان بذلك لزاما على المشرع أن يتوخى سياسة ردعية تعتمد التنوع في العقوبات للوصول إلى تحقيق غايات السياسة العقابية.

وقد اتضح أن السياسة العقابية الحديثة أصبحت تفترض تنوعا في وسائل التصدي للظاهرة الإجرامية التي لم تعد تنطلق من نفس الدوافع ولا تسعى إلى تحقيق نفس الغايات ولذلك فأغلب الدراسات العلمية ما انفكت تؤكد أن التعامل مع الإجرام في الميدان الاقتصادي يجب أن يكون بصيغ مختلفة.

ولذلك، فإن السياسة الردعية المعتمدة تكشف عن خصوصية مقارنة بالقانون الجنائي الكلاسيكي، فإذا كان المشرع يكرس الطابع الجزائي والجزري في العقوبات إيمانا منه بأن تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية وردع المخالفين لمقتضياتها، لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال فرض عقوبات تتلاءم مع الخطورة الإجرامية للمخالفين، فإن ضمان نجاعة السياسة الاقتصادية فرض أيضا على المشرع الجنائي اعتماد مفاضلة بين العقوبات التي تخدم المصلحة الاقتصادية وفئة المستهلكين، الأمر الذي تغيرت معه طبيعة ووظيفة العقوبة⁽¹⁾.

هكذا، يبدو جليا أن التشريعات الجنائية توظف عموما في حماية المستهلك نوعا أو أنواعا من العقوبات، كون المشرع يفترض تلاؤمها مع مواجهة الظاهرة الإجرامية التي تمس المستهلك وحقوقه، ما

¹ - إهاب الروسان، "خصائص الجريمة الاقتصادية: دراسة في المفهوم والأركان"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 7 يونيو 2012 همزة العربية القاهرة 1993، ص. 101.

يستدعي استقراء موقف المشرع المغربي من هذه المسألة.

وتأسيسا على ذلك، يطرح هذا الموضوع إشكالية محورية حول مدى نجاح المشرع المغربي، وبعض التشريعات المقارنة، في التعامل مع العقوبة السالبة للحرية خلال توظيفها لمعالجة الظاهرة الإجرامية في العالم الاستهلاكي؟

كما تتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات بهم أبرزها خصوصيات العقوبة السالبة للحرية في هذا النمط من الإجرام؟ وما هو التصور الفقهي لاستعمالها في صد الجرائم الاستهلاكية؟ هل من المناسب اعتماد العقوبات السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك؟ وما هو القدر الملائم لها؟ طويلة أو متوسطة أو قصيرة الأمد؟ ثم ما هي الاعتبارات التي تبرر ذلك؟ وهل يسهم توظيف هذه العقوبة لردع المخالفين لتشريعات حماية المستهلك في مساندة المشرع المغربي للتوجهات الحديثة للسياسة العقابية؟

لذا، ومن أجل التطرق إلى تلك النقاط، ارتأيت تقسيم هذا الموضوع على الشكل التالي:

المطلب الأول: التصور الفقهي.

المطلب الثاني: موقف المشرع المغربي.

المطلب الأول: التصور الفقهي

يغلب الإعتقاد لدى الفقه الجنائي بأن العقوبات السالبة للحرية التي نص عليها المشرع كعقوبة جنائية عن مخالفة القواعد المتصلة بتنظيم العلاقات الناشئة عن بعض العقود الاستهلاكية لا تتلاءم وطبيعة هذه العلاقات، لأن هذه العلاقات بطبيعتها علاقات مدنية، وتتناقف مبدئياً مع التجريم، كما أن تلك العقوبات محل نظر لجملة من الأسباب، منها عدم الفعالية، والمساعدة على انتشار الإجرام، وعدم التجانس بين الفعل المجرم والعقوبة، فضلاً عن كبح هذه العقوبات للتنمية وكلفتها المالية، وهي الأسباب التي تنطرق إليها تباعاً بشيء من التفصيل.

الفقرة الأولى: عدم الفعالية

يبدو لفريق من الفقه الدارس للعقوبات السالبة للحرية التي نص عليها المشرع لمخالفة القواعد والأحكام المقررة بشأن بعض العقود الإستهلاكية أن هذه العقوبات عديمة الفاعلية، ولم تحقق الهدف الذي كان يسعى إليه المشرع من النص عليها، ذلك أن هذه العقوبات لم تمنع مخالفة الأحكام التي وضعت من أجلها⁽¹⁾، فمثلاً العقوبات السالبة للحرية التي نص عليها مشرع قانون قمع الغش فيما يتبايع الناس فيه لم تمنع ارتكاب هذا الغش، كذلك لم تمنع تلك العقوبات المقررة في قانون حرية الأسعار و المنافسة من ارتكاب الجرائم التي نص عليها المشرع فيه، بل يلاحظ أن تلك الجرائم في ازدياد مضطرد ومستمر، وأسفرت المعاملة العقابية في السجون عن تشويه شخصية السجين الذي يخرج من السجن حاملاً ثقافة السجن بكل أبعادها السيئة لكي يعيش في المجتمع، وفي إطار هذه النتيجة العلمية ظهر اتجاه في السياسة الجنائية يسير إلى الحد من العقوبات المقيدة للحرية تحت إسم الحد من العقاب.

الفقرة الثانية: المساعدة على انتشار عدوى الإجرام

تؤدي العقوبات السالبة للحرية التي نص عليها المشرع في مجال العلاقات التعاقدية الإستهلاكية إلى انتشار الإجرام، لأن الحكم بهذه العقوبات كجزاء لمخالفة علاقات تعاقدية مدنية يؤدي إلى إيداع عدد كبير من أطراف هذه العلاقات داخل السجون، ولا تتوفر في حق هؤلاء صفة الإجرام الطبيعي أو التلقائي ويتيح لهم الإختلاط بغيرهم من فئات المجتمع.

¹ - حسن عبد المومن بدران، "العقد والجزاء الجنائي"، دار النهضة العربية القاهرة 1993، ص. 46 وما يليها.

ومما لا شك فيه كما يرى جانب من الفقه المصري أن اختلاط المحكوم عليهم داخل السجون يعتبر من أهم الأسباب الرئيسية لانتشار عدوى الإجرام، وعلى ذلك الأساس يرى جانب آخر أن هذا النوع من العقوبات محل نظر وغير جديرة بالتأييد⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة: عدم التجانس بين العقوبة والفعل الجرمي

يمكن القول أيضا في نقد العقوبات السالبة للحرية التي ينص عليها القانون في مجال العلاقات الإستهلاكية بأنه لا يوجد تجانس بينها وبين طبيعة ونوع المخالفة التي توقع بشأنها، ذلك أن تلك المخالفات إنما ترتكب بهدف جمع المال والحصول عليه، وذلك يسري على المخالفات التي تقع خرقا لأحكام التموين والتسعير الجبري للسلع والغش فيها، وهذا ما يشكل الأساس الذي يستند عليه الفريق الذي يرى أن الجزاء المناسب لتلك الجرائم الإستهلاكية هو العقوبات المالية وليس العقوبات السالبة للحرية حتى يمكن تفويت الفرصة والهدف الذي يسعى إليه الجاني وهو جمع وتحصيل المال، الشيء الذي يفرض في كل عقاب جنائي يفكر المشرع في استعماله ان يفكر في البعد المالي الناتج عن هذا الجزاء بعد تطبيقه.

الفقرة الرابعة: العبء المالي للعقوبات السالبة للحرية

ينتقد الفقه الجنائي أيضا العقوبات السالبة للحرية التي يقررها القانون في مجال العلاقات الإستهلاكية بالنظر إلى ما تحمله للدولة من عبء مالي باهض وليس من السهل الإستهانة به خصوصا عند تنفيذها، فالدولة تتحمل هذه الأعباء المالية نتيجة إنفاقها على المحكوم عليهم بهذه العقوبات بسبب إعداد وتجهيز أماكن تنفيذها أو بسبب قيامها بتوفير الغذاء والكسوة والعلاج لهم، كما أن هذه التكاليف تتزايد بتزايد المحكوم عليهم بها.

الفقرة الخامسة: كبح التنمية

تؤدي العقوبات السالبة للحرية في مجال العلاقات الإستهلاكية إلى إعاقة التنمية بسبب تزايد وارتفاع النفقات التي تضطر الدولة لإنفاقها لتنفيذ تلك العقوبات، وهو ما يفوت على الدولة الإستفادة من تلك الموجودات المالية لتوجيهها نحو التنمية الإقتصادية والإجتماعية التي تسعى الدولة لتحقيقها، كما أنها

¹ - علي راشد، "القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة"، طبعة 1970، مكتبة سيد وهبة، ص. 613.

تفقد الدولة فرصة الاستفادة من عمل وجهد المحكوم عليهم

ويفسر الفقه الجنائي أيضا هذا التوجه بأن عقوبة الحبس هي بالتأكيد من أكثر العقوبات غير الملائمة في مجال حماية رضا المستهلك والمتعاقد بشكل عام، بسبب عدم التوازن بين حدتها العقابية وتلك الضرورية لهذا النوع من التصرفات، فضلا على أن قساوة العقوبة تردع القضاة عن لفظها وتدفعهم، شعورا منهم بالعدالة، إلى اعتبار الفعل غير مقنع بشكل كاف لتبرير هذا النوع من العقوبات⁽¹⁾.

المطلب الثاني: موقف المشرع المغربي

يقتضي التطرق إلى بعض التساؤلات التي سبق بسطها في تقديم هذا الموضوع أن نعرض بداية إلى موقف المشرع المغربي من توظيف العقوبة السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك بحسب أهم النصوص التي تبني فيها المشرع المغربي هذه العقوبة الجنائية، سواء على مستوى ظهير الزجر عن الغش في البضائع (الفقرة الأولى)، وقانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك (الفقرة الثانية)، فضلا عن بعض النصوص القانونية التي تجري أحكامها على أهم القطاعات التي تتوجه إلى المستهلك بخدماتها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: حماية المستهلك من الغش

فيما يتعلق بظهير الزجر عن الغش في البضائع، عمد المشرع المغربي إلى تبني العقوبات السالبة للحرية على غرار العديد من التشريعات المقارنة، إذ رتب عقوبة الحبس الذي يتراوح بين 6 أشهر وخمس سنوات عن أغلب أفعال الغش المرتكبة عن طريق الخداع أو التزييف، وهو ما ينسجم مع موقف المشرع المصري الذي أقر عقوبة الحبس على أفعال غش والشروع فيه، والطرح أو العرض للبيع أو البيع بالفعل لمنتجات مغشوشة، وكذلك إنتاجها وتصديرها واستيرادها وعرضها وطرحها للبيع وحيازتها بقصد البيع، وكذلك مخالفة القيود التي تفرضها المراسيم المنظمة لتعبئة المنتجات والوزن والحفظ والتوزيع والنقل والبيع⁽²⁾.

¹ - جولي شاهين حصني، "الحماية الجزائية للمستهلك، السبل والحلول المستحدثة في القانون رقم 2005/659"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص 147 وما يليها.

V. Luc Bihl, *Le droit pénal de la consommation*, Nathan, 1989, p. 361.

² - رؤوف عبيد، "شرح قانون العقوبات التكميلي، في جرائم: المخدرات- الأسلحة والذخائر - التشرذم - الاشتباه - التدليس والغش - تهريب النقود"، دار الفكر العربي الطبعة الخامسة 1979، ص 437.

لا شك أن العقوبات السالبة للحرية التي تقرها فصول قانون الزجر عن الغش في البضائع تسمح بالتحقق من جدوى العقوبة السالبة للحرية، وهو الأمر الذي صار يكتسي أهمية كبيرة في الأونة الأخيرة، طالما أنه يمكن التشريع الجنائي من اختيار أفضل للجزاء ويقدم أجوبة ملائمة حول الحالات التي تستلزم الكثير من الحزم بإعمال تلك العقوبة وفق ما يتلاءم مع معالجة التشريع الجنائي للظاهرة الإجرامية وتعامله مع المعتدين على فئة المستهلكين، مما يمكن من تقييم أفضل لدور العقوبة السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك.

وفي هذا الإطار، تجدر الإشارة إلى الفائدة التي تجنمها الأنظمة القانونية من توظيف العقوبة

السالبة للحرية في هذا النمط الإجرامي، إذ أن الاكتفاء بالعقوبات الأخرى دون هذه العقوبات لا يعد رادعا قويا في مواجهة التجار الفاسدين الذين يتلاعبون بمصالح المواطنين، مما يقتضي النظر في حل توفيقى يقوم على الاهتمام بصياغة مقتضيات العقاب الجنائي في هذا القانون اعتمادا على تدرج في العقوبة بما يضمن عدم الإضرار بالاستثمار أو المستهلك مع المزج بين تلك العقوبات والاعتراف للقضاء الجنائي بهامش من الحرية في اختيار العقاب الجنائي المناسب، وأن توظيف الردع يكون بخصوص بعض الجرائم ذات الخطورة الكبيرة كجرائم الإضرار بصحة المستهلك والأدوية واحتكار السلع الأساسية وحرية التجارة⁽¹⁾.

وفي نفس المعنى، نجد المشرع المغربي لا يغفل عن جدوى العقوبات الجنائية في ردع الجرائم الخطيرة الماسة بجمهور المستهلكين، وذلك وعيا من المشرع الجنائي بأن التضييق من العقوبات السالبة للحرية لا يحقق الأمن القانوني بشأن الجرائم التي تكتسي خطورة إجرامية كبيرة، فمثلا تحيل الفقرة الثانية من الفصل الثاني من قانون زجر الغش في البضائع أساسا على ظهير 29 أكتوبر 1959 المتعلق بزجر الجنايات على صحة الأمة⁽²⁾، كما أقر هذا القانون عقوبات جنائية تتمثل بحسب الأحوال في السجن الذي يتراوح

¹ - مقتطف من تقرير حول مشروع قانون حماية المستهلك المصري، 2017. ص 115 يلها.

² - جاء في الفصل 2 من ظهير الزجر عن الغش في البضائع: " .. يحكم بالعقوبات .. الأكثر شدة المنصوص عليها في نصوص تشريعية خاصة ولاسيما في الظهير الشريف رقم 1-59-380 الصادر في 26 من ربيع الآخر 1379 (29 أكتوبر 1959) بزجر الجنايات على صحة الأمة.

بين عشر وعشرين سنة، أو السجن من خمس إلى عشر سنوات⁽¹⁾.

ذلك أن مثل هذه العقوبات الجنائية في تشريعات حماية المستهلك تجد تفسيرها في الخطورة المتأتبة من شموليتها وعموميتها، وانتشار خطرها الحال أو المحتمل وذلك لردع كل من يفكر في إتياها.

وإذا كان توظيف العقوبة السالبة للحرية والرفع من مقدارها يرتبط بخطورة الجريمة الاستهلاكية، فإن الخطر في هذا السياق يقصد به كل ما يستهدف الصحة العمومية بالفعل نتيجة استعمال البضائع، كما يصعب تقدير هذا الخطر تقديرا دقيقا، مادام يتعين أن يستجيب لبعض المميزات التي تحدده،

وهي: فورية الخطر، شموليته، وجسامته.

1) فورية الخطر:

يجدر التنبيه إلى أن الخطر الذي يهدد المستهلك لا يكون دوما فوريا، وقد لا تظهر آثاره أحيانا إلا لاحقا وبعد مرور زمن طويل على استعمال المستهلك للمنتوج.

2) الشمولية:

إذ يجب أن يتعلق الخطر بعدد كبير من الناس وأن يكون أثره الجماعي متسعا وغير محدد في شخص معين، أو فئة خاصة ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الإنتاج الإستهلاكي أساسيا وواسع الانتشار.

3) جسامته الخطر:

علما أن هذا الخطر تختلف أهميته تجاه الصحة العمومية بسبب أهمية الآثار التي يمكن أن تنتج عن استعمال المواطنين للمنتوج، كالسرطان، التسمم، والشلل...

وبذلك فإن الخطر المسموح به الذي يرسم حدود الخداع في مجال الصحة هو الذي تتوفر فيه هذه المميزات، فإذا انحصرت شمولية الخطر وجسامته في نطاق ضيق، فإن الفعل يمكن أن يعتبر مجرد جنحة أو جناية يعاقب عليها بعقوبة جنائية أقل وطأة⁽²⁾.

¹ - ينص الفصل 2 من ظهير الزجر عن الغش في البضائع: "يمكن مضاعفة العقوبات.. إذا ارتكب الخداع أو التزييف أو التدليس بواسطة منتجات أو معالجات فيها خطر على صحة الإنسان أو الحيوان أو باع الفاعل أوعرض للبيع لحما أو إسقاطا لحيوانات يعلم أنها ماتت بأمراض أثبت الفحص أنها معدية أو أمراض طفيلية تنتقل إلى الإنسان أو الحيوان أو أنها ذبحت لإصابتها بالأمراض المذكورة. ويحكم بالعقوبات الآتية...: 2- السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات إذا سبب ابتلاع المواد المذكورة إصابة الغير بمرض يظهر أنه عضال أو بفقدان استعمال عضو ما أو بعاهة دائمة 3- السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا سبب ابتلاع المواد المذكورة الموت دون نية إحدائه.

² - أنظر ادريس بلحمجوب، "جرائم الغش على ضوء قرارات المجلس الأعلى"، مجلة القضاء والقانون، عدد 156، 2008، ص 129.

وفي نفس الاتجاه أيضا، يسير توجه السياسة الجنائية في بعض الدول إلى الإبقاء على العقوبة السالبة للحرية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين باعتبارها جزاء ملائما وأنه يكفل خاصية الردع لتشريعات حماية المستهلك في مواجهة هذه الفئة من مرتكبي جرائم العدوان المضرة بمصالح المستهلكين⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من خلال قانون 31.08

باستقراء قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك يتبين أن المشرع المغربي يعاقب بعقوبة حبسية من ارتكب جريمة البيع أو تقديم الخدمة بشكل هرمي⁽²⁾ وكذا استغلال ضعف أو جهل المستهلك⁽³⁾، وذلك بعد أن أسفرت المناقشات التي مر بها مشروع هذا القانون عن تقليص نطاق العقوبة السالبة للحرية في مواد أخرى، إذ تم التراجع عن هذه العقوبة بخصوص جريمة عدم تعريف المورد بهويته في البيع عن بعد بوسائل الاتصال، المنصوص عليها وعلى عقوبتها في المادة 174 التي تحيل على المادة 31 من هذا القانون، ونفس الشيء يسري على بعض الجرائم المتصلة بالبيع خارج المحلات التجارية، بعد أن تم حذف هذه العقوبة من مقتضى المادة 180 التي تحيل على المواد 47 إلى 51 من نفس القانون، وهو ما يفسر أن المشرع المغربي استهدف بنهجه التخفيف من الجانب الجزئي لهذا القانون⁽⁴⁾.

هكذا، فقد نص مشرع قانون 31.08 على العقوبات السالبة للحرية في حالتين فقط، لكن الغريب في الأمر هو أن المشرع المغربي جعل مدة هذه العقوبة السالبة للحرية تصل في حالة واحدة إلى خمس سنوات في حدها الأقصى، واستعمل في الحالة الأخرى عبارة "أو" للتخيير، وهو تخيير سلبي وليس إيجابيا بحيث اعتمد عبارة "أو" لفرض عقوبة دون أخرى.

ففي بعض النصوص التشريعية القليلة، كما هو الأمر بالنسبة للقانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات، يبدو أن المشرع المغربي عاد إلى الأصل المتعارف عليه في إطار القواعد العامة، وهو

¹ - Emmanuel Rosenfeld, Jean Veil, "Sanctions administratives, sanctions pénales", Le Seuil « pouvoirs » 2009, p. 12.

² - تنص المادة 183 من قانون 31.08: " يعاقب على مخالفة أحكام المادة 58 بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 40.000 درهم."

³ - تنص المادة 184 من قانون 31.08: " يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1200 درهم إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط...".

⁴ - راجع "تقرير لجنة القطاعات الإنتاجية حول مشروع قانون رقم 31.08"، دورة أكتوبر 2010، ص. 8-11، وهو التقرير الذي يشير إلى تفهم بعض النواب لحذف العقوبة السالبة للحرية في بعض المواد وموقف الحكومة من هذا التعديل المبني على اعتبارات تعود لعدم وجود ثقافة استهلاكية تقبل سلب الحرية بسبب إشكالات في العلاقة بين المورد والمستهلك.

العقوبات السالبة للحرية، ويتجلى ذلك في تغليب العقوبة الحبسية في مواجهة الجرائم الماسة بسلامة المستهلك التي ينص عليها الفرع الأول من الباب السابع المتعلق بالعقوبات الجنائية⁽¹⁾.

ومهما يكن، يبقى الملاحظ أن المشرع المغربي عموما هجر الحلول التي يعرف بها القانون الجنائي الكلاسيكي بميله ونزعتة إلى العقوبات السالبة للحرية في تعامله مع الظاهرة الإجرامية التي تتصل بقضايا الإستهلاك والمستهلكين، وقد خرج بذلك أيضا عن النهج الذي طبع بعض النصوص التي تدخل ضمن تشريعات حماية المستهلك لاسيما ظهير زجر الغش في البضائع الذي شدد فيه المشرع المغربي على عقاب جرائم الغش والخداع، فتأمل المقتضيات الجنائية في بعض النصوص التشريعية التي تحسب على تشريعات حماية المستهلك يؤكد هذا الأمر، ويعتبر القانون رقم 49.99 المتعلق بالوقاية الصحية لتربية الطيور وبمراقبة إنتاج وتسويق منتجاتها أهم هذه النصوص، وهو القانون الذي جرم عدة أفعال تمس مصالح مستهلكي هذا النوع من اللحوم دون اعتماد عقوبة سالبة للحرية⁽²⁾.

فخارج الحالات التي تبدو فيها ضرورة الاستعانة بالعقوبات السالبة للحرية، يتزايد في العصر الراهن النفور من العقوبات السالبة للحرية في تشريعات حماية المستهلك بناء على العديد من الأسباب، أبرزها النظر إلى أن العقوبات السالبة للحرية ليس لها مكان في قانون حماية المستهلك باعتباره من القوانين الاقتصادية والتجارية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بمناخ الاستثمار، وأنه يتعين ترحيل العقوبة السالبة للحرية إلى القانون الجنائي باعتباره المكان الطبيعي لها⁽³⁾.

وانسجاما أيضا مع هذه التوجهات الحديثة للسياسة العقابية في القانون الجنائي للأعمال، نجد المشرع المغربي في القانون رقم 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، على غير المعتاد في القواعد العامة، قد جعل اللجوء إلى العقوبات السالبة للحرية مجرد استثناء في تعامله مع الظاهرة الإجرامية المتصلة بالعدوان على جمهور المستهلكين، وهو توجه له خلفياته وفلسفته، طالما أن العقوبة السالبة للحرية

¹ - تنص المادة 50 من قانون 24.09 المذكور: "يعاقب كل من عرض مباشرة الغير لخطر الموت أو الجرح الذي من شأنه أن يسبب إعاقة أو عجزا تجاوزت مدته 21 يوما أو عاهة مستديمة أو ضررا ماديا، بفعل انتهاك متعمد لالتزام السلامة المنصوص عليه في هذا القسم أو في النصوص المتخذة لتطبيقه، بالحبس من 6 أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة يتراوح قدرها بين 10.000 درهم و 60.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط."، راجع أيضا المادة 51 و52 و53 من هذا القانون.

² - راجع الظهير الشريف رقم 1.02.119 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 49.99 المتعلق بالوقاية الصحية لتربية الطيور الداجنة وبمراقبة إنتاج وتسويق منتجاتها، الجريدة الرسمية عدد 5032 بتاريخ جمادى الآخرة 1423 (22 أغسطس 2002)، 2402.

³ - مقتطف من تقرير حول مشروع قانون حماية المستهلك المصري، 2017، ص 115.

لوحدها لا تضمن ضرب الجناة في أموالهم التي تكون عادة وراء ارتيادهم للسلوكات الإجرامية التي يقررها قانون حماية المستهلك، وهي لا تتصف في جميع الحالات بخاصية الردع، وبالتالي يمكن القول بأن العقوبات السالبة للحرية لا تحقق فعلا الأمن القانوني خصوصا أمام هذا الصنف من الجناة، أي مجرمي الياقات البيضاء، لاسيما وأن الإعتقاد بأن العقوبات السالبة للحرية تظل فعالة في بعض الأحيان، كما لو ارتكبت جريمة استهلاكية/اقتصادية ممن يتعدى رأسماله ملايين الدولارات، فتكون العقوبة المالية غير فعالة، هو اعتقاد مردود عليه، مادام أن هذه الفرضية تظل استثناء والإستثناء لا يقاس عليه، كما أن تحديد العقوبة المناسبة يتعين ربطه بمرتكب الفعل وظروفه الخاصة وحجم ثروته.

الفقرة الثالثة: الحماية الخاصة بمستهلكي بعض الخدمات

إذا نظرنا إلى أن العقوبة السالبة للحرية كفيلا بتحقيق قدر مهم من الردع، وأن النصوص القانونية التي تشكل جانبا من الحماية الجنائية غير المباشرة للمستهلك، كونها تستهدف بالدرجة الأولى تنظيم مختلف العلاقات والروابط بين المتنافسين في القطاعات الأساسية للاقتصاد، لاسيما تلك القطاعات التي يقبل المستهلك على منتجاتها وخدماتها، ينكشف إلى حد ما أن المستهلك يكون في مرتبة ثانية من اهتمام المشرع الجنائي بعد إرضاء التنظيمات واللوبيات الاقتصادية.

ذلك أن التمعن في المقتضيات الجنائية التي تقرر عقوبات سالبة للحرية داخل تلك القوانين، يؤكد اعتمادها عقوبات سالبة للحرية أشد وطأة عن تلك التي تقررها المقتضيات الجنائية الهادفة مباشرة إلى صون حقوق ومصالح المستهلك، الشيء الذي يسمح بوصف المقتضيات الجنائية لهذه النصوص بأنها تخفي في ثناياها انتقاصا من مستوى تلك الحماية التي يفترض أن تكفلها لجمهور المستهلكين.

فالواضح من العقوبات الجنائية السالبة للحرية التي تقررها القوانين المتعلقة بتنظيم قطاع التأمين مثلا، وتنظيم عمل مؤسسات الإئتمان والأبنك، وغيرها من القوانين المتعلقة ببعض الخدمات التي توفرها لجمهور المستهلكين أنها ترتب عقوبات حبسية ثقيلة مقارنة مع مقدار هذه العقوبة التي تبناها قانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، وأن المشرع لجأ على مستوى هذه النصوص إلى توظيف هذه العقوبة أكثر مقارنة مع موقفه منها في إطار قانون حماية المستهلك.

هكذا، فإن تصفح المقتضيات العقابية التي سطرها القانون المتعلق بمدونة التأمينات يؤيد هذا الأمر، إذ نجد المشرع المغربي عاقب بالحبس مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات كل وسيط تأمين يقوم بسوء نية بتغطية خطر دون إعداد اقتراح التأمين وتبليغه إلى مقابلة معتمدة لممارسة عمليات التأمين⁽¹⁾.

وعاقب المشرع المغربي بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات من يحترف من غير أن يكون معتمدا كمؤسسة ائتمان تلقي الأموال من الجمهور، أو عمليات ائتمان، أو تمكين العملاء المستهلكين من وسائل الأداء أو تديرها، أو ينجز عمليات في هذا الإطار دون الحصول على اعتماد لأجلها، أو القيام بخدمات الأداء خرقا للقانون⁽²⁾.

لكن التساؤل يبقى مشروعا عما إذا كانت تلك العقوبات موجهة لحماية المستهلكين لهذه الخدمات حقا، أم أنها تستهدف صون مصالح المؤسسات الإقتصادية العاملة في النشاط البنكي، طالما تختلط في معاقبة الأفعال المجرمة بهذا القانون حماية مصالح المؤسسات البنكية وجمهور المستهلكين على السواء، وأن حماية فئة المستهلكين تتحصل بطريق غير مباشر من خلال الحماية المباشرة لمصالح المؤسسات البنكية، ليكون محصل القول أن اهتمام المشرع انصب بالأساس من وراء توظيف العقوبة السالبة للحرية على الاستعمال الصارم للوسائل الجبرية للقانون الجنائي بغاية توفير قدر أكبر من الضمانات القانونية للمؤسسات البنكية التي ستمكن من مزاوله نشاطها بعيدا عن أية عراقيل أو مخاطر ائتمانية ولو كان على حساب المستهلك الذي تبقى العناية بحمايته في مرتبة لاحقة عن كل تلك الأهداف.

ولعل ما يؤكد هذا التصور هو ما عابه بعض الجهات عن المقتضيات التي شكلت الصياغة الأصلية لهذا القانون، بحيث تظل إضافة هذا الأخير جد محدودة فيما يتعلق بحماية المستهلك، ذلك أنه لا يكاد يذكر شيئا بخصوص المبادئ الأساسية المتعلقة بحماية المستهلك والتزامات مؤسسات الإئتمان في هذا الشأن،

¹ - تنص المادة 50 من قانون 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات على ما يلي: " يعاقب كل من عرض مباشرة الغير لخطر الموت أو الجرح الذي من شأنه أن يسبب إعاقة أو عجزا تجاوزت مدته 21 يوما أو عاهة مستديمة أو ضررا ماديا، بفعل انتهاك متعمد لالتزام السلامة .. بالحبس من 6 أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة .. أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

² - تنص المادة 183 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها على ما يلي: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ... كل شخص: - يحترف، بصفة اعتيادية، القيام بالعمليات المحددة في المادتين 1 و16 أعلاه من غير أن يكون معتمدا قانونا باعتباره مؤسسة ائتمان- ينجز عمليات لم يمنح اعتماد لأجلها".

انسجما مع الممارسات الجيدة والمعايير الدولية⁽¹⁾، كما أن بعض هذه المبادئ ترد بكيفية جزئية في إطار التدابير والنصوص التنظيمية المعمول بها حاليا من خلال الدوريات الصادرة عن بنك المغرب، إلا أنها لا تجد مرجعية واضحة صريحة في نص هذا القانون، وغير مصاحبة بالضرورة بإجراءات جنائية أو عقوبات تضمن حسن تطبيقها⁽²⁾.

ومن جانب آخر، أبانت التجربة على المستوى العملي أن مقدار العقوبة السالبة للحرية قد لا يبدو رادعا بخصوص التحديد الذي جاءت به بعض النصوص التشريعية المنظمة لخدمات لا غنى لجمهور المستهلكين عنها، فقد بدا جليا في كثير من الحالات التي عرضت على القضاء أن الأضرار التي تلحق بالأفراد نتيجة خرق التزامات تفرضها النصوص المنظمة لمهن التطيب وعمليات التجميل والصيدلة.. لها أثر وخيم على السلامة الجسدية الخاصة بالأفراد/ المستهلكين المقبلين على تلك الخدمات.

فمما لا يحتاج إلى بيان في بعض الحالات أن العقوبة التي يقرها النص الجنائي أقل وطأة ولا تتناسب مع الخطورة التي تكتسبها الأفعال الجرمية على صحة المستهلك، فمثلا إذا ما اعتبرنا الأضرار الصحية والبدنية التي يتكبدها الفرد/ المستهلك كلما نتجت عن استعمال المستهلك لأدوية ذات أعراض صحية وخيمة تحصل عليها من طرف من ينتحل صفة صيدلي دون وجه حق⁽³⁾، فهذا الفعل الجرمي يسمح للمستهلك بطلب متابعة مرتكبه ومعاقبته بالحبس الذي يقره الفصل 381 من القانون الجنائي، إلا أن الجدير بالتنبيه هو أن النتائج التي قد تترتب عن ارتكاب جنحة انتحال لقب صيدلي ليست أقل خطورة من تلك التي يتعرض لها من تلقى "علاجات" من قبل من يمارس أعمال الطب والعلاج دون التوفر على كفاءات وشروط ذلك، معتمدا في ذلك على أساليب الاحتيال وانتحال صفة دون وجه حق ولاسند قانوني، مما يجعل الفرق الكبير في مدة العقوبة الحبسية غير مفهوم من الناحية

¹ - من أهم هذه المبادئ التزام مؤسسات الإئتمان بزيود المستهلك بالمعلومات- شفافية مؤسسات الإئتمان في التعامل مع المستهلك- مبدأ المساواة في ولوج المستهلك إلى الخدمات الإئتمانية- مبدأ الحماية من سوء الإستغلال .

² - رأي المجلس الإقتصادي والإجتماعي والبيئي حول مشروع القانون رقم 103.12 يتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها ص. 29 .

³ - تنص المادة 137 من مدونة الصيدلة والأدوية: "يعتبر استعمال لقب صيدلي من قبل شخص غير حاصل على دبلوم صيدلي انتحالا للقب المنصوص والمعاقب عليه في الفصل 381 من القانون الجنائي"، وينص هذا الفصل على ما يلي: "من استعمل أو ادعى لقبا متعلقا بمهنة نظمها القانون أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العامة شروط اكتسابها دون أن يستوفي الشروط اللازمة لحمل ذلك اللقب أو تلك الشهادة أو تلك الصفة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى 5000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ما لم يوجد نص خاص يقرر عقوبة أشد".

المنطقية، ولا مستساغا من قبل الضحايا مستهلكي الأدوية في مثل هذه الظروف⁽¹⁾.

ويتأكد أن المشرع المغربي قلما يلجأ إلى توظيف هذه العقوبة في مواجهة الجرائم التي تقررها مدونة الصيدلة والأدوية ، إذ لو نظرنا إلى مجموع المواد التي تعاقب الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور، فالمشرع المغربي تبنى العقوبة الحبسية في أربع مواد من أصل 23 مادة تجرم أفعال العدوان على مستهلك الأدوية والخدمات الصيدلانية، سواء من أجل مزاولة الصيدلة دون الحصول على الشهادات والإذن المقرر قانونا⁽²⁾، أو من اجل استعمال لقب صيدلي دون وجه حق، أو من أجل التجول بالمنتجات الصيدلانية قصد بيعها بأي شكل من الأشكال⁽³⁾، أو من أجل استعمال شهادة مزورة أو مزيفة أو تخص شخصا آخر بهدف الحصول على الإذن بمزاولة مهنة الصيدلة⁽⁴⁾، وقرن هذه العقوبة بحالة العود بالنسبة لكل شخص من المؤسسة الصيدلانية يأمر بتسويق أدوية من شأنها أن تشكل خطرا على الصحة العامة، أو من يقوم ببيع الأدوية غير الصالحة للإستهلاك أو توزيعها، الصيدلي الذي يقوم بصرف الأدوية غير الصالحة للإستهلاك⁽⁵⁾، كما أن بعض تلك الأفعال تشكل في الأصل جرائم تجد أساسها القانوني في مجموعة القانون الجنائي التي تحيل مواد هذا القانون على أحكامه⁽⁶⁾.

ويبقى تبني المشرع المغربي لعقوبات سالبة للحرية ضمن المقتضيات المنظمة لبعض الخدمات التي يقدمها أصحابها للأفراد/ المستهلكين مبررا ومنطقيا، بالنظر لجسامة المخاطر الذي تهدد المصالح المادية للمستهلكين الذين يحتاجون إلى تلك الخدمات، ويجد هذا النهج صدق له في الزجر عن جرائم الإضرار بالمستهلك كلما اتصلت بانتحال الألقاب أو صفة ممارسة بعض المهن التي تقدم خدماتها للمستهلك، بحيث عادة ما يلجأ المشرع المغربي إلى العقاب عن هذا الفعل بالإحالة إلى الفصل 381 من القانون

¹ - تنص المادة 109 من القانون رقم 131.13 المتعلق بمهنة الطب على ما يلي : " يعاقب على مزاولة الطب بوجه غير قانوني .. بالجس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات".

² - راجع البند الأول والثاني من المادة 134 والمادة 135 من مدونة الأدوية والصيدلة.

³ - راجع المادة والمادة 137 و141 و107 من مدونة الأدوية والصيدلة.

⁴ - راجع المادة 154 من مدونة الأدوية والصيدلة.

⁵ - راجع المادة 150 من مدونة الأدوية والصيدلة.

⁶ - أنظر المادة 137 و154 من مدونة الأدوية والصيدلة.

الجنائي، كما هو جلي من انتحال لقب موثق⁽¹⁾، أو عدل، أو صفة محام⁽²⁾.

كما أن القضاء لا يتردد في تكييف تلك الإخلالات الجسيمة التي ترتكبها تلك الفئات كجرائم لا تثير فقط مسؤولياتهم المهنية، وإنما أيضا تستدعي تطبيق العقوبات الحبسية التي تقررها النصوص القانونية عن تلك الأفعال⁽³⁾.

خاتمة

بناء على ما سبق نخلص إلى أن اعتماد تشريعات حماية المستهلك العقوبة السالبة للحرية وتغليظها يرتبط أساسا بجنوح الأشخاص الطبيعيين وخطورة الجريمة الاستهلاكية، وتسير السياسة العقابية الحديثة إلى اعتماد بدائل عنها كلما انتفت تلك الحالات، وأن قانوننا الوطني لا يتناقض مع هذه الحلول التي صار إلى تكريسها في أغلب النصوص الجنائية التي تشكل الإطار الزجري لحماية المستهلكين.

هكذا فبعد التأكيد على إمكانية الحفاظ على طريق العقاب الجنائي كلما كان بررت ذلك خطورة الأفعال المرتكبة، يظل المشرع المغربي مطالبا بتحسين توظيف العقوبة السالبة للحرية في تحقيق الحماية التي يأملها جمهور المستهلكين.

ويمكن في هذا الصدد الاستعانة بالوسائل التي تسعف في تفعيل الوظيفة الردعية للعقوبة في تشريعات المستهلك، سواء عن طريق العناية بصياغة واضحة للنصوص الجنائية المتصلة بحماية المستهلك التي تسعف في تدقيق المسؤوليات في هذا النوع من الجرائم، وسهولة استيعاب المقتضيات الجنائية لتشريعات حماية المستهلك ، أو من خلال الوسائل المرتبطة بتحديد عقوبة الجريمة الاستهلاكية، التي تفرض العناية

¹ - تنص المادة 93 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق: "كل من ادعى صفة موثق دون أن يستوفي الشروط اللازمة لحمل هذه الصفة أو استعمل أي وسيلة ليوهم الغير بأنه يزاول مهنة التوثيق يعتبر منتحلا لمهنة نظمها القانون، ويعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 381 من مجموعة القانون الجنائي".

² - تنص المادة 23 من القانون المتعلق بخطة العدالة: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 381 من القانون الجنائي"، و تنص المادة 99 من القانون المنظم لمهنة المحاماة: "كل شخص نسب لنفسه صفة محام علانية، ومن غير حق، أو انتحل صفة محام، = أو استعمل أي وسيلة قصد إيهام الغير بأنه يمارس مهنة المحاماة أو أنه مستمر في ممارستها أو أنه مأذون في ذلك يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 381 من القانون الجنائي".

³ - قضت محكمة النقض بأن فرار الموثق إلى جهة غير معلومة لا يمثل خطأ مهنيا يرتب المسؤولية المهنية للموثق وحسب تجاه المتضرر من طرفي العقد الذي حرره، وإنما يشكل جنحة خيانة الأمانة وفق مقتضيات الفصل من القانون الجنائي.

بتناسب العقوبة مع الهدف المتوخى من الردع، كون هذه العقوبات تختص بالطابع الوقائي، والاهتمام بتفريد العقاب والعقوبات الإدارية في قضايا الاستهلاك بالنظر لفائدتها العملية⁽¹⁾.

فالثابت أن العقوبات الإدارية قابلة للتنفيذ الفوري دون حاجة للجوء المسبق إلى القضاء الجنائي، واعتمادا على مسطرة وإجراءات سهلة أكثر ومرنة في تفعيلها مقارنة مع إجراءات المسطرة الجنائية، وتعد هذه العقوبات حلا ملائما للتعامل مع العدد الكبير لجرائم من هذا النوع لاسيما عند استحضر تراكم الملفات وكثرتها أمام القضاء الجنائي، كما أن هذه العقوبة تبدو مقارنة مع العقاب الجنائي أقل إيلاما للخاضع لها، وغالبا ما تطبق دون علانية بحيث لا تخدش سمعة التاجر والمهني، مما يجعل هذه الفئات أكثر تجاوبا مع هذا النوع من الجزاء، وهي بطبيعتها ملائمة كلما تعلق الأمر بسلوكات نتجت عن عدم مراعاة قواعد تقنية وفنية تتقن الإدارة التعامل معها.

¹ - Natalie Douche –Doyette, "la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation", Thèse pour l'obtention du doctorat en droit privé, faculté de Droit, Université de Lorraine, 2012/2013, P.356 et ss.

نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ضمن أنظمة التدابير غير الاحتجازية أثناء التحقيق والمحاكمة.

Placement under electronic surveillance in systems of non-custodial measures during investigation and judgment

سعيد الكاهية

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة القاضي عياض بمرآكش

Email : elkahiasaid@gmail.com

ملخص:

موضوع البدائل الجنائية، من المواضيع الحديثة المرتبطة بالعدالة الجنائية، والتي أصبحت تفرض نفسها في النقاش الحقوقي والقانوني، على الصعيدين الوطني والدولي، والتي تركز على تبني وسائل وآليات كفيلة لدرء مساوئ الاجراءات الاحتجازية أثناء مراحل التحقيق والمحاكمة، والتي من شأنها المساس بمبدأ قرينة البراءة، إذ يعاب عليها أنها بمثابة إدانة قبل صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به. لذلك؛ فإن الوضع يقتضي إعمال إجراءات غير احتجازية، تركز براءة المتهم، بما يضمن كرامته وحرية، وذلك في إطار حماية الأمن والنظام العام. ومن أجل ذلك؛ فقد تم استحداث آلية المراقبة الإلكترونية كبديل عن الاعتقال الاحتياطي. كلمات مفتاحية: التحقيق القضائي، الاعتقال الإحتياطي، قرينة البراءة، المراقبة الإلكترونية، تدابير غير احتجازية، بدائل.

Abstract :

Criminal alternatives is a modern subject of criminal justice, which has become a subject of legal and human rights debate, both at national and international level, and which is based on the adoption of means aimed at preventing abuse of detention procedures during the investigation and trial stages, which would undermine the principle of presumption of innocence. She understood that it was a conviction before a judgment had been rendered on the force of the object to be decided. Consequently, the situation requires the application of non-custodial procedures, which would maintain the innocence of the accused, in order to guarantee his dignity and his liberty, within the framework of the protection of security and public order. that's why electronic monitoring was created.

Keywords: Presumption of innocence, pretrial detention, investigating judge, measures custodial, non-custodial, electronic surveillance.

مقدمة:

تشهد الجريمة في التاريخ المعاصر تطورا بالغ الأهمية، سواء من حيث أنواعها وصورها وطرق تنفيذها، وأيضا من حيث أساليب التصدي لها ومحاربتها ومكافحتها، إذ أن ظاهرة العولمة شكلت مناخا ملائما لحدوث كل هذه التغيرات¹، فبفضلها تطور الفكر الإجرامي لدى المجرمين، فأصبحت التقنية الحديثة مجالا خصبا لذلك، فظهرت الجرائم العابرة للحدود والجرائم الإرهابية، وجرائم الاتجار بالبشر والجرائم المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية وغيرها، مما دفع بالمشرع - في كل الأقطار - إلى تسريع وثيرة التشريع، لمواكبة هذه التطورات، وذلك بسن قواعد حديثة للبحث والتحري عن الجرائم وعن مرتكبيها، وأيضا؛ في التحقيق والمحاكمة، إضافة إلى تحديث مقتضيات التجريم والعقاب لمواكبة ومسيرة كل هذه التغيرات. ولمواكبة ومسيرة هذه التغييرات؛ كان لزاما على الكيانات التي تعاني من هذه الظواهر، التخلي عن الأساليب التقليدية في البحث والتحري عن هذه الجرائم وعن مرتكبيها أو تقديمهم للعدالة، في اعتمادها على الوسائل الحديثة في البحث والتحقيق، وأيضا؛ في مرحلة تنفيذ العقوبات المحكوم بها، فأصبحت بذلك التقنية الحديثة العنوان الجديد لبعض فروع السياسة الجنائية، خاصة في التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الجزاء الجنائي².

وعلى اعتبار التوجه الجديد للسياسة الجنائية في مجال التحقيق، وما يقتضيه التوجه العالمي من أعمال التدابير غير الاحتجازية في هذه المرحلة، وذلك بإعمال آلية الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن الاعتقال الاحتياطي لدرء مساوئ هذا الأخير، خاصة في الحالات التي ينتهي فيها التحقيق والمحاكمة بالبراءة -الأصل- في كل إنسان - أو السقوط، أو بصور أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى³. ولتعميق البحث في موضوع المراقبة الإلكترونية كتدبير غير احتجازي من وسائل البحث والتحقيق قبل وأثناء المحاكمة، كان لزاما التطرق إلى ماهية هذا النظام ومرجعته التشريعية في مطلب أول، وأيضا؛ إلى الأحكام الخاصة به، من حيث شروط اللجوء إليه وأساليب إعماله في مطلب ثاني.

¹ - إلهام العلي، "أثر عولمة التجريم والعقاب على السياسة الجنائية"، دراسات جنائية، تأملات وتوصيات، مؤلف جماعي، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض بمراكش، سلسلة الندوات والمؤتمرات، العدد 57، ص: 123.
² - فؤاد بنصغير، "المحامي تحت المراقبة الإلكترونية على ضوء الباب الخامس مكرر من مشروع تعديل قانون المسطرة الجنائية"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 162، 2018، ص: 238.
³ - عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2000، ص: 41.

المطلب الأول: نظام المراقبة الإلكترونية: تعريفه ومرجعياته

يعد نظام المراقبة الإلكترونية كبدل عن آلية الاعتقال الاحتياطي؛ طفرة نوعية في مجال التحقيق الجنائي، والذي يروم إبقاء المتهم خارج أسوار السجن، لكونه بديل غير احتجائي، وأيضاً؛ كأسلوب حديث لضمان تنفيذ مقتضيات والتزامات نظام الوضع تحت المراقبة القضائية، والتي تلزم المتهم بالمثل للعديد من الالتزامات السلبية والإيجابية.

لذلك؛ وللخوض في تفاصيل هذا النظام الحديث، كان واجبا أولاً التطرق إلى تعريفه وبحث مرجعياته التشريعية في الدول الغربية والعربية.

الفقرة الأولى: تعريف المراقبة الإلكترونية

تُعرف المراقبة الإلكترونية بأنها الأسلوب المبتكر لتنفيذ أمر الاعتقال الاحتياطي أو العقوبة السالبة للحرية خارج أسوار المؤسسة السجنية¹، والذي يتيح للسلطات المكلفة بإنفاذ القانون الجنائي من تطبيق مضامين المراقبة القضائية في شقها المجالي أو الترابي، وأيضاً؛ لتطبيق عقوبة الاحتجاز داخل مقر السكن أو الإقامة المحكوم بها على المتهم، وذلك بالسماح له من البقاء مع أهله وأسرته، والتمتع بهامش أكبر من الحرية، مقارنة مع وضعية الاحتجاز داخل السجن.

كما عرفت المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي بأنها؛ من الوسائل الإضافية للمراقبة القضائية، والتي تتيح للمسؤولين والسلطات القضائية والأمنية الاطلاع على مدى امتثال المتهم لإجراءات المراقبة القضائية، فهي تساهم في متابعة مدى تنفيذ المتهم لأمر المحكمة بالبقاء في عنوان معين، أو بعدم الذهاب إلى مكان معين، وذلك باستعمال وسائل عالية التقنية والدقة في مجال الرصد².

وفي تعريف آخر؛ فإن المراقبة الإلكترونية، وهو إلزام المحكوم عليه أو المحبوس احتياطياً بعدم مغادرة منزله أو محل إقامته خلال المدة المحددة سلفاً، بحيث يتم تتبع تنفيذ هذا الإجراء إلكترونياً³، وذلك بوضع أداة إرسال على يد أو كاحل المتهم أو المحكوم عليه¹، والتي تسمح لمركز المراقبة بمعرفة مكان الشخص

¹ - مختارة بوزيدي، "المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 3، العدد 2، ص: 99.
² - المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، بدائل التدابير الاحتجائية، دراسة حالة لعدد من الدول العربية: الأردن، الجزائر، المغرب، اليمن، تونس ومصر، أيار/مايو 2014، ص: 16، دراسة منشورة على الرابط التالي: <http://www.primena.org/ar/publications/105>
³ - ساهر إبراهيم الوليد، "مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، دراسة تحليلية"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، يناير 2013، ص: 663.

المراقب، والتأكد من تواجده في المكان والزمان المحددين من طرف الهيئات القضائية، بغية إصلاحه بعيدا عن سلب حريته والزج به في السجن، والاستفادة من الأغراض النفعية للعقوبة، بعيدا عن مساوئ الحبس.²

وعن نظام المراقبة الإلكترونية في مجال تطبيق العقوبات السالبة للحرية، فإنه أحد أهم البدائل غير الاحتجازية، والذي من شأنه تجنب مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، بإطلاق سراح المحكوم عليه في الوسط الحر مع إخضاعه لعدد من الالتزامات على مستوى تضييق حريته في التنقل، ومراقبة تنفيذ هذه الالتزامات بشكل إلكتروني عن بعد، وذلك عن طريق سوار إلكتروني³، بحيث يصبح هذا النظام وسيلة من وسائل تطبيق وتنفيذ إجراءات التحقيق الذي يقوم به قاضي التحقيق أو هيئة الحكم، وأيضا؛ نظام من أنظمة تنفيذ العقوبات المحكوم بها على المتهم⁴، بإجباره بالمكوث داخل المنزل تحت المراقبة، من أجل ملاحظة سلوكياته ومحاولة تغيير الجانحة منها، سواء أثناء مرحلة ما قبل المحاكمة، أو كشرط من شروط الإفراج بعد النطق بالعقوبة السالبة للحرية⁵.

وعموما؛ فإن نظام الوضع القضائي تحت المراقبة الإلكترونية، أسلوب من أساليب تنفيذ التدابير غير الاحتجازية المأمور بها في إطار المراقبة القضائية كبديل عن الاعتقال الاحتياطي، وأيضا؛ كوسيلة من وسائل مراقبة تطبيق التزامات الإفراج الشرطي بعد الحكم على المتهم بعقوبة سالبة للحرية.

¹ - بعيدا عن المجال القضائي والزجري، فإن السوار الالكتروني عرف العديد من الاستعمالات، في المجال الاجتماعي والأمني والطبي. بحيث؛ وعلى سبيل المثال، يستعمل مراقبة الأشخاص المسنين الذين يعانون من أمراض النسيان، أو أمراض نفسية، أو مرض الزهايمر، والتي تفقد الانسان المريض الذاكرة، مما يعرضه للتهمة، خاصة في المدن الكبرى التي تشهد كثافة سكانية عالية. وما يجعل الأمر في غاية الخطورة؛ هو أن في بعض الحالات تكون هذه الحالات ملزمة بتتبع وصفات علاجية ضد أمراض مزمنة، وأن التوقف عن متابعة هذه الوصفات ولو لفترة وجيزة يمكن في أكثر الحالات أن يؤدي إلى الوفاة. للاستزادة؛ يرجى مراجعة:

Louis PLOTON, « Libres propos ; Maladie d'ALZHEIMER et dispositifs d'assistance et/ou de surveillance électronique », Gérontologie et société, Fond. Nationale de Gérontologie, 2012/2, vol. 35, n° 141, pages: 207 et s.

² - عبد الإله المتوكل، "تساؤلات حول آفاق استعمال السوار الالكتروني في التشريع الجنائي المغربي"، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية (ردمد 2605 - (ISSN :7476)، العدد 2، 2018، ص: 44.

³ - عبد الكبير بلعراي، وعبد العالي بشير، "نظام المراقبة الإلكترونية، نحو سياسة جنائية جديدة"، مجلة القانون والمجتمع، العدد 10، 2017، ص: 6.

⁴ - Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Manuel des principes fondamentaux et pratiques prometteuses sur les alternatives à l'emprisonnement, Série de manuels sur la justice pénale, Publication des Nations Unies, Vienne, 2008, page: 24.

⁵ - Adalberto CARIM ANTONIO, Les Peines Alternative Dans Le Monde, Thèse Pour Le Doctorat Au Droit Prive Et Sciences Criminelles, Faculté De Droit Et Des Sciences Economiques, Université De LIMOGUES, 2011, Page: 286.

الفقرة الثانية: المرجعية التشريعية للمراقبة الإلكترونية في الدول الغربية

يرجع التطور التاريخي لظهور نظام المراقبة الإلكترونية بالولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1964، بحيث تم تطوير هذا النظام لأول مرة لمراقبة تنقل المرضى النفسانيين، ليتم تطويره في السنوات الموالية القليلة، ليستغل في المجال القضائي ولأول مرة سنة 1968، كشرط من شروط الإفراج عن المعتقل، والذي يضمن التزام المفرج عنه بشرط دخوله لمسكنه في الوقت المحدد له.

وفي سنة 1971؛ تمت ملاحظة الأثر الإيجابي الذي تنتج عن استغلال هذه التقنية الجديدة، وهو النزول الملحوظ لعدد المعتقلين، ليتم تطوير هذا النظام والترويج له في باقي الولايات الأمريكية، ليعلن المعهد الوطني للعدالة سنة 1983 عن موافقته ورضاه عن هذا النظام، إن من حيث التقنية المستعملة، وأيضاً؛ من حيث النتائج الماهرة له، قضائياً واقتصادياً¹.

هذه المعطيات تم تصديرها نحو باقي العالم، والبداية نحو كندا، والتي اعتمدت على آلية المراقبة الإلكترونية منذ سنة 1987 لمراقبة الجانحين، والمفرج عنهم عن اعتقال احتياطي أو من عقوبة حبسية، نظراً للميزات التي يتميز بها هذا النظام، خاصة في التكلفة الاقتصادية والحقوقية لهذا الأسلوب الجديد².

وبعد النجاح الذي شهده هذا النظام -ولو نسبياً- في الدول السالفة الذكر، والذي وصل صداه إلى الدول الأوروبية، وعلى الخصوص إلى الجمهورية الفرنسية، حيث صدر التقرير الرسمي المرفوع إلى رئيس الوزراء، وإلى وزير العدل، من طرف النائب Gilbert BONNEMAISON سنة 1989، بخصوص تحديث المصالح العمومية للسجون³، والذي خلص إلى العديد من النتائج المحفزة لتفعيل آلية المراقبة الإلكترونية ضمن الآليات القانونية والقضائية بفرنسا⁴، إلا أنه لم يتبع بإجراءات تشريعية تذكر، ليبقى الوضع على ما هو

¹ - Adalberto CARIM ANTONIO, Op. Cit., page: 287.

² - James BONTA, Suzanne WALLACE-CAPRETTA et Jennifer ROONEY, « La surveillance électronique au Canada », Solliciteur général Canada, mai 1999, page : 3, Rapport publié sur le site : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/lctrnc-mntrng-cnd/index-fr.aspx (Date d'accès : 24/10/2019).

³ - Gilbert BONNEMAISON, « La modernisation du service public pénitentiaire », Rapport au garde des Sceaux et au Premier ministre, 1990. Cité par : Martine KALUSZYNSKI, « Le développement du placement sous surveillance électronique en Europe, genèses, circulation des modèles et diversité des problématiques », Justice et technologies : surveillance électronique en Europe, Presses Universitaires de Grenoble, CERDAP (Centre d'Etudes et de Recherche sur la Diplomatie, l'Administration Publique et le Politique), 2006, page : 13, note : 3.

⁴ - تمثلت الدوافع الأولى لتبني نظام المراقبة الإلكترونية بفرنسا بالنسبة للمعتقلين احتياطياً وللمحكوم عليهم بعقوبات سالية للحرية، تمثلت أساساً في أنها:

عليه إلى حدود سنة 1997، والتي ستشهد التجربة التشريعية الأولى لسن آلية المراقبة الإلكترونية بمقتضى القانون رقم 97-1159¹، والمتعلق بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كآلية لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، المتمم والمعدل لقانوني المسطرة الجنائية والقانون الجنائي الفرنسيين. ليأتي بعده القانون رقم 2000-516²، والمتعلق بتقوية ضمانات قرينة البراءة وحقوق الضحايا، والذي سمح لأول مرة بوضع المتهم تحت المراقبة الإلكترونية، وهو الحق الذي سيتعزز بمقتضى القانون رقم 2002-1138³، والمتعلق بتوجيه وبرمجة العدالة، والذي وسع من لائحة الحالات والأوضاع التي يمكن فيها اللجوء إلى هذه الآلية الرقابية، سواء كان المتهم في حالة سراح أو في حالة اعتقال. ليكون القانون رقم 2004-204⁴ المتعلق بتكليف العدالة مع تطورات الجريمة، آخر قانون أساسي المؤسسة لآلية المراقبة الإلكترونية، والذي وسع من دائرة الجرائم المشمولة بإمكانية النطق بهذه العقوبة مباشرة من قاضي الحكم، سواء بالنسبة للبالغين أو الأحداث الجانحين⁵.

- أ. أداة فعالة لإعادة الإدماج داخل المجتمع، لأنها تسمح للمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة، بتجنب ولوج السجن والاتصال بالسجناء الآخرين المحكومين بعقوبات طويلة الأمد، ودرء مخاطر الاعتقال من تفكك الروابط الأسرية أو فقدان العمل، مع إمكانية ربط الرصد الإلكتروني ببرامج اجتماعي تعليمي يمكن المستفيد من ممارسة نشاط مهني أو الخضوع للتدريب.
- ب. أداة مميزة لمحاربة اكتظاظ السجون.
- ج. وسيلة أرخص من الحبس من أربع إلى خمس مرات، من الناحية المادية، من أجل رعاية المدانين، على اعتبار أن تكلفة هذا النظام (في تاريخه) تبلغ ما بين 80 و 120 فرنك في اليوم للشخص الواحد، مقابل حوالي 400 فرنك في كتكلفة يومية لكل سجين للاستزادة؛ يرجى مراجعة:

Rapport n° 3 de M. Georges OTHILY, fait au nom de la commission des Lois, déposé le 2 octobre 1996, SÉNAT, Session ordinaire de (1996-1997), Proposition de Loi n° 400 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines, (disponible au format pdf, 35 pages), publié sur le site: www.senat.fr (date d'accès : 24/10/2019).

¹ - القانون المتعلق بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كآلية لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1997، والمعبر عنه كما يلي: Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté, JORF n°295 du 20 décembre 1997, page : 18452.

² - القانون المتعلق بتقوية ضمانات قرينة البراءة وحقوق الضحايا، الصادر بتاريخ 15 يونيو 2000، والمعبر عنه كما يلي: Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000, page : 9038, texte n° 1.

³ - القانون المتعلق بتوجيه وبرمجة العدالة، الصادر بتاريخ 9 سبتمبر 2002، والمعبر عنه كما يلي: Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JORF du 10 septembre 2002, page : 14934, texte n° 1.

⁴ - القانون المتعلق بتكليف العدالة مع تطورات الجريمة، الصادر بتاريخ 10 مارس 2004، والمعبر عنه كما يلي: Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 59 du 10 mars 2004, page : 4567, texte n° 1.

⁵ - René LEVY et Anna PITOUN, « L'Expérimentation du placement sous surveillance électronique en France et ses enseignements (2001-2004), Déviance et Société, Médecine & Hygiène, 2004/4, Vol. 28, page : 414.

ومن حيث القانون الفرنسي الحالي للمسطرة الجنائية؛ فإنه نظم آلية الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن الاعتقال الاحتياطي في مرحلة التحقيق بمقتضى المواد من: 5-142 إلى 13-142، بعنوان الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية. في حين نظم آلية المراقبة الإلكترونية كوسيلة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية بمقتضى المواد من: 7-723 إلى 1-13-723 من نفس القانون، بعنوان الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، كما نظم نفس الموضوع بالنسبة للأحداث بمقتضى المواد من: 26-D32 إلى 28-D32 بعنوان الأحكام المطبقة على الأحداث.

أما في بلجيكا؛ فالقانون الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2012¹ والمتعلق بأحكام مختلفة في ميدان العدالة، يعد بمثابة المصدر التشريعي للوضع تحت المراقبة الإلكترونية، بحيث يمكن لقاضي التحقيق؛ ولضرورة حماية الأمن العمومي، أو في حالة ارتكاب المتهم لجريمة يعاقب عليها بالحبس لمدة عام أو أشد، يمكنه أن يصدر أمرا بالاعتقال، سواء في مؤسسة سجنية، أو بالوضع تحت الاعتقال المراقب إلكترونيا. وهذا الأخير؛ لضمان حضور المعني بالأمر في مكان محدد بشكل متواصل، باستثناء الترخيصات الصادرة عن قاضي التحقيق.

هذا التحول التشريعي جاء نتيجة الوضع القائم ببلجيكا من حيث ازدياد عدد المتابعين أمام المحاكم الجزرية، ولطول مدد الاحتجاز السابق عن المحاكمة. وهي العوامل التي أدت إلى ارتفاع عدد المعتقلين سواء الاحتياطيين أو المدانين، ليرتفع النقاش حول تسريع وثيرة التشريع في المجال الجنائي، خاصة الإجرائي منه، وذلك من أجل تسهيل وتبسيط الإجراءات الجنائية والتفكير في الحلول الجذرية للمشاكل السالفة الذكر، والتي كان أهمها: اعتماد وسيلة المراقبة الإلكترونية كآلية لتطبيق أمر الوضع تحت الاعتقال الاحتياطي، ليس داخل السجن، وإنما خارجه، بمكان إقامة المتهم أو أي مكان يحدده قاضي التحقيق².

¹ - القانون الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2012، المتعلق بأحكام مختلف في ميدان العدالة، المتمم والمغير للقانون الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1990، والمتعلق بالاعتقال الاحتياطي (السالف الذكر)، والمعبر عنه بما يلي:

Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice, Moniteur Belge du 31 Janvier 2013, page : 5286, Entrée en vigueur le 10 Février 2013.

² - Laura AUBERT, « Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement », Revue de science criminelle et de droit pénal compare, Dalloz, 2012/2 N°2, page: 460, Et ; Marie-Sophie DEVRESSE, « La surveillance électronique des justiciables », Courrier hebdomadaire du CRISP, 2014/22, N° 2227-2228, page : 60.

الفقرة الثالثة: المرجعية التشريعية للمراقبة الإلكترونية في الدول العربية

دأبت الدول العربية على مواكبة التطورات العالمية والدولية في مجال التشريع، سواء تلك الصادرة عن المنظمات الأممية، أو الخاصة بكيانات محددة. فإذا كانت هذه الدول قد لاءمت قوانينها في أكثر من مرة مع المتغيرات الحقوقية والتشريعية، الأوروبية منها على وجه الخصوص، في مجال الحقوق والحريات والولوج إلى العدالة، فإن موضوع بدائل الإجراءات والعقوبات السالبة للحرية من بين هذه المواضيع التي استأثرت باهتمام المشرع المغربي والعربي.

