

Royaume du Maroc

Ministère de l'Education Nationale, de
la Formation Professionnelle, de
l'Enseignement Supérieur et de la
Recherche Scientifique
Université Sidi Mohamed Ben Abdellah
Faculté des Sciences Juridiques
Economiques et Sociales – Fès



المملكة المغربية

وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي
والبحث العلمي
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – فاس

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع:

تجريح قضاة النيابة العامة في النظام القانوني المغربي

تحت إشراف الدكتور:
عبد العزيز العتيقي

إعداد الطالبة:
نوال التغدويني

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د . عبد العزيز العتيقي
عضوا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	د . محمد بوزلافة
عضوا	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس	د . نور الدين العمراني
عضوا	أستاذ مؤهل بكلية المتعددة التخصصات بالراشيدية	د . أمين أعزان
عضوا	قاضي مستشار ورئيس قسم بمديرية الشؤون الجنائية والعفو بوزارة العدل	د . عبد السلام بوهوش
عضوا	محامي بهيئة الرباط	د . الحبيب بيهي

الموسم الجامعي:

2018 – 2017

مقدمة:

إن التجريح، هو في حقيقته، يعتبر من أهم العوارض التي جعل منها المشرع الجنائي أو المدني أن تكون سببا للحيلولة دون النظر في الدعوى العمومية أو المدنية، أو بالإجراءات المرتبطة بهما، وذلك تجنباً للإضرار بالخصوم، أو بصحة هذه الدعاوى، من الناحية الإجرائية.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار، بأن المشرع المغربي، نص كقاعدة عامة على إمكانية تجريح قضاة الحكم¹، دون قضاة النيابة العامة²، إلا في الحالات التي تكون فيها هذه الهيئة القضائية الأخيرة طرفاً منضماً في القضايا المدنية³. فإن هذا الإجراء القانوني، أثار جدلاً فقهيًا، بخصوص هذه القاعدة التشريعية، في نطاق قانون المسطرة الجنائية. الأمر الذي جعل من هؤلاء أن يعرضوا، عن هذا الجدل ليقصر دورهم فقط على الإشارة إليه، بمناسبة دراسة تجريح قضاة الحكم، دون قضاة النيابة العامة، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية القائلة بأنه لا اجتهد مع وجود النص.

ولكن في اعتقادنا، أن التسليم بهذا الجدل العقيم، هو مرفوض من أساسه، وذلك من ناحيتين، إحداهما ذات معنى تاريخي، وأخرهما ذات معنى قانوني.

¹ أنظر المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية.

² أنظر المادة 274 من نفس القانون.

³ أنظر الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية.

فمن الناحية التاريخية، ظل القانون الفرنسي، الذي يعتبر مصدرا للأنظمة القانونية، ذات الأصل اللاتيني، يؤكد بأن النيابة العامة، لا يمكن تجريحها، لكون أنها، هي، في طبيعتها مؤسسة قانونية مقدسة، وذلك بالشكل الذي كان يتم به تقديس الملك أو الدولة، في ظل هذه الأنظمة القانونية، في بداية ظهورها.⁴ في حين أن الأمر، لم يعد كذلك، بحيث إنه إذا أمكن التسليم بهذا التفكير، انطلاقاً من تاريخ تأصيل هذه الهيئة القضائية، فإن الأنظمة القانونية الحالية، لا تجعل منها مؤسسة قانونية مقدسة، للحيلولة دون الطعن في إجراءاتها، أو الاعتراض على تلك الإجراءات التي تقوم بها. وذلك لعدة اعتبارات أبرزها، أنها لم تعد تدافع عن مصالح خاصة للملك، كما كان عليه الأمر، عند ظهورها في العصور الوسطى⁵، أو مصالح خاصة للدولة، كما كان عليه الأمر في عهد الدولة الحارسة⁶، وإنما أصبح هذا الأمر غير ذلك، على اعتبار أنها أصبحت في ظل الدولة المتدخلة⁷، تمثل مصالح المجتمع في متابعة

⁴ Roger Mirl et André Vitu : traité de droit criminel, T II, Paris 1973, n°178, p 974.

⁵ روجير ميرل وأندري فيتني، نفس المرجع السابق، ويؤكد هذان الفقيهان في هذا الصدد بأن :

« Le ministère public est une institution typiquement français, au moyen âge, le roi et les seigneurs se faisant représenter devant les juridictions, pour la défense de leurs intérêts prise par des avocats, comme l'aurait fait n'importe quel autre des procureur et plaideur ».

⁶ M. L. Rassat : le ministère public entre son passé et son avenir, 1967, p 19-20.

⁷ ينصرف مفهوم الدولة المتدخلة إلى تلك الدولة التي ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية، والتي بمقتضى سلطاتها الثلاث، أصبحت تتدخل، في توجيه سياساتها الاقتصادية والاجتماعية

الجرائم، وذلك بهدف الاستقرار القانوني، أمام استمرار ظاهرة الانتقام بين الأفراد، بمناسبة ارتكاب هذه الجرائم⁸.

ولعل السبب في نزع القدسية عن النيابة العامة، في الوقت الحاضر هو كون قضاتها أصبحوا يتمتعون بالصفة القضائية التي لم تكن لديهم، عندما كانوا نوابا للملك، في الفترة التاريخية التي ظهرت فيها هذه المؤسسة القانونية⁹ وهذا ما يؤكد عدم تبعية هذه الهيئة القضائية للسلطة التنفيذية¹⁰، وذلك بالرغم من كونها لا تزال تابعة في تلقي الأوامر المتعلقة بتنفيذ السياسة الجنائية التي يبلغها إليها وزير العدل عندما يقتضي الأمر ذلك¹¹ طبقا للمادة 51 من قانون المسطرة الجنائية¹².

أما من الناحية القانونية، فيبدو واضحا بأن النيابة العامة لم يعتبرها المشرع المغربي، طرفا في القضايا الجنائية بنص صريح أو بصياغة معينة، تؤكد على ذلك، حتى يمكن اعتبارها خصما في الدعوى

والقانونية، وذلك تجنبا لوقوعها في الأزمات الاقتصادية، أو الاضطرابات الاجتماعية المؤدية إلى عدم استقرارها.

أنظر مورييس رولاند Maurice Rolland، مجلة جوريس كلاسور J.C.P 1956، ص 1271.

8 ميشيل لور رساط M.L.Rassat، مرجع سابق، ص 7.

9 ميرل وفيتي، نفس المرجع السابق.

10 أنظر المادة 25 من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.41 الصادر بتاريخ 24 مارس 2016 والتي حلت محل الفصل 56 من قانون النظام الأساسي لرجال القضاء المؤرخ في 11 نوفمبر 1974 والذي كان يقضي بأن قضاة النيابة العامة يوضعون تحت سلطة وزير العدل ومراقبة وتيسير رؤسائهم الأعلى. وأنظر أيضا الفصل 122 من دستور يوليو 2011.

11 أنظر المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية.

12 وهذا ما احتفظت به المادة 51.2 من مشروع قانون المسطرة الجنائية.

العمومية بالشكل السائد لدى الفقه، وذلك لسببين يتعلق أولهما، بكون هذه الهيئة القضائية، لم ينعتها تشريعنا الجنائي بهذه الصفة، في قانون المسطرة الجنائية، حتى يمكن أن نعتبرها كذلك¹³. وذلك بخلاف الأمر، في قانون المسطرة المدنية، فإن نفس المشرع اعتبرها طرفاً منضماً، في القضايا المدنية¹⁴.

أما السبب الثاني، فيتعلق بكون المتهم، في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، لا يمكن اعتباره خصماً، حتى تكون النيابة العامة كذلك¹⁵. وذلك لافتراض براءته من جهة، ولكون أن هذه الهيئة، عندما تقوم بتكليف الفعل المرتكب، من أجل إحالته على هذه الهيئة القضائية المختصة، لا يمكن اعتبارها خصماً في هذا الوضع القانوني من جهة أخرى. ولذلك، فإنه إذا ما توفرت في هذه المرحلة ما يفيد قيام أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، في القاضي الذي قام بهذا التكليف، لا يجب التسليم بما نصت عليه المادة 274 من نفس القانون، لانعدام ما يبرر منع القيام بهذا التجريح، وذلك للدور الذي يلعبه تكليف الفعل المرتكب في إدانة المتهم أو براءته.

¹³ وهذا ما يمكن استخلاصه من قانون المسطرة الجنائية التي استخدمت عبارة "الشخص المتابع" في المادة الرابعة وليس عبارة "المتهم" التي استعملها المشرع المغربي في الفصل الثالث من قانون المسطرة الجنائية القديم. أنظر محمد التغويني: "تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكوى"، مطبعة الأمانة الرباط، طبعة 2008، ص 41.

¹⁴ أنظر المادة 299 من قانون المسطرة المدنية.

¹⁵ إلا ما أشارت إليه المادة 562 من قانون المسطرة الجنائية، وهي المادة الوحيدة التي أضفت على النيابة العامة صفة طرف.

وتبعاً لما قد يترتب عن هذه الإشكالية من آثار سيئة على ذل المتهم، فإنه في مرحلة ممارسة الدعوى العمومية، قد يدفع أحد قضاة النيابة العامة، بعدم جدية الدفوع المقدمة من المتهم، وذلك انطلاقاً من منظور تطبيق القانون الذي تطالب به النيابة العامة، وإنما انطلاقاً من قيام أسباب التجريح لديه، ولذلك فإنه في حالة التسليم بعدم تجريح هؤلاء تقوم حتمية عدم التسليم بعدم بطلان إجراءات تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها، أمام القضاء الجنائي، وهذا غير ممكن، لاعتبار أن هذه الإجراءات من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته، بالشكل الذي يمكن التنازل فيه عند ممارسة حق التجريح من أحد الخصوم.

وانطلاقاً من كل هذه الاعتبارات، التي لا يشك أحد في كونها هي اعتبارات منطقية لقيامها على أسس تاريخية وقانونية واضحة، فإن إشكالية تجريح قضاة النيابة العامة لم تعد معجزة، أو من قبيل الاستحالة لدى الفقه¹⁶ والقضاء، وذلك منذ البدء بالاشغال على هذه المؤسسة القانونية.

¹⁶ إن إشكالية استحالة تجريح النيابة العام قد أثارها بعض الفقه الفرنسي منذ 1847. أنظر:

Etudes sur l'institution de l'avocat des pauvres et sur les moyens de défense des indignes dans les procès civils et criminels en France, en sardaigne, et dans les principaux pays de l'europe. Par J. -C.-M.-G. DU BEUX substitut du procureur du roi près la cour d'assises de seine-et-oise et le tribunal civil de versailles. Paris, Roy et Balhatte, librairies – Editeurs, des augustins, 45, p 108 et suite.

ولهذا السبب، يمكن أن نتساءل مع المشرع الجنائي المغربي لماذا ظل يتمسك بهذه الاستحالة، من أجل التمسك بعدم تجريح هؤلاء القضاة، هل لأن الأمر يتعلق بكون مصير الدعوى العمومية يتحكم فيه قضاة الحكم بصفة مطلقة، أم أنه فقط لم يحسن الصياغة التشريعية التي تتناول هذا الموضوع، في المواد من 273 إلى 275 من قانون المسطرة الجنائية.

ومن جهة أخرى، إذا سلمنا جدلاً بالتمييز بين قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم، بخصوص تجريح أو عدم تجريح هؤلاء، فكيف يمكن تفسير التناقض الذي وقع فيه نفس المشرع، بخصوص هذا الموضوع، خاصة وأنه تارة يعتبر قضاة النيابة العامة ممن لا يمكن تجريحهم في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، وتارة أخرى يعتبرهم من القضاة الذين يمكن إخضاعهم إلى هذا الإجراء القانوني، مثلهم في ذلك مثل قضاة الحكم، وذلك في المادة 275 من نفس القانون.

وفي نطاق هذا التساؤل، كيف نستطيع أن نفسر موقف القضاء المغربي الذي خالف القاعدة الفقهية القائلة بعدم إعمال الاجتهاد مع وجود النص، وذلك عندما قضى في إحدى أحكامه الحديثة جداً، بتجريح قضاة النيابة العامة، وذلك رغم تمسك هذه الأخيرة بنص المادة 274

المذكورة في دفعوها الشكلية¹⁷. فهل هذا الاجتهاد جاء نتيجة ما انتهى إليه الدستور المغربي الحالي بخصوص تحميل الدولة لنتائج الأخطاء القضائية التي يرتكبها القضاة، في مختلف المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، أم أن المنطق القانوني، يقتضي تجريح قضاة النيابة العامة، انطلاقاً من الصفة التي يشتركون فيها مع قضاة الحكم، وذلك انطلاقاً من كونهم لا يمكن اعتبارهم خصوماً، لانعدام ما يبرر الأساس الذي يقوم عليه ما نصت عليه المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، أمام التطورات التي عرفتھا المنظومة القضائية المغربية بصفة عامة.

ومن هذا المنظور، فإن هناك سؤالاً آخر، يمكن أن يفرض نفسه بخصوص إشكالية تجريح أو عدم تجريح قضاة النيابة العامة، أمام قيلم النص القانوني الذي يمنع هذا التجريح بشكل مؤكد، وهذا السؤال يتمحور حول هدف المشرع الجنائي المغربي من تمسكه بهذا المنع، في مختلف المراحل التي عرفها تطور قانون المسطرة الجنائية، وذلك بالرغم من أنه في المقابل، يسمح بمخاصمة هؤلاء القضاة. فهل لأن هذا الإجراء الأخير يفسد العدالة، انطلاقاً من سوء النية الذي يتولد لدى هؤلاء، ومن ثم تجب مخاصمتهم، دون السماح بتجريحهم الذي قد لا يؤثر على هذه العدالة، أم أن الاختلاف في طبيعة هذين الإجراءين هو الذي جعل منه فقط، أن يلجأ إلى هذا التمييز.

¹⁷ أنظر قرار محكمة النقض رقم 7/1808 الصادر بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف رقم 07/8551 نشره قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة الجنائية، السلسلة 1، الجزء 2، طبعة 2009، ص 100.

ويترتب على هذا التساؤل، أنه متى يمكن اعتبار النيابة العامة خصما، حتى يمكن تأسيس عدم تجربتها على القول المأثور الذي يتأكد من خلاله بأن الخصم لا يمكن أن يجرح خصمه. ومن ثم، فإن هذا القول، هل يمكن حصره في نطاق المادة المدنية فقط، أم يجب الأخذ به، حتى في المادة الجنائية.

وهذا يعني أننا إذا استطعنا أن نقنع أنفسنا، بأن النيابة العامة فعلا خصم إجرائي، في الدعوى العمومية، فإننا يجب لتسلم حتما بما ذهب إليه المشرع المغربي، في المادة 274 من ق.م.ج، ولكن إذا حدث العكس، ولم نستطع التسليم بهذه الإشكالية، فإنه يجب لذلك البحث في موضوع هذه الأطروحة لنبين للقارئ، بأن النيابة العامة لا يمكن بأي وجه من الوجوه اعتبارها خصما للمتهم في جميع مراحل الدعوى، ومن ثم، وجب التسليم بأن المادة المشار إليها آنفا، أصبحت مجرد نص جوفاء فارغ¹⁸ من محتواه القانوني الذي يقتضي إعادة النظر فيه، أو حذفه بشكل مطلق من قانون المسطرة الجنائية.

ومن هذا المنطلق تبين لي بأن موضوع "تجريح قضاة النيابة العامة في النظام القانوني المغربي"، والذي اخترت بأن أجعله بحثا أكاديميا لنيل الدكتوراه في القانون الخاص يمكن السير فيه دون صعوبة إلا ما يتعلق بالمراجع أو الأفكار التي قيلت بشأنها، وبشكل نادر جدا.

¹⁸ وقد عبرنا على المادة 274 بهذه الصياغة، وذلك عندما لم تعد قابلة للتطبيق بعد صدور الحكم القضائي المشار إليه في الصفحة السابقة وكذا بعد تصدير القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة وبصفة خاصة في المادة 97 منه.

وبعبارة أوضح، أن الصعوبة لا تكمن في اختيار هذا الموضوع والبحث فيه لإعداده في شكل أطروحة، أو مناقشته أثناء السير فيه، ولكن تكمن هذه الصعوبة في كون أن المشرع المغربي قد طرحه للتعجيز فقط مادام أنه ظل يعتمد في هذا التعجيز على القاعدة المشار إليها بخصوص ما يتعلق بمنع الاجتهاد مع وجود النص¹⁹. وذلك بالرغم من كون القضاء المغربي قد تجاوز هذه القاعدة، وأصدر حكمه الشهير في تجريح قضاة النيابة العامة²⁰.

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فقد رأيت بأن أهمية تجريح قضاة النيابة العامة، تكمن في كون هذه الهيئة القضائية لا يصح عقلاً أن يستمر المشرع الجنائي المغربي، في إحاطتها بهالة من القدسية بالشكل الذي كانت عليه، في المراحل الأولى لظهورها كهيئة أو مؤسسة قانونية، وذلك لبعض الاعتبارات التي يمكن إجمالها في ما يلي:

1- إنه لا يجب فتح المجال أمام الأخطاء القضائية التي يتم ارتكابها بسبب ما تدلي به النيابة العامة، من وسائل إثبات مفترضة ولاسيما في حالة قيام أسباب التجريح التي قد تجعل من قضاة هذه

¹⁹ وهنا تجب الإشارة إلى أن هذه القاعدة كانت تطبق في الفقه الإسلامي الذي ظل يسلم بتقديس نص القرآن أو السنة النبوية، أما بالنسبة للنص الذي يضعه المشرع في ظل القوانين الوضعية، فإنه لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها، وذلك لسبب وحيد، وهو أنه لا يمكن التسليم بجندية أو سلامة رأي هذا المشرع، في ما يضعه من نصوص قانونية، وهي غير موفقة في تحقيق أهدافها.

²⁰ أنظر قرار محكمة النقض رقم 7/1808 الصادر بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف رقم 07/8551 نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة الجنائية، السلسلة 1، الجزء 2، طبعة 2009، ص 100.

الهيئة، أن لا يلتزموا بالحياد إزاء المتهم الذي يبقى ضحية المنع التشريعي بخصوص الحيلولة دون ممارسة حقه، في إثارة هذا التجريح بالشكل المنصوص عليه في المادة 278 من قانون المسطرة الجنائية، والعكس صحيح بالنسبة للمجني عليه.

هذا بالإضافة إلى ما قد يترتب عن هذا المنع، من إمكانية تكيف الفعل المرتكب، أو تغيير طبيعته، أو الزج بالمتابع في السجن بناء على الاعتقال الاحتياطي الذي قد يطول لمدد طويلة، قبل حسم قضاء الحكم، فيما تم افتراض ارتكابه بالإدانة أو البراءة.

وبناء على هذا الأساس، فإنه من الناحية الإجرائية، إذا لم يتم السماح للمتهم أو الضحية، بتجريح قضاة النيابة العامة الذين يمارسون هذه الإجراءات، بشكل مباشر، ودون حاجة إلى مراقبة عملهم من وكيل الملك، أو الوكيل العام للملك، فإن ذلك قد يكون مدعاة إلى الوقوع في أخطاء قضائية، في حق أطراف الخصومة الجنائية من جهة، أو الإضرار بشكل سلبي بحق الدولة، في العقاب من جهة أخرى.

2- إن منع ممارسة حق التجريح، إزاء قضاة النيابة العامة قد يكون سببا في المس بقاءة الاختصاص التي هي من النظام العام، ذلك لأنه في حالة تكيف الفعل المرتكب، من أحد قضاة النيابة العامة، وترتب عن هذا التكيف إحالة القضية إلى قاضي التحقيق، أو المحكمة التي ما كانت تصبح مختصة في النظر في هذه القضية لولا هذا التكيف الذي هو بدوره، ما كان ليتم بهذا الشكل، لو سمح المشرع الجنائي،

لأطراف النزاع، في مرحلة تحريك الدعوى العمومية بممارسة حق التجريح الذي نحن بصدد، في الحالة التي تكون فيها أحد أسبابه قائمة. فإن ذلك يعني أن المنع التشريعي بهذا الإجراء القانوني، لا يقتصر إضراره على أحد هؤلاء الأطراف فقط، وإنما يمتد أيضا حتى إلى النيل بالنظام العام الذي يكون هو السبب في بطلان أي إجراء في حالة مخالفته.

وتأسيسا على هذا المعنى، فإن الفقه²¹ والقضاء²² الفرنسيين، ذهب كل منهما إلى أن النيابة العامة، إذا لم يرق عملها على الحياد، فإن ما تقوم به عندئذ هو من قبيل إجراءات تخدم المصلحة الخاصة، وليس من قبيل الإجراءات التي تخدم المصلحة العامة، مما يضيف عليه عدم المشروعية، ومن ثم، خروجها عن الاختصاص المحدد لها في القانون.

3- إن السياسة الجنائية التي اختار المشرع الجنائي المغربي السير على هداها، اقتضت منه أن يعتبر النيابة العامة، هي هيئة قضائية، وليست هيئة إدارية حتى يمكن الجزم بعدم تجريحها. وهذا ما جعل من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي، أن يجعلها كذلك على أساس أنه كان يعتبرها هي امتداد لسلطة وزير العدل، وبصفة خاصة في جرائم أمن الدولة، أما حاليا فيعتبرها مثل المشرع المغربي الذي أخذ

²¹ Jean Pradel : procédure pénale 13^{ème} édition, 2006, p 131-132.

وأنظر أيضا:

André Vitu : la cassation en matière pénal, 1985, p 114.

جريمة 9 ماي 1985، مجلة النشرة الجنائية، 1986 B.C، ص 178.

جريمة 8 نوفمبر 2000، مجلة النشرة الجنائية 2001، ص 332.

²²

عنه، هي هيئة قضائية مستقلة في عملها عن هذا الأخير إلا ما يتعلق بتنفيذ هذه السياسة، وهذا ما يبدو واضحاً من المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية التي تعتبر النيابة العامة، هي خاضعة إلى السياسة الجنائية التي يتولى الإشراف على تنفيذها هذا وزير العدل، وإن كان لا يمكن اعتبار سلطته هي امتداد لسلطته التنفيذية في المحاكم حتى يمكن الجزم بعدم تجريحها²³.

وهذا ما جعلنا أن نتساءل لماذا ظل تشريعنا الجنائي يتمسك بعدم تجريحها، رغم أنها أصبحت هيئة قضائية مستقلة، وليست هيئة إدارية أو طرفاً في الدعوى العمومية من جهة. ولماذا لم يأخذ بالتطور الذي انتهى إليه المشرع الفرنسي بخصوص الأخذ بمنع تجريح قضاة هذه الهيئة القضائية، أثناء مرحلة ممارسة الدعوى العمومية، وليس أثناء مرحلة تحريكها من جهة أخرى.

إن هذه الأسئلة، وغيرها، هي التي دفعتني إلى البحث في موضوع هذه الأطروحة، والذي هو حسب علمي، لم يبحث فيه أحد، سواء في نطاق النظام القانوني المغربي، أو في نطاق الأنظمة القانونية²⁴ المقارنة.

²³ وهذا ما أكده قانون 106.13 في المادة 25 منه، حيث تقضي هذه المادة بأنه "يوضع قضاة السياسة العامة تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورؤسائهم التسلسليين".

²⁴ يتصرف مفهوم النظام القانوني لأي بعد إلى لاتشريع والقضاء والفقه.

ولكن من أجل السير في هذا البحث بشكل يتماشى مع البحث الأكاديمي، اخترت أن أتبع فيه النهج الذي يعتمد على التحليل والمقارنة، وذلك حتى أتمكن من الوصول إلى ما يقتضي كون النيابة العامة، هي هيئة قضائية، مثلها مثل هيئة الحكم، يمكن تجريح قضاتها، في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، ومن ثم اقتناع المشرع الجنائي المغربي من كونه لم يكن موفقاً في ما ذهب إليه في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية.

وعلى هذا الأساس، فإنه لكي أبين للقارئ أهمية النهج الذي اتبعته في مناقشة تجريح قضاة النيابة العامة، في النظام القانوني المغربي، سأحاول أن أقسم هذا الموضوع إلى بايين، أخصص أحدهما للبحث في الدلالة القانونية للتجريح وأثره على الدعوى العمومية، والثاني أخصصه للبحث في نطاق تجريح قضاة النيابة العامة في المادة المدنية والجنائية، وذلك بالشكل الآتي:

الباب الأول: الدلالة القانونية للتجريح وأثره على الدعوى

العمومية

الباب الثاني: نطاق تجريح قضاة النيابة العامة في المادة الجنائية والمدنية

الباب الأول: الدلالة القانونية للتجريح

وأثره على الدعوى العمومية

إن هذا الباب يقتضي منا دراسته في محورين أساسيين: يتعلق أحدهما بمدى إمكانية تحديد مفهوم التجريح الذي قل ما تناولته الدراسات القانونية بشكل مفصل (الفصل الأول)، ويتعلق ثانيهما بالأثر الذي يمكن أن يتركه على تحريك الدعوى العمومية ومسارها أثناء مرحلة المحاكمة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: التجريح في سياقه التنضيحي وأبعاده القانونية

إن التجريح نصت عليه مختلف القوانين الجنائية المتعلقة بإجراءات تحريك الدعوى العمومية أو السير فيها، وذلك تحت أسماء ومصطلحات تختلف صياغتها من قانون إلى آخر⁽²⁵⁾، فما هو مفهومه في النظام القانوني المغربي الذي ينص في نطاقه التشريع والقضاء

²⁵ - إن مصطلح التجريح أخذه المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية عن المشرع الفرنسي الذي يأخذ به تحت اسم مصطلح Récusation، أما في نطاق تشريعات الدول العربية فغالبا ما يصطلح عليه بالرد.

والفقه (الفرع الأول)، وهل يمكن تحديد أهميته في القوانين المسطرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التجريح في سبأه التنظيمي والفقه

من أجل تحديد السياق التنظيمي لمفهوم التجريح، لابد من دراسة مدلول هذا المفهوم من زوايا مختلفة، سواء تعلق الأمر بالقوانين الإجرائية أو المسطرية، أو تعلق الأمر بالتنظير الفقهي (المبحث الأول)، فالإلى أي مدى يمكن تمييزه عن المخاصمة (المبحث الثاني) من هذا الجانب.

المبحث الأول: التجريح في التشريع والقضاء والفقه

إن الدراسات القليلة التي تناولت مفهوم التجريح تقتضي منا دراسة هذا المفهوم في التشريع أولا (المطلب الأول)، ثم نتبعه ثانيا بما تناوله القضاء والفقه (المطلب الثاني) ثانيا.

المطلب الأول: التجريح في التشريع

إذا رجعنا إلى الفصول 295 إلى 299 من قانون المسطرة المدنية وإلى المواد 273 إلى 289 من قانون المسطرة الجنائية، نجد المشرع

المغربي يستعمل عبارة "التجريح" دون تحديد ماذا يقصد بها أو تحديد مفهومها، مما قد يجعل الباحث أن يجد صعوبة في الوصول إلى معنى هذا المفهوم في المدلول التشريعي.

ولكن بقراءة الفصول أو المواد المذكورة، يمكن أن نتولى نيابة عن تشريعنا الجنائي أو المدني، تحديد مفهوم التجريح بالشكل المسطر في هذه الفصول أو المواد، وذلك بهدف تقريبه إلى الأذهان أو تسهيلا للبحث العلمي أو إدراك مدلوله في العمل الإجرائي والمسطري. وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن اعتباره "هو حق المطالبة بمنع القاضي المكلف بالتحقيق في الدعوى العمومية أو الحكم في موضوعها، وذلك متى توفرت الأسباب التي تقتضي هذا المنع الذي قد يتم بطلب من الخصوم، أو بمقتضى تصريح يرفع به نفس القاضي بشكل قانوني إلى الجهة المختصة⁽²⁶⁾ بتلقي هذا الطلب أو التصريح".

ويمكن أن نفهم من هذا المفهوم التشريعي للتجريح، بأن المشرع المغربي حصر موضوع هذا الإجراء القانوني في قضاة التحقيق، وفي قضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة، وبصفة خاصة في قانون المسطرة الجنائية⁽²⁷⁾. وفي هذا الصدد، يمكن أن نعتبر بأن تشريعنا الجنائي وقع في تناقض، وذلك من ناحيتين: إحداهما ذات دلالة هيكلية أو عضوية، وأخرهما ذات دلالة وظيفية أو فنية.

²⁶ ويقصد بهذه الجهات، الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والرئيس الأول لمحكمة النقض،

انظر المادة 278 في فقرتها الثانية من قانون المسطرة الجنائية.

²⁷ قارن بين المادتين 273 و274 من قانون المسطرة الجنائية.

فالتناقض المرتبط بالدلالة الهيكلية أو العضوية للتجريح، نجد
المشرع المغربي لم يراع وحدة الموضوع لهذه المؤسسة القانونية في
كل من قانون المسطرتين المدنية والجنائية، إذ في نفس الوقت الذي
يمنع فيه بصفة مطلقة تجريح قضاة النيابة العامة في هذا القانون
المسطري الأخير⁽²⁸⁾، نجد بأنه أشار إلى تجريح قضاة هذه الهيئة في
القانون المسطري الأول، ولكن متى كان هؤلاء أطرافاً منضمين لا
رئيسيين⁽²⁹⁾، فما هو أساس هذا التناقض ؟ هل هو يرتبط بالطبيعة
الخاصة التي يتميز بها موضوع المسطرتين، أم أن الأمر يتعلق
بدستورية التجريح أو عدم دستوريته ؟

إن الجواب على هذا السؤال، جعل الفقه الفرنسي أن يناقش هذه
المسألة من منظور المركز القانوني لكل قضاة النيابة العامة وقضاة
الحكم، سواء من حيث تحديد الطبيعة القانونية لكل منهما أو من حيث
درجة استقلالهما في العمل⁽³⁰⁾، وذلك انطلاقاً من كون الدستور
الفرنسي لازال لم يحسم في هذه الإشكالية⁽³¹⁾.

وفي اعتقادنا أن الجواب الذي نحن بصدد، يرتبط بالنسبة
للمشرع المغربي في غياب مؤسسة النيابة العامة، في مواد الدستور

28 تفتي المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية بأنه: "لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة".

29 في هذا الصدد يقضي الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية بأنه: "تطبق أسباب التجريح المتعلقة بقاضي الأحكام على قاضي النيابة العامة إذا كان طرفاً منضمّاً، ولا يجرح إذا كان طرفاً رئيسياً".

30 LOUIS FAVORAU : Brèves observation sur la situation du parquet au regard de la constitution, R.S.C, 1994, p 67.

31 لويس فابورو: نفس المرجع السابق، ص. 679.

لسنة 1996، الأمر الذي يفسر بأن قانون المسطرة الجنائية الحالي سار في هذا التناقض على هدى ما نص عليه هذا الدستور في الباب المتعلق بالسلطة القضائية، بحيث إن المشرع الدستوري مادام أنه لم يعتبر أعضاء النيابة العامة قضاة، فإنه من المسلم أن لا يخضع هؤلاء إلى مؤسسة التجريح، ومن ثم إخراجهم من نطاق أحكام التجريح المنصوص عليها في قواعد المسطرة الجنائية، ولكن لما كان الأمر ليس كذلك في نطاق الدستور المغربي الحالي الذي حدد بدقة طبيعة أعضاء النيابة العامة إلى جانب قضاة الحكم⁽³²⁾، فإنه من المسلم به أن يتغير الجواب الذي نحن بصدده، ومن ثم تجنب التناقض الذي ولد الأسئلة التي هي موضوع هذا الجواب.

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن لقانون عادي أو تنظيمي أن يسير في اتجاه مخالف، كما هو منصوص عليه في القانون الأساسي الذي يتضمن مبادئ أساسية، يجب الأخذ فيها بعين الاعتبار مراعاة وحدة القواعد القانونية في المسطرتين المدنية والجنائية، بخصوص الموضوع الذي نحن بصدده. ومن ثم، وجوب إعادة النظر في تجريح قضاة النيابة العامة، وذلك لستنادا إلى اشتراكهم، في نفس الطبيعة القانونية التي ظل يمتاز بها قضاة الحكم، أو على الأقل إعادة النظر في توحيد الأحكام بين قانون المسطرتين، وذلك تجنباً للتناقض الذي نحن

³² يقضي الفصل 110 من الدستور الحالي في شطره الأخير بأنه "يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون...".

بصدده (33).

وكان الاتجاه الفقهي قبل تعديل الدستور الحالي في فاتح يوليوز 2011، يعتبر بأنه مادام دستور 1996 - والدساتير التي قبله - لم ينص في فصوله على مؤسسة النيابة العامة، إلى جانب قضاء الحكم، فإنه بذلك أراد أن يتجنب في هذا الأمر، إخضاعها إلى نفس الأحكام المطبقة على هؤلاء قضاة الحكم في مسألة التجريح، وذلك إما لانتمائها إلى السلطة التنفيذية، آنذاك أو لأن طبيعتها تقتضي عدم إخضاعها إلى السلطة القضائية. ومن ثم، فإنه بهذا النهج أضفى عليها حماية خاصة إزاء الخصوم الذين لا يجب عليهم عرقلة عملها أثناء تحريك الدعوى العمومية، أو سيرها أمام القضاء الجنائي.

وإذا كان الدستور المغربي يتبنى مبدأ المحاكمة العادلة (34) عند اللجوء إلى القضاء، فإن هذا المبدأ يتطلب وجود انسجام وتناغم بين مختلف الهيئات القضائية التي تتولى هذه المحاكمة، وذلك للعلاقة القائمة بينها، سواء تعلق الأمر بالأحكام التي تخضع إليها، أو الإجراءات التي تقوم بها أو الاستقلال أثناء القيام بعملها الوظيفي، وهذا ما لا نجده دائما

أحمد الخليلشي: شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، ص. 70.

33

يقضي الفصل 120 من الدستور الحالي في فقرته الأولى على أنه: "كل شخص الحق في محاكمة عادلة وفي حكم يصدر داخل أجل معقول"، ويفهم من نص هذا الفصل أن المحاكمة العادلة، يجب أن تتم وفق مبدأ حياد القاضي الذي يتطلب من هذا الأخير التجرد في عمله من أي تأثير أو انحياز إلى أحد الخصوم، وهذا ما يقتقر إليه قانون المسطرة الجنائية، في كثير من الإجراءات التي يقوم بها قضاة النيابة العامة، وعلى رأسها التجريح الذي هو موضوع هذه الأطروحة.

34

في قانون المسطرة الجنائية الحالي⁽³⁵⁾ وبصفة خاصة، في مرحلة تحريك الدعوى العمومية التي تعتبر أساس قيام هذه المحاكمة، في مختلف مراحل التقاضي، وذلك بسبب إبقاء هذا القانون على إخضاع النيابة العامة إلى التبعية التدرجية لوزير العدل⁽³⁶⁾ قبل إلغاء هذه التبعية بمقتضى القانون رقم 106.13 في المادة 85 منه إلا ما يتعلق بتنفيذ السياسة الجنائية من الناحية الإدارية المتعلقة بتطبيق مقتضيات السياسة الجنائية المنصوص عليها في المادة 51 من ق.م.م لا من ناحية السلطة والمراقبة التي كانت قائمة قبل صدور القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاء في المادة 25 منه⁽³⁷⁾، أو بناء على ما نص عليه الفصل 110 من الدستور المغربي الحالي في شطره الأخير⁽³⁸⁾.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار، أن الأحكام القضائية، لا تصدر إلا

35 تجب الإشارة إلى أن هذا القانون تم تصديده بمقتضى القانون رقم 22.01 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.225 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) كما تم تدميمه وتغييره بموجب القانون رقم 03.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.140 بتاريخ 26 ربيع الأول 1424 (8 ماي 2003).

36 وفي هذا الصدد تقضي المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "يشرف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية، ويبلغها إلى الوكلاء العامين للملك الذين يسهرون على تطبيقها، وله أن يبلغ إلى الوكيل العلم للملك ما يصل إلى علمه من مخالفات للقانون الجنائي، وأن يأمره كتابة بمتابعة مرتكبيها أو يكلف من يقوم بذلك، أو أن يرفع إلى المحكمة المختصة ما يراه الوزير ملائماً من ملتمسات كتابية".

37 وقد تم تصور هذا القانون بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.16.4 بتاريخ 14 من جمادى الآخرة 1437 هـ الموافق لـ 24 مارس 2018 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 14 أبريل 2016، ص 3160.

38 يقضي هذا الشرط بأنه: "... كما يتعين عليهم (أي على قضاة النيابة العامة) الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها".

على أساس التطبيق العادل للقانون⁽³⁹⁾، وأن أي إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد يعد خطأ مهنيا جسيما منه⁽⁴⁰⁾، فإن هذه المبادئ الدستورية لا تستقيم إلا إذا تخلق قانون المسطرة الجنائية الحالي على التمييز بين قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة، بخصوص التجريح الذي يعتبر في نظرنا أساس العدالة الجنائية من جهة. ومن ثم، التجرد من الانحياز أثناء تحريك الدعوى العمومية أو السير فيها خلال مراحلها المختلفة، من جهة أخرى.

وفي اعتقادنا، أن أساس الأخطاء القضائية يرتبط بعدم احترام القضاة بمختلف تخصصاتهم لمبدأي قرينة البراءة أو التجرد أثناء مختلف المراحل التي تمر بها هذه الدعوى، وعلى هذا الأساس، فمن أجل الوصول إلى هذا الهدف لابد من تدخل المشرع الجنائي في ظل التعديل الدستوري الجديد لإزالة أسباب التناقض الذي نحن بصده، على اعتبار أنه إذا أمكن عدم تجريح أعضاء النيابة العامة، فإن قضاء الحكم هو غالبا ما يعتمد في تصدير أحكامه على لتكييف الذي يقوم به هؤلاء الأعضاء⁽⁴¹⁾. ولذلك، فإذا أخطأ أولئك فإن هؤلاء لاشك أنهم

39 أنظر الشطر الأول من الفصل 110 من الدستور.

40 أنظر الفقرة الثالثة من الفصل 109 من الدستور، وهذا ما أكدته المادة 97 من القانون رقم 106.13 في البند الخامس منها.

41 وإن كان الفقه والقضاء يرى دائما بأن محكمة الموضوع غير ملزمة بتكييف النيابة العامة. أنظر في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى عدد 922 الصادر بتاريخ 22 نونبر 1981، ملف جنحي عدد 26261، أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، م. س، ص. 216 قرار المجلس الأعلى عدد 653 الصادر بتاريخ 19 يونيو 1968. أنظر مجموعة قرارات المجلس

يخطئون أيضاً، وذلك بسبب الخطأ الأول من جهة. ومن جهة أخرى، فإن مفهوم الخطأ الذي اعتبره الدستور المغربي خطأ مهنيا جسيما لم يحصره في هيئة الحكم وحدها، وإنما حصره حتى في هيئة قضاة النيابة العامة، وذلك بدليل أن الفصل 122 من هذا الدستور لم يميز بين هاتين الهيئتين بتخصيص مجرد أو بصياغة محددة، وذلك إما لأن الخطأ القضائي لا يرتبط بالأحكام القضائية وحدها (42) في مرحلة التقاضي أو لأن الدولة أرادت أن تضيف إلى أحد أسباب مسؤوليتها سببا آخر يتعلق بتحمل هذه المسؤولية عن أعمال القضاة المشوبة بالخطأ المهني الجسيم (43) وهذا ما كرسته المادة 97 من القانون رقم 106.13 المتعلق بالتنظيم الأساسي للقضاة، وذلك وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها

الأعلى المادة الجنائية 1966، 1986، ص. 674، وأنظر أيضا محمد التغويني: النظرية العامة للتطبيق على الأحكام القضائية، مطبعة أنفو برانت، فاس، طبعة 2006، ص. 87.

42 من أبرز ما تمتاز به متابعة الجرائم أن الدعوى العمومية قد تنتهي قبل صدور حكم قضائي بشأنها وبصفة خاصة في مرحلة حفظ القضية، أو صدور أمر بعدم المتابعة، حيث في هذه المرحلة قد يحصل ضرر للمتهم من التهمة التي وجهت إليه إذا كانت هذه التهمة لم تراعى فيها المبادئ المتعلقة بالتجرد في المتابعة.

43 يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي جاء بها الدستور الحالي الذي تم تنزيله بمقتضى القانون رقم 106.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.41 بتاريخ 24 مارس 2016، وذلك إما للحد من سلطة التحكم للقضاء الجنائي، أو اقتداء بما ذهب إليه المشرع الجنائي الفرنسي في قانون المسطرة الجنائية الذي وقع تعديله سنة 1970 و1972 بالنسبة لقانون المسطرة المدنية، (أنظر هذه المراحل في كتاب La récusation des juges للأستاذ Boris Bernabé, Paris, 2006, p.349)، بحيث إنه بالنسبة للقانون الأول حمل الدولة مسؤولية الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة قرارات الاعتقال الاحتياطي متى انتهت سلطة التحقيق إلى نتيجة إصدار الأمر بعدم المتابعة، أو قضت المحكمة بالبراءة متى كان الضرر استثنائيا، وذلك بمقتضى القانون الصادر في 17 يوليوز 1970، أما بالنسبة للقانون الثاني فقد نصت المادة 11 من القانون الصادر في 5 يوليوز 1972 المعدل لقانون المسطرة المدنية على مسؤولية الدولة عن تحمل الأخطاء التي يقع فيها مرفق القضاء في حالة الخطأ الجسيم، وفي حالة إنكار العدالة، وهذا ما أكد عليه نفس القانون الصادر في 5 دجنبر 1975 في المادة 505 منه، أنظر رمزي طه الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة 18 يناير 1976، ص. 3 وما بعدها.

في قانون الالتزامات والعقود المغربي⁽⁴⁴⁾، وهذا ما نصت عليه مختلف التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي في قانون 17 يوليوز 1970 المتعلق بتحديد المسطرة الجنائية، والمشرع الجزائري في دستور 22 نونبر 1976⁽⁴⁵⁾.

أما بالنسبة للتناقض المرتبط بالدلالة الوظيفية والفنية للتجريح، فيمكن لمسه فيما نص عليه الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية، حيث يؤكد المشرع المغربي في هذا الفصل بأنه يمكن تجريح قضاة النيابة العامة، ولكن متى كانت هذه الهيئة القضائية طرفاً منضمّاً في النزاع وليس طرفاً رئيسياً أو أصلياً.

ونحن بمقتضى تحليل مضمون ما تشير إليه دلالة التأصيل أو الانضمام للنيابة العامة في القضايا المرفوعة أمام المحاكم نجد بأن المركز القانوني لهذه الهيئة القضائية يكون أقوى إذا كان طرفاً رئيسياً منه، في حالة وجودها كطرف منضم، وهذا يعني أن التجرد يجب الأخذ فيه بعين الاعتبار في الحالة الأولى أكثر منه في الحالة الثانية، على أساس أن الانضمام لا يكون له أي تأثير على النزاع المعروض أمام المحاكم بالشكل الذي يكون عليه الأمر في حالة اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً، وإلا فإن المشرع المغربي من خلال هذا التمييز بين هذين

⁴⁴ أنظر بتفصيل الفقرة الأخيرة من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁴⁵ تقضي المادة 47 من الفصل 61 من هذا الدستور بأنه "يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة ويحدد القانون ظروف التعويض وكيفيته".

الوضعين القانونيين يستهدف من عدم التجريح لقضاة النيابة العامة في الحالة الأخيرة توفير حماية أكثر لهؤلاء من اعتراض الخصوم على موقعها المنحاز، وذلك بغض النظر عما إذا كان الأمر يتعلق بتحقيق محاكمة عادلة أم لا⁽⁴⁶⁾، وهذا ما يجب أن يتحاشاه نفس المشرع في ظل الدستور المغربي الحالي.

وفي اعتقادنا أن هذه الإشارة التشريعية تؤكد على أمرين:
الأول، هو أن المشرع المغربي ظل يحاول إضفاء حصانة شاملة على تبرير أفعال قضاة النيابة العامة، ومن ثم الحيلولة دون تحميلهم أي مسؤولية أثناء القيام بعملها وهذا ما أصبح يتنافى مع مقتضيات الدستور الجديد.

الأمر الثاني، أنه بالرغم من اشتغالهم تحت إشراف الوكيل العلم للملك لدى محكمة لنقض فإن ذلك يوحى بأن عملهم قد يجعلهم يتوارى وراء هذا الإشراف، وبصفة خاصة أمام القاعدة القائلة بأن قضاة النيابة العامة يكمله بعضه بعضا في القضايا التي تقتضي متابعة جنائية في الجرائم الخطيرة، وذلك بهدف توفير ضمانات أكثر، إزاء الخصوم أو المتقاضين.

ويفهم من هذين الأمرين، أنه لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة في القضايا التي تكون فيها هذه الهيئة طرفا رئيسيا، وذلك لكونهم ينفذون فقط ما يتلقونه من أوامر صادرة إليهم من الرؤساء السياسيين

محمد التغويني: م.س، ص. 25.

الأعلين وهذا ما كان عليه الأمر عندما كانوا ينفذون السياسة الجنائية باسم وزير العدل وفق مقتضيات المادة 51 من ق.م.ج.⁽⁴⁷⁾. ومن ثم، فإنه لا يجب عرقلة عملهم بأي شكل من أشكال التدخل، سواء من قضاة التحقيق أو الحكم من جهة، أو من طرف المتقاضين من جهة أخرى، إلا أن هذا النهج التشريعي في نظرنا قد يحول دون استقلال هذه الهيئة من الناحية الفعلية، ومن ثم الحد من احترافهم المهني، وهذا ما قد يتنافى مع تعود المواطن على تجرد هؤلاء القضاة من أي تأثير خارجي عليهم، أثناء القيام بعملهم الأمر الذي يجعلهم في المقابل أن يضعف لديهم أخلاق الضمير المهني، الذي يكون أساس تكوين الاقتناع لدى ممارستهم للسلطة التقديرية⁽⁴⁸⁾ المخولة لهم من طرف القانون⁽⁴⁹⁾.

المطلب الثاني: التجريح في القضاء والفقهاء

إذا كان المشرع المغربي لم يحدد معنى مفهوم التجريح بنص خاص، كما سبق بيانه، فالى أي حد يمكن للقضاء أن يحدد هذا المفهوم ؟ (الفقرة الأولى)، وهل استطاع الفقهاء أن يجتهدوا في بيان مدلوله بشكل أوفى وأوسع ؟ (الفقرة الثانية).

47 أنظر المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية باسم وزير العدل بطريق غير مباشر.
48 الحبيب بيهي: شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الثاني، طبعة 2006، ص. 69.
49 أنظر المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية.

الفقرة الأولى: التجريح في القضاء

إذا أخذنا بعين الاعتبار بأن مؤسسة التجريح هي مؤسسة قانونية ذات طبيعة استثنائية كما سنرى عند دراستنا لخصائصه في نهاية هذا المطلب، فإن الأحكام الصادرة بشأنه نادرة، أو منعدمة وبصفة خاصة في النظام القانوني المغربي (أولاً)، فهل الأمر كذلك حتى في القضاء المقارن (ثانياً).

أولاً: تحديد التجريح من منظور القضاء المغربي

بقراءتنا لبعض الأحكام القضائية التي وقع عليها اختيارنا، تبين لنا بأن مفهوم التجريح في منظور القضاء المغربي لا يختلف كثيراً عن نفس المفهوم الذي أخذ به المشرع في المسطرتين المدنية والجنائية، كما سبق أن رأينا ذلك في المطلب الأول، وعلى هذا الأساس فيمكن أن نؤكد من خلال المقارنة بين مجموعة من الأحكام⁽⁵⁰⁾، التي تناولت هذا الموضوع بأن التجريح "هو حق مقرر قانوناً لأطراف النزاع وذلك للطعن في متابعة الخصومة خلال المراحل المختلفة للدعوى العمومية من طرف القاضي الذي رفع هؤلاء الخصوم إلى الجهة المختصة طلب

⁵⁰ أنظر مثلاً القرار المنني عدد 1363 الصادر بغرفتين بتاريخ 26 أبريل 2006، الملف المنني عدد 2004/3/1/4165، أنظر إدريس بلمحجوب: قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، الجزء الخامس، ط 2008، ص. 64. أنظر أيضاً نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة الغرفة الجنائية، السلسلة 1، الجزء الثاني، طبعة 2009، ص. 100، الحكم الجنائي عدد 737 (12) الصادر في 3 يوليوز 1969. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، مرجع سابق، ص. 120.

التجريح ضده سواء كان الأمر يتعلق بقضاة الحكم، أو بقضاة النيابة العامة".

ويفهم من هذا التعريف أن القضاء المغربي كان أكثر دقة وتحديدا لمفهوم التجريح، وذلك من ناحيتين: من ناحية بيان الطبيعة القانونية للتجريح، ومن ناحية شموليته لمختلف القضاة، سواء كانوا قضاة للنيابة العامة، أو قضاة للحكم.

الناحية الأولى: بيان الطبيعة القانونية للتجريح (51).

إذا أخذنا بعين الاعتبار بعض الدراسات الفقهية التي تعتبر التجريح إجازة أو رخصة للخصوم (52) في ممارسته أو عدم ممارسته (53)، فإن القضاء المغربي اعتبره حقا مقررًا في القانون. ومن ثم، فإنه متى كانت أسبابه قائمة ولم تحكم به المحكمة، فإن الحكم يكون باطلا (54) لانعدام أساسه القانوني المرتبط بعدم مراعاة إحدى أهم المبادئ التي

51 إن الطبيعة القانونية للتجريح تطرح سؤالاً ما إذا أمكن اعتباره طعناً في العمل الذي يقوم به القاضي المجرح، أم مجرد إجراء من الإجراءات التي تخول الضمانات القانونية للمتقاضين. ونحن من جهتنا، يمكن أن نؤكد من خلال الجواب على هذا السؤال بأن هذه المؤسسة القانونية لا يمكن اعتبار التجريح فيها طعناً، وذلك لعدة اعتبارات، أبرزها أن طرق الطعن محددة على سبيل الحصر في القانون، ومن ثم فإنه لا يمكن اعتباره سبباً من أسباب هذا الطعن على أساس أنه يمكن التمسك به حتى في مواجهة قضاة المجلس الأعلى، الذي لا يمكن الطعن في أحكامه، ولهذا السبب فهو يبقى مجرد إجراء يخول للمتقاضين الضمانات القانونية لسلامة سير الدعوى فقط.

52 عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء 2، ص. 23.

53 سعيد أحمد شعلة: قضاء النقض في الإجراءات المدنية، ط 2002، ص. 67.

54 وفي هذا الصدد، تقضي المادة 147 من قانون المرافعات المصري بأنه "يقع باطلا عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة (ويقصد بها أسباب التجريح) الذكر ولو تم باتفاق الخصوم".

تقوم عليه العدالة الجنائية، وهو مبدأ حياد القاضي (55).

وإذا أخذنا هذه النتيجة بعين الاعتبار، فهل التجريح يعتبر من النظام العام الذي يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه أم لا بد من إثارته من طرف الخصوم، وإلى أي حد يمكن أن نعتبر بأن الدعوى التي تم تحريكها أو السير بها إلى حين صدور الحكم، هل هي دعوى صحيحة أم باطلة بقوة القانون.

إن المشرع المغربي لم يكن واضحاً، في الجواب على هذا السؤال، ولكن القضاء المغربي قطع مرحلتين للوصول إلى هذا الجواب، مرحلة ما قبل تعديل قانون المسطرة الجنائية، ومرحلة ما بعد هذا التعديل.

ففي المرحلة الأولى، اعتبر بشكل واضح بأن التجريح من الإجراءات المرخصة بها لأحد الخصوم الذي يمكن أن يثيره أو لا يثيره. ومن ثم، فإذا تبين لمحكمة النقض بأن هناك ما يفيد قيام أسباب التجريح فإنه لا يمكن أن نعتبر الحكم المطعون فيه باطلاً يستوجب نقضه، وذلك انطلاقاً من كون التجريح يتطلب للرفع به أمام الجهات

55

يقضي المجلس الأعلى في أحد أهم أحكامه بخصوص تجريح قضاة النيابة العامة قائلًا: "وحيث إن مبدأي حياد المحكمة ومساواة الأطراف أمام القانون كأساس لكل محاكمة عادلة يقتضيان ألا يكون كل أو بعض قضاة الحكم أطرافاً أو أصحاب مصلحة في النزاع عملاً بمقتضى المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، وأن كل حكم صدر خلافاً لهذا المقتضى يظل باطلاً".

القرار عدد 7/1808 الصادر بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف عدد 07/8551. أنظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، م. س، ص. 101.

المختصة مجموعة من الشروط الموضوعية (56) والشكلية (57)، فإذا لم تتحقق هذه الشروط يعتبر هذا التجريح غير قائم، ومن ثم فإن الحكم الذي تصدره المحكمة حتى ولو مع قيام أسبابه من الناحية الواقعية لا يكون باطلا من الناحية القانونية (58).

وفي اعتقادنا، أن هذا الاتجاه غير سليم من جهتين. من جهة أولى، أن الإيضاح يتعلق بمسألة الاختصاص النوعي (59) والمرفقي (60) الذي لا يقوم الحكم إلا به، ولما كان الأمر يتعلق بما إذا كان القاضي محقا أو غير محق للنظر في الدعوى، فإنه من المسلم به فقها وقانونا بأن كل ما يتعلق بالاختصاص الإجرائي يعتبر من النظام العام. ومن ثم، وجب إبطال الحكم الذي يتم تصديره من طرف القاضي المجرح (بفتح الراء) بحكم القانون، وهذا ما يؤكد قانون المسطرة الجنائية في

56 من الشروط الموضوعية للتجريح وجوب قيام إحدى أسبابه المنصوص عليها في القانون، وهذه الشروط يخضع تقديرها إلى الجهة المختصة برفع الطلب أو التصريح إليها (أنظر الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية، والمادة 273 من قانون المسطرة الجنائية).

57 ومن هذه الشروط الشكلية للتجريح تقديم طلب أو تصريح إلى الجهة المكلفة بالنظر في أسبابه من جهة وتقديم هذا الطلب أو التصريح قبل كل دفع أو دفاع في الشكل أو الجوهر من جهة أخرى (أنظر المادة 277 من قانون المسطرة الجنائية).

58 وفي هذا الصدد يقضي المجلس الأعلى في إحدى أحكامه: "إن الفصل 275 من قانون المسطرة الجنائية (الصادر بتاريخ 10 فبراير 1959) يخول حق تجريح القاضي الذي سبق له أن أبدى رأيه في الإجراءات ولهذا فلا تقبل أمام المجلس الأعلى الوسيلة المتخذة، اعتمادا على أن رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه قد سبق أن أعطى نظره في نفس النزلة، وذلك لأن طالب النقض لم يتقدم بطلب تجريح القاضي المذكور". الحكم الجنائي عدد 737 (س12) الصادر بتاريخ 3 يوليوز 1969، أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، مرجع سابق، ص. 120، وأنظر أيضا إدريس بلمحجوب: مرجع سابق، ص. 72.

59 انظر الفقرة الأولى من المادة 258 من قانون المسطرة الجنائية.

60 محمد التعدويني: النظرية العامة...، م. س، ص. 12.

المادة 275، والذي يعتبر في هذه المادة بأن القاضي الذي تتحقق في حقه أسباب التجريح يتعين عليه أن يقدم تصريحاً بذلك بشكل تلقائي⁽⁶¹⁾ إلى الجهة المختصة، أو المكلفة بتلقي هذا التصريح وذلك تحت طائلة البطلان⁽⁶²⁾.

ومن جهة ثانية، فإن التجريح هو في طبيعته، إجراء مسطري نص عليه المشرع المغربي في قانون المسطرتين لذاته وليس لموضوعه⁽⁶³⁾، ولما كان أي إجراء من هذا النوع يعتبر من النظام العام لطبيعة المسطرتين، أو لطبيعته الاستثنائية⁽⁶⁴⁾، فإن النتيجة في النهاية أنه يجب اعتباره من هذا النظام الذي يقتضي إثارته بشكل تلقائي، من طرف القاضي المجرح كما تقضي بذلك المادة المذكورة

و هذا ما كرسه البند الخامس من المادة 97 من القانون رقم 106.13 بشكل صريح.

والذي يؤكد ما ذهبنا إليه في المتن أعلاه أن المادة 275 استهل المشرع الجنائي صياغتها بعبارة "يتعين" التي تفيد الوجوب، وذلك حتى لا يمكن تفسير هذه المادة أثناء تطبيقها من جانب الجواز أو الإمكان الذي يترك الاختيار في إثارة التجريح أو عدم إثارته.

إن معنى التنصيص على الإجراء المسطري لموضوعه، هو أن هذا الإجراء ينص عليه المشرع في قانون المسطرة الجنائية كوسيلة من وسائل تطبيق القانون الجنائي أو القانون المدني، أما إذا كان هذا الموضوع منعداً، فإن الإجراء عندئذ يتم التنصيص عليه لذاته، وهذا هو عين التجريح.

هناك من لفقه من يعتبر بأن قواعد المسطرة الجنائية منها ما يتعلق بالنظام العام، ومنها ما يتعلق بمصالح الخصوم. جلال ثروت: أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص. 381، إلا أن هذا الرأي تم تجاوزه على اعتبار أن قواعد المسطرة الجنائية، هي في تأصيلها قواعد استثنائية بطبيعتها، ولذلك فإنها كلها متعلقة بالنظام العام (محمد سمير عبد الفتاح: "النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى العمومية بدون محاكمة"، طبعة 1986، ص. 137، وانظر محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكوى، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، مطبعة الأمنية، الرباط، 2008، ص. 189 وما بعدها).

أعلاه بشكل صريح⁽⁶⁵⁾.

ومادام التجريح يخضع للنظام العام لتعلقه بالاختصاص الإجرائي المتعلق لصحة المتابعة الجنائية أو العمل الولائي للقاضي، فإنه يجب الأخذ به في جميع مراحل الدعوى حتى ولو تمت إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)⁽⁶⁶⁾، وذلك لارتباطه بإجراءات الدعوى وليس بالشخص الذي يثيره أو بالقاضي الذي هو موضوعه.

أما في المرحلة الثانية، فيبدو لنا واضحا من بعض الأحكام القضائية التي وقع عليها اختيارنا بمناسبة مناقشة موضوع هذه الأطروحة، بأن القضاء المغربي لم يعد ينظر إلى التجريح من منظور اعتباره نوعا من أنواع الدفوع القانونية التي يجب إثارتها قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر، وإنما باعتباره إجراء قانونيا يرتبط بذات الدعوى وليس بالقاضي الذي ينظر فيها. ومن ثم، فإن هذا الإجراء إذا كان يمس بهذه الدعوى في مختلف المراحل التي تمر بها، فإن عدم تطبيقه يجعل من الحكم الذي يصدر فيها باطلا بقوة القانون، وهذا ما جعل من

⁶⁵ تقضي المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية بأنه "يتعين على كل قاض بينه وبين متهم سبب من أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 273، أو أي سبب آخر لتتبعيته أن يقدم تصريحاً بذلك إلى الرئيس الأول للمجلس الأعلى أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 278 بعده".

⁶⁶ وهذا ما أكد عليه القضاء المصري في إحدى أحكامه قائلًا: "... ولما كانت أسباب عدم صلاحية القاضي لنظره الدعوى تتعلق بالنظام العام، فيجوز التمسك بها أو بأحدها لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي تتمكن بها من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب والحكم في الدعوى على موجب...". الطعن رقم 1371 سنة 1948، جلسة 79/06/20، س30 ع2، ص. 718، حكم أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 681.

المجلس الأعلى أن يعتبر في إحدى قراراته بأن "التنازل عن المطالب المدنية المعلن عنه لاحقا لا يزول معه سبب التجريح"⁽⁶⁷⁾.

وفي هذا المعنى إشارة واضحة إلى أن التجريح إذا ما قامت أسبابه بشكل جدي وموضوعي فإن المحكمة يجب أن تحكم به متى توفرت شروطه الموضوعية والشكلية، أما إذا كان مجرد ادعاء أو مجرد تجريح كيدي، فإن المحكمة عندئذ لا يجب أن تتأثر به، وهذا ما جعل المشرع المغربي أن يشدد على عدم الأخذ به، ومن ثم إيقاف التحقيق أو مناقشة القضية أو إيقاف صدور الحكم بمناسبة إثارته إلا في حالات خاصة حددتها المادة 284 من قانون المسطرة الجنائية.

الحالة الثانية: شمولية التجريح لمختلف القضاة

وقد أكد على هذه الشمولية، المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بشكل صريح في إحدى قراراته الحديثة، وذلك عندما اعتبر بأنه: "... إذا كان القانون منع تجريح قضاة النيابة العامة في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، فإن المادة 275 من نفس القانون ألزمت كل القضاة دون تمييز بين قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم أن يقدموا إلى الرئيس الأول للمجلس الأعلى، أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف تصريحاً طبقاً للمادة 278 من القانون المذكور كل ما كان بينهم وبين المتهم سبب من أسباب التجريح"⁽⁶⁸⁾.

67 أنظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، م. س، ص. 101.

68 أنظر نفس المرجع السابق.

ويفهم من صياغة نص هذا الحكم أن شمولية التجريح لمختلف قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم المستخلصة من التعريف الذي نحن بصدد مناقشته يرتبط بالنظرة الشمولية للقضاء المغربي إلى النصوص القانونية التي تتناول أحكام هذا التجريح، وفي اعتقادنا أن هذه الشمولية تم تأسيسها على أمرين، يتعلق أحدهما بوجوب مراعاة قصد المشرع من التجريح في المواد من 273 إلى 285 من قانون المسطرة الجنائية، ويتعلق ثانيهما بتخصيص نص المادة 275 اللاحقة لنص المادة 274 السابقة.

الأمر الأول: مراعاة قصد المشرع في المواد 273 إلى 285 من قانون المسطرة الجنائية.

يؤكد القضاء المغربي من خلال القرار المذكور أعلاه بأن عدم تجريح قضاة النيابة العامة المنصوص عليه في المادة 274، يجب أن يتقيد بمبدأي الحياد والمساواة أمام القانون. ومن ثم، فإنه من أجل توفير ظروف المحاكمة العادلة في حالة قيام أسباب التجريح، يجب مراعاة قصد المشرع من خلال كل المواد التي تنظم أحكام هذا التجريح وليس الأخذ فقط، بمعنى كل مادة على حدة، وفي هذا الصدد أكد المجلس الأعلى في إحدى حيثيات القرار الذي نحن بصددته قائلاً: "وحيث إن المحكمة لما اكتفت في جوابها عن دفع الطاعن بهذا الخصوص بأن قضاة النيابة العامة لا يجرحون لم تتقيد بالمبادئ سالفة الذكر، ولم تراع قصد المشرع في المواد من 273 إلى 285 من قانون المسطرة

الجنائية والرامي إلى احترام مبدأ حياد المحكمة، وتوفير كل ظروف المحاكمة العادلة مما يجعل قرارها مشوباً بالفساد في التعليل ومعرضاً للنقض"⁽⁶⁹⁾.

ونستطيع أن نستخلص من صياغة هذا القرار، بأن أحكام التجريح لا يمكن تجزئتها من أجل أن تشمل جانباً من القضاة دون قضاة آخرين، وذلك انطلاقاً من كون المرفق القضائي لا يمكن تجزئته كمؤسسة قانونية أو دستورية، وذلك بالرغم من تنوع الاختصاص لدى الفئات التي تشتغل في هذه المؤسسة.

ونحن نأخذ بهذا الاستخلاص لأن قانون المسطرتين المدنية والجنائية هو بمثابة قانون داخلي ينظم طريقة العمل داخل المحاكم من جهة، والتحكم في العلاقات بين مختلف الأجهزة داخل هذه المحاكم وخارجها من جهة أخرى، إذ بحيث يمكن القول بأنه يستحيل أن نتصور سير المرفق القضائي دون هذا القانون سواء تعلق الأمر بالهيئات الإدارية أو بهيئات الحكم، بل وحتى تنظيم العلاقة بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية في المجالات التي ترتبط أو تلتقي فيها هاتين السلطتين، ونفس الأمر يمكن أن نؤكد عليه حتى بين المتقاضين وبين مختلف الأجهزة الإدارية التي تتكون منها المحاكم بمختلف درجاتها.

الأمر الثاني: تخصيص نص المادة 275 اللاحقة لنص المادة

274 السابقة.

⁶⁹ أنظر نفس المرجع السابق.

إذا سلمنا مع الاجتهاد القضائي الذي نحن بصدد، بأن أحكام التجريح التي جاءت في قانون المسطرة الجنائية قد نص عليها المشرع المغربي، مراعاة لمبدأ الحياد ومبدأ المساواة في المحاكمة، فإن هذه الشمولية تقتضي بأن نص المادة 274 من هذا القانون تم نسخه بمقتضى نص المادة 275، وذلك انطلاقاً من كون هذا النص الأخير هو الذي يحدد قصد المشرع من نطاق تطبيق أحكام التجريح عندما يقوم سبب من أسبابه، وهذا القصد تعبر عليه عبارة "كل قاض" ⁽⁷⁰⁾ الواردة في هذه المادة الأخيرة والتي تفيد التأكيد على أنه لا يجب التمييز بين قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم، إلا من ناحية الاختصاص في الأداء الوظيفي فقط، وهذا ما أكد عليه الدستور المغربي الحالي الذي جاء تعديله بعد صدور الحكم القضائي المذكور أعلاه، وذلك من خلال توحيد طبيعة الصفة بين مختلف الهيئات القضائية سواء كانت هيئات المتابعة أو هيئات الحكم ⁽⁷¹⁾، وهذا ما كان دستور 1996 قد أغفله.

⁷⁰ إن عبارة "كل" عند النحويين تفيد الجمع والتعميم لا التبعض والتخصيص، ولذلك فإن المشرع المغربي عندما استعملها هنا كان يقصد من ورائها عدم إخراج قضاة النيابة العامة من مدلولها، وإلا استعمل صياغة أخرى ينصرف مفهومها إلى قضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة.

⁷¹ يقضي الفصل 110 من هذا الدستور بأنه "لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون، يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها".

ثانياً: تحديد التجريح من منظور القضاء المقارن

إن استحالة تحديد مفهوم التجريح من منظور القضاء المقارن بالشكل المطلق يقتضي منا، أن نأخذ نموذجين، من هذا القضاء، وهما النموذج المصري، والنموذج الفرنسي.

أ- النموذج المصري: من خلال إطلاعنا على بعض الأحكام التي تتناول التجريح⁽⁷²⁾ في القضاء المصري تبين لنا بأن هذا الجهاز تناول مفهوم التجريح من منظورين أحدهما مدني والآخر جنائي، فالقضاء المدني ظل يعتبر التجريح هو عبارة عن "عدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى أو سماعها، ولو لم يرده أحد الخصوم في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

أما القضاء الجنائي فيعتبر التجريح بأنه "هو طلب الخصم من المحكمة ببطان النظر"⁽⁷³⁾ في الدعوى من طرف القاضي الذي تتوفر فيه إحدى أسباب الرد المنصوص عليها في القانون".

ويستفاد من هذين المفهومين، بأن التجريح في ظل قانون المرافعات المدنية المصري هو من النظام العام⁽⁷⁴⁾ الذي يخول ممارسة

72 يعرف التجريح في النظام القانوني المصري والعربي بصفة عامة "بالرد".

73 والنظر في هذا التعريف يقتضي التحكم في مصير الدعوى، سواء أثناء تحريكها من طرف قضاة النيابة العامة الذين بإمكانهم حفظ أوراقها أو إحالتها على قاضي الحكم أو التحقيق أثناء سيرها إلى حين صدور الحكم بشأنها.

74 وهذا الاستخلاص تم تأسيسه على نص المادة 146 من قانون المرافعات المدنية التي تقتضي بأنه "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم..."، وهذا ما أكتته المادة 147 من نفس القانون حيث تقتضي بأنه "يقع باطلاً عمل

هذا الحق للخصم في أي مرحلة من مراحل الدعوى المدنية أو التجارية، حتى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض⁽⁷⁵⁾، في حين أنه في ظل المرافعات الجنائية هو مجرد رخصة لا يمكن إثارتها إلا من طرف الخصوم، وقبل كل دفع أو دفاع في الجوهر⁽⁷⁶⁾.

وفي اعتقادنا أن هذا الموقف القضائي الأخير، هو موقف غير سليم، على اعتبار أن التجريح يمس بتشكيل هيئة الحكم التي متى كان أحد قضاتها تتحقق فيه إحدى أسباب هذا التجريح تكون بقوة القانون غير قائمة. ومن ثم، فإن كل ما يتعلق بهذا التشكيل يعد من النظام العام، الذي ينبغي أن لا يمنع دون إثارة هذا الإجراء القانوني حتى أمام محكمة النقض، ولو لأول مرة بالشكل الذي يأخذ به القضاء المدني.

القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم بتوافق الخصوم"، وهو نفس النهج الذي سار فيه بعض الفقه الذي أكد قائلا : "والبطان المشار إليه هو بطان من النظام العام، فلا يسقط بالتكلم في الموضوع، أو بالرد على الإجراء بما يفيد كونه صحيحا"، انظر قذري عبد الفتاح الشهاوي: الموسوعة القانونية لصيغ الأوراق القضائية، ط 2000، ص. 269.

75 يؤكد القضاء المصري في هذا الصدد بأن "أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى تتعلق بالنظام العام، فيجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي تتمكن من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب والحكم في الدعوى على موجب"، الطعن رقم 888 سنة 53، ق. جلسة 1984/03/12، س. 35، ص. 657، أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 684، وأنظر أيضا أحكاما أخرى في نفس المرجع، ص. 681، وص. 683.

76 في هذا الصدد، تقضي محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها بأن "الأحكام الصادرة في طلبات رد القضاة في المواد الجنائية - وعلى ما جرى به قضاء الدائرة بهذه المحكمة- هي أحكام صادرة في مسائل فرعية خاصة بصحة تشكيل المحكمة فلا يجوز الطعن فيها بطريق النقض استقلا عن الأحكام الصادرة في موضوع الدعوى الأصلية وذلك على أساس أنها إذا كانت منتهية للخصومة في دعوى الرد إلا أنها لا تنهي الخصومة في الدعوى الأصلية التي تفرع الرد عنها لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه صادرا في طلب رد قاضي المحكمة الجزئية التي أقيمت أمامها الدعوى الجنائية فإن الطعن فيه على حدة يكون غير جائز"، الطعن رقم 563 سنة 44 ق. جلسة 1987/01/24 س. 29، ص. 291، أنظر سعيد أحمد شعله: نفس المرجع السابق، ص. 698، وأنظر أحكاما أخرى أوردها نفس المؤلف في ذات المرجع.

وحتى بالنسبة لقضاة النيابة العامة الذين يكمل بعضهم بعضا في تحريك الدعوى العمومية أو تمثيل هذه الهيئة القضائية أمام هيئة الحكم، فإن الحيلولة دون تجريحهم، يعني أن هذا التحريك يكون باطلا بقوة القانون، وما هو باطل لا يمكن أن ينتج أي أثر بالنسبة لهذه الدعوى، سواء أثناء سيرها، أو بالنسبة للحكم الذي يصدر فيها.

ولكن إذا كان كل من القضاء المدني، والجنائي في النظام المصري يختلفان فيما إذا كان التجريح من النظام العام أم لا. فإنهما يتفقان في كون هذه المؤسسة القانونية ليست طعنا، في الدعوى أو الحكم وإنما هو مجرد إجراء مسطري يقتضي إظهاره من طرف الخصوم أو القاضي وذلك حتى تستقيم هذه الدعوى سواء أثناء تحريكها أو رفعها أو أثناء سيرها إلى حين صدور الحكم بشأنها.. ومن ثم، عدم تعرضها إلى البطلان، فتضيع بذلك حقوق أصحابها أو المتهم أو الدولة على السواء.

وفي ضوء هذه النتيجة، يمكن القول بأن القضاء الجنائي المصري إذا كان يعتبر التجريح رخصة والقضاء المدني يعتبره حقا، فإن هذا التمييز فقط تقتضيه طبيعة الدعويين ذلك لأن الدعوى العمومية تقتضي طبيعتها عدم تعطيل سير الإجراءات فيها منذ تحريكها إلى وقت صدور الحكم بشأنها. ومن ثم، فإن لاشتراط تقديم طلب الرد أو التجريح قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر يقتضيها وجوب احترام هذه القاعدة، بينما في الدعوى المدنية فإن القضاء المدني يعتبر لتجريح حقا وذلك لتعلقه بشخص الخصوم وليس بالدعوى المرفوعة أمام المحكمة ولهذا

السبب سمح للمتقاضين بإثارته في أي مرحلة من المراحل التي تكون عليها هذه الدعوى، إلا فيما ينص عليه القانون بشكل صريح. وأخيرا يمكن أن نستخلص من المفاهيم السابقة بأن التجريح أو الرد في المجال الجنائي جاء شاملا لكل من قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم، وذلك انطلاقا من كون عبارة: "النظر" التي استعملها القضاء الجنائي في تحديد التجريح تفيد شموليته لهاتين الفئتين القضائيتين وهذا ما يمكن توضيحه في ما يلي :

1- بالنسبة لقضاة النيابة العامة: فإن معنى "النظر" يفيد بأن هذه الهيئة القضائية عندما توجه اتهامها عن طريق تحريك الدعوى العمومية (77)، فإنها تقوم بعدة إجراءات قبل قيامها بالتحقيق (78) أو إحالة القضية على المحكمة. ومن ثم، فإنها في هذه الحالة يمكن أن تتصرف في هذه الدعوى عن طريق حفظ أوراقها أو إصدار قرارها بعدم وجود وجه لإقامتها. ولهذا السبب، فإنه بدون شك، أن المتهم أو المُجنى عليه قد يتضرران من هذا التصرف إذا ما توفرت أسباب التجريح في قضاة هذه الهيئة

77 إن نطاق تحريك الدعوى العمومية أثار خلافا فقهيًا بحيث إن البعض وهو الرأي الغالب يعتبر أن هذا التحريك يبدأ برفع النيابة العامة بالملف إلى قضاة الحكم أو التحقيق، ولكن الرأي الراجح عندها هو الرأي الذي يؤكد بأن تحريك الدعوى العمومية يبدأ باتخاذ أول إجراء بالمتابعة فيها من النيابة العامة أو من الضابطة القضائية الذين يشتغلون تحت رنسة هذه الهيئة القضائية. حسن جوخدار: أصول المحاكمات الجزائية، 1990، ص. 57. أحمد قنحي سرور: "القتلون الجنائي الدستوري"، الطبعة الثانية 2002، ص 426.

78 تجب الإشارة إلى أن التحقيق في قانون الإجراءات المصري يكون في يد النيابة العامة وليس في يد قاضي التحقيق، كما هو الأمر مثلا في قانون المسطرة الجنائية الفرنسي أو المغربي.

القضائية.

2- أما بالنسبة لقضاة الحكم: فإن معنى كلمة "النظر" المشار إليها تفيد أمورا كثيرة تخص الدعوى العمومية عند رفعها إليهم: منها أن هيئة الحكم تستطيع إعادة تكييف الفعل المرتكب والذي هو موضوع المتابعة فيها ومنها أيضا مناقشة وسائل الإثبات وحيثيات التسبب هذا بالإضافة إلى منطوق الحكم، ففي جميع هذه الحالات يمكن أن تتأثر هذه الدعوى إذا ما كان أحد قضاة هيئة الحكمة تتوفر فيه أسباب التجريح.

ب- النموذج الفرنسي :

يبدو بأن مفهوم التجريح في القضاء الفرنسي لم يكن بتلك الأهمية التي كان يحظى بها في القضاء المصري، وهذا ما يبدو من المادة الجنائية والمدنية معا.

ففي المادة الجنائية يظهر من بعض الأحكام القضائية النادرة⁷⁹، أن محكمة النقض الفرنسية لم تحسم في مفهوم التجريح بشكل دقيق، وإنما اكتفت فيه بالإشارة إلى تحديد هذا المفهوم فقط. ولذلك، فقد اعتبرته من هذا المنظور بأنه هو: "عارض أو مانع يمنع القاضي، من

79

Jacques Boré : la cassation en matière pénal, 1985, p 237 et suivant.

متابعة من ارتكب الجريمة أو السير في الدعوى التي تقتضي هذه المتابعة، إلى حين صدور الحكم فيها"⁸⁰.

وحسب بعض الفقه الفرنسي، إن هذه الإشارة القضائية إلى مفهوم التجريح، ترتبط أساسا بالشروط أو الأسباب التي تشترط قيامها كل من المادتين 668 و 669 من قانون المسطرة الجنائية والتي تجد أساسها في المادة 378 من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي⁸¹.

والتجريح بهذا المفهوم القضائي، أصبح يعتبره القضاء الفرنسي مثله مثل وفاة القاضي في إنتاج آثاره⁸²، على اعتبار أن القاضي المجرح والقاضي المتوفى يستحيل الأخذ فيهما بآثار الحكم الذي لم تكتمل فيه الإجراءات الناتجة عن التجريح أو الوفاة⁸³.

ويبدو من صياغة التعريف السابق ذكره، بأن عبارة "العارض" أو "المانع" لا يمكن الأخذ بها بالنسبة لقضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة، مما يعني بأن التجريح بهذا المفهوم القضائي - حتى في القضاء الفرنسي - هو إجراء قانوني يجب الأخذ به، في كل الحالات التي تتوفر فيه أسبابه، سواء تعلق الأمر بقضاة الحكم، أو بقضاة النيابة العامة، وهو بذلك يعتبر مبدأ عاما، لا يمكن التمييز فيه، في نطاق

⁸⁰ Crim 20 février 1908, D. P 1909 ; crim 12 juin 1909, 2 arrêts D. 1909.539 ; crim 23 février 1950 D. 51.217.

⁸¹ جاك بوري، مرجع سابق، ص 238.

⁸² جريمة 14 فبراير 1963، النشرة الجنائية 1963 B.L، ص 77.

⁸³ جاك بوري، مرجع سابق، فقرة 77، ص 240.

الإجراءات⁸⁴. وذلك بالرغم من النص الصريح الذي يمنع التمسك به ضد قضاة النيابة العامة⁸⁵، إذا كان هذا النص يعرقل تطبيق إجراءات المسطرة الجنائية⁸⁶.

أما في المادة المدنية فيبدو بالرغم من كثرة الأحكام التي صدرها قضاء النقض بخصوص التجريح، إلا أن هذا الإجراء القانوني، لم يحظ بأي تحديد دقيق، وإن كان هذا القضاء هو بدوره يعتبره من إحدى العوارض التي تعترض عمل القضاء، في حالة تحقق شروطه أو قيام أسبابه⁸⁷.

وفي إطار هذا الصدد، يؤكد بعض الفقه الفرنسي، بأن تجريح القضاة في القانون الفرنسي هو وسيلة إجرائية عامة تشمل جميع القضاة⁸⁸. ويستشهد في ذلك بالمادة 341 وما بعدها من قانون المسطرة المدنية، والمادة L.518.1 وما بعدها من قانون الشغل.

ويلاحظ من الدراسات الفقهية، بأن أغلب الفقه الفرنسي لم يهتم بتجريح قضاة النيابة العامة في المادة المدنية، وذلك نظرا لعدم أهمية هذا الجهاز القضائي، في القضايا المعروضة أمام القضاء المدني⁸⁹.

84 جاك بوري، مرجع سابق، ص 238.

85 وحسب بعض الفقه الفرنسي، أن نص المادة 669 هو نص غير دستوري، أنظر جاك بوري، نفس المرجع السابق.

86 جاك بوري، نفس المرجع السابق.

87 نقض مدني بتاريخ 20 يونيو 1924، دالوز 1926، بند 1، ص 100. أنظر جاك بوري، مرجع سابق، ص 240.

88 Boris Bernabé : la récusation des juges, 2006, p 2.

89 C. Méthy : le juge entre pris à partie et récusation, Paris 2000, p 91.

فهل هذا هو السبب الذي جعل المشرع أن يمنع تجريح هؤلاء القضاة حتى في المادة الجنائية⁹⁰، رغم أن هذا الافتراض غير مقبول⁹¹؟

الفقرة الثانية: التجريح في الفقه

من خلال دراستنا لمفهوم التجريح، في الدراسات الفقهية تبين لنا، بأن الفقه انقسم في هذه الدراسة إلى مجموعتين: مجموعة تعرف التجريح بشكل خاص ومحدد (أولاً)، وذلك تأثراً بالقوانين التي تشتغل عليها، ومجموعة تعرف نفس التجريح بشكل شمولي (ثانياً)، فهل نستطيع أن نستخلص من خلال هذه المفاهيم خصائص معينة لهذا التجريح (ثالثاً).

أولاً: تعريف التجريح بشكل خاص ومحدد

إن الفقه الذي يعرف التجريح، بشكل خاص ومحدد، انقسم بدوره إلى قسمين: قسم يتناول هذا التعريف من جانب اعتباره طعناً وليس إجراء عادياً، وقسم يتناوله، من جانب اعتباره مجرد رخصة يستطيع الخصم أن يرفع أو لا يرفع بها إلى الجهة المختصة لإيقاف النظر في الدعوى المرفوعة أمام القاضي الذي تتوفر فيه أسباب لتجريح.

⁹⁰ M. A. Peano : « magistrat » juris-classeur II 1992, fasc 410 ; M. A. Frison-Roche : « la responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », J.C. p, 42, octobre 1999, I. 174, P 1869-1876.

جاك بوري، مرجع سابق، ص 240.

⁹¹

فالقسم الذي يعتبر التجريح طعنا يعرفه بأنه: "هو الطعن في صلاحية القاضي المرفوعة أمامه الدعوى للبت فيها بتجرد، وبدون محاباة"⁽⁹²⁾. ويفهم من هذا التعريف أمرين:

الأول: أن التجريح يوجه فقط إلى قضاة الحكم، دون قضاة التحقيق أو قضاة النيابة العامة، وذلك عملا بقواعد المسطرة الجنائية⁽⁹³⁾ التي لشتغل عليها أو عملا بقواعد المسطرة المدنية، ولذلك، فهو لم يبرز أهم خصائصه ما إذا كان متعلقا بالنظام العام أم لا، أو هو طعن من طبيعة خاصة للطبيعة الاستثنائية لهذه المؤسسة القانونية، وأيضا ما إذا كان حقا أو رخصة، وذلك حتى نستطيع أن نعرف ما إذا كانت الآثار المترتبة عليه هي آثار موقفة أم ليست كذلك. ومن ثم، هل يمكن التنازل عليه، في حالة تحقق أسبابه؟ وإلى أي حد يمكن السماح بإثارته لأول مرة أمام محكمة النقض؟

ولهذا السبب، فإن هذا الفقه لم يكن موفقا فيما ذهب إليه، وذلك بسبب كون الإجراء المتعلق بالطعن هو دائما إجراء يتعلق بالنظام العام، وهذا ما لا يبدو واضحا من هذا التعريف الذي نحن بصددده.

ومن جهة أخرى أن التجريح لا ينسحب فقط على قضاة الحكم، وإنما ينسحب حتى على قضاة النيابة العامة متى كان هؤلاء طرفا

92 محمد عياط: دراسة في المسطرة الجنائية المغربية، الجزء الأول، مطبعة بابل، الرباط، ص. 78.

93 وهذه المسطرة، هي المسطرة الجنائية الصادرة بتاريخ 10 فبراير 1959 والتي تم إلغاؤها بمقتضى قانون المسطرة الجنائية الحالي.

منضمًا في القضايا المدنية⁽⁹⁴⁾، وإن كان هذا التفكير يجب تجاوزه في ظل الدستور الحالي أو في ظل قانون المسطرة الجنائية الذي استطاع القضاء المغربي أن يفك من خلاله لغز منع تجريح قضاة هذه الهيئة القضائية. وهذا ما أكدته العديد من الفقهاء⁽⁹⁵⁾، وذلك انطلاقًا من عدم وجود أي تمييز بين هؤلاء وبين قضاة الحكم⁽⁹⁶⁾، أو أن قضاة النيابة العامة قد يتحاملوا على الشخص المتابع بشكل قد يضر بمصالحه⁽⁹⁷⁾.

كما يجب انتقاد هذا التعريف من جانب اعتباره قد أخرج قضاة التحقيق من التجريح، في حين أن قانون المسطرة الجنائية لم يمنع تجريح هؤلاء بالشكل الذي فعل بالنسبة لقضاة النيابة العامة، وعلى هذا الأساس فيمكن أن نؤكد بأن هذين النوعين من القضاة يجب تجريحهما وذلك لسببين:

السبب الأول: أن كلا منهما يوجه اتهامًا إلى من ارتكب الجريمة والاتهام يقتضي القيام بإجراءات المتابعة وإصدار الأوامر وإخضاع

94 أنظر الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية.

95 أحمد الخليلي: شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، ط 1986، ص. 73. محمد عياط: نفس المرجع السابق.

96 يؤكد الأستاذ أحمد الخليلي في هذا الصدد قائلا: "... لكن يجب الاعتراف بأن هذا التعليل (الذي ينبني على قاعدة عدم تجريح قضاة النيابة العامة) صحيح بالنسبة للمطالب بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية وكذلك بالنسبة للمتهم عندما لا تكون للنسبة العامة سلطة تقريرية مباشرة، أما إذا كانت لديها هذه السلطة، فإن المتهم قد يتضرر بقراراتها، المتحيزة بصورة لا تقل عن تضرره بالأوامر والأحكام التي يتحيز فيها قاضي التحقيق أو قاضي الحكم". أحمد الخليلي: نفس المرجع السابق. أنظر أيضا عبد الواحد العلمي: شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، ط 1998، ص. 62.

97 ROBERT VOUIA et LEAUTE JEAN: Droit pénal et procédure pénale, Paris, 1965, p.31.

المتهم إلى الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي، هذا بالإضافة إلى استنطاقه أو إصدار الأمر بإيداعه في السجن، وهذه الإجراءات كلها قد يتضرر منها هذا الأخير في حالة توفر أسباب التجريح.

أما السبب الثاني: فيقتضي أنه لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة دون قضاة التحقيق أو العكس، على اعتبار أن هذا القضاء الأخير يخضع في جميع الإجراءات التي يقوم بها إما إلى مراقبة النيابة العامة أو إلى ملتمساتها⁽⁹⁸⁾. ولذلك، فإن الأمر يقتضي تجريحهما معا، وذلك تأسيسا على هذه العلاقة وليس تأسيسا على طبيعة عمل كل منهما.

الأمر الثاني: إن التعريف اعتبر التجريح هو طعن، في حين أن الطعن يكون في مواجهة الأحكام أو الأوامر القضائية. وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن اعتباره إجراء مسطريا⁽⁹⁹⁾ يلجأ إليه من تقوم بينه وبين القاضي أسباب التجريح⁽¹⁰⁰⁾، وذلك بهدف إبعاد هذا الأخير من النظر في الدعوى المرفوعة أمامه متى دفع بهذه الأسباب قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر أو أن يلجأ نفس القاضي إذا ما تمسك بهذا الإجراء وقام به شخصا عن طريق الرفع، بملتمس يتضمن ما يفيد تنحيته عن النظر في موضوع الدعوى المرفوعة إليه.

أما القسم الذي يعتبر التجريح رخصة، فيعرفه بأنه هو: "إجازة

⁹⁸ إدريس طارق السباعي: النيابة العامة وقضاء التحقيق، ط 1993، ص. 120.

⁹⁹ جون ليوطي وبريت بوان: م.س، ص. 32.

¹⁰⁰ BORIS, BERNABE : la récusation des juge, thèse, toulouse 2006, p 349.

المشرع للخصوم بأن يطلبوا منع القاضي من نظر الدعوى المنظورة أمامه في حالات معينة حددها القانون" (101).

ويلاحظ من هذا التعريف، أن الفقه الذي أخذ به، اقتصر في الأخذ بالتجريح على الطرف المتضرر من أسبابه دون القاضي الذي يلزمه القانون بإثارته من تلقاء نفسه أمام الجهة المختصة للنظر فيه (102).

وهذا يعني أن التجريح إذا ما قامت أسبابه، ولم يطلب المتضرر نتيجة قيامها إبعاد القاضي من النظر في الدعوى، فإن الحكم الذي يصدر به القاضي المجرح قانوناً، لا يكون باطلاً، وذلك لقبول هذا المتضرر ضمناً بصحته رغم قيام هذه الأسباب التي هي من النظم العام، وهذا ما لا يمكن القبول به من ناحيتين:

الناحية الأولى: إن التجريح، لم يقرره القانون لمصلحة الشخص المتضرر من أسبابه، حتى يستطيع أن يتنازل عنه، أو أن يختار بين القيام به، أو عدم القيام به (103) وإنما هو مقرر لمصلحة العدالة (104) التي تجعل من القاضي أن يلتزم بمبدأي الحياد، والمساواة أمام القانون

101

عباس العبودي: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2009، ص. 67.

102

أنظر المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية، وكذا البند الخامس من المادة 97 من القانون رقم 106.13 المشار إليه أكثر من مرة.

103

عباس العبودي: نفس المرجع السابق.

104

والمقصود هنا بمصلحة العدالة، تطبيق القانون لإنصاف المضرور، وعلى هذا الأساس فإن القاضي إذا كانت تتوفر فيه أسباب التجريح، فإنه بلا شك لا يحقق الهدف من رفع الدعوى إليه، وذلك لأنه يصبح طرفاً قوياً من الطرف المتضرر الذي هو في الأصل يسعى إلى إنصافه، وإذا كان القاضي لا يستطيع إنصافه بالشكل الذي يتطلبه القانون، فإنه يصبح منحرفاً على قصد المشرع، في تحقيق العدالة المطلوبة منه.

(105). وفي نظرنا، أن هذا الالتزام الأخير هو الذي جعل من المشرع أن يعتبر التجريح من النظام العام الذي يبطل الإجراء أو الحكم الصادر، في حالة ممارسته من الأطراف⁽¹⁰⁶⁾ التي تتوفر فيهم أسبابه.

الحالة الثانية: إن التجريح مرتبط بمبدأ الشرعية الجنائية، في قواعد المسطرة الجنائية، والذي يقتضي بأنه لا دعوى بدون إجراءات، فإذا أخذنا بعين الاعتبار هذا المبدأ، فإن التجريح الذي تتوفر فيه أسبابه ولم يثره القاضي أو الطرف المتضرر من هذه الأسباب أمام الجهة المختصة تكون الدعوى المنظور فيها من نفس القاضي غير قائمة، وذلك على أساس أن إجراءات التجريح، أصبحت جزءا من هذه الدعوى، فإذا لم يتم الأخذ بها، تصبح هذه الدعوى باطلة، في جميع المراحل التي تمر بها، وهذا ما ظل القضاء المغربي الحديث يأخذ به، في ظل قانون المسطرة الجنائية الحالي.

105 وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي بشكل صريح، في إحدى أحكامه وذلك عندما اعتبر بأن "مبدأي حياد المحكمة، ومساواة الأطراف أمام القانون كأساس لكل محاكمة عادلة يقتضيان ألا يكون كل أو بعض قضاة الحكم أطرافا، أو أصحاب مصلحة في النزاع، وإن المحكمة بعدم اعتدادها بتجريح النيابة العامة بالرغم من انتصابها، مطالبة بالحق المدني، وكذا استبعادها تجريح بعض أعضاء هيئة الحكم الذين يعتبرون أطرافا في النزاع، في حين أنهم مجرحون بقوة القانون، تكون خارقة للقانون، وغير مراعية لقصد المشرع من سنه المقترضات الرامية إلى احترام المبدأين المذكورين". قرار المجلس الأعلى عدد 7/1808 الصادر بتاريخ 14 ماي 2008. أنظر نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، م. س، ص. 100.

106 والمقصود بالأطراف هنا، كل من القاضي، والطرف المتضرر من أسباب التجريح.

ثانياً: تعريف التجريح بشكل شمولي

إن الفقه الذي يعرف التجريح، من منظور شمولي اعتبر بأن هذا الإجراء القانوني، لا يجب التمييز فيه بين قضاة الحكم، وقضاة النيابة العامة من حيث التطبيق، في حالة توفر أسبابه، وفي جميع مراحل الدعوى. ولكن مع ذلك، ظل مختلفاً، بخصوص ما إذا أمكن الأخذ به بشكل وجوبي، أم يبقى مجرد إجراء اختياري.

فالفقه الذي يعرف التجريح، من منظور اعتباره إجراء وجوبياً، فيرى بأنه "هو منع القاضي من النظر في بعض الدعاوى التي تثير إحدى أسباب الرد"⁽¹⁰⁷⁾ أو هو "إبعاد القاضي من القيام بالإجراءات، أو الحكم في القضية وذلك، قبل أن يبدو منه أي تحيز وغش"⁽¹⁰⁸⁾.

ويمكن أن نستخلص من هذين المفهومين، بأن التجريح، يجب أن يكون ذات معنى واحد، وذلك بغض النظر عن طبيعة المحكمة، ما إذا كانت جنائية أو مدنية، وأن الأخذ به يجب أن يتم بشكل وجوبي سواء تمت إثارته، أمام الجهة المختصة، أو لم تتم هذه الإثارة.

فبالنسبة لمسألة توحيد أحكامه بين مختلف المحاكم، فإن المنطق يقتضي من المشرع المغربي، أن يوحد في إطار هذه المحاكم بين إجراءات التجريح وأسبابه دون أي تمييز بين القضايا الجنائية أو المدنية

107 مصطفى صخري: موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجنائية، ط 2005، ص. 50.

108 أحمد الخليلي: م. س، ص. 68.

أو التجارية أو الإدارية، سيما وأن التنظيم القضائي للمملكة يؤكد في الفصل الثاني منه بأن القاضي يمكن أن ينظر في جميع القضايا المعروضة عليه⁽¹⁰⁹⁾ من الناحية القانونية لا من الناحية الفنية. ولذلك، فإنه يستحيل أن نتصور بأن نفس القاضي يتم تجريحه، وفق إجراءات وضمن أسباب معينة في حالة نظره في الدعوى الجنائية، ووفق إجراءات وأسباب معينة أخرى، في حالة نظره في الدعوى المدنية أو التجارية أو الإدارية، وهذا ما جعل من بعض الفقه الذي ناقش مفهومه المطلق للتجريح الذي نحن بصدد أن يؤكد بأن "الحل السليم، يكمن في وضوح صياغة أسباب التجريح وتوحيدها أمام جميع المحاكم، وبالنسبة لمختلف القضايا والخصوم، وهو ما نتمنى أن يتحقق في المستقبل غير البعيد" (110).

ويستفاد من هذا الاتجاه الفقهي، أنه لا يمكن حصر التجريح، في جانب من القضاة دون جانب آخر، ولذلك فإنه كما يمكن عدم التمييز بين مختلف قضاة التحقيق، أو الحكم استنادا إلى طبيعة العمل الذي يقوم به هؤلاء، فإنه انطلاقا من نفس هذا العمل، لا يجب أن نميز أيضا بين هؤلاء الأصناف من القضاة، وبين قضاة النيابة العامة الذين هم في

109 تقضي الفقرة الخامسة من هذا الفصل بأنه "يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة" وأقسام قضاء القرب.

110 أحمد الخليلي: م.س، ص. 72.

الأساس يشكلون وحدة لا تتجزأ من هيئة المحكمة⁽¹¹¹⁾ من جهة⁽¹¹²⁾، أو أن طبيعة العمل المذكور تقتضي قيام علاقة تقنية بين هؤلاء في مختلف مراحل الدعوى⁽¹¹³⁾، سواء في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، أو مناقشتها، أو إصدار الحكم بشأنها وذلك انطلاقاً من كون النيابة العامة، في أغلب الأحوال تؤثر في قضاء الحكم⁽¹¹⁴⁾، إما عن طريق تكيف الفعل المرتكب، أو تغيير مسار هذه الدعوى عن طريق ما تطالب به من تطبيق القانون، أو عن طريق الطعون أو في حالة الحكم ببراءة المتهم من جهة أخرى⁽¹¹⁵⁾.

وتأسيساً على هذا الاعتبار، فإنه أيضاً لا يصح التمييز بين قضاة النيابة العامة، سواء في حالة انتصابهم كطرف أصلي، أو في حالة انتصابهم كطرف منضم، وذلك لانعدام أي أساس لهذا التمييز أمام وحدة العمل القضائي من جهة، أو أمام توحيد أحكام التجريح بين جميع

111 يؤكد المجلس الأعلى في هذا الصدد بأنه "يشترط في انعقاد الجلسات أن تشكل كل هيئة قضائية من عدد القضاة المقرر قانوناً، ويجب أن تصدر أحكامها عن قضاة شاركوا في جميع جلسات الدعوى، وإلا كانت الأحكام باطلة" قرار رقم 2948 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1987. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية 1981-1995، ص. 207. ويلاحظ من هذا القرار، أنه ميز بين الهيئة الحاكمة، وبين القضاة المشاركين، وأنظر أيضاً محمد التغويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية، ط 2008، ص. 41.

112 وفي هذا الصدد أجمع الفقه بأن حضور النيابة العامة يعتبر ضرورياً تحت طائلة البطلان في القضايا ذات الطابع الجنائي أو المدني، في القضايا التي تكون فيها طرفاً رئيسياً. عبد الكريم الطالب: التنظيم القضائي المغربي، ط 2006، ص. 55.

113 وهذا ما يفسر بطلان الحكم في الحالة التي يصبح فيها أحد قضاة النيابة العامة عضواً في هيئة الحكم، متى كان قد مثل النيابة العامة في الطور الابتدائي، قرار المجلس الأعلى رقم 283 بتاريخ 30 جينبر 1964. أنظر إدريس المزدي: النقض في المادة الجنائية، مجلة القضاء والقانون، العدد 148، ص. 41.

114 أبو المعاطي حافظ أبو القحوح: شرح قانون المسطرة الجنائية، ط 1982، ص. 39.

115 بوريس بيرنابي: م. س، ص. 350.

المحاكم، وبالنسبة لمختلف القضايا والخصوم⁽¹¹⁶⁾، من جهة أخرى.
أما بالنسبة لمسألة الأخذ به بشكل وجوبي، فذلك ما أكدته المشرع الجنائي المغربي، في المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية التي استعمل فيها عبارة "يتعين" التي تفيد الوجوب في الأخذ به، كما سبق القول بذلك في الفقرة الأولى من هذا المطلب.

والوجوبية، في نظر هذا الجانب الفقهي تعني معنيين: الأول فيه إشارة إلى ما يفيد بأن التجريح هو من النظام العام، والثاني فيه إشارة إلى أن هذا الإجراء القانوني يجب الأخذ به بشكل مطلق حتى بالنسبة لقضاة النيابة العامة.

فبالنسبة للمعنى الأول الذي يفيد اعتبار التجريح من النظام العام، فينطلق الفقه لتبريره من مجموعة من النصوص التي تنظم أحكام هذا التجريح، والتي تقرر بطلان الحكم⁽¹¹⁷⁾ دفعا لشبهة التحيز⁽¹¹⁸⁾، في حالات يدخل بعضها في الفقرتين الثانية والسابعة من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية. ومن هذه النصوص، نص الفصلين 399⁽¹¹⁹⁾

116 أحمد الخليلي: م. س، ص. 72.

117 ولقد سبق أن رأينا بأن المشرع المصري قد سار في هذا النهج في المادة 147 من قانون المرافعات المدنية.

118 أحمد الخليلي: م. س، ص. 70.

119 يقضي هذا الفصل بأن القاضي الذي قبل بشأنه طلب المخاصمة يجب عليه "... أن يتخلى عن النظر في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة، وينجلي كذلك حتى الفصل نهائيا في هذه الدعوى عن النظر في كل قضية بحكمته يكون المدعى في النزاع أو أحد أصوله أو فروعه أو زجه طرفا فيها، وإلا كان الحكم الذي يصدر في جميع هذه الحالات باطلا".

و517⁽¹²⁰⁾ من قانون المسطرة المدنية، ويؤسس هذا الفقه ما ذهب إليه على أن المحكمة إذا ما خرقت إحدى هذين الفصلين، يكون ما قامت به بمثابة خرق جوهري يقتضي نقض الحكم الذي أصدرته، وذلك لتعلقه بالنظام العام الذي يحكم كل قواعد قانون الإجراءات الجنائية أو المدنية⁽¹²¹⁾.

ومن منظور هذا التأكيد، فإنه لا يمكن أن نسلم، مع الفقه الذي يعتبر التجريح جوازيًا، انطلاقًا من عبارة "يمكن" التي استهل بها تشريعنا الجنائي المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك على أساس أن القصد من هذه العبارة، هو مسايرة تعداد أسباب التجريح، في هذه المادة التي تسمح بهذا التجريح، وليس بيان طبيعته.

ومن جهة أخرى، أن نفس العبارة المذكورة، تم نسخ معناها من قبل المادة 275 من نفس القانون، وهذا ما كنا قد ناقشناه بدقة في المطلب السابق بمناسبة دراسة مفهوم التجريح في القضاء المغربي.

أما بالنسبة للمعنى الثاني الذي يقتضي بوجوب الأخذ بنظام التجريح بشكل مطلق، حتى بالنسبة لقضاة النيابة العامة الذين متى سائرنا النهج التشريعي الذي يقول بعدم تجريحهم رغم قيام أسباب هذا

120 يقضي هذا الفصل بأنه "إذا كان قاضي من قضاة محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية أو زوجه طرفًا في الدعوى بصفته مدع أو مدعى عليه أصدر الرئيس الأول للمجلس الأعلى بناءً على طلب من يعنيه الأمر قرارًا يقضي بتعيين المحكمة التي ستُنظر في القضية خارج دائرة محكمة الاستئناف التي يزاول القاضي فيها مهامه، وذلك خلافاً لقواعد الاختصاص المشار إليها في هذا القانون، يكون كل حكم صادر بدون هذا القرار باطلاً".

121 مصطفى صخري: م.س، ص. 51.

التجريح، أمكننا القول بأنه، في حالة الأخذ بهذا النهج التشريعي فإننا نكون قد جردنا التجريح من قيمته القانونية أو الإجرائية، ومن ثم فإن ما تقوم به النيابة العامة، عندئذ يكون مشوباً بالخطأ في العمل أو الوظيفة التي تقوم بها أثناء تحريك الدعوى العمومية⁽¹²²⁾، أو إصدار أمر إلى من يقوم بإجراء هذا التحريك من ضباط الشرطة القضائية إذا كان أحد هؤلاء بدوره تتوفر فيه أسباب التجريح مع الشخص الذي يقوم ضده بهذه الإجراءات⁽¹²³⁾، وهذا ما جعل من المشرع المغربي أن يشترط حضور الدفاع مع المتهم⁽¹²⁴⁾ أو الاتصال بالمشتبهِ فيه أثناء مرحلة جمع الأدلة⁽¹²⁵⁾ أو إخبار عائلته⁽¹²⁶⁾، وذلك تحت طائلة بطلان هذه الإجراءات، كما أكد على ذلك الفقه الفرنسي قبل تعديل قانون المسطرة الجنائية 1975⁽¹²⁷⁾.

أما الفقه الذي يعرف التجريح، من منظور اعتباره إجراء

122 وهذا ما أشار إليه نص الفصل 122 من الدستور الحالي، ويلاحظ من هذا الفصل أن المشرع المغربي استعمل فيه صياغة "من تضرر من خطأ قضائي" وليس صياغة "من تضرر من حكم قضائي" وهذا يعني أن هذه الصياغة، لم يميز فيها بين قضية الحكم وقضاة النيابة العامة، بخصوص الخطأ الذي يقتضي التعويض لمصلحة من تضرر منه بل وأنه لم يحدد طبيعة الخطأ، ما إذا كان خطأ جسيماً أو بسيطاً.

123 وفي هذا الصدد أكدت الأستاذة ميشيل لور رساط، بأن النيابة العامة عندما تصدر أمرها إلى الشرطة القضائية، وتؤكد لديها بأن البحث التمهيدي الذي يقوم به المكلف بهذا البحث تتوفر فيه عناصر التجريح ولم تتراجع عن هذا القرار يمكن أن نقول بأن هذا العمل يعتبر تجريحاً لها، وليس للضابط المأمور، وهذا ما يترتب عليه مسؤولية جنائية ومدنية.

- Michel Leur Rassat : Le ministère public entre son passé et son avenir, Paris, 1967, p.243.

124 أنظر مثلاً المادة 79 من ق.م.ج.

125 أنظر مثلاً المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية.

126 أنظر الفقرة الرابعة من المادة 67 من نفس القانون.

127 ميشيل لور رساط: نفس المرجع السابق.

اختياريا فقد عرفه بأنه هو "إمكانية إعطاها المشرع للخصوم لتجريح القاضي المشكوك في حياده في القضية المعروضة عليه للحيلولة بينه وبين النظر فيها"⁽¹²⁸⁾.

ويفهم من هذا التعريف، أنه وإن اعتبر التجريح يتمتع بخاصية التوحيد والشمولية بخصوص انسحابه على جميع القضاة بالرغم من اختلاف وظائفهم، فإنه لم يعتبره من النظام العام وذلك لما رفعه عنه من صفة الوجوبية، ولعله قد تأثر في هذا النهج بالمشرع الذي استعمل عبارة "يمكن" في الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية⁽¹²⁹⁾ والذي عدد فيه تشريعنا المدني أسباب هذا التجريح.

ولكن نحن إذا انطلقنا مما سبق بيانه، في المطلب المتعلق بمفهوم التجريح لدى القضاء المغربي من كون النص اللاحق يقيد أو يخصص النص السابق، فإن نص الفصل 298 من نفس القانون ألزم القاضي الذي تتوفر فيه أسباب التجريح أن يرفع بموضوع هذا التجريح إلى الجهات المنصوص عليها في هذا الفصل، وذلك باستعماله عبارة "يجب" لا عبارة "يمكن" وهذا يعني أمرين:

الأول: أن التجريح في ظل قانون المسطرة المدنية أو الجنائية هو من النظام العام الذي يقتضي بطلان الحكم إذا أخل القاضي المجرح

128 عبد العزيز توفيق: شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الثاني، ص. 23.

129 ونفس النهج سلكه تشريعنا الجنائي في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية التي استعملها أيضا بعبارة "يمكن".

بمقتضيات الفصل 298 المذكور أعلاه⁽¹³⁰⁾، على اعتبار أنه يستحيل القبول بالاختيار في ممارسة حق التجريح، أو التنازل عنه في حالة وجود مصلحة القاضي كيفما كان موقعه من المرفق القضائي في النزاع المعرض عليه، متى كانت له علاقة قرابة مع الأطراف⁽¹³¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن التأثر بصياغة النصوص التشريعية التي لم تكن تراعى بشكل دقيق عند تصدير القانون المدني، وذلك لأن سياسة الاستعمار الشوفينية، كانت تتعمد في استعمال هذه الصياغة الجوازية بهدف إضفاء الحصانة القانونية على القضاة الفرنسيين⁽¹³²⁾، أو أن تشريعنا المدني خانه التعبير فقط، سيما ونحن نعرف بأن قانون المسطرتين يتعلق بالنظام العام الذي لا يقتضي الاختيار، في القيام بإجراءاته، وهذا ما جعل المشرع المصري أن ينص بشكل صريح على أنه "يقع باطلا عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر⁽¹³³⁾ ولو تم باتفاق الخصوم"⁽¹³⁴⁾ وأيده في ذلك قضاء

130 هذا ما بين من المشرع المغربي أن يعتبر هذا الإخلال في المادة 97 من القانون رقم 106.13 خطأ جسيماً يستوجب التأنيب.

131 أحمد الخليلي: م. س، ص. 70.

132 وتبرز شوفينية القضاء الفرنسي، في كل القضايا التي كان ينظر فيها متى كان فيها أحد الأطراف فرنسياً، بحيث كان دائماً يفضل تطبيق القانون الفرنسي مع الميل إلى مصلحة هؤلاء الأطراف، أنظر محمد التغموني: الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط 2008، ص. 418.

133 والمقصود بهذه الأحوال أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 146 من قانون المرافعات المصري.

134 أنظر المادة 147 من نفس القانون.

النقض⁽¹³⁵⁾ في أحكام كثيرة.

الأمر الثاني: إن التجريح لا يمكن التنازل عنه إلا إذا تم التنازل عن الدعوى المدنية⁽¹³⁶⁾ ولذلك، فلا يمكن القول بأن التجريح هو إجراء اختياري يمكن القيام به أو التنازل عنه، كما ذهب إلى ذلك القضاء المصري، في إحدى أحكامه، حيث قضى بأنه "يُل على أن رد القاضي حق شرع لمصلحة المتقاضين أنفسهم فلهم أن يباشروه، أو أن يتنازلوا عنه"⁽¹³⁷⁾، وهذا ما يدعو إلى الانتقاد، على اعتبار أن المشرع عندما اشترط تقديم طلب التجريح، قبل كل دفع أو دفاع، لا يعني بأن قصده، كان ينصرف إلى أن هذا الإجراء القانوني، هو في طبيعته هو إجراء اختياري، وإنما كان المقصود هو تسهيل عمل المرفق القضائي حتى يتمكن لمن يهمله الأمر أن يخبر به، قبل الشروع في إجراءات الدعوى، وذلك حتى لا يمكن سحب هذه الدعوى من القاضي المجرح في وقت لاحق، إما اقتصادا في الوقت، أو تجنباً لتراكم القضايا.

ويمكن أن نخلص من مختلف المفاهيم التي سبق بيانها، بأن الفقه لم يكن متقارباً، في تحديد مفهوم التجريح، وذلك إما لاعتبارات تتعلق

135 الطعن رقم 2246، سنة 57 ق. جلسة 1989/06/20 س. 40 ع. 2 ص. 633، الطعن رقم 2353، سنة 55 ق. جلسة 1990/03/22 س. 41، ص. 819، أنظر سعيد أحمد شعلة : م. س، ص. 686-687.

136 وهذا ما يمكن استخلاصه من الفصل 47 من قانون المسطرة المدنية.

137 الطعن رقم 109، سنة 53 ق. جلسة 15 نونبر 1987، س. 38، ص. 943، أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 703.

بالتناظر الحاصل بين قضاة الحكم، وقضاة النيابة العامة بخصوص تجريحهم أو عدم تجريحهم، أو أن الأمر يتعلق بكون الاختلاف الحاصل في الفقه بخصوص تحديد المفهوم الذي نحن بصدده يرتبط بطبيعة الدراسة التي ظل يشغل عليها هؤلاء ما إذا كان موضوع هذه الدراسة له مدلول مدني أو مدلول جنائي.

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فإن هناك من الفقه الفرونكفوني من حاول أن يتجنب كل هذه الفوارق، ويعتبر بأن "التجريح هو إجراء يقتضي استبعاد القاضي المشكوك في حياده، من النظر في القضايا الجنائية والمدنية متى كان طرفاً في النزاع المعروض عليه"⁽¹³⁸⁾.

ويفهم من هذا التعريف، أن التجريح هو إجراء قانوني وليس رخصه مبنية على إرادة الطرف المتضرر من أسبابه. كما يفهم من نفس التعريف، أن التجريح له دلالة شمولية، بحيث لا يمكن التمييز فيه بين القضايا الجنائية والمدنية من جهة، وبين مختلف القضايا وذلك استناداً إلى طبيعة وظائفهم أو استناداً إلى طبيعة القضايا المرفوعة إليهم من جهة أخرى، وهذا ما يمكن مناقشته في النقطة التالية.

¹³⁸ والصياغة الفرنسية لهذا التعريف هي:

"La récusation est une mesure visant à écarter d'une affaire civile au pénale un juge soupçonné d'avoir un parti pris dans une affaire en introduction".

أنظر:

- Fred Kabasele Maumba : Le ministre public congolais, organe fortement hierarchise nécessitant sa réforme, Université de Kinshasa-Licence, 2010.

ثالثاً: المفهوم المقترح للتجريح وخصائصه

لما كانت هناك دعوة صريحة من الفقه إلى وجوب توحيد التجريح بين مختلف الهيئات القضائية، أو المحاكم، أو القوانين التي تنظم أحكامه⁽¹³⁹⁾، فإننا سنحاول تحديد مفهومه، وفق هذا التصور الفقهي، ومن ثم، فإنه يمكن تعريفه بأنه هو "إجراء مسطري يمنع القانون بمقتضاه القاضي المتخصص في مختلف القضايا⁽¹⁴⁰⁾ المعروضة عليه من النظر في الدعاوى المرتبطة بهذه القضايا سواء عند تحريكها أو مباشرتها أو مناقشتها، أو إصدار حكم بشأنها متى توفرت أسبابه المنصوص عليها حصراً، في قواعد هذا القانون".

ويمكن أن نستخلص من هذا التعريف مجموعة من الخصائص التي يمكن أن تميز التجريح عن غيره من المفاهيم المشابهة له⁽¹⁴¹⁾، وهذه الخصائص هي:

1- التجريح إجراء مسطري متعلق بالدعوى:

ومعنى هذه الميزة أن التجريح ليس هو رخصة أو حق مقرر للخصوم، كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه⁽¹⁴²⁾ والقضاء⁽¹⁴³⁾، وإنما هو

139 وفي هذا الصدد، يؤكد أحمد الخليلي بأن "الحل السليم يكمن في وضوح صياغة أسباب التجريح وتوحيدها أمام جميع المحاكم، وبالنسبة لمختلف القضايا والخصوم وهو ما نتمنى أن يتحقق في المستقبل غير البعيد"، م. س، ص. 72.

140 وهذه القضايا، إما أن تكون جنائية أو مدنية أو تجارية أو إدارية.

141 ومن هذه المفاهيم مخاصمة القضاة.

142 عبد الوهاب حومد: الوسيط في الإجراءات الجنائية الكويتية، الطبعة الثانية 1977، ص. 264.

مقرر لمصلحة الدعوى⁽¹⁴⁴⁾ التي هي ملك للدولة⁽¹⁴⁵⁾.

ولذلك، فإنه يمكن أن نعتبر بأنه مندمج في هذه الدعوى، على اعتبار أنه يصبح جزءاً من إجراءاتها⁽¹⁴⁶⁾ في حالة تحقق أسبابه، وليس خارجاً عنها وهذا ما يمكن أن يترتب عنه نتيجتان أساسيتان، وهما: عدم التنازل عنه، وإيقاف السير في الدعوى.

النتيجة الأولى: عدم التنازل عن التجريح

ونفهم من هذه النتيجة، بأننا إذا أخذنا بعين الاعتبار بأن الدعوى هي ملك للدولة، وأن التجريح جزء من إجراءاتها⁽¹⁴⁷⁾، فإن التنازل عن

143 أنظر المجلس الأعلى، الغرفة الأولى، الحكم عدد 234، مجلة القضاء والقانون فبراير 1970، العدد 105-106، ص. 264. وفي هذا الصدد، قضى القضاء المصري في بعض أحكامه بأنه "يجب لقبول طلب الرد أن يقدم عنه التقرير به توكيلاً خاصاً لرد قض بعينه، أو هيئة بعينها في دعوى بذاتها، لما في طلب رد القاضي من طبيعة خاصة تجعله حقا شخصياً للخصم نفسه وليس لمحاميهِ أن ينوب عنه فيه إلا بتوكيل خاص بالمعنى سالف الذكر"، الطعن رقم 728، سنة 53 ق، جلسة 1987/01/12، س. 38، ص. 149. سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 702.

144 وفي هذا المعنى، أكد القضاء المصري في بعض أحكامه بأن "رد القاضي عن نظر نزاع بعينه كحق من الحقوق الأساسية التي ترتبط بحق التقاضي ذاته..."، الطعن رقم 2441، سنة 62 ق. جلسة 17 فبراير 1999، أورد هذا الحكم سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 712.

145 أنظر هذا المعنى بتفصيل، محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية، م. س، ص. 178 وما بعدها.

146 يعرف بعض الفقه الدعوى العمومية بأنها البدء في المتابعة، وذلك باتخاذ أول إجراء من إجراءات البحث التمهيدي أو التحقيق الإعدادي فيها، أنظر:

- Gaston Stifani, G. Levasseur, et Bernard Bouloc : Procédure pénale 16^{ème}, éd, Paris, 1996, p : 96.

وأنظر أيضاً، جلال ثروت: م. س، ص. 81.
147 ونحن نقول بذلك، لأن مفهوم الدعوى كيفما كانت طبيعتها، هي مجموعة من الإجراءات المتبعة منذ تحريكها إلى حين صدور حكم فيها، وهذا ما يمكن استخلاصه من مختلف فصول ومواد قانون المسطرتين المدنية والجنائية.

هذا التجريح⁽¹⁴⁸⁾ يعني أن المحكمة تكون قد تخلت عن أحد أهم الإجراءات الجوهرية التي لا تستقيم هذه الدعوى إلا بها. ومن ثم، فإن باقي الإجراءات اللاحقة تكون باطلة بقوة القانون، وذلك لما يحصل نتيجة ذلك من ضرر بمصالح العدالة، وهذا ما أخذ به الفقه⁽¹⁴⁹⁾ وحكم به القضاء المغربي في أحكام كثيرة⁽¹⁵⁰⁾، ونحن نأخذ بهذا الرأي، لأن الدعوى كيفما كانت طبيعتها ليست وسيلة إجرائية يتحكم فيها الخصوم أو الدولة، وإنما هي مؤسسة قانونية يلجأ إليها هؤلاء لتأكيد سيادة القانون وليس لتأكيد مصالح الأطراف الشخصية⁽¹⁵¹⁾ التي هي في حقيقتها مصالح عارضة فقط.

وتطبيقا لهذه النتيجة، فإنه لا يمكن تحديد الطبيعة القانونية للتجريح من منظور علته. ومن ثم، اعتباره حقا أو رخصة، وإنما يمكن تحديد هذه الطبيعة من منظور صفته التي هي الصفة الإجرائية⁽¹⁵²⁾. والذي يؤكد هذا التمييز هو أن التجريح لو كان حقا أو رخصة، فإن الأمر عندئذ ينحصر عند تقديمه إلى الجهات المختصة بتلقيه، في يد الأطراف أو الخصوم فقط، دون أن يلتزم بذلك أيضا القاضي الذي

148 وقد أكد القضاء المغربي في حكمه المشهور في تجريحه لقضاة النيابة العامة بأن "التنازل عن المطالب المدنية المعلن عنه لاحقا، لا يزول معه سبب التجريح المذكور"، انظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى، م. س، ص. 101.

149 عبد الوهاب حومد: نفس المرجع السابق.

150 قرار المجلس الأعلى عد 7/1808 سبقت الإشارة إليه أكثر من مرة الحكم عد 234 مشار إليه قبل قليل.

151 محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية، م. س، ص. 127.

152 بوريس بيرنابي، نفس المرجع السابق.

تتوفر فيه أسبابه⁽¹⁵³⁾.

ومن جهة أخرى، إن المشرع عندما خص الخصوم بتقديمه إلى الجهات المذكورة في قواعد قانون المسطرتين، إنما اعتبر هذا لتقديم من الدفوع الجوهرية⁽¹⁵⁴⁾ التي لا يمكن للمحكمة أن تأخذ فيها بالموقف الشخصي للخصم فقط⁽¹⁵⁵⁾، حتى يمكن القول بأن التجريح حق أو رخصة، لأن مثل هذه الدفوع إذا أخذت بها المحكمة بهذا الشكل يكون حكمها ناقص التعليل الذي ينزل منزلة انعدامه⁽¹⁵⁶⁾، وهذا ما جعل من التشريع⁽¹⁵⁷⁾ والفقه⁽¹⁵⁸⁾ والقضاء⁽¹⁵⁹⁾ أن يشترط في هذه الدفوع التي يدخل في نطاقها التجريح أن يكون الأخذ بها مما يؤثر في منطوق الحكم، أما إذا انعدم هذا التأثير، فلا تكون لها أي قيمة قانونية. وحتى إذا سلمنا بأن التجريح حق، فإن هذا الحق يدخل في

153 وهذا الالتزام، هو التزام قانوني وليس إرادي أو شخصي. أنظر المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية.

154 أنظر في هذا الموضوع بتفصيل، محمد التغويني: النظرية العامة للتعليل على الأحكام القضائية، م. س، ص. 102 وما بعدها.

155 قرار المجلس الأعلى عدد 8260 الصادر بتاريخ 8 دجنبر 1987 ملف جنحي عدد 86/19455. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1981-1995، ص. 242.

156 قرار المجلس الأعلى عدد 5733 الصادر بتاريخ 6 يوليوز 1989، نفس المرجع السابق، ص. 331.

157 أنظر مثلاً، المادة 258 من قانون المسطرة الجنائية.

158 الطيب برادة: إصدار الحكم المنني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، 1996، ص. 356، علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة، الطبعة الأولى، 1994، ص. 420، محمد التغويني: النظرية العامة، م. س، ص. 108.

159 الطعن رقم 4، سنة 51 ق.ج. جلسة 16 مارس 1982، أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 720.

نطاق حقوق التقاضي، ولذلك، فإن الجميع قد أجمع على أنه حق عام، لا يجوز التنازل عنه لمخالفته للنظام العام⁽¹⁶⁰⁾، وهذا ما أكدت عليه المواثيق الدولية⁽¹⁶¹⁾ والدساتير الوطنية⁽¹⁶²⁾.

النتيجة الثانية: إيقاف السير في الدعوى

إن إيقاف النظر، في الدعوى أو منع القاضي من الاستمرار فيها، بسبب توافر أسباب التجريح، لا يمكن أن يتم قانوناً إلا بعد الحكم بشكل فرعي في هذا التجريح⁽¹⁶³⁾. أما قبل ذلك، فلا يمكن الأخذ بهذه النتيجة. ومن ثم، فإنه لا يجب افتراض هذا الإجراء فقط، وإنما لابد من التأكد من قيام أسبابه التي يفترض فيها بأنها قائمة، وهي ليست كذلك، ولهذا السبب فإن القاضي المجرح بطريقة هذا الافتراض يسمح له القانون بالقيام بعمله إلى حين التأكد من هذه الأسباب⁽¹⁶⁴⁾. وفي هذا الصدد، عبر القضاء المقارن بأن "العبرة في تكييف الدعوى، أو إنزال الوصف الصحيح في

160 حكم محكمة التمييز العراقية قرار رقم 1959/09/34 الصادر بتاريخ 3 مارس 1959، أورده آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، طبعة 2006، ص. 46.

161 تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم لإنصافه من أعمال فيه اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"، وقد نصت المادة العاشرة من هذا الإعلان أنه "لكل إنسان الحق على قدم المساواة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة عدلة وعلنية للفصل في حقوقه والتزاماته".

162 يقضي الدستور المغربي في الفصل 118 بأن "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون".

163 وقد أجمع الفقه والقضاء بأن هذا الحكم الفرعي أو التمهيدي لا يقبل الطعن إلا مع الطعن في الحكم الصادر في هذه الدعوى.

164 تقضي الفقرة الأخيرة من المادة 258 من قانون المسطرة الجنائية بأنه "إذا لم ترفع الدعوى في الأجل المحدد، ولم يدل المتهم بما يثبت مباشرته للإجراءات المتعلقة بها تعرض المحكمة عن دفعه وتواصل النظر في القضية".

القانون على وقائعها بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها، وليس بالألفاظ التي تصاغ فيها هذه الطلبات"⁽¹⁶⁵⁾.

وإذا كان التجريح قد رتب عليه المشرع المغربي إيقاف الدعوى بالشكل الذي سبق بيانه، فإن الفقه قد اختلف في الوقت الذي يمكن أن يحدث فيه هذا الإيقاف، هل هو يتم بمجرد رفع الطلب أو التصريح بتأكيد أسبابه، أم لابد من صدور الحكم بشأنه.

فالبعض يعتبر بأنه بمجرد تقديم الطلب من الخصوم أو التصريح من القاضي المثار فيهما قيام أسباب التجريح، يتم وقف السير في الدعوى أو النظر فيها بقوة القانون⁽¹⁶⁶⁾، وذلك إلى حين البت فيه بشكل نهائي من طرف الجهة المختصة بالنظر، في هذا الطلب أو التصريح⁽¹⁶⁷⁾. ومن ثم، فإن هذه الجهة إذا أكدت في حكمها بقيام هذه الأسباب أمرت المحكمة التي ينتمي إليها القاضي المجرح بسحب الملف

165 الطعن رقم 8569، سنة 66 ق. جلسة 8 يوليوز 1997، ص. 48. ص. 1089، أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 734.

166 يؤكد القضاء في هذا الصدد بأن "مؤدى نص المادة 162 من قانون المرافعات أن وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد يتم بقوة القانون، ودون ما حاجة إلى صدور حكم بذلك، وقضاء القاضي المطلوب رده في الدعوى قبل الفصل في طلب الرد هو قضاء ممن حجب عن الفصل في الدعوى لأجل معين، ومن ثم يقع باطلا لتعلقه بأصل من أصول المحاكمة، تقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان وتوزيع العدالة"، أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 700، وأنظر أيضا ص. 701.

167 يرى بعض الفقه بأنه "يترتب على تقديم هذا الطلب أو التصريح عدم استمرار القاضي أو الهيئة في نظر الدعوى حتى يفصل في الرد، فتقديم الطلب ينتج أثرا فوريا هو كف يد القاضي أو الهيئة عن نظر الدعوى حتى يبت في طلب الرد"، أنظر آدم وهيب النداوي: م. س، ص. 53.

منه، وإحالاته على قاضي آخر⁽¹⁶⁸⁾ ولكن إذا كان العكس استمر هذا القاضي في عمله⁽¹⁶⁹⁾.

غير أن البعض الآخر ذهب إلى عكس الرأي السابق، فاعتبر ذلك بأن الدعوى، لا يمكن إيقافها إلا بعد البت النهائي، في طلب التجريح، وذلك حماية لنزاهة القاضي وهيبته أمام الخصوم⁽¹⁷⁰⁾، على اعتبار أن التجريح في هذه الحالة يبقى مجرد ادعاء فقط نتيجة عدم الحسم في قيلم أسبابه.

وقد سار في هذا النهج تشريعنا الجنائي في المادة 279 من قانون المسطرة الجنائية⁽¹⁷¹⁾، وقد أيده في ذلك بعض الفقه المغربي الذي ظل يعتبر تأسيساً على هذه المادة بأن تقديم طلب التجريح، لا يترتب عنه تخلي القاضي عن الدعوى إلا إذا أمر بذلك الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التي يوجد في دائرتها القاضي المجرح، أو رئيس محكمة النقض، أو كان التجريح قد أعلن عنه في بداية الاستئناف أو

168 وفي نظرنا، أنه لا يجب التمييز في هذا الإجراء القانوني بين مختلف القضاة، وذلك بغض النظر عن اختلاف اختصاصاتهم أو وظائفهم، سواء تعلق الأمر بقضاة النيابة العامة أو قضاة التحقيق أو قضاة الحكم.

169 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 29-30.

170 مصطفى صخري: م. س، ص. 51.

171 تقضي هذه المادة بأنه "لا يترتب عن طلب التجريح تخلي القاضي الذي قدم بشأنه هذا الطلب إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 284 بعده"، وتقضي هذه المادة الأخيرة بأنه "إذا ادعى أحد الأطراف في بداية الاستجواب أو الجلسة، بأن سببا من أسباب التجريح قد طرأ أو أخبر به في ذلك الوقت وصرح بأنه يطلب تجريح قاض للتحقيق أو قاض أو أكثر من القضاة المكونين لهينة الحكم تعين عليه أن يحرر فوراً مذكرة بذلك ويترتب عن الطلب إيقاف الاستجواب أو المناقشات وتوجه المذكرة دون تأخير إلى الرئيس الأول".

ونحن نؤيد الرأي الأول، ذلك لأن طلب التجريح أو التصريح به من طرف القاضي الذي تتوفر فيه أسباب هذا التجريح يتعلق بالبت في إجراء من إجراءات الدعوى العمومية أثناء تحريكها أو سيرها، وذلك بهدف تهيين الفصل في النزاع المعروض على المحكمة⁽¹⁷³⁾، وبهذا فإنه يدخل في نطاق الأحكام التمهيدية التي تمتاز بأنها تكون حجة على أطراف الدعوى⁽¹⁷⁴⁾ من جهة، وأنها من جهة أخرى تمنع المحكمة من الفصل في جوهر هذه الدعوى إلا بعد تنفيذها⁽¹⁷⁵⁾.

ويبدو لنا من هذه النتيجة التي انتهينا إليها، بأن المشرع المغربي قد أخذ بها بوضوح في المادة 284 من قانون المسطرة الجنائية التي أحالت عليها المادة 279 من نفس القانون، وذلك بالرغم مما بدا ظاهريا بأنه يمنع إيقاف السير في الدعوى أثناء تقديم طلب التجريح، وإلا فإنه عندئذ يكون متعارضا مع ما تقتضيه الأحكام التمهيدية التي أشرنا إليها قبل قليل.

172 أحمد الخليلي: م.س، ص. 74.

173 محمد التغويني: النظرية العامة، م. س، ص. 69.

174 وفي هذا المعنى قضى المجلس الأعلى بأن "الحكم الذي يبت في وقائع من شأنها أن تكون حجة على أحد الأطراف في الخصومة ويسمح بمعرفة ما سيكون عليه الحكم في جوهر الدعوى يكتسي بذلك صفة تمهيدية تجعله قابلا للنقض"، المجلس الأعلى الحكم عدد 95، الصادر بتاريخ 5 فبراير 1963، مجلة القضاء والقانون، العدد 55-56، ص. 278.

175 وفي هذا المعنى حكمت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا أصدرت المحكمة حكما تمهيديا بتعيين خبير يقدم تقريرا عن الوقائع المبينة بحكمها، فليس لها أن تحكم في الموضوع قبل أن يقدم الخبير تقريره إذ أنها ملزمة بفحص التقرير ولو أنها غير مقيدة به"، أورد هذا الحكم علي محمود علي حمودة: م. س، ص. 241، هامش رقم 1.

2- التجريح إجراء مسطري متعلق بالنظام العام:

ومعنى هذه الميزة، أن التجريح إذا سلمنا بأنه متعلق بالدعوى، لا بأطراف الخصوم فإنه بلا شك، أن أحكامه تخضع إلى النظام العام. وهذا ما يترتب عنه أيضا نتيجتين: الأولى، أن إثارته يمكن أن تتم خلال مختلف مراحل هذه الدعوى، الثانية. أنه شمولي، لا يمكن حصره، في قاض دون آخر.

النتيجة الأولى: إثارة التجريح في مختلف مراحل الدعوى

هذه النتيجة تتكون من شقين: شق يرتبط بكل مرحلة أمام كل درجة من درجات المحاكم، وشق يرتبط بإثارته أمام محكمة النقض، ولو لأول مرة.

فالشق الأول: نص عليه المشرع المغربي في الشطر الأخير من المادة 277 من قانون المسطرة الجنائية⁽¹⁷⁶⁾، عندما اعتبر بأنه لا يمكن الالتزام بوقت محدد لتقديم مسطرة التجريح، وإنما يمكن القيام بهذا الإجراء في أي وقت سواء كانت أسبابه قائمة قبل أي مناقشة في الجوهري، أو بعد هذه المناقشة متى اتضح بأن هذه الأسباب لم تظهر إلا

176 تقضي هذه المادة بأنه "يجب على من أراد تجريح قاض (مهما كانت طبيعته أو وظيفته) أن يقوم بذلك قبل أية مناقشة في الجوهري، وإذا كن التجريح موجهة إلى القاضي المكلف بالتحقيق فيجب أن يقدم قبل أي استجواب أو استماع يتعلق بالجوهري، ما لم تكن أسباب التجريح قد طرأت أو لم يعلم بها المطالب بالتجريح إلا لاحقا".

في وقت لاحق منها ⁽¹⁷⁷⁾، وهذا ما أكد عليه الفقه والقضاء في مختلف الأنظمة القانونية سواء كانت وطنية ⁽¹⁷⁸⁾ أو مقارنة ⁽¹⁷⁹⁾.

ويفهم من هذا التوضيح، بأن العبرة بوقت تقديم التجريح الذي يرتبط بقيام أسبابه، فإذا تبين للخصوم أو للقاضي، بأن هذه الأسباب هي قائمة وقت تحريك الدعوى العمومية، أو وقت عرضها على هيئة الحكم، فإنه من الواجب إثارة التجريح، قبل اتخاذ أي إجراء في هذه الدعوى أما إذا ثبت قيامها أثناء سير الدعوى، فيمكن إثارتها، في هذا الوقت.

وفي اعتقادنا أن هذا التجريح ما دام أنه يتعلق بالنظام العام، فيمكن إثارته كما رأينا أكثر من مرة- في أي وقت يراه الخصوم أو القاضي مناسباً لهذه الإثارة، مادام أنه متعلق بالدعوى، وليس بهؤلاء الخصوم، على اعتبار أن المحكمة، إذا لم تأخذ بالتجريح، في كل وقت، فإن القاضي عندئذ تكون له الفرصة في الميل إلى تحقيق مصالحه، قبل تحقيق العدالة المطلوبة، في قواعد القانون الجنائي.

أما الشق الثاني: فيلاحظ من خلاله، بأن التجريح إذا أمكن إثارته في أي مرحلة من المراحل التي تمر بها الدعوى أمام مختلف درجات

177 وقد سار المشرع المصري في هذا النهج، وذلك عندما اعتبر في المادة 151 من قانون المرافعات المدنية بأنه "ويجوز طلب الرد إذا، حدثت أسبابه بعد المواعيد المقررة، أو إذا أثبت طالب الرد أنه لم يعلم بها إلا بعد مضي تلك المواعيد".

178 أنظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة: م. س، ص. 100 وما بعدها.

179 يرى بعض الفقه المقارن، في هذا الصدد بأن تقديم طلب الرد يكون قبل مناقشة موضوع الدعوى إلا إذا توافر سبب الرد بعد التعرض لهذا الموضوع، أنظر أمينة النمر: أصول المحاكمات المدنية، 1988، ص. 24.

المحاكم، فكان أولى أن يثيره الخصوم، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، وذلك لتعلقه بالنظام العام كما سبق القول بذلك، وهذا ما يمكن استخلاصه من بعض مواد قانون المسطرة الجنائية المغربي (180) وبصفة خاصة من المادة 284 من هذا القانون.

أما القضاء المقارن، فقد أعلن على هذه الصفة بشكل مباشر في أحكام قضائية كثيرة، وبنفس الصياغة، وذلك عندما اعتبر في هذه الأحكام بأنه "لما كانت أسباب عدم صلاحية القاضي (المنصوص عليها في المادتين 146 و 147 من قانون المرافعات) لنظر الدعوى تتعلق بالنظام العام فيجوز التمسك بها أو بأحدها ولو لأول مرة أمام محكمة النقض" (181).

النتيجة الثانية: بطلان الأحكام الخاضعة للتجريح

وتستتبع هذه النتيجة أن كل حكم صدر في أي دعوى تبين من خلالها بأن أحد القضاة، كان تتوفر فيه أسباب التجريح يكون باطلا بقوة

180 حيث ينبغي من هذه المادة بأن الجهة المرفوع إليها الطلب بالتجريح، إذا لم تلتزم بما جاء في هذا الطلب، فإن الحكم الصادر في الدعوى التي تم رفع الطلب بشأن إيقافها، أو إيقاف الاستجواب، أو المناقشات بشأنها، فإنه يكون باطلا بقوة القانون.

181 أنظر الطعن رقم 1371، سنة 48 ق. جلسة 20 يونيو 1979، س. 30، ع. 2، ص. 718 أورده سعيد أحمد شعله: م. س. ص. 681، وأنظر أيضا في نفس المرجع، ص. 683، الطعن رقم 1369، سنة 49 ق. جلسة 29 مارس 1983، س. 24، ص. 857. وفي قرار آخر أكدت محكمة النقض المصرية بأن: "أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى تتعلق بالنظام العام، فيجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن يثبت أنه كان تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى جميع العناصر التي تمكن من تلقاء نفسها من الإلمام بهذا السبب والحكم في الدعوى على موجه"، طعن رقم 888، سنة 53 ق. جلسة 12 مارس 1984، س. 35، ص. 657 أورده سعيد أحمد شعله: م. س. ص. 684.

القانون، وهذا ما أخذت به بعض التشريعات المقارنة⁽¹⁸²⁾، وأيده في ذلك القضاء الذي ظل يطبق أحكام هذه التشريعات على أحكامه⁽¹⁸³⁾.

وقد سار في نفس النهج بعض الفقه المغربي⁽¹⁸⁴⁾ الذي نادى بوجوب التنصيص في قواعد قانون المسطرة الجنائية على بطلان الأحكام، في حالة عدم الأخذ فيها بأحكام التجريح، متى تأكد لدى المحكمة، قيام أسبابه أو طالب به أحد الخصوم، أو القاضي المجرح.

وفي اعتقادنا أنه لا مناص من عدم إخضاع التجريح إلى النظام العام لتعلقه بالدعوى، لا بالخصوم كما رأينا من جهة، ولأنه يستحيل أن نتصور صحة حكم كان وجوده أو عدمه يتوقف على صدور حكم تمهيدي، ما إذا كان يؤيد أو يرفض المطالب المذكورة من جهة أخرى.

أما القضاء المغربي، فقد ظل موقفه واضحا، من الأخذ ببطلان الحكم متى صدر مخالفا لمقتضيات المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية لتعلق هذه المقتضيات بالنظام العام، وهذا ما أكده بصياغة صريحة قائلًا: "وحيث إن مبدأ حياد المحكمة، ومساواة الأطراف أمام القانون، كأساس لكل محاكمة عادلة، يقتضيان ألا يكون كل أو بعض قضاة الحكم أطرافا أو أصحاب مصلحة في النزاع عملا بمقتضى المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، وأن كل حكم صدر خلافا لهذا

182 أنظر المادة 147 من قانون المرافعات المصري التي سبق تدوين نصها في الفقرات السابقة.

183 أنظر نفس الأحكام السابقة.

184 أحمد الخليلي: م. س، ص. 70.

المقتضى، يظل باطلاً⁽¹⁸⁵⁾.

ونحن إذا سلمنا بغير ما ذهب إليه الفكر القانوني، في هذه النتيجة التي نحن بصدها، فإننا عندئذ، نكون قد جردنا المتهم، أو الخصم من مصلحته في كشف القضاء على الحقيقة، لا في صدور الحكم من الناحية الشكلية فقط⁽¹⁸⁶⁾. ومن ثم، فإننا نكون بالمقابل رجحنا مصلحة القاضي المجرح، وهذا ما لا يجب التسليم به على الإطلاق، وذلك لكون هذا القاضي، لا يجب أن ينظر في الدعوى بأي شكل من الأشكال وفي مختلف مراحلها انطلاقاً من مصلحته الشخصية، وإلا، فعندئذ يدوس على قواعد القانون الذي تنتفي معه مبدأ الشرعية الجنائية وذلك بسبب ما قد تتأثر به عقيدة القاضي الذي قد لا يصيب في سلطته التقديرية التي خولها له القانون، عند التكيف، أو عند العقوبة أو على الأقل عند إبراز تلك العلاقة القائمة بين الوقائع والعقوبة⁽¹⁸⁷⁾.

ومن جانب آخر، أننا إذا سلمنا بعدم اعتبار التجريح من النظم العام، فإن الحكم عندئذ يتم تأسيسه على خطأ قضائي، وهذا ما لا يمكن التسليم به أيضاً، لأن كل ما هو خاطئ لا ينتج أثراً، ومن ثم يجب رفضه من المحكمة الأعلى درجة، وإلا فلا معنى لهذه المحكمة من

185 أنظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، م. س، ص. 101.

186 محمد زكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، 1985، ص. 336 وما بعدها.

187 يرى بعض الفقه بأن الصحيح أن الوقائع هي الأساس القانوني للتكييف وليس العقوبة (محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 338)، وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإن قضاة النيابة العامة إذا تغلبت عليهم المصلحة الشخصية عن المصلحة العامة، فإن تكيفهم للوقائع يبقى هو السائد إلى حين صدور الحكم، وهذا ما يقتضي وجوب تجريح هؤلاء القضاة.

جهة، وذلك على أساس أن الحكم لا ينبغي أن يبقى صحيحا من الناحية الواقعية فقط دون الناحية القانونية من جهة أخرى (188).

وبناء على هذا التصور، فإن عدم تجريح قضاة النيابة العامة، أو قضاة التحقيق أو الحكم، وذلك إما تأسيسا على النص أو بناء على التنازل، أو بناء على بعض الاعتبارات التي ترتبط بوقت تقديم طلب التجريح، نكون قد ساهمنا جميعا في تأكيد تحكم سلطة القضاء بشكل يخالف حقوق الدفاع التي هي جزء من حقوق الإنسان (189) المرتبطة بحق التقاضي الذي متى تجرد من إجراءاته أصبح غير قائم، ومن ثم تحقق التجاوز في السلطة أو التعسف في استعمال الحق، وهذا ما يتنافى مع مقتضيات الدستور الحالي من جهة، ومع الاتفاقات الدولية، من جهة أخرى (190).

وعلى هذا الأساس، فإنه كما أن قانون المسطرة الجنائية يجعل من عدم احترام مسطرة التفتيش أو الحراسة النظرية، أو غيرها من الإجراءات التي تمس بحقوق الأفراد أثناء قيام الدعوى، أو السير فيها سببا من أسباب البطلان. فإن عدم الأخذ بعين الاعتبار مسطرة التجريح بالشكل المنصوص عليها في القانون، يكون بدوره سببا للبطلان. لمساسها بموضوع الدعوى الذي يبقى موازيا لقرينة البراءة في المجال

188 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 354.

189 M. Ancel : Politique criminelle et droit de l'homme, R.I.C.P.T, 143, 1990, p. 137.

190 محيي الدين أمزازي: العقوبة، 1993، ص. 235.

الجنائي، أو لتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً في المجال المدني أو التجاري أو الإداري.

3- التجريح إجراء استثنائي:

وهذه الميزة تبرز مظاهرها في ناحيتين: من ناحية حصر أسبابه، ومن ناحية عدم الطعن عند القبول به.

الناحية الأولى: حصر أسباب التجريح

لقد أورد المشرع المغربي أسباب التجريح في قانون المسطرتين المدنية والجنائية على سبيل الحصر، ونحن نعرف بأن كل ما هو استثنائي يتعلق بالنظام العام، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بالإجراءات المسطرية المنصوص عليها في هذا القانون⁽¹⁹¹⁾، وهذا ما جعل من الفقه أن يعتبر بأنه يجب الأخذ به على سبيل الوجوب تحت طائلة البطلان في مختلف مراحل الدعوى، وهو نفس النهج الذي سار فيه المشرع المغربي، كما يفهم ذلك من الصياغة التشريعية التي أخذ بها تشريعنا الجنائي في المادة 275 و277 من قانون المسطرة الجنائية كما أشرنا إلى ذلك أكثر من مرة في المطالب السابقة، وهي نفس الصياغة التي أخذ بها في الفقرة الأولى والأخيرة من الفصل 298 من قانون المسطرة المدنية.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار هذه الميزة من ناحية وجوب الأخذ

¹⁹¹ يؤكد بعض الفقه بأن أسباب التجريح جاءت على سبيل الحصر. ومن ثم، فإنه لا يجوز التوسع في تفسيرها أو تأويلها، وذلك نظراً لطبيعة مادة المرافعات التي هي من النظام العام، أنظر مصطفى صخري: م. س، ص. 51.

بأسباب التجريح، فإن الطلب أو التصريح الذي يطعن في تجرد القاضي أثناء القيام بعمله، تكون الغاية منه هو الدفع ببطلان تشكيل المحكمة المعروضة عليها الدعوى إذا تعلق الأمر بقضاة الحكم⁽¹⁹²⁾. أما إذا تعلق الأمر بقضاة التحقيق أو قضاة النيابة العامة، فإن الغاية من هذا الطلب أو التصريح هو الدفع ببطلان إجراءات التحريك أو إجراءات توجيه الاتهام. وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 211 من قانون المسطرة الجنائية⁽¹⁹³⁾، لأنه لا يستقيم الاستنطاق أو الاستجواب مع المتهم إذا كانت أسباب التجريح قائمة بينه وبين من يجري معه هذا الاستنطاق أو الاستجواب، وإلا، فإن الإجراءات المبنية عليها لاحقا تكون باطلة بقوة القانون⁽¹⁹⁴⁾.

ومعنى الطبيعة الاستثنائية لحصر أسباب التجريح، أن إثارة هذه الأسباب تتم من طرف من حددهم القانون في المادة 276 من قانون المسطرة الجنائية⁽¹⁹⁵⁾، وفي المادة 278 من نفس القانون إذا تعلق الأمر بالوكيل الخاص لطالب التجريح، أو من طرف المحكمة المنظورة أمامها، وذلك بشكل تلقائي لتعلق هذا الإجراء بالنظام العام.

كما تعني هذه الطبيعة الاستثنائية عدم القياس على ما هو

192 نقض مصري، أنظر سعيد أحمد شعله: م.س، ص. 695.

193 أنظر الفقرة الثانية من هذه المادة.

194 أنظر المادة 210 من نفس القانون.

195 تقضي هذه المادة بأنه "يملك حق التجريح المتهم والمسئول المدني والطرف المدني".

محصور في القانون من أسباب التجريح، وذلك لخطورة النتائج التي يمكن أن تترتب عليه ⁽¹⁹⁶⁾، وبصفة خاصة ما يتعلق بالحكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة 285 من قانون المسطرة الجنائية على من خسر التجريح من الخصوم من جهة، أو أن هذا الإجراء يمس بهيئة القاضي وسمعته، وحياده من جهة أخرى ⁽¹⁹⁷⁾. ولذلك، فلا يمكن التمسك به إلا وفق ما هو منصوص عليه في القانون فقط، بل وأكثر من ذلك هو أن التجريح لما كان من أهم الوسائل التي تعزز الطمأنينة لدى الخصوم بسبب الشك الذي قد تتم إثارته حول نزاهة القاضي، فإن هذا الشك لا يجب الأخذ به على إطلاقه، وإنما لابد أن يتم وفق حالات محصورة في القانون، بحيث إنه لا يمكن إثارته إلا وفق هذه الحالات فقط ⁽¹⁹⁸⁾. وحسب بعض الفقه الفرنسي، فإن التجريح لما اعتبرناه بأنه يعد تصرفاً خطيراً، وذلك انطلاقاً من كون أن المتقاضي يثير الشك في تجرد القاضي، وحياده ونزاهته، فإنه لذلك يضع له المشرع قواعد صارمة ⁽¹⁹⁹⁾ وذلك بهدف حماية القاضي، والعدالة معاً من أي شك أو ريبة لدى الخصوم ⁽²⁰⁰⁾.

196 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 24.

197 مصطفى صخري: م. س، ص. 51.

198 أشرف رمضان عبد الحميد: النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة، 2004، ص. 67.

199 André PAUILLE : Le pouvoir judiciaire et les tribunaux, Paris, 1985, 143, p. 96.

200 حامد الشريف: موانع القضاء الرد والمخاصمة وعدم الصلاحية والتتحي، ط 2008، ص. 42.

الناحية الثانية: عدم الطعن في التجريح عند القبول به

إن هذه القاعدة، أكدت عليها المادة 281 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك عندما اعتبرت بأنه "لا يعلل الأمر الصادر بقبول طلب التجريح، ولا يقبل أي طعن" ولعل السبب في هذا النهج التشريعي يرتبط بأمرين:

الأول: أن البت في طلب التجريح، يدخل في نطاق الأحكام الاعدادية أو التحضيرية التي تصدرها المحاكم، وذلك بهدف تهئ الفصل في النزاع المطروح عليها في الدعوى الأصلية التي هنا هي دعوى التجريح التي تقتضي إبعاد القاضي المجرح، من السير فيها أو مناقشتها، أو إصدار حكم بشأنها، ولهذا السبب اعتبر تشريعنا الجنائي بأن هذا الطلب، في حالة قبوله، لا يعلل لتعلقه بإجراءات سير الدعوى، وليس بموضوعها، وهذا ما أكد عليه الفقه⁽²⁰¹⁾، والقضاء، وذلك انطلاقاً من كون هذا النوع من الأحكام، لا تكون حجة على أحد الأطراف، في الدعوى الأصلية⁽²⁰²⁾.

الثاني: وهو يرتبط بالأمر الأول، بحيث إن أي إجراء، من إجراءات سير الدعوى، لا يمكن الطعن فيه، من جهة. على اعتبار أن

201 أحمد أبو الوفا: "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة 1989، ص 575.

202 وفي هذا الصدد حكم القضاء المصري بأنه "إذا كان الأمر الذي أصدرته المحكمة، لا يعد حكماً تمهيدياً، بل هو قرار تحضيرى، في صدد تجهيز الدعوى، وجمع الأدلة فيها، فإنه لا تتولد منه حقوق للخصوم توجب العمل حتماً على تنفيذه صوناً لهذه الحقوق"، أورد هذا الحكم على محمود علي حمودة، مرجع سابق، ص 240، هامش رقم 1.

الأحكام الاعدادية، لا تكون أصلاً قابلة للطعن لتعلقها بشكل هذه الدعوى، وليس بموضوعها، إلا إذا كانت تمهيدية فعندئذ يمكن الطعن فيها، ولكن بتزامن مع الطعن في الحكم الأصلي الذي هو موضوع الدعوى من جهة أخرى⁽²⁰³⁾.

203 محمد التغويني: "النظرية العامة"، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها.

المبحث الثاني: مقارنة التجريح بالمخاصمة

عندما انتهينا في المبحث السابق من تحديد مفهوم التجريح، مع بيان خصائصه، سنحاول في هذا المبحث، أن نعمل على تمييز هذا التجريح عن المخاصمة، وذلك من أجل إيجاد تفسير لإشكالية منع النيابة العامة من تجريح أعضائها من جهة، ومدى إمكانية مخاصمتهم أمام انعدام ما يفيد تنظيم أحكام هذه المخاصمة في قانون المسطرة الجنائية، من جهة أخرى (204).

ولكن من أجل أن يتحقق لنا هذا التمييز، لابد من تحديد مفهوم المخاصمة وأساسها القانوني من جهة أولى (**المطلب الأول**)، ومن ثم بيان أوجه الاختلاف والالتقاء بين المفهومين من جهة ثانية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: المخاصمة وأساسها القانوني

إن مفهوم المخاصمة، يقتضي منا بيان مدلوله القانوني في الفقه والقضاء، وذلك من أجل أن يتأتى لنا معرفة نطاقه وشروطه من ناحية

204 ذلك بالرغم من أنه لابد من اللجوء إلى القاعدة الفقهية القائلة بأنه في حالة عدم وجود إجراء مسطري في قانون المسطرة الجنائية، يجب الرجوع في هذا الإجراء إلى قانون المسطرة المدنية.

