

مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

• مجلة علمية فصلية تعنى بالدراسات القانونية والادارية •

العدد السابع والسبعون - [78] الخاص بالقضاء والتحكيم / أكتوبر 2025

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العني

باحث في القانون العام

العدد

78
أكتوبر 2025

بالقضاء
والتحكيم

العدد

الإيداع القانوني:

2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري:

2028 - 876X

ملف الصحافة:

42/2011

المراسلات

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء - 20350

الهاتف : 0662557163

البريد الإلكتروني : elanbiredouane@gmail.com

contact@revuealmanara.com

دار السلام للنشر

طبع و توزيع
الرياض

الطبع:

مطبعة دار السلام للنشر

شارع المقاومة، زنقة فرحات حشاد عمارة 127 رقم 02 - الرياض

الهاتف : 05.37.70.65.33

البريد الإلكتروني : edition.darassalam@gmail.com

© الطبعة الأولى 2025

حقوق الطبع محفوظة

مكتبة دار السلام



توزيع:

مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرياض

الهاتف : 05.37.72.58.23

الموقع الرئيسي : www.darassalam.ma

البريد الإلكتروني : lib.darassalam@yahoo.fr

contact@darassalam.ma

جميع حقوق النشر محفوظة لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

- ♦ د/ عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
- ♦ د/ أحمد حضرائي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
- ♦ د/ عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق - عين السبع الدار البيضاء (القانون العام)
- ♦ د- كولفرني محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
- ♦ د/ إدريس الحيايني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
- ♦ دة/ جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
- ♦ د/ نعيم سابك : أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص)
- ♦ د. / محمد شادي : أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع
- ♦ د/ ابوبكر مهمم : أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق - سطات (القانون الخاص)
- ♦ د.عاصم التجاني إبراهيم شمعون: رئيس قسم إدارة الاعمال - جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك (المملكة العربية السعودية)
- ♦ د/عبدالله محمد عبدالله المليحان: رئيس قسم الاقتصاد وإدارة الأعمال - جامعه شقراء. (المملكة السعودية)
- ♦ د/ راجي يوسف محمود البياتي: رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية بكلية القانون - جامعة الكتاب - جمهورية العراق
- ♦ د / محمد المودن : أستاذ مؤهل بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية
- ♦ د/ سعيد جفري : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والسياسية بسطات

قواعد النشر

- 1- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، وألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- 2- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- 3- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سابقاً.
- 4- تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
- 5- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- 6- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- 7- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:
 - اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني؛
 - كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية؛
 - وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
- 8- إتباع طريقة التهميش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التهميش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر؛ دار النشر، سنة النشر، ص.
- 9- توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:
 - مراجع باللغة العربية:
 - (1- الكتب- 2- القوانين والمواثيق الدولية- 3- المقالات- 4- المواقع الإلكترونية).
 - المراجع باللغة الأجنبية:
 - (1- الكتب- 2- القوانين والمواثيق الدولية- 3- المقالات- 4- المواقع الإلكترونية).

10-طريقة كتابة المراجع:

الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر

المقال: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة

• المواقع الالكترونية: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال" اسم الموقع
الالكتروني وتاريخ الولوج وساعته؛

• رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر
رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، اسم الجامعة، السنة؛

• إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان
التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر.

11-يتم تنسيق الورقة على قياس (A4)، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:

• نوع الخط هو: TraditionalArabic حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة
للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي
بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم
9 عادي بالنسبة الهوامش .(أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة
بالخط Times New Roman 12؛

• ترك هوامش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.

12-لا يزيد عدد صفحات المقال (بما في ذلك المراجع) عن 22 صفحة ولا يقل عن 15 صفحة

13-يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الالكتروني:

elanbiredouane@gmail.com

14-يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.

15-يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.

16-تعبر المضامين الواردة في المقال على آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.

17-أي خرق لقواعد البحث العلمي أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.

18-كل بحث أو مقال لا تتوفر فيه الشروط لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا يتم نشره مهما كانت

قيمته العلمية.

المحتويات

7 افتتاحية العدد

الدراسات والأبحاث

♦ "دور مأمور اجراءات التنفيذ في تحقيق النجاعة القضائية"

11 إدريس حنيفة

دكتور في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا.

♦ دعوى رفع الحجز التحفظي

25 نادير عبد الإلاه

طالب باحث في العلوم القانونية، خريج ماستر القانون المدني والمعاملات الالكترونية بالجديدة.

♦ المسؤولية الإدارية للدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي

39 هشام المكري

حاصل على شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية.

♦ دور القضاء المصري في تجسيد فكرة العقد الإلكتروني

53 د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين

جامعة حلوان.

♦ تدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

73 عز الدين الغوساني

باحث دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال.

♦ تطور قضاء الملاءمة في النظام التأديبي المغربي

99 عبد الاله الولهاني / محمد احرا

دكتور في القانون العام، جامعة عبدالمالك السعدي، تطوان، المغرب.

/ طالب باحث بسلك الدكتوراه، مختبر الدراسات الاستراتيجية والتحليل القانونية والسياسية،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، المغرب.

♦ رقمنة التبليغ القضائي في القانون الموريتاني والمغربي "المظاهر والتحديات"

- 125 محمد غالي يب النضاع ✍
باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

♦ مسؤولية أشخاص القانون العام عن تهم البناء بين مقتضيات الفصل 79 والفصل 89 من ق ل ع

- 143 عبد الحي بوبكري ✍
دكتور في القانون الخاص.

♦ قراءة في تطبيقات القضاء الدستوري الضريبي

- 159 ذ / الحبيب بن حمو ✍
باحث في العلوم القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية.

♦ التحكيم الاستثماري كأداة لإعادة تنظيم العلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي: قراءة في الوظائف التنظيمية للتحكيم في سياق العولمة القانونية

- 179 محمد جار الله النابت ✍
باحث دكتوراه، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والسياسية - سطات.

♦ التضامن الوطني والتضامن الاجتماعي كأساس حديث للمسؤولية الإدارية: نظرية بمنطلقات خاطئة.

- 205 طارق ايسفولة ✍
طالب باحث بسلك الدكتوراه، مختبر حسن الأداء الإداري والمالي بكلية الحقوق السويسي.

♦ دور التحكيم في حل الشقاق بين الزوجين: دراسة تحليلية في ضوء الفقه الإسلامي والقانون المغربي.

- 223 حمزة خليج / لقمان هاجو ✍
أستاذ محاضر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بإيت ملول، جامعة ابن زهر.
/ دكتور في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل بمكناس.

G

الحمد لله رب العالمين،
الصلاة والسلام على أشرف المرسلين،
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين.

وبعد:

يسعد إدارة مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ان تزف للباحثين والمتخصصين وعموم قرائها ومتتبعيها اصدار العدد الثامن والسبعون في موضوع: "القضاء والتحكيم"، وقد تأييث هذا العدد، بمجموعة من البحوث والدراسات ذات الصلة مباشرة بقيمة العدد، وراعينا في اختيار البحوث العلمية التي تضمنها هذا العدد التنوع والرصانة العلمية، آخذين بنظر الاعتبار انية الاشكالات التي تطرحها واهميتها. وبإلقاء نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع ابحاث متنوعة ومختلفة كلها تتسم بالجدة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل: "دور مأمور اجراءات التنفيذ في تحقيق النجاعة القضائية"، "دعوى رفع الحجز التحفظي"، "المسؤولية الإدارية للدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي"، "دور القضاء المصري في تجسيد فكرة العقد الإلكتروني"، "تدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض"، "تطور قضاء الملاءمة في النظام التأديبي المغربي"، "رقمنة التبليغ القضائي في القانون الموريتاني والمغربي" المظاهر والتحديات"، "مسؤولية أشخاص القانون العام عن تدهم البناء بين مقتضيات الفصل 79 والفصل 89 من ق ل ع"، "قراءة في تطبيقات القضاء الدستوري الضريبي"، "التحكيم الاستثماري كأداة لإعادة تنظيم العلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي: قراءة في الوظائف التنظيمية للتحكيم في سياق العولة القانونية"، "التضامن الوطني والتضامن الاجتماعي كأساس حديث للمسؤولية الإدارية: نظرية بمنطلقات خاطئة"، "دور التحكيم في حل الشقاق بين الزوجين: دراسة تحليلية في ضوء الفقه الإسلامي والقانون المغربي".

أملنا كبير أن يكون العدد في مستوى التطلعات، فإن كان ذلك فذاك ما نبغي، وإن كان غير ذلك، فننتظر منكم ما يرفع التحدي، ويجعلنا في مستوى تطلعاتكم، وذلك بمساهماتكم المعرفية والمنهجية والدعاء بالتوفيق.

فهنينا لنا جميعا بصدور هذا العدد من مجلتنا الغراء، وكم أشعر بمشاعر الرضا والتقدير للعاملين عليها، خاصة أسرة المجلة الذين بذلوا جهود حثيثة ومضنية، وساهموا لحد كبير في إبراز وجه العدد وتنسيق مضمونه، كما لا أنسى شكر كل من ساهم في إعداد هذا العدد من أساتذة وباحثين بأرائهم ومقالاتهم، الذين أبوا إلا أن يضعوا لمستهم فيها... لكم جميعا كل الشكر.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

✍ الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

الدراسات والأبحاث

"دور مأمور إجراءات التنفيذ في تحقيق النجاعة القضائية"

"The Role of the Enforcement Officer in Achieving Judicial Efficiency"

✍ ادريس حنيفة

دكتور في القانون الخاص

جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

✉ alhanafiabdo@gmail.com

Conclusion

the Enforcement Officer plays a pivotal and essential role in the execution of judicial decisions, serving as a cornerstone in this process. However, as previously noted, it is imperative for the Moroccan legislator to establish legal and judicial safeguards that support the Enforcement Officer in carrying out their duties—whether related to precautionary or enforceable seizures, or during the eviction of commercial premises. The latter, in particular, constitutes one of the most challenging tasks, often raising practical difficulties when implementing the provisions of judicial rulings.

ملخص:

يشكل مأمور إجراءات التنفيذ حجز الزاوية في تنفيذ المقررات القضائية تحت سلطة ورقابة قاضي التنفيذ، لذلك يتعين على المشرع المغربي خلق ضمانات قانونية تساهم في مباشر إجراءات التنفيذ، سواء تعلق الأمر بإجراء حجز تحفظي أو تنفيذي، وكذا إفراغ المحلات التجارية والتي هي من المهام الصعبة غير أنه في غياب تلك الضمانات بدون شك سيطرح إشكالات واقعية مما يستعصي عليه القيام بالمهام المسندة إليه.

تقديم:

فإذا كان القانون ضرورة اجتماعية أملت التطورات التي عرفت الحياة الإنسانية، فإن مجرد وجوده يكفي الاستقرار هذه الحياة. بل البد من ضمان احترامه وتنفيذ مقتضياته لأقامة العدل في المجتمع.¹ ويقصد بالتنفيذ المرحلة التي تمكن صاحب الحق من اقتضاء حقه سواء كان اختياريًا أو إجباريًا، وإذا كان الأول ينهي النزاع ويمنح الحق لصاحبه بدون صعوبات، فإن التنفيذ الإجبري يطرح أكثر من إشكال لكون اقتضاء الدائن لحقه يستلزم إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به عن طريق الحجز الحجز التنفيذي، الذي يؤدي إلى وضع المال المحجوز عليه بين يدي القضاء

¹ عزيز بوفادن، مسطرة التنفيذ المدني، مجلة كتابة الضبط، العدد 12 سنة 2001، ص. 13.

حتى ال يتصرف فيه المدين تصرفا من شأنه الاضرار بالدائن، وذلك تمهيدا لبيعه بالمزاد العلني واستيفاء الدائن حقه من ثمنه.²

ويعتبر جهاز كتابة الضبط من الأجهزة الهامة الأساسية لقيام المحاكم اذ يقوم بدور مهم بالنسبة لقسم التنفيذات³، ونظر لهذه الخصوصيات التي تتميز بها كتابة الضبط فقد حرص المشرع المغربي بتدخله المحكم لتنظيم أعمال أعوان كتابة الضبط في إجراءات التنفيذ بموجب من خلال ما نص عليه في الفصول 429، 430، 439، 441 و473 من قانون المسطرة المدنية، فمن خلال ما تضمنته النصوص السالفة الذكر يتبين أنه قد أسند لهم بالإضافة إلى مهام قانونية أخرى، القيام بإجراءات التنفيذ وإثارة الصعوبات بشأنها

وهذا كله يحيل الى الدور الذي تشكل كتابة الضبط بالإضافة الى المهام التي يقوم بها في اطار علاقتها مع قاضي التنفيذ، وهذا ما جعل المشرع يتيح لهم اختصاصات واسعة في مجال التنفيذ، إذ عمل على تمكين مأمور إجراءات التنفيذ مباشرة إجراءات التنفيذ من وفهم مقتضيات المقرر القضائي الصادر عن الهيئة القضائية والتأكد من أسماء الاطراف المعنية بكل دقة وعناية، كما أوجب التأكد من العناوين المطلوب المتضمن في الاحكام والقرارات والمراد التنفيذ بها.

من هذا المنطلق يمكن طرح اشكالية الى اي حد استطاع المشرع المغربي خلق ضمانات حمائية لامور اجراءات التنفيذ والتي ستساهم في تنزيل مقتضيات المقررات القضائية؟

الفقرة الاولى : دور مأمور اجراء التنفيذ في المادة المدنية

في اطار حديثنا عن المهام التي يقوم بها مأمور إجراءات التنفيذ في اطار حديثنا عن الرهون الرسمية التي يمكن أن تنصب على العقار باعتباره كضمان بشكل تفصيلي فيما يلي :

أولاً: التبليغ الصادر من الدائن العادي

نشير في البداية إلى أن التبليغ لا يتم بشكل عفوي وتلقائي من طرف المكلف بالتنفيذ، بل لابد من تقديم طلب من صاحب السند التنفيذي وهو ما يؤكد الفصل 429 من ق م م الذي نص

² عماد ارقراق، الحجز التنفيذي على العقار المحفظ، دراسة مقارنة، بحث نهاية التدريب المحلقين القضائيين الفوج 36 بالمعهد العالي للقضاء، سنة 2011/2009 ص 4.

³ الطيب براءة، التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، طبعة 1988 ص 5 ص 65،

على أنه "تنفذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد أو من ينوب عنه..."

وتتم عملية التبليغ وفقا ما نص عليه المشرع المغربي في الفصول 36 و37 من قانون المسطرة المدنية، حيث يعتبر مسلما تسليما صحيحا إذا سلم للمدين، نفسه أو في موطنه إلى اقاربه أو لخدمه أو كل شخص آخر يسكن معه، مع ضرورة بيان الهوية الكاملة لكل هؤلاء ودرجة القرابة والعلاقة التي تربطهم بالمدين، وفي الحالة التي يكون فيها موطن أو محل إقامة المدين غير معروفين فإنه يمكن اللجوء إلى مسطرة القيم. وعندما يقوم عون التنفيذ بالتبليغ، فغنه يتعين عليه أن يحرر شهادة التسليم يضمنها تاريخ واسم المبلغ اليه وهويته وتوقيعه أو الإشارة إلى رفضه أو أنه لا يحسن التوقيع، واسم العون الذي قام بالتبليغ وتوقيعه وصفته.⁴

وبالرجوع إلى الفصل 440 من ق م م نجده يحدد بشكل دقيق الإجراءات الممهدة للتنفيذ والمتمثلة في تبليغ السند التنفيذي إلى المحكوم عليه وإعذاره بضرورة الوفاء بما في ذمته من ديون تحت طائلة اللجوء إلى حجز أمواله بعد مرور عشرة أيام من تاريخ التبليغ، أما إذا كان العقار المراد حجزه تنفيذا غير مسبق بحجز تحفظي ولا بإنذار عقاري، فإنه يشرع في إيقاع الحجز التنفيذي مباشرة. على أنه في هاتين الحالتين يجب مراعاة مجموعة من الشروط التي تطلبها المشرع، ومنها تبليغ الحكم أو السند القابل للتنفيذ إلى المنفذ عليه وإعذاره بالأداء طبقا للفصل السالف الذكر، ثم الادلاء بمحضر بعدم ما يحجز ومحضر بعدم كفاية بيع المنقولات لسداد الدين وشهادة الملكية من المحافظة العقارية تكون حديثة التاريخ للتأكد من الوضعية الحالية الحقيقية التي عليها العقار موضوع التنفيذ أنه قد يطرأ على العقار المحفظ ما بين تاريخ الشهادة وتاريخ التنفيذ عدة تغييرات كأن يثقل برهون رسمية أو حجوز تحفظية أو تترتب عليه حقوق عينية أخرى كحق انتفاع أو حق ارتفاق إلى غير ذلك.⁵

وفي نفس السياق جاء في قرار محكمة الاستئناف بمراكش "حيث أنه ما عابه المستأنف من بطلان عملية تحويل الحجز التحفظي إلى حجز تنفيضي مردود، على اعتبار أن العون الكلف بالتنفيذ حتى في حالة عدم وجود حجز تحفظي أن يقوم بحجز العقار طبقا للفصل 470 من

⁴ عماد أرقاق، مرجع سابق، ص 15

⁵ حميد بلمكي، طرق التنفيذ الجبري لأحكام المدنية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني ma.on.tpin.w بتاريخ 2024/12/15

ق.م.م والذي ينص على انه لم يكن العقار محل حجز تحفظي سابق وضعه العون المكلف بالتنفيذ بين يدي القضاء باجراء حجز عقاري عليه، وفي النازلة فإن عون التنفيذ حرر محضر بعدم كفاية المنقولات وبالتالي فإن عملية التحويل تمت بطريقة نظامية".⁶

أما المشرع المصري⁷ فقد كان أكثر دقة عندما نص في الفقرة الأولى من المادة 281 من ق م ق على أنه: "يجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي والا كان باطلا"، فهاته المادة لم تحصر السندات التنفيذية في الأحكام عكس المشرع المغربي الذي لم يكن دقيقا في هاته النقطة، أكثر من ذلك لم ينص المشرع المغربي على جزاء البطلان عند تخلف هاته الإجراءات التمهيدية وهو ما تنبه له المشرع المصري في المادة 281 من ق م ق حيث أقر هذا الجزاء، ومع ذلك يعاب على التشريع المصري أنه أجاز التبليغ حتى إلى الموطن الأصلي، في حين أن المشرع المغربي كان أكثر حماية للمدين المنفذ عليه فيما يتعلق بتبليغ الإعدار إليه شخصيا والحصول على نواياه كما سبق توضيح ذلك في الفصل 440 من ق م م .

وبعد عمليتي التبليغ والإعدار والتي واجههما المدين بالرفض أو بالتصريح بالعجز عن التنفيذ يباشر المكلف بالتنفيذ على الأموال المنقولة وفي حال عدم كفايتها أو عدم وجودها، يجرى التنفيذ على عقاراته وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 445 من ق م م إلا أنه يتم التنفيذ على العقار مباشرة دون الحاجة إلى اشتراط سلوك مسطرة الحجز على المنقولات مسبقا في حالتين:

- إذا كان العقار سبق حجزه حجزاً تحفظياً.

- إذا كان الدائن مستفيداً من ضمان عيني عقاري على العقار.

وللتنفيذ إجراءات الحجز على العقار، نميز من خلالها بين ما إذا سبق الحجز التنفيذي حجزاً تحفظياً، أو لم يسبقه.

⁶ قرار محكمة الاستئناف التجارية مراكش عدد 140 بتاريخ 24 ماي 2003 أورده مروان والبا، التنفيذ الجبري للأحكام المدينة ، مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية السنة 2019 ص 42

⁷ الرجاعي زكرياء، منازعات الحجز العقاري، منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة "الدراسات والأبحاث" العدد الثالث، يناير 2012، ص 148 و149.

1- إذا سبق حجز العقار حجزاً تحفظياً.

يعتبر الحجز التحفظي إجراءً وقتياً يلجأ إليه الدائن لضمان أداء دين محقق أو له ما يرجح جديته بذمة مدينه، كما أنه إجراء احترازي القصد منه الحفاظ على الحقوق المترتبة على هذه العلاقة إلى حين الحسم النهائي في أصل هذه الحقوق. أي منع المدين من التصرف في أمواله تصرفاً يضر بدائنيه.

ويمكن أن يتم إيقاع الحجز التنفيذي على عقار سبقه حجز تحفظي، وذلك بعد حصول الدائن على سند التنفيذي، وفي هذه الحالة يقوم المكلف بالتنفيذ ومن غير حاجة إلى استصدار حكم في ذلك بتحويل حجز الأشياء التي سبق حجزها تحفظياً إلى حجز تنفيذي. بل يقدم طلب لرئيس مصلحة كاتبه الضبط مرفقاً بالسند التنفيذي ومؤدى عنه الرسوم القضائية، ليقوم المكلف بالتنفيذ تحرير محضر تحول الحجز من غير حاجة للانتقال للعقار المحجوز سواء كان محفظاً أو في طور التحفيظ أو غير محفظ. ويبلغه للمنفذ عليه شخصياً أو في موطنه أو في محل إقامته، وإذا لم يتأت ذلك يبلغ حسب طرق التبليغ المنصوص عليها في الفصل 39 من ق م م، طبقاً للفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 469 من نفس القانون.

2- إذا لم يسبق حجز العقار حجزاً تحفظياً.

إذا لم يكن العقار محل الحجز التنفيذي محط حجز تحفظي سابق، فإن المكلف بالتنفيذ يضعه تحت يد القضاء بالانتقال إلى مكان العقار، ويطلع المنفذ عليه إن وجد وبعين المكان على صفته والغاية التي انتقل من أجلها، وأن يؤكد له مرة أخرى على الوفاء بالدين العالق بذمته لتفادي إجراءات الحجز العقاري، فإذا تأكد له عدم رغبته في الأداء يحرر محضر للحجز والذي يتضمن البيانات التالية:

✓ بيان نوع السند التنفيذي وتاريخه وتاريخ تبليغ المدين به⁸؛

✓ مقدار الدين المطلوب؛

✓ ذكر الانتقال إلى مكان الحجز؛

⁸ - نفسه، ص 162 و163.

✓ تعيين العقار محل التنفيذ، مع بيان موقعه ومساحته، وحدوده ونوعه ومواصفته، كأن يكون أرضا زراعية أو أرضا جرداء صالحة للبناء أو مباني إذا وجدت مع بيان مشتملاتها من الأشجار والآبار والسواقي والبنائيات، وكذا التكاليف التي يتحملها والحقوق التي له على العقارات المجاورة كحق المرور وحق السقي، وكونه محفظا أو غير محفظ أو غب طور التحفيظ، فإذا كان محفظا أشير إلى اسمه ورقمه في السجل العقاري، أو رقم مطلبه إذا كان في طور التحفيظ، وإذا كان غير محفظ يتم ذكر موقعه وحدوده ومساحته ولو على وجه التقريب؛

✓ كما يشار في نفس محضر الحجز إلى حضور المحجوز عليه أو عدم حضوره فإذا لم يحضر عمليات الحجز وجب تبليغه بمحضر الحجز؛

✓ ذكر تاريخ توقيع الحجز وهو بيان جوهري للتأكد من مراعاة المهلة المحددة لإجرائه،
✓ توقيع مأمور الحجز على محضر الحجز حتى تكون له الصفة الرسمية.

ثانيا: الحجز التنفيذي المؤسس على الإنذار العقاري

ان الشروع في ايقاع الحجز العقاري يبدأ بانتقال عون التنفيذ الى العقار المطلوب حجزه، ومعاينته، وتحرير محضر للحجز يبين اسم العقار ورسمه العقاري ومكانه ومساحته وحدوده ومحتوياته بأكثر من الدقة والوضوح، وللشروع في ذلك يجب أولا على الدائن أن يتقدم بطلب تحويل الانذار العقاري الى حجز تنفيذي، حيث عليه التوجه الى قسم التنفيذ المدني "شعبة العقار" بالمحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرتها العقار ويقدم طلبه هذا، ويؤدي عنه الرسم القضائي⁹.

أن موضوع الإنذار العقاري يكتسي أهمية بالغة وذلك من زاويتين، فهو أولا يرتبط بالملكية العقارية المقدسة عند الأفراد، ومن جهة ثانية يشكل دعامة أساسية للمؤسسات المالية المقرضة من أجل حماية الائتمان، وبالتالي تساهم مقتضيات المنظمة له في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

⁹ عماد ارقراق، مرجع سابق ص 16

ويمكن تعريف الإنذار العقاري أنه اشعار يوجهه الدائن المرتهن الى المدين الراهن بواسطة عون التبليغ يطلب فيه بأداء الدين المضمون بالرهن تحت طائلة نزع العقار المرهون، وبيعه بالمزاد العلني لتدبير مبلغ الدين وفوائده ومصاريفه.¹⁰

ويعد الإنذار العقاري من أول الاجراءات التي تنطلق به مسطرة تحقيق الرهن، "ولا يوجد في القانون ما يجبر الدائن المرتهن من سلوك مسطرة تحقيق الرهن في إطار المسطرة الخاصة الواردة في التشريع العقاري بدل سلوك مسطرة التقاضي العادية في مواجهة مدينه الراهن. دعوى المطالبة بالدين عن طريق التقاضي العادي لا يمنع الدائن من سلوك مسطرة تحقيق الرهن".¹¹ وعبرة "الإنذار العقار" أخص من الإعذار المنصوص عليه في الفصل 440 من ق م م فالإعذار ينصب على الضمان العام للمدين سواء كان عقارا أم منقول، بينما الإنذار العقاري كمصطلح جرى العمل على استعماله أثناء التنفيذ على عقار معين عند وجود رهن رسمي.¹²

وتعد الطبيعة القانونية للإنذار محل نقاش فقهي بين من يعتبره حجزا عقاريا وبين من يرجح كفة كونه مجرد مقدمة من مقدمات التنفيذ ولكل اتجاه بطبيعة الحال حجة فيما يزعمه. **الاتجاه الاول:** يرى بأن الإنذار العقاري عبارة عن مقدمة لتحصيل الدين، وأن توجيه للمدين لا يترتب عنه حجز العقار وحجة هذا التوجه هي مقتضيات الفصلين 469 و470 من قانون المسطرة المدنية، وأن الإنذار العقاري لا يعد من اجراءات الحجز ولا يتحول تلقائيا الى حجز تنفيذي وهو الاتجاه الذي تبنته الفقه المصري.

¹⁰ محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، الطبعة الثانية، الناشر مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 24 سنة 2002.

¹¹ قرار محكمة النقض عدد 436 بتاريخ 2007/4/18، في الملف التجاري عدد 2006/1/3/415، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 2008، 116، ص 129.

- وفي حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء: "وحيث إن العمل القضائي استقر على جواز أن يجمع الدائن المرتهن بين مسطرة تحقيق الرهن ودعوى الأداء لأنهما لا يؤديان في جميع الأحوال باقتضاء الدين مرتين." حكم عدد 6617 بتاريخ 2008/06/03 في ملف عدد 2008/11/1315.

¹² الرجراجي زكرياء، م.س ص 151

الاتجاه الثاني: وهو الذي تبناه محمد خيري حيث اعتبر الإنذار الرسمي بمثابة حجز تحفظي إلا أنه مجرد تنبيه بنزع الملكية وهو عبارة عن أمر يصدره رئيس المحكمة بناء على طلب من الدائن أو الدائنين.¹³

الاتجاه الثالث: يرى بأن التفرقة تجب بين الإنذار العقاري المؤسس على مقتضيات المرسوم الملكي المؤرخ في 17 دجنبر 1986، بحيث يعتبر مجرد الإنذار بمثابة حجز تنفيذي عقاري لصراحة مقتضيات الفصلين 61 و62 من المرسوم الملكي، وبين الإنذار العقاري الموجه للمدين في غير ذلك من الحالات إذ لا يعتبر بمثابة حجز عقاري طالما أن الدائن يتعين عليه مباشرة إجراءات الحجز وتحرير محضر بذلك بعد بقاء الإنذار بدون جدوى.¹⁴

لكن المشرع المغربي حسم الأمر حينما نص في الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل بالقانون 14.07، فإن تقيد الإنذار العقاري من قبل المحافظ على الاملاك العقارية يمنع إجراء أي تقيد لاحق له من خلال مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز، وبذلك يكون المشرع المغربي قد سوى بين الإنذار العقاري والحجز من حيث الآثار المترتبة عن كل واحد منهما.

ومما ينبغي التنبيه له إلى أن إنذار المدين، يمكن الحديث عنه كلما تبين للدائن أن العقار المرهون المراد نزع ملكيته قد انتقل إلى الغير كالحائز مثلا بعد الرهن وقبل توجيه الإنذار مادام أن إنذار المدين بالوفاء لا يغني عن إنذار الحائز، ويسمى الإنذار الموجه للحائز بإنذار التحلي، لأنه يهدف إلى إعلام الحائز بضرورة تحديد موقفه من إجراءات نزع الملكية الجارية.

ولقد حسم المشرع الخلاف الذي كان قائما بين شراح القانون حول ضرورة تضمين الإنذار العقاري لهذا البيان حيث نصت المادة 215 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار رسمي بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز لأداء الدين أو التحلي عن الملك المرهون داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل به."

¹³ محمد خيري، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع العقاري، الطبعة الخامسة الناشر مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 415.

¹⁴ عبد الغني سلامة، الإنذار العقاري في ضوء التشريع العقاري المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر أكادير السنة الجامعية 2017/2018 ص14

كما أن المشرع المغربي بمقتضى المادة 216 من مدونة الحقوق العينية اشترط ضرورة أن يتضمن الإنذار التجاري اسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري، وقد صدر عن محكمة النقض قرار جاء في حيثياته "الإنذار العقاري، لا ينتج اثره الا اذا وضحت جميع بياناتها سواء بالنسبة للاشخاص المبل اليهم، او بالنسبة للاجزاء العقار المرهون وكذلك كبلغ الدين ومن ثم لا يمكن تجزئته".¹⁵

ولسلامة الإنذار العقاري من الناحية الاجرائية يجب أن تتوفر شروطه و المتمثلة في ضرورة أن يكون الدين مضمون برهن رسمي ومنصب على عقار محفظ أو في طور التحفيظ، مطل المدين امتناعه عن الوفاء عند حلول أجل الدين، أن يكون الدائن حاصلًا على شهادة التقيد الخاصة.

ولم يعد هناك مجال للخلاف الذي كان قائمًا حول طريقة توجيه الإنذار والجهة القضائية المختصة بذلك هل المحاكم الابتدائية أم المحاكم التجارية أو الإدارية، إذا حسمته نفس المادة والتي نصت على ما يلي: "... وذلك بعد توجيه إنذار رسمي بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي..". أي أن توجيه الإنذار العقاري لا يستلزم الرجوع إلى رئيس المحكمة ليصدر أمرا مبنيًا على طلب في إطار الفصل 148 من ق م م ، بل إن المكلف بالتنفيذ هو من يقوم بذلك.

وقد تدخل المشرع كذلك لحسم الخلاف الذي كان قائمًا حول طبيعة الإنذار العقاري إذا اعتبره حجزًا عقاريًا منتجًا لأثاره حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 216 من م ح ع: "يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره.

ثالثًا: تقييد محضر الحجز التنفيذي على العقار

تنص الفقرة الثانية من الفصل 470 من ق م م على أنه "يقيّد المحضر بسعي من العون المكلف بالتنفيذ من طرف المحافظ العقاري طبقًا للتشريع الجاري به العمل، وإذا كان العقار محفظًا فيقيّد في السجل الخاص بالمحكمة الابتدائية ويقع الإشهار ضمن الشروط المشار إليها في الفقرة الأخيرة من الفصل 455". أي الإشهار بتعليق الإعلان بسبورة المحكمة لمدة خمسة عشر يومًا على نفقة الحاجز.

¹⁵ قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 2006/11/29 تحت عدد 120 في الملف المدني عدد 03-205 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68 ص 159 وما يليها.

ومن خلال هذا الفصل نخلص إلى ضرورة التمييز بين ثلاث حالات للتقييد والإشهار:

الحالة الأولى: تقييد وإشهار محضر الحجز على عقار غير محفظ، حيث يقيد في سجل خاص بالمحكمة الابتدائية موضوع رهن إشارة العموم، ثم بتعليق الإعلان بسبورة المحكمة لمدة خمسة عشرة يوما على نفقة الحاجز¹⁶.

الحالة الثانية: هي تقييد محضر الحجز على عقار محفظ، حيث يقوم عون التنفيذ بإبلاغ المحافظ العقاري بإيقاع حجز تنفيذي على العقار، ويودع نسخة من محضر الحجز ليقوم المحافظ العقاري بتقييد المحضر في الرسم العقاري. هذا ما ينسجم ومقتضيات الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى الفصل الأول من القانون 14.07 والذي نص على أنه: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري... وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقاري" وكذا الفصل 87 من نفس الظهير الذي نص على أنه: "كل حجز أو إنذار بحجز عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيد به الرسم العقاري، وابتداء من تاريخ هذا التقييد لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز". ونفس الشأن ينطبق على الإنذار العقاري في إطار مسطرة تحقيق الرهن حيث يبلغ المكلف بالتبليغ نسخة من الإنذار إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيد به الرسم العقاري طبقا للمادة 216 من مدونة الحقوق العينية.

والهدف من وجوب إيداع محضر كل من الإنذار العقاري والحجز العقاري لدى المحافظ هو منع إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة الحجز أي منع المحجوز عليه من التصرف في العقار المحجوز وإعلام العموم بوضعية العقار وهذا ما نص عليه الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري.

أما الحالة الثالثة: فهي التي تخص تقييد محضر الحجز على العقار في طور التحفيظ، حيث يتعين على المكلف بالتنفيذ إيداع محضر الحجز وكذا الإنذار العقاري بسجل التعرضات بالمحافظة العقارية طبقا لمقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري.

والملاحظ أن المشرع لم يحدد أجلا معيناً لتقييد محاضر الحجز العقاري، وبالتالي فالتباطؤ في هذا التقييد أو عدم القيام به في الوقت المناسب قد يؤدي بالمدين إلى التصرف في العقار

¹⁶ يونس الزهري الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، مجلة الأملاك، الع المزدوج الرابع والخامس 2006م، ص 272

إضرارا بالدائنين ما لم يكن هناك رهن رسمي مقيد. ولهذا فإن المبادرة إلى تسجيل محضر الحجز العقاري من شأنها أن تعطي المنفذ أسبقية في المضي في إجراءات الحجز، كما أنها تمنع المدين من إجراء أي تصرف، ويكون كل تفويت يقوم به المدين باطلا وعديم الأثر متى كان شهر هذه التصرفات قد حصل بعد تسجيل محضر الحجز، حتى لو كان التصرف في حد ذاته صحيحا بين أطرافه لأن الأمر لا يعدو أن يكون سوى عدم نفاذ هذه التصرفات في حق الغير، وهذا ما أقره الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري.¹⁷

الفقرة الثانية: دور مأمور إجراءات التنفيذ في المادة التجارية

لعل من أهم العمليات الأولى التي يقوم بها مأمور إجراءات التنفيذ تبليغ طلب التنفيذ إلى المحكوم عليه أو المدين، والذي يعد أمرا جوهريا وضروريا لكي تتم أو تنطلق مسطرة التنفيذ، وعندما أوقل أمرا جوهريا فهذا لا يعني أنني أبالغ في أهمية تبليغ الحكم، وإنما قلت ذلك نتيجة الآثار المترتبة عن اغفال أو تجاوز هذا الإجراء، بحيث مصير ذلك التنفيذ يكون هو البطلان كقاعدة عامة ودليل ما ذكر ما صدر عن المجلس الأعلى سابق "تبليغ الحكم قبل تنفيذ مسطرة التنفيذ هو إجراء جوهري وضروري ولو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل".¹⁸

وقد نص المشرع المغربي عن وترك له نسخة منه ويعذره طبقا للمادة 23 التي تنص على أنه يبلغ عون التنفيذ الطرف المحكوم عليه الحكم المكلف بتنفيذه ويعذره بأن يضي بما قضى به الحكم أو بتعريفه بنوياه، وذلك خلال أجل لا يتعدى 10 أيام من تاريخ تقديم طلب التنفيذ، كما أنه يتعين على مأمور المكلف بالتنفيذ أن يتم تحرير محضر الحجز التنفيذي أو يبين الأسباب التي حالت دون أنجازه، وذلك في غضون 20 يوما تبتدأ من تاريخ انتهاء أجل الاعذار.

وتجدر الإشارة أنه بخصوص الواقع العملي بخصوص افرغ المحلات التجارية نتيجة لعدم وفاء المدين بأداء السومة الكرائية -المشاهرة- فإن مأمور إجراءات التنفيذ يقوم قبل أنجاز المحضر بتبليغ الاعذار والذي يهدف من خلاله منح اجلا للمدين لتنفيذ الحكم أو القرار الصادر ضده، وفي حالة عدم الاستجابة لمقتضياته يتم اشعاره بتسخير القوة العمومية طبا لما نص عليه المشرع

¹⁷ - محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي- دار نشر المعرفة- الرباط - الطبعة 5 السنة 2009. ص 469

¹⁸ القرار عدد 1017 مؤرخ في 2004/09/22 في الملف عدد 2003/1613 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 6 ص 137

المغربي ضمن مقتضيات الفصل 433 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص "... وبناء على ذلك يأمر جلالة الملك جميع الاعوان ويطلب منهم ان يتفدوا الحكم المذكور (او القرار) كما يأمر الوكلاء العاملين للملك ووكلاء الملك لدى مختلف المحاكم ان يمدوا يد المعونة لجميع قواد وضباط القوة العمومية وان يشدوا ازهم عندما يطلب منهم ذلك قانونا.." وفي حالة تعذر ذلك يقوم العون المكلف بالتنفيذ بانجاز محضر الامتناع الذي يخول لطالب التنفيذ اقامة دعوى عمومية ضده بتحقيق المقرر القضائي المنصوص عليها في الفصل 266 من مجموعة القانون الجنائي.

خاتمة:

نستنتج مما سبق بيانه أن كتابة الضبط تشكل اهمية بمكان في تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية، باعتبارها الجهاز الذي منح المشرع المغربي الاختصاص بالتنفيذ، غير أنه قد تواجهه أكرهات وصعوبات التنفيذ مما يحول دون ايصال الحقوق لذويها، لكون المتقاضي لا يرغب من دعوى استصدار مقرر قضائي بقدر ما يسعى الى الحصول على حقه، لذلك ينبغي على المشرع في ظل مشروع قانون المسطرة أن يقرر قواعد قانونية حمائية تخلق ضمانات لتنفيذ القرارات القضائية، وكذا حماية مأمور اجراءات التنفيذ من كل اعتداء قد يتعرض له من قبل المنفذ عليه.

لائحة المراجع

- عزيز بويفادن، مسطرة التنفيذ المدني، مجلة كتابة الضبط، العدد 12 سنة 2001.
- عماد ارقراق، الحجز التنفيذي على العقار المحفظ، دراسة مقارنة، بحث نهاية التدريب المحققين القضائيين الفوج 36 بالمعهد العالي للقضاء، سنة 2011/2009.
- الطيب برادة، التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، طبعة، 1988.
- الرجراجي زكرياء، منازعات الحجز العقاري، منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة "الدراسات والأبحاث" العدد الثالث، يناير 2012.
- محد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، الطبعة الثانية، الناشر مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص سنة 2002.
- محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع العقاري، الطبعة الخامسة الناشر مطبعة المعاريف الجديدة الرباط.
- عبد الغني سلامة، الانذار العقاري في ضوء التشريع العقاري المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر أكادير السنة الجامعية 2018/2017.
- يونس الزهري الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، مجلة الأملاك، الع المزدوج الرابع والخامس 2006.

دعوى رفع الحجز التحفظي

Action for the Release of a Conservatory Attachment

NADIR Abdelilah

A researcher in legal sciences,

holding a Master's degree in Civil Law
and Electronic Transactions from
El Jadida

نادير عبد الإلاه

طالب باحث في العلوم القانونية

خريج ماستر القانون المدني والمعاملات الالكترونية بالجديدة

Abstract :

In an effort to preserve the equilibrium between creditor and debtor interests, the Moroccan legislator has granted creditors the right to initiate conservatory attachment procedures to secure their claims. This measure effectively restricts the debtor's ability to dispose of their assets. Notably, the legislator did not impose stringent conditions for initiating such a procedure; it is sufficient for the debt to be certain and of a determined amount, pursuant to Article 438 of the Code of Civil Procedure. Moreover, Moroccan jurisprudence has expanded this scope by allowing the imposition of conservatory attachment based merely on a presumption of indebtedness.

Conversely, the debtor is entitled to petition for the lifting of the attachment once any legally recognized grounds for its removal are established. However, the absence of strict statutory safeguards—whether concerning immovable or movable property—has, in many cases, led to the abusive use of conservatory attachment. Such misuse often aims to obstruct the debtor's freedom to manage their assets through vexatious or bad-faith litigation tactics, thereby undermining the fundamental principles of due process.

This reality has prompted courts to recognize a broader set of grounds for lifting the attachment, some expressly provided by law and others derived from judicial interpretation, particularly in cases involving creditor abuse. Consequently, a debtor subject to conservatory attachment may pursue a defined legal course to nullify its effects and restore their right to freely dispose of their property.

ملخص المقال:

رغبة في تحقيق التوازن في العلاقة الرابطة بين الدائن والمدين، خول المشرع للدائن سلوك مسطرة الحجز التحفظي لضمان دينه، مقابل عقل تصرفات المدين المحجوز عليه على أمواله، ولم يتشدد في الشروط التي تخول سلوك مسطرة الحجز التحفظي، بل اقتصر على أن يكون الدين محقق ومعين المقدار طبقا للفصل 438 من قانون المسطرة المدنية. بل أضاف الاجتهاد القضائي إمكانية طلب إيقاع حجز تحفظي بناء على شبهة المديونية فقط، فيما أعطى للمدين الحق في رفع الحجز كل ما تحقق سبب من الأسباب الموجبة لرفعه.

إلا أن عدم تشدد المشرع في شروط الحجز التحفظي سواء على العقارات أو المنقولات، جعل في العديد من الحالات هذا الحجز غير مشروع، أو يهدف إلى عرقلة حرية المدين بوسائل كيديّة تتنافى والمبادئ العامة للتقاضي، الشيء الذي فتح المجال أمام المحجوز عليه للمطالبة برفع الحجز التحفظي بناء على أسباب عدّة، بعضها محدد قانونا، والبعض الآخر كان نتاج اجتهادات قضائية واعية بخطورة هذا الإجراء وآثاره السلبية على المحجوز عليه خاصة في حالة تعسف الدائن في إيقاعه. وبالتالي يمكن للمدين المحجوز عليه سلوك مسار محدد وفق إجراءات معينة تخول له إبطال مفعول آثار الحجز التحفظي واستعادة حقه في التصرف في أمواله.

مقدمة

انطلاقاً من قانون المسطرة المدنية¹، باعتباره هو الأصل المنضم للحجز التحفظي في التشريع المغربي، نجد أن المشرع قد خصه بمجموعة من الفصول في الفرع الأول من الباب الرابع تحت عنوان "حجز المنقولات والعقارات"، وذلك في القسم التاسع المتعلق بطرق التنفيذ. بيد أنه لم يعرف الحجز التحفظي في القانون السالف الذكر، الشيء الذي فتح المجال أمام كل من الفقه والقضاء لإعطاء تعريف لهذه المؤسسة. ومنه، فقد عرفه بعض من الفقه بكونه وسيلة عاجلة للحماية القضائية موضوعة رهن إشارة الدائن الذي يلجأ إليها كلما بدا له أن هناك تهديد حقيقي لفقدان ضمان دينه².

فاستناداً إلى القاعدة العامة في التشريع المغربي والمقارن نجد أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، بحيث يمكن لأي دائن بدين ثابت أن يحجز على ما يساوي دينه من أموال المدين، ويترتب عن استصدار الأمر بإيقاع الحجز عليها؛ من طرف الجهة المختصة والتنفيذ على الشيء موضوع الحجز من طرف المفوض القضائي أو مأمور التنفيذ؛ مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق المدين المحجوز عليه، والتي قد نقتصرها في كل من تقييد سلطات هذا الأخير في التفويت أو القيام بأي إجراء قد يضر الدائن؛ وعدم نفاذ التصرفات الضارة التي يبرمها المدين في مواجهة الدائن³.

غير أن عقل تصرفات المدين بالحجز التحفظي قد يسبب له أضراراً بليغة، خاصة في حالة تعسف الحاجز في إيقاع الحجز التحفظي على أمواله، وذلك بسوء نية، أو بغية الحد من تصرفات المدين اتجاه أمواله، أو في الحالة التي يطال فيها الحجز إلى أموال تعود للملكية الغير، وهذا ما يعزز تدخل المشرع والقضاء من أجل الحد من الضرر اللاحق بالمدين من خلال إعطائه صلاحية سلوك

¹ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج ر ع 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

² هشام المراكشي، دليل المتقاضي إلى ممارسة التقييد الاحتياطي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، س 2021، ص 24.

³ ينص الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية على التالي:

"لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفاً يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعاً أو بعوض مع وجود الحجز باطلاً وعديم الأثر".

مساطر معينة من أجل حماية حقه من الآثار الناتجة عن الحجز التحفظي بهدف تحقيق العدالة بين الأطراف.

وعليه فإن المشرع المغربي وعيا منه بخطورة الأمر، لم يقف مكفوف الأيدي، بل أعطى للمدين بعض الإمكانات؛ كلما كان له الحق في ذلك. وتتجلى هذه الإمكانيات في صلاحية رفع هذا الحجز التحفظي كلما ثبتت العلة من ذلك.

وتأسيسا على ما سبق، ولاستيضاح حيثيات دعوى رفع الحجز التحفظي نطرح التساؤل التالي:

ماهي الأسباب التي تخول لصاحب الحق صلاحية رفع الحجز التحفظي؟ وهل هذه الأسباب قد تظل الغير وتسمح له بسلوك نفس المسطرة؟

ومنه سنجيب على هذه الأسئلة بالاعتماد على فقرتين كالتالي:

الفقرة الأولى: أسباب دعوى رفع الحجز التحفظي

الفقرة الثانية: المسطرة المتبعة لرفع الحجز التحفظي

الفقرة الأولى: أسباب دعوى رفع الحجز التحفظي

كما أشرنا سابقا فإن المشرع المغربي رغبة في تحقيق التوازن في العلاقة الرابطة بين الدائن والمدين، قد خول للدائن سلوك مسطرة الحجز التحفظي لضمان دينه، مقابل عقل تصرفات المدين المحجوز عليه على أمواله، فيما أعطى للمدين الحق في رفع الحجز كل ما تحقق سبب من الأسباب الموجبة لرفعه، ولتكون دعوى رفع الحجز التحفظي مقبولة وغير معيبة لا بد لها من الاستناد على أحد الأسباب المبررة لرفع الحجز التحفظي، وهذه الأسباب هي كالتالي:

أولا: رفع الحجز التحفظي رهين بالدين

معلوم أن أساس قيام الحجز التحفظي هو ضمان دين في ذمة المدين، وذلك لحفظ حق الدائن في استيفاء دينه، وبالتالي فإن انعدام الدين يجعل شروط قيام الحجز التحفظي هي والعدم سواء. لكن قد يطرح لنا إشكال في هذا الصدد، ففرضا لو أن شروط قيام الحجز التحفظي مستوفية من حيث وجود دين ثابت وحال الأداء علاوة على مخافة اعسار المدين، لكن بعد

استصدار الأمر بالحجز التحفظي وتنفيذه من طرف الموض أو مأمور التنفيذ اتضح أن الدين الموجب للحجز التحفظي قد انقضى، أو الخطر الذي يهدد عسر المدين قد اندثر، الشيء الذي يجعل من إبقاء الحجز التحفظي على المنقولات موضوع الحجز فيه تعسف كبير في حق المدين، ويعرقل حريته في التصرف في حقه، فما العمل في هاته الحالة؟

وجوابا على ذلك نجد أن المشرع المغربي قد أعطى خاصية موازية لقيام الحجز التحفظي وهي إمكانية رفعه، وذلك كلما توفر المدين على شروط رفع الدين، والتي نجدها تتمثل في توفره على حجب تبين انقضاء هذا الدين، والحالة هذه يحق للمدين رفع الحجز التحفظي بناءً على انقضاء دين كان أساساً له، وفي هذا الصدد جاء قرار حديث لإحكمة النقض يوضح إمكانية رفع الحجز التحفظي كلما توفرت شروط ذلك، وذلك كالتالي: "إن رفع الحجز التحفظي من عدمه رهين بانقضاء الدين الذي كان أساساً له، وإحكمة لما عللت قرارها بأن الإشهادات المستدل بها وإن كانت تتعلق بفترة لاحقة على صدور الحكم موضوع التنفيذ والمبني عليه الحجز إلا أن آخر تلك الإشهادات لا يشكل إبراء تاماً للنفقة مستقبلاً، دون أن تبين مبلغ الدين الذي تم على أساسه الحجز وتتحقق من انقضائه ولو بإجراء تحقيق في القضية مما يكون معه قرارها مشوباً بنقصان التعليل الموازي لانعدامه وهو ما يعرضه للنقض"⁴.

وتأسيساً على ما سبق، يتضح لنا أنه كلما توفر شرط من شروط رفع الحجز التحفظي، فإنه يحق للمدين التمسك به وطلب رفع الحجز التحفظي وفق المسطرة المتبعة في ذلك.

ثانياً: رفع الحجز التحفظي المبني على التعسف

إن من بين المظاهر الشائعة في إيقاع الحجز التحفظي هو إيقاعه بناءً على تعسف في حق المدين، ومن أبرز صور ذلك الحالة التي يتم فيها رفع دعوى الحجز التحفظي بناءً على دين يقل عن الأموال المحجوز عليها؛ كأن يحجز الدائن على عقار أو منقولات تفوق كثيراً مبلغ الدين الموجب للحجز؛ هنا تدخل المشرع المغربي وأعطى الحق للمدين في أن يقدم طلب رفع الحجز بناءً على التعسف الممارس من طرف الدائن الحاجز. ونجد في هذا الإطار قرار لإحكمة النقض تبني هذا التوجه، حيث تضمن ما يلي: "لئن كان الحجز التحفظي هو ذلك الإجراء الاحترازي اللازم الذي يتمكن بواسطته الدائن من منع مدينه من التصرف في أمواله بشكل من شأنه أن يعدم الضمان

⁴ قرار محكمة النقض عدد 269، الصادر بتاريخ 07 أبريل 2022، في الملف مدني رقم 2635/10/1/2021، غير منشور.

العام أو ينقص منه، إلا أن إجراءاته مشروط بعدم التعسف الذي من مظاهره حجز أموال تتجاوز قيمتها بكثير مبلغ الدين، وعليه فتأسيس الطالبة لمقالها الرامي إلى رفع الحجز على تعسف الحاجة من خلال حجزها على أموال تتجاوز قيمتها بكثير مبلغ الدين أساس الحجز، كان يقتضي من المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عند استبعادها التقارير الخبرة المستظهر لها بما للدلالة على كفاية قيمة الأموال المطلوب حصر الحجز فيها لضمان الدين سبب الحجز البحث في حقيقة ما ادعته الطالبة من تعسف الحاجة بفعل عدم تناسب قيمة المحجوزات مع مبلغ الدين ومدى كفاية قيمة المحجوزات المطلوب الحجز عليها لضمان تأديته، عن طريق إجراء خبرة استجابة للمتمس الطالبة الوارد بمقالها الاستعجالي، فتكون بموقفها المذكور وعدم استبعادها بمقبول للمتمس الطالبة المتحدث عنه، قد جعلت قرارها مشوباً بسوء التعليل المعتبر بمثابة انعدامه⁵.

وبالإضافة إلى ما سبق، نشير إلى أنه يدخل في نطاق التعسف في إيقاع الحجز التحفظي سلوك الدائن مسطرة الحجز التحفظي على منقولات أخرى بالإضافة إلى التي تدخل في إطار ضمان الدين؛ بمعنى أن هناك منقولات كافية لضمان الدين غير أن الدائن لا يقف حد الاكتفاء بها بل يتمادى في الحجز على منقولات أخرى أو عقار يعود لنفس المدين؛ ففي هذه الحالة يكون الحجز بدون مبرر مشروع، لأنه يشكل صورة من صور التعسف، وبه يعرقل حرية المدين بدون وجه حق، ومن ثم يحق للمدين سلوك مسطرة رفع الحجز التحفظي، أو أن يتم رفعه تلقائياً من طرف القضاء⁶.

هذا وقد نلمس التعسف في إيقاع الحجز التحفظي في حالة أخرى، ويتعلق الأمر بالحالة التي يطلب فيها الدائن أمر من رئيس المحكمة أو من ينوب عنه من أجل الحجز التحفظي على منقولات المدين مع علمه بأن هاته المنقولات تعود ملكيتها لغير المدين؛ ولتوضيح الصورة أكثر؛ نضرب مثالا بإيقاع الحجز التحفظي على منقولات شركة معينة، غير أن هذه المنقولات في الأصل ليست في ملك هذه الشركة، بل هي في ملك شخص آخر، الشيء الذي يجعل هذا الحجز حجزاً على ملك الغير الذي يعد أجنبياً عن علاقة المديونية التي تربط الدائن والشركة، ومنه نكون أمام تعسف في إيقاع الحجز التحفظي.

⁵ قرار محكمة النقض عدد 20، الصادر بتاريخ 21 يناير 2016، في الملف التجاري رقم 2013/1/3/1460، منشور بالموقع الرسمي لقرارات محكمة النقض.

⁶ أنوار عبدون، الحجز في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، مكتبة تيفيناغ، س 2021، ص 59.

وهي الحالة التي أكدها قرار محكمة النقض جاء فيه ما يلي: "لما ثبت أن المنقولات المحجوزة لم تكن ملكا للشركة التي كانت تدعي المطلوبة دائيتها لها، وإنما هي ملك الطالبة التي اضطرت لاستصدار قرار طويلة منعت خلالها هذه الأخيرة قضائي باستحقاقها، وأن الحجز استمر مدة طويلة منعت خلالها هذه الأخير من التصرف فيها، مما يشكل في حد ذاته ضررا موجبا للتعويض طالما أن الحجز التحفظي يؤمر به على عهدة ومسؤولية طالبه الذي يبقى ملزما بجبر أي ضرر ألحقه بالغير بمناسبة ممارسته للحجز فإن المحكمة عندما قضت بخلاف ذلك نافية التعسف عن المطلوبة رغم أنها قامت بحجز بضاعة شركة لا علاقة لها بها تكون قد أساءت تعليل قرارها"⁷.

وبناء على ما سبق يتضح لنا أنه في حالة إيقاع الحجز التحفظي بناء على تعسف المدين، فإنه يحق للدائن بناءً على ذلك مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه ذلك الحجز من حرمان المدين من التصرف في أمواله.

ثالثاً: رفع الحجز التحفظي بتحقيق الشرط الفاسخ

من الأكيد أنه لا مانع في أن تكون العلاقة التي تربط الدائن والمدين مقترنة بشرط؛ سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً؛ فإذا كانت مبنية في طياتها على شرط واقف، فإن علاقة المديونية لن تتحقق إلا بتحقيق ذلك الشرط؛ بمعنى أن الشرط الواقف هو الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، فإن تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا تخلف لا تقوم للالتزام قائمة ولا يخرج إلى الوجود⁸.

أما إذا تعلق الأمر بشرط فاسخ يتوقف عليه سقوط الالتزام وقت تحققه؛ بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام وإذا تخلف أصبح الالتزام بائناً⁹، فإنه والحالة هاته إذا ما تحقق الشرط الفاسخ فإن الحجز التحفظي يصبح بلا أساس، الشيء الذي يجعل من رفعه شيئاً محققاً شريطة سلوك المدين الإجراءات اللازمة لطلب رفعه.

⁷ قرار محكمة النقض عدد 661، الصادر بتاريخ 15 يناير 2017، في الملف التجاري رقم 2017/3/3/208، منشور بالموقع الرسمي لقرارات محكمة النقض.

⁸ أمهاوش حسنة، الشرط كوصف من أوصاف الالتزام في القانون المدني المغربي، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، ع 46_ شتنبر 2022، ص 69.

⁹ نفس المرجع، ص 70.

رابعاً: انتهاء الحجز التحفظي بانتهاء الأجل المحدد له

كما هو معلوم في إطار الحجز التحفظي؛ فإنه لا يمكن تصور إيقاعه على أملاك المدين لمدة غير محددة، بل لابد له من أن يكون محدد المدة. فإذا نص في طلب الحجز التحفظي على أنه يستمر إلى أن ينتهي النزاع بين الطرفين، وانتهى النزاع لفائدة المحجوز عليه، فإن الحجز التحفظي ينتهي حتماً ويكون للمحجوز عليه حق التصرف في الشيء المحجوز بمجرد أن ينتهي النزاع بحكم نهائي، قابل للتنفيذ، وعليه فقد يلزمه ذلك الرجوع إلى القضاء من أجل استصدار أمر استعجالي برفع الحجز بعد انتهاء النزاع المعروض، ففي هذه الحالة يستوجب على القضاء أن يستجيب إلى طلبه، ولو طلب النقض في الحكم النهائي، وذلك لأن طلب النقض لا يوقف تنفيذ الأحكام القضائية، وذلك مقابل أداء مبلغ معين¹⁰.

علاوة على ذلك، فإنه لا يمكن تصور قيام الحجز التحفظي إلى ما لا نهاية، وذلك مهما كان سبب قيامه، حيث أنه ينتج العديد من الآثار التي تشكل تعسفاً كبيراً في حق المحجوز عليه، وهذا ما أيده توجه محكمة النقض في قرار لها تضمن ما يلي: "ولو كان الدين المجري بشأنه الحجز التحفظي له امتداد زمني كالنفقة إلا أن ذلك لا يبرر استمرار الحجز إلى ما لا نهاية وغل يد المحجوز عليه من التصرف في ملكه، إذ يمكن المحكمة الرجوع عنه برفعه إذا ما ظهر له ما يبرر ذلك"¹¹.

ومنه يتضح أنه لا يمكن أن يقع الحجز التحفظي لمدة غير محددة، وذلك لتنافيه وغايته والدور الذي يلعبه في تحقيق ضمانات للدائنين.

خامساً: رفع الحجز التحفظي بناءً على أداء كفالة

أقر المشرع المغربي في بعض الحالات صلاحية رفع الحجز التحفظي بناءً على أداء كفالة تقابل الدين موضوع الحجز التحفظي، وذلك لتخلص المدين من آثار هذا الحجز والتصرف في المنقولات أو العقارات التي تعود ملكيتها له، فبالرجوع إلى المادة 74 من القانون رقم 40.13 المتعلق

¹⁰ بشرى العلوي، الحجز التحفظي بين مسطرة إيقاع وأسباب انتهائه، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ع 3، س 2013، ص 67.

¹¹ قرار محكمة النقض عدد 4780، صادر بتاريخ 1 نونبر 2011، ملف مدني رقم 2010/1/1/156، منشور بالموقع الرسمي لقرارات محكمة النقض.

بالطيران المدني، نجدها خولت للدائن رفع الحجز التحفظي بناءً على أداء المبالغ المستحقة أو تقديم كفالة مناسبة وكافية¹². وحماية للمدين المحجوز عليه الذي قدم كفالة كافية لرفع الحجز التحفظي، فإن المشرع منع المدين الحاجز من أن يلجئ إلى استصدار أمر بالحجز التحفظي بناءً على نفس الدين، مع عدم إمكانية طلب كفالة أخرى، وذلك بصريح عبارات المادة 75 من نفس القانون¹³.

وتجدر الإشارة إلى أن وضع مبلغ مالي في صندوق المحكمة بقيمة المبالغ المحكوم بها وحده لا يخول رفع الحجز التحفظي مادام النزاع حول المديونية لا زال قائماً، وهذا ما جاء به قرار محكمة النقض كما يلي: "إيداع ضمانات مالية بصندوق المحكمة بقيمة المبالغ المالية المحكوم بها ابتدائياً لفائدة الحاجزين، لا يبرر رفع الحجز التحفظي ما دام أن النزاع حول المديونية لا زال قائماً ولم يتم الحسم فيه بقرار انتهائي"¹⁴.

سادساً: رفع الحجز التحفظي بهلاك المحجوز أو تحوله لحجز تنفيذي

من البديهي أن يتقرر رفع الحجز التحفظي في حالة هلاك الشيء موضوع الحجز، ففي هذه الحالة يكون الرفع تلقائياً لكون الحجز على منقول هلك بسبب أو بآخر يجعله هو والعدم سواء، فلا مجال للحديث عن حجز تحفظي ما دام أن محله ليس موجوداً.

أما في حالة تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي، فإنه يتم رفع الحجز التحفظي ليقوم مكانه الحجز التنفيذي، وهنا ننقل من حالة الجمود التي يمتاز بها الحجز التحفظي لضمان الدين موضوع الحجز، إلى حالة التسييل التي تحول محل الحجز من حالة الجمود إلى الحركة التي تتجسد في تفويته من أجل اقتضاء الدين موضوع الحجز.

¹² تنص المادة 74 من القانون رقم 40.13 المتعلق بالطيران المدني على ما يلي: "يمكن للمدعي عليه، أن يتوجه إلى المحكمة في أي وقت من المسطرة للحصول، إن اقتضى الحال، على رفع اليد عن الحجز المأذون فيه في حالة تسديد المبالغ المستحقة أو تقديم كفالة مناسبة وكافية".

¹³ تنص المادة 75 من القانون رقم 40.13 المتعلق بالطيران المدني على ما يلي: "إذا تم الحجز التحفظي للطائرة وقدمت كفالة أو ضمانات للحصول على رفع اليد عن الحجز أو من أجل تجنبه، لا يمكن اللجوء، بالنسبة لنفس الدين إلى الحجز على نفس الطائرة ولا تمكن المطالبة بأي كفالة أو ضمانات جديدة".

¹⁴ قرار محكمة النقض عدد 14، الصادر بتاريخ 30 يناير 2020، في الملف المدني رقم 2018/10/1/42، منشور بالموقع الرسمي لقرارات محكمة النقض.

الفقرة الثانية: المسطرة المتبعة لرفع الحجز التحفظي

تتميز مسطرة الحجز التحفظي بالعديد من الخصوصيات مقارنة بالمساطر الأخرى، وذلك راجع إلى الدور التي تلعبه في حماية حقوق الأفراد، فمن بين أهم مميزاتها أن المشرع المغربي لم يتشدد في الشروط التي تخول سلوكها، بل اقتصر في العديد من القرارات التي تبنتها محكمة النقض على ضرورة أن يكون الدين محقق ومعين المقدار، وقد يصل الأمر إلى أن تنبني هذه المسطرة على شبهة المديونية فقط. وذلك بناء على قرار محكمة النقض والذي جاء كما يلي: "المقرر قضاء أن إيقاع الحجز التحفظي ليس ضروريا أن يكون من أجل دين محقق وثابت ثبوتا قطعيا بذمة المحجوز عليه، وإنما ينبغي على قيام شبهة المديونية، وأن القول بوجوده من عدمها مسألة واقع تختص به محكمة الموضوع شريطة تعليل قرارها بذلك"¹⁵. وكل ذلك يهدف إلى تحقيق الغاية من الحجز التحفظي المتمثلة في تحقيق الضمانات في العلاقة التعاقدية، بحيث أنه في الأخير، تبقى مسطرة الحجز التحفظي إجراء ضامن للأطراف تحفظيا لا غير، الشيء الذي ينتج عنه العديد من الآثار، والتي تتمثل أساسا في غل يد المدين من أي تصرف يضر بدائنه.

ومنه فإن عدم تشدد المشرع في شروط الحجز التحفظي سواء على العقارات أو المنقولات، جعل في العديد من الحالات هذا الحجز التحفظي غير منطقي، الشيء الذي جعلنا نقف على تحديد الأسباب التي تخول رفع الحجز التحفظي قبل توضيح المسطرة المتبعة في ذلك.

وعليه، بعدما تم التطرق إلى أسباب رفع دعوى الحجز التحفظي، فإنه لاستكمال إجراءات رفع الحجز التحفظي يجب على كل ذي مصلحة أن يسلك مسارا محددا من خلال إجراءات معينة تخول له تفعيل هذه الخاصية الممنوحة من طرف المشرع من أجل إبطال مفعول آثار الحجز التحفظي، وإعادة الحق للمحجوز عليه في التصرف في ملكه سواء بانتفاع أو بتفويت.

وعليه، سوف نتطرق في هذه الفقرة إلى كل من أطراف رفع دعوى الحجز التحفظي من جهة (أولا)، ومن جهة أخرى، إلى الجهة المختصة في رفع الحجز التحفظي على المنقولات (ثانيا).

¹⁵ قرار محكمة النقض ع 45، الصادر بتاريخ 28 يناير 2021، في الملف التجاري رقم 2018/1/3/542، عن الموقع الرسمي لمحكمة النقض.

أولاً: أطراف دعوى رفع الحجز التحفظي

إن دعوى رفع الحجز التحفظي لا تخرج عن نطاق نفس أطراف الحجز في بدايته؛ بمعنى أنها تبقى محصورة بين الحاجز الدائن والمحجوز عليه المدين؛ غير أنه في دعوى رفع الحجز يكون الأمر مغايراً من الناحية القانونية؛ حيث أن المحجوز عليه هو الذي يصبح المدعي والحاجز يصبح مدعى عليه.

ومنه يمكن القول أن دعوى رفع الحجز التحفظي هي تلك الدعوى التي يرفعها المدين المحجوز عليه ضد الحاجز للحصول على حكم ببطالان الحجز وإلغاء كل ما يترتب عليه من آثار، وقد تكون أسباب منازعة المدين المحجوز عليه للدائن الحاجز متعلقة بالحق في التنفيذ أو بالمال المحجوز عليه أو بإجراءاته¹⁶.

وفي هذا الصدد يطرح إشكال مهم يتجلى في مدى إمكانية رفع الحجز التحفظي من طرف الغير؟

وفي إطار الإجابة عن هذا الإشكال وجدنا أن الآراء الفقهية انقسمت إلى اتجاهين:

فأما الاتجاه الأول فيذهب إلى تمكين كل متضرر من الحجز؛ أو كل من مس الحجز التحفظي بحقوقه؛ من أن يتقدم بدعوى رفع الحجز التحفظي إلى قاضي المستعجلات لأجل رفعه، وهكذا نجد في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بأكادير ما يلي: "حيث إن الطلب يرمي إلى رفع الحجز التحفظي الواقع على الأصل التجاري ... وحيث إن معتمد الطالبة في طلبها هو أن الأصل التجاري المحجوز ليس في ملك المحجوز عليه.

وحيث إن الحجز بذلك وقع على أشياء ليست في ملك المحجوز عليه، بل في ملكية الغير الذي لا تربطه أية علاقة بالدائن مستصدر الأمر بالحجز. وحيث يتعين لذلك الأمر برفع الحجز المذكور"¹⁷.

¹⁶ قافو رشيد، الحجز التحفظي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاجتماعية - مراكش، السنة الجامعية 2010/2009، ص 130.

¹⁷ أمر استعجالي عدد 95/52، صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بأكادير، بتاريخ 1995/02/08، أورده عمر أزوكار، دعوى رفع الحجز والاستحقاق الحدود الفاصلة، إشكالية الجهة المختصة تعليق قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، مجلة المحاكم المغربية، ع 94، بتاريخ 16/03/1999، ص 156.

وأما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى اعتبار دعوى رفع الحجز التحفظي حكر على المحجوز عليه دون الأغيار، وليس لهم سوى رفع دعوى الاستحقاق سواء تم البدء في إجراءات التنفيذ أم لا¹⁸.

وفي هذا الصدد جاء أمر رئيس المحكمة الابتدائية بإنزكان كالتالي: "حيث إن طلب العارض يرمي إلى رفع الحجز التحفظي الصادر بإجراء المنقولات بمقتضى الأمر القضائي....".

وحيث بالرجوع إلى الأمر القضائي المذكور يتبين أن العارض ليس طرفا فيه. وحيث إن العارض إن كان يدعي تملكه للمنقولات موضوع الحجز، ولذلك يكون طلب العارض والحالة ما ذكر غير مبني على أساس ويتعين التصريح برفضه¹⁹.

ثانيا: الجهة المختصة في رفع الحجز التحفظي

إن طلب رفع الحجز التحفظي يدخل في صميم الإجراءات الوقتية؛ حيث أنه يتسم بعنصر الاستعجال دون المساس بأصل الحق؛ الشيء الذي يحيلنا مباشرة إلى قاضي المستعجلات، والذي يعود له اختصاص البث في الأمور الاستعجالية كل ما توفرت شروط ذلك²⁰.

وعليه، إذا توفر المحجوز عليه على أي سبب من الأسباب التي تخول رفع الحجز التحفظي على أمواله، فيحق له بناءً على ذلك رفع طلب إلى رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة من أجل المطالبة برفع الحجز التحفظي، وهذا ما دأبت محكمة النقض على تأكيده في العديد من القرارات، نذكر من بينها القرار التالي: "بمقتضى الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية فإن قاضي المستعجلات وإن كان مختصا باتخاذ الإجراءات الوقتية التي تقتضيها حالة الاستعجال دون المساس بأصل الحق، فإن من حقه أن يبحث المستندات المقدمة إليه بحثا عرضيا ويستخلص من ظاهر الحجج المعروضة عليه ما إذا كان النزاع جديا أم لا، والحجز التحفظي مجرد إجراء

¹⁸ قافو رشيد، الحجز التحفظي في القانون المغربي، م س، ص 130.

¹⁹ أمر استعجالي عدد 220، صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بإنزكان، بتاريخ 1998/06/15، أورده عمر أزوكار، دعوى رفع الحجز والاستحقاق الحدود الفاصلة، إشكالية الجهة المختصة تعليق قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، م س، ص 155-156.

²⁰ وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على ما يلي: "يختصر رؤساء المحاكم الابتدائية وحدهم بالبث في كل مقال يستهدف الحصول على امر بإثبات حال او توجيه انذار او اي اجراء مستعجل في اي مادة لم يرد بشأنها نص خاص ولا يضر بحقوق الاطراف، ويصدرون الامر في غيبة الاطراف دون حضور كاتب بالضبط بشرط الرجوع اليهم في حالة وجود اي صعوبة".

وقتي يتعين رفعه إذا زالت أسبابه ويشترط لكي يكون منتجا لأخاره أن يكون المال المحجوز ملكا للمدين"²¹.

والملاحظ أن القرار السالف الذكر قد أضاف مسألة مهمة، والتي تتمثل في اشتراط كون ملكية الشيء المحجوز يستوجب أن تعود إلى المدين دون غيره.

وفي نفس السياق نجد قرار آخر لحكمة النقض تبنت فيه نفس التوجه، وذلك حينما اقرت بما يلي: "طلب رفع حجز تحفظي يعد من الإجراءات التحفظية التي هي من اختصاص القضاء الاستعجالي"²².

خاتمة

من خلال ما سبق ينبغي أن المشرع المغربي وعيا منه بالدور المهم الذي يلعبه الحجز التحفظي في إطار حفظ الحقوق، واستحضارا منه لأهمية حرية الملكية لدى الأفراد في الوقت نفسه، أدرك جيدا أنه قد ينتج عن مسطرة الحجز التحفظي بعض السلوكيات التعسفية في استعمال هذه الآلية القانونية، الشيء الذي جعله ما فتئ أن تبني مسطرة رفع الحجز التحفظي كلما توفرت أسباب جدية لذلك، وذلك عن طريق تقديم طلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه، وفق الإجراءات المقررة في قانون المسطرة المدنية، حماية منه للتطبيق العادل للقانون ورفع الضرر عن المدين المتضرر.

²¹ قرار محكمة النقض عدد 30، الصادر بتاريخ 13 يناير 2022، في الملف المدني رقم 2021/10/1/1180. عن الموقع الرسمي لقرارات محكمة النقض.

²² قرار محكمة النقض عدد 43، الصادر بتاريخ 28 يناير 2013، في الملف المدني رقم 2013/1/1/3444. منشور بالموقع الرسمي لقرارات محكمة النقض.

المراجع المعتمدة

♦ الكتب:

- أنوار عبدون، الحجز في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، مكتبة تيفيناغ، س 2021.
- هشام المراكشي، دليل المتقاضي إلى ممارسة التقييد الاحتياطي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، س 2021، ص 24.

♦ الرسائل:

- قافو رشيد، الحجز التحفظي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاجتماعية -مراكش، السنة الجامعية 2010/2009.

♦ المجلات:

- أمهاوش حسنة، الشرط كوصف من أوصاف الالتزام في القانون المدني المغربي، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، ع 46 __ شتنبر 2022.
- بشرى العلوي، الحجز التحفظي بين مسطرة إيقاع وأسباب انتهائه، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ع 3، س 2013.
- عمر أزوكار، دعوى رفع الحجز والاستحقاق الحدود الفاصلة، إشكالية الجهة المختصة، تعليق على قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، مجلة المحاكم المغربية، ع 94، بتاريخ 16/03/1999.

المسؤولية الإدارية للدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي

State administrative responsibility for the harms of artificial intelligence

هشام المكري

EL MAKRI HICHAM

حاصل على شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية

Abstract:

ملخص:

This study focused on the following main question: In the absence of a Moroccan legal framework specific to artificial intelligence, to what extent can traditional administrative liability rules be adapted to ensure effective protection for those harmed by the use of these technologies in public state facilities? It attempted to answer this question by dividing the research topic into two sections. The first addressed the most important legal challenges of administrative liability in light of artificial intelligence, while the second addressed the application of administrative liability rules for damages caused by artificial intelligence systems. The results of this study revealed that general rules of administrative liability, despite their flexibility, may not always be sufficient to address damages resulting from artificial intelligence systems, particularly with regard to damages resulting from the physical actions of these systems. The rapid development of artificial intelligence technologies requires public authorities to combine efforts to accelerate the formulation of a comprehensive legal framework, that takes into account the specificity of these technologies, it is also imposed a dual obligation on the state: on the one hand, promoting the safe and responsible use of these technologies, and on the other hand, protecting the rights of individuals from potential risks and holding the state accountable for any damages that may result from them to ensure justice.

Keywords: Artificial Intelligence, Administrative Liability, Administrative Liability Based on Fault, Administrative Liability Without Fault, automated Administrative Decision, the Physical work of Artificial Intelligence Systems, Compensation for damages caused by Artificial Intelligence Systems.

تمحورت هذه الدراسة حول الإشكالية الرئيسية التالية: في ظل غياب إطار قانوني مغربي خاص بالذكاء الاصطناعي، إلى أي حد يمكن تطويع قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية لضمان حماية فعالة للمتضررين من استخدام هذه التقنيات بالمرافق العمومية للدولة؟ وحاولت الإجابة عنها عبر تفسير موضوع البحث إلى مطلبين اثنين، تناول الأول أهم التحديات القانونية للمسؤولية الإدارية في ظل الذكاء الاصطناعي بينما تناول الثاني أوجه تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية عن أضرار أنظمة الذكاء الاصطناعي. وقد تبين من خلال نتائج هذه الدراسة بأن القواعد العامة للمسؤولية الإدارية، رغم مرونتها، قد لا تكون كافية دائما لمعالجة الأضرار الناتجة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، خاصة فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن الأعمال المادية لهذه الأنظمة، وأن التطور المتسارع لتقنيات الذكاء الاصطناعي أصبح يتطلب من السلطات العمومية تظافر الجهود من أجل تسريع صياغة إطار قانوني متكامل، يأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه التقنيات، كما يفرض على الدولة التزاما مزدوجا، من جهة تعزيز الاستخدام الآمن والمسؤول لهذه التقنيات، ومن جهة أخرى، حماية حقوق الأفراد من المخاطر المحتملة ومساءلة الدولة عن الأضرار التي قد تنجم عنها ضمانا لتحقيق العدالة.

الكلمات المفتاحية: الذكاء الاصطناعي، المسؤولية الإدارية، المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المسؤولية الإدارية بدون خطأ، القرار الإداري المعالج آليا، الأعمال المادية لأنظمة الذكاء الاصطناعي، التعويض عن أضرار أنظمة الذكاء الاصطناعي.

مقدمة:

شهد العالم خلال العقود الأخيرة تحولاً رقمياً متسارعاً تعد فيه تقنيات الذكاء الاصطناعي¹ من أبرز الأدوات التي تعيد تشكيل طريقة عمل الإدارات العمومية، سواء على مستوى اتخاذ القرارات وتدبير المعطيات أو في معالجة الملفات الحساسة التي ترتبط بحقوق الأفراد وحرياتهم. ورغم الفوائد المتعددة لهذه التكنولوجيا، فإن استخدامها داخل الإدارة العمومية لا يخلو من مخاطر قد تتسبب في أضرار تمس الأفراد في حياتهم وممتلكاتهم أو وضعهم القانوني، وي طرح إشكالات قانونية غير مسبوقة، على رأسها مسألة المسؤولية القانونية للإدارة على هذه الأضرار، خاصة بالنسبة للذكاء الاصطناعي الذي يتميز بقدر من الاستقلالية في اتخاذ القرار وصعوبة التنبؤ بمخرجاته في بعض الأحيان.

إن أهمية هذا الموضوع تبرز من ناحية كونه موضوعاً حديثاً يمس جوهر العلاقة بين الإدارة والمواطن، ويحفز على التفكير في مدى تكيف قواعد المسؤولية الإدارية الكلاسيكية مع الواقع الجديد، ومدى كفايتها في ضمان الحماية القانونية للمتضررين، ويهدف بالأساس إلى تحليل مدى كفاية قواعد المسؤولية الإدارية لمواجهة تحديات استخدام الذكاء الاصطناعي بالمرافق العمومية.

ولتحديد نطاق هذه الدراسة نطرح الإشكالات التالية: في ظل غياب إطار قانوني مغربي خاص باستخدام الذكاء الاصطناعي، إلى أي حد يمكن تطويع قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية لضمان حماية فعالة للمتضررين من استخدام هذا الأخير بالمرافق العمومية للدولة؟

بناءً على هذه الإشكالية نطرح الفرضيات التالية:

¹ - عرف الذكاء الاصطناعي بأنه فرع من فروع علوم الحاسوب، وهو العلم الذي يجعل الآلات تفكر مثل البشر، أي حاسوب له عقل. أيضاً يعرف بأنه سلوك وخصائص معينة تتسم بها البرامج الحاسوبية وتجعلها تحاكي القدرات الذهنية البشرية وأنماط عملها، ومن أهم هذه الخصائص القدرة على التعلم والاستنتاج ورد الفعل على أوضاع لم تبرمج عليها الآلة، فهي أنظمة أو أجهزة تحاكي الذكاء البشري لأداء المهام والتي يمكنها أن تحسن من نفسها استناداً إلى المعلومات التي تجمعها. ويختلف بذلك نظام الأتمتة «Automation» عن الذكاء الاصطناعي «AI» فالأتمتة نظام يعتمد على القواعد التي تحددها البرمجة، حيث تتبع الآلة المتسلسلات المنطقية المحددة سلفاً وهو ما يعني كون الرمز A يؤدي إلى الرمز B وهكذا. أما الذكاء الاصطناعي فهو بمثابة تعليم الآلة لتستنتج بنفسها، وتدرك ما يجب أن تفعله وما لا يجب أن تفعله. فالتشفير أو الترميز هنا لا يكون صريحاً حيث يسمح للآلة بقدر معين من المناورة. أنظر هنا رزق محمد، أنظمة الذكاء الاصطناعي ومستقبل التعليم، مجلة دراسات في التعليم الجامعي، العدد 52، السنة 2021، ص 573.

- قد يضعف تمتع الذكاء الاصطناعي ببعض الاستقلالية إمكانية مساءلة الإدارة على أساس الخطأ؛
- قد تسمح قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية بتأطير بعض صور الضرر الناتج عن الذكاء الاصطناعي؛
- قد يعرقل الفراغ التشريعي في القانون المغربي بخصوص استخدام الذكاء الاصطناعي تحديد المسؤوليات بدقة.

للإجابة عن الإشكالية أعلاه سيتم تقسيم موضوع البحث إلى مطلبين اثنين كالتالي:

المطلب الأول: التحديات القانونية للمسؤولية الإدارية في ظل الذكاء الاصطناعي

المطلب الثاني: أوجه تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية عن أضرار أنظمة الذكاء الاصطناعي

المطلب الأول: التحديات القانونية للمسؤولية الإدارية في ظل الذكاء الاصطناعي

تعد قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية الأساس القانوني للتعويض عن الأضرار الناتجة عن تصرفات الإدارة أو العاملين بها، غير أن التطور الذي عرفته تقنيات الذكاء الاصطناعي وتوسع استخدامها في المجال الإداري² أدى إلى بروز عدة تحديات قانونية أمام تطبيق هذه القواعد، خاصة في ظل الاستقلالية التي تتمتع بها هذه التقنيات في اتخاذ قراراتها والغموض الذي يكتنف تحديد المسؤوليات لذلك، سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى كل من أسس المسؤولية الإدارية التقليدية (الفقرة الأولى) والتحديات القانونية المرتبطة بطبيعة الذكاء الاصطناعي (الفقرة الثانية).

² - في دراسته التي أنجزها بطلب من الحكومة سنة 2022 أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن استخدام الذكاء الاصطناعي لدعم الإدارات يمكن أن يسهم بشكل ملموس في تحسين جودة الخدمة العامة المقدمة، وإذا كان هذا الأخير لا يزال اليوم يستخدم من قبل الفاعلين العموميين في مجالات محدودة فقط (مثل إدارة الانارة العامة، حركة المرور، الدفاع والأمن، مكافحة الاحتيال الضريبي، وغيرها)، فإنه لا يوجد أي مجال من مجالات العمل العام بمنأى عن أنظمة الذكاء الاصطناعي. أنظر الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة الفرنسي:

<https://www.conseil-etat.fr/publication/colloques/etudes/etudes-a-la-demande-du-gouvernement/intelligence-artificielle-et-action-public-construire-servir-la-performance>
vu le 09 septembre 2025 à 23H00Min.

الفقرة الأولى: أسس المسؤولية الإدارية التقليدية

المسؤولية الإدارية هي التزام الإدارة بتعويض الأضرار التي تصيب الأفراد بسبب نشاطها المتمثل في تسيير المرفق العام، وتقوم هذه المسؤولية كقاعدة عامة على أساس الخطأ الإداري (أولاً)، إلا أنه نتيجة قصور المسؤولية دون خطأ في تحقيق العدالة المرجوة للأفراد ولما كبت التطورات التي تطرأ على الحياة الإدارية وما يترتب عليها من مخاطر وأضرار استثنائية وجدت المسؤولية الإدارية بلا خطأ كأساس تكميلي³ (ثانياً).

أولاً: المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

أقام مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة بصفة خاصة بناء على الخطأ⁴، وجعله الأساس القانوني الذي يفسر مسؤوليتها عن الأعمال القانونية والمادية التي تقوم بها، وذلك للموازنة بين المصلحة العامة ومصلحة الأفراد، كما أقر القضاء الإداري المسؤولية على أساس الخطأ سواء الشخصي⁵ أو المرفقي، فأقام مسؤولية الموظف الشخصية أحياناً، وحمل الإدارة التعويض عنها أحياناً أخرى، وأقر مسؤوليتها عن الخطأ المرفقي الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير مسبب الضرر إلى المرفق ذاته، كما أكد على جواز الجمع بين تلك المسؤولية ومسؤولية الموظف، وأخيراً أشار إلى حق هذا الأخير والإدارة في الرجوع عن بعضهم البعض. وبناء على ذلك، فإن مسؤولية الإدارة عن أعمالها تقوم كقاعدة عامة على أركان ثلاث وهي (الخطأ، الضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا ما توفرت هذه الأركان أصبح من حق المضرور المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ناتج عن خطأ الجهة الإدارية⁶.

³ - أسامة عبد الله محروس، المسؤولية الإدارية تجاه أخطاء تطبيقات الذكاء الاصطناعي، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، المجلد 22، العدد 1، نوفمبر 2024، ص (69 - 126)، ص 75.

⁴ - عرف المشرع المغربي الخطأ من خلال المادة 78 من قانون الالتزامات والعقود بأنه ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر.

⁵ - الخطأ الشخصي هو الذي ينسب إلى الموظف نفسه ويترتب عنه ضرر للغير يكون ملزماً بجبره من ماله الخاص. وقد تطرق له المشرع من خلال الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود كالتالي: "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم، ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها".

⁶ - أحمد سلامة بدر، مسؤولية الدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 66 العدد 3، يناير، الصفحة 1333 - 1467، ص 1428 و1429.

ثانياً: المسؤولية الإدارية بدون خطأ

أسس كل من الفقه والقضاء الفرنسي مسؤولية الإدارة عن نشاطها دون خطأ على فكرتين أساسيتين وهما فكرة المساواة أمام الأعباء العامة⁷ وفكرة المخاطر⁸ ويمكن تعريف هذا النوع من المسؤولية بأنها المسؤولية التي تعقد بحق شخص أحدث ضرراً للغير بفعله دون ارتكابه لأي خطأ، وتتم مساءلة الإدارة وفق هذه النظرية على أساس ركني الضرر والعلاقة السببية بينه وبين النشاط أو الأعمال التي تمارسها هذه الأخيرة دون وجود خطأ من جانبها، ويقع على الشخص المضروب عبئ إثبات العلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي أصابه دون حاجة إلى إثبات خطأ الإدارة⁹.

ومن تطبيقات هذه النظرية في التشريع المغربي مسؤولية الإدارة عن تعويض الموظفين العموميين¹⁰، مسؤولية الإدارة عن التعويض على الحوادث التي يتعرض لها تلاميذ المدارس العمومية¹¹ ومسؤولية الدولة عن أنشطتها القضائية في حالة الحكم بالبراءة بعد الإدانة¹²، كما تضمن الاجتهاد القضائي المغربي تطبيقات لهذه المسؤولية ومن بينها مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن الاشغال العامة¹³ وعن استعمال الأشياء الخطيرة وعن استعمال الأسلحة والمتفجرات والأدوات الطبية والجراحية.

⁷ - وتقوم هذه الفكرة على ضرورة تعامل الإدارة مع المواطنين على قدم المساواة وبالتالي تكون ملزمة بتقديم تعويضات مادية عن الأضرار الناجمة عن الإجراءات المشروعة والتي استهدفت من خلالها تحقيق المصلحة العامة كما هو الشأن بالنسبة لنزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

⁸ - المقصود بهذه النظرية هو أن من أنشأ مخاطر ينتفع بها فعليه تحمل تبعه الأضرار الناتجة عنها وقد طبقها القضاء الإداري الفرنسي بداية في مجال الأشغال العمومية قبل أن يعمل على تمديدها إلى بعض الأنشطة والأشياء التي تشكل مخاطر غير عادية.

⁹ - ماجد محمد عيسى، سعيد نحيلي، نظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ، مجلة جامعة البعث، المجلد 43 العدد 28 عام 2021، ص 17.

¹⁰ - أنظر الفصل 19 من ظهير 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية.

¹¹ - أنظر ظهير 26 أكتوبر 1942 المتعلق بالتعويض عن الحوادث التي يتعرض لها تلاميذ المؤسسات المدرسية العمومية.

¹² - أنظر المادة 573 من قانون المسطرة الجنائية.

¹³ - من بين هذه التطبيقات ما ورد في قرار الغرفة الأولى بمحكمة الاستئناف الإدارية بمراكش رقم 19 الصادر بتاريخ 07 يناير 2009 في الملف رقم 166/12/2004 ش بالمحكمة الإدارية و 1-247/6/2008 بمحكمة الاستئناف، حيث جاء في قاعدة هذا القرار أن الأضرار اللاحقة بالغير بسبب الأشغال موضوع العقد المذكور يجعل مسؤولية الإدارة قائمة ما لم يثبت أن تلك الإضرار تعزى إلى طريقة تنظيم وتسيير الورش من طرف المقاول.

- يبقى أن نشير إلى أن من شروط الضرر الموجب لهذه المسؤولية ما يلي:
- أن يكون الضرر خاصاً، أي أن يكون قد أصاب فرداً معيناً أو أفراد معينين دون سواهم؛
 - أن يكون الضرر غير عادي أي أن يكون على درجة عالية من الجسام، ولا تعفى الإدارة من هذه المسؤولية إلا بالقوة القاهرة عند إثباتها أو خطأ المتضرر؛
 - أن يكون الضرر مادياً؛
 - أن يكون الضرر دائماً ويدخل في هذا المفهوم استمرار الضرر مدة طويلة بحيث يخرج عن نطاق الأضرار العادية¹⁴.

الفقرة الثانية: التحديات القانونية المرتبطة بطبيعة الذكاء الاصطناعي

تثير طبيعة أنظمة الذكاء الاصطناعي عدة تحديات قانونية أمام تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية، منها ما هو مرتبط بالطبيعة التقنية للذكاء الاصطناعي ذاته (أولاً)، ومنها ما هو مرتبط بغياب التكيف التشريعي الملزم (ثانياً).

أولاً: التحديات المرتبطة بالطبيعة التقنية لأنظمة الذكاء الاصطناعي

تواجه النظم القانونية صعوبات تقنية عند التعامل مع أنظمة الذكاء الاصطناعي، الأمر الذي يجعل منها كياناتاً تقنية صعب الإخضاع للمفاهيم القانونية التقليدية، ومن أبرز هذه الصعوبات تلك المتعلقة باستقلاليته في اتخاذ القرار دون تدخل بشري مباشر، مما يعقد من مسألة تحديد الفاعل الحقيقي عند الخطأ، كما أن اعتماد كثير من هذه الأنظمة على خوارزميات غير شفافة (الصندوق الأسود) يحد من القدرة على تفسير نتائجها، ويتفاقم الأمر مع خاصية التعلم الذاتي التي تمكن الذكاء الاصطناعي من تعديل سلوكه بمرور الوقت، خارج نطاق البرمجة الأصلية. أيضاً هناك صعوبة في إثبات العلاقة السببية بين تصرف النظام الذكي والضرر الواقع، خاصة في حالات التفاعل بين عدة أطراف.

¹⁴ - ماجد محمد عيسى، سعيد نحيلي، نظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ، م، س، ص 31.

ثانياً: التحديات المرتبطة بالطبيعة القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي

تبرز الصعوبات القانونية في التعامل مع الذكاء الاصطناعي من عدة نواحي، يبقى أبرزها غياب تكييف قانوني دقيق لطبيعته، إذ لا زال هناك تضارب في الآراء بشأن طبيعته القانونية بين من يعتبره كياناً مستقلاً له أهلية قانونية ومن يعتبره أداة تقنية فقط¹⁵، لأن الوصول إلى الاعتراف بالشخصية القانونية المستقلة يتطلب أن تكون قدرات الآلات على التعلم والتصحيح لنفسها والتكيف مع بيئتها بإثبات قدرتها على المبادرة أصبحت واضحة¹⁶.

هذا الغموض ينعكس سلباً على تحديد المسؤولية القانونية عند حدوث الضرر، هل يتحملها المبرمج أم الجهة الإدارية المستخدمة للنظام، أو النظام نفسه، كما أن القوانين الحالية لم تواكب تطور الذكاء الاصطناعي¹⁷ مما يؤدي إلى قصور في تنظيم استخدامه داخل الهياكل الإدارية، ويضاف إلى ذلك صعوبة تكييف الأفعال الناتجة عنه وفق المفاهيم التقليدية مثل الإرادة والخطأ والسببية. هذه الصعوبات تعيق إمكانية إخضاع قرارات الذكاء الاصطناعي للرقابة القانونية أو القضائية بشكل فعال.