ولعل مبادرة وزارة العدل بالمغرب في صياغة مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية، والتي تؤسس لشرعنة اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية كآلية لتتبع تنفيذ تدابير المراقبة القضائية الصادرة عن الوكيل العام للملك، طبقا للمادة 73، وأيضا لإدراج المراقبة الإلكترونية كتنديير من تدابير والتزامات الوضع تحت المراقبة القضائية الصادرة عن قاضي التحقيق طبقا للمادة 161، وعلى طرق تنفيذها في المواد من: 1-174 إلى 3-174 من المسودة، كلها مؤشرات تدل على أن المغرب قد اختار الأخذ بالتقنيات الحديثة في مجال السياسة الجنائية، سواء في مرحلة البحث والتحري عن الجرائم ومرتكبها أو في مرحلة التحقيق والمحاكمة¹.

وتعد الجزائر؛ الدولة الأولى عربيا، والثانية إفريقيا، بعد دولة جنوب إفريقيا، والتي أدرجت آلية المراقبة الإلكترونية في قانونها للإجراءات الجزائية، بمقتضى الأمر عدد 02-15 المؤرخ في 23 يوليوز 2015، كآلية من آليات مراقبة تنفيذ التزامات الرقابة القضائية الصادرة عن قاضي التحقيق، والمنصوص عليها في المادة 125 مكرر 1 من نفس القانون³.

والجدير بالذكر في هذا الموضوع؛ هو أنه بالرغم من تنصيب المشرع الجزائري على آلية المراقبة الإلكترونية لضمان تنفيذ التزامات الرقابة القضائية المنصوص عليها في المادة 125 مكرر 1 من قانون

¹ - لطيفة بنخير، "الوضع تحت المراقبة القضائية في ضوء مسودة قانون المسطرة الجنائية"، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد 3، 2017، ص: 182.

² - الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 40 بتاريخ 23 يوليو سنة 2015، ص: 28.

³ - ليلى طلي، "الوضع تحت المراقبة الإلكترونية"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، جوان 2017، المجلد (أ)، ص: 254.

الإجراءات الجزائية، إلا أنه قد نص في آخر هذه المادة¹ على أن تفعيل هذه الآلية مرهون بقانون تنظيمي ينظم هذا التفعيل، وهو ما لم يصدر عن المشرع الجزائري إلى حين كتابة هذه الأسطر²، مما يجعل هذا النظام - خاصة في مرحلة التحقيق - في خانة العدم، لعدم التنصيص عن كلياته وشروطه وأساليبه³.

وتبنت دولة الإمارات العربية المتحدة - بدورها - نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، سواء أثناء التحقيق أو المحاكمة، وذلك بمقتضى المرسوم بقانون اتحادي رقم (17) لسنة 2018 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية الصادرة بالقانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992، إذ عرّف هذا القانون نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية⁴ وميز بين أنواعها؛ بين الوضع المؤقت تحت المراقبة الإلكترونية في مرحلة التحقيق والمحاكمة⁵، وبين الحكم بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية⁶، وأخيرا بين الإفراج عن المحكوم عليه ووضعه تحت المراقبة الإلكترونية⁷.

وبين إصدار القانون وتنفيذه، فقد أصدرت وزارة الداخلية الإماراتية بيانا تعلن فيه عن جاهزيتها التامة لتنفيذ أحكام هذا القانون، وذلك بعد مرور المدة القانونية المحددة في 6 أشهر من تاريخ صدوره للعمل بأحكامه وتطبيق مقتضياته، وأيضا؛ بعد القيام بجميع الاستعدادات المادية واللوجستية لإنجاح هذه

¹ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 125 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: "... تحدد كليات تطبيق المراقبة الإلكترونية المنصوص عليها في هذه المادة عن طريق التنظيم".

² - "وحسب التصريحات الرسمية، فقد شرعت محكمة جزائرية في تجربة هذا النظام، حيث أصدر قاضي التحقيق لدى محكمة تيبازة (50 كلم غرب العاصمة) أول قرار بوضع متهم في قضية "ضرب وجرح بالسلاح الأبيض" بتاريخ 25 ديسمبر 2016 تحت الرقابة الإلكترونية بواسطة السوار الإلكتروني بدلا من حبسه مؤقتا، وذلك على أن يتم تعميمه بشكل تدريجي على باقي ولايات الجزائر"، عن: نسيم مروان، "المراقبة الإلكترونية بديل جديد عن الحبس المؤقت ودعم لقرينة البراءة"، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 2، 2017، ص: 171، هامش رقم 1.

³ - نسيم مالك، "نظام المراقبة المستحدثة دعم أم اعتداء على قرينة البراءة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 3، ص: 167.

⁴ - عرّف قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992، والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 17 لسنة 2018 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية، عرّف الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في الفقرة الأولى من المادة 355 منه، حينما نصت على أن: "إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، هو حرمان المتهم أو المحكوم عليه من أن يتغيب في غير الأوقات الزمنية المحددة له عن محل إقامته أو أي مكان آخر يعينه الأمر الصادر من النيابة العامة أو من المحكمة المختصة بحسب الأحوال، ويتم تنفيذه عن طريق وسائل إلكترونية تسمح بالمراقبة عن بُعد، وتلزم الخاضع لها بحمل جهاز إرسال إلكتروني مدمج، طوال فترة الوضع تحت المراقبة...".

⁵ - المواد من (361) إلى (368) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي أعلاه.

⁶ - المواد من (369) إلى (379) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي أعلاه.

⁷ - المواد من (380) إلى (385) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي أعلاه.

التجربة الفريدة¹.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية

يدخل نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ضمن آليات وإجراءات التحقيق، فهو أسلوب حديث يعتمد على تقييد بعض الحريات لدى الإنسان، سواء في التنقل، أو في الاجتماع مع أشخاص آخرين، أو الذهاب إلى أماكن معينة؛ وذلك باعتماد آلية الرصد الإلكتروني، والتي تعتمد على مراقبة المتهم والتأكد من تواجده داخل الرقعة الجغرافية المحددة له سلفاً من طرف قاضي التحقيق، تحت طائلة الجزاءات التأديبية المتمثلة أساساً في استبدال التدبير بآخر، أو اللجوء إلى الاعتقال الاحتياطي.

ولطبيعة هذا النظام الاستثنائية، لمسأسه بالحريات الأساسية للأفراد، ولتعارضه مع مبدأ قرينة البراءة، فإنه كان لزاماً على المشرع سن أحكام خاصة بهذا النظام، لتوضيح شروط إعماله، إضافة إلى أساليبه وآلياته.

الفقرة الأولى: شروط الوضع تحت المراقبة الإلكترونية

يتميز نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بفرنساً²؛ بأنه نظام ووسيلة لتنفيذ أمر الإقامة الإجبارية، والذي يصدره قاضي التحقيق أو قاضي الحريات والاعتقال³، وذلك بوضع المتهم تحت تدابير المراقبة الإلكترونية للتأكد من تنفيذ هذا الأمر، بحيث عبر عنه المشرع الفرنسي بالإقامة الجبرية مع المراقبة الإلكترونية⁴، كإجراء من إجراءات التحقيق والمحاكمة، والذي يصدره قاضي التحقيق أو قاضي الحريات والاعتقال بمبادرة منهما، أو بطلب من المتهم، والذي بمقتضاه؛ يتم إجبار المعني بالأمر بعدم مغادرة مكانه أو مكان إقامته، إلا بشروط يحددها هذا القاضي، طبقاً للفقرة الأولى والثانية من المادة 5-142⁵ من

¹ أنظر في ذلك: المقال المنشور على الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الداخلية الإماراتي بعنوان: "مجلس القضاء برأس الخيمة، البدء فعلياً بالمراقبة الإلكترونية، والداخلية تعلن جاهزيتها التامة للمنظومة"، بتاريخ الجمعة 03 مايو 2019، تاريخ الولوج إلى الموقع: 27 أكتوبر 2019. الرابط:

www.moi.gov.ae/ar/media.center/news/7932308.aspx

² نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في مرحلة التحقيق والمحاكمة.

³ رامي متولي القاضي، "نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي والمقارن"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد 29، العدد 63، 2015، ص: 302.

⁴ عبر عنه المشرع الفرنسي في قانونه للمسطرة الجنائية بما يلي: *L'assignation à résidence avec surveillance électronique*.

⁵ تنص الفقرة الأولى والثانية من المادة 5-142 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على ما يلي:

Article 142-5:

Modifié par Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 54 (V):

قانون المسطرة الجنائية الفرنسي. ويمكن إصدار أمر الوضع تحت الإقامة الإلزامية مع المراقبة الإلكترونية ضد متهم متابع بارتكاب جرائم يعاقب عليها القانون بعقوبة حبسية لا تقل مدتها عن سنتين أو بعقوبة أشد، طبقا للفقرة الأولى من نفس المادة.

ولتعزيز ضمانات قرينة البراءة؛ فلقد اشترط المشرع الفرنسي على قاضي التحقيق وقاضي الحريات والاعتقال تعليل قراراتهم بالإقامة الإلزامية مع المراقبة الإلكترونية، وذلك بعد التأكد من توفر شروطها، بعد الاطلاع على ملتزمات وكيل الجمهورية، والتي تتم تلاوتها على المتهم قصد إدلائه أو محاميه بملاحظاتهم، طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 142-6¹ من نفس القانون.

ولا يكفي تعليل قرار الوضع تحت المراقبة الإلكترونية فقط؛ بل اشترط المشرع الفرنسي موافقة المعني بالأمر (المتهم) إذا لم يكن هو نفسه من طلب اتخاذ هذا الإجراء²، طبقا للفقرة الأولى من المادة 142-5 السالفة الذكر.

ويمكن لقاضي التحقيق، وكذا قاضي الحريات والاعتقال، وبنفس الشروط، إصدار أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية لمدة لا يمكن أن تتجاوز 6 أشهر، على أنه يمكن تمديد هذا الأجل وفق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 142-6 أعلاه دون أن تتجاوز المدة الإجمالية للتمديدات أجل سنتين، طبقا لمنطوق المادة 142-7³ من نفس القانون.

« L'assignation à résidence avec surveillance électronique peut être ordonnée, d'office ou à la demande de l'intéressé, par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel d'au moins deux ans ou une peine plus grave.

Cette mesure oblige la personne à demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge de s libertés et de la détention et de ne s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat. (...)».

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 142-6 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على ما يلي:

Article 142-6:

Modifié par Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 54 (V);

« L'assignation à résidence avec surveillance électronique est décidée par ordonnance motivée du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, qui statue après un débat contradictoire conformément à l'article 145 ou au vu des réquisitions écrites du procureur de la République, dont il est donné lecture à la personne mise en examen, et après avoir entendu ses observations et celles de son avocat. (...)».

² - رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص: 305.

³ - تنص المادة 142-7 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على ما يلي:

Article 142-7:

Créé par loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 - art. 71;

كما أضافت المادة 142-12¹ هيئة الحكم، باعتبارها من بين الهيئات التي يجوز لها إصدار أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، كبديل عن الاعتقال الاحتياطي، كما يحق لها أيضا رفعه، تعديله، تغييره أو إلغاؤه، وفق الشروط والشكليات نفسها المتعلقة بإجراء المراقبة القضائية.

ولتعزيز الحماية للمرأة والطفل من كل أشكال العنف؛ فقد سن المشرع الفرنسي القانون رقم 769-2010² بتاريخ 9 يوليوز 2010، المعدل والمتمم لقانون المسطرة الجنائية، فأضاف بمقتضاه المادة 1-12-142³، والتي تنص على إمكانية وضع المتهم تحت المراقبة الإلكترونية المتنقلة، إذا ارتكب أعمال عنف أو تهديد معاقب عليه بالسجن لخمس سنوات على الأقل، ضد زوجه أو مرافقه أو شريك ملزم باتفاق تضامن مدني، وأيضا؛ ضد أولاده، أو أطفال زوجه أو مرافقه أو شريكه. كما تنطبق هذه المقتضيات أيضا؛ عند ارتكاب هذه الجرائم من طرف الزوج السابق، أو الشريك الذي يعيش مع الضحية، أو من طرف الشخص الذي تربطه به علاقة تضامن مدني.

« L'assignation à résidence est ordonnée pour une durée qui ne peut excéder six mois. Elle peut être prolongée pour une même durée selon les modalités prévues au premier alinéa de l'article 142-6, sans que la durée totale du placement dépasse deux ans ».

¹ - تنص المادة 142-12 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على ما يلي:

Article 142-12 :

Créé par loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 - art. 71 ;

« Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent prononcer, comme mesure alternative à la détention provisoire, une assignation à résidence avec surveillance électronique dans les cas prévus par les articles 135-2, 145, 148, 201, 221-3, 272-1, 397-3, 695-34 et 696-19.

Cette mesure peut être levée, maintenue, modifiée ou révoquée par les juridictions d'instruction et de jugement selon les mêmes modalités que le contrôle judiciaire en application des articles 148-2, 148-6, 213, 272-1, 695-35, 695-36, 696-20 et 696-21. ».

² - القانون رقم 796-2010 الصادر بتاريخ 9 يوليوز 2010، والمتعلق بالعنف المرتكب خصيصا ضد النساء، والعنف المرتكب بين الأزواج وتأثيراته على الأطفال، والمعبر عنه بما يلي:

Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF n°0158 du 10 juillet 2010, page : 12762, texte n°2.

³ - تنص المادة 1-12-142 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على ما يلي:

Article 142-12-1 :

Créé par LOI n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 6 (V) ;

« Par dérogation aux dispositions de l'article 142-5, l'assignation à résidence exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique mobile peut être ordonnée lorsque la personne est mise en examen pour des violences ou des menaces, punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, commises :

1° Soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité;

2° Soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire.

Le présent article est également applicable lorsque l'infraction est commise par l'ancien conjoint ou concubin de la victime ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime ».

من ناحية أخرى؛ فإن القانون البلجيكي قد خول لقاضي التحقيق، وفي حالة الضرورة القصوى ومن أجل الأمن العمومي، أن يصدر أمرا بالاعتقال إذا كانت الأفعال المرتكبة يعاقب عليها بالجسب لمدة سنة أو بعقوبة أشد. وهو الأمر الذي أخذ شكلين اثنين، أولهما؛ الاعتقال بمؤسسة سجنينة، وثانتهما؛ الاحتجاز الخاضع للمراقبة الإلكترونية¹، وهو ما يستفاد منه؛ أن هذا النظام الأخير، المقصود به هو تحديد مقر لإقامة المتهم ومراقبة تواجده بهذا المقر بوسيلة إلكترونية، أي أن إقرار الوضع تحت المراقبة الإلكترونية مرتبط أساسا بالأمر بوضع المتهم تحت الاعتقال الاحتياطي².

كما اشترط نفس القانون على قاضي التحقيق، وقبل إصداره لأمر الاعتقال، سواء في مؤسسة سجنينة أو تحت المراقبة الإلكترونية، أن يقوم باستجواب المتهم حول الأفعال الموجبة لاستصدار هذا الأمر، وسماع ملاحظاته، مع التأكيد على حق المتهم من حضور محاميه أثناء هذا الاستجواب، إلا إذا تنازل صراحة عن هذا الحق، والذي يدونه قاضي التحقيق في محضر الاستنطاق³.

والملاحظ بالنسبة لأمر الاعتقال الصادر عن قاضي التحقيق في هذه الحالة؛ هو أن المشرع البلجيكي لم

¹ - تنص الفقرتين الأولى والثانية من الجزء 1 من المادة 16 من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 20 يوليو 1990، والمتعلق بالاعتقال الاحتياطي، كما تم تغييره وتنميته بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2012، تنص على ما يلي:

Art. 16 :

« § 1. En cas d'absolue nécessité pour la sécurité publique seulement, et si le fait est de nature à entraîner pour l'inculpé un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus grave, le juge d'instruction peut décerner un mandat d'arrêt.

Le juge d'instruction décide également si ce mandat d'arrêt doit être exécuté soit dans une prison, soit par une détention sous surveillance électronique. L'exécution de la détention sous surveillance électronique, qui implique la présence permanente de l'intéressé à une adresse déterminée, exception faite des déplacements autorisés, a lieu conformément aux modalités fixées par le Roi. (...). »

² - Giuseppina PECORELLI, La surveillance électronique, une solution durable ?, Mémoire en droit, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, Belgique, année académique : 2016-2017, page : 14.

³ - تنص الفقرتين الأولى والثانية من الجزء 2 من المادة 16 من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 20 يوليو 1990 السالف الذكر على ما يلي:

Art. 16 :

« (...) § 2. Sauf si l'inculpé est fugitif ou latitant, le juge d'instruction doit, avant de décerner un mandat d'arrêt, interroger l'inculpé (sur les faits qui sont à la base de l'inculpation et qui peuvent donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrêt), et entendre ses observations. (A défaut de cet interrogatoire, l'inculpé est mis en liberté). <L 2005-05-31/32, art. 6, 014 ; En vigueur : 26-06-2005>

L'inculpé a le droit à être assisté de son avocat lors de l'interrogatoire. Seul l'inculpé majeur peut renoncer volontairement et de manière réfléchie à ce droit. Le juge d'instruction fait mention de cette renonciation dans le procès-verbal d'audition. (...). »

يشترط تعليق هذا الأمر تعليلاً خاصاً¹، كما هو الحال لجميع الأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق نفسه، أو عن وكيل الملك، أو عن الملمتسات الصادرة عن هذا الأخير والردود الناتجة عنها، باستثناء قرار قاضي التحقيق القاضي بتحديد كيفية تنفيذ الاعتقال الاحتياطي، إن بداخل مؤسسة سجنية، أم تحت المراقبة الإلكترونية².

الفقرة الثانية: أساليب الوضع تحت المراقبة الإلكترونية

تتميز المراقبة الإلكترونية كنظام لتنفيذ أو مراقبة تنفيذ التزامات الوضع تحت المراقبة القضائية، وكنظام بديل عن الحبس المؤقت، أو كبديل عن عقوبة الحبس قصيرة المدة؛ تتميز بأنها من أهم ما أفرزه التقدم التكنولوجي والتقني، والذي استُغل في المجال الجنائي، إن على مستوى التحقيق أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب، وذلك لمزاياها الاقتصادية والحقوقية، ولطابعها النفعي المتميز³.

ولحماية قرينة البراءة، وللحياة الخاصة للمتهم الموضوع تحت تدابير المراقبة الإلكترونية ولحرمة جسده؛ فقد سن المشرع الفرنسي مجموعة من الضوابط كأساليب لتنفيذ هذا التدبير، بما يضمن الضروريات السالفة الذكر، مع ما يترتب عن تقدم مراحل الدعوى العمومية على هذا الإجراء⁴.

¹ Dieter BURSENS, « La Détention Préventive Sous (Sans) Conditions, Débat entre les acteurs de l'instruction judiciaire », La Détention Préventive Et Ses Alternatives, Chercheurs et acteurs en débat, Ouvrage Collectif, ACADEMIA PRESS, Gent, Belgique, 2011, page : 56.

² - ينص الجزأين 1 و 2 من المادة 24 مكرر من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1990 السالف الذكر على ما يلي:

Art. 24bis :

« § 1er. Le juge d'instruction peut décider d'office ou à la demande du procureur du Roi, à tout moment de la procédure, par une ordonnance motivée, que le mandat d'arrêt ou l'ordonnance ou l'arrêt de maintien de la détention préventive exécutée par une détention sous surveillance électronique sera exécuté à partir de ce moment dans la prison, si : (...).

§ 2. Le juge d'instruction peut décider d'office ou à la demande du procureur du Roi, à tout moment de la procédure, par une ordonnance motivée qu'il communique directement au procureur du Roi, que le mandat d'arrêt ou l'ordonnance ou l'arrêt de maintien de la détention préventive exécuté dans la prison sera exécuté à partir de ce moment-là par une détention sous surveillance électronique.(...)».

³ - ساهر إبراهيم الوليد، مرجع سابق، ص: 663.

⁴ - نظم المشرع الفرنسي في قانونه للمسطرة الجنائية ضوابط وأساليب الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية أثناء مراحل الدعوى العمومية بالمواد من (D32-3) إلى (D32-28)، وذلك عبر سبع (7) فقرات معنونة كالتالي:

الفقرة الأولى: التدابير القبلية للوضع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية؛

الفقرة الثالثة: الوضع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية؛

الفقرة الرابعة: تعديل أو إنهاء الوضع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية؛

الفقرة الخامسة: الأحكام المطبقة في حالة عدم احترام مقتضيات الوضع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية؛

الفقرة السادسة: الأحكام المطبقة في حالة صدور قرار عدم المتابعة؛

ومن أجل ذلك؛ فقد أوجب القانون الفرنسي على مُصدر أمر الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية، سواء كان قاضيا للتحقيق أو قاضي الحريات والاعتقال، أو رئيس غرفة التحقيق في حالة الاستئناف، أوجب عليه التأكد من أمرين اثنين قبل إصدار الأمر؛ من حيث توفر جهاز المراقبة¹ وجدوى هذه المراقبة، وأيضا؛ التحقق من الحالة العائلية والمادية والاجتماعية للمتهم، مع تحديد ساعات وأمكنة تنفيذ تدبير الإقامة الإجبارية مع المراقبة القضائية².

ولتعزيز الحماية القانونية للممتلكات الخاصة للأشخاص؛ فلقد أناط المشرع الفرنسي بمصلحة السجون ومراقبة السلوك، الحصول على إذن مكتوب من ملاك أو مكثري العقارات التي سيقضي فيها المتهم تدبير الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية، والذي يتضمن الترخيص لهذه المصلحة من تركيب جهاز الاستقبال الخاص بالمراقبة، إلا في حالة وجود إذن مسبق في ملف القضية³، في حالة ما إذا كانت هذه العقارات خاصة أو كانت في ملكية غير المتهم.

نفس الأمر تقرر بالنسبة لحماية صحة المتهم الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية، فلقد نص المشرع الفرنسي على ضرورة إخبار المتهم قبل تنفيذ أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية؛ بحقه في المطالبة بأن يعاينه طبيب، للتأكد من أن ارتداءه للسواء الإلكتروني لا يشكل خطرا على صحته⁴، سواء تلك الأخطار

الفقرة السابعة: الأحكام المطبقة في حالة الإحالة أمام هيئة الحكم:

الفقرة الثامنة: الأحكام المطبقة على الأحداث.

¹ - لتنفيذ نظام المراقبة الإلكترونية، نص المشرع الفرنسي في المادة (D32-4) من قانونه للمسطرة الجنائية على البيتين مختلفتين تتمثلان في جهاز المراقبة الإلكترونية الموضوعي، وجهاز المراقبة الإلكترونية المتنقل، فالأول؛ (منصوص عليه في المادة R57-11)؛ عبارة عن سوار إلكتروني يرتديه المتهم على يده أو كاحله، يرسل إشارات إلكترونية إلى جهاز مستقبل مرتبط بخط هاتفي داخل منزل أو مقر سكن المتهم الموضوع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية، بحيث لا يمكن للمتهم الحامل للسوار الابتعاد عن هذا الجهاز المستقبل، أو نزع هذا السوار أو التصرف فيه أو إحداث أضرار به، تحت طائلة إرسال إشارات إنذار إلى مركز المراقبة. كما يمكن لهذه الأجهزة أن تستعمل المراقبة الصوتية أيضا للتأكد من حضور المتهم.

أما الثاني (منصوص عليه في المادة R61-22)؛ فيعتمد على ارتداء المتهم لجهاز إرسال إلكتروني خاص (سوار)، يقوم بإرسال إشارات إلى مركز المراقبة تحدد موضعه الجغرافي على كافة صعيد التراب الوطني، بحيث لا يمكن للشخص الحامل لهذا الجهاز نزع أو إحداث ضرر به تحت طائلة إرسال إشارات إنذار إلى مركز المراقبة. هذا الجهاز أيضا يمكن أن يعتمد المراقبة الصوتية للتأكد من حضور المتهم.

² - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-4) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-5) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010، والمتعلق بالوضع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية وحماية ضحايا العنف الزوجي، والمعبر عنه بما يلي:

Décret n° 2010-355 du 1er avril 2010 relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la protection des victimes de violences au sein du couple, JORF n°0079 du 3 avril 2010, page : 6498, texte n° 13.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-6) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010، السالف الذكر.

المحتملة جراء الموجات الإلكترونية الصادرة من السوار أو جهاز الإرسال المتنقل، أو من جهاز الاستقبال المركب في مكان سكنى المتهم¹.

ولتحديد حيثيات أمر الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية، فقد أورد المشرع الفرنسي العديد من الضوابط الواجب احترامها من طرف القاضي المصدر لهذا الأمر، ونلخصها في ما يلي:

✓ تعليل الأمر، وتحديد مكان الوضع تحت المراقبة، وأيام وساعات الإقامة، وأيضا؛ تحديد الاستثناءات والمبررات لمغادرة مكان المراقبة، وتحديد التزامات وتدابير المراقبة اللازم احترامها، والمنصوص عليها في المادة 138 من نفس القانون²؛

✓ إخبار المتهم بضرورة احترام مقتضيات أمر الوضع تحت المراقبة، تحت طائلة إلغاء هذه التدابير واستبدالها بالاعتقال الاحتياطي. وكذلك؛ إحاطة المتهم علما بأن ارتداء السوار مرهون بقبوله، على أن رفضه يعد بمثابة خرق مقتضيات الوضع تحت المراقبة، وملزم للجوء إلى الاعتقال الاحتياطي، مع تدوين هذا الإخبار في محضر أمام القاضي المصدر للأمر³؛

✓ إخبار المتهم -إن لم يكن قد تم إخباره من قبل- بحقه في المطالبة بإجراء فحص طبي حول آثار أو قدرته على ارتداء السوار الإلكتروني⁴؛

✓ إدراج مقتضيات الفقرتين الأخيرتين أعلاه في أمر الإفراج عن المعتقل مع وضعه رهن المراقبة الإلكترونية والإقامة الإجبارية، مع الإشارة في الأمر على ضرورة أخذ رأي المتهم في ارتدائه للسوار، وفي حالة رفضه يتم إلغاء الأمر بالإفراج المؤقت⁵؛

¹ - رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص: 309.

² - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-10) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010، السالف الذكر.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-11) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر، والمغيرة بمقتضى المادة 2 من المرسوم عدد 2019-508 الصادر بتاريخ 24 ماي 2019 المعبر عنه بما يلي:

Décret n° 2019-508 du 24 mai 2019 pris pour l'application des dispositions pénales de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, relatives à l'instruction, à l'exercice des voies de recours et à l'exécution des peines, JORF n°0121 du 25 mai 2019, texte n° 4.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-12) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010، السالف الذكر.

⁵ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-13) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر، والمغيرة بمقتضى المادة 2 من المرسوم عدد 2019-508 الصادر بتاريخ 24 ماي 2019 أعلاه.

✓ يتم تسجيل الشخص الموضوع تحت هذا التدبير في سجل خاص لدى إدارة السجون، والتي يتكلف موظفوها بتركيب الأجهزة الإلكترونية للمراقبة في غضون خمسة أيام على الأكثر من تاريخ صدور الأمر. وفي حالة ما إذا كان الأمر مرتبط بإفراج عن المعتقل؛ فإن السوار يُرتدى من طرف المتهم قبل مغادرته السجن، وهو نفس الأمر بالنسبة للإفراج المؤقت مع الوضع تحت المراقبة الإلكترونية المنتقلة¹؛

✓ يخول قاضي التحقيق، وفي جميع مراحل المتابعة؛ إضافة، إلغاء، تعديل أو تجميد واحد أو أكثر من التدابير المرتبطة بالمراقبة القضائية، في إطار الوضع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية، وذلك بمقتضى أمر معلل، استنادا إلى طلب وكيل الجمهورية، أو بطلب من المتهم²؛

✓ في حالة صدور أمر بعدم المتابعة، يحق للمتهم المطالبة بالتعويض المنصوص عليه في المادة 149 من نفس القانون³؛

✓ في حالة إحالة المتهم أمام هيئة الحكم بالغرفة الجنحية، فإن المراقبة الإلكترونية المرفوعة بالإقامة الإجبارية تنتهي ما لم يقرر قاضي التحقيق عكس ذلك بقرار معلل، وفي هذه الحالة؛ لا يجوز أن يتجاوز مجموع المدة لأمر الإقامة الإجبارية مع الوضع تحت المراقبة الإلكترونية مدة سنتين، من تاريخ أول أمر⁴؛

✓ إذا تمت إحالة المتهم الموضوع تحت الإقامة الإجبارية مع المراقبة الإلكترونية أمام محكمة الجنايات؛ فإن مفعول هذا الأمر يبقى مستمرا، إلا إذا قرر قاضي التحقيق عكس ذلك في قرار الإحالة. كما لا يمكن -في جميع الحالات- أن تتجاوز مدة هذا التدبير سنتين⁵؛

¹ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-14) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر، والمغيرة بمقتضى المادة 2 من المرسوم عدد 2019-508 الصادر بتاريخ 24 ماي 2019 أعلاه.

² - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-16) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-22) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-23) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر، والمغيرة بمقتضى المادة 2 من المرسوم عدد 2019-508 الصادر بتاريخ 24 ماي 2019 أعلاه.

⁵ - أنظر في ذلك؛ المادة (D32-24) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر، والمغيرة بمقتضى المادة 2 من المرسوم عدد 2019-508 الصادر بتاريخ 24 ماي 2019 أعلاه.

✓ إذا تمت إحالة المتهم الموضوع تحت الإقامة الإلزامية مع المراقبة الإلكترونية أمام هيئة الحكم؛ وتملص من التزامات هذا الأمر، تدخّل وكيل الجمهورية بطلب أمام قاضي الحريات والاحتجاز قصد اعتقاله أو إحضاره. يجوز أيضا لهذا القاضي إصدار أمر بالاعتقال الاحتياطي¹.

وفيما يخص فئة الأحداث؛ فلقد نص المشرع الفرنسي على العديد من الأحكام الخاصة بهذه الفئة، والتي تنظم عملية الوضع تحت الإقامة الإلزامية مع المراقبة الإلكترونية، ونذكر منها:

✚ إيداع الحدث داخل مؤسسة تعليمية تابعة للقطاع العام، أو لدى مؤسسة جمعوية مؤهلة للحماية القانونية للشباب غير المؤسسات ذات النظام المغلق، أو لدى الممثلين القانونيين للحدث، بعد أخذ موافقتهم كتابة من طرف قاضي التحقيق المكلف بالأحداث أو قاضي الحريات والاعتقال أو قاضي الأحداث، مع ضرورة القيام بكل الإجراءات والأبحاث التي تساعد على إعادة إدماج الحدث، من قبيل إجراء أبحاث حول جدوى المراقبة الإلكترونية، وحالة الحدث الاجتماعية والأسرية والمادية، التوصل بجميع الوثائق لبدء عملية المراقبة²؛

✚ إدراج الأسباب والمعايير التي تجعل التزامات المراقبة القضائية غير كافية ضمن أمر الوضع تحت الإقامة الإلزامية مع المراقبة الإلكترونية، كي يتسنى للقاضي المكلف بتغيير التدبير أو باتخاذ ما يراه مناسباً لمصلحة الحدث³؛

✚ إناطة إدارة الحماية القانونية للشباب، وإدارة السجون والإدماج والمراقبة؛ مراقبة تنفيذ التزامات أمر الوضع تحت الإقامة الإلزامية مع المراقبة الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق باحترام بنود ساعات ولوج ومغادرة ومقر السكن. كما أناط القانون أيضا للمصالح العمومية للحماية القانونية للشباب؛ مهمة مراقبة تنفيذ هذه الالتزامات، بطرق عدة؛ كالاتصال الهاتفي، زيارة مكان السكنى، الاستدعاء إلى مقر المؤسسة، والأهم من ذلك؛ المراقبة التربوية للحدث⁴.

¹ - أنظر في ذلك: المادة (D32-25) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر.

² - أنظر في ذلك: المادة (D32-26) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر، والمغيرة بمقتضى المادة 2 من المرسوم عدد 2019-508 الصادر بتاريخ 24 ماي 2019 أعلاه.

³ - أنظر في ذلك: المادة (D32-27) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر.

⁴ - أنظر في ذلك: المادة (D32-28) من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، المضافة بمقتضى المادة 1 من المرسوم عدد 2010-355 الصادر بتاريخ الأول من أبريل 2010 السالف الذكر.

ببلجيكا؛ أناط المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013¹ مهمة ضمان تنفيذ ومتابعة الاعتقال تحت المراقبة الإلكترونية²؛ للمركز الوطني للمراقبة الإلكترونية³.
ولتنفيذ هذه المراقبة؛ فلقد نص المرسوم أعلاه على العديد من الضوابط والأساليب من أجل هذا الغرض، ونذكر منها:

- ضرورة إخبار قاضي التحقيق المصدر لقرار الاعتقال مع المراقبة الإلكترونية لمدير المركز بكافة وسائل الاتصال، بقراره، مع إيفاده بنسخة من هذا القرار بكل الوسائل الممكنة للاتصال، ومع ضرورة اقتياد المتهم نحو منزل الاعتقال المحدد في القرار، من أجل تركيب جهاز المراقبة. وفور انتهاء عملية التركيب؛ يتم نقل المتهم نحو مكان إقامته، لتمكين المركز من تركيب علبة المراقبة.
إذا تغيب المتهم، أو إذا لم يتمكن المركز من ولوج مكان سكنه، يتم إشعار قاضي التحقيق، والذي يشعر بدوره المركز ومدير السجن بكافة وسائل الاتصال السريعة بقراره، مع إيفاد نسخة من هذا القرار إلى مدير السجن.
إذا استحال تركيب أدوات المراقبة لأسباب خارجة عن إرادة المتهم؛ يخبر المركز قاضي التحقيق بكافة وسائل الاتصال السريعة، مع إيفاد نسخة من الإخبار لمدير السجن، فيعاد المتهم إلى منزل الاعتقال إلى غاية صدور قرار جديد من قاضي التحقيق⁴؛
- ضرورة إخبار مدير المركز أو مندوبه، مع إرسال نسخة من الإخبار لمدير السجن، وفي أجل لا يقل عن 24 ساعة من تاريخ جلسة التحقيق، إخباره بمكان وتاريخ وساعات الجلسة¹؛

¹ - المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013، بشأن تنفيذ الباب الثاني (المتعلق بالاعتقال تحت المراقبة الإلكترونية) من القانون الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2012 السالف الذكر، والمعبر عنه بما يلي:

Arrêté royal du 26 décembre 2013 portant exécution du Titre II de la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice, Moniteur Belge du 31 Décembre 2013, Deuxième Edition, page : 104072.

² - تنص المادة الأولى من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه على ما يلي:

Article 1er :

« Le Centre national de surveillance électronique (ci-après nommé `CNSE`) est le service auprès du Service public fédéral Justice compétent pour assurer la mise en œuvre et le suivi de la détention sous surveillance électronique ».

³ - تم إحداث المركز الوطني للمراقبة الإلكترونية ببلجيكا (يشار إليه في هذه الفقرة بالمركز) بمقتضى القرار الصادر عن مجلس الوزراء بتاريخ 30 يونيو 2000، ودخل حيز التطبيق بتاريخ الأول من أكتوبر من نفس السنة. أنظر في ذلك:

Marie-Sophie DEVRESSE, Op. Cit., page : 20.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة 2 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه.

- إذا قرر قاضي التحقيق تنفيذ الاعتقال الاحتياطي تحت تدبير المراقبة الإلكترونية، ضَمَن في قراره العنوان المقرر لتنفيذ هذا التدبير²؛
- إذا قرر المدعي العام استئناف قرار الإفراج عن المتهم أو الطعن فيه بالنقض، فإن هذا الأمر يبلغ لمدير المركز، مع إشعار مدير السجن بذلك كتابة³؛
- يمكن السماح للمتهم المعتقل تحت المراقبة الإلكترونية؛ بالتنقل فقط من أجل الإجراءات المسطرية للتقاضي، أو التنقل من أجل العلاج، أو إذا اقتضته القوة القاهرة⁴؛
- إذا قرر قاضي التحقيق رفع الاعتقال، يخبر بذلك مدير المركز أو مندوبه، بكل وسائل الاتصال الفورية، مع إشعار مدير السجن كتابة⁵.

هذه كانت أهم الضوابط والأساليب المؤطرة لعملية تنفيذ الاعتقال الاحتياطي بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية ببلجيكا، الهدف منها؛ عدم الإفلات من العقاب ومحاربة ظاهرة الاكتظاظ بالسجون، بالإضافة إلى محاربة ظاهرة العود، وتقوية العلاقات الأسرية للمتهم، والحفاظ على حقوقه المهنية. إلا أن الملاحظ بخصوص هذا النظام؛ هو سلبه المطلق لحرية المتهم في التنقل، بالرغم من تمتيعه بالإفراج مع الإقامة الإجبارية في مقر معين، وذلك بأن منع عنه مغادرة هذا المكان المعين إلا للأسباب السالفة الذكر، مما يجعل هذا النظام يزكي قرينة الإدانة لدى المتهم، عكس ما هو عليه نفس النظام بفرنسا مثلاً⁶.

وبالرغم من أن الجزائر قد نصت على آلية المراقبة الإلكترونية في قانونها للإجراءات الجزائية كما سلف ذكره؛ فإن القانون المنظم لهذه الآلية لم يصدر بعد. في حين؛ صدر في الموضوع؛ القانون المنظم للوضع تحت المراقبة القضائية كبديل عن العقوبة السالبة للحرية، متمم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج

¹ - أنظر في ذلك؛ المادة 3 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه.

² - أنظر في ذلك؛ المادة 4 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة 5 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة 6 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه.

⁵ - أنظر في ذلك؛ المادة 7 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2013 أعلاه.

⁶ - Giuseppina PECORELLI, Op. Cit., page : 14, Et ; Marie-Sophie DEVRESSE, Op. Cit., page : 16 et 63.

الاجتماعي للمحبوسين¹.

ولتنفيذ تدبير المراقبة الإلكترونية كبديل عن الحبس الاحتياطي في دولة الإمارات العربية المتحدة؛ فإنه يرمى في ذلك:

❖ ممارسة المتهم لنشاط مهني أو حرفي، أو متابعة التعليم أو التدريب المهني، أو تلقي المعالجة الطبية، أو أية ظروف أخرى تقدرها النيابة العامة أو المحكمة المختصة حسب الأحوال²؛

❖ كما يصدر مجلس الوزراء -بناء على اقتراح من وزير الداخلية- قرار يحدد فيه الوسائل المستحدثة في تنفيذ هذه المراقبة، وضوابط وآليات تنفيذها، وفي إمكانية إسناد هذا التنفيذ إلى هيئة أو شخص اعتباري مؤهل لذلك، وفي جميع الأحوال يراعى في هذا التنفيذ احترام كرامة وسلامة وخصوصية لخاضع لها³؛

❖ يخول ضباط الشرطة وصف ضباطها وأفرادها بمراكز ووحدات الشرطة المختصة، مراقبة مدى التزام الخاضع لهذا الأمر لمضمون ونطاق الأمر أو الحكم القضائي الصادر بالوضع تحت المراقبة القضائية، ولهم كافة الصلاحيات من أجل ذلك⁴؛

❖ من أجل سلامة صحة المتهم أو المحكوم عليه بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، فإنه يجوز للنيابة العامة المختصة، وفي أي وقت، بناء على طلب الخاضع للمراقبة الإلكترونية؛ تكليف طبيب للتحقق من أن الوسائل الإلكترونية المستخدمة لتنفيذ هذه المراقبة لم تلحق أي أضرار بصحة الخاضع أو بسلامة جسده، مع إعداد تقرير طبي حول ذلك⁵؛

❖ للنيابة العامة حق إصدار أمر وضع المتهم تحت المراقبة الإلكترونية -بعد موافقته أو بناء على طلبه- بدلا من حبسه احتياطيا، وذلك بعد استجوابه، إذا كانت الدلائل كافية، وكانت الواقعة جناية أو جنحة معاقب عليها بغير الغرامة. ويحدد بالأمر أعلاه، محل تنفيذ هذا التدبير ومدته، وكل المعلومات

¹ - قانون رقم 01-18 مؤرخ في 30 يناير سنة 2018، يتم القانون رقم 04-05 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، جريدة رسمية عدد 5، الصادرة بتاريخ 30 يناير سنة 2018، ص: 10.

² - أنظر في ذلك؛ الفقرة الثانية من المادة 355 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 35 لسنة 1992، والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 17 لسنة 2018 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة 356 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة 358 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

⁵ - أنظر في ذلك؛ المادة 359 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

- ❖ الأخرى المتعلقة بشخص المتهم والأفعال المنسوبة إليه¹؛
 - ❖ يجوز للنياحة العامة، إذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك؛ أن يتضمن أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية التزامات أخرى، وأهمها؛ عدم الاتصال بغيره من المتهمين أو الشركاء المساهمين معه في الجريمة، أو المجني عليه أو ذويه²؛
 - ❖ لا يمكن إصدار أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، والجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، والجرائم التي أوجب فيها القانون الحكم بتدبير الإبعاد عن الدولة³؛
 - ❖ لا يمكن وضع المتهم تحت المراقبة الإلكترونية إلا بعد استجوابه، وتكون مدة المراقبة محددة في 30 يوماً مع إمكانية تجديدها مرة واحدة ولنفس المدة بعد موافقة المتهم. وفي حالة ما استلزمت مصلحة التحقيق بإبقاء المتهم تحت المراقبة الإلكترونية بعد انقضاء مدة الرقابة، أحالت النيابة العامة أوراق القضية على أحد قضاة المحكمة الجزائية المختصة واستمعت إلى المتهم، لتقرر بعد ذلك تمديد المراقبة شهراً إضافياً بعد موافقة المتهم، مع إمكانية التمديد أو إلغاء المراقبة واعتقال المتهم وحسبه احتياطياً أو الإفراج عنه بضمان أو بدونه.
- وفي جميع الأحوال يجوز للمحكمة المختصة التصرف في أمر المراقبة من حيث تغيير الالتزامات الواردة فيه⁴؛
- ❖ للنياحة العامة؛ وقبل إحالة الملف أمام هيئة الحكم، أن تلغي أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وإصدار أمر بالاعتقال وحبس المتهم احتياطياً على ذمة التحقيقات إذا قويت الأدلة ضده، أو خالف التزامات الوضع تحت المراقبة، أو طلب ذلك صراحة، أو إذا وجد ظرف خاص يستدعي ذلك. وفي حالة ما إذا كان الأمر صادراً من المحكمة؛ فهي نفسها المختصة لإصدار أمر إلقاء القبض، بعد طلب النيابة العامة⁵؛

¹ - أنظر في ذلك؛ المادة 361 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

² - أنظر في ذلك؛ المادة 362 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

³ - أنظر في ذلك؛ المادة 363 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

⁴ - أنظر في ذلك؛ المادة 364 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

⁵ - أنظر في ذلك؛ المادة 365 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

❖ وللمحكمة الزجرية أثناء نظرها في طلب مد الحبس الاحتياطي، أن تأمر بإعمال آلية المراقبة الإلكترونية كبديل عن الحبس الاحتياطي¹؛

كما تجدر الإشارة إلى أن استئناف أمر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية تسري عليه نفس مقتضيات وقواعد وإجراءات استئناف الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في نفس القانون².

وفي الختام؛ وإذا كانت الإجراءات الاحتجاجية أثناء التحقيق والمحاكمة يعاب عليها أنها تعتبر بمثابة إدانة قبل صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، وهو ما يتعارض مع جميع المواثيق العالمية والدولية في مجال حقوق الإنسان، والتي تنص وتؤكد على أن الأصل في الإنسان البراءة، ولا يجوز المساس بهذه القرينة إلا بناء على حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، بعد محاكمة عادلة تتوفر فيها كافة الضمانات القانونية؛ فإن الوضع يقتضي إعمال إجراءات غير احتجاجية، تركز براءة المتهم، بما يضمن كرامته وحرية، وذلك في إطار حماية الأمن والنظام العام ومصصلحة العدالة. ومن أجل ذلك؛ وجب تطوير هذه الآليات وتدعيمها بالمزيد من الضمانات، والتي من شأنها أن تكفل للمتهم وللضحية حقهما في العدالة الجنائية.

¹ - أنظر في ذلك؛ المادة 366 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

² - أنظر في ذلك؛ المادة 367 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

بصمة العين كأحد أدلة الإثبات وتطبيقاتها

إبراهيم الحمادي

AL-HAMMADI IBRAHIM

طالب بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس/ كلية الحقوق السويدي

absract

Iris recognition is an automated method of biometric identification that uses mathematical pattern-recognition techniques on video images of one or both of the irises of an individual's eyes, whose complex patterns are unique, stable, and can be seen from some distance.

ملخص

إن التطور الذي يعرفه ميدان الجرائم وتشعبها واستعمالها لأحدث الوسائل الإلكترونية بات من الضروري ملاحقة هذا التطور سواء من الناحية التشريعية أو المؤسساتية، ذلك أن الكثير من الجناة – وغيرهم – يعمد إلى اتخاذ الوسائل الحديثة والدقيقة الكفيلة بإخفاء معالم جريمته، ويسعى إلى محو كل ما يمكن أن يكون سبباً في تعقبه، ويمكن القول أن بصمة العين تبقى أحد الوسائل الناجعة في محاربة الجريمة واستعمالها كدليل إثبات.

مقدمة

في المجتمعات القديمة كانت صور السلوك الإجرامي تتسم بالبساطة والوضوح، وكان يكفي لاكتشافها وإسنادها إلى مرتكبها استخدام وسائل الإثبات التي تعتمد على الإدراك الحسي المباشر، كالاعتراف وشهادة الشهود، وإذا ما استعصى الحصول على دليل عن طريق استخدام هذه الوسيلة فلم يكن مستبعداً تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف. وحتى بالنسبة لشهادة الشهود والاعتراف فهما ليس الدليل الذي يطمئن إليه القاضي الجنائي للحكم بالإدانة، فقد يكون الدافع إلى الاعتراف بعيداً تماماً عن الحقيقة، كما أن الشاهد قد يكون عرضة للخطأ والنسيان وقد يكون شاهد زور. ثم أخذت أساليب الجريمة تتطور بتطور المجتمعات الذي وقعت فيها، فالجريمة التي حدثت في العشرينات والثلاثينات ما زالت هي التي ترتكب في نهاية القرن العشرين وأوائل القرن الواحد والعشرين، ولكن بأسلوب أكثر تنظيماً ومدعم تكنولوجياً. فالمتهمون يستخدمون اليوم الوسائل العلمية الحديثة في ارتكاب جرائمهم. ومع ذلك بقيت النصوص التشريعية وخاصة الإجرائية بلا تطور، والنتيجة هي عجز القوانين السارية عن احتواء هذه الأساليب. وإزاء تطور أساليب ارتكاب الجريمة أصبح اكتشاف الجاني أمراً عسيراً وفي بعض الأحيان مستحيلاً، ولذلك كان لزاماً على المجتمع أن يستخدم نفس السلاح (سلاح العلم)، باستحداث وسائل علمية حديثة للكشف عن الجريمة وإثباتها. فالأدلة العلمية هي وسائل لإيجاد الصلة بين الجريمة والجاني، وهي من أهم مقومات الإثبات الجنائي وتقليل فرص الخطأ القضائي. ولذا فإن السبيل إلى العدالة المنشودة لا يأتي إلا بالاستعانة بالتطور العلمي والتقدم التكنولوجي في كافة المجالات. ومن هنا أخذ رجال الفقه يلهثون لملاحقة التطورات التي أصابت العلاقة القانونية في الصميم، الأمر الذي استلزم ليس فقط إعادة النظر في المبادئ القانونية المستقرة منذ قرون، وإنما أيضاً استحداث قواعد جديدة لتحكم التكنولوجيا الحديثة، وهذا أمر طبيعي حيث أن الثورة العلمية التي ظهرت في العصر الحديث، والتي شملت مختلف مظاهر الحياة بالتطور، قد مدت هذا التطور إلى القانون ذاته، وخاص مختلف القانون الإجرائي وقانون الإثبات اللذان يعتبران أكثر القوانين استجابة لمقتضيات العصر. وقد مهد هذا التطور لشروق فجر جديد وهو الأدلة العلمية، وأصبح الاعتماد على المعمل الجنائي والأجهزة العلمية يزداد يوماً بعد يوم. ففي العصر الحديث أصبحت وسائل الإثبات التي كانت محلاً للاختبار منذ عشرات السنين أمراً واقعاً وعادياً فالأدلة المستمدة من بصمات الأصابع وبصمة العين وبصمة الرائحة والصوت

والبصمة الجينية - وغيرها من الأدلة العلمية الحديثة - أصبحت مقبولة اليوم أمام كافة المحاكم الجنائية والمدنية والشرعية، للثقة الكبيرة فيها، وإمكانية الاعتماد عليها دون غيرها، ولا تحتاج أن يتولى الخبراء المتخصصين فيها شرح المبادئ العلمية التي تقوم عليها تلك الوسائل أو النظريات العلمية التي تعتمد عليها. ولذلك فإن الإثبات الجنائي باستخدام الوسائل العلمية الحديثة له أهميته في توصل أجهزة العدالة بدقة إلى الحقيقة. فالاختبارات الكيميائية التي يتكشف عن وجود السم في الدم تؤدي إلى إثبات الحقيقة إثباتاً يقينياً. ولذلك يجب على المحاكم أن تقبل الإثبات العلمي عندما يقدم إليها في إطار قواعد الإثبات. ومع ذلك فإن الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية أصبحت مصدراً للمشاكل فيما يتعلق بحدود الدليل العلمي، ومدى حجية الدليل العلمي في الإثبات الجنائي.

أهمية البحث:

يمكن التعرف على أهمية الموضوع من خلال التأمل في كثير من القضايا المعاصرة، سواء الجنائية منها أو غير الجنائية، حيث نجد أنها أخذت تنحو منحى آخر عما كانت عليه، ذلك أن الكثير من الجناة - وغيرهم - يعمد إلى اتخاذ الوسائل الحديثة والدقيقة الكفيلة بإخفاء معالم جريمته، ويسعى إلى محو كل ما يمكن أن يكون سبباً في تعقبه، بل لربما كان للتطور العلمي أثر في إتقان الكثير من الجرائم أيضاً كان نوعها، ومن ثم أصبح وجود وسائل الإثبات التي نص الفقهاء عليها شبه متعذر، للتحرز الشديد من قبل الجاني، إلا أنه أمكن من خلال الوسائل المتطورة والحديثة الوصول إلى كثير من الأمور التي كان من الصعب الوصول إليها لولا توفيق الله، ثم وجود تلك الوسائل كاستخدام التحاليل المختلفة. أو الأجهزة المتطورة. ومنها جهاز بصمة العين.

المبحث الأول: البصمات كأحد الأدلة المادية ووسائل فحصها

المطلب الأول: البصمة:

البصمة هي عبارة عن تلك الخطوط البارزة Ridges التي تحاذيها خطوط أخرى منخفضة، والتي تتخذ أشكالاً مختلفة على جلد أصابع اليدين والكفين من الداخل وعلى أصابع وباطن القدمين،⁽¹⁾ وتسمى هذه الخطوط بالخطوط الحلمية، ونظراً لأن هذه الخطوط توجد في حالة رطوبة دائماً لإفرازات العرق التي تنتشر بسطحها فهي تترك طبعها على كل جسم تلامسه، وهذه الإفرازات تزيد كميتها أثناء الانفعالات النفسية، ولا شك أن وقت ارتكاب الجريمة هو أكثر الأوقات انفعالاً بالنسبة لمرتكبي الجرائم.

ويرجع استخدام البصمات كدليل علمي له حججه القاطعة في إثبات الشخصية إلى أوائل التاسع عشر، وإن كانت الأبحاث العلمية ترجع إلى ما قبل ذلك بكثير. فيرجع الفضل في الدراسات العملية التي أجريت في العصر الحديث على البصمات لعدد من أساتذة التشريح وعلى رأسهم مارسيل ماليجي بإيطاليا سنة 1686، وجون بركنز بألمانيا سنة 1823، إلا أن بحوثهم لم تستغل عملياً في تحقيق الشخصية، وكان أول من استغل البصمات عملياً في تحقيق شخصية المسجون وليام هرشل الإنجليزي سنة 1858 بالهند، وتوالت بعد ذلك الدراسات العلمية والعملية حتى تمكن العالم البريطاني فرانسيس جالتون سنة 1886، وإدوارد هنري سنة 1890 (من كبار رجال شرطة إنجلترا) من إثبات عدم تطابق بصمات الأصابع، وقسم الأول إلى أربعة أقسام رئيسية هي: المقوس، المستدير، المنحدر يمن، المنحدر يسار. كما وضع الثاني نظاماً عالمياً لحفظ ومضاهاة البصمات عرف باسمه.

ويعود تاريخ إنشاء إدارة تحقيق الشخصية في مصر إلى سنة 1869 حيث يرجع الفضل في

إنشائها إلى اللواء جورج هارفي باشا حكمدار بوليس مصر في ذلك الحين، وقد بدئ في نفس العام تشبيه جميع المحكوم عليهم الموجودين في سجن (كوم الدكة) على الطريقة البيرتليونية. وكانت توضع على فيشات المحكوم عليهم بصمات أصابعهم باعتبارها جزءاً تكملياً كما كان عليه الحال في بعض الدول الأوروبية وبخاصة المملكة المتحدة، وبعد ذلك شرع اللواء هارفي في توسيع دائرة هذا العمل حتى تناول

⁽¹⁾ المؤلف، قدرتي عبد الفتاح، أدلة مسرح الجريمة: رنين الاثر الإجرامي، نداء الحس الشرطي طبقاً لأساليب التقنية المتقدمة علماً وقانوناً وتحليلاً وفناً وعملاً وتطبيقاً، شركة منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 34.

جميع المحكوم عليهم في السجون المصرية، وكما نعلم فإن مصر تعتبر من أقدم حضارات العالم تعرفنا على ماهية البصمات واستخدامها لها كأسلوب لتحقيق شخصية الفرد وكدليل مادي في مجال الإثبات الجنائي.

وأدخل نظام البصمات في مصر كطريقة رئيسية لتحقيق شخصية المحكوم عليهم ومرتكبي الحوادث الجنائية سنة 1904.⁽²⁾

المطلب الثاني: الجوانب العلمية والفنية لعلم البصمات

الفرع الأول: الأساس العلمي لعلم البصمات:

رسخت حجية البصمات في تحقيق شخصية الإنسان مع مطلع القرن العشرين، وأصبحت حقيقة علمية ثابتة لا يمكن النيل منها أو التشكيك في صحتها. ذلك بعد أن تعرضت الهيئات العلمية والمؤتمرات الدولية المختلفة لعلم البصمات وانتهت إلى إطرانها وتأييدها تأييداً كاملاً، ومن ثم فإن بصمات الأصابع وراحة اليدين والقدمين كانت وما زالت إلى وقتنا هذا تمثل العمود الفقري لإدارات وأقسام تحقيق الشخصية في دول العالم أجمع، والوسيلة الرئيسية والفعالة لتحقيق شخصية الأفراد سواء في المسائل الجنائية أو المدنية، كما أنها تحتل مكان الصدارة المادي الوحيد الذي يحقق ما يهدف إليه الباحث

الجنائي من التعرف على الجاني وإقامة الدليل القاطع على إدانته في آن واحد.

هنا يبدو التساؤل الهام والحيوي عن ماهية الأساس العلمي الذي من أجله استمدت البصمات هذه القطعية المطلقة في الأدلة؟

تؤكد البحوث العلمية والتجارب التي أجراها العديد من العلماء والمهتمين بعلم الإجرام، وما كشف عنه التطبيق العملي خلال ما يقرب من قرن من الزمان، أن هناك عدة حقائق ومزايا هامة استطاع من خلالها علم البصمات أن يصل على هذه المكانة البارزة والصدارة المطلقة بين أقرانه من الأدلة المادية الأخرى، هذه الحقائق وتلك المزايا تتمثل في:

- 1- عدم انطباق بصمتين لشخصين مختلفين أو انطباق بصمة إصبعين لشخص واحد.
- 2- ثبات البصمة (عدم تغيرها بالعوامل المكتسبة).

⁽²⁾ المؤلف، أسامة الصغير، البصمات وسائل فحصها وحجيتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2007، ص 22 وما بعدها.

3- عدم تأثر أشكال البصمات بالوراثة أو الأصل.

الفرع الثاني: عدم انطباق بصمتين لشخصين مختلفين:

أكدت الدراسات والبحوث والتجارب وكذلك الإحصاءات العملية المختلفة أنه لا يمكن أن تنطبق بصمتان في العالم أجمع لشخصين مختلفين، كما لا يمكن أن تنطبق بصمة إصبعين لشخصين واحد، بينما يمكن لهما أن يتشابه، كما أنها لا تتأثر بعوامل الوراثة ولا تتطابق بصمات الآباء مع الأبناء أو الأشقاء حتى ولو كانوا توأم قد نشأ من بويضة واحدة أو أكثر، بل ثبت تنوع البصمات بالنسبة لكل شخص تنوعاً لا حد له بحيث تتميز بصمات كل شخص بمميزات خاصة ينفرد بها دون أي شخص آخر في العالم أجمع.

إن بصمات الابن وأبيه وبصمات الأشقاء والتوائم أو غير التوائم يمكن أن تتشابه ولكن لا يمكن

أن تنطبق أبداً، بل إنه قد ثبت تنوع البصمات بالنسبة لكل شخص على حدة تنوعاً لا حد له، بحيث تتميز بصمات كل شخص بمميزات خاصة ينفرد بها دون الأشخاص الآخرين، ومن ثم فإن هذه الحقيقة هي التي أضفت على البصمات أهميتها وأكسبتها قيمتها باعتبارها دليل قاطع في تحقيق الشخصية لا يرقى إليه أدنى قدر من الريبة أو الشكل. وأهم من هذا وذلك، ما أثبتته التطبيق العملي لعلم البصمات على مدى ما يقرب من قرن الزمان، وفي مختلف دول العالم، كما وأنه لم يحدث أن ادعى أحد باكتشافه بصمتين لشخصين أو بصمة لإصبعين مختلفين في شخص واحد قد انطبقتا.⁽¹⁾

من ذلك يتضح لنا أن لتحقيق شخصية الإنسان، بذل العلماء والباحثون جهوداً ومحاولات مضنية، كما أجرى البعض منهم أبحاثاً طبية وتشريحية لطبقات جلد الأصابع، وتلتها تجارب علمية وتطبيقية وإحصائية إلى أن استقر لعلم البصمات مقوماته وأسس وقواعده الثابتة التي أكدت دقة البصمات وانفرادها في مميزاتها من شخص لآخر، وهذا ما أكدته النظريات الحديثة، التي أثبتت حقيقة اختلاف أشكال الخطوط العلمية وأكدت عدم إمكانية انطباق بصمة أصبعين لشخص واحد أو لشخصين مختلفين، وذلك من خلال البحوث العلمية الحسابية وقانون الاحتمالات والأساس الطبيعي وأسس مضاهاة بصمات الأصابع.

(1) المؤلف، أسامة الصغير، مرجع سابق ذكره، ص 24 وما بعدها.

الفرع الثالث: ثبات البصمات (عدم تغيرها بالعوامل المكتسبة)

اتفقت البحوث العلمية على أن الخطوط الحلمية تبدأ في التكوين منذ الشهر الرابع للجنين،

وتبدأ في كسوة الأصابع وراحة الأيدي وباطن القدمي، ويكتمل في الشهر السادس من الحمل، وتظل ثابتة لا تتغير مطلقاً طوال حياة الشخص وبعد مماته، فبشرة الأصابع هي آخر ما يتحلل في جسم الإنسان، كما دلت الأبحاث على أن قطر الخطوط الحلمية لبصمات الأصابع لدى الأطفال ضعف مثلتها في أصابع البالغين.

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن كثيراً ما ينتاب البصمات بعض الإصابات السطحية، إلا أنها ما تلبس أن تعود إلى حالتها الأولى نتيجة لتجدها بفعل خاصة اللحامية التي تعمل على استمرار تجدد الجلد، فضلاً عن خصائص الطبقة التجددية وغيرها من طبقات الجلد المختلفة التي تتضافر جميعها لإعادة هذه الخطوط لحالتها الأولى الطبيعية، ويجب مراعاة أنه قدي يترتب على هذه الإصابات حدوث تلف مؤقت أو مستديم في البصمة، تبعاً لبسطة الإصابة أو شدتها، فإذا لم تتجاوز الطبقة الخارجية من جلد الأصابع فإن التلف يترك أثراً مستديماً، كما يحدث في بعض الأحيان أن تتعرض بصمات الأصابع لبعض التشوهات نتيجة لعوامل خارجية مثل المهن أو الحرف ذات الطبيعة الخاصة، كذلك إصابتها ببعض الأمراض الجلدية، ومما يجدر الإشارة إليه أنه في معظم هذه الحالة غالباً ما تعود البصمة إلى حالتها الطبيعية وشكلها السابق بزوال هذا العامل العرضي، كما يعتمد بعض الأشخاص في بعض الأحوال إحداث تشوهات متعمدة بالخطوط الحلمية البارزة ببصمات أصابعهم بغرض تحقيق بعض المآرب الشخصية من جراء ذلك.⁽¹⁾

(1) المؤلف، أسامة الصغير، مرجع سابق ذكره. ص 25 وما بعدها.

المبحث الثاني: بصمات غير الأصابع:

إن اكتشاف علم البصمات قد أحدث ثورة علمية في مجال وسائل الكشف عن الجريمة، وقد اعترفت التشريعات الوضعية والقضاء بمعظم دول العالم ببصمات الأصابع كدليل لا يحتمل الشك أو التأويل. ومن ثم ما دمنا نتناول موضوع البصمات، فيجدر بنا أن نشير إلى ما يطلق عليه البعض تجاوزاً ببصمة غير الأصابع، كبصمة غير الأصابع، كبصمة العين وبصمة الصوت وبصمة الأذن وبصمة الرائحة وما إلى ذلك.

ولما كانت البصمات بصفة عامة وبصمات الأصابع بصفة خاصة قد مرت بمراحل متعددة استغرقت سنين طويلة من الفحص والدراسة، حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن من مكانة عالية في مجال الإثبات الجنائي، لذلك كان لا بد لهذه النوعيات الأخرى من بصمات غير الأصابع أن تتجاوز هي الأخرى مثل هذه المراحل الزمنية حتى تحكم عليها بالنجاح أو الفشل، لتصير أو لا تصير من الأدلة المادية ذات المكانة المعترف بها قانوناً فقهاً وقضاءً.