(الفقرة الأولى)، ومن ثم، بيان أساسه القانوني في التشريع المغربي، وفي التشريعات المقارنة من ناحية أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المدلول القانوني للمخاصمة في الفقه والقضاء

إن المخاصمة رغم اعتبارها إجراء قانونيا وقائيا في مواجهة القضاة الذين يرتكبون بمناسبة عملهم، إحدى الأفعال الموجبة لارتكاب الأخطاء القضائية بالشكل المؤكد عليه في الدستور المغربي الحالي (205)، أو وجودهم في إحدى الأوضاع المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية (206)، فإنه حسب علمنا أن الفقه والقضاء، في نطاق النظام القانوني المغربي، لم يعط أي تعريف لهذه المؤسسة القانونية التي أولى المشرع المغربي لها اهتماما خاصا في تنظيمها. فما هو السبب في عدم هذا التحديد؟ فهل لأن التنصيص عليها يشكل استثناء في مخاصمة القضاة، أم أنها تدخل في نطاق مسؤولية الدولة على أعمال القضاة، فتخضع في أساسها إلى القواعد العامة في القانون المدني.

205 انظر الفصل 122 من الدستور المغربي الحالي.

206 يقضي هذا الفصل بأنه "يمكن مخاصمة القضاة في الأحوال الآتية:

- 1- إذا ادعي ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهيين القضية أو الحكم فيها، أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه.
- 2- إذا قضى نص تشريعي بجوازها.
- 3- إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القاضي يستحق عليها تعويض.
- 4- عند وجود إنكار للعدالة".

وإذا كان من الصعب الإجابة على هذه الأسئلة في نطاق ما نص عليه الدستور المغربي الحالي في الفصل 122 منه ⁽²⁰⁷⁾، فإن الفقه والقضاء المقارن انقسم بخصوص تعريف المخاصمة إلى قسمين رئيسيين: قسم يعرفها من منظور المبادئ الأساسية التي تقوم عليها هذه المخاصمة، وقسم آخر يعرفها من منظور الآثار المترتبة عليها.

فالقسم الذي يعرف المخاصمة من منظور المبادئ الأساسية التي تقوم عليها هذه المخاصمة يعتبر بأنها "هي دعوى ترفع بطلب أصلي من أحد الخصوم على القاضي أو على عضو النيابة العامة لسبب من الأسباب التي بينها القانون" ⁽²⁰⁸⁾ أو "هي دعوى أجاز المشرع رفعها في إحدى الحالات التي حددها القانون وطبقا لإجراءات خاصة" ⁽²⁰⁹⁾.

ويفهم من هذين التعريفين، بأن المشرع عندما نص على دعوى المخاصمة إنما كان ذلك من أجل حماية الخصوم في بعض الحالات الخاصة، التي متى تحققت أسبابها أمكن لهؤلاء مطالبة القاضي بالتعويض الذي يلحقهم نتيجة هذه الأسباب.

ومن المبادئ الأساسية التي تركز عليها دعوى المخاصمة وفق هذين التعريفين، هي حماية العدالة من تعسف القضاة، وتوفير الطمأنينة

²⁰⁷ يقضي هذا الفصل بأنه "يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة".

²⁰⁸ رمزي طه الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير 1976، العدد 1، السنة الثامنة عشرة، مطبعة جامعة عين شمس، 1978، ص. 1461.

²⁰⁹ عباس العبودي: مرجع سابق، ص. 70.

لدى الخصوم أثناء المطالبة بحقوقهم، أمام المرفق القضائي الذي أعد خصوصا لتحقيق هذه الغاية.

فبالنسبة للمبدأ الأول، يقتضي من القضاة مراعاة تطبيق القانون على النزاعات المعروضة أمامهم، وذلك حرصا منهم على تجنب ارتكاب الأخطاء الناتجة عن تصرفاتهم الشخصية التي لا علاقة لها بما يطلبه منهم الخصوم للنظر فيه. وهذا ما أكده بعض الفقه المغربي الذي اعتبر بأن **"حياد القاضي يفرض عليه أن يفصل بما هو مطلوب، ولا يتعداه إلى غير ما طلب أو بأكثر مما طلب"**⁽²¹⁰⁾. ومن ثم، فإنه لا يجوز له أن يقضي بناء على علمه الشخصي الذي يحصل عليه بطرقه الخاصة خارج إطار القضية المطروحة عليه⁽²¹¹⁾. وإذا خالف هذه القواعد، يكون قد أهدر بذلك الدور الإجرائي للخصوم، في نطاق الإثبات والمواجهة⁽²¹²⁾. وهذا هو معنى القاعدة القائلة بأن **"القاضي لا يجوز له، أن يكون خصما وحكما في نفس الوقت"**⁽²¹³⁾.

وتأسيسا على هذا المبدأ، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، بأن تغيير موضوع الدعوى يكون سببا من أسباب خرق القواعد الجوهرية للإجراءات التي تستوجب النقض. وقد أيدتها في موقفها، جانب هلم

210 الطيب برادة: إصدار الحكم المدني وصياغته في ضوء الفقه والقضاء، طبعة 1996، ص.

114.

211 نفس المرجع السابق، ص. 115.

212 نفس المرجع السابق.

213 عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ط 1964، الجزء الثاني، ص.

33.

من الفقه الفرنسي⁽²¹⁴⁾ والمغربي⁽²¹⁵⁾.

ونحن قد أثرنا هذه الإشكالية، لأن القاضي عندما يخرج عن نطاق ما قد يطلبه الخصوم أو يحكم بغير ما ينص عليه القانون، فإنه عندئذ يرفع عن الدعوى المرفوعة أمامه شرطي الصفة والمصلحة التي لا تكون هذه الدعوى مقبولة شكلاً إلا بها. وهذا ما جعل من الدستور المغربي الحالي أن ينص في الفقرة الثالثة من الفصل 109 على أنه **"يعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنياً جسيماً، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة"**.

ويفهم من هذا النص الدستوري، بأن القاضي الذي يخل بواجب الحياد والتجرد والاستقلال في عمله، يكون مجانباً للصواب في تحقيق العدالة بين الخصوم. ولذلك، فإنه لا يعني بارتكاب الخطأ الجسيم هنا، ترك ما أمر به القانون أو العكس، وإنما يعني به خروجه عن تطبيق ما هو محدد في القانون، وإلا فلا يمكن وضع معيار للتمييز بين ما هو جسيم وما هو غير جسيم، في الخطأ الذي نحن بصدد، وهذا ما جعل من نفس الدستور أن يقضي في الفصل 122 بأنه **"يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة"**، بحيث إن

²¹⁴ Jean NORMAN : Le juge et le fondement du litige. In mélange Hebrand, 1981, p. 50.

Jean NORMAN : Illustration de l'intérêt de la cassation pour manque de base légale, note sous com. 20 Février 1990, p. 1211.

²¹⁵ محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، طبعة 2001، ص. 349.

تشريعنا الدستوري، لم يحدد في هذا الفصل درجة من درجات الخطأ الذي يمكن أن يرتكبه القاضي، حتى يمكن أن نقول بأن المتقاضي يستحق، أو لا يستحق، التعويض وفق هذا الخطأ أو ذاك⁽²¹⁶⁾.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار ما نص عليه الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية⁽²¹⁷⁾، وما حكم به القضاء⁽²¹⁸⁾، بخصوص التزام القاضي بما جاء في طلبات الخصوم، فإن الخروج عن هذا النطاق، يعتبر إخلالاً بمبدأ الحياد والتجرد والاستقلال المنصوص عليه في الفصل 109 من الدستور الحالي المذكور أعلاه. ومن ثم، فقيام الخطأ القضائي الذي يستوجب التعويض، وذلك انطلاقاً من كون الحكم القضائي الذي يحقق العدالة للخصوم، هو الذي يكشف عن الحق المطلوب من الخصوم، وليس الذي أنشأه وهو لم يكن كذلك.

216 وذلك بغض النظر عن مصدر هذا الخطأ، هل هو الغش أو التدليس أو الغدر، كما وضع ذلك الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

217 يقضي هذا الفصل بأنه "يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف، ولا يسوغ لها أن تغير تلقائياً، موضوع أو سبب هذه الطلبات، وتبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة، وهو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

218 ومما قضى بها المجلس الأعلى بخصوص وجوب التزام القاضي بطلبات الخصوم أنه "لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم، وعليه فهو يخالف القاعدة المذكورة في الفصل 30 من ق.م.م. الجديد". ويتعرض للنقض الحكم الذي يقضي بإيقاف نفقة الزوجة، دون أن يطلب الزوج ذلك. قرار المجلس الأعلى عدد 176 الصادر بتاريخ 19 دجنبر 1960، منشور بمجلة القضاء والقانون، العددان 35 و36، ص. 261 ومابعدها. وفي قرار آخر، أكد نفس المجلس على أنه "يعرض للنقض الحكم الذي يقضي للمدعي بحظه وحظ أخيه، مع أنه لم يطلب إلا حظه" قرار المجلس الأعلى عدد 347 الصادر بتاريخ 20 يونيو 1960، منشور بالمجلة السابقة عدد 1 و2، ص. 436 ومابعدها. وفي قرار حديث، أكد المجلس الأعلى على أنه "بمقتضى الفصل الثالث من ق.م.م. فإن المحكمة ملزمة بالبت طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب ذلك بكيفية صريحة". قرار المجلس الأعلى عدد 2296 بتاريخ 7 يونيو 1990 في الملف عدد 86/3768 من أرشيف المجلس الأعلى.

وفي اعتقادنا أن القاضي، في حالة حصول تعمد منه بعدم تطبيق القانون على النزاع المعروض عليه، بالشكل الذي يقتضيه الفصل في هذا النزاع يعتبر منه ذلك إنكاراً للعدالة. وهذا ما يمكن استخلاصه من نص الفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون المسطرة المدنية⁽²¹⁹⁾، ذلك لأن القاضي لا يكفي منه أن يصدر حكمه في النزاع المعروض عليه شكلاً، حتى يقول بأنه طبق القانون، وإنما لابد من تطبيق هذا القانون بشكل سليم وغير مؤسس على التلخيص أو الغش أو الغدر، وإلا كان منكراً للعدالة⁽²²⁰⁾.

أما بخصوص المبدأ الثاني المتعلق بتوفير الطمأنينة لدى الخصوم أثناء المطالبة بحقوقهم أمام المرفق القضائي، فيقتضي من القاضي أن يقنع الخصوم بما فصل فيه، في الحكم الذي صدر منه بخصوص النزاع المعروض عليه، وإلا فإن هذا الحكم يبقى مجرد ورقة شكلية، لا قيمة لها من الناحية القانونية، والاقتناع يتم بأمرين يتعلق أحدهما بوجوب الاطمئنان إلى أن القاضي قد التزم الحياد والتجرد في ما نظر فيه. والثاني، يتعلق بوجوب الاطمئنان إلى أن عمل القاضي لم يرتكب خطأ يضر بأحد الخصوم.

الأمر الأول: الاطمئنان إلى سلوك القاضي لقاعدة الحياد

219 تضي هذه الفقرة بأنه "لا يحق للقاضي الامتناع من الحكم وإصدار قرار، ويجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة...".

220 على اعتبار أنه يستحيل على أي قاض، أن يمتنع عن الفصل في الأحكام بالمفهوم الفني لهذا الامتناع. ولذلك، يجب فهم هذا المصطلح الأخير بعدم تطبيق القانون، وليس بالامتناع عن الفصل في الدعوى.

والتجرد

وهذا الاطمئنان لا يتحقق إلا إذا تأكد الخصوم، بأن القاضي قد اطلع على كل وقائع القضية، وعلى جميع المستندات والأوراق المقدمة فيها، واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع، ومن أنه قد استخلص الوقائع الصحيحة من وسائل إثبات يجيزها المشرع، ومن أن القاضي فوق ذلك كله قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية، وأنه قد كيفها التكييف الصحيح وأرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة (221).

وهذا يعني أن القاضي ينبغي عليه أن لا يصدر أحكامه في الدعوى المعروضة عليه، إلا بعد أن يلم شتاتها، الإلمام الكافي الذي يمكن من خلاله إقناع كل مطلع عليها، بصدق عدالته التي قد تشد أزره إذا ما تم الطعن فيها لدى جهات القضاء الأعلى (222). ومن ثم، فإنه بهذا النهج، يستطيع قضاؤه أن ينزل من قلوب الخصوم منزلة الاحترام والطمأنينة (223).

وبناء على هذه النتيجة، فإن القاضي مهما كانت طبيعة عمله، يفترض فيه المشرع أن لا يخرج عن نطاق هذا العمل، أو الوظيفة التي

221

محمد التغويني: النظرية العامة للتعليق، م. س، ص. ص. 61 - 62.
مأمون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي: شرح قانون المسطرة المدنية، في ضوء القانون المغربي الجديد، الجزء الثالث، دار القلم، بيروت، 1975، ص. 107.

222

فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1986، ص. 633.

223

محمد حامد فهمي: تسبيب الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد الخامس، يونيو 1985، ص. 594.

يقوم بها. أما إذا خرج عن هذا النطاق، فإنه عندئذ يكون غير ملترم بمبدأ الحياد الذي يجعل منه أن لا يستخدم الوظيفة التي يقوم بها لمصلحته الشخصية، وهذا ما يثير عدم الطمأنينة لدى الخصوم في حالة إدراكهم لخطورة هذا الاستخدام غير القانوني، وهذا ما أكد عليه الفقه (224) والقضاء، في مختلف مراحل تطور مؤسسة مخاصمة القضاة (225).

وهذا ما جعل المشرع المغربي، أن ينص على حالات المخاصمة على سبيل الحصر، وذلك انطلاقاً من كون القضاة أثناء تأديتهم لعملهم، لا يمكن مخاصمتهم، إلا إذا تحققت هذه الحالات، وطبق شروط وإجراءات محددة سنراها في حينها.

وفعلاً، فإن القاضي، إذا صدر منه غش أو تنليس أو خطأ جسيم⁽²²⁶⁾، أو امتنع عن الفصل في القضية المرفوعة أمامه⁽²²⁷⁾. يعني ذلك، بأنه قاض غير محايد، على اعتبار أنه يريد من هذا السلوك الذي لجأ إليه، أن يحقق أغراضاً شخصية، لا تحقيق العدالة في النزاع المرفوع إليه للنظر فيه، وذلك إما بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، وهذا ما لا يطمئن إليه الخصوم الذين أعطى لهم المشرع إمكانية مخاصمته.

224 رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 162.

225 أنظر أحكام محكمة النقض المصرية، أوردها رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 163.

226 وقد حصر المشرع المغربي حالات الخطأ الجسيم في المادة 97 من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

227 أنظر الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

وقد سلك المشرع المغربي هذا النهج في تحديد حالات المخاصمة، لأنه لا يمكن مخاصمة القضاة، في كل ما يعتبره الخصوم غير عادل، أو أن ما حكم به القاضي لا ينزل في قلوبهم منزلة الاحترام والطمأنينة، لأن تقدير الأحكام من طرف هؤلاء الخصوم تختلف باختلاف طبيعة الحق المراد الكشف عنه من القاضي لدى هؤلاء، وهذا ما يتحقق من خلال مسطرة الطعن، وليس من خلال مخاصمة القضاة، كما يفهم ذلك من نص الفصل 109 من الدستور الحالي.

الأمر الثاني: الاطمئنان إلى عدم إضرار القاضي بأحد الخصوم

إذا أخذنا بعين الاعتبار، أهمية الحياد في عمل القاضي، فإن هذا الأخير لابد من وجوب العمل على تجنب وقوعه في تلك الأوضاع القانونية التي تجعله خصماً⁽²²⁸⁾، بعدما كان يمارس وظيفته، أسسها المشرع على سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، من جهة، وعن تأثير الأطراف، من جهة أخرى⁽²²⁹⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن القاضي لا ينبغي أن يلجأ إلى سلطاته التي يتوفر عليها لتسيير الخصومة، لتحقيق أغراضه الشخصية، أو الميل إلى أحد الأطراف، لأن ذلك يضر بالمرفق القضائي من جهة، وبتحقيق العدالة بين المتقاضين من جهة أخرى. وهذا ما جعل المشرع المغربي، أن يحمي المضرور من هذا السلوك الذي يمنعه القانون، وذلك عن طريق دعوى

228

D. N. Commaret : une juste distance ou reflexion sur l'impartialité du magistrat, recueil Dalloz 1998, 27^e cahier chronique, p 264.

عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص، طبعة 1999، ص. 50.

229

المخاصمة التي هي في حقيقتها دعوى مسؤولية مدنية بين المشرع المغربي شروطها وإجراءاتها إلى جانب مختلف آثارها المحددة في الفصول من 391 إلى 402 من قانون المسطرة المدنية⁽²³⁰⁾.

وهذه المسؤولية كنظام قانوني خاص، يهدف المشرع من ورائها إلى التوفيق بين مبدأ حصول الخصم المتضرر على حقه في التعويض نتيجة الخطأ الذي لحق به من الخطأ القضائي، وبين ضمان كرامة القاضي وسمو وظيفته وعدم التشهير به، وذلك بإحاطته بمجموعة من الضمانات القوية التي تمنع الدعاوى الكيدية ضده⁽²³¹⁾.

ومعنى هذه الفكرة، أن القاضي يجب عليه من جانب، أن يكسب ثقة المتقاضين الذين يلجأون إليه لعرض دعواهم عليه للدفاع عنها أمامه. ومن جانب آخر، يجب عليه أن ينظر في ما تم عرضه عليه من وثائق ومستندات ودفع، دون الاستناد إلى علمه الشخصي الذي يكون السبب في النيل من مبدأ الحياد، ومن ثم ارتكابه لأخطاء قضائية، تبرر قيام مسؤوليته في دعوى المخاصمة⁽²³²⁾.

وبناء على هذه النتيجة، فإن الاطمئنان إلى عدم إضرار القاضي بأحد الخصوم، هو من الأهداف الأساسية التي يركز عليها مبدأ

230 لقد سبقنا الإشارة إلى هذه الفصول أكثر من مرة.

231 عباس العبودي: م. س، ص. 71.

232 يرى بعض الفقه بأن أساس منع القاضي من تأسيس حكمه على علمه الشخصي، هو أن العلم الشخصي بطروفي القضية، يكون سبباً للشهادة فيها، والشهادة قد تكون لصالح أحد الطرفين، ضد الآخر، وهذا ما يمنعه القانون. عبد العزيز حضري: نفس المرجع السابق.

الحياد⁽²³³⁾، ذلك لأن المتقاضي، لا يلجأ إلى القضاء لعرض دعواه عليه، والدفاع عنها، إلا لاقتناعه، بأنه يقف أمام قاض محايد نزيه، ليست له أي علاقة، أو مصلحة بأحد الخصوم⁽²³⁴⁾. أما إذا ارتفعت هذه الثقة لديه، فإن المرفق القضائي عندئذ لا تكون له أي قيمة قانونية لدى الرأي العام⁽²³⁵⁾، وهذا ما جعل المشرع المغربي أن يعمل من أجل الحفاظ على هذه الثقة، عن طريق إلزام القاضي بتجنب الأخطاء القضائية من جهة، وتعويض المضرور في حالة ارتكاب هذه الأخطاء، من جهة أخرى.

ويمكن أن نخلص من هذا القسم الذي يعرف المخاصمة، تأسيساً على مبدأ الحياد، في إصدار الأحكام القضائية، بأن المشرع يستهدف من وراء هذا الإجراء القانوني، تحفيز الجهاز القضائي على تجنب الأخطاء القضائية التي تخضع لرقابة محكمة النقض. وبصفة خاصة، تلك الأخطاء المرتبطة بالوقائع التي تخضع إلى السلطة التقديرية للمحكمة، والتي غالباً ما تجعل من موضوع الدعوى أن ينحرف عن مساره المحدد، في الطلب المرفوع إلى هذه المحكمة، سيما ونحن نعرف بأن أسباب النقض أوردها المشرع المغربي، على سبيل الحصر. ولذلك، فإذا لم تدخل هذه الأخطاء في نطاق هذه الأسباب، وألحقت

²³³ M. A. Frison Roche : l'impartialité du juge, recueil Dalloz, 1999, 6° cahier chronique, p 53.

²³⁴ عبد العزيز حضري: م. س، ص. 51.

²³⁵ B. Beignier et C. Béléry : l'impartialité du juge entre apparence et réalité, recueil Dalloz, 2001, n°30 chronique, Doctrine, p 2427.

ضررا بأحد الخصوم، جاز لهذا الأخير، رفع دعوى المخاصمة للحصول على التعويض.

أما بالنسبة للقسم الذي يعرف المخاصمة من منظور الآثار المترتبة عليها، فيعتبر بأن "دعوى المخاصمة، هي دعوى تعويض، وكان من آثارها بطلان تصرف القاضي أو عضو النيابة العامة المخاصم"⁽²³⁶⁾، أو أن "دعوى المخاصمة هي دعوى مسئولية ترمي إلى تعويض ضرر أصاب المخاصم، وتستند إلى قيام القاضي بعمل، أو إصدار الحكم مشوباً بعيب يجيز قبول المخاصمة"⁽²³⁷⁾.

ويفهم من هذين التعريفين، أن المخاصمة باعتبارها دعوى استثنائية قررها المشرع لمصلحة الخصوم، في بعض الحالات المنصوص عليها في القانون، فإن الهدف منها ليس حماية الخصوم من الأخطاء القضائية فحسب، وإنما الهدف منها أيضاً حماية القاضي، وحماية الحكم الذي يصدره، نتيجة هذه الأخطاء التي يرتكبها أثناء النظر في الدعوى التي تم رفعها إليه من هؤلاء الخصوم.

1- حماية القاضي:

إن حماية القاضي في نطاق الموضوع الذي نناقشه تعني أمرين، يتعلق أحدهما بعدم مساءلته بشكل مطلق، ويتعلق ثانيهما بحمايته من

²³⁶ أنظر الطعن رقم 407 سنة 26 ق. جلسة 29 مارس 1982 س 12، ص. 360، أورده سعيد أحمد شعلة، م. س، ص. 716.

²³⁷ أنظر الطعن رقم 8785 سنة 63 ق. جلسة 27 فبراير 1994، س. 45، ص. 1241، أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 732 - 733.

كيد الخصوم.

فما هو متعلق بالأمر الأول، يجب أن نؤكد بأن القاضي لا يمكن مخاصمته عن الأخطاء التي يرتكبها، مهما كانت طبيعتها، إذا لم تكن من التي حددها المشرع في نص القانون، كما هو منصوص على ذلك في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، وذلك لسببين:

السبب الأول: وهو أن القاضي منح له المشرع سلطة تقديرية واسعة، بخصوص مناقشة وقائع الخصومة، وما يرتبط بها من وسائل الإثبات التي لا رقابة عليها من قضاء النقض⁽²³⁸⁾، وذلك تأسيساً على حرية الاقتناع بالقرارات أو الأحكام التي يصدرها⁽²³⁹⁾ **"وهذا كله يجد حده الطبيعي في أن القضاء له ولاية تقدير، وأمانة تقرير، وأن مجرد الخلاف والخطأ، لا يسقط بهما منطق العدل، وإنما يسقطه الجور والانحراف في القصد"**⁽²⁴⁰⁾.

وانطلاقاً من هذا السبب، فإنه لا يجب عرقلة عمل القاضي انطلاقاً من تحميل مسؤولية أخطائه، إذا لم تكن تدخل في نطاق الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية المذكور، على اعتبار أن مثل هذه

238

أنظر المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية.

239

يقول أستاذنا الحبيب بيهي في هذا الصدد: "إن حرية القاضي في الاقتناع لا تعني تحكم القاضي المؤدي إلى العسف والجور، وإنما تعني استعمال المنطق، وخبرة الحياة، من أجل تقدير قيمة الدليل وقوته وفائدته في الإثبات". الحبيب بيهي: الاقتناع الوجداني عند القاضي الجنائي. أنظر: ندوة أربعين سنة على صدور قانون المسطرة الجنائية: الحويلة وبوادر الإصلاح، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، 2003، عدد 39، ص. 121. أنظر: الطعن رقم 8569 سنة 66 ق. جلسة 8 يوليوز 1997، س. 88، ص. 1089. أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 736.

240

الأخطاء يمكن تداركها عن طريق ممارسة حق الطعن العادي، وغير العادي الذي لا يدخل في نطاقه مخاصمة القضاة.

السبب الثاني: إن طبيعة العمل القضائي يقتضي الاجتهاد، ولذلك فإن ما يدخل في نطاق هذا العمل، لا يمكن تفسيره بالخطأ القضائي⁽²⁴¹⁾، في حالة تجنب القاضي للصواب في حكمه، وهذا ما يفسر أمرين: الأول، أنه ليس كل حكم صدر لغير صالح أحد الخصوم، يعتبر مدعاة إلى رفع دعوى المخاصمة، على اعتبار أن هذه الدعوى حدد نطاقها المشرع، وحصر قيامها في حالات خاصة، عددها قانون المسطرة المدنية في الفصل 391 على سبيل الحصر. ومن ثم، فإن ما عداه من الأخطاء القضائية يمكن أن تدخل في الحالات المنصوص عليها في البند الثالث من الفصل 109 من الدستور الحالي، أو في حالات أخرى تستوجب قيام المسؤولية الشخصية للقاضي المدنية، أو الجنائية إذا ما ارتكب أفعالا جنائية، تستوجب هذه المسؤولية.

الأمر الثاني: أنه في حالة تحقق دعوى المخاصمة وثبت خطأ القاضي فيها، فإن الدولة هي التي تتحمل وحدها تعويض المضرور عن هذا الخطأ وليس القاضي الذي يمكن أن ترجع عليه الدولة في هذا التعويض⁽²⁴²⁾.

²⁴¹ محمد زكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، ط 1985. نفس المرجع السابق.

²⁴² تقضي الفقرة الثانية من الفصل 400 من ق.م.م على أنه "تكون الدولة مسؤولة مدنيا فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتب عنها المخاصمة ضد القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء".

ويجب أن نشير في هذا الصدد، إلى أن المشرع المغربي فرض على الطرفين الغرامة أو التعويض، في حالة خسارة دعوى المخاصمة، حيث إنه بالنسبة لأحد الخصوم الذي يرفع بهذه الدعوى، فرض عليه غرامة مالية في حالة خسارتها ⁽²⁴³⁾. وبالمقابل، فرض التعويض على الضرر الذي يحصل لهذا الأخير على القاضي الذي ارتكب في حقه خطأ نتيجة عدم تجنبه لإحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 391 من ق.م.م.

ولكن السؤال المطروح: هل يكتفي المشرع بالتعويض كجزاء مدني في دعوى المخاصمة، أم أن هناك جزاء آخر قانونيا وهو البطلان ؟

إن المشرع المغربي أجاب على هذا السؤال في الفصل 399 من ق.م.م. حيث اعتبر هذا الفصل بأنه بمجرد قبول طلب المخاصمة من أحد الخصوم، فإن القاضي الموجه هذا الطلب ضده "أن يتخلّى عن النظر في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة"، كما يجب أن يتخلّى أيضا "عن النظر في كل قضية بمحكمته يكون المدعي في النزاع أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه طرفا فيها، وإلا كان الحكم الذي قد يصدر في جميع هذه الحالات باطلا".

وبهذا، فإن المشرع المغربي ظل يختلف عن التشريعات المقارنة

²⁴³ يقضي الفصل 398 من ق.م.م.: "يحكم على المدعي عند رفض المقال بغرامة لا تقل عن ألف درهم ولا تتجاوز ثلاثة آلاف درهم لفائدة الخزينة دون مساس بالتعويضات تجاه الأطراف الآخرين عند الاقتضاء".

في اكتفائها بالتعويض دون جزاء البطلان الذي يطال الحكم الصادر في موضوع دعوى المخاصمة، على اعتبار أن الأساس في هذه الدعوى، ليس هو التعويض فحسب، وإنما أيضا بطلان الحكم الصادر فيها⁽²⁴⁴⁾، وهذا ما جعلها أن تتشابه مع التجريح في هذا الجزاء. أما الفقه الفرنسي، فقد وقع في خلاف بخصوص طبيعة الجزاء الذي يتبع التعويض أمام غياب النص التشريعي، ذلك لأن البعض اعتبر أن الحكم الصادر من القاضي الذي تمت مخاصمته، يبقى قائما إلى أن يطعن فيه صاحب الشأن بطريق التماس إعادة النظر، بالاستناد إلى نتيجة المخاصمة على أساس الغش الصادر من الخصم، إذا كان القاضي شريكا للخصم في الغش⁽²⁴⁵⁾. أما إذا كان الغش صادرا من القاضي دون الخصم الذي يحاييه، فإن هذه الحالة الأخيرة لا تعد من إحدى حالات التماس إعادة النظر. ومن ثم، فإنه يجوز الطعن فيه بالنقض فقط⁽²⁴⁶⁾.

وذهب البعض الآخر إلى أن الحكم في المخاصمة، يستتبع بذاته، بطلان هذا الحكم بغير حاجة إلى الطعن فيه من أحد الخصوم، واستند هذا الرأي إلى أن باب المخاصمة قد ورد تحت عنوان "الطعن في

²⁴⁴ في اعتقادنا، إن عدم الأخذ بهذا الجزاء يثني القضاء عن عدم أخذه بعين الاعتبار لتلك الأخطاء التي يرتكبها وهو يعرف بأن الدولة هي وحدها التي تتحمل المسؤولية دون جزاء البطلان، وهذا ما قد يفسد العدالة التي تقوم على المساواة في التقاضي.

²⁴⁵ Ph. Raynaud : le juge et la communauté, le Débat, Mars – Avril 1993, p 130.

²⁴⁶ رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 176.

الأحكام" (247).

أما ما هو متعلق بالأمر الثاني الذي هو حماية القاضي من كيد الخصوم، فإن التتبع على حالات محددة لمخاصمة القضاة هي التي تفسر هذه الحماية، ومن ثم الحيلولة دون محاولة الخصوم النيل من كرامته عن طريق رفع دعاوى كيدية ضده أثناء قيامه بعمله، وإلا توقفت العدالة عن مسارها المحدد في القانون (248). وفي هذا الصدد، أكد القضاء المصري بأن "الحكمة التي يتوخاها المشرع في ذلك هو توفير الطمأنينة للقاضي في عمله، وإحاطته بسياج من الحماية يجعله في مأمن من كيد العابثين الذي يحاولون النيل من كرامته وهيبته، برفع دعاوى كيدية لمجرد التشهير به. ومن ثم، لا يجوز مقاضاته بالتضمينات (أي التعويضات) عن التصرفات التي تصدر منه إبان عمله إلا في هذه الأحوال" (249).

2- حماية الحكم:

إذا كان المشرع قد نص على تعويض المضرور في دعوى المخاصمة، فإنه كان يقصد من هذا الإجراء القانوني حماية الحكم الذي يصدره القاضي المخاصم (بفتح الصاد) من طرق الطعن من جهة، ومن البطلان، من جهة أخرى.

247 رمزي طه الشاعر: م. س.

248 عباس العبودي: م. س، ص. 71.

249 حكم أورده سعيد أحمد شعله، م. س، ص. 736.

فحماية الحكم الذي يصدره القاضي المخاصم من طرق الطعن، فيرتبط بكون الطرف المضرور من هذا الحكم يتم تعويضه بقوة القانون. ومن ثم، فإنه لا حاجة إلى ممارسة أي طعن بشأنه. ولعل المشرع المغربي سار في هذا النهج، وذلك لأنه لا يريد أن يخضع نفس الحكم إلى إجراءات قانونيين متناقضين. ولذلك، فإنه قرر إما ممارسة هذا الحق الذي هو حق الطعن أو اللجوء إلى المخاصمة، دون الجمع بينهما، وهذا هو السبب الذي جعل من نفس المشرع أن يرتب على هذا الحكم جزاء البطلان في الوضعين القانونيين معا.

والذي يؤكد هذا التصور، هو أننا لو افترضنا جدلا، بأن الحكم الذي أصدره القاضي المخاصم (بفتح الصاد) يمكن إخضاعه إلى طرق الطعن، فإنه لا يصبح إخضاعه إلى نفس الطرق إذا ما كان موضوع المخاصمة هو قاض من قضاة محكمة النقض التي منع المشرع الطعن في القرارات التي تصدرها، وذلك انطلاقا من كونها ليست درجة من درجات التقاضي⁽²⁵⁰⁾، إلا ما يتعلق بحالات إعادة النظر⁽²⁵¹⁾ أو المراجعة⁽²⁵²⁾.

250 في هذا الصدد، أكدت محكمة النقض المصرية بأن "نص المادة 500 من قانون المرافعات مؤداه أن إجازة الطعن بطريق النقض، إنما ينصرف إلى الأحكام التي تصدر من محاكم الاستئناف في دعاوى مخاصمة القضاة دون تلك التي تصدرها محكمة النقض، التزاما بالخطر العام المقرر بالمادة 272 من هذا القانون". سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 729. كما أكدت نفس المحكمة وفي ذات النقض، بأن "الأحكام الصادرة من محكمة النقض باتة، ومن ثم عدم جواز الطعن فيها بأي طريق... باستثناء الطعن ببطلان الحكم بسبب عدم صلاحية أحد قضاة المحكمة عملا بالمادة 2/147 مرافعات". أنظر نفس المرجع السابق، ص. 728.

ومن جهة أخرى، أنه لا معنى للسماح للمضرور من ممارسة حق الطعن إلى جانب رفع دعوى المخاصمة، ذلك لأن الطعن عندئذ لا قيمة له من الناحية القانونية، على اعتبار أن هذا الأخير ينصرف مفهومه إلى الاعتراض على عدم تطبيق القانون في الدعوى المرفوعة أمام القاضي (253). في حين، أن المخاصمة تتعلق بالقاضي الذي ينظر في هذه الدعوى حتى ولو كان الحكم الذي أصدره صحيحا من الناحية الشكلية والموضوعية، وذلك اعتقادا من أحد الخصوم، بأن هذا القاضي لم يكن محايدا في هذا الحكم، على اعتبار أنه ليس الغرض من كل حكم أن يستوفي شكله كورقة إجرائية فقط، بل لابد من تمكين الخصوم والرأي العام فيه من الاطمئنان إلى حسن سير العدالة (254).

أما حماية الحكم من البطلان، فإنه في نطاق التصريح بتعويض الطرف المضرور عن الخطأ الذي يصدر من القاضي الذي رفعت ضده دعوى المخاصمة، لا يجب تعطيله بالنسبة للطرف الآخر (255)، وإلا

251 أنظر المادة 563 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

252 أنظر المادة 565 من نفس القانون.

253 وهذا ما يجعل من محكمة النقض أن تشير إلى نصوص القانون التي تستند عليها في بطلان الحكم متى كانت المحاكم الأدنى درجة لم تراع هذا التطبيق. أنظر محمد التغدويني: النظرية العامة للتعليل...، م. س، ص. 72، على اعتبار أن التطبيق الصحيح للقانون هو الذي يحسن أي حكم من البطلان الذي يرتبط بالطعن، وليس بالمخاصمة.

254 محمد التغدويني: م. س. ص. 61.

255 يؤكد بعض الفقه المقارن بأنه إذا اتجهت المحكمة إلى مؤاخذة القاضي في دعوى المخاصمة، فإنه يحكم عليه بالغرامات والمصاريف، وبطلان الأعمال التي قام بها. أما الحكم الصادر لمصلحة الخصم الآخر، فلا يحكم ببطلانه (مصطفى صخر: م. س، ص. 59)، غير أن هذا الفقه لم يكن موفقا في ما ذهب إليه، وذلك لأننا إذا سلمنا ببطلان الأعمال التي قام بها القاضي المخاصم (يفتح الصادر)، فإنه حتما، أن الحكم الذي يصدر بدوره بهذا الشكل يكون باطلا، وذلك استنادا إلى القاعدة الفقهية لقائلة بأن ما يبنى على باطل فهو باطل. ومن ثم، فإنه لا

فيمكن إعادة النظر في موضوع الدعوى التي أصدر فيها هذا القاضي الحكم من طرف قاض آخر، وهذا غير ممكن إلا في حالات التجريح كما سبق القول بذلك.

وتجنباً لأي خلاف بخصوص ما ناقشناه بالنسبة للمفاهيم السابقة، فإننا يمكن تعريف المخاصمة، ونعتبر بأنها هي "دعوى خاصة يختص برفعها أحد الخصوم الذي تضرر من الحكم الصادر ضده في أي قضية من القضايا أثناء مرحلة تحريك الدعوى العمومية، وذلك من أجل المطالبة بالتعويض ضد القاضي الذي ارتكب أحد الأفعال التي تستوجب مخاصمته بالشكل المنصوص عليه في القانون على سبيل الحصر".

وبفهم من هذا التعريف، أن المخاصمة هي في حقيقتها ليست دعوى مبدأ فقط، أو دعوى تعويض في حالة ارتكاب ما نصت عليه الفصول من 391 إلى 401 من قانون المسطرة المدنية، وإنما هي مؤسسة قانونية أوجدها المشرع لتمكين الخصوم من ممارسة المراقبة على جدية القاضي المختص بالنظر في الدعوى المرفوعة إليه في عمله، في بعض الحالات التي تتأسس على الغش والاحتيال والتدليس وإنكار العدالة أو لارتكابه لخطأ جسيم في جميع المراحل التي تمر بها هذه الدعوى، وذلك بغض النظر عن طبيعتها ما إذا كانت جنائية أو مدنية أو تجارية أو إدارية.

يمكن أن نتصور بأن نفس الحكم يكون باطلاً لمصلحة المدعي في المخاصمة، وصحياً بالنسبة للخصم الآخر، سيما وأن هذا الأخير هو الذي يكون القاضي قد تواطأ معه حتى جعل من خصمه أن يرفع بدعوى المخاصمة.

وبناء على هذا التوضيح، فإن دعوى المخاصمة تتصف بمجموعة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

1- دعوى المخاصمة هي دعوى استثنائية:

ومعنى هذه الميزة أن المشرع المغربي حدد لها مجموعة من الحالات التي يمكن رفعها فيها على القاضي، متى ثبت ارتكابه لإحدى الأفعال المنصوص عليها في هذه الحالات، وماعداها فلا يمكن مخاصمته، وذلك نظرا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في مناقشة القضايا المعروضة عليه⁽²⁵⁶⁾، وذلك تأسيسا على مبدأ سمو وظيفته التي تقتضي الحيولة دون رفع الدعاوى الكيدية ضده⁽²⁵⁷⁾، مادام أن هذا المبدأ يستمد من مبدأ آخر، وهو مبدأ استقلال القضاء الذي نص عليه المشرع المغربي في الباب السابع من الدستور الحالي بشكل صريح⁽²⁵⁸⁾.

أما الحكمة من اعتبار دعوى المخاصمة هي دعوى استثنائية⁽²⁵⁹⁾، فإن القاضي الذي ترفع ضده هذه الدعوى يكون غير ملتزم بما تمليه عليه وظيفته أثناء القيام بعمله، لأنه عندئذ يتعمد ارتكاب أخطاء قضائية، لا قبل له من المتابعة عليها، على اعتبار أنه في هذه الحالة

256 محمد محمود إبراهيم: التكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي،

1982، ص. 20.

257 عباس العبودي: م. س، ص. 63.

258 يقضي الفصل 107 من الدستور الحالي بأن "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية".

259 قدري عبد الفتاح الشهاوي: م. س، ص. 282.

يكون مخلا بواجب الاستقلال الذي يفرضه عليه الدستور، وذلك نتيجة تجاوز حدود سلطاته المخولة له قانونا أو إساءة استعمالها. أما إذا كان الأمر غير ذلك، فلا يمكن أصلا متابعته بدعوى المخاصمة على اعتبار أن ما يرتكبه من أخطاء لا تدخل في نطاق الأخطاء الجسيمة التي تستوجب متابعته بمقتضى هذه الدعوى التي نحن بصدد مناقشة خصائصها. ومن ثم، فإنها لا تكون سببا لمساءلته⁽²⁶⁰⁾.

وفي هذا الصدد، قضى القضاء المصري بأن الأصل في التشريع أن القاضي غير خاضع في نطاق عمله للمساءلة القانونية، لأنه يستعمل في ذلك حقا خوله له القانون وترك له سلطته التقديرية، ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء، إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها⁽²⁶¹⁾.

ومن جانب آخر، إن معنى دعوى المخاصمة، بأنها دعوى استثنائية لأنها نادرا ما تقع من الناحية العملية، وذلك لكون الحالات التي نص عليها الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، وبصفة خاصة ما يتعلق بإنكار العدالة⁽²⁶²⁾، إنما نص عليها المشرع المغربي على سبيل

260 أنظر الطعن رقم 364 سنة 58 ق. جلسة 28 مارس 1993، س. 44، ع. 1، ص. 837. وأنظر أيضا الطعن رقم 8569 سنة 66 ق. جلسة 8 يوليوز 1997، س. 48، ص. 1089، أوردهما سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 732، ص. 736.

261 يمكن أن نضيف إلى أصل هذا الاستثناء أن الجهة المختصة بالنظر في دعوى المخاصمة التي هي محكمة النقض ليست هي درجة من درجات التقاضي حتى نقول بغير هذه الميزة، وإلا أصبحت هذه الدعوى مثل غيرها من الدعاوى المدنية العادية التي لا تنطبق عليها عبارة "مساخر خاصة".

262 أنظر البند الرابع من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

الاحتياط فقط. ومن ثم، فإنه من الناحية الواقعية، أننا نستبعد أن يمتنع القاضي عن الفصل في الدعوى المرفوعة إليه بالشكل المنصوص عليه في الفصل 392 من نفس القانون⁽²⁶³⁾، إلا إذا تعلق الأمر بإحدى حالات التجريح التي تم التنصيص عليها في المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك لسببين:

الأول: أن أي قاض يدرك كل الإدراك، أن الامتناع عن الفصل في القضية المرفوعة أمامه بدون مبرر قانوني، أنه يرتكب جريمة إنكار العدالة المنصوص عليها في الفصل 240 من القانون الجنائي المغربي⁽²⁶⁴⁾. ومن ثم، فإنه لا يمكن أن يعرض نفسه إلى العقوبة المنصوص عليها في هذا الفصل، إضافة إلى ما يمكن أن يترتب عن مخاصمته من آثار مدنية.

الثاني: إن القاضي المعروض عليه النزاع يتحمل مسؤولية الفصل فيه، ومن ثم لا بد من بذل جهد لإصدار حكم فيه، وذلك وفق اقتناعه المخول له في القانون⁽²⁶⁵⁾ أو وفق مقتضيات فقهية يمكن الاعتماد عليها، في حالة انعدام النص القانوني، وهذا ما جرى عليه

263 يقضي هذا الفصل بأنه "يعتبر القاضي منكرا للعدالة، إذا رفض البت في المقالات أو أهل إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة".

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

265 أنظر مثلا، المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية.

الاجتهاد القضائي المغربي في كثير من أحكامه⁽²⁶⁶⁾. ولكن في اعتقادنا، أنه بغض النظر عن كل ما سبق، فإن الطبيعة الاستثنائية لدعوى المخاصمة، تجد أساسها في القانون، وذلك من خلال الصياغة التشريعية التي استعملها المشرع المغربي في الباب الثالث من القسم السابع من قانون المسطرة المدنية، بعبارة "مساطر خاصة" التي تفيد فعلا، بأن دعوى المخاصمة لها طبيعة استثنائية إلى جانب دعوى الزور، وتتنازع الاختصاص.

2- دعوى المخاصمة هي دعوى لا تقبل التجزئة:

ومفهوم التجزئة هنا، ينصرف إلى وجوب الأخذ بعين الاعتبار، بأن المدعي فيها لا يمكن أن يطلب التعويض، دون أن يطلب تخلي القاضي عن النظر في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة أو العكس، وذلك لاعتبارين:

الأول: إن المدعي في دعوى المخاصمة إذا ادعى بقيام إحدى أسباب المخاصمة المنصوص عليها في الفصل 391، فإن ذلك يعني بأن القاضي الذي ينظر في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة، يكون قد سبب ضررا له. ولذلك، فيجب أن يطلب في مقاله الذي يرفع به إلى محكمة النقض أو إلى الجهات المختصة الأخرى، التعويض وبطلان الحكم في نفس الوقت لا أن يطلب بأحدهما فقط، على اعتبار أنه

²⁶⁶ أنظر مثلا، قرار المجلس الأعلى عدد 2745 الصادر بتاريخ 30 نونبر 1985 ملف مني 94433 مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية 1983-1991، ص. 391، وانظر أيضا، قرار آخر في نفس المرجع، ص. 462.

يستحيل أن يطلب التعويض دون بطلان الحكم، وذلك لانعدام الدعوى في أساسها لتعلقها بالنظام العام، ولا تنازل عما هو من هذا النظام، وكما يقول الفقهاء، فإن العدم لا ينتج أي أثر.

الثاني: أن المدعي لا يمكن أن يطلب تخلي القاضي الذي ينظر في الدعوى المذكورة دون أن يطلب التعويض، على أساس أنه إذا انعدم هذا الطلب انعدمت الفائدة من المخاصمة، وذلك بسبب انعدام الخطأ الذي هو أساس التعويض، ورفع الدعوى معاً. وهذا غير ممكن أيضاً، إذا تأكد لدى الجهة المختصة، بأن الخطأ قائم، على اعتبار أن المحكمة المختصة عندئذ يجب أن تأخذ بعين الاعتبار، وجوب الحكم بالتعويض على القاضي الذي ارتكب الخطأ، حتى ولو لم يطلبه المدعي في دعوى المخاصمة، وذلك لسببين:

السبب الأول: إن الطلب الذي يرفع به المدعي إلى محكمة النقض في شكل مقال موقع، لم يشترط فيه المشرع المغربي أي شكلية معينة للقبول أو عدم القبول به، على اعتبار أن هذا الطلب هو في أصله يعني أمرين: أحدهما يتعلق بطلب تنحية القاضي المدعى عليه من الاستمرار في النظر في الدعوى، أو إصدار الحكم فيها. وثانيهما يتعلق بما يمكن أن يحصل عليه المدعي من تعويض، حتى ولو لم يبين مقداره

(267)، كما هو الأمر في باقي الطلبات العادية (268)، أو في المطالب المدنية المرتبطة بالجرائم المرتكبة في المجال الجنائي (269).

وهذان الأمران، يمكن استخلاصهما بشكل واضح من الفصل 395 (270) من قانون المسطرة المدنية الذي يفهم منه بأن طلب المخاصمة يتعلق بوظيفة القاضي التي يتم الانحراف بها، وليس بشخصه أو الخطأ الذي يرتكبه أثناء ممارسته لهذه الوظيفة (271).

السبب الثاني: إن محكمة النقض التي خصها المشرع المغربي بالنظر في طلب المخاصمة ليست هي محكمة موضوع (272)، حتى يمكن أن تتقيد بما جاء في الطلبات المرفوعة إليه، وإنما هي مجرد مؤسسة قضائية من طبيعة خاصة يمكن نعتها بأنها محكمة فقط (273) تنتظر قانونا في مدى تطبيق القانون أو عدم تطبيقه، فإذا تبين لها بأن

267 يقضي الشطر الأخير من الفصل 32 من ق.م.م. على أنه يجب على المحكمة أن "تبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النزلة حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة"، وهذا ما ينطبق على الفصل 399 من هذا القانون.

268 أنظر مثلا، الفقرة الثانية من الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية.

269 أنظر المادة 349 من قانون المسطرة الجنائية في شطرها الأخير.

270 يقضي هذا الفصل بأنه "ترفع مخاصمة القضاة إلى المجلس الأعلى يتم ذلك بمقال موقع من الطرف أو وكيل يعينه بوكالة رسمية خاصة، ترفق بالمقال مع المستندات عند الإحضار، وذلك تحت طائلة البطلان".

271 والذي يؤكد هذا المعنى هو أن علاقة القاضي بالدولة في حالات المخاصمة، هي علاقة ذات تبعية وظيفية، وليس من قبيل التبعية التي يسأل فيها عن أعمال تابعه، كما هو منصوص على ذلك في لقانون المدني.

272 في هذا المعنى، قضى المجلس الأعلى في إحدى قراراته بأنه "لا يمكن بحال أن يعاد الجدل (في موضوع الدعوى) أمام المجلس الأعلى الذي لا يشكل درجة ثالثة من التقاضي" الحكم الجنائي عدد 27 (س 14) الصادر بتاريخ 12 نونبر 1970. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1966-1986، ص. 341.

273 محمد التغدويني: النظرية العامة للتعليق، م. س، ص. 33.

هناك انحراف في السلطة القضائية بسبب إحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، يجب أن تحكم بكل مقتضيات المنصوص عليها في الفصل 399⁽²⁷⁴⁾ و400⁽²⁷⁵⁾ من نفس القانون وليس بإحداها فقط.

3- دعوى المخاصمة هي دعوى متعلقة بالنظام العام:

ومعنى هذه الميزة أن دعوى المخاصمة، يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽²⁷⁶⁾، من جهة. ومن جهة أخرى، أن هذه الدعوى لا يمكن التنازل عنها في حالة التأكد من أسبابها عند إثارتها أمام الجهة المختصة بالنظر فيها، لأن ذلك يرتبط بأهم مبادئ المحاكمة العادلة، وهي الحياد والاستقلال، وإلا فلا معنى للتنقيص على أحكامها، في قانون المسطرة المدنية.

والذي يؤكد هذه الميزة، كما سبق القول بذلك، هو أن محكمة النقض المختصة بالنظر في دعوى المخاصمة، يجب أن تحكم بكل ما ينص عليه الفصلان 399 و400 من قانون المسطرة المدنية، حتى ولو لم يطلبه المدعي في هذه الدعوى في مقاله، وذلك للطبيعة الاستثنائية

274 أنظر الفقرة الأخيرة من هذا الفصل.

275 أنظر الفقرة الأخيرة من هذا الفصل.

276 وهذا ما حكم به القضاء المصري بشكل صريح، في إحدى أحكامه، حيث اعتبر بأنه "وإن كانت عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى من الأسباب المتعلقة بالنظام العام التي يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، إلا أنه يشترط لذلك أن تكون الخصومة التي تكون بين القاضي وأحد الخصوم تفقده صلاحيته لنظر الدعوى، طبقاً لما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة 146 من قانون المرافعات". حكم أورده سعيد أحمد شعله، م. س، ص. 729.

التي تمتاز بها هذه الأخيرة، وذلك بنفس الطريقة التي تحكم بها محكمة النقض كجهة مختصة بالنظر في دعوى المخاصمة على ذات المدعي في حالة رفضها لهذا المقال أو الطلب، بالغرامة المنصوص عليها في الفصل 398 من نفس القانون.

ومن جانب آخر، إن دعوى المخاصمة، لما كان موقعها يدخل في نطاق المساطر الخاصة إلى جانب دعوى الزور وتنازع الاختصاص، فإن الإجراءات المتبعة فيها تقع إثارته على الجهة المختصة وليس على الأطراف، على اعتبار أن المسؤولية المترتبة على القاضي فيها، لا ترتبط بالخطأ الشخصي الذي ينظم أحكامه القانون المدني، وإنما ترتبط بالخطأ الوظيفي الذي نظم المشرع المغربي أحكامه في قانون المسطرة المدنية، والفرق بين القانونين واضح.

أما كون دعوى المخاصمة، لا يمكن أن تثيرها محكمة النقض إذا لم يثرها الأطراف الذي يتضررون من إحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، فذلك يرتبط بالشروط التي يشترطها هذا القانون بإثارة هذه الدعوى، وليس بإجراءاتها. ولذلك، فإنه لا بد من إثارته من أحد هؤلاء لتأكيد ما يدعي، وإن كان يمكن القول بأنه ليس هناك مانع تشريعي يحول دون إثارته أيضاً، من هذه المحكمة، إذا تأكد لديها صحة قيام حالاتها، حتى ولو لم يثرها الخصوم، على اعتبار أن الأمر مرتبط بإجراء مسطري، وليس بتنظيم موضوعي.

4- دعوى المخاصمة هي دعوى تعويض:

ومعنى هذه الميزة، أن المخاصمة نظم المشرع المغربي أحكامها لغرض تعويض الطرف المتضرر من الدعوى التي هي موضوع مقال المخاصمة، وإلا فلا معنى من تنظيم هذه الأحكام، وهذا ما جعلنا نؤكد في الخصائص السابقة، بأن محكمة النقض ملزمة بالحكم به، حتى ولو لم يطلبه المدعي في هذه الدعوى.

وإذا اعتبرنا التعويض في هذا الوضع القانوني، يتم بقوة القانون، فلأنه ليس تعويضا مدنيا مرتبطا بالخطأ الشخصي للقاضي، وإنما هو مرتبط بالخطأ الوظيفي لهذا القاضي. ومن ثم، فإنه يمكن وصفه بأنه تعويض قانوني يتم تقديره بشكل جزافي وليس بشكل حسابي، كما هو الأمر مثلا في التعويضات المدنية الأخرى المعتمدة على الخبرة أو على الوثائق المقدرة للضرر الذي يطلبه المدعي طبقا لقواعد القانون المدني. ونحن نؤكد على هذه الميزة، وذلك لسببين:

الأول: أن التعويض في دعوى المخاصمة هو تعويض وجوبي، سواء تمت المطالبة به من أحد الخصوم أم لم تتم به هذه المطالبة، وذلك لتعلقه بالنظام العام الذي جعل منه تعويضا قانونيا لكون مصدره هو القانون، وليس المسؤولية التقصيرية.

الثاني: هو أن التعويض مقرر في القانون لمصلحة الطرفين، وهما المدعي الذي هو الخصم، والمدعى عليه الذي هو القاضي، بحيث إن دعوى المخاصمة إذا تأكد قيامها لدى محكمة النقض، فإن التعويض

يستفيد منه الطرف الأول الذي هو المدعي. أما إذا تم رفض هذه الدعوى، فإن التعويض تستفيد منه الخزينة العامة للدولة في شكل غرامة مالية يؤديها هذا الأخير، في حدود ما تم التنصيص عليه في الفصل 398 من قانون المسطرة المدنية⁽²⁷⁷⁾، وذلك انطلاقاً من كون التعويض الأول تتحمله الدولة وليس القاضي الذي يمكن أن ترجع عليه هذه الأخيرة، كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من الفصل 400 من نفس القانون⁽²⁷⁸⁾.

وحتى إذا لم نعتبر ما يؤديه المدعي في دعوى المخاصمة لخزينة الدولة تعويضاً، فإنه في جميع الأحوال، إذا لم يقبل طلبه فإنه ملزم بأداء تعويضات للطرف الآخر من الخصوم، حتى ولو لم يطلب هؤلاء بهذه التعويضات لطبيعتها القانونية، أو لأنها جزاء قانوني يتحمله من هو ملزم بأدائها، وذلك حماية للقاضي من الدعاوى الكيدية، في مثل هذه الحالات.

والذي يؤكد بأن دعوى المخاصمة هي دعوى تعويض، هو أن تحقق مسؤولية القاضي الذي تمت مخاصمته، فيه إشارة واضحة إلى

²⁷⁷ يقضي الفصل 398 من قانون المسطرة المدنية بأنه " يحكم على المدعي عند رفض المقال بغرامة لا تقل عن ألف درهم ولا تتجاوز ثلاثة آلاف درهم لفائدة الخزينة، دون مساس بالتعويضات تجاه الأطراف الآخرين عند الاقتضاء".

²⁷⁸ أنظر الشطر الأخير من الفصل السابق، كما يقضي الفصل 401 في هذا الصدد بأنه "إذا صدر الحكم برفض طلب المدعي، أمكن الحكم عليه بتعويضات لصالح الأطراف الآخرين" والذي يميز هذه التعويضات المنصوص عليها، في هذا الفصل هي أنها تعويضات جوازية كما تؤكد ذلك عبارة "أمكن" وعبارة "عند الاقتضاء" المنصوص عليها في الفصل 398، والتي تفيد الاختيار لا الوجوب، وذلك على عكس التعويضات التي يتم الحكم بها لمصلحة المدعي هي دائماً تكون تعويضات وجوبية لا جوازية.

وجوب الحكم بالتعويض على هذه المسؤولية لارتباطها وجودا وعدمها بهذه المخاصمة، وإلا فلا معنى للحكم بقيام هذه المسؤولية دون الحكم بالتعويض عليها، لانعدام العبث في قواعد قانون المسطرة المدنية، وهذا ما يمكن استخلاصه من مجموعة النصوص التي تنظم أحكام المخاصمة في الفصول 391 إلى 401 من قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية: أساس دعوى مخاصمة القضاة

إن أساس دعوى مخاصمة القضاة، ظل مثار جدل فقهي وقضائي، ولذلك فإن البعض أسس هذه الدعوى انطلاقاً من مقتضيات قواعد المسؤولية التقصيرية (**البند الأول**)، في حين أن البعض الآخر استند في هذا الأساس إلى النص القانوني (**البند الثاني**).

البند الأول: الأساس المبني على قواعد المسؤولية التقصيرية

ينصرف مفهوم الأساس المبني على قواعد المسؤولية التقصيرية إلى الخطأ أو إلى الضرر الذي تبرره نظرية تبعة المخاطر، ومن خلال دراستنا لدعوى المخاصمة، فإننا قد وجدنا بأن الرأي الغالب في الفقه ومعه القضاء، يؤسس هذه الدعوى على الخطأ، بينما القليل من هؤلاء يؤسس نفس الدعوى على نظرية تبعة المخاطر.

فالرأي الذي يؤسس دعوى المخاصمة على الخطأ، ينطلق من كون الحالات التي تقتضي رفع هذه الدعوى إلى الجهة المختصة للنظر

فيها، إنما هي حالات كلها تتأسس على ما يرتكبه القاضي من أخطاء أثناء القيام بوظيفته، سواء تعلق الأمر بالتدليس والغش والغدر، أو إنكار العدالة، بل وذهبت بعض التشريعات إلى أنه يشترط في هذه الحالات من أجل الأخذ بها، لابد أن يكون الخطأ المرتكب جسيماً (279).

ويبرر بعض الفقه هذا الموقف التشريعي، وذلك انطلاقاً من كون أن أعمال القضاء تتصف بالدقة والصعوبة في الأداء. ومن ثم، فإن إقامة العدالة تستلزم عدم شل هذه المؤسسة القانونية بالتهديد المستمر برفع دعاوى المسؤولية عن أعمال القضاة، ولذلك فليس بالغريب أن يتطلب المشرع ضرورة توافر قدر معين من الجسامة لمساءلة الدولة عن أعمال القضاء (280).

279 أنظر المادة 494 من قانون المرافعات المصري، كما تقضي المادة 11 من القانون رقم 626 الصادر بتاريخ 5 يوليوز 1972 الموافق للمادة 505 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي بأن:

« L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

280 أنظر رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 192. وفي هذا الصدد، يقول بعض الفقه الفرنسي:

« S'agissant surtout des actes juridictionnels, l'exigence d'une faute lourde paraît spécialement justifiée. Il faut en effet, limiter les nombres des actions en réparation. On ne peut permettre aux plaideurs de prendre prétexte de chaque revirement de jurisprudence pour remettre en cause toutes les décisions antérieures par la voie du contentieux de la réparation ».

- M. Lombardi: La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972, R.D.P 1975, p. 623.

ويجد هذا التبرير أساسه في الطبيعة الاستثنائية لدعوى المخاصمة والتي تقتضي جسارة خطأ المرفق القضائي، من أجل التعويض عليه من الدولة. أما إذا كان الخطأ عادياً أو بسيطاً، فإنه يمكن إدراك إصلاحه، عن طريق طرق الطعن المقررة في القانون، على اعتبار أن هذه الأخطاء لا بد من ارتكابها، وبصفة خاصة في المحاكم الابتدائية التي يمتاز فيها القضاة بنقص في التجربة، أو عدم تطبيق الإجراءات المسطرية، بالشكل الذي يتطلبه القانون بسبب تراكم القضايا أمام هذه المحاكم (281).

وقد سار القضاء المصري في هذا النهج، حيث اعتبر بأن الخطأ الذي يرتكبه القاضي بسبب عدم فهمه للوقائع في الدعوى، لا يمكن اعتباره خطأ يستوجب مساءلته، وذلك لكونه في هذه الحالة يستعمل حقا خوله له القانون هو تمتعه بالسلطة التقديرية، في تقدير هذه الوقائع التي هي غالباً ما لا تخضع إلى رقابة محكمة للنقض إلا إذا تعلق الأمر بالتكييف، أو عدم تطبيق نص في القانون على هذه الوقائع (282).

281

أنظر مجلة القانون والاقتصاد، فاس 1990، م. س، ص. 65.

282

تقضي محكمة النقض المصرية في هذا الصدد، بأن "الأصل هو عدم مسؤولية القاضي عما صدر منه من تصرف أثناء عمله، لأنه يستعمل في ذلك حقا خوله له القانون، وترك له سلطة التقدير فيه، ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته، وأساء استعمالها، فنص في المادة 494 من قانون المرافعات على أحوال معينة أوردتها على سبيل الحصر، ومنها: إذا وقع منه خطأ مهني جسيم، وهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح، ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي، أو إهماله لعمله إهمالاً مفرطاً مما وصفته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات السابق بالخطأ الفاحش الذي ينبغي أن يتردى فيه بحيث لا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أوتي بحسن نية، فيخرج عن دائرة هذا الخطأ تحصيل القاضي لفهم

ويلاحظ في هذا الصدد، أن المشرع الفرنسي في المادة 11 من قانون 5 يوليوز 1972، ميز بين نوعين من الخطأ: خطأ مرفقي، وهو الخطأ الذي يقتضي رفع دعوى المخاصمة، وخطأ شخصي للقاضي وهو الخطأ الذي يقتضي رفع دعوى مدنية عادية، وفقاً لأحكام القانون المدني، وإن كانت الدولة هي التي تتحمل التعويض المترتب عن هاتين الدعويتين (283).

وأقر قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد رقم 95.1123 الصادر في 5 دجنبر 1975 نفس ما نصت عليه المادة 11 السابقة الذكر، وذلك في المادة 505 من هذا القانون، والمنظمة لإجراءات مخاصمة القضاة بعد إلغائها بقانون 5 يوليوز 1972.

ولكن إذا كانت دعوى المخاصمة يتم تأسيسها على الخطأ المرفقي الذي يستند إلى إخلال الدولة بواجبها في تحقيق الحماية

الواقع في الدعوى، وتقديره للأدلة والمستندات فيها، وكل رأي أو تطبيق قانوني يخلص إليه بعد إمعان النظر والاجتهاد في استنباط الحلول القانونية للمسألة المطروحة ولو خالف في تلك أحكام القضاء، وإجماع الفقهاء". حكم أورده أحمد سعيد شعلة: م. س، ص. 715. يقضي الفصل 11 من قانون 5 يوليوز 1972 بأنه:

«L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. La responsabilité des juges à raison de leur faute personnelle et régie par le statut de la magistrature en ce qui concerne les magistrats du corps judiciaire et par des lois spéciales en ce qui concerne les juges composant les juridictions d'attribution. L'Etat garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, sauf son recours contre ces derniers».

القضائية للأفراد (284)، بسبب قصور القضاء في أداء وظيفته التي بمقتضاها تتحقق العدالة بين الخصوم (285)، فإن هذا الأساس لا يمكن التسليم به وذلك لسببين:

السبب الأول: إن تعويض المضرور في دعوى المخاصمة من الدولة على الضرر الذي يسبب فيه القاضي، لا يجب الأخذ به انطلاقاً من مسؤولية المتبوع على عمل التابع، على اعتبار أن القاضي ليس تابعاً للدولة في عمله (286)، أو أن هذه الأخيرة هي المسؤولة على هذا العمل، لأن مسؤولية المتبوع على عمل التابع في المسؤولية التقصيرية ترتبط بالجانب الاجتماعي للمشغل أو رب العمل، بينما الدولة في الوضع القانوني الذي نحن بصدده، ليس كذلك بالنسبة للقاضي، حتى يأخذ بمسئوليتها المؤسسة على الخطأ المفترض، وهذا ما جرى عليه الفقه والقضاء في نطاق القانون المدني بمناسبة دراستهم لأحكام مسؤولية المتبوع على عمل التابع.

فبالنسبة للفقه، فقد ذهب البعض إلى أنه لا يجوز أن تترتب مسؤولية الدولة على أعمال القضاء، لأن الدولة إذا كانت تسأل عن أعمال موظفيها (287) لما لها عليهم من سلطة التوجيه والإشراف والرقابة، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقضاء الذي لا سلطة عليه إلا

284 مثيل لومبارد: م. س، ص. 625.

285 M. WALINE : Droit administratif Paris, 1963, p. 505.

286 ولكن لكون السلطة القضائية هي مستقلة في عملها الوظيفي عن الدولة ككيان قانوني.

287 أنظر الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

للقانون، ذلك لأن العلاقة القائمة بين القضاء والدولة ليست هي علاقة السيد بالخدام أو علاقة المتبوع بالتابع⁽²⁸⁸⁾.

أما بالنسبة للقضاء، فيلاحظ أن بعض المحاكم الفرنسية قد اعتبرت في إحدى أحكامها بأن "السبب في مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها العاديين هو خضوعهم وتبعيتهم لها. أما رجال القضاء، فهم ليسوا تابعين لها بالمعنى المعروف في المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي نظراً لاستقلالهم"⁽²⁸⁹⁾.

وقد سار القضاء المصري على هذا النهج، حيث اعتبر في كثير من أحكامه بأن علاقة القاضي بالدولة لا يمكن تشبيهها بعلاقة خدام بسيد أو تابع بمتبوع، على اعتبار أن القضاء يستمد اختصاصه من القانون وليس من الواقع. ومن ثم، فلا سلطان للدولة عليه في أعماله القضائية بخصوص ما يتعلق بالتوجيه والإشراف والرقابة عليه، حتى تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية على الأخطاء التي يرتكبها⁽²⁹⁰⁾.

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فقد ذهب الفقه الراجح إلى أن المسؤولية الناتجة عن دعوى المخاصمة، إنما هي مصدرها القانون وليس الخطأ الذي يرتكبه القضاء أثناء إتيانه لتلك الحالات التي تقتضي

288 سليمان الطماوي: قضاء التعويض، القاهرة، 1977، ص. 54.

- رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 118.

289 حكم محكمة موندولي، الصادر بتاريخ 17 يوليوز 1929 أورده رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 119. وانظر أيضاً:

Tribunal civil de Lyon, 25 Mars 1953, D. 1954, p. 427, Note P. Gervésie.

290 أنظر مجموعة من الأحكام التي أوردها رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 118.

رفع هذه الدعوى أمام الجهة المختصة للنظر فيها، وذلك بهدف حماية القاضي، المرفوعة ضده. وهذه الحماية تتراءى في الحيلولة دون تأدية واجباته على الوجه الأكمل، خوفا من الحرج أو شبح المسؤولية (291).

السبب الثاني: إن التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه للمضرور من الدعوى التي هي موضوع دعوى المخاصمة، إنما هو من قبيل الالتزام بضمان أداء هذا التعويض وليس لكون أنها محل القاضي الذي ارتكب إحدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، بدليل أن بإمكانها الرجوع عليه بناء على مقتضيات القانون المدني، ولكن ليس بناء على أنه ارتكب خطأ بالشكل المنصوص عليه في هذا القانون، وإنما لأنه ارتكب خطأ مرفقيا ضدها، وذلك عندما خالف مقتضيات الفصل المذكور الذي هو فصل إجرائي ترتبط أحكامه بتسيير هذا المرفق، وليس فصلا موضوعيا ترتبط أحكامه بالأخطاء التي يرتكبها ضد الخصوم.

أما الرأي الذي يؤسس دعوى المخاصمة على نظرية تبعة المخاطر، فقد ظل يعتبر بأن مسؤولية الدولة أثناء تحقق الضرر الناتج عن الدعوى التي هي موضوع دعوى المخاصمة، يجب أن تتأسس على

291 Philippe ARDANT : La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle, Thèse, Paris, 1956, pp. 173- 174.

المخاطر وليس على الخطأ⁽²⁹²⁾. وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه، وذلك انطلاقاً من وجوب تحقيق العدالة والمساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة⁽²⁹³⁾. ومن ثم، فإن الخطأ المرفقي يجب أن تتحمله الدولة، وليس المضرور⁽²⁹⁴⁾.

وهذه النظرية يمكن رفضها أيضاً، وذلك لسببين: يتمثل أولهما، في كون نظرية تبعة المخاطر يمكن التسليم بها فعلاً، لو كان المرفق القضائي يشكل دائماً الخطر على المتقاضين. في حين، أن الأمر ليس كذلك، على اعتبار أنه ليس مشروعاً من المشاريع الاقتصادية أو الاجتماعية، حتى يمكن اعتباره كذلك من جهة، وأن الضرر الذي يتعرض له الخصوم في الدعوى التي هي موضوع دعوى المخاصمة،

292

تقضي محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد، في بعض أحكامها بأن

« La responsabilité de l'Etat pouvait être engagée sur le fondement de la faute lourde dans le fonctionnement du service judiciaire. Elle pouvait même être engagée sur celui du risque social anormal si la personne finalement acquittée n'avait en rien contribué à la réalisation du risque ». Cassation civil, 29 Novembre 1973, Bul. Civ, 2 N 316, affaire Benyaich.

أورد هذا الحكم رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 180، الهامش رقم 419.

293

حكم محكمة السين Seine بتاريخ 8 ماي 1963، دالوز 1964، ص. 231.

حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 3 يونيو 1964، دالوز 1965، ص. 98.

294

نقض فرنسي بتاريخ 23 نونبر 1956، دالوز 1957، ص. 34. أنظر أيضاً مجلة العلوم الجنائية R.D.P.، 1958، ص. 298، تعليق مشيل فالين M. Waline، وقد علق الأستاذان أندري توفى A. Touffait ولويس أبرسينغ L. Averseng على هذا الحكم بقولهما:

« L'irresponsabilité de l'Etat – juge a vécu... la responsabilité du service public de la justice prend avec l'arrêt Giry la valeur d'un principe général et elle ne paraît désormais se heurter à d'autres obstacles que celui de chose jugée ».

A. Touffait et L. Averseng : Détention provisoire et responsabilité de l'Etat, D 1974, p. 261.

لا ينتج عن خطر محدد، وإنما ينتج عن عدم احترام القاضي لبعض المقتضيات القانونية المنصوص عليها، في حالات خاصة حددها الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية على سبيل الحصر، من جهة أخرى.

أما السبب الثاني، فيرتبط بطبيعة نظرية التبعة التي تقوم على الخطر وليس على الخطأ. وإذا اعتبرنا بأن القاضي لا يشكل خطراً على الخصوم، في الحالات المشار إليها في الفصل المذكور، فإنه لذلك لا يمكن تأسيس دعوى المخاصمة على تبعة المخاطر من جهة، ومن جهة أخرى، أن الضرر الذي يحصل لأحد هؤلاء الخصوم ليس مصدره المسؤولية التقصيرية وإنما مصدره القانون الذي هو مصدر مختلف عن باقي مصادر الالتزام الأخرى، كما هو معروف في القانون المدني، وهذا ما سنناقشه في البند الثاني.

البند الثاني: الأساس المبني على النص القانوني

إذا اعتبرنا بأن دعوى المخاصمة هي إجراء وقائي يحمي بمقتضاه قانون المسطرة المدنية، الخصوم أثناء تحريك الدعوى العمومية أو أثناء سير هذه الدعوى في مختلف المراحل التي تمر بها أمام درجات التقاضي المختلفة⁽²⁹⁵⁾، وذلك مهما كانت طبيعة موضوعها

²⁹⁵ وهذا التعبير لا يتنافى مع ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 288 من ق.م.م والتي تنص بأنه: "إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على وكيل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة".

من القاضي في بعض الحالات التي لا يجب أن يحكم فيها، فإن هذه الدعوى لا يمكن تأسيسها على خطأ القاضي، أو على تبعة المرفق القضائي، وإنما يجب تأسيسها على مقتضيات قانونية مسطرية لها علاقة ببطلان الحكم أو بإجراءات الدعوى، وهذا ما جعل أن يعتبرها وسيلة للطعن غير العادي، وذلك انطلاقاً من كون المشرع الفرنسي، نص عليها في الباب المتعلق بطرق الطعن غير العادية⁽²⁹⁶⁾.

وإذا أخذنا هذا بعين الاعتبار، فإن المشرع المغربي اعتبرها من "المساطر الخاصة" التي لا يجب أن تؤسس أحكامها على القواعد العامة في القانون المدني. ومن ثم، فإن رفعها أمام الجهة المختصة بالنظر فيها، أو التعويض المترتب عليها، لا يجب تأسيسه على الخطأ أو على الضرر المرتبط بنظرية تبعة المخاطر، لأن مثل هذه الأسس موضوعها، القانون المدني وليس القانون المسطري.

وعلى هذا الأساس، فإن الخطأ الذي يرتكبه القاضي، في نطاق الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية ليس هو خطأ شخصي يرتبط بالمسؤولية التقصيرية، حتى نستطيع أن نؤسس عليه دعوى المخاصمة، وإنما هو خطأ من نوع خاص مصدره القانون الذي هو مصدر آخر من مصادر الالتزام، كما هو معروف في القانون المدني ونحن نؤكد على هذا التفكير، وذلك لسببين:

296 رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 170.

الأول: إن الخطأ الذي يرتكبه القاضي في الحالات المنصوص عليها في الفصل 391 المذكور، هو خطأ لا يرتبط باجتهاده، لأن مثل هذا النوع من الخطأ ربطه المشرع المغربي بطرق الطعن. ومن ثم، فإن القاضي في نطاق هذا الفصل، هو لا يرتكب أي خطأ أصلاً، وإنما فقط يلحق ضرراً في بعض الدعاوى التي يغلب فيها مصلحته الشخصية أو مصلحة بعض الخصوم على مصلحة العدالة التي هي عين المصلحة العامة للمجتمع، بل وإنه بمقتضى الغش والتدليس وإنكار العدالة، هو يضر بالمرفق القضائي الذي قد يفقد فيه الخصوم تلك الغاية التي أنشئ من أجلها هذا المرفق، وهو تحقيق العدالة بين الأفراد⁽²⁹⁷⁾.

والذي يؤكد على ما ذهبنا إليه في هذا الصدد، هو أن الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، ليس فيه ما يشير إلى اشتراط ارتكاب الخطأ من القاضي لتأسيس دعوى المخاصمة عليه، كما أنه من جانب آخر ليس فيه ما يشير إلى تحمل الدولة لتبعية المخاطر، في الحالات المذكورة في هذا الفصل، وإنما فقط أشار إلى تعويض من رفع هذه الدعوى عن الضرر الذي قد يحصل له من الدعوى التي هي موضوع دعوى المخاصمة، دون أن يشير إلى أي أساس لهذا التعويض، مما يؤكد بأن أساسه في هذه الحالة هو القانون، وليس نظرية الخطأ أو نظرية تبعية المخاطر، على اعتبار أن مجال هذين الأساسين هو

²⁹⁷ Louis FAVOREAU : Du déni de justice en droit public Français, Thèse, Paris, 1964, p. 543.

المسئولية التقصيرية وليس القانون الذي لا مجال فيه لهذه المسؤولية في نطاق الفصل 391 المذكور أعلاه، وهذا ما سار فيه المشرع الفرنسي في نص المادتين 11 من قانون 5 يوليوز 1972 و 505 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1975 (298).

الثاني: إن المشرع المغربي عندما قرر انفراد الدولة عن تعويض المضرور في دعوى المخاصمة، ليس لأنه حملها مسؤولية هذا التعويض، تأسيسا على الخطأ المرفقي أو الخطأ الشخصي للقاضي، وإنما لأنه اعتبرها ضامنة فقط (299) لهذا التعويض، في حالة حصول ضرر لأحد الخصوم في دعوى المخاصمة، وذلك بغض النظر عن مصدره أو أساسه القانوني، بدليل أن ما تؤديه الدولة من تعويض إلى هذا المضرور يمكن أن ترجع به على من سبب فيه من القضاة الذين تأكد في حقهم القيام بارتكاب إحدى الأفعال المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية (300).

وبهذا المعنى، كان المشرع المغربي يؤكد بأن مسؤولية الدولة في التعويض عن الأضرار التي تترتب عن الخطأ الشخصي للقاضي كمبدأ عام، ولكن استثناء أضاف إليها مسئوليتها أيضا في التعويض عن

298 مشيل لومبارد: م. س، ص. 622.

299 إن السبب في هذا الضمان يرجع إما إلى الخوف من إفسار لقاضي وقت الحكم عليه بالتعويض، وإما لأن الخصم الذي يرفع دعوى المخاصمة، أنه لا يرفعها ضد الدولة وإنما يرفعها ضد القاضي الذي أخل بإحدى الالتزامات التي نص عليها قانون المسطرة المدنية في الفصل 391.

300 أنظر الفصل 400 من قانون المسطرة المدنية.

الأضرار الناتجة عن دعوى المخاصمة، وذلك حتى لا يكون هناك تمييز بين هذين الوضعين القانونيين، سواء من حيث المبدأ (301) أو الأثر المترتب عليهما.

ويرى بعض الفقه في هذا الصدد، بأن المشرع عندما سار في هذا النهج إنما لأنه اعتبر الخطأ الشخصي للقاضي تتحمل الدولة المسؤولية عن التعويض عليه باعتباره موظفا عموميا، بينما تتحمل نفس الدولة التعويض عن الضرر في حالات المخاصمة، وذلك باعتبار القاضي مخلا بعمله الذي هو مستقل عن عمل الموظف الإداري (302)، بسبب خضوعه إلى السلطة القضائية وليس إلى السلطة التنفيذية (303).

أما تبرير إحلال الدولة محل القاضي في تعويض الضرر الناتج عن دعوى المخاصمة، فيؤكد البعض بأن هذا التعويض لا يضر الدولة في أي شيء، مادام القانون يعطي لها حق الرجوع على هذا القاضي بما دفعته، على اعتبار أنها مسئولة عنه لا مسئولة معه (304).

301 نقصد بالمبدأ هنا، أن المشرع المغربي أراد أن يسوي في التعويض عن أخطاء القاضي الشخصية وعما يترتب عن المخاصمة بين الأصل الذي هو الخطأ الأول، والاستثناء الذي هو التعويض عن الثاني.

302 مشيل لومبارد: م. س، ص. 626.

303 رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 195.

304 سليمان الطماوي: م. س، ص. 96. رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 176.

المطلب الثاني: بيان أوجه الالتقاء والاختلاف بين المخاصمة والتجريح

من أجل أن نبين أوجه الالتقاء أو الاختلاف بين المخاصمة والتجريح، يجب التمييز في هذه الأوجه بين هذين الوضعين القانونيين من حيث المبدأ (الفقرة الأولى)، ومن حيث الأثر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أوجه الالتقاء والاختلاف بين التجريح

والمخاصمة من حيث المبدأ

تقتضي منا هذه الفقرة، وجوب مناقشة أوجه الالتقاء والاختلاف بين المخاصمة والتجريح من حيث المبدأ، كل على حدة. ولذلك، فسنحاول مناقشة أوجه الالتقاء (أولاً)، ثم نتبعها بأوجه الاختلاف (ثانياً).

أولاً: أوجه الالتقاء بين التجريح والمخاصمة

يمكن أن نناقش هذه الأوجه، من خلال ثلاث نقاط رئيسية. تتعلق أولاً، بكون حالات التجريح والمخاصمة أوردها المشرع المغربي، في حالات خاصة يغلب عليها الطابع الاستثنائي، في التنصيص عليها. وتتعلق ثانياً، بكون هذه الحالات تطال كل القضاة، والهيئات القضائية دون تمييز. وتتعلق ثالثاً، بكون التجريح والمخاصمة لأجل صحتها،

لابد من تقديم طلب إلى نفس الجهة المختصة، وهذا ما سنناقشه بالتفصيل الآتي:

النقطة الأولى: ورود حالات التجريح والمخاصمة على سبيل الحصر في القانون المسطري

بالرجوع إلى الخصائص التي درسناها بمناسبة تحديد مفهوم كل من التجريح والمخاصمة، وجدنا بأنهما يمتازان بالطبيعة الاستثنائية، وقد رأينا بأن هذه الطبيعة ظلت ترتبط بحصر الحالات فيهما على سبيل الحصر. ومن هنا يتبين بأن التجريح كإجراء مسطري لا يختلف عن المخاصمة، بخصوص اعتماد المشرع على ما يقتضي المطالبة فيهما تأسيسا على تلك الحالات أو الأسباب التي حصرها هذا المشرع، وذلك تجنباً لأي سبب كان يمكن أن يعرقل العدالة أو تعطيل عمل القاضي عند النظر في الدعاوى المرفوعة إليه.

وهذا التشابه يفيد بأنه لا يمكن اعتبار أي خطأ يرتكبه القاضي بمناسبة أداء وظيفته يستوجب المسؤولية التي تقتضي التعويض في دعوى المخاصمة، أو تجريح القضاة بناء على هذا الاعتبار في كل حالة يراها أحد الخصوم بأنها كذلك، وإنما لابد من مراعاة ما إذا كان هناك ما يستوجب تنحي القاضي عن النظر في الدعوى التي ينظر فيها. ومن ثم، مطالبته بالتعويض أم أن الأمر ليس كذلك، وهذه هي الغاية التشريعية من إيراد حالات التجريح والمخاصمة على سبيل الحصر في قانون المسطرتين المدنية والجنائية في النظام القانوني المغربي.

أما الحكمة من قيام هذا التشابه، فيمكن ربطها بأمرين:

الأول: يتراءى في كون المشرع المغربي ظلت لديه رغبة تشريعية في وجوب تحديد النطاق الذي يمكن أن يجسد في كل من التجريح والمخاصمة، نتيجة تقاربهما في الهدف الذي هو تحية القاضي من الاستمرار في نظر الدعوى المرفوعة إليه، أو الحكم فيها، وذلك خوفا من خروجه عن مسار تحقيق العدالة بين الخصوم في هذه الدعوى، وذلك بهدف تحقيق مصلحة شخصية خاصة يمنعها القانون.

الثاني: إن كلا من التجريح والمخاصمة يعتبران من الإجراءات المسطرية التي تقتضي الرفع بها إلى جهات مختصة، هي في أغلب الأحيان، جهات واحدة⁽³⁰⁵⁾. الأمر الذي يفسر بأن هذه الإجراءات، لا يمكن الطعن فيها بإحدى طرق الطعن عند إصدار الأمر بقبولهما⁽³⁰⁶⁾.

النقطة الثانية: إن مسطرتي التجريح والمخاصمة تطال جميع

القضاة دون تمييز

305 وهذه الجهات بالنسبة للتجريح، هي رؤساء محاكم الاستئناف أو محكمة النقض. أما بالنسبة للمخاصمة، فينحصر الأمر في محكمة النقض فقط.

306 والسبب في ذلك أن دعوى التجريح والمخاصمة تقتضي الاستعجال في البت فيها من جهة، ولأن محكمة النقض التي تنتظر في أغلب هذه الدعاوى هي ليست محكمة موضوع حتى يمكن الطعن في أحكامها التي غالبا ما تصدر بجميع غرفها مجتمعة من جهة أخرى.

إذا سلمنا جدلاً، بأن التجريح يطال مختلف القضاة، رغم أن بعض التشريعات تستثني من هؤلاء قضاة النيابة العامة⁽³⁰⁷⁾، لبعض الاعتبارات التي سنراها في الفصل الثاني من هذا الباب، فإننا قد كشفنا من خلال دراستنا لهذا الإجراء في المبحث الأول من هذا الفرع، بأن التجريح هو بدوره يشترك مع المخاصمة، بأن أسبابه يمكن أن تطل جميع القضاة الذين يتمتعون بالصفة القضائية، وذلك بغض النظر عن نوعية التخصص أو الوظيفة التي يقومون بها، بل وأنه في اعتقادنا، أن كلا من مسطرتي التجريح والمخاصمة، يكمل بعضهما البعض، وذلك انطلاقاً من الموقع الذي تحتله كل منهما في قانوني المسطرة المدنية أو المسطرة الجنائية.

بمعنى آخر، إن ما تم التنصيص عليه في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، لا يمكن حصره في القاضي الجنائي وحده، وإنما يمكن أن يطال أيضاً كل القضاة الذين ينظرون في القضايا المدنية والإدارية والتجارية دون تمييز. وهذا ما تؤكدته الفصول من 295 إلى 299 من قانون المسطرة المدنية، ويصحّ العكس بالنسبة لما نص عليه الفصل 391 من هذا القانون، بدليل أن المشرع المغربي في هذا الفصل الأخير، أشار فيه إلى ما يفيد سوء نية القاضي عندما ينظر في القضايا

³⁰⁷ مثل المشرع المغربي في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية والمشرع المصري في المادة 146 من قانون المرافعات المدنية التي حسب الفصل 250 من قانون المرافعات الجنائية: "تتبع في نظر طلب الرد والحكم فيه، القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، وانظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة 669 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

المرفوعة إليه، سواء ما يتعلق بانحرافه عن الهدف المتوخى منه أو وظيفته، أثناء القيام بعمله أو الامتناع أصلاً من القيام بهذا العمل الذي ينتظر الخصوم نتائجه دائماً، وفق ما هو منصوص عليه في القانون.

وبالمقابل، فإنه نص في الفصل 273 من قانون المسطرة الجنائية وفي الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية، على أوضاع قانونية خاصة، يكون فيها القاضي وهو ينظر في النزاع المعروض عليه، بحيث يستحيل أن يحكم بالعدل في هذا النزاع، وهو في إحدى هذه الأوضاع. ومن ثم، فإنه لا يمكن أن تطل هذه الأوضاع القاضي الجنائي وحده دون القاضي المدني أو التجاري أو الإداري، أو العكس، على اعتبار أن هؤلاء يجمعهم جميعاً مرفق قضائي واحد لا يمكن تجزئته.

ولهذه الاعتبارات، يمكن أن نؤكد بأن السبب في اعتبار جميع القضاة يشتركون أو يخضعون إلى مسطرتي التجريح والمخاصمة دون تمييز، وذلك لأن الأسباب أو الحالات التي تقتضي ممارسة هاتين المسطرتين تجعل من القاضي الذي توجه إليه هذه المساطر، أن ينحرف عن العدالة، بهدف تحقيق المصلحة الخاصة دون المصلحة العامة، أو مصلحة الخصوم، وهذا ما يتنافى مع تحقيق هذه العدالة المسندة إليه بسبب وظيفة عمله، وإلا لما نص المشرع على إجراءات مسطرية أخرى لا تتحقق ذات العدالة إلا بها.

وبعبارة أوضح، أن الهدف الذي يشترك فيه كل من التجريح والمخاصمة عند التنصيب عليها في قانون المسطرتين هو الحيلولة دون فقد الخصوم الثقة في السلطة القضائية، أو في نزاهة أحكامها في بعض الحالات الخاصة التي تحدد اللجوء إلى هاتين المسطرتين لهؤلاء الخصوم⁽³⁰⁸⁾، على اعتبار أنهما مناط حياد القاضي الذي بدوره يسعى إلى الحصول على ثقة المتقاضين⁽³⁰⁹⁾.

النقطة الثالثة: تقديم طلب التجريح والمخاصمة إلى الجهة المختصة بنفس الطريقة

إذا ما سلمنا بأن إجراءات وشروط تقديم طلب التجريح والمخاصمة إلى الجهات المختصة تختلف باختلاف طبيعة المراحل التي تمر بها هذه الإجراءات، فإن طريقة هذا التقديم لا تختلف فيها، وهذا ما ينبغي توضيحه فيما يلي:

1- إن المشرع المغربي لم يحدد شكلية معينة يتم من خلالها تقديم الطلب، من غير شكلية الكتابة والتوقيع عليه، في كل من التجريح والمخاصمة إلى الجهة المختصة، وإنما لشرط هذا التقديم لإثارة موضوع هذين الإجراءين، وذلك وفق ما تم تسطيره في القانون فقط، وذلك حتى يتمكن المضرور من نقل الدعوى من القاضي المجرح أو

308 مصطفى صخري: م. س، ص. 50.

309 عبد العزيز حضري: م. س، ص. 50.

المخاصم (بفتح الصاد) إلى قاض آخر أكثر تجردا وحيادية في حالة تحقق التجريح، أو الحصول على التعويض في حالة تحقق المخاصمة. ولهذا السبب، فإن قبول أو عدم قبول الطلب في إحدى حالات أحد هذين الإجراءين السابقين، لا يرتبط بالشكالية التي يقدم بها إلى الجهة المكلفة بالنظر فيه، وإنما هو رهين بمدى توفر الأسباب القانونية التي يتأسس عليها عند هذا التقديم، وكذا إرفاقه بالمستندات التي تبين مدى ارتباطها بهذه الأسباب⁽³¹⁰⁾.

2- إن الجهة المختصة بالنظر في طلب التجريح والمخاصمة ملزمة بالبت في هذا الطلب داخل مدة محددة⁽³¹¹⁾ ووجيزة⁽³¹²⁾، وذلك من أجل معرفة ما إذا كان هذا الطلب مقبولا، فيتتحي القاضي عن النظر في الدعوى التي هي موضوع دعوى التجريح أو المخاصمة، أو مرفوضا فيلتزم الخصم الخاسر في هذا الطلب بتلك الغرامات المنصوص عليها في القانون إلى جانب تعويض القاضي المجرح أو المخاصم، إذا طلب بهذا التعويض⁽³¹³⁾.

ومن خلال هذا التوضيح، يمكن أن نؤكد بأن كلا من طلب التجريح وطلب المخاصمة يشتركان عند تقديمهما بكون أنهما يمران

310 سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 724.

311 يلاحظ أن هذه المدة حددها قانون المسطرة المدنية دون قانون المسطرة الجنائية.

312 أنظر الفصلين 296 و399 من قانون المسطرة المدنية.

313 يقضي قانون المسطرة المدنية في الفصل 298 بأن القاضي المجرح إذا كانت لديه نية رفع دعوى التعويض ضد طالب التجريح، لا يحق له المشاركة أو الاستمرار في نظر الدعوى التي كانت موضوع التجريح.

بمرحلتين أساسيتين وهما: مرحلة النظر في قبولهما، ومرحلة البت في موضوعهما، وذلك بغض النظر عن الشروط أو الإجراءات التي يشترطها المشرع المغربي في كل منهما.

المرحلة الأولى: مرحلة النظر في قبول الطلبين

تكمن أهمية هذه المرحلة في التأكد من الجهة المكلفة بالنظر في الطلبين المذكورين ما إذا كانا مبنيين على أسس قانونية، أم ليسا كذلك. ومن ثم، وجوب النظر في ما إذا كانت الشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون قائمة أم غير قائمة، وأيضا معرفة ما إذا كانت المستندات أو الأدلة المرافقة لهذين الطلبين، مما يستدعي تأييدهما أو رفضهما بخصوص الوسيلة المثارة فيهما⁽³¹⁴⁾.

المرحلة الثانية: مرحلة البت في موضوع الطلبين

بعد حسم الجهة المختصة بالنظر في كل من طلب التجريح والمخاصمة، تأتي مرحلة البت في موضوع هذين الطلبين، بحيث أن الأمر إذا تعلق برفض أحد هذين الطلبين، فإن هذه الجهة تصدر حكمها معللا بتحديد الغرامات التي يؤديها الخصم الخاسر إلى الخزينة العامة، وذلك وفق ما تملكه من سلطة تقديرية في هذا التحديد. وفي هذا الصدد، أكدت المادة 282 من قانون المسطرة الجنائية بأنه "يعلل الأمر القضائي الصادر برفض طلب التجريح، يمكن الطعن فيه أمام المجلس الأعلى،

³¹⁴ أنظر مثلا، ما نصت عليه المادة 278 من قانون المسطرة الجنائية.

غير أن تقديم هذا الطعن لا يحول دون متابعة المسطرة، ولا دون صدور الحكم في الدعوى".

أما إذا تعلق الأمر بقبول أحد هذين الطلبين، فإن نفس الجهة تصدر حكماً أو قراراً يقضي بإبعاد القاضي المجرح أو المخاصم من النظر في الدعوى التي كانت السبب في تجريحه أو مخاصمته إلى جانب ما يمكن الحكم به من تعويضات لصاحب الطلب.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن قانون المسطرة الجنائية قد بين بوضوح بأنه في حالة صدور أمر بقبول طلب التجريح، فإن هذا الأمر لا يمكن الطعن فيه بصفة مطلقة. وفي هذا الصدد، أكدت المادة 281 من نفس القانون بأنه "لا يعلل الأمر الصادر بقبول طلب التجريح ولا يقبل أي طعن، ويترتب عنه التخلي عن الدعوى فوراً، من طرف القاضي أو القضاة الذين وقع تجريحهم"⁽³¹⁵⁾.

وإذا كان قانون المسطرة المدنية، لم يشر إلى ما يفيد ما نص عليه قانون المسطرة الجنائية في المادة المذكورة، فإنه من باب تحصيل الحاصل، أنه إذا تعلق الأمر بدعوى المخاصمة التي ترفع مباشرة أمام محكمة النقض، فإن ما تصدره هذه المحكمة، لا يمكن الطعن فيه، وذلك

315 بمقتضى هذه المادة، فإن القاضي المجرح إذا كان يشكل جزءاً من الهيئة الحاكمة في نطاق القضاء الجماعي، فإن هذه الهيئة يجب إعادة تشكيلها من جديد.

للطبيعة الاستثنائية التي تتميز بها⁽³¹⁶⁾ بخصوص إصدار الأحكام والأوامر⁽³¹⁷⁾.

ويمكن أن تنتهي من هذه النقطة إلى القول، بأن المشرع المغربي لم يميز بين طلب التجريح والمخاصمة في طريقة تقديمهما إلى السلطة المكلفة بالنظر فيهما⁽³¹⁸⁾، أو أنه ميز في الشكلية التي يشترط توفرها في هذين الطلبين⁽³¹⁹⁾، وإنما اهتم فقط بإثارة موضوع هذين الإجراءين وفق ما تم تسطيره في القانون الذي ينظم أحكامهما، وذلك تحت طائلة اتباع مجموعة من الإجراءات والشروط التي تخص كلا منهما بهدف تمكين المضرور من تنحي القاضي عن السير في الدعوى أو الحصول على التعويض فيها.

316 في هذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية بأنه من "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة 272 من قانون المرافعات يدل على أن أحكام محكمة النقض، لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، وهي واجبة الاحترام في ما خلصت إليه، أخطأت أم أصابت، باعتبار أن محكمة النقض هي قمة السلطة القضائية، في سلم ترتيب المحاكم. ومرحلة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي، وأحكامها باتة لا سبيل إلى الطعن فيها". الطعن رقم 8569، سنة 66 ق. جلسة 8 يوليوز 1997، س. 48، ص. 1089، أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 735.

317 من المعروف أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) لا يشكل درجة من درجات التقاضي حتى يمكن إخضاع أحكامه إلى طرق الطعن العادية أو غير العادية، إلا ما استثناء المشرع في بعض القضايا التي ينظر فيها على سبيل الحصر.

318 وهذه الطريقة هي إيداع الطلب أو المقل أو المذكرة في كتابة ضبط المحكمة التي يمارس فيها القاضي المجرح أو المخاصم عمله أو وظيفته، على اعتبار أنها هي الجهة المختصة برفع هذا الطلب إلى الهيئة القضائية المكلفة بالنظر فيه.

319 حصر المشرع المغربي هذه الشكلية في الكتابة والتوقيع فقط.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التجريح والمخاصمة من حيث المبدأ

إن أوجه الاختلاف بين التجريح والمخاصمة من حيث المبدأ، يمكن حصرها في نقطتين رئيسيتين: تتعلق إحداها ببيان أسباب وحالات قيامهما، وتتعلق ثانيهما بالإجراءات والشروط التي تقتضي القبول بهما.

النقطة الأولى: بيان أسباب التجريح وحالات المخاصمة

إن الحكمة من التمييز بين التجريح والمخاصمة من الناحية القانونية تبدو واضحة من خلال الأسباب أو الحالات التي تعتبر مصدر قيامهما، وإلا لما لجأ المشرع المغربي إلى التتصيص عليهما، تحت أبواب مختلفة، في قانون المسطرتين المدنية والجنائية. ولهذا السبب، نحن نرى توضيح هذه الأسباب أو الحالات في كل من التجريح والمخاصمة على حدة، قبل إبراز أهم نقط الخلاف بينهما في هذا النطاق.

أ- أسباب التجريح:

يلاحظ بالنسبة للمشرع المغربي أنه نص على أسباب التجريح في كل من قانون المسطرة الجنائية والمدنية معاً، ولكن دون أن يراعي الدقة في الصياغة، أو التوازن في حصر الحالات المذكورة في هذين القانونين، وإن كان موضوع هذه الأسباب متقارب في كل منهما، فما

هو هذا الموضوع ؟ وإلى أي حد يمكن التسليم بسلامة صياغته التشريعية ؟

1- موضوع أسباب التجريح:

إذا كان التجريح قد قرره المشرع المغربي لمصلحة أحد الخصوم في الدعوى العمومية أو المدنية، فإن موضوع هذا التجريح يختلف باختلاف الأسباب أو الحالات التي أوردها نفس المشرع على سبيل الحصر، في قانون المسطرتين الجنائية والمدنية، وذلك بالشكل الذي سبق بيانه، وهذا الموضوع يمكن حصره فيما يلي:

أولاً: تحقيق مصلحة شخصية⁽³²⁰⁾ للقاضي المجرح أو زوجه

إذا كان من المسلم به، أن القاضي يقوم بوظيفة الفصل بين الخصوم، فإن نتيجة هذه المسلمة، تقتضي أن لا يفصل فيما يعرض عليه من الخصومات أو الدعاوى لمصلحة نفسه أو لمصلحة زوجه، لأن حياده المفروض عليه دستورياً يقتضي منه أن يتصرف بموضوعية. وإذا كان يمثل المجتمع، فإنه لا يجب أن يدافع عن مصالح ذاتية أو أنانية⁽³²¹⁾، مادام القانون في إطار هذا التمثيل يبين بوضوح أن

³²⁰ وقد اعتبر المشرع المغربي بأن هذه المصلحة الشخصية إما أن تكون مباشرة أو غير مباشرة. ومثال النوع الأول: الحصول على بعض المزايا كتقديم الخدمات، أو التنازل عن الدين، أو توفير وظيفة لأحد أقارب القاضي أو زوجه، أو الحصول على هدية أو على ريع عقاري، أو الاستفادة من الكراء المجاني أو تهجير من كان يضايقه في جواره. أما المصلحة غير المباشرة، فمثلاً: استفادة أحد أقارب القاضي أو زوجه من الحكم الذي هو موضوع التجريح، أو إضفاء صفة شرعية على حق ما كل ليصبح كذلك لولا صدور هذا الحكم.

قضاة النيابة العامة هم ملزمون فقط بالمطالبة بتطبيق القانون الذي لا علاقة له بمصالحهم الخاصة، وإلا أصبحوا في ظل الإجراءات التي يقومون بها، مثلهم في ذلك مثل الأشخاص الإجراءيين غيرها من الذين خصهم المشرع بتحريك الدعوى العمومية لمصلحتهم الخاصة كالمُجنى عليه في جرائم الشكوى⁽³²²⁾، أو بعض الإدارات العمومية كإدارة الجمارك، والضرائب غير المباشرة، وإدارة المياه والغابات في الجرائم التي خصها المشرع بتحريك الدعوى العمومية فيها⁽³²³⁾.

والمصلحة الخاصة التي يمكن أن يحققها القاضي المجرح في الدعوى العمومية التي يرفع بها أو ينظر فيها، تجعل منه أن يكون طرفاً فيها، وهذا ما لا يمكن القبول به مادام القانون يخول له الفصل بين الخصوم، على سبيل الحياد، لا على سبيل اعتباره خصماً من الخصوم⁽³²⁴⁾، وذلك انطلاقاً من القاعدة القائلة بأنه لا يمكن الجمع بين الخصم والحكم في قضية واحدة.

والمشرع المغربي، عندما أكد بأنه يمكن تجريح القضاة، وذلك بناء على وجود مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة⁽³²⁵⁾، فإنه لم يشر إلى ما يفيد تحديد مفهوم هذه المصلحة، مما يعني أن هذا التحديد

321 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: المسطرة الجنائية، الجزء الأول، المؤسسات القضائية، 1991، ص. 55.

322 محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكوى، م. س، ص. 395.

323 أنظر نفس المرجع، ص. 422 ومبعدها.

324 O. Cayla : les deux figures du juge, le Débat 74, mars-avril 1993, p 164 – 174.

325 أنظر البند الأول من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية، والبند الأول من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية.

من المسائل الواقعية التي يختص بها قاضي الموضوع الذي يرفع إليه طلب التجريح.

وفي اعتقادنا، أن المقصود بالمصلحة المباشرة أو غير المباشرة والمشار إليها في هذه النقطة، قد تكون مادية أو معنوية، بحيث إنه ما كان لينتفع بها لولا استغلال سلطته القضائية أثناء عرض النزاع عليه للفصل فيه. وهذا ما يجعله أن لا ينصف في هذا النزاع، أو الميل إلى طرف دون آخر، وذلك من أجل الاستفادة من هذه المصلحة التي لا شك أنها ستؤثر في اقتناعه عند دراسته لوسائل الإثبات، أو عند إصداره للحكم في الدعوى التي ظل يتحكم فيها أثناء مختلف المراحل التي تمر بها.

أما الحكمة من تجريح القاضي انطلاقاً من مفهوم النقطة التي نحن بصددّها، فهي أن القاضي المجرح، يجرّد النص المراد تطبيقه من قوته الإلزامية. ومن ثم، العودة به إلى عهد القضاء الفردي، وذلك في ظل القضاء المرفقي الذي يشتغل فيه⁽³²⁶⁾. ومن هذا المنطلق، فإنه يكون بمثابة من ينكر العدالة، وذلك بسبب تعطيل العمل بالنص القانوني الذي ما كان عليه أن يجعله بهذا الشكل لو طبقه بنوع من الحيادية، أو التجرد على النزاع المعروض عليه.

³²⁶ O. Bolard. S. Guinchard : le juge dans la cité, J.C.P, 22 Mai 2002, I 137.

ويفهم من هذه النتيجة، أن القاضي عندما يستغل النزاع المعروف عليه لمصلحته الشخصية، يكون مخلا بالتزاماته القانونية التي تفرض عليه أن لا يجعل من نفسه خصما، أو أن يحل محل أحد الخصوم الذي يحاييه، وإلا أصبح هذا العمل يتجافى مع كرامته الشخصية⁽³²⁷⁾. وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي بشكل صريح في بعض أحكامه، وذلك عندما اعتبر بأن "قضاة ونواب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بكرسيف قد انتصبوا مطالبين بالحق المدني في مواجهة الطاعن، فإن هيئة المحكمة الابتدائية بمن فيها قاضي الحكم، وقاضي النيابة العامة تعتبر طرفا في النزاع، وبالتالي مجرحة بقوة القانون، علما أن التنازل عن المطالب المدنية المعلن عنه لاحقا، لا يزول معه سبب التجريح المذكور" (328).

ففي هذا الحكم، إشارة واضحة إلى مدى المصلحة الشخصية التي كانت السبب في تجريح القضاة، وذلك بغض النظر عن وظيفتهم في درجات التقاضي المختلفة، وذلك تأسيسا على البند الأول من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية. ومن ثم، فإنه من هذا المنطلق يمكن أن نؤكد على أمرين:

327 تقضي محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها بأن "الشارع قصر حق الطعن على طالب الرد وحده دون القاضي المطلوب رده، أخذا في الحسبان أن القاضي ليس طرفا ذا مصلحة شخصية، وأنه مما يتجافى مع كرامته أن يسلك مع الخصم سبيل الطعن في الحكم القاضي برده"، أورد هذا الحكم سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 705.

328 قرار المجلس الأعلى عدد 7/1808 الصادر بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف عدد 07/8551. أنظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة الجنائية، الجزء الثاني، م. س، ص. 101.

الأمر الأول: أن التجريح يخص شخص القاضي، وليس الدعوى المرفوعة أمامه، مما يفهم معه بأن هذا القاضي متى تحقق سبب أسباب التجريح يصبح غير أهل للنظر في هذه الدعوى، وذلك نظرا لتغليب مصالحه الشخصية على المصلحة العامة التي يقتضيها القانون أثناء الفصل في أي خصومة، وهي تحقيق العدالة أو المساواة بين الخصوم⁽³²⁹⁾.

الأمر الثاني: إن تغليب المصلحة الشخصية على المصلحة العامة أثناء نظر القاضي في الخصومة المرفوعة أمامه، يمس بالنظام العام الذي لا يمكن مخالفته، حتى ولو تنازل هذا القاضي عن هذه المصالح، وذلك نظرا لطبيعتها الشخصية التي لا تأثير لها على التجريح الذي يقوم بقوة القانون، بمجرد تحقق سببه.

ثانيا: استغلال القاضي المجرح للقراءة من أجل الانحياز إلى أحد الخصوم

إن المشرع المغربي أخذ بالقراءة كسبب من أسباب التجريح بمفهومها الواسع، وذلك بالرغم من حصرها بشكل محدد في البند الثاني من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية⁽³³⁰⁾، بحيث اعتبر في هذا البند، بأن القراءة، بالإضافة إلى الأصول والفروع، فإنها تشمل أيضا

³²⁹ Ph. Nérac : les garanties d'impartialité du juge répressif, J.C.P 78, I 2890.

³³⁰ وهذا البند يقابله البند الثاني من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية.

القربة من جهة الأب (331) والأم (332) والزوجة (333) إلى الدرجة الخامسة (334).

أما علة اعتبارها من أسباب التجريح، فإن القاضي قد تجله أن يميل إلى أحد الخصوم الذي يرتبط بهذه القربة، مما يؤثر في حياده الذي هو أساس الفصل بين هؤلاء الخصوم، وقد اعتبر القضاء المقارن في هذا الخصوص بأنه "يقع باطلا، عمل القاضي أو قضاؤه، في الأحوال المتقدمة الذكر حتى ولو تم باتفاق الخصوم" (335).

وهذا يعني أن مبدأ الحياد هو من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته أو التنازل عنه من الخصوم. ومن ثم، فإن التجريح في حالة تحقق القربة التي نحن بصدها يجب أن يتم تلقائياً، ودون حاجة إلى إثارته بطلب أحد هؤلاء الخصوم، إلا كإجراء قانوني فقط، وليس كعلة للفصل أو عدم الفصل في موضوع الدعوى المرفوعة أمام القاضي المجرح (336).

وبناء على هذا التوضيح، فإن المشرع الجنائي المغربي، لم يكن موفقاً في اعتبار التجريح إمكانية تقوم على الاختيار فقط، ذلك لأن مبدأ

331 القربة من جهة الأب تعني الأعمام.

332 القربة من جهة الأم تعني الأخوال.

333 القربة من جهة الزوجة أو الزوج تعني الأصهار إلى الدرجة الرابعة.

334 إذا كان الأعمام يأتون في الدرجة الرابعة، فإن أبناءهم يجب أن يأتوا في الدرجة الخامسة.

335 حكم أورده سعيد أحمد شلعة: م. س، ص. 693.

336 وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة 148 من قانون المرافعات المصري: "إن علاقة القربة تقتضي بذاتها وبغير حاجة إلى طلب من أحد الخصوم تنحية القاضي عن نظر الدعوى استيفاء لمظهر الحيادة الذي يجب أن يظهر به أمام الخصوم والجمهور". أنظر نفس المرجع السابق.

الحياد يجد أساسه في مبدأ استقلال القاضي عن الخصوم، بالإضافة إلى استقلاله عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. ولذلك، فإننا إذا سلمنا بأن التجريح إمكانية فقط، فإن المبدأين المذكورين يفقدان قيمتهما القانونية كمبدأين دستوريين، وهذا ما يحتم قيام التعارض بين القانون الأساسي والقانون العادي الذي لا يمكن التسليم به على الإطلاق.

وفي هذا الصدد، أكدت الفقرة الثالثة من الفصل 109 من الدستور الحالي بأنه **"يعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة"**، وفي هذه الفقرة إشارة إلى أمرين:

الأول: أن الاستقلال والتجرد أو الحياد هما أمران متلازمان، بحيث لا يمكن فصل أحدهما على الآخر. ومن ثم، فإنه في حالة قيلم أحد أسباب التجريح يعني أن القاضي حتما سيتخلّى عن مبدأ الحياد الذي هو أساس تحقيق العدالة بين الخصوم.

الثاني: إن جنوح القاضي إلى الإخلال بالمبدأين المذكورين، يعتبر منه ذلك خطأ مهنيا جسيما، يحق لأحد الخصوم بالإضافة إلى تجريحه أن يرفع بشأنه دعوى المخاصمة لمطالبته بالتعويض، ما لم يكن هذا الخطأ يشكل جريمة يتابع من أجلها أمام القضاء الجنائي المختص بمتابعة القضاة.

كما يفهم من هذه الفقرة أيضا، أن مفهوم القاضي ينصرف إلى عموم القضاة الذين يشتغلون بهذه الصفة، في إحدى المرافق القضائية،

سواء تعلق الأمر بالنيابة العامة أو بقضاء الحكم، مما يعني أن نص الفصل 274 من قانون المسطرة الجنائية تم نسخه بمقتضى الدستور الذي هو أسمى من القوانين العادية (337).

وإذا سلمنا بهذا التدرج في مصادر القاعدة القانونية، فإن تجريح قضاة النيابة العامة إلى جانب قضاة الحكم، لا يجب التمييز فيه بين مختلف الحالات التي تكون فيها كطرف أصلي أو كطرف منضم. وهذا ما جعلني أن أختلف مع بعض الفقه المغربي (338) الذي اعتبر بأن منع تجريح قضاة النيابة العامة يتحقق عندما لا يكون لهؤلاء سلطة تقديرية، وذلك بسبب تضرر المتهم منها عند ممارستها.

ثالثا: قيام علاقة مودة أو عداوة مشهورة بين القاضي المجرح

وأحد الخصوم

إن المشرع المغربي لم يحصر أسباب التجريح في المصالح الشخصية للقاضي أو القرابة التي لها علاقة بالنزاع المعروض عليه، وإنما أخذ أيضا بعين الاعتبار علاقة المودة أو العداوة التي قد يتأثر بها هذا القاضي أثناء النظر في هذا النزاع وفي مختلف مراحل الدعوى. ولهذا السبب، فإنه أعطى للطرف الآخر، حق رفع طلب التجريح إلى

337 ومن هذا المنظور، فلنأخذ نرى بأنه أصبح من اللازم على المشرع الجنائي حذف الفصل 274 من قانون المسطرة الجنائية أو على الأقل تعديله، كما سنرى ذلك في الباب الثاني من هذه الأطروحة، خاصة وأن القضاء المغربي خرج عن صمته منذ سنين خلت ليعتبر بأن هذا الفصل أصبح غير دستوري في مضمونه وشكله.

338 أحمد الخليلي: م. س، ص. 73.

الجهة المختصة، حتى يستطيع الحصول على ما يبعد هذا القاضي عن إصدار أي أمر أو قرار أو حكم، في النزاع المعروض عليه.

وقد جعل المشرع المغربي عنصر المودة⁽³³⁹⁾ بين القاضي المجرح وأحد الخصوم في درجة القرابة، وذلك لما تلعبه من دور في التأثير على الميول إلى طرف دون آخر. ومن ثم، الابتعاد عن الحياد أو التجرد عند النظر في القضية المعروضة للفصل فيها، وهذا ما يفسد العدالة أمام المرفق القضائي.

ويمكن أن نفهم من هذا الاتجاه التشريعي، بأن الأخذ بعنصر المودة ضمن أسباب التجريح، فيه إشارة واضحة إلى أن هذه الأسباب يحكمها النظام العام. ومن ثم، فإنه لا يكفي الاعتماد فيها على الاختيار عند قيامها، بين إثارتها أو عدم إثارتها، وإلا فإنه عندئذ سنخل بأهم مبدأ دستوري، وهو الاستقلالية والتجرد لدى القضاء في النزاعات المعروضة عليهم للفصل فيها كما سبق القول بذلك قبل قليل، على اعتبار أن ذلك قد يؤثر في اقتناعهم عند دراستهم لوسائل الإثبات التي قد يتم ترجيحها لمصلحة طرف دون آخر أثناء إصدار الحكم في هذه النزاعات، أو التعسف في استعمال السلطة التي ترتبط بإصدار الأوامر أو القرارات أثناء مرحلة سير الدعوى في مراحلها المختلفة.

³³⁹ ويدخل في المودة، الصداقة وإكرام الضيف وإسداء الجميل والشكر على عطاء ومدح أو رثاء، إلى غير ذلك من التصرفات التي يمكن أن تؤثر على عمل القاضي أو قضائه أثناء النظر في الدعوى التي هي موضوع التجريح.

أما العلة في اعتبار هذا العنصر الذي نحن بصدد سببا من أسباب التجريح، فإن المشرع المغربي لا يريد من القاضي أن يجعل من هذا السبب، الوسيلة الأساسية لإرضاء أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر حتى ولو لم يتضرر هذا الأخير من الحكم أو القرار أو الأمر الذي صدر ضده أو لمصلحته، لأن المشرع المغربي عندما جرح القاضي، إنما جرحه لاعتبارات شخصية مرتبطة بالقانون الذي يحمي حق التقاضي لذاته⁽³⁴⁰⁾، وليس لاعتبارات موضوعية تتعلق بالدعوى أو النزاع المعروض عليه⁽³⁴¹⁾. وما يقال عن عنصر المودة، يمكن أن يقال أيضا عن عنصر العداوة بين القاضي المجرح وأحد الخصوم، على اعتبار أن هذا الأخير قد يتعرض من خلال النزاع الذي ينظر فيه هذا القاضي إلى انتقام وليس إلى تفضيل الخصم الآخر عليه فقط.

وقد اشترط المشرع المغربي، في هذا العنصر حتى يكون سببا للانتقام شرطين أساسيين وهما:

الشرط الأول: أن تكون العداوة كسبب من أسباب التجريح مشهورة بين القاضي المجرح وأحد الخصوم. وفي هذا الشرط، إشارة واضحة إلى أن هذا الأخير لا يكفي منه أن يدعي هذه العداوة فقط، أثناء النظر في النزاع من أجل أن يتخذها ذريعة لإحالة هذا النزاع إلى قاض

³⁴⁰ وهذا ما أكد عليه القضاء المصري في إحدى أحكامه. أنظر سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 712.

³⁴¹ وقد اعتبر القضاء المصري في هذا الصدد بأن "صلاحية القاضي لنظر الدعوى، وصحة عمله وبطلانه تدور وجودا وعدما، مع توافر حالة بعينها من الحالات التي بينها المشرع في النصوص القانونية على سبيل الحصر". أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 692.

آخر، وذلك لبعض الاعتبارات الشخصية التي لا علاقة لها بموضوع العداوة الحقيقية التي تبرر الانتقام منه بالشكل المطلوب قانوناً، وإنما لابد من قيام هذه العداوة في الواقع الخارجي، وبشكل مشهود بها بين الناس.

الشرط الثاني: أن تكون هذه العداوة قائمة، قبل رفع النزاع أمام القاضي المراد تجريحه. أما إذا طرأت هذه العداوة أثناء النظر في هذا النزاع، ففي اعتقادنا، أنه لا يجب أن تكون سبباً للتجريح، وذلك لغياب عنصر الشهرة فيها، وهذا ما يمكن استخلاصه من البند ما قبل الأخير من نص المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، والذي أكد عليه القضاء المغربي في بعض أحكامه، وذلك بمناسبة تجريح الشهود المؤسس على نفس الاعتبار وهو العداوة (342).

رابعاً: قيام علاقة قانونية بين القاضي المجرح وأحد الأطراف

إن المقصود بهذه العلاقة، أن يكون القاضي المجرح له ارتباط بأحد الخصوم، بحيث إن هذا الارتباط يخضع في تأصيله إلى القانون وليس إلى العلاقات الاجتماعية المبنية على المصالح الخاصة أو على القرابة، أو المودة أو العداوة. ولذلك، فإن هذه العلاقة التي نحن بصددنا يشترط فيها إما أن تكون مبنية على نزاع أو دعوى سبق الفصل فيها أو

³⁴² قرار المجلس الأعلى عدد 1259 الصادر بتاريخ 28 شتنبر 2011 في الملف عدد 2011/6/8223، حيث هذا القرار بأن "العبرة في تجريح الشاهد للعداوة، هو وقت تصريحه أمام الضابطة القضائية وليس وقت أداء شهادته أمام المحكمة" أنظر مجلة قضاء محكمة النقض العدد 74، سنة 2012، ص. 362.

على المديونية أو على تقديم استشارة أو دفاع أو على علاقة تبعية في العمل.

النوع الأول: العلاقة القانونية المبنية على نزاع أو دعوى بين القاضي المجرح وأحد الأطراف

إن هذه الحالة نص عليها البند الثالث من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية⁽³⁴³⁾، وقد اعتبرها المشرع المغربي كسبب من أسباب التجريح لأن القاضي المجرح فيها يستحيل عليه أن يبقى على حياده أو تجرده، مع خصمه السابق، إذا ما أصبح بهذه الصفة في دعوى أو نزاع معروض عليه بصفته قاضيا للنظر فيه أو إصدار حكم بشأنه.

ويبدو أن المشرع المغربي أخذ بعين الاعتبار هذه الحالة كسبب من أسباب التجريح، لأن ذلك قد يجعل من القاضي المجرح أن ينتقم من خصمه في دعوى كانت قائمة بينهما، وذلك عن طريق ترجيح كفة الخصم الآخر، في النزاع أو الدعوى المعروضة عليه. وهذا ما قد يجعله أن يحدد على العدالة المطلوبة تحقيقها، في هذا النزاع من خلال القانون الموكل إليه بتطبيقه.

ولكن الملاحظ، أنه حتى لا يبقى سبب التجريح الذي نحن بصددده سيفا مسلطا على القاضي المراد تجريحه بصفة دائمة، اشترط المشرع المغربي أنه يجب الأخذ بهذا السبب في بحر السنتين الموالتين

³⁴³ وهذا البند يقابله البند الثالث من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية.

لانتهاء النزاع أو الدعوى التي كانت قائمة بين هذا الأخير والخصم الذي يرفع طلب التجريح بشأنه. أما إذا كان هذا النزاع أو هذه الدعوى خارج نطاق السنتين المذكورتين من انتهائهما، فإن سبب التجريح يكون غير قائم، وذلك لبعد المدة الزمنية بين ما كان قائماً بينهما وبين النزاع الذي أصبح ينظر فيه القاضي المراد تجريحه.

ويفهم من هذا الشرط، أنه إذا كان بين القاضي والخصم الذي يرفع بطلب تجريحه إلى الجهات المختصة بالنظر في هذا الطلب نزاعاً حديث العهد أو معاصراً للنزاع المعروض على هذا القاضي للنظر فيه، والذي أصبح خصمه طرفاً فيه، فإنه من باب أولى أن لا ينظر في ما هو معروض عليه لانعدام شرط الأقدمية الذي يشترطه المشرع المغربي لإمكانية اعتباره سبباً من أسباب التجريح⁽³⁴⁴⁾.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن معنى المعاصرة الواردة في الشرط الأخير من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية أن يكون النزاع أو الدعوى القائمة بين الطرفين كسبب من أسباب التجريح قد تم رفعها في وقت لاحق من رفع الدعوى التي هي موضوع التجريح، وإنما على العكس، يجب رفعها في وقت سابق من هذه الدعوى الأخيرة حتى يمكن اعتبارها من هذه الأسباب، وإلا فعندئذ لا يصح تجريح القاضي بسبب لزال غير قائم، أو أنه طرأ في وقت لاحق من وضع هذا القاضي ليده

³⁴⁴ وهذا ما يؤكد عليه الشرط الأخير من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية بقوله "... دعوى لاتزال جارية...".

على الدعوى المراد تجريحه فيها ⁽³⁴⁵⁾. حتى ولو كانت الدعويان متوازيتين في المعاصرة، لأن الأمر عندئذ يتعلق بتعطيل الفصل في القضايا بدون مبرر ⁽³⁴⁶⁾، وهذا ما جعل من نفس المشرع أن يفرض غرامة مالية على طالب التجريح، في حالة عدم قبول طلبه ⁽³⁴⁷⁾.

النوع الثاني: العلاقة القانونية المبنية على إبداء الرأي في نفس الدعوى التي هي موضوع التجريح

بالرجوع إلى البند الخامس من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية ⁽³⁴⁸⁾، يتبين من خلاله أن المشرع الجنائي المغربي أورد فيه أسباب التجريح المبنية على العلاقة التي نحن بصدها على سبيل الحصر، لا على سبيل المثال، وإن كان قد استعمل "أو" البديلية التي تفيد عدم التحديد في الشيء المراد الاختيار في الأخذ به، على اعتبار أن جوهر هذه العلاقة يرتبط بالقضية التي تكون قد ولدت سبب التجريح

345 وفي هذا الصدد قضى القضاء المصري بأن "النص في الفقرة الأولى من المادة 148 من قانون المرافعات على جواز رد القاضي عن نظر الدعوى إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا وجبت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، مشروط بأن تكون الخصومة سابقة على رفع الدعوى المطلوب رده فيها". أنظر سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 711.

346 ولعل السبب في عدم التجريح في هذه الحالة، هو أن الدعوى التي لاتزال قائمة بين الخصم والقاضي المراد تجريحه يكون الحكم فيها غير قائم حتى لا يؤثر على أحد الطرفين. أنظر المادة 285 من قانون المسطرة الجنائية.

347 يقضي هذا البند بأنه "إذا كان (القاضي) قد سبق له أن قدم استشارة أو رافع أو مثل أمام القضاء في قضية، أو نظر فيها بصفته حكماً، أو ألقى فيها بشهادة، أو بت فيها في طورها الابتدائي" ويقابل هذا البند، البند الخامس من المادة 146 من قانون المرافعات المصري التي تقضي بأنه "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى، ممنوعاً من سماعها ولو لم يردده أحد الخصوم في الأحوال الآتية: 5- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها، ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكمة، أو كان قد أدى الشهادة فيها".

بإحدى الإجراءات التي يقوم بها القاضي المجرح في مرحلة من مراحل التقاضي، وليس بهذه الإجراءات التي قد يفرضها عليه عمله أن يقوم بها في كل قضية.

ومع أهمية هذه الملاحظة، فإن البند الذي نحن بصدده يثير إشكاليتين: تتعلق إحداها بعدم وضوح مدلول "القضية" التي تكون سبب التجريح، ما إذا كان يشترط فيها أن تكون لها علاقة بالدعوى أو النزاع الذي هو موضوع التجريح، أم يكفي فقط، أن يقوم القاضي المجرح بإحدى الإجراءات المنصوص عليها في هذا البند حتى ولو كانت القضية المذكورة فيه، لا علاقة لها بهذا النزاع مادام الأمر يتعلق فقط بوجود علاقة قانونية تربط هذا القاضي بأحد الخصوم الذي أصبح طرفاً في الدعوى المرفوعة أمامه للنظر فيها ضد الخصم الآخر الذي يجرحه.

ومن جهة أخرى، ما هي حدود المدة الزمنية التي تخول لهذا الخصم الأخير أن يقوم خلالها لتقديم طلب التجريح ضد القاضي المراد تجريحه، هل هي مدة محددة بالشكل المنصوص عليه في البند الثالث من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، أم يجب الأخذ بها حتى ولو كانت غير محددة ؟

قبل أن نجيب على هذين السؤالين، يتضح لنا بأن المشرع الجنائي المغربي ظل يتناقض مع نفسه فيما هو نحن بصدده، وذلك من ناحيتين: من ناحية أولى، أنه يحاول مما نص عليه في البند المذكور

حماية الخصم من القاضي المجرح بشكل مطلق، ومهما كانت القضية المرفوعة أمامه متى كان هذا الخصم طرفا فيها، وذلك بغض النظر عن المدة الزمنية التي ترفع فيها هذه القضية الموجبة للتجريح، وهذا ما نرفضه كما سنرى ذلك عند الإجابة على الأسئلة التي سبق طرحها قبل قليل.

من ناحية ثانية، أنه يحاول حماية القاضي المجرح، والذي يستطيع أن يتمسك بعدم وضوح الهدف التشريعي من أسباب التجريح المذكورة في البند المشار إليه أعلاه، فيتحايل نتيجة هذا الغموض على خصمه، فيحكم بالشكل الذي يريد في النزاع الذي هو موضوع التجريح، وذلك دون مراعاة لأي تجرد أو حياد في هذا الحكم. وهذا أيضا، ما لا يمكن القبول به.

ولكي نخرج من هذا التناقض، سنحاول الإجابة على السؤال الأول، وذلك من خلال المدلول العام للتجريح الذي هو محور المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، حيث كان المشرع المغربي قد نص في البند الخامس من هذه المادة بشكل مطلق على القضية التي يعتبرها سببا للتجريح، فإنه يتضح لنا من خلال الشطر الأخير من هذا البند بأن المراد بهذه "القضية" ليس مجرد أي قضية كان القاضي قد أبدى فيها برأيه لمصلحة أحد الخصوم الذي يمكن أن يحكم لمصلحته في الدعوى المعروضة عليه، وإنما المراد بها هي نفس القضية التي هي

موضوع هذه الدعوى (349)، وذلك في مختلف مراحلها اللاحقة من تحريكها أو إصدار حكم بشأنها.

ونحن نعتمد في هذا التبرير، على أن القاعدة القانونية مهما كانت في أي مجموعة قانونية، فإن اللاحق منها يخصص السابق عليها. وهذا ما يجب الأخذ به في البند المذكور، وإلا فإن القاضي يمكن أن ينحاز إلى أحد الخصوم، حتى ولو لم تكن أسباب التجريح قائمة، وذلك إما لبعض الاعتبارات الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية التي قد يستحيل على الخصم الآخر إثباتها، أو التمسك بها وهي خارجة عن نطاق هذه الأسباب.

أما بخصوص الجواب على السؤال الثاني، فيبدو لنا واضحا بأننا إذا أخذنا بعكس الجواب السابق، فإن المشرع المغربي حتى ولو لم يذكر المدة التي يجب أن تتحقق فيها إحدى الأوضاع القانونية المنصوص عليها في البند الخامس المذكور للتمسك بالتجريح أو الأخذ به، فإن هذه المدة قد نص عليها في البند الثالث من المادة 273 المذكورة. ومن ثم، فإن سبب عدم ذكرها مرتبط بالحيولة دون التكرار فقط. أما إذا أخذنا بمضمون الجواب على السؤال الثاني، فإن تحديد المدة لا داعي للتنصيص عليها مادام أن الأمر يتعلق بنفس القضية التي لا بد أن تمر

349 حيث يؤكد هذا الشطر بأن القاضي لا يمكن تجريحه إلا "إذا كان قد سبق... أن نظر فيها بصفته حكما، أو أدلى بشهادة أو بت فيها في طورها الابتدائي".

بمراحل مسترسلة، ومتصلة ببعضها البعض، وهذا الجواب الأخير هو الذي نرجحه.

وإذا كان القضاء المغربي لم يناقش مثل هذه الأوضاع القانونية، فإن القضاء المقارن تناولها بشكل جعل منه أن يعتبرها هي محور التجريح، وذلك استنادا إلى أمرين اثنين:

الأمر الأول: إن القاضي المجرح، متى سبق أن أبدى رأيه في الدعوى المعروضة عليه، في مرحلة من مراحل التقاضي، باعتباره إما قاضيا من قضاة النيابة العامة عند تحريكها، أو قاضيا من قضاة التحقيق عند إصدار أمره فيها، أو قاضيا من قضاة الحكم عندما بت في موضوعها، حيث إنه في جميع هذه الحالات يكون غير صالح لنظر نفس الدعوى في مرحلة لاحقة، سواء في مرحلة الاستئناف أو في مرحلة النقض⁽³⁵⁰⁾، وذلك "خشية تشبثه برأيه الذي أبداه، فيشل تقديره ويتأثر به قضاؤه"⁽³⁵¹⁾.

وفي هذا الصدد، اعتبر القضاء المصري بأن الأمر إذا استوجب الفصل في الدعوى الإدلاء بالرأي في مسائل أو حجج أو أسانيد عرض لها القاضي لدى فصله في خصومة سابقة، وأبدى رأيا فيها، فإنه يكون غير صالح لنظر الدعوى، وممنوعا من سماعها، وإلا

350 وهذا ما أكد عليه الفصل الرابع من قانون المسطرة المدنية بشكل صريح، حيث يقضي هذا الفصل بأنه "يمنتع على القاضي أن ينظر قضية في طور الاستئناف، أو النقض بعدما سبق له أن نظر فيها أمام محكمة أولى درجة".

351 حكم أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص ص. 84-85.

كان حكمه باطلا" (352). وفي هذا المعنى أكد نفس القضاء بأنه "في مثل هذه الأحوال على القاضي أن يتمتع من تلقاء نفسه عن الحكم في الدعوى، ولو لم يطلب أحد الخصوم رده، وإلا وقع قضاؤه باطلا متصلا بالنظام العام لصدوره من قاض محظور عليه الفصل" (353).

ويبدو من هذا الاجتهاد القضائي، أن المقصود بمعنى إبداء الرأي هنا، هو أن القاضي الذي أصبح ينظر من جديد في نفس الدعوى التي حرر فيها محضرا، كضابط من ضباط الشرطة القضائية أو قام فيها بإحدى إجراءات تحريك الدعوى العمومية كقاض لدى النيابة العامة، أو أصدر قرارا أو أمرا باعتباره قاضيا من قضاة التحقيق أو تنتصيب نفسه كدفاع أو اختياره كخبير أو حكم بين الخصوم ويصبح مقتنعا بأمر ما كان ليتغير لديه، في وقت لاحق أو يصعب تغييره من جهة، أو لكونه أصبح ملحا سلفا بعمل قد يجعل له رأيا في ذات الدعوى يتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن من موضوعها، وذلك حتى يستطيع أن يزن حجج الخصوم، في حييدة وتجرد (354)، من جهة أخرى. ويفهم من هذا الشرط، أن القاضي إذا لم يكن قد أبدى فعلا برأيه، في شكل هذه الدعوى أو موضوعها، فلا يمكن تجريحه بصفة مطلقة، كما لو كان القاضي المعروض عليه النزاع كاتباً للضبط و

352 نفس المرجع، ص. 686.

353 حكم أورده مصطفى مجدي هرجة: رد ومخالصة القضاة وأعضاء النيابة العامة في المجالين الجنائي والمدني، 2005، ص. 13.

354 نفس المرجع السابق.

قاضيا من قضاة القضاء الواقف، على اعتبار أن هؤلاء لا يبدون بأي رأي في مثل هذه الأوضاع القانونية، وذلك إما لأن كاتب الضبط يسجل ما يملأ عليه فقط، أو أن القضاء الواقف يطالب فقط بتطبيق القانون (355).

وفي هذا المعنى، أكد القضاء المصري بأن "مجرد تقرير قاضي المحكمة الابتدائية تأجيل قضية إلى جلسة أخرى، لأي سبب من الأسباب لا يدل على أنه كون لنفسه رأيا فيها، يمنعه من الفصل في القضية الاستئنافية" (356).

ونحن نؤيد هذا الرأي، وذلك لسببين. يتعلق أحدهما، بكون الرأي الذي يجرّد القاضي عن حيده، ينبغي أن يكون مؤثرا في مجرى الدعوى، في مختلف المراحل التي تمر بها، وذلك انطلاقا من اقتناعه بالحجج المطروحة أمامه بشأنها، من جهة أو أنه أصبح ملما سلفا، بما قد يؤثر على رأيه في المستقبل عند عودته للنظر فيها في مرحلة لاحقة من مراحل التقاضي (357)، من جهة أخرى.

355 يؤكد القضاء المصري في هذا الصدد، بأنه "من المقرر أن القبض على المتهم أثناء محاكمته، قبل الفصل في الدعوى المقامة عليه، لا يدل بذاته على أن المحكمة قد كونت في الدعوى رأيا نهائيا ضده، إذ هو إجراء تحفظي يؤمر به في الأحوال التي يجيزها القانون مما يدخل في سلطتها المخولة لها بمقتضى القانون". أورد هذا الحكم، مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 15.

356 في هذا الصدد، يقضي الفصل الرابع من قانون المسطرة المدنية بأنه "يمنع على القاضي أن ينظر قضية في طور الاستئناف أو النقض، بعدما سبق له أن نظر فيها أمام محكمة أولى درجة".

357 P. Draï : le juge ? revue des deux monde, novembre 1995, p 61 – 71.

أما السبب الثاني، فيمكن حصره في كون المشرع المغربي يمنع على القاضي النظر في النزاع المعروض عليه مرتين⁽³⁵⁸⁾، وذلك انطلاقاً من كون أنه لا يمكن الجمع بين صفتين، وهما صفة القضاء والدفاع، أو القضاء والضابطة القضائية، أو صفة قضاء الحكم وقضاء التحقيق، وهكذا... وهذا ما أكد عليه البنود الخامس والسادس من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية، والبنود الخامس والسادس من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية⁽³⁵⁹⁾.

وهذه القاعدة القانونية لم يأخذ بها المشرع المغربي في التجريح فقط، وإنما أخذ بها في نطاق الاختصاص كقاعدة عامة⁽³⁶⁰⁾، وأيضاً في نطاق التنظيم القضائي الذي يحدد هذا الاختصاص في مختلف درجات التقاضي⁽³⁶¹⁾.

أنظر الفصل الرابع من قانون المسطرة المدنية.

358

وفي هذا السياق، اعتبر القضاء المصري بأنه "لما كانت المادة 247 من قانون الإجراءات الجنائية قد حددت الأحوال التي يمتنع فيها على القاضي نظر الدعوى، لما بينها وبين وظيفة القضاء من تعارض. ومن هذه الحالات، أن يكون القاضي قد قلم في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي أو بوظيفة النيابة العامة، أو بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة". أنظر: مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 25.

359

أنظر الفقرة الثانية من الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية. وفي هذا الصدد، يقضي الفصل 517 من نفس القانون بأنه "إذا كان قاض من قضاة محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية أو زوجه طرفاً في الدعوى بصفة مدع أو مدعى عليه أصدر الرئيس الأول للمجلس الأعلى (محكمة النقض) بناء على طلب من يعنيه الأمر قراراً يقضي بتعيين المحكمة التي ستنظر في القضية خارج دائرة محكمة الاستئناف التي يزاوّل القاضي فيها مهامه، وذلك خلافاً لقواعد الاختصاص المشار إليها في هذا القانون، يكون كل حكم صادر بدون هذا القرار باطلاً".

360

أنظر المادتين 24 و25 من ظهير التنظيم القضائي للمملكة.

361

الأمر الثاني، أن القاضي الذي سبق أن كون رأيا في النزاع المطروح عليه، في درجة أدنى من درجات التقاضي، أو باعتباره خبيراً أو شاهداً أو حكماً أو ضابطاً من ضباط الشرطة القضائية، يجعله في درجة لاحقة من درجات هذا التقاضي أن يبعد الحجج التي سبق أن لم يقتنع بها، أو التي تم طرحها من جديد، وهذا ما يعدم لديه صفة الحيطة أو الاستقلالية التي يعتبرها الدستور المغربي الحالي في حالة مخالفتها أو التعارض معها، خطأ مهنياً جسيماً يستوجب المتابعة إذا اقتضى الأمر ذلك (362).

وإذا تحكم في إبعاد الحجج في الدعوى التي ينظر فيها، يكون قد أخل بأصل من أصول المحاكمة التي تنقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى توزيع العدالة بين الخصوم (363)، وهذه هي العلة التي جعلت المشرع المغربي أن ينص على قواعد التجريح في قانون المسطرتين المدنية والجنائية.

وإذا سلمنا بأن الاطمئنان في التقاضي هو أساس التجريح، فإن المشرع المغربي يجب أن لا يتناقض في أحكامه، فيعتبره تارة هو إجراء جوازي، وتارة أخرى يعتبر بأنه في حالة قيام أسبابه يجعل من الأحكام الصادرة بدون الأخذ به باطلة بقوة القانون.

362 أنظر الفقرة الثالثة من الفصل 109 من هذا الدستور.

363 N. Dion : le juge et le désir du juste, recueil Dalloz 1999, 18^e cahier chronique, p 195 – 199.

ولهذا السبب، ففي اعتقادنا، أنه لما كان الخطاب التشريعي في النص القانوني، وبصفة خاصة في النص الإجرائي، موجه إلى القاضي وليس إلى الخصوم، فإنه من المسلم به، أن القاضي الذي يدرك بأن هناك سببا من الأسباب التي تجرحه، يجب عليه أن يرفع بطلبه إلى الجهة المختصة، وذلك من أجل رفع يده على النظر في الدعوى المرفوعة أمامه، أو أن يتخطى عن إحدى الإجراءات التي تقتضي تحريك هذه الدعوى أو السير فيها، وإلا كان هذا العمل باطلا بقوة القانون، على اعتبار أن الخصم الذي خول له المشرع حق التجريح نادرا ما يدرك هذا الحق. ومن ثم، فإنه لا يمكن منح هذا الحق بشكل اختياري، وتحت طائلة مجموعة من الشروط، وإلا فإن القاضي المجرح قد ينتهي إلى نفس النتيجة التي يمنعها عليه هذا المشرع، وهي عدم حيده، أو انحيازه إلى حيث تقوم مصلحته الشخصية، وهذا ما يعدم عدالة التقاضي في أساسها السليم.

وفي هذا الصدد، لا يمكن القول بأن القاضي المجرح لا يمكن أن يعلم أو يدرك الأسباب التي تجرحه، فيستمر في نظر الدعوى التي هي موضوع التجريح، لاسيما وأن البندين الخامس والسادس من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية⁽³⁶⁴⁾ لا تدع مجالا للشك، في الحيلولة دون

364 أنظر نفس البندين من الفصل 295 من ق.م.م.

إدراك الحالات الواردة فيها من القاضي المجرح⁽³⁶⁵⁾. وهذا ما جعل من بعض الفقه⁽³⁶⁶⁾ أو الاجتهاد القضائي المقارن⁽³⁶⁷⁾، أن يعتبر التجريح من النظم العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته، والذي يسمح بإثارة هذا التجريح في أي مرحلة من مراحل التقاضي متى تم التسليم بنص الدستور الذي يقتضي بأن القاضي الذي يتجرّد من الاستقلالية أو من الحيّدة في عمله، يعتبر مرتكباً لخطأ جسيم يمكن متابعته، كما بينا ذلك أكثر من مرة.

النوع الثالث: العلاقة القانونية المبنية على المديونية بين طالب

التجريح والقاضي المجرح

وقد نص المشرع المغربي على هذه العلاقة في البند الرابع من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية والمادة 273 من ق.م.ج. وقد اعتبرها من أسباب التجريح، لأن لها علاقة بالروابط الاجتماعية التي قد تثير ميول القاضي نحو طرف دون آخر من أطراف الخصومة التي تعرض أمامه. ولهذا السبب، يجب إثارة الانتباه إلى أنه يكفي قيام هذه العلاقة لاعتبارها سبباً من أسباب التجريح، حتى ولو لم تكن موضوع

365 أما مسألة التجريح من أحد الطرفين، فهي مسألة شكلية فقط، وذلك من أجل التأكد ما إذا كانت أسباب هذا التجريح قائمة فعلاً أم أن لقاضي أو الخصم يريدان فقط التهرب من الفصل في الدعوى أو تعطيل هذا الفصل فيها ؟

366 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 34 - 35.

367 تقضي محكمة النقض المصرية في هذا الصدد، بأنه "على الرغم من أن سبب الرد (أي التجريح) حدث في الجلسة الأخيرة التي نظرت (المحكمة) فيها الدعوى، ومضت في نظرها دون أن تمكن الطاعن من اتخاذ إجراءات الرد، وأصدرت حكمها المطعون فيه، فإن الحكم يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون، قد بني على إجراءات باطلة" الطعن رقم 4556، سنة 66 ق. جلسة 29 أبريل 1998. أورده مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 35.

هذا التجريح، وسواء قام بشأنها نزاع أو لم يقم لأنها في جميع الأحوال تكون سببا مؤثرا في حيدة القاضي المجرح، وبصفة خاصة إذا كان هذا الأخير مدينا لأحد الخصوم، فتنازل له عن الدين مقابل ما يصدره من أحكام لمصلحته.

وفي اعتقادنا أنه من أجل اعتبار المديونية سببا من أسباب التجريح، لابد من توفر شرطين:

الشرط الأول: أن تكون المديونية وفق ما هو منصوص عليه

في القانون المدني

وهذا يعني أن تكون المديونية ثابتة بمقتضى مستند قانوني، ومؤسس على نفس الأركان، والشروط التي يشترطها هذا القانون، سواء عند إنشاء هذا السند أو الآثار المترتبة عليه عند تنفيذه أو عند انتهاء مدته، وذلك بغض النظر عن طبيعته أو مصدره أو سببه⁽³⁶⁸⁾. أما إذا كان غير ذلك، فلا يمكن القول بقيام هذه المديونية. ومن ثم، اعتبارها سببا للتجريح حتى ولو كانت قائمة فعلا، في الواقع الخارجي ولم يستطع أحد الطرفين إثباتها.

الشرط الثاني: أن تكون المديونية قائمة وقت عرض النزاع

على القاضي

³⁶⁸ أنظر في هذا الصدد جميع الأحكام المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والفصول من 228 إلى 448 من نفس الظهير.

ومعنى هذا الشرط، أن المديونية التي تكون سببا للتجريح يجب أن تكون سابقة عن عرض النزاع على القاضي المراد تجريحه. أما إذا انتهت أو قامت بعد هذا العرض، ففي اعتقادنا، أنها لا يمكن اعتبارها من هذه الأسباب لزوال أثرها الذي يمكن أن يؤثر على اقتناع القاضي أو حيده.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن المشرع المغربي لم يشترط في هذا الزوال مدة زمنية فاصلة بين قيام العلاقة التي نحن بصددتها، وعرض النزاع الذي هو موضوع التجريح على القاضي الذي كان جزءا من هذه العلاقة، وذلك انطلاقا من كونها مجرد تعامل، فإذا انتهى هذا التعامل انتهت العلاقة التي كانت السبب في التجريح، سيما وأنه لا يمكن أن يستمر الأثر الاجتماعي أو الاقتصادي الذي تتركه بين القاضي وبين مدينه أو دائته، بالشكل الذي تتركه العداوة أو المودة أو الدعوى التي كانت بين هذين الأخيرين حتى يمكن اشتراط مرور مدة معينة، كما هو منصوص على ذلك في البند الثالث من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية⁽³⁶⁹⁾، والذي يقابله نفس البند المنصوص عليه في الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية⁽³⁷⁰⁾.

369 يقضي هذا البند بأنه "إذا كان بين أحد الأطراف والقاضي أو زوجه أو أصولهما أو فروعهما دعوى لاتزال جارية أو انتهت منذ أقل من سنتين".

370 يقضي هذا البند بأنه "إذا كانت هناك دعوى قائمة أو انتهت منذ أقل من سنتين بينه أو بين زوجه أو أصولهما أو فروعهما وبين أحد الأطراف".

النوع الرابع: العلاقة القانونية المبنية على علاقة التبعية بين

القاضي وأحد الخصوم

إذا سلمنا وفق مقتضيات قانون الشغل بأن علاقة التبعية بعنصريها القانوني أو الاقتصادي، هي علاقة بمقتضاها يرتبط العامل برب العمل في مؤسسة اقتصادية أو مقولة معينة، وثبت قيام عقد الشغل بين الطرفين⁽³⁷¹⁾، فإنه من هذا المنظور، لا يمكن القول بقيام علاقة تبعية بين القاضي وأحد الخصوم، لاستحالة قيام هذه العلاقة بسبب استحالة استخدام القاضي للعمال في مؤسسة اقتصادية أو مقولة تجارية، لقيام حالة لتنافي لديه في هذه الحالة⁽³⁷²⁾، كما أنه من المستحيل أيضاً، اعتبار هذا الأخير مرتبطاً بعلاقة تبعية مع أحد الخصوم، وذلك لنفس السبب الذي هو التنافي في الوظيفة القضائية.

ولهذا السبب، فإنه يمكن فقط أن نأخذ بعين الاعتبار في هذا الوضع القانوني التبعية الاجتماعية التي تقتضي وجود علاقة مبنية على أساس الاشتغال لدى القاضي في منزله أو كبواب في العمارة التي يقطنها. وهذه العلاقة، لازالت لم ترق بعد، إلى اعتبارها علاقة تبعية

محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب، علاقات الشغل الفردية، ط 1981، ص. 480.
وفي هذا الصدد، يقضي الفصل 15 من الظهير المنظم للنظام الأساسي لرجال القضاء الصادر بميثاق قانون رقم 467-1-74 بتاريخ 26 شوال 1394 بأنه "يمنع على القضاة أن يباشروا خارج مهامهم ولو بصفة عرضية نشاطاً أياً كان نوعه بأجر أو بدونه...".

371

372

بمفهوم القانون الاجتماعي⁽³⁷³⁾، حتى يمكن الأخذ بها كسبب من أسباب التجريح.

وعلى العكس، فإن هذه العلاقة يمكن أن تقوم بين زوج القاضي وأحد الخصوم أو زوجه، إذا كان أحدهما يشتغل لدى الآخر في مؤسسته الاقتصادية أو في مقاولته التجارية. وعلى هذا الأساس، فإن صياغة البند السابع من المادة 273 من ق.م.ج. ونفس البند من الفصل 295 من ق.م.م. هي صياغة ليست سليمة، وذلك نظرا لعدم انسجامها مع علاقة التبعية في مفهوم قانون الشغل.

خامسا: تقديم الشكاية من القاضي إلى المحكمة التي يشتغل فيها ضد طالب التجريح

لقد نص المشرع المغربي على هذه الحالة في البند الأخير من المادة 273 من ق.م.ج. دون التنصيص عليها في الفصل 295 من ق.م.م. وانطلاقا من هذا التمييز، يمكن أن نعتبر بأن المقصود بالشكاية هنا، الشكاية المرتبطة بارتكاب الجريمة ضد القاضي في نطاق ما يسمى بجرائم الشكوى⁽³⁷⁴⁾ أو الادعاء المباشر، بحيث أنه من المسلم به في هذه الحالة أنه لا ينبغي أن يكون هذا القاضي عضوا في هيئة الحكم أو ينفرد بالنظر في الدعوى العمومية المترتبة عن تقديم هذه

373 فتحي عبد الصبور: الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ط 1985، ص. 212 ومابعدا.

374 كجرائم الخيانة الزوجية، وجرائم السرقة وخيانة الأمانة والنصب التي تقع بين الأصول والفروع أو بين الأزواج.

الشكاية. وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فالى أي حد يمكن التسليم بإمكانية تحريك هذه الدعوى ؟ وهل يصبح تجريح نفس القاضي متى قم الشكاية التي هي في حكم التبليغ أو الوشاية ؟

إذا أخذنا بعين الاعتبار الجواب على السؤال الأول، يمكن أن نؤكد حسب المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية التي تقضي بأنه "لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة"، أن بإمكان القاضي الذي يرفع شكايته إلى المحكمة التي يعمل فيها أن يحرك الدعوى العمومية متى كان قاضيا في هذه الهيئة القضائية على أنه بهذا العمل لا يؤثر في سير الدعوى أو الحكم فيها حتى يمكن تجريحه، وهذا ما لا يقبله المنطق القانوني السليم، وذلك لاعتبارين اثنين:

الأول: أن القاضي المشتكي في هذه الحالة، إذا قام بتحريك الدعوى العمومية، فإنه لابد من اللجوء إلى تكييف مضمون شكايته، وذلك حتى يستطيع أن يخضعها إلى نص محدد في القانون بالشكل الذي يريد⁽³⁷⁵⁾. ولذلك، فإنه إذا ما قام بهذا العمل فإنه بدون شك لا يستطيع أن يكون محايدا أو مجردا من أي ميل، سيما وأنه سيحاول أن ينتقم ممن يشتكي به. وهذا ما يؤثر على طمأنينة هذا الأخير الذي عادة ما يطمئن إلى قاضيه، في كل القضايا التي ترفع ضده أو لمصلحته أمام المحكمة المختصة للنظر فيها، وهذا ما لا يمكن القبول به بالنسبة لهذه

³⁷⁵ ونحن نقول بالشكل الذي يريد، لأن هناك من الجرائم ما تتنازعها مجموعة من النصوص التي يمكن أن تطبق عليها كجرائم الفساد والخيانة الزوجية، وجرائم السرقة وخيانة الأمانة وجرائم السب والقذف.

الحالة. ومن ثم، فإن ما جاء به البند الذي نحن بصدده يمكن القول بأنه ظل يتعارض مع ما نصت عليه المادة 274 المذكورة.

الثاني: أنه لا يمكن التسليم بأن يكون القاضي المشتكي خصما وقاضيا في نفس الوقت، وإذا تم التسليم بهذا الشكل، فإنه يمكن القول حتما، بأن التجريح لا يقدم ضد القاضي من منظور موقعه ما إذا كان قاضيا للحكم أو التحقيق أو عضوا في هيئة النيابة العامة، وإنما يقيم ضد صفته التي لا يمكن التمييز فيها بين هؤلاء، وهذا يعني أمرين، وهما: إما أن يقدم المشرع على حذف البند الأخير من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، أو تعديل صياغة المادة 274 من نفس القانون. وهذا ما يجب توضيحه في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

أما بخصوص الجواب على السؤال الثاني، ففي اعتقادنا أن التبليغ أو الوشاية بفعل يعتبره القانون الجنائي جريمة، لا يمكن للقاضي الذي بلغ أو أوشى به أن يحرك أو ينظر في الدعوى المترتبة عليه، وذلك انطلاقا مما يقوم عليه مبدأ الحياد الذي يشترط في القاضي من أجل النظر في هذه الدعوى أن لا يكون قد كون فكرة شخصية مسبقة على الحجج التي يمكن أن تطرح للموازنة فيما بينها. وهذا ما يجعلنا أن نؤكد بأنه من جانب آخر لا يجب النظر في نفس الدعوى، حتى ولو شاهد وقائع الجريمة المرتكبة بشكل متلبس بها، سواء كان قاضيا من قضاة النيابة العامة أو قاضيا من قضاة الحكم أو التحقيق، وذلك لنفس السبب

الذي هو الخوف من وقوعه في عدم الحيدة أو التجرد عند دراسته لهذه الوقائع أثناء النظر في الدعوى المرفوعة بشأنها⁽³⁷⁶⁾.