¹⁵ - حيث يذهب الاتجاه الأول إلى ضرورة الاعتراف بالشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي، نظراً لأهميتها الكبرى ودورها الملحوظ في شتى مناحي الحياة وكونها أصبحت واقعاً لا مفر منه، وحفاظاً على حقوق المتعاملين معها، والقائمين عليها. فتقنيات الذكاء الاصطناعي لم تعد مجرد آلات شبيهة كسائر الأشياء، وإنما أصبحت آلات ذكية ذات مهارات متعددة وقدرات فائقة على التفاعل مع محيطها، واتخاذ القرارات اللازمة، بالإضافة إلى قدراتها على التعلم، ونتيجة لذلك يجب منح أنظمة الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية لا حمايتها في ذاتها، ولكن لحماية المجتمع من استخداماتها غير القانونية. بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى رفض فكرة الاعتراف للذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية الرقمية، لأنه يؤدي إلى انحراف بمفهوم تلك الشخصية، كما أن منحها لأنظمة الذكاء الاصطناعي وعلى رأسها الروبوت الذكي، والذي إن تشابه الهيكل الخارجي له مع جسد الإنسان، إلا أنه يظل هيكلاً آلياً، شأنه شأن أي جماد آخر، وبالتالي يستحيل أن يتشابه مع الإنسان في اكتسابه الشخصية القانونية، أحمد سلامة بدر، مسؤولية الدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، م، س، ص 1388 و1399.

¹⁶ - أسامة عبد الله محروس، المسؤولية الإدارية تجاه أخطاء تطبيقات الذكاء الاصطناعي، م، س، ص 109.

¹⁷ - نشير هنا إلى أن البرلمان الأوروبي قد اعتمد تشريعاً رائداً لضبط أنظمة الذكاء الاصطناعي وهو قانون الاتحاد الأوروبي للذكاء الاصطناعي (EU AI ACT)، والذي جاء بمقاربة مبتكرة لتصنيف تطبيقات الذكاء الاصطناعي إلى أربع فئات حسب درجة المخاطر: مخاطر لا يمكن قبولها (تطبيقات محظورة)، مخاطر كبيرة (تطبيقات تخضع لتقنين صارم)، مخاطر محدودة (تتطلب شروطاً متوسطة) وخالية من المخاطر (لا تحتاج إلى تقنين خاص)، أنظر: المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، رأي بعنوان: "الذكاء الاصطناعي بالمغرب، أي استخدامات وأي آفاق للتطوير"، إحالة ذاتية رقم 78/2024، ص 29.

المطلب الثاني: أوجه تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية عن أضرار الذكاء الاصطناعي

أدى التطور التكنولوجي والرغبة في تحسين كفاءة المرفق العام وتعزيز جودة خدماته، إلى الاستعانة بتقنيات وأنظمة الذكاء الاصطناعي في أداء بعض المهام المرتبطة بنشاطه، وهو الأمر الذي من شأنه أن يثير مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن هذا الاستخدام، لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى أوجه تطبيق قواعد هذه المسؤولية عن القرارات الإدارية المعالجة آليا (الفقرة الأولى) والأعمال المادية التي يسند لهذه الأخيرة القيام بها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المسؤولية الإدارية عن القرارات المعالجة آليا

تتحمل الإدارة المسؤولية عن القرارات المعالجة إلكترونيا لكونها الجهة التي تصدر عنها وتحدد نطاقها، وهي مسؤولية نابعة من ضرورة ضمان الشفافية والمساءلة في حال حدوث أخطاء أو انحرافات، وسنحاول من خلال هذه الفقرة تحديد ماهية القرار الإداري المعالج آليا أو إلكترونيا وتطبيقاته (أولا)، ثم طبيعة المسؤولية الإدارية عن هذا القرار (ثانيا).

أولا: ماهية القرار الإداري الصادر عن الأنظمة الذكية وتطبيقاته

عرفت اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات الفرنسية (CNIL) القرار المعالج آليا أو إلكترونيا، بأنه القرار الصادر في مواجهة شخص من خلال خوارزميات، أي معالجة آلية تطبق على بياناته الشخصية، من دون تدخل بشري في العملية. هذا التعريف أحدث تحولا كبيرا في حقيقة مفهوم القرار الإداري، حيث أنه لم يصبح تعبيراً عن إرادة الإدارة وحدها، بل تعبير عن نظام الذكاء الاصطناعي، حتى وإن ظل من الناحية النظرية منسوباً للإدارة التي تبنته بوصفه قرارها.

وقد كرس تقنين العلاقة بين الأفراد والإدارة في فرنسا إمكانية اتخاذ قرار فردي استناداً إلى معالجة حسابية. ونصت المادة 311-3-1 L من هذا التقنين على أنه: القرار الفردي الذي يتخذ في ضوء معالجة حسابية يجب أن يتضمن إشارة صريحة إبلاغ صاحب الشأن، وإبلاغ القواعد التي تحدد هذه المعالجة والخصائص الرئيسية لتنفيذها من جانب الإدارة إلى صاحب الشأن متى طلب ذلك، وقد تم الاستعانة بهذا النوع من القرارات في تنفيذ الخطط الاستثنائية لتعيين ونقل المعلمين¹⁸.

¹⁸ - محمد محمد عبد اللطيف، المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد رقم 1 عدد خاص بالمؤتمر الدولي السنوي العشرون، أغسطس 2021، ص 33 و34.

وتستخدم القرارات المعالجة آليا في العمليات المالية والضريبية والتسويقية، وتحدث أثارا قانونية تجاه الأفراد، مثال ذلك القرار الصادر برفض الانتماء بناء على استخدام خوارزميات آلية على المركز المالي لطالب الانتماء دون تدخل العنصر البشري¹⁹.

ثانياً: طبيعة المسؤولية الإدارية عن القرارات المعالجة آليا

تقوم مسؤولية الإدارة بالنسبة للقرارات المعالجة آليا في حال عدم مشروعية المعايير التي صدرت بناء عليها هذه القرارات²⁰، أو نتيجة لفحصها وتحليلها من جانب نظام الذكاء الاصطناعي. وبالتالي يجوز طلب التعويض عن القرارات المعالجة آليا في الحالات غير الجائز فيها إصدار مثل هذه القرارات، أو بالمخالفة لحق شخص في ألا يكون محلا لها أو بالمخالفة لحقه في عدم اتخاذ قرار معالج تماما بصورة آلية.

أما بالنسبة لأساس هذه المسؤولية، فهي مسؤولية قائمة على الخطأ، أي أن عبئ إثبات خطأ جهة الإدارة والضرر وعلاقة السببية بينهما يقع على الطرف المتضرر. والخطأ المقصود هنا، هو الخطأ المرفقي أي الذي ينسب إلى المرفق ذاته، حتى لو قام به أحد تابعيه، طالما أنه لم يثبت خطأ شخصي من جانب هذا الأخير، وهنا يقع على المضرور عبئ إثبات عدم مشروعية معايير المعالجة الآلية للقرار. إلا أنه ولصعوبة ذلك، يجب على القاضي الإداري إلزام جهة الإدارة بإبراز هذه المعايير، تطبيقا للدور الذي يقوم به في الإجراءات القضائية الإدارية والتي توصف بأنها موجهة²¹.

أما بخصوص الضرر فقد يكون ماديا كأن يمس مصلحة مالية، أو أدبيا إذا مس مصلحة غير مالية، كأن يصيب الشخص في شعوره أو في عاطفته أو سمعته، أو كرامته أو شرفه، وهو لا يفترض بمجرد القضاء بعدم المشروعية، وإنما يتعين على من يدعيه إثباته بكافة طرق الإثبات. ويشترط

19 - أحمد سلامة بدر، مسؤولية الدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، م، س، ص 1438.

20 - عدم مشروعية المعايير يعني أن الآلة أو النظام اتخذ قراره بناء على أسس مخالفة للقانون، أو للعدالة، أو لحقوق الإنسان، أو لمبادئ الشفافية. ومن الأمثلة على ذلك إصدار قرارات بالتوظيف تعتمد على نظام يرفض تلقائيا طلبات الإناث أو ذوي الاحتياجات الخاصة وهو معيار غير قانوني وبالتالي غير مشروع، أيضا يعد المعيار غير مشروع في حالة انعدام الشفافية كاعتماد القرار على خوارزميات سرية لا يعرف المتضرر كيف تؤثر على القرار، أيضا في حالة الاختلال بمبدأ التقدير الشخصي كاتخاذ قرار برفض طلب مساعدة دون النظر إلى الظروف الخاصة للأفراد... هذه الحالات تؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة لأن إصدار القرار عن طريق الآلة لا يعفي جهة الإدارة من مسؤولية التحقق من أن المعايير المبرمجة قانونية وعادلة.

21 - أحمد سلامة بدر، مسؤولية الدولة عن أضرار الذكاء الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، م، س، ص 1440 و1441.

للتعويض عن الضرر أن يكون مباشرا ومحققا أو يتحتم وقوعه مستقبلا، ونشير هنا إلى أن التعويض ليس من مستلزمات القضاء بالإلغاء، لأن الإلغاء قد يكون في حد ذاته جبر للضرر.

وفي غياب تطبيقات قضائية لهذه المسؤولية بالمغرب حاليا، فسنحاول الاقتصار على بعض الاجتهادات القضائية الأجنبية، ومن بين القرارات الصادرة في هذا الصدد، القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بتورونتو بإيطاليا والقاضي بالتعويض نتيجة الخطأ الذي وقع فيه النظام الإلكتروني والذي خلط بين رفض طلب الترخيص لسبب شكلي مع رفض الطلب لسبب موضوعي²²، أيضا قرار مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء جزئيا والتعويض عنه لأن القرار لم يتضمن أي إشارة تتعلق بطبيعة وموضوع المعالجات، ولا شروط استغلال المعلومات، ومن ثم لا تتوافر في هذه الغاية المتطلبات التي يشترطها القانون في الغاية من المعالجة وهي أن تكون محددة وواضحة ومشروعة²³.

ونشير هنا إلى أن التوجه القضائي في فرنسا يعتبر الشفافية مدخلا أساسيا للرقابة، غير أن شفافية القرار لا تعني الشفافية في الشفرة أو الكود البرمجي فقد اعتبر القاضي الإداري في المجال الضريبي الإدارة غير ملزمة بالكشف عن الخوارزميات أو الأجهزة المستخدمة²⁴، وإنما فقط عن المعطيات والطرق الحسابية²⁵.

²² - تتلخص وقائع القضية في أن القانون الإيطالي يخضع فتح الصيدلية للترخيص الذي يتطلب تقديم طلب في منصة إلكترونية تابعة لوزارة الصحة ويجب أن يقدم الطلب إلى إقليم معين، وإذا رفض الطلب مرتين في إقليمين متعاقبين لم يعد جائزا تقديم طلب آخر، فقدم أحد الأشخاص طلبين لإقليمين متعاقبين لكنهما رفضا؛ استنادا إلى أنهما لم يتضمنا، كما يتطلب القانون، بيانا بالإيميل. ثم تقدم صاحب الشأن في العام التالي بطلب ثالث متضمنا البيان المطلوب لكنه رفض أيضا؛ استنادا هذه المرة إلى أنه سبق له تقديم طلبين وهو غير جائز، أنظر: محمد محمد عبد اللطيف، المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام، م، س، ص 39.

²³ - تتلخص وقائع هذا الملف في استصدار رئيس مجلس الوزراء لقرار إداري بشأن الإذن لوزير الداخلية بالمعالجة الآلية للمعلومات الشخصية من خلال تطبيق خاص، حيث نص هذا القرار على أن المعالجة الآلية للمعلومات الشخصية تستهدف التسهيل والجمع والمحافظة عليها بهدف استغلالها لا حقا في معالجات أخرى للمعلومات، ولا سيما من خلال نظام المعلومات المسبقة. أنظر: محمد محمد عبد اللطيف، المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام، م، س، ص 39.

²⁴ - CAA de paris, 2ème chambre, 22/09/2021, 20PA00654, Inédit au recueil Lebon publiée sur le site internet : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/zid/CETATEXT000044090609>
Vu le 08/09/2025.

²⁵ - Gilles J. Gugliemi, « Contrôle des algorithmes et droit du contentieux administratif français », Revue générale du droit, 2023, page 11 et 12.

كما أن الرقابة القضائية على القرارات الآلية يمكن أن تتم بالاعتماد على نظريتين تقليديتين الأولى يطلق عليها نظرية العمليات المركبة أي أنه إذا كانت هناك سلسلة من القرارات تؤدي إلى اتخاذ القرار النهائي يمكن الطعن في القرارات الوسيطة ضمن الطعن في القرار النهائي، مثل القرارات التي تتخذ في مسار التوظيف أو الشراء العام والثانية تقوم على دراسة الظروف الخاصة لكل حالة، حيث يجب في هذه الحالة على الإدارة ولو بمساعدة الخوارزمية أن تراعي البيانات الشخصية التي تميز كل حالة²⁶.

الفقرة الثانية: المسؤولية الإدارية عن الأعمال المادية لأنظمة الذكاء الاصطناعي

يعد من بين الأعمال المادية التي يمكن أن تستخدم فيها الإدارة أنظمة الذكاء الاصطناعي، تنظيف الشوارع، مراقبة المرور، تشغيل وسائل النقل الذاتي، عمليات الجراحة أو المساعدة في رعاية المرضى، وهنا تكون هذه الأخيرة مسؤولة عن نتائج هذه الأعمال سواء على أساس الخطأ المفترض (أولاً)، أو بدون خطأ (ثانياً).

أولاً: المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ المفترض

تشكل المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ عبئاً كبيراً على الأفراد في مجال التعويض عن أضرار الأعمال المادية التي تحدثها أنظمة الذكاء الاصطناعي، وذلك لما يحتاجه ذلك من دقة فنية كبيرة لا يلم بها معظمهم، كما أن القانون يستبعد هذه المسؤولية في الحالات التي يتعدد فيها المسؤولون من ناحية، وصعوبة تحديدهم من جانب المضرور من ناحية أخرى، مثال ذلك المسؤولية عن حوادث الطائرات والمسؤولية عن الأضرار النووية، وهذا شأن الأعمال المادية التي تحدثها الأنظمة السالفة الذكر خاصة في المجال الطبي حيث يصعب على الفرد تحديد المسؤول هل جهة الإدارة التي تستخدم هذه الأنظمة؟ أم الصانع؟ أم المنتج؟ أم الموظف؟

لكل ذلك يعتبر اللجوء إلى المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض أو قرينة الخطأ، أمراً ممكناً، وهو منطق نظام المسؤولية عن فعل الشيء. غير أن فقه القانون العام يقصر تطبيقها على مجال الأشغال العامة والمنشآت والأسلحة الخطيرة، ويتحفظ على تطبيقها في المرافق الطبية

²⁶ - Gilles J. Gugliemi, «Contrôle des algorithmes et droit du contentieux administratif français», Op.Cit, page 15.

التي تستخدم منتجات وأجهزة مشابهة لتلك التي تستخدمها المستشفيات الخاصة، وخصوصاً لعدم تحديد مفهوم ومعنى الشيء²⁷.

ثانياً: المسؤولية الإدارية بدون خطأ

يبدو أن قرينة الخطأ لم تستوعب فعل الشيء أو المنتجات، الأمر الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى التوجه نحو تطبيق قواعد القانون المدني على مسؤولية المرافق العامة وذلك من خلال اعتماد أساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة²⁸ وهي مسؤولية موضوعية أي بدون خطأ، وهذا الأساس يصلح للتطبيق أيضاً على استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي بالإدارة²⁹.

ويعتبر إنشاء مسؤولية بدون خطأ (Responsabilité sans faute) عن الأضرار الناتجة عن الذكاء الاصطناعي التوليدي من الخيارات الجادة. هذا النموذج، المستوحى من أنظمة التعويض في حوادث مثل الطلقة النووية أو الأدوية، يسهل تعويض الضحايا دون الحاجة لإثبات وجود خطأ، وهو أمر غالباً ما يصعب إثباته بسبب تعقيد هذه الأنظمة وغموضها. وقد اقترح البرلمان الأوروبي في قراره الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2020 مثل هذا النوع من المسؤولية للأنظمة عالية الخطورة في مجال الذكاء الاصطناعي، مصحوباً بالزام تأميني، ويسمح هذا النهج بمشاركة

27 - محمد محمد عبد اللطيف، المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام، م، س، ص 41.
28 - نظم المشرع المغربي هذه المسؤولية بموجب القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات المتم للظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، منشور ب ج ر ع 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص 4678، حيث نصت المادة الأولى منه على أن الهدف من هذا القانون هو تحديد متطلبات السلامة الواجب مراعاتها في جميع المنتجات والخدمات المعروضة أو الممنوحة أو المستعملة في السوق، ولهذه الغاية فهو يحدد التزامات كل مسؤول من المسؤولين عما يعرض في السوق من منتجات وخدمات...

29 - اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه بأن قرينة الخطأ في تنظيم وتشغيل المرفق الطبي غير قادرة على استيعاب فعل الشيء أو المنتجات، ومن ثم رفض قيام المدعى عليه بتقديم الدليل العكسي الذي يستهدف قلب قرينة الخطأ. وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن المرفق العام الطبي يكون مسؤولاً، ولو من دون خطأ من جانبه، عن الأضرار التي تلحق منتفعية من قصور المنتجات والأجهزة الطبية، ومن دون أن تخفف الحالة السابقة للمريض من تلك المسؤولية ويستند هذا القضاء إلى مبدأ مهم يخضع له المرفق الطبي هو الالتزام بسلامة المريض. ويذكر المجلس أخيراً أن مسؤولية المرفق العام الطبي وإن كانت تنعقد دون خطأ، إلا أن ذلك لا يخل بحقه في الرجوع بالدعوى التي يمكنه أن يمارسها على المنتج وهذا القضاء يصلح للتطبيق بطبيعة الحال على استخدام المرافق العامة الطبية لنظم الذكاء الاصطناعي في الأعمال الطبية، وبوجه خاص التشخيص والجراحة، لأن أساس المسؤولية واحد ألا وهو المسؤولية عن المنتجات المعيبة.

المخاطر اجتماعيا وضمان قدرة المسؤول على التعويض³⁰. ونشير هنا إلى أن التوجيه الأوروبي (EU) 2024/2853 بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة والذي دخل حيز التنفيذ في 08 ديسمبر 2024 قد وسع من تعريف المنتجات المعيبة ليشمل البرمجيات وبعض الخدمات الرقمية كما وسع من نطاق الأضرار النفسية والأضرار المرتبطة بتلف أو تسريب بيانات غير مهنية³¹.

ومن ثم نخلص إلى نتيجة مؤداها أن المسؤولية عن استخدام نظم الذكاء الاصطناعي، أيا كان مجال تطبيقها، تستند إلى المسؤولية على أساس المنتجات المعيبة، وهو نفس الأساس الراجح وفقا لفقهاء القانون المدني، وهذا التحليل يمكن تطبيقه أيضا أمام القضاء الإداري³².

³⁰- Michel levy, responsabilité juridique des IA génératives : enjeux et perspectives dans un monde numérique en mutation, publié le 8 juin 2025 sur le site internet : www.kincadefirelawsuitlawyers.com/responsabilite-juridique-des-ia-generatives-enjeux-et-perspectives-dans-un-monde-numerique-enmutation/ vu le 09 septembre 2025 à 22H30Min.

³¹ - David GUSON, Sarah AMRANI et Ambre LWSON, LIA en santé : quelles responsabilités ? Publié le 27/03/2025 sur le site internet : <https://www.macsf.fr/responsabilite-professionnelle/ethique-et-societe/ia-sante-quelle-responsabilites> Vu le 09/09/2025 à 23H00Min.

³² - محمد محمد عبد اللطيف، المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي بين القانون الخاص والقانون العام، م، س، ص 41 و42.

خاتمة:

لقد أبانت هذه الدراسة بأن قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية هي الأساس القانوني للتعويض عن الأضرار الناتجة عن تصرفات الإدارة أو العاملين بها، غير أن التطور الذي عرفته تقنيات الذكاء الاصطناعي وتوسع استخدامها في المجال الإداري، أدى إلى بروز عدة تحديات قانونية أمام تطبيق قواعد هذه المسؤولية، لا سيما فيما يتعلق بتحديد الجهة المسؤولة عن الأخطاء التي تنتج عن استخدامه، خاصة في ظل الطبيعة الذاتية لبعض أنظمة الذكاء الاصطناعي.

كما أبانت بأن القواعد العامة للمسؤولية الإدارية، رغم مرونتها، قد لا تكون كافية دائما لمعالجة الأضرار الناتجة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، خاصة فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن الأعمال المادية لهذه الأنظمة، الأمر الذي أدى إلى التوجه نحو تطبيق قواعد القانون المدني على مسؤولية المرافق العامة وذلك من خلال اعتماد أساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة، وهي مسؤولية موضوعية أي بدون خطأ.

وأبانت أيضا بأن التطور المتسارع لتقنيات الذكاء الاصطناعي أصبح يتطلب من السلطات العمومية تظافر الجهود من أجل تسريع وضع إطار قانوني متكامل، يأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه التقنيات، إلى جانب تحديث القوانين القائمة بما يواكب التطورات التكنولوجية في هذا المجال وخاصة القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، كما يفرض على الدولة التزاما مزدوجا، من جهة تعزيز الاستخدام الآمن والمسؤول لهذه التقنيات، ومن جهة أخرى، حماية حقوق الأفراد من المخاطر المحتملة ومساءلة الدولة عن الأضرار التي قد تنجم عنها ضمانا لتحقيق العدالة. وهكذا، وانطلاقا من النتائج السالفة الذكر يمكن القول بصحة الفرضيات المطروحة في بداية هذا البحث.

دور القضاء المصري في تجسيد فكرة العقد الإلكتروني

The role of the Egyptian judiciary in embodying the idea of the electronic contract

د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين

Dr. Hesham Abdel Sayed El Safi Mohamed Badr El Din

جامعة حلوان

Helwan University

مقدمة:

يتفاعل القضاء دائماً مع التطورات الحادثة في الحياة فالأحكام القضائية تخرج كتطبيق لنصوص القانون؛ إلا أنه في حالة غياب النص القانوني المنظم للحالات والمستجدات التي طرأت على المجتمع فهنا يكون للقضاء دوره الابتكاري والانشائي لتحقيق اعتبارات العدالة وتنظيم هذه المستجدات في ضوء ذلك؛ كما أن للقضاء دوره الإستثنائي في تفسير ما غمض من نصوص قانونية تفسيراً يحقق العدالة المنشودة في المجتمع؛ وللقضاء دوراً أيضاً في ظل وجود تشريع ناقص غير كامل في أن يكمل النصوص التشريعية؛ وفي ظل ظهور التكنولوجيا الحديثة وكثافة استخدامها في كافة المجالات مع نهايات القرن الماضي؛ والتي كان منها إبرام العقود إلكترونياً وما ترتب على ذلك الإبرام من مشكلات قانونية تتعلق بكيفية الإبرام وتوقيته، وكيفية الإثبات، وكيفية التنفيذ، وميعاد التنفيذ، وكيفية الإبطال والفسخ والتعويض وكل ما يتعلق بالعقود؛ وفي ظل غياب تشريعي أو صدور مبسّر للتشريع لا يتناول كافة الجزئيات المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني.

♦ اشكالية البحث:

يجيب هذا البحث عن اشكالية هامة وهي ما هو دور القضاء في غياب النصوص القانونية المنظمة للعقد الإلكتروني؟؛ وكذا ما هو الدور الذي يمكن أن يلعبه القضاء في إكمال وتفسير النصوص القانونية المنظمة للعقد الإلكتروني في ضوء عدم وجود تنظيم قانوني موحد ينظم هذا العقد في مصر حتى الآن؟.

♦ أهمية البحث:

ترجع أهمية البحث في تسليط الضوء على دور القضاء المصري في إبرام العقود الإلكترونية، وما يترتب على هذا الإبرام من آثار سواء باستخدام القواعد العامة والرجوع للنصوص العامة التي

تحكم العقود العادية وتطبيقها على العقود الإلكترونية؛ أو في استخدام القواعد القانونية المتعلقة بإبرام وإثبات العقود إلكترونياً.

منهج البحث:

نظراً للطبيعة غير التقليدية لموضوع الدراسة وحدائته في ذات الوقت انتهج الباحث في هذه الدراسة: **المنهج التأصيلي**؛ لتوضيح فكرة التعاقد الإلكتروني وخصائصه؛ **المنهج التحليلي**؛ لما يقتضيه موضوع البحث من ضرورة التعرض للإحكام القضائية المصرية وكيف ساهمت في الترسخ لفكرة التعاقد الإلكتروني.

خطة البحث: تم تناول فكرة هذا البحث في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: الإطار النظري للعقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: القضاء المصري والتعبير عن الإرادة عبر الوسائط الإلكترونية.

المطلب الأول

الإطار النظري للعقد الإلكتروني

مهد ظهور التكنولوجيا الحديثة لميلاد وازدهار المعاملات الإلكترونية حيث أصبح العالم بمثابة قرية واحدة انهارت فيها كافة وسائل الحجب والحوجز التقليدية بين أقطاره، وقد أفرز بالفعل أنماطاً جديدة من العقود ووسائل متنوعة لتبادل إرادة المتعاقدين بل أضحت شبكة الإنترنت وسيلة شائعة لإبرام العقود، فيمكن للأطراف القيام بحوار متبادل عبر شبكة الإنترنت من خلال شاشات الحاسب الآلي وذلك في واقع غير ملموس (افتراضي) خاص ليس له أدنى مرتكزات جغرافية⁽¹⁾.

أولاً: مفهوم العقد الإلكتروني: يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "نظام إلكتروني يتيح التعامل في السلع والخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية وتنفيذ هذه العقود المتعلقة بهذه السلع

¹ - والعالم الافتراضي يعنى إيجاد مساحة مكانية وزمانية في ذلك العالم وأضحت كما الأرض الجديدة المكتشفة هرعن إليها رؤوس الأموال والحركة الثقافية والعلمية المعاصرة وحتى وسائل التسلية المختلفة بل وأصبحت مسرحاً للجريمة....ألخ، عمر محمد بن يونس: المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية مقدمة إلي العالم الافتراضي، ط.1، دن، 2003، ص15.

والخدمات⁽²⁾؛ ويعرف بأنه: "اتفاق يبرم وينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لأشباع حاجاتهم المتبادلة باتمام العقد"⁽³⁾؛ ويعرف كذلك بأنه: "عبارة عن اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة قد تكون مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"⁽⁴⁾؛ نخلص من ذلك أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى زمرة العقود التي اصطلح القانونيين على اعتبارها عقود تبرم عن بعد؛ ولا يقتصر على العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت بل يشمل كافة التعاقدات الحاصلة عبر وسائل التواصل الإلكتروني كالفاكس والتلكس والفاكسميل.

ثانياً: طبيعة العقد الإلكتروني؛ العقد بصفة عام أما أن يكون بين حاضرين أو غائبين والعبرة في هذه التفرقة تتمثل في الفترة الزمنية بين صدور الإيجاب من الموجب وقبول القابل وعلم الموجب بالقبول؛ وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني فإنه قد يكون عقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان؛ وقد يكون عقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان؛ أو حاضرين من حيث الزمان والمكان، وبالنسبة لهذه الطبيعة تختلف حسب طريقة إبرام العقد الإلكتروني فإذا كان يبرم عبر البريد الإلكتروني⁽⁵⁾، فهو تعاقداً بين غائبين من حيث الزمان والمكان مثله مثل التعاقد

² - سعد بعداش: العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة (1)، الجزائر، مجلد (32)، عدد (2)، يونيو 2021، ص 421.

³ - طاهر شوقي مؤمن: عقد البيع الإلكتروني: " بحث في التجارة الإلكترونية ، مجلة حقوق حلول للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد (18)، 2008، ص 343.

⁴ - ناصر بن خالد الهاجري: عقد البيع الإلكتروني، مجلة كلية دار العلوم جامعة القاهرة، عدد (142) سبتمبر 2022، ص 626.

⁵ - وتتم عملية إرسال رسائل البريد الإلكتروني عن طريق معرفة عنوان المرسل إليه الإلكتروني والذي يتكون من ثلاثة أجزاء الأول هو أسم الدخول login name، والثاني هو علامة أوروباز @، والثالث Domain name لذلك الشخص، وتتم عملية التعبير عن الإرادة من خلاله عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك على شبكة الإنترنت بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه ويقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ويضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج send وعندئذ يقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم Mail. Server؛ وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم هذا الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه فتخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يسمى بالوارد inbox، ويستطيع هذا الأخير عند فتحه للرسالة المرسله إليه الرد عن طريق الضغط على زر الرد Reply، أنظر: سهيلة طمين: الشكليات في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 45.

عبر الفاكس؛ أما إذا كان التعاقد عبر صفحات الويب⁽⁶⁾، فهذا يدخل مستخدم الشبكة على موقع معين يقدم سلع وخدمات ويتواصل بشكل مباشر فإن تلقي رد مباشر فور إرسال طلبه دون فاصل زمني فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان؛ أما إذا كان هناك فاصل زمني في التواصل بين الإيجاب والقبول فهذا نكون بين تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان؛ أما إذا كان التعاقد عن طريق برامج المحادثة فهذا يمكن أن يتواجد المتعاقدان وجها لوجه ويتحدثان معا ويتفاوضان ويناقشان كافة بنود العقد فهذا نكون أمام تعاقد بين حاضرين حكما من حيث الزمان والمكان " الحضور الافتراضي "؛ أما إذا كان التواصل من خلال الكتابة فقط فهذا إذا

وهناك عدد من المميزات تميز البريد الإلكتروني عن البريد التقليدي أهمها السرعة في الوصول للمرسل إليه فلا تستغرق عملية الإرسال سوى ثوان معدودة أو دقائق قليلة على الأكثر في حين أن البريد التقليدي يحتاج لأيام إذا كان المرسل إليه داخل حدود الدولة أما إذا كان خارجها فقد يستغرق الأمر أسابيع، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية في أي وقت من اليوم وفي أي يوم من الأسبوع دون التقيد بمواعيد العمل في مكاتب البريد وأيام الأجازات مثل البريد التقليدي، هذا بالإضافة للوفر الذي يحققه من نفقات تتمثل في رسوم إرسال وثمان ورق وأظرف وطوابع، ومجهود يتمثل في عدم الوقوف في طوابير أمام مكاتب البريد التقليدي، ويتميز أيضاً بكونه يسمح بنقل الأوراق والوثائق المختلفة إلى جانب الرسالة مثله في ذلك مثل الطرود البريدية، كل ذلك مع إمكانية إرسال الرسالة لأكثر من شخص في نفس الوقت وذلك باستخدام وظيفة النسخة الكربونية وهناك عدد من المميزات تميز البريد الإلكتروني عن البريد التقليدي أهمها السرعة في الوصول للمرسل إليه فلا تستغرق عملية الإرسال سوى ثوان معدودة أو دقائق قليلة على الأكثر في حين أن البريد التقليدي يحتاج لأيام إذا كان المرسل إليه داخل حدود الدولة أما إذا كان خارجها فقد يستغرق الأمر أسابيع، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية في أي وقت من اليوم وفي أي يوم من الأسبوع دون التقيد بمواعيد العمل في مكاتب البريد وأيام الأجازات مثل البريد التقليدي، هذا بالإضافة للوفر الذي يحققه من نفقات تتمثل في رسوم إرسال وثمان ورق وأظرف وطوابع، ومجهود يتمثل في عدم الوقوف في طوابير أمام مكاتب البريد التقليدي، ويتميز أيضاً بكونه يسمح بنقل الأوراق والوثائق المختلفة إلى جانب الرسالة مثله في ذلك مثل الطرود البريدية، كل ذلك مع إمكانية إرسال الرسالة لأكثر من شخص في نفس الوقت وذلك باستخدام وظيفة النسخة الكربونية. أنظر: عبد الهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2005، ص 19 وما بعدها.

6 - يعد الويب أحد أقسام الإنترنت فهو وصلة أو وسيلة تواصلية بين الشبكات الحاسوبية نجد أن الويب أو شبكة المعلومات العالمية هي صفحات مكونة من أجزاء نصية أو صور أو أغان سمعية ومرئية في الشكل الرقمي يتم تبادلها من وإلى الحواسيب عبر الشبكات والتي تتصل جميعها بشبكة الإنترنت، ويساعد الويب مستخدمه في معرفة موقعه بالضبط داخل الإنترنت، وإلى أي مكان يريد الذهاب وكيف يمكنه الذهاب، فهو أداة تستخدم كمرشد أو دليل في فضاء الإنترنت، ويمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أن ينشئ له موقعاً دائماً وثابتاً على شبكة الويب يعرض من خلاله المعلومات أو الإعلان عن أي منتجات أو سلع أو خدمات أو عرض إيجاب معين يهدف لترويج البضائع والخدمات؛ أنظر:

Leena Kuusniemi: The Master's programme in law and information online contracting, Technology, 1999-2000, faculty of law, university of Stockholm.

؛ محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقدية وغير العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 1، 2005، ص 38.

كانت الكتابة متزامنة نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان؛ أما إذا كانت غير متزامنة فهنا نكون أما تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان⁽⁷⁾.

ثالثاً؛ خصائص العقد الإلكتروني: هناك عدد من الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي وتتمثل في الآتي:

1- العقد الإلكتروني هو أحد العقود التي تبرم عن بعد؛ خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في الطريقة أو الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامه حيث أنه يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات "الإنترنت" عن بعد ودون الحضور المادي لطرفيه في مكان وزمان واحد "مجلس للعقد"⁽⁸⁾، أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى فهو يقوم في الأساس على غياب العلاقة المباشرة بين أطراف العقد فلا تكون هناك علاقة مباشرة من قريب أو بعيد فيما بين طرفي هذا التعاقد وإنما يتم الاتفاق علي إتمام التعاقد علي المبيع، والاتفاق علي الثمن، وكافة الشروط الأخرى دون وجود أي علاقة مباشرة بينهما⁽⁹⁾؛ إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت تعاقدًا بين حاضرين حكماً ويكون ذلك إذا ما تحقق التواصل الزمني الفوري بين المتعاقدين حال التقاء القبول بالإيجاب ويحدث هذا إذا كان التواصل عبر الوسيط الإلكتروني شبكة الإنترنت من خلال مجلس العقد الافتراضي حين يتلاقى الأطراف عبر اتصال مسموع أو مرئي أو كليهما على الشبكة ففي هذه الحالة يعد العقد المبرم بينهما بمثابة عقد بين حاضرين⁽¹⁰⁾.

2- العقد الإلكتروني في وجود الوسيط الإلكتروني؛ وهو جهاز الحاسب الآلي أو أي جهاز إلكتروني آخر لدى كل من الطرفين المتعاقدين والمتصل بشبكة الإنترنت التي تقوم بنقل التعبير

⁷ - سجي فواز داود العجلاني: مجلس العقد الإلكتروني " المفهوم - الأنواع - الآثار"، مجلة بحوث التربية والتوعية، مؤسسة التربية الخاصة والتأهيل التربوي، عدد (27)، سبتمبر 2024، ص 64، وما بعدها.

⁸ - أنظر:

Pierre laffitte et René Tegouet: Les conséquences de l'évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications, rapport d'information 159 (2001-2002), O.P.D.C.S.T, P40 SUR LE SITE: <http://www.senatfr/rap/r01-159mono.html>.

وأنظر أيضاً: إيمان مأمون احمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 60؛ مندي عبد الله محمود حجازي: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 46.

⁹ - منير محمد الجنبهي، مدوح محمد الجنبهي: التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ت، ص 39.

¹⁰ - عنادل عبد الحميد المطر: التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2009، ص 40 وما بعدها.

عن الإرادة لكل من الطرفين المتعاقدين في ذات اللحظة رغم تباعد المكان والموطن الذي يقيمون فيه؛ أي أن الوسائط الإلكترونية جعلت من العقد الإلكتروني عقداً عابراً للحدود وألغت الحدود السياسية للدول⁽¹¹⁾.

3- العقد الإلكتروني يواثر التفاعل بين أطرافه؛ فهو عقد يبرم بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان فبالرغم من أنه يتم من خلال مجلس تعاقدية افتراضي حكمي إلا أنه يحقق التفاعل بين أطرافه في جميع مراحل إبرامه عن طريق أسلوب الحوار المباشر الذي يتم عبر شبكة الإنترنت⁽¹²⁾.

4- العقد الإلكتروني يبرم دون وجود أي وثائق ورقية؛ فهو عقد يبرم كلياً أو جزئياً عبر وسائط إلكترونية فتحل فيه الوسائط الإلكترونية محل الكتابة والأوراق وأدوات الإبرام التقليدية⁽¹³⁾.

5- العقد الإلكتروني عقد يتم تنفيذه بصورة كلية أو جزئية عبر الوسائط الإلكترونية؛ ويمكن تصور تنفيذ العقد الإلكتروني تنفيذاً جزئياً مثلاً من خلال تنفيذ الالتزامات المالية الناشئة عن العقد بصورة الكترونية من خلال طرق الوفاء الإلكتروني المختلفة من بطاقات دفع إلكتروني أو نقود إلكترونية أو التحويل المصرفي الإلكتروني وغيرها من طرق الوفاء الإلكتروني ، هذا بالإضافة لإمكانية تصور أن يتم تنفيذه بصورة كاملة إلكترونياً إذا كان محل العقد يتعلق بخدمة أو سلع يمكن الوفاء بها إلكترونياً كتقديم الاستشارات أو الرسومات أو الكتب الرقمية وغير ذلك من العقود الإلكترونية التي يمكن تنفيذها بصورة كلية وبطريقة إلكترونية.

6- العقد الإلكتروني عقد يغلب عليه الطابع الدولي؛ نظراً لأن وسيلة إبرامه في الغالب هي شبكة الإنترنت والتي ترتبط بها غالبية دول العالم، وبالتالي تسمح تلك الوسيلة لأي فرد أو شركة في أي دولة الدخول في علاقة تعاقدية مع فرد أو شركة في دولة أخرى؛ إلا أن ذلك لا يمنع من

¹¹ - ناصر بن خالد الهاجري، مرجع سابق، ص 627، 628.

¹² - عمرو عبد الفتاح علي يونس: جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني " دراسة مقارنه " مدعمة بأحدث الأحكام القضائية والأجنبية والعربية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2009، ص 175 وما بعدها.

¹³ - أنظر:

وجود عقد إلكتروني محلى أي يبرم بين أفراد وشركات تحمل ذات الجنسية⁽¹⁴⁾؛ ويتم التفرقة بين كلا العقدين الإلكترونيين المحلى والدولي وفق أحد المعيارين التاليين، المعيار الأول: معيار قانوني؛ يكون للعقد الطابع الدولي إذا تواجد المتعاقدون في أكثر من دولة، والمعيار الثاني: معيار اقتصادي : يتصف العقد بالدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية وترتب عليه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود⁽¹⁵⁾.

7-العقد الإلكتروني عقد مساومة وليس بعقد اذعان؛ هناك جانب من الفقه يرى أن أغلب العقود الإلكترونية هو عقود اذعان وقد استند هذا الجانب في رأيه علي أن العقود الإلكترونية في الغالب ينفرد فيها أحد المتعاقدين "شخص أو شركة" بوضع شروطها اللازمة لاتمامها على شبكة الإنترنت دون أن يسمح للطرف الآخر بمناقشتها، وعلى المتعاقد أن يقبلها ويتقدم للتعاقد أو يرفضها ولا يتعاقد⁽¹⁶⁾؛ إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولا لدى رأي فقهي آخر يؤيده الباحث يرى أن العقد الإلكتروني ليس بعقد اذعان مستندا في ذلك لعدم توافر شروط عقد الاذعان التي نص عليها القانون مجتمعه فيه فعدم قدره أحد طرفيه على مناقشة شروطه والتفاوض بشأنه لا يكفي لاعتباره عقداً من عقود الاذعان⁽¹⁷⁾؛ كما أن المتعاقد ليس مجبراً على التعاقد بهذا الشكل فيمكن له وضع شروطه وتحفظاته. هذا بالإضافة لعدم إمكانية تصور وجود احتكار لأحد منتجي " السلع أو الخدمات" من قبل أحد المتعاقدين فالتعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت يتصف تعاقداته بالدولية وعدم

¹⁴ - ونظراً للطابع الدولي للعقد الإلكتروني فلا بد من تضافر الجهود سواء علي الصعيد الدولي أو المحلي لوضع القواعد القانونية المتعلقة به بشكل يضمن الانسجام وعدم التعارض بين القواعد القانونية المختلفة ومراعاة الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة، أنظر: الياس نصيف: العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.1، 2009، ص44.

¹⁵ - مراد محمود يوسف مطلق: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2007، ص85.

¹⁶ - محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط.1، 2004، ص53 وما بعدها؛ الياس نصيف، مرجع سابق، ص45 وما بعدها.

¹⁷ - عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص238؛ إيمان مأمون احمد سليمان، مرجع سابق، ص63؛ د. عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص50 وما بعدها.

التقيد بالحدود الجغرافية للدول مما يجعل أمام المتعاقد الآخر سوق عالمي مفتوح وأمامه عدد كبير من منتجي " السلع أو الخدمات" (18).

المطلب الثاني

القضاء المصري والتعبير عن الإرادة عبر الوسائط الإلكترونية

أثارت تبادل الإرادات بين تلك الأطراف عبر شبكة الإنترنت للتوصل للتعاقد عدد من المعوقات القانونية منها ما يتعلق بالكيفية التي يتم بها التعبير عن الإرادة عبر شبكة الإنترنت؟، وإلي أي مدى يمكن اعتماد هذا التعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أم قبولاً كتعبير صادق وحقيقي عن الإرادة، بحيث يؤدي نفس الدور الذي يؤديه التعبير عن الإرادة عبر الوسائل التقليدية (19)؛ ومنها ما يتعلق بكيفية التعاقدات التي تتم عبر شبكة الإنترنت خاصة أن تلك العقود يتم إبرامها دون وثائق ورقية (20)، ونظراً لأن عدم المعالجة القانونية للمعوقات التي ظهرت عند التطبيق العملي لتلك التعاقدات سوف يؤدي إلي نتيجة واحدة وهي أن الأفراد سوف يتركون التعاقد عبر شبكة الإنترنت لافتقاره للأساس القانوني، مما دفع العديد من المشرعين في الدول المختلفة لإصدار تشريعات تنظم التعاقد الإلكتروني وإثباته، ودفع القضاء الذي ينظر المنازعات الخاصة به قبل إصدار هذه التشريعات إلى حماية الحقوق المترتبة عنها من خلال تطبيق القواعد التقليدية عليها قدر المستطاع ثم تأكيد وشرح النصوص القانونية الخاصة بتنظيمه.

أولاً؛ إثبات انتهاء عقد العمل بناء على استقالة قدمت عبر الفاكس؛ تعود وقائع هذا الحكم الذي كان وقت صدوره يعد سابقة تحدثت عنها الأوساط القضائية في العالم العربي وكان مسابير للقضاء الأوروبي الفرنسي على وجه الخصوص في فترة زمنية كان الحديث فيها عن التكنولوجيا الحديثة حديثاً عن شيء بعيد المنال؛ واعتماده أحد وسائل التكنولوجيا الحديثة كوسيلة للتعبير عن الرغبة في إنهاء عقد العمل؛ وتعود وقائع الحكم إلى أن أحد المهندسين أقام دعوى

18 - أنظر: إلياس بن ساسي: التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصد مرباح، ورقلة، الجزائر، عدد فبراير 2003، ص 60؛ عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 166؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 65، 66.

19 - خالد حمدي عبد الرحمن: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2007-2008، ص 9، 10.

20 - رانيا صبحي محمد عزب: العقود الرقمية في قانون الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 7، 8.

قضائية تحت رقم 387 لسنة 1994 عمال جنوب القاهرة الابتدائية على صاحبة شركة كان يعمل لديها وطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي إليه تعويضاً مقداره مائة ألف جنيهاً وأجر شهر سبتمبر سنة 1994 وأجر شهر مقابل مهلة الإنذار وسرد في دعواه إنه كان يعمل لدى الطاعنة منذ 1/ 8/ 1988 بموجب عقد عمل في وظيفة كبير مهندسين وتمت ترقيته إلى وظيفة مدير إقليمي ووصل أجره إلى مبلغ 2970 جنيهاً بخلاف الحوافز والبدلات والمكافآت والتي تعادل أجر 6 شهور سنوياً وخلال شهر أكتوبر سنة 1993 وأثناء إشرافه على بعض أعمال الشركة بشرم الشيخ تم منعه من أداء هذا العمل بزعم أنه تقدم باستقالته عن طريق الفاكس في حين أنه لم يتقدم بالاستقالة فأقام الدعوى رقم 667 لسنة 1994 عمال جزئي القاهرة بوقف تنفيذ قرار إنهاء خدمته وقضى برفضها فأقام الدعوى بطلباته سائلة البيان، وبناء على هذه الدعوى نذبت المحكمة خبيراً وبعد أن قدم تقريره حكمت المحكمة بتاريخ 12/ 5/ 1997 بإلزام الطاعنة أن تؤدي للمطعون ضده تعويضاً مقداره 3000 جنيهاً عن الأضرار المادية ومبلغ 2000 جنيهاً عن الأضرار الأدبية ومبلغ 2950 جنيه مرتب شهر سبتمبر سنة 1993. ثم استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم 644 لسنة 114 ق القاهرة كما استأنفه المطعون ضده بالاستئنافين 637 و649 لسنة 114 ق القاهرة وبتاريخ 20/ 5/ 1999 حكمت المحكمة برفض استئناف الطاعنة وفي موضوع الاستئنافين 637، 649 لسنة 114 ق القاهرة بتعديل الحكم المستأنف وإلزام الطاعنة أن تؤدي للمطعون ضده عشرة آلاف جنيه تعويضاً مادياً وأدبياً ومبلغ 2950 جنيهاً مقابل مهلة الإنذار وتأييده فيما عدا ذلك. طعن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض والذي انصفها واعتمد الاستقالة المرسلة عبر الفاكس باعتبارها صورة من أصل فقضت بأن: "الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أن نسخة الاستقالة المرسلة من المطعون ضده عن طريق الفاكس إلى الطاعنة تعتبر صورة عرفية منها لا حجية لها في الإثبات وذلك بعد أن جردها المطعون ضده ولم تقدم الطاعنة أصلها في حين أن هذه النسخة لا تعتبر صورة عرفية من الاستقالة بل صورة مطابقة للأصل المرسل عن طريق الفاكس - والذي يظل تحت يد المرسل بما يستحيل معه تقديمه - ولها حجيتها في الإثبات لأنها محررة صلباً وتوقيعاً من المطعون ضده واذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه بهذه الحجية أو يجيب الطاعنة إلى طلبها بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات واقعة الاستقالة المرسلة بالفاكس من المطعون ضده بكافة طرق الإثبات فإن ذلك ما يعيبه ويستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لما كانت المادة 62 من قانون الإثبات تنص على أن "يجوز الإثبات بشهادة الشهود

فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة" ومفاد ذلك أن المشرع وقد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود أو القرائن فقد اشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن يكون هناك ورقة مكتوبة - أيًا كان شكلها أو الغرض منها - ولم يتطلب المشرع بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فيكفي أن تكون صادرة من الخصم ويحتج عليه بها وأن تجعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول وقريبة الاحتمال وكان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها ورقة مكتوبة أو صادرة من الخصم من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض أما من جهة كونها تجعل الواقعة المراد إثباتها قانوناً مرجحة الحصول وقريبة الاحتمال فإن ذلك يعتبر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها في ذلك على أسباب ساذغة ولم تتعارض مع الثابت بالورقة. لما كان ذلك، وكان الواقع في الدعوى أن الطاعنة تقدمت لمحكمة الموضوع بورقة مبيناً بها استقالة مسببة مرسله إليها عن طريق الفاكس وقررت أنها بخط وتوقيع المطعون ضده فإن هذه الورقة التي يحتفظ المرسل بأصلها لديه كما هو متبع في حالة إرسال الرسائل عن طريق الفاكس تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية. وإذ رفض الحكم المطعون فيه طلب الطاعنة إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات واقعة الاستقالة بكافة طرق الإثبات تأسيساً على أن هذه الورقة المرسله إلى الطاعنة بطريق الفاكس ما هي إلا صورة لورقة عرفية لا حجية لها في الإثبات طالما أن المطعون ضده قد أنكرها ولم تقدم هي أصلها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبب بما يوجب نقضه⁽²¹⁾.

²¹ - راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 987 لسنة 69 ق - جلسة 2000/6/22. مكتب فني (51) ج (2) ق (156) ص 837.

والفاكس هو جهاز استنساخ بالهاتف يمكن بواسطته نقل الرسائل والسندات المخطوطة باليد أو المطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها، وتتم عملية نقل الرسائل بواسطة جهاز الفاكس من خلال إدخال الرسالة إلى جهاز الإرسال الذي يقوم بدوره بالتقاط صورتها وتحويلها إلى ذبذبات تنقل عبر خطوط الهاتف إلى جهاز الاستقبال حيث يتم حفظها على الأجزاء الداخلية له (دعامة غير ورقية) ومن ثم يتم استخراجها مطبوعة على ورق الفاكس الخاص بالمرسل إليه؛ أنظر في ذلك: أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، حقوق عين شمس، 2000، ص 236.

ثانياً: الإخطار بعيوب محل العقد " حماية المستهلك ": رسخ القضاء إلى فكرة الإبلاغ عن عيوب محل العقد الدولي بكافة طرق ومنها الطرق الإلكترونية وذلك في وقائع قضية تعود إلى شركة مصرية قامت بشراء شحنة قمح من شركة استرالية ثم بعد وصول القمح لميناء شفاجا المصري رفضت السلطات المصرية السماح بدخول هذا القمح البلاد لإخالفته للمواصفات القياسية لاحتوائه على بذور السابوناريا السامة وعدم صلاحيته للاستهلاك الأدمي فأقامت الشركة المصرية دعوى قضائية أمام القضاء المصري مطالبة الشركة الاسترالية بفسخ العقد والتعويض عن الأضرار المترتبة على عدم تنفيذ الشركة الاسترالية لالتزاماتها التعاقدية إلا أن دعاها رفضت واستأنفت الحكم ورفض وطعنت بالنقض الذي رسخ في حكمه مبدأ يتعلق بالإبلاغ عن العيوب الواردة على محل العقد وطرق الإبلاغ عنها **فقضي بأن:** " ولما كان عقد البيع الدولي للبضائع يتضمن في غالب الأحيان عملية نقل، فإن التسليم يتم- في هذه الحالة- بمجرد استلام الناقل لهذه البضائع، فتنتقل المخاطر إلى المشتري منذ لحظة التسليم، ومع ذلك فقد لا يستطيع المشتري أن يفحص تلك البضائع إلا عند وصولها، فيكتشف العيب إما بواسطة السلطات المختصة بالفحص في الميناء قبل الإفراج عن البضائع المستوردة وإما بنفسه بعد استلامه لها وفحصها، ولذلك فقد نصت المادة 38(2) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا 1980" **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**، والصادر بشأنها قرار رئيس الجمهورية رقم 471 لسنة 1982 بالموافقة على الاتفاقية، والمعمول بها اعتباراً من 1/ 8 / 1988، على أنه "إذا تضمن العقد نقل البضائع، يجوز تأجيل هذا الفحص لحين وصول البضاعة"، وبذلك تكون الاتفاقية قد أجازت أن يكون مكان فحص البضاعة هو مكان الوصول لا مكان التسليم، حتى لو كان التسليم قد تم وانتقلت المخاطر إلى المشتري منذ لحظة تسليم البضاعة إلى الناقل الأول طبقاً للمادة 31 (1) من الاتفاقية. وكان النص في المادة 39 من ذات الاتفاقية على أنه: "(1) يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في مطابقة البضائع إذا لم يخطر البائع محمداً طبيعة العيب خلال فترة معقولة من اللحظة التي اكتشف فيها العيب أو كان من واجبه اكتشافه. (2) وفي جميع الأحوال يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري البضائع فعلاً، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد"، يدل على أنه إذا أسفر فحص البضاعة عن عدم مطابقتها فإنه يجب على المشتري إخطار البائع بوجود العيب وطبيعته

ليستعد الأخير لإصلاحه أو مناقشة المشتري حوله وإثبات سلامة البضاعة، على أن يكون هذا الإخطار خلال "فترة معقولة" تبدأ من تاريخ اكتشاف العيب أو من التاريخ الذي كان يجب اكتشافه فيه، وتتحدد هذه الفترة وفقاً لظروف الحال، ويفقد المشتري حقه في التمسك بالعيب في مطابقة البضاعة *to rely on a lack of conformity of the goods*، سواء كان العيب ظاهراً أو خفياً، إذا لم يخطر البائع بذلك خلال مدة أقصاها سنتين من تاريخ تسلم المشتري هذه البضاعة فعلاً وفقاً للمادة (39) (2) من الاتفاقية، ما لم يكن العيب في المطابقة متعلقاً بأمور كان يعلم بها البائع أو كان لا يمكن أن يجهلها ولم يخبر بها المشتري؛ إذ إن توافر أي من هاتين الحالتين وفقاً للمادة 40 من الاتفاقية يحرمه من التمسك بحكم المادتين 38 و39 منها. وعلة سقوط هذا الحق أن المشتري الذي يتقاعس عن فحص البضاعة التي تسلمها أو لا يخطر بالعيوب التي ظهرت فيها، إما أن يكون مشترداً غفلة غير جدير بالحماية، أو مشترقاً قبل البضاعة رغم ما فيها من عيوب. والإخطارات ليست مقصورة على الرسائل البرقية والتلكس- المنصوص عليها في المادة 13 من الاتفاقية، وإنما تشمل أيضاً ما نصت عليه المادة 20 من ذات الاتفاقية من إمكان الاتفاق على استخدام الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري ذات الفعالية حتى يتمكن المشتري من إخطار البائع بعيوب المطابقة، ويشمل ذلك- وعلى ما ورد بالمذكرة التفسيرية المحدثه للاتفاقية- الرسائل الإلكترونية، حيث تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بشأن استخدام الإخطابات الإلكترونية في العقود الدولية "نيويورك 2005 United Nations Convention on the use of Electronic Communications in the International Contracts (New York, 2005)، مكملة لاتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع فيما يتعلق باستخدام الاتصالات الإلكترونية⁽²²⁾.

²² - راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن 5309 لسنة 81 ق - جلسة 23 / 6 / 2020. مكتب فني (71) ق (74) ص 565.

أن رسائل التلكس تتميز من رسائل الفاكس من جانبين، الأول على الصعيد التقني فإن أجهزة التلكس أكثر أماناً من أجهزة الفاكس، إذ أن استخدام التلكس يتم من خلال شبكة خاصة يتحكم في إدارتها مركز الاتصالات الذي يقوم بتحديد هوية طرفي الرسالة والتحقق من تلقي جهاز المرسل إليه للرسالة ويؤرخ عملية الإرسال ويحتفظ بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة معينة، وعلى العكس من ذلك فإن هذه الضمانات لا توفرها أجهزة الفاكس، والثاني على الصعيد القانوني فإن رسائل التلكس تفتقر إلى أحد مقومات السندات العادية وهي كونها موقعة من مرسلها، فلا يوجد أصل للرسالة موقفاً عليه عند إدخالها الجهاز وصورة منها تحمل نفس التوقيع يتلقاها الجهاز المستقبل، وعلى العكس من ذلك فإن رسائل الفاكس تحمل توقيع مرسلها عند إدخالها جهاز الإرسال وصورة منها تحمل نفس التوقيع يتلقاها الجهاز المستقبل. أنظر في ذلك: أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 241، 242.

ثالثاً: إثبات وجود علاقة تعاقدية : جاء حكم محكمة النقض ليوثق إمكانية إبرام عقد تلقي خدمات مبرم بين شركة هندسية أمريكية يمثلها استشاري هندسي بمصر وشركة مصرية عن طريق رسائل مرسلة عبر البريد الإلكتروني فقضت بأن: "ولئن كانت الكتابة على الورق هي الأصل الغالب، إلا أن المحرر لم يكن في أي وقت مقصوداً على ما هو مكتوب على ورق وحده، وكل ما يتطلبه المشرع للإثبات هو ثبوت نسبة المحرر إلى صاحبه، فلا ارتباط قانوناً بين فكرة الكتابة والورق، ولذلك لا يشترط أن تكون الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي ومذيلة بتوقيع بخط اليد، وهو ما يوجب قبول كل الدعامات الأخرى - ورقية كانت أو إلكترونية أو أيّاً كانت مادة صنعها - في الإثبات. البريد الإلكتروني (e - mail) هو وسيلة لتبادل الرسائل الإلكترونية بين الأشخاص الذين يستخدمون الأجهزة الإلكترونية من أجهزة كمبيوتر أو هواتف محمولة أو غيرها، تتميز بوصول الرسائل إلى المرسل إليهم في وقت معاصر لرسالتها من مرسلها أو بعد برهة وجيزة، عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) أيّاً كانت وسيلة طباعة مستخرج منها في مكان تلقى الرسالة، وسواء اشتملت هذه الرسائل على مستندات أو ملفات مرفقة Attachments أم لا. ولقد أجازت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية للقاضي استخلاص واقعتي الإيجاب والقبول - في حالة التعاقد الإلكتروني - من واقع تلك الرسائل الإلكترونية دون حاجة لأن تكون مفرغة كتابياً في ورقة موقعة من طرفيها، ذلك أن هذه الرسائل يتم تبادلها عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، ولذلك فإن أصول تلك الرسائل - مفهومة على أنها بيانات المستند أو المحرر الإلكتروني - تظل محفوظة لدى أطرافها - مهما تعددوا - المرسل والمرسل إليهم داخل الجهاز الإلكتروني لكل منهم، فضلاً عن وجودها بمخزنها الرئيسي داخل شبكة الإنترنت في خادمت الحواسيب Servers للشركات مزودة خدمة البريد الإلكتروني للجمهور. وفي كل الأحوال، فإنه في حالة جحد الصور الضوئية، فلا يملك مرسل رسالة البريد الإلكتروني أن يقدم أصل المستند أو المحرر الإلكتروني، ذلك أن كل مستخرجات الأجهزة الإلكترونية، لا تعدو أن تكون نسخاً ورقية مطبوعة خالية من توقيع طرفيها، ومن ثم فإن المشرع وحرصاً منه على عدم إهدار حقوق المتعاملين من خلال تلك الوسائل الإلكترونية الحديثة حال عدم امتلاكهم لإثباتات مادية على تلك المعاملات، قد وضع بقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية الضوابط التي تستهدف التيقن من جهة إنشاء أو إرسال المستندات والمحررات الإلكترونية وجهة أو جهات استلامها وعدم التدخل البشري والتلاعب بها للإيهام بصحتها، ولا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية كدليل إثبات مجرد أنها جاءت في

شكل إلكتروني، ولهذا فإنها تكون عصبية على مجرد جحد الخصم لمستخرجاتها وتمسكه بتقديم أصلها؛ إذ إن ذلك المستخرج ما هو إلا تفريغ لما احتواه البريد الإلكتروني، أو الوسيلة الإلكترونية محل التعامل، ولا يبقى أمام من ينكرها من سبيل إلا طريق وحيد هو المبادرة إلى الادعاء بالتزوير وفق الإجراءات المقررة قانوناً تمهيداً للاستعانة بالخبرة الفنية في هذا الخصوص⁽²³⁾.

²³ - راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 17689 لسنة 89 ق - جلسة 2020/3/1. وقد بنيت حيثيات ذلك الحكم على الآتي: "أن المشرع في المواد ١، ١٥، ١٨ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وفي المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، كان حريصاً على أن تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها، إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية من حيث أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحركات، أو لسيطرة المعنى بها. وأن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها. وهو ما يدل على أن المشرع ارتأى مواكبة التطور التكنولوجي العالمي في المعاملات المدنية والتجارية والإدارية عن طريق تنظيمها ووضع ضوابط لها من أجل ترتيب آثارها القانونية، مدرّكاً المفهوم الحقيقي للمحرر وأنه لا يوجد في الأصل ما يقصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات Support سواء كانت ورقاً أم غير ذلك. وأنه ولئن كانت الكتابة على الورق هي الأصل الغالب، إلا أن المحرر لم يكن في أي وقت مقصوراً على ما هو مكتوب على ورق وحده، وكل ما يتطلبه المشرع للإثبات هو ثبوت نسبة المحرر إلى صاحبه، فلا ارتباط قانوناً بين فكرة الكتابة والورق، ولذلك لا يُشترط أن تكون الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي ومذيلة بتوقيع بخط اليد، وهو ما يوجب قبول كل الدعامات الأخرى - ورقية كانت أو إلكترونية أو أيًا كانت مادة صنعها - في الإثبات. ومن ذلك ما نصت عليه المادة الأولى (ز) من اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع (نيويورك، ١٩٧٤) بصيغتها المعدلة بالبروتوكول المعدل للاتفاقية (بروتوكول عام ١٩٨٠) على أنه "في هذه الاتفاقية: (ز) تشمل "الكتابة" البرقية والتلكس". وما نصت عليه المادة ١٣ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا، ١٩٨٠) من أنه: "يشمل مصطلح "كتابة"، في حكم هذه الاتفاقية، الرسائل البرقية والتلكس". وما نصت عليه المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية (نيويورك، ٢٠٠٥) من أنه "أ - يقصد بتعبير الخطاب: أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب، بما في ذلك أي عرض وقبول عرض يتعين على الأطراف توجيئه، أو تختار توجيئه في سياق تكوين العقد أو تنفيذه. ب - يقصد بتعبير الخطاب الإلكتروني: أي خطاب توجهه الأطراف بواسطة رسائل بيانات. ج - يقصد بتعبير رسالة البيانات: المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل - على سبيل المثال لا الحصر - التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". وأنه وفق التعريف الذي أورده الفقرة (١٧) من المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً (نيويورك ٢٠٠٨) ("قواعد روتردام")، فإن مصطلح الخطاب أو الرسالة الإلكترونية "Electronic Communication" يعني المعلومات المعدة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزنة بوسيلة إلكترونية أو بصرية أو رقمية أو بوسيلة مشابهة، بما يؤدي إلى جعل المعلومات الواردة في الخطاب ميسورة المنال بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً". وبهذه المثابة فإن البريد الإلكتروني (e - mail) هو وسيلة لتبادل الرسائل الإلكترونية بين الأشخاص الذين يستخدمون الأجهزة الإلكترونية من أجهزة كمبيوتر أو هواتف محمولة أو غيرها، تتميز بوصول الرسائل إلى المرسل إليهم في وقت معاصر لإرسالها من مُرسلها أو بعد برهة وجيزة، عن طريق شبكة

الخاتمة

تدور فكرة هذا البحث عن موضوع الساعة والذي تتناوله العديد من المؤتمرات واللقاءات العلمية على مدار السنوات الماضية وبشكل مستمر ومتصل لما له من علاقة بالواقع الذي نعيشه؛ وما يفرضه علينا هذا الواقع من مستجدات تكنولوجية جعلت العالم كله كقرية صغيرة واهتت الحدود الجغرافية بين الدول وأصبح البائعون والمشترون للسلع والخدمات في علاقة مباشرة ودون وسطاء؛ وتلاشت فكرة التعاقدات التقليدية ومجالس العقد التقليدية لتحل محلها مجالس عقد افتراضية؛ إلا أنه بالرغم من المميزات التي وفرتها التكنولوجيا الحديثة للمتعاقدين من توفير الوقت والجهد والمال في إبرام عمليات التعاقد وفتح السوق أمام المتعاقدين مما يوفر للمشتري أفضل وأجود السلع والخدمات بأسعار أقل ويوفر على بائعي هذه السلع العديد من المصارف المالية التي كانوا يضطرون لتحميلها على أثمان سلعهم وخدماتهم بداية من تأجير أماكن حقيقة لعملهم وعرض منتجاتهم مروراً بالاستعانة بمسوقين ووكلاء للترويج لمنتجاتهم .. الخ؛ إلا أن الأمر ليس وردياً كما يتصوره البعض ويروج له؛ فالعقود يترتب عليها حقوق والتزامات وفي ظل هذا الفضاء

المعلومات الدولية (الإنترنت) أيًا كانت وسيلة طباعة مستخرج منها في مكان تلقى الرسالة، وسواء اشتملت هذه الرسائل على مستندات أو ملفات مرفقة Attachments أم لا. ولقد أجازت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية للقاضي استخلاص واقعي الإيجاب والقبول - في حالة التعاقد الإلكتروني - من واقع تلك الرسائل الإلكترونية دون حاجة لأن تكون مفرغة كتابياً في ورقة موقعة من طرفيها، ذلك أن هذه الرسائل يتم تبادلها عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، ولذلك فإن أصول تلك الرسائل - مفهومة على أنها بيانات المستند أو المحرر الإلكتروني - تظل محفوظة لدى أطرافها - مهما تعددوا - المرسل والمرسل إليهم داخل الجهاز الإلكتروني لكل منهم، فضلاً عن وجودها بمخزنها الرئيسي داخل شبكة الإنترنت في خادمت الحواسيب Servers للشركات مزودة خدمة البريد الإلكتروني للجمهور. وفي كل الأحوال، فإنه في حالة جحد الصور الضوئية، فلا يملك مرسل رسالة البريد الإلكتروني أن يقدم أصل المستند أو المحرر الإلكتروني، ذلك أن كل مستخرجات الأجهزة الإلكترونية، لا تعدو أن تكون نسخاً ورقية مطبوعة خالية من توقيع طرفيها، ومن ثم فإن المشرع وحرصاً منه على عدم إهدار حقوق المتعاملين من خلال تلك الوسائل الإلكترونية الحديثة حال عدم امتلاكهم لإثباتات مادية على تلك المعاملات، قد وضع بقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية الضوابط التي تستهدف التيقن من جهة إنشاء أو إرسال المستندات والمحركات الإلكترونية وجهة أو جهات استلامها وعدم التدخل البشري والتلاعب بها للإيهام بصحتها، وهو ما قد يستلزم في بعض الحالات الاستعانة بالخبرات الفنية المتخصصة في هذا المجال، فإذا ما توافرت هذه الشروط والضوابط فإن الرسائل المتبادلة بطريق البريد الإلكتروني، تكتسب حجية في الإثبات تتساوى مع تلك المفرغة ورقياً والمذيلة بتوقيع كتابي، فلا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية كدليل إثبات مجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني، ولهذا فإنها تكون عصية على مجرد جحد الخصم لمستخرجاتها وتمسكه بتقديم أصلها؛ إذ إن ذلك المستخرج ما هو إلا تفريغ لما احتواه البريد الإلكتروني، أو الوسيلة الإلكترونية محل التعامل، ولا يبقى أمام من ينكرها من سبيل إلا طريق وحيد هو المبادرة إلى الادعاء بالتزوير وفق الإجراءات المقررة قانوناً تمهيداً للاستعانة بالخبرة الفنية في هذا الخصوص".

المتناهي الذي تبرم فيه هذه التعاقدات ودون معرفة حقيقية ومسبقة بين المتعاقدين، والتباعد المكاني بينهم مع اختلاف التشريعات والقوانين التي يخضعون إليها؛ كل ذلك أوجد خطورة كبيرة في إبرام العقود بهذه الوسيلة؛ وكان لا بد للعالم أن ينتفض مشرعوه وقضاؤه ومن يمتنون مهنة القانون من فقه وقضاء واقف "المحامون" في البحث عن سبل قانونية يمكن من خلالها التوفيق بين التطورات والمستجدات التي تشهدها حياتنا والتعامل مع التكنولوجيا الحديثة في مجال إبرام العقود وكيفية الحفاظ على حقوق المتعاقدين عبر هذه التكنولوجيا وإثبات حقوقهم وضمان عدم المساس بها أو وقوعهم في شرك النصب الإلكتروني؛ وقد بدأ القضاء كالعادة في دول العالم وفي مصر موضوع دراستي هذه الإجتهد للتوفيق بين استخدام التكنولوجيا في التعبير عن الإرادة في التعاقدات التقليدية في البداية؛ ثم انتقل للتعاقدات الإلكترونية وذلك قبل أن يجتهد المشرع في وضع تشريع ينظم المسائل المتعلقة بالعقد الإلكتروني وذلك لكون المشكلة تحدث قبل التشريع؛ وقد تمر السنون والمشكلة قائمة والتشريع لم يصدر لمواجهة؛ إلا أن دور القاضي في مصر يزداد صعوبة خصوصاً وأنه حتى عندما صدرت تشريعات تتعلق بتنظيم الأمور الإلكترونية لم يصدر تشريع موحد ينظم عملية التعاقد الإلكتروني بل توجد نصوص متناثرة في تشريعات مختلفة تنظم أموراً إلكترونية؛ وهو ما يجعل دور القاضي في التوفيق أصعب من دوره في ظل تشريع واحد ينظم التعاقدات الإلكترونية. وقد حاولنا لقاء الضوء عن دور القاضي المصري في الترسخ لفكرة التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية واعتمادها ما يترتب عنها من عقود وأمر قانونية بتناولنا لبعض هذه الأحكام.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

د. هشام الصافي

ثبت المراجع

أولاً: المراجع العربية:

♦ الكتب:

- أحمد شرف الدين؛ عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، حقوق عين شمس، 2000.
- إلياس نصيف؛ العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.1، 2009.
- إيمان مأمون أحمد سليمان؛ إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- رانيا صبحي محمد عزب؛ العقود الرقمية في قانون الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- خالد حمدي عبد الرحمن؛ التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2007-2008.
- عبد الفتاح بيومي حجازي؛ النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- عبد الهادي فوزي العوضي؛ الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2005.
- عمر محمد بن يونس؛ المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية مقدمة إلي العالم الافتراضي، ط.1، د.ن، 2003.
- محمد إبراهيم أبو الهيجاء؛ عقود التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق علي المنازعات العقدية وغير العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.1، 2005.

- محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط.1، 2004.
- مندي عبد الله محمود حجازي: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي: التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ت.

♦ الرسائل:

- سهيلة طمين: الشكليات في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.
- عمرو عبد الفتاح علي يونس: جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني "دراسة مقارنة" مدعمة بأحدث الأحكام القضائية والأجنبية والعربية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2009.
- عنادل عبد الحميد المطر: التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2009.
- مراد محمود يوسف مطلق: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2007.

♦ المقالات:

- إلياس بن ساسي: التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصد مرياح، ورقلة، الجزائر، عدد فبراير 2003.
- سجي فواز داود العجلاني: مجلس العقد الإلكتروني " المفهوم - الأنواع - الآثار"، مجلة بحوث التربية والتوعية، مؤسسة التربية الخاصة والتأهيل التربوي، عدد (27)، سبتمبر 2024،

- سعد بعداش: العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة (1)، الجزائر، مجلد (32)، عدد (2)، يونيو 2021.
- طاهر شوقي مؤمن: عقد البيع الإلكتروني: " بحث في التجارة الإلكترونية ، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد (18)، 2008.
- ناصر بن خالد الهاجري: عقد البيع الإلكتروني، مجلة كلية دار العلوم جامعة القاهرة، عدد (142) سبتمبر 2022.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Leena Kuusniemi : The Master's programme in law and information online contracting, Technology, 1999-2000, faculty of law, university of Stockholm.
- Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, éd, litec, paris.1999.
- Pierre laffitte et René Tegouet: Les consequences de l'évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications, rapport d'information 159 (2001-2002), O.P.D.C.S.T, P40, SURLESITE:
<http://www.senatfr/rap/r01-159mono.html>.

تدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

The Management of Territorial Collectivities in Handling Disputes Arising from Delegated Management Agreements

✍ عز الدين الغوساني

باحث دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية

جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال

Abstract:

The management approach of territorial collectivities for local public facilities has shifted from classical direct management to indirect management through delegated management contracts. This transition has led to the emergence of disputes between territorial collectivities and the entities entrusted with managing these facilities. Despite the limited intervention capacity of local administrations and administrative oversight authorities in resolving such disputes, these conflicts often escalate to judicial proceedings, adversely impacting the interests of territorial collectivities. Therefore, the importance of adopting modern mechanisms to enhance the management of administrative disputes and ensure the effectiveness of local administration in their resolution becomes evident.

Keywords: Territorial collectivities, local public facilities, administrative disputes, delegated management.

ملخص البحث:

شهدت طريقة تدبير الجماعات الترابية للمرافق العمومية الترابية تحولا من التدبير الكلاسيكي المباشر إلى التدبير غير المباشر عبر عقود التدبير المفوض. وقد نتج عن هذا التحول بروز منازعات بين الجماعات الترابية والأطراف المكلفة بتسيير هذه المرافق. ورغم محدودية تدخل الإدارة الجماعية وسلطات المراقبة الإدارية في معالجة هذه المنازعات، إلا أن ذلك يؤدي في كثير من الأحيان إلى تصعيدها إلى المساطر القضائية، مما ينعكس سلبا على مصالح الجماعات الترابية. لذا، تبرز أهمية اعتماد آليات حديثة تهدف إلى تجويد تدبير المنازعات الإدارية وضمان فاعلية الإدارة الجماعية في حلها.

كلمات مفتاحية: الجماعات الترابية، المرافق العمومية الترابية، المنازعات الإدارية، التدبير المفوض.

مقدمة:

تعتبر المرافق العمومية مؤشرا أساسيا لتقييم جودة إطار عيش الساكنة داخل المجال الترابي. وللجماعة الترابية مسؤولية كبيرة فيما يخص تأمين الخدمات العمومية المحلية وتوفير المرافق العمومية استجابة للحاجيات المتنامية للساكنة. وبهذا الخصوص لجأت الجماعة الترابية إلى عدة طرق حديثة لتدبير تلك المرافق، وذلك من أجل إدخال آليات حديثة للتسيير وتحسين الإنتاجية والرفع من جودة الخدمات وكذلك ترشيد النفقات وتأمين استمرارية المرفق العام في أحسن الظروف.

وقد حدد القانون التنظيمي للجماعات المجالات التي يمكن من خلالها إحداث وتدبير مرافق عمومية فيها (الماء والكهرباء، النقل، النظافة، المقابر، الأسواق الجماعية، المحطات الطرقية...)، حيث يتعين على الجماعة اعتماد الطرق الحديثة في التدبير خاصة التدبير المفوض أو إحداث شركات التنمية المحلية أو التعاقد مع القطاع الخاص¹.

غير أن انتقال تدبير الجماعات الترابية لمرافقها العمومية الترابية من التدبير الكلاسيكي المبني على التدبير المباشر، إلى تدبير غير مباشر عبر اعتماد عدة طرق حديثة، نتج عنه نشوء منازعات بين الجماعات الترابية وباقي الأطراف المكلفة بتدبير هذه المرافق. حيث لوحظ في السنوات الأخيرة ارتفاع عدد الأحكام الإدارية الصادرة ضد الجماعات الترابية والتي تتضمن في منطوقها تعويضات مالية مقرونة بأداء فوائد قانونية وغرامات التأخير، وذلك يؤثر سلبا على ميزانياتها وعلى السير العادي لمرافقها وعلى مجهوداتها الرامية لتحقيق التنمية الترابية.

حيث أشارت إحدى الخطب الملكية إلى ضرورة تطبيق القانون من قبل الجماعات الترابية وأداء ما بذمتها من مستحقات تجاه المقاولات، لاسيما عدم تنفيذها للأحكام الصادرة ضدها². وهو ما أوضحت تقارير المجلس الأعلى للحسابات، حيث ركزت على الأثر المالي لارتفاع نسبة منازعات الجماعات الترابية، كما وقفت على محدودية التدبير الوقائي والقبلي للمنازعات³.

¹ . المادة 83 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 المؤرخ في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015). الجريدة الرسمية عدد 6380، بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

² . الخطاب الملكي بمناسبة الذكرى 65 لثورة الملك والشعب، المؤرخ في 20 غشت 2018.

³ . للمزيد راجع: المجلس الأعلى للحسابات، تقرير برسم سنتي 2016 و2017، الجزء الأول: تدبير منازعات الجماعات الترابية، ص: 166 وما يليها.

وعليه فإن إخلال الجماعات الترابية بالتزاماتها فيما يخص عقود تدبير مرافقها العمومية الترابية، يعد من أهم الأسباب المنشئة للمنازعات. إضافة لحدودية تدخل سلطات المراقبة الإدارية، والتي تعتبر الآلية القانونية التي خولها المشرع للسلطة المركزية لضمان شرعية الأعمال التي تقوم بها الجماعات الترابية. خاصة فيما يتعلق بمراقبة المقررات المتعلقة بإحداث وتدبير المرافق العمومية الترابية، إضافة لصلاحيات اتخاذ مجموعة من القرارات الكفيلة بحسن سير هذه المرافق.

مما سبق فإن أهمية هذه الورقة البحثية تنبع من فهم العوامل التي تؤدي لنشوء منازعات متعلقة بتدبير المرافق العمومية الترابية. والتي على أساسها يمكن تحديد السبل الكفيلة بتجويد تدخل الإدارة الجماعية في تدبير منازعات المرافق العمومية الترابية، والتي ستمكن من تضايق تلك المنازعات وأيضاً تسويتها في المرحلة الإدارية. الأمر الذي من شأنه أن يساهم في تجويد تدبير المرافق العمومية الترابية.

وعليه، سنقارب هذا الموضوع بالتركيز على إشكالية مركزية مفادها؛ ما مدى فعالية الجماعات الترابية في تدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض؟

وانطلاقاً من فرضية مفادها أن عدم إعمال الجماعات الترابية لمبدأ المشروعية الإدارية في الأعمال المتعلقة بتدبير مرافقها العمومية الترابية، إضافة لحدودية تدخل سلطات الرقابة الإدارية، تؤدي لوقوع منازعات إدارية تؤثر سلباً على أداء ومردودية هذه المرافق، الأمر الذي يحتم على المدير الترابي اعتماد آليات حديثة أكثر فعالية للتدبير الوقائي والقبلي للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

وسعياً للإجابة عن الإشكالية الرئيسية، سيتم تقسيم البحث إلى فرعين أساسيين. حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى "إشكاليات تدبير الجماعات الترابية لمنازعات المرافق العمومية الترابية"، أما الفرع الثاني فسنخصصه لتناول "مداخل تجويد تدبير الجماعات الترابية لمنازعات المرافق العمومية الترابية".

المطلب الأول: إشكاليات تدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

تواجه الجماعات الترابية العديد من الإشكاليات المرتبطة بتدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض، والتي تنعكس بشكل مباشر على فاعلية الإدارة المحلية وجودة الخدمات

المقدمة للمواطنين. ومن أبرز هذه الإشكاليات، عدم التزام بعض الجماعات الترابية بمبدأ المشروعية الإدارية، مما ينعكس سلباً على شرعية وشفافية الإجراءات المتخذة في إطار تدبير هذه المنازعات. بالإضافة إلى ذلك، تظهر حدود تدخل سلطات الرقابة الإدارية في معالجة هذه المنازعات، حيث تقتصر صلاحياتها على نطاق محدود لا يسمح بحل العديد من الخلافات بشكل فعال قبل تصاعدها إلى الجهات القضائية. لذا، يهدف هذا المطلب إلى دراسة هاتين الإشكاليتين من خلال تحليل عدم إعمال مبدأ المشروعية الإدارية (الفقرة الأولى)، ثم الوقوف على حدود تدخل سلطات الرقابة الإدارية في تدبير منازعات المرافق العمومية الترابية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم إعمال الجماعات الترابية لمبدأ المشروعية الإدارية

يعتبر مبدأ المشروعية⁴، من أهم الضمانات الأساسية للأفراد في مواجهة السلطة الإدارية وامتيازاتها، فهو صفة لكل ما هو مطابق للقانون، وهو مبدأ أساسي لأي تصرف إداري، إذ تتوفر بموجبه الضمانات الأساسية للأفراد على اعتبار أن الإدارة لا تستطيع العمل بموجبه إلا بما يتوافق وأحكام القانون، وهذا يعني أن تصرفات السلطات العامة في الدولة، وعلى وجه الخصوص تلك التي تتخذها السلطة التنفيذية لا تتمتع بحماية القانون، ولن تكون لها أية قيمة، ما لم تكن متوافقة مع قواعده وأحكامه، وإن أي تجاوز من قبل الإدارة لحدود المشروعية يعتبر باطلاً ولا يعتد به، مما يعني بأنه لا يجوز للسلطة الإدارية القيام بأي عمل قانوني أو مادي غير مطابق للقانون، وبتحويل منه، ووفق الإجراءات الشكلية المحددة فيه، تحقيقاً للأهداف التي يتوخاها⁵.

وبما أن للجماعات الترابية مسؤولية إحداث وتدبير مرافق عمومية لتلبية الحاجيات المتزايدة للسكان، فإنها تلجأ لطرق حديثة لتدبير تلك المرافق، وذلك عن طريق إبرام عقود إدارية

⁴. إذا كان المقصود بمبدأ المشروعية خضوع الإدارة للقانون، فإن الفقه لم يتفق على تحديد المعنى الدقيق لمصطلح الخضوع للقانون. فبدايةً يستخدم بعض الفقهاء تعبير المشروعية والشرعية كمرادفين، إلا أن استخدام التعبيرين كمرادفين ليس منضبطاً، فمبدأ الشرعية يشير إلى خضوع الإدارة للقانون، بينما يشير مبدأ المشروعية إلى معنى أوسع من ذلك يشمل - فوق مبدأ الشرعية - (بما يعنيه من خضوع الإدارة للقانون الوضعي) أي مبادئ القانون الطبيعي. بينما أشار البعض إلى أن لمبدأ المشروعية معنيان أحدهما واسع يعني خضوع الدولة بكافة سلطاتها للقانون، والآخر يشير إلى خضوع الإدارة فقط للقانون. عموماً فإن مبدأ المشروعية هو مبدأ سيادة القانون، أي أن تتوافق كل التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة مع أحكام القانون.

للمزيد حول الموضوع راجع: أحمد رجب محمود، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
⁵. عمر عبد الرحمن البريني، المشروعية الإدارية كمحدد لممارسة الإدارة سلطاتها التقديرية: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10، ملحق خاص، العدد 10، نونبر 2021، ص: 270.

مع أشخاص وهيئات أخرى، حيث يترقب عن اللجوء إلى هذه العقود العديد من المنازعات الإدارية سواء قبل إبرام العقد، أو خلال تنفيذ العقد، والتي تختص بها المحاكم الإدارية.

وهذا ما استقر عليه العمل القضائي الإداري المغربي، حيث اعتبر أن التدبير المفوض هو عقد إداري يهدف إلى تدبير مرفق عمومي، وأن الأضرار الناشئة عن نشاطه أضرارا ناتجة عن نشاط المرفق العام، وبالتالي فالاختصاص في البت في طلبات التعويض ينعقد للقضاء الإداري.⁶

حيث إن رقابة القاضي الإداري على الجماعات الترابية بخصوص العقود الإدارية، تنصب على حماية المتعاقد مع الإدارة الجماعية والتي من بينها إعادة التوازن المالي، والتعويض عن مجموعة من الوقائع التي قد تلحق الأضرار بالمتعاقد (تعديل العقد، الظروف الطارئة، الصعوبات المادية غير المتوقعة، إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية...). إضافة لتدخله في قضاء الإلغاء، عن طريق إلغاء بعض القرارات المنفصلة أو تلك القابلة للانفصال، والتي تتسم بعدم المشروعية الإدارية.

ومن بين صور إخلال الجماعات الترابية بالتزاماتها فيما يخص عقود تدبير مرافقها العمومية الترابية، امتناعها عن تنفيذ العقد، حيث أن العقد الإداري هو رابطة قانونية أساسها حسن النية، وهذا المبدأ يفرض على الإدارة احترام كافة التزاماتها التعاقدية وتنفيذها بطريقة

⁶ . حيث جاء في الحكم رقم 1286 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 8/12/2004 في الملف رقم 605/2004، في قضية الخطيب عبد المجيد ومن معه ضد شركة لاليديك لتوزيع الماء والكهرباء بالدار البيضاء ما يلي: «وحيث إن مؤدى الطلب هو الحكم على شركة "لاليديك" بأدائها للمدعين تعويضا إجماليا قدره (300.000) ألف درهم وإجراء خبرة لتقييم الأضرار التي لحقتهم من جراء إقدامها على تزويد دور الصفيح الكائنة بعقارهم موضوع الرسم العقاري عدد 16475/س بمادتي الماء والكهرباء. وحيث وإن كانت شركة "لاليديك" شركة مجهولة الاسم، فإن تعاقدها مع المجموعة الحضرية الدار البيضاء سابقا، الجماعة الحضرية للدار البيضاء حاليا بعقد تدبير مفوض قصد تدبير مرفقي الماء والكهرباء بالمدينة وهما مرفقان عموميان، فإن جميع الأشغال والأعمال التي تقوم بها في إطار ذلك العقد تعتبر من قبيل الأشغال العامة لأن مفهوم التدبير المفوض هو "عقد إداري تعهد السلطة المفوضة للمفوض له داخل المجال الترابي المحدد في مدار التفويض باستغلاله وتدبير المرفق العام لمدة محددة تنتهي بانقضاء مدة العقد". وهو ما ينسجم مع مقتضيات المادة 39 من القانون رقم 00/78 المتعلق بالميثاق الجماعي التي تنص على ما يلي: "يقرر المجلس في طرق تدبير المرافق العمومية الجماعية عن طريق الوكالة المباشرة والوكالة المستقلة والامتياز وكل طريقة أخرى من طرق التدبير المفوض للمرافق العمومية طبقا للقوانين والأنظمة المعمول بها". الأمر الذي يستتبع بالضرورة اعتبار أن الأضرار الناشئة عن نشاطها أضرارا ناتجة عن نشاط المرفق ينعقد الاختصاص بالبت فيها إلى القضاء الإداري عملا بأحكام المادة الثامنة من القانون رقم 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية». منشورات المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد 3-4، 2005، ص: 204.

سليمة، وإن لا تلجأ لاستعمال سلطاتها العقدية في سبيل التخلص من التزاماتها من دون أن تكون هنالك مصلحة حقيقية⁷. وبالتالي على الإدارة الجماعية أن تراعي عند ممارسة السلطات الواسعة التي تتمتع بها، مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، وألا تلجأ للتعسف في استخدام سلطاتها أو تقوم باتخاذ إجراءات من شأنها إلحاق الضرر بالمتعاقد.

يضاف إلى ذلك إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية خاصة ذات الطبيعة المالية، حيث يعد التزام الإدارة بأداء المقابل المالي من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة باعتبار هذا المقابل يمثل الدافع الرئيسي على تعاقد مع الإدارة، وإن نشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية، ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة، مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد وهي الحق في اقتضاء المقابل المحدد في العقد أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية⁸. حيث تتنوع صور إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية والتي من بينها؛ تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد، إضافة لتأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة، وعدم مراعاة تقلبات الأسعار.

وتتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد، حيث تتمثل في سلطة رقابة وتوجيه المتعاقد لتنفيذ العقد، وتعديل التزامات المتعاقد، إضافة لسلطة توقيع الجزاء في حال إخلال الطرف المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته، بل إن بوسع الإدارة إنهاء العقد في حال وجود تعارض بين استمرار تنفيذ العقد مع المصلحة العامة، أو في حال لم يعد تنفيذ العقد محققاً للغرض الذي أبرم من أجله، غير أن ممارسة هذه السلطات يجب ألا تنطوي على عمل غير مشروع، بحجة تحقيق المصلحة العامة، حيث يتعين على الإدارة ممارسة سلطاتها في إطار من المشروعية، حيث يشكل خروجها عن ذلك خطأ يترتب عليه قيام مسؤوليتها التعاقدية.

غير أن بعض الآثار المترتبة عن عقود الجماعات الترابية قد تمس حقوق الغير والتي تتم مراقبتها من طرف القاضي الإداري، والتي تتجلى في كون بعض العقود قد ينتج عنها تفويض المتعاقد ممارسة بعض الأنشطة والتي قد تخرج عن نطاق خدمات المرافق العمومية الترابية

⁷ . احمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص: 209 وما بعدها.

⁸ . رفح كريم رزقي، المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015، ص: 493.

لتدخل في مجال ممارسة الشرطة الإدارية⁹. والتي هي بطبيعتها صلاحيات لا يمكن أن تكون وبأي حال من الأحوال محل تفويض أو تعاقد¹⁰.

ومن بين القضايا التي عرضت على القضاء الإداري المغربي في هذا الصدد قضية السيد عبد الرحمان بنعمرو ضد شركة مستودع السيارات¹¹. حيث قضت محكمة الاستئناف بالرباط بعدم الاختصاص النوعي، وبإحالة القضية على المحكمة الإدارية بالرباط، حيث ذهبت هذه الأخيرة إلى أن آثار العقود الإدارية تمتد وبلا شك إلى الأغيار الأجانب عن العقد، ومن ثم يحق للمدعي الطعن في العقد. وبالتالي فقد قضت بالحكم على الشركة المدعي عليها بأدائها لفائدة المدعي تعويضا إجماليا قدره 3040 درهما¹². حيث أيدت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط هذا التوجه، وقضت بأحقية الطاعن في التعويض عن الضرر¹³.

⁹. وهنا يجب التأكيد على أن التمييز بين الشرطة الإدارية والمرفق العام، يتجلى فمعياري الهدف والنطاق، فإذا كان المرفق العام يهدف لتقديم خدمات لتلبية حاجيات ورغبات العموم، والتي يمكن للأشخاص المعنوية العامة المكلفة بإحداثها وتديرها أن تلجأ للتعاقد بشأنها. فعلى النقيض من ذلك فإن الشرطة الإدارية تهدف بالأساس لحماية النظام العام والتي تتجلى في تحقيق الأمن والسكينة والصحة، وعليه فإن مقومات الشرطة الإدارية لا يمكن أن تكون محل تفويض أو تعاقد.

¹⁰. أيوب بنجيبلي، خصوصيات مقاضاة الجماعات الترابية أمام القضاء الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 2018/2019، ص: 287.

¹¹. حيث ترجع حيثيات القضية بكون سيارة المدعي كانت متوقفة بمكان يجب الأداء عنه، وأن عدم الأداء يعطيها الحق في حبس سيارته بواسطة فخ لا يمكن سحبه إلا بعد أداء مبلغ يتراوح ما بين 20 و40 درهما. حيث قضت المحكمة الابتدائية بالرباط برفض طلب المدعي الرامي إلى الحكم ببطولان الإعلان الصادر عن المدعي عليها، معللة ذلك بكون المدعي ليست له الصفة في الدفع ببطولان العقد الذي يجمع بين جماعة الرابط حسان وشركة مستودع السيارات.

¹². حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد 273 صادر بتاريخ 2004/02/17، قضية عبد الرحمان بنعمرو ضد شركة مستودع السيارات، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 56، ماي-يونيو 2004، ص: 217-218.

¹³. حيث جاء في قرارها: «حيث لئن كان من حق المجلس الجماعي تفويض تدبير مرفق عمومي جماعي إلى شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، إما عن طريق الامتياز أو غيرها من طرق التدبير المفوض، فإن هذا التفويض يجب أن ينصب على خدمة هذا المرفق الجماعي لما في من مصلحة المرفقين وإرضاء لحاجياتهم، لا على ما من شأنه الإضرار بحقوقهم، وحيث إن ما ورد في عقد الامتياز من السماح للشركة المتعاقدة بممارسة حق عقل السيارات بفخاخ كجزاء على عدم أداء أصحابها لواجب التوقف أو إذا كان الأداء غير متناسب مع وقت التوقف والعمل على استخلاص مبلغ مالي محدد لفك هذا القيد، يعتبر مقتضى مخالف للضوابط والقوانين وللنظام العام لأنه تفويض لشخص القانون الخاص للقيام بمهام الشرطة الإدارية، التي لا يجوز تفويضها...».