بصمة العين:

فيما يتعلق ببصمة العين، فقد توصل فريق من العلماء بإحدى المؤسسات الأمريكية المتخصصة إلى اكتشاف طريقة جديدة وسريعة للتحقق من الشخصية، وتحديد هوية الأفراد ترتبط أسماؤهم بقضايا الأمن والجريمة، وتعتمد هذه الطريقة الجديدة على بصمة العين بدلاص من بصمات الأصابع في التحقيق من الشخصية بواسطة هذه الوسيلة، ذلك بالتقاط صورة لشبكية العين بمجرد قيام الشخص بالنظر في عدسة جهاز تم تصميمه لهذا الغرض، ثم مقارنة هذه الصورة ببصمات العين المسجلة على الحاسب الآلي (الكمبيوتر) الملحق بالجهاز، وخلال زمن قياسي (ثانية ونصف ثانية) يحدد الحاسب الآلي هوية الشخص وعمّا إذا كان مشبوهاً من عدمه، وتتميز هذه الطريقة بالدقة العالية، حيث لا يمكن تغييرها أو تزويرها وغلا أدى ذلك على تدمير أجزاء كبيرة من العين أو فقد البصر كلية.

الأساس العلمي لبصمة العين:

ويرجع الأساس العلمي الذي تركز عليه بصمة العيون – كما يقول الدكتور سيف أستاذ الطب والجراحة بكلية طب القصر العيني – إلى أن العين تتكون أساساً من ثلاث طبقات أهمها الطبقة الحساسة وهي اسم EYE – DENTIFER يتم بواسطته التعرف على بصمات العين – التي يقال عنها – أن لكل إنسان منها نمط خاص، بحيث لا تشابه هذه الأنماط بين الأشخاص جميعاً على الإطلاق وقد تفوق في دقتها بصمات الأصابع، ومن المتوقع أن يكون لهذا الجهاز دور كبير في المجالات الطبية بجانب تحقيق شخصية الأفراد، كذلك في أعمال المؤسسات المصرفية والعسكرية والأماكن المحظور دخولها إلا لأشخاص معينين، خاصة وأن لهذا الجهاز ذاكرة تتسع لصور (1200) شبكية العين.⁽¹⁾

⁽¹⁾ المؤلف، أسامة الصغير، مرجع سابق ذكره، ص 44 وما بعدها.

الخاتمة:

وختاماً، أحدث اكتشاف علم البصمات ثورة علمية في مجال وسائل الكشف عن الجريمة، وقد اعترفت معظم التشريعات الوضعية في العالم ببصمات الأصابع كدليل لا يحمل الشك أو التأويل، إلا أن هناك من البصمات ما تتجاوز بصمة الأصابع، كبصمة العين وبصمة الصوت وبصمة الأذن وبصمة الرائحة وما إلى ذلك، ونظراً لأن الإنسان في حقيقته مجموعة من البصمات والإنفرادات التي تميزه عن غيره، وهذه البصمات والعلامات الكثيرة، يكفى واحدة منها لتمييزه عن غيره. ولما كانت البصمات بصفة عامة، وبصمات الأصابع بصفة خاصة قد مرت بمراحل متعددة استغرقت سنوات طويلة من الفحص والدراسة، حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن من مكانة عالية في مجال الإثبات الجنائي، لذلك كان لا بد لهذه الأنواع الأخرى من بصمات غير الأصابع أن تتجازى هي الأخرى مثل هذه المراحل الزمنية للحكم عليها، كي تصبح من الأدلة المادية ذات المكانة العلمية المعترف بها قانوناً وفقهاً وقضاءً.

هي بصمة ابتكرتها إحدى الشركات الأمريكية لصناعة الأجهزة الطبية، وقد أكدت الشركة أنه لا توجد عينان متشابهتان في كل شيء، حيث يتم أخذ بصمة العين عن طريق النظر في عدسة الجهاز الذي يقوم بدوره بالتقاط صورة لشبكية العين، وعند الاشتباه في أي شخص يتم الضغط على زر معين بالجهاز فتتم مقارنة صورته بالصورة المخزنة في ذاكرة الجهاز، ولا يزيد وقت هذه العملية على ثانية ونصف فقط.

ويطلق على هذه التقنية "المسح الحدقي" iris scan " فهو عملية تبين فيها المميزات الخاصة بحدقة كل إنسان من أجل التعرف على شخصيته، وتبدأ الخطوات بتصوير العين بالفيديو، ثم تحويل ما يقرب من 266 ميزة خاصة بالحدقة من بقع وهالات ودوائر وتجاويف وغيرها إلى شفرة رقمية بقوة 512 بايت (باستخدام علم اللوغاريتمات). ويتجه العالم الآن إلى استخدام " بصمة الحدقة " في جميع مؤسساته من بنوك ووزارات ومطارات بل وفي السجون العمومية. فالمسح الحدقي يتميز عن غيره من الوسائل بعدم وجود حدقتين متشابهتين في حدق البشر حتى في التوائم المتماثلة، بل إن الحدقة اليمنى ذاتها مختلفة عن اليسرى في الشخص الواحد، بالإضافة إلى أن رسم الحدقة ثابت طوال العمر، حيث يتكون رسمه بعد 6 أشهر من الولادة ويثبت بعد سنة من العمر ويستمر في ثباته حتى الوفاة. إضافة إلى ما سبق فإن التعرف على البصمة الحدقية للشخص لا يأخذ إلا ثواني معدودة، حيث أن تسجيل البصمة لأول مرة لا يأخذ أكثر من ثلاث دقائق، والنظارات والعدسات اللاصقة حتى الملونة منها لا تؤثر على المسح

، وهذه العملية لا تحتاج إلى التصاق مباشر بالكاميرا، فلا تحتاج سوى بعض التعاون من الشخص فالإحصائيات تقول إنه يوجد " واحد " من كل " ثمانية " أشخاص شعر ببعض القلق البسيط عندما تعامل مع الجهاز لأول مرة فقط، ومن المتوقع أن يكون لهذا الجهاز دور كبير في المجالات الطبية بجانب تحقيق شخصية الأفراد، كذلك في أعمال المؤسسات المصرفية والعسكرية والأماكن المحظور دخولها إلا لأشخاص معينين، خاصة إن لهذا الجهاز ذاكرة تتسع لصور (1200) شبكية للعين⁽¹⁾.

النتائج:

ومن النتائج التي توصل إليها الباحث:

- البصمة كلمة تطلق على كل ما هو فريد ولا يوجد له مثيل؛
- تحديد هوية الأشخاص فيما يتعلق بالولوج إلى الأماكن المحظورة في المنشآت؛
- أهمية بصمة العين أنها أكثر دقة ومرونة في التعرف على الأشخاص؛
- بصمة العين في وقتنا الحاضر تعد من أفضل الطرق الأمنية للتأكد من هوية الأشخاص؛
- تعتبر بصمة العين الأسهل تطبيقاً على الأشخاص من بين أنواع البصمات الأخرى وذلك لعدم علم أو حتى شعور الشخص أنه يتم قراءة بصمة عينه؛
- للعين بصمة فريدة فلا يوجد عينان متشابهتان في كل شيء.

⁽¹⁾ <https://ar-ar.facebook.com/Law.society.najah/posts/523528837699006>

مؤسسة التقييد الاحتياطي في القانون المغربي

نافع عبد الرحيم
باحث في الحقوق.

مقدمة:

إن نقل الملكية و الحقوق العينية العقارية يشكل الأرضية الأساسية لانطلاق المشاريع الاقتصادية و الاجتماعية , و الأكيد أن نظام التحفيظ العقاري المغربي الذي تم وضعه من طرف الحماية الفرنسية من أجل ضمان حقوق الرعايا الفرنسيين في التملك العقاري ساهم في ازدهار المعاملات و تيسير إنشاء القروض العقارية .

ويقوم نظام التحفيظ العقاري في المغرب على مبادئ التطهير و الإشهار و الحجية التوثيقية للتقييدات بالسجل العقاري سواء بين الأطراف أو اتجاه الغير¹ .

ورغبة من المشرع المغربي في الحد من الآثار التي قد تنجم عن مبدأ الحجية المطلقة للتقييدات بالسجلات العقارية , أقرت مؤسسة التقييد الاحتياطي كاستثناء من شأنه أن يُلطف فقط من تلك القوة التوثيقية المطلقة و يحول دون التذرع بهذه القوة لاكتساب الحقوق و تسجيلها بالسجل العقاري .

و التقييد الاحتياطي إجراء مؤقت يقوم به كل من يريد الحفاظ مؤقتا على حق عيني أو حق شخصي قابل للتحويل إلى حق عيني, وذلك في انتظار استكمال الشروط القانونية للتسجيل النهائي بالسجل العقاري . أو انتظار صدور حكم قضائي فاصل في النزاع العقاري المعروض على المحكمة المتعلق به الحق المقيد احتياطيا.

وتبرز أهمية التقييد الاحتياطي في كونه المؤسسة الأكثر دينامية و فعالية من بين مؤسسات نظام السجل العقاري المغربي¹ في مجال حماية حقوق و أموال أشخاص العلاقات التعاقدية .

¹ بمقتضى الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 ,

إن التطرق إلى مؤسسة التقييد الاحتياطي يطرح إشكالية من عيار ثقيل تتعلق أساسا بمدى توفيق المشرع و القضاء المغربي في تنظيم مؤسسة التقييد الاحتياطي تنظيما محكما من شأنه تدعيم الثقة في نظام السجلات العقارية . و من هذه الإشكالية تتفرع مجموعة من التساؤلات نجزها كالتالي :

- ما المقصود بهذه المؤسسة القانونية ؟ و ما هي الحقوق القابلة للتقييد الاحتياطي ؟
- ما هي حالات التقييد الاحتياطي ومجالاته؟
- ما هي الآثار القانونية المترتبة عن التقييد الاحتياطي و ما هي الوسائل القانونية لانتهاؤه ؟

هذه التساؤلات الإشكالية قادتنا إلى التقسيم التالي :

المبحث الأول : ماهية التقييد الاحتياطي و حالاته .

المبحث الثاني : آثار التقييد الاحتياطي و انتهاؤه .

¹ محمد بن الجاج السلمي، التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2002، ص 11،

المبحث الأول : ماهية التقييد الاحتياطي وحالاته

يعتبر التقييد الاحتياطي من أهم المؤسسات القانونية التي أوجدها المشروع المغربي قصد الحفاظ بشكل مؤقت على الحقوق الغير القابلة للتقييد النهائي في نظام السجلات العقارية . قصد التوسع أكثر في دراسة نظام هذه المؤسسة سنحاول بداية التطرق إلى ماهية التقييد الاحتياطي (مطلب أول) لنتنقل بعدها للحديث عن حالاته (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : ماهية التقييد الاحتياطي

إن الحديث عن ماهية التقييد الاحتياطي كمؤسسة قانونية يقتضي منا بداية تحديد كل من مفهومه و الغاية منه (فقرة أولى) للانتقال بعد ذلك لدراسة خصائصه (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى : مفهوم التقييد الاحتياطي والغاية منه:

قصد التمهيد لدراسة نظام التقييد الاحتياطي يجدر بنا إعطاء نظرة ولو موجزة عن هذه المؤسسة ذلك أن دراسة هذا الموضوع دراسة متشعبة نوعا ما و تقتضي منا التدقيق في بعض العناصر المرتبطة به لأجل ذلك التطرق لما يلي :

أولا : تعريف التقييد الاحتياطي،

ثانيا : أصل التقييد الاحتياطي و الغاية منه،

أولا : تعريف التقييد الاحتياطي

أعطيت عدة تعاريف لمفهوم التقييد الاحتياطي إلا أن جلها ينصب في اتجاه واحد و هو اعتبار هذه المؤسسة وسيلة لحماية و صيانة الحقوق العقارية الغير القابلة للتقييد النهائي في نظام السجلات العقارية . و يقول السيد المحافظ العام للمغرب : " إن كل هذه التعاريف تتقارب فيما بينها و تدور أساسا

حول الوظيفة التحفظية الإخطارية و الاشهارية التي يقوم بها التقييد الاحتياطي داخل نظام التحفيظ العقاري¹

التقييد الاحتياطي وسيلة منحها القانون لكل من يدعي حقا على عقار محفظ و ذلك بغية الحفاظ عليه بشكل مؤقت و يتم الإشارة إلى ذلك الحق في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الاحتياطي الى تقييد نهائي أو إلغائه .

هذا التسجيل اللاحق يرجع في ترتيب أثاره إزاء الكافة إلى اليوم الذي جرى فيه التقييد الاحتياطي بحيث يعتبر صاحب الحق كأنه سجل حقه منذ ذلك اليوم².

نشير هنا إلى نقطة مهمة و هي أن التقييد الاحتياطي يهم فقط العقارات المحفوظة حيث لا يتم اعتماد هذه الوسيلة على العقارات المتواجدة في طور التحفيظ . كما أن المشرع المغربي قد اكتفى بالتنصيص على التقييد الاحتياطي في نصوص متناثرة دون تحديد تعريف له . من هذه النصوص نذكر :

- ظهير التحفيظ العقاري : المواد 92.91.88.86.85.
- ظهير فاتح يونيو 1915 : المادة 6 ، المقتضيات الانتقالية.
- ظهير 2 يونيو 1915 : المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة : المادتين 172 و 202 .

رغم الاختلاف الأسلوبي للتعريفات التي أعطيت لنظام التقييد الاحتياطي . فإنها تتمحور و كما سبقت الإشارة لذلك . حول الوظيفة التحفظية و الإخطارية و الاشهارية التي يقوم بها هذا التقييد³ من بين هذه التعريفات نذكر :

- اعتبار التقييد الاحتياطي : بيانا يثبت بالرسم العقاري . بصفة مؤقتة و مشروطة . و ينبأ بالحق المطالب به . و الذي لم يكن قابلا للتقييد بالسجلات العقارية بطريقة قانونية¹ .

¹ محمد بن الجاج السلي ، مرجع سابق ص 27 ،

² د مأمون الكزبري ، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة 1987 ،

شركة الهلال للطباعة والنشر الرباط ، ص 126

³ محمد بن الجاج السلي ، مرجع سابق ص 26 ،

يعرفه بول روشي بأنه تقييد مؤقت ووقائي مثبت بالسجل العقاري في انتظار اتخاذ التقييد النهائي بهدف الحفاظ و ضمان الحقوق المدعاة من طرف المنتفع من التقييد الاحتياطي ضد كل عقود التصرف التي يمكن أن ينشئها المالك المقيد عن طريق التحايل² .
كما يعرفه الدكتور مأمون الكز بري بأنه إجراء يقوم به صاحب حق تعذر عليه تسجيله لسبب من الأسباب ليضمن لنفسه في المستقبل إمكانية هذا التسجيل عند زوال المانع³ .

يضيف GUSY في إحدى مقالاته . بأن التقييد الاحتياطي هو الأهلية المخولة بالقانون لمن يدعي حقا على عقار محفظ قصد الحصول على الحفاظ المؤقت على هذا الحق بواسطة بيان بالرسم العقاري للملك أو الأملك المعنية بالأمر . انه يحافظ عليه مؤقتا و بصفة مشروطة ضد العقود التي يمكن أن يقيدها الغير . و انه إذا ما طلب بطريقة قانونية . فان تاريخه يحدد مرتبة للتقييد النهائي⁴ .
كل هذه التعاريف تدفع بنا إلى القول بأن التقييد الاحتياطي نظام يهدف من ورائه تسجيل عقار محفظ من طرف المحافظ العقاري و ذلك بصفة مؤقتة في انتظار صدور حكم قضائي في الموضوع أو استكمال بعض الإجراءات المتعلقة به، جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف بالرباط مايلي :
"التقييد الاحتياطي يهدف إلى الاحتفاظ المؤقت بحق موجود و لكنه معلق إما على انتظار إصدار حكم نهائي في الموضوع أو انتظار إتمام بعض الإجراءات المرتبطة بتسجيله⁵ ."

ثانيا : أصل التقييد الاحتياطي و الغاية منه

أ- أصل التقييد الاحتياطي

تعتبر مؤسسة التقييد النهائي في القانون العقاري المغربي كمؤسسة VORMER KUNG التي نظمها

¹ PAUL DECROUX, le droit foncier marocain, Ed, la porte RABAT 1977, p. 188.

² Paul Roché, objet et effets de la prénotation du droit foncier marocain, RMD n° 3 et 4, 1^{er} Mars 1964, cité par :

-سعاد عاشور، حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي ، الطبعة الوراقية الوطنية-مراكش 1997 ص 271 ،
³ د مأمون الكز بري ، مرجع سابق ، ص 26.

⁴ Gusy, de la prénotation en droit privé marocain, RLJMP , 1930, p18 ;

قرار محكمة الاستئناف بالرباط، صادر بتاريخ 3 نونبر 1934، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1935، ص سعاد عاشور، مرجع سابق، ص 276،
⁵ 226 ورد عن،

الفصل 8 من القانون البروسي المؤرخ في 8 ماي 1972 و التي تحكمها قواعد الفصول 883 وما يلها من القانون المدني الألماني.

تمائل مؤسسة التقييد الاحتياطي أيضا ما يسمى مؤسسة Winders pruch و الاحتجاج العمومي ضد بيان ما بالسجل العقاري المنظمة بمقتضى الفصل 5 من القانون البروسي المذكور و الفصول 894 و 899 من القانون نفسه¹

هناك تشابه كبير بين المقتضيات المنظمة لمؤسسة التقييد الاحتياطي في كل من القانونين الألماني و المغربي . و بالتالي يمكننا القول بأن مصدر هذه المؤسسة في القانون العقاري المغربي مستوحى من القانون الألماني خاصة القانون البروسي حيث اعتبر هذا الأخير كنموذج اعتمد من طرف التشريعات الجرمانية التي اعتنقت مبادئ الاشهار المطلق و الشرعية و القوة الثبوتية للرسام العقارية و التي تم اعتمادها من طرف المشروع المغربي سنة 1913 .

جدير بالذكر أيضا أن هذه المؤسسة القانونية لاتجد مكانها في النظام العقاري الاسترالي . كما لا يمكن اعتبار النظام التونسي . عكس ما كان متوقعا . مصدر للقانون المغربي . حيث لم ينظم الفصل 53 من القانون التونسي سوى التقييد الاحتياطي للدعاوى المرفوعة لدى القضاء قصد إلغاء الحقوق العينية العقارية² .

ب- الغاية من مؤسسة التقييد الاحتياطي :

إن الغاية من مؤسسة التقييد الاحتياطي هو الإشارة إلى الحق المدعى و الذي حيل دون تسجيله في الوضع الحاضر حيث تعمل هذه الإشارة على منح صاحب الحق إمكانية تسجيل حقه بعد تلاشي المانع .

هذا التسجيل اللاحق-يرجع في ترتيب أثاره إزاء الكافة إلى اليوم الذي جرى فيه التقييد الاحتياطي بحيث يعتبر صاحب الحق كأنه سجل حقه منذ ذلك اليوم³

¹ محمد بن الجاج السلمي ، مرجع سابق ص 34 .

² محمد بن الجاج السلمي ، مرجع سابق ص 35 .

³ د مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 126

يهدف التقييد الاحتياطي أيضا إلى تجنب العديد من المخاطر والمشاكل حيث أن العقار الذي يستهدفه هذا النظام يصبح في منأى عن أي تسجيل آخر قد يقصد الغير إجراؤه جاعلا بذلك العقار مسجلا على اسمه مباشرة بعد تطهيره من العيوب التي شابتها فيصبح بذلك ملكا له ابتداء من تاريخ التقييد الاحتياطي .

إن التقييد الاحتياطي كإجراء تحفظي يتميز بدور مزدوج . فهو من جهة يقوم بدور حمائي بحفاظه على الحقوق المهددة، ومن جهة ثانية فهو يقوم بدور تصحيحي للرقابة الممنوحة للمحافظ على الأملاك العقارية فيما يتعلق بالتقييدات .

1. حماية الحقوق غير القابلة للتقييد النهائي :

حفاظا على حقوق الأطراف المعنية بالتقييد الاحتياطي تم إيجاد جهاز التقييد الاحتياطي الذي يقوم بوظيفة اشهارية للعقار محافظا بذلك، و بشكل مؤقت على الحقوق الغير قابلة للتقييد النهائي التي لم تستوف الإجراءات الشكلية أو تلك المتعلقة على إصدار حكم قضائي للاعتراف بها ، فهو إذن يؤمن الحقوق المهددة في حال لم يتم تقييدها بشكل نهائي. في نفس السياق ، يقول الأستاذ ما سيفلي :

“...وهذه الحماية يضمنها التقييد الاحتياطي عن طريق إشراك هذا الحق في الانتفاع من الإشهار، وذلك في انتظار أن يسمح له بالحصول على القوة الثبوتية المتعلقة بالتقييد النهائي.....”¹
جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف بالرباط مايلي :

“إن دور التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري هو المحافظة المؤقتة إما على حق موجود، لكن منازع فيه و ينتظر من القضاء أن يعطي كلمته فيه، و إما على حق تعذر استكمالها لتأخر توفره على شكلية من الشكليات”².

2- تصحيح رقابة المحافظ العقاري .:

نظرا للسلطة الواسعة الممنوحة للمحافظ على الأملاك العقارية في كل ما يهم الأملاك العقارية و

¹ تقرير الأستاذ ماسيفلي حول إشهار الحقوق العينية الذي ألقاه أمام اللجنة القانونية المكلفة عن اللجنة البرلمانية الموازية لمسح الأراضي، و ارد عن : محمد بن الجاج السلعي ، مرجع سابق ص35 .

² قرار محكمة الاستئناف بالرباط، صادر بتاريخ 3 نونبر 1934، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1935، عن سعد عاشور، مرجع سابق، ص 276،

ص 226 ورد

الاتفاقات المعروضة عليه قصد التقييد الاحتياطي . وجد هذا الجهاز ليحد من تلك الرقابة و الحرية الواسعتين و الموكلتين له.

يقوم المحافظ العقاري حسب الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري ، بدراسة تعدد نوعا ما مركزة ، لكل ما يدلى به له قصد التقييد بالسجلات العقارية ، فتلقى على عاتقه مهمة النظر في ما عرض عليه لتقييمه و التأكد من صحته . فالمحافظ يحقق تحت مسؤوليته متخذاً بذلك جميع الإجراءات اللازمة لتجعل من البيانات المضمنة بالسجلات العقارية ذات أساس صحيح و عقلائي . هذه المسؤولية المناطة به تجعل على عاتقه ضمان و حماية مبدأ شرعية كل تقييد معمول به في ظل القانون العقاري ضد كل ما من شأنه المساس به .

لأجل ذلك و لأجل تفادي كل ما من شأنه عرقلة مطلب التقييد بسبب تعدد اختصاصات المحافظ العقاري ، كان لابد من إيجاد هذه المؤسسة .

إذا كان التقييد الاحتياطي يشكل إصلاحا لرقابة المحافظ على الأملاك العقارية و الرهون بالنسبة للتقييدات، فإنه يشكل أيضا، و كنتيجة لذلك، حدا وإصلاحا لنظام الاشهار المطلق والقوة الثبوتية للتقييدات و حجيتها¹.

الفقرة الثانية: خصائص التقييد الاحتياطي:

إن التقييد الاحتياطي ، بدون شك ، يتميز بخصوصيات عدة باعتباره مؤسسة قانونية قائمة بذاتها و فاعلة في نظام السجلات العقارية ، لكن هذا التميز لا يمنع تقاربها من مؤسسات قانونية أخرى، مما يدفعنا إلى الحديث أولا عن تميز التقييد الاحتياطي عن مؤسسة التسجيل العقاري (أولا). ثم الانتقال الى تمييزه عن الحجز التحفظي (ثانيا)

أولا : تميز التقييد الاحتياطي عن التسجيل العقاري

بالرجوع إلى الفصول 65 و 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري يتضح لنا جليا أن الحقوق و التصرفات غير المسجلة لا يمكن الاحتجاج بها ضد الغير و حتى الأطراف.

يتعلق الأمر هنا ، إذن، بالتسجيل النهائي بمعناه الحقيقي. بيد أن التقييد الاحتياطي في نظرا الأستاذ بول

¹ محمد بن الجاج السلمي ، مرجع سابق ص24.

ذكرو، ليس بتسجيل بالمعنى الحقيقي المنشئ للحق ، أي المعنى المخصوص في نظام التسجيلات العقارية¹.
و من خلال ما سبق يتبين لنا أن هناك فروق جوهرية بين هاتين المؤسستين من حيث طبيعتهما القانونية
و الآثار المترتبة عنهما .

فبالنسبة للتسجيل l'inscription ، هو تدوين كتابة على الرسم العقاري بهدف تأسيس حق عقاري أو
نقله إلى الغير ، أو تغييره أو إسقاطه طبقا لما جاء في الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري ، فالتسجيل
بهذا المعنى يتمتع بالأثر التأسيسي ، و هو بهذه الصفة يظل قائما و يحافظ على الحقوق التي يتضمنها ما
لم تقع أسباب قانونية تستدع إلغاء تلك الحقوق أو انقضائها كأن تتغير بتسجيل جديد² أو يصدر
بصددها حكم قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به يصرح بانقضاء أو بطلان الحق الذي يتعلق به³

أما التقييد الاحتياطي خلافا للتسجيل ، فهو مجرد إجراء بياني Mention ، يرد على الرسم العقاري
ليقيد الحق الناتج عنه بما هو ورا د في مطلب التقييد الاحتياطي⁴ أي إشارة بالتسجيل توضع على توضع
العقاري بصفة مؤقتة ، و لا يتمتع هذا البيان بأية قوة ثبوتية و لا أية حجية بمعنى أن التقييد الاحتياطي
لا ينشئ الحق المقيد احتياطا و لا يقرره و لا يغيره و لا يسقطه و إنما ينبأ باحتمال و جوده و إمكانية
استكمال شروطه القانونية مستقبلا⁵.

و بخلاف التسجيل النهائي ، فالتقييد الاحتياطي ينقضي بنهاية المدة المحددة له إذا لم ينجز التسجيل
النهائي خلال مدته ، أو لم يدعم بفتح النزاع أمام القضاء⁶ . لكن في حالة انجاز التسجيل النهائي خلال
المدة المحددة بصفة قانونية فإنه يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يعين رتبة التقييدات

اللاحقة له¹.

¹ عبد اللطيف الورناسي، التقييد الاحتياطي ، ندوة العقار والاسكان، مراكش 24 أبريل 2003، ص 86.

² إدريس السماحي ، القانون المدني، الحقوق العينية و نظام التحفيظ العقاري ، مطبعة فضالة أمبرزار، مكناس 2003، ص 293،

³ سعاد عشور، حجبة التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاضي
عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 1995 / 1996، ص 298.

⁴ محمد بوعزاية، الضمانات القانونية في الحقوق العقارية، الجزء الاول في التقييد الاحتياطي، الاحمدية للنشر 2000، ص 12،

⁵ محمد مهدي، التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الدار البيضاء 1972، ص 7،

⁶ محمد العلمي، التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري والقوانين الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة
محمد الاول وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2004/2015، ص 15.

وبذلك يتضح لنا بأن التقييد الاحتياطي له دور وقائي و هو حماية الحقوق غير القابلة للتقييد النهائي ، ضد الأخطار تهددها و التي تتحقق بسبب مفعول السجل العقاري و لاسيما القوة الإنشائية للحق و الثبوتية له و مراتب الحقوق التي يعيظها تاريخ التسجيل .

علاوة على ذلك ; فان من مميزات التسجيل بالسجلات العقارية كونه يخضع لمبدأ المشروعية و مفاده أنه لا تسجيل إلا للحقوق الثابتة و المستندة على سبب صحيح ، و أن لا يكون مشكوكا فيها ، لذلك لابد من مراقبة مدى شرعية الحقوق المراد تسجيلها من طرف المحافظ العقاري ما دامت ستمتع بقوة ثبوتية و ستعتبر حجة في مواجهة الأطراف و الغير بعد التسجيل² ، أما بالنسبة للتقييد الاحتياطي فإن المحافظ على الاملاك العقارية ليست له أي سلطة في مراقبة طلبات التقييد الاحتياطي، اللهم ما يتعلق بالتحقق أن الوثائق المستند إليها في طلب التقييد الاحتياطي (السند- الأمر القضائي -مقال الدعوى) و أن الحقوق المراد صيانتها قابلة للتقييد³ .

بعد استعراض هذه الفروق الجوهرية بين التسجيل و التقييد الاحتياطي، بأنه ليس بتسجيل بمعناه الصحيح لكن هو تدبير وقائي مؤقت . يحق لنا إذن التساؤل عن علاقته بالحجز التحفظي و تميزه عنه .

ثانيا : تمييز التقييد الاحتياطي عن الحجز التحفظي

لقد خصص المشروع المغربي المواد 452 إلى 458 من المسطرة المدنية ، التي تناولت تعاريف الحجز التحفظي و باستقرائنا للمادة 453 من قانون المسطرة المدنية ، التي تنص على أنه : "لا يترتب على الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات و العقارات التي انصب عليها منع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه و يكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرى أو بعوض مع وجود الحجز باطلا و عديم الأثر" .

و حسب الأستاذ أحمد أبو الوفا الذي تطرق إلى تطرق إلى تعريفه بقوله بأنه : "ضبط مال المدين منعا لتهريب و التصرف فيه تصرفا يضر بحقوق الدائن في انتظار حصول هذا الأخير على سند تنفيذي بحقه"⁴

¹ إدريس السماحي، المرجع السابق ، ص 285،

² هذه الرقابة يؤطرها الفصل 72 وما بعده من ظهير التحفيظ العقاري، محمد العلي مرجع سابق ص ، 14،

³ محمد بلحاج السلمي، مرجع سابق، ص 62/61.

⁴ أحمد ابو الوفا، تعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة السادسة 1990، ص 1238، أشار إليه محمد العلي، مرجع سابق، ص 14.

و عليه فإن حجز التحفظي يعتبر وسيلة عاجلة لحماية حقوق الدائن تجاه مدينه الذي يخشى أن يقوم بتصريف ماله يعتبر ضمانا تاما للدين الذي بذمته ، و هو ما يعني أن إجراء الحجز التحفظي لا يكون إلا بسبب الدين ، هكذا إذن، فالحجز التحفظي لا يختلف فقط مع التقييد الاحتياطي من حيث الهدف و لكن أيضا من حيث المصير، ذلك أن الأول يهدف إلى ضبط مال المدين خوفا من تهريبه إلى حين حصول الدائن على سند تنفيذي لحقه ، أما الثاني فيرمى إلى الاحتفاظ المؤقت على رتبة الحق القابل للتقييد النهائي في الأولوية في التسجيل مستقبلا ، متى أصبح قابلا للتسجيل النهائي .

ومن حيث المصير فإن الحجز التحفظي بعد الحصول على السند التنفيذي يحول إلى حجز تنفيذي تليه إجراءات بيع العقار المحجوز و نزعه جبرا من المحجوز عليه عن طريق البيع بالمزاد العلني ، أما التقييد الاحتياطي فينتهي بالتسجيل النهائي للحق المتنازع عليه مع أخذ هذا الأخير لرتبته بأثر رجعي من تاريخ التقييد الاحتياطي¹ ، و فضلا عن ذلك فان الحجز التحفظي يرد على المنقولات و العقارات سواء أكانت محفظة أم غير محفظة، أما بالنسبة للتقييد الاحتياطي فلا يمكن إجراءه إلا على العقارات المحفظة إضافة إلى ذلك، فإن التقييد الاحتياطي مدد محددة تختلف حسب الحالات التي أسس عليها مثلا **السند** أمام الأمر القضائي 6 أشهر ... أما بالنسبة للحجز التحفظي ; فمدته تبقى مفتوحة إلى حين الحصول على الدين. و يترتب على الحجز التحفظي امتناع المحافظ بمجرد تبليغ الإنذار بالحجز إليه اتخاذ أي تقييد جديد بشأن العقار المحجوز، و على عكس ذلك فالتقييد الاحتياطي لا يشكل عائقا يحول دون تقييد الحقوق اللاحقة له لعدم وجود نص قانوني يحول دون ذلك².

ومما سبق، يمكننا الجزم ، دون ريب أن التقييد الاحتياطي يخالف تماما مؤسسة الحجز التحفظي لكن في الواقع العلمي نلمس "خلطا صارخا" بين هاتين المؤسستين ، إذ يعتبر حسب الفقهاء و المهتمين ، استعمال الحجز التحفظي بمثابة قيد احتياطي ، تحويلا و تحريفا لإحدى المسطرات القضائية عن موضوعها و أهدافها³ . و الحديث هنا عن إجراء التقييد الاحتياطي -أحيانا- كضمان للدين و بالتالي كسبب من الأسباب الناشئة عن الدين و هناك أيضا ما يقع في صفوف القضاء الذي يتساهل أحيانا في

¹ محمد العلمي، مرجع سابق، ص 15.

² المرجع نفسه، ص 16.

³ محمد العلمي، مرجع سابق، ص 16.

إصدار أمر بإجراء حجز تحفظي على عقار محفظ لأسباب لا علاقة لها بالدين أي حجز تحفظي عقاري في شكل تقييد احتياطي .

ولعل المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قد سبق له أن أكد على أن الحجز التحفظي يلتجأ إليه كوسيلة فعالة تحمي الدائن من أي تفويت للعقار من طرف المدين ضمانا لحق الدائنين ، مما يعني أن الحجز التحفظي يهدف إلى تأمين الحصول على حق شخصي ، و بذلك وضع الحد الفاصل بين المؤسستين

حيث اعتبر في أحد قراراته أنه إذا كان الحجز التحفظي على العقار شرع لحماية دين على العقار المحفظ،

فما ذلك إلا لوجود مسطرة خاصة بكفالة الحق العيني العقاري هي مسطرة التقييد الاحتياطي¹.

لكن المجلس الأعلى قد خرج عن هذه القاعدة في إحدى قراراته ووسع من مجال تطبيقه للحجز التحفظي ، حيث أكد على إمكانية إجرائه لأسباب لا علاقة لها بالدين أو الحق الشخصي من أجل الحفاظ على العقار المطلوب حجزه حتى لا يقع التصرف فيه² ، مما اعتبره الفقه خرق صارخ لمقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية .

المطلب الثاني : حالات التقييد الاحتياطي ومجالاته :

الفقرة الأولى : الحالات التي تسمح بإجراء التقييد الاحتياطي:

لقد سمح الفصل 85 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، لكل شخص يدعي حقا عينيا على عقار محفظ، أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق.

ومن محتوى هذا النص تتجلى الصفة المؤقتة لهذا التسجيل فهو بطبيعته مؤقت ، و معلق على شروط معنية. و على أجال فاسخة ، بحيث إذا انتهت هذه الأجال أصبح التقييد الاحتياطي لاغيا و بدون أثر .

¹ قرار عدد 3490 بتاريخ 1988/12/21، ملف مدني عدد 2864 /84، مجلة المغربية عدد 60، يناير / فبراير 1990 ص، 47، أورده محمد العلي، مرجع سابق ، ص 17.

² قرار المجلس الاعلى بتاريخ يونيو 1993، ملف مدني، رقم 91 /1829، منشور بمجلة الاشعاع عدد 10، ص 150،

وتجدر الإشارة إلى أن التقييد الاحتياطي إن كان يجب تقديم طلب بشأنه ، فليس معنى هذا أن المحافظ يقوم بهذا التقييد استناد إلى مجرد هذا الطلب ، أو بناء على تقديره الخاص ، أو وجهة نظره الشخصية ، بل يجب على المحافظ أن يقبل القيام بهذا التقييد اعتماد على الحالات التي حددها المشرع و هي :

- إما بناء على سند صحيح يؤيد طلب التقييد الاحتياطي .
- إما اعتمادا على أمر قضائي .
- إما اعتمادا على مقال مرفوع لدى المحكمة .

و تختلف هذه الحالات عن بعضها من حيث الأجال و من حيث النتائج و لهذا يجب

التطرق إلى كل حالة على حدة :

- التقييد الاحتياطي المبني على سند.
- التقييد الاحتياطي المعتمد على أمر من المحكمة .
- التقييد الاحتياطي المعتمد على مقال الدعوى.

أولا :التقييد الاحتياطي المبني على سند.

إن التقييد الاحتياطي لا يمكن قبوله بمجرد طلب بسيط بل لابد أن يعزز الطلب بسنده يبرره ، ويستنتج هذا من الفقرة الثانية من الفصل 85 من ظهير 12 غشت 1913 بمثابة الظهير المتعلق بالحفيظ العقاري إلا أن هذا الفصل لم يحدد طبيعة هذه السندات . وحتى الفصل 6 من ظهير 1 يونيو 1915 الذي يحدد المراحل الانتقالية لتطبيق الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، أشار إلى المقتضيات المتعلقة بهذه الحالة و لكنه لم يحدد بدقة طبيعة هذه السندات. و لربما قد اعتبرها المشروع من باب تحصيل الحاصل مادام أنه قد تم تحديد الحقوق الواجب تسجيلها في الفصول 65.66.67 من ظهير التحفيظ العقاري ، و عليه فإن السندات سوف لن تخرج عن الأفعال الإدارية و الاتفاقات و العقود الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه ، فكل تقييد احتياطي

ينبغي أن يتعلق بحق يمكن تسجيله على الدفاتر العقارية . و بالتالي ينبغي أن يكون هذا السند مرتبطا بنفس الحق .

لقد وقع اختلاف في الرأي حول الحقوق التي تقبل التقييد الاحتياطي ما دام المشرع لم يحدد بالضبط طبيعة السندات المثبتة لهذه الحقوق ، حيث اكتفى في الفصل 85 بالقول : "يمكن لكل من يدعي حقا في عقار محفظ ... " ، فلم يحدد هل الامر يتعلق فقط بحقوق عينية أم حتى الحقوق الشخصية و أمام عمومية النص يمكن قبول التقييد الاحتياطي سواء كان الأمر بحقوق عينية أم بحقوق شخصية قابلة للتسجيل .

ودون الدخول في الجدل الذي ترتب على هذا الاختلال فإننا نعتد الرأي الذي نادى به الأستاذ ماسيكي¹ و Massigil الذي يقول: " بأن كل حق يقبل التسجيل يقبل حتما التقييد الاحتياطي " . و بالمفهوم المعاكس فان كل حق لا يقبل حتما التقييد الاحتياطي ، حتى و لو ذلك خطأ . إذ ما فائدة تقييد الاحتياطي بناء على عقد إيجاز لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، خاصة و أن المشرع اشترط قبول مثل هذه العقود و لكن لمدة تفوق ثلاث سنوات (الفصل 65).

بالرجوع إلى الفصل 6 من ظهير يونيو 1915 نجده يقضي بأن التقييد الاحتياطي يمكن قبوله في حالة رفض المحافظ تسجيل سند بصفة نظامية، ولا ينتج هذا التقييد أثره إلا خلال مدة عشرة أيام . ويستنتج من هذا أن التقييد الاحتياطي غالبا ما يكون مسبقا بطلب تسجيل ، و أن المحافظ لم يتمكن من القيام بهذا التسجيل لسبب من الأسباب . كأن تكون الوثائق المقدمة غير كافية أو أن تكون هوية أحد الأطراف غير محققة في العقد .

و قد يفيد هذا بأن الأطراف قد قاموا بتصرف صحيح مبني على إرادتهم السليمة . و أن نيتهم اتجهت بداية إلى تسجيل هذا التصرف . إلا أن المحافظ لم يتمكن من ذلك كما قلنا ، و لذا ينبغي أن يتحول طلب التسجيل إلى طلب تقييد احتياطي . فيأخذ رتبته احتياطيا للمستقبل . فإذا كان المالك

¹ الأستاذ ماسيكي، أستاذ بكلية الحقوق بباريس، وأحد الأعضاء الذين عهد إليهم وضع مشروع قانون التحفيظ العقاري المغربي، في مؤلفه القانون العقاري والرهون بالمغرب،

المسجل اسمه على الرسم العقاري موافقا على صحة التصرف . فان الأمر سيبقى معلقا على إتمام الإجراءات الناقصة خلال المدة المحددة . فيتحول بذلك التقييد الاحتياطي إلى تسجيل نظامي و قار . أما إذا كان المالك غير موافق على صحة التصرف لسبب يرتئيه فان التقييد الاحتياطي سيصبح أكثر ضرورة للمستفيد من التصرف ، ولن يفيد التقييد الاحتياطي المبني على سند. لان المهلة الممنوحة هي عشرة أيام . بحيث يتحتم على المعني بالأمر إقامة دعوى لدى المحكمة المختصة، وتقديم نسخة من مقال الدعوى إلى المحافظ حتى يستفيد من أجل أطول كما سنرى .

ومن جهة أخرى فإن الفصل 88 ، من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه¹ ، ينص بأن كل تسجيل أو تقييد احتياطي يتم تضمينه برسم الملكية، فانه يجب تضمينه في نفس الوقت بنسخة الرسم العقاري ، الشيء الذي يؤكد بأن موافقة المالك على هذا التقييد تعتبر ضرورية .

و الملاحظ أن نسخة الرسم العقاري تكون في حيازة المالك المقيد اسمه فيها. و غالبا ما يتمتع من تقديمها لإجراء التقييد الاحتياطي ، مما يبرر ويؤكد وجود نزاع جدي بين الأطراف .

ومهلة العشرة أيام الممنوحة للتقييد الاحتياطي المبني على سند لن تكفي لفض النزاع، ولكنها كافية لتقديم مقال لدى المحكمة ، و كافية أيضا لاستصدار أمر من رئيس المحكمة ، بحيث يتعين على المعني بالأمر ، أن يعزز طلب التقييد الاحتياطي المبني على سند قبل انتهاء مدة العشرة أيام بنسخة من المقال المرفوع لدى المحكمة أو بأمر صادر من رئيسها . وفي هذه الحالة فان التقييد الاحتياطي الذي تم بناء على سند يحتفظ برتبته اعتبارا من تاريخ تقديمه لا من تاريخ تقديم المقال أو صدور أمر من المحكمة ويستفاد هذا من الفقرة الثالثة من الفصل 6 من ظهير 1 يونيو 1915 التي تفيد بأن التقييد الاحتياطي المبني على سند ينتهي تلقائيا بمرور عشرة أيام ما لم يؤيد السند بنسخة من مقال مرفوع لدى القضاء أو صدور أمر قضائي من رئيس المحكمة .

¹ غير ومتم بمقتضى الظهير الشريف رقم 177.11.1 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 07.14 ، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432 (24 نونبر 2011).

ويفهم من هذا بأن التقييد الاحتياطي بناء على سند ما هو إلا مرحلة تمهيدية تمنح لصاحبها أجل 10 أيام الإقامة دعوى قصد المطالبة بحقه .

و نشير بأن رفض طلب التسجيل من طرف المحافظ لا يترتب عليه تلقائيا القيام بتقييد احتياطي من طرف المحافظ ، بل يتعين على المعني بالأمر إبداء رغبته في ذلك بواسطة طلب خاص ، لأن رفض طلب التسجيل حق من الحقوق يعطي لصاحبه إمكانيتين :

- 1- إمكانية الطعن في قرار المحافظ إذا تبين له أن رفض الطلب غير مبني على أساس .
- 2- وإمكانية طلب التقييد الاحتياطي إذا تبين له رفض الطلب يعتمد على أساس .

وفي حالة قبول التقييد الاحتياطي فإنه يستحسن تنبيه المعنيين بالأمر إلى أن هذا التقييد مرتبط بأجل 10 أيام ، ولا يمكن تمديده بواسطة طلب جديد، أو بناء على اتفاق الأطراف ، وهناك حالة خاصة يتم بمقتضاها التقييد الاحتياطي بناء على طلب دون التقييد بأجل 10 أيام ، و يتعلق الأمر بحالة نزاع الملكية لأجل المنفعة العامة حيث ورد في الفصل 25 من ظهير شريف رقم 1.81.254 صادر في 11 من رجب 1402 (6 مايو 1982) بتنفيذ القانون رقم 7.18 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت¹ ، مفاده :

إذا كان العقار محفظا أو كانت الحقوق العينية تتعلق بعقار محفظ جاز لنازع الملكية طلب تسجيل تقييد احتياطي في الرسم العقاري للمحافظة مؤقتا على حقه مع تدعيم طلبه بالأمر الصادر بالإذن في الحياة المنصوص عليه في الفصل 24 و حتى لا يرتبط سقوط هذا الطلب بمدة 10 أيام فقد أشارت الفقرة الثانية من نفس القانون على مايلي :

وتتميمًا لأحكام الفصل 86 فإن أثر التقييد الأولي لا ينتهي إلا وقت تقييد نقل الملكية الذي يرجع ترتيبه الى تاريخ التقييد الأولي المذكور.

ثانيا : التقييد الاحتياطي المعتمد على أمر من المحكمة :

لقد تم تقرير هذه الحالة بواسطة الفصلين 85 و 86 من ظهير التحفيظ العقاري ، و نلاحظ بأن المشرع اعتبر هذه الحالة عبارة عن أمر قضائي صادر من رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار في دائرتها

¹ الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15/06/1983 الصفحة 980.

تبعاً لما هو وارد في الفقرة الثانية من الفصل 85 ، و اعتبرها في الفصل 86 بمثابة إذن من رئيس المحكمة ، و الفرق واضح بين الأمر و الإذن .

فالأمر القضائي يكتسي صبغة الإلزام و يجب تنفيذه، لأنه يدخل في إطار الاختصاص القضائي و يحق للمحكمة إصداره كلما تبين لها بأن الحق المطلوب يستند إلى أسباب و حجج قوية .
أما الإذن القضائي فإنه لا يكتسي صبغة الإلزام، ولكنه مجرد رخصة لا يترتب عن عدم القيام به أي جزاء، و تصدره المحكمة حينما لا تكون متأكدة من مزاعم طالب الأمر.
ولقد كان من المستحسن الاحتفاظ بصيغة الأمر حتى في الفصل 86 حتى يكون هناك انسجام بين الفصلين المذكورين.

و لقد اشترط المشرع صدور الأمر من رئيس المحكمة الابتدائية مباشرة وليس من طرف شخص آخر طبقاً لما ورد في الفقرة الأولى من الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية الذي أشار إلى أن رؤساء المحاكم الابتدائية يختصون وحدهم بالبحث في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بإثبات حال ، أو توجيه إنذار ، أو أي إجراء مستعجل في أية مادة لم يرد بشأنها نص خاص ، و لا يضر بحقوق الأطراف و يصدر الأمر في غيبة الأطراف دون حضور كاتب الضبط بشرط الرجوع إليهم في حالة وجود أية صعوبة .
و تستلزم القاعدة العامة شرطين أساسيين ليتنسى لرئيس المحكمة إصدار أمر قضائي بناء على طلب .

1- أن يكتسي الإجراء المطلوب صبغة الاستعجال .

2- أن لا يمس الإجراء المطلوب جوهر القضية.

و الأمر القضائي الصادر بناء على طلب لا يخضع لأي شكل معين فالقاضي المختص يصدر أمره بناء على طلب يقدم له و دون حاجة لحضور الأطراف أو الخصوم .

و لا يشترط تنصيب محام و لا حضور كاتب الضبط إلا في بعض الحالات الخاصة.

و يجب أن يحتوي طلب التقييد الاحتياطي على عرض موجز للوقائع و أن يشير بدقة إلى موضوع الإجراء المطلوب ، و أن قبول الطلب لا يستلزم التعليل مبدئياً ، أمام رفضه فإنه يستوجب التعليل ، لأن طالب التقييد الاحتياطي يهيمه معرفة أسباب الرفض حتى يمكنه استئنافه إن شاء أمام محكمة الاستئناف ، داخل خمسة عشر يوماً من يوم النطق به، تطبيقاً للفقرة الثانية من الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية .

ويكون الأمر القضائي الحامل للتاريخ و التوقيع بصفة قانونية قابلا للتنفيذ المعجل فور صدوره بدون التنصيص على ذلك و بدون تضمين ، صيغة التنفيذ .

و حين صدور الأمر فان على طالب التقييد الاحتياطي أن يقدمه مباشرة إلى محافظ الأملاك العقارية للعمل على تقييده ، و لقد جرى العمل على أن تختتم الأوامر القضائية بالصيغة التالية :

“نصرح بالرجوع إلينا في حالة قيام صعوبات” ،

و الصعوبات التي يمكن تصورها في هذا المجال هي إمكانية رفض التقييد من طرف المحافظ و قليلا ما يحدث هذا.

و نشير بأن مفعول التقييد الاحتياطي الصادر بناء على اذن من رئيس المحكمة كان مقيدا بأجل ستة أشهر طبقا لما كان وارد في الفصل 86 من ظهير 12 غشت 1913 قبل تغييره و تتميمه كما سنرى لاحقا حيث جاء فيه :

“- إذا طلب التقييد الاحتياطي بموجب إذن من رئيس المحكمة الابتدائية فان مفعوله ينتهي إن لم ينجز التسجيل النهائي خلال ستة أشهر أو لم تقييد دعوى بالمحكمة و لم يقع التنصيص عليها بالسجل العقاري خلال أجل شهر واحد”.

و يتجلى من خلال هذا النص أن مفعول التقييد الاحتياطي ينتهي أن لم ينجز التسجيل خلال ستة أشهر أو لم تقدم دعوى لدى محكمة و لم يقع التنصيص عليها بعد التقييد الاحتياطي خلال شهر.

فالتقييد الاحتياطي الصادر بناء على أمر من رئيس المحكمة كان يضع المستفيد منه أمام اختيارين :
1- إما تعزيز هذا الأمر بنسخة من مقال دعوى مرفوعة لدى المحكمة المختصة قصد إثبات حقه توضع لدى المحافظة العقارية خلال شهر . حيث يصبح أجل التقييد الاحتياطي ممددا بصفة قانونية إلى غاية صدور نهائي في القضية .

2-و إما القيام بالإجراءات المتطلبة لإجراء التسجيل خلال ستة أشهر بحيث لا يمكن مبدئيا تجديد التقييد الاحتياطي إذا لم تجر المساعي داخل الأجل القانوني .

و هناك حالات لا تحتم إقامة دعوى بعد صدور الأمر بالتقييد الاحتياطي، لان الدعوى لا يمكن إقامتها إلا إذا كان هناك نزاع قصد الاعتراف بحق من الحقوق الخاضعة للتسجيل.

في حين أن هناك حالات لا تتطلب سوى إتمام بعض الإجراءات الإدارية للتسجيل ، كالحصول على إذن مسبق أو على رخصة إدارية أو تنظيم عقد وكالة، ففي هذه الحالة ينبغي على ذوي العلاقة محاولة إتمام هذه الإجراءات خلال مدة ستة أشهر و تحويل التقييد الاحتياطي إلى تسجيل نهائي .

و كما أشرنا فانه ليس هناك ما يمنع من طلب تجديد أمر التقييد الاحتياطي إذا كانت هناك أسباب مقنعة تبرر ذلك حيث يجوز لرئيس المحكمة إصدار ثان بتجديد التقييد الاحتياطي إذا كانت هناك أسباب معقولة تبرره حيث يسري مفعوله لمدة ستة أشهر أخرى .

وإذا تبين لرئيس المحكمة بأن طلب التجديد غير مبني على أساس فيحق له رفض تجديد الطلب.

ونشير بأن اللجوء إلى طلب تجديد التقييد الاحتياطي يصبح غير ذي موضوع اذا كان هناك نزاع بين الأطراف حيث كان بإمكان الطرف المتضرر اللجوء إلى إقامة دعوى خلال شهر من صدور الأمر، فيتخلص من مهلة الستة أشهر المقررة، و يضمن بقاء التقييد الاحتياطي إلى غاية انتهاء الدعوى .

و الملاحظ أن صياغة الفصل 86 المشار إليه سابقا كانت غامضة مما أثار جدلا في الفقه و الاجتهاد حول الأجل و المذكورة به.

فمن الواضح أن التقييد الاحتياطي المبني على أمر من رئيس المحكمة يمكن أن ينتهي بمرور ستة أشهر ، و لكن يمكن أن يمدد هذا الأجل إذا تم تقييد دعوى بالمحكمة و تم النص عليها بالسجل العقاري خلال شهر واحد .

ولم يحدد الفصل 86 سريان هذا الشهر هل ابتداء من تاريخ صدور الأمر أم من تاريخ التقييد أم بعد انتهاء الستة أشهر .

وان الضرورة العلمية لتتطلب إعادة صياغة هذا الفصل قصد إزالة الخلط الواقع من حيث الأجل .

و إننا نرى بأن مهلة الستة أشهر ينبغي أن تمنح في كلتا الحالتين .

فإما أن ينتهي التقييد الاحتياطي بانتهاء ستة أشهر إذا لم يتمكن المعني الأمر من إجراء التسجيل خلال هذه المدة .

و إما أن يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إذا ما أقيمت دعوى تتعلق بإثبات الحق خلال مدة الستة أشهر . حتى نترك بذلك لذوي العلاقة الفرصة الكافية لتسوية خلافاتهم عن طريق الصلح إذا كانت طبيعة النزاع تسمح بذلك دون دفعهم الى التفكير في إقامة دعوى منذ الوهلة الأولى .

هذا وجدير بالذكر أن القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) ، المغير والمتمم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري،¹

حيث نصل الفصل 86 المحين على ما يلي:

“ تحدد في عشرة أيام مدة صلاحية التقييد الاحتياطي المطلوب بناء على سند ولا يمكن خلال هذه المدة قبول أي تقييد آخر لحق يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف.

لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي.

تنحصر في شهر مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على إدلاء الطالب بنسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء.

يشطب على هذا التقييد الاحتياطي تلقائيا، بعد انصرام الأجل المذكور، ما لم يدل طالب التقييد بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية طبقا لأحكام الفصل 85 أعلاه.

يحدد مفعول التقييد الاحتياطي الصادر بناء على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره، ما لم ينجز التقييد النهائي للحق، وتكون هذه المدة قابلة للتمديد بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية شريطة تقديم دعوى في الموضوع، ويستمر مفعول هذا التمديد إلى حين صدور حكم نهائي.

وفي جميع الحالات، لا يصدر رئيس المحكمة الابتدائية الأمر بالتقييد الاحتياطي إلا بعد تأكده من جدية الطلب.

لا يمكن لطالب التقييد الاحتياطي أن يقدم أي طلب جديد بناء على نفس الأسباب.

¹ الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها العقار، بصفته قاضيا للمستعجلات، للأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كانت الأسباب المستند عليها غير جدية أو غير صحيحة.

كما ينص الفصل 86 مكرر على ما يلي :

على المحكمة كلما ثبت لها أن طلب التقييد الاحتياطي قدم بصفة تعسفية أو كيدية أو عن سوء نية، أن تقضي تلقائيا لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بغرامة مدنية لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به، والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في المطالبة بالتعويض¹¹.

ويجدر التنبيه إلى أن هناك تقييدا احتياطيا بأمر من رئيس المحكمة يتميز بأحكام خاصة ورد النص عليها في الفصل 172 من ظهير 2 يونيو 1915 و بمقتضاه: "يمكن لرئيس المحكمة في حالة الاستعجال ، و في مختلف الرهون الإجبارية أن يأمر بناء على طلب بكل تسجيل تحفظي أو تقييد الاحتياطي، لا يكون لهما أي أثر لغاية الحكم النهائي المطلوب تسجيله . و إذا أقر الحكم النهائي كلا أو بعضا من التسجيل فان ما بقي محتفظا به من هذا الأخير تكون له رتبة من تاريخ التسجيل المنجز تحفظيا".

فاستنادا لهذا النص فان أثر التقييد الاحتياطي يتوقف على نتيجة الحكم الذي سيفصل في طلب منح الرهن الجبري لمن هو مقرر لمصلحته . فان صدر الحكم برد الطلب وجب تشطيب التقييد الاحتياطي. أما إذا قررت المحكمة منح الرهن الجبري ضمانا لكل أو بعض الحق المطالب به ، فانه يجري تسجيل هذا الرهن و يرجع في رتبة هذا التسجيل إلى التاريخ الذي وضعت فيه إشارة التقييد الاحتياطي¹¹.

ثالثا : التقييد الاحتياطي المعتمد على نسخة من مقال الدعوى .

لقد تمت الإشارة إلى هذه الحالة في الفصول 92.86.85 حيث سمح المشرع المغربي بإمكانية الحصول على تقييد احتياطي إذا كان يستند إلى دعوى مقامة لدى المحكمة للمطالبة بإثبات حق يقبل التسجيل ، حيث

¹ مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 145.

يتعين على المعني بالأمر أن يدلي بطلب تقييد احتياطي مصحوب بنسخة من المقال الافتتاحي للدعوى مؤشرا عليه من طرف المحكمة .

وليس الضروري أن يكون هذا التقييد المبني على مقال الدعوى مسوقا بتقييد مبني على سند أو بتقييد مبني على أمر من المحكمة، بل يمكن اللجوء مباشرة إلى هذه الحالة، و على المحافظ أن يستجيب إلى طلب التقييد الاحتياطي استنادا إلى نسخة من المقال.

و لكن يتعين على المحافظ أن يتأكد بأن المقال يتعلق فعلا بعقار محفظ ، و بحق قابل للتسجيل. و أن الدعوى مرتبطة بمالك العقار المسجل اسمه على الرسم العقاري ، وذلك حتى يكون هناك ارتباط بين مقال الدعوى و بين العقار الذي سيكون موضوعا للتقييد الاحتياطي .

وإذا كان مقال الدعوى مشوبا بغييب في الشكل أو الجوهر مما قد يعرضه للبطلان ، فان قيده أن ينبغي أن يتم مع ذلك و لا يجوز للمحافظ رفض المقال لهذا السبب، لأن موضوع الغيب أو البطلان ستفصل فيه المحكمة المرفوعة إليها الدعوى .أما مهمة المحافظ فتتحدد في الاطلاع على مقال الدعوى قصد الربط بينه و بين العقار الذي سيقع التقييد عليه ، أما عن صحة المقال شكلا أو جوهرًا فان الذي يفصل فيه هو القضاء .

كما يجوز لمن له مصلحة من الخصوم أن يطلب من المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى في هذه الحالة إلغاء التقييد الاحتياطي . و مادامنا بصدد الحديث عن إقامة دعوى تتعلق بحق عيني ينبغي تسجيله على الدفاتر العقارية ، فانه يجب التمييز بين الدعوى المقامة بين الأطراف ، و بين الدعوى المقامة ضد المحافظ من أجل رفضه للتسجيل .

فالحالة الأولى يمكن أن تكون موضوعا للتقييد الاحتياطي نظرا لوجود نزاع بين الاطراف حول الحق المطلوب تسجيله .

أما الحالة الثانية فتمثل في نزاع قائم بين المحافظ و بين طالب التسجيل ليس إلا . ورفض المحافظ لطلب التسجيل لا يترتب عنه وجوبا طلب التقييد الاحتياطي لأن الأمر هنا لا يتعلق بنزاع حول الحق المطلوب تسجيله و لكن يتعلق بنزاع حول الحق المطلوب تسجيله و لكن يتعلق فقط بإجراءات يرى

المحافظ بأنها غير تامة. حيث يمكن للمعني بالأمر الطعن في قرار المحافظ أمام المحكمة الابتدائية وفقا للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري. و التقييد الاحتياطي المستند الى مقال الدعوى لم يحدد له المشرع أجلا معيناً كما هو الشأن في الحالات الأخرى بل يبقى ساري المفعول و مقيدا إلى غاية انتهاء الدعوى و يصبح الحكم نهائيا ، بحيث يؤدي أما إلى تسجيل الحق منذ تاريخ وقوع التقييد الاحتياطي ان كان الحكم يؤيد مزاعم طالب التقييد الاحتياطي فيتحول بذلك هذا التقييد من مجرد تقييد مؤقت أو احتياطي إلى تسجيل نهائي و أما أن يعمد المحافظ إلى التشطيب على التقييد الذي تم إجراؤه إذا كانت نتيجة الحكم تقضي بذلك .

ولعل أحسن سبيل يمكن المعني بالأمر من الحفاظ على رتبة حقوقه في حالة وجود نزاع هو اللجوء إلى التقييد الاحتياطي المبني على مقال الدعوى حيث تبقى حقوقه مرتبطة بمال الدعوى . ولا يمكن للغير أن يمس بهذه الحقوق ما دامت الدعوى قائمة و لم يصدر بشأنها حكم يكتسي قوة الشيء المقضي به.

ولقد صرحت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها حول نفس الموضوع بتاريخ 26 مارس 1942 بأنه يعتبر خطأ صدور أمر من طرف قاضي الأمور المستعجلة بطرد الحائز لعقار غير مسجل اسمه على الرسم العقاري ما دام أن هذا الأخير قد أدلى بأن له حقوق متأتية من المالك المسجل اسمه على الرسم العقاري وأنه تم تقديم دعوى في الجوهر من طرفه ، و أنه عمل على تسجيل حقوقه بواسطة تقييد احتياطي اعتماد على مقال الدعوى¹.

ولقد تم تأكيد هذه الحالة بواسطة الفصل 202 من ظهير 2 يونيو 1915 الذي جاء فيه ان الدعاوي الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو اسقاط عقد منشيء أو مغير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير الا من اليوم الذي سجل فيه بالرسم العقاري تسجيلا منتظما، العقد المتضمن صراحة الاحتفاظ بهذه الحقوق المبنية بأسمائها في العقد، أو من اليوم الذي وقع فيه تقييد مقال التداي الرامي إلى إثباتها تقييدا احتياطيا .

و إن إهمال القيام بهذا التقييد سيفقد المعني بالأمر رتبته في تسجيل حقه ، و صدور حكم لصالح المني

¹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 26 مارس 1942 ، مجموعة الاحكام ، حكم رقم 2358.

بالأمر لا يعيغه من إجراء التقييد الاحتياطي في الوقت المناسب و في هذا المعنى صدر قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 27 ماي 1970 يفيد "إن كان من آثار التقييد الاحتياطي المنصوص عليه في الفصل 85 من ظهير 12 غشت 1913 الاحتفاظ مستقبلا بتسجيل الحقوق المدعاة بالرسم العقاري و صيانتها ، إلا أن إقرار هاته الحقوق نهائيا منوط بنتيجة الدعوى المقدمة لهذا الغرض و انه في انتظار هذه النتيجة فان المعول عليه هو الرسم العقاري الذي لا ذكر لتسجيل هذه الحقوق"¹ .

و تجدر الملاحظة بان المشرع لم يحدد سابقا أجلا لإجراء التقييد الاحتياطي .

و يتجلى ذلك من خلال الفصل 65 المكرر الذي يشير إلى أن العقود محل التقييد الاحتياطي معفاة من اجل التسجيل المقرر و المحدد ب 18 شهرا .