أما العلة من تجريح القضاة في جميع هذه الأوضاع القانونية، هو أن القاضي المجرح بمقتضى تقديم شكايته أو التبليغ عن الفعل المرتكب إنما يرتبط بتغيير مسار الدعوى، في حالة عدم تجريحه لأن التشيبت بالرأي الشخصي المسبق عن هذه الدعوى من حيث موضوعها أو الإجراءات المتبعة فيها أو الحجج المطروحة بشأنها، قد تجعل من القاضي المجرح أن يتجه بها نحو مسار غير المسار الذي يمكن أن تتخذه في الحالة التي ينعدم فيها هذا الرأي المسبق، وهذا ما قد يؤثر على العدالة بين الخصوم⁽³⁷⁷⁾.

2- مدى سلامة الصياغة التشريعية لموضوع التجريح في قانون المسطرتين المدنية والجنائية:

إن المقصود بالصياغة التشريعية للتجريح، هو كل ما يتعلق بالنهج المتبع في تصنيف حالاته، وأيضا مضمون هذه الحالات، سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية.

فمن الناحية الشكلية: يبدو لنا واضحا من المقارنة بين أسباب التجريح الواردة في نص المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، وبين تلك المنصوص عليها في نص الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية،

³⁷⁶ وهذا ما يمكن استخلاصه من عبارة "أو أدلى فيها" (أي في الدعوى) بالشهادة المنصوص عليها في البند الخامس من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية.

³⁷⁷ مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 35.

بأن الصياغة التشريعية لهذه النصوص، غير سليمة بخصوص الشكلية المفرغة فيها، وذلك من ناحيتين: من ناحية التصنيف، ومن ناحية التعداد.

أولاً: من ناحية تصنيف أسباب التجريح

يتضح لنا من التصنيف الذي اعتمده المشرع المغربي لأسباب التجريح في قانون المسطرتين، بأنه تم الاعتماد فيه على لتقديم والتأخير، بخصوص طالب التجريح والقاضي المراد تجريحه، بحيث إننا إذا استثنينا المصطلح المتعلق بالنزاع أو الدعوى⁽³⁷⁸⁾ التي تتناسب مع أحد القانونين، فإن الصياغة المستعملة في بيان هذه الأسباب ليست موحدة بين هذين القانونين، مما قد يترتب عنه عدم وضوحها أو حصرها بشكل لا يثير أي جدل بخصوص تضيق أو توسيع نطاقها، وهذا ما يترأى من خلال البند الثالث من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، حيث إن تقديم عبارة "أحد الأطراف" على عبارة "القاضي أو زوجه" ثم تعقيب هاتين العبارتين الأخيرتين بعبارة "أو أصولهما أو فروعهما" يفيد بأن هذه العبارة الأخيرة تنصرف إلى كل من عبارة "أحد الأطراف" وعبارة "القاضي أو زوجه" دون حصرها في

³⁷⁸ تم استعمال مصطلح "النزاع" في قانون المسطرة المدنية على اعتبار أنه هو الأصل في قيام الدعوى، في حين أنه تم استعمال مصطلح "الدعوى" بدل النزاع في قانون المسطرة الجنائية، لأن أصل هذه الدعوى ليس هو النزاع، وإنما هو الجريمة المرتكبة كما هو منصوص على ذلك في الشطر الأول من هذا القانون الأخير.

هذين الشخصين الأخيرين فقط، كما هو واضح من البند الثالث من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية.

وإذا سلمنا بهذا التفسير الأخير، فهل لأن القاضي لا يمكن تجريحه في حالة رفع الدعوى إليه للنظر فيها، إذا كانت لهذا الأخير قرابة أو مصاهرة مع أصول أو فروع أحد الأطراف التي لاتزال بينه وبين هذا الأخير دعوى أو انتهت منذ أقل من سنتين أم يمكن ذلك، وهذا ما لم توضحه الصياغة التي نحن بصدها.

وحتى بالنسبة للبند الثاني من الفصول المذكورة من قانون المسطرتين، هل المقصود بالقرابة أو المصاهرة الواردة فيه ينصرف مفهومها إلى تلك التي تخص القاضي أو زوجه الذي له علاقة بأحد الأطراف فقط، أم أن الأمر يتعلق حتى بالقرابة أو المصاهرة التي لهذا الأخير مع القاضي أو زوجه، وهذا أيضا قد يجعل من الصعب تحديد أسباب التجريح التي يمكن أن يتمسك بها الطرف الآخر.

وهذا ما ينطبق أيضا على البند الخامس من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية، حيث يلاحظ من هذا البند بأن النزاع الذي ينظر فيه القاضي في طور الابتدائي أو في مرحلة درجة أدنى من التقاضي يمكن أن ينظر فيه أيضا في الدرجة الأعلى دون أن يتعرض للتجريح بالشكل المنصوص عليه في نفس البند من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، لكون المشرع المغربي حصر أسباب التجريح في البند المذكور الوارد بنفس الشكل في الفصل 295 من قانون المسطرة

المدنية في خمس حالات فقط وهي: الاستشارة أو الترافع أو التخاصم أو التحكيم أو الشهادة دون إدخال "النظر في الدعوى" في المرحلة الابتدائية، فما هو السبب الذي جعل من نفس المشرع أن يضيف هذا السبب الأخير في قانون المسطرة الجنائية دون قانون المسطرة المدنية. وفي اعتقادنا أن هذا التناقض قد ينعكس على الاجتهاد القضائي بين غرف محكمة النقض التي نحن لا نرى، أن يكون هناك تناقض بين الأحكام القضائية ذات الطابع المدني، والأحكام القضائية ذات الطابع الجنائي بخصوص أسباب التجريح، على اعتبار أن هذا التكريس التشريعي قد لا يخدم العدالة بشكل سليم.

يضاف إلى هذا وذلك مسألة أساسية، وهي أن المشرع ظل يستعمل صياغات مجردة من مدلولها القانوني، وبصفة خاصة ما يتعلق بعبارة "التبعية" كما سبق القول بذلك قبل حين، والمنصوص عليها في البند السابع في كل من الفصل 295 من قانون المسطرة المدنية، والمادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، بحيث اتضح لنا بأن هذه العبارة استعملت في غير محلها، متى تعلق الأمر بالقاضي المراد تجريحه، وذلك لعدم انطباقها مع مقتضيات قانون الشغل المغربي.

ثانيا: من ناحية تعداد أسباب التجريح

يتضح من تعداد أسباب التجريح في كل من قانون المسطرتين المدنية والجنائية، نجد بأن هناك تفاوت في هذا التعداد في نطاق الفصول أو المواد المخصصة لهذه الأسباب في هذين القانونين، ولا

ندري السبب لماذا ؟ بحيث يلاحظ أن عددها في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية يصل إلى تسعة أسباب. في حين، أنها تبقى في حدود ثمانية في الفصل 295 من ق.م.م، ويتعلق الأمر بالسبب المرتبط بكون القاضي إذا كان مشتكيًا، فهل من منظور هذا السبب أن القاضي المدني لا يحق له أن يشتكي إلا أمام القضاء الجنائي. ومن ثم، فما هو الحكم في الحالة التي ينظر فيها بمقتضى حكم تمهيدي له علاقة بشكايته أمام القضاء الجنائي⁽³⁷⁹⁾؟ أم أن الأمر يتعلق بالحيلولة دون تكرار ما جاء في البند الثالث من هذا الفصل الأخير فقط، مع العلم أن قانون المسطرة المدنية أسبق في سياقها التاريخي من قانون المسطرة الجنائية. وإذا عكسنا الآية بالنسبة للقاضي الجنائي، فهل مفهوم الشكاية الواردة في البند الأخير من المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، هو مفهوم مختلف عما تم لتتصيص عليه في البند الثالث من نفس المادة ؟ أم هما أمران لهما دلالة قانونية واحدة.

إذا أخذنا بعين الاعتبار الجواب على السؤال الأول، نجد المشرع المغربي وإن كان لم يبين المقصود بـ"الشكاية" الواردة في المادة المذكورة، إلا أن الأمر يتعلق بالشكاية المباشرة، أو بالشكوى التي بمقتضاها يتم تحريك الدعوى العمومية في بعض الجرائم. ولهذا السبب، فقد اعتبرها المشرع الجنائي سببا للتجريح في نطاق المسطرة الجنائية

379 كما هو الأمر مثلاً في حالة إثبات النسب أمام محاكم الأسرة في الجرائم المرتكبة بين الأصول والفروع، وذلك من أجل الاستفادة من الإعفاء من العقاب أو التخفيف منه. أنظر: محمد التعدويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية: م. س، ص. 69 ومابعدها.

دون اعتبارها كذلك، في قانون المسطرة المدنية، وهذا هو السبب الذي جعلنا أن نرجح كون الأمر لا يتعلق بتكرار ما جاء في البند الثالث أو الوارد في كل من الفصل 295 من ق.م.م. والمادة 273 من ق.م.ج. وذلك لاستحالة الرفع بهذه الشكاية أمام القضاء المدني⁽³⁸⁰⁾.

أما بخصوص الجواب على السؤال الثاني، فيبدو لنا بأن التكرار المشار إليه في السؤال الأول غير قائم على اعتبار أن عبارة "الدعوى" الواردة في البند الثالث المشار إليه أعلاه كسبب من أسباب التجريح، ليست هي الشكاية التي يرفع بها القاضي ضد أحد الخصوم إذا ما تعرض إلى أحد الجرائم التي بمقتضاها يسمح القانون برفعها من المجنى عليه لتحريك الدعوى العمومية بشأنها، وهذا ما جعل تشريعنا الجنائي أن يجعل من هذه الشكاية سببا للتجريح لمصلحة المشتكى به.

أما من الناحية الموضوعية، فيبدو لنا بأن تكرار أسباب التجريح في كل من قانون المسطرتين الجنائية والمدنية لا مبرر له، وذلك لما قد يترتب عليه من تنافر وتناقض في الأحكام في حالة تطبيق هذه الأحكام في المجال العملي من جهة ولكون طلب التجريح، سواء ضد القاضي

380

يجب أن نشير هنا، إلى أن قانون المسطرة المدنية إذا لم ينص في الفصل 295 على ما نص عليه قانون المسطرة الجنائية في البند الأخير من المادة 273، فإنه حسم هذا الخلاف في هذا الشأن وذلك عندما نص في الفصل 517 على أنه "إذا كان قاض من قضاة محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية أو زوجه طرفا في الدعوى بصفة مدع أو مدعى عليه أصدر الرئيس الأول للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بناء على طلب من يعنيه الأمر قرارا يقضي بتعيين المحكمة التي ستنظر في القضية خارج دائرة محكمة الاستئناف التي يزاوّل القاضي فيها مهامه، وذلك خلافا لقواعد الاختصاص المشار إليها في هذا القانون، يكون كل حكم صادر بدون هذا القرار باطلا"، وهذا هو الهدف من التجريح.

المدني أو الجنائي عند تقديمه من المعنى بالأمر، فإن الجهة المكلفة بالنظر فيه هو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو الرئيس الأول لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) من جهة أخرى.

ولهذه الاعتبارات، فإننا نرى بأن هذه المؤسسة القانونية يجب تنظيم أحكامها، في ظهير التنظيم القضائي، وذلك في الباب المتعلق بـ"القضاة" الذي يمنع الجمع بينهم في محكمة واحدة، بسبب القرابة أو المصاهرة أو في هيئة حكم واحدة، بل وأن الفصل 25 من هذا الظهير يؤكد بأنه "لا يسوغ لأي قاض يكون أحد أقاربه أو أصهاره إلى درجة العمومة أو الخوالة أو أبناء الإخوة، محاميا لأحد الأطراف أن ينظر في ذلك النزاع وإلا اعتبر الحكم أو القرار باطلا".

وإذا تم التنصيب على أسباب التجريح في ظهير التنظيم القضائي، فإن ذلك لا يمنع من التنصيب على مسطرة هذا التجريح في قانون المسطرتين، وذلك بشكل يتناسب مع أحكام كل قانون على حدة، إذا لم نقل بوجوب التنصيب على هذه المسطرة في قانون المسطرة المدنية وحده، وذلك قياسا على مسطرة المخاصمة التي لا مجال لها في قانون المسطرة الجنائية.

ب- حالات المخاصمة:

لقد نص المشرع المغربي على حالات المخاصمة في قانون المسطرة المدنية فقط، دون قانون المسطرة الجنائية، وذلك في الفصل

391، وقد حددها في أربع حالات. فما هي هذه الحالات ؟ وما هي أهمية التنصيص عليها ؟

1- موضوع حالات المخاصمة:

إذا كان التجريح قد نص عليه المشرع المغربي لمصلحة أحد الخصوم الذي يكون في حالة نزاع مع الخصم الآخر الذي تربطه بالقاضي المختص بالنظر في هذا النزاع، إحدى الروابط التي سبق بيانها في النقطة السابقة، فإن المخاصمة نص عليها لمصلحة جميع الخصوم الذين يعتبرون أنفسهم بأنهم متضررون، وفق الحالات التي نص عليها نفس المشرع في الفصل 391 من ق.م.م. وهذا ما نوضحه فيما يلي:

أولاً: حالة الادعاء بارتكاب تدليس أو غش أو غدر من القاضي

المخاصم

يلاحظ من البند الأول من الفصل 391 المذكور، أن المشرع المغربي بنى المخاصمة في هذه الحالة على ثلاثة أسباب، وهي التدليس أو الغش أو الغدر، ولكن من غير أن يبين المدلول القانوني لهذه الأسباب كما فعل بالنسبة لإنكار العدالة التي حدد مفهومها في الفصل 392 من نفس القانون. وعلى هذا الأساس، فهل نحن نستطيع تحديد مفهومها أمام إغفاله من طرف المشرع المغربي، وذلك بالرغم من أنها هي الأسباب الشائعة في قيام دعوى المخاصمة، أم أن أمر هذا التحديد يجب أن يترك للسلطة التقديرية للقضاء.

السبب الأول: التدليس

إن تشريعنا المدني لم يعرف التدليس، سواء في قانون المسطرة المدنية أو في الالتزامات والعقود، إلا أنه بالرجوع إلى الفصل 52 من هذا الظهير الأخير يمكن أن نستخلص منه بأن التدليس هو كل ما يقتضي اللجوء إلى الحيل أو الكتمان أثناء القيام بعمل له علاقة بإبرام العقود، وذلك بهدف تحقيق مصالح شخصية خاصة لأحد المتعاقدين أو غيره ضد المتعاقد الآخر. وعلى هذا الأساس، فإن القاضي المخاضم إذا قام بمثل هذا العمل في أي نزاع أو دعوى يقتضي منه تحريك هذه الدعوى أو النظر فيها أو إصدار حكم بشأنها، فإنه يكون مرتكباً للتدليس. ومن ثم، يمكن مخلصته.

ويبدو أن بعض الفقه المغربي قد سار في هذا الاتجاه، وذلك بمناسبة اشتغاله على ظهير الالتزامات والعقود المغربي، بحيث اعتبر التدليس بأنه استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد⁽³⁸¹⁾. لكن هل يمكن أن ينطبق هذا التعريف على نفس المفهوم الذي يقتضيه نص الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية ؟

في اعتقادنا، أن الجواب على هذا السؤال يكون بالنفي، على اعتبار أن مفهوم التدليس الذي سبق بيانه، يتعلق بإبرام العقود. ومن ثم، فهو يؤثر في الإرادة ليعيب رضا أحد المتعاقدين لتكون النتيجة إبطال ما

381 مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، ط 1972، ص. 98.

تم إبرامه أو الاتفاق عليه. أما بالنسبة لما هو منصوص عليه في البند الأول من الفصل 391 المذكور، فالأمر ليس كذلك، لأن القاضي المعروض عليه النزاع لا يمكن اعتباره في مستوى أحد المتعاقدين بمفهوم القانون المدني عندما يصدر منه التدليس. ولذلك، فنحن نرى بأن القضاء المقارن كان أقرب إلى الصواب في تعريف التدليس من منظور مخاصمة القضاة، دون منظور القانون المدني.

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فقد عرفه القضاء المصري، وذلك عندما أكد بأن "المقصود بالتدليس هو انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه واجب القنون، قاصداً من هذا الانحراف إثارة لأحد الخصوم أو نكاية في آخر، أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي" (382).

وفي هذا السياق، عرفه بعض الفقه المقارن واعتبر التدليس بأنه هو "الخداع بالأعمال، والتصرفات التي تصدر عن القاضي، بقصد التضليل وتشويه الحقيقة توصلًا لإصدار الحكم على خصم لصالح الخصم الآخر الذي لا يكون الحق لجانبه" (383).

ومن نفس المنظور، عرفه بعض الفقه الآخر بأنه "انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون بقصد وسوء نية، لاعتبارات

حكم أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 724.

382

محمد مرعي مصعب: مخاصمة لقضاة، الجزء الأول، 2006، ص. 123، وهذا التعريف نقله عن إدوار عيد: موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء السادس، ص. 457.

383

خاصة تتنافى مع النزاهة كالرغبة في إثارة أحد الخصوم، أو الانتقام منه أو تحقيقا لمصلحة شخصية للقاضي⁽³⁸⁴⁾.

وحسب هذه المفاهيم التي تم من خلالها تحديد مفهوم التدليس الموجب للمخاصمة، فنحن نرى بأنها وإن كانت تتفق جميعها على بناء هذا المفهوم على سوء النية، فإنها لم تستطع أن تميز بينها وبين الغش الذي يشترك معه في هذه الظاهرة النفسية، كما أنه من جانب آخر اعتبرت المخاصمة، من خلال مفهوم التدليس بأنها مرحلة متطورة من مراحل التجريح، على اعتبار أن التصرف بسوء النية من القاضي بهدف تحقيق مصلحة شخصية أو الميل إلى أحد الخصوم، يعتبر في حد ذاته سببا من أسباب التجريح التي سبق بيانها، غير أن الفرق بين هذا الأخير وبين المخاصمة حسب هذه المفاهيم أن التجريح يجب أن تتم المطالبة به قبل كل دفع أو دفاع، وذلك بهدف إيقاف القاضي من اتخاذ أي إجراء من إجراءات الدعوى أو النظر فيها. في حين، أنه إذا لم يرق أحد الخصوم بهذا الإجراء القانوني وصدر حكم في هذه الدعوى وتضرر منه، فإنه من حقه أن يتابع القاضي باللجوء إلى المخاصمة باعتبارها طريقا أساسيا في هذه الحالة للمطالبة بالتعويض، وليس لتصحيح الحكم، كما هو الأمر في المراجعة أو إعادة النظر⁽³⁸⁵⁾.

384 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 143.

385 وهذا هو السبب الذي جعل من المشرع المغربي أن يدرج المخاصمة في نطاق ما سماه قانون المسطرة المدنية بـ"مساظر خاصة" والتي تتضمن إلى جانب المخاصمة، دعوى

وأمام هذا الغموض في تحديد مفهوم التدليس الذي يكون سببا من أسباب المخاصمة، فإننا نستطيع تعريفه ونعتبر بأنه "هو إخفاء ما كان يجب إظهاره من الوقائع، أو ما كان الاستشهاد به من نصوص القانون، وذلك بهدف تضليل العدالة عن طريق تغيير مسار الدعوى في مراحلها المختلفة".

ويفهم من هذا التعريف، بأن التدليس كسبب من أسباب المخاصمة يقوم على الأركان الثلاثة الآتية:

الركن الأول: أخذ القاضي بالوقائع من منظور قناعته لا من منظور اقتناعه

إذا كانت الوقائع مهما كانت طبيعتها مادية أو قانونية، تلعب دورا أساسيا في فهم القاضي للنزاع المعروض عليه ⁽³⁸⁶⁾، فإن هذا الأخير لا يجب الأخذ بهذه الوقائع من منظور قناعته، وإنما يجب الأخذ بها من منظور اقتناعه.

ومعنى أخذ القاضي بالوقائع من منظور قناعته لا من منظور اقتناعه هو أنه يعتمد في عدم الكشف عن المنهج الذي اتبعه أثناء مناقشة هذه الوقائع، على اعتبار أنه في هذه الحالة أنه يكتفي فقط في الإجراء الذي يقوم به أو الحكم الذي يصدره بمطلق الوقائع التي يريد أن يبرر بها النتيجة التي ينتهي إليها، وذلك دون بيان ما يجب الأخذ به أو عدم

الزور وتنازع الاختصاص، وذلك لبيان أهم اختصاصات محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا).

محمد التغويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية، م. س، ص. 75.

الأخذ به (387). ومن ثم، دون أن يمكن الخصوم من تحققهم من كون أنه قد اطلع على كل وقائع القضية والمستندات والأوراق المقدمة فيها، واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع، ومن أنه قد استخلص الوقائع الصحيحة في الدعوى من واقع الإثبات الذي يجيزه المشرع أو من واقع الأوراق المقدمة فيها، ومن أن القاضي فوق كل ذلك كله قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية، وأنه قد كيفها التكييف الصحيح، وأرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة (388).

ومن خلال هذا النهج غير السليم الذي يتبعه القاضي، في كل عمل مرفقي يقوم به وهو ينظر في النزاع المعروض عليه، يستطيع الخصوم إدراك ما إذا كان هذا القاضي عادلاً، في ما قام به أو لم يكن كذلك، وذلك إما عن طريق إحاطتهم علماً بعدم تطبيقه للقانون تطبيقاً صحيحاً على الوقائع المادية التي أثاروها، أو بسبب عدم الرد على طلباتهم، أو الدفع الجوهري التي دفعوا بها (389).

فإذا صدر من القاضي مثل هذا العمل بسوء نية، فإنه يعتبر مرتكباً للتدليس في عمله القضائي. ومن ثم، فإن قضاءه يكون موضوع المخاصمة التي يكون من حق أي متضرر من هذا التدليس أن يلجأ إليها

نفس المرجع، ص. 61. 387

مأمون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 107. 388

قرار المجلس الأعلى عدد 25 الصادر بتاريخ 15 يناير 1968. أنظر مجلة القضاء 389

والقانون، أبريل - ماي 1968، العدد 88 - 89، ص. 403.

للمطالبة بالتعويض، بالشكل المنصوص عليه في قواعد قانون المسطرة المدنية المتعلقة بهذه المخاصمة.

الركن الثاني: تضليل العدالة

ومعنى هذا الركن، هو إظهار نتيجة ما كان يجب الوصول إليها لو تم اتباع النهج السليم في السير بالدعوى، أو الإجراءات المتبعة إلى كشف الحقيقة التي هي سبب النزاع الذي أثاره الخصوم.

ومن مقتضى هذا الركن، فإننا إذا سلمنا بأن الحكم في الدعوى هو تلك النتيجة التي ينتهي إليها قضاء الحكم بعد تطبيق القانون الموضوعي والإجرائي على النزاع المعروض عليه، وذلك لإثبات موضوع هذا النزاع أو نفيه في إطار اختصاصات المحاكم المختلفة، ومهما كانت طبيعتها المرفقية⁽³⁹⁰⁾، فإن كل إخلال عمداً، بما يؤدي إلى هذه النتيجة بشكل غير سليم يعتبر مرتكباً للتدليس في نطاق الموضوع الذي نحن بصدد، سواء تعلق هذا الإخلال بالإجراءات المتبعة أثناء تحريك الدعوى العمومية أو السير فيها أو في أي خصومة مدنية أو جنائية أو تعلق بالنص المراد تطبيقه أثناء القيام بعملية التكييف، وهذا هو السبب الذي جعل من الفقه المقارن أن يعتبر التدليس هو انحراف القاضي عن عمله عما يقتضيه القانون بسوء نية⁽³⁹¹⁾، كما سبق بيان ذلك قبل قليل.

390 محمد التغدويني: م. س، ص. 7.
391 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 143.

ويتم هذا الانحراف بطرق مختلفة أبرزها إهمال مناقشة وسائل الإثبات أو الأخذ بما هو ثانوي دون الأصلي منها أو إخفاء وثائق ما كان يجب إخفاؤها، وذلك بالرغم من أنها تشكل أساس الحسم في كشف الحقيقة بين الخصوم، وذلك بعد الإدلاء بها من أحد هؤلاء، ثم الادعاء بأنها ضاعت أو أنها مجرد صورة شمسية غير مصادق عليها، أو الجنوح نحو حفظ أوراق الدعوى لإيهام المجنى عليه بأنه ليس محققا فيما يدعيه من وقوع الجريمة عليه.

الركن الثالث: تغيير مسار الدعوى المرفوعة أمام القاضي

المخاصم

ومعنى تغيير هذا المسار، هو إظهار القاضي للخصوم بأن الحق المتنازع فيه هو من نصيب هذا الخصم أو ذاك، وذلك بالرغم من أن الوقائع المادية والقانونية، وكذا جميع المستندات والدفعات تشير أو تؤكد بأن هذا الحق ليس من نصيبه، مستغلا في هذا الإطار تلك السلطة التقديرية التي خولها إياه القانون وبصفة خاصة، ما يتعلق بتقدير تقارير الخبرة المرفوعة إليه، أو القيام بإجراء يعلم أنه إجراء باطل، وذلك بهدف تضليل الخصم⁽³⁹²⁾ الذي يبدو بأنه يميل إليه من أجل تحقيق مصالح شخصية مرتبطة بهذا الشخص، قبل أن يتبين لهذا الأخير بأن الحكم ليس لمصلحته، وذلك نتيجة إغفاله عما يجب القيام به للدفاع عن حقه ضد الخصم الآخر.

392 محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 124.

ويتبين من هذه الأركان الثلاثة، أنه يشترط فيها لقيام التدليس الذي يشكل سببا لدعوى المخاصمة أن يكون القاضي دائما يتصرف بسوء نية. أما إذا كان حسن النية، فعندئذ يمكن للطرف المتضرر أن يلجأ إلى إحدى الطرق المقررة قانونا للطعن فيما يبدو له بأنه غير مشروع، وذلك بهدف الحد من الضرر الذي ألحق به، أو كان من الممكن أن يلحق به أو الوصول إلى مبتغاه الذي هو الأسف عن الحقيقة أو الاطمئنان إلى العدالة التي يتوخاها كل خصم في الخصومة أو الدعوى التي كان عنصرا فيها.

كما أنه يشترط في هذه الأركان، أن القاضي المخاصم يجب أن يلجأ إلى وسائل احتيالية أو غير مشروعة للتأثير على مسار الدعوى بالشكل الذي سبق بيانه. أما إذا كان هذا التأثير ناتجا عن قدراته الاجتهادية، أو أنه وقع في إغفال بشكل غير مقصود، فإنه أيضا لا يمكن القول بأنه صدر منه التدليس الذي يستوجب مخاصمته⁽³⁹³⁾.

ومن مقتضى هذين الشرطين، فإن القاضي المخاصم بناء على التدليس الذي يصدر منه أثناء النظر في النزاع المعروض عليه، أن الخداع الذي يقوم به ليس بالضروري أن يستهدف منه إظهار ما لا يجب إظهاره للخصوم، وإنما أيضا يمكن أن يلجأ إليه لخداع باقي أعضاء المحكمة التي يشتغل فيها⁽³⁹⁴⁾، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر

393 نفس المرجع، ص. 125.

394 محمد مرعي مصعب: م. س.

بالقضاء الجماعي أو بالهيئة التي هو عضو فيها، وهذا ما جعل من المشرع المغربي أن لا يحصر عنصر التدليس في قضاء الحكم فقط، وإنما حصره أيضا حتى في قضاة النيابة العامة⁽³⁹⁵⁾، متى كان هؤلاء القضاة لجئوا إلى هذا العنصر لتضليل الهيئة الحاكمة التي هو عضو فيها.

السبب الثاني: الغش

إذا كان الغش في الواقع الخارجي يرتبط بالعمل على التقليل من جودة الشيء موضوع التعامل، نتيجة اللجوء إلى وسائل احتيالية لإظهار صحة هذه الجودة، فإنه في نطاق الموضوع الذي نحن بصدده، وقع خلاف في تحديد مفهومه، حيث يرى أغلب الفقه بأنه في هذا التحديد، لا يختلف عن التدليس، وذلك لاشتراكهما في التحايل وسوء النية⁽³⁹⁶⁾.

وفي نفس هذا السياق، اعتبر القضاء المصري في أحكام كثيرة بأن المقصود بالغش والتدليس، هو انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه واجب القانون، قاصدا هذا الانحراف إثارا لأحد الخصوم أو نكاية في آخر أو تحقيقا لمصلحة خاصة للقاضي⁽³⁹⁷⁾.

395 أنظر الشطر الأخير من البند الأول من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

396 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 143. محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 124. وفي هذا السياق يعتبر هذا الأخير بأن "الغش يقترب مفهومه من الخداع الذي يفترض قيام القاضي بتحريف القواعد والأدلة عن سوء نية". أنظر نفس المرجع السابق.

كما يعرفه بعض الفقه الآخر بأنه "هو ارتكاب الظلم عن قصد بدافع المصلحة الشخصية أو بدافع كراهية أحد الخصوم أو محاباته". أنظر رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 171. حكم أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 724، وأنظر حكما آخر بنفس الصياغة تقريبا، أورده مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 148.

ويبدو أن المشرع المغربي خالف هذا النهج، وذلك عندما عدد التدليس بشكل منفصل عن الغش، مما يعني أن لكل منهما معنى متميزا عن الآخر، وهذا ما سار فيه بعض الفقه المغربي الذي هو بدوره اكتفى بهذا التعداد دون تحديد مفهومهما (398).

وأمام صعوبة تحديد مفهوم الغش في نطاق الفقه والقضاء، فإننا سنحاول تحديد هذا المفهوم مؤكدين بأنه "هو تغيير القاضي بسوء نية لمضمون الإجراءات المتبعة" (399) أثناء تحريك الدعوى العمومية أو السير فيها أو تغيير مضمون الوقائع بشكل قد تجعل من حيثيات الحكم أن لا تكشف عن الحق المتنازع عليه بين الخصوم".

ومن منظور هذا التعريف، نستطيع أن نؤكد بأن التدليس يختلف عن الغش بكونه يعتمد فيه القاضي على إخفاء الوقائع أو عدم مناقشة الأدلة لتضليل العدالة، والخصوم معا، في حين أن الغش يعتمد فيه نفس القاضي على تغيير مضمون هذه الوقائع لتضليل الخصوم فقط.

وعندما نقول بتضليل العدالة، يجب الأخذ بعين الاعتبار تضليل القاضي لباقي قضاة الهيئة التي هو عنصر فيها إلى جانب تضليل الرأي العام والخصوم في وقت واحد، وذلك لما يضر لجميع هذه العناصر من سوء النية عند القيام بإجراءات الدعوى أو الحكم فيها بهدف تحقيق

398 أنظر أحمد الخليلي: م. س، ص. 74 ومحمد عياط: م. س، ص. 79.

399 ومن أمثلة هذا التغيير، التزوير في تقرير الخبرة أو العمل على الحيلولة دون إشعار الخصوم لحضور أطوار هذه الخبرة أو تصرف النيابة العامة في محاضر الشرطة القضائية بشكل يتنافى مع استعمال السلطة التقديرية التي يخولها لها القانون عند اتصالها بهذه المحاضر.

مصالح معينة يراها كذلك، حتى ولو لم تكن مصالح شخصية أو الانحياز إلى أحد الخصوم.

أما الغش، فإن القاضي يتوخى من ورائه الإضرار بأحد الخصوم فقط، وذلك لبعض الاعتبارات الاقتصادية أو الاجتماعية أو الشخصية التي لا يتوخى من ورائها الإضرار بعملية التقاضي كما يفعل في حالة التدليس.

السبب الثالث: الغدر

إذا كان التدليس أو الغش يعتمد فيهما القاضي على الإخفاء أو الكتمان أو التغيير في كل ما يرتبط بوقائع الدعوى أو حيثيات الحكم لإظهار حقيقة غير التي يجب أن ينتهي إليها هذا الحكم، في الأحوال العادية التي تنتفي فيها هذه الصفات، فإن الغدر يرتبط بأشياء لا إخفاء فيها لتضليل العدالة وإنما هو مرتبط بطلب أو حكم بما هو غير مستحق أو يتجاوز هذا المستحق لمصلحة الإدارة أو لمصلحة الأفراد من الخصوم أو من غير الخصوم (400).

وإذا كانت بعض التشريعات المقارنة (401)، قد اختلفت مع المشرع المغربي في هذا العنصر، فإن الفقه الذي ظل يشغل على هذه

أنظر الفصل 243 من المجموعة الجنائية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 79.03.

ومن هذه التشريعات مثلاً، التشريع اللبناني الذي أورد في المادة 565 من قانون الإجراءات المدنية عبارة الرشوة بدل الغدر، وتقضي المادة 885 من التنظيم القضائي اللبناني بأنه "لا يجوز إقامة دعوى المخاصمة إلا في إحدى الحالات الآتية: 1- الامتناع عن إحقاق الحق. 2- الخداع أو الغش أو الرشوة أو الخطأ المهني الجسيم أثناء التحقيق في الحكم. 3- ورود نص خاص في القانون.

التشريعات لم يهتم بتعريفه بالشكل الذي فعل بالنسبة للتدليس والغش، إلا ما يتعلق بالتشريعين المصري والفرنسي. وعلى هذا الأساس، فقد عرفه الفقه الذي يشتغل على هذه القوانين بأنه هو "انحراف القاضي بقبول أمر أو منفعة مالية لنفسه، أو لغيره لا يستحقها"⁽⁴⁰²⁾.

وحيث إن هذه التشريعات، ذكرت في قوانينها الإجرائية الغدر إلى جانب الغش والتدليس من دون تحديد المقصود به، فإن القضاء لم يناقشه حسب علمنا كسبب من أسباب المخاصمة، وذلك إما لانعدام المطالبة بدعوى هذه المخاصمة نتيجة قيام هذا السبب، أو لأن القضاء يتعرض إليه باعتباره جريمة قبل أن يكون سببا لهذه الدعوى.

وبناء على هذا الغموض الذي ظل يكتنف "الغدر" كسبب من أسباب المخاصمة، فإننا سنحاول تعريفه، وذلك عندما نعتبر بأنه "هو استغلال القاضي لسلطته للمطالبة أو الحكم بغير ما هو مستحق أو بأكثر منه لمصلحة أحد الخصوم أو غيره، وذلك بشكل يخالف ما هو مقرر في القانون".

ويلاحظ من هذا التعريف، أن الذي يستوجب المخاصمة لا بد من اتصافه بالخصائص الآتية:

الأولى: الغدر جريمة جنائية تقوم على المس بالنظام العلم

الخطأ المهني الجسيم هو الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي".

مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص ص. 143 - 144.

اعتبر المشرع الجنائي المغربي، الغدر جريمة لأن القاضي أو الموظف العمومي يستغل سلطته في الإضرار بحقوق الغير التي تقتضي حماية تشريعية خاصة، وذلك بالرغم من أنه هو أولى من غيره في القيام بهذه الحماية، وهذا ما يستلزم توفر شرطين:

الأول: أن يكون هذا الإضرار قد تم بمناسبة قيام القاضي بعمله، وذلك عندما يقتضي منه هذا العمل القيام بإجراءات الدعوى أو التحقيق فيها أو إصدار حكم بشأنها. أما إذا كان هذا العمل خارج نطاق وظيفته أو خارج نطاق اختصاصه، فإنه لا يمكن القول بأنه يرتكب جريمة الغدر.

الثاني: أن يعتمد في استغلال سلطته للقيام بالإضرار المذكور على استغلال القانون في طلب أو فرض أو إصدار أوامر مخالفة لما هو مقرر في هذا القانون للحصول على مستحقات، أو الإعفاء منها لمصلحته أو لمصلحة غيره (403).

وقد اعتبرنا الغدر جريمة تقوم على المس بالنظام العام، لأن القاضي من خلال ارتكابها يقوم بعمل يخالف بمقتضاه قواعد القانون في التطبيق أو التنفيذ، وحيث يتحقق هذا العمل يكون الفاعل مرتكبا لجريمة ماسة بالنظام العام (404).

403 محمد التغويني: إشكالية التجريح في التشريع الجنائي المغربي، م. س، ص. 178 ومبعتها.

404 يعرف الفقه النظام العام بأنه "هو الأمر التشريعي المسطر في القاعدة القانونية التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها عند تطبيقها أو الإغفال على هذا التطبيق من طرف السلطة المأمورة به". محمد التغويني: م. س، ص. 173.

الثانية: الغدر يقوم على تبرير التصرف باسم القانون

ومعنى هذه الميزة أن القاضي الذي يسعى بسوء نية أثناء القيام بوظيفته أو بعمله القضائي إلى تحقيق ما نص عليه الفصل 243 من المجموعة الجنائية (405)، إنما يعتمد في تبرير هذا العمل على القانون. في حين، أن هذا الأخير يكون بريئاً من التبرير المؤسس عليه (406). ويفهم من هذا المعنى أن القاضي الذي يقوم بإحدى الأفعال المنصوص عليها في الفصل المذكور، إنما يتذرع بها فقط دون أن يكون لها أي أساس في القانون مما يجعله أن يتحايل على هذا القانون، وذلك للوصول إلى تحقيق أهداف ما كان يجب أن يصل إليها لولا هذا التحايل.

وهذا يعني أنه يقوم بعمل يحدث بمقتضاه تغييراً في طبيعة الحق الذي هو موضوع النزاع أو الاعتداء، ليس في الواقع المادي فقط، وإنما هذا التغيير يطال القانون أيضاً، وهذا ما جعل من المشرع المغربي أن يعتبره سبباً للمخاصمة في نطاق القانون المدني، وجريمة يعاقب عليها في القانون الجنائي.

الثالثة: الغدر يقوم على الخيانة في العمل

405 يقضي هذا الفصل بأنه "يعد مرتكباً للغدر ويعقب... كل قاض طلب أو تلقى أو فرض أو أمر بتحصيل ما يعلم أنه غير مستحق، أو أنه يتجاوز المستحق سواء للإدارة أو الأفراد الذين يحصل لحسابهم أو لنفسه خاصة".

406 أحمد الخليلي: القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، نشر وتوزيع مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، 1985، ص. 230.

وهذه الميزة تعني أن القاضي الذي يتصرف بالشكل الذي أشرنا إليه في الميزة السابقة، إنما يخون الأمانة التي عهد بها إليه، وهي علم الوفاء في أداء المهمة المكلف بها، وذلك عن طريق إلزام المتقاضين أو الخصوم بأداء مستحقات باسم القانون. في حين، أن الأمر ليس كذلك، معتمدا في ذلك على استغلال ثقتهم في قضاؤه (407).

ثانيا: حالة المخاصمة المقررة بنص تشريعي خاص

إن معنى هذه الحالة هو أن المخاصمة يمكن الأخذ بها، ليس فقط في الحالات التي سبق بيانها في النقطة السابقة، وإنما يمكن الأخذ بها أيضا حتى في غير هذه الحالات متى نص القانون صراحة على ذلك في نص خاص، وإلا فلا معنى للبند الثاني من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

وعلى هذا الأساس، فإنه حسب علمنا أننا لم نعثر على أي نص يقضي بمخاصمة القضاة في قانون آخر غير قانون المسطرة المدنية، وذلك بناء على سبب غير الذي تم التنصيص عليه في باقي بنود الفصل المذكور.

وانطلاقا من هذا الاعتبار، فإن التجريح إذا كان المشرع يقتضي من ورائه إيقاف النظر في النزاع أو إحالة هذا النزاع على هيئة قضائية أخرى غير التي ينتمي إليها القاضي المجرح، فإنه يمكن الأخذ بهذا

407 أحمد الخليلي: نفس المرجع السابق.

المقتضى القانوني، حتى في حالة تجريخ الخبراء⁽⁴⁰⁸⁾ أو الشهود⁽⁴⁰⁹⁾، وذلك وفق ما هو منصوص عليه في قانون المسطرتين المدنية والجنائية. وهذا على خلاف المخاصمة، فإن الأمر لا يجب أن يتعدى حدود مخاصمة القضاة⁽⁴¹⁰⁾ إلى غيرهم من هؤلاء الخبراء أو الشهود حتى ولو تعلق الأمر بمجرد دعوى تعويض فقط.

ومن منظور هذا التمييز، يتبين بأن أسباب المخاصمة أضيق نطاقاً من التجريح، وهذا ما جعل من المشرع المغربي أن يؤكد على هذا السبب الذي نحن بصدد، وذلك حتى لا يمكن الأخذ بأي سبب آخر، وبشكل مطلق لمخاصمة القضاة، كما فعلت بعض التشريعات⁽⁴¹¹⁾ التي اعتبرت الرشوة بدل الغدر كسبب من أسباب هذه المخاصمة.

وفي هذا الصدد، قضى القضاء المصري، في إحدى أحكامه بأنه لا يجوز مخاصمة القاضي، بحجة أنه أخفى أحد أسباب رده، وهي صداقته القوية للخصم الآخر التي يرجح معها عدم استطاعته الفصل في

408 أنظر الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية والمعدل بالقانون رقم 85.00 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.00.345 الصادر بتاريخ 29 رمضان 1421 الموافق 26 دجنبر 2000.

409 أنظر الفقرة الأولى من الفصل 75 من نفس القانون.

410 وهذا يعني أن المخاصمة تتعلق فقط بالصفة القضائية دون غيرها من الصفات أو الوظائف الأخرى.

411 أنظر مثلاً، المادة 88 من قانون التنظيم القضائي اللبناني، والتي تقضي بأنه "لا يجوز إقامة دعوى المخاصمة إلا في إحدى الحالات الآتية: 1- الامتناع عن إحقاق الحق. 2- الخداع أو الغش أو الرشوة أو الخطأ المهني الجسيم أثناء التحقيق أو في الحكم. 3- ورود نص خاص في القانون".

النزاع دون ميل، لأن المخاصمة وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها (412).

ومن هذا المنطلق، فإنه لا يجوز مخاصمة القضاة بناء على الاختلاس (413)، قياساً على الغدر أو في حالة الارتشاء (414) أو استغلال النفوذ (415) أو إذا حصل من هؤلاء الشطط في استعمال السلطة (416)، وذلك بالرغم من أن كل هذه الجرائم يشترك جميعها مع الغدر في المس بالنظام العام.

ثالثاً: حالة تحقق مسؤولية القضاء الموجبة للتعويض

إن هذه الحالة نص عليها البند الثالث من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية. ويلاحظ من هذا البند، أن المشرع المغربي لم يبين السبب الذي تستند عليه المخاصمة في هذه الحالة، هل هو مجرد خطأ يرتكبه، وذلك كيفما كانت طبيعة هذا الخطأ أم هو من قبيل ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 109 من الدستور المغربي الحالي، وما هو السبب الذي جعل من نفس المشرع أن يترك هذه الحالة على إطلاقها ؟

بالنسبة للجواب على السؤال، يبدو لنا أن المشرع المغربي اعتبر بأن كل خطأ شخصي يرتكبه القاضي أثناء عرض النزاع عليه، ثم أدى

412 أورد هذا الحكم محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 119.

413 أنظر الفصل 241 من المجموعة الجنائية.

414 أنظر الفصل 249 من نفس المجموعة.

415 الفصل 250 من نفس المجموعة.

416 الفصل 257 من نفس المجموعة.

إلى إلحاق ضرر بأحد الخصوم يمكن اعتباره سببا للمخاصمة، وذلك بغض النظر عن طبيعة هذا الخطأ، ما إذا كان بسيطا أو جسيما، وكان الهدف التشريعي من هذا المقتضى القانوني هو التمييز بين هذه الحالة التي نحن بصدددها وبين باقي أسباب المخاصمة الواردة في البندين الأول والثاني من الفصل 391 المذكور، بحيث إنه لم يرد اعتبار هذه الأخيرة هي مجرد أخطاء يرتكبها القضاة كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه المغربي⁽⁴¹⁷⁾، وإنما هي أسباب محددة على سبيل الحصر. في حين، أن الخطأ لا يمكن ربطه بسبب دون آخر حتى يمكن القول بأنه في هذه الحالة يعتبر سببا للمخاصمة، وفي حالة أخرى لا يعتبر كذلك.

والسبب في هذا التمييز هو أن الغش والتدليس والغدر يقوم كل منها على سوء النية، أو العمد في الإضرار بأحد الخصوم. في حين أن الخطأ الشخصي أو الخطأ المهني، قد لا يقتضي من القاضي أن يكون سيء النية، وهذا ما جعل من بعض التشريعات المقارنة أن تعتبر الخطأ المهني الجسيم هو السبب الوحيد للمخاصمة دون الخطأ الشخصي أو الخطأ اليسير أو البسيط، وذلك لأن الخطأ الأول هو الذي يرتكبه القاضي المخاصم بمناسبة القيام بعمله بوقوعه في غلط فاحش ما كان عليه أن يساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالا مفرطا، ويستوي أن يتعلق الأمر بالمبادئ القانونية أو بوقائع

417 محمد عياط: م. س، ص. 79.

القضية الثابتة في ملف الدعوى⁽⁴¹⁸⁾، وذلك على خلاف الخطأ اليسير أو البسيط الذي لا يمكن اعتباره من الأخطاء التي تستوجب مسؤولية القضاة.

ويلاحظ من هذا الاتجاه التشريعي، أن القاضي متى صدر منه إهمال لهذه الوقائع بسوء نية، فإنه يعتبر في حالة غش أو تدليس. أما إذا صدر منه هذا الإهمال بحسن نية، فإنه يعتبر مرتكباً لخطأ مهني جسيم. ومن الأمثلة على الخطأ المرتكب من القاضي كسبب من أسباب المخاصمة، عدم قراءة الوقائع بشكل جيد، أو تطبيق نص غير النص الذي يقتضي تكيف هذه الوقائع أو أن يتعرض في أسباب الحكم الذي يصدره إلى ذكر الأسرار الشخصية أو الأسرية للخصوم⁽⁴¹⁹⁾.

ولما كان الخطأ الذي يستوجب المخاصمة يرجع في تقديره إلى محكمة الموضوع، فإن المشرع المغربي لم يؤكد على وجوب قيام خطأ من درجة معينة، كما ذهبت إلى ذلك معظم التشريعات المقارنة، وإنما يكفي تقديره بناء على عناصر الضرر الذي يدعي أحد الخصوم بأنه تعرض لها نتيجة عمل القاضي أو حكمه أثناء عرض النزاع عليه.

وفي اعتقادنا، أنه بالرغم من سلامة النهج التشريعي الذي سار فيه المشرع المغربي في البند الثالث من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، إلا أنه لا يمكن أن نعتبر بأن كل خطأ يرتكبه القاضي

418 سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 721.

419 علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي، م. س، ص. 530.

المخاصم، يمكن اعتباره سببا من أسباب المخاصمة، على اعتبار أن الأخطاء العادية كالسهو والنسيان والغلط المادي، كلها أخطاء لا تقتضي دائما أن نعتبرها من هذه الأسباب، وذلك لإمكانية تداركها بطرق الطعن المختلفة، وهذا ما جعل من معظم التشريعات المقارنة، أن تشترط في هذه الأخطاء أن تكون جسيمة، وهو نفس النهج الذي سار فيه المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من الفصل 109 من الدستور الحالي.

ونحن نميل إلى هذا الرأي الأخير، لأن حالات المخاصمة أوردها قانون المسطرة المدنية على سبيل الحصر، وذلك لطبيعتها الاستثنائية. ومن ثم، فإن كل ما هو من هذه الطبيعة، لا يجب التوسع فيه أو الأخذ به بشكل غير محدد. وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإننا لا ينبغي أن نأخذ بالسبب الذي نحن بصدده على أوسع نطاق أو دون تحديد، الأمر الذي يقتضي منا أن نؤكد بأن الخطأ الذي يستوجب مساءلة القاضي بطريق دعوى المخاصمة، أن يكون فعلا من الأخطاء الجسيمة، وذلك حتى نستطيع تحديده. ومن ثم، حصره ضمن أسباب المخاصمة بشكل واضح، وذلك حتى نضعه في إطاره الاستثنائي وإلا فلا معنى لهذه الصفة في حالة الأخذ به بشكل مطلق.

ومن جهة أخرى، أننا إذا لم نأخذ بهذا النوع من الخطأ فسنسعى إلى هدم القاعدة القائلة بأن الأصل في القاضي هو عدم مساءلته عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله، مادام أنه يستعمل حقا خوله إياه القانون وهو السلطة التقديرية التي هي في بعض الأحيان يمكن أن

توقعه في ارتكاب بعض الأخطاء التي لا ينبغي أن ترقى إلى هذه المسألة⁽⁴²⁰⁾، متى أمكن تداركها عن طريق ممارسة حق الطعن أمام درجات التقاضي المختلفة، وإلا لما اطمأن في إطار وظيفته إلى هذا العمل⁽⁴²¹⁾.

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فقد حرص الفقه والقضاء دائماً، على تقريب الخطأ المهني الجسيم إلى الأذهان في كل مرة من خلال تحديد مفهومه، وذلك تجنباً لأي خلط بينه وبين الخطأ العادي من جهة، وبينه وبين الغش والتدليس من جهة أخرى.

فالفقه عرف الخطأ المهني الجسيم بأنه هو الذي ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب⁽⁴²²⁾، ومثله الخطأ الفادح بالمبادئ الأساسية للقانون أو الجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابتة بملف الدعوى⁽⁴²³⁾.

أما القضاء، فيعرفه بأنه هو وقوع القاضي في خطأ فاضح أو إهمال مفرط، ما كان له أن يتردى فيهما لو اهتم بواجبات وظيفته ولو بقدر يسير، بحيث لا يفرق في جسامته على الغش سوى كونه أوتي

420 سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 718.

421 نفس المرجع السابق.

422 وفي هذا المعنى، أكدت الفقرة الثالثة من الفصل 109 من الدستور المغربي الحالي على أن الخطأ المهني الجسيم، هو كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد. وفي نفس السياق، أكدت الفقرة الأخيرة من المادة 741 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، بأن الخطأ المهني الجسيم هو "الخطأ الذي يفترض أن لا يقع فيه قض يهتم بواجباته الاهتمام العادي".

423 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 144.

بحسن نية، ويستوي في ذلك أن يتعلق الخطأ بالمبادئ القانونية أو الوقائع المادية ⁽⁴²⁴⁾، أو هو "الخطأ الذي يرتكب تحت تأثير غلط فاضح" ⁽⁴²⁵⁾ ما كان ليرتكبه القاضي لو أنه اهتم بواجبات وظيفته اهتماما عاديا" ⁽⁴²⁶⁾.

ويبدو أن القضاء الفرنسي، وضع معيارا للتمييز بين الخطأ المهني الجسيم والخطأ العادي أو غير الجسيم، وهذا المعيار هو أن يتعلق الخطأ بشخص القاضي وليس بالحكم الذي يصدره. وفي هذا الصدد، أكدت محكمة باريس الاستئنافية بأن "الأداء المعيب لجهة القضاء الذي يبيح للخصوم الرجوع على الدولة بالتعويض، لا ينطبق على ممارسة هذه الوظيفة هو الطعن في الحكم وليس في شخص القاضي" ⁽⁴²⁷⁾. وعلى هذا الأساس، فإن الخطأ في موضوع القانون أو أي خطأ آخر يمكن تصحيحه عن طريق الطعن لا يعد خطأ جسيما، وعلى الخصوم أن يطعنوا في حكم القاضي بطريق الطعن المناسب وإلا سقط حقهم في تصحيحه، وعلة ذلك أن فتح باب المخاصمة، يعني إعطاء الخصوم فرصة الطعن في شخص القاضي بدلا من الطعن في

424 الطعن رقم 1236 لسنة 51 ق. جلسة 29 مارس 1987. أنظر مجدي هرجة: م. س، ص. 148.

425 ويمكن أن نشير أيضا إلى هذا الغلط بعبارة "غلط فادح".

426 نقض منني فرنسي صادر بتاريخ 13 أكتوبر 1953. أنظر مجلة النشرة المنية، 1953، بند 272.

427 حكم صادر بتاريخ 21 يونيو 1989. أنظر مجلة القصر، 1989.

الحكم نفسه ⁽⁴²⁸⁾. وهذا ما أكدته محكمة ريوم Riom الفرنسية بقولها "يمكن مخاصمة القاضي إذا ارتكب خطأ جسيماً في القانون شرط أن لا يكون هذا الخطأ في الحكم نفسه" ⁽⁴²⁹⁾.

أما الجواب على السؤال الثاني المرتبط بعدم التنصيص على اعتبار الخطأ المهني الجسيم سبباً من أسباب المخاصمة بشكل صريح في الفصل 391 السابق ذكره، فيبدو واضحاً بأن السبب في السير على هذا النهج يرجع إلى أمرين:

الأول: إن المشرع المغربي يريد من هذه العمومية، أن يثير الانتباه إلى أنه لا يجب الأخذ بنظرية الخطأ المهني الجسيم، بقدر ما يريد الأخذ بنظرية الضرر الذي قد يتسبب فيها الإجراء المتخذ أثناء سير الدعوى أو الحكم الذي يصدر فيها، بحيث إن الخصم المتضرر هو الذي يقدر هذا الضرر ما إذا كان يستوجب رفع دعوى المخاصمة أم لا. القضاء المختص أم لا يستوجب ذلك، وذلك بالرغم من كون هذه الجهة القضائية هي التي تحدد ما إذا كان هناك خطأ يستحق عليه التعويض أم لا.

الثاني: إن المشرع المغربي ترك مسؤولية القضاء على إطلاقها في حالة ارتكابه للخطأ المهني، وذلك من أجل اعتبار أن هذا الخطأ لا

428 محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 152.

429 حكم صدر بتاريخ 23 مارس 1938. أنظر مجلة دالوز، 1938 II. 93. وانطلاقاً من هذا النهج الذي سار فيه هذا الحكم القضائي، فإن النيابة العامة إذا ما قامت في إيداء ما نشاء من ملاحظات تراها مناسبة لكشف الحقيقة، فإنه لا يمكن مخاصمة أعضائها. نقض جنائي فرنسي صادر بتاريخ 19 نونبر 1981. أنظر مجلة القصر، 1982.

يفترض في حق من ترفع ضده دعوى المخاصمة، وإنما لا بد من إثباته من طرف الخصم الذي يدعي به. وإذا سلمنا بأنه من الصعب القيام بهذا الإثبات، فإنه من الطبيعي، يمكن القول بأن المراد من هذه النتيجة، هو الحيلولة دون مخاصمة القضاة، إلا إذا كان هناك فعلاً، خطأ يستوجب هذه المخاصمة، وذلك حماية لهؤلاء من كيد بعض المتقاضين الذين لا يتورعون من النيل من سمعة المرفق القضائي في أحيان كثيرة.

ويفهم من هذين الأمرين أنه لا يكفي لصحة دعوى المخاصمة، توافر درجة معينة من الخطأ الذي يرتكبه القاضي، وإنما من أجل مساءلة هذا الأخير. ومن ثم، إلزامه بالتعويض لا بد أن يثبت رافع هذه الدعوى بالدليل القاطع بأن ضرراً ما قد أصابه من جراء خطأ القاضي⁽⁴³⁰⁾، سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً، لأن مثل هذا الضرر يمثل شرط المصلحة في الدعوى⁽⁴³¹⁾. وهذا ما يؤكد ما سبق أن قلناه، من أن دعوى المخاصمة هي في الأصل دعوى مسؤولية⁽⁴³²⁾، وإن أخضعها المشرع في قانون المسطرة المدنية إلى نصوص خاصة.

رابعاً: حالة إنكار العدالة

430 قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 7 ماي 1996، منشور في مصنف اجتهادات الهيئة العامة لعفيف شمس الدين، ص. 86.

431 محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 119.

432 تقضي محكمة النقض المصرية في هذا الصدد، بأن "دعوى المخاصمة هي دعوى مسؤولية ترمي إلى تعويض ضرر أصاب المخاصم (بكسر الصدا)، وتستند إلى قيام القاضي بعمل أو إصدار الحكم مشوباً بعيب يجيز قبول المخاصمة". الطعن رقم 8785 سنة 63 ق. جلسة 27 فبراير 1994، س. 45، ص. 1241، حكم أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 732.

عرف المشرع المغربي إنكار العدالة بأنها هي "رفض (القاضي) البت في المقالات أو إهمال إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة"⁽⁴³³⁾. ويعرفها نفس المشرع في نص الفصل 240 من المجموعة الجنائية بأنها هي "امتناع (القاضي) من الفصل بين الخصوم لأي سبب كان ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه مع التصميم على هذا الامتناع بعد الطلب القانوني الذي يقدم إليه".

ويلاحظ من هذين الفصلين بأن المشرع المغربي اعتبر إنكار العدالة سببا من أسباب المخاصمة، وذلك لما قد يترتب عن امتناع القاضي عن البت في النزاع المعروض عليه من إضرار قد يطل كل الخصوم، وليس خصما واحدا فحسب، وهذا ما جعله أن لا يعتبر هذا السبب هو طريق إلى دعوى المخاصمة من طرف هؤلاء الخصوم فقط، وإنما اعتبره جريمة جنائية يعاقب بمقتضاها القاضي الممتنع، وذلك انطلاقا من مساهمته بمصلحة استمرار المرفق القضائي في أداء عمله أو تقديم خدماته إلى الرأي العام. ومن ثم، المساس بمصلحة الثقة المطلقة للخصوم في هذا المرفق.

ولكن السؤال المطروح في نطاق هذا السبب متى يحق للخصوم ممارسة دعوى المخاصمة، هل بعد إدانة القاضي المنكر للعدالة جنائيا؟ أم بمجرد تحقق الشروط التي يشترطها قانون المسطرة المدنية في تحقق

433 أنظر الفصل 392 من ق.م.م.

هذا الإنكار؟ وفي حالة عدم المتابعة الجنائية، فهل يمكن اعتبار دعوى
المخاصمة غير ممكنة أم العكس؟

وبعبارة أخرى، هل إنكار العدالة لها مفهوم في قانون المسطرة
المدنية يختلف عن مفهومها في القانون الجنائي؟ أم هما مفهومان
لمدلول واحد؟ ومن ثم، إلى أي حد يمكن القول بوجود الاستغناء عن
أحد الفصلين المذكورين، إذا لم يكن أحدهما يكمل الآخر؟

في إطار الجواب على هذه الأسئلة، يمكن القول بأننا إذا سلمنا
بقيام مسؤولية الدولة، كلما ارتكب القاضي لجريمة معينة، ومن بينها
جريمة إنكار العدالة، فإن المطالب المدنية التي يمكن أن يطالب بها
الخصوم أمام المحاكم المختصة⁽⁴³⁴⁾، بمتابعة هذا القاضي يجب أن
تؤسس هذه المطالب على دعوى المخاصمة، لا المطالبة بها خارج
نطاق هذه الدعوى، وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 351 من
ق.م.ج.⁽⁴³⁵⁾.

وبعبارة أوضح، أن دعوى المخاصمة لا يمكن اعتبارها أثرا من
آثار ارتكاب جريمة إنكار العدالة، وفق ما هو منصوص عليه في المادة
الثانية من القانون المذكور، وإنما هي مستقلة عن هذه الآثار، وذلك
نظرا لطبيعتها الخاصة، كما سبق القول بذلك. وعلى هذا الأساس، فإننا

434 أنظر الفصول من 266 إلى 268 من ق.م.ج.

435 يقضي هذا الفصل بأنه "إذا أقيمت الدعوى المدنية ضد قاض أو موظف عمومي أو عون
تابع للسلطة أو القوة العمومية، وتبين احتمال قيام مسؤولية الدولة عن أعمال تابعها، فإنه
يتعين على المحكمة إشعار الوكيل القضائي للمملكة وفقا للشكل المنصوص عليه في
الفصول 37-38-39 من قانون المسطرة المدنية".

لا يمكن القول بأن هذه الدعوى لا يمكن إثارتها إلا بعد إثارة أو تحريك الدعوى العمومية على هذه الجريمة، على اعتبار أن النظر فيها يخضع دائماً إلى المحاكم المدنية دون المحاكم الجنائية، لأنها ليست من طبيعة الدعوى المدنية التابعة حتى تخضع في أحكام إثارتها أو السير فيها إلى أحكام ما هو منصوص عليه في المواد من 10 إلى 14 من ق. م. ج.

وهذا يعني أن إنكار العدالة كسبب من أسباب المخاصمة لا علاقة لها بجريمة إنكار العدالة المنصوص عليها في الفصل 240 من المجموعة الجنائية، وإلا فإن التي تم للتنصيص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، يمكن تعطيل آثارها بمقتضى ما هو منصوص عليه في هذه المجموعة الجنائية، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق، وذلك لسببين:

الأول: إن إنكار العدالة التي تكون سبباً للمخاصمة في نطاق قانون المسطرة المدنية، هي مجرد خطأ يرتكبه القاضي أثناء القيام بعمله لا جريمة جنائية تمس بمصالح خاصة للأفراد وهم الخصوم، على اعتبار أن القاضي المخاصم في هذه الحالة، لا يريد من امتناعه عن النظر في المقالات أو تأخير النطق بالحكم، أنه يقصد تعطيل نص القانون بشكل مطلق بقدر ما يقصد تفويت الفرصة أو ضياع الحقوق فقط ضد فئة محددة من الخصوم دون الخصوم الآخرين. وهذا بخلاف الأمر في نطاق القانون الجنائي، فإن القاضي يقصد تعطيل نص

القانون، وهذا ما يمكن اعتبار فعله في هذا الوضع القانوني، جريمة ماسة بالنظام العام لا للإضرار بالخصوم فقط.

الثاني: إن إنكار العدالة في نطاق الفصل 240 من المجموعة الجنائية، جاء مطلقاً⁽⁴³⁶⁾، وهذا بخلاف الأمر في الفصل 392 من قانون المسطرة المدنية الذي جاءت فيه عبارة "إنكار العدالة" محددة أو محصورة في حالتين فقط، وهما:

الحالة الأولى: رفض البت في المقالات التي يرفع بها الخصوم

أمام القاضي المخاصم

ومفهوم رفض البت هنا، إهمال القاضي المخاصم بعمد أو بغير عمد النظر في الشكايات أو المقالات أو الطلبات أو الدفوع المرفوعة إليه، وذلك من أجل عدم اتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها، أو عدم إحالتها إلى الجهات المختصة قانوناً للنظر فيها أو عدم إصدار أوامر بشأنها أو تكييفها لإخضاعها إلى القانون المراد تطبيقه عليها، كما أنه من جانب آخر، أن مفهوم الرفض هنا، يعني أيضاً الحكم بغير ما طلبه الخصوم أو تغيير موضوع هذا الطلب، وهذا ما أكد عليه كل من الفصلين الثاني⁽⁴³⁷⁾ والثالث⁽⁴³⁸⁾ من قانون المسطرة المدنية بشكل صريح.

⁴³⁶ يقضي هذا النص بأن "كل قاض امتنع عن الفصل بين الخصوم لأي سبب كان ولو تغل بسكوت القانون أو غموضه".

⁴³⁷ يقضي هذا الفصل بأنه "لا يحق للمحكمة الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار، ويجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة".

وانطلاقاً من هذا المعطى الأخير، اعتبر بعض الفقه المقارن، بأن إنكار العدالة لا يشترط فيه أن يكون امتناع القاضي في سبق بيانه دائماً يتم بطريقة إيجابية، كما هو الأمر في حالة رفض البت في المقالات أو الطلبات المرفوعة إليه، وإنما يكفي قيام المخاصمة في هذه الحالة حتى في حالة اتخاذ هذا القاضي موقفاً سلبياً يتجسد في عدم بذل أي نشاط في هذا البت⁽⁴³⁹⁾.

الحالة الثانية: إهمال إصدار الأحكام الجاهزة

المقصود بهذه الحالة، أن القاضي المخاصم يكون سلفاً قد حدد موعداً للمداولة أو التأمل، ثم يهمل النطق بالحكم في هذا الموعد، وذلك من غير أن يطرأ طارئ خارجي يحول دون القيام بهذا النطق كإخراج الملف من المداولة أو ظهور أدلة جديدة، أو أنه تغيب عن افتتاح الجلسة بسبب مرض، أو صدور أمر من السلطة التشريعية يحول بينه وبين حضور هذه الجلسة لإتمام عمله، أو النطق بالحكم الذي سبق أن أعلن سلفاً عن صدوره.

ومن خلال هاتين الحالتين، يمكن أن نلاحظ ما يلي:

الملاحظة الأولى: إن الرفض أو الامتناع في البت أو النطق بالحكم، يجب أن لا يستند إلى ما يبرره القانون. أما إذا حصل هذا

438 يقضي هذا لفصل بأنه "يتعين على المحكمة أن تثبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات، وتثبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النزلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

439 محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 122. أحمد ماهر زغلول: الموجز في أصول وقواعد المرافعات، الجزء الأول، بند 117، ص. 187.

التبرير كما إذا كان الطلب المرفوع لدى القاضي يثير مشاكل قانونية معقدة، أو أن النزاع المعروض عليه متعدد الأطراف، وذلك بشكل يقتضي منه هذا العمل القيام بإجراءات قد تتطلب وقتاً طويلاً، فإنه لا يمكن في هذه الحالة اعتباره منكراً للعدالة. ومن ثم، مقاضاته بناء على دعوى المخاصمة.

الملاحظة الثانية: إن القاضي الذي يقوم بهذا الرفض أو الامتناع عن النطق بالحكم، يمكن اعتباره في هاتين الحالتين، لم يصل بعد إلى مرحلة الامتناع المطلق ⁽⁴⁴⁰⁾ بالشكل المنصوص عليه في الفصل 240 من المجموعة الجنائية حتى يمكن اعتبار ما صدر منه جريمة، على اعتبار أنه يستهدف فقط التأخير أو المطالبة بما لا يحق المطالبة به، وذلك إما لمساومة الخصوم مقابل الحصول على شيء أو إيقاعهم في الملل من أجل دفعهم إلى التنازل عن حقوقهم، فتضيع منهم هذه الحقوق دون مبرر قانوني. ومن ثم، تعرضهم إلى ضرر، ما كان ليحصل لولا هذا الامتناع أو رفض البت في ما رفع إليه.

وتجب الإشارة في هذا الصدد، إلى أن إنكار العدالة من القاضي يعني الامتناع عن مباشرة وظيفته، على اعتبار أن هذا التصرف الأخير، لا ينصرف مفهومه إلى ما يفيد الامتناع عن الفصل في القضايا المعروضة عليه، وإنما يفيد بأن القاضي يرفض أن ينتمي إلى السلك القضائي من جهة، أو الرغبة في التخلي عن العمل في المرفق القضائي

440 محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 121.

الذي ينتمي إليه، من جهة أخرى. وهذا ما جعل تشريعنا الجنائي، في إطار المجموعة الجنائية، أن يعتبر جريمة إنكار العدالة هي جريمة مستقلة عن جريمة تواطؤ الموظفين المنصوص عليها في الفصل 236 (441) من هذه المجموعة.

النقطة الثانية: بيان الإجراءات والشروط التي تقتضي القبول بالتجريح والمخاصمة

إن هذه النقطة تقتضي منا، بيان شروط وإجراءات التجريح من جانب، وبيان شروط وإجراءات المخاصمة من جانب آخر، وذلك بالشكل الآتي:

أولاً: شروط وإجراءات التجريح

لقد حدد المشرع المغربي للتجريح مجموعة من الشروط، وذلك للقبول به أمام القضاء المختص، سواء في قانون المسطرة الجنائية أو في قانون المسطرة المدنية، فما هي هذه الشروط ؟ وما هي هذه الإجراءات المتبعة أثناء المطالبة به ؟

441 يقضي هذا الفصل بأن: "كل قاض أو موظف عمومي، له اختصاصات قضائية امتنع عن الفصل، بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه، وصمم على الامتناع، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه، ورغم الأمر الصادر إليه من رؤسائه، يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهما على الأكثر، وبالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات".

1- شروط التجريح:

إن شروط التجريح حسب الفصل 275 وما بعده من قانون المسطرة الجنائية، يمكن حصرها في ثلاثة شروط، وهي:

الشرط الأول: يجب أن يتم تقديم التجريح في شكل طلب أو

تصريح

لقد نص المشرع الجنائي المغربي على هذا الشرط، في المادة 277 من ق.م.ج. وبمقتضاه، فإنه إذا كان الأمر يتعلق بأحد الأطراف يجب عليه أن يقدم طلبا في شكل مقال، وذلك "وفق القواعد المقررة في **المقال الافتتاحي للدعوى**"⁽⁴⁴²⁾، والمنصوص عليها في الفصول من 31 إلى 34 من قانون المسطرة المدنية⁽⁴⁴³⁾. ويتعين على من يرفع به، أن يبين فيه سبب التجريح، والحجج التي يمكن أن يرفقها به، واسم القاضي المراد تجريحه، والموطن المختار أو مكان محل المخابرة.

وطلب التجريح يقدم بهذه الكيفية، متى تعلق الأمر بتجريح أحد قضاة المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف. أما إذا تعلق الأمر

⁴⁴² أنظر الفقرة الأولى من الفصل 296 من ق.م.ج. ويلاحظ بأن قانون المسطرة الجنائية لم يوضح هذا الشرط بشكل دقيق. ولذلك، فإن المشرع المغربي عليه أن يختار بين أمرين: إما أن ينص عليه بشكل صريح في هذا القانون الأخير، أو أن يسعى إلى التوحيد في أحكامه، وذلك بالتنصيص عليه في القانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة. وفي هذا الصدد، نصت الفقرة الأولى من المادة 250 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "يقدم طلب الرد للمحكمة المنظورة أمامها الدعوى لتفصل فيه، ويتبع في ذلك الإجراءات والأحكام المقررة بقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية".

⁴⁴³ هذه القواعد هي في معظمها عبارة عن إجراءات تتعلق بتقديم المقال إلى كتابة ضبط المحكمة التي يشتغل فيها القاضي المجرح وتسجيله في السجل المعد لتقيد المقالات.

بالرئيس الأول لهاتين المحكمتين، أو أحد قضاة محكمة النقض، فإن طالب التجريح لا يقدم طلبا وإنما يقدم مذكرة للرئيس الأول لمحكمة النقض⁽⁴⁴⁴⁾، وذلك بنفس البيانات التي تشترطها المادة 278 من ق.م.ج.

أما إذا كان القاضي هو الذي يريد أن يجرح نفسه، فإنه لذلك لا يقدم طلبا وإنما يقدم تصريحاً يبين فيه بدوره كل البيانات التي يقتضيها طلب التجريح، وبصفة خاصة ما يتعلق بموضوع هذا التجريح، وذلك حتى يتأتى للجهة المختصة للنظر فيه التأكد ما إذا كان الأمر يتعلق بقيام إحدى أسباب التجريح التي سبق بيانها، أم أن القاضي يريد فقط، أن ينهج النهج المؤدي إلى إنكار العدالة⁽⁴⁴⁵⁾، أو أن يتخذ ذلك سبيلا لعدم النظر في قضايا معينة⁽⁴⁴⁶⁾.

الشرط الثاني: يجب تقديم طلب التجريح قبل اتخاذ أي إجراء من

إجراءات المتابعة أو الحكم في الدعوى

لقد ميز المشرع المغربي بخصوص هذا الشرط، بين وضعين قانونيين. يتعلق أحدهما بمرحلة تحريك الدعوى العمومية، وثانيهما يتعلق بمرحلة ممارسة هذه الدعوى.

444 أنظر المادة 283 من ق.م.ج.

445 وهذا هو السبب الذي جعل من المشرع أن يلزمه وجوبا برفع التصريح الذي نحن بصده إلى المحكمة المختصة، وإلا كان قضاؤه مخالفا للنظام الذي يقوم عليه قانون المسطرتين.

446 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 19.

فبالنسبة للمرحلة الأولى، فقد اشترط فيها تشريعنا الجنائي وجوب تقديم طلب التجريح قبل أي استنطاق أو استجواب أو استماع يتعلق بالجوهر، متى كان هذا الطلب موجه ضد أحد أعضاء النيابة العامة أو ضد قاضي التحقيق، وذلك بهدف الحيلولة دون قيام هؤلاء بأي إجراء من إجراءات المتابعة حتى يتأكد لدى المحكمة المختصة بالنظر في هذا الطلب توفر سبب من أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 273 من ق.م.ج.

ولعل السبب في اشتراط هذا الشرط، يرتبط بحماية الدعوى العمومية من بطلان إجراءاتها في مرحلة الممارسة من جهة، وحماية ثقة أطراف هذه الدعوى في القاضي المكلف بإجراءات المتابعة من جهة أخرى. سيما وأن وسائل الإثبات التي تختص بها النيابة العامة، أو الكشف عنها من طرف قاضي التحقيق، قد يكون لها تأثير على وجدان القاضي أثناء مرحلة اقتناعه، فتضيع الحقوق على أصحابها.

أما بالنسبة للمرحلة الثانية، فقد أوجب نفس المشرع على الخصوم تقديم طلب التجريح ضد القاضي قبل مناقشة الجوهر، وذلك حتى لا يكون هذا الطلب سببا من أسباب تأخير الفصل في الدعوى، أو نفس الجهد الذي يتم بذله من هذا الأخير أثناء القيام بهذه المناقشة دون تقديم هذا الطلب في موعده المحدد في القانون.

وبالمقارنة بين هاتين المرحلتين، نجد تشريعنا الجنائي ربط تقديم طلب التجريح بإجراءات الدعوى أو بمناقشة جوهرها، وليس بقيام

إحدى أسبابه، وهذا ما لا يجب التسليم به على الإطلاق، وذلك لعدة اعتبارات.

الأول: إن نفس المشرع يسمح للقاضي كيفما كانت طبيعته أو موقعه من المرفق القضائي، أن يلجأ إلى هذه الأسباب دون مراعاة أي مراقبة تشريعية على عمله، وهو يستغل جهل الخصوم بإجراءات التجريح وشروطه. ومن ثم، السير بالدعوى العمومية بالشكل الذي يريد، وليس بالشكل الذي يريده القانون.

الثاني: إن الهدف من التجريح، هو حماية الخصوم أو المتقاضين من المصالح الشخصية للقضاة أو كيديهم. ومن ثم، فإنه إذا تم التقيد بهذا الشرط، فإن المشرع الجنائي بدوره يصبح مساهما في نفس هذه الحماية، وهذا ما لا يمكن تحقيق العدالة معه بصفة مطلقة.

وبناء على هذه الاعتبارات، فنحن نرى بأن طلب التجريح يمكن تقديمه في كل مرحلة من مراحل الدعوى كقاعدة عامة، وليس كاستثناء من الاستثناءات المنصوص عليها في الشطر الأخير من المادة 277 من ق.م.ج. وذلك تبعا لرغبة الخصوم في حماية مصالحهم أمام حماية مصالح القاضي الشخصية الذي تفرض عليه وظيفته تحقيق العدالة بين هؤلاء الخصوم وليس النسف بها.

ولكن السؤال المطروح في هذا الصدد، هو أن المشرع الجنائي المغربي، هل أوجب هذا الشرط على الخصوم وحدهم ؟ أم أنه قد أوجبه أيضا حتى على القاضي الذي تتوفر فيه إحدى أسباب التجريح ؟

إن الجواب على هذا السؤال، غير قائم في قواعد قانون المسطرة الجنائية، وهذا ما يؤكد الانحياز التشريعي بشكل واضح نحو حماية القاضي، دون حماية حق الخصوم متى سلمنا بمضمون الشرط الذي نحن بصدد مناقشته. وهذا ما يجب رفضه، على اعتبار أن الهدف من التقاضي هو تحقيق العدالة بين هؤلاء الخصوم من خلال حماية حقوقهم، وليس العكس. ومن ثم، فإن القاضي الذي تتوفر فيه إحدى أسباب التجريح هو الذي يجب أن يصرح بذلك قبل القيام بأي إجراء من إجراءات المتابعة أو مناقشة الجوهر، وذلك لإدراكه سلفاً لهذه الأسباب، قبل أن يدرك بها الخصوم على الأقل من الناحية الإجرائية. ولذلك، فإنه لا يجب أن يستغل عدم رفع هؤلاء بطلب التجريح في تحقيق مصالحه الخاصة أو الشخصية، وإلا كان الإجراء أو الحكم الذي يصدره باطلاً بقوة القانون، وذلك طبقاً لما أصبح ملزماً به في المادة 275 من ق.م.ج. (447).

ومن جانب آخر، إن الطلب الذي يتقدم به أحد الخصوم، أو التصريح الذي يتقدم به القاضي الناتج عن قيام إحدى أسباب التجريح، فإنه يقتضي إيقاف الدعوى إلى حين صدور حكم تمهيدي في موضوع هذا الطلب، وذلك حتى يتسنى للجهة المختصة الحكم ما إذا كان يجب

الاستمرار في هذه الدعوى أو منع القاضي المجرح من هذا الاستمرار⁽⁴⁴⁸⁾.

ولهذا السبب، فنحن نرى أن الحكم الذي جاء في الشرط الأول من المادة 284 من ق.م.ج. يجب الأخذ به في أي مرحلة من المراحل التي يتم فيها تقديم طلب التجريح، وليس في حالة تقديمه فقط في الوضعين القانونيين المنصوص عليهما في الشرط الأول من المادة 277 من نفس القانون.

الشرط الثالث: يجب أن يتم تقديم طلب التجريح أو التصريح به كتابة إلى الجهة المختصة

ويرجع السبب في هذا الشرط إلى أمرين: أحدهما موضوعي والآخر شكلي. فالأمر الموضوعي، يقتضي من المعنى بالأمر أن "يُبين فيه تحت طائلة البطلان، الوسيلة المثارة للتجريح"⁽⁴⁴⁹⁾، بالإضافة إلى البيانات التي يمكن أن تؤكد لها الحجج المرفقة لهذا الطلب أو التصريح المرفوع به إلى الجهة المختصة للنظر فيه.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار رفع طلبات التجريح، يجب أن تكون مكتوبة، فإن هذه الشكلية لا تكون قائمة إلا بعد التوقيع عليها من طرف من يرفع بها أو من طرف وكلائهم الخاصين⁽⁴⁵⁰⁾، وذلك بهدف الحسم

448 أنظر المادة 281 من ق.م.ج.

449 أنظر الفقرة الأولى من المادة 278 من نفس القانون.

450 أنظر الفقرة الثانية من المادة 278 من نفس القانون.

في جديتها أو تحديد صفة المدعي فيها، كما تقضي بذلك قواعد قانون المسطرة المدنية (451).

2- إجراءات التجريح:

إن المشرع الجنائي المغربي لم يكتف بقبول طلب التجريح، توافر شروط معينة، وإنما لابد من القيام بمجموعة من الإجراءات، حتى يمكن القبول بهذه الشروط، وهذه الإجراءات منها ما يتعلق بطلب التجريح أو القاضي المصرح به، ومنها ما يتعلق بالجهة المختصة بالنظر فيه.

فبالنسبة للإجراءات المتعلقة بطلب التجريح أو القاضي المصرح به، فقد حصرها المشرع المغربي في وجوب وضع طلب التجريح لدى كتابة ضبط المحكمة التي يوجد فيها القاضي المراد تجريحه من جهة، وإرفاق هذا الطلب بجميع الحجج التي تؤكد قيام إحدى أسباب هذا التجريح المنصوص عليها في القانون، من جهة أخرى. أما بالنسبة للإجراءات التي تخص الجهة المرفوع أمامها طلب التجريح، فيجب أن تقوم بالإجراءات الآتية (452):

الأول: أن يتم تبليغ القاضي الذي رفع ضده طلب التجريح بمضمون هذا الطلب، وذلك بهدف الموافقة عليه، أو رفضه كتابة خلال

451 أنظر الفصل الأول من قانون م.م.

452 تجب الإشارة هنا، إلى أن هذه الإجراءات لم يتم التنصيص عليها في قانون المسطرة الجنائية وإنما تم التنصيص عليها فقط في قانون المسطرة المدنية، وإن كان هذا الاختلاف لا يؤثر في قيمة أهمية الأخذ بها في القضايا المدنية أو الجنائية على السواء.

عشرة أيام من تاريخ توصله بهذا التبليغ، مع وجوب الإجابة على كل الوسائل أو الحجج المرفقة بهذا الطلب (453).

الثاني: يجب إحالة طلب التجريح إلى الجهة المختصة للنظر فيه خلال ثلاثة أيام من تاريخ الموافقة على مضمونه من طرف القاضي الموجه ضده أو سكوته، سواء تعلق الأمر بمحكمة الاستئناف إذا ما أريد تجريح أحد قضااتها، أو أحد قضاة المحكمة الابتدائية التابعة لها، أو تعلق الأمر بمحكمة للنقض إذا ما أريد تجريح أحد قضااتها من المستشارين أو المحامين العامين (454).

الثالث: يجب البت في طلب التجريح أو التصريح به، خلال عشرة أيام من تاريخ الإحالة بهما على الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو الرئيس الأول لمحكمة النقض، وذلك بعد الاستماع إلى كل من طالب التجريح، والقاضي المجرح أو طلب إيضاحات تكميلية منها إذا كان ذلك ضروري (455)، مع الإشارة إلى أن هذا البت لا يمكن أن يتم إلا بعد استشارة الوكيل العام للملك لدى هذه المحاكم التي أحيل عليها هذا الطلب (456).

ويفهم من هذه الإجراءات، أنه بمجرد تقديم طلب التجريح أو التصريح به يجب إيقاف متابعة التحقيق أو مناقشة الوقائع، أو إيقاف

453 أنظر الفصل 296 من ق.م.ج.

454 أنظر نفس الفصل السابق.

455 أنظر نفس الفصل.

456 أنظر المادة 280 من ق.م.ج.

صدور الحكم، وذلك حرصا على الحيلولة دون بطلان عمل القاضي المجرح متى تأكد لدى المحكمة المختصة، قيام أحد أسباب التجريح في حقه. وهذا ما جعلنا أن نؤكد على وجوب تعميم أحكام المادة 284 من قانون المسطرة الجنائية، في أي مرحلة من المراحل التي تمر بها الدعوى، المرفوع بشأنها هذا التجريح.

ثانيا: شروط وإجراءات المخاصمة

لما كانت المخاصمة هي دعوى تعويض، قررنا المشرع المغربي لمصلحة من تضرر من أحد أسباب قيامها، فإنه لا بد من مراعاة مجموعة من الشروط والإجراءات لقبول هذه الدعوى، فما هي هذه الشروط؟ وما هي هذه الإجراءات؟

أ- شروط إقامة دعوى المخاصمة:

يمكن حصر شروط إقامة دعوى المخاصمة في نوعين. أحدهما يتعلق بالشروط الموضوعية، وثانيهما يتعلق بالشروط الشكلية.

1- الشروط الموضوعية لإقامة دعوى المخاصمة:

إن المشرع المغربي لم يحدد بشكل صريح هذه الشروط في الفرع المتعلق بمخاصمة القضاة، في قانون المسطرة المدنية. ولذلك، يمكن فقط استخلاصها من الأحكام العامة المنصوص عليها في الفصول المكونة لهذا الفرع. وعلى هذا الأساس، يمكن حصرها في شرطين رئيسيين، يتعلق أحدهما بوجوب حصول الضرر للمدعي بقيام أسباب المخاصمة، ويتعلق ثانيهما بوجوب الحصول على التعويض الناتج عن

الضرر المترتب عن إحدى أسباب المخاصمة المنصوص عليها في
الفصل 391 من ق.م.م.

الشرط الأول: يجب أن يحصل الضرر من إحدى أسباب
المخاصمة المنصوص عليها في القانون، ويقتضي هذا الشرط أن يثبت
أحد الخصوم بأن القاضي المخاصم، قد ارتكب إحدى أسباب مخاصمته
المنصوص عليها في الفصل 391 من ق.م.م. وذلك للتأكيد على قيام
مسؤوليته التي تتنافى مع حسن سير العدالة المنوط له بتحقيقها بين
الخصوم.

ومعنى حصول الضرر هنا، أن يكون له مدلول عضوي لا
مدلول فني. وبعبارة أخرى، أن يكون الضرر الذي يدعي به أحد
الخصوم في دعوى المخاصمة مما لا يمكن فصله عن الدعوى الأصلية
المرفوعة أمام القاضي المخاصم، وذلك لكون هذا الأخير يسعى دائماً
بسوء نية إلى تغيير المسار الحقيقي لهذه الدعوى من أجل تحقيق
مصالح شخصية له، أو لأحد الخصوم الذي يميل إليه دون مراعاة
تحقيق العدالة بالشكل الذي يتطلبها القانون.

أما إذا تعلق الأمر بعمله الفني الذي يقتضي النظر في ما هو
مرفوع إليه من النزاعات، ثم حصل ضرر نتيجة سلطته التقديرية المخولة
له بمقتضى القانون وبحسن نية، فإن هذا الضرر عندئذ لا يمكن اعتباره
من أسباب المخاصمة. ومن ثم، فإن الخصم المتضرر منه يمكن أن يلجأ
إلى مسطرة الطعون وليس إلى مسطرة المخاصمة. وهذا ما جعل الفقه

المقارن أن يؤكد بأن دعوى المخاصمة لا يمكن رفعها إلا بعد استنفاد جميع طرق الطعن العادية وغير العادية (457). وعلى هذا الأساس، اعتبرت الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية بأن "الحكم المشكوك منه صادر عن القاضي المنفرد في إطار معاملة تنفيذية، وهو غير مبرم، ولم تستنفذ بشأنه طرق المراجعة العادية التي يحتملها قانوننا، فلا يكون قابلاً للطعن بطريق مراعاة الدولة على أساس المادة 741 أصول المحاكمات المدنية وما يليها" (458).

ونحن نرفض هذا الاتجاه الفقهي، وذلك لسببين: يتعلق أحدهما بكون دعوى المخاصمة هي من المساطر الخاصة التي يمكن الرجوع إليها، في كل لحظة حصل فيها سبب من أسبابها. ومن ثم، فإنه لا يمكن إخضاعها إلى استنفاد طرق الطعن المختلفة.

أما السبب الثاني، فيتعلق بكون دعوى المخاصمة هي دعوى مرتبطة بمسؤولية القاضي، وليس بحيثيات الحكم الصادر في الدعوى المرفوعة أمامه. ومن ثم، فإن هذه المسؤولية لا علاقة لها بطرق الطعن المختلفة (459).

ويبدو من هذين السببين، أن أسباب المخاصمة لا علاقة لها بمهنة القاضي إلا لكونه منافياً لها، بقدر ما أن علاقتها مرتبطة فقط

457 محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 227.

458 قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم 40 الصادر بتاريخ 8 يوليو 1993. أورده محمد مرعي

مصعب: م. س.

459 أحمد شعلة: م. س، ص. 722.

بتصرف القاضي الشخصي الذي هو مسؤول عنه بمقتضى دعوى
المخاصمة، في حالة إثبات المدعي فيها بحصول الضرر الناتج عن هذا
التصرف.

والضرر الذي نحن بصدده، لا يحصل للمدعي في دعوى
المخاصمة وحده، وإنما يحصل أيضا حتى للدولة، وذلك نتيجة مس
القاضي المخاصم بثقة الخصوم في المرفق القضائي التابع لها. وهذا ما
جعل المشرع المغربي أن يؤكد على تحملها لأداء التعويض لمن يستحقه
بقوة القانون (460).

الشرط الثاني: يجب أن يكون الهدف من دعوى المخاصمة،
الحصول على التعويض وإيقاف سير الدعوى التي هي موضوع هذه
المخاصمة. ومعنى هذا الشرط، أن المدعي في دعوى المخاصمة، لا
يجب أن يستهدف من هذه الدعوى التشهير فقط بالقاضي المخاصم أو
الانتقام منه، وإنما الهدف منها هو إصلاح الضرر الذي حصل له نتيجة
تصرفه الشخصي المنافي لعمله المهني كما هو واضح من نص الفصل
391 من قانون المسطرة المدنية.

ويترتب على هذا الهدف، إيقاف نفس القاضي عن السير في
الدعوى التي هي موضوع المخاصمة أو إصدار حكم فيها، وذلك تحت

460 أنظر الفصل 122 من الدستور المغربي الحالي.

طائلة البطلان، وهذا ما أكدت عليه الفقرة الثانية من الفصل 399 من نفس القانون بشكل صريح (461).

2- الشروط الشكلية لإقامة دعوى المخاصمة:

يمكن حصر هذه الشروط في تقديم المقال إلى الجهة المختصة مكتوبا وموقعا، مع وجوب تضمينه لمجموعه من البيانات. ومن ثم، إرفاقه بالحجج والمستندات التي تؤكد على ما يدعيه المدعي في هذا المقال.

الشرط الأول: يجب أن يرفع المدعي دعوى المخاصمة في شكل

مقال مكتوب

وهذا الشرط يتمشى مع ما يتطلبه القانون في كل دعوى تتم إقامتها أمام القضاء المختص من جهة، ولأن هذا المقال يتم رفعه أمام محكمة النقض من جهة أخرى. ولذلك، فلا يمكن القبول بالتصريح فقط من المدعي أمام كتابة ضبط المحكمة التي ينتمي إليه القاضي المراد مخاصمته.

461 تقضي هذه الفقرة بأنه "يجب على القاضي، علاوة على ذلك، أن يتخلى عن النظر في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة، ويتخلى كذلك حتى الفصل نهائيا في هذه الدعوى عن النظر في كل قضية بمحكمته، يكون المدعي في النزاع أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه، طرفا فيه، وإلا كان الحكم الذي قد يصدر في جميع هذه الحالات باطلا".

الشرط الثاني: يجب أن يكون مقال دعوى المخاصمة متضمنا

لمجموعة من البيانات التي يتطلبها القانون

ومن هذه البيانات ما يتعلق بأسباب المخاصمة، واسم القاضي الذي أقيمت ضده دعوى المخاصمة وتاريخ الرفع بهذه الدعوى، ونوع الضرر الذي حصل للمدعي، ومقدار التعويض الذي يطلب به. هذا بالإضافة إلى الأساس القانوني الذي يؤسس عليه دعواه، والآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عليه، وبصفة خاصة ما يتعلق بوقف القاضي المخاصم من السير في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة أو إصدار حكم فيها.

ولما كان المشرع المغربي لم يبين هذه البيانات بشكل صريح، فنحن نرى أن من بين هذه البيانات رفع الدعوى في شخص الدولة المغربية الممثلة في وزارة العدل ووزير المالية ورئيس الحكومة والمفوض الملكي، وذلك نظرا لكون أن المسؤولية عن التعويض في حالة قبول هذه الدعوى تكون على عاتق مختلف هذه المؤسسات وليس على القاضي المخاصم الذي يمكن أن ترجع عليه الدولة المغربية فيما أدته من التعويض (462).

الشرط الثالث: يجب على المدعي أن يوقع مقال دعوى

المخاصمة المرفوع بها أمام محكمة النقض

462 تقضي الفقرة الثانية من الفصل 400 على أنه "تكون الدولة مسؤولة مدنيا فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتبت عنها المخاصمة ضد القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء".

وهذا الشرط يعني أمرين: يتعلق أحدهما بكون المدعي يؤكد في مقاله، بأنه صاحب المصلحة. ومن ثم، فإنه أهل لممارسة حقه بنفسه، إلا إذا أوكل من ينوب عليه، فإن هذا الأخير عندئذ هو الذي يحل محله في التوقيع المذكور متى قام بتوكيله في هذا التوقيع بوكالة رسمية خاصة.

أما بالنسبة للأمر الثاني، فإن التوقيع على مقال دعوى المخاصمة، يعني بأن هناك جدية من المدعي الذي يسعى إلى الحصول على التعويض عن الضرر الواقع عليه من تصرف القاضي المخاصم، وليس إلى التشهير به أو الانتقام منه، كما سبق القول بذلك قبل قليل.

الشرط الرابع: يجب إرفاق المقال بكل المستندات والحجج التي

تؤكد مضمونه

وقد اشترط المشرع المغربي هذا الشرط ⁽⁴⁶³⁾، وذلك لسببين:

الأول: يتعلق بشكالية قانونية محضة، بحيث إن هذه المستندات يعتبرها تشريعنا المدني بأنها جزء لا يتجزأ من المقال الذي نحن بصدد من جهة، ولأنها تقيد في تحديد السبب الذي أسس عليه المدعي دعوى المخاصمة، من جهة أخرى.

الثاني: إن نفس المشرع لشرط إرفاق هذه المستندات بالمقال، وذلك للحيلولة دون أي سند آخر، في وقت لاحق قد يتفاجأ بها القاضي المخاصم إلا إذا طلبت الجهة المختصة بالنظر في هذه الدعوى، وذلك

463 أنظر الفقرة الثالثة من الفصل 395 من قانون المسطرة المدنية.

من المدعي، بل وإن هذه الجهة عندما تنتظر في مقال دعوى المخاصمة إنما تنتظر فيه على أساس ما تتضمنه هذه المستندات من وقائع تثبت مطالب المدعي المسطرة في مقاله. وعلى هذا الأساس، فقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن "الفصل في دعوى المخاصمة وهي في مرحلتها الأولى وهي مرحلة الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها لا يكون إلا على أساس ما يرد في تقرير المخاصمة والأوراق المودعة معه، وعلى أنه لا يجوز في هذه المرحلة تقديم أو قبول أوراق أو مستندات غير التي أودعت مع التقرير" (464).

ب- إجراءات دعوى المخاصمة:

لقد نص المشرع المغربي على مجموعة من الإجراءات التي يجب اتباعها لقبول دعوى المخاصمة، وذلك فقد اعتبرها وجوبية لتعلقها بالنظام العام، سواء بالنسبة للمدعي أو بالنسبة لكتابة الضبط أو بالنسبة للقاضي المخاصم أو المحكمة المختصة، بالنظر في هذه الدعوى.

1- الإجراءات الواجب اتباعها من المدعي في دعوى

المخاصمة:

إن تشريعنا المدني ميز بين نوعين من الإجراءات التي يجب أن يقوم بها المدعي في دعوى المخاصمة، من أجل قبول دعواه شكلا أمام

464 الطعن رقم 5519 سنة 62 ق. جلسة 11 أبريل 1993. أورده مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 161.

محكمة النقض: نوع يتعلق بإنكار العدالة من طرف القاضي المخاصم، ونوع آخر يتعلق بأسباب المخاصمة الأخرى.

النوع الأول: إجراءات المخاصمة في حالة إنكار العدالة

إذا تأكد أحد الخصوم في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة، بأن القاضي المرفوع أمامه النزاع، قد رفض البت في المقال الذي رفع به إلى المحكمة التي ينتمي إليها هذا الأخير بصفته قاضيا مقررا، أو أهمل إصدار الحكم في القضية التي أصبحت جاهزة بعد حلول ميعاد النطق به ⁽⁴⁶⁵⁾، فإن من حقه أن يوجه لهذا الثاني إنذارين، وذلك عن طريق رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي تعلو مباشرة المحكمة التي ينتمي إليها القاضي أو عن طريق رئيس كتابة الضبط بمحكمة النقض إذا تعلق الأمر بقضاة هذه المحكمة أو قضاة محكمة الاستئناف ⁽⁴⁶⁶⁾، ولكن من أجل القيام بهذا الإجراء، يجب توفر الشروط الآتية:

الأول: أن يرفع المدعي بخصوص تبليغ هذين الإخطارين بطلب مكتوب وموقع مباشرة إلى الرئيس المذكور، وذلك حتى يستطيع هذا الأخير تسجيله في سجل كتابة الضبط التي يرأسها تحت رقم تسلسلي مع بيان تاريخ تسلمه.

وقد اشترط المشرع المغربي هذا الشرط، وذلك من أجل اعتباره وسيلة أساسية لإثبات إنكار العدالة التي يدعي بها المدعي من جهة،

465 أنظر الفصل 392 ق.م.م.

466 أنظر الفصل 393 ق.م.م.

ومن جهة أخرى حتى يمكن تعداد المدة التي تفصل بين الإخطارين كما هو منصوص عليها في الفقرة الأولى في الفصل 393 من قانون المسطرة المدنية (467).

الثاني: يجب رفع طلب آخر إلى نفس رئيس كتابة الضبط، من أجل تذكير القاضي المنكر للعدالة بالإخطار الثاني، في حالة عدم الاستجابة إلى الإخطار الأول، وهذا الطلب لا يجب تقديمه إلا بعد مرور خمسة عشر يوما عن هذا الإخطار الأخير.

ويبدو أن المشرع المغربي، لم يحدد ميعادا محددا لتقديم الطلب الأول كما أنه لم يحدد نفس الميعاد للقاضي المخاصم من أجل الاستجابة إلى الإخطار الثاني، حتى يتمكن المدعي من رفع دعوى الخصومة أمام الجهة المختصة بالشكل المنصوص عليه في الفصل 394 من ق.م.م. (468).

الثالث: يجب على المدعي أن يلتزم حدود مقتضيات المخاصمة القانونية، ولذلك فلا يحق له النيل من شخص القاضي بأقوال تتضمن الإهانة به في حالة عدم الاستجابة إلى الإخطارين المذكورين، وذلك تحت طائلة متابعته جنائيا (469).

467 وهذه المدة هي خمسة عشر يوما.

468 يقضي هذا النص بأنه "يمكن مخاصمة القاضي بعد بقاء الإخطارين السابقين بدون جدوى".

469 أنظر الفصل 196 من قانون المسطرة المدنية، وحسب المشرع الفرنسي، أن هذا الجزاء يمكن أن يطال أيضا حتى رئيس كتابة الضبط الذي يتسلم الطلب من دون مراقبة صياغته ما إذا كانت مطابقة أو غير مطابقة للمقتضيات القانونية التي لا إهانة فيها.

ولكن السؤال المطروح، في حالة التزام المدعي بجميع هذه الشروط، وبقي القاضي متمسكا بموقفه السلبي، فهل يحق لهذا المدعي، أن يحرك الدعوى العمومية ضده في نفس المقال الذي يخاصمه به بمقتضاه، وإلى أي حد يمكن إخضاع مطالبه، في هذه الدعوى إلى القاعدة المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون المسطرة الجنائية، وهي القاعدة القائلة بأن الجنائي يعقل المدني.

في اعتقادنا أن الجواب على هذا السؤال يقتضي القول، بأنه وإن كان القاضي الذي يصر على امتناعه بالاستجابة إلى الإخطار الموجه إليه. وفق المقتضيات القانونية التي سبق بيانها، يخضع إلى وحدة الخطأين الجنائي والمدني. إلا أن دعوى المخاصمة يجب رفعها ضده، سواء تمت متابعتة، أو لم تتم، وذلك لاعتبارين:

الأول: إن دعوى المخاصمة تخضع إلى أحكام خاصة، سواء من حيث الإجراءات أو الشروط أو الجهة المختصة التي تنتظر فيها.

الثاني: إن الآثار المترتبة عن هذه الدعوى هي ليست من قبيل الآثار التي يمكن، أن تترتب عن متابعة القاضي المخاصم بسبب ارتكابه لجريمة إنكار العدالة، وهذا ما يجب أن يعيد فيه المشرع المغربي النظر سواء في نطاق القانون الجنائي، أو في نطاق قانون المسطرة المدنية.

ومن جانب آخر، أنه وفقا لأحكام الامتياز القضائي المنصوص عليه في المواد 264 إلى 268 من قانون المسطرة الجنائية، فإن المشرع المغربي يحول دون رفع المطالب المدنية أمام الجهات التي تختص

بالنظر في الجرائم التي يرتكبها القضاة بمختلف درجاتهم. وهذا ما يتنافى مع الهدف التشريعي المتوخى من إقامة دعوى المخاصمة التي أخضعها نفس المشرع إلى مساطر خاصة، وذلك بهدف تجنب مثل هذا التنافي.

النوع الثاني: إجراءات المخاصمة في حالة تحقق الأسباب

الأخرى

إن المشرع المغربي، لم يحدد للمدعي أي إجراء يلزم إتباعه حتى تقبل أو ترفض دعواه في هذه الحالة، ولذلك، فانه في حالة قيام أي سبب من أسباب المخاصمة. من غير إنكار العدالة، يمكن أن يرفع بمقاله إلى الجهة المختصة، وذلك طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 31، وما بعده من قانون المسطرة المدنية. وهذا ما يمكن استخلاصه من الفصل 395 من نفس القانون.

2 - الإجراءات الواجب إتباعها من رئيس كتابة الضبط:

ألزم المشرع المغربي تحت طائلة العقاب، بالعزل، رئيس كتابة الضبط، المحددة صفته في الفقرات الثانية، والثالثة، والرابعة من الفصل 393 من قانون المسطرة المدنية. وذلك بوجوب القيام بإجراءين رئيسيين أثناء قيام المدعي بإقامة دعوى المخاصمة وهما:

الأول : تلقي طلب الإخطارين، أو أي طلب من المدعي الذي

يريد إقامة دعوى المخاصمة، مع السهر على تسجيله، في السجل المعد

لتقييد الطلبات، وذلك بهدف احتساب المدة الفاصلة بين الإخطارين، في حالة قيام سبب المخاصمة المرتبط بإنكار العدالة من القاضي المخاصم، أو احتساب مدة التقادم لهذه الدعوى، في حالة عدم التنازل عنها.

الثاني: القيام بتبليغ القاضي المخاصم بالإخطارين المذكورين من جهة، وكذا السهر على تسليم كل ما يتعلق بإجراءات المخاصمة إلى نفس القاضي شخصياً، مع مراعاة المدة الفاصلة بين هذين الإخطارين كما سبق القول بذلك بمناسبة دراسة الإجراءات السابقة من جهة أخرى.

3- الإجراءات الواجب إتباعها من القاضي المخاصم:

هذه الإجراءات مرتبطة بقبول أو رفض طلب المخاصمة، فإذا تم قبول هذا الطلب، من طرف إحدى الغرف للنظر فيه من طرف الرئيس الأول لمحكمة النقض، فإن القاضي المخاصم ملزم بالقيام بالإجراءات الآتية:

الأول: يجب عليه أن يقدم جميع وسائل دفاعه خلال ثمانية أيام الموالية لتبليغه بقبول طلب المخاصمة ضده. وذلك بهدف معرفة ما إذا كان هذا القاضي، يقوم بهذا الجراء فعلاً، فيتعزز بذلك موقفه من رفض ما يدعيه المدعي أو القبول به فيتعزز موقف هذا الأخير الذي يعمل على تقديم مستنتاجاته.

الثاني: وجوب التخلي عن نظر الدعوى التي هي موضوع المخاصمة أو أي إجراء قانوني آخر يرتبط بها كإصدار الأوامر بإجراء الخبرة أو التحقيق أو استدعاء الشهود، أو الاستماع إليهم، وذلك تحت

طائلة بطلان جميع هذه الإجراءات، في حالة عدم الالتزام بهذا التخلي⁽⁴⁷⁰⁾.

4- الإجراءات الواجب إتباعها من الجهة المختصة بالنظر في دعوى المخاصمة:

حصر المشرع المغربي، هذه الجهة في محكمة النقض التي أوجب عليها القيام بالإجراءات الآتية:

الأول: أن يقدم الرئيس الأول لهذه المحكمة بتعيين غرفة تبت في الطلب المقدم من المدعي ضد القاضي المخاصم من أجل الحسم في رفضه أو قبوله من الناحية الشكلية فقط⁽⁴⁷¹⁾. وذلك بهدف الوصول إلى الغايات المنصوص عليها في الفصلين 398⁽⁴⁷²⁾ و 399⁽⁴⁷³⁾ من قانون المسطرة المدنية.

وتجب الإشارة بمناسبة دراسة هذا الإجراء، إلى أن المشرع المغربي لم يحدد ميعادا يتم خلاله البت فيه مباشرة بعد إيداع طلب إقامة دعوى المخاصمة لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة بتلقي هذا الطلب، وهذا ما لا يمكن القبول به، وذلك نظرا لما قد يترتب عن قبوله أو رفضه من آثار. بعضها يتعلق بتبليغ القاضي المخاصم خلال أجل

470 أنظر الفقرة الثانية من الفصل 399 من قانون المسطرة المدنية.

471 والمقصود بالشكلية هنا، أن تنتظر الغرفة المعنية من طرف الرئيس الأول لمحكمة النقض، ما إذا كان مقال دعوى المخاصمة يتوفر على جميع الإجراءات و الشروط التي حددها القانون وذلك للرفع به إلى الجهة المختصة بتلقيه أم لا تتوفر.

472 أنظر هذا الفصل في كامل صياغته.

473 أنظر هذا الفصل في كامل صياغته.

محدد⁽⁴⁷⁴⁾، وبعضها الآخر يتعلق بتخلي القاضي المخاصم عن نظر الدعوى التي هي موضوع المخاصمة. وهذا التخلي، لا يجب أن يتم خارج الأجل المحدد لتقادم هذه الدعوى. ولهذا السبب، فنحن نرى بوجوب التتبع على هذه المدة، حتى نستطيع أن نعرف المدة التي يجب أن تنتظر خلالها غرف محكمة النقض في دعوى المخاصمة.

الثاني: إذا تم قبول دعوى المخاصمة شكلاً، وجب النظر فيها موضوعاً⁽⁴⁷⁵⁾ من طرف باقي غرف محكمة النقض التي لم تشارك في البت في المقال المرفوع بهذه الدعوى مجتمعة في جلسة يتم تعيينها من طرف الرئيس الأول لهذه المحكمة، وذلك بناء على مستنتاجات المدعي⁽⁴⁷⁶⁾ كما تقضي بذلك الفقرة الأولى من الفصل 400 من قانون المسطرة المدنية. ومن ثم، فإن هذه الغرف إذا أصدرت الحكم لصالح المدعي، فعندئذ تتحمل الدولة مسؤولية تعويضه على الضرر الحاصل له، عما ارتكبه القاضي المخاصم من أسباب مخاصمته.

أما إذا حكمت برفض طلبه، فعندئذ يتحمل وزر خسارته التي بمقتضاها يمكن الحكم عليه بتعويض الأطراف الآخرين، وهم باقي الخصوم إلى جانب القاضي المخاصم. غير أنه في نظرنا، يجب أن

474 هذا الأجل هو ثمانية أيام من تاريخ قبول الطلب المذكور. أنظر الفصل 399.

475 والمقصود بالموضوع هنا الأسباب التي أثارها دعوى المخاصمة بخصوص القاضي المخاصم.

476 والمقصود بالمستنتاجات هنا أن غرف محكمة النقض لا ينبغي أن تنتظر في دعوى المخاصمة بناء على توافر أسباب هذه الدعوى فقط، وإنما لا بد من إثبات المدعي للضرر الذي أصابه من هذه الأسباب حتى تستطيع هذه الغرف تحديد مسؤولية القاضي المخاصم..

نؤكد بأن هذا الأخير إذا ما طالب المدعي في دعوى المخاصمة بالتعويض، فإنه قياساً على التجريح، لا يحق له الاستمرار في نظر الدعوى التي كانت السبب في مخاصمته، وذلك لعدم إمكانية الجمع بين الاثنين وهما التعويض، والاستمرار، في نظر هذه الدعوى.

الفقرة الثانية: أوجه الالتقاء والاختلاف بين التجريح

والمخاصمة من حيث الأثر

إن أوجه الالتقاء، والاختلاف بين التجريح والمخاصمة من حيث الأثر هي تختلف بشكل بين عن تلك التي سبق بيانها في الفقرة السابقة. ولذلك، فيمكن مناقشتها من حيث تقديم الطلب من المدعي في هذين المؤسستين، من جهة و الهدف المتوخى منه من جهة أخرى.

أولاً: حصر أوجه الالتقاء بين التجريح و المخاصمة في تقديم

الطلب من المدعي إلى المحكمة المختصة

إذا اعتبرنا بأن التجريح أو المخاصمة، هي من الإجراءات المسطرية التي تقتضي تقديم طلب من المدعي متى تحققت الأسباب الداعية إلى هذا التقديم، فإن المشرع المغربي رتب عليه آثاراً قانونية هامة، وهذه الآثار تختلف ما إذا كانت الجهة المختصة، قد قبلت به أم لم تقبل به.

1- الآثار المترتبة عن قبول طلب التجريح أو المخاصمة من الجهة المختصة بالنظر فيه:

إن المشرع المغربي لم يبين بوضوح الآثار المترتبة عن التجريح، في نطاق المسطرة المدنية، وذلك على خلاف ما فعله في نطاق المسطرة الجنائية. ونحن إذا قارنا هذه الآثار، مع تلك المنصوص عليها، في حالة قبول طلب المخاصمة، فإننا نجد بأنه من أهم ما تشترك فيه هاتين المؤسستين عند قبول الطلب المقدم من المدعي إلى الجهة المختصة بالنظر في التجريح أو المخاصمة هو ما يتعلق بالتخلي عن النظر في الدعوى أو الاستمرار فيها من طرف القاضي المجرح⁽⁴⁷⁷⁾ أو المخاصم⁽⁴⁷⁸⁾، بل ولقد اعتبر المشرع المغربي بأن التخلي عن الدعوى في حالة المخاصمة، لا ينحصر فقط عن النظر في هذه الدعوى، وإنما يشمل حتى التخلي عن النظر في كل قضية مرفوعة إلى المحكمة التي يعمل فيها هذا القاضي من المدعي غير دعوى المخاصمة، أو أن يكون هو، أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه طرفاً فيها، وإلا كان الحكم الذي قد يصدر في جميع هذه الحالات باطلاً بقوة القانون⁽⁴⁷⁹⁾.

ويبدو من هذا الاتجاه التشريعي، أن تشريعنا المدني، وسع من نطاق الحماية التشريعية لمصلحة المدعي في حالة قبول طلب المخاصمة، ليس

477 أنظر المادة 281 من قانون المسطرة الجنائية.
478 أنظر الفقرة الثانية من الفصل 399 من قانون المسطرة المدنية.
479 أنظر نفس الفقرة السابقة.

فقط ضد القاضي المخاصم في الدعوى التي هي موضوع المخاصمة، وإنما في جميع الدعاوى الأخرى التي يكون فيها هذا المدعي، أو أحد أصوله أو فرعه أو زوجه طرفاً فيها، وذلك حتى لا ينتقم لنفسه ضد هؤلاء الأشخاص، إذا ما تم حصر التخلي في الدعوى الأصلية دون غيرها من الدعاوى الأخرى الفرعية.

ويبدو من الفقرة الثانية من الفصل 399 من قانون المسطرة المدنية، بأن التخلي الذي نحن بصدد، يشترط فيه أن تكون الدعاوى المذكورة معاصرة للدعوى التي هي موضوع المخاصمة. أما إذا كانت لاحقة، فليس هناك من يمنعه من النظر فيها على اعتبار أن هذا التخلي، يجب أن لا يكون حالة ملازمة للقاضي المخاصم بصفة دائمة أو مطلقة، وذلك لما قد يترتب عنه من عدم الاستقرار القانوني، وهذا ما لا يمكن تصوره على الإطلاق.

ولكن السؤال المطروح، هو أن المشرع المغربي لماذا لم يأخذ بتوسيع التخلي عن الدعوى من القاضي المجرح، في نطاق قانون المسطرة الجنائية بالشكل الذي أخذ به في المخاصمة التي نظمت أحكامها قواعد قانون المسطرة المدنية، فهل السبب في هذا الاختلاف يرجع إلى طبيعة الدعويين، أم أن الأمر يتعلق باختلاف الأسباب الموجبة للقيام بهذين الإجراءين فقط ؟

في الجواب على هذه الأسئلة، يجب أن نؤكد بأن تشريعنا الجنائي، لم يوفق في ما ذهب إليه بخصوص ربط تخلي القاضي

المجرع عن النظر في الدعوى العمومية، في حالة قيام أسباب التجريح، وإنما يجب أن لا ينظر في أي دعوى جنائية أخرى يكون فيها أحد أصول أو فروع أو زوج المتهم أو المدعي المدني خلال مدة نظر الدعوى العمومية التي كانت موضوع التجريح، وذلك بهدف الالتزام بمبدأ الحياد الذي هو من أهم المبادئ الأساسية التي تقتضيها العدالة الجنائية.

ولهذا السبب، فإنه لا يجب التمييز بين التجريح و المخاصمة بخصوص الآثار التي تتبناها الفقرة الثانية من الفصل 399 من قانون المسطرة المدنية، وذلك لقيام أوجه الشبه بين هذين الإجراءين، في هذه الآثار، سيما وأنها كما سنرى بأن التجريح عادة ما يؤدي إلى المخاصمة أو يتحول إليها.

2- الآثار المترتبة على رفض طلب التجريح أو المخاصمة من الجهة المختصة من النظر فيه:

إن المشرع المغربي رتب آثارا متشابهة بين التجريح والمخاصمة، في حالة رفض الطلب المرفوع به من طرف أحد الخصوم الذي يدعي بأحد هذين الإجراءين ضد القاضي الذي يريد تجريحه أو مخاصمته، وهذه الآثار تنحصر في أمرين:

الأول: الحكم بغرامة مالية ضد الخاسر لفائدة الخزينة العامة:

وهذه الغرامة هي في طبيعتها غرامة زجرية، وإن كانت بسيطة في مقدارها، وذلك نتيجة المس بثقة التقاضي، في حالة اللجوء إليه إلى

جانب العقوبة الحبسية التي يمكن أن يعاقب بها هذا الخاسر من أجل إهانة القضاء، إذا كان الأمر يتعلق بالمس بشرف وسمعة القاضي المجرح (480).

ويلاحظ من هذا المقتضى القانوني، أن المشرع المغربي لم يفلح في توحيد هذه الغرامات في نطاق القانونين المسطريين، سواء تعلق الأمر بالتجريح أو المخاصمة.

فبالنسبة للتجريح، إن الغرامة نص على أدائها الخاسر في دعوى التجريح في نطاق قانون المسطرة المدنية، هي بسيطة جدا، لا تتعدى خمسمائة درهم في حين أن هذه الغرامة، تصل في حدها الأقصى إلى ألفين وخمسمائة درهم في نطاق قانون المسطرة الجنائية. وفي اعتقادنا أن هذا التباين، لا يقوم على أسس سليمة، ولذلك فإنه ينبغي إعادة النظر فيه، بشكل جدي، وذلك حتى يكون عادلا على الأقل بالنسبة لجميع المتقاضين أمام مختلف المحاكم، بغض النظر عما إذا كانت مدنية أو جنائية، إدارية أو تجارية، بسبب خضوعها إلى تنظيم قضائي واحد.

أما بالنسبة للمخاصمة، فيبدو من نص الفصل 398 من قانون المسطرة المدنية بأن الغرامة (481) التي نحن بصددتها هي أكثر حدة من التي سبق بيانها بمناسبة عدم قبول طلب التجريح. وفي هذا أيضا، إشارة إلى انعدام توحيد هذه الغرامة بين هاتين المؤسستين، وذلك

480 أنظر المادة 285 من قانون المسطرة الجنائية.

481 وهذه الغرامة تصل في أقصاها إلى ثلاثة آلاف درهما.

بالرغم من وحدة الهدف التشريعي المتوخى من التتصيص عليهما في القانونين المذكورين.

وعلى هذا الأساس، فإنه في نظرنا يجب على تشريعنا المغربي أن يرفع من هذه الغرامات، وذلك حتى لا يتخذ المتقاضون المؤسستين المذكورتين وسيلة لإطالة أمد التقاضي، أو المس من سمعة القضاء دون مبرر، ولعل هذا هو السبب الذي جعل من بعض التشريعات المقارنة أن تلجأ إلى اشتراط تقديم كفالة مالية عند تقديم طلب التجريح أو المخاصمة إلى الجهة المختصة، وذلك حتى تكون موضوع مصادرة، في حالة عدم قبول هذا الطلب، إلى جانب الغرامات الجزائية المرتفعة⁽⁴⁸²⁾، وإن كنا نحن لا نوافق على هذه الكفالة، وذلك نظرا لكونها قد تصبح عائقا أمام المتقاضين المحققين برفع هذا الطلب متى كانوا عاجزين على تقديمها.

الثاني: الحكم بالتعويض لمصلحة القاضي المجرح، أو المخاصم ولباقي الأطراف الآخرين:

إن الخصم الذي يخسر دعوى التجريح أو المخاصمة، لا يعاقب بغرامة مالية أو بعقوبة حبسية فقط، كما سبق أن رأينا ذلك في النقطة السابقة، وإنما هو ملزم أيضا بأداء تعويضات لمصلحة القاضي المجرح أو المخاصم من جهة، ولمصلحة باقي الخصوم في الدعوى التي خسرها، من جهة أخرى.

482 مصطفى مجدي هرجة: م س، ص 112 وما بعدها
محمد مرعي مصعب: م س، ص 249.

فبالنسبة للقاضي المجرح، أو المخاصم، فإن المدعي الخاسر لدعواه، هو ملزم بأدائه لمختلف التعويضات التي يمكن أن يحكم عليه بها، ولكن متى تحقق شرطان.

يتمثل أولهما، في كون القاضي الذي يرفع بطلب هذه التعويضات، يجب عليه أن يمتنع عن الاستمرار، في نظر الدعوى التي كانت موضوع التجريح أو المخاصمة، وذلك لاعتبارات شخصية، قد تتعلق بتكليف الخاسر في دعوى المخاصمة تحميل التعويض من جهة، وتحميل مواجهة القاضي الذي أصبح يطالبه بهذه التعويضات من جهة أخرى، وهذا ما جعل المشرع المغربي، أن ينص بشكل صريح على هذا الشرط في الفصل 297⁽⁴⁸³⁾ من قانون المسطرة المدنية.

وثاني الشرطين، أن لا يكون القاضي هو الذي صرح أمام الجهة المختصة بقيام إحدى أسباب التجريح، لأنه في هذه الحالة إذا لم تأخذ هذه الجهة بهذا التصريح. فإن الطرف الخاسر في هذه الحالة، لا ينبغي أن يكون هدفا لمطالبته بالتعويض لما قد يتنافى ذلك مع الصفة والمصلحة في إثارة الدعوى.

ويضيف الفقه المقارن إلى هذين الشرطين، شرطا ثالثا، ويتعلق بكون الطرف الخاسر لدعوى التجريح، أو المخاصمة، يجب أن لا يكون

483 يقضي هذا الفصل بأنه "يحكم على من خسر دعوى التجريح بغرامة لا تتجاوز خمسمائة درهم دون إخلال بمطالبة القاضي بتعويضه عن الأضرار عند الاقتضاء، غير أنه لا يمكن للقاضي الذي يقيم أو ينوي إقامة دعواه أن يشارك بعد ذلك في الحكم في القضية الأصلية. فإن ساهم في ذلك لم يتأت له أن يقيم هذه الدعوى".

قد سبق، قبل صدور الحكم في هذه الدعوى أن تنازل عن حقه فيها. أما إذا سبق أن صدر منه هذا التنازل، فلا يجب الحكم عليه بأي تعويض لمصلحة القاضي المذكور (484).

أما بالنسبة لباقي الخصوم، في الدعوى التي خسرها المدعي، فإن من حق هؤلاء أن يرفعوا عليه المطالبة بالتعويض (485) إذا ما رأى هؤلاء بأن هذا الأخير قد سبب لهم في الأضرار المترتبة عن إطالة الحكم في الدعوى الأصلية أو أن لجوءهم إلى هذه الدعوى، قد سبب لهم تكاليف أو مصاريف زائدة نتيجة لجوءهم إلى الطريق المدني، في المطالب المدنية التي يختص القضاء الجنائي للنظر فيها.

وفي اعتقادنا أن التعويض الذي يؤديه الخاسر في الدعوى الأصلية لمصلحة القاضي، أو للأطراف الآخرين، هو في حقيقته يقابله التعويض الذي يستفيد منه، في حالة قبول طلبه، وبصفة خاصة في حالة المخاصمة.

وفي هذا الصدد، تجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يضع معايير يتم على أساسها التعويض المذكور، وإنما الأمر يرجع فقط إلى الجهة المختصة بقبول طلب التجريح، أو المخاصمة أو رفضه، حيث إن لهذه الجهة السلطة التقديرية الكاملة، في تقدير هذا التعويض، وذلك

484 مصطفى مجدي هرجة: نفس المرجع السابق.

485 أنظر الفصل 398 من قانون المسطرة المدنية. ويقضي الفصل 401 من نفس القانون في هذا الصدد بأنه "إذا صدر الحكم برفض طلب المدعي أمكن الحكم عليه بتعويضات لصالح الأطراف الآخرين".

بالرغم من أننا نرى بأنه لا يجب أن ينزل عن الحد الأقصى للغرامات المالية التي سبق بيانها قبل قليل.

ثانياً: حصر أوجه الاختلاف بين التجريح والمخاصمة من حيث الآثار المترتبة عليهما

بالرجوع إلى الآثار التي رتبها المشرع المغربي عن التجريح، والمخاصمة المنصوص عليهما في قانون المسطرتين، أنهما يختلفان في ميعاد تقديم الطلب فيهما. وفي شكل تخلي القاضي عن النظر في الدعوى الأصلية، وأخيراً في دعوى التعويض.

1- اختلاف التجريح والمخاصمة في ميعاد تقديم الطلب فيهما:

إذا أخذنا بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة 277 من قانون المادة الجنائية، نجد المشرع المغربي اشترط في تقديم طلب التجريح، أن يتم كقاعدة عامة ضد القضاة المراد تجريحهم، قبل كل دفع أو دفاع في الجوهري، وذلك لوضوح أسبابه من جهة. أو لأن تشريعنا الجنائي، يراعي دائماً في الدعاوى الجنائية السرعة من أجل البت فيها، إلا إذا كانت هذه الأسباب قد طرأت بعد تحريك الدعوى العمومية، أو أن صاحب الحق في إثارة هذا التجريح لم يعلم بها إلا في وقت لاحق، فإنه في هذه الحالة أعطى نفس المشرع إمكانية إثارته أثناء سير الدعوى أمام القضاء الجنائي على سبيل الاستثناء فقط.

أما السبب الذي جعله يقبل بهذا الاستثناء، فلأنه ظل يعتبر بأن تقديم الطلب المذكور، لا يكون سبباً في تخلي القاضي المذكور على

النظر في الدعوى المرفوعة أمامه إلا بعد النظر في هذا الطلب من الجهة المختصة، وقبلت به بالشكل الذي سبق بيانه في النقطة الأولى من هذه الفقرة، في حين أن الأمر ليس كذلك، في حالة تقديم نفس الطلب، في بداية الاستجواب أو الجلسة، بحيث إن هذا الطلب يكون له تأثير على إيقاف هذين الإجراءين الأخيرين، ولكن متى قام فورا، بتحرير مذكرة ووجهها دون تأخير إلى الرئيس الأول للمحكمة التي يعمل فيها القاضي المجرح (486).

وفي اعتقادنا، فإن المشرع المغربي عندما لشرط، في طلب التجريح أن يتم تقديمه قبل مناقشة جوهر الدعوى، فلأنه قد اعتبره من الدفوع الشكلية التي متى أثارها أحد الخصوم، فإنها تؤدي إلى تحقيق مصلحة منتجة لمن أثارها⁽⁴⁸⁷⁾، بل، ونحن نرى بأنها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وذلك لارتباطها بموضوع الاختصاص، الذي لا يشك أحد في كونه من هذا النظام⁽⁴⁸⁸⁾، بدليل أن تشريعنا الجنائي ألزم القاضي بتقديم تصريح إلى الجهة المختصة متى تأكد لديه بأن بينه وبين أحد الأشخاص الذين عدتهم المادة 276⁽⁴⁸⁹⁾ من قانون المسطرة

486 أنظر المادة 284 من قانون المسطرة الجنائية.

487 محمد التغويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية، ص. 105.

488 نفس المرجع، ص. 104.

489 تقضي هذه المادة بأنه " يملك حق التجريح المتهم، و المسنول المدني والطرف المدني".

الجنائية سبب من أسباب التجريح⁽⁴⁹⁰⁾، وذلك تحت طائلة بطلان الحكم الذي يصدره إذا لم يتم بهذا الإجراء.

وعلى خلاف التجريح، فإن المخاصمة لم يحدد لها المشرع المغربي ميعادا معيناً لتقديم الطلب فيها، وهذا يعني أن المدعي بهذه المخاصمة يمكن أن يرفع بطلبه بشأنها إلى الجهة المختصة في جميع مراحل الدعوى، أو بعد صدور الحكم فيها، حتى ولو كان هذا الحكم قد اكتسب قوة الشيء المقضي به⁽⁴⁹¹⁾.

أما السبب في هذا الاختلاف القائم بين التجريح والمخاصمة بخصوص ميعاد تقديم الطلب فيهما إلى الجهة المختصة، فيرتبط بأمرين:

الأول: إن أسباب التجريح تكون قائمة سلفاً، في الواقع الخارجي قبل رفع الطلب بها، أو إثارتها أمام الجهة المختصة بالنظر في هذا الطلب إلا إذا كان قيامها، قد تم لاحقاً من قيام الدعوى التي هي موضوع التجريح وكان القاضي المراد تجريحه لم يصدر حكم بات فيها، وهذا بخلاف أسباب المخاصمة التي لا تقوم إلا مع قيام الدعوى التي هي موضوع المخاصمة. ومن ثم، فإنه يستحيل أن يشترط فيها المشرع تقديم الطلب بشأنها قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر.

490 أنظر المادة 275 من نفس القانون.

491 ونحن نأخذ بهذا الرأي، لأن المشرع المغربي، اعتبر المخاصمة، من المساطر الخاصة التي يمكن الرفع بها في كل مرحلة من مراحل الدعوى أو بعد صدور الحكم فيها، حتى ولو كان هذا الحكم غير قابل للطعن مثلها في ذلك مثل دعوى الزور والطعن بإعادة النظر.

الثاني: إن طلب التجريح، هو طلب من الطلبات أو الدفوع التي يثيرها الخصوم قبل كل دفع أو دفاع في الجهر، بينما طلب المخاصمة يتخذ شكل مقال بمقتضاه يرفع به أحد الخصوم لإقامة الدعوى، وذلك بهدف المطالبة بالتعويض الناتج عن الأخطاء التي يرتكبها القاضي بسبب عمله أثناء تهئية القضية أو الحكم فيها (492).

2- شكل تنحي القاضي عن النظر في الدعوى الأصلية التي هي موضوع التجريح أو المخاصمة:

إذا كان التنحي هو أمر مشترك بين التجريح والمخاصمة كأثر من الآثار المترتبة عن قبول الطلب فيهما من طرف الجهة المختصة، فإنهما يختلفان في هذا الأمر في الشكل الذي يتخذه. فبالنسبة للتجريح، فإن التنحي يتخذ شكلين. أحدهما يتم بطريق القضاء، والآخر يتم بطريق الإقرار.

الشكل الأول: التنحي بطريق القضاء، وهو التنحي الذي يقتضي تخلي القاضي المرفوع ضده طلب التجريح عن النظر في الدعوى الأصلية أو إيقافه عن متابعة التحقيق أو المناقشات أو إصدار الحكم فيها، وذلك بالشكل المنصوص عليه في المواد 179 و 281 و 284 من قانون المسطرة الجنائية.

وهذا يعني، أنه لا يمكن أن يحصل هذا التنحي، لمجرد إيداع طلب التجريح لدى كتابة ضبط المحكمة التي يعمل فيها القاضي المراد

492 أنظر البند الأول من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

تجريحه، وإنما لابد من مناقشته من طرف الجهة المختصة بالنظر فيه. ومن ثم، صدور الأمر بقبوله، وذلك حتى لا يكون هذا الطلب، وسيلة من الوسائل التي قد يلجأ إليها المتقاضون من أجل التأخير في البت، في القضايا التي ترفع أمام المحكمة.

وفي اعتقادنا، أن هذا النهج التشريعي يبقى غير سليم، ذلك لأنه إذا كان التجريح يعني في دلالته القانونية عدم الاطمئنان لدى أحد الخصوم بحياد القاضي، فإنه لا بأس من الاستجابة إلى تقديمه بشكل تلقائي وذلك بإحلال قاضي آخر للنظر في الدعوى التي هي موضوع هذا التجريح من أجل قطع دابر من يشك في عمل القاضي المجرح، مقابل إدانته جنائياً في حالة عدم قبول طلبه بالشكل الذي سبق بيانه، وهذا ما أخذ به التشريع المقارن (493).

ومن جهة أخرى، إن إيقاف النظر في الدعوى من القاضي المجرح إلى حين البت في طلب التجريح، فيه إشارة إلى تعطيل سير العدالة. وهذا ما يجب تجاوزه عن طريق انتداب قاض آخر للنظر في

وفي هذا الصدد، أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية المصري بمناسبة تعديل المادة 162 من هذا القانون، وذلك بموجب القانون رقم 23 لسنة 1992 بأنه "أجاز المشرع في المادة 162 لرئيس المحكمة أن ينتدب قاضياً ليجلس بدلاً من القاضي المطلوب رده، وأن يستمر نظر الدعوى الأصلية في طريقها المعتاد، ويتخذ طلب الرد (التجريح) طريقه للفصل فيه دون ما أثر له على استمرار نظر القضية الأصلية، باعتبار القاضي المطلوب رده أصبح بعيداً عنها، وهذا التعديل يحقق أثراً عملية كبيرة حيث سيجد المتلاعبون بحق الرد أن قصدهم مردود عليهم يسير القضية الأصلية في طريقها المعتاد دون تعطيلها بسبب طلب الرد...". أنظر مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 117.

هذه الدعوى، وذلك بغض النظر عن مصير الطلب، ما إذا تم القبول به أو رفضه من الجهة المختصة.

الشكل الثاني: التنحي بطريق الإقرار، وهو التنحي الذي يتم لمجرد تقديم القاضي المجرح تصريحه إلى الجهة المختصة بنظر طلب التجريح، وذلك من غير أن يترك أمر تقديره إلى هذه الجهة، مادام أنه تأكد فعلا بقيام إحدى أسباب هذا التجريح المنصوص عليها في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، إلا إذا تكرر منه ذلك في قضايا كثيرة، فإنه عندئذ يجب متابعتة بناء على إنكار العدالة إذا تبين من تصريحاته في هذه القضايا، بأنه يريد فقط أن يتصل من النظر فيها، تحت ذريعة قيام أسباب التجريح المذكورة (494) وهي ليست كذلك.

أما بالنسبة للمخاصمة، فإنها دائما تخضع إلى الشكل الأول من التنحي بون الثاني، على اعتبار أنه لا يمكن للقاضي أن يقر بقيام إحدى أسبابها، حتى يمكن أن نسلم بهذا التنحي الأخير.

ومن جهة أخرى، فإن أسباب المخاصمة مرتبطة بخطأ القاضي أثناء النظر في الدعوى الأصلية، بسبب ارتكابه لتدليس أو غش، أو غدر أو إنكار للعدالة. ومن ثم، فإنه لا يكفي أن يقدم تصريحا بارتكابه لإحدى هذه الجرائم حتى نسلم بمخاصمته، وإنما لابد من تقديم طلب بشأنه من طرف أحد الخصوم، وذلك من أجل النظر فيه من طرف

494 وفي هذا الصدد، يحق لأحد الخصوم أيضا أن يرفع ضده دعوى المخاصمة، بناء على البند الأخير من الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

الجهة المختصة التي هي وحدها يجب أن تقرر بقيام هذه المخاصمة أو عدم قيامها.

3- اختلاف التجريح والمخاصمة في الهدف المتوخى من تقديم الطلب فيهما إلى الجهة المختصة:

إذا أخذنا بعين الاعتبار، الهدف المتوخى من تقديم طلب التجريح، فإننا نجد المشرع المغربي قد حصره في إبعاد القاضي المجرح من النظر في الدعوى الأصلية متى تم قبوله من طرف الجهة المختصة بالنظر فيه فقط. ومن ثم، إحلال قاض آخر محله دون مراعاة أي أثر آخر، سواء تعلق الأمر بالتعويض أو ببطلان الحكم الصادر في الدعوى التي هي موضوع التجريح.

أما في المخاصمة، فإن الأمر لا ينحصر فقط، في تنحي القاضي المخاصم من النظر في الدعوى الأصلية أو الاستمرار فيها أو صدور حكم بشأنها، وإنما أعطى للمدعي بهذه المخاصمة أيضاً، حق رفع دعوى المطالبة بالتعويض ضد القاضي الذي ثبت في حقه ارتكاب إحدى الأفعال المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، وذلك نتيجة لما تسبب فيه من أضرار لهذا المدعي.

ولكن السؤال المطروح، هو هل يلجأ المدعي الذي يدعي بالمخاصمة في حالة قبول طلبه إلى رفع دعوى التعويض فقط، أم لا بد من إصدار أمر ببطلان الحكم أو الإجراء المؤدي إلى صدور هذا الحكم، ومن ثم طرح القضية من جديد على قاض أو هيئة أخرى؟

إن المشرع المغربي لم يجب على هذه الأسئلة، في نطاق الأحكام التي بمقتضاها قد نظم دعوى المخاصمة، وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فنحن نرى بأنه يجب على الجهة المختصة بالنظر في طلب المخاصمة، أن تصدر قرارها ببطالان الحكم في حالة قبول هذا الطلب. ومن ثم، عرض الدعوى الأصلية على قاض أو على هيئة أخرى للنظر فيها من جديد، باعتبار أنها في هذه الحالة تعود إلى ما كانت عليه قبل الحكم أو الإجراء المشكو منه كما يقول بذلك بعض الفقه المقارن⁽⁴⁹⁵⁾. وإذا كان هذا القبول قد تم أثناء سير هذه الدعوى، فإنها تصدر قرارها بتتحي القاضي المخاصم وإحالتها على قاض آخر.

ونحن نقول بهذا الرأي، لأن الإجراءات المتبعة أثناء النظر في أي دعوى هي في حقيقتها متعلقة بالنظام العام⁽⁴⁹⁶⁾. ومن ثم، فإنه إذا تبين للجهة المختصة بالنظر في طلب المخاصمة، بأن أحد أسباب هذه المخاصمة، قائمة، فإنها يجب أن تحكم ببطالان هذه الإجراءات بشكل تلقائي لتعلقها بهذا النظام.

أما بخصوص دعوى المطالبة بالتعويض، فإنها مرتبطة باختیار المدعي الذي تم قبول طلبه بالمخاصمة، إن شاء رفع بهذه الدعوى، وإن شاء اكتفى فقط بقبول بطلان الدعوى الأصلية أو الحكم الصادر فيها، بل وإنه في حالة رفع دعواه المرتبطة بهذا التعويض، يحق له أن

495 - محمد مرعي مصعب: م. س، ص. 253.

496 - على اعتبار أنها إجراءات مسطرية، وكل ما هو مسطري، يعتبر من النظام العام.

يتنازل عنها، وذلك من غير أن يؤثر هذا التنازل عما آلت إليه الدعوى
الأصلية التي هي موضوع المخاصمة.

الفرع الثاني: الأبعاد القانونية للتجريح

من خلال ما درسناه في الفرع الأول من هذا الفصل، يتبين لنا بأن للتجريح أهمية تشريعية خاصة في قواعد قانون المسطرتين المدنية والجنائية بخصوص تنظيم العلاقة بين القضاء، وأطراف النزاع في الدعوى التي ترفع أمامه للنظر فيها، وهذه الأهمية يمكن حصرها في شكلين أحدهما قانوني (**المبحث الأول**)، والآخر واقعي (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الأبعاد القانونية للتجريح في التشريع

إذا سلمنا مع القضاء المغربي، بأن التجريح هو إجراء مسطري مرتبط بسير الدعوى التي هي موضوع هذا التجريح، وليس مجرد طلب من طلبات الدفوع، فإن هذا الإجراء تنحصر أهميته من الناحية القانونية، في حماية القاضي من نفسه، ومن الخصوم أثناء تحريك الدعوى العمومية أو السير فيها (**المطلب الأول**)، وحماية هذه الدعوى من البطلان في حالة صدور حكم قطعي فيها (**المطلب الثاني**)، وأخيرا حماية الخصوم من الحيلولة دون انحياز نفس القاضي إلى طرف دون طرف في النزاع المعروض عليه (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: أهمية التجريح، في حماية القاضي من نفسه أو من الخصوم

إن المشرع المغربي عندما نص على التجريح تحت طائلة مساطر خاصة في قواعد قانون المسطرتين المدنية والجنائية، كان يستهدف من ورائه أن لا يترك القاضي، ينظر في أي نزاع يتم رفعه إليه بشكل مطلق، وإنما وضع له شروطا وحدد له إجراءات، يجب مراعاتها في كل نزاع على حدة. ومن بين هذه الشروط، أن يحافظ على استقلاليته من جهة، واكتساب ثقة المتقاضين فيما يصدره من أحكام من جهة أخرى.

وانطلاقا من هذين الاعتبارين، فإن نفس المشرع سعى من وراء قواعد التجريح. أن يحمي القاضي من نفسه، أو يحميه من غيره من أطراف النزاع، وذلك عن طريق منعه من السير في الدعوى المعروضة عليه أو إصدار حكم فيها متى تم قبول طلب هذا التجريح، كما سبق القول بذلك في نهاية الفرع الأول من الفصل الذي نحن بصدد.

والمشرع يحمي القاضي من نفسه، وذلك حتى لا يتأثر في اقتناعه، عندما يناقش وقائع الدعوى المرفوعة إليه بتلك الميول، أو الاندفاعات التي بينها في الأسباب الموجبة للتجريح من جهة، أو الخروج عن نطاق الحياد أثناء السعي إلى تحقيق أغراض شخصية محضة لا علاقة لها بتحقيق العدالة من جهة أخرى، بل وأنه في اعتقادنا، أنه في نظر هذا النهج التشريعي، يبقى عمله لا ينتج أي أثر

قانوني ملزم للخصوم أو الرأي العام، وذلك لخروجه عن مبدأ الحياد والاستقلال اللازمين للتقاضي في نطاق الدستور المغربي.

وعلى هذا الأساس، يؤكد بعض الفقه المقارن بأن نظام تنحي القاضي عند قبول طلب التجريح المقدم ضده، لا يقوم على أساس الطعن في استقامته أو نزاهته (497)، وإنما يقوم على أساس مظنة، أو احتمال أن ما يقضي به لا يلتزم فيه جادة الصواب (498)، وهذا ما يشير إليه الفصلان 24 و 25 من التنظيم القضائي للمملكة، من حيث المبدأ الذي يقوم عليه التقاضي كهيئة دفاع أو خصوم أو هيئة ادعاء أو هيئة حكم.

وبعبارة أخرى، أن القانون إذا كان يلزم القاضي بالحكم في الدعوى، وفق ما يقتنع به، من وسائل الإثبات المطروحة عليه، فإن قيلم إحدى أسباب التجريح تجعله أن يتخلى على هذا المبدأ، لأنه بهذه المفساد، إما أن يحكم حسب اعتقاده الشخصي أو حسب الهدف الذي يريد أن يصل إليه نتيجة ميولاته التي تفرضه عليه هذه الأسباب، وهذا ما قد يؤثر على عنصر التسبب في الحكم الذي يمكن أن يتعرض إلى

497 على اعتبار أن القاضي المطعون في خلقه أو سلوكه الوظيفي، لا يكون جديراً بالبقاء في منصبه القضائي، وهذا ما تؤكد عليه الفقرة الأولى من الفصل 13 من النظام الأساسي لرجال القضاء حيث تقضي هذه الفقرة بأنه "يحافظ القضاة في جميع الأحوال على صفات الوقار والكرامة التي تتطلبها مهامهم"، بل ولن القسم الذي يؤديه القضاة عند تعيينهم كما هو منصوص عليه في الفصل 18 من نفس النظام فيه إشارة واضحة إلى التأكيد على بعض مظاهر هذه الصفات، وهي النزاهة والإخلاص في العمل..

498 آدم وهيب الندوي: المرافعات المدنية، م. س، ص. 50.

النقض، فتعرض قيمة القاضي إلى ما لا يرغب فيه من تأديب معنوي على عمله من القضاء الأعلى درجة (499).

ويبدو لنا من هذه الأهمية، أن المشرع المغربي، جعل من التجريح الأداة التي تجعل من القاضي أن يلقي على عاتقه واجب مراقبة نفسه قبل غيره، وذلك حتى لا تتأثر أحكامه بأي عيب من العيوب، سواء كانت واقعية أو قانونية، وهذا ما جعله ينص بشكل واضح، على وجوب تقديم تصريحه إلى الجهة المختصة بالنظر فيه (500). إذا ما تبين بأن هناك سببا من أسباب التجريح بينه وبين أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 276 من قانون المسطرة الجنائية (501) التي سبق بيانها أكثر من مرة.

أما حماية المشرع للقاضي من الخصوم، فإنه يفترض في هؤلاء أن يعتبروا دائما بأن العمل الذي يقوم به هذا القاضي في الدعوى التي تتوفر فيها إحدى أسباب التجريح. أن لا يكون صحيحا حتى ولو كان هذا العمل أو الحكم الذي يصدره يعتبر في حد ذاته عادلا، على اعتبار أنه لا يكفي أن يكون بهذا الشكل، بل يجب أن يكون مقنعا للخصم الذي صدر الحكم ضد مصلحته (502).

499 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 280.

500 أنظر المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية.

501 تقضي هذه المادة بأنه " يملك حق التجريح المتهم والمسئول المدني والطرف المدني".

502 آدم وهيب النداوي: م. س، ص. 48.

وهذا يعني أن القاضي بإدراكه المسبق لما هو ملقى على عاتقه من توخي الصواب وتحقيق العدالة، يجب عليه أن يتحرى الدقة في قضائه، وذلك حتى لا يفصل فيما هو معروض عليه تحت تأثير عاطفة عارضة (503) تتنافى مع إقتناعه الذي يجب أن يتأسس على ما هو منصوص عليه في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية.

وبناء على هذا المقتضى القانوني، فإن القاضي لا يمكن له أن يحمي نفسه من الخصوم أثناء قيام أسباب التجريح تأسيسا على سلطته التقديرية الموجبة لاقتناعه (504) في ما ينتهي إليه في عمله القضائي من تكيف وأحكام بشكل مطلق، وإنما هو ملزم بمراعاة حقوق هؤلاء الخصوم التي تضع حدا لهذه السلطة. وهذا ما جعل المشرع المغربي، أن يعتبر حق التجريح من الحقوق الأساسية التي ترتبط بحق التقاضي ذاته، بحيث لا يمكن أن يسلم القاضي من ممارستها بأي طريق من الطرق إلا إذا تم التنازل عنها (505).

وفي هذا المعنى إشارة واضحة، إلى أن أهمية التجريح بالنسبة لحماية القاضي من الخصوم تكمن في تحقيق التوازن التشريعي بين المحافظة على حق المتقاضين في المطالبة بتتحي القضاة المجرحين عن

503 محمد التغدويني: م. س، ص. 63.

504 لأن الأصل في التجريح، أنه يتأسس على حماية المشرع للقاضي من تأثير ميولاته على الاقتناع الذي كان يجب الاعتماد عليه كميّار من معايير الحسم في القضايا الجنائية المرفوعة أمامه.

505 وقد أكد القضاء المصري في هذا الصدد بأن "رد القاضي حق شرع لمصلحة المتقاضين أنفسهم فلهم أن يباشروه أو يتنازلوا عنه". أنظر الطعن رقم 109، سنة 55 ق. جلسة 15 نوفمبر 1987. أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 703.

الاستمرار في الدعوى، أو إصدار أحكام بشأنها إذا ما توفرت أسباب هذا التجريح قضاء أو إقراراً من جهة، وبين تقرير ضوابط دقيقة يجعل ممارسة هذا الحق منوطاً بتوافر الجدية، والبعد عن العبث، والحيلولة دون استخدامه سبيلاً للكيد أو عرقلة للفصل في القضايا والإساءة إلى القضاة من جهة أخرى، وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري في أحكام كثيرة (506).

وفي هذا الصدد، اعتبر القضاء المقارن بأن طلب التجريح إذا ما تم رفضه أو سقط الحق فيه أو تم التنازل عنه، فإن أي طلب آخر من أي من الخصوم، ولو كان موجهاً إلى قاض آخر لا يترتب على مجرد تقديمه وقف السير في الدعوى، وإنما يكون وقفها، في هذه الحالة أمراً جوازياً للمحكمة التي تنتظر في طلب التجريح (507).

ويفهم من هذا الاجتهاد القضائي، أن الخصوم في الدعوى إذا وجهوا طلبات التجريح نحو قاض واحد أو إلى عدة قضاة، في الهيئة الحاكمة، أو هيئة الادعاء من أعضاء النيابة العامة، فإن التجريح وفق هذه الطلبات يفقد قيمته القانونية، وذلك لاستحالة تحقق الميل إلى خصم دون آخر بسبب وجود القاضي المجرح في حياد تام نتيجة الصراع القائم بين موضوع هذه الطلبات. ومن ثم، فإن الاستجابة إلى هذا

506 أنظر الطعن رقم 2441، سنة، 62 ق. جلسة 17 فبراير 1999. أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 712.

507 الطعن رقم 489، سنة 55 ق. جلسة 14 يناير 1987. أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 709.

الموضوع يبقى اختياريًا لا إلزاميًا، مما يعني أن القاضي المجرح، في هذه الحالة تتم حمايته من الخصوم، لا لانعدام إحدى أسباب التجريح القائمة فعلاً، وإنما لأن الصراع بين الخصوم نتيجة تقديم طلبات التجريح المتقابلة هو الذي يوفر هذه الحماية، وذلك انطلاقاً من القاعدة القائلة بأن الاستثناء على الاستثناء يعود بالشيء إلى الأصل⁽⁵⁰⁸⁾.

المطلب الثاني: حماية الدعوى العمومية من البطلان

إذا سلمنا بأن التجريح هو حق من حقوق التقاضي، فإن عدم مراعاة هذه الحقوق، إذا تمت إثارتها بالشكل الذي سبق بيانه، فإن الدعوى العمومية تكون باطلة. ولهذا، فإن أهمية هذا الإجراء القانوني تكمن، في حماية هذه الدعوى في جميع مراحلها المختلفة، سواء كانت هذه الحماية قضائية أو قانونية.

فبالنسبة للحماية القضائية، ترتبط بأهمية التجريح المتعلقة بحماية القاضي نفسه من الوقوع في الحرج أو عدم الاطمئنان إلى قضائه، وذلك عندما ينظر في قضية تهمه مباشرة أو بالواسطة، بحيث تجعله لا يقدر موضوع النزاع حق قدره، أو لا يمحس الوقائع والحجج التمحيص الضروري⁽⁵⁰⁹⁾، مما يؤثر ذلك في قضائه الذي لا يطمئن إليه الخصوم، فيعكس ذلك على بطلان الدعوى التي نظر فيها، وذلك

508 والمقصود بالأصل هنا، هو حياد القاضي.

509 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 24.

نتيجة مجانيته للصواب في التكيف السليم لهذه الدعوى أو عدم وضوح التسبب فيها أو عدم تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً، على الوقائع التي أثاروها (510) إذا ما تم الطعن في الحكم الصادر فيها على هذا الأساس. وتتأسس هذه الحماية على مبدأ عدم الخروج على تطبيق الإجراءات المنصوص عليها، في القانون بشكل سليم. ومن ثم، فإن القاضي إذا ما خرج عن نطاق هذا التطبيق بسبب تمسكه بنظر الدعوى العمومية التي أصبح يتحكم في مصيرها، رغم قيام شائبة من شوائب عدم تطبيق القانون عليها بشكل سليم، وذلك انطلاقاً من التحايل على تطبيق الإجراءات القانونية التي ما كانت لتطبق لو لم تكن هناك إحدى أسباب التجريح قائمة، فإنه من الطبيعي أن تتعرض هذه الإجراءات إلى البطلان عندما تمارس المحاكم الأعلى درجة، المراقبة القانونية عليها إذا ما لجأ أحد الخصوم إلى الطعن فيها حتى ولو لم يتم إثارة هذه الأسباب أثناء سير هذه الدعوى (511).

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فإن تشريعنا الجنائي أو المدني نظم أحكام التجريح، وذلك حماية للدعوى المنظورة أمام القضاء من أي بطلان يمكن أن يلحق بها، أو بإجراءاتها خلال مراحلها المختلفة، وهذا ما عبر عنه بعض الفقه الذي اعتبر بأن التجريح يطهر الدعوى العمومية من أي خطأ يمكن أن يقع فيه القاضي المجرح نتيجة ميولاته

510 محمد التغويني: م. س، ص. 62.

511 الطيب برادة: إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية، ط 1996، ص. 110.

الشخصية، أو تحقيق مصالحه الخاصة، سيما، وأن هذا الخطأ يبقى يتساير مع هذه الدعوى في مختلف المراحل التي تمر بها، سواء في مرحلة البحث التمهيدي، أو التحقيق الإعدادي أو مرحلة الحكم النهائي حتى ولو لم تكن أسباب التجريح قائمة في جميع هذه المراحل (512)، على اعتبار أنه يكفي أن تقوم في مرحلة دون أخرى حتى تستطيع أن تؤثر في مصير هذه الدعوى.

ولعل أهمية الحماية التي نحن بصدها، تكمن في كون الخطأ الناتج عن إحدى أسباب التجريح التي تؤثر في مصير الدعوى العمومية كما سبق بيانه قبل قليل، قد يؤدي إلى نتائج غير سليمة، وهذه النتائج إما أن تتجسد في الإدانة الخاطئة وهذا ما يقع بصورة مباشرة على المتهم، أو على المجتمع بصورة غير مباشرة، وإما أن تتجسد في البراءة الخاطئة، وهذا ما يمكن أن يتضرر به المجتمع وحده، وذلك انطلاقاً من كون القاضي المجرح يكون قد أكد على قيام جريمة، وهي ليس لها وجود في العالم الخارجي، أو أنها وقعت فعلاً. ولكن جعل منها فعلاً مبرراً، أو نفى قيامها أصلاً، وهذا ما قد يساعد على انهيار العدالة الجنائية، وذلك انطلاقاً من كون القاضي في هاتين الحالتين يعمل على إدانة البريء، وتبرئة المتهم، وهذا ما لا يجب أن يقع على الإطلاق (513).

512 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 20.

513 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 21 وما بعدها.

أما بالنسبة للحماية القانونية، فيبدو واضحا من نص المادة 281 من قانون المسطرة الجنائية، بأنه في حالة صدور أمر بقبول طلب التجريح، ثم استمر القاضي المجرح بالنظر في الدعوى العمومية أو متابعة إجراءاتها رغم ما يترتب هذا الأمر من التخلي عن هذه الدعوى، فإن الحكم الذي يصدر فيها يكون باطلا، لبطلان إجراءاتها، وذلك بقوة القانون، حتى ولو تنازل من له الحق في هذا الأثر القانوني عن حقه، نظرا لارتباط هذا البطلان بذات الدعوى وليس بالحق المؤدي إلى بطلانها، وهذا هو المنهج الذي سار عليه المشرع المغربي في الموضوع المتعلق بالمخاصمة في الفقرة الثانية من الفصل 399 من قانون المسطرة المدنية.