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 825 صادر بتاريخ 2007/11/07، قضية عبد الرحمان بنعمرو ضد شركة مستودع السيارات، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 71، نونبر-دجنبر 2006، ص: 246-247.

وبالنظر لخصوصية تدبير الجماعات الترابية لأعمالها، والتي تخضع للمراقبة الإدارية من طرف ولاية وعمال المملكة، فقد أوكل المشرع لسلطات المراقبة الإدارية، اختصاص مراقبة تدبير الجماعات الترابية لمرافقتها العمومية الترابية، والتدخل عند وقوع منازعات ناتجة عن هذا التدبير، وهو الأمر الذي سنقف عليه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: حدود تدخل سلطات الرقابة الإدارية في تدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

استنادا للقوانين المؤطرة لاختصاصات تدخل ولاية وعمال المملكة في مجال المرافق العمومية الترابية، فإننا سنتناول حدود هذا التدخل في تدبير شق المنازعات، من خلال المراقبة الإدارية على المقررات المتعلقة بإحداث وتدبير المرافق العمومية الترابية (أولا)، إضافة لمظاهر تدخل سلطات المراقبة الإدارية في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض (ثانيا).

أولا: المراقبة الإدارية على المقررات المتعلقة بإحداث وتدبير المرافق العمومية الترابية

تعتبر المراقبة الإدارية من الآليات القانونية التي خولها المشرع للسلطة المركزية لضمان شرعية الأعمال التي تقوم بها الجماعات الترابية. حيث عرفها الفقه بكونها مجموع السلطات التي يمنحها المشرع للسلطة المركزية لتمكينها من مراقبة نشاط وحدات اللامركزية بقصد حماية المصلحة العامة¹⁴. وكذلك تعرف المراقبة الإدارية على الجماعات الترابية بأنها الرقابة التي تمارسها أجهزة الدولة المركزية على أجهزة اللامركزية الإدارية وفقا لما يحدده القانون¹⁵.

وتشمل المراقبة الإدارية على المقررات التي تختص المجالس الجماعية للجماعات الترابية بالمصادقة عليها ومنها تلك المتعلقة بالمرافق والتجهيزات العمومية المحلية¹⁶، والتي تشمل إحداث المرافق العمومية التابعة للجماعات الترابية، إضافة لطرق تدبيرها، وكذلك طرق التدبير المفوض

¹⁴ . H. LEMBERGER, **Audit, fascicule 1**, presses universitaires de Bruxelles, 19 édition, 2001, P: 11.

¹⁵ . عيد أحمد الحسبان، حدود الوصاية الإدارية على المجالس المحلية في النظم المقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 2، طبعة 2007، ص: 420.

¹⁶ . المادة 92 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

للمرافق العمومية الترابية، وأخيراً الشق المرتبط بإحداث شركات التنمية المحلية أو تعديل الجانب المالي والإداري لها.

حيث أوكل المشرع التنظيمي لرؤساء الجماعات الترابية تنفيذ مداولات المجلس ومقرراته، واتخاذ جميع التدابير اللازمة، والتي من بينها اتخاذ الإجراءات اللازمة لتدبير المرافق العمومية التابعة للجماعات الترابية¹⁷.

وتطبيقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور، يمارس عامل العمالة أو الإقليم مهام المراقبة الإدارية على شرعية قرارات رئيس المجلس ومقررات مجلس الجماعة، حيث تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات والقرارات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجماعة أو رئيسه أو المتخذة خرقاً للقانون¹⁸.

تجدر الإشارة إلى أن مقررات المجلس المتعلقة بإحداث المرافق العمومية الجماعية وطرق تدبيرها، لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من قبل عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه، داخل أجل عشرين (20) يوماً من تاريخ التوصل بها من رئيس المجلس، غير أن المقررات المتعلقة بالتدبير المفوض للمرافق والمنشآت العمومية الجماعية وإحداث شركات التنمية المحلية يؤثر عليها من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية داخل نفس الأجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه.

وتعتمد سلطات المراقبة الإدارية على عدة آليات لتنفيذ رقابتها على نشاط الجماعات الترابية، منها ما هو متعلق بالآليات ذات الطبيعة الرقابية، والتي تتجلى في حق التعرض عن كل قرار أو مقرر معيب أو غير مشروع، إضافة للإلزامية التأشير على العديد من القرارات والمقررات الصادرة عن الجماعات الترابية. أما الآلية الثانية للرقابة الإدارية فهي ذات طبيعة تهديدية، ومنها سلطة الحلول التي يمارسها الولاية والعمال.

¹⁷ . المادة 94 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

¹⁸ . المادة 115 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

ثانياً: مظاهر تدخل سلطات المراقبة الإدارية في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

استناداً لمقتضيات القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، والتي مكنت سلطات المراقبة الإدارية من اتخاذ مجموعة من القرارات المتضمنة للإجراءات الكفيلة بحسن سير المرافق العمومية الجماعية، حيث يمكن لولاة الجهات أو لعمال العمالات والأقاليم ممارسة بعض هذه المهام، وذلك عن طريق تفويض من السلطات الحكومية المكلفة بالداخلية.¹⁹

ويمكن تمييز تدخل سلطات المراقبة الإدارية، بين عدة مستويات، فخلال مرحلة إبرام العقود الإدارية بين الجماعة الترابية والجهة الموكل لها تدبير المرفق العمومي، فعامل العمالة أو الإقليم وولاة الجهات اختصاص إصدار مقرر من خلاله يتم وضع معايير موحدة وأنظمة مشتركة للمرافق العمومية المحلية أو الخدمات التي تقدمها على مستوى النفوذ الترابي، إضافة للتنسيق في تحديد التسعيرة المتعلقة بخدمات المرافق العمومية الجماعية، وتحديد طرق تقديم الدعم للجماعات ومجموعاتها من أجل الرفع من جودة الخدمات المقدمة من لدن المرافق العمومية الجماعية، وأخيراً تنسيق مخططات تنمية المرافق العمومية الجماعية على المستوى الوطني.

أما خلال مرحلة تنفيذ العقد، فتطلع سلطات المراقبة الإدارية بمواكبة الجماعات الترابية، وذلك من خلال تقديم المساعدة التقنية في مجال مرافقة تسيير المرافق العمومية المحلية المفوض تدبيرها، وذلك بالنظر للخبرات والكفاءات البشرية التي تحتوي عليها الإدارات اللامركزية لوزارة الداخلية. إضافة لجمع المعطيات والمعلومات الضرورية، ووضعها رهن الإشارة لتتبع تدبير المرافق العمومية الجماعية.

من خلال ما سبق فإن تدخلات سلطات المراقبة الإدارية في ضبط ومواكبة ومراقبة سير تدبير المرافق العمومية الترابية من شأنه أن يشكل مدخلاً لتقوية دور الجماعات الترابية في تجويد تدبير المرافق العمومية الترابية، وبالتالي تفادي الاختلالات الناتجة عن تدبير هذه المرافق، مما سيمكن من تقليل المنازعات التي قد تنشأ بين الجماعات الترابية والأطراف المتعاقدة الموكل إليها تدبير المرافق العمومية الترابية.

¹⁹ . المادة 112 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

غير أن ما يلاحظ من خلال الواقع العملي أن تدخل السلطات الحكومية المكلفة بالداخلية في مراحل إبرام العقود وتنفيذها ومراقبتها، لا تتم بطرق موحدة على مستوى العمليات والأقاليم، بالإضافة إلى عدم حرص الجماعات الترابية على التنسيق مع سلطات المراقبة الإدارية، من خلال الاستعانة بالقدرات والإمكانيات التدبيرية والبشرية التي تتوفر عليها الإدارات اللامركزية لوزارة الداخلية، مما ينتج عنه تزايد عدد المنازعات المتعلقة بتدبير تلك المرافق.

وبغية الحد من تلك المنازعات، فقد أوكلت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، لسلطات المراقبة الإدارية مهام الوساطة بين الجماعات الترابية وباقي المتدخلين في المنازعات الناشئة عن تدبير المرافق العمومية الترابية قصد حل الخلافات فيما بينهم، وتقاضي المرحلة القضائية والتي تشكل عبئا على الجماعات الترابية خاصة فيما يتعلق بالشق المالي.

وقد نص المشرع على إمكانية تضمين عقود التدبير المفوض في حال وقوع نزاع بين الأطراف المتعاقدة، على اللجوء إلى مسطرة التحكيم، إما وفق التشريع الجاري به العمل أو بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف مطبقة على العقد المعني. ولحل النزاعات بين المفوض إليه والمرتفقين، يجب أن ينص عقد التدبير المفوض على ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح أولا قبل اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء²⁰.

في هذا الصدد نورد نموذجا من أعمال سلطات المراقبة الإدارية لمهام الوساطة في منازعات عقود التدبير المفوض، فطبقا لمقتضيات المادة 67 من اتفاقية التدبير المفوض بين جماعة اليوسفية وشركة لتدبير قطاع النظافة، تدخلت سلطات المراقبة الإدارية بإقليم اليوسفية للتحكيم في قضية نزاع بين طرفي عقد التدبير المفوض، وذلك حول استفادة الشركة من مداخيل لا تقدمها بأحد الأحياء التي تنتمي للمكتب الشريف الفوسفات حيث يقوم هذا الأخير بتدبير نظافة الأحياء التابعة له، وذلك بعد تعذر التوصل لحل توافقي من خلال لجنة التتبع المحلية، حيث أفضى تحكيم سلطات المراقبة الإدارية بين طرفي العقد إلى اتفاق تسترجع بمقتضاه جماعة اليوسفية المبالغ الناتجة عن الخدمات غير المقدمة بالحي المعني²¹.

²⁰ . المادة 9 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.06.15 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5404 بتاريخ 16 مارس 2006.

²¹ . محضر لجنة التحكيم في قضية نزاع بين جماعة اليوسفية والشركة المفوض لها تدبير قطاع النظافة، 20 ماي 2022، غير منشور.

وبالتالي تظهر أهمية لجوء الجماعات الترابية لسلطات المراقبة الإدارية من أجل الوساطة في منازعات تدبير المرافق العمومية الترابية، وذلك ضمانا لاستمرارية سير المرافق العمومية من جهة، وتقاضي هدر الزمن الاستثماري والذي ينعكس سلبا على قيام الجماعات الترابية بالمهام المنوطة بها في مجال تقديم الخدمات العمومية والتنمية الترابية.

الفرع الثاني: مداخل تجويد تدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض
تبرز أهمية تجويد المرفق الجماعي كضرورة استراتيجية وهران سياسي واقتصادي واجتماعي لبناء إدارة جماعية عصرية وحديثة تقدم خدماتها للمرتفقين، وفق متطلبات الشفافية والفعالية والتي من شأنها الرفع من مستوى التدبير الوقائي والقبلي للجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض.

حيث سنتناول الآليات الحديثة لتدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض (الفقرة الأولى). ثم سنتطرق للوسائل الغير القضائية في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آليات تدبير الجماعات الترابية للمنازعات الناشئة عن عقود

التدبير المفوض

بالنظر لأهمية تحديث تنظيم الإدارة الجماعية والمرتبطة بتدبير المنازعات، فإن من أهم التحديات والتي في نظرنا تؤثر على هذا التدبير، نجد قصور على مستوى تطبيق الوسائل القانونية في أعمال الجماعات الترابية، إضافة لمحدودية الموارد البشرية الجماعية، وعدم اعتماد الرقمنة في تدبير المنازعات.

وعليه فإننا سنتطرق لمسألة أهمية اعتماد الوسائل القانونية في تدبير عقود التدبير المفوض (أولا)، ثم سنتنقل لدراسة الوسائل الحديثة لتدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض (ثانيا)، خاصة الوسائل البشرية والرقمية.

أولا: الوسائل القانونية في تدبير عقود التدبير المفوض

إن اعتماد الوسائل القانونية في تدبير الجماعات الترابية لعلاقاتها مع باقي الأطراف الموكل لها تدبير المرافق العمومية الترابية، يعتبر المدخل الأساسي لتقاضي المنازعات التي قد تنتج

عن عدم إعمال الجماعات الترابية للمشروعية الإدارية، ومن أهم الوسائل القانونية نجد القانون 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض، والذي يمنح للجماعات الترابية عدة آليات لمراقبة وتتبع تدبير المفوض لهم للمرافق العمومية الترابية.

حيث حدد المشرع الشكل القانوني للمفوض إليه، والذي حدده في شركة تابعة لقانون الشركات المغربي، وأن يكون غرض الشركة المفوض إليها منحصرًا في تدبير المرفق العام والترخيص لها من لدن المفوض باستغلال أنشطة تكميلية تجارية أو صناعية لتقديم خدمات أفضل²².

أما فيما يتعلق بمسطرة إبرام عقود التدبير المفوض، فقد تم التنصيص على مجموعة من الإجراءات المسطرية التي يتعين على الجماعات الترابية إعمالها عند إبرام عقد التدبير المفوض، والتي في حال مخالفتها ينتج عنها نشوء عقد إداري غير مشروع مما يدفع بإمكانية وقوع منازعات.

ومن جملة تلك الإجراءات أن طريقة إبرام عقد التدبير وفقا للمادة الخامسة من القانون المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة للقانون يجب أن تتم في إطار الدعوة إلى المنافسة لاختيار المترشحين المنافسين على تدبير المرفق العمومي، وذلك قصد ضمان المساواة بين المترشحين وموضوعية معايير الاختيار وشفافية العمليات وعدم تحيز في اتخاذ القرارات.

ونشير إلى أن مسطرة الدعوة إلى المنافسة لا تخضع لمرسوم الصفقات العمومية²³. بل تحدد أشكال وكيفية تنفيذها إلى الحكومة إذا تعلق الأمر بعقود التدبير المفوض الخاصة بالجماعات الترابية، حيث صدر مرسوم تطبيقي²⁴. والذي أحال بدوره تحديد المسطرة على قرار لوزير الداخلية، والذي بموجبه يحدد أشكال وكيفية إعداد وثائق الدعوة إلى المنافسة المتعلقة بتدبير مرفق عام من قبل الجماعات الترابية.

²² . المادة 25 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة.

²³ . المادة 3 من المرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 7176، بتاريخ 16 شعبان 1444 (9 مارس 2023)، ص: 2861.

²⁴ . المرسوم رقم 2.06.362 الصادر في 14 رجب 1427 (9 أغسطس 2006) بتطبيق المادتين 5 و12 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، الجريدة الرسمية عدد 5454، بتاريخ 13 شعبان 1427 (7 سبتمبر 2006)، ص: 2307.

ويمكن للجماعات الترابية اللجوء إلى مسطرة التفاوض المباشر في حالات استثنائية كحالة الاستعجال قصد ضمان استمرارية المرفق العام، لأسباب يقتضيها الدفاع الوطني أو الأمن العام²⁵. كما يمكن للسلطة المفوضة اختيار المفوض إليه عن طريق الاقتراحات التلقائية التي يتقدم بها الأشخاص الذين يجيدون استعمال تقنية أو تكنولوجيا جديدة من شأنها أن تكون مفيدة في تدبير المرفق العام²⁶.

حيث إن مسألة اختيار المفوض إليه يتوقف أساسا على صفته الشخصية²⁷. حيث يقصد بها المواصفات والمزايا الشخصية للمفوض إليه كمؤهلاته التقنية وخبراته وقدراته المالية وتجربته، مع أخذ بعين الاعتبار نوعية وجودة الخدمات المقدمة مما يعني أن قلة تكلفة التدبير المفوض ليست هي العنصر الوحيد للتحكم في اختيار المفوض إليه²⁸.

وضمنا لحسن سير المرفق العمومي الترابي، فقد منح المشرع للجماعات الترابية مجموعة من الصلاحيات تجاه المفوض إليه، منها مراقبة وتتبع سير تنفيذ عقد التدبير المفوض، إضافة للمراجعة الدورية لعقد التدبير المفوض لتقييم مدى تقدم تنفيذ العقد، وإعادة النظر في شروط سير التدبير المفوض قصد ملائمته مع حاجيات المرفق العام، لكن في إطار احترام التوازن المالي للتدبير المفوض.

فمن أهم الامتيازات التي خولها المشرع للجماعات الترابية سلطة توقيع الجزاءات الإدارية²⁹، ضد المفوض إليه في حالة عدم الوفاء بالتزاماته أو مخالفة البنود التعاقدية³⁰. وذلك لضمان حسن سير المرافق العمومية، وهذه الجزاءات الإدارية يجب أن تحدد مسبقا في عقد التدبير المفوض.

²⁵ . المادة 6 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة.

²⁶ . المادة 7 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة.

²⁷ . المادة 11 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة.

²⁸ . محمد شوراق، النظام الجديد للأمالك العقارية للجماعات الترابية، مطبعة دار القلم الرباط، 2022، ص: 125.

²⁹ . الجزء الإداري كما عرفه الأستاذ محمد أمين بنعبد الله هو: «قرار إداري انفرادي صادر عن سلطة إدارية لجزر الإخلال بالتزامات معينة»، كما عرفه أيضا الفقيه الفرنسي جاك مورو بأنه: «قرار انفرادي ذو مضمون ردعي». ويأخذ الجزء أشكالا مختلفة، كالغرامات المالية.

³⁰ . المادة 32 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة.

حيث قيد القانون المتعلق بالتدبير المفوض الجماعات الترابية بضرورة توجيه إنذار للمفوض إليه يتضمن أجلا محددا لتنفيذ التزاماته، وذلك قبل تطبيق الجزاءات الإدارية المنصوص عليها في عقد التدبير المفوض. حيث يجب الإشارة إلى أن سلطة الجماعات الترابية في توقيع الجزاءات ليست مطلقة وإنما تقديرية تستهدف المصلحة العامة، حيث تخضع هذه القرارات لرقابة القضاء الإداري للنظر فيها من حيث المشروعية والملائمة.

في هذا الإطار، لابد من الإشارة إلى نقطة غاية في الأهمية وهي ضرورة تعاقد الجماعات الترابية مع محام من أجل الدفاع والترافع عن هذه الجماعات أمام القضاء الإداري في مختلف القضايا التي تكون طرفا فيها، على اعتبار أن مؤسسة الوكيل القضائي للجماعات الترابية لا تقدم الدعم القانوني اللازم لمختلف القضايا المعروضة على القضاء الإداري والتي تكون الجماعات الترابية طرفا فيها، وهو الأمر الذي تنبّهت له المصالح المركزية بحيث أصدرت وزارة الداخلية دورية³¹. تحث فيها الجماعات الترابية على ضرورة الاستعانة بمحامين من أجل السهر على الدفاع على قضايا الجماعات الترابية ومصالحها أمام القضاء.

وبالتالي فإن الاعتماد على الوسائل الحديثة لتدبير للإدارة الجماعية من شأنه أن يساهم في تجويد تدبير النزاعات الناشئة، من خلال العمل على إيجاد صيغ للتوافق، دون بلوغ المنازعة للمرحلة القضائية.

ثانيا: الوسائل الحديثة لتدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

أضحت الجماعات الترابية في ظل الدستور المغربي لسنة 2011، ملزمة بتقوية تدخلاتها نحو كسب رهان الحوكمة الجيدة والاستجابة للحاجيات المتزايدة للمواطنين، وذلك بإرساء آليات جديدة للتدبير الترابي، باعتبارها مداخل أساسية لتحديث الجماعات الترابية وقياس جودة الخدمات المقدمة وفعالية الإدارة الجماعية في مواكبة متطلبات المرتفقين. والتي من شأنها تجويد تدبير فعال لمنازعاتها. ومن أهمها تحديث الوسائل البشرية بالجماعات الترابية (أ)، ثم تفعيل التحول الرقمي على مستوى تدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض (ب).

³¹ . دورية وزير الداخلية، حول تدبير المنازعات القضائية للجماعات الترابية، مرجع سابق.

أ. تحديث الوسائل البشرية بالجماعات الترابية:

تعتبر الوسائل البشرية الجماعية³²، امتدادا للوسائل القانونية، بحيث أن التنفيذ من الناحية الواقعية يتم عن طريق العديد من الموظفين، والجماعات الترابية لا تخرج عن هذه القاعدة بحيث أنها تتوفر على عدد كبير من العاملين يقومون بمساعدة رؤساء المجالس على القيام بمهامهم، حيث من شأن تحديث الموارد البشرية المساهمة في تجويد تدبير الجماعات الترابية لمنازعات مرافقتها العمومية الترابية.

ويمثل العنصر البشري المؤهل الأهمية القصوى بالنسبة للإدارة العمومية، لكونه يساعد على استخدام الموارد المعلوماتية بشكل جيد ويزودها بمعلومات توظف في تحليل ودراسة المشكلات الإدارية والاقتصادية والاجتماعية المختلفة، والاستفادة القصوى من إمكانياتها يتوقف بالدرجة الأولى على القوى البشرية المؤهلة والمدربة في مجال التكنولوجيا الحديثة، لأن الإدارة هي مجموعة من الأشخاص والبنىات البشرية التي أنيطت بها مجموعة من الأدوار والوظائف³³.

وبما أن الموارد البشرية الفاعل الرئيسي في نجاح المرفق الجماعي في القيام بمهامه، فإن الواقع يفرض مجموعة من المؤشرات، التي تظهر ضعف الجماعات الترابية فيما يتعلق بأداء موظفيها لمهامهم، مما يؤثر سلبا على مسار الإصلاح والتطوير، حيث يعزى هذا الضعف إلى غياب آليات تتبع وتقييم الأداء، وضعف التكوين المستمر، يضاف إلى ذلك طغيان اعتماد التسيير النظامي للموظفين، ونقص به التركيز على الدرجة والرتبة بدل الوظيفة والاستحقاق.

وعليه فالجماعات الترابية، مطالبة بكيفية منتظمة بتقييم أداء مواردها البشرية بناء على الأهداف والمهام المحددة لها، وباعتماد نتائج التقييم في تحفيز الموارد البشرية وتأهيلها ومحاسبتها³⁴.

³² . تسري على الموظفين الجماعين نفس القوانين والأنظمة الأساسية التي تسري على موظفي الدولة، خاصة الظهير الشريف رقم 1.58.008 الصادر بتاريخ 24 فبراير 1958 بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، كما تسري عليهم المقترضات الخصوصية التي نص عليها المرسوم 2.77.738 الصادر بتاريخ 27 شتنبر 1977 بمثابة النظام الأساسي لموظفي الجماعات.

³³ . عبد الحق عقله، مدخل لدراسة القانون الإداري وعلم الإدارة، دار القلم للنشر، الرباط، طبعة 2002، ص: 75.

³⁴ . المادة 19 من القانون رقم 54.19 بمثابة ميثاق المرافق العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.58 المؤرخ في 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021)، الجريدة الرسمية عدد 7006 بتاريخ 11 ذو الحجة 1442 (22 يوليو 2021).

أما على مستوى التكوين المستمر فله أهمية بالغة في تزويد الأطر البشرية بمهارات ومعارف وقدرات يستطيع من خلالها تطوير أدائهم وتحقيق الأهداف وتحسين المردودية باستمرار، ويسهم في تغيير الأنماط السلوكية للموظفين داخل الإدارات وتمكينهم من الانسجام مع مجمل التغيرات، وبالتالي فإن من شأن التدريب أن يعالج مكان النقص والقصور في أداء وسلوك العاملين من خلال اكتساب الأفراد المتدربين للمعارف والمهارات والمعلومات التي تنقصهم وتنقيحها بشكل مستمر³⁵.

الأمر الذي تضمنه ميثاق المرافق العمومية، حيث ألزم على المرافق العمومية اتخاذ التدابير اللازمة لتأطير وتقوية قدرات مواردها البشرية عبر برامج منتظمة للتكوين، وذلك بناء على مخططات التدبير التوقعي، كما تعمل على إعداد أطر قيادية كفأة، من خلال إحداث مشاغل للكفاءات واعتماد برامج مناسبة لتعدها³⁶.

وعليه فقد أصبح مجال تدبير الموارد البشرية أحد المفاتيح الأساسية لتطوير الوظيفة الجماعية والرفع من مردودية الأداء الإداري، وذلك عبر الاستثمار الجيد للقدرات والكفاءات المتوفرة، وتوزيعها وفق مبدأ العنصر المناسب في المكان المناسب وملاءمة المنصب للمهام المطلوبة، وتوفير عناصر التحفيز والتأهيل وتطوير القدرات³⁷.

ب. تفعيل التحول الرقمي على مستوى تدبير المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض؛

تعد برامج التحول الرقمي للجماعات الترابية، رافعة لتبسيط ورقمنة المساطر وأعمال الشفافية وتحسين مناخ الأعمال، حيث إن اعتماد نهج الرقمنة للخدمات المرفقية بات ضروريا تنزيله وتعميمه على مختلف الإدارات الجماعية، وذلك من أجل تجاوز العديد من الاختلالات التي تطبع علاقة المواطن العادي والمستثمر بالإدارة الجماعية، وذلك بما سيتيح الخروج من تعقد

³⁵ . بدرية الطربيق، دور الإدارة الرقمية في تحديث وعصرنة الإدارة العمومية بالمغرب، مجلة استشراف للدراسات والأبحاث القانونية، عدد 3 و4، أبريل 2019، ص: 61.

³⁶ . المادة 18 من القانون رقم 54.19 بمثابة ميثاق المرافق العمومية.

³⁷ . عبد الكريم حيزرة، الوظيفة الجماعية وهران التنمية المحلية، أشغال اليوم الدراسي: الانتخابات المحلية لسنة 2015 – أية حكمة لامركزية لأي تنمية بشرية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، ص: 284.

المساطر وريج الوقت وإعمال الشفافية. لتحديث الجماعات الترابية وقياس جودة الخدمات المقدمة وفعالية الإدارة الجماعية في مواكبة متطلبات المرتفقين.

فالرقمنة تمثل أسوبا جديدا لتقديم الخدمة للمرتفق، وتهدف لرفع كفاءة الإدارة الجماعية، ورفع الإجراءات البيروقراطية، وتوفير المعلومات والبيانات بطريقة سهلة، وهو ما استوجب استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، لتغيير أسلوب العمل وأداء الخدمات، والعمل على تلبية كافة الاحتياجات والخدمات، من خلال التركيز على استخدام البرامج وتطبيقات الحاسوب.

غير أن عدم اعتماد نظام معلوماتي لتدبير ملفات منازعات الجماعات الترابية، يعد من بين المعوقات التي وقف عليها تقرير المجلس الأعلى للحسابات³⁸. الأمر الذي يحتم على السلطات الحكومية المكلفة بالداخلية، من خلال مؤسسة الوكيل القضائي للجماعات الترابية لاعتماد نظم معلوماتية لتدبير مندمج للمنازعات، على غرار ما تتوفر عليه الوكالة القضائية للمملكة.

حيث انخرطت الوكالة في بلورة استراتيجية تعتمد التكنولوجيا الحديثة لتبسيط المساطر وتطوير العمل بكل أشكاله. حيث قامت بوضع نظام "تبادل" لنزع الطابع المادي عن مسطرة تبادل الوثائق والمعلومات، حيث يسمح بالتبادل الإلكتروني بين جميع المتدخلين في مجال منازعات الدولة على المستوى المركزي والجهوي، حيث تمنح هذه الآلية كافة الضمانات التقنية والقانونية الضرورية لحماية الوثائق والمعطيات المتبادلة³⁹.

إضافة لإحداث نظام معلوماتي مندمج لمنازعات الدولة "سجل Sigile" يمكن من خلاله بتتبع الملفات من بدايتها إلى نهايتها، وبالتالي المساهمة في منح رؤية شاملة على تطور قضية ما ودعم اتخاذ القرارات الناجعة بشأنها استنادا إلى مؤشرات⁴⁰. وعليه فإن ما تتوفر عليه الوكالة القضائية من تجربة في مجال رقمنة مهام الدفاع عن الدولة، يمكن أن يشكل نموذجا لاعتماده على مستوى رقمنة منازعات الجماعات الترابية، وتحقيق التدبير الناجع لهذه المنازعات.

³⁸ . المجلس الأعلى للحسابات، تقرير برسم سنتي 2016 و2017، مرجع سابق.

³⁹ . الوكالة القضائية للمملكة، تقرير النشاط السنوي 2018، ص: 31.

⁴⁰ . المرجع نفسه، ص: 32.

الفقرة الثانية: فعالية الوسائل غير القضائية في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

التسوية غير القضائية هي مجموعة الوسائل أو الأليات التي يلجأ إليها أطراف النزاع عند نشوء خلاف بينهم بغية التوصل لتسوية ذلك النزاع دون رفع الدعوى أمام المحاكم، إذ أن ما تنتجه مرحلة التقاضي في حالة المنازعات الإدارية من إشكاليات، تؤثر سلباً على استمرارية المرافق العمومية الترابية وبالتالي تنعكس على مسألة التنمية الترابية وتشجيع الاستثمار المحلي. وعليه ظهر تزايد الاهتمام في مختلف التشريعات الوطنية والأجنبية لضرورة اعتماد وسائل بديلة لحل المنازعات الإدارية، لما تحققه من مزايا تتلاءم مع طبيعة هذه العقود، الأمر الذي دفع بالمشروع لفتح إمكانية اللجوء إلى آليات بديلة لتسوية النزاعات، والمتعلقة بإمكانية إجراء الوساطة الاتفاقية (أولاً)، أو اللجوء إلى التحكيم (ثانياً).

أولاً: الوساطة الاتفاقية كوسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

بالاستناد على القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، فقد عرف المشرع المغربي اتفاق الوساطة بكونه ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط، يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد⁴¹. وبالتالي فالوساطة هي مسطرة يتفق بموجبها طرفا النزاع على اللجوء لطرف ثالث (الوسيط)، لمواكبتهم في البحث عن حل للنزاع. حيث يتمثل دور الوسيط في تقريب وجهات النظر واقتراح حلول موشوقة، في إطار من الخصوصية والسرية. ولا يملك الوسيط سلطة فرض قرار أو حل، حيث يتم التوصل إلى حل إذا وافق الطرفان عليه.

ويمكن للأطراف إبرام اتفاق الوساطة، إما بعد نشوء النزاع ويسمى عقد الوساطة، أو قبل نشوء النزاع بالتنصيص عليه في العقد الأصلي أو في عقد يحيل على هذا العقد ويسمى عندئذ بشرط الوساطة، وأخيراً أثناء مسطرة جارية أمام القضاء، وفي هذه الحالة يرفع إلى علم المحكمة المختصة من لدن الطرف الأكثر استعجالاً، في أجل لا يتعدى سبعة أيام بعد إبرامه، وفي هذه

⁴¹ . المادة 87 من القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.22.34 المؤرخ في 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022)، الجريدة الرسمية عدد 7099، بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022).

الحالة تصرح المحكمة بالإشهاد على اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى الوساطة، وذلك تحت طائلة البطلان.

وقد أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى التوفيق عند قبول الضرفاء عبر إمكانية عرض المحكمة التوفيق على أطراف المنازعة، وذلك في المادتين (L211-4) و(R621-1) من قانون العدالة الإدارية، رغم أن هذه الدعوة غير ملزمة، إلا أنها تسمح بإمكانية اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات وعليه يستند الفقه - المؤيد للحق في اللجوء إلى الوساطة - إلى أن المشرع الفرنسي عندما طبق التوجيهات الأوروبية الصادرة عام 2008 نص صراحة في المادة (3-771) على اعترافه بالوساطة في المنازعات العابرة للحدود، بحيث يعود أمر النظر بها إلى القاضي الإداري والذي له أن يحلها بالوساطة ضمن ضوابط وشروط محددة⁴²، كما قرر المشرع الفرنسي مشروعية اللجوء إلى الوساطة القضائية في المنازعات الضريبية لتجد الوساطة بعد ذلك طريقها إلى المنازعات الإدارية⁴³.

ثانيا: دور التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التدبير المفوض

يعتبر لجوء الأشخاص المعنية العامة إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية المبرمة مع الخواص، من القضايا التي أضحت لها أهمية بالغة، نظرا لانعكاسها الإيجابي على تحسين مناخ الاستثمار وتحفيز الخواص على التعاقد مع الإدارة بالشكل الذي قد يرفع من جودة الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية الترابية، وهو ما يبرر انتشاره المتسارع و بروز هيئات للتحكيم الدولية أو الوطنية المتخصصة في مجال تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف المعنية، خاصة في ظل الإشكاليات التي تثيرها مرحلة التقاضي من تعقد للمساطرو طول آجال البث وعدم التنفيذ، إضافة لتطور العلاقات الاقتصادية.

حيث لم تكون مسألة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية محل اتفاق الفقه، وهو ما امتد إلى القضاء، غير أن المستقر عليه قانونا وعملا هو عدم جواز التحكيم في منازعات

⁴² . صفاء محمد السوليميين وأحمد الضلايين، الوساطة الاتفاقية كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية -دراسة

مقارنة-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 1، العدد التسلسلي 37، ديسمبر 2021، ص: 497

⁴³ . Charles Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, présentation générale, Revue Internationale de Droit compare, Société de Législation Comparée, Paris, Vol 49, No 2, Avril-juin 1997, P: 325.

العقود الإدارية كقاعدة عامة إلا ما استثنى بنص خاص وصريح، الأمر الذي تبناه المشرع الفرنسي وأقره مجلس الدولة وسابره العديء من التشريعات المقارنة بما فيها التشريع والقضاء الإداريين⁴⁴.

ويقصد بالتحكيم لجوء الأطراف المتنازعة إلى جهة غير قضائية لفض خلافاتهم الآنية أو المستقبلية، وذلك بمقتضى شروط وإجراءات، يتم تحديدها إما من قبل الأطراف، أو يسندون تحديدها إلى إحدى مراكز التحكيم أو بواسطة قواعد للتحكيم وفق الإجراءات القانونية.

حيث تناول المشرع الفرنسي التحكيم في المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي، وعرفه بكونه إجراء يتضمن اتفاق بين الأطراف المعنية على إحالة نزاعهم الناشئ على المحكمين وفق إجراءات خاصة، دون اللجوء إلى القضاء⁴⁵. وقد سايره المشرع المغربي حيث عرف التحكيم بكونه عرض النزاع على هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق التحكيم⁴⁶، هذا الأخير الذي يعد بمثابة التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية، تعاقدية أو غير تعاقدية، حيث يكتسي اتفاق التحكيم إما شكل عقد التحكيم أو شرط التحكيم⁴⁷.

وتظهر فعالية التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، من خلال بساطة الإجراءات التحكيمية وسريتها، والسرعة في حسم الخلاف الناشئ بين أطراف اتفاق التحكيم، والتحرر من إجراءات التقاضي المتميزة بالتعقيد والتعدد، إلى جانب تميز هيئة التحكيم بالسرية والتخصص والكفاءة، وهو ما يضيف على قرارات التحكيم النجاعة والجدية والتخصص والموازنة بين مصالح أطراف التحكيم⁴⁸.

ومن ناحية ثانية تبرر أهمية التحكيم كذلك في كونه وسيلة فعالة من شأنها تخفيف العبء على الجهات القضائية، خاصة وأن الواقع العملي أثبت عدم قدرة القضاء وحده على البت في

⁴⁴ . خالد بالجلالي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 02، 2022، ص: 510.

⁴⁵ . Loi de procédure civile, Article 1442, Dernière éditions 2021, modification : 20-03-2021.

⁴⁶ . المادة الأولى من القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

⁴⁷ . المادة 2 من القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

⁴⁸ . منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسطنطينية، ص: 76.

جميع النزاعات الناشئة بما فيها النزاعات الناشئة عن العلاقة العقدية التي تربط بين الشخص المعنوي العام والمتعاقدين معه من خلال الاعتماد على إجراءات أكثر بساطة وسرعة في حسم النزاع الناشئ مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء.

هذا فضلا على تخوف الأطراف المتعاقدة لاسيما الأجنبية منها بتمسك الدولة المتعاقدة المضيفة بسيادتها وحصانتها القضائية وتطبيق قانونها الوطني، وولاية القضاء الوطني واختصاصه نوعيا بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، وهو ما يبرر تخوف المستثمر الأجنبي من عدم التزام هيئات القضاء الوطني بالحياد وتكريس المساواة في التقاضي أمام القضاء، وتعدد وتعقد إجراءات التقاضي أمام الهيئات القضائية المختصة. بشكل قد يؤدي إلى الإضرار بحقوقه المقررة أثناء التعاقد على أنه يمكن تجنب ذلك باللجوء إلى التحكيم والرضائية في اختيار المحكم أو هيئة التحكيم، وكذا إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق⁴⁹.

خاتمة:

أضحت منازعات الجماعات الترابية، وبصفة خاصة المنازعات الناتجة عن التدبير الغير المباشر للمرافق العمومية الترابية تشكل هاجسا أمام قيام الوحدات الترابية بالأدوار المنوطة بها. بالتالي تظهر أهمية بلورة استراتيجية وطنية لتحديث التدبير الوقائي والقبلي لمنازعات الجماعات الترابية، والتي يجب أن تتضمن في اعتقادي النقاط التالية:

- التحديث الإداري والبشري لمؤسسة الوكيل القضائي للجماعات الترابية،
- ضرورة التعاقد مع محامين من أجل الدفاع عن مصالح الجماعات الترابية أمام القضاء،
- رقمنة تدبير منازعات الجماعات الترابية،
- توظيف وتأهيل الموارد البشرية الجماعية المكلفة بتدبير المنازعات،
- إحداث مصالح على مستوى الجماعات الترابية مكلفة بتدبير المنازعات،
- حرص سلطات الرقابة الإدارية على التدخل للوساطة بين الجماعات الترابية والأطراف المتنازعة.

⁴⁹ . خالد الجيلالي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص: 509.

لائحة المراجع:

المراجع العربية:

♦ الكتب:

- أحمد رجب محمود، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- احمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- عبد الحق عقله، مدخل لدراسة القانون الإداري وعلم الإدارة، دار القلم للنشر، الرباط، طبعة 2002.
- محمد شوراق، النظام الجديد للأموال العقارية للجماعات الترابية، مطبعة دار القلم، الرباط، 2022.

♦ الرسائل والأطروحات الجامعية:

- أيوب بنجبيلي، خصوصيات مقاضاة الجماعات الترابية أمام القضاء الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 2018/2019.
- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسطنطينية.

♦ الدراسات والأبحاث:

- بدرية الطربيق، دور الإدارة الرقمية في تحديث وعصرنة الإدارة العمومية بالمغرب، مجلة استشراف للدراسات والأبحاث القانونية، عدد 3 و4، أبريل 2019.
- خالد بالجيلالي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 05، العدد 02، 2022.

- رفح كريم رزقي، المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السابعة، 2015.
- صفاء محمد السويلميين وأحمد الضلاعيين، الوساطة الاتفاقية كوسيلة بديلة لحل المنازعات الإدارية - دراسة مقارنة -، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 1، العدد التسلسلي 37، ديسمبر 2021.
- عبد أحمد الحسبان، حدود الوصاية الإدارية على المجالس المحلية في النظم المقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 2، طبعة 2007.
- عبد الكريم حيضرة، الوظيفة الجماعية ورهان التنمية المحلية، أشغال اليوم الدراسي: الانتخابات المحلية لسنة 2015 - أية حكاية لامركزية لأي تنمية بشرية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، 2016.
- عمر عبد الرحمن البوريني، المشروعية الإدارية كمحدد لممارسة الإدارة سلطاتها التقديرية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 10، ملحق خاص، العدد 10، نوفمبر 2021.

♦ النصوص القانونية:

- الظهير الشريف رقم 1.22.34 صادر في 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022)، بتنفيذ القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7099، بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022).
- الظهير الشريف رقم 1.21.58 صادر في 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021)، بتنفيذ القانون رقم 54.19 بمثابة ميثاق المرافق العمومية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7006 بتاريخ 11 ذو الحجة 1442 (22 يوليوز 2021).
- الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات. منشور بالجريدة الرسمية عدد 6380، بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

- الظهير الشريف رقم 1.06.15 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، بتنفيذ القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5404، 16 مارس 2006.
- مرسوم رقم 2.22.431 صادر في 15 من شعبان 1444 (8 مارس 2023) المتعلق بالصفقات العمومية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7176، بتاريخ 16 شعبان 1444 (9 مارس 2023).
- مرسوم رقم 2.17.265 صادر في 28 رمضان 1438 (23 يونيو 2017)، بتحديد كفاءات تلقي ملاحظات المرتفقين واقتراحاتهم وشكايتهم وتتبعها ومعالجتها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6582، 4 شوال 1438 (29 يونيو 2017).
- مرسوم رقم 2.06.362 الصادر في 14 رجب 1427 (9 أغسطس 2006) بتطبيق المادتين 5 و12 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5454، بتاريخ 13 شعبان 1427 (7 سبتمبر 2006)، ص 2307.
- دورية وزير الداخلية، حول تدبير المنازعات القضائية للجماعات الترابية، رقم D1747، بتاريخ 22 دجنبر 2021.
- دورية وزير الداخلية، حول وضع آلية موحدة لتلقي ملاحظات واقتراحات وشكايات مرتفقي الجماعات الترابية والمتعاملين معها، بتاريخ 8 يناير 2019.

♦ تقارير:

- تقرير المجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2016 و2017، الجزء الأول، تدبير منازعات الجماعات الترابية.
- الوكالة القضائية للمملكة، تقرير النشاط السنوي 2018.

المراجع الأجنبية:

- Charles Jarroson, Les modes alternatifs de règlement des conflits, présentation générale, Revue Internationale de Droit compare, Société de Législation Comparée, Paris, Vol 49, No 2, Avril-juin 1997.

- **H. LEMBERGER, Audit, fascicule 1, presses universitaires de Bruxelles, 19 édition, 2001.**
- **Loi de procédure civile, Article 1442, Dernière éditions 2021, modification : 20-03-2021.**

تطور قضاء الملاءمة في النظام التأديبي المغربي

The evolution of the proportionality judgment in the Moroccan disciplinary system

✍ محمد احران

✍ Mohamed AHRANE

طالب باحث بسلك الدكتوراه،

مختبر الدراسات الاستراتيجية والتحليل القانونية

والسياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

بفاس، المغرب

PhD student, Laboratory of Strategic Studies
and Legal and Political Analysis, Faculty of
Legal, Economic and Social Sciences, Fez,
Morocco

✉ a.eloulhani@uae.ac.ma

✍ عبد الاله الولهاني

✍ Abdelilah EL OUALHANI

دكتور في القانون العام،

جامعة عبد المالك السعدي، تطوان، المغرب

PhD in Public Law, Abdelmalek Essaâdi
University, Tetouan, Morocco

✉ a.eloulhani@uae.ac.ma

ملخص:

القضاء الإداري المغربي بالأنماط المقارنة، وتحديدًا تلك الخاصة بالنظامين الفرنسي والمصري، من خلال التركيز على "المراقبة القضائية للملاءمة" - أي الانتقال من المراقبة القضائية القائمة على الشرعية إلى المراقبة القضائية القائمة على الملاءمة، تستشهد الدراسة بأحكام قضائية هامة تُظهر رقابة قضائية أوسع في الإشراف على هذه السلطات التقديرية الإدارية حرصاً على العدالة وحماية حقوق الموظفين العموميين، كما تناقش عزوف المحاكم الإدارية المغربية المبكر عن التدخل في القرارات التقديرية في بدايات النشأة لاعتبارات ترجع إلى نظرية فصل السلطات وأن القاضي يقضي ولا يدير، وتُبرز الدراسة كيف أن النظام القانوني المغربي لا يزال في طور التطور لتحقيق التوازن بين الرقابة القضائية والسلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، وحماية حقوق الموظفين مع الحفاظ على مبدأ فصل السلطات.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية للإدارة - مراقبة الشرعية - مراقبة الملائمة - الخطأ البين - فصل السلطات - النظام التأديبي

تروم هذه الدراسة البحث في كيفية تحول الصلاحيات التقديرية للسلطات الإدارية مع مرور الوقت في ضوء النظام التأديبي المغربي، وتُسلط الدراسة كذلك الضوء على الدور المتزايد للموظفين العموميين في الإشراف على الخدمات العامة وتحقيق الصالح العام من خلال تسيير المرافق العامة، بالإضافة إلى إمكانية ارتكابهم مخالفات، مما يستلزم وضع إطار تنظيمي يُوازن بين الحماية القانونية للموظفين والمساءلة وحلال نوع من التوازن بين تحقيق الصالح العام وضمان الشرعية ومبدأ الملاءمة والتناسب، وتتناول الورقة البحثية النظام التأديبي شبه القضائي في المغرب، حيث تتمتع السلطات الإدارية بسلطة تقديرية واسعة لفرض عقوبات على انحراف السلوك المهني عن غاية تحقيق الهدف المنشود من وظائف المرفق العام. ولضمان العدالة والامتثال لقواعد المشروعية ودرجة التناسب والملائمة عند اتخاذ القرارات الإدارية، تستكشف الدراسة مفهوم السلطة التقديرية الإدارية، مُقدمة تعريفات قانونية مُتنوعة. وفي تحليلها لتطور المراقبة القضائية، تُقارن الدراسة منهجية

Abstract :

This study examines how administrative authorities' discretionary powers have changed over time in relation to the Moroccan disciplinary system. It draws attention to the expanding role of public employees in overseeing public services as well as the possibility of wrongdoing, necessitating the development of a regulatory framework that strikes a balance between employee legal protections and accountability. The semi-judicial disciplinary system in Morocco, where administrative authorities have extensive discretionary authority to impose sanctions for professional misbehavior, is covered in the paper. In order to ensure justice in administrative decisions, the study explores the idea of administrative discretion, providing a variety of legal definitions. In analyzing the development of judicial review, the study contrasts the Moroccan administrative judiciary's methodology with global patterns, specifically those of the

French and Egyptian systems, by concentrating on the "judicial review of appropriateness"—the transition from legality-based to suitability-based judicial monitoring. Citing significant court rulings that demonstrate a wider judicial willingness to oversee such administrative powers in order to maintain equity and safeguard the rights of public employees, the study also discusses the Moroccan administrative courts' early reluctance to become involved in discretionary decisions. The study highlights how the Moroccan legal system is still evolving to strike a balance between judicial supervision and administrative authority, protecting employee rights while upholding the separation of powers.

Keywords:

Discretionary authority of management - monitoring legality - monitoring suitability - obvious error - separation of powers - disciplinary system

مقدمة

لم يعد هناك جدل أو نقاش من جانب رجال الفقه والقضاء حول ضرورة تمتع الإدارة وهي تباشر معظم اختصاصاتها ومسؤولياتها القانونية بسلطة تقديرية، أو بقدر من حرية التصرف، إلا أن هناك إجماع على أن هذه السلطة التقديرية لا يجب أن تباشر خارج إطار القانون.¹

وفي الدولة الحديثة أصبحنا نتحدث عن مجموعة من الأشخاص يعهد إليهم بتسيير المرافق العمومية وإنجاز البرامج والمشاريع التنموية المختلفة ويطلق على هؤلاء اسم الموظفين العموميين، ويعرف الموظف العمومي حسب ما جاء في الفصل الثاني من النظام الأساسي للوظيفة العمومية بأنه: "كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة".²

رمضان محمد بطيح، الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 51

² ظهير شريف رقم 1.58.008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بمثابة النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية. عدد 2372، بتاريخ 11/4/1958، ص 631.

ولما كان بإمكان الموظف ارتكاب أخطاء أو الإخلال بالتزاماته الوظيفية، فإنه من المنطقي أن توجد سلطة تقوم بتأديبه بهدف المحافظة على النظام والتماسك داخل المجتمع ، ذلك أنه من الطبيعي وجود موظفين بالإدارات العمومية يهملون عملهم ويخلون بالتزاماته الوظيفية سواء عن قصد أو عن غير قصد، هذا السلوك غير القويم الذي إذا لم تقم الإدارة بضبطه وإيجاد وسيلة للحد منه فإن ذلك سيؤثر سلباً على مردودية العمل الإداري بصفة عامة، كما سيؤدي إلى انخفاض مستوى الخدمات المنتظرة من المرفق العمومي، إلا أن حق الإدارة في تقويم سلوك موظفيها عن طريق سلطة التأديب عليهم مقرون بعدة قواعد إجرائية ومساطر مضبوطة وشكليات محددة يجب ألا تحيد عنها.

وعليه الموظف مسؤول أمام رؤسائه، وكل هفوة يرتكبها الموظف في تأدية وظيفته أو عند مباشرتها تعرضه لعقوبة تأديبية زيادة إن اقتضى الحال عن العقوبات التي ينص عليها القانون الجنائي طبقاً لما نص عليه الفصل 17 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية.

هكذا يمكن القول بأن النظام التأديبي بصفة عامة هو مجموعة من القواعد النظامية التي تحدد الإطار العام للواجبات التي ينبغي للموظف الالتزام بها، والمحظورات التي يجب عليه الامتناع عن القيام بها، كذلك تشمل الضوابط التي يتقيد بها الموظف أثناء مزاولته لواجباته الوظيفية والإجراءات التي تتبع عند محاسبة من يخل بها، مع وضع الضمانات الكفيلة بجعله يتمتع بجميع الحقوق التي يضمنها له القانون.

وعليه فإن المغرب يأخذ بالنظام الشبه القضائي في تأديب الموظف العمومي وذلك طبقاً للفصل 65 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية الذي حصر السلطة التأديبية في الجهة التي لها حق التسمية، وتقوم اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء بدور المجلس التأديبي.

إذ أن الإدارة لها كامل الحرية في توقيع الجزاء على الموظف في حالة قيامه بمخالفة أو خطأ مهني وبالمقابل للقاضي الإداري سلطات واسعة في بسط رقابته على القرارات التأديبية، باعتباره الضمان الحقيقي والفعال لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم خاصة في ظل اتساع دور الدولة وظهور مجالات جديدة في العمل الإداري.

وانطلاقاً من بياننا لطبيعة النظام التأديبي المغربي باعتباره نظاماً شبه قضائي، فإن مجال السلطة التقديرية فيه واسع جداً سواء من حيث تحديد الخطأ التأديبي أو تحديد العقوبة

المناسبة للخطأ الموجب للتأديب، ولا يمكننا الاستمرار في معالجة هذا الموضوع إلا عن طريق تحديد و بالقدر الكافي من الدقة لمفهوم السلطة التقديرية الذي استأثر باهتمام الفقه لمدة طويلة من الزمن، ذلك أنه حتى مارسيل فالين في مقولة شهيرة له اعتبر أن تعريف القانون الإداري يجب أن ينصب أساسا حول دراسة السلطة التقديرية للإدارة وما يترتب عنها، " إذا كان الأمر يستلزم تعريف القانون الإداري ، فإنني أقول ، فلندع جانبا الجانب الذي يتناول المؤسسات الإدارية بالتعريف والتي تتشابه في نطاق هذا القانون مع غيره من القوانين ، ولكن تعريف القانون الإداري ينصب أساسا حول دراسة السلطة التقديرية للإدارة وما يرد عليها من قيود من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد والموظفين العموميين ..."³

ويمكن القول أن المشرع المغربي لم يعطي أي تعريف للسلطة التقديرية للإدارة، ولكن ترك المجال للفقه والقضاء من أجل تحديد تعريفا لها، ومن ضمن المحاولات الفقهية في تحديد هذا المفهوم نجد تلك التي قال بها جورج فيديل VEDEL GEORGES بأن " الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما تسمح لها القوانين والمراسيم بحرية التصرف والاختيار بطريقة أو بأخرى"⁴ واعتبر بونار BONNARD ، أن السلطة التقديرية للإدارة " هي التقييم الحر الذي يتركه القانون لرجل الإدارة "⁵.

كما أن الأستاذ سليمان محمد الطماوي اعتبر أن السلطة التقديرية والسلطة المقيدة نوعان لآزمان لحسن سير الإدارة ، ولكل منهما مزاياه ، بحيث لا يمكن أن تكون سلطات الإدارة تقديرية كلها ولا مقيدة كلها⁶.

³ M. Waline : Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration. Conseil d'Etat, études et documents, 1956, p.25.

- أورد عمام بنجلون، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، أطروحة لنيل الدكتوراه الوطنية في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، السنة الجامعية 2006/2005 ، ص : 1.

⁴ Georges Vedel , Droit Administratif , 5 eme édition , 1993 , Presses Universitaires De France , 1973 , P.318.

- أشار إليه عبد المجيد مليكي، الرقابة القضائية على سلطة تقدير الإدارة للقرار الإداري ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس سلسلة أبحاث ودراسات العدد 5 ، مطبعة سجلماسة مكناس ، طبعة 2019، ص : 25.

⁶ سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة 5 ، سنة 1948، ص 30.

إذ يتضح من خلال هذه التعريفات بأن السلطة التقديرية للإدارة هي الحرية الممنوحة لها في ممارسة مهامها دون أي قيد سواء تشريعي أو قضائي، أو يمكن تعريفها بأنها هي حرية التصرف التي تتاح للإدارة في حالة غياب نص قانوني يوطر ذلك التصرف أما بخصوص التعريف القضائي للسلطة التقديرية فإن القضاء الإداري يكتفي بذكر مجالات السلطة التقديرية دون إعطاء تعريف لها، باستثناء التعريف الذي جاء به مجلس الدولة المصري الذي عرفها على أنها " نوع من الحرية التي تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، ولتقدير أصلح الوسائل لمواجهة الحالة"⁷.

وتشكل اجتهادات القضاء الإداري في هذا الصدد تجسيدا حقيقيا للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، إذ تعتبر ضمانا أساسية لجعل الإدارة تمارس مهامها وفق القانون دون أن تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية، ذلك أن الهدف الرئيسي منها يبقى هو تحقيق العدالة.

أما في ما يخص مفهوم الرقابة القضائية، فقد عرف الفقيه شارل ديباش Charles DEBBASCH المنازعات الإدارية بكونها جميع القواعد المطبقة على الحل القضائي في المنازعات التي يثيرها النشاط الإداري⁸.

ويذهب الأستاذ بوجمعة بوعزاوي إلى القول بأن القضاء الإداري في معناه العام والاشتقائي، هو المنازعات الناتجة عن أنشطة أشخاص القانون العام، والإجراءات التي تسمح بالبحث فيها، باعتباره فرعاً قانونياً يمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الحلول القضائية للمنازعات الإدارية ويجب تمييز النظام القانوني للقضاء الإداري عن قواعد الموضوع التي هي القانون الإداري ووصف العلاقة بينهم بأنها تكمن في أن النظام القانوني للقضاء الإداري موجه لضمان احترام قواعد الموضوع⁹.

⁷ أورده سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة " الانحراف بالسلطة"، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، سنة 1978، ص 274.

⁸ « Le contentieux administratif regroupe l'ensemble des règles applicables à la solution juridictionnelle des litiges soulevés par l'activité administrative ».

- Charles DEBBASCH, contentieux administratif, Précis Dalloz, Deuxième édition, 1978, p.1.

⁹ بوجمعة بوعزاوي، القضاء الإداري المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة الأولى، 2018، ص: 5.

في حين أن الأستاذ حسن صڤيب اعتبره بأنه " ذلك الميزان الذي يتحقق من خلاله التوازن داخل المجتمع، إذ لا يسمح للإدارة أن تتطاول على حقوق وحريات المواطنين، كما لا يبيح لهؤلاء التمرد على الإدارة مادامت تخضع لمبدأ المشروعية وتحمي الصالح العام"¹⁰.

فالقضاء الإداري جاء من أجل ترسيخ قيم العدالة والتوازن بين طرفين غير متساويين الإدارة من جهة والمواطن من جهة أخرى وبالتالي فالقضاء الإداري هو تلك الوسيلة التي تراقب أعمال الإدارة متى خالفت مبدأ المشروعية وسيادة القانون وانتهكت حقوق وحريات الموظفين، أي أنه هو الجهاز الذي جاء من أجل حل الخلافات والنزاعات التي تكون بين الإدارة من جهة والأفراد من جهة أخرى.

وواقع الحال أن القضاء الإداري أمام اتساع نطاق السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة، حاول أن يبتكر بعض النظريات والتقنيات لتقوية رقابته على السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في مجال التأديب، هذه الرقابة هي المتمثلة في رقابة الملاءمة، حيث كان الاجتهاد القضائي في كل من فرنسا ومصر هو السباق لابتكار هذه النظرية في مجال رقابة السلطة التقديرية للإدارة.

وانتقلت رقابة القضاء الإداري من رقابة تقتصر على المشروعية إلى رقابة الملاءمة، فمجلس الدولة الفرنسي ابتكر أدوات جديدة، الغرض منها فرض رقابة على تقديرات السلطات الإدارية في شتى مجالات نشاطها الإداري، حتى لا تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها، وتوفير الضمانات الكافية للموظفين أثناء المساءلة التأديبية.

وهو نفس المسار الذي سيسير نحوه القاضي الإداري المغربي فمع التطور الذي عرفه القضاء الإداري المغربي وانتقاله من رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة، أصبح النقاش الفقهي يتعدى نطاق السلطة التقديرية للإدارة إلى مجال الرقابة عليها وحدود سلطات القاضي الإداري وهو يبيث في هذه السلطة.

وعليه فالسياق الذي يرد فيه هذا المقال هو محاولة مقارنة ثلاث مفاهيم أساسية ورصد طبيعة العلاقة المتطورة فيما بينها على أساس أن السلطة القضائية تعتبر أساس دولة القانون، إذ أصبح من الضروري جعل الأعمال التي تقوم بها الإدارة وخاصة قراراتها المتخذة في إطار ممارسة

¹⁰ حسن صڤيب ، القضاء الإداري المغربي، سلسلة دراسات وأبحاث في الإدارة والقانون العدد 3 ، الطبعة الثانية ، ماي 2019، ص 10.

لسلطتها التقديرية خاضعة لرقابة القضاء الإداري، لكون هذا الأخير راعي للمصلحة العامة، حيث يستلزم أن يوازن بين سلطة الإدارة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من جهة، والحفاظ على الحقوق والحريات الموظف العام.

ففي دولة القانون تكون كل تصرفات الإدارة في الظروف العادية خاضعة لرقابة القضاء الإداري الذي يسهر على احترام مبدأ المشروعية واحترام مبدأ الفصل بين السلطات، وأي عمل إداري لم يحترم هذين المبدأين يكون مصيره الإلغاء.

وعليه يمكننا تحديد الإشكالية التي سنحاول معالجتها وهي مرتبطة أساسا بمسألة عدم تقنين المخالفات التأديبية وصعوبة حصرها الشيء الذي ينتج عنه وبشكل مباشر، اتساع مجال ودائرة السلطة التقديرية للإدارة في تحديد العقوبة المناسبة للخطأ التأديبي، هذا المجال الذي أضحى القضاء الإداري يتقاسمه مع الإدارة من خلال فرض الرقابة القضائية عليه عبر تقنية الملائمة والخطأ البين أو الغلو في التقدير، هذه الرقابة التي تضع القاضي الإداري في محك صعب، بين احترام مبدأ الفصل بين السلطات وقاعدة القاضي الإداري يقضي ولا يدير وبين حماية حقوق الموظف من انحراف الإدارة بسلطة تقدير العقوبة التأديبية.

في هذا الإطار كان القضاء الإداري المغربي يميل إلى الامتناع عن فرض رقابة قضائية على أعمال الإدارة فيما يتعلق بملاءمة العقوبة للمخالفة الإدارية، باعتبار أن القضاء الإداري لا يملك حق مراقبة الملاءمة، وأن سلطة الملاءمة تظل من اختصاص الإدارة، ولا يحق للقضاء الإداري إخضاع هذه السلطة لرقابته، فقد كان المجلس الأعلى في إطار رقابة المشروعية يكتفي بالتأكد من كون السبب المعتمد من قبل سلطة التأديب كأساس للجزاء يقوم على وقائع حقيقية لا يوجد شك في صحتها، وبفحص ما إذا كان تكييف الإدارة لهذه الوقائع الثابتة يندرج ضمن الصنف الذي يحدده النظام الأساسي للوظيفة العمومية كما أن هذا الاتجاه كان يجد تبريره في القواعد الكلاسيكية للقانون الإداري التي تنهل أساسا من مبدأ الفصل بين السلطات وعدم أحقية أي سلطة بالتدخل في شؤون السلطة الأخرى (المطلب الأول)، وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه ظل هو السائد ولمدة طويلة إلا أنه مع إحداث المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، ذهب القاضي الإداري المغربي بعيدا في مجال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، وخطي خطوة إيجابية تجاه بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة من خلال استعمال رقابة الملاءمة وباقي النظريات الأخرى المستعملة على مستوى الأنظمة القضائية الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مرحلة امتناع القاضي الإداري المغربي عن فرض رقابة الملاءمة.

كان القاضي الإداري في مرحلة امتناعه عن فرض رقابة الملاءمة يستند إلى مجموعة من القواعد التي أرساها مجموعة من فقهاء القانون الإداري، مما جعلها مبادئ تمسك بها القضاء الإداري للحيلولة دون الرقابة على جانب من السلطة التقديرية للإدارة بالالتزام بإصدار القرار الإداري أو تعديله، استنادا إلى قاعدة أن القاضي الإداري يقضي ولا يحل محل الإدارة (الفرع الأول)، وقاعدة عدم توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة (الفرع الثاني) وبناء عليه سنبين التطبيق القضائي لهاتين القاعدتين في مجال التأديب الوظيفي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: قاعدة القاضي الإداري يقضي ولا يدير.

يقصد بهاته القاعدة بأنه لا يحق للقاضي الإداري توجيه العمل الإداري نحو اتخاذ قرار إداري بضحوى معين وكأنه يقوم بتوجيه الوظيفة الإدارية، فوظيفته تتوقف عند بحث مشروعية القرار الإداري من عدمه ليكشف عن تحقق المشروعية بمفهومها الواسع، دون أن يتعدى ذلك للحلول محل الإدارة موضوع المخاصمة القضائية للقيام بتصريف قانوني من اختصاصها، كما أنه من غير المخول له الحلول بتقديره محل الإدارة في الأمور التي تختص بتقديرها، سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني، لكونه ليس رئيسا تسلسليا للموظفين أو جهة وصاية إدارية على الإدارة.

ومن بين ما يترتب عن عدم صلاحية قيام القاضي الإداري باتخاذ القرار محل الإدارة، عدم إمكانية قيامه بتعديل قرارات الإدارة أو تحويل مضمونها، لتصبح منسجمة مع أسباب المشروعية وتفادي إلغاء القرار، ذلك أنه لا يحدد النتائج والآثار المترتبة عن إلغائه للقرار الإداري.

فسلطته تنحصر مبدئيا في إلغاء أو عدم إلغاء القرار الإداري، ذلك أن جهة الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها الإدارية ومحتواها وفقا لملايسات موضوعية تدفعها لإصدار القرار الإداري أو عدم إصداره.

وتجد هاته القاعدة أساسها العام في المبدأ الدستوري الأصيل المتمثل في فصل السلط في شقه المتعلق في بالفصل بين الوظيفة الإدارية والوظيفة القضائية، باعتبار أن دور القاضي هو البث في النزاعات دون أن يتعدى ذلك إلى فرض قرارات إدارية على الإدارة لتنفيذها بدل القرار الإداري المطعون فيه، ما دام أن إصدار القرارات الإدارية لمعالجة النوازل الإدارية يبقى من صلاحية

الإدارة وهي التي تقرر القرار الملائم لكل وضعية على حدة دون الإخلال بقواعد المشروعية، بحكم أن الأوضاع الإدارية تتمثل أمام الإدارة بكل حيثياتها وملابساتها الواقعية والقانونية.

وقد أخذ بهذه القاعدة مجلس الدولة الفرنسي وكذا القضاء المصري حيث اعتبر بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية للتدخل بقراراتها ولها أن تحدد وقت ذلك بحرية حتى ولو كان المشرع قد حدد لها نوع القرار الذي يجب عليها إصداره، على أساس أن الوقت المناسب لإصدار القرار الإداري لا يمكن تحديده سلفاً في أغلب الأحوال.¹¹ حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في شأن الجزاءات التي تضمنها قانون العمد والمشايخ رقم 41 لسنة 1947 بأن "القرار التأديبي، شأنه شأن أي قرار إداري آخر يجب أن يقوم على سبب مسوغ يسوغ تدخل الإدارة لإحداث اثر قانوني في حق الموظف، هو توقيع الجزاء للغاية التي استهدفها المشرع، وهي الحرص على حسن سير العمل تحقيقاً للمصلحة العامة، ولا يكون ثمة سبب للقرار إلا إذا قامت حالة واقعية وقانونية تبرر التدخل، وللقضاء الإداري -في حدود رقابته- أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع وسلامة تكييفها القانوني، دون أن يتطرق إلى بحث ملائمة توقيع الجزاء أو مناقشة مقداره، ورقابته القانونية هذه لصحة الحالة الواقعية أو القانونية لاتعني أن يحل القضاء الإداري نفسه محل السلطات التأديبية المختصة فيما هو متروك لتقديرها ووزنها، فيستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما يقوم لدى السلطات التأديبية المختصة من دلائل وبيانات وقرائن أحوال إثباتاً أو نفياً في خصوص قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب"¹²

الفرع الثاني: قاعدة حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة.

لقد عمد الفقه والقضاء إلى الاستناد على هاته القاعدة كفاصل بين الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية، وعرفت تطبيقاً واسعاً من طرف القضاء وقد عمل الفقه على تعريفها بأنه لا يجوز للقاضي أن يصدر أو يوجه أوامر إلى الإدارة باتخاذ قرار إداري على نحو معين أو الامتناع عن اتخاذه، تأسيساً على أن دوره ينحصر في البت في المنازعة من منطلق الوظيفية القضائية عبر رقابته على أعمال الإدارة وتطبيق القانون على المنازعة التي تعرض عليه في إطار قواعد

¹¹ عبد المجيد مليكي، الرقابة القضائية على سلطة تقدير الإدارة للقرار الإداري، مرجع سابق، ص 204.
القضية رقم 151 لسنة 3 القضائية، جلسة 1957/6/15 م مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية، العدد الثالث (من أول يونيو إلى آخر سبتمبر سنة 1957) ص 1173 جمهورية مصر العربية¹²

المشروعية دون الغوص في سلطتها التقديرية البحتة لكونه ليس رئيسا تسلسليا للإدارة موضوع المخاصمة الإدارية.

ويرجع الأساس التاريخي لظهور قاعدة حظر توجيه القضاء أوامر للإدارة كقاعدة قانونية، إلى أسباب نشوء القضاء الإداري الفرنسي وخاصة ظروف إحداث مجلس الدولة وما صاحبها من تجاذب بين السلطة التنفيذية (الإدارة) وسلطة القضاء، إذ كان مجلس الدولة ملزما برسم خط لتوجهه القضائي يتأسس على المرونة في الرقابة على أعمال الإدارة الحديثة النشأة وعدم التشدد في الرقابة على أعمالها، ليؤسس بذلك لقاعدة عدم صلاحية القضاء توجيه أوامر للإدارة في عدة قضايا عرضت عليه¹³.

إلا أن الفقه الإداري اختلف في موقفه اتجاه هذا الموقف القضائي ولید الظرفية السياسية في فرنسا فهناك من أید هذا التوجه القضائي وهناك من عارضه، فمؤيدوا توجه مجلس الدولة الفرنسي في حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة، يستندون إلى مبدأ فصل السلط لتبرير عدم جواز حلول القاضي الإداري محل الإدارة في تصرفاتها، ويتعين عليه بالتالي عدم اتخاذ أي عمل يدخل في اختصاص الإدارة، متشددا حتى في عدم إمكانية إرغامها على تنفيذ الأحكام القضائية بعد إلغاء قراراتها، التي تعتبر مقصد المتقاضي وفلسفة وجود القضاء كأداة لتطبيق العدالة، معتبرا أن فرض الغرامة التهديدية لضمان تنفيذ الحكم القضائي النهائي يشكل تعديا على استقلال الإدارة.

إلا أن هذا الجانب من الفقه، لقي معارضة شديدة من عمداء الفقه الإداري بفرنسا على الخصوص، الذين رفضوا حظر توجيه أوامر للإدارة من طرف القاضي الإداري، مفندين الأسس التي اعتمدها الاتجاه الأول، مستندين على أن إصدار القضاء الإداري للأحكام القضائية بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ليس غاية في حد ذاته وإنما وسيلة لإقرار المشروعية، الأمر الذي لا يتحقق إلا بتنفيذ الأحكام النهائية، ولو بقيام القضاء بأمر الإدارة باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكامه باعتباره التزام دستوري يقع على عاتقها¹⁴.

¹³ عبد المجيد مليكي، نفس المرجع، ص 212.

¹⁴ عبد المجيد مليكي، نفس المرجع، ص 213.

وقد سبق للفقهاء الفرنسي العميد هوريو أن نبه إليه معربا عن موقفه من دنو سلطة مجلس الدولة أمام سلطة الإدارة التقديرية، بقوله أنه في الصراع بين مجلس الدولة الذي لا يستطيع سوى أن يراقب، وبين رجل الإدارة الذي لا يضع في اعتباره قوة الشيء المقضي به، فإن مجلس الدولة يعتبر مهزوما مقدما ... ذلك أن الإدارة تقع في نظامنا القانوني أعلى من القاضي أيا كان نوعه، وسيكون أكثر اتفاقا مع أحكام القانون أن يصبح القاضي الإداري أعلى من الإدارة، ولدينا الاقتناع بأن هذا الانقلاب في الأمور سوف يحدث مستقبلا.¹⁵

الفرع الثالث: أثر أعمال هاتين القاعدتين في قضاء التأديب.

في المغرب كان المبدأ السائد هو الامتناع عن رقابة الملاءمة تطبيقا وترسيخا لقاعدة حظر توجيه الأوامر للإدارة وقاعدة القاضي الإداري يقضي ولا يدير، وتمسكا من القاضي الإداري المغربي بمبدأ القاضي الإداري يقضي ولا يدير، وهو ما نستشفه من ما قضت به الغرفة الإدارية في قرار محمد الدانج حيث تتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 11 مارس 1961، قام المعني بالأمر بمغادرة عمله ليلا، دون طلب الإذن من رؤسائه، وبدون سبب، بالإضافة إلى أنه قام باعتقال واحتجاز سيدة لأنه شك في سلوكها، وبعد استشارة المجلس التأديبي اصدر المدير العام للأمن الوطني قرار بعزل محمد الدانج، ولم يتراجع المدير عن قراره رغم سحب الضحية الشكاية التي كانت قد سجلتها ضده، وقد رفع المعني بالأمر دعواه أمام المجلس الأعلى، وقد تمسك في طلبه بأن العقوبة المتخذة في حقه لا تناسب الأفعال التي ارتكبها، إلا أن الغرفة الإدارية كان قرارها صريحا حيث جاء فيه " إن مغادرة الطاعن لمقر عمله، وقيامه بتوقيف امرأة بشكل تعسفي، وبالنظر إلى صفته كرجل أمن، فإن هذه الأفعال تعد أخطاء مهنية، وهي تبرر العقوبة التي صدرت في حقه ... إن اختيار العقوبة التأديبية الملاءمة، يرجع لتقدير السلطة الإدارية، ولا يمكن مناقشته أمام قاضي تجاوز السلطة".¹⁶

¹⁵ Maurice Hauriou , la jurisprudence administrative de 1892 à 1929 tom 3. Librairie du recueil Sirey 1931 France

- أورد عبد المجيد مليكي، مرجع سابق، ص: 215.

¹⁶ قرار الغرفة الإدارية بين محمد الدانج والمدير العام للأمن الوطني عدد 251، ملف إداري رقم 9699، بتاريخ 26 نوفمبر 1962 .

ويعتبر هذا القرار من بين أول القرارات التي أعلن فيها القاضي الإداري المغربي في موضوع عن امتناعه عن رقابة ملاءمة العقوبة للخطأ المرتكب من قبل الموظف، ربما ما يفسر امتناع القاضي الإداري المغربي في البداية عن رقابة الملاءمة هو بعد المحاكم عن الظروف والملابسات التي أحاطت بالإدارة حين ممارستها لسلطتها التقديرية، بالإضافة إلى مسألة تخوف القاضي الإداري من خرقه لمبدأ الفصل بين السلط، أي أنه إذا تصدى وراقب تقدير ملاءمة القرار الإداري، فإنه يمارس سلطة رئاسية على الإدارة ويحل محلها، وهذا يتنافى ومبدأ القاضي الإداري يقضي ولا يدير.

ونعتقد من جانبنا أنه يتعين التمييز بين الحكم على الإدارة للتدخل لاتخاذ قرار معين، وبين تدخل القاضي لاتخاذ القرار بحيث يحل القاضي محل الإدارة.

إذ أنه في الحالة الثانية يحظر على القاضي أن يحل محل الإدارة التزاما بمبدأ الفصل بين السلط، أما في الحالة الأولى فالقاضي بذلك يلعب دوره الخلاق في حماية المشروعية، ذلك أنه إذا ما تم إلغاء قرار إداري فإنه يتعين تحديد الأثر المترتب عنه، ذلك أن الاكتفاء بإلغاء القرار الإداري قد يطرح صعوبة في تنفيذ الحكم القضائي، ويمنح للإدارة سلطة تقديرية في تفسير الحكم نفسه لتحديد الأثر القانوني للحكم القاضي بإلغاء القرار الإداري بإرادتها، لعدم توضيح ما يجب القيام به من طرف الإدارة.

ومن جهة أخرى قد يضع الإدارة في موقف حرج، في الحالة إذا ما تعلق الأمر بإلغاء القرار الإداري لعدم تناسب المحل مع السبب كالغلو في تقدير العقوبة الموجهة ضد الموظف المخالف، فإلغاء القرار دون تحديد العقوبة المناسبة سيدفع إلى إفلات الموظف من العقوبة المناسبة لفعله مما يترتب عنه خلخلة العلاقة الهرمية بين الرئيس والمروؤوس؛ كما أنه لا يوجد معيار صارم لتحديد التناسب حتى يعتبر القرار الثاني بعد حكم المحكمة مناسباً.

لذلك، فقد أصبح من الأجدر إيجاد صيغة لتقرير القضاء أو اقتراحه للعقوبة المناسبة في حال إلغاء العقوبة المتسمة بالغلو في التقدير تكريسا لمبدأ تدبير الجيد للمرافق العام، وأنه بذلك لا مجال للاستدلال بمبدأ أن القاضي الإداري يقضي ولا يدير، فهو بقيامه بملاءمة العقوبة إنما يساهم في تخليق المرفق العام سواء من جانب ضبط عمل الرئيس أو المروؤوس تباديا للتعسف والانحراف في استعمال السلطة من جهة، وضمان انضباط الموظف في عمله وعدم إفلاته من العقاب من جهة أخرى.

المطلب الثاني: اعتماد القضاء الإداري المغربي لرقابة الملاءمة في مجال التأديب.

وإذا كانت التجربة الفرنسية و المصرية قد ساروا في خطوات مهمة بدأت في أول الأمر بالرقابة على ماديات الوقائع في القرار الإداري ثم تقدمت أكثر ووضعت قيودا جديدا على سلطة التقديرية يتمثل في الرقابة على تقدير الإدارة لأهمية وخطورة تلك الوقائع ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ على أساسها، وهو ما يسمى برقابة الملائمة ولذلك تبنى القضاء الفرنسي نظرية الخطأ البين في التقدير ونظيره المصري نظرية الغلو في التقدير، اللتان يتبين أن لهما نفس الدلالة كما يتبين في التطبيقات القضائية للنظريتين، فإن نفس المسار تقريبا سار عليه القضاء الإداري المغربي الذي حدا حدا نظيره الفرنسي والمصري في هذا الجانب، وعليه سنعمل على إبراز أهم العوامل التي جعلت رقابة الملاءمة مطلوبة بشدة في النظام التأديبي المغربي (الفرع الأول) كما سنتطرق للتطبيق القضائي المغربي لرقابة الملاءمة في مجال التأديب في الوظيفة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحاجة إلى رقابة الملاءمة في النظام التأديبي المغربي.

إن إخضاع السلطة التأديبية لرقابة القضاء الإداري أمر ضروري وفي غاية الأهمية حتى لا تميل تلك السلطة إلى المبالغة في فرض العقوبات التأديبية على الموظف العمومي، وما يترتب عنها من أضرار مادية ومعنوية لهذا الأخير، هكذا فإن القضاء الإداري أصبح يقوم أساسا على مبادئ العدالة الإنسانية بالدرجة الأولى في إطار ما يعرف بضمانات المحاكمة العادلة.

كما أن إقرار هذه الرقابة، نعتقد أنها ستساهم لا محالة في أن تراعي الإدارة مجموعة من المبادئ الهامة في مجال التأديب ومن بينها مبدأ التدرج الذي يعني تفاوت الجزاء بشكل تصاعدي بحيث يكون في القاعدة العامة، الجزاء الأخف ثم يليه في الشدة جزاء آخر... وهكذا إلى أن نصل لقمة الهرم الجزائي حيث يكون جزاء الفصل من الخدمة،¹⁷ ويمكن القول أن مبدأ التدرج يقوم على فكرة أن يكون الأثر العقابي لكل جزاء أكبر من الذي ينطوي عليه الجزاء الذي سبقه، ومن شأن فرض رقابة الملاءمة على القرار التأديبي مراعاة مدى إعمال هذا المبدأ في المجال التأديبي.

¹⁷ أسماء مسرة، القاضي الإداري ومنازعات التأديب في الوظيفة العمومية بالمغرب: بين الفاعلية والضمان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2013/2014، ص: 132.

إضافة إلى تكريس مبدأ ملاءمة العقوبة التأديبية مع المخالفة المرتكبة، ذلك أن الجزاء التأديبي يجب أن يكون عادلاً وملائماً للمخالفة أو الهفوة الإدارية، وذلك بأن يخلو من الإسراف في الشدة، أو الإمعان في الرأفة، لأن كلا الأمرين مجانب للمصلحة العامة.

ولقد سبق أن رأينا أن المشرع وإن قام بتحديد العقوبات التأديبية، إلا أنه لم يحدد جميع الجرائم، ولم يحدد بصفة مطلقة عقوبة مقررة لكل جريمة معينة مما يجعل من مهمة الملاءمة بين الفعل المرتكب والعقوبة المراد تطبيقها، من اختصاص السلطة التأديبية، وهنا تبرز الحاجة إلى رقابة الملاءمة كذلك لضمان تفعيل هذا المبدأ، وتعني الملاءمة بصفة عامة، التناسب بين سبب القرار ومحلّه، فهي تقوم على عنصرين، السبب والمحل. وفي المجال التأديبي تعني التناسب بين المخالفة الإدارية (السبب) وبين الجزاء التأديبي ومقداره (المحل)، إن تحقيق المناسبة أو الملاءمة هو بحسب الأصل من اختصاص السلطة التشريعية المكلفة بإيجاد الرابطة بين العقوبات والأخطاء والكفيلة بضمان تحقيق التناسب والموازنة بينهما، وهنا يكون المشرع قد تخلّى في واقع الأمر عن سلطاته تلك بتنازله عنها للسلطات التأديبية المختصة لتتولى عملية الملاءمة والتناسب بين درجة خطورة وجسامة الخطأ المهني ونوع ودرجة جسامة الجزاء الموقع، وإن كان المشرع قد أوكل هذه السلطة إلى السلطة الإدارية، فلا يمكن تصور الرقابة على هذا التوكيل خارج رقابة الملاءمة التي يمارسها القاضي الإداري.

كما أن اتجاه القضاء الإداري المغربي نحو هذا النوع من الرقابة من شأنه ضمان المساواة وتناسب العقوبة مع الفعل المعاقب عليه، ويقصد بمبدأ المساواة في العقوبة أن يخضع الموظفون جميعهم إلى ذات الجزاءات الواردة في قائمة الجزاءات بغض النظر عن فئاتهم أو درجاتهم في قانون الوظيفة العمومية طالما أنهم يخضعون لنظام قانوني واحد، وذلك مراعاة لوحدة المركز القانوني للموظفين، ولذلك فإن تمييز بعض الموظفين عند إيقاع الجزاء التأديبي سواء من خلال التجاوز عن عقابهم أو تخفيف العقوبة لأسباب غير موضوعية مثل الجنس واللغة والتبعية السياسية أو التوجهات العقائدية يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة في العقوبة، ولكن خضوع طائفة معينة من الموظفين لنظام تأديبي خاص ومغاير للنظام التأديبي العام لا يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة في العقوبة لأن المساواة تكون بالنسبة للمراكز القانونية المتساوية.

كما أن رقابة الملاءمة تساهم بشكل كبير في الفصل في موضوع العقوبة التأديبية والعقوبة المقننة، وقد أجمع الفقه والقضاء الفرنسي والمصري على تعريف هذه الأخيرة -العقوبة المقننة -

بأنها " إجراء مؤلم تتخذه الإدارة عمدا في مواجهة الموظف دون توجيه اتهام معين إليه، متفادية بذلك الالتزام باتباع الإجراءات والضمانات التأديبية المقررة قانونا والتي تستغرق فترة زمنية طويلة قد يفوت معها هدف الإدارة للاحاق عقاب سريع بالموظف يؤدي ثماره في ردع الموظف وزجر غيره من الموظفين".¹⁸

إن صفة العقوبة المقنعة تبرز عندما تصدر الإدارة إجراءات كجهة رئاسية يتبعها الموظف بما لها من سلطة تقديرية، ليس ابتغاء العمل على تحقيق مصلحة المرفق العام، وإنما يعود أساسا إلى قصدها العقابي من وراء اتخاذها لهذه الإجراءات والذي تريد من خلاله معاقبة الموظف دون اتباع الإجراءات والضمانات المقررة لتوقيع العقوبة والتي تكفل عدم تعسف السلطة التأديبية.¹⁹

وعليه نستشف أن هذا النوع من العقوبات لم ينص عليها القانون، وإنما هي ابتكار أو تلاعب من طرف الإدارة لمعاقبة الموظف تأديبيا دون اعتماد الطريق القانوني، فتعتمد طريقا يحقق لها نفس الغرض، أي التخلص من الموظف.

وهذا هو المعنى المقصود من توقيع العقوبة المقنعة، ومثال ذلك انتداب الموظف أو نقله من وظيفة إلى أخرى أو إلى مكان آخر دون السعي للمصلحة العامة وإنما يكون أحيانا انتقاما من نشاط نقابي يمارسه الموظف يزعج الإدارة أو انتماء سياسي معين.

وفي هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه "لا يلزم لكي يعتبر القرار الإداري بمثابة الجزاء التأديبي المقنع أن يكون متضمنا عقوبة من العقوبات التأديبية المعنية والا لكان جزاء إداريا صريحا، وإنما يكفي أن تتبين المحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها، إن نية الإدارة اتجهت إلى عقاب الموظف لكن بغير اتباع الإجراءات والأوضاع المقررة لذلك فأنحرفت بسلطتها في القرار لتحقيق الغرض المستمر، والمقرر أن هذا الإجراء أو العقاب المقنع يقع باطلا حتى ولو كان في أعقاب تحقيق، ما دام قد استهدف به مصدره عقاب الموظف، وذلك لأنه ليس من العقوبات التأديبية المنصوص عليها في القانون، ولأنه يعد خرقا للإجراءات والضمانات التأديبية المقررة للحفاظ على حقوق الموظف في الدفاع".²⁰

¹⁸ مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة وأهدافها، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس القاهرة، 1996، ص 121.

²⁰ عبد الوهاب البندري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، دراسة فقهية، ص: 211. أوردته أسماء مسرة، القاضي الإداري ومنازعات التأديب في الوظيفة العمومية بالمغرب: بين الضمان والفاعلية، مرجع سابق، ص: 104.

وانطلاقاً مما سبق يمكننا تصور العقوبة المقنعة في تطبيقات عديدة حيث يمكن أن تكون عقوبات مقنعة عن طريق تجاوز حدود النص القانوني أو إساءة استعماله، كما قد تكون عن طريق تجاوز السلطة أو إساءة استخدامها، وإما أن تكون عقوبات مقنعة دون الاستناد إلى أي نص قانوني. وعلى هذا الأساس لا يجوز لسلطة التأديب أن توقع على الموظف عقوبة لم ترد ضمن القائمة المحددة قانونياً وليس لها إيقاع عقوبة مقنعة من خلال القرار بانتداب الموظف أو نقله ولا تبتغي الإدارة من وراء ذلك إلا معاقبته بالالتفاف عن الطريق التأديبي.

من بين العقوبات المقنعة نجد أبرز مثال يتمثل في قرارات نقل الموظفين، حيث أن الرؤساء الإداريين يتخذون في بعض الأحيان قرار بنقل الموظف، ليس بهدف تحقيق المصلحة العامة، بل بغرض عقاب موظف، وقد نبه القضاء الإداري لعدم مشروعية هذا التصرف وخطورته على الاستقرار الوظيفي، واتخذ القضاء الإداري موقفاً واضحاً من هذا التصرف الإداري غير المشروع، ولم يتردد في إعلان عدم مشروعية قرارات النقل التي تنطوي على عقوبة مقنعة وقضى بإلغائها، ومن بين هذه الأحكام نجد، الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 1995/07/12 بين عبد الله النهاري ورئيس غرفة الصناعة التقليدية بوجدة، التي قضت بإلغاء القرار الصادر عن رئيس الغرفة القاضي بنقل الطاعن إلى بوعرفة وما يترتب عنه من آثار قانونية بالنظر إلى إن إصدار قرارات النقل من شأنه أن يعطل المهام المنوطة به ويؤثر سلباً على المصالح العامة التي يسهر على تنفيذها داخل هذه الهيئات، كما أن المجلس الأعلى سائر موقف المحاكم الإدارية من خلال مراقبته للغاية من إصدار قرارات النقل، والحكم بإلغائه إذا كان القرار غير مشروع.²¹

وسيرا على نهج التوجه الحديث للقضاء الإداري المقارن وخاصة مجلس الدولة الفرنسي، يبدو من تبنى مجلس الدولة لنظرية رقابة الخطأ البين في المجال التأديبي حيث أصبح بفضل هذه النظرية، يراقب الخطأ البين في تقييم أو تقدير الإدارة للواقع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها التأديبية ومدى تناسبها مع ما تتضمنه تلك القرارات من جزاءات.

²¹ المحكمة الإدارية بوجدة، حكم صادر بتاريخ 1995/07/12، بين عبد الله النهاري ضد رئيس غرفة الصناعة التقليدية بوجدة.

- حكم أورده أسماء مسرة، القاضي الإداري ومنازعات التأديب في الوظيفة العمومية بالمغرب: بين الضمان والفاعلية، مرجع سابق، 105.

وقد كانت فاتحة هذا الاتجاه الحكم الصادر في قضية **Lebon** والتي تخلص وقائعها، في ان مدرسا باكاديمية تولوز عوقب بالفصل من وظيفته على أساس قيامه بتوجيه إشارات وحركات غير لائقة الى الفتيات اللاتي يقوم بالتدريس لهن.. فقد انتهى المجلس الى اعتبار الفعل المرتكب خطأ وان من شأنه تبرير عقوبة الفصل الموقعة على الطاعن ثم أضاف المجلس قائلا - وهنا يبدو التجديد - "ان هذه العقوبة ليست مشوبة بأي خطأ بين في التقدير".

En prononçant ... La sanction de La mise à la retrait d'office du sieur de Lebon, le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste

بصدور هذا الحكم والذي وجد ترحيبا وتقديرا من جانب الفقه الإداري، لم تعد الإدارة حرة لا في تقدير مدى أهمية وخطورة الوقائع التي تدعيها لقرارتها التأديبية، ولا في اختيار العقوبة الملائمة أو المناسبة لتلك الوقائع، وانما أصبحت خاضعة في مثل هذا التقدير لرقابة صارمة من جانب القضاء. الأمر الذي يحقق العدالة والإنصاف في إطار الوظيفة العامة، إذ ليس من العدل في شيء كما يقول جانب من رجال الفقه، وأن تترك السلطة الإدارية المختصة لتضرب بحرية تامة على بيانو الجزاءات؛ -**clavier des sanctions**- وتختار من بينها ما تراه محققا للنغمة التي ترغب في سماعها؛ فهذا من شأنه الإخلال أو الانتقاص الخطير من ضمانات وحقوق الموظفين المشروعة.

من هنا تبدو أهمية التطور أو التجديد القضائي المتمثل في أعمال رقابة الخطأ البين في المجال التأديبي؛ حيث أصبح على الإدارة بموجب هذا التطور أو التجديد، أن تستخدم سلطاتها التأديبية استخداما معقولا **un usage raisonnable** أو كما يقول الأستاذ **CHAPUS (R.)** أنه أصبح مفروض عليها أن يكون اختيارها للجزاء التأديبي معيبا بخطأ بين في التقييم.

"L'autorité disciplinaire ne doit pas entacher le choix de la sanction d'erreur manifeste d'appréciation"

هذا ويلاحظ أن القضاء الإداري لا يتطلب عند إعماله لتلك الرقابة ضرورة أن يكون هناك تناسب صارم أو دقيق بين الخطأ المرتكب والعقوبة التأديبية الموقعة، وانما يتطلب فقط ألا يكون التفاوت بين هذا وتلك صارخا أو معبرا عن عدم تناسب بين **Une disproportion manifeste** فإن كان التفاوت كذلك أي صارخا قضى بإلغاء القرار الصادر بالعقوبة التأديبية وهو ما حدث في

قضية Vinolay، حيث لاحظ أن التفاوت بين الأخطاء المسندة للموظف وهي القسوة والصرامة في معاملته لمؤوسيه، وبين عقوبة العزل من الخدمة يعد تفاوتاً صارخاً أو بيناً، إذ يقول المجلس في هذه القضية

"Si les manquements aux règles d'une bonne administration qui lui sont imputés étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire, ils ne pouvaient légalement fonder, sans erreur manifeste d'appréciation, une mesure de révocation qui constitue la plus sévère des sanctions figurant à l'échelle de peines"

بل لقد وجد لهذا القضاء تطبيقات في مجال الوظيفة العامة المحلية **la fonction publique communale** حيث قضى مجلس الدولة بمناسبة توقيع عقوبة الفصل على سكرتير عمدة إحدى القرى الصغيرة، بأن الأخطاء المنسوبة لهذا السكرتير لا تبرر على الإطلاق توقيع عقوبة الفصل والتي تعد من أشد العقوبات التأديبية.²²

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى ومنذ مدة طويلة راقب قرارات النقل المتسمة بالانحراف في استعمال السلطة ففي حكم بتاريخ 30 يناير 1986، الذي بسط فيه رقابته على ركن الغاية فبحث في نوايا الإدارة وهدفها من اتخاذ القرار ليخلص إلى أن قرار النقل المتخذ في حق الطاعن يكتسي في الواقع صبغة القرار التأديبي دون منح الطاعن الضمانات التأديبية المخولة له قانوناً للدفاع عن حقوقه.²³

وأكد المجلس الأعلى اتجاهه هذا في حكم بلخور عبد العزيز ضد وزير البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الذي ألغى فيه قرار النقل عندما تأكد له بأن سبب القرار هو خلاف بين نقابتين ينتمي الطاعن إلى إحدهما، وأن النقل يكتسي صفة القرار التأديبي.²⁴

²² رمضان محمد بطيح، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 261

²³ قرار المجلس الأعلى عدد 28، ملف عدد 7126-85، عبد الحق كازم ضد الخازن العام للملكة، أورده؛ أحمد البخاري وأمينه جبران، اجتهادات المجلس الأعلى للغرفة الإدارية، المنشورات الجامعية المغاربية، مطبعة وليلي للطباعة والنشر / مراكش، الطبعة الأولى، 1996، ص 155.