فيما ينص الفصل 65 مكرر المحين على ما يلي :

" يحدد أجل إنجاز التقييد المنصوص عليه في الفصل 65 في ثلاثة أشهر ويسري هذا الأجل

بالنسبة:

1- للقرارات القضائية ابتداء من تاريخ حيازتها لقوة الشيء المقضي به؛

2- للعقود الرسمية ابتداء من تاريخ تحريرها؛

3- للعقود العرفية ابتداء من تاريخ آخر تصحيح إمضاء عليها.

غير أن هذا الأجل لا يسري على العقود المشار إليها في البندين 2 و3 أعلاه إذا:

- كانت موضوع تقييد احتياطي طبقا للفصل 85؛

- تعلقت بالأكرية أو الإبراء أو الحوالة المنصوص عليها في الفصل 65 من هذا القانون.

إذا لم يطلب التقييد بالرسم العقاري ولم تؤد رسوم المحافظة العقارية داخل الأجل المقرر أعلاه، فإن طالب التقييد يلزم بأداء غرامة تساوي خمسة في المائة من مبلغ الرسوم المستحقة، وذلك عن الشهر الأول الذي يلي تاريخ انقضاء الأجل المذكور و0,5 في المائة عن كل شهر أو جزء من الشهر الموالي له.

¹ قرار المجلس الاعلى الصادر بتاريخ 27 ماي 1970 تحت رقم 248، منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى، عدد 18 أكتوبر 1970.

يمكن لمدير الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، في حالة القوة القاهرة، أن يمنح الإعفاء من الغرامة المنصوص عليها أعلاه بعد الإدلاء بأي وثيقة تفيد ذلك.”

الفقرة الثانية : الحقوق الممكن تقييدها احتياطيًا:

أولاً : حالات التقييد الاحتياطي في القانون العقاري

إن السؤال الرئيس المطروح في هذا المجال هو: هل يمكن لكل الحقوق عينية كانت أو شخصية بدون استثناء، أن تكون موضوع تقييد احتياطي؟ أم أن الحقوق العينية و حدها التي يمكن أن تقييد احتياطيًا؟ لقد اختلف الفقه و القضاء اختلافًا، بينا في الجواب على هذا السؤال .

نشأ خلاف حول تحديد نطاق الحقوق التي يمكن أن تكون محلا لتقييد احتياطي فرأى أول ذهب إلى القول بأن الحق الذي يمكن أن يطلب تقييده احتياطيًا هو الحق العيني ليس إلا. وحجة القائلين في ذلك أن الفصل 85 من ظهير 9 رمضان المتعلق بالتحفيظ العقاري كما تم تعديله ، و ان كان لم يرد فيه ما يشير إلى قصر التقييد الاحتياطي على الحقوق العينية إن هو أعطى ”لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيًا قصد الاحتفاظ بهذا الحق ” إلا أن هذا الفصل ورد في القسم الثاني من الظهير المذكور الذي خصه المشرع ”لإشهار الحقوق العينية العقارية المقامة على العقارات المحفوظة و في تسجيلها في السجلات العقارية“.

وعليه يجب اعتبار الحق الذي نص المشرع في الفصل 85 على إمكانية تقييده تقييدا احتياطيًا هو الحق العيني دون سواه. وهذا ما جنحت اليه محكمة الاستئناف في الرباط ان ورد في حكم صدر عنها أن صاحب الخيار الناجم عن عقد وعد بيع محفظ لا يستطيع أن يطلب تقييد حقه تقييدا احتياطيًا في السجل العقاري لأن حق الخيار هذا ، هو حق شخصي و أن التقييد الاحتياطي هو قاصر على الحقوق العينية¹ .

ورأي آخر ذهب الى القول بأن مشرع ظهير 9 رمضان قد تعمد في الفصل 85 عدم حصر التقييد الاحتياطي بالحقوق العينية، ان هو أطلق النص و منح امكانية المطالبة بالتقييد الاحتياطي لكل من يدعي حقا في عقار محفظ سواء كان الحق الذي يدعيه هو حق عيني أم هو حق شخصي ، لا بد أن امكانية التقييد ترد

¹ محكمة الاستئناف بالرباط حم صادر في 20 فبراير 1951 مجلة المحاكم في المغرب 1951 ، ص 132.

بالنسبة للحقوق الشخصية أكثر مما ترد بالنسبة للحقوق العينية لأن الاعمال و الاتفاقات التي تهدف نقل ملكية عقار محفظ أو انشاء حق عيني عليه ليس، من شأنها في نظام الشهر العيني المتبع في المغرب، أن تنقل بحد ذاتها الملكية، أو تنشئ بحد ذاتها الحق العيني، بل هي تقتصر على انشاء حقوق شخصية و لا تعتبر الملكية قد انتقلت و لا الحق العيني قد نشأ إلا بتسجيل هذه الأعمال و الاتفاقات في السجل العقاري ، و عليه اذا حصرنا نطاق تطبيق التقييدات الاحتياطية في الحقوق العينية ، نكون ضيقنا هذا النطاق لدرجة يكاد يصبح معها و العدم سواء لأن الحق العيني المترتب على العقارات المحفوظة لا ينشأ الا بالتسجيل ، فاذا سجل تنتفي كل فائدة للتقييد الاحتياطي و ان لم يسجل يبقى في اطار الحقوق الشخصية و لا يمكن اذن تقييده تقييدا احتياطيا اذا ما حصرنا نطاق التقييد الاحتياطي في الحقوق العينية ليس إلا، لهذا اتجهت محكمة النقض الى نقض حكم محكمة الاستئناف في الرباط الذي كان اعتبر التقييد الاحتياطي قاصرا على الحقوق العينية ، وذهبت الى القول بأن التقييد الاحتياطي يمكن أن يتناول الحقوق العينية و الحقوق الشخصية على حد سواء و أجازت بالتالي لصاحب الخيار الناجم عن عقد وعد بيع عقاري أن يطلب تقييد حقه تقييدا احتياطيا في السجل العقاري¹ ، حتى يضمن لنفسه استعمال خياره و تخلص له ملكية العقار دون أن يكون حقه عرضة للضياع نتيجة تصرف الواعد في العقار الموعد ببيعه في الفترة ما بين وقوع الوعد و بين استعمال الموعد له خياره ، و إقدام المتصرف إليه الجديد على تسجيل حقه في السجل العقاري قبل أن يكون الوعد بالبيع قد انقلب إلى بيع نتيجة استعمال الموعد له خيار الشراء² .

و أكثر ما يحصل في العمل، عن اللجوء إلى التقييد الاحتياطي هو الرغبة في الاحتفاظ بحقوق شخصية قابلة لأن تتحول إلى حقوق عينية كما في تقييد مشتري العقار المحفظ بحجة رسمية أو عرفية حقه الشخصي المستمد من عقد البيع ريثما تسجل الملكية على اسمه . وقد يحصل أن يكون الهدف من التقييد الاحتياطي الاحتفاظ بحقوق شخصية غير قابلة لأن تتحول لحقوق عينية بل تبقى محتفظة

¹ محكمة النقض، الحكم الصادر بتاريخ 2 فبراير 1954، مجلة المحاكم في المغرب 1954، ص 49.

² يجب لفت النظر إلى أن الوعد بالبيع الواقع على عقار محفظ لا يمكن تجيله في السجل العقاري لان الحق الذي يتولد عنه هو حق شخصي، و الحقوق الشخصية (باستثناء الحقوق الناجمة عن كراء لا كثر من ثلاثة سنوات) او (حوالة الاجور، غير المستحقة أو البراء منها لمدة تزيد عن سنة)، لا تقبل التسجيل. و عليه فتقييد الوعد بالبيع العقاري تقييدا احتياطيا إنما هو للاحتفاظ بالحق الشخصي الذي ينشأ عن عقد البيع عندما يبرم بين الواعد و الموعد له أثر استعمال الموعد له الخيار الممنوح له بالوعد بالبيع، بذلك يرجع من حيث تعيين رتبة تسجيل عقد البيع عند استعمال الخيار من قبل الموعد له ، لا لتاريخ التقييد الاحتياطي للوعد بالبيع، بل لتاريخ انعقاد البيع، إذ عندها اكتملت عناصر البيع الذي من شأنه أن يرتب نقل ملكية العقار إلى المشتري.

بصفتها الشخصية حتى بعد تسجيلها في السجل العقاري . فالمستأجر لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو المستفيد من حوالة أجرة غير مستحقة الأداء لمدة تزيد على سنة إذا ما قام مانع في وجهة حال دون تسجيل الإيجار أو الحوالة في السجل العقاري . فهو يستطيع تقييد حقه تقييدا احتياطيا ، حتى اذا زال المانع فيما بعد، إمكانية تسجيل الإيجار أو الحوالة في السجل العقاري على أن تعتبر رتبة تسجيل حقه لا من تاريخ وقوع التقييد الاحتياطي بل من تاريخ انعقاد الإيجار أو الحوالة إذ عندها تكتمل عناصر هذه العقود التي أوجب المشرع تسجيلها في السجل العقاري .

و إننا نؤيد الرأي القائل بعدم حصر نطاق التقييدات الاحتياطية بالحقوق العينية المترتبة على عقار محفظ ، بل نرى وجوب اعتبار نطاقها عاما شاملا على حد سواء ، الحقوق العينية و الحقوق الشخصية منبهين إلى أن مجال تطبيقها العملي يدور أكثر ما يدور حول الحقوق الشخصية القابلة لأن تتحول بعد تسجيلها إلى حقوق عينية .

ثانيا : حالات التقييد العامة للتقييد الاحتياطي في القوانين الخاصة

بالإضافة إلى الحالات العامة للتقييد الاحتياطي فقد عمل المشرع المغربي على إحداث حالات أخرى، خاصة ببعض القوانين الجديدة تتميز بعدة خصوصيات سواء على مستوى المسطرة المتبعة أو على مستوى مدة صلاحية التقييد الاحتياطي.

و تتجلى هذه القوانين الجديدة في قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة (6 ماي 1982)¹، و قانون تسنيد الديون الرهنية² و مدونة تحصيل الديون العمومية³ و القانون المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز¹ و أخيرا قانون الإيجار المفضي إلى تملك العقار².

¹ ظهير شريف رقم 254.81.1 صادر في 11 من رجب 1402 (6 مايو 1982) بتنفيذ القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالإحتلال المؤقت ، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983)، ص 980.

² ظهير شريف رقم 1.99.193 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 10.98 المتعلق بتسنيدي الديون الرهنية. الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 1999/09/16 الصفحة 2270.

³ ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية

و هكذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى فقرتين : حالي التقييد الاحتياطي الواردة في قانون 81.7 (أ) و قانون 98.10 (ب) و حالات التقييد الاحتياطي الواردة في مدونة تحصيل الديون العمومية و قانوني 44.00 و 51.00 (ت).

ولكن قبل هذا سنتطرق للحالة التي جاء بها قانون 81.7 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت .

أ- التقييد الاحتياطي المبني على قرار إعلان المنفعة العامة (قانون 81.7)
ينظم هذه الحالة قانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة في المادتين 12 و 25، و الإشارة فان هذه الحالة تتميز عن الحالات العادية سواء من حيث طبيعتها أو أجالها.
فبالرجوع إلى المادة 12 من قانون نزع الملكية يتضح أنها تقضي بضرورة إيداع مشروع مقرر التخلي³ لدى المحافظة العقارية التابع لها العقار المعني و بناء على هذا الإيداع يتعين على المحافظ تسليم نازع الملكية شهادة تثبت أن مشروع التخلي قد تم تقييده احتياطيا في الرسوم العقارية عملا بالفصل 85 من ظ.ت.ع.
و الجدير بالملاحظة أن المشرع المغربي ينص في الفصل 85 ظ.ت.ع. المحال عليه على أنه بإمكان من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب اجراء تقييدا احتياطي قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق ، والحال أن الامر في نزع الملكية لا يتعلق بالادعاء بحق و لا يتعلق كذلك بنزاع حول الحق المطلوب تقييده ، بل يتدخل من القانون مباشرة نزع الملكية⁴. و على العموم ، يمكن اجمال مختلف المراحل المؤدية الى تقييد قرار نزع الملكية احتياطيا و فق ما يلي :

¹ ظهير شريف رقم 1-16-05 صادر في 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016) بتنفيذ القانون رقم 107-12 بتغيير وتنظيم القانون رقم 44-00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. ج. 6439 بتاريخ 2016/02/15

² ظهير شريف رقم 1.03.202 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار

³ اذا لم يتم تعيين الاملاك التي سيسلمها نزع الملكية بمقتضى القرار القاضي بإعلان المنفعة العامة فيجب أن يقع ذلك التعيين بموجب قرار إداري يدعي مقرر التخلي، محمد خيري، حماية الملكية، دار النشر المعرفة، الرباط طبعة 2001، ص 436.

⁴ محمد خيري، المرجع نفسه، ص 437.

- فموضوع هذا التقييد الاحتياطي هو نزع ملكية بعض العقارات من أجل المنفعة العامة فالجهة التي تباشر هذا الاجراء تستند على القرار القاضي بإعلان المنفعة العامة الذي تعين بموجبه المنطقة التي ستكون موضوع نزع الملكية .

- يجب أن يصدر مقرر التخلي في ظرف سنتين تبتدئ من تاريخ نشر قرار اعلان المنفعة العامة بالجريدة الرسمية، واذا انصرم هذا الاجل دون أن يصدر مقرر التخلي ، فقد القرار المصريح باعلاني المنفعة العامة أثره بقوة القانون¹ .

و للإشارة فان الفصل 12 من قانون نزع الملكية لم يحدد أجلا للإيداع لدى المحافظة العقارية ، فاذا تم تقييد مقرر التخلي احتياطيا بعد مرور 6 أشهر على صدوره بالجريدة الرسمية مثلا ، فستكون المدة المتبقية لسريان هذا التقييد هي 18 شهرا ، ما لم تباشر الاجراءات القضائية المتمثلة في تقديم طلب الى المحكمة بهدف الحكم بنقل الملكية² .

و عموما ، فان التقييد الاحتياطي يكون اما بناء على قرار اعلان المنفعة العامة أو بناء على قرار التخلي مدته سنتين تبتدئ من تاريخ صدور قرار اعلان المنفعة العامة بالجريدة الرسمية و هكذا فقد تنتهي هذه المدة اما بالوصول الى صلح يبرم على اثره محضر البيع بالمراضاة و يسجل بالرسم العقاري بأثر رجعي من تاريخ التقييد الاحتياطي ، و إما باللجوء الى المحكمة للمطالبة بالحيازة أو بنقل الملكية³ . أو اجراء تقييد احتياطي بناء على مقال الدعوى ، و يبقى مفعول هذا التقييد ساريا الى غاية صدور الحكم القاضي بنقل الملكية⁴ الفصل 25 من قانون 81.7 .

¹ دعوى الحيازة يقصد بها الدعوى التي تعرض على المحكمة الادارية الواقع العقار في دائرة نفوذها من أجل الاذن لنازع الملكية بحيازة العقار مقابل إيداع أو دفع تعويض مؤقت للمنزوع منه الملكية ، و يثبت في هذه الدعوى قاضي الامور المستعجلة، اما دعوى نقل الملكية فهي من اختصاص قاضي الموضوع الذي ينظر في القضية من أجل الحكم للملكية العقار للنازع وتحديد تعويضات النهائية عن ذلك، وهكذا فعدم قيام نازع الملكية بتقديم دعوى الاذن في الحيازة وكذا دعوى نقل الملكية ، داخل أجل السنتين من نشر قرار نزع الملكية بالجريدة الرسمية يستوجب اصدار مشروع مرسوم جديد، حكم المحكمة الادارية بوجدة الصادر بتاريخ 2002/11/1 رقم 2002/84 ، ملف رقم 2002/56 ، منشور بمجلة القصر عدد 8 ماي 2004 ، ص 198 .

² محمد بوعزاية، مرجع سابق، ص 60 .

³ محمد خيري ، مرجع سابق، ص 411 .

⁴ محمد بونبات، دراسة مقارنة للحقوق العينية وجدواها الاقتصادية والاجتماعية ، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش ، الطبعة الاولى 2003/2002 ، ص 134 .

ب- التقييد الاحتياطي لنية تسنيد الديون الرهنية (قانون 10.98)

يعرف الفصل الثاني من القانون 10.98 المتعلق بتسنيدي الديون الرهنية التسنيدي بأنه : "تلك العملية المالية المتمثلة في قيام صندوق توظيف جماعي للتسنيدي بشراء ديون رهنية يؤدي ثمنها بواسطة حصيلة حصص ممثلة لتلك الديون و عند الاقتضاء بواسطة اصدار اقتراض سندي معتمد على تلك الديون و ذلك وفق الاحكام الواردة في هذا القانون".

يتضح من هذه المادة أن المقصود بعملية تسنيدي الديون الرهنية هو تخلي مؤسسة من مؤسسات الائتمان عن جزء من ديونها المضمونة برهن رسمي عقاري من الدرجة الاولى والتي لا يشوبها نزاع، لفائدة مؤسسة مشترية لهذه الديون تسمى صندوق التوظيف الجماعي للتسنيدي . مقابل استصدار مجموعة من القيم المنقولة تكون قابلة للتداول في السوق المالية (البورصة) و تمثل هذه القيم قيمة الرهون المفوتة¹.

ورغم الصبغة المنقولة لعملية التسنيدي و خاصة الحصص و سندات القرض الناتجة عنها . فلقد ألزم المشرع في الفصل 25 من قانون التسنيدي التقييد النهائي لعملية التسنيدي بالسجلات العقارية للعقارات المعنية².

وفي سبيل توفير الحماية اللازمة لحقوق المؤسسة المبادرة (الدائن المرتهن) التي ستقوم بتفويت ديونها الرهنية ، من التصرفات التي قد يبرمها المدين الراهن ، وكذا من الاجراءات التحفظية التي قد يقوم بها الغير في مواجهة المدين، أقر المشرع المغربي امكانية اجراء تقييد احتياطي على السجلات العقارية لنية التسنيدي³.

يتضح من نص المادة 24 أن هذه الحالة من التقييد الاحتياطي تعتبر خروجاً عن القواعد العامة المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري بخصوص التقييد الاحتياطي.

¹ محمد بن الحاج السلي، تسنيدي الديون الرهنية، مرجع سابق، ص 441.

² تنص المادة 115 من مدونة تحصيل الديون العمومية أنه: "يمكن للمحاسب المكلف بالتحصيل، بناء على الإعلام بالتصحيح المشار إليه في المادة 29 أعلاه، أن يطلب التقييد الاحتياطي وفق الشروط المحددة في المادة 85 من ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بشأن تحفيظ العقارات". تجدر الملاحظة إلى أن النص الفرنسي للمادة 115، يستعمل مصطلح التقييد الاحتياطي للرهن، وقد اسقط مصطلح الرهن في النص العربي.

³ محمد بن الحاج السلي، مرجع السابق، ص 219.

ت- التقييد الاحتياطي في مدونة تحصيل الديون العمومية و قانوني 41.00 و 51.00

قبل التعرض لحالتي التقييد الاحتياطي في قانوني 44.00 و 51.00 سنقوم بعرض حالة التقييد الاحتياطي في اطار مدونة تحصيل الديون العمومية .

● التقييد الاحتياطي في اطار مدونة تحصيل الديون العمومية

لقد تطرق مشروع مدونة تحصيل الديون العمومية لهذه الحالة من التقييد الاحتياطي في المادة 115 بشكل خلف ردود فعل قوية في أوساط الفقه المهتم ، الى درجة وصف هذه الحالة من طرف أحد الفقهاء¹ بالحالة الشاذة والغريبة .

فطبقا لمقتضيات المادة 115 من المدونة المذكورة، فإنه يمكن للمحاسبين المكلفين بالتحصيل بناء على الاعلام بالتصحيح المشار اليه في المادة 29 من مدونة تحصيل الديون العمومية أن يطلبوا اجراء تقييد احتياطي وفق الشروط المحددة في الفصل 85 من ظ.ت.ع.

وهكذا فالتقييد الاحتياطي الذي يطلبه المحاسب المكلف بالتحصيل بناء على الاعلام بالتصحيح ، يتعلق بتقييد احتياطي بمقتضى سند (الاعلام بالتصحيح) مدته 10 أيام .

● التقييد الاحتياطي على ضوء القانونين 44.00 و 51.00

أمام التطور الذي عرفه قطاع الإسكان و الإنعاش العقاري ورغبة منه في توفير الاطار القانوني الملائم لضمان حقوق المتعاملين في مجال العقار ، تدخل المشرع المغربي بمقتضى قانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز و القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي الى تملك العقار لتأطير العلاقات التعاقدية و توفير جو من المصدقية و الشفافية في المعاملات العقارية .

ومن الضمانات التي أقرها المشرع في هذا الإطار، اعطاء المشرع لكل من مشتري العقار في طور الانجاز و المكثري الممتلك امكانية اجراء تقييد احتياطي على السجل العقاري للعقار المعني للحفاظ المؤقت على حقوقهم .

هكذا سنعالج حالتي التقييد الاحتياطي الجديدتين التي أتى بهما المشرع في اطار القانونين السابقين الذكر على النحو الآتي :

¹ محمد بن الحاج السلي، المرجع نفسه.

أ- التقييد الاحتياطي لعقد البيع الابتدائي

يتضح من الفصل 10-618¹ من القانون رقم 44.00 أن المشرع اشترط مجموعة من الشروط لإجراء التقييد الاحتياطي بمقتدى العقد الابتدائي² :

- أن يكون العقار محفظا .

- موافقة البائع

- تقديم طلب الى المحافظ العقاري لإجراء التقييد الاحتياطي .

- وجوب تحرير عقد البيع الابتدائي

ب- التقييد الاحتياطي المبني الى عقد الايجاز لتملك العقار

تنص المادة 5 من قانون 51.00 على مايلي :

“اذا كان العقار محفظ يطلب المكتري الممتلك من المحافظ على الاملاك العقارية اجراء تقييد احتياطي

على الرسم العقاري بناء على عقد إيجار المفضي الى تملك العقار وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه .

يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول الى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري .

يتم تعيين رتبة العقد النهائي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي ”.

بناء على هذه المادة يمكن اجمال احكام هذه الحالة من التقييد الاحتياطي في النقاط الاتية :

-لأجراء هذا التقييد الاحتياطي لابد من أن يكون العقار المعني محفظا طبقا للفصل 85 ظ.ت.ع.

-وجوب تحرير عقد الايجار المفضي الى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ.

¹ نلاحظ هنا أن المشرع سمح بإجراء تقييد احتياطي بناء على العقد الابتدائي ، الذي يعتبر بمثابة وعد بالبيع والشراء بين المتعاقدين ، وبذلك يكون

المشرع وضع حدا للإشكال الذي كان يثيره موضوع قابلية الوعد بالبيع للتقييد الاحتياطي.

² ينص الفصل 10-618 من القانون 44.00 على ما يلي : “يجوز للمشتري ، إذا كان العقار محفظا ، أن يطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع

الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع . ويبقى التقييد الاحتياطي ساريا إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق

المشتري . وكل شرط مخالف يعتبر باطلا . يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع .

بمجرد إجراء التقييد الاحتياطي ، يمنع على المحافظ على الاملاك العقارية تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع .

يتم تعيين رتبة العقد النهائي بأثر رجعي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي .

يقوم المحافظ على الاملاك العقارية أثناء تقسيم الملك موضوع الرسم العقاري الأصلي ، بنقل كل تقييد احتياطي مضمن بهذا الرسم إلى الرسم العقاري

الفرعي المتعلق به .”

مدة التقييد الاحتياطي في هذه الحالة مفتوحة الى حين ابرام البيع النهائي و تسجيله بالرسم العقاري .

في حالة عدم تنفيذ المكتري المتملك لالتزاماته التعاقدية المتعلقة بالتسبيق عند الاقتضاء ، و الوجيبة . و كذا الحملات المستحقة يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية بوصفه قاض المستعجلات اصدار أمر بفسخ عقد الايجار المفضي على تملك العقار و افرغ المكتري و كذا شطب التقييد الاحتياطي المشار اليه في المادة 5 أعلاه.

الخلاصة التي يمكن الخروج بها في هذا الفصل هي أن التقييد الاحتياطي يهدف الى الاحتفاظ المؤقت بالحقوق التي تكون قابلة للتقييد النهائي على الرسوم العقارية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة . و ذلك الى حين استكمال الاجراءات الشكلية الناقصة أو الى حين انهاء النزاع عندما يكون معروضا على المحكمة .

المبحث الثاني : اثار التقييد الاحتياطي و انتهاؤه

خلافا للتسجيل، لا ينشئ التقييد الاحتياطي حقا و لا ينقله و لا يزيله و لا يعدله، بل هو مجرد اجراء تحفظي مؤقت تظل اثاره معلقة على انجاز التسجيل النهائي لنفس الحق المتعلق به.

و الاكيد أن التقييد الاحتياطي السليم ينتج اثارا قانونية بالغة الاهمية (المطلب الاول) ، الا أن طابعه المؤقت يجعله قابلا للإلغاء أو التشطيب على اعتبار عدم امكانية بقاء التقييد الاحتياطي مسجلا بصفة أبدية (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : اثار التقييد الاحتياطي

التقييد الاحتياطي هو مجرد اجراء تحفظي مؤقت تظل اثاره معلقة على انجاز التسجيل النهائي لنفس الحقوق¹ . و القيام به بطريقة قانونية سليمة تنتج عنه اثار قانونية هامة سواء في الزمن خلال المدة التي يستغرقها أو على الحقوق التي يحافظ عليها (الفقرة الاولى) ، و كذا على الاشخاص في العلاقة القانونية التي يرتبط بها التقييد الاحتياطي (الفقرة الثانية) .

¹ محمد مهدي الجم، التحيظ العقاري بالمغرب، مطبوعات دار المغرب للتأليف، الدار البيضاء، 1979، ص، 631.

الفقرة الاولى : اثار التقييد الاحتياطي من حيث الزمن و الحقوق

قبل التطرق لأثار التقييد الاحتياطي من حيث الحقوق (ثانيا) سنتعرض لأثاره في الزمن (أولا) .

أولا : أثار التقييد الاحتياطي من حيث الزمن

يتضح من الفقرة الأخيرة¹ من الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري أن التسجيل اللاحق للتقييد الاحتياطي و الذي هو التسجيل النهائي يعود بأثر رجعي الى تاريخ التقييد الاحتياطي و يكون من اثاره التشطيب على كل الحقوق المنافية و اللاحقة له (أ) . ومن جهة أخرى فان أثار التقييد الاحتياطي من حيث الزمن تنحصر في المدد المحددة له قانونا وقد يقع تمديدها لمدد اضافية (ب).

ت-الاثر الرجعي للتقييد الاحتياطي

يعتبر أثر الرجعية من أهم اثار التقييد الاحتياطي ، ذلك أن التقييد النهائي للحق المقيد احتياطيا سيعتبر وكأنه أنجز من تاريخ التقييد الاحتياطي بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج. وتجدر الإشارة الى أن التقييد الاحتياطي لا يوقف سير التقييدات و أن التقييد النهائي لا يؤرخ بتاريخ التقييد الاحتياطي ، وهذا ما يدفعنا إلى البحث في طبيعة هذا الاثر الرجعي للتقييد الاحتياطي: هل هو أثر مطلق أم نسبي ؟

ان التقييد الاحتياطي لا يوقف سير التقييدات²، الا أن التقييدات اللاحقة لهذا التقييد الاحتياطي تظل مؤقتة و قابلة للتشطيب حسب المصير الذي سيؤول إليه الحق المطالب به، فاذا اعترف القضاء بهذا الحق و أصبح الحكم مكتسبا لقوة الشيء المقضي به ، أو استكمل ذلك الحق شروطه القانونية ، أو اذا زال العائق من التقييد النهائي بصفة عامة ، فإن مصير الحقوق اللاحقة للحق المقيد احتياطيا هو التشطيب و سيحل هذا الحق المعترف به محل تلك الحقوق بقوة القانون³ .

وهكذا يتضح جليا أن الاثر الرجعي للتقييد الاحتياطي يتسم بطابع الاطلاقية، فلماذا اذن لا يؤرخ التقييد

¹ تنص على ان تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق.

² باستثناء حالة التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على سند خلال مدة العشرة أيام التي يستغرقها.

³ فاطمة الحروف، حجية القيد في السجل العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس بالرباط، سنة 1993/1994، ص 356.

النهائي بتاريخ التقييد الاحتياطي ؟

ان الحق المقيد احتياطيا و المعترف به من طرف القضاء أو الذي استكمل شروطه الشكلية و الجوهرية المتطلبية قانونا أو الذي زال بشأنه ما كان يعوق تقييده النهائي بصفة عامة ، لا يصير حقا عينيا عقاريا بمفهوم ظهير التحفيظ العقاري ، الا ابتداءا من هذا التاريخ¹.

ومن ثم فانه لا يمكن أن يؤرخ التقييد النهائي بتاريخ التقييد الاحتياطي لكن اثاره القانونية² ، المتمثلة في الاحتفاظ برتبة التسجيل اللاحق هي التي تعود الى تاريخ التقييد الاحتياطي³.

ولذلك ، فانه بإمكان صاحب التقييد الاحتياطي الذي استطاع أن يحصل على التقييد النهائي للحق المعني بالأمر ، أن يطالب بغلبة العقار موضوع حقه التي أنتجها من تاريخ التقييد الاحتياطي ، وكذا المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء حرمانه من تلك المنتجات ابتداء من نفس التاريخ⁴ و على هذا الاساس يمكن الجزم أن رجعية التقييد الاحتياطي مطلقة و ليست نسبية على الرغم من كون التقييد النهائي لا يؤرخ بتاريخ التقييد الاحتياطي و من كون الحق المقيد احتياطيا لا يصير حقا عينيا عقاريا الا من تاريخ تقييده نهائيا .

ث- تمديد اثار التقييد الاحتياطي

لقد تولى المشرع تحديد مدة كل حالة من حالات التقييد الاحتياطي ، و تراوح هذه المدة بين 10 أيام بالنسبة للتقييد الاحتياطي المتخذ بموجب سند⁵ و ستة أشهر بالنسبة للتقييد الاحتياطي المتخذ بناء على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية ما لم يرفع مقال افتتاحي للدعوى لدى المحكمة ، و يضمن بالرسم العقاري داخل أجل الشهر الاول من تاريخ التقييد الاحتياطي⁶ ، حيث يمتد مفعوله في هذه الحالة الاخيرة الى نهاية النزاع .

¹ محمد بن الحاج السلي ، مرجع سابق ، ص 235.

² الاستفادة من مقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري.

³ إدريسي السماحي ، مرجع سابق ، ص 290.

⁴ فاطمة الحروف ، مرجع سابق ، ص 356.

⁵ الفصل 6 من ظهير فاتح يونيو 1915 بشأن المقتضيات الانتقالية.

⁶ الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري.

أما التقييد الاحتياطي المتخذ بموجب مقال افتتاحي للدعوى فمدته تمتد الى حين الفصل في النزاع¹.

وهذا الخصوص لابد من الإشارة الى أنه يمكن لمدد التقييد الاحتياطي هذه أن تتكامل فيما بينها ، و ذلك استناد الى المقتضيات المتكاملة للفصلين 85 و 86 من ظهير التحفيظ العقاري و الفصل 6 من ظهير فاتح يونيو 1915 بشأن المقتضيات الانتقالية.

وهكذا يمكن أن تكون للتقييد الاحتياطي المدد التالية :

10- أيام بمقتضى سند.

10- أيام مضافا اليها 6 أشهر ، بمقتضى سند ممدد بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية .

10- أيام مضافا اليها شهر فمدة غير معدودة ، بمقتضى سند ممدد بأمر من رئيس المحكمة

الابتدائية مصحح بمقال افتتاحي للدعوى .

6- أشهر بمقتضى قرار من رئيس المحكمة الابتدائية.

شهر فمدة معدودة ، بمقتضى أمر من رئيس المحكمة الابتدائية ممدد بموجب مقال افتتاحي

للدعوى .

- مدة غير معدودة ، بموجب مقال افتتاحي للدعوى مباشرة (بناء على عقد البيع الابتدائي

بالنسبة العقار في طور الانجاز ، و بناء على عقد الايجار المفضي الى تملك العقار بالنسبة للإيجار المفضي

الى تملك العقار ، و بمقتضى نية التسديد في اطار قانون التسديد (10.98 .)

أما بخصوص التقييد الاحتياطي بناء على الاعلام بالتصحيح في اطار مدونة تحصيل الديون

العمومية فان المادة 115 من هذه المدونة تجعله يخضع في مدته للأحكام العامة الواردة في الفصلين 85

و86 من ظهير التحفيظ العقاري .

يتضح مما سبق أن المشرع المغربي حدد اثار التقييد الاحتياطي في الزمن بكيفية دقيقة ، لكن

الحديث عن التمديد يفضي بنا الى التساؤل في التجديد : هل يمكن تجديد تقييد احتياطي لاغ أو على

وشك السقوط؟

¹الفصلين 85 من ظهير التحفيظ العقاري و 202 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

يتخلف تمديد التقييد الاحتياطي عن تجديده¹ ، فالتمديد كما سبقت الاشارة اليه يعني منح التقييد الاحتياطي آثارا تستمر في الزمن و لكن بوسائل أخرى و لمدد مختلفة ، أما التجديد فيعني منح التقييد الاحتياطي نفس الاثار و استمرارية في الزمن لكن بوسيلة واحدة و داخل نفس الأجل² و يرى بعض الفقه بإمكانية تجديد التقييد احتياطي خاصة ذلك المتخذ بمقتضى أمر من رئيس المحكمة الابتدائية بعد انقضاء مدة الستة أشهر و عدم تصحيحه داخل الشهر الأول بمقال الدعوى أو عدم اتخاذ التقييد النهائي داخل الستة أشهر³ ، و ذلك على أساس أنه لا يوجد نص قانوني يمنع هذا التجديد ، حيث انه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية اصدار أمر ثان بتجديد التقييد الاحتياطي اذا كانت هناك أسباب معقولة تبرره ، حيث يسري مفعوله لمدة ستة أشهر أخرى .

و هذا الاتجاه هو ما تؤكداه احدي حيثيات الحكم الاستعجالي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة: "... و حيث ان الطلب الحالي و ان جاء في صيغة التشطيب فانه يرمي الى الغاء التقييد الاحتياطي السابق صدوره بتاريخ 13 دجنبر 1993 بواسطة أمر جديد من طرف رئيس هذه المحكمة ، باعتبار أن التشطيب على التقييد الاحتياطي الصادر بناء على أمر من رئيس المحكمة يتم تلقائيا بانتهاء مدة ستة أشهر، ما لم يقع تمديد هذا الاجل بواسطة أمر جديد أو بواسطة مقال مرفوع لدى المحكمة ..."

و بخلاف ذلك يرى الفقيه محمد بن الحاج السلي ، أنه لا يمكن تجديد التقييد الاحتياطي نظرا لعدم وجود نص قانوني صريح يسمح بذلك ، حيث ان الدول التي أخذت بهذه الامكانية نصت عليها صراحة في تشريعاتها العقارية و بالإضافة الى ذلك فتجديد التقييد الاحتياطي من شأنه عرقلة حركة التفويتات المنشأة على العقار و بالتالي سيصبح بمثابة حجز تحفظي⁴ .

وهذا الموقف الاخير تفنده القاعدة التي تقضي بأن الأصل في الأشياء الاباحة ، ما دام المشرع لم يمنع صراحة تجديد التقييد الاحتياطي .

¹ محمد بن الحاج السلي ، مرجع سابق ، ص 241.

² مثلا ، تجديد تقييد احتياطي مبني على سند لمدة عشرة أيام بتقييد عشرة آخر بموجب نفس السند ولمدة عشرة أيام أيضا.

³ محمد خيري ، مرجع سابق ، ص 430.

⁴ محمد بن الحاج السلي ، مرجع سابق ، ص 243.

ثانيا : أثر التقييد الاحتياطي على الحقوق

قبل التطرق لأثار التقييد الاحتياطي على الحقوق التي يكون محلها مستحيلا أو سبها غير مشروع (ب) سيكون من الأقيد تناول اثار التقييد الاحتياطي على سير التقييدات بالسجلات العقارية (أ).

أ- أثار التقييد الاحتياطي على سير التقييدات

يستفاد من الفقرة الاخيرة من الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري أن تاريخ التقييد الاحتياطي يحدد مرتبة التقييد اللاحق للحق المقيد احتياطيا ، وهذا التاريخ هو الذي يعطي الافضلية لهذا الحق على باقي الحقوق قبل تقييده نهائيا ¹ .

و القاعدة العامة هي أن التقييد الاحتياطي لا يوقف سير التقييدات اللاحقة الا في الحالة التي

يكون فيها هذا التقييد الاحتياطي متخذا بناء على سند ، و ذلك بالاستناد الى الفصل 6 من ظهير فاتح يونيو 1915 بشأن المقتضيات الانتقالية .

وتجدر الاشارة الى أن أثر توقيف سير التقييدات هذا ² ، لا يتعدى عشرة أيام ، فاذا ما امتد مفعول التقييد الاحتياطي المبني على سند إلى أكثر من عشرة أيام بواسطة أمر من رئيس المحكمة الابتدائية أو بمقتضى مقال افتتاحي للدعوى فان سير التقييدات يجب أن يعود الى حالته الطبيعية ابتداء من اليوم الحادي عشر ³ .

و الجدير بالذكر هو أنه لا يوجد نص قانوني يمنع اجراء أي تسجيل جديد على العقار في حالة التقييد الاحتياطي المبني على أمر قضائي أو مقال الدعوى الافتتاحي، غير أن التقييد الاحتياطي الذي يجري بموجبها يعطي أثرا رجعيا للتسجيل النهائي للحق و يحدد مرتبة التقييد اللاحق المقيد احتياطيا ، بحيث تظل كل التقييدات مؤقتة و مشروطة و معلقة بالمصير الذي سيؤول اليه الحق المقيد احتياطيا .

و تجدر الملاحظة أنه اذا أنهى النزاع لصالح صاحب الحق المقيد احتياطيا أو استكمل شروط التسجيل النهائي، فانه سيقع التشطيب على التقييدات اللاحقة للتقييد الاحتياطي ، أما في حالة العكس

¹ إدريس السماحي ، مرجع سابق، ص 290.

² الناتج عن الفصل 6 من ظهير فاتح يونيو 1915.

³ محمد بن الحاج السلي، مرجع سابق، ص 248، 249.

فانه سيشتط على التقييد الاحتياطي و تصبح التقييدات اللاحقة له نهائية لا جدال فيها .

ب- اثار التقييد احتياطيا على الحقوق التي يمكن محلها مستحيلا أو سببها غير مشروع
في هذا الصدد، قضت محكمة الاستئناف بالرباط¹ بأنه لا يمكن للتقييد الاحتياطي أن يصح عقدا و اعطائه مرتبة الافضلية بالنسبة للحقوق اللاحقة له في الوقت الذي يكون فيه محله مستحيلا .
وبالتالي لا يمكن أن يستعمل التقييد الاحتياطي لتصحيح أو اجازة الحق الذي يكون محله مستحيلا أو سببه غير مشروع ، من قبيل حق الملكية الذي يكون موضوع تفويت من أجل أن يستعمل العقار كوكر للدعارة أو ناد للعب القمار أو غير ذلك مما هو مخالف للنظام العام، يكون سببه غير مشروع و يكون بالتالي باطلا² ، و لا يمكن للتقييد احتياطي أن يحوله الى حق مشروع لهذا يجب أن و يكون محل الحق المقيد احتياطيا ممكنا و سببه مشروعا حيث يكون قابلا للتقييد النهائي عند زوال المانع³

وفي حالة ما إذا اتخذ شخص ما يدعي شراءه لعقار محفظ من مالكه ، تقييدا احتياطيا لحقه .
فهل يكون قاضي المستعجلات مختصا لطرد الحائز رغم وجود تقييد احتياطي ؟ وهل يعتبر الحائز في هذه الحالة حائزا بدون سند ؟ لقد تردد الاجتهاد القضائي في الاجابة على تلك التساؤلات :
"حيث قضت محكمة الاستئناف بالرباط⁴ أن قاضي المستعجلات قد أخطأ بطرد حائز غير مقيد بالسجل العقاري ، و الذي كان يدعي أنه اشترى العقار من المالك المقيد ، وسبق أن اتخذ احتياطيا لحقه هذا".

و تكون المحكمة ، بقرارها هذا قد اعتبرت أن الوظيفة التي يقوم بها التقييد الاحتياطي لا تقتصر على حفظ مرتبة الحق ، بل تمتد كذلك الى الحفاظ المؤقت على الحيازة الراهنة قبل صدور الحكم و اجراء التقييد النهائي .

¹ قرار عدد 1525 ، بتاريخ 3 نونبر 1934 ، منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1935 ، ص 126 .

² بموجب الفصلين 57 و 59 من قانون الالتزامات والعقود .

³ محمد بن الحاج السلي ، مرجع سابق ، ص 265 .

⁴ قرار صادر بتاريخ 29 مارس 1941 ، منشور بمجموعة قرارات محاكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1941 و 1942 ، ص 127 .

لكن نفس المحكمة تعود فتقرر¹ أن القوة الثبوتية لرسم الملكية مؤكدة ، و أنه كان على قاضي المستعجلات أن يأذن بطرد الحائز ، و أن التقييد الاحتياطي لا يمكن أن يناقض مقتضيات الرسم العقاري، و أن التقييد النهائي الجديد هو وحده الذي يكون فاصلا .

و نعتقد أن مجرد التقييد الاحتياطي لمقال الدعوى لا يخول لصاحب هذا التقييد ممارسة الاثار العينية على ملكية العقار المعني بالأمر ، خاصة ما يتعلق بالحيازة ، لأن من شأن ذلك المس بالقوة الثبوتية للتسجيلات بالدفاتر العقارية و بالنتيجة زعزعة الثقة في نظام التحفيظ العقاري برمته ، بالإضافة الى ما في ذلك من خروج عن الوظيفة التي يؤديها التقييد الاحتياطي باعتباره مجرد اجراء تحفظي مؤقت و مشروط بكسب الدعوى أو استكمال الشروط الجوهرية و الشكلية لإجراء التقييد النهائي.

و بالتالي فان صاحب التقييد الاحتياطي الذي يعمل الى حيازة العقار المعني بهذا التقييد يكون حائزا بدون سند و يجب طرده منه بناء على مسطرة قاضي المستعجلات .

الفقرة الثانية : اثار التقييد الاحتياطي على الأشخاص

ينتج التقييد الاحتياطي المتخذ بطريقة قانونية سليمة اثارا متنوعة في مواجهة الاشخاص

الاطراف و غير الاطراف في العلاقة القانونية التي يرتبط بها التقييد الاحتياطي بصفة عامة .

ومما لا شك فيه أن ملامسة هذا الموضوع تستدعي الحديث عن الاشخاص الذين يحتج بالتقييد الاحتياطي في مواجهتهم (أولا) و كذا الاشخاص الذين يحق لهم الاستفادة من التقييد الاحتياطي (ثانيا). .

أولا : الاشخاص المحتج ضدهم بالتقييد الاحتياطي

ينص الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي : "ان الافعال الارادية و الاتفاقات التعاقدية، الرامية الى تأسيس حق عيني أو نقله الى الغير أو الاعتراف به أو تغييره اسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الاطراف الا من تاريخ التسجيل، دون الاضرار بحقوق الاطراف بعضهم على بعض و كذا بإمكانية اقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفقاتهم" .

¹ قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1944 ، منشور بمجموعة قرارات محاكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1941 و 1942 ، ص 524 .

يتضح من مقتضيات الفصل المذكور أن التسجيل النهائي حجة رسمية على وجود الحق في مواجهة الجميع ، و بالتالي ، فان التقييد الاحتياطي كالتقييد النهائي ينتج اثاره ازاء الكافة سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة للغير¹.

و أول شخص يحتج بالتقييد الاحتياطي في مواجهته ، هو المالك المقيد صاحب التقييد النهائي السابق مباشرة ، فحماية المستفيد من التقييد الاحتياطي من أي تصرف² قد يصدر عن صاحب التقييد السابق تتأني بإمكانية الاحتجاج بهذا التقييد الاحتياطي في مواجهة المالك المقيد سواء تعلق الأمر بالمطالبة بحق و تقييده أو بإسقاطه و التثقيب عليه³.

و ينتج التقييد الاحتياطي اثارا بالغة الأهمية في مواجهة الأشخاص أصحاب الحقوق المقيدة بعده تتجلى بالأساس في عدم اعتبارهم أغيارا مقيدين بحسن نية ، فالتقييد الاحتياطي يعتبر بمثابة انذار موجه لكل متعامل بالعقار المعني بالأمر ، فاذا قبل شخص ما التعامل بشأن هذا العقار بالرغم من وجود اشارة التقييد الاحتياطي، فلا يمكنه الادعاء بحسن نيته من أجل صيانة الحقوق التي اكتسبها على ذلك العقار، لأنه من المفروض أن يكون قد اطلع على مضمون السجل العقاري و علم بوجود تقييد احتياطي عليه⁴.

وهذا ما أكده قضاء المجلس الأعلى⁵: "...و أن تقييد شراء الطاعن ... لن ينفعه اذ يترتب على الرسم العقاري بعد أربعة أيام على تقييد المستأنف عليه لشرائه تقييدا احتياطيا بتاريخ 12 يناير 1998 و المقرر أن التقييد الاحتياطي بمثابة انذار للغير بوجود نزاع في الملك، فان أقدم رغم ذلك المشتري الثاني على تقييد شرائه اعتبر سيئ النية ..."

ثانيا : الاشخاص الذين يحق لهم الاستفادة من التقييد الاحتياطي

ينص الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي: "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ بهذا الحق ... و يتضح من خلال هذا النص أنه بإمكان كل الأشخاص الذين يدعون تملكهم حقوقا على العقارات المحفظة و ليست على أصحابها إجراء تقييد

¹ إدريس السماحي، مرجع سابق، ص 291.

² سواء كان ذلك التصرف بحسن نية أو بسوء نية.

³ محمد بلحاج السلي، مرجع سابق، ص 292.

⁴ فاطمة الحروف، مرجع سابق، ص 355.

⁵ قرار عدد 2055، بتاريخ 12 يونيو 2002، منشور بمجلة الملف عدد 5 يناير 2005، ص 246.

احتياطي للحفاظ المؤقت على حقوقهم غير القابلة للتقييد النهائي على حالتها ، نظرا لعدم استكمال شروطها القانونية أو لوجود نزاع بشأنها معروض على القضاء¹ .

و بالإضافة للمطالبين بالتقييد يحق للمطالبين بالتشطيب على التقييدات المضمنة بالسجلات العقارية طلب إجراء تقييد احتياطي على العقارات المعنية بالأمر. فتمهيدا لقيام مالك العقار بإثبات أن الرهن الرسمي المسجل عليه قد سقط بالوفاء، و بالتالي إثباتا لحق المالك في طلب تشطيبه، يمكن له طلب إجراء تقييدا احتياطي للحفاظ المؤقت على حقوقه.

المطلب الثاني : انقضاء التقييد الاحتياطي

ان التقييد الاحتياطي مجرد إجراء تحفظي لا ينشئ حقا ولا يعدله ولا يسقطه ، بل هو إجراء مؤقت يقوم به صاحب حق تعذر عليه تسجيله لسبب من الأسباب ، بذلك لا يمكن أن يبقى هذا التقييد مسجلا بصفة أبدية بل لا بد من أن يتم الغاؤه أو التشطيب عليه .

ولا شك أن انقضاء التقييد الاحتياطي مرتبط بعملية التشطيب والإحاطة به تستوجب بداية تحديد المفهوم القانوني للتشطيب و تمييزه عن الإلغاء مع تقديم حالات التشطيب و الإلغاء بالنسبة للتقييد الاحتياطي ، (الفقرة الأولى) ثم نتعرض للاختصاص في التشطيب على التقييد الاحتياطي ، حيث يتم التطرق لاختصاص قاضي المستعجلات بشأن التشطيب على التقييد الاحتياطي وتنازع الاختصاص بين المحاكم العادية و المحاكم الإدارية بشأن قرار المحافظ برفض التشطيب على تقييد احتياطي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التشطيب على التقييد للاحتياطي و الغاؤه

أولا : مفهوم التشطيب و تمييزه عن الإلغاء

قبل الخوض في مفهوم التشطيب لا بد من الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يدرج أي تعريف لهذا المفهوم ، إلا أن بعض الفقه اعتبر التشطيب بمثابة عملية ايجابية لها صورة التسجيل ، لكن أثره على الحق أثر سلبي ، أي انه يؤدي إلى إسقاط و إنهاء الحق المسجل و إن كانت هناك تشطيبات ليس من شأنها

¹ حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003، ص 331.

إنهاء الحق نفسه ، بل من شأنها نقل الحق فقط من صاحبه المسجل سابقا إلى شخص جديد يسجل الحق باسمه¹ .

و يعرفه محمد بن الحاج السليبي بأنه محو آثار التقييد النهائي بالنسبة للمستقبل وذلك بسبب انعدام أو انقضاء الحدث أو الحق الذي يتعلق به التقييد النهائي المراد التشطيب عليه² .

و تجدر الإشارة إلى أن مفهوم التشطيب يتعلق بالحقوق المسجلة في الرسم العقاري ، أما الحق غير المقيد في الرسم العقاري فلا مجال للمطالبة بتشطيب لأنه حق غير موجود بالنسبة لمندرجات الرسم العقاري .

وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته عندما أكد أن الفصلين 91 و 96 من ظهير التحفيظ العقاري يتعلقان بالعقارات المحفظة ، دون العقارات التي تكون في طور التحفيظ فيما يتعلق بالتشطيب³ .

و بالرجوع للفصلين 91 و 92 يتبين أن المشرع أورد ثلاث حالات للتشطيب بصفة عامة :

- حالات التشطيب بمقتضى عقد .

- حالات التشطيب القضائي .

تكون هذه الحالات بمقتضى حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به.

- حالات التشطيب التلقائي .

ويمكن استنتاج هذه الحالات من نصوص مختلفة نذكر منها :

● الفصل 211 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات

المحفظة بحيث يعتمد المحافظ على التشطيب على القيود المرتبطة بأوامر الحجز العقاري عند تنفيذ الحجز عن طريق البيع القضائي و تسجيل محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري.

● الفصل 37 من قانون 16 أبريل 1983 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت بما فيها التقييدات الاحتياطية.

¹ مازن الجم، الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 1991، ص22.

² عبد العالي العبودي، مرجع سابق، ص 84.

³ قرار المجلس الاعلى عدد 22 بتاريخ 1989/10/04 في الملف عدد 2232، غير منشور، أشار إليه إدريس السماحي، مرجع سابق، ص 301.

- التشطيط على التقييد الاحتياطي المتخذ بمقتضى سند بعد عشرة أيام . وللتمييز بين الإلغاء و التشطيط أكد الأستاذ محمد خيري¹ على أن الحقوق التي يمكن التشطيط عليها هي الحقوق التي تم تسجيلها بكيفية قانونية ، أما الحقوق المسجلة نتيجة غش أو احتيال أو سواء نية ، أو نتيجة عقد باطل ، فإنها لا تكون موضوعا للتشطيط و لكن للإلغاء .
- كما أن آثارهما تختلف و ذلك على أساس أن التشطيط ينتج مفعوله اعتبارا من تاريخ إجرائه . أما الإلغاء فانه يسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ تسجيل الحق الملغى .

ثانيا : حالات التشطيط و الالغاء للتقييد الاحتياطي

- حالات التشطيط على التقييد الاحتياطي
- يتم التشطيط على التقييد الاحتياطي في الحالات التالية :
- التشطيط على التقييد الاحتياطي تلقائيا و بقوة القانون هكنا ، يمكن أن يتم التشطيط على التقييد الاحتياطي بانتهاء مدة عشرة أيام المحددة في الفصل 6 من ظهير فاتح يونيو 1915 بشأن المقتضيات الانتقالية ، ما لم يقع تمديد هذا الأجل بواسطة أمر قضائي أو بواسطة مقال مرفوع لدى المحكمة كما يتم التشطيط تلقائيا على التقييد الاحتياطي المتخذ بمقتضى أمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة ، بانتهاء مدة الستة أشهر المحددة في الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري ما لم يقع تمديد هذا الأجل بواسطة أمر جديد أو بواسطة مقال مرفوع لدى المحكمة المختصة .

● التشطيط على التقييد الاحتياطي بمقتضى حكم قضائي

إذا كان التقييد الاحتياطي قد تم بناء على مقال الدعوى الافتتاحي ، فانه يتم التشطيط عليه حينما يصبح الحكم نهائيا و يكتسب قوة الشيء المقضي به ، و يقضي بعدم صحة الحق المطلوب تسجيله.

- التشطيط على التقييد الاحتياطي بناء على طلب أحد الأطراف :

بالإضافة إلى حالات التشطيط التلقائي و القضائي ، يمكن التشطيط على التقييد الاحتياطي بمقتضى عقد صلح بين الأطراف بواسطة المحكمة المرفوع إليها النزاع . و لا بد من التنبيه إلى أن التنازل عن

¹ محمد خيري ، مرجع سابق ، ص 530 .

التقييد الاحتياطي يجب أن يصاحبه في نفس الوقت التنازل عن الدعوى ذاتها وذلك لأن مناط التقييد الاحتياطي كان هو مقال الدعوى .

ثانيا : حالات إلغاء التقييد الاحتياطي

يتم إلغاء التقييد الاحتياطي في الحالات التالية :

- إلغاء التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ إذا تبين له أن هذا التقييد غير مبني على أساس ، أو أن السند المقدم لا علاقة له بالعقار موضوع التقييد ، أو إذا تبين له أن السند غير صحيح ، أو كان الحق نفسه غير قابل للتسجيل النهائي .

- إلغاء التقييد الاحتياطي في حالة إلغاء الدعوى بسبب عيب في الشكل أو في الجوهر ، و على العموم لا يمكن إلغاء التقييد الاحتياطي المستند على المقال الافتتاحي للدعوى إلا لسببين :

أ- صدور حكم المحكمة بإلغاء الدعوى ، لما يشوبها من عيب في الشكل أو في الجوهر .

ب- صدور حكم المحكمة بشطب الدعوى و محوها بسبب التنازل عنها من طرف من أقامها.

- إلغاء التقييد الاحتياطي بواسطة أمر جديد من طرف رئيس المحكمة ، إذا تبين له بعد صدور الأمر الأول أن التقييد غير مبني على أساس ، أو مبني على ادعاءات أو وثائق مزورة¹.

الفقرة الثانية : الاختصاص في التشطيب على التقييد الاحتياطي

ان موضوع التشطيب على التقييد الاحتياطي يطرح مجموعة من الإشكاليات على مستوى الاختصاص ، سواء تعلق الأمر باختصاص قاضي المستعجلات (أولا) أو تعلق الأمر بالاختصاص النوعي بين المحاكم العادية (ثانيا) .

أولا : اختصاص القضاء الاستعجالي

ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط² في أول الأمر إلى سلب قاضي المستعجلات اختصاص النظر

¹ محمد العلمي، التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري والقوانين الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة للقانون الخاص، جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2004/2005. ص 70.

² قرار مؤرخ في 24 يوليوز 1940، منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط RC ، لسنة 1940، ص502، أشار إليه:

في التشطيط على التقييد الاحتياطي ثم عكست الاتجاه تماما في عدة قرارات¹ معتبرة أن رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات يكون مختصا من الناحية المبدئية لاتخاذ قرار بالتشطيط على التقييد الاحتياطي على أساس أن هناك ضرورة مستعجلة و حاجة ماسة لهذا التشطيط ، وأمام المشكل الذي قد تخلقه بعض التقييدات الاحتياطية المتخذة بناء على المقالات الافتتاحية للدعاوى ، حيث نزل قائمة لسنين طويلة ، مما يعوق التداول العادي و الطبيعي للعقار، أصبح بعض قضاة المستعجلات يتخذون مواقف جريئة بالتشطيط على هذا النوع من التقييدات الاحتياطية كالأمر الصادر عن قاضي المستعجلات بمكناس بتاريخ 6-12-1983 الذي قضى² بالتشطيط على حجز تحفظي و تقييدا احتياطي بناء على مقال مر على تقييدهما أزيد من عشرين سنة، و هو تاريخ من شأنه أن يؤدي إلى تقادم أي حق من الحقوق التي يدعيها المدعي عليه.

و تجدر الإشارة إلى أن أغلب الفقه يتفق على اختصاص رئيس المحكمة بصفته قاض للمستعجلات للتشطيط على التقييد الاحتياطي و ذلك على أساس أنه قد يكون التقييد الاحتياطي غير قانوني أو غير أصولي ، أو أن بعض التقييدات الاحتياطية على مقال الدعوى قد تظل عالقة ببعض الرسوم العقارية لمدة طويلة .

كذلك فيما يتعلق باختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بصفته قاضيا للمستعجلات بالتشطيط على التقييد الاحتياطي محصور في الزمان في المدة التي ينشر فيها النزاع في الموضوع أمام المحكمة التي يرأسها ، و يمتد من تاريخ الأداء على المقال الاستثنائي إلى أن يصبح هذا القرار نهائيا و غير قابل للتعرض .

ثانيا : تنازع الاختصاص

يتعلق الأمر بتنازع الاختصاص بين المحاكم العادية و الإدارية بخصوص قرار المحافظ برفض التشطيط على تقييد احتياطي .

يكون قرار المحافظ برفض التشطيط على تقييد احتياطي قابلا لطريقتين من الطعن ، فإما أن يتظلم طالب التشطيط لدى الوكالة العامة للملكية العقارية ، و إما أن يتم الطعن في هذا القرار أمام

¹ أمر رقم 278، بتاريخ 21 غشت 1984، في الملف الاستعجالي رقم 6/84/74، منشور بمجلة رابطة القضاة، العدد 18/19، شتنبر 1986، ص 119.

• امر عدد 340 / 90 في الملف الاستعجالي عدد 90/175 بتاريخ 25/07/1990، غير منشور أشار إليه إدريس السماحي، مرجع سابق، ص306.

² الامر الاستعجالي رقم 03/ 1046 الصادر عن قاضي المستعجلات بمكناس بتاريخ 06/12/1983، غير منشور.

القضاء و هذا ما يثير مجموعة من الإشكالات تتمحور حول تفسير الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري حيث اعتبر الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى أن قرارات المحافظ التي يتخذها كسلطة إدارية يتم الطعن فيها بسبب الشطط في استعمال السلطة ، و أن هناك استثناء واحد جاء به الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري ، إذا و حسب نفس الاجتهاد القضائي لا يمكن تقديم الطعن أمام القضاء العادي الا اذا كان القرار معللا بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم¹.

كما قضت المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 2002-07-17 بأن الاختصاص ينعقد للمحكمة الإدارية للطعن في قرار المحافظ القاضي برفض التشطيب على التقييد الاحتياطي على أساس أن قرار المحافظ هذا غير معلل بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم، وبالتالي اعتبار قرار المحافظ هذا إداريا قابل للطعن فيه عن طريق الإلغاء أمام القضاء الإداري و لقد جاء في إحدى حيثياته :
"...حيث انه و خلافا لما ذهب إليه السيد المحافظ فان القرار القاضي برفض التشطيب على التقييد الاحتياطي المسجل على الصك العقاري المشار إلى مراجعه أعلاه ، يعتبر قرارا إداريا قابلا للطعن فيه عن طريق الإلغاء أمام القضاء الإداري ، و ليس أمام القضاء الذي ينعقد له هذا الاختصاص بصفة استثنائية كلما كان القرار المذكور معللا بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم و ذلك طبقا لمقتضيات الفصل 96 من قانون التحفيظ العقاري ..."

و خلاصة القول أن الاجتهاد القضائي استقر على إعطاء تفسير ضيق الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري بإسناد الاختصاص للقضاء العادي في الحالة التي يكون فيها قرار المحافظ معللا بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم ، أو غيرها من الحالات القضاء الإداري هو الذي يكون مختصا .
و على عكس ما أكده الاجتهاد القضائي السابق ذهب أحد من الفقه المهتم الى أن التفسير أعطي لسبب رفض التقييد و التشطيب الواردين في الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري ناتج عن التشبث بحرفية النص و أيضا بالتفسير الضيق الذي أعطي لتلك المقتضيات² .

¹ قرارا المجلس الاعلى بهذا الخصوص: - قرار عدد 940 صادر في تاريخ 8 يونيو 2000، ملف إداري عدد 475 / 4 / 2000 غير منشور.

- قرار عدد 250 صادر في تاريخ 15 فبراير 2001 ، ملف إداري عدد 676 / 1/4 / 2000 غير منشور.

- قرار عدد 47 صادر في تاريخ 6 فبراير 2002، ملف إداري عدد 268 / 1/4 / 2002 غير منشور.

- قرار عدد 417 صادر في تاريخ 19 يونيو 2003، ملف إداري عدد 858 / 1 / 4 / 2003 غير منشور.

- قرار عدد 506 صادر في تاريخ 05 ماي 2004 ، ملف إداري عدد 873 / 1 / 4 / 2004 غير منشور.

² محمد بن الحاج السلمي، محاضرات أقيمت على طلبت المدرسة الوطنية للإدارة العمومية بالرباط، الموسم الجامعي 1993/1994.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بمكناس أن قرارات المحافظ ليست بقرارات إدارية و لا بقرارات قضائية ، بل هي قرارات من نوع خاص ، و ان المادة الثامنة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية حدد اختصاص المحكمة الإدارية النوعي و لم تدرج ضمنه القرارات الصادرة عن المحافظ التي بقي الاختصاص بشأن الطعن فيها للمحكمة الابتدائية طبقا للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري¹ و قد أكد الأستاذ محمد قصري بهذا الخصوص أنه لا مجال للحديث عن اختصاص القضاء الإداري للنظر في القرارات التي يتخذها المحافظ و ذلك أنه حسب المادة 360-6 من ق.م.م و المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية ، إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من الحقوق أمام القضاء الشامل لتكون دعوى الإلغاء بالتالي دعوى استثنائية لا تكون مقبولة إلا إذا انتقت الدعوى الموازية².

ولعل هذا الاضطراب الذي طبع تفسير الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري هو الذي دفع بواضعي مشروع قانون التحفيظ لسنة 1997 إلى إعطاء الاختصاص للمحكمة الابتدائية للنظر في جميع الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ.

¹ حكم رقم 94 /8 صادر بتاريخ 1994/7/26 في الملف الإداري عدد 3/94/2 أشار إليه محمد قصري، القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع1، سنة 1995، ص 20.