أما السبب في هذا البطلان، فيرتبط بكون القاضي المجرح لم يسع إلى تطبيق الإجراء المتعلق بالتخلي عن نظر الدعوى المجرح فيها عن طريق تركها لمصلحة قاض أو هيئة أخرى ممن عينته المحكمة التي أصدرت الأمر بقبول طلب التجريح. وحيثما لا يطبق أي إجراء من الإجراءات الواجب تطبيقها في قانون المسطرة الجنائية أو المدنية، فإن أي أثر يترتب عليه يبقى باطلا، وذلك لتعلقه بالنظام العام الذي يقوم عليه هذا القانون، إلا ما تمت الإشارة إليه في نص خاص.

ويجب أن نلاحظ في هذا الصدد بأن البطلان الذي نحن بصددده، لا يطل الدعوى العمومية أو إجراءاتها إذا ما تم الاستمرار فيها بعد صدور الأمر بقبول طلب التجريح فقط، وإنما يطل أيضا حتى الدعوى

التي صدر بشأنها الإيقاف المنصوص عليه في المادة 284 من قانون المسطرة الجنائية، وهذا ما أكد عليه القضاء المصري بشكل صريح في إحدى أحكامه، وذلك عندما اعتبر بأن "وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد (التجريح) يتم بقوة القانون، ودون ما حاجة إلى صدور حكم بذلك. وقضاء القاضي المطلوب رده في الدعوى قبل الفصل في طلب الرد هو قضاء ممن حجب عن الفصل في الدعوى لأجل معين، ومن ثم، يقع باطلا لتعلقه بأصل من أصول المحاكمة تقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى توزيع العدالة"⁽⁵¹⁴⁾.

والذي يؤكد على سلامة هذا النهج الذي سار فيه كل من التشريع والقضاء، أن القاضي المجرح ليس من حقه الاستمرار في مناقشة الدعوى العمومية أو متابعة إجراءاتها بالشكل الذي سبق بيانه، لأنه في هذا الوضع القانوني لا يملك حق الطعن في طلب التجريح⁽⁵¹⁵⁾، وهذا ما نص عليه تشريعنا الجنائي بشكل صريح، في الشطر الأول من المادة 281⁽⁵¹⁶⁾ من قانون المسطرة الجنائية.

514 أنظر الطعن رقم 267، سنة 43 ق. جلسة 24 أبريل 1983. أورده سعيد أحمد شعله: م. س، ص. 700.

515 ولعل السبب في منع القاضي المجرح من الطعن المذكور أعلاه في المتن، هو أنه لا يعتبر خصما في الدعوى التي هي موضوع التجريح، كما أنه في نفس الوقت لا يمكن اعتبار طلب التجريح بمثابة مقال يتم بمقتضاه رفع الدعوى أمام الجهة المختصة للنظر فيه.

516 يقضي هذا الشطر بأنه "لا يعطل الأمر الصادر بقبول طلب التجريح، ولا يقبل أي طعن...".

المطلب الثالث: أهمية التجريح في حماية الخصوم

إن الهدف الأساسي من التنصيص على التجريح، هو حماية الخصوم من القاضي الذي قد تجعل منه ميوله أن ينحاز إلى طرف دون آخر، وذلك من غير مبرر سائغ في القانون، وهذا الهدف يرتبط أساسا بتلك السلطة التقديرية للقاضي المبنية على الاقتناع عند إصدار الأحكام، وهذا الاقتناع يشترط فيه المشرع المغربي أن يبرر القاضي ما انتهى إليه في قراره أو حكمه (517)، ولكن متى تمسك بالاستقلالية والحياد. أما إذا شاب قضاءه ما يفيد عدم هذا الحياد، فإن اقتناعه عندئذ يكون غير ذي قيمة قانونية.

ولهذا السبب، سعى المشرع المغربي إلى التنصيص على التجريح، وذلك لحماية الخصوم من أي تحكم أو ميل أو تفضيل خصم على آخر من طرف القاضي الذي قد يفقد أحد هؤلاء الثقة في عمله، نتيجة قيام سبب من أسباب هذا التجريح.

وبعبارة أوضح، أن أهمية التجريح بالنسبة للخصوم تكمن في توفير المشرع لهم ضمانات قانونية لحماية حقوقهم من القاضي المجرح الذي قد يسعى إلى النظر في الدعوى المعروضة عليه حسب اعتقاده الشخصي، أو حسب الهدف الذي يريد أن يصل إليه، لا بحسب ما يطرح عليه من وقائع ووسائل إثبات، وهذا ما يمكن أن يؤثر في عنصر

517 أنظر المادة 286 من ق.م.ج.

التسبيب الذي قد ينعكس على منطوق الحكم، وذلك بشكل مخالف مما يمكن أن يكون عليه⁽⁵¹⁸⁾.

ومن جانب آخر، أننا إذا سلمنا بأن طلب التجريح من الطلبات التي تتصل بحقوق الدفاع والتي غالبا، ما قد يترتب تحققه تغيير القاضي لرأيه في الدعوى المعروضة عليه⁽⁵¹⁹⁾، فإن أهمية التجريح من هذا المنظور الفقهي تكمن في الإبقاء على التوازن في تحقيق العدالة بين الخصوم، إلى جانب الحفاظ على ثقته في التقاضي الذي أصبح حقا من حقوق الإنسان⁽⁵²⁰⁾.

وإجمالا، فإنه يمكن حصر أهمية التجريح بالنسبة للخصوم في نوعين: أحدهما إجرائي، والآخر موضوعي.

فالأهمية الإجرائية للتجريح بخصوص حماية الخصوم، تكمن أساسا في أمرين:

الأول: يتعلق بشكالية تقديم الطلب من أحد الخصوم إلى الجهة المختصة للنظر فيه، لأنه بدون هذا الإجراء القانوني، لا يمكن أن نعتبره وسيلة يشكل ضمانه لحقوقه من القاضي المجرح، خاصة، وأن المشرع المغربي لم يعتبر هذا التجريح من النظام العام الذي يمكن إثارته من تلقاء المحكمة متى علمت بقيام إحدى أسبابه. ومن ثم، فإن

518 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 280.

519 محمد التغدويني: م. س، ص. 112.

520 أنظر الطعن رقم 2441، سنة 62 ق. جلسة 17 فبراير 1999. أورده سعيد أحمد شعلة: م.

س، ص. 712.

بيان طريقة تقديمه، والشروط التي يجب أن يتوفر عليها أثناء هذا التقديم، يعتبر من أهم الوسائل القانونية التي تجعل من نفس الخصم إخراج الدعوى التي هي موضوع التجريح من يد القاضي المجرح إلى يد قاض أو هيئة أخرى تمكن الخصوم من الاطمئنان على الأقل إلى المرفق القضائي الذي كان محل شك أو ريبة لديهم في المرحلة ما قبل تقديم هذه الوسيلة.

الأمر الثاني: إن الجهة المرفوع إليها طلب التجريح تصبح ملزمة للرد على ما جاء فيه، وذلك انطلاقاً من كونه يعتبر من حقوق الدفاع التي لا تصح الدعوى الأصلية إلا بهذا الرد⁽⁵²¹⁾، وإلا فإنها تكون باطلة بقوة القانون كما سبق القول بذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث الذي نحن بصدد.

وبعبارة أخرى، بأن الخصم لا يطمئن إلى ضمان حمايته من القاضي المجرح. ومن ثم، إثبات حقه أو نفيه في الدعوى، إلا من خلال الاستجابة إلى طلبه الذي بمقتضاه يطعن في عدالة القاضي المراد تجريحه إذا ما قام بينه وبين هذا القاضي سبب من أسباب التجريح.

وفي اعتقادنا، أن هذه الضمانة تكمن في مجموعة من النتائج أبرزها منع القاضي من الطعن في الطلب المذكور من جهة، وإلزامه بالتنحي عن النظر في الدعوى التي هي موضوع التجريح أو السير في

⁵²¹ أنظر قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) عدد 5733 الصادر بتاريخ 6 يوليوز 1989. مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية 81- 1995، ص. 331. وأنظر أيضاً، قرار عدد 6007 الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1989، نفس المرجع، ص. 335.

إجراءاتها بالشكل الذي يريده، من جهة أخرى. وهذا ما أكدت عليه المادة 281 من قانون المسطرة الجنائية، بشكل واضح.

ومن هذا المنظور، أكد بعض الفقه بأن الدولة ظلت تفرض على الخصوم الخضوع إلى قضائها، ولكن من أجل حمايتهم من هذا القضاء منحت لهم وسيلة أساسية لاستبعاد قضائه من النظر في خصوماتهم المدنية والجنائية في حالة قيام سبب من الأسباب التي من شأنها أن تبث عدم الاطمئنان إلى الحياد لديهم⁽⁵²²⁾، وهذه الوسيلة فيما نبحت فيه هي التجريح.

ولكن هذه الحماية الإجرائية لأحد الخصوم في الدعوى العمومية، هل هي تقتصر على من يهمة الأمر من هؤلاء، أم أيضا حتى من النيابة العامة التي يمكن أن ترفع بطلب من التجريح إذا ما تأكد لديها قيام سبب من أسبابه بين أحد هؤلاء وبين القاضي المجرح؟

إن المشرع المغربي لم يجب على هذا السؤال، وذلك انطلاقا من كون التجريح ليس من النظام العام حتى تفعل ذلك، بل هم مجرد حق شخصي لأحد الخصوم الذي إن شاء قام برفع الطلب بشأنه إلى الجهة المختصة للنظر فيه، وإن شاء لم يفعل⁽⁵²³⁾.

وفي اعتقادنا، أن هذا الرأي غير سليم، لأن الأصل في تقنين التجريح هو حماية الخصوم من القضاة، في الحالات التي تم حصرها

522 إدريس العلوي العبدلاوي: الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الأول، م. س، ص. 459.

523 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 93.

في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية. وإذا كانت النيابة العامة، قد خول لها المشرع الجنائي المطالبة بتطبيق القانون في جميع مراحل الدعوى، فإن التجريح يجب اعتباره من بين هذه المطالب، وبصفة خاصة، إذا كانت طرفاً أصلياً في هذه الدعوى. ولهذا السبب، فنحن نرى أنه يجب إعادة النظر في المادة 276 من هذا القانون، وذلك حتى لا تكون هذه الهيئة القضائية ضد الخصوم بشكل مطلق.

ومن جهة أخرى، إن جواز تقديم طلب التجريح من النيابة العامة تكون له انعكاسات إيجابية على حماية الدعوى العمومية، إلى جانب حماية الخصوم في هذه الدعوى، وذلك حتى لا تتعرض إلى البطلان، بالشكل الذي سبق بيانه أكثر من مرة، خاصة، وأن مركزها القانوني يلزمها أن تقوم بذلك، كما يقول بعض الفقه المقارن⁽⁵²⁴⁾. وهذا ما جعلنا أن ندعو إلى وجوب تدخل المشرع المغربي لإضافة هذه الهيئة القضائية إلى الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 276 من قانون المسطرة الجنائية.

أما بالنسبة للأهمية الموضوعية للتجريح بخصوص حماية الخصوم، فيمكن حصرها، في كون التقاضي أصبح يشكل حقا من حقوق الإنسان. ولذلك، فإنه لا يمكن حمايته من تحكم القضاة أو تعسفهم إلا عن طريق التجريح الذي أقرت به مختلف التشريعات المنظمة

⁵²⁴ أنظر الطعن رقم 2441، سنة 62 ق. جلسة 17 فبراير 1999. أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 712.

لشؤون القضاء، وذلك بهدف تدعيم مبدأ الحياد لدى هؤلاء القضاة في القضايا المعروضة عليهم.

ولكن هذا الحق لا يجب إساءة استعماله، فيصبح مجرد وسيلة لإطالة أمد الفصل في القضايا دون حساب، وذلك لما قد يؤدي إليه الأمر من إيذاء القضاة في سمعتهم أو إيذاء الآخرين في حقوقهم (525).

525 مصطفى مجدي هرجة: م. س، ص. 83.

المبحث الثاني : الأبعاد القانونية للتجريح في الواقع

إن أهمية التجريح من الناحية الواقعية، يمكن حصرها في أمرين يتعلق أحدهما بضرورة مراعاة الحياد في التقاضي من طرف القاضي المجرح (المطلب الأول)، وثانيها يتعلق بمسألة وجوب مراعاة المساواة في الحقوق بين الخصوم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضرورة مراعاة الحياد في التقاضي

لقد سبق القول في أماكن كثيرة من هذه الأطروحة، بأن مبدأ الحياد لدى القاضي يقوم على قاعدة أصولية، قوامها وجوب اطمئنان المتقاضي إلى القاضي الذي ينظر في الدعوى المطروحة أمامه، وهذا الاطمئنان لا يمكن أن يتحقق إلا بشرطين:

الأول: التقيد بما يدلي به الخصوم، أو بما يطرحه هؤلاء من وسائل الإثبات أمام القاضي في مختلف الدعاوى. ولذلك، فإن المشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية، في الاقتناع في ما ينتهي إليه أعطى بالمقابل للخصوم وسيلة لحماية حقوقهم، متى تأثر، في هذا الاقتناع بميولاته الشخصية التي ترفع عنه صفة الحياد بشكل بين وهذه الوسيلة هي التجريح.

ومن هذا المنطلق، فإن تشريعنا الجنائي اعتبر أسباب التجريح التي أوردتها على سبيل الحصر، من أهم المعايير التي يمكن أن يعتمد عليها الخصوم في اعتبار القاضي محايداً، أو غير محايد. ولهذا السبب، لم يعتبر هذا التجريح هو إجراء قانوني فقط، وإنما اعتبره حقاً من حقوق التقاضي لدى الخصوم، بحيث لا يمكن للقاضي أن ينحاز معه إلى أحد هؤلاء أو أن يتجاوز حدود سلطاته.

وعلى هذا الأساس، فإن هذه الوسيلة التي نحن بصدد حمايتها القاضي المجرح من الإساءة إليه أو إيذائه في اعتباره، أو شرفه أو سمعته، وذلك في نفس الوقت الذي تحمي فيه الخصوم، من هذا القاضي متى بدا متأثراً بميولاته الشخصية أو استهدف تحقيق مصالح خاصة.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار، حصر المشرع لأسباب التجريح في حالات محددة، فإن ذلك يعني أنها هي الحالات الوحيدة التي يمكن أن يبتعد فيها القاضي على حياده، وذلك لما قد تتركه هذه الحالات من تأثير على ميولاته. ومن ثم، التأثير على اقتناعه عند مناقشة ملف الدعوى. ولهذا السبب، أكد بعض الفقه قائلًا بأنه لا يكفي في الحكم أن يكون في حد ذاته عادلاً، بل يجب أن يكون مقنعاً للخصم الذي صدر الحكم ضد مصلحته، في حالة قيام الأسباب المذكورة (526).

ومن هذا المنطلق، فإن المشرع عندما قرر أن ينظم أحكام التجريح، لم يكن يشك في سلوك القاضي أو نزاهته أو عدله، وإنما لأنه

526 آدم وهيب النداوي: م. س، ص. 48.

يريد أن يسعى من ورائه إلى مراعاة الحياد في عملية التقاضي، وذلك حتى يبقى الخصوم مطمئنين دائماً إلى حسن سير العدالة (527).

وعندما نؤكد على أهمية التجريح في مراعاة مبدأ الحياد في التقاضي، فلأن الأصل في القاضي أنه لا ينبغي أن يتدخل في توجيه الأطراف أو تنبيههم إلى ما يجب القيام به أو إلزامهم بتقديم ما لم يتقدموا به أمامه، وإنما هو فقط يقف موقف الحكم الذي لا يصدر حكمه إلا بناء على ما هو قائم بين يديه من وقائع أو وسائل إثبات أو مطالب محددة، وذلك كله وفق إجراءات حددها القانون، بحيث لا يمكن معها اللجوء إلى رأيه الشخصي (528) أو إلى ما شاهده في الواقع الخارجي.

الثاني: العمل على تحقيق العدالة بين الخصوم، وهذا الشرط لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كانت ميولات القاضي مجردة من أي انحياز إلى طرف دون آخر، ولكن من أجل القبول به يقتضي الأمر اللجوء إلى وسيلتين:

الأولى: أن يعمل القاضي من خلال عمله، على إقناع الخصوم بالنتيجة التي ينتهي إليها، وهذا لا يتأتى له إلا باحترام ما يضمنه القانون لهم من حماية لحقوقهم في جميع مراحل التقاضي حتى يستطيعوا أن يدركوا على وجه اليقين بأنه يتوفر على كافة الشروط التي توفر له

527 علي محمود علي حمودة: م. س، ص. 81.

528 الطيب برادة: م. س، ص. 112 ومبعتها.

الحياد، وذلك إما لانعدام ميولاته الشخصية، أو لحرصه الشديد على تطبيق القانون بشكل سليم.

الثانية: رفع صفة الشك لدى الخصوم، فيما يقضي به، على اعتبار أن هذا الأخير، كيفما كان عادلا، فإن قيام أسباب التجريح، تجعل من هؤلاء أن يشكوا في احتمال خروجه عن جادة الصواب، وهذا ما جعل المشرع المغربي عند تقنينه لهذه الأسباب أن يعمل على الحد من هذا الشك لفائدة الاطمئنان إلى حين سير العدالة بالشكل الذي يتطلبه القانون.

وفي هذا الصدد، أكد القضاء المصري بأنه "إن كان مبدأ حياد القاضي يتأسس على قاعدة قوامها وجوب اطمئنان المتقاضي إلى قاضيه، وإن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى، وحرصت الأحكام التشريعية المنظمة لشؤون القضاء على تدعيم و توفير هذه الحيادة، ولم تغفل عن حق المتقاضي إذا كانت لديه أسباب إلى مظنة التأثير في هذه الحيادة أن يجد السبيل ليحول بين من قامت في شأنه تلك المظنة، وبين القضاء. ومن ثم، فقد قام حقه في رد (تجريح) القاضي عن نظر نزاع بعينه. كحق من الحقوق الأساسية التي ترتبط بحق التقاضي ذاته" (529).

529 حكم أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 712.

المطلب الثاني: مراعاة المساواة في الحقوق بين الخصوم

إذا اعتبرنا المساواة هي مظهر من مظاهر حسن سير العدالة الجنائية، فإنها في نطاق التجريح تعني عدم الإضرار بأحد الخصوم، مهما كان مركزه القانوني في الدعوى، سواء كان متهما أو مطالبا بالحق المدني أو مسؤولا مدنيا، فيمكن أن نؤكد بأن هذا الإجراء القانوني تكمن أهميته الواقعية في ناحيتين إحداها فنية، والأخرى عضوية.

فالأهمية الفنية، تقتضي وجوب مراعاة حقوق الخصوم عند مناقشة الأدلة، بحيث إنه في هذه المرحلة، لا يجب أن يهتم القاضي بدراسة وسائل الدفاع لفريق دون فريق آخر، أو إظهار أدلة على أخرى أو إخفاء وثائق تشكل عنصرا أساسيا في إثبات حق أو نفيه، وذلك استنادا إلى ميولاته الشخصية أو تأسيسا على معارفه الخاصة، لأن مثل هذا العمل، قد يؤثر على مكون التسبيب الذي قد تأتي حيثياته في هذه الحالة، إما قاصرة أو ناقصة التعليل.

وفي هذا الصدد، فإنه إذا كانت النيابة العامة لا تدرك قيام أسباب التجريح لدى قضاء الحكم، وسلم هؤلاء برأي هذه الهيئة دون مناقشة، فإن ذلك يعني انعدام المساواة بين الخصوم، سيما، وأنه في حالات كثيرة، يكون المتهم، ليس هو الفاعل الحقيقي في ارتكاب الجريمة. ومن ثم، فإنه لولا اللجوء إلى حق التجريح، لظل صاحب هذا الحق موضوع

انتقام وليس موضوع عدالة جنائية، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق.

وقد يصح العكس، بحيث قد تكون هيئة النيابة العامة تقوم بين أحد قضاتها الذي حرك الدعوى العمومية أو قام باستجواب المتهم، وبين هذا الأخير إحدى أسباب التجريح ثم تعتمد هيئة الحكم مقتضيات التكييف المرفوع إليها من تلك الهيئة دون مناقشة لهذه المقتضيات، فإن هذه الهيئة تكون غير عادلة، في ما انتهت إليه لعدم مراعاتها المساواة بين الخصوم، وهذا ما حكم به القضاء المغربي في أحكام كثيرة.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار العلاقة القائمة، بين الحياد والمساواة في الحقوق بين الخصوم، بأنها تكمن في التزام القاضي بإنزال حكم القانون على وقائع الدعوى بالشكل الذي يطلبه القانون⁽⁵³⁰⁾، فإن الوقوف السلبي بهذا الالتزام هو الذي يفسد العدالة بصفة عامة. ومن ثم، انعدام المساواة بين هؤلاء، وذلك بسبب عدم إضفاء الصفة الموضوعية على حكم القاضي أو على الإجراءات المتبعة منه أثناء تحريك الدعوى العمومية أو السير فيها أو ممارستها. وهذا ما جعل المشرع المغربي في هذا الصدد، أن يلجأ إلى توفير مجموعة من الضمانات للخصوم

530 الطيب برادة: م. س، ص. 110 و ما بعدها.

لمواجهة مثل هذه السلبية⁽⁵³¹⁾ والتي من بينها التجريح الذي نحن بصدده البحث فيه في هذه الأطروحة.

أما الأهمية العضوية للتجريح، فتقتضي مراعاة الحقوق بنوع من الحياد، وذلك انطلاقاً من مبدأ الاقتناع، وليس من مبدأ الاعتقاد. وموقع المساواة بين الخصوم من هذين المبدأين تقتضي التمييز بين ما إذا كان القاضي يستند في قضاؤه على اقتناعه أو يستند فيه على ميولاته العاطفية، بحيث إنه إذا استند على اقتناعه فإنه يكون قد أصاب في تحقيق هذه المساواة، ولكنه إذا استند إلى ميولاته، فيكون عندئذ غير صائب في ما ينتهي إليه، لأنه من خلال هذه الميولات، قد يسعى إلى تغيير مسار الدعوى، وهذا ما يتنافى مع أهداف المشرع، في موضوع التجريح أو أهميته.

أما السبب في هذا التنافي، فيرجع إلى أن ما يقوم على الاقتناع يصح لدى القاضي ولدى الخصوم معاً. في حين، أن ما يستند على الميولات الشخصية لهذا القاضي، فهو يصح لديه فقط دون غيره، وذلك لابتعاده عن الحياد الموضوعي⁽⁵³²⁾. وهذه هي الحكمة من تقنين التجريح وأهميته في التشريع الجنائي المغربي، كما سبق القول بذلك قبل قليل.

531 أحمد قحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية 1980، الجزء الأول، ص. 883.

532 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 265.

وانطلاقاً من هذا التمييز، فإن الخصوم هم الذين يعملون على تسخير الدعوى المطروحة أمامه، وذلك عن طريق ما يطرحه هؤلاء من وسائل الإثبات، أو دفع أو طلبات وليس القاضي الذي يجب أن يبقى محايداً، أو سلبياً من هذه الوسائل، وإلى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض المغربية (المجلس الأعلى سابقاً) إلى القول "بأن المحكمة ليست مجبرة قانوناً، بأن تطلع الخصوم على العيوب التي تستوجب حجتهم حتى يتسنى لهم استدراك تلك العيوب"⁽⁵³³⁾، على اعتبار أنها إن فعلت ذلك فإنها تقضي في النهاية بعدم المساواة بين هؤلاء. ولهذا السبب، فقد اعتبرت نفس المحكمة في النهاية بعدم المساواة بين هؤلاء. ولهذا السبب، فقد اعتبرت نفس المحكمة في حكم آخر "بأن على طالب الحق أن يقدم حجه بشكل تلقائي، وذلك من غير توقف على إرشاد المحكمة، لأن موقفها موقف حيادي"⁽⁵³⁴⁾.

وبناء على هذا الاجتهاد القضائي، فقد اعتبر بعض الفقه المغربي⁽⁵³⁵⁾ بأن سعي المحكمة إلى تغيير مسار الدعوى، أو موضوعها أو سببها من خلال الميولات الشخصية لقضاتها يعتبر مسا بالنظام العام الذي يستوجب إعادة النظر في هذه الدعوى، وذلك وفقاً لما هو منصوص عليه في البند الأول من الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية والبند الثالث من المادة 563 من قانون المسطرة الجنائية.

⁵³³ أورد هذا الحكم الطيب برادة: م. س، ص. 112.

⁵³⁴ قرار عدد 224 الصادر بتاريخ 10 أبريل 1976. أنظر الملحق القضائي عدد 21، ص. 54.

⁵³⁵ الطيب برادة: م. س، ص. 113.

ونحن نؤيد هذا الموقف الفقهي، ولكن بدون سلوك نهج إعادة النظر، في حالة قيام أسباب التجريح التي اعتبرها المشرع المغربي من المساطر الخاصة، وذلك انطلاقاً من كون سلوك القاضي الذي يسعى في نطاق هذه الأسباب إلى أن يعمل فعلاً على تغيير مسار الدعوى المطروحة أمامه للنظر فيها، بسبب ابتعاده عن الحياد نتيجة اعتماده على ميولاته الشخصية أكثر من اعتماده على الاقتناع فيما ينتهي إليه، يعتبر غير عادل في إحقاق الحق بين الخصوم.

الفصل الثاني: أثر تجريح قضاة النيابة العامة على الدعوى العمومية

إن التجريح بالرغم من أننا قد أثبتنا، بأن له أهمية خاصة في الحفاظ على المسار التشريعي للدعوى العمومية، أثناء تحريكها، أو سيرها أو النظر فيها، إلا أن هذا الإجراء القانوني، ظل مثار جدل فقهي بين الأخذ به أو رفضه بالنسبة لقضاة النيابة العامة (الفرع الأول)، فإلى أي حد يمكن التسليم بهذا الجدل الفقهي أمام طرح بديل يكون الأساس السليم لنظرية التجريح في تشريعنا الجنائي المغربي ؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسس الموجبة لرفض أو الأخذ بنظرية تجريح قضاة

النيابة العامة

حسب علمنا، فإن نظرية التجريح تمت مناقشتها، بمناسبة دراسة الفقه لخصائص النيابة العامة، وذلك اعتمادا على الصياغة التشريعية، في القواعد التي تنظم مركز هذه الهيئة القضائية، ووظيفتها ودورها الإجرائي في الدعوى العمومية، ولذلك فإن هذه الدراسة، ظلت تتميز بأنها دراسة مختصرة، ومتكررة في أمهات الكتب القانونية، بحيث إنه من النادر أن نجد فيها نوعا من التوسع في التحليل فما هو السبب في ذلك ؟ فهل الأمر يرجع إلى رفض الأخذ بها ؟ (المبحث الأول)، أم أن

البحث فيها لا زال في البداية، وذلك بسبب الدفاع عنها كنظرية قائمة بذاتها ؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الأسس الموجبة لرفض نظرية تجريح قضاة النيابة العامة

من الملاحظ، في الدراسات الفقهية للتجريح، أن الباحثين نهجوا في هذه الدراسات نهج التشريعات التي نظمت هذا الإجراء القانوني، في قوانينها المسطرية ولذلك، فإنها ظلت تقبل به في نطاق تجريح قضاة الحكم كقاعدة عامة، وترفضه بالنسبة لقضاة النيابة العامة. فما هو السبب في هذا الرفض ؟ فهل كان ذلك لاعتبارات ترجع إلى أسباب تاريخية ؟ (المطلب الأول)، أم لأسباب ترتبط بالسياسة الجنائية ؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رفض تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على أسباب تاريخية

إذا سلمنا بأن التشريعات الجنائية المعاصرة أو الحديثة، قد ورثت عبر تطوراتها المختلفة قاعدة "عدم تجريح قضاة النيابة العامة" عن تأصيلها التاريخي، فإن الجزم التشريعي الذي يؤكد على هذه القاعدة جعلت الفقه والقضاء، الذي ظل يتبنى هذه القاعدة التشريعية أن يتفاعل معها عضويا، وذلك انطلاقا من مجموعة من المبادئ التي تبناها التشريع والفقه والقضاء في الأنظمة القانونية المختلفة (الفقرة الأولى)،

فهل فعلا، أن عدم تجريح قضاة النيابة العامة يرتبط بهذه المبادئ، ؟ أم أن الأمر يتعلق بالمسار التاريخي الذي لم يتغير لهذه الهيئة القضائية أمام وظائفها التقليدية ؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المبادئ الأساسية الموجبة لرفض

تجريح قضاة النيابة العامة

يعتبر الفقه الفرنسي على رأس الباحثين الذين يسلمون برفض تجريح قضاة النيابة العامة تسليما مطلقا، وذلك لاعتمادهم على مبدئين أو قاعدتين تتعلق إحداها بقاعدة "لا اجتهاد مع النص"، وثانيهما تتعلق بقاعدة "وحدة النيابة العامة".

أولا: قاعدة لا اجتهاد مع النص

وتستند هذه القاعدة إلى الصياغة التشريعية التي تمنع تجريح النيابة العامة بشكل مطلق، كما أكدت على ذلك المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بقولها "لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة"، وهذا يعني أنه لا يمكن مخالفة هذه الصياغة، سواء في المعنى أو المبنى، وبأي شكل من الأشكال سواء في الفقه أو القضاء.

وينطلق هذا الرأي الفقهي من كون القاضي الذي له حق الاجتهاد لا يستطيع أن يحكم بغير ما هو منصوص عليه في النص الجنائي الذي

لا غموض في مدلوله القانوني، سيما إذا كانت صياغته قد تمت بشكل مفهوم وواضح عند التطبيق⁽⁵³⁶⁾. ومن ثم، فإن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى خرق مبدأ "الشرعية الجنائية"، على اعتبار أنه لا يمكن اللجوء إلى الاجتهاد إلا مع انعدام هذا النص أو غموضه، أو احتمال له لعدة تأويلات، وذلك خوفا من ارتكاب القاضي لجريمة إنكار العدالة المنصوص عليها في الفصل 240 من القانون الجنائي في حالة إبقائه⁽⁵³⁷⁾ على هذا الاجتهاد⁽⁵³⁸⁾.

وإذا كان الاجتهاد القضائي في مفهومه الفقهي هو "مجموعة من الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"⁽⁵³⁹⁾، فإن هذا المفهوم يتنافى مع وضوح النص الذي وقع عليه الاختيار للتطبيق، وهذا ما لا يمكن الأخذ به مع النص المذكور أعلاه أو مع أي نص آخر.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى مجموعة من المبررات بعضها ذات دلالة شكلية وبعضها الآخر ذات دلالة موضوعية.

536 المرحوم المكي السنتيسي: مذكرات في القانون الجنائي العام، مطبوع على الآلة الكاتبة، السنة الجامعية 1976-1977، ص. 46.

537 تنص هذه المادة بأن "كل قاض... امتنع عن الفصل بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تغل بسكوت القانون أو غموض، يمكن أن يتابع".

538 إن الاجتهاد هو من اختصاص القاضي، وليس من اختصاص الفقه، ولذلك فهو ملزم به في النزاعات المطروحة عليه، وذلك بخلاف الفقه، فهو يسعى فقط إلى الشرح دون الاجتهاد والذي هو غير ملزم به.

539 موسى عود: الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، بحث منشور بمجلة المحاماة، العدد الثالث، ص. 16.

أ- المبررات ذات الدلالة الشكلية:

وتتأسس هذه المبررات على كون أسباب التجريح أوردها المشرع المغربي على سبيل الحصر، سواء من ناحية موضوعها أو من ناحية أشخاصها (540).

فمن ناحية موضوعها، تعتبر في حقيقتها من الأسباب التي تؤثر في إقتناع القاضي عند تقدير وسائل الإثبات، لا عند الإدلاء بهذه الوسائل. وحيث إن النيابة العامة هي طرف من أطراف الخصومة الجنائية التي تدعى بهذه الوسائل، وهي تدلي بها، فإن هذا الطرف لا يمكن تجريحه (541)، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية القائلة بأن "الخصم لا يستطيع أن يبعد خصمه" (542). وفي هذا الصدد، أكدت محكمة النقض الفرنسية، في بعض أحكامها أن هذه الهيئة القضائية، إذا كانت هي الطرف الرئيسي في الدعوى العمومية، فإنه لا يمكن تجريحها على الإطلاق (543).

ويرى بعض الفقه الفرنسي، أن صراحة النص في منع تجريح النيابة العامة مرتبطة بكونها هي جهاز قائم بذاته يمثل الدولة في متابعة الجرائم. ومن ثم، فإن تجريحه يعني تعطيل هذا الجهاز عن القيام بعمله

540 إدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 460.

541 كاستون ستيفاني وجورج لفاصور دبرناردبولوك: م. س، ص. 113.

542 Jean BRADEL : Procédure pénale, 13^{ème} éd 2006-2007, p.113.

543 نقض فرنسي جريمة 7 بريل 1976، دلوذ 1976، ص. 139، وانظر أيضاً النشرة الجنائية B جريمة 27 يناير 1993.

الإجرائي الذي بدوره قد يؤدي إلى الإفلات من العقاب⁽⁵⁴⁴⁾. وعلى هذا الأساس، فإن ممثل النيابة العامة في القضايا الجنائية من منظور اعتباره طرفاً أساسياً في هذه القضايا لا ينبغي اعتباره موضوع التجريح بصفة مطلقة⁽⁵⁴⁵⁾، مادام أنه على قدم المساواة مع المتهم أو الطرف المدني في ما تطالب به أمام القضاء الجنائي في مختلف مراحل الدعوى⁽⁵⁴⁶⁾. ومن جانب آخر، فإن النيابة العامة، إذا كانت تمارس إجراءات تحريك الدعوى العمومية، فإنها تقوم بعمل إداري، لا بعمل قضائي. ومن ثم، فإن هذا العمل لا يؤثر على سير هذه الدعوى أثناء ممارستها أمام قضاء الحكم حتى يمكن التسليم بتجريحها⁽⁵⁴⁷⁾، لأنها في هذه المرحلة تعتمد فقط، على جمع الأدلة لا على إصدار أحكام قضائية حتى يمكن تجريحها مثل قضاة الحكم⁽⁵⁴⁸⁾.

وبهذا المعنى، فإن النيابة العامة، في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، إنها إما أن تكون مجرد موظف يهتم بجمع الأدلة لمتابعة المتهم أو حفظ الأوراق بالنسبة للجريمة المرتكبة، أو أنها مجرد طرف من أطراف الخصومة الجنائية عندما تكون قضاء واقفاً. ومن ثم،

544 كاستون ستيفاني وجورج لفاصور وبنار بولوك، الطبعة 16، 1996، م. س، ص. 113، هامش رقم 2.

545 M. Viala : Le ministère public peut-il être récusé ? Gazette du Palais I, 1980, documentaire, p.163.

546 Maurice AYDALOT : Premier président de la cour de cassation: Ministère public Bul. Cri. 1. 1969.

547 موريس أيدالوت: م. س، 1969، ص. 4.

548 موريس أيدالوت: نفس المرجع

فإنها في هذين الوضعين القانونيين تقوم بعمل إجرائي لا يسمح بتجريحها، بالشكل الذي يمكن أن يجرح به قضاة الحكم، وإلا، فإن القبول بهذا التجريح سيعطل العدالة الجنائية في تحقيق أهدافها، وهذا غير ممكن (549).

وقد سار بعض الفقه المصري، في هذا النهج، وذلك عندما اعتبر بأن النيابة العامة تمثل الدولة كشخص معنوي، وليس كنظام قانوني. ومن ثم، فإنها مجرد محام عنها، والمحامي لا يمكن أن يجرح مهما كانت ميولاته، وذلك تأسيساً على أن موكلها لا يمكن أن تأخذ حقها من المتهم إلا بطريق القضاء. ولذلك، فإن الذي يمكن تجريحه هو قضاء الحكم وليس قضاء النيابة العامة (550) الذي يتمتع بصفة التقاضي، ولا يتمتع بالصفة في الدعوى (551).

ويبدو من هذه الآراء الفقهية، أنها تعتمد، في عدم تجريح قضاة النيابة العامة على تقديس النص الجنائي الذي لا اجتهاد معه، في قواعد قانون المسطرة الجنائية، وذلك لاعتماده على بيان الإجراءات دون بيان الجوهر، وذلك بخلاف قضاء الحكم، فإن تجريحه يتم بناء على سلطته التقديرية التي تقوم على الاقتناع.

549 ستيفاني ولفاسور وبولوك: م. س، ص. 114.

550 عبد المنعم عبد الرحيم العوضي: قاعدة تقييد المحكمة الجنائية بالاتهام، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص. 66.

551 علي الشحات الحديدي: ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي، مجلة الأمن والقانون، السنة 6، العدد الثاني، يوليو 1998، ص. 294.

وعلى هذا الأساس، فإذا كان قانون المسطرة الجنائية قد نص على عدم تجريح قضاة النيابة العامة ثم قضى قضاء الموضوع بهذا التجريح، فإنه يمكن اعتبار ما صدر عن هذا القضاء، قد خرق إحدى القواعد الجوهرية في إجراءات المسطرة⁽⁵⁵²⁾، وهذا ما يفسر بأن ما هو مسطري أو قانوني يكون موضوع الرقابة القضائية، في حين أن ما هو من قبيل السلطة التقديرية، لا يخضع إلى هذه الرقابة، وهذا هو أساس الفرق بين تجريح قضاة الحكم دون تجريح قضاة النيابة العامة.

أما من ناحية أشخاص أسباب التجريح، فيبدو واضحا من النصوص الجنائية التي بين فيها المشرع أحكام التجريح، إنما حصر تطبيق هذه الأحكام على قضاة الحكم لا على قضاة النيابة العامة، سواء كان ذلك في قواعد المسطرة الجنائية، أو في قواعد المسطرة المدنية وحيث إنه لا لبس في التمييز، فإنه لذلك، لا يمكن القبول بتجريح هذا الصنف من القضاة، إلا في حالات استثنائية، حددها القانون أيضا على سبيل الحصر⁽⁵⁵³⁾. ومن ثم، فإن ما منعه القانون من تجريحه، لا يمكن الاجتهاد فيه للقول بغير ذلك.

ومن هذا المنظور، جعل بعض الفقه الفرنسي أن يعكس الآية، ويعتبر بأن أعضاء النيابة العامة ليسوا قضاة في طبيعة عملهم، لأنهم لا يجرحون، بل هم أطراف في الدعوى العمومية ينبون فقط عن الدولة،

552 مورييس أديالوت: نفس المرجع السابق.

553 عبد السلام حادوشي: تدخل النيابة العامة لدى المجلس الأعلى، مجلة الندوة، العدد 3، 1984، ص. 2 وما بعدها.

أو المجتمع في القيام بإجراءات تحريك هذه الدعوى أو ممارستها، أو متابعة من ارتكب الجرائم فيها⁽⁵⁵⁴⁾.

ب- المبررات ذات الدلالة الموضوعية:

وتتأسس هذه المبررات على مبدأ حرية النيابة العامة في عملها الوظيفي، بحيث إنها تستطيع أن تتابع كل شخص تشتبه فيه أنه ارتكب جريمة، كما أنها تستطيع أن تفعل العكس، وذلك من غير أن تكون ملزمة بتحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها⁽⁵⁵⁵⁾.

ويترتب على هذا المبدأ، أنه لا يمكن توجيه اللوم إليها، بسبب الإسراف في المتابعة، أو اتهام شخص بفعل لم يرتكبه، أو بمبالغتها في المطالبة بتطبيق أقصى العقوبات على كل من تتهمة بارتكاب الجريمة⁽⁵⁵⁶⁾، أو بسبب سلوك قضاتها أثناء مباشرة عملهم⁽⁵⁵⁷⁾. ولهذا السبب، نصت بعض التشريعات بأنه في حالة قيام محكمة الموضوع بتوجيه مثل هذا اللوم دون سلوك مسطرة التظلم إلى الجهات المختصة، فإن على محكمة النقض أن تأمر بحذف عبارات اللوم الموجه إلى النيابة

⁵⁵⁴ Gaston Stefani - G. Levasseur : Procédure pénale, 2^{ème} édition 1980, p. 98.

⁵⁵⁵ محمد عوض: الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، ص. 64.

⁵⁵⁶ Bernard Boulac : Procédure Pénale, éd 2008, p.174.

⁵⁵⁷ محمد عوض: نفس المرجع السابق.

العامّة من الحكم المطعون فيه من طرف أحد أعضاء هذه الهيئة القضائية (558).

وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية، في كثير من أحكامها بأنه ليس لمحكمة الجنايات أن ترمي النيابة في حكمها بأنها **"أسرفت في الاتهام"** أو أنها **"أسرفت في حشد التهم وكيلها للمتهمين جزافاً"** (559)، وهذا ما أكدت عليه أيضاً محكمة النقض الفرنسية (560).

وقد أكد بعض الفقه المغربي على سلامة هذا النهج التشريعي أو الفقهي المقارن، ولذلك فقد اعتبر بدوره بأنه لا يجوز للمحاكم أن توجه اللوم إلى قضاة النيابة العامة أو تنتقد أعمالهم (561)، وذلك تأسيساً على عدم مساءلة هؤلاء (562)، حتى ولو ثبت في نتيجة المحاكمة أنهم غير محقين في إقامة الدعوى العمومية، أو أنهم أخطوا في متابعتها (563).

وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإن أسباب التجريح لا أهمية لها أثناء مرحلة المتابعة، حتى ولو ثبت بأنها قائمة بين أحد قضاة النيابة العامة، وبين أحد أطراف الخصومة الجنائية، وذلك انطلاقاً من كون

558 أنظر المادة 401 س قانون الإجراءات الجنائية الليبي. وانظر أيضاً المادة 669 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

559 أورده محمد عوض: نفس المرجع السابق.

560 برنار بولوك: نفس المرجع السابق هامش رقم 2.

561 إدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 467.

562 ونحن نعتقد بأن عدم مساءلة قضاة النيابة العامة يرتبط بالفقرة الأولى من الفصل 124 من المجموعة الجنائية وليس بالمادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك بسبب تنفيذ أوامر السلطة الشرعية التي تنص عليها هذه الفقرة.

563 إدريس العلوي: نفس المرجع السابق. ولكن متى كانت لديهم حسن النية أما إذا كانت لديهم سوء هذه النية، فإن المسؤولية الجنائية تثبت في حقهم، وذلك لكونهم في هذه الحالة الأخيرة يكونوا قد تجاوزوا حدود صلاحيتهم الإجرائية. أنظر سامي النصراوي: م. س، ص. 58.

هؤلاء في حل من مسئوليتهم سواء كانوا صائبين أو مخطئين في عملهم⁽⁵⁶⁴⁾ إلا إذا كانت هذه المسؤولية ناتجة عن خطأ شخصي لا علاقة له بتطبيق الإجراءات المسطرية المتعلقة بالمتابعة أو بتحريك الدعوى العمومية⁽⁵⁶⁵⁾.

ثانياً: قاعدة وحدة النيابة العامة

وترتبط هذه القاعدة بالصفة الشمولية التي يتصف بها قضاة هذه الهيئة بخصوص العمل الذي تقوم به. ومن ثم، فإن شخصية أحد هؤلاء تنوب في هذه الصفة، وذلك نتيجة لارتكازها على طابعها الإداري⁽⁵⁶⁶⁾. وحيث إن هذا الطابع يخضع في بنائه إلى التبعية التدريجية في العمل، وتلقي الأوامر وتنفيذ الإجراءات، فإنه لا مجال لتجريح قضاة النيابة العامة، وذلك بسبب كون أن هؤلاء لا يستقلون في أداء عملهم بشكل مطلق، مادام أنه يمكن أن يكمل بعضهم عمل البعض الآخر، في القيام بنفس الأجراء في تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها⁽⁵⁶⁷⁾. ومن ثم، فإنه لا مجال للتمسك بإحدى أسباب هذا التجريح بهدف إبعاد

564 و لعل السبب في ذلك يرجع إلى كون النيابة العامة، لا تكون مرتبطة بمطالبها، حيث إنه يمكن أن تتراجع عن هذه المطالب، في حالة اكتشاف الحقيقة، سواء لمصلحة المتهم أو ضده.

565 جون برانيل: م. س، ص. 134.

566 محمد عوض: م. س، ص. 65.

567 كاستون ستيفاني وجورج لفاور و برنار بولوك: م. س، ص. 111 فقرة 115. جون برانيل: م. س، ص. 140.

القاضي المراد تجريحه عن إتمام ما يجب القيام به بالشكل الذي هو مقرر، في حالة تجريح قضاة الحكم⁽⁵⁶⁸⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن القضاء الفرنسي اعتبر بأن النيابة العامة لا يمكن أن تكون، موضوع طلب شك مهما كان، حتى ولو كان هذا الشك مشروعاً⁽⁵⁶⁹⁾. وذلك بسبب عدم التمسك بمطالبها أمام القضاء الجنائي من جهة⁽⁵⁷⁰⁾ أو لأن هذا الشك يمكن الطعن فيه أمام الجهات الإدارية التي تخضع لها في تسلسلها التدريجي، وليس أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر في أسباب لتجريح من جهة أخرى⁽⁵⁷¹⁾، ويعتمد هذا الرأي في ما ذهب إليه إلى كون النيابة العامة دائماً تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وليس إلى تحقيق المصلحة الخاصة، حتى ولو كان هناك ما يدعو إلى هذه المصلحة الأخيرة بشكل بين⁽⁵⁷²⁾.

وفي هذا الصدد، يعتبر بعض الفقه المغربي، بأن عدم تمسك النيابة العامة بمطالبها هو الذي يفسر عدم مساءلتها أو تجريحها أثناء مرحلة تحريك الدعوى العمومية على اعتبار أنها في كل مرة تستطيع أن تغير موقفها⁽⁵⁷³⁾ مما كانت قد تبنته في تكييف الفعل المرتكب أو

568 نقض فرنسي جريمة 3 يوليو 1990 انظر النشرة الجنائية B.C. 1990 فقر 275 .

569 نقض فرنسي جريمة 27 يناير 1993 انظر النشرة الجنائية 1993 فقر 496

570 جون برانيل: م. س، ص. 141.

571 مورييس أيدالوت: نفس المرجع السابق.

572 Jean Paul Jean: Le Ministère public entre modèle Jacobin et modèle Européen .R.S.C. Juillet - Septembre 2005, p. 683.

573 وفي اعتقادنا أن عدم ارتباط النيابة العامة بمطالبها، هو الذي يفسر أيضاً بأنها لا يمكن أن تتنازل عن الدعوى التي حركتها.

العقوبة التي تطالب بتطبيقها. ومن ثم، فإنه ما دام أن موقفها لا يبقى ثابتاً، فإن ذلك لا يستدعي إثارة أي شك حول عملها حتى يمكن التسليم بتجريح قضاتها (574)، على اعتبار أن اهتمامها، في هذه الدعوى، لا يركز على التحامل على المتهم للإضرار به، بقدر ما تحاول فقط مساعدة المحكمة على الكشف عن الحقيقة بشأن وقائع النازلة المعروضة عليها (575)، وذلك مهما كانت ميولات قضاتها الشخصية لانعدام تأثيرها على هذه المحكمة (576).

الفقرة الثانية: تأثير المسار التاريخي للنيابة العامة

في الحيلولة دون تجريح قضاتها

إن تأصيل نشوء النيابة العامة (577)، و تطورها التاريخي، جعل منها أن تخضع في تنظيمها الإداري إلى السلطة التنفيذية. ولهذا السبب، فإنها ظلت تمتاز بتركيبتين إحداها فنية، والأخرى عضوية.

574 محمد عياط: م. س، ص. 80.

575 محمد عياط: نفس المرجع السابق، ص. 78.

576 سامي النصراوي: قانون أصول المحاكمات الجزائية، 1971، ص. 63.

577 تؤكد الأستاذة مشيل لور رساط M. L. Rassat بأن تأصيل نشوء النيابة العامة من الناحية القضائية غير محدد، بينما تأصيلها الإداري، فيرجع إلى القرن الرابع عشر وبصفة خاصة ما بين عامي 1386-1387، وإن كانت نفس الباحثة لم تتأكد من هذا التاريخ، وذلك بسبب اختلاف المؤرخين في هذا الموضوع. مشيل لور رساط: النيابة العامة بين ماضيها و مستقبلها، ط 1967، ص. 17.

أولاً: التركيبة الفنية للنياابة العامة

إن المقصود بهذه التركيبة هو أن هذه الهيئة القضائية، تخضع في نظامها الأساسي إلى نوعين من التنظيم أحدهما عمودي والآخر أفقي، فالتنظيم العمودي فينحصر في تبعية قضاة نفس الهيئة الأدنى درجة من المحاكم، إلى المحاكم الأعلى درجة و الجميع يخضع إلى الوكيل العام لدى محكمة النقض الذي بدوره يخضع إلى الإشراف المباشر لوزير العدل⁽⁵⁷⁸⁾.

وهذا التنظيم العمودي، يقتضي احترام هذا التسلسل، سواء عند رفع التقارير إلى وزير العدل، بكل ما يقع من اختلالات بالعمل الذي يقتضي السهر على تنفيذ إجراءات تحريك الدعوى العمومية، أو المتابعة في جميع مراحل التقاضي⁽⁵⁷⁹⁾ أو عند توصلهم بالمناشير التي يبعث بها إليهم نفس الوزير من أجل تنفيذ السياسة الجنائية التي يشرف على تنفيذها⁽⁵⁸⁰⁾.

فهذا التنظيم يمتاز بخصوصية إدارية محضة، بحيث تبقى النيابة العامة خاضعة في نطاق هذه الخصوصية، إلى سلطة وزير العدل التي تم استبدالها بسلطة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض؛ أو إلى

578 وهذا ما لم يعد قائماً منذ تصدير القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

579 أنظر مثلاً مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 44 من قانون المسطرة الجنائية.

580 أنظر المادة 51 من نفس القانون.

الرؤساء الأعلىين بقوة القانون (581) وهذا ما أكد عليه الفصل 110 من الدستور في شطره الأخير، حيث يقضي هذا الشرط بأنه "يتعين على قضاة النيابة العامة الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها" (582).

ويفهم من هذا المقتضى القانوني، أن ارتباط النيابة العامة بالوكيل العام للملك لدى محكمة النقض الذي هو بدوره لازال خاضعا لسلطة وزير العدل من الناحية الإدارية يعني أمرين:

الأول: وجوب مراعاة ما إذا كانت هذه الهيئة تسهر على تنفيذ التعليمات التي تؤمر بها، فيما يخص مختلف القضايا التي ترتبط بهذه التعليمات أم لا، و ما هي حدود الالتزام بها، وذلك تحت طائلة اتخاذ الإجراءات التأديبية.

الثاني: تمثيل الدولة كشخص معنوي، وليس كشخص قانوني، أمام المحاكم بمختلف درجاتها، وذلك للمطالبة بتطبيق القانون الذي يشكل إحدى مظاهر سيادة هذه الدولة، أو السهر على حفظ أمن المجتمع فيها، وإن كان بعض الفقه يرى بأن في هذا التمثيل، خروج النيابة

581 وفي هذا الصدد، يقضي الفصل 56 من النظام الأساسي لرجال القضاء في فقرته الأولى بأنه

"يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة وزير العدل و مراقبة و تسيير رؤسهم الأعلىين".

582 وهذه السلطة أصبحت حاليا تنحصر فقط في الوكيل العام للملك لدى محكمة دون وزير العدل.

العامة في هذا المجال عن الأصل الذي هو تمثيل المجتمع، وليس تمثيل الدولة (583).

وبلاحظ من هذين الأمرين، أن جهاز النيابة العامة في المغرب تم استيراده من النظام القانوني الفرنسي خلال عهد الحماية، ولا زال المشرع الجنائي المغربي يحافظ على تلك الخصائص التي ظل يمتاز به هذا الجهاز منذ نشأته في فرنسا، سواء قبل الثورة الفرنسية أو بعدها (584)، مما يفهم معه بأن قضاة هذه الهيئة القضائية، هم ليسوا كقضاة الحكم في مظهرين رئيسيين:

المظهر الأول: أن التسلسل الإداري الذي يخضع إليه هؤلاء يوحي بأن قضاة النيابة العامة، ليسوا مستقلين، سواء في العمل الذي يقومون به، أو في الموقع الذي يحتلونه، في المرفق القضائي الذي ينتمون إليه (585).

المظهر الثاني: إن قضاة النيابة العامة، لا زالوا يخضعون إلى الأوامر بخصوص المهام الموكولة إليهم بمقتضى قانون المسطرة الجنائية، مما يفهم معه بأن هؤلاء، ليس لهم أي تلقائية، في أداء العمل

583 سامي النصراوي: م. س، ص. 33.

584 محمد الكشور: مركز النيابة أمام المجلس الأعلى بحث منشور بمجلة المناهج، العدد الثاني،

2009، ص 9.

585

« Le Ministère public procède de la mise en mouvement de l'action publique en saisissant une autorité judiciaire d'instruction ou de jugement entre lesquelles le ministère public n'est pas toujours libre de choisir ». Jean LARGUIER : Droit pénal et procédure pénale, Paris, 1976, p. 119.

الذي يلزمهم القانون القيام به، الأمر الذي يؤكد، بأن شرعية عملهم، لا يخضع إلى قانون أسمى من الأوامر التي يتلقونها، وإن كانت هذه الأوامر تجد أساسها التشريعي في الدستور.

ونحن إذا سلمنا بهذين المظهرين، فنجد بأن المشرع الجنائي المغربي عندما منع تجريح قضاة النيابة العامة، فقد ربط ذلك بما يتلقاه هؤلاء من الأوامر التي لا يمكن مخالفتها، حتى ولو مع قيام أسباب هذا التجريح، سيما وأن الإجراءات المتبعة من هؤلاء، في ظل هذه الأوامر متعلقة بالنظام العام الذي لا يمكن مخالفته (586).

وإلى جانب هذا الدور الإداري الذي تلعبه النيابة العامة، والذي تنوب فيه عن السلطة القضائية في المحاكم، نجد لهذه الهيئة القضائية دورا آخر ويتجلى في تلك النيابة القانونية عن المجتمع، أمام نفس المحاكم، وهذا ما يتراءى في البحث عن الجرائم المرتكبة، ومتابعة من ارتكبتها في المجال الجنائي والتدخل في قضايا الأسرة والجنسية (587) وفي مختلف القضايا (588) التي تمثل فيها الأغيار (589) في الحالة التي ينص عليها القانون (590) في المجال المدني.

ويبدو من هذه النيابة القانونية لجهاز النيابة العامة، أنه متى كانت هذه الهيئة طرفا أصليا، فإنها لا تجرح باعتبار أنها طرف من

586 سامي النصاروي: م. س، ص ص. 62-63.

587 في هذه القضايا تكون فيها النيابة العامة طرفا رئيسيا.

588 كذلك القضايا المنصوص عليها في الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية.

589 في هذه القضايا تكون فيها النيابة العامة طرفا منضما.

590 أنظر الفصل السادس من قانون المسطرة المدنية.

أطراف الدعوى التي تمثل فيها المجتمع. أما إذا كانت طرفا منضما، فإنها تجرح، لأنها تنوب فقط، على أطراف أو جهات محددة في القانون، لا علاقة لها بتمثيل المجتمع، وهذا ما سار فيه المشرع المغربي في الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية كما سبق القول بذلك، في مواضيع كثيرة من هذه الأطروحة.

وبعبارة أخرى، إن النيابة العامة، عندما تكون طرفا أساسيا في الدعوى فإنها تمارس سلطة الاتهام التي هي مظهر من مظاهر سيادة الدولة. ومن ثم، فإن ما تقوم به يعتبر عملا تنفيذيا محضا، تسعى من خلاله إلى صيانة الحقوق المتعلقة بهذه السيادة⁽⁵⁹¹⁾، وذلك بغض النظر عن طبيعة هذه الحقوق ما إذا كانت مبنية على الزجر أو التعويض⁽⁵⁹²⁾، وهذا ما يفسر بأنها لا تخضع في هذا العمل إلى التجزئة أو المراقبة، أو التجريح أو الجزاء⁽⁵⁹³⁾. أما إذا كانت طرفا منضما، فإنها عندئذ، لا تمارس سلطة الاتهام وإنما تمارس حق الادعاء، وذلك لأنها في هذه الحالة لا تمثل السلطة التنفيذية، في عملها. ومن ثم، فإنه يمكن تجريحها بالشكل المنصوص عليه في الفصل 299 السابق ذكره.

أما التنظيم الأفقي للنيابة العامة، فينحصر في تلك العلاقة القائمة بين وكيل الملك، أو الوكيل العام للملك، وبين نوابها لدى مختلف درجات المحاكم، وتتجلى هذه العلاقة في الإشراف والتوجيه والمراقبة.

591 أحمد قنحي سرور: م. س، ص. 117.

592 ميشيل لور رساط: م. س، ص. 240.

593 محمد عياط: م. س، ص. 78.

فبالنسبة للإشراف، فيبدو واضحاً من الفصول 16 و18 و20 من التنظيم القضائي للمملكة، بأن لوكيل الملك أو الوكيل العام للملك سلطة على قضاة النيابة العامة التي يرأسها. ومن ثم، فإن هذا الإشراف، أو هذه السلطة ترتبط بخاصية التسلسل التدريجي الذي يشرف عليه الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بعجماً كان وزير العدل، هو المكلف بهذه المهمة الإدارية كما سبق القول بذلك.

ومفهوم السلطة بهذا المعنى، يقتضي التسيير المتعلق بالمؤسسة التي ينتمي إليها هؤلاء، في كل محكمة على حدة، وذلك إما عن طريق تبليغ قضاة هذه المؤسسة بما تم التوصل إليه من التعليمات المرفوعة إليهم من طرف الرؤساء الأعلى درجة منهم، أو من طرف وزير العدل، بخصوص المستجدات المتعلقة بالسياسة الجنائية التي يشرف على تنفيذها هذا الوزير، وإما عن طريق توزيع المهام التي يقتضيها هذا التسيير داخل نفس المؤسسة القضائية⁽⁵⁹⁴⁾، وهذا ما أكدت عليه الفقرة الثالثة⁽⁵⁹⁵⁾ والرابعة⁽⁵⁹⁶⁾ من الفصل 16 من التنظيم القضائي المذكور.

594 ويقتضي هذا التوزيع تحديد المداومة الأسبوعية أو الشهرية أو السنوية لقضاة النيابة العامة..

595 تقتضي هذه الفقرة بأنه "يمكنه (أي الوكيل العام لدى محكمة النقض) أن يوجه مباشرة تعليمات وملاحظات إلى الوكلاء العاملين لدى محاكم الاستئناف، وإلى وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية".

596 تقتضي هذه الفقرة بأنه "يتعين عليه (أي الوكيل العام لدى نفس المحكمة) أن يبلغ لوزير العدل الإخلاطات التي قد يلاحظها في أي قض من قضاة النيابة العامة".

أما بالنسبة للتوجيه، فيقتضي تقديم الاستشارة، فيما يخص العمل الذي يقوم به قضاة النيابة العامة، في بعض القضايا التي قد تطرح بعض الإشكالات، بخصوص التقديم، والحراسة النظرية، والتكيف والاختصاص.

وأخيرا، فإنه بالنسبة للمراقبة فتقتضي القيام بتسجيل الاختلافات التي قد يلاحظها الرؤساء الأعلى، في أي قاض من قضاة النيابة العامة التي يرأسها هؤلاء بشكل مباشر، وتبليغها إلى الوكيل العام لدى المحكمة بالشكل المنصوص عليه في المادة 25 من القانون رقم 106.13.

وبالمقارنة بين هذه المهام الثلاث، المرتبطة بالتنظيم الأفقي لمؤسسة النيابة العامة، فإننا نجد بأن المشرع المغربي، عندما منع تجريح قضاة هذه المؤسسة، فلأنه راعى، بأن العمل الذي يقوم به هؤلاء القضاة ليس مستقلا بالشكل المعمول به لدى قضاة الحكم⁽⁵⁹⁷⁾، وذلك بسبب خضوع هذا العمل إلى المراقبة التي هي بمثابة حماية أطراف الدعوى من أي ميل من الميولات الشخصية لهؤلاء، سواء كانت هذه الميولات مرتبطة بأسباب التجريح، أو بأسباب أخرى.

597 وهذا ما أكد عليه بعض الفقه الذي يشتغل على قانون المسطرة الجنائية الفرنسي. أنظر كاستون ستيفاني وجورج لفاور وبنار بولوك: م. س، ص. 109.

ثانياً: التركيبة العضوية للنياحة العامة

ينصرف هذا المفهوم إلى ما يصطلح عليه بـ"عدم تجزئة النياحة العامة"، وذلك انطلاقاً من كون قضائها يعتبرون من الناحية القانونية بمثابة شخص واحد⁽⁵⁹⁸⁾. ومن ثم، فإن ما يصدر من هؤلاء من أفعال أو أقوال لا ينسب إليهم كقضاة مستقلين، وإنما ينسب إلى الهيئة التي هم يشتغلون تحت إمرتها كهيئة واحدة⁽⁵⁹⁹⁾.

وبناء على هذه الاعتبارات، فإنه يصعب القول بإمكانية تجريح قضاة النياحة العامة الذين لا يشتغلون باسمهم الخاص، مثلما يفعل قضاة الحكم، لأن القول بذلك يعني القول بإمكانية تجريح هذه الهيئة كمؤسسة قضائية بأكملها. وهذا ما لا يمكن القبول به، في إطار هذا التنظير الذي نحن بصدد، وذلك انطلاقاً من كون هؤلاء يتكاملون في العمل⁽⁶⁰⁰⁾. ومن ثم، فإنه وفقاً لهذا النهج لا يستطيع أحد أن يجزم بتأثير أحد أسباب التجريح، في عمل الهيئة، وذلك بالرغم من قيام هذه الأسباب لدى أحد هؤلاء القضاة المكونين لها.

ولعل هذا التبرير يرتبط بالطبيعة القانونية لقضاة النياحة العامة من جهة، وبالتبعية التدريجية لهؤلاء القضاة للسلطة الأعلى منهم درجة من جهة أخرى، وهذا ما جعلنا أن نؤكد، فيما سبق بأن هذه الهيئة، هي

598 كاستون ستيفاني وجورج لفاصور وبرنار بولوك: م. س، ص. 110، فقرة 115.

599 أنظر نفس المرجع السابق.

600 إدوار غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الطبعة الثانية 1990 ص.

102 فقرة 37.

في طبيعتها سلطة اتهام، والسلطة لا تجرح بأي وجه من الوجوه⁽⁶⁰¹⁾، إلا ما نص عليه القانون بشكل صريح⁽⁶⁰²⁾.

ويمكن أن نخلص من هذه الفقرة إلى القول، بأن الهدف الذي نشأت من أجله النيابة العامة تاريخياً، لا يقبل تجريح قضاتها، وذلك إما لأنهم يمارسون سلطة الاتهام دفاعاً عن المجتمع، في حالة ارتكاب الجرائم، أو لأن عدم تجزئة هذه الهيئة القضائية تحول دون ممارسة هذا التجريح، في حق قضاتها الذين يتكاملون في أداء عملهم الذي يتم وفق الخضوع إلى الأوامر من الرؤساء الأعلى، فتنعدم الاستقلالية في الوظائف المخولة لها قانوناً، وهذا بخلاف قضاة الحكم الذين لا يخضعون لا إلى الأوامر، ولا إلى المراقبة، أو الإشراف أو التوجيه⁽⁶⁰³⁾.

المطلب الثاني: رفض تجريح النيابة العامة تأسيساً على

اعتبارات تتعلق بالسياسة الجنائية

إن النيابة العامة بحكم الوظائف المخولة لها، في قانون المسطرة الجنائية، يبدو أنها بحكم هذه الوظائف تقوم بتنفيذ السياسة الجنائية التي يشرف عليها وزير العدل الممثل العام للدولة في الإشراف على هذا

601 محمد التغدويني: تحريك الدعوى، م. س، ص. 64.

602 أنظر الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية.

603 كاستون ستيفاني: م. س، ص. 109، فقرة 113.

التنفيذ، وذلك بطريقتين يتعلق أحدهما بكون أنها تمثل الدولة في تحريك الدعوى العمومية (الفقرة الأولى)، ويتعلق ثانيهما في تمثيل الدولة في مراقبة هذه الدعوى أمام المحاكم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمثيل النيابة العامة للدولة

في تحريك الدعوى العمومية

إذا كان الدستور المغربي الحالي⁽⁶⁰⁴⁾ قد اهتم بتنظيم العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإنه أغفل هذا التنظيم بخصوص العلاقة بين السلطتين التنفيذية والقضائية، ولذلك، فإنه يمكن أن نعتبر النيابة العامة هي القناة أو الأداة الأساسية التي تعمل على تأكيد هذه العلاقة الأخيرة، وذلك عن طريق تنفيذ السياسة الجنائية التي يشرف عليها وزير العدل أمام المحاكم، وهذا هو السبب الذي جعل من المشرع الجنائي المغربي أن يضيف عليها صفة الازدواجية في العمل، بحيث إنها تعتبر جزءا من السلطة التنفيذية في علاقتها مع وزير العدل الذي يمثل هذه السلطة، ومن جهة أخرى، أنها تعتبر جزءا من السلطة القضائية في علاقتها مع المحاكم⁽⁶⁰⁵⁾، عند تنفيذ السياسة الجنائية التي يشرف عليها

604 أي دستور فتح يوليوز 2011.

605 في هذا الصدد يقضي الفصل الأول من النظام الأساسي لرجال القضاء في فقرته الأولى بأنه "يؤلف السلك القضائي بالمملكة هيئة واحدة تشتمل قضاة الأحكام والنيابة العامة بمحكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم".

الوزير المذكور بمقتضى الفصل 51 من قانون المسطرة الجنائية⁽⁶⁰⁶⁾، وهذا ما يفسر أمرين.

الأمر الأول: إن هذه الهيئة لا تكون مستقلة في أداء عملها الإداري⁽⁶⁰⁷⁾، وذلك بسبب خضوعها إلى تنفيذ الأوامر الصادرة من الرؤساء الأعلى⁽⁶⁰⁸⁾، ومن وزير العدل قبل تصدير القانون رقم 106.13⁽⁶⁰⁹⁾، سواء كان هذا العمل يتعلق بجمع الأدلة عن الجرائم أو بتحريك الدعوى العمومية أو بممارستها أمام المحاكم⁽⁶¹⁰⁾، ولكنها بالمقابل تكون مستقلة قضائياً في هذا العمل متى تعلق الأمر بسلطانها التقديرية في المتابعة، أو في المطالبة بتطبيق القانون أو ممارسة حق الطعون أو الدخول في النزاع مع الطرف المدني، بخصوص القضايا المتعلقة بالمطالب المدنية⁽⁶¹¹⁾.

وفي إطار هذا التمييز، يبدو لنا بأن مؤسسة النيابة العامة أضفى عليها المشرع الجنائي، في إطار السياسة الجنائية الإجرائية⁽⁶¹²⁾، نوعاً

606 يقضي هذا الفصل في فقرته الأولى بأنه " يشرف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية ويبلغها إلى الوكلاء العامين للملك الذين يسهرون على تطبيقها".

607 وهذا يتنافى مع ما نص عليه الفصل 107 من الدستور.

608 وعلى رأس هؤلاء الرؤساء، الوكيل العام لدى محكمة النقض.

609 اعتبر القضاء المصري في هذا الصدد بأن "رئاسة وزير العدل لأعضاء النيابة العامة رئاسة إدارية محضة لا يترتب عليها أي أمر قضائي"، نقض 15 نوفمبر 1965، أورده حسن علام: قانون الإجراءات الجنائية، طبعة 1982، ص. 27.

610 محمود طه جلال: م. س، ص. 212.

611 أنظر المادة 94 من قانون المسطرة الجنائية.

612 وفي نظرنا، أنه يدخل في إطار هذه السياسة الإجرائية تعيين قضاة التحقيق، وقضاة الأحداث، وإنشاء مؤسسات قضائية مؤقتة مثل غرف الاستئناف المتنقلة. أنظر محمد

من الحصانة القانونية التي يدخل في نطاقها، عدم المساءلة، أو الجزاء، أو التجريح⁽⁶¹³⁾، وذلك تجنباً لعرقلة العدالة أثناء البحث عن الجرائم أو تحريك الدعوى العمومية فيها⁽⁶¹⁴⁾.

وتأسيساً على هذا المعنى، فإن بعض الفقه اعتبر بأن السماح بتجريح قضاة النيابة العامة، يعني السماح بتدخل إرادة الخصوم، في إجراءات تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها، وهذا ما لا يصح القبول به، وذلك لما قد يؤثر فيه هذا التدخل على فعالية هؤلاء أثناء أداء عملهم الذي يقتضي تبسيط الإجراءات، و الإسراع في إنجازها⁽⁶¹⁵⁾.

الأمر الثاني: إن النيابة العامة ميز فيها المشرع بين وضعين قانونيين، بحيث إنها إذا كانت لا تمثل الدولة، في القضايا التي تهم المجتمع، فإنها عندئذ يمكن تجريحها باعتبار أنها في هذه الحالة، تكون طرفاً منضمّاً، لا طرفاً أساسياً في هذه القضايا. أما إذا كانت تمثل الدولة، في القضايا التي حددها قانون المسطرتين الجنائية والمدنية فإنها لا يمكن تجريحها على الإطلاق، وذلك بسبب إضفاء الحصانة القانونية عليها كما سبق القول بذلك قبل قليل.

ولكن ما هو الذي جعل أنصار هذا الرأي يرفضون تجريح النيابة العامة في مرحلة تحريك الدعوى العمومية تأسيساً على تمثيل

الإدريسي العلمي المشيشي: تداخل السلطة الإدارية والقضائية في الدعوى العمومية. مجلة الإشعاع، العدد 27 غشت 2003، ص 6 وما بعدها.

613 محمد عياط: م. س، ص. 86.

614 Francisque Goyet: Le ministère public, 1953, p. 309.

615 محمود جلال طه: م. س، ص. 393.

الدولة، في هذه المرحلة، وإلى أي حد يمكن التسليم بأن السلطة التنفيذية هي التي تتفرد بتمثيل الدولة كشخص معنوي أمام المحاكم دون السلطتين التشريعية والقضائية.

في الجواب على السؤال الأول، يبدو واضحا من النهج التشريعي المتبع في الفصل 51 من قانون المسطرة الجنائية، والفصل 56 من النظام الأساسي لرجال القضاء، حيث يتبين لنا من هذين الفصلين، بأن الهدف من السياسة الجنائية التي بمقتضاها أخضع المشرع الجنائي النيابة العامة كهيئة قضائية إلى التبعية التدريجية لوزير العدل، أو الرؤساء الأعلى. ومن ثم، إضفاء طابع السلطة التنفيذية عليها، هو مراقبة الدعوى العمومية من طرف الدولة التي أصبحت تملك هذه الدعوى كأى مؤسسة قانونية أخرى⁽⁶¹⁶⁾، وذلك تأسيسا على احتكارها للقانون الجنائي الذي أصبح يعتبر مظهرا من مظاهر سيادتها، بالإضافة إلى كونه قانونا قضائيا لا علاقة له بالأفراد⁽⁶¹⁷⁾.

وبعبارة أخرى، إن الدولة إذا كانت هي التي تملك حق إنتاج القاعدة الجنائية، في ظل سياسة جنائية محددة، فإنها في إطار هذه السياسة لها الحق في مراقبة مدى احترام ما أنتجته من القواعد، عن طريق الوكيل العام لدى محكمة النقض له الإشراف المباشر على قضاة النيابة العامة، في مرحلة البحث عن الجرائم أو تحريك الدعوى

616 محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية: م. س، ص. 180.

617 أحمد فتحي سرور: أصول الإجراءات الجنائية، فقرة 133، ص. 219. مأمون محمد سلامة:

م. س، ص. 194.

العمومية. وعلى هذا الأساس، فإننا إذا سلمنا بأن التجريح نص عليه
المشرع، تجنبنا لتأثير أسبابه على الانحياز إلى طرف دون آخر في هذه
الدعوى من طرف قضاء الحكم، فإن قضاة النيابة العامة ليسوا كذلك،
وذلك من ناحيتين:

من ناحية أولى، أن وظيفة هؤلاء تنحصر في تجهيز أو إعداد
ملف الدعوى العمومية فقط لرفعها إلى القضاء المختص لمناقشتها
والحكم فيها⁽⁶¹⁸⁾.

ومن ناحية ثانية، أن الأصل في هذه الهيئة القضائية أنها لا
تسعى إلى الإضرار بالأفراد، حتى يمكن تجريحها⁽⁶¹⁹⁾، وإلا كانت
مسئولة بالشكل المنصوص عليه في القانون، وذلك بغير حاجة إلى هذا
التجريح⁽⁶²⁰⁾.

أما بخصوص الجواب على السؤال الثاني، فإننا إذا نظرنا إلى
الدولة من منظور اعتبارها نظاما قانونيا، فإننا نجد، بأنها هي التي
استطاعت أن تخص السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين التي تنتجها، إلى
جانبا ما خصت به كلا من السلطتين التشريعية والقضائية من إنتاج
القوانين أو تطبيقها على التوالي⁽⁶²¹⁾.

618 أصول الإجراءات الجنائية. نفس المرجع السابق.

619 نقض فرنسي جريمة 5 مارس 1970، تعليق: الأستاذة ميشيل لو رساط. أنظر مجلة القصر
Goz.Pal، 1970، ص. 76.

620 جون لفاور: م. س، ص. 84.

621 محمد التغويني: م. س، ص. 181 وما بعدها.

ولهذا السبب، فلا ضير أن يمثل وزير العدل السلطة التنفيذية في مراقبة الدعوى العمومية أمام القضاء قبل انتقال هذا التميز إلى الوكيل العام لدة محكمة النقض عن طريق جهاز النيابة العامة الذي فرضت السياسة الجنائية، أن يبقى تحت إشراف هذا الوزير إداريا بهدف تنفيذ مقتضيات هذه السياسة في مختلف مراحل التقاضي. وهذا ما يفسر التلقائية لدى قضاة هذه الهيئة في البحث عن الجرائم، ومتابعتها، دون قيد أو توقف على إرادة الأفراد في تحريك الدعوى العمومية التي تقتضي هذه المتابعة⁽⁶²²⁾، إلا ما استثناء القانون كجرائم الشكوى والطلب والإذن.

ومن جهة أخرى، أنها إذا ما رست هذا العمل، فإنه ليس من حقها أن تتنازل عليه، أو أن تتصلح فيه، دون تأكيد ذلك بنص في القانون⁽⁶²³⁾، وذلك حتى لا تخرج عن نطاق تمثيلها للسلطة التي تخضع لها⁽⁶²⁴⁾. وهذا ما جعل تشريعنا الجنائي أن يؤكد في الفقرة الثانية من المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية، الحرص على وجوب متابعة الجرائم التي يبلغ بها وزير العدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض التي تتبع نفس المسطرة مع محاكم الاستئناف، ثم المحاكم

622 عزت مصطفى السوقي: قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، بدون تاريخ، ص. 78.

623 أنظر مثلا الفصل 41 من قانون المسطرة الجنائية.

624 عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 94.

الابتدائية قبل التعديل المشار إليه في المادة 25 من القانون رقم 106.13.

وبالمقابل، فإنه إذا تبين لقضاة النيابة العامة، أن الجرائم المرتكبة لا تملك الدولة متابعتها، فيجب أن لا تثير هذه المتابعة لانعدام تمثيلها للسلطة التنفيذية في هذه الجرائم، وذلك بسبب إضفاء صفة الحق، في تحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم على أشخاص إجرائيين آخرين كالمحني عليه، في جرائم الشكوى، وبعض الإدارات العمومية، في جرائم الإذن أو الطلب أو الأمر⁽⁶²⁵⁾.

وتأسيسا على تمثيل النيابة العامة للدولة في تحريك الدعوى العمومية، وممارستها فإنه نشأت لدى الفقه، فكرة درج على استعمالها، وهي فكرة إضفاء صفة "الطرف" أو "الخصم" على النيابة العامة، وذلك من غير أن يدرك معنى هذه الصفة كمصطلح قانوني ذات موقع أو دلالة محددة⁽⁶²⁶⁾، و لعل ذلك يرتبط لدى أنصار هذا الرأي بأن سلطة الدولة، في المتابعة، أو العقاب على الجرائم المرتكبة هو حق شخصي لها في مواجهة المتهم⁽⁶²⁷⁾، وهذا ما سنناقشه بدقة، في المبحث الثاني الموالي وذلك لمعرفة مدى صحة هذا الرأي من عدمه.

625 محمد التغويني: تحريك الدعوى: م. س، ص. 395 وما بعدها.

626 وهذا ما جعل بعض الفقه الفرنسي أن يصف النيابة العامة بأنها هي "محام المجتمع، وليس قاضيا"، أنظر كاستون ستيفاني وجورج لفاور وبرانار بولوك: م. س، ص. 106.

627 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 82.

الفقرة الثانية: تمثيل النيابة العامة للدولة في مراقبة الدعوى

العمومية أمام قضاء التحقيق والحكم

إذا كانت النيابة العامة، في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، تعتمد فيما تقوم به على تنفيذ السياسة الجنائية بخصوص هذا التحريك، فإنها تمثل الدولة أمام قضاء التحقيق، أو قضاء الحكم، من أجل مراقبة هذه الدعوى، ولعل السبب في هذا التمييز، يرجع إلى كون هذه الهيئة، في المرحلة الأولى، أنها تنفذ، ولا تراقب، على اعتبار أنها تباشر العمل بنفسها، في هذه المرحلة، في حين أن الأمر ليس كذلك، في المرحلة الثانية، التي تكفي فيها بالمراقبة فقط⁽⁶²⁸⁾.

أما الحكمة، من هذه المراقبة التي تمثل من خلالها النيابة العامة للدولة أمام القضاة المذكورين، فهي في اعتقادنا أنها لا ترتبط، بكون هذه الهيئة القضائية مكلفة قانوناً بهذا التمثيل لذاته فقط، وإنما ترتبط بكون أنها هي وحدها التي قامت باتخاذ الإجراءات القانونية لتحريك الدعوى العمومية أمامها⁽⁶²⁹⁾ فما هي وسائل هذه المراقبة.

628 فرانسيسك كوييت: م. س، ص. 348.

629 سمير عبد الفتاح: م. س، ص ص. 26 - 33.

أولاً: وسائل مراقبة النيابة العامة للدعوى العمومية أمام قضاء

التحقيق

إن النيابة العامة، عندما تمارس عملها، في إطار الجرائم التي تخضع إلى التحقيق، فإنها لا تتصرف باعتبارها جزءاً، من السلطة الإدارية وإنما تتصرف باعتبارها سلطة قضائية، ولهذا السبب، فقد خول لها المشرع، اللجوء إلى استخدام مجموعة من الوسائل القانونية، وذلك بهدف مراقبة مصير الدعوى العمومية التي سبق أن حركتها لمصلحة الدولة أو المجتمع أمام قاضي التحقيق، وهذه الوسائل يمكن حصرها في ما يلي:

الوسيلة الأولى: مضايقة عمل قاض التحقيق

وتعني هذه الوسيلة تأثير النيابة العامة على شخصية قاض التحقيق عن طريق ما ترفعه إليه من الملتزمات التي من خلالها توجهه إلى ما يجب القيام به من إجراءات⁽⁶³⁰⁾، وذلك تحت طائلة مطالبته بالاطلاع على ملف التحقيق، في كل مرة تريد ذلك بهدف معرفة ما إذا كان حريصاً على ما طالبت به في التماساتها⁽⁶³¹⁾ أم لا. سيما، وأن قانون المسطرة الجنائية منع على هذا القاضي القيام بأي إجراء من

⁶³⁰ مجموعة القانون الجنائي: كلية الحقوق فاس في استقلال القضاء الجالس. أنظر مجلة القانون والاقتصاد، فاس، 1990، ص. 96.

⁶³¹ أنظر الفقرة الثالثة من المادة 89 من قانون المسطرة الجنائية.

إجراءات التحقيق إلا بعد رفع هذه الملتزمات إليه من طرف هذه الهيئة القضائية (632).

ويمكن أن نفهم من هذه المضايقة، أن النيابة العامة تحد من سلطات قاض التحقيق الذي لا يمكن القيام بأي عمل ينتج أثره القانوني (633) إلا تحت إمرتها (634) أو بعد الموافقة عليه (635)، وهذا ما يؤثر على مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق (636)، الأمر الذي لا يمكن القبول به، وإلا، فإن هذا الفصل يبقى شكليا من الناحية النظرية فقط، وذلك لانعدام ما يفيد تأصيله في الواقع العملي.

الوسيلة الثانية: اختيار قاض التحقيق المناسب للقضية

المناسبة

هذه الوسيلة أكدت عليها المادة 90 من قانون المسطرة الجنائية (637)، حيث يفهم منها بأن القاضي الواقف، يتحكم في اختيار القاضي الجالس، مما يتعارض مع مبدأ استقلال القضاء بشكل يثير السخرية أحيانا. وهذا ما قد ينعكس بشكل سلبي على تحقيق العدالة الجنائية،

632 أنظر الفقرة الأولى من المادة 84 من نفس القانون والفقرة الأولى من المادة 54.

633 فيصل شوقي: قراءة لدور النيابة العامة على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد، قانون رقم 22.01، مجلة المرافعة عدد مزدوج 14-15، ص. 133.

634 أنظر مثلا المادة 100 في شطرها الأول، وانظر أيضا الفقرة السابعة والأخيرة من المادة 134.

635 أنظر المادة 134 في شطرها الثاني وانظر أيضا الفقرة الثانية من المادة 154.

636 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: استقلال القضاء وفصل السلطات. مجلة القانون والاقتصاد، فاس 1990، ص. 29 وما بعدها.

637 تقضي هذه المادة بأنه "إذا تعدد قضاة التحقيق في محكمة واحدة، فإن للنأيابة العامة أن تعين من يحقق في كل قضية على حدة".

سيما، وإن النيابة العامة، قد يصبح لديها هذا الاختيار من المغريات التي يتضح منها أن قاض التحقيق الذي تم اختياره، هو الذي سيؤدي مرونة أكبر في علاقته معها من غيره (638)، وهذا ما يجب أن يتخلّى عليه المشرع الجنائي المغربي الذي ينبغي عليه، أن يسند هذا الاختيار إلى رئيس المحكمة وليس إلى رئيس النيابة العامة، وذلك بهدف إضفاء صفة الاستقلال على القضاء الجالس.

والذي يثير الانتباه، في تحكم النيابة العامة، في قضاء لتحقيق هو أن المادة 91 من نفس القانون أعطت إمكانية سحب القضية من قاض التحقيق، وإحالتها إلى قاض آخر، ربما يبدو لديها أكثر ضمانا لحسن سير العدالة، وذلك وفق ما سبق بأنه من كون أنها دائما تختار القاضي المناسب لقضية مناسبة، وهذا ما لا يجب القبول به إلا في حالات خاصة، كان القانون قد بين فيها أسباب هذا السحب كما في حالة أسباب التجريح، أو في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 24 و 25 من التنظيم القضائي للمملكة.

الوسيلة الثالثة: الطعن في قرارات وأوامر قاضي التحقيق

إن هذه الوسيلة نصت على شطرها الأول (أي الطعن في قرارات قاض التحقيق) المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية في

638 مجموعة القانون الجنائي بكلية الحقوق فاس: م. س، ص. 97. وأنظر جورج لفاور: القانون الجنائي المسطرة الجنائية ص. 87.

فقرتها العاشرة⁽⁶³⁹⁾، ونصت على شطرها الثاني (أي الطعن في أوامر قاض التحقيق) المادة 222 من نفس القانون، حيث يفهم من مضمون هاتين المادتين، بأن النيابة العامة تستطيع من خلال هذا الطعن، أن توقف أي قرار أو أمر صادر من قاض التحقيق يتعلق بمصلحة المتهم وبصفة خاصة، ما يتعلق بالإفراج المؤقت، وهذا ما يثير ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: إن بهذا الاستئناف يبقى قاضي التحقيق مثارا للشك في نزاهته، وحيدته، الأمر الذي يثير اتهامه ضمناً بتفضيل مصلحة المتهم أو الشخص المحقق معه (بالفتح) على أمن المجتمع، وذلك بالرغم من أن التحقيق في حد ذاته ما هو إلا وسيلة لكشف الحقيقة فقط عن الفعل المرتكب، ما إذا كان فعلاً يشكل جريمة أم ليس كذلك⁽⁶⁴⁰⁾.

الملاحظة الثانية: إن قاض التحقيق غالباً ما يستجيب إلى ملتمسات النيابة العامة، بخصوص المتابعة، وعدم الإفراج، في الاعتقال الاحتياطي الذي يترك أمر تقديره إلى قاض الحكم الذي تحال عليه القضية للنظر فيها ما لم توافق هذه الهيئة على هذا الإفراج، أو تأكيد أمر قاضي التحقيق بعدم المتابعة⁽⁶⁴¹⁾.

639 تقضي هذه الفقرة بأنه "يستعمل (أي الوكيل العام للملك) عند الاقتضاء وسائل الطعن ضد ما يصدر من مقررات".

640 مجموعة القانون الجنائي: م. س، ص. 79.

641 أنظر المادة 216 من ق.م.ج.

ثانياً: وسائل مراقبة النيابة العامة للدعوى العمومية أمام قاضي

الحكم

إن النيابة العامة عندما تحيل الدعوى العمومية، على قضاء الحكم، لم تعد تستطيع، أن تتحكم في سير هذه الدعوى عن طريق إجراءات محددة بالشكل الذي تعودت أن تقوم به، أمام قضاء التحقيق، ولذلك، فإن القانون ملكها مجموعة من الوسائل لمراقبة هذا السير إلى حين صدور الحكم⁽⁶⁴²⁾، وهذه الوسائل هي:

الوسيلة الأولى: التأثير على اقتناع قاضي الحكم

وتتراءى هذه الوسيلة في أمرين أساسيين، يتعلق أحدهما بالقوة الإثباتية لمحاضر الشرطة القضائية، وثانيها يتعلق بالتحكم، في وسائل الإثبات أثناء المناقشة في الجلسة.

فبالنسبة للأمر الأول، يبدو واضحاً من المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية بأن مضمون هذه المادة تحد جلياً من صلاحيات قاض الحكم، في تقدير القيمة الحقيقية لوسائل الإثبات المعروضة عليه⁽⁶⁴³⁾، وذلك لما منحه المشرع الجنائي من قوة إثباتية لهذا المضمون بشكل يجعل من القاضي أمام كثرة القضايا التي تحول دون دراسة وسائل الإثبات بشكل دقيق أن يجد نفسه مجبراً على الاعتماد أساساً على ما

642 جورج لفاسور: م. س، ص. 85.

643 مجموعة القانون الجنائي: م. س، ص. 99.

جاء فيه، في قضايا الجرح والمخالفات⁽⁶⁴⁴⁾، وذلك بالرغم من أن قضاء محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) عبر، بأن صحة المحضر تنصرف إلى صدور التصريحات المدلى بها عن أصحابها، ولا تتعلق بمدى صحة فحوى تلك التصريحات⁽⁶⁴⁵⁾.

أما بالنسبة للأمر الثاني، فإنه أمام انفراد النيابة العامة، بالإدلاء بوسائل الإثبات أو تأكيدها، فإنها تستطيع أن تؤثر في اقتناع القاضي بهذه الوسائل أثناء مناقشتها في الجلسة⁽⁶⁴⁶⁾، مما يجعل أحيانا، هذا التأثير، يدفع قاض الحكم بعدم الرد على الدفوع التي قد تدحض ما تدلي به هذه الهيئة أثناء هذه المناقشة⁽⁶⁴⁷⁾.

الوسيلة الثانية: التحكم في مؤسسة الاعتقال الاحتياطي

وهذا التحكم يبدو واضحا، من خلال ما هو منصوص عليه، في المادة 181 من قانون المسطرة الجنائية، بخصوص الإفراج المؤقت، بحيث نص المشرع الجنائي المغربي في هذه المادة، بأن اعتقال المتهم يبقى مستمرا، حتى في حالة صدور مقرر من المحكمة الابتدائية، يقضي بهذا الإفراج، طيلة أجل الاستئناف المخول للنيابة العامة الذي

644 مجموعة القانون الجنائي: م. س، ص. 100.

645 قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1970. أنظر مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 19، نوفمبر 1970، ص. 76.

646 قرار المجلس الأعلى عدد 1/1147 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1999 ملف جنائي عدد 96/1/3/19734. أنظر مجلة المرافعة عدد 14-15، ص. 170.

647 جورج لفاسور: م. س، ص. 187.

هو ستين يوما⁽⁶⁴⁸⁾، وذلك سواء تم استعمال هذا الحق أو لم يتم استعماله من طرف هذه الهيئة القضائية، مما يعني عمليا أن قاض الحكم يحاول أن يتجنب اتخاذ مثل هذه المقررات، وذلك حتى لا تبقى هذه المقررات مجرد حبر على ورق فقط، الأمر الذي قد تترتب عنه نتائج شاذة سلبية بالنسبة للمتهم المعتقل.

وعلى هذا الأساس، فقد اعتبر بعض الفقه عن حق، بأن الأمر في هذه الحالة "لا يبعد أن يميل القاضي إلى اتخاذ قراره، في كثير من الأحيان، ليس عن اقتناع صميم، ولكن تحت ضغط توقعات محاربة حق خوله المشرع للنيابة العامة دون اكتراث أو دون انتباه لبعض نتائج الشاذة"⁽⁶⁴⁹⁾.

ويمكن أن نصل من خلال جميع هذه الوسائل إلى إبراز ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: إن السلطة التنفيذية المتجسدة في وزير العدل من خلال المادة 51 من ق.م.ج تبقى مؤثرة في عمل السلطة القضائية، رغم استقلال النيابة العامة من سلطة هذا الوزير وذلك إما عن طريق مراقبة الدعوى العمومية بالشكل الذي سبق بيانه، وإما عن طريق إصدار منشورات متعددة ترمي إلى تفسير بعض القوانين، أو إلى تحديد

648 أنظر مثلا المادة 402 من قانون المسطرة الجنائية.

649 مجموعة القانون الجنائي: م. س، ص. 99.

المناهج التي يجب على القضاء اتباعها⁽⁶⁵⁰⁾ في الإجراءات المسطرية⁽⁶⁵¹⁾، فتؤثر بذلك مباشرة على توجيه القرار القضائي⁽⁶⁵²⁾. وذلك بالرغم من انتقال إشراف الوزير المذكور مع النيابة العامة إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بمقتضى القانون رقم 106.13.

الملاحظة الثانية: إن استمرار تأثير النيابة العامة على القضاء الجالس من خلال مراقبة سير الدعوى العمومية، سيؤدي حتما إلى خروج هذا القضاء في ما يصدره من قرارات وأحكام عما يفيد المدلول القانوني لهذه القرارات أو الأحكام إلى ما يفيد مدلولها بمعناها السياسي. ولعل هذا النهج الذي تسير فيه النيابة العامة، في علاقتها مع القضاء الجالس، هو الذي يفسر منع تجريح قضائتها باعتبار أن هذا المنع، هو نوع من الحصانة القانونية التي تحول دون تأثير إرادة الأفراد عليها كما سبق القول بذلك في بداية هذا المطلب.

ويبدو لنا من هذه الملاحظة الأخيرة، بأن هذا النهج الذي سار فيه المشرع الجنائي المغربي، هو الذي يفسر تخويل تحريك الدعوة العمومية لبعض الإدارات العمومية، كإدارة الجمارك وإدارة المياه والغابات، وذلك حتى يتسنى للسلطة التنفيذية أن تتحكم في هذه الدعوى، حتى عن طريق هذه الإدارات، وهذا ما لا يمكن القبول به إذا كان الهدف فعلا من منع تجريح قضاة النيابة العامة هو تسييس السلطة

650 وهذا ما نلمسه أيضا في المادة 51.2 من مشروع قانون المسطرة الجنائية.

651 وهذا هو المقصود بالسياسة الجنائية المشار إليها في المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية.

652 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 36.

القضائية (653). ومن ثم، سلب صفة الاستقلال منها كمؤسسة دستورية قائمة بذاتها (654).

653 محمد الإدريسي العلمي المشيشي، م. س، ص 29 وما بعدها، تداخل السلطة الإدارية

والقضائية في الدعوى، مجلة الإشعاع، العدد 27 غشت 2003.

654 انظر الفصل 107 من دستور فاتح يوليوز 2011.

المبحث الثاني: الأسس الموجبة للأخذ بنظرية تجريح قضاة النيابة العامة

لقد سبق أن رأينا عند دراستنا لتحديد مفهوم التجريح، بأن الفقه الراجح أجمع على تجريح قضاة النيابة العامة، إلى جانب ما أخذ به القضاء المغربي في حكم حديث له، سبقت الإشارة إليه أكثر من مرة. لذلك، سنحاول في هذا المبحث إبراز الأسس الموجبة للأخذ بهذه المؤسسة القانونية، وذلك بعد إبراز أهم العيوب التي شابت نظرية الأنصار الذين رفضوا الأخذ بها، في ظل القوانين التي اشتغلوا عليها. وهذا، ما يمكن توضيحه في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: الأخذ بنظرية تجريح قضاة النيابة العامة

تأسيسا على اعتبارات شكلية

إن تأسيس الأخذ بتجريح قضاة النيابة العامة على اعتبارات شكلية، فإن الأمر ينصرف هنا إلى وجوب إبراز عيوب صياغة المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، سواء من الناحية الفنية (**الفقرة الأولى**) أو من الناحية العضوية (**الفقرة الثانية**)، وذلك حتى يتبين لنا مدى عدم سلامة الموقف الفقهي الذي ظل يشغل على هذا التشريع، من حيث اعتبار نص المادة المذكورة هو نص مقدس لا يمكن المساس به.

القفرة الأولى: عيوب صياغة المادة 274 من الناحية الفنية

إن المقصود بالعيوب التشريعي لصياغة مادة معينة في القانون، هو أن لغة نص هذه المادة ليست سليمة بخصوص التعبير على إرادة المشرع. ولهذا السبب، فإننا سنحاول إبراز هذا العيب بالنسبة للمادة 274 التي يمنع فيها المشرع المغربي تجريح قضاة النيابة العامة، من ناحيتين.

من ناحية أولى: إن اللغة المستعملة في هذه المادة ليست سليمة، وذلك تأسيسا على حرف "لا" النافية التي استهل بها تشريعنا الجنائي هذه المادة والتي تفيد بأن قضاة النيابة العامة، لا يمكن تجريحهم بصفة مطلقة، في حين أنه يعود في نصوص أخرى في قانون المسطرة المدنية، ليعتبر بأن هذا المنع ليس مطلقا، وذلك على أساس أنه يكون قائما عندما تكون هذه الهيئة طرفا أصليا وأساسيا في الدعوى. أما إذا كانت طرفا منضما، فيمكن تجريح قضاتها، وفي هذا إشارة واضحة إلى التناقض الذي لا يمكن القبول به من الناحية التشريعية على الأقل، مما يعني بأن تشريعنا الجنائي لم يكن محددا فيما كان يقصده بالمنع المذكور، هل هو ينسحب على مطلق الدعاوى الجنائية أم المدنية، أم ينسحب فقط على الدعاوى الجنائية وحدها.

ونحن إذا سلمنا بهذا المفهوم الأخير، فيجب عليه أن لا يستعمل حرف "لا" النافية التي تفيد الاستحالة المطلقة كما قلنا، وإنما كان عليه أن يستعمل عبارة "يمنع" التي تفيد التخصيص لا التعميم، وذلك تجنباً

لأي تناقض يمكن أن يقع فيه، في إطار قانون المسطرتين الذي لا يؤثر اختلاف موضوعه في اختلاف تشكيلة هيئة النيابة العامة. ولهذا السبب، يمكن صياغة المادة 274 على الشكل الآتي:

"يمنع تجريح قضاة النيابة العامة، أثناء إعداد ملف الدعوى العمومية أو أثناء ممارستها أمام قضاء الحكم" أو "إن قضاة النيابة العامة لا يمكن تجريحهم أثناء سير الدعوى العمومية أمام قضاء الحكم" وذلك بهدف تحديد حالات المنع التي لاشك أنها ستعمل في الحفاظ على ذلك الانسجام القائم بين قانون المسطرتين في القضايا التي تجمع بينهما بخصوص أهمية حضور هؤلاء القضاة، في هذه القضايا كطرف أصلي أو كطرف منضم. وهذا بخلاف الأمر الذي هو عليه الآن⁽⁶⁵⁵⁾.

والذي يؤكد على عيب الصياغة الذي نحن بصدددها هو أن تشريعنا الجنائي استعمل في المادة 275 عبارة **"يتعين على كل قاض بينه وبين متهم سبب من أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 273..."**، وذلك للتأكيد على أنه ليس هناك أي تمييز بين قضاة النيابة وقضاة التحقيق، وقضاة الحكم بخصوص التجريح الذي يبعدهم عن

⁶⁵⁵ وحتى إذا سلمنا بالصياغة الحالية للمادة 274 التي تقضي بأنه **"لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة"**، فعلى الأقل يجب على المشرع المغربي أن يتم هذه المادة بالصياغة الآتية: **"لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة إلا إذا كانت هذه الهيئة القضائية طرفاً منضمّاً في بعض القضايا المدنية"**، وذلك حتى يتضح للقارئ بأن الشرط الأول من هذه الصياغة يتحدث عن منع تجريح هؤلاء القضاة كقاعدة عامة. وفي الشرط الثاني، يتحدث عن إمكانية تجريحهم على سبيل الاستثناء في القضايا المدنية.

الاشتغال عن نفس الدعوى التي يكون أحد هؤلاء القضاة تتوفر فيه إحدى أسباب هذا التجريح⁽⁶⁵⁶⁾، إلا وفق النهج الذي سناقشناه في الفقرة الموالية لهذه الفقرة التي نحن بصدددها.

وتأسيسا على هذا الاعتبار، فإنه لا يجب تقديس النص انطلاقا من صياغة معيبة، لأن ذلك يدعو إلى ما يفيد التحكم في القضايا التي تمس بحرية الأفراد، وذلك من طرف جهاز وضع أساسا لحماية هذه الحرية، وليس للتطاول عليها. ومن ثم، فإنه لا يجب أن يكون هذا التقديس سببا في الحيلولة دون تحقيق العدالة الجنائية، سيما ونحن في ظل الدستور الحالي، قد تجاوزنا مرحلة الأمن السياسي إلى احترام القانون الجنائي، خاصة إذا سلمنا باستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية. أما إذا لم يكن الأمر كذلك، فإن تجريح النيابة العامة يبقى غير ممكن، وهذا ما لا يمكن القبول به في إطار الصياغة التي نحن بصدد رفضها. ومن هذا المنظور، فنحن نرفض الرأي الذي يؤيد الموقف التشريعي في الصياغة المذكورة. وذلك لسببين: يتمثل أحدهما في كون تجريح النيابة العامة لا يعني المس باستقلالها من طرف الأفراد، خصوصا وأن عدم تجزئتها يؤكد على ذلك، بحيث إنه في هذه الحالة، إذا ما توفرت إحدى أسباب التجريح في قاض من قضاة هذه الهيئة تجاه من حددهم تشريعنا الجنائي في المادة 276 من قانون المسطرة الجنائية، فإنه بإمكان قاض آخر من نفس الهيئة أن يقوم مقام القاضي المجرح إذا

⁶⁵⁶ وقد أطاح بهذا التمييز القانون رقم 106.13 في المادة 97 منه.

كان يشتغل باسم وكيل الملك أو الوكيل العام للملك الذي يعتمد على توزيع الملفات بين نوابه للنظر فيها أو تكييفها، أو إنجاز المتابعة فيها. أما إذا كان الأمر يتعلق بقيام أسباب التجريح في رئيس النيابة العامة نفسه، فإن هذا الأخير لا ينبغي أن يعتمد على هذا التوزيع، وذلك حتى لا يسلك نفس النهج الذي يعتمد عليه أمام قاضي التحقيق، فيختار من بين نوابه القاضي المناسب للقضية المناسبة، وإنما ينبغي، وفق ما نصت عليه المادة 275 أن يخبر بقيام هذه الأسباب، الرؤساء الأعلى أولاً، ثم تقديم تصريح بذلك إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بعد ذلك، وذلك حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 278 من قانون المسطرة الجنائية، ثانياً.

وبالمقابل، فإن المتهم أو غيره ممن خول لهم المشرع حق التجريح في المادة 276 من نفس القانون، أن يقدم طلباً بذلك إلى الجهات المختصة، إذا كان الأمر يتعلق بتجريح رئيس النيابة العامة. أما إذا كان الأمر يتعلق بتجريح أحد نوابه، فإن هذا الطلب ينبغي تقديمه إلى نفس الرئيس، وذلك من أجل تجنب وقوع ملفه في يد القاضي المجرح أثناء توزيع الملفات على هؤلاء النواب، وذلك لما قد يترتب عن ذلك من تغيير في التكييف المحتمل إنجاز ما إذا كانت ميولاته المترتبة عن إحدى أسباب التجريح القائمة بينه وبين المتهم أن تدفع به إلى حفظ الأوراق، أو إلى متابعته بناء على تكييف غير حقيقي، وذلك

بالرغم من أن هذا التكييف ليس له قرار ثابت أمام القضاء، أو أمام الشكاية التي يمكن أن تخرج هذا الملف من الحفظ (657).

أما السبب الثاني، فيتمثل في كون حصانة قاضي النيابة العامة المجرح لا ينبغي أن تقوم على حساب المس بحقوق الإنسان المرتبطة بحق الدفاع المشروع أمام المحاكم، في مختلف مراحل التقاضي كحق دستوري قائم (658) بذاته، والذي لا يمكن المس به بمقتضى قاعدة قانونية أدنى من القانون الأسمى.

من ناحية ثانية: أن موقع اللغة المستعملة في نص المادة 274 لا يتناسب مع الأساليب القانونية التي تميز بين الأسلوب الخبري المأخوذ به في النصوص التشريعية، والأسلوب الإنشائي غير المأخوذ به في هذه النصوص، سيما ونحن نعرف بأن هذا الأسلوب الأخير رفضت العرب أن تأخذ به قديما حتى في كلامها العادي، وذلك بناء على القول المأثور "إن العرب لا تبدأ بالنفي ولا بالاستفهام".

وبناء على هذا المعنى، فإن التشريع المغربي كان غير صائب عندما بدأ بالنفي الذي استهل به الصياغة في المادة المذكورة، وذلك لمخالفته للأسلوب الخبري المتناسب مع الأسلوب القانوني الذي يفيد التأكيد وليس النفي، الذي يقضي به المشرع.

657 إن تغيير التكييف أو حفظ الأوراق يؤثر على الطرف المدني من ناحية عدم الوصول إلى حقوقه، وذلك عن طريق إثارة القاضي الجنائي لقاعدة عدم الاختصاص أو لكون أن الفعل المرتكب لا يعد جريمة حتى تترتب عليه المطالب المدنية.

658 ينص الفصل 118 من الدستور على أن "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وحقوق مصالحه التي يحميها القانون".

وفي اعتقادنا، فإن هذه الصياغة بهذا الشكل، توحى لنا بثلاث ملاحظات:

الملاحظة الأولى: إن المشرع باستعماله لـ"لا" النافية أراد من خلالها أن يجعل النص مقدساً بخصوص عدم تجريح قضاة النيابة العامة، وذلك حتى يمنع بشكل قاطع القضاء من اللجوء إلى الاجتهاد بشأنه، وهذا ما خالفه هذا الأخير في حكمه الشهير والذي أشرنا إليه أكثر من مرة في المباحث السابقة، مع العلم أن الصياغة التي نحن بصدددها لم تعد تسائر الدور السياسي الذي كانت تقوم به هذه الهيئة القضائية، وقت تأصيل عدم تجريحها، أمام الدور القضائي الذي أصبحت تقوم به الآن.

الملاحظة الثانية: إن الإبقاء على حرف "لا" النافية في المادة المذكورة يفيد بأنه هناك نقصاً ما يحول دون إتمام المعنى التشريعي لهذه المادة التي توحى بأن المقصود بعدم تجريح قضاة النيابة العامة فيها، هو عندما يكون هؤلاء يمثلون هيئتهم أمام هيئة الحكم، وليس المقصود به هو المنع المطلق لهذا التجريح، وهذا ما سيتبين لنا بوضوح عندما نناقش العيب التشريعي للصياغة المذكورة من الناحية العضوية في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

الملاحظة الثالثة: نحن نستطيع أن ندرك من خلال نفس الصياغة بأن تشريعنا الجنائي سوى في المادة 274 السابق ذكرها بين القاعدة والاستثناء في نفس الوقت، وهذا ما يتنافى مع القواعد التي

أوردها نفس المشرع في قانون المسطرة المدنية، مما يعني استحالة الفهم أو التمييز بين ما هو استثنائي وبين ما هو غير ذلك في قانون المسطرتين.

ونفهم من هذه الملاحظات، أن المشرع الجنائي المغربي أساء إلى صياغة النص الذي يمنع فيه تجريح قضاة النيابة العامة، وذلك حتى يحافظ على حصانة هؤلاء أمام الأفراد، مما جعل منه أن يضرب بمبدأي التوازن والتناسب في العلاقة القائمة بين الخصوم والسلطة القضائية⁽⁶⁵⁹⁾، وذلك انطلاقاً من كون هؤلاء الخصوم منح لهم حق تجريح قضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة، وذلك بالرغم من اشتراك هاتين الطائفتين في نفس الصفة المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة وهذا ما كان ينص عليه القضاء الملغى⁽⁶⁶⁰⁾، الأمر الذي يوحى بوجود إشارة واضحة إلى تبديد الحقوق، وخرق مبدأ الشرعية⁽⁶⁶¹⁾.

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فإنه لا يجب الاعتماد على الارتجال أو تعريب النصوص المستوردة في حالة إنتاج القاعدة الجنائية بشقيها الموضوعي والشكلي، وذلك حتى يتمكن المشرع الجنائي من توقي الدقة والوضوح عند صياغة نص من نصوص هذه القاعدة، وإلا فإن

659 محمود طه جلال، م. س، ص 196 وما بعدها.

660 ينص هذا الفصل في فقرته الأولى بأنه "يؤلف السلك القضائي بالمملكة، هيئة واحدة تشمل قضاة الحكم والنيابة العامة بالمجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم".

661 محمود طه جلال، م. س، ص 171.

ذلك قد يمس بكل ما له علاقة بالحريات وحقوق الدفاع، والمس بمبدأي التوازن والتناسب في التقاضي بين الخصوم والهيئات القضائية بأشكالها الثلاث: الاتهام، والتحقيق، والحكم⁽⁶⁶²⁾. وهذا ما دفع القضاء المقارن، في كثير من أحكامه، إلى وجوب مراعاة هاتين الصفتين في القواعد الجنائية عند إنتاجها. ومن بين هذه الأحكام التي وقع عليها اختيارنا ما خصت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: "الغاية من خاصية الوضوح واليقين في القوانين الجزائية، ضمان الحرية الفردية في مواجهة التحكم، انطلاقاً من الإيمان بحرية الحياة الخاصة، وبوطأة النيل من الحرية الشخصية، وإن انتفاء الغموض في هذه القوانين يقع في نطاق القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية"⁽⁶⁶³⁾. وأخيراً، يمكن أن نخلص من هذا التحليل إلى القول بأن المادة 274 م من قانون المسطرة الجنائية هي في حقيقتها لا تشكل قاعدة عامة، وإنما هي مجرد استثناء، وذلك بسبب موقعها من المواد التي تنظم أحكام التجريح في المادة الجزائية، وهذا ما سنراه بتفصيل في الفقرة الموالية.

662 محمود طه جلال، م. س، ص 173.

663 أنظر القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية دستورية بتاريخ 2 يناير 1993 مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا أول يونيو 1992 حتى آخر يوليو 1993، الجزء الخامس، المجلد الثاني، قاعدة رقم 100، ص. 104.

الفقرة الثانية: عيوب صياغة المادة 274 من الناحية العضوية

ينصرف مفهوم العيب العضوي للمادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، إلى وجوب مراعاة موقعها بين المواد التي تنظم أحكام التجريح بصفة عامة، من جهة، ومدى انسجام هذه المادة مع باقي المواد التي تدخل في نطاق هذا التنظيم، من جهة أخرى.

فبخصوص مراعاة الموقع، يتضح من المشرع الجنائي المغربي أنه عندما أخذها في الترتيب بالنسبة للمادة 273، لم يكن يأخذ بعين الاعتبار الأمرين الاثنين الآتيين:

الأول: أنه خالف بمقتضى هذا التأخير النهج التشريعي المتبع في تبويب الأحكام العامة لقواعد المسطرة الجنائية⁽⁶⁶⁴⁾. ولذلك، فإنه لو أراد عدم تجريح قضاة النيابة العامة لقدم المادة التي نحن بصددتها عن سابقتها التي تضمنت أسباب هذا التجريح، وذلك ليوضح فعلا، بأن هذه الأسباب لا يمكن أن يخضع لها هؤلاء القضاة، أو على الأقل أن يؤخرها على المادة 275 كما فعل المشرع الفرنسي.

وعلى هذا الأساس، فإنه لما اختار السير على هذا النهج الذي هو عليه الآن، فكأن المنع الوارد في المادة 274 ينصرف فقط إلى قضاة النيابة العامة، عندما يكونوا قضاة واقفين أمام قضاء الحكم، لا

⁶⁶⁴ ونقصد بهذا التبويب، مراعاة المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، حيث إن أولى هذه المراحل تبدأ مع ما تقوم به النيابة العامة من إجراءات تحريك هذه الدعوى، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة التحقيق والحكم.

عندما يكونوا يشكلون هيئة قضائية مستقلة بذاتها، على اعتبار أن هؤلاء القضاة في هذه الحالة، هم بمثابة أطراف في الدعوى العمومية، يدافعون عن المصالح العامة للمجتمع من جهة. ومن جهة أخرى، أن موقعهم في الجلسة قد لا يؤثر في اقتناع قضاة الحكم، خاصة وأن المشرع الجنائي منعهم من حضور المداولة عند صدور الأحكام⁽⁶⁶⁵⁾. وذلك بالرغم من إلزامية هذا الحضور أثناء النطق بالحكم⁽⁶⁶⁶⁾.

ويستفاد من هذا النهج التشريعي قاعدة منطقية لها دلالة قانونية هامة، وهذه القاعدة يتمحور موضوعها حول ما إذا كان قضاة النيابة العامة يشكلون هيئة مستقلة أو تابعين لهيئة الحكم. فإذا كانوا من النوع الأول، فيجب تجريحهم بالشكل الذي يجرح به قضاة الحكم. أما إذا كانوا من النوع الثاني، فعندئذ لا يمكن تجريحهم وذلك لانعدام الفائدة من هذا التجريح.

الثاني: إن المادة 274 لا تشكل قاعدة عامة، وإنما تشكل استثناء من هذه القاعدة بالنسبة لقضاة الحكم الذين تسري عليهم أحكام التجريح المنصوص عليها في المادة 273، وهم قضاة واقفون، كما سبق القول بذلك قبل قليل، وإلا فإن المشرع المغربي إذا كان يقصد بالمادة الأولى أي المادة 274 ما يفيد القاعدة العامة لكان قد قدمها على هذه المادة الأخيرة التي تتضمن أسباب التجريح وهذا ما لم يفعل، وذلك من أجل

665 أنظر مثلاً المادة 430 من قانون المسطرة الجنائية.

666 أنظر المادة 365 من نفس القانون.

تأكيد ما ذهبنا إليه، وهو الأخذ بنظرية تجريح قضاة النيابة العامة، إلا من أجل تأكيد رأي أنصار الذين يرفضون هذا التجريح. بل وأنه يلاحظ من هذا الجانب أن تشريعنا الجنائي قدم الاستثناء الذي هو المادة 274 مع القاعدة العامة التي هي المادة 275 وهذا غير ممكن من الناحية الفقهية والعلمية.

والذي يؤكد ما ذهبنا إليه في هذا الصدد، هو أن المادة 275 أوضحت بأن قضاة النيابة العامة من غير الحالة التي يكونوا فيها واقفين أمام قضاء الحكم، فإنهم يخضعون إلى نفس ما يخضع له هذا القضاء الأخير. وهذا ما ذهب إليه القضاء المغربي في حكمه الشهير الذي جرح فيه هؤلاء القضاة، وذلك تأسيساً على أن النص اللاحق الذي هو هنا نص المادة 275 يقيد النص السابق الذي هو المادة 274. وهذا ما أكدناه في المبحث المتعلق بتحديد مفهوم التجريح لدى القضاء في الفصل الأول من هذا الباب.

أما بخصوص الجواب على السؤال المرتبط بمدى تحقق الانسجام بين المادة التي نحن بصدد تحليلها، وبين باقي مواد التجريح، يمكن أن نؤكد من خلال ما سبق بيانه في الفقرات السابقة بأنه ليس هناك أي انسجام سواء في المعنى أو المبنى، مما جعلها مادة غير قابلة للتطبيق.

فمن حيث المعنى، إن المشرع الجنائي المغربي لم يأخذ فيها بعين الاعتبار المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية من التحريك إلى

الممارسة إلى صدور الحكم، على أساس أنه كان من المنطقي لو أراد عدم تجريح قضاة النيابة العامة أن يعبر على ذلك وفق هذه المراحل. ومن ثم، كان باستطاعته أن يقدم هذا المنع عن أي حكم آخر للتجريح، حتى يمكن عندئذ للباحث أو لأي مهتم آخر بالقانون أن يسلم به بصفة مطلقة، سواء في مرحلة التحريك، أو في مرحلة ممارسة الدعوى العمومية أمام قضاء الحكم في المجال الجنائي كقاعدة عامة، ويبقى الأمر في المجال المدني هو مجرد استثناء من هذه القاعدة، وهذا ما لم يفعله المشرع الجنائي المغربي.

أما من حيث المبنى، فإن تشريعنا الجنائي عندما لجأ إلى بناء "منع تجريح النيابة العامة" على عيب في صياغة المادة 274، فإنه كان يقصد بذلك إضافة حصانة أخرى لقضاة هذه الهيئة، إلى جانب تلك الحصانة التي رأيناها بمناسبة دراسة تحكم السلطة التنفيذية في السلطة القضائية، عن طريق هؤلاء القضاة، وهذا ما لم يفلح فيه أمام الاجتهاد القضائي المغربي.

وبعبارة أوضح، إن المشرع المغربي، عندما منع تجريح قضاة النيابة العامة كقاعدة عامة، فإنه ظل يعتقد بأن هذا المنع يجد أساسه في الجانب الشكلي والموضوعي معا لعمل النيابة العامة. في حين، أنه أخطأ في هذا التقدير، وذلك عندما اعتمد في هذا الجانب على السلطة التقديرية كمعيار لهذا التجريح. بينما يتأكد من الواقع العملي، أن هذه السلطة تنحصر فقط في الجانب الشكلي المتمثل في المتابعة، وتكييف

الفعل المرتكب وتحريك الدعوى العمومية دون الجانب الموضوعي لها، كأنهاء هذه الدعوى بدون محاكمة بطريق حفظ الأوراق أو الصلح، أو عن طريق التحكم في وسائل الإثبات، والاعتقال الاحتياطي. وهذا ما جعله أن لا يكون موفقا في النهج المتبع، في منع تجريح قضاة النيابة العامة.

ومن جانب آخر، ظل يميز بين قضاء الحكم وقضاء النيابة العامة، بخصوص الأخذ أو عدم الأخذ بأحكام التجريح، وذلك استنادا إلى الوظائف التي تختص بها كل فئة من هاتين الفئتين. في حين، أن هذه الوظائف هي نتيجة لعمل إجرائي لا يمكن اعتباره كمعيار في هذا التمييز⁽⁶⁶⁷⁾. الأمر الذي لا يمكن الاعتماد عليه في عنصر الحيل الذي هو أساس التجريح في قانون المسطرة الجنائية، على اعتبار أنه لا يمكن أن نلزم به قضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة، وذلك لتكامل الجهازين، في تحقيق العدالة الجنائية التي يسعى إليها الخصوم، والرأي العام الذي يمثل المجتمع.

ولذلك، فنحن إذا سلمنا بما ذهب إليه المشرع المغربي والفقهاء الذي يؤيده، من كون أن منع تجريح قضاة النيابة العامة، مرتبط بموقعها من المرفق القضائي، أو بالعمل الذي تختص به، فعندئذ يمكن التسليم أيضا حتى بعدم تجريح قضاة التحقيق ورئيس هيئة الحكم الذي يسر

⁶⁶⁷ والدليل على ذلك هو أن المشرع الجنائي أعطى الحق للقيام بهذه الوظائف إلى أشخاص إجرائيين آخرين كالمُجنى عليه والمطالب بالحق المدني، بحيث إنه لا يمكن القول بتجريحهم انطلاقا من قيامهم بهذه الوظائف، وإنما هم خصوم حقيقيون.

الجلسة، وذلك انطلاقاً من كون النوع الأول من القضاة هم يدخلون في نطاق الضباط السامين للشرطة القضائية مثلهم في ذلك مثل قضاة النيابة العامة، بل وأن المشرع اعتبر حضورهم إلى مكان الجريمة يلزم بتخلي هؤلاء على متابعة جمع الأدلة⁽⁶⁶⁸⁾ لمصلحة قضاء التحقيق.

أما النوع الثاني من القضاة، فإن المشرع خول لهم نفس السلطة التي خولها للنياية العامة في جرائم الجلسات التي يستطيع أن يحرك فيها الدعوى العمومية فوراً⁽⁶⁶⁹⁾، وذلك بتوجيه الاتهام إلى الجاني في بعض الجرائم التي لا حاجة فيها إلى إحالة هذا الأخير - مع المستندات المتعلقة به - إلى النيابة العامة المختصة⁽⁶⁷⁰⁾.

ففي هذين الوضعين القانونيين، فإنه حسب البناء التشريعي للمادة 274، لا يمكن تجريح هؤلاء القضاة، لأنهم يقومون بنفس الوظائف التي يقوم بها قضاة النيابة العامة، وهذا ما لا يقبله المنطق القانوني، وذلك من خلال السياق التشريعي لهذه المادة التي سبق أن رأينا بأنها تشكل استثناء وليست قاعدة عامة، لكون أنها تعبر عن وضعية محددة فقط لقضاة النيابة العامة الذين لا يمكن تجريحهم عندما يكونوا قضاة واقفين

668 في هذا الصدد، تقضي الفقرة الأولى من المادة 75 من قانون المسطرة الجنائية بأنه "إذا حضر قاضي التحقيق إلى مكان وقوع الجريمة أو الجثة المتلبس بها، فإن الوكيل العام للملك أو وكيل الملك أو ضباط الشرطة القضائية يتخلون له عن القضية بقوة القانون".

669 يرى بعض الفقه بأن رئيس الجلسة، إذا لم يحرك الدعوى العمومية في نفس الجلسة، فإن هذا الحق يرجع إلى النيابة العامة التي تقوم بإجراءات هذا التحريك في شكله العادي. انظر: توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، 1954، ص. 73، هامش رقم 4.

670 أنظر المواد من 359 إلى 361 من قانون المسطرة الجنائية. أنظر أيضاً الفصل 44 من قانون المسطرة المدنية، فكأن رئيس الجلسة في هذا الفصل من الضباط السامين للشرطة القضائية الذين لا يجوز تجريحهم، وهذا غير ممكن كما أشرنا إلى ذلك في المتن أعلاه.

فقط (671). أما إذا كانوا يشكلون هيئة قضائية مستقلة عن قضاء الحكم أو التحقيق، فهم عندئذ يجرحون بالشكل المنصوص عليه في المادة 275، وذلك تأسيسا على مبدأ الحياد وليس تأسيسا على الوظائف التي يقومون بها.

المطلب الثاني: الأخذ بنظرية تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على

اعتبارات موضوعية

لما تبين بشكل واضح بأن قضاة النيابة العامة يلزم تجريحهم كغيرهم من قضاة الحكم أو التحقيق، بناء على الاعتبارات الشكلية، فإن هذا التأكيد يتأسس أيضا على الاعتبارات الموضوعية، وهذه الاعتبارات منها ما يرجع إلى اشتراك هؤلاء جميعا في الصفة القضائية (672) من جهة (الفقرة الأولى)، وفي صفة الحياد (673)، من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

671 في هذا الصدد، قضى القضاء المصري بأنه "من المقرر أن أعضاء النيابة العامة في حضورهم جلسات المحاكمة الجنائية ليسوا خاضعين لأحكام الرد (أي التجريح) والتنحي، لأنهم وفي موقفهم، وهم يمثلون سلطة الاتهام في الدعوى لا شأن لهم بالحكم فيها، بل هم بمثابة الخصم فقط. فالتنحي غير واجب عليهم، والرد غير جائز في حقهم. ومن ثم، فليس يبطل المحاكمة أن يكون ممثل النيابة العامة في الجلسة قد أدلى بشهادته في التحقيقات التي أجريت في شأن الواقعة". أورد هذا الحكم حسن علام، م. س، ص. 29.

672 أنظر الفصل الأول من النظام الأساسي لرجال القضاء، وانظر أيضا الفقرة الأولى من الفصل 109 من دستور 2011.

673 أنظر الفقرتين الثانية والثالثة من نفس الفصل من الدستور المذكور.

الفقرة الأولى: جرح قضاة النيابة العامة تأسيساً على

اشتراكهم مع قضاة الحكم في الصفة القضائية

قبل التأكيد على الأوضاع القانونية التي يشترك فيها قضاة النيابة العامة مع قضاة الحكم أو قضاة التحقيق في الصفة القضائية⁽⁶⁷⁴⁾، يجب أن أشير إلى أن هذا الاشتراك له سند دستوري وقانوني في نفس الوقت.

فالسند الدستوري يتجلى فيما نص عليه الفصلين 107 و 109 من دستور فاتح يوليوز 2011، حيث يتأكد من هذين الفصلين، بأن المشرع المغربي، عندما عبر فيهما بعبارة "السلطة القضائية" لم يكن يقصد في هذه العبارة إحدى الهيئتين النيابة العامة أو قضاء الحكم، وإنما قصد فيها الاثنين معاً، كمرفق قضائي ذات سلطة مستقلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية.

ومعنى "القصد" هنا، هو خضوع هذه السلطة القضائية بهيئتيها إلى نفس الأحكام المتعلقة بالنقل والعزل والمسؤولية⁽⁶⁷⁵⁾ والمخاصمة⁽⁶⁷⁶⁾ والتجريح⁽⁶⁷⁷⁾ والتأجيل⁽⁶⁷⁸⁾ والامتنياز القضائي⁽⁶⁷⁹⁾، دون تمييز إلا ما استثناه القانون⁽⁶⁸⁰⁾.

674 وذلك في جميع مراحل التقاضي، وبصفة خاصة لدى محكمة النقض. انظر: عبد السلام حادوش: تدخل النيابة العامة لدى محكمة النقض، مجلة الندوة، عدد 3 وص 1 ومابعدها.

675 أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م. س، ص. 41، فقرة 22.

676 أنظر الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية.

أما السند القانوني، فيتجلى فيما نص عليه قانون المسطرة الجنائية في المادة 275، وفي الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، وفي المادة الثالثة من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، حيث يتأكد من هذه الفصول أو المواد جميعها بأنه لا تميز بين الصفة القضائية مع قضاة الحكم أو التحقيق في الاعتبارين الآتين:

أولاً: التمتع بالسلطة التقديرية المبنية على الاقتناع

إن قضاة الحكم لا ينفردون وحدهم، بمبدأ الاقتناع عند إصدار الأحكام وإنما يشاركها فيه أيضاً حتى قضاة النيابة العامة، وذلك تأسيساً على مبدأ قرينة البراءة⁽⁶⁸¹⁾ التي تعتبر معيار هذا الاقتناع لدى الهيئتين المذكورتين⁽⁶⁸²⁾، وعلى هذا الأساس، فإننا نرفض الرأي الذي ظل يتبنى عدم تجريح هؤلاء القضاة⁽⁶⁸³⁾ على كون أعمالهم تخضع كلها لمطلق تقدير القضاء⁽⁶⁸⁴⁾. في حين، أن الأمر ليس كذلك، وبصفة

677 محمد التغدويني: م. س، ص. 64. محمد عياط: م. س، ص. 86.

678 أنظر المادة 97 من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

679 أنظر المادة 265 ومبدها من قانون المسطرة الجنائية.

680 أنظر الفصل 399 من قانون المسطرة المدنية.

681 يكتب الأستاذ حافظ أبو الفتوح في هذا الصدد قائلاً: "إننا إذا أخذنا في اعتبارنا أن الأصل في

المتهم هو البراءة لكان لنا أن نقول أن معظم قواعد قانون المسطرة الجنائية لا تطبق إلا

على الأبرياء، حيث إن إدانة المتهم لا تقرر إلا بعد صدور حكم غير قابل للطعن فيه بأي

طريق من طرق الطعن". أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م. س، ص. 11، هامش رقم 3.

682 محمد عبد الكريم العيادي: القضاة الوجدانية للقاضي، الطبعة الأولى 2010، ص. 11.

683 Bernard BOULOC : Procédure pénale, 21^{ème} édition 2008, p. 147, n. 177.

684 أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م. س، ص. 39.

خاصة تلك الأعمال التي لا تصل إلى قضاء الحكم، أو تصل ولكنها تؤثر فعلا على اقتناع هذا الأخير في جميع مراحل الدعوى.

فبخصوص الأعمال التي تتمتع فيها النيابة العامة بالسلطة التقديرية المبنية على الاقتناع ولا تصل إلى قضاء الحكم، يمكن حصرها في حفظ الأوراق، أو الصلح، على اعتبار أن هذه الهيئة، بحكم هذه السلطة التقديرية تستطيع إنهاء الدعوى التي حركتها متى توفرت أسباب هذا الإنهاء، سواء بالنسبة لحفظ الأوراق أو بالنسبة للصلح.

فبالنسبة لحفظ الأوراق⁽⁶⁸⁵⁾، يحق للنيابة العامة أن تتخذ هذا الإجراء القانوني بالشكل الذي تريد⁽⁶⁸⁶⁾ دون مراقبة على عملها، سواء كان هذا العمل مبنيا على انفرادها بتحريك الدعوى، أو مبنيا على عمل غيرها⁽⁶⁸⁷⁾، في الجرائم الني يمنعها القانون من هذا التحريك فيها⁽⁶⁸⁸⁾.

وفي هذا الصدد، يؤكد بعض الفقه المقارن بقوله: "إن حفظ الدعوى تصدره النيابة العامة باعتبارها سلطة اتهام ولها وحدها سلطة مطلقة في تقدير البواعث والأسباب التي تبرره، ولا يلزمها

685 وقد استعملنا هذا المصطلح وذلك اختصارا لما جاء في المادة 40 من ق.م.ج نصوص عبارة حفظ المحاضر والشكايات والوشايات.

686 يرى بعض الفقه بأن "الحفظ وإقامة الدعوى، هما أداة كافية في يد النيابة العامة لإصدار كل حق يمكن تصوره لرعاية مصلحة المجنى عليه الشخصية، إذا لم تكن في تحقيقها تحقيق صالح عام مجرد". عزت مصطفى الدسوقي: قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، ص. 78، حيث يبين من هذا الرأي أن النيابة العامة إذا كانت بهذا الشكل، فبها إن لم تجرح تستطيع أن تتعسف بالشكل الذي تريد في الوظائف التي تقوم بها.

687 المقصود بالغير هنا، المجنى عليه، وبعض الإدارات العمومية التي أعطى لها المشرع حق تحريك الدعوى العمومية دون إذن من النيابة العامة.

688 توفيق الشاوي: م. س، ص. 216.

القانون ببيان أسباب الحفظ، ولا يعطي لأي سلطة أخرى حق الرقابة على هذه الأسباب" (689).

وإذا كان قرار الحفظ يصدر عادة من النيابة العامة لأسباب قانونية⁽⁶⁹⁰⁾ أو موضوعية⁽⁶⁹¹⁾ أو لانعدام الأدلة⁽⁶⁹²⁾ أو لعدم الأهمية⁽⁶⁹³⁾، أو لتقادم الدعوى، فإنها غير ملزمة بتعليل هذا القرار، وذلك باعتباره قرارا إداريا⁽⁶⁹⁴⁾، كما يقول البعض⁽⁶⁹⁵⁾، وذلك بالرغم من أنه قرار قضائي بسبب تعلقه بذات الدعوى، وليس بإجراءاتها⁽⁶⁹⁶⁾، وذلك لتشابهه في الآثار، بالحكم بالبراءة⁽⁶⁹⁷⁾.

689 توفيق الشاوي: نفس المرجع السابق، ص. 230.

690 هذه الأسباب تتحقق متى وجد الفعل المرتكب لا تتوفر فيه أركان الجريمة.

691 هذه الأسباب تتحقق إذا كانت الأدلة لا تكفي لإدانة المتهم أو تقديمه لقضاء التحقيق أو لقضاء الموضوع.

692 وهذا ما يتأكد عادة في الوشايات والبلاغات الكيدية.

693 وهذا الوضع القانوني يتحقق عندما يكون الفاعل حدثا عديم التمييز، أو تأكد بأن هذا الفعل يمتنع بحصانة قانونية.

694 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: تداخل السلطة الإدارية والقضائية في الدعوى العمومية، مجلة الإشعاع، عدد 27، غشت 2003، ص 33 وما بعدها. ويبدو أن هذا الرأي غير سليم على اعتبار أن النيابة العامة عندما تلجأ إلى حفظ الأوراق، إنما تلجأ إليه انطلاقا مما نص عليه الفصل 40 من قانون المسطرة الجنائية، وليس انطلاقا من نفسه، وذلك على أساس أن المشرع حدد له ثلاث حالات للنظر في الدعوى العمومية، بعد قيامها، وهي حالة الإحالة على قاضي التحقيق وحالة الإحالة على قاضي الحكم وحالة الحفظ، بحيث أنه في هذه الحالات لا يمكن أن نقول بأن النيابة العامة تقوم بعمل إداري وليس بعمل قضائي.

695 حسن علام: م. س، ص. 172. يسير القضاء المصري في نفس النهج، وهذا ما أكد عليه في بعض أحكامه، وذلك عندما اعتبر بأن "الأمر الصادر من النيابة العامة بالحفظ هو إجراء إداري صدر عنها بوصفها السلطة الإدارية التي تتوفر على جميع الاستدلالات عملا بالمادة 61 من قانون الإجراءات الجنائية وما بعدها". أورده حسن علام، نفس المرجع السابق، ص. 175.

696 لأن هناك من الفقه من يعتبر بأن حفظ الأوراق ينصب على إجراءات البحث التمهيدي، ومن ثم فإن هذه الإجراءات سابقة للدعوى، وليست هي ذات الدعوى. حسن علام، نفس المرجع السابق.

697 محمد سمير عبد الفتاح: م. س، ص. 9.

وعلى هذا الأساس، فإنه في جميع هذه الحالات، إذا ما قامت أسباب التجريح لدى قضاة هذه الهيئة القضائية أو لدى رئيسها، فإنه يجب تجريحه بناء على الصفة القضائية التي بموجبها يصدر هذا القرار الذي نحن بصدد⁽⁶⁹⁸⁾، والتي يشترك فيها مع قضاة الحكم، وإلا فلا مجال للتمييز بين هاتين الهيئتين، رغم اشتراكهما في هذه الصفة، عند إصدار القرارات أو الأحكام التي لها نفس التأثير على الخصوم⁽⁶⁹⁹⁾.

أما بالنسبة للصلح⁽⁷⁰⁰⁾ الذي اعتبره المشرع الجنائي المغربي من أسباب سقوط الدعوى العمومية⁽⁷⁰¹⁾، فإن النيابة العامة، حسب مقتضيات المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، تتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة، بحيث لا يمكن أن ينتج أثره إلا بالموافقة عليه من طرفها⁽⁷⁰²⁾. وهذا يعني أنه إذا قامت إحدى أسباب التجريح في من يتولى هذا الصلح من قضاة النيابة العامة، وامتنع على هذه الموافقة رغم قيام كل شروطه، وإجراءاته القانونية لبعض ميولاته الشخصية إلى

698 لأنه كما قلنا بأن النيابة العامة تتصرف باعتبارها سلطة قضائية، وليست سلطة إدارية.

699 يؤكد بعض الفقه المقارن في هذا الصدد قائلا: "... إن هذا المجال هو ذلك الذي يجعل النيابة تجد فيه نفسها قاضية في نتائج الإجراءات الآيلة إليها من جانب البوليس، فتصدر أمرا بالحفظ الذي هو في آثاره يشبه الحكم بالبراءة". محمد سمير عبد الفتاح، م. س، ص. 9.

700 في هذا الصدد، يجب أن نميز بين الصلح المقرر قانونا في بعض الجرائم وبين التنازل عن الدعوى التي تحركها النيابة العامة، وهذا ما جعل القضاء المغربي أن يعتبر في بعض أحكامه بأنه "لا يجوز للنيابة العامة أن تتنازل عن الدعوى العمومية التي أقامتها، ولا عن طرق الطعن العادية فيها وغير العادية التي سبق أن سلكتها، فإن تنازل النيابة العامة عن طلب التعقيب الصادر منها باطل، ولا يمكن أن يترتب عنه تخلي المجلس عن النظر في الطلب المرفوع إليه" قرار صادر بتاريخ 18 فبراير 1958، أورده أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، م. س، ص. 33، هامش رقم 3.

701 أنظر: الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية.

702 محمد بن حم: قضاء الصلح أو غرفة المشورة، مجلة الملف عدد 3، أبريل 2004، ص. 89.

أحد الطرفين المتنازعين، فإنه حتما يضر بأحد هؤلاء الأطراف وهذا ما لا يجب القبول به، وذلك بسبب الإضرار بسير العدالة الجنائية.

ومن هذا المنظور، فإنه لا يمكن التسليم بالرأي الذي يعتبر هذا الإجراء القانوني المسقط للدعوى العمومية⁽⁷⁰³⁾، لا يتوقف على موافقة النيابة العامة، وذلك انطلاقا من كون أنه لا بد أن يصاق عليه رئيس المحكمة الابتدائية، مع العلم أن هذا التصديق هو مجرد إجراء شكلي فقط⁽⁷⁰⁴⁾، لا يتم إلا بعد موافقة النيابة العامة. أما إذا لم توافق، فعندئذ لا قيمة له من الناحية القانونية.

وبعبارة أخرى، أن موافقة النيابة العامة على الصلح، هو قرار منشئ لهذا الأخير، وليس قرارا كاشفا عنه حتى يمكن القول بأنه من عمل رئيس المحكمة. ولهذا السبب، فنحن نرى بأن هذه الهيئة القضائية، عندما تتصرف في مثل هذا الوضع القانوني، فهي تتصرف باعتبارها هيئة قضائية يسري عليها أسباب التجريح، وليس هيئة إدارية كان لا بد عليه الأمر عندها خاضعة إلى سلطة وزير العدل قبل تصدير القانون التنظيمي رقم 106.13 الذي يجعلها خاضعة لرئيس النيابة العامة.

703 هنا لا يمكن القول بلياقاف الدعوى العمومية دون إسقاطها وذلك لكون الوقف يوحي بإمكانية العودة إلى الدعوى لاستئناف إجراء اعتاد السير فيها إلى النهاية في حين أن الأمر ليس كذلك في العلم الذي يسقطها ويوقفها، ومن جهة أخرى أن المادة 41 عندما تحدث عن وقف الدعوى العمومية أو إيقافها فكان ذلك تحت ائلة شروط معينة ثم يبينها في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أما إذا تحققت هذه لاشروط فإن هذه الدعوى عندئذ لا توقف وإنما تسقط.

704 وهذا بخلاف ما لو كان هذا الإجراء شرطا من شروط قيام الصلح، فإنه عندئذ يمكن القول بأن النيابة العامة لا دور لها في هذه الإمكانية.

أما بخصوص الأعمال التي تتمتع فيها النيابة العامة بنفس السلطة التقديرية المبنية على الاقتناع، وتصل إلى القاضي، فهي غالباً ما ترتبط بإجراءات تحريك الدعوى العمومية (705) التي بدونها لا يمكن أن يتم هذا التحريك، وهذه الإجراءات يمكن حصرها أساساً في التكييف والمحاضر التي ترفع بها إلى قضاء الحكم.

فبالنسبة للتكييف، لقد سار القضاء المغربي على وجوب أخذ المحكمة بتكييف النيابة العامة، وإذا أرادت أن تمارس سلطتها التقديرية، في تغيير الوصف القانوني للجريمة التي كیفتها هذه الأخيرة على أنها جناية ثم نزلت بها المحكمة إلى الجنحة، فإن هذه الأخيرة لا بد من بيان السبب الذي دفعها إلى تقرير هذا التغيير وإلا تعرض الحكم المطعون فيه إلى النقض (706).

ويفهم من هذا النهج القضائي أن تأثير النيابة العامة في قضاء الحكم عن طريق الوقائع التي تقوم بتكييفها، إنما يتم إما من خلال عدم ذكر الوقائع، فتبني المحكمة قضاءها على هذا الأساس (707)، أو من

705 محمد محمود سعيد: حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، ص. 288.

706 قرار المجلس الأعلى عدد 1315 الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1981، ملف جنحي رقم 71239، انظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة لجنائية 66، 1986، م. س، ص. 177.

707 قرار المجلس الأعلى عدد 6774 الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 1983، ملف جنحي رقم 65520، انظر نفس المرجع السابق، ص. 989.

خلال تغيير الوصف القانوني للفعل المرتكب فتتبناه نفس المحكمة، دون إعادة تكييف ما تم رفعه إليها من هذه الهيئة القضائية (708).

أما بالنسبة للمحاضر، فباعتبار أن النيابة العامة التي ترفع بها إلى المحكمة لصفقتها القضائية (709)، فإنها أحياناً، تؤثر على قضاء هذه المحكمة حتى بالنسبة للتي يعتبرها المشرع الجنائي في المادة 291 من قانون المسطرة الجنائية، هي مجرد بيانات، حتى ولو خضعت إلى السلطة التقديرية لهذه الأخيرة (710). وهذا ما أكد عليه المجلس الأعلى في إحدى أحكامه بشكل صريح، حيث اعتبر بأن "المحاضر التي لا تعتبر إلا مجرد بيانات فيما يخص الجنايات، هي مجرد محاضر ضباط الشرطة القضائية، ورجال الدرك. أما الاستنتاجات أمام النيابة العامة، فهي لا تعد من المحاضر المنصوص عليها في الفصلين 291 (711) و 293 (712) من قانون المسطرة الجنائية" (713)، مما يفيد بأن محاضر هذه الهيئة القضائية لها تأثير مباشر على عمل قضاء الحكم.

708 أنظر نفس المرجع السابق، ص. 177.

709 اعتبر القضاء المغربي بأن عمل الشرطة القضائية هو عمل قضائي لا عمل إداري، ولذلك فإن المسؤولية المترتبة عن هذا العمل يجب أن يخضع إلى الفصل 391 من قانون المسطرة الجنائية، وليس إلى الفصل 79 من ظهير العقود والالتزامات. قرار المجلس الأعلى عدد 101 الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 14 ماي 1972، أنظر مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25، السنة الخامسة، ماي 1980، ص. 177 - 179.

710 قرار المجلس الأعلى عدد 95 (ص 14) الصادر بتاريخ 3 دجنبر 1970، نفس المرجع السابق، ص. 485.

711 رقم هذا الفصل من قانون المسطرة الجنائية الصادر بتاريخ 10 فبراير 1959 يقبله رقم المادة 90 من قانون المسطرة الجنائية الحالي.

712 رقم هذا الفصل يقبله رقم المادة 91 من نفس القانون.

وإذا سلمنا بهذا التأثير، فكيف يصح التسليم بعدم تجريح قضاة النيابة العامة تأسيساً على أن عملها يخضع إلى السلطة التقديرية لقضاء الحكم، مع العلم أن هذا الأخير لا يؤثر بصفة مطلقة على عمل هؤلاء القضاة، لا في مرحلة تحريك الدعوى العمومية⁽⁷¹⁴⁾، ولا في مرحلة مناقشة الأدلة المدلى بها منهم أمام الهيئة الحاكمة، وهذا ما درج عليه قضاء النقض في فرنسا⁽⁷¹⁵⁾، ومصر⁽⁷¹⁶⁾.

ثانياً: التمتع بالسلطة التقديرية المبنية على إصدار

الأوامر القضائية في المخالفات

إذا سلمنا بأن السلطة التقديرية للنيابة العامة يقتصر دورها على التحكم في مصير الدعوى العمومية التي تحركها⁽⁷¹⁷⁾ بحفظ الأوراق، أو عند صدور قرار من قاضي التحقيق، يأمر بعدم المتابعة لإقامة الدعوى⁽⁷¹⁸⁾، فإنها تتمتع بنفس السلطة التقديرية التي يتمتع بها قضاء

713 قرار المجلس الأعلى عدد 395 الصادر بتاريخ 31 يناير 1985. انظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية، 1981-1995، ص. 72.
714 وهذا ما يفسر بأن قاضي التحقيق لا يمكن له أن يحقق في أي قضية دون رفع الالتماس إليه من النيابة العامة، وذلك بالرغم من أنه يعتبر من الضباط السامين للضابطة القضائية.
715 Bernard BOULOC : Procédure pénale, 21^{ème} édition, 2008, p. 145, n. 176.

716 أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م. س، ص. 40.
717 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 67.
718 حيث تقضي المادة 230 من قانون المسطرة الجنائية بأنه "يحق للنيابة العامة أن تقرر ما إذا كان هناك مبرر لالتماس إعادة التحقيق بسبب ظهور أدلة جديدة"، وهذه الأدلة تخضع إلى السلطة التقديرية لهذه الهيئة، ما إذا كان يجب الأخذ أو عدم الأخذ بها، حتى يمكن الرفع بهذا الالتماس إلى قاضي التحقيق.

الحكم في حالة إصدارها لمجموعة من الأوامر (719)، وعلى رأسها السند التنفيذي المتعلق بأداء الغرامات المالية في جرائم المخالفات، وذلك متى استوفى هذا السند الشروط المنصوص عليها في المادة 380 من قانون المسطرة الجنائية (720).

حيث يفهم من مضمون هذه المادة، أن السند التنفيذي يعتبر بمثابة حكم قضائي في إصداره، وفي تنفيذه، وذلك عندما يصبح نهائياً، بل وإن المشرع الجنائي المغربي أعطى لها حق المراقبة على هذا التنفيذ، ما إذا كان الذي صدر في حقه هذا السند، قد سدد ما في ذمته من الغرامات أم لا (721).

ويفهم من هذا النهج التشريعي بأن تشريعنا الجنائي لم يحصر اختصاصات النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، أو السير فيها فقط، خلال مراحلها المختلفة، وإنما منح لها اختصاصات قضائية أخرى، يمكن من خلالها أن تتصرف مثلما يتصرف قاضي التحقيق أو قاضي الحكم، الأمر الذي يقتضي التسليم بناء على الصفة القضائية التي

719 يمكن حصر هذه الأوامر في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في جرائم انتزاع الحيابة العقارية، أورد الأشياء التي ضبطت أثناء البحث لمن له الحق فيها (أنظر الفقرتين الثامنة والتاسعة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية)، وذلك بالرغم من أن هذه الحالات يجب أن يختص فيها قضاء الحكم، وليس قضاء النيابة العامة، كما ذهب إلى ذلك قضاء محكمة النقض في إحدى قراراتها. أنظر قرار عدد 1760 الصادر بتاريخ 9 جنبر 1980، أورده فيصل شوقي: م. س، ص. 149.

720 تؤكد هذه المادة بأنه "في حالة عدم التعبير عن الرغبة في الأداء داخل الأجل المحدد في المادة 378 أعلاه، يصبح السند القابل للتنفيذ نهائياً، ويسلم منه كاتب الضبط ملخصاً للجهة المكلفة بتنفيذ الغرامات".

721 أنظر المادة 379 من قانون المسطرة الجنائية.

تتشارك فيها مع جميع هذه الهيئات أن تخضع إلى أحكام التجريح بقوة القانون⁽⁷²²⁾، وهذا ما حكم به القضاء المغربي في الحكم الذي أشرنا إليه أكثر من مرة في هذه الأطروحة.

الفقرة الثانية: تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على اشتراكهم مع قضاة الحكم في الحياد

إن صفة الحياد تستمد تأصيلها من الصفة القضائية التي تشترك فيها كل السلطات التي تشغل في نطاق المرفق القضائي⁽⁷²³⁾، سواء تعلق الأمر بسلطة الاتهام التي تمثلها النيابة العامة أو سلطة التحقيق أو سلطة الحكم⁽⁷²⁴⁾. ولهذا السبب، نجد الدستور المغربي قد نص على الصفتين بشكل متواز في فصل واحد وهو الفصل 109، حيث أنه في هذا الفصل يوجه المشرع المغربي خطابه إلى كل الفئات أو الهيئات التي تتضوي تحت السلطة القضائية كمؤسسة قانونية قائمة بذاتها⁽⁷²⁵⁾ ومستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.

⁷²² وهذا ما يفهم من المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية، كما أوضحنا ذلك في حينه.

⁷²³ Berlioz J.C : «Impartialité ou subjectivité du ministère public», colloque loyauté du procès et comportements professionnels organisé par l'E.N.M. et le barreau le 26 – 27 septembre 2001. www.enm.justice.fr

⁷²⁴ Beignier B. : «principe d'impartialité et récusation», note sous Toulouse, 9 mars 2001 et 25 octobre 2001, D. 2002, p 360.

⁷²⁵ تقضي المادة الثالثة من لقانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة بأنه: "يتألف السلك القضائي للقضاة بالملكة الخاضع لهذا النظام الأساسي من هيئة واحدة تشمل قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة ...".

ونحن عندما نتحدث عن صفة الحياد بالنسبة للنياحة العامة، فإن الأمر يقتضي القول بأن هذه الصفة التي يحميها المشرع⁽⁷²⁶⁾، لا يمكن أن تقوم إلا مع تأكيد استقلاليتها⁽⁷²⁷⁾ من جهة، وتوفير الطمأنينة لدى الخصوم، من جهة أخرى.

فبالنسبة للاستقلالية، يبدو واضحا، من مقتضيات قانون المسطرة الجنائية أن النياحة العامة، وإن كانت نظريا، هي مؤسسة قانونية مستقلة بسبب الصفة القضائية التي تتمتع بها بقوة الدستور، وبمقتضى القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، إلا أنها من الناحية العملية، لازالت تبدو وكأنها سلطة إدارية⁽⁷²⁸⁾ تعتمد على تنفيذ الإيديولوجية السياسية التي يغرفها وزير العدل⁽⁷²⁹⁾ من الحزب السياسي

726 وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، أنظر:

Arend P. : «l'impartialité des juridictions nationales : une simple apparence ?», obs. sous comm. Eur. D.H, édition Jurado Rodriguez C. Lyxembourg du 17 janvier 1996, R.T.D.H., 1997, pp 105-109.

727 Bosly H. D: «le magistrat instructeur, juge indépendant et impartial ?», liber amicorum m. Chatel, Anvers, Kluwer 1991, pp 1 – 10.

728 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: تداخل السلطة الإدارية والقضائية في الدعوى العمومية، مجلة الإشعاع، العدد السابع والعشرين، غشت 2003، ص. 15. وهذا ما ينفيه البعض الآخر من الفقه المغربي. أنظر: إدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 466.

729 وهذا ما يمكن استخلاصه من الفقرة الأخيرة من المادة 72 من القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية الذي جاء تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.40 بتاريخ 24 مارس 2016 وتقتضي هذه الفقرة بأنه: "يراعي المجلس كذلك التقارير التي يعدها الوزير المكلف بالعدل حول مستوى أداء المسؤولين القضائي بشأن الإشراف على التدبير والتسيير الإداري للمحاكم بما لا يتنافى واستقلال السلطة القضائية".

الذي ينتمي إليه (730)، في الحكومة القائمة أو المحينة. ومن ثم، فإنها لا تتمتع إلا باستقلال محدود، في إطار هذه التبعية (731). وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 51.2 من مشروع قانون المسطرة الجنائية. ومع ذلك، فإن النيابة العامة تبقى دستوريا، مؤسسة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية، وذلك على الأقل من الناحية الهيكلية (732)، على اعتبار أن قضاة هذه الهيئة لا يخضعون في تعيينهم إلى قرار من وزير العدل، مثلما هو الحال بالنسبة لتعيين قضاة التحقيق (733)، وقضاة الأحداث (734)، وقضاة تطبيق العقوبة (735)، وإنما هم يخضعون إلى مسطرة خاصة في هذا التعيين التي كانت تحكمها قواعد النظام الأساسي لرجال القضاء (736)، الذي حل محله القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية في المادة 67 وما بعدها من هذا القانون.

730 وذلك بالرغم من أن الأحزاب السياسية لا يمثلون المواطن المغربي إلا بنسبة قد لا تتجاوز 1 % وهذا ما يتم استخلاصه من عدد الأصوات المحصل عليها في الانتخابات التشريعية والمذاعة في وسائل الاتصال السمعية والبصرية.

731 إدريس العلوي العبدلاوي: نفس المرجع السابق.

732 يبدو ذلك في كون وزير العدل ليس قاضيا، ولا يتمتع بالصفة القضائية التي تتمتع بها النيابة العامة.

733 أنظر المادة 52 من قانون المسطرة الجنائية.

734 أنظر المادة 467 من نفس القانون.

735 أنظر المادة 596 من نفس القانون.

736 تقضي في هذا الصدد، الفقرة الثانية من الفصل السابع من النظام الأساس لرجال القضاء بأنه "يمكن أن يعين الملحقون القضائيون الناجحون في الامتحان المشار إليه أعلاه، بظهير شريف يصدر باقتراح من المجلس الأعلى للقضاء، قضاة في الرتبة من الدرجة الثالثة، ويلحقون بمختلف المحاكم باعتبار ما يتوفر لهم من مؤهلات للعمل بها".

وعلى هذا الأساس، فإنه ألام الدور الذي يقوم به قضاة النيابة العامة، أمام المحاكم في تحديد العقوبة التي تطالب بتطبيقها، ومن ثم تحديد درجة خطورة الجريمة المرتكبة، يشعر الجميع بأن الحل في يدها⁽⁷³⁷⁾ وليس في يد القضاء الجالس⁽⁷³⁸⁾. وبناء على هذه النتيجة، فإن تجريح هؤلاء القضاة، هو الذي حد من تبعيتهم لوزير العدل بمقتضى القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة من جهة، أو التقليل من التعسف أو التحكم في الدعوى العمومية، أو التأثير عليها أمام قضاء الحكم من جهة أخرى⁽⁷³⁹⁾.