²⁴ أحمد أجعون، قرارات نقل وانتقال الموظفين بين سلطة الإدارة ورقابة القضاء الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 43، 2003، ص 240.

وقد تبنت المحاكم الإدارية الاتجاه الجديد في الرقابة على قرارات نقل الموظفين فتصدت بالإلغاء لقرارات النقل كلما استهدفت توقيع جزاءات على هؤلاء الموظفين، وهكذا اعتبرت بأن إصدار عقوبة تأديبية في حق موظف تم إردافها بعد مرور زمن قصير بإجراء نقله للمصلحة العامة يجعل قرار نقل الطاعن يكتسي في الواقع صبغة عقوبة مقنعة وغير مقررة في القانون، ويدل بوضوح على انحراف الإدارة في استعمال سلطتها.²⁵

وعليه نعتقد أن تكريس رقابة الملائمة لمن شأنه أن يشكل نقطة توازن بين اعتبارات المصلحة العامة وضمن المبادئ العامة للتأديب، وتبعا لهذا فإن القضاء الإداري المغربي لم يقف في ممارسة رقابته على القرارات التأديبية في حدود الرقابة التقليدية التي لم تعد تنسجم مع التطورات الحاصلة وإنما تطورت نسبيا هذه الرقابة إلى رقابة ملائمة العقوبات للخطأ كي يتمكن من الإمسك بنقطة التوازن بين فاعلية العمل الإداري من جهة، وبين حماية الموظف العمومي من جهة أخرى، ولذلك فإن رقابة الملائمة على القرارات التأديبية هي أرقى ما وصل إليه الاجتهاد القضائي الإداري المغربي لحماية الموظف العمومي ولاسيما أمام امتناع المشرع عن حصر الأخطاء التأديبية أو حتى الإشارة إلى بعضها بإضافة كذلك إلى ضعف مسطرة قانون الوظيفة العمومية للتطورات التي أصبحت تعرفها الإدارة العمومية المغربية.

وقد كان المبدأ السائد في القضاء الإداري المغربي هو أن قاضي الإلغاء قاضي مشروعية وليس قاض ملائمة، حيث يكفي بفحص مدى سلامة القرارات الإدارية المطعون فيها من الناحية القانونية، ولا يجوز له كقاعدة عامة أن يعقب على نشاط الإدارة التقديري أو يبحث في تقديرها لأهمية وخطورة الوقائع ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ، لكن التطورات الحاصلة جعلته يعدل عن هذا الاتجاه.

الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الإداري المغربي لرقابة الملائمة في القرارات التأديبية.

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد وضع شعلة منيرة في القضاء الإداري الفرنسي لتنير طريق الحق والعدل، فإنه وبعد إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب، فإن القضاء الإداري بالمغرب أصبح حري به أن يقوم بتفعيل الدور المنوط به في حماية حرية وحقوق الأفراد، وذلك لتكريسه لعدد

²⁵ المحكمة الإدارية بمراكش، حكم رقم 136 بتاريخ 17/10/2001، جمالي المصطفى ضد وزير التربية الوطنية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 44-45، ص 174.

من المبادئ والقواعد القائمة على العدالة والإنصاف، معتبرا أن في سيادة القانون أساس حماية الحريات والحقوق.

وهكذا فإن المحاكم الإدارية ومنذ انطلاقها بدأت في اعتماد عدد من المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري في دول لها تجربة رائدة في هذا الميدان كفرنسا ومصر، منها اعتمادها لنظرية الخطأ البين كوسيلة لمراقبة سلطة الإدارة في تقدير العقوبة وملاءمتها مع المخالفة التأديبية، كما أن للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى دور فعال في تطوير قضاء الملاءمة في المغرب.²⁶

فأصبحت هذه المراقبة واردة في مجال العقوبات المحددة في الفصل 66 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على سبيل التدرج حسب جسامة وخطورة المخالفات، عندما يتضح أن الإدارة قد اتخذت في حق موظف ارتكب هفوة صغيرة أقسى عقوبة ينص عليها القانون وهي عقوبة العزل مثلا ثم إن القاضي الإداري ليس قاضي قانون فقط فهو قاضي واقع أيضا ينظر ويتأمل في الوقائع التي بني عليها القرار الإداري من وجودها المادي ووصفها القانوني على أساس أن هذه الوقائع عنصر من عناصر المشروعية.²⁷

ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن المحاكم الإدارية أصبح لها موقفا آخر اتجه نحو توسيع رقابتها على التقديرات التي تجريها الإدارة في قراراتها الإدارية عموما والتأديبية على وجه الخصوص وفي هذا الإطار قد اعترفت لنفسها بالتخلي عن الاتجاه التقليدي المتمثل في الامتناع عن رقابة الملائمة وذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية بالرباط في قضية بوليل محمد، حيث جاء في إحدى حيثياته "... للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة المناسبة في حق الموظف حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه ومدى تأثيرها داخل المرفق العام، ولا تكون ملزمة بظروف التخفيف التي تكون المحكمة الجنائية أو الجنحية قد منحتها له، اعتبارا لظروفه الاجتماعية وأن هذه السلطة التقديرية لا رقابة للقضاء عليها ما لم يشبه خطأ في التقدير، وفي هذه النازلة فالقرار المطعون فيه لم يشبه أي غلو ما دامت المخالفة ثابتة في حق الطاعن تتنافى ومهنته كمربي

²⁶ مصطفى التراب، مراقبة سلطة الملائمة من المنع الكلي إلى الجواز النسبي، أشغال الندوة تليدا للذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى، عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، 18-19 دجنبر 1997. ص 431.

²⁷ محمد منتصر الداودي، الإشكاليات القانونية والواقعية في اختصاص القضاء الإداري، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2005، ص 74.

داخل مؤسسة من بين أهدافها إصلاح المنحرفين وإرجاعهم إلى جادة الصواب، وليس المساهمة والمساعدة على الزيادة في انحرافهم كما فعل الطاعن.²⁸

وطبقا لنفس التوجه أصدرت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء حكما في قضية شيباني رشيد بتاريخ 30/11/2005 حيث أكدت المحكمة أن الأفعال المنسوبة إلى الطاعن والمتمثلة في المشاركة في انتحال صفة وإتلاف وثيقة ومتابعة من أجل ذلك أمام القضاء الزجري تكتسي طابع الخطورة وتخل بالضوابط الإدارية المفترضة في الموظف العمومي، وخاصة وأنه ينتمي لموظفي إدارة السجون الذين أخضعهم المشرع لنظام عسكري صارم نظرا لخطورة المهام المنوطة بهم ولاشتغالهم بمرفق ذي طبيعة خاصة يتطلب قدرا كبيرا من الانضباط والصرامة، و بذلك تكون العقوبة الصادرة غير متسمة بأي خطأ في التقدير وذلك ما فسر رفض المحكمة للطعن.²⁹

ومن الأحكام القضائية التي بدأت تضيق من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة حكم المحكمة الإدارية بمدينة الرباط في قضية بوشبيكي عبد الله ضد المدير العام للأمن الوطني بتاريخ 20 مارس 1997 والقاضي بإلغاء قرار وزير الداخلية القاضي بعزل الطاعن من وظيفته، على أساس عدم تناسب العقوبة بتاتا مع خطورة الفعل المرتكب، وجاء في إحدى حيثياته "... وحيث أن للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة المناسبة في حق الموظف حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه، ومدى تأثيرها داخل المرفق العام وأن هذه السلطة التقديرية لا رقابة للقضاء عليها ما لم يشبها غلو في التقدير وحيث إنه ولئن كان الطاعن قد تجاوز فعلا حدود اختصاصاته ... إلا أن معاقبته على هذا التصرف غير اللائق بعقوبة العزل ينم عن غلو في التقدير إذ لا تتناسب هذه العقوبة مع المخالفة المذكورة، وتعود حيثيات هذه القضية إلى كون أستاذة ضبطت أحد التلاميذ يغش في امتحانات البكالوريا ولما استفسرته عن ذلك، قام بصفعها على وجهها وشتمها، فتوجهت إلى مقر الشرطة لتسجيل شكاية ضد التلميذ المذكور، وقد استقدم هذا الأخير إلى مركز الشرطة وتمت محاولة صلح بين الاثنين فوافق الشرطي بوشبيكي على ذلك، وقد رافق الاثنين وقام الطاعن بتكبييل يدي التلميذ بالأصافد وتم تطويفه بمختلف أقسام الثانوية على مرأى التلاميذ،

²⁸ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عند 90 بتاريخ 23 مارس 1995، ملف رقم 151 / 94 غ ، بوليل محمد ضد وزير العدل، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 11 سنة 1995 ص 74.

²⁹ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 791 في الملف رقم 318/2005 ع بتاريخ 30/11/2005 ، منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية ، الضمانات القانونية والقضائية لتأديب وانتهاء خدمة الموظف العمومي ، قضايا الوظيفة العمومية، ص 178.

وأجبر على ترديد عبارات الاستعطاف أمامهم وعلى ضوء هذا التصرف توبع الطاعن أمام المجلس التأديبي لتصرفاته غير اللائقة برجل القوة العمومية.³⁰

ويتبين لنا أن نظرية الخطأ البين في التقدير قد أخذ بها القضاء الإداري المغربي، من طرف المحكمة الإدارية بالرباط التي حاولت إرساء قواعدها من خلال حكم بوشبيكي ومحمد بوليل على نفس النهج الذي سار عليه القضاء الإداري الفرنسي.

وتبعاً لذلك فإن الخطأ في التقدير يعني عدم الملائمة بين خطورة المخالفة وبين نوع العقوبة التأديبية ويتم اللجوء إلى نظرية الخطأ لبسط المراقبة على سلطة الإدارة التي ترك لها المشرع حرية اختيار العقوبة من بين العقوبات التي حددها.³¹

وهكذا أخذ القضاء الإداري المغربي بنظرية الخطأ البين في معرض رقابته على قرار العزل الصادر عن وزير العدل في قضية محمد بوليل حيث أسس لأحققيته في الرقابة على سلطات الإدارة التقديرية، فالقاضي الإداري ومن خلال قضية محمد بوليل لم يلغي قرار وزير العدل من خلال ما توصل إليه من تدقيق ملائمة القضية ذلك أن المعني بالأمر وهو يشغل وظيفة مراقب مربي بإدارة السجون قد ارتكب أفعالا خطيرة تتمثل في حيازة المخدرات واستهلاكها، وحوكم بمقتضى حكم جنحي حائز لقوة الشيء المقضي به مما يبرر القرار التأديبي المتخذ في حقه (عقوبة العزل مع الاحتفاظ براتب التقاعد) ولهذا فالقرار الصادر في حقه ملائم للأفعال التي ارتكبها مما دفع بالمحكمة إلى رفض طلبه، ونفس الأمر يمكن استخلاصه من قضية رشيد شيباني وذلك مرده لخطورة الأفعال الإجرامية وتنافيها مع هيئة ووقار موظفي إدارة السجون.

ونفس الاتجاه تبنته المحكمة الإدارية بوجدة في قضية لحجاجة بوجمعة ضد وزير التربية الوطنية حيث أوضحت المحكمة في حيثيات قرار أن المحكمة تملك سلطة مراقبة مدى ملائمة العقوبة التأديبية المتخذة في حق الموظف بالنظر للمخالفة المنسوبة إليه إعمالا لمقتضيات الفصل 66 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الذي ينص على تدرج العقوبات تبعا

³⁰ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 265 المؤرخ في 20/03/1997 بوشبيكي عبد الله ضد المدير العام للأمن الوطني حكم منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، الضمانات القانونية والقضائية لتأديب وانتهاء خدمة الموظف العمومي، قضايا الوظيفة العمومية، ص 155.

³¹ عبد الوهاب رافع، نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارة العمومية من خلال العمل القضائي، سلسلة المكتبة القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، ص 140.

لخطورة المخالفات المنسوبة إلى مرتكبيه، وفي هذا الحكم اعتبرت المحكمة تغيب الطاعن وهو معلم عن العمل بدون إذن يؤثر سلباً على مستقبل الناشئة، وبالتالي فإن العقوبة التي قررتها الإدارة في حقه ملائمة للمخالفة وقضت برفض الطعن الذي تقدم به.³²

وفي نفس السياق جاء في حكم بالمحكمة الإدارية بالرباط سنة 1996 حيث رفضت بموجبه إلغاء القرار القاضي بعزل أحد الموظفين مع عدم توقيف حق التقاعد نظراً لخطورة الأفعال الثابتة في حقه "الاستيلاء على مبلغ 38837 درهم، والاحتفاظ بمنح 27 طالباً وعدم تسليمها إلى الإدارة في الوقت المناسب، وكذا إتلاف سيارة الدولة"، وقد جاء في إحدى حيثيات الحكم " ... أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير خطورة الخطأ وما يناسبه من جزاء ، وبغير تعقيب عليها ما لم يشب استعمال تلك السلطة غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وأن المحكمة بعد دراستها للمخالفات المنسوبة إلى الطاعن تبين لها أنها تمس بشكل خطير بالسير العادي للمرفق الذي كان يشتغل به مما يبرر اتخاذ عقوبة العزل في حقه .."³³

ومن هنا يمكننا تسجيل ملاحظة هامة على أن القضاء الإداري المغربي قد أخذ صياغة خاصة في هذا الحكم والتي يمكن القول على أنها مستقاة من قضاء التأديب المصري بتطبيقه لنظرية الغلو في التقدير وشرحها.

وفي حكم المحكمة الإدارية بمكناس سنة 2002 في قضية مصطفى الرامي بسطت المحكمة رقابتها على اقتراح المجلس التأديبي المتسم بالغلو في التقدير والذي تبنته وزارة العدل في حق الطاعن حيث جاء في إحدى حيثياتها نجد أن ما توصل إليه المجلس التأديبي من اقتراح في الموضوع يتسم بالغلو في التقدير، وكان من باب الملائمة أن لا يتم أخذ العقوبة الأولى المتخذة في حق الطاعن سنة 1990 كظرف مشدد وعدم اعتبار أن العون لم يتعظ بها، مما حاصله أن هذه الوسيلة هي الأخرى تقوم على أساس سليم ويتعين الأخذ بها، ومن ثم اعتبار أن عمل المجلس

³² حكم المحكمة الإدارية وجدة عدد 99 بتاريخ 10/05/2000 قضية لحاجي ضد وزير التربية الوطنية أورده محمد نميري، دور القضاء في حماية حقوق الدفاع بالنسبة للموظفين وفي مراقبته لملائمة العقوبة ، مجلة المحاكم الإدارية، العدد الثاني ، ص 104.

³³ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 185، بتاريخ 15 يونيو 1996، ملف رقم 26 / 95 غ، الراقي عبد القادر أوردته كريمة خلدون ، تطور رقابة القضاء الإداري على الملاءمة في المجال التأديبي، سلسلة المعارف القانونية، قضايا الوظيفية العمومية 3، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2017، ص 105 .

التأديبي قد شابه اختلالات مسطرية نتج عنها اقتراح عقوبة مشددة وهو الأمر الذي جعل الوزارة المعنية استنادا إلى المعطيات المتوفرة لديها تتبنى الاقتراح المذكور، وتتلخص وقائع القضية في أن السيد مصطفى الرامي يشغل مهمة عون بالنيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية بالراشيدية مكلفا بحجابه نواب الملك، الذي صدر في حقه قرار بالعزل من لدن وزير العدل واتضح ان رئيسه أنجز في حقه عدة تقارير مفادها أنه يحضر متأخرا وأنه يحتفظ بمفاتيح المكاتب وأنه كان محل متابعة تأديبية سابقة لم يستفد من عقوبتها شيء، هذا وان المجلس التأديبي وقع في اختلالات مسطرية مما جعلته يقترح عقوبة العزل في حق الطاعن.³⁴

وفي حكم للمحكمة الإدارية بأكادير سنة 2009 الذي اعتبر أن الإدارة مادامت لم تدل للمحكمة بما يثبت المخالفات المنسوبة للطاعن والمعتمدة في إصدار عقوبة الحذف من لائحة الترقى باستثناء عقوبة التغيب عن العمل بتاريخ 26/02/2008، فإن العقوبة التأديبية الصادرة في حق الطاعن غير ملائمة للمخالفة المرتكبة في حقه وهي التغيب عن العمل بدون إذن سابق من رئيسه المباشر خاصة وأن المشرع رتب العقوبات التأديبية المطبقة على الموظفين حسب تزايد الخطورة في الفصل 66 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.³⁵

وهكذا اعتبر قاضي المشروعية لما له من سلطة في مراقبة ملائمة العقوبة مع المخالفة التأديبية أن قرار الحذف من لائحة الترقى يتسم بعيب الانحراف في استعمال السلطة الشيء الذي يبرر إلغاء العقوبة التأديبية وهكذا فإن تقدير خطورة المخالفات التأديبية المرتكبة من لدن المجلس التأديبي يعتبر تقديرا مقيدا لا مطلقا يخضع للسلطة التقديرية لقاضي المشروعية الذي يقوم بمراقبة مدى ملائمة العقوبة التأديبية للمخالفة المرتكبة.

واعتمادا على تقنية الغلو في التقدير فقد ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 24/02/2002 في قضية زينب بنعومر ضد وزير العدل بإلغاء قرار هذا الأخير

³⁴ حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 3 / 2002 / 79 غ في الملف عدد 3 / 2001 / 58 غ بتاريخ 18/07/2002، الرامي مصطفى ضد وزير العدل، حكم منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، الضمانات القانونية والقضائية لتأديب وانتهاء خدمة الموظف العمومي قضايا الوظيفة العمومية 2 ص 210.

³⁵ حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 070/2009، المؤرخ في 06/05/2009 عدد 186 / 2008 غ مفاد هذه القضية أن الطاعن يشغل وظيفة محرر قضائيا بالمحكمة الابتدائية بواد الذهب إلى أن صدرت في حقه عقوبة الحذف من لائحة الترقى وذلك لعدة تغيبه بدون مبرر عن العمل الأمر الذي لم تبرره الإدارة ولم تحترم فيه مبدأ تدرج العقوبات مما سمح للقاضي بإلغاء القرار المتضمن للعقوبة التأديبية المذكورة حكم منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، المرجع السابق، ص 237.

القاضي بإقصائها عن العمل لمدة 25 يوما مع الحرمان من كل أجرة لأن القرار يتسم بالغلو في التقدير بين العقوبة وحجم المخالفة المرتكبة في عدم الجواب عن بعض الاستفسارات وعدم التحلي باللباقة في التعامل مع الرئيس، وقد جاء في حيثيات الحكم " وحيث إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة، فإن للقضاء مراقبة كل خطأ في التقدير بين العقوبة المتخذة والمخالفة المرتكبة من طرف الموظف، حيث لئن كان إحجام الطاعنة عن الجواب عن بعض الاستفسارات الموجهة إليها من رئيسها يشكل خطأ من جانبها إلا أن معاقبتها بالإقصاء عن العمل ينم عن خطأ في التقدير ويجعل العقوبة غير متناسبة مع الأفعال المرتكبة من طرفها الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه غير مشروع.³⁶

ومن خلال قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 19 دجنبر 2017، في قضية السيد محمد كريم ضد السيد وزير التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي، ومن معه، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد محمد كريم أصدر في حقه السيد وزير التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي، قرارا بالعزل بعد أن أبلغ السيد الوزير بصدور ممارسات من الطاعن لا أخلاقية ضد مسؤولي المؤسسة ومزاولة أنشطة تجارية بالموازاة مع مهنة التدريس، ليتبين للمحكمة بعد ذلك أن الطاعن يتوفر على ترخيص من طرف رئيس الجامعة لممارسة مهام الخبرة و الاستشارة في ميدان المحاسبة والجبايات، مما جعلها تقضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإلغاء قرار العزل، وقد عللت المحكمة قرارها هذا بخصوص باقي المخالفات المنسوبة للسيد محمد كريم " إن الاجتهاد القضائي الإداري قد تواتر على اعتبار أن الإدارة وإن كانت لها سلطة تقديرية في تقييم وتكييف خطورة الفعل المرتكب من قبل المعني بالأمر، وتقدير ما يتناسب معه من جزاء من غير تعقيب عليها في ذلك، غير أن هذا التقدير يبقى مشروطا بأن لا يشوبه أي غلو بين في التقدير، من خلال تدخل القضاء الإداري بقصد التحقق من مدى الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الفعل الذي آتاه الموظف وبين نوع الجزاء المستحق ومقداره، والتصريح تبعا لذلك بمدى مشروعية القرار التأديبي المتخذ في حق المعني بالأمر".³⁷

³⁶ حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 44 بتاريخ 24/04/2002 زينب بنعومر ضد وزير العدل أورده عبد الوهاب رافع ، المرجع السابق ، ص 144.

³⁷ قرار لمحكمة الإستئناف الإدارية، ملف رقم 2017/7205/851 ، بتاريخ 2017/12/19، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 140 ، ماي- يونيو 2018، ص : 265.

ويتبين مما سبق أن القاضي الإداري ولما له من سلطات في اعتماد نظرية الخطأ في التقدير فإنه يسير في اتجاهين فتارة يحمي حقوق الموظف متى تبث له مغالاة السلطة التأديبية في فرض العقوبات التأديبية عليه، وتارة أخرى يطمئن الإدارة ويعترف بسلطتها التقديرية ما دامت العقوبات التأديبية التي تصدرها ملاءمة وأن لا رقابة عليها إلا في حالات الخطأ البين في التقدير.

من العرض السابق لكل الاتجاهات والطروحات النظرية الكلاسيكية والحديثة في القضاء الإداري، سواء في فرنسا ومصر، والمغرب للحد من سلطة الإدارة التقديرية، يتضح لنا أن القضاء الإداري قد عمل منذ نشأته على تطوير رقابته في هذا المجال كلما سنحت الظروف السياسية والاجتماعية له بذلك، إدراكا منه أن هذه السلطة التقديرية هي التي تكمن فيها شبهة التعسف والاستبداد، وأنه لاملجأ للأفراد في مواجهة هذا أو ذاك سوى القضاء الإداري، خاصة وأن الإدارة العامة تعمل من جانبها بكافة السبل على الاحتفاظ بأكبر قدر من حرية التقدير، ومن هنا يمكن القول أن التطور الذي أصابته الرقابة القضائية في هذا الشأن إنما يجسد حقيقة الصراع بين الإدارة وما ترغب في أن يعترف لها به القضاء الإداري من حرية التقدير وبين ما يريده هذا الأخير من تقليص لهذه الحرية ضمانا لحقوق الأفراد وحياتهم.

رقمنة التبليغ القضائي في القانون الموريتاني والمغربي

"المظاهر والتحديات"

Digitization of Judicial Notification in Mauritanian and Moroccan Law

"Aspects and Challenges"

✍ Mohamed Ghaly Yebbe Nefa

PhD candidate in private law

Mohammed V University, Faculty of Law,

Economics and Social Sciences.

✉ ghali.rabih@um5r.ac.ma

✍ محمد غالي يب نفاع

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

Summary:

Digitization has become the standard in determining whether any activity aligns with our current era, due to the positives it offers, which manifest in ensuring speed and efficiency. Since notification forms a bridge of communication among various actors in the judicial field, serving as both the starting and ending point of judicial procedures, as well as being the sole mechanism for notifying procedures and preparing files for resolution, along with communicating related decisions, all these factors have compelled modern legislations to keep pace with the times and digitize notification procedures. The Moroccan legislator hastened in the draft Law on Civil Procedure 02.23 to adopt digital notification procedures before the courts, and the Mauritanian legislator also amended Article 58 of the Civil Procedure Code, which pointed to the possibility of using modern communication tools in judicial procedures.

Keywords: digitization, digital judicial notification, justice, digital court, artificial intelligence techniques.

المخلص:

لقد أضحت الرقمنة المعيار في تحديد مدى تماشي أي نشاط مع عصرنا الحالي نظرا لما تنطوي عليه من إيجابيات تتجسد في ضمان السرعة والنجاعة وبما أن التبليغ يشكل جسر التواصل بين مختلف الفاعلين في الحقل القضائي ومحطة انطلاق ونهاية المساطر والإجراءات القضائية، وكذا القاطرة الوحيدة لتبليغ الإجراءات وتهيئة الملفات حتى البت فيها وتبليغ القرارات المتعلقة بها كل هذه العوامل جعلت التشريعات الحديثة مضطرة لمسايرة العصر ورقمنة إجراءات التبليغ حيث سارع المشرع المغربي في مشروع قانون المسطرة المدنية 02.23، إلى تبني رقمنة إجراءات التبليغ أمام المحاكم، وكذلك المشرع الموريتاني من خلال تعديل المادة 58 من ق إ م ر ت إ حيث أشارت إلى إمكانية استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الإجراءات القضائية.

الكلمات المفتاحية: الرقمنة، التبليغ القضائي

الرقمي، العدالة، المحكمة الرقمية، تقنيات الذكاء الاصطناعي.

مقدمة

لقد عرف العالم في السنوات الأخيرة تحولا في شتى المجالات بسبب الثورة الرقمية وأصبحت التكنولوجيا إحدى الدعائم الأساسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وأضحت الدول ومن ضمنها المغرب وموريتانيا تنخرط في سلسلة تحديث جميع قطاعاتها بأحدث وسائل التكنولوجيا حيث تشكل الرقمية آلية مهمة لتطوير الأداء الإداري وتقديم خدمات عمومية أفضل للمرتفقين أينما كانوا بالسرعة المطلوبة والدقة اللازمة، وذلك من خلال اعتماد مفهوم جديد للإدارة تحت ما يسمى في أدبيات علم الإدارة بالإدارة الرقمية¹ متجاوزا مفهوم الإدارة الإلكترونية² وذلك من أجل الزيادة في الكفاءة والفعالية والشفافية ومساءلة الإدارة فيما تقدمه من خدمات إلى المواطن ومجتمع الأعمال، وتمكينهم من المعلومات بما يدعم كافة النظم الإجرائية الإدارية ...، في حين أن مفهوم الإدارة الرقمية هو: "استخدام كافة الوسائل التقنية الحديثة من قبل الإدارة والمرتفق من أجل توفير خدمة على شبكة مؤمنة وبدون وجود مادي للإدارة".

فإذا كانت الدولة تسعى إلى تحسين صورة إدارتها العمومية، فإن الإدارة القضائية لا تخرج عن هذا المنأى بحيث تعد المحرك الأساسي لتنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذا عمدت بعض وزارة العدل إلى اعتماد وسائل تكنولوجية لتدبير الدعاوى القضائية بشكل إلكتروني وتعريف هذه الأخيرة كونها منهجية تقوم على استخدام تقنية المعلومات والاتصال في ممارسة الوظائف الأساسية للمحاكم المتمثلة في الفصل في المنازعات والإدارة القضائية بقصد تحسين فعاليتها ونتائجها وكذلك جودة الخدمات المقدمة³، والوصول إلى محكمة رقمية⁴.

¹ _ الذي عرفته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية باستعمال تكنولوجيا الإعلام والاتصال وخصوصا الإنترنت، كأداة لتحقيق إدارة جيدة"، انظر:

محمود حرك، دور الرقمنة في تسير الولوج إلى العدالة نظرة استشرافية نحو المحكمة الرقمية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية، 2020_2021، ص: 2.

² _ عبد الوافي ايكدض: "المحكمة الرقمية والنظم المعلوماتية لوزارة العدل"، المكتب المحلي بمراكش، ودادية موظفي العدل، ص 5.

³ _ وتعرف المحكمة الإلكترونية بأنها تنظيم تقني معلوماتي تفاعلي مؤمن على الشبكة العالمية يتيح للمقاضين تحريك دعواهم وتقديم وسائل الإثبات والإطلاع على مجريات الجلسات، وللقضاة وأعوانهم النظر في الدعاوى وتدوينها والفصل فيها وحفظها عبر الوسائل التقنية الحديثة، راجع:

_ بنزهة مريم القضاء الإلكتروني بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، السنة الجامعية 2017/2018، ص 4,5.

ولا شك أن عصرنة القضاء تتطلب البدء بعصرنة وتطوير إجراءات التبليغ لما تقتضيه عصرنة أساليب هذا الأخير من تسهيل أداء القضاء لمهمته على أكمل وجه، وتلبية حاجيات المواطنين والمقيمين بنجاعة وفعالية.

إن الطرق التقليدية للتبليغ هي مكنن العيب في القضاء وسر البطء في إجراءات التقاضي وهو ما يترتب عنه ضياع الحقوق وعدم توفير الضمانات القضائية المكفولة دستوريا من إعداد الدفاع إلى إصدار الأحكام في آجال معقولة.

مما يستدعي اللجوء إلى استغلال الثورة التكنولوجية وإرساء مقومات المحكمة الرقمية بالاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة خاصة في مجال التبليغ لتسريع إجراءات هذا الأخير وضمان حقوق المتقاضين وتنزيل أحكام الدستور فيما يتعلق باحترام حقوق الدفاع والبت داخل أجل معقول وتكريس الشفافية في النظام القضائي⁴.

ويحظى موضوع هذا المقال بأهمية بالغة نظرا لكونه يصب ضمن مسار إصلاح منظومة العدالة، وقد بادر المشرع المغربي خدمة منه للعدالة إلى وضع أولوية للمجال الرقمي في مشروع قانون المسطرة المدنية 02.23، كما أن المشرع الموريتاني لم يقفل ذلك المجال، وكذا جهود إصلاح العدالة⁵، والواقع الموريتاني يشهد لكثير من التحولات الرقمية في شتى المجالات.

ويتطلب دراسة هذا الموضوع بصفة مقارنة، الانطلاق من الاشكال التالي:

ما مدى مساهمة رقمنة التبليغ في إصلاح وتحديث المنظومة القضائية في كل من المغرب وموريتانيا؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

ما هي تجليات رقمنة التبليغ القضائي في التشريع الموريتاني والمغربي؟

ـ بوطويل سعيد: "مشروع المحكمة الإلكترونية بالمغرب دراسة في آليات المحكمة الإلكترونية وأحكامها"، مطبعة الورقة الوطنية. مراكش، دار الأفاق النشر - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2021، ص 21.

⁴ ـ السيد عالي، السيد عالي احبيب، دور الرقمنة في تسريع إجراءات التبليغ المدني- دراسة في ضوء مشروع القانون رقم 02.23، بحث لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، العام الدراسي 2023_2024، ص:3 و5.

⁵ ـ الوثيقة الوطنية لإصلاح وتطوير العدالة الموريتاني، المنبثق عن توصيات المنتديات حول العدالة المنعقدة من 5_11 يناير 2023، الذي خصص عنوانا لتسريع العدالة والاستعانة بالرقمنة.

ما هي أبرز التحديات التي يواجهها مسار رقمنة إجراءات التبليغ القضائي؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنعتمد كل من المنهج التحليلي والوصفي من أجل وصف وتحليل الجوانب القانونية والواقعية المتعلقة برقمنة إجراءات التبليغ القضائي وذلك وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: مظاهر رقمنة التبليغ القضائي في التشريع المغربي والموريتاني

المبحث الثاني: صعوبات رقمنة إجراءات التبليغ القضائي

المبحث الأول: مظاهر رقمنة التبليغ القضائي في القانون الموريتاني والمغربي

يعيش العالم اليوم ثورة تكنولوجية ولدت تطورا رقميا مهولا، أدى إلى استخدام وسائل تقنية حديثة، وظهور نتائج شكلت تحولا حضاريا في شتى المجالات، الاقتصادية والاجتماعية، ومن أهم هذه المجالات مجال العدالة بشكل عام والإجراءات بشكل خاص⁶.

ومن المعلوم أن هذا التحول أصبح ضرورة لتطوير القواعد الإجرائية عن طريق استخدام الرقمنة لضمان السرعة والنجاعة والتبادل الآلي المعطيات، بطريقة سريعة بهدف الوصول إلى عدالة ناجزة⁷، في القضايا الجنائية والمدنية والتجارية...

ولقد تبنت العديد من دول العالم نظام الرقمنة في مجال الإجراءات الجنائية⁸ والمدنية، عن طريق استخدام تكنولوجيا المعلومات في أنظمتها القضائية لتجاوز الصعوبات التي خلفتها القواعد الإجرائية التقليدية.

⁶ _ انظر في هذا الصدد: د. يوسف تملوكوتان، رقمنة إجراءات العدالة الجنائية، مقال منشور في مؤلف جماعي، مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، العدد، 32 السنة السادسة، 2023، ص: 108.

⁷ _ يمكن تعريف العدالة الناجزة بأنها هي تحقيق العدل ورد الحق لصاحبه بصورة معجلة عن طريق اللجوء للمحاكم، ويمكن تعريف العدالة الناجزة بكونها وضع قواعد إجرائية من شأن تطبيقها تحقيق العدالة بشكل ناجز أمام المحاكم، وبشكل أوضح يمكن تعريفها بأنها إعطاء القضاء كل ذي حق حقه وفق ما يتيح القانون من سلطة للقاضي ووفقا للظروف المحيطة بالدعوى وموضوعها في أسرع وقت ممكن بحكم قطعي في الموضوع لا مجال للطعن فيه.

راجع في هذ الصدد: سهيل أحمد نبيل إبراهيم، العدالة الإجرائية التاجرة بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، المقالة.. 361: المجلد 53، العدد 2 ماي 2021، ص 361.

⁸ _ في ميادين البحث والاثبات، والتحقيق والمحاكمة، والتنفيذ الجزائي.

ويعد التبليغ في الميدان المدني من أهم إجراءات التقاضي، وتتوقف فاعليته، وحسن سيره على نجاعة الوسائل المتبعة فيه وعصرنتها.

وهذا ما حدا بالتشريع المغربي والموريتاني لتحديث مساطر التبليغ وإجراءاته، تمهيدا لرقمنة المساطر والإجراءات القضائية عموما، خدمة للسرعة وطلبا للشفافية والنزاهة في إجراءات التبليغ.⁹

المطلب الأول: تجليات الإلكترونية التبليغ القضائي في القانون المغربي

لقد فرض الواقع اليومي تحولات عميقة في عالم الرقمنة، ما أدى إلى استعمال التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة في مختلف إجراءات التقاضي خاصة في ميدان التبليغ الذي يعتبر أهم هذه الإجراءات لارتباطه بمبدأي المواجهة وحقوق الدفاع، وبناء على ذلك فقد أحدث المشرع المغربي بموجب المادة 624 من مشروع القانون 02.23، منصة إلكترونية يعهد إليها بتسيير المساطر أمام المحاكم الابتدائية الاستئنافية (أولا)، ويكون ذلك من خلال حساب إلكتروني أو مهني لهذا الغرض، كما أوجد المشرع إمكانية أخرى للتبليغ بالبطاقة الوطنية الإلكترونية (ثانيا).

الفقرة الأولى: المنصة الإلكترونية والحساب الإلكتروني

إن أول ماتم إنشاؤه في إطار رقمنة التبليغ، هو إحداث المنصة الإلكترونية لتدبير المساطر والإجراءات القضائية¹⁰، بغية إجراء عملية التبادل اللامادي لإجراءات التبليغ والتقاضي عموما، بين المتقاضين ومحامي الأطراف وبين محاكم المملكة بشكل يضمن سلامة الوثائق وأمن وسرية هذه التبادلات الإلكترونية ويحقق السرعة والنجاعة المطلوبة لإجراءات التبليغ، وهو ما أشارت إليه المادة 624 من مشروع القانون رقم 02.23.

⁹ _ السيد عالي احبيب، دور الرقمنة في تسريع إجراءات التبليغ المدني_دراسة في ضوء مشروع القانون رقم 02.23، م س، ص: 5.

¹⁰ _ سعيد بو طويل، مشروع المحكمة الإلكترونية بالمغرب، الطبعة الأولى 2021، ص: 87.

ويستشف من هذه المنصة أن المشرع يرمي إلى تسهيل التواصل مع المحكمة وتيسير الوصول إلى المعلومة القضائية من خلال الدخول إلى هذه المنصة، ومن أجل التقريب اللامادي للقضاء من المتقاضين¹¹.

ويكون تبادل هذه المعطيات الإلكترونية، بين المنصة والمعنيين بالأمر من خلال حسابات إلكترونية عادية كانت أو مهنية، وهذا المعطى يندرج ضمن المقترحات التي تقدم بها أعضاء الهيئة العليا للحوار الوطني والتي تضمنها ميثاق إصلاح منظومة العدالة لسنة 2013، الذي نص على ضرورة وضع أسس محكمة رقمية مفتوحة على محيطها بواسطة الوسائل الإلكترونية¹².

الفقرة الثانية: البريد الإلكتروني والبطاقة الوطنية وسيلة للتبليغ

لقد أعطى المشرع من خلال مشروع القانون 02.23، للمتقاضي إمكانية استخدام البريد الإلكتروني ضمن مساطر التبليغ، شريطة إدلائه بهذا الأخير بالمنصة الإلكترونية مع رقم هاتفه مرفقا بتصريح قبوله بالتبليغ عليه بكافة إجراءات الدعوى وجميع المستندات المتعلقة بها...

وهذا ما يتسق من نص المادة 627 من مشروع القانون رقم 02.23 الذي جاء فيها: "يمكن لكل شخص ذاتي أو اعتباري من أشخاص القانون الخاص، أن يدلي عبر المنصة الإلكترونية بعنوان بريده الإلكتروني ورقم هاتفه، مرفقا بتصريح بقبول تبليغه جميع المساطر وإجراءات الدعوى وكافة الوثائق والمستندات..."

وبخصوص اعتماد عزز المشرع المغربي التبليغ بالبريد الإلكتروني للمتقاضين بإمكانية الاعتماد على المعلومات الموجودة بقاعدة المعطيات المتعلقة بالبطاقة الوطنية الإلكترونية، في حال تعذر تبليغ أحد الأطراف أو تبين أنه قد انتقل من العنوان الوارد بالاستدعاء أو مجهول الإقامة أصلا، وهذا ما نصت عليه المادة 86، من مشروع القانون رقم 02.23.

¹¹ _ السيد عالي احبيب، دور الرقمنة في تسريع إجراءات التبليغ المدني-دراسة في ضوء مشروع القانون رقم 02.23، ص: 7.

¹² _ البند رقم 9 من المقترحات الواردة عن الهيئة العليا للحوار الوطني، ميثاق إصلاح منظومة العدالة، يوليو 2013، ص 51 القرار رقم 2016/991، المجلس الدستوري، بتاريخ 15 مارس 2016، المنشور بمجلة المحكمة الدستورية، العدد الأول 2017، ص: 31

وأمام إقرار مشروع قانون المسطرة المدنية المغربي¹³ لهذه الوسائل الإلكترونية بغية تحقيق محاكمة رقمية، يتضح أن المشرع المغربي قد قطع أشواطاً مجال رقمنة إجراءات التبليغ حيث يعتبر هذا الأخير جسراً التواصل بين مختلف الفاعلين في المساطر والإجراءات القضائية ومحطة انطلاق ونهاية هذه الإجراءات، بل يمكن القول إن علمية التبليغ تعتبر القاطرة الوحيدة لتبليغ الإجراءات وتهيئ الملفات حتى البت فيها وتبليغ القرارات المتعلقة بها¹⁴.

إذ لا شك أن التبليغ يتوقف عليه تحقيق مبدأ حق الدفاع وكذلك مبدأ التواضعية، إذ لا يمكن تحقيق هذا الأخير بدون إشعار أطراف النزاع بالقضايا المتعلقة بهم والرائجة أمام المحاكم، ولا يتصور احترام مبدأ حق الدفاع إلا بضمان التبليغ، لذلك كان لزاماً تطوير التشريعات لهذه الوسائل، وتماشياً مع ذلك نص مشروع قانون المسطرة المدنية المغربي على إمكانية رقمنة كل من الاستدعاءات وتبليغ المقررات القضائية.

أ. رقمنة الاستدعاءات القضائية

نص مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23، على إمكانية توجيه الاستدعاء إلى المعني بواسطة الوسائل الرقمية، وعبر المنصة الإلكترونية، وهو ما تضمنته المادة 629، من هذا المشروع. ويهدف المشرع من اعتماد هذه الوسيلة، للاستفادة مما توفره الرقمنة من أجل سرعة ونجاعة العمل القضائي، وضمان محاكمة عادلة تحترم فيها حقوق كل طرف. إذ يعتبر تبليغ الاستدعاء شرطاً أساسياً لإصدار الحكم على الخصم، وإلا كان الحكم عرضة للبطلان لخرقه مبدأ حق الدفاع.

وقد أصدر المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)، قراراً يقضي بأن: "عدم استدعاء الطاعن أو من يمثله للجلسة التي أدرجت فيها القضية للمداولة، يجعل القرار باطلاً لخرقه قواعد المسطرة المضرة بالطاعن ولمساحته بحقوق الدفاع"¹⁵.

¹³ _ يذكر أن مشروع القانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية المغربية، قد مر بجميع المراحل المطلوبة لسن القانون ولم يتبقى له إلا أن ينشر في الجريدة الرسمية للمملكة حتى يصبح نافذاً وقانوناً واجب التطبيق.

¹⁴ _ بوبكر بهلول، مسطرة التبليغ القضائي والتبليغ الإلكتروني، سلسلة الإدارة القضائية العدد الرابع، يونيو 2005، ص: 5.

¹⁵ _ بديعة الممنائي، أحكام التبليغ القضائي وإشكالاته العملية في المادة المدنية، الطبعة الأولى، 2013، ص: 12.

ويستشف من إقرار المشرع المغربي لهذا الإجراء هو الحد من المدد والاستنزاف المادي للمحاكم الذي تتطلبه الطرق التقليدية من انتقال أعوان المحكمة لهذا الغرض.

وبالنسبة للحالة الموريتانية فإن هذا الإجراء لم تقرره المحاكم بعد إلا أنه بالنظر للسعي الدؤوب لإصلاح العدالة، فلا يستبعد أن يقوم المشرع الوطني بإقرار ذلك في أقرب وقت ممكن عن طريق الأنظمة الرقمية المتوفرة حاليا والمذكورة آنفا¹⁶.

ب - التبليغ الرقمي للمقررات القضائية

يتم تبليغ المقررات القضائية بطريقة إلكترونية، إلى الأطراف حسب مدلول المادتين، 633، و634، من مشروع القانون رقم 02.23، ويكون ذلك من خلال بريدهم الإلكتروني المدلى به بالمنصة المذكورة، وإشعارهم برسالة نصية على أرقام هواتفهم، بناء على موافقتهم، بينما تبلغ هذه المقررات القضائية إلى المحامي من خلال حسابه الإلكتروني المهني الخاص.

وتشمل المقررات القضائية الإنذارات وكذا الأوامر الصادرة عن رئيس المحكمة، بالإضافة إلى الأحكام والمقررات الصادرة عن هذه الأخيرة¹⁷.

ولم يكتف المشرع بتبليغ المقررات القضائية عبر المنصة الإلكترونية إلى الأطراف وإنما خول أيضا إمكانية توجيه هذه المقررات إلى المفوض القضائي، المعين من المحكمة بطلب من المعني، وعبر حسابه المهني الإلكتروني.

وتتم مباشرة إجراءات تبليغ المقررات القضائية عبر المنصة الإلكترونية، والهدف منه الإسراع في نجاعة القضاء.

¹⁶ _ انظر المطلب الثاني من المبحث الأول أدناه.

¹⁷ _ السيد عالي احبيب، دور الرقمنة في تسريع إجراءات التبليغ المدني _ دراسة في ضوء مشروع القانون رقم 02.23، م.س، ص:16.

المطلب الثاني: مظاهر رقمنة التبليغ القضائي في القانون الموريتاني

إن الأهمية التي تكتسبها الرقمنة ودورها في قيام عدالة ناجزة فرضت على التشريعات التفكير في آفاق توسيعها وتعميمها على مختلف الإجراءات، وقد أصدر المشرع الموريتاني قوانين توضح محاولة المشرع في مساهمة التطور التكنولوجي¹⁸.

فقد جاء في المادة 58 من ق ج م ت ! يمكن القيام بتقييد وإبلاغ إجراءات الدعوى بواسطة الوسائل الإلكترونية. تحدد شروط وإجراءات استعمال الوسائل الإلكترونية بواسطة مرسوم.

غير أن في مجال الإجراءات عامة يلاحظ غياب رقمنة هذه الأخيرة إلى حد الساعة، إذا ما زالت إجراءات التبليغ التقليدية¹⁹، هي المتبعة أمام المحاكم.

نظرا للغزو الرقمنة لجميع جوانب الحياة البشرية، وعلى رأسها الإجراءات القانونية والحالة المدنية، التي كانت تعتمد على العامل الورقي في كل شيء، بادرت وزارة الرقمنة الموريتانية إلى إنشاء تطبيقات تسهل على المواطن العديد من الخدمات.

من أبرز هذه التطبيقات: تطبيق هويتي (أولا)، وتطبيق خدماتي ومنصة عيني (ثانيا).

الفقرة الأولى: مدى إمكانية استخدام تطبيق هويتي في التبليغ القضائي

لقد أشرف رئيس الجمهورية محمد ولد الغزواني يوم الثلاثاء الموافق 26 ديسمبر 2023 في مقر الوكالة الوطنية لسجل السكان والوثائق المؤمنة على إطلاق تطبيق "هويتي" كتجسيد رقمي لتعهداته المستمرة والرامية إلى عصنة الإدارة ورقمتها وإدخال الحلول السهلة والرقمية في خدماتها اليومية وتقريب الإدارة من المواطن وخدمته بسهولة ويسر وسلاسة.

¹⁸ _ من ذلك مثلا قانون المبادلات الإلكترونية، وقانون...

¹⁹ _ المنصوص عليها في المادة 65 من القانون رقم 99-035 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني المكمل ومعدل بالأمر القانوني رقم 035-2007 والقانون رقم 008-2019 والقانون رقم 020-2019 والقانون رقم 032-2020، وهي عن طريق عدل منفذ أو عن طريق كتابة الضبط، أو أحد أعوانه، أو عن طريق البريد، أو الطرق الدبلوماسية...

ويعد هذا النظام المعلوماتي "هويتي"، الذي تم تطبيقه مبكرا، والذي يحفز الوكالة إلى تحول نوعي، على مستوى الإدارة والمجتمع، وهو نظام أنشأ محليا بهدف الاستفادة من نظام الرقمنة²⁰.

ويمكن هذا النظام المستخدم من الحصول _ حاليا _ على عدة خدمات من هاتفه النقال أبرزها:

- طلب تجديد بطاقة التعريف الوطنية
- طلب جواز السفر أو تجديده
- طلب مستخرجات الازدياد
- معرفة البطاقات الرمادية التابعة للشخص
- طلب صحيفة السوابق العدلية...

وقد تمت إضافة هذه الأخيرة حديثا مما يعني أن النظام ماضيا في التطوير وقد يضيف خدمات جديدة في غاية الأهمية لتسهيل الوثائق المدينة في أسرع وقت مستفيدا من الثورة الرقمية.

وبناء على هذه المعطيات فإن أهمية هذا النظام جلية وهو يربط الشخص المستخدم بالحالة المدنية عن طريق هوية رقمية متنقلة معه أين ما حل، لذلك فإن إصلاح العدالة يكمن في تسريع إجراءات التقاضي التي على رأسها التبليغ، ولا شك أنه بإمكان وزارة العدل أن تستعين بهذا النظام وتخصص خانة فيه _ على غرار خانة صحيفة السوابق العدلية _، تعنى بالمحاكم ويمكن من خلالها تبليغ حكم للمستخدم أو استدعائه عن طريق إشعار في حسابه هويتي.

وسيكون لهذا الإجراء أهمية كبيرة على مستوى تسريع عملية التبليغ ويساهم في تحقيق أهم مبدأ دستوري وقضائي وهو مبدأ إنهاء مساطر التقاضي، وإصدار الحكم القضائي في زمن معقول.

²⁰ _ تقرير منشور في الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لسجل السكان والوثائق المؤمنة، Anrpts.gov.mr، اطلع عليه بتاريخ 18/06/2205، الساعة، 15h بالرباط.

كما قد يحد الأخذ بهذا النظام من مشكلة كبيرة يعاني منها أعوان القضاء في تحديد مكان التبليغ لغياب ثقافة الموطن والسكن الثابت في المجتمع²¹...

الفقرة الثانية: تطبيق خدماتي والتبليغ القضائي

إن التطور الرقمي اللافت الذي تشهده موريتانيا جعل هذه الأخيرة ممثلة في وزارة التحول الرقمي وعصرنة الإدارة ووكالة ترقية الاستثمارات، تطلق خدمات رقمية جديدة عبر منصة تسمى منصة "خدماتي"²².

وتظهر أهمية هذه الخدمة في كونها تسهل عمل الإدارة، وتقدم هذه المنصة للمواطنين:

- الاستعلام عن المخالفات المرورية؛

يمكن للمواطنين الاستعلام عن المخالفات المرورية المسجلة على مركباتهم وتسديد الرسوم إلكترونياً.

- تقديم الاعتراضات؛

يتيح التطبيق للمواطنين تقديم الاعتراضات على المخالفات المرورية إلكترونياً.

- إنشاء الشركات؛

يمكن للمستثمرين إنشاء الشركات وتسجيلها في السجل التجاري وإدارة الضرائب والانضمام إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي إلكترونياً.

- طلبات الاعتماد؛

يمكن للمستثمرين تقديم طلبات الاعتماد للاستفادة من المزايا الضريبية والجمركية عبر التطبيق.

ويضمن التطبيق الأمان الكامل للمعلومات والبيانات من خلال استخدام التطبيق الوطني للتعريف "هويتي".

²¹ _ ففي المجتمع الموريتاني تجد شخصاً يسكن عند منزل أبيه في لكصر أو منزله وبعد أيام تراه يقطن في توجنين عن دار خاله، ففي مثل هذه الحالات يكون التبليغ الرقمي أنجع من التبليغ المادي.

²² _ كانت عملية انطلاق هذه الخدمة من طرف الوزارات الوصية بتاريخ 05/04/2025

تبسيط الإجراءات الإدارية، وتعزيز الشفافية وجذب الاستثمارات كما يهدف إلى دعم التحول الرقمي.

كما توجد إلى جانب هذه المنصة منصة أخرى لا تقل أهمية وهي منصة "عين"، وهي منصة مخصصة لاستقبال شكاوى المواطنين ومعالجتها تهدف المنصة الإلكترونية "عين" إلى الإسهام في تمكين المواطن من رقابة العمل الحكومي وتقديم الخدمات العمومية وتسهيل تلقي الإدارة ملاحظات المراجعين واقتراحاتهم وشكاياتهم وتتبعها ومعالجتها، دون أن يحول ذلك أو يمنع المواطنين من اللجوء لممارسة حقهم في تقديم شكاياتهم مباشرة للإدارة أو أي هيئة إدارية مختصة²³.

كل هذه المنصات الرقمية والتي تعتبر هامة في ميدان رقمنة الإدارة، يمكن استخدامها أو تطويرها واعتمادها من طرف وزارة العدل للنهوض بالقضاء، كما أنه لا يوجد مانع من خلق نظام مشابه لها خاص بوزارة العدل، كل ذلك بهدف الوصول لقضاء عادل وسريع.

المبحث الثاني: صعوبات رقمنة إجراءات التبليغ القضائي

إن رقمنة إجراءات التقاضي عموما والتبليغ الإلكتروني على وجه الخصوص، تعترضه بعض المعوقات، مما يتطلب العمل على إزالة هذه الصعوبات لتبني رقمنة إجراءات التبليغ ولتنزيلها، عمليا، وعلى أرض الواقع.

وهذه الصعوبات منها ما هو قانوني (المطلب الأول)، ومنها ما هو واقعي، (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الإكراهات التشريعية لرقمنة التبليغ القضائي

تتجلى الصعوبات القانونية التي تعترض تطور المساطر القضائية، عموما ورقمنة إجراءات التقاضي، في ندرة النصوص المؤطرة لعملية التبليغ الإلكتروني (الفقرة الأولى) ذاك أن تكريس إمكانية التبليغ بوسائل الاتصال الحديثة سيساهم في تجاوز التعقيدات وتشتت المساطر التي تعرق سير هذا الإجراء، كما أن تجاوز هذه العرقيل يتطلب توحيد المساطر وتشريع الرقمنة (الفقرة الثانية).

²³ منشور في الموقع ami.mr اطلع عليه بتاريخ 18/06/2205، الساعة الثامنة مساء.

الفقرة الأولى: الفراغ التشريعي

تعتبر محدودية النصوص المؤطرة أكبر تحد أمام اللجوء لممارسة التبليغ بوسائل الاتصال الحديثة، مما يعني أن غياب نص تشريعي يسد هذه الثغرة، يجعل المحاكم غير قادرة على الاستفادة من هذه الرقمنة.

وبالرجوع إلى الواقع التشريعي والنصوص التي تنظم مهام أعوان المحاكم، يتضح أنها تخلوا من شرعنة للتبليغ الرقمي.

إلا أن هذا لا ينفي اهتمام المشرع بتطوير ترسانته القانونية الإلكترونية، ويظهر ذلك جليا في سن القوانين ذات الصلة بالتطور الإلكتروني مثل القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وغيره.

وبالرجوع إلى القانون المقارن المغربي فإنه هو الآخر لا يزال يعاني من نفس النقص التشريعي²⁴.

ويثير البعض إشكالا آخر يتعلق بالتوقيع الرقمي للمبلغ إليه، إذ يختلف هذا التوقيع عن التوقيع الإلكتروني المنصوص عليه في القانون رقم 53.05 لأن التوقيع في هذا القانون يمارس على الحاسوب مما يقتصر إمكانية ممارسته على الأشخاص الاعتبارية، أما التوقيع الإلكتروني فإنه — من المتوقع — أن يكون عبر الهاتف وعن طريق تشفير واعتماد مفتاح سري خاص بكل متقاض يمكنه من الدخول إلى الرسائل التي تتضمن التبليغ الموجه إليه²⁵، وهو ما يضمن التوصل اليقيني للمعني بالأمر.

الفقرة الثانية: الأهمية القانونية لشرعنة الإجراءات الرقمية

إن الكلام عن التحديث يرمي إلى البحث عن الطرق — من بينها إعداد مدونة رقمية —، التي بإمكانها الرفع من المردودية التي لها وقع تسريع البث في القضايا، كما أن لها بعد آخر يتمثل

²⁴ _ رغم أن المشرع المغربي أقر التبليغ في مشروع القانون رقم 02.23، المتعلق بالمسطرة المدنية، والذي تخطى مراحل سن القانون ولم ينشر بعد في الجريدة الرسمية ليصبح نافذا.

²⁵ _ راجع:

_ هشام بوحامد، التبليغ القضائي في المادة المدنية بوسائل الاتصال الحديثة، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التكوين 2015-2017 ص: 50،

في توحيد الإجراءات بين المحاكم وهنا يظهر وزارة العدل والتي يقع على عاتقها البحث في تمكين المحاكم من ذلك²⁶.

ويعد التشريع من اللبنة الأساسية للعمل بالرقمنة، بحيث لا يمكن العمل بدون شرعية الأسلوب أولاً، ثم في نصوص جديدة تسهل العمل بالرقمنة، وترميم كل النصوص التي ستساعد في تبني هذا الأسلوب²⁷، مثل التنظيم القضائي ونصوص كتاب الضبط، والعدول المنفذين.

وتتجلى الأهمية القانونية في خلق إطار قانوني للتبليغ الرقمي، بهدف ضمانات المحاكمة العادلة، بما يتلاءم مع متطلبات العصر وعجلة التطور الدولي.

المطلب الثاني: الإكراهات الواقعية لرقمنة إجراءات التبليغ القضائي

يتطلب اعتماد الرقمنة في إجراءات التبليغ مستوى عال من البنية التحتية التي تتضمن شبكة حديثة ومتطورة للاتصالات ونقل البيانات بصورة آمنة، وتبديلها بين المحاكم والعاملين في العدالة، وكذلك بين المتقاضين.

ويعتبر من أهم الإكراهات الواقعية هو ضعف البنية التحتية الرقمية، وعدم توفير الوسائل الكافية من أجهزة، وغياب تأطير الكادر البشري لضمان لانصهار في عالم الرقمنة، بما يحقق الكفاءة المطلوبة (الفقرة الأولى). كما أن عامل انتشار الأمية بين المجتمع الموريتاني يشكل تحدياً أمام الاستفادة من الرقمنة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التحديات المتعلقة بالموارد البشرية للقضاء

تعد الموارد البشرية المؤهلة من أبرز العناصر التي تقود الإدارة القضائية إلى تحقيق التقدم والرقي في مختلف المجالات، ف وراء كل صدارة متقدمة يقف إداريون ذوي بصر ثاقب وكفاءة

²⁶ راجع في هذا الصدد:

مومن عبد الرحيم: "الإعلاميات دورها في الإسراع في التدبير الجيد للملفات"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: www.startimes.com.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 20/06/2025، على الساعة 10:06.

²⁷ محمد حراك، "دور الرقمنة في تسهيل الولوج إلى العدالة نظرة استشرافية نحو المحكمة رقمية، رسالة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، اختيار القانون المدني والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال، جامعة محمد الخامس، السنة الدراسية 2020_2021، ص:36.

عالية²⁸، وعليه فإن تأهيل الموارد البشرية وتطويرها يشكل أهم عنصر وأول لبنة في برنامج إصلاح العدالة، إذ من شأنه توفير فرص حقيقية لتحسين المرفق القضائي ونجاعته وعصرنته.

ذلك أن الاعتماد على التكوينات الأساسية التي يتلقاها أطر القضاء لا تعد كافية، ولا توفر للقاضي ما يحتاج من معلومات، تخص التقنيات الرقمية، الأمر الذي يؤثر سلبا على مردودية عمله.

ويعتبر ضعف التكوين حائلا دون استغلال تقنية الرقمنة، وبالتالي فإن وجود عدالة رقمية يتطلب بدء بناء كوادر بشرية مؤهلة لهذا الغرض.

إذ أن السبب وراء عدم الانخراط الكلي في الرقمنة هو عدم تكوين الأعوان القضائيين خاصة منهم كتاب الضبط والعدول، دون المستوى مع العلم أنهما يلعبان دورا أساسيا في إدارة المحكمة²⁹.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة لمكان الرقمنة في حقل العدالة المغربي فإن الجانب الموريتاني يعاني هو الآخر من نفس العراقيل على مستوى الموارد البشرية، إذ يفتقر إلى كوادر بشرية قادرة ومكونة على استخدام الوسائل الرقمية في هذا المجال.

ولا شك أن عصرنة الإدارة التي أعلنت عنها الحكومة الموريتانية، وميثاق إصلاح العدالة، إذا طبقا قد تستفيد منها العدالة وتظهر تقدما ملحوظا في مجال استخدام وسائل التواصل الحديثة في رقمنة العدالة.

ولتلافي هذا الإكراه يجب تأهيل الموارد البشرية والمهن القضائية عامة لكسب رهان إصلاح منظومة العدالة، باعتبار الدور الكبير للعدالة لا يمكن أن يتم إلا بتأهيل الموارد البشرية للجسم القضائي، وأيضا الاهتمام بتكوين كافة المتدخلين في العملية القضائية، وذلك بتحسين وتعديل

²⁸ _ الحراق آسية: "الإدارة الإلكترونية بالمغرب - الصفقات العمومية نموذجا"، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى أكتوبر 2015، ص 123.

²⁹ _ راجع في هذا الصدد

_ محمد بن يحيى: "الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء التجارب الأجنبية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، طبع بمساهمة هانس، سابدل الألمانية، عدد 195، ط 2008، ص 95.

_ بوزياني لمياء: الولوج إلى العدالة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط، السنة الجامعية 2010/2011، ص 48

_ مطيع سهام تدبير إصلاح الشأن القضائي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي - الرباط، السنة الجامعية 2009/2010، ص 54.

النصوص القانونية المنظمة لعدد من المهن، وتحسين شروط العمل والارتقاء به، وتوفير شروط تكوين مهيكول ومنتظم الذي يلعبه مساعد و القضاء في تحقيق العدالة وجودتها، إذ أن ورش إصلاح مستمر باستمرار الزمن³⁰.

إذ أن هذا الإجراء ودوره في سرعة في التبليغ والبت في الأحكام داخل الأجل المعقول، تساهم في تحقيق العدالة.

الفقرة الثانية: التحديات المتعلقة بالمتعاملين مع القضاء

يقصد بالمتعاملين مع العدالة المساعدون غير المباشرين للقضاء³¹ والمتقاضين، ويعتبر تعدد الفاعلين في العدالة إكراها في حد ذاته في رقمنة العدالة، بحيث إن المحامون لا يخضعون لتكوين بالشكل المطلوب نظرا لغياب معهد للتكوين³²، كما أن أغلب المكاتب المحامون غير مجهزة بأحدث الوسائل حتى يتسنى لهم ممارسة مهامهم بطريقة رقمية.

أما في الواقع المغربي فبالرغم من تخصيص منصات لهذا الغرض، إلا أنه لم ينخرط فيها إلا عدد محدود لم يتجاوز 955 محامي من أصل 13150 محامي رسمي إلى غاية 23 أكتوبر 2020، ونفس الشيء بالنسبة السادة العدول بحيث تم انخراط 2150 عدل من أصل 6455³³، واقتصرت المنصة متعلقة بطلبات الإذن بالزواج في بعض الدوائر.

أما الإكراه الثاني فيتعلق بالمتقاضي ويكمن في الانتشار الواسع للأمية بالمغرب عامة والأمية الرقمية خاصة، التي تجعل رقمنة الإدارة العمومية بشكل عام أمام تحد كبير، بحيث أظهر البحث المنجز برسم سنة 2017 أن معدل نفاذ الإنترنت إلى البيوت بالمغرب ظل في تصاعد مستمر حيث انتقل من 20% سنة 2009 على 70% سنة 2017، إلا أن التفاعل مع الخدمات العمومية عبر

³⁰ _ فواد مسرة إصلاح المقاومة العدالة المغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي - الرباط، السنة الجامعية 2015/2016، ص 319.

³¹ _ تتمثل في المحامين والمفوضين القضائين والموثقين والعدول والخبراء ثم الترجمة ...

³² _ إذ يتم تكوين المحامين في موريتانيا في معهد دراسات قانونية تابع لكلية العلوم القانونية والاقتصادية، ويفتقر للوسائل التكنولوجية التي تساعد المحامي في معرفة تكنولوجيا الرقمنة.

³³ _ راجع عرض السيد وزير العدل المغربي بمناسبة تقديم الميزانية الفرعية لوزارة العدل أمام لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب برسم سنة 2021، ص 66 وما يليها

الأنترنت يبقى محدود إذ أن 11.1% فقط من مستخدمي الشبكة العنكبوتية لجؤا إلى التفاعل مع الإدارات العمومية³⁴.

وإذا كانت هذه النسب قديمة بعض الشيء إلا أن الواقع اليوم لا يزال يشهد عدم استجابة المواطنين ومحدودية إقبالهم على الوسائل الرقمية، نظرا لعدم معرفتهم المطلقة بها أو خوفا من إمكانية أمنها.

وبالنسبة للوضعية الموريتانية، ومع غياب إحصائيات دقيقة لنسبة الأمية فيها إلا أن المتصفح للمجتمع يلاحظ بوضوح انتشار الأمية اللامحدود فيه، ويرجع ذلك لعدة أسباب من أهمها: الواقع البدوي للمجتمع وقلة التمدرس فيه وغياب إرادة واضحة لمحاربة هذا الداء.

وإذا كان هذا واقع الأمية بشكل عام فمن باب أولى حضور الأمية الرقمية للمجتمع، فبالرغم من إقبال المجتمع الشبابي على وسائل الاتصال الحديثة إلا أن ذلك لم يظهر وعيا بالجانب الإيجابي لهذه الوسائل ولا الاستفادة منها بالشكل المطلوب.

وبالرجوع إلى إقبال المواطنين الموريتانيين على المنصات الرقمية الخدمية التي أطلقت مؤخرا يبدو واضحا عدم اهتمام المواطنين بهذه النظم الرقمية، فإذا ما أخذنا في الاعتبار منصة "هويتي"، كمثال نقيس به إقبال المواطنين على الاستفادة من خدماتها ندرك أن عددا فقط من المواطنين هم الذين يملكون هواتف ذكية يمكن من خلالها استخدام هذه المنصة، وهذا العدد الذي لديه هواتف ذكية معظمة لم يقوم بتنزيل تطبيق هويتي ولا يهتم بخدماته الرقمية المقدمة أو يجهل كيفية الاستفادة منها.

أما بقية المواطنين الذين لا يملكون مثل هذه الهواتف فهم غائبون تماما عن هذا مجال أخرى الانتفاع من هذه التقنيات في الحقل القضائي.

وعليه تتطلب معالجة هذه الإكراهات الواقعية إيجاد استراتيجية كاملة لمعالجتها، تبدأ بتعميم هذه الخدمة وتوعية كافية لأفراد المجتمع بأهمية استخدامها.

³⁴ _ التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات، برسم سنتي 2016 و 2017، الجزء الأول، ص 11.

خاتمة

مما سبق يتضح أن رقمنة إجراءات التبليغ القضائي أصبحت ضرورة ملحة في تسيير القضايا وتمكين المتقاضين من حقوقهم بالكيفية التي تحقق الاستفادة من هذا الأسلوب الرقمي الجديد وهذا ما أدركه كل من المشرع المغربي والموريتاني حيث كرسا من خلال قوانين الإجراءات المدنية إمكانية اللجوء إلى استخدام التقنيات الحديثة في مجال التبليغ القضائي أي تعميم البرامج المعلوماتية على جميع المحاكم وتغطيتها لتسهيل المساطر القضائية وتقوية الخدمات القضائية المقدمة عن بعد، كل ذلك سيساهم في إنشاء نظام قضائي حديث ومنتج.

غير التجربة المغربية وكذلك الموريتانية في مجال الرقمنة الإجرائية تجربة لا تزال في بداياتها حيث تعثرها مجموعة من الصعوبات إن على المستوى القانوني أو الواقعي.

وهذا ما يقتضي تقديم المقترحات التالية:

- سن نصوص قانونية تؤطر رقمنة إجراءات التبليغ
- إيجاد بنية تحتية مناسبة
- تأهيل الموارد البشرية في مجال الرقمنة.

مسؤولية أشخاص القانون العام عن تهدم البناء بين مقتضيات الفصل 79

والفصل 89 من ق ل ع

عبد الحي بوبكري

دكتور في القانون الخاص

مقدمة

تشكل مسؤولية أشخاص القانون العام عن الأضرار الناتجة عن تهدم البناء إحدى القضايا القانونية التي لم تحظى باهتمام كبير من طرف الباحثين، رغم ما تثيره من إشكالات قانونية تتعلق بتطبيق أنظمة قانونية مختلفة.

ويبرز الفصل 79 من ق.ل.ع كنص عام ينظم المسؤولية التقصيرية لأشخاص القانون العام، حيث يتيح للقضاء الإداري إمكانية إقرار المسؤولية إما على أساس الخطأ أو بدونه، وفقاً لظروف كل قضية. وفي هذا السياق، فإن تهدم البناء الواقع في ملكية أشخاص القانون العام وإضراره بالغير يدخل في نطاق المسؤولية عن الأعمال المادية لهؤلاء الأشخاص بسبب عدم قيامهم بواجبهم المتمثل في تعهد المبنى بالصيانة والترميم. وتعزى الأضرار الناتجة عن تهدم المنشآت العامة، مثل القناطر، المساجد، أو المؤسسات التعليمية، إلى تقصير الإدارة في أداء واجبها المتمثل في الصيانة والمراقبة. وغالباً ما يطبق القضاء الإداري الفصل 79 من ق.ل.ع في مثل هذه الحالات ويشترط إثبات الخطأ مما يشكل عبئاً ثقيلاً على عاتق المضرور، خاصة في ظل الطبيعة التقنية المعقدة لأسباب التهدم. وعليه يثير تطبيق الفصل 79 من ق.ل.ع تساؤلات حول كفاية هذا النظام في تحقيق العدالة.

ويقدم الفصل 89 من ق.ل.ع نظاماً قانونياً مغايراً يقوم على افتراض المسؤولية على عاتق مالك البناء أو من يتولى حراسته، سواء أ كان شخصاً من أشخاص القانون العام أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ إذا وقع انهيار المبنى أو تهدمه الجزئي بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء. هذا النظام يخفف العبء عن المضرور من خلال اعتماد قرينة الخطأ المفترض، إلا أن إمكانية نفي المسؤولية بإثبات سبب أجنبي، مثل القوة القاهرة أو خطأ المضرور، قد يحد من فعالية هذا النص مقارنة بنظام المسؤولية دون خطأ في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع.

وتكتسي هذه الدراسة أهمية خاصة في ضوء التطبيقات القضائية التي تعكس تنوع التوجهات في التعامل مع مسؤولية أشخاص القانون العام عن الأضرار الناتجة عن تهمد البناء. ففي حين يميل القضاء الإداري في غالب الأحيان إلى تطبيق الفصل 79 من ق.ل.ع على أساس الخطأ الواجب الإثبات، يتجه في بعض أحكامه إلى اعتماد الخطأ المفترض في إطار الفصل 89 من نفس القانون، خاصة عندما يكون البناء مملوكا للإدارة أو تحت حراستها. هذه الازدواجية تثير إشكالية حول مدى حماية حقوق المضرور وتحقيق الأمن القضائي.

وتبرز الحاجة إلى مقارنة هذين النظامين لتحديد أيهما أكثر فعالية في ضمان حقوق المضرور. كما تبرز الحاجة كذلك إلى دراسة إمكانية تطبيق الفصل 88 من ق.ل.ع، الذي ينظم المسؤولية عن فعل الأشياء بشكل عام، كبديل محتمل قد يوفر حماية أكبر للمضرور في بعض الحالات. وبالتالي، يسعى هذا المقال إلى استكشاف هذه الأبعاد من خلال تحليل الأحكام القضائية ومناقشة مدى ملائمة كل نظام.

وبناء على ما سبق، سنحاول في هذا المقال تقديم تحليل متكامل لمسؤولية أشخاص القانون العام عن تهمد البناء، مع مقارنة الفصلين 79 و89 من ق.ل.ع من حيث فعاليتهما في حماية المضرور وتحقيق الأمن القضائي. كما سيتم استعراض التطبيقات القضائية لفهم كيفية تعامل القضاء الإداري مع هذه القضايا، مع التساؤل حول ما إذا كان هناك حاجة إلى توحيد الإطار القانوني لضمان تحقيق العدالة بشكل أفضل وأكثر إنصافا. ولتحقيق ذلك، سيتم بداية تحليل نظام المسؤولية عن تهمد البناء في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع (المطلب الأول)، ثم تحليل نظام المسؤولية نفسها في إطار الفصل 89 من نفس القانون، وإبراز خصوصيات هذين النظامين وأثار كل منهما على حماية حقوق المضرور (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية عن تهمد البناء في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع

إن تهمد البناء الواقع في ملكية أشخاص القانون العام واضراره بالغير يدخل في نطاق المسؤولية عن الأعمال المادية لهؤلاء الأشخاص بسبب عدم قيامهم بواجبهم المتمثل في تعهد المبنى بالصيانة والترميم، ويجب التمييز أولا في الأضرار الناتجة عن فعل البناء بين تلك الناتجة عن تهمد البناء المملوك لأشخاص القانون العام، كتهمد المنشآت العامة كالبنائات والقناطر والسدود... إلخ، والتي تدخل ضمن اهتمامنا في هذا الفرع، وبين تلك الناتجة بمناسبة البناء أو

بسببه لا عن تهمته¹ والتي تدخل ضمن الأضرار الناتجة عن فعل الأشياء المملوكة أو التي توجد تحت حراسة أشخاص القانون العام بشكل عام، كأن تزل قدم شخص وهو يمشي في فناء منشأة عمومية دهن بمادة لزجة فوق وأصيب بضرر²، أو سقوط شخص في حفرة غير مغطاة بالشارع العام نتج عنها ضرر³، أو سقوط شخص في بئر غير مغطى و غير محاط بحاجز يمنع السقوط نتج عنه أضرار⁴.

ومن خلال استقراء بعض أحكام القضاء الإداري المغربي في مجال هذه المسؤولية يتضح جليا أنه يستند في قضائه على الفصل 79 من ق.ل.ع، ويعتمد في هذا الإطار على تعايش نظام المسؤولية المبنية على خطأ واجب الإثبات (الفقرة الأولى) ونظام المسؤولية المبنية على خطأ مفترض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات

يتجه القضاء الإداري المغربي في عدة مناسبات إلى اشتراط الخطأ لإثارة مسؤولية أشخاص القانون العام عن الأضرار الناتجة عن تهمد البناء في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها⁵ بمسؤولية وزارة التجهيز والنقل عن الأضرار التي

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث انهيار المباني، أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري عنها، المهندسون والمقاولون - العمال والفنيون - موردو وصانعو مواد البناء - الملاك والسكان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص.177.

² مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972، ص.500.

³ - حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 29 بتاريخ 2005/02/15 في الملف عدد 2003/886 ش.ت، غير منشور، جاء في تعليل الحكم ما يلي: "...يكون المكتب المدعى عليه مسؤولا عن الضرر اللاحق بالمدعين نتيجة وفاة مورثهم بسبب سقوطها في الحفرة المائية المحدثه من طرفه مادام كان عالما بخطورتها ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادث." - حكم المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2008/03/18 في الملف عدد 240، غير منشور، اعتبرت فيه أن سقوط المدعي بإحدى الحفر المتواجدة بزنقة الخشاء بالمدينة الجديدة بفاس خطأ مرفقيا، وأن هذه الحفرة هي نتيجة أشغال إعادة الهيكلة التي تقوم بها الجماعة الحضرية لمدينة فاس، وقد بقيت بدون غطاء، وفي غياب أية إشارة تدل على وجودها، (...) فإن هذا يرتب مسؤولية إدارية للجماعة الحضرية لارتكاب خطأ مرفقي، تتجلى في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة والضرورية التي من شأنها أن تحول دون حصول أي ضرر لهم من جراء قنوات الصرف الصحي، وذلك من خلال التأكد من وضع الغطاء عليها لتفادي سقوط أي شخص فيها.

⁴ حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2007/422 بتاريخ 2007/11/29 في الملف عدد 2006/416، غير منشور.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1841 بتاريخ 2013/05/21 في الملف رقم 2013/12/63، غير منشور.

لحققت بالمدعين جراء وفاة مورثهم بسبب انهيار قنطرة، وقد عبرت عن ذلك بقولها: " وحيث إن مسؤولية الإدارة وزارة التجهيز والنقل تبقى قائمة باعتبارها المسؤولة عن تنظيم الطرق وصيانتها، مادام أنها قد أخطأت في عدم القيام بصيانتها للقنطرة بالشكل المطلوب لتفادي وقوع حوادث مميتة، وبالتالي تكون المسؤولية المرفقية ثابتة في حقها".

ويلاحظ أن المحكمة الإدارية بالرباط بنت قضاءها في هذا الحكم على خطأ واجب الإثبات متمثل في عدم قيام الإدارة بصيانة القنطرة المتهدمة. وعليه، يمكن للإدارة التملص من المسؤولية في حالتين، في حالة ما إذا لم يثبت الضرر أن التهم ناتج عن عيب في صيانة القنطرة، وفي حالة ما إذا أثبتت الإدارة أنها قامت بالصيانة اللازمة للقنطرة رغم تدهمها، وهو ما يمثل خطرا على حقوق المضرور، بحيث كان بإمكان القضاء أن يقيم هذه المسؤولية بناء على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، أي أنه يكون من حق المضرور الاستفادة من التعويض بمجرد إثبات أن الضرر ناتج عن التهم الذي يفترض أنه ناتج عن عدم صيانة القنطرة.

وفي نفس الصدد قضت المحكمة الإدارية بمكناس في حكم لها⁶ بمسؤولية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بسبب التدبير السيء للخدمة والمتمثل في إخلالها بمسؤولياتها في صيانة المساجد بمناسبة قضية سقوط صومعة مسجد البردعيين بمكناس على المصلين أثناء أدائهم لصلاة الجمعة والذي أدى إلى وفاة عدد منهم. وعبرت عن ذلك بقولها: " وأنه اعتبارا لكيفية تدبير شأن مسجد باب بردعيين الذي كان متداعيا للسقوط وفق ما تم تفصيله آنفا، فإن خطأ الإدارة المرفقي، حسب مفهوم الخطأ المشار إليه أعلاه، يبقى قائما في نازلة الحال في جانب وزارة الأوقاف

⁶ حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 6/2012/474 الصادر بتاريخ 20/09/2012 في الملف عدد 6/2012/39، غير منشور.

وتتلخص وقائع هذه القضية والمفصلة في محضر الضابطة القضائية عدد 766/ج/ش/ق بتاريخ 09 مارس 2010 عن مصلحة الشرطة القضائية بولاية الأمن بمكناس، في أنه بتاريخ الجمعة 19 فبراير 2010 سقط ثلث بناية مسجد باب بردعيين على المصلين ما أدى إلى عدة إصابات من بينهم وفاة مورث المدعين، وأن أسباب الحادث والإجراءات المتخذة بشأنها كما عاينها رواد المسجد والقائمين على شؤونهم وتتبعها مسؤولي وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية على المستوى المركزي والجهوي، تتلخص في أن الحريق الذي شب في معمل النجارة المحادي لصومعة المسجد بتاريخ يوليوز 2009 قد ألحق أضرارا بالصومعة التي كانت مائلة، وأنه رغم إنذارات سكان الحي للجهات المعنية لم يتم القيام بأية إصلاحات أو ترميمات بالمسجد، كما أوضح المسمى رشيد هشمي بأنه بعد إخباره إمام المسجد بشقوق الصومعة حضر المندوب الجهوي للأوقاف والشؤون الإسلامية رفقة المكلف بترميم وإصلاح المساجد وتمت معاينة الشقوق بالصومعة، وأكد له المندوب الجهوي بأنه سيرفع تقريرا في الموضوع للجهات المختصة لاتخاذ الإجراءات اللازمة..

والشؤون الإسلامية في شخص مديرية المساجد بها ومندوبياتها الجهوية بمكناس، من خلال إدارتها لمرفق المسجد على نحو سيء في ظروف دقيقة تتمثل في تساقط الأمطار وصومعته المتداعية للسقوط إثر تضررها من جراء الحريق الذي سبق وأن شب في المحل المجاور، ذلك أنه من جهة أولى فإن مديرية المساجد قد تأخرت في القيام بالإجراءات التقنية والمادية المستعجلة لإنقاذ صومعة المسجد من السقوط خاصة وأن حادث الحريق الذي شب بها وتسبب في الأضرار بنائها قد وقع بتاريخ 12 يوليوز 2009 أي قبل وقوع الحادث بأزيد من ستة (06) أشهر وكان موضوع مراسلات ومعاينات سابقة للمصالح المعنية بالوزارة المذكورة حسب المفصل أعلاه، ما أدى إلى سقوط الصومعة على المصلين، ومن جهة ثانية عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة من طرف المندوبية الجهوية للأوقاف لتفادي ولوج المصلين للمسجد في ظل الوضعية الخطرة لبنائيه، بتخلفها عن إصدار قرار بالإغلاق المؤقت للمسجد، في إطار صلاحياتها الإدارية تجنباً لكل خطر محقق بعدما عاينت خطورة وضعية بناية صومعته وإقرارها بضرورة التعجيل بإصلاحها، فتركت الحال على ما كان عليه فوقع حادث انهيار صومعة المسجد على المصلين خلال خطبة الجمعة التي تعرف تزايد عددهم للصلاة به، خاصة وأن المندوب الجهوي للأوقاف أعلم بنفس اليوم قبل الصلاة بساعات من إمام المسجد والمؤذن ومن موظفي المندوبية بتطورات تداعي الصومعة للسقوط، والحال أن قرار الإغلاق هذا لا يحتاج لا إلى إجراءات إدارية ولا تقنية ولا تكاليف مادية، وبالمقابل فاتخاذها كان سيجنب إزهاق العديد من الأرواح وتفاذي مجموعة من الإصابات البدنية..."

كما صرحت نفس المحكمة في حكم آخر⁷ في القضية نفسها بأن العلاقة السببية ثابتة بين خطأ الإدارة والضرر المادي والمعنوي الحاصل للضحايا، لكون هذا الضرر هو نتيجة مباشرة للخطأ المتمثل في الإهمال والتقصير في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي سقوط الصومعة وكذا لولوج المصلين للمسجد ووضعية بنائها. وقد أيدت محكمة النقض هذا التوجه وأقرت مسؤولية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأضرار الناتجة عن تهدم مسجد على أساس الخطأ الواجب الإثبات⁸.

⁷ حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 2012/345/6 بتاريخ 2012/08/01، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 109-110، مارس-يونيو 2013، ص.319.

⁸ قرار محكمة النقض عدد 2/220 بتاريخ 2015/03/12، في الملف الإداري عدد 14/2/4/2262، نشره محمد بقيقير، العمل القضائي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض خلال سنتي 2014 و2015، م.س. ص.418.

ويلاحظ في الأحكام الصادرة في هذه القضية أن المحكمة راقبت السلطة التقديرية للإدارة في التدخل من عدمه⁹ للقيام بصيانة الصومعة لتخلص إلى وجود خطأ متمثل في تأخر مصالح وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في اتخاذ القرار بإغلاق المسجد وقررت تحميل الإدارة المسؤولية على أساس هذا الخطأ. وعلى الرغم من أن المحكمة أشارت في حكمها إلى الخطأ المتمثل في الإهمال والتقصير في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي سقوط الصومعة، إلا أنها لم تشر صراحة إلى الخطأ المفترض في عدم صيانة الصومعة والذي يعتبر السبب المباشر في وقوع الضرر. وتأسيسا على ذلك، يبدو أن المحكمة لم تكن موفقة في اختيارها للنص الواجب التطبيق في نازلة الحال وكان من الأفضل إثارة المسؤولية في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع وليس في إطار الفصل 79 من نفس القانون، على اعتبار أن الأمر يتعلق بالمسؤولية عن تهمد البناء والذي تثار المسؤولية عنه على أساس خطأ مفترض وليس على أساس خطأ واجب الإثبات.

الفقرة الثانية: المسؤولية على أساس الخطأ المفترض

قضت بعض المحاكم في بعض أحكامها بمسؤولية أشخاص القانون العام عن الأضرار الناتجة عن تهمد البناء في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع على أساس الخطأ المفترض، وباستقراء بعض هذه الأحكام يتبين أنه يؤسس قضاءه في بعضها على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، بينما يؤسس قضاءه في بعضها الآخر على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس.

ومن أمثلة الأحكام التي بنت قضاءها على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، جاء فيه بأن "وفاة مورثة المدعيتين تسبب لهاتين الأخيرتين في ضرر معنوي بسبب فقدان عزيز عليهم وحيث إنه استنادا لما ذكر أعلاه، فإن السبب في وقوع الضرر هو انهيار الجدار المشيد من قبل المجلس المدعى عليه مما تبقى معه مسؤولية هذا الأخير قائمة وبالتالي يتعين تحميله الأضرار اللاحقة بالمدعيتين".¹⁰

⁹ عبد الكبير العلوي صوصي، مسؤولية الدولة عن أمن وسلامة الأشخاص والممتلكات على ضوء بعض التطبيقات القضائية لقانون الالتزامات والعقود، مجلة القانون المدني، العدد الأول 2014، ص.64.

¹⁰ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 983 بتاريخ 2004/10/5، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، نونبر - دجنبر 2004، ص.215.

ومن أمثلة الأحكام التي بنت قضاءها على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط¹¹ في قضية السيد إدريس القشيش الذي تعرض بتاريخ 2011/01/16 لحادثة ترتبت عنها جروح بليغة بسبب انهيار قنطرة وادي سبو، والذي قضت فيه المحكمة بمسؤولية وزارة التجهيز والنقل على أساس الخطأ المفترض، ومما جاء في هذا الحكم: "وحيث إن انهيار قنطرة في جميع الأحوال لا يمكن أن يعتبر قوة القاهرة، لأن ذلك الفعل متوقع وقابل للدفع، مرتبط بتقصير مفترض في الصيانة، أو المراقبة أو التجديد، لا يمكن إثبات عكسها، لأنها مسؤولية قانونية موضوعية تقتضي فقط إثبات الضرر وعلاقته بنشاط المرفق العام، وتقوم على الالتزام العام بالسلامة الذي يعتبر التزاماً بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة، مبناه وجوب اتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتلافي الحادثة، ومادام الحادث قد وقع، فالخطأ ثابت".

ويلاحظ أن المحكمة بنت حكمها في هذه القضية على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، بل ذهبت أبعد من ذلك حين اعتبرت أن الالتزام بالسلامة الملقى على عاتق الإدارة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، أي أنه بمجرد إثبات الضرر والعلاقة السببية بينه وبين تهدم القنطرة تثار مسؤولية الشخص الاعتباري العام، وتأكيداً لتوجهها هذا اعتبرت المحكمة أن القوة القاهرة لا تنفي المسؤولية عن الإدارة، وأن السبيل الوحيد للتحلل من مسؤوليتها هو إثبات خطأ المضرور. ويعتبر في نظرنا أن توجه المحكمة هذا أفيد للمضرور، حيث يستحق التعويض عن الضرر الذي أصابه في جميع الحالات ما عدا الحالة التي يكون الضرر ناتجاً عن خطئه.

المطلب الثاني: المسؤولية عن تهدم البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع

إن الحديث عن مسؤولية أشخاص القانون العام عن تهدم البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع، يتطلب منا البحث في مدى قابلية تطبيقه على هؤلاء الأشخاص (الفقرة الأولى)، ومدى حماية حقوق المضرور في إطاره (الفقرة الثانية).

¹¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3836 بتاريخ 2013/11/28 في الملف عدد 2011/12/597، غير منشور.

الفقرة الأولى: قابلية تطبيق القضاء الإداري للفصل 89 من ق.ل.ع

ينص الفصل 89 من ق.ل.ع بوضوح على مسؤولية المالك عن الأضرار التي تنجم عن تدهم المبنى¹²، ومن ثم لا يثير النص صعوبة في مدى ارتباط المسؤولية بالملكية في حالة تدهم البناء، فالمالك يعد مسؤولاً بوصفه مالكا كقاعدة عامة¹³. وقد أورد المشرع المغربي استثناءات على هذه القاعدة والتي بموجبها يكون غير المالك مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها تدهم البناء، كصاحب حق السطحية التي تكون ملكيته منفصلة عن ملكية صاحب الأرض المقام عليها البناء، كما يعتبر مسؤولاً الشخص غير المالك الذي التزم برعاية البناء، إما بمقتضى عقد، أو بمقتضى حق انتفاع أو أي حق عيني آخر، ويعتبر مسؤولاً كذلك حائز البناء المتهدم في حالة وجود نزاع على ملكيته. وتنطبق الحالات السابقة على أشخاص القانون العام بصفته مالكين أو يتولون رعاية العقار. وعليه، يمكن إثارة مسؤوليتهم عن الأضرار الناتجة عن تدهم البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع. ولا يثير البناء الذي يسأل هؤلاء الأشخاص عن تدهمه صعوبة كذلك، فالبناء حسب الأستاذ الكزبري¹⁴ هو كل ما شيده الإنسان متصلاً بالأرض اتصال قرار، بحيث يعتبر عقاراً بطبيعته دون نظر لنوع المواد التي استعملت في البناء، ولا للغرض الذي شيد من أجله، ولا كونه شيد فوق سطح الأرض أو في باطنها، ويعتبر بناء كذلك حسب الفصل 89 من ق.ل.ع العقارات بالتخصيص كالأشجار والآلات المندمجة في البناءات وباقي التوايح الأخرى التي تشكل جزءاً من العقارات.

ويمكن تطبيق الفصل 89 من ق.ل.ع إذا انهار المبنى أو تدهم بشكل كلي أو جزئي بطريقة تلقائية دون تدخل الإنسان في إحداثه¹⁵، ولا يتحمل مالك البناء أو من في حكمه المسؤولية إلا

¹² ينص الفصل 89 من ق.ل.ع على ما يلي: يسأل مالك البناء عن الضرر الذي يحدثه انهياره أو تدهمه الجزئي، إذا وقع هذا أو ذاك بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء. ويطبق نفس الحكم في حالة السقوط أو التدهم الجزئي لما يعتبر جزءاً من العقار، كالأشجار والآلات المندمجة في البناء والتوايح الأخرى المعتبرة عقارات بالتخصيص. وتلزم المسؤولية صاحب حق السطحية، إذا كانت ملكية هذا الحق منفصلة عن ملكية الأرض. وإذا التزم شخص غير المالك برعاية البناء، إما بمقتضى عقد، أو بمقتضى حق انتفاع أو أي حق عيني آخر، تحمل هذا الشخص المسؤولية. وإذا قام نزاع على الملكية، لزم المسؤولية الحائز الحالي للعقار."

¹³ عبد القادر العرغاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011، ص.170.

¹⁴ مأمون الكزبري، م.س، ص.499.

¹⁵ عبد القادر العرغاري، م.س، ص.169.

إذا حصل التهدم بواحد من الأسباب المنصوص عليها في الفصل 89 وهي القدم وعدم الصيانة أو عيب في البناء.

وتقام المسؤولية عن تهدم البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع بناء على خطأ مفترض من جانب المالك أو من يتولى رعاية العقار عن إهماله في مراقبة البناء كي لا ينهار أو يتهدم¹⁶. وقد اختلف الفقه في مدى قوة قرينة المسؤولية عن تهدم البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع، فجانبا منه¹⁷ يرى أنها قرينة قاطعة بحيث لا يستطيع مالك البناء أو من يتولى رعاية العقار دفعها عن طريق إقامة الدليل على أنه لم يرتكب خطأ، ولا تنتفي هذه المسؤولية حسب هذا الجانب من الفقه إلا إذا أثبت أن الضرر يرجع لخطأ المضرور نفسه أو يرجع لقوة القاهرة. ويرى جانب آخر¹⁸ أن هذه القرينة ليست قاطعة بحيث يمكن للمالك أو من يتولى رعاية العقار نفي مسؤوليته بإقامة الدليل على أن التهدم أو الانهيار لم يكن بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء، أو أنه ناتج عن سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور. وأذهب إلى ما ذهب إليه الاتجاه الأخير، أي أن المسؤولية في إطار الفصل 89 مبنية على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، لكون الفصل حدد الحالات التي يعتبر فيها المالك أو من في حكمه مسؤولاً، وبذلك يمكنه نفي مسؤوليته في إطار هذا الفصل خارج هذه الحالات.

وتأكيداً لإمكانية تطبيق الفصل 89 من ق.ل.ع في مسؤولية أشخاص القانون العام عن تهدم البناء، كان القضاء المغربي قبل إحداث المحاكم الإدارية في إطار نظام القضاء الموحد لا يتردد في تطبيق هذا الفصل. وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بوجدة في حكم لها¹⁹ في قضية حادثة مدرسية توفي فيها تلميذ على إثر سقوط جدار الإعدادية التي كان يتابع دراسته فيها، وقد قضت

¹⁶ مأمون الكزبري، م.س، ص.496.

¹⁷ مأمون الكزبري، م.س، ص.496.

¹⁸ عبد القادر العرعاري، م.س، ص.174. عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني: دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الجزء الثاني، مصادر الالتزام - الواقعة القانونية، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018، ص.191.

¹⁹ حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد 92/1394 بتاريخ 15/04/1992، في الملف عدد 91/1114، أشارت له وزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر والبحث العلمي، مديرية الشؤون القانونية والمنازعات، جوانب المسؤولية في مجال الحوادث المدرسية، يناير 2008، ص.10.

المحكمة في حكمها بتحميل الإدارة ثلثي مسؤولية الحادثة في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع. وتجدر الإشارة أن هذا الحكم تم تأييده استئنافيا .

وهو المسار نفسه الذي سلكته المحكمة الابتدائية بالناظور في حكم لها²⁰ متعلق بقضية تلميذ فقد حياته جراء سقوط أحد أسوار مؤسسة تعليمية بالناظور حيث كان يتلقى تعليمه. ودفعت الإدارة في هذه القضية بمبدأ القوة القاهرة مدعية بأن سبب سقوط الجدار يعود للرياح القوية التي هبت زمن وقوع الحادثة. إلا أن المحكمة وبعد إجراء الخبرة وثبوت عيب في البناء بحيث لم يكن مدعم بالركائز التي تسنده وأن مواد البناء في حد ذاتها ليست من المتانة اللازمة، ودحضا لدفعات الإدارة، اعتبرت المحكمة بأن الرياح العاتية التي نسب إليها سبب انهيار الجدار كان من شأنها أن تسقط كل البنائات وليس فقط الجدار المتسبب في وفاة التلميذ، وبالتالي قضت المحكمة بثبوت مسؤولية الإدارة، واعتبار الوفاة حادثة مدرسية ومسؤولية الدولة ثابتة طبقا لمقتضيات الفصل 89 من ق.ل.ع.

وبعد إحداث المحاكم الإدارية، أكدت محكمة النقض في قرار لها²¹ إمكانية تطبيق الفصل 89 من ق.ل.ع في منازعات المسؤولية الإدارية عن تهم البناء، معبرة عن ذلك بقولها: " طبقا للفصل 95 من ق.ل.ع فإنه لا محل للمسؤولية فيما إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة القاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه والثابت من عناصر الملف.... أن الحادث الذي أودى بحياة مورث المطلوبين نتج عن سقوط سور تابع للمدرسة المملوكة للدولة بسبب رياح هبت من الشمال وهو ظرف قاهر لا يمكن توقعه كما أنه ليس في الملف ما يفيد أن السور المنهار لم يكن مبنيا وفق الضوابط الهندسية والشروط المطلوبة حتى يمكن تحميل الدولة مسؤولية ما حدث لمورث المطلوبين، مما كان معه القرار المطعون فيه قضى بخلاف ذلك باعتبار الدولة مسؤولة عن الضرر خارقا للفصل 95 من قانون الالتزامات والعقود."

وبالاحظ في قرار محكمة النقض أن الدولة تحللت من المسؤولية عن تهم البناء لكون المضرور لم يستطع إثبات أن البناء تهدم بفعل الحالات المنصوص عليها في الفصل 89 من ق.ل.ع كما

²⁰ حكم المحكمة الابتدائية بالناظور في الملف عدد 98/1167، أشارت له وزارة التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر والبحث العلمي، مديرية الشؤون القانونية والمنازعات، جواب المسؤولية في مجال الحوادث المدرسية، يناير 2008، ص.11.

²¹ قرار محكمة النقض بتاريخ 24 فبراير 1998، أشار له عبد الرحمان الشراقوي، م.س، ص.254.

اعتبرت المحكمة أن سقوط الجدار ناتج عن قوة قاهرة متمثلة في رياح هبت من الشمال. وتأسيساً على ذلك، يمكن لأشخاص القانون العام التملص من المسؤولية بسهولة في إطار هذا الفصل 89 من ق.ل.ع، وهذا يجبرنا إلى التساؤل حول القواعد الأفيد للمضروور في حالة تهدم البناء المملوك أو الذي يتولى رعايته شخص من أشخاص القانون العام.

الفقرة الثانية: مدى حماية المضروور في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع

إن معرفة مدى حماية المضروور من تهدم البناء الذي يملكه أو يتولى رعايته شخص من أشخاص القانون العام، يقتضي منا مقارنة نظام المسؤولية في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع مع باقي أنظمة المسؤولية التي يمكن للقاضي الإداري أن يطبقها في هذا المجال، أي مقارنته بالمسؤولية عن تهدم البناء في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع (أولاً) والمسؤولية عن فعل الأشياء بشكل عام في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع (ثانياً).

أولاً: مقارنة نظام المسؤولية في إطار الفصل 89 ونظيره 79 من ق.ل.ع

يعتمد القاضي الإداري كما رأينا ذلك سلفاً في قضائه على تعايش نظام المسؤولية المبنية على خطأ واجب الإثبات ونظام المسؤولية المبنية على خطأ مفترض لإقرار مسؤولية أشخاص القانون العام عن تهدم البناء في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع. ولإقرار المسؤولية المبنية على خطأ واجب الإثبات يشترط على المضروور إقامة الدليل أن تهدم أو انهيار المبنى ناتج عن خطأ أشخاص القانون العام وأن هذا الخطأ كان هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وهو ما يعتبر غاية في الصعوبة بالنسبة للمضروور لأن الانهيار أو التهدم يكون بسبب أمور تقنية بحتة يصعب فيها إقامة الدليل على وجود الخطأ.

وعليه فإن نظام المسؤولية في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع يكون أفيد للمضروور لكونه يبني على خطأ مفترض في جانب الشخص الاعتباري العام كمالك أو متولي رعاية العقار عن إهماله في مراقبة البناء كي لا ينهار أو يتهدم، ولا يمكنه التحلل من هذه المسؤولية إلا إذا أقام الدليل أن التهدم أو الانهيار لم يكن بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء، أو أنه ناتج عن سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضروور.

وفي نفس الصدد، يقر القضاء الإداري كذلك المسؤولية في هذا المجال في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع على أساس خطأ مفترض متمثل في عيب في صيانة المبنى، ولا يمكن للشخص الاعتباري العام التحلل من المسؤولية في هذه الحالة إلا إذا أثبت انتفاء العلاقة السببية بين العيب في الصيانة العادية للمبنى وبين الضرر، أو أقام الدليل على أنه بذل كل ما يلزم من رقابة وعناية لصيانة المبنى، وأنه قام بتصوير وإنجاز المبنى وفقا للضوابط الهندسية والشروط المطلوبة لضمان سلامة الغير والمستفيدين من المبنى. وبذلك يكون هذا النظام مشابها إلى حد كبير لنظام المسؤولية في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع.

وجدير بالذكر أن القضاء الإداري يمكنه تطبيق نظام المسؤولية بدون خطأ على أساس المخاطر في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع لإقرار المسؤولية في هذا المجال. وفي هذه الحالة لا يمكن للشخص الاعتباري العام نفي المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر ناتج عن قوة قاهرة أو خطأ المضرور. وبناء على ذلك، يعتبر هذا النظام أفيد بالنسبة للمضرور مقارنة بنظام المسؤولية في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع والذي يمكن للمسؤول في إطاره التحلل من المسؤولية كما سبق الإشارة إلى ذلك إذا أثبت أن التدهم أو الانهيار لم يكن بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء، أو أثبت أن تدهم المبنى ناتج عن سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور.

ثانيا: مقارنة نظام المسؤولية في إطار الفصل 89 ونظيره 88 من ق.ل.ع

تكون مسؤولية الحارس مفترضة عن كافة الأضرار التي يحدثها الشيء الذي تحت حراسته في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع، ويستوي في هذا أن يكون الشيء ساكنا أم متحركا تحت قيادته، منقولاً كان أم عقارا، خطرا أم عاديا²². وبذلك ينطوي تطبيق الفصل 88 من ق.ل.ع على مزايا كبيرة للمضرور، تفوق بلا شك تلك التي يقدمها له الفصل 89 من نفس القانون.

وحقا أن المسؤولية عن تدهم البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع مفترضة ولكن ينبغي على المضرور إثبات أن الضرر راجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى عيب فيه، فيفترض عندئذ افتراضا قابلا لإثبات العكس، حيث يمكن للمالك أو من في حكمه التحلل من المسؤولية بإثبات أن التدهم أو الانهيار لم يكن بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء، أو إثبات أنه ناتج عن سبب أجنبي

²² Mazeaud (Henri, Léon, Jean), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6ème édition, T. II, Montchrestien, Paris, 1970, n.1152.

كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور. بينما إذا استند المضرور على الفصل 88 من ق.ل.ع، فإنه يكفي إقامة الدليل على العلاقة السببية بين الضرر والشيء الموجود تحت حراسته، أي أن الضرر الذي أصابه كان بسبب هذا الشيء، وفي الفرض الذي نحن بصدده يثبت المضرور أن الضرر راجع إلى تهمد البناء.

ومن هذا المنطلق، فإنه في حالة وجود الخيار بين الطريقتين - الاستناد إلى الفصل 89 من ق.ل.ع (حراسة البناء) أو الفصل 88 من نفس القانون (حراسة الشيء) - فإن المضرور سيختار ولا شك الطريق الثاني لأنه أيسر بكثير. واثّر ذلك تخوف الفقه والقضاء من هجر الفصل الخاص بالمسؤولية عن تهمد البناء وسقوطه بعدم الاستعمال الشيء الذي سيؤدي إلى إلغاء ضمني لنص صريح من قبل القضاء، وذلك يتعارض مع إرادة المشرع²³. لذلك اتجه القضاء المدني إلى منع المضرور من الخيار بين الطريقتين في الحالة التي يمكن فيها تطبيق الفصل 89 من ق.ل.ع²⁴. وإذا كان القضاء المدني لا يتيح للمضرور الخيار بين الطريقتين، فإن القضاء الإداري بما له من حرية واستقلالية في ابتداء الحلول التي يراها مناسبة لكل حالة على حدة وتطبيق النصوص التي يراها ملائمة للحفاظ على حقوق المضرور في مواجهة أشخاص القانون العام، يمكنه تطبيق الفصل 88 من ق.ل.ع في مجال المسؤولية عن تهمد البناء .

وفي كل الأحوال يستطيع المضرور الاستناد إلى أحكام المسؤولية الشبئية في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع في حالتين²⁵: الحالة الأولى، إذا كانت الأضرار التي لحقته ليس مصدرها تهمد البناء بل شيء آخر كحوادث المصعد أو انفجار آلات التدفئة أو الكهرباء أو الاصطدام بشيء في البناء يوجد في وضع غير طبيعي، ففي هذه الفروض لا يطبق الفصل 89 لأنه خاص بحالة تهمد البناء. الحالة الثانية، إذا كانت حراسة البناء تحت يد شخص آخر غير المالك أو متولي رعاية البناء، إما بمقتضى عقد، أو بمقتضى حق انتفاع أو أي حق عيني آخر، أو حائز البناء في حالة وجود نزاع حول ملكيته، ففي غير هذه الحالات يستطيع المضرور مطالبة الحارس بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من

²³ P.Roubier, l'article 1386 et sa portée dans le droit contemporain, JCP 1949. 1. 768.

²⁴ قرار محكمة النقض عدد 192 الصادر بتاريخ 2016/03/08 في الملف المدني عدد 2015/3/1/1117، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض - الغرفة المدنية -، العدد 27، ص.27.

²⁵ محمد حسين منصور، م.س، ص.154.

جراء تدهم المبنى أو غير ذلك في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع²⁶. كما يمكنه أيضا أن يوجه دعواه في هذه الحالة إلى المالك أو من يتولى رعاية البناء في إطار الفصل 89 من ق.ل.ع إلا أنه في نظري سيفضل الطريق الأول .

وخلاصة القول إن تطبيق الفصل 89 من ق.ل.ع ليس فعالا في ضمان حقوق المضرور مقارنة بنظام المسؤولية دون خطأ أو نظام المسؤولية بناء على الخطأ المفترض في إطار الفصل 79 من ق.ل.ع. والنتيجة نفسها يمكن استخلاصها عند مقارنته بنظام المسؤولية في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع.

خاتمة:

من خلال تحليل مسؤولية أشخاص القانون العام عن الأضرار الناتجة عن تدهم البناء في ضوء الفصلين 79 و89 من قانون الالتزامات والعقود (ق.ل.ع)، يتضح أن هذين النصين يشكلان إطارا قانونيا لإثارة المسؤولية في مثل هذه القضايا، لكنهما يختلفان في نهجهما ومدى حمايتهما لحقوق المضرور. فالفصل 79 يوفر مرونة للقضاء الإداري من خلال السماح بإقرار المسؤولية على أساس خطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترض، مما يتيح تكييف الأحكام وفقا لظروف كل حالة. غير أن هذا النظام قد يثقل كاهل المضرور باشتراط إثبات الخطأ في بعض الحالات، خاصة عندما يتعلق الأمر بأسباب تقنية معقدة مثل عيوب الصيانة أو البناء.

في المقابل، يقدم الفصل 89 من ق.ل.ع نظاما أكثر موضوعية يعتمد على افتراض المسؤولية على عاتق مالك البناء أو من يتولى حراسته، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ إذا كان انهيار المبنى أو تدهمه الجزئي بسبب القدم، أو عدم الصيانة، أو عيب في البناء. ومع ذلك، فإن الشخص المسؤول يمكنه نفي المسؤولية إذا كان الضرر ناتجا عن سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور.

وتظهر الأحكام القضائية المغربية تنوعا في تطبيق هذين النصين، حيث يميل القضاء الإداري أحيانا إلى اعتماد الخطأ المفترض في إطار الفصل 89 لتخفيف العبء الملقى على عاتق المضرور، بينما يلجأ في حالات أخرى إلى الفصل 79 لتأسيس المسؤولية على خطأ واجب الإثبات. هذا التنوع يعكس مرونة القضاء الإداري، ولكنه يطرح في الوقت ذاته تساؤلات حول ضرورة

²⁶ قرار محكمة النقض عدد 192 الصادر بتاريخ 2016/03/08 في الملف المدني عدد 2015/3/1/1117، سبقت الإشارة إليه.

توحيد الإطار القانوني لضمان الاتساق والعدالة في معالجة هذه القضايا. فالاختلاف في التطبيق قد يؤدي إلى تفاوت في حماية حقوق المضرورين، مما يستدعي إعادة النظر في الأسس القانونية لتحقيق توازن أفضل.

ويبدو أن وحدة النظام القانوني للمسؤولية أشخاص القانون العام عن تهدم البناء، عن طريق تطبيق نظام المسؤولية القانونية غير المباشرة في القانون المدني والمؤسسة على نظرية الخطأ المفترض على كل الحالات التي يمكن فيها إثارة هذه المسؤولية رهين بتحقيق الأمن القضائي وتوفير حماية أكبر لحقوق الضحايا، بحيث أن أحكام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض كفيلة بتغطية وتنظيم المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تثار ضد أشخاص القانون العام أمام القضاء الإداري عن الأضرار التي يسببها تهدم البناء، وقادرة على استغراق كافة حالاتها وحل مشاكلها القانونية.

قراءة في تطبيقات القضاء الدستوري الضريبي

Reading in the applications of constitutional tax jurisprudence

✍ ذ/ الحبيب بن حمو

✉ EL HABIB BENHAMMOU

باحث في العلوم القانونية والقضائية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية

✉ Benhammou.el.habib44@gmail.com

مقدمة:

تعد قوانين المالية مقوّمًا من مقومات الدولة الحديثة؛ وبمثابة ضابط الإيقاع فيها، مما يستوجب انسجامها مع مبادئ الدستور وروحه، إن في مضامينها، إجراءاتها، أو مسطرة وضعها. سيما وأنها -قوانين المالية- تتضمن بطبيعتها مقتضيات ضريبية وجمركية، باعتبار هذه الأخيرة جزءًا أساسيًا من الأحكام المتعلقة بالموارد المالية التي يعود لقانون المالية وحده توقعها وتقييمها والإذن فيها.

وحيث إن تعديلات مهمة تطال باستمرار التشريع الضريبي من خلال قانون مالية السنة¹، كتعبير عن سياسة الدولة الجبائية في توفير موارد مالية قارة لتمويل مختلف نفقات التسيير والاستثمار، وهي وضعية قانونية لطالما أثير بشأنها سؤال الدستورية، ليسقط على المستوى النظري والأكاديمي، بل حتى في إطار تدخل القضاء الدستوري؛ إما وجوبًا أو اختيارًا.

سيما وأن مشمولات قانون المالية محددة على سبيل الحصر في المادة السادسة من القانون التنظيمي لقانون المالية²، التي تنص على أنه: "لا يمكن أن تتضمن قوانين المالية إلا أحكامًا تتعلق بالموارد أو التكاليف أو تهدف إلى تحسين الشروط المتعلقة بتحصيل المداخيل وبمراقبة استعمال الأموال العمومية". وهو نص يمنع على المشرع إقحام أي موضوع في قانون المالية خارج ما تمت الإشارة إليه ضمن.

¹ منذ قانون المالية 2008 إلى غاية قانون المالية 2020 بلغت مجموع التعديلات التي لحقت المدونة العامة للضرائب 640 تعديل. مما يثار معه بقوة سؤال الاستقرار التشريعي للقواعد الضريبية بالمغرب.

² الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.15.61 المؤرخ في 14 شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6370 المؤرخة في فاتح رمضان 1436 (18 يونيو 2015) ص: 5810 فما بعدها.

ضف إلى كل ذلك أن صلاحية التشريع في المجال الضريبي موكولة للبرلمان بموجب الفصل: 71 من الدستور. وإن كان الواقع يصعد بحقيقة -قد لا تستسيغها نظرية القانون الدستوري بالمغرب لكن تملئها بنية نظامه السياسي والإداري- وهي أن وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة لها تأثير ملموس في التشريع الجبائي عبر مصالحها الإدارية المختصة³.

ومن جهة مقابلة؛ ففكرة سيادة الدستور ترتبط ارتباطا وثيقا بنظام الديمقراطية وبدولة القانون⁴ كيضما كان شكل السلطة التأسيسية بها. فالدستور يسمو حتى على رئيس الدولة. ولو كان صادرا منه في شكل منحة، طالما أنه لقي قبولا من الشعب عند الاستفتاء. حيث إن قبول الأمة للدستور يلزم الحاكم بعدم سحبه أو تعديله إلا وفق الدستور نفسه، وذلك في سياق ما يسمى بالسيادة الشكلية للدستور.

وترتيباً على ذلك؛ ومن باب أولى، فإن خضوع جميع السلطات والهيئات الدستورية للمبادئ الدستورية -الشكلية والموضوعية- كان أمراً مقضياً، لا محيد عنه، إذ إن أهمية الدستور لا تنبع من مجرد وجوده، وإنما في نفاذ أحكامه، وجعلها مصدراً لكل قاعدة قانونية كيضما كان موقعها ضمن هرم تراتبية القوانين.

وحيث إن تحليلنا في هذا السياق يفضي إلى حتمية تعزيز آلية المراقبة الدستورية بشكل يعزز فرص تنزيل مبادئ الكتلة الدستورية للمالية العامة والضرائب، في سائر التشريعات العادية،

³ بحيث أن أجهزة مثل المديرية العامة للضرائب ومديرية التشريع والمنازعات والتعاون الدولي، كهيكل بوزارة المالية تضطلع بأدوار مهمة في مجال النظام الجبائي المغربي، مثل:

- دراسة وإعداد مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الطابع المالي
- دراسة وإعداد مشاريع الاتفاقيات الجبائية المبرمة بين المملكة المغربية والدول الأجنبية والتفاوض بشأنها والسهر على تطبيق التشريع المتعلق بها.
- ربط العلاقات مع المنظمات الدولية في المجال الضريبي.

• دراسة وإعداد ونشر المذكرات الدورية التطبيقية المتعلقة بالنصوص التشريعية والتنظيمية ذات الطابع الجبائي. وهذا يجعل الإدارة الجبائية تتوفر على المعطيات الكمية، الإحصائية والرقمية، والنوعية، وتقنيات التواصل مع الجمهور. _أنظر: خالد مبروكي، خنفور يوسف، التشريع الجبائي وضرورة الأمن القانوني الضريبي، مقال منشور بمجلة سلسلة منشورات السياسات العمومية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، ص: 166 و 167.

⁴ _أنظر للتوسع حول فكرة سمو الدستور:

_ محمد عبد الحميد أبو زيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

والتي على رأسها قانون المالية، بما من شأنه خلق الانسجام البيني للقوانين، وتجويد النص الضريبي وتمتين فعاليته وتحسين مقروئيته.

“فالنص الضريبي اللا دستوري خطر على الأمن الضريبي بالمغرب”.

وقد اتسمت التجربة المغربية في مجال الرقابة على دستورية القوانين في المادة الضريبية بتواضع كبير على المستوى الكمي، الأمر الذي عبر عنه أحد الباحثين بكون هذه الرقابة “لا تتناسب وحساسية المجال الضريبي وأهميته القصوى”⁵. فالأرقام جد محدودة فيما يتعلق بحق الإحالة على مستوى مراقبة دستورية القوانين، فخلال المدة الممتدة من 1994 إلى 2020 لم تتعرض سوى 6 قوانين على أنظار القضاء الدستوري، من أصل 25 قانونا للمالية متضمن لمقتضيات ضريبية، اثنان فقط تضمنت إحالة ضريبية للنظر في دستورتها، وهو عدد ضئيل مقارنة مع عدد قوانين المالية التي تفلت من رقابة القضاء الدستوري.

وبناء على ذلك؛ يأتي هذا المقال لإثارة إشكالية علمية تهدف إلى تقييم دور القضاء الدستوري في خلق الانسجام بين قوانين المالية بما تشتمل عليه من مقتضيات ضريبية وبين الكتلة الدستورية الضريبية⁶، والتي يمكن صياغتها كآلاتي:

إلى أي حد يساهم القضاء الدستوري المغربي، كتنظيم قانوني وكسلطة قضائية، في مراقبة التشريع الضريبي وخلق كتلة دستورية ضريبية موجّهة للمشروع العادي؟

وسيتنظم عرض المعطيات وتحليلها في مطلبين يتضمن كل واحد منهما فقرتين وذلك كآلاتي:

المطلب الأول: تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين التنظيمية للمالية

الفقرة الأولى: الرقابة على قانون التنظيمي للمالية: 7.98

الفقرة الثانية: الرقابة على القانون التنظيمي 130.13

المطلب الثاني: تطبيقات الرقابة الدستورية على قوانين المالية

⁵ عبد الحق مذكر، الأمن القانوني والقضائي في المجال الضريبي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية، جامعة الحسن الثاني، ص: 397 وما بعدها.

⁶ مفهوم الكتلة الدستورية لا ينحصر فقط في المقتضيات الدستورية والقوانين التنظيمية، بل يمتد أيضا إلى القوانين التي قضى القضاء الدستوري بدستوريتها.

الفقرة الأولى: الرقابة الدستورية على قوانين المالية

الفقرة الثانية: واقع وأفاق الرقابة الدستورية على قوانين المالية

يعول كثيرا على حكماء القضاء الدستوري لتعزيز المشروعية الضريبية⁷، وتعزيز مطلب الأمن القانوني الضريبي⁸، سواء من خلال رقابته الإلزامية على القانون التنظيمي للمالية (المطلب الأول) أو من خلال المراقبة الدستورية لقانون مالية السنة التي تتأتى له عند وجود إحالة اختيارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين التنظيمية للمالية

ستتم دراسة قرار المجلس الدستوري بشأن القانون التنظيمي للمالية رقم 7.98 (أولا) ثم قراره بشأن القانون التنظيمي 130.13 (ثانيا) والذان يكتنفان طيهما مجموعة من المبادئ والتوجيهات التشريعية ذات الصلة بالمجال الضريبي.

الفقرة الأولى: الرقابة على قانون التنظيمي للمالية: 7.98

اعتبر المجلس الدستوري في قراره بشأن الرقابة الإلزامية على القانون التنظيمي للمالية⁹ أن المادة 5 من القانون التنظيمي 98/7 غير مطابقة للدستور، ذلك أن هذه المادة تنص على أن: 'كل حكم وارد في قانون أو نظام يقضي بإحداث تكاليف جديدة أو تترتب عليه تخفيضات في المداخيل من شأنها الإخلال بالتوازن المالي لقانون المالية الجاري به العمل لا يمكن أن يدخل حيز

⁷ يرى بعض الفقه أن القاضي الدستوري يدافع عن البرلمان من نفسه عبر إلزامه بالقيام بكامل اختصاصاته في المجال الضريبي وتحديدده لمجال تدخل السلطة التنظيمية.

— Georges Bergougous, le conseil constitutionnel et le législateur, cahiers du conseil constitutionnel n 38 janvier 2002, p 2/

وهذا يحيل على نقطة بحثية تدور في سياق: إشكالية الرقابة على امتناع المشرع. والتي لم يتناولها البحث الأكاديمي بالمغرب بدراسة مستقلة - على حد إطلاعي -.

⁸ عرف بعض الباحثين الأمن القانوني الضريبي بكونه: ذلك المبدأ الذي يقتضي ضرورة وتوقع القانون الضريبي، واستقرار تأويلات فقه الإدارة أثناء تفسير المقتضيات الضريبية، مع ضمان تطبيقها بشكل مشروع في مواجهة الملزمين.

— Olivier Fouquet, la sécurité juridique en question, RFFP, n° 133 - février 2002, p 139

⁹ قرار المجلس الدستوري رقم 1998/250 الصادر بتاريخ: 1998/10/24 في الملف عدد: 98/445 المنشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية.

التنفيذ من الناحية المالية إلا بعد أن ينص قانون للمالية على تقييم هذه التكاليف الجديدة أو التخفيضات في المداخل وعلى الإذن فيها".

بحيث المجلس الدستوري بأنه: إذا كان من المسلم به أن المصلحة العامة تقضي بالحفاظ على التوازن المالي الذي أقره قانون المالية فإن أنسب طريقة لتحقيق ذلك هي أن تتجنب الحكومة تقديم مشاريع قوانين أو تعديلات تفضي إلى الإخلال به. وأن تدفع، استناداً إلى الفصل 51 من الدستور، بعدم قبول أي اقتراح قانون أو تعديل من نفس القبيل يقدمه أعضاء البرلمان.

وحيث إنه، على العكس من ذلك، إن ما نصت عليه المادة 5 المتحدث عنها لتجنب الإخلال بالتوازن المالي للميزانية يفضي إلى تعطيل نص قانوني أقره البرلمان وصدر الأمر الملكي بتنفيذه ونشره في الجريدة الرسمية، الأمر الذي يعد مخالفة لأحكام الفصل 4 من الدستور فيما تضمنه من أن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة وأن على الجميع الامتثال له. (انتهى نطق القرار).

فالقاضي الدستوري هنا رجح القيمة الدستورية لمبدأ حق البرلمان في اقتراح القوانين، على هاجس الحفاظ على التوازن المالي، وقضى بعدم دستورية تقييد هذا المبدأ، أو إيقاف نفاذ مقترحات القوانين على صدور قانون المالية. وهو تصدّ ناجع من المجلس الدستوري لتغلغل السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في مجال التشريع الضريبي.

كما أثار القضاء الدستوري بصدده في القانون التنظيمي 7.98، أن ما تنص عليه المادة 10 غير مطابق للدستور أيضاً. حيث إن هذه المادة تنص، من جهة، على أنه: "تعتبر مرافق للدولة مسيرة بصورة مستقلة مرافق الدولة غير المتمتعة بالشخصية المعنوية التي تغطي بموارد خاصة بعض نفقاتها غير المقتطعة من الاعتمادات المقيدة في الميزانية العامة"، وتقرر، من جهة أخرى، أن تلك المرافق تتوفر على ميزانيات مستقلة.

وجاء في حيثيات القرار أن المستخلص من هذه الأحكام أن الأمر يتعلق بحالة من حالات الاستثناء من قاعدة عمومية الميزانية وعدم تخصيص مداخل معينة لوجه من وجوه الإنفاق، وهو ما يستوجب أن تدرج ميزانيات مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة في قانون المالية على غرار ما هو مقرر في شأن الحسابات الخصوصية للخزينة وفيما يرجع إلى الميزانيات الملحقة إلى أن يتم حذفها.

وحيث إن المادة 10 المتحدث عنها عندما نصت على إحداث ميزانيات مستقلة للمرافق المذكورة توضع خارج قانون المالية تكون قد أخرجت أحد مكونات هذا القانون من اختصاص البرلمان وأخلت -نتيجة لذلك- بما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل: 50 من الدستور¹⁰. (انتهى نطق القرار).

وبخصوص ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 18 من أنه: "يجوز في حالة الاستعجال أو الضرورة الملحة أن تحدث خلال السنة حسابات خصوصية للخزينة بموجب مرسوم تطبيقا للفصل 45 من الدستور على أن تعرض الحسابات المحدثة بهذه الطريقة على البرلمان للمصادقة عليها في أقرب قانون للمالية".

فقد وجه المجلس الدستوري للمشروع ملاحظة مفادها أن الدستور في فصله 45 ينص على أن للقانون أن يأذن للحكومة في أن تتخذ خلال ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة تدابير تدخل أصلا في ميدان السلطة التشريعية، وذلك بمقتضى مراسيم يجري العمل بها فور نشرها ويجب عرضها على البرلمان للمصادقة عليها عند انتهاء الأجل الذي حدده لذلك القانون الأذن في إصدارها.

وحيث إن النص الدستوري الوارد تحليله آنفا نص عام يمكن تطبيقه على أي مادة من المواد التي تدخل في الميدان التشريعي العادي دونما حاجة إلى التذكير بذلك في حالات خاصة، إذ يكفي أن يتوافر الشرطان الأساسيان لأعماله وهما أن يتضمن قانون الإذن، من جهة، تعيين الغاية التي من أجلها يجيز للحكومة أن تتدخل في مادة من اختصاص السلطة التشريعية وأن يحدد، من جهة أخرى، المدة التي يمكنها في أثناءها القيام بذلك حتى يبقى التحويل المسند إلى السلطة التنفيذية محصورا في حدوده الموضوعية والزمنية ولا يتعداها.

وحيث إن ما جاء في الشق الثاني من المادة 18 من القانون التنظيمي المعروض على نظر المجلس الدستوري يجب، ليكون مطابقا للدستور، أن يراعى عند أعمال الأحكام الواردة فيه أن يكون القانون الأذن في إصدار مرسوم بإحداث حساب خصوصي للخزينة دقيقا وأن يتضمن تحديد صنف الحساب المطلوب إحداثه والغرض من إحداثه وألا يصاغ بعبارات عامة مجردة تنقل من

¹⁰ - تنص الفقرة الأولى من دستور 1996 على أنه: "يصدر قانون المالية عن البرلمان بالتصويت طبق شروط ينص عليها قانون تنظيمي".

قانون مالية إلى آخ، إذ إن ذلك سيفضي في نهاية التحليل إلى أن يكتسي الإذن طابع الدوام فيصبح قاعدة عامة ويتحول إلى تفويض من المشرع لجزء من اختصاصاته إلى السلطة التنفيذية.

وفي ذات السياق علق المجلس الدستوري على الشق الأول من المادة 43 التي تنص على أنه يجوز في حالة ضرورة ملحة ذات مصلحة وطنية فتح اعتمادات إضافية بمرسوم في أثناء السنة تطبيقاً للفصل 45 من الدستور، ويقضي شقها الثاني بأنه يؤذن للحكومة في ذلك بموجب قانون المالية للسنة.

وحيث إن ما ورد في الشق الأول من المادة 43 له طابع قانون تنظيمي، وما يكتسيه من صبغة استثنائية تسوغه ضرورة مواجهة متطلبات المصلحة الوطنية، وليس فيه ما يخالف الدستور شريطة أن تراعى عند إعماله الملاحظة الواردة في الحثيتين الثالثة والرابعة المتعلقين بالمادة 18 أعلاه.

وحيث، على العكس من ذلك، إن ما قد يوحي به الشق الثاني من المادة 43 من أن القوانين المالية السنوية ستضمن سلفاً الإذن في إصدار المراسيم المذكورة بعبارة مجردة عامة غير مطابق للفصل 45 من الدستور الذي يستخلص سواء من نصه أو روحه أن الإذن للحكومة في أن تتخذ بموجب مراسيم تدابير يختص المشرع أصلاً باتخاذها يكون حالة بحالة بعد اطلاع البرلمان على موضوع الإذن وملاساته والغاية المستهدفة منه حتى يتمكن من اتخاذ قرار في شأنه عن بيئة وبصيرة، ولا يجوز أن يصدر في عبارة عامة مجردة قد تكتسب صبغة الدوام بتكرارها في القوانين المالية المتتابعة والا ل الأمر إلى تحول الإذن إلى تفويض دائم من السلطة التشريعية لاختصاص من اختصاصاتها إلى السلطة التنفيذية، وهو ما لا يبيحه الدستور.

الفقرة الثانية: الرقابة على القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13

في إطار الإحالة الوجوبية للقانون التنظيمي للمالية 130.13 قضى المجلس الدستوري¹¹ بعدم دستورية بعض المقتضيات ذات الصلة بالتشريع في المجال الضريبي.

¹¹ - قرار المجلس الدستوري رقم: 2014/950 الصادر بتاريخ: 23 دجنبر 2014 في الملف عدد: 14/1406.

1. بيان الاختصاص التشريعي في تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية

قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة السادسة التي جاء فيها أنه: "لا يمكن تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية إلا بموجب قانون المالية".

حيث إن الدستور ينص في فصله 71 على أنه من بين المبادئ التي يختص القانون بالتشريع فيها: النظام الضريبي ووعاء الضريبة وطرق تحصيلها، وكذا نظام الجمارك، كما ينص فصله 78 على أن لرئيس الحكومة ولأعضاء البرلمان على السواء حق التقدم باقتراح القوانين.

وأنه لئن كانت قوانين المالية تتضمن بطبيعتها مقتضيات ضريبية وجمركية، باعتبار هذه الأخيرة جزءاً أساسياً من الأحكام المتعلقة بالموارد المالية التي يعود لقوانين المالية وحدها توقعها وتقييمها والإذن فيها، فإن ذلك لا يعني أن تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية، في عموميتها، ينحصر في قوانين المالية.

وحيث إن حصر إمكانية تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية في قانون المالية يجعل هذا التعديل خاضعاً للشروط والآجال المحددة في القانون التنظيمي لقانون المالية، ويفضي بالتالي، دون سند دستوري، إلى تقييد صلاحيات البرلمان وكذا صلاحيات الحكومة في مجال التشريع، لا سيما حق أعضاء البرلمان في التقدم باقتراح القوانين المضمون بموجب الفصل 78 من الدستور. فالملحوظ هنا أن دور القاضي الدستوري كان صريحاً في الحرص على سمو الدستور، وضمان ممارسة وتوزيع سلطة التشريع وفقاً له، وسد كل منفذ تروم من خلاله الحكومة تقييد أو التغفل أو الاستئثار بالتشريع في المجال الضريبي.

2. اعتماد المجلس الدستوري لمبدأ الانسجام التشريعي في قراره

أثار المجلس الدستوري إخلالاً دستورياً شاب إعداد القانون التنظيمي للمالية يتنافى ومبدأ الانسجام، بحيث لما كان مجلس المستشارين صوت بتاريخ: 22 أكتوبر 2014 على مشروع القانون التنظيمي لقانون المالية، وكانت مناقشته هذه بعد إيداع مشروع قانون المالية لسنة 2015 لدى مكتب مجلس النواب، أي في تاريخ لاحق عن نظره في القانون التنظيمي. الشيء الذي ترتب عنه أن تلك المناقشة لم تكن في ضوء أحكام القانون التنظيمي المذكور، مما يفضي إلى وجود تعارض

بين قانونين مرتبطين فيما بينهما، ومعرضين في نفس الوقت على مجلسي البرلمان. وهو ما يتنافى ومبدأ الانسجام التشريعي.¹²

وبعد ترتيب الآثار القانونية لقرار المجلس الدستوري أعلاه قضى هذا الأخير بمطابقة القانون التنظيمي 130.13 للدستور في قراره عدد 15/961 الصادر بتاريخ: 18 ماي 2015، خاصة بعد حذف ما كانت تتضمنه الفقرة الأخيرة من المادة السادسة التي كانت تمنع تعديل مقتضيات الضريبية إلا بموجب قانون المالية.

المطلب الثاني: تطبيقات الرقابة الدستورية على قوانين المالية

تجدر الإشارة أولاً إلى أن المشرع الدستوري حدد مجال اختصاص البرلمان في الفصل 71 من الدستور، واعتبر أن النظام الضريبي ووعاء الضريبة ومقدار وطرق تحصيلها هي من بين الميادين التي للقانون صلاحية التشريع فيها. وهو ما أكدته الفصل 39 من الدستور بتنصيبه على أن التكاليف العمومية للقانون وحده إحداثها وتوزيعها.

بيد أننا نلفي في كثير من الأحيان مقتضيات ضريبية في صلب قوانين المالية التي تأتي دائماً في شكل مشروع قانون تتقدم به الحكومة، مما يطرح إشكالا حول توزيع سلطة التشريع الضريب بالمغرب.

الفقرة الأولى: الرقابة الدستورية على قوانين المالية

سنحاول عرض أبرز قرارات المجلس الدستوري ثم المحكمة الدستورية والتي تناولت موضوعات ضريبية، وذلك كالاتي:

¹² صدرت عدة قرارات عن القضاء الدستوري الفرنسي بصدد مبدأ الانسجام التشريعي، نذكر منها القرار رقم DC455- 2011 بتاريخ 12 يناير 2002 حيث ذهب المجلس الدستوري الفرنسي للقول بأنه يقع على عاتق المشرع الممارسة الكاملة للاختصاص المخول له من طرف الدستور، وخاصة مادته 34، لهذا الغرض يراعي مبدأ الوضوح القانوني الناجم عن نفس المادة، وهو مبدأ ذو قيمة دستورية، والهدف منه سهولة فهم القانون، والمواد 4، 5 و 6 والمادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 تفرض على المشرع اتخاذ التدابير كافية وواضحة بهدف وقاية الأفراد أصحاب الحقوق ضد التفسير المخالفة للدستور، أو ضد خطر التعسف، دون تخويل للسلطة الإدارية أو القضائية مهمة التفصيل في القواعد القانونية التي لم يخولها الدستور إلا للقانون.

1. قرار المجلس الدستوري رقم 467.01 بشأن قانون المالية لسنة 2002

اعتبر قانون المالية لسنة 2002 أول قانون عرض على أنظار القضاء الدستوري، والذي تضمن مقتضيات بموجبها تم تقديم إعفاء ضريبي يبدأ سريانه من 1996، وتتمحور تفاصيله حول إعفاء جبائي مقدم للقوات المسلحة الملكية المغربية بموجب المادة 6 والمتعلق بلحوم الأبقار والأغنام المستوردة من الخارج من فاتح يناير 1996.

حيث أثير تعارض هذا المقتضى مع المادة 4 من دستور 1996 آنذاك، التي تنص على مبدأ عدم رجعية القوانين.

وقد أجاب المجلس الدستوري بأن: "مبدأ عدم رجعية القوانين لا يشكل قاعدة مطلقة، إذ ترد عليه استثناءات مبررة في قوانين المالية، يستند إليها المشرع في إصلاح أوضاع غير عادية محددة من طرف الإدارة وتهدف إلى الصالح العام، وأن المقتضى المدفوع بعدم دستوريته يستند إلى هذه المصلحة العامة لتصحيح وضعية محددة، الأمر الذي يجعل المقتضى غير مخالف للدستور".

ووضح أن القضاء الدستوري المغربي هنا كان متأثراً بالمجلس الدستوري الفرنسي، الذي كان سبقاً إلى وضع استثناءات على مبدأ عدم رجعية القانون ووضع شروطاً لذلك.

وقد انتقد أحد الأساتذة¹³ هذا التوجه آنذا، واعتبره تراجعاً غير عادي في المنظومة الدستورية والقضائية بخصوص مدلول مبدأ عدم رجعية القوانين.

وأضاف الأستاذ، بصفته متخصصاً في المالية العامة والضرائب، أن المجلس الدستوري فتح باباً للاجتهاد رغم وضوح المبدأ وعدم قابليته للتفسير والتأويل، ناهيك على عدم إبرازه هذه المصلحة العامة الذي دفعت بالمشرع إلى إقرار مقتضى ضريبي يسري بأثر رجعي، وعدم كشفه عن السند الدستوري لذلك.

ومن وجهة نظر خاصة، فإنه وإن لم نختلف مع الرأي أعلاه بخصوص عدم توضيح معيار المصلحة العامة التي استند إليها قرار المجلس الدستوري للخروج على مبدأ عدم رجعية القانون، إلا أن قوله بكون هذا المبدأ غير قابل للتفسير والتأويل غير محمول على السداد. إذ مما لا شك

¹³ جواد لعسري، مبدأ عدم رجعية القانون الضريبي في التشريع والقضاء، مقال منشور بمجلة المسالك، العدد الرابع، سنة 2005، ص: 50 فما بعدها.

فيه أن التأويل يقع في صلب عمل القاضي الدستوري¹⁴، وأنه، أي القاضي الدستوري، حين يتعارض لديه مبدأ دستوري، مهما كان، مع مصلحة عامة ظاهرة ومعتبرة، فإنه يضطر إلى التوسل بآليات التأويل لرفع التعارض¹⁵، ولا شك أنه إذ ذاك، سيعمد إلى حل عقدة النزاع عبر التلطيف من المبدأ الدستوري، وذلك على قدر راحة المصلحة العامة التي بانّت له. بيد أنه رغم ذلك يبقى المبدأ مبدأً، والاستثناء استثناءً.. وعموماً؛ لا نعتقد أنه ثمة مبدأ يُستعصى عن الاستثناءات والتقييد في ظل واقع لا يتناهي.

2. قرار المجلس الدستوري عدد 66.17 بشأن قانون المالية لسنة 2018¹⁶

تضمنت رسالة الإحالة إلى المحكمة الدستورية ملتصاً بالتصريح بعدم دستورية بعض مقتضيات التي أدخلت تعديلات على المدونة العامة للضرائب، وهي: الفقرة (ب) من المادة 7 والنقطة (ب) من البند الثالث من المادة 8 والبند الثالث من المادة 138 والبند الرابع من المادة 180. ومقتضيات أخرى تهم التوزيع على القطاعات الوزارية، ونفقات الحسابات الخصوصية وهي: الجدول (ب) من المادة 44 والجدول (ز) من المادة 49.

ومن المآخذ على هذا القانون للمالية أنه قيد حرية الانضمام إلى التعاونيات والجمعيات السكنية، حيث كانت الفقرة (ب) من المادة السابعة تنص على أنه:

"1- يجب على الأعضاء المتعاونين أو المنخرطين ألا يكونوا خاضعين للضريبة على الدخل برسم الدخول العقارية أو لرسم السكن ولرسم الخدمات الجماعية بالنسبة للعقارات الخاضعة لرسم السكن؛

¹⁴ R. Dominique , droit du contentieux constitutionnel, 7ème édition , paris, Montchrestien, 2006, p 154 :

¹⁵ يشير التأويل لغة نحو معاني المصير والتغيير والتدبر، وكأن فيه نظر إلى المآل، ويعرفه مثلاً ابن رشد بكونه إخراج دلالة اللفظ من الدلالة الحقيقية إلى الدلالة المجازية من غير أن يخل ذلك بعادة لسان العرب في التجوز بتسمية الشيء بشبيهه أو بسببه أو لاحقه أو مقارنه وغيره من الأشياء التي عدت في تعريف أصناف الكلام المجازي.

— أبو الوليد محمد ابن رشد، فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من اتصال، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، دراسة وتحقيق: محمد اعمارة، الطبعة الثانية 1981، بيروت، لبنان، ص: 32.

¹⁶ قرار المحكمة الدستورية رقم: 17.66 الصادر بتاريخ: 23 ديسمبر 2017 في الملف عدد: 17.15.

2- يجب على التعاونية أو الجمعية السكنية المعنية بالإعفاء ابتداء من فاتح يناير 2018 أن تضم أعضاء أو منخرطين لم يسبق لهم أن انضموا أكثر من مرة واحدة إلى تعاونية أو جمعية سكنية أخرى؛

3- في حالة انسحاب عضو، يجب على مسيري التعاونية أو الجمعية أن يرسلوا إلى إدارة الضرائب القائمة المحينة للأعضاء، وفق نموذج تعدده الإدارة، وذلك داخل أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ المصادقة على القائمة المحينة مرفقة بنسخة من تقرير الجمعية العامة حول أسباب ومبررات انسحاب العضو من التعاونية أو الجمعية السكنية؛

4- يجب أن يخصص المتعاون أو المنخرط السكن لسكنائه الرئيسية لمدة أربع (4) سنوات على الأقل ابتداء من تاريخ إبرام عقد الاقتناء النهائي؛

5- لا يمكن أن تتجاوز المساحة المغطاة ثلاثمائة (300) متر مربع لكل وحدة سكنية فردية¹⁷.

وردت المحكمة الدستورية بأن ما اشترطته الفقرة بء من المادة 7 لا يعرقل حرية الانضمام إلى الجمعيات أو التعاونيات السكنية، وإنما يقن مجال الاستفادة منها على نحو يحقق الغايات المتوخاة من إقرارها، وأن هذه الشروط لا تصدر الحق في الانضمام المكفول طبقا للفصلين: 12 و 29 من الدستور، وإنما تحد من حالات الاستفادة المتكررة، أو استغلال الإعفاء الضريبي لغير الأهداف التي أحدثت من أجلها.

وأضافت المحكمة الدستورية أن الأمر إنما يتعلق بتحديد شروط الاستفادة من إعفاء قانوني، وهي شروط بالنظر لغاياتها الرامية إلى محاربة الغش الضريبي والمضاربة العقارية، وارتباطها بموارد ضريبية، يجعلها بالتالي من مشمولات قانون المالية.

وبناء على ذلك بتت المحكمة الدستورية بكون جميع المآخذ المستدل بها للطعن في دستورية المقتضيات المشار إليها لا تنبني على أساس صحيح مما تكون معه المقتضيات المذكورة ليس فيها ما يخالف الدستور، لكن، يبقى معه ذلك هذا القرار غنيا ببعض المبادئ التشريعية الحديثة، خاصة مبدأ الانسجام التشريعي¹⁸ ومراعاة الغايات الدستورية والمآلات الواقعية.

¹⁷ أنظر الفقرة بء من المادة 7 من المدونة العامة للضرائب في صيغتها الحالية.

¹⁸ في ذات القرار قالت المحكمة الدستورية أن مراقبة دستورية القوانين، ومن ضمنها قانون المالية، لا تتم إلقاها بالدستور وبالقوانين التنظيمية، وليس عبر الإحالة على قوانين تتقاسم معها ذات المرتبة والدرجة في التراتبية القانونية، ومن ثم، فإن

3. قرار المجلس الدستوري رقم 2000/382 بشأن المادة 142 من مدونة تحصيل الديون العمومية

ارتباطا بالمادة الضريبية وما يترتب عليها من مديونية وتحصيل، فقد نصت المادة أعلاه قبل القضاء بعدم دستوريته على أنه: "يعتبر في حالة التنافي لممارسة مهمة رسمية أو تمثيلية كل من لم يؤد ديونا مستحقة عليه بمقتضى سند تنفيذي، والتي ليست موضوع منازعة".

واعتبر المجلس الدستوري أن ذلك فيه مساس بالحريات العامة المكفولة دستوريا، وأن إيراد استثناء على الحق في تقلد مناصب عمومية هو من اختصاص المشرع، وأنه يجب أن يكون محددا بدقة، مع الإشارة إلى القيود اللازمة، حتى يكون هذا الاستثناء من الحق الدستوري حصري وفي حدود مضبوطة، الأمر الذي تكون معه المادة مخالفة للدستور.

4. بعض توجهات القضاء الدستوري المقارن بشأن قوانين المالية

نجد المجلس الدستوري الفرنسي وهو يسير في نهج تكريس مبادئ العدالة الجبائية بحيث قضى في قراره رقم: 2019-796 DC الصادر بتاريخ: 27 دجنبر 2019 بشأن قانون المالية لسنة 2020، (قضى) بأن الإجراءات التي تسمح للإدارة الضريبية والجمركية بجمع واستغلال المعلومات المنشورة والمتاحة على المواقع الإلكترونية بقصد محاربة التهرب الضريبي هي غير مخالفة للدستور.

معتبرا أن المادة 145 من هذا القانون تندرج ضمن مشمولات قانون المالية، وليس ضمن الفرسان الميزانياتية، مؤكدا على أن الموازنة بين الحق في الحياة الخاصة للأفراد والمعطيات الشخصية وبين محاربة التهرب الضريبي الذي يعد أيضا ذو قيمة دستورية تبرر تلك المقتضيات. كما أن المجلس الدستوري الفرنسي قضى سنة 2012 بعدم دستورية الضريبة الاستثنائية التي فرضتها الحكومة على أصحاب الثروات الضخمة، الذين تتجاوز مداخيلهم مليون أورو سنويا،

ما أثاره الطرف الطاعن من مخالفة المادة المذكورة لمقتضيات القانونين المتعلقين بتأسيس الجمعيات والتعاونيات، يقع خارج نطاق فحص الدستورية؛

وحيث إنه، لئن كان يحق للمحكمة الدستورية مراقبة مدى تحقق مبدأ الانسجام التشريعي بين القوانين لغاية ضمان إمكانية تطبيق نصوصها في آن واحد، دون تعارض فيما بينها، فإن ما نظمته الفقرة المذكورة، باعتبارها نصوصا خاصا، يتعلق بنوع معين من الجمعيات أو التعاونيات المحدثة لتحقيق غرض محدد، وليس فيه ما يتعارض مع النصوص القانونية العامة.

وذلك بموجب قانون المالية لسنة 2013، معتبرا هذا الإجراء الحكومي غير دستوري لعدم مراعاته لمبدأ المساواة.

أما المحكمة الدستورية العليا بمصر¹⁹ فقد قضت بعدم دستورية المواد من 1 إلى 5 من القانون رقم 208 لسنة 1994 الذي نص على فرض ضريبة على أجور ومرتببات العاملين المصريين بالخارج، استنادا إلى مبدأ عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة، ومبدأ التضامن الاجتماعي، وإخلالا بمبدأ المساواة؛ حيث إن اتخاذ عنصر التبعية في العمل لدى الغير بالخارج معيارا محددا للخاضعين للضريبة التي فرضها القانون المطعون فيه، يكون مفتقدا للرابطة المنطقية التي تصل الضريبة بأهدافها المبتغاة²⁰.

الفقرة الثانية: واقع وآفاق الرقابة الدستورية على قوانين المالية

1. حالات ضريبية أثارت سؤال الدستورية

ثمة مجموعة من المقتضيات الضريبية التي أثير حولها سؤال الدستورية داخل الأدبيات الأكاديمية، حيث تحدث بعض الباحثين عن مدى دستورية المادتين: 7 و 8 من قانون مالية 2020 اللتان كانتا تنصان تواليا على التسوية الطوعية للوضعية الجبائية للخاضع للضريبة، وعلى التسوية التلقائية برسم الممتلكات والموجودات المنشأة بالخارج. وذلك بالإشارة إلى تقاطع المقتضيات الضريبية مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في الفصل 39، والفصل 27 من الدستور، ومع مبدأ العدالة الجبائية²¹.

¹⁹ _ قرار المحكمة الدستورية في القضية رقم 43 لسنة 17 قضائية، الصادر في 2 يناير 1999. نصه كاملا في الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-43-Y17.html>

²⁰ _ ولما كان الأمر ذلك، وكان القانون المطعون فيه قد استبعد من دائرة تطبيقه فئة من العاملين المصريين في الخارج، هم الذين لا يتوافر في عملهم عنصر التبعية بينما أخضع لأحكامه أولئك الذين يتوافر في عملهم ذلك العنصر، فإن هذا التمييز وقد قام على غير أسس موضوعية تبرره، يصب المبدأ الذي اعتنقه ذلك القانون بالإخلال بالمساواة التي كفلتها المادة 40 من الدستور.

²¹ _ خالد مبروكي، خنفور يوسف، مرجع سابق، ص: 177 و 178.

كما سبق للأستاذ جواد العسري²² أن أشار سؤال مدى دستورية بعض مقتضيات قانون المالية لسنة 2013 من خلال تضمنهما لتمييز في سعري الضريبة بحسب تاريخ إدراج العقار في المدار الحضري، واعتبار سنة 2013 معياراً لتطبيق سعريين مختلفين مما طرحت معه إشكالية دستورية تتعلق بتطبيق نظامين ضريبيين مختلفين على واقعيتين منشئتتين في نفس التاريخ.

وقد تم نسخ تلك المقتضيات بموجب قانون المالية لسنة 2018 وقانون المالية لسنة 2023.

وثمة مقتضى آخر يتعلق بمسطرة تضريب حالة تفويت عقارات بعد إحصائها وجردها، إذ تدخل المشرع بموجب المادة 8 من قانون المالية لسنة 2018 وعدل المادة 65 من المدونة العامة للضرائب فأصبحت الفقرة الخامسة تنص على ما يلي:

في حالة تفويت عقارات وقع تملكها عن طريق الإرث، يمثل ثمن التملك الواجب اعتباره، مع مراعاة أحكام المادة 224 أدناه:

- إما القيمة التجارية للعقارات يوم وفاة الهالك، المقيدة في الجرد الذي أنجزه الورثة؛

- وإما إذا تعذر ذلك، القيمة التجارية للعقارات ...

فصياغة الفقرة الأولى التي تجيز للإدارة تحريك مسطرة المادة 224 في حالة تفويت عقارات بعد إحصائها وجردها، يثير إشكالات دستورية خاصة في تقاطعها مع المادة 232 التي تنص على أجل تقادم واجبات التسجيل في 4 سنوات ابتداء من تاريخ العقد أو الاتفاق.

فتنصيص قانون المالية لسنة 2018 على حق الإدارة في تصحيح ثمن التملك من خلال المادة 224، ذلك أن التصحيح المتعلق بواجبات التسجيل يخضع للمادة 220 المشروط بممارسته داخل أجل 4 سنوات، والحال أن المشرع بمقتضى هذا التعديل خول للإدارة تصحيح ذات القيمة بمناسبة تفويت العقار، وهي واقعة مستقلة ضريبياً عن واجبات التسجيل ومستقلة عنها من حيث المسطرة، ويكون الأثر هو المساس بالحقوق المكتسبة بعد تقادم حق الإدارة، خرق مبدأ المساواة لكون المفوت سيخضع لمسطرتين.

²² جواد العسري، قراءة في تعديل الضريبة على الدخل صنف أرباح عقارية على ضوء قانوني المالية 2013 و 2018، مقال منشور ضمن أعمال مؤلف جماعي بعنوان حكمة المالية العامة بالمغرب، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى 2019، ص: 83 وما يليها.

2. آلية الدفع بعدم الدستورية أفقا لدستورية القانون الضريبي

يتسم قانون الدفع بعدم دستورية القوانين بجدة وجدوى في سياق الإشكالية الموضوعية لهذا العرض، ومن المتقرب أن يشكل نقلة نوعية في ساحة القضاء الدستوري الضريبي بالمغرب، وخطوة مهمة في سبيل تعزيز الحق والقانون في المجال الضريبي.

حيث تمت إحالة القانون التنظيمي رقم 86.15²³ على أنظار المحكمة الدستورية للبت في مدى مطابقته للدستور²⁴، فقصت بعدم دستورية بعض المقتضيات ذات الصلة بالموضوع قيد البحث وهي:

أن عدم تخويل النيابة العامة صفة طرف في دعوى الدفع بعدم الدستورية يشكل مخالفة لما قرره الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستور. لكن، ما موقع جهاز المفوض الملكي بالمحكمة الإدارية من الدفع بعدم دستورية القوانين الضريبية؟

نبادر إلى القول أن الأمر -مبدئيا- لا يفرق بين جهاز النيابة العامة وجهاز المفوض الملكي بالمحاكم الإدارية، فكلاهما معهود إليه بمهمة الدفاع عن القانون والحق. وأن القول بعدم إمكانية المفوض الملكي إثارة الدفع من شأنه إفراغ هذه التجربة من قيمتها في مجال القانون الإداري؛ شديد الصلة بالمجال الدستوري.

وأشار قرار المحكمة الدستورية إلى أن قاعدة عدم جواز إثارة الدفع لتقائما من قبل المحكمة لا تسري إلا على قضاة الأحكام دون قضاة النيابة العامة (والمفوض الملكي)، وهذا في نظرنا تحصيل حاصل، انسجاما مع مركز الحياد الذي يطبع عمل قاضي الحكم.

وأثارت المحكمة أيضا أن نظام التصفية²⁵ الوارد في القانون التنظيمي غير مطابق للدستور، من جهة أن فيه تدخلا في اختصاص المحكمة الدستورية، ذلك أن البت في الطبيعة التشريعية

²³ _ وكان هذا المشروع مكونا من 27 مادة موزعة على خمسة أبواب:

• الباب الأول: أحكام عامة ؛ الباب الثاني: شروط وإجراءات إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمام محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية؛ الباب الثالث: اختصاص محكمة النقض بالنظر في الدفع بعدم دستورية قانون ؛ الباب الرابع: شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية والبت فيه ؛ الباب الخامس: مقتضيات ختامية ؛

²⁴ _ قرار المحكمة الدستورية رقم 18/70 الصادر بتاريخ: 6 مارس 2018 في الملف عدد: 024/18.

²⁵ _ نظام التصفية يقصد به مرحلة مراقبة جدية وسلامة دعوى الدفع بعدم الدستورية، حيث إن الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محاكم التنظيم القضائي للمملكة غير المحكمة الدستورية يخضع في مرحلة أولى للتقييم والبت في مدى مقبوليته وجديته،

للمقتضى القانوني موضوع الدفع وتحديد ما هو مندرج ضمن الحقوق والحريات الدستورية يعد من اختصاص المحكمة الدستورية، ومن شأن نظام التصفية أن يرتب تقدير أولي ومراقبة سلبية للدستورية.

وبناء على هذا القرار عملت لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان إلى إدخال تعديلات على القانون التنظيمي بلغت 12 تعديلا من أصل 28 مادة مكونة للمشروع، تمثل أبرزها في تحويل النيابة العامة صفة طرف في دعوى الدفع بعدم الدستورية، وتحويل نظام التصفية لهيئة من داخل المحكمة الدستورية.

ولا شك أن صدور هذا القانون من شأنه تقوية الانسجام القانوني كأحد أبرز مرتكزات دولة القانون الحديثة، وتعزيز الثقة المشروعة في القانون، ومن شأن ذلك أيضا تمتين حقوق وحريات الملزمين من خلال تحويلهم الحق في الدفع بعدم دستورية كل مقتضى ضريبي تبين لهم أنه يتعارض مع مبدأ أو حق دستوري.

وينعقد هذا الاختصاص لمحكمة النقض، التي تقضي إما بقبول الدفع وإحالته على المحكمة الدستورية أو بعدم قبول الدفع وإعادة الملف إلى محكمة الدعوى الأصلية للاستمرار في نظر القضية.

خاتمة:

والمحصلة من هذا المقال الموجز أن القضاء الدستوري المغربي لم تتح له فرص كافية وجادة للنظر في مدى دستورية التشريع الضريبي، وتقرير مبادئ اجتهادية كبرى، حتى يسهل على الباحث تقييم مدى مساهمته في تطوير التشريع الضريبي، إذ أن تدخلاته في الميدان الضريبي ظلت محتشما جدا، على الأقل من حيث عدد القرارات التي ناقش فيها مواضيع ضريبية.

بيد أنه على الرغم من ذلك فإن بوادر اجتهادية تلوح من قرارات المحكمة الدستورية الحالية، إذ نسجل تكريسها لبعض مبادئ الممارسة التشريعية الحديثة والحكام القانونية الجيدة، مثل اعتمادها لمبدأ الانسجام التشريعي، والوضوح التشريعي، بل إنه تلوح من حيثيات قراراتها بوادر ملامتها للمقاصد الأصلية للضريبة من خلال ربطها بأغراضها وغاياتها الدستورية.

علما أن تيمة عنوان المقال: "تطبيقات القضاء الدستوري الضريبي" يمكن أن تمتد إلى تطبيقات القضاء الإداري التي توصل فيها القاضي الإداري بالمقتضيات الدستورية -بمفهومها الواسع- لتخريج المسائل الضريبية المعروضة عليه، وهو المنفذ البحثي الثري بالتطبيقات، والتي يستلزم دراسة انتقائية مستقلة.

وتبقى خاتمة هذا العرض مفتوحة على أمل تجارب أخرى تتاح فيها للمحكمة الدستورية فرصة البت في مدى انسجام القانون الضريبي مع منطوق الفصلين 39 و40 من الدستور وباقي المبادئ الكبرى المؤطرة للمجال الضريبي .. حتى يتجدد بذلك فتح إشكالية الموضوع للتعليق والمدارسة من جديد.

لائحة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

- أبو الوليد محمد ابن رشد، فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من اتصال، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، دراسة وتحقيق: محمد اعمارة، الطبعة الثانية 1981، بيروت، لبنان
- محمد عبد الحميد أبو زيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- خالد مبروكي، خنفور يوسف، التشريع الجبائي وضرورة الأمن القانوني الضريبي، مقال منشور بمجلة سلسلة منشورات السياسات العمومية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء.
- _ جواد عسري، مبدأ عدم رجعية القانون الضريبي في التشريع والقضاء، مقال منشور بمجلة المسالك، العدد الرابع، سنة 2005.
- عبد الحق مذكر، الأمن القانوني والقضائي في المجال الضريبي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية، جامعة الحسن الثاني.
- جواد العسري، قراءة في تعديل الضريبة على الدخل صنف أرباح عقارية على ضوء قانوني المالية 2013 و2018، مقال منشور ضمن أعمال مؤلف جماعي بعنوان حكمة المالية العامة بالمغرب، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى.

المراجع باللغة الفرنسية:

- R. Dominique , droit du contentieux constitutionnel, 7ème édition , paris, Montchrestien, 2006 .
- Georges Bergougous , le conseil constitutionnel et le législateur, cahiers du conseil constitutionnel n 38 janvier èà & » p 2/

- Olivier Fouquet, la sécurité juridique en question, RFFP, n & 133-
février éà - , p 139

قرارات القضاء الدستوري:

- قرار المجلس الدستوري رقم 1998/250 الصادر بتاريخ: 1998/10/24 في الملف عدد: 98/445 المنشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية.
- قرار المحكمة الدستورية رقم: 17.66 الصادر بتاريخ: 23 ديسمبر 2017 في الملف عدد: 17.15.
- قرار المجلس الدستوري رقم: 2014/950 الصادر بتاريخ: 23 دجنبر 2014 في الملف عدد: 14/1406.

التحكيم الاستثماري كأداة لإعادة تنظيم العلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي: قراءة في الوظائف التنظيمية للتحكيم في سياق العولمة القانونية

✍ محمد جار الله النابت

باحث دكتوراه – جامعة الحسن الأول

كلية العلوم القانونية والسياسية - سطات

Abstract :

ملخص تنفيذي

This article approaches investment arbitration not merely as a dispute resolution mechanism, but as a complex legal structure that redefines the relationship between the state and the foreign investor within a transnational regulatory space. Arbitration, as the analysis reveals, is not incidental to the system but constitutive of its very conditions; it reconfigures the balance between sovereignty and discipline, and codifies the state's conduct vis-à-vis economic actors through predetermined legal commitments. From this standpoint, the article unfolds along three analytical trajectories: first, it highlights the regulatory function of arbitration as a framework that rationalizes investment relations; second, it uncovers the articulation of interests between the state and the investor within an international contractual order that transcends mere litigation; and third, it traces the indirect role of arbitration as a silent catalyst for legal and institutional reform in developing countries. The article concludes that arbitration, through its accumulation of practices and standards, does not diminish sovereignty, but tests it—compelling the state to redefine itself from within, in light of international law rather than outside it.

Key words: Investment arbitration, state sovereignty, institutional reform, international obligations, investment environment, contractual relationship, legal predictability.

تتناول هذه الدراسة التحكيم الاستثماري لا بوصفه تقنية لفض النزاع، بل كبنية قانونية مركبة تعيد صياغة علاقة الدولة بالمستثمر الأجنبي ضمن فضاء تنظيمي عابر للحدود. فالتحكيم، كما يبين التحليل، ليس طارنا على المنظومة، بل جزء مؤسس من شروطها؛ يعيد إنتاج التوازن بين السيادة والانضباط، ويقتن سلوك الدولة تجاه الفاعلين الاقتصاديين عبر التزامات مقننة مسبقا. ومن هذا المنطلق، تتوزع المعالجة على ثلاث مقاربات: أولا، إبراز البعد التنظيمي للتحكيم كأطار يعقلن العلاقة الاستثمارية؛ ثانيا، كشف تمفصل المصالح بين الدولة والمستثمر تحت سقف تعاقد دولي لا يختزل في الخصومة؛ وثالثا، تتبع أثر التحكيم كرافعة غير معلنة لإصلاح البنى القانونية والإدارية داخل الدول النامية. وتنتهي الدراسة إلى أن التحكيم، بما يراكمه من ممارسات ومعايير، لا ينتقص من السيادة، بل يختبرها، ويرغمها على إعادة تعريف ذاتها من داخلها، في ضوء القانون الدولي لا خارجه.

الكلمات المفتاحية: التحكيم الاستثماري، سيادة الدولة، الإصلاح المؤسسي، الالتزامات الدولية، البيئة الاستثمارية، العلاقة التعاقدية، التنبؤ القانوني.

مقدمة

في عالم تسوده شبكات اقتصادية عابرة للحدود، وتعاد فيه صياغة الأدوار والوظائف على إيقاع اقتصاد معولم، شهد التحكيم الاستثماري تحولا من كونه أداة تقنية لحل النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة؛ إلى ساحة تفاعلية معقدة، تلتقي فيها رهانات السيادة الوطنية مع ديناميات العولمة القانونية. إذ لم تعد الدولة هي ذلك الكيان المتعالي الذي يقر وحده شروط الاستثمار ويشرف على تنفيذها، بل وجدت نفسها أمام حوكمة تعاقدية جديدة يعاد فيها تعريف وظائفها التنظيمية عبر التحكيم، الذي غدا إحدى الأدوات التي تشكل بنية السياسات العامة ذات الامتدادات العابرة للحدود. فبينما كانت الدولة حتى عهد قريب تعتبر اللاعب الأوحيد في تنظيم العلاقة مع المستثمر الأجنبي، لم يعد بالإمكان إنكار أن هذا الفضاء القانوني التعاقدى الجديد أعاد ترتيب تموضعاتها، وأدخلها في ديناميات تفاوضية لم تكن مألوقة. إذ لم يعد الأمر يقتصر على الدفاع عن السيادة بمفهومها التقليدي، بل بات التحكيم نفسه جزءا من البنية التنظيمية التي تفرض على الدولة إعادة التفكير في وظائفها وموقعها ضمن خريطة اقتصادية تتسم بمرونة غير مسبوقة.

وفي هذا السياق تبدو اللحظة التي يتواجه فيها المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ليس فقط كمدع ومدعى عليه، بل كطرفين يتفاوضان في فضاء قانوني مركب، محكومة بتشابك المصالح ورهانات العولمة القانونية. إذ يتجاوز التحكيم طابعه كإجراء لحل نزاع فحسب، بل يتسلل إلى عمق تصميم العقود الاستثمارية ذاتها، محدثا تحولا في طبيعة العلاقة القانونية والاقتصادية بين الطرفين. وفي هذا المشهد، تصبح الدولة طرفا مقيدا بمعايير تعاقدية دولية تحد من مرونتها التنظيمية، لكنها في الوقت ذاته تحاول استثمار هذه المساحات التفاوضية لتحقيق قدر من التوازن بين ضرورات السيادة ومقتضيات السوق. وبالتالي تتلاشى الفواصل التقليدية بين ما هو تنظيمي وما هو تفاوضي، وبين ما هو قانوني وما هو سياسي، لتنشأ بنية هجينة، تعكس المدى الذي بلغته العولمة القانونية في اختراقها للسيادات الوطنية. ومن هذه النقطة، يبدأ البحث في مسالة هذا التحول؛ وفقا للمحددات التالية:

♦ الإشكالية:

في سياق العولمة القانونية وما أنتجته من تداخل عميق بين السيادة الوطنية والأنظمة القانونية العابرة للحدود، يطرح التحكيم الاستثماري نفسه بوصف أداة تفاعلية تعيد رسم العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة. فبينما ظلت هذه العلاقة تقليدياً محكومة بثنائية السلطة والسيادة من جهة، ومصالح الاستثمار من جهة أخرى، أفرزت العولمة القانونية نماذج تعاقدية وتنظيمية أكثر تعقيداً، أذابت الحدود الصلبة بين الأطراف وأدخلت الدولة نفسها في مساحات تفاوضية متشابكة. وأمام هذا التحول، تتبدى الإشكالية المركزية لهذا البحث:

إلى أي حد يمكن اعتبار التحكيم الاستثماري أداة تفاعلية لإعادة تشكيل العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، لا سيما من حيث دوره التنظيمي في تصميم العقود الاستثمارية، وتأثيره على وظائف الدولة التنظيمية في سياق العولمة القانونية؟

تتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة بحثية رئيسة تمثل محاور الدراسة، بحيث يحاول كل سؤال منها استكشاف جانب من جوانب هذا التحول:

1. ما هو الطابع التنظيمي الذي يتخذه التحكيم الاستثماري في فض النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة؟

2. كيف يسهم التحكيم الاستثماري في توجيه تصميم العقود الاستثمارية بين الأطراف، وأي حدود يرسمها أمام مرونة الدولة التنظيمية؟

3. كيف يعيد التحكيم الاستثماري تشكيل وظائف الدولة التنظيمية في ظل بيئة قانونية معولمة، وما الذي يعنيه ذلك بالنسبة لمفهوم السيادة الاقتصادية؟

وتنبع أهمية الموضوع من كونه يتجاوز التناول التقني للتحكيم الاستثماري، ليخترق البنية العميقة للعلاقة بين الدولة والاقتصاد المعولم. فالتحكيم، في هذا السياق، يمثل أداة لإعادة تعريف مفهوم السيادة في زمن الالتزامات العابرة للحدود، ومؤشر على مدى نضج الدولة في التفاعل مع منظومة قانونية كونية تلزمها بالشفافية والمساءلة. من هنا، فإن دراسة التحكيم الاستثماري تكشف عن حدود الدولة الحديثة، لا كفاعل منعزل، بل كذات قانونية معولمة مضطرة لإعادة إنتاج نفسها وفق منطق لم تعد تتحكم في شروطه وحدها.

وينطلق هذا البحث من فرضية نقدية ترى أن التحكيم الاستثماري، بما له من قدرة على تجاوز التقسيمات التقليدية بين القانون والسياسة، قد بات أداة تنظيمية ذات طابع مزدوج: فمن

جهة يفرض على الدولة حدوداً قانونية قد تتعارض مع مقتضيات سيادتها التنظيمية، ومن جهة أخرى يتيح لها فرصاً تفاوضية تكيف بها سياساتها مع متطلبات بيئة الاستثمار العالمية. لأجل ذلك، ينقسم هذا البحث إلى ثلاثة محاور رئيسية:

المحور الأول: الإطار النظري للتحكيم في منازعات الاستثمار

يعالج هذا المحور الأسس النظرية للتحكيم في منازعات الاستثمار، من خلال تفكيك المفهوم القانوني للتحكيم، وبيان خصوصية النزاع الاستثماري بوصفه يتجاوز التعاقد الخاص إلى مساءلة الدولة. كما يتناول المفهوم التحويلي للعولمة القانونية بوصفها الإطار الذي يعيد تشكيل العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيضة، منتجا نموذجاً جديداً للسلطة القانونية العابرة للحدود.

أولاً: في معنى التحكيم التجاري الدولي

من نافلة القول أن أدبيات القانون التجاري، سواء في نسختها الوضعية أو في صيغها المقارنة، قد حفلت بتعدد ملحوظ في تعريف التحكيم التجاري. إذ لم يجمع الفقهاء ولا المشرعون على تعريف واحد جامع مانع لهذا المفهوم، بل تراوحت التعريفات بين ما هو إجرائي يركز على آليات فض النزاع، وما هو مؤسساتي يعلي من شأن استقلالية جهة التحكيم، وبين ما هو وظيفي يتعامل مع التحكيم كأداة بديلة للقضاء¹.

ففي بعض التعريفات الكلاسيكية، يعرف التحكيم بأنه اتفاق أطراف نزاع معين على عرض هذا النزاع على شخص أو هيئة بديلة عن القضاء للفصل فيه بقرار ملزم، وهو تعريف يستبطن تركيزاً على عنصر الاتفاق والإلزام خارج سلطة الدولة القضائية التقليدية. مثل التعريف الذي يقدمه الدكتور علي صالح أبو هيف، إذ يعرفه بكونه: النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع². أما في الاتجاهات الحديثة، وخصوصاً ضمن فقه التحكيم الدولي، فتميل التعريفات إلى توسيع إطار التحكيم التجاري، ليشمل كافة المنازعات التي تنشأ عن علاقات تجارية دولية، بشرط أن يتضمن العقد

¹ Yu, H. L. (2008). A theoretical overview of the foundations of international commercial arbitration. Contemp. Asia Arb. J., 1, 255.

² أبو هيف، علي صادق: القانون الدولي العام، الطبعة 12، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص 742.

محل النزاع شرطا تحكيميا يخرج النزاع من ولاية القضاء الوطني. فيعرفه آخرون بأنه نظام خاص لتسوية المنازعات يتم من خلاله اتفاق المتنازعين على طرح النزاع على شخص معين أو عدة أشخاص لتسوية بعيدا عن القضاء العادي وهذا الأسلوب منتشر بكثرة وخصوصا في حزم المنازعات التجارية والدولية على وجه الخصوص³. وفي التشريعات الوطنية عرّفه المشرع القطري في القانون رقم (2) لسنة 2017 المتعلق بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية التحكيم بأنه أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلا من اللجوء للقضاء سواء كانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الأطراف، مركزا دائما للتحكيم أم لم تكن كذلك⁴.

ومع هذا التباين الظاهري، إلا أن ثمة خيطا ناظما يربط هذه التعريفات، ويمنحها مشروعية الاشتراك في دائرة المفهوم، وهو الإقرار بأن التحكيم التجاري هو آلية لحل نزاع ذي طابع تجاري بين أطراف، تناط مهمة الفصل فيه بهيئة غير قضائية تستمد سلطتها من إرادة الأطراف، لا من سلطة الدولة.

إلا أن هذا النسق التعريفي، رغم شموليته الظاهرية، لا يسعنا كثيرا في مقارنة التحكيم ضمن سياق منازعات الاستثمار. فالمفاهيم التي صيغت لفهم التحكيم التجاري الكلاسيكي، تنتمي في مجملها إلى بيئة قانونية وطنية أو على الأقل إلى بيئة تنظيمية خاصة بالعلاقات التجارية البحتة بين فاعلين من القطاع الخاص. أما في حالة منازعات الاستثمار، فإننا أمام وضع قانوني أشد تعقيدا، يتداخل فيه التجاري بالسياسي، والخاص بالعام، إذ يكون أحد طرفي العلاقة هو الدولة أو كيان من كياناتها، ويكون النزاع متولدا عن علاقة استثمارية ذات امتدادات سيادية⁵.

لذا، فإن تعريف التحكيم التجاري، مهما بلغ من الدقة والصرامة، لا يمكنه أن يفي بالغرض حين ننقله ببساطة إلى حقل التحكيم الاستثماري، دون تعديل في البنية المفاهيمية ودون إدراك للخصوصية القانونية التي تميز منازعات الاستثمار. فبينما يظل التحكيم التجاري محصورا في منازعات تعاقدية بين شركات أو فاعلين اقتصاديين خاصين، يتأسس التحكيم الاستثماري على علاقة غير متكافئة، طرفها الأول شركة أجنبية، وطرفها الثاني دولة ذات سيادة، تخضع - في

³ مطلق، مصطفى صالح: التحكيم التجاري، مجلة الراصد للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، المجلد (11) العدد (39) 2009، ص 137.

⁴ الفقرة الثالثة من المادة (1) من القانون رقم (2) لسنة 2017 المتعلق بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية التحكيم.

⁵ للمزيد أنظر:

Rubino-Sammartano, M. (1988). International and Foreign Arbitration. J. Int'l Arb., 5, 85.

سياق العولة القانونية - لمساءلة قانونية أمام هيئات تحكيم دولية، لا يمكن اعتبارها طرفاً ثالثاً محايداً بالمعنى التقليدي، بل تمارس سلطة فعلية تضاهي سلطة المحاكم الدستورية أحياناً⁶.

ثانياً: في ماهية منازعات الاستثمار

في الكتابة القانونية التقليدية، تقدم منازعات الاستثمار باعتبارها حالة نزاع تنشأ بين مستثمر أجنبي ودولة مضيفة بسبب خرق مزعوم لالتزامات تعاقدية أو تشريعية، سواء تعلق الأمر بالمصادرة غير المباشرة، أو بالإخلال بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، أو بخرق شرط الدولة الأكثر رعاية، وغيرها من المعايير التي رسختها الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف لحماية الاستثمار. لكن هذا التعريف المألوف، وإن كان يظهر ملامح النزاع في إطار قانوني صرف، إلا أنه يغفل البنية السياسية العميقة التي تتحرك داخلها هذه المنازعات⁷.

ذلك أن منازعات الاستثمار تنشأ في سياق معقد بتحويلات عميقة في مفهوم السيادة الاقتصادية، حيث لا تمارس الدولة سلطتها على مواردها باعتبارها المالك الوحيد، بل باعتبارها

⁶ لفهم الفروقات الجوهرية بين التحكيم التجاري والتحكيم الاستثماري، يمكن الرجوع إلى المرجع التالي الذي يوثق هذه الفروقات بشكل دقيق:

Allsop, J. (2018). Commercial and investor-state arbitration: The importance of recognising their differences. Federal Judicial Scholarship. Retrieved from :

<https://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2018/3.html> classic.austlii.edu.au

⁷ يشير بعض الباحثين إلى أن الصياغة التقليدية لتعريف منازعات الاستثمار، باعتبارها خلافاً قانونياً صرفاً بين مستثمر أجنبي ودولة مضيفة نتيجة إخلال بالتزامات الحماية، لا تظهر الطابع السياسي العميق الذي يميز هذه المنازعات. فالمعايير الشائعة - كالمعاملة العادلة والمنصفة، وحظر المصادرة غير المباشرة، وشرط الدولة الأكثر رعاية - كثيراً ما تخضع لتأويلات متباينة تضم صراعاً على السيادة، وتمارس فيها هيئات التحكيم سلطة تقترب من سلطة المحاكم الدستورية في مراقبة سياسات الدول المضيفة. وقد نهت دراسات تحليلية متعددة إلى الطابع غير المتكافئ لهذا النظام، وتسييس بعض آليات الحماية، لا سيما في ظل تراجع قدرة الدول النامية على ضبط الفضاء العام أمام تدفق رأس المال العابر للحدود. راجع:

Schill, S. W. (2009). The Multilateralization of International Investment Law. Cambridge University Press. & Dolzer, R., Schreuer, C. (2012). Principles of International Investment Law (2nd ed.). Oxford University Press. Van Harten, G. (2007). Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford University Press. International Arbitration Attorney. (n.d.). Fair and Equitable Treatment in Investment Arbitration. Retrieved from : <https://www.international-arbitration-attorney.com/fair-and-equitable-treatment-in-investment-arbitration/> & FT Editorial Board. (2021). Sovereign Investment Dispute Resolution is Broken. Financial Times. Retrieved from :

<https://www.ft.com/content/4cd78c08-cf41-4d95-9273-eaab5dcc9dc0>

شريكا قلقا في لعبة تعاقدية تزداد تشابكا، وتعيد رسم حدود ما يسمى بالصالح العام. وهنا تكمن المفارقة الجوهرية: الدولة التي تبرم عقودا استثمارية لحفز التنمية أو جلب رأس المال، تجد نفسها لاحقا مدعى عليها أمام هيئات تحكيم دولية، لا تفصل فقط في الالتزام التعاقدي، بل تبت عمليا في مشروعية قراراتها التنظيمية.

ومنازعة الاستثمار، في تعريفها الأوسع، تحيل إلى كل نزاع ينشأ بين مستثمر أجنبي ودولة مضيفة بشأن حقوق وامتيازات ناشئة عن نشاط استثماري أنجز بموجب اتفاقية استثمار، أو قانون وطني، أو ترتيبات تعاقدية بين الطرفين. أما في السياق الإجرائي الصارم، فتعرف منازعة الاستثمار بحسب ما استقر عليه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في مادته 25، بأنها أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، بين دولة طرف في الاتفاقية، ومواطن من دولة طرف أخرى، ويوافق الطرفان على إخضاعه إلى اختصاص المركز.⁸ وهو تعريف لا يحدد بدقة ماهية هذه النزاعات.⁹

ثالثا: في معنى العولة القانونية

ليس من السهل التعامل مع مفهوم العولة القانونية من دون الوقوع في فخ التبسيط أو التهويل. فالمصطلح، كما يستخدم في الأدبيات الحديثة، يحيل إلى ظاهرة مركبة لا تختزل في تدويل القواعد أو تعميم النماذج القانونية، بل تتجاوز ذلك إلى إعادة إنتاج الفضاء القانوني ذاته، من خلال تفكيك الحدود التقليدية بين ما هو داخلي وما هو خارجي، بين القانون كأداة سيادة، والقانون كمنتج تداولي تشاركي عابر للحدود.¹⁰

⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). (1965). Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), Article 25. Washington, D.C.: World Bank.

⁹ <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention>

⁹ ما يسمى بمنازعات الاستثمار، إذن، لا ينبغي اختزاله في مجرد تعارض قانوني بين طرفين. هو فضاء تتقاطع فيه مفاهيم متناقضة: بين الدولة كمنظم والمستثمر كصاحب مصلحة؛ بين القانون ك مجال للضبط والسيطرة، والعقد ك مجال للمرونة والانسحاب من السيطرة؛ بين السيادة كحق أصيل والتنظيم كضرورة اقتصادية. وإذا كان القانون في المنازعات التجارية بين الخواص يفترض فيه الحياد، فإنه هنا يتحول إلى أداة لإعادة إنتاج اختلال ميزان القوى، عندما يفرض على الدولة أن تبرر سياساتها العامة كما لو كانت طرفا خاصا أخفق في الوفاء بالتزاماته، لا ككيان سيادي يمارس اختصاصا مشروعاً.

¹⁰ Halliday, T. C., & Osinsky, P. (2006). Globalization of law. Annu. Rev. Sociol., 32(1), 447-470.

ويعرف البعض العولمة القانونية بأنها تقدم عالمي للهيكل والخطابات القانونية العابرة للحدود و أنها تتضمن إعادة تشكيل الفضاء القانوني من خلال تفكيك الحدود التقليدية بين القانون الداخلي والخارجي، مما يؤدي إلى تآكل السيادة الوطنية¹¹. وليست العولمة القانونية حركة انتقال معايير من الشمال إلى الجنوب، أو من المراكز إلى الأطراف.. بل هي - في جوهرها - عملية تاريخية سياسية، تحققت على مراحل، وارتبطت ارتباطاً وثيقاً ببروز الشركات العابرة للقارات، وانكماش وظائف الدولة التنظيمية، وتحول العلاقات القانونية من شكلها الوطني إلى هندسة تعاقدية عالمية تستند إلى مبدأ المعيارية فوق السيادة¹².

وبهذا المعنى، فإن العولمة القانونية لا تقتصر على توسيع مجال تطبيق القانون الدولي أو تعزيز دور المنظمات القضائية الدولية، بل تشمل - على نحو أكثر خطورة - تحويل مؤسسات التحكيم الخاصة إلى سلطات فصل فعلي في السياسات العامة للدول. ويكفي أن نمنع النظر في الطريقة التي تتعامل بها هيئات التحكيم الاستثماري مع سياسات بيئية، أو تشريعات تتعلق بالأجور والضرائب والصحة، حتى نكتشف أن المسألة لم تعد تتعلق بمجرد نزاع على عقد، بل بتقنين العجز السيادي ضمن معايير قانونية عابرة للقارات.

المحور الثاني: التحكيم الاستثماري كأداة لحوكمة العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة

يثير التحكيم الاستثماري، عند النظر إليه كأداة لتنظيم العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، جملة من الأسئلة التي تتجاوز دوره كآلية لتسوية النزاع بعد نشوئه. فهل يمثل التحكيم مجرد وسيلة لاحقة لحسم الخلاف، أم أنه يمارس دوراً وقائياً سابقاً يسهم في هيكلة العقود وتوجيه سلوك الأطراف؟ وكيف يؤثر وجوده كخيار محتمل على توزيع المخاطر وصياغة الالتزامات منذ لحظة التفاوض؟ ثم إلى أي مدى تنجح هذه الوظيفة الوقائية في ردع النزاعات أو في تحفيز التسوية التفاوضية؟ وعلى مستوى التفاعل مع سياسات الدولة، يطرح التساؤل حول

¹¹ Halliday, T. C., & Osinsky, P. (2006). Globalization of law. Annual Review of Sociology, 32, 447-470. <https://doi.org/10.1146/annurev.soc.32.061604.1231>

¹² Weilert, K. (2011). Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law and Practice. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 11, 447-491. Retrieved from: https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_11_weilert_14.pdf

مدى مرونة نظام التحكيم الاستثماري أمام تغيرات السيادة الاقتصادية؛ هل يتيح للدول تعديل سياساتها وتشريعاتها دون التعرض لمخاطر التقاضي، أم أنه يكرس بنية قانونية تقيد هامش القرار السيادي باسم حماية الاستثمار؟

أولاً: الطابع التنظيمي للتحكيم في منازعات الاستثمار

يتعين لفهم أحد أهم التحولات النوعية في البنية القانونية للنظام الدولي الاقتصادي. النظر إلى التحكيم في منازعات الاستثمار، ليس بوصفه أداة لفض النزاع فحسب، بل كآلية تنظيمية متقدمة تعيد إنتاج شروط الفعل الاستثماري ذاته، فالتحكيم لم يعد فقط مآل إجرائي يلجأ إليه عند تعثر العلاقة بين الدولة والمستثمر، بل غداً عنصراً مؤسساً من عناصر البيئة التنظيمية التي تبنى وفقها الثقة المتبادلة، وتستدرج بها رؤوس الأموال¹³، ويعاد من خلالها ضبط توازنات القوة في فضاء دولي يتسم بتفاوت هائل في النفوذ القانوني والسياسي¹⁴.

ذلك أن الدولة، حين تدخل في اتفاقية استثمار ثنائية (BIT) أو توقع على اتفاقية متعددة الأطراف كتلك المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، فهي لا تضع فقط قواعد للتقاضي، بل تعيد هندسة علاقتها مع المستثمرين الأجانب عبر قوينة معايير سلوكها السيادي ذاته. وعليه يمكن القول أن التحكيم في هذا السياق، لا ينظر إليه كبنية محايدة محضة، بل كجزء من منظومة ضبط ذاتي للدولة، تلزم فيها نفسها مسبقاً بجملة من القواعد الموضوعية

¹³ إذ يعد التحكيم التجاري الدولي الوسيلة الأمثل لحل النزاعات المستمرة، حيث يمكن من خلاله تفادي المحاكمات المحلية التي قد تتسم بعدم العدالة، مما يتيح تطبيق القوانين الدولية والحصول على قرارات نهائية وملزمة، لا تقبل الطعن أو الاستئناف. أنظر:

طه، سيد احمد حنفي طه: التحكيم التجاري الدولي عنصر جذب للاستثمار الأجنبي لتحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر يوليو 2024، جامعة دمياط، ص 408.

¹⁴ يشير تقرير مؤتمر جنيف لعام 2016 بشأن تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة: استعراض التطورات في عام 2016 أن نصف القرارات المتعلقة بمسائل الولاية القضائية يبت فيها لصالح الدولة، في حين أن القرارات المتعلقة بالأسس الموضوعية يبت فيها في الغالب لصالح المستثمر. أنظر:

UNCTAD. (2015). Investor-state dispute settlement: Review of developments in 2015. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.

والإجرائية، وتفترض من خلالها التخلي، أو على الأقل التقيد، لمظاهر من سيادتها التنظيمية والاقتصادية لصالح منطق دولي مشترك¹⁵.

وتلك المسألة تفصح على أن للتحكيم دورا تنظيميا مزدوجا: داخلي وخارجي. إذ، يعمل داخليا على عقلنة قرارات الدولة المضيفة تجاه المستثمرين، من خلال فرض رقابة خارجية محتملة على تشريعاتها وقراراتها الإدارية والمالية، إذ يعد إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية دليلا على الرغبة في تطبيق قانون ذاتي مستقل¹⁶. فالدولة، وهي تدرك أن أي إجراء قد يخضع لاحقا لمساءلة تحكيمية أمام هيئة دولية، تميل إلى ضبط سلوكها التشريعي والتنفيذي بما يتواءم مع معايير القانون الدولي للاستثمار¹⁷، كالمعاملة العادلة والمنصفة (FET)، وعدم التمييز، وعدم المصادرة المباشرة أو غير المباشرة. وهذا الانضباط المسبق ينتج بيئة قانونية أكثر تنبؤا، تشجع المستثمرين على الدخول بثقة، ما يجسد أثرا تنظيميا غير مباشر للتحكيم، يسبق نشوء أي نزاع فعلي.

أما خارجيا، فإن وظيفة التحكيم تتجلى في كونه جزءا من البنية التحتية الحاكمة للعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، والتي تدار بمزيج من العقود الخاصة والقواعد الدولية العامة. فهو يعيد تشكيل شروط التفاعل القانوني بين الدول ورؤوس الأموال، عبر مؤسسات مستقلة كالـ (ICSID) لا تخضع لمنظومة المحاكم الوطنية لأي طرف، ما يمنح العملية الاستثمارية طابعا فوق وطني، ينزع فيه جزء من سلطة الحسم القانوني من الدولة المضيفة

¹⁵ إذ الدولة باعتمادها على هذا الأسلوب في تسوية المنازعات، تكون الدولة قد تخلت عن جانب هام من سيادتها، والمتمثل في اختصاص قضائها الداخلي وقوانينها الداخلية الملزمة لمصالحها. أنظر: القسبي، عصام الدين: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة: دار النهضة العربية، 1993، ص. 13.

¹⁶ إسماعيل، خالد منصور: إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط: دراسة معمقة وفقا للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، الرياض، مكتبة القانون الاقتصادي، 2015، ص 414.

¹⁷ الدولة في الأصل ملزمة وفق القانون الدولي بملاءمة تشريعاتها الوطنية مع التزاماتها الدولية. أنظر: حافظ إبراهيم وآخرون: السيادة والسلطة الآفاق الوطنية والحدود العالمية، الطبعة الأولى، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2006، ص 105. & الديري، عبدالعال: الالتزامات الناشئة عن المواثيق العالمية: حقوق الإنسان : دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011، ص 278.

ويمنح إلى هيئة تحكيمية مستقلة¹⁸. وهذا التحول من الفضاء التعاقدي إلى الفضاء التنظيمي هو ما يميز التحكيم في منازعات الاستثمار عن نظيره في التجارة الدولية.

ثانياً: التحكيم كأداة توجيهية لتصميم العقود الاستثمارية

إذا كانت القاعدة القانونية تهدف، في جوهرها، إلى تنظيم الفعل البشري من خلال التنبؤ بالسلوك وضبطه قبل وقوعه¹⁹، فإن التحكيم الاستثماري، بوصفه آلية قانونية ذات طبيعة دولية وتعاقدية، يمارس أثره في لحظة تتجاوز التنفيذ إلى مرحلة التأسيس للعلاقة القانونية ذاتها. فهو لا يستدعى فقط عند نشوب النزاع، بل يدمج في صلب الهيكل التعاقدي منذ اللحظة الأولى، بوصفه عنصراً من عناصر تصميم العلاقة الاستثمارية، ومحدداً استراتيجياً لتوزيع المخاطر القانونية. إذ يخاطب المنازعات التي تنشأ في المستقبل²⁰، ومن هذا المنطلق، يعد إدراج شرط التحكيم مؤشراً مبكراً على مدى التزام الدولة المضيفة بقواعد القانون الدولي للاستثمار، وسعيها لتوفير بيئة قانونية آمنة وشفافة.

فكل مستثمر أجنبي، لا ينظر إلى التحكيم كخيار بديل عن القضاء الوطني فحسب، بل كآلية توجه هندسة العقد ذاته. فحين يدمج شرط التحكيم ضمن بنود العقد الاستثماري أو يستند إلى اتفاقية استثمار ثنائية تتيح اللجوء إلى التحكيم، فإن هذا الشرط لا يقرأ على أنه بند إجرائي، بل يحمل بوظيفة وقائية وتأطيرية، تحدد ملامح الالتزام المتبادل منذ البداية. وهذا ما يفسر كيف أصبحت مؤسسات التحكيم، كـ ICSID، أو قواعد الأونسيترال، ليست فقط

¹⁸ سعت الهيئات الدولية والمنظمات الاقتصادية إلى بلورة منظومة من القواعد الموحدة والمستقلة، تنظم حركة التجارة الدولية بمعزل عن الأنظمة الاقتصادية المحلية المختلفة. وقد تبلورت هذه القواعد من رحم العرف التجاري العالمي، وعرفها أغلب الفقهاء تحت مسمى (قانون التجارة الدولية). ويشترط لنفاذ هذه القواعد أن تعتمد الدول ضمن تشريعاتها الوطنية. ويذكر أن أول ظهور رسمي لهذا المصطلح كان في المؤتمر الأول لغرفة التجارة الدولية عام 1920. أنظر: كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي: حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 153.

¹⁹ منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 14-15.

²⁰ أنظر: رضوان، حسني موسى محمد: دور التحكيم والقضاء الدوليين في تسوية منازعة الحدود البحرية، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2013، ص 390.

منصات لتسوية النزاع، بل أدوات توجيه معيارية تملّي على الأطراف كيف يبنون العلاقة منذ نشأتها²¹.

و بناء على ما سبق يمكن القول إن إدراك الدولة المضيفة بأن العقود التي تبرمها مع المستثمرين ستكون خاضعة لرقابة محتملة من محكمين دوليين، يجعلها، في لحظة التفاوض، أكثر ميلا للوضوح، وأكثر حذرا من تضمين بنود فضفاضة أو صلاحيات تنفيذية غير مقيدة. بل وتذهب بعض الدول إلى مراجعة قوانينها الوطنية، أو إدخال إصلاحات تنظيمية، لكي تنسجم مع التزاماتها الدولية التي يمكن أن تعرض أمام هيئات التحكيم²². وبهذا المعنى، لا ينظر إلى التحكيم بوصفه مجرد رد فعل على خلل سابق، بل كأداة فاعلة في ترشيد السياسة القانونية ذاتها.

ومن ناحية المستثمر، فإن وجود شرط تحكيم فعال يعني أن العقد لا يفهم بمعزل عن البنية القانونية الدولية التي يستند إليها، وهو ما يدفع المستثمر إلى تصميم التزاماته، واحتساب مخاطره، واختيار هيكل المشروع، بما ينسجم مع احتمالات التحكيم. وهنا يتجلى العقل الوقائي للعقد الاستثماري الحديث، الذي لا يصاغ فقط بلغة المصلحة الاقتصادية، بل بلغة الحذر القانوني الدولي، في ظل انكشاف العلاقة على مساءلة خارج الحدود الوطنية. وتلك مسألة لا تجعل الاستثمار طليق دون محددات، على نحو يمكن أن يؤدي إلى السيطرة الأجنبية المطلقة على الاقتصاد الوطني²³. ولا يقف الأمر عند مستوى البنود التعاقدية، بل يمتد إلى سلوك الأطراف أثناء تنفيذ العقد. فالدولة، حين تدرك أن أي تدخل إداري أو تغيير مضاجئ في التشريعات قد يستخدم لاحقا كأداة إثبات ضدها في محكمة التحكيم، تصبح أكثر انضباطا وميلا للحوار. وفي

²¹ Cohen, E. S. (2010). Normative modeling for global economic governance: The case of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Brook. J. Int'l L., 36, 567.

²² على سبيل المثال، حرص المشرع المصري على مواكبة التطورات الدولية فقد أولى وفق بعض الباحثين عناية فائقة بالتشريعات التي تشجع الاستثمار وعكف على تنقيتها من الشوائب الطارة لرأس المال، وفي الوقت ذاته عمل على زيادة العوامل الجاذبة له. أنظر: أحمد عبد الله المراغي: الإصلاح التشريعي في مواجهة جرائم الاستثمار: رؤية جديدة في ظل القرار بقانون رقم 17 لسنة 2015 م بشأن تعديل بعض أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997، الطبعة الأولى، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص9. وفي المغرب أيضا صدر الظهير الشريف رقم 1.22.76 بتاريخ 14 جمادى الأولى 1444 (9 ديسمبر 2022) لتنفيذ القانون الإطار رقم 03.22، الذي يعد بمثابة ميثاق جديد للاستثمار في المغرب. يهدف هذا القانون إلى تحديث وتطوير البيئة الاستثمارية في البلاد، بما يتماشى مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، ومع توصيات النموذج التنموي الجديد.

²³ أنظر: زعير، عقيل كريم: المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015، ص 185.

المقابل، فإن المستثمر يدرك أن تعنته أو تجاوزه للشروط البيئية والاجتماعية يمكن أن يستغل ضده، ما يدفعه للتصرف بمهنية وحرص أكبر.

إن هذا التوجيه غير المباشر للسلوك - الذي يمارسه التحكيم من خلال احتمالية تفعيله - يجعل من وجوده في حد ذاته عاملاً تنظيمياً بالغ الأثر. إذ أن علم الطرفين بأن العلاقة محاطة بأفق قانوني دولي صارم، يجعل التفاعل التعاقدي منذ البداية مشروطاً بنوع من الانضباط الوقائي، وهو ما ينقص من احتمال نشوء النزاع أصلاً، أو يغير طبيعته بحيث يصبح قابلاً للاحتواء المبكر.

وهكذا يعيد التحكيم رسم مشهد العلاقة الاستثمارية منذ لحظة ولادتها، لا بوصفه قاضياً مستقبلياً ينتظر الدعوى، بل بوصفه قاعدة معيارية حية، توجه النية التعاقدية، وتؤطر سلوك الدولة والمستثمر معا ضمن منطق قانوني دولي يتجاوز الحسابات السياسية أو الانفعالات الآنية²⁴.

ثالثاً: مرونة التحكيم الاستثماري في التفاعل مع السياسات الاقتصادية للدولة المضيفة

حين نتأمل التحكيم الاستثماري لا كإجراء قانوني تقني فحسب، بل كبنية وظيفية فاعلة (كما سبق) ضمن المنظومة الاقتصادية الدولية، تبرز خاصيته التفاعلية مع السياسات الاقتصادية للدول المضيفة، سواء في حالتها الاستقرار أو التحول. وهذه الخاصية لا تعني الخضوع المطلق لمقتضيات السيادة الوطنية، كما لا تعني في المقابل خضوع الدولة التام للقيود الدولية، بل

إن علم الأطراف بوجود إطار مرجعي قانوني دولي صارم، تنظر فيه هيئات تحكيمية مستقلة وغير خاضعة لسلطة الدولة²⁴، يُوَظِّر التوازي ويمنح العلاقة (Preventive Legal Discipline) المضيفة، يفرض منذ البداية منطقاً من الانضباط الوقائي بعداً من التوازن القائم على معايير موضوعية خارج نطاق السلطة السيادية للدولة أو الضغوط السوقية للمستثمر. هذا ما حول الشفافية والمسؤولية في عقود الدولة، وكذلك المبادئ (UNCITRAL (2001, 2010) تؤكد كذلك تقارير الأونسيترال، حيث ورد فيها أن شرط التحكيم «يؤدي وظيفة تنظيمية موازية لوظيفته ICSID التوجيهية لمركز تسوية منازعات الاستثمار القضائية. راجع:

SID, Working Paper on the Reform of the ICSID Rules, 2020.

- UNCITRAL, Report on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration A/CN.9/700, 2010.

- Schreuer, Christoph et al., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2009.

تعتبر عن نوع من التوازن الديناميكي بين متطلبات السيادة ومتطلبات الالتزام الدولي تجاه الاستثمار الأجنبي.

فالتحكيم، بصفته أداة لتسوية منازعات الاستثمار، لا يفترض أن يشتغل في فراغ قانوني أو اقتصادي، بل يتفاعل بطبيعته مع قرارات الدولة الاقتصادية، كتأميم قطاع معين، أو فرض ضوابط جديدة تتعلق بالبيئة أو الأجور أو الصحة العامة، وهي سياسات قد تؤثر في مراكز المستثمرين المالية أو في توقعاتهم المشروعة. إلا أن التحكيم لا ينظر إليها دوماً على أنها انتهاكات، بل يسألها قانونياً من حيث التناسب، والمصلحة العامة، ومدى مراعاتها لحقوق المستثمر المكفولة في الاتفاقيات الدولية. وقد سادت في العقود الأخيرة ما يعرف بموجة إعادة تأميم السياسات العامة (Re-regulation Waves)، ورافقها جدل واسع حول ما إذا كان التحكيم يشكل عائقاً أمام حق الدولة في تنظيم شؤونها الاقتصادية بحرية، خاصة في مجالات ذات حساسية سيادية كالماء والكهرباء والصحة²⁵. غير أن اجتهادات الهيئات التحكيمية أظهرت تطوراً ملحوظاً نحو الإقرار بما يعرف بالهامش التنظيمي للدولة (Regulatory Margin)، أي مساحة مشروعة تسمح للدولة بإجراء تعديلات على تشريعاتها طالما لم تكن تعسفية أو تمييزية أو تفتقر إلى الأساس الموضوعي. ومن أشهر القضايا التي جسدت هذا التفاعل، قضية Philip Morris v. Uruguay، حيث قامت أوروغواي بتشديد قوانين مكافحة التدخين، ما اعتبرته شركة التبغ انتهاكاً لاستثماراتها. غير أن هيئة التحكيم أقرت بحق الدولة في حماية الصحة العامة، وأكدت أن هذا الإجراء يقع

لعام 2024: أحكام التحكيم الاستثماري: بين تضخيم التعويضات وسيادة (UNCTAD) مثلاً اطلق تقرير الأونكتاد²⁵ الدول، دلالة على التوتر المتزايد بين حماية المستثمرين وحق الدول في تنظيم شؤونها الاقتصادية. إذ يشير إلى أن ارتفاع قيمة أحكام التحكيم قد يؤثر سلباً على قدرة الدول على تنفيذ سياسات عامة في مجالات حساسة مثل الصحة والطاقة. وكذلك أشار تقرير:

Giroud, A., & Ivarsson, I. (2020). World Investment Report 2020: International production beyond the pandemic: United Nations Conference on Trade and Development, Geneva and New York, 2020, 247 pp. ISBN: 978-9211129854.

إلى التوتر المتزايد بين حماية المستثمرين وحق الدول في تنظيم شؤونها الاقتصادية. يشير إلى أن ارتفاع قيمة أحكام التحكيم قد يؤثر سلباً على قدرة الدول على تنفيذ سياسات عامة في مجالات حساسة مثل الصحة والطاقة.

ضمن نطاق السيادة التنظيمية، وهذه القضية تعكس مرونة التحكيم في احترام أولويات السياسات الوطنية حين تمارس في إطار غير تعسفي²⁶.

ويمكن القول إن التحكيم لا يشتغل كأداة ميكانيكية تفصل في النزاعات بطريقة جامدة، بل هو ساحة مرنة تتفاعل فيها المعايير القانونية مع الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية للدول، ما يمنحه طابعا اجتهاديا يختلف عن القضاء الداخلي من حيث مرونة التأويل وتعدد المرجعيات. وقد ساهمت هذه الطبيعة في جعل التحكيم حقلًا تتقاطع فيه سلطات متعددة؛ سيادة الدولة، وحقوق المستثمر، ومرجعيات القانون الدولي، وهو ما يمنحه قدرة خاصة على التكيف مع التحولات.

بل أكثر من ذلك، إن مرونة التحكيم لا تكمن فقط في تفاعله مع الواقع التشريعي والسيادي للدولة، بل أيضا في قدرته على إدخال أدوات جديدة في التقييم، مثل مراعاة توقعات المستثمر المشروعة، وتحليل السياق الاجتماعي للتدخلات الحكومية، وهي مفاهيم تتيح قراءة النزاع ضمن

²⁶ في عام 2010، تقدمت شركة Philip Morris بطلب تحكيم ضد أوروغواي بدعوى أن الأخيرة انتهكت التزاماتها بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية مع سويسرا، بعد أن تبنت سياسات صارمة لمكافحة التدخين. وشملت هذه السياسات فرض تحذيرات صحية كبيرة الحجم على عبوات السجائر، ومنع استخدام تعدد العلامات التجارية لنفس المنتج، ما اعتبرته الشركة إضرارا مباشرا بمصالحها الاقتصادية ومساسا بما يعرف بالمعاملة العادلة والمنصفة والاستيلاء غير المباشر. غير أن هيئة التحكيم الدولية قضت في 8 يوليو 2016 برفض جميع مطالبات Philip Morris، معتبرة أن ما قامت به أوروغواي يدخل ضمن نطاق الهامش التنظيمي المشروع للدولة، الذي يتيح لها تبني سياسات لحماية الصحة العامة، طالما أنها غير تعسفية أو تمييزية أو دون أساس موضوعي. وقد عد هذا القرار انتصارا قانونيا للصحة العامة، ورسالة واضحة بأن التحكيم الاستثماري لا ينبغي أن يكون أداة لكبح السياسات التنظيمية الرشيدة للدول ذات السيادة. للمزيد راجع:

International Institute for Sustainable Development (IISD). (2016, August 10). Philip Morris v.

Uruguay: All claims dismissed, Uruguay awarded US\$7 million. Investment Treaty News :

<https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/philip-morris-brands-sarl-philip-morris-products-s-a-and-abal-hermanos-s-a-v-oriental-republic-of-uruguay-icsid-case-no-arb-10-7/>

&World Health Organization (WHO). (2016, July 12). International tribunal upholds states' rights to protect health through tobacco control.:

<https://fctc.who.int/news-and-resources/newsroom/item/12-07-2016-international-tribunal-upholds-states-rights-to-protect-health-through-tobacco-control>

&Oxford Reports on International Investment Claims. (2016). Philip Morris Brands Sàrl and others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (Award). Oxford Public International Law :

<https://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law-iic/844-2016.case.1/law-iic-844-2016>.

فضاء أوسع من مجرد تأويل النصوص التعاقدية. وبهذا المعنى، فإن التحكيم لا يفهم كجهاز يصدر الأحكام من برج عاجي قانوني، بل كفاعل حي يتنفس داخل الفضاء السيادي للدولة، ويؤثر فيه ويتأثر به، ما يمنحه موقعا استراتيجيا في حوكمة العلاقة بين الدولة والمستثمر ضمن شروط العولمة القانونية والاقتصادية الراهنة.

المحور الثالث: التحكيم في مجال الاستثمار كآلية لإعادة تشكيل وظائف الدولة التنظيمية في سياق العولمة الاقتصادية

لم تعد الدولة، في ظل تحولات العولمة القانونية، الطرف المطلق في صياغة السياسات العامة أو تنظيم المجال الاقتصادي الداخلي، بل باتت فاعلا تفاوضيا ضمن شبكة من الالتزامات الدولية يتقدم فيها التحكيم الاستثماري كآلية لإعادة تشكيل العلاقة بين السيادة الوطنية والنظام القانوني العابر للحدود. في هذا السياق، يفرض التحكيم نفسه لا كأداة لحسم المنازعات فحسب، بل كبنية قانونية تسهم في إنتاج خطاب جديد حول دور الدولة، وحدود تدخلها، وجودة إدارتها. انطلاقا من ذلك، تطرح تساؤلات جوهرية: كيف أعاد التحكيم تعريف موقع الدولة من الحكم إلى الطرف الخاضع للتقييم والرقابة؟ وهل يمكن اعتبار الدولة مجرد خاضعة لمنظومة التحكيم، أم أنها طرف فاعل في إنتاج قواعده عبر التفاوض على الاتفاقيات وإعادة تفسيرها؟ إلى أي مدى يفتح التحكيم مساحات لحوكمة السياسات العامة، من خلال فرض معايير الشفافية والتوقعات المشروعة وتقييم الأثر؟ ثم، كيف يضبط التحكيم حدود التدخل بين الاقتصاد الوطني والنظام العالمي، ويعيد رسم العلاقة بين الداخل السيادي والخارج العابر للحدود؟

أولا: تحول وظائف الدولة من الحكم إلى الطرف المتفاوض في بيئة العولمة القانونية في النموذج السيادي التقليدي، الذي تأسست عليه الدولة الحديثة منذ معاهدة ويستفاليا²⁷، كانت الدولة تمثل الجهة الوحيدة القادرة على سن القوانين، وفرض الضرائب، وتنظيم الأسواق، ومراقبة النشاط الاقتصادي داخل حدودها، دون تدخل خارجي. غير أن هذا التصور بدأ يتعرض لاختبار جدي مع تصاعد تيارات العولمة الاقتصادية، وتكثيف حركة رؤوس

²⁷ سيطرت فكرة سيادة الدولة على الفكر السياسي بعد معاهدات ويستفاليا في عام 1648، والتي أنهت حرب الثلاثين عاما في أوروبا. أنظر

Axtmann, R. (2004). The state of the state: The model of the modern state and its contemporary transformation. International Political Science Review, 25(3), 259-279.

الأموال العابرة للحدود، وبروز الحاجة إلى أدوات قانونية تضمن الاستقرار الاستثماري في بيئات محفوفة بالمخاطر²⁸.

وبالتي لم يعد من الممكن النظر إلى الدولة كطرف محايد، أو حكم يقف فوق العلاقات الاقتصادية، بل أصبحت طرفاً متفاوضاً في صلب هذه العلاقات، تخضع بدورها للمساءلة أمام آليات قانونية دولية – تماماً كالتحكيم الاستثماري – تفرض عليها التزامات سابقة على صدور التشريعات أو تغيير السياسات العامة²⁹. وتلك مسألة لا يجب أن يفهم منها أن التحكيم يعمل ضد الدولة، بل يعيد تعريف موقعها داخل بنية قانونية أصبحت متعددة الأطراف، تشاركية، ومبنية على منطق التوازنات وليس الإملاءات الأحادية.

ومن هذا المنظور، يغدو من الضروري النظر إلى الدولة، لا بوصفها ضحية منظومة التحكيم، بل بصفتها فاعلاً قانونياً دولياً، يملك القدرة على التفاوض على شروط التعاقد، وفرض تحفظات

²⁸ يستند كثيراً في الأدبيات القانونية والسياسية إلى مفهوم سيادة ويستفاليا باعتباره الأساس التاريخي للدولة القومية الحديثة التي تحتكر السلطة داخل حدودها الجغرافية، وتمارس صلاحياتها التشريعية والتنظيمية والضريبية دون تدخل خارجي. غير أن هذا النموذج، رغم فاعليته التحليلية، لا يعكس بالدقة الممارسات الفعلية للدول عبر التاريخ. فقد أظهر بعض الباحثون أن ما يعرف بنموذج الدولة السيادية الوستفالية لم يكن يوماً توصيفاً واقعياً متماسكاً، بل كان – في جوهره – نصاً معرفياً معيارياً (Cognitive Script)، يتم توارثه كمرجعية ذهنية لدى صناع القرار، لا كحقيقة سياسية مطلقة. فمذ القرن السابع عشر وحتى اليوم، لم تكن الدول دوماً كيانات مستقلة تماماً، بل طالما خضعت – طوعاً أو كرهاً – لتأثيرات خارجية، سواء من حيث الحقوق أو الالتزامات الدولية. كما أن مبدأ الاستقلال الذاتي لم يصغُ كميبدأً قانوني صريح إلا في أواخر القرن الثامن عشر على يد الفقيه السويسري إيميريك دي فاتيل (Emmerich de Vattel) وعلى هذا، فإن القول بتآكل السيادة في زمن العولمة إنما يغفل عن حقيقة أن الخرق المنهجي لمبدأ السيادة كان سمة ملازمة للنظام الدولي، لا استثناء طارئاً عليه. راجع:

Krasner, S. D. (2001). Rethinking the sovereign state model. Review of international studies, 27(5), 17-42.P43.

²⁹ على سبيل المثال، النصوص التعاقدية الدولية، كما تؤكد الهيئات التحكيمية، لم تعد تحتل تأويلاً منفصلاً عن الإرادة الصريحة للأطراف، بمن فيهم الدولة ذاتها. ويعد ما جاء في قرار هيئة التحكيم في قضية Cube Infrastructure Fund SIVAC v. Kingdom of Spain مثلاً نموذجياً، حيث جرى التأكيد على أن المعنى الظاهر والواضح لنص المادة 26(1) من معاهدة ميثاق الطاقة (ECT) يسود على أية اعتبارات خارجية، بما فيها المبادئ العامة للقانون الدولي. فالدولة، باعتبارها طرفاً موقعاً، لا يمكنها التذرع بنية غير منصوص عليها، إذ أن النص الواضح هو الذي يحكم، وتفسيره يخضع، كما بين قضاء ومحكمو النزاعات الدولية، للنية المشتركة للأطراف لا لانطباعات لاحقة أو اعتبارات سيادية أحادية ويبين ذلك أن الدولة حين تدخل معترك المعاهدات، تصحح، شأنها شأن المستثمر، مالكة للعقد كما عبر عن ذلك القاضي جيمس كروفورد، تخضع لنظام قانوني يستمد شرعيته من التزامات الأطراف لا من موقعها السيادي التقليدي. راجع:

Dasgupta, R. (2024). Party Autonomy in Investor-State Arbitration: Supremacy of Treaty and the Future of Most-Favored Nation Treatment. Ga. J. Int'l & Comp. L., 52, 507. P511.

على المعاهدات، والاشتراط المسبق لمعايير السلوك الاستثماري الرشيد. أي أن الدولة لم تقص من ساحة القرار، وإنما أصبحت تتحرك ضمن شبكة قانونية عالمية تتطلب منها مهارة تفاوضية، ووعيا قانونيا متقدما، لضبط التوازن بين الانفتاح الاقتصادي وحماية المصالح الوطنية.

ومن مظاهر هذا التحول، نجد أن العديد من الدول باتت تتعامل مع التحكيم الاستثماري كجزء من أدواتها الاستراتيجية لتنظيم المجال الاستثماري، فتعتمد إلى تحديث نماذجها القياسية لاتفاقيات الاستثمار، وتدرج فيها بنودا تضمن مساحة تنظيمية أوسع (Right to Regulate clauses)، وتدخل التحكيم ضمن نظامها الوطني بطريقة متوافقة مع المبادئ الدستورية، لا متعارضة معها. وهكذا، يتحول التحكيم إلى امتداد للوظيفة التنظيمية، وليس نقيضا لها.

ومن أبرز مظاهر التحول في العلاقة بين الدولة والتحكيم الاستثماري، أن العديد من الدول باتت تتعامل مع هذه الآلية الدولية لا بوصفها خصما خارجيا يهدد السيادة، بل كأداة استراتيجية لإدارة المجال الاستثماري ضمن رؤية تنظيمية متوازنة. فقد عمدت دول كالبرازيل وجنوب إفريقيا إلى تحديث نماذجها القياسية لاتفاقيات الاستثمار³⁰، وأدرجت فيها بنودا تكرس الحق في التنظيم بما يسمح لها بالحفاظ على سياساتها العامة دون أن تتهم بالإخلال بالتزاماتها الدولية.

وانتقل النموذج البرازيلي، من منطق الحماية المطلقة إلى منطق التيسير والتعاون والتنمية المستدامة، وهو ما مثل تحولا عميقا في فلسفة التعاقد الدولي³¹. إن هذه التجارب تؤكد على أن التحكيم لم يعد يقف في تعارض مع الوظيفة التنظيمية للدولة، بل أصبح امتدادا لها، يمارس ضمن بنية قانونية دولية مرنة وتشاركية، تراعي التوازن بين حماية المستثمرين وحق الدولة في السيادة التشريعية.

³⁰ Forere, M. (2017). The new South African Investment of Protection Act. In F. Morosini & M. R. Sanchez Badin (Eds.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South* (pp. xx-xx). Cambridge: Cambridge University Press

³¹ Morosini, F., & Xavier Junior, E. C. (2015). *Regulação do investimento direito no Brasil: Da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório*. Revista de Direito Internacional, 12(2), 421-448

ثانياً: التفاعل الدينامي بين السيادة التنظيمية والتزامات الدولة في سياق التحكيم

إن التحكيم في مجال الاستثمار، بوصفه جزءاً من منظومة تسوية النزاعات العابرة للحدود، لا يعد أداة قانونية حيادية فحسب، بل هو نتاج اشتباك تاريخي بين تصورات متباينة للسلطة، وحدودها، وأدوارها³².. فالدولة، حين توقع اتفاقيات استثمار تحتوي على آلية التحكيم، لا تكتفي بفتح أبوابها لرأس المال الأجنبي، بل تقحم نفسها - طوعاً أو بحكم الضرورة الاقتصادية - في علاقة قانونية دولية. تتضمن التزامات قد تقيد قدرتها التنظيمية في المستقبل، لا سيما إذا ما تغيرت سياقاتها السياسية أو الاقتصادية³³.

غير أن الحديث عن تقييد السيادة هنا، إن لم يفهم في سياقه الدينامي والمعقد، قد يؤدي إلى اختزال سطحي يغفل ما طرأ على مفهوم السيادة ذاته من تطورات. إذ إن السيادة لم تعد كتلة صماء لا تقبل القسمة، بل غدت مفهوماً مرناً، خاضعاً لإعادة التأطير بحسب الممارسات القانونية التي تنخرط فيها الدولة، داخلياً وخارجياً³⁴. ومن هذا المنظور، فإن إدراج الدولة لآلية التحكيم ضمن نظامها الاستثماري لا يعني بالضرورة تخليها عن سيادتها، بل هو تعبير عن إرادة سيادية في تنظيم العلاقة مع المستثمر الأجنبي وفق قواعد مسبقة ومعايير واضحة، ويقدم بعض الفقه حجة متماسكة في هذا السياق، إذ يطرح فكرة أن التحكيم يعد من صور القضاء، خصوصاً أنه لا يرتبط بسيادة دولة أجنبية، ولا يصدر حكمه باسم أي دولة معينة، مما يعني أنه لا يتبع سلطة خارجية. ولهذا لا يمكن اعتباره اعتداء على سيادة الدولة، بل هو إجراء قانوني مشروع يمكن اللجوء إليه دون مساس بمبدأ السيادة. كما أن اختيار التحكيم لا يتنافى مع احترام الدولة

³²لطالما ارتبطت صورة التحكيم الدولي، في المخيال النقدي للأنظمة القانونية الوطنية، بكونه تجلياً قانونياً لمنظومة اقتصادية رأسمالية تسعى، ضمناً أو صراحة، إلى تحييد سلطة القضاء الوطني في الدول المستقبلية للاستثمار الأجنبي، عبر إخراج النزاعات من إطارها القضائي الداخلي إلى فضاء قانوني يتسم بالاستقلال، بل وأحياناً بالتماهي مع منطق السوق أكثر من منطق السيادة. سلامة، أحمد عبد الكريم: التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارنة، الطبعة الأولى 2004، دار النهضة العربية، ص 124.

³³ علالي، إلهام: واقع وآفاق التحكيم التجاري بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، الموسم الجامعي 2008-2009، ص 102-103.

³⁴ Smith, D. A. (1999). States and sovereignty in the global economy. D. A. Smith, D. J. Solinger, & S. C. Topik (Eds.). London: Routledge. P53.

لسيادتها، بل يعد وسيلة بديلة لفض النزاعات، خاصة حين يتعذر الحسم أمام القضاء المحلي أو تظهر الحاجة إلى آلية أكثر مرونة لحل النزاع³⁵.

إلا أن الإشكال يبرز حين تتقاطع هذه الإرادة السيادية مع الالتزامات الدولية في حالات النزاع، فيحدث ما يمكن تسميته بـ الاختبار الحي للسيادة التنظيمية، أي حين تضطر الدولة إلى الدفاع عن سياساتها العامة أمام هيئات تحكيم لا تخضع لرقابة داخلية مباشرة، وقد تلزمها بتعويضات مالية ضخمة أو تعديلات تشريعية تمس جوهر سياساتها العمومية. وهنا تتفجر مفارقة قانونية: كيف لدولة ذات سيادة أن تكون ملزمة بإعادة النظر في تشريعاتها أو التعويض عن قرارات اتخذتها في إطار المصالح العام؟

هذه المفارقة لا تحل بالعودة إلى مفاهيم جامدة عن السيادة، بل بفهم السيادة بوصفها علاقة تفاوض دائمة، بين الداخل والخارج، بين التنظيم والانفتاح، بين الاستقلال والالتزام. إذ لا يفرض التحكيم على الدولة التخلي عن تنظيم شؤونها العامة، لكنه يخضع هذا التنظيم لرقابة موضوعية، قائمة على مبدأ التناسب (proportionality) بين مصلحة الدولة في التنظيم، ومصلحة المستثمر في الحماية من المعاملة المحجفة أو المصادرة غير المباشرة³⁶.

ومن هنا، بات لزاما على الدولة أن تعيد صياغة أدواتها التشريعية والتنظيمية بطريقة تراعي هذا التفاعل الدينامي مع القانون الدولي، فتسعى - عند سن القوانين أو اتخاذ التدابير التنظيمية - إلى إحاطتها بهوامش قانونية آمنة، تجنبها التعارض مع التزاماتها الدولية، لا سيما تلك الناشئة عن الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف لحماية الاستثمار. كما أصبح على السلطات التشريعية والتنفيذية أن تدمج في منطق تفكيرها القانوني عناصر من التحليل المسبق للأثر التحكيمي المحتمل، تماما كما تجري الدراسات السابقة للأثر البيئي أو المالي للتشريعات.

³⁵ الشامس ، محمد الهادي المهدي: إشكاليات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2021، ص144.

³⁶ Nadakavukaren, K., & Polanco Lazo, R. (2023). Legal opinion on right to regulate on investment treaties: Canada, European Union, Japan, Netherlands, and United States of America (Current to: 28.07.2023). E-Avis ISDC. Swiss Institute of Comparative Law : <https://www.isdc.ch/media/2375/23-016-e-avis.pdf> P8.

ويعد حكم التحكيم في قضية **Philip Morris v. Uruguay** كما سبق بيانها مثالا بارزا على هذا التفاعل المتوازن، حيث حكمت هيئة التحكيم لصالح الأوروغواي ضد شركة التبغ، مقرة بحق الدولة في تنظيم الصحة العامة، رغم ادعاء المستثمر أن ذلك ألحق به ضررا ماليا. إذ مثلت لقد هذه القضية نقطة مفصلية في إعادة تأطير العلاقة بين السيادة والالتزام، حيث قدمت مصلحة المجتمع بوصفها قيمة قانونية لا تقل وزنا عن حماية الاستثمار، بل قد تتفوق عليها في موازين العدالة الدولية.

ثالثا: التحكيم كحافز على الإصلاح المؤسسي والتشريعي في الدول المستقبلية للاستثمار

في خضم التوتر الكامن بين الدولة والمستثمر، لا ينبغي النظر إلى التحكيم في مجال الاستثمار فقط كألية لحل النزاعات، بل كقوة دافعة - وإن كانت غير مباشرة - لتحفيز الدول، خصوصا تلك المصنفة ضمن الاقتصادات الصاعدة أو النامية، على مراجعة بنيتها القانونية والمؤسسية بما يتواءم مع منطق الحكم الرشيد (**good governance**)، ويعزز جاذبيتها الاستثمارية. فالتحكيم لا يتحرك في فراغ قانوني، بل ينبثق من شروط موضوعية تحتم على الدول تهيئة بيئة تنظيمية وإجرائية قادرة على الوقاية من النزاعات، والتقليل من فرص الانجرار إلى قاعات التحكيم، حيث التكاليف الباهظة والمخاطر المتعددة³⁷.

إن الدولة التي تأخذ على محمل الجد قدرتها التنافسية في اجتذاب الاستثمارات الأجنبية، لا تكتفي بتحسين البنية التحتية أو تقديم الحوافز الضريبية، بل تنصرف - في العمق - إلى تقوية سلطاتها الإدارية عبر تهيئة مناخ الاستثمار بإجراءات تنظيمية وتوجيهية، وذلك بإرفاق سياسات تحسين مناخ الاستثمار بشروط محددة ومدروسة لتلافي أي سلبات محتملة³⁸، من خلال إصلاح إجراءاتها، وتدريب كوادرها، وضبط علاقتها بالمستثمر وفق قواعد قانونية تضمن

³⁷ وفي هذا الإطار، يتبين أن التحكيم، وإن لم يكن مصمما أصلا كألية لإصلاح الأنظمة القانونية، إلا أن آثاره التدريجية - من خلال تكرار القضايا، وتراكم السوابق، وظهور توجهات تحكيمية متناسقة - تؤدي إلى إعادة بناء البيئة القانونية في الدول، على نحو يجعل منها أكثر انضباطا، وانفتاحا، وتكيفاً مع متطلبات الاستثمار الآمن والعادل. فالقضية لا تكمن في النصوص فحسب، بل في الروح القانونية التي تدار بها الدولة، وفي التكوين الذهني لمسؤوليها، وفي قدرتها على فهم أن التحكيم ليس عدوا للسيادة، بل مرآة تعكس مدى احترامها لسيادة القانون.

³⁸ انظر: شلغوم، عميروش منحد: دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، الطبعة الأولى، بيروت، مكتبة حسين العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص 130.

المساواة، والشفافية، والتوقع المشروع. وبهذا المعنى، يغدو التحكيم محفزا على بناء ثقافة قانونية داخل أجهزة الدولة، لا ترى في المستثمر خصما ينبغي تقييده، بل طرفا شريكا ينبغي أن تنظم العلاقة معه بمنهج مؤسساتي متماسك.

ولعل أوضح مؤشر على ذلك يتمثل في تصاعد وتيرة إصلاح قوانين الاستثمار في عدد من الدول، بعد تورطها في قضايا تحكيم مكلفة أو بعد تقييم أدائها أمام هيئات التحكيم الدولية. إذ باتت الكثير من التشريعات الوطنية تضمن صراحة مبادئ العدالة الإجرائية، ومفاهيم الحماية المتوازنة، مثل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (Fair and Equitable Treatment)، لا بوصفها مجرد تكرار للنصوص النموذجية، بل كجزء من رؤية إصلاحية تسعى إلى التماهي - لا الانصهار - مع معايير القانون الدولي للاستثمار.

خاتمة

يمكن القول إن التحكيم الاستثماري، في جوهره، ليس فحسب أداة لفض النزاعات الطارئة، بل تجل لنمط جديد من التعاقد الدولي، يفرض على الدولة - بوصفها لم تعد كيانا مغلقا يحتكر القرار - أن تعيد النظر في أدواتها التشريعية وسلوكها المؤسسي ضمن منظومة من المعايير الكونية التي تعيد صياغة مفهوم السيادة ذاته. فالممارسة التحكيمية، حين تتكرر وتتراكم، تتحول إلى محك يقيس مدى تطابق الإطار القانوني للدولة مع موجبات العدالة الدولية ومبادئ الحوكمة الحديثة. وهنا تتبدى المفارقة العميقة: فبينما تثير بعض الدول الشكوى من انتقاص السيادة، فإن التحكيم ذاته يكشف، في العمق، هشاشة تصوراتها عن السيادة، ويقدم لها خارطة إصلاح غير معلنة.

ففي المحصلة، لا يعود التحكيم خطر خارجي، بل يتحول إلى محك داخلي يعكس للفاعلين المحليين مدى فعالية تشريعاتهم، ومدى قدرة مؤسساتهم على احترام الالتزامات المتوقعة منهم دوليا. وعليه، فإن التحكيم لا يختزل فقط في قضايا المرفوعة أو الأحكام الصادرة، بل فيما يخلقه من أثر بنيوي على تصور الدولة لذاتها، وعلى تموضعها داخل النظام القانوني الدولي، بل وحتى على تعريفها للمصلحة العامة. وبهذا المعنى، لا يكون التحكيم تهديدا خارجيا للسيادة، بل اختبارا داخليا لمدى نضجها القانوني والسياسي، وأداة - وإن جاءت على نحو صدامي أحيانا - لدفع الدولة نحو إصلاح ذاتها بنفسها، تحت ضغط الانكشاف القانوني أمام المنتظم الدولي.

لائحة المراجع:

أولا المصادر العربية:

- أبو هيف، علي صادق: القانون الدولي العام، الطبعة الثانية عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص 742.
- أحمد عبد الله المراغي: الإصلاح التشريعي في مواجهة جرائم الاستثمار: رؤية جديدة في ظل القرار بقانون رقم 17 لسنة 2015 م بشأن تعديل بعض أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997، الطبعة الأولى، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016.
- أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004.
- القسبي، عصام الدين: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
- حافظ إبراهيم وآخرون: السيادة والسلطة: الآفاق الوطنية والحدود العالمية، الطبعة الأولى، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2006.
- إلهام علالي: واقع وآفاق التحكيم التجاري بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، الموسم الجامعي 2008-2009.
- خالد منصور إسماعيل: إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط: دراسة معمقة وفقا للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، الرياض، مكتبة القانون الاقتصادي، 2015.
- حسني موسى محمد رضوان: دور التحكيم والقضاء الدوليين في تسوية منازعة الحدود البحرية، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2013.

- طه سيد أحمد حنفي طه: التحكيم التجاري الدولي عنصر جذب للاستثمار الأجنبي لتحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر، يوليو 2024، جامعة دمياط.
- عقيل كريم زعير: المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي: دراسة مقارنة، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015.
- عميروش منحد شلغوم: دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، الطبعة الأولى، بيروت، مكتبة حسين العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، 2012.
- كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي: حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون: القاعدة القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- محمد الهادي المهدي الشامس: إشكاليات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2021.
- مطلق، مصطفى صالح: التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 11، العدد 39، 2009.
- عبدالعال الديربي: الالتزامات الناشئة عن المواثيق العالمية: حقوق الإنسان: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011.

ثانيا المصادر الأجنبية:

- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). Principles of International Investment Law (2nd ed.). Oxford University Press.
- Morosini, F., & Sanchez Badin, M. R. (Eds.). (2017). Reconceptualizing International Investment Law from the Global South. Cambridge University Press.

- Schill, S. W. (2009). *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press.
- Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press.
- Axtmann, R. (2004). The state of the state: The model of the modern state and its contemporary transformation. *International Political Science Review*, 25(3), 259–279.
- Cohen, E. S. (2010). Normative modeling for global economic governance: The case of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Brooklyn Journal of International Law*, 36(2), 567–594.
- Dasgupta, R. (2024). Party autonomy in investor-state arbitration: Supremacy of treaty and the future of most-favored nation treatment. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 52(3), 507–540.
- Halliday, T. C., & Osinsky, P. (2006). Globalization of law. *Annual Review of Sociology*, 32, 447–470.
- Krasner, S. D. (2001). Rethinking the sovereign state model. *Review of International Studies*, 27(5), 17–42.
- Rubino-Sammartano, M. (1988). International and foreign arbitration. *Journal of International Arbitration*, 5(2), 85–98.
- Weilert, K. (2011). Taming the untamable? Transnational corporations in United Nations law and practice. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 11, 447–491.
- Yu, H. L. (2008). A theoretical overview of the foundations of international commercial arbitration. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 1(2), 255–276.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). (1965). *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), Article 25*. Washington, D.C.: World Bank. Retrieved from :
<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention>

- International Institute for Sustainable Development (IISD). (2016, August 10). *Philip Morris v. Uruguay: All claims dismissed, Uruguay awarded US\$7 million*. Investment Treaty News. Retrieved from :
<https://www.iisd.org/itn/2016/08/10/philip-morris-brands-sarl-philip-morris-products-s-a-and-abal-hermanos-s-a-v-oriental-republic-of-uruguay-icsid-case-no-arb-10-7/>
- Nadakavukaren, K., & Polanco Lazo, R. (2023). *Legal opinion on right to regulate on investment treaties: Canada, European Union, Japan, Netherlands, and United States of America (Current to: 28.07.2023)*. E-Avis ISDC. Swiss Institute of Comparative Law. Retrieved from :
<https://www.isdc.ch/media/2375/23-016-e-avis.pdf>
- Oxford Reports on International Investment Claims. (2016). *Philip Morris Brands Sàrl and others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (Award)*. Oxford Public International Law. Retrieved from :
<https://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law-iic/844-2016.case.1/law-iic-844-2016>
- UNCITRAL. (2010). *Report on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (A/CN.9/700)*. United Nations Commission on International Trade Law.
- UNCTAD. (2015). *Investor-state dispute settlement: Review of developments in 2015*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.
- World Health Organization (WHO). (2016, July 12). *International tribunal upholds states' rights to protect health through tobacco control*. Retrieved from :
<https://fctc.who.int/news-and-resources/newsroom/item/12-07-2016-international-tribunal-upholds-states-rights-to-protect-health-through-tobacco-control>

التضامن الوطني والتضامن الاجتماعي كأساس حديث للمسؤولية الإدارية: نظرية بمنطلقات خاطئة.

**National Solidarity and Social Solidarity as a Modern Basis for Administrative
Responsibility: A Theory with Flawed Premises.**

 Tarek ISFOULA

PhD student and researcher

at the Laboratory of Administrative and
Financial Performance
at the Faculty of Law, Souissi – Mohammed V
University, Rabat

✉ Tarikissfoulausmba2022@gmail.com

 طارق إيسفولة

طالب باحث بسلك الدكتوراه

مختبر حسن الأداء الإداري والمالي بكلية الحقوق السويسي
جامعة محمد الخامس الرباط

Résumé de l'article :

Cet article aborde une vérité essentielle qui nous incite à redoubler d'efforts pour réexaminer les textes juridiques et à nous éloigner de certaines pratiques, brillamment établies par la jurisprudence administrative, mais devenues des vérités incontestées. L'article propose une perspective nouvelle sur laquelle on peut s'appuyer et invite le chercheur, le praticien, ainsi que le juge lui-même à réévaluer des convictions fermement ancrées depuis des décennies. Il s'adresse également à des courants doctrinaux qui prétendent que certaines vérités sont obsolètes et qu'elles ne résisteront pas aux transformations juridiques qui s'imposent avec force. Par ailleurs, cet article ouvre de vastes horizons pour faire évoluer les convictions que nous défendons, convictions qui ont toujours guidé nos efforts pour améliorer le travail du juge administratif, en faisant de lui une institution dynamique chargée de protéger les droits individuels et de garantir le respect des lois par l'administration.

Mots-clés : responsabilité administrative, solidarité nationale, solidarité sociale.

ملخص المقال:

ثمة حقيقة يطارحها هذا الموضوع، حقيقة ستجعلنا نجتهد لكي نعيد قراءة النصوص القانونية، والابتعاد عن بعض الأعمال اللامعة التي رسخها القضاء الإداري ببلادنا، وجعلها مسلمة غير قابلة للنقد، هذا المقال يطرح أفقا مستحدثا يمكن الاعتماد عليه، بل يناشد الباحث، والممارس، والقاضي نفسه، إلى إعادة النظر في قناعات ضلت راسخة لعقود من الزمن، كما يحدونا الأمل لكي نخاطب توجهات فقهية تدعي حقائق أصبحت من الماضي، ولن تكون لها القدرة مستقبلا لكي تصمد تجاه تحولات قانونية تفرض نفسها بقوة، ومن جهة أخرى، هذا المقال يفتح أفقا رحبة لمواكبة القناعات التي نؤمن بها، والتي لطالما من خلالها نحصر على تطوير عمل القاضي الإداري، وجعله مؤسسة حيوية لحماية حقوق الأفراد، وضمان التزام الإدارة بالقوانين.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الإدارية، التضامن

الوطني، التضامن الاجتماعي.

مقدمة:

من المعلوم أن العلاقة التي تحكم الفرد بالدولة، علاقة متطورة تتداخل في تحديدها مجموعة من العوامل، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال ما وصل إليه بناء الدولة الحديث، حيث أصبحت الدولة المتدخلة أو الرعاية تركز على تحقيق غايات وأهداف كثيرة، جوهرها الأساسي هو تحقيق رفاهية الفرد، فالدولة كانت ولا تزال تبحث عن الكيفية التي ستساعدها في حماية حقوق الأفراد وصيانتها من كل الأضرار التي تحيط بها، مما دفعها صوب التنقيب عن أسس جديدة يتمثل الهدف الرئيسي منها في تطوير مسؤوليتها الإدارية تجاه ذلك الفرد.

والسبب في ذلك راجع إلى أن الدولة تعتبر الفرد مكونا هاما من مكوناتها يجب أن توفر لحقوقه القدر الكافي من الحماية والرعاية، خاصة أننا نتحدث عن أسس كلما ارتقت وتغيرت، كلما ظهرت مخاطر قد تمس استقرارها واستمراريتها ويكون من الصعب درؤها، كالجرائم الإرهابية، أعمال الشغب وما تخلفه من أضرار جسيمة، بالإضافة إلى حوادث قد ترتبط بالمجال الطبي بل وحتى بالطبيعة.....

فإذا ما ركزنا على كيف أصبحت تتعامل الدولة مع هذا النوع من المخاطر، نجد أنها قد تجاوزت القواعد الأساسية لمسؤوليتها المبنية على الخطأ، بل وبحت عن أسس أخرى مغايرة لما تتعامل به حتى في إطار مسؤوليتها الإدارية بدون خطأ، وذلك للضعف والقصور الذي اعتري هاتين الأخيرتين في مواجهة ظروف يقع الفرد ضحيتها ويضعف أمام مواجهتها، ولا يكون للدولة دخل في وقوعها، لكنها تكون مطالبة بالتدخل لمواجهة آثارها وفق سياسة التعويض المبنية على التضامن، التعاون، التكافل والتآزر بين كامل مكونات المجتمع، أو ما يمكن تلخيصه في مسؤولية الدولة الإدارية بدون خطأ وفق مبدأ التضامن الوطني.

ومنه، ندرك أن لهذا الموضوع أهمية محورية تتلخص في اعتبار مبدأ التضامن الوطني أساسا ومسوغا حديثا، ويقوم على اعتبارات جديدة في تحميل الدولة عبئ تعويض الأفراد عن الأضرار التي تمسهم بشكل غير مقصود، ولو أن لا دخل لها في حدوثها.

وفي ضل الخلط المفاهيمي الذي يجد نفسه حاضرا بقوة أثناء تحليل هذا الموضوع، فإن الإشكالية التي يمكن أن تطارحه يمكن أن تكون على الشكل التالي:

إلى أي حد يمكن الجمع بين التضامن الوطني والتضامن الاجتماعي كأساس حديث للمسؤولية الإدارية بدون خطأ في ظل التشريع والاجتهاد القضائي؟

وعليه نطرح مجموعة من الأسئلة الفرعية كالتالي:

ما المقصود بالتضامن الوطني؟

وهل يمكن اعتبار التضامن الوطني مرادفاً للتضامن الاجتماعي؟

ما هو السند والأساس القانوني الذي يؤطره؟

ماهي أبرز الحالات التطبيقية لمبدأ التضامن الوطني؟

ومن ثم، سنعمل على معالجة الإشكالية أعلاه والأسئلة الفرعية وفق ما يلي:

المبحث الأول: مبدأ التضامن الوطني: قراءة نقدية في الماهية والأساس.

يكتسي تحديد ماهية مبدأ التضامن الوطني أهمية كبيرة، كونها تمكن من استجلاء طبيعة هذا المبدأ وما يميزه عن باقي مبادئ المسؤولية الإدارية الأخرى، كم أن الوقوف على أساسه القانوني يعد مسألة ضرورية لفهم قوة هذا المبدأ، وإبراز عمقها القانوني أو المعيار.

المطلب الأول: ماهية مبدأ التضامن الوطني والتضامن الاجتماعي.

يقتضي الأمر التطرق لمفهوم مبدأ التضامن الوطني، وبيان دوافع تبنييه وأهميته، لكي نخطو وفق نفس الرؤية لمقاربة مفهوم التضامن الاجتماعي.

♦ تعريف مبدأ التضامن الوطني.

يقصد بمصطلح التضامن لغة: تضامن، يتضامن، تضامنا، فهو متضامن.

ويقال تضامنوا، أي إلزام كل واحد منهم أن يؤدي عن الآخر ما يقصر عن أدائه¹.

وبقابل لفظ تضامن في اللغة الفرنسية مصطلح *solidarite*، وفي اللغة الإنجليزية مصطلح

solidarity.

¹ معجم المعاني الجامع على الموقع الإلكتروني: www.almaany.com، تاريخ الاطلاع 17 دجنبر، 2025، على الساعة العاشرة صباحاً.

أما كلمة وطني باعتبارها مشتقة من لفظ الوطن فإنها تعني: من يحب وطنه ويخلص له². واصطلاحاً يقصد بمبدأ التضامن الوطني *la solidarite nationale*، الاعتماد المتبادل بين الأفراد والإدارة، وتبادل الجهود في مواجهة تبعات الحياة ومستلزماتها، أي إشراك الكل في مواجهة المخاطر والكوارث التي قد يتعرض لها المجتمع، ويتحدون من أجل تجاوزها، ويتعاونون على تحقيق مصالح المجتمع³.

وبعبارة أخرى فهو يعني: التعبير عن الأساس الذي تستند إليه المساعدة التي تقدم بواسطة الأمة لمجموعة تواجه صعوبة أو مشقة، ففي حالة الأزمة الحادة *crise grave* يظهر الشعور بالتضامن القومي، بمعنى الشعور بالانتماء لذات الجماعة⁴.

ومن ثم، فالتضامن الوطني لا يقتصر على نوع معين من كل ضرر، وإنما يغطي كل ما يمكن أن يواجهه الفرد من مشاكل ومصائب يصعب دفعها، كالمخاطر الطبيعية من زلزال وفيضانات، وأعاصير وبركين، وجفاف، وأوبئة... وأيضاً المخاطر الاجتماعية كالجرائم والمخاطر الطبيعية.

إضافة إلى ذلك، يجد مبدأ التضامن الوطني أساساً له في الشريعة الإسلامية من خلال مجموعة من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، فمن قوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تتعاونوا على الإثم والعدوان"⁵.

كما تعتبر الزكاة من أهم مصادر التضامن الوطني التي تدفع للفقراء والمحتاجين لقوله عز وجل: "إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم"⁶.

وقد جاء النبي صلى الله عليه وسلم بقاعدة كلية من خلال حديثه القائل فيه (لا ضرر ولا ضرار)، حيث اشتقت من هذه القاعدة قواعد أخرى مثل قاعدة (الضرر يزال)، (وقاعدة مدفوع

² نفسه

³ علاء الدين تكتري، المسؤولية الإدارية بدون خطأ، مبدأ التضامن الوطني نموذجاً، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات، عدد 141، يوليو، 2018، ص 205.

⁴ عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث لمسؤولية الدولة بدون خطأ، المجلة المغربية للعلوم القانونية والدراسات القضائية، العدد الأول، 2022، ص 177.

⁵ سورة المائدة، الآية 2.

⁶ سورة التوبة، الآية 60

بقدر الإمكان). ومن الأسس النبوية في هذا الشأن ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام فيما رواه عنه عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام مسؤول عن رعيته"⁷.

ويتضح مما سلف، أن اللجوء إلى مبدأ التضامن الوطني القائم على التكافل والتآزر بين أفراد المجتمع الواحد من أجل جبر ضرر أحد أفرادها، أصبح يعد مسألة ضرورية بالنظر للأهمية التي يحظى بها.

♦ دوافع تبني مبدأ التضامن الوطني.

يعد مبدأ التضامن الوطني أحد المبادئ التي تحتل مكانة بارزة ضمن مجموعة القيم السائدة في العصر الحديث، وذلك بوصفها تعبر عن الأساس الذي تقوم عليه المساعدة أو المعونة التي تقدمها الدولة لمن يواجه محنة أو ظرفاً قاسياً.

وعليه، توجد مجموعة من الدوافع التي جعلت المشرع والقضاء الإداري يتبنّى هذا المبدأ، ويمكن إجمالها في مايلي:

- التدخل المتزايد للدولة في جميع المجالات والميادين، ذلك أن الحرص على جبر الضرر الذي يصيب الغير هو من صفات المجتمع المتحضر القائم على مبادئ التكافل الاجتماعي، والعدالة تقتضي وفق منظور التضامن الاجتماعي أن تتحمل الدولة تعويض الأشخاص الذين وقعوا ضحية أحداث فوجائية، كما في حالة الكوارث الطبيعية، بالرغم من عدم مسؤوليتها عن حدوث تلك الكوارث وما خلفته من أضرار.
- إن القواعد العامة للمسؤولية عن العمل الغير المشروع أضحت عاجزة عن حماية المتضرر أمام اتساع وتعقد بعض الظواهر كالإرهاب مثلاً، بحيث يصعب التعرف على المسؤول عن وقوع الجريمة الإرهابية من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى إذا تم التعرف عليه فقد يكون معسراً غير قادر على الوفاء، ومن ثم يظل المتضرر في جميع الحالات بدون تعويض.
- كما لا يمكن إلقاء عبء التعويض على الدولة، طبقاً لقواعد وأسس المسؤولية الإدارية التقليدية، التي ولدت من رحم المسؤولية المدنية، لأنه يصعب إثبات خطأ الإدارة من جهة، ولأن

⁷ أنظر، <https://hedeethenc.com>، تاريخ الإطلاع 22 دجنبر 2025، على الساعة الرابعة مساءً.

المسؤولية على أساس المخاطر لا تتحقق إلا في حالات نادرة، واستثنائية، فهل من المعقول ترك المتضرر من جرائم الإرهاب مثلاً بدون تعويض؟

- وفي غياب أي تدخل من جانب الإدارة، أي انعدام النشاط الإداري المادي منه أو القانوني، وهي الصورة المتمثلة على سبيل المثال، في الجرائم الإرهابية، فإنه من يكون من غير المنطقي البحث عن الخطأ، وبالتالي لا يمكن سوى تقرير المسؤولية كون الأمر يتعلق بمخاطر اجتماعية ينبغي أن تتحملها الجماعة الوطنية كلها متضامنة. لذلك، بدأ البحث عن أساس آخر يمكن أن يستند إليه تعويض المتضرر في هذه الحالة، فتم الإهتمام إلى مبدأ التضامن الوطني كأساس جديد للتعويض.⁸

- إن فلسفة ومضمون مبدأ التضامن الوطني تقوم أساساً على التعاون والتكامل والمساعدة بين مجموع أفراد المجتمع الواحد، في ظل الدولة الحديثة واحترام حقوق الإنسان على وجه العموم. وبالتالي، فإن هذا المبدأ يبين مدى الاستقلال الذاتي له عن باقي مبادئ وأسس وقواعد المسؤولية الموضوعية الأخرى.⁹

♦ التضامن الاجتماعي:

يمكن القول على أن التضامن الاجتماعي لفظ مشتق من كلمة جمع، يجمع جمعاً، اجتماعاً. ومنه يشتق لفظ تضامن اجتماعي، وهو كل عمل منظم يهدف إلى تقدم وتطور الظروف الاجتماعية لمجتمع ما من خلال تقديم مساعدات اجتماعية.¹⁰

ويمكن تعريف التضامن الاجتماعي بأنه ذلك التعاون والعمل المشترك بين أفراد المجتمع، وذلك من خلال بناء الروابط على أسس مشتركة دون أي تمييز مبني على العرق، الجنس، اللغة،

⁸ عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث لمسؤولية الدولة بدون خطأ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2008، 2009، ص 175.

⁹ عبد الإله بنجدي، المسؤولية الإدارية للدولة على أساس مبدأ التضامن الوطني، دراسة مقارنة، دار النشر المعرفة، الرباط، 2019، ص 62.

¹⁰ معجم المعاني، الجامع على الموقع الإلكتروني، <http://www.almany.com>، تاريخ الإطلاع 22 دجنبر 2025، على الساعة الرابعة مساءً.

السن، وغيرها من السمات الاجتماعية الأخرى بهدف تحقيق المساعدة دون أي مقابل للجهة التي تستحق ذلك¹¹.

وعليه، فالتضامن الاجتماعي تتمثل أهميته في ما يلي:

- ✓ ضمان كرامة جميع الأفراد من خلال تعزيز ثقافة الروح المشتركة بينهم.
 - ✓ ربط الفرد بالآخرين من حيث تقديم المساعدات لأشخاص في أمس الحاجة إليها.
 - ✓ مقاومة المحن التي تنشأ في الأسرة وبين الأصدقاء والأقارب وغيرهم.
 - ✓ القضاء على الفقر من خلال خلق روح المشاركة والتعاون والتآزر¹².
- ومن خلال هذا المنطلق، يتضح جليا أهمية التضامن الاجتماعي، بل ويكشف عن كونه ذلك الرابط الذي يجعلنا ندرك أن قوة المجتمع تكمن في وحدته، وأن تحقيق العدالة الاجتماعية لا يتم إلا بالتكاتف والتعاون بين أفراد، بيد أنه إذا كان هذا الموضوع يطرح هذا الحجم من الأهمية فكيف يمكن تحقيق هذا التضامن الاجتماعي؟

- ✓ الوعي بمعنى التضامن الاجتماعي وارتباطه الوثيق بمفاهيم العدالة الاجتماعية.
- ✓ بذل الجهود من أجل توضيح المشكلات والإحتياجات للأفراد والجماعات، وذلك لا يتم إلا من خلال الإنخراط المباشر مع أفراد المجتمع ومناقشتهم لمعرفة احتياجاتهم وتلبيةها.
- ✓ بذل الجهد من أجل دراسة المفاهيم المتعلقة بمعنى المشكلة، والإحتياجات، وبالتالي فهم الآخرين وتنمية العلاقة بينهم وبين مقدمي الخدمة والأموال¹³.

في الحقيقة جاء هذا التأصيل المفاهيمي قصد ضحض العديد من الكتابات الفقهية التي تعتبر على أن التضامن الوطني هو نفسه التضامن الاجتماعي، ولعل هذه الكتابات إنساق من ورائها العديد من الباحثين إلى درجة أنهم يعتقدون أن التضامن الوطني هو مرادف للتضامن الاجتماعي، بل أصبحت مقولة سحرية من الصعب تجاوزها.

وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى مايلي:

¹¹ Renate douwes.maria stuttaford and le sile london « 2018 » socaile.human rights. And collective action www.ncbi.nih.gov.17/12/2015.12.33h.

¹² International human solidarity.www.nationaldaycalender.com.Retreved 17/12/2025.11.43 min.

¹³ Meulen.Rhoutepen.2012.solidarity.www.sciencedirect.com.Retrieved.18/12/2025.16h

ومن ثمة فإن التضامن الوطني أو الاجتماعي يلقي على عاتق الدولة إلزاماً بتعويض الأضرار الجسام الناتجة عن الكوارث الطبيعية، الحروب الفيضانات، جرائم الإرهاب... الدولة ينظر إليها باعتبارها مديناً أصلياً سواء وجد من تستطيع تحميله بصفة نهائية بالتعويض أو لم يوجد، فمن واجبها أن تتحمل أثار ونتائج الكوارث الكبرى، كما يحق للمتضرر أو ضحايا الإرهاب أن يعضدهم الرأي العام والشعور العام أو الواجب العام بضرورة تحقيق العدالة وأن يتوجهوا إلى الدولة، فالدولة هي المدين الأصلي بالتعويض¹⁴.

إن إمعان النظر في هذا المنطلق، سيقودنا إلى حقيقة أن التضامن الوطني يفيد التضامن الاجتماعي، ولعل حقيقة هذا الطرح أثرت على المشرع الدستوري نفسه، حيث نص الدستور المصري لسنة 2019 على مايلي:

يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي، وتلتزم الدولة بتحقيق العدالة الاجتماعية، وتوفير سبل التكافل الاجتماعي، بما يضمن الحياة الكريمة لجميع المواطنين، على النحو الذي ينظمه القانون¹⁵.

ومنه، يمكن أن نطرح السؤال الآتي:

ما هو الأساس الذي سيعتمده القاضي الإداري في هذا الصدد، هل على أساس التضامن الوطني أم الاجتماعي؟

في إطار الأبحاث التي قمنا بها إتضح على أن القاضي الإداري لطالما يستند على أساس التضامن الوطني، وهو ما ورد في القرار الصادر عن استئنافية مراكش والذي أيدته غرفة محكمة النقض، معللة قرارها بأن مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن أعمال الشغب والإحراق والنهب، مسؤولية قائمة بدون خطأ وتسأل الدولة في إطار التضامن الوطني، بصرف النظر عن قيام الخطأ من جانب المرفق من عدمه¹⁶.

¹⁴ محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المتضرر بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الوطني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001، ص312.

¹⁵ الفصل الثامن من الدستور المصري لسنة 2019.

¹⁶ قرار الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، عدد4، الصادر في 8 يناير 2025، في ملف عدد 2013/2/2166، بين السيد رضى والدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، عدد 24 السلسلة عدد5، ص55.

♦ الأساس الدستوري لمبدأ التضامن الوطني.

لقد أضحت مبدأ التضامن الوطني يكتسي أهمية بالغة دفعت المشرع الدستوري المغربي إلى التنصيص عليه في صلب الوثيقة الدستورية لسنة 2011، من خلال الفصل 40 الذي جاء فيه أنه "على الجميع أن يتحمل بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد"¹⁷.

إن قراءة هذا الفصل تجعلنا نطرح مجموعة من الملاحظات من قبيل:

✓ غياب تحديد دقيق للتطبيق: فالفصل 40 من الدستور لا يحدد كيفية تطبيق هذا المبدأ عمليا، مما يترك مجالا واسعا للتأويل، وهو ما قد يؤدي إلى تباينات في تنفيذ الالتزام بالتضامن.

✓ إفتقار آليات التنفيذ: حيث لم يوضح الفصل الأليات القانونية والمؤسسية لتفعيل مبدأ التضامن، مثل الضرائب، المساهمات الاجتماعية، الإعانات...

✓ الإطار الزمني: لم يحدد النص الفترة الزمنية لتحمل هذه التكاليف، خاصة بالنسبة للكوارث الممتدة أو طويلة الأمد.

ومن ثم، فإن التضامن الوطني يلقي على عاتق الدولة التزاما بتعويض الأضرار الجسام الناتجة عن الكوارث، كالحروب، الفيضانات الكبرى، جرائم الإرهاب، الحوادث الطبية، فالدولة ينظر إليها باعتبارها مدينا أصليا، سواء وجد من تستطيع تحميله بصفة نهائية بالتعويض أو لم يوجد، فمن واجبها أن تتحمل آثار ونتائج الكوارث الكبرى، كما يحق للمتضررين أو ضحايا الإرهاب أن يعضدهم الرأي العام والشعور العام، أو الواجب العام بضرورة تحقيق العدالة، وأن يتوجهوا إلى الدولة، فالدولة هي المدين الأصلي بالتعويض¹⁸.

¹⁷ نص الدستور الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (رقم 29 يوليو 2011)، المنشور بالجريدة الرسمية في 28 من شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، عدد 5964 مكرر، ص 3600.

¹⁸ محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المتضررين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات الضامن الوطني، مرجع سابق، ص 312.

ومن زاوية أخرى يطرح التساؤل حول إمكانية تأويل النص الدستوري¹⁹، بل قد يدفعنا ذلك إلى البحث عن مشروعية القاضي الإداري في القيام بهذه المهمة، وإلى يمكن القول بأن ذلك سيؤدي إلى تداخل مهام القاضي الدستوري مع مهام القاضي الإداري؟

وفي اتجاه آخر، لا يمكن أن نحصر مبدأ التضامن الوطني في فصل واحد²⁰، وبالتالي هذا مجال جديد يدعونا لكي نجتهد ونعيد قراءة النصوص، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى ما يلي: "نظام الحكم بالمغرب، نظام ملكية دستورية، ديمقراطية برلمانية اجتماعية"²¹.

يستفاد من هذا الفصل، أنه من خصائص الملكية أنها اجتماعية، وهو ما يفيد في الحقيقة أن السياسات العامة دائما تستحظر هذا البعد الاجتماعي التضامني²².

إلى جانب ذلك نجد الفصل 32 والذي نص على مايلي:

"تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية"²³.

الفصل 34: تقوم السلطات العمومية بوضع وتفعيل سياسات موجهة إلى الأشخاص والفئات من ذوي الاحتياجات الخاصة ولهذا الغرض تسهر أساسا على ما يلي:

¹⁹ في هذا الصدد يرى الأستاذ لحسن الحيمدي في ندوة معنونة بالتضامن الاجتماعي: نحو التقنين والمأسسة، والتي نظمت في كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية بوجدة، على أن الفصل 40 من الدستور خلق نوعا من التوتر لدى القضاة سواء الدستوريون أو الإداريون، هذا التوتر الذي جعلهم في مأزق كبير، وذلك لكونهم أنهم عندما كانوا يبتون في القضايا الموجهة إليهم لإخلال الدولة بفكرة التضامن إما لأحداث إرهابية أو كوارث طبيعية كان المجلس الدستوري يرفض البت في الأمر، معتبرا أن التشريع هو الكفيل لتوضيح كيفية التعويض، وأيضاً عندما كان القاضي الإداري يبت هو الآخر، كان يرفض ذلك لأنه يجب أن يخضع لنظرية الحاجب، والتي ستفرض على القاضي الإداري أن لا يؤول النص الدستوري وأن يلتزم بالقانون الأدنى.

²⁰ ينص الفصل 40 من الدستور على مايلي: على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الأفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد.

²¹ الفصل الأول من دستور المملكة لسنة 2011.

²² الملاحظ أن ديباجة الدستور تضمنت أيضاً مسألة التضامن الوطني، وهو ما يزيد من قناعتنا تجاه هذا الطرح، والذي جاء كثورة تجاه أبحاث جعلت من الفصل 40 من دستور المملكة لسنة 2011، الفصل الوحيد الذي يجب الإستناد عليه كأساس لمبدأ التضامن.

²³ الفصل 32 من دستور 2011.

"معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء والأمهات وللأطفال والأشخاص المسنين والوقاية

منها"²⁴.

وبالتالي، لا ينبغي حصر مبدأ التضامن الوطني في فصل واحد، بل إن مجموعة من النصوص الدستورية تضمنت بعداً آخر لمبدأ التضامن الاجتماعي.

ومنه، يبقى السؤال المطروح عن مدى قدرة القاضي الإداري على إبراز مبدأ التضامن الاجتماعي، ومدى حرصه على إصدار أحكام قضائية تلامس هذا الفهم؟
المحور الثاني: مظهرات مبدأ التضامن الوطني على ضوء العمل القضائي.

من أجل فهم المقتضيات التي يقوم عليها مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث للمسؤولية الإدارية، ينبغي أن نسلط الضوء على مجموعة من الحالات التطبيقية، التي تسمح من جهة بالتعرف على التوجه الذي أقر من أجله هذا النوع من المبادئ، ومن ناحية أخرى تتاح لنا الفرصة لا ستعاب الكيفية التي تمارس من خلالها عملية التعويض، أو الأسلوب الذي يجبر من خلاله وضع الأفراد المتضرر، وكذلك القواعد التي تسمح بتحديد من يستحق التعويض وكيف سيتم له، خاصة وأن الحالات التي يعنى بها مبدأ التضامن الوطني كثيرة ولها مسببات ونتائج مختلفة، إذ قد تسفر عن عمليات إرهابية تزعزع استقرار الأفراد وتهدد أمنهم.

♦ تعويض الدولة لضحايا الإرهاب.

لرصد الاتجاه القضائي الإداري بشأن هذا النوع من الجرائم، يستلزم الأمر دراسة نازلتين هامتين، تتعلق الأولى بقضية أنطونيا كوبياس، والثانية بأحداث أركانة.

✓ قضية أنطونيا كوبياس.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة أنطونيا كوبياس كانت مقيمة بفندق إسني بمراكش، وبينما هي تقوم بنزهة سياحية برحاب هذا الفندق يوم 24 غشت 1994، إذا بمسليحين يقتحمون الفندق المذكور، ويطلقون النار على كل من تقع عليه أعينهم، وكانت الضحية كوبياس

²⁴ الفصل 34 من دستور 2011

من بين الضحايا، وهو ما ألحق ضرراً بالسيد خوسي أنطونيو أوكانيا أصالة عن نفسه ونيابة عن ولديه القاصيرين، لوزرينا وإيفان، أضراراً مادية ومعنوية جسيمة²⁵.

لذلك قضت لهم المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 2001/11/19 بالتعويض، على اعتبار أن الدولة المغربية تبقى هي المسؤولة عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عمليات الاعتداء الإرهابي، وأساس هذه المسؤولية الخطأ المرفقي الجسيم، المتمثل في عدم أداء مرفق الأمن العمومي للخدمة العمومية، حيث قصر في أداء واجبه حتى تمكن الجناة من إدخال الأسلحة عن طريق سيارتين إلى التراب المغربي، ومحاولة زعزعة استقراره²⁶.

وقد تم استئناف الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة المذكورة أعلاه أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، والتي أقرت بدورها بمسؤولية الدولة ولكن ليس بناء على المبدأ العام للمسؤولية المتمثل في الخطأ المرفقي، وإنما على أساس آخر جديد يتمثل في مبدأ التضامن الوطني²⁷.

ومن ثم، فقد جاء في إحدى حيثيات القرار مايلي: حيث إن الدولة لا تسأل عن ضمان سلامة أي متضرر فوق أراضيها بصورة مطلقة ما لم يثبت في حقها خطأ جسيم...، وأن تسرب سلاح ناري الحدود لا يكفي لوحده لإضفاء صبغة الخطأ الجسيم على الفعل، وذلك بالنظر إلى ظروف النازلة وإلى طول الحدود ووعورة تضاريسها. غير أنه استجابة لقواعد العدالة والإنصاف ولموجبات الإنسانية المبينة على أساس التضامن الوطني الذي تتكفل دول المعمور بموجبه - وعلى سبيل الإسعاف والمساعدة وفي حدود الإمكان- بصرف تعويضات لكل متضرر، كلما وقع مس خطير بالنظام الأمني العام عن طريق اعتداء إرهابي ذي الطابع عبر وطني...، وهو ما يبرر تعويض ذوي حقوق الضحية في هذه النازلة²⁸.

²⁵ القرار رقم 464 عدد 935، الصادر عن الغرفتين الإدارية والتجارية مجتمعين بمحكمة النقض، في الملف رقم 2004/4/461، في قضية ورثة أنطونيا كوبياس، أورده عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث لمسؤولية الدولة بدون خطأ، مرجع سابق، ص178.

²⁶ حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 911، المؤرخ في 19 نونبر 2001، في قضية أنطونيا كوبياس، مجلة القانون المغربي، العدد الثاني، 2002، ص120. أورده عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث للمسؤولية الدولية بدون خطأ، مرجع سابق، ص179.

²⁷ المرجع نفسه، ص180.

²⁸ عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث للمسؤولية الإدارية بدون خطأ، مرجع سابق، ص180.

وبالتالي، يتبين بأن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) قد د أسس مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الأحداث الإرهابية في هذه النازلة ليس على أساس الخطأ المرفقي أو باقي قواعد المسؤولية الإدارية (الخطأ، المخاطر). كما ذهبت لذلك المحكمة الإدارية بالرباط، وإنما على أساس مبدأ التضامن الوطني.

وذلك، لعدم وجود صلة بين الضرر الذي لحق المتضررين، ونشاط الإدارة، فباستقراء مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود²⁹، والمادة 8 من القانون المحاكم للمحاكم الإدارية رقم 41.90³⁰، يستشف بأن المسؤولية الإدارية الخطئية أو الموضوعية، لا تنعقد ما لم توجد رابطة سببية مباشرة ما بين الضرر والنشاط الإداري للشخص المعنوي العام، وهو ما ليس متوفراً في قضية ورثة أنطونيا كوبياس.

ومن ثم، فإن اعتماد الأسس التقليدية للمسؤولية الإدارية، لا يمكن الحكم على الدولة بالتعويض ما لم ينجم عن نشاطها ضرر معين، إلا أنه في القضية أعلاه يتبين أن الضرر ناجم عن عمل إرهابي لا علاقة له بأي نشاط إداري.

وبهذا، نستنتج بأن المبادئ التقليدية للمسؤولية الإدارية تكون عاجزة وقاصرة عن حماية ضحايا هذا النوع من الحوادث، وهو ما دفع القضاء الإداري ببلادنا إلى ابتداء مبدأ جديد في مجال المسؤولية الإدارية، والذي يتمثل في مبدأ التضامن الوطني، وبفضل هذا المبدأ، استطاع المجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض حالياً)، تحقيق غايتين جوهريتين، حيث تتعلق الأولى بضرورة تعويض المتضرر الذي سقط ضحية أعمال إرهابية، إذ أن منطق العدل والإنصاف ومبادئ التعاون والتكافل الاجتماعي تقتضي عدم جواز تركه يتكبد الخسائر بمفرده، وذلك عبر إلزام الدولة بالتدخل بصرف تعويض مالي له يقدر بناء على جسامته الضرر، بينما ترتبط الثانية بالتعويض الذي ستتحمله الدولة في سبيل تقديم مساعدات لضحايا الجرائم الإرهابية، والذي يجب أن

²⁹ ينص الفصل 79 على أنه " الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها".

³⁰ القانون رقم 41.90 المحدث بموجب المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414، 3 نونبر 1993، المنشور بالجريدة الرسمية في 18 جمادى الأولى 1414، "3 نونبر 1993"، عدد 4227، ص2168.

يستند إلى مبرر قانوني، ولأجل ذلك تبنى المجلس الأعلى سابقا فكرة التضامن الوطني والتي استهدف من ورائها وضع مبدأ عام للتعويض عن الأضرار اللاحقة بضحايا الإرهاب.

علاوة على ذلك، فبتحليل قرار ورثة أنطونيا كوبياس، يمكن استخلاص بعض الشروط والضوابط لأعمال المسؤولية الإدارية بدون خطأ بناء على مبدأ التضامن الوطني، ونذكر:

✓ يجب أن يكون العمل المتسبب في إلحاق الأضرار ببعض المواطنين غير مرتبط بأي نشاط عمومي للمرافق العمومية، كشأن الأعمال الإرهابية في هذه القضية وهو شرط يتفق عليه الفقه والقضاء معا.

✓ يجب أن يكون العمل الناشئ عنه الضرر متسما بطابع الفجائية من جهة، والجسامة الغير العادية للأضرار من جهة أخرى.

✓ ألا يكون بإمكان المتسبب المباشر في الضرر تعويض المتضررين من جراء أعماله غير المشروعة، كما هو الشأن في الجرائم الإرهابية وجرائم العنف الجماعي.

وبالتالي إذا ما توفرت هذه الشروط في الضرر اللاحق بالمتضرر أو الضحية، فإنه يستحق بلا شك تعويضا من الدولة، باعتبارها مسؤولة عن التعويض، وليس عن لحوادث الإرهابية³¹.

✓ قضية أحداث أركانة بمراكش

لقد أودى الحادث الإرهابي المتعلق بقضية أركانة يوم 28 أبريل 2011، وأودى بحياة مجموعة من المواطنين المغاربة والأجانب، كما أسفرت عنه خسائر مادية فادحة طالت مبنى الحادث.

وفي هذا الصدد، رفع صاحب المبنى أو المحل التجاري المتضرر دعوى إلى المحكمة الإدارية بالرباط، يحمل فيها الدولة مسؤولية الأضرار اللاحقة به، وقد أصدرت المحكمة في 29 دجنبر 2016، حكمها القاضي بأداء الدولة لفائدة المدعي تعويضا قدره 9.652.212,17 درهم³².

وعملت المحكمة رأيها بالآتي: "إن الثابت من وثائق الملف، وخاصة محضر الشرطة القضائية المرفق بمقال الادعاء بتاريخ 28 أبريل 2011، أن ارتكاب عمل إجرامي تمثل في إحداث انفجار قوي بمركب مقهى مطعم أركانة المشغل من طرف المدعين ترتب عنه وقوع خسائر مادية بالمركب المذكور،

³¹ عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث لمسؤولية الدولة بدون خطأ، مرجع سابق، ص 181.

³² حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 5052، الصادر في دجنبر 2016، في ملف عدد 266-7112-2016، في قضية مولاي مصطفى الإدريسي العلواني ومن معه ضد الدولة المغربية، حكم غير منشور. أورده عبد الإله بنجيدى، مرجع سابق، ص 218.

بما يجعل الأضرار الحاصلة للمدعين نتيجة ذلك مؤطرة ضمن المسؤولية الإدارية القائمة على أساس المخاطر، باعتبار أن الأمر يتعلق بعمل إجرامي يندرج في إطار الأعمال الإرهابية، مما لا مجال معه للتمسك بانعدام عنصر الخطأ في جانب الإدارة، فضلاً عن أن خطأ الغير لا يشكل سبباً من أسباب الإعفاء في هذا النوع من المسؤولية، على اعتبار أنه لا يمكن إعفاء الإدارة من المسؤولية في هذه الحالة إلا في حالة ثبوت خطأ المتضرر أو حالة القوة القاهرة، وهو أمر غير ثابت في النازلة، سيما أن القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، الأمر الذي كان من الممكن دفعه (الفصل 269 قانون الالتزامات والعقود)، والحال أنه كان بإمكان الإدارة دفع الحادث.... من خلال تشديد الرقابة الأمنية ضماناً لسلامة الأشخاص والممتلكات، بما يجعل ما تمسك به الوكيل القضائي للمملكة غير مؤسس، وتكون بالتالي، مسؤولية الدولة قائمة على الأضرار الحاصلة للمدعين نتيجة الحادث المذكور³³.

يتبين من خلال هذا التعليل، أن المحكمة الإدارية بالرباط لم تؤسس مسؤولية الدولة في هذه النازلة على مبدأ التضامن الوطني، وإنما أقامت في أول تعليلها على أساس المخاطر، كون أن الأمر يتعلق بحادث إرهابي، بينما جعلت الخطأ المرفقي في نهاية التعليل هو أساس مسؤولية الدولة في تعويض المدعي، نتيجة التقصير الصادر عن مرفق الأمن في تشديد الرقابة الأمنية بما يضمن سلامة المواطنين.

وبالتالي، هناك ازدواجية في رأي المحكمة لأخذها تارة بالمسؤولية الإدارية الخطئية، وأخرى بالمسؤولية الإدارية على أساس المخاطر، والأجد أن تؤسس تعليلها على مبدأ التضامن الوطني، كما ذهبت في ذلك محكمة النقض، وكما سبق البيان، في قضية أنطونيا كويباس، كون كلا القضيتين تتعلقان بحوادث واعتداءات إرهابية، ولا تسعف قواعد المسؤولية الإدارية التقليدية في إحاطتها والزام الدولة بتعويض المتضررين منها.

³³ عبد الإله بنجيدي، مرجع سابق، ص 219.

الخاتمة:

في الختام، يمكن القول أنه إذا ما تأملنا الخلفية المفاهيمية التي يستند إليها الخطاب القضائي المعاصر، نجد أن المقال ينزع نحو تفكيك لبسٍ دلالي مستقر في لاوعي الممارسة القانونية، مفاده الخلط بين التضامن الوطني والتضامن الاجتماعي، وهما مفهومان يتقاطعان ظاهرياً، لكنهما يتنافران في العمق، سواء من حيث المنطلقات الأنطولوجية أو من حيث الامتدادات السيكلوجية.

فالتضامن الوطني ليس مجرد إطار قانوني؛ بل هو تمظهر لمبدأ فلسفي- يعيد توزيع الأدوار بين الدولة والفرد، على نحو يجعل من الدولة كيانا معنوياً يتلبس بمسؤولية الجماعة، ويضطلع بوظيفة جبر الضرر، لا استناداً إلى خطأ بيروقراطي قابل للتحديد، بل انطلاقاً من وعي جماعي بأن وجود الدولة ذاته لا يستكمل إلا بتحقيق الإنصاف. من هنا، يتحوّل القاضي الإداري إلى فيلسوف عدالة، يستحضر التضامن كقيمة مؤسسة، لا كآلية قضائية فقط.

في المقابل، ينتمي التضامن الاجتماعي إلى دائرة الأنساق الرمزية التي تتغلغل في النسيج النفسي للمجتمع، إذ يقوم على شعور عضوي بالتماهي، وبالانخراط في الآخر، وعلى انفعال داخلي يترجم حس المسؤولية الوجدانية تجاه المعاناة، لا وفق قانون مكتوب، بل وفق "عقد شعوري" خفي، يتغذى من القيم، العادات، والروابط اللامرئية التي تشكل البنية اللاواعية للمجتمع.

بهذا المنظور، لا يعود التضامن الوطني سوى التعبير القانوني المؤسسي عن قلق وجودي جماعي، أما التضامن الاجتماعي، فهو الامتداد النفسي-الاجتماعي لهذا القلق، في صورة تماه إنساني.

ومن ثم، فالفصل بينهما ليس ترفاً مفاهيمياً، بل ضرورة إبستمولوجية لفهم كيف يتحول القانون من نظام تقني إلى أداة تفكيك للمعاناة، وكيف يصبح القاضي، لا مجرد مفسر للنص، بل شاهداً على آلام الجماعة.

لائحة المراجع:

أولاً: المصادر

- سورة المائدة.
- سورة التوبة.

ثانياً: الكتب.

- عبد الإله بنجيدى، المسؤولية الإدارية للدولة على أساس مبدأ التضامن الوطني، دراسة مقارنة، دار النشر المعرفة، الرباط، 2019.
- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المتضرر بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الوطني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001.

ثالثاً: الأطروحات والرسائل

- عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث لمسؤولية الدولة بدون خطأ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2009، 2008.

رابعاً: المقالات

- عبد الخالق أمغاري، مبدأ التضامن الوطني كأساس حديث لمسؤولية الدولة بدون خطأ، المجلة المغربية للعلوم القانونية والدراسات القضائية، العدد الأول، 2022.
- علاء الدين تكتري، المسؤولية الإدارية بدون خطأ، مبدأ التضامن الوطني نموذجاً، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات، عدد 141، يوليو، 2018.

خامساً: القوانين

- الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432، الصادر بتنفيذه دستور 29 يوليو 2011، منشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 5964، مكرر بتاريخ 30 يوليو 2011.

- القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414، 3 نونبر 1993، المنشور بالجريدة الرسمية في 18 جمادى الأولى 1414، "3 نونبر 1993"، عدد 4227

سادسا: القرارات والأحكام القضائية

- قرار الغرفة الإدارية لمحكمة النقض، عدد 4، الصادر في 8 يناير 2025، في ملف عدد 2013/2/2166، بين السيد رضى والدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة.
- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 5052، الصادر في دجنبر 2016، في ملف عدد 266-7112، في قضية مولاي مصطفى الإدريسي العلواني ومن معه ضد الدولة المغربية، حكم غير منشور.

سابعا: مواقع إلكترونية

- <https://hedeethenc.com> تاريخ الاطلاع 22 دجنبر 2025، على الساعة الرابعة مساء.
- معجم المعاني الجامع على الموقع الإلكتروني، www.almaany.com، تاريخ الاطلاع 17 دجنبر، 2025، على الساعة العاشرة صباحا.

المراجع باللغات الأجنبية:

♦ Article:

- Meulen.Rhoutepen.2012.solidarity.www.sciencedirect.com.Retrieved.18/12/2025
- Renate douwes.maria stuttaford and le sile London « 2018 » socaile.human rights. And collective action: www.ncbi.nih.gov.17/12/2015

♦ Web site:

- International human solidarity : www.nationaldaycalender.com.Retreved 17/12/2025.

دور التحكيم في حل الشقاق بين الزوجين:

دراسة تحليلية في ضوء الفقه الإسلامي والقانون المغربي.

The Role of Arbitration in Resolving Marital Discord: An Analytical Study in Light of Islamic Jurisprudence and Moroccan Law.

✍️ لقمان هاجو

دكتور في القانون الخاص

جامعة مولاي إسماعيل بمكناس.

✍️ حمزة خليج

أستاذ محاضر

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأبي

ملول، جامعة ابن زهر.

Abstract:

Marital disputes may escalate into conflict, hostility, or emotional detachment, creating familial instability that necessitates judicial intervention to mend relations and safeguard the family unit from further deterioration. When such intervention fails to reconcile spouses and marital life becomes untenable, divorce remains the sole means to protect the vulnerable family members.

This study examines the arbitration system between spouses, analyzing its mechanisms, efficacy in resolving persistent marital conflicts, and its jurisprudential and legal legitimacy. It further explores the procedural aspects of arbitration implementation.

The study is structured as follows:

Section One: The nature and jurisprudential/legal basis of arbitration in marital discord cases

Section Two: Arbitration procedures between spouses and their practical effectiveness

Keywords : Arbitration, Marital Discord, Islamic Jurisprudence, Family Code, Divorce, Judicial Dissolution.

الملخص:

قد يحدث بين الزوجين نزاع أو خصومة أو جفاف في المودة والرحمة، من خلاله يبرز وضع أسري فيه نوع من السجال بين صورتين النزاع والشقاق، مما يستوجب إعمال ضوابط الأمن الأسري عبر التدخل القضائي خلال هذه المرحلة لأرب الصدع، وحماية للأسرة من الدخول للنفاق المظلم الذي يمكن أن يكدر صفو عيشة أفرادها. وإذا فشل التدخل القضائي في صمادة جروح هذه الأسرة، وتعدرت الحياة الزوجية عن الاستمرار بين طرفيها الرئيسيين، فإن الإمساك بها حينذاك يصبح من باب العبث، وبطل خيار التطبيق السبيل الوحيد لحماية أمن أفراد هذه الأسرة التي يمكن وصفها بالمهددة.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهمية نظام التحكيم بين الزوجين، وإبراز الوسائل والكيفية التي يتم بها ومدى نجاعتها في حل الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين، من خلال الوقوف على ماهيته ومدى مشروعيته فقها وقانونا، وبيان الإجراءات التي يتم بها.

وعليه سيتم اعتماد التقسيم التالي:

- المبحث الأول: ماهية التحكيم بين الزوجين عند الشقاق ومشروعيته
- المبحث الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين عند الشقاق ومدى فعاليتها
- كلمات مفتاحية:** التحكيم، الشقاق، الفقه الإسلامي، مدونة الأسرة، الطلاق، التطبيق.

مقدمة

تعتبر الأسرة المبنية على الزواج الشرعي الخلية الأساسية للمجتمع، وإن من أهم ثمرات الزواج، إقامة حياة أسرية آمنة مستقرة ومطمئنة، مبنية على المودة والرحمة والإحسان والعفاف بين الزوجين.

إلا أنه قد تشهد الحياة الزوجية في بعض الأحيان خلافات ونزاعات بين الزوجين، وتتصعد نوعا ما العلاقة بينهم، وهي حالات كان من الواجب مواجهتها بسلام القضاء، حتى لا يصل الخلاف والنزاع إلى مستوى الشقاق والفرقة، وهو ما فرض على المشرع المغربي أن ينتقل بالدور القضائي في مجال المنازعات الأسرية من الدور التقليدي إلى الدور العصري الإيجابي، الشيء الذي يشكل تحولا إيجابيا في فلسفة المشرع الأسري⁽¹⁾، إذ من شأنه أن يساهم في حماية مؤسسة الأسرة من كل أسباب وعوامل التفكك والشقاق، والمحافظة على بنيانها من كل التصدعات التي تعرضها للانحيار، الذي تنجم عنه آثار سلبية على الزوجين والأبناء والمجتمع ككل. وفي هذا السياق يأتي دور التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق كآلية شرعية وقانونية لحل هذه النزاعات والحفاظ على استمرار العلاقة الزوجية قدر الإمكان.

موضوع التحكيم بين الزوجين عند الشقاق يكتسي مكانة بالغة في الدراسات الفقهية والقانونية والاجتماعية، لكونه لا يعد مجرد إجراء شكلي، بل يعتبر خطوة مهمة لتحقيق الصلح بين الأزواج. وقد أولى الفقه الإسلامي هذه الآلية عناية خاصة، وجعلها من بين الحلول المقترحة للصلح بين الزوجين عند نشوب الخلاف والنزاع بينهما، حفاظا على قدسية ميثاق الزواج، ودرا لمفاسد التي قد تنجم عن الوصول لمرحلة التطليق بسبب الشقاق.

وإن فعالية التحكيم بين الزوجين عند الشقاق تتأرجح بين كونه يعتبر آلية شرعية وقانونية لتحقيق الصلح، وبين التحديات التي تواجه تطبيقه في الواقع العملي، مما يثير التساؤل حول

(1) لقد كانت مجالات التدخل القضائي في ظل النظام القانوني السابق المتعلقة بالأحوال الشخصية، ضيقة لا تتعدى الإشراف على محاولة الصلح عند طلب الإذن بالطلاق من طرف قاضي التوثيق وحالة التطليق للضرر. (يراجع عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة سنة 2013، الصفحة 12).

مدى كفاية الإطار القانوني والإجرائي الذي ينظمه في القانون رقم (70.03) بمثابة مدونة الأسرة⁽²⁾؛ لتحقيق أهدافه المرجوة، والسبل الكفيلة بتجاوز المعوقات التي تحد من نجاعته.

لذلك سيتم الاعتماد من خلال هذه الدراسة على المنهج التحليلي، بالوقوف على ماهية التحكيم بين الزوجين عند الشقاق، وبيان مدى مشروعيتها، واستعراض الإجراءات التي يتم بها، مع تقييمها لإبراز مدى نجاعتها.

وستكون هذه الدراسة متمثلة في مبحثين:

- المبحث الأول: ماهية التحكيم بين الزوجين عند الشقاق ومشروعيتها
- المبحث الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين عند الشقاق ومدى فعاليتها

المبحث الأول: ماهية التحكيم بين الزوجين عند الشقاق ومشروعيتها

يعتبر الشقاق بين الزوجين من الأمور التي تهدد استقرار مؤسسة الأسرة، وقد شرع الإسلام مجموعة من الحلول للحد منه ومعالجته إن وقع، ومن أهم هذه الحلول نجد التحكيم، لذا يهدف هذا المبحث إلى دراسة ماهية التحكيم بين الزوجين من خلال التعرف على مفهومه شرعا وقانونا (المطلب الأول)، وإبراز مدى مشروعيتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون المغربي

يعتبر التحكيم من الوسائل البديلة لحل المنازعات، والتي تحظى بأهمية متزايدة في الشريعة والقانون. وقبل الخوض في تفاصيل التحكيم بين الزوجين، لابد من تحديد مفهوم التحكيم بشكل عام، سواء من الناحية اللغوية أو من الناحية الاصطلاحية الفقهية والقانونية.

أولاً: التحكيم في اللغة

يراد بالتحكيم في اللغة التفويض، يقال حكمت الرجل: إذا فوضت الحكم إليه، ويقال حكم فلان في كذا جعل أمره إليه وفوضه بالحكم³. والحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس

(2) ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، السنة الثالثة والتسعون، عدد 5184، الصادرة في تاريخ 5 فبراير 2004، الصفحة 418.

(3) أحمد الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، سنة 2003، الصفحة 90.

كذا وأصله المنع، يقال حكمت عليه بكذا إذ منعته من خلافه، وحكمت بين القوم فصلت بينهم وجمعه أحكام⁴.

ثانيا: التحكيم في الفقه الإسلامي

فيما يخص مفهوم التحكيم في الفقه المالكي، نجد ابن فرحون عرفه بقوله: "أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها"⁵.

وعرفه فقهاء الحنفية بأنه: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما". والمراد بالحاكم: هو ما يعم الواحد والمتعدد⁶.

وعند الشافعية عرفه الماوردي بقوله: "التحكيم أن يتحد الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا"⁷.

كما عرفه ابن قدامة من الحنابلة: "أن يحكم الخصمان رجلا يرتضيانه ليحكم بينهما فينفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي"⁸.

ثالثا: التحكيم في القانون المغربي

يشكل التحكيم على مستوى القانون المغربي إحدى الآليات البديلة لحل النزاعات، حيث يعطي للأطراف إمكانية تبادي اللجوء إلى لقضاء، وحل نزاعاتهم بطريقة مرنة وفعالة تتلاءم وطبيعة العلاقة التي تجمعهم. وفي هذا الصدد عرف القانون رقم (95.17) المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية⁹: التحكيم في مادته الأولى، حيث نص على أن: "التحكيم: عرض نزاع على هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم".

(4) مرتضى الزبيدي: تاج العروس الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1965، الصفحة 252.

(5) ابن فرحون: تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2001، الصفحة 43.

(6) علاء الدين الحصكفي: الدر المختار بحاشية رد المحتار، الجزء 3، الطبعة 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1386هـ، الصفحة 428.

(7) الماوردي: أدب القاضي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1994، الصفحة 320.

(8) ابن قدامة: المغني. الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1405هـ، الصفحة 448.

(9) ظهير شريف رقم 1.22.34 صادر في 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022) بتنفيذ القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الجريدة الرسمية عدد 7099 - 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022)، الصفحة 3579.

رابعاً: قراءة في التعريفات الفقهية والتعريف القانوني

بناء على التعريفات الفقهية والتعريف القانوني، يمكن القول:

1- إن التعاريف الفقهية والقانونية للتحكيم تتقاطع في تأكيدها على عنصر التراضي بين الخصوم، باعتباره الأساس الذي يميز التحكيم عن القضاء، فإذا كان التحكيم في جوهره تفويضاً - حسب التعريف اللغوي - للفصل في النزاع بين الأطراف بناء على مبدأ سلطان الإرادة، فإن القضاء يركز على إلزامية الاحتكام إلى القانون دون اشتراط موافقة الخصوم على القاضي الذي يتولى النظر في النزاع.

2 - على مستوى الفقه الإسلامي

يمكن ملاحظة أن التعريفات الفقهية المقدمة، رغم تباينها الجزئي بين المذاهب، تشترك في الإشارة إلى أن التحكيم يتمثل في تفويض الخصمين لشخص يرتضيانه للفصل بينهما، سواء عبر لفظ "تحكيم" عند المالكية والحنابلة، أو "تولية" عند الحنفية، أو "اتحاد الخصمين" عند الشافعية. والاختلاف هنا ليس جوهرياً، بل هو تباين في الصياغة والمصطلح، في حين أن المضمون يظل ثابتاً في كونه عقداً يركز على اتفاق الطرفين على شخص الحكم.

غير أن الفقه الإسلامي لم يقف عند الإطار العام للتحكيم، بل توسع في مناقشة بعض الإشكالات الجوهرية التي تميز التحكيم عن القضاء، مثل:

- نطاق التحكيم: هل يقتصر على الأموال وما في معناها كما ذهب إليه المالكية، أم يشمل جميع المنازعات كما عند الحنابلة؟
- سلطة الحكم: هل يملك الحكم نفس صلاحيات القاضي في تنفيذ الحكم أم لا؟
- طبيعة الحكم: هل يقتصر دوره على الإصلاح أم يمكن أن يمتد إلى التفريق بين الزوجين عند النزاع الأسري؟

وهذه الإشكالات تعكس تطور النظر الفقهي في التحكيم، لا سيما في سياقات النزاعات الأسرية التي تتميز بخصوصية تتجاوز النزاعات المالية المحضة.

3 - على مستوى القانون المغربي

أما من الناحية القانونية، فقد عرف المشرع المغربي التحكيم كما سبق أعلاه بأنه "عرض نزاع على هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم". وهذا التعريف ينسجم مع المفهوم الفقهي العام للتحكيم، إلا أنه يبرز في ذات الوقت الجانب المؤسسي للتحكيم كآلية بديلة لحل النزاعات، ويؤكد على مرونته وفعاليتها مقارنة بالإجراءات القضائية.

4 - التمييز بين التحكيم العام والتحكيم الأسري

من الجدير بالتنبيه أن التعريفات السابقة تناولت التحكيم بمفهومه العام، دون التمييز بين التحكيم في النزاعات المالية والتحكيم في القضايا الأسرية، حيث يتميز هذا الأخير بخصوصية تتعلق بطبيعة النزاع نفسه، الذي يمس العلاقة الزوجية باعتبارها ميثاقا غليظا، مما يستلزم مراعاة الأبعاد الاجتماعية والأسرية عند الفصل فيه.

وعليه، فإن التحكيم الأسري، كما في حالات الشقاق بين الزوجين، يختلف عن التحكيم المالي، وذلك من حيث:

- **الهدف الأساسي:** فالتحكيم المالي يهدف إلى تسوية الخلافات المادية بين الأطراف، بينما التحكيم الأسري قد تكون غايته الإصلاح بين الزوجين قبل اتخاذ أي قرار بالفصل بينهما.

- **مدى سلطة الحكمين:** حيث يحتدم الخلاف الفقهي حول ما إذا كان للحكمين في النزاع الأسري سلطة التفريق بين الزوجين أم أن مهمتهما تنحصر في الإصلاح فقط.

ولعل سبب الاختلاف الفقهي بخصوص مهمة الحكمين في التفريق بين الزوجين يرجع إلى الاختلاف في النظر إلى صفة الحكمين؛ فمن نظر إليهما على أنهما وكيلان للزوجين حصر مهمة الحكمين في التوفيق دون التفريق، وهو مذهب الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية، ومن نظر إليهما على أنهما حاكمان وليس وكيلين جعل من مهمتهما التفريق إن تعذر التوفيق وهو مذهب المالكية وإبراهيم النخعي من الحنفية وابن القيم من الحنابلة، وقد شدد هذا الأخير النكير على من اعتبر الحكمين وكيلين فقال: "والعجب كل العجب ممن يقول: هما وكيلان

لا حاكمان والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كان وكيلين لقال: فليبعث وكيلًا من أهله ولتبعث وكيلًا من أهلها"¹⁰.

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم فقها وقانونا

بعد استعراض مفهوم التحكيم، تقتضي هذه الدراسة الوقوف على مشروعية التحكيم سواء من في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي المتمثل في مدونة الأسرة المغربية، لذا يهدف هذا المطلب إلى استجلاء الأدلة الشرعية والقانونية التي تثبت مشروعية التحكيم، وتؤسس لاعتماده كآلية فعالة لحل النزاع المتمثل في الشقاق بين الزوجين، بما يضمن تحقيق العدل ورفع الضرر.

1 - دليل مشروعية التحكيم من القرآن الكريم

دليل مشروعية التحكيم في القرآن الكريم هو قوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"¹¹.

ووجه الدلالة أن الآية جاءت صريحة بجواز التحكيم بين الزوجين ومشروعيته عند الاختلاف والشقاق قال القرطبي رحمه الله تعالى: "إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم، وليس كما يقول الخوارج أنه ليس التحكيم لأحد سوى الله تعالى. وهذه كلمة حق ولكن يريدون بها الباطل"¹².

2 - دليل مشروعية التحكيم من السنة النبوية

دلت السنة النبوية على جواز التحكيم عموماً، من ذلك ما روي عن شريح رضي الله عنه قال: يا رسول الله إن قومي إن اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني والفرقان فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما أحسن هذا"¹³.

(10) الطيب لمنوار: البعد الوظيفي للفقه العملي المنطلق والهدف، الطبعة الأولى، مطابع الرباط نت، سنة 2021، الصفحة 186.

(11) سورة النساء، الآية 35.

(12) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، مكتبة الصفا، القاهرة، سنة 2004، الصفحة 179.

(13) عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، تقديم عبد الله بن عبد المحسن التركي، حققه وأخرج أحاديثه حسن عبد المنعم شلبي، حديث رقم: 5907، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 2001، الصفحة 403.

وروي أن الرسول قبل تحكيم سعد بن معاذ في بني قريظة حيث قال: "إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإني أحكم أن تقتل المقاتلة وأن تُسبى الذرية، قال: لقد حكمت فيهم بحكم الملك"¹⁴، وفي هذا دلالة واضحة على مشروعية التحكيم¹⁵.

3 - دليل مشروعية التحكيم من الإجماع

عمل الصحابة رضي الله عنهم بالتحكيم، ولم يظهر لهم مخالف في ذلك، فقد تحاكم عمر وأبي بن كعب في نخل تنازعا عليه إلى زيد بن ثابت، وكذلك فعل جمع من كبار الصحابة في منازعات وقعت بينهم فكان إجماعاً¹⁶.

بناء على الأدلة من القرآن والسنة والإجماع، يتضح أن التحكيم في حالات الشقاق بين الزوجين هو وسيلة مشروعة تهدف إلى الإصلاح والحفاظ على الأسرة. هذه الأدلة توضح أن الإسلام يفضل الحلول السلمية والتفاوض البناء قبل اللجوء إلى الطلاق كحل نهائي.

4- الإطار القانوني لتعيين الحكّمين في مدونة الأسرة

نظمت المشرع المغربي مسألة تعيين الحكّمين في المواد: 82 و 94 و 95 و 96 من مدونة الأسرة، وهي آلية تهدف إلى تسوية النزاعات الزوجية بشكل ودي قبل اللجوء إلى إنهاء العلاقة الزوجية قضائياً. ويمكن إبراز هذه النصوص القانونية كما يلي:

✓ نصت الفقرة الثانية من المادة 82 من مدونة الأسرة على ما يلي: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكّمين ...".

✓ أما المادة 95 فقد جاء فيها: "يقوم الحكّمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبذل جهدهما لإنهاء النزاع.

(14) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث: 3043، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت، دمشق، سنة 2002م، الصفحة 749.

(15) سهيل الأحمد: التحكيم بين الزوجين حال النزاع والشقاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواثيق الدولية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد 5، العدد 1، دون ذكر السنة، الصفحة 254.

(16) الشوكاني: فتح القدير، تحقيق: يوسف الغوش، الطبعة الأولى، دار المعرفة بيروت لبنان، سنة 2007، الصفحة 498.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

✓ بينما المادة 96 تطرقت إلى اختلاف الحكمين في مضمون التقرير، حيث جاء فيها: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة". وعليه تكون مدونة الأسرة قد أعطت للمحكمة صلاحية تعيين حكمين من غير أن تحدد الشروط والضوابط التي ينبغي أن تتوفر فيهما، وبناء على هذا يتعين الرجوع إلى المذهب المالكي والاجتهاد طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة¹⁷.

2 - شروط الحكمين في الفقه المالكي

اشتراط المالكية في الحكمين ما يلي: أن يكونا من أهل الزوجين، والعدالة، والذكورة، والرشد، والعلم بالجمع والتفريق¹⁸، إلا أن القضاء قد لا يعير اهتماما كبيرا لهذه الشروط، إما لصعوبة توافرها مجتمعة أو لعدم أهمية بعضها، كشرط الذكورة¹⁹، ذلك أن المرأة أصبحت تبت في طلبات التطلاق للشقاق بصفتها قاضية فمن باب أولى انتدابها كحكم لاستجلاء أسباب النزاع بين الزوجين، وبالنسبة لشرط القرابة نلاحظ أن مدونة الأسرة لم تنص عليه صراحة لاحتمال أن يكون أقرباء الزوجين هم أنفسهم سبب النزاع بين الزوجين²⁰.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين عند الشقاق ومدى فعاليتها

تعتبر الأسرة عماد المجتمع، ويشكل الشقاق بين الزوجين تهديدا لاستقرارها، لذا شرعت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية آلية التحكيم كأداة إصلاحية تهدف لرأب الصدع بين

(17) تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

(18) جمال حشاش: التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، العدد 7، المجلد 28، سنة 2014، الصفحة 1749.

(19) هذا الشرط قال به بعض المالكية فقط، يراجع: جمال حشاش، المرجع نفسه، الصفحة 1750.

²⁰ السعدية مجيدي: الصلح في مسطرة التطلاق الشقاق، فضاء المعرفة القانونية، مقال منشور بموقع: www.espaceconnaissancejuridique.com، أطلع عليه يوم 4 فبراير 2025، الساعة 23:45.

الزوجين، وبناء على ذلك عمل المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة على تنظيم مجموعة من الإجراءات المتعلقة بمؤسسة التحكيم بين الزوجين، سيتم الوقوف عليها من خلال هذا المبحث (المطلب الأول)، وإبراز مدى فعاليتها من خلال تقييمها عمليا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إجراءات التحكيم بين الزوجين عند الشقاق

يعتبر الشقاق بين الزوجين من بين الظواهر الاجتماعية المقلقة التي تهدد استقرار الأسرة، حيث تنعكس آثاره على المجتمع ككل، ولواجهة هذه الظاهرة عمل المشرع المغربي على تنظيم مجموعة من الآليات القانونية التي تهدف إلى الصلح بين الزوجين قبل اللجوء إلى حل "التطليق". ويعد التحكيم أحد أهم هذه الآليات.

إذ من خلال المادتين 94 و95 من مدونة الأسرة، يتبين أنه إذا تقدم أحد الزوجين، أو هما معا، إلى المحكمة بطلب لحل نزاع عميق ومستمر بينهما يخاف منه الشقاق، فإن المحكمة تقوم بإجراء محاولة لإصلاح ذات البين، وذلك بانتداب حكمين أو من تراه مؤهلا.

والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع المغربي لم يحدد المواصفات الواجب توافرها في الحكمين، على عكس المشرعين الكويتي والمصري - مثلا، حيث إن قانون الأحوال الشخصية الكويتي يشترط من خلال المادة 128 في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم والقدرة على الإصلاح⁽²¹⁾.

الذي من خلال المادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية نجده يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما⁽²²⁾.

وبناء على أحكام المادة 400 من المدونة يمكن للقضاء الرجوع في مسألة المواصفات التي يتعين توافرها في الحكمين إلى أحكام المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في

(21) قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 والمعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، وزارة العدل، الكويت، فبراير 2011، الصفحة 40.

(22) تم تحميل القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية بمصر من الموقع الإلكتروني: www.el-borai.com، بتاريخ 11 فبراير 2025، على الساعة 13:36.

العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف، وهي الشروط التي يجب توافرها في الحكمين طبقاً لأحكام الفقه المالكي، والتي تم التطرق لها في المبحث السابق.

ويتعين على الحكمين - طبقاً لأحكام المادة 95 من مدونة الأسرة المغربية - استقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبذل الجهد لإنهاء النزاع المستحکم⁽²³⁾، فإن نتج عن المحاولة صلح بين الزوجين حرراً تقريراً ضمناً به أسباب الخلاف والحلول المتفق عليها لإنهائه.

وينجز التقرير في ثلاث نسخ، يوقع عليها كل من الحكمان والزوجان، وتتولى المحكمة تسليم نسخة من التقرير لكل واحد من الزوجين، وتحفظ الثالثة بملف النزاع بعد الإشهاد من طرفها على نجاح الصلح. أما إذا فشلت محاولة الصلح فإن يتم تحرير تقرير بذلك يرفعه الحكمان إلى المحكمة لمواصلة إجراءات التظليق⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني: تقييم مدى فعالية إجراءات التحكيم بين الزوجين عند الشقاق

إن الواقع العملي يثبت بشكل جلي وجود مجموعة من المعوقات والمشاكل التي تقف أمام فعالية مؤسسة التحكيم بين الزوجين عند الشقاق، تتعلق بمجموعة من الجوانب:

1. المعوقات المرتبطة بتعيين الحكمين

من بين المعوقات التي يمكن أن تكون عائقاً أمام فعالية مؤسسة التحكيم؛ أن المحكمة عملياً تكلف الزوجين بإحضار حكمين من أهلها، وفي الغالب لا يستجيبان لهذا الطلب، وليس للمحكمة أي وسيلة يمكن من خلالها أن تجبرهما على القيام بهذا الإجراء، ليظل إجراء معطلاً، وفي حالة الاستجابة، فإن الزوج (أو الزوجة) يقوم باختيار الشخص الذي ينتصر لموقفه ليكون حكماً من أهله، وهو ما يزيد من تعقيد المشكل والخصومة⁽²⁵⁾.

(23) ينص المشرع الكويتي أيضاً من خلال المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية أنه: "على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق، وببذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة".

(24) الدليل العملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، سنة 2004، الصفحة 71.

(25) سعيد الغلاي: التكريس القضائي لدعائم الأمن الأسري - قسم قضاء الأسرة لدى المحكمة الابتدائية بمكناس نموذجاً، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء سنة 2017، الصفحة 80.

كما أن من بين المعوقات التي يمكن أن تكون حائلاً دون نجاح آلية التحكيم، تعيين حكم يعتبر في الوقت ذاته خصماً لكونه يعتبر طرفاً في النزاع، كأن يكون مثلاً الخلاف بين الزوجة والزوج وأهله، مما يكون معه تكليف أخ الزوج مثلاً كحكم مجرد إجراء شكلي لا غير، يفرغ محاولة الصلح من فحواها.

2. المعوقات المرتبطة باستقصاء أسباب الشقاق

ويعد استقصاء أسباب الشقاق أول إجراء كلف المشرع الحكمان القيام به، وهو إجراء مهم للغاية، إذ من خلاله يمكن للحكمين فهم الأسباب الجذرية المتعلقة بالخلاف، ليمتلكا القدرة على تحديد نقاط الالتقاء وإيجاد حلول مستدامة وفعالة بدلاً من مجرد تسكين الخلاف بشكل سطحي.

وفي هذا الصدد يعتبر المشرع الأردني أكثر تدقيقاً إذ بين أن الحكمان عليهما أن يبحثا أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين؛ معهما، أو مع جيرانهما، أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقهما بمحضر يوقع عليه⁽²⁶⁾.

إلا أن مهمة استقصاء أسباب الشقاق تظل صعبة من الناحية العملية، لاسيما مع وجود فرضية تشعب الإدعاءات من كل طرف ومحاولة كل زوج تبرئة نفسه وإسناد الخطأ إلى الطرف الآخر دون توافره على وسائل إثبات في الغالب، أو لاستعصاء الإثبات في أغلب الخلافات التي تنشأ بين الأزواج⁽²⁷⁾.

3. المشاكل المرتبطة بإنجاز تقرير الصلح

هنالك مجموعة من المشاكل التي تؤدي إلى استحالة تحرير الحكمين شخصياً لتقرير الصلح نظراً لتفشي الأمية "القانونية"، مما يؤدي بالحكمين في الغالب الواقعي إلى تكليف أشخاص آخرين بتحرير هذا التقرير كالكتاب العموميين، مما نتج عنه صدور تقارير متشابهة، تستخدم فيها نماذج جاهزة لا تتغير فيها سوى الأسماء وبعض الوقائع وتجمع على فشل مساعي الصلح التي

⁽²⁶⁾ المادة 126 من القانون رقم 15 لسنة 2019 المتعلق بالأحوال الشخصية للملكة الأردنية الهاشمية، تم تحميله من الموقع الإلكتروني: www.sjd.gov.jo بتاريخ 2024/12/26 على الساعة 12:06.

⁽²⁷⁾ أحمد الخليشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، سنة 2016، الصفحة 166.

قام بها الحكماء، وبالتالي كان من الأفضل النص قانوناً على الاكتفاء بتدوين ما توصل إليه الحكماء في محضر الجلسة، وتوقيعها عليه⁽²⁸⁾.

خاتمة:

تعد دراسة موضوع التحكيم بين الزوجين في حال الشقاق من المواضيع ذات الأهمية البالغة في تحقيق استقرار الأسرة، باعتبارها النواة الأساسية للمجتمع. ومن خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة، ظهر أن التحكيم يشكل آلية فعالة تستهدف المحافظة على كيان الأسرة عبر تقديم حلول توافقية، كما تبين أن التحكيم يستند إلى أصول شرعية وقانونية، مدعومة بالنصوص القرآنية والسنة النبوية والإجماع، ويتميز بمرونته وسرعته مقارنة بالإجراءات القضائية المطولة، مع تركيزه على الإصلاح بدلاً من التفريق بين الزوجين.

غير أن مؤسسة التحكيم تواجه عدة إشكالات، أبرزها عدم وضوح الشروط الواجب توافرها في الحكمين، وانتقاد المهنية في اختيارهم، هذا ما يجعل فعاليته لا تزال محدودة بسبب غياب معايير واضحة لاختيار الحكمين، ما يجعل العملية في بعض الأحيان مجرد إجراء شكلي يفقد إلى الغاية المرجوة، لهذا لا بد من وضع معايير واضحة لاختيار الحكمين، حيث ينبغي أن ينص القانون بوضوح على المؤهلات التي يجب أن تتوفر فيهما، بما في ذلك النزاهة، الحياد، والقدرة على التمييز بين الحلول التوفيقية والفقهية والقانونية.

وفي ضوء ما سبق، يبقى التحكيم بين الزوجين عند الشقاق رهيناً بمدى التزام الأطراف بحسن النية في السعي إلى الصلح، وكفاءة الحكمين في أداء دورهما بموضوعية واستقلالية. ومن هنا فإن تطوير هذه الآلية، سواء على مستوى التشريع أو التطبيق، يظل ضرورة ملحة لتعزيز دور القضاء الأسري في الحفاظ على كيان الأسرة، وتحقيق التوازن بين مقتضيات العدل ومقاصد الشريعة الإسلامية في بناء مجتمع متماسك ومستقر.

(28) يحيى بكاي: دور الحكمين في إصلاح ذات البين بين طموح التشريع وعوائق التطبيق، أشغال الندوة الوطنية حول "مدونة الأسرة - عام من التطبيق: الحصلة والآفاق"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، فبراير 2025، الصفحة 167.

لائحة المصادر والمراجع المعتمدة

- أحمد الخمليشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، سنة 2016.
- أحمد الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، سنة 2003.
- ابن فرحون: تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2001.
- ابن قدامة: المغني، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1405هـ.
- الدليل العملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، سنة 2004.
- الطيب ثنوار: البعد الوظيفي للفقه العملي المنطلق والهدف، الطبعة الأولى، مطابع الرباط نت، سنة 2021.
- السعدية مجيدي: الصلح في مسطرة التتطبيق الشقاق، فضاء المعرفة القانونية، مقال منشور بموقع: www.espaceconnaissancejuridique.com، اطلع عليه يوم 4 فبراير 2025، الساعة 23:45.
- الشوكاني: فتح القدير، تحقيق: يوسف الغوش، الطبعة الأولى، دار المعرفة بيروت لبنان، سنة 2007.
- القانون رقم 15 لسنة 2019 المتعلق بالأحوال الشخصية للملكة الأردنية الهاشمية، تم تحميله من الموقع الإلكتروني: www.sjd.gov.jo بتاريخ 2024/12/26 على الساعة 12:06.
- القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية بمصر، تم تحميله من الموقع الإلكتروني: www.el-borai.com، بتاريخ 11 فبراير 2025، على الساعة 13:36.
- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، مكتبة الصفا، القاهرة، سنة 2004.

- جمال حشاش: التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، العدد 7، المجلد 28، سنة 2014.
- سعيد الغلاي: التكريس القضائي لدعائم الأمن الأسري - قسم قضاء الأسرة لدى المحكمة الابتدائية بمكناس نموذجا، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء. سنة 2017.
- سهيل الأحمد: التحكيم بين الزوجين حال النزاع والشقاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواثيق الدولية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد 5، العدد 1، دون ذكر السنة.
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، السنة الثالثة والتسعون، عدد 5184، الصادرة في تاريخ 5 فبراير 2004.
- ظهير شريف رقم 1.22.34 صادر في 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022) بتنفيذ القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الجريدة الرسمية عدد 7099 - 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022).
- عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، تقديم عبد الله بن عبد المحسن التركي، حققه وأخرج أحاديثه حسن عبد المنعم شلبي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 2001.
- عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة سنة 2013.
- علاء الدين الحصكفي: الدر المختار بحاشية رد المحتار، الجزء 3، الطبعة 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1386هـ.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 والمعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، وزارة العدل، الكويت، فبراير 2011.

- محمد البخاري: صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت، دمشق، سنة 2002م.
- مرتضى الزبيدي: تاج العروس الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965.
- يحيى بكاي، دور الحكمين في إصلاح ذات البين بين طموح التشريع وعوائق التطبيق، أشغال الندوة الوطنية حول "مدونة الأسرة - عام من التطبيق: الحصيلة والآفاق"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، فبراير 2025.

Sommaire

Études et Recherches

◆ Le secret professionnel médical et devoir de discrétion

✍ **Aziza ALMAGHRIBI** 5

Maître de conférences, à l'Institut Supérieur des Professions Infirmières
et Techniques de Santé (ISPITS) de Rabat

◆ L'action paulienne en droit marocain :

entre protection du gage commun et lutte contre la fraude

✍ **Ibtissam CHAFIA** 21

Avocate et chercheuse en doctorat, (Université Mohammed V -Rabat)

◆ Punir Sans Enfermer :

Les Peines Alternatives en France et au Maroc

✍ **Ramhane OUMAIMA** 45

Doctorante, à la Faculté des Sciences Juridiques de Aïn Sebaâ.

Commentaire de la décision

◆ Le contrôle de constitutionnalité et le principe de la séparation des pouvoirs

Commentaire de la décision de la Cour constitutionnelle n° 255/25 du 4 août 2025

✍ **Yassine ABIBI** 69

Docteur en Droit Public, à l'Université Mohamed V – Rabat.



Études et Recherches

Le secret professionnel médical et devoir de discrétion

Medical professional Secrecy and duty of discretion

 **Aziza ALMAGHRIBI**

Maître de conférences

à l'Institut Supérieur des Professions
Infirmières
et Techniques de Santé (ISPITS) de Rabat

Assistant Professor

at the Higher Institute of Nursing Professions
and Health Techniques
(ISPITS) in Rabat

✉ recherche2009@gmail.com

Résumé

Le secret professionnel médical concerne toutes les informations confiées, mais aussi tout ce qui a pu être vu, lu, entendu, compris, voire interprété lors de l'exercice professionnel.

Principe cardinal d'exercice de la médecine, le secret médical s'impose à tous les professionnels de santé, non seulement en vertu des Codes de déontologie et des règles d'exercice de leur profession, mais également en vertu de la loi et plus particulièrement du Code pénal qui punit le non-respect des secrets protégés par la loi. Cependant, dans l'intérêt du malade ou de la santé publique, certaines limites ou dérogations à l'absolu secret sont admises.

La violation du secret médical est *une infraction pénalement sanctionnée*. Elle peut donner lieu à *une sanction disciplinaire* puisqu'il s'agit de la violation d'une obligation professionnelle. Elle peut également donner lieu à la mise en jeu de *la responsabilité civile* du professionnel de santé, la révélation d'informations confidentielles étant de nature à causer un préjudice au patient.

Mots-clés : Secret médical, confidentialité, personnes visées, divulgation du secret, sanction, responsabilité.

Abstract

Medical Professional Secrecy concerns all entrusted information, as well as anything that may have been seen, read, heard, understood, or even interpreted during professional practice.

It is a legal and ethical obligation, enforceable by sanctions, requiring certain professionals to maintain the confidentiality of information obtained in the exercise of their profession. Confidentiality must be ensured for all data directly or indirectly related to a person's health.

Medical professional secrecy corresponds to each patient's right to privacy protection. It is both a deontological obligation, governed by regulatory texts, and a legal obligation subject to the provisions of the Penal code. This protection facilitates the establishment of a trust-based relationship between healthcare professionals and users. Respecting the confidentiality of information concerning a patient's private life is a fundamental requirement of any democratic society.

In the context of modern, patient-centered healthcare, medical confidentiality is no longer viewed solely as a duty imposed on healthcare professionals, but rather as a fundamental right of the patient.

Keywords: medical professional secrecy, criminal responsibility, confidentiality of information, disciplinary responsibility.

Introduction

De façon générale, le secret est une vérité ou un fait concernant une personne dans son intimité et qui est à garder caché parce que sa divulgation pourrait nuire à la personne et porter atteinte à ses droits.

Le secret professionnel médical concerne toutes les informations confiées, mais aussi tout ce qui a pu être vu, lu, entendu, compris, voire interprété lors de l'exercice professionnel.

C'est une obligation, sous peine de sanction, faite à certaines personnes de taire des informations recueillies dans l'exercice professionnel.

La confidentialité doit être assurée à propos de toute donnée en liaison directe ou indirecte avec la santé d'une personne¹.

Si la reconnaissance juridique du secret médical est relativement récente (*la violation de ce secret a été réprimée par l'article 446 du Code pénal marocain*), son histoire en tant que règle morale professionnelle est beaucoup plus ancienne. Son origine remonte au *Serment d'Hippocrate*², et son évolution a été fluctuante tout au cours de l'histoire. Il s'impose à toutes les professions médicales comme un impératif moral, inscrit dans les différents codes de déontologie et codes de la santé publique. Aujourd'hui, avec la multiplication des textes spécifiques, c'est toute l'activité médicale et sociale qui est de fait concernée par le secret professionnel.

Il dérive du principe de liberté personnelle fondé sur l'article 4 de la *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen* de 1789 et consacré par l'article 8 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* de 1997. Ce droit au secret médical fait également partie intégrante du droit au respect de la vie privée et l'intimité du patient.

Tous les Codes de déontologie professionnelle reconnaissent le droit à la confidentialité en exigeant le respect de tout renseignement de nature confidentielle

¹ Les informations à caractère secret peuvent porter sur des personnes ou sur des faits. En se référant à la jurisprudence, on considère, comme secret, tout ce que le professionnel a appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de son exercice professionnel.

² Le secret médical trouve son origine dans le célèbre serment d'Hippocrate qui a perduré à travers les siècles.

obtenu dans l'exercice de sa profession, y compris le Code de déontologie de la profession médicale marocain de 2021³.

Aussi, il convient d'examiner non seulement l'objet du secret professionnel médical et les personnes visées, mais également d'évoquer les dérogations les plus fréquemment posés par cette règle et les conséquences de sa divulgation.

1. Le contenu de la confidentialité

Le secret, et son corollaire, le respect de la vie privée s'imposent en milieu de soins. Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.

La source principale de cette obligation essentielle pesant sur tous les intervenants de santé est l'article 446 du Code pénal marocain, qui punit les médecins, chirurgiens ou officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes ou toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions permanentes ou temporaires, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets.

Le secret revêt, en établissement de santé, un caractère collectif, l'obligation au secret professionnel s'impose à toute personne amenée à connaître l'état de santé du malade : le médecin, l'infirmier mais aussi les autres membres des professions de santé. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe. Quelques exceptions, toutes prévues par la loi, constituent des dérogations au principe.

Le respect du secret professionnel est une obligation à la fois morale et juridique. Les soignants ont le devoir de protéger les confidences personnelles des gens qui leur ont fait confiance. C'est un devoir lié à la profession médicale à tout moment, en exercice comme en dehors.

L'objet du secret médical couvre l'ensemble des informations concernant la personne venue à la connaissance du professionnel de santé⁴, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en

³ Décret n°2-21-225 du 17 juin 2021 relatif au Code de déontologie de la profession médicale.

⁴ Tout ce qui a été vu, connu, appris, constaté, découvert ou surpris.

relation, par ses activités, avec ces établissements ou organismes⁵. Il s'agit, tout d'abord, des informations à caractère médical, mais il peut s'agir aussi d'informations à caractère administratif ou des informations qui sans être médicales ne concernent pas moins la vie privée de la personne.

Le secret couvre non seulement les informations qui sont confiées par le patient directement aux personnels soignants, mais aussi celles qui viennent à leur connaissance par d'autres moyens dans l'exercice de leurs fonctions.

L'admission d'une personne à l'hôpital est en principe une information secrète, sauf, le cas échéant, lorsque l'accident a eu lieu sur la voie publique; le médecin peut alors divulguer l'admission à la police, car l'ordre public et la sécurité publique le justifient.

L'état de santé d'une personne est une composante du domaine exclusif de sa vie privée. Ainsi, une personne peut être en droit de s'opposer à ce que son état de santé soit commenté dans un article destiné à susciter la curiosité du public ou exploité à des fins commerciales⁶.

Jugé – en France – que la photographie d'une patiente dans le cabinet d'un sexologue en vue de la publication dans une revue médicale, *même avec son consentement*, rend le médecin coupable de violation du secret médical⁷.

Plus généralement, le secret médical porte sur toute information concernant l'état physique et mental d'une personne, y compris les données génétiques. En cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave, le médecin est tenu au secret médical et ne peut donc informer les membres de la famille du patient que s'il est autorisé à y déroger par le patient lui-même⁸.

La diffusion d'une information relative à l'hospitalisation d'une personne ou du placement en hôpital psychiatrique, par exemple, constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, caractérisée par une violation du secret attaché à l'état de santé, que ne légitime aucune nécessité de l'information du public⁹.

⁵ Cela comprend tout ce que le professionnel de santé pourra incidemment connaître ou découvrir à la suite d'examen ou d'investigations auxquels il procède ou fait procéder.

⁶ CA Paris 9 juillet 1980.

⁷ C.E. fr 28 mai 1999.

⁸ A. LAUDE & B. MATHIEU & D. TABUTEAU «Droit de la santé», 2^{ème} éd. 2009.

⁹ Cass. civ. 14 décembre 1999, CA Paris préc.

Ainsi, sont couverts par le secret :

- les déclarations du malade¹⁰,
- le diagnostic médical,
- les thérapeutiques,
- les dossiers et autres¹¹.

Toutes divulgations, en dehors des circonstances autorisées ou permises par la loi, sont sanctionnables.

De surcroît, l'obligation du respect de secret médical ne cesse pas en cas de radiation du professionnel de l'ordre.

2. Les personnes visées

Le secret est large par les personnes qu'il concerne. Tout intervenant dans le système de santé est tenu à la confidentialité.

L'énumération des personnes visées par l'article 446 du Code pénal marocain est suffisamment large pour en déduire que *tout intervenant* est concerné par cette disposition. De façon générale, toute personne qui exerce une profession dans le domaine de la santé est soumise à cette disposition¹².

Le patient peut désormais exiger le respect du droit au secret à tous les professionnels qui interviennent dans le système de santé, c'est-à-dire de l'ensemble des praticiens quel que soit leur lieu d'exercice, et des personnels paramédicaux qui participent à l'information dans leur domaine de compétence¹³.

Ainsi, les gens qui sont tenus de respecter le secret professionnel sont de deux catégories.

¹⁰ Cela comprend aussi bien ce que le patient a expressément dit ou confié.

¹¹ De nombreuses informations non strictement médicales, mais ayant un rapport indirect avec l'état de santé du patient, sont ainsi visées : renseignements financiers, psychologiques, portant sur les relations conjugales ou familiales...

¹² Sont ainsi notamment visés les dentistes, les infirmiers, les ambulanciers, les kinésithérapeutes, le personnel soignant et paramédical, les directeurs d'établissements et le personnel administratif.

¹³ Il s'agit, en bref, toute personne qui, à raison de son activité professionnelle dans un établissement de santé, doit nécessairement avoir connaissance de documents et renseignements couverts par le secret professionnel. Et même, toute personne amenée à intervenir dans le cadre des diverses instances de la sécurité sociale en matière de soins de santé, notamment en vue du remboursement des frais médicaux et du contrôle de ceux-ci.

2.1. les soignants

- Les médecins traitants¹⁴, les étudiants en médecine en stage, les externes, les internes en milieu hospitalier;
- Les infirmiers¹⁵, les étudiants infirmiers en stage (toutes spécialités), les sages-femmes, les orthopédistes, les orthophonistes et tous les professionnels qui contribuent aux soins;
- Les dentistes, les pharmaciens¹⁶, les psychologues, les diététiciens;
- Les laboratoires d'analyses et leurs laborantins, les préparateurs en pharmacie, ect.

Il est bien à signaler que l'article 446 précité s'applique à tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation du secret confié, soit que les faits qu'ils apprennent ainsi sous le sceau du secret leur aient été confiés par des particuliers, soit que leur connaissance provienne de l'exercice d'une profession aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, imprime le caractère confidentiel et secret.

2.2. les non-soignants

L'obligation de la confidentialité ne se limite pas aux personnels apportant leur concours à la délivrance des soins, elle s'impose à tout membre du personnel des établissements ou organismes concernés et à toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes.

Certaines personnes peuvent connaître l'état de santé d'un patient, en dehors de tout contexte de soins, comme par exemple :

- le personnel hospitalier (le personnel administratif),
- la secrétaire médicale,
- l'assistante sociale,

¹⁴ Article 11 du décret n°2-21-225 du 17 juin 2021 relatif au Code de déontologie de la profession médicale.

¹⁵ Article 14 du dahir n°1-16-82 du 22 juin 2016 portant promulgation de la loi n°43-13 relative à l'exercice des professions infirmières (B.O du 15/09/2016).

¹⁶ Articles 6 et 7 du décret n°2-63-486 du 26 décembre 1963 approuvant et rendant applicable le Code de déontologie des pharmaciens (B.O du 07/01/1964, p.82).

- De même, les praticiens-conseils et les personnels des Caisses de Sécurité Sociale qui sont amenés à avoir connaissance d'un certain nombre de documents comportant des informations pouvant leur donner des indications sur l'état de santé de l'assuré social sont également soumis au secret professionnel.

Il est étendu le secret médical aux bénévoles pouvant intervenir pour apporter un soutien à toute personne accueillie dans l'établissement de santé.

L'étendue du secret médical à l'égard des représentants du mineur ou du majeur incapable, afin de pouvoir garder le secret sur son état de santé.

3. Exceptions et limites au respect de la confidentialité

Principe cardinal d'exercice de la médecine, le secret médical s'impose à tous les professionnels de santé, non seulement en vertu des Codes de déontologie et des règles d'exercice de leur profession, mais également en vertu de la loi et plus particulièrement du Code pénal qui punit le non-respect des secrets protégés par la loi. Cependant, dans l'intérêt du malade ou de la santé publique, certaines limites ou dérogations à l'absolu secret sont admises.

3.1. les exceptions fondées sur l'ordre de la loi

Il s'agit ici de véritables dérogations au principe du secret, et dont le fondement repose soit sur la protection de la personne elle-même, soit sur la protection de la société.

Le secret médical ne s'impose pas lorsque la loi oblige le médecin à faire connaître des secrets. Certaines dispositions légales ou réglementaires prévoient dès lors des exceptions ou des dérogations à la règle du secret et contraignent les praticiens à révéler les informations médicales dont ils ont connaissance, la divulgation étant parfois subordonnée à l'accord du patient concerné, et généralement motivée par des raisons d'ordre public. On en mentionnera quelques exemples.

Certains textes obligent le médecin, notamment pour des raisons de santé publique, à communiquer des informations médicales relatives à son patient. C'est ainsi par exemple que la loi impose parfois au médecin de déclarer à «l'officier de l'état civil» les naissances ou les décès¹⁷.

¹⁷ La loi impose aux médecins de déclarer les naissances à l'officier de l'état civil, à supposer que le père ou la mère de l'enfant, ou un autre membre de la famille, ne le fasse pas.

De même, dans le cadre de la lutte contre les épidémies ou les fléaux sociaux¹⁸, le médecin est tenu de procéder à un certain nombre de déclarations ou de transmissions obligatoires comme par exemple celle des maladies nécessitant une intervention urgente locale, nationale ou internationale ou dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique¹⁹.

Ainsi, pour le maintien de l'ordre, l'admission sans le consentement du malade, sur demande d'un tiers ou en hospitalisation d'office dans un établissement spécialisé, se fait à partir de certificats médicaux nominatifs et circonstanciés décrivant les troubles.

3.2. le secret partagé

Dans l'intérêt du patient, il est également autorisé dans des conditions très restrictives que les professionnels de santé puissent déroger au secret médical et échanger des informations relatives au malade.

Il est reconnu la possibilité du partage de secret entre les professionnels, à la condition que l'échange d'informations permette d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible.

En conséquence, elle est limitée aux professionnels de santé intervenant directement dans la prise en charge du patient, qui sont connus et pour lesquels le patient autorise l'échange d'informations.

Il s'agit ici d'une présomption, et le consentement du patient n'a pas nécessairement à être requis avant tout partage d'informations.

Le partage de l'information ne se justifie que dans l'intérêt du patient et seulement à l'intérieur de la structure de soins figurant au sein d'un établissement de santé.

3.3. le cas où le médecin est entendu comme «témoin»

L'hypothèse principalement visée est naturellement celle du médecin appelé à témoigner dans le cadre d'un procès qui ne le concerne pas, par exemple,

¹⁸ La protection de la santé publique implique la communication par le médecin des cas de maladies transmissibles qu'il est amené à constater, ainsi que des maladies sexuellement transmissibles.

¹⁹ Pour des raisons de santé publique : déclaration des maladies contagieuses visant des affections qui nécessitent une intervention urgente ou dont la surveillance est nécessaire à la santé publique.

détermination de l'existence d'une maladie mentale chez l'auteur d'un crime ou chez un testateur, ou plus généralement toute information médicale requise dans le cadre d'un procès pénal ou en responsabilité à la suite d'un accident.

Un témoignage est une déclaration verbale, faite devant un juge d'instruction ou un juge du fond (civil ou pénal), par laquelle on déclare ce qu'on a constaté ou ce qu'on sait de par sa profession et ses compétences. Cela ne concerne donc notamment pas les renseignements demandés par les forces de police; il est également permis de ne pas considérer comme un témoignage les renseignements demandés par le Parquet au stade de l'information préliminaire²⁰.

3.4. le cas où le médecin est mis en cause

Ces dérogations à l'obligation de secret visent à renforcer la protection des personnes dont notamment l'intégrité physique et morale serait menacée. De même, la jurisprudence accorde au «médecin poursuivi en justice» la possibilité d'assurer sa défense en révélant, si besoin est, des éléments normalement couverts par le secret professionnel²¹.

La jurisprudence dispense le médecin de respecter le secret professionnel lorsqu'il doit se défendre dans un procès où il est *personnellement mis en cause*, par exemple, litige de responsabilité médicale.

Ceci ne vise pas les procès où le médecin est demandeur (par exemple : réclamation d'honoraires), ou qui portent sur des faits non directement liés à sa profession, par exemple, reproche de fraude fiscale, ect.

Il importe en effet de ne pas concevoir le secret médical de façon trop large, ce qui reviendrait à attribuer un privilège à une catégorie déterminée de personnes, avec comme conséquence (illicite) l'impunité des infractions commises par les médecins dans le cadre de leurs activités professionnelles.

La *jurisprudence belge* comporte à cet égard un certain nombre de décisions importantes, elle a indiqué par ailleurs que si la production des dossiers médicaux est nécessaire, aussi bien pour permettre à la victime de tenter de prouver les fautes qu'elle reproche aux médecins que pour permettre à ceux-ci de se défendre dans le cadre de cette action en responsabilité, il convient toutefois de laisser au Conseil de

²⁰ G. GENICOT «Droit médical et biomédical», Ed. Larcier 2010.

²¹ CE 13 janvier 1999.

l'Ordre des médecins le soin de déterminer les pièces qui seront communiqués aux experts²².

La présence d'un représentant du Conseil précité lors d'une perquisition effectuée chez un médecin, suspecté d'avoir commis une infraction professionnelle, est toutefois requise afin de garantir de secret professionnel; elle a pour but que seuls les documents qui se rapportent à l'infraction fassent l'objet d'une saisie.

3.5. la famille du patient

Une information relative à la santé du patient peut parfois être transmise à ses proches. Toutefois, cette dérogation au secret médical ne joue que dans l'hypothèse où le médecin vient à formuler un diagnostic ou pronostic grave sur l'état de son patient.

Seule la gravité justifie la levée de la dérogation au secret médical à destination de la famille, des proches de la personne malade ou de la personne de confiance qui peuvent recevoir les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Cette dérogation doit répondre à une finalité précise qui est l'intérêt direct de l'intéressé.

3.6. les ayants droit

Le secret médical peut être levé lorsque les ayants droit demandent des informations concernant une personne décédée. Toutefois, ces informations ne pourront leur être transmises que si elles sont nécessaires à la connaissance des causes de la mort, ou à la défense de la mémoire du défunt ou pour faire valoir leurs droits. Mais, la personne décédée a pu exprimer une volonté contraire et s'être opposée de son vivant à ce que ces informations soient transmises par la suite à ses ayants droit.

4. Les conséquences de la divulgation du secret professionnel médical

La distinction entre ce que le médecin peut révéler et ce qu'il doit taire n'est, en pratique, pas toujours facile à opérer. Comme de coutume, dans le doute, il aura intérêt à se montrer prudent et donc discret. En effet, il n'est pas facile de déterminer si les faits confiés par le patient doivent être tenus secrets; c'est à ce sujet que les discussions sont les plus vives. On tend à recourir à une notion abstraite de (critères et normes généralement admis), qui déterminera si une donnée revêt un

²² Voir. Civ. Bruxelles 7 mars 1988.

caractère secret, c'est-à-dire ne doit pas être dévoilée à des tiers; mais cette notion, contingente, varie selon les circonstances, le contexte, le motif pour lequel le médecin a été consulté²³.

Pour qu'il y ait une violation du secret médical au sens de la loi pénale, il faut que le secret soit venu à la connaissance du professionnel de santé en raison de cette qualité et dans le cadre de l'exercice de sa profession.

La violation du secret médical est donc *une infraction pénalement sanctionnée*. Sur le plan déontologique, l'article 10 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine garantit au patient le droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé.

Les professionnels de la santé sont responsables de leurs actions et de leurs décisions. Ils doivent assumer la responsabilité des conséquences de leurs choix et agir dans l'intérêt du bien commun. Cela inclut la responsabilité envers les malades, les employeurs, la société et la profession elle-même.

La violation du secret médical peut donner lieu à *une sanction disciplinaire* puisqu'il s'agit de la violation d'une obligation professionnelle.

Elle peut également donner lieu à la mise en jeu de *la responsabilité civile* du professionnel de santé, la révélation d'informations confidentielles étant de nature à causer un préjudice au patient.

La responsabilité médicale est l'obligation pour un professionnel de santé ou un établissement de soins de réparer les dommages causés au patient à l'occasion d'un acte médical et d'en assumer les conséquences.

Au Maroc, il n'existe pas de règles propres à la responsabilité médicale, ce sont plutôt les règles du droit commun qui s'appliquent.

4.1. La responsabilité pénale du professionnel de santé

Depuis toujours, la responsabilité pénale est un terme qui ne soulève aucune ambigüité dans son interprétation, par opposition à la responsabilité civile ou la responsabilité disciplinaire. La responsabilité pénale est un type de responsabilité qui accompagne tout type de responsabilité médicale dans les cas où les conditions d'engagement de la responsabilité pénale sont réunies. Elle se traduit, si cette responsabilité est reconnue, par une peine, par une sanction qui sera prononcée

²³ G. GENICOT, précité.

contre le professionnel de santé qui aura été jugé et reconnu coupable d'avoir commis une infraction.

Cette responsabilité résulte d'une faute professionnelle qualifiée d'infraction à la loi pénale. Elle met en jeu les rapports entre la société et celui qui transgresse ses ordres et ses interdits. C'est toujours dans l'esprit de sauvegarde de la sécurité des personnes et des biens, et de l'ordre social contre les agissements pouvant le troubler que la loi pénale intervient pour déterminer et constituer en infractions les faits de l'homme.

La responsabilité pénale²⁴ est gouvernée par *le principe de la légalité* selon lequel il n'y a pas d'infraction ni peine *sans un texte légal qui le précise*.

Il s'agit d'une responsabilité personnelle «Nul n'est responsable que de son propre fait»²⁵. Telle est la règle du Code pénal, nul ne répond des fautes des autres, la peine sera infligée au professionnel de santé lui-même.

Nul ne peut donc comparaître à la place de l'infirmier, par exemple, sous prétexte qu'il est son supérieur hiérarchique ou son employeur, si une faute lui est personnellement reprochée.

Par application du principe de la légalité des délits et des peines, cette responsabilité ne peut être mise en œuvre que sur la base d'une faute dument constatée par le juge pénal et conforme à une certaine qualification donnée par les textes du Code pénal.

Il y a violation du secret professionnel, lorsqu'il y a révélation intentionnelle et délibérée. Elle est passible d'une peine d'emprisonnement et d'amende.

L'article 446 du Code pénal marocain dispose que *«les médecins, chirurgiens ou officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes ou toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions permanentes ou temporaires, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets, sont punis de l'emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de mille deux cent à vingt mille dirhams»*.

²⁴ La mise en œuvre de la responsabilité pénale a pour objectif en principe de sanctionner l'auteur d'un dommage subi par autrui, portant également atteinte à la société. L'acte met en cause l'ordre social. En pratique, dans le domaine médical, les actions de cette nature restent peu nombreuses malgré l'augmentation régulière du nombre des plaintes.

²⁵ Article 126 du Code pénal marocain.

Le secret professionnel auquel l'article précité soumet les praticiens de l'art de guérir vise avant tout *la protection du patient*. Il repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui doivent se confier aux médecins et de permettre à chacun d'obtenir les soins qu'exige son état, quelle qu'en soit la cause, dans la discrétion.

Dans un établissement de santé, la mise en œuvre de la responsabilité pénale peut concerner toute personne qui y exerce une fonction, quelle que soit celle-ci. Le cas du médecin est le plus fréquemment cité, mais le directeur de l'établissement peut être concerné comme l'infirmier, le pharmacien, la sage-femme, la surveillante générale, l'aide soignante, ect.

4.2. La responsabilité civile

En matière civile, la responsabilité est l'ensemble de règles qui obligent le responsable du dommage causé à autrui de réparer ce dommage, en offrant à la victime *une compensation pécuniaire*.

Toute personne, y compris le professionnel de santé, est responsable de ses actes. En effet, elle est responsable des dommages causés à autrui. Cette responsabilité dite «civile» consiste à réparer le dommage²⁶.

L'article 77 du dahir des Obligations et Contrats (DOC) marocain stipule que «*Tout fait quelconque, de l'homme qui cause à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe*».

Pour que la responsabilité civile médicale puisse être établie, un certain nombre de conditions doivent être remplies :

- une faute doit être commise,
- un dommage (matériel, corporel ou moral),
- un lien de causalité direct entre la faute et le dommage subi.

La faute constitue le fondement de la responsabilité, en ce sens que la réparation du préjudice est conditionnée par l'existence de la faute.

Il s'agit d'une anomalie dans le comportement du praticien manifestée par une insuffisance professionnelle de savoir, ou de compétence ou d'un manquement à une obligation préexistante.

²⁶ C'est une obligation légale, pour toute personne, de réparer les dommages causés à autrui soit par sa négligence, son imprudence ou par l'action d'autrui.

Le législateur marocain a donné une définition générale de la faute. C'est ainsi qu'elle est définie par l'article 78 du DOC qui dispose que *«la faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage»*.

Après avoir défini la faute d'une manière générale, il y a lieu de la définir en matière médicale, elle est définie comme étant un manquement dans l'exercice de l'activité médicale. En fait, c'est une anomalie de conduite que n'aurait pu faire un professionnel normalement diligent et compétent placé dans les mêmes circonstances.

La faute étant établie, il est alors nécessaire de prouver que cette faute engendre un dommage, qui est l'élément indispensable à la mise en jeu de toute action civile. Ce n'est là, que l'application du principe consacré par le droit civil marocain, selon l'adage *«pas d'intérêt, pas d'action»*.

Sans l'existence d'un dommage déterminé, on ne peut imaginer un intérêt pratique dans la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile. Cependant, même si une faute personnelle est prouvée contre un professionnel de santé, elle ne peut entraîner sa responsabilisation que si le demandeur a subi un dommage.

Le dommage peut être distingué selon sa nature en dommage matériel, c'est-à-dire le bénéfice perdu ou toute perte patrimoniale, et dommage moral, c'est-à-dire l'atteinte aux valeurs extrapatrimoniales d'une personne. Quel que soit sa nature, le préjudice réparable doit remplir un certain nombre de conditions : il doit être certain, personnel et direct.

Ainsi, le lien de causalité signifie que le patient doit démontrer, avec certitude, que c'est la faute du professionnel de santé qui a provoqué le préjudice en cause. Pour faciliter la tâche à la victime, tous les moyens sont juridiquement admis, *tels que les expertises, le témoignage, etc.*

4.3. La responsabilité disciplinaire

A côté des responsabilités pénale et civile, il y a aussi la responsabilité disciplinaire qui existe dans tous les types d'établissements de santé.

Qu'il y ait poursuite civile ou pénale, des sanctions disciplinaires peuvent être prises en application des règles déontologiques par les instances professionnelles (fonction des ordres professionnels).

La faute disciplinaire est tout manquement aux obligations du fonctionnaire. La responsabilité est indissociable à la notion de la faute professionnelle qui l'engage. Toutefois, la définition et formes de la faute professionnelle est toujours ambiguë dans la législation marocaine, on trouve quelques notions liées à la faute surtout dans le SGFP.

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire sont sujettes aux dispositions de l'article 17 du Statut Général de la Fonction Publique *«Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par le code pénal»*.

De même, et conformément à l'article 65 du même texte, le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité hiérarchique qui détient le pouvoir de nomination, en l'occurrence, le Ministère de la Santé. Toutefois, la procédure disciplinaire repose sur le principe de l'intervention du conseil disciplinaire qui émet l'avis motivé sur la sanction selon la gravité de la faute.

Le Statut Général de la Fonction Publique constitue la base juridique de la responsabilité disciplinaire des professionnels du Ministère de la Santé. Il énumère, à travers ses dispositions, les différentes obligations et devoirs du fonctionnaire.

En cas de faute, l'administration peut mener une procédure disciplinaire comportant les sanctions prévues par le SGFP.

Selon l'article 66 du SGFP, les sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires comprennent par ordre croissant de gravité :

- *l'avertissement,*
- *le blâme,*
- *la radiation du tableau d'avancement,*
- *l'abaissement d'échelon,*
- *la rétrogradation,*
- *la révocation sans suspension des droits à pension,*
- *la révocation avec suspension des droits à pension».*

Il existe, en outre, deux sanctions d'un caractère particulier :

- l'exclusion temporaire privative de toute rémunération, sauf les prestations familiales, pour une durée qui ne peut excéder six mois,
- la mise à la retraite d'office.

Le non-respect des devoirs déontologiques constitue une faute disciplinaire au sens du Code des professions de santé. Ce sont les autorités hiérarchiques qui sont capables d'évaluer le comportement pour préciser s'il s'agit d'une faute qui nécessite le déclenchement de la poursuite disciplinaire.

Conclusion

Pour conclure, nous constatons que le secret professionnel médical correspond au droit à la protection de la vie privée de chaque patient. Il constitue à la fois une obligation déontologique, dont les modalités d'application font l'objet de textes réglementaires, et une obligation juridique régie par les dispositions du Code pénal. Cette protection facilite l'instauration d'une relation de confiance entre les professionnels de santé et les usagers.

Le respect de la confidentialité des informations concernant la vie privée du patient est une exigence fondamentale de toute société démocratique.

Plus précisément, dans une conception aujourd'hui humaniste des droits du malade, le secret médical n'est plus conçu comme une obligation pesant sur le professionnel de santé, mais comme un véritable droit du malade.

L'action paulienne en droit marocain : entre protection du gage commun et lutte contre la fraude

The Paulian Action in Moroccan Law: Between the Protection of the Common Pledge and the Fight Against Fraud

 **Ibtissam CHAFIA**

Avocate et chercheuse en doctorat
(Université Mohammed V -Rabat)

Lawyer and Doctoral Researcher
(Mohammed V University - Rabat)

Résumé exécutif

Cet article soutient que l'action paulienne constitue un mécanisme central, bien que peu réglementé, pour la sauvegarde des droits des créanciers dans le cadre juridique marocain. Bien qu'elle soit absente d'une codification explicite dans le Code des obligations et des contrats marocain, elle tire son autorité normative des principes généraux consacrés par la jurisprudence nationale. L'étude démontre que l'action paulienne fonctionne comme un recours juridique stratégique contre les actes frauduleux destinés à réduire le patrimoine du débiteur, compromettant ainsi le gage commun des créanciers.

À travers une analyse structurée, l'article examine les conditions régissant cette action, en insistant particulièrement sur l'élément de fraude du débiteur, dont le poids juridique prévaut souvent sur les autres exigences relatives au créancier demandeur et au tiers à l'acte contesté. La pratique judiciaire marocaine est évaluée de manière critique à la lumière d'éléments comparatifs issus d'autres systèmes de droit civil, révélant des convergences dans la protection des créanciers et des divergences quant à la rigueur procédurale.

La conclusion affirme que, malgré sa présence législative marginale, l'action paulienne joue un rôle préventif et réparateur essentiel dans la lutte contre la fraude patrimoniale. Un renforcement de sa clarté doctrinale et une harmonisation de son application avec les meilleures pratiques comparatives pourraient contribuer de manière significative à consolider la protection des créanciers au Maroc.

Mots-clés : Action paulienne – Protection des créanciers – Fraude du débiteur – Jurisprudence marocaine – Droit civil comparé – Actifs patrimoniaux

Executive Summary

This article argues that the action paulienne constitutes a pivotal yet underregulated mechanism for safeguarding creditors' rights within the Moroccan legal framework. Although absent from explicit codification in the Moroccan Code of Obligations and Contracts, it derives normative authority from general principles upheld by national jurisprudence. The study demonstrates that the action paulienne operates as a strategic legal remedy against fraudulent acts designed to diminish the debtor's patrimonial assets, thereby undermining the common pledge of creditors.

Through a structured examination, the paper analyses the conditions governing the action, with particular emphasis on the element of debtor fraud, whose legal weight often prevails over other requirements concerning the claimant creditor and the third party to the contested act. Moroccan judicial practice is critically assessed in light of comparative insights from other civil law jurisdictions, revealing convergences in protecting creditors and divergences in procedural rigor.

The conclusion affirms that, despite its marginal legislative presence, the action paulienne plays an essential preventive and remedial role in combating patrimonial fraud. Enhancing its doctrinal clarity and harmonizing its application with comparative best practices could significantly strengthen creditor protection in Morocco.

Keywords : Action paulienne- Creditor protection- Debtor fraud- Moroccan jurisprudence- Comparative civil law- Patrimonial assets.

Introduction

L'action paulienne, bien qu'issue de la tradition civiliste, s'impose comme une réponse juridique essentielle face aux comportements frauduleux du débiteur visant à organiser son insolvabilité. En droit marocain, bien qu'elle ne soit pas expressément consacrée dans le Code des obligations et contrats, elle trouve sa légitimité dans des principes généraux admis par la jurisprudence.¹

Cette action permet au créancier de rendre inopposables les actes effectués en fraude de ses droits, notamment lorsqu'il s'agit de dilapider le patrimoine du débiteur. Elle se situe donc à la croisée de plusieurs logiques : protection du gage commun, efficacité de la créance, et prévention de l'abus de droit.

Ce travail entend revisiter les conditions d'exercice de l'action paulienne en droit marocain à travers une lecture à la fois doctrinale et jurisprudentielle, tout en y intégrant des références comparées récentes et pertinentes.

Un autre moyen concevable des créanciers consiste dans l'action paulienne qui tend à les protéger contre l'appauvrissement volontaire du débiteur. Il se peut en effet qu'un débiteur obéré de dettes soit tenter de dilapider ses biens, pour les soustraire à l'action de ses créanciers. En pareil cas, le débiteur ne reste pas inactif comme dans l'hypothèse de l'action oblique : au contraire il agit, mais en fraude des droits de ses créanciers, en amenuisant sciemment son actif patrimonial (par exemple en faisant, autour lui des donations qui le rendent insolvable).²

C'est précisément l'objet de l'action paulienne, de permettre au créancier d'attaquer en son nom personnel les actes accomplis par son débiteur en fraude de ses droits. Ainsi caractérisée, cette action n'est pas expressément prévue par le droit marocain.

Mais on s'accorde à considérer, au nom des principes généraux du droit, qu'un créancier doit pouvoir obtenir le secours de la justice pour déjouer les actes frauduleux de son débiteur³.

1- Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Le tiers qui subit un préjudice par le fait des conventions passées par son débiteur pour disposer

¹ Terré, F., Simler, P., & Lequette, Y, Les obligations, 13e éd., Dalloz, 2019, p. 676.

² Cass. civ. 1re, 25 janv. 1989 : Bull. civ. I, n° 25

³ trib. 1er inst. Rabat, 1er mars 1933, G.T.M. 1933, n° 538 ; rabat 24 mars 1933, r.a.c., T.VIII, p. 218

de ses biens en fraude des droits des créanciers, est en droit d'attaquer ses conventions par voie judiciaire en invoquant la simulation.⁴

2- En application de l'article 1241, les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers. La cour de cassation marocaine a considéré la donation inopposable au créancier, il a motivé sa décision par :

Le fait que la caution en acceptant de consentir le cautionnement a placé l'ensemble des biens en gage de ses créanciers.

La donation de son immobilier faite à ses enfants après la signature l'acte de cautionnement a préjudicié aux droits de son créancier puisque en disposant de ses biens a appauvri son patrimoine qui constitue le gage général de ses créanciers.

L'action paulienne n'est elle-même donnée, ne se conçoit qu'au profit des créanciers dont la créance est exigible. Elle suppose en outre que le débiteur est déjà par ailleurs insolvable au moment de la poursuite. Enfin, l'acte lui-même attaqué par la voie de l'action paulienne doit avoir été passé en fraude des droits des créanciers.

Ceci suppose la concomitance de deux choses : un préjudice causé au créancier par la survenance de l'acte et une intention de nuire constater chez le débiteur lors de la formation de l'acte.

Toutefois, une question demeure centrale : dans quelle mesure l'action paulienne, dans le contexte juridique marocain, parvient-elle réellement à concilier la protection du créancier et les impératifs de sécurité juridique des tiers?

I. Conditions et éléments constitutifs de l'action paulienne

1- Conditions de fond de l'acte attaqué en action paulienne

L'action paulienne est soumise à une condition déterminante : la fraude du débiteur, auteur de l'acte attaqué. Cette exigence tend à prendre une importance croissante, parfois au détriment des conditions relatives au créancier demandeur (notamment quant à la nature de sa créance) et au tiers contre lequel l'action est dirigée.

⁴ c.cass chambre sociale 17/10/1987 ,n°décision 529 ,revue marocaine de droit n°16 /année : janvier , février , mars 1988

En droit marocain, la jurisprudence a permis de constater que les actes unilatéraux notamment les donations entre époux et vers la descendance, constituent, principalement, la cause d'exercice de l'action paulienne.⁵

Il ne faut pas omettre de souligner à toutes fins utiles, que l'exercice de l'action paulienne n'est pas dépendant d'un jugement définitif ou d'une action engagée au fond.⁶

De façon générale, les conditions relatives à l'acte attaqué impliquent deux questions prépondérantes, à savoir : quels sont les actes susceptibles d'être attaqués ? et quel préjudice doit causer l'acte sus indiqué pour être attaquant ?

2- La nature des actes susceptibles d'être attaqués par l'action paulienne :

Le principe est que l'action paulienne est exercée contre un acte juridique établi par le débiteur. Par exception certains actes juridiques échappent à son emprise.

2.1- Le principe :

L'action paulienne ne peut être exercée que contre un acte juridique. La fraude suppose, en effet, une manifestation de volonté et, de surcroît, elle ne se conçoit pas lorsqu'il s'agit d'un fait juridique.

En droit comparé, l'article 1167 du code civil français régissant l'action paulienne ne peut faire l'objet d'application lorsqu'il s'agit d'obligations extra contractuelles comme celles résultant d'un délit par exemple.

Par ailleurs, tous les actes juridiques sont, en principe, susceptibles d'être attaqués par l'action paulienne. Il s'agit notamment des donations ou des donations déguisées.

A cet égard, il convient de souligner l'apport de la jurisprudence marocaine quant aux décisions traitant de la nullité des actes juridiques tels que des donations consenties par des débiteurs en fraude des droits des créanciers.

Ainsi, un débiteur s'était porté caution solidaire auprès d'une banque pour assurer le parfait remboursement de la créance en principal, intérêts, frais et accessoires et ce, à hauteur des engagements de l'emprunteur vis à vis du créancier.

⁵ Ghestin, J, Les effets du contrat, LGDJ, 2000, p 1345.

⁶ Malaurie, P, Aynès, L, & Stoffel-Munck, P, Droit des obligations, 12e éd., LGDJ, 20121, p 589.

Il a ensuite consenti un acte de donation à ses descendants en fraude des droits du créancier afin de créer son insolvabilité et partant, dilapider son patrimoine.

Les juges du fond ont décidé, à bon droit, l'annulation de l'acte attaqué souscrit frauduleusement et l'ont déclaré inopposable au créancier ⁷

L'action peut, également, être intentée contre des actes de vente conclus avec des montants fictifs.

C'est le cas notamment d'une Cour d'Appel française qui, sans inverser la charge de la preuve, et pour caractériser la fraude paulienne commise par une caution et partant déclarer inopposable aux créanciers la vente de biens immobiliers consentie par celle-ci à une société civile immobilière, a relevé, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le prix de vente a été payé hors la comptabilité du notaire, que la preuve n'est pas rapportée de ce que le titulaire ait apporté les fonds correspondants à sa quote part de la valeur vénale des biens acquis, et en déduit, par rapprochement avec la date de constitution de la société et celle de la mise en liquidation judiciaire du débiteur principal, que le prix de vente a été payé de manière fictive par la caution à elle-même⁸.

D'une manière générale, la doctrine française enseigne qu'il importe peu que l'acte soit unilatéral ou conventionnel, à titre onéreux ou gratuit, créateur, translatif ou extinctif de droits.

Néanmoins, certains auteurs prétendent que les actes créant des obligations échappent à l'action paulienne au motif que le débiteur n'est pas dessaisi de la gestion de son patrimoine en ce qui conduirait vraisemblablement à supprimer l'action paulienne ⁹

Quoiqu'il en soit, l'exercice de l'action paulienne est limité par l'exigence de conditions strictes, nécessaires pour éviter que les créanciers ne s'immiscent sans un motif très sérieux dans le patrimoine de leur débiteur.

⁷ Jugement n° 12723 rendu par le T.P.I. de CASA ANFA le 4/11/1999 dans le dossier civil n° 3863/99 – affaire BM. C/ B.A.

⁸ Arrêt de la Première Chambre près la Cour de Cassation française du 4 Juin 1996 – rejet – dossier n° 93-13870 – Jurisprudence publiée – IN : CD-ROM « Intégrale Cassation » collection Legisoft Bulletin n° 235 – copie en annexe 6.

⁹ IN : Droit Civil – les obligations par MAZEAUD & CHABAS page 1025 prg. 982.

C'est ainsi qu'un créancier n'aura aucun intérêt pour agir lorsque le débiteur est solvable.

La solvabilité sera appréciée en tenant compte des biens du débiteur situés sur le territoire marocain, ou sortant d'une réalisation facile. Mais, il aura intérêt à agir si son débiteur, bien que solvable, compromet ses sûretés en diminuant la valeur d'un immeuble hypothéqué ou en consentant un bail de longue durée, à titre d'exemple.

Par ailleurs, la doctrine arabe s'est pour sa part, préoccupée de traiter de l'action paulienne en la distinguant de l'action oblique, de l'action directe ou encore de l'action en déclaration de simulation.

A cet égard, le Docteur Abderrazak SANHOURI ¹⁰ a mis l'accent sur les conditions relatives à l'acte attaqué par l'action précitée, notamment à travers l'acte juridique.

Il précise que « lorsqu'un débiteur remet un bien, lui appartenant, à un tiers jusqu'au transfert de la propriété de ce bien par l'effet de la prescription, le créancier ne peut en aucun cas intenter une action paulienne contre cet acte matériel. Mais, il peut en revanche, avant le délai de prescription, intervenir au nom du débiteur pour empêcher ladite prescription et partant, récupérer le bien à travers l'action indirecte » ¹¹.

En droit musulman, il convient de souligner que l'acte de donation ou de vente souscrit lors de la dernière maladie (maladie précédant la mort) prend la qualité d'un testament et, le créancier n'a pas à attaquer cet acte, ni même le testament car il récupère sa créance du patrimoine du « DE CUJUS » avant l'octroi au bénéficiaire du testament de sa quote part ¹²

Ainsi, après avoir évoqué le principe selon lequel les actes juridiques sont seuls susceptibles d'être attaqués, et indépendamment de la question de savoir si l'ensemble des conditions de l'action paulienne sont réunies, certains actes

¹⁰ Docteur d'Etat en Droit – Professeur à l'université du Caire – Egypte

¹¹ IN : « Précis dans le droit civil annoté – les effets de l'obligation » Tome II – page 1009 – prg. 574, par le Dr. A. SANHOURI – université du Caire – Egypte

¹² IN : « Précis au droit civil annoté – le Contrat » page 791 – Prg. 733 n° 6
par le Dr. A. SANHOURI – professeur

constituent l'exception et échappent à son emprise en l'occurrence notamment, les actes relatifs à des droits insaisissables attachés à la personne ou encore le partage.

2.2- Exceptions au principe :

L'action paulienne ne saurait être exercée contre certains actes pour des raisons qui tiennent soit à leur nature, soit à leur objet, ne correspondant pas à la logique de l'action.

Il s'agit de prime abord, des actes relatifs à des droits exclusivement attachés à la personne, en ce sens que lorsqu'un débiteur renonce à percevoir une indemnité pour un dommage moral par exemple, ou bien lorsqu'il se désiste de l'action en contrefaçon du brevet d'invention dont il est titulaire - action qu'il a seul le droit d'exercer - , ses créanciers ne peuvent pas attaquer cette renonciation ou ce désistement par l'action paulienne car en cas d'annulation de l'acte souscrit par le débiteur, les créanciers sus visés seraient dans l'impossibilité d'exercer au nom de leur débiteur, l'action oblique afin de récupérer leur créance. Mais cette « immunité » dont jouit le débiteur, peut être écartée lorsqu'il contracte, frauduleusement, un engagement excessif à l'égard d'une victime d'un dommage moral.

Il s'agit en second lieu, des jugements qui peuvent être pour les parties, le moyen de frauder les droits des tiers, ce qui permet à ces derniers, de lutter contre la fraude du débiteur non pas par l'action paulienne, mais par la voie de recours extraordinaire en l'occurrence : la tierce opposition.

Elle est régie par l'article 303 du code de procédure civile marocain et définit comme étant « une voie de recours qui tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit d'un tiers qui l'attaque pour qu'il soit, à nouveau, statué en fait et en droit ».

Cependant, même si un jugement ne semble pas porter atteinte aux intérêts des tiers, puisqu'il ne produit ses effets qu'à l'égard des parties, plusieurs situations peuvent se présenter démontrant l'insuffisance de la règle de l'autorité de la chose jugée, notamment suite à un acte consenti par l'une des parties agissant en fraude des droits de ses ayants cause, ce qui oblige les créanciers à défendre leurs intérêts à posteriori.

En somme, la tierce opposition a pour objet de rendre inopposable au tiers la décision attaquée par ses soins, à la condition qu'il n'ait pas été partie au procès et que la décision lui porte préjudice.

La doctrine égyptienne s'est, pour sa part, préoccupée de la tierce opposition qu'elle a qualifié de frein à l'exercice de l'action paulienne.

En effet, le Docteur A. SANHOURI souligne que « le créancier n'attaque pas l'acte juridique contracté par son débiteur, mais plutôt le jugement intervenu contre ce dernier, suite à une connivence avec son adversaire afin que ledit jugement puisse intervenir à son encontre ou bien, suite à une négligence manifeste du créancier pour la défense et la sauvegarde de ses intérêts.

Il va de soi qu'un tel jugement rendu à l'encontre du débiteur, diminuera le gage général des autres créanciers et partant, soustrait la créance du patrimoine du débiteur »¹³

En troisième lieu, la question du partage demeure ambiguë et mérite une analyse comparative exhaustive entre le droit français et le droit marocain inspiré du rite Malékite.

En droit comparé, le code civil français a apporté une restriction au droit des créanciers d'exercer l'action paulienne contre les partages de successions et de communautés.¹⁴

Cette restriction s'explique par la volonté d'assurer la stabilité du partage et par l'existence de procédures spéciales permettant de protéger les droits des créanciers.

Cependant, des exceptions peuvent survenir et déclencher l'action paulienne, c'est le cas notamment d'un partage fictif de communauté dissimulant une donation.

Par ailleurs en droit marocain, l'absence de texte spécifique réglementant l'action paulienne, ne nous empêche pas de traiter ce volet relatif au partage.

En effet, le statut personnel marocain issu du rite malékite et partant du droit musulman, permet de relever les conditions du partage notamment entre cohéritiers et dans le cadre du régime matrimonial qui demeurent différents du système français.

¹³ IN : « AL WASSIT FI CHARH AL KANON AL MADANI NADARIAT A L'ILTIZAM » (précis dans le droit civil annoté) par Dr. Abderrazak SANHOURI- tome II, page 1011, prg. 576

¹⁴ Article 1167 alinéa 2 du code civil français

Comme nous l'avons précédemment indiqué, le partage de la succession en droit musulman, qui trouve sa source dans le Saint Coran ¹⁵, intervient après le paiement des créanciers du défunt (débiteur) d'une part, et la réalisation du testament à hauteur de 1/3 de la succession d'autre part.

Ainsi, les créanciers sont amenés à réclamer le recouvrement de leur créance avant le partage de la succession, mais peuvent être contraints à exiger des ayants droits du défunt le reliquat de la créance si la succession ne suffit pas à rembourser ces derniers.

Néanmoins, il nous paraît opportun de souligner qu'un arrêt de la Cour d'Appel de Rabat a jugé, à bon droit, qu'il y a lieu d'exercer l'action paulienne à l'encontre d'une épouse en sa qualité de légataire et d'héritière d'un débiteur décédé à la suite d'une maladie ; legs consenti en fraude des droits des créanciers.

La Cour a estimé par application des dispositions de l'article 419 du D.O.C., que « Revêt le caractère de libéralité déguisée et doit être annulé comme entachée de fraude, conformément à l'article 419 du D.O.C., la reconnaissance de dette envers son épouse souscrite par un musulman au cours de la maladie dont il est décédé.

En effet, en droit successoral musulman malékite, les parts héréditaires fixées par le Coran sont intangibles. Le cumul de la qualité d'héritier et de la qualité de légataire est interdit. Il ne peut y avoir de legs en faveur d'un héritier »¹⁶

Par ailleurs, dans le cadre du régime matrimonial, une distinction entre les deux systèmes s'impose.

3- Les éléments constitutifs de l'action paulienne

La fraude paulienne suppose d'une part, que le débiteur ait passé un acte constitutif d'une atteinte au droit de son créancier, et d'autre part, qu'il ait été animé par une intention frauduleuse, laquelle est également requise pour le tiers contractant si l'acte est à titre onéreux. La fraude paulienne suppose ainsi la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral .

¹⁵ Sourat « AN NISSAA » verset 11

¹⁶ Arrêt de la Cour d'Appel de Rabat du 19/6/1942 – R.A.C.A.R. TOME XI – P.495 – IN : CODE Annoté des obligations et des contrats par le Doyen François-Paul BLANC, préface Me. MAATI BOUABID article 419 n° 15 – édition AL MADARISS 1981

3.1- Élément matériel

L'article 1341-2 du code civil ne permet au créancier d'attaquer que les actes du débiteur « faits en fraude de ses droits ». Il est donc nécessaire d'établir que l'acte du débiteur a porté atteinte au droit du créancier qui prétend exercer l'action paulienne. Pour ce faire, deux conditions sont requises. La première suppose de montrer que le droit du créancier est né avant l'acte frauduleux car, dans le cas contraire, le créancier pourra difficilement prétendre qu'il lui porte atteinte. La seconde suppose d'établir en quoi l'acte attaqué compromet la réalisation du droit du créancier .

♦ Antériorité du droit du créancier

La fraude paulienne supposant de montrer que le débiteur a agi sciemment au détriment de son créancier, la jurisprudence pose comme principe que le droit du créancier doit préexister à la fraude. Puisqu'il ne s'agit pas à ce stade d'apprécier l'intérêt à agir du demandeur, mais la fraude à son encontre, la préexistence d'un principe de créance suffit. Parfois, le débiteur se montre particulièrement ingénieux et réalise une fraude, tel un appauvrissement, dans la perspective d'échapper au paiement de son futur créancier. Pour déjouer une telle fraude réalisée par anticipation, il importe de déroger, par exception, à l'exigence d'antériorité de la créance.

• Principe : préexistence d'un principe certain de créance

La préexistence de la créance est nécessaire pour établir que l'acte attaqué a compromis le droit du créancier ¹⁷. Ainsi, l'acte d'appauvrissement du débiteur ne peut nuire qu'aux créanciers qui lui sont antérieurs, car ceux qui contracteront ultérieurement avec le débiteur ne pourront compter que sur son patrimoine actuel et futur. De même, un droit spécial ne peut voir son exécution compromise par un acte du débiteur qu'à la condition d'exister avant ce dernier. L'établissement de la fraude ne requiert pas la préexistence d'une créance parfaite : le débiteur d'une somme d'argent à terme peut, par exemple, s'appauvrir sciemment avant même la survenance du terme, en se rendant insolvable au jour où le paiement pourra lui être demandé. L'exigence d'une créance parfaite au moment de l'acte frauduleux ne

¹⁷ GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, op. cit., no 828. – SIAU, Actualité de l'action paulienne, Rev. huiss. 1997. 537, no 40. – GROUBER, thèse., no 45. – Rappr. MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, op. cit., no 170.

permettrait pas de déjouer suffisamment de fraudes, et la jurisprudence a donc précisé que « la condition d'antériorité exigée pour l'application de l'article 1167 [devenu art. 1341-2] du code civil concerne seulement l'existence de la créance »¹⁸. Elle retient en conséquence qu'il « n'est pas nécessaire, pour que l'action puisse être exercée, que la créance dont se prévaut le demandeur ait été certaine ni exigible au moment de l'acte argué de fraude et qu'il suffit que le principe de la créance ait existé avant la conclusion dudit acte par le débiteur »¹⁹.

• Créancier sous condition suspensive et créancier à terme.

Le débiteur tenu d'une obligation affectée d'une condition suspensive peut-il, lui aussi, se voir reprocher les actes conclus avant la réalisation de la condition ? La question est discutée, à l'image des diverses analyses de l'engagement conditionnel. Il paraît pourtant difficile de nier que le débiteur est bien obligé *pendente conditione* puisque durant cette période, son créancier peut agir à son encontre à titre conservatoire, ou bien déclarer sa créance en cas de procédure collective, ou bien encore nantir son droit. Le créancier « est protégé non seulement contre l'activité du débiteur propre à faire défaillir la condition mais également contre l'activité du débiteur qui aurait pour but ou pour effet d'empêcher l'exécution de l'obligation quand bien même l'événement s'accomplirait »²⁰.

Défaut de principe certain de créance. – Certains arrêts témoignent parfois d'un durcissement dans l'appréciation de la préexistence de la créance à l'acte frauduleux. Ainsi, celui qui s'est vu refuser la qualité de partie civile par le tribunal correctionnel, et qui interjette appel, ne peut attaquer un acte postérieur au jugement de première instance, faute d'être titulaire d'un principe de créance²¹). Il en va de même de celui qui entend se prévaloir d'une créance d'astreinte à un moment où celle-ci n'a pas encore été liquidée²².

La contestation de la créance invoquée peut parfois faire obstacle à l'exercice de l'action paulienne : ainsi le Trésor public ne peut-il attaquer une donation-

¹⁸ Civ. 1re, 29 mai 1985, no 83-17.329

¹⁹ Com. 25 mars 1991, Bull. civ. IV, no 119. – Adde : Com. 12 juill. 1994, Bull. civ. IV, no 260

²⁰ TAISNE, Obligations conditionnelles, effets de la condition suspensive, in J.-Cl. Civ., Vo art. 1181 et 1182, 2010, no 21

²¹ Civ. 1re, 16 mai 2013, no 12-13.637, Bull. civ. I, no 98 ; RTD civ. 2013. 607, obs. Barbier ; JCP 2013. 869, note Simler

²² Civ. 2e, 10 juin 2010, no 09-10.678, inédit

partage effectuée par des époux, trois mois après avoir été informés qu'ils allaient faire l'objet d'un contrôle fiscal, au motif que les époux avaient saisi la juridiction administrative d'une contestation de leur dette fiscale, ce qui empêchait la créance d'être certaine²³. Cette dernière solution paraît assez sévère et bien en retrait de la jurisprudence en la matière, qui se fonde sur le fait générateur de l'impôt (V. jurisprudence citée supra, no 46. – Rapp. SIMLER, note préc.). D'autres décisions retiennent l'existence d'un principe certain de créance alors même qu'une instance est pendante devant une autre juridiction pour déterminer si le contrat en cause emporte engagement du réputé créancier²⁴) ou pour apprécier si la créance du demandeur est prescrite²⁵.

49. Preuve de l'antériorité de la créance. – Le créancier doit apporter la preuve de l'antériorité de sa créance à l'acte attaqué. Il conviendrait ici de distinguer selon que la créance trouve son origine dans un fait, où la preuve serait donc libre, ou dans un acte, où il conviendrait d'exiger une date certaine de la créance par application de l'article 1377 (anc. art. 1328) du code civil²⁶. Pourtant, tel n'est pas le cas du droit positif, depuis que la Cour de cassation a admis que, à l'instar de la fraude qui se prouve par tous moyens, la preuve de la date de la créance est libre.²⁷ Le lien ainsi fait entre la fraude et la date de l'acte a pu être discuté, au motif que la fraude ne peut être établie que si précisément la créance préexiste à l'acte attaqué.

On relèvera toutefois que la date certaine n'est requise que lorsqu'il existe un risque d'antidate de l'acte au mépris des droits de ceux auxquels l'acte est opposé, ici le débiteur et le tiers contractant. Or, le bien-fondé de l'action paulienne supposera d'établir la fraude. En cas d'acte à titre onéreux, il faudra prouver l'intention frauduleuse du tiers contractant et, partant, sa connaissance du droit du

²³ Civ. 1re, 16 mai 2013, no 12-13.637, Bull. civ. I, no 98 ; RTD civ. 2013. 607, obs. Barbier ; JCP 2013. 869, note Simler

²⁴ Civ. 1re, 1er juill. 2015, no 14-20.535

²⁵ Civ. 1re, 6 avr. 2016, no 15-12.381

²⁶ PLANIOL et RIPERT, op. cit., no 957. – H., L. et J. MAZEAUD par F. CHABAS, op. cit., no 990. – GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, op. cit., no 828. – STARCK, ROLAND et BOYER, op. cit., no 729

²⁷ PLANIOL et RIPERT, op. cit., no 957. – H., L. et J. MAZEAUD par F. CHABAS, op. cit., no 990. – GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, op. cit., no 828. – STARCK, ROLAND et BOYER, op. cit., no 729

créancier. Il n'y a donc aucun risque d'antidate. En cas d'acte à titre gratuit, il faudra établir l'intention frauduleuse du seul débiteur, ce qui supposera de prouver qu'il a agi sciemment au mépris du droit de son créancier, ce qui là aussi devrait, sinon exclure, du moins fortement limiter le risque d'antidate.

• Exception en cas de fraude par anticipation

Fraude à un créancier futur. - Il est des cas où l'anticipation est au cœur de la fraude du débiteur. Avant même d'être tenu par un rapport d'obligation, il peut organiser son patrimoine de telle sorte qu'il sera dans l'impossibilité de répondre de ses dettes, et plus largement de ses engagements, le jour où ceux-ci naîtront. Il n'est donc plus question d'un principe de créance avant l'acte frauduleux, mais bien d'une fraude réalisée par avance à l'encontre de créanciers futurs. La jurisprudence a toujours admis en ce cas une exception à l'exigence d'antériorité de la créance, mais à la condition que le dessein frauduleux et anticipé soit avéré. Tel a été le cas, notamment, dans l'hypothèse d'une donation consentie avant perpétration d'un crime par le donateur, suivi de son suicide ²⁸

♦ Nécessité d'une atteinte au droit du créancier

Diversité des fraudes. - Tirant tout le parti de la rédaction générale de l'article 1341-2 du code civil, qui ne distingue pas selon le type de créancier, la jurisprudence ouvre l'action paulienne au créancier chirographaire mais aussi au créancier titulaire d'un droit spécial à l'encontre du débiteur. Les actes qui compromettent frauduleusement les droits des créanciers varient selon l'objet de la créance. On distingue ainsi les actes réalisés au mépris du droit de gage général du créancier de ceux qui compromettent l'exécution de la créance spéciale

• Actes réalisés au mépris du droit de gage général du créancier

Fraude à un créancier chirographaire. - Bien souvent, le débiteur cherche à échapper au paiement d'une somme d'argent. La fraude va alors consister dans un acte d'appauvrissement. Mais, puisqu'il n'y a fraude que si l'exécution de la créance est compromise, il paraît nécessaire que cet appauvrissement mette le débiteur dans l'impossibilité de procéder au paiement. Il faut donc que la fraude rende le débiteur insolvable. La jurisprudence est toutefois allée plus loin dans l'appréhension de la

²⁸ Civ. 1re, 7 janv. 1982, no 80-15.960, Bull. civ. I, no 4 ; D. 1982. IR 175. - V. aussi Civ. 23 janv. 1928, DP 1928. 1. 86, rapp. Colin ; S. 1928. 1. 168. - Civ. 3e, 27 juin 1972, no 71-11.786, Bull. civ. III, no 420 ; D. 1973. Somm. 17 ; RTD civ. 1973. 771).

fraude, en admettant que, dans certains cas, le débiteur, sans rendre le paiement impossible, le rende plus difficile ou moins efficace. L'atteinte au droit du créancier est en ces cas également jugée frauduleuse.

• Actes d'appauvrissement rendant impossible le paiement du créancier

Actes à titre gratuit ou dépourvus de contrepartie - Si l'on excepte les actes insusceptibles de constituer une fraude paulienne, tout acte d'appauvrissement peut être accompli en fraude du droit du créancier, dès lors qu'il en compromettrait le paiement. Les actes à titre gratuit sont ici les plus évidents, et la jurisprudence témoigne qu'il s'agit des moyens de fraude privilégiés par les débiteurs, au point que l'intention frauduleuse du débiteur y est parfois présumée. Il peut ainsi s'agir de donations ²⁹, directe, indirecte ou déguisée, de donations-partages ³⁰, ou encore de la constitution de droits réels à titre gratuit. Il faut en rapprocher les actes pour lesquels la contrepartie n'est pas réelle ou reste manifestement inférieure à la valeur du bien ³¹.

3.2- Élément moral

♦ Nécessité d'une intention frauduleuse.

Alors même que la notion de fraude renvoie à la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral, certains auteurs, dont AUBRY et RAU, ont pu contester la nécessité d'établir l'intention frauduleuse du débiteur pour certains actes. Prenant appui sur les termes des articles 622, 779 et 2225 du code civil, considérés comme des applications particulières de l'action paulienne aux renonciations, et qui ne font pas référence à une quelconque intention frauduleuse, ces auteurs ont soutenu que plus généralement, la fraude accomplie par un acte à titre gratuit ne supposait pas

²⁹ V. not. Civ. 1re, 6 févr. 1996, no 92-19.895, Bull. civ. I, no 62 ; D. 1997. 119, note Tardy ; RTD civ. 1997. 942, obs. Mestre. - Civ. 1re, 26 sept. 2007, no 05-13.224)

³⁰ Civ. 1re, 10 déc. 1974, préc. supra, no 37. - Civ. 1re, 27 janv. 1987, Bull. civ. I, no 26. - Com. 14 nov. 2000, no 97-12.708, Bull. civ. IV, no 173 ; JCP 2001. I. 315, no 3, obs. Simler ; Defrénois 2001. 240, obs. Libchaber. - Civ. 1re, 17 févr. 2004, no 01-15.484, Gaz. Pal. 2004. 3291, note Roman

³¹ V. par ex. Com. 14 mai 1996, no 94-11.124, Bull. civ. IV, no 134 ; D. 1996. 141 ; JCP 1996. IV. 1461 ; RTD civ. 1997. 943, obs. Mestre, pour la vente d'un bien à un prix manifestement inférieur à sa valeur, qui a été revendu quinze fois plus cher

d'établir l'intention frauduleuse du débiteur. La doctrine, unanime³², a rejeté cette position en se fondant sur une analyse historique des articles concernés et sur l'ancien article 1464 du code civil, relatif à la renonciation de la femme à la communauté, lui aussi considéré comme une application de l'action paulienne et qui visait, avant son abrogation, expressément la fraude³³.

♦ Intention frauduleuse du débiteur

Conscience du préjudice causé au créancier, Pendant longtemps, la jurisprudence a usé de deux formules pour définir l'intention frauduleuse du débiteur, en visant tantôt l'intention de nuire au créancier³⁴ tantôt la simple conscience du préjudice causé³⁵. Si l'intention de nuire peut se définir comme la volonté du débiteur d'agir en fraude du droit de son créancier³⁶, la conscience du préjudice causé correspond à un degré moindre de malveillance : sans précisément agir pour nuire à son créancier, le débiteur savait néanmoins que son acte porterait atteinte au droit de celui-ci. Face aux applications variables de l'une ou l'autre de ces définitions par la jurisprudence, certains auteurs³⁷ ont tenté de proposer un critère de distinction. Ainsi la conscience du préjudice causé serait une définition suffisante de la fraude lorsque celle-ci a été réalisée au moyen soit d'un acte à titre gratuit, soit d'un acte à titre onéreux n'ayant pas pour effet de remplacer un bien aisément saisissable par un bien plus difficile à appréhender ou plus facile à dissimuler. En revanche, pour ce dernier type d'acte à titre onéreux, l'intention de

³² (V. not. LAURENT, op. cit., no 443. – DEMOLOMBE, op. cit., no 192. – PLANIOL et RIPERT, par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, op. cit., no 931. – MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, op. cit., no 178. – H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, op. cit., no 993. – TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., no 1175. – GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, op. cit., no 841)

³³ Adde : Req. 19 juin 1901, DP 1901. 1. 517, qui vise expressément la fraude pour une renonciation à une succession

³⁴ (V. not. Civ. 7 mai 1894, DP 1894. 1. 505. – Req. 25 juill. 1938, Gaz. Pal. 1938. 2. 792. – 18 nov. 1946, JCP 1947. II. 4011)

³⁵ (Civ. 18 déc. 1893, DP 1894. 1. 263. – Req. 24 sept. 1941, Gaz. Pal. 1941. 2. 414. – 26 oct. 1942, DA 1943. 18 ; JCP 1943. II. 2131. – Com. 3 mars 1953, Bull. civ. IV, no 63 – Civ. 1re, 3 mai 1972, Bull. civ. I, no 117)

³⁶ Rapp. GROUBER, thèse préc., no 59, pour lequel l'intention de nuire renvoie au mobile déterminant du débiteur

³⁷ GHESTIN, La fraude paulienne, – H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, op. cit., no 994

nuire du débiteur devrait être établie. S'il est vrai que plusieurs arrêts³⁸ concernant des fraudes réalisées par la modification de la consistance du patrimoine du débiteur ont exigé l'intention de nuire, la jurisprudence a par la suite clarifié sa position et infirmé cette analyse par le jeu des présomptions.

Au-delà de la définition de l'intention frauduleuse, le type d'acte attaqué, de même que des données de fait, telles la date de l'acte ou la personne du cocontractant, influent nécessairement sur l'établissement de l'élément moral de la fraude³⁹. En effet, en tant que fait juridique, la fraude peut être prouvée par tout moyen, notamment par présomptions⁴⁰. Or, le jeu des présomptions n'est pas le même selon le type de fraude. Un acte à titre gratuit ou bien un acte lésionnaire est plus suspect qu'un acte équilibré par lequel le débiteur fait sortir de son patrimoine un bien aisément saisissable pour le remplacer par des liquidités ou des titres sociaux

II. Effets de l'action paulienne

Conséquences de l'action paulienne, L'action paulienne est dirigée contre l'acte frauduleux, afin de le priver d'effet à l'égard du créancier et de lui permettre d'obtenir l'exécution de son droit de créance. Parfois qualifiée par la jurisprudence d'action révocatoire, l'action paulienne conduit en réalité à l'inopposabilité de l'acte frauduleux, ce qui produit des effets tant au profit du créancier qu'à l'égard des parties à l'acte ou bien des tiers intéressés.

1- Inopposabilité de l'acte frauduleux

1.1- Émergence progressive de l'inopposabilité.

La fraude paulienne consistant en un acte juridique conclu au mépris du droit du créancier, la sanction doit permettre à ce dernier d'écarter les effets de cet acte et d'agir comme il aurait pu le faire en son absence. Si plusieurs propositions ont été émises pour qualifier la nature de l'action paulienne, tantôt vue comme une action en responsabilité, tantôt comme une action en nullité particulière, c'est au fil

³⁸ Civ. 1re, 21 nov. 1967, D. 1968. 317, note Lambert-Faivre. – Com. 19 avr. 1972, Bull. civ. IV, no 112. – Civ. 3e, 28 nov. 1973, Bull. civ. III, no 606

³⁹ V. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse préc., nos 521 s.

⁴⁰ Civ. 1re, 15 févr. 1967, Bull. civ. I, no 66. – Civ. 1re, 3 mai 1972, Bull. civ. I, no 117. – Civ. 1re, 11 oct. 1978, Bull. civ. I, no 299 ; Gaz. Pal. 1979. 1. Pan. 1. – Com. 23 oct. 2007, no 06-21.388, Rev. sociétés 2008. 798, obs. B. Lecourt

du temps que la qualification d'action en inopposabilité a emporté la conviction de la majorité de la doctrine⁴¹ et s'est généralisée en jurisprudence.

En effet la jurisprudence marocaine dans un arrêt a prévu l'inopposabilité de la vente à propos d'une cession consentie par une société débitrice à une autre société ayant le même dirigeant⁴². Cette notion d'inopposabilité permet en effet d'exprimer le fait que l'acte frauduleux est privé d'effet à l'égard du seul créancier agissant, dans la mesure nécessaire à lui permettre d'obtenir l'exécution de sa créance

Tandis que l'ancien article 1167 du code civil prévoyait simplement que le créancier pouvait attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de son droit, le législateur a choisi, à l'occasion de la réforme du 10 février 2016, de clarifier l'effet de l'action paulienne. L'article 1341-2 du code civil énonce désormais que « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits [...] ». ⁴³

Cette nouvelle référence à l'inopposabilité devrait mettre un terme à l'incertitude née des arrêts faisant de l'action paulienne une action révocatoire. Or, cette notion, issue du droit des libéralités, renvoie à un anéantissement plus général de l'acte, tout en étant moins précise que la notion de nullité. Certains arrêts ont plus directement visé l'annulation de l'acte frauduleux, de même qu'en doctrine se retrouvent parfois les mêmes références à la révocation, ou encore à la nullité. La Cour de cassation a progressivement écarté ces qualifications et censuré les décisions des juges du fond qui se référaient à la nullité.

1.2- Limites de l'inopposabilité.

Pourtant, il n'est pas certain que les dispositions du nouvel article 1341-2 du code civil suffisent à unifier pleinement l'analyse des effets de l'action paulienne. La notion d'inopposabilité, s'entendant ici comme l'effet de l'action qui écarte l'opposabilité de l'acte frauduleux à l'égard du créancier paulien, reste mal connue. À l'heure où cette sanction fait son entrée dans le code civil, non seulement pour

⁴¹ IN : « Précis dans le droit civil annoté – les effets de l'obligation » Tome II – page 1009 – prg. 574, par le Dr. A. SANHOURI – université du Caire – Egypte

IN : « Précis au droit civil annoté – le Contrat » page 791 – Prg. 733 n° 6ROUBER,

⁴² Arrêt de la C.CASS12/10/17 ,1/441,Voir ANNEXE 4

⁴³ Hamza, S. (2015). La fraude paulienne en droit marocain. Revue des sciences juridiques, n° 42, p. 77.

l'action paulienne, mais également pour la représentation, et où de nouveaux textes sur la nullité ainsi que sur la caducité ont été écrits, le silence de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 sur les règles applicables à l'inopposabilité est regrettable. Outre une définition de la notion, c'est le régime de l'action en inopposabilité qui était attendu, afin de préciser les règles de prescription, ou encore le régime des restitutions. Face à ce silence, les règles applicables à l'inopposabilité ne peuvent être déterminées que par analogie. Étant une action qui prive l'acte de ses effets en raison d'une anomalie présente au jour de sa formation, une proximité, et pour certains une parenté, existe avec la nullité, spécialement la nullité partielle. Plusieurs conséquences pourraient en être tirées. Tout d'abord, le régime pourrait se construire en référence aux nullités, et spécialement aux

nullités relatives, dès lors que n'est par hypothèse en jeu qu'un intérêt privé, ici celui du créancier paulien. Ensuite, il serait possible d'admettre que l'analyse de l'action paulienne comme une action en inopposabilité n'écarte pas nécessairement, en certaines hypothèses, un effet plus radical. La privation d'effet de l'acte frauduleux à l'égard du créancier paulien suppose parfois que ni le tiers contractant ni le débiteur ne puissent se prévaloir de l'acte frauduleux. En ce cas, c'est bien un anéantissement plus général de l'acte frauduleux qui est nécessaire à la sanction de la fraude paulienne, ce qui pourrait bien être qualifié de nullité.

2- Effets de l'inopposabilité de l'acte frauduleux

La sanction de la fraude paulienne doit permettre au créancier d'être rétabli dans son droit, ce qui suppose que l'acte frauduleux soit privé d'effet. À la différence de l'action oblique, l'action paulienne ne profite qu'au créancier agissant et produit, du moins lorsque le débiteur est in bonis, un effet individuel.

2.1- Rétablissement du droit du créancier paulien

Retour au statu quo ante - L'acte frauduleux est privé d'efficacité à l'égard du créancier en cas de succès de l'action paulienne, afin de lui permettre d'exercer son droit au paiement ou son droit spécial comme si l'acte n'avait jamais été conclu. Il y a donc retour au statu quo ante. Le rétablissement du droit du créancier emporte toutefois des conséquences variables selon le type de fraude. Il faut ainsi distinguer entre les principaux cas de fraude : par acte translatif ou par acte constitutif d'un droit personnel ou d'un droit réel sur la chose d'autrui.

2.2- Fraudes par un acte translatif

Présence du bien en nature dans le patrimoine du tiers contractant. - Le plus souvent, la fraude paulienne se réalise par le transfert d'un bien appartenant au débiteur dans le patrimoine d'un tiers. Si le bien, corps certain ou chose de genre individualisée, se retrouve en nature dans le patrimoine du tiers contractant, l'inopposabilité de l'acte frauduleux permet une sanction efficace de la fraude. Le créancier peut en effet faire comme si le transfert de propriété n'avait pas eu lieu, ce qui fait du tiers contractant le détenteur précaire du bien ou de la chose.

Créancier de somme d'argent. - Si le demandeur est titulaire d'une créance de somme d'argent, il peut donc saisir le bien dans le patrimoine du tiers contractant pour obtenir paiement, dans la limite du montant de sa créance. À la différence de la nullité, l'inopposabilité n'opère qu'à l'égard du créancier lésé, et le bien objet de l'acte ne réintègre donc pas le patrimoine du débiteur. En conséquence, s'il reste un reliquat après le paiement du créancier, le reliquat profite au tiers contractant et non au débiteur. Mais si le bien se révèle insuffisant à désintéresser le créancier, ce dernier peut réclamer au tiers contractant de mauvaise foi les fruits produits par le bien. Si le tiers contractant préfère conserver le bien objet de l'acte frauduleux, il peut proposer au créancier paulien de payer sa créance. Dans tous les cas, le tiers contractant peut opposer au créancier paulien le prix payé au débiteur, à la condition toutefois que ce prix ait profité au demandeur, soit parce qu'il a permis de lui payer une partie de sa créance, soit parce qu'il a servi au paiement de créanciers situés à un rang préférable.

Acte frauduleux sur un bien commun. - Dans le cas particulier où le débiteur a réalisé une fraude par un acte ayant pour objet un bien commun, la jurisprudence retient que dès lors que ce bien commun « fait partie du gage du créancier, l'acte est inopposable à celui-ci en son entier » et vaut donc également pour les droits transmis par le conjoint du débiteur.

Créancier titulaire d'un droit spécial. - Si le créancier paulien est titulaire d'un droit spécial, l'inopposabilité de l'acte translatif de propriété conclu en fraude de son droit lui permettra d'exercer son droit particulier. Par exemple, il pourra faire jouer son droit de priorité, né d'un pacte de préférence, car, du fait de l'inopposabilité, le débiteur sera réputé à son égard propriétaire du bien qui en était l'objet.

Recours du tiers contractant contre le débiteur. - Selon la majorité de la doctrine, le tiers contractant dispose d'une action récursoire contre le débiteur, car il a été évincé de la chose transmise et a dû soit s'en dessaisir, soit payer la dette d'autrui pour la conserver. Si les chances de succès d'une telle action sont assez faibles lorsque le créancier paulien agit au titre d'une créance de somme d'argent, le débiteur étant par hypothèse insolvable, il n'en va pas de même en cas d'atteinte à un droit spécial.

Concours avec les créanciers du tiers contractant. - Lorsque le créancier agit sur le bien dont le tiers contractant est devenu un détenteur précaire, il ne doit pas en principe subir le concours des créanciers de ce dernier. Ils ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur (), et de même que, à l'égard du créancier paulien, le bien est censé n'être jamais entré dans le patrimoine du tiers contractant, il n'a jamais fait partie du gage général des créanciers. Il faut toutefois réserver les sûretés réelles qui pourraient être inscrites sur le bien : si le créancier est de bonne foi, alors il doit être traité comme un sous-contractant, et son droit sur le bien sera maintenu.

Bien transmis à un sous-contractant. - Le bien objet de l'acte frauduleux a pu circuler avant que le créancier n'ait exercé l'action paulienne. Il a été vu que le créancier peut, à certaines conditions, agir également contre le sous-contractant et appréhender directement le bien dans son patrimoine pour être payé ; ou bien exercer son droit sur le bien en ignorant le droit du sous-contractant. Il ne s'agit là que d'une faculté, le créancier pouvant préférer agir contre le tiers contractant, dès lors que les conditions de l'action paulienne sont réunies à son égard. Le bien étant sorti de son patrimoine, le créancier paulien ne peut prétendre qu'à un désintéressement en valeur et exiger le paiement de sa créance par le tiers contractant.

♦ **Fraude par un acte constitutif d'un droit personnel ou réel sur la chose d'autrui**

Exemple du bail à long terme. - Dans de nombreuses hypothèses, le débiteur consent au tiers contractant un droit – personnel ou réel – qui rend impossible ou plus difficile l'exercice du droit du créancier sur l'un de ses biens. Souvent, la fraude paulienne prend la forme d'un bail à long terme, car celui-ci affecte la valeur du bien loué, qui se revendra moins cher que s'il était loué au titre d'un bail classique ou bien encore s'il était vacant. Dès lors, le créancier d'une somme d'argent peut voir son droit de gage général diminuer par un tel acte, s'il porte sur le seul bien

saississable du débiteur, ou bien son droit spécial compromis s'il a par exemple une hypothèque sur ce bien. La jurisprudence retient que le bail à long terme est inopposable au créancier paulien. Le rétablissement du créancier dans son droit suppose qu'il puisse vendre le bien libre de tout droit, s'il s'agit par exemple d'un créancier hypothécaire, ce que confirme la jurisprudence qui retient qu'à l'égard de l'adjudicataire, le bien est libre de tout bail. Ici, l'inopposabilité du bail à long terme frauduleux profite non seulement au créancier paulien mais également à un autre tiers intéressé, le nouveau propriétaire du bien.

Le preneur se trouve alors titulaire d'un droit au bail opposable au seul débiteur, qui n'est plus propriétaire du bien loué et n'est donc plus bailleur. En ce cas, la sanction paraît dépasser une simple inopposabilité.

Autres exemples de droits personnels. - Les mêmes solutions ont été rendues à propos d'un droit d'usage et d'habitation consenti sur un immeuble, qui peut être ignoré par l'adjudicataire, ou encore pour un démembrement de propriété, qui peut être ignoré par le nouvel acquéreur du bien, ou enfin pour le contrat de location-gérance consenti sur un fonds de commerce, qui peut être ignoré par le créancier comme par le futur acquéreur du fonds. Dans toutes ces hypothèses, le rétablissement du droit du créancier suppose que l'acte frauduleux soit privé de son opposabilité non seulement à l'égard du créancier mais aussi à l'égard des futurs acquéreurs des biens concernés.

Droit réel sur la chose d'autrui. - Les mêmes solutions sont transposables lorsque la fraude se réalise par l'octroi d'un droit réel au tiers contractant sur la chose du débiteur. Ainsi, l'octroi d'une servitude diminue assurément la valeur d'un terrain constructible, et partant, le droit de gage ou le droit spécial du créancier sur ce bien. Pour que la fraude soit efficacement sanctionnée, le tiers contractant ne doit plus pouvoir se prévaloir de la servitude non seulement à l'égard du créancier paulien mais aussi à l'égard de tout acquéreur du terrain.

3- Effet individuel de l'action paulienne

3.1- Débiteur in bonis.

Le bien-fondé de l'action paulienne suppose que le créancier demandeur établisse le caractère frauduleux de l'acte attaqué à son encontre. Aussi, lorsque l'action prospère, son résultat ne peut-il profiter qu'au créancier agissant. L'action paulienne a ainsi un effet individuel. Lorsque la fraude porte atteinte à un droit

spécial, c'est en principe un seul créancier qui est concerné. En revanche, lorsqu'elle porte atteinte au droit de gage général d'un créancier, il est probable que d'autres créanciers, dont les droits seraient également antérieurs à l'acte frauduleux, demandent eux aussi à ignorer les effets de l'acte frauduleux. Mais il leur faudra soit se joindre à l'instance engagée par le premier demandeur, soit, à défaut, entreprendre une nouvelle action, sous réserve qu'il reste un reliquat après paiement du premier créancier, car, dans le cas contraire, ils ne pourraient justifier d'un intérêt à agir. Le créancier agissant voit quant à lui ses droits limités à la créance qu'il invoque au soutien de l'action paulienne. Ainsi, dans une affaire où le créancier agissait sur le fondement d'une créance dont l'extinction a, par la suite, été judiciairement constatée, la Cour de cassation a jugé que « la reconnaissance de la fraude paulienne ne rend l'acte frauduleux inopposable au créancier demandeur que dans la mesure des droits de créance dont celui-ci se prévaut à l'égard de son débiteur au soutien de son action ». Elle en a déduit qu'il ne pouvait s'en prévaloir contre le débiteur actionné au titre d'une autre qualité.

3.2- En cas de procédure collective.

Si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, il faut, en l'état du droit positif, distinguer selon la qualité du demandeur à l'action. S'il s'agit d'un créancier agissant à titre individuel comme l'y autorise la jurisprudence, les solutions précédentes peuvent être reconduites : le créancier profitera seul du produit de l'action (), ce qui, en ce contexte, est très avantageux. Si c'est l'organe chargé de la défense de l'intérêt collectif qui exerce l'action paulienne, alors le résultat de l'action profitera à tous les créanciers, y compris à ceux qui n'auraient pu agir si le débiteur était in bonis, par exemple les créanciers postérieurs à la fraude. Par application de l'article L. 622-20 du code de commerce, « les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire ou, à défaut, par le ou les créanciers nommés contrôleurs, entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif ».

Conclusion

En définitive, l'action paulienne, bien qu'elle ne bénéficie pas d'un ancrage explicite dans les textes marocains, s'impose comme un instrument stratégique au sein de l'arsenal juridique destiné à protéger les droits des créanciers. Elle agit comme un rempart contre les manœuvres frauduleuses visant à dilapider le patrimoine du débiteur et à compromettre ainsi le gage commun, tout en illustrant les tensions persistantes entre l'autonomie de la volonté et les impératifs de sécurité juridique.

L'analyse menée met en évidence que la condition relative à la fraude du débiteur demeure l'élément central autour duquel s'articulent les autres critères, qu'il s'agisse de la qualité du créancier ou de l'implication du tiers. Si la jurisprudence marocaine tend à consacrer progressivement cette action comme un outil effectif de lutte contre la fraude patrimoniale, elle souffre encore d'un certain manque d'harmonisation, tant sur le plan de la motivation des décisions que dans l'application rigoureuse des conditions légales.

À la lumière des enseignements tirés des droits comparés, une consécration plus explicite de l'action paulienne dans le corpus législatif marocain, accompagnée d'une clarification doctrinale de ses contours, pourrait non seulement renforcer la sécurité juridique, mais également assurer une meilleure effectivité des garanties créancières. Une telle évolution contribuerait à instaurer un équilibre plus juste entre la liberté contractuelle du débiteur et la protection des intérêts légitimes des créanciers, consolidant ainsi la confiance dans les échanges économiques et la stabilité du système juridique.

Punir Sans Enfermer : Les Peines Alternatives en France et au Maroc

 **Ramhane OUMAIMA**

Doctorante

à la Faculté des Sciences Juridiques de Aïn Sebaâ.

✉ oumairam09@gmail.com

Résumé

Cet article propose une analyse comparative des peines alternatives à l'emprisonnement dans les droits marocain et français, en mettant l'accent initial sur le contexte marocain. Au Maroc, les alternatives actuelles incluent le contrôle judiciaire, l'amende, la mise en liberté provisoire, le sursis et la libération conditionnelle, tandis la loi n°43-22 propose des innovations comme le travail d'intérêt général, la surveillance électronique et la restriction de droits, visant à humaniser la justice et réduire la surpopulation carcérale, bien que leur mise en œuvre reste limitée. En France, des mesures variées telles que le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence sous surveillance électronique, le travail d'intérêt général, les peines pécuniaires, le sursis probatoire et les aménagements de peine comme la libération conditionnelle soutiennent la réinsertion et la lutte contre la récidive. L'article conclut que les peines alternatives peuvent accroître l'efficacité de la justice pénale, à condition d'une application cohérente et adaptée aux contextes locaux.

Abstract

This article examines alternative measures to criminal penalties and prosecutions through a comparative study of French and Moroccan law. Amidst prison overcrowding and the limitations of traditional sanctions, alternatives such as penal mediation, transactional settlements, community service, and electronic monitoring aim to humanize justice, reduce recidivism, and streamline judicial systems. The first part explores the origins, concepts, and purposes of these alternative sanctions, while the second part compares their implementation in both legal frameworks. In France, a wide range of measures, supported by advanced legislation, contrasts with Morocco, where alternatives—though outlined in the Criminal Procedure Code and the law n°43-22—remain underdeveloped and challenging to apply. The study concludes that these alternatives enhance the effectiveness of criminal justice by providing tailored responses, yet their success hinges on comprehensive and coherent penal policy reforms, alongside improved training and public awareness among judicial stakeholders.

INTRODUCTION

Les systèmes pénaux contemporains font face à des défis croissants, notamment la surpopulation carcérale et l'inefficacité des peines privatives de liberté dans la prévention de la récidive. Au Maroc et en France, les peines alternatives à l'emprisonnement émergent comme une réponse visant à humaniser la justice tout en répondant aux impératifs de réinsertion sociale. Cet article examine ces mesures dans une perspective comparative, en commençant par le droit marocain, où des alternatives traditionnelles coexistent avec des réformes proposées, puis en abordant le droit français, caractérisé par un cadre plus développé. L'objectif est d'évaluer leur portée, leur mise en œuvre et leur potentiel pour transformer la justice pénale. Cette étude s'inscrit dans un contexte global de réflexion sur les sanctions pénales, inspiré par les standards internationaux et les réalités locales. Une panoplie de mesures alternatives aux peines fait preuve de leur efficacité dans divers pays. Partant de ce constat, cet article sera devisé en deux sections, une première dédiée aux peines alternatives dans la législation française (section 1) puis une seconde consacrée aux peines alternatives dans la législation marocaine (section 2).

Section 1 : Les peines alternatives dans la législation française :

Les peines alternatives dites, également, « peines de substitution » désignent des mesures alternatives à l'emprisonnement qui ont pour but de remplacer une peine d'emprisonnement. Elles doivent progresser dans le vécu et l'opinion des uns et des autres.

Il convient, donc, de préciser les alternatives à la détention provisoire en premier lieu (paragraphe 1), puis, en second lieu, les sanctions alternatives à la prison (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les alternatives à la détention provisoire :

Parallèlement aux dispositifs juridiques à envisager pour encadrer l'usage de la détention provisoire, les magistrats s'accordent à regretter la « profonde insuffisance de moyens alternatifs à la détention provisoire ». Dans la législation française, il s'agit du **contrôle judiciaire (A)** et de l'**assignation à résidence sous surveillance électronique (B)**.

A. Le contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire est une procédure pénale qui consiste à limiter la liberté d'un suspect en attente de procès. Cette procédure se présente comme un substitut de la détention provisoire. Elle peut également concerner les personnes mises en examen. Le contrôle judiciaire est constitué de plusieurs obligations imposées au prévenu afin de surveiller son comportement. Il est mis en place au début de la procédure d'instruction ou après une période de détention préventive (son effet dissuasif est garanti : le manquement volontaire aux obligations du contrôle judiciaire peut justifier le placement en détention provisoire). Certes, le contrôle judiciaire a été conçu principalement pour être utilisé en matière correctionnelle. Il n'est pas applicable en matière contraventionnelle, et s'il peut être ordonné en matière criminelle, son régime est soumis à des prescriptions légèrement différentes. Il est utilisé tant par les juridictions d'instruction, au cours de l'information, que par les juridictions de jugement, après clôture de l'information. La décision de cette procédure est prise par un juge du siège, à l'égard de personnes majeures ou mineures mises en examen pour délit ou crime. À noter, également, le mineur peut bénéficier de cette mesure à partir de l'âge de 13 ans. Dans ce cas, la procédure est appelée « contrôle judiciaire aménagé ». Le juge des enfants ne peut l'ordonner que dans les cas suivants : si le mineur est mis en examen pour répondre d'un délit passible d'une peine d'emprisonnement de 5 ans ou plus alors qu'il a déjà fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative ou que l'infraction est violente ; ou s'il est mis en examen car il est soupçonné d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement de 7 ans ou plus. De ce fait, le contrôle judiciaire peut être ordonné à tout moment de l'information, par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention. Le placement n'est pas soumis à un régime de renouvellements successifs. Par ordonnance, le juge d'instruction peut, en matière correctionnelle, placer sous contrôle judiciaire l'inculpé qui encourt une peine d'emprisonnement correctionnel, l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire n'a pas à être motivée, à la différence de l'ordonnance de mise en détention provisoire. Il précise dans son ordonnance les obligations auxquelles il désire soumettre l'individu, les modalités de leur exécution, et les autorités ou personnes chargées d'exercer le contrôle, elle est soit signifiée, soit notifiée oralement à l'inculpé. À tout moment, le juge d'instruction peut modifier le contrôle judiciaire, soit d'office, soit à la demande de l'inculpé, soit sur les réquisitions du procureur de la République, il peut alors

imposer à l'inculpé des obligations nouvelles, supprimer en tout ou partie celles qui sont prévues dans l'ordonnance de mise sous contrôle, ou encore les modifier. Le non-respect volontaire de tout ou partie des obligations issues du contrôle judiciaire entraîne la révocation de la mesure. Cette révocation est une décision du juge qui met fin au contrôle judiciaire. Le juge des libertés et de la détention (JLD) ou le juge d'instruction peut ainsi prendre un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt contre la personne concernée. Ainsi, si l'individu est mis en examen, le juge d'instruction peut demander sa détention provisoire au JLD. Dans les autres cas, seul le procureur de la République peut en faire la demande. La procédure de contrôle judiciaire peut également être ordonnée afin d'assurer le bon déroulement d'une enquête judiciaire. Étant donné que le contrôle judiciaire porte atteinte à la liberté de la personne qui fait l'objet de la mesure, il est strictement encadré. Si le contrôle judiciaire est insuffisant, le juge peut prononcer l'assignation à résidence avec surveillance électronique (ARSE) ou la détention provisoire.

B. L'assignation à résidence avec surveillance électronique (ARSE).

L'assignation à résidence avec surveillance électronique (ARSE) est une mesure privative de liberté. C'est une solution alternative à la détention provisoire. L'ARSE n'est pas une peine. Elle consiste à assigner à son domicile une personne mise en examen en lui plaçant un bracelet pour contrôler ses déplacements extérieurs. Cette mesure va donc limiter, dans le temps et dans l'espace, la liberté d'aller et venir de la personne et ainsi éviter, plus efficacement qu'un simple contrôle judiciaire, la fuite de la personne.

Conditions de l'ARSE :

L'ARSE peut être décidée par ordonnance motivée du juge quand une personne est mise en examen dans une information judiciaire ou quand un prévenu attend son procès. Elle est ordonnée par le JI ou par le JLD sur leur initiative ou à la demande du suspect. Cette mesure de contrainte ne peut être prise qu'à l'encontre d'une personne mise en examen qui encourt une peine de prison d'au moins 2 ans. Il convient de signaler que l'assignation à résidence est exécutée sous surveillance électronique fixe ou mobile pour contrôler son respect. Cette mesure est ordonnée pour une durée maximum de 6 mois renouvelables dans les mêmes conditions (renouvelable à trois reprises pour la même période), sans que la durée totale du placement ne dépasse deux ans. Elle peut se prolonger au-delà de l'instruction, en

matière de délit par une décision spécialement motivée du juge d'instruction, et en matière de crime, de plein droit, sous réserve du respect du délai maximum de 2 ans. Pour que le placement sous ARSE soit ordonné par le juge, il faut que la personne soit mise en examen, les nécessités de l'enquête le justifient et les obligations du contrôle judiciaire ne sont pas suffisantes. Ainsi, L'ARSE peut être complétée par les obligations et interdictions qui sont possibles en cas de contrôle judiciaire (interdiction de se rendre dans certains lieux, interdiction de rencontrer certaines personnes, suivre des soins ...). La loi du 23 mars 2019, a modifié en profondeur l'assignation à résidence avec surveillance électronique, en élargissant les cas dans lesquels il est possible de prononcer cette mesure. Le JI ou le JLD peut désormais prononcer une assignation à résidence sous surveillance électronique sans l'accord préalable du prévenu, c'est-à-dire de la personne qui n'est pas encore jugée. Le refus de cette mesure par le prévenu peut entraîner son placement en détention provisoire. Cette peine alternative présente l'avantage à la fois de maintenir les prévenus dans un cadre très strict permettant un suivi permanent de l'administration pénitentiaire mais aussi de prévenir l'effet désocialisant de la détention provisoire. Elle permet également de lutter contre le phénomène de surpopulation carcérale des maisons d'arrêt. L'obligation de demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée par le juge est exécutée sous le régime du « bracelet électronique ». La pose du bracelet doit se faire dans un délai de cinq jours à compter de l'ordonnance de placement sous ARSE. Elle se fait avec le consentement de la personne. Cet accord doit être donné en présence d'un avocat. Et si la personne refuse cette installation, le juge peut décider de la révocation de l'ARSE et placer la personne en détention provisoire. Le personnel de l'administration pénitentiaire pose et enlève le bracelet porté à la cheville. Un signal d'alarme est émis si le bracelet est enlevé par la personne. La personne placée sous ARSE ne peut s'absenter de sa résidence qu'aux conditions et motifs fixés par le juge. Si elle sort de chez elle en dehors des heures fixées, un centre de surveillance est aussitôt averti par une alarme à distance. L'ARSE est comparable à une détention provisoire pendant toute sa durée car c'est une mesure privative de liberté. Le contrôle et le suivi de cette mesure de l'ARSE sont faits par le SPIP). Il peut se faire soit par vérification téléphonique, ou une visite au lieu de résidence, soit par une convocation à la prison ou au SPIP. La mainlevée de la mesure peut être ordonnée par le juge à tout moment. A chaque signal d'alarme déclenché par le bracelet, un compte rendu est écrit par un agent du centre de surveillance et envoyé au juge ou au procureur de la République et au

SPIP. La personne qui ne respecte pas les obligations de l'ARSE peut faire l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'un mandat d'amener, décidés par le juge ou le procureur de la République. De même, elle peut être placée en détention provisoire sur décision du JLD.

Paragraphe 2 : Les peines alternatives à la prison :

On distingue entre les peines dites de citoyenneté (A) à savoir le travail d'intérêt général, la peine de stage, et les peines pécuniaires (B) à savoir le jour-amende, la sanction réparation.

Et le sursis avec mise à l'épreuve(C), Ainsi que les aménagements de la peine (D).

A. Peines de reclassement social : dites de citoyenneté :

• Le travail d'intérêt général :

Le travail d'intérêt général a été défini par la doctrine comme étant « une peine restrictive de liberté qui consiste, pour le condamné et avec son accord, à accomplir un travail non rémunéré utile à la collectivité ». En effet, le TIG est une peine alternative à l'incarcération qui consiste en un travail non rémunéré, au sein d'une association, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public. Il tend vers trois objectifs : d'abord, sanctionner le condamné en lui faisant effectuer, dans une démarche réparatrice, une activité au profit de la collectivité, tout en lui laissant la possibilité d'assumer ses responsabilités familiales, sociales et matérielles, puis, permettre au tribunal d'éviter de prononcer une peine d'emprisonnement de courte durée, dès lors qu'elle ne s'avère pas indispensable eu égard à la personnalité du condamné et à la gravité des faits qui lui sont reprochés et, en fin, impliquer la collectivité dans un dispositif de réinsertion sociale des condamnés. Qu'il soit ordonné à titre de peine de substitution ou en tant que peine complémentaire, le TIG est régi par les articles 131-8 et 131-22 à 131-24 du CP. Sauf lorsqu'il est prescrit en matière de circulation routière ou de contravention à titre de peine complémentaire, auquel cas toute personne peut se voir proposer un TIG, ce dernier concerne, selon l'article 131-8 du CP, les prévenus poursuivis pour délit puni de l'emprisonnement, peu importe la durée de celui-ci. Les mineurs de plus de seize ans peuvent également bénéficier de cette mesure. Le président de la juridiction, avant le prononcé de la décision, doit informer le prévenu du droit de refuser l'accomplissement d'un TIG et reçoit sa réponse. Le TIG est accompli dans

un délai fixé par le tribunal. Ce délai d'exécution est au maximum de dix-huit mois (à compter du jour où la condamnation est devenue définitive- sauf exécution provisoire). Le délai d'exécution prend fin dès l'accomplissement de la totalité des heures du TIG, sauf si le condamné est soumis à d'autres obligations imposées par le tribunal. La durée du TIG varie entre 20 heures et 120 heures en cas de contravention et entre 20 et 280 heures en cas délit. Sa durée n'inclut ni les délais de route, ni les temps de repas. La durée est moindre pour les mineurs. Le TIG prend la forme d'un TNR à exécuter au profit d'une collectivité, d'un établissement public, d'une association habilitée par la justice. Lorsque le tribunal correctionnel ou le tribunal de police a prononcé une peine de TIG, le JAP reçoit le condamné pour lui notifier ses obligations et lui présenter les possibilités de travaux. En fonction des propositions du SPIP, le JAP fixe les modalités d'exécution par une ordonnance d'affectation qui précise l'organisme au profit duquel le travail sera accompli. Il notifie sa décision au condamné et veille à la bonne exécution de la peine, soit par lui-même, soit par un travailleur social du SPIP. Le JAP peut intervenir à tout moment pour apporter des modifications à sa décision, compte tenu du comportement et de la situation du condamné. Depuis le 1er janvier 2005, il a également le pouvoir de révoquer la mesure. C'est lui aussi qui reçoit les demandes d'habilitation des organismes d'accueil. Si le condamné a exécuté le travail qui lui a été imposé, l'organisme au profit duquel le travail a été accompli délivre au JAP ou à l'agent de probation ainsi qu'au condamné une attestation certifiant l'exécution du travail (art. R. 131-34 du CP). En ce cas, la sanction est exécutée. En revanche, s'il ne respecte pas les obligations de contrôle, il s'expose aux sanctions prévues par l'article 434-42 du CP (emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 €).

• Les peines de stage :

Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut, à la place ou en même temps que l'emprisonnement, prescrire que le condamné devra accomplir, pendant une durée ne pouvant excéder un mois, un stage dont elle précise la nature, les modalités et le contenu eu égard à la nature du délit et aux circonstances dans lesquelles il a été commis. Sauf décision contraire de la juridiction, le stage, dont le coût ne peut excéder celui des amendes contraventionnelles de la 3ème classe, est effectué aux frais du condamné. Le stage est exécuté dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la condamnation

est définitive, sauf impossibilité résultant du comportement ou de la situation du condamné.

Les stages que peut prononcer la juridiction sont :

1° Le stage de citoyenneté, tendant à l'apprentissage des valeurs de la République et des devoirs du citoyen ;

2° Le stage de sensibilisation à la sécurité routière ;

3° Le stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ;

4° Le stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes ;

5° Le stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels ;

6° Le stage de responsabilité parentale ;

7° Le stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes.

B. Les peines à caractère pécuniaire :

• Le jour-amende :

Le jour-amende est une sanction pénale prévue dans le code pénal français à l'article 131- 5. Il s'agit de la possibilité de convertir une peine d'emprisonnement en un nombre d'amendes journalières fixé par le tribunal. Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours-amende consistant pour le condamné à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours. Le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu ; il ne peut excéder 1 000 euros. Le nombre de jours- amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ; il ne peut excéder trois cent soixante. La somme due par le condamné est le produit d'un chiffre représentant la gravité de l'infraction ainsi que la culpabilité de son auteur et d'un autre chiffre représentant la situation financière de celui-ci. En somme, l'amende, au lieu d'être évaluée en unités monétaires, est fixée en jours évalués par rapport au revenu quotidien du condamné.

• La sanction-réparation :

En France, une loi du 5 mars 2007 a créé la sanction-réparation quand le délit est puni d'emprisonnement ou d'amende. Ainsi, lorsqu'un délit est puni d'une peine

d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place ou en même temps que la peine d'emprisonnement, la peine de sanction-réparation. Il en est de même lorsqu'un délit est puni à titre de peine principale d'une seule peine d'amende. La sanction-réparation consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixées par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime. Avec l'accord de la victime et du prévenu, la réparation peut être exécutée en nature. Elle peut alors consister dans la remise en état d'un bien endommagé à l'occasion de la commission de l'infraction ; cette remise en état est réalisée par le condamné lui-même ou par un professionnel qu'il choisit et dont il rémunère l'intervention. L'exécution de la réparation est constatée par le procureur de la République ou son délégué. Lorsqu'elle prononce la peine de sanction-réparation, la juridiction fixe la durée maximum de l'emprisonnement, qui ne peut excéder six mois, ou le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder 15 000 euros, dont le JAP pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation. Si le délit n'est puni que d'une peine d'amende, la juridiction ne fixe que le montant de l'amende, qui ne peut excéder 15 000 euros, qui pourra être mis à exécution. Le président de la juridiction en avertit le condamné après le prononcé de la décision.

C. Le sursis avec mise à l'épreuve ou sursis probatoire :

Le sursis avec mise à l'épreuve est la principale mesure alternative. Il a plus d'un demi-siècle d'existence puisque sa création date du code de procédure pénale de 1958. Le SME est, à la base, une peine d'emprisonnement avec sursis. La durée de cet emprisonnement avec sursis peut aller jusqu'à cinq ans (et même dix pour les récidivistes). Il est assorti d'un délai d'épreuve qui varie de un à trois ans (mais qui peut être porté à cinq, voire à sept ans en cas de seconde récidive). La peine de base est donc un emprisonnement avec sursis, mais elle peut être ce qu'on appelle une « peine mixte ». Par exemple deux ans d'emprisonnement dont un avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve ; dans ce cas le condamné purge d'abord la partie ferme (à moins qu'elle ne soit aménagée), puis il est soumis à la mise à l'épreuve. Les sursis probatoires mixtes sont deux fois moins nombreux que les sursis probatoires « purs ». La mise à l'épreuve consiste en une série d'obligations dont certaines sont imposées par la loi, d'autres choisies, selon l'espèce, par le juge.

D. Les aménagements de peine :

Pour faciliter la réinsertion du condamné, la juridiction de jugement peut prononcer une peine en décidant qu'elle sera aménagée. Les mesures d'aménagement sont diverses et les conditions d'octroi ont été considérablement élargies par la loi pénitentiaire.

• Le placement sous surveillance électronique (PSE) :

Le placement sous surveillance électronique ou « bracelet électronique » est une mesure d'aménagement de peine. Il permet l'exécution d'une peine d'emprisonnement en dehors de l'établissement pénitentiaire. A l'exemple d'autres législations, le droit français a prévu depuis la loi du 19 décembre 1997, que l'exécution de peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas un an, ou dont le reliquat de peine à subir n'excède pas un an, pourrait s'effectuer sous le régime du PSE. Il s'agit d'une mesure plus souple que la semi- liberté, puisque le condamné n'aura pas à regagner la prison mais d'un esprit comparable. Toutefois, la décision de PSE appartient au juge de jugement, aux conditions de l'article 132-25 (art. 132-26-1, CP), ou au JAP. Dans ce dernier cas, la mesure est, depuis la loi du 15 juin 2000, accordée ou refusée par le JAP saisi d'office, sur la demande du condamné ou sur réquisition du procureur de la République (CPP, art. 712-6). Certes, le PSE ne peut être accordé que si les peines d'emprisonnement n'excèdent pas deux ans (un an pour les personnes en état de récidive légale). Elles peuvent résulter d'une ou plusieurs condamnations. Il peut s'agir d'un reliquat de peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ou un an. Le placement peut aussi être décidé à titre probatoire d'une mesure de libération conditionnelle (CPP, art. 723-7, al. 2), ce qui implique que la privation de liberté restant à subir une durée supérieure à un an. Dans tous les cas, l'accord du prévenu est requis, ce dernier est préalablement informé des modalités du placement et, le cas échéant, assisté d'un avocat (art. 132-26-1 du CP). Le PSE emporte pour le condamné l'interdiction de s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu désigné par le juge, en dehors des périodes fixées par celui-ci. Les périodes et lieux sont fixés en tenant compte de l'exercice d'une activité professionnelle, du suivi d'un enseignement ou d'une formation professionnelle, de l'accomplissement d'un stage ou de participation à la vie de famille. Le condamné est placé sous le contrôle du JAP dans le ressort duquel il est assigné. Ce juge peut en retirer le bénéfice si les conditions de son octroi ne sont plus remplies, si le condamné ne satisfait pas aux

obligations et interdictions qui lui sont imposées, s'il fait preuve de mauvaise conduite ou s'il refuse une modification des conditions d'exécution (art. 723-7 -1, CPP). Par ailleurs, le JAP peut, d'office ou à la demande du condamné, et après avis du procureur de la République, modifier les conditions d'exécution du PSE . Cette mesure a été testée au début des années 2000 mais ce n'est qu'à partir de 2010 qu'elle commence à concerner un effectif important de justiciable. En pratique, le PSE concernait 7.889 personnes au 1er janvier 2012, soit une augmentation de 36,8% par rapport au 1er janvier 2011 (DAP 2012). Le PSE connaît actuellement une croissance extrêmement forte. Ainsi, le nombre de mesures prononcées est passé de 5.562 en 2006 à 16.797 en 2010. Au 1er janvier 2019, 10 982 porteurs étaient placés sous surveillance électronique, au titre d'écroués non détenus (administration pénitentiaire). Ensuite, au 1er décembre 2022 , 13 488 porteurs étaient placés sous surveillance électronique, au titre d'écroués non détenus (administration pénitentiaire) .

• La semi-liberté (SL) :

La semi-liberté est un régime d'exécution des peines privatives de liberté qui « permet au condamné », hors de l'établissement pénitentiaire et sans surveillance continue, soit d'exercer une activité professionnelle dans les mêmes conditions que les travailleurs libres, soit de suivre un enseignement ou une formation professionnelle, ou encore un stage ou un emploi temporaire en vue de son insertion sociale future soit d'apporter une participation essentielle à la vie de sa famille, soit de subir un traitement médical. Le bénéfice de l'exécution au régime de la SL ne peut être accordé que pour les peines n'excédant pas deux ans d'emprisonnement ferme (réduite à un an, si le condamné est en état de récidive légale). Il peut s'agir de la partie ferme d'un emprisonnement assorti d'un sursis partiel. En fin de peine le JAP peut prescrire une semi-liberté aux condamnés pour qu'il reste à subir deux ans d'emprisonnement, durée réduite à un an pour le condamné en état de récidive légale (CPP, art. 723-1). Toutefois, cette possibilité n'est pas offerte aux condamnés pour infractions de terrorisme (CPP, art. 723-1 al. 3). Le directeur du service pénitentiaire d'insertion (DSPIP) examine le dossier du condamné, en vue de proposer la mesure adaptée à la situation du condamné. Après accord de ce dernier, le directeur adresse le dossier au procureur en vue d'une saisine du JAP. S'il estime la mesure justifiée, le procureur la transmet pour homologation au juge qui a trois semaines pour se prononcer. Si le procureur n'estime pas la mesure justifiée, il en

informe le juge qui pourrait d'office ou sur demande du condamné ordonner un aménagement de peine. La mesure ordonnée par le juge ou mise en œuvre par le directeur du service d'insertion peut subordonner le bénéfice de la semi-liberté au respect d'obligations issues des articles 131-36-2, 132-44 et 132-45 du CP. Le condamné en SL doit se conformer scrupuleusement aux obligations qui lui sont imposées par le juge et les règlements (CPP, D. 138). Toute inobservation et toute mauvaise conduite l'exposeraient à se voir retirer la faveur dont il avait bénéficié. La révocation de la semi-liberté est prononcée par le JAP, selon la procédure contradictoire de l'article 712-6 du CPP115. Le JAP pourrait aussi substituer un placement à l'extérieur ou un placement sous surveillance électronique à la SL (CPP, art. 723-2). Au 1er mars 2006, 2 061 places dont 1 424 sont actuellement occupées par des condamnés en semi-liberté. En 2019, selon les statistiques des établissements des personnes écrouées en France, 13 842 personnes sont écrouées en aménagement de peines, dont 1 646 en semi-liberté, ainsi en 2022, 15 775 personnes sont écrouées en aménagement de peines, dont 1 472 en semi-liberté.

• Le placement à l'extérieur (PE) :

D'après l'article 723, al. 1 du CPP, le condamné admis au bénéfice du placement à l'extérieur, est astreint, sous le contrôle de l'administration, à exercer des activités en dehors de l'établissement pénitentiaire. C'est le PE, qui permet au condamné de travailler en dehors de prison. Le placement à l'extérieur, était autorisé par le JAP soit pour l'exécution de peines n'excédant pas un an d'emprisonnement, soit lorsque le détenu remplissait les conditions de délai pour bénéficier de la libération conditionnelle. La loi du 9 mars 2004 a élargi les possibilités d'admission à ce régime. Dans les mêmes cas qui ouvrent droit à la semi-liberté à savoir une peine prononcée inférieure ou égale à deux ans (délai réduit à un an pour les condamnés en état de récidive légale) et des conditions d'emploi, de formation, de santé ou de vie de famille analogues, la juridiction de jugement peut également décider que la peine d'emprisonnement sera exécutée sous le régime du placement à l'extérieur (CP, art. 132-25, al. 2). Le juge de l'application de peine peut y mettre fin, en cas de mauvaise conduite ou de non-respect des obligations, par une décision prise au terme du débat contradictoire de l'article 712-6 du CPP. Il peut aussi substituer au placement à l'extérieur, une mesure de semi-liberté ou un placement sous surveillance électronique (CPP, art. 723-2). Ce placement à l'extérieur peut aussi intervenir en fin de peine. En effet, il existe deux régimes du placement à

l'extérieur, l'un avec surveillance effective du personnel pénitentiaire, et l'autre sans surveillance. En 2019, selon les statistiques des établissements des personnes écrouées en France, 13842 personnes sont écrouées en aménagement de peines, dont 889 en PE et en 2020, 12 849 personnes sont écrouées en aménagement de peines, dont 927 en PE. Ainsi en 2022 , 15775 personnes sont écrouées en aménagement de peines, dont 815 en PE .

• La libération conditionnelle (LC) :

La libération conditionnelle est une institution qui permet à l'administration pénitentiaire de libérer un condamné avant l'expiration de sa peine sous la condition de la bonne conduite pendant un certain délai et de son aptitude à la réinsertion sociale. Cette institution a été introduite en France par la loi du 14 août 1885 . En dépit des formes qui lui ont été apportées par le CPP modifié par les lois du 17 juillet 1970, du 29 décembre 1972 et par les lois du 15 juin 2000, du 9 mars 2004 et du 24 novembre 2009 (art.729 à 733), la LC est restée une mesure de faveur pour le détenu qui a effectué des efforts sérieux de réadaptation sociale. Mais de plus en plus assortie de mesures de contrôle et d'assistance, elle constitue un traitement post- pénitentiaire très proche, à maints égards, du sursis avec mise à l'épreuve. Cependant, La libération conditionnelle pour une peine privative de liberté est subordonnée à une condition de délai. Il faut que le condamné ait déjà exécuté une partie de sa peine : la moitié si l'intéressé n'est pas récidiviste, les deux tiers de sa peine s'il est récidiviste (art. 729 al. 3, CPP, modifié par la loi du 11 juill. 1975). Les condamnés pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ne peuvent pas obtenir de libération conditionnelle s'ils refusent de suivre le traitement proposé. Pour les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité, la libération conditionnelle ne peut intervenir qu'au bout de 18 ans (art.729, al.3, CPP)et de 22 ans pour le condamné en état de récidive légale. En outre, elle ne peut être accordée qu'après un avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu après une évaluation de dangerosité réalisée dans un service spécialisé assortie d'une expertise médicale. Les durées de peine accomplies ne sont pas non plus applicables au condamné âgé de plus de 70 ans dont la réinsertion paraît assurée. Le condamné doit manifester des efforts sérieux de réadaptation sociale (art. 729, al. 2, CPP) et doit accepter les conditions éventuellement mise à sa libération. La procédure de la libération conditionnelle est réglementée par les articles 730 à 732 du Code de procédure pénale et suivants du Code de procédure

pénale, qui ont été modifiés par la loi du 15 juin 2000 et les décrets du 13 décembre 2000 et du 27 octobre 2010. Le droit d'accorder à cette mesure appartient aujourd'hui soit au JAP soit au tribunal de l'application des peines. La LC n'ôte pas la peine, ni n'efface la condamnation. Mais le libéré, dispense provisoirement de subir le reste de sa peine. Elle est soumise à l'observation de certaines conditions, prévues dans les articles D. 533 à D. 536 du CPP. Il peut s'agir des obligations imposées aux probationnaires (mesures de contrôle de l'art. 132-44 du CP) ou d'autres qui sont propres aux libérés conditionnels. Le libéré conditionnel peut également bénéficier de mesures d'aide en vue de son reclassement social. La libération conditionnelle peut prendre fin de deux façons, soit par la libération définitive, soit par la révocation. Si pendant le délai d'épreuve, le condamné s'est bien conduit a respecté les mesures d'assistance et de contrôle ainsi que les obligations particulières qui lui était imposées, le régime de la libération conditionnelle disparaît et le condamné est définitivement libéré. La peine est réputée avoir été exécutée intégralement depuis le jour de la libération conditionnelle (art. 733, al. 4, CPP) et c'est à partir de ce jour que courent les délais pour la récidive, la réhabilitation, etc. Mais la condamnation n'est pas effacée ; elle subsiste comme en cas de grâce. Si, au contraire, avant l'expiration du délai d'épreuve, le condamné se conduit mal, ne se soumet pas aux mesures d'assistance et de contrôle, ou n'observe pas les obligations particulières qui lui avaient été imposées, la libération conditionnelle peut alors être révoquée.

Section 2 : Les peines alternatives dans la législation marocaine :

La législation marocaine dans le domaine de la dissuasion et la punition s'est inspirée des mêmes sources de la législation française, et est restée, sans suivre l'évolution de législation française qui s'était lancées à la recherche d'alternatives aux peines privatives de liberté. Dans le cadre de cette section, on va évoquer les alternatives en droit pénal marocain en vigueur (paragraphe 1), puis, les peines alternatives dans le cadre de la loi (paragraphe 2) .

Paragraphe 1 : Quelques alternatives en droit pénal marocain :

Le législateur marocain a repris l'idée des alternatives comme c'était le cas pour les autres législations, même si c'était indirectement, tout en stipulant la mise sous contrôle judiciaire (A), l'amende (B), la mise en liberté provisoire et le cautionnement (C), le sursis à l'exécution des peines (D) et ensuite la libération conditionnelle (E).

A. La mise sous contrôle judiciaire :

Le contrôle judiciaire peut être considéré comme alternative à la détention préventive édicté par les articles 160 à 174 de code de procédure pénale. Celui-ci est une mesure exceptionnelle qui ne concerne que les crimes et les délits punis de peines privatives de liberté. Cependant, cette mesure s'applique suite à une ordonnance rendue par le juge d'instruction pour une durée de deux mois renouvelables cinq fois, à moins que les nécessités de l'instruction ou bien la sécurité des personnes ou de l'ordre public n'exigent la détention préventive. Ainsi, suite à la décision de juge d'instruction, l'inculpé est censé de soumettre à l'une ou plusieurs obligations édictées dans l'article 161 de CPP et dont on peut citer à titre d'exemple:

- ⇒ Ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ;
- ⇒ Ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ledit magistrat ;
- ⇒ Se présenter périodiquement aux services ou aux autorités désignés par le juge d'instruction;
- ⇒ Répondre aux convocations de toute autorité ou de toute personne habilitée désignée par le juge ;

B. L'amende :

Tout d'abord, l'amende est une sanction qui porte sur le patrimoine de la personne condamnée. En se référant à l'article 150 qui dispose « qu'en matière de délit de police, même au cas de récidive, le juge, sauf disposition légale contraire, peut, lorsqu'il constate l'existence de circonstances atténuantes, dans les cas où la peine édictée est celle de l'emprisonnement et de l'amende ou l'une de ces deux peines seulement, réduire la peine au-dessous du minimum légal, sans toutefois que l'emprisonnement puisse être inférieur à six jours et l'amende à 12 dirhams. Il peut aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines et même substituer l'amende à l'emprisonnement sans qu'en aucun cas cette amende puisse être inférieure au minimum de l'amende contraventionnelle. Dans le cas où l'amende est substituée à l'emprisonnement, si la peine de l'emprisonnement était seule édictée par la loi, le maximum de cette amende peut être fixé à 5.000 dirhams ». Ceci affirme le fait que le législateur marocain a rejoint un ensemble des législations

qui accordent un large pouvoir d'appréciation de juge dans la mesure où il a la possibilité de substituer une peine d'emprisonnement avec une amende.

C. la mise en liberté provisoire et le cautionnement :

L'article 178 de CPP indique que « le juge d'instruction peut, en toute matière, après avis du ministère public, ordonner d'office la mise en liberté provisoire, lorsqu'elle n'est pas de droit à charge pour l'inculpé de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure aussitôt qu'il en sera requis et de tenir informé le juge d'instruction de tous ses déplacements ou sa résidence dans un lieu déterminé. La liberté provisoire peut être subordonnée à l'obligation de fournir une attestation d'un établissement public ou privé, de santé ou d'enseignement confirmant la prise en charge de l'inculpé durant cette liberté. Celle-ci peut également être subordonnée à l'obligation de fournir un cautionnement pécuniaire ou un cautionnement personnel ». D'ailleurs, la mise en liberté provisoire peut être ordonnée par le juge d'instruction suite à la demande de l'inculpé, soit son conseil. Bien que le cautionnement pécuniaire correspond à une garantie financière présentée par l'inculpé dont celui-ci garantit :

La représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement

Le paiement de ce qui est énoncé, dans l'ordre suivant ;

- Des frais avancés par la partie civile
- des restitutions et dommages-intérêts ou le paiement d'une pension si l'inculpé était poursuivi à cette fin ;
- des frais dépensés par celui qui a mis en mouvement l'action publique ;
- des amendes.

En général, parmi les particularités de la mise en liberté provisoire garantie par un cautionnement pécuniaire consiste sur le fait que si l'inculpé s'est présenté à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, la première partie du cautionnement fournie comme garantie de représentation à ces actes et à l'exécution du jugement, lui est restituée.

D. Le sursis à l'exécution des peines :

Au Maroc, plus précisément en matière pénal, le sursis est une juridiction pénale qui dispense une personne condamnée d'exécuter la peine dans sa globalité ou en partie. En général, tout en étant reconnu coupable et effectivement condamné, l'auteur de l'infraction est dispensé de l'exécution de sa peine. On dit alors que la condamnation est assortie de sursis. Dans ce sens, le sursis constitue l'une des manifestations des pouvoirs importants confiés au juge pour parvenir à une individualisation de la peine. Or, il ne peut être accordé qu'en présence d'un certain nombre des conditions prévues par l'article 55 de code pénal.

• Conditions de mise en œuvre :

Le juge apprécie s'il y a lieu d'ordonner le sursis en fonction de la personnalité du délinquant et de son milieu social. Cependant, l'octroi du sursis n'est jamais une obligation pour le juge concerné. Celui-ci décide librement de l'utilité de l'accorder ou non. Le juge qui ordonne le sursis à l'exécution de la peine doit motiver sa décision. Par ailleurs, le sursis ne peut être accordé que sous certaines conditions prévues par l'article 55 du CP. La première concerne la condamnation prononcée qui doit être un emprisonnement ou une amende non contraventionnelle. La seconde tient au passé pénal du délinquant. Il s'agit du condamné qui n'a pas un passé judiciaire trop important. En effet, l'inculpé ne doit pas avoir été condamné antérieurement à l'emprisonnement pour crime ou délit de droit commun. A contrario, les condamnations précédentes pour infraction militaires, politiques ou pour contraventions n'interdisent pas l'octroi du sursis. Lorsque toutes les conditions légales sont remplies, la juridiction peut faire bénéficier le condamné du sursis. Dans ce cas, son président doit, après le prononcé de la peine, avertir le condamné, lorsqu'il est présent, des conséquences qu'entraînera une condamnation pour une nouvelle infraction (crime ou délit du droit commun) commise dans le délai de cinq ans. Ce dernier doit en effet, exécuter la peine sans confusion possible avec celle ultérieurement infligée et doit en courir éventuellement les peines aggravées de la récidive.

• Effets du sursis :

Le sursis n'efface pas les frais du procès et les réparations civiles tout comme il n'a pas d'incidence sur les peines accessoires et les incapacités résultant de la condamnation. Ces dernières ne cessent, de plein droit, que dans le cas où la condamnation devient irrévocable pour avoir respecté les règles du sursis.

E. la libération conditionnelle :

La libération conditionnelle est une cause de suspension des peines privatives de liberté, selon l'article 59 du CP, « Elle fait bénéficier le condamné, en raison de sa bonne conduite dans l'établissement pénitentiaire, d'une mise en liberté anticipée, à charge pour lui de se conduire honnêtement à l'avenir et sous la condition qu'il sera réincarcéré pour subir le complément de sa peine en cas de mauvaise conduite dûment constatée ou d'inobservation des conditions fixées par la décision de libération conditionnelle ». Il s'agit d'une institution qui permet à l'administration de libérer le condamné avant l'expiration de sa peine, sous la condition de sa bonne conduite pendant le temps restant à courir jusqu'à la date normale d'expiration de la peine (la mauvaise conduite jouant comme une condition résolutoire). En d'autres termes, elle permet de récompenser des détenus ayant fait preuve de bonne conduite et d'aptitude à la réinsertion. En effet, cette mesure est régie par les articles 622 à 632 du CPP. Elle s'applique aux peines privatives de liberté prononcées pour une infraction criminelle ou délictuelle. Elle ne peut être accordée que si le condamné a déjà accompli une partie de sa peine conformément aux dispositions des articles 622 et 623 du code de procédure pénale. Il faut mentionner que celle-ci obéit également à des conditions de forme qui sont prévues par les articles 624 à 629 du code de procédure pénale. La libération conditionnelle n'éteint pas la peine, ni efface la condamnation. Le condamné est seulement dispensé provisoirement de subir le surplus de sa peine principale. La dispense d'exécution de la peine est octroyée sous conditions, et elle sera retirée ou révoquée si ces conditions ne sont pas observées. L'article 627 du CPP prévoit, en effet, que le bénéfice de cette mesure peut être assorti de certaines conditions particulières ainsi que de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier le reclassement du libéré. Ces conditions et ces modalités d'exécution doivent figurer dans la décision de libération conditionnelle (art. 627, al.3 du CPP).

Paragraphe 2 : les peines alternatives : vers une humanisation de la justice

Le Maroc s'est inspiré largement de son homologue le législateur français pour combler les insuffisances qui existe dans notre système. Cependant, dans le cadre de la loi n°43-22, le législateur a défini les peines alternatives dans l'article 35-1. Il ressort de cet article que les peines alternatives sont définies comme étant des sanctions non privatives de liberté pour les délits dont les peines ne dépassent pas 5 ans d'emprisonnement. Le condamné est tenu de respecter les engagements qui lui

ont été attribués pour garder sa liberté. Il s'agit notamment du travail d'intérêt général, la surveillance électronique, ainsi que la limitation de certains droits ou l'imposition de mesures restrictives, thérapeutiques ou de réhabilitation. En sus, l'article 35-3 prévoit que les peines alternatives ne seront pas envisageables pour certaines infractions. L'avant-projet de ladite loi a prévu d'exclure les cas de détournement, concussion, corruption et le trafic d'influence. Il en est de même pour trafic international de stupéfiants, le trafic d'organes humains et l'exploitation sexuelle des mineurs.

A. Le travail d'intérêt général :

Le travail d'intérêt général constitue une réponse pénale à l'infraction permettant au tribunal de disposer d'une alternative à la peine d'emprisonnement de courte durée, dans une optique réparatrice et socialisante qui contribue à préserver l'insertion sociale et professionnelle de la personne condamnée tout en considération sa personnalité et la nature des faits qui lui sont reprochés. L'objectif est de sanctionner sans désocialiser le condamné de son milieu social tout en étant utile à l'intérêt général. L'exécution de cette peine alternative tend à la réalisation de plusieurs finalités : il permet de sanctionner le condamné en lui faisant effectuer une activité au profit de la société sans être payer dans une démarche réparatrice, tout en lui laissant la possibilité d'assumer ses responsabilités familiales, sociales et professionnelles ; elle vise également à favoriser l'insertion sociale, ainsi cette peine est également ouvert aux jeunes délinquants âgés de 15 ans. Pour appliquer cette alternative, la loi a exigé que le condamné doit atteindre l'âge minimum de 15 ans à compter de la date du prononcé de jugement et que la peine prononcée n'excède pas cinq ans d'emprisonnement. Ainsi cette loi a considéré que le travail d'intérêt général est un acte qui n'est pas rémunéré et qui est accompli au profit des intérêts de l'État ou des institutions ou des organismes de protection des droits, des libertés et de la bonne gouvernance, des établissements publics, des institutions caritatives, ou d'autres institutions, associations ou organisations non gouvernementales œuvrant au service public pour une durée comprise entre 40 et 1000 heures, Ainsi le tribunal a spécifié des heures de travail d'intérêt général. Quant au nombre d'heures de travail pour cette peine alternative, il est limité à deux heures de travail pour chaque jour du délai d'emprisonnement. Le condamné doit accomplir ces travaux dans un délai n'excédant pas un an à compter de la date de délivrance de l'ordonnance visée à l'article 647-2 de la présente loi. Cette période peut être

prolongée une fois pour une période similaire par une décision rendue par le juge d'application des peines à la demande du condamné ou ce qui a un intérêt . En ce qui concerne les mineurs, le travail d'intérêt général ne fonctionne pas dans le cas des personnes moins de 15 ans, et si le cas où le tribunal décide d'imposer une peine d'emprisonnement conformément à l'article 482 du CPP, le mineur peut l'échanger par une peine de TIG.

B. La surveillance électronique :

Le placement sous surveillance électronique est une technique largement répandue, surtout dans les pays occidentaux, c'est un moyen d'aménagement des peines de courte durée qui permet à la justice de garder un œil sur les personnes pendant la durée de la détention à domicile tout au long de la durée de la peine purgée. C'est un choix important qu'il faut mettre en place, car un certain nombre de crimes et délits ne nécessitent pas que leurs auteurs soient incarcérés. Le législateur marocain prévoit la mesure du placement sous surveillance électronique ou bracelet électronique dans la loi n° 43-22 relative aux peines alternatives par le biais de l'article 35-10. La surveillance électronique peut être ordonnée comme alternative d'une peine privative de liberté. Le condamné sous "liberté surveillée", sa circulation étant scrutée en temps réel et à distance via "un ou des moyens électroniques, dont le bracelet électronique. Le périmètre de circulation et la durée de la mesure sont à l'appréciation du juge. Le bracelet électronique est une innovation importante : au lieu de l'envoyer en détention préventive, la personne suspectée ou accusée porte un bracelet électronique à son poignet ou à sa cheville, qui signale ses déplacements dans l'espace géographique où elle est assignée, qu'elle ne peut franchir, toute transgression étant sanctionnée par une nouvelle arrestation. Cette outil GPS est mis à la disposition du juge d'application des peines pour s'assurer que le détenu ne quitte pas le lieu d'incarcération qui peut être loin de sa résidence.

Un décret viendra ultérieurement étayer les caractéristiques techniques ,les charges , les modalités de placement du bracelet, ainsi que les organes chargés de l'appliquer.

C. La limitation de certains droits ou l'imposition de mesures restrictives, thérapeutiques ou de réhabilitation.

La présente loi stipule que cette alternative devait être utilisée dans les cas où la durée de la privation de liberté imposée n'excède pas cinq ans d'emprisonnement. Ainsi la loi l'exprime dans l'article 35-11, où il stipule que le tribunal peut statuer sur la peine limitant certains droits ou imposer des mesures de restrictives thérapeutiques ou de réhabilitation comme alternative aux peines privatives de liberté. Tout en stipulant le choix du condamné et en confirmant sa volonté de corriger son comportement et sa réponse à la réinsertion selon le deuxième paragraphe de l'article 35-11, ainsi cet article prévoit que le tribunal peut appliquer à l'égard du condamné une ou plusieurs sanctions, à savoir :

1. L'exercice du condamné d'une activité professionnelle déterminée, poursuivre des études ou une formation qualifiante déterminé, la loi vise à travers cette procédure à orienter le condamné vers une qualification et une formation au niveau des professions et métiers compatibles avec ses capacités cognitives , soit en le limitant à l'exercice d'une activité professionnelle déterminée, soit suivi d'une étude ou d'une formation spécifique.
2. La résidence du condamné dans un lieu déterminé et son engagement à ne pas le quitter, ou à ne pas le quitter à certaines heures, ou à l'empêcher de se rendre à certains lieux, ou de ne pas s'y rendre à certaines heures, le but de cette procédure consiste à imposer des restrictions aux déplacements du condamné en fonction du crime qu'il a commis et de l'étendue de son danger pour la société .
3. Imposer un contrôle par lequel le condamné est tenu par le juge de l'application des peines de se présenter, à des heures précises, soit à l'établissement pénitentiaire, soit à la préfecture de police, à la gendarmerie royale ou au bureau d'aide sociale du tribunal.
4. S'engager à ne pas contacter les victimes du crime par quelque moyen que ce soit .
5. Le condamné doit suivre un traitement psychiatrique ou anti-addiction.
6. Indemnisation ou réparation du condamné les dommages résultant du crime.

7. Conformément aux dispositions de l'article 35-13 de la présente loi le condamné est tenu d'exécuter les peines restrictives de certains droits ou d'imposer des mesures restrictives, thérapeutiques ou de réhabilitation dans un délai d'un an à compter de la date de délivrance de la décision d'exécution visée à l'article 647-2 du CPP. Ce délai peut être prolongé pour une durée qui n'excède pas un an et pour une seule fois, à la demande du condamné ou de quiconque qui a un intérêt, par décision rendue par le juge d'application des peines.

• Le rôle du JAP dans l'exécution et l'aménagement des peines alternatives.

Le juge d'application des peines est compétent pour assurer l'exécution de la peine alternative dans la juridiction qui a rendu le jugement .Les compétences de ce magistrat ont connu un grand élargissement, le nouveau texte élargit les compétences du juge de l'application des peines, il assure désormais les fonctions suivantes :

- ⇒ veiller à l'exécution des peines alternatives et informer le Ministère Public de tout manquement à leur application
- ⇒ prolonger le délai dans lequel le condamné doit exécuter la peine alternative dans les cas prévus par la présente loi
- ⇒ ordonner l'exécution de la peine principale ou de ce qu'il en reste en cas de l'inexécution des peines alternatives ou s'il y a une violation pendant la durée de leur exécution.
- ⇒ examiner les rapports relatifs à l'application des peines alternatives qui lui sont présentés et prendre ce qu'il juge approprié .
- ⇒ rendre une décision pour achever la mise en œuvre de la peine alternative prononcée.

Ce et afin de contrôler l'autorité du juge d'application des peines dans ce cadre, elle a été soumise au principe du contentieux judiciaire conformément aux prescriptions des articles 599 et 600 du code de procédure pénale et à ménager un effet d'arrêt sur son comportement, que ce soit par le ministère public ou les parties ou de quiconque y ayant intérêt. Pour éviter les problèmes soulevés au niveau de la mise en œuvre des peines alternatives, la loi a confié à la Délégation Générale de l'Administration Pénitentiaire la tâche de suivre la mise en œuvre des peines

alternatives et de coordonner avec les secteurs publics, institutions et organismes dont les intérêts peuvent être impliqués dans la mise en œuvre des peines alternatives. L'analyse des peines alternatives en France et au Maroc met en lumière des approches différentes mais convergentes pour répondre aux défis posés par la surpopulation carcérale et les limites des peines privatives de liberté. En France, un cadre législatif robuste offre une large gamme de mesures alternatives, telles que le travail d'intérêt général, la surveillance électronique et la libération conditionnelle. Ces dispositifs visent à humaniser la justice pénale tout en favorisant la réinsertion sociale et en limitant les effets désocialisants de l'incarcération. Au Maroc, bien que des alternatives soient déjà prévues dans le Code pénal et le Code de procédure pénale, leur mise en œuvre reste limitée. La loi n°43-22 constitue une avancée importante, introduisant des mesures telles que le travail d'intérêt général et la surveillance électronique. Cependant, leur succès dépendra d'une application rigoureuse, d'une coordination efficace entre les acteurs judiciaires et d'une sensibilisation accrue du public. Les deux systèmes juridiques partagent un objectif commun : rendre la justice plus humaine et plus efficace. Toutefois, pour maximiser l'impact des peines alternatives, il est essentiel d'investir dans la formation des magistrats, de renforcer les ressources institutionnelles et de promouvoir une coopération internationale. Ces efforts permettront non seulement de désengorger les prisons, mais aussi de garantir une réponse pénale adaptée aux besoins individuels des condamnés.

En conclusion, les peines alternatives représentent une opportunité précieuse pour transformer la justice pénale en un outil de réhabilitation sociale et de prévention de la récidive. Leur mise en œuvre réussie repose sur une volonté politique forte et un engagement collectif visant à promouvoir une justice équitable et respectueuse des droits humains.

Bibliographie

- Balboul, K. et Lahjouji, Y., *Précis de droit pénal général marocain*, Dar Alafak, Rabat, 2019.
- Bouloc, B., *Droit pénal général*, 25ème éd., Dalloz, 2017.
- Bouloc, B., *Droit de l'exécution des peines*, 4ème éd., Dalloz, 2011.
- Borricand, J., « La libération conditionnelle, quel avenir ? », *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1989, p. 589.
- Fize, M., « Il y a 100 ans, la libération conditionnelle », *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1985, p. 755.
- Code pénal marocain, art. 55, 59.
- Code de procédure pénale marocain, art. 150, 159, 160-174, 178, 184, 186, 622-632, 647-2.
- Cour de cassation marocaine, 1er avril 1964, *Revue*, n°128, p. 58-59.
- Cour de cassation marocaine, 13 novembre 1961, *Revue*, n°129, p. 52-67.
- Code pénal français, art. 58-3, 132-44.
- Code de procédure pénale français, art. 729, 730-732, D.527-1, D.533-D.536.
- Loi n°70-643, 17 juillet 1970, *JORF*, 19 juillet 1970.
- Loi n°75-624, 11 juillet 1975, *JORF*, 13 juillet 1975.
- La loi n°43-22, 1er juin 2023.

**Le contrôle de constitutionnalité et le principe
de la séparation des pouvoirs
Commentaire de la décision de la Cour
constitutionnelle n° 255/25 du 4 août 2025**

 **Yassine ABIBI**
Docteur en Droit Public
à l'Université Mohamed V – Rabat
✉ Yassineabibi2012@gmail.com

Introduction

La décision n° 255/25 de la Cour constitutionnelle du 4 août 2025, rendue à propos de la conformité à la Constitution du projet de loi n° 23-02 relatif à la procédure civile¹, constitue une illustration marquante de l'exercice du contrôle de constitutionnalité au Maroc. Elle illustre également la manière dont la Cour articule ce contrôle avec un principe fondamental de l'Etat de droit : la séparation des pouvoirs.

Le principe de la séparation des pouvoirs, théorisé au 18^{ème} siècle par Montesquieu dans « *De l'esprit des lois* » (1748), repose sur l'idée que la liberté politique et la limitation de l'arbitraire exigent une distinction et un équilibre entre les trois fonctions fondamentales de l'Etat : le législatif, l'exécutif et le judiciaire². Inspiré des institutions britanniques et intégré dans de nombreuses constitutions modernes, ce principe vise à éviter la concentration du pouvoir entre les mains d'un seul organe ou d'une seule personne. Au Maroc, il est consacré par la Constitution de 2011 qui institue une répartition des compétences³ : le pouvoir législatif est exercé par le Parlement (Chambre des représentants et Chambre des conseillers), le pouvoir exécutif par le gouvernement dirigé par le Chef du gouvernement, tandis

¹ Cour Constitutionnelle n° 255/25 du 04/08/2025, B.O n° 7429 (version arabe) du 11 août 2025, p-p.5826-5831.

² Mauro BARBERIS, « Le future de la séparation des pouvoirs », In « La séparation des pouvoirs », Revue Pouvoirs, N° 143 Novembre 2012, p.5.

³ Najib BA MOHAMMED, « Séparation des pouvoirs : les défis de la nouvelle organisation constitutionnelle marocaine », REMALD, n° 119, novembre-décembre 2014, p.29.

que le pouvoir judiciaire, érigé en autorité indépendante, est confié au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire.

Dans le cas qui nous concerne, en déclarant l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions de la loi, la Cour constitutionnelle réaffirme la nécessité pour le législateur d'exercer sa compétence dans le respect des principes constitutionnels, notamment celui de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le principe de la séparation des pouvoirs, affirmé à l'article premier de la Constitution de 2011⁴, se trouve ainsi au cœur du raisonnement de la Cour.

Dans ce sens, notre commentaire se propose d'analyser cette articulation en deux axes : Le contrôle de constitutionnalité comme garant structurel de la séparation des pouvoirs, puis, l'affirmation jurisprudentielle d'une interprétation rigoureuse du principe d'indépendance du pouvoir judiciaire.

I. Le contrôle de constitutionnalité : garant structurel de la séparation des pouvoirs

La compétence de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle préventif est un élément central de l'architecture constitutionnelle marocaine. En permettant l'examen de la conformité des lois avant leur promulgation, cette prérogative renforce l'État de droit. Elle consacre également la Cour comme garante de l'équilibre institutionnel et de la hiérarchie des normes.

1. La compétence de la Cour constitutionnelle en amont de la promulgation

La saisine du Président de la Chambre des représentants, en vertu de l'article 132 (alinéa 3) de la Constitution marocaine de 2011, est un mécanisme qui permet à diverses autorités politiques d'initier un contrôle de constitutionnalité sur une loi avant sa promulgation. Cette procédure préventive met en lumière non seulement le rôle fondamental de la Cour constitutionnelle en tant que gardienne de la Constitution, mais également son rôle central dans la régulation des relations entre les pouvoirs publics.

L'article 132 de la Constitution marocaine accorde à plusieurs acteurs institutionnels, notamment le Roi, le Chef du gouvernement, les Présidents des

⁴ « ... Le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs ... », Article 1 de la Constitution marocaine de 29 juillet 2011, B.O n° 5964 du 30 juillet 2011, p-p.1902-1928.

deux Chambres du Parlement et un cinquième des membres de l'une ou l'autre Chambre, la faculté de saisir la Cour constitutionnelle pour qu'elle examine la conformité d'un texte législatif à la Constitution avant qu'il ne devienne une loi⁵. Cette possibilité de saisine est une innovation importante dans l'architecture constitutionnelle du Maroc, consolidant ainsi la prééminence de la Constitution et l'équilibre des pouvoirs⁶.

Dans ce cadre, le rôle de la Cour constitutionnelle ne se limite pas à une simple tâche de contrôle juridique ou technique ; elle incarne une fonction de régulation dans le cadre de la séparation des pouvoirs. Par ce contrôle, la Cour assure que le législateur respecte les principes fondamentaux consacrés par la Constitution. En ce sens, elle est véritablement un arbitre juridico-institutionnel. En effet, l'exercice de ce contrôle constitue une garantie pour l'État de droit, en s'assurant que les lois promulguées sont non seulement conformes à la Constitution, mais aussi en cohérence avec les droits et libertés fondamentales.

Le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle dans le cadre de cette saisine préventive revêt une double portée essentielle. D'une part, il contribue à la consolidation de la sécurité juridique en vérifiant la conformité d'un texte législatif avant sa promulgation, ce qui évite l'adoption de lois contraires à la Constitution. Cela renforce la stabilité juridique et assure la prévisibilité des normes, agissant ainsi comme un rempart contre l'adoption de lois qui pourraient fragiliser l'ordre juridique ou générer des incertitudes, tant pour les citoyens que pour les acteurs politiques et économiques. D'autre part, ce mécanisme protège l'équilibre institutionnel en préservant la répartition des compétences entre les pouvoirs publics. Dans le cadre de la séparation des pouvoirs instaurée par la Constitution marocaine, le contrôle de constitutionnalité garantit que chaque pouvoir exerce ses prérogatives dans les limites qui lui sont attribuées, empêchant ainsi toute intrusion d'une institution dans le domaine réservé à une autre. Cela favorise une gouvernance équilibrée et harmonieuse, en évitant les dérives et excès de pouvoir.

La saisine du Président de la Chambre des représentants, ainsi que de toute autre autorité habilitée, illustre une avancée importante dans la gouvernance démocratique du Maroc. Elle est non seulement un mécanisme juridique, mais aussi

⁵ Article 132 de la Constitution marocaine de 29 juillet 2011.

⁶ Najib BA MOHAMMED, Op. Cit., p.32.

une pierre angulaire de la séparation des pouvoirs. La Cour constitutionnelle, par ses arrêts, participe activement à la préservation de cet équilibre institutionnel, en garantissant que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire restent dans les limites fixées par la Constitution. De ce fait, elle renforce la légitimité des décisions politiques, qu'elles soient législatives ou exécutives, et assure la stabilité de l'ordre constitutionnel.

2. Une démarche de contrôle à contenu normatif et non politique

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle ne se contente pas d'une simple vérification formelle de la procédure législative, mais mène un examen matériel minutieux des dispositions législatives contestées, en les confrontant aux principes fondamentaux inscrits dans la Constitution. Ce contrôle va bien au-delà de la conformité des textes aux règles de procédure, en prenant en compte l'impact de ces textes sur les droits fondamentaux, le bon fonctionnement des institutions et, surtout, sur l'équilibre des pouvoirs. Ce type d'examen approfondi reflète la volonté de la Cour de garantir que la législation ne porte pas atteinte aux fondements de l'État de droit et qu'elle respecte la séparation des pouvoirs, condition essentielle à la préservation des libertés publiques et de l'ordre constitutionnel.

Un exemple particulièrement marquant de cette approche est la déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur des atteintes à l'indépendance du pouvoir judiciaire. La Cour a, par exemple, jugé que la désignation automatisée du juge, du conseiller rapporteur ou du magistrat chargé d'un dossier par un système informatique géré par le ministère de la Justice (relevant de l'exécutif) constitue une violation de l'indépendance de la justice. En effet, une telle organisation de l'attribution des affaires judiciaires soulève de sérieuses préoccupations quant à l'impartialité et à la liberté de décision du pouvoir judiciaire, en le plaçant sous l'influence directe de l'exécutif, qui devrait pourtant en être strictement séparé. La Cour, en censurant cette pratique, rappelle fermement que l'indépendance de la justice est un principe constitutionnel fondamental qui ne peut être compromis, et que les pouvoirs exécutif et législatif ne peuvent, sous aucun prétexte, empiéter sur le domaine réservé au pouvoir judiciaire.

Cette décision souligne également l'importance de la séparation des pouvoirs comme principe cardinal de la Constitution marocaine. La Cour rappelle que le pouvoir législatif, tout en ayant un rôle central dans l'élaboration des lois, ne peut déléguer son autorité ni permettre à d'autres branches de l'État de s'immiscer dans

des domaines réservés exclusivement à l'une ou l'autre de ces branches. En agissant ainsi, la Cour exerce sa fonction d'arbitre de l'équilibre institutionnel et garantit que chaque pouvoir respecte ses propres prérogatives, sans empiéter sur celles des autres. Ce faisant, elle veille à ce que l'État de droit soit préservé et que les institutions ne soient pas instrumentalisées à des fins politiques ou partisans, afin de garantir une gouvernance juste, transparente et respectueuse des principes démocratiques.

II. L'indépendance du pouvoir judiciaire : un pilier de la séparation des pouvoirs garanti par la Cour constitutionnelle

L'indépendance du pouvoir judiciaire constitue un pilier fondamental du principe de séparation des pouvoirs dans l'ordre constitutionnel marocain⁷. À travers son contrôle de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle veille à préserver cette autonomie face aux tentatives d'ingérence de l'exécutif. Elle affirme ainsi que la fonction juridictionnelle relève d'une sphère de souveraineté exclusive, insusceptible de toute influence extérieure.

1. L'indépendance du pouvoir judiciaire comme composante essentielle du principe de séparation

Plusieurs dispositions législatives censurées par la Cour constitutionnelle révèlent une tendance préoccupante du législateur à permettre l'immixtion du pouvoir exécutif dans des domaines relevant exclusivement du pouvoir judiciaire. Cette dérive, qui fragilise le principe fondamental de la séparation des pouvoirs, a été particulièrement manifeste dans certains articles du texte examiné.

L'article 624, par exemple, attribuait au ministère de la Justice la gestion du système informatique de la justice, conférant ainsi à l'exécutif un contrôle potentiel sur le fonctionnement quotidien de l'appareil judiciaire. Une telle disposition est susceptible de compromettre l'indépendance matérielle et organisationnelle des juridictions, en permettant à une autorité non judiciaire d'accéder, de gérer ou même d'influencer le traitement des affaires et la répartition des dossiers.

De même, les articles 408 et 410 autorisaient le ministre de la Justice à demander le renvoi de certaines affaires pour cause de dépassement de pouvoir ou de suspicion légitime. Cette prérogative, attribuée à un membre du pouvoir exécutif, aurait permis à ce dernier d'interférer directement dans le fonctionnement de la Cour de cassation, pourtant censée être à l'abri de toute pression extérieure. En

⁷ Najib BA MOHAMMED, Op. Cit., p.31.

habilitant le ministre à initier ce type de procédures, le législateur ouvrait la porte à une instrumentalisation politique du système judiciaire, mettant en péril l'impartialité des juges et l'autonomie des décisions juridictionnelles.

Face à ces dérives, la Cour constitutionnelle a réagi avec fermeté. Elle a rappelé que seuls les magistrats, dans l'exercice de leur indépendance fonctionnelle et institutionnelle, sont habilités à prendre ce type de décisions. Toute intervention du pouvoir exécutif dans ce domaine constitue une violation flagrante du principe de l'indépendance de la justice, protégé par la Constitution.

En fait, la justice constitutionnelle avait déjà exercé un contrôle relatif à l'indépendance de la justice en 2004⁸. Elle avait notamment jugé que l'exclusion, par le législateur, de certaines autorités de la Haute Cour de la procédure de récusation constituait une violation d'un principe fondamental à valeur constitutionnelle : l'indépendance de la justice⁹. En effet, le Conseil constitutionnel a non seulement déclaré l'inconstitutionnalité de l'exclusion du président de la Haute Cour et du président de la commission d'instruction de la procédure de récusation, mais il a aussi justifié sa décision par une comparaison avec les autres juridictions, soulignant la nécessité de modifier plusieurs articles pour prévoir une procédure adaptée ainsi que des suppléants afin d'assurer la continuité de la Haute Cour¹⁰.

En effet, en déclarant l'inconstitutionnalité de ces dispositions, la Cour réaffirme la nécessité de préserver l'équilibre des pouvoirs et de garantir que le pouvoir judiciaire reste à l'abri de toute influence politique, condition essentielle à la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire et au bon fonctionnement de l'État de droit.

⁸ Conseil Constitutionnel n° 583/2004 du 11/08/2004, B.O n° 5246 (version arabe) du 9 septembre 2004, p-p.3331-3333.

⁹ « Le Conseil constitutionnel du Royaume du Maroc ». In : « Dossier : L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel / Maroc », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2011/1 N° 30, p.216.

¹⁰ Mohammed Amine BENABDALLAH, « Sur un fondement constitutionnel contestable : Récusation et « indépendance de la justice » Note sous C.C. 11 août 2004, décision n° 583/04, loi organique relative à la Haute Cour », REMALD n° 57-58, juillet-octobre 2004, p.153.

2. La fonction juridictionnelle comme sphère de souveraineté exclusive

Dans une logique de stricte séparation des pouvoirs, la Cour constitutionnelle réaffirme avec clarté que les actes à portée juridictionnelle relèvent exclusivement de l'autorité judiciaire et ne peuvent, sous aucun prétexte, être influencés, structurés ou organisés par des entités extérieures au pouvoir judiciaire. Cette exigence s'applique indépendamment des objectifs poursuivis par le législateur, même s'ils relèvent d'une intention légitime de modernisation ou de rationalisation du système judiciaire.

Ainsi, même dans le cadre de la dématérialisation des procédures, la gestion des outils technologiques ou informatiques liés à l'activité juridictionnelle ne saurait être confiée à une autorité administrative ou politique, telle qu'un ministère, sans compromettre le principe fondamental de l'indépendance de la justice.

Par cette position, la Cour constitutionnelle ne se limite pas à trancher un cas d'espèce : elle pose une jurisprudence de principe, qui s'inscrit dans une vision rigoureuse de la hiérarchie des normes et de l'équilibre institutionnel. Elle affirme que toute disposition législative encadrant ou affectant la procédure judiciaire doit impérativement respecter deux garanties fondamentales : d'une part, les droits des justiciables, notamment les droits de la défense, et d'autre part, l'autonomie institutionnelle de l'autorité judiciaire.

En d'autres termes, l'organisation des procédures, quelle qu'en soit la nature, ne peut être conçue ni mise en œuvre en dehors du contrôle effectif des magistrats et des organes juridictionnels compétents. En posant cette exigence, la Cour préserve non seulement le bon fonctionnement de la justice, mais aussi la confiance des citoyens dans son impartialité et sa neutralité vis-à-vis des autres pouvoirs.

En définitive, la décision n° 255/25 s'inscrit dans une jurisprudence constitutionnelle marocaine de plus en plus exigeante à l'égard du législateur, en matière de respect du principe de séparation des pouvoirs. À travers un contrôle approfondi de la loi sur la procédure civile, la Cour constitutionnelle montre qu'elle ne se limite pas à un rôle passif d'arbitre procédural, mais qu'elle exerce une véritable mission de gardienne de l'ordre constitutionnel, protégeant l'équilibre entre les pouvoirs. Elle affirme, surtout, que l'indépendance du pouvoir judiciaire ne se réduit pas à un principe abstrait, mais qu'elle doit être effectivement garantie contre toute forme d'ingérence, y compris indirecte ou technique. La décision contribue ainsi à structurer un État de droit moderne, fondé sur le respect effectif de la Constitution.

**Extrait de la décision n° 255/25
de la Cour constitutionnelle du 4 août 2025**

[...]

Quatrièmement – Sur le fond :

[...]

Concernant les articles 408 (alinéa premier) et 410 (alinéa premier) :

Considérant que les premiers alinéas de ces deux articles disposent respectivement :

— « Le Ministre de la Justice ou le Procureur général du roi près la Cour de cassation peuvent saisir cette cour pour demander le renvoi de décisions dans lesquelles les juges auraient outrepassé leurs pouvoirs. »

— « Le Ministre de la Justice ou le Procureur général du roi près la Cour de cassation peuvent saisir cette cour pour demander le renvoi pour cause de suspicion légitime lorsqu'aucune demande en ce sens n'a été formulée par les parties. »

Considérant que la Constitution prévoit dans :

— l'alinéa 2 de son article premier que : « Le régime constitutionnel du Royaume repose sur la séparation des pouvoirs... » ;

— l'alinéa premier de l'article 87 que : « Le gouvernement se compose du chef du gouvernement et des ministres... » ;

— l'alinéa premier de l'article 89 que : « Le gouvernement exerce le pouvoir exécutif. » ;

— l'article 107 que : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. » ;

— l'article 117 que : « Le juge protège les droits et libertés des personnes et des groupes, assure la sécurité juridique, et applique la loi. » ;

Considérant que l'article 9 de la loi organique relative à l'organisation des travaux du gouvernement et au statut juridique de ses membres dispose que :

« Les membres du gouvernement exercent leurs attributions dans les départements ministériels qui leur sont confiés, dans les limites des compétences qui leur sont attribuées par décrets... » ;

Et que l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi organique relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire dispose que :

« Le pouvoir judiciaire est exercé par les juges qui exercent effectivement leurs fonctions dans les juridictions relevant de l'organisation judiciaire du Royaume. » ;

Considérant que l'article 25 de la loi organique relative au statut des magistrats dispose que :

« Les magistrats du ministère public sont placés sous l'autorité, la supervision et le contrôle du Procureur général du roi près la Cour de cassation et de leurs supérieurs hiérarchiques. »

Considérant qu'il résulte de ces dispositions constitutionnelles et organiques, en lien avec les deux alinéas examinés, que le Ministre de la Justice est un membre du gouvernement qui exerce le pouvoir exécutif, distinct du pouvoir judiciaire, et que, dès lors, seules les personnes exerçant le pouvoir judiciaire peuvent se voir confier des prérogatives relatives au bon déroulement de l'instance civile ;

Que cette exigence est respectée dans les dispositions qui confient à la Cour de cassation le pouvoir de statuer sur les demandes de renvoi pour dépassement de pouvoir ou suspicion légitime, lorsqu'elles émanent du procureur général près ladite Cour, en sa qualité de chef du ministère public, veillant à la bonne conduite des procédures et à la protection de l'ordre public ;

Qu'il s'agit là d'un cas distinct de celui prévu à l'article 411, qui autorise le Ministre de la Justice à présenter des demandes de renvoi à titre préventif pour des raisons d'ordre public, sans affecter l'indépendance du pouvoir judiciaire ;

Qu'en conséquence, les alinéas premiers des articles 408 et 410 sont contraires à la Constitution en ce qu'ils autorisent le Ministre de la Justice à présenter des demandes de renvoi pour dépassement de pouvoir ou suspicion légitime ;

[...]

Concernant les articles 624 (alinéa 2) et 628 (alinéas 3 et final) :

Considérant que ces dispositions prévoient respectivement :

— « L'autorité gouvernementale chargée de la Justice assure la gestion de ce système informatique et la tenue de la base de données y afférente, en coordination avec le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire et la Présidence du ministère public. »

— « Les affaires sont enregistrées, dans l'ordre de leur réception, dans le registre électronique prévu à cet effet dans le système informatique ; ce dernier désigne, de façon automatisée, le juge, le conseiller rapporteur ou le juge chargé de l'affaire concernée. »

— « Le président du tribunal, ou son délégué, peut, via le système informatique, modifier l'attribution du juge, du conseiller rapporteur ou du juge chargé du dossier, telle qu'effectuée selon l'alinéa 3 ci-dessus. »

Considérant que la Constitution prévoit à l'article premier (alinéa 2) que :

« Le régime constitutionnel du Royaume repose sur la séparation des pouvoirs, leur collaboration, et sur les principes de bonne gouvernance... »,

et à l'article 154 (dernier alinéa) que :

« Les services publics sont soumis aux normes de qualité... » ;

Considérant que l'article 54 de la loi organique relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire prévoit la création d'une instance conjointe avec le Ministère de la Justice et la Présidence du ministère public, chargée de la coordination dans la gestion judiciaire administrative, sous la supervision conjointe des trois institutions ;

Considérant que la bonne gestion de l'administration judiciaire relève de l'intérêt général, et que les questions judiciaires ne sont pas sujettes à une coordination entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, mais relèvent exclusivement de ce dernier, exercé par les magistrats du siège et du parquet, sans interférence des pouvoirs exécutif ou législatif ;

Considérant que, bien que le principe de coopération entre les pouvoirs permette une coordination dans le domaine de l'administration judiciaire, notamment pour assurer l'efficacité de la justice via la numérisation des procédures, la répartition des affaires et la désignation des magistrats constituent des actes de nature judiciaire, qui ne sauraient être confiés à une autorité autre que judiciaire ;

Considérant que si le système informatique attribue de manière automatisée les magistrats ou les conseillers rapporteurs, ou permet leur modification par le président du tribunal, et que ce système est géré exclusivement par l'autorité judiciaire, cela s'inscrit dans une bonne gestion et renforce l'impartialité et l'indépendance du tribunal, ainsi que les garanties prévues à l'article 120

[...]

Bibliographie

- Cour Constitutionnelle n° 255/25 du 04/08/2025, B.O n° 7429 (version arabe) du 11 août 2025, p-p.5826-5831.
- Conseil Constitutionnel n° 583/2004 du 11/08/2004, B.O n° 5246 (version arabe) du 9 septembre 2004, p-p.3331-3333.
- La Constitution marocaine de 29 juillet 2011, B.O n° 5964 du 30 juillet 2011, p-p.1902-1928.
- **Mauro BARBERIS**, « *Le future de la séparation des pouvoirs* », In « *La séparation des pouvoirs* », Revue Pouvoirs, N° 143 Novembre 2012.
- **Mohammed Amine BENABDALLAH**, « *Sur un fondement constitutionnel contestable : Récusation et « indépendance de la justice » Note sous C.C. 11 août 2004, décision n° 583/04, loi organique relative à la Haute Cour* », REMALD n° 57-58, juillet-octobre 2004, p-p.151-162.
- **Najib BA MOHAMMED**, « *Séparation des pouvoirs : les défis de la nouvelle organisation constitutionnelle marocaine* », REMALD, n° 119, novembre-décembre 2014, p-p.27-38.
- « *Le Conseil constitutionnel du Royaume du Maroc* », In : « *Dossier : L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel / Maroc* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2011/1 N° 30. p-p.213-219.