² محمد قصري، مرجع سابق، ص 21.

خاتمة

إذا كان التقييد الاحتياطي إجراء ديناميكيًا دورًا فعالًا في الإشهار الإخطاري للحقوق غير المستكملة لشروطها القانونية أو التي تنتظر كلمة القضاء بحكم فاصل للنزاع بشأنها ، فإنه بالرغم من ذلك لا تزال تعوقه مجموعة من الصعوبات و الثغرات و خصوصًا على مستوى التشريع العقاري و القوانين الخاصة .

لذا أصبح من الضروري أن يتدخل المشرع المغربي بنص صريح لتحديد موضوع التقييد الاحتياطي و إعادة صياغة النصوص المؤطرة لحالات التقييد الاحتياطي الواردة في القوانين الخاصة ، بشكل يحقق نوعًا من التوافق و التناسق مع الأحكام العامة للتقييد الاحتياطي المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري و بشكل يصحح الثغرات التي تعرفها النصوص القانونية المنظمة للتقييد الاحتياطي¹ ، مع تدخل المشرع أيضًا بنص صريح ليمنح الاختصاص لقاضي المستعجلات بالتشطيب على التقييد الاحتياطي حسب الضرورة ، حتى لا يتحول التقييد الاحتياطي من حماية الحقوق إلى وسيلة للتحايل عليها و أخيرًا لا بد من الحسم في مسألة تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري و القضاء العادي التي يثيرها الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري .

و في الختام نأمل في إصدار مدونة جديدة للتحفيظ العقاري تعالج فيها مختلف هذه القضايا و تستجيب لمتطلبات العصر .

¹ ظهير التحفيظ العقاري 12 غشت 1913 ، وظهر 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة ، وكذا ظهير فاتح يونيو 1915 بشأن مقتضيات الانتقالية.

الحماية الجنائية للأطفال: ضحايا الجرائم والأطفال المهملين وفي وضعية صعبة نموذجا

أشرف بلاوشو

Achraf Bellaouchou

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. سلا

achrafbellaouchou@gmail.com

<p>Summary:</p> <p>Children are the nucleus of the future: children are the men and women of tomorrow, the makers of the future of the nation, their wealth and the that hope nations aspire to achieve their future goals.</p> <p>In the face of this extreme importance of children, their care and safeguards, in the protection of their rights, is a national duty, which is why the Moroccan Criminal Code, as one of the means of fulfilling this duty, has placed great attention on children and children, reflecting the enactment of a set of criminal legal rules, both objective and The procedure for achieving this protection, which we are trying to touch in this article, is focused on certain categories, which we find first to care for children who are victims of crimes, children in difficult situations, and then neglected children.</p>	<p>المخلص:</p> <p>تعتبر الطفولة نواة المستقبل، فالأطفال هم رجال ونساء الغد، وصانعو مستقبل الأمة، وهم ثروتها والأمل المنشود الذي تتطلع إليه الدول في تحقيق ما تصبو إليه من الأهداف المستقبلية.</p> <p>وإزاء هذه الأهمية البالغة للطفولة، فإن رعايتها وإحاطتها بالضمانات، حماية لحقوقها يعد واجبا وطنيا، لهذا أولى القانون الجنائي المغربي كأحد وسائل إعمال هذا الواجب، الطفل والطفولة اهتماما كبيرا، تجسد ذلك في سن مجموعة من القواعد القانونية الجنائية سواء الموضوعية منها أو الإجرائية لتحقيق هذه الحماية، وهو ما نحاول ملامسته في هذه المقالة، مركزين على فئات معينة، نجدها أولى بالعناية، والمتمثلة في الأطفال ضحايا الجرائم، والأطفال في وضعية صعبة، ثم الأطفال المهملين.</p>
<p>الكلمات المفاتيح:</p> <p>الحماية الجنائية Criminal protection، الأطفال المهملين، Neglected children، الأطفال الضحايا Child victims، الأطفال في وضعية صعبة Children are in a difficult situation.</p>	

مقدمة:

الطفل مخلوق بشري ضعيف له حقوق أساسية ينبغي أن تعمل هيئات المجتمع والدولة على حمايتها وضمان تمتع الطفل بها، فالأطفال من أكثر الجماعات الإنسانية تأثرا بانتهاكات حقوق الإنسان.¹

فالطفل هو رجل المستقبل وثروة الأمة، لذلك فرعايته في طفولته الناشئة، أمر حتمي من أجل أن ينمو وينشأ سليما معافي في عقله وجسمه ومحيطه المجتمعي.

وإيماننا من المجتمع الدولي بأهمية الطفل والطفولة كمرحلة أولى في حياة الإنسان فقد تعالت العديد من الأصوات داعية إلى الاهتمام بها، وقد تم ذلك خاصة خلال القرن العشرين الذي كان بحق قرن الطفل بما في الكلمة من معنى، وقد صدق تنبؤ الباحثين الذين تكهنوا بذلك في بداية القرن الماضي حيث تحقق للطفل من الرعاية والاهتمام ما لم ينله في العهود السابقة، فغدا الطفل حقا " مائي الدنيا وشاغل الناس " إذ استقطب اهتمام العلوم القانونية والنفسية والاجتماعية و التربوية والطبية وغيرها، فكان بذلك إيذانا بصدور العديد من المواثيق الدولية الداعية إلى الاهتمام بالطفل، والتي بدأت بإصدار إعلان جنيف لحقوق الطفل سنة 1924، ثم الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل سنة 1989 والتي كانت منعطفا حاسما في تاريخ الاهتمام بهذه الفئة.²

ولقيت هذه الاتفاقية ترحيبا كبيرا حيث صادقت عليها معظم دول العالم، وكان المغرب من البلدان السبقة في الانخراط في هذه المسيرة.

ومنه عملت التشريعات المعاصرة على التمييز في المعاملة الجنائية بين المجرمين الرشداء، والأحداث الموجودين في وضعية مخالفة للقانون، وأقرت للفئة الأخيرة قواعد أو أحكام قانونية خاصة وجزاء ملائمة تركز على تطبيق تدابير مناسبة أملا في إصلاحهم، علاوة على مراعاة مصالحهم الفضلى.

وفي جانب آخر ما فتئ الأطفال يكونون عرضة لجرائم أو وضعيات عديدة تشكل تهديدا حقيقيا لهم، لذلك حاول المشرع الجنائي المغربي جاهدا على إيجاد قواعد قانونية سواء في القانون الموضوعي أو

¹ بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، السنة الجامعية 2010. 2011، ص 1.

² أحمد أوزي، الطفل والعلاقات الأسرية، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2002، ص 154.

القانون الإجرائي من شأنها حماية الطفل الذي لا يستطيع تحصين نفسه من جرائم الآخرين عليه.¹

إن الاهتمام والحماية التي أولاها المشرع المغربي للطفل لم ينحصر في حماية الأطفال ضحايا الجرح والجنايات، وإنما تعدى ذلك ليشملا الأطفال في وضعية صعبة، فضلا على عدم إغفال فئة لا تقل أهمية عن سابقتها، والأمر يتعلق بحماية الأطفال المهملين.

من خلال ما سبق، فإن محاولة معالجة هذا الموضوع تستدعي الخوض في الإشكالية التالية: ما مدى كفاية نصوص القانون المغربي (الموضوعي والإجرائي) لحماية الأطفال المنتمين لهذه الفئات ؟

في محاولة الإجابة هذه الإشكالية ارتأينا تناول الموضوع في مبحثين:

المبحث الأول: الحماية الموضوعية والإجرائية للأحداث ضحايا الجرح والجنايات.

المبحث الثاني: حماية الأحداث في وضعية صعبة والأحداث المهملين.

¹ بلقاسم سويقات، م س، ص 1.

المبحث الأول: الحماية الجنائية للأحداث ضحايا الجرائم.

أولت الشريعة الإسلامية الطفل والطفولة اهتماما كبيرا، وبلغت عناية الإسلام به منذ كونه جنينا في بطن أمه، ورعاه مولودا وطفلا، وحدد حقوقه على أسرته ومجتمعه معا حيث أكد على ضرورة إحاطته بكل ما يحتاج من وسائل تكفل حسن نموه وسلامة جسمه ودينه ونفسه.

ولقد سارت في نفس الركب التشريعات الوضعية الحديثة التي حاولت وضع نظم قانونية تعنى بحماية الطفل وصيانة حقوقه من كل ما يمكن أن يطال مصالحه ولاسيما عندما يكون ضحية للآخرين سواء كانوا أفرادا أو جماعات.¹

والمشعر الجنائي المغربي كغيره من التشريعات الجنائية المقارنة حاول وضع ترسانة قانونية تعنى بحماية هذه الفئة الضعيفة، وإحاطتها بسياسات من الحماية من كل الأفعال التي يمكن أن تطالها، استنادا إلى مبادئ العناية والتكريم التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل والمواثيق والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها المملكة.

وفي هذا الإطار سنحاول قدر الإمكان رصد أهم مظاهر الحماية الجنائية للأحداث ضحايا الجرح والجنائيات من خلال قواعد القانون الجنائي (المطلب الأول)، على أن نتناول بعد ذلك القواعد الإجرائية لحماية الأحداث الضحايا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية الجنائية الموضوعية للأحداث ضحايا الجرائم.

إن الحدث هو ذلك الإنسان الذي لم تكتمل لديه القدرات العقلية والجسمانية لتقدير الصواب من الخطأ، ولذلك جاءت إرادة المشرع لتراعي هذه الحقيقة، وقد برهنت على هذا الاهتمام نصوص القانون الجنائي سواء من خلال مجموعة القانون الجنائي أو قانون المسطرة الجنائية، وبذلك يكون قد أقر حماية خاصة للأحداث من الاعتداءات التي قد يتعرضون لها، حماية متميزة عن تلك التي أعدها للبالغين، بالإضافة إلى ما فرضه من عقوبات زجرية على كل مساس بحق الطفل في العيش أو المساس بسلامة جسمه أو تعريضه للخطر.

¹ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، الطبعة الأولى، (مكان النشر غير مذكور)، دار الفكر العربي، 1999، ص 15.

الفقرة الأولى: حماية الطفل في حياته.

يعتبر الحق في الحياة في مقدمة الحقوق التي سعت مختلف الشرائع السماوية و الوضعية إلى حمايتها، و لذلك حرص المشرع المغربي على حماية حق الطفل في الحياة بإنزاله لأقصى العقوبات في حق كل من يعتدي على حياة طفل بقتله وذلك من خلال مقتضيات الفصل 397 من القانون الذي أحال في تطبيق العقوبة المرصودة على الفصول 392 و 393 من القانون الجنائي التي قد تصل إلى الإعدام، إلا أن الاستثناء الذي أورده المشرع والذي يتعلق بحالة الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة فإنها تعاقب بعقوبة مخففة و هي السجن من خمس سنوات إلى عشرون سنة، و بذلك يكون المشرع قد راعى اعتبارات إنسانية في رصد هذه العقوبة خاصة إذا كان المولود من علاقة غير شرعية.

الفقرة الثانية: حماية هوية الطفل.

حرصا من المشرع المغربي على ضمان أكبر قدر من الحماية المأمولة للطفل باعتباره الحلقة الضعيفة في المجتمع، فقد عمد من خلال الفرع الثالث من الباب الثامن من مجموعة القانون الجنائي إلى رصد مجموعة من الأفعال الجرمية التي تحول دون التعرف على هوية الطفل المولود (الفصول 469 و 470 ق.ج)، و زجرها بعقوبات الملاحظ أن غالبيتها عقوبات جنحية لا تفي بالغرض المقصود من توفير حماية كافية للطفل خصوصا مع تفتشي ظاهرة الاتجار في الأطفال الرضع مما يستدعي تدخلا فوريا من المشرع لإقرار عقوبات مناسبة مع خطورة هذه الأفعال.

كما عمد المشرع من خلال الفصل 468 ق.ج إلى تعداد الأشخاص الذين يمكن أن تطالبهم العقوبة في حالة عدم التصريح بازدياد مولود داخل الأجل القانوني، وفي كل ذلك تكريس لحماية هوية الطفل من الضياع.

الفقرة الثالثة: حماية الطفل من الاختطاف.

لقد تشدد المشرع المغربي في جرائم خطف القاصرين و اعتبرها من الجنايات الخطيرة، و شدد العقوبات عليها، و الحكمة من ذلك هو حماية الأطفال الذين هم في حاجة إلى من يحميهم من التغيرير بهم و الاعتداء عليهم بسبب عدم نقصان التمييز لديهم و سهولة إغرائهم و السيطرة عليهم.

وهكذا نص في الفصل 471 ق.ج على معاقبة كل من يستعمل تهديدا أو تدليسا لاختطاف قاصر دون الثامنة عشر سنة أو استدراجه أو نقله من الأماكن التي وضعوا فيها من طرف من له سلطة أو إشراف عليه، سواء فعل ذلك بنفسه أو بواسطة الغير يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات.

وتكريسا للتشديد المنوه عنه أعلاه فقد رفع المشرع العقوبة في حق مختطف القاصر إلى 20 سنة إذا كان سن القاصر يقل عن 12 سنة (الفصل 472 ق.ج).

أما إذا كان الاختطاف بغرض الابتزاز، و طلب فدية من طرف أولياء المخطوف، فإن العقوبة تكون السجن المؤبد (الفصل 473 ق.ج).

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية لحماية الأحداث الضحايا.

الطفل كائن ضعيف يحتاج إلى الرعاية و الحماية القضائية بالخصوص، و يعتمد على غيره في تلبية حاجياته اليومية، وفي المقابل فإنه لا يستطيع الدفاع عن نفسه ضد الأضرار التي تلحقه من الغير¹، لذلك فالطفل الضحية يجب أن تقدم له الخدمات الطبية اللازمة و الخدمات التربوية و الاجتماعية.

ومن هنا نتساءل عن تجليات تأهيل القضاء للحدث الضحية (الفقرة الأولى)، وعن دور فعاليات المجتمع المدني في هذا التأهيل (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تجليات إعادة تأهيل القضاء للحدث الضحية.

تدعيما من المشرع المغربي للحماية التي أولاها للطفل في القانون الجنائي (الموضوعي)، عمل من خلال قانون المسطرة الجنائية وفقا للمادتين 510 و 511 على إحاطة الطفل ضحية الجنايات أو الجنح بضمانات إجرائية.²

وباستعراضنا لنصوص المواد السالفة الذكر نجد أن المشرع المغربي قد خطا خطوة مهمة

¹ مشكور بهيجة، الحماية الجنائية للطفل المغربي بين وسائل التنشئة الوقائية وإعادة التنشئة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1995-1996، ص 41.

² بوسلهام كراد، الضمانات الجمالية للأحداث في القانون الجديد للمسطرة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق السوسيني، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006، ص 65.

عندما منح قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث وفقا للمادة 510 ق.م.ج، إما استنادا لملتزمات النيابة العامة، وإما تلقائيا بعد أخذ رأي النيابة العامة أن يصدر الأمر بإيداع الحدث المجني عليه الذي لا يتجاوز 18 سنة لدى شخص جدير بالثقة، أو مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الطفولة إلى أن يصدر حكم نهائي في موضوع الجناية أو الجنحة، وقد يأمر بعرضه على خبرة طبية أو نفسية أو عقلية لتحديد نوع و أهمية الأضرار.

فمن خلال هذه المقتضيات يتبين الدور الكبير الذي يمكن أن تقوم به النيابة العامة في مجال حماية و مساعدة الأحداث الضحايا، لكن هذا الدور لن يتحقق إلا بتفعيل هذه المقتضيات القانونية على أرض الواقع عن طريق قيام جهاز النيابة العامة بفتح قنوات التواصل مع الجهات التي تتولى فحص الأحداث وإلزامها بالتبليغ عن كل حالة اعتداء متى كان المعتدى عليه طفلا.

كما أن قاضي الأحداث و هو بصدد تنفيذ تدبير تسليم الحدث الضحية إلى شخص جدير بالثقة قد يصعب تطبيقه على أرض الواقع نظرا لصعوبة إيجاد هذا الشخص أو نظرا لطول المسطرة، السبب الذي يجعل القاضي في حيرة من أمره، مما يجعله يسلم الحدث إما لمؤسسة طبية أو علاجية، أو إلى مؤسسة ذات نفع عام.

الفقرة الثانية: دور فعاليات المجتمع المدني في إعادة تأهيل الحدث الضحية.

أصبح الحديث عن المجتمع المدني يكتسي أهمية بالغة نظرا للدور الحيوي الذي يقوم به، وللحركية التي يعرفها على جميع المستويات، فالمجتمع المدني عبارة عن مجموعة من الفعاليات غير الحكومية، من شخصيات و منظمات وهيئات حقوقية و نقابات و جمعيات¹ تسعى إلى الرفع من مستوى الحياة العامة للمواطنين.

إن تصاعد دور المجتمع المدني في الحياة الاجتماعية، جعل أغلب المهتمين يجمعون على أهمية تأهيل الحدث من طرف جمعية ذات منفعة عامة، و مما زكي هذا الطرح الدور الذي أصبحت تلعبه الجمعيات في رصد ظاهرة الاعتداءات على الأطفال، الأمر الذي يوسع من هامش سلطات القاضي في

¹ زهير الخيار، المجتمع المدني والحكامة، مجلة مسالك، العدد 8، سنة 2008، ص 17.

إمكانية إيداع الحدث إلى جمعية مختصة في شؤون الضحايا الأحداث في حالة عدم وجود شخص جدير بالثقة أو مؤسسة خصوصية.

المبحث الثاني : الحماية الجنائية للأطفال في وضعية صعبة والأطفال المهملين.

هدف المشرع المغربي إلى رعاية الأحداث وتقويم سلوكهم وحمايتهم، ولعل أهم ما جاء في هذا الصدد، ما تضمنته المواد من 512 إلى 517 من قانون المسطرة الجنائية التي اهتمت بتنظيم كيفية حماية الأطفال الموجودين في وضعية صعبة، وذلك دون أن تكون هذه الفئة من الأطفال قد ارتكبت جرماً أو كونها ضحية لفعل جرمي، وإنما يوجدون. هؤلاء الأطفال. في ظروف تهدد تربيتهم أو صحتهم أو أخلاقهم تجعلهم على حافة الانحراف.

كما تعتبر فئة الأطفال المهملين من الفئات الاجتماعية البالغة الأهمية، والتي أولها المشرع الوطني أهمية خاصة؛ لأن هؤلاء الأطفال لا يستطيعون بمفردهم إشباع حاجاتهم ولا معرفة ما ينفعهم، بل يتعرضون للحرمان ويكونون غالباً عرضة للانحراف مشكلين بذلك ضياعاً لأنفسهم، وخطراً على أمن مجتمعهم وسلامته، فالضرورة تستدعي العمل على مختلف المستويات للوصول إلى أفضل أساليب الرعاية البديلة لهذه الفئة من الأطفال، لتمكينهم من النمو الجسماني والعقلي، وغيره من مظاهر النمو بشكل متزن ومتكامل، بما يمكن المجتمع من الاستفادة من جهودهم في تنمية المجتمع والنهوض به، وتلافي ما يعترضه من سلبيات في حالة إهمالهم وعدم السهر على رعايتهم الرعاية المطلوبة.

المطلب الأول : حماية الأطفال في وضعية صعبة.

لعل الغاية التي يهدف إليها المشرع المغربي من حماية هذه الفئة، هي إخراجهم من وضعيتهم الصعبة والحيلولة دون انحرافهم، ولن يتأتى ذلك إلا بإحاطتها. الفئة. بإطار قانوني متين، وهو ما تبرزه نصوص قانون المسطرة الجنائية.

فمن هو إذن الطفل الموجود في وضعية صعبة ؟ وما هي الحماية القانونية المقررة له ؟

وعليه، سنتطرق لماهية الطفل الموجود في وضعية صعبة (الفقرة الأولى)، لتتناول بعد ذلك ضوابط حماية الأطفال الموجودين في وضعية صعبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الطفل الموجود في وضعية صعبة.

لم يعرف المشرع المغربي الطفل الموجود في وضعية صعبة، وإنما حدد حزمة من الحالات، إذا ما

تواجد الطفل في إحداها أعتبر طفلا في وضعية صعبة، الأمر الذي يبينه نص المادة 513 من ق.م.ح بأنه هو الحدث البالغ من العمر أقل من 16 سنة و الموجود في إحدى الوضعيات التالية:

👉 إذا كانت سلامته البدنية أو الذهنية أو النفسية أو الأخلاقية أو تربيته معرضة للخطر من جراء اختلاطه بأشخاص منحرفين أو معرضين للانحراف أو معروفين بسوء سيرتهم أو من ذوي السوابق في الإجرام.

👉 أو إذا تمرد على سلطة أبويه أو حاضنه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو كافله أو المؤسسة المكلفة برعايته.

👉 أو اعتاد الهروب من المؤسسة التي يتابع بها دراسته أو تكوينه.

👉 أو هجر مقر إقامته.

👉 أو عدم توفره على مكان صالح يستقر فيه.

وأبرز ما يمكن ملاحظته في هذه المادة أن المشرع قد حدد السن في أقل من 16 سنة، عكس ما أخذ به بالنسبة لسن الرشد الجنائي وسن الحدث الضحية.

والجدير بالذكر أن المشرع المغربي لم يتطرق إلا لحالة الحدث القاصر المعرض لمخاطر الانحراف بسبب سلوكه هو ومن يخالطه مع فرضية انتمائه إلى أسرة متماسكة تتوفر فيها كل الشروط الضرورية للقيام بالتزاماتها تجاهه من رعاية وتربية، مع أن مفهوم الأحداث في خطر أو المعرضين لمخاطر يشمل وضعيات أخرى غير هذه.¹

الفقرة الثانية: القواعد القانونية المقررة لحماية الأطفال الموجودين في وضعية معينة.

أفرد المشرع الجنائي المغربي لحماية هذه الفئة من الأطفال ست مواد من 512 إلى 517 ق م ج،

غير أن جل هذه المواد تحيل على نصوص المواد المتعلقة بقضايا الأحداث في وضعية مخالفة

¹ حنان اليعقوبي، الحماية الجنائية للأحداث، مجلة المحامي، العدد 52، يونيو 2008، ص 122.

للقانون، على أن الاختلاف يكمن في أن الأطفال المعتبرين في وضعية صعبة لم يرتكبوا جرما، وبالتالي لا يمكن متابعتهم

بمقتضيات القانون الجنائي.

وبالعودة إلى النصوص المشار إليها أعلاه، نجد المشرع قد منح بموجب المادة 512 ق م ج قاضي الأحداث بالمحكمة الابتدائية بناء على ملتزمات النيابة العامة سلطة اتخاذ مجموعة من التدابير من شأنها إخراج الحدث من وضعيته الصعبة، وهي التدابير الواردة في البنود 1 و3 و4 و5 و6 من المادة 471 ق م ج.¹

إضافة إلى هذا، فإذا لاحظ قاضي الأحداث أن الحالة الصحية أو النفسية للحدث أو سلوكه بشكل عام يقتضي فحصا عميقا، أمر بإيداعه مؤقتا بمركز مقبول مؤهل لذلك لمدة لا تتعدى ثلاثة أشهر (المادة 514 ق م ج).

ورغبة من المشرع في تحقيق الحماية المنشودة لهذه الفئة، فقد عهد بمقتضى المادة 515 من ق م ج لمدوبي الحرية المحروسة بتتبع حالة الحدث وظروف تنفيذ التدابير، وفقا للكيفيات المنصوص عليها في المواد من 496 إلى 500 ق م ج.

ويجب على قاضي الأحداث تتبع تطور حالة الطفل عن طريق التقارير الدورية التي يتوصل بها من مندوبي الحرية المحروسة، ولهذا الغرض منحه المشرع الحق في إلغاء التدابير أو تغييرها كلما اقتضت مصلحة الحدث ذلك، إما بكيفية تلقائية أو بناء على طلب من النيابة العامة، أو بعد استشارتها إذا الطلب مقدما من قبل الجهات المحددة في المادة 516 ق م ج.²

وتنتهي فعالية التدابير المذكورة حسب المادة 517 ق م ج بخروج الطفل من الوضعية الصعبة وعودته إلى وضعيته الطبيعية، أو ببلوغه سن 16 سنة، أو ببلوغه سن الرشد الجنائي. في حالات

¹ حنان اليعقوبي، م س، ص 122.

² شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل المغربية، سلسلة: المعلومة للجميع، العدد 12، نونبر 2007، ص 268.

استثنائية .إذا ما رأى القاضي أن مصلحة الحدث تقتضي ذلك، بموجب قرار معلل، مع مراعاة أحكام الفقرتين 2 و3 من المادة 516 ق م ج.

المطلب الثاني : حماية الأطفال المهملين.

سنتولى في هذا المطلب الحديث عن مفهوم الطفل المهمل في التشريع المغربي (فقرة أولى)، ثم نتطرق إلى المسطرة المتبعة لكفالة الطفل المهمل ودور النيابة العامة في كفالة الأطفال المهملين (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم الطفل المهمل في التشريع المغربي:

لم يعرف المشرع المغربي الطفل المهمل، وإنما حدد الحالات التي يكتسب فيها الطفل هذه الصفة، فطبقاً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، يعتبر الطفل مهملاً الحدث من كلا الجنسين الذي وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين، أو من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها ؛
- إذا كان يتيماً أو عجز أبوه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش ؛
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفاً ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه.

يستفاد من خلال نص هذه المادة أن المشرع المغربي تناول حالات معينة يمكن فيها القيام بكفالة الطفل، وأن حالات الإهمال وردت على سبيل الحصر، لذلك لا مجال للقياس عليها أو اجتهاد القاضي في ذلك.

ويستوي في صفة الإهمال كل من الذكر والأنثى شرط توافرها على شرطين أساسيين:¹

❖ أن لا يتجاوز سن الطفل الثامنة عشر، وهو السن الذي جاء مطابقا لسن

الرشد القانوني المنصوص عليه في مدونة الأسرة (المادة 209).

❖ أن يكون الطفل ضمن إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة الأولى من

القانون رقم 15.01.

ووجود الطفل في إحدى هذه الحالات يفسح المجال للكافل بأن يقوم بواجبه تجاهه سواء بالنفقة، والتربية، والتعليم، والتطبيب، والتوجيه، والرعاية، وهي واجبات تعد بمثابة حق الولد على الأب،² وفي مقابل هذا يحق للكافل أن يستفيد من الامتيازات التي يمنحها القانون للأباء عن أبنائهم كالتعويضات العائلية مثلا، باستثناء الحق في النسب والحق في الإرث وفقا للمادة الثانية من ذات القانون.³

الفقرة الثانية : المسطرة المتبعة لكفالة الطفل المهمل ودور النيابة العامة فيما:

سنعمل على تناول موضوع هذه الفقرة من خلال نقطتين، نخصص الأولى للمسطرة المتبعة لكفالة الطفل المهمل (أولا)، في حين نخصص الثانية للحدوث عن دور النيابة العامة في كفالة الأطفال المهملين (ثانيا).

أولا : المسطرة المتبعة لكفالة الأطفال المهملين:

نص الفصل 182 من م.ق.م على ما يلي: "يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل".

إذ أنط المشرع المغربي اختصاصات معينة لقاضي شؤون القاصرين باعتباره الأب الثاني

¹ حكيمة الحطري، كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية والواقع المعيش، مجلة الفقه والقانون، (العدد غير مذكور)، فبراير 2011، ص 14.

مقال منشور بالموقع الإلكتروني للمجلة www.majalah.new.ma.

² أنظر المادة 54 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

³ إدريس أوجيل، إسناد كفالة الأطفال المهملين مقارنة في ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، مجلة القبس، العدد الأول، يونيو 2011، ص 117.

للقاصر في مدونة الأسرة وفي القانون 15.01.

وهكذا نصت المادة 7 من القانون الموأ إليه أعلاه على أن قاضي شؤون القاصرين يمارس الولاية على الأطفال المهملين طبقاً لأحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليها في مدونة الأسرة أو في قانون المسطرة المدنية.

يتولى القاضي المكلف بشؤون القاصرين وفقاً للمادة 14 من قانون كفالة الأطفال المهملين بإسناد الكفالة إلى الشخص الراغب في الكفالة، وذلك بعد القيام بجمع المعلومات ومعطيات حول الظروف التي تتسم فيها الكفالة الطفل المهمل عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة خاصة حدد مكوناتها بموجب المادة 6 من القانون رقم 15.01 كما يلي:

- ممثل النيابة العامة.

- ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية.

- ممثل السلطة المحلية.

- ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.

يعين أعضاء اللجنة المذكورة بقرارات السلطات الحكومية التابعين لها، هذا ويمكن للقاضي متى اقتضت ذلك طبيعة البحث الاستعانة بأي شخص آخر يراه مفيداً في هذه الإطار.

والغاية من هذا البحث معرفة ما إذا كان الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة الطفل المصرح بإهماله مستوفياً أو مستوفية للشروط المقررة في المادة 9 من القانون السالف الذكر.

وإذا كانت نتيجة البحث إيجابية، فإن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يصدر أمراً بشأن إسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الطالبة.¹

¹ الطاهر كركري، كفالة الأطفال المهملين وإمكانية السفر بهم للإقامة خارج المغرب في ضوء القانون 15.01، مجلة القبس، العدد الأول، يونيو 2011، ص 197 وما بعدها.

وبعد أن يتم التحقق من هوية الكفيل يسلم له الطفل موضوع التقرير ليتولى شؤونه ويتعهد بأن لا يسلمه لغيره إلا بموافقة قاضي شؤون القاصرين، وألا يسافر به إلا بعد أخذ إذن القاضي المذكور، وبإخبار القاضي بكل هبة أو صدقة ارتأى الكفيل منحها للطفل.

ويكون أمر قاضي شؤون القاصرين مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن وينفذ داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية عند الاقتضاء، ويحرر محضر من ثلاث نسخ¹ بتسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة يتضمن ذلك المحضر الهوية الكاملة للطفل المكفول، وتاريخ ومكان وساعة تسليم الطفل ويوقع من طرف عون التنفيذ والكافل².

ثانياً: دور النيابة العامة في مسطرة الكفالة:³

اعتباراً لكون النيابة العامة طرفاً أساسياً منوطاً به العمل على تطبيق المقتضيات القانونية المتعلقة بالأسرة، فقد مكنتها المشرع المغربي من لعب دور مهم في مسطرة كفالة الطفل المهمل.

إلا أن الإهمال كوصف قانوني، لا يمكن أن يلحق بالطفل حتى ولو توافرت فيه كل الشروط المتطلبية قانوناً، إلا بعد أن تصرح به المحكمة الواقع بدائرتها مقر الطفل بناء على طلب التصريح بالإهمال المقدم لها من قبل وكيل الملك، إما تلقائياً أو بإشعار من الغير⁴.

وهكذا بمجرد أن يصل إلى علم النيابة العامة تلقائياً أو من قبل شخص أو جهة ما بأن هناك طفل مهمل بالمفهوم الذي مر معنا، تبادر بإجراء بحث عن وضعية الطفل، وكذا تقديمها طلب للمحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو المركز الاجتماعي المودع به، مفاده . الطلب . التصريح بإهماله، مصحوباً بعناصر البحث الذي أجرته لإثبات وجود الطفل في إحدى الحالات

¹ نسخة توجه قاضي شؤون القاصرين والنسخة الثانية يأخذها الكافل والنسخة الثالثة يحتفظ بها في ملف التنفيذ.

² المواد 17. 18 من القانون رقم 15.01.

³ تجدر الإشارة أن مسطرة الكفالة تختلف بحسب ما إذا كان الطفل المراد التكفل به مهملاً أو غير مهمل، حيث في الحالة الأخيرة تكون أمام مسطرة إدارية صرفة، لا دور للنيابة العامة فيها، بخلاف الحالة الأولى.

⁴ محمد بنعليو، واقع عمل النيابة العامة بين الممارسة القضائية وضمان الحقوق والحريات، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، دراسة كلف بإنجازها من طرف هذا المركز في إطار مشروع إقليمي يدعمه برنامج الأمم المتحدة الإنمائي. برنامج إدارة الحكم في الدول العربية UNDP-POGAR. لتعزيز حكم القانون وتحديث النيابة العامة في الدول العربية، (المطبعة، ومكان النشر، والطبعة، وتاريخ النشر غير متواجدين)، ص 121.

المنصوص عليها في المادة 1 المشار إليها أعلاه. كما تأمر بإيداع الطفل بصفة مؤقتة بإحدى المؤسسات أو المراكز المعنية برعاية الأطفال أو لدى بعض العائلات التي ترغب في كفالة الكفل (المادة 4 ق 15.01).

إضافة إلى قيامها . عند الاقتضاء . بمختلف الإجراءات الهادفة إلى تسجيل الطفل في سجلات الحالة المدنية (المادة 5 ق 15.01).

كما نصت المادة 6 من ذات القانون على أن وكيل الملك يأمر بتعليق الحكم التمهيدي الذي تصدره المحكمة . إذا تبين لها أن الطفل مجهول الأبوين . لمدة ثلاثة أشهر ، ليتمكن والدا الطفل . إن كانا . من التعريف بنفسهما لاسترداده .

وبعد صدور حكم المحكمة بكون الطفل مهملاً ، تباشر النيابة العامة توجيه نسخة منه إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة (المادة 7 ق 15.01).

خاتمة:

وصفوة القول فإن المقاربة التشريعية لحماية الأحداث ضحايا الجنح والجنائيات ، والأحداث في وضعية صعبة ، والأحداث المهملين ، جاءت منسجمة مع خصوصية الأسس والمبادئ التي تنبني عليها - أصلاً - عدالة الأحداث ، والمتمثلة في حمايتهم وتقويمهم وإعادة إدماجهم .

ونرى أن التشريعي الوطني المتصل بالموضوع ، ينطوي على فلسفة عميقة مرتبطة بمرجعية دولية أصيلة تتجسد أساساً في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 ، والتي اتخذت كضابط أساسي تدور في فلكه جل القواعد القانونية الخاصة بالأحداث والمستندة إلى معيار المصلحة الفضلى للطفل .

بيد أن الأهداف المتوخاة المقاربة التشريعية الوطنية تبدو غير كافية ، ومن تم تحتاج إلى المزيد من التعديلات التي يمكن من خلالها توفير حماية أكثر لهذه الفئات ، وفي مقدمتها إيجاد المؤسسات المؤهلة لاستقبال هؤلاء الأحداث ، وكذا نهج سياسة تشاركية بين القطاعات الحكومية وفعاليات المجتمع المدني .

العمل لأجل المنفعة العامة للأحداث وفقا لمسودة مشروع القانون الجنائي ومشروع قانون المسطرة الجنائية

Work for the public benefit of minors in accordance with the draft criminal code

د/ وفاء مطيع

Ouafaa Moutia

الصفة: أستاذة باحث

: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

بطنجة جامعة عبد المالك السعدي.

ouafaamoutia@gmail.com

<p>Working for the public good is one of the most important alternatives adopted by contemporary punitive policies as an alternative to sanctions that neglect freedom, especially short-term ones. What concerns us in this study is the introduction of this punishment as a qualifying measure aimed at protecting the juvenile, reforming it, and evaluating his behavior</p> <p>Key words:</p> <p>working for the public benefit - delinquent juveniles - criminal law</p>	<p>ملخص المقال: العمل من أجل المنفعة العامة، إحدى أهم البدائل التي تبنتها السياسات العقابية المعاصرة كبديل عن العقوبات السالبة للحرية خاصة القصيرة المدة، وما يهمننا في هذه الدراسة هو الأخذ بهذه العقوبة كتدبير تأهيلي يهدف إلى حماية الحدث وإصلاحه وتقويم سلوكه</p> <p>الكلمات المفتاحية: العمل لأجل المنفعة العامة - الأحداث الجانحون - القانون الجنائي</p>
--	--

في إطار الجهود الرامية إلى تجاوز مساوئ العقوبات السالبة للحرية وما يستتبعها من آثار سلبية، وكذا الحد من اكتظاظ المؤسسات السجنية، فإن معظم التشريعات المعاصرة صبغت جهودها على البحث عن سياسة جنائية أكثر ملائمة للعصر وللأفكار والنظريات السائدة، التي تقوم أساسا على إيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية.

من هذا المنطلق ثم إيجاد عقوبات بديلة حديثة تقوم كآليات وكحلول ناجعة لمكافحة أنواع محددة من السلوك الإجرامي، وفق مقارنة تهدف إلى إصلاح سلوك الجاني وتهيينه للاندماج داخل المجتمع، وتخلق لديه إرادة التأهيل وتعينه على استئصال عوامل الانحراف، كما أنها تهدف إلى حل الخصومة بين الأطراف بعيدا عن الإجراءات الجنائية، الأمر الذي يترتب عليه تجنب الجاني - وخاصة إن كان حدثا - المثل أمام القضاء مع ما يستتبع ذلك من آثار سلبية.

وتعد العقوبات البديلة من أفضل وأنجع الأساليب لاستغلال طاقات ومؤهلات الجاني لصالح المصلحة العامة في مجالات قطاعية معينة مع الحفاظ على متانة روابطه الأسرية، والمدرسية، لأن تنفيذها يتم في الوسط الطبيعي¹.

ويعتبر بديل العمل من أجل المنفعة العامة، إحدى أهم البدائل التي تبنتها السياسات العقابية المعاصرة كبديل عن العقوبات السالبة للحرية خاصة القصيرة المدة، وهو نظام حديث من نوعه، اعتمده وأخذت به بعض الدول على سبيل التجربة الأولية، إلا أن النجاح الذي حققه هذا النظام كبديل عن العقوبة السالبة للحرية جعله ينتشر على نحو واسع في معظم التشريعات، فالعمل من أجل المنفعة العامة الذي لجأت إليه العديد من الدول كان نتيجة لدراسات علمية متعلقة بتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، حيث أثبتت الدراسات أن هذه العقوبات أصبحت لا تحقق أهدافها المرجوة في ردع المحكوم عليه، وذلك لضعف أثر الردع بسبب قصر المدة، وتسببها في زيادة الإجمام من جراء الاختلاط بالجناة الآخرين، وهاته الآثار السلبية تكون أكثر تفاقما إذا كان الجاني حدث صغير السن.

1- جمال المجاطي: بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي والمقارن، دراسة تحليلية وعملية. مكتبة الرشد سطات، الطبعة الأولى 2015. ص: 176.

ولقد أخذ المشرع المغربي بنظام عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة في مسودة قانون المسطرة الجنائية التي لم تدخل بعد حيز التنفيذ، وما يهمننا في هذه الدراسة هو الأخذ بهذه العقوبة كتدبير تأهيلي يهدف إلى حماية الحدث وإصلاحه وتقويم سلوكه مع مراعاة مصلحته الفضلى.

وستتطرق في هذه الدراسة الموجزة إلى تحديد مفهوم العمل من أجل المنفعة العامة كإحدى العقوبات الواردة في عدالة الأحداث، بالإضافة إلى بيان آليات تنفيذ هذه العقوبة، وخصائصها وشروطها ومدى مردوديتها في إعادة تربية وتأهيل الحدث الجانح، وإصلاح سلوكه. وسيتم تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين:

المبحث الأول: مفهوم العمل من أجل المنفعة العامة وتطبيقاته في بعض التشريعات

المبحث الثاني: العمل من أجل المنفعة العامة للحدث في مشروع مسودة القانون الجنائي ومشروع قانون المسطرة الجنائية

المبحث الأول: مفهوم العمل من أجل المنفعة العامة وتطبيقاته في بعض التشريعات

لقد تدرجت وتنوعت بدائل العقوبات 1 في التشريعات من منح الحرية للمحكوم عليهم مثل: نظام شبه الحرية، والإفراج المؤقت، وإيقاف التنفيذ، إلى أن تطور الأمر بعد ذلك إلى فكرة استثمار العقوبة، عن طريق إلزام المحكوم عليهم بأعمال تعود على المجتمع بالنفع، وفي نفس الوقت تنمي داخلهم الشعور بالمسؤولية اتجاه مجتمعهم، خاصة بالنسبة للأحداث الذين ما زالوا في طور التربية والتوجيه والإرشاد، فهم في أشد حاجة إلى البقاء قريبين من عائلتهم، وفي نفس الوقت شعورهم بتأدية عمل مفيد للمجتمع، فما هو العمل من أجل المنفعة العامة الذي جاء به المشروع الجديد للقانون الجنائي وما هي آثاره على تأهيل الأحداث (المطلب الأول) وكيف تم التنصيص عليه في التشريعات المقارنة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم العمل من أجل المنفعة العامة وآثاره

إن من آثار تطبيق بدائل العقوبات 2 عامة وبديل العمل من أجل العمل المنفعة العامة خاصة، تحقيق نتائج إيجابية ومردودية جيدة سواء على مستوى المؤسسات القضائية أو المؤسسات السجنية، وقيل التطرق إلى ذكر هاته المميزات والمحاسن (الفقرة الثانية) سنتطرق أولاً إلى تعريف لبديل العمل لأجل المنفعة العامة (الفقرة الأولى)

الفقرة الأولى: مفهوم العمل من أجل المنفعة العامة

ظهر العمل من أجل المنفعة العامة كعقوبة بديلة في البداية كمرحلة تجريبية، إلا أنه تم

1- لقد أطلقت مسودة مشروع القانون الجنائي تسمية "العقوبات البديلة" بدل "بدائل العقوبات"، يقول أحمد زوكاغي: لقد كان يستحسن تسمية "بدائل العقوبات" لأن الأمر يتعلق فعلاً ببدائل محل العقوبة السالبة للحرية وتستبدل بها، وخاصة أن البدائل المقصودة ليست تحتوي لا من حيث الطبيعة ولا من ناحية الواقع على ما يترتب على العقوبة من إيلام يمس بالحرية، ويفرض القيد على الحركة، ويجعل المحكوم عليه يعزل عن العالم الخارجي، وينقطع عن التعايش بين الناس، وعن الاختلاط بالمجتمع. انظر: محمد زوكاغي: ملاحظات حول الأحكام العامة في مسودة القانون الجنائي، مجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني 2015، ص: 254.

2- لقد عرف مشروع القانون الجنائي العقوبات البديلة في المادة 35 مكرر 1 بأنها: "العقوبات التي يحكم بها في غير حالات العود كبديل للعقوبات السالبة للحرية في الجنب التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها من أجلها سنتين حبساً...". ويمكن تعريفه بأنه نظام يسمح للقاضي باستبدال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر، متى لم يكن المذنب في حالة العود، أو تعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في المادة 35 مكرر 3. سواء تم الاستبدال ضمن مقرر الإدانة أو بعده، ويتم ذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية، أو قام احتمال تعذر تنفيذها، أو إذا كانت العقوبة البديلة أكثر ملائمة من حيث التنفيذ بالقياس إلى العقوبة المحكوم بها بداية مراعيًا في ذلك حالة المذنب، وقبوله لها. محمد العروصي: العمل لأجل المنفعة العامة وفقاً لمسودة مشروع القانون الجنائي. مجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني 2015، ص: 107.

تطويرها وتحديثها لتأخذ صورة جديدة تهدف إلى تحقيق أهداف السياسة الجنائية الحديثة.

وقد عرف بعض الفقه العمل لفائدة المنفعة العامة على أنها: الحكم على الجاني عند ارتكابه لجنة معاقب عليها بعقوبة حبسية، بأن تمارس عملاً لصالح المجتمع بدل الحبس، ويؤدي هذا العمل لفائدة شخص معنوي، أو لفائدة جمعية ذات النفع العام بدون مقابل.

فالعمل من أجل المنفعة العامة هو عقوبة من نوع خاص بمقتضاها يلتزم المحكوم عليه بأداء عمل لفائدة المصلحة العامة في إحدى المؤسسات العمومية، أو الجمعيات ذات الطابع الخيري... بدل الزج به في السجن، ويؤدي هذا العمل خلال أوقات الفراغ دون أجر¹. أو هو أحد بدائل العقوبات التي يصدرها قاضي الحكم²، بعد حضور المحكوم عليه وموافقته، لينفذه لدى إحدى المؤسسات لحساب المنفعة العامة، تكون غايته إصلاح المكلف به، وتأهيله وإعادة إدماجه في المجتمع³.

ويجب التمييز بين العمل لفائدة المنفعة العامة والعمل الإصلاحي، إذ أن العمل لفائدة المنفعة العامة يعتبر عقوبة أصلية بديلة للعقوبة الحبسية، تخضع للمبادئ التي تحكم العقوبة - كمبدأ الشرعية والقضائية والشخصية - وتقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء عمل لفائدة المصلحة العامة خارج محيط المؤسسة العقابية، وبدون مقابل، في حين أن العمل العقابي هو وسيلة لإعادة تأهيل السجين عن طريق العمل، وأحد أهم أساليب المعاملة العقابية الهادفة إلى إلزام السجين بأداء عمل معين بعد إدانته بعقوبة حبسية أو سجنية يتمثل في ممارسة أعمال ذات مصلحة عامة إما داخل المؤسسة السجنية أو خارجها، لذلك يمكن القول بأن العمل الإصلاحي يكون دائماً مقروناً بعقوبة سالبة للحرية، الأمر الذي يشكل ذلك الخيط الرفيع بين المؤسستين⁴.

¹ - جمال المجاطي، مرجع سابق، ص: 178.

² - ووعيا بأهمية العقوبات البديلة كحل ملائم للعقوبات السالبة للحرية وكتعزيز مهم لحقوق الإنسان بالمغرب- قام المجلس الوطني لحقوق الإنسان- في إطار أعمال توصيات الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة- بتقديم مذكرة حول العقوبات البديلة، ووضع فيها مقترحات تركز بالأساس على أشغال ندوتين دوليتين حول العقوبات البديلة وأثارها على الأنظمة العقابية، نظماً المجلس بالرباط يوم 30 أكتوبر 2013، وندوة دولية حول السياسات الجنائية وأثارها على الأنظمة العقابية، نظماً المجلس من 4 إلى 5 فبراير، تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس، بشراكة مع مؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء والمنظمة الدولية غير الحكومية للإصلاح الجنائي بمساهمة الوكالة السويدية للتعاون الدولي.

انظر: المجلس الوطني لحقوق الإنسان: العقوبات البديلة، سلسلة المساهمة في النقاش العمومي، رقم 5، ص: 1.

³ - محمد العروصي: العمل لأجل المنفعة العامة، مرجع سابق، ص: 113.

⁴ - المرجع نفسه، ص: 180-181.

الفقرة الثانية: مميزات بديل العمل من أجل المنفعة العامة في مجال عدالة الأحداث إن دور العقوبة يجب ألا يقتصر على مكوث الحدث بين جدران المؤسسة السجنية أو الإصلاحية من أجل قضاء المدة الحكوم بها عليه، وإنما يتعين استغلال هاته المدة من أجل إعادة التربية والتأديب والتهديب والإدماج وذلك من خلال توفير جميع الضمانات للحدث من أجل تكوينه والاهتمام به وتهذيب نفسيته. ونجد أن بديل العمل من أجل المنفعة العامة يسعى إلى تحقيق هاته الأهداف خاصة بالنسبة للأحداث، ويمكن أن نذكر مجموعة من المزايا نوردها على سبيل المثال لا الحصر كما يلي:

1- الإصلاح والتأهيل: في عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة تظهر نتائج برامج الإصلاح والتأهيل في نفس الوقت الذي تنفذ فيه العقوبة إذ تتأكد عملية الإصلاح كلما التزم الحدث الجانح بأداء الأعمال المستندة إليه بكل تفاني وإحساس بالمسئولية، يؤكد على ندمه وحرصه ألا يكرر الخطأ مرة أخرى. كما أنه يكون ضمن المجتمع مما يسهل عملية تقديم يد المساعدة والعون له، وإصلاح نفسيته وترميم ما شاب سلوكياته من إخلال وأعطاب نفسية وشخصية ومادية ومعنوية أملا في الحيلولة دون تواجده من جديد ضمن نزلاء المؤسسات وذلك من خلال ارتكابه لجرائم أجرى في حالة العود¹. فللعقوبة العمل لأجل المنفعة العامة صفة اجتماعية لما لها من آثار إيجابية على الحدث، حيث يبقى في بيئته الاجتماعية قريبا من أسرته، لذا قيل عن هذه العقوبة أنها من العقوبات الاجتماعية، كما أنها تكسب الحدث تعلم بعض المهارات المهنية قد تكون عوناً له في العمل مستقبلاً.

2- تخفيف الأعباء عن مراكز ومؤسسات إصلاح الأحداث: لقد أثبتت الدراسات فشل العقوبات السالبة للحرية² - خاصة إذا كانت قصيرة المدة- نظراً لعجز هذه العقوبة عن تحقيق وظيفة الردع التي تحول دون العود إلى الإجرام والتي تعتمد على دخول المحكوم عليه إلى المؤسسات لانطلاق برامج

¹ - راضي عبد الغني: بدائل العقوبات في القانون المغربي والقانون المقارن وأفاقها المستقبلية -دراسة مقارنة وتحليلية ونقدية- سلسلة الأجهزة القضائية الجزء الخامس. الطبعة الأولى، دار السلام الرباط، 2009. ص: 11.

² - لقد خصص مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر للوقاية من الجريمة والعدالة الجنائية (سلفادور، البرازيل، 12 إلى 19 أبريل 2010) ورشة للاستراتيجيات ولأفضل ممارسة متعلقة بالوقاية من اكتظاظ الساكنة السجنية، وقد أبرزت هذه الورشة العوامل الرئيسية التي تساهم في تطور الاكتظاظ السجني، ويتعلق الأمر بالأسباب التالية:

- سياسات العدالة الجنائية التي تمنح مكانة مبالغ فيها للعقوبات دون التمكن من التقييم الصحيح لأثارها.
- غياب بدائل العقوبات السالبة للحرية، وسياسات ومبادئ توجيهية في مجال العقوبات والتي تشجع اللجوء للتدابير غير السالبة للحرية.
- جوانب القصور والتأخر في المساطر القضائية.
- الصعوبات المتعلقة بالولوج إلى العدالة بالنسبة للساكنة الفقيرة والفئات الهشة.

الإصلاح والتأهيل¹. كما أن اكتظاظ المراكز والمؤسسات يؤدي إلى معاناة النزير نتيجة إقامته في غرفة واحدة بها أعداد أكثر من طاقتها الاستيعابية، وتزداد المعاناة أكثر لدى من يعاني مشاكل نفسية مثل الاكتئاب أو الأرق أو الانطواء الاجتماعي والعزلة والانحراف².

3- العمل لأجل المنفعة العامة يعود بالمنفعة على العديد من القطاعات الخدمية في الدولة من خلال الخدمات التي يؤديها المحكومون للفترة المحددة في الحكم، كما يساهم في إصلاح الأضرار الناجمة عن الجريمة بإرضاء المجني عليه، ومن ثم القضاء على عامل التوتر والاستفزاز الذي قد يدفع إلى ارتكاب الجريمة³.

لكن تقرير العمل لأجل المنفعة العامة يستلزم بالضرورة حفظ كرامة الحدث وعدم تحميله ما لا يطيق من الأشغال، ومراعاة مصلحته الفضلى.

المطلب الثاني: العمل من أجل المنفعة العامة للأحداث في بعض التشريعات

لم يتخذ العمل كبديل للعقوبة السالبة للحرية إلا مع منتصف القرن السابع عشر الميلادي، لما بدأت نداءات بعض المفكرين تطالب بإنسانية العقوبة، واستعمالها كأداة لإصلاح المجرم، وهكذا وجد العمل للمنفعة العامة قبولا في المؤتمرات الدولية لمكافحة الإجرام، ومن بينها المؤتمر الدولي الثالث الذي عقد بروما 1885، حيث كان موضوعه عدم صلاحية السجن كجزاء لجميع الجرائم، وهكذا بدأت بعض الدول تدخله في التشريعات، ففي فرنسا تم اعتماد العمل من أجل المنفعة العامة سنة 1980 وفي سويسرا عام 1990 كمرحلة تجريبية، ثم أصبح عقوبة أصلية سنة 2007، وفي بلجيكا سنة 1994 (الفقرة

-غياب برامج إعادة الإدماج الاجتماعي والرعاية اللاحقة.

-جوانب القصور المسجلة على مستوى البنية التحتية بالمؤسسات السجنية.

ولهذا الغرض فإن إعلان أكادوكو من أجل التسريع بالإصلاح الجنائي والسجني بإفريقيا طالب منذ 2002 باتخاذ إجراءات من أجل تقليص من الساكنة السجنية، واعتبر أن "مختلف أجهزة العدالة الجنائية ينبغي أن تتعاون بشكل أوثق من أجل تقليص اللجوء ما أمكن إلى الاعتقال. ذلك أن الساكنة السجنية لا يمكن تقليصها إلا عبر استراتيجية متشاور بشأنها".

انظر: المجلس الوطني لحقوق الإنسان: العقوبات البديلة، سلسلة المساهمة في النقاش العمومي، رقم 5، ص: 2.

¹ - زيد خلف فرح عبد الله الظفيري: عقوبة العمل للمنفعة العامة في قانون الأحداث الأردني رقم 32 لسنة 2014. مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني عشر، المجلد الأول 2017، ص: 275.

2- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى 2003، ص: 70.

3- محمد العروصي: العمل لأجل المنفعة العامة وفقا لمسودة مشروع القانون الجنائي: مرجع سابق ص: 117.

الأولى)، وفي الدول العربية تم التنصيص على العمل من أجل المنفعة العامة في مصر سنة 2003، وفي الأردن سنة 2014، وفي الجزائر سنة 2009 (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: العمل من أجل المنفعة العامة في التشريعات الغربية:

أولاً: في التشريع الفرنسي

يعتبر التشريع الفرنسي من أوائل التشريعات التي أقرت ببدائل العقوبات وعملت على تطويرها على مر السنين، وبديل العمل من أجل المنفعة العامة هو من أهم البدائل التي تغطي عملياً على الساحة القضائية، وتحققت بفضلها نتائج هامة. ويتم الالتزام في هذا البديل بالقيام لفائدة جماعة عمومية أو مؤسسة عمومية أو جمعية بأشغال غير مؤدى عنها والتي تحدد مدتها السلطة القضائية المختصة.

وتتخذ الأشغال ذات المنفعة العامة في القانون الفرنسي شكلين:

- عقوبة بالمعنى الحصري: وتشكل عقوبة الأشغال ذات المنفعة في هاته الحالة كعقوبة بديلة للسجن في المادة الجنائية أو عقوبة إضافية في المادة الجنائية والمخالفات، لكن خصيصاً في بعض درجات المخالفات المحددة حصرياً.

- عقوبة موقوفة التنفيذ: يمكن التنصيص على الأشغال ذات المنفعة العامة كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس موقوفة التنفيذ، ولا يمكن التنصيص عليها إلا بالنسبة للعقوبات المحكومة بأقل من خمس سنوات.

وفي جميع الحالات يمكن تطبيق عقوبة الأشغال ذات المنفعة العامة سواء في مواجهة الجانحين الرشداء أو القاصرين ابتداء من 16 سنة¹.

ثانياً: العمل من أجل المنفعة العامة في القانون السويسري

تضمن قانون 7 يونيو 1993 تنظيم العقوبة في شكل العمل لأجل المصلحة العامة مجموعة من المبادئ العامة تم احتوائها ضمن 15 مادة منظمة. فالمادة الأولى عملت على تحديد نوعية العقوبات التي تطبق على شكل أداء للمصلحة العامة، وقررتها في العقوبات السالبة للحرية القصيرة التي لا تتجاوز في أقصى مدة محددة لها ثلاثة أشهر. وينجز العمل لأجل المنفعة العامة لفائدة منظمة خاصة ذات هدف

¹ - رياضي عبد الغني: مرجع سابق، ص: 146.

اجتماعي أو منفعة عامة لإدارة عامة أو لشخص يحتاج للمساعدة¹.

وتحتسب مدة العقوبة وفق النظام العادي مدة الاعتقال بمدتها الإجمالية أو بالأيام المتفرقة. أما ما يتعلق بجهاز التنفيذ مصلحة تنفيذ العقوبة هو الجهاز المشرف على تنفيذ العقوبة. ولهاته الغاية فإنه يستدعي الشخص المدان وتناقش معه كيفية تحويل العقوبة، كما أن هاته المصلحة بالإضافة إلى ذلك تفوض لها الاختصاصات التالية:

- تمنح، ترفض، تسحب، رخصة تنفيذ العقوبة في شكل العمل لأجل المصلحة العامة.
 - يتم اختيار طريقة التنفيذ، وتحديد تواريخه ونوعية العمل المراد إنجازها
 - تسهر المصلحة بالموافقة على العقد الذي يربط الشخص المدان بالمستفيد.
 - تراقب بالتعاون مع مصلحة الرعاية تنفيذ العقوبة في شكل تقديم خدمة للمصلحة العامة.
- وبخصوص تحديد ساعات العمل وزمن التنفيذ فإنها تتحدد وفقاً للمادة 6 في الأجل

التالية:

- 4 ساعات عمل لأجل المصلحة العامة تتلاءم مع يوم واحد من السجن.
 - كقاعدة عامة 10 ساعات من العمل على الأقل تستوفي خلال أسبوع.
 - لا يؤخذ بعين الاعتبار مدة التنقل بين السكن ومكان العمل والأكل.
- وتمنح للمستفيد شهادة العمل استناداً للمادة 13 وذلك في حالة ما إذا نفذ الشخص المدان مهمته بكيفية صحيحة، فإن المنظمة المستفيدة تشهد كتابة أمام المصلحة أن العمل قد أنجز.
- ويقوم المبدأ في العمل لأجل المنفعة العامة على عدم المساس بحقوق الشخص المدان - خاصة الحدث لما له من حقوق خاصة - أثناء قيامه بالتنفيذ وبما عداها من وسائل التنفيذ الأخرى².

ثالثاً: العمل من أجل المنفعة العامة في القانون البلجيكي

في بلجيكا تعرف عقوبة العمل للمنفعة العامة بعقوبة (العمل الحر - المستقل) فقد تم تطبيقه سنة 1994 كعقوبة تبعية لعقوبة الحبس، أو كشرط لانقضاء الدعوى العمومية، ثم عدل بعد ذلك بالقانون رقم (04-2002) لعام 2002 الذي أدخل عقوبة العمل في قانون العقوبات، لكي يصبح من ضمن العقوبات الأصلية المقررة في مواد الجرح والمخالفات.

¹ - المادة 216.

² - رياضي عبد الغني: مرجع سابق، ص: 151

ويعتبر قانون حماية الطفولة البلجيكي بمثابة جهاز حماية وتصحيح في آن واحد، ومن بين أهم أهدافه جعل الحدث مسئولا أمام فعله وكذا أمام المجتمع، لذلك وفي إطار التشريع الجديد يكون تدبير العمل من أجل المنفعة العامة بالنسبة للحدث هو بمثابة تعويض الضحية على الأضرار التي ارتكبتها، بشرط ألا يتعدى العمل 150 ساعة، وهو تدبير غير مستقل فهو قابل لكي يضاف إلى تدابير أخرى، بحيث يبقى الحدث في محيطه، ولكي يخضع الحدث لهذا الشرط يجب أن يكون سنه على الأقل 16 سنة وحسب المذكرة الإطار، يتعلق الأمر بعمل "من أجل المساهمة في صندوق إعانة معين أو تعويض الضحية"¹

الفقرة الثانية: العمل من أجل المنفعة العامة في التشريعات العربية

أولا: في القانون المصري

نجد في قانون الطفل المصري العمل بالمنفعة العامة وجعله كتدبير وليس عقوبة، فالمادة 182 تنص على أنه: يكون تدبير العمل بالمنفعة العامة...بتكليف الأطفال بالقيام بأحد الأعمال التي تفيد المجتمع، وتعزز في نفسه الإحساس بالانتماء إليه والمسئولية عما اقترفه، وبما يطور من شخصيته ويحافظ على كرامته ولا يرهقه بدنيا، أو يضره نفسيا كالعمل في المكتبات العامة بكافة أنواعها القريبة من محل إقامته، ودور رعاية الأشخاص ذوو الإعاقة والمسنين والعجائز والأيتام والمدارس والحضانات، وأعمال النظافة والتجميل للأماكن العامة وغيرها من الأعمال المماثلة، وذلك للمدة التي تحددها المحكمة. ويراعى في التكليف بأي من هذه الأعمال الضوابط الآتية:

-أن يكون العمل ذا فائدة للمجتمع بمستوياته المختلفة.

-ألا يكون فيه ما يمس كرامة الطفل أو الإضرار بحالته النفسية.

-ألا يكون العمل ضارا بصحة الطفل البدنية والنفسية.

-أن يعزز في نفس الطفل احترام النفس وروح الانتماء.

وفي جميع الأحوال يجب مراعاة مصلحة الطفل الفضلى².

فالعمل من أجل المنفعة العامة في هذا القانون لا يخرج عن المجالات التالية:

¹ - رياضي عبد الغاني: ص:108.

2- المادة 182 من اللائحة التنفيذية الجديدة لقانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 بالقرار رقم 2075 لسنة 2010.

- النشاطات المحلية للحفاظ على البيئة والنظافة العامة.
 - المشاركة في تنظيم المهرجانات والألعاب الرياضية.
 - المساعدة في مجال تعليم الكبار والمشاركة في برامج الاطلاع في المكتبات العامة.
 - رعاية المسنين وذوو الإعاقة والأيتام داخل دور الرعاية أو داخل محال إقامتهم.
 - إسعاف المصابين والمرضى سواء في المستشفيات أو على الطرق.
 - توزيع المنشورات الخاصة بالقوانين واللوائح البلدية والتعليمات الخاصة بها.
 - المشاركة في الخدمات المرورية، وتنظيم حالات السير في الشوارع.
- وغيرها من المجالات التي لا تضر بصحة الطفل، ولا تؤثر على نفسيته مثل إجباره القيام بأعمال نظافة أو أعمال تؤثر على صحته. مع الإشارة إلى أن تدبير العمل للمنفعة العامة لا يعد عقوبة بل هو تدبير إصلاحي يستتبع إعادة دمجه في المجتمع دون عقابه، ويجب أن يحدد القاضي العمل الذي يقوم به الطفل، ومنح المشرع المراقب الاجتماعي 1 الحق في الرقابة للتأكد من انخراط الطفل في العمل الجماعي².