وهذا يعني أن التجريح، لا يمس بالصفة القضائية لهؤلاء أو بموقعهم من المرفق القضائي أو برفع تلك الحصانة القانونية التي ظلوا يتمتعون بها بسبب تبعيتهم لوزير العدل⁽⁷⁴⁰⁾، وإنما فقط لجعلهم أكثر حيادية واستقلالية في أداء عملهم، بالشكل الذي يتطلبه

737 Boularbah H : «dessaisissement, récusation et impartialité du juge: évolutions récentes en matière civile», P.E.B., 1999, pp 287-302.

محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 25.

738

739 Bredin J.D : «qu'est-ce que l'indépendance du juge ?», justices 1996, n°3, pp 161-166.

740 في اعتقادنا أن تبعيتهم لوزير العدل قبل تصدير القانون رقم 106.13 المشار إليه أعلاه لم تكن تمس بصفقتهم القضائية، على أساس أنهم يقومون فقط بتنفيذ السياسة الجنائية التي يشرع عليها هذا الوزير، فيما يخص التعليمات التي تخدم العدالة والمؤسسة القضائية معا. كما يستخلص ذلك من الفقرة الأخيرة من المادة 72 من لقانون رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية. ولهذا السبب، فنحن ننفى أن يكون هؤلاء القضاة يتمتعون بسلطة إدارية، خاصة وأن قانون المسطرة الجنائية لم يبين في موادها أي اختصاص إداري صرف للنيابة العامة، حتى نستطيع أن نسلم بهذا التفكير.

القانون⁽⁷⁴¹⁾، وذلك وفق ما تقضي به المادة 25 من القانون رقم 106.13 المشار إليه أعلاه.

وتأسيسا على هذه النتيجة، فإننا نرى بأنه ليس هناك من يمنع خضوع مؤسسة النيابة العامة، بخصوص قضاتها إلى نفس أحكام التجريح التي يخضع إليها قضاة التحقيق أو الحكم⁽⁷⁴²⁾، سواء تعلق الأمر بالنطاق المدني أو النطاق الجنائي⁽⁷⁴³⁾، على اعتبار أنه ليس هناك أي فرق بين هذين النطاقين بخصوص الدور الذي تلعبه هذه الهيئة القضائية إلا من حيث اختلاف مركزها القانوني في الوظائف التي تقوم بها أمام المحاكم المدنية أو الجنائية⁽⁷⁴⁴⁾. ومن ثم، فإنه لا يكفي القول بأنها طرف أساسي في الدعوى العمومية⁽⁷⁴⁵⁾ من أجل منع التجريح عن قضاتها⁽⁷⁴⁶⁾، سيما ونحن أثبتنا بأن هذا المركز القانوني هو من إضفاء الفقه عليها، وليس من خلق المشرع⁽⁷⁴⁷⁾، حتى يمكن أن نسلم بهذا الرأي الذي لا سند له في القانون.

741 Bussy. F : «nul ne peut être juge et partie», D., 2004, pp 1745-1753.

742 Collin. J. P : «les rapports du juge d'instruction avec le ministère public, les corps de police et les experts», R.D.P., 1990, pp 857-887.

743 Commaret. D.N : «chronique de procédure pénale – impartialité du juge», R.S.C., 2000, pp 852-856.

744 أمينة النمر: م. س، ص. 25.
745 Bussy. F : «nul ne peut être juge et partie», D., 2004, pp 1745-1753.

746 برنار بولوك: م. س، ص. 147، نبذة 179.

747 ليس هناك نص تشريعي يقضي بهذه الصفة في قانون المسطرة الجنائية، باستثناء نص واحد وهو نص المادة 562 من هذا القانون، الأمر الذي يقتضي القول معه، بأنه لا يكفي الاعتماد على نص واحد للتسليم بها، وهذا على خلاف الأمر في قانون المسطرة المدنية، فإن المشرع

وإذا سلمنا باستقلال النيابة العامة⁽⁷⁴⁸⁾، باعتبارها هيئة قضائية، فإن هذا المبدأ لا يجب أن يتناقض مع مبدأ الحياد الذي هو مظهر من مظاهر هذا الاستقلال⁽⁷⁴⁹⁾، وهذا يعني أن عدم تجريح قضاة هذه الهيئة، هو بمثابة تفويض لهذا المبدأ الدستوري الذي لا يمكن مخالفته تحت طائلة العقاب، وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 109 من الدستور المغربي.

ولهذا السبب، فإن بعض الفقه الفرنسي ميز بين نوعين من التجريح الموجه إلى النيابة العامة، نوع يتعلق بالتجريح، الموجه إلى هذه الهيئة، من طرف هيئة الدفاع وآخر موجه إليها، من طرف أحد الخصوم في الدعوى العمومية، بحيث إن النوع الأول غير مقبول لصدوره من شخص لا علاقة له بهذه الدعوى، في حين أن النوع الثاني يلزم الأخذ به لنفس العلة الأخيرة⁽⁷⁵⁰⁾.

وفي هذا الإطار، يجب أن نؤكد بأن الاستقلال الذي نحن بصددده إذا أمكن اعتباره هو مصدر السلطة التقديرية، للنيابة العامة أو لقضاء الحكم، فإن هذه السلطة تصبح غير ذي معنى من الناحية القانونية، إذا

المغربي، وصف فيها النيابة العامة بطرف أصلي وطرف منضم، وذلك فقط للتمييز بين القضايا التي تكون فيها، متمتعة بهذه الصفة.

أنظر المادة 25 من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

748

749 Dalloz D., répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, t. 38, v° « récusation », Paris, bureau de la jurisprudence générale du royaume, 1857.

750 André VITU : Procédure pénale, T1, 1957, p. 93.

لم تكن مقيدة بالتنحي أو المخاصمة أو التجريح⁽⁷⁵¹⁾ الذي قد يحول دون إخلال هاتين الهيئتين بواجب الاستقلال أو التجرد، كما يقضي بذلك الفصل 109 المذكور أعلاه وإلا فلا معنى لمبدأ انعدام مسؤولية النيابة العامة في ظل التبعية التدريجية للرؤساء الأعلى التسلسليين.

أما بالنسبة لتوفير الاطمئنان لدى الخصم⁽⁷⁵²⁾، فيبدو واضحاً بأن مرحلة تحريك الدعوى العمومية من النيابة العامة تعتبر من أهم المراحل التي يعتمد فيها المتهم أو غيره ممن خول لهم المشرع حق التجريح، على هذا الاطمئنان الذي يستمد تأصيله من قاعدة "قرينة البراءة". ولهذا السبب، فإنه إذا تأكد لدى أحد هؤلاء بأن ما تقوم به هذه الهيئة القضائية من إجراءات تثير الشك في عدم عدالتها عند القيام بهذه الإجراءات نتيجة قيام أحد أسباب هذا التجريح، فإنها مبدئياً تكون غير ملتزمة بصفة الحياد المنصوص عليه في الدستور وإن كان المشرع يخول للخصوم توفير ضمانات أخرى، لمواجهة أثناء هذا التحريك بالطعن في زورية المحاضر، أو إخراج الدعوى العمومية من الحفظ بطريق الشكاية المباشرة التي يرفعون بها أمام القضاء الجنائي⁽⁷⁵³⁾.

751 أنظر المجلة الولية للقانون الجنائي: م. س، ص. 159.

752 ومنه القواعد التي قيلت في هذا الصدد، المساواة أمام القضاء هي امتداد المساواة أمام القانون. أنظر أحمد قححي سرور: "القانون الجنائي الدستوري"، الطبعة الثانية 2002، ص 439، فقرة 196.

753 De Codt. J : «poursuites contre les magistrats», in statut et déontologie du magistrat, bruxelles, la charte 2000, pp143-171.

وتأسيساً على هذا المعنى، فإن النياية العامة إذا كان لا يمكن مساءلتها بناء على سلطتها التقديرية (754) التي تجد أساسها في المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية، أو في حالة ارتكابها لخطأ ناتج عن مباشرة حقها في الاتهام (755)، فإن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه (756)، على اعتبار أنه لا يمكن السماح بخطأ هذه الهيئة القضائية مع قيام أسباب التجريح، وذلك لكون أنها تدرك بأن عملها مؤسس على ما هو ممنوع قانوناً. ومن ثم، فإن مثل هذا السماح لا يمكن الأخذ به إلا في غير هذه الأسباب. أما إذا كانت هذه الأخيرة قائمة، وتقدم المتهم أو غيره ممن خول لهم المشرع حق التجريح، بطلب هذا التجريح ضد قضاة هذه الهيئة القضائية، فإن هذا الأخير، لا يمكن أن يدفع بعدم قيلم مسؤوليته إذا لم تستجب الجهات المختصة بتلقي هذا الطلب، تأسيساً على ما هو منصوص عليه في المادة 274 (757) من قانون المسطرة الجنائية، لأنه في هذه الحالة، لا يمكن القول بأنه التزم حدود سلطته التقديرية أو أنه قام بواجبه على الوجه الأمثل (758)، حتى ولو كان كذلك، لانعدام عنصر الحياد لديه.

754 برنارد بولوك: م. س، ص. 147، نبذة 178.

755 أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م. س، ص. 41، نبذة 22.

756 يرى بعض الفقه بأن عدم مسؤولية أعضاء النيابة العامة ليس مطلقاً، بل هو مقيد بقواعد المخاصمة كما أنه ينبغي تقييده بقواعد الرد (أي التجريح). انظر إدوارد غالي الذهبي: م. س، ص. 72، نبذة 43.

757 ونحن نعتقد أن التجريح أولى، في هذا الوضع القانوني من المساءلة الجنائية لقضاة النيابة العامة.

758 سامي النصراني: م. س، ص. 57.

وفي هذا الصدد، أكد بعض الفقه المقارن على أنه "من الضمانات الأساسية للمتهم هي بعث الطمأنينة في نفسه إلى نزاهة وموضوعية النيابة العامة، فإذا لم تتحقق له هذه الطمأنينة، جاز له أن يطلب رده (أي تجريحه) إسوة بما هو متبع بشأن القضية" (759).

وبمفهوم المخالفة، إن المشرع الجنائي، إذا منع تجريح قضاة النيابة العامة بناء على عدم مساءلتهم (760)، فإن ذلك قد يثير عدم الاطمئنان لدى الخصوم، في كل عمل تقوم به هذه الهيئة، إذا لم يتم تقييده، بما يفيد رفع هذا المنع، الذي قد يحول دون سقوط هؤلاء القضاة في الجور والانحراف في القصد (761).

وعلى هذا الأساس، فإننا إذا سلمنا بمبدأ الطمأنينة في التقاضي لدى الخصوم، فإن هذا المبدأ، لا يجب الأخذ به في نطاق المخاصمة وحدها، بالنسبة لقضاة النيابة العامة، وإنما يجب الأخذ به حتى في نطاق التجريح، وذلك بشكل شمولي من جهة (762)، ودون الإخلال بمبدأ التوازن القائم بين مختلف الهيئات القضائية في هذا النطاق الأخير من

759 إدوار غالي الذهبي: م. س، ص. 74.

760 De Codt. J : «poursuites contre les magistrats», in statut et déontologie du magistrat, bruxelles, la charte 2000, pp143-171.

761 نقض محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1236، س 51 ق. جلسة 29 مارس 1987، ص. 38 وص. 487. أورده سعيد أحمد شعلة: م. س، ص. 723.

762 De Riemaeker X. et Londers G : «l'indépendance des magistrats», in statut et déontologie du magistrat, Bruxelles, la Charte 2000, p 7-52.

جهة أخرى⁽⁷⁶³⁾، على اعتبار أنه في جميع هذه الأحوال، أن هؤلاء الخصوم لا يميزون في الصفة القضائية التي تتمتع بها هذه الهيئات، حتى يمكن أن نمنعهم من التجريح بالنسبة لقضاة النيابة العامة، ونسمح لهم به بالنسبة لقضاة الحكم، وذلك تأسيساً على أن هذه الصفة مقيدة بتحقيق العدل بينهم، في مختلف مراحل التقاضي⁽⁷⁶⁴⁾، وليس في مرحلة واحدة فقط، سيما وأن الفقه أجمع على أن مرحلة تحريك الدعوى العمومية هي التي تؤثر في مصير هذه الدعوى في مرحلة ممارستها أمام قضاء الحكم⁽⁷⁶⁵⁾، وليس العكس كما يقول بذلك بعض الفقه الآخر⁽⁷⁶⁶⁾.

ويمكن أن نخلص في نهاية هذا الفرع، إلى القول بأن منع تجريح قضاة النيابة العامة لم يعد يقوم على أساس سليم، سواء في الفقه⁽⁷⁶⁷⁾ أو القضاء⁽⁷⁶⁸⁾. ومن ثم، أن الأوان لإلغاء نص المادة 274 كما رأينا، وذلك من أجل العمل على التسوية في هذا التجريح بين مختلف

⁷⁶³ Frison – Roche M. A : «le juge et le sentiment de justice», mélanges P. Bezard, Paris, montchrestien 2002, pp 41-53.

⁷⁶⁴ Klein Th : «la fonction de juger», mélanges L.E Pettiti, Bruxelles, Bruylant 1998, pp 507-512.

⁷⁶⁵ إدوار غالي الذهبي: نفس المرجع السابق.

⁷⁶⁶ برنار بولوك: نفس المرجع السابق.

⁷⁶⁷ إدوارد غالي الذهبي: م. س، ص. 73، نبذة 45. أحمد الخليلي: م. س، ص. 73.

- أشرف رمضان عبد الحميد: النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة. الطبعة الأولى، 2004، ص. 69.

⁷⁶⁸ قرار المجلس الأعلى عدد 1/1808، الصادر بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف عدد 07/8551. أنظر مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى الغرفة الجنائية، سلسلة 1، الجزء الثاني، م. س، ص. 100.

القضاة، سواء كانوا من قضاة النيابة العامة، أو من قضاة التحقيق أو من قضاة الحكم، وذلك إما لاشتراكهم جميعاً في الصفة القضائية أو لأن الأساس المعتمد في الحيلولة دون تجريخ القضاة الأولين، انطلاقاً من كونهم أطرافاً في الدعوى العمومية أصبح متجاوزاً، كما سنرى ذلك في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الموقف السليم من نظرية تجريح قضاء النيابة

العام

إن نظرية تجريح قضاء النيابة العامة يتنازعها موقفان فقهيان، أحدهما ينظر إليها من منظور اعتبارها خصما، وذلك انطلاقا من الدفاع الذي تقوم به لمصلحة المجتمع (المبحث الأول)، وثانيهما ينظر إليها من منظور توفير الضمانات للمتهم أو غيره من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 276 من قانون المسطرة الجنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نظرية تجريح النيابة العامة مع منظور

اعتبارها خصما في الدعوى العمومية

إن الفقه اعتاد أن يعتبر النيابة العامة بأنها خصم أو طرف في الدعوى، وذلك حتى يستطيع أن يبرر منع تجريح قضاتها، ولكن إلى أي حد يمكن أن نسلم بهذا الرأي؟ (المطلب الأول)، ومن ثم، هل يمكن أن نجرحها وهي كذلك؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى اعتبار النيابة العامة خصما في الدعوى

يبدو من هذا التساؤل بأن هناك موقفين فقهيّين. أحدهما، يؤكد بأن النيابة العامة، هي طرف في الدعوى العمومية أو في الدعوى المدنية، وذلك استنادا إلى مجموعة من المبررات التي سنراها في حينها (الفقرة الأولى)، وثانيهما يرفض أن تكون كذلك، وذلك استنادا إلى مجموعة من الاعتبارات التي غالبا ما تجد أساسها في التشريع وليس في الفقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الموقف الفقهي المؤيد لنظرية اعتبار النيابة

العامة خصما في الدعوى

يعتبر الفقه الذي يشتغل على التشريعات التي ترفض تجريح النيابة العامة، هو الذي ظل يعتبر بأن هذه الهيئة القضائية، هي خصم أو طرف أصلي في الدعوى العمومية وليس قاضيا (769). ويأتي الفقه الفرنسي على رأس من يؤيد هذا الطرح (770)، وذلك بشكل لا يثير معه أي انتقاد، كما يذهب إلى ذلك الفقه الذي يشتغل على التشريعات

769 كاستون ستيغاني وجورج لفاصور وبرنار بولوك: م. س، ص. 147، نبذة 179.

770 Matsopoulou. H: «nécessité de séparer les fonctions d'instruction et de jugement», note sous Cass. Fr. (ass. Plén), 5 février 1999, sem. Jur 1999, II, n°10060.

المقارنة الأخرى⁽⁷⁷¹⁾، وقد ساندته في ذلك القضاء في كثير من أحكامه⁽⁷⁷²⁾. ويستند هذا الموقف الفقهي إلى مجموعة من المبررات أبرزها:

1- إن النيابة العامة تتوب عن المجتمع في الوظائف التي تقوم بها، وذلك مراعاة لتحقيق المصلحة العامة، عند قيامها بهذه الوظائف، دون مراعاة المصلحة الشخصية أو الخاصة لغيرها من أطراف الخصومة الجنائية⁽⁷⁷³⁾، وذلك انطلاقاً من كون أنها لا تتصرف باسمها وإنما تتصرف باسم المجتمع⁽⁷⁷⁴⁾. ويرى أنصار هذا الموقف بأنه ليس هناك أي خصم آخر من غيرها يستطيع أن يقوم بالدور الذي تقوم به هذه الهيئة⁽⁷⁷⁵⁾، وذلك على أساس أنها أقدر من غيرها في الكشف عن حقيقة النزاع في الدعوى العمومية⁽⁷⁷⁶⁾.

771 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 66. سامي النصرأوي: م. س، ص. 63. محمد عياط: م. س، ص. 86. أحمد الخليلشي: م. س. ص. 72 ومابعدا. إدوار غالي الذهبي: دور النيابة العامة في تنظيم العدالة الجنائية، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، 1971، ص. 157. محمد أبو العلا عقيدة: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، 1999، ص. 362.

772 ويأتي القضاء المصري على رأس القضاء المقارن بخصوص اعتبار النيابة العامة خصماً، حيث أكد في إحدى أحكامه الذي وقع عليه اختيارنا بأنه "من المقرر أن أعضاء النيابة العامة، في حضورهم جلسات المحاكمة الجنائية ليسوا خاضعين كقضاة الأحكام للرد والتنحي، لأنهم في موقفهم، وهم يمثلون سلطة الاتهام في الدعوى، لا شأن لهم بالحكم، بل هم بمثابة الخصم فقط، فالنتحي غير واجب عليهم، والرد غير جائز في حقهم". أورده أشرف رمضان عبد الحميد، م. س، ص. 66 - 67.

773 برنار بولوك: م. س، ص. 147، نبذة 179.

774 نفس المرجع السابق.

775 نقض فرنسي، جريمة 30 يوليو 1955. انظر مجلة النشرة الجنائية. B، 1955، فقرة 336.

776 Jacques BORE : La cassation en matière pénale, Paris 1985, p. 114, n° 329.

وفي هذا الصدد، حكم القضاء الفرنسي، واعتبر في بعض أحكامه بأن السبب في اعتبار أعضاء النيابة العامة لا يمكن مساءلتهم أو تجريحهم، لأنهم يعتمدون فقط على إبداء آرائهم، أمام قضاء الحكم. ومن ثم، فإنهم إن أخطأوا، فإن هذا الخطأ لا يضر بمصالح المجتمع أو الدولة التي يمثلونها (777).

وحسب هذا الموقف، فإن النيابة العامة هي في حقيقتها دائما، إما أن تكون مدعية في الدعوى العمومية أو طرفا فيها أو مدعى عليها في الدعوى المدنية، بحيث إنه لا يمكن وصفها إطلاقا بأنها هيئة قضائية أو أن أعضاءها (778) هم قضاة (779).

فهي مدعية، لأنها هي التي تحرك الدعوى العمومية، وتمارسها أمام قضاء الحكم بالشكل الذي يتطلبه القانون، سواء حين الرفع بمطالبها أو عند ممارسة حقها في الطعون، وهي بذلك لا تختلف عن المدعي المدني في الحقوق والضمانات التي تحول دون عرقلة عملها

777 ومن الحيثيات التي عبرت على هذا الرأي هي هذه الحيثية في صياغتها الفرنسية:

" L'officier du Ministère public qui a conclu n'a exprimé que son opinion et que s'il s'est trompé, son erreur ne peut préjudicier à la société".

أورد هذا الحكم جاكس بوري: م. س، ص. 125، نبذة 366.

778 وهذا ما جعل بعض لفقه الفرنسي أن يطلق عليهم مصطلح les membres دون مصطلح

les magistrats. انظر ستيغاتي وجورج لفسور وبرنار بولوك: م. س، ص. 106، نبذة

110. وذلك بالرغم من أن الفصل الأول من التنظيم القضائي الفرنسي الذي تم تعديله بتاريخ

17 يوليوز 1993 يطلق على هؤلاء المصطلح الثاني دون الأول.

779 جون برانيل: م. س، ص. 113، نبذة 152.

الإجرائي⁽⁷⁸⁰⁾، وذلك بالرغم من أنها سلطة اتهام تمثل الدولة كنظام قانوني وليس كشخص معنوي، حيث إن هذه الصفة الأخيرة هي التي جعلتها تتميز عن المدعي المدني⁽⁷⁸¹⁾.

وهي من جانب آخر طرف، لأنها تمثل المجتمع في الجلسة أمام قضاء الحكم للدفاع عن مصالح هذا المجتمع، غير أنها في هذا الوضع القانوني هي طرف، ولكن ليس بالشكل الذي يكون عليه الطرف المدني، لأنها تمتلك صفة الامتياز عن هذا الأخير، وذلك من عدة نواحي:

فمن ناحية أولى: أنها لا تحتاج إلى بيان صفتها أثناء ممارسة الدعوى العمومية في المطالب التي ترفع بها من حيث إظهار الصفة والمصلحة والأهلية بالشكل الذي يشترط في الطرف المدني أن يبينها في المطالب التي يرفع بها⁽⁷⁸²⁾، لأنها هيئة مشكلة سلفا بقوة القانون⁽⁷⁸³⁾.

ومن ناحية ثانية: أنها لا تنقيد بمطالبها التي متى خالفتها أو تراجعت عنها لا يمكن الاستجابة إلى هذه المطالب، كما هو مقرر في قانون المسطرة المدنية الذي ألزم المحكمة بعدم الحكم إلا وفق ما طالب به الخصوم في طلباتهم التي يرفعون بها إلى المحاكم⁽⁷⁸⁴⁾.

780 برنار بولوك: م. س، ص. 149، نبذة 181.

781 برنار بولوك: م. س، ص. 148، نبذة 180.

782 نقض فرنسي، جريمة 13 فبراير 1973، أنظر النشرة الجنائية، 1973، فقرة 395، وانظر

أيضا جريمة 14 أكتوبر 1980، نفس النشرة 1980، فقرة 258.

783 جاكيس بوري: م. س، ص. 106.

784 أنظر الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية المغربي.

ومن ناحية ثالثة: أنها تمتاز عن الطرف المدني بكونها لا تملك التصرف في الدعوى العمومية، من حيث التنازل عليها أو تركها دون ممارسة⁽⁷⁸⁵⁾، أو التصالح بشأنها مع المتهم في غير ما نص عليه القانون، أو التنازل عن إجراءات الطعن فيها⁽⁷⁸⁶⁾، لأنها سلطة والسلطة ليس من خصائصها التصرف بهذا الشكل فيما هو للمجتمع.

وإذا كانت النيابة العامة تؤسس عملها على المصلحة العامة، فإنه بمقتضى هذه الميزة الأخيرة، استطاع القضاء الفرنسي أن يزيد من توسيع سلطاتها في قرارات لها حديثة⁽⁷⁸⁷⁾، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في هذه القرارات بأن هذه الهيئة القضائية بإمكانها أن تمارس حق الطعن في كل حكم ترى بأنه يتسم بعدم المشروعية⁽⁷⁸⁸⁾، سواء تعلق الأمر بالمقررات أو الأوامر الصادرة بعدم المتابعة أو وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية أو الإعفاء من التهمة، أو تعلق الأمر بالأحكام الصادرة بالإدانة⁽⁷⁸⁹⁾.

وأمام اتساع هذه السلطات لهيئة النيابة العامة، باعتبارها طرفاً ومدعية في نفس الوقت، فإنه يمكن أن نستخلص من هذا الموقف الفقهي بأن هذه الهيئة تكاد أن تكون معصومة من الخطأ. ومن ثم، فإنه لا يجوز

785 وهذا ما جعل معظم التشريعات أن تعتبر بأن حضورها إلزامي أثناء ممارسة الدعوى العمومية أمام قضاء الحكم.

786 نقض فرنسي، جريمة 29 يناير 1975، النشرة الجنائية 1975، فقرة 33.

787 هذه القرارات هي: قرار 30 أكتوبر 1973، النشرة الجنائية 1973، فقرة 391. - قرار 15 نونبر 1973. أنظر نفس النشرة، فقرة 420.

788 نقض فرنسي، جريمة 20 أكتوبر 1964، النشرة الجنائية 1964، فقرة 268.

789 جاكيس بوري: م. س، ص. 124، نبذة 368.

تجريحها مادام أن عملها مؤسس على المصلحة العامة، حتى ولو كان هذا العمل موسوما بالخطأ الذي لا تضر به أي أحد⁽⁷⁹⁰⁾.

2- إن النيابة العامة إذا كان من غير الممكن اعتبارها هيئة قضائية بسبب تبعيتها لرئاسة وزير العدل، قبل تصدير القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة في تطبيق السياسة الجنائية أو بما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة 72 من القانون رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية فإنه لا يمكن أن نضفي عليها أي صفة أخرى، غير صفة الطرف أو الخصم الذي يمتلك كامل صفات المدعي في الدعوى العمومية، وحيث إنها طرف بهذا الشكل، فإنه لا يمكن تجريحها، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية القائلة بأن الخصم لا يجرح خصمه⁽⁷⁹¹⁾، من جهة. ومن جهة أخرى، إن النيابة العامة كسلطة تنفيذية تمثل الدولة أو المجتمع، لا يمكن تجريحها لتعلق تكوينها بالنظام العام الذي لا يمكن مخالفة الإجراءات التي تنظم أحكامه⁽⁷⁹²⁾.

وهذا التبرير يجد أساسه في التكوين العضوي للنيابة العامة التي ترتبط بالدولة كشخص معنوي وليس كنظام قانوني، وذلك على عكس السلطة القضائية التي تخضع إلى هذا النظام الأخير دون الأول. ويؤكد بعض الفقه في هذا الصدد، بأن الدولة كشخص معنوي لا يختلف عن

790 جاكيس بوري: م. س، ص. 165، نبذة 366.

791 هذه القاعدة في صياغتها الفرنسية تقول: **dans un procès pénale, on ne récusé pas un adversaire**

792 سامي النصراني: م. س، ص. 61 ومابعدها.

غيرها من الأشخاص الخاضعين للدولة كنظام قانوني، ولذلك فإنها في هذا الخضوع لا تختلف عن الأفراد، وهذا ما جعل من النيابة العامة أن تمثلها كطرف في الدفاع عن مصالح المجتمع، لا كسلطة قضائية، الأمر الذي يترتب عنه نتيجتان:

الأولى: أن النيابة العامة لا يمكن تجريحها لأنها لا ينبغي أن تتصف بصفة الحياد الذي يجب أن يتصف به القاضي وحده، وذلك انطلاقاً من اعتبار أنها طرف، والطرف يدافع فقط، ولا يحكم حتى يستطيع أن يتصف بهذه الصفة.

الثانية: إن التجريح يمكن أن يلحق القاضي الذي يمثل الدولة كنظام قانوني، وذلك لوجوب اتصافه بالحياد، بينما النيابة العامة لا تمثل الدولة كنظام قانوني، وإنما تمثلها كشخص معنوي. ومن ثم، فإنه لهذا السبب الأخير، يمنع المشرع تجريحها. ولهذه العلة، فإن النيابة العامة لا تختلف كطرف في ادعائها عن ادعاء الأفراد أمام القاضي الذي يمثل شيئاً أسمى من المتنازعين.

ويرى بعض الفقه بأن هذه المساواة بين الأفراد والدولة كشخص معنوي في الادعاء أمام القاضي، تمثل حقيقة هامة، مفادها أن الادعاء في المسائل الجنائية، لا يختلف من حيث طبيعته عن الادعاء في المسائل المدنية، فكلاهما يقوم به شخص، أحدهما طبيعي والآخر معنوي وهو الدولة أو المجتمع، ويتساويان أيضاً، فيما يطلبانه من

القاضي، وهو تحريك الحماية التي يقررها النظام القانوني لاقتضاء الحق المقرر لهما.

وبهذا المعنى، فإن الدولة في قيامها بدور المدعي كشخص معنوي لا تتميز عن الشخص الطبيعي الذي يقوم بهذا الدور في المنازعات المدنية إلا من الناحية الشكلية فقط، بليل أنها لا تستطيع أن تقتضي حقها في العقاب بنفسها⁽⁷⁹³⁾. وهذا ما تقوم به النيابة العامة كطرف أصلي في الدعوى العمومية، ولهذا السبب، فإنه لا يمكن تجريحها بالشكل الذي يجرح به قضاة الحكم.

الفقرة الثانية: الموقف الفقهي الراض لنظرية اعتبار النيابة

العامه خصما في الدعوى

إن نظرية اعتبار النيابة العامة خصما أو طرفا في الدعوى لا يكفي فيها إضفاء الفقه هذه الصفة عليها، حتى يمكن التسليم بها وإنما لابد من مراعاة موقف المشرع منها أيضا، ما إذا كان هذا الأخير فعلا، قد أطلق هذا المصطلح أم لا، وهذا ما سنناقشه في النقطتين الآتيتين.

793 عبد المنعم عبد الرحيم العوضي: م. س، ص. 97.

النقطة الأولى: مدى إمكانية التسليم بانسحاب صفة الطرف على النيابة العامة في الفقه

إنه من غير الفقه الفرنسي الذي اعتاد أن يصنف في مؤلفاته بعنوانين بارزة، اعتبار النيابة العامة طرفاً وليس قاضياً بخصوص تحديد مركزها القانوني⁽⁷⁹⁴⁾، فإن أغلب الفقه العربي المقارن ومعه الفقه المغربي ظل يتساءل ما إذا كان فعلاً، يجب إضفاء هذه الصفة عليها أم لا⁽⁷⁹⁵⁾.

والجواب على هذا السؤال يقتضي منا إبراز ثلاث ملاحظات أساسية، تتعلق إحداها بإبراز مدى انسحاب مواصفات الخصم بالمفهوم المدني عليها، وثانيها، تتعلق بإبراز مدى ممارسة النيابة العامة لنفس الحقوق التي يمارسها أي خصم أو طرف في الدعوى، وثالثها تتعلق بإبراز مدى اعتبار هذه الهيئة خصماً في جميع مراحل هذه الدعوى.

الملاحظة الأولى: إبراز مدى انسحاب مواصفات الخصم على

النيابة العامة بمفهومه المدني

إن مواصفات الخصم حصرها قانون المسطرة المدنية في الصفة والمصلحة والأهلية، فإلى أي حد يمكن أن تتوفر هذه الصفات في النيابة العامة حتى يمكن القول بأنها خصم في الدعويين العمومية والمدنية لا يمكن تجريحه ؟

794 كاستون ستيفاني وجورج لفاصور وبرنار بولوك: م. س، ص. 147.

795 سامي النصراوي: م. س، ص. 63.

إذا أخذنا بعين الاعتبار شرط الصفة (796) في الدعوى التي تجعل فيها دعوى شخصية لارتباط وجودها بقيام حق شخصي أو عيني للمدعي من أجل الكشف عنه أمام قضاء الحكم عندما ينازعه فيه شخص آخر وهو المدعى عليه (797)، فإن القانون لا يشترط هذه الصفة في النيابة العامة لأنها، لا تملك الدعوى العمومية أو المدنية حتى يمكن القول بأن حق العقاب فيها أو غيره، هو حق له علاقة بما تدعيه في هذه الدعوى. وعلى هذا الأساس، فإن الفقه يؤكد بأن هذه الهيئة القضائية لها فقط صفة التقاضي (798)، دون أن تكون لها الصفة في الدعوى (799) بالشكل الذي يكون عليه الخصم في القانون المدني (800).

أما إذا أخذنا بعين الاعتبار شرط الأهلية، التي تعني صلاحية الشخص لاكتساب صفة الخصم في الدعوى (801)، فإن هذا الشرط بدوره،

796 يعرف بعض الفقه الصفة بأنها هي صلاحية الشخص في المطالبة بالكشف عن حقه في الدعوى عن طريق الحكم القضائي. أنظر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس بتاريخ يناير 1976، العدد الأول، السنة الثامنة عشر، مطبعة جامعة عين شمس، 1978، ص. 158.

797 سامي النصراني: نفس المرجع السابق.

798 تعرف الصفة في التقاضي بأنها هي مكة الممثل الإجرائي في مباشرة الإجراءات المتعلقة بمن يمثله بناء على ما يقوم به، وبين من يمثله من علاقة نيابية أو عضوية. أنظر نفس المجلة السابقة.

799 تعبر الصفة في التقاضي عن صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات في الدعوى باسم غيره، كما هو الأمر بالنسبة للنائب الشرعي عن القاصر أو المحجور عليه في الدعوى التي يرفعها هذا النائب لمصلحة هؤلاء الذين يفقدون صفة الأهلية في مباشرة هذه الدعوى. أما المصلحة في الدعوى، فإنها تعبر عن صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات في هذه الدعوى باسمه لا باسم غيره، وهذا ما لا ينطبق على النيابة العامة كهيئة قضائية.

800 نفس المجلة السابقة: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، ص. 150.

801 يمكن تعريف الأهلية بأنها هي "صلاحية الشخص للمشاركة في الإجراءات التي تقتضيها الخصومة الجنائية في الدعوى العمومية".

لا ينطبق على النيابة العامة، كمؤسسة قانونية، على اعتبار أن صلاحية هذه المؤسسة في ما تقوم به من إجراءات لا تكتسبه من هذه الدعوى، وإنما تكتسبه من القانون وبشكل مستقل عما تقوم به من إجراءات في مختلف المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، وهذا ما يفسر بأن الخصم في الدعوى قد يؤثر في مصيرها بالوفاة⁽⁸⁰²⁾ أو بفقد الأهلية⁽⁸⁰³⁾. في حين أن النيابة العامة لا يمكن أن تؤثر في هذه الدعوى بهذا الطريق.

وشرط الأهلية لا يمكن أن ينسحب على النيابة العامة، حتى ولو سلمنا بأن هذه الأهلية هي شرط في ممارسة الإجراءات في الدعوى وليست شرطا لصحة هذه الدعوى⁽⁸⁰⁴⁾، على اعتبار أن الشرط هو صفة يرتبط بسن التمييز أو بسن الرشد القانوني القانوني، وهذا ما لا يمكن تصوره في قضاة النيابة العامة.

وأخيرا، فإنه بالنسبة لشرط المصلحة التي تعني صلاحية الشخص في حماية حقوقه المعرضة للاعتداء أمام القضاء بحسن نية، متى كانت هذه الحقوق قائمة بشكل قانوني، لا يمكن أيضا أن ينسحب على النيابة العامة، وذلك على أساس أن هذه الهيئة عندما تقوم بتحريك الدوى العمومية أو ممارستها، فإنها لا تفعل ذلك لمصلحتها الشخصية، وإنما تفعل ذلك لمصلحة المجتمع الذي تمثله أمام المحكمة مما يرفع

802 إن وفاة المتهم تؤدي إلى سقوط الدعوى العمومية.

803 إن فقدان الأهلية للمتهم يؤدي إلى توقف سير الدعوى إلى حين زوال هذا العارض.

804 أنظر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: م. س، ص ص. 139 - 140.

عنها هذه الصفة بالمفهوم المدني كشرط من شروط صحة هذه الدعوى (805).

والذي يؤكد ما ذهبنا إليه في هذا الصدد، هو أن شرط المصلحة هو الذي جعل المشرع المغربي، أن يلزم المحكمة بالحكم في حدود ما يطلبه الخصوم نتيجة ارتباط هؤلاء بمطالبهم التي رفعوا بها إليها في مقال الدعوى، في حين أن النيابة العامة، لا تكون ملزمة بمطالبها، كما يفهم ذلك من قواعد قانون المسطرة الجنائية.

فهذه الصفات الثلاث: الأهلية، الصفة، والمصلحة، تؤكد كلها بأن النيابة العامة لا تمارس حق الادعاء حتى يمكن إطلاق صفة الخصم عليها تأسيسا على هذه الصفات الثلاث، وإنما هي تمارس سلطة الاتهام (806)، لذلك فإنه لا يكفي أن تضيف هذه الصفة عليها، انطلاقا مما تتمتع به من حق التقاضي لمصلحة المجتمع حتى نبرر عدم تجريحها، مادام أن صفتها في الدعوى تقتصر فقط على ممارسة الإجراءات التي تمثل فيها الدولة كشخص معنوي بالشكل الذي سبق بيانه في الفقرة الأولى، وهذا ما جعل بعض الفقه أن يعتبر بأن محاولة إضفاء صفة الخصم على النيابة العامة، ومن ثم الاستناد على هذه الصفة، من حيث إمكانية عدم تجريحها، ما هو إلا تطبيق للدعوى المدنية على الدعوى العمومية

805 وهذا يعني أنها أقرب من صفة المحامي من صفة الخصم. أنظر جورج فيدال: نفس المرجع السابق.

806 عبد الفتاح بيومي حجازي: سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، الطبعة الأولى، 1993، ص. 13.

(807). وهذا ما يستحيل التسليم به أمام استحالة إحلال إجراءات المسطرة المدنية محل إجراءات المسطرة الجنائية، حتى ولو تعلق الأمر بالدعوى المدنية التابعة (808).

الملاحظة الثانية: إبراز مدى مساواة النيابة العامة مع الخصوم في الحقوق والواجبات

تقتضي هذه الملاحظة، بأن اعتبار النيابة العامة خصما في الدعوى العمومية، يلزم أن تشترك هذه الهيئة القضائية في جميع الصفات التي يمتاز بها الخصوم، كصفة المساواة في الحقوق والواجبات وصفة الاشتراك في العملية الإجرائية، دون ممارستها.

فبالنسبة لصفة المساواة، يلاحظ بأن النيابة العامة لا تشترك مع باقي الخصوم في الحقوق والواجبات، والتكاليف أو الآثار المترتبة على الحكم في الدعوى العمومية، حيث يلاحظ أن هذه الهيئة، لا تمارس حق الادعاء التي يخول لها ممارسة جميع الحقوق المترتبة على هذا الادعاء كحق الدفع، وحق الإثبات (809)، وحق التصرف في الدعوى، أو التنازل عن إجراءاتها (810)، أو سحبها أو تركها (811)، وحق المرافعة، وإنما

807 سامي النصاروي: م. س، ص. 64.

808 عبد الواحد العلمي: شرح قانون المسطرة الجنائية، ط 2005، ص. 75.

809 إن الإثبات بالنسبة للنيابة العامة ليس حقا وإنما يعتبر بالنسبة إليها واجبا.

810 ويشمل هذا التنازل طرق الطعن والبطالان. أنظر المواد 403 بالنسبة للطعن بالاستئناف والفقرة الثانية من المادة 212 بالنسبة للنقض. وفي هذا الصدد، أكد المجلس الأعلى في إحدى أحكامه واعتبر بأنه "لا يجوز للنيابة العامة أن تتنازل عن الدعوى العمومية التي أقامتها، ولا عن طرق الطعن العادية فيها وغير العادية التي سبق لها أن سلكتها، فإن تنازل النيابة

تمارس سلطة الاتهام التي تخول لها إصدار الأوامر والاستعانة بالقوة العمومية، وممارسة السلطة التقديرية، فيما يرفع إليها من محاضر وشكايات، وبلاغات ووشايات (812).

كما أن نفس الهيئة لا تتساوى مع الخصوم في الشق المتعلق بالواجبات كواجب الالتزام بالحضور والاستجابة إلى أوامر قضاء التحقيق أو الحكم، وواجب أداء الرسوم القضائية. فهذه الواجبات كلها لا تقابل الحقوق التي تطالب بحمايتها، لأنها سلطة والسلطة لا تلتزم بأي واجب، إلا ما نص عليه القانون. ولهذا السبب، فإن حضورها الوجوبي أثناء ممارسة الدعوى العمومية أمام المحاكم لا يجد مصدره أو أساسه في الحق الذي تدعي به أو تطالب بحمايته، وإنما هذا الأساس يرتبط بما نص عليه القانون كجزء من عملها أو الوظائف التي تقوم بها، وليس كواجب عليها فقط. وهذا ما يفسر بأن عدم حضور المدعي أمام المحكمة في المادة المدنية هو دليل على التنازل عن الدعوى التي رفعها، في حين أن هذه الهيئة القضائية وإن كانت بدورها مدعية إلا أن عدم حضورها لا يعني ما يعنيه هذا التنازل، وذلك لاستحالة تصور هذا

العمامة عن طلب التحقيق الصادر عنها باطل، ولا يمكن أن يترتب عنه تخلي المجلس عن النظر في الطلب المرفوع إليه". حكم صادر بتاريخ 18 فبراير 1958 سبقت الإشارة إليه، وقد أورده أبو المعاطي حافظ أبو القتوح: م. س، ص. 33، هامش 3.

أنظر نفس القرار السابق. 811

أنظر المادة 40 من قانون المسطرة ج. 812

الغياب في المادة الجنائية⁽⁸¹³⁾ إلا ما يتعلق بالمداولات التي لم يلزمها
المشرع بالحضور فيها⁽⁸¹⁴⁾.

واستنادا إلى هذا الاعتبار، فإن المحكمة إذا أثارت عدم توفر
إحدى شروط التقاضي المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون
المسطرة المدنية، أو لم يراع المدعي في مقاله المرفوع إليها الإجراءات
المتعلقة بالقضايا التي يثيرها الاختصاص، فإنها تحكم بعدم قبول
الدعوى، في حين أن نفس المحكمة في القضايا المدنية أو الجنائية التي
تكون فيها النيابة العامة طرفا فيها، لا تحكم بعدم قبول الدعوى وإنما
تحكم ببطالان الإجراءات المتبعة في هذه الدعوى⁽⁸¹⁵⁾. وهذا ما ذهب
إليه الفقه الراجح في مصر⁽⁸¹⁶⁾ وفرنسا⁽⁸¹⁷⁾.

وأخيرا، يمكن أن نؤكد بخصوص المساواة التي نحن بصدددها،
إن النيابة العامة لا تتحمل التكاليف المترتبة عن مصاريف الدعوى، إذا
ما اعتبرناها خصما، وبصفة خاصة، ما يتعلق بتكاليف الخزينة العامة،
وأداء التعويضات للمتهم في حالة براءته⁽⁸¹⁸⁾ أو خضوع قضائها إلى

813 تقضي المادة 37 من قانون المسطرة الجنائية في هذا الصدد بأنه "تمثل النيابة العامة لدى كل محكمة زجرية، وتحضر مناقشات هيئات الحكم...".

814 أنظر المادة 237 من نفس القانون، حيث تقضي المادة بأنه "لا يمكن لممثل النيابة العامة ولا لكاتب الضبط حضور مداولات الغرفة الجنحية".

815 أنظر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: م. س، ص. 160.

816 Mohammed Abdelkhalak Omar : La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire Privé, Thèse, Paris, 1976, p. 163, n° 334.

817 M. Laborde – Lacoste : Procédure civile, 3^{ème} éd., Paris, 1951, p. 30, n° 73.

818 في هذا الصدد حكم القضاء الفرنسي قاتلا:

نص المادة 98 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك على خلاف الخصم الحقيقي في الدعوى، فإنه يخضع إلى تحمل كل هذه التكاليف بقوة القانون.

أما بالنسبة لصفة الاشتراك، فإن من خصائص الخصم أنه يشارك في العملية الإجرائية للخصومة الجنائية عن طريق الترافع، وهذا بخلاف النيابة العامة التي لا تترافع في الدعوى العمومية أثناء ممارستها، وإنما هي تمارس الإجراءات التي تقتضيها هذه الممارسة، مما ينفي عليها صفة الخصم التي يتمسك بها أنصار رفض نظرية التجريح في هذه الهيئة القضائية.

الملاحظة الثالثة: إبراز مدى اعتبارها خصما في جميع مراحل

الدعوى

إذا سلمنا باعتبار النيابة العامة خصما في مرحلة الممارسة أمام القضاء الجالس من منظور وصفها بالقضاء الواقف، فهل يمكن اعتبارها

« Attendu qu'en admettant, comme les parties, que la faute d'appréciation d'un juge d'instruction à l'occasion d'actes relatifs à la détention préventive spécialement d'ordonnances de rejet de demandes de mise en liberté provisoire, lesquelles ont un caractère juridictionnel puis en l'état des principes qui gouvernent la matière, engager la responsabilité de la puissance publique par application des articles 1382 et 1384 du code civil, il n'apparaît pas que tel soit le cas... ».

أورده رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 179.

كذلك في مرحلة تحريك الدعوى العمومية ؟⁽⁸¹⁹⁾. ومن ثم، فهل يمكن اعتبار المتهم خصما أثناء هذه المرحلة حتى تكون هي كذلك ؟

في الجواب على هذه الأسئلة يبدو لنا، بأن النيابة العامة لا يمكن اعتبارها خصما، كما لا يمكن اعتبار المتهم كذلك، في مرحلة تحريك الدعوى العمومية. فلماذا إذن، لا يمكن تجريحها في هذه المرحلة من هذا المنظور، وهي تتصرف في الدعوى التي تحركها بالشكل الذي تريد، وبصفة خاصة ما يتعلق بحفظ الأوراق وإصدار الأوامر بإيداع المتهم في السجن، أو إلقاء القبض عليه محليا أو دوليا⁽⁸²⁰⁾، وأيضا إصدار الأوامر من أجل الاستعانة بالقوة العمومية⁽⁸²¹⁾. هذا بالإضافة إلى استنطاق المتهم⁽⁸²²⁾ وسحب جواز سفره، وإغلاق الحدود في حقه⁽⁸²³⁾.

بحيث يلاحظ من كل هذه الأعمال أو الإجراءات المرتبطة بها بأنه من غير المفيد، أن نقول بأن هذه الهيئة خصم أو أن المتهم أو غيره ممن خول لهم المشرع حق التجريح خصما مقابلا، أو طرفا مضادا لها في المرحلة التي نحن بصدددها. ولذلك، يمكن القول، إذا كان رفض

819 لقد اختلف الفقه في ما إذا كانت الدعوى العمومية تبدأ باتخاذ أول إجراء فيها من النيابة العامة أم أنها تبدأ برفع الملف بشأنها إلى القضاء لمتابعة من تعتبره قد ارتكب الجريمة، حيث إن البعض أخذ بالجواب على السؤال الأول (أندري فيتي: المسطرة الجنائية، 1957، م. س. ص. 29)، بينما البعض الآخر أخذ بالجواب على السؤال الثاني.

820 أنظر الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية.

821 أنظر المادة 36 ومباعدة من قانون المسطرة الجنائية.

822 أحمد الخليلي: م. س، ص. 73

823 أنظر الفقرة الحادية عشر من المادة 40 من نفس القانون.

التجريح قد تم بناء على قاعدة على أن الخصم لا يمكن أن يجرح خصمه، فإنه يجب القول كذلك بأن الخصم لا يحق له أن يقوم بكل هذه الإجراءات ضد خصمه، وهو متساو معه في الصفة، مما يعني أن نظرية تجريح قضاة النيابة العامة، بناء على هذه القاعدة هي نظرية مبنية على أساس غير سليم، سواء في الواقع أو القانون.

ففي الواقع، يمكن القول بأن النيابة العامة والمتهم لا يمكن اعتبارهما خصمين في مرحلة تحريك الدعوى العمومية⁽⁸²⁴⁾، وذلك لانعدام وجود أي نزاع بينهما في هذه المرحلة⁽⁸²⁵⁾. مما يعني أن قضاة هذه الهيئة، إذا ما توفرت فيهم أسباب التجريح خلالها، فإنهم يجرحون بناء على كونهم قضاة وليسوا خصوما أو أطرافا في هذه الدعوى.

أما من الناحية القانونية، فإن النيابة العامة، لا يمكن وصفها بأنها طرف وهي تقوم بأعمال السلطة القضائية، وذلك لتكامل عملها مع عمل قضاة التحقيق وقضاة الحكم استنادا إلى أن كلا منهما يخضع إلى الدولة كنظام قانوني وليس إلى الدولة كشخص معنوي، كما سبق لقول بذلك، وهذا ما سنناقشه في النقطة الموالية.

النقطة الثانية: مدى إمكانية التسليم بانسحاب صفة الطرف على

النيابة العامة في التشريع

⁸²⁴ وهذا ما ذهب إليه لقضاء المغربي في بعض أحكامه. أنظر قرار المجلس الأعلى عدد 27 (س 12)، الصادر بتاريخ 12 نونبر 1970، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1966، 1986، م. س، ص. 48.

⁸²⁵ رمزي طه الشاعر: م. س، ص. 26.

إذا رجعنا إلى قانون المسطرة الجنائية، نجد بأن المشرع الجنائي المغربي لم يستعمل فيها مصطلح "الخصم" أو "المدعي العام" كما فعلت بعض التشريعات الجنائية المقارنة، وإنما استعمل مصطلح "الطرف الأساسي" مرة واحدة في المادة 562 من هذا القانون، وهذا ما يدفعنا إلى إبراز الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: إن استعمال عبارة "الطرف" للتعبير على النيابة العامة مرة واحدة، لا يعبر على أنها فعلا، طرف بالمفهوم المدني، وإنما من أجل توضيح الأمر فقط أمام محكمة النقض، وذلك بهدف اعتبارها الجهة الوحيدة المختصة في رفع طلبات الطعن بالنقض المقدمة إلى هذه المحكمة لفائدة القانون. ومن ثم، فإنه يمكن للوكيل العام للملك لدى نفس المحكمة أن يقدم مستنتاجاته بخصوص هذا الطعن قبل تقرير المستشار المقرر⁽⁸²⁶⁾.

فالنيابة العامة ليست خصما أو طرفا، بالشكل الذي يبرر بمقتضاه أنصار نظرية تجريح قضائتها، مادام أن المشرع المغربي لم يصفها بهذا الوصف، أو أنه لم يصف عليها صفة المدعي العام، حتى يمكن القول بأنها فعلا بمثابة الخصم في الدعوى العمومية يقابله المدعي عليه، في هذه الدعوى.

وحتى إذا تجاوزنا هذا التصور بالنسبة للمتهم كمدعي عليه، فإنه لا يمكن التسليم بهذا التجاوز بالنسبة للمدعي المدني، أو المسؤول

826 أنظر المادة 562 من قانون المسطرة الجنائية.

المدني، لأن هؤلاء لا يمكن وصفهم بالخصوم بالشكل الذي يقابله في مفهومه المدني الطرف أو الخصم الآخر وهو النيابة العامة.

وتأسيسا على هذا المعنى، فإن تشريعنا الجنائي لما امتنع عن وصف هذه الهيئة القضائية بأي وصف، يمكن استيراده من قانون المسطرة المدنية، فإن ذلك يعني بوضوح، أنها ليست خصما بالشكل الذي درج الفقه على استعماله وإنما هي هيئة قضائية بقوة القانون. ومن ثم، فإن ممثليها هم قضاة يجب تجريحهم كقاعدة عامة، إلا في حالات استثنائية أورد بعضها في قانون المسطرة الجنائية وبعضها الآخر في قانون المسطرة المدنية.

فبالنسبة لقانون المسطرة الجنائية، يصح القول بأنه لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة، وذلك عندما يكونوا قضاة واقفين، ولكنهم ليسوا باعتبارهم خصوما، وإنما باعتبار أن ما يدلي به هؤلاء من مستنتجات يخضع تقديره إلى قضاة الحكم، وليس إلى رئيس هذه الهيئة كهيئة قضائية مستقلة في عملها.

أما بالنسبة لقواعد قانون المسطرة المدنية، فإن المشرع المغربي لم يجرحها في إطار هذه القواعد، لا لكونها طرفا رئيسا وإنما لأنها تشكل فعلا طرفا في الدعوى، وذلك لكونها تصبح مدعى عليها في

بعض القضايا كقضايا الحالة المدنية وقضايا الجنسية والأسرة (827).

وبالمقابل، فإن هذا القانون جرح هذه الهيئة على سبيل الاستثناء أيضا، عندما تكون طرفا منضما وإن كنا نحن نعتبر أن المشرع المغربي في هذا الاستثناء قد عكس الآلية، على اعتبار أن النيابة العامة عندما تكون بهذا الشكل تكون خصما تقابل في الوجود الخصم الآخر أمام المحكمة المدنية، وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن تجريحها، وذلك بناء على القاعدة الفقهية التي سبق بيانها، وهي أن الخصم لا يستطيع أن يجرح خصمه. أما إذا كانت طرفا أساسيا، فإن تجريحها يقوم على أنها هيئة قضائية وليس طرفا بالشكل المنصوص عليه في قواعد هذا القانون.

ولكن إذا قارنا بين قانون المسطرتين، نجد المشرع المغربي استعمل عبارة "طرف" (828) في قانون المسطرة المدنية، دون المسطرة الجنائية. فلماذا هذا التمييز في هذا الاستعمال؟

في اعتقادنا، إن الجواب على هذا السؤال، يبدو واضحا، على اعتبار أن اختلاف طبيعة المادة المدنية، مع طبيعة المادة الجنائية، هو الذي جعل المشرع المغربي أن يستعمل مصطلح "الطرف" في قانون المسطرة المدنية، وذلك من منظور كون قواعد هذا القانون، تعتمد فيه

827 وهذا ما سندرسه بتفصيل في الباب المتعلق بنطاق التجريح.
828 أنظر المادة 6 من قانون المسطرة المدنية، وانظر أيضا المادة 8 من نفس القانون.

الإجراءات على أطراف الخصومة المدنية، في حين أن الأمر ليس كذلك في قانون المسطرة الجنائية، هذا بالإضافة إلى كون النيابة العامة غالبا ما تكون مدعى عليها في القضايا المدنية كقاعدة عامة. ولهذا السبب، اعتبرها "طرفا" دون أن يعتبرها شخصا إجرائيا بالشكل الذي هو عليه، في المسطرة الجنائية.

ومن جانب آخر، إن المشرع المغربي عبر على أن النيابة العامة باعتبارها طرفا في قانون المسطرة المدنية، دون المسطرة الجنائية، وذلك لكون هذه الهيئة في نطاق القانون الأول، تمارس حق الادعاء. في حين، أنها تمارس في نطاق القانون الثاني سلطة الاتهام⁽⁸²⁹⁾. لذلك، فهي حين تمارس الادعاء يمكن اعتبارها طرفا وحيث تمارس الاتهام، لا يمكن اعتبارها كذلك، بسبب كون أنها شخص إجرائي لا تختلف طبيعته باختلاف متابعة الجرائم، وذلك بالشكل الذي يكون عليه الخصم في قانون المسطرة المدنية⁽⁸³⁰⁾.

الملاحظة الثانية: إن الذي يؤكد بأن النيابة العامة ليست خصما في الدعوى العمومية هو كون تشريعنا الجنائي ظل في جميع قواعد قانون المسطرة الجنائية، ينعتها بهذه الصفة كهيئة قضائية، وليس بصفة أخرى، الأمر الذي يفهم معه بأنها مجرد شخص إجرائي لا يختلف عن

829 محمد التغدويني: تحريك الدعوى، م. س، ص. 61، هامش رقم 1.

830 يجب أن نلاحظ في هذا الصدد، بأن مركز الخصم ينقضي بانقضاء الخصومة أو الدعوى التي أضفت عليه هذه الصفة. في حين، أن مركز النيابة العامة لا ينقضي بانقضاء الدعوى العمومية أو سقوطها بإحدى الأسباب المنصوص عليها في المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية.

غيره من الأشخاص الإجرائيين الآخرين الذين خصهم بمتابعة الجرائم في حدود اختصاص كل منهم دون تمييز، كما هو الأمر مثلا بالنسبة للمجنى عليه، وبعض الإدارات العمومية⁽⁸³¹⁾.

ولهذا السبب، فنحن نستطيع أن نستخلص قاعدة أساسية مفادها أن النيابة العامة حيث تكون شخصا إجرائيا في المادة الجنائية، لا يمكن وصفها بأنها طرف في الدعوى، ولكن حيث تكون هيئة قضائية مدعى عليها، فإنه عندئذ يمكن وصفها بأنها طرف على سبيل التجاوز فقط، وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع المغربي في قانون المسطرتين. ومن ثم، فإنه بناء على هذه القاعدة، يمكن تجريح قضاة هذه الهيئة بالشكل الذي ذهب إليه الفقه والقضاء المغربي، كما سبق أن ناقشنا ذلك في المطالب السابقة.

831 محمد التغدويني: نفس المرجع السابق، ص. 395 ومابعدا.

المطلب الثاني: مبررات الفقه الراجح بخصوص تجريح قضاة النيابة العامة

انتهينا في المطلب السابق، إلى أن النيابة العامة ليست خصما بالمفهوم المدني حتى نستطيع القبول بعدم تجريحها، كما جرى على ذلك الفقه الذي ظل يشتغل على التشريعات التي تأخذ بهذا المنع. ولذلك، فإن الطرف الآخر من الفقه الذي يعارض هذا الموقف اعتمد على مجموعة من المبررات من أجل تأكيد هذا الاعتراض، وهذه المبررات منها ما يرتبط بعدم وضوح الرأي الرافض لهذا التجريح (الفقرة الأولى)، ومنها ما يرتبط بموقع النيابة العامة من الإجراءات التي تمارسها في الدعاوى المدنية أو الجنائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المبررات المرتبطة بعدم وضوح الرأي الرافض

لتجريح قضاة النيابة العامة

اعتاد الفقه الرافض لتجريح قضاة النيابة العامة، أن يؤسسوا هذا الرافض على كون أن ما يقوم به هؤلاء القضاة هو من الأعمال الإجرائية التي تخضع في تقديرها إلى السلطة التقديرية لقضاة الحكم أو على كون أن المطالب التي يرفعون بها إلى هذا القضاء الأخير ليست

ملزمة له، حتى يمكن تجريحهم⁽⁸³²⁾ إلا إذا كانوا يشكلون طرفا منضمما في بعض القضايا المدنية⁽⁸³³⁾.

ولكن البعض الآخر من الفقه⁽⁸³⁴⁾، يرى بأن هذه التفرقة لم تتل تأييد جانب كبير من الفقه في كل من مصر وفرنسا، وذلك استنادا إلى أسباب كثيرة أهمها:

1- إن تبرير عدم تجريح النيابة العامة على أساس أنها طرف أصلي، أو خصم في الدعوى الجنائية أو المدنية، لا يعتبر تبريرا كافيا⁽⁸³⁵⁾، وذلك على اعتبار أن المتهم أو غيره ممن خولهم المشرع حق هذا التجريح لا يجرح هذه الهيئة كسلطة اتهام، وإنما يجرح فقط من يمثلها من القضاة الذين قد يثيرون الشك في نفس هؤلاء الأطراف أمام انعدام حيديتهم أو نزاهتهم إذا ما قامت أسباب هذا التجريح لديهم⁽⁸³⁶⁾، على اعتبار أن بعث الطمأنينة لدى الخصوم يعتبر في حد ذاته حلقة من سلسلة الضمانات التي يتأسس عليها الدفاع عندهم، الأمر الذي يقتضي

832 لقد سبق أن رأينا في المطالب السابقة بأن القضاء المصري اعتبر بأنه "من المقرر أن أعضاء النيابة العامة في حضورهم جلسات المحاكمات ليسوا خاضعين كالقضاة لأحكام الرد (أي التجريح) والتنحي، لأنهم في موقفهم وهم يمثلون سلطة الاتهام لا شأن لهم بالحكم، بل هم بمثابة الخصم فقط، فالتنحي غير واجب عليهم، والرد غير جائز في حقهم"، فيبدو من هذا الحكم أن هناك اعتراف بأن عدم تجريح هؤلاء القضاة ينحصر فقط عندما يكونوا من القضاة الواقفين أمام هيئة الحكم. أما إذا كانوا كهيئة مستقلة في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، فيجب تجريحهم، وهذا ما أثبتناه في المطالب السابقة.

833 كاستون ستيغاتي وجورج لفاصور وبرنار بولوك: م. س، ص. 113، نبذة 117. برنار بولوك: م. س، ص. 146، نبذة 177.

834 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 67.

835 محمد محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة 1970، ص. 73، نبذة 47.

836 Pandectes belges, v° : «récusation du juge», t 84, Bruxelles, Larcier 1905.

السماح لهم بطلب استبدال كل قاض من قضاة النيابة العامة إذا ما قامت فيه الأسباب المذكورة، وذلك لافتراض انعدام الحيدة، أو التجرد من العمل الذي يقوم به لديه⁽⁸³⁷⁾.

2- إذا سلمنا بأن الرأي الذي تبديه النيابة العامة شفاهة في الجلسة أو في مستنتاجاتها الختامية، لا تلتزم به المحكمة، فإن هذا القول يعتبر صحيحاً من الناحية القانونية المجردة فقط. أما من الناحية الواقعية، فإن المحكمة قد تتأثر في قراراتها وأحكامها بهذا الرأي⁽⁸³⁸⁾، على اعتبار أنها تشكل جزءاً من هيئة الحكم، في هذا الوضع القانوني، كما سنرى في الفقرة الثانية من هذا المطلب، وهذا ما يقتضي وجوب تجريح قضاتها، إذا ما توفرت لديهم شبهة الميل أو التحيز⁽⁸³⁹⁾ إلى المتهم أو إلى المجني عليه في المادة الجنائية أو إلى أحد الخصوم في المادة المدنية.

3- إن الرأي الذي يرى بأن النيابة العامة لا تتمتع بسلطة تقديرية مباشرة في الدعاوى التي تحركها، هو رأي يمكن التسليم به على سبيل التجاوز أمام قضاة الحكم فقط. أما في غير هذه الحالة، فهي تتمتع بهذه السلطة بشكل كامل. ومن ثم، فإن المتهم قد يتضرر

837 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 67.

838 R.P.D.B : «récusation», vol 11, Bruxelles, Bruylant 1951.

839 أنظر نفس المرجع السابق.

بقراراتها المتحيزة، بصورة لا تقل أهمية عن تضرره بالأوامر والأحكام التي يتحيز فيها قاضي التحقيق أو قاضي الحكم⁽⁸⁴⁰⁾.

ونستخلص من هذه الأسباب، أن الفقه الذي يرفض تجريح النيابة العامة يبقى رأيه غير سليم، وغير مؤسس على مبررات مقنعة، وذلك من عدة نواحي:

الناحية الأولى: إن القول بكون طلبات النيابة العامة أو مستنتاجاتها الختامية غير ملزمة، ولا تقيد الحكم في شيء، أو أنها لا تؤثر في هذا الحكم الذي تصدره المحكمة حتى ولو كان قضاة هذه الأخيرة متحيزين فعلا، إلى أحد الخصوم، هو قول يحاول من خلاله الأنصار المؤيدون لهذا الرأي أن يقللوا من دور النيابة العامة بالنسبة للدعوى العمومية، بينما نجد دور هذه الهيئة لا ينحصر في ما تقدمه من ملتمسات أو طلبات أو مستنتاجات أمام قضاء التحقيق أو الحكم، وإنما تشرف على مرحلة هامة من مراحل هذه الدعوى، سواء تعلق الأمر بتحريكها أو الإشراف على ممارستها لدى هاتين الهيئتين الأخيرتين⁽⁸⁴¹⁾، الأمر الذي يتأكد معه بكل وضوح بأن أحد هؤلاء القضاة، إذا ما تحيز إلى أحد الطرفين في الخصومة الجنائية، فإن ذلك

840 أحمد الخمليشي: م. س، ص. 71.

841 Vitu. A : «la récusation en matière pénale », mélanges J. Vincent, Paris, Dalloz 1981, pp 427-443.

سيؤثر حتما وبشكل واضح على سير اتجاه الدعوى العمومية، ولُ توجيهها بالشكل الذي لا يخدم العدالة الجنائية (842).

ويبدو جليا في هذا التحليل، بأن النيابة العامة ليست هي مجرد هيئة تتقدم بالطلبات أو المستنتاجات غير الملزمة لأحد الأطراف، حتى تبرر عدم تجريحها من منظور اعتبارها خصما، وإنما هي هيئة تمارس جزءا هاما من مراحل الدعوى المختلفة لا يقل أهمية عما يمارسه قضاة الحكم في هذه الدعوى (843).

الناحية الثانية: إنه وفقا للرأي الذي يرفض تجريح النيابة العامة تأسيسا على اعتبارها طرفا وخصما في الدعوى العمومية من حقها بناء على هذه الصفة الأخيرة، أن تجرح هي بدورها قضاة الحكم كغيرها من الخصوم، فهل من حقها أن تفعل ذلك إذا ثبت لدى قضاتها سبب من أسباب التجريح بالنسبة لأعضاء هيئة الحكم. ومن ثم، هل من حقها أن تتثير هذا التجريح إذا ما قامت أسبابه بين أحد الأطراف في الدعوى وبين أحد هؤلاء الأعضاء.

إذا ما حولنا أن نجيب على هذه الأسئلة يتبين لنا بأن الأجوبة عليها تعتبر في حد ذاتها دليل على أن النيابة العامة ليست خصما، ومن ثم، فلماذا نضفي عليها هذه الصفة ؟ وهي ليست كذلك حتى نبرر عدم تجريحها، بدون تأصيل فكري مؤسس على أدلة قانونية سليمة، أليس

842 سامي النصراوي: م. س، ص. 65.

843 نفس المرجع السابق.

هذا التبرير يفيد فقط، بأن التمسك به يساهم إلى حد بعيد بالسماح لقضاة هذه الهيئة بأن يكونوا في منأى على الحياد الذي هو أساس العدالة الجنائية بدون سند قانوني سليم (844).

وإذا سلمنا بهذا التفكير، فيجب أن نؤكد بأن النيابة العامة لا يجب تأسيس رفض تجريح قضاتها بناء على موقعها من مراحل الدعوى العمومية، وإنما يجب تأسيسه على مبدأ الحياد. وإذا كانت هذه الهيئة ليست خصما بالشكل الذي سبق بيانه في المطلب السابق، فإن تجريحها يجب أن يقوم على اعتبارها هيئة قضائية يمتلك قضاتها جميع الصفات التي يمتلكها قضاة الحكم (845). وذلك دون مراعاة نص المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية التي نرى بأنها لو حاكمناها أمام المحكمة الدستورية لحكمت هذه الأخيرة بعدم دستوريته، وذلك بسبب التناقض الحاصل بين مضمونها ومضمون الفصل 109 من الدستور المغربي، الأمر الذي جعل من الرأي الراجح في الفقه أن ينادي بضرورة إلغاء التفرقة بين تجريح النيابة العامة، إذا كانت طرفا منضما وعدم تجريحها إذا كانت طرفا أساسيا أو أصليا، وذلك إسوة بقضاة الحكم، سواء في الدعاوى المدنية أو الجنائية، وأيا كانت صفتهم في التدخل كطرف أصلي أو منضم (846).

844 عبد المنعم عبد الرحيم العوضي: م. س، ص. 63.

845 سامي النصر اوي: م. س، ص. 66.

846 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 70. محمد عبد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، جامعة القاهرة، 1980، ص. 100. وفي هذا الصدد،

الناحية الثالثة: إننا إذا ما قارنا بين النيابة العامة والخصم من حيث تسيير الدعوى أو التحكم في مصيرها، لابد من إبداء الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: إن الخصم في المادة المدنية يملك الخصومة التي يرفع بها إلى القضاء، ولذلك فإن تسييره لهذه الخصومة، يتوقف على خوفه من سقوطها إذا ما ترك المشاركة في إجراءاتها. في حين، أن النيابة العامة لا تملك الدعوى العمومية حتى تقول بأن تحكمها في تسيير هذه الدعوى متوقف على هذا الخوف، وإنما لأن ذلك يدخل في نطاق وظائفها كهيئة قضائية. ومن ثم، فإن عدم تركها أو التنازل عليها أو التصالح فيها أو سحبها، لا يمكن اعتباره بأنه ناتج عن المشاركة في إجراءاتها بالشكل الذي يكون عليه الخصم في المادة المدنية، مما يفيد أن هذه الهيئة القضائية أكثر تحكما في الدعوى العمومية من هذا الأخير، وذلك بسبب ممارستها لهذه الدعوى، وليس المشاركة في إجراءاتها فقط، وهذا يعني أن الممارسة هي التي تجعل منها أن تؤثر في عمل قضاة الحكم وليس الخصم أو المتهم.

يؤكد البعض الآخر من الفقه قائلًا بأنه "يجب التنصيص على قابلية أعضاء النيابة العامة للتجريح، سواء في الخصومة الجنائية أو المدنية، وأيا كانت صفتها كطرف أصلي أو كطرف منضم، فالنيابة العامة لا تتصرف بوصفها خصما موضوعيا، وإنما كخصم شكلي، وفي جوهرها هي جهاز قائم على حماية سيادة القانون في حدود معينة، ونزاهة أعضاء النيابة العامة، وضمان حيدتهم، وموضوعيتهم، يجب أن لا يتوفر فيها شك معين، ولذلك يجب مساواتهم بالقضاة في جواز تجريحهم". محمد صالح حسين أمين: دور النيابة العامة في الدعوى العمومية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، 1997، ص. 85. أحمد قحى سرور: أصول الإجراءات الجنائية، 1969، م. س، ص. 122.

وتأسيسا على هذا المعنى، فإنه لا يمكن أن نسلم بكون النيابة العامة هي في نفس الوقت خصما وحكما، حتى نستطيع أن نساير الاتجاه الذي يرفض تجريح قضاة هذه الهيئة القضائية، لأن مثل هذا التسليم يتنافى مع المنطق القانوني الذي يقتضي التمييز بين مختلف المراكز القانونية، سواء تعلق الأمر بالقضاة أو بالخصوم، وذلك مراعاة لمبدأي الاستقلال والحياد لدى هؤلاء.

وترتبا على هذا الطرح، فإنه لا يصح القبول بفتحية أحد قضاة النيابة العامة إذا ما أصبح ينظر في القضية التي حرك فيها الدعوى العمومية ثم نرفض تجريحه، بناء على أنه خصم، وذلك لاشتراك هذين الوصفين في مبدأ واحد هو مبدأ الحياد الذي لا يمكن أن يمارس المتهم أو غيره ممن خول لهم المشرع حق التجريح إلا به. وفي هذا الصدد، أكد بعض الفقه المقارن بأن "حقوق الدفاع تركز على مبدأ المساواة بين الخصوم في الخصومة، وهو ما يتصل بأساس آخر من أسس القضاء، وهو حياد القاضي، إذ لا يتوفر هذا الحياد إلا إذا أتاح القانون للخصوم جميعا فرصا متكافئة في الدفاع. أما إذا خول أحد الخصوم، ما لم يخوله للخصم الآخر من حقوق الدفاع، فقد اختل حياد القاضي واختل معه ميزان العدل" (847).

وحسب هذا الرأي الفقهي، فإن أسباب التجريح إذا ما قامت في أحد قضاة النيابة العامة، ثم أثرت في ميولاته الناتجة عن هذه الأسباب

847 مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: م. س، ص. 185.

على الدعوى العمومية، التي حركها أو مارسها، فإن ذلك يعتبر إخلالا منه بحقوق الدفاع من جهة، وبمبدأ الحياد أو التجرد من جهة أخرى، وهذا ما يدعونا إلى التمسك برفض ما يدعو إليه أنصار رفض تجريح هؤلاء القضاة.

الملاحظة الثانية: إن حقوق الدفاع لدى الخصم ⁽⁸⁴⁸⁾ في المادة المدنية وإن كان القانون يخول ممارستها، تأسيسا على مبدأ ضمان حقوق الإنسان التي من بينها حق التقاضي، إلا أن هذه الحقوق هي في حقيقتها تشكل عبئا عليه، وهذا بخلاف النيابة العامة، فإن هذه الحقوق بالنسبة إليها مجرد واجبات يقتضيها عملها، وليس من أجل الدفاع عن مصالح المجتمع أو مصالح المجنى عليه، وذلك بسبب انعدام هذه المصالح، إلا بعد الكشف عنها عن طريق صدور حكم قضائي بدليل أنه ليس كل دعوى عمومية تم تحريكها يكون موضوعها هو اقتضاء حق الدولة في العقاب، وإنما قد تكون هذه الدعوى قائمة، ولكن دون أن يكون موضوعها قائما، أو العكس، مما يعني أنه لا يمكن التسليم بعدم تجريح النيابة العامة وهي لازالت لم تتأكد ما إذا كان فعلا هذا الحق

848 من حقوق الدفاع لدى الخصم هي حق الحضور، وحق تقديم الأدلة، وحق تصحيح البطلان، وهذه الحقوق كلها تتم في إجراءات حدها قانون المسطرتين إلى جانب حقوق مساعدة أخرى كحق الإخبار بتاريخ الجلسة، وحق الاستعانة بمحام، بينما حقوق النيابة العامة التي بينها قانون المسطرة الجنائية في شكل واجبات هي أوسع من حقوق الخصم، وهذه الواجبات هي الحضور والإدلاء بوسائل الإثبات، والمطالبة بإجراء الخبرة أو بشهادة الشهود، وتقديم المستنتجات أثناء مناقشة الأدلة وتوجيه الأسئلة واستخدام القوة العمومية عند الاقتضاء.

قائما أم ليس كذلك ؟ بل وأن ما قد تتركه أسباب التجريح من ميولات لديها، هو الذي يؤدي إلى خلل في هذا التحريك.

وفي هذا الصدد، فنحن نرى بأن المشرع المغربي لو أخذ بمبدأ تجريح قضاة النيابة العامة، لأدى ذلك إلى انحسار الكثير من المتابعات أو على الأقل إلى الحد منها أمام انكشاف عمل هذه الهيئة التي ظلت محمية من أي مسؤولية نتيجة رفض هذا التجريح الذي قد يكشف عن الكثير من الأخطاء الشخصية التي يمكن أن يرتكبها هؤلاء القضاة أمام انعدام تجريحهم، وهذا الأمر لابد من إعادة النظر فيه عند إقدام المشرع الجنائي على تصدير نصوص قانونية تجيز الأخذ بنظرية تجريح قضاة النيابة العامة.

الفقرة الثانية: المبررات المرتبطة بموقع النيابة العامة من

ممارسة الإجراءات في الدعوى العمومية

يمكن مناقشة هذه المبررات في ثلاثة محاور أساسية، يتعلق أولها بموقع مركز النيابة العامة من مركز الخصم، ويتعلق ثانيها بانتماء هذه الهيئة إلى الدولة كنظام قانوني، وليس كشخص معنوي، وأخيرا يتعلق ثالثها بموقعها من هيئة الحكم.

المحور الأول: موقع مركز النيابة العامة من مركز الخصم

إن النيابة العامة كهيئة قضائية هي التي تفرض على إتيان الخصوم إليها كمرفق قضائي، سواء بالقوة عن طريق الاستقدام أو على سبيل الاختيار في حالة وضع الشكاية. وهذا ما يتنافى مع مبدأ المساواة، الأمر الذي يتأكد معه بأن هذه الهيئة بحكم موقعها أو مركزها القانوني الذي تستمد تأصيله من القانون، لا يمكن اعتبارها خصما بالشكل المعروف عليه في القانون المدني، والذي يستمد مركزه من الخصومة التي يرفع بها الخصوم أمام القضاء، وليس من القانون، وهذا ما يفسر بأن المركز الأول يبقى ثابتا لا يتغير بتغير موضوع الدعوى العمومية، أو إجراءاتها أو مراحلها، بحيث دائما تبقى مدعية⁽⁸⁴⁹⁾. في حين، أن المركز الثاني يتغير بتغير إجراءات الدعوى المدنية، أو المراحل التي تمر بها، ومن ثم، فإن من كان مدعيا، قد يصبح مدعى عليه أو العكس. فهذا الاستقرار أو عدمه في المراكز القانونية للخصوم هو الذي يؤكد بأن النيابة العامة، لا يمكن اعتبارها خصما بصفة مطلقة، حتى نبرر عدم تجريحها استنادا إلى هذه الصفة التي استوردها الفقه المؤيد لهذه النظرية من القانون المدني⁽⁸⁵⁰⁾، ثم حاول أن يطبقها في نطاق القانون الجنائي، وذلك دون سند قانوني سليم.

849 André VITU : Procédure pénale, Paris, 1957, p. 45.

850 سامي النصراوي: م. س، ص. 64.

وقد يترتب عن اختلاف هذه المراكز، مجموعة من الآثار التي سبق بيانها وتأتي على رأسها، أن النيابة العامة لا تتحمل نتائج عملها حتى ولو أخطأت في هذا العمل، وذلك بسبب دفاعها عن المصالح العامة للمجتمع لا عن مصالحها الشخصية⁽⁸⁵¹⁾. ولذلك، فإنها لا تكون موضوع مساءلة أو مطالبة بالتعويض في حالة الحكم على المتهم بالبراءة⁽⁸⁵²⁾، في حين أن الطرف المدني يتحمل نتائج أخطائه إذا كانت الشكاية التي تقدم بها إلى الجهات المختصة للنظر فيها لم تكن كافية لإدانة المتهم، فيتم حفظ الأوراق فيها أو تحكم المحكمة ببراءته، حيث إنه في مثل هذه الأوضاع يمكن متابعته جنائياً، كما يمكن مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي حصل لهذا الأخير⁽⁸⁵³⁾.

وفي هذه الآثار إشارة واضحة أيضاً، إلى أن النيابة العامة تبقى محمية قانوناً من أي مساءلة أو متابعة، وذلك على خلاف الخصم أو الطرف المدني في الدعوى العمومية، فإنه يمكن أن تطاله هذه المساءلة أو المتابعة مما يعني بالتأكيد أن هذه الهيئة يجب تجريحها، وذلك حتى لا تتعسف فيما تقوم به من إجراءات أو متابعات ضد الأشخاص في حالة قيام أسباب هذا التجريح، وبصفة خاصة، هؤلاء الذين لا يرتكبون الجرائم وهم يعتبرون كذلك، أو العكس بالنسبة للذين يرتكبونها ولكن لا

851 أندري فيني: نفس المرجع السابق.

852 إوار غالي الذهبي: م. س، ص. 2، ويجمع الفقه على أن الحكمة من عدم إخضاع قضاة النيابة العامة إلى القواعد العامة في المسؤولية يدفعهم إلى التردد في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالبحث عن الحقيقة، وفي هذا ضرر كبير بالمصلحة العامة.

853 أنظر المادة 98 من قانون المسطرة الجنائية.

تتم متابعتهم بناء على السلطة التقديرية للنيابة العامة التي تتوارى وراء عدم تجريحها، في حالة استغلال ميولاتها الناتجة عن قيام أسباب التجريح، في هذه السلطة.

ويفهم من هذا التصور، بأن قضاة النيابة العامة في حالة ارتكابهم لأخطاء مهنية، لا يسألون عنها بصفتهم كقضاة، وذلك انطلاقاً من السلطات المخولة لهم قانوناً أثناء القيام بإجراءات تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها⁽⁸⁵⁴⁾. ولكن بالمقابل، لا يمكن تجريحهم لأنهم خصوم، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق⁽⁸⁵⁵⁾.

ونحن إذا سلمنا بأن عدم قيام مسؤولية قضاة النيابة العامة يقوم على أساس حسن النية التي يفترضها المشرع الجنائي في هؤلاء القضاة⁽⁸⁵⁶⁾، فإن عدم تجريحهم لا يجب أن يقوم على هذا الأساس، وذلك لأن طبيعة أسباب هذا التجريح، تقتضي أنه لا يمكن أن يتصرف هؤلاء إلا تحت تأثير سوء النية، فلماذا إذن، يتمسك التشريع والفقه الذي يشتغل عليه بمنع هذا التجريح في حقهم ؟

854 ولكن هؤلاء القضاة إذا ما ارتكبوا أخطاء شخصية، فإنهم يسألون عليها جنائياً ومدنياً، وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة 11 من النظام الأساسي لرجال القضاء الفرنسي الصادر بتاريخ 22 جينير 1958، والذي تم تعديله بموجب قانون 18 يناير 1979، حيث تقتضي هذه الفقرة بأن "قضاة المحاكم العادية لا يسألون إلا عن أخطائهم الشخصية، وأن مسؤولية القضاة التي تترتب عن الخطأ الشخصي المتصل بمرافق القضاء لا تقرر إلا بدعوى ترفع ضد الدولة، وهذه الدعوى تباشر أمام الدائرة المدنية بمحكمة النقض". أنظر

أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 72، هامش 2.

855 ولعل هنا التناقض هو الذي يفسر عدم جدية مبررات أنصار المؤيدين لرفض تجريح قضاة النيابة العامة.

856 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 71.

المحور الثاني: موقع مركز النيابة العامة من الدولة كنظام قانوني

لا كشخص معنوي

لقد سبق أن رأينا بأن أنصار نظرية رفض تجريح النيابة العامة يؤسسون هذا الرفض، على كون هذه الهيئة القضائية تنتمي إلى الدولة كشخص معنوي، وليس كنظام قانوني، وذلك استنادا إلى أن هذا الموقع، هو الذي يفسر اعتبارها خصما، لأنها تمثل الدولة أو المجتمع، في الدفاع عن المصالح العامة، في حين أن هذا الرأي مرفوض من ناحيتين:

من ناحية أولى: إن النيابة العامة تعتبر جزءا من السلطة القضائية بقوة القانون⁽⁸⁵⁷⁾، وليس جزءا منفصلا عنها، على اعتبار أن استقلالها عن قضاء الحكم لا يعني أنها شيئان مختلفان، وإنما يعني فقط أن الاختصاص في العمل هو الذي جعلهما كذلك. وتوضيح ذلك، أن الفقه اعتاد التمييز بين السلطات الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية التي تعتبر النيابة العامة جزءا منها، وبين الوظائف التي تقوم بها هذه السلطة الأخيرة، وهي الاتهام والتحقيق والحكم، بحيث أن المشرع الجنائي أسند الاتهام في هذه الوظائف إلى النيابة العامة وأسند التحقيق إلى قاضي التحقيق، وأسند فصل النزاع إلى قضاة الحكم. ومن ثم، فإنه في إطار هذا التقسيم الثلاثي للوظائف التي تقوم بها السلطة

857 أنظر الفصل 110 من الدستور المغربي، والمادة الثالثة من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

القضائية، لا يمكن القول معها، بأن الهيئات التي تقوم بها منفصلة عن هذه السلطة الأخيرة⁽⁸⁵⁸⁾.

وإذا سلمنا بهذا التمييز الأخير في نطاق التشريعات الجنائية المسطرية، فإن النيابة العامة، كما يبدو، واضحا من هذه التشريعات بأن موقع مركزها القانوني مرتبط بالدولة كنظام قانوني، وليس بالدولة كشخص معنوي⁽⁸⁵⁹⁾. وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن اعتبارها خصما بمجرد أنها فقط، تمثل المجتمع في الدفاع عن المصالح العامة لهذا المجتمع، وذلك لتبرير عدم تجريحها، وإنما هي هيئة قضائية تخضع في جميع الأحوال إلى الأحكام التي يخضع لها قضاة الحكم، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية المدنية أو الجنائية، أو المخاصمة، أو التنحي، أو التجريح، وذلك لاشتراك هاتين الهيئتين في الصفة القضائية التي لا يمكن أن نسمح بالتمييز بينها، في هذه الأحكام، كما سبق القول بذلك في المطلب الأول من هذا المبحث الذي نحن بصدد.

ومعنى الدولة كنظام قانوني، كل ما يفيد تنظيم سيادتها، وذلك من خلال وضع قوانين أساسية تبين من خلالها هيكلها السياسي، من جهة، ومؤسساتها الدستورية المختلفة من جهة أخرى، وكذا تحديد علاقتها بالحقوق والواجبات التي تم تخويلها للأفراد، وذلك لتنظيم علاقاتهم العامة والخاصة.

858 Mahmoud Mostafa : Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal, Revue Internationale de Droit Pénal, année 1963, p. 56.

عبد الفتاح مصطفى الصيفي: حق الدولة في العقاب، طبعة 1971، ص. 201.

859

أما الدولة كشخص معنوي، فهي كأحد الأشخاص الخاضعين للدولة كنظام قانوني، في هذا الخضوع لا تختلف عن الأفراد (860)، سواء من حيث الالتزام بالخضوع إلى القانون الذي تشريعه مؤسساتها المختلفة، أو من حيث تمتعها بالحقوق كحق الملكية، وحق التقاضي، وحق العقاب، وحق الدفاع في حالة المس بأمنها الداخلي أو الخارجي. ولكن لما كان حق العقاب من أبرز الحقوق التي يترتب لها عن ارتكاب الجرائم (861)، فإن النيابة العامة التي تختص بتحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم، لاقتضاء هذا الحق، لا يمكن اعتبارها خصما من منظور هذا التحريك أو الإجراءات التي تقوم بها أثناء ممارسة هذه الدعوى أمام قضاء الحكم، وإنما لأنها تقوم بهذا العمل، لأنه يدخل في نطاق الوظائف التي خصها المشرع القيام بها. وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن القول برفض تجريح قضاتها بسبب انتمائهم إلى الدولة كشخص معنوي دون انتمائهم إلى هذه الدولة كنظام قانوني.

وفي هذا الصدد، يجب أن نؤكد بأن عدم تجريح قضاة النيابة العامة لا يرتبط بموقعه من الخصومة أو الدعوى التي تصبح غير قائمة أمام هذا التجريح، وإنما يرتبط بموقعه من القاضي الذي يجرحه المشرع عندما تتحقق إحدى أسبابه التي بينه وبين هذا القاضي، وإلا فإن البديل في

860 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: حق الدولة في العقاب، طبعة 1971، ص. 18.

861 سامي النصرأوي: م. س، ص. 64.

حالة عدم الأخذ بهذه القاعدة، هو تجريح الخصم لا القاضي، وذلك لنفس الأسباب. وعلى هذا الأساس، فهل يمكن للمشرع الجنائي أن يسمح بهذا التجريح الأخير إذا تعلق الأمر بقضاة الحكم دون قضاة النيابة العامة. إن مصير الجواب على هذا السؤال هو النفي، على اعتبار أنه عندئذ لا يمكن القبول بعدم تجريح الاثنين معا وهما الخصم والنيابة العامة، لاستحالة وضوح هذا التصور.

من ناحية ثانية: إن تجريح قضاة النيابة العامة، لا يضر بالهيئة التي ينتمي إليها هؤلاء كسلطة اتهام، وذلك حتى بالنسبة للفقهاء الذي يرفض هذا التجريح. على اعتبار أنه لا يمكن أن نتصور بأن هذا الإجراء القانوني سيؤدي إلى بطلان الإجراءات التي كان القاضي المجرح قد قام بها بالشكل الذي هو عليه الأمر في حالة تجريح الخصم في المادة المدنية⁽⁸⁶²⁾. وإنما فقط، من أجل تجريد هذا القاضي من بعض الصفات التي تتعارض مع العدالة الجنائية في حالة قيام أسباب هذا التجريح، شأنه في ذلك شأن قضاة الحكم، سيما وأنه لا يقوم بعمل إداري، وإنما يقوم بعمل قضائي⁽⁸⁶³⁾.

ومن جانب آخر، فإنه من المسلمات أن النيابة العامة، لا يجب معاملتها معاملة الخصم، في هذا المجال لأن الخصم كما قلنا، يتميز

عبد المنعم عبد الرحيم العوضي: م. س، ص. 89.

862

يجب أن نشير هنا إلى أنه ليس هناك نص في قانون المسطرة الجنائية يحدد للنيابة العامة اختصاصات إدارية أو اختصاصات قضائية حتى يمكن القول بأنها جزء من السلطة التنفيذية أو جزء من السلطة القضائية، وإلا فإن ما قيل في هذا الموضوع ليس له أساس من الصحة.

863

مركزه القانوني بعدم الثبات، بينما المركز القانوني لهذه الهيئة يبقى ثابتا بسبب خضوعها إلى التعيين عند القيام بوظائفها القضائية. ولذلك، فإنه لا يمكن اعتبارها خصما، لأن الخصم لا يعين، وإنما يرتبط وجوده فقط بقيام الدعوى التي متى انتهت انتهى هذا الوجود بقوة القانون (864).

المحور الثالث: موقع مركز النيابة العامة من هيئة الحكم

لقد أفاض أنصار الرأي القائل بعدم تجريح النيابة العامة في القول بأن الطلبات أو المستنتاجات التي ترفع بها إلى الهيئة القضائية لا يؤثر في الحكم الذي تصدره هذه الأخيرة، وذلك انطلاقا من القاعدة القائلة بأن القضاء الواقف لا يؤثر في القضاء الجالس.

ولكن نحن إذا رجعنا إلى قانون المسطرة الجنائية، نجد بأن هذه الهيئة القضائية هي جزء من هيئة الحكم، أثناء سير الدعوى العمومية، لأن ما يصدر منها في جلسة الحكم، لا يعتبر من قبيل سلطة الاتهام (865)، وإنما يعتبر من قبيل قضاء الحكم مثلها في ذلك مثل أي مقرر (بالكسر) داخل الهيئة، بحيث إنها إذا غابت عن هذه الأخيرة يعتبر تشكيلها باطلا بقوة القانون (866). وهذا يعني أن تجريح قضاتها في هذه المرحلة لا ينبغي أن يختلف عن تجريح قضاة الحكم، وذلك لسببين:

864 محمد التغدويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية، م. س، ص. 12 وما بعدها.

865 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 214.

866 أنظر البند الثاني من المادة 370 من قانون المسطرة الجنائية.

الأول: إن صحة الحكم الذي يصدره قضاء الحكم يتوقف على حضور النيابة العامة أمام هيئة الحكم، والذي هو حضور وجوبي⁽⁸⁶⁷⁾، سواء أثناء المناقشة أو أثناء المداولة⁽⁸⁶⁸⁾. ولذلك، فإن ما يجب أن يسري على قضاة الحكم يجب أن يسري على قضاتها، وذلك باعتبار أنهما يشكلان هيئة واحدة لا يمكن القبول بتجزئتها في الأحكام.

الثاني: إن الطلبات أو المستنتاجات التي تدلي بها أمام هيئة الحكم هي لا محالة، أنها تؤثر في السلطة التقديرية لقضاة الحكم أثناء مرحلة الاقتناع، وذلك استنادا إلى أن هذه الطلبات أو المستنتاجات تصدر منها بصفتها هيئة قضائية، وليس بصفتها سلطة اتهام، كما هو الأمر في حالة تحريك الدعوى العمومية التي تكون فيها هذه الهيئة مستقلة بنفسها⁽⁸⁶⁹⁾. وعلى هذا الأساس، فإنه لا يكفي الاستناد إلى القاعدة⁽⁸⁷⁰⁾ المنصوص عليها في المادة 38⁽⁸⁷¹⁾ من قانون المسطرة الجنائية،

867 أنظر الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون المسطرة الجنائية.

868 أنظر الشطر الأول من الفقرة الأولى من نفس المادة.

869 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 60، هامش رقم 1. أندري فيتي: م. س، ص. 53.

870 وتجدر الإشارة هنا، إلى أن قاعدة "القلم عبد واللسان حر" *"Si la plume est servée la parole est libérée"* يرجع تأصيلها إلى محكمة النقض الفرنسية التي أقرتها في حكم صادر بتاريخ 7 يوليوز 1949 (أنظر مجلة النشرة الجنائية، 1949، فقرة 230) وقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 33 من قانون المسطرة الجنائية وفي المادة 56 من مرسوم 1270.58 الصادر بتاريخ 22 دجنبر 1958. أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 60، هامش 1. وقد أخذها المشرع المغربي عن المشرع الفرنسي، فص عليها في المادة 38 من قانون المسطرة الجنائية.

871 تقضي هذه المادة بأنه "يجب على النيابة العامة أن تقدم ملتمسات كتابية طبقا للتعليمات التي تتلقاها ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 51، وهي حرة في تقديم الملاحظات الشفاهية التي ترى أنها ضرورية لفائدة العدالة". يلاحظ من هذه المادة بأن المشرع المغربي لم يكن موفقا فيها، وذلك لعدة اعتبارات أولها أن العمل القضائي يتم دائما

لنقول بأن ما تصرّح به النيابة العامة أمام هيئة الحكم، لا يلزم هذه الهيئة الأخيرة، إلا إذا كانت هذه التصريحات مكتوبة، بل ويعتبر البعض بأن التصريحات الشفوية هي بدورها تلعب دوراً أساسياً وبشكل غير مباشر في التأثير على اقتناع المحكمة⁽⁸⁷²⁾، وذلك عن طريق ما تساهم به في مناقشات الجلسة، أو عن طريق الأسئلة التي توجهها إلى الخصوم في الدعوى العمومية أو المدنية التابعة⁽⁸⁷³⁾. وهذا ما يفسر ما سبق أن رأيناه، بأنه لا يمكن لقضاء الحكم أن يوجه اللوم إليها بأي شكل من الأشكال، ومهما كان موضوع تدخلها أمامه⁽⁸⁷⁴⁾.

كتابة، نظراً لطبيعة الإجراءات التي تقتضي ذلك في جميع مراحل الدعوى العمومية مثل التكيف وحفظ الأوراق وإحالة ملف المتابعة إلى قضاء الحكم أو قضاء التحقيق. ولذلك، فإنه لا يمكن القول بأن ما تقوم به هو عمل إداري نتيجة لما اشترطه نفس المشرع في هذه المادة التي نحن بصددنا على اعتبار أنه ليس هناك نص في قانون المسطرة الجنائية يقضي بتحديد الاختصاصات الإدارية لهذه الهيئة القضائية أو تحديد اختصاصاتها القضائية. ولذلك، فإن اشتراط الكتابة تفرضه طبيعة العمل فقط، دون كونها أنها يمكن أن تختار بين هذه الكتابة وبين التصريحات الشفاهية إلا عندما تكون أمام قضاء الحكم.

أما الاعتبار الثاني، فيبدو واضحاً من نفس المادة، أنها لا علاقة لها بالمادة 51 فيما يتعلق بالعمل القضائي الذي تقوم به النيابة العامة، إلا ما يتعلق بإخبار الرؤساء الأعلى، أو إخبار وزير العدل قبل حصر نطاق خضوعها إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بمقتضى القانون رقم 106.13 بما يأمرها به القانون. ولهذا السبب، فلا يمكن القول بأن هذه الهيئة يجب أن ترفع إلى هذا الوزير ملاحظات كتابية، وإنما يمكن القول بأنها ترفع إليه بمراسلات إدارية، وذلك من ناحيتين: من ناحية أولى، أن وزير العدل ليس قاضياً حتى يمكن أن نسلم بهذا التعبير. من ناحية ثانية، أن مصطلح رفع الملاحظات يخص قضاء التحقيق وحده دون وزير العدل أو غيره.

محمد محمود سعيد: حق المجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية، م. س، ص. 288.

أندري فيتي: م. س، ص. 52.

القضاء المغربي أقر بهذا الرأي، وذلك عندما اعتبر بأن "المحكمة غير متعين عليها تتبع الخصوم في كل ما يثيرونه من دفع أو إذا قدمت لها في شكل مستندات صحيحة أثناء المناقشات إما كتابية أو شفاهة، مع طلب الإشهاد بذلك". حكم جنائي عدد 288 (س. 12) الصادر بتاريخ 29 يناير 1970. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 66، 1986، م. س، ص. 249.

872

873

874

المبحث الثاني : نظرية تجريح النيابة العامة مع منظور توفير الضمانات

للمتهم

أمام انهيار الأدلة التي تبرر منع تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على اعتبارهم خصوما أو أطرافا في الدعوى العمومية، وليسوا قضاة ثبت لدينا بأن الفقه الراجح ظل يدعو إلى تجريح هؤلاء القضاة بناء على مجموعة من المبررات سبق أن رأيناها في المبحث السابق. ونظرا لأهمية هذا التجريح، فنحن نقترح مبررا آخر له، رأينا أنه لا يتأسس على نظرية الخصم بالشكل الذي سبق بيانه، وإنما يتأسس على نظرية توفير الضمانات للمتهم، وهذه الضمانات يمكن تقسيمها إلى قسمين: ضمانات مرتبطة بتوفير الطمأنينة لدى الخصوم (المطلب الأول)، و ضمانات مرتبطة بتوفير المحاكمة العادلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات المرتبطة بتوفير الطمأنينة لدى الخصوم

إذا اعتبرنا بأن التقاضي يتأسس على ما يوفره المشرع من ضمانات دستورية التي من خلالها يحمي أطراف هذه العملية القانونية من قضاة وخصوم من التعدي على حقوق بعضهم البعض، فإن هؤلاء الخصوم هم أكثر حاجة إلى الطمأنينة التي توفرها هذه الضمانات من

غيرهم. ولهذا السبب، لابد من دراستها من زاويتين، إحداها إجرائية (الفقرة الأولى) والأخرى موضوعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطمأنينة الإجرائية

نقصد بالطمأنينة الإجرائية قفّتاغ المتقاضين بأنهم يقفون أمام قاض أو هيئة قضائية محايدة، لا علاقة لها بأي مصلحة ناتجة عن ميل إلى أحدهم دون الآخر منهم أثناء ممارسة إجراءات الدعوى، أو مناقشتها أو الحكم فيها (875).

وإذا كانت الطمأنينة تجد أساسها في وجوب نيل القضاء لثقة المتقاضين، في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، فإن النيابة العامة من أجل أن تكتسب هذه الثقة يجب أن لا تنتظر إلى إجراءات تحريك هذه الدعوى من زاوية الجاني أو المجنى عليه أو المضرور من الجريمة، وإنما يجب أن تنتظر إليها من زاوية القانون فقط. ولذلك، فإنها إذا عكست الآلية، فعندئذ لا تكون محايدة. ومن ثم، فإنه إذا كان الأمر بهذا الشكل، فإنها تكون قد خرقت مبادئ أساسيين، وهما مبدأ قرينة البراءة، ومبدأ الشرعية الإجرائية.

فاختراق مبدأ قرينة البراءة، يفسرها خروج النيابة العامة عن حدود النزاع الناشئ عن الجرائم المرتكبة بين الدولة والمتهم أو غيره،

875 عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص، 1999، م. س، ص. 50.

وذلك باللجوء إلى تكليف لا علاقة له بهذه الجريمة. ومن ثم، فإن المطالبة باقتضاء حق الدولة في العقاب، يكون مبنيًا على غير سند في القانون.

وهذا يعني أن النيابة العامة، إذا ما خرقت هذا المبدأ نتيجة قيام إحدى أسباب التجريح، فإن عدم السماح بهذا التجريح هو الذي يجعل منها أن تتجرد من صفتها القضائية، وذلك لتخرج من دائرة ما هي عليها إلى دائرة الخصوم، وهذا ما لا يجب أن يقع فيه المشرع طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة بأنه "لا أحد يستطيع أن يكون خصماً وحكماً في نفس الوقت *Nul ne doit être juge et partie*"، وقد تترتب على هذه القاعدة مجموعة من النتائج أبرزها:

1- الانتقال من دائرة الدفاع عن المصالح العامة للمجتمع إلى دائرة الدفاع عن المصالح الخاصة للأفراد، وهذا ما يجب أن ينتبه إلى المشرع عند إعادة النظر في المادة 274 من ق.م.ج. خاصة وأنها في هذا الوضع القانوني، لا يمكن القول معه بأن النيابة العامة تمثل الدول كنظام قانوني في تطبيق القانون عند اقتضاء حقها في العقاب، وإنما تمثل من تميل إليه أو ضده فقط.

2- العودة من المرحلة المتطورة من تحقيق العدالة الجنائية التي تقتضي تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية إلى مرحلة الانتقام من الجاني، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق، وذلك في حالة عدم إعادة النظر في المادة المذكورة.

3- انتقال النيابة العامة من خضوعها إلى الدولة كنظام قانوني إلى مجرد خصم عاد، وهذا ما كنا قد أنكرناه في المطلب الأخير من المبحث السابق، على اعتبار أنه ليس من المنطق القبول بتحريك الدعوى العمومية من أحد قضاة النيابة العامة، وهو المُجنى عليه فيها، أو أن المتهم تربطه به علاقة ودية أو كراهية، أو كان دائناً أو مديناً له أو لأحد اقاربه أو كان مشغلاً لديه، أو كان شاهداً فيها، بحيث إنه في جميع هذه الحالات التي تدخل في نطاق أسباب التجريح يابى المنطق القانوني أن يكون هذا القاضي في منأى عن هذا التجريح.

ويتبين من هذه النتائج الثلاث، بأن الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة نتيجة تلك الميولات الناتجة عن أسباب التجريح تجعل منها هيئة قضائية تمارس حق الادعاء، وليس ممارسة سلطة الاتهام⁽⁸⁷⁶⁾. وهذا ما يتنافى مع أهم وظائفها المخولة لها في القانون وهي تحريك الدعوى العمومية، وممارستها أمام القضاء⁽⁸⁷⁷⁾، الأمر الذي يفسر بأنها لا توفر أي ضمانات للمتهم، من خلال قرينة البراءة التي تبقى مجرد مبدأ فارغ من محتواه التشريعي، وهذا ما يدعونا إلى الإشارة إلى أمرين:

الأول: إن النيابة العامة إذا تأثرت بأسباب التجريح عند تحريك الدعوى العمومية، أو ممارستها تكون قد خرقت مبدأ الحياد المنصوص عليه في الدستور. ومن ثم، فإنها عند ذلك تكون جميع الإجراءات التي

876 عبد المنعم عبد الرحيم العوضي: م. س، ص. 80.

877 جمال سرحان: ضمانات المتهم وحقوق الدفاع، خلال مرحلة التحقيق الإعدادي، الطبعة الأولى، 2009، ص. 30.

تقوم بها مشوبة بالشك الذي يفسر دائما لمصلحة المتهم، وذلك بسبب مخالفتها للأمر التشريعي الذي يعتبر من النظام العام، في قواعد المسطرة الجنائية. وهذا يعني أنه لا يكفي القيام بأي إجراء من إجراءات هذا التحريك أو الممارسة بشكل سلبي أو مجرد عمل شكلي مما يتطلبه القانون، وإنما لابد من تمكين الخصوم، أو الرأي العام من الاطمئنان إلى حسن سير العدالة بسبب مراعاة هذه المطالب التي ترفع بها إلى القضاء بشكل إيجابي، بحيث يستطيع أن يدرك الجميع على أن عملها يتطابق فيه الواقع مع القانون دون تحكم أو تجاوز، وإلا فإن ذلك يعتبر منها خرقا لحقوق المتهم أو مسا بحرية الأشخاص⁽⁸⁷⁸⁾. وهذا ما جعل القضاء المغربي، أن يقضي بعدم قبول المتابعة في حالة تحريك الدعوى العمومية من النيابة العامة، وهي غير مختصة بهذا التحريك، وذلك بإسناده إلى شخص إجرائي آخر⁽⁸⁷⁹⁾.

والمتناقضي يفقد الثقة في النيابة العامة، وذلك عندما يخشى أن تتعرض حقوقه إلى الضياع بسبب عدم قيام هذه الهيئة بما يلزم القيام بها⁽⁸⁸⁰⁾، كما في حالة فقدان المدعي المدني حقه في التعويض نتيجة تخلي نفس الهيئة عن الطعن في المقتضيات الجنائية التي يلزم الطعن

878 قرار المجلس الأعلى عدد 2461 الصادر بتاريخ 25 مارس 1980، ملف جنائي رقم

15582. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1981 – 1995، ص. 140.

879 قرار المجلس الأعلى عدد 7097 الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1989، ملف جنائي رقم

87/19528، نفس المرجع، ص. 337.

880 أنظر بصفة خاصة الفقرات السابعة والثامنة والتاسعة من المادة 40 من ق.م.ج.

فيها (881)، بحيث إنه يلاحظ من هذه السلطة التقديرية التي يسمح لها المشرع أن تختار بمقتضاها بين القيام بإجراءات التحريك أو الممارسة فيها، بأن هناك إشارة واضحة إلى أنها يمكن أن تستغل هذه السلطة في غير مقتضاها القانوني فتضيع الحقوق، إذا ما تأثرت بميولاتها الناتجة عن أسباب التجريح، وهذا ما لا يساعد على تحقيق العدالة.

وإذا سلمنا بأن النيابة العامة خولها المشرع التدخل في إصدار الأوامر برد الأشياء إلى من له الحق فيها، في حالة عدم وجود منازعة جدية، أو إصدار الأوامر باتخاذ الإجراءات الشخصية لحماية الحياة، في حالة انتزاعها بعد تنفيذ الحكم مع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فإن المتقاضين قد لا يطمئنون إلى هذه الإجراءات إذا ما تبين لهم قيلم أسباب التجريح، وهي لا تخضع إلى مقتضياتها القانونية، مما يفسر بأن المشرع لم يجعل لهذه القضية أي ضابط أو معيار يمكن اعتباره كأساس لسلطتها التقديرية. ومن ثم، فإنه لا يمكن التسليم بهذه السلطة أمام انعدام هذا المعيار، وإلا فإن عملها يكون دائما مبنيا على الافتراض (882) والعشوائية لا على الجدية (883).

881 قرار المجلس الأعلى عدد 20452 الصادر بتاريخ 28 جنبر 1994 ملف جندي

89/17925، م. س، ص. 434.

882 وتجب الإشارة هنا، إلى أن القنون الجنائي لا يقوم على الافتراض.

883 ونحن نرى بهذا المفهوم لأن النيابة العامة من الناحية العملية، لا تلتزم بالأمر التشريعي في قواعد قنون المسطرة الجنائية. ولذلك، فإنها تجعل مما هو واجب من الإجراءات أمرا جوازيا، وما هو جوازي قد تجعله واجبا، وهذا ما لا يمكن القبول به.

وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى القول، بأنه لا يكفي القبول باختفاء أو نوبان شخصية قضاة النيابة العامة في وحدتها، أو عدم تجزئتها لتبرير سلطتهم التقديرية، وذلك تأسيساً على أن عملهم يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع لا تحقيق المصلحة الخاصة، لأن مثل هذا القبول غير سليم، وإلا فيمكن تطبيق نفس القاعدة على الموظفين الإداريين الذين لا يشتغلون لمصلحتهم الخاصة. ومن ثم، فإن شخصيتهم هي بدورها تنوب أمام العمل الإداري الذي يقوم به هؤلاء، ومع ذلك، فإنهم يتحملون كل مسؤوليتهم عن النتائج الضارة المرتبطة بهذا العمل (884).

الثاني: إن المتقاضين إذا ما فقدوا الثقة في النيابة العامة نتيجة عدم تجريحها، أو وضع ضوابط قانونية محددة عند استعمال سلطتها التقديرية، فإنهم من هذا الجانب ترفع عنهم الطمأنينة عن مدى احترام هذه الهيئة لحقوقهم التي أضفى عليها المشرع ضماناً أساسية لعدم المس بها أثناء جميع مراحل الدعوى، كحق التمسك بقرينة البراءة، وحق الاستعانة بمحام، وحق الحفاظ على سرية البحث والتحقيق.

وإذا كان المشرع قد عزز هذه الضمانة من الناحية الفنية عن طريق الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق وقضاء الحكم، إلا أنه من الناحية العضوية لا زالت النيابة العامة تتناول على حقوق المتقاضين

884 Jean GRAVEN : Organisation et fonction du Ministère Public en Suisse. Rapport pour le congrès de Mexico sur le Ministère Public (13- 20 Juillet 1963), Revue Internationale de Droit Pénal, 1963, p. 61.

عن طريق سلطتها التقديرية غير المقيدة بضوابط قانونية محددة، كما سبق القول بذلك قبل قليل، الشيء الذي جعل من بعض الفقه أن يعتبر بان تجريح النيابة العامة في إطار سلطتها التقديرية، يرجح فيه احتمال الخطأ لا الصواب، الأمر الذي يغلب مظنة الشك عن شبهة الاستبداد (885).

ويبدو من تلك العلاقة القائمة بين النيابة العامة وسلطتي التحقيق والحكم بأنها تظل غير محايدة، سواء بالنسبة لهاتين السلطتين أو بالنسبة للمتهم، وذلك من عدة نواح.

الأولى: إن النيابة العامة تقف من سلطة التحقيق أو الحكم موقف المشرف أو المراقب، مما يعني أن المتهم لا يجد أي ضمانات في حماية حقوقه أثناء رفع التماساتها أو مستنتاجاتها إلى هاتين السلطتين، أو أثناء رفع طعونها ضد ما تصدره نفس السلطتين من قرارات وأحكام وأوامر تصب في مصلحة هذا المتهم، مع العلم أن قاعدة الفصل بين وظيفة الاتهام والتحقيق والحكم يمكن اعتبارها هي السند الحقيقي في توفير الضمانات للخصوم في الدعاوى وليس العكس، وذلك على أساس أنه لا يمكن تجريد إحدى هذه الوظائف من استقلالها، من أجل تبرير عدم تجريح قضاة النيابة العامة نتيجة عدم تأثير ملتسماتها أو محاضرها أو

885 Donnedieu de Vabres : Traité de Droit Criminel et de Législation Pénal comparé, Paris, 1947, p. 733, n° 1271.

مستنتجاتها على قضاء التحقيق أو قضاء الحكم⁽⁸⁸⁶⁾ على اعتبار أن لكل وظيفة من هذه الوظائف خصوصياتها أو تقنيات العمل الخاصة بها، بحيث لا يمكن أن تحل إحداها محل الأخرى في العمل⁽⁸⁸⁷⁾.

الثانية: إن النيابة العامة تقف من المتهم موقف الخصم لا موقف هيئة قضائية تسعى إلى تطبيق القانون، ولا شك أن من يقف موقف خصمه لا يمكن القول معه بأنه محايد، وهذا ما يجعل بأن كل تصرف من تصرفات هذه الهيئة القضائية، هي مثار شك لدى الخصوم، سواء في المادة المدنية أو المادة الجنائية⁽⁸⁸⁸⁾، الشيء الذي يلاحظ بأنها تميل دائما إلى التشديد⁽⁸⁸⁹⁾ مع هؤلاء، وذلك على النحو الذي قد يحول دون التمتع بأي ضمانات قانونية لحقوقهم، وبصفة خاصة أمام غياب تجريح قضائتها⁽⁸⁹⁰⁾.

وإذا كان المشرع قد وفر ضمانات للمتهم في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، عن طريق فصله بين سلطتي الاتهام والتحقيق، وذلك دون الجمع بين هاتين السلطتين في يد النيابة العامة، فإن هذه الضمانات ظلت مسلوقة من يد الخصوم أمام عدم التأكيد عليها عن طريق تجريح قضاة هذه الهيئة القضائية. الأمر الذي يفسر بأن هذه الأخيرة لازالت

886 محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة 1970، ص. 73، نبذة 47.

887 محمد محمود مصطفى: المجلة الدولية للقانون الجنائي، م. س، ص. 56.

888 جمال سرحان: م. س، ص. 30.

889 تجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن الرأي العام يطلق عليها مصطلح "الغراق" للتعبير على التشديد الذي تمتاز به.

890 فضل نصر الله عوض: ضمانات المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائية في التشريع الكويتي، طبعة 2004، ص. 61.

مستبدة بحقوق المتهم الذي لازال لم يستطع التحرر من ميولاتها التي قد تؤثر على مصير الدعوى العمومية خلال جميع المراحل التي تمر بها. ومعنى هذا، أن ضمانات المتهم، لا يمكن أن تتحقق في مرحلة تحريك الدعوى العمومية إلا بطريقتين:

الأول: وجوب حياد النيابة العامة في عملها، وهذا الحياد لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق استقلالها بالنسبة لجميع الأطراف التي تجمعهم عملية التقاضي، سواء تعلق الأمر بسلطتي التحقيق والحكم من جهة، أو الخصوم من جهة أخرى.

الثاني: إن حياد النيابة العامة لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق وضع قيود إجرائية على عمل هذه الهيئة القضائية التي لا رقابة عليها عند ممارستها لسلطتها التقديرية، سواء تعلق الأمر بالمتهم أو بسلطتي التحقيق والحكم.

فبالنسبة للمتهم، فإن وسيلته لمراقبة عمل النيابة العامة هو تجريح قضاتها بنص صريح، وذلك حتى يطمئن هذا المتهم إلى تصرفات هذه الهيئة القضائية، ولو كانت هذه التصرفات في غير مصلحته (891).

أما بالنسبة لسلطتي التحقيق والحكم، فإن الرقابة عليها يمكن أن تكون تشريعية أو قضائية. فالرقابة التشريعية، يجب أن تتم عن طريق الحيلولة دون مراقبة أعمال قاضي التحقيق، وذلك حتى لا تصبح

891 آدم وهيب النداوي: م. س، ص. 48.

التماساتها التي ترفع بها إلى هذا الأخير، وجوبية. وبصفة خاصة، في الحالة التي لا يمكنه إجراء تحقيق فيها إلا بناء على ملتمس منها، وهو يقوم بعمل الضابطة القضائية في حالة التلبس، وذلك حسب منطوق الفقرة الأولى من المادة 84 من قانون المسطرة الجنائية، وهذا ما تنص عليه المادة 80 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي⁽⁸⁹²⁾.

أما اختراق مبدأ الشرعية، فإنه يبدو من تأصيل هذا المبدأ أن المشرع الجنائي المغربي، لا ينبغي منه أن يجعل من النيابة العامة هيئة مستبدة⁽⁸⁹³⁾ بالشكل الذي كانت عليه قبل ظهور هذا المبدأ عن طريق رفض تجريحها.

ومعنى اختراق المبدأ، في نطاق العمل الذي تقوم به النيابة العامة، أن هذه الهيئة القضائية، عندما يشوب أحد قضاتها قيام سبب من أسباب التجريح، فإن مركزها القانوني يصبح مختلا من الناحية القانونية، على اعتبار أنها عندئذ لا تبقى مختصة بالشكل الذي كانت عليه، وهي هيئة قضائية، وإنما تصبح مختصة باعتبارها خصما عاديا تسعى من خلال قضاتها المجرحون إلى تحقيق المصالح الخاصة لهؤلاء القضاة، وليس إلى تحقيق المصلحة العامة. ومن ثم، فإن جميع

⁸⁹² والصياغة الفرنسية لهذه المادة هي:

« *Le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République, même s'il a procédé en cas de crime ou de délit flagrant* ».

⁸⁹³ تظهر صفة الاستبداد لدى قضاة النيابة العامة من خلال ثلاث مظاهر أساسية، وهي تحصين إجراءاتها من البطلان، عدم تجريح قضاتها، وعدم مراقبة أعمالها.

الإجراءات التي تقوم بها، وإن كانت هي من الناحية القانونية مشروعة إلا أنها تصبح ليست كذلك بسبب فقدانها للصفة القضائية التي تمثل من خلالها الدولة كنظام قانوني، وليس كشخص عادي، وذلك لاستحالة تطبيق هذه الإجراءات بالشكل الذي يتطلبه القانون، في حالة تحقق صفة الحياد لدى هؤلاء القضاة، ونحن نرى بهذا التفكير، وذلك لعدة أسباب:

الأول: إن المصلحة العامة التي تدعي النيابة العامة بأنها تدافع عنها أو تعمل على حمايتها، تصبح مصلحة مشبوهة⁽⁸⁹⁴⁾، على اعتبار أنها لم تعد كذلك إلا من الناحية الشكلية فقط. أما من الناحية الجوهرية، فإن المصلحة الحقيقية التي تدافع عنها، هي المصلحة الخاصة التي أفرزتها تلك الميولات الناتجة عن قيام أسباب التجريح لدى قضاتها.

الثاني: إن الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة في حالة قيام أسباب التجريح، تكون نتيجتها هي تغيير مراكز الخصوم في الدعوى العمومية، حيث إنها بهذه الإجراءات، تؤدي إلى قلب القواعد فتجعل من المتهم بريئاً ومن البريء مداناً ومن الشاهد مرفوضاً، ومن تصريحات الأطراف المدونة لديها أو لدى ضباط الشرطة القضائية اعترافاً أو إنكاراً، وذلك حسب الحالات التي تتحقق فيها لدى قضاتها المصلحة الخاصة التي أصبحت تدافع عنها، في موضوع المصلحة العامة⁽⁸⁹⁵⁾، فتتضرر بذلك حقوق الدفاع التي قررها القانون لحماية المتهم من تسلط

894 قرار المجلس الأعلى عدد 1/1147 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1999، ملف جنائي عدد

96/14734، مجلة المرافعة عدد 14 - 15، م. س، ص. 170.

895 محمد محمود مصطفى: م. س، ص. 73، نبذة 47.

التهمة عليه، أو العكس بالنسبة للمجنى عليه، وهذا مرفوض سواء من الناحية القانونية أو الواقعية.

فمن الناحية القانونية، لا يمكن القبول منطقياً، بأن قاض من قضاة النيابة العامة يحرك الدعوى العمومية أو يمارسها، وهو مجنى عليه فيها أو مدينا أو دائناً لأحد الخصوم في هذه الدعوى، أو تربطه به علاقة عمل أو مودة أو كراهية، أو قيلم نزاع سابق بينه وبين أحد هؤلاء، بحيث إنه في جميع هذه الأوضاع القانونية التي عدتها المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، لا يجب التمييز فيها بين قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة، وذلك لنفس السبب الذي ذكرناه قبل قليل.

ومن الناحية الواقعية، فإنه يستحيل على قاضي النيابة العامة الذي قامت بينه وبين أحد الخصوم في الدعوى العمومية، إحدى أسباب التجريح، أن يكون نزيها فيما يقوم به من إجراءات⁽⁸⁹⁶⁾، حتى يستطيع أن يبعث بالطمأنينة التي يقوم عليها التقاضي في نفس الخصوم، كحلقة من سلسلة ضمانات الدفاع لدى هؤلاء⁽⁸⁹⁷⁾.

الفقرة الثانية: الطمأنينة الموضوعية

إذا كانت الطمأنينة الإجرائية تقتضي الحيلولة دون خرق أهم المبادئ التي تتبني عليها الشرعية الإجرائية، في حالة عدم تجريح قضاة

896 مصطفى صخري: م. س، ص. 51.

897 أنظر نفس المجلة السابقة، ص. 127.

النيابة العامة، فإن الطمأنينة الموضوعية، تقتضي الحيلولة دون الإضرار بمباشرة الدعوى العمومية، أو عدم الإضرار بموضوع هذه الدعوى.

أولاً: الحيلولة دون الإضرار بمباشرة الدعوى العمومية

إن معنى مباشرة الدعوى العمومية، أن تختص النيابة العامة باتباع جميع الإجراءات المخولة لها قانوناً أثناء تحريك الدعوى العمومية. وعلى هذا الأساس، فإن هذه الهيئة القضائية، ينبغي أن تراعي في هذه المرحلة أمرين: يتعلق أحدهما، بعدم المساس بحقوق المتهم، وثانيهما يتعلق بعدم خرق قاعدة التمسك بتطبيق القانون.

الأمر الأول: عدم المساس بحقوق المتهم

إن من بين الصعوبات التي يثيرها مباشرة النيابة العامة للدعوى العمومية، هي عدم تحديد المشرع المغربي للحد الفاصل بين منطقة الاشتباه في الشخص الذي يفترض فيه أنه هو مرتكب الجريمة، وبين توجيه التهمة إلى هذا الشخص، على اعتبار أنه في حالة هذا الاشتباه، لا تكون النيابة العامة تمارس حقها في المتابعة. ومن ثم، فإن تجريح أحد قضاتها في هذه المرحلة ليس له أي دلالة قانونية، ولكن بعد تحرير وثيقة الاتهام التي تقتضي إخبار المشبوه فيه بالتهمة المنسوبة إليه، فإن هذا التجريح يكون قائماً بقوة القانون.

وعلى هذا الأساس، فإنه يبدو من المشرع المغربي، عندما رفض التجريح المذكور في حق قضاة النيابة العامة، إنما خلط بين المرحلتين المذكورتين، في حين أن الأمر ليس كذلك، على اعتبار أن مرحلة الاشتباه لا تنشئ أي حقوق للمشتبه فيه، وذلك على خلاف الأمر في حالة توجيه التهمة إلى من ارتكب الجريمة، فإنه في هذه الحالة، تنشأ له كل الضمانات التي توفر له الدفاع عن حقوقه التي يخولها له إجراء التقاضي. ولذلك، فإنه في حالة عدم السماح بتجريح قضاة النيابة العامة في هذه المرحلة، يكون المشرع قد أخذ بالقاعدة التي تقول بأن مراعاة مبدأ الشرعية، وضمان حقوق الدفاع مقدمان على هدف الوصول إلى الحقيقة (898).

وإذا كانت هذه القاعدة تعطي الأولوية للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة، فإنه من المفترض أن قيام هذه المصلحة أثناء مرحلة مباشرة الدعوى العمومية دون تجريح قضاة النيابة العامة، يؤدي إلى نتائج غير مقبولة أبرزها:

1- الإبقاء على ما ينفيه المتهم، نتيجة استمرار النيابة العامة في تدخلها في عناصر إثبات الجريمة المرتكبة، وهذا ما قد يجعل من هذه الهيئة القضائية التي تمثل الدولة في سيادتها، أن لا تنقيد بالقوانين التي أصبحت تخضع لها هذه الدولة. ومن ثم، فإن الإجراءات التي تقوم بها

898 أحمد الخمليشي: الجزء الثاني، م. س، ص. 29.

تكون إجراءات غير قانونية، وهذا ما لا يوفر أي ضمانات للمتهم لممارسة حقوقه التي يقتضيها القانون.

2- التحكم في سير الدعوى العمومية قبل رفعها إلى القضاء الذي كان يجب أن يرفع أمامه نزاع غير النزاع الذي نصت عليه وثيقة الاتهام. ومن ثم، فإنها تستطيع أن تجعل من الإجراءات الملزم إجراء غير ملزم والعكس صحيح، كما هو الشأن في الجرائم التي يلزم فيها المشرع الجنائي بوجوب القيام بمسطرة التحقيق، حيث تستطيع النيابة العامة في حالة عدم تجريحها، أن تكتفي في مثل هذه الجرائم بمسطرة البحث التمهيدي فقط. وهذا ما سار عليه القضاء المغربي في إحدى أحكامه، وذلك عندما اعتبر بان عدم إجراء التحقيق في جنابة معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد لا يقبل الاحتجاج به من متهم آخر غير المتهم الذي لم يجر معه التحقيق⁽⁸⁹⁹⁾. وهذا ما يقتضي ملاحظتين:

الأولى: إن النيابة العامة تقوم مقام قاضي التحقيق، في تقدير درجة خطورة الجريمة، أو أنها بهذا العمل تخالف ما نصت عليه المادة 93 من قانون المسطرة الجنائية التي تقضي بعدم إصدار أي ملتمس إلى هذا الأخير الذي تلزمه بعدم إجراء أي تحقيق في ما هو معروض عليه من أجل إجراء هذا التحقيق⁽⁹⁰⁰⁾.

899 قرار المجلس الأعلى عدد 9271 الصادر بتاريخ 25 دجنبر 1986 قضية رقم 85/5782

من أرشيف المجلس الأعلى.

900 أنظر الفقرة الثانية من المادة 93 من ق.م.ج.

الثانية: إن النيابة العامة تساهم بهذا العمل في الإخلال بإجراء جوهري، نصت عليه المادة 85 من ق.م.ج. ومن ثم، فإن هذا الإخلال يؤدي إلى بطلان المتابعة⁽⁹⁰¹⁾، وهو ما يجب على المحكمة أن تنثيره تلقائياً حتى ولو لم يتمسك به المتهم⁽⁹⁰²⁾.

3- إن تغيير مسار الدعوى العمومية في حالة قيام أسباب التجريح لدى قضاة النيابة العامة يعتبر بمثابة نزع الاعتراف من المتهم، وهذا ما يمنعه القانون بشكل صريح⁽⁹⁰³⁾، وذلك على أساس أن عدم تجريح هؤلاء القضاة الذي يباشرون تحريك الدعوى العمومية، في حالة قيام هذه الأسباب، ينعكس سلباً على حرية المتهم وعلى ما يمكن أن يتمتع به من حقوق الدفاع، فتضيع عليه فرصة متابعة الإجراءات التي توفر له الطمأنينة في عمل هذه الهيئة القضائية.

الأمر الثاني: عدم خرق قاعدة التمسك بتطبيق القانون

إن هذه القاعدة مرتبطة بقاعدة عدم تمسك النيابة العامة بمطالبها، وهي في الأصل قاعدة تخدم مصلحة المتهم، لا مصلحة الدولة أو المجتمع. ولذلك، فإن هذه القاعدة، إذا ما طرأ عليها سبب من أسباب التجريح ضد أحد قضاة النيابة العامة، فإنها تصبح غير قائمة، وذلك من ناحيتين:

901 أحمد الخمليشي: مرجع سابق.

902 محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية، م. س، ص. 151.

903 أنظر المادة 293 من ق.م.ج.

من ناحية أولى: إن هذه الهيئة القضائية لا تكون حرة في تطبيق ما يتطلبه القانون، وذلك لتغير مركزها القانوني، كما سبق القول بذلك أكثر من مرة، على اعتبار أن هدفها عندئذ، يتجاوز حد الدفاع عن المصلحة العامة للمجتمع إلى الدفاع فقط عن المصلحة الخاصة لقضائتها.

من ناحية ثانية: إن نفس الهيئة تستغل سلطتها التقديرية من أجل التطاول على الضمانات المحددة للمتهم، أو غيره باسم القانون، وذلك بالرغم من أنه لو تقرر تجريحها، لما لجأت إلى هذا التطاول وهذا ما يتنافى مع أحد أهم وظائفها المنصوص عليها في المادة 36 من قانون المسطرة الجنائية.

ونحن نستطيع أن نستخلص من هذا التحليل، أن تجريح النيابة العامة في مرحلة مباشرة تحريك الدعوى العمومية، لا يمكن أخذه على إطلاقه وإنما لابد من توفر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول: أن يتم توجيه التهمة إلى من يشتبه فيه بأنه هو الذي ارتكب الجريمة بشكل رسمي، وذلك عن طريق تحديد نوع التهمة في محضر موقع ومؤرخ ممن أهله المشرع بذلك، سواء تعلق الأمر بالضابطة القضائية أو بقضاة النيابة العامة، على اعتبار أنه بهذا للتوجيه يستطيع المتهم أن يطمئن إلى ممارسة حقوقه بشكل مشروع، وفي جميع مراحل التقاضي. أما إذا كان الأمر يتعلق فقط بالموقوفين المنصوص عليهم في المادة 65 من ق.م.ج. فإنه لا داعي إلى تقديم طلب تجريح

قضاة النيابة العامة، أو ضباط الشرطة القضائية لانعدام ما يفيد توجيه التهمة إليهم.

الشرط الثاني: أن يكون مباشرة تحريك الدعوى العمومية، مرتبطا بالجرائم التي تدخل في نطاق اختصاص النيابة العامة. أما إذا كانت من التي تختص بهذه المباشرة أشخاص إجرائيون آخرون كالمجنى عليه أو بعض الإدارات العمومية، فإن تجريح قضاة هذه الهيئة يصبح غير مبرر ⁽⁹⁰⁴⁾، وهذا ما يجب على المشرع المغربي، أن يوضحه بدقة في حالة إعادة صياغة المادة 274 من ق.م.ج.

ثانياً: عدم الإضرار بموضوع الدعوى العمومية

إذا اعتبرنا بأن موضوع الدعوى العمومية ينحصر في اقتضاء حق الدولة في العقاب من جانب، وفي حق المتهم في البراءة من جانب آخر، فإن الإضرار بهذا الموضوع في حالة عدم تجريح قضاة النيابة العامة، يمكن حصره في أمرين:

الأمر الأول: تضيق نطاق الدعوى العمومية أثناء مرحلة

تحريكها

إن المشرع الجنائي المغربي عندما أخذ بمبدأ عدم تجريح قضاة النيابة العامة في المادة 274 من ق.م.ج. فإنه كان ينظر إلى موضوع

904 محمد التغدويني: تحريك الدعوى العمومية، م. س، ص. 135 - 136.

الدعوى العمومية، بأنه لا ينشأ في مرحلة ما قبل رفع هذه الدعوى إلى القضاء، وذلك انطلاقاً من كون هذا الموضوع لا تحدده النيابة العامة وإنما يحدده القضاء الجالس أثناء مرحلة ممارستها، في حين أن الأمر ليس كذلك، نظراً لعدة اعتبارات أبرزها:

1- إن الدعوى العمومية، باعتبارها مؤسسة قانونية، لا يمكن القول بأنها غير قائمة في مرحلة التثبت من الجريمة، حتى نستطيع القول بعدم تجريح قضاة النيابة العامة استناداً إلى انعدام موضوع هذه الدعوى في هذه المرحلة، بل العكس من ذلك، على اعتبار أننا لو اعتبرناها بغير هذا المعنى، لما استطاع المتهم أو المدعي المدني ممارسة حقوقهما أثناء هذه المرحلة التي لا يمكن اعتبارها مجرد عمل إداري فقط. من جهة، ومن جهة أخرى أنه لا يمكن التحدث عندئذ على شرط الدعوى العمومية في هذه المرحلة دون قيامها. وهذا ما جعل القضاء المغربي أن يعتبر أن عدم إنجاز الإجراءات على الوجه الأكمل، في مرحلة التثبت من الجريمة، يجعل سائر الإجراءات المتخذة في هذه الدعوى، خلال مرحلة السير فيها أمام القضاء، باطلة بما في ذلك القرار المطعون فيه (905).

2- إن قضاء الحكم، لا يمكن أن ينظر في دعوى تم رفعها إليه دون موضوع، على اعتبار أنه ليس من المقبول عقلاً، أن تكفي النيابة

905 قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) عدد 357 الصادر بتاريخ 26 يناير 1978. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، م. س، ص ص. 161 - 162.

العامة فقط بالمطالبة أمام هذا القضاء باقتضاء حق الدولة في العقاب على جريمة دون تحديد وقائعها، أو الإجراءات المتبعة بشأنها⁽⁹⁰⁶⁾، أو مراعاة حق المتهم في البراءة، وهذا يعني أن هذه الهيئة القضائية هي التي تحدد طبيعة الفعل المرتكب، ما إذا كان جنائية أو جنحة أو مخالفة، وما إذا كانت جريمة عادية أو إرهابية.

وعلى هذا الأساس، فإنه انطلاقاً من هذين الاعتبارين، فإنه لا يمكن القول بأن النيابة العامة لا يمكن تجريح قضاتها، لأنها تقوم فقط بعمل إداري وإنما تقوم بعمل قضائي تستطيع بهذا العمل أن تحدد مسار الدعوى العمومية، بشكل وجوبي، وذلك إما عن طريق ممارستها لحق حفظ الأوراق أو رفعها إلى القضاء للنظر فيها إلى نهايتها.

ولهذا السبب، فنحن نعتبر بأن عدم تجريح قضاة هذه الهيئة القضائية في مرحلة التثبت من الجريمة، يؤدي إلى الإضرار بموضوع الدعوى العمومية، وذلك نظراً للانعكاسات التي قد يؤدي إليه مسار الدعوى العمومية، عندما تنشأ هناك أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 273 من ق.م.ج. وانطلاقاً من هذا المنظور، فإنه لا سبيل إلى التسليم بالمبدأ القائل بأن قضاة النيابة العامة يكمل بعضهم بعضاً، حتى يمكن التسليم برفض تجريحهم على اعتبار أن هذا المبدأ يمكن الأخذ به في نطاق ممارسة الإجراءات وليس في نطاق الاتهام الموجه إلى المتهم، وإلا فإن المفاهيم التي نأخذ بها في نطاق ما نحن بصدد من

906 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 23.

المبادئ، تكون غير سليمة. ومن ثم، فإنه يجب إعادة صياغتها بشكل دقيق ومحدد، وذلك حتى لا تتعكس على موضوع الدعوى العمومية بشكل سلبي، وهذا ما ندعو إليه المشرع الجنائي المغربي للأخذ به عند إعادة صياغة مواد قانون المسطرة الجنائية التي ظلت معيبة، وذلك بالرغم من حداثة تصديرها.

ونحن نؤكد على ما ذهبنا إليه في هذا الصدد، وذلك انطلاقاً من كون قضاة النيابة العامة، لا يمكن إعفاؤهم من المسؤولية الجنائية أو المدنية أو التأديبية، في حالة ثبوت ارتكابهم لأخطاء شخصية بالشكل المنصوص عليه في القانون. وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإنه لا يمكن التسليم برفض تجريحهم انطلاقاً من مفهوم الخطأ القضائي، وهذا ما لا يمكن القبول به، على اعتبار أنه في هذين الوضعين القانونيين، لا يمكن الاطمئنان إلى عمل هذه الهيئة في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، إذا كانوا لا يسألون عن أخطائهم التي تدخل في نطاقها أسباب التجريح (907).

الأمر الثاني: الحيلولة دون ممارسة المتهم لحقوقه في الدفاع

بناءً على ما سبق بيانه قبل قليل، فإن حتمية رفض تجريح قضاة النيابة العامة يعني بلا جدال، بأن الدولة عندئذ تريد حصر موضوع الدعوى العمومية في العقاب دون البراءة، وهذا ما لا يقبله المنطق.

907 وهذا ما جعلنا أن نؤكد غير ما مره بأن هذه الأسباب لا يمكن أن تدخل في نطاق تجريح قضاة النيابة العامة إلا في الحالة التي يكون فيها أحد هؤلاء من الواقفين أمام هيئة الحكم أثناء ممارسة الدعوى العمومية، وليس أثناء مباشرة تحريكها.

وعلى هذا الأساس، فإنه ينبغي أن نؤكد بأن حق التجريح هو حق من حقوق الدفاع لا ينشأ فقط في مرحلة ممارسة الدعوى العمومية، وإنما ينشأ أيضا حتى في مرحلة تحريكها، وذلك على أساس أن ما تقوم به النيابة العامة في هذه المرحلة، لا يمكن إخراجها عن نطاق موضوع هذه الدعوى، على اعتبار أنه لا يمكن فصل الإدانة التي تقتضي المطالبة بالعقاب في هذه المرحلة عن البراءة التي يفترضها القانون في كل متهم (908). وهذا ما جعلنا أن نؤكد بأنه لا يمكن حصر التجريح في مرحلة ممارسة الدعوى العمومية، دون مرحلة تحريكها، وذلك انطلاقا من كونه حق من حقوق الدفاع التي يمكن الأخذ بها في جميع مراحل التقاضي وليس فقط، في مرحلة دون أخرى. وهذا ما يدعو إلى مواجهة المتهم بالميز العنصري، في ممارسة حقوقه المنصوص عليها في الدستور الحالي (909)، سواء على مستوى الدفاع أو على مستوى الممارسة، الأمر الذي أصبح لا يحقق أي نتيجة مع ما جرمه المشرع المغربي، في المجموعة الجنائية (910)، في وقت متأخر من إصدار قانون المسطرة الجنائية.

ومن جهة أخرى، أنه لا بد من مراعاة التكامل بين جميع مراحل الدعوى العمومية، سواء من حيث تحديد موضوعها أو من حيث التأكد من هذا الموضوع، أو مناقشته، أو الحسم فيه، ما إذا كان قائما أو غير

908 أنظر المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية.

909 أنظر الفصل السادس من نفس الدستور.

910 أنظر الفصل 2 - 431 من المجموعة الجنائية.

قائم. وعلى هذا الأساس، فإنه إذا أمكن تجريح القضاة في مرحلة مناقشة هذا الموضوع، فإنه بلا شك، يجب أيضا تجريح القضاة في مرحلة تحديده، وذلك دون التمسك بالمبدأ القائل بأن النيابة العامة طرف من أطراف هذه الدعوى، أو أن أعضاءها يكمل بعضهم بعضا في القيلم بالإجراءات التي تقتضي تحريك هذه الأخيرة، وإلا فإنه، في نطاق القضاء الجماعي، يمكن الأخذ فيه بنفس هذا المبدأ الأخير، وهذا غير ممكن⁽⁹¹¹⁾. ومن ثم، فإنه يجب التأكيد على أن التجريح لا يتعلق في حالة استخدامه كحق من حقوق الدفاع باتخاذ الإجراءات المتبعة، في تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها، وإنما هو حق يتعلق بالحق في البراءة، في حالة توجيه الاتهام إلى المتهم أو الكشف عنه، وذلك انطلاقا من كون القاضي كيفما كان موقعه في مراحل التقاضي، لا يمكن أن يكون خصما وحكما في نفس الوقت. ولهذا السبب، فإن الاطمئنان على مصير الحقوق في حالة متابعة الجرائم المرتكبة، لا يمكن حصره في حالة تجريح قضاة الحكم، دون قضاة النيابة العامة، وإنما يجب أن يتحقق هذا الاطمئنان لدى المتهم عند السماح له، بتجريح الاثنين معا، في حالة قيام أسبابه.

911 جون كرافن: م. س، ص. 61.

المطلب الثاني: الضمانات المرتبطة بتوفير المحاكمة العادلة

إذا سلمنا بأن المحاكمة العادلة تقتضي الحيلولة دون تعسف القاضي ضد حقوق المتهم، في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، فإن التشريعات المعاصرة حاولت أن توفر لهذا الأخير ضمانات قانونية محددة⁽⁹¹²⁾، وذلك بالشكل الذي يكفل به هذه المحاكمة، على النحو الذي يتطلبه القانون⁽⁹¹³⁾ في القوانين الإجرائية.

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يكفي أن تتحقق المحاكمة التي نحن بصدد مناقشة الأدلة أمام قضاء التحقيق أو الحكم، وإنما لابد من مراعاة هذه المحاكمة، حتى في مرحلة تحريك الدعوى العمومية كما سبق القول بذلك في المطلب السابق، على اعتبار أن النيابة العامة إذا تعسفت في استعمال الحق في المتابعة أو أنكرت على المتهم الحق في المطالبة ببراءته أثناء هذا التحريك، فإنه بلا شك، تكون محاكمته غير عادلة، سواء في مرحلة التثبت من الجريمة أو في مرحلة مناقشة التهمة الموجهة إليه بمقتضى هذه الجريمة أمام قضاء الحكم⁽⁹¹⁴⁾.

ومن هذه الضمانات، ممارسة حق التجريح ضد قضاة النيابة العامة، وذلك منعا لأي انحراف في السلطة التقديرية المخولة لهؤلاء في نطاق ما نصت عليه المادة 40 من ق.م.ج. في الفقرات الرابعة

912 عباس العبودي: م. س، ص. 63.

913 جمال سرحان: ضمانات المتهم، م. س، ص. 12.

914 نفس المرجع السابق.

والخامسة والسادسة من هذه المادة. وبناء على هذا الأساس، فإنه يمكن التساؤل حول دور النيابة العامة في تحقيق الضمانات المرتبطة بتوفير العدالة، في حالة تحقق أسباب هذا التجريح ضد أحد قضاتها (الفقرة الأولى)، وما هي الانعكاسات التي يمكن أن تترتب عن رفضه على المحاكمة العادلة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور النيابة العامة في تحقيق الضمانات المرتبطة

بتوفير المحاكمة العادلة

من المسلمات في نطاق قانون المسطرة الجنائية، أن المشرع الجنائي المغربي أعطى للنيابة العامة حق التحكم في تحريك الدعوى العمومية أثناء مرحلة التثبت من الجريمة عن طريق ما يعرف بسرية البحث. وهذا ما جعلنا أن نؤكد بأنه من الصعب جداً، اعتبار هذه الهيئة القضائية أن تضمن تحقيق محاكمة عادلة أثناء قيام إحدى أسباب التجريح في أحد قضاتها، وذلك لسببين:

السبب الأول: إمكانية التلاعب في الأدلة

أمام انعدام المراقبة القضائية على أعمال قضاة النيابة العامة أثناء تحريك الدعوى العمومية من وكيل الملك أو الوكيل العام للملك، من الناحية التشريعية نتيجة غياب النصوص القانونية التي تحدد هذه المراقبة، وطبيعتها ومراحلها، وذلك أمام سيادة المبدأ القائل بأن هؤلاء

لا يتحكمون في هذه الدعوى أثناء مرحلة تحريكها، من ناحية الحسم فيها بين الخصوم، فإنه بدون شك، أن الأدلة التي بمقتضاها تسند الفعل المرتكب إلى المتهم تكون محل نظر أثناء قيام إحدى أسباب التجريح لدى قضااتها، وذلك لخضوعها إلى تقدير الملاءمة التي لا تخلو من شائبة الميول إلى أحد الطرفين، أو الخطأ في تقديرها (915). وهذا ما يجعل منها أن تشدد دائما في تكييف هذا الفعل أو مطالبتها بتطبيق القانون الجنائي عليه، حتى ولو بدا أن ما تم ارتكابه لا يعد جريمة، بل وأنها أحيانا تتابع على ارتكاب الجرائم دون أن تكون لديها أدلة قائمة (916)، وهذا ما جعل من بعض الفقه المقارن أن يؤكد بأن النيابة العامة، إذا كانت في الأصل تعتبر من إحدى أهم الأجهزة التي تسهر على تحقيق الضمانات المرتبطة بتوفير المحاكمة العادلة في المرحلة اللاحقة، نتيجة استقلالها في العمل والتزامها القانوني في خضوعها إلى وزير العدل في تطبيق السياسة الجنائية التي يسهر على تنفيذها هذا الأخير، فإن رفض تجريح قضااتها تقوض دعامة هذه المحاكمة، سواء أثناء مرحلة تحريكها أو أثناء مرحلة السير فيها (917).

ويستند هذا الفقه في ما ذهب إليه إلى أنه ليس هناك نص قانوني يجعل من الوكيل العام للملك أن يفرض المتابعة التي يقوم بها أحد قضاة

915 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 63.

916 محمد التغدويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية، م. س، ص. 94 ومبدها.

917 Christo Yotis : Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal, 9^{ème} Congrès International de Droit Pénal. Lahay 23 - 29 Août 1947, R.S.C. 1964, p. 157.

النيابة العامة في حالة تأكده، بأن هذه المتابعة تتعارض مع المصلحة العامة للمجتمع⁽⁹¹⁸⁾.

ولعله في نظرنا، أن هذا السبب هو الذي جعل المشرع المغربي أن يرفض تجريح هؤلاء القضاة، وذلك حتى لا يسمح بإخضاع عملهم للرقابة التشريعية ممن يخضعون لهم إلى التدرج الرئاسي، أو غيرهم من الأجهزة القضائية الأخرى.

ولكن في اعتقادنا، أن هذا هو ما يجعل أثناء قيام إحدى أسباب التجريح لمصلحة المتهم أو المجني عليه، من المتابعة التي تقتضي اتباع إحدى الإجراءات المنصوص عليها بشكل إلزامي في الفقرات الرابعة، والخامسة والسادسة من المادة 40 من ق.م.ج. أن تكون ناقصة أو مشوبة من ناحية. ومن ثم، فإن المحاكمة التي قد تترتب على هذه المتابعة، تكون غير عادلة، على اعتبار أنه لا يحق للنيابة العامة أن تطالب بتطبيق القانون على شخص تمت متابعته، بناء على الميولات الناتجة عن أسباب التجريح التي تتوفر لدى أحد قضاتها الذين قاموا بهذه المتابعة.

وإذا كان الاحتمال لدى المتهم، الشعور بالذعر من وقوع قضاة النيابة العامة في الخطأ في الأحوال العادية، فكيف يمكن أن يكون هذا الشعور عند قيام أسباب التجريح لدى هؤلاء القضاة، أمام انعدام المراقبة على أعمالهم. ومن ثم، فإنه إذا أمكن التخفيف من هذا الاحتمال

918 كريستو يوتيس: م. س، ص. 160.

أمام اللجوء إلى الطعن في ما تصدره المحاكم من أحكام وقرارات وأوامر، فإن هذا التخفيف لا يمكن تصوره في نطاق رفض هذا التجريح في حق قضاة النيابة العامة. وهذا ما جعل الفقه يعتبر بأنه يجب أن تتعدد الضمانات في التقاضي، وذلك حرصاً على تجنب الأخطاء التي قد يقع فيها القضاء في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية (919).

السبب الثاني: حرمان المتهم من ممارسة حقوقه في الدفاع

يرى بعض الفقه بأن الحكم الذي يصدره القاضي في نزاع معين، لا يرتبط بعمله وإنما يرتبط بجميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية. ولهذا السبب، فإن هذا الأخير إذا استعمل سلطته التقديرية في إصدار حكمه، فإن هذه السلطة لا يمكن أن تنفي بكل ما ظلت تطالب به النيابة العامة أو تم تسطيره في محاضر الضابطة القضائية. ولذلك، فإنه إذا اتسمت مرحلة تحريك هذه الدعوى بعدم مراعاة حقوق المتهم، فلا شك أن هذا النقص قد يؤثر بلا جدال في المحاكمة العادلة في المرحلة اللاحقة، سيما وأن قضاء الحكم ليس له أي سلطة على مراقبة عمل النيابة العامة (920)، إلا في حدود سلطته التقديرية على النزاع المطروح أمامه.

919 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 161.

920 نفس المرجع، ص. 20.

وعلى هذا الأساس، فإنه من أجل تحاشي الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها قضاء الحكم في المرحلة اللاحقة من حكمه، يجب مراعاة حقوق المتهم في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، في التشريع قبل التطبيق، على اعتبار أنه لا يجوز متابعة شخص يمنع من استعمال حقوق دفاعه التي تأتي على رأسها حق التمسك بالتجريح⁽⁹²¹⁾، وذلك لتوقف عقابه أو براءته على ميولات من تتوفر لديه أسباب هذا التجريح.

ولعل السبب في ما نذهب إليه في هذا الصدد، هو أن من بين ما يمكن أن يتضمنه التصريح أو الاستجواب أو الاستنتاج أمام الشرطة القضائية أو أمام النيابة العامة أو أمام قاضي التحقيق هو التجريح، إذا ما قامت أسبابه في حق أحد هؤلاء. ومن ثم، فإنه لا يصح القبول بما صرح به المتهم، دون القبول بالتصريح الذي يتضمن التجريح المذكور، وإلا فإن المحاكمة تتم بشكل غير عادل⁽⁹²²⁾.

ويؤسس الفقه هذه الضمانة، على كون قانون المسطرة الجنائية يُلزم النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو قاضي الحكم بمعرفة عميقة بالمتهم، وذلك لما تشكله هذه المعرفة من أهمية في الإثبات الجنائي

921 نفس المرجع، ص. 100.

922 نفس المرجع، ص. 89.

(923). الأمر الذي يجعلنا نعتبر، بأنه لا يمكن إبعاد التجريح عن هذه المعرفة القانونية التي تقتضيها المحاكمة العادلة.

وحسب هذا التصور الفقهي، فنحن نرى بأن قاضي الحكم هو في حقيقته ينظر في النزاع المعروض عليه، خارج نطاق القانون، إذا ما لم تحترم حقوق الدفاع التي تقوم على قرينة البراءة لديه في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، على اعتبار أنه لا يصح الانتقاء بين الحقوق أو التمييز بينها في الأخذ أو عدم الأخذ بها، لاعتبارات إدارية لا لاعتبارات قانونية.

الفقرة الثانية: الانعكاسات المترتبة عن رفض تجريح النيابة

العامة على المحاكمة العادلة

من المعروف في قواعد قانون المسطرة الجنائية، أن المتهم يبقى محصنا بقرينة البراءة إلى حين صدور حكم نهائي (924) في الفعل المرتكب إلا أن النيابة العامة تعمل دائما على تكسير هذه الحصانة عن طريق وسائل الإثبات التي من خلالها تعمل على إسناد التهمة إليه، غير أن هذه الوسائل إذا كانت تجعل من نفس المتهم، أن يقبل الإجراءات التي تقوم بها هذه الهيئة، نتيجة لجوئه إلى الدفاع على براءته، فإنه

923 الحبيب بيهي: م. س، ص. 95.

924 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 45.

بالمقابل لا يقبل بهذه الإجراءات في حالة قيام أسباب التجريح لدى أحد قضاتها (925)، على اعتبار أن ذلك قد يؤثر على مسار الدعوى العمومية من ناحيتين:

من ناحية أولى: إن النيابة العامة إذا ما تأثرت بميولاتها الناتجة عن أسباب التجريح، توجه الدعوى العمومية التي تحركها بشكل حتمي إلى ارتكاب الأخطاء القضائية التي لا شك بأنها تنعكس بشكل سلبي على المتهم أو المُجنى عليه، وذلك حسب موقع أحد هذين الشخصين، من ميولات القاضي المجرح.

وهذا ما جعل بعض الفقه (926) أن يؤكد بأن القصور في العمل القضائي، إذا سبب في تغيير مسار الدعوى العمومية (927) عن غير إدراك (928)، فإن الأمر ليس كذلك، إذا كان هذا التغيير يرجع في أصله إلى التشريع الذي يفرض تجريح قضاة النيابة العامة. ولهذا السبب، فإننا نرى بأنه من البديهي أن المجتمع لا يجب عليه أن يستند إلى حق تشوبه شائبة عند اقتضاء حق الدولة في العقاب الذي تم تأسيسه على ميولات هؤلاء القضاة.

925 نفس المرجع السابق، ص. 45.

926 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص ص. 27-27 وص. 35.

927 إن تغيير مسار الدعوى العمومية يتم وفق ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الرابعة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك عن طريق التكييف الذي تكيف به الفعل المرتكب. ولهذا السبب، فإننا نرفض الرأي القائل بأن النيابة العامة لا يمكن تجريحها لأنها لا تتحكم في موضوع الدعوى العمومية.

928 على اعتبار أن القصور الذي نحن بصدده يرتبط دائما بالاجتهاد. ولذلك، فإنه لا يمكن الأخذ بنتائجه.

من ناحية ثانية: إن قاضي الحكم إذا ما تم اعتباره مستقلا في عمله، فإن هذا الاستقلال يظل معيبا أو غير كامل أمام تأثير محاضر الشرطة القضائية، أو النيابة العامة في اقتناعه. ولهذا السبب، فإذا كان هذا التأثير مرتبطا بأسباب التجريح، فإنه بدون شك تكون المحاكمة غير عادلة. ومن ثم، فإنه يمكن القول في هذا الصدد بأنه ينبغي أن ننبه المشرع المغربي إلى مدى خطورة الانعكاسات السلبية على هذه المحاكمة، في حالة رفض تجريح قضاة النيابة العامة.

وانطلاقا من هاتين الملاحظتين، يمكن أن نؤكد بأن المشرع إذا كان قد نص على التجريح، في مواد قانون المسطرتين المدنية والجنائية، من أجل توفير الضمانة للخصوم، في حمايتهم من تعسف القضاة أو وقوعهم في الأخطاء القضائية التي تمس بالمحاكمة العادلة، فإن هذه الضمانة بالنسبة لهؤلاء الخصوم، في مرحلة تحريك الدعوى العمومية هي تصب في محاولة تجنيب قضاة الحكم من نفس الأخطاء في مرحلة ممارسة هذه الدعوى، وإلا فلا فائدة من التقاضي أصلا، إذا لم تتوفر هذه الضمانة في جميع المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية⁽⁹²⁹⁾، على اعتبار أنها لا يكفي أن تتحقق في المرحلة الأخيرة دون المرحلة الأولى، وذلك بالرغم من وجود التفاوت في هاتين المرحلتين، من حيث الضعف أو القوة في هذه الضمانة.

929 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 156.

وبعبارة أخرى، أنه كلما انتقلنا من مرحلة مباشرة الدعوى العمومية إلى مرحلة ممارستها يكون قيام الضمانة في المحاكمة العادلة أكثر توفراً وقوة، وذلك لما قد يتجنبه قضاء الحكم من أخطاء تقع فيها النيابة العامة، ولكن متى كانت هذه الأخطاء غير مؤسسة على أسباب تجريح قضاة هذه الهيئة. أما إذا كانت مؤسسة على هذه الأسباب، فإنه من الصعب تجاوزها حتى ولو مع درجات التقاضي المختلفة، سيما وأن الأمر قد يزيد استفحالا أمام عدم اكتراث هؤلاء بأخطائهم التي هي في مأمّن من الحماية التشريعية التي تتأسس على رفض تجريحهم بشكل صريح، وهذا ما لا يجب أن يقبل به المنطق القانوني السليم، في ظل الدستور الحالي.

وفي إطار هذه الإشكالية، أننا إذا سلمنا، بأن النيابة العامة خصم أو طرف في الدعوى العمومية، فإنه لا يجب متابعة من ارتكب الجريمة نتيجة ميولاتها الناتجة عن أسباب التجريح، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية القائلة بأنه لا يجوز إدانة شخص بناء على أقوال خصمه، مادام أن أقواله لم تؤخذ بعين الاعتبار، وذلك طبقاً للمبدأ القائل بأنه "لا إدانة لشخص دون سماع أقواله".

وبناء على هذه المبادئ، فإن النيابة العامة في حالة عدم تجريح قضاتها، يمكن أن تتجاوز حدود ما هو مقرر لها في القانون، وذلك لكون هؤلاء القضاة يقرّون عندئذ أمام عدم هذا التجريح إذا تأثروا بميولاتهم الشخصية إزاء المتهم أو المجني عليه خلق "جريمة بلا نص"

(930). وهذا ما يتنافى مع مبدأ الشرعية الجنائية أو الإجرائية، على اعتبار أنه لا يكفي إغفؤهم من المسؤولية الجنائية المترتبة عن المتابعة التي يقومون بها انطلاقاً من الحماية القانونية لعملهم الإجرائي (931)، وإنما لابد من مراعاة ما إذا كانت الأخطاء التي يرتكبونها ناتجة عن عمل إجرائي سليم، أو أن ارتكابها يتم عن قصد في حالة قيلم أسباب التجريح، وإلا فإن المشرع الجنائي المغربي يكون قد يسمح لهؤلاء بشكل صريح على خلق الجرائم أو تطبيق العقوبات بلا نص في القانون، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق.

وفي هذا الصدد، اعتبر بعض الفقه (932)، بأن منع الدفاع في حالة عدم تجريح قضاة النيابة العامة، فيه تعبير عن إهمال واضح للمجتمع في أداء واجباته، في موضوع جسيم نسلم جميعاً احتمال الخطأ فيه، من جهة، ومن جهة أخرى، أن هذا الإهمال يعبر على أن مباشرة الدعوى العمومية من النيابة العامة، لا تحقق أي ضمانات للمتهم في حق التمسك بقرينة البراءة، وذلك لكون أنها تهمل المعرفة العميقة بهذا المتهم أثناء استنطاقه، وهذا ما يخل بأحد أهم الإجراءات التي تقوم بها

930 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 22 ومابعدها.

931 حسن بشتيت خوين: ضمانات المتهم في الدعوى الجنائية، خلال مرحلة المحاكمة، الجزء الثاني، طبعة 1998، ص. 25 ومابعدها.

932 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 35 وص. 89.

هذه الهيئة القضائية، وهي تتنكر لميولات قضاتها الناتجة عن أسباب التجريح، وهي ليست خصما لأحد⁽⁹³³⁾.

ويمكن أن نخلص من هذا المبحث إلى القول، بأن ضمانات الخصوم في المحاكمة العادلة، لا ترتبط فقط بمرحلة المحاكمة أو ممارسة الدعوى العمومية أمام قضاء الحكم، وإنما ترتبط أيضا حتى بمرحلة تحريك هذه الدعوى أو مباشرتها أمام النيابة العامة. وعلى هذا الأساس، فإنه لا بد من وجوب التأكيد على تجريح قضاة النيابة العامة حتى تتحقق هذه الضمانة.

وأخيرا، يمكن أن نستخلص من هذا الباب قاعدة أساسية مفادها أنه في حالة خروج الدعوى العمومية من يد النيابة العامة إلى قضاء الحكم، فإن قضاتها لا يمكن تجريحهم، وذلك بناء على ما نصت عليه المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية⁽⁹³⁴⁾، ولكن إذا ما كانت هذه

محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، طبعة 1994، ص. 320.

933

وهذا ما نلمسه في نص الفصل 669 من ق.م.ج. الفرنسي، حيث أن المشرع لم ينص على عدم تجريح قضاة النيابة العامة في فصل مستقل كما فعل المشرع المغربي، وإنما نص عليه في إطار نفس الفصل الذي يجرح فيه قضاء الحكم، مما يعني أن منع هذا التجريح في حق هؤلاء القضاة، أي قضاة النيابة العامة، ينبغي الأخذ به في مرحلة ممارسة الدعوى العمومية لا في مرحلة تحريكها، وهذا منطوق سليم. ومن أجل فهم ما نحن بصدده، لا بد من الإشارة إلى صياغة هذا الفصل بقوله:

934

« La personne mise en examen, le prévenu, l'accusé et toute partie à l'instance qui veut récuser un juge d'instruction, un juge de police, un, plusieurs ou l'ensemble des juges du tribunal correctionnel, des conseillers de la cour d'appel ou de la cour d'assises doit, à peine de nullité, présenter requête au premier président de la cour d'appel.

الدعوى لازالت قائمة بين يدي هؤلاء القضاة، فإنه يجب تجريحهم بقوة القانون.

Les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés : la requête doit désigner nommément le ou les magistrats récusés... », Art. 669 (L. n° 93- 2 du 4 Janvier 1993).

الباب الثاني: نطاق تجريح قضاة النيابة العامة

لقد انتهينا من الباب الأول من هذه الأطروحة إلى القول، بأنه من السهل التسليم برفض تجريح قضاة النيابة العامة لستنادا إلى نص في القانون، ولكن الأمر ليس كذلك، أمام المبدأ القائل بوجوب حياد المؤسسة القضائية في القرارات والأحكام التي تصدرها (935). وعلى هذا الأساس، فإننا نستطيع أن ندرس في هذا الباب نطاق هذا التجريح المسلم به، على الأقل من الناحية النظرية، سواء في القضايا الجزرية (الفصل الأول)، أو القضايا المدنية (الفصل الثاني).

935 يؤكد الأستاذ بيالا M. Viala في هذا الصدد قائلا:

« Au fond du problème des récusations, se trouve passée la question de l'impartialité de l'institution judiciaire, notion absolument indispensable pour que soient sociologiquement acceptées les conséquences des décisions judiciaires ». Gazette du Palais, 1980, p. 163.

الفصل الأول: تجريح النيابة العامة في القضايا الزجرية

إن الخلاف الذي وقع بشأن السؤال المطروح، ما إذا كان من الممكن تجريح النيابة العامة أو عدم تجريحها، ظل في الحقيقة مرتبطاً ليس بصفة الوظيفة التي تقوم بها ⁽⁹³⁶⁾، وإنما هو مرتبط بنطاق العمل الذي تقوم به في القضايا الزجرية. وبناء على هذا الأساس، فإننا سنحاول في هذا الفصل، الاعتماد على دراسة هذا التجريح، انطلاقاً من التمييز بين الاختصاص الإجرائي والإداري لهذه المؤسسة القضائية في الجرائم التي تختص بتحريك الدعوى العمومية فيها من جهة (الفرع الأول)، وفي الجرائم التي لا تختص فيها بهذا التحريك من جهة أخرى (الفرع الثاني).

936 أنظر نفس المرجع.

الفرع الأول: تجريح قضاة النيابة العامة في الجرائم التي تختص فيها بتحريك الدعوى العمومية

من المسلم به قانونا، سواء في نطاق القانون الجنائي الموضوعي أو القانون الإجرائي، أن المشرع حصر للنياية العامة نطاقا محددا من الجرائم التي تختص فيها بتحريك الدعوى العمومية، دون الجرائم الأخرى التي خص فيها غيرها بهذا التحريك، ولذلك فإنه بناء على هذا المعطى القانوني، يمكن أن نطرح السؤال، ما إذا كان من الممكن أن يتم تجريح النيابة العامة، في نطاق اختصاصها الإجرائي فقط (المبحث الأول)، أم يتعدى ذلك إلى نطاق اختصاصها الإداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تجريح قضاة النيابة العامة في نطاق اختصاصها الإجرائي

إن المقصود بالاختصاص الإجرائي للنياية العامة، هو كل عمل قضائي يسمح لها به القانون، بأن تقوم به وفق قواعد المسطرة الجنائية أثناء تحريك الدعوى العمومية، سواء تعلق الأمر بما تقوم به شخصيا أو تحت إشرافها من طرف ضباط الشرطة القضائية، ومن هذا المنظور فإنه يمكن القول، بأن ما تختص به هذه الهيئة القضائية من إجراءات قسمه المشرع المغربي إلى قسمين: قسم يتعلق بالإجراءات ذات الدلالة الفنية (المطلب الأول)، وقسم يتعلق بالإجراءات ذات الدلالة الموضوعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاختصاص الإجرائي للنيابة العامة بمعناه الفني

إن النيابة العامة عندما تقوم بالإجراءات التي يقتضيها تحريك الدعوى العمومية أو مباشرتها، لا يمكن القول فيها بأنها إجراءات صادرة من أحد أطراف هذه الدعوى⁽⁹³⁷⁾، وإنما هي إجراءات تصدر من هيئة قضائية، حدد قانون المسطرة الجنائية كل اختصاصاتها أثناء القيام بهذه الإجراءات. وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن القول بعدم تجريحها انطلاقاً مما نصت عليه المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، وإنما لأن هذه المادة كما سبق القول بذلك في الباب الأول من هذه الأطروحة، يمكن تطبيقها عندما تكون هذه الهيئة القضائية تشكل قضاء واقفاً فقط، أمام هيئة الحكم. أما قبل ذلك، فهي هيئة قضائية مستقلة في عملها القضائي الذي تقوم به أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية، وذلك بناء على قاعدة وجوب التجرد في هذا العمل⁽⁹³⁸⁾، لا بناء على انعدام تأثيره في الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة، بالنظر في الدعوى الجنائية، وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي في المادة 669 من قانون المسطرة الجنائية الذي فشل المشرع

937 لأن الفقه الراجح لا يعتبر النيابة العامة طرفاً في الدعوى العمومية، سواء أثناء تحريكها أو أثناء ممارستها.

- محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 333.

938 أنظر التعليق على قانون المسطرة الجنائية الفرنسي لسنة 2008، ص. 886. وانظر مجلة العلوم الجنائية R.S.C. لسنة 2000، ص. 852 تحت عنوان "تجرد القاضي".

"Impartialité du juge".

المغربي في توظيفه بشكل سليم، عند استيراده لهذه المادة.

وعندما نقول بأن النيابة العامة يجب تجريحها، انطلاقاً من الإجراءات التي تقوم بها أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية، إذا كانت هذه الإجراءات مبنية على إحدى أسباب التجريح، فإن هذا العمل لا يمكن القول فيه، بأنه يتوقف تصحيحه على قضاة الحكم، حتى يمكن رفض هذا التجريح في حقها، وإنما تقوم به لأنه يدخل في نطاق وظيفتها التي هي مستقلة بها عن غيرها من باقي وظائف قضاة التحقيق أو الحكم، بل وإنها قد تؤثر بمقتضاه على مصير الدعوى العمومية التي تحركها. وعلى هذا الأساس، أكد بعض الفقه الفرنسي⁽⁹³⁹⁾، بأن هذه الهيئة القضائية يفرض عليها القانون أن تكون محايدة بحكم الوظيفة التي تقوم بها، ولذلك فإنها ليس فقط أن تكون ملزمة بالتحلي بهذا الحياد أثناء مطالبتها بتطبيق القانون الموضوعي أمام هيئة الحكم، وإنما هي أيضاً ملزمة بأن تكون كذلك حتى في حالة القيام بالإجراءات التي تقتضي تحريك الدعوى العمومية، أو متابعة الجرائم المرتكبة، وذلك لما لهذه الإجراءات من أهمية التأثير على تكييف الفعل المرتكب أو على قناعة القاضي عن طريق هذا التكييف⁽⁹⁴⁰⁾. ومن ثم، مدى خطورة الانعكاسات التي يمكن أن تترتب عليها في حالة استعمال سلطاتها

⁹³⁹ Boris BERNABÉ: La récusation des juges, Etude Médiévale, moderne et contemporaine, 2006, p. 277.

⁹⁴⁰ محمد زكي أبو عامر: م.س، ص. 341.

التقديرية التي يخولها لها القانون ⁽⁹⁴¹⁾. وهذا ما جعلنا أن نؤكد أكثر من مرة، بأن تشريعنا الجنائي أساء إلى رفض تجريح قضاة النيابة العامة الذي استورده من القانون الفرنسي، وذلك انطلاقاً من كون هذا الرفض لا يمكن الأخذ به إلا في حالة واحدة فقط، وهي الحالة التي تكون فيها هذه الهيئة القضائية وافقة أمام قضاء الحكم أثناء ممارسة الدعوى العمومية التي حركتها وليس أثناء مباشرتها لهذا التحريك ⁽⁹⁴²⁾.

والتجريح عندما يتقرر لمصلحة المتهم أو المجنى عليه أثناء قيام النيابة العامة بإجراءات تحريك الدعوى العمومية، فإن ذلك من أجل تقادي الأخطاء القضائية التي قد يترتب عليها إدانة البريء أو براءة المدان. وعلى هذا الأساس، أكد رأي في الفقه الفرنسي أن درجة خطورة الخطأ في مرحلة مباشرة النيابة العامة لإجراءات هذا التحريك، يكون أقوى من درجة خطورة نفس الخطأ في مرحلة ممارسة الدعوى العمومية أمام القضاء الجنائي، على اعتبار أن الأول هو الذي يؤدي إلى الثاني، وليس العكس. ولذلك، فإنه يجب مراعاة الحيلولة دون الوقوع في هذين الخطأين، إذا ما تأكد بأن أسباب التجريح هي السبب في قيامها ⁽⁹⁴³⁾، وإلا، فإنه لا داعي إلى التنصيص في التنظيم القضائي المغربي على ما يفيد بعدم مشاركة القاضي الذي سبق أن شارك في النظر في

941 وهذه الاختصاصات حددتها الفقرة الرابعة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية.

942 وهذا ما أخذ به القضاء المغربي في حكمه المشهور الذي هو قرار المجلس الأعلى عدد 1/1808 الصادر بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف عدد 07/8551. أنظر: مجلة النشرة الجنائية، م. س، ص. 100.

943 بريس بيرنابي: م. س، ص. 330، فقرة 356.

الدعوى العمومية في المرحلة السابقة من مرحلة هذه المشاركة، في درجات التقاضي المختلفة (944).

وفي هذا الصدد، أكد بعض الفقه بأن النيابة العامة في جميع مراحل الدعوى العمومية، لا تعبر إلا عن رأيها، ولهذا السبب، فإنها إذا أخطأت لا تضر بمصلحة المجتمع، وإنما تضر بالمتهم أو المجنى عليه في الجريمة المرتكبة (945)، مما يعني أن أي إجراء تقوم به في مرحلة مباشرة تحريك الدعوى العمومية، يمكن أن تضر بأحد هؤلاء الأطراف، إذا قامت لدى أحد قضاتها أسباب التجريح، وهذا ما يلزم التمييز في شأن ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، ما إذا كانت هذه الهيئة القضائية أمام هيئة الحكم أم هيئة مستقلة في عملها.

فإذا كانت أمام هيئة الحكم، فإن تصريحاتها أو مستنتاجاتها مهما كانت مخطئة، فإنها لا تؤثر في الحكم. ومن ثم، فإن تجريحها لا دور له، بشكل مطلق، في حين أنها إذا كانت مستقلة في عملها، كما في حالة القيام بإجراءات التحريك أو عند الطعن في الحكم الصادر لمصلحة المتهم أو المجنى عليه، فإن هذا التجريح يلزم القيام به لمن له المصلحة

944 وهذا ما يطلق عليه عدم صلاحية النظر في الدعوى.

945 Jacques BORE : La cassation en matière pénale, 1985, p. 124.

فيه، وذلك حتى لا يتضرر بما تقوم به هذه الهيئة القضائية في هذا الوضع القانوني (946).

ولعل السبب في هذا التمييز، يرجع إلى كون المشرع يميز بين وظيفة النيابة العامة، وبين الصفة الشخصية لقضااتها، بحيث إن التجريح لا ينصرف مدلوله إلى المس بهذه الوظيفة، وإنما يمس بالصفة الشخصية لهؤلاء القضاة، وذلك عندما تتوفر في حقهم أسباب هذا التجريح، وهم يمارسون الإجراءات بحكم وظيفتهم، مما يجعلهم غير محايدين في القيام بهذه الوظيفة (947). وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في إحدى قراراته المشهورة في تجريح قضاة النيابة العامة، حيث أكد في هذا القرار بأن "من بين الدفوع التي تقدم بها الطاعن أمام محكمة الاستئناف، كون المتابعة تمت في غياب النيابة وظيفيا مادام كل قضاة النيابة العامة بمن فيهم النائب الذي حضر الجلسة، اعتبروا أنفسهم طرفا في الدعوى، وانتصبوا مطالبين بالحق المدني، وبالتالي لم يكن من حقه أن يمثل المجتمع (948)، وأن يكون قاضيا وطرفا في نفس الوقت، غير أن الحكم المطلوب نقضه حوّل الأمر إلى المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية الذي لا يسمح بتجريح قضاة النيابة العامة، واعتبر دفع الطالب بهذا الشأن لا ينبني على أساس، في حين أن

946 فيالا: م. س، ص. 163.

947 نفس المرجع.

948 على اعتبار أنه في هذه الحالة يسعى إلى كسب مصالح شخصية بالشكل المنصوص عليه في المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية.

مضمون الدفع لم يكن يتعلق بالتجريح وإنما من جهة بالفراغ الذي أحدثته قضاة النيابة العامة عندما انتصبوا كلهم طرفا مدنيا، ومن جهة أخرى، إذا كان القانون منع تجريح قضاة النيابة العامة في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، فإن المادة 275 من نفس القانون ألزمت كل القضاة دون تمييز بين قضاة النيابة العامة وقضاة الحكم أن يقدموا إلى الرئيس الأول للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف تصريحاً طبقاً للمادة 278 من القانون المذكور، كلما كان بينهم وبين المتهم سبب من أسباب التجريح، لذلك يظل تعليل المحكمة في الجواب عن هذا الدفع تعليلاً فاسداً" (949).

ونجد أن القضاء الفرنسي، قد سار في هذا النهج منذ مدة طويلة، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها بأن وظائف النيابة العامة، لا تتعارض مع وظائف القاضي فيما تقوم به من إجراءات. ولهذا السبب، فإن المبدأ العام في العدالة الجنائية أنه لا يمكن السماح لأي قاض مهما كانت طبيعة وظيفته، أن يكون طرفاً وحكماً في نفس المتابعة (950).

ونحن إذا رجعنا إلى قانون المسطرة الجنائية، نجد فيه بأن هناك مجموعة من الإجراءات الفنية التي تستقل فيها النيابة العامة عند مباشرة

949 أنظر مجلة النشرة الجنائية: م. س، ص ص. 100 - 101.

950 جريمة 17 دجنبر 1964 مجلة جويس كلاسور J.C.P.، 1965، ص. 14042، تعليق: الأستاذ ميشيل كومبالديو M. Combaldieu، وقد أورد هذا الحكم الأستاذ فيالا: م. س، ص. 163.

الدعوى العمومية أو تحريكها، بحيث أن هذه الإجراءات لا يمكن القول فيها، في حالة قيام أسباب التجريح لدى أحد قضاتها بأنها تدخل في نطاق وظائفها، على اعتبار أن هذا التجريح يجرّد أي قاض من وظائفه في حالة قيام أسبابه، وذلك لانعدام حياده في هذه الحالة⁽⁹⁵¹⁾، وذلك بغض النظر عن طبيعته ما إذا كان من قضاة النيابة العامة أو من قضاة الحكم، وهذا ما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى الذي أشرنا إليه قبل قليل.

والإجراءات الفنية التي قد تجرد النيابة العامة، في حالة قيام إحدى أسباب التجريح من الوظيفة التي يقوم بها قضاتها، باعتبارها وظيفة لا تقبل التجزئة إلى مجرد أشخاص عاديين لا علاقة لهم بهذه الوظيفة⁽⁹⁵²⁾، يمكن تقسيمها إلى قسمين. أحدهما يتعلق بإجراءات المتابعة، والآخر يتعلق بإجراءات الممارسة.

الفقرة الأولى: إجراءات المتابعة

وهذه الإجراءات هي بدورها تنقسم إلى قسمين: قسم يتعلق بإجراءات فنية يقتضيها البحث التمهيدي أثناء البحث عن مرتكب الجريمة، وقسم آخر يتعلق بعملية تكييف الفعل المرتكب عند القيام بما

951 بوريس بيرنابي Boris Bernabé: م. س، ص. 277 وص. 293.

952 فيالا: نفس المرجع السابق.

نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 40 من ق.م.ج، والفقرة السادسة من المادة 49 من نفس القانون .

فبالنسبة للإجراءات الفنية التي يقتضيها العمل الوقائي أثناء مرحلة البحث التمهيدي، هي في أغلبها تمس بحرية الشخص الذي له الحق في التجريح، بحيث إنه إذا لجأ إليها أحد قضاة النيابة العامة التي تتوفر فيه إحدى أسباب هذا التجريح، فإنه في نظرنا يعتبر متعسفا في القيام بهذه الإجراءات لتجرده من الوظائف التي يقوم بها بسبب قيام هذه الأسباب بينه وبين الشخص الذي تقوم ضده هذه الإجراءات وبصفة خاصة، ما يتعلق باستعمال القوة العمومية في حالة امتناعه عن المثول أمام ضباط الشرطة القضائية، إذا لم يتم استدعاؤه بشكل قانوني⁽⁹⁵³⁾ أو في حالة القبض⁽⁹⁵⁴⁾ على الشخص المفترض أنه هو الذي ارتكب الجريمة، وذلك بالرغم من أن هذا الإجراء قد يكون غير مبرر في حالة اللجوء إليه⁽⁹⁵⁵⁾ أو إشعار الوكيل القضائي للمملكة، اعتمادا على وسائل إثبات غير كافية، وذلك فقط من أجل الإضرار بالشخص الذي رفع ضده هذا الإجراء.

ففي جميع هذه الإجراءات التي يقوم بها أحد قضاة النيابة العامة، وهو طرف في النزاع المعروض على هذه الهيئة القضائية، أو له علاقة

953 خلف الله أبو الفضل عبد الرؤوف: القبض على المتهم. الطبعة الأولى، 2008، ص. 75.

954 والقبض من طرف الشخص المجرِّح (يفتح الرأى) على المشتبه فيه يكون من قبيل القبض التعسفي، وذلك لكون هذا الأخير لا يكون مختصا لانعدام صفة تمثيله للمجتمع.

- خلف الله: م. س، ص. 76 وص. 81.

955 خلف الله: م. س، ص. 76.

به (956) عن طريق الأشخاص الذين عددهم المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية، فإنه لا يكون محايدا في ما يقوم به حتى يمكن إخضاعه إلى حكم المادة 274 من هذا القانون. وهذا ما جعل الفقه والقضاء أن يميزا في نطاق التجريح الذي نحن بصدد، بين مبدأ عدم تجزئة قضاة النيابة العامة⁽⁹⁵⁷⁾ أثناء القيام بوظائفهم بشكل عادي ومبدأ عدم التجزئة بين أشخاص هؤلاء القضاة، في حالة اعتبارهم جزءا من النزاع الذي يقتضي القانون إجراء المتابعة الجنائية في حق من ارتكب الجريمة⁽⁹⁵⁸⁾، بحيث إنه إذا تعلق الأمر بالوضع القانوني الأول، فإن أي شخص لا يمكنه تجريح النيابة العامة، وهذا ما يحدث أمام هيئة الحكم⁽⁹⁵⁹⁾. أما إذا تعلق الأمر بالوضع القانوني الثاني، فإنه يحق لمن

956 أنظر نفس حكم المجلس الأعلى في الهوامش السابقة.

957 إن عدم تجزئة النيابة العامة له مدلولان. أحدهما وظيفي، والآخر فني. فالمدلول الوظيفي، يمكن حصره في خضوع قضاة هذه الهيئة القضائية إلى رئيسها وهو الوكيل العام للملك، أو وكيل الملك. في حين أن المدلول الثاني، يمكن حصره في ما يسمى بالقضاء الواقف.

958 فيالا: نفس المرجع السابق.

959 يرجو عنا إلى المواد التي تنظم وظائف النيابة العامة في قانون المسطرة الجنائية لا نجد أي مادة تنص على مبدأ وحدة قضاة هذه الهيئة القضائية، إلا في الأوضاع القتونية التي يكون فيها هؤلاء القضاة يمثلون هيئتهم أمام هيئة الحكم أثناء ممارسة الدعوى العمومية، مما يعني أن المبدأ الذي نحن بصدد، هو من صنع الفقه فقط، وهذا ما لا يجب الأخذ به دون مبرر مقبول. ولذلك، فإن المشرع المغربي عندما نص في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية، وفي الفقرة الخامسة من المادة 49 من نفس القانون على أن وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أن يباشر بنفسه أو يأمر بمباشرة الإجراءات الضرورية للبحث عن مرتكب الجريمة، ليس في هذه الصياغة ما يفيد وحدة النيابة العامة. ومن ثم، فإنه إذا كان أحد هؤلاء أو من هم تحت إمرتهم يقوم بمباشرة هذه الإجراءات، فإنه لا يحق لهم القيام بنفس الإجراءات. إذا قام سبب من أسباب التجريح في حقهم تأسيسا على ما هو منصوص عليه في المادة 274، وذلك بخلاف الأمر في حالة ممارسة الدعوى العمومية. أطم القضاة، فإن تمثيلهم لهيئتهم أمام هذا الأخير لا يدعو الأمر إلى تجريحهم، وذلك إما لأن هذا التمثيل لا

تتوفر فيه أسباب التجريح أن يجرح قاضي النيابة العامة الذي يقوم ضده بأي إجراء يقتضي تحريك الدعوى العمومية، وذلك تجنباً لأي انحياز لصالح طرف دون آخر، وذلك بالشكل المنصوص عليه في المادة 273 من ق.م.ج.

وإذا اعتبرنا أن الإجراءات التي نحن بصددتها هي في طبيعتها إجراءات خاضعة إلى رقابة محكمة النقض، فإنها في نفس الوقت يجب تجنب التمييز فيها أثناء القيام بها، وذلك اعتماداً على التجريح في حالة قيام أسبابه، وإلا فإن الدعوى العمومية التي تحركت بمقتضاها تكون باطلة، وذلك لسبب بسيط وهو أن ما تقوم به النيابة العامة في هذا الوضع القانوني يكون مبنيًا على غير أساس. وهذا ما تؤكد عليه المادة 36 من ق.م.ج. التي تشترط في هذا التحريك أن تكون إجراءاته سليمة وغير مخالفة لمقتضيات القانون من جهة، وأن ما تطالب بتطبيقه من القوانين الموضوعية، يجب أن لا يكون متعارضاً مع ما قامت به من إجراءات، من جهة أخرى.

أما بالنسبة للإجراءات التي تقتضيها عملية التكييف، فهي في أغلبها تكون لها علاقة بموضوع الدعوى العمومية، وذلك وفق ما تقضي به الفقرة الرابعة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية، أو ما تقضي به الفقرة السادسة من المادة 49 من نفس القانون، حيث يؤكد

يؤثر في موضوع الدعوى العمومية أو لأنهم لا يخضعون في هذه الممارسة إلى صدور أمر من رؤسائهم الأعلى.

المشرع في هاتين الفقرتين بأن النيابة العامة تبني إحالة ما تتلقاه من محاضر وشكايات ووشايات إلى القضاء المختص على عملية التكيف الذي تقوم به.

وإذا كان الفقه قد أجمع على أن التكيف هو عبارة عن إضفاء الصفة القانونية على الفعل المرتكب، وذلك من أجل إخضاع هذا الفعل إلى نص في القانون ⁽⁹⁶⁰⁾، فإن النيابة العامة التي يلزمها القانون بهذا العمل القانوني، من خلاله تستطيع تحديد طبيعة هذا الفعل ما إذا كان يدخل في نطاق الجنايات أو الجنح أو المخالفات ⁽⁹⁶¹⁾، وذلك بهدف الوصول إلى النتيجة التشريعية المنصوص عليها في الفقرتين المذكورتين. وهذا يعني أن هذه الهيئة القضائية، لا يمكن أن تعمل على تحقيق مبدأ الشرعية إلا من خلال هذا الإجراء القانوني ⁽⁹⁶²⁾. ومن ثم، فإنه بناء على هذا الإجراء القانوني، يجب على المشرع الجنائي المغربي أن يدرك بأن رفض تجريح قضاة النيابة العامة فيه إشارة واضحة إلى إمكانية تعسف هؤلاء القضاة في حالة تحقق أسباب التجريح ⁽⁹⁶³⁾، ذلك لأنهم في هذا الوضع القانوني لا يسعون بالتأكيد إلى تكيف

⁹⁶⁰ Yves SEILLAN : Essai sur les méthodes d'interprétation de la jurisprudence civile. Thèse, Bordeaux, 1962, p. 11.

⁹⁶¹ محمد محمود إبراهيم: التكيف القانوني للدعوى في قانون المرافعات. دار الفكر العربي، 1982، ص. 9.

⁹⁶² علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة. طبعة 1994، ص. 343.

⁹⁶³ خلف الله: م. س، ص. 76.

الفعل المرتكب بالشكل الذي يتطلبه القانون، وهذا ما قد يتعارض مع مضمون المادة 36 من قانون المسطرة الجنائية.

ولعل هذا التعارض يرتبط في هذه الحالة بكون قاضي النيابة العامة الذي تتوفر فيه أسباب التجريح مع المتهم أو المجنى عليه، يعتمد في تكييفه للفعل المرتكب على النظر إلى النص الذي بمقتضاه يتحدد الوصف القانوني لهذا الفعل من خلال الشخص الذي تم تكييف الفعل ضده (الانحياز) وليس النظر إلى هذا الأخير من خلال النص القانوني (الحياد).

وبعبارة أخرى، أن قاضي النيابة العامة، إذا قام بتكييف الفعل المرتكب اعتماداً على انحيازه إلى طرف دون آخر، فإن ذلك يعني أنه يطالب بتطبيق نص غير النص الذي كان يجب عليه أن يطبقه، وهذا ما قد يجعله أن ينحرف عن مبدأ الشرعية الجنائية⁽⁹⁶⁴⁾، وذلك بشكل يجعل منه أن لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة، بقدر ما يستهدف تحقيق المصلحة الشخصية، مما يصعب إدراكه من طرف المحكمة التي خول لها المشرع إعادة التكييف في مرحلة المحاكمة، وبصفة خاصة أمام تراكم القضايا أو الإغفال الذي قد يحصل منها، وهذا ما جعل من الفقه أن يؤكد بأن تجريح النيابة العامة فيه إشارة واضحة إلى مراقبتها في جميع الإجراءات التي تقوم بها من طرف الخصوم⁽⁹⁶⁵⁾، قبل مراقبتها

964 خلف الله: م. س، ص ص. 75 - 76.

965 محمد محمود إبراهيم: م. س، ص. 43.

من طرف محكمة النقض التي تعتمد على قصور الأسباب الناتجة عن عدم وضوح التكييف⁽⁹⁶⁶⁾، ولعل في ذلك كله ما يبرر أن القول بتوافر الأساس القانوني للعقوبة الصادرة، في حالة الخطأ في التكييف تجاوزا فادحا⁽⁹⁶⁷⁾. وفي هذا الصدد، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن العقوبة الصادرة لا تكون مبررة إذا تأسست على خطأ في القانون الذي يتسبب في تغيير الحدود الدنيا والقصوى للعقوبة الواجبة التطبيق، أو في التغيير غير القانوني للأساس الذي كان ينبغي أن يجرى تقدير العقوبة عليه، والذي أضر بالمحكوم عليه⁽⁹⁶⁸⁾.

وفي هذا الصدد، إذا أمكن القول بأن المشرع في حالة رفضه لتجريح قضاة النيابة العامة قد اعتمد على مراعاة المصلحة العامة للمجتمع، فمتى يمكن أن يراعي المصلحة الخاصة لمن تتوفر فيه أسباب هذا التجريح، وهو يتعرض لمتابعة بناء على تكييف، ما كان يمكن أن يتعرض له في حالة الأخذ بعين الاعتبار لهذه الأسباب التي تدفع عن هذه الهيئة القضائية، شبهة الانحياز في عملها الإجرائي⁽⁹⁶⁹⁾.

966 محكمة النقض الفرنسية جريمة 19 أبريل 1958، مجلة النشرة الجنائية، فقرة 217، ص.

190.

967 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 349.

968 محكمة النقض الفرنسية، جريمة 2 غشت 1928، مجلة النشرة الجنائية، فقرة 100، أورده

محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 344.

969 حسن صادق المرصفاوي: م. س، ص. 1010.

ومن جهة أخرى، ما هو الأساس القانوني لاعتبار نفس الهيئة خصما للمتهم وممثلة له⁽⁹⁷⁰⁾ حتى يمكن القول بعدم تجريحها، في حالة تكييف الفعل المرتكب لمصلحة هذا الأخير أو ضده⁽⁹⁷¹⁾، وهذا السؤال هو الذي يجر إلى القول بأن أي إجراء تقوم به النيابة العامة، لا بد أن يرتبط بمصلحة الدولة في تطبيق القانون، فإذا انعدمت هذه المصلحة أمام قيام أسباب التجريح، فإن عملها عندئذ، يكون باطلا بقوة القانون، وذلك لمساسها بمبدأ الحياد الذي تقوم عليه القاعدة التشريعية القائلة بأن هذه الهيئة القضائية، كما تطالب بإدانة المتهم يمكن أيضا أن تطالب ببراءته⁽⁹⁷²⁾.

الفقرة الثانية: إجراءات الممارسة

إن أبرز إجراء يمكن أن تمارسه النيابة العامة أثناء سير الدعوى العمومية بعد تحريكها، هو الإجراء المتعلق بالطعن في الأحكام أو الأوامر أو القرارات الصادرة عن قضاء التحقيق أو الحكم، وذلك في حالة عدم الاستجابة إلى مطالبها التي يقتضيها القانون. ولكن نحن إذا عرفنا بأن هذه الهيئة القضائية، غير مقيدة في القيام بهذا الإجراء القانوني، فإن المشرع ألزمها بمراعاة المصلحة

970 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 336.

971 نفس المرجع السابق، ص. 341.

972 أحمد فتحي سرور: أصول قانون الإجراءات الجنائية. 1969، ص. 886.

رؤوف عبيد: المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية. 1963، ص. 70.

العامّة عند القيام به. وهذا ما أكدت عليه المادة 520 من ق.م.ج. بقولها: "يقدم الطعن بالنقض من النيابة العامة لمصلحة المجتمع..."، وهو نفس ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها، والتي اعتبرت من خلاله بأن "طعن النيابة العامة لا يقبل منها كسلطة اتّهام إذا لم يكن لها مصلحة خاصة في الطعن، ولم يكن كذلك لأي من المحكوم عليهم مصلحة خاصة في الطعن أخذاً بالمبدأ العام"⁽⁹⁷³⁾.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار بأن مصلحة النيابة العامة في الإجراءات التي تقوم بها تتأسس دائماً على "التطبيق الصحيح للقانون"، فإن عدم مراعاة هذه المصلحة عند قيام أسباب التجريح، أو غيرها من الأسباب التي تجعل من هذه الإجراءات غير مؤسسة على المصلحة العامة يكون عملها مشوباً بالخطأ أو البطلان، وهذا ما عبرت عليه محكمة النقض المصرية بقولها: "إن مصلحة المجتمع تقتضي أن تكون الإجراءات في كل مراحل الدعوى الجنائية صحيحة، وأن تنبني الأحكام فيها على تطبيق قانوني صحيح خال مما يشوبه من أسباب الخطأ أو البطلان"⁽⁹⁷⁴⁾.

⁹⁷³ نقض 26 أبريل 1960. أنظر مجموعة أحكام النقض المصرية، س. 11، ق. 77، ص.

380. نقض 24 يناير 1971، مجموعة أحكام النقض المصرية، س. 23، ق. 27، ص. 98.

⁹⁷⁴ أورد هذا الحكم محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 333 - 334.

ولما أجمع الفقه⁽⁹⁷⁵⁾ على أن النيابة العامة، لا يمكن اعتبارها طرفاً في الدعوى الجنائية، فإن الطعن الذي تقوم به إضراراً بمصلحة المحكوم عليه في هذه الدعوى عند قيام أسباب التجريح لدى أحد قضااتها، تكون بذلك تتصرف خارج الحدود التي رسمها لها القانون⁽⁹⁷⁶⁾، وذلك انطلاقاً من كون أنها في هذا الوضع القانوني لا تراعي المصلحة العامة في تطبيق القانون⁽⁹⁷⁷⁾، وإنما أصبحت تراعي المصلحة الشخصية في هذا التطبيق، وهذا غير مقبول على الإطلاق، على اعتبار أنها لم تعد تمثل الدولة كجهاز قضائي، بقدر ما أضحت تجعل من نفسها خصماً عادياً، لا مصلحة له في الطعن إلا من الناحية الشكلية التي تريد من خلالها الإضرار بالخصوم فقط⁽⁹⁷⁸⁾.

وعلى ضوء هذا الرأي، فإن النيابة العامة إذا قامت بإجراء الطعن عند قيام أسباب التجريح، وذلك بهدف الإضرار بالمحكوم عليه، فإن هذا الإجراء لا يجب الاعتداد به، نظراً لخروجه عن نطاق ما هو مقرر في القانون، وهذا ما يبدو واضحاً من ناحيتين:

الناحية الأولى: إنها في هذه الحالة، لم تعد تمثل الدولة أو المجتمع في الإجراءات التي تقوم بها، وذلك لكونها أصبحت خصماً

975 يؤكد هذا الفقه بأن "النيابة العامة ليست خصماً لأحد، ولا تستهدف من تصرفاتها سوى تطبيق القانون الجنائي، ولذا، استأثرت بالحق في رفع الدعوى الجنائية باعتبارها وسيلتها في المطالبة بتطبيق القانون". أنظر محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 333.

976 محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 302.

977 وهذا ما تقضي به المادة 520 من ق.م.ج. حيث تقضي بأنه "يقدّم الطعن بالنقض من النيابة العامة لمصلحة المجتمع...".

978 حكم محكمة النقض المغربية، مجلة النشرة الجنائية: م. س، ص. 100.

عاديا مفترضا، مما يفسر بأن هذا الخصم أصبح عديم الوجود من الناحية القانونية، الأمر الذي لا يمكن الاعتداد بإجراءاتها أمام انعدام هذا الوجود.

الناحية الثانية: أن الأصل لدى هذه الهيئة القضائية عند تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها، هو حسن النية في المطالبة بتطبيق القانون نتيجة ما تتمتع به من حياد، وتجرد أمام الخصوم. فإذا انعدم هذا التجرد لديها، فإن هذا المبدأ يصبح غير قائم، على اعتبار أن هدفها عندئذ هو الإضرار بأحد الخصوم فقط⁽⁹⁷⁹⁾، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق⁽⁹⁸⁰⁾.

وإذا كان الفقه⁽⁹⁸¹⁾ والقضاء⁽⁹⁸²⁾ قد أجمعا على أن النيابة العامة لا يمكن لها أن تمارس حق الطعن، إلا إذا كانت هناك مصلحة اجتماعية تقتضي إبطال الحكم أو القرار الصادر من هيئات الحكم والتحقيق، متى كانت الأحكام أو القرارات مخالفة للقانون الذي تسعى دائما إلى المطالبة بتطبيقه في الدعاوى الجنائية. فهل هذه المصلحة تبقى قائمة، في حالة قيام أسباب التجريح لدى أحد قضاتها ؟ هذا السؤال هو الذي جعل منا أن نعتبر بأن هذه الهيئة القضائية إذا تجردت من الدفاع

979 كما هو الأمر مثلا، في حالة استئناف أوامر قاضي التحقيق. أنظر: المادة 222 من ق.م.ج.

980 هذا ما عبر عنه بعض الفقه بقوله: "إن مصلحة النيابة العامة هي دائما التطبيق الصحيح للقانون الجنائي والفائدة التي تترتب على رفع الدعوى أو على الطعن في الحكم، هي دائما تطبيق القانون، والقول بغير ذلك هو إصرار، على اعتبار النيابة العامة خصما بأي ثمن".

أنظر محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 334.

981 جاك بوري: م. س، ص. 123.

982 نقض فرنسي، جريمة 20 أكتوبر 1964. أنظر: جاك بوري: م. س، ص. 124.

عن المصلحة العامة، فإن عملها يكون غير مشروع سواء مع قيام هذه الأسباب أو غيرها من التصرفات التي تتنافى مع القانون⁽⁹⁸³⁾.

ويجب أن نشير هنا، إلى أن النيابة العامة إذا أخطأت في تقديرها، فإن هذا الخطأ لا يمكن أن تلام عليه، لأنه لا يضر بالمصلحة الاجتماعية⁽⁹⁸⁴⁾. وهذا بخلاف الأمر في حالة قيام أسباب التجريح، فإن خطأها المترتب عن عدم حيادها، لا يضر بالمصلحة الاجتماعية وحدها، وإنما يضر أيضا حتى بالمصلحة الخاصة للأطراف، وهذا ما يجعل منها في هذا الوضع القانوني الأخير أن لا تمثل الدولة بالشكل المنصوص عليه في قواعد قانون المسطرة الجنائية⁽⁹⁸⁵⁾.

وإذا كان المنطق القانوني يقتضي أن المجتمع لا يستفيد من الطعن الذي تقوم به النيابة العامة، في حالة قيام أسباب التجريح لدى أحد قضااتها. فما هي الجدوى إذن، من القيام به من طرف هذه الهيئة القضائية في هذا الوضع القانوني، خصوصا وأنه يبدو واضحا من أن النيابة العامة، في هذه الحالة تستهدف من هذا الإجراء فقط، المصالح الشخصية دون المصالح العامة للمجتمع، وهذا ما يجعلنا أن نؤكد بأنه

983 نقض فرنسي، جريمة 26 ماي 1827. أنظر: جاك بوري: م. س، ص. 125.

984 هذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها:

« L'Officier du Ministère Public qui a conclu n'a exprimé que son opinion » et que « S'il s'est trompé, son erreur ne peut préjudicier à la société ».

أورد هذا الحكم جاك بوري: م. س، ص. 125.

985 حكم محكمة النقض المغربية، حكمها الشهير المنشور في مجلة النشرة الجنائية، م. س، ص.

يجب على المشرع المغربي إعادة النظر في كل ما يتعلق بتجريح قضاة هذه الهيئة القضائية، إلا ما يتعلق برفض هذا التجريح، في حالة وجود هؤلاء القضاة واقفين أمام هيئة الحكم أثناء ممارسة الدعوى العمومية، وذلك طبقاً للقواعد المنظمة لسير الجلسات (986).

المطلب الثاني: الاختصاص الإجرائي للنيابة العامة بمعناه الموضوعي

إن عمل النيابة العامة لا ينحصر في الإجراءات التي تقتضي تحريك الدعوى العمومية فقط، وإنما المشرع سمح لها بالقيام بإجراءات أخرى تمس موضوع المتابعة الجنائية في بعض الجرائم، وهذا ما يمكن أن نلمسه في الإجراءات المتعلقة بإنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة، وفي السند التنفيذي المنصوص عليه في المادة 375 وما بعدها من قانون المسطرة الجنائية، هذا بالإضافة إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ورد الأشياء إلى من له الحق فيها (987)، وإغلاق الحدود في حق من يرتكب جنحة يتم العقاب عليها بسنتين أو أكثر (988).

986 أنظر المواد من 298 إلى 306.

987 أنظر الفقرة التاسعة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية.

988 أنظر الفقرة الرابعة عشر من المادة 49 من نفس القانون.

الفقرة الأولى: الاختصاص الإجرائي للنياحة العامة

في إنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة

إن المشرع الجنائي المغربي أعطى للنياحة العامة إنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة في حالتين: تتعلق إحداها بحفظ القضية في الدعوى من جهة، وإجراء الصلح في بعض الجرائم من جهة أخرى.

أولاً: حفظ القضية في الدعوى العمومية

إن حفظ الأوراق هو من الأعمال الإجرائية التي تقوم بها النياحة العامة بهدف إنهاء الدعوى العمومية، قبل عرضها على القضاء للنظر فيها⁽⁹⁸⁹⁾، وهذا التصرف الذي تقوم به هذه الهيئة القضائية رغم أنه يقوم على بعض الاعتبارات المؤسسة على عدم الأهمية، أو لعدم ثبوت الأدلة، إلا أنه يبقى تصرف ينتج آثاره من ناحيتين: من ناحية وقف إجراءات المحاكمة من جهة، ومن ناحية الإضرار بأحد الخصوم في الدعوى الجنائية من جهة أخرى.

الناحية الأولى: وقف إجراءات المحاكمة

ومعنى وقف إجراءات المحاكمة عند قيام النياحة العامة بحفظ القضية أن هذه الأخيرة لا ترفع بالدعوى العمومية التي سبق أن حركتها

989 محمود سمير عبد الفتاح: النياحة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. طبعة 1986، ص. 163.

إلى القضاء الجنائي المختص للنظر فيها. وهذا يعني، أنها بهذا الإجراء تحول دون متابعة من ارتكب الجريمة، وذلك بغض النظر عن السبب الذي جعلها أن تقوم بذلك. ولكن ما هي الضمانات التي خولها المشرع للخصوم في هذا الوضع القانوني، حتى لا يمكن القول بأن هذه الهيئة القضائية تكون بهذا العمل غير متعسفة ؟

إن المشرع المغربي لم يجب على هذا السؤال، إلا ما يتعلق بإخبار المشتكي خلال مدة خمسة عشر يوما من حفظ القضية (990)، أو التراجع عن هذا القرار إذا ظهرت أدلة جديدة، مما يعني أنه أعطى سلطة مطلقة للنيابة العامة في حالة القيام بهذا الإجراء القانوني حتى ولو كانت مقتنعة بوقوع الجريمة من المتهم (991).

وإذا أخذنا بعين الاعتبار بأن مقرر الحفظ (992) ليس إجراء إداريا وإنما هو بمثابة حكم قضائي صادر عن هيئة قضائية مختصة بالشكل المنصوص عليه في المادة 364 من قانون المسطرة الجنائية (993)، فإن النيابة العامة في حالة القيام بهذا الإجراء، لا يمكن الجزم معه بأنها غير متعسفة فيه، وذلك لسببين:

990 أنظر المادة 49 في فقرتها السادسة عشر، والفقرة الأخيرة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية.

991 Donnedieu DE VABRE : Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée, Paris, 1947, p. 40.

992 إن هذا المصطلح تم استعماله في الفقرة الرابعة من المادة 40 والفقرة السادسة عشر من المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية.

993 تقضي الفقرة الثانية من هذه المادة بأنه "يقصد بمصطلح مقرر في مفهوم هذا القانون كل حكم أو قرار أو أمر صادر عن هيئة قضائية".

الأول: أن المشرع لم يعط الحق لمن له المصلحة في الطعن فيه.
الثاني: أن هذه الهيئة القضائية ليست ملزمة دائما بالتراجع عن قرار الحفظ الذي تتخذه.

ولهذه الاعتبارات، فإنها في حالة القيام بهذا الإجراء مع قيام أسباب التجريح، فإنه لا يجب تحصينها بمقتضى المادة 274 من ق.م.ج. وهي متعسفة فيما قامت به، وهذا ما جعل من بعض الفقه أن يؤكد بأن قرار الحفظ يكون باطلا بقوة القانون⁽⁹⁹⁴⁾، في هذا الوضع القانوني، وإلى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض البلجيكية في قرار لها بتاريخ 13 نونبر 1933⁽⁹⁹⁵⁾.

والذي يؤكد على تعسف النيابة العامة في مثل هذه الأوضاع القانونية، أن المشرع لم يلزمها بشكل وجوبي بالتراجع عن مقررات الحفظ، وإنما أعطى لها الاختيار فقط، في هذا التراجع دون تحديد أو معيار. وهذا ما يجعل من المشتكي في حالة حفظ شكايته أن يتعرض إلى جريمة الوشاية الكاذبة، إذا ما اتبع مسطرة الشكاية المباشرة أمام القضاء الجنائي⁽⁹⁹⁶⁾، نتيجة التعسف في هذا الحفظ.

994 محمد سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. م.

س، ص. 170.

995 أنظر مجموعة Pasicrisie، وأنظر:

- Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1972 – 1973, pp. 353 – 362.

996 أنظر المادة 98 من قانون م.ج.

ونحن نساير المشرع المغربي في هذا النهج، إذا تعلق الأمر بالشكاية من الطرف المتضرر من الجريمة. أما إذا كان الأمر يتعلق بالوشايات والشكايات والمحاضر المرفوعة إلى النيابة العامة، فهذا أمر آخر. ولهذا السبب، فنحن نرى بأن هذه الهيئة القضائية يمكن أن تتخذ الإجراء بالحفظ، وذلك بشرطين:

الأول: أنها لا يجب أن تتعسف في هذا القرار، وذلك بغض النظر عن سبب هذا التعسف، سواء كان راجعا إلى قيام أسباب التجريح أو إلى غيرها (997).

الثاني: أن تعلل قرارها بشكل واضح (998)، وذلك انطلاقا من كونه بمثابة حكم قضائي بموجبه تنتهي الدعوى العمومية، وإن كان هذا الانتهاء يتم بصفة مؤقتة (999)، وهذا ما يجب إعادة النظر فيه عند تعديل قانون المسطرة الجنائية.

ومن هذا المنطلق، يجب على المشرع المغربي أن يحدد بدقة، في نص محدد الأسباب التي تقتضي الحفظ أو عدمه، كما أنه يجب أن يحدد بدقة أسباب التراجع عن المقرر الذي تتخذه النيابة العامة بشأن هذا

997 ونحن نقول بهذا الرأي، لأن التجريح هو إجراء استثنائي. ومن ثم، فإنه يجب أن لا تقوم النيابة العامة بإجراء الحفظ في حالة قيام أسبابه حتى ولو كان هذا الإجراء قد تم بحسن نية، وذلك نظرا لكون المحكمة المرفوعة إليها الدعوى العمومية، هي التي يجب أن تحسم في جدية الوشايات أو الشكايات أو المحاضر، وليس النيابة العامة.

998 وفي اعتقادنا أن مقرر الحفظ يتشابه مع السند التنفيذي في الحكم بخصوص تضمينه مجموعة من البيانات التي تحل محل التسبيب في الأحكام المنهية للدعوى.

999 محمد سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. م. س، ص. 201.

الحفظ، وذلك تأسيساً على القاعدة القائلة بأن هذه الهيئة لا يجوز لها ترك الدعوى العمومية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وهذا ما فعله المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية (1000)، على اعتبار أنه لا يكفي الإشارة إليه دون بيان أسبابه أو أساسه القانوني، وإلا فسيكون ذلك سبباً لتعسف قضاة النيابة العامة في الإجراء القانوني الذي نحن بصدده.

الناحية الثانية: الإضرار بأحد الخصوم في الدعوى الجنائية

إن النيابة العامة في حالة قيامها بحفظ القضية بسبب قيام أسباب التجريح لدى قضائها نتيجة ميلها إلى أحد الخصوم، فإن هذا الانحياز لاشك أنه حتماً سيضر بالطرف المقابل، هذا بالإضافة إلى الإضرار بحق المحكمة في النظر في الجرائم المرتكبة لاقتضاء حق الدولة في العقاب.

فبالنسبة للإضرار بالطرف المقابل، فإنه يبدو واضحاً بأن المجنى عليه أو المضرور، في حالة حفظ شكايته، أو حفظ محضر الضابطة القضائية أو الوشاية التي كانت السبب في الإخبار بارتكاب الجريمة، يغير مجرى تحريك الدعوى العمومية عن طريق الشكاية المباشرة، أمام القضاء الجنائي، وفي هذه الحالة تبقى النيابة العامة سلبية

1000 بحيث إنه نص على هذه القاعدة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية. أما بالنسبة لأسباب حفظ أوراق الدعوى العمومية، فقد جاء تفصيلها في "التعليقات العامة للبيانات" في المادة 805.

إزاء شكاياته التي ترفع بها المحكمة إليها. ومن ثم، فإن وسائل الإثبات تبقى غير مقنعة، مما قد يترتب عنها في النهاية اتهامه بالوشاية الكاذبة بالشكل الذي سبق بيانه قبل قليل.

وبالمقابل، فإن النيابة العامة إذا كانت قد صدرت مقرر الحفظ لمصلحة المتهم، فإن هذا الإجراء سيبقى سيفا مسلطا عليه إلى حين مرور مدة التقادم، مما يفهم معه أنه قد لا يستفيد من هذا المقرر حتى ولو مع الانحياز إليه. هذا بالإضافة إلى كون هذه الهيئة القضائية حتى ولو قامت بعمل معاكس، ورفعت الدعوى التي قامت بحفظها إلى القضاء، فإن من الأولى أن يستفيد المتهم الذي تم الانحياز إليه من حكم المحكمة، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بإثبات براءته أو إعفائه أو إيقاف تنفيذ العقاب في حقه.

أما بالنسبة للإضرار بحق المحكمة في اقتضاء حق الدولة في العقاب، فيبدو واضحا من قيام النيابة العامة بإجراء الحفظ أنها بهذا الإجراء تسعى إلى إفلات مرتكبي الجرائم من العقاب⁽¹⁰⁰¹⁾. ومن ثم، إهدار المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة⁽¹⁰⁰²⁾. وهذا ما جعل من بعض الفقه أن يعتبر، بأن مبدأ ملاءمة المتابعة التي تسمح للنيابة العامة بالقيام بإجراء حفظ القضية إذا رأت ذلك ممكنا أنه يؤخذ

1001 محمد سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة.

م. س، ص. 187.

1002 نفس المرجع السابق، ص. 128.

عليه "بأنه يؤدي في بعض الحالات إلى إهمال النيابة العامة في المطالبة بحق الدولة في العقاب" (1003).

ولهذا السبب، يرى بعض الفقه الآخر بأن النيابة العامة لا يجب أن تسرع في حفظ القضية أو توجيه التهمة إلى من تدعي بأنه ارتكب الجريمة، لأن ذلك يضر بحق الدولة في العقاب، وذلك من ناحيتين. من ناحية، الحيلولة دون ممارسة الدعوى العمومية أمام القضاء في الحالة الأولى نتيجة ما تقوم به هذه الهيئة القضائية من إنهاء الدعوى العمومية، وهي لازالت قائمة (1004). ومن ناحية، متابعة من تعتقد بأنه ارتكب الجريمة، وهو ليس كذلك في الحالة الثانية، وهذا ما ينطوي عليه خطر المساس بحقوق الأفراد من جهة، والتقصير في إدانة المجرم الحقيقي أمام القضاء الجنائي، من جهة أخرى (1005).

وانطلاقاً من هذا الاعتبار، فإن المشرع الجنائي، عندما منح للنيابة العامة حق التصرف في الدعوى العمومية عن طريق حفظ القضية، إنما منح لها ذلك بصفة استثنائية، مما يعني أنه لا يمكن أن تلجأ إلى هذا الإجراء القانوني بالشكل الذي تريد إلا في حالات محددة، يجب التصييص عليها وحصرها سلفاً في نص خاص. ولهذا السبب، فإنه لا يجب أن تتوسع في أسبابه إلا في هذه الحالات التي تكون فيها

1003 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 231

1004 ويجب أن نشير هنا إلى أن النيابة العامة لا تنهي الدعوى العمومية كمؤسسة قانونية، وإنما تنهي موضوع هذه الدعوى فقط.

1005 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 170

إجراءات المتابعة أو ممارسة الدعوى العمومية أمام القضاء الجنائي غير ممكنة (1006)، أو غير ذي جدوى (1007). أما إذا كانت هذه الإمكانية قائمة، فإنها لا بأس من أن تلجأ إليه، وهذا ما جعلنا أن نعتبر، بأنها إذا ما انحازت إلى أحد الأطراف عن طريق مباشرة هذا الإجراء، فإنه يمكن الطعن فيه عن طريق التجريح إذا كانت أسبابه قائمة.

وبعبارة أخرى، أن المشرع إذا أعطى للنيابة العامة السلطة التقديرية في التمسك بحق الدولة في العقاب، أو عدم التمسك به، فإن ذلك ينبغي أن تفرضه ظروف ارتكاب الجريمة أو الفاعل الذي ارتكبها. أما إذا كانت هذه الظروف مرتبطة بانحيازها إلى أحد الأطراف، فإن ذلك يعتبر منها إضراراً بهؤلاء الخصوم من جهة، وبإضرار السلطة القضائية في الحيلولة دون اقتضاء حق الدولة في العقاب من جهة أخرى، وهذا ما يدعو إلى تجريحها إذا ما توفرت أسباب هذا التجريح (1008).

1006 وهذا ما يتم في حالة قيام التقادم أو استحالة المتابعة كما في الجرائم المرتكبة من الدبلوماسيين.

1007 وذلك في الحالة التي يكون فيها الفاعل مجهولاً.

1008 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 130.

ثانياً: إنهاء الدعوى العمومية عن طريق الصلح

إذا كانت القاعدة العامة، أن الدولة تقتضي حقها في الجرائم المرتكبة أمام القضاء الجنائي بشكل زجري وجوبي، فإن المشرع أجاز استثناء اقتضاء هذا الحق، في بعض الجرائم بطريق التراضي بين المتهم والنيابة العامة قبل رفع الدعوى العمومية إلى القضاء، وهذا ما يطلق عليه بالصلح⁽¹⁰⁰⁹⁾ الذي هو وسيلة من وسائل إنهاء هذه الدعوى بدون محاكمة، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية بشكل صريح.

وإذا كان الصلح بهذا الشكل، فإن تشريعنا الجنائي قد استحدثه في قانون المسطرة الجنائية، وذلك بوضعه في يد النيابة العامة، من أجل أن تتصرف في الدعوى العمومية على سبيل الاستثناء في أوضاع قانونية قد تم تحديدها في المادة 41 السابق ذكرها متى توفرت الشروط أو الإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة.

والذي يؤكد بأن الصلح من الوسائل المنهية للدعوى العمومية قبل اقتضاء حق الدولة في العقاب أمام القضاء الجنائي، هو أن الغرامة المالية التي يؤديها المتهم إلى من يستحقها، لا يمكن اعتبارها جزاء

¹⁰⁰⁹ يتميز الصلح عن التنازل، بكونه لا يتم إلا بعوض، في حين أن التنازل غالبا ما يتم دون عوض. أنظر: محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن. الجزء الأول، طبعة 1963، ص. 200، فقرة 46 وما بعدها.

جنائيا، وإنما هي مجرد تعويض جزافي اتفاقي هو أقرب في طبيعته إلى التعويض المدني منه إلى الجزاء الجنائي⁽¹⁰¹⁰⁾.

ويبدو واضحا، من المادة 41 المشار إليها أعلاه، بأن الصلح لا ينتج أثره القانوني كوسيلة يمكن اللجوء إليها لإنهاء الدعوى العمومية، إلا بموافقة النيابة العامة، ومن هذا المنظور يمكن أن نتساءل عن المعيار الذي يجعل من هذه الهيئة أن توافق أو لا توافق على الصلح الحاصل بين الطرفين، هل هذا المعيار هو طبيعة الجريمة، أو تراضي الخصوم، أو مبدأ الملاءمة الذي يعطي لها السلطة التقديرية، في القيلم بهذا الإجراء أو عدمه.

يصعب الجواب على هذا السؤال، وإن كان يبدو واضحا بأن تشريعنا الجنائي أخذ بالشرط الأخير منه، حيث إنه في هذا الشرط عطف ما جاء فيه على الفقرة الرابعة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية. ولذلك، فإن الصلح، لا يمكن أن ينتج أثره القانوني، إلا بموافقة النيابة العامة التي لها الحق في أن تأخذ⁽¹⁰¹¹⁾، أو لا تأخذ به، وذلك وفقا لما تقتضيه المصلحة الاجتماعية التي تدافع عليها⁽¹⁰¹²⁾.

وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإنه في حالة قيام أسباب التجريح يمكن أن تدفع بها هذه الأسباب بالانحياز إلى أحد الطرفين. ومن ثم،

¹⁰¹⁰ عبد الفتاح مصطفى الصيفي: قانون العقوبات الضريبي. ط 1960، ص 28 وما بعدها.

وانظر أيضا لنفس المؤلف: حق الدولة في العقاب: م. س، ص. 128.

¹⁰¹¹ محمد بن حم: قضاء الصلح أو غرفة المشورة في ظل قانون المسطرة الجنائية. أنظر مجلة الملف، العدد 3 أبريل 2004، ص. 89.

¹⁰¹² عبد السلام حادوش: مجلة الندوة، م. س، ص. 4.

فإنها لا تأخذ بالصلح، إلا وفق ما يقتضيه هذا الانحياز، وليس وفق ما تقتضيه المصلحة العامة، مما يجعل منها عندئذ أن لا تسعى إلى تطبيق القانون بالشكل الذي تتطلبه المادة 36 من قانون المسطرة الجنائية. ولهذا السبب، فإن هذا الإجراء القانوني، وإن بدا من الناحية الشكلية سلبيا، إلا أنه من الناحية الجوهرية، يظل ليس كذلك، إلا إذا تم تجريحها، فعندئذ يمكن التسليم بالتطبيق الصحيح لشروط الصلح وإجراءاته. وهذا يعني، أنه لا يكفي الأخذ بالمعيار التشريعي الذي يستند في الأخذ بهذا الإجراء القانوني إلى السلطة التقديرية للنياحة العامة، وإنما لابد من مراعاة إرادة الطرفين المتصلحين، بحيث إنه إذا حصلت هذه الإرادة، فإن النياحة العامة ملزمة بتضمين ما انتهت إليه في محضر الصلح. ومن ثم، فإن غرفة المشورة هي التي لها الحق، في أن تصادق أو لا تصادق على هذا المحضر⁽¹⁰¹³⁾، وليس الأطراف أو النياحة العامة التي لا يمكن اعتبارها طرفا⁽¹⁰¹⁴⁾، حتى يمكن القول بأنها توافق أو ترفض الصلح الذي انتهى إليه هؤلاء الأطراف، وذلك لسبب بسيط، وهو أن هذا الإجراء القانوني تم لمصلحة الخصوم وليس لمصلحتها. ومن ثم، فإنها بموافقتها أو رفضها له، لا يمكن القول معه بأنها بدورها تتصلح في ما هو حق للمجتمع أو الدولة، والقانون لا يسمح لها بذلك.

¹⁰¹³ قرار المجلس الأعلى عدد 1197 / 08 الصادر بتاريخ 16 شتنبر 2009 في الملف عدد

09/ 11360، أنظر: نشرة قرارات المجلس الأعلى، م. س، ص. 141.

¹⁰¹⁴ محمد زكي أبو عامر: م. س، ص. 334، وفي هذا الصدد يؤكد الباحث قائلا: "وكما نرفض اعتبار النياحة العامة خصما للمتهم نرفض كذلك فكرة تمثيلها له".

الفقرة الثانية: الاختصاص الإجرائي للنياابة العامة

في القضايا المختصة بالبت فيها دون محاكمة

هناك مجموعة من الإجراءات، التي هي في حقيقتها إجراءات وقائية تقوم بها النيابة العامة لمواجهة مرتكب الجريمة، ولكنها في نفس الوقت، هي إجراءات تحسم بمقتضاها، في موضوع الدعوى العمومية، وذلك تأسيسا على بعض الاعتبارات الفنية التي تقتضي منها التدخل لإنهاء النزاع دون عرض هذا الموضوع على القضاء، وهذه الإجراءات أوردها المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية على سبيل الحصر، وهي كالآتي:

أولاً: السند التنفيذي

السند التنفيذي هو إجراء قانوني بمقتضاه تتخلى النيابة العامة عن رفع الدعوى العمومية إلى القضاء، في الجرائم المنصوص عليها في المادة 375 من ق.م.ج، وذلك لاقتضاء حق الدولة في العقاب دون المرور، في جميع مراحل التقاضي متى قبل به مرتكب الجريمة. ويفهم من هذا التعريف، بأن السند التنفيذي هو مقرر قضائي تصدره النيابة العامة، بالشروط والإجراءات المنصوص عليها في المواد 375 إلى 382 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك بهدف تنفيذ العقوبة المقررة في القانون باتفاق مع المتهم الذي يتحاشى ممارسة

الدعوى العمومية أمام القضاء لاستصدار هذه العقوبة ضده في حكم قضائي بات قد يتسم بالتشديد (1015).

ومن هذا المعنى، نفهم بأن السند التنفيذي هو مقرر قضائي تنفذ النيابة العامة بمقتضاه ما يتضمنه هذا المقرر من غرامات مالية على من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 375 المذكورة أعلاه، وذلك بهدف اختزال المجهودات المبذولة في الأحكام الصادرة عن القضاء في مثل هذه الجرائم (1016).

ولما كان المشرع قد أعطى إمكانية اختيار النيابة العامة باللجوء إلى هذا السند، أو إحالة القضية على المحكمة التي تبت فيها وفق القواعد العامة، فإن هذا الاختيار قد يضر، بمن ارتكب الجريمة، في حالة قيام أسباب التجريح، وهذا ما جعل من بعض الدارسين (1017) أن يعتبر بأنه يجب على المشرع أن يجزم في الأخذ بالسند التنفيذي بشكل وجوبي دون أي اختيار لهذه الهيئة القضائية، مادام أنه حصر الغرامة الجزافية التي يمكن أن يؤديها المتهم بالجريمة المرتكبة.

وهذا يعني أن النيابة العامة، إذا لجأت إلى إجراءات السند التنفيذي، فإن المتهم يمكن أن يعترض على هذا السند بالشكل

1015 ومعنى التشديد هنا أن المتهم في المخالفات المعاقب فيها بالغرامات المالية فقط، يمكن أن يؤدي هذه الغرامات بالشكل المنصوص عليه في المادة 381، وهذا بخلاف الأمر في حالة قبوله بالسند التنفيذي، إذ يؤدي فقط غرامة جزافية تبلغ نصف الحد الأقصى لنفس الغرامة المنصوص عليها في المادة 375 من قانون المسطرة الجنائية.

1016 أنظر ديباجة قانون المسطرة الجنائية.

1017 فيصل شوقي: قراءة لدور النيابة العامة على ضوء قانون المسطرة الجديد. أنظر مجلة المرافعة عدد مزوج 14 - 15، ص. 149.

المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 381 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك بغض النظر عما إذا كانت أسباب التجريح قائمة أو غير قائمة، ولكن إذا لم تلجأ إليه مع قيام هذه الأسباب، وذلك إضراراً بالمتهم، فإنه يمكن لهذا الأخير أن يتمسك بهذا التجريح، من أجل تجنب ما يمكن أن تحكم به المحكمة من غرامات مالية مضاعفة عن تلك التي يمكن أن يؤديها عند اللجوء إلى هذا السند، وهذا ما يجب أن ينتبه إليه المشرع، على اعتبار أنه لا اختيار في ما يضر بالمتهم.

وبناء على هذا الأساس، فإنه في نظرنا يجب على المشرع المغربي أن يأخذ بالسند التنفيذي في سائر المخالفات أو الجنح التي يعاقب فيها بغرامة مالية مهما كان مقدار مبلغها، إذا لم يكن هناك متضرر أو ضحية مادام أن الأصل في هذه الجرائم هو أداء الغرامة المالية المنصوص عليها في القانون ، وذلك من غير حاجة إلى ممارسة الدعوى العمومية التي قد تطول إجراءاتها أمام المحاكم، وهي تستنزف من الوقت والمصاريف لأطراف التقاضي الشيء الذي يقتضي معه الأمر حذف مؤسسة "الأمر القضائي" المنصوص عليها في المادة 383 من قانون المسطرة الجنائية، وهذا ما يخدم مصلحة المتهم، ومصلحة الدولة في وقت واحد، وذلك لنفس الاعتبارات التي أخذت بها ديباجة هذا القانون المتعلقة بأهمية مؤسسة السند التنفيذي.

ونحن نأخذ بهذا الرأي، لأن السند التنفيذي هو في طبيعته عمل قضائي، وليس عمل إداري⁽¹⁰¹⁸⁾، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها:

1 - إن هذا السند لا يحتاج إلى تسبيب⁽¹⁰¹⁹⁾، وذلك لسبب بسيط وهو أنه لا يحتاج إلى العلنية في الجلسات أو المناقشة بين الأطراف، وذلك لانعدام هؤلاء الأطراف. كما أنه ليس هناك متضرر منه، أو مطالب بالحقوق المدنية، مادام أن الأمر يتعلق بمرتكب المخالفة الذي هو مدان بشكل تلقائي بمقدار مبلغه محدد في القانون.

2 - إنه يكفي في عمل النيابة العامة كي يوصف بأنه عمل قضائي⁽¹⁰²⁰⁾ وليس عملاً إدارياً، النظر إلى مآله، ما إذا كان قابلاً للطعن أو المراقبة من طرف قاضي الحكم أو لا. فإذا كان قابلاً لهذين الإجراءين فيعتبر عمل قضائي وإذا كان غير قابل لها، فيعتبر عمل إداري.

وإذا نحن رجعنا إلى المواد التي تنظم أحكام السند التنفيذي، في قانون المسطرة الجنائية نجد فعلاً، بأن المادة 381 من هذا القانون تلزم النيابة العامة في حالة الاعتراض عليه، أن تحيله على المحكمة التي يجب أن تبت فيه وفق القواعد العامة لانعقاد الجلسات، وصدر

1018 محمود سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. م. س، ص. 201.

1019 إن البيانات التي أوجبها المشرع بأن يتضمنها السند التنفيذي في المادة 376 هي بمثابة تسبيب له.

1020 وفي نظرنا، أن السند التنفيذي هو مقرر قضائي، لأن النيابة العامة بمقتضاه تدين المتهم بارتكاب المخالفة المعاقب عليها بالغرامة المالية.

الأحكام⁽¹⁰²¹⁾، مما يقتضي الأمر معه، أن نعتبره عملا قضائيا وليس عملا إداريا. كما يذهب إلى ذلك بعض الدارسين⁽¹⁰²²⁾، وهذا ما أجمع عليه الفقه المقارن في ظل القوانين التي يشتغلون عليها⁽¹⁰²³⁾.

3 - إن السند التنفيذي، لا يفصل في إجراء من إجراءات الدعوى العمومية وإنما يفصل في موضوع هذه الدعوى التي تم تحريكها من النيابة العامة، ولذلك فإنه في حالة عدم الاعتراض على الأداء داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 378 يكتسب هذا السند قوة الشيء المقضى به، وذلك بالشكل الذي يكون عليه الحكم القضائي، في حالة عدم الاعتراض عليه بطرق الطعن داخل الآجال المحددة لهذا الطعن،

1021 إن هذه الإحالة تثير تساؤلا ما إذا كان اعتراض المتهم على السند التنفيذي يعتبر طعنا أو إسقاطا لهذا السند. ومن ثم، العودة إلى الأصل الطبيعي للمحاكمة. من أجل الحسم في الجواب على هذا السؤال، يجب أن نؤكد بأن هذا الاعتراض لا يعتبر طعنا، وإنما هو مجرد إسقاط له فقط، بدليل أن ما جاء في المادة 381 يتعارض مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 409، وهذا التعارض يترأى في عدم جواز الإقرار بالطاعن من طعنه، وإذا كان المتهم المعارض على السند التنفيذي الذي تحيله النيابة العامة على قضاء الحكم تتضاعف العقوبة التي تحكم بها هذه الهيئة القضائية، فإن ذلك يعتبر دليلا على أن هذا الاعتراض، لا يعتبر طعنا، وإنما هو مجرد إسقاط فقط للسند التنفيذي الذي كانت النيابة العامة قد أصدرته. ولهذا السبب، فإن الاعتراض الذي يمكن اعتباره بمثابة طعن هو الذي نصت عليه المادة 378، وليس الاعتراض الذي نصت عليه المادة 381 من قانون المسطرة الجنائية.

1022 فيصل شوقي: م. س، ص. 150.

1023 إدوار غالي الذهبي: حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني. رسالة دكتوراه، القاهرة، ص. 99.

رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا. 1984، ص. 273.
يسري أنور: الأمر الجنائي دراسة مقارنة في نظرية الإجراءات الجنائية الانجليزية. كلية العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة 16، العدد الثاني، يوليو 1974، ص. 562 وما بعدها.

وهذا يعني أنه لا يمكن للمحكمة، أن تنتظر من جديد في الدعوى التي سبق للنيابة العامة أن أصدرت في موضوعها السند التنفيذي (1024).

وانطلاقاً من هذه الاعتبارات، يمكن أن نؤكد على وجوب تجريح النيابة العامة في حالة تصديرها للسند التنفيذي، وذلك لاعتبارها محكمة موضوع، وليست محكمة اتهام، وإذا أمكن الرد على هذا الرأي، من الجانب المتعلق بكون المحكمة يمكن في حكمها أن تدين المتهم، أو تصدر في حقه البراءة بينما النيابة العامة في هذا الوضع القانوني ألزمها المشرع المغربي بالإدانة دون البراءة، فإنه يمكن الاعتراض على هذا الرد، من كون أن هذه الهيئة القضائية، في حالة ما إذا رأت أن المتهم غير مدان، فإنها تقوم عندئذ بحفظ القضية بدل إعلان البراءة في السند التنفيذي، مما يعني أن هذا الإجراء القانوني المتعلق بالحفظ هو بمثابة البراءة التي يختص بها قضاء الحكم فقط.

ثانياً: إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

هذه الحالة تم التنصيب عليها، في المانتين 40 و49 من قانون المسطرة الجنائية، وهي تدخل بذلك، في نطاق السلطة التقديرية للنيابة العامة أثناء اتصالها بالشكايات، أو الوشايات أو المحاضر بمناسبة ارتكاب الجرائم، وذلك من أجل حماية حيازة العقارات لدى أصحابها

¹⁰²⁴ وانظر أيضاً في الفقه المقارن: محمود سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. م. س، ص. 212.

بعد تنفيذ حكم قضائي في شأن هذه الحيابة، وهي بهذا المعنى، أن هذه الهيئة القضائية بقيامها بهذا العمل، لا تتصرف في موضوع الدعوى التي كان يجب على القضاء أن ينظر فيها بناء على الفصل 570 من المجموعة الجنائية، وإنما هي تقوم بحماية ما قامت بتنفيذه من حكم قضائي سبق تصديره من المحكمة، وذلك وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 37 من قانون المسطرة الجنائية (1025).

وقد اكتفى المشرع المغربي بهذا الإجراء التحفظي، في مثل هذه الحالة لسبب بسيط، وهو أنه لا يصح، في كل مرة تم فيها انتزاع حيابة سبق أن صدر فيه حكم قضائي، تحريك الدعوى العمومية بشأنه من جديد وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر ببراءة المتهم، على اعتبار أن المادة 369 تقضي بأنه لا يمكن متابعة نفس الشخص على نفس الجريمة متى صدر بشأنها حكم، حتى ولو كان ذلك بوصف قانوني آخر.

أما إذا تعلق الأمر بمتهم تمت إدانته على نفس الحيابة، فعندئذ يعتبر عائدا إلى ارتكاب الجريمة. ومن ثم، فإنه يجب على النيابة العامة أن تقوم بأمرين:

الأول: أن تعمل على حماية نفس الحيابة بالشكل الذي سبق بيانه.

1025 تقضي هذه الفقرة بأنه " تسهر النيابة العامة على تنفيذ المقررات القضائية ".

الثاني: أن تحرك الدعوى العمومية بشأن هذا المتهم ومتابعته، بناء على حالة العود المنصوص عليها في الفصل 154 ومابعده من القانون الجنائي.

ومن هذا المنظور، فإنه في حالة قيام أسباب التجريح لدى قضاة النيابة العامة المكلفين بهذا الإجراء القانوني، يجب على المشرع المغربي أن يجد حلاً، في حالة الامتناع عن القيام بهذا الإجراء التحفظي الذي نحن بصدد، إذا كان الانحياز يخدم مصلحة المتهم، بحيث إنها في هذه الحالة قد لا تلجأ بصفة مطلقة إلى "إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه"، وذلك تأسيساً على عبارة "يجوز" الواردة في الفقرة الثامنة من المادة 40 وفي الفقرة الحادية عشر من المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية التي تقيد الاختيار في اللجوء أو عدم اللجوء إلى هذا الإجراء التحفظي، الأمر الذي قد تضيع معه الحقوق التي يحميها القانون بنص صريح.

أما إذا كان الانحياز المذكور يخدم مصلحة المجنى عليه، فعندئذ يقع العكس، بحيث إن المتهم، لا يمكن أن يستفيد من إمكانية الاختيار المنصوص عليه في الفقرتين المذكورتين بصفة مطلقة، مما يعني أن النيابة العامة، في هذا الوضع القانوني تكون شديدة الصرامة مع هذا الأخير، وذلك حرصاً منها على حماية الحيادة المنتزعة لدى المجنى عليه.

والذي جعل هذه الاعتبارات تطرح إشكالية حقيقية، في حالة قيام أسباب التجريح بالشكل المذكور أعلاه، أن المشرع جعل القرار الذي تتخذه النيابة العامة، في شأن حماية الحياة التي نحن بصدددها، لا يقبل أي طعن في حالة تأييده أو تعديله أو إلغائه من طرف الهيئة⁽¹⁰²⁶⁾ التي عرض عليها هذا القرار⁽¹⁰²⁷⁾.

ومن جهة أخرى، إن المشرع لم يبين ما إذا أمكن تعليل الأمر الصادر من النيابة العامة بشأن نفس الحماية عند عرض هذا الأمر على المحكمة أو هيئة التحقيق التي رفعت أو سترفع إليها القضية لتأييده أو تعديله أو إلغائه، وذلك حتى تستطيع هذه المحكمة أو هذه الهيئة أن تعرف ما إذا كان هذا الإجراء التحفظي مبنيا على اعتداء طال حياة عقار كان قد صدر بشأنه حكم قضائي سبق تنفيذه فعلا، أم لا تحتاج إلى هذا التعليل. ومن ثم، يمكن لها أن تقوم بهذا الإجراء حتى في الحالات التي لا يتوفر فيها هذان الشرطان لانعدام المراقبة عليها، فتخرج عندئذ عما هو مقرر في القانون بسبب الانحياز الناتج عن قيام أسباب التجريح، إذا لم يعط المشرع الجنائي المراقبة لمن وقع ضده هذا الانحياز أمام عدم إمكانية اللجوء إلى الطعن الذي يصبح غير مقبول في مثل هذه الحالة، وهذا حيف من المشرع المغربي الذي أغفل حقوق

¹⁰²⁶ هذه الهيئة هي هيئة الحكم أو التحقيق. أنظر: الفقرة الثامنة من المادة 40 والفقرة الحادية عشر من المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁰²⁷ محمد بادن: مدى اختصاص النيابة العامة بمنازعة الحياة على ضوء قانون المسطرة الجنائية. أنظر مجلة المناظرة العدد التاسع، يونيو 2004، ص. 79.

الأطراف في الدفاع عن مصالحهم، وذلك عندما تعرض النيابة العامة أمرها بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه على قضاة الحكم أو التحقيق⁽¹⁰²⁸⁾.

ثالثاً: رد الأشياء إلى من له الحق عليها (1029)

هذه الحالة تم التنصيص عليها في الفقرتين التاسعة والثانية عشر من المادة 40 و 49 من قانون المسطرة الجنائية على التوالي، وهي تخص المنقولات وحدها دون العقارات التي سبق بيانها في الفقرة السابقة.

وإذا كان هذا الإجراء تختص به النيابة العامة وحدها دون الشرطة القضائية، فإنه ظل يثير مجموعة من الإشكالات أبرزها.

1 - إغفال حقوق الأطراف المعنون بأمر تلك الأشياء المحجوزة والمتعلقة بعدم التنصيص على استدعائهم أو إحضارهم من طرف النيابة العامة، لتقوم بنفس المواجهة التي لشرطتها المشرع على ضبط الشرطة القضائية عند القيام بحجزها⁽¹⁰³⁰⁾، وذلك بهدف معرفة حقيقة هذه الأشياء ما إذا كانت مملوكة لأحد هؤلاء الأطراف فعلاً، أو ليست كذلك، وإذا كانت مملوكة لهم، فهل يتوفر صاحبها على سند ملكيتها ؟

1028 فيصل شوقي: م. س، ص. 143.

1029 عرف المشرع الجنائي المغربي الرد في الفصل 106 من المجموعة الجنائية، فاعتبر بأنه هو: " إعادة الأشياء، أو المبالغ أو الأمتعة الموضوعة تحت يد العدالة إلى أصحاب الحق فيها ".

1030 أنظر: الفقرة الثالثة من المادة 57 من قانون المسطرة الجنائية.

ومن ثم، توضيح كيف تم انتزاعها منه. وإذا كانت غير مملوكة لهم، فمن هو مالکها الحقيقي الذي يستحق ردها ؟ وهل ردها يتطلب الاستعجال خوفا على تلفها أو هلاكها ؟

2 - إن المشرع الجنائي المغربي ربط رد الأشياء إلى من له الحق عليها "بعدم وجود منازعة جدية" بشأنها، بحيث أن هذه العبارة قد تتخذها النيابة العامة ذريعة لعدم القيلم بهذا الإجراء الذي يستدعي الاستقرار القانوني في حالة ارتكاب الجرائم، مما يفسر بأنه في حالة قيام أسباب التجريح ضد هذه الهيئة القضائية، أنها تستطيع أن تتحاز إلى أحد الطرفين، وذلك لتمكن أو تأمر برد هذه الأشياء، وذلك بحسب موقع هذا الانحياز من هؤلاء الأطراف، وهذا ما يضر بفعالية تطبيق القانون الجنائي الذي جعله المشرع المغربي أن يخضع دائما إلى السلطة التقديرية للنيابة العامة عند تطبيقه في مرحلة تحريك الدعوى العمومية في حين أنه كان يجب عليه أن يأمر هذه الأخيرة برد الأشياء إلى من له الحق عليها، وذلك وفق وسائل الإثبات التي ترجح بأنها لأحد الطرفين، ثم بعد ذلك يحق لمن ينازع فيها أن يرفع بشأنها الدعوى أمام المحكمة المدنية التي تنفرد بهذا الاختصاص ضد النيابة العامة التي أمرت بهذا الرد لتحكم في ما هو متنازع فيه (1031)، وهذا بخلاف الأمر بالنسبة للأشياء التي هي لازمة لسير الدعوى العمومية أو أنها خطيرة أو قابلة للمصادرة، فإنها لا يمكن ردها، وذلك إما لأهميتها في دعم وسائل

1031 فيصل شوقي: م. س، ص ص. 144 - 145.

الإثبات أو رفع صفة الملكية عليها، لخطورة طبيعتها أو مآلها المرتبط بإمكانية مصادرتها.

وإذا سلمنا بكل ما بيناه في هاتين الإشكاليتين، فإن التساؤل يبقى مطروحا من الأساس القانوني الذي جعل من المشرع، أن ينص على تمكين النيابة العامة بهذا الإجراء الذي نحن بصدده في مرحلة تحريك الدعوى العمومية، دون ترك القضاء للفصل في مصيرها، في حكم لاحق.

إن الجواب على هذا السؤال، يقتضي منا القول بأن عنصر الاستعجال هو الذي يمكن أن تؤسس عليه رد الأشياء المحجوزة إلى أصحابها، وذلك متى كان هناك دليل واضح على ملكية صاحبها، أو حرمان من له الحق فيها من استغلالها، أو أنها معرضة إلى الهلاك، أو التلف في حالة الاحتفاظ بها في مستودعات المحاكم، وهذا ما أكدت عليه ديباجة قانون المسطرة الجنائية بشكل صريح⁽¹⁰³²⁾.

¹⁰³² اعتبرت هذه الديباجة بأن رد الأشياء المحجوزة لمن له الحق فيها "هو إجراء يمكن ذوي الحقوق من أن يستعملوا فوراً ممتلكاتهم المنقولة التي سلبت منهم من جراء فعل جرمي كالسرقة أو خيانة الأمانة، وتجنب حرمانهم منها أو تلفها أو تضررها بمستودعات المحاكم في انتظار صدور حكم فيها، وذلك ما لم تكن محل نزاع، أو لازمة لسير الدعوى العمومية أو خطيرة أو قابلة للمصادرة المادتان 40 و49".

رابعاً: سحب جواز السفر وإغلاق الحدود

إن هذين الإجراءين اللذين جاء بهما قانون المسطرة الجنائية لم يوفق فيهما المشرع الجنائي المغربي، إذا ما نظرنا إليهما وفق ما تقضي به الفقرة الأخيرة من الفصل 24 من دستور فاتح يوليوز 2011⁽¹⁰³³⁾، حيث يتبين من هذه الفقرة، بأنه لا يمكن منع أي شخص من التنقل عبر التراب الوطني أو الخروج منه أو العودة إليه.

وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإنه لا يصح القبول بمنع حرية التنقل، أو حرمان أي شخص من الوثائق الرسمية، وذلك حتى في حالة ارتكابه للجريمة على اعتبار أن هناك بدائل أخرى يمكن من خلالها إخضاع المتهم إلى البحث التمهيدي أو التحقيق الإعدادي. ومن هذه البدائل، استدعاؤه للحضور أمام النيابة العامة أو إخضاعه للمراقبة القضائية فيما عدا البندين الأول والرابع من المادة 61 من ق.م.ج. وإلا فإن هذين الإجراءين، يبقى اتخاذهما، فيه نوع من التعسف في استعمال السلطة، وذلك لسببين:

¹⁰³³ تقضي هذه الفقرة بأن "حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه والخروج منه و العودة إليه مضمونة للجميع وفق القانون"، حيث يلاحظ من هذه الفقرة بأن ما جاء في مضمونها لم يربطه المشرع بأي قانون، حتى نستطيع أن نسلم بإمكانية سحب جواز السفر أو إغلاق الحدود في وجه المواطن، إلا إذا تعلق الأمر بأجنبي، وهذا ما لم يشر إليه تشريعنا الجنائي في المادتين 40 و 49 من قانون المسطرة الجنائية.

الأول: الإخلال بقريضة البراءة التي يفترضها المشرع الجنائي في كل متهم عند ارتكابه للجريمة⁽¹⁰³⁴⁾. ولهذا السبب، فإن منع الشخص من التنقل نتيجة ما ارتكبه من أفعال لم يحسم فيها القضاء بعد، ما إذا كانت هذه الأفعال المرتكبة من الأفعال التي يعاقب عليها القانون أم لا. وما إذا كان إسنادها إلى نفس الفاعل الذي وقع تجريده من سحب الوثائق الرسمية بدون صدور حكم قضائي بشأنها سليما من الناحية القانونية، الأمر الذي يفسر مضمون هذه الأسئلة بأنه يعتبر تطولا أو تعسفا على الحقوق حتى ولو كان ذلك قد تم في إطار نص في القانون. مما يعني، أن الفقرات التي تؤكد على سحب جواز السفر أو إغلاق الحدود في المادتين 40 و 49 من قانون المسطرة الجنائية هي فقرات غير دستورية حتى ولو جاء التنصيص عليهما من أجل الوقاية الأمنية.

الثاني: إن اعتبار قيام النيابة العامة بالإجراءات السابقين لضرورة البحث التمهيدي، لا يعتبر مبررا مقبولا من الناحية المنطقية، وإلا، فإن كل شخص يتوفر على وثائق رسمية، يمكن تجريده منها، حتى ولو لم يستعمل هذه الوثائق، في مغادرة التراب الوطني، وهذا ما يتنافى مع مقتضيات المتابعة من جهة، وأن هذا التجريد لا بد أن يتم بحكم قضائي، وليس بأمر النيابة العامة من جهة أخرى، إلا إذا اعتبرنا

¹⁰³⁴ يرى بعض الفقه بأن مبدأ اقتراض براءة المتهم يهدف إلى حماية الحرية الشخصية للفرد إزاء تحكم رجال السلطة، ويعتبر ضمانا حقه حتى يتمتع الإنسان بكرامته.
عبد الأحد جمال الدين: الشرعية الجنائية. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة السادسة عشر، يوليو 1974، ص. 491. وأنظر أيضا:
خلف الله: م. س، ص. 78. - جمال سرحان: م. س، ص. 25 وما بعدها.

هذا الأمر هو مقرر قضائي، وهذا ما لا يمكن القبول به أيضا لانعدام مقومات الحكم القضائي فيه، سيما وأنه لا يكون معللا عند تصديره. ومن جهة ثالثة، أن هذا القرار إذا كان مجرد قرار إداري تصدره النيابة العامة، فإنه لهذا السبب سيثير إشكالية الدخول في النزاع مع هذه الهيئة القضائية أمام المحاكم الإدارية أو المدنية، وهذا ما لا يجب القبول به على الإطلاق.

وفي جميع هذه الأحوال، فإن المشرع الجنائي المغربي، لم يكن موفقا مرة أخرى في السماح للنيابة العامة باستعمال السلطة التقديرية في تطبيق القانون الذي هو في الأساس غير دستوري كما سبق القول بذلك قبل قليل.

ولهذا السبب، فإننا إذا اعتبرنا بأن الأمر الذي نحن بصددده، لا يحمل الصفة القضائية، أو أنه غير دستوري، فإنه لذلك يمكن أن تستعمله النيابة العامة في حالة قيام أسباب التجريح بشكل أكثر سوءا، مما هو منصوص عليه في القانون، إذ عندئذ تستطيع نتيجة انحيازها إلى أحد الطرفين أن تلجأ أو لا تلجأ إليه، وذلك بالرغم من أن المادة 40 و 49 من قانون المسطرة الجنائية لم تمنح لها أي اختيار في هذا المجال بسبب استعمال المشرع الجنائي فيهما صياغة الوجوب، وليس صياغة الجواز.

المبحث الثاني: تجريح قضاة النيابة العامة في نطاق اختصاصاتهم الإدارية

إن النيابة العامة لا تقوم بعمل قضائي فقط، أثناء تحريك الدعوى العمومية أو ممارستها، وإنما تقوم أيضا بعمل إداري، كما في حالة رفع الملتزمات إلى قاضي التحقيق، في الجرائم التي تقتضي هذا التحقيق (المطلب الأول) أو في حالة التفتيش أو إخبار الرؤساء الأعلى أو التسلسليين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رفع الملتمس إلى قاضي التحقيق

يعتبر رفع الملتمس إلى قاضي التحقيق من أهم الإجراءات القانونية التي لها طابع إداري شأنه في ذلك شأن رفع الدعوى العمومية إلى المحكمة أو إحالتها عليها، ولكن ما هو مفهوم هذا الإجراء القانوني حتى نستطيع أن نسلم بأنه عمل إداري لا قضائي أو العكس. وهل يوفر ضمانات قانونية للمتهم لكي نقول بأنه لا يمكن تجريح النيابة العامة فيها؟

الفقرة الأولى: مدى اعتبار الملتمس هو عمل إداري لا قضائي

إن المشرع المغربي لم يعرف الملتمس، حتى يمكن تحديد طبيعته ما إذا أمكن اعتباره عملا إداريا أو قضائيا، وهو نفس النهج

الذي سار عليه الفقه⁽¹⁰³⁵⁾ والقضاء، ولكن بالرجوع إلى المواد 84، 89، 93 من قانون المسطرة الجنائية، يمكن القول بأن الملتمس هو "طلب ترفع به النيابة العامة إلى قاضي التحقيق تسمح له فيه بالكشف عن وقائع الجريمة المرتكبة، وأدلتها، والظروف التي ارتكبت فيها، وذلك وفق ما تم تحديده، في هذا الطلب". وبهذا المعنى، فإن الملتمس يوازي في مدلوله القانوني الشكاية التي يتقدم بها الطرف المدني إلى نفس القاضي، وذلك لنفس الإجراء الذي هو فتح التحقيق من أجل جريمة تدخل في نطاق المادة 83 من هذا القانون.

وبعبارة أخرى، أن الملتمس هو إجراء قانوني تقوم به النيابة العامة، وذلك من أجل تحريك الدعوى العمومية، في الجنايات والجنح التي لا يكتفي المشرع بإحالة الاتهام فيها مباشرة إلى قاضي الحكم دون إجراء تحقيق بشأنها.

ومن خلال هذا المفهوم، نستطيع أن نؤكد بأن الملتمس يتمتع بخاصيتين إحداهما تتعلق بكونه إجراء مقيدا لعمل قاضي التحقيق، وثانيهما تتعلق بكونه إجراء إيجابيا لا سلبيا. وهذا ما نوضحه في النقاط الآتية.

¹⁰³⁵ وإن كان بعض الفقه الفرنسي يعتبر بأنه طلب تقتصر النيابة العامة بمقتضاه على قاضي التحقيق أن يبت برأي معين، فيما تم تحديده في هذا الطلب. أنظر جاك بوري Jacques Boré : م س، ص. 124.

أولاً: الملتمس هو إجراء قانوني مقيد لعمل قاضي التحقيق

لقد نص المشرع المغربي على هذه الميزة في الفقرة الأولى من المادة 84 من قانون المسطرة الجنائية، وتعني بأن قاضي التحقيق ينبغي عليه أن يلتزم بما حددته النيابة العامة في الملتمس الذي رفعت به إليه، حتى ولو كان هذا الأخير يقوم بالمهام المخولة إليه قانوناً في حالة التلبس⁽¹⁰³⁶⁾، وهذا هو السبب الذي جعل من نفس المشرع أن يحصر مهام هذا القضاء في الكشف عن الحقيقة⁽¹⁰³⁷⁾ لا الحكم فيها⁽¹⁰³⁸⁾. وفي هذا الصدد، أكد القضاء المغربي في بعض أحكامه بأن "الاقتناع الجازم بثبوت الجرائم في حق المنسوب إليه لا يكون مطلوباً إلا بالنسبة للمحكمة. أما قاضي التحقيق، فيبحث في قيام الأدلة التي تبرر المتابعة فقط"⁽¹⁰³⁹⁾، على اعتبار أن وظيفته تنحصر في جمع الأدلة عن الجرائم، وليس تقدير هذه الأدلة⁽¹⁰⁴⁰⁾.

1036 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 84 من ق.م.ج.

1037 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 85 من ق.م.ج.

1038 وفي هذا الصدد حكم القضاء المغربي بأن قاضي التحقيق "... يكون قد زاع عن وظيفة البحث عن الدليل، وتوجيه الاتهام على أساسه، وتعداها إلى ما يدخل في اختصاص قضاء الحكم من تقدير للقيمة الإثباتية لهذا الدليل". قرار المجلس الأعلى عدد 51 الصادر بتاريخ 13 يناير 2011 في الملف عدد 2010/9/6/13310. أنظر نشرة قرارات المجلس الأعلى 2011، العدد 8، ص. 97.

1039 قرار المجلس الأعلى عدد 5/962 الصادر بتاريخ 20 ماي 2009 في الملف عدد 2007/5/6/19634. أنظر: مجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة الجنائية، الجزء الثاني، ص. 124.

1040 قرار المجلس الأعلى عدد 51 الصادر بتاريخ 13 يناير 2011، م. س، ص. 96.

ولعل السبب في هذا التقييد، يرجع إلى كون قاضي التحقيق ليس هو سلطة من سلطات الاتهام أو الحكم، ولذلك فإنه في حالة عدم الالتزام بما يأتي في ملتمس النيابة العامة يكون متجاوزا لحدود اختصاصاته القانونية، وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي⁽¹⁰⁴¹⁾ والفرنسي⁽¹⁰⁴²⁾ في كثير من أحكامهما.

وفي اعتقادنا، أنه انطلاقا من هذه الملاحظة، يمكن أن نعتبر بأن هذا هو السبب الذي جعل من المشرع الجنائي المغربي أن يبقى على مراقبة النيابة العامة لعمل قاضي التحقيق الذي هو ملزم بتسليم ملف الإجراءات إليها قصد الاطلاع عليه، إذا ما طلبت منه ذلك، ولكن شريطة إرجاعه إلى هذا القاضي في ظرف أربع وعشرين ساعة. ومن جهة أخرى، أنه من أجل تعزيز هذه المراقبة أن النيابة العامة يمكن أن ترفع بملتمسات إضافية إلى قاضي التحقيق⁽¹⁰⁴³⁾، وذلك حتى لا يحقق في ما هو غير محدد له أثناء مراحل التحقيق إلى حين إنهائه⁽¹⁰⁴⁴⁾.

1041 يقضي المجلس الأعلى في هذا الصدد بأنه "... لا يمكن لقاضي التحقيق الذي أحيلت عليه بعض الأفعال بمقتضى مطالبة بإجراء التحقيق دون أن يكون متجاوزا لسلطاته أن يوجه تهمة من أجل قفل لم تحال عليه لا بواسطة هذه المطالبة ولا بواسطة مطالبة إضافية". قرار عدد 498 الصادر بتاريخ 31 دجنبر 1959. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية، 1957-1965، ص. 50.

1042 جمال سرحان: م. س، ص. 42.

1043 وهذه الطلبات الإضافية قد تهدف من ورائها النيابة العامة إلى المطالبة من قاضي التحقيق القيام بإتجاز عمل معين كإجراء الخبرة، أو إصدار أمر بإلقاء القبض.

1044 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 89 من ق.م.ج.

ونفهم من هذه الميزة أن قاضي التحقيق، لا يمكن أن يرفض ملتزمات النيابة العامة والمرفوعة إليه انطلاقاً من كون الإجراءات التي أسست عليها هذه الملتزمات باطلة أو مبهمة⁽¹⁰⁴⁵⁾، ولكن إذا أراد أن يفعل ذلك فهو ملزم بتعليل رفضه، وهذا ما أكدت عليه المادة 89 في فقرتها الأخيرة بشكل صريح⁽¹⁰⁴⁶⁾.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن الشكاية التي يرفع بها المطالب بالحق المدني إلى قاضي التحقيق، لا تختلف عن ملتمس النيابة العامة في هذا التقييد الذي نحن بصدده⁽¹⁰⁴⁷⁾. ومن ثم، فإنه غير ملزم بالبحث في غير ما طلب منه، إلا إذا علم بوقائع لم يشر إليها في ملتمس إجراء التحقيق أو شكاية المطالب بالحق المدني، فعندئذ يتعين عليه أن يرفع حالاً إلى النيابة العامة بالمحاضر والشكايات المتعلقة بها⁽¹⁰⁴⁸⁾، وذلك من أجل اتخاذ ما يناسب من إجراءات أو ملتزمات إضافية بشأنها.

1045 محمود سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. م. س، ص. 44 وص. 91.

1046 تقضي هذه لفقرة بأنه "يتعين على قاضي التحقيق إذا ارتأى ألا موجب للقيام بالإجراءات المطلوبة من طرف النيابة العامة أن يصدر بذلك أمراً معللاً، خلال الخمسة أيام الموالية لتقديم ملتمس النيابة العامة مع مراعاة الفقرة الأخيرة من المادة 134 من هذا القانون" وهذا ما تنص عليه أيضاً الفقرة الرابعة من المادة 93.

1047 يبدو أن هذا السبب الذي يجعل من ملتمس النيابة العامة هو مجرد عمل إداري لا عمل قضائي.

1048 أنظر: الفقرة الرابعة من المادة 84 من ق.م.ج.

ثانياً: الملتمس هو إجراء قانوني إيجابي لا سلبي

هذه الميزة نص عليها تشريعنا الجنائي في الفقرة الثانية من المادة 93 من قانون المسطرة الجنائية (1049)، ومعناها أن النيابة العامة لا يمكن لها أن ترفع بملتمساتها من أجل أن تطلب من قاضي التحقيق بعدم التحقيق في جريمة كانت قد سبق أن رفعت بشأنها هذه الملتمسات، أو أن هذا الأخير علم بوقائع هي في حقيقتها تدخل في نطاق الجرائم التي يلزم القانون بالتحقيق فيها، فرفضت هذه الهيئة أن ترفع بشأنها إليه بملتمسات إضافية سواء كان هذا الرفض يتعلق بسلطانها التقديرية أو يتعلق بالأوامر التي تتلقاها من الرؤساء الأعلى، وبصفة خاصة من وزير العدل (1050).

والسبب في هذه الإيجابية، هو أن قاضي التحقيق لا يمكن أن يباشر وظيفته إلا بناء على ما تقدمه إليه النيابة العامة من التماسات (1051). ولذلك، فإنه لا يمكن أن نتصور أن تنزع منه هذه الوظيفة بشكل سلبي (1052)، أي أن النيابة العامة لا يمكن لها أن تعطل وظيفته، وهي

1049 تقضي هذه الفقرة بأنه "لا يمكن للنيابة العامة أن تحيل على قاضي التحقيق ملتمسات بعدم إجراء تحقيق، إلا إذا كانت الوقائع المعروضة لا تستوجب قانوناً إجراء المتابعة لوجود أسباب تمس الدعوى العمومية، أو إذا كانت الوقائع لا تقبل أي تكييف جرمي حتى ولو افترض، أو لم تكن الجريمة من النوع القابل للتحقيق".

1050 أنظر: المادتين 51 و 89 من ق.م.ج.

1051 وهذا ما نصت عليه المادة 84 في فقرتها الأولى بشكل صريح.

1052 Jean Louis NADAL : Chronique du parquet et de l'instruction, Revue de Sciences Criminelle, 1973, p. 492 et s.

مقررة في القانون (1053)، وإلا فإنها عندئذ تصبح متحركة في اختصاصاته، وهذا ما يرفضه المشرع الجنائي المغربي بشكل صريح، كما سبق القول بذلك.

وفي هذا السياق، فإن النيابة العامة في حالة تقرير سحب الملف من قاضي التحقيق الذي كانت قد رفعت بالتماساتها إليه لبعض الاعتبارات المنصوص عليها في المادة 91 من قانون المسطرة الجنائية (1054)، فإن ذلك لا يعني أنها تتدخل في تعطيل وظيفته بالشكل الذي نناقشه في هذه الميزة، وذلك انطلاقاً من كون هذا التعطيل تعتقد من خلاله بأنها تمنع عليه ممارسة وظيفته، في حين أن سحب ملف التحقيق منه، يعني الحيلولة دون انحيازه إلى أحد الأطراف فقط، وذلك ضماناً لحسن سير العدالة.

ولذلك، فإنه في اعتقادنا أن هذه الميزة تستتبع عدم تدخل النيابة العامة في عمل قاضي التحقيق أثناء القيام بوظيفته، بحيث إنها لا يمكن أن تملك التراجع عما جاء في ملتمساتها بخصوص إلقاء القبض على المتهم أو إطلاق سراحه أو إجراء الخبرة أو عدم إجراءاتها، إذا قرر قاضي التحقيق ذلك، على اعتبار أن المشرع في مثل هذه الأوضاع

كما في حالة الجرائم الدبلوماسية أو جرائم الشكوى. 1053

تقضي هذه المادة بأنه "يمكن للنيابة العامة إما تلقائياً أو بناء على طلب من الطرف المدني، ويمكن أيضاً للمتهم تقديم ملتمس معّل للفرقة الجنحية بمحكمة الاستئناف يرمي إلى سحب قضية من قاضٍ للتحقيق وإحالتها إلى قاضٍ آخر للتحقيق ضماناً لحسن سير العدالة". 1054

القانونية قد أعطى لها فقط إمكانية استئناف أوامر هذا القاضي، لا التراجع عن طلباتها أثناء القيام بهذه الوظيفة.

والذي يؤكد ما ذهبنا إليه في هذا الصدد، هو أن الملتمس الذي ترفع به النيابة العامة إلى قاضي التحقيق يستهدف منه المشرع العمل على إظهار الحقيقة، أو الكشف عنها (1055). أما إذا كان هذا الملتمس يتضمن ما لا يفيد ضمان هذه القاعدة القانونية، فإنها بلا شك تكون عندئذ متجاوزة لحدود سلطاتها المنصوص عليها في المادة 36 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك إما انحيازاً للمتهم أو الوقوع في جريمة إنكار العدالة، سيما وأن قاضي التحقيق لا يحق له القيام بأي إجراء في الجرائم التي يسمح فيها القانون بالتحقيق إلا بناء على ملتمساتها.

وإذا انتهينا من هاتين الميزتين إلى القول بأن الملتمس هو إجراء شكلي يهدف منه المشرع الجنائي المغربي إلى تأكيد الإدانة أو البراءة في الجرائم التي تم التحقيق فيها. ومن ثم، تحديد طبيعتها ما إذا كانت من الجنايات أو الجنح أو المخالفات، فإنه من أجل الوصول إلى تحديد طبيعته ما إذا كان إجراء إداريا أو عملا قضائيا لا بد من مقارنته مع مصطلح الإحالة في الجرائم التي لا تقتضي التحقيق، وذلك بالشكل الآتي:

1055 أنظر: المادة 89 من ق.م.ج.

أولاً: أوجه الاتفاق

إن الملتمس والإحالة يلتقيان في نقطتين رئيسيتين: تتعلق إحداهما بشكلية التصدير، وأخرهما تتعلق بالأساس القانوني الذي يتأسس عليه كل منهما، وهذا ما يمكن توضيحه فيما يلي:

1- شكلية التصدير:

إن كلا من الملتمس والإحالة، وإن كانا يختلفان في الصياغة وفي طبيعة الوثائق المرفقة بهما، إلا أنهما يتفقان في كون أنهما لا يتم تسببهما بحيثيات محددة، وذلك لكونهما بمثابة طلب ترفع به النيابة العامة إلى هيئة التحقيق أو الحكم، وذلك لمناقشة ما جاء فيهما من مقترحات أو مطالب، من أجل الوصول إلى نتيجة معينة هي الإدانة أو البراءة.

والسبب في طبيعة هذه الشكلية، يرتبط بكون الطلبين المذكورين لا يمكن الطعن في إصدارهما من أي جهة كانت، وذلك لكونهما لا يمكن اعتبارهما من الأحكام القضائية أو المقررات أو الأوامر الصادرة عن النيابة العامة. ومن ثم، فإنه لا يمكن رفضهما من الجهات القضائية المختصة، وهذا ما تم بيانه بمناسبة دراسة خصائص الملتمس.

2- أساس التصدير:

إن أساس تصدير النيابة العامة للملتمس أو الإحالة، هو التكليف الذي تعتمد عليه في تحديد طبيعة الجريمة المرتكبة ما إذا كانت من الجنايات أو الجنح التي تنخل في نطاق الجرائم القابلة للتحقيق فيها، أو

التي لا تدخل في هذا النطاق. ولهذا السبب، فإنه لا بد من بيان النص القانوني الذي يتأسس عليه كل منهما، وإن كان هذا النص لا يلزم هيئة التحقيق أو الحكم في إجراءات التحقيق أو المحاكمة، وذلك طبقاً للقاعدة القائلة بأن المحكمة لا ترتبط بوصف الجريمة المحالة عليها من النيابة العامة⁽¹⁰⁵⁶⁾، كما هو معروف في العمل القضائي.

ثانياً: أوجه الاختلاف

يخلف الملتمس عن الإحالة في عدة نقاط، أبرزها:

- 1- إن الملتمس لا يخرج الدعوى العمومية من نطاق عمل النيابة العامة، وذلك انطلاقاً من كون هذه الدعوى تبقى تحت مراقبتها إلى حين الانتهاء من التحقيق الإعدادي، فعندئذ إما أن تحيل نتائج التحقيق على قضاء الحكم إذا كان قاضي التحقيق قد قرر متابعة من ارتكب الجريمة، أو أن تحفظ أوراق ملف الدعوى إذا قرر نفس القاضي عدم المتابعة أمام القضاء المختص⁽¹⁰⁵⁷⁾، ما لم تستأنفه لدى الغرفة الجنحية، وذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 222 من ق.م.ج.

¹⁰⁵⁶ قرار المجلس أعلى الصادر بتاريخ 22 نونبر 1990 ملف جنائي عدد 89/22449. أنظر: مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية، 1981 - 1995، م. س، ص. 382. وانظر نفس المرجع، قرار 9144 الصادر بتاريخ 22 نونبر 1990 ملف جنحي عدد 89/22453، ص. 385.

¹⁰⁵⁷ تجب الإشارة هنا إلى أن حفظ القضية وإن كان له نفس الحكم مع قرار عدم المتابعة من حيث إنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة، إلا أنه من حيث الآثار فهما يختلفان من ناحية كون قرار الحفظ يمكن التراجع فيه، في حين أنه لا يمكن للنيابة العامة أن تفعل ذلك في قرار قاضي التحقيق الصادر بعدم المتابعة لاكتسابه قوة الشيء المقضي به مثل الحكم إذا لم يتم الطعن فيه. كما أن المدعي المدني لا يمكن له تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكائية المباشرة في هذا القرار الأخير، وذلك على عكس قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة.

أما في حالة الإحالة، فإن الدعوى العمومية تخرج من نطاق النيابة العامة، بحيث إن هذه الهيئة عندئذ لا يمكن أن تتحكم في إجراءات هذه الدعوى إلا من منظور اعتبارها قضاء واقفا، تكتفي فقط خلال مرحلة ممارستها أمام قضاء الحكم بتقديم استنتاجاتها مثلها في ذلك مثل دفاع المتهم، كما أنها من جهة أخرى، لا تلزم قضاء الحكم بتكييفها الذي ضمنته في قرار الإحالة، وذلك انطلاقا من سبب بسيط وهو أن هذه الهيئة القضائية لا رقابة لها على عمل هذا القضاء بالشكل الذي تفعله مع قاضي التحقيق.

2- إن الملتمس يلزم قاضي التحقيق في البحث عن الحقيقة أو إظهارها في حدود ما يتضمنه من مطالب، وذلك انطلاقا من نفس السبب السابق، وهو أن الدعوى العمومية تبقى تحت مراقبة النيابة العامة إلى حين انتهاء التحقيق فيها، بحيث إن هذه الهيئة يمكن لها خلال هذه المرحلة أن ترفع إلى قاضي التحقيق بملتمسات إضافية، حسب النتائج التي ينتهي إليها هذا الأخير، في حين أن الإحالة لا تلزم قاضي الحكم بأي طلب من طلبات النيابة العامة، وذلك انطلاقا من كون الدعوى العمومية لم تعد تحت مراقبة هذه الهيئة، بالشكل الذي يكون عليه الملتمس. ومن ثم، فإن ما يمكن أن يترتب عن هذا الإجراء الأخير، من إلقاء القبض أو الاعتقال الاحتياطي أو إجراء التفتيش، لا يمكن أن يترتب عن الإحالة التي تنتقل الدعوى العمومية بموجبها من

مرحلة التحريك إلى مرحلة الممارسة دون أي ارتباط بأوامر النيابة العامة، أو مطالبتها.

وهذا يعني أن الملتمس، إذا كان إصداره يبقى مقرونا بأوامر النيابة العامة إلى قاضي التحقيق، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لقرار الإحالة الذي لا تعبر فيها هذه الهيئة عن أي أوامر إلى قضاء الحكم، وذلك لاستقلال سلطة الاتهام عن سلطة الحكم في العمل القضائي⁽¹⁰⁵⁸⁾.

الفقرة الثانية: مدى اعتبار الملتمس موجبا لتجريح النيابة

العامة

من خلال الفقرة السابقة التي تبين لنا منها بأن الملتمس ليس قرارا أو حكما قضائيا، وإنما هو مجرد عمل إداري بمقتضاه تحرك النيابة العامة الدعوى العمومية في الجرائم التي يكون فيها التحقيق إلزاميا أو اختياريا، وذلك حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 83 من قانون المسطرة الجنائية، ومع ذلك، فإن التساؤل يبقى مطروحا ما إذا أمكن لنا اعتبار هذا الملتمس عملا موجبا لتجريح النيابة العامة أم لا؟

1058 خلف الله أبو الفضل عبد الرؤوف: القبض على المتهم. م. س، ص. 91.

إن الجواب على هذا السؤال يقتضي التمييز بين أمرين: أحدهما شكلي، والآخر موضوعي. فمن الجانب الشكلي، يمكن القول بأن الملتمس لا يمكن أن يكون موجبا لتجريح النيابة العامة، وذلك لسببين: **الأول:** إنه مجرد طلب تتقدم به النيابة العامة إلى قاضي التحقيق بهدف تحريك الدعوى العمومية في الجرائم المنصوص عليها في المادة 83 المذكورة أعلاه، وذلك من أجل التأكيد على ما إذا كان من الممكن ممارسة هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي، أو إنهاؤها بصور أمر فيها بعدم المتابعة أمام هذا القضاء.

الثاني: إن هذا الطلب هو في طبيعته ليس قرارا، أو أمرا أو حكما قضائيا يؤثر في مصير الدعوى العمومية، حتى يمكن بمقتضاه السماح فيه بتجريح النيابة العامة، سيما وأنه كما سبق القول بذلك، لا يمكن الطعن فيه أو تسبيب موضوعه، حتى يمكن أن نسلم بهذا المقتضى القانوني، وذلك لانعدام مآله الذي هو معيار الأخذ بهذا التجريح، أو عدم الأخذ به، كما أوضحنا ذلك بدقة في الفقرة الأولى من هذا المطلب الذي نحن بصدد.

أما من الجانب الموضوعي، فيبدو أن الأمر ليس كذلك، على اعتبار أن مؤسسة النيابة العامة لا تؤثر فقط، في عمل قاضي التحقيق من خلال مضمون ملتمساتها أو الرقابة التي تمارسها عليه من خلال

هذه الملتزمات، وإنما تساهم في اختياره (1059) من جهة، وسحب القضية منه عند اقتضاء ذلك، من جهة أخرى.

فعند اختياره، تستطيع أن ترفع بالتماساتها إلى قاضي التحقيق المناسب، للتحقيق في القضية المناسبة، مما يعني أنه في حالة قيام أسباب التجريح لديها، فإنها تؤثر في عمله، وذلك إما من خلال مضمون هذه الملتزمات أو من خلال توجيه عمله أثناء مراقبة هذا العمل (1060). وهذا يعني أن هذا القاضي، وإن كان غير ملزم بتكليف النيابة العامة أو أوامرها، أو إن اقتضى الأمر رفض التحقيق في ما يقتضيه هذا التكليف بقرار معلل (1061)، إلا أنه يبقى خاضعا إلى القيود التي تؤكد بعدم التحقيق إلا في حدود مطالب هذه الهيئة القضائية، ونحن نعرف بدون شك، أنه في حالة انحيازها إلى أحد أطراف الدعوى العمومية، بسبب قيام هذه الأسباب لديها، أن تحصر مطالبها فقط في حدود ما يخدم هذا الانحياز، وهذا ما قد يؤثر بشكل واضح في النتائج التي سينتهي إليها قاضي التحقيق، وذلك بالرغم من عدم تأثيرها الظاهري على هذه النتائج، بل وإنه في حالة إصداره للأوامر التي تحدد ما إذا كانت المتابعة قائمة أو غير قائمة، فإنها تسعى إلى الطعن فيها أو تركها، حتى تكتسب قوة الشيء المقضي به، كأى حكم قضائي، وذلك حسب مصالحها، خصوصا وأن الطرف المدني في هذه الحالة الأخيرة، لا

1059 أنظر: المادة 90 من ق.م.ج.

1060 أحمد قحى سرور: أصول الإجراءات الجنائية. طبعة 1969، ص. 140.

1061 أنظر: الفقرة الرابعة من المادة 93 من ق.م.ج.

يمكن اللجوء إلى الادعاء المباشر بالشكل الذي يمكنه ذلك، في حالة قيامها بحفظ القضية في الجرائم غير الخاضعة للتحقيق (1062).

ونفس التصرفات يمكن أن تقوم بها النيابة العامة في حالة تقديم الطرف المدني لشكايته، أمام قاضي التحقيق، حيث إنها تستطيع عند تقديم ملتمساتها، بعد إحالة هذه الشكاية عليها، أن تنحاز في طلباتها (1063) إلى من له مصلحة شخصية معه (1064).

هذا بالإضافة إلى استعمال حقها المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 94 من ق.م.ج. وهو المنازعة في قبول طلبات الطرف المدني أمام قاضي التحقيق، مما يؤكد بوضوح ضياع حقوق هذا الطرف، في حالة قيام أسباب التجريح لديها، دون السماح له بالطعن في هذه الأسباب.

أما عند اللجوء إلى سحب القضية منه، فإن المشرع الجنائي المغربي حينما نص في المادة 91 على إمكانية هذا السحب بقرار معلل ترفع به النيابة العامة إلى الغرفة الجنحية للبت فيه، لم يحدد الأسباب

1062 محمود سمير عبد الفتاح: النيابة العامة وسلطانها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة. م. س، ص. 39.

1063 ويمكن أن يترأى هذا الانحياز في اللجوء إلى سلطتها التقديرية التي يمكن أن تعتمد عليها في رفع ملتمس إلى قاضي التحقيق الذي رفعت أمامه الشكاية من الطرف المدني ليطالبه بعدم إجراء أي تحقيق في موضوع هذه الشكاية، وبصفة خاصة إذا استندت في هذا الطلب على الاستثناء المنصوص عليه في الشطر الأخير من الفقرة الثالثة من المادة 93. أنظر:

رشيد مشفاقة: م. س، ص. 121.

1064 رشيد مشفاقة: علاقة النيابة العامة بقاضي التحقيق حسب المستجدات الجديدة. مجلة "محكمة"، العدد 3، سنة 2004، ص. 118 - 119.

التي يمكن أن تعتمد عليها في هذا التعليل⁽¹⁰⁶⁵⁾، مما يجعلها أن لا تكون محايدة إذا ما قامت لديها أسباب التجريح، وإن كان يمكن أن نعتبر بأن قرار هذه الغرفة الذي لا يقبل أي طعن، ضماناً كافية لإنصاف من تنحاز ضده هذه الهيئة القضائية بشكل أكثر مما أنصفه نفس المشرع في المادة 274 من ق.م.ج.

ويمكن أن نفهم من هذا التوضيح بأن الملتمس، وإن كان يعتبر مجرد طلب ترفع به النيابة العامة إلى قاضي التحقيق، للتحقيق في الجريمة المرتكبة، إلا أنه يبقى إجراء شكلياً قد يتضرر منه المتهم أو المجنى عليه، وذلك لانعدام وجود إجراء آخر غيره ليكون بديلاً في إنصاف هذين الشخصين، في حالة قيام أسباب التجريح عند القيام بهذا الإجراء القانوني.

ومن هذا المنظور، يمكن القول بأن الملتمس، إذا كان هو الإجراء القانوني الوحيد الذي يقيد قاضي التحقيق في الإجراءات التي يقوم بها، فإنه من المنطق القانوني أن تكون النيابة العامة عند إصداره غير منحازة إلى أحد الأطراف، سيما وأن الجرائم التي يرفع فيها هذا الملتمس، تكون خطيرة من جهة، وأنه إذا كان مشوباً بإحدى أسباب التجريح، فإن ذلك ينعكس بشكل سلبي على من انحازت هذه الهيئة

1065 نفس المرجع السابق.

القضائية ضده من جهة أخرى، وذلك بسبب الإضرار بقرينة البراءة التي هي أساس الإجراءات الجنائية بصفة عامة⁽¹⁰⁶⁶⁾.

المطلب الثاني: إصدار الأوامر أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية

إن النيابة العامة عند تحريك الدعوى العمومية، تباشر الإجراءات المسطرية التي يقتضيها هذا التحريك بنفسها، أو تصدر أوامرها إلى الضابطة القضائية للقيام بها، وهذا ما ينسحب على القبض والتفتيش وإجراء الخبرة والإيداع في السجن. ولهذا السبب، فإننا يمكن أن نتساءل عن خدمة هذه الأوامر لحسن سير العدالة **(الفقرة الأولى)**، وما إذا كان من الممكن اعتبارها خاضعة لمسطرة التجريح **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: دور أوامر النيابة العامة في خدمة حسن سير

العدالة

إن المشرع الجنائي المغربي منح للنيابة العامة سلطة إصدار مجموعة من الأوامر أثناء مباشرتها لمسطرة تحريك الدعوى العمومية، وذلك بهدف وضع حد لخطورة مرتكب الجريمة عن طريق إخضاعه

1066 عبد الفتاح مصطفى الصيغي: م. س، ص. 249.

إلى الحراسة النظرية أو إيداعه في السجن من جهة، أو عن طريق الوصول إلى الدليل الذي لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق التفتيش أو الحجز، من جهة أخرى.

أولاً: إجراءات الحد من خطورة مرتكب الجريمة أثناء

مباشرة تحريك الدعوى العمومية

إن من أهم الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة أثناء مسطرة تحريك الدعوى العمومية، هي إخضاع المشبوه فيه إلى الحراسة النظرية أو إيداع المتهم في السجن، وهي من الإجراءات التي تحد من حرية الشخص أو سلبها دون صدور حكم قضائي، فهل يمكن اعتبارها مجرد إجراءات وقائية ناتجة عن العمل الإداري الذي تقوم به هذه الهيئة القضائية، أم أنها تدخل في نطاق العمل القضائي حتى نستطيع أن نسلم بما انتهينا إليه من النتائج، في المطلب السابق.

للجواب على هذا السؤال، يجب أن ننظر إلى الجزاء المترتب عنها في حالة مخالفة تطبيقها بشكل قانوني، ما إذا أمكن اعتبارها في هذا الوضع القانوني باطلة أم لا. ومن ثم هل يمكن الأخذ بالدفع ببطانها، أم تبقى مجرد إجراءات لا تأثير لها على مسار الدعوى العمومية في مرحلة المحاكمة أمام محاكم الموضوع ؟

يصعب الجواب على هذه الأسئلة، وذلك لسببين: يتعلق أحدهما بكون النيابة العامة منح لها المشرع سلطة تقديرية واسعة بخصوص تحديد المبرر عند انعدام ضمانات الحضور في حالة عدم اعتقال المتهم، ويتعلق ثانيهما بالميز العنصري المرتبط بتقديم الكفالة المالية أو الشخصية لمتابعة هذا الأخير في حالة سراح.

فبالنسبة للسبب الأول: نجد تشريعنا الجنائي قد اعتبر بأن الوضع تحت الحراسة النظرية أو إيداع المتهم في السجن خلال ارتكاب الجريمة، لا يمكن القيام بهما من طرف ضباط الشرطة القضائية أو النيابة العامة، دون إصدار إذن أو أمر بذلك، سواء كان هذا الإذن مباشرا أو غير مباشر.

ويكون الإذن مباشرا في حالة ارتكاب الجرائم الخطيرة⁽¹⁰⁶⁷⁾ أو في جرائم الأحداث⁽¹⁰⁶⁸⁾ أو في حالة تمديد الحراسة النظرية⁽¹⁰⁶⁹⁾، وذلك مهما كانت طبيعة هذه الجرائم متلبس بها أو غير متلبس بها⁽¹⁰⁷⁰⁾، كما أوجبه على سبيل الاستثناء في حالة القبض على المتهم، ولا تتوفر فيه ضمانات الحضور.

ويلاحظ أن المشرع المغربي، عندما سمح للنيابة العامة بإصدار الإذن بالتمديد، لم يلزم هذه الهيئة بتعليق هذا الإذن إلا في الجرائم

1067 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 80 من ق.م.ج.

1068 أنظر: المادة 460 من نفس القانون.

1069 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 80 من ق.م.ج.

1070 أنظر: الفقرة الثالثة من المادة 66 من ق.م.ج.

المتلبس بها، وكانت الحراسة النظرية قد استوفت أجلها القانوني دون إحضار المتهم إليها، لتبت في وضعيته ما إذا كان يجب إطلاق سراحه، أو إبقائه تحت هذه الحراسة (1071).

أما الإذن غير المباشر، فغالبا ما يتم في الجرائم المتلبس بها، وذلك عندما أعطى المشرع إمكانية وضع الضابطة القضائية الموقوفين تحت الحراسة النظرية بعد إشعار النيابة العامة بذلك، ولكن في هذه الحالة إذا أرادت هذه الضابطة تمديد هذه الحراسة، فإنه لا يكفي منها القيام بهذا الإجراء لمجرد الإشعار فقط، وإنما لابد من حصولها على إذن كتابي من هذه الهيئة القضائية، ما لم يتم إحضار هؤلاء الموقوفين أمامها (1072).

ويلاحظ في إطار التمييز بين الحراسة النظرية والإيداع في السجن، أن هذا الإجراء الأخير لا تكتفي فيه النيابة العامة بإصدار الإذن فقط، وإنما لابد من إصدار الأمر بشأنه. وهذا الأمر يجب أن يكون معللا، وبصفة خاصة، في غير حالة التلبس (1073)، وذلك متى توفرت إحدى الشروط المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 47 من قانون المسطرة الجنائية (1074).

1071 أنظر: الفقرة الخامسة من المادة 80 وأيضا المادة 66.

1072 أنظر: الفقرة الرابعة من المادة 66 من ق.م.ج.

1073 أنظر: الفقرة الخامسة من المادة 47.

1074 تقضي هذه الفقرة بأنه "يمكن لوكيل الملك في غير حالة التلبس بجنحة، أن يطبق المسطرة المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثالثة أعلاه في حق المشتبه فيه الذي اعترف بالأفعال المكونة لجريمة يعاقب عليها بالحبس، أو ظهرت معالم أو أدلة قوية على ارتكابه

ولكن الذي يتأكد من هذا التمييز، هو أن المشرع الجنائي المغربي لم يضع معياراً محدداً لإيقاف المشبوه فيهم من طرف الضابطة القضائية، أو إيداعهم في السجن من طرف النيابة العامة، بل اكتفى فقط في هذه الأوضاع القانونية بالاعتماد على السلطة التقديرية لهاتين المؤسساتين دون غيرها، وهذا ما يجعل من الإجراءات التي تقوم بها محل شك أو ريب من طرف المعرضين لها، وذلك بالرغم من بعض الضمانات التي وفرها لهم نفس المشرع أثناء القيام بهذه الإجراءات نتيجة ميلها إلى التشديد.

أما السبب الثاني، فيبدو واضحاً من خلال الميز العنصري الذي قد تلجأ إليه النيابة العامة بمناسبة استعمالها لسلطتها التقديرية في إيداع المشبوه فيه في السجن، أو إطلاق سراحه مقابل الاكتفاء بأداء الكفالة المالية التي يضعها في صندوق المحكمة والتي بدورها تخضع إلى هذه السلطة عند تقديرها، ما لم تكن هذه الكفالة قد حصرها وكيل الملك في الكفالة الشخصية⁽¹⁰⁷⁵⁾، دون الكفالة المالية، حيث يلاحظ من خلال هذا التمييز أن الذي يمكن أن يستفيد بالسراح المؤقت هو الذي ينتمي إلى الطبقات الغنية دون الطبقات الفقيرة⁽¹⁰⁷⁶⁾.

ومن خلال المقارنة بين هذين السببين، يمكن القول بأن جميع الأوامر الصادرة من النيابة العامة أثناء مباشرة تحريك الدعوى

لها، والذي لا تتوفر فيه ضمانات، أو ظهر أنه خطير على النظام العام أو على سلامة الأشخاص أو الأموال، وفي هذه الحالة يعطل وكيل الملك قراره".

1075 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 74 من ق.م.ج.

1076 أنظر: الشطر الأخير من الفقرة الثانية من المادة 73.

العمومية تدخل في نطاق العمل القضائي، وليس في نطاق العمل الإداري، وذلك من ناحيتين:

الأولى: اعتماد النيابة العامة في إصدار أوامرها على التعليل

إن المشرع المغربي لم يترك للنياية العامة عند إيقاف المشبوه فيهم أو إيداعهم في السجن مطلق الحرية في التصرف في هذه الإجراءات، بالشكل الذي تريد، وإنما قيد عملها بمجموعة من الشروط، سواء في حالة التلبس أو في غير هذه الحالة.

ففي حالة التلبس، يعتمد وكيل الملك في تعليل قراراته على الاستنتاج الذي يجريه مع مرتكب الجريمة، مع بيان أن الفعل المرتكب من الجرائم المعاقب عليها بالحبس، هذا بالإضافة إلى الإشارة في هذا القرار إلى سبب الإيداع في السجن، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بكون المشبوه فيه لا تتوفر فيه ضمانات كافية للحضور. وبعبارة أخرى، أن صلاحية النيابة العامة في اتخاذ قرار الاعتقال الاحتياطي في حالة التلبس تستمد تبريره من واقع هذه الحالة التي بين المشرع المغربي قيامها على سبيل الحصر، في المادة 56 من قانون المسطرة الجنائية وليس من القانون.

أما في غير حالة التلبس، فإن قرار الاعتقال يجب أن يتأسس على إحدى الشروط التي أوردتها الفقرة الخامسة من المادة 47 من نفس القانون على سبيل الحصر، وهي إما الاعتراف بالأفعال المكونة بجريمة يعاقب عليها بالحبس، أو ظهور معالم أو أدلة قوية على ارتكاب هذه

الجريمة، أو أن الفاعل لا تتوفر فيه ضمانات كافية للحضور، أو أنه يشكل خطرا على النظم العام⁽¹⁰⁷⁷⁾، أو على سلامة الأشخاص أو الأموال.

ولكن مع ذلك، فإنه بالتأمل في المبررات التي نص عليها المشرع المغربي في تبرير قرار النيابة العامة عند إيداع المشبوه فيه في السجن، أنها مبررات غير واضحة ومبهمه⁽¹⁰⁷⁸⁾. ومن ثم، فإن النيابة العامة تأخذ بها على إطلاقها، على اعتبار أنها أحيانا تعتمد في هذا التبرير على ما يفيد انعدام الضمانات الكافية للحضور وحدها، في حين أنها قائمة، وهذا ما جعل من بعض الفقه المغربي أن يعتبر بأنه كان حريا على المشرع أن يضع نظاما لرقابة سلطة النيابة العامة في تقرير وجود أو عدم وجود ضمانات الحضور، وذلك منعا لكل تعسف محتمل في هذا الباب. ومن ثم، الحيلولة دون اللجوء إلى الاعتقال تحت ستار هذا المبرر⁽¹⁰⁷⁹⁾، وهو غير محدد بشكل دقيق في قانون المسطرة الجنائية.

الحالة الثانية: تعرض أوامر النيابة العامة الصادرة أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية في حالة مخالفتها إلى البطلان

¹⁰⁷⁷ إن المقصود بالنظام العام هنا، ليس هو النظام العام القانوني وإنما المقصود به هو النظام العام السياسي والاقتصادي والاجتماعي.

¹⁰⁷⁸ محمد عياط: دراسة في المسطرة الجنائية المغربية. الجزء الأول، ص. 50.

¹⁰⁷⁹ لحبيب بيهي: شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد. ج. 2، ص. 45.

لقد اختلف الفقه المغربي بخصوص بطلان أو عدم بطلان أوامر النيابة العامة أثناء القيام بإجراءات الحراسة النظرية، أو إيداع المشبوه فيه في السجن، بالشكل الذي سبق بيانه، حيث اعتبر البعض بأن عدم إنجاز هذين الإجراءين وفق الشروط التي يتطلبها القانون تعتبر كأنها لم تنجز. ومن ثم، فإن المحاضر المترتبة عليها تكون باطلة، وبصفة خاصة في حالة تجاوز فترة الوضع تحت الحراسة النظرية⁽¹⁰⁸⁰⁾، وذلك تأسيساً على المادة 751 من ق.م.ج.⁽¹⁰⁸¹⁾.

أما البعض الآخر من الفقه، فقد اعتبر بأن هذا التجاوز وإن كان باطلاً لمساسه بحرية الشخص التي يضمنها الدستور⁽¹⁰⁸²⁾، إلا أن المحاضر المترتبة عنها لا تكون كذلك. ومن ثم، فإن النيابة العامة التي تباشر تحريك الدعوى العمومية بناء على هذه المحاضر لا تكون باطلة⁽¹⁰⁸³⁾.

وقد سار القضاء المغربي في نفس النهج الذي سار فيه الرأي الراجح من الفقه، وهو الرأي الذي يأخذ ببطلان المحاضر الناتجة عن أوامر النيابة العامة التي تجاوزت فيها حدود ما يسمح به القانون عند إصدارها للإذن، في حالة ممارسة إجراءات الحراسة النظرية.

1080 زينب عيوش: ضمانات المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة. ط. 1، 2009، ص. 32.

1081 محمد الإدريسي العلمي: المسطرة الجنائية. م. س، ص. 203.

1082 أحمد الخليلي: شرح قانون المسطرة الجنائية. ج. 1، ص. 290.

1083 زينب عيوش: ضمانات المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة. م. س، ص. 33.

ولهذا السبب اعتبر المجلس الأعلى في إحدى قراراته بأنه "لا يمكن الاعتماد على محضر الضابطة القضائية كوسيلة في الإثبات، إذا تم تجاوز المدة القانونية للوضع تحت الحراسة النظرية" (1084)، وأكد في قرار آخر بأن "البطلان مقرر لفائدة المتهم الذي عليه التمسك به أمام محاكم الموضوع . وليس لأول مرة أمام المجلس الأعلى" (1085)، وإلى هذا المعنى ذهب محكمة الاستئناف في الرباط (1086) والمحكمة الخاصة للعدل قبل حذفها (1087).

والذي يفهم من هذه الاجتهادات القضائية، أن لجوء الضابطة القضائية إلى وضع المشبوه فيه، في حالة التلبس، تحت الحراسة النظرية دون إشعار النيابة العامة، يشكل خرقاً جوهرياً للمواد المسطرية التي تنظم أحكام هذه الحالة، وذلك تأسيساً على أن هذه الضابطة تعمل تحت إمرة النيابة العامة من جهة، وأن إشعارها بهذا الإجراء هو بمثابة إذن صادر منها بشكل غير مباشر من جهة أخرى.

1084 قرار رقم 39047 الصادر بتاريخ 24 يوليوز 1972 من أرشيف المجلس الأعلى .

1085 قرار رقم 353 الصادر بتاريخ 6 مارس 1961. أنظر مجلة قضاء المجلس الأعلى 1956-

1965، م. س، ص. 123.

1086 تؤكد هذه المحكمة في إحدى أحكامها بأن "المحضر المحرر من طرف الضابطة القضائية مع عدم احترام مدة الوضع تحت الحراسة النظرية لم يثبت إنجاز عمل بمقتضيات الفصل 765 (المادة 751 ق.م.ج الحالي)، وبالتالي كنتيجة لذلك يجب التصريح برفع حالة الاعتقال عنهم، وإطلاق سراحهم وتركهم أحراراً ومحاكمتهم في حالة سراح". حكم عدد 304 بتاريخ 10 يونيو 1980 في ملف جنائي عدد 79/373 أورثته زينب عيوش: م. س، ص. 34.

1087 وقد اعتبرت هذه المحكمة بأن "المحضر المحرر أثناء الوضع تحت الحراسة النظرية الذي لم تراعى فيه مقتضيات القانون يبعد عن الملف تطبيقاً بمقتضيات المادة 765 ق.م.ج. (المادة 751 ق.م.ج الحالي)". أورد هنا الحكم زينب عيوش: ضمانات المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة. م. س، ص. 32.

أما فيما يتعلق بالاعتقال الاحتياطي، أو الإيداع في السجن، فقد أجمع الفقه⁽¹⁰⁸⁸⁾ والقضاء⁽¹⁰⁸⁹⁾ على بطلان عمل النيابة العامة متى انعدمت المبررات الموضوعية لهذا الاعتقال أو تم التجاوز في مدته، أو المساس بحقوق الدفاع.

فبالنسبة للمبررات الموجبة للاعتقال، فقد حصرها المشرع المغربي في حالة التلبس، وانعدام ضمانات الحضور⁽¹⁰⁹⁰⁾ وارتكاب جريمة معاقب عليها بالحبس، وأن لا تخضع للتحقيق الإلزامي، وأن تكون القضية جاهزة للحكم حسب السلطة التقديرية للنسبة العامة⁽¹⁰⁹¹⁾ أو عند تحقق الشروط المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 47 والمتعلقة بالاعتقال في غير حالة التلبس.

ففي حالة مخالفة النيابة العامة لهذه المبررات، أو الشروط يكون الاعتقال باطلا لخرقه قاعدة جوهرية كفلها الدستور المغربي في الفقرة الأولى⁽¹⁰⁹²⁾ والثانية⁽¹⁰⁹³⁾ من الفصل 23 من الدستور، وهذا ما جعل القضاء المغربي أن يتمسك بهذا البطلان الذي ظل يؤسس عليه إطلاق

1088 إدريس الحياتي: نظرية البطلان في القانون المسطري المغربي. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003، ص. 71 و ص. 216.

1089 أنظر الأحكام القضائية في هذه الفقرة التي نحن بصدد دراستها.

1090 أنظر المادة 74 من قانون المسطرة الجنائية.

1091 أنظر المادة 73 من قانون المسطرة الجنائية.

1092 تقضي هذه الفقرة بأنه: "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات، وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون".

1093 تقضي هذه الفقرة بأن "الاعتقال التعسفي من أخطر الجرائم، وتعرض مقترفيها لأقسى العقوبات".

سراح المعتقل الذي سبق أن تم اعتقاله بشكل غير مبرر⁽¹⁰⁹⁴⁾ على اعتبار أن هذه القاعدة متعلقة بمبدأ الشرعية التي يعتبرها الفقه من النظام العام⁽¹⁰⁹⁵⁾.

أما بالنسبة للتجاوز، في مدة الاعتقال، فيبدو، بشكل واضح من المادتين 74 و385 من قانون المسطرة الجنائية، أن لنيابة العامة إذا لم

¹⁰⁹⁴ وقد أكدت المحكمة العسكرية في هذا الصدد: "حيث إن حالة التلبس التي قام بها المتهمون لم يبق لها موضوع للأسباب المذكورة آنفاً (وهذه الأسباب كون الجريمة المرتكبة لا يعقب عليها بالحبس، وإن ضمانات الحضور قائمة) مما يستوجب إطلاقاً سراحهم ومحاكمتهم مسرحين"، حكم المحكمة العسكرية رقم 1645 الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1980. أنظر مجلة المحاماة 1981، ص. 95. وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية لصفرو بتاريخ 9 يناير 2002 ملف جنحي تليسي رقم 2002/30 أكد بأنه "... وحيث تمسك دفاع المتهمين بمقتضيات المادة 76 قانون المسطرة الجنائية (المادة 74 ق.م.ج الحالي) مؤكدين على خلو متابعة السيد وكيل الملك من تعليل معقول، لأن كل المتهمين يتوفرون على ضمانات الحضور، فضلاً عن اقتضاء حالة التلبس ملتصين رفع حالة الاعتقال عن موكلهم.

وحيث تنص المادة 765 كما وقع تعديلها بمقتضى ظهير 1991/12/30 "في حالة التلبس بجنحة، أو إذا لم تتوفر في مرتكبها ضمانة كافية للحضور يمكن لوكيل الملك أن يصدر أمراً بإيداع المتهم في السجن"، وحيث يبقى إجراء الاعتقال مقيداً بتوافر إحدى حالتين لا ثالث لهما.

وحيث إنه بالرجوع إلى محاضر الاستماع للمتهمين لدى الضابطة القضائية، فإنهم جميعاً أطباء يتوفرون على عيادات خاصة بمدينة فاس وعلى سكن قار أشير إليه في صلب تلك المحاضر.

وحيث إنه يرجع تفسير حالة التلبس إلى مقتضيات المادة 58 ق.م.ج (المادة 56 ق.م.ج الحالي).

وحيث إنه برجوع المحكمة إلى ديباجة المحضر، يتضح لها أن الوقائع تعود بأكملها إلى سنة 1999 وهو تاريخ لا يشك عاقل، في كونه لا يندرج ضمن حالات الفصل المذكور. وحيث إن الاعتقال الاحتياطي ما هو إلا تدبير استثنائي، فإن المحكمة قررت باسم جلالة الملك الرجوع إلى الأصل ورفع حالة الاعتقال على المتهمين ومحاكمتهم في حالة سراح وتوجيه التهم لهم طبق القانون". أوردت هذا الحكم زينب عيوش: ضمانات المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة. م. س، ص. 49.

¹⁰⁹⁵ وهذا ما كرسه العمل القضائي، حيث جاء في إحدى أحكام محكمة الاستئناف بالرباط ما نصه: "... لأن القضاء بوصفه ضامن للحقوق والحريات يثير ولو من تلقاء نفسه عدم صحة الإجراءات، سيما عند الحرمان من الحرية". حكم جنائي صادر بتاريخ 15 يناير 1992 ملف جنائي تحت عدد 542 - 88/551 من أرشيف المحكمة.

تقدم المتهم داخل الأجل المنصوص عليه، في هذه المادة الأخيرة، فإن الاعتقال يكون باطلا بقوة القانون⁽¹⁰⁹⁶⁾، مما يعني أن هذا البطالان يعتبر من النظام العام الذي يجب إثارته من تلقاء المحكمة مباشرة إذا تبين لها من أوراق الدعوى العمومية المرفوعة إليها، بأن الأجل المذكور قد تم تجاوزه.

وهذا البطالان يجب أن يطل أيضا، كل ما يتعلق بخرق حقوق الدفاع⁽¹⁰⁹⁷⁾ التي أوجب المشرع احترامها قبل اتخاذ قرار الاعتقال الاحتياطي، غير أن هذا البطالان، لا يمس النظام العام بالشكل الذي سبق بيانه، وإنما يتعلق فقط بمصلحة المتهم. ومن ثم، فإنه يتعين عليه، أن يدفع به طبقا لمقتضيات المادة 323، وإلا سقط الحق في التمسك به، وهذا ما أكد عليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته بقوله "يعتبر الدفع بعدم قانونية الاعتقال الاحتياطي... من الوسائل التي يتعين الفصل فيها أولا، فيجب أن تثار قبل كل دفع أو دفاع، وإلا تصبح غير مقبولة لفوات أوانها"⁽¹⁰⁹⁸⁾.

1096 وهذا ما تقضي به الفقرة الرابعة من المادة 385، وذلك حينما أكدت بأنه: " يترتب البطالان عن مخالفة المقتضيات السابقة " المنصوص عليها في الفقرات الأولى والثانية والثالثة من هذه المادة.

1097 وهذه الحقوق تم التنصيص عليها في المادة 74 وهي: إشعار المتهم قبل إصدار الأمر بإيداعه في السجن "بأن من حقه تنصيب محام عنه حالا، واستنطاقه عن هويته والأفعال المنسوبة إليه، كما يمكن أن يقدمه للمحكمة حرا، بعد تقديم كفالة مالية أو كفالة شخصية".

1098 قرار رقم 874 (س 22) الصادر بتاريخ 17 ماي 1979، في الملف الجنائي رقم 71241. أنظر نفس المرجع السابق، ص. 98.

ثانياً: الوصول إلى الدليل عن طريق التفتيش أو الحجز

يعتبر التفتيش، من أبرز الإجراءات القانونية التي تقوم به النيابة العامة، من أجل البحث عن الدليل أثناء ارتكاب الجرائم، في بعض الأماكن التي حددها القانون، وهو لذلك يوازي، في خطورته على المتهم أو غيره الإيداع في السجن، وذلك بسبب مساسه للحياة الشخصية الخاصة للفرد، ومع ذلك، فإنه بالرغم من هذه الخطورة على هذه الحياة، فإن المشرع الجنائي المغربي لم يحدد مدلوله القانوني، كما أن الفقه بدوره لم يقر بهذا التحديد.

ونحن نحاول أن نعرفه، ونعتبر بأنه "هو إجراء قانوني يقتضي البحث عن الدليل من طرف السلطات المختصة، في الأماكن الخاصة التي يمنع القانون المساس بحرمتها أو الدخول إليها، إلا بنص في القانون".

ويفهم من هذا التعريف بأن التفتيش يدخل في نطاق مباشرة تحريك الدعوى العمومية، سواء في مرحلة البحث التمهيدي أو التحقيق الإعدادي، لا في ممارستها. ولذلك، فهو يخضع عند القيام بإجراءاته إلى النيابة العامة، أو إلى قاضي التحقيق، وعلى هذا الأساس فهو يمتاز بالخصائص الآتية :

1- التفتيش هو إجراء استثنائي: ومعنى هذه الميزة أن المشرع ألزم القيام به في أماكن خاصة، وفي أوقات محددة، ومن طرف أشخاص إجرائيين تم حصرهم: في الضابطة القضائية، أو في النيابة

العامة، أو قاضي التحقيق، وذلك حسب طبيعة الجرائم ما إذا كانت جريمة خاضعة للتحقيق أو ليست كذلك.

فبالنسبة للأماكن الخاصة، فقد حصرها المشرع المغربي في المساكن⁽¹⁰⁹⁹⁾ أو الأماكن المشمولة بالسر المهني، وتمتاز هذه الأماكن، بأنها تستمد حرمتها من الحياة الخاصة لأصحابها⁽¹¹⁰⁰⁾ أو من خصوصيات عملهم المهني الذي يمنع القانون، الإطلاع على أسراره، إلا، وفق ما هو منصوص عليه في القانون⁽¹¹⁰¹⁾.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن تحديد الأماكن الخاصة الخاضعة للتفتيش بأمر من النيابة العامة، لا يرجع إلى من له الحق في استعماله، أو استغلاله، أو الانتفاع به، وإنما يرجع هذا التحديد إلى السلطة المختصة بالقيام بهذا التفتيش. ولهذا السبب، يشترط الفقه والقضاء بأنه متى صدر هذا الأمر، فيجب الاقتصار على ما ورد بشأنه دون أن يتعداه إلى غيره من الأماكن. ونفس الشيء بالنسبة للأشخاص أو البضائع، بحيث إنه إذا صدر أمر بتفتيش شخص محدد، أو بضاعة

¹⁰⁹⁹ يعرف الفصل 511 من المجموعة الجنائية المسكن بأنه : "يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو بيت، أو مسكن، أو خيمة، أو مأوى ثبت أو متنقل، سواء كان مسكونا فعلا أو معد للسكنى، وكذا جميع ملحقاته كالساحات، وحظائر الدواجن، والخزين، والإسطبل، أو أي بناية داخلية في نطاقه مهما كان استعمالها، حتى ولو كان لها سياج خص بها داخل السياج، أو الحائط العام".

¹¹⁰⁰ إن حرمة المسكن تصان بقوة القانون، وذلك بغض النظر عن الطبيعة القانونية لحق صاحبه لذلك، فيستوي أن يكون مالكا له، أو منتفعا به أو مستأجرا له، بل ويسري نفس الحكم على مستأجر الحجرة الخاصة في الفندق، فهي تعتبر مسكنه الخاص. أنظر : جمل سرحان: م. س، ص. 177. - أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية سنة 1981، بند 223، ص. 443.

¹¹⁰¹ أنظر المادة 59 من قانون المسطرة الجنائية.

محددة، فإنه لا يجب أن يتعدى هذا التفتيش إلى أشخاص آخرين أو بضاعة أخرى، حتى ولو توفرت دلائل كافية لوجود دليل على إظهار الحقيقة أو الكشف عن الجريمة⁽¹¹⁰²⁾.

ويرتبط بتحديد المكان الصادر بشأنه الأمر بالتفتيش، المكان الذي يمكن إخضاعه إلى هذا الإجراء القانوني. أما المكان الممنوع بنص في القانون، أو بمقتضى القانون الدولي أو الاتفاقات الدولية، فلا يجوز إخضاعه أصلاً إلى هذا التفتيش كما هو الأمر مثلاً بالنسبة للسفارات أو منازل السفراء أو رجال السلك الدبلوماسي.

أما بالنسبة لأوقات التفتيش، فقد حددها تشريعنا الجنائي على سبيل الحصر لتعلقها بالنظام العام، سواء تعلق الأمر بالأوقات العادية⁽¹¹⁰³⁾ أو الأوقات الاستثنائية⁽¹¹⁰⁴⁾، وذلك بالرغم من التمييز الحاصل بين هذه الأوقات، بخصوص الشروط المطلوبة⁽¹¹⁰⁵⁾ في القيلم بهذا الإجراء أو الأشخاص الإجراءيين المختصين بممارسته⁽¹¹⁰⁶⁾.

1102 جمال سرحان: م. س، ص. 180.

1103 الأوقات العادية للتفتيش حصرتها المشرع في المادة 62 ق. م. ج. وتبتدئ من الساعة السادسة صباحاً إلى الساعة التاسعة ليلاً.

1104 الأوقات الاستثنائية للتفتيش تبتدئ من الساعة التاسعة ليلاً إلى السادسة صباحاً.

1105 حصر المشرع المغربي الشروط المطلوبة للتفتيش في الأوقات الاستثنائية، في كون الجريمة المرتكبة إرهابية أو عند الخوف من اندثار الأدلة، أو كان المحل المطلوب تفتيشه من المحلات التي تمارس فيها الأنشطة ليلاً.

1106 تم حصر الأشخاص الإجراءيين المختصين بالتفتيش، في النيابة العامة خلال الأوقات الاستثنائية، أو بعض الأماكن المشمولة بالسر المهني (مكاتب المحامين) أو في الضابطة القضائية في الأوقات العادية. أنظر المادة 59 من قانون المسطرة الجنائية.

ويلاحظ في هذا الصدد، أن قانون المسطرة الجنائية، وقانون الدرك الملكي⁽¹¹⁰⁷⁾، ومدونة الجمارك⁽¹¹⁰⁸⁾ لم يحدد فيها المشرع المغربي أوقاتاً محددة بالنسبة للتفتيش الذي يتم إجراؤه على الأشخاص والبضائع، ولذلك فيمكن القيام به في مختلف أوقات اليوم، إلا إذا كان تواجههما في الأماكن التي سبق بيانها قبل قليل، فإنه عندئذ، لا بد من إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 59 و62 من قانون المسطرة الجنائية.