ثانيا: في القانون الأردني

لقد أخذ المشرع الأردني بعقوبة العمل لأجل النفع العام في قانون الأحداث الأردني رقم 32 سنة 2014، والذي دخل حيز النفاذ والتطبيق من بداية شهر يناير لعام 2015، حيث نص القانون على أن للمحكمة اتخاذ أي من التدابير غير السالبة للحرية التالية: ج- الإلزام بالخدمة للمنفعة العامة في أحد مرافق النفع العام أو إحدى مؤسسات المجتمع المدني التطوعي لمدة لا تزيد عن سنة³، فالمشرع الأردني في العمل لأجل المنفعة العامة يشترط أن يكون لصالح المؤسسات والجمعيات العمومية، وفي هذا

¹ نصت المادة 183 من اللائحة التنفيذية من القانون 12 لسنة 1996 على أنه: يجب تقديم تقرير اجتماعي يتفق والنموذج المعتمد من الجهة المعنية بوزارة التضامن الاجتماعي لكل طفل يعرض على محكمة الطفل يتضمن الآتي: فحصا كاملا ودقيقا لحالة الطفل التعليمية والنفسية والعقلية والبدنية والاجتماعية، ويجب أن يكون هذا التقرير مرتكزا على دراسة ميدانية جديده لواقع بيئة الطفل وأسرته على نحو يكفل الوقوف على الأسباب الحقيقية لتعرضه للخطر أو لما أصاب سلوكه من جنوح ولتحديد مقتضيات إصلاحه، والتدبير المقترح للملائم لحالة الطفل المعرض للخطر ومبرراته. وأضاف المادة أنه: في حالة اقتراح أي من تدابير العمل للمنفعة العامة أو الإلزام بواجبات معينة أو التدريب المهني يجب أن يتضمن التقرير التفاصيل الآتية: الأماكن المقترحة للتنفيذ فيها والإطار الزمني للتنفيذ، وآليات متابعة التنفيذ.

² خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني لحماية الطفل ومسئولياته الجنائية والمدنية في إطار الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية الطبعة الأولى 2012. ص: 314-313.

³ المادة 24/ج من قانون الأحداث الأردني.

السياق جاءت المادة 24/ج من قانون الأحداث الأردني تؤكد أن عقوبة العمل للمنفعة العامة تؤدي لصالح المرافق العامة في الدولة ومؤسسة المجتمع المدني التي تمارس أعمال تطوعية، ولم يشر إلى أن يكون العمل لصالح المتضرر، وهو بهذا اتفق مع أغلب التشريعات الجنائية المقارنة. لكن المشرع الأردني في قانون الأحداث لم يحدد الأعمال المطلوب القيام بها تنفيذاً لهذه العقوبة أو الجهات بالضبط التي يتوجب على المحكوم بها تأدية العمل لصالحها، - بالمقارنة مع المشرع المصري الذي حدد الأعمال والجهات في قانون الطفل - فقد ترك للقاضي صلاحية تقرير العمل ونوعه، ولوزير التنمية الاجتماعية إصدار الأسس اللازمة لتحديد الأماكن التي يعمل لديها أو لصالحها المحكوم بعقوبة العمل للنفع العام، وذلك بصريح نص المادة 44 من قانون الأحداث الأردني¹.

وعقوبة العمل للمنفعة العامة ينحصر فرضها على الحدث في الجرح فقط مما يعني أنها لا تطبق في الجنايات والمخالفات، ونطاق تطبيق هذه العقوبة مرهون بسن الحدث الجاني وذلك بحسب الآتي²: إن عقوبة العمل للمنفعة العامة تكون بديلاً عن الحبس في الجرح المرتكبة من قبل المراهق (من 12 إلى 15 سنة) وإذا ارتكب الحدث الفتى (من 15 إلى 18 سنة) جنحة معاقب عليها بالحبس فيجوز للمحكمة إذا توافرت أسباب التخفيف أن تستبدل عقوبة الحبس بأحد التدابير المنصوص عليها في المادة 24 ومنها عقوبة العمل للمنفعة العامة، وهذا بصريح نص المادة 25/هـ والتي جاء فيها: "للمحكمة إذا توافرت أسباب مخففة تقديرية، أن تستبدل بأي عقوبة منصوص عليها في الفقرة (د) من هذه المادة أي من التدابير المنصوص عليها في المادة 24 من هذا القانون" فالمشرع الأردني أراد بهذا القانون تحقيق المصلحة الحدث الفضلى وحمايته وإصلاحه وإعادة تأهيله ورعايته، بما يعد بالنفع على الحدث وعلى المجتمع بالنفع والصالح³.

ثالثاً: في التشريع الجزائري

في الجزائر أدخل المشرع القانون رقم (09-01) في 25 فبراير 2009م عقوبة العمل للنفع العام، كعقوبة أصلية والمعدل لقانون العقوبات والذي تضمن إمكانية استبدال العقوبة السالبة للحرية قصيرة

¹ - زيد خلف فرج عبد الله الظفيري: عقوبة العمل للمنفعة العامة في قانون الأحداث الأردني. مرجع سابق ص: 267.

² - المواد 25-26-27 من قانون الأحداث الأردني.

³ - زيد خلف فرج عبد الله الظفيري: عقوبة العمل للمنفعة العامة في قانون الأحداث الأردني، مرجع سابق ص: 273.

المدة بعقوبة العمل للنفع العام. وقد فصل المشرع الجزائري لهذه العقوبة في الفصل الأول مكرر (2) المادة (5) مكرر(1) بأنه يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام دون أجر.

وقد أكد المشرع الجزائري على أن عقوبة الحبس التي يجوز للجهة القضائية استبدالها بالعمل لأجل للمنفعة العامة يجب ألا تتجاوز سنة، كما ويجب أن لا تقل مدة العمل للمنفعة العامة

المنطوق بها في حق القاصر عن عشرين ساعة وأن لا تزيد عن ثلاثمائة ساعة. ومرجعه في ذلك هو أن العقوبة المقررة للقصر هي نصف العقوبة المقررة للبالغ عملاً بأحكام المادة 50 من قانون العقوبات التي تنص على أنه "إذا قضى بأن يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة لحكم قضائي فان العقوبة التي تصدر عليه تكون كالآتي... إذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً"، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز للقاضي النزول عن الحد الأدنى المقرر وهو 40 ساعة و لا تتجاوز الحد الأقصى المقرر و هو 600 ساعة بالنسبة للبالغين، كما لا يجوز له النزول عن 20 ساعة أو الزيادة عن 300 ساعة كما هو مقرر بالنسبة للقصر الذين تتراوح أعمارهم ما بين 16 إلى 18 سنة¹.

إن المشرع الجزائري أخذ بعقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس، بحيث أنه

يستوجب على قاضي المحكمة أو المجلس أن ينطق بعقوبة الحبس الأصلية أولاً قبل اللجوء إلى العقوبة البديلة، أي أنه بعد الانتهاء من إجراءات محاكم و الانسحاب للمداولة وتقرير العقوبة الأصلية مع توافر شروط عقوبة العمل للنفع العام واقتناعه الشخصي بإفادته المتهم المدان بالعقوبة البديلة، فإنه يعود للجلسة العلنية للنطق بعقوبة الحبس، ثم يستطلع رأي المتهم في قبول استبدال العقوبة الأصلية بالعقوبة البديلة من عدمه، فإذا أبدى المحكوم عليه موافقته الصريحة تقوم المحكمة باستبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام².

¹ - بلغام رقية: آليات إنفاذ العقوبة البديلة في ظل التشريع الجزائري: عقوبة العمل للنفع العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي الجزائر. ص: 31-

32.

² - المرجع نفسه. ص: 33.

المبحث الثاني: العمل من أجل المنفعة العامة للحدث في مشروع مسودة القانون الجنائي
ومشروع قانون المسطرة الجنائية

في المغرب لا يشمل العمل من أجل المنفعة العامة التشريع الجنائي الحالي، بل تضمنه كل من مسودة القانون الجنائي، وكذلك مسودة مشروع القانون المتمم والمغير لقانون المسطرة الجنائية، من خلال المادة 647 من مكرر 1 إلى 7.

وقبل الحديث عن نطاق وكيفية تطبيق هذا التدبير على الأحداث في مشروع القانون الجنائي ومشروع قانون المسطرة الجنائية (المطلب الثاني)، لا بد لنا في البداية تحديد الطبيعة القانونية

لهذا البديل والخصائص التي يتميز بها (المطلب الأول)

المطلب الأول: محددات العمل للمنفعة العامة في مسودة مشروع القانون الجديد

بما أن بديل العمل لأجل المنفعة هو من التشريعات الحديثة، والذي يعمل على إبقاء المحكوم عليه داخل الوسط الطبيعي، فقد ثار خلاف حول طبيعته القانونية هل هو يعتبر تدبير أم عقوبة؟ (الفقرة الأولى)، وكذلك ما هي الخصائص التي يتميز بها عن باقي العقوبات أو التدابير المقررة في القوانين الجنائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للعمل من أجل المنفعة العامة:

يعود منبع الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للعمل من أجل المنفعة العامة لجدور تاريخية لما كان المذنب يكلف بأعمال لها طابع القسوة، وبالتالي كان العمل حقا للدولة وليس حقا للمحكوم عليه، وبعبارة أدق كان هذا الأخير يلزم بالعمل، أو يمنع منه حسب رغبة القائمين على مؤسسات العقاب، وبعد توجه النظرة إلى إصلاح المذنبين وتأهيلهم، لكي يخرجوا من السجن ولديهم مهنة يستفيدون منها في كسب العيش، ومن ثم تساعدهم على التكيف مع المجتمع.

وتلك التطورات التاريخية أدت بالفقه إلى طرح سؤاليين هامين الأول: هل العمل لأجل المنفعة العامة يعد التزاماً يتحمله المحكوم عليه أم أنه حق له من قبل الدولة؟ والثاني: هل هذا العمل يعد عقاباً أم تديباً؟¹

بالنسبة للسؤال الأول فقد اتجهت آراء فقهية إلى اعتباره إلزاماً بالعمل في المشاريع النافعة لتخفيف ازدحام السجون، أي أن هذا الإلزام مرتبط بالعمل المنتج والذي يتفق مع قدرات الفرد ومهاراته، كما أن هذا الإلزام يشكل إنذاراً للجميع بسوء عاقبة الإجماع.

بالمقابل اتجهت آراء إلى اعتبار العمل لأجل المنفعة العامة حق له قبل الدولة، بعلة أن صفة المحكوم عليه كإنسان تلقي على عاتق المجتمع توفير عمل له، كما أن وصف العمل بأنه أسلوب للتهديب والتأهيل يبني على اعتباره حقاً للمحكوم عليه، إذ التأهيل وفقاً للاتجاهات العقابية الحديثة حق حتى لمن انحرف سلوكه وسلك سبيل الجريمة. ويؤكد طبيعة العمل كحق أنه لا يجوز حرمان السجين منه².

وفي الواقع فإن نظام العمل للمنفعة العامة له طبيعة خاصة تجمع بين طبيعة العقوبة والتديب، فهو كإحدى العقوبات البديلة عن العقوبة السالبة للحرية يحمل في طياته بعضاً من صفات العقوبة: فهو يمثل إلزاماً وتكليفاً وإجباراً (جسدياً ونفسياً) للمحكوم عليه، كونه يعد تقييداً لحرية، ومن ثم فإن هذا النظام ينذر الجميع بسوء عاقبة الإجماع، ويحقق بذلك وظيفة الردع العام، فهو يتطلب انضباطاً ذاتياً من جهة، واحترام الآخرين من جهة أخرى، وكما أن المحكوم عليه بهذا النظام ترتب عليه القيام بعمل قد يستغرق وقتاً طويلاً وجهداً وعناء، كما يواجه حالات، ويقوم بمهام تتطلب منه توظيف خبرته ومقدرته، وهو فضلاً عن ذلك يقدم عملاً مجانياً، وحسن أدائه يدل على ندمه ورغبته في التكفير عن جريمته وعدم الرجوع إليها ثانية. كما أن العمل للمنفعة العامة يسعى إلى إرضاء الشعور الجمعي بالعدالة، فالجريمة عدوان على العدالة كقيمة اجتماعية، وهي كذلك عدوان على الشعور بها المستقر في ضمير الجماعة، ومن ثم يسعى العمل للمنفعة العامة إلى محو هذا العدوان³.

¹ - محمد العروصي: مرجع سابق. ص: 118.

² - المرجع نفسه. ص: 119.

³ - صفاء أوتاني: العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة، دراسة مقارنة. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. العدد الثاني 2009. ص: 432.

وما يميز العمل للمنفعة العامة عن العقوبة أنه يسعى إلى تحقيق أغراض متميزة عن أغراض العقوبة، فالعقوبة جزاء وجوهري الجزاء الإيلاام، ويتحقق هذا الإيلاام عن طريق المساس بحق من حقوق من تفرض عليه العقوبة، في حين العمل للمنفعة العامة يسعى بشكل أساسي إلى تحقيق هدفين: الهدف الأول هو إصلاح ضرر الجريمة، أما الهدف الثاني فهو إعادة تأهيل المحكوم عليه اجتماعياً، فمن المؤكد أن الغاية من العمل للمنفعة العامة ليست مجرد إنجاز عمل أو تأدية خدمة، وإنما يعد تكليف المحكوم عليه بالعمل للمنفعة العامة معاملة عقابية من نوع خاص، لا تستوجب سلب الحرية، وتؤدي في الوقت ذاته إلى تعميق الشعور بالمسؤولية لديه، وتعزيز التضامن الاجتماعي تجاهه، والمساهمة في اندماجه الاجتماعي من جديد¹.

الفقرة الثانية: خصائص العمل من أجل المنفعة العامة

يتميز العمل من أجل المنفعة العامة بخصائص عملت مختلف التشريعات الجنائية على مراعاتها، وكذلك واضعو مسودة مشروع القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، ويمكن اختصار هذه الخصائص في:

1- خاصية الشرعية: تخضع عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة لمبدأ الشرعية شأنها كشأن باقي العقوبات التقليدية الأخرى، فالمشروع وحده هو الذي يحدد القواعد التي تنظم العمل من أجل المنفعة العامة، ومن خلال مسودة القانون الجنائي يظهر أنه بعد إصدار الحكم القضائي بعقوبة حبسية أصلية يمكن استبداله بالعمل من أجل المنفعة العامة مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 35 من مكرر 6 إلى 8.

2- خاصية القضائية: ومفادها أن هذه العقوبة لا يجوز فرضها إلا من قبل المحاكم المختصة وذلك وفقاً للقانون الذي ينظم هاته العقوبة، فلا يجوز فرضها من هيئة إدارية، أو الهيئات العامة التي سيتم العمل لأجلها، وعليه فإن العمل لأجل المنفعة العامة لا يتم إلا من خلال حكم قضائي، وأجل محدد المحكمة المختصة في هذا المجال، وينتهي عند انتهاء مجموع ساعات العمل. وهذا ما أكدت عليه كل التشريعات فمثلاً نجد في قانون الأحداث الأردني أن لسنة 2014: للمحكمة اتخاذ من التدابير غير السالبة

¹ - المرجع نفسه: ص: 433.

للحرية التالية: الإلزام بالخدمة للمنفعة العامة في أحد مرافق النفع العام أو لإحدى مؤسسات المجتمع المدني التطوعي لمدة لا تزيد على سنة، وجعل ولاية فرض هذا التدبير للمحكمة المختصة بنظر الدعوى 1.

3- خاصية الشخصية: لا تنفذ عقوبة العمل للنفع العام إلا على المسئول عن ارتكاب الجريمة ضمن قواعد المسؤولية الجزائية، بمعنى آخر تسلط العقوبة على الشخص المذنب الذي ارتكب الجريمة أو شارك فيها، ونتيجة لذلك لا تمتد العقوبة إلى الغير مهما كانت صلته بالجاني، فلا تطبق على الوالي أو الوصي أو المسئول المدني.

4- خاصية المساواة: بمقتضى هذا المبدأ يفرض هذا النظام دون تمييز بين الأفراد ممن تطبق عليهم شروط فرضها، وهو مبدأ لا يتعارض مع ما يترك المشرع للمحكمة من سلطة تقديرية في تحديد طبيعة العمل المفروض على المحكوم عليه نظرا لمؤهلاته وقدراته البدنية وظروفه الصحية، وكذلك الحرية في تحديد ساعات العمل، ويكون تحديد المدة بوضع حد أدنى وحد أقصى لعدد ساعات العمل، بحيث يكون للمحكمة سلطة تقديرية ضمن هذه الحدود، وفقا لما تراه مناسبا لظروف واحتياجات المتهم 2، خاصة إذا كان مازال في سن الحداثة.

والمساواة في الخضوع للعقوبة ليست إلا صورة من صور عمومية القاعدة الجنائية، فهذه الأخيرة تطبق على كافة الأفراد المتهمين بمخالفة التكليف دون تفرقة بين الأشخاص ورغم تسليم الفقه بهذه الخاصية إلى حد اعتبارها أحد مبادئ القانون الجنائي، فإن البعض يشكك في واقعية المساواة في الخضوع للعقوبة فالمشرع نفسه يتنكر لهذا المبدأ أحيانا طريق تقرير حق العفو حيث تعكس قوانين العفو الصادرة عن السلطة التشريعية لصالح بعض الجناة المحكوم عليهم 3.

وبخصوص الخصائص المميزة للعمل من أجل المنفعة العامة فتتعلق بالفحص والموافقة.

- فحص الشخص المحكوم عليه: بالنسبة لهذا الفحص فإنه لم تشمل في مسودة القانون الجنائي سوى شخص الحدث في المادة 35 مكرر 9، التي جاء في الفقرة الأخيرة منها: "يتعين على قاضي

¹ - زيد خلف فرج عبد الله الظفيري: مرجع سابق: 274.

² - زيد خلف فرج عبد الله الظفيري: مرجع سابق: 274.

³ - بوضوار صليحة: عقوبة العمل لأجل النفع العام: دراسة مقارنة. جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر. ص: 30.

الأحداث أن يتأكد من مدى ملائمة العمل لأجل المنفعة العامة لمصلحة الحدث، ولحاجيات تكوينه وإعادة إدماجه".

- موافقة المحكوم عليه: وإنما قررت لضمان حسن التنفيذ، وقد اشترطت مجموعة من التشريعات الجنائية موافقة المحكوم عليه، وتخييره بين قضاء عقوبة الحبس أو العمل للمنفعة العامة، ومشروع القانون الجنائي اعتبر خاصية الموافقة للمحكوم عليه غير قاصرة على العمل لأجل المنفعة العامة، بل تشمل كل العقوبات البديلة التي نص عليها في المادة 35 مكرر 2 حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 34 مكرر 4: "لا يجوز الحكم بالعقوبة البديلة إلا بحضور المحكوم عليه في الجلسة وبموافقته، بعد إشعاره بحقه في الرفض"، إلا أنه إن كان مفهوم رضائية هذه العقوبة يستساغ بالنسبة للرشداء الذين يستطيعون تقرير ما يناسبهم، فإنه بالنسبة للأحداث فالأمر مختلف، فيجب أن تترك السلطة التقديرية للقاضي الذي أن يميز بفضل خبرته مصلحة الحدث الفضلى، لأن الحدث في كثير من الأحيان قد يمتنع عن العمل للمنفعة العامة بسبب تمرده على المجتمع.

المطلب الثاني: شروط عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة ونطاق تطبيقها على الأحداث

الجانبين

قبل تطبيق عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة تجب مراعاة بعض الشروط الضرورية لكي تعطي هذه العقوبة نتائجها المرجوة في تربية وإعادة تأهيل الحدث الجانح (الفقرة الأولى) وكذلك يجب

معرفة مجال ونطاق تطبيق هذه العقوبة على الأحداث (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: شروط العمل من أجل المنفعة العامة

على الرغم من اختلاف تطبيق نظام العمل من أجل المنفعة العامة، فإن له شروط موحدة بين مختلف التشريعات، والتي من بينها:

الشرط الأول: العمل لأجل المنفعة العامة هو عقوبة رضائية، هذه العقوبة تتسم بطابع رضائي، فمن ناحية ينبغي أن تصدر العقوبة في إطار الدعوى الجنائية من خلال صدور قرار من القاضي، إلا أنه يشترط لتطبيق هذه العقوبة قبول وموافقة الشخص على تطبيقها.

الشرط الثاني: يجب أن ينفذ العمل من أجل المنفعة العامة لفائدة المؤسسات والجمعيات عمومية دون مقابل¹: فالعمل للمنفعة العامة يجب أن يكون لفائدة مصلحة عمومية فهو بذلك يعتبر بديل للعقوبة، ولا يمكن بأي وجه ممارسة هذا العمل لفائدة المصلحة الخاصة حتى ولو كان الشخص المؤدى لفائدته هو المسئول المباشر عن المرفق العمومي، كغسل سيارة المسئول أو أي عمل بمقابل أو بدون مقابل لفائدة هذا الشخص أو لعائلته، فهذا العمل يعتبر بذلك باطلا، ويمنع على المهتم القيام به وذلك اعتبارا إلى أنه مقترن بصفة وجوبية بالمصلحة العامة المؤدى بصفة مجانية واعتبارا على أنه بديل من بدائل العقوبات².

الشرط الثالث: خضوع المحكوم عليه لفحص شامل ودقيق: فمن المميزات الخاصة بعقوبة العمل للنفع العام أنها تتطلب خضوع المحكوم عليه لفحص شامل ودقيق يسبق قيامه بأداء العمل المسند إليه، ولذلك فإن أغلب التشريعات تستوجب إجراءات تحقيق اجتماعي على المحكوم عليه للتعرف على شخصيته وظروفه، ومن هذه الإجراءات نرى مدى توافق إرادة المحكوم عليه وقابليته لأداء هذا العمل³. فالمشعر المصري مثلا يلزم بتقديم تقرير اجتماعي يتفق والنموذج المعتمد من الجهة المعنية بوزارة التضامن الاجتماعي لكل طفل يعرض على محكمة الطفل يتضمن الآتي: فحصا كاملا ودقيقا لحالة الطفل التعليمية والنفسية والعقلية والبدنية والاجتماعية، ويجب أن يكون هذا التقرير مرتكزا على دراسة ميدانية جديدة لواقع بيئة الطفل وأسرته على نحو يكفل الوقوف على الأسباب الحقيقية لتعرضه للخطر أو لما أصاب سلوكه من جنوح ولتحديد مقتضيات إصلاحه، والتدبير المقترح للملائم لحالة الطفل المعرض للخطر ومبرراته⁴.

وكما سبقت الإشارة فقد نصت المادة 35 مكرر⁹ من مسودة مشروع القانون الجنائي على إلزامية إجراء فحص على الحدث، والتأكد من مدى ملائمة العمل له، ولحاجيات تكوينه، وإعادة إدماجه، وإلزامية هذا الفحص يقتصر على الأحداث فقط دون الرشداء.

1- وهذا ما نص عليه مشروع مسودة القانون الجنائي في الفصل 35-6: يكون العمل لأجل المنفعة العامة غير مؤدى عنه.

² - رياضي عبد الغني: بدائل العقوبات في القانون المغربي مرجع سابق ص: 102.

3- بلغام رقية: آليات إنفاذ العقوبة البديلة في ظل التشريع الجزائري. مرجع سابق ص: 20.

⁴ - المادة 183 من اللائحة التنفيذية لقانون 12 سنة 1996.

الفقرة الثانية: كيفية تطبيق العمل من أجل المنفعة العامة على الأحداث في مشروع القانون

الجديد

جاء في المادة 482 من مشروع مسودة قانون المسطرة الجنائية، أنه "يمكن استبدال العقوبة الحبسية بتدبير العمل لأجل المنفعة العامة، يطبق قاضي الأحداث بشأن تنفيذ الحدث لعقوبة العمل لأجل النفع العامة مقتضيات المواد المنصوص عليها في الكتاب الخامس مكرر من القسم الأول من الكتاب السادس من هذا القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات قانون الشغل المتعلقة بالأحداث.

تراعى عند تطبيق عقوبة العمل لأجل المنفعة العامة في حق الحدث، المصلحة الفضلى لهذا

الأخير".

وبالرجوع إلى مدونة الشغل في الباب الأول من القسم الثاني نجد أنها قد نصت في فصلها 143 على أنه لا يمكن تشغيل الأحداث ولا قبولهم في المفاوضات أو لدى المشغلين قبل بلوغهم سن خمسة عشر سنة كاملة وتعتبر هذه السن قاعدة أساسية لا يمكن للمشغل أن يعتمد على قبول أي حدث لم يبلغ هذه السن كما أكدت المادة 145 من نفس القانون انه يمنع تشغيل أي حدث دون الثامنة عشر ممثلاً أو مشخفاً في العروض العمومية المقدمة من قبل المفاوضات. ولا شك أن شرط السن الذي تضمنه مشروع القانون يعد من حسناته، مراعيًا لوضعية وقدرة الحدث على العمل، واحترامًا لحق الشخص في التمدد، ومراعيًا للاتفاقيات الدولية للشغل بشأن الحد الأدنى للعمل¹.

وبالنسبة لساعات العمل فإن مشروع القانون الجنائي² في الفصل 35-6 نص على أن العمل لأجل المنفعة العامة ينجز لمدة تتراوح بين 40 و600 ساعة لفائدة مصالح الدولة أو مؤسسات أو هيئات حماية الحقوق والحريات والحكامة الجيدة أو المؤسسات العمومية أو المؤسسات الخيرية أو دور العبادة أو غيرها من المؤسسات أو الجمعيات أو المنظمات غير الحكومية العاملة لفائدة الصالح العام. تعتبر المحكمة لتحديد عدد ساعات العمل لأجل المنفعة العامة المحكوم بها، موازاة كل يوم من مدة العقوبة الحبسية المحكوم بها لساعتين من العمل، مع مراعاة الحدين الأدنى والأقصى لعدد ساعات

¹ - محمد العروصي: مرجع سابق. ص: 124.

² - المادة 35 مكرر6 من مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية.

العمل، لكن الصيغة هنا جاءت عامة دون تمييز بين الرشداء والأحداث وهذا خلاف الوضع مثلا في باقي التشريعات، كالتشريع الجزائري الذي خفض المدة بالنسبة للقاصرين إلى 20 ساعة ولا تزيد عن 300 ساعة.

وإنجاز العمل خلال الساعات المحددة في المشروع يجب أن يتم خلال اثني عشر شهرا بمعدل ساعتين في اليوم، إعمالا للمادتين 35 مكرر 7 و35 مكرر 8. والمادتين تطرحان لبسا واضحا، فلو أن القاضي حكم بعقوبة حبسية لمدة سنتين، وأراد استبدالها بالعمل لأجل المنفعة العامة، فإن المحكوم عليه الذي ينفذ عمله ساعتين كل يوم قد ينهيه إما خلال سنة أي اثني عشر شهرا، أو أكثر من ذلك دون الوصول لمدة العقوبة الحبسية المنطوق بها، فما العمل في مثل هذه الحالة؟ ثم ما حكم العطل الدينية والوطنية على تنفيذ العمل؟

إجابة على السؤال الأول أوضح المشروع في المادة 35 مكرر 8، أنه بإمكان تمديد الأجل بناء على طلب من المحكوم عليه، وبقرار صادر من الجهة المختصة بمراقبة العمل لأجل المنفعة العامة، أما جوابا عن السؤال الثاني فيتضح من القانون المنظم للسجون بالمغرب 23-98 أنه ينص على مراعاة مختلف الأجال في المادة 142.

ويبقى في الأخير أن نشير إلى أمر مهم وهو ما نصت عليه المادة 35 مكرر 8 من مشروع القانون الجنائي: يجب على قاضي الأحداث أن يتأكد من مدى ملائمة العمل لأجل المنفعة العامة لمصلحة الحدث ولحاجيات تكوينه وإعادة إدماجه. أي أننا قبل كل شيء لا بد لنا من مراعاة المصلحة الفضلى للحدث.

¹ - محمد العروصي: مرجع سابق: ص: 127.

خاتمة

من خلال ما سبق نلاحظ أن العمل لفائدة المنفعة العامة يشكل إحدى الأساليب الناجعة لمواجهة السلوك الانحرافي للأحداث الجانحين، وكحل ملائم للخروج من وضعية السلبية التي تعاني منها مختلف المؤسسات التي يأوي إليها الأحداث الجانحون، لذلك فقد أن الأوان ليتنبه المشرع لهذا البديل وخاصة في مجال الأحداث، وأن يكون هذا النظام بمثابة استعاضة كلية يحل محل مؤسسات الإصلاح والتهذيب، وخاصة أن فكرة العمل للمنفعة تقوم على إيجاد نوع من التجانس بين حماية المجتمع من جهة، وإعادة ربط الجانح مع المجتمع، بمعنى أنه في العمل للمنفعة العامة تبقى صورة العقوبة حاضرة تماما، وغاية هذا النظام تكمن في جعل المحكوم عليه يشعر بقيمة الفرصة الجيدة التي منحت له، دون أن يشعر بالإيلام، والقهر والجبر.

وكرأي شخصي فإنه يفضل أن تكون هذه العقوبة مصحوبة بتدبير آخر في غاية الأهمية بالنسبة للأحداث وهو نظام الحرية المحروسة، الذي يمكن من خلاله لمندوب الحرية المحروسة أن يقوم بمهمة الإشراف والتتبع التربوي للحدث المحكوم عليه بالعمل من أجل المنفعة العامة، والعمل على مراقبة الظروف المادية والمعنوية التي يعيش فيها الحدث وحالته الصحية وظروف تربيته وعلاقاته وحسن استغلال أوقات مدة قضاء العقوبة، وذلك لتجنيبه كل عود إلى الجريمة والتأكد من مدى التزام الحدث بالعمل المكلف به، وتقديم للقاضي تقريره حول مدى خضوع الحدث لهذا الالتزام أم لا، ومدى استجابته له، وآثار هاته العقوبة على نفسيته سواء كانت إيجابية أم سلبية.

جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في القانون المغربي

إلياس الهواري احبابو
دكتور في الحقوق

مقدمة:

على الرغم من أهمية وسائل تقنية المعلومات الحديثة وما لها من آثار إيجابية، إلا أنّ هناك مخاطر عديدة تحدق بها بالنظر لإمكانية انتهاكها والمساس بالبيانات المتعلقة بالحياة الخاصة، الأمر الذي دفع بالمشرعين في العالم، إلى سن قوانين تهدف لحماية المعطيات الشخصية في البيئة الرقمية. وبدوره عمل المشرع المغربي، بإيجاد قانون يوفر قواعد ملائمة للتوجهات الدولية والتشريعات المقارنة، وهو ما أتى من خلال قانون رقم 09.08 الصادر في 18 فبراير 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي¹. ليدرك مدى خطورة المعالجة التقنية للمعطيات الشخصية، عن طريق تحصيلها، أو تخزينها، أو معالجتها بطرق إلكترونية. الأمر الذي جعله ينص على عدة نصوص زجرية لحماية أي خرق لخصوصية المعطيات الشخصية. خصوصا أن الحواسيب أصبحت متصلة بشبكة عالمية. وهو ما جعل المشرع المغربي يصدر قانون 03.07 بتاريخ 11 نوفمبر 2003، المتمم لمجموعة القانون الجنائي والذي يتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات². لجزر الأعمال المرتكبة من طرف مجرمي المعلوماتية، وبالتالي تعزيز حماية زجرية للمعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية.

ويطرح موضوع جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في القانون المغربي إشكالية العديد من الإشكالات الناتجة على إثر التهديدات التي أصبحت تواجهها البيئة الرقمية خصوصا مدى كفاية الحماية الجنائية المنصوص عليها في كل من القانون 09.08 وقانون 03.07 في حماية المعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية؟

وعليه، سنتولى البحث في هذه الإشكالية انطلاقا من التقسيم الثنائي التالي:

المبحث الأول: الأحكام العامة للمعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية

المبحث الثاني: الجرائم الخاصة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية

¹ - ظهر شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، جريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009).

² - قانون 03.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 197.03.1 بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق 11 نونبر 2003 (الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 دجنبر 2003 صفحة 4284).

المبحث الأول: الأحكام العامة للمعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية

لأجل ردع التهديدات والخروقات بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية وزجرها والتي تكون مهددة إما من طرف المسؤولين عن المعالجة أنفسهم أو من طرف الغير¹، عمل المشرع المغربي على وضع نصوص جنائية سواء بمقتضى قانون 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، لكي لا يستغلها المسؤولين عن معالجة هذه البيانات، وكذا حمايتها بقانون 03.07 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، من قبل الأغيار ومجرمي المعلوماتية المهددين بشكل كبير للمعطيات الشخصية والحريات الفردية.

وبالتالي وللإحاطة بالموضوع وتيسير الفهم للنصوص الجنائية المنصوص عليها في القانونين السالف ذكرهما، سأعالج في هذا المبحث مفهوم وخصائص المعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية (المطلب الأول)، والحقوق والالتزامات المترتبة عن معالجة المعطيات الشخصية بطرق إلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم وخصائص المعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية

الفقرة الأولى: مفهوم المعطيات الشخصية²

نجد أن التشريعات التي قامت بتنظيم وحماية البيانات الشخصية، عملت على وضع تعاريف لهذه المعطيات، وذلك من أجل إزالة أي لبس أو خلاف قد يقع فيه كل من الفقه أو القضاء³. وتعتبر الاتفاقية رقم 108 الصادرة عن مجلس دول أوروبا والمعروفة باتفاقية ستراسبورغ⁴، أول اتفاقية عالمية بشأن حماية الأفراد فيما يتصل بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية⁵، إذ عرفت المعطيات ذات الطابع الشخصي في المادة 2/أ على أنها "كل المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه"¹.

¹ - فؤاد بنصغير، البيانات الشخصية الإلكترونية- سلسلة التشريع الإلكتروني-، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2011، ص:7

² - تستعمل بعض التشريعات تعبير "حماية البيانات"، أو "حماية البيانات الشخصية"، أو تعبير "قانون حماية الخصوصية" أو خصوصية المعلومات": راجع: بولين أنطونينوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت-، طبعة الأولى 2009، ص: 67.

³ - André LUCAS, Jean DEVEZE et Jean FRAYSSINET, droit de l'informatique et de l'internet. Presses universitaires de france, economica, paris 2001, p: 75-76.

⁴ وهي اتفاقية حول حماية الأشخاص تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي مؤرخة في 28 يناير 1981 لمجلس دول أوروبا. للإطلاع على مقتضيات الاتفاقية راجع الموقع الرسمي لمجلس أوروبا: (<http://conventions.coe.int>).

⁵ - بولين أنطونينوس أيوب، مرجع سابق، ص 64 و45.

وهذا التعريف هو مشابه للتعريف المضمن في التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1995 رقم 95/46/CE والمتعلق بالمعطيات ذات الطابع الشخصي²، إذ عرفت المادة 2/أ منه المعطيات الشخصية بأنها "كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه (الشخص المعني)، ويعد قابلاً للتعرف عليه الشخص الذي يمكن معرفته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيما بالرجوع إلى رقم تعريف أو إلى عنصر أو عدة عناصر خاصة، مميزة لهوية الطبيعية، الفيزيولوجية، النفسية، الإقتصادية، الثقافية، أو الإجتماعية"³.

كما نجد أن أغلب التشريعات الأوروبية عملت على ملائمة نصوصها مع التوجيه، وبذلك عمل المشرع الفرنسي على تعريف المعطيات الشخصية أو الإسمية من خلال المادة 2/2 من قانون 6 يناير 1978 المتعلق بالمعلومات والملفات والحريات⁴، بأنه "تشكل معطيات ذات طابع شخصي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو يمكن التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بالرجوع إلى رقم تعريف أو إلى عنصر أو عدة عناصر مميزة له..."⁵.

¹ - article 2/a: « données a caractere personnel » signifie: toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable.

² - جاء التوجيه 95 / 46 مكملاً بتوجيهين، وهما التوجيه رقم 58 / 2002 بشأن حماية الخصوصية في الاتصالات الإلكترونية، والتوجيه رقم 200 / 24 / 95 بشأن الاحتفاظ بالبيانات.

للتوسع أكثر راجع: أندرو بوديفات توبي مندل، بن واجنز، ديسكي هوتن، نتاليا توريس- دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الإنترنت وحرية التعبير - منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو)، طبعة 2012- ترجم المؤلف للغة العربية بواسطة الوكالة السويدية للتعاون الإنمائي الدولي (سيدا) سنة 2013. ص: 71/ وأيضاً:

- Francesco MAIANI, Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne, Revue RTD eur, N°02, 14/06/2002, édition Dalloz, p:283.

- Anne DEBET, Informatique et Libertés: faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative a la protection des données personnelles ?, Revue Recueil Dalloz, N°15 du 14/04/2011, p:1034.

³ -article 2/a « données à caractère personnel»: toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale

للإطلاع على مضمون التوجيه راجع الموقع الرسمي للإتحاد الأوروبي: (<http://eur-lex.europa.eu>).

⁴ - آخر تعديل كان في 6 أغسطس 2004 من أجل تحيين القانون الفرنسي، وملانته مع أحكام توجيه 95/46/EC بشأن حماية البيانات الشخصية، للتوسع أكثر راجع:

Loi relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978, Sur le lien suivant (<http://fr.wikipedia.org>).

⁵ - Loi n° 78-17. Cette loi définit précisément une « données a caractère personnel » comme « toute information relative a une personne physique indetifiée ou qui peut etre indetifiée directement ou indirectement, par référence a un numéro d'identification ou a un ou plusieurs éléments qui lui sont propres.... »

وفي نفس السياق أيضا نجد أن المشرع المغربي من خلال قانون 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، عمل على اقتباس التعريف الذي وضعه التوجيه الأوروبي رقم 95/46، حيث نصت المادة 1/1 على أنه يقصد بالمعطيات ذات طابع شخصي: "كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعائها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسئى بعده بالشخص المعني".

وقد اعتبر المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 1/1 على أن الشخص يكون قابلا للتعرف عليه "إذا كان بالإمكان التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولا سيما من خلال الرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الإجتماعية".

ويتضح من خلال ما سبق، أن تعريف المعطيات الشخصية ترتكز على معيارين هما:

- أن المعطيات الشخصية تتعلق بشخص ذاتي.
 - أن هذه المعطيات بواسطتها يتم التعرف على الشخص الذاتي.
- وهو ما سنتعرض له في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: خصائص المعطيات ذات الطابع الشخصي

إن استخدام الحواسيب في ميدان جمع ومعالجة البيانات الشخصية المتصلة بالحياة الخاصة للأفراد، جعل المعطيات ذات الطابع الشخصي تتميز بالخصائص التالية:

أولاً: المعطيات الشخصية تتعلق بشخص ذاتي

أي أنها عبارة عن معلومات مرتبطة بشخص ذاتي، كاسمه، وحالته الاجتماعية، وموطنه، وصحيفة السوابق القضائية الخاصة به، وغيرها.¹ أما عدا ذلك فهي معلومات غير شخصية.

ثانياً: المعطيات الشخصية يجب أن تقوم بالتعرف على الشخص الذاتي

أي أنه من اللازم أن يتم التعرف على الشخص الذاتي لتعتبر بذلك أن المعطيات شخصية¹، كما أن المعطيات الشخصية التي تمكن من التعرف بالشخص الذاتي هي المعطيات غير المجهولة²، وبالتالي

Guy de FELCOURT, L'usurpation d'identité –ou l'art de la fraude sur les données personnelles-, cnrs edition-paris 2011, p:116.

¹-عبد الله حسين علي محمود، سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2002، ص: 159/المشار إليه من طرف رشيدة بوكري، جرائم الإعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت – لبنان، الطبعة الأولى 2012، ص:78.

المعطيات المجهولة لا يكون لها الطابع الشخصي، ولا تقوم على إنشاء علاقة بين المعطيات والشخص الذاتي³.

وهو ما أكده المشرع في التعريف الذي جاء به المادة 1/1 من قانون 09.08 للمعطيات الشخصية، والذي نص على أن هذه المعلومات يجب أن تكون متعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه. و تعتبر بمثابة عناصر تعريفية للأشخاص، كل المعطيات المرتبطة بالشخص سواء أكانت على هيئة حروف أبجدية أو رقمية، أو في شكل صورة، أو شريط فيديو، أو صورة الحمض النووي، وبقية البيانات الجينية والمقاييس الحيوية، مثل البصمة الإلكترونية، والتعرف على الهوية بواسطة الوجه والقزحية⁴، وغيرها من التقنيات الرقمية التي شكلت تحولات كبيرة في الألفية الثالثة، لذلك كان لا بد من الأخذ بعين الاعتبار في تحديد مفهوم المعطيات الشخصية مستجدات التطور التكنولوجي. وهو الأمر الذي نص عليه المشرع في المادة 1/1 من قانون 09.08 بإدخاله الصوت والصورة ضمن المعطيات الشخصية للشخص المعرف أو القابل للتعرف عليه.

المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات المترتبة عن المعالجة الإلكترونية للمعطيات الشخصية

عمل المشرع المغربي من خلال قانون 09.08 على وضع مجموعة من القواعد لحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعالجة الإلكترونية للمعطيات الشخصية، وذلك من خلال منحهم مجموعة من الحقوق (المطلب الأول)، وفي نفس الوقت إلزام المسؤولين بمجموعة من الالتزامات التي يتوجب عليهم احترامها (المطلب الثاني).

الفقرة الأولى: حقوق الشخص المعني بالمعطيات المعالجة

على الرغم من أهمية وسائل تقنية المعلومات الحديثة، وما لها من آثار ايجابية إلا أنّ هناك مخاطر عديدة تواجه حقوق الشخص المعني بالنظر لإمكانية انتهاكها عبر وسائل تقنية المعلومات الحديثة، لذا فقد عدد المشرع مجموعة من الحقوق، تضمن للشخص المعني بالمعطيات المعالجة حماية مبدئية لحياته الخاصة وحرياته الشخصية، وتتمثل في حقه في الإخبار وإجبارية الحصول على موافقته

¹ - Slah KHALED, le droit a la protection des données personnelles, revue de la jurisprudence et de la legislation, N°10, Décembre 2004, 30.

² - André LUCAS, Jeans DEVEZE, et Jean FRAYSSINET, op.cit, p :79.

³ - André LUCAS, Jeans DEVEZE, et Jean FRAYSSINET, op.cit, p : 78 et 79.

⁴ - ريموند واكس، الخصوصية، ترجمة ياسر حسن، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، الطبعة الأولى 2013، ص: 59.

قبل الإقدام على المعالجة، وحقه في التدخل في أي مرحلة من مراحل إنجازها في حال قبوله إياها.

أولاً: الحق في الإخبار

نظم المشرع حق الإخبار في المادة 5 من قانون 09.08 وعنوانه بـ "الحق في الإخبار أثناء تجميع

المعطيات". حيث ميز بين حالتين:

1- الإخبار عند تجميع المعطيات بطريقة مباشرة حيث يتم إخبار كل شخص تم الاتصال به مباشرة قصد تجميع معطياته الشخصية، كما يجب أن يكون هذا الإخبار صريحاً لا يحتمل أي لبس. ولا يسقط هذا الحق إلا في الحالة التي يكون فيها الشخص المعني على علم مسبق بالعناصر اللازمة لإخباره بها¹.

و بذلك قام المشرع بتحديد عناصر الإخبار، وذلك في مجموعة من البيانات على رأسها هوية المسؤول عن المعالجة وعند الاقتضاء هوية ممثله، والغاية أو الغايات من المعالجة، وكل المعلومات الإضافية الأخرى².

ويبقى الالتزام بالإخبار قائماً كذلك على عاتق المسؤول عن المعالجة أو ممثله، في حالة تجميع المعطيات الشخصية على الشبكات المفتوحة - الأترنت مثلاً- حيث يجب أن يحاط الشخص المعني بتجميع هذه المعطيات وتحصيلها، إلا إذا كان على علم مسبق بأن معطياته من الممكن تداولها على تلك الشبكات دون أي ضمانات على سلامتها، وإمكانية قراءتها أو استعمالها من لدن الغير دون ترخيص³.

2- الإخبار عند تجميع المعطيات بطريقة غير مباشرة وفي هذه الحالة يتخلى المسؤول الأصلي عن المعالجة عن ملف أو عدد من الملفات المتضمنة للمعطيات الشخصية لفائدة معالج آخر بمقابل أو بدونه، حيث يجب في هذه الحالة، على المعالج الأصلي أو من يمثله إخبار الشخص المعني بنفس المعلومات

¹ - نادر عمران، حماية المعطيات الشخصية على ضوء القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004، مجلة القضاء والتشريع، العدد 8، أكتوبر 2004، ص: 150.

² - وردت المعلومات الإضافية في الفقرة "ج" من المادة الخامسة على سبيل المثال، وهي: المرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم، ومدى أهمية الجواب عن الأسئلة وطلبها الإخباري أو الاختياري، مع التركيز على العواقب التي قد تترتب عن عدم الجواب، إعلام الشخص المعني بأنه يتفر على الحق في الولوج إلى معطياته بعد تحصيلها وتصحيحها عند الاقتضاء.

³ - الفقرة 4 من المادة 5 والتي نصت على أنه " في حالة جمع المعلومات في شبكات مفتوحة، يجب على الشخص المعني أن يعلم بالأمر، ما لم يكن على علم مسبقاً بأن المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به يمكن أن تتداول في الشبكات دون ضمانات السلامة وأنها قد تتعرض للقراءة والاستعمال من لدن أغيار غير مرخص لهم. "

الواجب إخباره بها كما لو كان التحصيل مباشرا، ما لم يكن الشخص المعني على علم بها مسبقا، غير أن الإخبار في هذه الحالة يجب أن يقع في أجل أقصاه يوم التخلي أو تحويل الملف إلى الغير¹.

ثانيا: إجبارية الحصول على موافقة الشخص المعني بالمعطيات

وهذا يعني أن البيانات الشخصية المرتبطة بصاحبها مثل اسمه، وحالته الاجتماعية، وسجله العدلي وغيرها من المعطيات، التي توصف بأنها حساسة والتي تسمح بصورة مباشرة أو غير مباشرة بتعريف الأشخاص الذين يجري جمع المعلومات عنهم، تتطلب الموافقة الخطية الصريحة من قبل الشخص المعني بها².

وهو المقتضى الذي نصت عليه المادة الرابعة من قانون 09.08 على أنه لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، إلا إذا كان الشخص المعني قد عبر بما لا يدع مجالا للشك عن رضاه عن العملية أو مجموع العمليات المزمع إنجازها.

كما أن إجبارية الحصول على موافقة الشخص المعني ليست إجبارية مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات تبررها أسباب قانونية ومنطقية محددة في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون 09.08 وهي كالآتي:

1. إذا كانت المعالجة تشكل التزام فرضه القانون على الشخص المعني أو المسؤول عن المعالجة.
2. إذا كانت المعالجة من أجل تنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه، أو لتنفيذ إجراءات سابقة للعقد تتخذ بطلب من الشخص المذكور.
3. إذا كانت المعالجة من أجل الحفاظ على المصالح الحيوية³ للشخص المعني، إذا كان من الناحية البدنية أو القانونية غير قادر على التعبير عن رضاه على المعالجة.

¹ نصت الفقرة 3 من المادة 5 على أنه "إذا لم يتم جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي لدى الشخص المعني، فيجب على المسؤول عن المعالجة أو من يمثله أن يزود الشخص المعني على الأقل بالمعلومات المشار إليها في (أ) و(ب) و(ج) أعلاه ما لم يكن الشخص على علم بها مسبقا، وذلك قبل تسجيل المعطيات أو عند الإيصال الأول للمعلومات على أبعد تقدير إذا كان معتزما إيصالها للغير".

² بولين أنطونينوس أيوب، مرجع سابق، ص: 460.

³ غير أن عبارة "المصالح الحيوية" تستوجب تحديد المفهوم، وهي في الأصل واردة في التوجيهات الأروبية لسنة 1995 ومترجمة من أصلها الإنجليزي Vital interest، وكانت هذه الترجمة هي أصل الغموض، لكن بمقارنتها بالسبب 31 من التوجيهات المذكورة فإن المقصود بها هو حماية الحق في الحياة. وقد جاء التعبير عنها بشكل واضح في المادة 8 من نفس التوجيهات بأنها الحالة التي تستوجب إنقاذ حياة الشخص المعني أو حياة غيره في حال عجزه جسمانيا أو قانونيا عن التعبير عن موافقته. / عربي جنان، مرجع سابق، ص: 68.

4. إذا كانت المعالجة من أجل تنفيذ مهمة تدخل ضمن الصالح العام، أو ضمن ممارسة السلطة العمومية التي يتولاها المسؤول عن المعالجة، أو أحد الأغيار الذي يتم إطلاعهم على المعطيات .

5. إذا كانت المعالجة من أجل إنجاز مصلحة مشروعة يتوخاها المسؤول عن المعالجة أو المرسل إليه¹، مع مراعاة عدم تجاهل مصلحة الشخص المعني أو حقوقه وحرياته الأساسية.

وبعد الحصول على موافقة الشخص المعني بمعالجة المعطيات الشخصية، فإن هذا الأخير تنشأ له في تلك اللحظة مجموعة من الحقوق أهمها:

ثالثاً: الحق في الولوج²

يجد هذا الحق أساسه في الدستور المغربي (الفصل 27 من دستور 2011) وأصبح بموجب المواطنة يمتلك ناصية الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بالمرفق العام، ومن أجل تكريس هذا الحق إجرائياً وتحريمه من عمومية النص. ويعتبر هذا الحق من الحقوق الأساسية التي منحها المشرع للشخص المعني، وذلك في المادة 7 من قانون 09.08، وهو من المبادئ الأساسية اللازمة لحماية الحقوق الشخصية في مواجهة الحاسب الآلي، كما أن إعطاء الشخص حق الولوج إلى المعلومات الإسمية المتعلقة به والمسجلة في الحاسب الآلي، تعتبر مقدمة أساسية وضرورية لممارسة الشخص لحقه في تصحيح المعطيات الشخصية³. ويخول حق الولوج على البيانات المعالجة من قبل نظم المعلومات، للشخص المعني معرفة كل مايتعلق به من بيانات شخصية سجلت على الكمبيوتر ومصادرها، وطرق معالجتها، وكذلك مضمون

¹ المرسل إليه - حسب الفقرة الثامنة من المادة 10 من قانون 09.08- هو الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أي هيئة أخرى تتوصل بالمعطيات سواء كانت من الأغيار أم لا. ولا تعتبر جهة مرسل إليها الهيئات التي يمكن أن تتوصل بالمعطيات في إطار مقتضيات قانونية، وعلى رأسها لجنة مراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

² تنص المادة السابعة على الحق في الولوج في الحالات الثلاثة الآتية:
(أ) تأكيد على أن المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به تعالج أو لا تعالج وكذا على معلومات مرتبطة على الأقل بغايات المعالجة وفئات المعطيات التي تنصب عليها والمرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم الذين أوصلت إليهم المعطيات ذات الطابع الشخصي ؛
(ب) إحاطة، وفق شكل مفهوم، بالمعطيات التي تخضع للمعالجة وكذا بكل معلومة متاحة حول مصدر المعطيات ؛ (...)
(ج) معرفة المنطق الذي يحكم كل معالجة آلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به .

³ عمرو أحمد حسبو، حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة 2000، ص: 132 و 133.

المعلومات المتعلقة بها بعد معالجتها مع إمكانية طلب تصحيحها أو التشطيب عليها وغيرها من الطلبات¹. وهذا كله من أجل ألا يكون عرضة لتخزين معلوماته دون علمه، مما يجعله بعيدا عن إمكانية معرفة مايدور عنه من جراء تخزين هذه المعلومات التي قد تكون صحيحة أو خاطئة. وبالتالي كان من الواجب الاعتراف له بهذا الحق².

إلا أنه على الرغم من ذلك احتاط المشرع من طلبات الولوج المتكررة أو المتسمة بالشطط وقرر إجراؤها في فترات معقولة، وأعطى للمسؤول عن المعالجة إما إمكانية التعرض إذا أثبت الصبغة التعسفية في الطلبات أو شططها الظاهر، أو تقديم طلب للجنة الوطنية لتحديد له آجالا للجواب عنها³. وبالرجوع إلى مقتضيات قانون 09.08 سمح المشرع للأغيار بحق الولوج والإطلاع على المعطيات تحت شرطين وهما:

- أن يكون الاطلاع من أجل إنجاز الغايات المرتبطة مباشرة⁴ بوظائف المفوت أو المفوت إليه⁵.
- مراعاة رضى الشخص المعني بالمعطيات⁶.

كما قد عالج المشرع المغربي إجراءات ممارسة الحق في الولوج، من خلال المرسوم رقم 2.09.165 المطبق لقانون 09.08، وهذه الإجراءات تتعلق بالطلبات التي توجه إلى المسؤول عن المعالجة عن طريق طلب كتابي أو إلكتروني⁷، أو أن يتم ذلك في عين المكان⁸.

وما تجدر الإشارة إليه أنه في كلتا الحالتين، إذا كان الطلب غير دقيقا أو لا يتضمن جميع العناصر التي تسمح للمسؤول عن المعالجة بأن يباشر العمليات المطلوبة منه، فإن هذا الأخير يدعو مقدم الطلب لأن يزوده بها قبل انتهاء الأجل المحدد في المادة 7 من قانون 09.08⁹.

¹ - بولين أنطونينوس أيوب، مرجع سابق، ص: 472.

² - نعيم مغيب، مخاطر المعلوماتية والأنترن-المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها- دراسة في القانون المقارن، طبعة 1998، ص: 251.

³ - العربي جنان، معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي -الحماية القانونية في التشريع المغربي والمقارن (قانون رقم 08.09)- الكتاب الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات-مراكش-، طبعة 2010، ص: 71 و72.

⁴ - من المعلوم أن التفويت هو الإيصال، ومن ثم فالمفوت هو الشخص الذي يقوم بكشف المعطيات أو يتولى مهمة الإعلام بها للغير، والمفوت إليه هو الشخص الذي يطلع عليها أو يتوصل بها، وقد يكون هو المرسل إليه المشار إليه في الفقرة الثامنة من المادة الأولى.

⁵ - المادة 4 من قانون 09.08.

⁶ - تعرف الفقرة 9 من المادة 1 رضى الشخص المعني بأنه "كل تعبير عن الإرادة الحرة والمميزة وعن علم يقبل بموجبه الشخص المعني معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به:".

⁷ - المادة 35 و36 من المرسوم.

⁸ - الفقرة 1 من المادة 36 من المرسوم.

⁹ - المادة 37 من المرسوم.

رابعاً: الحق في التصحيح¹

يرتبط حق التصحيح بشكل كبير مع الحق في الولوج، إذ أن ممارسة الحق الأول يتطلب في أغلب الأحيان الإعتماد على الحق الثاني.

و قد نص المشرع المغربي على الحق في التصحيح في المادة الثامنة من قانون 09.08، هذا الأخير

يعتبر من الضمانات الوقائية والأساسية والهامة لحماية الحياة الخاصة في مواجهة نظم المعلومات الشخصية، وذلك بإعطاء الشخص الحق في تصحيح البيانات الخاطئة وغير الدقيقة²، التي قد تؤثر سلباً على حقوق وسمعة الشخص المعني بها، وبالتالي وحسب ما نص عليه المشرع المغربي، فإنه في هذه الحالات وغيرها يتولد لهذا الأخير الحق في مطالبة المسؤول عن المعالجة، بأن يباشر "تحيين"، أو "تصحيح"، أو "مسح"، أو "إغلاق الولوج"، إلى المعطيات ذات الطابع الشخصي³.

وبالنسبة لإجراءات التصحيح فإنها لا تختلف كثيراً عن إجراءات الولوج، خصوصاً في ما يتعلق بالإجراءات المشتركة المنصوص عليهم في المواد 35 إلى 37 من المرسوم التطبيقي، وعليه يمكن التمييز بين طريقتين لتقديم طلب التصحيح، وذلك إما بطلب كتابي أو إلكتروني أو أن يتم ذلك في عين المكان. وأخيراً فإن المشرع المغربي قيد حق التصحيح بعدة عدة قيود منها المعالجات المتعلقة بأمن الدولة، والمعالجات التي تقوم بها مصالح الاستعلامات العامة كما نص عليه المشرع الفرنسي، والتوجيه الأوروبي.

¹ - تنص المادة الثامنة على مايلي:

يحق للشخص المعني بعد الإدلاء بما يثبت هويته أن يحصل من لدن المسؤول عن المعالجة على ما يلي:
(أ) تحيين أو تصحيح أو مسح أو إغلاق الولوج إلى المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تكون معالجتها غير مطابقة بهذا القانون ولا سيما بسبب الطابع غير المكتمل أو غير الصحيح لتلك المعطيات؛ ويلزم المسؤول عن المعالجة بالقيام بالتصحيجات اللازمة دون عوض لفائدة الطالب داخل أجل عشرة (10) أيام كاملة.

في حالة الرفض أو عدم الإستجابة للطلب داخل الأجل المذكور، يحق للمعني بالأمر إيداع طلب تصحيح لدى اللجنة الوطنية، التي تكلف أحد أعضائها للقيام بكل التحقيقات التي ترى فائدة فيها والعمل على إجراء التصحيجات اللازمة في أقرب الأجل. ويجب إبقاء المعني بالأمر على إطلاع بالمآل المخصص لطلبه.

(ب) تبليغ الأغير الذين أوصلت إليهم المعطيات ذات الطابع الشخصي بكل تحيين أو تصحيح أو مسح أو إغلاق للولوج إليها تم بناء على البند (أ) أعلاه ما لم يتعذر ذلك.

² - أنظر كل من عمرو أحمد حبسو، مرجع سابق، ص: 146/ نعيم مغيب، مرجع سابق، ص: 250/ وبولين أنطونيويس أيوب، مرجع سابق، ص: 477.

³ - العربي جنان، مرجع سابق، ص: 72.

خامسا: الحق في التعرض¹

يتخذ الحق في التعرض صورتين:

1- حق التعرض المشروط

يخول الحق في التعرض صاحبه الإدلاء به في أي وقت منذ مرحلة تجميع المعطيات الشخصي، وكذا باقي المراحل الأخرى من المعالجة، بل وحتى بعد المعالجة، وسواء كان التعرض كليا يشمل كافة عمليات المعالجة أو جزئيا يقتصر على جانب منها فقط، ويتم ذلك عن طريق سحب موافقته السابقة عليها².

وهو ما وضعه المشرع في المادة 43 و44 من المرسوم التطبيقي، عندما نص على أنه في حالة جمع المعطيات الشخصية، فإن المسؤول عن المعالجة يسأل هذا الأخير، من خلال الوثيقة التي يستعملها كدعامة لجمع المعطيات، عما إذا كان يرغب في ممارسة حق التعرض المشار إليه في المادة 9 من القانون رقم 09.08 السالف الذكر³.

2- حق التعرض غير المشروط

وهو ما يمكن تمثيله بالاستقراء التجاري. أي الخطابات الترويجية للسلع والخدمات، وهي عملية إشهار تجارية محضة، يلجأ إليها التجار سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو معنويين مستغلين قواعد بيانات متوفرة في الغالب لدى خادم الاتصالات عن زبائنه، تشمل عناوينهم، وأرقام هواتفهم، لاسيما المحمولة منه، وأرقام الفاكس، والتيليكس، والعنوان الإلكتروني IP، لتوجيه رسائل ذات مضامين تجارية إشهارية إلى فئات مختلفة من الأشخاص، وهكذا يجد هؤلاء الأشخاص أنفسهم مضطرين لاستقبال رسائل إشهارية غير مرغوب فيها، لاسيما إذا روجت لخدمات مشبوهة تشوش باستمرار على المواطنين دون سابق

¹ - تنص المادة التاسعة على مايلي:

يحق للشخص المعني، بعد تقديم ما يثبت هويته، أن يتعرض لأسباب مشروعة على القيام بمعالجة معطيات تخصه . وله الحق في التعرض دون مصاريف على استعمال المعطيات المتعلقة به لأغراض الاستقراءات ولا سيما التجارية منها من لدن المسؤول الحالي عن المعالجة أو مسؤول عن معالجة لاحقة .

لا تطبق أحكام الفقرة الأولى إذا كانت المعالجة تستجيب للالتزام قانوني أو إذا كان تطبيق هذه الأحكام قد صرف عنه النظر بموجب مقتضى صريح في المحرر الذي يأذن بالمعالجة .

² - يونس تلمساني، الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي - في القانون المغربي والمقارن - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص،

جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والإجتماعية - مراكش، السنة الجامعية 2008-2009، ص:71.

³ - المادة 43 من المرسوم التطبيقي.

إذن¹. وبالتالي مهما كان السبب أو حتى إذا لم يكن هناك سبب بالمرّة، يحق للشخص المعني أن يتعرض على المعالجة الاستقرائية دون أداء مصاريف على تعرضه² طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 10 من القانون 09.08.

الفقرة الثانية: التزامات المسؤول عن المعالجة

في مقابل الحقوق السالفة الذكر، ألقى المشرع المغربي على المسؤول عن المعالجة بمجموعة من الالتزامات، ويتعلق الأمر إما بضرورة الحصول على الإذن المسبق (أولاً) أو الالتزام بالتصريح المسبق (ثانياً)، بالإضافة إلى الالتزام بسرية المعالجات وسلامتها (ثالثاً).

أولاً: الحصول على الإذن المسبق

أشار المشرع إلى عدة معطيات شخصية تحتاج إلى الإذن المقرر بمقتضى القانون أو إذن صادر اللجنة الوطنية، من أجل معالجتها من طرف مسؤولي المعالجة.

أ- الإذن المقرر بمقتضى القانون

وهي الحالات التي حددها المشرع من خلال المادة 12 فيما يلي :

- 1- **المعطيات الحساسة:** التي تبين الأصل الجنسي أو العرقي، أو الآراء السياسية، أو القناعات الدينية أو الفلسفية، أو الانتماء النقابي للشخص المعني، أو تكون متعلقة بصحته بما في ذلك المعطيات الجينية. والتي نص عليها المشرع من خلال المادة 3/1 من القانون 09.08
- 2- **استعمال المعطيات الشخصية لغايات أخرى:** ويحتاج هذا الاستعمال إلى الحصول على الإذن المسبق من اللجنة الوطنية، ويدخل في هذا الإطار الإذن الذي تمنحه اللجنة الوطنية من أجل معالجة لاحقة للمعطيات الشخصية لأغراض تاريخية أو إحصائية أو علمية³.
- 3- **المعطيات الجينية:**⁴ وهي المعلومات المتعلقة بخصائص الشخصية الوراثية التي يتم الحصول عليها من خلال تحليل الأحماض النووية، أو غير ذلك من التحاليل العلمية¹.

¹ - ترد الاستقرارات المباشرة عبر الهاتف المحمول وهي تروج لخدمات في الملاهي والعلب الليلية وغيرها دون مراعاة ماقد تحدته من مضايقة وأثر نفسي سيئ لدى المستقبل، وباعت الرسالة هدفة المزيد من الريح غير واع بما ينتج عنها من مشاكل عائلية واجتماعية لغيره.

² - العدي جنان، مرجع سابق، ص: 73 و74.

³ - يونس تلمساني، مرجع سابق، ص: 86.

⁴ - الجين (Gene) هو الوحدة الوراثية الأبسط في الخلايا الحية التي تحمل على أحد زوجي الكروموزومات (Chromosome) المؤلفة من الحمض النووي (DNA) // للتوسع أكثر راجع، همام الهنسي، الخوارزميات الجينية (Genetic Algorithms)، جامعة ديالي، كلية التربية للعلوم الصرفة، العراق، على

الرابط التالي: (<http://www.puresci.uodiyala.edu.iq>)، تاريخ الزيارة: 07/2020.

- 4- المعطيات المتعلقة بالمخالفات والإدانات والتدابير الوقائية: والتي تهدف إلى منع المعالجة بطريقة عشوائية وسرية، وهو ما نصت عليه المادة 49 من القانون 09.08.
- 5- المعطيات التي تتضمن رقم بطاقة التعريف الوطنية: والتي تعتبر من أهم المعالجات التي تتم على المعطيات الإسمية على الإطلاق²، والذي يمنح لكن مواطن مغربي يبلغ من العمر 18 سنة ميلادية كاملة.
- 6- الربط البيئي ما بين الملفات: وهو شكل من أشكال المعالجة يتمثل في ربط صلة ما بين معطيات أحد الملفات مع معطيات ملف أو عدة ملفات، يمسكها مسؤول أو مسؤولون آخرون، أو يمسكها نفس المسؤول ولكن لأغراض أخرى³.
- ب- الإذن الصادر عن اللجنة الوطنية التي تلعب دورا كبيرا في مراقبة وحراسة حقوق الأفراد⁴، وقد تم إحداث هذه اللجنة بمقتضى المادة 27 من قانون 09.08. وقد حدد المشرع كيفية تشكيلها ورسم اختصاصتها وصلاحياتها.
- وتختص اللجنة، التي حددتها المواد من 27 إلى 31 من قانون 09.08، من بينها: الإدلاء برأيها أمام البرلمان والحكومة بشأن مشاريع أو مقترحات القوانين، والقيام بمهمة تلقي التصاريح، وضمان مسك السجل الوطني لحماية المعطيات، وتلقي الشكايات، والإذن بنقل المعطيات، وسلطة الأمر بالإغلاق على المعطيات أو محوها أو إتلافها أو منع معالجتها بصفة مؤقتة أو دائمة، وإخبار العموم والأشخاص المعنيين بحقوقهم والتزاماتهم التي ينص عليها قانون 09.08. وغيرها من الإختصاصات والصلاحيات التي خولها المشرع المغربي للجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية⁵.
- كما أعطى المشرع للجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية صلاحية منح الإذن أو رفضه في

¹ - حمد بن عبد الله السويلم، انعكاسات استخدام المادة الوراثية وتأثيرها المحتملة على الأمن الوطني، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى 2011، ص: 168. الكتاب متاح على شبكة الأنترنت على الرابط التالي: (<http://www.nauss.edu.sa/>)، تاريخ الزيارة: 2020/07.

² - عبد الكريم غالي، من أجل حماية قانونية للمعطيات الشخصية: على هامش إعداد بطاقة التعريف الإلكترونية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمفاوضات، العدد 13 أكتوبر 2007، ص: 43.

³ - البند 11 من المادة 1 من القانون 09.08.

⁴ - Slah KHALED, op.cit, page :43.

⁵ - الموقع الرسمي للجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية: (www.cndp.ma)

الحالات التي لم يرد في شأنها نص قانوني¹. غير أن هذه الصلاحية ليست مطلقة وإنما مجال تطبيقها محددة في الحالات التالية:²

- المعالجة الضرورية لحماية المصالح الحيوية للشخص المعني نفسه أو لغيره.
- عندما يكون الشخص في حالة عجز بدني أو قانوني عن التعبير عن موافقته.

الفقرة الثانية: التصريح المسبق

انطلاقاً من المادة 12 من قانون 09.08، فإنه في غير الحالات الحصرية التي يستلزم فيها المشرع إذناً مسبقاً، فإنه في الحالات الأخرى تخضع فقط لتصريح في شأنها إلى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية قبل مباشرتها³.

والغاية من هذا التصريح هو تمكين اللجنة الوطنية من ممارسة الاختصاصات المخولة لها، قصد مراقبة أحكامه والتأكد من إشهار معالجة المعطيات الشخصية⁴. وهو واجب في كل معالجة، وذلك قبل إنجاز معالجة آلية كاملة أو جزئية أو مجموعة من المعالجات التي لها غاية واحدة أو غايات مرتبطة⁵.

ويمكن التمييز في هذا الصدد بين ثلاثة أنواع من التصريحات المسبقة وهي :

- **التصريح العادي:** وهو الصنف العادي من التصريحات، والذي يشكل القاعدة ويلزم أن يتضمن هذا التصريح البيانات الإلزامية المشار إليها في المادة 15 من قانون 09.08⁶.

¹ - البند الأول من المادة 21 من قانون 09.08.

² - البند الثالث من المادة 21 من قانون 09.08.

³ - أنظر الحميد أخريف، عقود الإستهلاك: البيع في الوطن - التعاقد عن بعد- العقد الإلكتروني، مطبعة أميمة - فاس، الطبعة 2006، ص: 106.

⁴ - المادة 13 من قانون 09.08.

⁵ - المادة 14 من قانون 09.08.

⁶ - تنص المادة 15 من قانون 08.09 على أنه : " يجب أن يتضمن التصريح المشار إليه في المادة 12 أعلاه ما يلي :

(أ) اسم وعنوان المسؤول عن المعالجة وعند الاقتضاء اسم وعنوان ممثله ؛

(ب) تسمية المعالجة المعتمدة وخصائصها والغاية أو الغايات المقصودة منها ؛

(ج) وصف فئة أو فئات الأشخاص المعنيين والمعطيات أو فئات المعطيات المتعلقة بهم ؛

(د) المرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم الذين قد توصل إليهم المعطيات ؛

(هـ) تحويلات المعطيات المعتمز إرسالها إلى دول أجنبية ؛

(و) مدة الاحتفاظ بالمعلومات ؛

(ز) المصلحة التي يمكن للشخص المعني عند الاقتضاء أن يمارس لديها الحقوق المخولة له بمقتضى أحكام هذا القانون وكذا الإجراءات المتخذة لتسهيل ممارسة هذه الحقوق ؛

(ح) وصف عام يمكن من تقييم أولي لمدى ملاءمة التدابير المتخذة من أجل ضمان سرية وأمن المعالجة تطبيقاً للمادتين 23 و 24 أدناه ؛

(ط) المقابلة أو الربط البيئي أو جميع أشكال التقريب الأخرى بين المعطيات، وكذا تفويتها أو إسنادها إلى الغير كمعالجة من الباطن، تحت أي شكل من الأشكال سواء مجاناً أو بمقابل."

- التصريح المتعلق بالمعالجات التي لا تلحق ضررا بالحقوق والحريات: وقد نص عليه المشرع في

المادة 16 من قانون 09.08.

- التصريح المبسط: نص عليه المشرع في المادة 17 من قانون 09.08 وخصه ببعض المعالجات التي

تتم بطرق غير آلية.

ثالثا: الالتزام بسلامة المعالجات والسرا المهي

أ-الالتزام بسلامة المعالجات

يعتبر مسؤولا كل شخص أنجز أو أمر بإنجاز معالجة لمعطيات شخصية، والذي يجب أن يلتزم

لحكم المادة 23 من القانون تجاه الأشخاص المعنية باتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية لحماية تلك

المعطيات، من التحريف أو الإتلاف والضياع العرضي أو العمدي، ومن النقل غير المؤذون به للغير، ومن

النشر والولوج غير المرخص بهما، خصوصا عندما تستوجب المعالجة إرسال معطيات عبر شبكة معينة

وكل أشكال المعالجة غير المشروعة¹.

ومن أجل المحافظة على المعطيات الشخصية للمعنيين بالأمر من قبل المسؤولين عن المعالجة،

فإنه كان من الضروري اتخاذ تدابير تقنية تتمثل في عدة أوجه من بينها التشفير²، والترميز للحماية من

الولوج في ما يتعلق بمحاولات الاختراق والتجسس على المعطيات، أو العمل على صد الفيروسات مثلا عن

طريق الجدار الناري إذا كانت المعالجة تستوجب نقل المعطيات عبر الأنترنت، وأخرى تنظيمية من بينها

حماية الولوج والخروج إلى الأماكن المخصصة للمعالجة، أو في ما يتعلق بتكوين ومراقبة الأجراء هذا

بالإضافة إلى الاحتياط في مواجهة الحرائق والسرقات وغيرها من الحوادث³.

¹- ورد نفس هذا المقترض في المادة 29 التي تتممها المادة 45 من القانون الفرنسي 17.78.

²- من بين البرامج المشهورة في التشفير نجد برنامج Best Crypt و Fine Crypt، للمزيد حول هذا الموضوع، راجع: خالد بن سليمان الغنير، محمد بن عبد

الله الفحطاني، أمن المعلومات -بلغة مبسرة-، الطبعة الأولى 2009، ص: 108 إلى 117.

³- André lucas, Jean deveze, et Jean frayssinet, op.cit, p :163-164.

ب- الالتزام بالسرية

يقصد بالسر كل ما يعرفه الأمين أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنة، وكان في إفشائه ضرر لشخص أو لعائلة، إما لطبيعته أو بحكم الظروف التي تحيط به¹.

كما أنّ الالتزام بكتمان أسرار الغير واجب خلقي تقتضيه مبادئ الشرف والأمانة، حيث تكمن أهمية السر في اتصاله اللصيق بالحياة الخاصة للفرد، فهو يمثل جانبا من أهم جوانب الحرية الشخصية والأصل أن للفرد الحق في الاحتفاظ بأسراره في مكنونات ضميره وله إن شاء أن يدلي بها أو ببعضها إلى من يثق به، هنا يتوجب على المعهود له بالسر أن يكتمه، لان حفظ السر ميزة من المزايا الاجتماعية، لا تلبث أن تنقلب واجبا أخلاقيا هاما، عندما يقبل الشخص معرفة أسرار غيره.

وتطبيقا لذلك، فلا يكفي لتوفير الطمأنينة للشخص المعني بالمعطيات الشخصية في المحافظة على أسرار حياته الشخصية، بل يتوجب أن تلتزم الجهة القائمة على نظام المعلومات بسرية البيانات والمعلومات المعالجة المخترنة في النظام، وبالتالي فإن الإلتزام بالسرية من قبل الجهة القائمة على نظام المعلومات يعد من الضمانات الوقائية لحماية الحياة الخاصة في مواجهة نظم المعلومات الشخصية². وهو ما نصت المادة 26 من القانون 09.08.

المبحث الثاني: الجرائم الخاصة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية

عمل المشرع المغربي إلى إصدار كل من القانون 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، لتنظيم مسألة حماية الحياة الخاصة من مخاطر المعلوماتية، التي تنتج عن المسؤولين عن المعالجة، وقانون 03.07 المتمم للقانون الجنائي والمتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، هذا الأخير الذي يحمي أي مس بالمعطيات الشخصية من قبل الأغيار.

وانطلاقا من قانون 09.08 المتعلق بحماية البيانات الشخصية، يتضح أنه قام بتجريم الأفعال التي تمس معالجة المعطيات الشخصية، سواء أكانت هذه المعالجة بطريقة إلكترونية أو يدوية، والتي تحتم على المسؤولين على المحافظة عليها واحترام قواعدها الموضوعية والشكلية، غير أن هؤلاء قد يتجاوزون حدهم ويتعسفون في استعمال هذه المعطيات، مما عمل المشرع المغربي بتجريم هذه الأفعال.

¹ - محمد الشهاوي، شرح قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003، دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى 2010، ص: 315.
² - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية-، الطبعة الأولى 2006، ص: 86.

ومنه سنعالج في هذا المبحث صور الاعتداء التي تمس المعطيات الشخصية في البيئة الرقمية وتجريمها (المطلب الأول)، من خلال إثارة المسؤولية الجنائية لمرتكب هذا النوع من الجرائم، والتي تتطلب قواعد مسطرية من أجل إحالته إلى القضاء وإدانتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية الجنائية الموضوعية للمعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية
لما كانت بنوك المعلومات المرتبطة بالتقدم العلمي في عصر التكنولوجيا مدعاة للانتهاكات وعرضة للاعتداءات، من خلال التلاعب بالبيانات الشخصية بشتى الصور¹، عمل المشرع على تجريمها، سواء أكانت هذه الأفعال صادرة عن المسؤولين عن المعالجة (الفقرة الأولى) أو من الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صور الجرائم المرتكبة من طرف المسؤولين عن المعالجة
لكي نقوم بالإحاطة بصور الجرائم المنصوص عليها في قانون 09.08 المرتكبة من طرف المسؤولين عن المعالجة²، سنعمل على دراسة الجرائم الماسة بالقواعد الموضوعية للمعالجة (أولا) والجرائم الماسة بالقواعد الشكلية للمعالجة وعدم التعاون مع اللجنة الوطنية (ثانيا).

أولا: الجرائم الماسة بالقواعد الموضوعية للمعالجة

سأعالج صور هذه الجرائم وفق النقاط التالية:

أ- جريمة المعالجة دون رضی الشخص المعني

انطلاقا من المادة 56³، والفقرة الأولى من المادة 57⁴، فإنه يتضح أن المشرع جرم المعالجة التي تكون بدون رضی الشخص المعني بالمعطيات، غير أن هذا الرضى لا يكون مطلوبا في بعض الحالات حسب ما جاءت به المادة 4 من الفقرة الثالثة⁵.

¹ - FARID BOUGHUETTAYA, LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES EN DROIT COMMUNAUTAIRE, MEMOIR POUR OBTENIR LE GRADE DE MAGISTER, DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L' HOMME, UNIVERSITE DE MONTPELLIER I, FACULTE DE DROIT, 2006, PAGE: 6.

² - حاول بعض الفقه تصنيف الجرائم ضمن فئات أربعة، أولها الجرائم الماسة بالحق في الحياة الشخصية من الناحية الموضوعية، وثانها الجرائم المنطوية على مخالفة القواعد الإجرائية المنظمة لمباشرة أنشطة المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، وثالثها الجرائم الماسة بحق الفرد في الإحاطة بالبيانات المتعلقة به، ورابعا وأخيرا، إهمال الإجراءات الأمنية/ أنظر أنطونينوس بولين أيوب، مرجع سابق، ص: 388.

³ - تنص المادة 56 من قانون 09.08 على أنه "يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي خرقا لأحكام المادة 4 أعلاه".

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 57: يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 درهم إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام، دون الموافقة الصريحة للأشخاص المعنيين، بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي تبين بشكل مباشر أو غير مباشر الأصول العرقية أو الإثنية، أو الإراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية، أو الانتماءات النقيابية للأشخاص المعنيين أو المتعلقة بصحة هؤلاء.

⁵ - المادة 4 من الفقرة 3 تنص على أن "الرضى لا يكون مطلوبا إذا كانت المعالجة ضرورية:

أ) لاحترام التزام قانوني يخضع له الشخص المعني أو المسؤول عن المعالجة:

وفيما يتعلق بالركن المعنوي، فإنه يلزم في جريمة المعالجة دون رضی الشخص المعني وجود القصد لدى الجاني وذلك بعنصره العلم والإرادة، على اعتبار أن هذه الجريمة عمدية لا تقوم بمجرد الخطأ، ويتحقق ذلك إذا كان الشخص عالماً بأنه يقوم بفعل يشكل معالجة للمعطيات الشخصية، وأن هذه المعالجة يجريها دون رضی مسبق للشخص المعني. ويكفي في هذه الجريمة القصد الجنائي العام، إذ لا تتوقف على تحقق قصد الجنائي الخاص.

وانطلاقاً من المادة 56 من قانون 09.08 فإنه يعاقب كل من ارتكب جريمة المعالجة دون رضی الشخص المعني، بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، حيث تملك المحكمة إمكانية الحكم إما بالحبس لوحده أو بالغرامة فقط أو هما معاً.

ويلاحظ أن المشرع المغربي قد شدد العقوبة إذا تعلق الأمر بمعطيات حساسة حسب المادة 57، وذلك بعقوبة تعد من بين أقصى العقوبات التي جاء بها قانون 09.08. ونشير في الأخير أنه في حالة تعدد الفاعلين فإن المحكمة تحكم عليهم بتأدية الغرامة بشكل تضامني فيما بينهم.

ب- جريمة الاعتداء على حقوق الشخص المعني

يتضح من خلال المادتين 53¹ و59² من القانون 09.08، أن جريمة الاعتداء على حقوق الشخص المعني، تتحقق حسب المادة 53، "برفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض" من طرف المسؤول عن المعالجة والتي تعتبر من الحقوق التي حولها المشرع للمعني بالمعطيات حسب المواد 7 و8 و9 من قانون 09.08، أو "إجراء المعالجة رغم تعرض الشخص المعني" حسب ما جاءت به المادة 59، والذي يجب أن

ب) لتنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفاً فيه أو لتنفيذ إجراءات سابقة للعقد تتخذ بطلب من الشخص المذكور؛
ج) للحفاظ على المصالح الحيوية للشخص المعني إذا كان من الناحية البدنية أو القانونية غير قادر على التعبير عن رضاه؛
د) لتنفيذ مهمة تدخل ضمن المصالح العام أو ضمن ممارسة السلطة العمومية التي يتولاها المسؤول عن المعالجة أو أحد الأفيار الذي يتم إطلاعه على المعطيات؛

هـ) لإنجاز مصلحة مشروعة يتوخاها المسؤول عن المعالجة أو المرسل إليه مع مراعاة عدم تجاهل مصلحة الشخص المعني أو حقوقه وحرياته الأساسية.."

¹ - المادة 53: يعاقب بغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم عن كل مخالفة كل مسؤول عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي برفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض المنصوص عليها في المواد 7 و8 و9 أعلاه.

² - المادة 59: يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي تهم شخصاً ذاتياً رغم تعرضه، إذا كان هذا التعرض مبنياً على أسباب مشروعة أو إذا كان الغرض من المعالجة القيام بأعمال الاستقراء لا سيما التجاري، على نحو ما هو منصوص عليه في المادة 9 من هذا القانون أو عبر وسائل إلكترونية وفق المادة 10 من هذا القانون.

يكون مبنيا على أسباب مشروعة، وأن يكون التعرض منصبا على معالجة مجرات من أجل القيام بأعمال الاستقراء وإلا أثرت المسؤولية¹.

أما في ما يخص الركن المعنوي فيلزم لقيام جريمة الاعتداء على حقوق المعني، أن يتوافر لدى المسؤول عن المعالجة قصد لارتكابها، باعتبار أنها جريمة عمدية، ويتحقق القصد العمدي لدى الجاني بعلمه أنه يرتكب أفعال تشكل رفضا للحق في الولوج، أو الحق في التصحيح، أو الحق في التعرض، أو أنها تشكل معالجة لمعطيات شخصية متعلقة بالشخص الذاتي رغم تعرضه المبني على أسباب مشروعة أو المنصب على المعالجة التي يجريها الجاني من أجل القيام بأعمال الاستقراء، أو عبر استعمال وسائل إلكترونية، كما يلزم أن تكون لدى الجاني الإرادة للقيام بهذه الأفعال دون غيرها. وأن تكون لديه النية للقيام بعمليات الاستقراء حتى يمكن اعتبار معالجته قد أجريت رغم تعرض الشخص المعني، ومن تم تحقق جريمة الاعتداء على حقوق هذا الأخير.

ولقد أوجد المشرع المغربي لهذه الجريمة عقوبتين مختلفتين، حيث عاقب في المادة 53 على الفعل المكون لرفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض، بعقوبة جد مخففة تتمثل في الغرامة فقط، والتي تتراوح قيمتها بين 20.000 درهم و200.000 درهم.

وفيما يخص الفعل المكون لمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بشخص ذاتي رغم تعرضه، فقد تشدد المشرع في عقوبته، حيث عاقب عنه بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

ج- الجرائم المتعلقة بتسيير المعطيات الشخصية

من الجرائم التي يرتكبها المسؤولون عن المعالجة، هو ما يتعلق بتسيير المعطيات الشخصية، وذلك عن طريق الجرائم التالية:

1- جريمة الجمع والتخزين والمعالجة غير المشروع للبيانات الشخصية

تتوفر هذه الجريمة على عدة عناصر وهي :

- جمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة¹، إذ تحظر جمع البيانات دون سبب مشروع أو بأية وسيلة غير مشروعة، كالتدليس أو الغش أو التصنت على الهاتف أو اعتراض وتفريغ الرسائل المتبادلة عن طريق البريد الإلكتروني، وغيرها من وسائل

¹ - المادة 59 من قانون 09.08.

التجميع غير المشروعة².

- المعالجة غير المشروعة³ من طرف المسؤولين عن المعالجة، وذلك بتناقها مع الغايات المحددة والمعلنة والمشروعة التي تم ذكرها في التصريح المقدم إلى اللجنة الوطنية، أو تم إيرادها في الإذن الممنوح من قبل هذه الأخيرة بناء على طلب المسؤول عن المعالجة.
- حفظ المعطيات الشخصية لمدة تزيد عن المدة القانونية، حسب ما جاءت به المادة 55 من قانون 09.08.

أما فيما يتعلق بالركن المعنوي لهذه الجريمة، فإنه يتخذ صورة القصد الذي يقوم على عنصري العلم والإرادة، حيث يجب أن يعلم بأن الأفعال التي يأتها تشكل جمعا لمعطيات شخصية غير مشروعة، أو أنها إنجاز لمعالجة تتنافى مع الأغراض المصرح بها أو المرخص لها. أو القيام بالاحتفاظ بمعطيات ذات طابع شخصي لمدة تزيد عن المدة القانونية.

والقصد الجرمي في هذه الجريمة ينحصر بالقصد العام ولا يتطلب قصدا خاصا، ولا عبء بالبواعث التي دفعت الجاني لارتكاب فعله⁴.

ولقد عاقب المشرع على هذه الجريمة بعقوبة أصلية فقط، تتحدد في الحبس أو الغرامة أو هما معا، وانطلاقا من المادتين 54 و55، فإنه يعاقب عن الأفعال السالفة الذكر والمكونة لجريمة المعالجة غير المشروعة بعقوبة الحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم، أو بأحدى هاتين العقوبتين فقط.

2- جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات

من خلال كل من المادة 60¹ والمادة 61²، تتحقق جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات الشخصية بتوافر الركن المادي الذي قد ينتج بسبب فعل "التسبب أو تسهيل في الاستعمال التعسفي أو

¹ - إذا استقر الفقه حاليا والاجتهاد القضائي على أن هذه الجريمة تتحقق بمجرد جمع المعطيات بطريقة غير مشروعة، فإن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 3 نوفمبر 1987 اعتبرت أنه لا يكفي لقيام هذه الجريمة جمع المعطيات بطريقة غير مشروعة، ولكن يلزم كذلك أن يتم تسجيل أو حفظ هذه المعطيات في ملف سواء كان آليا أو يدويا. غير أنها تراجعت عن هذا الأمر بتاريخ 14 مارس 2006 واعتبرت الجمع غير التزبه للمعطيات الإسمية يكون متحققا ولو دون تسجيلها في ملف. وبذلك بتضح أن محكمة النقض الفرنسية استقرت أخيرا على كون أنه يمكن أن تتحقق الجريمة بمجرد جمع المعطيات بطريقة غير مشروعة. وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي أيضا في المادة 54. / أنظر يونس التلمساني، مرجع سابق، ص: 99.

² - بولين أنطونيوس أيوب، مرجع سابق، ص: 395.

³ - المادة 54 من قانون 09.08.

⁴ - أنظر بولين أنطونيوس أيوب، مرجع سابق، ص: 401

التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستعملة"، وذلك من قبل المسؤول عن المعالجة³، أو المعالج من الباطن⁴، أو الشخص بحكم مهامه بمعالجة المعطيات الشخصية⁵. وذلك بمحو المعلومات وتدميرها إلكترونيا، أو أن يتم تشويهاها أو تعديل طرق معالجتها ووسائل انتقالها⁶.

كما أن الاستعمال غير المشروع للمعطيات الشخصية حسب المادة 61 السالفة الذكر، تنشأ أيضا عن طريق "إيصالها لأغيار غير مؤهلين" من خلال إفشاء المعطيات الشخصية، خصوصا وأن المعطيات الشخصية أصبحت كسلعة اقتصادية يتم الاتجار بها بطرق غير مشروعة، خصوصا مع التطور التكنولوجي⁷.

والمقصود بفعل الإفشاء، هو نقل البيانات الشخصية من قبل المسيطر عليها بمناسبة معالجتها أو حفظها أو نقلها إلى شخص أو جهة غير مختصة بتلقي هذه البيانات⁸.

كما أن جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات، قد ترتكب عن طريق "نقل المعطيات إلى بلد أجنبي لا يتوفر على حماية كافية للمعطيات الشخصية"، وذلك حسب المادة 60 من قانون 09.08، غير أن المسؤول عن المعالجة يمكن له نقلها في حال الموافقة الصريحة للشخص الذي تخصه المعطيات، أو في حالات أخرى نص عليها المشرع في المادة 44⁹.

¹ - تنص المادة 60 من قانون 09.08 على أنه "يعاقب بالجس من 3 أشهر على سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من نقل معطيات ذات طابع شخصي نحو دولة أجنبية خرقا لأحكام المادتين 43 و44 من هذا القانون".

² - تنص المادة 61 من قانون 09.08 على أنه "يعاقب بالجس من 6 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مسؤول عن معالجة وكل معالج من الباطن وكل شخص بالنظر إلى مهامه مكلف بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي، يتسبب أو يسهل، ولو بفعل الإهمال، الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستلمة، أو يوصلها لأغيار غير مؤهلين".

زيادة على ذلك، يمكن للمحكمة أن تقضي بحجز المعدات المستعملة في ارتكاب هذه المخالفة، وكذا يسمح كل المعطيات ذات الطابع الشخصي موضوع المعالجة التي أدت إلى ارتكاب المخالفة، أو جزء منها.

³ - عرفت المادة 5/1 المسؤول عن المعالجة بأنه "الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أية هيئة تقوم، سواء بمفردها أو باشتراك مع آخرين، بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ووسائلها...".

⁴ - عرفت المادة 6/5 المعالج من الباطن بأنه "الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أية هيئة أخرى تعالج المعطيات ذات الطابع الشخصي لحساب المسؤول عن المعالجة".

⁵ - الشخص المكلف بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بحكم مهامه هو كل شخص يتدخل في عملية المعالجة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر دون أن يتعلق الأمر بمسؤول عن المعالجة أو المعالج من الباطن، مثل موظفي المصالح التي تقوم بمعالجة المعطيات الشخصية، والذين يخضعون للسلطة المباشرة للمسؤول عن المعالجة وللمعالج من الباطن.

⁶ - أنطونينوس بولين أوب، مرجع سابق، ص: 426.

⁷ - Farid BOUGUETTAYA, op.cit, p: 23.

⁸ - مرجع سابق، ص: 401.

⁹ - إستثناء من أحكام المادة 43 أعلاه، يمكن للمسؤول عن المعالجة نقل معطيات ذات طابع شخصي نحو دولة لا تتوفر فيها الشروط التي تنص عليها المادة السابقة في حال الموافقة الصريحة للشخص الذي تخصه المعطيات، أو في حالة:

وأما فيما يخص الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيتضح من خلال المادة 60 أنها تتطلب القصد دون الخطأ، وذلك عن طريق علم الجاني بأنه ينقل المعطيات الشخصية إلى بلد أجنبي.

ولقد عاقب المشرع المغربي على جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات الشخصية وذلك في ما يتعلق بنقل المعطيات الشخصية إلى بلد أجنبي دون أن تتوفر لدى هذه الأخير ضمانات كافية لحماية المعطيات الشخصية حسب المادة 60، بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

وأما في ما يتعلق في الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات، أو نقلها إلى أشخاص غير مؤهلين، فالعقوبة المنصوص عليها حسب المادة 61 هي الحبس من 6 أشهر إلى سنة، وغرامة من 20.000 درهم إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

كما خولت المادة 2/61 من قانون 09.08 للمحكمة - إضافة إلى العقوبة الأصلية - إمكانية الحكم بعقوبة إضافية تتمثل في حجز المعدات المستعملة في ارتكاب الجريمة، وهي عقوبة ذات أهمية بالغة في سياق هذا النوع من الجرائم إذ يمكن أن نكون أمام حالات تستعمل فيها آلات ومعدات توظف بشكل غير مشروع في استعمال المعطيات الشخصية.

ثانياً: الجرائم الماسة بالقواعد الشكلية للمعالجة وعدم التعاون مع اللجنة الوطنية إضافة إلى الجرائم المتعلقة بالقواعد الموضوعية للمعالجة فإن المسؤولين عن المعالجة قد يعاقبون بالجرائم التالية:

1. إذا كان النقل ضرورياً:
 - أ) للمحافظة على حياة هذا الشخص؛
 - ب) للمحافظة على المصلحة العامة؛
 - ج) احتراماً للالتزامات تسمح بضمان إثبات حق أمام العدالة أو ممارسته أو الدفاع عنه؛
 - د) تنفيذاً لمقتضيات عقد بين المسؤول عن المعالجة والمعني أو لإجراءات سابقة على التعاقد متخذة بطلب من هذا الأخير؛
 - هـ) لإجرام أو تنفيذ عقد مبرم أو سيرم بين المسؤول عن المعالجة وأحد الأفيار، وذلك لمصلحة الشخص المعني؛
 - و) تنفيذاً لإجراء متعلق بتعاون قضائي دولي؛
 - ز) الوقاية من إصابات مرضية أو فحصها أو معالجتها.
2. إذا كان النقل يتم تنفيذاً لاتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف يكون المغرب عضواً فيه؛
3. بناء على إذن صريح ومعمل للجنة الوطنية وذلك إذا كانت المعالجة تضمن مستوى كاف من الحماية للحياة الشخصية وكذا للحريات والحقوق الأساسية للأشخاص، لا سيما بالنظر إلى بنود عقد أو نظام داخلي تخضع له.

أ- الجرائم المتعلقة بشكليات المعالجة

تأتي هذه الصور من الجرائم في إطار مخالفة القائمين بالمعالجة للقواعد الشكلية¹، وقد تم التنصيص عليها في كل من المادة 52² والمادة 58³ من قانون 09.08، والمتعلقة بالجرائم التالية:

1- جريمة المعالجة بدون تصريح أو بدون إذن مسبق

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بعدة عناصر وهي حسب المادة 52:

- إنجاز ملف المعطيات الشخصية بدون تصريح أو إذن، ويستلزم هذا العنصر سلوك إجرامي يتخذ شكل معالجة البيانات من أجل إنجاز ملف للمعطيات ذات الطابع الشخصي، وذلك بدون الحصول على إذن مسبق من طرف اللجنة الوطنية، أو عدم إيداع التصريح لدى اللجنة الوطنية.

- مواصلة المعالجة بعد سحبها، أي سحب كل من التصريح والإذن من طرف اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي⁴.

وأما في ما يخص الركن المعنوي لجريمة المعالجة دون تصريح أو إذن مسبق، فإن مجرد ارتكاب السلوك المادي المكون لها بإنشاء ملفات البيانات خفية يؤدي حتما إلى توقيع العقوبة⁵.

كما أن المشرع المغربي أفرد لهذه الجريمة عقوبة تتمثل في الغرامة فقط، والتي تتراوح قيمتها بين 10.000 درهم إلى 100.000 درهم.

2- جريمة عدم اتخاذ إجراءات حماية المعطيات

يظهر الركن المادي لهذه الجريمة عن طريق "القيام بالمعالجة المعطيات الشخصية دون إنجاز الإجراءات التي تهدف لحماية أمن المعطيات" والمنصوص عليها في المادتين 23 و24 من قانون 09.08. غير

¹ - بولين أنطونيوس أيوب، مرجع سابق، ص: 414.

² - المادة 52: دون المساس بالمسؤولية المدنية تجاه الأشخاص الذين تعرضوا لأضرار نتيجة هذه المخالفة، يعاقب بغرامة من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم كل من أنجز ملف معطيات ذات طابع شخصي دون التصريح بذلك أو الحصول على الإذن، المنصوص عليه في المادة 12 أعلاه، أو واصل نشاط معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي رغم سحب وصل التصريح أو الإذن.

³ - المادة 58: يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من قام أو عمل على القيام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي دون إنجاز الإجراءات الهادفة إلى حماية أمن المعطيات المنصوص عليها في المادتين 23 و24 أعلاه.

⁴ - وفقا لأحكام المادة 15/28 من قانون 09.08 فإنها تنص على أنه "تؤهل اللجنة الوطنية من أجل (...) القيام بسحب الوصل أو الإذن وفق أحكام المادة 51 من هذا القانون".

⁵ - أنظر كل من: بولين أنطونيوس أيوب، مرجع ساب، ص: 41/ محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية-القاهرة،

أنه لا يعتبر مرتكبا لجريمة عدم اتخاذ إجراءات الأمن، وذلك في الحالة التي يكون فيها قد حصل على إعفاء من اللجنة الوطنية، التي يمكنها أن تمنح هذا الإعفاء بالنظر إلى طبيعة الهيئة المسؤولة عن المعالجة ولنوع المعدات المستعملة لإجرائها، وذلك بشرط ضمان احترام حقوق وحرية وضمانات الأشخاص المعنيين¹.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيلاحظ تحقق هذه الجريمة بارتكابها عن طريق القصد أو بمجرد الإهمال أو عدم التبصر. دون اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لحماية أمن المعلومات.

ولقد عاقب عليها المشرع المغربي في المادة 58 من قانون 09.08، بعقوبة الحبس من 3 أشهر إلى سنة، وبغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

ب- جريمة الإمتناع عن التعاون مع اللجنة الوطنية

يتجلى الركن المادي لجريمة الإمتناع عن التعاون مع اللجنة الوطنية في عدة عناصر من بينها:²

- عرقلة ممارسة اللجنة الوطنية لمهامها في المراقبة، سواء أكانت هذه العرقلة عن طريق القيام بأفعال إيجابية، أو مجرد الامتناع عن القيام بعمل معين.

- رفض استقبال المراقبين وعدم السماح لهم بإنجاز تفويضهم سواء أكان هذا الرفض صريحا أو ضمنيا.

- رفض إرسال الوثائق أو المعلومات المطلوبة، إذ يمكن أن يتخذ هذا الرفض عدة أشكال كإرسال وثائق ناقصة، أو تحتوي على أخطاء عمدية، أو إرسالها بعد انتهاء الأجل المحددة من قبل اللجنة.

- رفض نقل الوثائق التي ينص عليها القانون،

- رفض تطبيق قرارات اللجنة الوطنية، سواء تعلق الأمر بالقرارات التي تتدخل عن طريقها اللجنة لضمان حقوق الأشخاص المعنيين، أو القرارات الصادرة عنها في إطار سلطات المراقبة التي تختص بها.³

أما الركن المعنوي لجريمة الامتناع عن التعاون مع اللجنة الوطنية فيتضح من خلال المادتين 62 و63 من قانون 09.08، أنه لا يتحقق إلا عن طريق القصد الجنائي العام، ويظهر ذلك من طبيعة الأفعال

¹ - المادة 24 من قانون 09.08.

² - للمادة 62 من قانون 09.08.

³ - للمادة 63 من قانون 09.08.

المعاقب عنها، والتي لا يمكن تصور ارتكابها عن طريق الخطأ، حيث يلزم أن يكون لدى الجاني القصد لارتكابها، وذلك من خلال علمه بكون الأفعال التي يرتكبها تعد عرقلة لممارسة اللجنة الوطنية لمهامها. ولقد أوجد المشرع المغربي لجريمة الامتناع عن التعاون مع اللجنة الوطنية عقوبتين مختلفتين، حيث عاقب في المادة 62 بعقوبة الحبس من 3 أشهر إلى 6 أشهر وبغرامة من 10.000 درهم إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، على عرقلة ممارسة اللجنة الوطنية لمهامها في المراقبة، أو رفض استقبال المراقبين وعدم السماح لهم بإنجاز تفويضهم، أو رفض إرسال الوثائق أو المعلومات المطلوبة، أو رفض نقل الوثائق التي ينص عليها القانون.

فيما عاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، على رفض تطبيق قرارات اللجنة الوطنية. وأخيرا وما تجدر الإشارة إليه، فإنه في حالة العود تضاعف العقوبات المنصوص عليها في قانون 09.08 إذا كان هذا الفعل قد ارتكب خلال نفس السنة¹.

كما أنه قد تضاعف عقوبة الغرامات إذا كان مرتكب إحدى هذه المخالفات شخصا معنويا، هذا بالإضافة إلى إمكانية المصادرة الجزئية لأمواله، أو المصادرة المنصوص عليها في الفصل 89 من القانون الجنائي²، أو إغلاق مؤسسة أو مؤسسات الشخص المعنوي التي ارتكبت فيها المخالفة³.

الفقرة الثانية: صور الجرائم المرتكبة من طرف الأغيار

عند تفحص فصول قانون 03.07 المتمم للقانون الجنائي والمتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، نجد أن المشرع المغربي ينص على عدة جرائم متعلقة بالمس بنظم للمعالجة الآلية للمعطيات، وهي جرائم متسلسلة بحيث إذا تم ارتكاب الجريمة الأولى يمكن للشخص أن يقوم بالجريمة الثانية والثالثة وهكذا، وبالتالي ومن أجل دراسة هذه الأفعال سنتعرض لها فيما يلي:

¹ - المادة 65 من قانون 09.08.

² - تنص المادة 89 على ما يلي: " يؤمر بالمصادرة كتدابير وقائي بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة، ولو كانت تلك الأدوات أو الأشياء على ملك الغير، وحتى لو لم يصدر حكم بالإدانة."

³ - المادة 64 من قانون 09.08.

أولاً: جريمة الدخول عن طريق الاحتيال أو الخطأ إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات والبقاء

فيها

أ- جريمة الدخول عن طريق الاحتيال أو الخطأ إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات

تعتبر جريمة الدخول إلى النظام المعلوماتي عن طريق الاحتيال أو الخطأ جريمة شكلية، أي لا يلزم لقيامها تحقق نتيجة¹. ورغم ذلك فقد يؤدي هذا الأمر إلى إطلاع على معطيات شخصية حساسة، ولقد تطرقت لها الفقرة الأولى من الفصل 607-3² من قانون الجنائي، كما أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في قيام الجاني "بالدخول إلى النظام عن طريق الإحتيال"، ويشمل ذلك كافة الأفعال التي تسمح بالولوج إلى الأنظمة المعلوماتية عن طريق الإحتيال³، بدون أن يكون مرخصاً أو مسموحاً له بذلك متجاوزاً الحماية التقنية التي يتوفر عليها النظام⁴، وهذا الأمر قد يؤدي، بالوصول إلى معطيات شخصية حساسة محفوظة في نظم المعالجة الآلية والإطلاع عليها⁵.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فيلزم الدخول عن طريق الاحتيال إلى النظام، أن يتوافر لدى الجاني قصد لارتكابها، على اعتبار أنها من الجرائم العمدية، إذ تتجه نية الفاعل في استعمال وسائل احتيالية من أجل الدخول إلى النظام⁶.

وحسب الفصل 607-3 من قانون الجنائي، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

¹ - محمد التداوي، الجريمة المعلوماتية في القانون المغربي والمقارن، مجلة الملف، العدد الثامن، أبريل 2006، ص: 227.
² - المادة 607-3 على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله.

تضاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره".

³ - خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني - الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجماعي - الإسكندرية، طبعة 2008، ص: 364

⁴ - أنظر كل من: عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية - المسؤولية عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت - دراسة مقارنة، دار

الثقافة، الطبعة 2009، ص: 133/. وأيضاً سي محمد البقالي، جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات في القانون المغربي، مقالة مأخوذة من مركز

التميز لأمن المعلومات، التابع لجامعة الملك سعود- المملكة العربية السعودية، ص: 3. على الرابط التالي :

(<http://coeia.ksu.edu.sa>)

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص: 364.

⁶ - علي كحلون، الجريمة المعلوماتية أمام محكمة التعقيب، ملتقى علمي حول موضوع: نصف قرن من فقه القضاء الجزائي، أشغال الملتقى يومي 25

و26 نوفمبر 2010، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية، منشورات الأطرش للكتاب المختص- تونس، الطبعة 2011، ص: 320.

و تضاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره.

كما أنه وحسب الفصل 4-607 ينص على أنه ودون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم، كل من ارتكب الأفعال المشار إليها في الفصل 3-607 - الدخول عن طريق الاحتيال لنظام للمعالجة الآلية للمعطيات - في حق مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات يفترض أنه يتضمن معلومات تخص الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو أسرار تهم الاقتصاد الوطني.

وأيضاً دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، ترفع العقوبة إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم، إذا نتج عن الأفعال المعاقب عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو حذفها أو اضطراب في سير النظام، أو إذا ارتكبت الأفعال من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاولته مهامه أو بسببها، أو إذا سهل للغير القيام بها.

وأخيراً وما تجدر الإشارة إليه هنا، أنه يعاقب على المحاولة لارتكاب هذه الجنح كالجريمة التامة¹.

ثانياً: جريمة البقاء في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات بعد الدخول إليه عن طريق الخطأ يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة منذ اللحظة التي يقرر فيها الجاني "البقاء" على اتصال وعدم الخروج منه بعد دخوله بالخطأ إلى هذا النظام، كما هو الحال عندما يكون موظف في مؤسسة ما غير مسموح له بالدخول لهذا النظام ويدخله ويبقى فيه، فالجريمة تتحقق عن طريق الخطأ، وعلمه أن هذا الدخول غير مسموح وغير مشروع، إلا أنه يصبر على البقاء ولا يبادر بالخروج في الحال².

وما تجب الإشارة إليه أن هذه الجريمة هي من الجرائم المستمرة، فتبقى قائمة طالما أن الجاني ما زال باقياً على الاتصال بالنظام الآلي المعالج للمعطيات، كما أنها من جرائم الامتناع ويتمثل في الامتناع عن قطع الاتصال مع النظام.

أما الركن المعنوي للجريمة فيتضح أن المشرع لم يستلزم القصد فيها بل تتحقق بمجرد الخطأ بالدخول وبقاء الشخص في النظام أو في جزء منه، وبالتالي يعتبر ذلك جريمة بمقتضى الفقرة الثانية من

¹ - الفصل 607-8 من القانون الجنائي المغربي.

² - عبد الحكيم زروق، التنظيم القانوني للمغرب الرقمي، مكتبة الرشاد-سطات، بدون طبعة، ص: 91.

الفصل 607-3 من القانون الجنائي، وقد عمل المشرع على إزالة عنصر القصد فيها، للحيلولة دون إتلاف أو تزوير أو حذف المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية أو اضطراب في سيره.

وبخصوص العقوبة فتبقى نفسها التي حددها الفصل 607-3 والفصل 607-4 السابق الذكر.

بالإضافة إلى أنه يعاقب على المحاولة لارتكاب هذه الجرح كالجريمة التامة¹.

ثالثا: جريمة عرقلة سير نظم المعالجة الآلية للمعطيات والتلاعب بمحتواها

أ- جريمة عرقلة سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه

تم التنصيص على هذه الجريمة في الفصل 607-5 من قانون الجنائي²، ويبدأ هذا الفعل الإجرامي

حيث يتوقف الفعل الإجرامي المنصوص عليه في الفصل 607-3، من خلال قيام الشخص بالدخول إلى

النظام سواء تم الدخول عن طريق الخطأ أو عن طريق الاحتيال، بعد ذلك يقوم بعرقلة سير نظام

للمعالجة الآلية للمعلومات عمداً أو إحداث خلل فيه وذلك بمقتضى الفصل 607-5 من القانون الجنائي.

وبالتالي فإن الجريمة تتحقق عند توفر أحد العناصر التالية:

- عرقلة سير نظام المعالجة الآلية مثل: إرسال فيروس³ مدمر للأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات

مما قد يسبب في عرقلة سيره، أو عن طريق قرصنة المعطيات عن طريق فك شفرة الأنظمة المعالجة

آليا⁴.

- إحداث خلل بالنظام من خلال بطئ عمل النظام المعلوماتي أو التوقف الكلي أو الجزئي

للمعالجة الآلية للمعطيات، ويعاقب على هذا الفعل بنفس العقوبة المقررة للعرقلة.

أما في ما يخص الركن المعنوي فيتضح أنها من الجرائم التي تتطلب القصد، نظرا لصراحة المشرع

في هذا الأمر عند نصه على أن هذه الجريمة يجب أن تتم "عمدا"، وبالتالي لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى

عرقلة سير نظام المعالجة مع علمه بذلك.

¹ - الفصل 607-8 من القانون الجنائي المغربي.

² - تنص المادة 607-5 من قانون 03.07 على أنه "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمداً سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه خللاً".

³ - تعرف الفيروسات بأنها "برنامج مشفرة مصممة بقدرة على التكاثر والانتشار من نظام معلوماتي إلى آخر، إما بواسطة قرص ممغنط أو عبر شبكة الاتصالات بحيث يمكنه أن ينتقل عبر الحدود من أي مكان إلى آخر في العالم." / أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص: 353.

⁴ - عبد الحكيم زروق، مرجع سابق، ص: 92.

و يعاقب المشرع على هذه الجريمة، بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمداً سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه إخلالاً. كما أنه يعاقب على المحاولة كالجريمة التامة¹.

ب- جريمة التلاعب بالمعطيات المعالجة آلياً

انطلاقاً من الفصل 706-6 من قانون الجنائي²، يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة عن طريق عدة

أفعال:

- إدخال معطيات لم تكن موجودة من قبل، مما قد يشوش على صحة البيانات القائمة والتي قد تؤدي بالمساس بحرمة الحياة الخاصة³.
 - إتلاف هذه المعطيات بما يجعلها غير صالحة للاستعمال⁴.
 - حذف معطيات عن طريق تدميرها ومحوها سواء أكان ذلك كلياً أو جزئياً.
 - تغيير المعطيات واستبدالها بمعطيات أخرى، قد تؤدي أيضاً إلى المساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد.
 - تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها، بما يسبب اضطراباً بنظم المعالجة الآلية للمعطيات⁵.
- وما تجدر الإشارة إليه، أنه وبالرجوع إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.339⁶، نجد أن الفصل 281 منه اعتبر أن كل عمل أو مناورة تنجز بطرق معلوماتية أو إلكترونية، وترمي إلى حذف معلومات أو تغييرها أو إضافة معلومات في النظام، تعتبر جنح من الطبقة الثانية معاقب عليها قانوناً عندما ينجم عن هذه الأعمال أو المناورات التملص من رسم أو مكس أو الحصول بصفة غير قانونية على امتياز معين.

¹ - الفصل 607-8 من القانون الجنائي المغربي.

² - تنص المادة 607-6 على مايلي: " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أدخل معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أتلّفها أو حذفها منه أو غير المعطيات المدرجة فيه، أو غير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها عن طريق الاحتيال."

³ - محمد درامي، الحماية الجنائية لبيانات المعلوماتية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني -عين الشق- كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية -الدار البيضاء-، السنة الجامعية 2010-2011K ص: 89.

⁴ - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، طبعة 2008، ص: 113.

⁵ - راجع في ذلك: محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية-القاهرة-، الطبعة 2010 ص: من 645 إلى 650.

⁶ - مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.339 بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر 1977) كما وقع تغييرها وتتميمها على الخصوص بمقتضى القانون رقم 99.02 المصادق عليه بالظهير رقم 1-00-222 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000).

أما بالنسبة للركن المعنوي لهذه الجريمة، فإنه يتخذ صورة القصد الجنائي العام الذي يقوم على عنصرَي العلم والإرادة، حيث يجب أن يعلم بأن الأفعال التي يأتها تشكل إضراراً بالمعطيات المعالجة بالنظم الآلية¹.

كما نص المشرع في الفصل 607.6 على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من أدخل معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أتلّفها أو حذفها منه أو غيّر المعطيات المدرجة فيه، أو غيّر طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها عن طريق الاحتيال. بالإضافة إلى أنه يعاقب على المحاولة لارتكاب هذه الجرح كالجريمة التامة².

ت- جريمة تزوير وثائق المعلومات أو استعمالها:

تم النص على هذه الجريمة في الفصل 607-7 من القانون الجنائي³، ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة من خلال العناصر التالية:

- قيام الجاني بتزوير أو تزيف المعطيات والتي من شأنها أن تغير من حقيقة البيانات، وذلك بهدف استخدامها في الإجراءات القانونية على أنها حقيقة⁴.

- استعمال وثائق مزورة وهو يعرف حقيقتها وهو ما قد يؤدي بإلحاق ضرر بالغير.

أما الركن المعنوي فيتمثل في اتجاه نية الجاني إلى تزوير أو تزيف الوثائق من أجل إلحاق الضرر بالغير. أو أن يعلم أنه يستعمل وثائق مزورة قد يكون بها معطيات شخصية متعلقة بالأفراد. وبالتالي فإن هذه الجريمة تعتبر عمدية ولا تقوم بمجرد الخطأ.

ولقد جرم المشرع المغربي فعل تزوير أو تزيف الوثائق المعلوماتية، واستعمال هذه الوثائق

المزورة، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 1.000.000 درهم. إضافة إلى أنه يعاقب على المحاولة كالجريمة التامة⁵.

¹ - سي محمد البقالي، جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات في القانون المغربي، مرجع سابق، ص: 4.

² - الفصل 607-8 من القانون الجنائي المغربي.

³ - ينص الفصل 607-7 على أنه " دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 1.000.000 درهم كل من زور أو زيف وثائق المعلوماتية أياً كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزيف إلحاق ضرر بالغير. دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، تطبق نفس العقوبة، على كل من استعمل وثائق المعلوماتية المشار إليها في الفقرة السابقة وهو يعلم أنها مزورة أو مزيفة".

⁴ - علي كحلون، مرجع سابق، ص: 321.

⁵ - الفصل 607-8 من القانون الجنائي المغربي.

- وأخيرا وما يجب الإشارة إليه أنه وحسب المادة 607-11 فإنها نصت على عقوبات تكميلية تطبق على جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون 03.07 وهي :
- مصادرات الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجرائم،
 - الحكم على الفاعل بالحرمان من ممارسة واحد أو أكثر من الحقوق من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية تتراوح بين سنتين و10 سنوات،
 - الحرمان من مزاولة جميع المهام والوظائف العمومية لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات،
 - بنشر أو بتعليق الحكم الصادر بالإدانة.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية والقواعد الإجرائية الخاصة باستخلاص الدليل التقني
تثار المسؤولية الجنائية عن الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية، حسب طبيعة الأشخاص المسؤولين عنها، إذ أن المجرم المعلوماتي سواء أكان من المعالجين للمعطيات الشخصية أو من الأغيار، يتميز بنموذج فريد عن المجرم التقليدي في كونه له إلمام عال بالتقنية المعلوماتية.

كما أنه من حيث القواعد الإجرائية للجرائم الماسة بهذه المعطيات، فإنها تتميز عن القواعد التقليدية خصوصا في ما يتعلق بالبحث والتحرري عن الجرائم وحجزها وإثباتها، بخصوصيات تميزها عن القواعد التقليدية.

وعليه سنقوم بدراسة المسؤولية الجنائية الناتجة عن اختراق خصوصية المعطيات الشخصية في (الفقرة الأولى) على أن نتحدث عن القواعد الإجرائية لاستخلاص الدليل التقني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المسؤولية الجنائية الناتجة عن اختراق خصوصية المعطيات الشخصية
المسؤول جنائيا عن الجرائم الماسة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي يمكن أن يكون شخصا ذاتيا (أولا) أو شخصا معنويا (ثانيا).

أولا: المسؤولية الجنائية للشخص الذاتي

تثار المسؤولية الجنائية على الجرائم المنصوص عليها في كل من قانون 09.08 وقانون 03.07 التي سبق وتم الطرق إليهما، على كل شخص ذاتي يكتسب صفة فاعل سواء أكان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا في هذه الجرائم.

وعليه فإن الجرائم المرتكبة من طرف المشرفين على المعالجة، قد تنطبق حسب قانون 09.08 على

"المسؤول عن المعالجة" سواء بمفرده أو بالاشتراك مع الآخرين¹، أو "المعالج من الباطن" والذي يقوم بمعالجة المعطيات الشخصية لحساب المسؤول عن المعالجة²، فضلا عن ذلك فإن صفة الفاعل يمكن أن يكتسبها كل شخص مؤهل لمعالجة معطيات ذات طابع شخصي خاضع للسلطة المباشرة للمسؤول عن المعالجة أو للمعالج من الباطن حيث يمكن أن يكون شريكا أو مساهما في الجريمة مع هؤلاء، كما يمكن أن يكون فاعلا أصليا.

وبالإضافة إلى المشرفين عن المعالجة فإنه تثار المسؤولية أيضا لدى الأغيار³، وهم متعددين ومن بينهم "الهاكرز والكراكز" و"الحاقدون" وغيرهم، من مجرمي المعلوماتية.

وعلى العموم فإنه قد يسأل هؤلاء الأشخاص عن الجرائم التي يأتون بها والمكونة لركنها المادي، كما هو الشأن بالنسبة للطبيب - باعتباره مسؤولا عن المعالجة - والذي ينجز ملفا لمعطيات ذات طابع شخصي دون التصريح بذلك أو الحصول على الإذن من طرف اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، أو يواصل نشاط معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي رغم سحب وصل التصريح أو الإذن⁴.

أو أن يتم اختراق المعطيات الشخصية من قبل الأغيار، وذلك عن طريق الدخول إلى بنوك المعطيات المتعلقة بالمجال الطبي، ويتم التلاعب بالمعطيات الشخصية للمرضى، والذي قد يؤدي إلى قتل المريض عن طريق إعطائهم للأدوية أو العلاج أو القيام بالعملية بطريقة خاطئة. ولقيام المسؤولية الجنائية بالنسبة للشخص الذاتي، فإنه يجب أن يكون مقيما على التراب المغربي. ويمارس نشاطه في إطار منشأة كيفما كان شكلها القانوني فوق التراب المغربي، أما المسؤول عن المعالجة غير المقيم في المغرب، فإنه يلزم أن يلجأ لأغراض معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلى وسائل آلية توجد فوق التراب المغربي⁵.

كما يمكن أن تكون مسؤولية الشخص ناقصة حسب الفصل 135 من القانون الجنائي، وذلك إذا كان وقت ارتكابه للجريمة مصابا بضعف في قواه العقلية من شأنه أن ينقص إدراكه أو إرادته ويؤدي إلى

¹ - المادة 5/1 من قانون 09.08.

² - المادة 6/1 من قانون 09.08.

³ - المادة 7/1 من قانون 09.08.

⁴ - المادة 52 من قانون 09.08.

⁵ - 2/2 من قانون 09.08.

تنقيص مسؤوليته جزئيا.

ثانيا: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

رتبت هذه المسؤولية كل من القانونين 09.08 وقانون 03.07 وفي هذا الإطار نتحدث عن مسؤولية

الأشخاص المعنوية الخاصة والأشخاص المعنوية العامة.

أ- مسؤولية الأشخاص المعنوية الخاصة

بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة المسؤولين عن المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية حسب قانون 09.08، فإن الأمر يتعلق بكل شخص معنوي ينتمي للقانون الخاص، باعتباره مسؤولا عن المعالجة، وذلك متى قام بمفرده أو باشتراك مع آخرين بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ووسائلها، كما يمكن أن يكون محلا للمساءلة الجنائية للشخص المعنوي الخاص باعتباره معالجا من الباطن، وذلك متى قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي لحساب المسؤول عن المعالجة¹.

أما بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الأغيار، وخصوصا الجرائم المنصوص عليها في قانون 03.07، فيعتبر مسؤولا مسؤولية شخصية كل شخص معنوي، كالشركات مهما كان شكلها وكيفما كان غرضها، كما يشمل كذلك الجمعيات والتعاونيات والأحزاب داخل التراب الوطني.

مسؤولية الأشخاص المعنوية العامة

من شروط قيام المسؤولية للشخص المعنوي ضرورة ارتكاب الجريمة من طرف شخص طبيعي يملك حق التعبير عن إرادة الشخص المعنوي (1) وأن يتم ارتكاب هذه الجرائم لمصلحة الشخص المعنوي (2).

1- ارتكاب الجريمة بواسطة أحد أعضاء الشخص المعنوي أو أحد ممثليه

اختلف الفقهاء في مساءلة الشخص المعنوي جنائيا عن المساس بالمعطيات الشخصية المعالجة بطرق إلكترونية بين اتجاهين:²

- اتجاه يضييق من الأشخاص الذين يعبرون عن إرادة الشخص المعنوي ويجعلها فقط في الشخص الذي يشغل وظيفة عامة داخل الشخص المعنوي. ويندرج ضمن هذا الاتجاه قانون العقوبات الفرنسي، حيث

¹ - أنظر الفقرة 5 و6 من قانون 09.08.

² - يونس التلمساني، مرجع سابق، ص: 144.

استلزمت المادة 2/121 منه لإمكانية مساءلة الشخص المعنوي جنائيا أن تكون الجريمة قد ارتكبت من قبل أحد أجهزته أو ممثليه.

- وهناك اتجاه آخر موسع إذ يمكن مساءلة الشخص المعنوي جنائيا مهما كانت صفة الشخص الطبيعي الذي ينتهي له، أي سواء تعلق الأمر بشخص يشغل وظيفة هامة أو وظيفة بسيطة داخل الشخص المعنوي، وعليه فإن تطبيق هذا الاتجاه قد يجعل المساءلة حتى ولو ارتكبت من طرف عامل بسيط داخل الشخص المعنوي، وهو ما سار عليه القانون الهولاندي.

2- يجب أن تكون الأفعال المعاقب عليها جنائيا داخلية في حساب الشخص المعنوي عبر المشرع الفرنسي عن هذا الشرط في المادة 2/121 من قانون العقوبات بقوله "يسأل الشخص المعنوي في الحالات التي حددها القانون أو اللائحة عن الجرائم التي ترتكب لحسابه"¹.

وبالتالي فالمسؤولية لا تثار إذا ارتكب الشخص الطبيعي (عضو أو ممثل الشخص المعنوي) الجريمة لحسابه هو ومن أجل مصلحته، بل يجب أن ترتكب الجريمة لحساب الشخص المعنوي². وبالتالي فمساءلة الشخص المعنوي عن مختلف الجرائم الماسة بالمعطيات ذات الطابع الشخصي المعالجة بطرق إلكترونية، يقتضي أن تكون الغاية منها تحقيق مصلحة للشخص المعنوي³.

وما يجب الإشارة إليه أن الأفعال المعاقب عليها جنائيا، يجب أن تكون داخلية في اختصاص الشخص المعنوي وفقا لنظامه الأساسي، ومن خلال أشكال العمل الجماعي وطبقا لمقتضياته⁴.

الفقرة الثانية: الحماية الجنائية الإجرائية الخاصة باستخلاص الدليل التقني

نظرا للتطور التقني الذي لحق نظم المعالجة الآلية، فضلا عن الطبيعة الخاصة للدليل التقني فسيؤدي بدون شك إلى تغيير كبير في المفاهيم السائدة حول هذه القواعد الإجرائية⁵، خصوصا وأن المشرع لم ينص على أية إشارة، في كيفية التعامل إجرائيا مع هذا النوع الجديد من الجرائم⁶، سيما فيما

¹ - Yves MAYAUD, Carole Gayet, code pénal, édition Dalloz, a l'adresse suivante: (<http://www.dalloz.fr>), dernière mise à jour, 16 juin 2020.

² - جميلة جلام، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - مراكش، - السنة الجامعية: 2010-2011، ص: 88.

³ - يونس التلمساني، مرجع سابق، ص: 145.

⁴ - جميلة جلام، مرجع سابق، ص: 89.

⁵ - رشيدة بوكري، جرائم الإمتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2012، ص: 393.

⁶ - محمد التلاوي، الجريمة المعلوماتية في القانون المغربي والمقارن، مجلة الملف، العدد الثامن، أبريل 2006، ص: 226.

يتعلق بإجراءات البحث والتحري عن الجرائم وحجز الدليل التقني (أولا) وفي ما يتعلق بوسائل الإثبات (ثانيا).

أولا: التحري عن الجرائم وحجز الدليل التقني

قد يرد محل التفتيش على المكونات المادية لنظام المعالجة الآلية وأوعيتها المختلفة، بحثا عن شيء يتصل بالجرائم المرتبطة به، وتفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها، ومثل هذه الوحدات نجد الذاكرة الرئيسية التي تستخدم لحفظ البيانات، وأيضا الأقراص المغناطيسية بنوعها المرن والصلب، والأشرطة المغناطيسية¹.

وتقوم فكرة التحري، على إجراء التحقيق ومباشرته من طرف موظف مختص بهدف البحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة ونسبتها إلى المتهم². وبذلك فالتحري ما هو إلا وسيلة للإثبات المادي، ذلك أنه إجراء يستهدف ضبط أشياء مادية قد تساعد في إثبات وقوع الجريمة وإسنادها إلى المتهم المنسوب إليه ارتكابها.

غير أن التحري والبحث في جرائم الاعتداء على المعطيات الشخصية المعالجة إلكترونيا، يشكل صعوبات³ نظرا لأنه ليس له مظهر مادي محسوس في العالم الخارجي، كما أن الخصوصية التي يتميز بها قانون 09.08 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، هو أن المشرع أسند البحث والتحري عن هذه الجرائم حسب المادة 66 ضباط الشرطة القضائية، وأعوان اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية. والذين يجب أن تتوفر فيهم الكفاءة في البحث والتحري عن الجرائم التقنية بشكل عام⁴.

كما أن الاختصاصات المخولة لأعوان اللجنة الوطنية هي محدودة مقارنة بضباط الشرطة القضائية إذ لا يمكنهم القيام بإلقاء القبض على الأشخاص، ولا إيداعهم تحت الحراسة النظرية⁵. كما أن الغاية من التحري هو ضبط الأدلة المادية التي تفيد في كشف الحقيقة، وعلى ذلك فإن ضبط الأشياء وحجزها هي الأثر المباشر للتحري والبحث، وبالتالي فإن التحري وضبط الجرائم المرتبطة

¹ - للتوسع في الموضوع راجع: هلاي عبد الله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المهتم المعلوماتي -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى 1997. ص: 71 وما يليه.

² - أنظر في ذلك رشيدة بوكري مرجع سابق/ وهلاي عبد الله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المهتم المعلوماتي -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى 1997.

³ - Yann PADOVA, un aperçu de lutte contre la cybercriminalité en france, RSC, n°4, Dalloz, 2002, p: 765.

⁴ - محمد جوهر، مرجع سابق، ص: 89.

⁵ - يونس التلمساني، مرجع سابق، ص: 156.

بالمعالجة الآلية يطرح صعوبات كبيرة، والتي ترجع إلى الطابع التقني الذي يتسم به ارتكابها، مما يمكن معه أن يترتب عليه صعوبة في جمع الأدلة عنها.

وبالتالي يستلزم التحري عن الجرائم الناشئة عن الجرائم التي تمس المعطيات الشخصية والمعالجة بطريقة إلكترونية، توفر ضباط الشرطة القضائية المكلفين بالبحث عنها، على تخصص وتكوين في مجال المعالجة الآلية للمعطيات والأنظمة المعلوماتية المعتمدة في ذلك. وبالتالي إخضاع هؤلاء إلى تدريب في مجال التحري عن جرائم الماسة بالمعطيات الشخصية المعالجة إلكترونيا، والجرائم المعلوماتية بشكل عام. ويقتضي هذا التدريب ضرورة مراعاة مجموعة من الجوانب كالحرص على إجراء هذا التدريب على يد متخصصين في مجال تكنولوجيا المعلومات وأنظمة المعالجة الآلية، والأخذ بالاعتبارات القدرات العلمية والذهنية للخاضعين لهذا التدريب¹.

ثانيا: خصوصيات إثبات الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية المعالجة إلكترونيا

تتميز خصوصية الإثبات في الميدان التقني، بصعوبة إثباتها، ويرجع ذلك إلى قيام الجاني بإخفائها، وأيضا لغياب الدليل المرئي² والذي يعتبر أحد الصعوبات الكبيرة التي تطرح بصدد الإثبات. ولهذا نجد أن من بين أهم وسائل إثبات الجرائم الماسة بالمعالجة المعطيات الشخصية محاضر البحث (أ) والخبرة (ب).

أ- محاضر البحث والتحري

إن أعمال الشرطة القضائية يجب أن تضمن في محاضر حتى تشهد على الإجراءات والتحريات التي اتخذت في إطار البحث والتحري حول الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية المعالجة إلكترونيا، وبالتالي فالمحضر هو الوسيلة القانونية التي عن طريقها يمكن إثبات ما قام به ضباط الشرطة القضائية من أعمال تدخل في اختصاصهم، من انتقال إلى عين المكان، والقيام بتفتيش الأماكن، وتنفيذ قرارات الوضع تحت الحراسة، وتجميع الأدلة على ارتكاب الجرائم... هذه الأعمال يجب أن تحرر في محاضر³. وعند انتهائهم من عملياتهم يجب عليهم أن يوجهوا مباشرة إلى وكيل الملك أصل المحاضر التي يحررونها مصحوبة بنسخة منها مشهود بمطابقتها للأصل، وكذا بجميع الوثائق والمستندات المتعلقة بها،

¹ - يونس التمساني، مرجع سابق، ص: 151.

² - الحسن بكار، الطبيعة القانونية للجريمة المعلوماتية، مجلة الملف، العدد 17، أكتوبر 2010، ص: 148.

³ - عبد السلام بنحدو، الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية (مع آخر التعديلات)، مطبعة الأفق - طنجة، طبعة 2012، ص: 96.

أما الأشياء المحجوزة فتودع رهن إشارته¹.

وتتضمن المحاضر المنجزة عن طريق أعوان اللجنة الوطنية مجموعة من البيانات المنصوص عليها في المادة 20 من المرسوم التطبيقي لقانون 09.08 وهي:

- طبيعة عملية المراقبة،
- يوم وساعة ومكان عملية المراقبة التي تم إجراءها،
- موضوع هذه العملية،
- أعضاء اللجنة الذين شاركوا في العملية،
- الأشخاص الذين تمت مقابلتهم،
- المطالب المعبر عنها من قبل أعوان اللجنة والصعوبات التي واجهتهم،
- توقيع المحاضر من قبل الأعوان المكلفين بالمراقبة، وكذا من طرف المسؤول عن الأماكن أو المعالجة أو الشخص المعين من قبله.

كما أن أي نقص في هذه البيانات التي يجب أن تتضمنها المحاضر لا يعتد بها حسب المادة 289 من قانون المسطرة الجنائية، إلا إذا كانت صحيحة في الشكل وضمن فيها محررها وهو يمارس مهامه، ما عاينه أو تلقاه شخصيا في مجال اختصاصه².

وبما أن محاضر ضباط الشرطة القضائية تتوفر على حجج الإثبات إلى أن يثبت العكس بأية وسيلة من وسائل الإثبات، فإنه بالإضافة إلى ذلك، يمكن إثبات الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية عن طريق محاضر أعوان اللجنة الوطنية، المنصوص عليه في القانون 09.08.

أما في ما يتعلق بحجج محاضر أعوان اللجنة الوطنية فإنه بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية خصوصا المادة 290 التي تنص على أن "المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنج والمخالفات، يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات".

وعليه، يمكن القول على غرار محاضر ضباط الشرطة القضائية في الجنج، إن محاضر أعوان اللجنة الوطنية لها حجج الإثبات إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات، وهو أمر منطقي

¹ - المادة 23 من ق.م.ج.

² - رضوان لمخير: مرجع سابق، ص 148.

خاصة وأنهم أكثر خبرة وتكويناً وفهماً في مجال حماية المعطيات الشخصية مقارنة بضباط الشرطة القضائية..

ب- الخبرة في الجرائم الماسة بالمعالجة الآلية للمعطيات الشخصية

تتميز جرائم الكمبيوتر والانترنت أو جرائم تقنية المعلومات بخصوصية تطرح صعوبات في إثباتها. الأمر الذي يدعو إلى وجود خبراء وفنيين عند وقوع الجريمة المعلوماتية، ويمتد عملهم ليشمل المراجعة والتدقيق على العمليات الآلية للبيانات، وكذلك إعداد البرمجيات وتشغيل الحاسب الآلي وعلومه، وأن نجاح الاستدلالات وأعمال التحقيق في هذه الجرائم يكون مرتبها بكفاءة وتخص هؤلاء الخبراء¹.

وعليه نجد أن بعض التشريعات ونظراً لإحساسها بأهميتها في المجال التقني، نظمتها في مجال الجرائم التقنية بنص خاص مثل القانون البلجيكي الصادر في 23 نوفمبر 2000².

وبالنظر إلى أن الجريمة المعلوماتية لها الخصوصية التي تتعلق بها فإنه يجب أن يتوافر لدى الحاسب الآلي المنتدبين للتحقيق المقدرة الفنية والإمكانات العلمية والفنية في المسألة موضوع الخبرة ولا يكفي في ذلك حصول الخبير على شهادة علمية، بل يجب مراعاة الخبرة العلمية، لأنها هي التي تحقق الكفاءة الفنية، ولذلك لا وجود لخبير معلوماتي لديه الخبرة المتعمقة في سائر أنواع الحسابات وبرمجياتها وشبكاتها، أو لديه القدرة على التعامل مع كل أنواع الجريمة المعلوماتية³.

ونظراً لخصوصية الخبرة في الجرائم الماسة بالمعالجة، فإن مهمة الخبير يجب أن تتضمن وصفاً بتركيب الحاسب وصناعاته ونوع نظام التشغيل، وكذلك الأجهزة الملحقة به، وطبيعة بيئة الحاسب التي تتضمن تنظيم وتوزيع عمل المعالجة الآلية، كما يلزم أن يبين الخبير كيفية عزل النظام المعلوماتي بدون أن يؤدي ذلك إلى إتلاف الأدلة أو تدميرها أو إلحاق ضرر بأجهزة هذا النظام، وكيفية نقل أدلة الإثبات إلى أوعية دون تلف، وأخيراً كيفية ترجمة الأدلة في شكل مادي، مثل تجسيدها على دعوات ورقية، تسهل مأمورية الإطلاع عليها من قبل المحكمة⁴.

ومن بين الجهات التي حول لها المشرع إجراء الخبرة في ما يتعلق بالجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية نجد اللجنة الوطنية حسب المادة 28 من قانون 09.08 وذلك بناء على طلب السلطات العمومية، ولاسيما السلطات القضائية، في ما يتعلق بالزاعات الناشئة عن تطبيق قانون 09.08⁵.

¹ - A Besson, Les regles de l'expertise elaborées par le code de procedure penal, D.1960, PP.5-55.

² - مرجع سابق، ص: 425.

³ - هشام محمد فريد رستم، الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني وألية التدريب التخصصي للمحققين، مجلة الأمن والقانون، ع2، يوليو 1990، ص: 90
Philippe M. Standley, Computer Crime investigation and investigator, computer security, North Holland, 1986, PP.310-311

⁴ - يونس التمساني، مرجع سابق، ص: 149 و150.

⁵ - ينص الفصل المذكور على ما يلي:

خاتمة :

في إطار دراستنا لموضوع جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في القانون المغربي، وذلك انطلاقا من قانون 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وقانون 03.07 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات. فقد اتضح لنا أن المشرع المغربي نص على سياسة جنائية مهمة في هذين القانونين، وقام بزجر كل مخالف سواء أكان المسؤول عن المعالجة بنفسه، أو من الأعيان (مجرمي المعلومات). ورغم ذلك، فيلاحظ أن هذه المقتضيات لم تحل مشكلة الإجرام الإلكتروني بشكل عام، والتي قد تمس بالمعطيات الشخصية إلا جزئيا. إذ من المستحيل أن تستوعب هذه المقتضيات القليلة مختلف مظاهر الجريمة وتطورها وتنوعها وتعقدها. ورغم توفر النصوص القانونية الموضوعية فإن مكافحة جرائم المعلوماتية رهين بالمعوقات الإجرائية التي أفرزتها هذه الجرائم، لذلك فإن أول معوق يواجهها هو حسن سيرها وتوفير القدرات التأهيلية والوسائل الفنية التي تتيح سرعة إدراك ما حصل وأن غياب التأهيل قد يؤدي إلى إتلاف الدليل على الجريمة.

1- ...

2- إجراء خبرة، بناء على طلب السلطات العمومية، ولاسيما السلطات القضائية، على العناصر الخاضعة لتقديرها أثناء النزاعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه.

3- ...

الضمانات القانونية في الجريمة الإلكترونية

عبد السلام أبو الربيع
باحث في القانون

مقدمة:

أصبح الاعتماد على التقنيات الإلكترونية من طرف الدول والمنظمات والأشخاص العامة والخاصة يكتسي أهمية بالغة أكثر من أي وقت مضى، ومرد ذلك إلى الإمكانيات الهائلة التي تتيحها هذه التقنيات للمتعاملين بها وكذا سهولة التواصل الذي تتيحه لمستخدميها، غير أن هذه التقنيات وخاصة تلك المرتبطة بعالم المعلومات سرعان ما أفرزت مجموعة من الممارسات والأفعال الإجرامية التي تلحق بالمتعاملين بها أضرارا مادية ومعنوية جسيمة بل أصبحت تهدد استقرار الأمن السياسي والاقتصادي وحتى الاجتماعي لدول المعمور. وأول ما نصادفه في معرض تحليل ودراسة الجرائم الإلكترونية هو التعريف بهذه الجريمة وذلك لسببين اثنين أولهما كون هذه الجريمة حديثة العهد بمجتمعنا وثانها كون المشرع المغربي لم يعرف هذه الجريمة مما يدفعنا للتساؤل مدى إحاطة المشرع المغربي بهذا النوع من الجرائم الذي أصبح يستشري في مجتمعنا مع تزايد مستخدمي أجهزة الكمبيوتر واتساع شبكة المنخرطين في خدمة الشبكة العنكبوتية ببلادنا.

وقد عرف بعض الباحثين الجرائم المعلوماتية بأنها "تلك الجرائم الناتجة عن استخدام المعلوماتية والتقنية الحديثة المتمثلة بالكمبيوتر والانترنت في أعمال أنشطة إجرامية عادة ما ترتكب لتحقيق عوائد مالية ضخمة جراء أعمال غير شرعية"¹، كما عرفها خبراء المنظمة الأوروبية للتعاون الاقتصادي بأنها "كل سلوك غير مشروع أو منافي للأخلاق أو غير مسموح به يرتبط بالمعالجة الآلية للبيانات أو نقلها"².

وتكمن أهمية الموضوع في محاولة الإحاطة بالإطار القانوني للجريمة الإلكترونية في التشريع المغربي ومدى الضمانات القانونية التي أحاط بها المشرع المهتمين بارتكاب هذه الجرائم، وخاصة ما يرتبط منها

¹ عبد الله عبد الكريم عبد الله. جرائم المعلومات والانترنت (الجرائم الإلكترونية)، الطبعة الأولى 2007، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان- الصفحة 15.

² محمد الشوا. ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الطبعة الثانية 1997، دار النهضة العربية - القاهرة- ص 8.

بسلامة التكييف القانوني لإجراءات التحقيق ووسائل الإثبات المعتمدة.

وقد اعترضتنا مجموعة من الصعوبات في تحضير هذا العرض ومردها بالخصوص إلى قلة المراجع والأبحاث التي تناولت هذا النوع من الجرائم داخل المنظومة القانونية المغربية، وكذا قلة أو بالأحرى ندرة الأحكام والقرارات القضائية المرتبطة بهذا المجال.

وقد حاولنا في هذا المقال الإجابة عن بعض الإشكاليات المرتبطة بالإطار القانوني لجرائم المعلومات وكذا خصوصيات هذه الجرائم وخاصة في جانب صعوبة التحقيق والإثبات فيها. وقد قسمنا البحث في هذا الموضوع إلى مبحثين أساسيين تناولنا في الأول للإطار القانوني للجريمة الإلكترونية لننتقل في المبحث الثاني لدراسة إجراءات التحقيق ووسائل الإثبات في هذا النوع من الجرائم.

المبحث الأول: الإطار القانوني للجريمة الإلكترونية.

المبحث الثاني: صعوبة التحقيق والإثبات في الجريمة الإلكترونية.

المبحث الأول: الإطار القانوني للجريمة الإلكترونية.

المطلب الأول: تنظيم الجريمة الإلكترونية من خلال النصوص العامة للقانون الجنائي.

لقد غيرت المعلومات بشكل كبير العديد من المفاهيم القانونية خاصة في القانون الجنائي، نظرا لظهور قيم حديثة ذات طبيعة خاصة، محلها معلومات ومعطيات، فقد أصبحت جريمة إفشاء معلومات برامج الحاسوب والاعتداء عليها بالقرصنة أو الاستغلال غير المشروع، من أخطر أنواع الجرائم التي أوجدتها المعلومات، ويعد هذا ضربا حقيقيا ليس فقط لحقوق مبتكريها الخاصة، بل وأيضا مسا خطيرا بحقوق المجتمع ككل، مما ينعكس سلبا على الاقتصاد الوطني مع ما يمكن أن يرافقه من زعزعة للأمن الاجتماعي، ولا أدل على ذلك، من أن بعض الألعاب الإلكترونية التي يبدعها بعض المؤلفين، مستغلين كل الإمكانيات الهائلة التي تتيحها النظم الخبيرة، وكذا العديد من مناصب الشغل، الشيء الذي يدفعنا إلى تقديم الخسائر التي يمكن أن تمنى بها هذه الملكية الفكرية، حال تعرضها لأعمال القرصنة.

وعليه فقد تباينت اتجاهات الدول في التعامل مع ظاهرة الجرائم الإلكترونية، فبينما توجد في بعض الدول نصوص قابلة للتطبيق على الجرائم الإلكترونية، تجد دولا أخرى تعجز تسريعاتها عن التعامل مع مثل هذه الحالات، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى اختلاف الأنظمة القانونية لهذه الدول من ناحية، وإلى اختلاف تجربة كل منها مع الجريمة المعلوماتية من ناحية أخرى، ومن ناحية ثالثة فإن النتائج الاقتصادية التي تترتب على جرائم الحاسب الآلي تختلف من دولة لأخرى.

وفي ظل هذا النقص في النصوص القانونية الخاصة بهذه الجرائم الحديثة التي أطلق عليها الفقه تسمية "الجرائم الإلكترونية"، أيمن الاستعانة دائما بالقواعد العامة في التجريم كمبدأ عام؟ هل هي كافية للتصدي لأخطار التعدي على برامج الحاسوب؟ أم لابد من تدعيمها بقواعد تجريمية جديدة تتناسب والطبيعة الخاصة لبرامج الحاسوب؟

وتجدر الإشارة هنا إلى أننا لا نتحدث عن الجرائم الإلكترونية التي لا تثير أي إشكالية في انطباق النصوص الجنائية التقليدية عليها ولا تمثل بذاتها ظاهرة جديدة، ونقصد تحديدا الجرائم التي تستهدف الكيانات المادية والأجهزة التقنية، إذ أن الجرائم التي تطال ماديات الكمبيوتر ووسائل الاتصال، شأنها شأن الجرائم المستقرة على مدى قرنين من التشريع الجنائي، محلها أموال مادية صيغت على أساس صفته نظريات وقواعد ونصوص القانون الجنائي على عكس (معنويات) الكمبيوتر ووسائل تقنية

المعلومات، التي أفرزت أنشطة الاعتداء عليها تساؤلا عريضا حول مدى انطباق نصوص القانون الجنائي التقليدية عليه.

بل على العكس من ذلك، فإن هذا الجزء من البحث يستهدف البحث في نصوص القانون الجنائي المغربي، وخاصة في النصوص الجنائية التي تم صياغتها بشكل عام وفضفاض، وذلك قصد الإجابة على سؤال محوري في هذه الإشكالية والذي يتمثل في ما هو موقع هذه الجرائم في نطاق القانون الجنائي، بمعنى إذ كنا أمام ظاهرة إجرامية مستجدة تتميز من حيث موضوع الجريمة ووسيلة ارتكابها وسمات مرتكبها وأنماط السلوك الإجرامي المجسدة للركن المادي لكل جريمة من هذه الجرائم، أفلا يستدعي ذلك صياغة نظرية عامة لهذه الجرائم؟ وما موقع هذه النظرية (العامة)، أي نظرية جنائية في نطاق القسم الخاص من القانون الجنائي، لا تخلق إشكالات واسعة على الأقل - في تطبيق قواعد ونظريات القسم العام منه؟؟ أم أن هذه النظرية يجب أن تؤسس لقواعد وأحكام حديثة تطال قسما القانون الخاص والعام؟.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إلى أي حد نجح المشرع المغربي من خلال القانون الجنائي السابق ذكره رغم قلة النصوص، في الحد والتقليص من هذه الجريمة الناتجة عن التطور التكنولوجي بوجه عام؟.

أ - موقع الجريمة الإلكترونية في النظريات العامة للقانون الجنائي.

إن طبيعة وأبعاد ظاهرة الجرائم الإلكترونية، سيما في ظل تطور أنماطها يوما بعد يوم مع تطور استخدام الشبكات وما أتاحتها الإنترنت من فرص جديدة لارتكابها وخلقت أنماطا مستجدة لها يشير إلى تميزها في أحكام لا توفرها النظريات القائمة، تحديدا مسائل محل الاعتداء والسلوكيات المادية المتصلة بارتكاب الجرم، إذ يصعب تصور إخضاع أي نمط من أنماط هذا النوع من الجرائم للنظريات الجنائية العامة سواء تعلق الأمر بنظرية المساهمة أو المشاركة، إذ يصعب إثباتهما كما أنه ستثار مسألة هل درجة الفعل الإجرامي المرتكب من طرف المساهم أو المشارك هي نفسها في الجرائم التقليدية الشيء الذي يستلزم معه إعادة النظر في قواعد العقاب الواردة في هذا الإطار، ونفس الأمر ينطبق على باقي قواعد النظرية العامة للقانون الجنائي، إذ أثبتت التجربة أن الاستعانة بقواعد الإثبات المستعملة في الجرائم

التقليدية يثير الكثير من الإشكاليات، خاصة فيما يتعلق بحجيتها ونجاعتها في الإثبات، كما يصعب كذلك تطبيق العديد من النظريات الواردة في القانون الجنائي كما هو الشأن بنسبة لنظرية القوة القاهرة وحالة الضرورة والقواعد المتعلقة بالأهلية وسن الرشد الجنائي، إذ في كثير من الأحيان نجد المجرم هو حدث لم يبلغ سن الرشد الجنائي مع العلم أن هذا النوع من الجرائم لا تتطلب سن معين لكي يكون المتهم على علم بخطورة الفعل المرتكب، فكما يمكن للقاصر جهل ذلك يمكن للراشد أيضا أن يجهل ذلك. هذا التمييز الذي ينفرد به هذا النوع من الجرائم، والذي لا يترك المجال لتطبيق قواعد النظرية العامة للتجريم في القانون الجنائي هو ما أدى إلى حسم الجدل الواسع حول مدى انطباق النصوص القائمة على هذه النظرية وضرورة وضع تشريعات ونصوص جديدة تكون قادرة على الإحاطة بمفردات ومتطلبات وخصوصية جرائم الكمبيوتر والإنترنت، وهو بالتالي ما يحسم الجدل حول الحاجة إلى نظرية عامة للجرائم الإلكترونية.¹

لكن في انتظار تدخل المشرع لوضع هذه النصوص الجديدة يبقى التساؤل المطروح هو ما هي الضمانات القانونية التي وفرها المشرع في القانون الجنائي المغربي الحالي أو بمعنى آخر هل المشرع المغربي سن نصوصا جنائية مرنة يمكن تطبيقها على الجريمة الإلكترونية أي أنها صيغت بشكل عام وقابل لاحتضان كافة الجرائم مهما تطورت وتغيرت أنماطها، مشكلتنا بذلك ضمانات قانونية يمكن أن تشكل حماية للأفراد طالما لم يقوموا بخرقها.

ب - مدى إمكانية تطبيق النصوص العامة للقانون الجنائي المغربي.

لقد غيرت المعلومات بشكل كبير العديد من المفاهيم في كل فروع القانون الخاص والعام لظهور قيم حديثة ذات طبيعة خاصة محلها معلومات ومعطيات تتعلق بنظم المعالجة الآلية للمعطيات وخاصة فيما يتعلق بإبرام العقود والصفقات المالية.

إن استعمال الحواسيب داخل المؤسسات الكبرى كالأبنك والشركات العالمية وكذلك من طرف

¹ - عبد الله عبد الكريم عبد الله. جرائم المعلومات والإنترنت (الجرائم الإلكترونية). الطبعة الأولى 2007، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - الصفحة 33.

الأشخاص الطبيعيين خاصة المؤلفين والمخترعين منهم وغيرهم، وارتباط هذه الحواسب بالشبكة العنكبوتية internet أتاح الفرصة لمجموعة من المقتنصين السطو والاحتيال على الأموال والمؤلفات والبرامج وغيرها من الأموال الفكرية المشفرة، وفي غياب نصوص قانونية صريحة تحمي هذه النظم الجديدة لا بأس من الخوض في النصوص التي يتوفر عليها القانون الجنائي المغربي وخاصة ما يتعلق بجرائم الأموال (السرقعة، النصب،..).

1- النصوص المنظمة لجريمة السرقعة

ينص الفصل 505 من ق.ج. المغربي « من اختلس عمدا مالا مملوكا للغير يعد سارقا، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم¹. »

من خلال هذا الفصل فأركان جريمة السرقعة هي:

أولا: الركن القانوني.

ينص الفصل الثالث من القانون الجنائي على أنه « لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون. »

وهو ما يصطلح عليه كما هو معلوم بالشرعية القانونية أو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني. أساس الركن في جريمة السرقعة هي الفصول من 505 إلى 539 من القانون الجنائي المغربي.

ثانيا: الركن المادي (الاختلاس).

يعرف الفقه الاختلاس بأنه انتزاع (أو إخراج) المال أو الشيء من حيازة صاحبه بدون رضاه من المجني عليه، ومن هنا يتبين أن الاختلاس كركن مادي في جريمة السرقعة له عنصرين.

1- سلب الجاني المال، أو الشيء بإخراجه من حيازة صاحبه وإضافته لحيازته.

2 - أن يتم هذا السلب بدون رضاه المجني عليه.

كما أنه يعتبر محل الاختلاس هو المال المملوك للغير وحتى يتحقق يلزم أن يكون:

¹ - مجموعة القانون الجنائي – سلسلة النصوص التشريعية (الجيب) – العدد 3- الطبعة الأولى- شتنبر 2007- ص: 184.

- المال مما يمكن نقل حيازته إلى المختلس
 - المال منقولاً من المنقولات وليس عقاراً ثابتاً رغم أن المشرع لم يشير إلى ذلك صراحة
 - المال مملوك لغير الذي يستولي عليه
- ثالثاً: القصد الجنائي.

القصد الجنائي هو اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب أفعال المكونة للجريمة مع علمه بحقيقة الأفعال.¹

بعد هذه التوطئة لجريمة السرقة إلى مدى إمكانية تطبيق نصوص جريمة السرقة في حالة سرقة البرامج والمعلومات؟ هنا لابد من التمييز بين الشق المادي للمعلومات أي (الحاسب الآلي والأجهزة التابعة له) والشق المعنوي، ويتمثل في البيانات والبرامج والمعلومات التي يحويها الحاسب الآلي، بالنسبة للشق الأول كما سبق الذكر لا يثور الخلاف، لأن إمكانية وقوع فعل الاختلاس متوفرة كباقي الأموال المنقولة المادية. أما الشق الثاني قد انقسم الفقه² حوله إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أقر بأن الاعتداء على البرامج والمعلومات التي توجد بداخل الحاسب الآلي يشكل جريمة سرقة، فإذا قام شخص بالدخول على جهاز الحاسب الآلي واطلع على البرامج أو المعلومات الموجودة بداخله أو قام بعملية نسخ لهذه البرامج أو المعلومات فإن هذا الفعل يشكل جريمة سرقة، لأنه يمثل الاعتداء على حق الملكية ويستند هذا الاتجاه لتأكيد رأيه على ما يلي:

- 1- أن البرامج والمعلومات لها كيان مادي كونها يمكن رؤيتها على الشاشة مترجمة إلى أفكار
- 2- كذلك يمكن الاستحواذ على هذه البرامج والمعلومات عن طريق نسخها على CD أو disque.
- 3- القول بعدم قابليتها للاستحواذ يجرده من الحماية القانونية اللازم
- 4- يمكن قياس سرقة البرامج والمعلومات على سرقة الكهرباء وخطوط التليفون
- 5- أن كلمة المال الواردة في المادة 505 من القانون الجنائي المغربي وقد يكون مادي

¹ - عبد الواحد العلي: "القانون الجنائي المغربي- القسم الخاص...- الطبعة الثالثة- 2003- مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- ص: 279 وما يليها.

² - حسن هرجة " الإثبات في جرائم الحاسوب" - الطبعة الأولى - 2008- القاهرة- ص 56 وما يليها.

وحتى المشرع الفرنسي قد استعمل في المادة 379 من قانون العقوبات كلمة شيء بحيث الشيء قد يكون مادي أو غير مادي والمعلوم هو أن الحيازة قد تقع على الأشياء غير المادية مثل حق الارتفاق والدين وحق الانتفاع، فإنه يمكن حيازة المعلومات والبرامج وفي المقابل يمكن بالمقابل سلب هذه الحيازة وبالتالي فمن الممكن أن تكون هذه المعلومات محل جريمة السرقة.

كما أنه اعتمد هذا الاتجاه على موقف القضاء الفرنسي في قضية Loqubox حيث كان يعمل موظفا في شركة وقام بتصوير مستندات سرية ضد رغبة صاحبها فأدين بجريمة سرقة.¹

6- اختلاس المعلومات يتحقق بالنشاط المادي الصادر من الجاني سواء بتشغيله للجهاز للحصول على المعلومات أو البرامج أو الاستحواذ عليها، وهو ليس في حاجة إلى استعمال العنف لانتزاع الشيء، فمجرد تشغيله الجهاز لاختلاس المعلومة تتحقق النتيجة بحصوله عليها، فرابطة السببية متوفرة بين نشاطه المادي ونتيجته الإجرامية

7- استعمال المنطق يجرنا إلى القول كيف يمكن تجريم الاستيلاء على Disque وCD بالرغم من القيمة التافهة لهما، ولا يمكن تجريم الاستيلاء على البرامج والمعلومات وهي لها قيمة مالية كبيرة.

الاتجاه الثاني:² هذا الاتجاه يفرق بين عدة حالات من السرقة على المعلومات.

الحالة: حالة اختلاس CD أو Disque مسجل عليها برامج ومعلومات في هذه الحالة تتحقق جريمة السرقة.

الحالة : حالة نسخ CD أو Disque ويشكل الفعل جريمة تقليد للمصنف وبحمها في حقوق المؤلف أما الإطلاع على المعلومات والبرامج التي توجد داخل الحاسوب أو نسخها لا يشكل جريمة سرقة ولكنه يشكل جريمة إفشاء الأسرار.

غير أنه جريمة إفشاء الأسرار من خلال الفصلين 446-447 من القانون الجنائي لا بد من وجود الأشخاص محددين في هذين الفصلين بالإضافة كون الإفشاء يجب أن يكون إطلاع الغير على البرامج

² - حسن هرجة- المرجع السابق- ص 69.

والمعلومات أما استعماله لنفسه والانتفاع به فلا يعتبر إفشاء سر.

ويستند الاتجاه الذي ينفي إسقاط جريمة السرقة على المعلومات الحجج التالية.

1- الاختلاس اللازم لوقوع السرقة بمعناه المعروف غير متحقق في حالة سرقة المعلومات والبرامج، لأنه لا ينطوي على تبادل للحيازة بل أنه ينحصر في الحصول على منفعة الشيء فقط، وهنا لا بأس من القول هناك سرقة المنفعة ولكن شروط وجود نص خاص يجرم هذه السرقة. ومادام أن النص غير موجود فلا يمكن اعتبار ذلك سرقة عادية.

2- لا يمكن قياس سرقة البرامج والمعلومات على سرقة التيار الكهربائي حيث أن القياس يتعارض مع مبدأ الشرعية.

3- التجريد من الحيازة لصاحبها الأصلي غير موجودة في حالة النسخ.

4- لا يمكن اعتبار البرامج والمعلومات المتوفرة في الحاسب الآلي مال.

وفي خاتمة هذين الاتجاهين والحديث في جريمة السرقة يمكن الخروج بخلاصة مفادها أن جريمة السرقة لا يمكن إسقاطها على سرقة المعلومات إلا في حالات محدودة جدا تتمثل في الجانب المادي للمعلومات، لأن تنظيم جريمة السرقة في القانون الجنائي جاء ليحمي الأموال المنقولة المادية يتضح من خلال الفصول المتعلقة بتغليظ العقوبة وتخفيفها والإعفاء منها وحتى إسقاطها عن طريق القياس لا يجوز لأن غير ممكن في القانون الجنائي محافظة على مبادئه الأساسية التي تتعلق في عدم التوسع في التفسير، والشك يفسر لصالح المتهم، وغيرها من المبادئ التي قد تصعب من مأمورية إثبات هذا النوع من الجرائم.

2- النصوص المنظمة لجريمة النصب.

ينص الفصل 540 ق.ج مغربي على أنه «يعد مرتكبا لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليقوع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر وترفع عقوبة الحبس إلى الضعف والحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم، إذا كان مرتكب الجريمة أحد

الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مؤسسة تجارية أو صناعية¹

- أركان جريمة النصب²

اعتمادا على هذا الفصل فإن الركن المادي لجريمة النصب يتمثل في:

إتيان الجاني لفعل الاحتيال والمشرع لم يعرفه لكن حصر الوسائل التي يتحقق بها في ثلاثة:

1- تأكيدات خادعة

2 - إخفاء وقائع صحيحة

3- استغلال ماكر لخطأ وقع فيه الغير

4 - تحقق الضرر أو نتيجة تتمثل في دفع المجني ارتكاب أفعال تمس بمصالحه أو مصالح غير

المالية وهذه النتيجة بغض النظر عما إذا كان الجاني قد تسلم المال بالفعل من طرف المجني عليه أم لم يحصل ذلك.

الركن المعنوي: هنا يجب توفر لذا الجاني القصد الجنائي وذلك ب:

1- بأن يكون عالما بأنه يستعمل وسائل احتيالية لإيقاع المجني عليه في الغلط الذي مس

مصالحه أو مصالح غيره

2- اتجاه نية الجاني إلى تحقيق منفعة مالية له أو لغيره

إذن السؤال الذي يطرح نفسه إلى أي حد يمكن إسقاط جريمة النصب على جريمة التحويل

الإلكتروني أو بالأحرى جريمة النصب المعلوماتي؟

وكما سبقت الإشارة لذلك فالركن المادي في جريمة النصب يتكون من فعل الاحتيال أولاً، ومن

استيلاء الجاني على مال مملوك للغير ثانياً، ومن علاقة سببية بين الأمرين أخيراً، أما الركن المعنوي فيتميز

باشتماله على قصد خاص بجانب القصد العام. وبخصوص الرأي¹ في وقوع جريمة النصب المعلوماتي

¹ - مجموعة القانون الجنائي - سلسلة النصوص التشريعية (الجيب) - العدد 3- الطبعة الأولى- شتنبر 2007- ص:193.

² - عبد الواحد العلي: "القانون الجنائي المغربي- القسم الخاص...- الطبعة الثالثة-2003- مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- ص:

328 وما يلها.

انقسم إلى ثلاث اتجاهات في ما يتعلق بفعل الاحتيال:

- الاتجاه الأول: يرى أن جريمة النصب لا تقوم إلا إذا خدع شخصا مثله وأن يكون الشخص المخدوع مكلفا بمراقبة البيانات، وعلى ذلك لا يتصور خداع الحاسب الآلي بوصفه آلة ومن ثم لا يطبق النص الجنائي الخاص بالنصب والاحتيال لافتقاده أحد العناصر اللازمة لتطبيقه .

وهذا الاتجاه تتبناه تشريعات مصر وألمانيا والدانمارك وفنلندا واليابان والنرويج والسويد وكسمبرج وإيطاليا .

وهناك في الفقه المصري من يرى أن غش العدادات (كعداد المياه والكهرباء) والأجهزة الحاسبة هو نوع من تجسيد الكذب الذي تتحقق به الطرق الاحتيالية ضمن السلوك الإجرامي في جريمة النصب، ويتفق هذا الرأي مع رأي الفقه الفرنسي والفقه البلجيكي.

- الاتجاه الثاني: وتتبناه دول الانجلوسكسونية ومنها بريطانيا وستراليا وكندا وهو اتجاه يوسع من النصوص المتعلقة بالعقاب على جريمة النصب ويمكن تطبيق هذه النصوص على النصب المعلوماتي . ولقد تدخل المشرع الإنجليزي عام 1983، واعتبر خداع الآلة بنية ارتكاب غش مالي هو من قبيل الاحتيال الذي يجب العقاب عليه جنائيا وبذلك تطبق نصوص تجريم النصب على ذلك الغش أو الاحتيال بطرق معلوماتية. ولقد سار على ذلك النهج القضاء الكندي والأسترالي.

- الاتجاه الثالث: وتمثله الولايات المتحدة الأمريكية حيث تطبق النصوص المتعلقة بالغش في مجال البنوك والبريد والتلغراف والاتفاق الإجرامي لغرض الغش على حالات النصب المعلوماتي.

بل أن بعض القوانين المحلية في بعض الولايات الأمريكية، أصدرت قوانين في هذا الخصوص وأضافت تعريفا موسعا للأموال بأنه (كل شيء ينطوي على قيمة) ومن ثم يندرج تحت تعريف هذه الأموال المعنوية والبيانات المعالجة حيث تعاقب هذه القوانين على الاستخدام غير المسموح به للحاسب الآلي

بغرض اقتراف أفعال الغش أو الاستيلاء على أموال.

¹ - عبد الله داوود أحمد ذيب " جرائم الأموال المعلوماتية" - أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص- كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية- نابلس فلسطين- سنة 2009. ص 95 وما بعدها.

وعلى المستوى الفيدرالي فقد صدر قانون سنة 1984 يعاقب على "الولوج غير المشروع أو المصطنع في الحاسب الآلي" ونص فيه على عقاب كل من ولج عمداً في حاسب آلي بدون إذن أو كان مسموحاً بالولوج منه واستغل الفرصة التي سنحت له عن طريق هذه الولوج لأغراض لم يشملها الإذن وقام عمداً عن طريق هذه الوسيلة باستعمال أو تعديل أو إتلاف أو إفشاء معلومات مخزنة في الحاسب متى كان هذا الأخير يعمل باسم ولصالح الحكومة الأمريكية، وطالما أثرت هذه الأفعال على أداء وظيفته ولهذا يرى الفقه إمكانية تطبيق هذا النص وبشروط محددة على النصب المعلوماتي.

أما في ما يتعلق بالاستيلاء على مال الغير يتعين أن يترتب على أفعال الاحتيال قيام الجاني بالاستيلاء على أموال الغير دون وجه حق وذلك باستخدام الحاسب الآلي بوصفه أداة إيجابية في هذا الاستيلاء، وذلك أن الحاسب الآلي يعد أداة إيجابية في جريمة النصب المعلوماتي متى تم التدخل مباشرة في المعطيات بإدخال معلومات وهمية أو بتعديل البرامج أو خلق برامج صورية وليس هناك صعوبة في اكتشاف الطرق الاحتمالية في هذه الحالات ، وكذلك كأثر للاستخدام التعسفي لبطاقات الائتمان المغنطة متى استخدمت كأداة في جريمة النصب ومن ناحية أخرى يلزم أن تتوافر علاقة السببية في جريمة النصب بما فيها النصب المعلوماتي ما بين فعل التدليس وبين النتيجة المتمثلة في تسليم المال¹.

من خلال هذه الاتجاهات ونص المادة 540 ق. ج. م. فجريمة النصب يمكن أن يكون محلها الجانب المعلوماتي خصوص وأن هذه الأخيرة أصبحت تستعمل للقيام بمجموعة من العمليات التعاقدية وخاصة في مجال التحويلات المالية وغيرها من العمليات التبادلية للمعلومات فأى تحايل يقع عن طريق المعلومات وتم ضبط هذا المتحايل فيمكن إدانته وفقاً للفصول وهذا بطبيعة الحال كون أن المشرع المغربي لازال لم ينظم أي قانون خاص بهذا الجانب من التحايل بالإضافة أن النصب يقع فقط إذا كان التحويل من شخص غير مؤتمن على هذا المال لأن إذا وقع من هذا الأخير تعتبر خيانة أمانة وليس بنصب.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من النصوص التي يمكن أن تخضع لمثل هذه الدراسة كما هو الشأن بنسبة للفصول 497 إلى 504 المتعلقة بإفساد الشباب و البغاء باعتبار أن بعضها جاء بشكل عام يسمح بأن يطبق على الجرائم الإلكترونية. وهو نفس الأمر الذي ينطبق على عدة نصوص

¹ - المرجع السابق- ص 123 وما بعدها.

أخرى صيغت بنفس الطريقة .

وعليه يمكن أن نخلص إلى أن المشرع الجنائي المغربي حاول في كثير من المواقع في القانون الجنائي المغربي أن يسن نصوص بطريقة عامة تسمح أن تحمل أحكاما فضفاضة فتكون بذلك صالحة للتطبيق في جميع الأوقات مهم تطورت الجرائم. لكن رغم ذلك فإنها لا تعتبر كافية لجعلها إطارا قانونيا ينظم أحكام الجريمة الإلكترونية من كافة جوانبها الأمر الذي يدفعنا إلى التأكيد على أن المشرع المغربي لم يوفر للأفراد ضمانات قانونية كافية يمكن من خلالها أن يواجهوا التهم التي يمكن التوجه لهم والقائمة على ارتكابهم جرائم إلكترونية، هذا مع التذكير على أن القانون الجنائي يتضمن مبدأ مهما في هذا المجال والمتمثل في مبدأ الشرعية.

المطلب الثاني: في إطار القانون 03.07 المتعلق بجرائم المس بنظام المعالجة الآلية للمعطيات.

بعد أن حاولنا في المطلب الأول الإلمام ببعض مظاهر الإحاطة بالجريمة الإلكترونية من خلال النصوص العامة للقانون الجنائي المغربي، نعرض في هذه المرحلة إلى دراسة القانون رقم 03.07 المتمم لمجموعة القانون الجنائي¹ والذي حاول المشرع من خلاله الإحاطة ببعض الجرائم الإلكترونية والمرتبطة أساسا بنظم المعالجة الآلية للمعطيات.

ونقترح للإحاطة بهذا الموضوع تقسيم البحث فيه إلى فرعين نتناول بالدراسة والتحليل في الفرع الأول الجرائم الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات، في حين نتطرق في الفرع الثاني إلى الجرائم الماسة بالمعطيات والوثائق المعلوماتية.²

غير أنه يجدر بنا قبل الخوض في دراسة هذه الجرائم أن نعرف بنظام المعالجة الآلية للمعطيات ونبين المقصود به على اعتبار أن التحديد الدقيق للمصطلحات في المادة الجنائية يكتسي أهمية بارزة نظرا لارتباطه بتقنيي التجريم والتكييف.

فبداية نشير إلى أن المشرع المغربي لم يعرف بنظام المعالجة الآلية للمعطيات وترك المجال واسعا

¹ القانون 03.07 القاضي بتتميم القانون الجنائي فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-03-197 بتاريخ 16 رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 2003/12/22، ص 4284.

² للتوسع أكثر في دراسة القانون رقم 03.37 يمكن الرجوع إلى بحث نهاية التدريب للملحق القضائي عبد العزيز علا، تحت عنوان "جرائم المس بنظام المعالجة الآلية للمعطيات"

للفقه والاجتهاد القضائي القضائي، وربما يكون المشرع المغربي قد أحسن صنعا بعدم إعطاء تعريف معين لهذا النظام مما يترك المجال واسعا للقضاء المغربي وعدم تقييده بتعريف قد يحد من تطبيق مقتضيات هذا النصوص في مقبل الأيام، أي أن المشرع المغربي قد استعمل تقنية المرونة في النص الجنائي، وتجاوز بذلك المفهوم الضيق لمبدأ الشرعية أو النصية المتعارف عليه في الأنظمة الجنائية.

وقد حاول أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي عند مناقشة القانون المتعلق بالغش المعلوماتي سنة 1988 إعطاء تعريف أو وضع معيار لتحديد نظام المعالجة الآلية للمعطيات، حيث اشترطوا وجود وحدة للمعالجة وأجهزة للإدخال والإخراج وذاكرة وبرامج وأدوات للربط، بالإضافة إلى تمتع هذه المنظومة بالحماية اللازمة أو خاضعا لنظام الحماية الفنية كما أسموها.

أما القضاء المغربي فقد تضاربت مواقفه بشأن تحديد مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات، حيث نجد المحكمة الابتدائية بتمارة على سبيل المثال قد اعتبر علبة الرسائل الإلكترونية 'E-la boite mail' نظاما للمعالجة الآلية للمعطيات، في حين تبنت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء موقفا مغايرا من المسألة، كما اعتبرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء جهاز تشفير الأقنات السرية 'TA48' نظاما للمعالجة الآلية للمعطيات رغم عدم توفره على العناصر التي سبق ذكرها.

الفرع الأول: الجرائم الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات.

من خلال دراسة الفصلين 3-607 و 5-607 يمكن التمييز بخصوص الجرائم الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات بين جرائم تمس سرية هذه الأنظمة وبين جرائم تمس بسلامتها.

الفقرة الأولى: الجرائم الماسة بسرية أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات

فبالرجوع إلى الفصل 3-607 من القانون الجنائي، نجده يجرم فعلين رئيسيين الأول يتعلق بالولوج إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، ويجرم في الفقرة الثانية منه الفعل المتمثل في البقاء غير المشروع داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وهما فعلين يمسان بسرية نظام المعالجة الآلية للمعطيات، حيث لم يشترط المشرع لقيام هاتين الجريمتين القيام بحذف أو تغيير للمعطيات أو إحداث اضطراب في سير النظام وإنما جعل هذه الأفعال ظروف تشديد تستوجب مضاعفة العقوبة.

وتستلزم جريمة الولوج غير المشروع عنصريين أساسيين يتمثل الأول في الولوج أي تواجد شخص ليس له حق التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، بينما يتمثل العنصر الثاني في الاحتيال أي

الولوج باستعمال وسائل غير مشروعة ويتحقق بأية وسيلة كانت، والملاحظ أن هذين العنصرين يدخلان في الركن المادي للجريمة حيث لم يشترط المشرع قيام الركن المعنوي لتتمام الجريمة مما يجعل هذه الجريمة جريمة مادية.

ومن أهم صور جريمة الولوج إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال استعمال بطائق ائتمان مزيفة أو استعمال أرقام سرية مقرصنة للولوج إلى أنظمة للمعالجة الآلية للوثائق، وهي الأفعال التي تم متابعة المتهمان في قضية "زوتوب" zotop على أساسها¹.

أما جريمة البقاء غير المشروع داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات فهو على عكس الصورة الأولى يتم عن طريق الخطأ غير أن الشخص يستمر في البقاء داخل النظام رغم علمه بأن ليس له الحق في الدخول أصلاً.

الفقرة الثانية: الجرائم الماسة بسلامة أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات:

ينص الفصل 5-607 من القانون الجنائي على أنه "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 20.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمدا سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه خللاً"، وبذلك يكون المشرع قد ميز بين فعلين مختلفين من حيث العناصر التكوينية لكل منهما.

فبداية جرم فعل عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، أي منعه من القيام بوظيفته على أكمل وجه في الوقت المحدد، وقد اشترط المشرع لقيام هذه الجريمة أن تتم عمداً، أي أنه قد اشترط قيام القصد الجنائي.

تم تطرق المشرع في هذا الفصل إلى فعل آخر، ألا وهو إحداث خلل في النظام، أي جعله يقوم

بوظائف غير تلك التي حددت له، والملاحظ أن المشرع لم يشترط هنا عنصر العمد، مما يجعل عرقلة سير النظام صورة من صور إحداث خلل في النظام متى تخلف عنصر القصد الجنائي.

¹ - سيتم الرجوع إلى هذه القضية بتفصيل عند معرض الحديث عن إثبات الجرائم الإلكترونية.

الفرع الثاني: الجرائم الماسة بالمعطيات والوثائق المعلوماتية

إلى جانب الحماية التي أحاط بها المشرع نظام المعالجة الآلية للمعطيات في حد ذاته فقد عني أيضا بالمعطيات المعلوماتية في حد ذاتها وكذا بالوثائق المعلوماتية.

الفقرة الأولى: الاعتداء على المعطيات المعلوماتية

فمن خلال الفصول 3-607 و6-607 يمكن رصد مجموعة من الأفعال التي تمس بالمعطيات الإلكترونية أو المعلوماتية والمتمثلة أساسا في أربعة صور وهي:

1 - إدخال معطيات إلى النظام: إضافة معطيات جديدة من شأنها التشويش على صحة البيانات التي كانت موجودة، ويعتبر إدخال فيروسات من أهم صور إدخال البيانات إلى نظام المعالجة الآلية للوثائق.

2 - إتلاف المعطيات: بحيث تصبح المعطيات غير صالحة للاستعمال كأن تعطي نتائج غير تلك المرغوب فيها.

3 - حذف المعطيات: أي حذف المعطيات وغزالتها من النظام، ومن صوره مسح المعطيات عن طريق الفيروسات الخاصة (gomme d'effacement) وكذا القنابل المعلوماتية (les bombes logiques) وذلك بعد اختراق الحواجز الأمنية للنظام.

3 - تغيير المعطيات: أي استبداله بمعطيات أخرى ويمثل هذا الفعل 15 % من حالات الغش المعلوماتي .

4 الفقرة الثانية: الاعتداء على الوثائق المعلوماتية

وتتمثل جرائم الاعتداء على الوثائق المعلوماتية في صورتين اثنتين هما:

1 تزوير أو تزيف ووثائق المعلوماتيات: جاء في الفصل 7-607 "دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 1.000.000 درهم كل من زور أو زيف ووثائق المعلوماتيات أيا كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزيف إلحاق ضرر بالغير." وبذلك يتبين أن هذه الجريمة تشترط تحقق مجموعة من الشروط.

أ - فعل التزييف أو التزوير: والتزوير طبقا للفصل 351 من القانون الجنائي هو تغيير الحقيقة بسوء نية، أما التزييف فهو وضع أو صنع وثيقة شبيهة بالأصلية.

ب- محل يرد عليه فعل التزوير أو التزييف: والمقصود هنا الوثيقة المعلوماتية وهي كل وثيقة تمكن من تخزين المعطيات أو قراءتها بشكل آلي أو بمعنى آخر هي الدعامة المادية التي تم تحويل المعطيات المسجلة عليها إلى لغة آلية، ومن أمثلتها الشرائط أو الأقراص الممغنطة بطاقات الإئتمان أو البطاقات البنكية بطاقات التعريف البيومترية جواز السفر البيومتري ..

ج- الضرر: حيث اشترط المشرع لتمام هذه الجريمة إلحاق ضرر بالغير ومعلوم أن الضرر قد يكون ماديا أو معنويا، حالا أو محتملا، فرديا أو جماعيا.

2 استعمال وثائق معلوماتية مزورة أو مزيفة، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من الفصل 7-607 بقولها "دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد تطبق نفس العقوبة على كل من استعمل وثائق المعلومات المشار إليها في الفقرة السابقة وهو يعلم أنها مزورة أو مزيفة".

المبحث الثاني: صعوبة التحقيق والإثبات في الجريمة الإلكترونية

المطلب الأول: الإشكاليات المتعلقة بالتحقيق في الجرائم الإلكترونية

كما نعلم أن الجرائم الإلكترونية لا يترتب عنها فعل مادي ملموس كما هو الشأن في الجرائم التقليدية، وبالتالي يصعب كشف هذه الجرائم من جهة وجمع الأدلة بشأنها من جهة أخرى.

وبالتالي فإن التحقيق في هذه الجرائم يثير عدة إشكالات.ومن بين أهم الإشكالات المتعلقة بمجال التحقيق:

- عندما يتعلق الأمر ببيانات مخزنة في أنظمة أو شبكات إلكترونية موجودة في الخارج حيث تثير مسألة الدخول إليها ومحاولة جمعها مشكلات تتعلق بسيادة الدولة. وقد تباينت الاتجاهات حول مدى امتداد التفتيش للحواسيب الأخرى خارج الدولة، فذهب رأي إلى رفض امتداد التفتيش للحواسيب المتصلة بحاسوب المتهم خارج الدولة، بدعوى أن ذلك ينطوي على

انتهاك لسيادة دولة أخرى، وبالتالي فإن مباشرة هذا الإجراء يستلزم وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف وهو يعبر عن الرأي السائد في الفقه الألماني.

وفي المقابل يؤيد جانب آخر من الفقه أمر امتداد التفتيش إلى الحواسيب الموجودة خارج إقليم الدولة، وهذا الرأي يقوم على أساس واقعي، إذ أن معتنقيه والمدافعين عنه يحاولون التعامل بواقعية مع ما يعترض سلطات التحقيق من مشكلات. وهذا الاتجاه أخذ به القانون الفرنسي من خلال المادة 17 من قانون الأمن الداخلي، وكذا القانون البلجيكي في المادة 88، حيث تعطي لقاضي التحقيق الحصول على نسخة من البيانات التي هو في حاجة إليها دونما انتظار إذن من سلطات الدولة الأخرى.

• فيما يتعلق بالمعينة: نعلم أن المعينة لها أهمية في التحفظ على الآثار المادية الفعلية المترتبة عن الجريمة، لكن في الجريمة الإلكترونية نادرا ما تترك آثارا مادية وقد تطول الفترة الزمنية بين وقوع الجريمة واكتشافها مما يعرض الآثار الناجمة عنها إلى المحو أو التلف أو العبث.

• بالنسبة للتفتيش: من أجل إجراء التفتيش يتعين الحصول على إذن من الجهات المختصة. لكن قد يقوم الجاني خلال الفترة التي يراد الحصول فيها على إذن التفتيش بنقل البيانات إلى أنظمة أو أماكن أخرى في ملك شخص آخر، هنا يثار مشكل هل يمكن أن يمتد الإذن بالتفتيش إلى أماكن أخرى غير الواردة في الإذن الأول؟ وكذلك إذا رفض صاحب المكان أو النظام مباشرة التفتيش لديه هل يمكن أن نلزمه بذلك؟

المطلب الثاني: وسائل الإثبات في الجريمة الإلكترونية.

تتميز أفعال الجريمة المعلوماتية على نحو قليل في مضمونها وتنفيذها أو محو آثارها عن تلك الخاصة بالجريمة التقليدية حيث يكفي للمجرم المعلوماتي أن يلمس لوحة مفاتيح الحاسب الآلي والتي تقوم على الفرز بعمليات الحساب والتحليل وإسقاط الحواجز وأساليب الحماية الأكثر خداعا.

وأیضا تتميز جرائم الحاسب بالصعوبات البالغة في اكتشافها وبالعجز في حالات كثيرة عن إمكان

إثباتها في حالة اكتشافها.

ومرد ذلك الأسباب التالية:

• أولا: لا تخلف جرائم الحاسب آثارا ظاهرة خارجية فهي تنصب على البيانات والمعلومات المخترنة

في نظم المعلومات والبرامج مما ينفي وجود أي أثر مادي يمكن الاستعانة به في إثباتها، فالجرائم المعلوماتية ينتفي فيها العنف وسفك الدماء ولا توجد فيها آثار لاقتحام سرقة الأموال، وإنما هي أرقام ودلالات تتغير أو تمحى من السجلات، ومما يزيد من هذه الصعوبة ارتكابها في الخفاء، وعدم وجود أثر كتابي مما يجري من خلال تنفيذها من عمليات حيث يتم نقل المعلومات بواسطة النبضات الإلكترونية.

• ثانيا: يتم ارتكاب جريمة الحاسب عادة عن بعد، فلا يتواجد الفاعل في مسرح الجريمة حيث تتباعد المسافات بين الفاعل والنتيجة، وهذه المسافات لا تقف عند حدود الدولة بل تمتد إلى النطاق الإقليمي لدول أخرى مما يضاعف صعوبة كشفها أو ملاحقتها.

• ثالثا: وتبدو أكثر المشكلات جسامة، لا في مجال صعوبة اكتشاف وإثبات جرائم الحاسب بل وفي دراسة هذه الظاهرة في مجملها هي مشكلة امتناع المجني عليهم عن التبليغ عن الجرائم المرتكبة ضد نظام الحاسب وهو ما يعرف بالرقم الأسود Chiffre noir حيث لا يعلم ضحايا هذه الجرائم شيئا عنها إلا عندما تكون أنظمتهم المعلوماتية هدفا لفعال الغش أو حتى عندما يعلمون فهم يفضلون عدم إفشاء الفعل.

ويلزم للمجتمع المعلوماتي في مجال قانون الإجراءات الجنائية أن ينشئ قواعد قانونية حديثة بحيث تضع معلومات معينة تحت تصرف السلطة المهيمنة على التحقيق في مجال جرائم الكمبيوتر.

والسبب في ذلك أن محترفي انتهاك شبكات الحاسب الآلية ومرتكبي الجرائم الاقتصادية وتجار الأسلحة والمواد المخدرة يقومون بتخزين معلوماتهم في أنظمة تقنية المعلومات وعلى نحو متطور، وتصطدم الأجهزة المكلفة بالتحقيق بهذا التكتيك لتخزين المعلومات وهي التي تسعى للحصول على أدلة الإثبات.

وتصادف الصعوبات عندما يتعلق الأمر على وجه الخصوص بتخزين بيانات بالخارج بواسطة شبكة الاتصالات البعيدة، Télécommunication ويصعب حتى هذه اللحظة في غالبية الأنظمة القانونية أن نحدد إلى أي مدى تكفي الأساليب التقليدية للإكراه في قانون الإجراءات الجنائية من أجل مباشرة تحقيقات ناجحة في مجال تقنية المعلومات. قد اقترن بظهور تقنية المعلومات مشكلات خاصة ومستحدثة وعلى سبيل المثال التفتيش والتحفظ على المعلومات وإلزام الشاهد باسترجاع وكتابة المعلومات والحق في مراقبة وتسجيل البيانات المنقولة بواسطة أنظمة الاتصالات البعيدة وجمعها وتخزينها وضم المعلومات

الإسمية إلى الدعوى الجنائية. وأهم ما يميز جرائم نظم المعلومات صعوبة اكتشافها وإثباتها وهي صعوبة يعترف بها جميع الباحثين في هذا المجال، علاوة على ما تتميز به إجراءات جمع الأدلة في هذا المجال من ذاتية خاصة.

ومجموعة الأعمال التي يرى المحقق وجوب أو ملاءمة القيام بها لكشف الحقيقة بالنسبة لواقعة معينة يهتم بها قانون العقوبات هي إجراءات التحقيق. وتنقسم هذه الإجراءات إلى قسمين: قسم يهدف إلى الحصول على الدليل كالتفتيش وسماع الشهود وقسم يمهد للدليل ويؤدي إليه كالقبض والحبس الاحتياطي.

وتسمى المجموعة الأولى: إجراءات جمع الأدلة أما الثانية: فتعرف بالإجراءات الاحتياطية ضد المتهم.

حيث أن الإجراءات جمع الأدلة تنطوي أيضا على المساس بالحريات، وهذا أبرز ما يميزها، ولهذا فإنه يجب النظر إليها باعتبارها واردة على سبيل الحصر، فلا يجوز للمحقق أن يباشر إجراء آخر فيه مساس بحريات الأفراد ولو كان من شأنه أن يؤدي إلى كشف الحقيقة كاستعمال جهاز كشف الكذب أو مصال الحقيقة.¹

نطاق الحق في اللجوء لوسائل الإثبات المختلفة في المادة الجنائية:

ينص الفصل 288 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "يمكن إثبات كافة الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا الأحوال التي يقضي القانون فيما بخلاف ذلك..." فالمبدأ إذا بحسب مضمون النص القانوني أن الإثبات في الميدان الجزري- خلاف المدني- حر بمعنى أن كل وسائل الإثبات التي يقرها القانون يمكن الاستدلال بها أمام القضاء الجزري الذي لا يجوز له أن يرفض- ما لم ينص القانون بذلك- لأحد الأطراف أي دليل يراه منتجا في إقناع المحكمة بوجهة نظره.² ويتأسس المبدأ الذي نحن بصدد دراسته على كون الإثبات في الشق الجنائي يرتكز على وقائع إجرامية مادية وليس على تصرفات قانونية تستلزم نوعا معينا من الأدلة، لذلك وجب السماح بإثباتها أي الوقائع الإجرامية بجميع وسائل الإثبات المعروفة من: "شهادة وخبرة وقرائن ومحرمات واعترافات .."

¹ - <http://hawassdroit.ibda3.org/montada-f6/topic-t1100.htm>

² - العلي عبد الواحد: "شرح قانون المسطرة الجنائية". الجزء الثاني في "التحقيق الإعدادي والمحكمة" ط أولى 2000م، 246.

لكن بالرجوع إلى الفقرة الثانية من ذات الفصل نجدها تقرر مبدأ آخر والأمر يتعلق "بحرية الاقتناع" بما طرح على القاضي الحكم من وسائل مختلفة بشأن قضية معينة، وذلك بقوله: " ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ". " فإذا قرر أن الإثبات غير قائم قرر عدم إدانة الشخص وحكم ببراءته " فقرة ثانية.

فالقاضي يحكم بما اقتنع ضميره على أساس أن يبرر اقتناعه وهذا ما أكدته المادة 286 من ق.م. بقولها: " ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم، ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365". وإن تقييد القاضي بوجوب تبرير اقتناعه، هو أمر استحدثه قانون المسطرة الجنائية النافذ في فاتح أكتوبر لسنة 2003، والحالة على البند 8 من المادة 365 تتعلق بوجوب اشتمال الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي يبني عليها الحكم أو القرار أو الأمر، ولو في حالة البراءة. وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى ما لي: " يجب أن يكون كل حكم معلن من الناحيتين الواقعية والقانونية، وإلا كان باطلا، وأنه إذا كان من حق القضاة أن يكونوا اقتناعهم في جميع الأدلة المعروضة عليهم، فيجب أن تؤدي تلك الأدلة منطقيا وعقلا إلى النتيجة التي انتهوا إليها"¹.

وبالتالي فالأصل هو حرية الإثبات والذي يقابله الحرية في الاقتناع الذي يجب أن يكون مبررا وهي مجموعة من المبادئ التي تطبق في المادة الجنائية على أنه يبقى لكل قاعدة استثناء، والاستثناء حاضر وواضح في نص الفصل 286 الذي أكد بقوله " .. ما لم ينص القانون بخلاف ذلك "

تذهب التشريعات المقارنة إلى قبول مصادر المعلومات الخاصة بالحساب الآلي أو المتحصل عليها من أنظمتها مثل مخرجات نظام المعالجة الآلية للبيانات والبيانات المكتوبة على شاشته، والبيانات المسجلة على دعائم ممغنطة أو المخزنة داخل نظام المعالجة كأدلة يقوم عليها الإثبات الجنائي. وهذه الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، فإن استراح إليها ضميره ووجدتها كافية ومنطقية فيمكنه أن يستمد اقتناعه ويعول عليها في الحكم الذي ينتهي إليه.

ولقد أثبتت في فرنسا مشكلة الإثبات لمحاضر المخالفات التي تتم عن طريق جهاز السينموتور، وانتهى القضاء هناك إلى عدم اعتبار محاضر المخالفات المحررة بإثبات المخالفة حجة بذاتها في الإثبات،

¹-قرار عدد 8178 ملف جنح رقم 12879 و تاريخ 12/ 12/ 1983، ق.م.أ، عدد 36 و 35 م، 255

وإنما ذهب كل من الفقه والقضاء، إلى أن أي محضر لا تكون له قوة إثباتيه إلا إذا أثبت فيه محرره وقائع تدخل في اختصاصه، وأن يكون قد شاهدها أو سمعها أو تحقق منها بنفسه، وبناء على ذلك فإن المحضر الذي يحرره عقب عملية المراقبة الإلكترونية للسيارات لا يصلح دليلا على ارتكاب الجريمة، حيث أن محرري المحضر لم يتحققوا بأنفسهم من ارتكاب المخالفة.

وإذا كان الضابط الذي يحزر المخالفة للقيادة بسرعة تزيد عن السرعة المقررة والتي يتم ضبطها عن طريق جهاز الردار طبقا لقانون المرور المصري، لا يكون قد شاهد بنفسه المخالفة وإنما قام بتسجيلها فقط عن طريق الإشارة اللاسلكية التي تكون قد وصلت إليه، ولذلك فإن تقرير مخالفة المرور عن هذه المخالفة لا يمكن أن يحل محل محضر جمع الاستدلالات ولا يصلح لأن يكون دليلا قائما بذاته لإثبات المخالفة.