وأخيراً، بالنسبة للأشخاص الذين خصهم المشرع بإجراء التفتيش بالشكل الذي سبق بيانه، فقد حصرهم المشرع، في ضباط الشرطة القضائية، وفي النيابة العامة، وقاضي التحقيق الذي لم يجر له المشرع الجنائي المغربي القيام بهذا الإجراء، إلا في مرحلة البحث التمهيدي، وذلك بالرغم من كونه يعتبر من هؤلاء الأشخاص الذين يحق لهم القيام به. في مرحلة التحقيق الإعدادي⁽¹¹⁰⁹⁾.

ويلاحظ في هذا الصدد، بأن النيابة العامة يمكن أن تجري التفتيش دون تحديد للأماكن أو الأشخاص أو الأوقات، في حين أن الضابطة القضائية، لا يمكن لها ذلك، إلا في حدود ما نص عليه

¹¹⁰⁷ يقضي الفصل 64 من هذا القانون بأن: "كل شخص يلقي القبض، أو يتهم أو يعتقل، أو يظن أنه حاملاً لأسلحة، أو أشياء من شأنها أن تضر بالأمن العمومي يجب تفتيشه من لدن الدرك الملكي...".

¹¹⁰⁸ تقضي المادة 38 من هذه المدونة بأنه: "لأجل تطبيق هذه المدونة، ورغبة في البحث عن الغش يجوز لأعوان الإدارة أن يقوموا بمعاينة البضائع، ووسائل النقل وتفتيش الأشخاص".

¹¹⁰⁹ وهذا ما يبدو واضحاً من المواد 59 و60 و62 و71 من قانون المسطرة الجنائية.

القانون، حتى ولو كان ذلك بحضور هذه الهيئة القضائية ، وهذا ما يتعلق بإجراء التفتيش في مكاتب المحامين⁽¹¹¹⁰⁾.

2- التفتيش هو إجراء شكلي: والمقصود بالشكلية وجوب

التزام الشخص الإجرائي المكلف بالتفتيش بإتباع مقتضيات هذا الإجراء أثناء القيام به بشكل تسلسلي، سواء من حيث الممارسة أو من حيث تدوين البيانات في المحاضر.

فمن حيث الممارسة، فإن الضابطة القضائية لا يمكن لها مباشرة التفتيش، إلا بعد إشعار النيابة العامة، وحصولهم على رضا صاحب المسكن، مكتوبا بخط يده، وهو حاضر بعين المكان المراد تفتيشه، وإذا لم يكن حاضرا، وجب استدعاؤه، وإن رفض أو تعذر حضوره لأسباب قاهرة، وجب استدعاء شاهدين لحضور هذا الإجراء من غير الموظفين الخاضعين لسلطة هذه الضابطة، أو لسلطة النيابة العامة.

وإذا تعلق الأمر بالأماكن المعدة للاستعمال المهني، فعلى ضابط الشرطة القضائية أن يشعر النيابة العامة المختصة، وأن يتخذ مسبقا جميع التدابير لضمان احترام السر المهني⁽¹¹¹¹⁾ وإلا كان التفتيش باطلا لعيب الإجراءات المتبعة فيه⁽¹¹¹²⁾.

أما من حيث تدوين البيانات في المحاضر، فإنه يتعين على الشخص الإجرائي المختص بالتفتيش، أن يبين في هذه المحاضر ما

¹¹¹⁰ وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 59 من قانون المسطرة الجنائية.

¹¹¹¹ أنظر الفقرة الرابعة من المادة 59 من نفس القانون.

¹¹¹² أنظر المادة 63 من نفس القانون.

عابنه، وما قام به من عمليات داخل المنزل، والأسباب الداعية بهذا الإجراء، وتاريخ و ساعة إنجازه مع الإشارة إلى حضور صاحب المنزل أو ممثله، ورضاه بالتفتيش وتعيين شاهدين، إذا تعذر هذا الحضور، مع ذكر هويتها وصفتها، وأخيرا وجوب توقيع هذا المحضر من طرف الأشخاص الحاضرين لهذا الإجراء القانوني أو الإشارة إلى امتناعهم على هذا التوقيع، إذا صدر منهم ذلك هذا بالإضافة إلى توقيع الشخص الإجرائي الذي قام بالتفتيش وذلك تحت طائلة البطلان.

3- التفتيش هو إجراء من الغاية: وينصرف مفهوم هذه الميزة إلى الأخذ بعين الاعتبار ما في الأمر الصادر من النيابة العامة: وهو وجوب البحث عن الدليل الذي يساعد على إظهار الحقيقة أو الكشف عن الجريمة. ولذلك، فإن موضوع هذا الأمر، يجب أن يكون محددا، سواء من حيث تحديد المكان أو الشخص المراد تفتيشه، أو الهدف المتوخى من هذا التفتيش.

فمن حيث المكان المراد تفتيشه ينبغي أن يتم تحديده، في الأمر الصادر من النيابة العامة. ولهذا السبب، فإننا نرى بأن الضابطة القضائية في حالة التلبس بالجريمة، أنه لا بد من إشعار هذه الهيئة القضائية بتحديد المكان الذي تريد تفتيشه دون قيامها بهذا الإجراء بشكل يتسم بالعبث أو التلقائية، لأن ذلك أحيانا قد لا يساعد على الوصول إلى نتيجة ثابتة على اعتبار أن القانون في مثل هذه الأوضاع يسعى دائما إلى تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة.

أما من حيث الأشخاص المراد تفتيشهم، فإن الأمر القاضي بإجرائه، يجب أن يحدد الشخص باسمه أو بصفاته أو بهويته، وذلك حتى لا يقع هذا الإجراء على شخص غير الذي أريد تفتيشه، ولهذا السبب فإنه إذا صدر هذا الأمر بإجراء تفتيش على صاحب منزل، فإنه يمنع أن يمتد هذا الإجراء إلى زوجته أو أولاده، وهذا ما ينطبق أيضا على الركاب في سيارة أجرة مثلا، إذا كان أحدهم هو المقصود بالتفتيش دون الآخرين (1113).

وأخيرا من حيث الهدف المتوخى منه، فإن الفقه والقضاء اعتبر بأن الهدف من التفتيش، هو ضبط أدلة جريمة، وقعت بالفعل لا إلى الكشف عن جريمة قبل وقوعها (1114)، وهذا ما أكد عليه القضاء المصري الذي اعتبر في حكم حديث له "بأن صحة التفتيش الذي تجريه النيابة العامة، أو تأذن في إجرائه، مشروط بأن يكون إثبات، صدور إذن التفتيش بعد أن دلت التحريات على قيام الطاعن بالتاجر في المواد المخدرة وترويجها، وأن يكون صدره لضبط جريمة تحقق وقوعها بالفعل لا لضبط جريمة مستقبلية أو محتملة" (1115).

ويستفاد من هذه الخصائص جميعها، بأن الأمر بالتفتيش أو الإشعار به في دلالته القانونية، لا يمكن اعتباره عملا إداريا بشكل

1113 خلف الله: م. س، ص. 347.

1114 جمال سرحان: م. س، ص. 176.

1115 الطعن رقم 25380 لسنة 69 ق. جلسة 20 يناير 2002 أورد هذا الحكم جمال سرحان: ص.

176، هامش رقم 310.

مطلق، وذلك لارتباطه بوجوب تعليله من الناحية القانونية عند تصديره، كما لا يمكن الانتداب في هذا التصدير إلى شخص إجرائي من غير النيابة العامة التي خصها به المشرع وحدها دون غيره⁽¹¹¹⁶⁾ من ضباط الشرطة القضائية أو قضاء التحقيق أو الحكم، كما أنه لا يمكن الطعن فيه حتى يمكن القول بأن أثره يزول لمجرد الحكم لمصلحة الطاعن، وإنما هو عمل قضائي تستقل به النيابة العامة وحدها، ومن ثم فإنه يمكن أن يتأذى به أي شخص يقع ضده، أو ضد حياته الخاصة إذا لم يكن مبنيا على أسباب معقولة يقتضيها الواقع والقانون⁽¹¹¹⁷⁾.

ولهذا السبب، فإن تشريعنا الجنائي، نص على بطلان التفتيش بشكل صريح في المادة 63، إذا تم اختراق مقتضياته التي تم التتبع عليها في جميع المواد التي تنظم أحكام هذا الإجراء القانوني⁽¹¹¹⁸⁾، عند تصدير الأمر به، أو عند ممارسته في واقعه العملي. ومن ثم، فإن كل ما يترتب على هذا البطلان، من محاضر، وأدلة، وحجز الأشياء، تعد كأن لم تكن، الأمر الذي يجب استبعادها بشكل تلقائي من طرف قضاء

¹¹¹⁶ وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 59 بخصوص التفتيش الذي يقع في مكتب المحامي المشمول بالسر المهني بحيث لا يمكن أن تقتصر فيه النيابة العامة على تكليف ضباط الشرطة القضائية للقيام به، وهذا بخلاف الأمر بالنسبة لقاضي التحقيق الذي يمكن أن ينتدب قاض آخر ليحل محله في هذا النوع من التفتيش. أنظر في هذا الصدد الفقرة الثالثة من المادة 103 من قانون المسطرة الجنائية.

¹¹¹⁷ وهذا ما نص عليه تشريعنا الجنائي بشكل صريح في المادة 61 و79 من قانون المسطرة الجنائية.

¹¹¹⁸ وبصفة خاصة في المواد 59 و60 و62 من نفس القانون.

الحكم⁽¹¹¹⁹⁾ لتعلقه بالنظام العام⁽¹¹²⁰⁾، وذلك إذا ثبت لديه خرق إجراءات هذا التفتيش⁽¹¹²¹⁾ بالشكل الذي يتنافى مع مقتضيات الدستور في الفصل الرابع و العشرين منه.

ومن نافلة القول، أنه يمكن أن نؤكد، بأن الأمر لا ينبغي أن ينتهي عند تقرير البطلان، وإنما لابد من تقرير المسؤولية الجنائية أيضاً، وذلك لستنادا، إلى الفصل 230⁽¹¹²²⁾ من المجموعة الجنائية و إلى المادة 61⁽¹¹²³⁾ من قانون المسطرة الجنائية، في حالة إفشاء السر المهني المترتب عن نفس الأماكن المشمولة بحماية هذا السر، هذا بالإضافة إلى المسؤولية المدنية⁽¹¹²⁴⁾، أو التأديبية⁽¹¹²⁵⁾ إذا قررها القانون.

1119 وهذا ما أكد عليه الشطر الأخير من المادة 93 بقوله: "... وما قد يترتب عنه (أي بطلان التفتيش) من إجراءات".

1120 عوض محمد عوض: الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية. دار المطبوعات الجامعية 1990، ص. 256. خلف الله: م. س، ص. 360.

1121 وقد استعمل المشرع المغربي في المادة 63 عبارة "الإجراء المعيب" الذي يقصد به الإجراء المخالف لمقتضيات المواد 59 و 60 و 61 و 62. وقد أورد الفقه المقارن بعض الأمثلة عن الإجراء المعيب كمنع المتهم من حضور التفتيش بسبب إيداعه في السجن: أو أن هذا الإيداع قد تم بدون سند في القنون، أو يكون موضوع هذا التفتيش غير مرتبط بجريمة يقتضيها هذا التفتيش أو الجريمة الواقعة من رؤساء الدول أو الهيئات الدبلوماسية، أو الجريمة التي يختص قاضي التحقيق وحده بإجراء التفتيش فيها. أنظر: خلف الله: م. س، ص. 359 و 362 وما بعدها.

1122 يقضي هذا الفصل بأن: " كل قاض أو موظف عمومي أو أحد رجال أو موظفي السلطة العامة أو القوة العمومية يدخل بهذه الصفة مسكن أحد الأفراد رغم عدم رضائه في غير الأحوال التي قررها القانون يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و غرامة من خمسين إلى خمسمائة درهما".

1123 أنظر نص هذه المادة.

1124 وذلك في إطار المواد 348 إلى 356 من قانون المسطرة الجنائية، والفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات.

الفقرة الثانية: مدى خضوع أوامر النيابة العامة الصادرة أثناء

مباشرة تحريك الدعوى العمومية لمسطرة التجريح

انتهينا، في الفقرة السابقة إلى أن أوامر النيابة العامة الصادرة أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية، هي من الأعمال القضائية التي تتعرض إلى البطلان، في حالة مخالفة الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة بشأن كل ما يتعلق بالحراسة النظرية أو الإيداع في السجن، في الحالات التي حددها القانون، وليس من الأعمال الإدارية التي تكفي فيها النيابة العامة بالإخبار أو تراسل جهات إدارية معينة كالتراسل مع الرؤساء الأعلى في بعض القضايا الاستشارية التي لا علاقة لها بأطراف الدعوى العمومية.

ولهذا السبب، فقد أجمع الفقه على أن بطلان الأوامر التي سبق بيانها لا ينحصر في البطلان الإجرائي لها فقط، وإنما يتجاوز الأمر ذلك إلى اعتبارها من نوع الاعتقال التحكيمي الذي يجرمه الفصل 225 من المجموعة الجنائية⁽¹¹²⁶⁾، حيث يقضي هذا الفصل، في فقرته الأخيرة على أنه "إذا كان العمل التحكيمي، أو المساس بالحرية الفردية، قد ارتكبت أو أمر به لغرض ذاتي، أو بقصد إرضاء أهواء شخصية تطبق العقوبة المقررة في الفصول 436 إلى 440" من هذه المجموعة.

1125 خلف الله: م. س، ص. 359.

1126 يقضي هذا الفصل في فقرته الأولى على أن " كل قاض أو موظف عمومي، أو أحد رجال أو موظفي السلطة أو القوة العمومية، يأمر أو يباشر بنفسه عملا تحكما ماسا بالحرية الشخصية أو الحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر يعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية ".

وبلاحظ من هذا الفصل أنه ميز في حالة الاعتقال التحكمي بين ما إذا تم الاعتقال دون إرضاء للأغراض الشخصية، أو إرضاء لهذه الأغراض، فإذا أقدمت النيابة العامة على هذا الإرضاء في الحالة الأولى، فإن العقوبة هي التجريد من الحقوق الوطنية التي تتراوح مدتها بين سنتين وعشر سنوات حسب مقتضيات الفصل 26 من نفس المجموعة. وإذا تعلق الأمر بالنوع الثاني من الاعتقال، فإن العقوبة تكون أشد، وهي السجن لمدة قد تصل إلى ثلاثين سنة (1127).

كما يفهم من هذا الفصل، بأن هناك إشارة واضحة إلى أن الاعتقال التحكمي إذا تم بناء على إرضاء الأغراض الشخصية، فإن أسباب التجريح تدخل في نطاق هذه الأغراض. ولذلك، فإنها إذا قامت لدى قضاة النيابة العامة، وتم تأسيس هذا الاعتقال على هذه الأسباب، فإن الجهة المختصة بالنظر في طلب التجريح هي التي تحيلهم على القضاء المختص للنظر في الجرائم التي ارتكبوها إذا تمت الاستجابة إلى طلب المتهم، أو المشبوه فيه، وذلك قبل حكم المحكمة ببطان الإجراء الذي قامت به النيابة العامة.

ولما كان طلب التجريح، يشترط فيه المشرع الجنائي، أن يتم تقديمه قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر، فإنه يجب على من له مصلحة فيه، أن يقدمه مباشرة بعد الإيداع في السجن. وقبل رفع النيابة العامة

1127 أنظر الفقرة الأخيرة من الفصل 436 من المجموعة الجنائية.

أوراق الدعوى إلى قضاء الحكم، وذلك لتعلقه بحقوق الدفاع التي لا يمكن للمحكمة أن تنتظر فيه من تلقاء نفسها كما سبق القول بذلك.

وتجب الإشارة هنا إلى أن النيابة العامة عندما يتم تجريدها بمقتضى الأوامر الصادرة منها بمناسبة إصدار أمر بالحراسة النظرية أو تمديد مدتها، أو إيداع المتهم، في السجن، لا يتم لكون المحكمة تستطيع تغيير مضمون هذه الأوامر لبطلانها، وإنما يتم تجريدها لذات الأوامر التي أصبحت تشكل جريمة، في القانون الجنائي. هذا بالإضافة إلى أن هذا التجريح يحول دون ممارسة الاعتقال التحكيمي الذي يعاقب عليه القانون.

وبعبارة أخرى، إن لجوء المحكمة إلى رفع حالة الاعتقال عن المتهم. ومحاكمته، في حالة سراح، لا يكون قد غير من أمر النيابة العامة الذي أضحي أمرا، تحكيميا، حتى يمكن القول بعدم تجريح من صدر هذا الأمر وذلك باعتباره أمرا، لا يقبل الطعن فيه بغير طريق التجريح من جهة، ومن جهة أخرى أن القاضي الذي يصدره يحتمي أمام عدم قيام مسؤوليته الجنائية أو المدنية، أو التأديبية بحكم وظيفته التي تخول له ذلك وهذا ما يضر بحسن سير العدالة التي لا يلتزم بمقتضاها تأسيسا على مبدأ الحياد.

وفي نظرنا، أنه حتى في الحالة التي تكون فيها النيابة العامة متحكمة في أوامرها الصادرة من أجل الحراسة النظرية أو الاعتقال الاحتياطي، فإنه لا يجب استغلال عدم تجريدها لتقوم بإرضاء مصالحها

الشخصية (1128). ولذلك، فإنه لا بد من حق أي شخص أن يجرحها إذا ما قامت أسباب هذا التجريح، حتى ولو لم تكن أوامر باطلة، وذلك لانضواء هذه الأسباب على ما يفيد الاعتقال التعسفي، وبصفة خاصة في الحالات التي أعطى لها فيها المشرع الجنائي السلطة التقديرية، في الاختيار بين هذا الاعتقال والكفالة المالية، على اعتبار أننا نعتبر بأنها إذا لم تقبل بهذه الكفالة الأخيرة، وأسباب التجريح قائمة، تكون متعسفة في هذه السلطة. ومن ثم، إمكانية متابعتها على العمل التحكيمي المنصوص عليه في الفصل 225 من المجموعة الجنائية.

وإذا كان المشرع الجنائي، لم يحدد مفهوم الاعتقال التحكيمي أو التعسف فيه (1129) فإنه أورد كثيرا من الأمثلة (1130) عليه في قانون المسطرة الجنائية، وذلك للتأكيد على أنه يجب على النيابة العامة أن تعمل على تطبيق الإجراءات المسطرة في هذا القانون بالشكل

1128 وهذا ما أثاره القضاء المغربي في حكم الشهير الذي حرج فيه قضاة النيابة العامة. أنظر نشرة قرارات المجلس الأعلى للسلسلة 1، الجزء 2، ص. 100.

1129 عرف ظهير 10 أبريل 2004 المتعلق بالنظام الأساسي لهيئة الإنصاف والمصالحة الاعتقال التعسفي في المادة الثالثة منه على أنه هو: "كل احتجاز أو اعتقال مخالف للقانون، يتعارض ومبادئ حقوق الإنسان الأساسية، وخاصة حق الأفراد في الحرية، والحياة، والسلامة البدنية، وذلك بسبب ممارستهم لأنشطة سياسية أو نقابية جموعية".

1130 من هذه الأمثلة ما تقضي به المادة 148 من كون أن: "كل متهم أُلقي عليه القبض بناء على أمر بالإحضار، واحتفظ به في المؤسسة السجنية أكثر من أربع وعشرين ساعة دون أن يستنطق يعتبر معتقلا اعتقالا تعسفيا.

كل قاض أو موظف أمر بإبقاء المتهم في السجن، أو سمح بإبقائه فيه عن قصد يتعرض للعقوبات المقررة للزجر عن الاعتقال التعسفي"، وانظر أيضا المادتين 608 و 611.

المنصوص عليه، لا بالشكل الذي تمليه عليها مصالحها الخاصة التي تتنافى مع أحكام هذه الإجراءات⁽¹¹³¹⁾.

وهذا يعني أن المشرع المغربي، اعتبر بأن الاعتقال التحكيمي أو التعسفي يتم بشكل، واضح، في حالة انعدام، وجود سند أو ضرورة تبرر هذا الاعتقال، وذلك اعتبارا لقيمة حرية الأفراد التي تتمتع بحماية خاصة في الدستور.

وتجب الإشارة، في هذا الصدد: إلى أن التجريح الذي يلحق النيابة العامة، يمكن أن يمتد أيضا إلى ضباط الشرطة القضائية التي يمكن بدورها أن تعتقل الأفراد بشكل تعسفي، أو دون مبرر منصوص عليه في القانون، وذلك لسببين:

السبب الأول: إن الشرطة القضائية تعمل تحت إمرة ومراقبة النيابة العامة، وبصفة خاصة أثناء ممارسة حق الحراسة النظرية، وهذا ما جعل المشرع المغربي، أن يلزم هذه الشرطة بالخضوع إلى تطبيق الإجراءات المتعلقة بهذه الحراسة بالشكل المحدد، في القانون وليس بالشكل الذي يمليه عليها عملها الإداري.

السبب الثاني: إن المشرع المغربي، ينص بشكل صريح في قانون المسطرة الجنائية على تجنب الشرطة القضائية، من الوقوع في

¹¹³¹ تقضي المادة 158 ق.م. ج في هذا الصدد بأنه: "تعرض عدم الشكليات المأمور بها في هذا الفرع كلا من ممثل النيابة العامة، وقاضي التحقيق، وعند الاقتضاء كاتب الضبط إلى عقوبات تأديبية، فيما إذا ترتب عن ذلك مس بالحرية الفردية بصرف النظر عن المتابعات الجنائية في حالة الاعتقال التعسفي".

جريمة الاعتقال التعسفي، وذلك إشارة إلى مجموعة من الأسباب التي قد تدفع بهذه الشرطة إلى ارتكاب مثل هذه الجرائم⁽¹¹³²⁾ والتي تدخل من بينها أسباب التجريح التي يسعى من ورائها نفس المشرع إلى ملازمة الحياد عند القيام بالإجراءات الجنائية المتعلقة بالوضع تحت الحراسة النظرية أو الإيداع في السجن، سواء تعلق الأمر بظروف هذا الاعتقال أو مكانه⁽¹¹³³⁾.

وقد سار في هذا النهج قانون الدرك الملكي في الفصل 58 منه، حيث يقضي هذا الفصل بأنه "لا يجوز للدركي أن يلقي القبض على أي شخص، إلا بأمر أو مذكرة تصدرها السلطة ذات النظر حين ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في القانون. وكل ضابط قائد فيلق، أو دركي يعطي خلافا لهذا المقتضى الأمر بإلقاء القبض على شخص ما، أو يوقع على هذا الأمر، أو ينفذه، أو يكلف من ينفذه، أو يلقي بكيفية فعلية القبض على هذا الشخص يعاقب كمرتكب الاعتقال بطريقة استبدادية".

ولا يختلف الأمر الصادر لإجراء التفتيش عن الأمر الصادر بإيداع المتهم في السجن، بخصوص إخضاعه إلى أسباب التجريح، لاشتراكهما في الخطورة المترتبة عليهما⁽¹¹³⁴⁾، وذلك لأنه بدوره قد يتم تصديره بناء على إرضاء الرغبات الشخصية لقضاة النيابة العامة،

1132 أنظر الفقرة الثانية من المادة 148 من قانون المسطرة الجنائية.

1133 أنظر المادتين 608 و 611 من نفس القانون.

1134 خلف الله: م. س، ص. 362.

أو ضباط الشرطة القضائية. ومن ثم، فإنه لا يكفي فقط إبطال الإجراءات المترتبة عليه. في حالة خرق جوهر هذه الإجراءات، وإنما لابد من إمكانية اللجوء إلى مسطرة التجريح، في حالة ما إذا رفض صاحب المكان المراد تفتيشه⁽¹¹³⁵⁾ بناء على قيام هذه الأسباب، وذلك لاعتبارات تتعلق بالحيولة دون المس بأسرار هذا المكان بالنسبة لقاضي النيابة العامة، أو ضابط الشرطة القضائية، الذي أصدر هذا الأمر حتى ولو كانت الإجراءات التي يقوم بها قانونية. بحيث إنه في هذه الحالة يجب أن يتولى أمر التفتيش غير الشخص الإجرائي الذي أمر بتصديره وذلك حماية لحرمة المسكن، أو المكان المراد تفتيشه من الشخص الذي يخشى منه انحيازه إلى طرف دون آخر من أطراف الدعوى العمومية التي لا يتم مباشرة تحريكها إلا بهذا الإجراء القانوني.

1135 مع العلم أن هذا الرضاء يعتبر شكلا إجرائيا جوهريا عند القيام بتفتيش المكان المشمول بالحماية الدستورية، سيما وأن المشرع يمنع، في هذه الحالة، القيام بهذا الإجراء، إذا قامت هناك ما يبطل هذا الرفض. ومن ثم، فإنه لا يمكن اللجوء إلى استدعاء شاهدين فقط لإتمام التفتيش، على اعتبار أن هناك فرقا واضحا بين الرفض أو تعذر حضور صاحب المنزل كما هو منصوص على ذلك في المادة 60 من ق. م. ج.

الفرع الثاني: تجريح النيابة العامة في الجرائم غير المخصصة

ففيها بتحريك الدعوى العمومية

إن المشرع المغربي لم يحصر تحريك الدعوى العمومية في يد النيابة العامة وحدها وإنما أيضا سمح بهذا التحريك لعدة أشخاص إجرائيين آخرين، وهم: المُجنى عليه، والمضروب من الجريمة، وبعض الإدارات العمومية، في بعض الجرائم التي نص عليها القانون بشكل صريح في المجموعة الجنائية أو في بعض القوانين الخاصة كمدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة⁽¹¹³⁶⁾، وقانون المياه والغابات⁽¹¹³⁷⁾، وقانون مكافحة المخدرات⁽¹¹³⁸⁾. وبناء على هذا المعطى القانوني، فهل يمكن تجريح قضاة النيابة العامة، عند قيام هؤلاء بهذا التحريك ؟ وفي أي نوع من الجرائم التي يمكن فيها تجريح هؤلاء؟ هل في جرائم الشكوى والإذن والطلب ؟ (المبحث الأول)، أم حتى في حالة تقديم الشكاية المباشرة ؟ (المبحث الثاني).

1136 وقد صدرت هذه المدونة بمقتضى ظهير 9 أكتوبر 1977.

1137 وقد صدر هذا القانون بمقتضى ظهير 10 أكتوبر 1917.

1138 وقد صدر هذا القانون بمقتضى ظهير 21 ماي 1974.

المبحث الأول : تجريح النيابة العامة عند تحريك الدعوى العمومية

في جرائم الشكوى والإذن والطلب

من المسلم به فقها وقضاء بأن تحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى والإذن والطلب ليس واحداً، وإنما يختلف باختلاف هذه الحالات، سواء من حيث الإجراءات المتبعة من صاحب الحق فيها أو من حيث الآثار المترتبة عليها. ولهذا السبب، فنحن نحاول دراسة كل حالة منها على حدة، وذلك حتى يتسنى لنا ما إذا أمكن الأخذ فيها بتجريح النيابة العامة أم لا.

المطلب الأول: تجريح النيابة العامة في جرائم الشكوى

تعتبر جرائم الشكوى من أهم الجرائم التي أسند فيها المشرع الجنائي المغربي تحريك الدعوى العمومية إلى نيابة عامة أخرى⁽¹¹³⁹⁾ وهو المجنى عليه. فمن هو هذا الشخص ؟ وهل يمكن أن يجرح قضاة النيابة العامة في حالة ممارسة حقه في هذا الإجراء ؟

¹¹³⁹ وهذا تعبير أطلقه ميرل وفيتي على المجنى عليه. م. س، ص. 314.

الفقرة الأولى: المدلول القانوني للشخص الإجرائي المختص

بتحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى

من أجل معرفة الشخص الإجرائي المختص بتحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى، لابد من تحديد مفهوم هذه الشكوى من جهة، وأساسها القانوني من جهة أخرى.

أولاً: تحديد مفهوم الشكوى

لقد اختلف الفقه في تحديد مفهوم الشكوى، وذلك بسبب غياب هذا التحديد في النص القانوني الذي ينظم أحكام هذا الإجراء في القوانين الموضوعية، وهذا ما جعل أن يقع فيه خلط بينه وبين الشكاية العادية من جهة، والشكاية المباشرة أو الادعاء المباشر من جهة. فالشكوى حسب بعض الفقه المغربي "هي وسيلة المتضرر يرفعها إلى الجهة المختصة بتلقي الشكاية يضمنها وقائع الفعل الإجرامي الذي تعرض له، ويعبر عن إدانته في معاقبة الجاني"⁽¹¹⁴⁰⁾ أو "هي تبليغ كتابي يخبر فيه المجنى عليه النيابة العامة عن الجريمة، ويلتمس منها متابعة الجاني أمام القضاء"⁽¹¹⁴¹⁾.

¹¹⁴⁰ أحمد اجوييد: شرح قانون المسطرة الجنائية. طبعة 1998، ص. 89.
¹¹⁴¹ عمر أبو الطيب: الدعوى العمومية. مطبعة بابل، 1995، م. س، ص. 219.

ويفهم من هذين التعريفين، بأن تحديد مفهوم الشكوى لازال حسب الفقه المذكور، ينظر إليها من منظور القانون الشكلي، لا من منظور القانون الموضوعي، ولذلك فهو يعتبرها مجرد وسيلة إخبار أو تبليغ عن الجرائم التي يتوقف مصير تحريك الدعوى العمومية فيها على إرادة النيابة العامة، لا على إرادة المجنى عليه كما تقضي بذلك قواعد الموضوع في المجموعة الجنائية⁽¹¹⁴²⁾. ومن ثم، فإن هذا الاتجاه الفقهي ظل يخلط بين الشكاية العادية أو البسيطة⁽¹¹⁴³⁾ التي بمقتضاها يتقدم بها المجنى عليه إلى السلطة المختصة بتلقيها من أجل الإبلاغ عن الجريمة التي وقعت عليه، وبين الشكوى التي يمنع القانون بمقتضاها تحريك الدعوى العمومية من النيابة العامة إلا بإرادة المجنى عليه في بعض الجرائم، التي جاء تحديدها في القانون الموضوعي على سبيل الحصر.

كما يفهم من دلالة المفهومين المذكورين، بأن الفقه المغربي خلط فيهما بين الشكوى كإجراء شكلي لتحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه، وبين الشكاية المباشرة التي يرفع بها المضرور من الجريمة حسب المادة 93 من قانون المسطرة الجنائية إلى قضاء التحقيق أو قضاء الحكم للحصول على التعويضات المدنية التي كانت هذه الجريمة هي السبب فيها كما سنوضح ذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

¹¹⁴² أنظر مثلا الفصول 281 و491 و535 من هذه المجموعة.

¹¹⁴³ عرف بعض الفقه المغربي الشكاية البسيطة بأنها هي: "تصريح يعبر عنه شخص أمام ممثل النيابة العامة أو قاضي التحقيق يبين بمقتضاه أنه تعرض لضرر أصابه بمناسبة ارتكاب جريمة".

محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 216.

وأمام هذا الخلط، فإن بعض الفقه المقارن، حاول أن يعرف الشكوى كشكل إجرائي من إجراءات تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه، دون خلطها بالشكاية البسيطة أو بالشكاية المباشرة، وذلك لأهميتها في هذا التحريك من جهة، أو لأهميتها في مرحلة ممارسة هذه الدعوى إلى حين صدور حكم نهائي بشأنها من جهة أخرى (1144) ومن قبيل هذا التعريف هو أن "الشكوى إجراء يباشره المجنى عليه في جرائم محددة يعبر فيها عن إرادته في تحريك ورفع الدعوى الجنائية لإثبات المسؤولية الجنائية، وتوقيع العقوبة القلونية بالنسبة للمشكو في حقه" (1145) أو هي "تصرف قانوني يصدر عن المجنى عليه بإرادته المنفردة يعبر من خلاله عن رغبته في اتخاذ النيابة العامة إجراءاتها المعتادة قبل الجاني في الجريمة" (1146).

ونستطيع أن نستخلص من هذين المفهومين، أن تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكوى من المجنى عليه يمنع بصفة مطلقة على النيابة العامة، أن تتصرف في هذه الشكوى بحفظ الأوراق أو بطريق الصلح كما تقضي به قواعد العدالة أو القانون (1147) الذي يمنح لهذه

1144 عصام أحمد محمد: حق المجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية الناشئة عن الجرائم الماسة بسلامة جسده. أنظر المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 12-14 مارس 1989، دار النهضة العربية، 1980، ص. 165.

1145 محمد مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه. القاهرة، 1980، ص. 64.

1146 عصام أحمد محمد: حق المجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية...، م. س، ص. 166.

1147 توفيق الشاوي: فقه الإجراءات الجنائية. الجزء الأول، مطبع دار الكتاب العربي، مصر، 1954، ص. 230.

الهيئة القضائية، وفق سلطاتها التقديرية، القيام بهذا الإجراء القانوني، وفق ما هو منصوص عليه في المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية. وهذا يعني أن المشرع الجنائي المغربي، عندما منع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى، فإنه لم يمنعها على سبيل الاستثناء في هذه الجرائم، وإنما أراد أن يوضح من هذا المنع بأن اقتضاء حق الدولة في العقاب "بناء على شكوى" يدخل في نطاق تقدير المجنى عليه، لا في نطاق تقديرها باعتباره أجدر منها على تقييم الزجر في هذه الجرائم، وذلك لاعتبارات اجتماعية أو لاعتبارات تتعلق بتجنب تضخم المادة الجنائية أمام القضاء الجنائي⁽¹¹⁴⁸⁾، الأمر الذي جعل من بعض الفقه الفرنسي أن يعتبر بأن هذا النوع من الجرائم ليس هناك من يمنع القياس عليها⁽¹¹⁴⁹⁾ إذا ما توفرت الشروط الموضوعية التي تجعل من المجنى عليه في هذا التقدير، أن يؤسس تحريك الدعوى العمومية على رضائه الذي تعلق فيه المصلحة الخاصة على المصلحة العامة بالشكل الذي ينص عليه القانون.

1148 محمد التغدويني: تحريك الدعوى العمومية. م. س، ص. 405.

1149 Jean LARGUIER : Droit pénal et procédure pénale, 1976, p. 142.

ثانياً: أساس تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه في جرائم

الشكوى

تضاربت آراء الفقه حول الأساس القانوني لتحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى، حيث ربطه البعض بنظرية مبدأ ملاءمة المتابعة، وربطه البعض الآخر بعلو المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في حين ربطه فريق ثالث برضاء المجنى عليه.

فالفريق الذي ربط أساس تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه بمبدأ ملائمة المتابعة، فيرى بأن التشريعات الحديثة عندما قدرت الإعفاء من العقاب في بعض الجرائم، فإنها قد أخذت بعين الاعتبار بأن هذا الإعفاء يخضع إلى تقدير قاضي الحكم في الجرائم التي تختص فيها النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية (1150). أما في جرائم الشكوى، فإنه يخضع إلى تقدير المجنى عليه (1151) الذي يستطيع من خلاله إدراك ما إذا كانت الجريمة التي تم ارتكابها قد أضرت بالمصلحة العامة، أم لم تضر بها، بحيث إنه إذا وجه إرادته إلى متابعة من ارتكبها فتكون هذه الجريمة عندئذ، قد أحدثت اضطراباً اجتماعياً. أما إذا أهمل

¹¹⁵⁰ G. Stéfani et G. Levasseur : Procédure pénale, 9^{ème} éd, 1994, p. 316.

أنظر أيضاً: مشيل لور رساط: م. س، ص. 233.

¹¹⁵¹ مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه. م. س، ص. 87.

هذه المتابعة، فإن المجتمع يفترض فيها دائماً أنها لم تضر به (1152) لرضائه بارتكابها (1153).

وفي إطار هذا الصدد، اعتبر بعض الفقه بأن أسلوب تقدير ملائمة المتابعة في تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه يفوق في هدفه الاجتماعي ما يمكن أن يحققه العقوبة في حالة لو تم ترك تقدير هذه المتابعة في يد النيابة العامة، على اعتبار أن تبادل الثقة بين الجاني والمجنى عليه عند تفاهمهما، قد تزيد من تقوية الروابط الاجتماعية التي تسعى إليها الدولة من خلال تقدير نظامها القانوني (1154).

أما الفريق الفقهي الذي يربط تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه في جرائم الشكوى بعلو المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، فيرى بأن المضمون الحقيقي للشكوى يكمن في كون المشرع عند تقديره للجرائم قد يقرر بأن مصلحة المجنى عليه في هذه الجرائم، هو اتخاذ قراره بتحريك الدعوى العمومية، ومباشرة الادعاء الجنائي أولى بالرعاية من مصلحة المجتمع في تعقب المجرم لإرساء قواعد الأمن والنظام فيه (1155).

أما السبب في هذا التفضيل، فيظهر بوضوح بوضع حد لغريزة الانتقام لدى من وقعت عليه الجريمة، وذلك عن طريق سعي الجاني إلى

1152 محمود نجيب حسني: م. س، ص. 479.

1153 عبد الوهاب بدره: دعوى الحق الشخصي أمام القضاء الجزائي. ص. 69.

1154 صبري محمد علي الحشكي: م. س، ص. 132.

1155 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 351.

التخلص منها باكتساب عواطف المجنى عليه، إما بحكم الروابط العائلية أو الاجتماعية أو بطريق التصالح أو التعويض⁽¹¹⁵⁶⁾.

وبعلل أنصار هذا الاتجاه الفقهي رأيهم، بكون أن حقوق الأفراد إذا كانت مستقلة، فإن مصالحهم في جرائم الشكوى متكاملة. ومن ثم، فإنه لا يصح من هؤلاء أن يصبحوا خصوما في هذه المصالح، وذلك لما قد يساعد على المس بإهدار حق يعد أسمى من القانون نفسه⁽¹¹⁵⁷⁾، لأن في نظر هؤلاء، إذا كان أساس القانون هو تنظيم العلاقات الاجتماعية فإن انهيار هذه العلاقات، ستؤدي لا محالة إلى انعدام القانون، وهذا ما تجنبه التشريعات الوطنية في جرائم الشكوى التي هي بمثابة قوة تحمي بها هذا القانون⁽¹¹⁵⁸⁾.

وأخيرا، فإن الفريق الفقهي الذي يربط تحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى، من المجنى عليه، برضاء هذا الأخير فيرى بأن المشرع عند وضعه للقواعد القانونية التي تنظم أحكام هذه الجرائم كان يفترض فيها دائما قيام تسامح المجنى عليه مع الجاني⁽¹¹⁵⁹⁾، انطلاقا من فكرة الرضا⁽¹¹⁶⁰⁾ التي تتنافى مع طرح موضوعها أمام القضاء

1156 رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال. ط 6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص. 422.

1157 ستيفاني ولوفاسور: م. س، ص. 318.

1158 جورج فيدال: دروس في القانون الجنائي والمسطرة الجنائية. باريس، 1949، ص. 916.

1159 محمد التغويني: م. س، ص. 460.

1160 عبد الوهاب بدره: م. س، ص. 80.

(1161). ولهذا السبب، فإن أثر هذا الرضا يجب أن يقتصر فقط على الأضرار الناتجة عن المس بالحقوق القابلة للتنازل قانوناً فقط. أما الأضرار التي لا يمكن القبول فيها بهذا التنازل، فلا يمكن اعتبارها من قبيل جرائم الشكوى، وذلك لمساسها بالمصلحة العامة دون المصلحة الخاصة للمجني عليه.

وبناء على هذا المعنى، فإن الرضا الذي يتأسس عليه تبرير فكرة الشكوى، لا يخص المجنى عليه وحده، وإنما يخص الدولة أيضاً، وذلك انطلاقاً من كون المشرع هو بدوره رضي بارتكاب الجرائم التي لا يمكن تحريك الدعوى العمومية فيها، إلا بطريق هذه الشكوى، كما هو الأمر مثلاً في حالة الدفاع الشرعي، أو في الجرائم التي أحاطها بسياج الأعذار المعفية من العقاب (1162)، على اعتبار أن الظروف التي يتم فيها ارتكاب هذه الجرائم لا تكشف عن أي نزعة إجرامية حقيقية لدى الجناة ضد المجتمع (1163).

ولكن في اعتقادنا أنه بالرغم من القيمة العلمية التي لا تنكر لهذه الآراء الفقهية التي وجدت تأييداً كبيراً، لدى الكثير من الباحثين، فإنه أمام الانتقادات الموجهة إلى هذه الآراء (1164)، يجب أن نأخذ بفكرة

1161 حسن صادق المرصفاوي: جرائم الأموال. مطبعة النهضة، مصر، 1986، ص. 65.

1162 مأمون محمد سلامة: م. س، ص. 461.

1163 P. DE CANT : La procédure « Transactionnelle » en Droit pénal Belge, R.I.D.P, 1962, p. 429.

1164 أنظر هذه الانتقادات لدى محمد التغويني: تحريك الدعوى العمومية. م. س، ص. 454. - 458.

تأسيس تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه في جرائم الشكوى على القانون لا على غيره من الأسس التي سبق بيانها، وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

1- إن السياسة الجنائية تقتضي من المشرع أنه عند التنصيص على جرائم الشكوى، يقدر فيها بأنه لا يمكن سلب تحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم من المجنى عليه، وتركها في يد النيابة العامة، وذلك لسبب بسيط وهو انعدام مصلحته في العقاب عليها، وذلك انطلاقاً لما تحققه من السلام الاجتماعي بين المجنى عليه والمتهم.

2- إن العدالة الجنائية تقتضي بأنه لا ينبغي تحريك الدعوى العمومية من النيابة العامة في هذه الجرائم، وذلك نظراً لكون المجنى عليه في هذا الوضع القانوني قد يفوق ألمه من هذا التحريك على الألم الذي يمكن أن يلحق بالجاني. ولذلك، فإنه من أجل تخفيف هذا الألم، على الطرفين منع هذه الهيئة القضائية من القيام بأي متابعة في الجرائم التي نحن بصدددها، إلا بتقديم شكوى من المجنى عليه الذي يجب أن يعبر فيها عن هذه المتابعة لاقتضاء حق الدولة في العقاب (1165).

1165 يمكن تبرير هذا الأساس من خلال اعتبار المشرع بأن الجاني في جرائم الشكوى فضل أن يسند عقابه فيها إلى المجنى عليه، وليس إلى المجتمع أو الدولة، وذلك لبعض الاعتبارات التي تقتضيها السياسة الجنائية، والتي ينحصر أغلبها في الاعتبارات التي تقتضيها هذه السياسة، والتي ينحصر أغلبها في الاعتبارات الاجتماعية أو الأمنية أو السياسية أو الاقتصادية التي تستهدف الاستقرار القانوني من غير تحريك الدعوى العمومية من النيابة العامة.

ويتضح من كل ما سبق، سواء تعلق الأمر بتحديد مفهوم الشكوى، أو تعلق الأمر بأساس تحريك الدعوى العمومية فيها بأن المقصود بالشخص الإجرائي الذي يختص بهذا التحريك في جرائم الشكوى هو المجنى عليه وليس المضرور من ارتكاب الجريمة⁽¹¹⁶⁶⁾ أو الهيئات العامة⁽¹¹⁶⁷⁾ التي تقع عليها هذه الجريمة، وذلك نظرا لكونه قد خصه المشرع الجنائي بصفات محددة⁽¹¹⁶⁸⁾، بحيث إذا انعدمت هذه الصفات، لا يمكن اعتباره ممن خصهم نفس المشرع بهذا التحريك كصفة الموظف في جرائم السب والقذف، وصفة الزوج في جرائم الخيانة الزوجية⁽¹¹⁶⁹⁾، وصفة القرابة في جرائم السرقة، وخيانة الأمانة⁽¹¹⁷⁰⁾، وصفة الإخلال بالالتزام العقدي في جرائم تموين القوات المسلحة⁽¹¹⁷¹⁾. وهذه الصفات كلها لها علاقة بالشخص الطبيعي، وليس بالشخص المعنوي، وهذا ما يفسر الفرق القائم بين الشكوى والطلب من

1166 لقد خص المشرع الجنائي المضرور بتحريك الدعوى العمومية بطريق الادعاء المباشر في جميع الجرائم دون تمييز ماعدا في جرائم الشكوى.

1167 لقد خص المشرع الهيئات العامة بتحريك الدعوى العمومية في جرائم الطلب.

1168 هذه الصفات هي التي تميزه عن المضرور الذي اشترط فيه المشرع عند تقييم شكايته إلى قضاء التحقيق أو الحكم أن يعبر فيها عن رغبته في التعويض عن الضرر الذي ألحقته به الجريمة، بينما المجنى عليه لا يشترط فيه نفس المشرع هذا الشرط مما يعني أنه عند تحريك الدعوى العمومية، لا يستهدف منها الحصول على التعويض فقط وإنما يستهدف منها اقتضاء حق الدولة في العقاب، شأنه في ذلك شأن تحريك الدعوى العمومية من النيابة العامة. هذا بالإضافة إلى كون المضرور يمكن أن يحرك الدعوى العمومية في جميع الجرائم دون تمييز أو تحديد. أنظر: محمد محمود سعيد: حق المجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية. م. س، ص. 390 ومبجدها.

1169 أنظر الفصل 491 من المجموعة الجنائية.

1170 أنظر الفصل 535 من نفس المجموعة.

1171 أنظر الفصل 281 من نفس المجموعة.

حيث طبيعة الشخص الإجرائي المختص بتحريك الدعوى العمومية فيهما، وهذا ما سنوضحه عند دراسة جرائم الطلب، والإذن، في المطلب اللاحق من هذا المبحث.

والمجنى عليه بهذا المعنى، هو كل شخص طبيعي لا يلزم بالضرورة أن يكون هو المضرور من الجريمة المرتكبة، أو الأشد إصابة بالضرر منها، بل إنه قد لا يصيبه أي ضرر من هذه الجريمة على الإطلاق⁽¹¹⁷²⁾. وهذا ما يفسر بأن هذا الضرر لا يمكن اعتباره شرطاً لقيامه بتحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى حتى يمكن إضفاء هذه الصفة عليه.

الفقرة الثانية: مدى إمكانية تجريح النيابة العامة في جرائم

الشكوى

من أجل معرفة ما إذا كان من الممكن تجريح النيابة العامة في نطاق الجرائم التي نحن بصددّها، أم لا يمكن ذلك، لابد من التمييز بين إجراءين في هذه الجرائم. أحدهما يتعلق بممارسة الاتهام، والآخر يتعلق بممارسة الادعاء.

1172 محمد محمود سعيد: حق المجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية. م. س، ص. 391.

الإجراء الأول: ممارسة الاتهام

إذا سلمنا بأن الاتهام في جرائم الشكوى، ينفرد به المجنى عليه لا النيابة العامة، فإنه يبدو واضحاً، من هذا الإجراء، بأن هذه الهيئة القضائية لا يمكن تجريحها، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها.

1- إنها تبقى هيئة محايدة عن مباشرة تحريك الدعوى العمومية التي تبقى في يد المجنى عليه الذي يتحكم بإرادته فيها بالشكل الذي يريد، بحيث إنه إذا أراد أن يحركها، فله ذلك، وإذا لم يرد، فيبقى الفعل المرتكب في حكم الفعل المباح⁽¹¹⁷³⁾ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹¹⁷⁴⁾. وهذا يقتضي القول بأن هذا الحياد يبقى قائماً، حتى ولو تنازل لها المجنى عليه بالتصرف في هذا التحريك، سواء كان هذا التنازل صدر منه بشكل صريح في الشكوى المرفوعة منه إليها، أو كان ذلك بشكل ضمني⁽¹¹⁷⁵⁾، على اعتبار أن القضاء في هذه الحالة لا تكون له ولاية الفصل في الدعوى المرفوعة إليه بهذا الطريق من النيابة العامة⁽¹¹⁷⁶⁾.

1173 فخري عبد الرزاق الحديثي: نطاق التجريم لحماية النشاط الاقتصادي في مرحلة التنمية. سلسلة الدفاع الاجتماعي، العدد الخامس، 1982، ص. 69 ومابعدها.

1174 أنظر الفقرة الأخيرة من الفصل 491 من المجموعة الجنائية، ومن هذا المقضى القانوني نستطيع أن نؤكد بأن جرائم الشكوى لا يمكن اعتبارها بأنها قيد على النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، وإنما هي تشكل قواعد أصلية بخصوص انفراد المجنى عليه في هذا التحريك الذي لا يمكن أن تقوم به هذه الهيئة القضائية إلا على وجه الاستثناء ولضرورة حددها القانون.

1175 التنازل الضمني يقتضي قيام النيابة العامة بالبحث التمهيدي، ثم يقر لها من له الحق في تحريك الدعوى العمومية بالشكوى بما قامت به هذه الهيئة.

1176 أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م. س، ص. 43.

وتأسيسا على هذا المعنى، فقد أكد بعض الفقه بأن حياد النيابة العامة في جرائم الشكوى يدخل في الاختصاص النوعي لها. ومن ثم، فإنه لا يمكن أن تتطاول عن اختصاص غيرها في الجرائم التي منعها المشرع الجنائي من تحريك الدعوى العمومية فيها⁽¹¹⁷⁷⁾، وذلك انطلاقا من كون هذا الاختصاص هو من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته، حتى ولو تعلق الأمر بهيئة قضائية تؤسس عملها على تحقيق المصلحة العامة التي هي لفتضاء حق الدولة في العقاب⁽¹¹⁷⁸⁾.

أما السبب في هذا الحياد، فيبدو واضحا، في اعتقادنا، بأنه يكمن في كون النيابة العامة عند تحريك الدعوى العمومية، لا تنقيد بمطالبها كما هو منصوص على ذلك في المادة 36 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة للمجنى عليه الذي هو ملزم بالنقيد بمطالبه تحت طائلة مسؤوليته الجنائية أو المدنية، ما لم يكن الأمر يتعلق بإنهاء الدعوى العمومية بإحدى أسباب هذا الإنهاء.

2- إن النيابة العامة عندما يرفع إليها المجنى عليه الشكوى من أجل متابعة من ارتكب الجريمة، فإنها أثناء ممارستها لإجراءات هذه المتابعة، فهي ملزمة بالنقيد بما جاء في هذه الشكوى، سواء من حيث تكييف الفعل المرتكب، أو من حيث المطالب أو الإجراءات الواجب اتباعها. أما السبب في هذا التقيد، فيرجع إلى أمرين:

1177 ميشيل لور رساط: م. س، ص. 203.

1178 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 95.

الأول: إن شكوى المجنى عليه اعتبرها المشرع المغربي بمثابة وثيقة اتهام، وذلك بسبب ما يعلنه فيها من إرادة باتة يتجه بها نحو تحقيق غاية معينة، وهي تحريك الدعوى العمومية لاقتضاء حق الدولة في العقاب، وهذا ما يجعل من النيابة العامة أن تبقى في منأى عن تكييف موضوع هذه الشكوى أو تقدير ملائمة المتابعة في الجريمة المرتكبة، أو تقييم الزجر فيها على اعتبار أن هذا التقدير بالنسبة إليها قد يجعل منها أن تتصرف في إرادة المجنى عليه بطريق حفظ الأوراق، وهذا ما يتنافى مع إرادة هذا الأخير الذي خصه المشرع الجنائي وحده دون غيره من الأشخاص الإجرائيين بهذا التقدير.

الثاني: إن المنطق القانوني يقتضي بأنه لا يصح من المشرع الجنائي، أن يقرر تحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى من شخصين إجرائيين في نفس الوقت، وهما المجنى عليه، والنيابة العامة. ولذلك، فإنه منح للمجنى عليه حق هذا التحريك عن طريق تقديمه لشكواه إلى هذه الهيئة دون اشتراكهما فيه، ثم أعطى لهذه الأخيرة حق مباشرة الإجراءات المسطرية التي يقتضيها التحريك المذكور، وذلك من أجل رفع الدعوى العمومية إلى القضاء بالشكل الذي تختص به قانونا في هذا المجال⁽¹¹⁷⁹⁾، ولكن بشرط أن لا تلجأ إلى تلك الإجراءات التي تحول دون تحقيق إرادة المجنى عليه في اقتضاء حق الدولة في العقاب

1179 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 120.

(1180) أو تعمل على المساس بحرية المتهم، إذا كانت هذه الإرادة لا تقضي بذلك (1181).

الإجراء الثاني: ممارسة الادعاء

إن معنى ممارسة الادعاء (1182) من النيابة العامة في جرائم الشكوى أنها ملزمة بالقيام بجميع اختصاصاتها الإجرائية التي تستمد أساسها من المادة 36 من ق.م.ج. مادام أن المجنى عليه غير مخول له قانونا القيام بهذه الإجراءات أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية منه بطريق شكواه المرفوعة إلى هذه الهيئة القضائية، أو عند ممارسة هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي (1183)، إذا ما ظهر لها بأن المصلحة العامة تقتضي هذه الممارسة إلى جانب المجنى عليه (1184). ولهذا السبب، فإنه من أجل معرفة ما إذا كان من الممكن أن تكون موضوع التجريح أم لا، لابد من إبداء الملاحظتين الآتيتين:

1180 وهذا ما يترأى في حفظ الأوراق.

1181 وهذا ما يميز المجنى عليه عن المضرور من الجريمة المرتكبة، ذلك لأن الأول دائماً يمارس

1182 والتهام من غير الادعاء الذي تختص به النيابة العامة وحدها، في حين أن الثاني يمارس الادعاء دون الاتهام الذي تمارسه النيابة العامة بعد إحالة الشكائية المباشرة عليها من طرف قضاء التحقيق أو الحكم المرفوعة إليها هذه الشكائية.

1183 إن النيابة العامة في جرائم الشكوى ليس لها أي دور أمام القضاء الجنائي، سواء فيما يتعلق بوسائل الإثبات أو الطعن في الأحكام القضائية، لأن ذلك كله من اختصاص المجنى عليه. أنظر:

عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 152.

1184 عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 154.

الملاحظة الأولى: قيام النيابة العامة بإجراءات مخالفة لما هو

موثق في الشكوى المرفوعة إليها من المجنى عليه

لقد سبق القول في النقطة السابقة، بأن شكوى المجنى عليه هي بمثابة وثيقة الاتهام التي يعلن فيها هذا الأخير إرادته بمتابعة من ارتكب الجريمة ضده. ولهذا السبب، فإن النيابة العامة التي تفقد بمقتضى هذه الوثيقة سلطة الاتهام المخولة لها قانوناً لا يبقى في يدها، إلا سلطة الادعاء التي تخول لها ممارسة الإجراءات الموجبة لرفع الدعوى العمومية إلى القضاء الجنائي المختص⁽¹¹⁸⁵⁾. وعلى هذا الأساس، فإنه أمام منعها من المشرع في استرجاع حريتها في متابعة من ارتكب الجريمة بالشكل الذي تذهب إليه بعض التشريعات⁽¹¹⁸⁶⁾، فإنها تصبح مقيدة بمضمون الشكوى المرفوعة من المجنى عليه، بحيث إنها لا تستطيع القيام بوضع المتهم تحت الحراسة النظرية أو إيداعه في السجن إذا لم يطلب ذلك المجنى عليه في شكواه، والعكس صحيح، إذا كان هذا الأخير قد طلب في هذه الشكوى القيام بأحد هذين الإجراءين الأخيرين ولم تقم بهما، تأسيساً على قيام أسباب التجريح التي تجعل منها هيئة منحازة إلى المتهم، فإنه من حق المجنى عليه أن يجرحها قبل أن ترفع الدعوى إلى المحكمة التي هي بدورها ملزمة بالحكم ببطلان ما قامت به

1185 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 240.
1186 أنظر المادة الثالثة من قانون الإجراءات المصري.

إذا ما رفعت إليها هذه الدعوى، وذلك لتعلق الإجراءين المذكورين بالنظام العام (1187).

ويسري نفس الحكم بالنسبة للمتهم، إذا قامت النيابة العامة بجمع الأدلة في مرحلة البحث التمهيدي، بمقتضى شكاية عادية ضد مجهول ثم تبين لها، بعد هذا البحث، بأن من ارتكب الجريمة هو من الجناة الذين يدخلون في نطاق جرائم الشكوى، ولم تتوقف عن مباشرة هذه الإجراءات التي أصبحت خارجة عن نطاق اختصاصها (1188) بالشكل المنصوص عليه في القانونين الإجرائي والموضوعي.

والسبب في وجوب قبول هذا التجريح، لأن النيابة العامة تسعى إلى خلاف ما يسعى إليه المجنى عليه أو المتهم (1189)، وذلك بلجوئها إلى وسائل قد تمنع هذين الشخصين من مباشرة إجراءات تحريك الدعوى التي يمنعها القانون عليهما، في جرائم الشكوى لعدم اختصاصهما بهذه المباشرة، إلا بعد رفع هذه الدعوى إلى القضاء.

ومن جهة أخرى، إن النيابة العامة إذا ما أحالت دون مباشرة هذه الإجراءات، فإن المجنى عليه لا يستطيع أن يلجأ إلى الشكاية المباشرة في الجرائم التي نحن بصددھا، على اعتبار أنه ليس طرفاً مدنياً في هذه الجرائم التي لها طبيعة خاصة والتي تختلف عن مختلف الجرائم التي تحرك فيها النيابة العامة الدعوى العمومية. ومن ثم، هو

1187 العلمي عبد الواحد: م. س، ص. 78.

1188 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 278.

1189 وبهذا السعي تكون النيابة العامة غير محايدة.

ملزم بهذا التحريك عن طريق شكواه⁽¹¹⁹⁰⁾، وليس عن طريق الادعاء المباشر⁽¹¹⁹¹⁾ وإلا، كان غير محق في دعواه لعدم التزامه بالنصوص القانونية التي تنظم تحريك هذه الدعوى في هذه الجرائم.

الملاحظة الثانية: قيام النيابة العامة بحفظ أوراق شكوى المجنى عليه

إذا سلمنا بأن شكوى المجنى عليه تضع حدا لمبدأ ملاءمة النيابة العامة في ممارسة سلطتها التقديرية، لانعدام حقها في هذا التقدير⁽¹¹⁹²⁾ في جرائم الشكوى⁽¹¹⁹³⁾، فإنه لا يحق لهذه الهيئة أن تقوم بحفظ أوراق هذه الشكوى⁽¹¹⁹⁴⁾، وذلك لاعتبارين اثنين. يتعلق أحدهما، بكون الحفظ في هذه الحالة، يدل من الناحية القانونية على إنهاء الدعوى العمومية بسحب شكوى المجنى عليه، وهذا ما يتنافى مع إرادة هذا الأخير الذي ينفرد وحده بهذا القرار دون النيابة العامة التي منع عليها المشرع أن

1190 لأنه حسب بعض الفقه يعتبر بمثابة "نيابة عامة أخرى". ميرل وفيتي: م. س، ص. 314.

1191 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 207.

1192 وهذا ما يبرره بعض الفقه من خلال ما يلي:

أ- إن النيابة العامة لا تكتسب حق ممارسة الدعوى العمومية بعد رفعها من المجنى عليه إلا بطريق التدخل.

ب- إن الدعوى العمومية ليست هي سلطة للدولة، وإنما هي حق يجب استعماله عند حدوده.

ج- إن النيابة العامة لا يمكن اعتبارها طرفاً حقيقياً في الدعوى، وإنما هي طرف شكلي فقط. أنظر:

Christos CONSTANTARAS : Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal, R.I.D.P, 1964, p. 170.

1193 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 88.

1194 وعلى عكس هذا القرار فإنه يمكن للنيابة العامة أن تحفظ أوراق الدعوى إذا ثبت لديها بأنها من جرائم الشكوى التي لا يمكن تحريك الدعوى العمومية فيها. عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 87.

تحل محله في تقدير ملائمة المتابعة، سيما وأن هذا القرار يكون عند اتخاذه مستقلا عن الشكوى التي يحرك بها الدعوى العمومية.

أما الاعتبار الثاني، فيكمن في كون المجنى عليه لا يستطيع أن يحرك الدعوى العمومية مرة أخرى بعد حفظ الأوراق فيها عن طريق الشكاية المباشرة في جرائم الشكوى، لأن مثل هذه الشكاية تعتبر بمثابة طعن في عمل النيابة العامة، وهذا ما لا يمكن القبول به من جهتين:

من جهة أولى: إن حفظ الأوراق لا يكون مجالا للطعن في الأحوال العادية التي تكون فيها الجرائم خارجة عن نطاق جرائم الشكوى، بل وأن المشرع أعطى للنسبة العامة إمكانية إخراجها للدعوى العمومية، من هذا الحفظ فقط، متى توفرت أدلة جديدة دون الطعن في عملها.

ومن جهة ثانية: إن الطعن في حفظ الأوراق الذي تقوم به النيابة العامة في جرائم الشكوى، لا يصح القبول به على الإطلاق، لأنه لا يمكن للمجنى عليه، في هذا الوضع القانوني أن يطعن ضد ما اتجهت إليه إرادته، وهو لازل في مرحلة مباشرة الدعوى العمومية.

وتأسيسا على هذا المبدأ، فإن النيابة العامة إذا ما قامت بمثل هذا الإجراء الذي سبق بيانه، وهو حفظ الأوراق أو أنها قامت بإجراءات البحث التمهيدي⁽¹¹⁹⁵⁾ دون إرادة المجنى عليه أو قبل تقديم هذا الأخير

1195 إن الفقه يرى في هذا الصدد، بأن النيابة العامة بمنع عليها المشرع الجنائي القيام بإجراءات البحث التمهيدي، قبل تقديم المجنى عليه لشكواه في جرائم الشكوى، وذلك بسبب ما يفترضه

لشكايته من أجل إعلان رغبته عنه متابعة من ارتكب الجريمة، تكون قد خرقت إجراء جوهرياً، يعرض قرارها إلى البطلان من جهة، وأن من حق المجنى عليه أن يجرحها، إذا ما تبين له بأن هناك أسباب التجريح قائمة بينها وبينه، أو بينها وبين المتهم لانعدام حيادها من جهة أخرى. وهذا ما جعل من بعض الفقه أن يؤكد بأن هذه الهيئة القضائية لا شأن لها في مصير الدعوى العمومية بعد رفعها إلى القضاء، سواء تعلق الأمر بإدانة المتهم أو الحكم ببراءته، على اعتبار أنه لا صفة لها في ممارسة حق الطعن، وذلك بالشكل الذي لا يمكن لها مباشرة إجراءات البحث التمهيدي في مرحلة سابقة عن شكوى المجنى عليه⁽¹¹⁹⁶⁾.

المطلب الثاني: تجريح النيابة العامة في جرائم الإذن والطلب

يمتاز الطلب بأنه لا يختلف عن الشكوى من حيث مباشرة تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه⁽¹¹⁹⁷⁾، أو الآثار المترتبة عن السحب أو التصالح فيهما بخصوص سقوط هذه الدعوى في جميع مراحلها المختلفة، أو بطلان الإجراءات السابقة عن هذا التحريك، إذا ما

هذا المشرع من عدم متابعة من ارتكب الفعل غير المشروع في هذه الجرائم، على اعتبار أنه فعل يجب أن يبقى مباحاً إلى حين زوال هذا الافتراض.

عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 115.

عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 94.

المجنى عليه في الشكوى هو شخص طبيعي حدد له المشرع مجموعة من الصفات لإمكانية تمييزه عن غيره من المجنى عليهم في غير جرائم الشكوى، بينما المجنى عليه في جرائم الطلب هو الدولة التي يتم المساس بحقوق بعض مصالحها الإدارية.

1196

1197

قامت بها النيابة العامة قبل إعلان هذا المجنى عليه عن إرادته في القيلم بهذه الإجراءات.

أما بالنسبة للإذن، فالأمر يختلف على اعتبار أن المشرع قد قرره لحماية المتهم لا لحماية المجنى عليه⁽¹¹⁹⁸⁾، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لجرائم الحصانة القضائية والبرلمانية⁽¹¹⁹⁹⁾ والإدارية⁽¹²⁰⁰⁾ دون الحصانة السياسية⁽¹²⁰¹⁾ التي منع فيها بصفة مطلقة متابعة من ارتكب الجريمة، بأي طريق من طرق المتابعة سواء بالشكوى أو الطلب أو الإذن⁽¹²⁰²⁾. ولهذا السبب، فإنه يحق للنسبة العامة القيام بإجراءات البحث التمهيدي المرتبط بالجانب المتعلق بالفعل المرتكب⁽¹²⁰³⁾ وليس بالمتهم، وبصفة خاصة تلك الإجراءات التي تمس بحريته الشخصية أو بحرمة مسكنه⁽¹²⁰⁴⁾.

ومن منطلق هذا التمييز، يجب دراسة كل من الطلب والإذن على حدة، وذلك حتى نستطيع أن نعرف ما إذا كان من الممكن فعلاً

1198 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 175.

1199 إن الدستور الحالي منع متابعة أعضاء البرلمان بصفة مطلقة بمناسبة إيداع آرائهم المتعلقة بمهامهم التشريعية ماعدا الاستثناء الوارد في الفصل 64 منه، مما يعني إمكانية متابعتهم عن أي جريمة يتم ارتكابها منهم خارج نطاق هذه المهام.

1200 إن نفي ما أورده في الهامش السابق يمكن أن نستخلصه من الفصل 94 من الدستور.

1201 وهذه الحصانة يتمتع بها رؤساء الدول والبعثات الدبلوماسية بمختلف أشكالها.

1202 عبد القناح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 230.

محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 175.

1203 وهذه الإجراءات تتعلق بجمع الأدلة والخبرة، والاستماع إلى الشهود.

مصطفى الصيفي: م. س، ص. 272.

1204 عبد القناح مصطفى الصيفي: نفس المرجع السابق.

تجريح النيابة العامة في الجرائم التي تخضع فيها المتابعة الجنائية إلى هذين الإجراءين، أم لا يصح هذا التجريح.

الفقرة الأولى: تجريح النيابة العامة في جرائم الطلب

إذا كان الطلب يشبه في شكله الإجرائي، من حيث اعتباره وثيقة اتهام ترفع به إحدى الهيئات التابعة للدولة إلى النيابة العامة من أجل متابعة من ارتكب الجريمة في حق المصالح المنضوية تحت حماية هذه الهيئات، فإن هذا الإجراء القانوني يقتضي القول بأنه لا يمكن من خلاله تجريح قضاة النيابة العامة، وذلك لسببين:

الأول: إن المدعي في جرائم الطلب هو هيئة عامة، وليس شخصا طبيعيا يمكن أن تقوم بينه وبين النيابة العامة أسباب التجريح المنصوص عليها في المادة 273 من ق.م.ج. والتي تقتضي الطعن في عملها، وذلك بسبب انعدام ما يفيد تحقيق مصالح خاصة لدى هذه الهيئة إزاء انحيازها إلى المجنى عليه في هذا الوضع القانوني، كما أنه من جهة أخرى، إن المصلحة التي يتم المساس بها هي في طبيعتها مصلحة عامة، وليست مصلحة خاصة حتى يمكن الأخذ بهذا التجريح، وذلك لاستحالة هذه المصالح، وذلك بالرغم من قيام هذا الانحياز لمصلحة المتهم.

وعندما نقول، بأن المصلحة التي يمس بها الفعل المرتكب في جرائم الطلب، هي مصلحة عامة، لأن مثل هذه الجرائم تقع على الدولة

مباشرة (1205)، وذلك حتى ولو وقعت على بعض الأفراد كرؤساء الدول أو الممثلين الدبلوماسيين (1206). وهذا بخلاف الأمر في حالة الشكوى، فإن الجرائم المرتكبة ضد المجنى عليه، لا تمس إلا بالمصالح الخاصة وحدها دون المصالح العامة (1207).

يضاف إلى ما سبق، كون النيابة العامة لا يمكن تجريحها في جرائم الطلب، لأن تحريك الدعوى العمومية، يتم من طرف الشخص المكلف بتمثيل الهيئة الواقعة عليها هذه الجرائم (1208). ومن ثم، فإن هذه الهيئة القضائية تتبنى فقط مباشرة هذا التحريك، ورفع الدعوى العمومية إلى القضاء (1209) دون ممارسة حقها في سلطتها التقديرية في التكييف، أو حفظ الأوراق، أو إصدار الإذن بتفتيش منزل المتهم، أو إيداعه في السجن، أو إخضاعه إلى الحراسة النظرية من غير إذن الهيئة التي رفعت إليها بالطلب الموجب لتحريك الدعوى العمومية (1210).

وإذا خالفت النيابة العامة مقتضيات، ما جاء في الطلب المرفوع إليها فإنها عندئذ تكون قد تجاوزت حدود اختصاصاتها. ومن ثم، فإن

1205 عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 359.

1206 أنظر الفصل 71 من قانون الصحافة.

1207 قرار المجلس الأعلى عدد 7097 الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1989 ملف جنائي 87/19528. أنظر: مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية 1981-1995، م. س، ص. 337 - 338.

1208 قرار المجلس الأعلى عدد 20454 الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1994 ملف جنحي عدد 89/25817. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى. م. س، ص. 438.

1209 أنظر نفس المرجع السابق.

1210 قرار المجلس الأعلى عدد 3640 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1989 ملف جنحي عدد 86/15210. مجموعة قرارات المجلس الأعلى. م. س، ص. 315. قرار عدد 6835 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 1990 ملف جنحي 89/19737، نفس المرجع، ص. 374.

عملها يكون باطلا بقوة القانون لتعلقه بالنظام العام الذي لا يحتاج معه صاحب الطلب اللجوء إلى التجريح، مادام أن هذا العمل باطل بالأساس وبصفة خاصة في حالة استعمال حفظ الأوراق الذي لا يمكن اللجوء معه إلى تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكاية المباشرة.

الثاني: إن جرائم الطلب يشترط فيها المشرع أن يكون الفعل المرتكب قد تم في حالة التلبس، وهذه الحالة تحول دون انحياز النيابة العامة إلى المتهم أو ضده، على اعتبار أن الوقائع المشهود بها تعرض على هذه الهيئة الالتزام بالحياد بقوة القانون. وهذا بخلاف الأمر في غير هذه الحالة، فإن مباشرة الدعوى العمومية بناء على هذا الطلب لا يمكن أن يسمح لها بالحياد، وهذا ما جعل من القضاء المغربي أن لا يقبل الطلب من الهيئات المختصة بتقديمه في غير حالة التلبس⁽¹²¹¹⁾ من جهة، أو أن المتهم كان قاصرا، أو أن الفعل المرتكب مما لا يدخل في اختصاصها⁽¹²¹²⁾ من جهة أخرى.

¹²¹¹ قرار المجلس الأعلى عدد 9647 الصادر بتاريخ 26 دجنبر 1991. مجموعة قرارات المجلس الأعلى. م. س، ص. 317.

¹²¹² قرار المجلس الأعلى عدد 7588 الصادر بتاريخ 17 نونبر 1987، نفس المرجع السابق، ص. 236.

وفي هذا الصدد، أكد المجلس الأعلى بأن "مدونة الجمارك قد حددت البضائع غير الخاضعة للأنظمة الجمركية ومن ضمنها المخدرات التي من مشمولاتها مادة الشيرة بحكم أنها بضاعة محظورة بطبيعتها، ولا تقبل التبادل الدولي كسلعة تقبل الإيراد والتصدير، وأن المحكمة لما قبلت تدخل إدارة الجمارك القائم على بضاعة لا تطبق في شأنها الأنظمة الجمركية، تكون قد بنت قضاؤها على غير أساس، وما بني على باطل فهو باطل". نفس الصفحة السابقة.

ومع ذلك، فإنه إذا أخذنا بعين الاعتبار بأن النيابة العامة طرفاً منضمّاً إلى الدعوى العمومية التي تحركها الهيئة المختصة بتقديم الطلب إليها، فإنه وفق قواعد قانون المسطرة المدنية، أن هذه الهيئة القضائية عندما تكون بهذا الشكل، فإنه يمكن تجريحها، فهل يصح الأخذ بهذه القاعدة في قانون المسطرة الجنائية ؟

إن المشرع المغربي حسب هذا السؤال ظل يعتبر النيابة العامة في نطاق هذا القانون الأخير هي دائماً تكون طرفاً أصلياً، في حين أنها ليست كذلك، كما هو واضح من تحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى والطلب، وهذا ما جعل منه أن تبقى إرادته غير واضحة في هذه الجرائم، الأمر الذي يدفع بنا إلى القول بأنه يجب إعادة النظر في تحديد مركز هذه الهيئة القضائية، سواء في نطاق اختصاصها الإجرائي أو في نطاق اختصاص غيرها من الأشخاص الإجراءيين الآخرين، وذلك حتى نستطيع أن نعرف ما إذا كان من الممكن تجريحها قياساً على قواعد قانون المسطرة المدنية، أم لا يمكن ذلك، وإلا فإن التناقض سيبقى قائماً بخصوص اعتبارها طرفاً أصلياً من جهة، واعتبارها في نفس الوقت طرفاً منضمّاً في الجرائم التي لا يخرج فيها تحريك الدعوى العمومية عن نطاق اختصاصها في الجرائم التي نحن بصددّها، من جهة أخرى.

ولهذا السبب، فنحن نرى بأن النيابة العامة يمكن تجريحها في حالة ثبوت قيام أسباب التجريح بينها وبين المتهم، أو بينها وبين

الشخص الذي رفع إليها بالطلب، في الحالة التي يمثل فيها الهيئة المتضررة من الجريمة الماسة بمصالح الدولة التي هي تحت حمايتها. فإذا كانت أسباب التجريح بينها وبين المتهم، فإنها تستطيع عندئذ إعادة تكييف الفعل المرتكب، أن تخرجه عن نطاق الجريمة المرفوع بشأنها الطلب، وذلك بهدف حفظ الأوراق فيها أو بهدف إبعاد الشخص المختص برفع هذا الطلب من نطاق اختصاصه الإجرائي.

أما إذا كانت هذه الأسباب قائمة ضد المتهم، فإنها قد تستطيع أن تشدد العقاب عليه، وذلك لنفس الاعتبارات التي بينها عند دراسة نفس الأسباب القائمة بينها وبين نفس المتهم، وهذا ما يجعل منها أن تبقى شخصا إجرائيا أصليا، في جميع الحالات، سواء في نطاق اختصاصها الإجرائي أو في نطاق اختصاص غيرها من الأشخاص الإجرائيين، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق.

ووفقا لهذه الاعتبارات، فإن الطلب كالشكوى لا يسمح فيه المشرع للنيابة العامة في الجرائم التي بمقتضاه يحرك صاحب الحق فيه، الدعوى العمومية، أن تقوم بأي إجراء يتعلق بجمع الأدلة، أو استنطاق المشبوه فيه، أو وضعه تحت الحراسة النظرية، أو إيداعه في السجن أو إجراء التصالح معه قبل رفع هذا الطلب إليها، وإلا كان عملها باطلا. ومن ثم، فإنه لا يمكن أن يكون موضوع مناقشة أمام

القضاء لتعلق هذه الإجراءات بالنظام العلم حتى ولو كان ذلك برضاه (1213).

والسبب في ذلك، هو أن الفعل المرتكب في جرائم لطلب يكون فعلا متلبسا به في نطاق العمل الذي يقوم به الشخص الإجرائي المختص بتحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم. ولذلك، فإن هذا الشخص إذا لم يقم بهذا الإجراء القانوني، فليس للنيابة العامة أن تقوم به، وذلك لافتراض قيامه بالتصالح مع المتهم قبل رفعه بهذا الطلب إلى هذه الهيئة القضائية، إلا إذا تعلق الأمر بتعدد الجرائم التي تخضع إلى قاعدة الأخذ بأشد الأوصاف، فإنها عندئذ يجب القيام بجميع الإجراءات المذكورة متى كانت هذه القاعدة تنخل في نطاق اختصاصها الإجرائي، وليس من اختصاص غيرها (1214).

ولكن هل يمكن للمتهم أن يجرح الشخص الذي يمثل الهيئة المختصة بتحريك الدعوى العمومية من غير النيابة العامة ؟ إن المشرع المغربي لم يجب على هذا السؤال، كما أن الفقه والقضاء لم يحاولا بدورهما طرح مثل هذا السؤال، خصوصا وأنه لا أحد يستطيع القيام بهذا التحريك غير هذه الهيئة. وعلى هذا الأساس، فنحن نستطيع أن نؤكد في هذا المعنى، بأن المتهم لا يمكن أن يجرح من يمثل الشخص

1213 عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 315.

1214 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 268. وانظر أيضا:

Francesques GOYET : Le Ministère public en matières civiles et matières répressives et l'exercice de l'action public, 3^{ème} éd., 1953, p. 340.

الإجرائي المختص برفع الطلب إلى النيابة العامة في الجرائم التي يقتضيها هذا الطلب، وذلك لسببين.

يتعلق أحدهما بكون هذا الممثل، مهما كانت أسباب التجريح قائمة بينه وبين هذا المتهم، لا يمكن تجريحه، على اعتبار أن الفعل المرتكب في هذا الوضع القانوني تتم معانيته دائماً. ومن ثم، فإنه لا يستطيع تغيير الوقائع المشهود بها، وإلا كان في حالة تزوير وليس في حالة تجريح.

أما السبب الثاني، فيتعلق بكون هذا الممثل هو طرف يمثل هيئة إدارية معينة، وليس النيابة العامة، ولذلك فإنه في هذه الحالة، يجب الأخذ بقاعدة أنه لا يمكن للطرف أن يجرح خصمه كما هو معمول به في الفقه والقضاء.

الفقرة الثانية: تجريح النيابة العامة في جرائم الإذن

الإذن هو إجراء إداري يقتضي الموافقة على متابعة شخص تابع لهيئة إدارية أو تشريعية أو قضائية على الجرائم التي يرتكبها بمناسبة القيام بعمله أثناء ممارسة وظيفته دون التي يرتكبها خارج نطاق هذه الوظيفة.

ويفهم من هذا التعريف، أن الإذن⁽¹²¹⁵⁾ مقرر لمصلحة المتهم⁽¹²¹⁶⁾ الذي يتمتع بحصانة خاصة لدى هيئة عامة تتمتع باستقلالها وهيبتها وكرامتها تجاه المجتمع، وذلك حماية لنفس الهيئة التي ينتمي إليها هذا المتهم من أي شخص إجرائي مختص بتحريك الدعوى العمومية، في حالة ارتكاب الجرائم من طرف أي شخص يتمتع بهذه الحصانة داخلها⁽¹²¹⁷⁾.

كما يفهم من هذا التعريف، أن الإذن مرتبط بالجرائم التي يتم ارتكابها بمناسبة القيام بالوظيفة التي يمارسها المتهم. أما الجرائم التي يتم ارتكابها خارج نطاق هذه الوظيفة، فإن النيابة العامة لا تحتاج إلى هذا الإذن، وذلك لكونها جرائم عادية بالنسبة إليها، سواء تم ارتكابها في حالة التلبس، أو في غير هذه الحالة.

وبناء على هذا المعنى، فإن النيابة العامة في جرائم الإذن يحق لها القيام بجميع الإجراءات التي تقتضي البحث التمهيدي أو التحقيق الإعدادي، وذلك حفاظا على أدلة الجريمة، ماعدا تلك الإجراءات التي تمس بحرية المتهم أو بحرمة مسكنه⁽¹²¹⁸⁾، فإنه لا يحق لها أن تقوم بها لتعلقها بالنظام العام⁽¹²¹⁹⁾.

1215 يعرفه بعض الفقه بأنه "هو إجراء يصدر من جهة معينة تعبر به عن عدم اعتراضها بالسير في إجراءات الدعوى الجنائية ضد شخص معين ينتمي إليها بصدد جريمة معينة ارتكبت ضدها". عزت مصطفى الدسوقي: م. س، ص. 322.

1216 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 175.

1217 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 271.

1218 محمد الإدريسي العلمي المشيشي: م. س، ص. 178.

وتقتضي هذه النتيجة، أنه في حالة رفع الإذن إلى النيابة العامة، فإن هذه الأخيرة تتحرر من قيد تحريك الدعوى العمومية وممارستها بالشكل المنصوص عليه في المادة 36 من ق.م.ج. ضد المتهم الذي كان هذا القيد مقررًا لمصلحته، وهذا لتحرر يقتضي أن التراجع عن الإذن⁽¹²²⁰⁾ لا يترتب عنه أي أثر قانوني، وبصفة خاصة ما يتعلق بسقوط الدعوى العمومية أو سقوط الحق في المتابعة كما هو مقرر ذلك في جرائم الشكوى والطلب، وذلك من ناحيتين:

من ناحية أولى: أن هذا التراجع لا يدخل في نطاق أسباب سقوط الدعوى العمومية المنصوص عليها في المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية. ومن ثم، فإنه لا يمكن قياس أحكام الإذن في هذا الصدد عليها لورودها على سبيل الحصر في هذه المادة.

من ناحية ثانية: إن الجهة المكلفة بإصدار الإذن تكون قد حسمت في رفع الحصانة عن المتهم الذي لم يعد يحظى لديها بهذه الحصانة. ومن ثم، فإنها لا تستطيع إضفاء نفس الحصانة عليه إلا بحكم قضائي إذا ما تمت تبرئته مما نسب إليه من جهة، ومن جهة أخرى إن هذه الجهة عندما تحسم في إصدار هذا الإذن تكون قد اطمأنت إلى جدية

العلمي عبد الواحد: م. س، ص. 91.

عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 271.

1219

1220

يرى بعض الفقه أن الجهة المختصة بتقديم الإذن، إذا ما رفعت إلى النيابة العامة قرارا بعدم جواز متابعة من ارتكب الجريمة بأي حال، فإنها تكون قد رفضت أن تستجيب إلى مطالب هذه الهيئة القضائية، وذلك بعدم إصدار هذا الإذن إليها، وإذا كان الأمر بهذا الشكل، فإن الهيئة التي صدرت هذا الرفض لا يمكن أن تتراجع عنه، وذلك بالشكل الذي لا يمكن أن تتراجع فيه عن الإذن الذي رفعت به إلى النيابة العامة. عزت مصطفى السوقي: م. س، ص. 332.

الاتهام الموجه إلى الشخص المحصن الذي ينتمي إليها. ومن ثم، فإنه لا يجوز لها، وحالها كذلك، أن تعدل على الإذن فتسحبه (1221).

وبلاحظ من مقتضى هذين الأمرين أن الإذن، إذا كان يختلف مع الشكوى والطلب بخصوص عدم سحبه، فإنه يختلف عنها أيضا من حيث عدم إمكانية تجريح النيابة العامة، في حالة رفع الإذن إليها. أما السبب في عدم هذه الإمكانية، فيرجع إلى كون المتهم لا تتم متابعته من هذه الهيئة القضائية بشكل تلقائي، حتى تستطيع أن تكيد له (1222) بمقتضى قيام أسباب هذا التجريح، وإنما تتم متابعته بناء على رفع الإذن إليها، وذلك بغض النظر عما إذا كانت هذه الأسباب قائمة أو غير قائمة، نظرا لانعدام تأثيرها في هذا الوضع القانوني على حياد النيابة العامة التي لا تستطيع أن تستعمل سلطتها التقديرية في موضوع هذا الإذن الذي يتم تحديده بدقة من طرف الهيئة التي ينتمي إليها المتهم المذكور حتى نستطيع أن نسلم بانحيازها لمصلحة هذا الأخير أو ضده.

1221 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 272.

1222 عبد الفتاح مصطفى الصيفي: م. س، ص. 272.

المبحث الثاني: تجريح النيابة العامة عند تحريك الدعوى العمومية

بطريق الشكاية المباشرة

إن الشكاية المباشرة تعتبر من أهم الإجراءات التي يسمح بمقتضاها المشرع للأفراد بتحريك الدعوى العمومية أمام قضاء الحكم، أو التحقيق بشكل مستقل عن النيابة العامة في بعض الجرائم التي يسمح فيها القانون بتقديم هذه الشكاية، فما هو مدلولها القانوني ؟ **(المطلب الأول)**، وهل يمكن بمقتضى هذا المدلول، تجريح النيابة العامة ؟ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: المدلول القانوني للشكاية المباشرة

إن الشكاية المباشرة حسب المواد 92 و 348 و 350 من قانون المسطرة الجنائية هي الادعاء الموجه إلى قاضي التحقيق أو الحكم، وذلك بهدف المطالبة بالحقوق المدنية المترتبة عن الجريمة المرتكبة، أو هدف التبليغ بارتكاب الجريمة، أمام القضاء الجنائي من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من هذه الجريمة ⁽¹²²³⁾، أو هي "عبارة عن شكاية يرفعها إلى قاضي التحقيق الشخص الذي يدعي أنه

1223 محمد محمود سعيد: م. س، ص. 536 فقرة 285.

تضرر بالجريمة، معلنا صراحة أنه ينصب نفسه من أجل ذلك، مطالبا
بالحق المدني⁽¹²²⁴⁾.

وبفهم من مختلف هذه التعاريف، أن الشكاية المباشرة هي وسيلة
من إحدى وسائل تحريك الدعوى العمومية من غير النيابة العامة، وذلك
من طرف المجنى عليه أو المضرور من الجريمة المرتكبة في جميع
الجرائم مهما كانت طبيعتها⁽¹²²⁵⁾، ماعدا جرائم الأحداث وجرائم
الشكوى والطلب والإذن والجرائم التي لا يجيز فيها المشرع المطالبة
بالحقوق المدنية⁽¹²²⁶⁾.

كما يفهم من هذه التعاريف، أن المجنى عليه أو المضرور من
الجريمة يكتفي في شكايته التي يرفع بها إلى القضاء الجنائي بالادعاء
فقط⁽¹²²⁷⁾، دون توجيه الاتهام إلى من ارتكب هذه الجريمة، لأن ذلك
من اختصاص القضاء أو النيابة العامة، وهذا ما يجعله يختلف عن
المجنى عليه في جرائم الشكوى والطلب الذي يتهم ولا يدعي، كما سبق
القول بذلك في المبحث السابق.

1224 محمد عياط: دراسة في المسطرة الجنائية المغربية. الجزء الثاني، ص. 104.

1225 هذا بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي تحصر هذا الادعاء في الجرح والمخالفات دون
الجنائيات.

أنظر: محمد محمود سعيد: م. س، ص. 517.

1226 أنظر مثلا الفقرة الأخيرة من المادة 265 المتعلقة بالامتياز القضائي.

1227 وهذا ما يجعل من الفقه أن يطلق على هذه الشكاية الادعاء المباشر.

ويلاحظ من هذا التحديد أن الشكاية المباشرة تتخذ إحدى صورتين إحداها مبنية على حفظ الأوراق، وأخرها مبنية على الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي.

الصورة الأولى: الشكاية المباشرة المبنية على حفظ الأوراق

بالرجوع إلى المادتين 40⁽¹²²⁸⁾ و49⁽¹²²⁹⁾ من قانون المسطرة الجنائية، نجد المشرع المغربي ألزم النيابة بإخبار المشتكي بقرار حفظ شكايته خلال مدة خمسة عشر يوما من تاريخ اتخاذ هذا القرار، وذلك من أجل اللجوء إلى الشكاية المباشرة أمام القضاء الجنائي إذا أراد ذلك دون انتظار الرجوع عنه من طرف هذه الهيئة القضائية.

ونظرا لهذا التعميم الذي جاء في هاتين المادتين، فإن المجنى عليه أو المضرور من الجريمة يمكن اللجوء إلى الشكاية المباشرة، مهما كان سبب حفظ الأوراق الذي اعتمدت عليه النيابة العامة، وذلك حفاظا على حقوقه أو مطالبه المدنية، الأمر الذي يقتضي من هذه الهيئة القضائية أن تعلل قرارها بهذا الحفظ من منظور السبب الذي اعتمدت عليه في هذا القرار، وإلا كان قرارا باطلا، وذلك لسببين. الأول، أنه قرار قضائي، وليس قرارا إداريا كما يزعم بعض الفقه⁽¹²³⁰⁾. الثاني،

1228 أنظر الفقرة الأخيرة من هذه المادة.

1229 أنظر الفقرة ما قبل الأخيرة من هذه المادة.

1230 محمود سمير عبد الفتاح: م. س، ص. 196.

أنه يكون مدعماً للشكاية المباشرة التي يرفع بها الشخص الذي تضرر من الجريمة المرتكبة أمام القضاء الجنائي.

ومن هذا المنطلق، فإننا نؤيد الفقه (1231) الذي يرى بأن الشكاية المباشرة التي يتقدم بها المجنى عليه أو المضرور من الجريمة المرتكبة إلى القضاء الجنائي هي نوع من المراقبة القضائية على عمل النيابة العامة (1232) الذي لا يمكن اعتباره مجرد عمل إداري، وهذا ما ناقشناه أكثر من مرة في هذه الأطروحة، على اعتبار أن هذه المراقبة قد تساهم في ملاحقة المجرمين الذين يمكن لهم الإفلات من العقاب بسبب قرار الحفظ الذي يعتبر في مفهومه القانوني هو نوع من أنواع وسائل إنهاء الدعوى العمومية (1233).

ومن أجل فهم ما إذا كان من الممكن تجريح النيابة العامة في نطاق الشكاية المباشرة المبنية على حفظ الأوراق، أم لا، لابد من بيان مختلف الأسباب التي تستند عليها النيابة العامة في اتخاذ هذا القرار، وهذه الأسباب منها ما يرجع إلى القانون، ومنها ما يرجع إلى الواقع، ومنها ما يرجع إلى السلطة التقديرية للنيابة العامة.

فبالنسبة لأسباب الحفظ التي ترجع إلى القانون، فهي غالباً ما ترتبط بأسباب سقوط الدعوى العمومية كتقادم الفعل المرتكب، وموت

1231 نفس المرجع، ص. 167.

محمد محمود سعيد: م. س، ص. 546 وما بعدها.

1232 جلال ثروت: أصول المحاكمات الجزائية. م. س، ص. 96 فقرة 69.

1233 محمود سمير عبد الفتاح: نفس المرجع السابق.

المتهم خلال مرحلة مباشرة تحريك الدعوى العمومية، والعفو الشامل، والصلح أو ثبوت انعدام قيام أحد أركان الجريمة المرتكبة، حيث إنه يتضح من جميع هذه الحالات، أن النيابة العامة تقوم بهذا الإجراء من الناحية الشكلية فقط، وذلك لاستحالة ممارسة الدعوى العمومية أمام القضاء الجنائي، وهذا يعني أن المجنى عليه أو المضرور من الجريمة، هو بدوره لا يمكن له أن يرفع بالشكاية المباشرة أمام القضاء الجنائي لانعدام موضوعها.

أما بالنسبة لأسباب الحفظ التي ترجع إلى الواقع، فهي بدورها كالأسباب السابقة من حيث الآثار المترتبة عليها، وبصفة خاصة ما يتعلق بانعدام الأدلة، أو أن الفعل المرتكب لا يمكن تكيفه من جانب اعتباره من الجرائم المنصوص عليها في القانون الجنائي، أو أن هذا الفعل لا يمكن نسبته إلى شخص معين.

وأخيراً، هناك أسباب الحفظ المرتبطة بالسلطة التقديرية للنيابة العامة، بحيث إن هذه الهيئة القضائية يمكن أن تلجأ في نطاق هذه السلطة إلى اتخاذ قرار الحفظ لبعض الاعتبارات التي يقتضي الصالح العام عدم تحريك الدعوى العمومية، وذلك بالرغم من قيام الأدلة أو نسبة الجريمة المرتكبة إلى شخص محدد.

الصورة الثانية: الشكاية المباشرة المبنية على الادعاء المباشر

أمام القضاء الجنائي

وهذه الصورة تتخذ شكلين، أحدهما يتعلق برفع هذه الشكاية إلى قاضي التحقيق وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 92 ق.م.ج. وثانيهما يتعلق بالشكاية المرفوعة إلى قضاء الحكم وفقا للمادة 348 من نفس القانون.

فبالنسبة للشكاية المباشرة المقدمة إلى قاضي التحقيق، فإنه حسب المادة 93 "أن يأمر هذا القاضي بتبليغ هذه الشكاية إلى رئيس النيابة العامة لتقديم ملتزماته بشأن ما جاء في موضوعها حتى ولو تعلق الأمر بشكاية لا تدعمها أسباب كافية لإقامة الدليل على الجريمة المرتكبة"، وهذا يعني أن هذه الهيئة القضائية لا يمكن أن تتصرف في هذه الشكاية بأي شكل من أشكال إنهاء الدعوى العمومية، سواء بحفظ الأوراق أو الصلح المنصوص عليه في المادة 41، وذلك إما لأن الجريمة المرتكبة موضوع الشكاية هي من الجنايات، أو لأن حق هذا الإنهاء يخص قاضي التحقيق وحده وليس النيابة العامة. والسبب في هذا التصرف هو أن المشرع الجنائي ألزمها باتباع كل الإجراءات التي يقتضيها التبليغ الموجه إليها من قاضي التحقيق⁽¹²³⁴⁾ في شأن الشكاية المرفوعة إليه متى كان مختصا بإجراء التحقيق فيها⁽¹²³⁵⁾.

1234 أنظر الفقرة الثالثة من المادة 93 من ق.م.ج.

1235 محمد عياط: م. س، ص. 105 – 106.

وقد جعل المشرع الشكاية المباشرة المرفوعة أمام قاضي التحقيق، وسيلة من وسائل تحريك الدعوى العمومية إلى جانب الملتزمات التي ترفع بها النيابة العامة، وذلك بهدف الحيلولة دون إفلات مرتكبي الجرائم من العقاب من جهة، وحتى لا تنهال هذه الهيئة القضائية في متابعة من يرتكب الجرائم الخطرة بهذه الصفة، والاقتصار فقط على متابعتهم بناء على الجرح أو المخالفات من جهة أخرى (1236).

ويبدو واضحاً، بأن المشرع عندما يسمح للمجني عليه أو المضرور من ارتكاب الجريمة بتحريك الدعوى العمومية عن طريق الشكاية المباشرة أمام قاضي التحقيق إنما يفعل ذلك لأن من يرفع بها إلى هذا القاضي لا يمكن أن يلجأ إلى النيابة العامة بناء على المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تلحقه به الجريمة المرتكبة، وذلك لسببين: يتعلق أحدهما بكون النيابة العامة غير مختصة بالنظر في هذا التعويض، وثانيهما يتعلق بكون أنها غير مختصة بالتحقيق، حتى يستطيع من له الحق في هذه الشكاية اللجوء إليها بالشكل الذي يلجأ بها إلى قاضي التحقيق من جهة أخرى. يضاف إلى هذا وذاك، بأن المجنى عليه أو المضرور من الجريمة يسعى إلى تحريك الدعوى العمومية أمام قضاء التحقيق، لأنه يرغب في الاستفادة من إجراءات التحقيق أمام القضاء الجنائي في مرحلة ممارسة هذه الدعوى (1237).

جلال ثروت: م. س، ص. 111 فقرة 81.

1236 أنظر الفقرتين الثالثة والخامسة من المادة 93 ق.م.ج.

1237 جلال ثروت: م. س، ص. 96 فقرة 69.

أما بالنسبة للشكاية المباشرة المقدمة إلى قضاء الحكم، فقد نصت على أحكامها المواد 348 وما بعدها، وكذا المادة 384 من ق.م.ج. حيث يمكن للمجني عليه أو المضرور من الجريمة أن يرفع بشكاية مباشرة إلى قاء الحكم، وذلك إما "عن طريق إيداع مذكرة" لدى هذا القضاء، مع بيان كل ما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 350، أو بطريق توجيه الاستدعاء للمتهم من أجل الحضور أمام هيئة الحكم أثناء انعقاد الجلسة.

ويلاحظ في هذا الصدد، بأن الشكاية المباشرة المقدمة إلى قضاء الحكم لا تكون إلا في الجرح التي لا تحقيق فيها، أو في الجرائم التي تصدر فيها النيابة العامة قرارها بالحفظ، حيث تعتبر هذه الشكاية هي الوسيلة الوحيدة لإخراج الدعوى العمومية من هذا الحفظ، ثم عرضها على القضاء من جديد لمتابعة من ارتكب الجريمة. ولكن في هذا الوضع القانوني، إن المحكمة الجنائية لا تبلغ بالشكاية المقدمة إليها إلى النيابة العامة بالشكل الذي هو عليه الأمر، في حالة الشكاية المباشرة المقدمة إلى قاضي التحقيق، وذلك لانعدام دورها في هذه الشكاية.

المطلب الثاني: مدى إمكانية تجريح النيابة العامة في جرائم الادعاء

المباشر

من خلال المسطرة المتبعة أثناء تقديم الشكاية المباشرة إلى قاضي التحقيق أو إلى قاضي الحكم، فإنه يبدو لنا بأنه لا يمكن تجريح النيابة العامة في هذين الوضعين القانونيين، وذلك للأسباب الآتية:

1- إن الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة أثناء تبليغها من طرف قاضي التحقيق الذي تم رفع الشكاية المباشرة إليه، هي إجراءات شكلية فقط. ومن ثم، فإنها لا تستطيع أن تتحكم في موضوع هذه الشكاية بمقتضى الملتزمات التي ترفعها إليه من أجل فتح التحقيق وفق المسطرة المنصوص عليها في المواد من 83 إلى 91 من قانون المسطرة الجنائية، وهذا بخلاف الأمر في حالة رفع هذه الملتزمات بشكل تلقائي ودون أن تكون مبنية على الشكاية المباشرة.

وبعبارة أخرى، أن قاضي التحقيق هو الذي يتحكم في توجيه النيابة العامة في جرائم الشكاية المباشرة وليس العكس، على اعتبار أن هذه الهيئة القضائية لا يبقى لها في هذه الجرائم سوى الجانب الشكلي دون الجانب الموضوعي في ما ترفعه من التماسات، وهذا ما كنا قد ناقشناه في المبحث المتعلق بتجريح النيابة العامة في نطاق اختصاصها الإداري.

ومن جهة أخرى، أنه لا يمكن تجريح قضاة النيابة العامة بمناسبة تحريك الدعوى العمومية بطريق الادعاء المباشر المرفوع أمام قاضي التحقيق، لأن مصير هذه الدعوى لا تتحكم فيه هذه الهيئة القضائية بقدر ما يتحكم فيه هذا القاضي الذي يستطيع من خلال لنتائج التي ينتهي إليها، أن ينهي الدعوى العمومية دون إحالتها على قضاء الحكم، أو يحيلها على هذا القضاء لممارسة إجراءاتها إلى حين صدور الحكم بشأنها.

ويجب أن نلاحظ في هذا الصدد بأن المسؤولية التي يتحملها المجنى عليه أو المضرور من الجريمة عند فشله في شكايته المباشرة لا يمكن ربطها بأسباب التجريح إذا كانت هذه الأسباب قائمة بينه وبين النيابة العامة، وذلك لانعدام تأثيرها على مباشرة الدعوى العمومية من طرف هذه الهيئة القضائية، وذلك نظرا لكون هذا الفشل يرجع في أساسه إلى من يتحمل مسؤوليته وليس إلى غيره، وذلك بالرغم من طلبات النيابة العامة أو الإجراءات التي قامت بها أثناء مرحلة التحقيق، لأن هذه الطلبات تبقى مستقلة عن طلبات صاحب الشكاية المباشرة⁽¹²³⁸⁾. ومن ثم، فإن قاضي التحقيق يمكن أن يأخذ أو لا يأخذ بها⁽¹²³⁹⁾.

1238 محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية. الطبعة الحادية عشر، ص. 123 فقرة

95.

1239 محمد محمود سعيد: م. س، ص. 542.

ومعنى مسئولية المجنى عليه أو المضرور في جرائم الشكاية المباشرة التي لا يمكن ربطها بطلبات النيابة العامة أو الإجراءات التي تقوم بها عند تبليغها من طرف قاضي التحقيق بهذه الشكاية، أنه يكون قد ارتكب خطأ عند تحريكه للدعوى العمومية أو أنه لم يفلح في تعزيز ادعائه بوسائل الإثبات المقنعة للقاضي، وهذا ما جعل المشرع المغربي⁽¹²⁴⁰⁾ أن يؤكد على هذه المسؤولية⁽¹²⁴¹⁾، وذلك حتى لا يتم الإضرار بالمتهم الذي تم رفع الشكاية المباشرة ضده⁽¹²⁴²⁾. ولكن بعض الفقه⁽¹²⁴³⁾ اشترط في تحمل هذه المسؤولية، وجوب إثبات هذا الأخير لخطأ المدعي، وإلا كان غير محق في ما يدعيه، على اعتبار أنه ليس كل مدع في الشكاية المباشرة أن يتحمل وزر فشله، إذا انتهت هذه الشكاية إلى صدور قرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية، وذلك لسببين:

الأول: إن المضرور أو المجنى عليه في الشكاية المباشرة يدعي فقط، أما الاتهام فهو من اختصاص قاضي التحقيق، وعلى هذا الأساس، فإنه لا يصح متابعة المدعي المدني في هذه الشكاية بمقتضى ما جاء في

1240 أنظر المادة 98 من ق.م.ج.

1241 هذه المسؤولية هي مسئولية جنائية ومننية في نفس الوقت.

1242 محمد محمود سعيد: م. س، ص. 450 فقرة 294.

1243 ميرل وفيتي: م. س، ط. 3، ص. 383 فقرة 1121.

موضوعها وسبب صدور قرار بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية، قد لا يرجع إلى ادعائه (1244).

الثاني: إن أسباب صدور قرار عدم وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية التي يمكن أن ينتهي إليها قاضي التحقيق، قد لا ترجع دائما إلى خطأ المدعي المدني أو إلى سوء قصده، وإنما قد ترجع إلى أسباب أخرى ترتبط بإجراءات تحريك هذه الدعوى أو بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم، أو بعدم اقتناع قاضي التحقيق بالأدلة المقدمة إليه، وذلك بالرغم من وقوع الجريمة على هذا المدعي فعلا (1245).

وهذا يعني أننا إذا سلمنا بهذا التفكير، فسنكون أمام الدعوة إلى فكرة الانتقام التي لم تعد قائمة، في ظل القوانين الوضعية الحديثة. ولهذا السبب، فإنه يجب الأخذ بالمسؤولية التي نحن بصدها في أضيق الحدود (1246).

2- إن المجنى عليه أو المضرور من الجريمة في الجرح والمخالفات التي لا تقتضي التحقيق عندما يرفع بشكايته إلى قضاء الحكم، لا يمكن أن يجرح النيابة العامة، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها:
أولاً: إن الشكاية التي يرفع بها أمام القضاء الجنائي، إذا كانت ناتجة عن حفظ الأوراق من النيابة العامة، لا يمكن أن تجرح هذه الهيئة القضائية من منظور طلباتها، أو الإجراءات التي تقوم بها خلال

1244 محمود مصطفى: م. س، ص. 180 فقرة 128.

1245 محمد محمود سعيد: م. س، ص. 450 فقرة 293.

1246 ميرل وفيتي: م. س، ص. 384 فقرة 1131.

ممارستها للدعوى العمومية التي تم تحريكها بمقتضى هذه الشكاية أو استنادا إلى هذا الحفظ، إذا لم يجرحها وقت صدور قراره منها، لأن هذه الدعوى أصبحت في يد القضاء، وليس في يدها من جهة. ومن جهة أخرى، أن نفس الهيئة لم تعد مستقلة في قراراتها بالشكل الذي سبق بيانه بمناسبة دراسة اختصاصها الإجرائي أو الإداري، وإنما أصبحت مجرد قضاء واقف لا دور لها إلا في ما تدعيه من مطالب.

ثانيا: إن قاضي الحكم عندما يتصل بالشكاية المباشرة من المدعي المدني عن طريق ما هو منصوص عليه في المادة 348 أو المادة 384 من ق.م.ج. يكون مستقلا في عمله عن طلبات النيابة العامة على اعتبار أن هذه الهيئة تكفي المحكمة فقط، بالاستماع إلى أقوالها أو مستنتاجاتها في الجلسة، دون ترجيح ما تدعيه على ما يدعيه المدعي المدني أو العكس. ومن ثم، فإنها تستطيع أن تحكم على المتهم بعقوبة الجريمة المرتكبة ولو امتنعت النيابة العامة عن إبداء طلباتها أو طلبت صراحة ببراءة المتهم في حالة قيام أسباب التجريح بينها وبين المدعي المدني⁽¹²⁴⁷⁾، لأن المحكمة الجنائية في هذه الحالة تفصل في الدعوى على أساس الوقائع المعروضة عليها في ورقة الاستدعاء بالحضور⁽¹²⁴⁸⁾، وذلك دون اعتداد بالتكييف القانوني للنيابة العامة⁽¹²⁴⁹⁾

1247 ميرل وفيتي: م. س، ص. 384 فقرة 1131.

1248 ميرل وفيتي: م. س، ص. 380 - 381.

1249 نقض فرنسي: جريمة 17 أكتوبر 1956، دالوز 1957، ص. 75. جريمة 29 يناير 1970،

دالوز 1971، ص. 244.

أو الوصف المعطى من المجنى عليه أو المضرور من الجريمة لهذه
الوقائع المرفوعة إليها في شكاية هذا الأخير⁽¹²⁵⁰⁾.

¹²⁵⁰ ميرل وفيتي: نفس المرجع السابق.

الفصل الثاني:

تجريح النيابة العامة في القضايا المدنية

إن موضوع تجريح النيابة العامة في القضايا المدنية، يقتضي منا دراسة موقع هذه الهيئة القضائية من قضاة الحكم والخصوم من جهة (الفرع الأول)، وتحديد طبيعتها وخصائصها من جهة أخرى (الفرع الثاني)، وذلك حتى يتسنى لنا معرفة ما إذا كان من الممكن مسايرة المشرع في هذا التجريح أم لا يمكن ذلك.

الفرع الأول: موقع النائب العام من قضاة الحكم

والخصوم في القضايا المدنية

إن النيابة العامة في المجال المدني ليست هي نفس الهيئة في المجال الجنائي، على اعتبار أن الخصوم هم الذين يقومون برفع الدعاوى في المجال الذي نحن بصدده. ومن ثم، فإنه يكفي لها أن تتدخل فقط، في هذه الدعاوى إلا في حالات استثنائية أوردها المشرع المغربي على سبيل الحصر في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية أو

غيره من القوانين التي أحال عليها هذا الفصل⁽¹²⁵¹⁾، حيث تكون مصالح الدولة والأفراد يغلب عليها الطابع العام لا الطابع الخاص. ولهذا السبب، فإن علاقتها بقضاة الحكم **(المبحث الأول)** والخصوم **(المبحث الثاني)** ليست هي نفس العلاقة التي تكون لها مع هؤلاء في المادة الجنائية.

¹²⁵¹ وهذه القوانين: قانون مدونة الأسرة في المواد 54 و75 و76 و81 و103 و105 و266 و270. وقانون مدونة التجارة في المادة 563، وفي قضايا الحالة المدنية تسجيلا وتشطيبا وتصحيحا.

المبحث الأول: علاقة النيابة بقضاة الحكم في المادة المدنية

إن علاقة النيابة العامة بقضاة الحكم في القضايا المدنية يتحكم فيها موقعها من هذا القضاء، ما إذا كان هذا الموقع يقتضي منها التدخل الوجوبي (**المطلب الأول**) أو يقتضي منها التدخل الاختياري (**المطلب الثاني**)، على اعتبار أنها في هذين الوضعين القانونيين تبقى مجرد طرف من أطراف الخصومة تشترك مع غيرها من باقي الأطراف في الدعوى المرفوعة أمام هذا القضاء⁽¹²⁵²⁾، وليست هيئة قائمة بذاتها، كما هو الأمر في المجال الجنائي.

المطلب الأول: علاقة النيابة العامة بقضاة الحكم

في القضايا المدنية الموجهة لتدخلها الإلزامي

لقد فرض المشرع المغربي على النيابة العامة في بعض القضايا المدنية التي يتعرض فيها حق أصحابها إلى الإضرار به، إما عن طريق رفع الدعوى إلى القضاء لحماية هذا الحق⁽¹²⁵³⁾، أو تعمل على التدخل في هذه الدعوى بشكل إجباري، وذلك إما تلقائياً أو بإخبارها من طرف

¹²⁵² محمد طهماز: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، ص. 108.

¹²⁵³ رفع الدعوى المدنية من النيابة العامة كطرف أصلي سنناقشه في الفرع الثاني من هذا الفصل.

كتابة ضبط المحكمة⁽¹²⁵⁴⁾. وعلى هذا الأساس، يمكن أن نتساءل عن العلاقة التي تنشأ بين الهيئتين، وما هي طبيعة هذه العلاقة هل هي علاقة فنية (الفقرة الأولى)، أم علاقة عضوية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العلاقة الفنية بين النيابة العامة وقضاة الحكم

إن العلاقة الفنية بين النيابة العامة وقضاة الحكم في المجال المدني، تفرضها طبيعة الحق المراد حمايته من الضرر الذي يمكن أن يتعرض له، وذلك إما من منظور اعتباره حقا عاما يخص الدولة أو المؤسسات العمومية أو الأسرة، وإما من منظور اعتباره حقا خاصا، ولكن له طبيعة عامة، وذلك لتعلقه بالمصلحة العامة⁽¹²⁵⁵⁾ أو النظام العام⁽¹²⁵⁶⁾. ومن هذا المنظور، فإنه يمكن تحديد هذه العلاقة في ثلاث مسائل رئيسية.

المسألة الأولى: إحالة ملف القضايا المذكورة إلى النيابة العامة

قبل الجلسة بثلاثة أيام

إذا ما أقيمت الدعوى المدنية في القضايا المنصوص عليها في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية أو التي يحكمها النظام العلم في مدونة الأسرة، والتجارة، والحالة المدنية، فإن المحكمة المرفوعة

1254 أنظر الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية.

1255 كقضايا القاصرين وفاقي الأهلية والغائبين.

1256 كالقضايا المتعلقة بعدم الاختصاص النوعي ومخالفة القضاة وقضايا الزور الفرعي.

أمامها هذه الدعوى ملزمة بإحالة ملف القضية على النيابة العامة، وذلك للقيام بالإجراءات القانونية التي تقتضيها هذه الإحالة، من جهة، وتقديم مستنتاجاتها من جهة أخرى.

وإحالة المحكمة لملف القضية المعروضة عليها، إذا لم تقم به المحكمة الابتدائية، فإنه يجب أن تقوم به محكمة الاستئناف تحت طائلة بطلان إجراءات الدعوى المرفوعة بشأنها هذه القضية، مادامت هي بدورها محكمة موضوع⁽¹²⁵⁷⁾، وهذا ما حكم به المجلس الأعلى في إحدى قراراته، وذلك عندما اعتبر بأنه يجب أن "تبليغ إلى النيابة العامة الدعوى المتعلقة بالنظام العام، ويشار في هذا الحكم إلى إيداع مستنتاجاتها أو تلاوتها بالجلسة، وإلا كان باطلا"⁽¹²⁵⁸⁾، وهذا يعني أمرين:

الأول: إن التبليغ الذي نحن بصدده إذا أغفلت عنه المحكمة الابتدائية ثم محكمة الاستئناف، فإن الدعوى المرفوعة أمام هذه المحاكم تكون باطلة بقوة القانون. ومن ثم، فإنها لا يمكن أن تنتج أي أثر قانوني للخصوم، وذلك لتعلق موضوعها بالنظام العام.

الثاني: إنه لا يمكن إثارة عدم التبليغ المنصوص عليه في الفصل التاسع أمام المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) إلا من طرف الخصم

1257 عبد العزيز توفيق: موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، سنة 2010، ص. 77.

1258 قرار المجلس الأعلى عدد 210 الصادر بتاريخ 13 مارس 1982 ملف مدني 93304. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية، 1966 - 1982، ص. 773.

الذي تقرر لفائدته البطلان. أما غيره من الخصوم، فلا يجوز الاحتجاج به. وهذا ما قضى به هذا المجلس في إحدى قراراته قائلا "إن تبليغ النيابة العامة ملفات القاصرين هو إجراء وضع لفائدة هؤلاء (ومن ثم)، فإنه لا يجوز الاحتجاج بعدم احترامه من طرف الخصم في الدعوى" (1259). وهذا ما ذهب إليه أيضا، الفقه والقضاء المقارن (1260).

ويلاحظ في هذا الصدد، بأن العلاقة التي نحن بصدددها هي علاقة قانونية، وإن كانت في طبيعتها علاقة فنية. ولهذا السبب، فإنه يجب على قضاء الحكم أن يظل مرتبطا بها، على اعتبار أنها هي التي تجعل من النيابة العامة أن تتميز بكونها طرفا منضما لا طرفا أصليا، وذلك لما يلعبه هذا التمييز في اللجوء إلى التجريح أو عدم اللجوء إليه.

المسألة الثانية: تقديم المستنتجات.

إن تقديم المستنتجات هي من المسائل الجوهرية التي يجب أن تحرص عليها النيابة العامة في القضايا المدنية الموجبة لتدخلها الإلزامي، وهذا التقديم إما أن يتم عن طريق إيداع هذه المستنتجات لدى المحكمة، أو تلاوتها أثناء انعقاد الجلسة، وذلك تحت طائلة بطلان الحكم الذي يجب أن يشير إليها (1261). ولعل السبب في هذه الشكلية، هو أن

1259 قرار المجلس الأعلى عدد 324 الصادر بتاريخ 7 يوليوز 1978. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى. م. س، ص. 286. وانظر أيضا قرارات أخرى أوردها عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 80 - 81.

1260 أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات، الكتاب الأول، ص. 126.

1261 أنظر الفقرة الأخيرة من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية.

النيابة العامة إذا لم تحترم ما هو منصوص عليه في القانون تكون مخلة بأهم وظائفها الموكولة لها في نطاق قانون المسطرة المدنية.

ومن جهة أخرى، أن السبب في إلزام النيابة العامة بتقديم مستنتاجاتها، يرتبط أساسا بكون أنها طرف منضم بشكل إلزامي، ولذلك فإن من حقها إبداء الرأي الذي من أجلها تم تدخلها أو إدخالها في الدعوى. وعلى هذا الأساس، فإنها إذا أبدت أقوالها في القضية المطروحة أمام المحكمة، فإن ذلك يجعل من حق الخصوم الآخرين، أن يعقبوا على رأيها⁽¹²⁶²⁾. وهذا بخلاف الأمر إذا كانت طرفا منضما بشكل اختياري، حيث تكفي في هذا الوضع القانوني بإبداء الرأي فقط، ودون حاجة إلى إبداء هذا الرأي في كل خطوة من خطوات الدعوى⁽¹²⁶³⁾.

أما طريقة تقديم هذه المستنتاجات، فتتم إما كتابة أو شفاهة، وإن جرت العادة أن تتم في شكل مستنتاجات كتابية يمكن أن تتقدم بها النيابة العامة حسب ما تراءى لها من أوراق الملف بعد دراستها، ودراسة موضوع القضية، وإن كان في الغالب أنها تكفي فقط، بطلب تطبيق القانون⁽¹²⁶⁴⁾.

ويبدو لنا من هذه المسألة، بأن قضاء الحكم إذا لم يكن ملزما بالأخذ برأي النيابة العامة الذي تطرحه في مستنتاجاتها، إلا أن عدم

1262 أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات. م. س، ص. 128.

1263 م. ن، ص. 131.

1264 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 76.

تقديم هذه المستنتجات تجعل الحكم الصادر في القضية المرفوعة أمام هذه المحكمة، باطلا بقوة القانون⁽¹²⁶⁵⁾.

وفي إطار هذه العلاقة، فإن المحكمة إذا أبلغت النيابة العامة بأوراق ملف الدعوى المرفوعة أمامها في القضايا المدنية الموجبة لتدخلها الإلزامي، ولكنها أحالت دون إبداء رأيها أو تقديم مستنتاجاتها، فإن الحكم الذي تصدره هذه المحكمة يكون باطلا أيضا لتعلقه بالنظام العام⁽¹²⁶⁶⁾.

المسألة الثالثة: حضور الجلسات

اعتبر المشرع المغربي حضور النيابة العامة هو حضور إلزامي أثناء انعقاد الجلسات، متى كانت هذه الهيئة طرفا مت دخلا بشكل وجوبي في القضايا المتعلقة بالنظام العام⁽¹²⁶⁷⁾، وذلك لما ألزمها به هذا المشرع من وجوب تقديم المستنتجات والاستماع إلى ما يبديه الخصوم أثناء مناقشة آرائهم أو طلباتهم⁽¹²⁶⁸⁾.

والمقصود بالحضور هنا، هو حضور جلسات مناقشة القضايا المطروحة على المحكمة، وذلك إما بهدف تبليغها بالقضايا التي يلزم التدخل فيها، إذا لم تبلغ بطريق كتابة الضبط، داخل الأجل لمنصوص

1265 نقض منني مصري طعن رقم 42 س. 35 ق، جلسة 9 أبريل 1974، مجموعة قرارات محكمة النقض المصرية، السنة 25، العدد 105، ص. 649.

1266 أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات. م. س، ص. 132.

1267 وقد حصر المشرع المغربي القضايا المتعلقة بالنظام العام في الحالات المنصوص عليها في الفصل 9 من ق.م.م.

1268 أمينة مصطفى النمر: م. س.

عليه في الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، و
من أجل طلب تأخير هذه القضايا إلى اقرب جلسة لتقديم
مستنتاجاتها⁽¹²⁶⁹⁾.

وفي إطار هذه العلاقة، فإن المشرع ألزم المحكمة بالاستجابة إلى
طلبات النيابة العامة، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة. وفي هذه الحالة، لا
يمكن للمحكمة أن تستعمل سلطتها التقديرية في الأخذ أو عدم الأخذ
برأيها، لأن مثل هذا الطلب يدخل في نطاق ممارسة الدعوى المدنية،
وليس في نطاق الطلبات التي تقتضي تطبيق القانون، وهذا ما أخذ به
الفقه والقضاء المقارن⁽¹²⁷⁰⁾.

ولحضور النيابة العامة جلسات المناقشة دلالة إجرائية أخرى،
وتتعلق بكونها أول من يجب أن يتكلم، وذلك من أجل السماح للخصوم
من التعقيب على رأيها، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء في ظل
التشريعات المقارنة⁽¹²⁷¹⁾.

وفي اعتقادنا أن المشرع المغربي عندما ألزم النيابة العامة
بحضور الجلسات في القضايا التي تتدخل فيها بشكل إلزامي، أراد أن
يجعل منها عنصرا يدخل في تشكيل المحكمة. ولهذا السبب، كفل لها
أسباب النزاهة ومظاهر الاستقلال شأنها في ذلك شأن قضاة الحكم،

1269 وفي هذا الصدد، يجب على المحكمة أن تستجيب لهذا الطلب بقوة القانون. أنظر الفقرة الثالثة
من الفصل التاسع.

1270 أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات. م. س، ص. 128.

1271 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 128.

وهذا ما جعل منه أن يجيز تجريحها في حالة اعتبارها طرفا منضمًا،
دون تجريحها عندما تكون طرفا أصليا⁽¹²⁷²⁾.

وتجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن النيابة العامة إذا كانت
ملزمة بحضور الجلسات في القضايا التي يكون فيها تدخلها وجوبيا،
أنها لا يحق لها حضور المداولات⁽¹²⁷³⁾، لأن ذلك من اختصاص
القضاء وحده. أما وقت النطق بالحكم، فلها الاختيار بين حضور هذا
النطق أو عدم حضورها، وهذا ما جعل من محكمة النقض المغربية أن
تعتبر بأن أجل الطعن لا يبتدئ بالنسبة للنيابة العامة إلا من تاريخ تبليغ
نسخة من الحكم إليها، وليس من تاريخ سماعها للنطق بالحكم، حيث
أكدت في هذا الصدد قائلة بأنه "يجب لسريان أجل الطعن في حق النيابة
العامة عندما تكون طرفا في الدعوى، أن تبلغ بالحكم بصفة قانونية،
فحضورها بالجلسة وقت النطق بالحكم، لا يكفي لسريان هذا
الأجل" ⁽¹²⁷⁴⁾.

1272 أحمد مسلم: أصول المرافعات، 1971، ص. 126.

1273 إدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 467 ولكن حسب المادة 24 من قانون التنظيم
القضائي المصري، فإنه يجوز للنيابة العامة حضور المداولات لدى محكمة النقض بناء على
طلب المحكمة، ولكن دون أن يكون لها صوت معدود في المداولة. أنظر: إبراهيم نجيب
سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، ص. 309.

1274 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 78.

الفقرة الثانية: العلاقة العضوية بين النيابة العامة وقضاء

الحكم

إذا كانت العلاقة الفنية بين النيابة العامة وقضاء الحكم تفرضها ممارسة الدعوى المدنية، فإن العلاقة العضوية هي بالأساس علاقة هيكلية، تفرض على الطرفين استقلال أحدهما عن الآخر في العمل، وهذا ما يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الأمرين الآتيين:

الأمر الأول: وجوب عدم تدخل أحد الطرفين في عمل الآخر

إن هذا الأمر هو بالأساس، يرتبط بمبدأ الفصل بين السلطات. وعلى هذا الأساس، فإن قضاء الحكم لا يمكن له إصدار أمر إلى أحد قضاة النيابة العامة، أو توجيه اللوم إليه، أو أن يحل محله في اتخاذ أي إجراء يدخل في اختصاص هذه الهيئة القضائية⁽¹²⁷⁵⁾، أو أن ينتقد عمله⁽¹²⁷⁶⁾ لسبب من الأسباب، لأن ذلك من اختصاص الرؤساء الأعلى، وليس من اختصاص قضاء الحكم، سواء في المادة المدنية أو في المادة الجنائية⁽¹²⁷⁷⁾.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار الأوامر الصادرة من المحكمة، من أجل تبليغ ملف القضية، إلى النيابة العامة في القضايا المدنية التي يكون فيها

1275 مشيل لور رساط: م. س، ص. 201، فقرة 271.

1276 إدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 467.

1277 مشيل لور رساط: م. س.

تدخلها إلزاميا بالشكل الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة، فإن هذا الأمر لا يمكن اعتباره من الأوامر الصادرة منها إلى هذه الهيئة بناء على العلاقة التي نحن بصددھا، وإنما بناء على ما نص عليه القانون، وذلك تأسيسا على أنه لا يمس بمبدأ الاستقلال من جهة، وأن عدم القيام بهذا التبليغ قد يضر بالأحكام التي تصبح باطلة أكثر مما يضر باستقلال أحد الطرفين في نطاق اختصاصه من جهة أخرى. وهذا يعني أن الإجراءات المتبادلة، بين قضاء الحكم والنيابة العامة، يدخل في نطاق ممارسة الدعوى، وليس في نطاق التدخل في عمل الآخر⁽¹²⁷⁸⁾.

وفي سياق هذا المعنى، اعتبر بعض الفقه المصري، بأن المحكمة إذا ما أمرت بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة، عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام⁽¹²⁷⁹⁾، فإن هذه الهيئة يجب أن تخضع في هذه المسألة إلى أمر المحكمة التي قدرتها، وذلك من غير مناقشة هذا التقدير⁽¹²⁸⁰⁾، وذلك حماية لهذا الإجراء الذي أمر به القانون. وهذا هو نفس النهج الذي سار فيه الفقه الفرنسي تأسيسا على الفصل 83 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، حيث يرى هذا الفقه بأن القانون أجاز للمحكمة إحالة ملف القضية إلى النيابة العامة لإبداء رأيها في كل مرة

1278 أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية 1983، ص. 308-309، فقرة 133.

1279 أنظر المادة 90 من قانون المرافعات المصري.

1280 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 309.

عرضت في القضية مسألة قانونية هامة أو صعبة ترى هذه المحكمة الاستفادة من رأي أو تجربة هذه الهيئة القضائية⁽¹²⁸¹⁾.

وبالمقابل، فإن النيابة العامة في حالة تدخلها الوجوبي ينبغي أن لا تفرض على المحكمة الاشتراك في المداولات التي تسبق صدور الحكم أو أن تقوم بأي عمل يدخل في ولاية هذه المحكمة⁽¹²⁸²⁾، وإلا كان ذلك تجاوزا منها في حدود اختصاصاتها التي حددها المشرع في نطاق هذا التدخل⁽¹²⁸³⁾، سيما وأن هذه الهيئة القضائية يبقى نطاق عملها محدودا أمام المحاكم المدنية، وذلك لوروده على سبيل الحصر. ومن ثم، فإنه لا يجب التوسع فيه لاعتبارين اثنين. يتعلق أحدهما، بكون اختصاصات النيابة العامة في المجال المدني تبقى خاضعة لمبدأ الاستثناء، وثانيهما يتعلق بكون هذه الهيئة اعتبرها المشرع المغربي في هذا المجال مجرد طرف، والطرف لا يمكن أن يتدخل في عمل قضاة الحكم سواء في القضايا المدنية أو الجنائية.

الأمر الثاني: وجوب عدم خضوع أحد الطرفين إلى أوامر الآخر

إن النيابة العامة في حالة تدخلها الوجوبي، لا تقوم بوظيفة الادعاء وإنما تقوم بوظيفة إبداء الرأي فقط. ولذلك، فهي في هذه الحالة، لا تكون لها طلبات أو دفوع ترفع بها إلى قضاء الحكم إلا فيما يتعلق

1281 مشيل لور رساط: م. س، ص. 45، فقرة 55، وص. 202، فقرة 273.

1282 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 309.

1283 مشيل لور رساط: م. س، ص. 201، فقرة 272.

بتقديم مستنتاجاتها المتعلقة بالدفاع عن المصالح العامة للمجتمع، أو المصالح الخاصة للأفراد، في إطار ما يسمح به القانون، ويبدو أن ما تمليه هذه الهيئة القضائية في هذه المستنتاجات، لا تلزم القضاء فيها بأي شيء، وذلك لما يتمتع به هذا الأخير من سلطة تقديرية مستقلة عن تأثير الخصوم عليها عند مناقشة وسائل الإثبات.

ويفهم من هذا المعنى، بأن قضاء الحكم غير ملزم بالاستجابة إلى طلبات النيابة العامة، أو الالتزام بهذه الطلبات، إلا ما يتعلق بمسطرة ممارسة الدعوى خلال مراحلها المختلفة، وهذا ما جعل من المشرع المغربي في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية أن يلزم المحكمة بالاستجابة إلى طلبات النيابة العامة المتعلقة بتأخير القضية إلى أقرب جلسة لتقديم مستنتاجاتها متى تم تبليغها بإحدى القضايا المنصوص عليها في هذا الفصل، للتدخل فيها بشكل إلزامي.

وبالمقابل، فإن قضاء الحكم بدوره منع عليه المشرع إصدار أوامر إلى النيابة العامة للقيام بإجراءات غير ملزمة بها، أو أن هذه الإجراءات تدخل في سلطتها التقديرية إلا ما أمر به القانون، وهذا ما نص عليه الفصل التاسع المذكور أعلاه في الفقرة ما قبل الأخيرة منه، حيث تنص هذه الفقرة بأن للمحكمة أن تأمر النيابة العامة تلقائياً بالاطلاع على القضايا التي ترى التدخل فيها ضرورياً.

وأمر المحكمة هنا، لا يجب تفسيره بالتدخل في استقلال النيابة العامة كهيئة قضائية حدد لها المشرع وظائف معينة تقوم بها في

القضايا المدنية، وإنما يجب تفسيره بأن المصلحة العامة تقتضي على هذه الهيئة القضائية وجوب الاطلاع على القضايا المتعلقة بهذه المصلحة، متى كانت طرفاً منضماً لا يلزمها القانون إلا بالتدخل فيها على سبيل الاختيار لا على سبيل الوجوب.

المطلب الثاني: علاقة النيابة العامة بقضاة الحكم

في القضايا المدنية الموجبة لتدخلها الاختياري

رأينا في المطلب السابق بأن العلاقة القائمة بين النيابة العامة وقضاء الحكم في القضايا المدنية الموجبة للتدخل الإلزامي لهذه الهيئة القضائية، هي علاقة فنية وعضوية في نفس الوقت. أما عندما يكون هذا التدخل اختياريًا، فإن العلاقة تختلف، إذ تصبح عندئذ علاقة تنظيمية (الفقرة الأولى) أو علاقة إجرائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العلاقة التنظيمية

إن النيابة العامة عندما تتدخل في القضايا المدنية بشكل اختياري تكون علاقتها مع قضاء الحكم علاقة تنظيمية فقط. ولذلك، فهي لا تكون ملزمة بتقديم المستندات أو حضور الجلسات بالشكل الذي سبق بيانه في المبحث السابق. وعلى هذا الأساس، فإنها في كل مرة، يجب أن تخضع إلى إذن القاضي في الكلام الذي تريد من خلاله أن تبدي رأيها

في القضية التي تدخلت فيها⁽¹²⁸⁴⁾، وحيث إنها في هذه الحالة تبقى مجرد معاون للمحكمة في الوصول إلى الحقيقة⁽¹²⁸⁵⁾، فإنها تكون دائما آخر من يتكلم⁽¹²⁸⁶⁾.

ومما تقتضيها هذه العلاقة التنظيمية أن النيابة العامة، لا يمكن في تدخلها، أن تقوم بإبداء رأي في مسألة لم يثرها الخصوم إلا إذا كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام⁽¹²⁸⁷⁾. وعلى هذا الأساس، اعتبر القضاء المقارن بأنه "ليس معنى اعتبار النيابة العامة خصما منضما في الدعوى، أنه يجب عليها الانضمام في طلباتها إلى طلبات أحد الخصمين، وإنما معناه ألا يكون لها حق رفع الطعن ادعاء"⁽¹²⁸⁸⁾. وهذا يعني، أن هذه الهيئة القضائية، وإن كانت تبدو خصما من الناحية الشكلية، إلا أنها ليست كذلك من الناحية الجوهرية، وذلك لكون أنها لا تكون مدعية أو مدعى عليها عندما تكون طرفا منضما بالشكل الذي تكون عليه، وهي طرف أصلي⁽¹²⁸⁹⁾، وقد رتب الفقه على هذا النهج نتيجتين:

الأولى: إن أغلبية الفقه اعتبر مركز النيابة العامة في حالة تدخلها الاختياري هو أقرب في عملها إلى عمل القضاء دون عمل

1284 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 129.

1285 أحمد مسلم: أصول المرافعات. م. س، ص. 131، فقرة 137.

1286 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 321.

1287 نفس المجمع السابق، ص. 320.

1288 أوردت هذا الحكم أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 129، هامش رقم 25.

1289 أحمد مسلم: م. س، ص. 128، فقرة 134.

الخصم، وذلك لما لهذا التدخل من تأثير على رأي المحكمة، وهذا ما يفسر السماح بتجريحها في هذا الوضع القانوني دون الوضع الذي تكون عليه هذه الهيئة القضائية عندما تكون طرفاً أصلياً في الدعوى⁽¹²⁹⁰⁾.

الثانية: إن القاضي عندما يأذن للنيابة العامة في الكلام، فإن لهذه الهيئة أن تختار بين قراءة ما تم إيدأؤه، أو أن تفوض الرأي للمحكمة في تطبيق القانون⁽¹²⁹¹⁾. وهذا ما يجري عليه الأمر عادة، أمام المحاكم المدنية⁽¹²⁹²⁾.

ويفهم من هاتين النتيجةين، أن النيابة العامة في القضايا المدنية التي تتدخل فيها على سبيل الاختيار لا تكون ملزمة بالخضوع أو الاستجابة إلى أوامر قضاة الحكم، إلا في المسائل التي تتعلق بالنظم العام⁽¹²⁹³⁾، وذلك لما يقدره هذا القضاء من مدى الحاجة إلى تدخلها. ومن ثم، إبداء رأيها في هذه المسائل⁽¹²⁹⁴⁾.

الفقرة الثانية: العلاقة الإجرائية

إن ما يمتاز به النيابة العامة خلال تدخلها الاختياري في القضايا المدنية المرفوعة من غيرها، أنها تكتفي فقط بإبداء رأيها في القضايا

1290 بريس بيرنلي: م. س، ص. 339، فقرة 372.

1291 وهذا بخلاف الأمر في حالة تدخلها الوجوبي.

1292 أحمد أبو الوفاء: أصول المحاكمات المدنية...، م. س، ص. 129.

1293 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 318.

1294 نفس المرجع السابق.

التي تطلب التدخل فيها بعد اطلاعها على الملف، أو عندما تحال عليها هذه القضايا بشكل تلقائي من المحكمة⁽¹²⁹⁵⁾.

وبفهم من هذا المعنى، أن النيابة العامة إذا ما تدخلت بعد اطلاعها على أوراق الملف، وأبدت رأيها من تلقاء نفسها فإن الحكم المترتب عن هذا التدخل يكون صحيحا، ولكنها إذا تدخلت ولم تبد رأيها، أو أن إخبارها من طرف المحكمة في القضايا التي ترى فيها هذه المحكمة، بأن هذا الإخبار هو ضروري ثم أغفلت كتابة الضبط عنه، فإن الحكم المترتب عن عدم القيام بهذين الإجراءين يكون باطلا بقوة القانون. ويلاحظ بأنه إذا كان البطلان الأول لا يحتاج إلى تعليل، فإن بعض الفقه يعلل البطلان الأخير، بكون أن عدم إخبار هذه الهيئة القضائية فيه تقويت للفرصة عليها، للعلم بالنزاع. ومن ثم، منعها من استعمال حقها في تقدير ملاءمة التدخل⁽¹²⁹⁶⁾. ونفس البطلان يطال الحكم أيضا، إذا لم تتمكن نفس الهيئة من إبداء رأيها بسبب اعتراض المحكمة على ذلك⁽¹²⁹⁷⁾، بل يكفي أن يتقرر هذا البطلان، بمجرد عدم الإشارة إلى ما أبدته هذه الهيئة لرأيها في الحكم⁽¹²⁹⁸⁾.

وفي هذا الصدد، يجب أن نؤكد بأن هذا البطلان لا يجب الأخذ به على إطلاقه في القضايا المتعلقة بالقاصرين وفاقدي الأهلية، ولذلك

1295 أنظر الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية.

1296 نقض مني مصري صادر بتاريخ 4 فبراير 1969. أنظر مجموعة أحكام النقض المصرية، ص. 20، ص. 242.

1297 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 132، فقرة 86.

1298 نفس المرجع السابق.

حكم القضاء المغربي⁽¹²⁹⁹⁾ والمصري⁽¹³⁰⁰⁾ بأن التمسك بالبطلان في مثل هذه القضايا مقصور على صاحب المصلحة فيه. أما غيره من الخصوم، فلا يجوز له أن يتمسك بعدم إخبار النيابة العامة. ويجب أن نشير هنا إلى أن إبداء النيابة العامة لرأيها في القضايا التي تتدخل فيها بشكل اختياري، يمكن أن يتم في أي حالة تكون عليها الدعوى، وذلك إلى حين إقفال باب المرافعة فيها⁽¹³⁰¹⁾.

أما طريقة إبداء هذا الرأي، فيمكن أن يتم في شكل تقديم مذكرة توضع لدى كتابة ضبط المحكمة، أو لدى القضاء المختص في جلسة المناقشة، مما يعني أن النيابة العامة في حالة التدخل الاختياري تكون غير ملزمة بالحضور في جلسات نظر الدعوى، كما أن المحكمة هي بدورها ليس من حقها أن تلزمها به، ويترتب عن هذا الاختيار نتيجتين:

الأولى: إن النيابة العامة ليست بحاجة إلى إبداء رأيها في كل خطوة من خطوات الدعوى، إذ يكفيها أن تبدي بهذا الرأي، مرة واحدة أمام المحاكم الابتدائية، أو أمام محاكم الاستئناف، وذلك من غير الأخذ ببطلان الحكم في النوع الأول من المحاكم، إلا ما يتعلق بالمسائل المتعلقة بالنظام العام⁽¹³⁰²⁾.

1299 قرار المجلس الأعلى عدد 324 الصادر بتاريخ 7 يوليوز 1978. أنظر مجموعة قرارات

المجلس الأعلى: م. س، ص. 286.

1300 نقض مدني مصري بتاريخ 20 يونيو 1968، مجموعة أحكام النقض المصرية، س. 19، ص. 1202.

1301 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 319، فقرة 136.

1302 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 131.

الثانية: إن النيابة العامة إذا كانت آخر من يتكلم، فإنه لا يجوز للخصوم أن يطلبوا الكلام، أو أن يقدموا مذكرات جديدة بعد تقديم هذه الهيئة القضائية لرأيها، وإن كان لهم الحق فقط، في تقديم بيانات كتابية لتصحيح الوقائع⁽¹³⁰³⁾ التي تم عرضها من هذه الهيئة القضائية.

ويعتبر المشرع المغربي بأن النيابة العامة إذا كانت طرفاً منضمّاً، وهي تقوم بإجراءات اختيارية أمام قضاء الحكم في الدعاوى التي هي غير ملزمة بإبداء الرأي فيها إلا إذا قرر ذلك القانون أو القضاء، فإنها غير محقة باللجوء إلى أي طريق من طرق الطعن⁽¹³⁰⁴⁾، وذلك لأنها ليست خصماً في هذه الدعاوى، ولكن في هذا الصدد يجب التمييز بين أمرين:

الأول: أن النيابة العامة لا يحق لها أن تطعن في الأحكام الصادرة في القضايا التي تدخلت فيها بصفة اختيارية لكون أنها ليست خصماً أصلياً من جهة. ومن جهة ثانية، أن القانون يمنع عليها الانضمام في طلباتها إلى طلبات أحد الخصمين، وذلك بسبب حيادها عن طلبات ودفع هذين الخصمين. ومن جهة ثالثة، أن الطعن بالنسبة للنيابة العامة في القضايا المدنية، يعتبر منها ادعاء، وهذا ما يتأتى لها عندما تكون طرفاً أصلياً. أما إذا كانت متدخلة تدخلاً اختيارياً، فلا يحق لها أن تطعن في الحكم الصادر في القضايا التي تتدخل فيها.

1303 أنظر الشطر الأخير من الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية.

1304 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 129.

الثاني: أن تقوم النيابة العامة بإبداء الرأي في الطعون المرفوعة إلى المحاكم الأعلى درجة، أو إلى محكمة النقض، بحيث إنها إذا قامت بهذا الإجراء، فلا يعتبر ذلك منها طعنا، وإنما يعتبر منها تدخلا، وذلك بالشكل الذي تتدخل به عند إبداء الرأي لدى المحاكم التي صدرت الأحكام المطعون فيها من الخصوم الحقيقيين، وهذا ما أخذ به القضاء المصري بشكل صريح في أحكام كثيرة.

ونخلص من هذا المبحث إلى القول، بأن النيابة العامة إذا كانت طرفا أصليا، فقد اعتبرها المشرع المغربي خصما. ومن ثم، فإنها تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الخصوم الذين يرفعون الدعاوى أمام المحاكم المدنية وكذا ما يمكن أن يترتب عن هذا الرفع من إبداء الطلبات والدفع، والطعن في الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى التي كانت طرفا أصليا فيها، كما أن عليها نفس الواجبات التي على الخصوم⁽¹³⁰⁵⁾، ولهذا السبب منع تجريح قضاتها، وذلك انطلاقا من القاعدة القائلة بأن الخصم لا يمكن أن يجرح خصمه.

أما إذا كانت طرفا منضما، فإنها لا تعتبر خصما في الدعوى سواء كان تدخلها في هذه الدعوى تدخلا وجوبيا أو تدخلا اختياريا كما رأينا في المطلبين السابقين، وإنما هي تكون في منزلة القاضي الذي

¹³⁰⁵ ومن هذه الواجبات بدء الحضور والالتزام بدفع المصاريف القضائية. أنظر: فكرة المركز القانوني للخصم. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، عين شمس، يناير 1976، العدد الأول، السنة الثامنة عشر، مطبعة جامعة عين شمس 1978، ص. 77، ولكن في نظرنا أن من أهم الواجبات التي تلزم بها النيابة العامة في المجالين المدني والجنائي هو واجب الحياد، وهذا ما يتأسس عليه التجريح.

يتولى البحث في القضية التي تتدخل فيها. ولهذا السبب، أجمع الفقه على أن رأيها في هذا الوضع القانوني، وإن كان لا يعد حكما قضائيا أو تنقيد به المحكمة، إلا أن هذا البحث في الواقع يمهد للحكم القضائي، وذلك لما له من قيمة أدبية على نظر المحكمة في الدعوى المرفوعة إليها⁽¹³⁰⁶⁾، ولما كان رأيها يبقى محايدا إزاء الخصوم، ويتصف بصفة الفتوى لدى القضاء⁽¹³⁰⁷⁾، فإنه لذلك أجاز المشرع تجريحها وفقا لما هو منصوص عليه في الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية⁽¹³⁰⁸⁾.

ويلاحظ من خلال الرجوع إلى الباب المتعلق بدور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية، والقوانين التي يحيل عليها هذا الباب، فإن هذه الهيئة القضائية يبقى دورها في القضايا المدنية التي تتدخل فيها هو الطريق الطبيعي لممارسة وظيفتها في هذه القضايا، وذلك بسبب انحصاره في إبداء الرأي فقط، دون ممارسة الادعاء الذي يبقى بالنسبة إليها طريقا استثنائيا⁽¹³⁰⁹⁾ في بعض الحالات النادرة التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها، مما يعني أن المشرع المغربي سار في نهج سليم، وذلك عندما اعتبر تجريح النيابة العامة في المادة المدنية يشكل القاعدة، وأن عدمه يشكل الاستثناء، وهذا ما ناقشناه أيضا في المادة الجنائية من منظور الفقه والقضاء.

1306 أحمد مسلم: م. س، ص. 128، فقرة 134.

1307 نفس المرجع السابق.

1308 يقضي هذا الفصل بأنه "تطبق أسباب التجريح المتعلقة بقاضي الأحكام على قاضي النيابة العامة، إذا كان طرفاً منضمًا، ولا يجرح إذا كان طرفاً أصلياً".

1309 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 314 - 315.

المبحث الثاني: علاقة النيابة العامة بالخصوم في القضايا المدنية

لقد سبق القول في الباب الأول من هذه الأطروحة، بأن النيابة العامة ليست خصما⁽¹³¹⁰⁾، ولا طرفا⁽¹³¹¹⁾ في الدعوى العمومية لتجردها من صفات هؤلاء بالشكل المنصوص عليه في القانون المدني كشرط الصفة، والأهلية والمصلحة، وذلك للوظيفة التي تقوم بها في نطاق العمل القضائي. ولكن المشرع المدني أضفى عليها هذه الصفات على سبيل الاستثناء، فاعتبرها كذلك سواء في حالة الادعاء كطرف أصلي أو في حالة الاكتفاء بإبداء الرأي فقط، كطرف منضم. فهل لهذه الهيئة القضائية علاقة مع الخصوم في الدعاوي المدنية؟ وما هي طبيعة هذه العلاقة؟

المطلب الأول: علاقة النيابة العامة كطرف أصلي

بالخصوم في الدعوى المدنية

لقد انتهينا، في المبحث السابق إلى القول بأن النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا على سبيل الاستثناء فقط، وذلك في القضايا التي تكون فيها

¹³¹⁰ إن قانون المسطرة الجنائية لم يعتبر النيابة العامة خصما بصفة مطلقة، وذلك لكون قضاتها هم جزء من السلطة القضائية وليسوا من الخصوم العاديين.

¹³¹¹ لقد سبق أن أكننا في الباب الأول من هذه الأطروحة بأن المشرع الجنائي، لم يذكر في قانون المسطرة الجنائية هذه الصفة إلا في مادة واحدة وهي المادة 562 من هذا القانون.

مدعية أو مدعى عليها، ولكن إذا نص المشرع المغربي على اعتبارها خصما في هذا الوضع القانوني، دون أن تكون كذلك، في حالة اعتبارها طرفا منضما. فما هو أساس اكتساب هذه الصفة ؟ (الفقرة الأولى)، وما هي طبيعة العلاقة التي تكون لها مع الخصوم ؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أساس اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في

القضايا المدنية

وقع خلاف في الفقه حول أساس اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا، حيث بناه البعض على الصفة الاستثنائية التي يمتاز به عملها، في نطاق القضايا المدنية، والبعض الآخر بناه على الصفة التمثيلية التي بمقتضاها تكتسب صفة الخصم، في هذه القضايا.

أولاً: الأساس المبني على الصفة الاستثنائية

لقد استند الفقه في هذا الأساس إلى كون النيابة العامة في القضايا المدنية التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها تقوم بعمل يختلف عن العمل الذي تقوم به في المادة الجنائية، وهذا ما يتراءى في كون أنها ليس لها سند في قانون المسطرة المدنية، بخصوص الوظائف التي حددها لها قانون المسطرة الجنائية في المادة 36 من هذا القانون. ولهذا السبب، فإنها لا يمكن أن تتمسك بمقتضيات هذه المادة في النزاع

المدني، وذلك لسببين: يتمثل أحدهما، في كون أنها في هذا النزاع تفقد الصفة القضائية باعتبار أنها أصبحت خصما عاديا تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الخصوم في النطاق المدني، وتترتب عليها نفس الواجبات التي يرتها القانون على هؤلاء الخصوم.

أما السبب الثاني، فيتتمثل في كون المشرع الجنائي يحول دون تطبيق مقتضيات المسطرة الجنائية على القضايا المدنية، والعكس صحيح بالنسبة للقضايا الجنائية، وهذا ما يجعل منها أن تخرج عن نطاق القاعدة القائلة بأن النيابة العامة، لا تتمسك بمطالبها، بحيث إنها باعتبارها خصما، لا يصح منها أن تتراجع عن المطالب التي سطرته في طلبها الذي ترفع به إلى القضاء، في القضايا التي سمح لها المشرع فيها بإقامة الدعوى المدنية، ونفس المبدأ لا يمكن أن تخرج عليه عندما تكون مدعى عليها في القضايا المذكورة، وذلك وفقا لما ينص عليه الفصل الثالث⁽¹³¹²⁾ من قانون المسطرة المدنية.

ومن جهة أخرى، أنها عندما ترفع الدعوى المدنية، أو تكون فيها مدعى عليها، لا يمكن اعتبارها أجنبية عن الخصوم الذين أصبحوا تواجههم بمقتضى موضوع هذه الدعوى، ولذلك فإنها تصبح غير مستقلة بنفس الاستقلالية التي تتمتع بها في نطاق المادة الجنائية بخصوص

¹³¹² - يقضى هذا الفصل بأنه "يتعين على المحكمة أن تبت، في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ أن تغير تلقائيا، موضوع أو سبب هذا الطلبات".

العمل الذي تقوم به في المادة المدنية، وهذا ما يمكن أن يقال أيضا عن حيادها كهيئة قضائية. ومن ثم، عدم تجريحها.

ويمكن أن نؤكد بأن النيابة العامة، تكون غير مستقلة في القضايا المدنية التي تكون فيها طرفا أصليا، لأنها لا تملك في نطاق هذه القضايا سلطة إصدار الأوامر كالأمر بإجراء الخبرة أو الأمر بالاستقدام، أو الوضع تحت الحراسة النظرية، أو الإيداع في السجن أو الاستناد إلى المحاضر التي ترفع بها الضابطة القضائية في وسائل الإثبات، لأن ذلك كله يتحكم فيه قضاء الحكم، وليس النيابة العامة.

أما بخصوص الحياد، الذي يقتضي عدم الانحياز إلى طرف دون آخر فيصبح بالنسبة لها غير قائم، على اعتبار أنه لا يمكن، أن نتصور هذا الانحياز وهي طرف من أطراف الخصومة التي تتساوى فيها معهم، في الإجراءات والمواجهة وتسيير الدعوى المدنية. وفي هذا الصدد، يرى بعض الفقه الفرنسي بأن النيابة العامة عندما تكون خصما في الدعوى، فإنه من الصعب أن تثور مشكلة الحياد لديها⁽¹³¹³⁾.

وبعبارة أوضح، إن الصفة الاستثنائية التي تجعل من النيابة العامة طرفا أصليا، في بعض القضايا المدنية تستمد تأصيلها من طبيعة الدور الذي تقوم به، في نطاق المسطرة المدنية، وليس من صفتها القضائية، أو من العمل الذي تقوم به في هذا النطاق، وذلك انطلاقا من كون أن المشرع المغربي حصر لها قضايا محددة، من أجل أن تكون

¹³¹³ -Jean Bradel : L'instruction préparatoire , Dalloz, 1990, n° 163, p. 70.

فيها كذلك، في المادة التاسعة من قانون المسطرة المدنية، أو باقي القضايا غير المنصوص عليها، في هذه المادة.

ثانياً: الأساس المبني على الصفة التمثيلية

يرى الفقه الذي يأخذ بهذا الأساس، بأن النيابة العامة، عندما تكون مدعية أو مدعى عليها، في القضايا المدنية التي جعلها القانون أن تكون فيها كذلك إنما تمثل، في هذه القضايا الطرف الحقيقي فيها، وليس لكونها جهاز قضائي أمرها المشرع بأن تدافع عن القانون بالشكل الذي تكون عليه في المادة الجنائية وإنما لأن هذا الطرف غالباً ما يكون غائباً، أو لا يتمتع بصفة التقاضي كالقاصرين وفاقدي الأهلية، أو لأن هذا الطرف الذي تمثله هو الدولة، أو أحد المؤسسات العمومية، أو الجماعات المحلية التي هي في الأصل ملزمة بتمثيلها، أمام المحاكم بقوى القانون. وبصفة خاصة، عندما تكون هذه الدولة كشخص معنوي وليس كنظام قانوني، هذا بالإضافة إلى القضايا التي تكون فيها حقوق الأفراد ذات صلة بسيادة الدولة⁽¹³¹⁴⁾، أو بالمصلحة العامة⁽¹³¹⁵⁾ أو أن الاعتداء على حقوقهم يمس بالنظام العام⁽¹³¹⁶⁾.

1314 كقضايا الجنسية.

1315 كقضايا الحالة المدنية.

1316 كالقضايا المتعلقة بتجريح القضاة ومخلصمتهم، وقضايا الزور الفرعي، وتنازع الاختصاص.

ويعتبر أنصار هذا الاتجاه بأن النيابة العامة، في جميع هذه الحالات، هي الممثل القانوني لهؤلاء الخصوم الحقيقيين الذين لا يسمح لهم القانون بإثارة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني للدفاع عن حقوقهم، أو مصالحهم العامة أو الخاصة، ولذلك فإن هذه الهيئة القضائية، لا ينبغي أن تخضع إلى نفس الشروط التي يحددها الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية⁽¹³¹⁷⁾، على اعتبار أنها مؤهلة قانوناً، بأن تكون خصماً في هذه الدعوى، وذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في الفصل 6 و34 من هذا القانون، وهذا ما جعل منها أن تدعي في الحالات المذكورة أعلاه بشكل تلقائي⁽¹³¹⁸⁾، وبدون حاجة إلى توكيل خطي أو شفاهي من هؤلاء الخصوم الحقيقيين.

أما الحكمة من هذا التمثيل، فيرى الفقه الذي يأخذ به كأساس لرفع الدعوى المدنية، أمام القضاء المدني من النيابة العامة، فيربطها بكون أن المشرع، لا يريد أن يحصر هذه الدعوى في القضايا التي تكون فيها هذه الهيئة القضائية طرفاً أصلياً بين أطرافها الأصليين فقط⁽¹³¹⁹⁾ وذلك لطبيعة النزاع المرفوع في هذه القضايا التي تغلب عليها الطبيعة العامة على الطبيعة الخاصة لهذا النزاع⁽¹³²⁰⁾.

1317 وهذه الشروط هي الصفة، والأهلية والمصلحة.

1318 أنظر الفصل السابع من قانون المسطرة المدنية.

1319 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 126.

1320 وذلك إما لأن هذا النزاع يرتبط بالمصلحة العامة، أو لأنه يتعلق بالنظام العام.

وطبقا لهذا الاتجاه، فإننا نرى بأن التمثيل الذي نحن بصددده يجب أن لا ينحصر في رفع الدعوى المدنية من النيابة العامة كطرف أصلي في القضايا الموجبة لرفع هذه الدعوى منها، وإنما يستمر منها في جميع المراحل التي تمر بها، وبصفة خاصة، ما يتعلق بوجوب حضورها في جميع الجلسات⁽¹³²¹⁾، والقيام بجميع الطعون التي تقتضيها هذه المراحل⁽¹³²²⁾، وهذا ما يميز هذه الهيئة القضائية عندما تكون طرفا أصليا، في نفس القضايا التي تكون فيها طرفا منضما⁽¹³²³⁾، على اعتبار أنها في هذه الحالة الأخيرة لا تكون خصما⁽¹³²⁴⁾ لأنها لا تمثل أطراف الخصومة فيها⁽¹³²⁵⁾.

1321 و هذا ما ينص عليه الفصل العاشر من قانون المسطرة المدنية بشكل صريح في شطره الأول، حيث يقضي هذا الشرط بأنه "يعتبر حضور النيابة العامة في الجلسة غير إلزامي، إلا إذا كانت طرفا أصليا".

1322 وفي هذا الصدد يقضي الفصل السابع من قانون المسطرة المدنية بأنه " يحق للنياية العامة استعمال كل طرق الطعن عدا التعرض (لوجوب حضورها) عندما تتدخل تلقائيا مدعية أو مدعى عليها، في الأحوال المحددة بمقتضى القانون".

1323 وتكون النيابة العامة طرفا منضما، في نفس القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا، وذلك عندما يتم تبليغها بهذه القضايا للتدخل فيها تدخل إلزاميا، لا تدخل اختياريًا.

1324 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127. وهذا ما أكدته هنا الفقه بقوله: "وإذا تدخلت في دعوى قائمة بين طرفين لكي تدلي برأيها في المبادئ القانونية المتصلة بالدعوى اعتبرت أنها تعمل بطريق إبداء الرأي Par voie de réquisition ولا يكون لها صفة الخصم في الدعوى، وإنها تعتبر طرفا منضما فقط Partie jointe". أنظر نفس الصفحة.

1325 وإن كانت النيابة العامة، في القضايا التي تتدخل فيها إلزاميا، أنها تكون ملزمة بحضور الجلسات، والقيام بالطعون، وذلك لتعلق النزاع الذي تتدخل فيه بهذه الصفة بالنظام العام، أو تطغى عليه الصفة العامة. أنظر الشرط ما قبل الأخير من الفصل العاشر من قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية: طبيعة علاقة النيابة العامة كطرف أصلي

مع الخصوم في الدعوى المدنية

إن الأصل في النيابة العامة، في نطاق قانون المسطرة الجنائية أنها تبقى مستقلة، في عملها عن الأفراد، وذلك انطلاقاً من كون الجرائم التي تحرك فيها الدعوى العمومية يكون فيها المجنى عليه هو الدولة أو المجتمع، وليس الفرد الذي وقعت عليه هذه الجريمة⁽¹³²⁶⁾. أما في نطاق القانون المدني، فإنها عندما تكون طرفاً أصلياً فإن الأمر يختلف، بسبب كونها، في هذه القضايا تصبح خصماً من الخصوم، تتمتع بجميع الحقوق والواجبات التي يتمتع بها هؤلاء الخصوم أو تترتب عليهم، وليس هيئة قضائية مستقلة في عملها⁽¹³²⁷⁾. ولهذا الاعتبار، فإن الفقه اعتبر هذه الهيئة القضائية بهذا الشكل، بأن علاقتها مع الخصوم لها صورتين، إحداهما موضوعية، والأخرى شكلية.

أولاً: العلاقة الموضوعية

إن النيابة العامة عندما تصبح خصماً، في القضايا المدنية التي تكون فيها مدعية، أو مدعى عليها تنشأ بينها وبين الخصوم الذين

1326 أشرف رمضان عبد الحميد: م. س، ص. 92.

1327 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 128.

أحمد مسلم: م. س، ص. 128، فقرة 134.

أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127، فقرة 65.

يواجهونها في الدعوى المدنية التي رفعتها في هذه القضايا علاقة ذات طبيعة موضوعية إلى جانب العلاقة الإجرائية التي سنراها، في النقطة الثانية من هذه الفقرة. وتكمن هذه العلاقة في وجوب إثبات صفتها، في الطلب التي ترفع به إلى المحكمة المختصة بالنظر في هذه الدعوى ما إذا كانت هذه الصفة تقتضي أنها طرف أصلي أو طرف منضم، وذلك لما تثيره هذه الإشكالية من تهرب هذه الهيئة القضائية من القيام بواجبها القانوني في هذين الوصفين، وذلك إما لكون أنها تريد التنصل من اعتبارها طرفا أصليا لإضفاء صفة الخصم عليها أو أنها تريد التنصل من تجريحها من طرف الخصوم، في حالة قيام أسباب هذا التجريح إذا كانت طرفا منضما.

ولتوضيح هذه الإشكالية، إن المشرع المغربي عندما اعتبر النيابة العامة بأنها يمكن أن تكون طرفا أصليا أو طرفا منضما في نفس القضايا، متى تم تبليغها بالدعوى المرفوعة من الخصوم الحقيقيين أعطى لهذه الهيئة أن تختار لنفسها الموقع المناسب لها في هذه القضايا ما إذا كان يجب أن تكون فيها طرفا أصليا أو طرفا منضما.

فإذا اختارت أن تكون طرفا أصليا، فإنها تريد أن تواجه الخصوم بعد تأكدها بأنها تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها هؤلاء. ومن ثم، فإنها إذا أرادت أن تنحاز إلى أحد هؤلاء، تحصن نفسها بمقتضى هذا الاختيار من تجريحها منهم، وبالمقابل، فإنها باعتبار نفسها خصما في الدعوى، تستطيع تجريح القضاة، وذلك بالشكل الذي

يمكن أن يجرحها به غيرها من الخصوم الذين تتواجه معهم⁽¹³²⁸⁾، وهذا ما يضر بالعدالة الجنائية التي أصبحت مرتبطة بالأهداف الخاصة لهذه الهيئة القضائية، وليس بالأهداف العامة.

أما إذا اختارت أن تكون طرفا مت دخلا، فإن هذا التدخل بالتأكيد يجعلها أن تتخلى عن حصانتها من تجريح الخصوم لها، بالإضافة إلى أنها تتخلى عن وسيلة إبداء الطلبات، والتمسك بالدفع المقررة لها قانونا في حالة اعتبارها طرفا أصليا، مما يجعلها أن تكتفي برأيها الذي لا تتقيد المحكمة به، وهذا ما يضر بالمصالح العامة التي ترفع عنها باسم القانون من جهة، أو تهدر بالنظام العام المكلفة بالتمسك به، من أجل المطالبة بإخضاع الخصوم لمصلحة هذا النظام الذي يفرض عليها إثارة الطعون الممنوعة عليها إلا في حالة القضايا المتعلقة به من جهة أخرى. وهذا ما يعني الإضرار بالطرف الذي تمثله في حالة عدم رفعها للدعوى المدنية كطرف أصلي⁽¹³²⁹⁾.

وانطلاقا من هذه الإشكالية، يبدو لنا أن المشرع المغربي لم يكن موفقا في الدور الذي تقوم به النيابة العامة في المادة المدنية، وإلا فإنه يجب إعادة النظر في هذا الدور، وذلك بتحديد القضايا التي يجب أن تكون فيها طرفا أصليا، والقضايا التي تكون فيها طرفا منضما، وبشكل لا ينبغي التنصيص في هذا التحديد على هذه الازدواجية، نظرا لما

1328 سعيد زيتوني: دور النيابة العامة، في قضاء الأسرة. أنظر مجلة المحاكم المغربية عدد

120، ماي - يونيو 2009، ص 41.

1329 سعيد زيتوني: م. س، ص. 47.

يتضح لنا من النتائج غير المنطقية المترتبة على هذه الازدواجية، سواء بالنسبة لها أو بالنسبة للخصوم، وهذا ما يمكن توضيحه في الملاحظتين الآتيتين:

الملاحظة الأولى: إن النيابة العامة تجعل من النزاع ذات صفة عامة، في القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا، ولكنها إذا اكتفت فقط بالتدخل في هذه القضايا، فإن هذه الصفة العامة تتحول إلى صفة خاصة، وهذا ما يجعل من المشرع أن يمنعها من الطعون فيها إذا كانت تتعلق بالنظام العام، الأمر الذي يفسر بأن النزاع الذي نحن بصدد، لا يكتسب صفة قانونية خاصة أو محددة، حتى تستطيع هذه الهيئة القضائية من خلالها تحديد موقعها من الخصوم ما إذا كانت طرفا أصليا أو طرفا منضما، وذلك حتى يتمكن هؤلاء من تجريحها أو عدم تجريحها.

الملاحظة الثانية: إن الهدف التشريعي من اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا، هو أن المشرع المغربي يريد أن يتجاوز الحدود الضيقة للنزاع بين الأفراد إلى اعتباره نزاعا يضر بحقوق الجماعة⁽¹³³⁰⁾، ولكن هذا الهدف أصبح تترتب عليه نتائج غير مقبولة، وهي أن هذه الهيئة القضائية تفقد صفتها القضائية عندما تصبح بهذا الشكل، مما يعني أنها لا تستطيع أن تستعين بصفتها القضائية، بخصوص إصدار الأوامر أو ممارسة سلطتها الأصلية التي تتمتع بها أمام المحاكم الجنائية. ومن ثم،

1330 نقض مصري أورده أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 128، هامش رقم 1.

توظيفها في وسائل الإثبات أو الخبرة أو التحقيق، وذلك لمساعدة قضاء الحكم بالشكل الذي تكون عليه، وهي طرف منضم.

وهذا يعني أن النيابة العامة، لا يكفي أن تمنح لها صفة المدعي أو المدعى عليه من أجل عدم تجريحها من الخصوم أو تمكينها من حضور الجلسات بصفة إلزامية أو ممارسة الطعون، وإنما لابد من وجوب الاحتفاظ على دورها الأصلي الذي هو الدفاع عن المصالح العامة للمجتمع باعتبارها هيئة قضائية، وليس باعتبارها خصما في الدعوى المدنية.

والذي يجب أن نلاحظه في هذا الارتباك التشريعي لدور النيابة العامة في المادة المدنية، هو أن المشرع المغربي تارة ينص بشكل صريح في اعتبار هذه الهيئة طرفا أصليا، وتارة أخرى يعتبرها ليس كذلك، وهذا ما يبدو واضحا مثلا من المادة الثالثة من مدونه الأسرة، حيث تقضي هذه المادة بأنه **"تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا، في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة"**⁽¹³³¹⁾، غير أنه يتضح

¹³³¹ ويبدو أن المشرع المغربي، لم يكن موفقا في هذا النص على اعتبار أن النيابة العامة يكون مجال تدخلها في قضايا الأسرة، أوسع من مجال اعتبارها طرفا أصليا، وهذا ما يترأى في استعانة المحكمة بها، في تجهيز ملف الطلاق، وذلك بتكليفها بالسهر على تبليغ، وإحضار الزوجة أو البحث عن عنوانها، إذا تبين بأن عنوانها مجهول. ومن جهة أخرى أنه عند تقديم طلب الطلاق لدى كتابة ضبط قضاء الأسرة، فإن هذا الطلب يحال على النيابة العامة لفتح ملف له نظير الملف الذي قحه لدى هذا القضاء وتسجيله بسجلاتها.

وفي نفس السياق، تنص المادة 103 من مدونه الأسرة على مساعدة النيابة العامة للمحكمة للتأكد من كون محل غيبة الزوج ظل مجهولا، وذلك، في إطار دعوى التطليق لعدم الإنفاق، أو التطليق بسبب الغيبة. كما هو منصوص عليه في المادة 105 من نفس المدونة. وفي حالة

من هذه المادة بأنه حتى ولو تبين لنا، بأنها قد حسمت في الاحتمال، في النقاش ما إذا كان اعتبار هذه الهيئة القضائية طرفا أصليا أو منضما في قضايا الأسرة⁽¹³³²⁾، فإنه سرعان ما أصبح ما تم للتصيص عليه في المادة المذكورة يعتريه نوع من الغموض، وذلك عندما نص في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، كما تم تعديله وتتميمه بظهير 3 فبراير 2004 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 03-72 القاضي بتغيير قانون المسطرة المدنية بأنه "يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية: 1-... 2 - القضايا المتعلقة بالأسرة. 3 -..."، بحيث يلاحظ من هذا الارتباك التشريعي، بأن المشرع المغربي لم يستطع الخروج من التناقض الذي وقع فيه، في النصين المذكورين، أو على الأقل أن يحسم في الصفة الحقيقية للنيابة العامة، في القضايا المتعلقة بالنظام العام أو لها صلة بالمصلحة العامة. فهل نحن نستطيع في هذه الحالة أن نلجأ إلى القاعدة الفقهية القائلة، بأن النص الخاص يقيد النص العام أو إلى القاعدة الفقهية القائلة، بأن النص اللاحق يقيد النص السابق.

فنحن إذا أردنا أن نأخذ بالقاعدة الأولى، فإن النيابة العامة دائما تظل طرفا أصليا، في قضايا الأسرة. ومن ثم، فإنه لا مجال لاعتبارها

القضايا المتعلقة بتبني الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطلق أو الخلع، حيث أن هذه القضايا يجب إحالتها على النيابة العامة قصد الإدلاء بمستنتاجاتها الكتابية. إن المشرع المغربي اعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الأسرة، وذلك ليس لاعتبار أنها يجب أن تكون كذلك، وإنما لأنه يريد أن يحسم في كونها يجب أن تكون طرفا أصليا على سبيل الاستثناء وطرفا منضما كقاعدة عامة.

طرفا مت دخلا في هذه القضايا، بالشكل المنصوص عليه في المادة التاسعة من قانون المسطرة المدنية.

ولكن بالمقابل، إذا أخذنا بالقاعدة الثانية، فنجد بأن التعديل الذي طال نص الفصل التاسع المذكور بالشكل الذي سبق أن رأينا، يجعل وجوب الأخذ بما جاء في هذا الفصل، عندما يتعلق الأمر بتدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة، والأخذ بما جاء في المادة الثالثة من مدونة الأسرة عندما تكون هذه الهيئة طرفا أصليا في هذه القضايا⁽¹³³³⁾، وهذا ما زاد في الغموض الذي سبقت الإشارة إليه تعقيدا، الأمر الذي جعل من نفس المشرع أن يبرح في مكانه، وذلك بالرغم من تدخله في محاولة الحسم في موقفه بالنسبة لدور النيابة العامة في المادة المدنية.

ثانيا: العلاقة الإجرائية

يمكن حصر هذه العلاقة في المواجهة، وتتبع النزاع وتسيير الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء المختص.

فمن ناحية المواجهة، إن الخصم عندما يواجه النيابة العامة في القضايا التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها يدرك بأنه يقف أمام خصم من نوع خاص، يستطيع أن ينحاز إلى خصم آخر، أو يكتفي فقط

¹³³³ ومن هذا المنطلق، فإن النيابة العامة لا تعتبر فقط طرفا أصليا في قضايا الأسرة، بل هي أيضا مساعدا للقضاء على مستوى التبليغ كطرف منظم، ومنه على مستوى تجهيز الملفات. أنظر: سفيان أدريش: دور النيابة العامة في قضاء الأسرة. مجلة القصر، العدد التاسع، ص.

بالسعي إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وفي هذا الإدراك دلالة واضحة، بأن هذه الهيئة القضائية أثناء هذه المواجهة ترفع عنها صفة الحياد⁽¹³³⁴⁾ التي تتمتع بها، وهي هيئة قضائية في المادة الجنائية، و القضايا المدنية التي تتدخل فيها. ومن ثم، فإنه لا يستطيع أن يعمل على تجريحها، إذا ما قامت بينه وبينها أسباب هذا التجريح.

أما من ناحية تتبع النزاع، فإن النيابة العامة، عندما تكون طرفاً أصلياً في القضايا المدنية التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها، فإن المشرع منعها، أن تتخلى عن هذا النزاع، أو أن تتنازل عنه، أو التشطيب على الدعوى، في حالة تخلفها عن الحضور، وهذا ما يفسر وجوب حضورها في جميع الجلسات التي تعقدها المحكمة، في حالة اكتسابها هذه الصفة من جهة، ومن جهة أخرى أن النزاعات التي تكون فيها هذه الهيئة القضائية طرفاً أصلياً تتعلق بالنظام العام، أو بالمصلحة العامة، ولذلك، فإن كل ما يتعلق بهذا النظام، لا يجب التنازل عنه لمصلحة الخصوم الذين لا يمثلون إلا مصلحتهم الشخصية⁽¹³³⁵⁾.

وأخيراً، فإن النيابة العامة ملزمة بتسيير الدعوى المدنية، وذلك عن طريق ما تتقدم به من مستندات وطلبات ودفع وطعون، وهذا ما جعل من المشرع أن يعتبرها أول من يتكلم، إذا كانت مدعية، وذلك من أجل تعقيب الخصوم على ما تطرحه في أوراقها من طلبات، ودفع،

1334 عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص 1999، ص. 50.

1335 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 77.

وآخر من يتكلم إذا كانت مدعى عليها⁽¹³³⁶⁾. وهي بهذا المعنى يجب عليها عند ممارسة الدعوى المدنية أن تلتزم بالانضمام في طلباتها إلى أحد الخصوم أو أن تبدي بأي طلب أو دفع، لم يتقدم به هذا الخصم، وذلك لاشتراكهما، في المصالح، وهذا بخلاف الأمر، عندما تكون طرفاً منضمًا، فإن هذه الدعوى يتم تسييرها، من طرف الخصوم، وليس من طرفها⁽¹³³⁷⁾.

ومعنى تسيير الخصومة، أن الخصوم يعملون على ممارسة الدعوى المدنية منذ وقت رفعها إلى حين سقوطها، أو صدور حكم بشأنها، وذلك عن طريق إتباع جميع الإجراءات التي يتطلبها القانون، في هذه الممارسة، سواء من المدعي أو المدعى عليه، وهذا ما يتم عن طريق افتتاح الدعوى، وتصحيح الإجراءات الباطلة وحضور جلسات المحكمة، أو طلب تأجيل انعقاد هذه الجلسات، في ميعاد لاحق بهدف تقديم مستنتجات إضافية، أو الرفع بطلب رفض تأجيل النظر، في هذه الدعوى.

وفي جميع هذه الأوضاع القانونية، فإن النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً، يجب احترام إجراءات ممارسة الدعوى التي يقوم بها الخصم الآخر، وإلا فإنها ستكون مخلة بمبدأ المساواة بينها وبين الخصوم. ومن ثم، فإنها لا يجب الاعتراض على ما يبديه هؤلاء

1336 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127.

1337 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 320.

الخصوم، أو منعهم من الاستمرار، في إجراءاته التي يلزم القانون القيام بها، لأن ذلك من اختصاص المحكمة، وليس من اختصاصها حتى ولو تعلق الأمر بإحداث الضوضاء داخل الجلسات⁽¹³³⁸⁾.

وفي هذا الصدد، يجب الإشارة إلى أن البحث الذي تقوم به النيابة العامة على الطرف الآخر، في القضايا التي تتطلب هذا البحث، لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً، وإنما هو عمل إداري، يمكن أن تستعين به في دعم طلباتها، أو مستنتاجاتها، وليس من أجل ممارسة سلطاتها القضائية، لأنها في هذه الحالة هي ليست من قبيل هذه السلطة، وإنما هي مجرد طرف يجري عليها جميع ما يجري على الخصوم.

المطلب الثاني: علاقة النيابة العامة كطرف منضم بالخصوم في الدعوى

المدنية

لقد اتضح لنا في المطلب السابق، بأن صفة النيابة العامة كطرف أصلي تجعل منها، أن يسري عليها ما يسري على الخصوم، بخصوص إجراءات ممارسة الدعوى المدنية مما يجعلها أكثر علاقة مع هؤلاء الخصوم، وذلك بسبب المواجهة التي تقع بينهم خلال القيام بهذه الممارسة. أما عندما تكون طرفاً منضمّاً، فهي لكونها أجنبية عن الخصومة بسبب تدخلها الإلزامي أو الاختياري، تبقى علاقتها مع

¹³³⁸ فكرة مركز الخصم: م. س، ص. 172 وما بعدها.

الخصوم إما علاقة غائية (الفقرة الأولى) أو علاقة قانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العلاقة الغائية

إذا كانت النيابة العامة كطرف منضم، لا تربطها بأطراف الخصومة أي علاقة إجرائية، أو موضوعية بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون طرفاً أصلياً، فإنها تشترك فقط، مع هؤلاء في كون أن كلا منهما يستهدف تحقيق غاية معينة من الدعوى التي توصف فيها بهذه الصفة، وهذه الغاية هي حماية الحقوق، أو المصالح التي يثور النزاع بشأنها⁽¹³³⁹⁾، وهذا ما يفسر بأن الإجراءات المتبعة من أجل تحقيق هذه الغاية، هي مجرد وسيلة من الوسائل التي يلجأ إليها أطراف الخصومة، غير أن النيابة العامة في هذا الوضع القانوني، باعتبارها طرفاً أجنبياً عن هذه الخصومة، لا تستطيع الانضمام بطلباتها إلى أحد الخصوم، أو أن تثير دفعا لم يدفع به أحد هؤلاء الخصوم⁽¹³⁴⁰⁾، وذلك نظراً لاختلاف طبيعة المصالح التي يستهدفها، كل طرف سواء النيابة العامة، أو غيرها من الخصوم الحقيقيين⁽¹³⁴¹⁾.

1339 فكرة المركز القانوني للخصم: م. س، ص. 142.

1340 وهذا هو معنى حياد النيابة العامة عندما تكون طرفاً منضمّاً.

1341 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 320.

ولما كانت النيابة العامة يتحدد مركزها القانوني، من منظور هذه العلاقة، بكونها طرفاً منضماً لا طرفاً أصلياً، فإن المشرع المغربي قد حرص في بناء نفس العلاقة بينها وبين الخصوم على مبدأ الحياد. ولهذا السبب، اعتبر بأنه متى تم المساس بهذا المبدأ، فإنه يمكن لهؤلاء الخصوم اللجوء إلى التجريح المنصوص عليه، في الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية.

ويبدو لنا، بأن النيابة العامة لا يجرحها الخصوم بناء على مبدأ الحياد فقط، وإنما يجرحها هؤلاء أيضاً، لأنها ليست خصماً بالشكل الذي تكون عليه طرفاً أصلياً، على اعتبار أنها تتدخل، في الخصومة لمعاونة القضاء للكشف عن الحقيقة، وليس من أجل المواجهة مع الخصوم⁽¹³⁴²⁾، ولذلك فإنها لا تتمتع بأي مركز قانوني للاختصاص، في الدعوى المدنية المرفوعة من غيرها بقدر ما تكفي بإبداء رأيها فقط، وذلك بغض النظر عما إذا كانت المحكمة قد أخذت بهذا الرأي أو لم تأخذ به⁽¹³⁴³⁾. ولهذا السبب، فإنها إذا لم تقم بأي إجراء يتوقف عليها سير هذه الدعوى، لا يمكن اعتباره إجراء باطلاً، لأنه لا يضر بالخصوم، أو بالنظام العام أو بالمصلحة العامة⁽¹³⁴⁴⁾.

ويلاحظ من هذه العلاقة، بأن النيابة العامة عندما تكون طرفاً منضماً، لا تكون خصماً، وذلك لاحتفاظها على مركزها القانوني، كهيئة

1342 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127.

1343 فكرة المركز القانوني للخصم: م. س، ص. 139.

1344 أحمد مسلم: م. س، ص. 128.

قضائية قائمة بذاتها تتدخل فقط لمساعدة قضاء الحكم، بسبب ما تملكها من وسائل قانونية ومادية للوصول إلى الحقيقة التي يتوخاها الخصوم الأصليين أو الحقيقيين⁽¹³⁴⁵⁾، وهذا ما يرفع عليها صفة المواجهة بينها وبين هؤلاء الخصوم.

ولكن إذا كانت النيابة العامة لا يمكن اعتبارها خصما، عندما تكون طرفاً منضماً، فإن علاقتها بالخصوم، تبدو، واضحة في هذه الحالة من منظور اعتبار الدعوى المدنية، لا يمكن ممارستها أمام القضاء من طرف هؤلاء الخصوم إلا بتدخلها، على اعتبار أنه بدون هذا التدخل، يتوقف سير هذه الدعوى، وذلك بالرغم من أنه تدخل يقتضي منها إبداء الرأي فقط، سواء كان تدخلاً إلزامياً أو تدخلاً اختيارياً، وهذا ما يجعل من بعض الفقه، أن يعتبرها قاضياً إضافياً⁽¹³⁴⁶⁾، وليس خصماً بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون طرفاً أصلياً، الأمر الذي جعل من المشرع أن يسمح بتجريحها من طرف الخصوم متى أخذت هذا المركز القانوني⁽¹³⁴⁷⁾.

ويظهر من هذه النتيجة، التي انتهينا إليها، بأن المشرع المغربي عندما اعتبر النيابة العامة طرفاً منضماً في جميع القضايا المدنية، سواء تعلق الأمر بالقضايا التي تتدخل فيها تدخلاً إلزامياً أو تدخلاً

1345 أحمد مسلم: نفس المرجع السابق.

1346 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 128.

1347 أحمد أبو الوفا: نفس المرجع السابق.

اختياريا⁽¹³⁴⁸⁾. كان يريد أن يجعل من هذه الهيئة القضائية طرفا محايدا، وذلك حتى لا تصطم مع الخصوم بشكل مباشر، وذلك بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون طرفا أصليا، وهذا ما جعلنا أن نؤكد في المطالب السابقة بأن الأصل في النيابة العامة أن تكون طرفا منضما كقاعدة عامة، وطرفا أصليا على سبيل الاستثناء.

وفي إطار هذا المعنى، فإن هذه الهيئة القضائية إذا كان المشرع المغربي قد ألزمها بحضور الجلسات وتقديم المستنتاجات، والطعن في الأحكام الصادرة في النزاع الذي سبق أن تدخلت فيه تدخلًا إلزاميا، فإن هذه الإجراءات القانونية التي تقوم بها لا تفيد الخصوم، مادام أن الأمر يتعلق باللجوء إليها لمصلحة القانون، وليس لمصلحة هؤلاء الخصوم⁽¹³⁴⁹⁾، على اعتبار أنها في هذا الوضع القانوني لا تدعي شيئا باسم المجتمع كما هو الأمر عندما تكون طرفا أصليا، وإنما تبدي رأيها في الدعوى القائمة فقط، وذلك بهدف معاونته القاضي في أداء مهمته في حسن تطبيق القانون⁽¹³⁵⁰⁾، وليس من أجل الوصول إلى نتيجة محددة تخدم مصلحة أحد الطرفين المتخاصمين كما هو الأمر عندما تكون مدعية أو مدعى عليها، في القضايا المدنية التي أوجب عليها القانون أن تكون فيها كذلك.

1348 والنيابة العامة تتدخل بشكل وجوبي، في القضايا التي يمكن أن تكون فيها طرفا أصليا كخصم مدعي أو مدعى عليه. وتتدخل بشكل اختياري في ماعداء الحالات التي لا تكون فيها مدعية أو مدعى عليها.

1349 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 313.

1350 نفس المرجع، ص. 314.

المقرة الثانية: العلاقة القانونية

إن العلاقة القانونية بين النيابة العامة والخصوم تفسرها الدلالة القانونية لمعنى انضمامها إلى الدعوى المدنية في القضايا التي اعتبرها المشرع المغربي أن تكون فيها كذلك. ولهذا السبب، فإن هذه العلاقة لا يمكن اعتبارها علاقة الخصم بالخصم، مادام أنها في هذا الوضع القانوني، لا تقوم على المواجهة بين الطرفين، وهذا ما جعل من هذا المشرع أن يعتبرها طرفا دون أن يعتبرها خصما، كما هو الأمر عندما تكون طرفا أصليا. وبعبارة أخرى، إن العلاقة التي تقوم بين النيابة العامة والخصوم لا ترجع في أساسها إلى الدعوى التي رفعها أحد الخصوم ضد آخر، في القضايا التي ألزمها المشرع، أن تكون فيها طرفا منضمًا، وإنما القانون هو الذي اعتبرها كذلك، وهذا ما جعل منها أن تكفي بإبداء الرأي أتم القضاء دون إبداء الطلبات أو التمسك بالدفع بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون طرفا أصليا⁽¹³⁵¹⁾، ولهذا السبب، فقد أجمع الفقه على أن هذه الهيئة القضائية، هي في الحقيقة لا تعتبر بتدخلها طرفا بالمعنى الكلمة في الدعوى، وإنما هي ممثلة للمصلحة العامة في خصومة قائمة بين آخرين⁽¹³⁵²⁾.

¹³⁵¹ وهذا ما يبدو من التعبير الفرنسي *Partie jointe* الذي يفيد الطرف المعاون للقضاء وليس طرفا مواجها للخصوم.

¹³⁵² إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 314.

ويبدو من هذه العلاقة التي نحن بصددھا، بأن النيابة العامة يمكن أن تشبھھا، في هذا الصدد بالشھود الذين يستعين بهم قضاة الحكم، في بعض القضايا التي لا يمكن إجلاء الحقيقة فيها إلا بمساعدتهم عند الإدلاء بشھادتهم في هذه القضايا، وذلك بالرغم من عدم الأخذ بهذه الشھادة، وذلك بالشكل الذي لا يكون نفس القضاء ملزما بالأخذ برأي النيابة العامة عندما تكون طرفا منضمًا، ووجه الشبه بين الطرفين في هذا الوضع القانوني هو أن كلا منهما لا يعتبر طرفا في الخصومة التي تدخل فيها، وهذا ما يفسر أن المشرع يسمح بتجريحھا، في حالة عدم التزامھا بالحياد الذي يفرضه عليهما القانون.

وبفھم من هذه المقارنة أن النيابة العامة، في حالة اعتبارھا طرفا منضمًا لا تتحكم في تسيير الدعوى المدنية التي يكون فيها هذا التسيير من اختصاص الخصوم، وليس من غيرهم من المتدخلين، وذلك لكونھا ليست خصمًا، وإنما هي طرف فقط⁽¹³⁵³⁾.

ومعنى تسيير الخصومة، مواصلة السير في إجراءاتھا، وذلك تحت طائلة جزاءات إجرائية، قد يترتب على عدم القيام بها شطب الدعوى، أو وقفھا أو سقوطھا⁽¹³⁵⁴⁾، وذلك في حالة غياب الخصوم، أو إھمالهم القيام بإحدى هذه الإجراءات التي يأمر بها القانون، أو القاضي،

1353 دراسات في المركز القانوني للخصم: م. س، ص. 174.

1354 نفس المرجع السابق، ص. 175.

أو الامتناع عن تصحيحها⁽¹³⁵⁵⁾، وهذا ما يفسر وجوب حضور النيابة العامة في الدعوى التي تكون فيها طرفا أصليا، دون أن تقوم بذلك في حالة اعتبارها طرفا منضما⁽¹³⁵⁶⁾، وذلك انطلاقا من كون أنها في هذا الوضع القانوني الأخير، لا تتمتع فيه بأي مركز قانوني للخصم الذي يكون مدعيا أو مدعى عليه في الدعوى المدنية المرفوعة من أحدهم أمام القضاء⁽¹³⁵⁷⁾.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن تسيير الخصومة من الخصوم لا يتم بطريق الإلزام بالحضور أو تصحيح الإجراءات الباطلة فقط، وإنما يتم أيضا عن طريق تقديم الطلبات أو إثارة الدفوع، وهذا ما لا تملكه النيابة العامة عندما تكون طرفا منضما، مما يعني أن هذه الهيئة القضائية إذا حضرت جلسات المحاكم في حالة تدخلها دون حضور الخصوم الحقيقيين، فإنها لا تملك حق تسيير هذه الخصومة من أجل وقاية الدعوى المرفوعة بشأنها من التشطيب عليها⁽¹³⁵⁸⁾. والسبب في ذلك، هو أنها تبقى أجنبية عن هذه الدعوى في جميع المراحل التي تمر بها. والذي يؤكد بأن النيابة العامة لا تتحكم في تسيير الدعوى المدنية هو أن المشرع المغربي منعها من ممارسة حق الطعن، في القضايا التي

1355 أنظر الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية.

1356 إن النيابة العامة في حالة تدخلها الإجباري هي بدورها تكون ملزمة بالحضور، ولكن هذا الحضور يكون واجبا عليها، وليس حقا لها.

1357 مركز الخصم: م. س، ص. 175.

1358 نفس المرجع السابق، ص. 179.

تتدخل فيها، سواء كان تدخلها اختياريا أو إلزاميا⁽¹³⁵⁹⁾، وذلك لأن هذا الإجراء القانوني ينقل الدعوى من مرحلة إلى أخرى، وهذا ما يخص الأطراف وحدهم دون غيرهم من المتدخلين⁽¹³⁶⁰⁾.

وانطلاقا من هذا الاعتبار، فإن النيابة العامة إذا لم يتم تبليغها بالقضايا التي أوجب فيها القانون بهذا التبليغ، لا يحق لها الطعن في الحكم الصادر من المحكمة بناء على تفويت الفرصة عليها للعلم بالنزاع الذي كان من حقها إبداء الرأي فيه، وذلك لأن هذا الحكم يكون باطلا بقوة القانون. ومن ثم، فإن هذا البطلان لا يمكن أن يتمسك به إلا من كان التدخل مقرر لمصلحته من الخصوم دون غيره⁽¹³⁶¹⁾.

وفي هذا السياق، أجمع الفقه على أن النيابة العامة عندما تكون طرفا منضمًا، فإن الخصوم ليس من حقهم تقديم مذكرات جديدة بعد إبداء رأيها، إلا إذا رأت المحكمة ذلك. وفي هذه الحالة، لا بد من إعادة

1359 يقضي الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية، في هذا الصدد بأنه "تتدخل النيابة العامة كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها. وكذا في الحالات التي تطلب النيابة العامة التدخل فيها بعد إطلاعها على الملف، أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف القاضي، ولا يحق لها في هذه الأحوال استعمال أي طريق للطعن".

1360 وفي رأي الفقه الراجح، بأن الطعن هو حق للخصوم، يمكنهم أن يلجأوا إليه، أو ينتازلوا عنه، مما يعني أنهم إذا لجأوا إلى هذا التنازل، فإنهم يحسمون في إيقاف سير الدعوى التي أقاموها أمام القضاء. ولهذا السبب، فإنه لا يحق لغيرهم أن يلجأوا إليه بدون سند في القانون. وهذا ما يمكن استخلاصه من الفقرة الأخيرة من المادة 110 من قانون المسطرة المدنية.

1361 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 319 وما بعدها.

المرافعة من أجل تطبيق القاعدة الفقهية القائلة⁽¹³⁶²⁾ بأن النيابة العامة تكون آخر من يتكلم، عندما تكون طرفاً منضماً⁽¹³⁶³⁾.

¹³⁶² وهذه القاعدة هي في نفس الوقت قاعدة تشريعية. أنظر مثلاً المادة 95 من قانون المرافعات المصري.

¹³⁶³ وقد حكم القضاء المصري في هذا الصدد بأنه "لا يقصد بذلك، أنه يجب على النيابة العامة أن تبدي رأيها في كل مرحلة من مراحل الدعوى، وإنما يكفي أن تبدي رأيها مرة واحدة حتى ولو فتح بلب المرافعة من جديد، مادامت لم تطلب الكلمة الأخيرة". أورد هذا الحكم إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 321، هامش رقم 1.

الفرع الثاني: تحديد طبيعة النيابة العامة وخصائص تدخلها

في القضايا المدنية الموجبة للتجريح

من المسلم به في المادة المدنية أنه لا يكفي الجزم على تجريح النيابة العامة أو عدم تجريحها دون تحديد طبيعتها التي من خلالها نستطيع القيام بهذا التمييز (المبحث الأول)، وهذا ما لا يتأتى لنا إلا من خلال دراسة أهم خصائصها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد طبيعة النيابة العامة في القضايا المدنية الموجبة للتجريح

إن تحديد طبيعة النيابة العامة في القضايا المدنية قد حسم فيه المشرع، وذلك حينما اعتبرها خصما، في الحالة التي تكون فيها طرفا أصليا، ومجرد طرف منضم في القضايا التي تتدخل فيها. ولهذا السبب، فإننا من أجل التسليم بهذا التحديد لابد من التمييز بين اعتبارها طرفا أصليا من جهة، وبين اعتبارها طرفا منضما من جهة أخرى (المطلب الأول). ومن ثم، إمكانية دراسة النتائج المترتبة عن هذا التمييز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التمييز بين اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أو طرفا منضمما

من الملاحظ أن المشرع المغربي لم يميز بين النيابة العامة كطرف أصلي أو طرف منضم في المادة الجنائية، إلا من حيث تحديد الجرائم التي تكون فيها شخصا إجرائيا دون غيرها من الأشخاص الإجرائيين الآخرين الذين خصهم بتحريك الدعوى العمومية في بعض الحالات. وهذا بخلاف الأمر في المادة المدنية، حيث نص فيها بشكل صريح على هذا التمييز. فما هو الأساس الذي اعتمده في هذا النهج؟ (الفقرة الأولى)، وما هي أهميته من الناحية القانونية؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أساس التمييز بين النيابة العامة

كطرف أصلي أو كطرف منضم

إن المشرع المغربي عندما ميز بين النيابة كطرف أصلي أو كطرف منضم في المادة المدنية، اعتمد في هذا التمييز على طبيعة مركزها القانوني ما إذا أمكن اعتبارها خصما أو قاضيا إضافيا، بحيث إنها إذا كانت خصما فيجب تأسيس عملها على مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القانون، سواء من حيث الحقوق أو من حيث الواجبات، وذلك في القضايا التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها. أما إذا كانت قاضيا إضافيا، فيجب تأسيس عملها على مبدأ الحياد، وهذا ما يفسر أنها

في هذا الوضع القانوني الأخير تكفي بالتدخل فقط لإبداء رأيها في القضايا التي تدخلت فيها دون تقديم الطلبات أو التمسك بالدفع بالشكل الذي تكون عليه في الحالة الأولى.

وبناء على هذا الأساس، فإن المركز القانوني للنيابة العامة ليس ثابتا بالنسبة لتكوينها في المادة المدنية، وهذا بخلاف الأمر في المادة الجنائية⁽¹³⁶⁴⁾، على اعتبار أنها تارة تكون خصما، وتارة أخرى تكون طرفا في قانون المسطرة المدنية، في حين أنها تكون دائما على حالة واحدة في قانون المسطرة الجنائية. ومن هذا المنظور، فنحن نرفض إطلاق مصطلح الطرف الأصلي على هذه الهيئة القضائية في نطاق هذا القانون الأخير، وذلك انطلاقا من كون أنها لا يمكن اعتبارها خصما بالشكل الذي تكون عليه في القانون الأول، وهذا ما لم يفصح عليه المشرع المغربي بشكل صريح في قانون المسطرة الجنائية، حتى نستطيع أن نسلم بهذا المركز القانوني. ومن ثم، إمكانية التسليم بجميع الآراء الفقهية التي تتماشى مع المادة 274 من هذا القانون، والتي تعتبر بأن النيابة العامة لا يمكن تجريحها لأنها خصم والخصم لا يمكن أن يرد خصمه.

ولعل المشرع المغربي عندما حدد المركز القانوني للنيابة العامة في القضايا المدنية، أراد أن يبين دورها، وذلك تبعا لأهمية هذه القضايا

¹³⁶⁴ Louis FAVOREU : Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la constitution, R.S.C n° 4, Oct- Déc 1964, p. 676.

ما إذا كانت ذلت صلة بالمصلحة العامة للمجتمع أو بالنظام العام، أم أنها مجرد قضايا عادية، بحيث اعتبرها طرفا أصليا في النوع الأول من القضايا، وذلك حتى تتجرد من حيادها لصالح المصلحة التي تدافع عنها كمدعية أو مدعى عليها، في حين أنه اعتبرها طرفا منضما في غيرها من القضايا، سواء من أجل إبداء رأيها فقط أو من أجل تمثيل نفسها في الدعوى بعد الاطلاع على الملف دون إبداء أي رأي فيها⁽¹³⁶⁵⁾.

وقد أكد بعض الفقه الفرنسي في هذا الصدد، بأن المشرع يريد من هذا الأساس القانوني أن يصنف مركز النيابة العامة في القضايا المدنية من خلال تصنيف الدور الذي تقوم به في هذه القضايا، بحيث إنه أراد أن يجعل منها تارة أن تقوم بدور الدفاع عن المصالح الاجتماعية أو المصالح الخاصة للدولة أو الأفراد، أو بدور القاضي المكلف بتقديم المستنتاجات بعد سماع الأطراف الذين لا يمكن لهم مناقشتها لانعدام علاقتها بهم تارة أخرى، مما يجعل منها أن تقوم بدور مساعد لقضاة الحكم، وذلك من غير أن تمس بمصالح هؤلاء الخصوم أو طلباتهم أو الدفوع التي يتمسكون بها⁽¹³⁶⁶⁾. وهذا ما يفسر بأنه يجب تجريحها في هذا الوضع القانوني، إذا لم تلتزم بحيادها، في حين أنه لا

1365 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 122.

1366 بوريس بيرنابي: مرجع سابق، ص. 339، فقرة 371.

يمكن ممارسة هذا الحق إذا كانت طرفا أصليا لانعدام هذا الحياد لديها⁽¹³⁶⁷⁾.

وبترتب على هذا التصنيف، أن النيابة العامة إذا كانت طرفا أصليا فإنها تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الخصوم كحق تسيير الدعوى وحق الطعن وحق تقديم الطلبات، وحق التمسك بالدفع في جميع المراحل التي تمر بها هذه الدعوى التي تكون فيها بهذه الصفة كما هي ملزمة بالقيام بالواجبات المفروضة عليها، أبرزها حضور جميع جلسات المحاكمة والخضوع لإجراءات التقاضي بالشكل الذي يخضع لها الخصوم⁽¹³⁶⁸⁾. أما إذا كانت طرفا منضما، فإنها لا تتمتع بنفس الحقوق أو الالتزام بنفس الواجبات التي تتمتع بها عندما تكون طرفا أصليا، ماعدا ما يتعلق بواجب الحياد، لأنها ليست خصما بالشكل الذي تكون عليه في هذا الوضع القانوني الأخير⁽¹³⁶⁹⁾.

ويبدو من هذا التمييز، بأن النيابة العامة بالنسبة للأطراف تكون أجنبية عن مصالحهم التي يدافعون عنها عندما تكون طرفا منضما. ولهذا السبب، فإنها تكون مستقلة في إبداء رأيها، وهذا لا يتأتى لها إلا إذا كانت محايدة عن الخصومة التي يرفعون بها، وذلك من غير أن تتشغل بالنزاع المطروح في هذه الخصومة إلا ما يحميه القانون، وهذا بخلاف الأمر عندما تكون طرفا أصليا، فإن مركزها القانوني كخصم

1367 بوريس بيرنابي: نفس المرجع السابق.

1368 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127.

1369 بوريس بيرنابي: م. س، ص. 339، فقرة 372.

يفرض عليها هذا النزاع أن تقوم بجميع الإجراءات التي يقوم بها الخصوم⁽¹³⁷⁰⁾، أو محابة أحدهم دون آخر عن طريق الالتزام بالانضمام بطلباتها إلى طلباته⁽¹³⁷¹⁾، وهذا يعني أن النيابة العامة تلعب دورين في القضايا المدنية، وكلاهما يتناقض مع الآخر.

الأول: أنها تقوم بدور الخصم على سبيل الاستثناء، في القضايا التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها. ولذلك، فهي من منظور هذا الدور ترفع الدعوى المدنية وتدافع عن الحقوق العامة والخاصة على السواء، وذلك من غير تمييز بينها وبين الخصوم العاديين إلا من حيث الانضمام بطلباتها إلى طلبات أحد الطرفين من هؤلاء الخصوم⁽¹³⁷²⁾. وفي هذا الصدد، فإن المحكمة غير ملزمة بالتقيد بمطالب هذه الهيئة القضائية إلا إذا كانت هذه المطالب متعلقة بالنظام العام أو المصلحة العامة، وذلك لكون وسائل الإثبات دائما تخضع في مختلف الدعاوى إلى قاعدة السلطة التقديرية لهذه المحكمة لا إلى المركز القانوني للخصوم⁽¹³⁷³⁾، وهذا ما يفسر حق لجوئها إلى الطعن في الأحكام التي لا تستجيب إلى مطالبها، وذلك مثلها في ذلك مثل غيرها من الخصوم الذين يلجأون إلى هذا الإجراء القانوني عندما يشعرون بعدم إنصافهم

1370 نفس المرجع، ص. 339، فقرة 372.

1371 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 320.

1372 بوريس بيرنابي: م. س، ص. 339، فقرة 372.

1373 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 128.

في المطالب التي رفعوا بها إلى المحكمة التي أصدرت هذه الأحكام⁽¹³⁷⁴⁾.

وفي ظل هذا الدور، فإن النيابة العامة تتجرد من خاصية تبعيتها لوزير العدل على اعتبار أنها في المجال المدني لا تحرص على تطبيق السياسة الجنائية التي تحرص عليها في المجال الجنائي كما هو منصوص على ذلك في المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية، وإنما تكتفي فقط بالخضوع إلى مقتضيات النصوص القانونية التي تجعل منها خصما عاديا، حتى ولو تلقت مناشير هذا الوزير يحثها فيها على اتباع نهج معين في الدفاع عن المصالح العامة والخاصة للمجتمع أو الأفراد، على اعتبار أن هذه المناشير تدخل في نطاق عملها الإداري، وليس في نطاق عملها القضائي المتعلق بدورها في المادة المدنية كطرف أصلي. أما السبب في هذا التمييز، فيرجع إلى كون النيابة العامة عندما اعتبرها المشرع طرفا أصليا، فلأنه كان يريد أن يهتم برعاية بعض المصالح التي هي جديرة بهذه الحماية، إما باعتبارها ممثلة للدولة أو المجتمع في حماية القواعد المدنية المتعلقة بسيادة الدولة أو باعتبارها ممثلة لرعاية مصالح خاصة لبعض الأشخاص الذين لا تتوفر لديهم صفة التقاضي كالفقير، وفاقدي الأهلية⁽¹³⁷⁵⁾.

1374 أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127.

1375 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 309.

الثاني: أنها تقوم بدور القاضي⁽¹³⁷⁶⁾ كقاعدة عامة في القضايا التي تتدخل فيها، على اعتبار أنها لا تعتبر طرفا بمعنى الكلمة في الدعوى التي تنظر في خصومة قائمة بين آخرين عندما تكون في هذا المركز القانوني. ولهذا السبب، أطلق عليها الفقه والقضاء والتشريع اسم الطرف المنضم *partie jointe*⁽¹³⁷⁷⁾، وذلك للدور الذي تلعبه في معونة أو مساعدة قضاء الحكم بما تبديه من آراء في هذه الخصومة⁽¹³⁷⁸⁾ بهدف حسن تطبيق القانون⁽¹³⁷⁹⁾ وهذه هي الغاية من اشتراط تبليغها من طرف هذا الجهاز في القضايا التي أوجب المشرع أن تتدخل فيها تدخلا إجباريا، وهي تسعى إلى نفس الغاية عندما تتدخل تدخلا اختياريا، أو من أجل الاطلاع على الملف فقط⁽¹³⁸⁰⁾، لأن مثل هذا الانضمام فيه دلالة واضحة على إفادة القضاء في حل النزاع المعروض عليه وليس الدفاع عن مصالح أحد أطراف هذا النزاع.

والذي يؤكد بأن النيابة العامة تقوم بدور القاضي وليس بدور الخصم، عندما تكون طرفا منضمًا، هو أن المشرع المغربي منعها من

1376 أجمع الفقه على أن النيابة العامة عندما تكون طرفا منضمًا هي أقرب إلى مركز الحكم منه إلى مركز الخصم، وذلك بسبب كونها لا تكون لها مصلحة في الدعوى التي يقيمها أحد الخصوم. أنظر محمود طهماز: م. س، ص. 109، فقرة 81.

1377 لقد سبق القول بأن عبارة *jointe* تعني الانضمام إلى القضاء وليس الانضمام إلى الخصوم.

1378 وهذا الرأي هو في الحقيقة يكون نتيجة للبحث الذي قامت به في القضية التي تدخلت فيها سواء كان هذا التدخل إجباريا أو اختياريا. أنظر أحمد مسلم: ص. 128، فقرة 134.

1379 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 314، فقرة 136.

1380 أنظر الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية.

الطعن في الأحكام الصادرة في القضايا المدنية التي تكون فيها بهذه الصفة⁽¹³⁸¹⁾، على اعتبار أن هذا الإجراء القانوني هو من حق الخصوم وليس من حق القضاء⁽¹³⁸²⁾، وهذا بخلاف الأمر عندما تكون طرفا أصليا⁽¹³⁸³⁾.

الفقرة الثانية: أهمية التمييز بين النيابة العامة

كطرف أصلي أو كطرف منضم

إن أهمية التمييز بين النيابة العامة كطرف أصلي أو كطرف منضم تكمن في أهمية القضايا التي تتصف فيها بهذا الوصف أو ذاك، فإذا كانت القضايا تتعلق بسيادة الدولة أو بالمصالح العامة للمجتمع أو بالنظام العام أو بالمصالح الخاصة التي هي جديرة بالحماية القانونية، فإن المشرع اعتبرها طرفا أصليا بصفة مطلقة كما في قضايا الجنسية والحالة المدنية أو في قضايا الأسرة⁽¹³⁸⁴⁾، أو في القضايا ذات الأهمية الاقتصادية المرتبطة بتسيير المقولة⁽¹³⁸⁵⁾. أما إذا كانت هذه القضايا عادية أو تدخلت فيها بمقتضى الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية

1381 قارن بين الفصلين 7 و8 من نفس القانون.

1382 أحمد مسلم: م. س، ص. 128.

1383 وفي اعتقادنا أن الطعن في الأحكام هو الذي يمكن اعتباره معيار التمييز بين النيابة العامة

عندما تكون طرفا أصليا أو عندما تكون طرفا منضما.

1384 أنظر المادة الثالثة من مدونة الأسرة.

1385 أنظر المادة 563 من مدونة التجارة.

أو بطلب منها أو من المحكمة، كما هو منصوص على ذلك في الفقرتين الرابعة والخامسة من هذا الفصل، فإنها تعتبر فيها طرفا منضما.

ولكن هذا التمييز لا يجب النظر إليه من زاوية موضوع القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا أو طرفا منضما، وإنما يجب النظر إليه من زاوية الإجراءات المتبعة في هذا الموضوع من طرف النيابة العامة، على اعتبار أن هذه الهيئة القضائية يمكن في نفس القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا أن تكون فيها طرفا منضما، وذلك تبعا لما إذا كانت قد نصبت نفسها خصما فيها أو اكتفت فقط، بإبداء الرأي في الخصومة التي رفعها الخصوم في ذات القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا.

وعلى هذا الأساس، فإنها إذا نصبت نفسها خصما⁽¹³⁸⁶⁾، فإنها يجب أن تقوم بجميع الإجراءات التي تقتضيها ممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء، شأنها في ذلك شأن الخصوم. ومن ثم، فإنها إذا كانت مدعية أو طاعنة فيجب أن تحرص على مواعيد حضور الجلسات وأجال الطعون والتمسك بقاعدة أول من يتكلم، وذلك تحت طائلة بطلان إجراءات الدعوى التي قامت برفعها. أما إذا كانت مدعى عليها أو مطعون ضدها، فإنها يجب أن تواجه الخصوم بتقديم مستنتاجاتها والحرص على مسطرة الطعون، ماعدا التعرض، حيث إن المشرع

¹³⁸⁶ يرى بعض الفقه أن النيابة العامة عندما تكون طرفا أصليا لها الحق في أن تبحث في الواقع والقانون على السواء، وسواء تعلق النزاع بالنظام العام أم لا. في حين أن حقها كطرف منضم ينحصر في البحث في لقانون دون الواقع وفي المسائل التي تتعلق بالنظام العام وحدها دون غيرها من المسائل التي لا علاقة لها بهذا النظام. أنظر محمود طهماز: م. س، ص. 109، فقرة 81.

المغربي منعها من أن تتمسك به أو أن تلجأ إليه، لوجوب حضورها في جميع الجلسات التي تعقدها المحكمة لمناقشة النزاع المعروض عليها في هذه الدعوى.

أما إذا اكتفت بالتدخل فقط، فإنه يجب عليها مراعاة شروط هذا التدخل ما إذا كان تدخلا إلزاميا أو تدخلا اختياريا، فإذا كان إلزاميا فيجب إخبارها من طرف كتابة ضبط المحكمة قبل انعقاد الجلسة بثلاثة أيام وإلا أمكن لها تقديم طلب تأخير القضية إذا تم تبليغها أمام هذه المحكمة في الجلسة المندرجة فيها هذه القضية⁽¹³⁸⁷⁾.

ولكن السؤال المطروح هو هل يحق للنيابة العامة أن تتدخل في القضايا التي يكون فيها تدخلها إلزاميا من غير الخضوع إلى هذه الإجراءات الشكلية. ومن ثم، فهل يمكن اعتبار هذا التدخل التلقائي تدخلا اختياريا، أم أن الدعوى المرفوعة بشأنها النزاع الذي كان يجب على المحكمة تبليغها به لإضفاء صفة التدخل الإلزامي عليه، يطلها البطلان.

إن المشرع المغربي لم يجب على هذا السؤال كما أن الفقه الذي ظل يشتغل على دور النيابة العامة في المادة المدنية هو بنوره لم يحاول أن يطرح نفس السؤال حتى يستطيع أن يجيب عليه. ولذلك، فنحن نرى بأن هذه الهيئة القضائية إذا لم يتم إخبارها بالقضايا التي يجب أن تتدخل فيها بشكل إلزامي من حقها أن تتمسك ببطلان إجراءات الدعوى

1387 أنظر الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية.

المرفوعة بشأنها هذه القضايا، وذلك لتعلقها بالنظام العام على اعتبار أن المشرع المغربي أوجب على المحكمة في هذا الوضع القانوني، أن تشير في حكمها إلى هذا الإخبار وإلى إيداع مستنتجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان باطلا⁽¹³⁸⁸⁾.

ومن جهة أخرى، أن القضايا التي يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة بشكل إلزامي، أوردها المشرع المغربي على سبيل الحصر. ولذلك، فإنه لا يجب إخراجها عن هذا النطاق وإخضاعها إلى نطاق التدخل الاختياري، خاصة وأن نفس المشرع ميز بين إجراءات هذين النوعين من التدخل، وإلا لأمكن إخضاع هذا التدخل الأخير إلى نفس الإجراءات التي يتطلبها القانون في التدخل الإلزامي، وهذا غير ممكن على الإطلاق وتحت نظر أي اجتهاد.

يضاف إلى هذا وذاك، أن التدخل الاختياري يتم إما بطلب من النيابة العامة أو بطلب من المحكمة، في حين أن التدخل الإلزامي لا يتم بأي طلب وإنما يتم بالتبليغ تحت طائلة بطلان إجراءات الدعوى. ومن ثم، فإن هذه الهيئة القضائية غير ملزمة باتباع أي إجراء إذا رفعت بطلبها من أجل الاطلاع على القضايا التي تريد أن تتدخل فيها، أو أن المحكمة طلبت منها هذا التدخل كلما أرادت في ذلك فائدة في القانون، وهذا بخلاف الأمر في القضايا التي أوجب المشرع أن تبلغ بها.

1388 أنظر الفقرة الأخيرة من نفس الفصل.

ومع كل هذا الاختلاف، فإن النيابة العامة في القضايا التي لا تكون فيها طرفا أصليا يقتصر دورها على إبداء الرأي فقط، حول ما يقدمه الخصوم دون ما أن تكون ملزمة بمواجهتهم أو الانضمام بطلباتها إلى طلبات أحدهم أو التمسك بالدفع أو الطعون في الأحكام الصادرة في هذه القضايا، لأنها ليست خصما بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون مدعية أو مدعى عليها⁽¹³⁸⁹⁾.

المطلب الثاني: نتائج التمييز بين اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أو طرفا

منضما

إن التمييز بين اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أو طرفا منضما تترتب عليه نتيجتان أساسيتان. إحداهما تتعلق بصحة أو بطلان إجراءات ممارسة الدعوى المدنية التي كانت فيها بهذه الصفة أو تلك (الفقرة الأولى)، وثانيهما تتعلق بإمكانية تجريحها أو عدم تجريحها من الخصوم عندما تتمتع بهذه المراكز القانونية (الفقرة الثانية).

1389 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 320.

الفقرة الأولى: النتائج المترتبة بصفة أو بطلان إجراءات الدعوى

المدنية

من أجل الأخذ بصفة أو بطلان إجراءات الدعوى المدنية التي تكون فيها النيابة العامة طرفاً أصلياً أو طرفاً منضماً، لا بد من وجوب التمييز بين هذين المركزين القانونيين، وذلك لاختلاف هذه الإجراءات فيهما، وذلك حسب أهمية القضايا التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها، أو تكتفي بالتدخل فقط.

أولاً: بطلان إجراءات الدعوى المدنية عندما تكون النيابة العامة طرفاً

أصلياً

تكون إجراءات الدعوى المدنية باطلة بقوة القانون عندما تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً في حالتين:

الحالة الأولى: وهي التي تكون فيها هذه الهيئة مدعية أو مدعى عليها ولا تقوم بإجراءات ممارسة الدعوى المدنية بالشكل الذي يتطلبه القانون، حيث يلزمها المشرع في هذا الوضع القانوني بتقديم الطلبات، والتمسك بالدفع والانضمام إلى أحد الخصوم، وحضور الجلسات. فإذا لم تقم بإحدى هذه الإجراءات، فإن الحكم الذي سيصدر من المحكمة

في غيابها يكون باطلا لبنائه على إجراءات غير قائمة⁽¹³⁹⁰⁾، وهذا ما يمكن استخلاصه من الفصل العاشر من قانون المسطرة المدنية، وحتى بالنسبة لطرق الطعن إذا كانت ناقلة للدعوى من مرحلة إلى أخرى ولم تلجأ إليها النيابة العامة بسبب عدم استجابة المحكمة لمطالبها، أو كون هذه المطالب تتعلق بالنظام العام ولم تقم بالطعن فيها، فإن الحكم الذي لم يستجب لهذه المطالب أو كان مخالفا لمقتضيات هذا النظام يعتبر باطلا بقوة القانون. وهذا ما يمكن استخلاصه من الفصل السابع من قانون المسطرة المدنية والذي يستعمل فيه المشرع عبارة "يحق للنيابة العامة" التي تفيد الوجوب وليس الاختيار.

وهذا يعني أن النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً أوجب عليها المشرع ممارسة الدعوى المدنية في جميع المراحل التي تمر بها هذه الدعوى، وإلا ترتب البطلان على عدم هذه الممارسة⁽¹³⁹¹⁾، وذلك لكون أنها تكون قد أخلت بقاعدة تسيير الدعوى المدنية بعدم رفعها أتم القضاء المختص⁽¹³⁹²⁾.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي تكفي فيها النيابة العامة بحضور الجلسات دون تقديم مستنتاجاتها الكتابية أو الشفهية، وذلك لكون المشرع المغربي ألزم المحكمة بالإشارة إلى هذه المستنتاجات في الحكم، وإلا كان باطلاً، سواء كانت هذه الهيئة القضائية طرفاً أصلياً أو

1390 أنور طلبه: موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني، 2003، ص. 51.

1391 محمود طهماز: م. س، ص. 109، فقرة 81.

1392 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130 - 131.

تدخلت في القضايا التي ألزم القانون أن تكون فيها مدعية أو مدعى عليها أو متعلقة بالنظام العام⁽¹³⁹³⁾.

ومن جهة أخرى، يكون الحكم باطلا إذا لم تكن النيابة العامة أول من تكلم عندما تكون مدعية، وآخر من يتكلم عندما تكون مدعى عليها، وذلك لكون أنه في الحالة الأولى يعطي القانون الحق للخصوم بالتعقيب على رأيها. وفي الحالة الثانية، يمنع هؤلاء من هذا التعقيب إلا إذا تعلق الأمر بتصحيح الوقائع التي ذكرتها هذه الهيئة القضائية، فعندئذ يمكن تأخير القضية لمناقشة هذا التصحيح⁽¹³⁹⁴⁾.

ثانياً: بطلان إجراءات الدعوى المدنية عندما تكون النيابة العامة طرفاً

منضما

إن النيابة العامة عندما تكون طرفاً منضما، إما أن تتدخل تدخلًا إلزامياً أو تدخلًا اختياريًا. فإذا تدخلت بشكل إلزامي، فإن الحكم الصادر من المحكمة في القضايا التي تدخلت فيها هذه الهيئة القضائية بهذه الصفة الأخيرة، يكون باطلا بقوة القانون في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: وهي الحالة التي يرفع فيها الخصوم الدعوى المدنية أمام القضاء في القضايا التي يلزم فيها القانون أن تكون فيها طرفاً أصلياً ولم تتدخل في هذه القضايا تدخلًا إلزامياً، سواء كان ذلك

1393 نقض مصري أورده أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 128، هامش رقم 1.

1394 نقض مدني مصري أورده أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 128، هامش رقم 20.

من تلقاء نفسها أو أن المحكمة قصرت في عدم تبليغها بالشكل المنصوص عليه في الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، ويكون الحكم الصادر في هذه الحالة باطلا لتعلق هذا التدخل بالنظام العام⁽¹³⁹⁵⁾، كما يمكن للمحكمة أن تحكم ببطلان إجراءات هذه الدعوى من تلقاء نفسها، ولو لم تتمسك به النيابة العامة أو أحد الخصوم، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض⁽¹³⁹⁶⁾.

ويجب أن نشير هنا، إلى أن هذا البطلان لا يمكن الأخذ به إلا إذا لم تتدخل النيابة العامة أمام محكمة الدرجة الثانية. أما إذا تدخلت أمام هذه المحكمة، فإن إجراءات الدعوى تكون صحيحة، حتى أمام المحكمة الابتدائية⁽¹³⁹⁷⁾، على اعتبار أن هذا التدخل يمكن أن تلجأ إليه في جميع المراحل التي تمر بها هذه الدعوى مادام أن الأمر يتعلق بإبداء رأيها فقط، دون تقديم الطلبات أو التمسك بالدفع بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون طرفا أصليا.

¹³⁹⁵ ولكن المجلس الأعلى كان له رأي مخالف في هذا الموضوع، حيث اعتبر في إحدى أحكامه بأن "تبليغ النيابة العامة ملفات القاصرين هو إجراء وضع لفائدة هؤلاء، فلا يجوز الاحتجاج بعدم احترامه من طرف الخصم في الدعوى"، قرار عدد 324 الصادر بتاريخ 7 يوليوز 1978. أنظر مجموعة قرارات المجلس الأعلى، م. س، ص. 286.

¹³⁹⁶ نقض مدني مصري أورده إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 317، هامش رقم 1.

¹³⁹⁷ وفي هذا الصدد، قضى المجلس الأعلى في إحدى قراراته بأن "تدارك محكمة الدرجة الثانية أسباب الإبطال لعدم تبليغ الملف للنسبة العامة وإخلاله بالتالي لمقتضيات الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية - نعم". قرار عدد 3927 بتاريخ 10 يونيو 1998 ملف مدني عدد 97/3750. أنظر مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، ص. 154.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي يصدر فيها الحكم في القضايا التي تدخلت فيها تدخلًا إلزاميًا، ولم تشر المحكمة في حيثياته إلى ما يفيد إيداع النيابة العامة لمستنتجاتها، أو تلاوة هذه المستنتجات في الجلسة، وذلك للتأكيد على أن هذه الهيئة القضائية تدخلت فعلاً، في هذه القضايا التي كان يجب أن تكون فيها طرفاً أصلياً، ولكن مع هذا الإجراء الذي يترتب على إغفاله البطلان، فإن المشرع لم يلزم النيابة العامة بحضور جلسات المحاكمة في حالة تدخلها تدخلًا إلزاميًا. ومن ثم، فإنها إذا لم تحضر هذه الجلسات، فلا يترتب على عدم هذا الحضور أي بطلان⁽¹³⁹⁸⁾. والسبب في ذلك، هو أنها تكتفي بإبداء الرأي في مستنتجاتها وذلك دون حاجة إلى حضورها⁽¹³⁹⁹⁾ لعدم السماح لها بمناقشة أقوال الخصوم أو طرح الأسئلة عليهم⁽¹⁴⁰⁰⁾ من جهة، ولأنها لا تمارس إجراءات الدعوى مثل الخصوم من جهة أخرى⁽¹⁴⁰¹⁾، بل ويذهب القضاء المقارن إلى أن القول بغير هذا معناه حرمان النيابة العامة من أن تكون آخر من يتكلم⁽¹⁴⁰²⁾.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي يتم فيها تبليغها من المحكمة في القضايا التي يجب أن تتدخل فيها بشكل إلزامي، ولكنها لم تبد أي رأي

1398 أنظر الفصل العاشر من قانون المسطرة المدنية.

1399 وقد حكم القضاء المصري في هذا الصدد قاتلاً: "تعتبر النيابة العامة ممثلة في الدعوى متى

قدمت مذكرة برأيها فيها ولا يتعين حضورها". نقض منني بتاريخ 1991/12/02 أورده

أنور طلبه: م. س، ص. 53.

1400 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 118، فقرة 107.

1401 أنور طلبه: موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني. م. س، ص. 49.

1402 نقض منني مصري بتاريخ 17 يونيو 1969. أورده أنور طلبه: م. س، ص. 54.

فيها⁽¹⁴⁰³⁾. ولعل البطلان الناتج عن عدم القيام بهذا الإجراء هو الذي جعل من المشرع المغربي أن يلزم المحكمة بالإشارة في حكمها إلى مستنتجات النيابة العامة ما إذا قامت بتقديم هذه المستنتجات أم لا، وإلا كان تدخلها غير مبني على أي أساس قانوني.

أما في القضايا التي تتدخل فيها بشكل اختياري، فإن الفقه يفرق بين وضعين قانونيين:

الأول: أن النيابة العامة إذا لم تتدخل في الدعوى التي أقامها الخصوم، فإنه لا يترتب أي بطلان على عدم هذا التدخل مادام المشرع ترك لها السلطة التقديرية في تدخلها أو عدم تدخلها في هذه القضايا.

الوضع الثاني: أنها إذا تدخلت بطلب منها أو بطلب من المحكمة، فيجب إبداء رأيها في القضية التي تدخلت فيها وإلا تترتب البطلان⁽¹⁴⁰⁴⁾، ولكن من غير حاجة إلى إبداء هذا الرأي في كل خطوة من خطوات الدعوى، ولذلك فإنها يكفي أن تدلي بمذكرتها مرة واحدة، سواء في المرحلة الابتدائية أو في المرحلة الاستئنافية⁽¹⁴⁰⁵⁾.

1403 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 77.

1404 حكم القضاء المصري بأن "تدخل النيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية إذا قدمت النيابة العامة مذكرة انتهت فيها إلى أنها ترى إرجاء الاستئناف إلى حين الفصل في الدعوى الأخرى المرفوعة، تكون بذلك أبدت رأيها بتعليق الحكم في الدعوى على الحكم الذي يصدر في الدعوى الأخرى وهو ما يتحقق به غرض الشارع من وجوب تدخل النيابة العامة". أوردت هذا الحكم أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130، هامش رقم 30.

1405 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 131.

وتأسيسا على هذا المعنى، فإن بعض الفقه⁽¹⁴⁰⁶⁾، اعتبر بأن النيابة العامة إذا كانت ممثلة فحسب في الدعوى⁽¹⁴⁰⁷⁾، فإن هذا التمثيل يكون ضروريا وجوهريا ويترتب على تخلفه البطلان، وهو بطلان من النظام العام، ومع ذلك فإن إبداء الرأي في هذه الحالات ليس ضروريا ولا يترتب على تخلفه البطلان.

ويبدو من هذا الرأي أنه غير سليم، على اعتبار أن كل تدخل يقتضيه النظام العام حتى ولو كان اختياريا، يجب إبداء الرأي فيه وإلا كان الحكم الذي يصدر في القضايا التي يقع فيها هذا التدخل باطلا بقوة القانون، وذلك نظرا لأهمية هذه القضايا التي يقتضي القانون حماية المصلحة العامة فيها إلى جانب حماية مصلحة القانون.

الفقرة الثانية: النتائج المرتبطة بتجريح النيابة العامة

إنه حسب ما رأينا عند دراستنا للفقرة المتعلقة بأهمية التمييز بين النيابة العامة كطرف أصلي أو كطرف منضم، فإن تجريح قضاة هذه الهيئة القضائية يختلف باختلاف هذين المركزين، وهذا ما سنوضحه بتفصيل في النقطتين الآتيتين:

1406 نفس المرجع، ص. 128.

1407 وهذا التمثيل هو الذي أشار إليه المشرع المغربي في الشطر الأخير من الفصل السادس من قانون المسطرة المدنية بقوله: "... وتمثل الأغيار في الحالة التي ينص عليها القانون".

أولاً: تجريح النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً

انطلاقاً مما نص عليه الفصل 299 من قانون المسطرة المدنية⁽¹⁴⁰⁸⁾، والفصل 381 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي⁽¹⁴⁰⁹⁾ أجمع الفقه على أن النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً في القضايا المدنية التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها لا يمكن تجريحها، وذلك للأسباب الآتية:

1- إن النيابة العامة في القضايا التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها يضيفي عليها المشرع صفة الخصم Adversaire والخصم كما أجمع الفقه لا يمكن أن يجرح خصمه⁽¹⁴¹⁰⁾، وذلك لبعض الاعتبارات أبرزها أن هذه الهيئة القضائية عندما تكون في هذا الوضع القانوني فإنها تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الخصوم في الدعوى التي تم رفعها منها أو من الخصوم ضدها. ومن ثم، فإنها تستطيع أن تواجه هؤلاء الخصوم بما تقدمه من طلبات أو بما تتمسك به من دفع، بحيث إنه لا يمكن لهم طلب تجريحها وهم يعقبون على ما تدلي به من المستنتاجات الكتابية منها أو الشفاهية.

1408 يقضي هذا الفصل بأنه "تطبق أسباب التجريح المتعلقة بقاضي الأحكام على قاضي النيابة العامة إذا كان طرفاً منضمماً، ولا يجرح إذا كان طرفاً أصلياً".

1409 يقضي هذا الفصل بأن:

" Les causes de récusation relativement aux juges sont applicables au ministère public, lorsqu'il est partie jointe ; mais il n'est pas récusable lorsqu'il est partie principale".

1410 بوريس بيرنابي: م. س، ص. 339، فقرة 372.

ومن جهة أخرى، إن النيابة العامة عندما تكون خصما، لا يمكن إضفاء صفة الحياد عليها، لأن هذه الصفة يجب أن يلتزم بها الطرف الذي يكون أجنبيا عن الدعوى المقامة من الخصوم، في حين أن هذه الهيئة عندما تكون طرفا أصليا في القضايا المدنية التي تكون فيها مدعية أو مدعى عليها لا تكون أجنبية عن الخصومة المقامة منها أو من هؤلاء الخصوم.

وأخيرا، فإن النيابة العامة عندما تكون طرفا أصليا تدافع كرافع للدعوى على المصالح العامة أو الخاصة التي لها الصفة الاجتماعية. ومن ثم، فإنه لا يحق للخصوم مواجهتها بالتجريح وهي خصم مثلهم تخضع مستتجاتها إلى السلطة التقديرية لقضاة الحكم الذين ينظرون في الدعوى المرفوعة إليهم دون تمييز بينها وبين هؤلاء الخصوم⁽¹⁴¹¹⁾، وذلك بالشكل الذي تكون عليه عندما تكون قاضيا واقفا في القضايا الجنائية.

2- إن المشرع المغربي حدد للنسبة العامة القضايا المدنية التي يجب أن تكون فيها طرفا أصليا. ولهذا السبب، فإنه لا يمكن تجريحها في هذه القضايا، وهي تقوم فيها بدور المدعي أو المدعى عليه، لأن ذلك يعني رفع صفة الخصم عليها، وهذا ما لا يمكن تصوره على الإطلاق، وذلك انطلاقا من كون أنه لا يمكن تفويت الفرصة عليها للدفاع عن المصالح العامة أو المصالح الاجتماعية للأفراد من جهة،

1411 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 611.

ومن جهة أخرى أن كل القضايا التي تكون فيها طرفا أصليا تتعلق بالنظام العام، وما يتعلق بهذا النظام لا يمكن مخالفته⁽¹⁴¹²⁾، سواء بالتجريح أو غيره.

ومن جهة ثالثة، سبق أن رأينا أن اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا، هو من قبيل الاستثناء، والاستثناء لا يمكن رفع حكمه بالتجريح الذي هو مجرد إمكانية يمكن الأخذ بها، أو لا يمكن، وذلك عندما يتعلق الأمر بالقاعدة العامة وليس بالاستثناء. والذي يؤكد هذا المعنى، هو أن هذه الهيئة القضائية في هذا الوضع القانوني عندما لا تنحاز إلى أحد الأطراف في الخصومة، أو تقوم بالانضمام بطلباتها إلى طلبات أحد هؤلاء، فإنها تنحاز باعتبارها خصما وليس هيئة قضائية محايدة، كما تفعل عندما تكون طرفا منضما في القضايا التي تتدخل فيها تدخلا إلزاميا⁽¹⁴¹³⁾ أو اختياريا.

ثانيا: تجريح النيابة العامة عندما تكون طرفا منضما

على خلاف النيابة العامة التي لا يمكن تجريحها عندما تكون طرفا أصليا، فإن المشرع نص على إمكانية تجريحها عندما تكون طرفا منضما، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها:

¹⁴¹² أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 127، فقرة 65.

¹⁴¹³ - إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 320.

1- إن مركزها القانوني يتسم بالحياد التام إزاء الخصوم، وذلك بسبب كونها أجنبية عن الخصومة التي يرفع بها هؤلاء، وهذا هو السبب الذي جعل منها أن تكتفي بإبداء الرأي، دون القيام بإجراءات ممارسة الدعوى المدنية كتقديم الطلبات أو ممارسة حق الطعن، والذي يفسر هذا المعنى هو أنها لا تلتزم بالانضمام في طلباتها إلى طلبات أحد الخصوم، كما تفعل عندما تكون طرفاً أصلياً، بل إنها تبدي رأيها فقط، بما تراه متفقاً مع حسن تطبيق القانون والعدالة⁽¹⁴¹⁴⁾.

ومن مظاهر هذا الحياد، أن القانون لا يسمح لها بإبداء أي طلب أو دفع لم يتقدم به أحد الخصوم، ما لم يكن أمراً متعلقاً بالنظام العام كالدفع بعدم اختصاص المحكمة، أو بعدم الاختصاص النوعي⁽¹⁴¹⁵⁾.

2- إن النيابة العامة عندما تكون طرفاً منضماً يقترب مركزها القانوني من مركز الحكم الاستشاري، وإن كانت لا تشترك في المداولة مع قضاة الحكم⁽¹⁴¹⁶⁾، وهذا ما جعل بعض الفقه أن ينعتها بالقاضي الإضافي⁽¹⁴¹⁷⁾، وذلك للدور الذي يكون لمذكراتها عند إبداء رأيها من تأثير كبير على رأي المحكمة⁽¹⁴¹⁸⁾ من أجل معاونتها في حسن تطبيق القانون⁽¹⁴¹⁹⁾. ويعلل الفقه في ما ذهب إليه في هذا الصدد، أن هذه الهيئة

¹⁴¹⁴ - نفس المرجع، ص. 320.

¹⁴¹⁵ - أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 166، فقرة 70.

¹⁴¹⁶ - إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 321.

¹⁴¹⁷ - نفس المرجع السابق.

¹⁴¹⁸ - إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 321.

¹⁴¹⁹ رمزي سيف: الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية، ص. 89، فقرة 61.

القضائية عندما تكون طرفاً منضمّاً تنعدم مصلحتها في موضوع الدعوى التي تتدخل فيها⁽¹⁴²⁰⁾، وذلك على عكس الأمر عندما تكون طرفاً أصلياً، حيث تبدو مصلحتها واضحة في هذا الموضوع، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، ولذلك فهي تسعى دائماً إلى البحث في الوقائع والقانون على السواء، في حين أنها عندما تتدخل في هذه الدعوى تبحث في القانون وحده دون الوقائع، مما يعني حيادها من جهة، وانعدام مصلحتها في النزاع الذي يرفع به الخصوم أمام القضاء من جهة أخرى⁽¹⁴²¹⁾.

ومع كل هذه التبريرات، فإن جانباً من الفقه رفض فكرة إبداء الرأي من النيابة العامة، عندما تكون طرفاً منضمّاً، لأن تدخلها في القضايا المدنية التي اعتبرها المشرع كذلك، ليس له أي مبرر. ومن ثم، فإنه لا جدوى لهذا التدخل مادام أن القاضي يستطيع أن يحمي مصالح المجتمع في جميع القضايا المعروضة عليه، وبصفة خاصة في القضايا المتعلقة بالنظام العام، على اعتبار أنه لا يحتاج إلى مستشار قانوني، أو إلى استشارة قانونية من هذه الهيئة القضائية⁽¹⁴²²⁾، إلا أن هذه الانتقادات لم تصمد أمام الرد الفقهي، وذلك من ناحيتين:

1420 محمد طهماز: م. س. ص. 81.

1421 نفس المرجع السابق.

1422 H. Soules : La jurisprudence et le droit du Ministère Public d'agir au service de l'ordre public, T I Paris, 1937, p. 731, n° 870.

من ناحية أولى: أن المشرع هو الذي حدد للنيابة العامة القضايا التي يجب أن تتدخل فيها، سواء كان هذا التدخل إلزاميا أو اختياريا، وذلك من أجل حماية المصالح العامة في بعض القضايا التي يرفع بها الخصوم أمام القضاء إضرارا بهذه المصالح.

من ناحية ثانية: إنه من المفيد أن يعرض على القاضي المرفوع إليه ملف القضية، بواسطة هيئة قضائية عامة غير متحيزة، من أجل أن تلفت نظره إلى الأخذ بالأسباب والأسانيد التي تتفق وحسن تطبيق القانون (1423).

وتجب الإشارة هنا إلى أن التجريح يجب تقديمه في شكل طلب أمام الجهات المختصة للنظر فيه، عندما تقوم أسبابه لدى قضاة النيابة العامة، أما إذا لم يتم تقديمه بهذا الشكل، فإنه لا يمكن اتخاذه كوسيلة للنقض التي أوردها المشرع المغربي في الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية على سبيل الحصر، والتي لا يدخل التجريح بينها (1424).

1423 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 315، هامش رقم 1.

1424 عزيز توفيق: م. س، ص. 611.

المبحث الثاني: خصائص تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية الموجبة

للتجريح

لقد سبق أن انتهينا في المبحث السابق إلى القول بأن النيابة العامة لا يمكن تجريحها في القضايا المدنية التي تكون فيها طرفا أصليا، في حين أنه يمكن اللجوء إلى هذه الإمكانية عندما تكون طرفا منضمًا. وإذا استبعدنا ما يتعلق بعدم تجريحها، فهل نستطيع أن نبرز الخصائص العامة التي تجعل من تدخلها أن يكون موضوع هذا التجريح، سواء في حالة تدخلها الإلزامي (**المطلب الأول**) أو في حالة تدخلها الاختياري (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: خصائص التدخل الإلزامي للنيابة العامة في القضايا

المدنية

إن النيابة العامة عندما لا تكون مدعية أو مدعى عليها في القضايا المنصوص عليها في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، فإن المشرع ألزمها بالتدخل في هذه القضايا لتعلقها بالنظام العام، ولكن هذا التدخل لا يكون بشكل تلقائي وإنما تقديره متروك لقضاة الحكم (**الفقرة الأولى**)، وذلك من أجل اتباع إجراءات محددة منصوص عليها في القانون تحت طائلة البطلان (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: التدخل الإلزامي متروك للسلطة التقديرية

لمحكمة الموضوع

حسب الفصل التاسع، إن الخصوم إذا ما رفعوا الدعوى إلى المحكمة في القضايا المنصوص عليها في هذا الفصل، فإن المشرع ألزم هذه المحكمة بتبليغ ملف هذه الدعوى إلى النيابة العامة، وذلك من أجل أن تتدخل فيها بشكل إلزامي وفق الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل المذكور، ولكن تحت طائلة سلطتها التقديرية وليس تحت طائلة السلطة التقديرية للنياية العامة، ولعل المشرع المغربي قد سلك هذا النهج، لأنه كان يرى بأن هذه الهيئة القضائية ليست دائمة الاطلاع على النزاعات المرفوعة إلى المحكمة في القضايا المدنية التي يفترض أن تكون فيها مدعية أو مدعى عليها، بالشكل الذي تكون عليه في القضايا الجنائية.

ومن جهة أخرى، إن المشرع إذا ترك أمر التقدير الذي نحن بصددده إلى النيابة العامة، فإنه عندئذ يعتبر تدخلها اختياريًا وليس تدخلًا إلزاميًا، وذلك للنتائج التي قد تترتب عن هذا الفرق بين التدخلين، حيث إن هذه الهيئة القضائية إذا لم يتم تبليغها أو تم هذا التبليغ ولكنها لم

تتدخل بالشكل المطلوب، فإن الحكم يكون باطلا بقوة القانون⁽¹⁴²⁵⁾، وذلك إما لغياب دفاعها عن القانون أو لتفويت الفرصة عليها للعلم بالنزاع. ومن ثم، منعها من استعمال حقها في تقدير ملائمة التدخل⁽¹⁴²⁶⁾.

أما إذا تدخلت بشكل اختياري، فإنه بالرغم من كون هذا التدخل مقرون بوجوب إبداء رأيها في القضية التي تدخلت فيها، فإن المحكمة عندئذ تكون غير ملزمة بالإشارة في حكمها إلى مستنتاجات النيابة العامة بالشكل المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل التاسع المذكور أعلاه. ومن ثم، فإن الحكم عندئذ، لا يكون باطلا وهذا ما قد يؤثر على مصالح الخصوم، أو على المصالح العامة للمجتمع على السواء.

ونفهم من هذه الميزة، أنه بالرغم من الدور الذي تقوم به النيابة العامة في القضايا المدنية، إلا أن المشرع لم يترك لها تقدير هذا الدور بشكل مطلق، وإنما وضع أمر تقديره في يد القضاء، في القضايا التي أوجب أن تتدخل فيها بشكل إلزامي، وماعداها من القضايا فقد ترك لها أمر الاختيار بين التدخل أو عدم التدخل فيها، وذلك لبعض الاعتبارات الشكلية المتعلقة بوجوب تقديم مستنتاجاتها التي يجب التنصيص عليها في الحكم الصادر في هذه القضايا.

1425 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 318.

1426 نقض مدني مصري بتاريخ 4 فبراير 1969. أنظر مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س 20، ص. 242.

أما الحكمة من ترك التدخل الإلزامي للنيابة العامة في القضايا المنصوص عليها في الفصل التاسع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فيمكن أن نربطها بسببين:

الأول: أن الأصل في هذه القضايا، أن تكون فيها النيابة العامة مدعية أو مدعى عليها، ولكن إذا لم تكن كذلك، بحيث إن الخصوم هم الذين رفعوا الدعوى بشأنها، فإن المشرع أوجب على القضاء أن يبلغ بها إلى هذه الهيئة القضائية، من أجل التدخل فيها، وذلك حتى لا تفوت الفرصة عليها في إبداء الرأي فيها دفاعاً عن المصلحة العامة أو عن القانون.

الثاني: إن الأصل في أي خصومة، يجب أن تبقى منحصرة بين أطرافها⁽¹⁴²⁷⁾، ولكن نظراً لأهمية القضايا المنصوص عليها في الفصل التاسع، فإن المشرع سمح للنيابة العامة للتدخل فيها، ولكن ليس بشكل تلقائي وإنما عن طريق القضاء، وهذا ما جعل من هذا الأخير أن يستعمل سلطته التقديرية في تبليغها بهذه القضايا قبل الجلسة بثلاثة أيام، أو يتم هذا التبليغ أثناء هذه الجلسة التي تندرج فيها هذه القضايا⁽¹⁴²⁸⁾.

وعندما نقول بأن التدخل الإلزامي متروك للسلطة التقديرية لقضاة الحكم دون النيابة العامة، فلأن السبب يرجع إلى أن تكيف الدعوى التي تقتضي هذا التدخل على النحو الصحيح، يرجع إلى

1427 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 125.

1428 أنظر الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية.

المحكمة وليس إلى ما يصفه بها الخصوم أو غيرهم⁽¹⁴²⁹⁾، وهذا ما يفسر بأن القضايا المعروضة على هذه المحكمة إذا لم تندرج في إطار ما هو منصوص عليه في الفصل التاسع السابق ذكره، فلا يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة وإذا لم تفعل، فلا يترتب عليه أي بطلان. وعلى هذا الأساس، فإنه بناء على البند الأول من هذا الفصل اعتبر المجلس الأعلى بأن "الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مؤسسة عمومية، يجب أن تحال على النيابة العامة القضايا التي تتعلق بهذه المؤسسة طبقاً للفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية"⁽¹⁴³⁰⁾. وفي نفس السياق، اعتبر نفس المجلس في قرار آخر بأنه "في القضية موصى له بالثلث لم يولد بعد، فهو في حكم الأشخاص المفترضة غيبتهم، لهذا كان للمحكمة أن تبلغ الملف إلى النيابة العامة"⁽¹⁴³¹⁾.

الفقرة الثانية: التدخل الإلزامي مقيد باتباع إجراءات محددة في

القانون

إن التدخل الإلزامي في القضايا التي تقتضي هذا التدخل، لا يمكن أن يستقيم أو ينتج آثاره القانونية بشكل صحيح، إلا إذا تم اتباع

1429 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 127.

1430 قرار المجلس الأعلى عدد 440 الصادر بتاريخ 17 يونيو 1985، أورده عزيز توفيق: م.

س، ص. 81.

1431 قرار المجلس الأعلى عدد 184 الصادر بتاريخ 10 فبراير 1987 في الملف الشرعي عدد 1175 من أرشيف محكمة النقض المغربية.

مجموعة من الإجراءات الشكلية، منها ما يتعلق بالمحكمة ومنها ما يتعلق بالنيابة العامة.

أولاً: الإجراءات الواجب اتباعها من المحكمة

1- تبليغ النيابة العامة بالقضايا التي يجب أن تتدخل فيها بشكل إلزامي عن طريق كتابة ضبط المحكمة، بمجرد قيد الدعوى في السجلات المخصصة لهذا القيد. أما إذا كانت القضية التي تتدخل فيها هذه الهيئة، قد عرضت أثناء النظر في هذه الدعوى، فيجب تبليغها أثناء انعقاد الجلسة، سواء أمام المحاكم الابتدائية أو أمام محاكم الاستئناف⁽¹⁴³²⁾، وذلك لتكامل الأحكام بين هاتين المؤسستين القانونيتين⁽¹⁴³³⁾.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن هذا الإجراء الذي نحن بصددده، لا ينبغي أن يتم أثناء رفع الدعوى الاستعجالية، وذلك نظراً لأن موضوع هذه الدعوى يكون شكلياً وليس جوهرياً. وعلى هذا الأساس، أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية المصري بأنه "لا حاجة إلى تدخل النيابة العامة في الدعوى المستعجلة، حتى لا يعوق تدخلها

¹⁴³² وهذا ما أكد عليه الفقه المقارن في ظل التشريعات التي يشتغل عليها. أنظر: أمينة النمر: م.

س، ص. 130.

¹⁴³³ محمد التغويني: النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية. م. س، ص. 52.

فيها الفصل في الدعوى، فضلا عن أن ما يصدره القضاء المستعجل من قرارات لا يمس أصل الحقوق"⁽¹⁴³⁴⁾.

2- أن يتم التبليغ في شكل وثيقة مكتوبة تتضمن ملخصا عن موضوع الدعوى وأسماء الخصوم، مع بيان المدعي والمدعى عليه منهم، وطبيعة المصلحة التي يجب الدفاع عنها. وقد اشترط المشرع المغربي في هذا التبليغ أن يتم قبل انعقاد الجلسة بثلاثة أيام على الأقل، وذلك من أجل الاطلاع على أوراق الملف لإعداد مستنتاجاتها⁽¹⁴³⁵⁾ التي لا يمكن أن يكون الحكم في هذه الدعوى صحيحا إلا بالإشارة إليها في صلبه⁽¹⁴³⁶⁾.

ثانيا: الإجراءات الواجب اتباعها من النيابة العامة

1- أوجب المشرع المغربي على النيابة العامة في حالة تبليغها من المحكمة أثناء الجلسة المدرجة لمناقشة القضية التي يلزم القانون أن تتدخل فيها بشكل إلزامي، إذا طلبت تأخير هذه القضية إلى أقرب جلسة لتقديم مستنتاجاتها، أن ترفع بذلك طلبا إلى المحكمة، وذلك من أجل التنصيص عليه في محضر الجلسة، غير أن الفقرة الثانية من الفصل التاسع لم تشر إلى طبيعة هذا الطلب ما إذا كان يجب أن يكون كتابية أو

¹⁴³⁴ - أنظر إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 318.

¹⁴³⁵ - عبد العزيز توفيق: م. س، ج. 2، ص. 76.

¹⁴³⁶ - أنظر الفقرة الأخيرة من الفصل التاسع.

شفاهة، وإن كان يبدو لنا أنه يمكن لها أن تختار بين إحدى هاتين الوسيلتين مادام أن الطلب المرفوع منها يتم التتصيص عليه في محضر الجلسة.

وقد اشترط المشرع المغربي على النيابة العامة في حالة تقديم هذا الطلب إلى المحكمة، أن يتضمن ما يفيد تأخير القضية التي تريد أن تتدخل فيها إلى أقرب جلسة. وبالمقابل، فقد أوجب نفس المشرع على نفس المحكمة الاستجابة إلى هذا التأخير، وذلك لاعتبارات إجرائية تمكن من هذه الهيئة القضائية من إعداد مستنتاجاتها.

ويبدو لنا بأن المشرع المغربي، لم يكن موفقا في اشتراط هذا الشرط، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها أن النيابة العامة غير ملزمة بتقديم مستنتاجاتها في الجلسة الموالية، خاصة وأن هذه الجلسة قد يتم تأخيرها إلى عدة جلسات لاحقة أخرى. ومن جهة ثانية، أن هذه الهيئة القضائية أوجب عليها نفس المشرع أن لا تقدم هذه المستنتاجات في كل مرة، مادام أن تدخلها يتم في جميع مراحل أو درجات التقاضي. وعلى هذا الأساس، فإن من حقها أن تقدم مستنتاجاتها في أي جلسة بعد تبليغها، سواء كانت هذه الجلسة قريبة من تاريخ طلبها، أو بعيدة عن هذا التاريخ.

وتجب الإشارة هنا، إلى أنه في حالة تبليغها بالقضية التي يجب أن تتدخل فيها أثناء الجلسة، ولم ترفع بطلبها إلى المحكمة من أجل تأخير هذه القضية إلى جلسة لاحقة، لا يمكن اعتبارها متدخلة. ومن ثم،

فإن تقديم مستنتاجاتها بعد ذلك، يعتبر باطلا بقوة القانون، على اعتبار أن المحكمة عندئذ، لا تكون ملزمة بهذا للتأخير الذي عبر عليه المشرع بعبارة "يجب على المحكمة تأخيرها"⁽¹⁴³⁷⁾ مادام أن النيابة العامة لم تطلب ذلك.

2- يجب على النيابة العامة تقديم مستنتاجاتها بشكل إلزامي في حالة تبليغها من المحكمة من أجل التدخل في قضية كانت في الأصل من القضايا التي يجب أن تكون فيها مدعية أو مدعى عليها، أما إذا لم تتدخل في الدعوى بالرغم من إخبارها أو لم تبد برأيها في النزاع المعروض على المحكمة، يكون الحكم باطلا، وذلك بالشكل الذي يكون عليه هذا الحكم، في حالة الرفع بطلبها من أجل هذا التدخل، ولكن المحكمة لم تقبل به أو أحالت بينه وبين مستنتاجاتها⁽¹⁴³⁸⁾.

ولكن هنا يجب أن نميز بين ما إذا لم تقبل بتقديم مستنتاجاتها كإجراء قانوني، وبين ما إذا قبلت بهذه المستنتاجات ولكنها لم تأخذ برأيها الذي تتضمنه هذه المستنتاجات. ففي الحالة الأولى، يكون الحكم باطلا لخرقه قاعدة جوهرية⁽¹⁴³⁹⁾، بينما في الحالة الثانية، فإن هذا الحكم يكون صحيحا، لأن عدم أخذ المحكمة برأي النيابة العامة يرتبط

1437 أنظر الشطر الأخير من الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون المسطرة المدنية.

1438 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 132.

1439 ويجب أن نشير هنا إلى أن هذا البطلان هو من النظام العام، يلزم التمسك به في جميع مراحل الدعوى، وأمام محكمة النقض أيضا. أنظر هنري سوليس: م. س، ص. 737، فقرة 875.

بسلطتها التقديرية، وليس بخرق هذه القاعدة⁽¹⁴⁴⁰⁾. وفي هذا المعنى حكم القضاء المصري، بأنه لا يكفي لصحة الإجراءات أن تكون النيابة العامة ممثلة في الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽¹⁴⁴¹⁾، إعمالاً لنص المادة 88 مرافعات، بل يجب أن تبدي رأيها في الطلب المعروف، وهذا هو المقصود بتدخلها في الدعوى وفقاً لهذا النص الذي يقضي ببطالان الحكم، إذا لم يراع هذا الإجراء لتعلقه بالنظام العام⁽¹⁴⁴²⁾.

المطلب الثاني: خصائص التدخل الاختياري للنيابة العامة في القضايا

المدنية

على خلاف التدخل الإلزامي، فإن النيابة العامة في القضايا التي تتدخل فيها تدخلاً اختيارياً، لا تكون ملزمة بأي إجراء قانوني محدد. ولهذا السبب، فإن هذا التدخل ظل يتسم بكون تقديره يرجع إلى هذه الهيئة، وليس إلى المحكمة (الفقرة الأولى) ولكن في حالة تقديم طلب تدخلها، أو أمرت به المحكمة في بعض القضايا المتعلقة بالنظام العام،

1440 أمينة مصطفى النمر: نفس المرجع السابق.

1441 وهذه الدعاوى هي من التي ألزم فيها المشرع المغربي تدخل النيابة العامة بشكل إلزامي. أنظر البند الثاني من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية والمادة الثالثة من مدونة الأسرة.

1442 أورد هذا الحكم إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 128، هامش رقم 1.

فإنها عندئذ تكون ملزمة بالقيام بإجراءاته تحت طائلة البطلان (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التدخل الاختياري متروك للسلطة التقديرية

للنيابة العامة

إن القضايا المدنية التي لا يكون فيها التدخل إلزاميا من النيابة العامة العامة، فإن المشرع المغربي أعطى لهذه الهيئة القضائية التدخل أو عدم التدخل فيها، وذلك تأسيسا على سلطتها التقديرية، وليس على سلطة المحكمة، وهذا يعني أن التكييف في هذه القضايا يكون من اختصاص النيابة العامة، وليس من اختصاص قضاء الحكم، وينبغي هذا التمييز على أمرين:

الأول: ويتعلق بتلقائية التدخل، بحيث إنه يمكن للنيابة العامة بعد اطلاعها على ملف الدعوى التي تريد أن تتدخل فيها، أن تختار بين القيام بهذا الإجراء أو عدم القيام به، فإذا اختارت هذا التدخل، فإن هذه الهيئة عندئذ تكون ملزمة بالإدلاء برأيها في القضية التي تتدخل فيها. أما إذا لم تتدخل، فإن عدم تدخلها لا يترتب عليه أي بطلان⁽¹⁴⁴³⁾، وذلك لسبب بسيط، وهو أن هذا الاطلاع الذي قامت به يكون فقط من أجل

1443 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 318.

علمها بالنزاع الذي من خلاله تقدر مدى الحاجة إلى هذا التدخل أم لا⁽¹⁴⁴⁴⁾.

ويبدو جليا من هذا التوضيح بأن التدخل الاختياري في القضايا المدنية، لا يقتضي أي إجراء يجب اتباعه، سواء من المحكمة أو من النيابة العامة ماعدا إجراء الاطلاع الذي تبني عليه سلطتها التقديرية، في تقدير هذا التدخل أو عدمه، وهذا بخلاف الأمر في حالة التدخل الإلزامي، فقد أوجب المشرع على الهيئتين اتباع مجموعة من الإجراءات سبق بيانها، بتفصيل في المطلب الأول من هذا المبحث.

ومن هذا المنظور، يجب أن نؤكد بأن النيابة العامة، لا تكون ممثلة في الدعوى المدنية عندما تتدخل بشكل اختياري، إلا عندما تدلي برأيها⁽¹⁴⁴⁵⁾. أما عندما يكون تدخلها إلزاميا، فإنها تكون ممثلة بمجرد تبليغها من المحكمة بالقضية التي يجب أن تقدم فيها مستنتاجاتها، وهذا ما يجعل منها أن تكون غير مقيدة بأي إجراء في الحالة الأولى، بينما تكون كذلك في الحالة الثانية.

الثاني: ويتعلق بكون النيابة العامة يمكن أن تتدخل في غير القضايا المنصوص عليها، في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، سواء أمام المحاكم الابتدائية، أو أمام محاكم الاستئناف، مادام أن القانون لا يلزمها بأي إجراء تقوم به أمام إحدى هاتين المحكمتين

1444 نفس المرجع السابق.

1445 نفس المرجع، ص. 319، فقرة 136.

للتدخل أمامها بمقتضى هذا الإجراء، كما هو الأمر مثلا بالإجراء المتعلق بالتبليغ في القضايا التي يكون فيها تدخلها إلزاميا. وبعبارة أخرى، إن النيابة العامة غير ملزمة بمواكبة المواجهة التي تقع بين الخصوم في المرحلة الابتدائية أو المرحلة الاستئنافية حتى تستطيع أن تقوم بإبداء رأيها في مرحلة دون أخرى، أو فيهما معا، وإنما هي مستقلة بهذا الرأي، تستطيع أن تقدمه إلى أي محكمة من هاتين المحكمتين، وفي جميع المراحل التي تمر بها هذه الدعوى مرة واحدة فقط⁽¹⁴⁴⁶⁾. وهذا ما يفسر أنه لا يمكن اعتبارها خصما عندما تكون طرفا منضما، سواء في حالة التدخل الإلزامي أو في حالة التدخل الاختياري.

ونستطيع أن نستخلص من هذين الأمرين، أن السلطة التقديرية للنيابة العامة عندما تتدخل بشكل اختياري، لا تقتصر على عملية تكيف القضية من الناحية الواقعية فقط، ما إذا كان بالإمكان أن تتدخل في قضية مدنية ما، أم لا، وإنما هذه السلطة تمتد أيضا إلى اختيار المحكمة التي تريد أن تقوم بإبداء الرأي لديها من الناحية القانونية.

وترتبا على هذه النتيجة، ذهب بعض الفقه المقارن إلى القول بأن النيابة العامة بإمكانها أيضا أن تستعمل سلطتها التقديرية في تكيف النزاع القائم أمام المحاكم، ما إذا كان هذا النزاع متعلقا بالنظام العام،

1446 وهذا ما يمكن استخلاصه من جميع بنود وفقرات الفصل التاسع.

لأجل أن تتدخل فيه برأيها، أم ليس كذلك، فتقرر عدم الجدوى من هذا التدخل⁽¹⁴⁴⁷⁾.

وإبداء رأي النيابة العامة في حالة تدخلها الاختياري، يمكن أن يتخذ عدة أشكال، وذلك إما عن طريق تقديم مستنتاجاتها في شكل مذكرة وإيداعها لدى هيئة الحكم، أو تكتفي فقط، بتفويض الرأي للمحكمة لاعتبار التدخل صحيحا، وهذا ما استقر عليه الفقه⁽¹⁴⁴⁸⁾ والقضاء⁽¹⁴⁴⁹⁾ المقارن، وذلك بخلاف الأمر في حالة التدخل الإلزامي، بحيث إن هذه الهيئة تكون ملزمة دائما بتقديم مستنتاجاتها لدى المحكمة، إما كتابة أو شفاهة ودون أن تكتفي بمثل هذا التفويض.

الفقرة الثانية: التدخل الاختياري يلزم القيام بإجراءاته

لقد سبق القول في الفقرات السابقة، بأن التدخل الاختياري لا يخضع إلى نفس الإجراءات التي يخضع لها التدخل الإلزامي، وذلك بخضوعه إلى السلطة التقديرية للنياية العامة، دون السلطة التقديرية لقضاء الحكم، ومع ذلك، فإنه من أجل إنتاج آثاره القانونية، لا بد من القيام بالإجراءات الآتية:

1447 إبراهيم نجيب سعد: م. س، ص. 318.

1448 نفس المرجع، ص. 321.

1449 نقض مدني مصري بتاريخ 28 فبراير 1928. أنظر مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س. 19، ص. 412.

1- الاطلاع: إن الاطلاع على ملف الدعوى المرفوعة من الخصوم، في غير الحالات المنصوص عليها في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، يتم إما بطلب من النيابة العامة، أو بطلب من المحكمة المرفوعة أمامها هذه الدعوى.

فالاطلاع بطلب من النيابة العامة، إما أن يتم في القضايا التي ترى بأنها ضرورية للتدخل فيها، أو في القضايا المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁴⁵⁰⁾. وفي هذين الوضعين، فإن هذه الهيئة القضائية هي التي تقرر ما إذا كان يلزم التدخل في هذه القضايا أم لا يلزم ذلك⁽¹⁴⁵¹⁾، وإن كان الفقه يجمع على وجوب التدخل في القضايا المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁴⁵²⁾، وذلك لأهميتها الاجتماعية، أو لأهمية المصلحة التي تقتضي الدفاع عنها في القانون⁽¹⁴⁵³⁾، وإن كانت بعض التشريعات المقارنة تذهب إلى عكس هذا الاتجاه الفقهي، حيث تقضي في هذا الصدد، بأنه يجوز للنيابة العامة، أن تتدخل في الدعاوى التي ترى التدخل فيها متعلقا بهذا النظام أو الآداب العامة⁽¹⁴⁵⁴⁾.

ويفهم من هذا التوضيح أن الاطلاع كإجراء قانوني يعتبر شرطا، أو طريقا أساسيا لإمكانية تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية التي

1450 إدريس العلوي العبدلاوي: م. س، ص. 469.

1451 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130.

1452 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 129، فقرة 66. - أحمد أبو الوفا: م. س، ص. 129، فقرة 66.

1453 عبد العزيز توفيق: م. س، ص. 77.

1454 أنظر المادة 89 من قانون المرافعات المصري.

تريد التدخل فيها، وإلا فلا يصح منها إبداء الرأي في هذه القضايا دون القيام به. ولكن لا يمكن اعتباره في نفس الوقت تدخلا في الدعوى، وإنما لابد من تقرير هذا التدخل بشكل مستقل، وذلك بتقديم مذكرة خاصة به إلى المحكمة أو بتقديم رأيها مباشرة إلى هذه المحكمة⁽¹⁴⁵⁵⁾.

وفي هذا الصدد، قرر القضاء المصري في بعض أحكامه بأن النيابة العامة إذا قدمت مذكرة انتهت فيها إلى أنها ترى إرجاء الاستئناف إلى حين الفصل في الدعوى الأخرى المرفوعة، تكون في ذلك أبدت رأيها بتعليق الحكم في الدعوى على الحكم الذي يصدر في الدعوى الأخرى، وهو ما يتحقق به غرض الشارع من وجوب تدخل النيابة العامة⁽¹⁴⁵⁶⁾.

أما الاطلاع الذي يتم بطلب من المحكمة، فإن النيابة العامة لا تملك الاختيار في التدخل أو عدم التدخل في القضايا التي رفع بشأنها هذا الطلب، وإنما لابد من إبداء رأيها في هذه القضايا بشكل وجوبي، وإلا ترتب عن عدم إبداء هذا الرأي بطلان الحكم، وهذا ما يمكن استخلاصه من الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية الذي عطف فيه هذا التدخل على التدخل الوجوبي لهذه الهيئة القضائية.

ولعل السبب في هذه الإلزامية، يرجع إلى أن المحكمة عندما ترفع بطلبها إلى النيابة العامة من أجل التدخل، فإن هذه الهيئة القضائية لا تملك الاختيار في إبداء الرأي أو عدم إبدائه، في قضايا تم تقدير

1455 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130.

1456 نقض مدني مصري أوردته أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130، هامش رقم 30.

التدخل فيها من هذه المحكمة، وذلك إما لكون هذا التدخل ضروري، أو أن القضايا المراد التدخل فيها متعلقة بالنظام العام، هذا بالإضافة إلى وجوب تقدير درجة المحكمة التي لا يمكن أن يتجاوزها هذا الاختيار إلى درجة أعلى. ولكن إذا رفع إليها هذا الطلب من قضاء الاستئناف، وكانت النيابة العامة قد أعطت رأيها في نفس القضية لدى قضاء المحكمة الابتدائية، فإن النيابة العامة من حقها أن ترفض هذا الطلب، وذلك لكون المشرع ألزمها بأن تقدم رأيها في القضايا المدنية مرة واحدة، سواء أمام محاكم الدرجة الأولى أو أمام محاكم الدرجة الثانية.

2- إبداء الرأي: إن إبداء الرأي هو إجراء قانوني تلتزم النيابة العامة بالقيام به قانونا إذا قررت التدخل في القضايا التي اطلعت عليها⁽¹⁴⁵⁷⁾، وذلك تحت طائلة بطلان الحكم الصادر في هذه القضايا⁽¹⁴⁵⁸⁾. وفي هذا الصدد، أكد بعض الفقه المقارن بقوله قائلًا بأن "تدخل النيابة العامة إذا كان اختياريًا، فهو متروك لتقديرها ويجوز أن يكون أمام أي محكمة، وفي هذه الحالة لا تلتزم بالحضور في الدعوى، وإنما يكفي تقديم مذكرة بالرأي، فإذا لم تتدخل النيابة العامة في الدعوى، فلا يترتب البطلان. أما إذا تدخلت في الدعوى، فيجب إبداء رأيها وإلا تترتب البطلان"⁽¹⁴⁵⁹⁾.

1457 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 118، فقرة 85.

1458 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130.

1459 أمينة مصطفى النمر: م. س، ص. 130.

ونحن نؤكد هذا الرأي لسببين: يتمثل أحدهما في كون التدخل تم تقريره لمصلحة القانون، ولذلك فإن النيابة العامة إذا انتهت سلطتها التقديرية إلى القيام بهذا الإجراء، فإنه من الطبيعي أن يكون مقرونا بإبداء رأيها في النزاع الذي تدخلت فيه دون الإضرار بالخصوم في هذا النزاع.

أما السبب الثاني، فيتمثل في كون المحكمة يمكن أن تستعين به في قضائها، ولذلك فإذا تضمن ملف الدعوى هذا الإجراء دون إبداء الرأي من النيابة العامة يكون الحكم ناقص التعليل، على اعتبار أن هيئة الحكم يجب أن تشير في حيثياتها إلى مستنتجات هذه الهيئة القضائية، وذلك بغض النظر عما إذا كانت هذه الهيئة قد تبنت ما جاء في هذه المستنتجات أو لم تتبناها، وذلك وفق التعليل الذي أخذت به.

ونحن نرى بأن النيابة العامة ملزمة بإبداء رأيها في حالة تدخلها الاختياري، وذلك على اعتبار أن هذا الرأي هو الذي يفسر ما إذا كان من الممكن تجريحها من طرف الخصوم أم لا، وإلا فإنه لا يمكن تجريحها دون إبداء هذا الرأي في الدعوى التي تدخلت فيها، وهذا ما يمكن أن يقال أيضا عندما يكون تدخلها إلزاميا.

خاتمة:

انتهينا في هذه الأطروحة إلى الجزم بوجوب تدخل المشرع الجنائي المغربي لحذف المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، أو على الأقل العمل على تعديلها، وذلك لعدة اعتبارات سبق أن درسناها بعناية ودقة وتفصيل، سواء من الناحية التشريعية أو القضائية أو الفقهية.

ومما يلاحظ في هذا العمل الذي قمنا به، بأن الفقه والقضاء وقع منهما إجماع تام، على كون النيابة العامة، إذا لم يتم التنصيب على تجريحها، فإن ذلك يكون إضرارا بالدعوى العمومية ككيان قانوني، وبمصالح المجتمع والخصوم، في جميع المراحل التي تمر بها هذه الدعوى.

ونحن لهذا السبب، كنا ندعو باستمرار إلى وجوب إعادة النظر في بعض المبادئ التي إنبنت عليها قاعدة عدم تجريح قضاة النيابة العامة، وذلك حتى يتسنى لنا الوصول إلى إلغاء هذه القاعدة في قوانيننا الإجرائية، سواء في المجال المدني أو في المجال الجنائي.

ومن جهة أخرى أنه يجب على تشريعنا الجنائي أن يتحرى الدقة في التمييز بين بعض المصطلحات التي يجب التنصيب عليها في قانون المسطرة الجنائية، وبصفة خاصة، ما يتعلق بمصطلح الطرف أو الخصم، الذي لا يجب الأخذ به بنفس المعنى الذي يمكن إضفاؤه على

المصطلح الآخر. الأمر الذي يجب أن يثير انتباه الجميع، على أنه لا ينبغي استيراد المفاهيم المدنية وتطبيقها، في نطاق قانون المسطرة الجنائية، على اعتبار أن مفهوم الطرف أو الخصم بمدلولهما المدني، لا ينبغي إطلاقه على نفس المدلول بمفهومه الجنائي. هذا فضلا عن كون أن نفس المدلول الذي ينطبق على مصطلح الخصم، ليس هو نفس المدلول الذي ينطبق على مصلح الطرف، وهذا ما دفع بأكثر الفقه إلى رفض الأخذ بالقاعدة القائلة بأن الخصم لا يمكن أن يجرح خصمه، في ضوء قاعدة عدم إمكانية تجريح قضاة النيابة العامة.

والذي يؤكد هذا الرفض في نظرنا، هو أن المشرع الجنائي المغربي لم يستطع إلى الآن، أن يعطي وصفا قانونيا معيناً للنيابة العامة في قانون المسطرة الجنائية، حتى يمكن اعتبارها خصما أو طرفا، أو تنزيها من هذه الأوصاف، بل اكتفى فقط أن ينعتها بنفس الصياغة التي ظلت تتميز بها عن هيئة قضاة الحكم أو قضاة التحقيق، وهذا ما يعني أنه، لا يجب على أي باحث أن يستعمل مصطلحا لم يأخذ به القانون بشكل صريح.

يضاف إلى هذا وذاك، أن المشرع الجنائي المغربي لم يحدد المعيار الذي يجب الأخذ به عند منع الخصوم من تجريح النيابة العامة، هل هذا المعيار، يمكن أن نعتمد فيه على المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية، أو على المركز القانوني الذي تتمتع به هذه الهيئة القضائية خلال هذه المراحل.

ولهذا السبب، فنحن آثرنا أن نؤيد الاجتهاد القضائي المغربي الذي تجرأ أن يصدر حكماً صريحاً لأول مرة¹⁴⁶⁰، بتجريح قضاة النيابة العامة، أوردنا نصه أكثر من مرة في هذه الأطروحة، وذلك بالرغم من الصياغة الصريحة التي جاءت بها المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية، بشأن منع هذا التجريح، وذلك لعدة اعتبارات نذكر منها:

1- إنه يجب مراعاة الانسجام التشريعي، في النصوص التي وضعها بخصوص الباب المتعلق بتجريح القضاة، وذلك على أساس أنه لا يمكن إخراج قضاة النيابة العامة من حكم أصبح يسري على جميع القضاة، وإلا فإن تشريعنا الجنائي يكون غير دقيق في النهج الذي اتبعه في هذا الباب الذي نحن بصددده، على اعتبار أن هذه الهيئة القضائية لا يجب تجزئة مركزها القانوني حتى يمكن اعتبارها مرة طرفاً أو خصماً، ومرة أخرى هيئة قضائية تلتزم بتطبيق ما هو منصوص عليه في القانون.

2- يجب التسليم على أن النيابة العامة، لا يمكن إضفاء صفة الخصم عليها، وذلك لاختلاف طبيعة مركزها القانوني عن مركز الخصوم، سواء في الدعوى المدنية أو الدعوى العمومية، ولذلك فلا يصح نعتها بصفة معينة، ثم إخضاعها في حمايتها إلى القواعد التي هي مخصصة لحماية الخصوم، وإلا فإن ذلك يعني إما التحايل على حق

¹⁴⁶⁰ وهذا بخلاف القضاء المقارن الذي صدر أحكاماً كثيرة بخصوص تجريح قضاة النيابة العامة.

هؤلاء الخصوم، أو الاستمرار في إحاطة هذه الهيئة القضائية بهالة من القدسية، وهذا ما لا يمكن القبول به على الإطلاق.

3- إن التجريح هو في حقيقته مبدأ يوازي مبدأ قرينة البراءة في الهدف المقرر لهما في قانون المسطرة الجنائية، ولهذا السبب فإذا ما تم تقويضه تشريعياً، فإن ذلك يعني عدم وجود أي معنى لهذه القرينة، الأمر الذي لا ينبغي على المشرع الجنائي المغربي أن يهدم مبدأ بمبدأ، وإلا فإن ذلك يكون وسيلة غير مشروعة في يد النيابة العامة التي قد تسرف في الاتهام، في حالة عدم تجريحها أو العكس بالنسبة للمجني عليه.

ويبدو واضحاً من هذا المعنى أن نفس المشرع يعمل بمقتضى ما نص عليه في المادة 274 من قانون المسطرة الجنائية على الحيلولة، دون ممارسة حقوق الدفاع التي لا يستقيم أي إجراء قانوني دون الأخذ بها، في جميع مراحل التقاضي سواء خلال مرحلة تحريك الدعوى العمومية أو خلال مرحلة السير فيها أمام القضاء الجنائي.

ومن جهة أخرى، إنه لا يستقيم من النيابة العامة أن تقوم بأي إجراء قانوني إذا لم تكن محايدة عن التأثيرات الخارجية أو الميولات التي تستدعي تجريحها، خاصة وأنه لا يكفي القول بأن هيئة الحكم هي التي تتولى الفصل في الخصومة الجنائية، إذا كانت هذه الهيئة هي التي تتحكم في وسائل الإثبات أو رفع الالتماسات إلى قاضي التحقيق أو التكييف القانوني المعتمد غالباً من القضاء في أوراق الدعوى العمومية

قبل إعادة تكييف الفعل المرتكب، أو النظر في النزاع المعروض عليها، حيث إن هذه الإجراءات قد تؤثر سلبا أو إيجابا على المتهم أو المجني عليه، وذلك حسب طبيعة سبب التجريح الذي هي في حل منه، وهذا ما قد يتنافى مع الهدف المتوخى من المركز القانوني لهذه الهيئة القضائية.

4- إن الجزم على عدم تجريح قضاة النيابة العامة، فيه إشعل واضح لمن يرتكب الجريمة أو لأي شخص يمكن نسبة الفعل المرتكب إليه حتى ولو على سبيل الظن، إذا ما كانت الأدلة الجنائية منعدمة ضده. إلا أنه لا يمكن أن يكون مطمئنا إلى تلك الضمانة الإجرائية التي يخولها إياه قانون المسطرة الجنائية، مما يعني أن هذه الضمانة تبقى عديمة الفائدة في هذا القانون. وهذا ما يجعل من تشريعنا الجنائي أن يظل متناقضا في سياسته الجنائية على اعتبار أنه تارة يؤكد على هذه الضمانة بالتصيص عليها في نفس القانون، وتارة أخرى يجردها من قيمتها القانونية نتيجة عدم السماح بتجريح قضاة النيابة العامة خلال مرحلة تحريك الدعوى العمومية التي هي مرحلة أساسية في حماية الحقوق والحريات، أو الإضرار بها، وذلك حسب الحالات التي يكون فيها هؤلاء القضاة لصالح أو ضد المتهم.

ولهذا السبب، فنحن آثرنا أن نقترح في ضوء هذه الدراسة التي قمنا بها، ونحن منشغلون بإعداد هذه الأطروحة اعتبار ما يلي:

1- إعادة النظر من طرف المشرع الجنائي المغربي في مؤسسة النيابة العامة، وذلك بتحديد مركزها القانوني بشكل واضح في قانون

المسطرة الجنائية، الأمر الذي جعل منا أن نجزم بأنه لا يكفي أن يبقى هذا المشرع متمسكا باسمها التقليدي، إلا فيما يخص التمييز بينها وبين باقي المؤسسات القضائية الأخرى، وهذا يعني أنه لا بد من إضفاء صفة عليها، وذلك بالشكل الذي ظل بمقتضاه يميز بين المدعي والمدعى عليه في القانون المدني.

2- يجب الحسم في الإصرار على تجريح قضاة النيابة العامة أو على الأقل يجب التمييز في هذا التجريح بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالصفة القضائية لهؤلاء، أم بالصفة الإدارية، ومن ثم توضيح ما إذا كان عمل هؤلاء القضاة هو عمل قضائي أو هو عمل إداري، وذلك حتى ينجلي ذلك الغموض الذي أثار انتباه الباحثين بخصوص تحديد مدلوله القانوني، وإن كان قد تم ذلك بدون جدوى في ظل الاختلافات الفقهية التي نشأت حول هذا الموضوع.

3- إنه لا يكفي اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في القضايا الجنائية دون التنصيص على هذه الصفة في مواد قانون المسطرة الجنائية، وإلا فإن المركز القانوني لهذه الهيئة القضائية يبقى قائما على الافتراض الذي لا يجب الأخذ به في المادة الجنائية التي يجب أن تقوم أحكامها على الجرم واليقين، وذلك حتى يمكن الركون إلى مبادئها العامة، بشكل يوازي ما يتطلبه الاطمئنان إلى تحقيق العدالة، وهذا ما يمكن من خلاله احترام أو مراعاة حقوق المتهم أو المجني عليه من جهة، وتجنب الأخطاء في الأحكام الجنائية التي تزداد انعكاساتها سلبا

على حقوق أطراف الخصومة الجنائية بشكل يفوق الحد الطبيعي لها من جهة أخرى، وهذا ما أثار انتباه المشرع الدستوري الجديد، فنص بشكل صريح على الحماية الدستورية من هذه الأخطاء التي يبدوا واضحا من الأحكام القضائية أنها في تزايد مستمر، وذلك بالرغم من حداثة قانون المسطرة الجنائية.

والله ولي التوفيق

لائحة المراجع:

❖ المراجع باللغة العربية:

﴿ المراجع العامة: ﴾

- أدوار غالي الذهبي: "دراسات في قانون الإجراءات الجنائية"، القاهرة 1995.
- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: "شرح قانون المسطرة الجنائية" 1982.
- أحمد أبو الوفا: "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة 1989.
- أحمد الخمليشي: "القانون الجنائي الخاص"، الجزء الأول 1985.
- أحمد الخمليشي: "المسطرة الجنائية"، الجزء الثاني 1986.
- أحمد فتحي سرور: "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية"، الجزء الأول، دار النهضة العربية 1980.
- أحمد فتحي سرور: "القانون الجنائي الدستوري"، الطبعة الثانية 2002.

- إدريس طارق السباعي: "النيابة العامة وقضاء التحقيق
1993.
- المكي السنتيسي: "مذكرات في القانون الجنائي العام"، 1976
- 1977.
- توفيق الشاوي: "فقه الإجراءات"، الطبعة الثانية 1954.
- حسن علام: "قانون الإجراءات الجنائية"، طبعة 1982.
- جمال سرحان: "ضمانات المتهم وحقوق الدفاع خلال مرحلة
التحقيق الإعدادي"، 2009.
- حامد الشريف: "موانع القضاء، الرد والمخاصمة، وعدم
الصلاحية والتنحي"، 2008.
- جلال ثروت: "أصول المحاكمات الجزائية"، 1982.
- محمد الإدريسي العلمي المشيشي: "المسطرة الجنائية"، الجزء
الأول، المؤسسات القضائية 1991.
- مأمون الكزبري؛ إدريس العلوي العبدلاوي: "شرح قانون
المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد"، الجزء الثالث
1975.
- مأمون الكزبري: "نظرية الالتزامات في ضوء قانون
الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول 1972.
- محمد مرعي صعب: "مخاصمة القضاة"، الجزء الأول
2006.

- محيي الدين أمزازي: "العقوبة"، 1993.
- محمد عياط: "دراسة في المسطرة الجنائية المغربية"، الجزء الأول.
- مصطفى مجدي هرجة: "رد ومخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في المجالين الجنائي والمدني" 2005.
- محمد عبد الكريم العيادي: "القناعة الوجدانية للقاضي"، الطبعة الأولى 2010.
- محمد سيمر عبد الفتاح: "النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى العمومية بدون محاكمة" 1986.
- مصطفى صخري: "موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والإدارية والجنائية" 2005.
- محمد عوض: "الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية الليبي"، الجزء الأول بدون تاريخ.
- محمد التغويني: "النظرية العامة للتعليق على الأحكام القضائية"، 2008.
- محمد التغويني: "إشكالية التجريم في التشريع الجنائي المغربي"، الطبعة الثالثة 2008.
- عبد العزيز حضري: "القانون القضائي الخاص"، 1999.
- عبد الوهاب حومد: "الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية"، الطبعة الثالثة 1977.

- عبد العزيز توفيق: "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي".
- عباس العبودي: "شرح قانون أصول المحاكمات"، 2009.
- عبد الفتاح الشهاوي: "الموسوعة القانونية لصيغ الأوراق القضائية"، طبعة 2000.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: "سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية"، 1993.
- عزت مصطفى الدسوقي: قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق"، بدون تاريخ.
- إدريس لكريني: "السلطة التقديرية للقاضي الزجري"، الطبعة الأولى، مطبعة التلمساني، بدون مكان، طبعة 2004.
- آدم وهيب النداوي: "المرافعات المدنية"، طبعة 2001.
- أدوار عيد: "موسوعة أصول المحاكمات المدنية".
- أدوار غالي الذهبي: "الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، الطبعة لثانية 1990.
- أدوار غالي الذهبي: "مجموعة بحوث قانونية"، القاهرة، دار النهضة العربية 1978، دور النيابة العامة في تنظيم العدالة القضائية. وأنظر في فقه الكتاب دور النيابة العامة في الدعوى المدنية في قانون المرافعات الجديدة.

- أشرف رمضان عبد الحميد: "النيلبة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة"، 2004.
- أمينة النمر: "أصول المحاكمات المدنية" 1988.
- رؤوف عبيد: "مبادئ الإجراءات الجنائية"، الطبعة الخامسة عشرة 1983.
- سامي النصرأوي: "قانون أصول المحاكمات الجزائية" 1971.
- سعيد أحمد شعله: "قضاء النقض في الإجراءات المدنية"، 2002.
- شعبان محمود محمد الهواري: "افتراض البراءة في المتهم كأساس للمحاكمة العادلة، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي"، مطبعة دار الفكر والقانون، المنصورة 2013.
- عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثاني 1964.
- عبد المنعم أحمد الشرقاوي: "نظرية المصلحة في الدعوى"، 1947.
- عبد المنعم عبد الرحيم العوضي: "قاعدة تقييد المحكمة الجنائية بالاتهام"، بدون تاريخ.
- علي حسن: "رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية"، الطبعة الأولى 1987.

- عمر السعيد رمضان: "مبادئ قانون الإجراءات الجنائية"، الجزء الأول، القاهرة 1988.
- فتحي عبد الصبور: "الوسيط في قانون العمل"، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية 1985.
- فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية 1986.
- فتحي والي: "قانون القضاء المدني"، طبعة 1993.
- مأمون محمد سلامة: "الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، الجزء الثاني، القاهرة 1988.
- محمد رشاد الشايب: "الحماية الجنائية لحقوق المتهم وحياته، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية 2012.
- محمد زكي أبو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية"، محاولة فقهية وعلمية لإرساء نظرية عامة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية 2011.
- محمد عبد النبوي: "ضمانات المحاكمة العادلة، مرحلة جمع الاستدلالات"، دراسة منشورة في تأملات حول المحاكمة العادلة، كتاب جماعي تحت إشراف محمد جلال السعيد، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء 2009.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

- أدوار غالي الذهبي: "حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني"، جامعة القاهرة 1987.
- إدريس الحيايني: "نظرية البطلان في القانون المسطري المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002 / 2003.
- الطيب برادة: "إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء"، 1996.
- علي محمود علي حمودة: "النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلته المختلفة"، 1994.
- محمد أحمد ضو الترهوني: "ضمانات المتهم قبل المحاكمة في الإجراءات الجنائية على ضوء المواثيق الدولية ومبادئ الشريعة الإسلامية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال - الرباط، الموسم الجامعي 2000 - 2001.
- محمد التغويني: "تحريك الدعوى العمومية بطريق الشكوى"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال - الرباط، الموسم الجامعي 2000-2001.

- محمد الكبشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، 2001.
- محمد زكي أبو عامر: "شائبة الخطأ في الحكم الجنائي"، 1985.
- محمد محمود إبراهيم: "التكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات"، 1982.
- محمد صالح حسين أمين: "دور النيابة العامة في الدعوى العمومية في القانون المقارن"، دار الفضفضة العربية 1997.

المقالات والدوريات والدراسات:

- رشيد مشقاقة: "علاقة النيابة العامة بقاضي التحقيق حسب المستجدات الجديدة"، مجلة محكمة العدد 3، 2003.
- رمزي طه الشاعر: "المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير 1976.
- عبد السلام حادوش: "تدخل النيابة العامة لدى المجلس الأعلى"، مجلة الندوة، عدد 3، 1987.
- عز الدين أكمي: "قرينة البراءة"، مجلة المحاماة، العدد المزدوج 42 - 43، 1999.

- علي الشحات الحديدي: "ماهية الصفة ودورها في النطاق الإجرائي"، مجلة الأمن والقانون، السنة 6، العدد الثاني، يوليو 1998.
- لحبيب بيهي: "الاقتناع الوجداني عند القاضي الجنائي"، مجلة REMALD، عدد 39، 2002.
- محمد الإدريسي العلمي المشيشي: "تداخل السلطة الإدارية والقضائية في الدعوى العمومية"، مجلة الإشعاع، العدد 27 غشت 2003، ص 6 وما بعدها.
- محمد الكشور: "مركز النيابة العامة أمام المجلس الأعلى"، مجلة المناهج، العدد 2، 2002.
- محمد جوهر: "الدور الإستراتيجي للنيابة العامة في دولة الحق والقانون"، دراسات تكريما للأستاذ محمد جلال السعيد، مؤلف جماعي، الجزء الثاني، مطبعة كانابرينت الرباط 2006، ص 147.
- محمد حامد فهمي: "تسبيب الأحكام في المواد المدنية"، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة، العدد 5، يونيو 1985.
- موسى عبود: "الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي"، مجلة المحاماة، العدد الثالث 1980.

👉 **Les Ouvrages Généraux :**

- Boré (Jacques) : la cassation en matière pénal, 1985.
- A. Astaing : droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime 1999.
- A. Vitu : la récusation en matière pénale, Dalloz 1981.
- B. Durand : suspicion et récusation des juges dans le procès pénal d'ancien régime, Montpellier 1996.
- Bouloc (Bernard) : procédure pénale, 21ème édition 2008.
- De Vabres (Donnedieu) : traité de droit criminel et de législation pénal comparée, 1947.
- Goyet (Francisque) : le ministère public, 1953.
- Guinchard Ferrand (S) et Chainis (C) : procédure civile droit interne et droit communautaire, Paris, Dalloz 2008.
- Kabasele Muamba (Fred) : le ministère public congolais 2010.
- L. Depambour - Taride : le juge dans la langue durée, droits, 34, 2004.

- Laborde - La Coste (M) : procédure civile, 3^{ème} édition, Paris 1951.
- Larguier (Jean) : droit pénal et procédure pénale, Paris 1976.
- M. Lemond et F. Tumkens : l'impartialité du juge.
- Mirl (Roger) et Vitu (André) : traité de droit criminel, T II, Paris 1973.
- Normand (Jean) : le juge et le fondement du litige in mélange, Hebraud 1981.
- Pauille (André) : le pouvoir judiciaire et les tribunaux, Paris 1985.
- Perrot (Roger) : l'institution judiciaires, Paris 1983.
- Pradel (Jan) : procédure pénale, 13^{ème} édition, 2006-2007.
- Stefani (G) Levasseur (G) Bouloc (B) : procédure pénale, 16^{ème} édition 1996.
- Vitu (André) : procédure pénale, T I, 1957.
- Voin (Robert) Léauté (Jean) : droit pénal et procédure pénale, Paris 1965.
- Waline (M) : droit administratif, Paris 1963.

↳ **Les Thèses et Etudes:**

- Ardant (Philip) : la responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle, Paris 1956.
- Bernabé (Boris) : la récusation des juges 2006.
- Favoreau (Louis) : du déni de justice en droit public français 1964.
- Laurie Schenique : la réforme de la phase préparatoire du procès pénal. Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Droit privé sciences criminelles, soutenue le 20 septembre 2013, à l'université de NICE – SOPHIA – ANTROPOLIS, faculté de droit et sciences politiques.
- Leur Rassat (Michel) : le ministère public entre son passé et son avenir 1967.
- Mohammed Ablkhalak Omar : la notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, Paris 1976.
- R. Colsou : la fonction du juge, thèse, Nantes 2003.
- Seillan (Yves) : essai sur les méthodes d'interprétation de la jurisprudence civile, Bordeaux 1962.

↳ **Revue et périodiques :**

- Ancel (Marc) : politique criminel et droit de l'homme R.I.C.P.T, 1990.

- Arend P. : «l'impartialité des juridictions nationales : une simple apparence ?», obs. sous comm. Eur. D.H, édition Jurado Rodriguez C. Lyxembourg du 17 janvier 1996, R.T.D.H., 1997.

- Aydalot (Maurice) : ministère public, bulletin criminel, 1-1969.

- B. Beignier et C. Bléry : l'impartialité du juge entre apparence et réalité, recueil Dalloz, 2001, n°30 chroniques, doctrine.

- Beignier B. : «principe d'impartialité et récusation», note sous Toulouse, 9 mars 2001 et 25 octobre 2001, D. 2002.

- Berlioz J.C : «impartialité ou subjectivité du ministère public», colloque loyauté du procès et comportements professionnels organisé par l'E.N.M. et le barreau les 26 – 27 septembre 2001. www.enm.justice.fr.

- Bigot. J : «le statut du ministère public en France», R.I.D.P., 1992.

- Bosly H. D : «le magistrat instructeur, juge indépendant et impartial ?», liber amicorum m. Chatel, Anvers, Kluwer 1991.

- Boularbah H : «dessaisissement, récusation et impartialité du juge : évolutions récentes en matière civile», P.E.B., 1999.

- Bredin J.D : «qu'est-ce que l'indépendance du juge ?», justices 1996, n°3, pp 161-166.

- Bussy. F : «nul ne peut être juge et partie», D., 2004.

- Collin. J. P : «les rapports du juge d'instruction avec le ministère public, les corps de police et les experts», R.D.P., 1990.

- Commaret. D.N : «chronique de procédure pénale – impartialité du juge», R.S.C., 2000.

- Coulon. J. M : «l'impartialité du juge», colloque loyauté du procès et comportements professionnels organisé par l'E.N.M. et le barreau les 26-27 septembre 2001, www.enm.justice.fr.

- De Codt. J : «poursuites contre les magistrats», in statut et déontologie du magistrat, bruxelles, la charte 2000.

- D. N. Commaret : une juste distance ou réflexion sur l'impartialité du magistrat, recueil Dalloz 1998, 27^{ème} cahier, chronique.

- De Riemaecker X. et Londers G : «l'indépendance des magistrats», in statut et déontologie du magistrat, Bruxelles, la Charte 2000.
- Favoreau (Louis) : brèves observation sur la situation du parquet au regard de la constitution, R.S.C., 1994.
- Frison – Roche M. A : «le juge et le sentiment de justice», mélanges P. Bezard, Paris, montchrestien 2002.
- G. Bolard et S. Guinchard : le juge dans la cité, j.c.p 22, mai 2002.
- Graven (Jean) : organisation et fonction du ministère public, juillet 1963, R.I.D.P.
- J. Normand : jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé, revue trimestrielle de droit civil, janvier-mars 2001.
- Jean Paul Jean : le ministère public entre modèle Jacobin et modèle Européen, R.S.C, juillet – septembre 2005.
- Klein Th : «la fonction de juger», mélanges L.E Pettiti, Bruxelles, Bruylant 1998.
- Louis Nadal (Jean) : chronique du parquet et de l'instruction, revue de science criminel 1973.
- M. A. Frison – Roche : l'impartialité du juge, recueil Dalloz 199, 6^{ème} cahier, chronique.

- Mahmoud Mostafa : le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal, Revue internationale de droit pénal, année 43-1963.
- Matsopoulou. H : «nécessité de séparer les fonctions d'instruction et de jugement», note sous Cass. Fr. (ass. Plén), 5 février 1999, sem. Jur 1999, II, n°10060.
- N. Dion : le juge et le désir du juste, recueil Dalloz 1999, 18^e cahier, chronique ?.
- O. Cayla : les deux figures du juge, le débat 74, mars – avril 1993.
- P. Draï : le juge ? revue des deux monde, novembre 1995.
- Ph. Nérac : les garanties d'impartialité du juge répressif, j.c.
- Ph. Raynaud : le juge et la communauté, le débat, mars – avril 1993.
- R.P.D.B : «récusation», vol 11, Bruxelles, Bruylant 1951.
- Van Drooghenbrock. S : «la réplique au ministère public : quousque tandem ?», note sous Cass., 13 septembre 1999, R.C.J.B., 2000.
- Verges. J, les erreurs judiciaires, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2002.

– Vitu. A : «la récusation en matière pénale »,
mélanges J. Vincent, Paris, Dalloz 1981.

– Viala (M) : le ministère public, peut-il être récusé,
Gazette du Palais 1980.

الفهرس:

1	مقدمة:
	الباب الأول: الدلالة القانونية للتجريح وأثره على الدعوى
14	العمومية
14	الفصل الأول: التجريح في سياقه التنظيمي وأبعاده القانونية
15	الفرع الأول: التجريح في سياقه التنظيمي والفقه
15	المبحث الأول: التجريح في التشريع والقضاء والفقه
15	المطلب الأول: التجريح في التشريع
25	المطلب الثاني: التجريح في القضاء والفقه
26	الفقرة الأولى: التجريح في القضاء
26	أولاً: تحديد التجريح من منظور القضاء المغربي
27	الناحية الأولى: بيان الطبيعة القانونية للتجريح ⁰
32	الحالة الثانية: شمولية التجريح لمختلف القضاة
36	ثانياً: تحديد التجريح من منظور القضاء المقارن
43	الفقرة الثانية: التجريح في الفقه
43	أولاً: تعريف التجريح بشكل خاص ومحدد
49	ثانياً: تعريف لتجريح بشكل شمولي
59	ثالثاً: المفهوم المقترح للتجريح وخصائصه

المبحث الثاني: مقارنة التجريح بالمخاصمة.....	78
المطلب الأول: المخاصمة وأساسها القانوني.....	78
الفقرة الأولى: المدلول القانوني للمخاصمة في الفقه والقضاء	79
الفقرة الثانية: أساس دعوى مخاصمة القضاة	109
المطلب الثاني: بيان أوجه الالتقاء والاختلاف بين المخاصمة والتجريح	122
الفقرة الأولى: أوجه الالتقاء والاختلاف بين التجريح.....	122
والمخاصمة من حيث المبدأ	122
أولاً: أوجه الالتقاء بين التجريح والمخاصمة	122
ثانياً: أوجه الاختلاف بين التجريح والمخاصمة من حيث المبدأ	132
الفقرة الثانية: أوجه الالتقاء والاختلاف بين التجريح.....	225
والمخاصمة من حيث الأثر	225
أولاً: حصر أوجه الالتقاء بين التجريح و المخاصمة في تقديم الطلب من المدعي إلى المحكمة المختصة	225
ثانياً: حصر أوجه الاختلاف بين التجريح والمخاصمة من حيث الآثار المترتبة عليهما	233
الفرع الثاني: الأبعاد القانونية للتجريح	242
المبحث الأول: الأبعاد القانونية للتجريح في التشريع	242

المطلب الأول: أهمية التجريح، في حماية القاضي من نفسه	
أو من الخصوم	243
المطلب الثاني: حماية الدعوى العمومية من البطلان	248
المطلب الثالث: أهمية التجريح في حماية الخصوم	253
المبحث الثاني: الأبعاد القانونية للتجريح في الواقع	259
المطلب الأول: ضرورة مراعاة الحياد في التقاضي	259
المطلب الثاني: مراعاة المساواة في الحقوق بين الخصوم	263
الفصل الثاني: أثر تجريح قضاة النيابة العامة على الدعوى	
العمومية	268
الفرع الأول: الأسس الموجبة لرفض أو الأخذ بنظرية تجريح	
قضاة النيابة العامة	268
المبحث الأول: الأسس الموجبة لرفض نظرية تجريح قضاة	
النيابة العامة	269
المطلب الأول: رفض تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على	
أسباب تاريخية	269
الفقرة الأولى: المبادئ الأساسية الموجبة لرفض تجريح	
قضاة النيابة العامة	270
أولا: قاعدة لا اجتهاد مع النص	270
ثانيا: قاعدة وحدة النيابة العامة	278
الفقرة الثانية: تأثير المسار التاريخي للنيابة العامة في	
الحيلولة دون تجريح قضاتها	280

- أولاً: التركيبة الفنية للنياابة العامة..... 281
- ثانياً: التركيبة العضوية للنياابة العامة..... 288
- المطلب الثاني: رفض تجريح النياابة العامة تأسيساً على اعتبارات تتعلق بالسياسة الجنائية..... 289
- الفقرة الأولى: تمثيل النياابة العامة للدولة في تحريك الدعوى العمومية..... 290
- الفقرة الثانية: تمثيل النياابة العامة للدولة في مراقبة الدعوى العمومية أمام قضاء التحقيق والحكم..... 297
- أولاً: وسائل مراقبة النياابة العامة للدعوى العمومية أمام قضاء التحقيق..... 298
- ثانياً: وسائل مراقبة النياابة العامة للدعوى العمومية أمام قاضي الحكم..... 302
- المبحث الثاني: الأسس الموجبة للأخذ بنظرية تجريح قضاة النياابة العامة..... 307
- المطلب الأول: الأخذ بنظرية تجريح قضاة النياابة العامة تأسيساً على اعتبارات شكلية..... 307
- الفقرة الأولى: عيوب صياغة المادة 274 من الناحية الفنية 308
- الفقرة الثانية: عيوب صياغة المادة 274 من الناحية العضوية..... 316
- المطلب الثاني: الأخذ بنظرية تجريح قضاة النياابة العامة تأسيساً على اعتبارات موضوعية..... 322

- الفقرة الأولى: تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على
 اشتراكهم مع قضاة الحكم في الصفة القضائية..... 323
- أولا: التمتع بالسلطة التقديرية المبنية على الاقتناع..... 324
- ثانيا: التمتع بالسلطة التقديرية المبنية على إصدار
 الأوامر القضائية في المخالفات..... 331
- الفقرة الثانية: تجريح قضاة النيابة العامة تأسيسا على
 اشتراكهم مع قضاة الحكم في الحياد..... 333
- الفرع الثاني: الموقف السليم من نظرية تجريح قضاة النيابة
 العامة..... 344
- المبحث الأول: نظرية تجريح النيابة العامة من منظور اعتبارها
 خصما في الدعوى العمومية..... 344
- المطلب الأول: مدى اعتبار النيابة العامة خصما في الدعوى. 345
- الفقرة الأولى: الموقف الفقهي المؤيد لنظرية اعتبار النيابة
 العامة خصما في الدعوى..... 345
- الفقرة الثانية: الموقف الفقهي الرافض لنظرية اعتبار النيابة
 العامة خصما في الدعوى..... 352
- المطلب الثاني: مبررات الفقه الراجح بخصوص تجريح قضاة
 النيابة العامة..... 368
- الفقرة الأولى: المبررات المرتبطة بعدم وضوح الرأي
 الرافض لتجريح قضاة النيابة العامة..... 368

الفقرة الثانية: المبررات المرتبطة بموقع النيابة العامة من	
377..... ممارسة الإجراءات في الدعوى العمومية	
المبحث الثاني: نظرية تجريح النيابة العامة من منظور توفير	
388..... الضمانات للمتهم	
المطلب الأول: الضمانات المرتبطة بتوفير الطمأنينة لدى	
388..... الخصوم	
389..... الفقرة الأولى: الطمأنينة الإجرائية	
400..... الفقرة الثانية: الطمأنينة الموضوعية	
401..... أولا: الحيلولة دون الإضرار بمباشرة الدعوى العمومية	
406..... ثانيا: عدم الإضرار بموضوع الدعوى العمومية	
412..... المطلب الثاني: الضمانات المرتبطة بتوفير المحاكمة العادلة	
الفقرة الأولى: دور النيابة العامة في تحقيق الضمانات	
413..... المرتبطة بتوفير المحاكمة العادلة	
الفقرة الثانية: الانعكاسات المترتبة عن رفض تجريح النيابة	
418..... العامة على المحاكمة العادلة	
425..... الباب الثاني: نطاق تجريح قضاة النيابة العامة	
426..... الفصل الأول : تجريح قضاة النيابة العامة في القضايا الجزائية	
الفرع الأول: تجريح قضاة النيابة العامة في الجرائم التي تختص	
427..... فيها بتحريك الدعوى العمومية	

المبحث الأول: تجريح قضاة النيابة العامة في نطاق اختصاصها	
الإجرائي.....	427
المطلب الأول: الاختصاص الإجرائي للنيابة العامة بمعناه	
الفني.....	428
الفقرة الأولى: إجراءات المتابعة.....	434
الفقرة الثانية: إجراءات الممارسة.....	441
المطلب الثاني: الاختصاص الإجرائي للنيابة العامة بمعناه	
الموضوعي.....	446
الفقرة الأولى: الاختصاص الإجرائي للنيابة العامة في إنهاء	
الدعوى العمومية دون محاكمة.....	447
أولاً: حفظ القضية في الدعوى العمومية.....	447
ثانياً: إنهاء الدعوى العمومية عن طريق الصلح.....	455
الفقرة الثانية: الاختصاص الإجرائي للنيابة العامة في	
القضايا المختصة بالبت فيها دون محاكمة.....	458
أولاً: السند التنفيذي.....	458
ثانياً: إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.....	463
ثالثاً: رد الأشياء إلى من له الحق عليها ⁰	467
رابعاً: سحب جواز السفر وإغلاق الحدود.....	470
المبحث الثاني: تجريح قضاة النيابة العامة في نطاق	
اختصاصاتهم الإدارية.....	473
المطلب الأول: رفع الملتمس إلى قاضي التحقيق.....	473

- الفقرة الأولى: مدى اعتبار الملتمس هو عمل إداري لا قضائي 473
- أولاً: الملتمس هو إجراء قانوني مقيد لعمل قاضي التحقيق 475
- ثانياً: الملتمس هو إجراء قانوني إيجابي لا سلبي 478
- الفقرة الثانية: مدى اعتبار الملتمس موجبا لتجريح النيابة العامة 484
- المطلب الثاني: إصدار الأوامر أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية 489
- الفقرة الأولى: دور أوامر النيابة العامة في خدمة حسن سير العدالة 489
- أولاً: إجراءات الحد من خطورة مرتكب الجريمة أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية 490
- ثانياً: الوصول إلى الدليل عن طريق التفتيش أو الحجز .. 501
- الفقرة الثانية: مدى خضوع أوامر النيابة العامة الصادرة أثناء مباشرة تحريك الدعوى العمومية لمسطرة التجريح 510
- الفرع الثاني: تجريح النيابة العامة في الجرائم غير المختصة فيها بتحريك الدعوى العمومية 517
- المبحث الأول: تجريح النيابة العامة عند تحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى والإذن والطلب 518
- المطلب الأول: تجريح النيابة العامة في جرائم الشكوى 518

الفقرة الأولى: المدلول القانوني للشخص الإجرائي	
المختص بتحريك الدعوى العمومية في جرائم الشكوى	519
أولاً: تحديد مفهوم الشكوى	519
ثانياً: أساس تحريك الدعوى العمومية من المجنى عليه	
في جرائم الشكوى	523
الفقرة الثانية: مدى إمكانية تجريح النيابة العامة في جرائم	
الشكوى	529
المطلب الثاني: تجريح النيابة العامة في جرائم الإذن والطلب	538
الفقرة الأولى: تجريح النيابة العامة في جرائم الطلب	540
الفقرة الثانية: تجريح النيابة العامة في جرائم الإنن	546
المبحث الثاني: تجريح النيابة العامة عند تحريك الدعوى	
العمومية بطريق الشكاية المباشرة	550
المطلب الأول: المدلول القانوني للشكاية المباشرة	550
المطلب الثاني: مدى إمكانية تجريح النيابة العامة في جرائم	
الادعاء المباشر	558
الفصل الثاني: تجريح النيابة العامة في القضايا المدنية	564
الفرع الأول: موقع النيابة العامة من قضاة الحكم والخصوم في	
القضايا المدنية	564
المبحث الأول: علاقة النيابة بقضاة الحكم في المادة المدنية	566
المطلب الأول: علاقة النيابة العامة بقضاة الحكم في القضايا	
المدنية الموجبة لتدخلها الإلزامي	566

567	الفقرة الأولى: العلاقة الفنية بين النيابة العامة وقضاة الحكم
	الفقرة الثانية: العلاقة العضوية بين النيابة العامة وقضاء
574	الحكم.....
	المطلب الثاني: علاقة النيابة العامة بقضاة الحكم في القضايا
578	المدنية الموجبة لتدخلها الاختياري.....
578	الفقرة الأولى: العلاقة التنظيمية.....
580	الفقرة الثانية: العلاقة الإجرائية.....
586	المبحث الثاني: علاقة النيابة العامة بالخصوم في القضايا المدنية
	المطلب الأول: علاقة النيابة العامة كطرف أصلي بالخصوم
586	في الدعوى المدنية.....
	الفقرة الأولى: أساس اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في
587	القضايا المدنية.....
587	أولاً: الأساس المبني على الصفة الاستثنائية.....
590	ثانياً: الأساس المبني على الصفة التمثيلية.....
	الفقرة الثانية: طبيعة علاقة النيابة العامة كطرف أصلي مع
593	الخصوم في الدعوى المدنية.....
593	أولاً: العلاقة الموضوعية.....
599	ثانياً: العلاقة الإجرائية.....
	المطلب الثاني: علاقة النيابة العامة كطرف منضم بالخصوم
602	في الدعوى المدنية.....
603	الفقرة الأولى: العلاقة الغائية.....

- 607.....الفقرة الثانية: العلاقة القانونية
- الفرع الثاني: تحديد طبيعة النيابة العامة وخصائص تدخلها في
- 612.....القضايا المدنية الموجبة للتجريح
- المبحث الأول: تحديد طبيعة النيابة العامة في القضايا المدنية
- 612.....الموجبة للتجريح
- المطلب الأول: التمييز بين اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً
- 613.....أو طرفاً منضمًا
- الفقرة الأولى: أساس التمييز بين النيابة العامة كطرف
- 613.....أصلي أو كطرف منضم
- الفقرة الثانية: أهمية التمييز بين النيابة العامة كطرف
- 620.....أصلي أو كطرف منضم
- المطلب الثاني: نتائج التمييز بين اعتبار النيابة العامة طرفاً
- 624.....أصلياً أو طرفاً منضمًا
- الفقرة الأولى: النتائج المترتبة بصحة أو بطلان إجراءات
- 625.....الدعوى المدنية
- أولاً: بطلان إجراءات الدعوى المدنية عندما تكون النيابة
- 625.....العامة طرفاً أصلياً
- ثانياً: بطلان إجراءات الدعوى المدنية عندما تكون
- 627.....النيابة العامة طرفاً منضمًا
- الفقرة الثانية: النتائج المرتبطة بتجريح النيابة العامة.....631
- 632.....أولاً: تجريح النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً

634	ثانيا: تجريح النيابة العامة عندما تكون طرفا منضمما
	المبحث الثاني: خصائص تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية
638	الموجبة للتجريح
	الفقرة الأولى: التدخل الإلزامي متروك للسلطة التقديرية
639	لمحكمة الموضوع
	الفقرة الثانية: التدخل الإلزامي مقيد باتباع إجراءات محددة
642	في القانون
643	أولا: الإجراءات الواجب اتباعها من المحكمة
644	ثانيا: الإجراءات الواجب اتباعها من النيابة العامة
	المطلب الثاني: خصائص التدخل الاختياري للنيابة العامة في
647	القضايا المدنية
	الفقرة الأولى: التدخل الاختياري متروك للسلطة التقديرية
648	للنيابة العامة
651	الفقرة الثانية: التدخل الاختياري يلزم القيام بإجراءاته
656	خاتمة:
663	لائحة المراجع:
680	الفهرس: