

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري

2028876 X

ملف الصحافة

42/2011

توزيع

مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط

الهاتف: 05.37.72.58.23 الفاكس: 05.37.72.58.23

الموقع الرئيسي: www.darassalam.ma :

البريد الإلكتروني: lib.darassalam@yahoo.fr :

contact@darassalam.ma

الطبع : دار السلام للنشر

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط

الهاتف: 05.37.70.65.33

المراسلة

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

الهاتف : 0662557163 :

البريد الإلكتروني: contact@revuealmanara.com :

elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

د/ عبد الرحيم فاضل	: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د/ أحمد حضرائي	: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
د/ عبد النبي ضريف	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق – عين السبع الدار البيضاء (القانون العام)
د- كولفرنني محمد	: أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د/ إدريس الحياضي	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
د/ 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 الاعمال - جامعة 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

- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، وألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سالفاً.
- تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- 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.
- إتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر، سنة النشر، ص.
- توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:
- 1. مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4- المواقع الإلكترونية)
- 2. المراجع باللغة الأجنبية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4- المواقع الإلكترونية)
- 3. 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 الإلكترونية: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني وتاريخ الولوج وساعته

- رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، اسم الجامعة، السنة.

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

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

- نوع الخط هو Traditional Arabic (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.

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

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

elanbiredouane@gmail.com

- يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.

- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.

- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.

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

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

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

المحتويات

افتتاحية العدد.....7

■ الدراسات والأبحاث ■

أسلوب قاضي الموضوع في تسبيب الحكم المدني

محمد الكريني11

القواعد الإجرائية لعقل الممتلكات العقارية

رشيد البتاغي27

تحديات تنفيذ أحكام القضاء الإداري وانعكاسها على تحقيق الأمن القضائي

حسن الكراب39

عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري في فلسطين

الأستاذ ضياء نادر عواد/ الدكتور جمال الدين بنعيسى.....53

دور قاضي الحسابات في حماية المال العام

كريم بودرة67

اختصاص المحاكم المغربية في مساطر صعوبات المقاولات العابرة للحدود

ياسين ايت عبد الكريم.....83

حدود سلطة القاضي وضوابط أعمال أحكام الفقه المالكي

أحمد راجي101

مدى محدودية طرق التبليغ وفق آخر المستجدات

يدان يوسف115

القاضي الدستوري ومبدأ الأمن القانوني: دراسة في تطبيقات مبدأ الأمن

القانوني في القضاء الدستوري المغربي

مروان الفاهم137

الإحالة والقواعد المرجعية في القضاء الدستوري

171..... أحمد أهل السعيد

مبررات مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول في ضوء

مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23

189..... دريس بينهم

الصلح التمهيدي كآلية بديلة لتسوية نزاعات الشغل "إشكاليات الممارسة وآفاق الإصلاح

203..... ويزة سهام

"الوسائل البديلة لحل نزاعات الشغل الجماعية"

229..... هودى لمخلخل

"الإطار القانوني للتعويض في إطار المسؤولية: بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي"

241..... محمد والشيخ

البعد التأديبي في إثارة القضاء المالي للمسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي

249..... د. محمد أبراغ

■ التعليق على القرارات القضائية الالتزام بتحقيق ■

غاية في المسؤولية التقصيرية

تعليق على القرار عدد 2536 في الملف المدني عدد 2004/3/1/201.

مؤرخ في 2005/09/28

267..... نور الدين الكامل

تعليق على قرار محكمة النقض عدد 2/189 المؤرخ في 2020/06/30

بخصوص انصراف قاعدة التطهير إلى الخلف الخاص

281..... مصطفى اعليوي

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، ونصلي ونسلم على إمام المرسلين، والمبعوث رحمة للعالمين؛ البشير النذير، والسراج المنير رسولنا الكريم، محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم وبعد؛

بمناسبة حلول رمضان المبارك وفي غمرة الخشوع والإيمان والفرحة التي تعيشها الأمة الإسلامية في هذا الشهر المعظم، يطيب لي أن أضع بين أيدي الباحثين الأجلاء، والقراء الأعزاء؛ وعموم جمهور المجلة؛ العدد الثامن والستون الخاص من مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية في موضوع المنازعات القضائية. وتضمن العديد من الدراسات القيمة والأبحاث الرصينة من قبيل: "أسلوب قاضي الموضوع في تسبيب الحكم المدني"، "القواعد الإجرائية لعقل الممتلكات العقارية"، "تحديات تنفيذ أحكام القضاء الإداري وانعكاسها على تحقيق الأمن القضائي" عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري في فلسطين"، "اختصاص المحاكم المغربية في مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود"، "حدود سلطة القاضي وضوابط أعمال أحكام الفقه المالكي"، "مدى محدودية طرق التبليغ وفق آخر المستجدات"، "مبررات مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول في ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23". إلى جانب نافذة تتعلق بالتعليق الأحكام والقرارات القضائية.

وبهذه المناسبة نتقدم بوافر التحية ممزوجة بجزيل الشكر وبالع امتنان؛ للباحثين الذين شاركوا وساهموا بأبحاثهم القيمة ضمن هذا العدد، والشكر موصول لأسرة التحرير من المحكمين والإداريين؛ والذين ما كانت الأبحاث لتخرج في صورتها الرائعة لولا جهودهم المتميزة، سائلاً الله أن يجزيهم خيراً. وأخيراً؛ يسعدنا أن نؤكد لجميع الباحثين والباحثات أن شعار المجلة هو الريادة والتميز لخدمة جميع الباحثين والمساهمة في تعميق الوعي القانوني من خلال الإجابة على الإشكالات المطروحة ومواكبة المستجدات في مجال القانوني والإداري، سائلين الله أن يقي ويحفظ أمتنا الإسلامية والعالم أجمع من خطر فيروس كورونا القاتل؛ الذي عاد للانتشار وبات يهدد حياة الملايين حول العالم، وأن يوفقنا لما يحب ويرضى،،، آمين.

والله ولي المداية والتوفيق

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية



الدراسات والابحاث



أسلوب قاضي الموضوع في تسبيب الحكم المدني

A legal article titled: The Method of the Trial Judge
in Justifying a Civil Judgment

 محمد الكريني

Mohamed lagraini

دكتور في القانون الخاص

جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة

ملخص باللغة العربية:

يعتبر مبدأ التسبيب أحد أهم الضمانات والضوابط التي تساهم بشكل فعال في ضمان نزاهة وعدالة الجهاز القضائي، نظرا لما يتضمنه هذا المبدأ من قواعد شكلية وموضوعية ترتقي بالعدالة الإنسانية إلى أرقى صورها وأبرز معانيها، ذلك أن الإهتمام المتزايد بموضوع التسبيب هو ما يدفع الدولة المعاصرة لأن تستمد شرعيتها ومشروعيتها من مدى ترسيخ المبدأ لتحقيق العدالة القضائية قصد تحصين حريات الأفراد وحقوقهم، لتكون بذلك المحاكمة العادلة مطلبا اجتماعيا، بل سرا لتوازن المجتمع ومقياس تحضره.

ملخص باللغة الإنجليزية:

The principle of justification is considered one of the most important guarantees and controls that contribute effectively to ensuring the integrity and fairness of the judicial system. This principle includes formal and substantive rules that elevate human justice to its highest forms and most significant meanings. The increasing attention to the issue of justification is what drives the modern state to derive its legitimacy and legitimacy from the extent to which the principle is entrenched to achieve judicial justice, aiming to safeguard individuals' freedoms and rights. Thus, judicial proceedings become a social demand and even the secret to societal balance and a measure of its civilization.

مقدمة:

يعتبر مبدأ تسبيب الأحكام القضائية من بين أهم العناصر الأساسية التي تحكم العمل القضائي داخل الأنظمة القانونية، وبه يتم الوصول إلى العدالة القضائية عن طريق التحقق من

أن القاضي قد التزم بكل عناية ودقة ببيان وتحديد الأسباب الكافية والسائغة التي تبرر صدور حكمه بما يتوافق مع حكم القانون.

والحال أن الالتزام بمبدأ تسبيب الأحكام هو ضمانته هامة لكل من الخصوم والرأي العام، فمن خلال هذه الضمانة تتحقق فعالية الحقوق الأخرى التي تحمي الحقوق الفردية وتزود الحريات الشخصية.

ولما كان مبدأ التسبيب على هذا النحو حقا طبيعيا للإنسان، فهو حق يجنب العدالة البشرية تحكم الرأي وسطوة العاطفة، وهو حق ثابت ضد كل إخلال قد يعتري النفس البشرية، أو أي انفعال قد يؤثر في عدالة البشر.

وعلى هذا الأساس فحقيقة إلزام القاضي بتسبيب حكمه هو لغاية أساسية تتجلى في إظهار ما دار في ذهن القاضي وما استقر عليه قضاؤه، وفيه إظهار وابتعاد عن مظنة التحكم أو سوء التقدير.

وعليه فبيان القاضي للأسباب هو الوسيلة التي يكشف بها وجه قضائه ويقدم بمقتضاه العذر للمتقاضين فيما قضى فيه، فيبين على أن الحقيقة التي أظهرها في حكمه كانت نتيجة تدقيق وإمعان النظر، وليس نتيجة تحكم الرأي أو نتيجة شوائب الفساد في الاستدلال.

ومن ثم فالالتزام بالتسبيب بالنسبة للقاضي المدني وفق هذا المعنى يشكل توازنا منطقيا بين النتيجة النهائية التي عبر عنها القاضي في حكمه، وبين أن يكون مبدأ التسبيب بيئة على القاضي في حالة إذا ما وجد خلل في جوانب الحكم التي لا تبرر النتيجة المتوصل إليها.

وفي هذه المرحلة تتجلى أهمية مبدأ التسبيب من خلال حق الأطراف في الإطلاع على الكيفية التي استقرت عليها عقيدة المحكمة، فيمكنهم من ملامسة صحة وعدالة الحكم فيقتنعوا بها، أو أن يلامسوا حالة من حالات عيوب التسبيب من قبيل حالة التناقض بين الأسباب أو عدم وضوحها، فينتج عنه الطعن في صحته.

وبالتالي تتولد لدى المتقاضين قناعة بأن القضاء بمختلف مراحله قد عمد إلى دراسة قضيتهم دراسة شاملة وكاملة منذ مرحلة عرض النزاع على المحكمة ومرورا بتسطير الأسباب التي مر بها القاضي وإلى حين مرحلة النطق بالحكم القضائي.

فكل هذه المراحل تعزز الثقة في عدالة الأحكام القضائية وصحتها بالنسبة للمتقاضين، ودعم ثقتهم في صحة وعدالة النظام القضائي.

وتبعاً لكل هذه الاعتبارات تظهر أهمية الموضوع من خلال عدة جوانب نذكر منها ما يلي:

يفرض المبدأ على قاضي الموضوع ضرورة الاعتناء بمنطوق حكمه وتوخي الحياد والنزاهة عند الفصل في الخصومة، فلا يمكن للقاضي أن يصدر أحكامه إلا وفقا للأسباب الواقعية والقانونية التي تثبت لديه.

تسبب الأحكام القضائية من شأنه أن يقف مانعا حاجزا ضد كل تحيز أو تحكم أو تعسف من طرف قضاء الموضوع خلال الفصل في المنازعات القضائية.

تسبب الأحكام القضائية يبين للمتقاضين مدى الأخذ بعين الاعتبار لكل أوجه دفوعاتهم من عدمه، ومدى مناقشة حجج الأطراف في الخصومة، وبالتالي فمبدأ تسبب الأحكام القضائية من شأنه أن يفضي إلى احترام حقوق الدفاع من طرف قاضي الموضوع، وهي الحقوق التي تعتبر بحسب القواعد القانونية الإجرائية من النظام العام.

ومن هنا يحق لنا طرح الاستفهام المشروع حول مدى التزام قاضي الموضوع بمضمون الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية.

وهكذا ومن أجل محاولة تسليط الضوء أكثر على مختلف هاته الجوانب المذكورة أعلاه، قررنا أن نعالج هذا المقال من خلال مبحثين، عمدنا من خلال المبحث الأول إلى التطرق للأساس القانوني لمبدأ تسبب الحكم المدني، ثم تناولنا في المبحث الثاني القواعد الأساسية لصحة عملية تسبب الحكم المدني.

المبحث الأول: الأساس القانوني لمبدأ تسبب الحكم المدني

يعتبر مبدأ تسبب الأحكام القضائية من بين أهم العناصر الأساسية التي تحكم العمل القضائي داخل الأنظمة القانونية، وبه يتم الوصول إلى العدالة القضائية عن طريق التحقق من أن القاضي قد التزم بكل عناية ودقة ببيان وتحديد الأسباب الكافية والسائغة التي تبرر صدور حكمه بما يتوافق مع حكم القانون.

ولأجل توضيح طبيعة مبدأ تسبب الحكم القضائي سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على أساس فكرة تسبب الأحكام من الناحية التشريعية (المطلب الأول)، ثم سنتطرق لمبدأ تسبب الأحكام من الناحية القضائية والفقهية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس فكرة تسبب الأحكام المدنية من الناحية التشريعية:

حقيقة يمكن القول على أن التشريعات الحديثة لم تتضمن تعريفا محددا للتسبب، بل اكتفت بالنص على وجوب بيان الأسباب في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم، وهو الأمر الذي يرجع لصعوبة إيجاد تعريف جامع ومانع للتسبب، لأن موضوع تسبب الأحكام ليس من السهولة بمكان، وإنما هو موضوع لا يزال فكرة قانونية ذات مفاهيم متعددة.

وعلى الرغم من ذلك يفهم من دلالاته التشريعية وجوب اشتمال الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية، وأسباب الجواب على الطلبات التي يتوقف الفصل فيها حول موضوع الخصومة أو النزاع، بالإضافة إلى الدفوع الجوهرية التي يثيرها الخصوم، زيادة على بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي قادت القاضي إلى الحكم الذي انتهى إليه¹.
وتبعاً لهذه الاعتبارات فمدلول تسبيب الحكم القضائي من الناحية القانونية يعني اشتمال الحكم على التعليقات والحجج الكافية لصدوره، ومبدأ التسبيب بذلك هو أحد الأركان الشكلية لصحة الحكم القضائي.

ولأجل الوقوف أكثر على طبيعة مبدأ تسبيب الأحكام القضائية سنتناول في هذا المطلب مدلول فكرة تسبيب الأحكام القضائية في التشريع الإسلامي (الفقرة الأولى)، ثم سنقتصر في بيان مدلول تسبيب الأحكام من الناحية التشريعية على التشريع المغربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدلول فكرة تسبيب الأحكام القضائية في التشريع الإسلامي

يقصد بالتسبيب في الشريعة الإسلامية² بيان القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الكلية وكذا أدلتها الشرعية عن طريق عرض الوقائع والأدلة، وكيفية ثبوتها مع محل الواقعة.

وعليه، فقد عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ تسبيب الأحكام وأوجبت أن يصدر الحكم القضائي مستنداً إلى سبب من الأسباب المعتبرة شرعاً، فإن تبين على أن السبب الذي بني عليه الحكم هو سبب باطل، اعتبر الحكم الصادر في حق المتقاضى باطلاً.
وتبعاً لذلك يفهم السبب عند تقسيم الحكم الشرعي على أنه جعل الشيء سبباً لآخر، أو شرطاً له أو مانعاً منه، كجعل السرقة سبباً للحكم بقطع اليد، وجعل الشهادة لثبوت الزنا، وجعل الشبهة مانعاً من الحد.

ولما كان الحكم القضائي طبقاً للشريعة الإسلامية يصدر بمقتضى الحكم الشرعي³، والحكم الشرعي هو إثبات أمر أو نفيه عنه بطريق الشرع، فإن الأسباب الشرعية الموصلة للحكم

1 حسين يوسف العلي الرحامنة، مدى سلطة القاضي في تسبيب الحكم الجنائي، الطبعة الأولى 2010، الصفحة 29.
2 مقال إلكتروني للباحث مصعب عوض كريم علي إدريس، بعنوان : تسبيب الحكم الجنائي وأثره على المحاكمة العادلة "دراسة مقارنة"، تم نشره عبر الرابط الإلكتروني التالي:

/التسبيب-الحكم-الجنائي-وأثره-على-المحاكمة/maroc2droit.com

3 سعيد عبد اللطيف حسن، الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، دراسة قانونية لنظام الحكم الجنائي وفلسفته والعوامل المؤثرة في إصداره في ضوء اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى 1989، الصفحة 823.

في الشريعة الإسلامية إما أن تكون بصورة العلة التي شرعت للحكم حتى لا تكون مشرعة في محل لا يتصور فيه شرع الحكم، أو أن يكون السبب محضاً أي ما يفضي للشيء. ومنه، فالسبب هو وصف ظاهر ومنضبط يرتب الشرع عليه حكماً، ويتحقق بتحقيقه وينتفي عند عدمه، وعليه لم توضع الأسباب إلا لتكون موصلة إلى مسبباتها. وبالتالي عندما ينزل القاضي على الفعل المنصوص عليه وصفاً مناسباً متميزاً يكون هو علة الحكم، ويقول الغزالي (نعي بالعلة في الشرعيات "مناط الحكم" أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وأناطه به ونصبه علامة عليه)⁴.

وعلى هذا الأساس يعد الالتزام بالتسبيب في الحكم القضائي بمقتضى الشريعة الغراء بمثابة إظهار لحكم الشرع في الواقعة، وفيه بيان لعدل القضاة، وقوامه علم القاضي بالكتاب والسنة النبوية، ودليل العقل المعتبر في الكلام، إضافة إلى ضرورة تحقق علم القاضي بالواقعة محل النزاع.

لذا فتسبيب الأحكام في الشريعة الإسلامية، موضوع ذو أهمية بالغة في مجال القضاء والتقاضي، فهو أمر مقرر و صريح، يجد مشروعيته في الكتاب والسنة، بدليل الآية الكريمة⁵ من سورة الأنعام حيث يقول الله عز وجل "وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ" صدق الله العظيم.

الفقرة الثانية: مدلول فكرة تسبيب الأحكام القضائية في التشريع المغربي

لم يتطرق المشرع المغربي إلى تعريف أو تحديد القصد من مدلول التسبيب، وإنما اكتفى بالتنصيص عليه في نصوص خاصة، وهو نفس ما سارت عليه التشريعات الأخرى. وبالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية نجد أن المشرع المغربي لم يستعمل مصطلح التسبيب وإنما استعمل لفظ التعليل في مجموعة من الفصول منها الفصل 50 والفصل 345 وكذا الفصل 375 من نفس القانون.

وفي هذا الصدد نص المشرع المغربي في الفقرة الرابعة من الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يجب أن تكون الأحكام معلقة".

وهو نفس ما أقره المشرع المغربي في نص الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية بالنسبة للقرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف، ثم أقر المشرع المغربي نفس المقتضى بالنسبة للقرارات الصادرة عن محكمة النقض في الفصل 375 من نفس القانون، زيادة على نصوص خاصة.

⁴ أيمن عبد الرؤوف صالح، أثر تعليل النص على دلالته، دار المعالي عمان، الطبعة الأولى 1420 هـ / 1999 م ، الصفحة 27.
⁵ سورة الأنعام الآية 152.

ومن جهة أخرى كان الاهتمام بفكرة التسبيب في التشريع المغربي على مستوى قانون المسطرة الجنائية بداية بإصدار قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959، والذي ألغى جميع النصوص الأجنبية الأخرى، والذي نص صراحة على إلزام القاضي الجنائي بتسبيب الحكم دون أن يتطرق إلى تعريف أو تحديد لماهية مبدأ التسبيب.

إلى حين تكريس مبدأ تسبيب الأحكام بشكل صريح في صلب الدستور المغربي لسنة 2011 في الفصل 125 منه بقوله: " تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

المطلب الثاني: مظاهر وتجليات مبدأ تسبيب الأحكام القضائية من المنظور الفقهي والقضائي:

وفي ذلك سنعرض ما يلي:

الفقرة الأولى: فكرة تسبيب الأحكام من الناحية الفقهية:

نظرا لكون أن مبدأ تسبيب الأحكام يحمل معان متعددة⁶، فقد تطلبت نظرية العمل القضائي وجود السبب بصورتيه، الأولى تتحدد في صورة موضوعية وهو ما يصطلح عليه بأسباب الحكم، والصورة الثانية تتعلق بالجانب النفسي وتعرف بالباعث من وراء إصدار الحكم.

وعليه، يرى الفقه القانوني على أن التسبيب يأخذ معنيين أحدهما نفسي والآخر موضوعي، فالتسبيب وفقا للمعنى النفسي في نظر الفقه يتعلق بالجانب الباطني للقاضي الذي يتحدد بواسطة المعطيات العميقة التي ترتبط بالنفس البشرية وتتأثر بكوامنها.

وبذلك، ينصرف المعنى النفسي وينحصر في الأثر والوقع اللذان تنتجيهما وتحديثهما الوقائع والدفع والأدلة... في نفس القاضي ووجدانه، وهو ما يكون متروكا لقناعاته الشخصية باعتباره يمتلك جملة من الأحاسيس، وإظهار الأسباب وتبنيها في قرار الحكم، وهو ما يحدد الغاية من الأسباب التي دفعت القاضي إلى تبني اتجاه معين دون غيره.

وبالتالي فإن طبيعة العمل القضائي هي التي دفعت ببعض الفقه⁷ إلى اعتبار أن صورة الباعث النفسي تتحدد في صورة واضحة حينما يعتد بالسبب النفسي عند الشكوى على أحد القضاة، على إثر سلوك قاضي الموضوع لأسلوب يثير الشبهة والشك في نفوس المتقاضين أثناء

6 تارة يصطلح عليه بتعليل الحكم، وتارة أخرى بتحيث الحكم، وهي كلها مرادفات لمبدأ تسبيب الأحكام.

7 علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلف - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى 1414هـ - 1994م، الصفحة 27.

صياغة الحكم القضائي، فالأسباب هي الكفيلة ببيان مدى انحراف القاضي عن الغاية القانونية من عدمه.

وبخلاف ذلك، يرى جانب من الفقه أن⁸ للتسبب وجهة نظر أخرى تتحدد في الجانب الموضوعي والذي يقوم على أسس واقعية وقانونية تقيد الإعلان عن الإرادة في صورة تربط مصدر القرار بما هو موضوعي، فتجعل الإعلان عن الإرادة يحقق غايته، والذي يكون على شكل وصف الواقعة واستخراج عناصرها.

وتبعاً لذلك، يتنازع فقهاء حول فكرة تسبب الأحكام اتجاهان، أولهما يعد بعنصر السبب في التصرفات الإجرائية عموماً والقرارات القضائية خصوصاً، ذلك أن الحكم يدخل ضمن القرارات القضائية ومن فلا بد من تسببها، على اعتبار أن الإعلان عن الإرادة يهدف إلى تحقيق النتيجة التي تحدث أثراً قانونياً، لذا فلا بد من وجهة نظر هذا الاتجاه الفقهي والذي يتزعمه الفقه الإيطالي من تبرير الوجهة القانونية، مادام القانون لا يعتد بالإرادة.

في حين ينصرف الاتجاه الفقهي الآخر والذي يمثلته الفقه الفرنسي إلى اعتبار السبب لا يطرح كركن في العمل القضائي بإعتبار أن القانون لا تطلبه كشرط لوجود العمل، وإنما يتناوله عند حصر وتحديد فاعلية وأثر العمل.

وعموماً يكاد يتفق الفقه على أن الأسباب التي يستند عليها منطوق الحكم تتمتع بحجيتها، أما الأسباب التي تعتبر من باب التوضيح أو الرد فهي غير مرتبطة بالمنطوق، إذ يمكن للحكم أن يقوم بدونها، فتكون الأسباب الموضوعية والشخصية التي عبرت عن قناعة المحكمة بما سطرته في منطوقها أسباب تتمتع بحجية مكملية ولا يقوم المنطوق بدونها.

الفقرة الثانية: فكرة تسبب الأحكام من الناحية القضائية

يعد مدلول مبدأ التسبب وفقاً للعمل القضائي مجموعة من الأسانيد والمقدمات التي تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القاضي، فهي المسببات التي يستند إليها الحكم قبل نفاذه، باعتبارها دعماً مادياً ومعنوياً له.

ووفقاً لذلك، فإن أسباب الحكم⁹ في القضاء هي ترجمة لعملية الإجتهد العملي والذهني التي يقوم بها القاضي عند الفصل في الخصومة المعروضة أمامه والتوصل إلى حكم فيها، إذ من خلال قيامه بعملية التسبب تظهر الخطوات التي ساقتها المحكمة من أدلة واقعية وحجج قانونية في حكمها.

Jean Pradel: Procedure penal_4 eme edition _ Cujas _ 1987, P 534.8

9 الأسباب في لغة القضاء ويعبر عنها في الأحكام بالحجيات.

وفي ذلك قضت محكمة النقض بالقول: "كل حكم يجب أن يكون معللا من الناحية الواقعية والقانونية وإلا كان باطلا وإن نقصان التعليل يوازي إنعدامه"¹⁰، وفي قرار آخر "يجب أن يتضمن كل حكم الأسباب التي تبرره وأن يجيب على الطعون المقدمة في مستنتجات صحيحة وإلا تعرض للنقض"¹¹.

وعليه، يتضح على أن محكمة النقض المغربية اعتبرت على أن قاعدة التسبيب ليست مجرد إجراء شكلي يبرر الحكم، بل هي العنصر المفعّل لنظام النقض الذي يحمي حسن تطبيق القانون ويؤمن حسن سير العدالة ويدفع لتفادي الأخطاء القضائية¹².

المبحث الثاني: القواعد الأساسية لصحة عملية تسبيب الحكم المدني

شكلت القواعد الأساسية التي تحكم عملية تعليل الحكم المدني دورا هاما في ترسيخ أسس ومقومات العدالة القضائية، والتي تطلبت لصحة الحكم المدني أن يصدر وفق إجراءات شكلية محددة لكي تكفل تحقيق العدالة، وهذه القواعد هي كالآتي:

المطلب الأول: قاعدة سرد وقائع الدعوى واستخلاص الصحيح منها وتقديره

سنعرض ذلك من خلال ما يلي:

الفقرة الأولى: مضمون قاعدة سرد وقائع الدعوى

يقصد بالوقائع في قانون المسطرة المدنية¹³ سرد تاريخي للنزاع المعروض على المحكمة مع ذكر الأدلة الواقعية والحجج وما حصل فيها من إجراءات في جلسة المناقشات والمرافعات، وأن تكون الوقائع متسقة مع أسباب الحكم ومنطوقه التي تطلبها المشرع لصحة الحكم القضائي. وفي هذا الصدد نص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية على القول: "يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء". كما نص المشرع أيضا من خلال الفقرة الأخيرة من نفس الفصل على أن: "يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي وقع إغفالها".

10 محمد بفقير، قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي، الطبعة الأولى لسنة 2006، ص 252.

11 لغة-التقاضي-في-القضاء-المغربي/maroclaw.com

12 وحيد مريزق، تسبيب الحكم الجنائي في ضوء الفقه والقضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2008/2009، ص 73.

13 الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1996، الصفحة 230.

وزيادة على ذلك نص الفصل 50 من ق.م.م على أن "تتضمن أيضا الاستماع إلى الأطراف الحاضرين أو إلى وكلائهم وكذا مستنتجات النيابة العامة عند الاقتضاء.

يشار فيها إلى مستنتجات الأطراف مع تحليل موجز لوسائل دفاعهم والتنصيب على المستندات المدلى بها والمقتضيات القانونية المطبقة".

وورد أيضا في الفصل 342 من ق.م.م على أن: "يحرر المستشار المقرر في جميع القضايا التي أجرى فيها تحقيق طبقا للفصلين 334 و335 تقريراً مكتوباً يضمن فيه ما حدث من عوارض في تسير المسطرة واستيفاء الشكليات القانونية، ويحلل فيه الوقائع ووسائل دفاع الأطراف، ويورد النص الحرفي لمستنتجاتهم أو ملخصاً عنها عند الاقتضاء، مع بيان النقط التي يجب الفصل فيها دون أن يبدي رأيه".

وعليه تقوم مهمة قاضي الموضوع على استخلاص الوقائع كما تملها عليه الضوابط القانونية المنصوص عليها بمقتضى قانون المسطرة المدنية بشأن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الحكم، أو التي يتعلق بعضها بشكل الحكم.

ومنه، تبدئ عملية قاضي الموضوع¹⁴ وهو بصدد استخلاص وقائع الدعوى بمرحلة قراءة كل ما جاء في عريضة الدعوى من المستندات والمذكرات المتبادلة بين الأطراف، من خلال قراءة منظمة ومركزة ومجردة من التحيز لأحد الأطراف مع الاعتماد على ملخص ما جاء في المرافعة¹⁵، حتى يتمكن من فهم وقائع النزاع، مع قراءة شاملة لكل طلبات الخصوم الأصلية والإضافية، واستيعاب مرافعة المحامي الشفوية ومذكراته الكتابية، حتى يتمكن من فهم المسائل التي يخفيها الأطراف، والتي تظهر له من مستندات الدعوى والأقوال المتضاربة أو من شهادة الشهود في الوقائع الإيجابية التي أجازها القانون.

وتبعا لذلك يعمل قاضي الموضوع على فحص الوقائع ذات الدلالة وبحث الفروض النظرية لتفسير هذه الوقائع، ولا يمكن لقاضي الموضوع أن يقوم بهذا العمل ما لم يبدأ بفرض نظري قوامه تصور عقلي للعناصر الهامة والمؤثرة في موضوع القضية، ثم استخلاص النتائج التي ترتب تطابق الفروض مع الوقائع¹⁶.

14 الطيب براءة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 235.

15 فيالنسبة للقاضي المدني المغربي فهو بخلاف القاضي الإنجليزي والفرنسي، على إعتبار أن القاضي المدني المغربي يعتمد أولا على المذكرات المرفوعة إليه بصفة أساسية، وثانيا على سماع المرافعات بصفة عامة وخاصة منها ما لم تتعرض فيه المذكرات أو تناقشه ومسجل ذلك في محضر الجلسة، في حين أن القاضي الإنجليزي يعتمد على شفوية المرافعات، أما القاضي الفرنسي فيهتم بالدرجة الأولى بالمذكرات التحريرية، وهذا هو جوهر الاختلاف بين كل من القاضي المدني والإنجليزي والفرنسي، للإطلاع أكثر على الموضوع أنظر الطيب براءة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 236.

16 وتسمى هذه العملية بالاستدلال أو القياس القضائي.

وعليه، يتعين على قاضي الموضوع أن يقتنع¹⁷ بثبوت هذه الوقائع وصحتها قبل تكييفها لإعمال القانون عليها، وكل هذه العمليات يجب أن تنعكس في أسباب الحكم المدني.

الفقرة الثانية: ضوابط التزام القاضي المدني بقاعدة سرد وقائع الدعوى:

لكي يكون التسبيب صحيحا وكافيا على القاضي المدني أن يبين المصادر التي استقى منها الأسباب الواقعية والقانونية للحكم، وأن يستند إلى أدلة الإثبات التي قدمها الخصوم، وأن يحترم القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات وذلك وفق الضوابط التالية:

أولا : ضرورة ذكر الأدلة التي استقى منها القاضي الأسباب¹⁸

ثانيا: ضرورة استناد القاضي على الأدلة التي طرحت في موضوع المنازعة التي صدر فيها الحكم

ثالثا: ضرورة التقيد بالقواعد الموضوعية والإجرائية للإثبات

وعليه تتطلب عملية استخلاص الواقع على وجه صحيح مراعاة الضوابط الآتية¹⁹:

أ: ألا يكون ظنيا: ومن حالته أن تقيم المحكمة حكمها على نفي المسؤولية على أساس استنتاج ظني ليس في تقارير الحكم ما يؤيده، ولا يصح أساسا لقيامه، وهو ما يجعل من الحكم مشوبا بعيب القصور في الأسباب.

ب: على أن يستند إلى مصدر الحق: يكون الحكم المدني قد أصابته علة القصور في الأسباب عندما يكون القرار المطعون فيه لم يبين مصدر الحق الذي قضى به ولم يبين عناصره الواقعية.

ت: على أن لا يخرج عن العبارات المحتملة: يقام الحكم المدني على وجه صحيح طالما أن محكمة الموضوع قد التزمت عند تفسيرها للاتفاقات والمحركات بما ورد في الموضوع، ومن ثم لا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض مادامت لم تخرج عما تحمله عباراتها.

ح: على أن تناقش المستندات المقدمة: كل إغفال من محكمة الموضوع عن مناقشة المستندات المقدمة مع ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة يعرض الحكم المدني لحالة القصور في الأسباب.

17 الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 237.
18 عبد الحكم فودة، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية على ضوء الفقه وقضاء النقض "نظرية الحكم المدني"، مرجع سابق، الصفحة 441.
19 عبد الحكم فودة، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية على ضوء الفقه وقضاء النقض "نظرية الحكم المدني"، مرجع سابق، الصفحة 446.

المطلب الثاني: قاعدة تكييف الوقائع الصحيحة وإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق مع منطوق الحكم

وفي ذلك سنعرض ما يلي:

الفقرة الأولى: قاعدة تكييف الوقائع الصحيحة وإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق:

استقر القضاء على قاعدة أساسية مفادها التزام محاكم الموضوع بالتكييف القانوني لكل ما طرح عليها من وقائع، على اعتبار أن إعطاء الدعوى وصفها وتكييفها القانوني الصحيح هو التزام يقع على عاتق المحكمة.

وعليه، فقاعدة إلزام القاضي بالتكييف هي قاعدة منطقية²⁰ تتفق مع حكمة المشرع في إلزام قاضي الموضوع بها لغرض الوصول للحكم القانوني المنطبق على واقعة الدعوى، وهو ما لا يتسنى تحقيقه إلا من خلال حلقة "الوصل القانوني"²¹ ما بين الوقائع المطروحة وبين القانون الذي ينبغي أن تحكم به هذه الوقائع.

وعلى هذا الأساس فعملية التكييف القانوني التي يقوم بها قاضي الموضوع هي عملية اجتهدية تتطلب جهداً عملياً قانونياً ومنطقياً في ذات الوقت للفهم القانوني للقانون، ومعرفة الشروط اللازمة لإعمال النصوص المختلفة على الوقائع التي تم استخلاصها مع بذل جهد منطقي في فهم معاني الألفاظ.

وهذا يعتبر التكييف القانوني مسألة عقلية أساسها مجموع الوقائع التي طرحها الخصوم وتمسكوا بها أمام القضاء، ومجموع هذه العناصر الواقعية يتكون بدوره من عنصرين سنذكرهما تباعاً²²:

العنصر الأول : هو عنصر موجود مسبقاً ومنصوص عليه في قاعدة قانونية²³ ما.

20 نشوان محي الدين، الحيشة القضائية دراسة تحليلية تطبيقية لأصول الأحكام المدنية وتسيبها، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2012، الصفحة 96.

21 عبد الحكم فودة، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية على ضوء الفقه وقضاء النقض "نظرية الحكم المدني"، مرجع سابق، الصفحة 465.

22 الطيب بريدة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 276.

23 من الجدير بالذكر على أن التكييف القانوني مناطه تجريد الوقائع، بمعنى أنه لكي يتهيأ للقاعدة القانونية عموم التطبيق يتعين أن تكون مجردة.

وبعكس القاعدة القانونية، فإن الواقع يتميز بطابع غير تجريدي، أي أن كل واقعة كيفما كان تكييفها، سواء كانت عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً، فإنها تتسم بصفة الذاتية، بمعنى أنها تخص شخصاً أو أشخاص بذواتهم، وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يطبق ما هو عام ومجرد على ما هو متسم بالتعيين والتحديد.

العنصر الثاني: وهو مجموع الوقائع المقدمة من جانب الخصوم كأساس لادعائهم.

وعليه تتجلى عملية قاضي الموضوع في تكييف الوقائع الصحيح وإرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من خلال عملية المقارنة بين العنصر الثاني والمتمثل في مجموع العناصر الواقعية الأولية مع مضمون العنصر الأول، فإن لاحظ القاضي تطابق العنصر الثاني مع العنصر الأول بطريقة صحيحة، فإنه يكون قد قام بما تمت تسميته في أدبيات الفقه بالتكييف القانوني. وبالتالي فأسلوب قاضي الموضوع من خلال التكييف القانوني يتجلى في كونه عبارة عن عمل ذهني محض يتمثل في المقارنة بين وقائع النزاع من جهة، ومفترض القاعدة القانونية من جهة أخرى من أجل الوصول إلى تطابق تام بينهما.

ومن ثم يتضح على أن دور القاضي من خلال عملية التكييف القانوني يقوم على محاولة إرساء القاعدة القانونية على الواقعة أو الوقائع المنتجة في الدعوى، دون تجاوز منطوق القاعدة القانونية²⁴.

وعليه، فإن كان قاضي الموضوع ملزماً بإعطاء الوصف الحقيقي للوقائع، فإنه يظل في ذلك ملزماً بالضوابط التالية²⁵:

أولاً – التزام قاضي الموضوع بنطاق القانون المسطري²⁶: ومفاد هذه القاعدة هو أن قاضي الموضوع ملزم بالتقيد بمضمون الفصول 3 و50 و345 و375 من قانون المسطرة المدنية²⁷.

وعليه فعمل القاضي من خلال التكييف يتطلب منه أن يقوم بعد فهمه للوقائع واستخلاصها، بتحويل العناصر الذاتية لهذه العناصر إلى عناصر موضوعية بشكل يعكس معه صورة مماثلة للواقعة التي نظمها المشرع من خلال المفترض الوارد في القاعدة القانونية، وللإطلاع أكثر على الموضوع، أنظر عبد الرزاق أيوب، التكييف القانوني "الأسس النظرية والجوانب العملية"، الصفحة 256.

24 لعل أن إعطاء القاضي سلطة تطبيق القاعدة القانونية من تلقاء نفسه، يتضمن مهمة البحث وحسن اختيار هذه القاعدة لتطبيقها على الوقائع المعروضة عليه، بحيث أن إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعناصر الواقعية ينطلق من انطباق هذه العناصر على فرضيات القاعدة القانونية مما يبرر تطبيقها.

والحال أن هذه المهمة هي مهمة تقنية وتدخل ضمن فن العمل القضائي الذي يقوم به القاضي من تلقاء نفسه دون التقيد بالوصف الذي يعطيه الخصوم لهذه الوقائع والأعمال المتنازع عليها. أنظر: مرجع سابق، الصفحة 347. القاضي حبيب مزهر، دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية، ورقة عمل أُلقيت في مؤتمر "دور القاضي في الخصومة-وحدة الهدف وتعدد الأدوار"، الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، من الفقرة 3-6 فبراير 2010.

25 الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 280.

26 على الرغم من أن المشرع المغربي لم ينص بالحرف على كلمة تكييف الوقائع والتصرفات كما فعل المشرع الفرنسي في الفصل 12 من ق.م.م، فإنه ومع ذلك نص المشرع المغربي بصفة عامة على وجوب البث دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك صراحة، وهو الأمر الذي يجعل قاضي الموضوع ملزماً بتكييف الدعوى بجميع عناصرها. أنظر الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 283.

27 وإن لم يستعمل قانون المسطرة المدنية مصطلح التكييف، لأن المبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض تفيد على أنه لا يمكن لمحاكم الموضوع مخالفتها، وإلا تعرض حكمها للنقض.

ثانيا - التزام قاضي الموضوع بالمبادئ القضائية: بمعنى أن القاضي المدني ملزم بالتقيد بالمبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض في ذلك، ومثالها أن قضت محكمة النقض: "أن المحكمة وهي ملزمة بتكليف الدعوى طبقا للقانون على صواب لما لم يثبت لديها أن موضوع الدعوى يتعلق بدين تجاري وأن المدعى عليهما تاجران فاعتبرت المعاملة مدنية، وأخضعت الإثبات بشأنها لمقتضيات الفصل 443 من ق.ل.ع، الذي يقرر عدم جواز إثبات التزام تجاوز مبلغ 250 درهما إلا بالكتابة"²⁸.

وهذا استخدمت محكمة القانون اصطلاح التكليف القانوني الصحيح في قراراتها لتلزم محاكم الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها الحقيقي وتكييفها القانوني السليم.

ثالثا - التزام قاضي الموضوع بمراعاة أسس التكليف السليم:

يلتزم قاضي الموضوع بإعطاء الوصف الحقيقي لكل دعوى معروضة عليه من تلقاء نفسه²⁹، ولو لم يطلب منه الأطراف ذلك، مهتديا بالمعايير المنهجية والقواعد الوصفية التي يتم عن طريقها استقرار الوقائع المتشابهة واستخلاص أوجه الشبه بينها، وتعميم ذلك في قاعدة وصفية تمكن القاضي من معرفة حقيقة تلك الوقائع.

²⁸ قرار رقم 53 الصادر بتاريخ 1979/3/2، مجلة المحاماة عدد 19 السنة الرابعة.

²⁹ إذا كان قاضي الموضوع لا يخضع في تكييف الدعوى لمشئته المتقاضين وإنما يأخذ التكليف عن القانون أخذا صحيحا، فإنه ومع ذلك يلتزم حدود الوقائع الثابتة وحدود طلبات الخصوم، ولا يطبق إلا القاعدة القانونية اللازم إعمالها للفصل في طلباتهم ودفعهم، لأنه لا يلزم إلا بالفصل في هذه الطلبات والدفع وفي حدودها، بمعنى أنه لا يملك الفصل في غير ما طلبه الخصوم أو بأكثر منه. كما لا يسوغ للقاضي إغفال الفصل في طلب موضوعي أو في دفع من أي نوع كان، وبالتالي يتضح على أن تكييف الدعوى يكون في حدود طلبات الخصوم ودفعهم، فلا تطبق إلا القاعدة القانونية اللازمة للحكم فيها، بحيث أن العبرة بحقيقة المقصود من طلبات الخصوم لا بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات.

وفي هذا الصدد جاء في قرار المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا ما يلي: "إن المحكمة طبقا لمقتضيات الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية هي التي تكيف النزاع المعروض عليها حسب الغرض المقصود منه وحسب ما يستنتج من الوقائع المعروضة عليها لا حسب تكييف الأطراف لأنها هي التي تطبق القوانين الواجبة التطبيق". (قرار عدد 157 صادر بتاريخ 1987/3/23 ملف إجتماعي عدد 96944 مجلة الندوة عدد 4 الصفحة 88).

وهو نفس التوجه الذي أخذت به محكمة النقض المصرية التي قضت بما يلي: "محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي تتبينه من وقائع الدعوى وترى أنه ينطبق عليها لتنزل حكم القانون على ما ثبت لديها أنه هو التكييف الصحيح" (نقض مدني 29 أبريل 1969 مجموعة أحكام النقض السنة 20 الصفحة 699). وقد جاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية ما يلي: "العبرة في تكييف الدعوى ليست بما يصفه الخصوم بل بما تبينه المحكمة من وقائع الدعوى ومن تطبيق القانون عليها" قرار أورده صالح لهما، سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى المدنية التأصيل الفقهي والمظاهر التشريعية والقضائية، الطبعة الأولى 2018، الصفحة 354.

مأخوذ عن إدريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني: الدعوى والأحكام، مرجع سابق، الصفحة 233.

ولكي يصف القاضي الواقعة وصفا دقيقا يجب عليه أن يعمل على استقراء جزئياتها، ثم ينتقل إلى الدلالات، فتصبح الدلالات منحصرة في نطاق الموجودات الحقيقية في عالم الوقائع، وتصبح لها شرعيتها من ناحية استقصائها من عناصر قانونية حقيقية.

الفقرة الثانية: قاعدة اتساق منطوق الحكم مع أسبابه:

بالنظر للحكم كورقة إجرائية، فإنه كان من البديهي أن ينتهي الحكم إلى منطوق محدد تحسم من خلاله المحكمة في موضوع النزاع المعروض عليها. والحال أن منطوق الحكم القضائي له دلالة القانونية باعتباره من بين أهم أجزاء الحكم ومكوناته، لذلك فهو جوهر العمل القضائي لأنه نتيجة لأسباب الحكم الصادر مدنيا. لذا فقد ارتبط منطوق الحكم القضائي بأسبابه كارتباط العلة بالمعلوم، وهي علاقة تقوم على عنصرين وهما السبب، والنتيجة. وعليه يعتبر منطوق الحكم خلاصة لما انتهت إليه أسبابه، لأنه يحمل ما تم تفصيله فيه، أو يبين ما تم الإغفال عنه.

لذا تلتزم المحكمة في نطاق ما هو مطلوب من الخصوم أو مستخلص من أوراق الدعوى وأسبابها، بمعنى أنه يجب على المحكمة أن تبين للخصوم بأن حجية الأسباب تكتسبها مما تم القضاء فيه من حيث ما راج أمامها من وقائع، على اعتبار أن بيان الأسباب هو الذي يسمح بممارسة حق الطعن أو إثارة الدعوى من جديد في الجزء الذي لم يتم الحسم فيه، ومثاله إن تقدم المدعي إلى المحكمة بطلبين أحدهما أصلي والآخر احتياطي، فأجابت المحكمة على الطلب الأصلي، وختمت منطوقها بعبارة "ورفض ما عدا ذلك من المطالب" دون أن تبين أسباب رفضها، فإن الطلب الاحتياطي في هذه الحالة يمكن تجديد المطالبة به في دعوى جديدة أو الطعن في الحكم لتأييد هذا الرفض أو نفيه.

وعليه فعلى قاضي الموضوع³⁰ أن يجيب في المنطوق عن سائر طلبات الأطراف، وأن يحكم في حدود طلبات الأطراف ولا يتعدها، ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات. وتبعاً لذلك يتطلب لصحة الحكم القضائي الصادر مدنيا أن يكون منطوق الحكم مبنيًا على أسبابه من خلال توافر رباط منطقي وثيق ما بين المنطوق والأسباب³¹.

ولهذا السبب يجب مراعاة عدم وجود أي تناقض ما بين الأسباب والمنطوق³²، وذلك حتى لا يكون أحدهما سببا في إبطال الآخر، ومن ثم تعرض الحكم للطعن، وفي هذا الصدد قضت محكمة

30 الطيب برادة، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 399.

31 إدريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني: الدعوى والأحكام، مرجع سابق، الصفحة 233.

النقض المغربية بما يلي: "ذلك أن الأحكام يجب أن تكون منسجمة بين حثياتها ومنطوقها وأن تكون تعليلاتها تفضي للنتيجة التي آلت إليها"³³.

ويستفاد من هذه العلاقة، على أن الحكم المدني يعتبر معيبا إذا جاءت أسبابه متعارضة مع منطوقه، بحيث لا يمكن حمل الحكم على أي سبب منها، والغالب الشائع في الأحوال التي يكون فيها منطوق الحكم متناقضا مع بعضه يرجع إلى أن تكون أسبابه متناقضة، ذلك لأن منطوق الحكم هو في الواقع نتيجة أسبابه (مقدماته ومبرراته)، ومن ثم إذا تناقضت أسباب الحكم مع منطوقه بحيث يعد مجردا من الأسباب فإنه يكون باطلا³⁴.

ومن جانب آخر فإن الحالة التي يكون فيها المنطوق غامضا فإنه لا يمكن أن يتعرض فيها الحكم إلى النقض³⁵ إلا بعد استجلاء هذا الغموض من الأسباب التي أدت إليه، وذلك عن طريق البحث فيما إذا كان هناك غموض فعلا أم لا، فإن تبين أن هناك غموض أو تناقض، فإن الحكم عندئذ يتعرض إلى النقض، أما إذا تبين أن الأمر على غير ذلك، فإن الوسيلة المعتمدة في الطعن على هذا الغموض تكون غير مبنية على أساس قانوني³⁶.

وفي المقابل إذا استقام منطوق الحكم مع أسبابه، فإنه لا يعيب الحكم المدني أن ترد فيه أسباب زائدة لا حاجة به إليها، على اعتبار أن الأسباب الزائدة في الحكم التي لا حاجة إليها لا تؤثر في صحته³⁷.

32 محمد التغدويني، النظرية العامة للتعليل على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية 2006، الصفحة 119.

33 قرار عدد 115 الصادر بتاريخ 09 فبراير 2016، ملف مدني عدد 2015/3/1/1889 (قرار غير منشور).

34 إدريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني: الدعوى والأحكام، مرجع سابق، الصفحة 234.

35 أما في حالة تناقض بين أجزاء منطوق الحكم، أي أن يكون منطوق الحكم متناقضا مع بعضه البعض، فإن هذا التناقض يكون موجبا للطعن بإعادة النظر حسب الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية، وفي هذا الصدد جاء قرار صادر عن محكمة النقض المغربية بالقول: "إن التضارب في منطوق القرار لا يكون سببا من أسباب النقض وإنما الذي يكون كذلك هو التناقض بين التعليل والمنطوق"، قرار عدد 291 الصادر بتاريخ 21 فبراير 2013، ملف اجتماعي عدد 2012/2/5/1098، نشر قرارات محكمة النقض، الغرفة الاجتماعية، العدد 13، الصفحة 46.

36 محمد التغدويني، النظرية العامة للتعليل على الأحكام القضائية، مرجع سابق، الصفحة 119.

37 إدريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني: الدعوى والأحكام، مرجع سابق، الصفحة 234.

خاتمة:

وعموما فإنه لا يكفي القول بعدالة الحكم أن تكون أسبابه كافية، وإنما يجب زيادة على ذلك أن تكون أسباب الحكم منطقية، بحيث تعبر عن عمل قاضي الموضوع في استخلاصه للنتائج من الأدلة استخلاصا سائعا وفق مقتضيات القانون وما جرى العمل به على مستوى العمل القضائي.



القواعد الإجرائية لعقل الممتلكات العقارية

Procedural Rules for the Retention of Real Estate Property

رشيد البتاغي

EL BOUTAGHI RACHID

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة القاضي عياض-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش.

ملخص:

بعد مرور سنوات من دخول تعديلات على قانون المسطرة الجنائية التي خولت لعدة جهات مكنة إصدار أوامر بعقل الممتلكات العقارية، بعد ما مكان الأمر يقتصر على الجنايات في إطار المسطرة الغيابية وحددت هذه الجهات في رؤساء المحاكم الابتدائية والاستئنافية بملتمس من النيابة العامة، وتمكين قاضي التحقيق وهيأت الحكم من إصدار هذه الأوامر كلما تبين لهم ضرورة اتخاذ هذا الاجراء، هذه المدة كافية لمعرفة كيف تعامل القضاء المغربي مع المسطرة المتبعة في استصدار هذه الأوامر.

الكلمات المفتاح:

عقل، العقار، الأمر بالعقل، الحكم بالعقل ، إجراءات العقل.

Summary:

After several years since the amendments to the code of criminal procedure came into effect, granting multiple entities the authority to issue orders for the seizure of real estate properties—whereas previously, such orders were limited to felonies under in absentia proceedings—these entities were specified as the presidents of the first instance and appellate courts, upon request from the public prosecution. Additionally, investigating judges and trial panels were empowered to issue such orders whenever they deemed it necessary. This period has been sufficient to assess how the moroccan judiciary has handled the procedure for issuing these orders

Keywords : immovable propetry- order of retention- judgement of retention- retention procedures

مقدمة:

نظرا للمزايا العديدة للعقار فقد عمل البعض على اكتسابه بشتى الطرق القانونية الممكنة وغير القانونية المجرمة أحيانا كتزوير عقود تفويت العقار أو استعماله في غسل وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب...

وبعد تنامي هذه الظواهر غير القانونية، وتزايد جرائم الاعتداء الجنائي على حق الملكية العقارية وارتفاع الكثير على ممتلكاتهم وتهيبهم ودعوة الفاعلين الحقوقيين إلى ضرورة مراجعة وتحديث المنظومة القانونية المؤطرة للعقار بما يضمن حماية الحقوق العقارية، وحرصا من جلالة الملك محمد السادس نصره الله على ضمان حماية ممتلكات المواطنين فقد وجه رسالة سامية لوزير العدل والحريات بتاريخ 30 دجنبر 2016 في شأن ظاهر الاستيلاء على عقارات الغير.

ليصدر فيما بعد القانون³⁸ 32.18 الذي جاء في إطار النقاش العمومي الذي أثارته الرسالة الملكية حول ظاهرة الاستيلاء على ممتلكات الغير بفضل هذا القانون أصبح لجهات قضائية استصدار أوامر بعقل الممتلكات العقارية كتدبير وقائي، يسعى من ورائه المشرع إلى منع المتهم من التصرف في أملاكه المنقولة والعقارية التي يشتبه في كونها متحصلة من مصدر غير مشروع، وذلك لفترة معينة إلى أن يصدر قرار مخالف لأمر العقل أو ينتهي التحقيق في الجريمة.

إن أول ما يمكن أن نستعمل به القول أن الجهات المخول لها طلب وإصدار الأمر بالعقل وإن كانت في بعض الأحيان تتحدد في نفس الجهة، فإن الأساس القانوني المتخذ وفقه الإجراء والمسطرة المتبعة في ذلك تختلف، تبعا لنوع الجريمة المتخذ بشأنها الأمر بعقل العقار أو العقارات، وإن كانت مرامي كل الأسس القانونية في نهاية المطاف هي عقل العقار كتدبير احترازي استباقي.

بعد مرور سنوات من دخول تعديلات على قانون المسطرة الجنائية سنحاول الوقوف على مدى نجاعة وفعالية مسطرة عقل الممتلكات العقارية؟ وكيف تعامل القضاء المغربي مع المسطرة المتبعة في استصدار هذه الأوامر؟

قصد التفصيل في القواعد الإجرائية لعقل الممتلكات العقارية فإننا سنعالج هذا الموضوع من منظرو كل مؤسسة من المؤسسات التي منحها المشرع استصدار هذه النوع من الأوامر بالعقل وفق التصميم التالي:

الفقرة الأولى: دور النيابة العامة وقاضي التحقيق في استصدار الأمر بالعقل
الفقرة الثانية: دور قضاء الحكم في استصدار عقل الممتلكات العقارية

³⁸ 1 لقانون رقم 32.18 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.92 الصادر في 5 ذي القعدة 1440 الموافق ل 8 يوليوز 2019 (الجريدة الرسمية عدد 6799 بتاريخ 18 يوليوز 2019).

الفقرة الأولى: دور النيابة العامة وقاضي التحقيق في استصدار الأمر بالعقل

يصدر الأمر بعقل الممتلكات العقارية بناء على طلب النيابة العامة إلى رئيس المحكمة أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف (أولا) أو عن قاضي التحقيق (ثانيا).

أولا: دور النيابة العامة في استصدار الأمر بعقل العقار

طبقا لمقتضيات الفصل 19 من قانون 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال الذي ينص فقرته الأولى على أنه "يجوز لوكيل الملك أن يأمر خلال مرحلة البحث ولمدة لا يمكن أن تتجاوز شهرا قابلة للتمديد مرة واحدة بما يلي:

(1) تجميد الممتلكات

(2) أو تعيين مؤسسة أو هيئة خاصة بهدف القيام مؤقتا بحراسة أو الممتلكات"

من خلال هذا الفصل نجد أن المشرع المغربي سمح للنيابة العامة خلال مرحلة البحث التمهيدي، في إطار قانون غسل الأموال والوقاية منها بإصدار الأمر بالعقل⁽³⁹⁾ من طرف وكيل الملك، مقيدا إياه بمدة زمنية محددة في شهر واحد قابل للتمديد مرة واحدة، بمعنى أنه لا يمكنه أن يتجاوز شهرين في جميع الأحوال أي أنه إذا أصدر وكيل الملك أمرا بالعقل فعليه أن يلتزم بعدم تجاوزه للمدة المحددة وأنه عند فوات هذه المدة يرفع العقل المأمور به بقوة القانون⁽⁴⁰⁾.

بالرجوع لمقتضيات المادة 1-595 من قانون 03.03 نجد نفس الإمكانية ممنوحة للسيد الوكيل العام بمناسبة إجراء بحث قضائي حول عمليات أو تحركات يشتبه في أن تكون لها علاقة بتمويل الإرهاب ويبقى هذا الأمر ساري إلى حين العدول عنه.

في ظل تزايد جرائم الاعتداء على حق الملكية العقارية وارتياح الكثير على ممتلكاتهم فقد تم تعديل وتتميم بعض مقتضيات قانون المسطرة الجنائية ببعض الأحكام الإجرائية الجديدة من خلال تتميم المواد 40 و49 و104 و299 و366 و390 من قانون المسطرة الجنائية فنص المشرع على إجراء عقل الممتلكات العقارية موضوع الجرائم الماسة بالحقوق العقارية بموجب القانون⁴¹ 32.18 الصادر بتنفيذه ظهير شريف في 8 يوليوز⁽⁴²⁾ 2019.

⁽³⁹⁾ للإشارة فإن هذا الأمر الصادر عن النيابة العامة يكتسي طابع قضائي وليس إداري في هذا الإطار حكم المحكمة الإدارية بالرباط ينص على "الأمر بتجميد الحسابات البنكية الصادر عن النيابة العامة يتم بمناسبة التثبت من جرائم معينة وجمع الأدلة بخصوصها لذلك فهو يكتسي الطابع القضائي بغض النظر عن مشروعيتها من عدمها، ذلك أن النيابة العامة تعتبر جزءا من الهيئة القضائية وأن مقرراتها المرتبطة بجمع الاستدلالات تصنف ضمن الأعمال القضائية. حكم رقم 4297 في الملف عدد 155. 5. 2012 بتاريخ 2012/11/22 غير منشور.

⁽⁴⁰⁾ رضوان مولاي عبد المجيد "حز العقارات في إطار البحث والتحقيق الإحصائي" بحث المعهد العالي للقضاء سنة 2011 ص 15.

بموجب المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية يحق لوكيل الملك إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس بحق الملكية العقارية، أن يتقدم بطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية لإصدار أمر بعقل العقار في إطار الأوامر المبنية على طلب، ويقبل هذا الأمر الطعن بالاستئناف داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ تبليغه، ولا يوقف الطعن وأجله التنفيذ.

لا يقبل القرار الصادر عن محكمة الاستئناف أي طعن. يترتب عن الأمر الصادر بالعقل منع التصرف في العقار طيلة مدة سريان مفعوله ويكون كل تصرف بعوض أو بدون عوض مع وجود العقل باطلا وعديم الأثر، ما لم يتم رفع العقل من طرف رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات بناء على طلب من النيابة العامة أو من له مصلحة. هو نفس الأمر مخول للوكيل العام للملك طبقا لمقتضيات المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية مع اختلاف في المسطرة فالطلب يوجه إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، ويتم الطعن فيه داخل نفس الأجل أمام غرفة المشورة.

إذن أصبحت النيابة العامة تلتزم بطلب إصدار الأمر بعقل العقار من لدن السيد رئيس المحكمة الابتدائية أو السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ليصدر الأمر بالعقل وذلك في إطار الأوامر المبنية على طلب، غير أن هاته المسطرة الأخيرة "الأوامر المبنية على طلب" المنظمة بقانون المسطرة المدنية تختلف عنها في قانون في قانون المسطرة الجنائية، رغم أن الغاية التي شرعت من أجلها سواء في الإجراء المدني أو الإجراء الجنائي هي واحدة، ألا وهي الإسراع باتخاذ إجراء مستعجل مخافة ضياع حق أو بغية مفاجأة الخصم كالحجز على أموال المدين قبل تفويتها أو الحجز عليها بين يدي الغير، فالعمل الولائي هو نهج إجرائي متميز عن إجراءات الخصومة القضائية حيث تنحصر العلاقة بين الطالب والقضاء ولا يوجد خصم يجب حضوره ومواجهته بالطالب أو مع افتراض وجوده فإنه يراد عدم علمه في هذه المرحلة على الأقل⁽⁴³⁾.

من الشروط الأساسية الموضوعية للجوء إلى مسطرة عقل الممتلكات العقارية أن تكون الجريمة موضوع المتابعة تمس بالملكية العقارية وكما يسميها المشرع في الفصل 40 من قانون المسطرة الجنائية "يحق له إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس الملكية العقارية"، وهي العبارة نفسها الواردة في المادة 49 والمادة 104.

⁽⁴²⁾ سعيد الناي "أحكام عقل العقارات في قانون المسطرة الجنائية" مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 167 ص 47.

⁽⁴³⁾ خديجة إدريسي منادي م ص 91.

هذه الملكية العقارية منظمة 08.39⁴⁴ المتعلق بالحقوق العينة والتي عرفت حق الملكية في مادتها 14 بكونه "حق يخول صاحبه سلطة استعمال واستعماله واستغلاله والتصرف فيه ولا يقيد في ذلك إلا القانون والاتفاق"، ليبقى السؤال المطروح هل يقصد المشرع بالملكية العقارية حق الملكية التامة أم أن الأمر ينسحب إلى المفهوم الملكية حسب ما جاء في المادة 14 أعلاه، أن حق الملكية تنفر عنه إحدى عشرة حق عيني كما هي محددة في المادة 9 من مدونة الحقوق العينة. يجب أحد الباحثين على هذا السؤال بأن المشرع لم يكن موفق في عند تضمينه هذه العبارة "بجربة من الجرائم التي تمس بحق الملكية العقارية" ويرى أن أنه يمكن اللجوء إلى هذه المسطرة كلما كان هناك اعتداء على حق من الحقوق العينة العقارية المنظمة بمقتضى مدونة الحقوق العينية من نظمها حق الملكية وكل الحقوق المتفرعة عنه هذا الحق⁴⁵.

هو التوجه نفسه الذي نؤيده بمأن المشرع المغربي لم يقيد الحقوق العقارية التي يمكن إعمال هذه المسطرة بشأنه فإنه يأخذ المفهوم بإطلاقه وبالتالي فإن إي حق من حقوق الملكية العقارية كان موضوع جرائم من قبيل تزوير الوثائق الرسمية العرفية أو تزوير الوثائق الإدارية والشهادات التي لها علاقة بالملكية العقارية، هو التوجه الذي صار عليه العمل القضائي.

في هذا الإطار نورد أمرا بعقل العقار صادر عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: نحن الحسن طلفي نيابة عن السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بناء على ملتمس السيد الوكيل العام للملك في 30/12/2019 والذي يعرض فيه أنه بناء على الطلب الذي تقدم به الأستاذ شقيق أحمد محام بهيئة المحامين بالدار البيضاء نيابة عن موكلته السيدة... والرامي إلى استصدار أمر بعقل العقار ذي الرسم العقاري الكائن ب ... شارع .. الدار البيضاء والمشمول على عقار مقام فوقه فيلا مساحتها 451 متر مربع، والتمس السيد الوكيل العام للملك من السيد الرئيس الأول إصدار أمر بعقل العقار ذي الرسم العقاري ... باعتبار أن موضوع الطلب ينصرف إلى جريمة من الجرائم التي تمس بحق الملكية العقارية وذلك تطبيقا للمادة 49 من قانون المسطرة الجنائية كما وقع تعديله.

وحيث إن ملتمس السيد الوكيل العام للملك مرفق بشكاية قدمت إليه من طرف المشتكية. بواسطة محاميها الأستاذ... أوضحت فيها أنه تم الاستيلاء في غيبتها على عقارها المسعى ذات الرسم العقاري ... عن طريق التزوير.

⁴⁴ القانون رقم 39.08 المتعلق بالحقوق العينة الصادر في بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نوفمبر 2011 الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 الموافق ل 24 نوفمبر 2011 ص 5587.

⁴⁵ عدنان المرابط " إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية بعقل العقارات المحفظة والتي في طور التحفيظ " مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 179 ص 12.

وحيث إن الأمر في هذه الحالة يتعلق بجريمة من الجرائم الماسة بحق الملكية العقارية ويقتضي اتخاذ تدبير عقل العقار.

وتطبيقا للمادة 49 من قانون المسطرة الجنائية كما وقع تعديله بمقتضى القانون 32.18 القاضي بتغيير وتنظيم القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية.

ولهذه الأسباب: نأمر بعقل العقار ذي الرسم العقاري الكائن ب شارع الدار البيضاء⁽⁴⁶⁾.

ثانيا: دور قاضي التحقيق في استصدار الأمر بالعقل

تعد مرحلة التحقيق الإعدادي مرحلة من مراحل القضية الجنائية تتوسط البحث التمهيدي الذي تباشره الشرطة القضائية وحسب رأي الفقه والقضاء تعد هذه المرحلة دعامة أساسية لحقوق الإنسان وركيزة مهمة في تحقيق المحاكمة العادلة.

وفقا الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال يحق لقاضي التحقيق إصدار أمر بعقل الممتلكات العقارية المتهم المشتبه في كونها متحصل من مصدر غير مشروع⁽⁴⁷⁾.

كما أنه تطبيقا لأحكام المادة 595-2 قانون المسطرة الجنائية بالنسبة لقضايا مكافحة الإرهاب فإن قاضي التحقيق في إطار سير وسلامة التحقيق أن يأمر بعقل جميع الأموال المنقولة والعقارية كلما تبين له من خلال المعطيات الأولية للبحث التمهيدي ومجريات التحقيق الإعدادي أن الممتلكات المملوكة للمتهم ويشته في كونها متحصلة من الأفعال الجرمية المنسوبة إليه.

وبالرجوع للمادة 104 التي تندرج ضمن الباب الرابع من قانون المسطرة الجنائية المعنون بالتنقل والتفتيش والحجز تنص على يجوز لقاضي التحقيق إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس بحق الملكية العقارية أن يأمر بعقل العقار...

⁽⁴⁶⁾ أمر بعقل عقار عدد 2020/1 صادر بتاريخ 2020/01/2 في الملف عدد 1/ 1121 / 2020 غير منشور.

⁽⁴⁷⁾ في هذا الإطار نجد أمر لقاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية بالرباط يقضي "نحن القاضي المكلف بالتحقيق لدى المحكمة الابتدائية بالرباط، بناء على مقتضيات المادتين 1 و 19 من القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال والمواد 59 و 104 من ق.م.ج وبناء على إجراءات التحقيق الجارية في الدعوى ضد المتهمين... وحيث التمس السيد وكيل الملك في مطالبته بإجراء تحقيق تطبيقا لمقتضيات المادة 19 من القانون 43.05 .

وحيث يتعين إيقاع الحجز على الممتلكات بما فيها الأملاك المادية أو غير المادية المنقولة أو العقارية للمتهمين بشكل مفرز أو مشاع ... التي تعود ملكيتها للمتهمين وذلك في انتظار صدور حكم نهائي في القضية طبقا للمسطرة القانونية، نأمر بعقل وتجميد جميع ما ذكر من الممتلكات باستثناء ما تعلق منها بالرواتب الشهرية المحولة لهم من مصدر شرعي معلوم ... " أمر قاضي التحقيق بالرباط في الملف تحقيق 05 / 2015 بتاريخ 2017/07/21. غير منشور.

يتضح من صياغة هذه المادة أن قاضي التحقيق يصدر الأمر بعقل العقار تلقائياً ودون الحاجة لتقديم طلب أو ملتمس من النيابة العامة، لكن هذا لا يعني عدم جواز تلقيه ملتمس من النيابة العامة بإصدار الأمر بعقل العقار أو تلقيه شكاية مباشرة من الشخص المطالب بالحق المدني طبقاً للفصل 92 من قانون المسطرة الجنائية، ووفق القواعد المسطرية التي تحكم الشكاية المباشرة⁽⁴⁸⁾.

في هذا الإطار نجد قرار لقاضي التحقيق ينص في حيثياته على أنه " حيث يتبين من خلال المعطيات الأولية للبحث التمهيدي كون الممتلكات والمبالغ المالية المودوعة بالحسابات البنكية المملوكة للمتهمين يشبه في أن تكون محصلة من الأفعال الجرمية المنسوبة إليهم. وحيث إنه من شأن الإبقاء على ممتلكات المتهمين المذكورين وكذا حساباتهم البنكية دون حجز أن يدفعهم إلى التصرف فيها وإضاعة حقوق الجهة المتضررة في حالة ثبوت الأفعال المنسوبة إليهم.

وحيث إن حجز وعقل تلك الممتلكات والقيم المنقولة وكذا المبالغ المودوعة بالحسابات البنكية من شأنه أن يسهل ما قد تحكم به المحكمة عند ثبوت الأفعال الإجرامية من مصادرة لجزء أو لجميع الأملاك التي حصلوا عليها من الأفعال التي توبعوا من أجلها. وحيث إن سلامة البحث والتحقيق تقتضي عقل وحجز تلك الممتلكات والقيم وكذا المبالغ المالية المودوعة بالحسابات البنكية العائدة للمتهمين ولزوجاتهم وأصولهم وفروعهم باستثناء الأجر الشهري.

وحيث إن لقاضي التحقيق اتخاذ جميع التدابير الاحترازية المفيدة للتحقيق. نأمر بحجز وعقل جميع الممتلكات العقارية والمنقولة وكذا المبالغ المالية المودوعة بالحسابات البنكية المملوكة للمتهمين ولزوجاتهم وأصولهم وفروعهم مع جردها وتحرير محضر معد لذلك باستثناء الأجر الشهري. ربط الاتصال بالسجل التجاري المركزي بالرباط، وكذا بالسجل المحلي وبالمحافظات العقارية كلا فيما يخصه وبمصالح تسجيل السيارات المعنية للتأكد من مالكي العقارات والمنقولات موضوع الحجز والعقل. مع الإبقاء على هذا العقل والتجميد ساري المفعول إلى حين صدور قرار مخالف لذلك.

(48) يعرف أحد الباحثين الشكاية المباشرة بكونها هي تلك الشكاية المصحوبة بالتعويض المقدم من طرف المطالب بالحق المدني أمام قاضي التحقيق أو أمام المحكمة المختصة ويكون من شأنها ترحيل الدعوى العمومية بالإضافة إلى إقامة الدعوى المدنية التابعة، أحمد بن عجيبة الشكاية المباشرة في قانون المسطرة الجنائية مقال منشور بموقع وزارة العدل الاطلاع بتاريخ 2024/05/18 على الساعة 18:20.

يعهد بتنفيذ هذا الأمر إلى السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرباط طبقا لمقتضيات المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية الفقرة 13⁽⁴⁹⁾.

الفقرة الثانية: دور قضاء الحكم في استصدار عقل الممتلكات العقارية

إن الأصل في جلسات المحاكمة هو تمتع رئيس الهيئة، في إطار سلطته التقديرية، باتخاذ كافة التدابير التي يراها مفيدة للكشف عن الحقيقة ما لم يمنعها القانون، فضلا عن ذلك زوده المشرع بألية قانونية مهمة تمكنه من كشف ملابسات القضية بإجراء تحقيق تكميلي، ويحظى القاضي المكلف بهذه المهمة بكافة السلطات والصلاحيات المخولة لقاضي التحقيق بموجب البحث، إعمالا لمقتضيات المادتين 362 و453 من قانون المسطرة الجنائية.

في هذا الإطار فإن عقل الممتلكات من قبل قضاء الحكم في التشريع المغربي يركز على أساس قانوني يفسر تفعيل هذه المسطرة في مرحلة المحاكمة امام القاضي الجنائي، حيث نص المشرع المغربي في المادة 299 من قانون المسطرة الجنائية، على أنه: " يحق لها، تلقائيا أو بناء على ملتمس من النيابة العامة أو طلب من الأطراف، أن تأمر بعقل العقار كلما تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس بحق الملكية العقارية يترتب عن هذا الإجراء منع التصرف في العقار طيلة مدة سريان مفعوله، ويكون كل تصرف بعوض أو بدون عوض مع وجود العقل باطلا وعديم الأثر. " كما تنص المادة 366 من نفس القانون على ما يلي: " يحق للمحكمة خلال كافة مراحل القضية البت في إجراء عقل العقار إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس الملكية العقارية، ويستمر سريان مفعول هذا الإجراء إلى حين صدور مقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به ما لم يتقرر رفعه، ويترتب عن هذا الإجراء منع التصرف في العقار طيلة مدة سريان مفعوله، ويكون كل تصرف بعوض أو بدون عوض مع وجود العقل باطلا وعديم الأثر. "

من الملاحظ أن المادة 299 جاءت في الفرع الثالث الخاص بقواعد سير الجلسات وتضمنت إمكانية الأمر بعقل العقار من قبل محاكم الموضوع إما بصفة تلقائية أو بطلب من النيابة العامة أو بطلب من الأطراف على الرغم من أن المادة 299 المذكورة ممهدة فقط لتجهيز الملفات لأن مضامينها تتعلق بشروط تسجيل القضايا مما يوحي أن المشرع يستبق كل مناورات المتحايين على حقوق الملكية العقارية ويباشر مبدأ التدخل الاستباقي وأن الوقاية خير من العلاج طالما أن المادة

⁽⁴⁹⁾أمر قاضي التحقيق الصادر عن غرفة التحقيق الأولى لدى محكمة الاستئناف بسلا في ملف تحقيق عدد 20-2016 غير منشور.

المذكورة مسبوقة بمقتضيات المواد 40 و49 و104 من قانون المسطرة الجنائية التي تعطي إمكانية الأمر بعقل العقار حتى قبل إحالة القضية على هيئة الحكم⁽⁵⁰⁾.

من خلال استقراءنا للنصوص القانونية أعلاه يتبين لنا أن المشرع المغربي أعطى لمبيئة الحكم صلاحية الأمر بعقل الممتلكات من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد أطراف الدعوى كلما تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس الملكية العقارية، كما خول للمحكمة خلال كافة مراحل القضية البت في إجراء عقل العقار إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس الملكية العقارية، وقد كان قضاء الأحكام قبل صدور القانون 32:18 الذي تمم وعدل مقتضيات قانون المسطرة الجنائية لا يقدموا على تفعيل مسطرة عقل الممتلكات مستدلين في عملهم على أنه لا عقل للممتلكات بدون نص صريح يقضي بذلك ولو التمسته النيابة العامة، وهذا بخلاف التشريع الفرنسي لسنة 2010 الذي خول صراحة لقضاء الحكم الأمر بالحجز على ممتلكات الأفراد كلما تبث عدم مباشرة ذلك الإجراء خلال مرحلي البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي، حتى يمكن التنفيذ الفوري لعقوبة المصادرة في حالة الحكم بها، ومخافة تبديد الأموال المتحصلة من الجريمة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وكذا في حالة ما إذا التمسه المطالب بالحق المدني متى اعتقد عدم توفر الضمانات الكافية الخاصة بالالتزامات المدنية الناتجة عن الجريمة.

ونفس المنطق يحكم المادة 366 قانون المسطرة الجنائية حيث خول المشرع لغرفة الجنايات أو غرفة الجنايات الاستثنائية أن تأمر بإجراء العقل، تحسبا لأن تطول إجراءات المحاكمة والتصرف في العقار محل نظر المحكمة، لكنه في هذا الفصل 366 لم يشر للجهات التي يمكن أن تطلب من المحكمة إجراء الأمر بعقل العقار بل اكتفى بالنص على أنه " يحق للمحكمة خلال كافة مراحل القضية البت في إجراء عقل العقار...".

في هذا الإطار نورد مقرر قضائي صادر عن غرفة الجنايات الاستثنائية بالدار البيضاء جاء فيه "حيث إن المتهم متابع بارتكابه جناياتي التزوير في محرر رسمي واستعماله، وجنحتي التزوير في محرر عرقي واستعماله طبقا الفصول 354.356.358.359 من القانون الجنائي والفصل 104 من ظهير التحفيظ العقاري والفصل الثاني القواعد الإجرائية لعقل الممتلكات العقاري.

وحيث إن الجرائم المتابع بها المتهم تمس بحق الملكية العقارية.

وحيث إنه مادام أن الأمر يتعلق بجرائم تمس بحق الملكية العقارية، فإنه يتعين في هذه

الحالة الأمر بعقل العقار دي الرسم العقاري⁽⁵¹⁾».

⁽⁵⁰⁾ سعيد الناوي: أحكام عقل العقارات في قانون المسطرة الجنائية " مقال منشور لمجلة المحاكم المغربية عدد 167 سنة 2019 ص 70.

⁽⁵¹⁾ قرار عدد 142 صادر بتاريخ 2020/02/03 في الملف عدد 2019/2612/2918 غير منشور.

لا يفوتنا التذكير بأن إجراء عقل الممتلكات العقارية يمكن أن يصدر في إطار المسطرة الغيابية⁽⁵²⁾ طبقاً للفصول من 443 إلى 454 من قانون المسطرة الجنائية، بناءً على أمر رئيس غرفة الجنايات الابتدائية أو المستشار المنتدب من طرفه، حيث تنص المادة 443 على "... تعقل أملاكه خلال مدة التحقيق الغيابي..."

ثانياً: دور رئيس المحكمة ورئيس الأول لمحكمة الاستئناف في استصدار الأمر بعقل

طبقاً لمقتضيات المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية نجد أن المشرع أعطى الحق لرئيس المحكمة في إصدار أمر بعقل العقار في إطار المادة 149 من قانون المسطرة المدنية بناءً على طلب وكيل الملك بعقل العقار، حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي: "... يحق له إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس بحق الملكية العقارية أن يتقدم بطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية لإصدار أمر بعقل العقار في إطار الأوامر المبنية على طلب..."

يتبين من خلال المادة أعلاه أنه أصبح لوكيل الملك حق التقدم إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية بطلب رام إلى عقل العقار كلما تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس بحق الملكية، وذلك في إطار المادة 148 من قانون المسطرة المدنية، التي تجري في غيبة الأطراف المعنيين بالأمر في ظل مسطرة غير تواجدية، ويقبل هذا الأمر الطعن بالاستئناف داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ تبليغه من غير أن يكون للطعن المذكور أو لأجله أي أثر موقف للتنفيذ، هذا ولم يقيد المشرع الزجري الطلب الذي يتقدم به السيد وكيل الملك بأي شكليات مما يعني أن الطلب قد يتخذ أي شكل يوجهه وكيل الملك أو نائبه إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية أو نائبه بالأوامر المبنية على طلب .

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 148 من قانون المسطرة المدنية نجد أن الأمر يصدر في غيبة الأطراف ودون حضور كاتب الضبط طبقاً لمقتضيات هذه المادة التي جاء في فقرتها الأولى على أنه

⁽⁵²⁾ هل يمكن أن يصدر الأمر بإجراء المسطرة الغيابية بناءً على أمر رئيس غرفة الجنايات الاستئنافية بالنتيجة عقل أملاك المتهم نجد الجواب على هذا السؤال في قرار محكمة النقض التي تأكد أنه يمكن أن تطبق حتى المسطرة الغيابية أمام غرفة الجنايات الاستئنافية "ذلك أن غرفة الجنايات الاستئنافية لما وصفت قرارها المطعون فيه بالغيابي دون سلوك المسطرة الغيابية المنصوص عليها في مقتضيات المادة 443 ق.م.ج المحتج بها فإن رئيس غرفة الجنايات أو المستشار المنتدب من قبله يصدر أمراً بإجراء المسطرة الغيابية إذا تعذر القبض على المتهم بعد الإحالة أو إذا لاذ بالفرار بعض القبض عليه أو إذا كان في حالة الإفراج المؤقت أو الوضع تحت المراقبة القضائية ولم يستجب على الاستدعاء بالمثل المسلم. ويستفاد من النص المذكور أن هذه المقتضيات إنما تطبق أمام غرفة الجنايات الابتدائية والحال أن القضية تتعلق بقرار استئنافي صادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية مما لم تخرق معه المحكمة نص المادة المذكورة والوسيلة فيما اثارته خلاف الواقع فهي غير مقبولة " قرار محكمة النقض عدد 1287/1 المؤرخ في 2007/12/19 ملف جنائي 2007/5400 أوردته الأستاذ عمر أزوكار في مقاله المعنون بالمسطرة الغيابية في الجنايات أو قرينة العصيان ضد القانون منشور في جريدة الصباح الموقع الإلكتروني زيارة الموقع بتاريخ 2024/05/19 على الساعة 10:45.

يختص رؤساء المحاكم الابتدائية وحدهم بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بإثبات حال أو توجيه إنذار أو أي إجراء مستعجل في أية مادة لم يرد بشأنها نص خاص ولا يضر بحقوق الأطراف. ويصدرون الأمر في غيبة الأطراف دون حضور كاتب الضبط بشرط الرجوع إليهم في حالة وجود أية صعوبة.

هو نفس الأمر ممنوحة للسيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بناء على طلب الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف وفق ما هو منصوص عليه في المادة 49 من قانون 22.01 الذي عدل بمقتضى القانون 32.18، على أنه: "يحق له إذا تعلق الأمر بجريمة من الجرائم التي تمس الملكية العقارية، أن يتقدم بطلب إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف لإصدار أمر بعقل العقار، ويقبل هذا الأمر الطعن بالاستئناف أمام غرفة المشورة داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ تبليغه، ولا يوقف الطعن وأجله التنفيذ". يتبين من خلال المادة أعلاه أن المشرع لم يوضح ما إذا كان الأمر الرئاسي المذكور سيتم طبقاً لمسطرة الأوامر المبنية على طلب أم في إطار مسطرة توجيهية لولا أن الأمر مفهوم من خلال ما سبق التنصيص عليه في المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية المذكور أعلاه لكان سي طرح إشكال قانوني.



خاتمة

لقد سعى المشرع المغربي من خلال مسطرة عقل الممتلكات العقارية إلى التوفيق بين الحماية الدولية لحق الملكية باعتباره من أسمى الحقوق وحماية النظام العام، لذلك منح لعدة جهات مكنة إصدار أوامر بالعقل، بعد ما كان الأمر يقتصر على الجنايات في إطار المسطرة الغيابية، محددا هذه الجهات في رؤساء المحاكم الابتدائية والاستئنافية بملتمس من النيابة العامة، وتمكين قاضي التحقيق وهيأت الحكم من لإصدار هذه الأوامر كلما تبين لهم ضرورة اتخاذ هذا الاجراء.

خلفت النصوص النازمة لمسطرة عقل الممتلكات العقارية الكثير من الإشكالات القانونية على المستوى العملي لكنها رغم ذلك تبقى فعالة وناجعة في التصدي لظاهرة الاستلاء على عقارات الغير وتحصين الملكية العقارية من الاعتداء عليها عن طريق التزوير والتدليس، ووسيلة فعالة لمحاصرة عدد من المجرمين الذين يوظفون العقار في غسل الأموال المكتسبة من أفعال جرمية يعاقب عليها القانون.



تحديات تنفيذ أحكام القضاء الإداري وانعكاسها على تحقيق الامن القضائي

Article entitled: Challenges of implementing administrative
judiciary rulings and their impact on achieving judicial security

حسن الكراب

طالب باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السوسي -

Research Student, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences-souissi-RABAT-

~ القانون العام ~

ملخص:

لقد ضمن الدستور المغربي لسنة 2011 للأفراد حق التقاضي من أجل ضمان وحماية حقوقهم، وهو مبدأ عام سواء في تقاضيه مع أفراد مثله أو مع أشخاص معنوية عامة لها من السيادة والسلطان ما يجعلها في المرتبة الأقوى في علاقتها مع الأفراد، لكن العدالة القضائية وفي إطار المساواة أمام القانون قد تنتصر للأفراد، لكن العدالة القضائية قد لا تكتمل في حالة عدم تنفيذ الأحكام القضائية، وهنا لا يرتبط الأمر بالهيئة القضائية وإنما عدم احترام قوة الحكم المقضي به من الإدارة. وقد ترجع أسباب عدم التنفيذ لعدم وجود مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية كما تتجسد عندما يعهد إلى محكمة عادية بتنفيذ حكم صادر عن محكمة إدارية، والحال أن النزاع الإداري له خصوصياته وطبيعته، مما يستعصي البت فيه من طرف قاضي ليس له تخصص في مثل هذه المنازعات. أما هذه الصعوبات وتعتت الإدارة في التنفيذ يلجأ القضاة للغرامة التهديدية وعملية الحجز.

الكلمات المفتاحية:

القضاء الإداري- تنفيذ الأحكام - الغرامة التهديدية- الحجز-

ABSTRACT

The Moroccan Constitution of 2011 guaranteed individuals the right to litigate in order to preserve and protect their rights. This is a general principle whether in litigation with ordinary individuals like them or with public legal entities that have the sovereignty and authority that makes them the strongest in their relationship with individuals. However, judicial justice, within the framework of equality before the law, may prevail in favor of individuals, but it may not be complete in the event of non-implementation of judicial rulings. Here, the matter is not related to the judiciary, but rather to the lack of respect for the force of the final judgment by the administration. Due to the lack of a special procedure for implementing administrative judicial rulings, as embodied when an ordinary court is entrusted with implementing a ruling issued by an administrative court, the fact is that the administrative dispute has its own characteristics and nature, which makes it difficult to adjudicate it by a judge who does not specialize in such disputes. In the face of these difficulties and the administration's intransigence in implementation, judges resort to threatening fines and the seizure process

مقدمة:

بدون شك أن تكريس أم القضاء الإداري لا يمكن أن يتحقق بدون ترسيخ المبادئ والاسس التي تقوم عليها الديموقراطية، والتي تشكل مظهرها لدى احترام الدولة للحقوق والحريات. هذه الاسس والضمانات هي التي تخلق الثقة في القضاء بصورة عامة والتي يتقاسمها الجهاز القضائي بغض النظر عن طبيعته وتخصصه.

هناك مجموعة من المبادئ والمظاهر التي تعتبر مقياسا ومرجعا لمعرفة درجة ديمقراطية الدولة بصفة عامة، والمجال القضائي بصفة خاصة، والتي تجد أسسها ومرجعيتها في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، والتي تدور حول محور ضمان الحقوق والحريات للأشخاص، وتكريس الأمن القضائي للأفراد داخل المجتمع كعنصر المساواة امام القضاء واستقلال السلطة القضائية ومبدأ الحياد وصدور الاحكام داخل أجل معقول. كما ان حق اللجوء الى القضاء كحق دستوري الغاية منه هو استصدار احكام تضمن حقوق الأفراد في إطار تحقيق العدالة والمساواة امام القانون. لكن هذا المبدأ الدستوري والغاية منه تبقى عديمة الأثر في حالة إذا لم يتم تنفيذ الاحكام الصادرة عن القضاء الإداري في مواجهة الإدارة.

فتنفيذ الأحكام من دون شك، مناط العدالة ومصدر هيبة القضاء ومدعاة ثقة المتقاضين فيه، لذا كان من اللازم وضع استراتيجية لتدبير هذا الموضوع، اعتبارا لما يشكله الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية من خروج سافر عن القانون ومساس بهيبة السلطة القضائية وبحقوق الأشخاص.

القول بأن القرار القضائي للإلغاء له قوة الشيء المقضي به هو القول بأن شرعية ما تم الحكم به يجب النظر إليه كمكتسب غير متغير، إذ لا يمكن إعادة فحص الشيء المقضي به أو تجاهله من قبل أي سلطة مهما كانت، لا من طرف نفس المحكمة ولا من طرف محكمة أخرى ولا حتى من طرف الإدارة.⁵³ مما يعني ضرورة تنفيذ واحترام الاحكام القضائية من قبل الادارة. الا انه يعرف تنفيذ الاحكام القضائية مجموعة من الاكراهات، والتي تؤثر على الثقة في القضاء وبالتالي غياب أمن القضاء الإداري يعزز الضمانات الممنوحة للموظف العمومي. لذلك فان عملية تنفيذ الاحكام القضائية هي مكمل للمسطرة الممنوحة للموظف العمومي من خلال دعوى الالغاء أو التعويض، حيث لا قيمة لانتصار القاضي الإداري للموظف العمومي دونما تنفيذ الحكم القضائي الذي أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به والذي قد يصطدم بمجموعة من العراقيل تحول دون

⁵³ - محمد بوطريك، القرارات الادارية المنفصلة في القانون المغربي، مطبعة الأمنية، 2014، ص 90.

تيسير تنفيذه، منها ما يرتبط بما هو قانوني. ومنها ما يرتبط بالإمكانات المادية، وفي ظل تعنت الإدارة فقد لجأ القاضي الإداري لأليات من أجل اجبار الإدارة على تنفيذ احكام القضاء الإداري. ان تحقيق الثقة في القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بصفة خاصة، وبالتالي تكريس الامن القضائي، يبدأ قبل رفع دعوى الالغاء من مدى تحقق مبادئ ومظاهر العدالة القضائية التي سبق التطرق لها في الفصل الاول وتتم بمراقبة القاضي الإداري لمدى مشروعية وملاءمة القرار الإداري وتستمر الامر بعد صدور الحكم القضائي وذلك من خلال تتبع مدى احترام وتنفيذ احكام القضاء، ونظرا لصعوب التنفيذ على الادارة العمومية نتيجة عدم وجود مسطرة خاصة، وإشكالية الانابة القضائية فان القاضي الإداري ابتدع حولا لمحاولة التصدي لإشكالية التنفيذ بالإضافة الى وجود اكراهات مادية قد تحول دون انجاح عملية التنفيذ مما يزعزع ثقة الافراد بصفة عامة والموظف العمومي بصفة خاصة.

وعلى هذا الأساس يمكن لنا طرح الإشكالية التالية والمرتبطة بتحديات تنفيذ احكام القضاء الإداري في مواجهة الإدارة.

وعليه سوف تتم مناقشة هذه الإشكالية من خلال التصميم التالي:

المبحث الأول: اكراهات متعلقة بالجانب القانوني لتنفيذ احكام القضاء الإداري:

المبحث الثاني: الاكراهات المادية المتعلقة بتنفيذ احكام القضاء الإداري.

المبحث الأول: اكراهات متعلقة بالجانب القانوني لتنفيذ أحكام القضاء الإداري.

يشكل تنفيذ الاحكام القضائية في مواجهة الإدارة عائقا امام ترسيخ فاعلية هذه الأحكام ومصداقيتها، وطعنا في دستورية حق اللجوء للقضاء من أجل ضمان الحقوق حيث يرجع ذلك بالأساس لغياب مسطرة خاصة للتنفيذ في مواجهة الإدارة (المطلب الأول) وفي الجهة المخول لها الاشراف على التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انعدام مسطرة خاصة متعلقة بتنفيذ أحكام القضاء الإداري:

إن الدستور، وعيا منه بهذه المعضلة التي يعاني منها القضاء عموما، والإداري على وجه الخصوص و على الرغم من احتواء قانون المسطرة المدنية على مقتضيات تدعم مبدأ تنفيذ الأحكام القضائية⁵⁴ من غير مماطلة ولا تسويق، ومعاقبة القانون الجنائي على تحقير المقررات القضائية وبذل القاضي الإداري قصارى جهده لاستنطاق حلول تسعفه في تخطي الصعوبات

⁵⁴ - أنظر الفصول 433 و 436 و 460 من قانون المسطرة المدنية، وكذلك الفصول 263 و 266 و 267 من القانون الجنائي.

الناجمة عن امتناع الإدارة عن التنفيذ⁵⁵ - وجدها مناسبة مواتية ليؤكد صراحة على إلزامية امتثال الجميع لأوامر العدالة التي تتضمنها الأحكام النهائية،

تطغى على الاحكام الإدارية الخصوصية والتميز لارتباطها بإدارات عمومية تنتهي لأشخاص القانون العام، وبالرغم من أن قانون المسطرة المدنية ينص على مقتضيات تدعم مبدأ تنفيذ الأحكام القضائية⁵⁶ من غير مماطلة أو تقصير، ومعاقبة القانون الجنائي على تحقير المقررات القضائية⁵⁷، فإننا لا نجد في القانون المحدث للمحاكم الإدارية ما ينص على وجود مسطرة خاصة لتنفيذ الاحكام القضائية ضد الإدارة صونا لحقوق الأطراف في علاقتهم بالإدارة لتمتعها بالسيادة والسلطان حيث نجد فقط المادة 49 منه اكتفت بتحديد الجهة التي أوكل لها المشرع تنفيذ أحكام المحاكم الإدارية، وهي كتابة الضبط بها بالنسبة للأحكام الصادرة عن كل محكمة إدارية على حدة، في حدود اختصاصها الترابي، بالإضافة إلى إمكانية تنفيذ القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى⁵⁸، إذ لم تبين طريقة التنفيذ ضد الإدارة، ولا المساطر الواجب إتباعها في حالة امتناعها عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، سواء في إطار دعوى الإلغاء أو في إطار دعوى التعويض⁵⁹،

وما يمكن لنا استنتاجه من المادة 49 من قانون 41.90، أن المحاكم الإدارية لا تتوفر على مرجعية قانونية خاصة بها، بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، التي يظل إطارها القانوني هي القواعد العامة للتنفيذ الجبري للأحكام المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية مما يطرح إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية في ظل غياب مسطرة خاصة بتنفيذ هذه الأحكام، وبالتالي تحقيق الامن القضائي وتكريس قيمة ومصادقية الاحكام الإدارية للقضاء الإداري.

⁵⁵ - نورة غزلان تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في العلوم القانونية، جامعة الحسن الثاني، المحمدية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية، السنة الجامعية 2004-2005، ص من 317 إلى ص 328. راجع قرار محكمة النقض عدد 101 الصادر بتاريخ 2 فبراير 2012 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/974 نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الإدارية العدد 12. ص 121

⁵⁶ أنظر الفصول 433 و436 و460 من قانون المسطرة المدنية، وكذلك الفصول 263 و266 و267 من القانون الجنائي.
⁵⁷ - نورة غزلان تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في العلوم القانونية، م س، ص من 317 إلى ص 328..

راجع قرار محكمة النقض عدد 101 الصادر بتاريخ 2 فبراير 2012 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/974 نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الإدارية العدد 12. ص 121

⁵⁸ أحمد الصايغ، إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب، دراسة تطبيقية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 62. سنة 2009 ص 256.

⁵⁹ عبد الوهاب رافع، جلية البشري توفيق، الدعاوي الإدارية في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، 1998، ص 293

هذا وتقودنا إشكالية عدم وجود مسطرة خاصة لتنفيذ الأحكام الإدارية لتساؤل حول الفائدة من وجود قسم التنفيذ بالمحكمة الإدارية، يبقى عاجزا عن تفعيل مسطرة التنفيذ الجبر في حق الإدارة⁶⁰.

وبالتالي، فإن القانون رقم 41.90، لم يحدد أي طريقة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، كما أنه لم يرتب أي جزاء في مواجهة الإدارة في حالة امتناعها عن التنفيذ⁶¹. على خلاف فرنسا التي سنت مسطرة لتنفيذ الأحكام الإدارية تتسم بالفعالية والملاءمة مع القضايا الإدارية. نجد في المغرب أن المسطرة التنفيذية المطبقة على الأحكام الإدارية هي نفسها المطبقة على باقي الأحكام المدنية والتجارية وهو ما يشكل صعوبة تطبيقها على الإدارات لما لهذه الأخيرة من خصوصية، مختلفة عن الأشخاص العاديين.

ومن بين الوسائل الإجبارية المعمول بها في القانون المغربي لتنفيذ الأحكام الإدارية نجد الغرامة التهديدية والتي تعني الحكم على كل من رفض تنفيذ الحكم القضائي بدفع مبلغ مالي عن كل يوم تأخر فيه عن الوفاء بالتزامه⁶².

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه، هو هل استطاع القاضي الإداري إجبار الإدارة وإكراهها على تنفيذ أحكامه عن طريق الغرامة التهديدية؟

وبالرجوع إلى القانون رقم 41.90، نجد أن المادة السابعة منه تنص على إمكانية تطبيق القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية، وهي المشار إليها في الفصل 433 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على ما يلي: "وبناء على ذلك يأمر جلالة الملك جميع الأعوان ويطلب منهم أن ينفذوا الحكم المذكور (أو القرار) كما يأمر الوكلاء العامة للملك أن يمدوا يد العون لجميع قواد وضباط القوة العمومية أن يشدوا أزرهم عندما يطلب منهم ذلك قانونيا".

إن هذه الصيغة التنفيذية تعتبر عامة ومجردة، حيث إنه ينبغي تطبيقها على كل أطراف الدعوى بدون استثناء. لكن التساؤل الذي ينبغي أن نطرحه، هو كيف يمكن تطبيقها على الإدارة التي هي من تمتلك القوة العمومية في حالة رفضها تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها حيث لا يمكن

⁶⁰ عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج، ص 65
⁶¹ حسن صهيبي، "إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، نوفمبر - دجنبر 2004، ص 59.

⁶² ميمون خراط، القواعد الاجرائية للطعن بالاستئناف في أحكام المحاكم الإدارية، دار النشر المعرفة سنة 2011، ص 117-118

استعمال ما تملكه من وسائل ضدها واحتكار القوة من طرف الإدارة، يجعلها تتمتع ضد أي إكراه يفرض عليها الخضوع للأحكام القضائية الصادرة ضدها، ومن تم بقاء هذه الأحكام بدون جدوى⁶³. لذلك وامام هذه الإشكالية القانونية تبقى إمكانية سن مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية مطروحة في ظل المستجدات الدستورية التي تنص على تقديم المساعدة للسلطات العمومية من أجل تنفيذها، وهو ما يفيد به الفصل 126 منه حيث ورد فيه ما يلي:

"الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع.

يجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة، إذا صدر الأمر إليها بذلك، ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام". حيث استدعي الأمر ضرورة تنزيل مقتضيات الدستورية في إطار احترام التراتبية القانونية.

ومع ذلك فقد تم الاتفاق بين جميع المحاكم الإدارية على وضع الصيغة التنفيذية المذكورة على النسخ التنفيذية المتعلقة بالأحكام الإدارية، في انتظار تدخل المشرع من أجل وضع صيغة تنفيذية خاصة بالأحكام الإدارية مثل ما هو معمول به في القانون المقارن⁶⁴.

وبالرغم من إحداث شعبة قانونية بالوزارات والمؤسسات العمومية وفق دورية وزارية فالملاحظ أن عدد النزاعات القضائية، الجارية منها والمحكومة في مواجهة الإدارة العمومية والجماعات المحلية لازالت مرتفعة، كما ان إشكالية تنفيذ الأحكام ظل مترسخة في الإدارة.

المطلب الثاني: إشكالية الجهة القضائية المكلفة بصعوبة التنفيذ:

إذا كانت إمكانية الإنابة في تنفيذ الأحكام لا تثير أية صعوبة أو إشكال بين محكمة عادية ومحكمة إدارية أخرى، فإن الإشكال أو الصعوبة تتجسد عندما يعهد إلى محكمة عادية بتنفيذ حكم صادر عن محكمة إدارية، ويزداد الإشكال عندما ترفع الصعوبة أمام رئيس المحكمة الابتدائية للنظر فيها، والحال أن النزاع الإداري له خصوصياته وطبيعته، مما يستعصي البت فيه من طرف قاضي ليس له تخصص في مثل هذه المنازعات، هذا بالإضافة إلى أن ملفات الإنابة قد ترهق عمل المحاكم الابتدائية بالنظر لعدد القضايا، وقلة الإمكانيات التي تتوفر عليها كل محكمة ابتدائية.

⁶³ محمد بوكطب، الصعوبات المادية والمسطرية التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 133، سنة 2017.

⁶⁴ - مصطفى التراب، إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية، ودور والي المظالم في معالجتها، مجلة ديوان المظالم، عدد 2، يونيو 2005، ص 117.

لذلك، فما دام لا يوجد أي نص في القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية يحرم على قاضي المستعجلات بالمحكمة الابتدائية ذلك، وما دام إعمال قواعد المسطرة المدنية ممكن في هذه الحالة حسب المادة السابعة منه، فإن جواز البت في صعوبة التنفيذ من طرف الجهة القضائية المشار إليها قائم.

بالإضافة إلى ما ذكر، فإن رئيس المحكمة الإدارية المشرف على تنفيذ الأحكام قد تنقلص مراقبته على سير ملفات التنفيذ، ويصعب عليه مواكبتها وخصوصا مواكبة الإجراءات التي يباشرها الأعوان القضائيون غير التابعين لنفوذ محكمته، وقد شعرت المحاكم في بداية عملها بهذه الصعوبات، فمنها من عملت على تطبيق الإنابة القضائية رغم ما يمكن طرحه من إشكاليات، ومنها من لجأت إلى تمكين العون القضائي بملف التنفيذ دون استعمال الإنابة. ونظرا للصعوبات التي يطرحها الموضوع، فقد عملت المحكمة الإدارية بالرباط، ومنذ سنة 2000 على مباشرة التنفيذ بواسطة الأعوان التابعين لها، حيث قسمت مناطق نفوذها إلى دوائر، وحددت لكل موظف منطقة نفوذ، وبذلك تم تفادي كل إشكال يمكن أن يطرحه التنفيذ من حيث إثارة الصعوبة أو متابعة الإجراءات، والذي ينظر إليه الرئيس انطلاق من نفس المحكمة.

إن المادة 9 من القانون 41.90 تخول لمحكمة النقض، أن تنظر في النزاعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن رئيس الحكومة، وقرارات السلطة الإدارية التي يقتضي تنفيذها تواجد محكمتين إداريتين أو أكثر.

وكل القرارات الصادرة في إطار المادة 9، تحال على المحكمة الإدارية لمباشرة التنفيذ فيها، فمحكمة النقض طبقا للمادة 49 يخول تنفيذه قراراتها إلى محكمة إدارية. وإذا كانت المادة 49 لا تحدد المحكمة التي تحيل عليها محكمة النقض، فإنه يحيل على المحكمة الإدارية بالرباط نظرا لأن التنفيذ سيقع لا محالة في دائرتها الترابية، على اعتبار أن مقر رئيس الحكومة يوجد بالرباط، وأن التنفيذ يجري على مصالحه ولو تعلق الأمر بقرار يخص جهة أخرى من جهات المملكة. ومن هذا المنظور، يصعب على المحكمة الإدارية بالرباط البت في صعوبة تتعلق بقرار صادر عن محكمة النقض.

وتتجلى صعوبات تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية في كون إثقال كاهل المحكمة الإدارية بالرباط بعدد كبير من أحكام المحاكم الأخرى، بالإضافة إلى ما تصدره هذه الأخيرة، وما تعانيه من نقص في الموارد البشرية والمادية؛

لذلك، تعتبر بعض المحاكم في مادة المسؤولية الإدارية، أن التعويض المقابل للضرر تتحمله الدولة، وتصدر الأحكام على الصيغة التالية: حكمت المحكمة الإدارية على الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة، بأن يؤدي لفلان مبلغ كذا... تستعمل نظام الإنابة القضائية، وتحيل

الملف على المحكمة الإدارية بالرباط، فيكون قسم التنفيذ بهذه المحكمة أمام خيارين: إما أن يباشر التنفيذ على الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة، وفي هذه الحالة ينتقل إلى مقرها ويخاطبها بتنفيذ الحكم، فيتلقى جواباً بأن الإدارة المعنية بالتنفيذ، هي التي تسببت في الضرر، وإن كانت مرفق من مرافق الدولة، فإن لها ميزانيتها وقواعد التنفيذ يجب أن تسري عليها⁶⁵.

وتنحصر مهمة العون بتحرير محضر، وجرت العادة على تسميته بمحضر إخباري يوجه إلى المحكمة المحلية، ونكون أمام صعوبة حقيقية، وأمام حكم ليس أي أثر من الناحية العملية، وإما أن ينتقل العون إلى الإدارة المتسببة في الضرر بعد أن يتفحص محتويات الحكم، وفي هذه الحالة لا يخلو الأمر من فريضتين: إما أن يتلقى تعاملًا إيجابيًا مع هذه الإدارة، ويفتح الحوار معها حول التنفيذ، وإما أن يتلقى رفضاً بكل حوار باعتبار أن منطوق الحكم لا يخاطب هذه الإدارة، وأن القواعد الإدارية والقضائية تقتضي بأن يكون التنفيذ في مواجهة من ذكره الحكم. وفي هذه الحالة، يحرر نفس المحضر، كما في الحالة الأولى، ويرجع الملف الصحيح الوضعية أمام المحكمة التي أصدرت الحكم لتفسر منطوق حكمها، وفقاً لما يتضمنه الفصل 26 من ق م م⁶⁶.

المبحث الثاني: إشكالية تعنت الإدارة في تصحيح المراكز القانونية والوسائل البديلة للتنفيذ:

نظراً لما تتمتع به الإدارة من سيادة وسلطان فقد تنحو غالباً إلى فرض سلطتها وهيبتها من خلال التعنت في تنفيذ الأحكام القضائية وتصحيح المراكز القانونية (المطلب الأول)، مما يستدعي من القاضي الإداري اللجوء لبعض الآليات لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكالية تعنت الإدارة في تصحيح المراكز القانونية:

من بين الصعوبات التي يعرفها تنفيذ الأحكام القضائية، تتعلق بتعنت الإدارة في التنفيذ وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فهنا غالباً يطغى على رجل الإدارة عملية شخصنة الإدارة. بمعنى إخراج الأمر من إطاره القانوني والإداري إلى الرغبة الشخصية في عدم الامتثال والانصياع لطلبات المعني وفرض منطق القوة الذي تمتلكه الإدارة لمالها من سيادة وسلطان على المتعامل معها أو المنتهي لها في إطار علاقة نظامية.

⁶⁵ محمد بوكطب، الصعوبات المادية والمسطرية التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية بالمغرب، م س، ص 219

⁶⁶ أحمد الصايغ، إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب، دراسة تطبيقية، م س، ص 219

هناك صعوبة أخرى تفتعلها الإدارة وتحتفي وراءها للتهرب من تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية التي لا تروق لها، وتظهر بجلاء هذه الصعوبة من خلال دعوى الإلغاء، في تميك الإدارة في غالب الأحيان بصعوبة التنفيذ لوجود استحالة في تصحيح المراكز القانونية المتضررة.⁶⁷

ومن الأحكام المهمة والتي عبر عنها القاضي الإداري عن جراءة كبيرة، ما عبر عنه بقوله " بالرجوع إلى وثائق الملف، سيما نسخة الحكم المتعلق بإيقاف تنفيذ قرار النقل، يتبين أن منطوقه تضمن إيقاف تنفيذ قرار نقل الطاعن من الرباط إلى أكادير وأن تنفيذ هذا المنطوق يقتضي إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار النقل بما يترتب عن ذلك من الالتحاق بمقر الموجود بالمدينة المنقول منها (الرباط) وهو ما سبق للطاعن أن عبر عنه من خلال رسالته التي توصلت بها الإدارة بتاريخ 2003/12/23 دون أن تعيرها أدنى اهتمام مفضلة إنذاره بالرجوع إلى مقر عمله السابق متجاوزة بذلك منطوق الحكم المزعوم تنفيذه، والحال أن الخلاف بين الطرفين حول مقر العمل السابق كان يقتضي سعي الجهة التي بادرت إلى التنفيذ الرضائي الالتزام بمنطوق الحكم الذي يستوجب ظاهره رجوع الطاعن إلى العمل بالرباط بعدما تم إيقاف قرار نقله منها إلى أكادير، أو الرجوع إلى القضاء المختص لتفسير ذلك المنطوق إذا كان يثير أدنى خلط أو التباس، وحيث إنه بتفضيل الإدارة اللجوء إلى تنفيذ الحكم بما يخالف منطوقه وإقران ذلك بسلوك مسطرة الإنذار بالرجوع إلى العمل والحال أنها مسطرة مصاحبة لحالات التخلي، تكون قد انحرفت بالمسطرة الواجبة الاتباع وعرضت قرارها للإلغاء".⁶⁸

إذ العبرة في صدور الأحكام القضائية أن تجد طريقها إلى التنفيذ باعتبارها تعبر عن الحقيقة القانونية الملزمة بصورة نهائية، ولا تحقق الحماية القضائية إلا بتمام تنفيذ الأحكام وفق ما قضت به، وأي امتناع عن ذلك التنفيذ من شأنه المس بسلطة القضاء والاستخفاف به، وفقدان المتقاضين الثقة في النظام القضائي ككل.⁶⁹

إن الملاحظة الأساسية التي يمكن إبدائها في هذا الجانب، أنه غالبا ما يكون عدم التنفيذ ناتجا عن موقف سلمي من قبل الإدارة، بحيث تقوم هذه الأخيرة بالمناورة من أجل تفادي آثار الشيء المقضي به ضدها، وذلك من خلال صعوبات قانونية أو مادية للتخلص من تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

⁶⁷ - عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، المرجع السابق، ص 71.

⁶⁸ - م، إد، الرباط، رقم 1142، بتاريخ 2006/09/14، ملف رقم 04/1/156، مدعي ضد المدير العام للمكتب الوطني للنقل؛

م، إد، الرباط، ملف رقم 06/316 س، أمر رقم 319، الصادر بتاريخ 2006/08/2، مدعي ضد الدولة الغربية.

⁶⁹ محمد بوكطب، الصعوبات المادية و المسطرية التي تعترض تنفيذ الاحكام القضائية ' م.س ، ص 220

ويعتبر التنفيذ السيء أو الناقص مظهرا من مظاهر هذه المناورة، وكمثال على ذلك إرجاع الموظف المفصول الذي ألغى القضاء قرار عزله⁷⁰، بعد مرور ثلاث سنوات من صدور الحكم، وعند إرجاعه لعمله يتبين امتناع الإدارة من صرف رواتبه⁷¹.

وإذا كان الحكم الصادر بالإلغاء لا يحدد موعدا معين لتنفيذه تاركا للإدارة سلطة استخلاص ما يجب استخلاصه من الإلغاء، وكأن للإدارة سلطة تقديرية في تحديد وقت التنفيذ تبعا لظروف القضية، وإمكانياتها المادية والمالية على الخصوص، فإنه من الواجب عليها أن تقوم بعملية التنفيذ في أوقات مناسبة من تاريخ صدور الحكم وإشعارها به، فإن تقاعست أو امتنعت بدون مبرر عن التنفيذ، فإن القضاء يستخلص من موقفها قرارا إداريا سلبيا مخالفا للقانون.

وواجب الإدارة في التنفيذ لا يقتصر على مجرد الجانب السلبي باعتبار القرار الملغى معدوما، بل يتعين على الإدارة قانونا أن تمارس جميع الإجراءات الإيجابية التي يستلزمها ذلك الاعتبار، فالقاضي الإداري إذا كان لا يستطيع كما أشير سابقا أن يصدر أوامر إلى الإدارة، أو أن يحل محلها، فإن القانون وحجية الشيء المقضي به يلزم الإدارة باتخاذ كل الخطوات الإيجابية التي تتطلبها تنفيذ الحكم بالإلغاء⁷².

المطلب الثاني: الوسائل البديلة للضغط على الإدارة لتنفيذ الأحكام القضائية:

على الرغم من وجود إجراءات قانونية لحمل رجل الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية النهائية فإن مشكل غياب مسطرة إكراهية يظل مطروحا، لأن تعنت رجل الإدارة باستعماله وسيلة الامتياز قد يسبب في تعطيل تنفيذ القرار القضائي الحائز على قوة الشيء المقضي به⁷³.

أمام هذا القصور يلجأ القاضي الإداري، أن التوجه الذي تبناه القضاء الإداري المغربي بتطبيقه لوسيلة الغرامة التهديدية في مجال التنفيذ ضد الإدارة، يؤكد على رغبة هذا القضاء في التطور لمواكبة الإنجازات الهامة التي عرفتها المرحلة والتي واكبت إنشاء المحاكم الإدارية⁷⁴، بعدما كان الاجتهاد القضائي، قبل إنشاء المحاكم الإدارية يكتفي بإلغاء قرار الإدارة برفض التنفيذ وتعويض المتضرر عن ذلك. تعد الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام القضائية

⁷⁰ - أحمد الصايغ، إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب : "دراسة تطبيقية"، المرجع السابق، ص 261.

⁷¹ - م، إد، الرباط، رقم 3549، بتاريخ 2012/10/08، ملف رقم 12/5/267، سعيد أزرقان ضد وزارة التربية الوطنية؛ -استئنافية الرباط، قرار عدد 1182، ملف عدد 5/13/01 الصادر بتاريخ 2013/03/27،

⁷² - محمد منتصر الداودي، تنفيذ الأحكام بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل، المرجع الشامل، ص 286

⁷³ - ادريس الحلالي الكتاني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 12، 1997، ص 53.

⁷⁴ - أمال لمشرفي: "الغرامة التهديدية لمقررة في منطق الحكم"، تعليق على الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة عدد 28-98 بتاريخ 1998/10/5، مرجع سابق، ص 108

الحائزة لقوة الشيء المقضي به. وفرص هذه الغرامة لا يعتبر تدخلا من قبل القاضي ضد الإدارة بموجب الأوامر أو الحلول محلها في التنفيذ أو مساسا بمبدأ فصل السلط⁷⁵، بل فقط يهدف من خلال هذا العمل دفع الإدارة إلى احترام التزاماتها وتحسيسها بواجبها في تنفيذ أحكامه.

ويعرفها بعض الفقهاء بأنها عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير، يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق.⁷⁶ كما يعرفها البعض بأنها المعترف بها للقاضي، لكي تسمح له بإجبار الإدارة على تنفيذ حكم قضائي، أي أن الغرامة التهديدية يجب أن تؤدي بالقاضي إلى تحديد مبلغها بمستوى يقدر أنه كاف لكي لا تلجأ الإدارة إلى اختيار حل غير فعال يبدو لها أنه أقل تكلفة من الحل الذي يقوم على تنفيذ الحكم المعني.⁷⁷ وبما أن الغرامة التهديدية تعتبر صورة من صور التنفيذ الجبري، فلا يتم اللجوء إليها إلا بعد امتناع المحكوم عليه عن التنفيذ وإثبات ذلك في محضر يحرره أحد الأعوان المكلفين بالتنفيذ.⁷⁸ كما يمكن أن يثار إشكال فيما إذا كانت الغرامة التهديدية تصدر في حق الإدارة مصدرة القرار في شخص المسؤول عنها أو في شخص المحاسب العمومي في حالة قرار يهدف إلى إيقاف صرف الاجرة وهو ماجاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2014/12/04 حيث جاء فيه " حيث صح ما عاب به الطاعن القرار المطعون فيه، ذلك أنه دفع أمام المحكمة مصدرته بكون قرار إيقاف صرف أجرة المطلوبة في النقض قد تم اتخاذه من طرف وزير الصحة، باعتبارها سلطة التسمية، وأن المحاسب العمومي المكلف بالأجور لم يقوم سوى بتنفيذ ذلك القرار، وبالتالي فهو غير مختص بإعادة صرف الأجرة، وأن تنفيذ الحكم القاضي بذلك يخرج عن دائرة إمكانه ولا يتوقف على تدخله، إلا أن المحكمة لم تجب عن الدفوع المذكورة رغم ما لها من تأثير على مسار النزاع ووجه النظر فيه، مما يجعل قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه."⁷⁹

ففي فرنسا فعلاوة على الوسائل القانونية المتوفرة والمتمثلة في قاضي التنفيذ جاء إصلاح النظام القضائي الإداري لسنة 1963 ليلزم مجلس الدولة بتقديم تقرير سنوي للحكومة حول النشاط الإداري والقضائي مع الإشارة إلى الصعوبات التي تعوق دون تنفيذ الأحكام الإدارية وتتم

⁷⁵ - محمد قصري، "الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة المتمتعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 34، شتنبر، أكتوبر 2000، ص 12.

⁷⁶ Christophe guettier. L'administration et l'exécution des décisions de justice. AJDA. 20 juillet. 20 AOUT . 1999, spécial , p66.

⁷⁷ Raymonde guillien et jean vincent .terme juridiques, 10 édition 1995. DALLOZ . p53

⁷⁸ - محمد الأعرج : "مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 108 سنة 2015، ص 273

⁷⁹ قرار عدد 1392 مؤرخ في 2014/12/04 ملف إداري عدد 2011/1/4/1486

المسطرة بتقديم طلب لجنة التقرير قبل تبليغه وذلك بغية إثارة الانتباه وتقديم اللجنة بعض التحريات اللازمة بإخبار الوزير بما تم التوصل إليه من نتائج ليتخذ إجراءات التنفيذ⁸⁰.

إن ضرورة تدخل تشريعي لتجاوز المشاكل المرتبطة بعدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة أصبح مطلباً ملحاً. لا سيما إذا علمنا أنه بدون تنفيذ الحكم يصير هذا الأخير عديم الجدوى والفعالية، ويجعل الناس يفقدون ثقتهم في القضاء، ويعدم الأمن والاستقرار داخل المجتمع. لذلك حاول المشرع الدستور في وثيقة 2011 الاهتداء إلى هذه الإشكالية من خلال نصه على ضرورة ووجوب احترام الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء⁸¹.

ومن جهة ثانية فإن إقرار الغرامة التهديدية أو التعويض يطرح إشكالية مهمة تتمحور في أن هذه الغرامة أو التعويض لا يجدان مرجعيتهم في أبواب الميزانية، فغالبا ما يواجه هذا النوع من الأحكام في مرحلة التنفيذ برفض أو تأخير التنفيذ لعدم وجود اعتمادات مالية تسمح بذلك⁸². تجدر الإشارة أن التشريع المغربي، لا يتضمن حلول إجرائية لتنفيذ أحكام القضاء المتضمنة الحكم بمبالغ مالية. لذلك، هناك من اقترح سلوك مسطرة إدارية لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة أو إحدى مؤسساتها في حالة العجز عن التنفيذ، أو الأداء في ملفات التعويض عن طريق إحداث صندوق لدعم هذه الاعتمادات تبع مباشرة لسلطات رئيس الحكومة يمول من ميزانية الدولة، وتؤدي منه التعويضات المحكوم بها إلى حين الرجوع إلى الوزارة المعنية أو الإدارة المدنية، وهو الحل الذي تبنته مسطرة المفوض الملكي بفرنسا⁸³.

وقد لجأت المحاكم الإدارية فيما بعد إلى أسلوب حجز الأموال الخاصة لضمان تنفيذ أحكامها⁸⁴، كما أن عدم حجز على أموال المرفق العمومية يقتصر على ما يلزم لسيره بانتظام ولا يعطل سيره وأداء خدماته وأن الأموال غير اللازمة لذلك يمكن حجز عليها وذلك من أجل إرغام المعني بالأمر على المسارعة إلى تنفيذ الأحكام الحائزة على قوة الشيء المقضي به.

إن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها وكذلك ضد المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري يطرح إشكالا، كون جل هذه الأشخاص المعنوية المشار إليها لا يجوز حجز على أموالها، وبالتالي فإن الامتناع عن التنفيذ من طرفها، من شأنه أ، يبقى الحكم

⁸⁰ ميمون خراط، القواعد الاجرائية للطعن بالاستئناف في أحكام المحاكم الادارية، دار النشر المعرفة سنة 2011، ص 119-120.

⁸¹ حسن صليب، القضاء الإداري في الدستور المغربي لسنة 2011، م.س. ص 23

⁸² عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، المرجع السابق، ص 69

⁸³ محمد بوكطب، الصعوبات المادية والمسببية التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية بالمغرب، م.س. ص 231

⁸⁴ ميمون خراط، القواعد الاجرائية للطعن بالاستئناف في أحكام المحاكم الادارية، دار النشر المعرفة سنة 2011، ص 119

دون تنفيذ، مما يسبب أضراراً للدائن الحائز على السند التنفيذي. مما يستدعي حلاً تشريعياً لضمان حقوق الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

وعموماً يجب على الإدارة وفي إطار الحكامة الجيدة المالية والإدارية احترام الأحكام القضائية، وإدراك بأن التعويضات والغرامات المالية هي مبالغ مكلفة للاعتمادات المالية المخصصة للإدارة، مما يستدعي من الإدارة ضرورة احترام مقتضيات القانونية والالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية وتجنب الإدارة تحميل مبالغ يمكن استغلالها في تطوير أداء الإدارة.

خاتمة:

إن مسألة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية يتعارض بشكل كبير مع مقومات الأمن القضائي ويخلق الشك في العدالة القضائية، ويتعرض كذلك مع الهدف الأسى من اللجوء للقضاء والمتعلق بالإنصاف وتحقيق العدالة الذي يعتبر مبدأً دستورياً يرسخ تطبيقه مقتضيات الدستور الجديد الذي أرسى معالم سلطة قضائية جديدة بدماء جديدة، وجاء بدسترة مبدأ الأمن القضائي في الفصل 117 الذي أشار إلى أنه "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون".

إن أهم عقبة تقف في وجه القاضي الإداري تتمثل في امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الدائرة لقوة الشيء المقضي به أو التأخير في تنفيذها، مما يطرح أكثر من علامة استفهام حول الجدوى من إقرار قضاء إداري إذا كانت أحكامه وقراراته لن تعرف طريقها نحو التنفيذ، في خضم تعنت الإدارة وغياب وسائل قانونية وقضائية كفيلة بفرض احترام وهيئة القضاء.

إن الملاحظ في العقود الأخيرة هو تزايد عدد القضايا التي تمتنع فيها الإدارة عن التنفيذ أو تتماطل في ذلك، بالرغم من تربية ومؤسسات عمومية، مما يؤثر في قيمة القضاء، ويزرع الشك في نفوس المتقاضين حول فعالية وجدوى القضاء الإداري.

فالأمر يتطلب ضبط العلاقة القائمة بين الحكامة القضائية وثبات تنفيذ الأحكام القضائية خاصة ضد أشخاص القانون العام، من خلال تحقيق الأمن القضائي من قبل العدالة القضائية. مما يستدعي ضرورة الخروج من هذا المأزق التشريعي وخلق مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية في مواجهة الإدارة ومحاولة التحكم في امتياز الغدارة وسلطتها



عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري في فلسطين

Defect of lack of jurisdiction in the administrative decision in Palestine

الدكتور جمال الدين بنعيسى

أستاذ التعليم العالي بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
كلية الحقوق عين الشق

الأستاذ ضياء نادر عواد

باحث في دكتوراة القانون العام،
جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين

المخلص

تدور هذه الدراسة حول عدم الاختصاص كأحد عيوب القرار الإداري في النظام القانوني الفلسطيني، ومن خلال هذه الدراسة تم التعرف إلى مفهوم عيب عدم الاختصاص، بالإضافة إلى توضيح خصائصه المتمثلة بكونه من أقدم العيوب بروزاً في القضاء الإداري، ويتعلق بالنظام العام، يثور تساؤل بإمكانية تصحيحه من عدمه، بالإضافة إلى كونه يمس أسس وقواعد توزيع الاختصاصات والصلاحيات.

كما أشارت الدراسة إلى صورتين عيب عدم الاختصاص المتمثلتين في عيب عدم الاختصاص البسيط المتمثل في عيب عدم الاختصاص الموضوعي، كاعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية موازية لها، واعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أعلى منها أو أدنى منها، واعتداء السلطة المركزية على اختصاص السلطة اللامركزية، وصدر القرار الإداري بناء على تفويض أو حلول مخالفات للتشريعات. وعيب عدم الاختصاص المكاني، والزمني. أما الصورة الثانية تتمثل في عيب عدم الاختصاص الجسيم أو عيب اغتصاب السلطة، كالاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، والاعتداء على اختصاص السلطة القضائية، وصدر القرار الإداري من فرد عادي ليس موظفاً، واعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى لا تمت لها بصلة، ومخالفة القانون مخالفة جسيمة.

لقد اتبع الباحثان المنهج الوصفي والتحليلي في هذا البحث، فاستعمل المنهج الوصفي ليصف ظاهر الحال فيما يتعلق بعيب عدم الاختصاص وصوره في الفقه الإداري، ونصوص القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية رقم (41) لسنة 2020، ونصوص قرارات محكمة العدل العليا الأردنية، واستعمالاً المنهج التحليلي ليحلل تلك النصوص ويصلا بها إلى جملة من النتائج والتوصيات. وتوصلت الدراسة إلى أن عيب عدم الاختصاص هو العيب الوحيد من عيوب القرار الإداري المتعلق بالنظام العام، وبالتالي يمكن إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى من قبل صاحب المصلحة أو القاضي المنظورة أمامه القضية، كما توصلت إلى أن عيب عدم الاختصاص البسيط يجعل القرار الإداري باطلاً بطلاناً نسبياً؛ بينما عيب الاختصاص الجسيم يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، وبالتالي يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً. وظهر من الدراسة بأن التشريعات السارية في فلسطين والأردن لم تحدد صور عيب عدم الاختصاص سواء البسيط أو الجسيم؛ إنما تركت الأمر للقاضي الإداري الذي خلط أحياناً بين صورتين عدم الاختصاص. وحيث أن هذه الدراسة خلصت إلى ضرورة وضع معيار للفرقة بين عيب عدم الاختصاص البسيط والجسيم لاختلاف الآثار المترتبة عليهما، وضرورة أن تشير التشريعات في فلسطين والأردن إلى صور عيب عدم الاختصاص البسيط والجسيم تحقيقاً لضمائم الأفراد، ولعدم فوات ميعاد الطعن عليهم. الكلمات المفتاحية: عيب عدم الاختصاص، عدم الاختصاص البسيط، عدم الاختصاص الجسيم، اغتصاب السلطة.

ABSTRACT

This study revolves around lack of jurisdiction as one of the defects of administrative decision in the Palestinian legal system. Through this study, the concept of the defect of lack of jurisdiction was identified, in addition to clarifying its characteristics represented by it being one of the oldest and most prominent defects in the administrative judiciary, and related to the public order. The question arises of the possibility of correcting it through its absence, in addition to the fact that it affects the foundations and rules of distributing competencies and powers.

The study also pointed out two forms of the defect of lack of jurisdiction, represented by the simple defect of lack of jurisdiction, represented by the defect of lack of substantive jurisdiction, such as an administrative body's assault on the jurisdiction of a parallel administrative body, an administrative body's assault on the jurisdiction of an administrative body higher or lower than it, and the central authority's assault on the authority's jurisdiction. Decentralization, and the issuance of administrative decisions based on delegation or solutions that contradict legislation. The disadvantage is the lack of spatial and temporal jurisdiction. The second form is represented by the serious defect of lack of jurisdiction or the defect of usurping authority, such as an assault on the jurisdiction of the legislative authority, an assault on the jurisdiction of the judicial authority, the issuance of an administrative decision by an ordinary individual who is not an employee, an assault by an administrative body on the jurisdiction of another administrative body that has nothing to do with it, and violation of the law. Serious violation. The researcher followed the descriptive and analytical approach in this research. He used the descriptive approach to describe the apparent situation with regard to the defect of lack of jurisdiction and its forms in administrative jurisprudence, the texts of the Decree-Law regarding the Palestinian Administrative Courts No. (41) of 2020, and the texts of the decisions of the Jordanian Supreme Court of Justice, and he used the analytical approach. To analyze these texts and reach a set of results and recommendations. The study concluded that the defect of lack of jurisdiction is the only defect among the defects of the administrative decision related to public order, and therefore it can be raised in any case in which the case is by the stakeholder or the judge before whom the case is being heard. It also concluded that the defect of simple lack of jurisdiction makes the administrative decision completely invalid. relatively; While the serious defect of jurisdiction leads to the lack of administrative decision, and thus makes it absolutely invalid. It appeared from the study that the legislation in force in Palestine and Jordan did not specify the types of defect of lack of jurisdiction, whether simple or serious. Rather, I left the matter to the administrative judge, who sometimes mixed up the two forms of lack of jurisdiction. Whereas this study concluded that it is necessary to establish a criterion to differentiate between the defect of simple and serious lack of jurisdiction due to the different effects resulting from them, and the necessity for legislation in Palestine and Jordan to indicate the forms of defect of simple and serious lack of jurisdiction in order to achieve the guarantees of individuals, and so that the deadline for appealing against them does not expire.

Keywords: Defect of lack of jurisdiction, simple lack of jurisdiction defect, the serious defect of lack of jurisdiction, usurpation of authority.

المقدمة:

تعتبر القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية أو الإدارة أهم الوسائل التي تمكنها من القيام بنشاطاتها وأعمالها الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة. ويعد من أهم أركان القرار الإداري ركن الاختصاص الذي يتمثل بأن يكون القرار الإداري صادراً عن الجهة التي خولها المشرع وفقاً للقوانين أو الأنظمة صلاحية إصداره.

ولا بد من الإشارة إلى أن عيب عدم الاختصاص أثار جدلاً فقيهاً فيما يتعلق بصوره والأثر المترتب عليها، فلم يكن هنالك اتفاق على صور محددة له وفقاً للتشريعات والفقهاء الإداري؛ إنما ترك أمر تحديد صورته إلى القضاء الإداري مع العلم أنه تم الاستقرار على وجود عيب عدم الاختصاص البسيط وعيب عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة)، ولكن لم يتم تحديد صور كل منهما لنحدد إن كانت صورة معينة ضمن عدم الاختصاص البسيط أم الجسيم.

أهمية البحث:

تنبع أهمية دراسة صور عيب عدم الاختصاص بمعرفة الأثر المترتب على صورة معينة؛ فالأثر المترتب على القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص البسيط يختلف عن الأثر المترتب على القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم. كما أن حقوق الأفراد بالظعن بالإلغاء بهذه القرارات قد تتضرر في حالة عدم معرفة نوع عدم الاختصاص إن كان بسيطاً أم جسيماً.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة هذا البحث حول معرفة إن كان النظام القانوني الفلسطيني وضع مفهوم عيب عدم الاختصاص من عدمه، وإن كان قد حدد صور عيب عدم الاختصاص البسيط أو الجسيم، وذلك من خلال دراسة القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية، وأحكام محكمة العدل العليا الأردنية، وذلك لكون القضاء الإداري الفلسطيني حديث النشأة وأحكامه بهذا الخصوص ضئيلة. والهدف من معرفة ذلك هو اختلاف الآثار القانونية المترتبة على صور عيب عدم الاختصاص.

منهجية البحث:

لقد اتبع الباحث المنهج الوصفي والتحليلي في هذا البحث، فاستعمل المنهج الوصفي ليصف ظاهر الحال فيما يتعلق بعيب عدم الاختصاص وصوره في الفقه الإداري، ونصوص القرار بقانون

بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية المذكور أعلاه، ونصوص قرارات محكمة العدل العليا الأردنية، واستعمل المنهج التحليلي لتحلل تلك النصوص ويصل بها إلى جملة من النتائج والتوصيات.

خطة البحث:

قسم البحث إلى مبحثين، تناول المبحث الأول ماهية عيب عدم الاختصاص، وقسم إلى مطلبين: المطلب الأول: مفهوم عيب عدم الاختصاص، والمطلب الثاني: خصائص عيب عدم الاختصاص؛ فيما تناول المبحث الثاني صور عيب عدم الاختصاص، وقسم إلى مطلبين: المطلب الأول: عيب عدم الاختصاص البسيط، والمطلب الثاني: عيب عدم الاختصاص الجسيم.

المبحث الأول: ماهية عيب عدم الاختصاص

إن للإدارة أو السلطة التنفيذية الحق في ممارسة مهامها بإصدار القرارات التي تلزم عملها وفقاً لما حددته الأنظمة والقوانين، وحيث أن اتخاذها لقرارات خارج حدود ذلك الاختصاص يجعل قرارها مشوباً بعيب عدم الاختصاص. لذلك لا بد لنا في هذا المبحث من توضيح مفهوم عيب عدم الاختصاص وخصائصه لنصل إلى فكرة واضحة عنه.

المطلب الأول: مفهوم عيب عدم الاختصاص

قبل توضيح المقصود بعيب عدم الاختصاص لا بد من الإشارة إلى تعريف قواعد الاختصاص، حيث تعرف على أنها: "القواعد التي تخول السلطة التنفيذية أو الإدارة القيام بإجراءات أو أعمال قانونية"⁸⁵. أي أن هذه القواعد هي التي تقوم بتحديد الأشخاص أو الجهات أو الهيئات التي بإمكانها إبرام التصرفات العامة القانونية وغيرها، وحيث أن المشرع هو من يقوم بتحديد الاختصاصات للمخولين بالقيام بها، ويتربط عليهم الالتزام بحدود الاختصاص كما تم رسمها من قبل المشرع بشكل صريح أو ضمني.

ولقد شبه بعض الفقهاء مصطلح قواعد الاختصاص في القانون العام بمصطلح الأهلية في القانون الخاص، وذلك لأن المفهومين ينبعان من فكرة واحدة مؤداها التساؤل إلى إمكانية وجود قدرة قانونية للفرد للقيام بتصرف قانوني ما⁸⁶. ولكن لا بد من الإشارة إلى وجود اختلاف جوهري بين قواعد الاختصاص والأهلية يتمثل بكون القصد من قواعد الاختصاص هو تقسيم العمل على الأفراد القائمين به تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة؛ بينما يقصد من فكرة الأهلية ضرورة

⁸⁵ سمير السمان، عيب عدم الاختصاص وأثره في القرار الإداري، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2، الجامعة الأردنية، عمان، 2015، ص 779.

⁸⁶ سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 676.

تواجد الحد الأدنى من الإدراك في الفرد القائم بالتصرف حماية للمصلحة الخاصة له⁸⁷. وعليه فإن البطلان المترتب على الإخلال بقواعد الاختصاص هو بطلان مطلق وليس بطلاناً نسبياً⁸⁸.

يعرف عيب عدم الاختصاص على أنه: " صدور القرار الإداري من شخص أو هيئة إدارية غير مختصة بإصداره، أي أننا نكون بصدد هذا العيب في الحالات التي يتم فيها مخالفة القواعد القانونية المنظمة لاختصاصات الوحدة الإدارية"⁸⁹. كما يعرف بأنه: " عدم القدرة القانونية لسلطة من السلطات الإدارية على اتخاذ أو إصدار قرار إداري معين كونه لا يدخل في نطاق الصلاحيات المخولة لها قانوناً"⁹⁰. كما يعرفه عمار بوضيف نقلاً عن الفقيه ديلوبادير على أنه: " نكون بصدد عدم اختصاص عندما لا يدخل التدبير الإداري المتخذ في صلاحيات السلطة المتخذة له ولكن في صلاحيات أخرى أي عندما توجد مخالفة لقواعد الاختصاص"⁹¹. كما يعرفه الأستاذ لافريير على أنه: " عدم الأهلية الشرعية لسلطة إدارية لاتخاذ قرار أو إبرام عقد لا يدخل ضمن صلاحياتها"⁹². كما عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر عيب عدم الاختصاص على أنه: " العيب الذي يصيب القرار الإداري والمترتب عن عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر"⁹³. ولا بد من الإشارة إلى أن القرار بقانون بشأن رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية أشار في المادة (22) الفقرة (1) منه على أن من أسباب إقامة دعوى أمام المحكمة الإدارية هو عدم الاختصاص، ولكنه لم يقم بتعريفه⁹⁴. كما أنه وبمراجعة أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية التي كانت تختص بالدعوى الإدارية قبل إصدار القرار بقانون المذكور، بالإضافة إلى أحكام المحكمتين الإدارية والإدارية العليا المشكلتين بموجبه لم يتم التطرق لتعريف عيب عدم الاختصاص.

⁸⁷ ماجد الحلو، القضاء الإداري، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 383.

⁸⁸ عمر الشويكي، القضاء الإداري- دراسة مقارنة، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 262.

⁸⁹ عبد الغني عبد الله، القضاء الإداري، ط2، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 574.

⁹⁰ حورية مائية، وعيلة ربوش، عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري وتطبيقاته في القضاء الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة العربي التبسي، تبسة - الجزائر، 2019، ص 8.

⁹¹ عمار بوضيف، القرار الإداري- دراسة تشريعية قضائية فقهية مدعمة بأحدث القرارات القضائية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، 2007، ص 89.

⁹² حورية مائية، وعيلة ربوش، مرجع سابق، ص 8.

⁹³ زهرة راشد، عيب عدم الاختصاص في دعوى الإلغاء، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 2، جامعة صبراتة، ليبيا، 2021، ص 132.

⁹⁴ المادة (22)، قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية.

وفقا لما سبق من تعريفات يمكننا تعريف عيب عدم الاختصاص على أنه العيب الذي يصيب القرار الإداري نتيجة لعدم توفر التأهيل القانوني لشخص مصدر هذا القرار، وذلك لضرورة إصداره من قبل موظف آخر أو سلطة أو هيئة أخرى وفقا لما نصت عليه التشريعات.

المطلب الثاني: خصائص عيب عدم الاختصاص

يعتبر الاختصاص من أهم أركان القرار الإداري، إذ أن السلطة التنفيذية أو الإدارة لن تتمكن من ممارسة أعمالها ومسؤولياتها ومهامها إلا إذا أنيط لها الاختصاص بالقيام بهذه الأعمال، حيث يترتب على ممارسة هذه الأعمال والمهام من قبل أفراد غير مختصين عدم مشروعية القرار الإداري مما يجعله حراً بالإلغاء. وعليه يتميز عيب عدم الاختصاص بمجموعة من الخصائص وهي كما يلي:

1. يعتبر عيب عدم الاختصاص أقدم عيوب القرار الإداري بروزاً في القضاء الإداري، وذلك لدرجة أن البعض رأى فيه السبب الرئيسي والأهم لإنشاء القضاء الإداري. ولا بد من الإشارة إلى أن أول الأحكام القضائية التي أصدرها المجلس القضائي الفرنسي فيما يتعلق بالقضاء الإداري كانت تتعلق بعدم مشروعية القرارات الإدارية لعيب عدم الاختصاص⁹⁵.

2. تعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، وهو السبب الوحيد من أسباب إلغاء القرار الإداري الذي يعتبر كذلك. ولقد أكد القضاء الإداري المصري ذلك بقوله: "إن عيب عدم الاختصاص من النظام العام تحكم به المحكمة ولو لم يثره أصحاب الشأن"⁹⁶. وعليه يترتب على ذلك بأن الدفع بعدم الاختصاص بالإمكان إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ويجب على القاضي أن يتصدى لهذا العيب من تلقاء نفسه حتى إن لم يثره الخصوم مع العلم بعدم إمكانية القاضي أن يقضي بأكثر من الطلبات الواردة في لائحة الدعوى من قبل الخصوم، حيث لا يمكن له إلا أن يلغي الجانب المطلوب إلغاؤه من قرار صادر عن فرد أو سلطة أو هيئة لا تملك الاختصاص في إصدار القرار⁹⁷.

3. إمكانية تصحيح عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري من عدمه، حيث أن تعلق هذا العيب بالنظام العام يثير مسألة مهمة وهي مدى إمكانية تصحيح هذا العيب من عدمه كأن يتم اتخاذ إجراءات لاحقة كالتوقيع من قبل الجهة صاحبة الاختصاص على القرار المعيب بعدم الاختصاص. ولقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا إلى اعتبار القرار المعيب بعدم الاختصاص باطلاً

⁹⁵ محمد بوباني، ركن الاختصاص في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وازو، 2021، ص 50.

⁹⁶ حورية مابنة، وعبد ربهوش، مرجع سابق، ص 9.

⁹⁷ سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 398.

بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام ولا تصحيحه إجازة أو اعتماد صاحب الاختصاص أو إصدار قرار من شأنه تصحيح ذلك الوضع⁹⁸.

ونرى بأن هذا الأمر ما هو إلا أمر منطقي لتعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام مع العلم بأن هنالك من أشار إلى إمكانية تصحيحه قبل صدور الحكم إن كان لا يتضمن تغييراً في مضمون وملاءمة إصدار القرار⁹⁹. لكن نرى بأن الرجعية في القرارات الإدارية غير جائزة كقاعدة عامة، وإن إصدار صاحب الاختصاص لقرار جديد صحيح في الموضوع لا ينفذ ولا ينتج أثراً إلا من تاريخ صدوره، أما القرار الأول فيعتبر باطلاً لتعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، ويمكن الاستدلال على هذا الرأي بقرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (53/59) الذي يشير: "إن القرار الذي يتخذ في جلسة قانونية بعدم الرجوع عن قرار باطل لا يغير من الوضع القانوني لذلك القرار الباطل"¹⁰⁰.

4. لكون القرار الإداري يعتبر عملاً قانونياً صادراً عن السلطة التنفيذية أو الإدارة، فإنه يهدف إلى إحداث أثر محدد. والقاعدة تقضي بأن يتم تحديد اختصاصات كل سلطة إدارية بموجب التشريعات وبالتالي ليس بالإمكان أن يتم تجاوز هذه الاختصاصات كي لا يعتبر القرار الصادر عن هذه السلطة باطلاً. وعليه فإن عيب عدم الاختصاص يمس أسس وقواعد توزيع الاختصاصات والصلاحيات بصورة واضحة.

المبحث الثاني: صور عيب عدم الاختصاص

لقد استقر الفقه الإداري على وجود صورتين لعيب عدم الاختصاص في القرار الإداري، وهي كما يلي:

المطلب الأول: عيب عدم الاختصاص البسيط

يعرف عيب عدم الاختصاص البسيط على أنه العيب الناتج عن مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية من خلال صورة من إحدى الصور الآتية: عيب عدم الاختصاص الموضوعي، وعيب عدم الاختصاص المكاني، وعيب عدم الاختصاص الزماني¹⁰¹.

⁹⁸ عبد العزيز خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري - الأسباب والشروط، بدون طبعة، منشأة المعارف للتوزيع والنشر، الإسكندرية، 2008، ص22.

⁹⁹ المرجع السابق، ص23.

¹⁰⁰ تم أخذ القرار نقلاً عن عمار الشوبكي، مرجع سابق.

¹⁰¹ أحمد الصغيري، القرار الإداري في كل من فرنسا والإمارات ودور المحاكم في إلغاءه، بدون طبعة، دار الفكر العربي، الإمارات، 2008، ص262.

1- عيب عدم الاختصاص الموضوعي: يقصد بهذا العيب صدور القرار الإداري عن جهة إدارية غير مختصة بإصدار هذا القرار الذي هو بالأصل من اختصاص جهة إدارية مختلفة. ويكون ذلك باعتداء أحد جهات الإدارة على اختصاص جهة إدارية أخرى مساوية وموازية لها في مدارج السلطة أو بالاعتداء على اختصاص جهة أعلى منها كأن يعتدي المرفوس على اختصاصات رئيسه أو الاعتداء على اختصاص جهة إدارية أدنى أو أقل درجة منها كاعتداء الرئيس على اختصاصات المرفوس¹⁰².

أ- اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية موازية أو مساوية لها: تتمثل هذه الصورة في أن يتم الاعتداء من قبل جهة إدارية على جهة إدارية أخرى لا يوجد بينهما إشراف أو تبعية وغير مرتبطان بذلك، وتكون كل جهة على قدم المساواة مع الجهة الأخرى¹⁰³. ومن أمثلة ذلك اعتداء أحد الوزراء كوزير الأشغال العامة والإسكان على اختصاص وزير آخر كوزير الحكم المحلي مثلاً، ولا يكون ذلك إلا في حالة غموض الاختصاصات وتداخلها بين عدة وزارات¹⁰⁴.

ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية في إحدى قراراتها إلى هذه الصورة من صور عدم الاختصاص الموضوعي عندما قامت بإلغاء قرار أصدره وزير الحربية بترقية موظف تابع لوزارة أخرى، واعتبرته خروجاً عما يريده المشرع في تحديد اختصاص كل جهة إدارية تجنباً لتداخل الاختصاصات، ومعرفة على من تقع المسؤولية عند إصدار القرار الإداري¹⁰⁵.

كما أنه من الممكن أن يمنح المشرع اختصاصاً معيناً لأكثر من جهة إدارية، فإن أصدرت جهة إدارية مختصة قراراً إدارياً بهذا الاختصاص يمنع على الجهة الأخرى المخولة بإصدار هكذا قرارات من إصدار ما يتعارض مع هذا القرار، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الأردنية: "من القواعد المسلم بها أنه عندما ينظم المشرع اختصاصاً مشتركاً بين عدة موظفين أو هيئات عامة يتوجب على كل منهما أن يمارس اختصاصه في الحدود التي لا تتعارض مع اختصاص الآخر. فإذا أصدر أحدهما قراراً يتمتع على الآخر إلغائه، وذلك لأن اختصاص كل منهما موازٍ لاختصاص الآخر، ولا يعتبر أحدهما سلطة رئاسية للآخر"¹⁰⁶.

¹⁰² سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص220.

¹⁰³ شعبان سلامة، تصحيح عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري- دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء الإداري المصري، المجلة القانونية، المجلد 9، العدد 1، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، الخرطوم، 2021، ص241.

¹⁰⁴ عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص278.

¹⁰⁵ قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن الإداري رقم (2/348) جلسة 1956/6/16، أشار إلى هذا القرار المؤلف:عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص39.

¹⁰⁶ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 63/60، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص278.

ب- اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أعلى منها: استقر الفقه الإداري على عدم جواز إصدار سلطة إدارية دنيا قراراً يدخل في سلطة إدارية عليا إلا بموجب تفويض على ذلك فإن أصدرت قراراً كذلك بدون تفويض كان القرار معيباً بعدم الاختصاص¹⁰⁷. ومثال ذلك أن يقوم وكيل الوزارة بالاعتداء على اختصاصات الوزير.

لقد جاء في قرار محكمة العدل العليا الأردنية: "إن صاحب الصلاحية في إلغاء الإذن بالإقامة للأجانب هو وزير الداخلية ولم يرد في نظام الأجانب الساري المفعول أو في أي تشريع آخر ما يجيز لوكيل الوزارة أن يمارس هذه الصلاحية بالنيابة عن الوزير سواء أكان ذلك بصورة تلقائية أم بتفويض من الوزير ذاته"¹⁰⁸.

ج- اعتداء جهة إدارية أعلى اختصاص جهة إدارية أدنى منها: ويكون ذلك عندما يصدر الرئيس قراراً جعله القانون من اختصاص المرؤوس، وعلى الرغم من أن المرؤوس يكون تحت إشراف وتبعية الرئيس إلا أنه عندما يحدد القانون أن عملاً معيناً من اختصاص المرؤوس يكون له غاية معينة كضمانة الفحص المزدوج للعمل الإداري بأن يخضع لرقابة الرئيس والمرؤوس، لذلك فإن صدر هذا القرار من الرئيس فإنه يخل بهذه الضمانة، ويكون معيباً بعدم الاختصاص¹⁰⁹. وتقول في ذلك محكمة العدل العليا الأردنية: "إذا أصدر وزير الصحة قراراً من اختصاص طبيب الصحة، كان القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص"¹¹⁰. ولكن لا يعتبر إصدار توجيهات من قبل الرئيس إلى المرؤوس لاتخاذ قرار معين يكون من اختصاصات المرؤوس قراراً إدارياً مشوباً بعيب عدم الاختصاص، فأشارت محكمة العدل العليا الأردنية أيضاً: "إذا طلب مجلس الوزراء من مرؤوسيه إصدار تعليمات تؤمن إجراء عمل معين، وذلك بما لمجلس الوزراء من الهيمنة التامة على أعمال مرؤوسيه، فله أن يوجههم على سبيل الإلزام ويدعوهم إلى اتخاذ قرار من القرارات التي تدخل ضمن اختصاصهم. ولا يكون قرار مجلس الوزراء الوارد في طلبه قراراً إدارياً قابلاً للطعن، لأن مجلس الوزراء لم يصدر قراراً من عنده ما طلب إجراءه"¹¹¹.

د- اعتداء السلطة المركزية على اختصاص السلطة اللامركزية: حيث أنه لا يجوز أن تصدر السلطة المركزية قراراً يدخل ضمن اختصاصات السلطات اللامركزية إلا في حدود ما تنص

¹⁰⁷ أحمد الصغير، مرجع سابق، ص 265.

¹⁰⁸ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 56/83، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص 279.

¹⁰⁹ عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص 279.

¹¹⁰ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 63/60، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص 280.

¹¹¹ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 64/107، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص 280.

عليه التشريعات، وعليه لا يمكن أن تحل السلطة المركزية بدلا من السلطة اللامركزية في اتخاذ القرار الإداري الذي من اختصاصها ما لم يخولها القانون حق الحلول فيه¹¹².

هـ- صدور القرار الإداري بناء على تفويض أو حلول مخالف للتشريعات: حيث أن الاختصاص تمارسه الجهة الإدارية المختصة المحددة بموجب القانون، ولا يجوز للجهة المختصة تفويض صلاحياتها للغير إلا إذا سمح المشرع بذلك صراحة في حالات محددة، فإن صدر قرار إدارياً بناء على تفويض في موضوع لا يجوز التفويض فيه اعتبر هذا القرار معيباً بعبء عدم الاختصاص الموضوعي¹¹³.

2- عيب عدم الاختصاص المكاني: يعرف على أنه إصدار إحدى الجهات الإدارية قراراً إدارياً يمتد أثره إلى خارج الحدود الإقليمية الخاصة لممارسة اختصاصاته، وهذا العيب نادر الحدوث لأن الحدود المكانية لمزاولة الاختصاص الإداري تكون عادة واضحة من قبل المشرعة ودقيقة¹¹⁴.

3- عيب عدم الاختصاص الزمني: يعرف على أنه إصدار إحدى الجهات الإدارية قراراً إدارياً في توقيت لا يسمح لها بإصدار هكذا قرار، كأن يكون قبل إعطائها ولاية إصداره أو بعد انتهاء تلك الولاية أو بعد سحبها منها أو بعد انتهاء خدمة الموظف مصدر القرار¹¹⁵.

وعليه ولكون القرار عيب عدم الاختصاص البسيط يقع داخل الإدارة فإن لا يؤدي إلى انعدام القرار الإداري؛ إنما يجعله قابلاً للإلغاء، فيبقى القرار الإداري نافذاً إلى حين صدور قرار محكمة إدارية بإلغائه. أي أن البطلان الذي يخلق بهذا القرار الإداري هو بطلان نسبي وليس بطلاناً مطلقاً ولا يجوز الطعن فيه بالإلغاء إلا وفقاً للمدة التي يحددها القانون، وحيث أنه بعد فوات هذه المدة التي حددها القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية الفلسطينية في المادة (23) يستون يوماً يحصن هذا القرار من الطعن بالإلغاء.

المطلب الثاني: عيب عدم الاختصاص الجسيم

يطلق على هذا العيب "عيب اغتصاب السلطة" ويعرف على أنه: "العيب الذي يصيب القرار الإداري فيفقد له صفته وطبيعته ومقوماته وآثاره أي يصبح منعداً ومجرد واقعة مادية، وهذا العيب يحدث عند عدم انعقاد أي اختصاص لمصدر القرار الإداري أو عند الاعتداء الجسيم على اختصاص

¹¹² شعبان سلامة، مرجع سابق، ص 242.

¹¹³ عبد الفتاح حسن، قضاء الإلغاء، بدون طبعة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1982، ص 282.

¹¹⁴ عبد الغني عبد الله، مرجع سابق، ص 596.

¹¹⁵ سمير السماعنة، مرجع سابق، ص 787.

جعله القانون من اختصاص سلطة أخرى¹¹⁶. أو أنه: "العيب الناجم عن تدخل أحد الأشخاص في اختصاص الإدارة من خلال قيامه بعمل ما دون أن يكون له أي صفة أو سند قانوني"¹¹⁷.

لا بد من الإشارة إلى أنه لا يوجد إجماع من قبل الفقهاء على الحالات التي تعتبر من قبيل عيب اغتصاب السلطة، فمن الممكن أن تكون حالة معينة في نظر أحدهم من قبيل عيب عدم الاختصاص البسيط وفي نظر آخر من قبيل عدم الاختصاص الجسيم¹¹⁸. ومع ذلك يوجد حالتان مجمع على اعتبارهما من قبيل عدم الاختصاص الجسيم وهما: صدور القرار الإداري من قبل شخص عادي ليس له أي صفة عامة، بالإضافة إلى أصدرت إحدى الجهات الإدارية قراراً أو أمراً لا يدخل إطلاقاً ضمن وظائف الإدارة¹¹⁹.

إن مسألة تحديد صور عيب عدم الاختصاص الجسيم تركت للقضاء الإداري حيث أن القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية لم يشر إلى هذه الصور كما لم تشر لها التشريعات الأردنية. ونلاحظ بأن محكمة العدل العليا الأردنية أشارت إلى العديد من الصور المتعلقة بعيب عدم الاختصاص الجسيم¹²⁰، وهي كما يلي:

1- الاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية: إن مهام السلطة التنفيذية تتعلق بتنفيذ القوانين والتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، وعليه فإن قيام الإدارة أو السلطة التنفيذية بالاضطلاع بمهمة من اختصاص السلطة التشريعية يعتبر تجاوزاً لاختصاصها وتعدياً على عمل المشرع¹²¹. فمثلاً أشارت المادة (88) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته إلى أن فرض الضرائب والرسوم لا يكون إلا من خلال قانون، وعليه فإن قامت إحدى الوزارات بفرض ضريبة معينة بموجب نظام صادر عنها، فإن قرارها يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم أو عيب اغتصاب السلطة كون القانون الأساسي المذكور حدد الجهة المختصة بفرض الضرائب وهي السلطة التشريعية كونها الجهة المختصة بسن القوانين دون غيرها¹²².

¹¹⁶ سعد عصفور، ومحسن خليل، القضاء الإداري، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص226.

¹¹⁷ محمد شريف، أوضاع مشروعية اغتصاب السلطة في القانون الإداري، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 6، العدد 3، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، كوردستان- العراق، 2021، ص592.

¹¹⁸ حورية مابنة، وعيلة ربوش، مرجع سابق، ص19.

¹¹⁹ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة (قضاء الإلغاء)، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص245.

¹²⁰ عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص270.

¹²¹ محمد شريف، مرجع سابق، ص599.

¹²² المادة (88)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته التي أشارت: "فرض الضرائب العامة والرسوم، وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون، ولا يعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها، في غير الأحوال المبينة في القانون".

2- الاعتداء على اختصاص السلطة القضائية: ويكون ذلك عندما تتدخل السلطة التنفيذية أو الإدارة بعمل يدخل ضمن اختصاصات القضاء، فقيام الإدارة بإصدار قرار من اختصاص القاضي الشرعي أو قاضي الصلح يعد اغتصاباً للسلطة¹²³. وفي ذلك أشارت محكمة العدل العليا الأردنية: "عندما تتولى السلطة الإدارية عملاً من أعمال السلطة القضائية، فإن قرار الإدارة يكون في هذه الحالة قراراً منعماً"¹²⁴

3- صدور القرار الإداري من فرد عادي ليس موظفاً: ويكون ذلك عندما يصدر قرار من اختصاص الإدارة من قبل شخص غير موظف ليس له أي صفة لاتخاذ أي قرار يتعلق بأمور الوظيفة أو الإدارة¹²⁵. كما أنه يدخل ضمن القرار الصادر عن موظف لا يملك حق إصدار القرارات الإدارية بالأساس أو الفرد الذي زالت عنه صفة الموظف كونه تم فصله من الخدمة أو تمت إحالته إلى التقاعد، ويدخل ضمن ذلك الشخص الذي صدر قرار بتعيينه إلا أنه ثبت أن هذا القرار معيب بعيد عدم الاختصاص الجسيم أو الشخص الذي لم يصدر قرار تعيينه بعد¹²⁶. ولكن لا بد من الإشارة إلى أن نظرية الموظف الفعلي تعتبر استثناء على هذه القاعدة كونها أدت إلى الاعتراف بصحة بعض القرارات الصادرة عن الأفراد العاديين إن كان ظاهر الحال يبين بأنهم موظفين عموميين، وذلك تماشياً مع الضرورات العملية، وحماية لحسن النية من المواطنين ولحسن استمرار سير المرفق العام¹²⁷.

4- اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى لا تمت لها بصلة: أي أنه لا يوجد صلة تبعية أو إشراف بين الجهتين، مثال ذلك أن يصدر وزير النقل والمواصلات قراراً من اختصاص وزير التربية والتعليم العالي، فيعتبر ذلك اغتصاباً للسلطة نظراً لجسامة العيب ولا يعتبر عدم اختصاص بسيط كونه في الأخير يكون هنالك نوع من الإشراف والتبعية بين الجهتين وتداخل في الصلاحيات¹²⁸. وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الأردنية: "إن صلاحية إغلاق المحلات المرخصة بمقتضى قانون الحرف والصناعات تعود إلى المحافظ بناء على طلب طبيب الصحة، فإذا أصدر مدير الشرطة أو مدير الأمن العام قراراً بإغلاق مثل هذه المحلات فيكون

¹²³ مصطفى فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص450.

¹²⁴ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 86/18، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص272.

¹²⁵ زهرة راشد، مرجع سابق، ص143.

¹²⁶ عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص271.

¹²⁷ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص216.

¹²⁸ شعبان سلامة، مرجع سابق، ص244.

القرار منعدياً يجوز الطعن به في كل وقت دون التقيد بميعاد وذلك لصدوره عن سلطة لا تملك أصلاً صلاحية إصداره"¹²⁹.

5- مخالفة القانون مخالفة جسيمة: يعتبر القرار الإداري مخالفاً للقانون مخالفة جسيمة عندما يعتذر القول بأنه يعتبر تطبيقاً لقانون أو نظام¹³⁰. وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الأردنية: "إن قرار لجنة السير الذي صادق عليه وزير الداخلية بمنح الشركة المستدعية تصريح سير باص قبل أن توجد الشركة، وقبل أن يتم تسجيلها وإعلان وجودها هو قرار منعدياً"¹³¹.

وعليه يتضح مما سبق صور عيب عدم الاختصاص الجسيم (عيب اغتصاب السلطة) التي تؤدي بالقرار الصادر عن الإدارة لأن يكون منعدياً أي لا يحمل صفة القرار الإداري ولا يرتب أثره، وبالتالي يمكن الطعن به دون التقيد بميعاد. ولكن لا بد من الإشارة إلى أن هذه الصور ليست حصرية كما أن التشريعات الأردنية والفلسطينية لم تشر إلى هذه الصور، ولكن يعود للسلطة التقديرية للقاضي الإداري أن يحدد إن كان القرار الإداري معيباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم أو البسيط، فمثلاً نلاحظ بأن محكمة العدل العليا الأردنية قد صدر عنها بعض الأحكام التي تعتبر حالة من الحالات على أن فيها اغتصاب للسلطة أي عيب اختصاص جسيم مع العلم بأنه تعتبر وفقاً للفقهاء الإداري من قبيل عدم الاختصاص البسيط، فنجد أنها أشارت إلى حالة تجاوز المروءوس اختصاصات رئيسه على أنها اغتصاباً للسلطة في قرارها الذي أشار: "إذا صدر قرار بمنح تصاريح لتسيير باصات سياحية على خط عمان- معان - العقبة وبالعكس، وكان الذي وقع على قرار الترخيص بوصفه سلطة ترخيص هو وكيل وزارة الداخلية وليس الوزير، فإن قرار الترخيص يكون منعدياً نظراً لصدوره من جهة لا تملك حق إصداره. ولهذا فإن الطعن فيه لا يتقيد بميعاد"¹³².

¹²⁹ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 66/123، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص 273.

¹³⁰ حنا نده، القضاء الإداري في الأردن، بدون طبعة، جمعية المطابع التعاونية، عمان، 1972، ص 371.

¹³¹ قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 64/31، أشار إلى هذا القرار المؤلف: عمر الشوبكي، مرجع سابق، ص 274.

¹³² حنا نده، مرجع سابق، ص 356.

الخاتمة:

بعد أن تعرفنا بشكل موسع إلى مفهوم عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري وخصائصه وصوره، لا بد من الإشارة إلى أن الاختصاص ركن رئيسي من أركان القرار الإداري، وإن غياب هذا الركن يؤدي إلى أن يكون القرار الإداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص الذي يأخذ صورتين هما: عيب عدم الاختصاص البسيط، وعيب عدم الاختصاص الجسيم (عيب اغتصاب السلطة) اللذين يترتب على كل منهما نتائج وآثار مختلفة. وعليه فقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج، وخلصت إلى عدد من التوصيات، وهي كما يلي:

■ النتائج:

- 1- عيب عدم الاختصاص هو العيب الوحيد من عيوب القرار الإداري الذي يتصل بالنظام العام. وعليه يمكن إثارته من قبل صاحب المصلحة في أي حالة تكون عليها الدعوى، كما يجوز إثارته من قبل القاضي المنظور أمامه النزاع.
- 2- عيب عدم الاختصاص البسيط يجعل القرار الإداري باطلاً بطلاناً نسبياً، أي أنه يمكن أن يتم إلغاؤه من قبل القضاء في حال رفعت دعوى لإلغائه من قبل أحد الخصوم أو ذوي المصلحة، ولا تستطيع المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها. ويترتب على ذلك تقيده بميعاد للطعن فيه كونه قراراً إدارياً قابلاً للإبطال.
- 3- عيب عدم الاختصاص الجسيم أو اغتصاب السلطة يؤدي إلى انعدام القرار وبطلانه بطلاناً مطلقاً وينزع عن القرار صفة القرار الإداري وبالتالي يمكن الطعن فيه بأي وقت دون التقيد بميعاد، وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.
- 4- لم تحدد التشريعات السارية في الأردن وفلسطين صور عيب عدم الاختصاص سواء البسيط أو الجسيم؛ إنما ترك الأمر لتقديرات القاضي الإداري الذي خلط أحياناً بين الصورتين في أحكامه كما لاحظنا في إحدى قرارات محكمة العدل العليا الأردنية.

■ التوصيات:

- 1- ضرورة وضع معيار للترقية بين عيب عدم الاختصاص البسيط والجسيم (اغتصاب السلطة) لما يترتب من آثار مختلفة على كل منهما.
- 2- ضرورة أن تشير التشريعات في فلسطين والأردن إلى صور عيب عدم الاختصاص البسيط والجسيم على أن تكون هذه الصور على سبيل المثال لا الحصر، وذلك تحقيقاً لضمانات



الأفراد وتحقيقاً للمصلحة العامة كونه من الممكن أن يكون هنالك حالات قد يغفل المشرع عن ذكرها. ولكن أيضاً وضع بعض الصور على سبيل المثال من شأنه ألا يؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد فإن نص القانون على أن صورة معينة تعتبر من قبيل عيب عدم الاختصاص البسيط قد يجنب أحد الأفراد ذوي المصلحة ضياع ميعاد الطعن عليه كونه كان يظن هذه الصورة من صور عيب عدم الاختصاص الجسيم الذي لا يتقيد بميعاد طعن.



دور قاضي الحسابات في حماية المال العام

✍️ كريم بودرة

طالب باحث في سلك الدكتوراه:

مختبر الدراسات السياسية والقانون العام

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

المخلص

يمارس قاضي الحسابات دورا محوريا في حماية المال العام، من خلال وظيفته القضائية والتي يحرص من خلالها على مطابقة العمليات المالية للنصوص القانونية المعمول بها، وسواء تعلق الأمر بالمحاسب أو الأمر بالصرف، فإن العمليات المرتبطة بتنفيذ النفقات أو الموارد يتعين أن تكون مشروعة. وإذا كان القاضي ملزما بالموضوعية خلال بته في الحسابات، فإن ذلك لا يمنعه من اللجوء لسلطته التقديرية خلال قراراته وأحكامه بالعجز ضد المحاسبين العموميين، كما يقوم القاضي بإصدار العقاب ضد المخالفات المرتكبة في ميدان التأديب لردع المدبرين العموميين والحيلولة دون تكرارها مستقبلا.

كما يضطلع قاضي الحسابات بمهام غير قضائية تجعل من قاضيا مدققا من خلال مراقبته لتسيير الأجهزة العمومية وتقييم البرامج والمشاريع العمومية ومراقبة استعمال الأموال العمومية، وهو ما من شأنه أن ينعكس بشكل فعال على التدبير العمومي، إذا ما تم الحرص على تتبع وتنفيذ توصيات القاضي المدقق، لتجاوز مساوئ النظام القضائي الذي فشل في الحد من تبذير المال العام، في مقابل تكرار نفس المخالفات التي صدرت بشأنها نفس القرارات والأحكام وهو ما يركي نزع الطابع القضائي عن المحاكم المالية في مقابل تدعيم مصالح التدقيق وتقوية الرقابة الداخلية في الأجهزة العمومية.

الكلمات المفتاحية:

قاضي الحسابات-الوظيفة القضائية - الأنشطة غير القضائية - التدقيق-حماية المال العام.

RÉSUMÉ DE L'ARTICLE

Le juge des comptes exerce un contrôle juridictionnel à la phase de jugement des comptes sur les opérations financières effectuées par les comptables publics, qu'il déclare comme débiteurs envers le trésor, s'il constate le paiement d'une dépense irrégulière, ou l'absence des diligences de recouvrement d'une créance prescrite. Même si la responsabilité des comptables est objective, rien n'empêche le juge des comptes à prendre en considération les circonstances et la force majeure.

En outre le juge financier prononce les amendes dans le cadre de la discipline budgétaire et financière, pour toutes infractions commises par les gestionnaires publics à fin d'éviter que tels actes ne se reproduisent à l'avenir.

Quant aux activités non juridictionnelles, le juge des comptes devient un juge- auditeur qui assure le contrôle de la gestion des organismes publics, l'évaluation de programmes et projets publics, et le contrôle de l'utilisation des fonds publics, mais ses activités ne peuvent avoir un impact positif sur la gestion publique, s'il n'y aura pas un suivi et une exécution immédiate des recommandations formulées par le juge-auditeur.

Le caractère juridictionnel des juridictions financières n'a pas tenu ses promesses, car le nombre des infractions n'a cessé d'augmenter en dépit des arrêts et jugements qui ont été rendus pour les mêmes motifs, d'où la nécessité de supprimer le caractère juridictionnel de ces juridictions tout en renforçant les services d'audit et le contrôle interne au sein des organismes publics.

مقدمة:

لقد اختار المغرب نهج الدول التي تبنت نظاما قضائيا لرقابة المال العام، والذي يعهد فيه إلى قاضي الحسابات¹³³ بسط رقابته على مشروعية العمليات المالية، فمن خلال البت في حسابات المحاسبين العموميين يقرر في تبرئة ذمتهم بقرار نهائي إذا لم تثبت أي مخالفة، وبالمقابل وفور وقوف القاضي على ارتكاب مخالفات من شأنها أن تثير المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب العمومي، فإنه يأمر المحاسب المعني بتقديم تيريراته كتابية، أو أداء المبالغ المستحقة للمنظمة العمومية المعنية في حالة عدم الإدلاء بحججه¹³⁴. كما يثير القضاء المالي مسؤولية كل من الأمر بالصرف أو المحاسب العمومي أو الموظف، كلما ثبت ارتكابهم لمخالفات تمس النظام العام المالي أو المحاسباتي.¹³⁵

يرتكز قاضي الحسابات على مبدأ المطابقة للنصوص القانونية، ويثير المسؤولية كلما اكتشف خروقات شكلية شابت القواعد المعمول بها في إطار التصرف في المال العام، وهو ما ينسجم ومقومات دولة الحق والقانون التي تسند وظيفة التشريع للبرلمان الذي يمثل سيادة الأمة¹³⁶، ويزكي فصل السلط الذي يقوم عليه نظام الحكم في المغرب¹³⁷، إلا أن النصوص القانونية لا يمكن أن تظل جامدة وتطبق بحذافيرها دون أن تكون موضوعا لتأويل القاضي، لدرجة أن هناك من يؤكد على أن الإنسان لا يخضع لحماية القانون وإنما لقوة من يؤولها¹³⁸، على عكس المركز الهامشي والذي منحه مونتيسكيو لسلطة القضائية مقارنة بالسلطة التشريعية والتنفيذية¹³⁹، غير أن واقع الممارسة العملية سائر توجهات الفقه الذي رسخ بالتدرج بأن تطبيق القانون لا يمكن أن يحصر وظيفة القاضي في التطبيق الحرفي للنصوص، وإنما يجب أن يمتد ذلك ليشمل ضرورة تطوير التأويل لإعطاء المعنى للنصوص المطبقة¹⁴⁰، ويتعين على القاضي المالي التأكد من مشروعية العمليات المالية، غير أن هذه المهمة تعترضها الصعوبات لأن القواعد

¹³³ - يحدد الكتاب الثالث من مدونة المحاكم المالية النظام الأساسي لقضاة المحاكم المالية من خلال المواد من 165 إلى 248.

¹³⁴ - المادة 37 من مدونة المحاكم المالية.

¹³⁵ - المواد 54 و55 و56 من مدونة المحاكم المالية.

¹³⁶ - J.C. Farcy - L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours - PUF, 2001, p. 178.

¹³⁷ - الفصل الأول من الدستور المغربي لسنة 2011.

¹³⁸ - Bergasse - Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire -

Imprimerie Nationale, 1789, p. 21.

¹³⁹ - V G. Timsit - Les figures du jugement, PUF, 1993, p. 68.

¹⁴⁰ - <<http://books.openedition.org/puam/201>>.

القانونية لا تسلم دائما من الغموض وهو ما ينتج عنه قرارات مختلفة في نفس المحكمة المالية، علاوة على السلطة التقديرية التي يحظى بها قاضي الحسابات لتأويل النصوص القانونية¹⁴¹. إن مقارنة المشروعية التي يستند إليها القاضي المالي لإصدار أحكامه وقراراته، أثبتت محدوديتها بفعل مستجدات التدبير الحديث القائم على تقييم الأداء والنتائج، لأن الاقتصار على اكتشاف الخروقات الشكلية للقواعد القانونية لم يوفر حماية فعالة للمال العام، لأن نفس القرارات والأحكام تتكرر كل سنة دون أن يكون لها أثر على تحسين التدبير، ويرجع ذلك بالأساس إلى التأخر في إصدار الأحكام في قضايا تتعلق بمخالفات ارتكبت منذ أكثر من خمس سنوات، كما أن أحكام العجز تقتصر على المحاسب العمومي دون أن تشمل الأمر بالصرف الذي يعد فاعلا رئيسيا في تنفيذ نفقات وموارد الأجهزة العمومية، إذ لا يمكن أن يتحسن التدبير العمومي ما دام أن الأحكام تقتصر على صنف معين من المدبرين العموميين، دون أن يشمل جميع الأصناف التي تقوم بالعمليات المالية إنفاقا وتحصيلًا.

ووفقا لنظام مسؤولية المدبرين العموميين المغربي يمارس القاضي المالي وظيفته التي تركز على زجر المخالفات لقواعد التدبير المالي والمحاسباتي والمتعلقة بفعل لا يجيزه القانون أو عدم القيام بالتصرف المشروع، ويضطلع المستشار المقرر بصلاحيات واسعة تمكنه من تعميق البحث، حيث منحه المشرع سلطة التحري والتحقيق لبلوغ حقيقة تؤكد أو تنفي مسؤولية المدبرين العموميين، من خلال تمكينه من حق استدعاء الشهود أو المتهمين وإجراء الخبرة، كما منحه القانون حق الاطلاع على كل المستندات والوثائق التي تتعلق بملفات القضايا المعروضة عليه، إضافة لحق التنقل لعين المكان إذا كان ذلك ضروريا للتحقيق. وتكتسي دراسة موضوع القاضي المالي أهمية بالغة بوصفه حاميا للمال العام من كل تبذير خارج نطاق قواعد النظام المالي العام.

يطرح الموضوع إشكالية رئيسية تتمحور حول السؤال التالي: إلى أي حد نجح القاضي المالي في القيام بدوره المزدوج كقاضي ومدقق من أجل حماية المال العام؟ لقد تم تحديد فرضيتين للبحث:

الفرضية الأولى: الوظيفة القضائية تضمن حماية أنجع للمال العام
الفرضية الثانية: المهام غير القضائية تساهم في كشف الاختلالات لتفاديها مستقبلا دون اللجوء للردع والعقاب.

¹⁴¹ – Aline Kurek.Le juge financier, juge administratif. Thèse de doctorat. Université Lille2. 2010. P163

وبما أن البحث العلمي يركز على اعتماد منهج معين للوصول إلى الحقائق التي يهدف بلوغها من خلال إبرازها والتحقق منها، لقد تم اختيار المنهج التحليلي والذي يمكن من جمع البيانات والمعلومات والتي تساعد على تحديد الإشكالية وذلك بصياغتها على شكل سؤال. كما يمكن من وضع فرضيات البحث وتحديد المسلمات وجمع المعلومات المطلوبة، وإيجاد النتائج وتنظيمها وتحليلها وتفسيرها واستخلاص الاستنتاجات وتقديم الاقتراحات.

إلا أن الدراسة تستدعي اللجوء للمنهج المقارن كلما تطلب الأمر مقارنة التجربة المغربية مع باقي الدول الأخرى وخاصة التجربة الفرنسية، قصد رصد أوجه التشابه والاختلاف لاستجلاء أفضل النماذج في أنظمة المسؤولية المتعلقة بالمديرين العموميين. وارتأيت دراسة الموضوع من خلال تقسيمه إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الوظيفة القضائية للقاضي المالي المطلب الثاني: الوظيفة غير القضائية وتقييم السياسات العمومية

المطلب الأول: الوظيفة القضائية للقاضي المالي

يتجسد الدور الحقيقي للقاضي المالي في حماية المال العام، بالنظر للوظائف التي يضطلع بها في إطار ممارسته لمهامه الرقابية، والتي يمارسها من خلال السهر على مطابقة العمليات المالية للقوانين الجاري بها العمل، وهو بذلك يقوم بالمراقبة الموضوعية التي تركز على ثبوت خرق القانون بغض النظر عن الظروف التي ساهمت في ارتكاب الخطأ، إلا أن جرأة القاضي المالي لم تمنعه من اللجوء إلى سلطته التقديرية في العديد من القرارات لتقدير ظروف الطرف المرتكب للمخالفات.

وعند ثبوت أفعال ومخالفات في العمليات المالية فإن قاضي الحسابات يلجأ للردع والعقاب لتفادي تكرارها وتواترها.

الفرع الأول: الرقابة الموضوعية

إذ كانت رقابة القاضي المالي تصنف بكونها موضوعية، وترتبط بحسابات المحاسب العمومي ولا تتعلق بشخص المحاسب، إلا أن إثارة القاضي للمسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب، توجي بأن جوهر الرقابة يمس المحاسب شخصيا ولا يقتصر على البت في الحسابات، ويرتكز قاضي الحسابات في اجتهاداته على الاستناد للنصوص القانونية والتي يسهر على التنزيل السليم لها، فعندما يعاين عدم قيام المحاسب بالإجراءات القانونية لاستخلاص دين معين فإنه

يثير التقادم استناد أحكام مدونة تحصيل الديون العمومية¹⁴²، وهذا ما يستفاد من خلال عدة اجتهادات لقاضي الحسابات¹⁴³. وهذا ما يؤكد على أن المحاسب غير مطالب بتحقيق النتائج والمتمثلة في تحصيل الديون، وإنما يتعين عليه فقط أن يستعمل الوسائل المتاحة له عبر قيامه بإجراءات قاطعة للتقادم، لتبرئة ذمته من كل متابعة ولو في غياب الاستخلاص، وهذا ما يطرح سؤالاً جوهرياً على جدوى هذه المقاربة في ظل التدبير الحديث والقائم على الأداء والإنجازات.

لقد سار المشرع المغربي على نهج القانون الفرنسي الذي يلقي بمسؤولية تقادم الديون العمومية على عاتق المحاسب العمومي كلما تقاعس عن القيام بإجراءات التحصيل التي يلزمه بها القانون¹⁴⁴. وفي مقابل هذا النموذج القضائي لمراقبة المال العام، اعتمدت دول أخرى أنظمة غير قضائية على غرار المملكة المتحدة والنرويج والسويد، تكتفي بإشعار السلطات الإدارية والقضائية المختصة بمختلف الخروقات التي تمت معاينتها عن طريق التقصي الذي تقوم به مهام التدقيق، والتي تسلط الضوء في بعض الأحيان على تجاوزات تستدعي عقوبات جنائية¹⁴⁵، وتتميز الدول التي تبنت هذا النوع من الأنظمة بفعاليتها على مستوى الحفاظ على المال العام، من خلال اعتماد أجهزة للرقابة الداخلية تمكن من تفادي مجموعة من الأخطاء المتعلقة بالعمليات المالية، علاوة على ربطها بالتصرف في المال العام بالأداء وتحقيق النتائج.

إن النظام القضائي الذي تبناه المشرع المغربي يلزم القاضي المغربي بالسهر على احترام القواعد القانونية في كل ما يرتبط بالتصرف في المال العام صرفاً وإنفاقاً.

¹⁴² - حسب الفقرتين الأولى والثانية من المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية "تتقادم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات (4) من تاريخ الشروع في تحصيلها. تتقادم الديون الأخرى المعهود باستخلاصها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، وفق القواعد المقررة في النصوص المتعلقة بها، وعند انعدامها، وفق القواعد المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود." - طبقاً للمادة 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية "إن المحاسبين المكلفين بالتحصيل الذين تركوا أجل التقادم يمر دون القيام بإجراءات التحصيل أو الذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها إلى أن تقادمت الديون المعهود إليهم بتحصيلها، تسقط حقوقهم تجاه المدنيين، غير أنهم يبقون مسؤولين تجاه الهيئات العمومية المعنية".

¹⁴³ - قرار المجلس الأعلى للحسابات رقم 2020/21 والمتعلق بحساب الجماعة الترابية بني شيكر برسم السنة المالية 2013.

- قرار المجلس الأعلى للحسابات عدد: 2015/10 ت.ب.ح صادر بتاريخ 02 أبريل 2015 في ملف استئناف عدد: 2019/19.

- قرار عدد: 2015/17 ت.ب.ح صادر بتاريخ 24 فبراير 2015 في ملف استئناف عدد: 2012/24.

¹⁴⁴ - Conformément à l'article L 274 du livre des procédures fiscales « Le délai de prescription pour l'action en recouvrement est de 4 ans... »

¹⁴⁵ - Stéphanie Damarey, Mission Régimes de responsabilité financière des gestionnaires publics Analyse comparée Propositions pour un régime de responsabilité des gestionnaires publics. Rapport définitif du 15 avril 2020 P.140.

وببسط القاضي المالي رقابته على الأساس القانوني الذي اعتمد عليه المحاسب خلال اتخاذ قراراته المرتبطة بالعمليات المالية، ويجمل المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب كلما تعلق الأمر بمعاينة خرق للقواعد القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل، ولو في غياب عجز حقيقي في حساب الجهاز العمومي المعني، وهذا ما أكده قاضي الحسابات في أحد اجتهاداته حين أثار مسؤولية المحاسب العمومي رغم قيام المستفيدين عن طريق الخطأ، بإرجاع المبالغ التي استلموها دون سند قانوني¹⁴⁶. كما أبرز القاضي المالي على أن الإنذار الذي يوجه المحاسب إلى الملزمين بعد سقوط الديون في حكم التقادم، لا يحول دون إثارة مسؤولية المحاسب العمومي الذي لم يقم بالإجراءات القانونية اللازمة¹⁴⁷.

وما يؤكد تمسك قاضي الحسابات بالتطبيق الحرفي للنصوص، هو عدم تصريحه بتقادم إجراءات التحصيل بالنسبة للأمر بالاستخلاص، الذي لا يحمل تاريخ الشروع في التحصيل¹⁴⁸. كما يلجأ القاضي المالي لتأويل النصوص وتقدير ما إذا كان النص الذي يستند إليه المحاسب لتبرير نفقته قابلاً للتطبيق في الحالة المعنية، أم أن المحاسب ارتكب خطأ في تأويل النص الذي اعتبره أساساً لمشروعية العمليات المالية التي قام بها.

ففي فرنسا اعتبر القاضي المالي بأن صرف محاسب لتعويضات جزافية مرتبطة باستعمال السيارة الخاصة، خطأ في تأويل النص الذي لم يخصص التعويضات المتنازع بشأنها إلا لأشخاص على سبيل الحصر والتحديد¹⁴⁹.

ويتعين على المحاسب أن يقوم بمراقبة حسابات التصفية بناء على النصوص المنظمة للنفقة المعنية، فالأساس القانوني الذي قام الأمر بالصرف باعتماده في احتساب التصفية، لا يفرض على المحاسب الذي يفترض أن يقوم بمراقبته بناء على النص القانوني المراد، وعلى هذا الأساس اعتبرت محكمة الحسابات الفرنسية بأن صرف منح لمستخدمين عاديين لمصلحة الإعلاميات يعد خرقاً للنص الذي خصصها فقط لأعوان¹⁵⁰.

¹⁴⁶ - قرار المجلس الأعلى للحسابات عدد: 2015/04 / ت.ب.ح صادر بتاريخ 29 يناير 2015 في ملف استئناف عدد: 2012/14.

¹⁴⁷ - قرار المجلس الأعلى للحسابات عدد: 2015/30 / ت.ب.ح صادر بتاريخ 27 أكتوبر 2015 في ملف استئناف عدد: 2013/13.

¹⁴⁸ - قرار المجلس الأعلى للحسابات عدد: 2015/10 / ت.ب.ح صادر بتاريخ 02 أبريل 2015 في ملف استئناف عدد: 2012/19.

¹⁴⁹ - Cour des comptes, 12 février 1999, Agence comptable des services industriels de l'armement, RFDA, 2001, p. 474.

¹⁵⁰ - Cour des Comptes, 15 mai 2003, Communauté de Communes du Pays de Laval, Revue. Trésor 2004, p. 208, RFDA 2004, p. 807

وسيرا على نفس النهج أوضح قاضي الحسابات المغربي أن التأكد من صحة حسابات التصفية لا يقتصر على مراقبة مدى صحة العمليات الحسابية ومقارنة المبلغ الواجب أدائه مع المبلغ المضمن بالوثائق المثبتة للنفقة، وإنما يتعين أن يشمل ذلك أيضا الأخذ بعين الاعتبار جميع أسس التصفية المحددة لمبلغ النفقة الواجب أدائه، وخاصة تلك المنصوص عليها في النصوص القانونية الجاري بها العمل، والمطبقة على النفقة المعنية دون إغفال تلك المتفق عليها في العقود والاتفاقيات الموقعة من طرف الجماعة.¹⁵¹

إلا أن الموضوعية التي يتعين على القاضي المالي مزاولة رقابته المالية في إطارها، والارتباط الوثيق بالنصوص الجاري بها العمل التي يتعين عليه التقيد بها، تصطدم بحالات تتطلب تدخل الذاتية و السلطة التقديرية للقاضي المالي قبل اتخاذ القرار المناسب، فإذا كان القاضي المالي يحرص كل الحرص على الامتثال للنصوص القانونية، خلال مراقبته لتأشير المحاسب على صرف نفقة غير مشروعة، فإن قاضي الحسابات يحتكم لتقديره الشخصي للفصل في العديد من القضايا المعروضة عليه، وفي هذا السياق اعتبر المجلس الأعلى للحسابات خلال نظره في ملف الاستئناف، أن المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب العمومي تبقى ثابتة فيما يتعلق بالمخالفات المترتبة عن عدم مراقبته لصحة النفقة، إلا أن إدلاء المحاسب بما يفيد استخلاص المبلغ الذي صرح به المجلس الجهوي للحسابات كعجز في حساب المحاسب، يعد بمثابة تبرئة ذمته من العجز المحكوم به ابتدئاً.¹⁵²

كما أكد القاضي المالي نفس الشيء في تنفيذ الموارد، حين اعتبر بأن الإجراءات التي قام بها المحاسب لتحصيل ديون لحقها التقادم عديمة الأثر، إذا لم تسفر عن التحصيل الفعلي لتلك المبالغ.¹⁵³

وهو نفس المنطق الذي لجأ له قاضي الحسابات الفرنسي، عندما اعتبر بأن المحاسب الذي ارتكب خطأ في حسابات التصفية بريء الذمة لأنه لم يتسبب في العجز للجهاز العمومي المعني¹⁵⁴، علاوة على تبرئة المحاسب على أداء نفقة عن طريق الخطأ لشخص آخر لم يرد اسمه في العقد،

¹⁵¹ - قرار عدد المجلس الأعلى للحسابات عدد 2020/13 متعلق بحساب الجماعة الترابية دبدو برسم السنة المالية 2013.

¹⁵² - قرار عدد: 2020/17 صادر بتاريخ 09 مارس 2020 ملف الاستئناف عدد 2019/22 متعلق بحساب إقليم الناظور برسم السنة المالية 2013.

¹⁵³ - قرار عدد: 2020/05 صادر بتاريخ 31 أكتوبر 2019 ملف الاستئناف عدد 2019/03 (متعلق بحساب الجماعة الترابية أهل أنكاد برسم السنة المالية 2012).

¹⁵⁴ - CRC Haute-Normandie, 29 avr. 2010, Département de Seine-Maritime, n° 2009-0387.

بعد استرجاع المبلغ وتوجيهه للدائن الحقيقي وعدم التسبب بالضرر المالي للجماعة، ولو أن الأمر يتعلق بخرق واضح للطابع الإبرائي للتسديد¹⁵⁵.

وبناء على ما سلف يتضح جليا بأن قاضي الحسابات، يمارس مهامه بالاستناد للترسنة القانونية الموضوعية رهن إشارته، وبالتالي فإن أحكامه وقراراته الصادرة في القضايا المعروضة عليه، تركز على مشروعية العمليات المالية من عدمها وهو ما ينسجم مع المنطق السليم لدولة الحق والقانون، من خلال مراقبة مدى مطابقة تصرفات المدبرين العموميين للنصوص القانونية المعمول بها، إلا أن هذا لا يمنع القاضي المالي من اللجوء لسلطته التقديرية كلما تبين له بأن خرق القانون لم يتسبب في ضرر مالي للأجهزة العمومية، أو أن الضرر الذي لحقها جراء أخطاء المحاسبين قد تمت تسويته، وهو ما لا يدع مجالاً للزجر والعقاب.

الفرع الثاني: الردع والعقاب

لقد اختار المغرب النموذج القضائي في مراقبته لتدبير المال العام، وهو ما يفرض بالضرورة بأن يتم إنزال العقاب ضد كل من تسبب في هدر الأموال العمومية خارج الإطار القانوني، وهو ما يجعل العقوبات بمثابة ردع وعبرة للأشخاص الآخرين لكيلا تتكرر نفس المخالفات المرتكبة.

إن التمعن في اجتهادات قاضي الحسابات يبرز مدى الحرص على استعمال مصطلح الردع في مواجهة الأفعال التي تشكل خرقاً للقانون، وهذا ما عبر عنه التقرير السنوي للمجلس لسنة 2007، حيث أشار للأعمال الردعية التي تقوم بها المحاكم المالية بواسطة العقوبات في مجال التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية¹⁵⁶، وفي نفس السياق أوضح مجلس الحسابات في تقديمه للقرارات الصادرة عن غرفة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، بأن اعتماد النشر الجزئي للقرارات بالاقتصار على الصفات الوظيفية للمعنيين دون ذكر أسمائهم الشخصية تجنباً لما يمكن أن يشكل عقوبة تكميلية، مؤكداً على أن اختصاص التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، باعتباره وظيفة عقابية لمجلس الحسابات على المالية العامة، يهدف إلى تحقيق الردع العام وزجر الإخلال بالواجبات الوظيفية للمدبرين العموميين وذلك بإرغامهم على الانضباط للقواعد القانونية المنظمة للتدبير العمومي¹⁵⁷، وهو ما أكدته المجلس الأعلى للحسابات من خلال اعتباره

¹⁵⁵ - CTC Saint-Pierre et Miquelon, 27 déc. 2007, CH François Dunan, n° 07- 7099 : Revue. Trésor 2008. 674.

¹⁵⁶ - تقرير حول أنشطة المجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2007، الجزء الأول، ص 2.

¹⁵⁷ - القرارات الصادرة عن غرفة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية خلال سنة 2017، الموقع الرسمي للمجلس الأعلى للحسابات، ص 8.

نشر القرارات كردع عام لمديري الأجهزة العمومية الأخرى التي تتشابه مع الأجهزة المعنية بالقرارات المنشورة، عبر إبراز أهم القواعد والمبادئ التي تتضمنها هذه القرارات قصد إرساء قواعد حسن التدبير العمومي وذلك بتجاوز الاختلالات مستقبلاً¹⁵⁸، كما أوصى المجلس بإدراج عقوبات ردية فيما يتعلق بعدم التصريح الاجباري بالامتلاكات أو الإدلاء بتصريح غير كامل أو غير صحيح¹⁵⁹

لقد استعمل المجلس الأعلى للحسابات مصطلح التدابير الجزية كمرادف للغرامات التي يعاقب بها كل محاسب لم يدي بحساباته في الأجال القانونية، وذلك بهدف ضمان الشفافية والحكمة الجيدة،¹⁶⁰ وأكد المجلس على أن المراقبة التي يمارسها خلال ممارسته لاختصاص التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية، تروم زجر مخالفة القواعد المؤطرة للمالية العامة والمرتبكة من طرف الأمرين بالصرف أو مراقبي الالتزام بالنفقات أو المحاسبين العموميين إضافة للموظفين أو الأعوان الذين يعملون لحسابهم¹⁶¹،

وهو ما يجعل من مهمة زجر الأفعال في إطار الاختصاصات القضائية، إحدى مزايا النموذج القضائي المغربي المتعلق بالرقابة العليا على المالية العمومية، حيث تتم إحالة المخالفات التي يتم اكتشافها من خلال مهمات مراقبة التسيير والبت في الحسابات لإصدار القرارات والأحكام في حق المخالفين للقوانين والأنظمة التي تتعلق بالمالية العمومية¹⁶²

وهذا ما يكرس الطابع الجزري الذي يتجسد في مساءلة المسؤولين عن الأجهزة العمومية أمام المحاكم المالية عند ارتكابهم لمخالفات تهم التسيير بحكم الواقع أو تستدعي المتابعة في مجال التأديب وهو ما قد يثير مسؤوليتهم الشخصية وما يترتب عن ذلك من عقوبات مالية علاوة على تفعيل مسطرة المتابعة الجنائية إذ ما تم اكتشاف أفعال تستوجب ذلك¹⁶³.

كما اعتبر المجلس بأن وظيفته العقابية تكتسي طابعاً جزئياً وذلك باقتباس المسطرة المتبعة بشأن ممارسته الخصائص الأساسية للمسطرة الجنائية، وخاصة ما يتعلق بالفصل بين الوظائف القضائية الثلاث والمتمثلة في سلطة المتابعة وسلطة التحقيق وسلطة الحكم، علاوة على ضمان حقوق الدفاع إلا أن المجلس أكد على أن المسألة أمام قاضي الحسابات تختلف من حيث الموضوع عن المسألة الجنائية، مستنداً في ذلك على مبدأ قابلية تراكم المتابعات أما المجلس مع

158 - القرارات الصادرة عن غرفة التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية خلال سنة 2019 - المجموعة الخامسة - مارس 2021 ص 9.

159 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2013 الجزء الأول ص 283.

160 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2007 ص 292.

161 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2007 ص 296.

162 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات 2008 ص 8.

163 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات لسنة 2013، ص 7 و 8.

الدعوى الجنائية وفق ما كرسته المادة 111 من مدونة المحاكم المالية¹⁶⁴. وتتبع المحاكم المالية منهجية المراقبة المندمجة التي رسختها مدونة المحاكم المالية، من خلال التفاعل الوظيفي بين مختلف الاختصاصات القضائية وغير القضائية للمجلس، وهو ما يهدف إلى تحقيق تكامل بين الوظيفة الاقتراحية والبيداغوجية للمجلس في ميدان مراقبة التدبير ووظيفته الجزرية وفق منظور يستعمل العقاب كوسيلة لتدعيم توصيات المحاكم المالية وتحسين طرق وممارسات التدبير المالي العمومي¹⁶⁵.

وأبرز المجلس الأعلى للحسابات بأن اختصاص التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية يهدف إلى تحقيق الردع العام وزجر الاخلال بالتزامات المدبرين العموميين وحثهم على الانضباط للقواعد القانونية المؤطرة للتدبير العمومي¹⁶⁶. وبذلك تقوم المحاكم المالية في إطار زجر الممارسات المخالفة لقواعد التدبير السليم والنصوص القانونية الجاري بها العمل، باعتماد منهجية المراقبة المندمجة التي توطد الجسور بين مختلف اختصاصات المحاكم المالية، لتحقيق التوازن بين الصلاحيات القضائية وغير القضائية، من أجل أن تمتد المساءلة ليس فقط للأفعال التي تخالف القواعد الشكلية، وإنما أيضا لأخطاء التسيير التي تتميز بخطورتها وبخاصة تلك التي تسبب خسائر أو تمنح منافع غير مبررة أو تعرقل تنفيذ البرامج و المشاريع العمومية أو التي تحدث أثرا سلبيا على المرافق والتجهيزات والاستثمارات العمومية¹⁶⁷. ويمارس اختصاص التأديب وفق دعوى ادعائية ترفع أمام المحاكم المالية عن طريق النيابة العامة من أجل المطالبة بعقاب الأشخاص المتابعين بسبب ارتكابهم لإحدى المخالفات التي تثير المسؤولية، ويجسد الدور المحوري الذي تضطلع به النيابة العامة كسلطة متابعة وملاءمة في إقامة الدعوى الطابع الجزري لهذا الاختصاص، وهو ما يستدعي التمييز بين مختلف السلطات المتدخلة في المسطرة القضائية خلال مراحل الدعوى، كالمتابعة والتحقيق والبت في القضية، لتكريس أحد شروط المحاكمة العادلة، وتضمن المسطرة المتبعة في إطار اختصاص التأديب حقوق الدفاع للمتابعين تتشابه مع الحقوق التي تكفلها المسطرة الجنائية للمتهمين¹⁶⁸.

164 - القرارات الصادرة عن غرفة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية خلال سنة 2017، شتنبر 2018 ص 6.

165 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات لسنة 2011، ص 399.

- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات لسنة 2010، ص 490.

166 - القرارات الصادرة عن غرفة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية خلال سنة 2017، شتنبر 2018 ص 8.

167 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2019-2020 - خلاصة- ص 8

168 - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2019-2020 - خلاصة- ص 8

يضطلع قاضي الحسابات بسلطات واسعة فيما يتعلق بإصدار قرارات وأحكام بالعجز في الشق المتعلق بالبت في حسابات المحاسبين العموميين، إلا أن هذه القرارات تكون قابلة لإبراء الذمة على وجه الإحسان من ظرف الوزير المكلف بالمالية وهو ما يتناقض مع مبدأ قوة الشيء المقضي به¹⁶⁹.

إن الحكم أو قرار العجز يعتبر من أقصى العقوبات التي يصدرها القاضي المالي ضد المحاسبين العموميين، إلا أن المنطق الذي يفيد بكون القاضي المالي يقاضي الحسابات ولا يقاضي المحاسبين، لا يعتبرها عقوبات على عكس الغرامات الصادرة ضد مخالفات المدبرين العموميين في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية.

وجدير بالذكر أن أنظمة المسؤولية المتعلقة بالمدبرين العموميين، يجب أن تتطور للأخذ بعين الاعتبار لمنطق الأداء في التدبير العمومي والتي فرضت نفسها منذ سنوات¹⁷⁰

المطلب الثاني: الأنشطة غير القضائية

علاوة على المهام القضائية لحامي المال العام، يمارس قاضي الحسابات مهاماً غير قضائية تحوله إلى قاضي مدقق، يضطلع باختصاصات تمكنه من مراقبة التسيير وتقييم البرامج والمشاريع العمومية، وصياغة توصيات من شأنها تحسين فعالية التدبير العمومي.

الفرع الأول: الوظيفة غير القضائية

إضافة للصلاحيات القضائية المسندة للقاضي المالي، خول له القانون ممارسة اختصاصات غير قضائية، ولقد اعتبر البعض بأن القاضي المالي عندما يمارس مهامه القضائية، فإنه يقوم بذلك في إطار النظام الأساسي للقاضي، غير أنه خلال مزاولته لاختصاصاته غير القضائية فإنه يضطلع بمهامه خارج النظام الأساسي للقضاة¹⁷¹.

¹⁶⁹ - Christophe de Bernardinis, Le juge des comptes et les conséquences de la nouvelle subjectivisation de son office, Revue Civitas Europa 2020/1(N° 44), Éditeur : IRENEE, P100.

¹⁷⁰ - Discours de clôture de Bruno Lasserre, Vice-président du Conseil d'Etat, « La responsabilité des gestionnaires publics » Colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour des comptes, Cour des comptes, Vendredi 18 octobre 2019, p.4

¹⁷¹ - Jacques Mariel NZOUANKEU, « La question du statut des magistrats financiers », Communication au Colloque international sur le contrôle des finances publiques dans les pays membres de l'UEMOA : quelle contribution pour la juridiction financière ? RBSJA, n°24, 2011, P68-69.

إلا أن الاختصاصات القضائية وغير القضائية لقاضي الحسابات يتعين مقاربتها من خلال رؤية موحدة¹⁷². إن القاضي المالي يمارس المهام المسندة له طبقا للدستور والنصوص التشريعية والتنظيمية، بصفته قاضيا وليس موظفا عاديا في ظل غياب أي قانون يفيد العكس، وهو ما يضيف على عمله طابعا مزدوجا للقاضي المدقق¹⁷³.

وعلى النقيض من ذلك، هناك من يدعم فكرة فصل المهام المناطة بالقاضي المالي، من خلال اعتباره خبيرا في الحسابات وليس قاضيا خلال أدائه مهامه غير القضائية¹⁷⁴.

يمارس قاضي الحسابات المغربي أنشطة غير قضائية، تتمثل في تلقي وتتبع التصريح بالممتلكات بالنسبة للأشخاص الملزمين قانونيا بذلك، والحرص على توقيع الجزاءات على الأشخاص المتخلفين عن القيام بالمتعين، كما يقوم القاضي بفحص حسابات الأحزاب السياسية، علاوة على قيامه بمراقبة حسابات الأحزاب السياسية، إضافة لمراقبة التسيير والمهام الموضوعاتية، ويقوم كذلك بإعداد تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول تنفيذ قانون المالية¹⁷⁵.

من شأن مراقبة تسيير الأجهزة العمومية التي يضطلع بها قاضي الحسابات، أن تكشف عن أوجه التقصير ومكامن الخلل في هذه الأجهزة، إلا أن فعالية العمل القضائي في هذا المجال يظل رهينا بمدى الحرص على تتبع التوصيات وتنفيذها، لأن عدم أخذ التوصيات بعين الاعتبار سيجعل من تكلفة هذه التقارير عبئا على ميزانية الدولة ينضاف للمبالغ التي تم هدرها من طرف المصالح التي ارتكبت المخالفات ولم تقم بتسويتها.

كما أن تقييم البرامج والمشاريع ومراقبة الأموال العمومية، ستظل مجرد شكليات روتينية إذ لم تنعكس آثارها بشكل إيجابي على التدبير العمومي، خاصة من حيث التكلفة والجودة. ويقوم نظام المراقبة المغربي على المسطرة التوجيهية، بدءا بتقديم الملاحظات التمهيدية، مروراً بأجوبة المصالح التي تمت مراقبتها، ثم الملاحظات النهائية وأجوبة المصالح المعنية على غرار النموذج الفرنسي الذي يمنح المؤسسات التي تتم رقابتها عدة ضمانات¹⁷⁶، تتمثل في برمجة المراقبة

¹⁷² - Le Monde, 1er déc. 2006, p.10.

¹⁷³ - Jean-François BERNICOT, Jean-Michel CHAMPOMIER, « L'Auditeur et le Juge », RFFP, n°77, 2002, pp. 185-195.

¹⁷⁴ - Pauline TÜRK, « Le statut des membres de la Cour des comptes après la loi du 1er juillet 2006 », DA, juin 2006, p.15.

¹⁷⁵ - التقرير السنوي لأنشطة المجلس الأعلى للحسابات، 2018، ص 18 و 19.

¹⁷⁶ - M. Jean-François BÉNARD, L'évolution récente des procédures non juridictionnelles in L'évolution des juridictions financières sous la direction de Stéphanie FLIZOT. Actes du Colloque du 1 er et 2 décembre 2011 sous le thème, « l'évolution des juridictions financières ».

التي يقوم بها قضاة الحسابات، وبعد تحديد لائحة الأجهزة المعنية بالمراقبة يتعين القيام بهام جماعية تضم رئيس الغرفة، وتشكل البرمجة القبلية ضمانا للبيئات التي ستتم مراقبتها، لكون الرقابة تتم وفق مقارنة مدروسة ومعقنة ولا تخضع للمزاجية، كما يتم تحديد المدبرين العموميين الذين يتعين تبليغهم بصفة قبلية بالمراقبة التي ستكون مصالحهم موضوعا لها، خاصة بعد توسيع مجال الأشخاص الذين يتم تبليغهم ببرنامج المراقبة¹⁷⁷.

إن الإخبار بالمراقبة لا يقتصر على الأمر بالصرف الذي يمارس مهامه وإنما يشمل أيضا سلفه الذي كان يزاول وظيفته خلال المدة المشمولة بالمراقبة.

كما أن المسطرة التوجيهية والتي اعتمدها القانون الفرنسي تمنح ضمانا إضافية للأمر بالصرف، فبعد صياغة القاضي المالي لملاحظاته التمهيدية، يقوم الأمر بالصرف بإبداء أجوبته عنها، ثم بعد ذلك يوجه قاضي الحسابات ملاحظاته النهائية للمصالح الأمرة بالصرف المعنية، والتي يتعين عليها الإجابة بعد ذلك.

إلا أن طول المساطر يبقى عائقا أمام فعالية التوصيات التي يفترض أن تتم صياغتها منذ الوهلة الأولى، لتشرع المصالح المعنية بتطبيقها بغية الرقي بالتدبير، في المقابل يتعين على المصالح الأمرة بالصرف أن تقدم أجوبتها فقط عن الملاحظات المتعلقة بالأخطاء الفادحة والتي تسببت في هدر مبالغ مهمة من المال العام.

الفقرة الثانية: نزاع الصفة القضائية عن المحاكم المالية

عند الحديث عن مستقبل القضاء المالي هناك العديد من الكتابات التي تؤيد نزاع الطابع القضائي لمؤسسات الرقابة المالية¹⁷⁸، لأن القاضي المالي والذي يسهر على قيام المحاسبين بواجباتهم يمكن أن يمثل سلطة إدارية عوض السلطة القضائية، وقد شرعت فرنسا في إدخال تعديلات على قوانينها تمكن من تعويض البت في الحسابات عن طريق التسوية الإدارية التي تقوم بها مصالح وزارة المالية بالنسبة لحسابات الجماعات الصغيرة¹⁷⁹.

وفي فرنسا هناك تصور يقضي بتقديم حساب وحيد للتصديق عليه من طرف قاضي الحسابات، عوض التقسيم التقليدي بين حساب التسيير الذي يقدمه المحاسب والحساب

¹⁷⁷ - les articles L. 241-6 et L. 241-7 du code des juridictions financières.

¹⁷⁸ - M. COLLET, « Le contrôle juridictionnel des comptes publics : réformer ou supprimer ? », RFDA, 2014, p. 1015.

¹⁷⁹ - l'article 14 de l'ordonnance n°2016-1360 du 13 octobre 2016 (JO, 14 octobre 2016, texte n°2).

الإداري الذي تعدده المصالح المالية للجماعة والذي وبحكم طبيعته السياسية لا يمكن أن يكون موضوعا للتصديق القضائي.¹⁸⁰

ووفق هذا المنطق ومع الأخذ بعين الاعتبار للنظام الجديد لمسؤولية المحاسب العمومي وهو ما يسمح بالتقليص من عدد الحالات التي تثار فيها مسؤولية المحاسبين، في مقابل إثارة مسؤولية الأمرين بالصرف. فرغم التعدد المساطر الداخلية والخارجية لرقابة النفقات العمومية فإن التحكم في تسيير المدبرين العموميين غير مقنع، وما يساهم في تعقد تطبيق مسؤولية المدبرين العموميين هو الاستثناء الذي تستفيد منه الشخصيات السياسية التي لا تتابع أمام قاضي الحسابات.¹⁸¹

إن نزع الطابع القضائي لمؤسسات الرقابة المالية لن يؤدي بالضرورة إلى هدر المال العام، لأن هناك العديد من الدول المتقدمة التي تبنت النظام غير القضائي، ولم تشهد مخالفات خطيرة تسبب في تبذير المال العام، ولو أن أجهزة الرقابة تكتفي بإشعار السلطات الإدارية أو القضائية المختصة بالخروقات التي تم اكتشافها. عادة وخلال القيام التحقيق في إطار مهام التدقيق يتم الوقوف على خروقات يعاقب عنها جنائيا، ويعتمد هذا النموذج غير القضائي في كل من ألمانيا والمملكة المتحدة والسويد.¹⁸²

وفي المقابل من ذلك فشل النظام القضائي في الحد من المخالفات المتعلقة بالمحاسبين رغم تكرار نفس القرارات والأحكام التي تصرح بالعجز في حق المحاسبين العموميين ولنفس الأسباب، وهذا ما يستدعي التفكير في نموذج جديد من المسؤولية يكون فعالا وعادلا، خاصة وأن فرنسا والتي تأثر المغرب بنظامها القضائي شرعت في تعديله بعد أن قامت بإلغاء المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب العمومي، بعد انتقادات لازعة من طرف العديد الأساتذة الفرنسيين

¹⁸⁰ -P. VAN HERZELE, « La certification des comptes publics locaux : Vers un compte financier unique (CFU) pour quel objectif ? », RFFP, 2019, n°145, p. 75 et suiv. ou P. LAPORTE, « Gestion publique locale : une révolution décentralisatrice est possible », Gestion et Finances Publiques, 2019, n°3, p. 39 et suiv.

¹⁸¹ - Christophe de Bernardinis, Le juge des comptes et les conséquences de la nouvelle subjectivisation de son office, Revue Civitas Europa 2020/1(N° 44), Éditeur : IRENEE, P109.

¹⁸² -- Stéphanie Damarey, Rapport concernant les régimes de responsabilité financière des gestionnaires publics, Analyse comparée, Propositions pour un régime de responsabilité des gestionnaires publics. P140.

الذين طالبوا بإصلاح نظام المسؤولية¹⁸³، وهو ما يعني إلغاء الأحكام والقرارات بالعجز وبالتالي التقليل من سلطات القاضي المالي الذي لم يعد مسموحاً له أن يتجاوز حدود الغرامات. إن تحول القاضي لمجرد مدقق لن ينقص من قوة النظام في حماية النظام العام، إذا كان ذلك مرتبطاً بتقوية مصالح الرقابة الداخلية بمختلف الأجهزة العمومية، مع الحرص على تتبع تنفيذ توصيات القاضي المدقق، مع إلزام المصالح الأمرة بالصرف بالتنسيق المسبق مع مصالح التدقيق قبل القيام بالعمليات المالية ذات المبالغ المهمة.

خاتمة:

يتأكد القاضي المالي من مشروعية العمليات المالية التي يقوم بها المحاسب العمومي صرفاً وتحصيلاً، ويقوم بإصدار أحكام وقرارات بالعجز كلما كشف خرقاً قانونياً، إلا أن المسؤولية الموضوعية للمحاسب لا تحول دون لجوء القاضي لسلطته التقديرية في العديد من القرارات، كما يقوم قاضي الحسابات في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية بزجر المخالفات من خلال إصدار الغرامات ضد المدبرين العموميين لردعهم عن تكرار المخالفات المرتكبة مستقبلاً. ويمارس القاضي المالي صلاحيات غير قضائية تجعل منه قاضياً مدققاً يراقب تسيير الأجهزة العمومية وقيم البرامج والمشاريع العمومية، ويراقب استعمال الأموال العمومية، إلا أن مآل توصياته يبقى مجهولاً لغياب التتبع والتنفيذ.

إن الطابع القضائي للمحاكم المالية لم يحد من تكرار نفس المخالفات ونفس الأحكام سنوياً، وهو ما يستدعي إصلاحاً وتعديلاً من إلغاء الطابع القضائي والتركيز على مهام التدقيق وعقاب الجرائم المالية أمام المحاكم المختصة، مع تقوية الرقابة الداخلية في الأجهزة العمومية سيرا على نهج الدول الانجلوساكسونية وأمريكا والمملكة المتحدة.



¹⁸³ -M. Lascombe et X. Vandendriessche, Plaidoyer pour assurer le succès d'une réforme. La loi organique relative aux lois de finances et la nécessaire refonte de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables, RFDA 2004, p. 398

-B. Poujade, La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux, AJDA 2005, p. 703.

- A. Froment-Meurice et N. Groper La responsabilité des acteurs de la gestion publique en matière budgétaire, financière et comptable : l'heure du bilan, AJDA 2005, p. 714.

- Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, RFDA 2008, p. 165.

اختصاص المحاكم المغربية في مساطر صعوبات المقاولة العابرة للحدود

The jurisdiction of the Moroccan courts in dealing
with the difficulties of cross-border enterprises

 **Ait Abdelkrim Yassine**

Doctoral research student
College of Legal, Economic and Social Sciences
Meknès - Moulay Ismail University
E.Mail : izerfane221@gmail.com

 **ياسين أيت عبد الكريم**

طالب باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
مولاي اسماعيل - مكناس

ملخص

عمل المشرع المغربي على ضمان حماية شمولية للمقاولة، وخصوصا التي تواجه صعوبات تمتد إلى دول أجنبية مختلفة، وذلك من خلال سن مقتضيات تشريعية تضمنها القسم التاسع من الكتاب الخامس الجديد من مدونة التجارة، والتي من شأنها بيان ضوابط ومعايير إسناد الاختصاص في نظر المنازعات الناشئة عن هذه الصعوبات من طرف القضاء سواء الوطني أو الأجنبي، وذلك بهدف حماية مصالح المدينين والأجراء.

غير أن هذه المقتضيات تبقى قاصرة ما لم يكن تطبيقها على الوجه المطلوب من طرف القضاء التجاري المغربي والأجنبي، دون أي اعتبار للنظام العام ومبدأ المعاملة بالمثل.

ويطرح موضوع ضوابط اختصاص القضاء المغربي في مساطر العابرة للحدود لصعوبات المقاولة عدة إشكالات، نحاول مقاربتها، مع بيان ما ينتج عن ذلك من آثار قانونية.

الكلمات المفتاحية: المقاولة- عابرة للحدود - الاختصاص- المسطرة الرئيسية- الإفلاس- الإعسار.

SUMMARY

The Moroccan legislator worked to ensure comprehensive protection for enterprises, especially those facing difficulties extending to various foreign countries, by enacting legislative requirements contained in Section Nine of the new Book Five of the Code of Commerce, which would clarify the controls and criteria for attributing jurisdiction in the consideration of disputes arising from these matters. Difficulties by the judiciary, whether national or foreign, with the aim of protecting the interests of debtors and employees.

However, these requirements remain inadequate unless they are applied in the manner required by the Moroccan and foreign commercial judiciary, without any regard to public order and the principle of reciprocity.

The subject of controls on the jurisdiction of the Moroccan judiciary in cross-border procedures for entrepreneurship difficulties raises several problems, which we are trying to approach, while explaining the resulting legal implications.

Keywords: entrepreneurship - cross-border - jurisdiction - main procedure - bankruptcy - insolvency.

مقدمة

نتج عن توسع التجارة والاستثمار بين الدول ظهور نوع جديد من الشركات المتعددة الجنسيات، وتداخل العلاقات بين المقاولات والأشخاص باختلاف دول انتمائهم، كما أصبحت مساطر صعوبات المقاولات المعتمدة داخل كل دولة غير قادرة على معالجة صعوبات المقاولات العابرة للحدود، وقاصرة على إخراج المقاولات من الصعوبات التي تلحق بها، وعلى حماية مصالح الدائنين والأجراء. إضافة إلى تزايد محاولات المقاولات المتوقفة عن الدفع التملص من مسؤولياتها، بإخفاء أصولها أو بتحويلها إلى دولة أجنبية.

وفي ظل غياب أي نظام قانوني يمكن اعتباره متكاملًا من حيث تنظيم مساطر صعوبات المقاولات، ونظرًا لطبيعتها الدولية التي تقتضي اتخاذ إجراءات تخالف تلك التي يتم تطبيقها على الصعيد الوطني، ظهرت إشكالية قانونية تتعلق باختصاص القضاء الدولي في مساطر صعوبات المقاولات العابرة للحدود، وبمعايير امتداد آثارها إلى الدول التي تتواجد فيها أصول المقاولات أو دائنيها. ومن أجل إيجاد حل لهذه الإشكالية، ظهرت عدة محاولات فقهية وقانونية لتوحيد مساطر تسوية أو تصفية صعوبات المقاولات وتجاوز ما يترتب عن هذه المساطر من مشكلات قانونية.

وفي هذا الإطار كان صدور مدونة التجارة لسنة 1996¹⁸⁴ خطوة أساسية في مواكبة تطور المقاولات الوطنية، نظرًا لما جاء في الكتاب الخامس الخاص بتنظيم مساطر صعوبات المقاولات، بديلاً عن نظام الإفلاس المعمول به منذ سنة 1913. غير أن هذه المقتضيات سرعان ما ظهر قصورها في معالجة جملة من الإشكاليات التي ظهرت مع تنامي الشركات المتعددة الجنسيات التي تشكل عماد الاقتصاد العالمي، ووعياً من المشرع المغربي بضرورة مساهمة الاقتصاد الدولي فإنه عجل بنسخ الكتاب الخامس من مدونة التجارة الذي لم يكن ينظم مساطر صعوبات المقاولات المفتوحة خارج التراب الوطني وتعويضه بالقانون رقم 73.17¹⁸⁵، الذي خصص القسم التاسع منه للمساطر العابرة للحدود مواكبة منه لما تتطلبه التجارة الدولية من انفتاح دولي لمعالجة صعوبات المقاولات، حيث نظم فيه كيفية ولوج الطرف الأجنبي إلى المساطر الوطنية، وسبل التعاون مع

¹⁸⁴ - القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول (1417) فاتح أغسطس (1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى (3 1417 أكتوبر) 1996، ص 2187.

¹⁸⁵ - القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقاولات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان (19 1439 أبريل) 2018، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345.

المحاكم والممثلين الأجانب، إضافة إلى الاعتراف بالمساطر العابرة للحدود، متى تم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة مقابلة مستوطنة في دولة أجنبية، امتدت آثارها إلى التراب الوطني بفعل كون نسبة من أصولها أو بعض دائنها في المغرب، ما يلزم المحاكم الأجنبية المختصة لتقديم طلب الاعتراف بالمسطرة العابرة للحدود في المغرب.

لذلك تطرح إشكالية عن مدى تمكن المشرع المغربي من الموازنة بين مصالح المقابلة والدائنين وبين احترام السيادة الوطنية من خلال منحه الاختصاص للمحاكم التجارية الوطنية في تطبيق مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود.

وسنجيب عن هذه الإشكالية بتناول الأحكام العامة لاختصاص المحاكم الوطنية في مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود (المطلب الأول)، وما ينتج عن ذلك من آثار قانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام اختصاص المحاكم الوطنية في مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود

تعتبر المساطر العابرة للحدود من أهم ما جاء به القانون 17.73 من مستجد، وخصصت لها المواد من 781 إلى 7888 من الباب الثالث من القسم التاسع، وتروم اعتراف المحاكم التجارية المغربية بما يصدر عن المحاكم الأجنبية من أحكام في إطار معالجة صعوبات المقابلة، دون سلوك مسطرة تذييل هذه الأحكام بالصيغة التنفيذية¹⁸⁶ التي تتميز بتعقد إجراءاتها وتطلبها لوقت وجهد كبيرين.

وللإحاطة بأحكام هذه المساطر، يقتضي الأمر التعرف على ماهيتها (الفقرة الأولى)، ثم شروط اختصاص المحاكم الوطنية في تطبيقها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ماهية مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود

بعد أن أثبتت مسطرة تذييل الأحكام الأجنبية في مجال معالجة صعوبات المقابلة قصورها في حماية مصالح المقاولات الأجنبية وكذا حقوق الدائنين، بات ضروريا ملاءمة هذه المسطرة مع المستجدات التي يعرفها مجال المقاولات بظهور المقاولات التي تتعدد جنسيات مالكيها ومواطن استيطان أصولها ودائنها، ولتجاوز هذا الإشكال جاء المشرع المغربي في المادة 781 من مدونة التجارة بالمساطر العابرة للحدود، ومنح ممثل المقابلة الأجنبي إمكانات واسعة تمكنه من حماية مصالح المقابلة ودائنها.

¹⁸⁶ - وهو مسطرة قضائية تمنح الأحكام الأجنبية القوة التنفيذية داخل التراب الوطني، عبر إصدار حكم قضائي عن محكمة وطنية يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، كما لو أنه صدر عن محكمة مغربية.

لذلك نتطرق إلى تعريف المسطرة العابرة للحدود في معالجة صعوبات المقاولات (أولا)، ثم نطاق تطبيقها وحدودها (ثانيا).

أولا: تعريف مساطر صعوبات المقاولات العابرة للحدود

عرف المشرع المغربي المساطر العابرة للحدود من خلال المادة 768 من مدونة التجارة التي تعرف المسطرة الأجنبية بأنها: "كل مسطرة لصعوبات المقاولات مفتوحة ببلد أجنبي سواء كانت قضائية أو إدارية، بما في ذلك المساطر المؤقتة، وخاضعة للمقتضيات المنظم لصعوبات المقاولات في هذا البلد، وتكون فيها أموال المدين وأعماله خاضعة لرقابة أو إشراف محكمة أجنبية، بغرض المعالجة أو التصفية".

وما يلاحظ على هذا التعريف مطابقته لتعريف الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، حيث ينص البند (أ) من المادة 2 منه على أنه: "يقصد بالإجراء الأجنبي كل إجراء قضائي أو إداري جماعي، ولو كان مؤقتا، يتخذ بناء على قانون الإعسار في دولة أجنبية، وتخضع فيه أموال المدين وشؤونه لمراقبة أو إشراف محكمة أجنبية لغرض إعادة التنظيم أو التصفية".

ومنه يتبين تركيز المشرع المغربي في تعريفه للمساطر الأجنبية على كل من مسطرتي المعالجة والتصفية، وذلك من خلال إشارته إلى ضرورة كون المسطرة الأجنبية مفتوحة بهدف المعالجة أو التصفية، وهو ما تؤكدته الفقرة الأخيرة من المادة 791 من مدونة التجارة بنصها على أنه: "لا يجوز بعد الاعتراف بمسطرة أجنبية رئيسية، ... لأغراض فتح المسطرة طبقا لمقتضيات المادتين 575 و651 أعلاه، يعد الاعتراف بالمسطرة الأجنبية دليلا على أن المدين متوقف عن الدفع، ما لم يثبت خلاف ذلك".

كما يلاحظ تقسيم المشرع المغربي المساطر العابرة للحدود مسطرة أجنبية - إسوة بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود - إلى مسطرة أجنبية رئيسية¹⁸⁷ ومسطرة أجنبية غير رئيسية¹⁸⁸ في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 769 من مدونة التجارة.

وحيث إن هذه المساطر تتعلق بها مجموعة من المفاهيم، لعل توضيحها من شأنه أن يساعد على وضوح المقصود بالمساطر الأجنبية، فإننا نتعرض لبعضها من قبيل:

¹⁸⁷ - عرف المشرع المغربي المسطرة الأجنبية الرئيسية في البند الثاني من المادة 769 من مدونة التجارة بأنها: "كل مسطرة تتم في الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي لمصالح المدين".

¹⁸⁸ - عرف المشرع المغربي المسطرة الأجنبية غير الرئيسية في المادة 769 من مدونة التجارة بأنها: "كل مسطرة تتم في الدولة التي توجد فيها مؤسسة المدين بمدلول البند الأخير من هذه المادة".

الممثل الأجنبي: حسب المادة 769 من مدونة التجارة هو: "كل شخص أو هيئة مأذون لهما في إطار مسطرة أجنبية بإدارة أموال المدين وشؤونه عن طريق المعالجة أو التصفية، أو التصرف كممثل لمسطرة أجنبية"، وبذلك يكون الممثل الأجنبي كل مأذون له بإدارة أموال المقاول أو المدين وشؤونه أو بمتابعة الإجراءات في مساطر المعالجة والتصفية القضائية للمقاول الأجنبية كطلب الاعتراف بها والتعاون القضائي بشأنها، ويتم تعيينه سواء من طرف القاضي أو أي هيئة مختصة أخرى، ولو مؤقتا.

المحكمة الأجنبية: ويقصد بها "كل سلطة قضائية أو غير قضائية مختصة بمراقبة المسطرة الأجنبية أو الإشراف عليها"، حيث يمكن في بعض الدول أن يسند الاختصاص للنظر في قضايا صعوبات المقاول إلى جهات إدارية أو هيئات تحكيمية¹⁸⁹.

ثانيا: نطاق وحدود الاختصاص في مساطر صعوبات المقاول العابرة للحدود

يختلف نطاق تطبيق المساطر العابرة للحدود لصعوبات المقاول عن المساطر الداخلية، ويظهر ذلك الاختلاف من خلال ما ورد في المادة 769 من مدونة التجارة التي حددت نطاق اعتماد المسطرة الأجنبية، كما أوردت حدود تطبيقها.

ويتضح من استقراء هذه المادة حصر المشرع المغربي لنطاق تطبيق المسطرة الأجنبية في طرتي المعالجة والتصفية القضائية فقط، ليوافق بذلك قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار العابر للحدود، دون أن يشمل ذلك الإجراءات الوقائية ومسطرة الإنقاذ¹⁹⁰.

وفي تنظيمه لهذه المساطر التي تسبق مسطرتي التسوية والتصفية القضائيتين فإن المشرع المغربي قد حصر مجال أعمال المسطرة الأجنبية في مسطرتي التسوية والتصفية، مع أنه لم يوفق في ذلك لمخالفته للهدف المتمثل في حماية وتأمين أصول المدين وإنقاذ المقاولات حماية للاستثمار، ولتجاهله لدور المساطر الوقائية في إنقاذ المقاول كلما استشر ما يعرقل استمرارها.

لذلك، نرى أن المشرع المغربي وهو بصدد تنظيمه للمساطر العابرة للحدود، كان عليه أن يولي عناية خاصة للمساطر الوقائية، بالاعتراف بما لها من آثار على الصعيد الدولي، وحتى يكون تكون حماية المقاول شاملة¹⁹¹.

¹⁸⁹ - لا يسمح المشرع المغربي بإخضاع قضايا صعوبات المقاول الدولية للتحكيم، بدليل الفقرة الثانية من المادة 768 من مدونة التجارة التي تؤكد على أن من أهداف المساطر العابرة للحدود تسهيل التعاون بين المحاكم المغربية والأجنبية، الأمر الذي نستشهد به لاعتبار أن هذه المساطر تطبق فقط أمام القضاء الرسمي دون غيره من الوسائل البديلة لفض المنازعات، إلا استثناء عندما يتعلق الأمر بالمحاكم الأجنبية متى نص قانون بلدها على اللجوء إلى الوسائل البديلة في هذه القضايا.

¹⁹⁰ - نص المشرع المغربي في القانون رقم 17.37 المتعلق بصعوبات المقاول على إجراءات وقائية داخلية وخارجية، كما نظم مسطرة الإنقاذ في المواد من 560 إلى 574 من مدونة التجارة.

كما تجب الإشارة إلى أن توافر قرينة التوقف عن الدفع كشرط للاعتراف بالمسطرة الأجنبية تبقى قرينة قابلة للنفي، حيث يمكن للمدين الذي يعتبر متوقفا عن الدفع خارج التراب الوطني أن يثبت عكس ذلك داخل التراب الوطني وفقا للمادة 791 من مدونة التجارة¹⁹²، وبذلك يمكن للممثل الأجنبي أن يطلب فتح المساطر الوقائية داخل المغرب في مواجهة المدين المتوقف عن الدفع خارج المغرب، ثم بعد ذلك طلب تحويل الإجراءات الوقائية المفتوحة في المغرب إلى إجراءات التصفية. وعموما، فإن حصر المشرع المغربي لنطاق تطبيق المسطرة الأجنبية في مسطرتي التسوية والتصفية القضائية، من شأنه أن يفاقم من انعدام ثقة الدائنين في كل جهة أو قانون يتدخل في المسطرة.

أما عن حدود تطبيق المسطرة الأجنبية، فإن المشرع المغربي قد سطر الحدود التي يجب التزامها من أجل تطبيق هذه المسطرة، وحددها في ضرورة مراعاة النظام العام الوطني¹⁹³، واحترام الالتزامات التي ترد في الاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها المغرب.

فبالنسبة للنظام العام، فقد نص المشرع في المادة 773 من مدونة التجارة على أن يتم تطبيق المحكمة المختصة لمقتضيات المساطر العابرة للحدود لصعوبات المقابلة ما لم يكن الإجراء المطلوب أمامها مخالفا بشكل جلي للنظام العام، وفي ذلك انسجام مع القانون النموذجي للإعسار عبر الحدود، الذي يسمح للمحكمة برفض تطبيق المسطرة الأجنبية كلما تبين لها أن فيها ما يخالف السياسة العامة لدولتها.

ويلاحظ من استقراء المادة 773 من مدونة التجارة أن المشرع لم يسمح للمحكمة برفض طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية إلا متى كانت مخالفة النظام العام ظاهرة "بشكل جلي"، أي أن المحكمة لها السلطة التقديرية الكاملة في تقدير كون الإجراء الأجنبي مخالفا للنظام العام من عدمه. أما الحد الثاني الذي تجب مراعاته، فهو الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، كآلية قانونية ومرجعا خاصا للمحاكم التجارية المغربية في اعترافها بالمساطر الأجنبية، كلما صادق

¹⁹¹ - نشير إلى أن المسطرة الأجنبية وفق اللائحة الأوروبية للإعسار الدولي تشمل جل الإجراءات والمساطر السابقة على توقف المقابلة عن الدفع (مساطر الوقاية والإنقاذ) واللاحقة (التسوية والتصفية القضائية).

¹⁹² - تنص المادة 791 من مدونة التجارة على أنه: "طبقا للمادتين 575 و651 يعد الاعتراف بالمسطرة الأجنبية دليلا على أن المدين متوقف عن الدفع ما لم يثبت خلاف ذلك".

¹⁹³ - من جهة أخرى عرف الدكتور المختار بن أحمد عطار النظام العام بكونه: "جميع القواعد التي تتعلق بالمصالح العليا في المجتمع- التي تحقق له الحماية اللازمة لاستقراره واستمراره وتحقق العدالة لأفراده. والنظام العام بهذا المفهوم قد يضيق ويتسع حسب الوقت والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع".

المختار بن أحمد عطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2018، ص 196.

علميا المغرب وتم نشرها في الجريدة الرسمية، حيث تلزم المحاكم التجارية بتطبيقها دون أن يكون لها الحق في خرقها أو تجاهلها، تطبيقا لمقتضيات المادة 771 من مدونة التجارة¹⁹⁴.

الفقرة الثانية: شروط اختصاص المحاكم الوطنية في المساطر العابرة للحدود

وضع المشرع المغربي العديد من الشروط التي يجب توافرها في المسطرة الأجنبية حتى تحظى بالاعتراف بها، ويمكن تقسيمها إلى شروط موضوعية (أولا)، وأخرى شكلية (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية لاختصاص المحاكم الوطنية في المساطر العابرة للحدود

تتمثل الشروط التي يجب توافرها في المسطرة الأجنبية حتى يتم الاعتراف بها من طرف المحكمة التجارية المختصة في النظر في صعوبات المقاول، في شروط ثلاثة كالتالي:

- وجود إجراء جماعي للاعتراف بالمسطرة الأجنبية، وعرفت المادة الثانية من اللائحة الأوروبية المتعلقة بالإفلاس الدولي الإجراءات الجماعية بأنها: "تلك الإجراءات التي يشارك فيها جميع الدائنين أو جزء كبير منهم، شريطة ألا تتأثر في هذه الحالة الأخيرة مطالب الدائنين ليسوا أطرافا في هاته الإجراءات"¹⁹⁵.

ويكون هذا الإجراء بإشراك كل أو أغلب الدائنين في مسطرة واحدة بهدف المساواة بين الدائنين في ضمان تقديم مطالهم خلال المسطرة تحت إشراف السلطة القضائية.

وحتى يعتبر شرط الإجراء الجماعي قائما يجب أن يشرك الدائنون كلهم أو أغلبهم، حتى لا يستبعد الإجراء الفردي من الاعتراف، وبذلك يجب إشعار الدائنين بما فيهم الأجانب لتقديم مطالهم وفق مقتضيات المادة 780 من مدونة التجارة التي تنص على ضرورة إشعار الدائنين بالخارج المعروفين لدى المحكمة، وبالتالي اكتساب الإجراء للصفة الجماعية.

¹⁹⁴ - تنص المادة 771 من مدونة التجارة على أن: "تطبق مقتضيات هذا القسم مع مراعاة الالتزامات الواردة في المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية".

¹⁹⁵ - Article 2 (1) du Règlement (UE) 2015/848 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte): Journal officiel de l'Union européenne L 141/19, date 5.6.2015 "...procédures collectives les procédures auxquelles participe la totalité ou une partie importante des créanciers d'un débiteur, pour autant que, dans ce dernier cas, les procédures ne portent pas atteinte aux créances des créanciers qui ne sont pas parties à ces procédures ...".

وعليه يتوجب على الدولة الأجنبية التي تريد فتح المسطرة الأجنبية أن تشعر جميع الدائنين، وتوحيد تطبيق المسطرة، بناء على المادة 477 من مدونة التجارة التي توجب مراعاة تفسير قواعد القسم الخاص بالمساطر العابرة للحدود وفق المصدر الدولي¹⁹⁶.

فتح المسطرة من طرف جهة مختصة، حتى تعترف المحكمة المختصة بالمسطرة الأجنبية، يتوجب فتح هذه المسطرة من طرف سلطة مختصة سواء إدارية أو قضائية، كما هو منصوص عليه في المادة 769 من مدونة التجارة¹⁹⁷.

ويأتي الاعتراف بالمساطر المفتوحة من طرف الجهات الإدارية توفيراً لما يكفي من الضمانات لحماية مختلف الحقوق، بما فيها الولوج إلى المحاكم من أجل فرض الرقابة القانونية على الإجراءات، وكذا البت في ما ينشأ عنها من نزاعات.

خضوع المسطرة الأجنبية للمقتضيات القانونية لصعوبات المقاولات في البلد الذي تم فتح المسطرة الأجنبية فيه، وذلك وفقاً للمادة 769 من مدونة التجارة الذي يوافق المادة الثانية من قانون الأونيسيتال، وقانون الاتحاد الأوروبي¹⁹⁸.

أن يكون المدين خاضعاً لسلطة محكمة أجنبية، بحيث يكون تحت إشراف المحكمة طبقاً للمادة 769 من مدونة التجارة التي تنص على أن: "... وتكون فيها أموال المدين وأعماله خاضعة لرقابة أو إشراف محكمة أجنبية".

ثانياً: الشروط الموضوعية لاختصاص المحاكم الوطنية في المساطر العابرة للحدود

لا يكفي توافر الشروط الموضوعية حتى تحظى المسطرة الأجنبية في صعوبات المقاولات بالاعتراف من طرف المحكمة التجارية المختصة داخل التراب الوطني إلا بتحقيق شروطها الشكلية، وتمثل أهمها في تقديم الممثل الأجنبي لطلب يرمي من خلاله الاعتراف بهذه المسطرة، وأن يتم هذا التقديم أمام الجهة القضائية المختصة.

¹⁹⁶ - نشير إلى أن غالبية مقتضيات القسم التاسع من مدونة التجارة مقتبسة من قانون الأونيسيتال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى القرار رقم 52.158 في 15 دجنبر 1997، باعتباره مصدراً رئيسياً للمساطر العابرة للحدود.

¹⁹⁷ - تنص المادة 769 من مدونة التجارة على أن: "

¹⁹⁸ - considérant 16 Règlement (UE) 2015/848 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte): Le présent règlement devrait s'appliquer aux procédures fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité. Toutefois, les procédures fondées sur une disposition générale du droit des sociétés qui n'a pas été exclusivement prévue pour les situations d'insolvabilité ne devraient pas être considérées comme fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité".

- فبالنسبة للشرط الأول، فإن الممثل الأجنبي مدعو أن يكون على مطلقا على طبيعة المسطرة المفتوحة وأطرافها والإجراءات التي سبق اتخاذها من أجل الحفاظ على مصالح المفاوضة والدائنين. وقد أجاز المشرع المغربي بمقتضى المادة 781 من مدونة التجارة للممثل الأجنبي أن يتقدم إلى المحكمة المختصة طالبا الاعتراف بالمسطرة الأجنبية لصعوبات المفاوضة¹⁹⁹.

وقد حصرت المادة 781 من مدونة التجارة الجهات التي تم تحويلها حق تحويلها الحق في تقديم الطلب للاعتراف بالمسطرة الأجنبية في شخص الممثل الأجنبي، شريطة إرفاقه وجوبا بنسخة من القرار القاضي بفتح المسطرة الأجنبية²⁰⁰ أو شهادة تعيين الممثل الأجنبي وكل ما يثبت صفة الممثل الأجنبي وأهليته القانونية لمباشرة مسطرة الاعتراف، ويتصريح يعدة هذا الممثل يشير إلى جميع المساطر الأجنبية المعروفة لديه والمتعلقة بالمدين²⁰¹.

- أما الشرط الثاني فيتمثل في الاختصاص القضائي للاعتراف بالمسطرة الأجنبية، أي الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية في فتح المسطرة الأجنبية، وكذا اختصاص المحكمة الوطنية للبت في طلب الاعتراف بهذه المسطرة.

ويشترط للاعتراف بالمسطرة الأجنبية من طرف المحاكم الوطنية، أن يصدر قرار فتح المسطرة من طرف المحكمة الأجنبية ذات الاختصاص، هذا الأخير الذي ينعقد بتحقيق ضابط وجود المركز الرئيسي للمفاوضة في دائرة اختصاص المحكمة الأجنبية، متى تعلق الأمر بالمسطرة الأجنبية الرئيسية، أو بوجود مؤسسة المدين بنفس الولاية متى تعلق الأمر بالمسطرة غير الرئيسية. ويقصد بمركز المصالح الرئيسية للمدين حسب المادة 782 من مدونة التجارة المقر الاجتماعي للشخص الاعتباري أو محل الإقامة بالنسبة للشخص الذاتي، ويلاحظ من تعريف المشرع المغربي اعتماده على معيارين لتحديد مركز المصالح الرئيسية للمدين، أولهما المقر الاجتماعي متى كان الشخص اعتباريا، والذي يتمثل في مركز إدارتها الرئيسي المحدد في نظامها الأساسي، بينما يتمثل المعيار الثاني في محل الإقامة الاعتيادي متى كان الشخص ذاتيا²⁰².

¹⁹⁹ - لم يلزم المشرع المغربي الممثل الأجنبي بالاستعانة بالمحامي، رغم أن هذه المسطرة أمام المحكمة التجارية تكون كتابية وفقا للمادة 13 من مدونة التجارة.

²⁰⁰ - يمكن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية المؤقتة التي لم يفصل فيها حكم نهائي، كما يمكن أن يكون الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون في الدولة التي صدر فيها، وبالتالي يكون قابلا للتنفيذ ولو لم يكن نهائيا.

²⁰¹ - نور الدين الرحالي، المساطر العابرة للحدود لصعوبات المفاوضة، أي نظام قانوني لأية أهداف اقتصادية، سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية، العدد الثاني نوفمبر 2018، ص 454.

²⁰² - عبد الرحيم السلماني، الوجيز في قانون الشركات، مطبعة طوب ريس، 2020، ص 131.

أما المعيار الثاني فمؤداه من خلال المادة 769 من مدونة التجارة أن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية غير الرئيسية يتوقف كذلك على تواجد مؤسسة المدين في دائرة اختصاص المحكمة الأجنبية، ويقصد بالمؤسسة كل محل يمارس فيه المدين نشاطه الاقتصادي الاعتيادي.

أما اختصاص المحكمة الوطنية للبت في طلب الاعتراف بهذه المسطرة، فإن المادة 581 من مدونة التجارة تمنح هذا الاختصاص للمحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان مؤسسة التاجر أو المقر الرئيسي للشركة، وبذلك يجب على الممثل الأجنبي وهو يقدم طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية أن يحرص على أن يكون ذلك أمام المحكمة التجارية المختصة محليا، أي تلك التي يحق لها النظر في طلب افتتاح مساطر معالجة الصعوبات في مواجهة المقابلة المتوقفة عن الدفع، والتي يقع في دائرة نفوذها مكان المؤسسة.

المطلب الثاني: البت في طلب الاعتراف بالمساطر الأجنبية وآثاره القانونية

يتوجب على المحكمة الوطنية المختصة بالنظر في طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية قبل أن تصدر حكمها في الطلب أن تتأكد من توافر الشروط التي يتطلبها المشرع المغربي، ويمكن لها أن تتخذ مجموعة من التدابير الاحترازية نظرا لما منح لها من صلاحيات (الفقرة الأولى)، كما أن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية يقتضي تقيد المحكمة التجارية الوطنية بمضمون الاعتراف، وبتطبيق ما ينتج عليه من آثار قانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسطرة البت في طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية

صلاحيات المحكمة الوطنية المختصة للبت في طلب الاعتراف (أولا)، ثم تناول المركز القانوني للدائنين في المساطر العابرة للحدود (ثانيا).

أولا: صلاحيات المحكمة الوطنية المختصة للبت في طلب الاعتراف

تتمتع المحكمة الوطنية المختصة بالنظر في طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية بعدة صلاحيات وهي تبت في الطلب، ومن تلك الصلاحيات مراقبتها مدى استيفاء الطلب للشروط المطلوبة، كما يمكنها أن تتخذ عدة تدابير قبل البت في الطلب، ووفق آجال محددة.

أثناء بتها في طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية المقدم من طرف الممثل الأجنبي، فإن المحكمة التجارية المختصة تتمتع بصلاحيات مختلفة وفقا للمادة 786 من مدونة التجارة، تبدأ بمراقبتها للطلب المقدم أمامها والتأكد من مدى استيفائه للشروط النظامية المطلوبة، كما يمكنه اتخاذ عدة تدابير في شأن ذلك.

فبالنسبة للتدابير الاحترازية التي تسبق البت في طلب الاعتراف، فقد نصت عليها المادة 784 من مدونة التجارة، وتتمثل في:

- وقف أو منع المطالبات القضائية والإجراءات التنفيذية على أصول المدين المنصوص عليها في المادة 686 من مدونة التجارة؛
 - منع المدين من التصرف في أمواله سواء بنقلها أو تفويتها أو تأسيس أي ضمان عليها؛
 - إسناد مهمة إدارة وتحقيق أصول المدين إلى الممثل الأجنبي أو سنيديك تعينه المحكمة؛
 - اتخاذ إجراءات الحصول على وسائل الإثبات والمعلومات الضرورية بأصول وحقوق وواجبات المدين.
- وينتهي مفعول هذه التدابير بمجرد البت في الطلب، ما لم تقرر المحكمة تمديد العمل بها، تجنباً لحماية أموال المدين وحقوق الدائنين.
- أما صلاحية مراقبة توافر شروط المسطرة الأجنبية، فتفرض على المحكمة المختصة التأكد مما يلي:

- ضرورة كون المسطرة الأجنبية المطلوب الاعتراف بها مسطرة قضائية أو إدارية؛
 - كون المسطرة جماعية بطبيعتها، أي أنها تهم مصالح جميع الدائنين؛
 - ارتباط المسطرة الأجنبية بالمقتضيات القانونية المتعلقة بصعوبات المقاول؛
 - حصول الممثل الأجنبي المقدم للطلب على إذن مسبق لإدارة أو تسوية أو تصفية موجودات المدين، أو للتصرف كممثل للمسطرة الأجنبية.
- وقد تثار بعض الصعوبات أثناء النظر في هذه المسطرة، من قبيل مدى إمكانية المحكمة المختصة وقدرتها على مراقبة صحة الوثائق التي يدلي بها الممثل الأجنبي، وتقييم الأدلة المقدمة من طرفه، ومن إمكانية التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية فاتحة المسطرة.
- وحيث إن نظام صعوبات المقاول عبارة عن سلسلة من الإجراءات المرتبطة، فإن عنصر الزمن له دور أساسي في السير السليم للمسطرة الأجنبية، لذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة 781 من مدونة التجارة على ضرورة أن "تبت المحكمة المختصة في طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية في أقرب الآجال"، هذه العبارة الأخيرة تمنح للمحكمة سلطة ومرونة في تحديد أجل البت دون أن يعني ذلك تمديده بشكل يفرغ المسطرة من غايتها.

ثانيا: المركز القانوني للدائنين في المساطر العابرة للحدود

تهدف المسطرة الأجنبية في مساطر صعوبات المقابلة أساسا إلى حماية حقوق الدائنين سواء القاطنين فوق التراب الوطني أو في دولة أجنبية، ومن أجل ذلك عمل المشرع المغربي من خلال القانون 17.37 على تعزيز مركز الدائنين في مساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود، حيث نص على مقتضيات قانونية تضمن المساواة بينهم بغض النظر عن بلد الإقامة، مع ضرورة مراعاة تنازع القوانين وما يوجبه من تحديد القانون الواجب التطبيق.

فبخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق لحماية حقوق الدائنين وكحل لمسألة تنازع القوانين، فإن المشرع المغربي قد لاءم القواعد الخاصة بالمساطر العابرة للحدود مع ما هو منصوص عليه في القواعد الدولية، وبتفسير مقتضيات القانون 17.37 وفقا للمصدر الدولي كما تنص على ذلك المادة 774 من مدونة التجارة، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي بدأت فيها الإجراءات الجماعية الرئيسية، شريطة أن يحكم هذا القانون جميع الجوانب الأساسية للمسطرة وتسييرها وانهاؤها.

أما المعيار الذي يعتمد عليه المشرع المغربي لاعتبار الدائن أجنبيا، فقد جاء في المادة 779 من مدونة التجارة أن: "... الدائنون القاطنون في بلد أجنبي ...". ومنه يتضح أن المشرع اعتمد على معيار الإقامة وليس الجنسية، ليكون بذلك كل دائن يقطن بالمغرب دون أي اعتبار لجنسيته دائنا وطنيا، في حين كل دائن يقطن خارج المغرب ولو كان يحمل الجنسية المغربية يعتبر دائنا أجنبيا. وهذا ما سارت عليه محكمة النقض المغربية؛ حيث اعتبرت الدائن الأجنبي هو الذي يقطن خارج المغرب ولا يتوفر على أي مقابلة به²⁰³، وبمفهوم المخالفة وحسب مقتضيات المادة 779 من مدونة التجارة يعتبر كل شخص مقيم بالمغرب بصرف النظر عن جنسيته دائنا وطنيا.

من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة للمسطرة الأجنبية، يلاحظ أن المشرع المغربي لم يعمل على تنظيم وضعية الدائنين الأجانب أو الوطنيين، غير أنه نص على مبدأ المساواة بين هؤلاء الدائنين، حيث يتمتع مختلف الدائنين بنفس الحقوق في ما يخص مباشرة إجراءات المسطرة الأجنبية أو المشاركة فيها، وذلك طبقا للمادة 779 من مدونة التجارة.

ومن الحقوق التي تتم حمايتها في المسطرة الأجنبية الاستفادة من مسطرة التصريح بالديون، هذه المسطرة التي تساعد على التعرف على خصوم المقابلة ليطمئئنا الحل على ضوءها، نظرا لاعتبار أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه، دون التمييز بين الدائن الأجنبي والوطني.

²⁰³ - قرار رقم 1396/3 بتاريخ 08/12/2011 في الملف رقم 123/3/2011، أورده علال فالي، مساطر صعوبات المقابلة، الطبعة الثالث، 2019، ص 311.

أما بخصوص إجراء إشعار الدائنين، فإن الفقرة الأولى من المادة 780 من مدونة التجارة تنص على وجوب إشعار الدائنين المعروفين لدى المحكمة القاطنين بشكل فردي سواء داخل المغرب أو خارجه، وأن تتخذ ما يناسب من التدابير من أجل ذلك.

ويكون هذا الإشعار شخصيا، ما لم تر المحكمة ضرورة اللجوء إلى شكل معين من الإشعار دونما حاجة إلى الإنابة القضائية أو أي إجراء مماثل، كأن تعتمد إلى الإعلان الجماعي إذ كان ذلك يحقق علم الدائنين.

الفقرة الثانية: الآثار القانونية لاختصاص المحاكم الوطنية في مسطر صعوبات المقولة العابرة للحدود

يترب عن صدور الحكم القضائي عن المحكمة الوطنية المختصة القاضي بالاعتراف بالمسطرة الأجنبية في مساطر صعوبات المقولة مجموعة من الآثار القانونية، ينتج بعضها عن الحكم، كما ينتج البعض الآخر عن مساطر أخرى قد تكون مفتوحة في مواجهة المدين.

وتختلف هذه الآثار بين تلك الناتجة عن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية كمسطرة رئيسية، وبين تلك الناتجة عن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية غير الرئيسية.

ويمكن تقسيم هذه الآثار إلى آثار مباشرة (أولا)، وأخرى غير مباشرة (ثانيا).

أولا: الآثار المباشرة للاعتراف بالمساطر الأجنبية

ويمكن التمييز فيما بين الآثار القانونية التي تنتج عن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الرئيسية وبين التي تنتج عن المسطرة غير الرئيسية.

1) الآثار القانونية للمسطرة الأجنبية الرئيسية

تنوع هذه الآثار بين آثار تتعلق بالمدين، وأخرى تتعلق بالدائنين، كما يلي:

فأما التي تتعلق بالمدين، فإن أهمها يتمثل في منع المدين من التصرف في أمواله، وذلك بهدف الحفاظ على حقوق الدائنين، وهذا أمر لا يتحقق بالسماح للمدين بإنقاص أمواله التي تشكل ضمانا عاما لحقوق الدائنين، وذلك وفقا للمادة 785 من مدونة التجارة التي جاء فيها أنه:

يترب عن الاعتراف بمسطرة أجنبية رئيسية: - ...

- منع المدين من التصرف في أمواله بنقلها أو تفويتها أو تأسيسها أي ضمان عليها.
- وعليه، فمجرد الاعتراف بالمسطرة الأجنبية من طرف المحكمة المختصة يمنع على المدين أن يتصرف في أمواله داخل المغرب بأي نوع من التصرفات، ولا يمكنه أن يؤسس عليها أي ضمانات أخرى.

كما يترتب عن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الرئيسية أثر مهم، يتمثل في حلول الممثل الأجنبي محل السنديك، بحيث يمكنه ممارسة كافة الدعاوى والإجراءات، كما يحق له أن يتدخل في كل مسطرة يكون المدين طرفا فيها.

- أما الآثار المتعلقة بالدائن، فبخلاف ما تخوله القواعد العامة لكل دائن من حق اتخاذ أي إجراء كفيل بحفظ حقوقه الفردية أمام القضاء واقتضاءها، مع حفظ أولويته على غيره من الدائنين بحقه في التنفيذ على أموال المدين، فإن نظام معالجة صعوبات المقاولات قد عطل قاعدة المتابعة الفردية لصالح المسطرة الجماعية، حيث تقر المادة 785 من مدونة التجارة وقف المتابعات الفردية التي يثيرها الدائنون في مواجهة المدين الخاضع لمسطرة المعالجة أو التصفية القضائية التي تم الاعتراف بها.
- ويشمل المنع وفقا لمقتضيات المادة 686 من مدونة التجارة ما يلي:
- الدعاوى الرامية إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال أو كذلك الاستمرار فيها؛
- الدعاوى الرامية إلى فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من العمل؛
- وقف إجراءات التنفيذ.

(2) آثار الاعتراف بالمسطرة الأجنبية غير الرئيسية

- يترتب عن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية غير الرئيسية أثر قانوني واحد يتمثل في تخويل الممثل الأجنبي صلاحية ممارسته لجميع الدعاوى والإجراءات التي يقوم بها السنديك شريطة أن تكون المحكمة الوطنية المختصة قد تأكدت من كون الدعاوى المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 788 من مدونة التجارة تتعلق بأموال يتم تسييرها أو إدارتها في إطار مسطرة أجنبية غير رئيسية.
- غير أن هناك عدة آثار أخرى للاعتراف بالمسطرة الأجنبية مشتركة بين المسطرة الأجنبية الرئيسية وغير الرئيسية، وتخضع هذه الآثار للسلطة التقديرية للمحكمة المختصة، التي يمكن لها أن تتخذ بعض التدابير اللازمة لحماية أموال المقاول وحقوق الدائنين.
- فبخصوص التدابير التي يمكن للمحكمة اتخاذها لحماية المصالح المختلفة بفضل ما تتمتع به من سلطة تقديرية واسعة وذلك وفق المادة 784 من مدونة التجارة، فقد جاءت كما يلي:
- وقف أو منع المتابعات الفردية وكذا الإجراءات التنفيذية، ما لم يكن ذلك ناتجا عن الحكم القاضي بالاعتراف بالمسطرة طبقا للمادة السابقة؛
 - منع المدين من التصرف في أمواله بنقلها أو تفويتها أو تأسيس أي ضمان عليها، ما لم يكن ذلك ناتجا عن الحكم القاضي بالاعتراف بالمسطرة طبقا للمادة السابقة؛

- إسناد مهمة إدارة أو بيع كل أو بعض أصول المدين المتواجدة داخل تراب المملكة إلى الممثل الأجنبي أو إلى سنديك تعيينه المحكمة؛
- اتخاذ إجراءات الحصول على وسائل الإثبات والمعلومات الضرورية المتعلقة بأصول وحقوق وواجبات المدين؛
- تمديد العمل بالتدابير المنصوص عليها في المادة 784 أعلاه.
- بمجرد اعتراف المحكمة بالمسطرة الأجنبية رئيسية كانت أو غير رئيسية، يمكن لها أن تسمح للممثل الأجنبي بناء على طلب منه بتوزيع أصول المدين مع حماية حقوق الدائنين؛
- تعديل أو إنهاء التدابير أعلاه سواء تلقائيا أو بناء على طلب من الممثل الأجنبي أو كل متضرر من هذه التدابير.
- أما من حيث الشروط المطلوب توافرها لاتخاذ التدابير أعلاه من طرف المحكمة المختصة فباستقراء الفقرة الأولى من المادة 786 من مدونة التجارة، يتبين أن المشرع المغربي قد اشترط مجموعة من الشروط منها:
- أن تكون التدابير المتخذة من طرف المحكمة المختصة ضرورية وملزمة لحماية حقوق الدائنين وأموال المدين؛
- تقديم الطلب بخصوص التدبير المراد اتخاذه من طرف الممثل الأجنبي.

ثانيا: الآثار غير المباشرة للاعتراف بالمسطرة الأجنبية

يقتضي الاعتراف بالمسطرة الأجنبية في صعوبات المقابلة تحقق التعاون والتنسيق بين عدة جهات متدخلة في المسطرة، أمر لا يتحقق إلا بوجود قواعد تضبط هذا التعاون السلطات الوطنية والأجنبية، كما يترتب عن هذا الاعتراف تزامنها وتعارضها مع مسطرة أخرى مفتوحة في مواجهة نفس المدين، مما يستوجب توفير آليات تحد من تنازع الاختصاص القانوني والتشريعي.

1) التعاون بين السلطات الوطنية والأجنبية

تنص المادة 789 من مدونة التجارة على وجوب تعاون وتنسيق المحكمة المغربية مع المحاكم الأجنبية والممثلين الجانب، وبيانا لذلك جاءت المادة 790 من نفس المدونة لتوضيح كيفية هذا التعاون الذي يكون من خلال:

- تعيين شخص أو جهاز للتصرف تبعا لأوامر المحكمة؛
- تزويد بالمعلومات بكل طريقة تعتبرها المحكمة ملائمة؛
- التنسيق بين المحاكم فيما يخص إدارة ومراقبة أموال وشؤون المدين؛
- الموافقة وتنفيذ الاتفاقات المتعلقة بتنسيق الإجراءات؛

- التنسيق بين مساطر صعوبات المفاولة المفتوحة في آن واحد في حق نفس المدين داخل المغرب وخارجه".

أ- تعيين شخص أو جهاز للتصرف تبعا لأوامر المحكمة

وقد استمد المشرع المغربي هذا الإجراء من القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود، ومقتضاه تعيين شخص أو هيئة لتولي تسيير التنسيق في الإجراءات الجماعية التي تجري في دول مختلفة في مواجهة نفس المدين، ويحدد له صلاحياته.

ب- إبلاغ المعلومات بكل وسيلة مناسبة

يعتبر الاتصال بين السلطات التي تتولى إدارة الإجراءات الجماعية عنصرا مهما في التعاون، وكذلك بين المحاكم وممثلي الإجراءات الجماعية، ويكون هذا الاتصال من خلال إبلاغ المعلومات سواء بتبادل الوثائق كالقرارات ومحاضر الإجراءات، أو يكون شفويا، أو عن طريق وسيط تعيينه المحكمة، أو بكل وسيلة تضمن التعاون بين المحكمة الوطنية والأجنبية²⁰⁴.

ت- إدارة أصول المدين والإشراف عليها

يغلب أن يتطلب تسيير الإجراءات الجماعية عبر الحدود استمرار استخدام أصول المدين أو التصرف فيها خلال الإجراءات، وذلك بقصد حماية مصالح الأطراف وتفادي المنازعات التي قد تنشأ عن تجميدها.

1) التنسيق بين تزامم المساطر الأجنبية

إن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية في مساطر صعوبات المفاولة قد يتزامن مع فتح مسطرة ثانية مفتوحة في مواجهة نفس المدين، سواء كان ذلك في المغرب أو خارجه، الأمر الذي يوجب على المحاكم تنسيق تعاونها لحسن سير هذه المساطر.

ولذلك أقر المشرع المغربي عدة آليات قانونية تخص تزامم المساطر في مواجهة نفس المفاولة، بحيث أوجب على المحكمة الوطنية اتخاذ إجراءات وتدابير وردت في المواد من 791 إلى 794 من مدونة التجارة.

في حالة تزامم مسطرتين وطنية وأجنبية في مواجهة نفس المفاولة المدينة، فقد سن المشرع المغربي مقتضيات قانونية خاصة للتنسيق بين المسطرتين، غير أن الأمر يختلف في ما إذا كان التنسيق مع مسطرة أجنبية رئيسية ومسطرة أجنبية غير رئيسية.

فإذا كان الأمر يتعلق بمسطرة أجنبية رئيسية، يجب التمييز بين حالتين:

²⁰⁴ - عبد الرحيم شميعة، شرح أحكام نظام مساطر صعوبات المفاولة في ضوء القانون 73.17، مطبعة سجداسة، 2018، ص 72.

- حالة فتح المسطرة الوطنية عند تقديم طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الرئيسية، فوفقا للمادة 792 من مدونة التجارة فإن مقتضيات المادة 785 هي الواجبة التطبيق، غير أن المسطرة الوطنية التي سبق فتحها تكون قد قامت فيها المحكمة الوطنية بجميع التدابير الكفيلة بحماية مصالح المرافعة، وبذلك يكون المشرع المغربي قد أفرغ المسطرة الأجنبية الرئيسية من أثارها القانونية، لتبقى بذلك التدابير المنصوص عليها في المادة 785 من مدونة التجارة بدون فائدة.

- حالة فتح المسطرة الوطنية بعد الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الرئيسية، تقضي المادة 791 من مدونة التجارة بعدم جواز فتح أي مسطرة لصعوبات المرافعة من طرف المحكمة الوطنية بعد الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الرئيسية، إلا في حالة توفر المدين على أصول داخل المغرب، وبالقدر الكافي لتحقيق التعاون.

أما إذا كان الأمر يتعلق بالمسطرة الأجنبية الغير الرئيسية، فيمكن التمييز كذلك بين حالة فتح المسطرة الوطنية قبل تقديم طلب الاعتراف، وحالة فتح المسطرة الوطنية بعد الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الغير الرئيسية، كما يلي:

- حالة فتح المسطرة الوطنية قبل طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الغير الرئيسية، وهذه الحالة مؤطرة بالبند الأول من المادة 792 من مدونة التجارة التي تنص على ضرورة أن يكون تدبير يتخذ طبقا للمادتين 784 و 786 موافقا للمسطرة المفتوحة، أي أن المحكمة المختصة تراعي التدابير التي يمكن أن تآمر بها قبل البت في المسطرة الوطنية.

- حالة فتح المسطرة الوطنية بعد تقديم طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية الغير الرئيسية، حيث يكون فتح المسطرة الوطنية لاحقا للاعتراف بالمسطرة الأجنبية أو بعد تقديم طلب الاعتراف، وفيها تعيد المحكمة النظر في كل تدبير متخذ بشأن الاعتراف وفقا للمادتين 784 و 786 إما بتعديل الطلب أو إنهائه بما يناسب المسطرة الوطنية المفتوحة.

من خلال ما سبق، نخلص على المساطر الأجنبية تعتبر من المستجدات التي وردت في القانون رقم 73.17 بغية انفتاح المغرب على مساطر صعوبات المرافعة العابرة للحدود، وتوفير سبل التعاون الدولي القضائي، الذي يجب على المحاكم الوطنية تنفيذه.

خاتمة

من خلال معالجة موضوع اعتراف المحاكم الوطنية بالمساطر الأجنبية في مساطر صعوبات المقابلة، يتضح أن المشرع المغربي أحاطه بإطار قانوني ملائم للأحكام الأجنبية التي صدرت في مادة صعوبات المقابلة، يتمثل في الاعتراف بالمساطر الأجنبية كبديل لمسطرة تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

ويستنتج مما سبق أن الدول تنقسم في تبنيها لمساطر صعوبات المقابلة العابرة للحدود إلى اتجاهين، يستند الأول على قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود لسنة 1997، بينما يستند الاتجاه الثاني على التنظيم الأوروبي المتعلق بمساطر الإعسار لسنة 2015، كما أن المشرع المغربي ينفرد عن هذين التشريعين بتحويله لنفس الحقوق دون التمييز بين الدائن الأجنبي والوطني، من قبيل الحق في تقديم طلب فتح مسطرة صعوبات المقابلة والحق في المشاركة في المسطرة الوطنية المفتوحة سلفا.

ولقد حصر المشرع المغربي المساطر العابرة للحدود في مسطرتين اثنتين هما التسوية والتصفية القضائيتين، عكس المشرع الفرنسي الذي مددها لتشمل مسطرة الإنقاذ وتطبيقاتها. ورغم توفيق المشرع المغربي في مساعاه، إلا أنه لا يمكن اعتبار أن الاعتراف بالمسطرة الأجنبية دليلا على توقف المدين عن الدفع، ما يؤثر على ثقة الدائنين بالمقابلة، لذلك نورد الاقتراحات التالية:

- توسيع مجالات أعمال المسطرة الأجنبية، لتشمل مساطر الوقاية والإنقاذ، لما لها من دور مهم في حماية المصالح وتجنب المقابلة التوقف عن الدفع؛
- تحديد أجل قانوني للبت في الاعتراف بالمسطرة الأجنبية ضمانا للسرعة والبت في أجل معقول الذي يجب أن يطبع تدخلات المحاكم التجارية؛
- إلزام الممثل الأجنبي بالاستعانة بمحام لتقديم طلب الاعتراف بالمسطرة الأجنبية، مع وضع جزاء على مخالفة هذا المقتضى، مع ضرورة الأخذ بمقتضى المادة 12 من قانون الأونسيترال التي تعترف للممثل الأجنبي بالمشاركة في أي مسطرة وطنية مفتوحة سواء كانت رئيسية أو غير رئيسية؛

- ضرورة بيان الوثائق التي يجب إرفاقها بطلب اللجوء إلى المساطر الوطنية لصعوبات المقابلة؛
- تحديد المسؤولية المدنية والجنائية للممثل الأجنبي، مع النص على ما يمكن ممارسته من طرق الطعن التي من شأنها مراجعة ما قد يصدر من أوامر أو أحكام عن المحكمة المختصة.



حدود سلطة القاضي وضوابط أعمال أحكام الفقه المالكي

Limits of the Judge's Authority and the Regulations for Implementing the Provisions of Maliki Jurisprudence

✍ أحمد راجي

طالب باحث بكلية الحقوق سلا

Ahraji85@hotmail.com

المخلص:

يتناول المقال إشكالية أنه بالرغم من أن النزاعات اليوم المتعلقة بالأحوال الشخصية والقضايا المتعلقة بالعقار يخضعان إلى مدونة الأسرة ومدونة الحقوق العينية، فإن نصوص الفقه الإسلامي ولاسيما الفقه المالكي، اعتمدها المشرع كمصدر مباشر يستمد منه القواعد القانونية، إضافة إلى اعتماده كمصدر مكمل فيما لم يرد فيه نص، حيث في كثير من الحالات يجد القاضي نفسه أمام فراغ تشريعي أو نص قانوني غير واضح، أو حتى في حالة وجوده ولكن القضاء يعتبره غير كاف، فيضطر إلى الاستناد بقواعد الفقه المالكي في حدود ما نصت عليه المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على أنه تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي؛ وكذلك المادة 400 من مدونة الأسرة.

الكلمات المفتاح: حدود سلطة القاضي - ضوابط السلطة التقديرية - سلطة القاضي في أعمال أحكام الفقه المالكي.

ABSTRACT:

Limits "Although the disputes today related to personal status and real estate issues are governed by the Family Code and the Civil Code of Property Rights, the texts of Islamic jurisprudence, especially the Maliki fiqh, have been relied upon by the legislator. The legislator uses its rulings and legal principles as a direct source from which legal rules are derived, in addition to using it as a complementary source when there is no explicit text. In many cases, the judge finds himself facing a legislative vacuum, an unclear legal text, or even in situations where a text exists but the court deems it insufficient. As a result, the judge is compelled to resort to the principles of Maliki fiqh within the limits specified in Article 1 of the Civil Code of Property Rights, which states that the provisions of the royal decree issued on the 9th of Ramadan, 1331 (August 12, 1913), as the Law of Obligations and Contracts, shall apply in cases where no text is provided in this law. If no text exists, reference is made to the prevailing and well-established opinions and practices of Maliki fiqh. This is also in line with Article 400 of the Family Code".

مقدمة:

يعتبر منصب القضاء هو المحك الحقيقي للقانون لتعلقه المباشر بالواقع، ذلك أنه لا جدال في أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون كما هو وليس تعديله، إذ التعديل وظيفة المشرع، والقانون يتحدد معناه ومبتغاه بما قصده المشرع عند وضعه، والقاضي ملزم بتطبيق مقصود المشرع، ولما كان المطلوب من القاضي فض النزاع بين المتقاضين، ومن المعلوم أن نصوص القانون محدودة، ونوازل وقضايا الناس غير محدودة.

ولكي تشمل هذه النصوص كافة القضايا البشرية، وتواكب كل ما يعرفه المجتمع من تطورات، وما يلم به من مستجدات، ترك المشرع القانوني الباب مفتوحا للقضاة لاستنباط الأحكام المناسبة، وإيجاد الحلول القانونية، لما يجد من الوقائع والأحداث، ولذلك أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية للنظر والأخذ ببعض أحكام وقواعد الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي. ومن خلال ذلك تطرح الأسئلة التالية: ما هي حدود سلطة القاضي في أخذه بقواعد الأحكام الفقهية المالكية؟ وما هي ضوابط أعمال هذه الأحكام في علاقتها مع المبدأ الذي يلزم القاضي بعدم الاجتهاد خارج النص؟

المبحث الأول: حدود السلطة التقديرية للقاضي.

ما من شك في أن السلطة التقديرية تحتل أهمية كبرى في عمل القاضي سواء من خلال الإجراءات التي يضطلع بها في إطار إشرافه على مسار الدعوى أو أثناء انعقاد الجلسة أو من خلال الحكم الذي يصدره لفائدة هذا الطرف أو ذاك، ومن هنا يمكن القول بأن السلطة التقديرية تعتبر قطب الرمح الذي يدور حوله كل عمل القاضي²⁰⁵. وقبل الخوض في حدود السلطة التقديرية للقاضي لابد من تحديد مفهومها حيث الحكم على الشيء فرع عن تصوره؟.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية.

أولاً: مفهوم السلطة التقديرية لغة واصطلاحاً وقانوناً.

السلطة من مادة: (سلط) السين واللام والطاء أصل واحد، وهو القوة والقهر. من ذلك السلاطة، من التسلط وهو القهر، ولذلك سمي السلطان سلطاناً. والسلطان: الحجة. والسلط من الرجال: الفصيح اللسان الذرب. والسلطة: المرأة الصخابة²⁰⁶.

²⁰⁵ محمد سعد جنودي "الطرد التعسفي للأجير بين التشريع والقضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 2002، ص: 165.

²⁰⁶ أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: 1399 هـ - 1979 م. - محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، لناشر: دار الكتب العلمية، ط 1، 2003، ج 7، ص 320. (مادة سلط).

وَسُلْطَ يَسْلُطُ تَسْلُطًا، فهو مُتَسَلِّطٌ، وهي تعني القهر والقوة، والتسليط: السيطرة والتحكم، ولذا يقال سلطه الله عليهم فتسلط، والاسم منه سُلْطَةٌ، والسُّلْطَةُ بكسر السين تعني السهم الطويل الذي فاق غيره، والجمع منه سلاط، وسُلطان كل شيء: جدته وشدته²⁰⁷

وقد وردت في القرآن بمعنى القدرة والسطة والحجة والبرهان. ومنه قوله تعالى: { وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطْهُمْ عَلَيْكُمْ فَלَقَاتَكُمُ }²⁰⁸. وقوله تعالى: { وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ }²⁰⁹. وقوله تعالى: { مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ }²¹⁰. وقوله تعالى: { الْأَعْدَابُ عَذَابٌ شَدِيدٌ أَوْ لَذْبَحُهُ أَوْ لِيَأْتِيَنَّ بِسُلْطَانٍ مُبِينٍ }²¹¹ فهي القدرة القاهرة، والقوة الغالبة، أي السيطرة، والحجة والبرهان²¹².

ثانيا: السلطة اصطلاحاً:

وأما السلطة في الاصطلاح فإن هذا اللفظ أي (السلطة)، سواء كان دالا على سلطة ولي الأمر أو على سلطة القاضي، لم يكن متداولاً ولا مشهوراً، ذلك أن الفقهاء عندما عالجوا موضوع السلطة، لم يستخدموا لفظ السلطة إلا في عهود متأخرة، نظراً لما قد يوحي به اللفظ من نزعة التحكم والتسلط²¹³، وقد عبر الفقهاء عن لفظ السلطة بمرادف آخر وهو (الولاية بمعنى الوالي أو الإمام أو الخليفة أو السلطان ... وبناء على ذلك، قسموا الولاية إلى ولاية عامة وهي التصرف العام على شؤون الناس عامة كرئيس الدولة، والولاية الخاصة وهي الولاية للأفراد بصفته الشخصية كولاية الأب على الأبناء²¹⁴.

ثالثاً: مفهوم السلطة التقديرية قانوناً.

هي مرادفة للاجتهاد القضائي الذي يعرف بأنه: مجموعة من الحلول القانونية المتوصل إليها بمناسبة البت في نازلة معينة، إما بمناسبة تفسير نص قانوني غامض، أو إتمام نص جاءت صياغته ناقصة، أو حتى في معرض المساهمة في خلق القاعدة القانونية عندما لا ينظم المشرع وضعية قانونية معينة؛ فهي إذن مكنة قانونية للقاضي قوامها نشاط ذهني²¹⁵ يقوم به بغية

²⁰⁷ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة، 1998 م، ص: 413.

²⁰⁸ سورة النساء، الآية 90.

²⁰⁹ سورة الحشر، الآية 6.

²¹⁰ سورة النجم، الآية 23.

²¹¹ سورة النمل، الآية 21.

²¹² أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: 1423 هـ / 2003 م، ج 13، ص: 176. و ج 5، ص: 307. و ج 18، ص: 10.

²¹³ قرعوش، طرق انتهاء ولاية الحكام، ص 75.

²¹⁴ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الناشر: دار القلم، ط 2، 1409 هـ / 1989 م، ص 311.

²¹⁵ عبد العالي دقوقي، بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ العقاري، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الثامن، يوليو 2007، ص 13 ..

تحقيق العدالة. وهي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي.²¹⁶

أو هي نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع، مع المقدمات المنصوص عليها في القانون فإذا ما تم كشف هذا التطابق، فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه.²¹⁷

أو هي النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح..²¹⁸ ويرتبط هذا النشاط ارتباطاً وثيقاً بالسلطة القضائية²¹⁹ فهي "إرادة القاضي المحضة في تقدير الأمور ووزنها وقياسها بمقاييس منطقية منبثقة من فهمه الشخصي للوقائع الموضوعية ومدى ملائمة هذه الوقائع للقاعدة القانونية المراد تطبيقها فهي تصرف قانوني، وعليه فالعمل القضائي إذن هو مظهر للسلطة والسيادة، بينما التصرف القانوني هو مظهر للحرية.²²⁰

فالقاضي يقوم إذن من خلالها بمهمتين رئيسيتين تتمثلان في فحص الوقائع وتطبيق القانون المناسب لهذه الوقائع.

وتبعاً لذلك فإن السلطة التقديرية هي الوسيلة القانونية التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق وتحقيق العدالة.²²¹ يتضح من خلال هذه التعاريف:

- أنها سلطة قانونية تستمد أساسها من نص قانوني.
- أنها ملزمة للقاضي ولا يجوز له التحجج بعدم وجود نص قانوني أو كون هذا النص غامض.

²¹⁶ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار الفئاس الأردن، 2008، ص 81.

²¹⁷ شواربي عبد الحميد، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 213.

²¹⁸ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2002، ص 89.

¹¹ إدريس لكريني، السلطة التقديرية للقاضي الزجري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بفاس، سنة 2001، ص: 6. سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد "دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن"، الناشر: منشأة المعارف، تاريخ النشر: 2008/01/01، ص 196.

²²⁰ إدريس الكريني، مرجع سابق، ص: 6.

- أن السلطة التقديرية هي مكنة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها النشاط الذهني، وهي جوهر العمل القضائي.

المطلب الثاني: حدود السلطة التقديرية عند إعمال أحكام الفقه المالكي.

القضاء هو الجهة التي يرجع إليها في فصل الخصومات، وينظر إليها بعين الثقة والاطمئنان، ولما كان القضاء محط أنظار الناس، كان من واجهم السعي إلى تحقيق العدل وإنصاف المظلومين، والأخذ على يد الظالمين، ولإعانتهم على تحقيق هذا الواجب، بين لهم الشارع الحكيم المنهج القويم الذي يوصل إلى تلك الغاية وشرع لهم القضاء، وبين لهم أحكامه، وبين أن الناس كلهم سواء أمام القضاء، لا فرق بين غني ولا فقير ولا عربي ولا أعجمي ولا أبيض ولا أسود، وقد أوضح ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: **وَإِئْمُ اللَّهُ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بَنَتْ مُحَمَّدًا سَرَقَتْ لَقُطِعَتْ يَدَاهَا** 222.

وحتى يمكن للقضاة إحقاق الحق وإنصاف المظلومين، مكنتهم الشريعة الإسلامية ومعها القانون (بناء على قاعدة: أينما وجدت المصلحة فتم شرع الله)، من سلطة تقديرية يكشفون بها غوامض الأمور وتجلي الحقائق بين أيديهم فيما يعرض عليهم، فجعل لهم مساحة واسعة لكنها مقيدة بالشرع والقانون للتحرك فيها، فكانت السلطة التقديرية للقاضي، هي الاجتهاد الذي بموجبه يتصرف عند عدم وجود النص، أو يكون النص غير قطعي الدلالة، أو يكون النص غير موافق للغرض، مما يترك للقاضي فرصة إعمال فكره ونظره، فيقدر ويقيس الأمور بأشباهها غايتها في ذلك كله تحقيق مقاصد الشارع من جهة، والعمل على ما فيه صلاح الناس من جهة أخرى.

والقضاة هم رجال مدارس وممارسة ومعايشة، وفرق كبير بين من يشرع القانون، ومن يسهر على تنزيله وتحقيقه، وعلى هذا الأساس فإنه يشترط فيمن يولى القضاء، أن تكون له أهلية الاجتهاد فيما قد يعترضه من قضايا ومسائل لا يجد لها حكماً في النص، أو يحتاج معها إلى تفسيره، فيعتمد إلى استنباط الحكم المناسب للواقعة - محل النزاع - عن طريق الاجتهاد القضائي.

وإن للفقه الإسلامي أثراً هاماً في العديد من أحكام القضاء، لاسيما مدونة الأسرة ومدونة الحقوق العينية، حيث يعتبر الفقه الإسلامي من أهم مصادر القانون، ولقد كان القاضي قبل صدور مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957م ملزماً فيما يعرض عليه من نزاعات وقضايا، بالرجوع إلى أمهات الكتب في المذهب المالكي، لاستخراج الحكم الشرعي وتطبيقه في النازلة، وبالرغم من أن النزاعات اليوم المتعلقة بالأحوال الشخصية والقضايا المتعلقة بالعقار يخضعان

²²² مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى الحلبي وشركاؤه، ج 2، كتاب الحدود، باب قطع يد السارق، حديث رقم 1668.

إلى مدونة الأسرة ومدونة الحقوق العينية، فإن نصوص الفقه الإسلامي ولاسيما الفقه المالكي، حيث اعتمد المشرع على أحكامه وأصوله الشرعية كمصدر مباشر يستمد منه القواعد القانونية، إضافة إلى اعتماده كمصدر مكمل فيما لم يرد فيه نص، حيث في كثير من الحالات يجد القاضي نفسه أمام فراغ تشريعي أو نص قانوني غير واضح، أو حتى في حالة وجوده ولكن القضاء يعتبره غير كاف، فيضطر إلى الاستنجاذ بقواعد الفقه المالكي في حدود ما نصت عليه المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على أنه تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي؛ وكذلك المادة 400 من مدونة الأسرة: كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف. من هنا ينبغي بيان الراجح والمشهور وما جرى به العمل؟.

أولاً: الراجح.

الراجح : في اللغة: ²²³الوازن ²²³ورجح الميزان يرجح: مال. ورجح الشيء يرجح رجوحاً ورجحاناً ويقال: زن وأرجح. وأعط راجحاً. وأرجح الميزان: أثقله حتى مال ²²⁴. ورجحه أرجحه، وفضله، وقواه ²²⁵. فالراجح لغة يدل على الميل، والقوة، والثقل، وكلها معاني دالة على المتانة ²²⁶. وأما الراجح اصطلاحاً ففيه أكثر من تعريف: هو ما قوي دليله ²²⁷. وقيل هو ما كثر قائله. فيكون بمعنى المشهور.

وقد يعبر عن الراجح بالألفاظ مرادفة له، ليست من مادته، وذلك كتعبير بعض الفقهاء: بالأصح كذا، أو الصحيح كذا، أو الأصوب كذا، أو المفتى به كذا، أو الظاهر كذا، أو العمل على كذا.. ²²⁸. والترجيح عند الأصوليين: هو تقوية أحد الدليلين المتعارضين بوجه من وجوه الترجيح، ولا

²²³ ابن منظور، لسان العرب، مادة ر ج ح .

²²⁴ الزبيدي، تاج العروس، مادة ر ج ح .

²²⁵ إبراهيم مصطفى أحمد الزيات حامد عبد القادر - محمد النجار، المعجم الوسيط، دارالنشر : دار الدعوة، مادة رجع.

²²⁶ محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء، الطبعة الرابعة 2010، ص 473.

²²⁷ محمد بن أحمد بن محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، بدون ذكر طبعة، تاريخ النشر:

1409هـ/1979م، ج1، ص20.

²²⁸ رفع العتاب والملام 19، ومنار السالك 45.

يصح التعارض عندهم إلا إذا كان الدليلان ظنيين، إذ لا تعارض بين قطعيين، ولا بين قطعي وظني²²⁹.

ثانياً: المشهور.

وأما المشهور لغة: فهو اسم مفعول من الفعل "شهر"، يقول ابن فارس: "الشين والهاء والراء" «أصل صحيح يدل على وضوح الأمر»²³⁰.

واصطلاحاً: اختلف في تعريفه على ثلاثة آراء:

الأول: أن المشهور ما كثر قائله، قال أبو الشتاء الصنهاجي:

والقول إن كثر من يقول به... يسمى بمشهور لديهم فانتبه²³¹

وقد قيد بعض أعلام المذهب، بالأ يسمي المشهور مشهوراً، إلا إذا حكم به أكثر من ثلاثة من العلماء.

قال الناظم:

إذا فلا بد لزيد النقلة *** على الثلاثة وذا قد نقله

عليش في الفتاوى دون ريب *** في صدره وما به من عيب²³²

وهذا مخرّج على قول في المذهب، يرى أن أقل الجمع ثلاثة، قال ابن عاصم:

والجمع عن مالك أقله *** ثلاثة واثنان عنه نقله²³³

ثالثاً: ما جرى به العمل.

يقصد بما جرى به العمل، أو نظرية العمل، أو ما به العمل، أو المعمول به، أو فقه العمل²³⁴: «هو القول الذي حكم به قضاء العدل». ثم نظم ذلك قائلاً:

عملنا هو الذي به حكم * قضاة الاقتداء رعيًا للحكم²³⁵

²²⁹ عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقبي السعود، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين المغرب والإمارات، ص 278.

²³⁰ معجم مقاييس اللغة 2/223.

²³¹ أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي، منهاج الناشئين من القضاة والحكام في كيفية إجراء الدعوى من البدء إلى الأحكام، ط 1، 1348 هـ، المطبعة الجديدة بطالعة فاس، ص 40.

²³² عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، صناعة الفتوى وفقها لأقليات، ط 3 ص 156.

²³³ البهجة في شرح التحفة ج 1/21.

²³⁴ أحمد بودهان، فقه العمل وجرى به المغرب بين الأمس واليوم، ص 13.

²³⁵ أبو الشتاء بن الحسن الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، ج 2، ص 396.

أو هو الأخذ بقول ضعيف، أو شاذ، في مقابل الراجح، أو المشهور لمصلحة، أو ضرورة، أو عرف²³⁶.

أو هو العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف؛ رعا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حاجتها الاجتماعية²³⁷.

أو هو: «أن يحكم أحد القضاة أو يفتي أحد المفتين، ممن ثبتت عدالته ونزاهته مع العلم والمعرفة؛ بقول من علماء المذهب وإن كان ضعيفا أو مهجورا، مراعاة لأحوال المتداعين والمستفتين وما يرجع إلى أعرافهم وعوائدهم²³⁸».

يتضح من هذه التعاريف أن يعدل المفتي أو القاضي عن القول الراجح والمشهور جلبا لمصلحة أو دفعا لمفسدة، مراعاة لأحوال الناس ودفعاً لما يشق عليهم، ولا يتأتى ذلك إلا لمن كان أهلا للاجتهاد، وتوفرت فيه شروطه، حتى يغلق الباب على من ليس له أهلية الاجتهاد.

والذي جرى به العمل نوعان، عمل مطلق غير مقيد بإقليم معين، وآخر مقيد بعمل الإقليم، ويعد هذا الأخير قسيما للعمل المطلق لا قسما منه، مع اجتماعهما في كثير من المسائل التطبيقية للماجريات، واختلاف أيضا في بعضها ترجيحاً واختياراً، فبينهما على هذا عموم وخصوص وجهي، بلغة الأصوليين. فالمطلق معناه في لفظه؛ أي أنه لا يختص ببلدة واحدة ولا يرتبط بعرف خاص بل مرجعه إلى العرف العام أو المصلحة العامة، أو الضرورة العامة أو فساد الزمن، وقد أُلّف فيه العلامة أبو القاسم السجلماسي نظم معتمد الحكام في مسائل الأحكام، مبينا دواعي تأليفه، «...من المعلوم عند العامة والخاصة أن أقوال المذهب منها المأخوذ به والمهجور وأن جريان القول موجب تقدمه على المشهور... وقد مكثرت مانا أبحث عند كره جهدي، وأستخرج من غصون الدفاتر ما قرب به عهدي، كلما وجدت العمل بالقول في مسألة أصبتها...»²³⁹.

فالفقه المالكي إذن إما أن يكون تكميليا للنص القانوني وذلك عندما يكون النص القانوني غير كاف، وإما أن يكون إنشائيا وذلك عندما لا يوجد نص منظم لנאזلة ما، أو يكون تفسيريا كلما كانت الصياغة مبهمة وغير واضحة المعنى.

²³⁶ الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ج2، ص، 464.

²³⁷ عمر الجدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص 342.

²³⁸ عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، ص7.

²³⁹ كمال بلحرقة، مصنفات المالكية فيما جرى به العمل، ص 6.

المبحث الثاني: ضوابط أعمال أحكام الفقه المالكي

السلطة التقديرية هي مكنة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها النشاط الذهني، وهي جوهر العمل القضائي، وهذه السلطة التقديرية لها أساس شرعي وقانوني.

المطلب الأول: سلطة قانونية تستمد أساسها من نص قانوني.

إن تشريع أعمال الاجتهاد للقاضي ومنه السلطة التقديرية، يعد من محاسن الشريعة والقانون ويحقق المقاصد المرجوة وأسماها إعطاء الحقوق لأصحابها، ولولا ذلك لضاعت كثير من الحقوق؛ فإعمال التقدير والاجتهاد يوصل إلى الحكم العدل بما لا يوصله الجمود على النص²⁴⁰، فمن ذلك أن عمر وابن مسعود رضي

الله عنهما حكما بالحد برائحة الخمر من فم الرجل ولو لم يقر بذلك ولم يك ثمة شهود²⁴¹. وتتجلى سلطة القاضي في كونه يقوم على إدارة الدعوى، وفهم أبعادها من كافة جوانبها، فالدعوى في جوهرها لا تخرج عن كونها وسيلة شرعية تخول لصاحب الحق سلطة اللجوء إلى القضاء لتقرير حق أو حمايته.

وعلى ذلك فالدعوى وسيلة قانونية تعطي صاحب الحق سلطة اللجوء إلى القضاء سواء لجأ لها أم لم يلجأ، فهي باقية في الحالتين، وبمقتضى هذه الوسيلة يلجأ صاحب الحق إلى القضاء لصون حقه، حماية أو تقريراً.

والقاضي في سبيل تحقيق رسالته القضائية له السلطة الكاملة الممنوحة له بموجب الشرع والقانون في تقدير ما يعرض عليه من أدلة وبيانات؛ تقريراً للحقوق وصوناً للمصالح، سيما بعد أن تقرر بموجب الشريعة والقانون منع الإنسان من اقتضاء حقه بنفسه حيث تكفلت الدولة دون غيرها بإقامة العدل بين رعاياها وفي إقليمها، وقد جعلت التقاضي حقا مصوناً ومكفولاً للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، متى وقع اعتداء على حق من حقوقه، وقد نصت على ذلك في جميع دساتيرها المختلفة، كما أعطت للقاضي السلطة التقديرية اللازمة لأداء رسالته؛ تقريراً للحق وبسطاً للعدل وصوناً للمصالح المعتمدة شرعاً وقانوناً²⁴².

²⁴⁰ عادل بن عبد الله المسعودي، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي، مجلة كلية دار العلوم، العدد 142، شتنبر 2022م، ص 557.

²⁴¹ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة، مرجع سابق، ص 6.

²⁴² أحمد خليفة شرقاوي أحمد، أستاذ قانون المرافعات المساعد بقسم القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون بطنطا - جامعة الأزهر، سلطة القاضي في تقدير البيئة في ضوء المصلحة العامة [شهادة المرأة - أنموذجاً]، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" أكتوبر 2019م، ص 129 و130.

وعليه فإن القضاء في مجتمعنا المعاصر، باعتباره مرفقا عاما من مرافق الدولة له الدور الهام والفعال في استقرار مبادئ العدل وبسط المساواة بين أفراد المجتمع، فالقاضي بعمله النبيل ورسالته الرفيعة يهيئ للمجتمع سبل الأمن؛ ليطمئن كل فرد من أفرادها على عرضه وماله²⁴³. ومما يدل على مشروعية استعمال القاضي سلطته التقديرية ما دونه أهل العلم من القواعد الفقهية الدالة على اعتبار اجتهاد القاضي ونظرة وتقديره، فمن القواعد الفقهية المقررة في هذا الشأن:

تقدير القاضي كتقدير الشارع²⁴⁴، وقاعدة الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله²⁴⁵، وقاعدة: ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به يكون مقصوداً²⁴⁶، وتأتي هذه القواعد في صميم عمل القاضي من جهة اجتهاده وتقديره للوصول إلى الحق. وثمة قواعد أخرى في الاجتهاد تدل بعمومها، على اعتبار السلطة التقديرية للقاضي والحاكم²⁴⁷.

يعرض عليه مما لا نص فيه أو كان النص فيه محتملاً²⁴⁸، وعُرفت بأنها الصلاحية المشروعة للقاضي الموجبة للموازنة بين عدة أحكام ممكنة ومشروعة في الدعوى لتطبيق أكثرها ملاءمة للواقعة²⁴⁹.

وهذه التعريفات متقاربة المعنى في الجملة، وهي تعرف السلطة التقديرية للقاضي بمفهومها العام الذي يشمل: النظر والتفكير لبيان المراد من النص المحتمل، والنظر في النصوص الواردة للوصول إلى الحكم في واقعة لا نص فيها، والنظر في تحقيق مراد الشارع ومقصده عند تنزيل الحكم الكلي على الواقعة محل الحكم مع ضرورة منح القاضي سلطة تقديرية يتوصل بها إلى الحق فتستقيم أحكامه، إلا أن إطلاق هذه السلطة للقاضي دون ضبط قد يفضي إلى تجاوز حدود صلاحياته الممنوحة له شرعاً، ويؤدي طغيان أعمال السلطة التقديرية إلى العدول عن النصوص الشرعية إلى الاجتهادات البشرية التي لا مورد لها مع النص الشرعي؛ إذ المتقرر في الشريعة أنه لا

²⁴³ عادل محمد جبر، حماية القاضي وضمانات نزاهته دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بطنطا، 1423هـ / 2002م، ص 37.

²⁴⁴ محمد بن علي بن محمد علاء الدين الحصكفي " الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار " تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية 1423هـ) ص 540.

²⁴⁵ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم "الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان تحقيق: الشيخ زكريا عميرات (ط1، بيروت: دار الكتب العلمية 1419هـ)، ج 1، ص 87.

²⁴⁶ حمد الريسوني "نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي" (ط 2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي 1412هـ) ص 281.

²⁴⁷ عادل بن عبد الله المسعودي، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص 554.

²⁴⁸ محمد علي العمري السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية" (رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية، 2005م) ص 20.

²⁴⁹ وليد بن محمد الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ط 1، دار الميمان، ص 1436، ج 1، ص 99.

اجتهاد مع نص الشارع²⁵⁰. يقول الإمام ابن القيم محدراً من التوسع في مثل هذا: "وإن توسع فيها وجعل معوله عليها، دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم والفساد"²⁵¹.
ولذا كان من الواجب وضع ضوابط لاستعمال السلطة التقديرية حماية لأحكام الشريعة أن تنقض، ولئلا يدفع التجاوز في استعمال الوسيلة - السلطة التقديرية - إلى الإخلال بالغاية الحكم العدل.

المطلب الثاني: ضوابط إعمال السلطة التقديرية للقاضي.

أولاً: عدم وجود النص.

لا يصح إعمال السلطة التقديرية في موارد النصوص الشرعية، فمتى ما وجد النص الشرعي الصحيح الصريح في المسألة محل النظر بطل الاجتهاد والسلطة التقديرية من الاجتهاد. ولا يصح كذلك العمل بالسلطة التقديرية مع وجود النص القانوني الذي سنه ولي الأمر مما لا يخالف الشرع المطهر؛ إذ طاعة ولي الأمر واجبة بالنص.
والنص الشرعي إما أن يكون من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم أو إجماعاً قطعياً ثابتاً، فليس مع هذه النصوص اجتهاد مجتهد، ووجه إدخال الإجماع في النص الشرعي الذي لا يصح معه الاجتهاد هو باعتبار قوة دلالته من جهة وباعتبار مستنده من جهة أخرى، فدلالة الإجماع الثابت قطعية ليست ظنية، ولا بد له من مستند من كتاب أو سنة وإن خفي المستند على بعض الناس²⁵².

ومن القواعد الفقهية المحفوظة أنه لا اجتهاد مع النص²⁵³، وهذه القاعدة يتفق الفقهاء على معناها وإن اختلفوا في صيغتها، حيث جاء أن القياس لإبطال النص باطل، وأن القياس لا يصار إليه مع النص، وأن النص يقدم على الاجتهاد²⁵⁴.

إن إعمال القاضي سلطته التقديرية مع وجود النص الشرعي الحاكم المسألة، هو افتيات على الشريعة وخروج عن مقت النص المعصوم إلى الاجتهاد البشري المقطوع بخطئه مادام معارضاً للنص القطعي، ولا ينبغي أن يعدل عن النص بدعوى موافقة مقاصد الشريعة وأن ظاهر النص لا

²⁵⁰ محمد صدقي بن أحمد محمد آل بورنو الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط، بيروت: مؤسسة الرسالة 1416 هـ، ص 33.

²⁵¹ بن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 3.

²⁵² تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، "مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف 1416 هـ / ج 19، ص 194.

²⁵³ مجلة الأحكام العدلية، المادة 14 ص 14؛ محمد صدقي البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص 33.

²⁵⁴ في المبسوط: "القياس لإبطال النص باطل"، وفي المغني، ص 45/ج 4: "القياس لا يصار إليه مع النص"، وفيه كذلك ص 430/ج 5: "النص يقدم على الاجتهاد".

يتفق مع مقاصد الشريعة، ولا شك أن هذا التصور ظاهر البطلان؛ فإن النص الشرعي إذا ورد صحيحاً صريحاً وجب الوقوف عنده؛ لأنه لا يتصور أن يكون النص الصحيح الصريح مخالفاً لمقاصد التشريع! فمن أين استقيت مقاصد الشريعة وعن أي طريق تبينت؟! إن النصوص الشرعية هي الطريق الذي علمنا منه أحكام الشريعة ومقاصدها، فلا يصح أن تترك النصوص بدعوى مخالفة المقاصد الشرعية وكأن بين النص الشرعي ومقاصد التشريع تضاداً واختلافاً، فالشريعة كاملة ونصوص الشارع غاية في الدقة والبيان، وما يتوهم من أن العدول عنها تحقيق المقاصد التشريع فهو في الحقيقة تفويت لهذه المقاصد وإهدار لها.

ومن الأدلة على وجوب تقديم النص على غيره قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾²⁵⁵، ومنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟"، قال: أقتضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟"، قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟" قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله"²⁵⁶. والأدلة في هذا المعنى كثيرة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة رضي الله عنهم، وهي تدل بمجملها أن للقاضي الحق في استعمال السلطة التقديرية فيما لا يناقض الأحكام الشرعية وينافها.

الضابط الثاني: تحقيق مقصد الشارع.

أن يكون استعمال السلطة التقديرية محققاً لمقاصد الشارع الحكيم، تحصل به المصلحة وتندفع به المضرة؛ فإن المقصود من الحكم هو إقامة العدل بين الناس وحيثما وجد العدل كان حكم الله تعالى. يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: - "فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج ضوابط السلطة التقديرية للقاضي بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له"²⁵⁷. وقد جاءت الشريعة بتحصيل المصالح وتكميلها

²⁵⁵ الأحزاب، الآية 36.

²⁵⁶ سنن أبي داود، 7454.

²⁵⁷ ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 13.

وتعطيل المفسد وتقليلها²⁵⁸، ومن أعظم مصالح العباد إقامة العدل وحفظ الحقوق في الدين والنفس والعقل والعرض والمال . وتصرف القاضي ينبغي أن يدور مع مقاصد التشريع فيحقق المصلحة ويدفع المضرة ومما يقرره أهل العلم أن "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"²⁵⁹.

الضابط الثالث: بذل القاضي جهده في تفسير الألفاظ والمصطلحات القانونية، لتحقيق قصد المشرع.

إن أهم أسس الاجتهاد هو الإمام بالنصوص محل التطبيق، والعلم بفقه الواقع وعمدته الارتباط والاتصال بالعصر، ومبناه الثبات في المقاصد والقطعيات والمرونة في الآليات والوسائل، ويكون من قبل الاجتهاد في فهم النص، العمل على تقييد مطلقه، أو تبين مجمله، أو تخصيص عامه، أو توضيح غامضه، وذلك بخلاف الاجتهاد عند عدم وجود النص، أو لتكملة النقص الذي يعتريه، ففي هذه الحالة يكون القاضي بصدد اجتهاد حقيقي، حيث يحل القاضي محل المشرع، معتمداً في ذلك آليات القياس على نصوص مثيلة، أو لعله كما يقول علماء الأصول، قياس حكم لا نص فيه، على حكم منصوص عليه، لاتحاد العلة بينهما. وهذا يتطلب من القاضي مستلزمات لا بد من توافرها.

وقبل ذلك لا بد من معرفة ما إذا كان النص سليماً أو معيباً، فإذا كان النص القانوني سليماً وواضحاً، فيجب على القاضي كما يجب على المفسر أن يأخذ به دون تحريف، فالأصل أن النص عندما يكون واضحاً فإن معناه يستنتج من ألفاظه وعباراته، والجمل التي ورد بها دون عناء في فهم معناه، وهذا ما يطلق عليه بالمعنى الحرفي للنص، أو منطوق النص، وهنا يجب عدم التقييد بحرفية النص لفظاً، وإنما يجب البحث عن المعنى الذي يستفاد من النص في مجموعه، أي المعنى الذي قصده المشرع، ذلك أن العبرة بالمقاصد والمعاني، وليس بالألفاظ والمباني.²⁶⁰ فقد يحدث أن يكون للفظ واحد معنى لغوي ومعنى اصطلاحى، وفي هذه الحالة فإنه يتعين الأخذ بالمعنى الاصطلاحي، طالما أن نية المشرع لم تظهر في الأخذ بالمعنى اللغوي للفظ، ومثال ذلك، لفظ الشغل

²⁵⁸ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية 1403 هـ، ص121.
²⁵⁹ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1،

السعودية: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع 1423 هـ، ج2، ص84.

²⁶⁰ إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون، ط1996، 1، ص239 وما بعدها.

الذي يعني العمل في اللغة، بينما في الاصطلاح يقصد به العمل المأجور الذي يقوم به العامل لفائدة رب العمل تحت سلطة هذا الأخير في مقابل أجر يدفعه للعامل.²⁶¹

وأما إذا كان النص القانوني معيباً كأن يكون به خطأ مادي، ففي مثل هذه الحالات يقوم المفسر برفع ما يوجد من عيب في النص، ويلجأ القاضي إلى طرق مختلفة لكي يرفع ما فيه من عيب، ومن هذه الطرق: تقريب النصوص، بحيث يقوم المفسر بتقريب النصوص القانونية، ويقارن بعضها مع البعض الآخر، إذ يساعد ذلك على فهم قصد المشرع، كما أنه يلتجأ إلى الأعمال التحضيرية، وهي مجموعة الوثائق الرسمية التي تشمل المذكرات الإيضاحية، والمناقشات المختلفة للجنة التي قامت بإعداد التشريع وبيان الأسباب التي دفعت المشرع إلى إصدار مثل هذا القانون، فالأعمال التحضيرية كثيراً ما تساعد على معرفة حكم.²⁶²

خاتمة:

انطلاقاً مما سبق يتضح أن السلطة التقديرية للقاضي هي مكنة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها النشاط الذهني، وهي جوهر العمل القضائي، والقاضي من خلال الاجتهاد القضائي يقوم بدور كبير في سد الفراغ التشريعي، وإكمال نقائصه، وبيان غموضه، وذلك عبر أعمال أحكام الفقه المالكي، التي أشارت إليها المادة 400 من مدونة الأسرة. والاجتهاد القضائي على ثلاثة أضرب:

أولاً: أن يبذل القاضي جهده للتوصل إلى الحكم، ويكون ذلك في حدود فهم النص وتنزيله التنزيل السليم على الواقعة المعروضة عليه، دون الخروج عن دائرة النص.

ثانياً: أن يبذل القاضي جهده في نازلة لم يرد فيها نص، وذلك بإعمال الراجح والمشهور وما جرى به العمل في المذهب المالكي.

ثالثاً: أن يبذل القاضي جهده في تفسير الألفاظ والمصطلحات القانونية، لتحقيق قصد المشرع، مسترشداً بالعرف، والأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض.



²⁶¹ عبد الله بريمي، وسعيد كريمي، النص بين الإنتاج والتلقين، مرجع سابق، ص 227.

²⁶² نفس المرجع، ص 228.

مدى محدودية طرق التبليغ وفق آخر المستجدات

Scope of Limitations on Notice Methods According to the Latest Updates

✍️ **YADANE Youssouf** **يادان يوسف** ✍️

طالب باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس
إطار بوزارة الخارجية قطاع المغاربة المقيمين بالخارج
جامعة مولاي إسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس
yousoufyadane92@gmail.com / y.yadane@edu.umi.ac.ma

الملخص

يُعدُّ حق التقاضي من الحقوق الدستورية المهمة، التي تكفلها الدولة للأفراد؛ بغية الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المحمية قانوناً، فالإجراءات القانونية تبدأ باستدعاء الأطراف للمثول أمام القضاء بواسطة عملية التبليغ، بهذا المعنى تعد مسطرة التبليغ ركيزة أساسية للعدالة ومفتاحاً لها، ولا يجوز الاحتجاج بأي إجراء معين ضد أي فرد إلا بعد تمام إشعاره عن طريق تبليغه بطرائق التبليغ المنصوص عليها قانوناً. ويحظى دراسة موضوع طرق التبليغ في قانون المسطرة المدنية بأهمية كبيرة، سواء من الناحية النظرية أم العملية، أما الأولى فتتجلى في دراسة مقتضيات ذات الصلة بهذا الأخير وتحليلها مع تحديد أوجه قصورها التي يمكن أن تمس بمبدأ حقوق الدفاع، أما الثانية فتتمثل في رصد مدى محدودية وسائل التبليغ على المستوى العملي، إلى جانب إبراز آخر المستجدات المتعلقة بها.

وعليه، يهدف هذا المقال إلى دراسة طرائق التبليغ على وفق قانون المسطرة المدنية، وذلك بالوقوف عند أهم المشكلات التي تعرفها -هذه الطرائق- فضلاً عن إبراز آخر المستجدات المرتقبة بمشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية في هذا الشأن، ومدى إسهامها في التخفيف من إشكالاتها؟

كلمات مفتاحية:

طرائق التبليغ، المكلفون بالتبليغ، التبليغ الإلكتروني.

ABSTRACT

The right to litigation a fundamental constitutional right guaranteed by the state to individuals to defend their legally protected rights and interests. Legal proceedings begin with the summons of the parties to appear before the courts through the process of service of notice. In this sense, the service of notice procedure is a cornerstone of justice and one of its keys. No action may be invoked against any individual unless he or she has been duly informed by being served with notice in the manner prescribed by law.

The study of notice methods in civil procedure law holds immense significance, both theoretically and practically. Theoretically, it entails examining and analyzing the relevant provisions in this law, identifying any shortcomings that could jeopardize the principle of the right to defense. Practically, it involves assessing the limitations of notice methods in real-world applications, while also highlighting the latest developments in this area.

This article delves into the study of notice methods under Civil Procedure Law. It aims to identify and analyze the key challenges associated with these methods, while also highlighting the anticipated advancements introduced in Draft Law No. 02.23 pertaining to Civil Procedure in this regard. Furthermore, the article assesses the extent to which these advancements contribute to alleviating the existing issues.

Keywords: Notice Methods. Serving parties. Electronic Notice (E-Notice).

مقدمة:

إن التطلع إلى العدالة يضع احترام الفرد في الحياة الاجتماعية، هدفا أساسيا ونهائيا للقانون²⁶³، بإقرار الحقوق لأفراد المجتمع لا يكفي لضمان الاستقرار والطمأنينة فيه، بل لابد من أن يدعمها بالوسائل التي تمكن صاحب الحق من الدفاع عن حقوقه، ومادام أن القانون يمنع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، فقد كان لابد من الاعتراف لهم بحق اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم، وعليه، فإن الدعوى²⁶⁴ هي الوسيلة القانونية المثلى للحصول على الحماية التي يصبو إليها كل متقاض.

ويعد استدعاء الأطراف للمثول أمام القضاء أول خطوة في إجراءات التقاضي. وذلك لأن من بين القواعد الجوهرية والأساسية في التقاضي، ضرورة مواجهة الأطراف المتنازعة بعضهم ببعض. ولهذا، لا يمكن بأي حال من الأحوال الاحتجاج ضد شخص بإجراء معين إلا بعد تمام إشعاره عن طريق التبليغ بطريقة قانونية سليمة. ومن هنا يكتسي التبليغ أهمية قصوى بالنسبة إلى التقاضي، فهو يرتبط بها منذ بدايتها إلى حين نهايتها²⁶⁵.

وعليه، فالتبليغ لا يكون صحيحا وقانونيا إلا إذا قام به الأشخاص الذين أسند إليهم القانون تلك المهمة، ذلك أن عملية التبليغ تتميز بالشكلية، لكونها تكون تبعا للطرائق والأشكال التي رسمهما القانون.

ويمكن تعريف طرائق التبليغ على أنها: تلك الوسائل أو الوسائط التي يكون بها إعلام الشخص بواقعة أو بوثيقة كما هو منصوص عليه قانونا، وتشمل هذه الطرائق، كل من التبليغ بواسطة أعوان كتابة الضبط، أو المفوضين القضائيين، أو مؤسسة القيم، أو البريد المضمون، وكذا السلطة الإدارية، علاوة على الطرائق الدبلوماسية.

وقد فرض التقدم العلمي والتكنولوجي نفسه في مختلف المجالات، مما يدفع إلى عدم الاكتفاء بالوسائل الكلاسيكية في طرائق التبليغ، والإفادة من تلك الوسائل الحديثة في مجال التبليغ، وذلك بتوظيفها على الوجه الصحيح لإتمام التبليغات القضائية بطريقة قانونية سليمة، لاسيما أن التبليغ يعد المتهم الرئيس في بقاء الإجراءات القضائية إلى جانب بعض المشكلات

²⁶³ - هنري باتيغول "فلسفة القانون" ترجمه الدكتور سموي فوق العادة، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات عويدات، 1984، ص 95.

²⁶⁴ - الدعوى: هي إجراء قانوني أو آلية قانونية بموجبها يلجأ صاحب الحق إلى المحكمة للحصول على حقه أو حمايته.

- المعزوز البكاي: "المختصر في المسطرة المدنية" الطبعة الأولى، مكناس، مطبعة وراقة سجلماسة، 2018، ص 17.

²⁶⁵ - محمد بفقير "قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي" الطبعة الثالثة، منشورات الدراسات القضائية، 2002، ص 106.

الأخرى، وعليه، فإن دمج وسائل الاتصال الحديثة²⁶⁶ في عملية التبليغ قد يسهم في تسريعها وتقليل التكاليف والإجراءات التي تحد من نجاعة وفعالية إجراءات التقاضي.

بناءً على أهمية طرائق التبليغ في قانون المسطرة المدنية، والتطورات الحديثة في وسائل الاتصال، تُطرح إشكالية مركزية تتعلق بمدى محدودية طرائق التبليغ المنصوص عليها في هذا القانون. على وفق آخر المستجدات؟ وبهدف معالجة الموضوع، وارتباطاً بالجهات التي أوكل لها المشرع مهمة التبليغ، تناولنا طرائق التبليغ الأساسية التي يكون اللجوء إليها بشكل مُسبق عند توافر شروطها (فقرة أولى). تلمها الطرائق الأخرى التي أطلقنا عليها، تجاوزاً، اسم "الاحتياطية" (فقرة ثانية)، علماً أنّ المشرع لم ينصّ على هذا التصنيف صراحةً، وإنّما كان اعتماده لدواعٍ منهجية.

الفقرة الأولى: طرائق التبليغ الأساسية

نظم المشرع المغربي طرائق التبليغ الأساسية بمقتضى الفصل 37 من قانون المسطرة المدنية²⁶⁷، وتشمل التبليغ بواسطة أعوان كتابة الضبط (أولاً)، والتبليغ عن طريق المفوض القضائي (ثانياً)، ثم التبليغ بواسطة القيم (ثالثاً)

أولاً: التبليغ بواسطة أعوان كتابة الضبط

وضع قانون المسطرة المدنية التبليغ بواسطة هذه الهيئة في مقدمة الطرائق المشار إليها في الفصل 37 من ق م م، وذلك لأن هؤلاء الأعوان أدرى من غيرهم بطبيعة الدعاوى وتواريخ الجلسات بحسب ترتيبها لدى كتابة الضبط²⁶⁸.

ويعد التبليغ عن طريقة كتابة الضبط إحدى الوسائل الأساسية التي تستعملها المحكمة لتبليغ أو إخطار المدعى عليه، ثم إن موظفي كتابة الضبط جزءاً لا يتجزأ من الجهاز القضائي،

²⁶⁶ - يقصد بوسائل الاتصال الحديثة بصفة عامة تلك الوسائل كيفما كان شكلها والتي تسمح لطرفين على الأقل بالتواصل وهما في نقط

متباعدة كما لو كانا حاضرين في مجلس واحد ودون أن ينيبا غيرا.

- عباس العبود: "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني"، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص 18.

²⁶⁷ - ينص الفصل 37 على ما يلي: "يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية.

إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقضي بغير ذلك."

²⁶⁸ - أخريف عبد الحميد: "محاضرات في قانون المسطرة المدنية"، بدون طبعة، فاس، منشورات كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2011/2012، ص 17

يؤدون دورًا مهمًا في سير إجراءات التبليغ وضمان تحقيق العدالة. وعلاوة على ذلك، يوجد داخل كتابة الضبط مكتب متخصص في جملة من الإجراءات والأمور المرتبطة بمجال التبليغ²⁶⁹ وهو (مكتب التبليغات)²⁷⁰.

والتبليغ عن طريق كتابة الضبط سواء أكان تبليغ وثيقة أم تبليغ حكم يجب أن تحرر شهادة التسليم التي تثبته طبقا للقانون، ولا تغني شهادة رئيس الضبط عن شهادة التسليم. وعلى الرغم من أهمية التبليغ بواسطة أعوان كتابة الضبط، إلا أن هذه الطريقة تواجه العديد من التحديات التي تعوق فعاليتها. وتشمل هذه التحديات: غياب التجهيزات الأساسية أو نقصها، وعدم العوامل الملائمة لضمان فعالية عمل أعوان كتابة الضبط²⁷¹، حيث إن كثرة أشغال الأعوان وعدم توافرهم على الوسائل المادية للقيام بها يقلل من نجاعة طرائق التبليغ، وبالتبعية يكشف محدودية التبليغ عن طريق أعوان كتابة الضبط. وعلاوة على ذلك، هناك إشكال يتعلق بعدم تضمين القيام بإجراء التبليغ من طرف الأشخاص المكلفين بتضمين معطيات التبليغ في البوابة الإلكترونية الخاصة بتتبع الجلسات القضائية.

كما أن إسناد مهمة التبليغ لأعوان كتابة الضبط الأدنى درجة في السلم الإداري لا يستقيم، لأن أغلبهم ليس لهم دراية كافية بصحة إجراءات التبليغ²⁷²، لاسيما أن بعضهم ليس لهم إلمام شامل لكافة النصوص القانونية المنظمة لعملية التبليغ، التي تخول لهم القيام به بشكل قانوني وسليم²⁷³، لأنهم لم يتلقوا التكوين الذي يمكنهم من معرفة أهمية وخطورة ما يقومون به، وينبهمهم إلى أن عملهم قد يسهم في تعطيل السير العادي للقضايا ويجعل الملفات متراكمة فوق رفوف

²⁶⁹ - kouriyousoufi Mohamed: procedure civile au maroc « tome 1, 1ère édition, Imprimerie sijelmassa, Meknès, mars 2018, p132.

²⁷⁰ - تتشكل مصلحة كتابة الضبط من مكاتب وشعب يقوم كل واحد منها على تنفيذ جميع القرارات والأوامر الصادر عن المحكمة، من بين هذه الشعب شعبه التبليغ التي يعهد لها بالقيام بالإجراءات المنصوص عليها في الفصول 37 و38 و39 من ق.م.م. ونميز في مهام هذه الشعبة بين شعبه تبليغ الأحكام والقرارات، شعبه الإنابات القضائية.

- وتاب حسن: " دور كتابة الضبط في تفعيل مسطرتي التبليغ والتنفيذ"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية العلوم القانون والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2008-2009، ص 14.

²⁷¹ - ملحاوي يوسف: " التبليغ في مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 22، 2009 ص 79.

²⁷² - أمركي جمال: " النظام القانوني للتنفيذ الجبري- دراسة في ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي والمقارن"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006، ص 229.

²⁷³ - بديعة المنناوي: " أحكام التبليغ القضائي وإشكالاته العملية في المادة المدنية"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، لسنة 2013، ص 33.

كتابات الضبط²⁷⁴، وكل ذلك يسهم في تكريس محدودية طرائق التبليغ وعدم نجاعتها على الوجه المطلوب.

وفضلا عن ذلك، فإن ما يعزز أكثر من محدودية التبليغ بواسطة موظفي كتابة الضبط، قلة الموارد البشرية المكلفة بالتبليغ، بالمقارنة مع عدد الاستدعاءات والتبليغات المتراكمة، كل هذا أفرز بعض الخلل

في طرائق التبليغ والتأثير في نجاعتها، وتعثر سير الجلسات وكثرة الطعون في إجراءات التبليغ²⁷⁵.

وفي إطار التخفيف من حدة الإكراهات التي تعترض عمل جهاز كتابة الضبط، أحدثت هيئة حرة للأعوان القضائيين تضطلع بمهام التبليغ. علاوة على ذلك، تراجع المشرع في بواسطة المادة 83 من مشروع قانون رقم 02.23 يتعلق بالمسطرة المدنية²⁷⁶ عن الأسبقية المعطاة لجهاز كتابة الضبط في التبليغ وأسندها إلى المفوضين القضائيين. مراعاة للمهام الكثيرة المنوطة بهذه الهيئة.

ثانيا: التبليغ عن طريق المفوضين القضائيين

لقد انتبه المشرع المغربي إلى عدم قدرة كتابة الضبط لوحدها القيام بكل إجراءات الدعوى، لذلك فكر في إحداث مهنة منظمة كانت تسمى سابقا مهنة العون القضائي منذ قانون 41.80 الذي عُدِّلَ بمقتضى القانون رقم 81.03²⁷⁷ ثم أصبحت بعد ذلك تعرف بمهنة المفوضين القضائيين، ويعد إحداث هذا الجهاز بديلا عن الأجهزة التقليدية المؤهلة للقيام بعملية التبليغ²⁷⁸،

²⁷⁴ - وهنا نشير أنه من بين أوجه عدم كفاءة بعض الأعوان المكلفين بالتبليغ " فأنتهم لا يقومون في الغالب الأعم بملء شواهد التسليم بالطريقة القانونية اللازمة، الأمر الذي يجعل كثير من التبليغات تتعرض للبطلان".

- عبد الكريم الطالب: " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية -دراسة في ضوء مستجدات مسودة مشروع 2015"، الطبعة الثامنة، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء، يوليو 2016، ص 165.

²⁷⁵ -محمد مقور: " أحكام تبليغ الاستدعاءات في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2012/2013، ص 13.

²⁷⁶ -تنص المادة 83 من قانون 02.23 يتعلق بالمسطرة المدنية: " يبلغ الاستدعاء بواسطة أحد المفوضين القضائيين. يمكن للمحكمة أن تأمر، عند الاقتضاء، بتبليغ الاستدعاء بواسطة أحد موظفي كتابة الضبط أو بالطريقة الإدارية أو عن طريق البريد المضمون".

- مشروع قانون رقم 02.23 يتعلق بالمسطرة المدنية، نسخة صادرة عن الأمانة العامة للحكومة 2023، تمت إحالتها على الحكومة، التي أحالتها بدورها على مجلس النواب بتاريخ الخميس 9 نونبر 2023، ليمت إحالتها بعد ذلك على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان في الإثنين 13 نونبر 2023.

²⁷⁷ -ظهير شريف رقم 1.06.23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 8400 بتاريخ 2 مارس 2006، ص 559.

²⁷⁸ - أحمد القباب: " جهاز كتابة الضبط مهامه في المادة المدنية ومسؤوليته"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض بمراكش، سنة 2012-2013، ص 162.

بحسب المادة الأولى من قانون رقم 81.03 المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، التي عرفت المفوض القضائي بكونه مساعدا للقضاء يمارس مهنة حرة، وأسندت إليه مهمة القيام بمجموعة من الإجراءات على وفق اختصاصات محددة قانونا.

وقد أسهمت تجربة المفوضين القضائيين منذ بدايتها في التخفيف من المشكلات التي تعترض عملية التبليغ. حيث يختص المفوض القضائي بعمليات التبليغ وبإجراءات التنفيذ سواء أعلق الأمر بالأوامر، أم بالأحكام والقرارات، أم بالإجراءات، كما يضطلع بمهمة تسليم استدعاءات التقاضي وتبليغ الإنذارات بطلب من المعني بالأمر مباشرة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وبهذا يكون المشرع قد وسع من اختصاصات المفوض القضائي²⁷⁹ ومنحه إمكانية أن ينبب عنه تحت مسؤوليته كاتباً محلفاً أو أكثر للقيام بعمليات التبليغ فقط.

وقد تتبادر إلى الذهن فرضية تتعلق بمدى إمكانية إجراء عملية التبليغ بطريقة تختلف عن الطرائق المنصوص عليها قانونا- كالتبليغ بالوسائل الإلكترونية- مادامت تحقق مصلحة الأطراف والغاية من التبليغ

فهناك من يرى²⁸⁰ بأنه "يجوز للمحكمة أن تأمر بإجراء التبليغ بالطريق الذي تراه مناسباً لجعل القضية جاهزة للحكم ولو نص القانون على إنجازه بطريقة محددة، لكن شريطة حرصها على إنهاء الإجراء إلى علم المراد إعلامه شخصياً". لكن هناك رأياً آخر²⁸¹ يرى خلاف ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تخالف النص القانوني وتأمر بإجراء التبليغ بطرائقها الخاصة، لأن في ذلك تجاوزاً للنص القانوني من جهة، وبطلان العمل الإجرائي المترتب عن ذلك من جهة أخرى.

في حين يرى الباحث أنه لا ينبغي الركون لاتجاه على حساب الآخر، بل لابد من مراعاة مصلحة الأطراف أولاً وأخيراً، وحماية حقوق الدفاع ولو تطلب الأمر سلوك طريقة غير منصوص عليها قانوناً، شريطة طلب الإذن من رئيس المحكمة قبل اللجوء لتلك الطريقة، لاسيما أن المشرع يتجه في مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية²⁸² إلى توسيع نطاق الأشخاص الذين

²⁷⁹ بموجب القانون رقم 81.03 اتسعت مساحة الاختصاص الموضوعي لمؤسسة المفوضين القضائيين مقارنة بمؤسسة الأعوان القضائيين، فإلى جانب القيام بتبليغ الأوامر والأحكام والقرارات والإنذارات وكذا الاستدعاءات على اختلافها، نجد هذا الاختصاص يمتد إلى جوانب هامة تتصل بإجراءات التنفيذ الذي يعتبر الغاية القصوى في الدعوى القضائية، ولم يعد يستثنى من إجراءات التنفيذ التي يمارسها المفوض القضائي إلا ما تم النص على استثنائه ضمن المادة 15 من هذا القانون.

- عبد الجبار بهم "مؤسسة المفوض القضائي"، مطبعة دار الآفاق المغربية، الطبعة الأولى 2009، ص 31.

²⁸⁰ الحسين بويقن: "إجراءات التبليغ فقها وقضاء"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء 2002، ص 36.

²⁸¹ هشام علالي: "التبليغ في مدون الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2007-2008، ص 11.

²⁸² تنص المادة 87 من مشروع قانون المسطرة المدنية على أنه: "يمكن للمدعي أو وكيله أو محاميه بمجرد تعيين تاريخ الجلسة، أن يتسلم من كتابة الضبط الطيات المتعلقة بالاستدعاء، وجميع إجراءات الملف القضائية الأخرى، متى أرفق مقال الدعوى

يمكنهم السهر على عملية التبليغ، تحقيقا للغاية المرجوة منها. فدور المفوض القضائي²⁸³. فعال في ترجمة النصوص والمواد القانونية والاستدعاءات والأحكام والقرارات القضائية إلى أرض الواقع، وذلك بواسطة تجسيدها ماديا عن طريق التنفيذ الجبري²⁸⁴. ويمكن الرجوع إلى القضاء عند وجود أي صعوبة، في اثناء القيام بعملية التبليغ²⁸⁵.

لكن الإشكال المطروح أن أغلب المفوضين القضائيين لا يرجعون إلى القضاء في حالة وجود صعوبة في التبليغ، ويقتصرون على ذلك في حالة الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ فقط على الرغم من وضوح النص "...مع الرجوع إلى القضاء عند وجود أي صعوبة"²⁸⁶ وهنا جاءت الصياغة عامة ولم يكون تقييدها بالتنفيذ فقط، بل حتى التبليغ يمكن أن ينسحب عليها²⁸⁷.

كما أن النسبة المادية المحددة عند التنفيذ جعلت مسألة التبليغ بالنسبة إلى المفوضين القضائيين ثانوية ولاسيما التبليغ الجنحي الذي يتقاضون فيه مبلغا زهيدا²⁸⁸ أو التعرض

بكل الوثائق والمستندات المثبتة له وذلك تحت طائلة عدم القبول بعد توجيه الإنذار له، قصد السهر على تبليغها إلى المدعى عليه أو من له المصلحة من أطراف الدعوى بواسطة مفوض قضائي."

- مشروع قانون رقم 02.23 يتعلق بالمسطرة المدنية، نسخة صادرة عن الأمانة العامة للحكومة 2023، تمت إحالتها على الحكومة، التي أحالتها بدورها على مجلس النوب بتاريخ الخميس 9 نونبر 2023، ليتم إحالتها بعد ذلك على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان في الإثنى 13 نونبر 2023.

²⁸³ - نظرا لأهمية التبليغ في إطار مسطرة التقاضي، أقر المشرع جزاءات مدنية وجنائية في حق المفوض القضائي، ذلك أن المادة 53 من القانون رقم 81.03 تعاقب بغرامة مالية من ألف درهم إلى عشرة آلاف درهم وبالحبس من شهر إلى سنتين أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك في حالة مخالفته لمقتضيات المادتين 31 و32 من هذا القانون، عدا إذا كان تكييف الفعل المعاقب عليه يوجب عقوبة أشد كالزور مثلا. بالإضافة إلى إمكانية إثارة مسؤوليته المدنية في حالة توفر شروطها

- محمد زلايحي: "بطلان العمل الإجرائي وأثره على العون القضائي"، مقال منشور بمجلة المناظرة، العدد السادس، يونيو 2001 ص 42.
²⁸⁴ - ولحبيب فاضيلي "دور المفوض القضائي في تفعيل مساطر تنفيذ الأحكام المدنية" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تخصص القانون والمقاول، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس السنة الجامعية 2011-2012 ص 6

²⁸⁵ - تنص المادة 15 من ق 81.03 المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين على أنه "يختص المفوض القضائي بصفته هاته... بالقيام بعمليات التبليغ وبإجراء تنفيذ الأوامر والحكام والقرارات وكذا العقود والسندات التي لها قوة تنفيذية مع الرجوع إلى القضاء عند وجود أي صعوبة...".

²⁸⁶ - المادة 15 من قانون 81.03

²⁸⁷ - بديعة المناوي: "أحكام التبليغ القضائي وإشكالاته العملية في المادة المدنية" م س ص 42.

²⁸⁸ - المرجع نفسه

كما قد يثار تساؤل كذلك بخصوص: هل تعتبر أتعاب المفوض القضائي ضمن الصوائر القضائية؟
لم يعرف المشرع المغربي المصاريف القضائية وإنما اعتبر على سبيل المثال وليس الحصر أتعاب الخبراء والتراجمة والشهود صوائر قضائية، طبقا لمقتضيات المواد 126، 127، 128 من قانون المسطرة المدنية المغربي، وأكد على تحميلها للفريق الخاسر في الدعوى طبقا لمقتضيات المادة 124 من نفس القانون وإذا كانت هذه المقتضيات القانونية لم تعتبر أتعاب العون القضائي ضمن الصوائر القضائية فإن ذلك لا يعني أنها مستثناة من ذلك على اعتبار أنها شرعت قبل إحداث مهنة العون القضائي بعد سنوات.
- محمد بفقير: "تجربة مهنة العون القضائي بالمغرب تشريعا وعملا"، دراسات قضائية، ج 1، الطبعة الأولى 2003، ص 14

للتحديات من طرف المبلغ إليه، الأمر الذي يسهم في محدودية التبليغ عن طريق هذه الهيئة، لذا يتعين منح تحفيزات مادية لهم، تسهم في جعل عملية التبليغ تحظى بالاهتمام نفسه المرصود لعملية التنفيذ.

ووعيا من المتقاضين بهذا الأمر، فإن المعمول به على المستوى العملي أن كل من هو حريص على تسريع البت في قضيته يلجأ إلى المفوض القضائي ويمكنه من مصاريف التنقل أو يرافقه في وسيلة نقل خاصة به ليقوم بتبليغ خصمه²⁸⁹.

كما يلاحظ على مستوى الواقع العملي أنه قد تصدر ممارسات عن بعض المفوضين القضائيين والتي يطبعها نوع من المحسوبية، فيكون الإدلاء بمعلومات مغلوطة لأحد الخصوم، واستعمال ملاحظة المحل مغلق كوسيلة للتسويق والمماطلة في التنفيذ والتبليغ، هذا فضلا عن الاهتمام بالتنفيذ وإهمال التبليغ، وكتابة ملاحظات على شواهد التسليم لا سند لها في القانون²⁹⁰، مما يجعل التبليغ عن طريقهم يكتسي طابع المحدودية في هذا الجانب، الأمر الذي يستوجب ضرورة التدخل، للحد من هذه الممارسات المعزولة التي تؤثر في عملية التبليغ وحقوق الدفاع، عن طريق إلزام المفوضين القضائيين تثبيت كاميرات على صديرات المكلف بالتبليغ لتسجل القيام بالإجراء المطلوب للرجوع إليه عند الضرورة أو في حالة وجود منازعة. لضمان حسن سير عملية التبليغ، والتخفيف من محدودية الجهات المكلفة بالتبليغ لاسيما المفوضين القضائيين²⁹¹.

إلا أنه بالرغم من المكانة التي أولاها المشرع لهذه المؤسسة، والضمانات التي أحاط بها المفوض القضائي في أدائه لمهامه، إلا أن عملية التبليغ لا تكون دائما بالشكل المطلوب وفي أجل معقول بالنظر لمشكلات ومعوقات عديدة، أولها قلة عدد المفوضين القضائيين مقارنة بعدد القضايا والإجراءات المخول لهم القيام بها، حيث بلغ عددهم إلى حدود 30 شتنبر 2018 بحسب

²⁸⁹ - الطاهر القضاوي: "الإطار التشريعي لتنظيم مهنة المفوضين القضائيين بين الحقوق والواجبات"، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد السادس 2008، ص 59.

- تبني المشرع هذه الممارسة التي أفرزها الواقع العملي تشريعا، بواسطة إقرارها في مشروع قانون المسطرة المدنية، حيث نص في المادة 87 من ذات القانون على أنه " يمكن للمدعي أو محاميه أو وكيله، بمجرد تعيين تاريخ الجلسة، أن يتسلم الطيات المتعلقة بالاستدعاء، وجميع إجراءات الملف القضائية الأخرى، متى أرفق مقال الدعوى بكل الوثائق والمستندات المثبتة له، وذلك تحت طائلة عدم القبول بعد توجيه الإنذار له، قصد السهر على تبليغها إلى المدعى عليه، أو من له المصلحة من أطراف الدعوى بواسطة مفوض قضائي ".

²⁹⁰ - حبيبة التايس: "التبليغ القضائي وأثره على سلامة الإجراءات المسطرية"، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون والأعمال والمقاولات، العدد 5، ماي 2004، ص 50.

²⁹¹ - خولت الفقرة الخامسة من المادة 15 إمكانية أن ينيب المفوض القضائي عنه وتحت عهده كاتباً محلفاً أو أكثر للقيام بعمليات التبليغ، شريطة وضع المفوض لتوقيعه وتأشيريه على وثيقة التبليغ تحت طائلة البطلان، كما تقضي بذلك المادة 44 من قانون المفوضين القضائيين.

عبد الجبار بهم: "مؤسسة المفوض القضائي"، مطبعة دار الآفاق المغربية، الطبعة الأولى 2009، ص 31.

تقرير لوزير العدل 1654 مفوضا قضائيا²⁹² وهو عدد لا يتناسب مع الدور المنوط بهم وحجم الإجراءات المخول لهم القيام بها مما يحد من فعاليتها.

وجدير بالذكر أن مشروع رقم 02.23²⁹³ المتعلق قانون المسطرة المدنية جعل التبليغ الذي يكون عن طريق المفوض القضائي هو الأصل والقاعدة العامة، فبالرغم من أهمية هذا المقتضى فإنه غير كافٍ لتجاوز محدوديتها، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة زيادة عدد المفوضين القضائيين، لتغطية الخصائص الحاصل في مجموع التراب الوطني، ومنحهم تحفيزات مالية مشجعة، مع تعزيز التكوين المستمر.

ثالثا: التبليغ عن طريق القيم

يكون اللجوء إلى التبليغ عن طريق القيم في حالة تعذر العثور على الشخص المبلغ إليه لعدم معرفة موطن إقامته²⁹⁴، حيث يتحمل مسؤولية البحث عن الشخص المراد التبليغ له والدفاع عنه في غيبته²⁹⁵ إذ يكون هذا البحث بمساعدة النيابة العامة والسلطات الإدارية، وتعد هذه المسطرة طريقا رسمه القانون لإتمام التبليغ في الحالات التي يكون فيها المعني بالأمر مجهول العنوان.

يعين القيم من بين أعوان كتابة الضبط، حيث يمكن للقاضي المقرر عندما تكون القضية معروضة على أنظار المحكمة الابتدائية، أن يعين عوناً من كتابة الضبط بصفته قيماً، وذلك في الحالة التي يكون فيها موطن أو محل إقامة أحد طرفي الدعوى غير معروف، أما عندما تكون القضية أمام محكمة الاستئناف فإن المستشار المكلف بالقضية يعين قيماً، وذلك بحسب ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 334 من ق.م.م.²⁹⁶

وعند إجراء هذا التعيين فإن القاضي، أو المستشار المقرر يشير إلى ذلك بمحضر الجلسة ويشعر القيم بهذا التعيين الذي يضم إلى وثائق الملف ويحرر القيم كتاباً لطلب المساعدة في البحث عن المتغيب، يوجه هذا الكتاب إلى النيابة العامة وللسلطات الإدارية التي يقع ضمن دائرة نفوذها آخر موطن أو محل إقامة المتغيب²⁹⁷. ولتعيين القيم وقيامه بالتبليغ أهمية قصوى بالنسبة إلى

²⁹² - عرض وزير العدل بمناسبة تقديم الميزانية الفرعية لوزارة العدل أمام لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان لمجلس النواب برسم سنة 2019، ص 63.

²⁹³ - الفصل 83 من مشروع قانون المسطرة المدنية، صيغة 2023.

²⁹⁴ - تنص الفقرة السابعة من الفصل 39 من ق.م.م. على ما يلي: "تعين المحكمة في الأحوال التي يكون فيها موطن أو محل إقامة الطرف غير معروف عوناً من كتابة الضبط بصفته قيماً يبلغ إليه الاستدعاء".

²⁹⁵ - عبد العزيز حصري: "القانون القضائي الخاص"، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2003، ص 304.

²⁹⁶ - عبد اللطيف مشبال: "مسطرة القيم وفق قانون المسطرة المدنية"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 70/ ماي - يوليو 1994، ص 30.

²⁹⁷ - عبد الجبار بهم: "مؤسسة القيم وفق قانون المسطرة المدنية"، مجلة المحامي، العدد 39، يونيو 2001، ص 114.

سريان آجال الاستئناف أو النقص بالنسبة إلى الأحكام والقرارات المبلغة إلى هذه الأخيرة إذ لا تسري إلا بعد تعليقها في لوحة معدة لهذا الغرض بالمحكمة مدة ثلاثين يوما²⁹⁸.

بالرجوع إلى الفصول 39، 54-329-34-380-441-469-480 من ق.م.م، يتضح أن القيم يتدخل في مختلف المراحل التي تقطعها الدعوى، أو الطعن بدءا بالإجراءات السابقة للدعوى²⁹⁹.

والملاحظ أحيانا أنه لا يكون التمييز بين "حالة عدم العثور على الطرف أو على أي شخص في موطنه أو محل إقامته"³⁰⁰، وبين حالة كون المراد تبليغه "مجهول العنوان أو غير معروف به"، فيكون تنصيب القيم في كلتا الحالتين أو اللجوء إلى مسطرة القيم في الحالة الأولى، والبريد المضمون في الحالة الثانية التي يكون فيها اللجوء لمؤسسة القيم، لهذا نجد المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار له³⁰¹ يعد أن الاستدعاء بالبريد المضمون المشار إليه في الفصل 39 يفيد حالة عدم العثور على المراد إعلانه، أو من يقوم مقامه، ولا يعني كونه مجهول العنوان، وفي الحالة التي يكون فيها العنوان معلوما، ولكن لم يعثر عليه فإنه لا يبرر اللجوء لمؤسسة القيم.

وترتكز مهمة القيم³⁰² الذي يكون تعيينه في أنه ملزم بضرورة البحث عن الطرف المراد تبليغه بمعية النيابة العامة والسلطة الإدارية، علاوة على ضرورة تقديم كل المستندات والمعلومات المفيدة في الدفاع عن الطرف المتغيب، كون أن مهمة القيم في هذه المرحلة محكومة بعمليتين متلازمتين: أولاها: البحث عن المتغيب ووسائل الدفاع عنه من جهة، ومن جهة أخرى استثمار ما عثر عليه وتقديمه للعدالة في كل جلسة³⁰³، وقد يتحقق العثور في أثناء سريان المسطرة عن موطن

298 - الفصل 441 ق م م

299 - الرافعة وتاب: "مسطرة القيم بين محاكم الموضوع وقضاء المجلس الأعلى"، مطبعة الأمانة الرباط 2011 ص 41.

300 - المنصوص عليه في الفقرة 2 من الفصل 39 من ق.م.م

301 - قرار المجلس الأعلى، عدد 1854 في ملف مدني عدد 99741 صادر بتاريخ 19/09/1990، أشار إليه عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1998، ص 150-151.

302 - مهام القيم التي أسندها له المشرع، ويمكن تصنيفها إلى ثلاثة:

* - مهام يقوم بها أثناء سير الدعوى وسندها الفصل 39 ق.م.م وهي:

1- تسليم الاستدعاء، 2- البحث عن الطرف المتغيب، 3- تقديم كل المستندات والمعلومات المفيدة للدفاع عن الطرف المتغيب، 4- إخبار القاضي بالعثور على الطرف المتغيب، 5- إخبار الطرف المعني بالأمر بحالة المسطرة.

* - أما مهام القيم بعد صدور الحكم في الدعوى، وتتمثل: الفصل 441

(1) تعليق الحكم أو القرار وإشهاره

(2) إشهاد كاتب الضبط بالقيام بإجراءات الإشهار والتعليق

* تدخل مؤسسة القيم قبل الدعوى خصوصا عن طريق الأوامر الصادر عن رؤساء المحاكم، والمرتبطة بالطلبات الرامية إلى توجيه الإنذارات (148 ق.م.م) وهو ما أكدته قرار عدد 1056 المؤرخ في 24/06/2009 الملف عدد 2/3/427/2007.

- محمد الأزهر "التبليغ"، م س، ص 84.

303 - عبد الجبار بهم: "مؤسسة القيم وفق قانون المسطرة المدنية"، مجلة المحامي، عدد 39، يونيو 2001، ص 109.

الطرف المتغيب أو محل إقامته في هذه الحالة تتوقف مهمة القيم عند هذا الحد وحينئذ يصبح ملزما بضرورة إخبار المحكمة التي عينته، وإخطار الطرف برسالة مضمونة عن حالة المسطرة³⁰⁴.

وقد أثارت مسطرة القيم مجموعة من الانتقادات باعتبارها من أخطر المساطر التي تؤدي إلى حرمان المدعي عليه من الدفاع عن حقوقه، حيث يلاحظ على المستوى العملي أن هذه المسطرة أبانت عدم مجاراتها للمقتضيات القانونية، وذلك لعدة أسباب منها ما يعود إلى القيم كشخص إذ أن تعيين هذا الأخير لا يخضع لأي معيار أو مواصفات تجعله مؤهلا ليحظى بهذه الصفة حتى يكون مستوعبا لهذه المهمة الموكولة له ومدركا لمساحة الصلاحيات المخولة له، بل يلاحظ في الغالب تعيين كتاب الجلسات أو بعض الأعوان يكونون في الغالب لا علم لهم بتعيينهم قيما لهذه الغاية³⁰⁵.

وأخرى تخزي إلى أن أعوان كتابة الضبط الذين تسند إليهم مهمة القيم لا تسمح لهم بالمهام التي يقومون بها للقيام بهذا الدور، ونتيجة لذلك لا يقوم القيم بالبحث عن الطرف بصفة شخصية ويكتفي بإرسال الطلب إلى النيابة العامة والسلطات الإدارية - حيث غالبا ما تتماطل هذه الأخيرة، في إرسال وصل التسليم إلى المحكمة حتى ولو عثرت على المعني بالأمر، مما يتسبب معه في إعاقة المسطرة - الذي قد يأتي وقد لا يأتي، أو يأتي بعد فوات الأجل، وحتى في بعض المحاكم التي يخرج فيها القيم للبحث عن الطرف المتغيب، فإنه سرعان ما يتراجع تحت ضغط الإكراهات المادية الخاصة بمصاريف النقل³⁰⁶.

وتعد أيضا من أبرز العوائق التي تعترض مسطرة القيم وتكشف عن محدوديتها، مشكل التنسيق بين مختلف المتدخلين فيها، ففي الوقت الذي نجد فيه معظم القضاة لا يكثرثون لجواب القيم ويكتفون بمجرد التعيين الشكلي له ويدرجون القضية في التأمل أو المداولة³⁰⁷. علاوة على ذلك أن السلطة الإدارية أو النيابة العامة في شخص الضابطة القضائية تدفع بعدم اختصاصهما في كثير من الطلبات التي يوجهها القيم من أجل مساعدته في البحث عن المتغيب بعله كون المطلوب تبليغه لا يقطن في دائرتها الترابية، وحتى في الحالة التي تنجز فيه السلطة الإدارية والنيابة

³⁰⁴ - تنص المادة 39 الفقرة الأخيرة: "إذا عرف فيما بعد موطن أو محل إقامة الطرف الذي كان يجهل موطنه فإن القيم يخبر بذلك القاضي الذي يعينه ويخطر الطرف برسالة مضمونة عن حالة المسطرة وتنتهي نيابته عنه بمجرد القيام بذلك".

³⁰⁵ - بوبكر بهلول، مسطرة التبليغ القضائي والتبليغ الإلكتروني، سلسلة الإدارة القضائية، العدد 4 يوليو 2005، مطبعة دار السلام الرباط، ص 100.

³⁰⁶ - الرافة وتاب: "مسطرة التبليغ للقيم بين الواقع والمأمول"، مجلة الملف، العدد 3، أبريل 2004، ص 35-36.

³⁰⁷ - عبد اللطيف مشبال: "مسطرة القيم وفق قانون المسطرة المدنية"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 32/70، ص 4.

العامة مهمتها في البحث عن الطرف، فإن جواب الجهتين يكون مختلفا إلى حدود التضارب، والأكثر من ذلك فإن جواب الجهتين غالبا لا يكون في الوقت نفسه³⁰⁸.

تأسيسا على ما سبق يتضح بالملاموس محدودية التبليغ بواسطة القيم، مما يستوجب ضرورة التدخل لمعالجة مجمل الإشكالات التي تعرفه هذه الأخيرة، لكن يلاحظ أن المشرع المغربي اختار طريقا أسهل في التعاطي مع هذه المؤسسة بواسطة مشروع قانون المسطرة المدنية المغربي حيث تخلى عن مسطرة القيم، نظرا لما أفرز تطبيق هذه المسطرة من صعوبات ومشكلات تحد من نجاعتها كما مرّ بنا، وإن كان هذا المسلك في نظرنا غير كافٍ لحل مجمل المشكلات التي تؤثر في نجاعة طرائق التبليغ في قانون المسطرة المدنية، لاسيما في الحالات التي ترمي إلى البحث والدفاع عن الطرف المتغيب.

الفقرة الثانية: طرائق التبليغ الاحتياطية

علاوة على طرائق التبليغ المشار إليها سابقا فإن الفصل 37 من ق م م ينص على مجموعة من الطرائق الأخرى. والتي تلجأ إليها المحكمة في حالة تعذر اللجوء لطرائق التبليغ الأساسية، التي سيكون تحليلها وبيان مدى محدوديتها. بواسط الحديث عن التبليغ بواسطة البريد المضمون (أولا)، أو عن طريق السلطة الإدارية، أو السلك الدبلوماسي (ثانيا)، كما أن مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية نص على إمكانية التبليغ بطريقة إلكترونية³⁰⁹ (ثالثا).

أولا- التبليغ بواسطة البريد المضمون

يكون اللجوء إلى التبليغ عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل بعد استنفاد التبليغ بواسطة كتابة الضبط أو المفوضين القضائيين أو السلطة الإدارية، والمشرع لم يفضل جهة على أخرى كما أنه لم ينص على ترتيب معين إلزامي يظهر ذلك بواسطة استعماله لحرف العطف " أو "³¹⁰ الذي يفيد التخيير.

نصت مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 37 من ق.م.م على "أنه يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط أو أحد الأعوان القضائيين أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية". كما أكدت مقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من

³⁰⁸ - عبد العزيز ادزني: "مسطرة القيم في المادة المدنية، دراسة نظرية وعملية"، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، طبعة 2012، ص 79-80.

³⁰⁹ - لاسيما المواد: 627، 629، 633، 634، 638، 639 من مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية، صيغة 2023.

³¹⁰ - ذ الرافة وتاب: "عبارة غير مطلوب في التبليغ بواسطة البريد المضمون على ضوء العمل القضائي، مجلة المحاكمة، العدد 5، نونبر-يناير 2008/2009، ص 74.

الفصل 39 من ق.م.م، على أنه إذا تعذر على عون كتابة الضبط أو السلطة الإدارية تسليم الاستدعاء لعدم العثور على الطرف أو على أي شخص في موطنه أو محل إقامته ألصق في الحين إشعار بذلك في موضع ظاهر بمكان التبليغ وأشار إلى ذلك في الشهادة التي ترجع إلى كتابة الضبط المعنية بالأمر، توجه حينئذ كتابة الضبط الاستدعاء بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل³¹¹. وتعدُّ هذه الطريقة احتياطية ولا يلجأ إليها المدعي إلا في حالة استنفاد طرائق التبليغ العادية، وقد عدَّ المشرع الاستدعاء الذي رفض الطرف أو الشخص الذي له الصفة في التسليم، مسلماً له تسليمًا صحيحًا ابتداءً من اليوم العاشر الموالي للرفض³¹². علاوة على ذلك، فالتبليغ برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل في كثير من القوانين الخاصة³¹³ والأمر يعود إلى أهميته الكبرى فيما يوفره من بساطة وسرعة وريح للوقت، إذا كان على الوجه المطلوب.

إلا أنه وبالرغم من أهمية التبليغ عن طريق البريد المضمون، فقد أبان تطبيق ذلك عن طريق الواقع العملي أن الأمر يطرح مجموعة من الإشكالات، تجعل هذه الوسيلة في حالات كثيرة لا تؤدي الدور المنوط بها ولا تحقق النتيجة المرجوة نذكر منها: عدم تعامل المرسل إليه أحياناً مع الإجراء بحسن نية إذ كثيراً ما يتعمدون عدم سحب الرسالة المضمونة الموجهة إليهم خوفاً من مفاجأة قد لا تكون في مصلحتهم.

كما أن الرسائل المضمونة مع الإشعار بالتوصل غالباً ما ترجع على المرسل إليه كعبارة غير مطلوب³¹⁴، أو ترجع إلى المرسل بعبارة غير مقبول، أو مرفوض، أو عدم ملء الإشعار بالتوصل بالبيانات الكافية كالتوقيع أو تاريخ الاستلام، مما يفتح باب التمسك ببطلان التبليغ.

³¹¹ - محمد بفقير: "مبادئ التبليغ على ضوء قضاء محكمة النقض"، الطبعة الثانية، سلسلة الكتب القانونية والقضائية، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء 2019، ص 178.

³¹² - الفقرة الخامسة من الفصل 39 من ق.م.م.

³¹³ - مثلاً على سبيل المثال:

- المادة 34 من ظهير 1995/05/24 كما تم تعديله بمقتضى قانون 49.16.

- والمادة 287 من ق.م.م: "يستأنف الحكم القابل للاستئناف داخل ثلاثين يوماً من يوم تبليغه طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 54 بتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل موجهة إلى هذه الكتابة..".

والجدير بالإشارة أن التبليغ بالبريد المضمون له مركز خاصة في المادة الجبائية لما يطرحه من عدة شاكل وصعوبات.

- إبراهيم أخطاب: "مساطر التبليغ في المادة الجبائية"، مقال منشور بمجلة المرافعة، العدد 12، لسنة 2002 ص 40 وما يليها.

- للتوسع أنظر، أيوب الجرموني: "التبليغ في مسطرة تصحيح الضرائب بين النص القانوني والاجتهاد القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام والعلوم السياسية تخصص الدراسات الإدارية والمالية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال الرباط، السنة الجامعية 2015-2016.

³¹⁴ - هناك العديد من الإشكالات المرتبطة بالإشعار بالتوصل بملاحظة "غير مطلوب" حيث تسجل عبارة "غير مطلوب" في حالة التبليغ بالبريد المضمون حينما تترك إدارة البريد للمبلغ إليه إشعار بالتوجه لهذه المصلحة لسحب رسالة شخصية، ولكنه يتخلف عن القيام بذلك.

ناهيك عن إمكانية تعرض الرسالة للتلف أو الضياع، أو يدفع المرسل إليه يكون الرسالة التي توصل بها خالية من الوثيقة موضوع التبليغ أي التوصل بغلاف البريد فارغ، بل أحيانا قد يعتمد الشخص إلى بعث رسالة مضمونة إلى خصمه فارغة أو يضع بها وثيقة غير التي هي موضوع الإجراء لغاية في نفسه، فضلاً عن عدم توافر كتابة الضبط أحيانا على المطبوعات اللازمة لإرسال الطيات عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل³¹⁵.

لهذا نرى أنه من المستحسن للتخفيف من محدودية هذه الطريقة التي تواجه هذا التبليغ أن تستبعد وسيلة التبليغ عن طريق البريد المضمون في بعض الأمور المهمة جداً، كتبليغ الأحكام أو الإنذارات الخاصة بالإفراج، أو على الأقل أن يكون ذلك في غلاف مفتوح، سيرا على نهج بعض التشريعات المقارنة، كالقانون الفرنسي، الذي ذهب في الفصل 18 منه إلى أن تبليغ المكثري يكون عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل لكن دون غلاف أو عن طريق العون القضائي³¹⁶. وتجدر الإشارة، أن المشرع عمل على تضيق نطاق العمل بهذه الطريقة في مشروع قانون 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية حرصاً على حقوق المتقاضين، لاسيما بالمادة 83 منه حيث يلاحظ أن المشرع جعل التبليغ بواسطة البريد المضمون كطريق احتياطي أخير يمكن اللجوء إليه، وحصره أيضاً في حالة كون المرسل إليه (المدعى عليه) يقيم خارج المغرب:

علاوة على ذلك حذف اللجوء إلى التبليغ بواسطة البريد المضمون في حالة تعذر المكلف بالتبليغ أو السلطة الإدارية تسليم الاستدعاء لعدم العثور المطلوب تبليغه المنصوص عليه بالفقرة الثانية والثالثة من الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية الحالي، وتعويضه في مشروع

- زهير البشاني وهند أوتاصر: "دور المفوض القضائي في التبليغ"، مجلة القصر، العدد 24 شتنبر 2009، ص 121. والإشكالية التي تثار بهذا الخصوص تتمثل فيما يلي: هل تعتبر هذه العبارة بمثابة رفض لتسليم الاستدعاء طبقاً للفصل 39 من ق.م.م وبالتالي يعد الاستدعاء مسلماً تسليماً صحيحاً في اليوم العاشر الموالي للرفض أو أنها حالة متميز عن حالة رفض التسليم؟ خلاصة الكلام حول هذه النقطة في العمل القضائي بشأن تحديدي مدلول هذه العبارة هي وجود اتجاه يقول بأنها بحكم الرفض، واتجاه آخر نفي بصفة الرفض عنها، فضلاً عن اتجاه آخر ذهب إلى اعتبارها من أمور الواقع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها لتسمح تبعاً لذلك لمحاكم الموضوع باتخاذ الموقف الملائم حسب كل نازلة. ولهذا نؤيد الاتجاه الثالث الذي اعتبر ملاحظة غير مطلوب من أمور الواقع تاركاً أمر تقدير وتقييم التوصل من عدمه إلى السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع للخطورة البالغة التي تكتسي عملية التبليغ ككل وللتوسع أنظر:

- الرافة وتاب: "عبارة "غير مطلوب في التبليغ بواسطة البريد المضمون على ضوء العمل القضائي، مجلة المحاكمة، العدد 5، نونبر/يناير 2008/2009، ص 74.
- إلهام الحسني بطي: "التبليغ بين قواعد العامة ومدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر القوانين الإجرائية المدنية، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش السنة الجامعية 2008-2009، ص 24.
- ³¹⁵ - بديعة المنماوي "أحكام التبليغ القضائي وإشكالاته العملية في المادة المدنية" م س ص 66.
- ³¹⁶ - عبد الرحمان الشرقاوي: "قانون المسطرة المدنية"، الطبعة الرابعة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2019، ص 104.

قانون 02.23 بإمكانية اعتماد المحكمة على المعلومات المتوفرة بقاعدة المعطيات المتعلقة بالبطاقة الوطنية الإلكترونية (المواد 84 و86).

ثانيا- التبليغ عن طريق السلطة الإدارية أو بواسطة السلم الدبلوماسي

أ- التبليغ عن طريق السلطة الإدارية

يعد التبليغ بالطريقة الإدارية من بين الطرائق التي أخذ بها المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية لاسيما بالفقرة الثانية من الفصل 37 منها، فبالرغم من أنه لم يحدد مقتضيات خاصة به، فإن العمل قد جرى على أن اللجوء لهذه الطريقة يكون في الحالة التي ترى فيها المحكمة أن ضغط العمل لدى كتابة الضبط لن يمكنها من إتمام التبليغ في وقته المحدد، أو إذا تبين لها أن الإدارة تملك من الوسائل والمعلومات ما يؤهلها لإنجاز هذا التبليغ على أحسن وجه وبالسرية المطلوبة للمصلحة العامة³¹⁷ أو قد يكون اللجوء لهذه الطريقة بسبب الوضعية التي يوجد فيها المراد تبليغه والتي يحتاج الأمر فيها إلى وسائل تتوافر عليها الإدارة دون المحكمة³¹⁸، وهكذا يظهر أن التبليغ بالطريقة الإدارية مجرد وسيلة احتياطية³¹⁹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يوضح مدلول الطريقة الإدارية لكن الواقع العملي جرى على أن المقصود منها بعض الموظفين العموميين الخاضعين للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية أو الأعوان المتعاقدين مع الإدارات العمومية³²⁰ والشرطة والدرك الملكي³²¹ وأعوان السلطة (الشيوخ

³¹⁷ عبد السلام بناني وسعيد الفكاهي وآخرون: "التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات القاهرة، 1983، ص 220.

³¹⁸ عبد اللطيف هداية الله، القضاء المستعجل في القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1998، ص 378.

³¹⁹ محمد أحمد عابدين: "إعلان الأوراق القضائية في ضوء القضاء والفقه"، الطبعة الأولى، مطبعة دار المطبوعات، الجامعات الإسكندرية، 1990، ص 136.

³²⁰ الأعوان المتعاقدين مع الإدارات العمومية يشتغلون تحت سلطة رجال السلطة كالقائد أو الباشا بصفته ممثلا للسلطة المحلية حيث يعطي أوامره، بتبليغ الاستدعاءات وكذا جميع الوثائق الأخرى الصادرة عن المحاكم المغربية في إطار قانون المسطرة المدنية للمعنيين بالأمر القاطنين ضمن النفوذ الترابي التابع للمقاطعة الحضرية أو القيادة بالنسبة للبادية.

-أحمد أكردوس: "التبليغ بالطريقة الإدارية: دراسة نظرية وعملية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحده التكوين والبحث في القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، براكش، السنة الجامعية 2002-2003، ص 11.

³²¹ - لقد عرفت الفقرة الأولى من الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1-57-280 الصادر بتاريخ 14 يناير 1958 "الدرك الملكي المغربي بأنه قوة عمومية مكلفة بالسهر على الأمن العمومي والمحافظة على النظام وتنفيذ القوانين.

- وقد نص الفصل 36 من نفس الظهير على أن "للدرك الأهلية في أن يقوم مباشرة بأعمال التبليغ والتنفيذ المنصوص عليها في المقتضيات المعمول بها في المرافعات المدنية غير أنه لا تسند هذه المهمة للدرك إلا إذا لم يتأت للمصالح المكلفة عادة بالإعلانات وبالنفذات القضائية القيام بها نظرا للاستعجال أو بعد المسافات".

والمقدمين) لما لهم من دراية بمواطن الأشخاص ومحل إقامتهم وتنقلاتهم³²² فالتبليغ بواسطة أعوان السلطة له أهميته بالنسبة إلى القاطنين بالمناطق النائية والبعيدة عن المحاكم، والتي يصعب على المفوضين القضائيين وأعوان المحكمة الوصول إليها، الأمر الذي يفرض عدم القدرة على الاستغناء عنه بالرغم من عدم تحقق النتائج المنتظرة منه دائما والراجعة لأسباب عديدة من بينها: الأمية القانونية السائدة في أوساطهم مما يؤدي إلى ارتكاب أخطاء ومخالفات تفقد التبليغ حجته³²³.

علاوة على ذلك يطرح التبليغ بالطريقة الإدارية مشكلات ترجع أساسا إلى تطبيق خريطة التقطيع الإداري من طرف كتابة الضبط، فالتقطيع الإداري في المجال الترابي يوازي الاختصاص المكاني في التنظيم القضائي، وهو ما لا تستطيع غالبا أطر كتابة الضبط وموظفوها الإلمام به، فيكون إرسال طيات التبليغ بطريقة عشوائية بالاعتماد على مجهودات الشخصية في تحديد النفوذ الترابي لقيادة أو مقاطعة معينة³²⁴. والملاحظ على سبيل المقارنة أن التبليغ الذي يقوم به موظفو الدرك الملكي والأمن الوطني³²⁵ أكثر فائدة لأن شهادة التسليم مملوءة بالبيانات المطلوبة³²⁶ بالقياس مع التبليغ الذي يقوم به أعوان السلطة المحلية من شيوخ ومقدمين.

أيضا من بين الإكراهات التي تواجه هذه الطريقة من التبليغ أن واقعة تسليم الأوراق القضائية بالنسبة إلى أعوان السلطة المحلية تفتقر إلى الدقة، ففي بعض الحالات يعمدون إلى تسليم تلك الأوراق لأي شخص يجدهونه في موطن أو محل سكني المعني بالأمر، بل قد يسلمونها إلى جيرانه، والموقف ذاته يتجسد على مستوى أوقات التسليم فتارة لا تسلم لمن يهمله الأمر إلا في

- ظهير شريف رقم 1.72.508 بتاريخ 18 محرم 1393 (22 فبراير 1973) يغير ويتم بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.079 الصادر في 28 رمضان 1376 (29 أبريل 1957) بإحداث الدرك الملكي والظهير الشريف رقم 1.57.280 الصادر في 22 جمادى الثانية 1377 (14 يناير 1958) بشأن مصلحة الدرك الملكي المغربي، بالجريدة الرسمية ص 1101.

³²² - مريم بنزهة: "القضاء الإلكتروني بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، الموسم الجامعي 2017-2018، ص 207.

³²³ - حميد بلمكي: "إشكاليات التبليغ بين النص القانوني وإكراهات الواقع العملي"، ندوة علمية نظمها المجلس الجهوي للمفوضين القضائيين لدى استئنافية مكناس، الراشدية بقاعة غرفة الصناعة والتجارة والخدمات قرب قسم الأسرة يوم 22 فبراير 2019 على الساعة 3 بعد الزوال.

³²⁴ - أحمد أكردوس: "التبليغ بالطريقة الإدارية دراسة نظرية وعملية"، م.س، ص 12 وما بعدها.

³²⁵ - وفي هذا الصدد أصدر رئيس النيابة العامة دورية يدعو فيها وكلاء الملك إلى عدم تكليف الدوائر الأمنية بتبليغ الطيات القضائية ويضع استثناءات، معتبرا أن تكليف المصالح الأمنية بتبليغ استدعاءات الجلسات المدنية، أو الأسرية وحتى الجنحية العادية، يشكل عبئا إضافيا على تلك المصالح، ويؤثر سلبا على نجاعة اختصاصاتها في حفظ الأمن وتوفير الخدمات الإدارية للمواطنين إلى جانب التثبت من وقوع الجرائم وجمع الأدلة عنها، والبحث عن مرتكبيها خاصة أن هناك قنوات أخرى خاصة بالتبليغ نظمها قانون المسطرة المدنية يمكن اللجوء إليها.

دورية رقم 1 س / رئاسة النيابة العامة، "حول تكليف الدوائر الأمنية بتبليغ الطيات القضائية"، 14 يناير 2021.

³²⁶ - إبراهيم بحماني: "التبليغ وتنفيذ الأحكام العقارية"، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء 2017، ص 53.

أوقات متأخرة من الليل، أو تسلم في أوقاتها لكن بعد فوات أجلها، وتارة أخرى تُسلم لأشخاص لا علاقة لهم بالمبلغ إليه وفي أماكن بعيدة كما هو محدد قانوناً،³²⁷ الأمر الذي يكشف عن محدودية التبليغ بهذه الطريقة. والمشرع في مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23 حافظ على هذه الطريقة في التبليغ بالمادة 83 منه.

ب- التبليغ على الطريقة الدبلوماسية

يكون اللجوء لهذه الطريقة في الحالة التي يكون فيها الشخص المراد تبليغه مقيماً في دولة أجنبية، والتبليغ في هذه الحالة يكون عن طريق نقل الاستدعاء عبر السلم الإداري³²⁸ أي بالوسائل الهرمية حتى تصل لوزارة الشؤون الخارجية وتتكفل هذه الأخيرة بنقله للسفارة أو القنصلية الأقرب لمحل الشخص المراد تبليغه³²⁹ وأجل الحضور للجلسة يحدد له بحسب المحل الذي يوجد به محل سكناه³³⁰.

يعد التبليغ بالطريقة الدبلوماسية من الطرائق المهمة التي تساعد على إيصال الاستدعاءات إلى المعنيين بالأمر والمقيمين خارج تراب المملكة لتمكينهم من الإحاطة بالإجراءات والدعوى والأحكام التي تهمهم وتباشر في وطنهم، ويمكن التمييز في هذه الطريقة من التبليغ بين حالتين مختلفتين:

الحالة الأولى: التبليغ لشخص يسكن ببلد لا تربطه مع المغرب أي اتفاقية للتعاون القضائي: يباشر التبليغ في هذه الحالة بواسطة السلطات الدبلوماسية، أي أن رئيس كتابة الضبط يقوم بإرسال الاستدعاءات والطلبات القضائية إلى سفير أو قنصل المملكة المعتمدة بالبلد الأجنبي المراد تبليغ الوثائق به وذلك تحت إشراف السلم الإداري: رئيس محكمة الدرجة الأولى، ثم

327 - عبد الحق المتوكل، إشكالات التبليغ"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 18.

328 - طبقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 37 من ق.م.م. على أنه "...إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقتضي بغير ذلك".

329 - Amahmoul jawad: procédure civile , 1ère édition, sijilmassa Meknès, 2009, p 40, 41

330 - ينص الفصل 41 ق.م.م " إذا لم يكن للطرف الذي وقع استدعاؤه لا موطن ولا محل إقامة في دوائر نفوذ محاكم المملكة فإن أجور الحضور يحدد فيما يلي:

- إذا كان يسكن بالجزائر أو تونس أو إحدى الدول الأوروبية: شهران

- إذا كان يسكن بدولة إفريقية أخرى وآسيا أو أمريكا: ثلاثة أشهر

- إذا كان يسكن بالأفانوس: أربعة أشهر

تطبق الآجال العادية عدا إذا مددها القاضي بالنسبة إلى الاستدعاءات التي سلمت إلى الشخص بالمغرب الذي لا يتوفر بعد على موطن ومحل إقامة".

الرئيس الأول لمحكمة الدرجة الثانية، ثم وزير العدل والحريات أي مديرية الشؤون المدنية، ثم إلى وزارة الخارجية التي تعمل على بعثها للسفارة أو القنصلية المعنية ومنها إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية لبلاد مكان التبليغ، لتزد الوثيقة بعد إنجاز المطلوب أو تعذر إنجازها وهو الغالب بنفس الطريقة التي أرسلت بها³³¹.

ومن بين الشكليات الواجب توافرها في طي التبليغ، إجبارية ترجمته والوثائق المرافق له إلى لغة البلد الذي يقطن به المعني بالإجراءات، وذلك حتى يتسنى للجهات المعنية القيام بعملية التبليغ على وفق الإجراءات والطرائق القانونية المعمولة بالدول الأجنبية³³².

وعلى الرغم من أهمية هذه الطريقة في التبليغ، فإن لها العديد من السلبيات تسهم في بطء إجراءاتها³³³، ويرجع ذلك من جهة إلى الأجل الطويلة التي أقرها المشرع للتبليغ لمن يوجد موطنه خارج المغرب، ومن جهة أخرى إلى تعقيد المسطرة وتعدد المتدخلين فيها؛ إذ غالبا ما يتطلب التبليغ بهذه الطريقة شهورا عديدة لاسيما وأن المبلغ إليه قد يعتمد إلى تغيير عنوانه، أو موطنه تجنباً لكل ما قد يصدر ضده من أحكام أو ما قد يتخذ في مواجهته من إجراءات³³⁴.

الحالة الثانية: التبليغ لمن يسكن ببلد أجنبي تربطه مع المغرب اتفاقية للتعاون القضائي: على وفق مقتضيات الفصل 37 من ق.م.م فإن التبليغ بالنسبة إلى من ليس له موطن ولا محل إقامة بالمغرب ويسكن ببلد أجنبي تربطه مع المملكة المغربية اتفاقية للتعاون القضائي يقع طبقاً للمقتضيات التي تحددها هذه الاتفاقية³³⁵. فيإلى جانب معاهدة لاهاي لسنة 1965³³⁶ التي نصت على طرائق إنجاز التبليغ، هناك اتفاقيات ثنائية عديدة للتعاون القضائي عقدها المغرب مع عدة دول³³⁷.

331 - حبيبة التاي: "التبليغ القضائي وأثره على سلامة الإجراءات المسطرية"، م.س، ص 51.

332 - بوبكر بهلول، "مسطرة التبليغ القضائي والتبليغ الإلكتروني" م س ص 49.

333 - رضوان عسويات "التبليغ الزجري وإشكالاته-محكمة الإستئناف بالقنيطرة نموذجاً- رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القانونية والقضائية، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط، السنة الجامعية 2011-2012 ص2.

334 - الحسين بويقين: "إجراءات التبليغ فقها وقضاء"، ص 41.

335 - تنص الفقرة الأخيرة من مقتضيات الفصل 37 على ما يلي: "إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون، عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقيات الدولية تقتضي بغير ذلك".

336 - اتفاقية لاهاي حول الإعلام والتبليغ بالوثائق القضائية وغير القضائية في الخارج في المادة المدنية أو التجارية المؤرخة في 15 نونبر 1965.

-أنظر للتوسع أكثر: -حسن إبراهيمي، "دليل اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني في المادة المدنية"، الجزء الأول، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة أولى، 2017، ص 99 وما بعدها.

337 - بديعة المنماوي "أحكام التبليغ القضائي وإشكالاته العملية في المادة المدنية" م س ص 78.

وبالرجوع إلى مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية لاسيما الفقرة الرابعة من المادة 83 التي تنص على ما يلي: "إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو عن طريق البريد المضمون، عدا إذا كانت الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل المملكة المغربية والمنشورة في الجريدة الرسمية تنص على خلاف ذلك". نلاحظ أن المشرع حافظ على مقتضيات نفسها المنصوص عليها في القانون الحالي.

ثالثا- التبليغ بطريقة إلكترونية

كان الاعتماد على الورق ولا يزال يأخذ المقام الأول في المعاملات القانونية³³⁸، لكن أدى التقدم العلمي في مجال المعلومات وأجهزتها المختلفة بواسطة استعمال طرائق إلكترونية حديثة، إلى تيسير العديد من المعاملات القانونية³³⁹، لعل أهمها إجراءات تبليغ الدعوى، دون الحاجة إلى متدخلين مساعدين يتوسطون هذه العمليات، حيث يستفيد الأطراف من تقليص الزمن القضائي للإجراءات³⁴⁰ وانخفاض تكلفة أعباء الإجراءات القضائية.

- أهمها اتفاقية التعاون القضائي المدني الموقعة بين المغرب ومصر تم التوقيع عليها بالرباط بتاريخ 22 مارس 1989 ولم تتم المصادقة عليها إلا بتاريخ 12-05-1997 كما تم نشرها بالجريدة الرسمية عدد 4526 بتاريخ 16 أكتوبر 1997 بمقتضى الظهير الشريف رقم 35-97-1 المؤرخ في 39 شتنبر 1997، وتم تنظيم التبليغ في القسم الثاني من الباب الأول من المادة 10 إلى 19 = اتفاقية التعاون القضائي بدون المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة تم التوقيع على هذه الاتفاقية بتاريخ 18 يناير 1978 وصادق عليها المغرب بمقتضى الظهير رقم 10-89-1 بتاريخ 28 ماي 1993 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 4214 وتاريخ 4 غشت 1993 ومسألة التبليغات القضائية تم تنظيمها في الفصل الثاني من الاتفاقية في المواد 8 إلى 11 - واتفاقية التعاون القضائي المبرمة بين المغرب وفرنسا تم التوقيع عليها بتاريخ 05 أكتوبر 1957 بباريس نشرت بالجريدة الرسمية عدد 2359 بتاريخ 10 يناير 1958.

- تم التوقيع على هذه الاتفاقية بمبريد بتاريخ 30 ماي 1997 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 17 يونيو 1999. إضافة إلى عدة اتفاقيات أخرى بين دول أخرى لا تقل أهمية عن الاتفاقيات المذكورة أهمها واتفاقية التعاون القضائي بين المملكتين المغربية والإسبانية تم التوقيع كذلك علي بين المملكة المغربية والجمهورية التونسية بتاريخ 9 دجنبر 1964 وصادق عليها المغرب بمرسوم ملكي عدد 208-66 بتاريخ 03 يونيو 1966 ودخلت حيز التنفيذ بنفس التاريخ ونشرت في الجريدة الرسمية عدد 1490 الصادر في 3 غشت 1966.

³³⁸ - بشار طلال مومني "مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، دار عالم الكتب الحديث الأردن، 2004، ص 13.
³³⁹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل: "الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية: دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة"، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2003، ص 32.

³⁴⁰ - المملكة المغربية وزارة العدل: "الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة مطلب شعب وإرادة ملك وإنجاز حكومة"، يوليو 2013، ص 20-21.

وقد تبين مما مر بنا محدودية طرائق التبليغ التقليدية وعدم كفايتها لوحدها، لذا كان التفكير في وسائل جديدة للنهوض بفعالية إجراءات التبليغ، وذلك عن طريق الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة في عملية التبليغ والاستفادة من المزايا التي تخولها³⁴¹.

لهذا يلاحظ أن المشرع بمشروع قانون 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية تفتن لأهمية الانفتاح على التبليغ بالوسائل الإلكترونية، حيث نص على أن الاستدعاء يوجه بطريقة إلكترونية سواء بالنسبة إلى الأطراف أم المحامي، حيث نص في المادة 629 منه³⁴² على أنه: "مع مراعاة مقتضيات المادتين 626 و627 أعلاه، يوجه الاستدعاء بطريقة إلكترونية، فوراً، إلى المدعي أو وكيله أو محاميه، بحسب الحالة، كما يوجه استدعاء ونسخة من المقال للطرف المدعى عليه على وفق مقتضيات المواد من 81 إلى 87 أعلاه.

بمجرد توجيه التبليغ إلى المعني بالأمر عبر حسابه الإلكتروني المهني المنصوص عليه في المادة 625 أعلاه، وإشعاره بذلك عن طريق رسالة نصية، تصدر المنصة الإلكترونية إشعاراً بالتوصل." ويجوز أيضاً تبليغ المقررات القضائية بطريقة إلكترونية للأطراف أو المحامي، وهو ما أشارت إليه مقتضيات المادة 633 من المشروع حيث نصت على ما يلي: "تبلغ المقررات القضائية تلقائياً إلى الأطراف عبر المنصة الإلكترونية، وذلك في الحالات التي ينص القانون على التبليغ التلقائي. كما تبلغ المقررات القضائية بواسطة الحساب المهني الإلكتروني للمحامي بناء على موافقته."

أما بالنسبة إلى إجراءات تبليغ المقررات القضائية وتنفيذها فقد أشارت المادة 634 من المشروع إلى إمكانية توظيف المنصة الإلكترونية للمحكمة في هذه المرحلة والتنسيق مع المفوض القضائي المعني عبر حسابه المهني بخصوص عملية التبليغ والتنفيذ، مع إشراف قاضي التنفيذ ومراقبته لسير إجراءات التنفيذ بطريقة إلكترونية، وهو ما أكدته المادة المذكورة بنصها على ما يلي: "تباشر عبر المنصة الإلكترونية إجراءات تبليغ وتنفيذ المقررات القضائية وتضمن بها جميع الإجراءات المتخذة في هذا الشأن.

³⁴¹ - وتجدر الإشارة إلى أن الانفتاح على العمل بالمحكمة الرقمية لن يكون إلا عن طريق استخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز إجراءات التبليغ أمام المحاكم، هذا مع العلم أن اعتماد البريد الإلكتروني من شأنه خلق نوع من الشفافية والسرعة والدقة في البت في الدعاوي أمام المحاكم.

- جمال الخمار: "التبليغ الإلكتروني كآلية لحماية الأسرة المغربية المقيمة بالخارج"، مقال منشور بمجلة المعيار العدد 53، 2018، ص 15.

+ بوبكر بهلول: "مسطرة التبليغ القضائي والتبليغ الإلكتروني"، م.س، ص 112.

³⁴² - فضلاً عن نصوص أخرى توطر عملية التبليغ بطريقة إلكترونية نذكر منها المواد: 627، 633، 634، 638، 639 من مشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية، صيغة 2023.

يوجه طي التبليغ أو التنفيذ إلى المفوض القضائي المعني عبر حسابه المهني الإلكتروني، وعلى هذا الأخير إرجاع نتيجة التبليغ أو التنفيذ إلى المحكمة عبر المنصة الإلكترونية. يتولى قاضي التنفيذ الإشراف ومراقبة سير إجراءات التنفيذ بواسطة المنصة الإلكترونية".

وعلى هذا الأساس يمكن القول إن الاستغلال الأمثل لوسائل الاتصال الحديثة من طرف المشرع في عملية التبليغ ينتج عنه العديد من المزايا تتراوح بين تيسير إجراءاته وسرعة البت في القضايا وتقريب القضاء من المواطنين وتحقيق النجاعة القضائية والتقليص من النفقات، مما يجعل استغلالها في عملية التبليغ القضائي ينعكس إيجاباً على سير مرفق العدالة ككل³⁴³.

وبالرغم من حرص المشرع في مشروع قانون المسطرة المدنية على تعزيز اللجوء لاستعمال مسطرة التبليغ بطريقة إلكترونية كما مر بنا، إلا أن تفعيلها رهين بصدر نصوص تنظيمية لاسيما تلك المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية³⁴⁴، الأمر الذي سيجعل منه تعطيل العمل بها لمدة ليست يسيرة في انتظار صدورهما مما يسهم في هدر الزمن الإجرائي.

خاتمة

إجمالاً يلاحظ بواسطة التنظيم القانوني لطرائق التبليغ والواقع العملي أنها تحتاج إلى مزيد من العناية التشريعية لتجاوز محدوديتها، بواسطة تنظيم محكم لكيفية العمل بها بشكل واضح مع تحديد الوسائل العملية التي يمكن الاعتماد عليها لتجاوز الصعوبات التي يفرضها التطبيق العملي، مع ضرورة الإحاطة التشريعية بجميع الجوانب التي تمكن من العمل بالوسائل الإلكترونية في عملية التبليغ، والحرص على ضمان حماية المعطيات الشخصية للمتقاضين في هذه العملية. مع ضرورة الاهتمام بجانب التكوين المستمر لاسيما في المجال استعمال الوسائل الإلكترونية في عملية التبليغ ترشيداً للزمن الإجرائي وحماية لحقوق المتقاضين.



³⁴³ - هشام بوحامد " التبليغ القضائي في المادة المدنية بوسائل الإنصال الحديثة "، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء الفوج 41، سنوات التكوين 2015-2017، ص 27 وما بعدها.

³⁴⁴ - كما أشارت لذلك المادة 623 من المشروع قانون رقم 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية.

القاضي الدستوري ومبدأ الأمن القانوني: دراسة في تطبيقات مبدأ الأمن القانوني في القضاء الدستوري المغربي

The Constitutional Judge and the Principle of Legal Security: A Study on the Applications
of the Principle of Legal Security in the Moroccan Constitutional Judiciary

 **MAROUANE EL FAHAM**

Second-year Doctoral Student

Specializing in Constitutional Law and Political Science

at the Faculty of Legal, Economic and Social Sciences of Souissi,

Mohammed V University in Rabat.

E-mail : marouane.elfaham@um5r.ac.ma

 **مروان الفاهم**

طالب باحث سنة ثانية بسلك الدكتوراه،

تخصص القانون الدستوري والعلوم السياسية،

فريق البحث في الأداء السياسي والدستوري،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويصي،

جامعة محمد الخامس الرباط.

المخلص

يعد مبدأ الأمن القانوني، الذي يفيد توفر القاعدة القانونية، على معايير الجودة، الوضوح، الاستقرار، التوقع المشروع، والقابلية للوصول، من المعايير الأساسية لدولة القانون. والقضاء الدستوري يمارس دوراً مركزياً في حماية هذا المبدأ، وضمان تطبيقه، سواء من خلال مراقبته القضائية للقوانين، الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان، والاتفاقيات الدولية للدستور. أو من خلال قراراته القضائية، التي من المفترض أن تتمتع بالتعليل السليم، الصياغة الواضحة، والاستقرار، مع الأخذ بالاعتبار تفاعلها مع المتغيرات الاجتماعية، والسياقات التاريخية.

إن دراسة دور القضاء الدستوري المغربي في حماية مبدأ الأمن القانوني، تبين أن القاضي الدستوري نصب نفسه كضامن لهذا المبدأ «وحيث إنه، لئن كان عمل المشرع محاطاً بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة تمتد إلى الشك بإحالة الموضوع المتعلق به على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة من»، ضمناً لمبدأ الأمن القانوني، وهو ما تعكسه طبيعة قراراته الهادفة إلى التوفيق بين السلطة التقديرية للمشرع واحترام الدستور، والمناهج التأويلية التي يوظفها لقراءة الدستور وتفسير مقتضياته، ثم التعليل القوي، والحجج المقنعة الرامية إلى تبين الأسباب والدواعي التي أدت إلى النتيجة المتوصل إليها في القرار.

إن هذه النتائج المستخلصة من خلال دراسة احصائية لقرارات القضاء الدستوري المغربي، تبين وجود حماية قضائية لمبدأ الأمن القانوني، غير أن هذه الحماية، ليست كاملة، لأن القرارات القضائية للمجلس والمحكمة الدستوريين، تتخللها بعض مظاهر إضعاف مبدأ الأمن القانوني، من ذلك مثلاً عدم استقرار قرارات القضاء الدستوري، والتناقض الذي يظهر عند مقارنة جانب من الاجتهادات القضائية، والاختلاف في تفسير بعض القواعد القانونية، بالإضافة إلى الإشكالات المتعلقة ببناء، هندسة، وتعليل القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري المغربي.

الكلمات المفتاحية: الأمن القانوني، الأمن القضائي، القضاء الدستوري، الدستور، التأويل

ABSTRACT

The principle of legal security, which entails the availability of legal rules based on criteria such as quality, clarity, stability, reasonable expectation, and accessibility, is fundamental to the rule of law. The constitutional judiciary plays a central role in safeguarding this principle and ensuring its application, whether through its judicial oversight of laws, the internal regulations of the parliamentary chambers, or international constitutional conventions. This is achieved through its judicial decisions, which are expected to be well-reasoned, clearly formulated, and stable, while considering their interaction with societal changes and historical contexts.

An examination of the role of the Moroccan constitutional judiciary in protecting the principle of legal security reveals that the constitutional judge has positioned themselves as a guarantor of this principle. "Since the legislator's action is surrounded by the constitutional presumption principle, this presumption extends to the referral of matters related to it to the constitutional court, which is then obliged to raise and verify its constitutionality, regardless of the subsequent stance of the referrers, to ensure legal security." This is reflected in the nature of its decisions aimed at reconciling the discretionary power of the legislator with respect for the constitution, employing interpretative methodologies to read and interpret constitutional provisions, followed by strong justification and persuasive arguments aimed at clarifying the reasons and justifications leading to the decision.

These findings, drawn from a statistical study of Moroccan constitutional judiciary decisions, demonstrate judicial protection of the principle of legal security. However, this protection is not complete, as judicial decisions of both the council and the constitutional court are sometimes marred by aspects that undermine the principle of legal security. These include instability in constitutional judiciary decisions, contradictions apparent when comparing certain judicial interpretations, and differences in the interpretation of legal principles, in addition to challenges related to the construction, engineering, and justification of decisions issued by the Moroccan constitutional judiciary.

Keywords: Legal security, Judicial security, Constitutional judiciary, Constitution, Interpretation.

مقدمة

إن التطورات التي عرفتها الأنظمة القانونية، منذ بداية ستينيات القرن الماضي، أدت - بشكل تدريجي - إلى الاهتمام بما يسمى بمبدأ الأمن القانوني. فوجود تشريعات لا يكفي للحديث عن دولة القانون، بل من الضروري أن تتوفر هذه النصوص القانونية، على مجموعة من المعايير، والضوابط، التي توفر للمخاطبين بها قدرا من الاطمئنان.

صحيح أن الأبجديات الأولى لبناء دولة القانون هي التشريعات، فهذه الأخيرة، يمكن أن تشكل إطارا للديمقراطية، إذا احترمت الأسس التي تحمي حقوق المواطنين، وتحقق قيم العدل والانصاف والمساواة.³⁴⁵ غير أن هذه التشريعات نفسها، يمكن أن تكون بمثابة إضعاف لدولة القانون، إذا هي لم تحترم مبادئ الديمقراطية وحقوق الانسان.³⁴⁶ أو إذا كانت غير واضحة، غير متوقعة، تخضع لتعديلات مستمرة، ولا يمكن الوصول إليها، أو التنبؤ بها...³⁴⁷

إن الأعمال الرئيسية لكبار فقهاء القانون، لا تخلوا من التذكير بأهمية التشريع الجيد، الذي يوفر القدر الكافي من الأمن للمخاطبين به. إذ أفرد مونتيسكيو في كتابه روح القوانين، فصلا لكيفية وضع القوانين، وللمعايير الواجب احترامها.³⁴⁸

يفيد مبدأ الأمن القانوني، «قدرة الأفراد على تحديد ما هو مسموح به، وما هو محظور، بموجب القانون المعمول به داخل الدولة، ولكي يتحقق هذا، يجب أن تكون المقتضيات التي يتم سنّها واضحة، دقيقة، مفهومة، مستقرة، ويمكن الوصول لها...».³⁴⁹

³⁴⁵ Mathieu Bertrand, Le droit contre la démocratie ?, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2017, p 43.

³⁴⁶ Mathieu Bertrand, Le droit contre la démocratie ?, op.cit., p 109.

³⁴⁷ Delliaux Julien, Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'État de droit, Revue française de droit constitutionnel, Numéro 119, 2019, p 665-665.

³⁴⁸ «... يجب على واضعي القوانين أن ينتبهوا إلى طريقة وضعها... فيجب أن يكون أسلوبها موجزا، وبسيطا، فالتعبير الصريح خير من التعبير الرزين تفهما... ومن الجوهرى أن تثير ألفاظ القوانين ذات الأفكار عند جميع الناس... ولا ينبغي أن تكون القوانين دقيقة، فهي قد وضعت من أجل أناس متوسطي الإدراك... ولا يجوز أن يُحوّل في قانون من غير سبب كاف... وإذا وضع مسوغ للقانون وجب أن يكون هذا المسوغ خليقا بهذا القانون، ومن أحكام أحد القوانين الرومانية أن الأعمى لا يستطيع أن يرافع؛ وذلك لأنه لا يُبصر زخارف منصب القاضي... كما أن القوانين غير المجدية تضعف القوانين الضرورية، لذا يجب أن يكون للقانون عمله ويحدد نطاق تطبيقه، ولا يجوز أن تباح مخالفته بعهد خاص... ويجب أن تنطوي القوانين على شيء من الإخلاص، ويجب أن تنطوي على شيء عظيم من الطهر والصفاء...».

MONTESQUIEU, Charles De Secondat, The spirit of laws, Translated into English by Thomas Nugent, electronic edition, 2003, Lonang Institute: www.lonang.com, p. 395 – 405

إن أهمية مبدأ الأمن القانوني، جعلت بعض الفقه يقرنه مع القانون نفسه،³⁵⁰ ويعتبر أن القانون الذي لا يضمن العلاقات كيفما كانت طبيعتها ومستوياتها، يكف عن أن يكون قانوناً، لأن غاية القانون والسبب الذي يشرع من أجله، هو حماية حقوق المواطنين وحرياتهم،³⁵¹ فلا يوجد إذا قانون بدون أمن قانوني، ولا يسمى قانوناً، من لا تتوفر قواعده على معايير الأمن القانوني.³⁵²

إن دراسة دساتير الدول المقارنة، تبين أن أغلبها لم تنص بشكل صريح على مبدأ الأمن القانوني، باستثناء دستور إسبانيا،³⁵³ والرأس الأخضر. غير أنه، إذا كان المشرع الدستوري، لم ينص على مبدأ الأمن القانوني داخل الوثيقة الدستورية، فإن القاضي الدستوري، في مقابل ذلك، في العديد من التجارب المقارنة، سعى إلى تكريس هذا المبدأ في قراراته، سواء بشكل صريح أو ضمني.

ترتبط المحكمة الدستورية الألمانية، بطريقة مباشرة مبدأ الأمن القانوني بدولة القانون،³⁵⁴ وضمنت المحكمة الدستورية البرتغالية مبدأ سيادة القانون في قراراتها،³⁵⁵ كما نصت المحكمة الدستورية البلجيكية على مبدأ الشرعية ومبدأ عدم رجعية القوانين، والمحكمة الدستورية الإيطالية نصت على وضوح القواعد القانونية. ومن المحاكم الدستورية من نصت صراحة على مبادئ التوقع المشروع، فعالية القواعد القانونية، وضوحها، وعدم رجعيته،³⁵⁶ والتي تعد كلها من معايير الأمن القانوني.

³⁴⁹ Rapport du Conseil d'état, sécurité juridique et complexité du droit, La documentation française, 2006, p 281.

³⁵⁰ Calmes Sylvia, du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, Dalloz, coll, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 1, 2002, numéro 64, p 156.

³⁵¹ Fromont Michel, le principe de sécurité juridique, AJDA, 1996, numéro spécial, p 178.

³⁵² Kdhir Moncef, Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?, La revue administrative, 46ème Année, numéro 276, 1993, p 538-543.

³⁵³ L'article 9-3 de la constitution Espagnole du 27 décembre 1978 dispose que : «La Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part».

³⁵⁴ Calmes, le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français, Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, 2008, 287-309.

³⁵⁵ Raimbault Philippe, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, p 579.

³⁵⁶ Raimbault Philippe, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, op.cit., p 580.



أما في فرنسا، فالملاحظ هو أن المجلس الدستوري الفرنسي، طالما رفض التنصيص صراحة على مبدأ الأمن القانوني، واعتباره مبدأ دستوري في قراراته.³⁵⁷ وفي مقابل ذلك، يشير بشكل أساسي إلى معياري الوضوح، وجودة القواعد القانونية.³⁵⁸

غير أنه، إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي تحفظ عن مبدأ الأمن القانوني، كما أن الدستور لم ينص عليه، وفقط المفوضين الحكوميين (المقرر العام Le Rapporteur Public) من كانوا يدرجون مبادئ الشرعية والأمن القانوني لتعليل استنتاجاتهم أمام مجلس الدولة.³⁵⁹ فإن هذا الأخير-أي مجلس الدولة-باعتباره أعلى هيئة قضائية إدارية بالجمهورية، اعترف بمبدأ الأمن القانوني،³⁶⁰ عندما نص عليه لأول مرة بشكل صريح في قرار KPMG الصادر بتاريخ 24 مارس 2006،³⁶¹ والذي اعتبره جانب من الفقه، بأنه توجه بين من طرف مجلس الدولة، إلى اعتبار مبدأ الأمن القانوني يسمو إلى مرتبة المبادئ العامة للقانون.³⁶²

فيما اعتبر جانب آخر من الفقه، أن اعتراف الهيئة القضائية العليا بمبدأ الأمن القانوني، لا يعني بالضرورة تأهيله إلى منزلة المبادئ العامة للقانون.³⁶³ هذا بالرغم من أن مجلس الدولة، سبق وأدان في تقرير له، عدم ادراج مبدأ الأمن القانوني في القانون الإداري والقانون الدستوري، وصرح بأن هذا المبدأ يعد أساس دولة القانون، ويجب ترسيخه.³⁶⁴

³⁵⁷ De salvia Michèle, la sécurité juridique en droit constitutionnel français, cahiers du conseil constitutionnel n° 11 (dossier : le principe de sécurité juridique) - décembre 2001. IN : [HTTPS://WWW.CONSEIL-CONSTITUTIONNEL.FR/NOUVEAUX-CAHIERS-DU-CONSEIL-CONSTITUTIONNEL/LA-SECURITE-JURIDIQUE-EN-DROIT-CONSTITUTIONNEL-FRANCAIS#:~:TEXT=LA%20S%C3%A9CURIT%C3%A9%20JURIDIQUE%20EST%20LA,C'EST%20LE%20JUGE](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-securite-juridique-en-droit-constitutionnel-francais#:~:text=LA%20S%C3%A9CURIT%C3%A9%20JURIDIQUE%20EST%20LA,C'EST%20LE%20JUGE).

³⁵⁸ Grech Fabien, le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français, revue française de droit constitutionnel, numéro 102, 2015, p 413.

³⁵⁹ Laurent Tesoka, Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français, op.cit., p 2216.

³⁶⁰ Laurent Tesoka, Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français, AJDA, numéro 40, 2006, p 2214.

³⁶¹ Conseil d'état, 24 Mars 2006, KPMG et autres, Consultable sur : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2006-03-24/288460>

³⁶² Cassia Paul, La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes, Dalloz, 2006, p 1190.

³⁶³ Tartour Laurence, Le principe de de protection de la confiance légitime en droit public français, Revue de droit public, Numéro 2, 2013, p 310.

³⁶⁴ Rapport du Conseil d'état, sécurité juridique et complexité du droit, op.cit., p 281.

أصبح مبدأ الأمن القانوني، من المباحث المفكر فيها بشكل جدي من طرف الفقه، وهذا ما تعكسه الدراسات، والندوات العلمية، التي أنجزت في الموضوع.³⁶⁵ واعتبره بعض الفقه بأنه محور البناء القانوني والسياسي، في البلدان التي تدعي الليبرالية،³⁶⁶ والأساس الذي يجب أن تنبني عليه تشريعات الديمقراطية المعاصرة.³⁶⁷

في الدستور المغربي، يلاحظ عدم وجود تنصيص صريح على مبدأ الأمن القانوني، غير أن الأمر لا يعني غياب معايير داخل مقتضيات الوثيقة الدستورية، إذ تبين قراءة العديد من فصول الدستور، وجود عدد من النصوص التي تحيل بشكل ضمني على مبدأ الأمن القانوني.

حيث جاء في الدستور: «... بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون... إرساء مجتمع يتمتع فيه الجميع بالأمن... تتعهد المملكة بالتزام ما تقتضيه المواثيق الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبهاً بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً...»، «القانون هو أسعى تعبير عن إرادة الأمة... ليس للقانون أثر رجعي... السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية... يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون».

هذا بالإضافة إلى إحداث محكمة دستورية، تختص بمطابقة القوانين التنظيمية للدستور قبل إصدار الأمر بتنفيذها. كما يمكن أن تحال عليها القوانين والاتفاقيات الدولية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، أو قبل المصادقة عليها، لتبث في مطابقتها للدستور. وتختص بالنظر في كل دفع بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

إن الدستور إذا نص على معايير الأمن القانوني، سيشكل دون شك آلية لترسيخ هذا المبدأ في الدولة، غير أن هذا التنصيص لوحده لا يكفي للحديث عن وجود فعلي، وتطبيق حقيقي لمعايير الأمن القانوني، لكون الممارسة هي التي ستحدد مدى الالتزام بغاية وروح الدستور.

³⁶⁵ Campus Jean-Pierre, La sécurité juridiques : une exigence juridictionnelle (Observations à propos de l'arrêt du conseil d'état du 24 Mars 2006, Société KPMG), Revue de droit public, Numéro 5, 2006, p 1169.

³⁶⁶ Chevalier Jaques, la dimension symbolique du principe de légalité, Revue de droit public, 1990, p 1651.

³⁶⁷ Zair Tarik, La constitution de 2011 à la qualité législative : l'apport de la procédure des textes législatifs, REMALD, série thèmes actuels, numéro 117, 2022, p 67.



فالدستور «ليس سوى وثيقة تعرض في سوق سياسية لنسخ متصارعة للدستور، تشكل الممارسة، بالتالي، عنوانا للنسخة المتوافق عليها، أو للنسخة المنتصرة، أو للنسخة التي تعكس فهمها مرحليا معينا، أو فقط نسخة تعكس أسلوب الحاكم ودرجة نضج المؤسسات».³⁶⁸ لذا يحضر القاضي الدستوري في الديمقراطيات المعاصرة، بمثابة حارس للدستور،³⁶⁹ يحرص على احترام النصوص القانونية للدستور، ولروح الدستور،³⁷⁰ سواء من خلال رقابته القبلية والبعدية، أو عبر آلية الدفع بعدم الدستورية.

إن القاضي الدستوري المغربي، لم يحدو حدو نظيره الفرنسي، الذي لم يعترف بمبدأ الأمن القانوني بشكل صريح، ولم يرتقي به إلى المبادئ ذات القيمة الدستورية، حتى وإن كان قد اعترف بمبادئ الوضوح، والجودة... وإنما نصب نفسه -أي القاضي الدستوري المغربي- كضامن لمبدأ الأمن القانوني، ففي قراره رقم: 66 / 17 م.د، الصادر بتاريخ 23 دجنبر 2017، تضمنت إحدى حيثياته مايلي: «... وحيث إنه، لئن كان عمل المشرع محاطا بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة تمتد إليها الشك بإحالة الموضوع المتعلق بها على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة منها، ضمانا لمبدأ الأمن القانوني...».³⁷¹

إن المحكمة الدستورية، واستنادا على مبدأ استقرار الاجتهاد القضائي،³⁷² سارت على نفس روح وغاية قرارها المشار إليه أعلاه، القاضي بضمان مبدأ الأمن القانوني، حينما نصت على أن

³⁶⁸ أتركين محمد، مباحث في فقه الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 357.

³⁶⁹ Martens Paul, Sur le juge constitutionnel (discours prononcé à l'occasion de la XIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002), revue française de droit constitutionnel, 2003/1 (n° 53), p 6.

³⁷⁰ Rouvillois Frédéric, Michel Debré et le contrôle de la constitutionnalité, Revue française de droit constitutionnel, numéro 46, 2001, p 229.

³⁷¹ وحيث إنه، لئن كان عمل المشرع محاطا بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة تمتد إليها الشك بإحالة الموضوع المتعلق بها على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة منها، ضمانا لمبدأ الأمن القانوني.
المحكمة الدستورية، قرار رقم: 66 / 17 م.د، ملف عدد: 15/17، بتاريخ 23 دجنبر 2017، منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1109&Page=Decision>

³⁷² يرى جانب من الفقه -الأمريكي بالخصوص- في السوابق القضائية مصدرا لتأويل الدستور، بحيث يرون أن بناء القرارات القضائية على أساس الاجتهادات السابقة، يعزز القدرة على التنبؤ والاستقرار في القرارات القضائية، وهو ما يضمن مبدأ الأمن القضائي. أنظر:

Henry P. Monaghan, Stare Decis and Constitutional Adjudication, 88 Colum. L. Rev. 723 (1988).

Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/158

معايير التناسق والتكامل اللذان يعدان من مشمولات المبدأ المذكور، يعتبران قاعدة دستورية، يتعين على مجلسي البرلمان التقيّد بها أثناء وضع نظامهما الداخلي أو بمناسبة تعديله، وأضفت على قاعدة عدم تسهيل الولوج إلى القانون ووضوحه، وصف مبدأ ذا قيمة دستورية. وفي مايلي حيثيات القرار:

«... وحيث إن غياب التناسق والتكامل في مقتضيات النظامين الداخليين لمجلسي البرلمان، من شأنه تعطيل سلاسة التداول التشريعي، وإعطاء نفس القواعد الدستورية مضمونا إجرائيا مُتباينا، مما لا يحقق الغايات الدستورية المناطة بالمبادئ التي أوكل الدستور تنظيمها للنظامين المذكورين؛

وحيث إنه، لأن كان اختصاص المحكمة الدستورية وهي يصدد فحص دستورية النظام الداخلي للمجلس المعني، لا يمتد إلى مُراجعة الصياغة، فإن عدم تسهيل الولوج إلى القانون ووضوحه، الذي يشكل مبدأ ذا قيمة دستورية، من شأنه عدم تيسير فهم المقتضيات المعروضة، وتضارب تأويلها، مما يُعطل نفاذ مضامينها وحسن تطبيقها...»³⁷³

إن هذه الدراسة، التي ستحاول مقارنة مكانة الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي، تتطلب الإجابة على الأسئلة الرئيسية التالية:

- هل قرارات القاضي الدستوري فيها ما يحيل على مبدأ الأمن القانوني، سواء بشكل ضمني أو صريح؟
 - كيف تعامل القاضي الدستوري مع حالات صمت الدستور، أي عندما لا يوجد مقتضى يؤطر النزاع المعروض عليه؟
 - هل المناهج والتقنيات التي يوظفها القاضي الدستوري في قراءته للدستور، وفي بناء قراراته، تساهم في تكريس الأمن القانوني؟
 - ثم، هل يوجد في قرارات القاضي الدستوري ما يؤثر على مبدأ الأمن القانوني؟
- إن قرارات القضاء الدستوري، التي تتمتع بالحجية المطلقة، لكونها «لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية»،³⁷⁴ تحضر بمثابة

Richard H. Fallon, Jr., Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology, 76 N.Y.U. L. Rev. 570, 585 (2001).

Available at: <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-76-2-Fallon.pdf>

³⁷³ المحكمة الدستورية، قرار رقم: 19/93 م، ملف عدد: 19/044، بتاريخ 2019/07/09. منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية: <https://cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1957&Page=Decision>

³⁷⁴ الفصل 134 من الدستور المغربي لسنة 2011، مرجع سابق.



مكمل لعمل المشرع الدستوري، وتساهم في استكمال بناء الوثيقة الدستورية، سواء من خلال القرارات التي تأتي لملاً الفراغات/البياضات الدستورية، أو تلك التي تقدم قراءة تأويلية لفصول الدستور، استناداً إلى أنموذج وحدة الدستور، وأنموذج روح الدستور.

لذا يمكن أن تشكل قراراته، وسيلة لتكريس مبدأ الأمن القانوني، عبر مراقبة دستورية القوانين، ومدى احترامها -أي القوانين- لمعايير الجودة، الوضوح، الفعالية، الاستقرار، وعدم الرجعية. ثم تقديم قراءة للدستور، تراعي بعض الفراغات التي توجد بين طياته، وتوضح الغموض الذي يكتنف فصوله.

إشكالية الدراسة:

إن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة، تتساءل عن دور القاضي الدستوري في تحقيق التوازن بين مبدأ الأمن القانوني، الذي يهدف إلى ضمان وضوح، فعالية، استقرار، وإمكانية التنبؤ بالقانون من جهة، وضرورة تكييف النظام الدستوري مع التطورات الاجتماعية، السياسية، والتكنولوجية المتغيرة باستمرار من جهة أخرى. وبالتالي كيف تعامل القاضي الدستوري مع التوفيق بين هذه الضرورات التي يتطلبها مبدأ الأمن القانوني، وبين ضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية وقدرة النظام الدستوري على التطور؟

تتطلب الإجابة عن هذه الإشكالية، تقسيم الدراسة إلى محورين، سيخصص المحور الأول لدراسة تمثيلات الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي، على أن يخصص المحور الثاني لمظاهر إضعاف الأمن القانوني من خلال قرارات القاضي الدستوري.

المحور الأول: تمثيلات الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي

المحور الثاني: مظاهر ضعف الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي

المحور الأول: تمثيلات الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي

كيف يقرأ القاضي الدستوري الدستور؟ هل باعتباره وثيقة جامدة، يسعى من خلالها إلى الوفاء لإرادة واضعيه؟ أم يتعامل معه كوثيقة مفعمة بالحياة، لا ترتبط مقتضياتها بفترة زمنية محددة، وتتفاعل مع المتغيرات المجتمعية، ليبقى الدستور حاضرا للإجابة عن الأسئلة الجديدة التي تطرح عليه؟

في اقتباس من أطروحة العميد جورج فيديل حول الأسس الدستورية للقانون الإداري،³⁷⁵ سيرى جانب من الفقه المقارن، في أن الدستور يتجه للتأسيس لمجموعة من فروع القانون.³⁷⁶ فالقاضي الدستوري من خلال قراراته، ينجح نحو دسترة باقي فروع القانون،³⁷⁷ خصوصا مع دخول آلية الدفع بعدم الدستورية حيز التطبيق في الدستور الفرنسي.³⁷⁸

فالدستور لم يعد تلك الوثيقة التي تنظم كيفيات تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات فقط، وإنما أصبحت مقتضياتها، تؤطر كل مجالات الحياة السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية، والحقوقية للدولة. وبالتالي بات من الضروري أن تقرأ فصوله، تماشيا مع التطورات التي يعرفها العالم، كانتشار التكنولوجيا، وموجة حقوق الإنسان... حتى يظل حاضرا للإجابة عن الأسئلة الناتجة عن ممارستها.

لذا، نظمت الحولية الدولية للعدالة الدستورية *Annuaire international de justice constitutionnelle*، طاولة مستديرة بين 15 و16 شتنبر 2000 حول الدستور وسرية الحياة الخاصة، حيث تمت مناقشة العديد من المحاور من قبيل: "الدستور وحماية الصورة، الدستور وحماية الخصوصية، الدستور والتواصل..."

³⁷⁵ Georges Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, Études et documents du Conseil d'État, 1954, en miroir avec Charles Eisenmann, La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, Revue de droit public, 1972.

³⁷⁶ Michel Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, IN Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann», Paris, Edition Cujas 1975 pp. 49-64.

³⁷⁷ Louis Favoreu, L'influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les divers branches du droit, IN Mélanges Léo Hamon», Economica 1982 p. 235.

³⁷⁸ La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques, Colloque In : <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/manifestations/23351-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-et-les-differentes-branches-du-droit-regards-critiques#:~:text=L'expression%20de%20Louis%20Favoreu,fran%C3%A7ais%20des%20transformations%20souvent%20consid%C3%A9rables.>



كما نظمت الحولية الدولية للعدالة الدستورية، عدة طاوولات مستديرة، حول عدد من القضايا التي تهم حقوق الانسان والحريات الأساسية، في علاقتها بالدستور، كالدستور وحماية حرية الدين، الدستور وحرية التعبير، الدستور والحقوق الاجتماعية...

إن القاضي الدستوري، باعتباره مطالب بتقديم قراءة للدستور، وبتفسير الغامض من فصوله، وإيجاد حل للإشكالات الغير منصوص عليها ضمن مقتضياته، يعتبره جانب من الفقه مختلفا عن القاضي العادي،³⁷⁹ لأن تفسير الدستور يتطلب مناهج وتقنيات محددة، فالنص الدستوري ليس مثل النصوص القانونية العادية.³⁸⁰

لذا وبفعل التطورات التي عرفتها بعض الأنظمة القانونية المقارنة، ظهرت مبادئ جديدة تؤطر العمل التشريعي، وتحضر بمثابة تقنية، يوظفها القضاء الدستوري، في مراقبته لدستورية القوانين، ودفعه بعدم دستوريته.

من بين هذه المبادئ، يوجد مبدأ الأمن القانوني، الذي يفيد «وجود قوانين موثوقة، مفهومة، ذات جودة وفعالية، يمكن الوصول إليها، تسمح للمواطنين بالتنبؤ بالنتائج القانونية لأفعالهم أو سلوكياتهم، وتحمي توقعاتهم المشروعة».³⁸¹

أصبح مبدأ الأمن القانوني، في القضاء الدستوري المقارن -سواء بشكل صريح أو ضمني- من بين المرتكزات المعتمدة لفحص دستورية القوانين.³⁸² بحيث يلاحظ أن القاضي الدستوري خلال مراقبته الدستورية، بات ينتبه لمدى وضوح النصوص القانونية، ودقتها،

ففي السياق المغربي، تعد دراسة مدى تمثل الأمن القانوني في القضاء الدستوري، مغرية بالبحث، لثلاث اعتبارات أساسية؛ الأول، أهمية مبدأ الأمن القانوني في الأنظمة القانونية الديمقراطية وراهنيته؛ الثاني، تنصيب القاضي الدستوري المغربي على مبدأ الأمن القانوني في

³⁷⁹ Pierre Brunet. Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle. La notion de justice constitutionnelle sous la dir. de O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann, 2005, Paris, France. pp.115-135.

³⁸⁰ Aurélie Duffy-Meunier, Pédagogie et interprétation du juge constitutionnel, Presses de l'Université Toulouse Capitole, In : <https://books.openedition.org/putc/440?lang=fr>

³⁸¹ T. Piazzon, La sécurité juridique, Paris, Defresnois-Lextenso, 2009, p. 62

³⁸² Julien Dellaux, Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'État de droit, Revue française de droit constitutionnel 2019/3 (N°119), p 684.

إحدى قراراته القضائية؛ والثالث، غياب الدراسات العلمية التي تناولت هذا المبحث من القانون والقضاء الدستوريين بالدراسة والتحليل.³⁸³

تتطلب دراسة مدى تمثل الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي، تحليل قرارات المجلس والمحكمة الدستوريين،³⁸⁴ والتساؤل عن الكيفية التي تعامل بها القاضي الدستوري مع مبدأ الأمن القانوني، بمعنى هل يستحضر هذا الأخير -أي القاضي الدستوري- معايير الوضع، الاستقرار، عدم الرجعية، والتوقع المشروع... خلال بنه في مطابقة القوانين التنظيمية،³⁸⁵ الأنظمة الداخلية لمجلس النواب والمستشارين،³⁸⁶ والقوانين والالتزامات الدولية للدستور،³⁸⁷ وفي الحالات التي يطلب فيها منه التقرير في الطبيعة التشريعية أو التنظيمية للنصوص المعروضة عليه،³⁸⁸ وفي منازعات انتخابات أعضاء مجلس النواب ومجلس المستشارين؟³⁸⁹

إن دراسة قرارات القضاء الدستوري المغربي، تبين أن فيها ما يعزز مبدأ الأمن القانوني، سواء أتم التنصيص على المبدأ بشكل صريح، أو تم تضمينه بشكل خفي، داخل حيثيات القرارات الصادرة عن مؤسسة القضاء الدستوري.

أولاً: القاضي الدستوري، بين ضمان السلطة التقديرية للمشرع وحماية مبدأ الأمن القانوني

يشير رئيس سابق للمجلس الدستوري الفرنسي، إلى أن المبادئ ذات القيمة الدستورية، يمكن أن تخلق للحد من بعض المبادئ الدستورية أو تأطيرها، أو للتوفيق بين القيام ببعض الحقوق الدستورية، وبين المصلحة العامة.³⁹⁰

³⁸³ تم الاعتماد في البحث عن الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع، على فهرس مكتبة الملك عبد العزيز آل سعود بمدينة الدار البيضاء، وفهرس المكتبة الوطنية بمدينة الرباط، ولائحة الرسائل والأطروحات الجامعية التي نوقشت في كل من كليات العلوم القانونية السوسية، أكاد، وسلا، التابعة لجامعة محمد الخامس بالرباط، وكلية العلوم القانونية عين الشق بالدار البيضاء، وكلية العلوم القانونية القاضي عياض بمراكش.

³⁸⁴ ستقتصر هذه الدراسة على القرارات القضائية الصادرة عن المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية التالية لنفاذ دستور 29 يوليوز 2011.

³⁸⁵ المادة 21 من الظهير الشريف رقم 1.14.139 الصادر في 16 شوال 1435 (15 غشت 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية، عدد 6288، بتاريخ 4 شتنبر 2014، ص 6661.

³⁸⁶ المادة 22، المرجع نفسه.

³⁸⁷ المادة 23، والمادة 24، المرجع نفسه.

³⁸⁸ المادة 29، المرجع نفسه.

³⁸⁹ المواد من 32 إلى 39، المرجع نفسه.

³⁹⁰ François Luchaire, Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle, Revue française de droit constitutionnel 2005/4 (n° 64), pp. 675 à 684.



إن مبدأ الأمن القانوني إذا تم الأخذ بتعريف François Luchaire، يمكن أن يكون من ضمن المبادئ ذات القيمة الدستورية، لأنه حتى وإن كان التشريع من الحقوق الدستورية للبرلمان مثلاً، فإن ممارسة هذا الحق، يجب أن تحترم مبدأ آخر يحمي جودة، وضوح، واستقرار، القاعدة القانونية.

وبالتالي فمبدأ الأمن القانوني يوفق بين الحق في التشريع، المكفول دستوريا للبرلمان، وبين حق المواطن في قواعد قانونية واضحة، دقيقة، مستقرة، متاحة، وذات جودة. إذا كان الدستور، ينص على أن القانون هو أسى تعبير عن إرادة الأمة، وحماية هذا المقتضى تعد من تمثيلات الأمن القانوني، فالمجلس الدستوري، استند في عدد من قراراته، على الإرادة والغاية التي إبتغاها المشرع، ولم يقف عند حدود فحص النص المعروض عليه، وتقدير مدى مطابقته للدستور.

في القرار رقم 586/04 الصادر بتاريخ 12 غشت 2004، في شأن فحص دستورية القانون رقم 17.01 المتعلق بالحصانة البرلمانية، اعتمد القاضي الدستوري، خلال البث في الإحالة المعروضة عليه، على الأعمال التحضيرية للقانون موضوع الإحالة، ولم يكتفي بفحص مقتضيات القانون التنظيمي السالف الذكر فقط.

«... وحيث إن استدعاء البرلماني من طرف الوكيل العام المختص، لإشعاره بالشكاية، وإن كان إجراء يختلف عن البحث التمهيدي والمتابعة، ويهدف فيما يهدف إليه كما يبين من الأعمال التحضيرية للقانون موضوع الإحالة، إلى تسوية القضية، فإن إلزام هذا البرلماني بالإدلاء بتصريح، يعتبر في جميع الأحوال مسابحريته في الإدلاء به من عدمه، ويخالف بذلك أحد الحقوق الأساسية التي يضمنها الدستور، علماً بأنه حتى في حالة المتابعة، فإن للمتابع الحرية في عدم الإدلاء بأي تصريح، إعمالاً بمبدأ قرينة البراءة...»³⁹¹

كما تم اللجوء إلى الأشغال التحضيرية في القرار رقم 821/11، الصادر بتاريخ 19 نونبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية.³⁹²

³⁹¹ المجلس الدستوري، القرار رقم 586/04 الصادر بتاريخ 12 غشت 2004، في شأن فحص دستورية القانون رقم 17.01 المتعلق بالحصانة البرلمانية.

³⁹² «وحيث إنه، لئن كان المشرع لم ينص صراحة على تخصيص هذه الدوائر الإضافية للنساء، فقد تبين للمجلس الدستوري من الاطلاع على تقرير لجنة الداخلية واللامركزية والبنيات الأساسية لمجلس النواب وكذا تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس المستشارين المتضمنتين للأشغال التحضيرية للقانون التنظيمي المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، أن الدوائر الانتخابية الإضافية ستخصص للنساء، الأمر الذي يكون معه المشرع، وإن لم يذكر ذلك صراحة في أحكام الباب السادس

وصرح القاضي الدستوري، بأنه لا يراقب السلطة التقديرية للمشرع خلال تفسيره لبعض الأحكام الدستورية، وإنما يقتصر دوره على مراقبة مدى احترامها للدستور. وهذا ما تعكسه حيثيات القرار رقم 821/11، المتعلق بالقانون التنظيمي رقم 59.11 الخاص بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية،³⁹³ والقرار رقم 817/11، المتعلق بالقانون التنظيمي رقم 27.11 الخاص بمجلس النواب،³⁹⁴ والقرار رقم 854/12، المتعلق بالقانون التنظيمي رقم 02-12 الخاص بالتعيين في المناصب العليا.³⁹⁵

المخصص للدوائر الانتخابية الإضافية، قد راعى ما ينص عليه الفصل 146 من الدستور من كون القانون التنظيمي المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية يحدد أحكام تحسين تمثيلية النساء داخل مجالس الجماعات المذكورة...».

المجلس الدستوري، القرار رقم 821/11، الصادر بتاريخ 19 نونبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية.

³⁹³ «... وحيث إنه، يعود للمشرع اختيار نوعية الأحكام التي يرتبها ملائمة لتحسين تمثيلية النساء في مجالس الجماعات الترابية، وهي أحكام يقتصر دور المجلس الدستوري بشأنها على مراقبة مدى مطابقتها للدستور...».

«... وحيث إنه، لئن كان التصويت حقا شخصيا بموجب الفصل 30 من الدستور، فإن الدستور نفسه أوكل في فصله 17 للقانون تحديد شروط وكيفيات الممارسة الفعلية لحق التصويت وحق الترشيح بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج انطلاقا من بلدان الإقامة، الأمر الذي يجعل من سن المشرع، في نطاق سلطته التقديرية، إجراء التصويت عن طريق الوكالة من حيث هو استثناء من مبدأ شخصية الانتخاب بالنسبة للفئة المذكورة على وجه الخصوص، مقرونا بالإجراءات المبينة في الفقرات الموالية من نفس المادة، ليس فيه ما يخالف الدستور...».

المجلس الدستوري، القرار رقم 821/11، الصادر بتاريخ 19 نونبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية.

³⁹⁴ «... وحيث إنه ليس من صلاحيات المجلس الدستوري التعقيب على السلطة التقديرية للمشرع في اختيار نوعية التدابير التشريعية التي يرتبها سبيلا لبلوغ أهداف مقررّة في الدستور، طالما أن ذلك لا يخالف أحكام هذا الأخير...».

«... وحيث إنه، تأسس على ما سبق بيانه، فإن تدابير التشجيع والتحفيز، لا سيما تلك المتعلقة بفئة عمرية معينة، بما تنطوي عليه من معاملة خاصة، ينبغي، في مجال ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية، أن تكون تدابير استثنائية محدودة في الزمن يتوقف العمل بها بمجرد تحقق الأهداف التي بررت اللجوء إليها، وهو أمر يعود تقديره للمشرع الذي يسوغ له أيضا اعتماد تدابير قانونية أخرى، غير أسلوب الدائرة الانتخابية الوطنية، لمواصلة السعي إلى بلوغ تلك الأهداف...».

«... وحيث إنه، لئن كان التصويت حقا شخصيا بموجب الفصل 30 من الدستور، فإن الدستور نفسه أوكل في فصله 17 للقانون تحديد شروط وكيفيات الممارسة الفعلية لحق التصويت وحق الترشيح بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج، انطلاقا من بلدان الإقامة، الأمر الذي يجعل من سن المشرع - في نطاق سلطته التقديرية - إجراء التصويت عن طريق الوكالة من حيث هو استثناء من مبدأ شخصية الانتخاب بالنسبة للفئة المذكورة، على وجه الخصوص، مقرونا بالإجراءات المبينة في الفقرات الموالية من نفس المادة، ليس فيه ما يخالف الدستور...».

المجلس الدستوري، القرار رقم 817/11، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.

³⁹⁵ «... وحيث إن الدستور، بتنصيبه في فصله 49 على أن لائحة المؤسسات والمقاولات العمومية الاستراتيجية تحدد بقانون تنظيمي، يكون قد أسند إلى المشرع، على أساس التعاون بين السلط الذي يعد من الأسس الجوهرية التي يبنى عليها النظام الدستوري للمملكة عملا بالفصل الأول من الدستور، وانطلاقا من المقومات المادية والمعنوية للمؤسسات والمقاولات العمومية ومن طبيعة نشاطها والهدف من إحداثها وأثرها في ميدان معين، صلاحية تقدير ما يندرج، وكذا ما لا يندرج، في مضمار المؤسسات



إن القاضي الدستوري، وإن كان لا يراقب السلطة التقديرية للمشرع، فإنه في المقابل، يحرص على أن تكون هذه السلطة التقديرية، ليس فيها ما يخالف الدستور، أي أن لا يستخدم البرلمان، والحكومة، حقوقهم التشريعية بشكل مفرط،³⁹⁶ ولتحقيق هذه الغاية، -أي عدم وجود مقتضيات تشريعية مخالفة للدستور، أو تنتهك حقوقا وحريات معينة-³⁹⁷، يوظف القاضي الدستوري مجموعة من التقنيات القضائية، من ذلك مثلا نظرية الخطأ البين في التقدير، أو نظرية التناسب.

تعد نظرية الخطأ البين في التقدير، من بين أهم النظريات القضائية الموظفة في مجال القانون الإداري، بحيث أنتج القاضي الإداري هذه التقنية لتحسين مراقبته للعمل الإداري، والحد من السلطة التقديرية للإدارة.³⁹⁸

إن نظرية الخطأ البين في التقدير، لم تبقى محدودة التطبيق في القضاء الإداري فقط، وإنما تم توظيفها من جانب القضاء الدستوري كذلك، بحيث يلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي، كثيرا ما استند على هذه التقنية في العديد من قراراته،³⁹⁹ وفي مجالات متنوعة.⁴⁰⁰ إن منطق هذه النظرية، يتمثل أنه، عندما يكون على المشرع أن يقوم بتحقيق توازن بين اثنين من الغايات/ المتطلبات les exigences الدستورية، يتحقق القاضي الدستوري من الطابع المتوازن، لهذا التوفيق الذي أخذ به المشرع، وعندما يكون مبدأ دستوري واحد هو المعني، يتحقق القاضي الدستوري مما إذا كانت المقتضيات المضمنة في القانون ليست مفرطة.⁴⁰¹

والمقاولات العمومية الاستراتيجية، وهي صلاحية ليس للمجلس الدستوري التعقيب عليها طالما أن ممارستها لا يعثرها خطأ بين في التقدير...».

المجلس الدستوري، القرار رقم 854/12، الصادر بتاريخ 03 يونيو 2012، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 12-02 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا

³⁹⁶ Georges Bergougnous, Le Conseil constitutionnel et le législateur, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2013/1 (N° 38), p 9.

³⁹⁷ Georges Bergougnous, Le Conseil constitutionnel et le législateur, op.cit., p 19

³⁹⁸ Jean-Yves vincent, L'erreur manifeste d'appréciation, La Revue administrative, JUILLET AOUT 1971, 24e Année, No. 142 (JUILLET AOUT 1971), p 407.

³⁹⁹ C.C, 2017/674 D.C, 28 décembre 2017, Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion.

C.C 2017/758 D.C. 8 décembre 2017, Loi de finances pour 2018...

⁴⁰⁰ André Roux, Le discernement du juge constitutionnel dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, in "Le discernement en droit public", dir. Urbain Ngampio, 2017. hal-01831828, p 2.

⁴⁰¹ Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, L.G.D.G, Lextenso éditions, 11e édition, 2016, p 307.

وظف المجلس الدستوري الفرنسي هذه التقنية لأول مرة، كوسيلة لمراقبة التقدير الذي يقدمه المشرع بشأن الوقائع، الظروف، أو الوضعيات التي تشكل أساس قوانينه، وذلك في القرارين الصادرين على التوالي في 19 و20 يناير 1981 بشكل ضمني، وفي قرار 16 يناير 1982 بشكل صريح: «وحيث أن التقدير الذي قدمه المشرع بشأن ضرورة التأميمات المنصوص عليها في القانون المطروح لفحص دستوريته، لا يمكن، في غياب خطأ واضح، أن يكون مرفوضاً...»⁴⁰².

وفي المغرب، يلاحظ أن القاضي الدستوري وظف هذه التقنية مرات عديدة خلال مراقبته لدستورية القوانين، ففي قرار للمجلس الدستوري رقم 817/11، صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، حرص القاضي الدستوري على مراقبة مدى تناسب المقتضى التشريعي والغايات الدستورية: «... وحيث أن قرار العزل من مسؤولية انتدابية مُحاط بالضمانات القضائية، ومانع الترشيح المؤقت المترتب عنه يتناسب فيه الجزء مع قرار العزل، فإن ذلك لا يمس بحق الترشيح المضمون دستوريا وليس فيه ما يخالف الدستور...»⁴⁰³.

«... وحيث إنه يبين من فحص تلك المواد مادة مادة، أن المشرع، لئن عمد إلى تشديد العقوبات المطبقة على المخالفات المرتكبة بمناسبة الانتخابات، فإنه في ذلك قام بإعمال مقتضيات المادة 11 من الدستور التي تنص على أن الانتخابات الحرة والنزيهة والشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي، ولم يتجاوز في إقراره لتلك العقوبات مبدأ التناسب بين هذه الأخيرة والمخالفات المرتكبة بمناسبة الانتخابات...»⁴⁰⁴.

وفي قرار صادر عن المجلس الدستوري، رقم 854/12، بتاريخ 03 يونيو 2012، أسس القاضي الدستوري لحيثية مفادها أن المجلس لا يعقب على تقدير المشرع، إلا إذا كان هذا التقدير يعتريه خطأ بين في التقدير: «وحيث أن الدستور أسند إلى المشرع، صلاحية تقدير ما يندرج، وكذا ما لا يندرج، في مضمار المؤسسات والمقاولات العمومية الاستراتيجية، وهي صلاحية ليس للمجلس الدستوري التعقيب عليها طالما أن ممارستها لا يعترها خطأ بين في التقدير؛

وحيث إنه، مع استحضار ما سبق، يتبين من فحص لائحة المؤسسات والمقاولات العمومية الاستراتيجية الواردة في (أ) و (ب) بالملحق رقم 1 (المادة الثانية) التي يتم تعيين المسؤولين عنها بعد

⁴⁰² Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, L.G.D.G, Lextenso éditions, 11e édition, 2016, p 305.

⁴⁰³ المجلس الدستوري، القرار رقم 817/11، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.

⁴⁰⁴ المجلس الدستوري، القرار رقم 817/11، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.



المداولة في المجلس الوزاري، ولائحة المؤسسات والمقاولات العمومية المشار إليها في (أ) و (ب) بالملحق رقم 2 (المادة الثالثة) التي يتم تعيين المسؤولين عنها في مجلس الحكومة، وذلك تطبيقاً، على التوالي، للفصلين 49 و 92 من الدستور، أنهما معا غير مشوبتين بخطأ يّين في التقدير، مما تكون معه اللانحтан المذكورتان ليس فيهما ما يخالف للدستور...⁴⁰⁵.

ثانياً: التحفظات التأويلية، آلية لتوضيح معنى النص وحماية مبدأ الانسجام التشريعي

تعد تقنية التحفظات التأويلية من بين الأدوات التي يوظفها القاضي خلال مراقبته لدستورية القوانين، حيث تسمح له بالخروج من خيار "مطابق/ غير مطابق للدستور"، إلى إمكانية التصريح بمطابقة

مقتضى قانوني للدستور شريطة تأويله أو تطبيقه بالطريقة التي يضعها القاضي الدستوري نفسه.⁴⁰⁶

بحيث أن القاضي الدستوري، عندما يفحص مواد القانون المعروض عليه، يصحح إما بأنها مواد مطابقة للدستور، أو مواد غير مطابقة للدستور، أو مواد ليس فيها ما يخالف الدستور مع مراعاة ملاحظات، وتأويلات القاضي الدستوري بشأنها.

إن التحفظات التأويلية، تخول للقاضي الدستوري، تأطير شروط تطبيق القانون، وتحديد المعنى الذي يجب أن تفهم به القاعدة القانونية، وبالتالي، يصبح القاضي من خلال توظيفه لهذه التقنية، بمثابة مكمل للمبادرة التشريعية، التي تقدم بها المشرع.⁴⁰⁷

تبين دراسة قرارات المجلس والمحكمة الدستوريين، أن القاضي الدستوري، كثيراً ما يلجأ إلى هذه التقنية خلال مراقبته لدستورية القوانين، بحيث أنها-أي التحفظات التأويلية-تمكن من توضيح الغموض الذي يلف القانون أو عدم دقته، كما أنها تساهم في حماية مبدأ الانسجام التشريعي.

من بين الأمثلة الكثيرة التي وظف فيها القاضي الدستوري تقنية التحفظات التأويلية، يمكن ذكر حيثية من القرار الصادر عن المحكمة الدستورية رقم 23/209 م.د، بتاريخ 01 مارس

⁴⁰⁵ المجلس الدستوري، القرار رقم 854/12، الصادر بتاريخ 03 يونيو 2012، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 12-02 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا

⁴⁰⁶ Secrétariat général du Conseil constitutionnel, Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, 14 décembre 2002, p 4, In :

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves2002.pdf

⁴⁰⁷ Bertrand Mathieu, le conseil constitutionnel législateur positif ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la formation législative, Revue international de droit comparé, Vol 62, N 6, 2010, 520.

2023 في شأن مراقبة النظام الداخلي لمجلس النواب: «... حيث إن هذه المادة في فقرتها الأولى نصت على أنه: "تطبيقاً لأحكام الفصلين 1 و64 من الدستور لا يمكن متابعة أي عضو من أعضاء مجلس النواب، ولا البحث عنه، ولا إلقاء القبض عليه، ولا اعتقاله، ولا محاكمته، بمناسبة إبدائه لرأي أو قيامه بتصويت خلال مزاولته لمهامه، ما عدا إذا كان الرأي المعبر عنه يجادل في الثوابت الجامعة للأمة المغربية وهي الدين الإسلامي والنظام الملكي، والوحدة الوطنية، والاختيار الديمقراطي، وكل ما يخل بالاحترام الواجب للملك."»؛

وحيث إن الأمة، التي يستمد أعضاء البرلمان نيابتهم منها، طبقاً للفقرة الأولى من الفصل 60 من الدستور، تستند في حياتها العامة على ثوابت جامعة، تتمثل في الدين الإسلامي السمح، والوحدة الوطنية متعددة الروافد، والملكية الدستورية، والاختيار الديمقراطي، طبقاً للفقرة الثالثة من الفصل الأول من الدستور؛

وحيث إنه، تبعاً لذلك، ليس في الفقرة الأولى من المادة 15 في صيغتها المعدلة، ما يخالف الدستور، شريطة أن يؤول تكييف الوقائع التي قد تكون موجبة لرفع الحصانة، في جميع الحالات، إلى نطاق الحصانة الموضوعية المقررة بموجب الفصل 64 من الدستور لأعضاء البرلمان...»⁴⁰⁸.

تبين قراءة هذه الحيثية، أن القاضي الدستوري، صرح بدستورية الفقرة الأولى من المادة 15 من النظام الداخلي لمجلس النواب في صيغتها المعدلة، شريطة أن يتم تأويلها وفقاً للفهم الذي أعطاه لها القاضي الدستوري.

إن هذه التحفظات التأويلية، التي تصرح بدستورية النص القانوني، مع تحفظ قراءته وفقاً للتأويل الذي أعطاه له القاضي الدستوري،⁴⁰⁹ يمكن أن تشكل وسيلة لحماية مبدأ الانسجام التشريعي،⁴¹⁰ وهي الغاية التي أسس عليها القاضي الدستوري تحفظاً شمل المادة الخامسة من القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون:

⁴⁰⁸ المحكمة الدستورية، قرار رقم 23/209 م.د، ملف عدد: 23/253، بتاريخ 01 مارس 2023، مراقبة النظام الداخلي لمجلس النواب، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=2073&Page=Decision>

⁴⁰⁹ Julien Bonnet, les techniques juridictionnelles, la revue administrative, 57e, année, no 342, 2004, p 594.

⁴¹⁰ سبق للمجلس الدستوري أن ضمن مبدأ الانسجام التشريعي في قراره رقم 950/14 م.د خلال مراقبته لدستورية القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، حيث صرح بعدم مطابقة المادة 6 للدستور، لأن مقتضياتها لا تحترم مبدأ الانسجام التشريعي: «... وحيث إنه، تترتب عن التصويت على مشروع القانون التنظيمي لقانون المالية في تاريخ لاحق لتاريخ إيداع مشروع قانون المالية لسنة 2015، استحالة واقعية وقانونية لتقديم ومناقشة هذا القانون الأخير والتصويت عليه في ضوء أحكام القانون التنظيمي المذكور، مما يفضي إلى وجود تعارض بين مقتضيات قانونين، مرتبطين فيما بينهما، معروضين في نفس الوقت على مجلسي البرلمان؛



«... حيث إن هذه المادة تنص، إلى جانب أحكام أخرى، على أنه "يجب... إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية... تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب..."»

وحيث إن الأحكام المذكورة قد تؤول بأن إثارة الدفع يتيح للطرف المعني الخيار بين توقيعه شخصيا على مذكرة الدفع أو رفعها من قبل محام؛

وحيث إنه، تحقيقا للانسجام التشريعي بين ما ورد في المادة الخامسة المشار إليها، وبين مقتضيات الإجراءات العامة التي جاءت تطبيقا لفصول الدستور، لا سيما الفقرة الأخيرة من الفصل 120 منه، يتعين تفسير الاختيار الوارد في المادة المذكورة، بأن الدفع بعدم الدستورية، يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلبه في موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجبارية الاستعانة بمحام في الحالة التي توجب ذلك الدعوى الأصلية، في حين يكون للمعني بالأمر الحق في توقيع مذكرة الدفع، إذا كانت الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبةها معفية من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام؛

وحيث إنه، مع مراعاة هذا التفسير، فإن ما تضمنته المادة الخامسة المشار إليها من توقيع مذكرة الدفع من قبل الطرف المعني أو من قبل محام، ليس فيه ما يخالف الدستور...⁴¹¹
إن تقنية التحفظات التأويلية، وإن كانت تشكل وسيلة لتوضيح معنى القانون، تحديد نطاق تطبيقه، حماية الانسجام التشريعي، وتجنب التصريح بعدم مطابقة النص للدستور، فإن العديد من الانتقادات -سواء من جانب الفقه أو الفاعل السياسي- وجهت لهذه التقنية، على اعتبار أنها تمنح للقاضي الدستوري سلطات واسعة لخلق قواعد قانونية جديدة، وتقييد السلطة التقديرية للمشرع، التي لا يجب على القاضي الدستوري أن يفرض إرادته عليها.⁴¹²

وحيث إن مبدأ الانسجام التشريعي لا يجيز للبرلمان التصويت، في نفس الوقت، على قانونين يتضمنان مقتضيات متعارضة تجعل تطبيقهما معا أمرا مستحيلا

وحيث إن حصر إمكانية تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية في قانون المالية يجعل هذا التعديل خاضعا للشروط والآجال المحددة في القانون التنظيمي لقانون المالية، ويفضي بالتالي، دون سند دستوري، إلى تقييد صلاحيات البرلمان وكذا صلاحيات الحكومة في مجال التشريع، لاسيما حق أعضاء البرلمان في التقدم باقتراح القوانين المضمون بموجب الفصل 78 من الدستور؛ وحيث إنه، مع مراعاة أن تعديل المقتضيات الضريبية والجمركية يجب أن يستحضر دائما قاعدة توازن مالية الدولة المقررة بمقتضى الفصل 77 من الدستور، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 6 المشار إليها أعلاه غير مطابقة للدستور...».

⁴¹¹ لمحكمة الدستورية، قرار رقم 70/18 م.د، ملف عدد: 024/18، بتاريخ 06 مارس 2018، مراقبة القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1113&Page=Decision>

⁴¹² René Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, N 56, p 365.

ثالثا: التأويل القضائي للدستور، بين توضيح النص الدستوري والتشريع مكان

المشرع العادي

هل المشرع الدستوري استشرَف جميع السيناريوهات خلال وضعه للدستور؟ وبالتالي نجح في جعل الوثيقة الدستورية مكانا للإجابة على جميع الأسئلة المتولدة عن الممارسة الدستورية؟ أم أن هذه الفرضية -أي فرضية استشراف الدستور لجميع الحالات الناتجة عن الممارسة- تبقى صعبة التحقق، نظرا للتغيرات التي يعرفها العالم، والتي تسمح بإمكانية ميلاد عدد من الممارسات التي لم تكن متوقعة لحظة وضع الدستور، ونظرا لشكل الوثائق الدستورية التي تعد قصيرة حجما، ومصاغة بطريقة تجعل العديد من فصولها بمثابة إطار لمجالات معينة دون التفصيل في شرح المصطلحات وتوضيح المعاني؟

تبين دراسة بعض التجارب الدستورية المقارنة،⁴¹³ أن الدساتير لا تستطيع استشراف، بشكل صريح، كل الإشكالات التي تطرحها الممارسة السياسية والدستورية، وبالتالي تحضر مؤسسة القضاء الدستوري، كوسيلة للإجابة عن الأسئلة التي لا توجد إجابتها داخل الوثيقة الدستورية، ولتوضيح بعض الغموض، التناقض، والفراغات التي تظهر في الدستور، لكون القواعد الدستورية بسبب عموميتها، غالبا ما تصاغ بطريقة غامضة، وغير محددة بدقة كباقي النصوص القانونية.⁴¹⁴

إن وجود دستور واضح المعاني والمقاصد، منسجم في مقتضياته، واضح في مقاصده، ومكتمل البناء، يعد من مقومات الأمن القانوني. ولتحقيق هذه الغاية -أي توضيح مقاصد وغايات الدستور- يمارس القاضي الدستوري دورا رئيسيا، بحيث أنه في الحالات التي تكون فيها مقتضيات الوثيقة الدستورية تحمل معاني متعددة، أو تظهر غموضا، أو تحتوي على فراغات لم تستشرَفها، يتغير عمل القاضي الدستوري من مطابقة القانون المعروف عليه للدستور فقط، إلى توظيف مناهج وتقنيات لتأويل الدستور، بغية الوصول إلى المقصد الذي ابتغاه المشرع الدستوري، أو خلق قاعدة دستورية مناسبة، بتجنب حالات الفراغ الدستوري.⁴¹⁵

⁴¹³ تتمثل التجارب التي تم الاطلاع عليها في التجربة الفرنسية، التجربة الإسبانية، التجربة الألمانية، والتجربة الأمريكية. وذلك من خلال دراسة الأسئلة التي أثارت أمام القضاء الدستوري في التجارب الثلاث الأولى، وتلك التي عرضت على المحكمة العليا الأمريكية.

⁴¹⁴ Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Chevenotian, Jean louis Mestre, Droit constitutionnel, Dalloz, 21 édition, 2019, p 102.

⁴¹⁵ Hans Kelsen, Théorie pure du Droit, Traduction Reine Rechtslehre, Dalloz, 1962, p 330.



إن وظيفة القاضي الدستوري في تأويل الدستور، وخلق قواعد دستورية جديدة انطلاقاً من روح الدستور، أو من القراءة الكلية لفصول الدستور، جعلته بمثابة منافس للمشرع في خلق قواعد قانونية،⁴¹⁶ الأمر الذي ولد العديد من ردود الفعل داخل مكونات الفقه الدستوري، حول مدى شرعية الدور الإنشائي للقاضي الدستوري؟⁴¹⁷

بحيث يرى جانب من الفقه، أن هذه الوظيفة -أي الوظيفة الإنشائية- تقوي من فرضية الاتجاه إلى حكومة القضاة،⁴¹⁸ لأن القاضي الدستوري سيصبح ممارساً للسلطة التشريعية من خلال تأويله للدستور، فهذا التأويل، يسمح بميلاد قواعد دستورية جديدة غير منصوص عليها بشكل صريح في الدستور، في حين أن وظيفة القاضي الدستوري تتجسد في مراقبة دستورية القوانين وليس تشريعها.⁴¹⁹

حيث يرى جورج فيديل أن البصمة الحقيقية "لحكومة القضاة"، توجد في الحرية التي يتمتع بها القاضي الدستوري في استكمال مقتضى دستوري، أو تصحيحه بقواعد نابعة من اجتهاده، أو إنشائه لها، أي خلقه لقاعدة جديدة تكمّل أو تصحح قاعدة دستورية.⁴²⁰ فيما يرى جانب آخر من الفقه، أن الدستور مصاغ بطرق غير دقيقة وتقبل قراءات متعددة خصوصاً في الفصول التي تعنى بإعلانات الحقوق، كما أن هيكلته تشكل مكاناً لصراع المتضادات، لأنه يضم مجموعة من القواعد والمبادئ الدستورية، التي يمكن أن تتعارض فيما بينها (الحريات الفردية، حماية الحياة الخاصة، العدل، المساواة، المناصفة...)، وهو ما يمنح لمؤول الدستور سلطة حلها والتوفيق بينها.⁴²¹

⁴¹⁶ Michele Cappelletti, Des juges législateurs, in Le pouvoir des juges, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1990, pp. 23-113.

Christian BEHRENDT, Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: Une analyse comparative en droit français, belge et allemand, Bruylant, LGDJ, 2006

⁴¹⁷ Didier RIBES, Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999, CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 9 (DOSSIER : AFRIQUE DU SUD) - FÉVRIER 2001, In : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-constitutionnel-peut-il-se-faire-legislateur-a-propos-de-la-decision-de-la-cour>

⁴¹⁸ تم اقتباس هذه العبارة "حكومة القضاة" من أطروحة إدوارد لامبرت (1921) التي تصف صراع قضاة المحكمة العليا ضد التشريعات في الولايات المتحدة ومسألة الفصل بين السلطات.

Edouard Lambert, Le gouvernement des juges, Préface de Franck Moderne, Dalloz, 2005.

⁴¹⁹ Avril Pierre, Une "survivance" : le droit constitutionnel non écrit ?, Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant, LGDJ, 1999, p 5.

⁴²⁰ Yann Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, RFDC, N 21, 1995, p 9.

⁴²¹ Yann Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, RFDC, N 21, 1995, p 17.

إن تفسير حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المنصوص عليها في الدستور، يعد عملية معقدة لثلاثة اعتبارات أساسية: الأول، هو أن الدستور لم يحدد بدقة ما تعنيه هذه الحقوق، ولم يضع لها إطارا يبين طرق تطبيقها والحدود الواردة عليها؛ الثاني، أن الدستور لا يضع ترتيبية لهذه الحقوق أو المبادئ الدستورية، بحيث يمكن تمييز الحق / المبدأ الأعلى عن الأدنى في حالة تعارض مبدئين دستوريين؛⁴²² الثالث، أن الحقوق والحريات ليست ثابتة، إنما تتطور بشكل يومي مع تطور العالم،⁴²³ واحترام القانون الاتفاقي يوجب تضمين الحقوق الجديدة في نص الوثيقة الدستورية.⁴²⁴

إن هذه الاعتبارات، كانت من الأسباب التي دفعت بالقاضي الدستوري -عبر رقابته القضائية- إلى التدخل التدريجي لإزالة الغموض عن النصوص الغير واضحة، واستكمال الفراغات الموجودة في الدستور، وكذا تكييف الدستور مع التطورات التي يعرفها العالم.⁴²⁵ لذا، وبفعل تدخل القاضي الدستوري، اتفق جانب من الفقه، منذ سنوات 1974-1971 على أن الدستور أصبح بشكل متزايد ناتج عن الاجتهاد القضائي،⁴²⁶ وبالتالي لم يعد القضاة مجرد أفواه تنطق كلام القانون كما عبر عن ذلك مونتيسكيو.⁴²⁷

يقتبس الأستاذ رونالد دوركين Ronald Dworkin، من الدستور الأمريكي التعديل الرابع عشر، الذي ينص على أنه: "...لا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة، كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية، ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين..."⁴²⁸.

ويتساءل عن الكيفية التي يمكن أن تفسر بها المحكمة العليا ما تعنيه هذه المقتضيات، بالرغم من أنها صدرت في سياق تاريخي محدد، ولتنظيم إشكالات بعينها؟ هل هذا التعديل، يمكن

⁴²² Georges Vedel, Souveraineté et supraconstitutionnalité In : pouvoirs, N 67, 1993, p 82.

⁴²³ Georges Vedel, Le conseil constitutionnel gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme, In : pouvoirs, N 45, 1988, p 155.

⁴²⁴ Alice Mauras, La consécration constitutionnelle des méthodes interprétatives en Bolivie, RFDC, N 118, 2019/2, p 386.

⁴²⁵ Hans Kelsen, Théorie pure du Droit, Traduction Reine Rechtslehre, Dalloz, 1962, p 570.

⁴²⁶ Dominique Rousseau, Une résurrection : la notion de constitution, RDP, N 1, 1990, p 5.

⁴²⁷ Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre XI, chapitre 6.

⁴²⁸ The United States Constitution, signed on September 17, 1787, and ratified on June 21, 1788, In: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/full-text>



أن يشكل آلية لشرعنة الإجهاض،⁴²⁹ أو إلغاء فصل الأطفال في المدارس العمومية على أساس العرق،⁴³⁰ أو حتى حماية حقوق الأقليات؟

إن هذه التساؤلات يمكن أن تطرح في السياق المغربي كذلك، من خلال التساؤل عن كيفية التوفيق بين التصدير الذي ينص على "حظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي، مهما كان..."، والفصل 19 الذي ينص على: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها. تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء..."، والفصل 30 الذي ينص على: "لكل مواطن و مواطن، الحق في التصويت، وفي الترشح للانتخابات، شرط بلوغ سن الرشد القانونية، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية. وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية..."؟

أو التصدير الذي ينص على: "جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة"، والفصل 19 الذي ينص على: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها..."؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات، وبالتالي، توضيح الغموض الذي يلف مقتضيات الدستور، دفعت القاضي الدستوري، إلى توظيف مجموعة من المناهج والتقنيات التأويلية، من ذلك مثلا

⁴²⁹ Roe v. Wade, A multimedia judicial archive of the Supreme Court of the United States, In: <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>

⁴³⁰ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954), Justia U.S. Supreme Court Center, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>

اعتماد تقنية القراءة التركيبية أو الكلية للدستور،⁴³¹ لإزالة الغموض عن بعض المقتضيات التي تبدوا متناقضة، أو غير واضحة، ولتبيين الغايات التي أرادها الدستور.

ففي قرار للمجلس الدستوري، رقم 817/11، صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، ضمن القاضي الدستوري بشكل صريح أن الدستور يجب أن يقرأ بطريقة كلية، لأن الوثيقة الدستورية متكاملة في مبادئها وأهدافها، وبالتالي فجميع المقتضيات الدستورية جاءت لتكمل بعضها البعض.⁴³²

إن توظيف هذه التقنية، سيظهر في حيثيات القرارات ذات الأرقام: 13/924 م.د، 14/954 م.د، و 14/943 م.د، الصادرة عن المجلس الدستوري، للإجابة عن الأسئلة التي تطرح عند قراءة الفصل 6، الفصل 19، الفصل 30، والفصل 33 من الدستور، ولإرساء اجتهاد قضائي يفيد عدم دستورية كل أشكال "الكوتا" الهادفة إلى التخصيص المسبق لعدد من المناصب للنساء.⁴³³

⁴³¹ هناك من الدساتير من نصت بشكل صريح على الكيفية التي ينبغي بها قراءة الدستور، من ذلك مثلاً الدستور التونسي الصادر سنة 2014 في الفصل 146 الذي نص على ما يلي: "تفسر أحكام الدستور ويؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة".

⁴³² «...» حيث إنه، فضلاً عن الإشارة في فصله 17 إلى "اللوائح والدوائر الانتخابية المحلية والجهوية والوطنية" فإن الدستور، إلى جانب المبادئ الأساسية التي تضمنها في مجال ممارسة المواطنين والمواطنات لحقوقهم السياسية، جعل المشاركة والتعددية من مرتكزات الدولة الحديثة التي يسعى إلى توطيد وتقوية مؤسساتها (التصديق)، كما أقر عدداً من الأهداف الدستورية التي يدعو إلى بلوغها، والمتمثلة بصفة خاصة في تعميق الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات والمساواة بينهم ومن مشاركتهم في الحياة السياسية (الفصل 6)، والسعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء (الفصل 19)، وتشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في لوج الوظائف الانتخابية (الفصل 30) وتوسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد (الفصل 33) ... وحيث أن الدستور متكامل في مبادئه وأهدافه...».

المجلس الدستوري، القرار رقم 817/11، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، في شأن فحص دستورية القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب.

⁴³³ «...» وحيث أن مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه، طبقاً للفصل 19 من الدستور، إذا كان يجيز اتخاذ تدابير تحفيزية خاصة من شأنها تيسير الولوج الفعلي للنساء إلى مناصب المسؤولية، داخل هيكل مجلس النواب، فإن ذلك يجب أن لا يتم من خلال مقتضيات تمييزية من شأنها الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المقرر في الفقرة الأولى من نفس الفصل 19 المذكور، الأمر الذي يكون معه ما نصت عليه المادة 52 من التخصيص المسبق لحصة لا تقل عن نسبة الثلث في مناصب المسؤولية للناثبات غير مطابق للدستور...».

المجلس الدستوري، قرار رقم: 13/924 م.د، ملف عدد: 13/1378، بتاريخ 22 غشت 2013، منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=924&Page=Decision>

«...» حيث إن هذه المادة، تنص في فقرتها الثانية على أن أعضاء المحكمة الدستورية الإثني عشر يتوزعون إلى ثلاث فئات : سنة منهم يعينون بظهير من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وثلاثة ينتخبون من قبل مجلس النواب، وثلاثة ينتخبون من قبل مجلس المستشارين، وتنص في فقرتها الرابعة على أنه يراعى ضمان تمثيلية النساء في كل فئة من هذه الفئات، وحيث إنه، يستفاد من هاتين الفقرتين أن تمثيلية النساء في العضوية بالمحكمة الدستورية تتم من خلال نسبة مضمونة سلفاً؛

وحيث إنه، من جهة، لئن كان المشرع مدعواً إلى سن القواعد وتحديد السبل التي من شأنها تعزيز لوج النساء إلى المهام العمومية، انتخابية كانت أو غير انتخابية، بما في ذلك العضوية بالمحكمة الدستورية، وذلك إعمالاً، بصفة خاصة، لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 19 من الدستور التي تدعو الدولة إلى السعي إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، فإن ما ينص عليه



وفي قرار آخر، سيؤسس القاضي الدستوري لقاعدة مفادها أن: «تدابير التشجيع والتحفيز، لا سيما تلك المتعلقة بفئة عمرية معينة، بما تنطوي عليه من معاملة خاصة، ينبغي، في مجال ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية، أن تكون تدابير استثنائية محدودة في الزمن يتوقف العمل بها بمجرد تحقق الأهداف التي بررت اللجوء إليها...»⁴³⁴.

إن القاضي الدستوري من خلال هذه الاجتهادات القضائية، أزال الغموض الذي يظهر عند قراءة هذه الفصول من الدستور، وأسس لقاعدة تتمثل في عدم دستورية التخصيص القبلي للمقاعد بالنسبة للنساء، وأن تدابير تشجيع النساء تبقى تدابير استثنائية يتوقف العمل بها بمجرد تحقق الأهداف التي بررت اللجوء إليها.

إن توضيح معنى مقتضيات الوثيقة الدستورية، وإيجاد حلول توفيقية لبعض الفصول/المبادئ الدستورية التي تبدوا متناقضة، يعد من مشمولات الأمن القانوني، لأنه يزيل الغموض الذي يظهر عند قراءة الوثيقة الدستورية، وفي هذا حماية لمعايير الوضوح، والجودة، التي يتأسس عليها مبدأ الأمن القانوني.

الدستور في تصديره من حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس، وفي الفقرة الأولى من فصله 19 من كون الرجل والمرأة يتمتعان، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، لا يسمح للمشروع بتخصيص نسبة مضمونة مسبقا لأحد الجنسين في الوظائف العمومية؛
وحيث إن تحقيق الأهداف الواردة في الدستور يجب أن يتم دون الإخلال بالمبادئ الدستورية، وحيث أن تخصيص نسبة مسبقا لأحد الجنسين في العضوية بالمحكمة الدستورية ينافي الشروط الجوهرية والمسطرية سالفة الذكر؛
وحيث إنه، تأسيسا على ذلك، فإن إمكان تمثيلية النساء في العضوية بالمحكمة الدستورية، لا يتأتى ضمانه إلا على مستوى الاقتراح والترشيح، دون أن يفضي ذلك إلى تخصيص نسبة مسبقا للرجال وللنساء في هذه المحكمة التي يخضع اختيار أعضائها، تعيينا وانتخابا، لشروط دستورية لا يجوز الإخلال بها اعتمادا على أي معيار، بما في ذلك التمييز بين الجنسين المحظور دستوريا...»
المجلس الدستوري، قرار رقم: 14 / 943م، د، ملف عدد: 14 / 1400، منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=943>

«...حيث إن هاتين المادتين تتصان بالتتابع، على تخصيص مقعدين في مكتب المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي ومقعد رئيس لجنة ومقعد مقرر لجنة أخرى للنساء؛ وحيث إن مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء، الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه، طبقا للفقرة الثانية من الفصل 19 من الدستور، إذا كان يقتضي اتخاذ تدابير تحفيزية خاصة من شأنها تيسير الولوج الفعلي للنساء إلى مناصب المسؤولية داخل هياكل المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، فإن ذلك يجب أن يتم من خلال مقتضيات لا يترتب عنها الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المنصوص عليه في الفقرة الأولى من نفس الفصل 19 المذكور، وبمبدأ حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس المقرر في تصدير الدستور...»

المجلس الدستوري، قرار رقم: 15/954 م، د، ملف عدد: 15/1410، منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=954&Page=Decision>

⁴³⁴ المجلس الدستوري، قرار رقم: 11/817 م، د، ملف عدد: 11/1170، بتاريخ 13 أكتوبر 2011، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=817>

المحور الثاني: مظاهر ضعف الأمن القانوني في عمل القضاء الدستوري المغربي

من خلال هذا المحور، سيتم التعرض لمظهرين أساسيين لإضعاف الأمن القانوني في عمل القاضي الدستوري المغربي، والمتمثلين من جهة، في عدم استقرار قرارات مؤسسة القضاء الدستوري، ومن جهة أخرى في إشكالية المراقبة القضائية للمراسيم.

أولاً: عدم استقرار قرارات القضاء الدستوري؛ أنموذج المنازعات الانتخابية

هل تغيير الاجتهاد القضائي يقوض مبدأ الثقة المشروعة؟ وبالتالي يجب أن يحترم القاضي الدستوري السوابق القضائية للمحكمة والمجلس الدستوريين؟ أم أن تحيين القرارات القضائية لتتفاعل مع تطور المجتمع، ومع ظهور مبادئ جديدة لحقوق الإنسان، يعد ضروريا بالنسبة لمؤسسة، توجد داخل التاريخ وليس خارجه، وبالتالي من المطلوب منها أن تتفاعل مع متغيراته؟ ترى المحكمة الاتحادية الدستورية الألمانية Bundesverfassungsgericht، أنه من الممكن أن تنشأ ثقة تستحق الحماية، في حالة وجود سوابق قضائية متسقة، وأن تغيير الاجتهاد القضائي، لا يُسمح به إلا عندما يكون تعليل القاضي مقنعا وواضحا، وإذا كان القاضي يخطر في حالة لتطور مجتمعي واضح، وفي هذه الحالة يمكن اعلان التخلي عن السابقة القضائية، وتبني اجتهاد قضائي جديد.⁴³⁵

في السياق المغربي، يلاحظ أن القاضي الدستوري لجأ إلى تغيير اجتهاداته القضائية في عدد من الحالات، سيقدم منها أنموذجين؛ **الأنموذج الأول** يتمثل في أن المجلس الدستوري طبق في قراره رقم 995/2016 الصادر بتاريخ 2016/04/27، مقتضيات قانون المسطرة الجنائية وليس القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، وذلك للبت في منازعة انتخابية تتعلق بالتصريح بتجريد نائب من صفة عضو بمجلس النواب، لأنه كان موضوع إدانة من أجل جنابة وقت ترشحه لانتخابات أعضاء مجلس النواب.⁴³⁶

⁴³⁵ Sylvia Brunet, la conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Titre VII, éditions conseil constitutionnel, 2020/2, n 5, p88.

⁴³⁶ «...» وحيث إن الثابت من القرار الجنائي رقم 31 الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 26 يناير 1999 في الملف الجنائي عدد 98/533 أنه تمت إدانة المعني بالأمر بجناية محاولة الاختطاف والهجوم على مسكن الغير والضرب والجرح ومعاقبته عن ذلك بسنة واحدة حسبا نافذا، وهو القرار الذي قضى المجلس الأعلى برفض الطعن في مواجهته بمقتضى قراره عدد 1/1739 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 2000؛

وحيث إن المطلوب تجريده، الذي لا ينافي في فقدته للأهلية الانتخابية عقب صدور الحكم الجنائي في حقه، يتمسك في مواجهة طلب تجريده بتقادم الدعوى العمومية، وتقدم العقوبة بعد مضي خمس سنوات، وبأنه مُتَّع بالعفو الملكي من العقوبة الحبسية بمناسبة عيد الفطر سنة 2005؛



في حين أن المحكمة الدستورية، بعد ذلك، في قرارها رقم 23/17 الصادر بتاريخ 2017/07/06، طبقت القانون التنظيمي لمجلس النواب وليس قانون المسطرة الجنائية، وعملت اختيارها بأن الفصل 62 من الدستور أسند لقانون تنظيمي بيان نظام انتخاب أعضاء مجلس النواب وشروط القابلية لانتخابهم، وهو القانون الواجب التطبيق باعتباره نصا⁴³⁷.

وحيث إن الطلب المقدم في النازلة لا يرمي إلى إقامة دعوى عمومية في مواجهة المعني بالأمر حتى يتأتى له الدفع بمقتضيات المادة الخامسة من قانون المسطرة الجنائية، كما أن أمد تقادم العقوبات الجنائية ليس خمس سنوات، كما يدعي المطلوب تجريده، وإنما هو خمس عشرة سنة ميلادية كاملة تحسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به وفقا لما تقتضيه الفقرة الأولى من المادة 649 من قانون المسطرة الجنائية، وأن العفو الخاص لا يترتب عليه رفع مانع الأهلية الانتخابية طبقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب...»
المجلس الدستوري، ملف عدد: 16/1475، قرار رقم: 16/995 و. ب، بتاريخ 27 أبريل 2016.
⁴³⁷ «...حيث إن المطعون في انتخابه، تمت إدانته من أجل ارتكابه جنائية بموجب القرار الاستئنافي المشار إلى تاريخه ومرجعه أعلاه، الذي قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) برفض الطعن فيه بمقتضى القرار عدد 1739/1 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 2000؛ وحيث إن الدستور أسند في فصله 62 لقانون تنظيمي بيان نظام انتخاب أعضاء مجلس النواب وشروط القابلية لانتخابهم، وهو القانون الواجب التطبيق باعتباره نصا خاصا؛

وحيث إن أهلية الترشح لانتخاب أعضاء مجلس النواب نظمها المواد من 6 إلى 10 من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس المذكور، ووضحت شروط وموانع الترشح، وحالات فقدان أهلية الترشح، وسبل استردادها والآجال المقررة في شأنها دون الإحالة على نص عام، كما هو الشأن بالنسبة لمقتضيات أخرى منه؛
وحيث إن المادة السادسة من القانون التنظيمي المذكور نصت في بندها الثالث على أنه لا يؤهل للترشح لعضوية مجلس النواب "الأشخاص الذين اختل فيهم نهائيا شرط أو أكثر ليكونوا ناخبين"، وفي بندها الخامس على أنه "يرفع مانع الأهلية المشار إليه في البند الثالث أعلاه، ما لم يتعلق الأمر بجنائية..."، وأن هذا الاستثناء لا يحدث منه تقادم الجنائية أو مرور زمن معين على صدور الحكم النهائي أو قضاء العقوبة المحكوم بها أو الحصول على رد الاعتبار، ما دامت المادة المذكورة، وهي النص الخاص الواجب التطبيق، لم تحل على مقتضيات المسطرة الجنائية فيما يتعلق برفع مانع أهلية الترشح؛
وحيث إن المادة السادسة المذكورة تحيل ضمنا فيما يخص أهلية الانتخاب بالنسبة لجميع الانتخابات، كانت تشريعية أو جهوية أو جماعية، على المادة السابعة من القانون رقم 11.57 المذكور أعلاه التي تنص من بين مقتضيات أخرى، على أنه لا يمكن أن يقيد في اللوائح الانتخابية الأفراد المحكوم عليهم نهائيا بـ"عقوبة حبس لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر دون إيقاف التنفيذ... من أجل جريمة غير مشار إليها في البندين (ب) و(ج)"، كما أن المادة الثامنة منه تنص في فقرتها الأولى على أنه لا يجوز للأشخاص المحكوم عليهم بإحدى العقوبات المشار إليها في البند (د) من الفقرة 2 من المادة 7 المذكورة أن يطلبوا قيدهم في اللوائح الانتخابية إلا بعد انصرام خمس سنوات من تاريخ قضاء العقوبة أو تقادمها؛

وحيث إنه يستفاد من مقارنة المادتين السادسة والسابعة المذكورتين، أن المشرع تبنى بخصوصهما معيارين مختلفين، إذ أسس عدم رفع مانع أهلية الترشح لعضوية مجلس النواب على معيار طبيعة الفعل الجرمي المرتكب، في حين أسس تحديد عدم الأهلية الانتخابية وشروط رفعها على معيار العقوبة المرتبة على مرتكب الفعل الجرمي؛
وحيث إن المطعون في انتخابه حكم عليه نهائيا، بعقوبة حبسية تنطبق عليها، فيما يتعلق بأهليته للانتخاب، مقتضيات المادة 7 (د) وكذلك مقتضيات المادة 8 (الفقرة الأولى) من القانون رقم 11.57، ولا تنطبق عليه مقتضيات البند الثاني (أ) من المادة السابعة من نفس القانون؛

وحيث إن حكم المحكمة الابتدائية بتارودانت، المؤرخ في 4 يوليو 2016، المستدل به من طرف المطعون في انتخابه، قد صادف الصواب فيما قضى به من إعادة تسجيل المعني بالأمر في اللوائح الانتخابية، دون أن يكون معللا تعليلا سليما لاستناده إلى المادة 687 من قانون المسطرة الجنائية، وإغفاله تطبيق المادة 8 من القانون رقم 11.57 المنظمة لحالات استرجاع الأهلية الانتخابية...»
المحكمة الدستورية، ملف عدد: 16/1594، قرار رقم: 23/17 م.إ، بتاريخ 2017/07/06.

وبذلك يلاحظ من هذا المثال، أن المحكمة الدستورية لم تتبع الموقف الذي تبناه المجلس الدستوري بتطبيقه للنص العام على النص الخاص في المنازعات الانتخابية.

النموذج الثاني يتمثل في أن المجلس الدستوري في قراره 14/938 م. د، بتاريخ 2014/06/14، اعتبر أن مبدأ سرية الاقتراع لا يجوز العدول عنه عندما يتعلق الأمر باختيار الأشخاص،⁴³⁸ قبل أن يحين توجهه في قراره رقم 16/995 و. ب، بتاريخ 27 أبريل 2016، والسماح للمشرع بالعدول في حالات معيّنة ومحدودة وبكيفية استثنائية ومرحلية عن مبدأ سرية الاقتراع، لغاية توفير أوسع الشروط لضمان مبدأي حرية ونزاهة الانتخاب معا المقررين في الفصلين 2 و 11 من الدستور.⁴³⁹

ثانيا: عدم استقرار قرارات القضاء الدستوري؛ أنموذج استقالات أعضاء

مجلسي البرلمان

إن دراسة قرارات القضاء الدستوري في مجال استقالات أعضاء مجلسي البرلمان، تبين وجود عدم استقرار في الاجتهاد القضائي بين المجلس والمحكمة الدستوريين، بالرغم من صدورها

⁴³⁸ «... على اللائحة الموحدة التي تتضمن أسماء جميع المرشحين لعضوية المكتب يتم "عبر رفع الأيدي أو بالآلة الإلكترونية"، مخالف لمبدأ سرية الاقتراع الذي لا يجوز العدول عنه عندما يتعلق الأمر باختيار الأشخاص، مما يجعل هذه المادة من هذا الجانب مخالفة للدستور...»

المجلس الدستوري، ملف عدد: 14/1397، قرار رقم: 14/938 م. د، بتاريخ 2014/06/14.

⁴³⁹ حيث إن هذه المادة تنص في فقرتها الأولى على أنه "يعتبر التصويت العلني قاعدة لانتخاب رئيس المجلس ونوابه وأجهزة المجلس"؛ وحيث إنه، يبين من الاطلاع على المناقشات التي جرت بشأن هذه المادة في كل من لجنة الداخلية والجماعات الترابية والسكنى وسياسة المدينة بمجلس النواب ولجنة الداخلية والجماعات الترابية والبنيات الأساسية بمجلس المستشارين، من خلال تقريريهما، أن الأخذ بقاعدة علنية التصويت الغاية منه تخليق الحياة السياسية وضمان الشفافية والمصادقية والالتزام الحزبي؛ وحيث إن التصويت السري، باعتباره من مظاهر مبدأ حرية الاقتراع المقرر في الفصلين 2 و 11 من الدستور، يظل هو المبدأ الأساسي الذي يتعين أن يسود حين يتعلق الأمر بالتصويت على أشخاص، لا سيما في الاقتراع العام الذي يشارك فيه عموم المواطنين؛ وحيث إن الدستور أقر مبدأ نزاهة الانتخاب، في نفس الفصلين 2 و 11 المشار إليهما، وأناط بالأحزاب السياسية، بموجب فصله السابع، دورا أساسيا في تدبير الشأن العام، لا سيما من خلال المساهمة في التعبير عن إرادة الناخبين والمشاركة في ممارسة السلطة بالوسائل الديمقراطية، كما جعل، في العديد من أحكامه، من تخليق الحياة العامة إحدى الغايات التي يتعين العمل على تحقيقها؛ وحيث إن التصويت العلني لانتخاب رئيس مجلس الجهة ونوابه وأجهزة المجلس المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 8 أعلاه، ينحصر في إسناد المسؤوليات وتوزيع المهام بين أعضاء مجلس الجهة، المحدودي العدد والذين جرى انتخابهم بالاقتراع السري؛ وحيث إنه، بناء على كل ما سبق، ومن أجل توفير أوسع الشروط لضمان مبدأي حرية ونزاهة الانتخاب معا المقررين في الفصلين 2 و 11 من الدستور، فإنه يجوز للمشرع، حسب تقديره، العدول في حالات معيّنة ومحدودة وبكيفية استثنائية ومرحلية عن مبدأ سرية الاقتراع، بالقدر الذي يقتضيه تحقيق الغاية المشدودة من هذا العدول؛ وحيث إنه، تأسيسا على ما سبق، ومع مراعاة الشروط والملاحظات آنفة الذكر، فإن ما نصت عليه المادة 8 في فقرتها الأولى من اعتبار التصويت العلني قاعدة لانتخاب رئيس مجلس الجهة ونوابه وأجهزة المجلس لا يخالف الدستور؛ المجلس الدستوري، ملف عدد: 15/1423، قرار رقم: 2015/966، بتاريخ 30/06/2015.



خلال نفاذ دستور 2011، وعدم وجود تغيير في القاعدة القانونية المنظمة لهذا الجانب من العمل البرلماني.

فإذا كان الأول -أي المجلس الدستوري- يرى أن ترشح أعضاء البرلمان المنتهية ولايتهم لانتخابات تشريعية جديدة، بانتماء سياسي غير ذلك الانتماء الذي كانوا عليه خلال الولاية التشريعية المنتهية، لا يتطلب من الناحية القانونية الصرفة تقديم الاستقالة من المجلس الذي كانوا أعضاء فيه، شرط إثبات تقديم الاستقالة من الأحزاب السياسية التي كانوا ينتمون إليها.

وهو ما تعكسه حيثية قرار المجلس الدستوري رقم 1016/16، «... وحيث إن تقديم طلبات الاستقالة المذكورة لا موجب له، من الوجهة القانونية الصرفة، فيما يخص أحقية النواب الراغبين في الترشح لانتخابات أعضاء هذا المجلس بغير الانتماء السياسي الذي كانوا عليه خلال الولاية التشريعية المنتهية، إذا ما أثبتوا تقديم استقالاتهم من الأحزاب التي كانوا ينتمون إليها...»⁴⁴⁰

فإن المحكمة الدستورية، اعتبرت أن الاستقالة من عضوية أحد مجلسي البرلمان، حتى وإن تمت خلال نهاية الولاية، تظل من طبيعتها من الحالات الاستثنائية في الحياة النيابية، وذلك ضمانا للسير العادي للمؤسسة التشريعية.

إذ جاء في حيثيات قرار المحكمة الدستورية رقم 21/135، مايلى: «... وحيث إن الاستقالة من عضوية أحد مجلسي البرلمان، بصرف النظر عن بواعث هذه الأخيرة أو توقيتها أو سياقها، تظل، بطبيعتها من الحالات الاستثنائية في الحياة النيابية، لكون أعضاء البرلمان يستمدون نيابتهم من الأمة، طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 60 من الدستور، وضمانا لحسن سير المؤسسة التشريعية...»⁴⁴¹

إن قراءة قرار المحكمة الدستورية هذا، تنتج عنها ثلاث ملاحظات: الملاحظة الأولى، تتمثل في تجاوز المحكمة الدستورية لقرار المجلس الدستوري رقم 1016/16 الصادر بتاريخ 06 شتنبر 2016، وتبنيها لقراره رقم 06/618 الصادر بتاريخ 02 غشت 2006، والذي جاء في إحدى حيثياته مايلى: «... وحيث إنه ، لئن كان يتعين تبعا لذلك التصريح بشغور المقعد على إثر الاستقالة بغض النظر عن السبب الباعث لها، وذلك طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 84 من القانون التنظيمي رقم 97-31 الموماً إليه أعلاه ، فإنه لا يسع المجلس الدستوري الذي من مهامه المساهمة في ضبط السير العادي للمؤسسات وفق ما ينص عليه الدستور ، إلا أن يذكر بأن الاستقالات التي هي

⁴⁴⁰ المجلس الدستوري، قرار رقم: 1016/16 و. ب، الاصدر بتاريخ 06 شتنبر 2016.

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1016&Page=Decision>

⁴⁴¹ المحكمة الدستورية، قرار رقم: 21/135 و. ب، صادر بتاريخ 24 غشت 2021.

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1999&Page=Decision>

بطبيعتها من الأعمال الاستثنائية في الحياة النيابية ، يجب أن تبقى في حدود معينة حتى لا تصبح ظاهرة مخلة بسير المؤسسات الدستورية وبمردوديتها ، وأن النيابة التي تستمد من الأمة وفقا لأحكام الفصل 36 من الدستور تعد وظيفة وأمانة ، الغاية منها المشاركة في التعبير عن الإرادة العامة في إطار الدستور...»⁴⁴².

الملاحظة الثانية، تتمثل في اختلاف السياقات الزمنية والظروف الموضوعية التي صدرت فيها قرارات المجلس والمحكمة الدستوريين، بالعودة إلى السياق الزمني الذي دفع المجلس الدستوري إلى اعتبار استقالة أعضاء مجلس النواب عملا استثنائيا، يجب ضبطها لتبقى في حدود معينة، ولا تصبح ظاهرة مخلة بسير المؤسسات الدستورية وبمردوديتها، يلاحظ أنه -أي القرار- صدر في مرحلة كان فيها أعضاء مجلس النواب الذين تم انتخابهم سنة 2002 في الغرفة الأولى، يقدمون استقالاتهم للترشح لانتخابات أعضاء مجلس المستشارين، بالرغم من أن الولاية النيابية لم تنتهي بعد، وهو ما اعتبره المجلس الدستوري اخلالا بسير المؤسسة البرلمانية.

في حين أن السياق الزمني الذي اتخذت فيه المحكمة الدستورية قرارها المذكور أعلاه، يختلف عن زمن وملابسات قرار المجلس الدستوري الصادر في مرحلة نفاذ دستور 1996، لكون الاستقالات المحالة على المحكمة الدستورية جاءت في نهاية الولاية النيابية، عكس الاستقالات المقدمة امام المجلس الدستوري التي تمت قبل سنة من نهاية الولاية.

الملاحظة الثالثة، تتمثل في أن قراءة الحيثيات التي يتكون منها القرار، والتعليل الذي قدمته المحكمة الدستورية، يستنتج منه، أن القاضي الدستوري سيقوم برفض الاستقالات المقدمة أمامه، غير أن نتيجة القرار، التي تفيد قبول الاستقالات، تتناقض مع الأسباب والتعليل الذي قدمته المحكمة الدستورية.

إن التعليل الذي يعد مصدرا لتوضيح القرارات القضائية، لأنه يتضمن مجموعة من الأسباب المبينة لدواعي اتخاذ القرار، والمرعنة للنتيجة المتوصل إليها.⁴⁴³ يبدو أنه -أي التعليل- في قرار المحكمة الدستورية، لم يحقق الغاية المتوخاة منه، لأن مخرجات القرار مختلفة تماما عن تعليله.

⁴⁴² المجلس الدستوري، قرار رقم: 06/618، ملف رقم 06/813، صادر بتاريخ 02 غشت 2006.

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=618&Page=Decision>

⁴⁴³ M. Guillaume, La motivation des décisions du Conseil constitutionnel , AJC, XXVIII- 2012, p. 49-51.



ثالثا: إشكالية المراقبة القضائية لمراسيم القوانين

من هي الجهة القضائية المخول لها مراقبة مراسيم القوانين؟ هل هو القضاء الإداري أم القضاء الدستوري؟ أم أن هذه المراسيم تنفلت من كل مراقبة، نظرا لتموقعها بين مجالي القانون والتنظيم اللذان فصلهما الدستور بمقتضى الفصلين 71 و72؟

إن مراسيم القوانين التي أطرها الفصل 81 من الدستور: « يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية »، تختلف عن المراسيم الصادرة من خلال قانون الإذن التي تناولها الفصل 70 من الدستور: « للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود، ولغاية معينة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها. غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة، عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما ».

فهذه الأخيرة -أي المراسيم الصادرة من خلال التأهيل التشريعي- يأذن فيها البرلمان للحكومة، أن تتخذ مراسيم يدخل موضوعها ضمن مجال القانون الذي نظمته الفصل 71 من الدستور،⁴⁴⁴ شرط أن تتم المصادقة عليها من طرف البرلمان عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها.

⁴⁴⁴ ينص الفصل 71 من دستور 2011 على ما يلي: " يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: - الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور - نظام الأسرة والحالة المدنية - مبادئ وقواعد المنظومة الصحية - نظام الوسائط السمعية البصرية والصحافة بمختلف أشكالها - العفو العام - الجنسية ووضعية الأجانب - تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها - التنظيم القضائي وإحداث أصناف جديدة من المحاكم - المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية - نظام السجون - النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية - الضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين - نظام مصالح وقوات حفظ الأمن - نظام الجماعات الترابية، ومبادئ تحديد دوائرها الترابية - النظام الانتخابي للجماعات الترابية، ومبادئ تقطيع الدوائر الانتخابية - النظام الضريبي، ووعاء الضرائب، ومقدارها وطرق تحصيلها - النظام القانوني لإصدار العملة ونظام البنك المركزي - نظام الجمارك - نظام الالتزامات المدنية والتجارية، وقانون الشركات والتعاونيات - الحقوق العينية وأنظمة الملكية العقارية العمومية والخاصة والجماعية - نظام النقل - علاقات الشغل، والضمان الاجتماعي، وحوادث الشغل، والأمراض المهنية - نظام الأبنك وشركات التأمين والتعاضديات - نظام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات - التعمير وإعداد التراب - القواعد المتعلقة بتدبير البيئة وحماية الموارد الطبيعية والتنمية المستدامة - نظام المياه والغابات والصيد - تحديد التوجهات والتنظيم العام لميادين التعليم والبحث العلمي والتكوين المهني - إحداث المؤسسات العمومية وكل شخص اعتباري من أشخاص القانون العام - تأميم المنشآت ونظام الخصخصة، للبرلمان، بالإضافة إلى الميادين المشار إليها في الفقرة السابقة، صلاحية التصويت على قوانين تضع إطارا للأهداف الأساسية لنشاط الدولة، في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية".

أما مراسيم القوانين، فتصدر من طرف الحكومة خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، بعد اتفاق مع اللجان البرلمانية الدائمة التي يعينها الأمر في مجلسي النواب والمستشارين، على أن تتم المصادقة عليها من قبل البرلمان، خلال دورته العادية الموالية.

إن الدستور لم يحدد الطبيعة القانونية لمراسيم القوانين، هل تدخل ضمن مجال القانون أم التنظيم؟ ومن هو القاضي المختص بمراقبتها، هل هو القضاء الإداري أم القضاء الدستوري؟ كما أن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية رقم 066.13، والقانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، لم يتوقف عند الطبيعة القانونية لهذا العمل القانوني.

وبالتالي، فعدم وجود نص صريح يحدد طبيعة مراسيم القوانين، جعلت هذا النوع من المراسيم بعد قرار المحكمة الدستورية رقم 106/20 الصادر بتاريخ 4 يونيو 2020، وقرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 1/1702 بتاريخ 1 دجنبر 2016، تنفلت من كل مراقبة قضائية.

إن هذه النتيجة -أي انفلات مراسيم القوانين من المراقبة القضائية- لها انعكاس سلبي على مبدأ الأمن القانوني، لأنها تركت فراغا تشريعا، ونصا غير مكتمل البناء، كما لها إضعاف لمبدأ الأمن القضائي، نظرا لوجود عمل قانوني لا يخضع لأي مراقبة قضائية، سواء من طرف القاضي الدستوري أو القاضي الإداري.

في قرار للمجلس الدستوري رقم 37/94 م.د، بتاريخ 16 غشت 1994، المتعلق بمراقبة القانون 33.93 القاضي بالمصادقة على المرسوم بقانون رقم 2.91.388 بإحداث رسم على إقامة المحطات الأرضية الخاصة المعدة لالتقاط الإشارات الإذاعية التلفزيونية الصادرة عن أقمار صناعية، أسس المجلس الدستوري لاجتهاد قضائي مفاده أن مراقبة دستورية مراسيم القوانين تتطلب فحص القانون والمرسوم بقانون معا لكونهما كلا لا يتجزأ: «... حيث إن إحالة قانون يقضي بالمصادقة على مرسوم بقانون إلى المجلس الدستوري لفحص دستوريته يستوجب النظر في القانون والمرسوم بقانون معا لأنهما يكونان كلا لا يتجزأ...»⁴⁴⁵

إن هذا الاجتهاد القضائي الذي أنتجه المجلس الدستوري، لن تتبعه المحكمة الدستورية في قرارها رقم 106/20 الصادر بتاريخ 4 يونيو 2020 في شأن المرسوم بقانون رقم 2.20.320 المتعلق بتجاوز سقف التمويلات الخارجية، وستكتفي بمراقبة المادة الفريدة لقانون المصادقة والمسطرة التشريعية المتبعة لإقراره.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ المجلس الدستوري، ملف رقم: 03/94، قرار رقم: 37/94 م.د، الصادر بتاريخ 16 غشت 1994.

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=37&Page=Decision>

⁴⁴⁶ المحكمة الدستورية، ملف عدد: 20/057، قرار رقم: 20/106 م.د، الصادر بتاريخ 4 يونيو 2020

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1970&Page=Decision>



إن هذا التوجه الذي اتخذته المحكمة الدستورية جعل مراسيم القوانين بدون قاضي مختص بمراقبتها، خصوصا بعد قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 1/1702، الصادر بتاريخ 1 دجنبر 2016، والذي اعتبرت فيه المحكمة أن: «... المرسوم بقانون المطعون فيه قد تمت المصادقة عليه من قبل البرلمان بموجب القانون رقم 85.14، وبالتالي يكون هذا المرسوم قد استنفذ مساطر التشريع المقررة في الدستور، وأضحى مكتسبا لصفة القانون، مما يجعل الطعن بالإلغاء فيه غير مندرج ضمن اختصاص محكمة النقض، ما دام الطعن في دستورية القوانين ينعقد للمحكمة الدستورية ويبقى الطلب غير مقبول...»⁴⁴⁷.

وهو ما يحيل على أن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، تختص بمراقبة مراسيم القوانين قبل مصادقة البرلمان عليها، ونشرها بالجريدة الرسمية، أي في الفترة التي تمتد من نشر المرسوم بقانون إلى حدود المصادقة عليه، ليتحول الاختصاص بعدها من الغرفة الإدارية بمحكمة النقض إلى المحكمة الدستورية، لكون الطعن في دستورية القوانين يعد اختصاصا حصريا للمحكمة الدستورية. إن سكوت المحكمة الدستورية عن تحديد الطبيعة القانونية لمراسيم القوانين، والجهة القضائية المختصة بمراقبتها، بالرغم من الصلاحية التي تتمتع بها في شأن توضيح مقتضيات النص الدستوري،⁴⁴⁸ وتوفر قراراتها على الحجية المطلقة، يؤثر على مبدأ الأمن القانوني.

⁴⁴⁷ الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، قرار عدد 1/1702، في الملف رقم 2986/1/4/2014، صادر بتاريخ 2016/12/01. غير منشور.
⁴⁴⁸ إن حالات اجتهاد القاضي الدستوري المغربي لكي يكمل بعض المقتضيات الدستورية غير المكتملة، أو غير الواضحة تعد حاضرة في العمل القضائي للمجلس والمحكمة الدستوريين، كمثال على هذا يمكن إيراد الأنموذج التالي:
إن الفصل 44 من الدستور لم يحدد قواعد سير مجلس الوصاية، واكتفى بالتطرق للتأليف، في حين ترك قواعد سيره لقانون تنظيمي من أجل وضعها، حيث جاء في الفصل 44 ما يلي: "يرأس مجلس الوصاية رئيس المحكمة الدستورية، ويتركب، بالإضافة إلى رئيسه، من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، والرئيس المنتخب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، والأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وعشر شخصيات يعينهم الملك بمحض اختياره".
وفي قرار للمجلس الدستوري رقم 1000/16، أنشأ القاضي الدستوري قاعدة مفادها أن مجلس الوصاية يجب أن يتخذ قراراته بصفته هيئة جماعية، أي أن رئيس المجلس يجب أن يمارس الصلاحيات الموجودة في القانون التنظيمي بحضور أعضاء المجلس المنصوص عليهم في الفصل 44 من الدستور: «... وحيث إنه، يستفاد مما ينص عليه الدستور في فصله 44 من كون مجلس الوصاية يمارس، إلى حين بلوغ الملك سن الرشد، اختصاصات العرش وحقوقه الدستورية، أن مجلس الوصاية يعمل ويتخذ قراراته بصفته هيئة جماعية، الأمر الذي يستدعي أن لا يمارس رئيسه الصلاحيات المذكورة في هاتين المادتين إلا بحضور أعضاء المجلس...»⁴⁴⁸.

المجلس الدستوري، قرار رقم: 1000/16 م. د، ملف عدد: 1477/16، صادر بتاريخ 17 ماي 2015.
وفي مثال آخر، نص الدستور في الفصل 110 على أن قضاة النيابة العامة يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن "السلطة التي يتبعون لها"، ولم يحدد المشرع الدستوري هذه السلطة، أي السلطة التي تشرف على قضاة النيابة العامة. ولتوضيح هذا الغموض، أنشأ القاضي الدستوري في قراره رقم 16/992 م. د، قاعدة استنادا على القراءة الكلية للدستور، وبناء على روح الدستور، تتمثل في أن قضاة النيابة العامة يوجدون تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض: «حيث إن هذه المادة تنص على أنه "يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورؤسائهم التسلسليين"؛ وحيث إن الدستور نص في الفقرة الثانية من فصله 110 على أن قضاة النيابة العامة يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن "السلطة التي يتبعون لها"، دون تحديد الدستور لهذه السلطة؛

لأن وجود وثيقة دستورية كاملة البناء، واضحة المعاني، ودقيقة المقتضيات، تعد من سمات مبدأ الأمن القانوني، فإذا كان الدستور لا يمكنه استشراف جميع الإشكالات التي تطرح بعد نفاذه، أو تأطير كل الحالات التي تعرض لها في مقتضياته، فالأمر يستدعي ملأ هذه

وحيث إن السلطة التي يعود إليها ترؤس النيابة العامة لا يمكن تحديدها إلا في نطاق أحكام الدستور المتعلقة بالوضع الدستوري لقضاة النيابة العامة، لاسيما ما يهم مسألة انتماء هؤلاء أو عدم انتمائهم للسلطة القضائية؛ وحيث إن الدستور نص في فصله 107 على أن "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية"، وأن "الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية"؛

وحيث إنه، يبين من الرجوع إلى أحكام الدستور أن هذا الأخير لم يميز بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة إلا في بعض الجوانب اللصيقة بطبيعة عمل كل منهما، فقضاة الأحكام، باعتبارهم يتولون الفصل في النزاعات والدعاوى المعروضة عليهم، يتمتعون بعدم القابلية للعزل أو النقل إلا بمقتضى القانون، ولا يلزمون إلا بتطبيق القانون، وتكون الأحكام النهائية الصادرة عنهم ملزمة للجميع، كما هو مقرر على التوالي في الفصول 108 و110 (الفقرة الأولى) و126 (الفقرة الأولى) من الدستور، في حين أن قضاة النيابة العامة، باعتبارهم يتولون إقامة الدعوى العمومية وممارستها والمطالبة بتطبيق القانون، يتعين عليهم، إلى جانب ذلك، الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها، كما هو محدد في الفصل 110 (الفقرة الثانية) من الدستور؛

وحيث إنه، مع مراعاة المقتضيات المذكورة الخاصة إما بقضاة الأحكام أو بقضاة النيابة العامة، فإن الدستور في باقي أحكامه المتعلقة بالقضاء متع القضاة جميعا وبدون تمييز، بنفس الحقوق والزمهم بنفس الواجبات، كما أخضعهم، لنفس الأحكام، سواء تعلق الأمر بالمهمة العامة المنوطة بالقضاة المتجلبية في حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون (الفصل 117)، أو بمنع التدخل في القضايا المعروضة عليهم، أو باعتبار كل إخلال من طرفهم بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيًا جسيمًا (الفصل 109)، أو بالحق المخول لهم في حرية التعبير وفي الانخراط في الجمعيات وإنشاء جمعيات مهنية ومنع انخراطهم في الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية (الفصل 111)، أو بكون المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة لهم، لا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم (الفصل 113)، أو بمشاركتهم في انتخاب ممثلي القضاة في هذا المجلس (الفصل 115)؛

وحيث إنه، يبين من مجموع الأحكام المذكورة أن الدستور أضفى صفة "قضاة" على قضاة الأحكام وعلى قضاة النيابة العامة معًا، مما يجعلهم جميعًا منتمين إلى السلطة القضائية - وهي سلطة موحدة - ومشمولين، تبعًا لذلك، بصيغة الاستقلال اللصيقة بهذه السلطة؛

وحيث إن الاستقلال عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية شرط جوهري للانتماء إلى السلطة القضائية، الأمر الذي يحول دون إمكان تولي من لا ينتمي إلى السلطة القضائية لمهام قضائية وبالأحرى رئاسة هيئة أساسية فيها تتمثل في النيابة العامة؛ وحيث إن مبدأ تبعية قضاة النيابة العامة الوارد في الفقرة الثانية من الفصل 110 من الدستور، الذي يفرض عليهم "الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها"، يعد تبعية داخلية تتم وفق تراتبية قضاة النيابة العامة ومستويات مسؤولياتهم، ولا يمكن أن تكون دون الإخلال بمبدأ استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية - تبعية لجهة خارجة عن السلطة القضائية؛

وحيث إن صلاحية وضع السياسة الجنائية، التي تعد جزءًا من السياسات العمومية، من خلال سن قواعد وقائية وزجرية لمكافحة الجريمة، حماية للنظام العمومي وصيانة لسلامة الأشخاص وممتلكاتهم وحررياتهم، وكذا تحديد الكيفيات والشروط القانونية لممارسة قضاة النيابة العامة لمهامهم، تظل من الصلاحيات المخولة إلى السلطة التشريعية التي يعود إليها أيضًا تقييم هذه السياسة، طبقًا لأحكام الدستور؛ وحيث إنه، تأسيسًا على كل ما سبق بيانه، واعتبارًا لكون عمل النيابة العامة يعد دستوريًا عملاً قضائيًا، ومع مراعاة الصلاحية المخولة للسلطات الدستورية المختصة في وضع ومراجعة السياسة الجنائية على ضوء الممارسة، فإن رئاسة النيابة العامة - التي يعد قضائها جزءًا من السلطة القضائية - لا يمكن إسنادها إلا لجهة تنتمي إلى هذه السلطة، مما يكون معه ما تضمنته المادة 25 المذكورة من وضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، مطابقًا للدستور...»
المجلس الدستوري، قرار رقم: 16/992 م. د، ملف عدد: 16/1474، صادر بتاريخ 15 مارس 2016.



الثغرات،⁴⁴⁹ من خلال اجتهاد قضائي سليم البناء، دقيق التعليل، وقوي الحجة، يقدم حلاً للغموض الذي يلف القاعدة الدستورية، ويتفادى من خلاله القاضي الدستوري، ترك مقتضى دستوري بدون اكتمال، وبدون تحديد للجهة القضائية المختصة بمراقبته، اجتناباً للوقوع في حالة إنكار العدالة.

خلاصة:

يعد مبدأ الأمن القانوني، الذي يفيد توفر القاعدة القانونية، على معايير الجودة، الوضوح، الاستقرار، التوقع المشروع، والقابلية للوصول، من المعايير الأساسية لدولة القانون. والقضاء الدستوري يمارس دوراً مركزياً في حماية هذا المبدأ، وضمان تطبيقه، سواء من خلال مراقبته القضائية للقوانين، الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان، والاتفاقيات الدولية للدستور. أو من خلال قراراته القضائية، التي من المفترض أن تتمتع بالتعليل السليم، الصياغة الواضحة، والاستقرار، مع الأخذ بالاعتبار تفاعلها مع المتغيرات المجتمعية، والسياقات التاريخية.

إن دراسة دور القضاء الدستوري المغربي في حماية مبدأ الأمن القانوني، تبين أن القاضي الدستوري نصب نفسه كضامن لهذا المبدأ «وحيث إنه، لأن كان عمل المشرع محاطاً بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة يمتد إليها الشك بإحالة الموضوع المتعلق بها على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة منها، ضماناً لمبدأ الأمن القانوني»⁴⁵⁰، وهو ما تعكسه طبيعة قراراته الهادفة إلى التوفيق بين السلطة التقديرية للمشرع واحترام الدستور، والمناهج التأويلية التي يوظفها لقراءة الدستور وتفسير مقتضياته، ثم التعليل القوي، والحجج المقنعة الرامية إلى تبين الأسباب والدواعي التي أدت إلى النتيجة المتوصل إليها في القرار.

إن هذه النتائج المستخلصة من خلال دراسة احصائية لقرارات القضاء الدستوري المغربي، تبين وجود حماية قضائية لمبدأ الأمن القانوني، غير أن هذه الحماية، ليست كاملة، لأن القرارات القضائية للمجلس والمحكمة الدستوريين، تتخللها بعض مظاهر إضعاف مبدأ الأمن القانوني، من ذلك مثلاً عدم استقرار قرارات القضاء الدستوري، والتناقض الذي يظهر عند مقارنة جانب من الاجتهادات القضائية، والاختلاف في تفسير بعض القواعد القانونية، بالإضافة إلى الإشكالات المتعلقة ببناء، هندسة، وتعليل القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري المغربي.

⁴⁴⁹ Julien Jeanneney, Les lacunes constitutionnelles, DALLOZ, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Volume 154, 2016.

⁴⁵⁰ وحيث إنه، لأن كان عمل المشرع محاطاً بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة يمتد إليها الشك بإحالة الموضوع المتعلق بها على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة منها، ضماناً لمبدأ الأمن القانوني.

المحكمة الدستورية، قرار رقم: 17/66 م.د، ملف عدد: 15/17، بتاريخ 23 دجنبر 2017، منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية: <https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=1109&Page=Decision>

الإحالة والقواعد المرجعية في القضاء الدستوري

Referral and reference rules in constitutional judiciary

Ahmed ahl Essaid,

PhD student in political sciences,
Mohammed V University/Salé
ahmedablessaid@gmail.com

أحمد أهل السعيد 

طالب باحث بسلك الدكتوراه
مختبر العلوم السياسية،
جامعة محمد الخامس/سلا

تلخيص:

يهدف المقال إلى إبراز القواعد المرجعية التي تعتمد عليها المحكمة الدستورية، ابتداء من الدستور وتصديره، والقوانين التنظيمية إلى المبادئ الدستورية. كما يتطرق المقال إلى المستجدات التي عرفت المحكمة الدستورية على مستوى الإحالات التي تتم عن طريق القوانين والأفراد، والبرلمان والحكومة، إضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي تمارسها المحكمة الدستورية أهمها مراقبة صحة الانتخابات البرلمانية وعمليات الاستفتاء وإجراءات مراجعة الدستور
كلمات مفتاحية: الدستور، القضاء الدستوري، الإحالة، القواعد المرجعية، القوانين التنظيمية.

SUMMARY:

The article aims to highlight the reference rules on which the Constitutional Court relies, starting from the Constitution and its export, and the regulatory laws to the constitutional principles. The article also addresses the developments known to the Constitutional Court at the level of referrals made by laws, individuals, parliament and the government, in addition to other powers exercised by the Constitutional Court, the most important of which is monitoring the validity of parliamentary elections, referendum operations and procedures for reviewing the constitution.

Keywords: Constitution, constitutional judiciary, referral, rules of reference, regulatory laws.

مقدمة:

إن الوظيفة الأساسية للقضاء هي تسوية المنازعات وإقامة العدل ودعم سيادة القانون من خلال تطبيق القانون في القضايا المعروضة عليه. ومن أجل القيام بذلك، يجب تصميم هيئات قضائية لضمان العدالة التي يمكن الوصول إليها⁴⁵¹.

⁴⁵¹ - Nora Hedling, A Practical Guide to Constitution Building: The Design of the Judicial Branch, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Strömsborg, 2011 , p 1.

إن إنشاء حارس للدستور مسؤول عن ضمان عدم تجاوز البرلمان للحدود التي وضعها، وعدم التشكيك في "العقلانية البرلمانية"، هو عنصر أساسي في التنظيم الدستوري الجديد. لذلك أوكلت هذه المهمة إلى هيئة جديدة تسمى "القضاء الدستوري"⁴⁵².

أصبح إرساء قضاء دستوري جزء لا يتجزأ من دولة القانون وعاملاً قوياً في تحقيق توازن النظام الديمقراطي، ومن هذا المنطلق يمثل القضاء الدستوري نقطة مرجعية لا مناص منها في فكر المدرسة الدستورية الجديدة التي ترى فيه العمود الفقري للهيكلية المؤسساتية المعتمدة في الدساتير الحديثة⁴⁵³.

إذا كان الدستور متفوق على القوانين، فهذا يعني أن قانوناً مخالفاً له غير دستوري ولا يجب أن لا يطبق، هذا هو مبدأ دستورية القوانين. غير أنه لا يمكن أن يطبق إلا إذا كان قد تم التحقق رسمياً من خرق القانون للدستور، وكان الجهاز الذي يتحقق من ذلك يملك الصلاحية في استخلاص التبعات. الرقابة على دستورية القوانين هي عملية التحقق هذه، التي يجب أن تفضي عادة إلى الإلغاء أو عدم تطبيق القانون⁴⁵⁴.

إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في جوهرها عمل قانوني، لذلك فإن المؤهل بطبيعته للقيام بأعبائها هو القضاء لما يتمتع به من استقلالية ونزاهة، إلى جانب الجرأة الكافية في التصدي للتجاوزات للدستورية⁴⁵⁵.

تختلف أجهزة القضاء الدستوري من بلد إلى آخر حسب طبيعة النظام القضائي الموجود في هذه الدول، فهناك دول خولت الرقابة على دستورية القوانين للقضاء العادي كالولايات المتحدة الأمريكية، في مقابل دول أخرى خولتها إلى محاكم متخصصة مثل المجلس الدستوري في فرنسا. يعد المغرب من الدول التي اعتمدت القضاء الدستوري، مر هذا الأخير من عدة تطورات، حيث كانت أول تجربة عرفها المغرب سنة 1962، التي نص دستورها على تأسيس الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى، وفي دستور 1992 نص على إحداث المجلس الدستوري⁴⁵⁶ باعتباره

⁴⁵² - Louise Favoreu, La justice constitutionnelle en France, Les Cahiers de droit, Volume 26, numéro 2, Québec, 1985, p 301.

⁴⁵³ - تقرير المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، برلين، ص 8.
⁴⁵⁴ - موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري والأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الثانية، بيروت، 2014، ص 159.

⁴⁵⁵ - محمد زين الدين، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016، ص 128.

⁴⁵⁶ - أصدر المجلس الدستوري، خلال عشرين سنة من وجوده (1994-2017) ما يناهز 1043 قراراً.

الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية، على الرابط التالي:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Article?id=1&tp=tx&CC=1&Page=Intro>

هيئة قضائية مستقلة. صلاحيات المجلس الدستوري مطابقة تماماً لصلاحيات المحاكم والمجالس الدستورية في الغرب. ووظيفتها الأساسية، التي لا تمارسها إلا قليلاً، بسبب قلة الإحالات، تكمن في مراقبة دستورية المشاريع أو القوانين المقترحة التي وافق عليها البرلمان قبل صدورها⁴⁵⁷. ثم بعد ذلك تم إحداث المحكمة الدستورية التي عرفها المغرب بموجب دستور 2011.

خصص الدستور الباب الثامن للمحكمة الدستورية، الذي تضمن الفصول من 129 إلى 134، وهذا يبين المكانة المهمة التي أصبح تحظى بها المحكمة الدستورية في الهندسة الدستورية الجديدة. ومن أجل ضمان استقلالية المحكمة الدستورية، نص الدستور في الفصل 134 على أنه لا يمكن الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته، ولا تطبيقه، وينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته. كما نص على أن قرارات المحكمة الدستورية لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة، وجميع الجهات الإدارية والقضائية.

أصبح من الممكن التمييز بين ثلاثة مصادر للدستورية: الأول، يتعلق بالقواعد الدستورية التي حددها الدستور. وكذلك ما ورد في تصدير هذا الدستور. أما الفئة الثانية، فتحتوي على قواعد مجردة من القيمة الدستورية أصلاً، ولكنها تشكل أساساً للرقابة الدستورية لأن الدستور يفرضها، والثالث يجمع مبادئ عامة لم تصاغ على هذا النحو في النصوص الدستورية، بل يستنبطها القاضي من الأحكام الدستورية⁴⁵⁸.

تعتمد المحكمة الدستورية على عدة قواعد مرجعية لمراقبة دستورية الإحالات التي تعرض عليها سواء كانت قبلية أو بعدية. هناك قواعد مرجعية تستمد وجودها من الدستور وديباجته والقوانين التنظيمية. وهناك قواعد مرجعية أخرى تأتي من خلال الاجتهادات القضائية مثل المبادئ الدستورية.

وهو ما يدفعنا إلى إلقاء الإشكالية التالية: كيف تعتمد المحكمة الدستورية على القواعد المرجعية للبت في الإحالات المقدمة لها؟

⁴⁵⁷ - Mohammed Amine Benabdallah ,Du préambule de la Constitution marocaine, Association des Cours Constitutionnelles Francophones, p 96.

Sur les sites suivant:

https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/Congres_ACCPUF_7_Lausanne_Partie2_Maroc-Benabdallah.pdf

⁴⁵⁸ -Agnès ROBLOT-TROIZIER, Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas ,Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 22, Paris II, Juin 2007, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-la-constitutionnalite-par-renvoi>

للإجابة عن هذا التساؤل، ارتأينا الاعتماد على التصميم التالي:

المطلب الأول: القواعد المرجعية في القضاء الدستوري

المطلب الثاني: الإحالة إلى المحكمة الدستورية

المطلب الأول: القواعد المرجعية في القضاء الدستوري

يتعين على القاضي الدستوري عند قيامه بمهامه التقيد بعدة مرجعيات قانونية، أهمها: الدستور (الفقرة الأولى)، تصدير الدستور (الفقرة الثانية)، والقوانين التنظيمية (الفقرة الثالثة)، المبادئ والأهداف ذات القيمة الدستورية (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: الدستور

عندما يصدر القاضي الدستوري القرارات يقوم بذلك باسم الدستور وبناء عليه. لذلك فإلغاء نص تشريعي، بمجرد إعلانه مخالفا للدستور، هو وسيلة قوية لفرض تكييف الدستور⁴⁵⁹. يجب على القاضي الدستوري أن يدافع عن سمعته الحيادية، يجب أن يظهر كمفسر محايد لنص الدستور، ومحكم قضائي بسيط، وليس كمخترع لقواعد دستورية جديدة⁴⁶⁰.

لم يعد القاضي الدستوري مجرد منظم توزيع السلطات وحارس الحقوق والحريات، بل أصبح الضامن لعقلانية الإنتاج التشريعي. إن تحديد ما هو معياري أو غير مبني على معايير غير محددة، يجد القاضي نفسه في مواجهة توازن بين التفسير المرن والاستخدام المعتدل لمبدأ المعيارية⁴⁶¹.

عندما يعلن القاضي أن القانون لا يتعارض مع الدستور، فإنه يشير بذلك إلى أن القانون بالتأكيد ليس في مأمن من كل الشك فيما يتعلق بانتظامه، ولكن في حالة الدستور، لا يمكن الطعن فيه في نهاية المطاف. ويمكن التمييز بين المطابقة والتوافق، حيث تشهد القرارات غير

⁴⁵⁹ – Rachel LE COTTEY et Cyril ROTH, Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire, Conseillers référendaires, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel N° 47 – AVRIL 2015 – P. 27.

⁴⁶⁰ – Francois Bastien, Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République, Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France, Revue française de science politique, 47^e année, n°3-4, 1997, p400.

⁴⁶¹ – Véronique CHAMPEIL DESPLATS, L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cahiers du Conseil constitutionnel N° 21, 2007, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-21-janvier-2007>

المتناقضة على أن القانون متوافق مع الدستور بينما يكون في حالات أخرى مطابقاً، أي متفقاً بشكل أكثر صرامة مع الدستور⁴⁶².

إن القيود التي تفرضها تقنيات التفسير الكلاسيكية على القاضي الدستوري تشكل "ضمانات" ضد ذاتية واعتباطية مفسر الدستور. فإذا قبلها قبولاً كاملاً، وامتنع عن الانحراف عنها عندما يناسبه ذلك، فهو ملتزم بضبط النفس. ومع ذلك، هناك توازن دقيق بين اليقين القانوني والواقعي. وإذا ما تم تطبيق تقنيات التفسير بلا هوادة، فمن الممكن أن تقود القاضي الدستوري إلى حلول تتعارض مع الواقع أو المصلحة العامة⁴⁶³.

يلاحظ أن القاضي الدستوري لا يمتلك فقط سلطة الموازنة بين نصين قانونيين تحكمهما قاعدة هرمية من أجل رصد المطابقة أو المخالفة بينهما، وإنما يمتلك سلطة أقوى من ذلك، إنه يمتلك سلطة التأويل، تأويل النصين معاً، وانطلاقاً من اعتبار عمل القاضي الدستوري عملاً مؤسساً لمبادئ وقواعد موجهة ذات قيمة مرجعية، فإن سلطة التأويل التي يمتلكها والتي لا رقابة قضائية ولا قانونية عليها، تصبح سلطة تأسيسية لفهم يصبح مرجعياً لروح الدستور وللقوانين المعروضة عليه⁴⁶⁴.

لذلك فإن فهم القاضي الدستوري لمضامين الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، يقيد التكيف الذي يقوم به للمقتضيات التشريعية المطعون في دستوريته أمامه، والتي يتعين عليه النظر من زوايا ومداخل متعددة تهم بصفة رئيسة المدلول الفعلي للمقتضى التشريعي، وأوجه التطابق أو التعارض بين هذا المقتضى والمرجعية الدستورية، وهو أمر لا يقف عند حرفية النص أو الاكتفاء برصد العلاقة القائمة بين الدال والمدلول من منطلق سيميائي خالص بمنطلق علم اللغة، وإنما يتطلب استحضار فلسفة الحق ومداه، ونية المشرع الدستوري

⁴⁶² - Favoreu Louis, La décision de constitutionnalité, Revue internationale de droit comparé, Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986. Études de droit contemporain, Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé, Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986, p622

⁴⁶³ - Michel AMELLER, Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel, Exposé présenté par Michel AMELLER à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/principes-d-interpretation-constitutionnelle-et-autolimitation-du-juge-constitutionnel>

⁴⁶⁴ - عبد الإله فوننتير، الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين، أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية بتاريخ 28/27 شتنبر 2018، مطبعة المعارف الجديدة، مراكش، ص 2021، ص 66.



الذي أقر هذا الحق، ونية المشرع العادي الذي أقر مقتضى تشريعيا يحد من ممارسته أو الحرمان منه أو الإفراغ من مضمونه⁴⁶⁵.

الفقرة الثانية: القوانين التنظيمية

تؤدي القوانين التنظيمية عدة أدوار مهمة (أولاً)، لذلك خصص لها الدستور مكانة مهمة (ثانياً).

أولاً: دور القوانين التنظيمية

تعد القوانين التنظيمية مكملية للمبادئ الدستورية، حيث إن المبادئ الدستورية تحدد المبادئ العامة، بينما القوانين التنظيمية تعمل على التفسير والتفصيل في تلك المبادئ العامة، من خلال التنصيص على آليات عملية لترجمة المقتضيات الدستورية على أرض الواقع، لذلك فالمبادئ الدستورية بدون قوانين تنظيمية تبقى طوباوية.

لذلك يمكن القول إن القوانين التنظيمية في الواقع، تلعب دوراً مهماً مقارنة بالدستور، لأنها هي التي تحدد مصير المقتضيات الدستورية، من خلال طريقة تفعيلها على أرض الواقع، حيث يمكن أن تتبع:

- طريقة سريعة: حيث بمجرد صدور القوانين التنظيمية، يتم تفعيل جميع المقتضيات الدستورية على أرض الواقع؛
- طريقة بطيئة: يتم التنصيص في القوانين التنظيمية على التدرج في تفعيل المبادئ الدستورية، لأسباب يراها المشرع تستجيب للواقع؛
- لا تصدر القوانين التنظيمية: عدم إصدار القوانين التنظيمية، يعني عدم تفعيل المقتضيات الدستورية، مما سيجعل هذه الأخيرة مجرد حبر على ورق في الوثيقة الدستورية.
- وبالتالي، الطريقة التي يعتمد عليها المشرع في تفعيل المقتضيات الدستورية عبر القوانين التنظيمية، تحددها اعتبارات قد تكون سياسية أو واقعية.

ثانياً: الإطار الدستوري للقوانين التنظيمية

حسب الفصل 132 من الدستور تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية. تجسيدا لمقتضيات الدستور نصت المادة 21 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية رقم 066.13 على أن يحيل رئيس الحكومة على

⁴⁶⁵ - عبد الإله فوننتير، المرجع نفسه، ص 66.

الفور القوانين التنظيمية التي أقرها البرلمان، بصفة نهائية إلى المحكمة الدستورية قبل إصدار الأمر بتنفيذها قصد البت في مطابقتها للدستور.

نصت الفقرة الأولى من الفصل 48 من الدستور على أن "يرأس الملك المجلس الوزاري..."، ونص الفصل 49 منه، على أن: "يتداول المجلس الوزاري في القضايا والنصوص التالية:... مشاريع القوانين التنظيمية...".

لذلك لكي تصادق المحكمة الدستورية على ملائمة القوانين التنظيمية للدستور، يتعين احترام الإجراءات المحددة في الدستور. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية في قرارها أثناء النظر في القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون (غير المطابق للدستور)، حيث قالت "...لا يتقيد المشرع، علاقة بالقانون التنظيمي المعروض، إلا بضوابط ثلاثة، أولها، أن لا يتعدى النطاق الموضوعي للقانون التنظيمي أو يقصر عن التشريع فيه على النحو المقرر على وجه الخصوص في الفقرة الأخيرة من الفصل 133 من الدستور، وثانها، ضرورة الامتثال لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 134 من الدستور، مما يقتضي من المشرع ملائمة المقتضيات المصرح بعدم دستورتها مع قرار المحكمة الدستورية في الموضوع، امتثالا لحجيته المطلقة تعليلا ومنطوقا، وثالثها، التقيد باتباع الإجراءات التي أقرها الدستور لوضع مشاريع القوانين التنظيمية"⁴⁶⁶.

يتبين لنا مما سبق، أن اعتبار المحكمة الدستورية أن قانونا تنظيميا مطابقا للدستور يستلزم توفر شرطين أساسيين: أولها ملائمة القانون التنظيمي للدستور، ثانيا احترام القانون التنظيمي للإجراءات القانونية لوضع القوانين التنظيمية.

الفقرة الثالثة: المبادئ الدستورية

جاءت المبادئ الدستورية نتيجة اجتهادات القضاء الدستوري سواء في فرنسا (أولا) أو المغرب (ثانيا)

أولا: المبادئ الدستورية على مستوى المجلس الدستوري الفرنسي

إن تحليل قرارات القاضي الدستوري في فرنسا توضح أن البنية المرجعية للقرارات لا تقتصر فقط على نصوص الوثيقة الدستورية وحدها، بل أدمج بعض المبادئ الدستورية والنصوص الأخرى، داخل الحقل الدستوري، الذي يستند عليه القاضي الدستوري في ممارسة

⁴⁶⁶ - قرار المحكمة الدستورية، رقم 23/207، ملف عدد 23/0252، 3 يوليو 2023، القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، غير مطابقة للدستور.

الرقابة على دستورية القوانين. فهذه القواعد والمبادئ، منها ما هو محدد في الوثيقة الدستورية بحد ذاتها، ومنها ما هو متجذر كالمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، في إعلانات الحقوق على اختلاف مصادرها، أو في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية⁴⁶⁷.

لا يجوز للقاضي الدستوري أن يعارض قواعد المشرع أو المبادئ ذات القيمة الدستورية. إن استخدام مصطلح "القواعد" يعني أن القاعدة القانونية دقيقة في محتواها. إن استخدام "المبادئ" يعني أن القاعدة المطبقة ذات نطاق عام: مبدأ المساواة، ومبدأ حقوق الدفاع، ومبدأ استقلال المحاكم، وما إلى ذلك. والمبادئ ذات القيمة الدستورية لها أصول مختلفة (بعضها) مواد دستور، وإعلان الحقوق، والمبادئ الأساسية التي تعترف بها القوانين، والتي أشار إليها تصدير الدستور، والمبادئ الضرورية بشكل خاص في عصرنا التي أعلنها هذا التصدير نفسه. ولذلك فإن التعبير عن المبادئ ذات القيمة الدستورية له طابع عام ولا يمكن معادلتها بالدستور. بل إن القاضي الدستوري لا يسعى إلا إلى معارضة المبادئ المشرعة التي يمكن ربطها بنص قانون مكتوب له في حد ذاته قيمة دستورية⁴⁶⁸.

يعد القاضي الدستوري هو صاحب بيان "الأهداف ذات القيمة الدستورية" وإدراج الأهداف المختلفة في هذه الفئة الاسمية. فهو لا ينشئ معياراً واحداً أو أكثر، بل يعمل على تجميع معايير متنوعة تحت نفس مجموعة المعايير من أجل تطبيق نظام قانوني مشترك عليها⁴⁶⁹.

حدد المجلس الدستوري الفرنسي المبادئ ذات قيمة دستورية في ما يلي: الحفاظ على النظام العام، واحترام حرية الآخرين، والتعددية، والشفافية المالية لشركات الصحافة، وحماية الصحة العامة، والبحث عن المجرمين، ومكافحة الاحتيال الضريبي، إمكانية حصول الجميع على سكن لائق، وإمكانية الوصول إلى القانون ووضوحه، والتوازن المالي للضمان الاجتماعي، وتكافؤ فرص النساء والرجال في الوصول إلى الولايات الانتخابية والوظائف الانتخابية، فضلاً عن المساواة بين الجماعات الترابية⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ - سعيد الغازي، المرجعيات الدستورية والقانونية في أعمال الرقابة على دستورية القوانين، المجلة العلمية الأفريقية، 2020، ص 276.

⁴⁶⁸ - Bruno Genevois, La jurisprudence du conseil constitutionnel, Paris, 1992, p 657.

⁴⁶⁹ - Pierre de MONTALIVET, Les objectifs de valeur constitutionnelle, cahiers du Conseil constitutionnel, N°20, 2006, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle>

⁴⁷⁰ Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs, Paris, STH, 1988, p. 204.

إن مكانة هذه المبادئ في النص الدستوري لا تضمن لها وجوداً قانونياً مثالياً، بمعنى أنها ستكون محمية من أي اعتداء، من أي تقييد. يتكون الجزء العلوي من التسلسل الهرمي للمعايير من مجموعة من المبادئ القابلة للتطبيق بشكل متساوٍ. ومع ذلك، فإنه ينتج عن التطبيق الموازي لهذه المبادئ الدستورية أن يتم وضعها في المنافسة. ويضع الدستور مجموعة مبادئ. يتم تطوير كل مبدأ دستوري في التشريعات التي قد تحبط التحقيق الكامل للمبادئ الدستورية الأخرى⁴⁷¹.

في فرنسا استمد الفقه الدستوري الحديث مبادئه من القانون الدولي والقانون المحلي في مجموعة المعايير المرجعية لمراقبة الدستورية. وكما أدت الإشارة إلى "المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين فرنسا" في ديباجة دستور 1946 إلى دمج المبادئ المستمدة من النصوص التشريعية في القواعد الدستورية، فقد أقر المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية للمبادئ الموجودة مسبقاً في الدستور. النظام القانوني الدولي أو المحلي. وقد مكّن نصان دستوريان من إثراء القواعد الدستورية⁴⁷².

ثانياً: المبادئ الدستورية على مستوى المحكمة الدستورية المغربية

خلال عملية التفسير فإن القضاء الدستوري يستنبط مبادئ عامة من نصوص الدستور يقوم بتطبيقها على الدعوى القائمة أمامه، وعلى الدعاوى اللاحقة باعتبارها مبادئ دستورية عامة⁴⁷³.

لذلك يجب أن نعتبر أن المعايير التي أشار إليها الدستور، يراد بها أن تصبح معايير مرجعية للرقابة الدستورية، دون أن يكون من الضروري أن نستنتج منها بشكل منهجي أنها تكتسب القيمة الدستورية. لكن التأكيد على أن هناك معايير مرجعية للرقابة الدستورية خالية من القيمة

⁴⁷¹ - Louis Favoreu et Didier RIBES , réalisme du Conseil constitutionnel, Le réalisme du Conseil constitutionnel, cahiers Conseil constitutionnel N° 22 - JUIN 2007, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel>

⁴⁷² -Agnès ROBLOT TROIZIER, Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas , CAHIER DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 22, Paris II, JUIN 2007, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-la-constitutionnalite-par-renvoi>

⁴⁷³ - يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، العدد 21، فبراير 2019، ص 9.

الدستورية يعني الاعتراف بأن المعايير المرجعية للرقابة الدستورية تنقسم إلى نوعين من المعايير: تلك التي لها قيمة دستورية وتلك التي لها قيمة "غير دستورية"⁴⁷⁴.

وفيما يتعلق بحجية المبادئ التي يقرها القضاء الدستوري بمناسبة قيامه بتفسير نصوص الدستور والقوانين فإن الأنظمة القانونية في أغلبها، تسبغ حجية مطلقة على هذه الأحكام، وينص الدستور أو القانون المنظم للقضاء الدستوري على أن القرارات الصادرة عنه ملزمة لجميع السلطات وجميع الأفراد. أما ما يتعلق بالأثر الذي يترتب على هذه القرارات، ومن ثم أتسري بأثر رجعي أم بأثر مباشر، فقط فلا توجد قاعدة واحدة في الدول المختلفة، حيث إن بعض الدول تقرر أثراً رجعياً لقرارات القضاء الدستوري، بينما تقرر بعض الدول لهذه القرارات أثراً مباشراً⁴⁷⁵.

خلص القاضي الدستوري المغربي من خلال اجتهاداته إلى المبادئ ذات قيمة الدستورية التالية⁴⁷⁶: "ضمان احترام سمو الدستور"⁴⁷⁷ "التوازن بين السلطين التشريعية والتنفيذية"⁴⁷⁸ "انتظام سير المرافق العمومية"⁴⁷⁹ "استقلال القضاء"⁴⁸⁰ المساواة⁴⁸¹ قرينة البراءة⁴⁸² التعددية الحزبية وحرية التنافس⁴⁸³.

بالإضافة إلى ذلك خلس القاضي الدستوري إلى أنه لتحقيق الأهداف المقررة في الدستور يتعين استحضار المبادئ الأساسية⁴⁸⁴ الثابتة التي يركز عليها الدستور في مجال ممارسة الحقوق

⁴⁷⁴ - Agnès ROBLOT TROIZIER, Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, CAHIER DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 22, Paris II, JUIN 2007, Site suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-la-constitutionnalite-par-renvoi>

⁴⁷⁵ - يسري محمد العصار، سلطة القضاء الدستوري في تفسير القوانين: دراسة مقارنة، مجلة معهد القضاء، العدد 21، فبراير 2019، ص 11.

⁴⁷⁶ - المجلس الدستوري، الجامع لمبادئ وقواعد القضاء الدستوري المغربي، مطبعة الأمانة، الرباط، 2015، ص 13.

⁴⁷⁷ - قرار المجلس الدستوري رقم 937 بتاريخ 29 ماي 2014.

⁴⁷⁸ - قرار المجلس الدستوري رقم 924 بتاريخ 22 غشت 2013.

⁴⁷⁹ - قرار المجلس الدستوري رقم 250 بتاريخ 24 أكتوبر 1998.

⁴⁸⁰ - قرار المجلس الدستوري رقم 583 بتاريخ 11 غشت 2004.

⁴⁸¹ - قرار المجلس الدستوري رقم 659 بتاريخ 23 شتنبر 2007.

⁴⁸² - قرار المجلس الدستوري رقم 780 بتاريخ 18 يوليو 2009.

⁴⁸³ - قرار المجلس الدستوري رقم 630 بتاريخ 23 يناير 2007.

⁴⁸⁴ - المجلس الدستوري، المرجع السابق، ص 12.

السياسية، والمتمثلة بالخصوص في المواطنة، وحرية الانتخاب، والترشيح... والمساواة، وتكافؤ الفرص، وحظر ومكافحة كل أشكال التمييز⁴⁸⁵.

وبالتالي، القاضي الدستوري وضع مجموعة من المبادئ الدستورية يتعين على المشرع ومختلف المؤسسات والهيئات القضائية احترامها والتقيد بها، باعتبارها جزء لا يتجزأ من الدستور، لأن الدستور يكون متكامل بمبادئه وأهدافه⁴⁸⁶.

الفقرة الرابعة: تصدير الدستور

مقدمة الدستور هي وثيقة تتضمن الإعلان عن مبادئ أو حقوق أو توجهات عامة والفلسفة السياسية التي يقوم عليها نظام الحكم. ويختلف محتوى المقدمات من دستور إلى آخر حسب أوضاع كل بلد، وخاصة الظروف السياسية والاجتماعية وغيرها التي يتم فيها وضع الدستور، كما أن المقدمة عادة ما تكون قصيرة أو متوسطة، ونادرا ما تكون طويلة⁴⁸⁷.

منذ دستور 1962، دأبت النصوص المتعاقبة على النص في ديباجاتها على تمسك المغرب بالمبادئ والحقوق والالتزامات الناشئة عن مواثيق المنظمات التي يعد عضوا فاعلا فيها. غير أننا نعلم أنه بمجرد نيل الاستقلال، انضم المغرب إلى منظمة الأمم المتحدة سنة 1956، مما جعل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وثيقة قانونية ملزمة لجميع أعضائها، وقد سبق ذلك في النص الدستوري لسنة 1962، وقد تم تحديد أنها تلتزم بالمبادئ والحقوق والالتزامات الناشئة عن مواثيق المنظمات الدولية التي أصبحت عضوا فيها⁴⁸⁸.

على غرار الدساتير الحديثة، تضمن نص الدستور المغربي الصادر سنة 2011 تصديرا يعد بمثابة مقدمة للدستور ضمنه المشرع الدستوري بعض المبادئ والقيم والأهداف الأساسية التي تعد في تقديره بمثابة الدعائم والمرتكزات الأساسية التي تتحكم وتضبط الخط السياسي العام للدولة سواء على مستوى سياستها الداخلية أو الخارجية⁴⁸⁹.

تضمن تصدير دستور 2011 عدة مقتضيات مهمة أهمها أن المغرب " دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، تواصل بعزم مسيرة توطيد وتقوية مؤسسات دولة حديثة، مرتكزاتها

⁴⁸⁵ - قرار المجلس الدستوري رقم 817 بتاريخ 13 أكتوبر 2011.

⁴⁸⁶ - قرار المجلس الدستوري رقم 816 بتاريخ 13 أكتوبر 2011.

⁴⁸⁷ - وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 3، العدد 53، أبريل 2013، ص 516.

⁴⁸⁸ - Mohammed Amine Ben abdallah, Propos sur l'évolution constitutionnel au Maroc, Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement (REMALD) n° 36, 2001, p 11.

⁴⁸⁹ - عبد الرزاق عريش، قراءة أولية في مقدمة الدستور المغربي الجديد، موقع العلوم القانونية، على الرابط التالي: <https://www.marocdroit.com>

المشاركة والتعددية والحكامة الجيدة، وإرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة".

إن الحقوق المذكورة أنفا تعني أن لها قيمة دستورية، يتعين على القاضي الدستوري أخذها بعين الاعتبار عند مراقبة القوانين لمطابقتها للدستور، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الدستور. على خلاف دستور 1996 الذي لم ينص على أن ديباخته جزءاً من الدستور، كما أنه لم يتضمن المبادئ الدستورية بالطريقة المفصلة الموجودة في دستور 2011.

يمكن اعتبار تصدير الدستور، هو المرجع والمؤطر لكل أجزاء الوثيقة الدستورية، وفي تفاصيلها، وذلك بحكم ما تضمنه من حزمة من القيم والمبادئ العامة والموجهة للسلوك الدستوري والسياسي في الدولة المغربية؛ على اعتبار أن هذه القيم والمبادئ مستوحاة من المشترك الديني والثقافي، والإرث الحضاري الإنساني، والخبرة البشرية، والمصلحة العامة المقدرة للمجتمع والدولة معاً⁴⁹⁰.

إضافة إلى ذلك نص التصدير على أن التزام المغرب "بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً". كما نص التصدير على "جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

يعطي عدد كبير من الدساتير المعتمدة القوة الملزمة للقانون الدولي في النظام القانوني المحلي. ويمكن أن نرى في هذا العمل توجهها واضحاً للمبادئ الدستورية المعاصرة في جميع العالم لفتح المجال الداخلي أمام القانون الدولي وكفالة اتساق هذا المجال مع هذا القانون⁴⁹¹.

إن المتطلبات الدستورية، وخاصة تلك الناتجة عن التصدير، لها قيمة دستورية⁴⁹². لذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن مقدمة الدستور "هي وثيقة غير منفصلة عن الدستور، بل إنها

⁴⁹⁰ - صالح النشاط، خريطة القيم الدستورية من خلال تصدير دستور 2011، الدار البيضاء، 2022، ص 11، على الرابط التالي: <https://ennachat.net/2022/08/26/>

⁴⁹¹ - مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، حقوق الإنسان ووضع الدستور، الأمم المتحدة، جنيف، 2018، ص 26.

⁴⁹² - Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N° 45 - OCTOBRE 2014, Site suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-principes-de-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-en-matiere-sociale>

جزء متصل به ومرت بنفس المراحل التي مر بها وضع الدستور وإقراره، ولذلك كان من المنطقي أن تكون لهذه المقدمات قوة الدستور ذاته⁴⁹³.

يتبين لنا مما سبق، أنه عندما يقدم التصدير دستورا، فمن المرجح أن يحتوي على أحكام تعزز الإنجازات، أو حتى تضع أدلة تسلط عليه المرجعية الضوء في تفسير مواد الدستور نفسها. ولكن في الوقت نفسه، يمكن أن يتضمن أحكاما معيارية ملزمة للمشرع والقاضي والتي يؤدي تجاهلها إلى عدم الدستورية. وفي كلتا الحالتين، يمكننا القول إن القيمة القانونية للتصدير لا جدال فيها، لأنه بمجرد وجوده يصبح جزءا لا يتجزأ من الدستور⁴⁹⁴.

المطلب الثاني: الإحالة إلى المحكمة الدستورية

يمكن أن تتم الإحالة إلى المحكمة الدستورية في الحالات التالية: عن طريق إحالة القوانين (الفقرة الأولى)، أو الإحالة المباشرة من الأفراد (الفقرة الثانية)، أو الطعون المتعلقة بالانتخابات البرلمانية وعمليات الاستفتاء أو إجراءات مراجعة الدستور (الفقرة الثالثة)، أو في الخلافات بين البرلمان والحكومة (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: إحالة القوانين

تتم الإحالة إلى المحكمة الدستورية بطريقتين: الأولى اختيارية، تتمثل في القوانين التي يمكن أن تحال من لدن الملك أو رئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، أو خمس أعضاء المجلس الأول، أو أربعين عضوا من أعضاء المجلس الثاني قبل دخولها حيز التنفيذ. والالتزامات الدولية، تختص المحكمة الدستورية بالبت في مطابقتها للالتزامات الدولية للدستور، وإذا صرحت بأن التزاما دوليا يتضمن بندا يخالف هذا الأخير، فإنه لا يمكن المصادقة عليه. بينما الثانية تتعلق بالإحالة الإلزامية التي تتمثل في القوانين التنظيمية، الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان، والمجالس المنظمة بقانون تنظيمي.

كانت الرقابة الدستورية القبلية التي تتم بإحالة وجوبية في نطاق الدستور السابق، تتعلق فقط بالقوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والنظام الداخلي لكل من مجلسي البرلمان، وكذلك النظام الداخلي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي بموجب قانونه التنظيمي، ثم أصبحت

⁴⁹³ - عبد العزيز سعد ربيع، القيمة القانونية لمقدمات الدساتير، أسوان، 2023، ص 179.

⁴⁹⁴ - Mohammed Amine Benabdallah, Du préambule de la Constitution marocaine, Association des Cours Constitutionnelles Francophones, p 97.

Sur les sites suivant :

https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/Congres_ACCPUF_7_Lausanne_Partie2_Maroc-Benabdallah.pdf

تشمل، إضافة إلى ما سبق ذكره، الأنظمة الداخلية لكل المجالس المنظمة بموجب قوانين تنظيمية قبل الشروع في العمل بها، وذلك بموجب القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية⁴⁹⁵.

كانت ست جهات مخولة بإحالة الأمر إلى المجلس الدستوري: الملك، رئيس الوزراء، رئيس مجلس النواب، رئيس مجلس المستشارين، ربع أعضاء مجلس النواب أو ربع أعضاء مجلس المستشارين. استخدم اثنان فقط منهم، البرلمانين ورئيس الوزراء، هذا الحق. إجمالي سبع إحالات، منها ثلاث فقط صادرة من أعضاء البرلمان، وأربع من رئيس الوزراء. أما بالنسبة للسلطات الأخرى، فلا يوجد أبداً⁴⁹⁶.

أهم المستجدات التي جاءت بها المحكمة الدستورية هي أن المشرع الدستوري خفف من القيود على الرقابة الدستورية الاختيارية، وسع من هذا الاختصاص ليشمل، إضافة إلى ما سبق، مراقبة دستورية الاتفاقيات والمعاهدات الدولية. وعلاوة على ذلك جعل هذه الرقابة تجمع بين الرقابة السياسية السابقة على صدور الأمر بتنفيذ القوانين، وبين الرقابة القضائية التي تتم بواسطة الدفع بعدم الدستورية الذي يمكن أن يثار أمام المحاكم، أثناء النظر في قضية رائية. إذا كان القانون يمس بالحريات والحقوق التي يضمنها الدستور⁴⁹⁷.

كان عدد القوانين التنظيمية في نطاق دستور 1996 لا يتجاوز تسعة قوانين تنظيمية، ثم تضاعفت عدد موادها بنسبة 100 % في نطاق الدستور الحالي، إذ انتقل إلى 18 مادة، تمت ترجمتها عملياً إلى 22 قانوناً تنظيمياً⁴⁹⁸.

نص الفصل 132 من الدستور أن المحكمة الدستورية تحال إليها القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، وهو ما أكدته المادة 21 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية التي أكدت أن رئيس الحكومة يحيل على الفور القوانين التنظيمية التي أقرها البرلمان، بصفة نهائية، إلى المحكمة الدستورية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها قصد البت في مطابقتها للدستور. كانت الأنظمة الداخلية التي تحال قبل الشروع في العمل بها وجوباً على الرقابة الدستورية محدودة في ثلاثة فقط، ثم اتسع مجالها ليصبح، جميع الأنظمة الداخلية للمجالس المنظمة بموجب

⁴⁹⁵ - رشيد المدور، مستجدات القضاء الدستوري المغربي في ظل دستور 2011، مؤلف جماعي تحت عنوان: الإصلاح الدستوري في المغرب، تنسيق سعد الدين العثماني، الطبعة الأولى، منتدى العلاقات العربية والدولية، دار الكتب القطرية، دوحة، 2015، ص 115.

⁴⁹⁶ - Mohammed Amine Ben abdallah, Le contrôle de la constitutionnalité des lois Regards sur dix années d'évolution, Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement (REMALD) n° 57, 2004, p 9.

⁴⁹⁷ - رشيد المدور، مستجدات القضاء الدستوري المغربي في ظل دستور 2011، المرجع السابق، ص 99.

⁴⁹⁸ - رشيد المدور، تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية: تطور في نص ومناهج عمل القضاء الدستوري المغربي، مجلة معهد القضاء، العدد 21، فبراير، 2019، ص 101.

قوانين تنظيمية⁴⁹⁹. وهو ما أكدته المادة 22 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية التي أكدت أن رئيس كل من مجلس النواب والمستشارين يحيلان على الفور النظام الداخلي لمجلس النواب والنظام الداخلي لمجلس المستشارين، وكذا التعديلات المدخلة عليهما بعد إقرارها من قبل كل من المجلسين المذكورين، قبل الشروع في تطبيقهما، إلى المحكمة الدستورية قصد البت في مطابقتها للدستور.

كان الدستور السابق يشترط أن يتوافر نصاب ربع أعضاء مجلس النواب أو أعضاء مجلس المستشارين، حتى يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذ إلى المجلس الدستوري. لكن مع الدستور الجديد، نص الفصل 132 منه، على أنه يمكن للملك وكذا لكل من رئيس الحكومة، أو رئيس مجلس النواب، أو رئيس مجلس المستشارين، أو خمس أعضاء مجلس النواب، أو أربعين عضواً من أعضاء مجلس المستشارين، أن يحيلوا القوانين، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، إلى المحكمة الدستورية، لتبت في مطابقتها للدستور. وهو ما جسده أيضاً المادة 23 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية.

تجسيدا لمقتضيات الدستور نصت المادة 327 من النظام الداخلي لمجلس النواب⁵⁰⁰ على أنه لرئيس مجلس النواب أو خمس أعضاء مجلس النواب أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور. وهو ما جسده أيضاً مقتضيات المادة 347 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين⁵⁰¹ التي نصت على أنه لرئيس مجلس المستشارين أو أربعين عضواً من أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور.

حسب الفصل 55 من الدستور إذا صرحت المحكمة الدستورية، إثر إحالة الملك، أو رئيس الحكومة، أو رئيس مجلس النواب، أو رئيس مجلس المستشارين، أو سدس أعضاء المجلس الأول، أو ربع أعضاء المجلس الثاني، الأمر إليهما، أن التزاما دوليا يتضمن بندا يخالف الدستور، فإن المصادقة على هذا الالتزام لا تقع إلا بعد مراجعة الدستور. وهو ما جسده أيضاً المادة 24 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية.

وفق المادة 26 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية تبت المحكمة الدستورية في مطابقة القوانين التنظيمية والقوانين والأنظمة الداخلية للمجالس والالتزامات الدولية داخل أجل ثلاثين يوماً يحتسب ابتداء من تاريخ الإحالة. غير أن هذا الأجل يخفّض في حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام بطلب من الحكومة.

499 - رشيد المدور، المرجع نفسه، ص 101.

500 - الصيغة النهائية للنظام الداخلي لمجلس النواب بعد صدور قرار المحكمة الدستورية رقم 65/17 بتاريخ 30 أكتوبر 2017.

501 - النظام الداخلي لمجلس المستشارين بعد صدور قرار المحكمة الدستورية رقم 102/20 بتاريخ 2 مارس 2020.



تفصل المحكمة الدستورية في الإحالة عن طريق قرار يتضمن قبول الإحالة أو رفضها وفي حال قبولها يتعين على المحكمة الدستورية الفصل في دستورية أو عدم دستورية النص التشريعي التنظيمي محل الإحالة⁵⁰².

إن مراقبة دستورية القوانين العادية تسهم بشكل متزايد في ضمان احترام مختلف التوازنات والصلاحيات التي ينشدها الدستور. وهذا صحيح، ليس فقط بالنسبة للعلاقة بين الحكومة والبرلمان، بل حتى فيما يتعلق بتوزيع السلطات بين مجلسي البرلمان، أو، وبشكل متزايد، التوازن بين الأغلبية والمعارضة⁵⁰³. هكذا تسهم الرقابة على القوانين في عمل أفضل للأنظمة الديمقراطية، ومع تكريس الشرعية، يمكن أن تكون الأفضل إذا تم التركيز على تأثيراتها المفيدة، وليس فقط في المجال القانوني بل أيضا في المجال السياسي⁵⁰⁴.

الفقرة الثانية: الإحالة المباشرة من الأفراد

نص الفصل 133 من الدستور على أن المحكمة الدستورية تختص في النظر في كل دفع بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور.

تعد الدعاوى الفردية أداة قوية لضمان نفاذ قوانين حقوق الدستور. وتساعد هذه الدعاوى أيضاً على توليد الدعم الشعبي للمحكمة بما أن قراراتها تسهم في حماية حقوق المواطن. إلا أن السماح للمواطن بتوجيه الدعاوى قد يزيد من عدد القضايا أمام المحكمة، ويتطلب أن يكون للمحكمة الدستورية بنية كافية لتيسير تدفق القضايا⁵⁰⁵.

إذا حركت الرقابة بطريقة الدفع من الأفراد أمام محكمة الموضوع، فعلى هذه المحكمة بعد أن تتحقق من جدية الدفع أن تؤجل الدعوى المنظورة أمامها لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية⁵⁰⁶. يكون حكم إلغاء في الدعوى الأصلية حجة مطلقة في مواجهة الجميع، أي عد القانون كأنه لم يكن سواء من تاريخ صدوره أو من تاريخ الحكم بإلغائه، ولا يجوز إثارة مشكلة دستورية هذا القانون مرة أخرى، ويكون الحكم ملزماً لجميع المحاكم⁵⁰⁷.

⁵⁰² - غربي أحسن، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 13، العدد 04، 2020، ص 41.

⁵⁰³ - Louise Favoreu, La justice constitutionnelle en France, Les Cahiers de droit, Volume 26, numéro 2, Québec, 1985, p 311.

⁵⁰⁴ - M. Louis Favoreu, La légitimité du juge constitutionnel, Paris, 1994, p 567.

⁵⁰⁵ - كاثرين غلين باس وسوجيت شودري، الرقابة على دستورية القوانين في الأنظمة الديمقراطية الجديدة، مركز العمليات الانتقالية الدستورية، المنظمة الدولية للقرير عن الديمقراطية، نيويورك، 2013، ص 8.

⁵⁰⁶ - عمر عبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، العدد 2، 2002، ص 22.

⁵⁰⁷ - عمر عبد الله، المرجع نفسه، ص 24.

على الرغم من الأهمية التي يكتسبها القانون التنظيمي المحدد لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، وبشكل عام تبيانه لشروط وإجراءات عمل الآلية الرقابية البعدية، إلا أنه لم يصدر بعد. الشيء الذي يجعلها آلية رقابية عاطلة⁵⁰⁸.

الفقرة الثالثة: مراقبة صحة الانتخابات البرلمانية وعمليات الاستفتاء وإجراءات مراجعة الدستور

أولاً: مراقبة صحة الانتخابات البرلمانية

من المستجدات التي جاء بها دستور 2011 هو أنه حدد أجل البت في الطعون الانتخابية. حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 132 من الدستور أن المحكمة الدستورية تبت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، داخل أجل سنة، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها. غير أن للمحكمة تجاوز هذا الأجل بموجب قرار معلل، إذا استوجب ذلك عدد الطعون المرفوعة إليها، أو استلزم ذلك الطعن المقدم إليها. حدد القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية أجل الطعون، وهو أكدته المادة 32 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، التي حددت الأجل الذي يتم داخل الطعن هو ثلاثين يوماً الموالية لتاريخ الإعلان عن نتيجة المحكمة الدستورية.

ثانياً: مراقبة صحة عمليات الاستفتاء

تراقب المحكمة الدستورية عمليات الاستفتاء، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من الفصل 132 من الدستور، التي نصت على أن المحكمة الدستورية تبت في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء، وهو ما جسده أيضاً المادة 40 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية.

ثالثاً: مراقبة صحة إجراءات مراجعة الدستور وإعلان نتيجتها

حسب الفصل 174 من الدستور عند مصادقة البرلمان على مشروع مراجعة الدستور، تراقب المحكمة الدستورية صحة إجراءات هذه المراجعة. وهو ما جسده المادة 42 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية التي أكدت أن المحكمة الدستورية تراقب صحة إجراءات المراجعة الدستورية التي تعرض بظهير على البرلمان.

⁵⁰⁸ - نافع علي، حدود الرقابة على دستورية القوانين في تجربة القضاء الدستوري المغربي، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي، العدد 21، نونبر 2023، ص 183.



الفقرة الرابعة: البت في الخلافات بين البرلمان والحكومة

نص الفصل 73 من الدستور على أنه يمكن تغيير النصوص التشريعية من حيث الشكل بمرسوم، بعد موافقة المحكمة الدستورية، إذا كان مضمونها يدخل في مجال من المجالات التي تمارس فيها السلطة التنظيمية اختصاصها. إن مراسيم القوانين لا تكتسب صبغة قانون إلا بعد المصادقة عليها من قبل البرلمان بمجلسيه في الدورة العادية الموالية لصدورها مما يجعلها غير مدرجة ضمن اختصاص المحكمة الدستورية المحدد بموجب الفصل 132 من الدستور⁵⁰⁹.

إن التغيير الذي حصل على مستوى مجال القانون، لاشك سيكون له تأثير في كيفية ممارسة القضاء الدستوري رقابته على الإحالات المتعلقة بتطبيق قواعد توزيع الاختصاصات التشريعية والتنظيمية، سواء تعلقت بالنصوص التشريعية التي يمكن تغييرها من حيث الشكل بمرسوم إذا كان مضمونها يدخل في مجال من المجالات التي تمارس فيها السلطة التنظيمية اختصاصها، أو بالخلاف الناتج عن دفع الحكومة الرامي إلى عدم قبول كل مقترح أو تعديل لا يدخل في مجال القانون⁵¹⁰.

كما نص الفصل 79 من الدستور على أن للحكومة أن تدفع بعدم قبول كل مقترح أو تعديل لا يدخل في مجال القانون. كل خلاف في هذا الشأن ثبت فيه المحكمة الدستورية في أجل ثمانية أيام، بطلب من أحد رئيسي المجلسين، أو من رئيس الحكومة. لكن الدستور والقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية لم يحدد بشكل صريح الأجل الذي يمكن من خلاله إحالة الطلب إلى المحكمة الدستورية لتطبيق الفصل 79 من الدستور، ورغم ذلك يمكن تحديده من لحظة انتهاء تقديم الطلب⁵¹¹.

خاتمة:

نخلص مما سبق، أن القواعد المرجعية للمحكمة الدستورية أسهمت في تعزيز الرقابة القبلية والبعدية لضمان انسجامها مع روح الدستور ومقتضياته. وبالتالي، الدور الهام للمحكمة الدستورية لم يعد مجرد الرقابة التقليدية على القوانين، وإنما أصبحت تلعب دورا مهما في حماية حقوق وحريات الأفراد، قصد ضمان سمو الدستور على كافة القوانين والمؤسسات والهيئات القضائية، وذلك لمنع العبث بالمقتضيات الدستورية، التي تم إقرارها من قبل الشعب.



⁵⁰⁹ - قرار المجلس الدستوري رقم 944 بتاريخ 18 شتنبر 2014

⁵¹⁰ - رشيد المدور، مستجدات القضاء الدستوري المغربي في ظل دستور 2011، المرجع السابق، ص 110.

⁵¹¹ - نبيلة المغازي، مجال التشريع بين النص واجتهادات القاضي الدستوري، مجلة المعرفة، العدد 6، يوليو 2023، ص 58.

مبررات مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول في ضوء

مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23

Justifications for Prosecuting Judges on the Grounds of Not Respecting the
Reasonable Time Limit in Light of Draft Civil Procedure Code No. 02.23

 **دريس بينهم**

باحث في العلوم القانونية تخصص قانون الأعمال
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكذال جامعة محمد الخامس
bainahoumdriss@gmail.com / Tél : 0636447778

ملخص:

نص الفصل 120 من الدستور المغربي على الحق في الحصول على حكم في أجل معقول، إلا أن نصوص قانون المسطرة المدنية الحالي، يعوز المتقاضى في مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول، نظرا لكون هذه الحالة ليست من حالات المخاصمة المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية الصادر سنة 1974، وهو ما يستدعي مقارنة هذا المقتضى الدستوري مع القوانين الصادرة بعد دستور 2011 وكذا رؤية المشرع في إطار مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23 والوقوف على مدى حماية المشرع للحق في الحصول على حكم في الأجل المعقول.

الكلمات المفتاحية:

الأجل المعقول، مخاصمة القضاة، مشروع المسطرة المدنية، ضمانات المحاكمة العادلة.

ABSTRACT:

Article 120 of the Constitution stipulates the right to obtain a judgment within a reasonable time. However, the current provisions of the Civil Procedure Code fail to provide for recourse against judges based on the failure to respect this reasonable time frame. This is because such a situation is not included among the grounds listed in Article 391 of the Civil Procedure Code issued in 1974. Therefore, it is necessary to approach this constitutional provision in conjunction with the laws enacted after the 2011 Constitution, and to consider the legislator's perspective within the framework of Draft Civil Procedure Code No. 02.23, examining the extent to which the legislator safeguards the right to obtain a judgment within a reasonable time.

Key – words: judgment within a reasonable time, recourse against judges, Draft Civil Procedure Code



مقدمة:

تهتم العديد من الأنظمة القانونية بإحاطة المتقاضين بضمانات تركز حقهم في محاكمة عادلة، فنصت معظمها على الحق في الحصول على الحكم في أجل معقول، فهذا الحق يعد من أهم ضمانات حماية حقوق المتقاضين وكفالة حسن سير مرفق القضاء.

وقد عمل المشرع المغربي على تسهيل ولوج أبواب القانون والعدالة، عبر تحديث التشريعات لتواكب مستجدات العصر، وملاءمتها للالتزامات الدولية، خاصة منها ذات الصلة بحقوق الإنسان، وتيسير البت داخل أجل معقول، من أجل ضمان الأمن القضائي اللازم.⁵¹²

ولا يعني إصدار الحكم في أجل معقول أن تكون المحكمة متسعة في الحكم فتمس بحقوق الدفاع، كما أن كل تأخير في الوقت بشأن إجراءات المحاكمة لا يعني تجاوز المدة المعقولة، فالمحظور هو التأخير غير المبرر الذي ليس له سبب معقول، غير أنه يجب الإشارة إلى أن الفصل في الدعوى القضائية في أجل معقول يتوقف على ظروف كل قضية، مما يؤكد أن هذا الأجل نسبي ويتوقف على وقائع كل قضية ونوعها.

وقد نصت مجموعة من الدساتير والتشريعات الوطنية والمواثيق الدولية والإقليمية على مبدأ الحكم في أجل معقول، ومنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مادتها السادسة التي تعتبر أن لكل شخص الحق في سماع محكمة نزيهة ومستقلة قضيته، بشكل علني وضمن مهلة معقولة، وهو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

وتظهر أهمية هذا المبدأ في كونه يحمي حق المتقاضي في الدفاع؛ لأن إطالة المحاكمة تؤثر سلبا على أدلة الدفاع، إذ قد يموت الشاهد أو تندثر وسائل الإثبات الأخرى، كما أن تعقيد المساطر وبطؤها قد يُزهد صاحب الحق في طلب حمايته من القضاء، فالكثير من النزاعات لا تجد طريقها إلى القضاء لاعتقاد أصحابها أن حماية الحقوق بالقضاء يتسم بطول مدة إصدار الحكم وبالتالي كثرة التكاليف والمصاريف القضائية، مما يدفعهم إلى التنازل عن حقوقهم أو إجراء صلح اضطراري بشأنها أو اعتماد الطرق البديلة لحل المنازعات.

ولا يطرح الأجل المعقول النقاش فقط بالنسبة لحقوق الدفاع، بل أيضا يطرح نقاشا واقعيا فيما يخص قواعد الاختصاص إذ أنه في فرنسا تقدمت متقاضية فرنسية بدعوى اجتماعية أمام المحكمة الابتدائية بفيرساي Versailles بدلا عن المحكمة الابتدائية بنانطير

⁵¹² الرسالة السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله الموجهة إلى المشاركين في الدورة الأولى للمؤتمر الدولي للعدالة المنعقد بمراكش بتاريخ 02 أبريل 2018

Nanterre المختصة مكانيا، نظرا لأن هذه الأخيرة تعرف تضخما كبيرا في عدد من الملفات مما يعيق مصلحتها وحققها في الحصول على حكم داخل الأجل المعقول، وتمسكت بهذا الحق رغم الحكم بعدم الاختصاص ابتدائيا واستئنافيا، حيث طعن بالانقضض اعتمادا على المادة السادسة المذكورة أعلاه من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية ردت على هذه الوسيلة بأنه "لا يمكن استبعاد قواعد الاختصاص المكاني بمجرد أن المحكمة المختصة تعاني من ارتفاع ملحوظ في عبئ القضايا"⁵¹³ إلا أن هذا الأمر يبين أن الأجل المعقول يطرح إشكالا قانونيا وواقيا جديرا بالنقاش.

من أجل كل هذا جاء دستور 2011⁵¹⁴ بمجموعة من المقتضيات التي تعد قفزة نوعية في مجال الحقوق والحريات وخصوصا حقوق المتقاضين الذي يعتبر الحق في الحصول على حكم يصدر في أجل معقول من بين أهمها، وهو من جملة ما جاء به المشرع الدستوري في الباب السابع المتعلق بالسلطة القضائية، الذي أكد فيه على استقلالية هذه السلطة ومنع أي تدخل في مهام القاضي....

فموقع الفصل 120 داخل تركيبة الدستور ليست من قبيل الصدفة فقد جاء تحت عنوان واضح وهو حقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة؛ فيدل هذا على أن إرادة المشرع الدستوري عندما تكلم عن الأجل المعقول كانت ترمي إلى حماية مصالح المتقاضي وليس الإسراع في إصدار الأحكام.

وقد كانت القاعدة السائدة فيما مضى هي عدم جواز المنازعة في أعمال السلطة القضائية في حالة حصول ضرر بالغير⁵¹⁵ بحجة احترام استقلالية القضاء وحجية الأحكام وعدم إعاقة العمل القضائي، إلا أن هذه التبريرات الهشة سريريا ما تم تجاوزها خصوصا من طرف القضاء الإداري الذي أسس لمسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي قبل أن يرتقي ذلك إلى مقتضى دستوري. وأمام هذه المقتضيات الدولية والدستورية يحق لنا طرح الإشكالية التالية: إلى أي حد استطاع المشرع المغربي حماية الأجل المعقول في القانون الاجرائي المغربي؟ وكيف سيساهم مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23 في تعزيز هذا الحق؟ وما هي الوضعية القانونية للقضاة إزاء هذا المقتضى الدستوري في ظل القوانين المتعلقة بمهنة القضاء وقانون المسطرة المدنية الحالي؟

⁵¹³ Civ. 2ème, 03 Octobre 2024, pouvoir n 22-14.853

⁵¹⁴ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011) ص 3600

⁵¹⁵ نجاة خلدون والمكي لسراجي، دعوى التعويض أمام القضاء الإداري، الطبعة الأولى مطبعة دعاية، 2016 ص 60



فإن كان ظهور هذا الأجل المعقول باهتا في قانون المسطرة المدنية الحالي لأنه وضع قبل دستور 2011 فإننا نفترض تعزيز حماية هذا المقتضى في مشروع قانون 02.23 المتعلق بالمسطرة المدنية مع النصوص القانونية الحديثة الأخرى.

وهو ما سنحاول التأكد منه من خلال فقرتين: الأولى حول موقع الأجل المعقول في القانون المغربي والثانية حول مبررات مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول.

الفقرة الأولى: موقع الأجل المعقول داخل التشريع المغربي

يعتبر الأجل المعقول من المقتضيات الكونية التي تنظم حسن سير العدالة، فالوصول إليها لا يعني صدور القرار العادل والحل المنصف فقط، وإنما يتعداه إلى لزوم صدوره في الوقت المحدد والمطلوب، وذلك لأن عامل الزمن له أهميته في تحقيق العدالة، فإذا تأخرت هذه الأخيرة عن وقتها المناسب فقد لا يؤدي ذلك إلى رفع الظلم وزواله.

ويهدف هذا المبدأ إلى أن يتم الفصل في الدعوى خلال مدة معقولة، وفقا للمدد المتبعة في الإجراءات، لأن طول هذه الإجراءات قد تسبب ضررا للمتقاضين وتجعلهم يتحملون تكاليف مالية كبيرة بسبب طول الانتقال إلى الجهات القضائية، ودفع أتعاب المحامين والخبراء والمترجمين، إضافة إلى أنها قد تسبب في تلاشي الأدلة المرتبطة بموضوع الدعوى القضائية⁵¹⁶، فالإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعيينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره، يثير مفسدات كثيرة، منها: حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه وذلك إضرار به، بالإضافة إلى أن هذا التأخير هو إقرار لغير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له، وهو ظلم للمحق.⁵¹⁷

وبإقرارها من طرف المشرع الدستوري سنة 2011 بنص الفصل 120، فإنه أصبح من الضروري ملائمة مقتضيات القانون الإجرائي الوطني مع المرجعية الدولية بالإضافة إلى الأحكام الدستورية التي تنظم بصورة غير مسبقة حقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة وتضبط الحق في التقاضي وتحمي حقوق الدفاع وترسخ الحق في إصدار الأحكام في آجال معقولة.

وحيث أن الدستور جاء بمجموعة من المقتضيات الخاصة بحقوق المتقاضين في الفصول 117 إلى 121 فإنه إنما أتبعها بالفصل 122 الخاص بالخطأ القضائي لإثبات مسؤولية القاضي عن عدم احترام هذه الحقوق؛ التي منها قرينة البراءة وحقوق الدفاع وكذا استصدار الحكم في الأجل المعقول.

⁵¹⁶ عبد الكريم لعجاج، إسهامات المنظومة القانونية الوطنية والدولية في تطور الحق في المحاكمة العادلة، أطروحة لنيل الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، الموسم الجامعي: 2021/2022 ص 103
⁵¹⁷ محمد الطاهر بنعاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، 1998، ص 532

ويعتبر الأجل المعقول من الإشكالات التي أفرزها الواقع العملي بشأن تطبيق الفصل 120 من الدستور خصوصا فيما يتعلق بتحديد هذا الأجل أي آجال البت في القضايا، والجهة التي يحق لها تحديد هذه الآجال، وأثر ذلك على مسطرة التقاضي والأحكام القضائية وهو ما أدى إلى تعديل القانون التنظيمي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاة.

كما أن قانون الالتزامات والعقود نص على الأجل المعقول في مواضع كثيرة ومنها الطلب الموجه إلى المدين في حالة مطل بتنفيذ الالتزام في أجل معقول -الفصل 255- وقد ترك المشرع تقدير هذا الأجل للسلطة التقديرية للمحكمة تقديره حسب وقائع كل قضية، كما يجب على المحكمة إعمال سلطتها التقديرية في تقدير هذا الأجل المعقول وليس الأجل المحدد في الإنذار وإلا عرضت قرارها للنقض⁵¹⁸.

وعلى هذا الأساس فإن للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير عناصر الواقعة، إذ أن الفصل في الدعوى يتوقف على ظروف كل قضية، وقاضي الموضوع هو الذي يقع على عاتقه تقدير عناصر الواقعة وطبيعتها، حيث إنها هي التي يتوقف تحديد الموعد المعقول للفصل في الدعوى بالإضافة إلى سلوك أطراف الدعوى وتعاونهم مع المحكمة لسرعة الفصل في الدعوى.

ومما يؤكد هذا التوجه هو قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط الذي جاء فيه:

" حيث إنه من جهة ثالثة، فإن إصدار المقررات القضائية داخل أجل معقول رهين بطبيعة الدعوى وموضوعها وعدد أطرافها والإجراءات المسطرية التي يجب احترامها، لأنه إذا كان مبدأ البت داخل أجل معقول مكرس دستوريا، فإنه يقابله مبدأ احترام حقوق الدفاع وضمانات المحاكمة العادلة، وما يقتضي ذلك من إجراءات التحقيق وما يرتبط بها من أداء صائر الخبرة، وأن عدم مسايرة المحكمة للأطراف في طلباتهم من أجل استبدال الخبير لا يمكن بحال من الأحوال أن يعتبر إخلالا من جانبها في عدم البت داخل أجل معقول مادام أنه لم يثبت في وثائق الملف ما يفيد التأخر الغير المبرر للملف، وبالتالي يكون هذا السبب من الاستئناف غير مؤسس"⁵¹⁹.

أما فيما يخص القانون الإجرائي المغربي والمتمثل في المسطرة المدنية⁵²⁰ فإننا نجد التنصيص على الأجل المعقول باهتا إلى درجة العدم، وهو أمر يبدو منطقيا بالنظر إلى الوقت الذي

⁵¹⁸ قرار لمحكمة النقض صادر في 02 أبريل 2019 في الملف التجاري رقم 2016/2/3/1280 منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: www.cspj.ma اطلع عليه يوم 13:30 2024/12/12

⁵¹⁹ قرار عدد 9191 الصادر بتاريخ 2023/12/27 في الملف رقم 2023/7203/2163 منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية: www.cspj.ma اطلع عليه يوم 13:30 2024/12/12

⁵²⁰ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) كما تم تعديله وتتميمه، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974) ص 2741



تم فيه اصدار هذا القانون، قبل الثورة الحقوقية التي عرفها العالم خصوصا مع اعتماد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وتنامي الاهتمام بحقوق المتقاضين وحسن سير العدالة.⁵²¹ أما بالنظر إلى مشروع قانون المسطرة المدنية رقم 02.23 فإننا نجد المادة 5 منه تنص على الأجل المعقول في المقتضيات العامة حيث جاء فيها:

"يجب على القاضي أن يصدر حكمه في أجل معقول"، وحسنا فعل المشرع بعدم التمييز هنا بين قاضي الموضوع وقاضي النيابة وإطلاق الوصف على عمومته، لأن احترام الأجل يخص القاضي عموما.

كما نجد أيضا الأجل المعقول في المادة 122 من المشروع التي جاءت في الباب الثالث الخاص بإجراءات التحقيق حيث أعطت هذه المادة للقاضي آلية الحكم بالغرامة التهديدية لإجبار الطرف الذي يحوز مستندا من مستندات الإثبات على الإدلاء به في أجل معقول.

كما تجب الإشارة إلى أنه وإن كان إخفاء بعض المستندات يعطي للمتضرر الحق في طلب إعادة النظر طبقا للفصل 402 من قانون المسطرة المدنية إلا أن القضاء لا يعتد إلا بالوثائق التي استحال على الخصم أن يدلي بها أثناء سير الدعوى، إذ جاء في حكم محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أنه: "يشترط لصحة تحقق الفقرة 4 من قانون المسطرة المدنية أن تكون الوثيقة الحاسمة محتكرة بفعل إيجابي للخصم وذلك للحيلولة دون تقديمها أمام المحكمة بحجزها ماديا تحت يده أو منع من يحوزها من تقديمها مع شرط أن يكون قد استحال على الخصم أن يدلي بتلك الوثيقة أثناء سير الدعوى"⁵²².

كما نجد أيضا الأجل المعقول في القانون التنظيمي رقم 106.13⁵²³ المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة في المادة 45 منه والتي تنص على أنه: "تطبيقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 120 من الدستور يحرص القاضي على البث في القضايا المعروضة عليه داخل أجل معقول، مع مراعاة الآجال المحددة بمقتضى نصوص خاصة.

⁵²¹ أسامة عبي، استقلال السلطة القضائية: الدعامات والضمانات، رسالة لنيل دبلوم الماستر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني، السنة الدراسية 2015/2016 ص 87

⁵²² قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 01-11-2019 في الملف رقم 2019/8232/3538 أورد مصطفى علاوي، اجتهاد محاكم استئناف تجارية مغربية، منشور بمكتبة نور الالكترونية في الموقع الالكتروني: www.noor-book.com

تم الاطلاع عليه يوم: 12-08-2024 على الساعة 12:47

⁵²³ قانون تنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.41 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016) الجريدة الرسمية عدد 7180 بتاريخ فاتح رمضان 1444 (23 مارس 2023)

فالغاية من هذا المبدأ هو تعزيز ثقة المتقاضين في القضاء وتجويد خدمات العدالة، والتحكم في مخزون القضايا بالمحاكم والحيلولة دون هدر الزمن القضائي وتطويل عمر القضايا بدون مبرر مشروع⁵²⁴.

وضمامنا لتنزيل أمثل وأنجع لمقتضيات الفصل 120 من الدستور تمت إضافة فقرتين للمادة 45 المذكورة أعلاه⁵²⁵، تنص الأولى على تولى المجلس الأعلى للسلطة القضائية تحديد آجال البت في مختلف أنواع القضايا في حالة عدم تحديدها بمقتضى نص قانوني، فيما تحدد الفقرة الثانية آثار هذه الآجال على مسطرة التقاضي وكذا الأحكام القضائية، وذلك بالتأكيد على أن هذه الآجال مجرد آجال استرشادية لا يترتب عنها أي أثر بالنسبة للحكم الذي سيصدر خارج هذه الآجال، وهو ما يعني أن الأمر لا يتعلق بآجال إجرائية، بل بآجال ذات طبيعة تأطيرية ترمي إلى نجاعة الأداء القضائي، ووضع مؤشرات لتطبيق الفصل 120 من الدستور، لتمكين المتقاضين من الحصول على أحكام في أجل معقول⁵²⁶.

ويأتي إقرار المجلس هذه الآجال الاسترشادية استنادا على دوره في تحقيق النجاعة القضائية والرفع من مستوى أداء المحاكم، هذا الدور الذي يمارسه المجلس احتراما لمبدأ استقلال السلطة القضائية دون أي تدخل من سلطة دستورية أخرى، وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية في قرارها عدد 89.19 الصادر بتاريخ 08 فبراير 2019 بالأعمال الموسومة بالطبيعة القضائية التي تندرج في خانة الولوج إلى العدالة وإجراءات التقاضي.

ولعل من الأسباب التي تمنع إصدار الأحكام في أجل معقول هو التبليغ؛ فهو معضلة حقيقية تؤثر سلبا على النجاعة القضائية، وتحول دون تحقيق البرامج المسطرة في مجال الإدارة القضائية، وحسن سير القضايا.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن الأجل المعقول هو مقرر لمصلحة المتقاضي وليس لمصلحة تعدد الأحكام، فمن حق المتقاضي أن يَرُد على خصمه في كل ما يقدمه للمحكمة من مذكرات أو مرافعات وعلى هذا الأساس فهو حق دستوري لا يملك لا القاضي ولا القانون أن يحرمه منه، وإلا سنكون في مخالفة واضحة لإرادة المشرع الدستوري⁵²⁷.

⁵²⁴ دورية الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية عدد 37/23 الصادرة بتاريخ 21 دجنبر 2023
⁵²⁵ بمقتضى المادة الفريدة من القرار التنظيمي رقم 14.22 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.23.37 الصادر في 23 شعبان 1444 (16 مارس 2023) الجريدة الرسمية عدد 7180 بتاريخ فاتح رمضان 1444 (23 مارس 2023) ص 3209
⁵²⁶ التقرير السنوي برسم سنة 2023 مرفوع إلى حضرة صاحب الجلالة الملك محمد السادس، رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 7360 مكرر الصادرة في 11 جمادى الآخرة 1446 (13 ديسمبر 2024) ص 8913
⁵²⁷ عبد الكريم طبيح، التفسير المعقول للأجل المعقول، مقال منشور بنشرة المحرر ذي الموقع الإلكتروني: www.nachrat.com



هذا علاوة على المادة 418 من مشروع القانون المتعلق بالمسطرة المدنية الذي نصت على إمكانية مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول، حيث كانت محكمة النقض تقضي برفض الطلب لكون حالات مخاصمة القضاة المذكورة في الفصل 391 الساري النفاذ لا تشمل عدم احترام الأجل المعقول وهذا ما سنناقشه بالتفصيل في المحور الثان.

الفقرة الثانية: مبررات مخاصمة القضاة على أساس عدم احترام الأجل المعقول

مكن المشرع المغربي المتقاضي من مخاصمة القضاة بسبب أخطائهم الشخصية التي يرتكبونها عند القيام بوظائفهم، ومطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بهم طبقا لما ينص عليه الفصل 81 من ظهير الالتزامات والعقود: "القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه يسأل مدنيا عن هذا الإخلال تجاه الشخص المتضرر في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته"

وقد جاء الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية كقانون إجرائي من أجل تبيان الحالات التي يمكن مخاصمة القضاة على أساسها:

- (1) إذا ادعى ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تربيء القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه.
- (2) إذا قضى نص تشريعي صراحة بجوازها.
- (3) إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القضاة يستحق عنها التعويض
- (4) عند وجود إنكار العدالة

فهذا الفصل من المسطرة المدنية يعد الأساس لمسطرة المخاصمة، وإن كان هناك صعوبة في تعويض المتضررين في إطارها، لأن غاية المقتضيات التي تنظمها هي تحصين القضاة من المسؤولية أكثر مما تهدف إلى ضمان التعويض، إذ أن الرغبة في حماية القضاة هي التي اقتضت وضع نظام خاص لمسؤوليتهم تم من خلاله تقييد نطاق هذه الدعوى، وذلك من خلال تحديد الأعمال التي تجيز المخاصمة في حالات حصرية لأخطاء عمدية تقتضي إثبات سوء نية القاضي⁵²⁸. ومما يؤكد هذا الطرح هو أن هذه الحالات الأربع المذكورة في هذا الفصل هي مذكورة على سبيل الحصر وبالتالي لا يجوز القياس عليها، كما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بجميع

⁵²⁸ رشيد زيان، أساس التعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ القضائي، أطروحة دكتوراة نوقشت بكلية الحقوق أكادال، منشورة بالعدد 38 من منشورات المجلة المغربية لأنظمة القانونية والسياسية، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، 2024 ص 573

الغرف:" وحيث إنه لما كانت مقتضيات الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية تخول إمكانية مخاصمة القضاة في أحوال وردت على سبيل الحصر...⁵²⁹

وفي تطبيق هذا النص قضت مجموعة من القرارات برفض الطلب -كما ذكرنا سابقا- من طرف محكمة النقض باعتبار أنها المختصة بقضايا مخاصمة القضاة طبقا لأحكام الفقرة الخامسة من الفصل 353 من المسطرة المدنية، مبررة ذلك بأن "مخاصمة القضاة إنما تكون ممكنة في الأحوال المنصوص عليها في الفصل "391" ⁵³⁰ . وهو نفس التوجه الذي اعتمدته المحكمة في حالات عديدة تم فيه مخاصمة القضاة على أساس استبعاد القاضي لوثائق مهمة⁵³¹ الذي قبل برفض الطلب.

أما فيما يخص الأجل المعقول فقد توقفنا على مجموعة من القرارات التي لم يتم فيها عدم احترام الأجل المعقول كما هو الحال بالقرار عدد 2623 المؤرخ في 2007/07/18⁵³² حيث عابت الطالبة على القضاء التأخر لمدة 6 أشهر في ملف استعجالي متعلق بإيقاف التنفيذ والذي يشترط فيه صدور أمر على وجه السرعة نظرا لوجود طابع الاستعجال المنصوص عليه في الفصل 149 من المسطرة المدنية، إلا أن محكمة النقض قضت برد الطلب لأن المقال أعلاه لا يعتمد على أي سبب من أسباب المخاصمة المشار إليها في الفصل 391.

ونتساءل هنا لماذا لم تعتمد محكمة النقض على الحالة الثانية من الفصل 391 من المسطرة المدني التي تنص على: "إذا قضى نص تشريعي بذلك" وهو قرار حديث صدر سنة 2013 أي بعد صدور الدستور وهو نص دستوري ينص على احترام الأجل المعقول في الفصل 120 منه، وهو الأولى بالإعمال حيث أنه هو أسس النصوص، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية في نفس الإطار على أنه: "فإذا أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ

⁵²⁹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى بجمع الغرف رقم 780 بتاريخ 18 مارس 2003 موضوع الملف المدني عدد 308-1-1-

97 أورده رشيد زيان، مرجع سابق ص 47

⁵³⁰ قرار محكمة النقض عدد 777 المؤرخ في الملف المدني عدد 4442-1-1-917 الصادر في 2010/02/20 منشور بالموسوعة

الكاملة لقانون المسطرة المدنية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، 2021، الدار البيضاء، ص 186

⁵³¹ قرار عدد 987/1 المؤرخ في 2013/12/11 ملف جنحي عدد: 2013/10305 مرجع نفسه ص 187

⁵³² مرجع سابق ص 188



ضمنيا بقوة الدستور نفسه⁵³³، كما أن المحكمة الأمريكية العليا قضت بأنه: "لا يجوز إنكار الحق في محاكمة سريعة لأنه حق دستوري، وتبعاً لذلك فإنه لا يمكن تحديده بقواعد جامدة"⁵³⁴.

وفي إطار مشروع المسطرة المدنية وفي قراءة للمادة 418 المقابلة في المشروع لمخاصمة القضاة نجدها قد احتفظت بنص الفصل الحالي، باستثناء حذفها لعبارة "أثناء تربيء القضية أو الحكم فيها" وهو في نظرنا توسيع وإطلاق لمجال أعمال مخاصمة القضاة عوض حصرها في مرحلة التربيء أو الحكم.

كما أضافت هذه المادة حالة أخرى ليست في الفصل الحالي وهي: "إذا ادعى ارتكاب خطأ مهني جسيم أثناء تهيين القضية" وهذا المقتضى إنما جاء بسبب صدور قوانين عديدة تخص الشأن القضائي منها: القانون التنظيمي رقم 100.13⁵³⁵ المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية بحيث أنه المكلف بتدبير الوضعية المهنية للقضاة، بالإضافة إلى القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الذي نص في قسمه السابع على نظام التأديب وقد عدت المادة 97 من هذا القانون مجموع الحالات التي تعتبر خطأ جسيماً، منها "الإهمال أو التأخير غير المبرر و المتكرر في بدئ أو إنجاز مسطرة الحكم أو في القضايا أثناء ممارسته لمهامه القضائية".

فالمقصود بالخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الذي يفترض ألا يقع فيه قاض مهتم بواجباته وفق الاهتمام العادي⁵³⁶ وهو غير عمدي لأنه لا باعث شخصي له لكنه يتعلق بخطأ فادح وقع فيه، كأن يكون جاهلاً بوقائع الملف، أو المبادئ الأساسية للقانون.

فأمام إضافة الخطأ الجسيم فإنه يمكن من تجاوز صعوبة تحقيق وإثبات حالات مخاصمة القضاة نظراً لاقترانها بالعنصر الذهني للقاضي، والذي يصعب من إمكانية إثبات سوء نية القاضي، فأمام هذا المعطى أي إدراج الخطأ الجسيم في حالات المخاصمة فإنه يضعنا أمام الفصل 80 من ظهير الالتزامات والعقود والذي تضمن الخطأ الجسيم كصورة من الصور التي تثار فيها مسؤولية الموظف⁵³⁷.

⁵³³ قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1975/03/24 السنة القضائية 26 أوردته علال فالي، صناعة النصوص القانونية، الطبعة الثانية مطبعة الأمنية، 2023، الرابط ص 18

⁵³⁴ مدين عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2015 ص 137

⁵³⁵ القانون 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.40 الصادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016) الجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 6 رجب 1437 (14 أبريل 2016) ص 3143

⁵³⁶ محمد الأزهر، السلطة القضائية في الدستور، الطبعة الأولى، مطبعة الجديدة الدار البيضاء، 2013 ص 158

⁵³⁷ جاء في هذا الفصل: "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عنهم تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم" مع مراعاة النقاش الفقهي بين الخطأ المرفقي والخطأ القضائي؛ لمزيد من التفصيل أنظر محمد الأزهر، مرجع سابق ص 53

وحيث أن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى - محكمة النقض - قديمة نوعا ما أي أنها صدرت قبل دستور 2011، ولم نقف على قرار جديد يخص الأجل المعقول المنصوص عليه دستوريا، ولكننا نرى بأن القرارات الجديدة بعد صدور القانون المسطري الجديد 02.23 ستعتبر عدم احترام الأجل المعقول سببا من أسباب مخاصمة القضاة وذلك للأسباب التالية:

أولا: تنصيب الفصل 120 على الأجل المعقول صراحة كحق من حقوق المواطنين، بالإضافة إلى اعتبار الفصل 122 الخاص بالخطأ القضائي معطوفا على المقتضيات السابقة التي نص عليها الدستور المتعلقة بحقوق المتقاضين من الفصل 117 إلى 120، بمعنى أن الإخلال بهذه الحقوق ذاتها تشكل خطأ قضائيا يلزم الدولة بالتعويض.

ثانيا: تنصيب المادة 45 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة على أنه: "...يحرص القاضي على البث في القضايا المعروضة عليه داخل أجل معقول، مع مراعاة الأجل المحددة بنصوص خاصة..."

ثالثا: جاءت مدونة الأخلاق القضائية⁵³⁸ بمجموعة من المقتضيات التي تصب في احترام الأجل المعقول منها:

- المادة 17 في الفقرة 7 منها: "يولي القاضي للجلسات ما تستحقه من اهتمام وعناية، ويحرص على الالتزام بالمواعيد المحددة لها، والمشاركة المسؤولة في المداولات، والنطق بالأحكام في التاريخ المعين لذلك، وعند الضرورة القصوى، الإعلان عن التمديد وسببه وتاريخ النطق الجديد"؛ فهذه المادة جاءت بمجموعة من التطبيقات التي تعكس قيمة الكفاءة والاجتهاد التي يجب أن يتحلى بها القاضي حسب المادة 15 من مدونة الأخلاقيات القضائية التي تعتبر من علامات الاجتهاد إعطاء القضايا التي ينظر فيها كامل العناية من خلال الدراسة القبلية لها والبث فيها في آجال معقولة، فالقاضي إذا يقوم بدور أساسي في التحقيق في القضية المعروضة وعليه إعطاؤها الجدية بمجرد تعيينه من طرف رئيس المحكمة يكون عليه تجهيز الملف ويأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للبث فيه⁵³⁹.

- المادة 26: يتجنب القاضي إعطاء الانطباع باللامبالاة إزاء ما يروح في مجلس القضاء، أو إزاء ما يقدم من طلبات أو ما يثار أو يبسط من وسائل دفاع وملاحظات.

⁵³⁸ مدونة الأخلاقيات القضائية منشورة بالجريدة الرسمية عدد 6967 الصادرة في 24 رجب 1442 (8 مارس 2021) ص 1796 والتي يلزم القاضي باحترام مضامينها طبقا للمادة 44 من قانون 106.13 التي جاء فيها: "يلتزم القاضي باحترام المبادئ والقواعد الواردة في مدونة الأخلاقيات القضائية".

⁵³⁹ محمد جلال السعيد، المدخل لدراسة القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الرابعة، 2020، الدار البيضاء، ص 395



ومن الآليات التي يمكن أن تساعد في احترام الأجل المعقول هي آلية التكليف لتصفية ملف معين، إلا أن هذا المقتضى نال معارضة من الجمعيات المهنية للقضاة حيث تم اعتبارها تهديدا للiberté في الملفات المعروضة على القضاء، وتجسد عدم المساواة وعدم تكافؤ الفرص كما أنها وسيلة للتأثير على استقلال القاضي وضرب أسس استقلال السلطة القضائية⁵⁴⁰.

ثالثا: القرار الحديث للمجلس الأعلى للسلطة القضائية رقم 1244-7 الصادر في 21 دجنبر 2023، والذي وضع فيه المجلس آجالا استرشادية للقضاة من أجل احترامها في مختلف القضايا، وإن كانت ليست ملزمة لهم إلا أن هذا القرار يحث القضاة على احترام تلك الآجال خصوصا وأنه سيلعب دورا مهما في وضعيتهم الإدارية خصوصا في الترقية⁵⁴¹ التي تعد من اختصاص المجلس الأعلى للسلطة القضائية وهو المكلف أيضا بتتبع احترامهم لهذه الآجال⁵⁴² وإن كان التقرير السنوي لسنة 2023 الصادر عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قد اعتبر هذه الآجال مجرد آجال استرشادية وليس إجرائية.

رابعا: تنصيص المادة 5 من المشروع صراحة على أنه: "يجب على القاضي أن يصدر حكمه داخل أجل معقول"، وهذا المقتضى الذي لا نجاه في القانون الساري النفاذ خصوصا وأنه جاء في المقتضيات العامة للقانون الإجرائي وبهذا يلزم جميع القضاة بجميع المحاكم بمختلف درجاتها وتخصصاتها.

خامسا: مما يعزز مسؤولية القاضي على إصدار المقررات في الأجل المعقول إعطاء المشرع المغربي للقاضي مكنة الحكم على أحد الأطراف الذي يحوز مستندا من مستندات الإثبات بالغرامة التهديدية للإدلاء بهذا المستند في الأجل المعقول.

سادسا: زيادة حالة جديدة في المشروع من الحالات التي توجب مخاصمة القضاة وهي الخطأ الجسيم في الفقرة الثانية من المادة 418 من مشروع قانون رقم 02.23 التي جاء فيها: "إذا ادعى ارتكاب خطأ مهني جسيم أثناء تربيء القضية".

وقد حدد المشرع هذه الأخطاء الجسيمة في المادة 97 من القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الذي نص في قسمه السابع على نظام التأديب وقد عدت المادة 97 من هذا القانون مجموع الحالات التي تعتبر خطأ جسيما، منها "الإهمال أو التأخير غير المبرر و المتكرر في بدئ أو إنجاز مسطرة الحكم أو في القضايا أثناء ممارسته لمهامه القضائية".

⁵⁴⁰ أنس سعدون، هل استجابت مسودة مشاريع قوانين السلطة القضائية بالمغرب لمطالب القضاة: قراءة أولية في مسودة 25 ديسمبر 2013، مقال منشور بمجلة القانونية، العدد الثاني، سنة 2016 مطبعة قرطبة ن أكادير ص 148 و 149

⁵⁴¹ انطلاقا من المادة 85 من قانون 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة

⁵⁴² المادة 108 مكرر من قانون 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية

خاتمة:

يعتبر الأجل المعقول من ضمانات المحاكمة العادلة، ولذلك تمت ترقيته إلى نص دستوري، بالإضافة إلى تعزيزه بمقتضيات قانونية من مشروع المسطرة المدنية، وإرشاد القضاة إلى احترامه في القانون الأساسي المنظم للقضاة بالإضافة إلى مدونة الأخلاقيات القضائية وقرارات المجلس الأعلى للسلطة القضائية فإننا نتأكد فعلا من رغبة المشرع في إرساء هذا الأجل.

وإن كنا نعتقد بأن احترام الأجل المعقول لا يتحكم فيه القاضي وحده بل حتى أطراف الدعوى، وكذا المحامين و المفوضين وغيره.... فقد يساهم تقاعس المحامي في إعداد ملف قضية موكله المطروحة أمام القضاء، أو غيابه عن جلسات المحاكمة في تأجيل الفصل في القضايا، أو تقاعس المفوض القضائي في تبليغ أطراف الدعوى أو تنفيذ الأحكام القضائية أو يتأخر العدول في تقسيم التركة والخير في إنجاز الخبرة...

وعلى هذا الأساس " يتعين إيلاء عناية خاصة للتكوين المتخصص لمختلف مكونات منظومة العدالة، عملا على رفع قدرات المحاكم في إصدار الأحكام العادلة والملائمة، داخل آجال معقولة".⁵⁴³

إلا أنه وبما أن القاضي هو الحامي لحقوق المواطنين كما ينص على ذلك الفصل 117 من الدستور الذي جاء فيه: " يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون"; وعلى هذا الأساس فإنه من واجبه ضمان صدور الحكم في أجل معقول بالوسائل القانونية التي أعطاها له المشرع، من صلاحية تغيير الخير وكذا سلطة فرض غرامة على الطرف الذي يحوز وثائق مهمة في القضية كما ينص على ذلك مشروع المسطرة المدنية وغيرها من الآليات والصلاحيات القانونية.

وحتى نكون منصفين في حق القضاة واعتبارا لكثرة الملفات والمنازعات المتراكمة على مكاتبتهم فإننا نقترح الزيادة في الموارد البشرية القضائية لتجاوز الضغط المهول على القضاة، بالإضافة إلى تسريع إخراج مشروع المنصة الموحدة بين المحكمة والمهمن المساعدة للقضاء التي تعترم وزارة العدل اعتمادها تحت مسمى: المنصة الإلكترونية لتدبير الملفات والقضايا والإجراءات القضائية، حيث يرتقب أن تُحدث بالمنصة حسابات إلكترونية مهنية خاصة بالمحامين والشركات المدنية المهنية للمحاماة والموثقين والعدول والمفوضين القضائيين والخبراء القضائيين والتراجمة المقبولين لدى

⁵⁴³ الرسالة الملكية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله الموجهة إلى المشاركين في الدورة الثانية للمؤتمر الدولي للعدالة بمراكش بتاريخ: 21 أكتوبر، 2019



المحاكم، ويتم عبر هذه الحسابات تبادل المعطيات الإلكترونية المتعلقة بالمساطر والإجراءات القضائية.

ومن شأن كل هذا أن يساهم في إصدار الأحكام في أجل معقول في انتظار المصادقة على مشروع المسطرة المدنية وتفعيل المنصة الإلكترونية لتدبير الملفات والقضايا والإجراءات القضائية.



الصلح التمهيدي كألية بديلة لتسوية نزاعات الشغل "إشكاليات الممارسة وآفاق الإصلاح"

 **ويزة سهام**

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكدال

جامعة محمد الخامس بالرباط

تعتبر المواجهة والاصطدام مع الغير من الأمور الطبيعية التي تميز التفاعلات الإنسانية، داخل المجموعات البشرية، وخاصة في تلك المجموعات التي تقوم على تضارب المصالح وتعارضها، كما هو الشأن بخصوص العلاقة الشغلية التي تجمع الأجير بمشغله في المقاولة. حيث تتعدد المصالح المشتركة والمتعارضة، وتختلف باختلاف طبيعة المصالح المتبادلة. فما يشكل مصلحة شخصية للأجير في هذه العلاقة، كالزيادة في الأجر على سبيل المثال، قد ينعكس سلبا على حجم أرباح مشغله وعلى تكاليف المقاولة، فيؤثر على مستواها الاقتصادي ويضعف تنافسيتها.

إن اختلاف وتعارض مصالح أطراف علاقة الشغل في المقاولة، تشكل أهم مصدر الخلافات والنزاعات، التي ما فتئت تؤثر بصورة خطيرة على تقدم المقاولة وازدهارها، مما يجعل ضرورة تجنب هذه الصراعات والخلافات، مسألة حتمية من خلال التوفيق الودي لحل هذه الخلافات والنزاعات بين طرفي الإنتاج، وهو ما حمل المشرع المغربي، على غرار باقي التشريعات الاجتماعية المقارنة، على تنظيم آلية الصلح التمهيدي لحل النزاعات والصراعات بين المشغل وأجراءه من خلال نصوص ومقتضيات قانونية أسندت مهمة الإشراف عليهما إلى جهاز تفتيش الشغل، يمثل في هذا الاختصاص الأعوان المكلفون بتفتيش للشغل.

ويعود تنظيم الصلح في العلاقات المهنية في المغرب، في بداية الأمر، إلى نظام الطوائف الحرفية، التي كانت تعرف تنظيما تسلسليا، يجعل على رأس كل حرفة أمينا يتولى تنظيم الحرفة، ويتعهد شؤونها، وعند الاقتضاء، يقوم بفض النزاعات التي تنشب بين أعضاء الحرفة أنفسهم، وبينهم وبين زبنائهم عن طريق الصلح، وفق التشريع الإسلامي، وبحسب المذهب المالكي.

إلا أنه بعد دخول ظهير الالتزامات والعقود حيز التطبيق، تم تنظيم علاقات الشغل في المقاولة وفق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، وخاصة تلك المتعلقة بالصلح وأحكامه، وبمقتضى الشغل الوارد في الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الثاني، وخاصة الفصول من 1098 إلى



1116 من قانون الالتزامات والعقود، حيث تبلور من خلالها، إرساء مقومات صلح مدني، يعود سنده القانوني إلى الفصل 399 من نفس القانون، على الرغم من اختلاف مركزي طرفي علاقة الشغل في المقابلة، وتفاوت قوة إرادة الأجير والمشغل، إذ من غير المنطقي أن تتساوى إرادة الأجير مع إرادة المشغل في اتخاذ قرار الصلح، خاصة وأن الصلح في المنازعات الاجتماعية، يضع وجهها لوجه الأجير في مواجهة مشغله، مما يجعل الطرفين أمام معادلة مختلة تقوم على تبعية أحدهما للآخر.

إن الاختلاف الواضح في قوة أطراف علاقة الشغل بين الأجير ومشغله، كانت من الأسباب الرئيسية التي جعلت المشرع المغربي يقوم بتنظيم الصلح التمهيدي، وإسناد اختصاصه للأعوان المكلفين بتفتيش الشغل في مدونة الشغل⁵⁴⁴، بعد صدورهما، والتي أصبحت تنظم تدخل هؤلاء لحل وتسوية نزاعات الشغل بالطرق التفاوضية والودية، من خلال اقتراح حلول كفيلة بفض النزاع القائم بينهما، خاصة وأنهم كانوا، غالبا ما يتوقفون في هذه المهمة، نظرا للعلاقة التي تربطهم بالمقابلة وأطرافها، حتى قبل صدور مدونة الشغل.

وهذا إن دل على شيء، فإنه يدل على تخلص مدونة الشغل من الإرث الثقيل الذي ورثته المدونة في مجال إنهاء نزاعات الشغل، والذي كان يعتمد أساسا، في فض هذه النزاعات على مقتضيات القانون المدني، لتشق طريقا واضحا، حيث تعتبر أن كل اتفاق بين المشغل والأجير، سواء كان إبراء أو صلحا، يكون دون جدوى إذا تضمن حقوقا، أدنى أو أقل من تلك المنصوص عليها ضمن مقتضيات مدونة الشغل.

وبصفة عامة، فإن المشرع المغربي، أسند مهمة الصلح التمهيدي لمفتش الشغل، تقديرا للدور الذي يلعبه الصلح في تسوية النزاعات والخلافات الاجتماعية في المقابلة، بالطرق الودية، ومن خلال تنظيمه لمسطرة الصلح التمهيدي، ومدى نجاحه في إرساء أرضية قانونية لممارسته (المبحث الأول) فضلا عن الإطار التنظيمي لتكريس فعالية ونجاعة الاختصاص التصالحي لجهاز تفتيش الشغل، في مواجهة الثغرات والقصور الذي يعرفه هذا التنظيم، في أفق سد ثغراته وإصلاحه (المبحث الثاني).

⁵⁴⁴ ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، ج.ر : عدد 5167، بتاريخ 8 ديسمبر 2003، الصفحة 3969.

المبحث الأول: مسطرة الصلح التمهيدي وإجراءات ممارستها

إذا كان القضاء يشكل الضمانة الأخيرة التي يلجأ إليها الأجير لضمان حقوقه الاجتماعية، باعتبار أن القضاء ينقل هذه الحقوق والمكتسبات من طور الجمود القانوني إلى صور الحركة والفعالية⁵⁴⁵، فإن هذا الدور المحوري لهذا الجهاز، يعرف الكثير من الانتقادات، وأهمها، ما يطبع صدور أحكامه وقراراته من بطء وتأخير، مع ما يترتب على ذلك من آثار سيئة، وانعكاسات خطيرة على الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للأجير الذي تعرض للطرد.

وللتخفيف من حدة هذا الوضع القائم، والذي أصبح يزداد حدة بسبب تكديس ملفات نزاعات الشغل لدى المحاكم، وما يخلفه من ضغط على سرعة تصفيته، جنح المشرع المغربي من أجل التخفيف من الأعداد الهائلة لهذه الملفات المعروضة على القضاء، إلى إسناد صلاحية الإشراف على فض النزاعات والخلافات الشغلية بين الأجير والمشغل إلى مفتش الشغل، باعتباره الأكثر قربا من المفاوضة وأطرافها، والأقدر على فهم مشاكلها، بحكم تواجده بصورة مباشرة، من خلال تردده عليها، قصد مراقبة تطبيق تشريع الشغل ومقتضياته فيها، رغم ما أثاره إسناد هذا الاختصاص لمفتش الشغل، من جدل حول مدى مشروعيته (المطلب الأول).

واقتناعا بالدور الفعال لمفتش الشغل بهذه المهمة، وما تمخض عن ممارستها من نتائج إيجابية، رسخت مدونة الشغل، هذا الدور المسند لمفتش الشغل بعد صدورهما، بمقتضى المادتين 41 و532 من المدونة، بعد أن كانت تجد سندها القانوني في مقتضيات القانون المدني قبل صدور مدونة الشغل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دوافع تكليف مفتش الشغل باختصاص الصلح التمهيدي، ومدى مشروعية هذا الاختصاص.

إن الصلح التمهيدي في منازعات وخلافات الشغل، يضع وجهها لوجه طرفي علاقة الشغل في مواجهة بين الأجير ومشغله، مع ما تتضمن هذه المواجهة من اختلال في ميزان قوى الطرفين، مما يجعلهما أمام معادلة مختلة، وغير متساوية، فميل كفة القوة والغلبة إلى جانب المشغل، خاصة بعد انتصار الاجتهادات الفقهية والعمل القضائي، إلى إحلال المقتضيات الاجتماعية، محل المقتضيات المدنية، مما يجعل الكفة تكاد تكون مائلة كل الميل لصالح المشغل الذي قد يضغط في

⁵⁴⁵ دنيا مباركة، القانون الاجتماعي المغربي، دراسة في ظل التشريع الحالي ومدونة الشغل المرتقبة، مشروع 2000 دار النشر الجسور 2001، وجدة، ص 44. وكذلك - هاشم العلوي: تقييم تجربة التنظيم القضائي في المادة الاجتماعية، الواقع والآفاق، الندوة الثانية، للقضاء الاجتماعي، 25-26، فبراير 1992، جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص 340.



اتخاذ قرار الصلح، على الأجير في الاتجاه الذي يخدم مصالحه، من خلال دفعه إلى التنازل أكثر على بعض مستحققاته وحقوقه.

ومؤازرة للأجير الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية، ارتأى المشرع الاجتماعي، إسناد مهمة الصلح التمهيدي لجهاز تفتيش الشغل، محاولة منه لإعادة التوازن بين طرفي علاقة الشغل بناء على مكانة وكفاءة وتجارب هذا الجهاز، في ممارسة اكتسبها من خلال قربه من الأطراف وتواصله معهم باستمرار (الفقرة الأولى) رغم الملاحظات والتساؤلات المطروحة، حول مدى مشروعية إسناد هذا الاختصاص لمفتش الشغل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دوافع تكليف مفتش الشغل باختصاص الصلح التمهيدي

تعتبر مسطرة الصلح التمهيدي، من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الشغل، نظرا لدورها الفعال في الحسم وفض النزاعات بالطرق الودية بين الأجراء ومشغلهم، إضافة إلى ترسيخ مبدأ تخلي المشرع المغربي على القواعد المدنية الصرفة للصلح المدني المنصوص عليها في الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، والتي لطالما أثارت نقاشا حادا حول الحماية الاجتماعية التي يمكن أن توفرها المقتضيات المدنية، باعتبارها لا تأخذ بعين الاعتبار طبيعة ومكانة الأجير في العلاقة الشغلية التي لا تقوم على المساواة بين طرفي هذه العلاقة.

خاصة، وأن إسناد الدور التصالحي لمفتش الشغل، لم يكن وليد الصدفة بل أكدته الضرورة الملحة⁵⁴⁶، والواقع العملي الذي يميز العلاقة بين مفتش الشغل وأطراف الإنتاج في المقابلة، سواء على مستوى قرب الأجراء وتقرّبهم منه بسبب زيارته المتكررة للمقابلة، واطمئنانهم على دوره في تطبيق قانون الشغل، أو على مستوى السرعة والبساطة في طرح مشاكلهم عليه واستقباله لهم في مكتبه، متجاوزين بذلك بطء وتعقيد وطول البث في نزاعاتهم في حالة عرضها على القضاء.

لقد كرس إذن، الاعتراف القانوني الصريح لمفتش الشغل بالاختصاص التصالحي، في مدونة الشغل، كمهمة جديدة، إضافة إلى مهامه واختصاصاته التقليدية، وضع إطار قانوني

⁵⁴⁶ حيث ظل مفتش الشغل يمارس مهمة الصلح منذ منتصف الأربعينات من القرن الماضي، وفي هذا الصدد يقول بول لانكر، الذي ترأس مصلحة تفتيش الشغل ابتداء من 1940، "أنه سنة 1947، توفقت مصلحة تسوية نزاعات الشغل الفردية في حل 5288 نزاع من أصل 6653، وفي سنة 1948 توصلت إلى حل 7512 نزاعا من مجموع 9356، علما أن عدد المفتشين آنذاك لم يكن يتجاوز 28 مفتشا إلى حدود 1949.

- للمزيد من التفصيل يراجع، عبد العزيز العتيقي : جهاز تفتيش الشغل بين وظيفة المراقبة ومهمة المصالحة من خلال اتفاقيات منظمة العمل الدولية، نشرة اتصال، العدد 3 أبريل 1975، ص 7.

متكامل لتسوية مفتش الشغل، للنزاعات الفردية بالطرق الودية المعروضة عليه، رغم الملاحظات والانتقادات المثيرة للجدل على المستوى الفقهي⁵⁴⁷.

ومن تم، فإنه رغم أن الوظيفة الأساسية لمفتش الشغل تتجلى في السهر على تطبيق قانون الشغل، فإن الملاحظ أن مفتش الشغل أصبح يضطلع بعدد كبير ومتنوع من الاختصاصات الخارجة عن نطاق مهمته الرقابية، نظرا لاحتكاكه المستمر بالمقولة، وسهره على صحة وحماية سلامة الأجراء، وضمان وقاية المقولة من المخاطر، مما جعل تدخله يصبح شاملا لجميع جوانبها القانونية والاقتصادية والاجتماعية⁵⁴⁸، باعتباره مرجعا استشاريا للعمال والمشغلين بشأن حقوقهم، والتزاماتهم المترتبة عن قانون الشغل، نظرا لإلمامه بواقع المقولة ومحيطها الاقتصادي، من خلال زيارته وتردده عليها، وعلى مختلف ورشاتها، ومباشرته لكل أنواع المراقبة القانونية والتنظيمية، والبحث والتحري واستفسار المشغل والأجراء، حول كل ما يتعلق بشؤون المقولة، مما يؤهله لكسب مهارة متميزة، وتجربة عالية في إمكانية التواصل معهم والاتصال بهم، بكيفية مباشرة، لن تيسر لأي جهاز آخر غيره، مما يجعله يحضى بكسب ثقة أطراف علاقة الشغل في المقولة، تجعله رهن إشارتهم باستمرار، هذه الثقة التي تشجعهم على التوجه إليه لتسوية نزاعاتهم، خاصة وأنهم يدركون أن حياده واستقلاله في حل نزاعاتهم أو تفاديهما، يضمن المحافظة على أسرار مقاولاتهم وطرق الإنتاج فيها، باعتبارها أهم عنصر يتحراه المشغل، ويتمسك به، وهو ما تضمنه إجراءات مناقشة الخلافات والنزاعات بين الأجراء ومشغليهم خلال الصلح التمهيدي، وهي الخاصية التي تفقدها إجراءات عرض النزاعات الاجتماعية أمام القضاء الذي تقوم إجراءاته على العلنية.

الفقرة الثانية: مدى مشروعية إسناد اختصاص الصلح التمهيدي لمفتش الشغل

لقد أثار مبدأ إسناد اختصاص الصلح التمهيدي لمفتش الشغل، جدلا واسعا بين المؤيدين لهذا الإسناد وبين الرافضين له، خاصة وأن لكل توجه من التوجهين مبرراته. فبخصوص التوجه الأول الذي يرى سلامة إسناد الصلح التمهيدي لمفتش الشغل، حيث يجزم على أن الواقع والممارسة اليومية أثبتت الدور الذي يقوم به مفتش الشغل، كوسيط في فض نزاعات الشغل الفردية والجماعية، والذي أصبح دورا يحبذه ويثمنه أطراف الإنتاج⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ سيتم التعرض لهذه الانتقادات والملاحظات في الصفحة 5 وما بعدها من هذا المقال .

⁵⁴⁸ عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004، ص 157.

⁵⁴⁹ محمد معن، الممارسة الميدانية لمهمتي المراقبة والمصالحة، نشرة اتصال، العدد 3 أبريل 1997، ص 26.



إضافة إلى ذلك، فإن المؤيدين لهذا التوجه، يرون أن محاولة الصلح التي يمارسها مفتش الشغل، أصبحت واقعيًا وعمليًا، من أهم الوظائف التي يقوم بها، خاصة وأنهم كثيرا ما يوفقون في هذه المهمة التصالحية أكثر من توفيقهم في مهامهم الرقابية، نظرا لارتباطهم بالمؤسسة والأطراف الفاعلة فيها⁵⁵⁰، مسلحين بتجربتهم وقربهم من المفاوضة وأطراف الإنتاج فيها، مما يجعلهم الأقرب إلى الإطلاع على أحوالها، وهو ما يفسر نجاحهم وتفوقهم في هذه المهمة.

إلى جانب التوجه المؤيد لدور مفتش الشغل في ممارسة الصلح التمهيدي كآلية لحل نزاعات الشغل، ذهب توجه آخر، إلى رفض هذا الدور الذي يمكن أن يسند لمفتش الشغل، منطلقا من كون إسناد مهمة المصالحة بين أطراف النزاع في خلافات الشغل، قد تؤثر لا محالة على وظيفته الأساسية المتمثلة في الرقابة على حسن تطبيق قانون الشغل في المؤسسة، خاصة وأن محاولة استمالة مفتش الشغل، إرادة المشغل حبيبا لكسب عطفه من أجل حصول الأجير على حقوقه، قد يفقده السلطة القانونية على تطبيق القانون وينعكس على مراكز القوة التي أسندها له القانون⁵⁵¹.

إلا أن هذا التوجه الذي يحرم مفتش الشغل من دوره كوسيط لفض المنازعات في علاقات الشغل الفردية والجماعية، مستندا إلى تضارب المصالح وتعارض الاختصاص، وخاصة مبدأ الفصل بين سلطة تطبيق القانون وسلطة الفصل في النزاعات المترتبة عن الإخلال بمقتضياته، قد لا يصمد أمام موقف المشرع المغربي الذي حسم النقاش من خلال المادة 532⁵⁵² من مدونة الشغل، التي أسندت صراحة مهمة الصلح التمهيدي لمفتش الشغل، جاعلة محضر الصلح المبرم في هذا الصدد أمام المفتش، يتمتع بقوة إبراء جزئي، بمعنى أن الصلح المنهي للنزاع بين الأجير ومشغله يكون منتهيا فقط في حدود ما تم التصالح بشأنه أمام مفتش الشغل، أما ما عدا المستحقات الغير الواردة في الصلح المنهي للنزاع، فإنها تكون قابلة للمنازعة فيها والمطالبة بها أمام القضاء⁵⁵³.

⁵⁵⁰ محمد الكشور، نظام تفتيش الشغل، الواقع الحالي وآفاق المستقبل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1997، ص 66.

⁵⁵¹ عبد العزيز العتيقي، مفتشية الشغل ودورها في علاقة الشغل، مجلة الإشعاع، العدد 4 السنة الثانية، دجنبر 1990، ص 57.

⁵⁵² نصت الفقرة الرابعة من المادة 532 من مدونة الشغل على أنه :

"تناط بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل المهام التالية :

- إجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية،
- تحرير في شأن هذه المحاولات محضر يرضيه طرفا النزاع، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل، وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه."

⁵⁵³ للمزيد من التفصيل يراجع، محمد أوزيان : مسطرة الصلح في نزاعات الشغل الفردية على ضوء مدونة الشغل المغربية الجديدة، مجلة القصر، العدد 17 ماي 2007، ص 114.

وقد ذهب القانون الجزائري إلى انتزاع مهمة إجراء الصلح من مفتش الشغل وإسنادها لهيئة خاصة، سميت بهيئة المصالحة تتشكل من عدد متساو من الأعضاء نصفهم من العمال والنصف الآخر من المشغلين⁵⁵⁴.

المطلب الثاني: مسطرة الصلح التمهيدي

إن الإلمام بإجراءات ومراحل مسطرة الصلح التمهيدي الذي يضطلع به مفتش الشغل (الفقرة الثانية) يحتم علينا الانطلاق قبل كل شيء، من التعرض لسنده القانوني ومصدر مشروعية تدخل مفتش الشغل لممارسة هذه المسطرة لتسوية نزاعات الشغل بين الأجير ومشغله بالطرق الودية التفاوضية (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: السند القانوني للصلح التمهيدي

يمكن التعرض للإطار القانوني للصلح التمهيدي سواء بالنسبة لنزاعات الشغل الفردية أو نزاعات الشغل الجماعية في مدونة الشغل من خلال المقتضيات والمواد التي نظمها النصوص التالية.

أولاً: بخصوص نزاعات الشغل الفردية

أ- في مدونة الشغل:

1- نصت الفقرة الثالثة من المادة 41 على أنه «يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفياً اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي...».

فيما نصت الفقرة الخامسة من نفس المادة على أنه «يعتبر الاتفاق الذي تم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي نهائياً وغير قابل للطعن أمام المحاكم».

في حين، حسمت الفقرة السادسة من المادة 41 مصير الصلح التمهيدي حيث نصت على أنه «في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة..».

2- أما بخصوص المادة 532 من مدونة الشغل فقد نصت فقرتها الرابعة على أنه «تناط بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل المهام التالية:

- «إجراء محاولة التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية،

⁵⁵⁴ يراجع بهذا الخصوص، أحمية سليمان : آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، الجزائر العاصمة، دون ذكر باقي البيانات، ص 14 و 15.



- يحجر في شأن هذه المحاولات محضر يَمْضيه طرفا النزاع، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل، وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه».

3- كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 70 من مدونة الشغل على أنه «يجوز للمشغل والأجراء اللجوء إلى الصلح التمهيدي طبقا للمادة 41 أعلاه أو اللجوء إلى المحكمة للبت في النزاع».

4- أما الفقرة الأخيرة من المادة 74 من المدونة فقد نصت على أنه «يجب إذا كان الأجير أميا، أن يكون توصيل تصفية كل حساب موقعا بالعطف من قبل العون المكلف بتفتيش الشغل، في إطار الصلح المنصوص عليه في المادة 532 أدناه، خاصة وأن المواد من 73 إلى 76 من مدونة الشغل نصت على طريقة تنظيم «توصيل» تصفية كل حساب، الموقع من طرف الأجير والمشغل ومفتش الشغل في إطار الصلح التمهيدي.

ب- في قانون الالتزامات والعقود

وقد عزز المشرع هذه التدابير الواردة في مدونة الشغل بمقتضيات تضمنها قانون الالتزامات والعقود، حيث نصت:

- 1- المادة 73 بالفرع الثامن المنظم لتوصيل تصفية كل حساب.
- «يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه».
- 2) فيما نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 76 على أنه:
- «يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها.
- تعفى التعويضات التي يتقاضاها الأجير عن الفصل بموجب صلح أو حكم قضائي، من الضريبة عن الدخل وواجبات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ورسوم التسجيل»

ثانيا- السند القانوني للصلح التمهيدي في مدونة الشغل بخصوص نزاعات الشغل الجماعية.

وقد نظمت مدونة الشغل، الصلح المتعلق بنزاعات الشغل الجماعية من خلال المواد من 551 إلى غاية المادة 566.

حيث نصت المادة 551 من المدونة: «يكون كل خلاف بسبب الشغل، من شأنه أن يؤدي إلى نزاع جماعي، موضوع محاولة للتصالح، تتم أمام المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم، أو العون المكلف بتفتيش الشغل أو أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أو اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة...».

الفقرة الثانية: إجراءات ومراحل ممارسة مسطرة الصلح التمهيدي

تقتضي ممارسة مسطرة الصلح التمهيدي القيام بإجراءات مسطرية لتسوية نزاعات الشغل الفردية، يتدخل بمقتضاها مفتش الشغل لمواجهة الأطراف المتنازعة والمتمثلة في الأجير ومشغله، وفق شكليات محددة.

وإذا كانت المادة 41 من مدونة الشغل قد نظمت بعض إجراءات هذه المسطرة، إلا أنه يلاحظ أن المشرع أغفل باقي الإجراءات المرتبطة بكيفية ممارستها، مما يجعل مفتش الشغل يتكفل بضبط وتحديد مختلف الشكليات الإجرائية المرتبطة بكيفية ممارسة الصلح التمهيدي التي تنطلق بتقديم الأجير بطلب لإجراء مسطرة الصلح إلى مفتش الشغل (أولاً)، استدعاء المشغل لتفعيل مسطرة الصلح (ثانياً) من أجل البث في النزاع، لتنتهي المسطرة بتحرير محضر الاتفاق حول الصلح من عدمه (ثالثاً).

أولاً: تقديم طلب إجراء مسطرة الصلح التمهيدي

لم يتعرض المشرع إلى شكلية تنظيم إجراء تقديم الطلب من طرف الأجير إلى مفتش الشغل لإطلاق مسطرة الصلح التمهيدي عموماً، وعليه تتم إحالة النزاع إلى هذا الأخير سواء بواسطة طلب مكتوب أو شفاهياً⁵⁵⁵، يتمكن المفتش من خلال هذا الطلب، سواء كان مكتوباً أو شفاهياً، بفتح ملف حول النزاع، يتضمن البيانات الضرورية للطرفين المتنازعين، كهوية الأجير المشتكي وهوية المشغل أو المؤسسة التي وقع فيها النزاع، وتحديد مضمون مطالب الأجير، ثم يقوم بعدها المفتش، باستدعاء المشغل لإجراء محاولة التصالح.

وإن كان المشرع المغربي لم يقم بتحديد أجل معين لتقديم الأجير الطلب إلى مفتش الشغل، مع ما يشكله هذا الأجل من أهمية، كما فعلت بعض التشريعات⁵⁵⁶، مما يترك للأجير الخيار ليرفع طلبه في أي وقت شاء، مع ما يترتب عن ذلك من نتائج سلبية على محاولة الصلح التمهيدي، خاصة في حالة تكاسل الأجير في رفع طلبه إلى المفتش بعد مرور زمن طويل⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ وإذا كانت بعض التشريعات قد نصت على ضرورة أن يكون الطلب مكتوباً كما هو الشأن بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 292 من قانون العمل الموريتاني.

⁵⁵⁶ حيث ألزم قانون العمل المصري في المادة 70 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 «رفع الطلب إلى الجهة الإدارية المختصة خلال السبعة أيام من تاريخ النزاع لتسويته ودياً».

⁵⁵⁷ وإن كانت مدونة الشغل تضمنت في الباب السادس عن تقادم الدعاوى الناشئة عن علاقات الشغل، في المادة 395 أنه: «تتقادم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أي كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهاؤها».



ثانيا: استدعاء مفتش الشغل للمشغل أو من ينوب عنه لحضور جلسة الصلح.

إذا كان الهدف من مسطرة الصلح التمهيدي هو التوصل إلى اتفاق ينهي النزاع بين الأجير ومشغله، من خلال الحوار الذي يجريه مفتش الشغل، بحضور الطرفين للحفاظ على مقومات العلاقة الشغلية، فإنه لا بد إذن من حضور الأطراف لإصلاح ذات البين ورأب الصدع بينهم بشكل ودي، في إطار تشاوري، خاصة وأن الخلاف يكون في بدايته ولم يتسن له التطور بعد، بحيث يمكن استيعابه وتجنب ما ينتج عنه من حقد وضغينة بين الأطراف.

فعلى خلاف الصلح في نزاعات الشغل الجماعية⁵⁵⁸، لم تنص مدونة الشغل على شكليات إجراءات استدعاء حضور الأطراف في نزاعات الشغل الفردية، إلا أنه من الناحية العملية فإن مفتش الشغل يقوم باستدعاء المشغل للحضور إلى مكتبه، ويتم ذلك بواسطة مراسلة، يطلب منه الحضور شخصيا أو بواسطة من يمثله قانونا لحضور محاولة التصالح.

إلا أن ما يمكن ملاحظته، كون حضور المشغل واستجابته لاستدعاء مفتش الشغل يعتبر أمرا اختياريا والتزاما أدبيا في ظل غياب نص قانوني يلزمه بذلك، وهو ما يشكل عائقا مرهقا أمام محاولة الصلح، التي يقوم بها مفتش الشغل، خاصة في حالة تكرار محاولات توجيه الاستدعاءات، سعيا وراء استجابة المشغل لمبادرته، وهو ما ينعكس على المهام التصالحية الودية التي يقوم بها المفتش من جهة، ومن جهة أخرى يفقد هيئته ومكانته، كجهاز فعال في ضمان استقرار علاقة الشغل في المقابلة⁵⁵⁹.

وعلى العموم، فإن الوصول إلى اتفاق ودي ينهي النزاع بين طرفيه، يقتضي حضورهم أمام مفتش الشغل، وبالتالي فإن امتناع المشغل عن الحضور لهذه المحاولة التصالحية، يعتبر بمثابة فشل مسطرة الصلح الودي التمهيدي.

ثالثا: البث في النزاع وتحرير محضر

بمجرد حضور طرفي النزاع أو من ينوب عن المشغل، تنطلق عملية البث في سبب الخلاف وملابساته، من خلال محاولة مفتش الشغل استيعاب كافة جوانبه القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ومحاولة تقريب وجهتي النظر بينهما، مستبعدا بذلك كافة الشكليات والإجراءات المعقدة، سالكا بذلك الإجراءات المبسطة والأكثر قربا لمحاولة الدفع بالأطراف إلى حل وسط يرضي

⁵⁵⁸ المادة 554 من مدونة الشغل والتي تحيل على المواد 558 و 559 المتعلقة بالاستدعاء وحضور الأطراف قصد البث في نزاعات الشغل الجماعية.

⁵⁵⁹ بخلاف بعض التشريعات التي حرصت على جعل حضور المشغل لجلسة المصالحة إلزاميا أمام مفتش الشغل، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمادة 492 من مدونة الشغل الموريتانية.

الطرفين، يتوصل إليه عبر اتفاق نابع من قناعتهم المشتركة، مستخدما في ذلك كل وسائل الإقناع الممكنة المهنية والشخصية، تنطلق من بسط الجوانب التشريعية والتنظيمية وواجبات كل واحد من الأطراف والتزاماتهم، ليتلقى بعد ذلك اقتراحاتهم ويحاول تليينها بما يسمح به القانون، مبديا نصائحه لمحاولة تجاوز أسباب الخلاف، من خلال التنازلات المتبادلة بين الطرفين.

وعند انتهاء المهمة التصالحية، يعمل مفتش الشغل على تثبيت نتائج محاولة الصلح والاتفاق الذي توصل إليه الطرفان، سواء كان صلحا تاما أو جزئيا، في محضر يسلم لكل منهما نسخة منه ويحفظ بوحدة.

المبحث الثاني: آثار الصلح التمهيدي: نجاعته، معوقاته وآفاق إصلاح مقتضياته

يكتسي الصلح التمهيدي في المادة الاجتماعية، أهمية كبيرة، نظرا لدوره في فض الخصومات وتبديد النزاعات، والمساهمة في استقرار علاقة الشغل في المفاولة باعتباره أساس تقدمها وازدهارها.

وقد سبق التركيز على أن مفتش الشغل يمارس الصلح التمهيدي، بعدما تم الاعتراف له بهذا الاختصاص بمقتضى مدونة الشغل، خاصة وأنه كان يمارسه دون أي سند قانوني، وإن كان بعض الفقه⁵⁶⁰ اعترض على "تسميته بالصلح التمهيدي" معتبرا إياه، في حقيقة الأمر صلحا غير تمهيدي في صلبه، وإنما نهائي في أثره، مقترحا تسميته بالصلح الودي بدل الصلح التمهيدي.

وللوقوف على أهمية الصلح التمهيدي، باعتباره آلية فضلى، ووسيلة قانونية عملية، لتجنب المفاولة أسوأ عامل من عوامل عدم استقرارها، ألا وهو المناخ المتشنج الذي قد يعرقل مسيرتها، انطلاقا من كون الصلح التمهيدي، يعتبر بديلا تفاوضيا ووسيلة ودية لتسوية النزاعات الاجتماعية والخلافات القانونية بين الأجير ومشغله، يضطلع به مفتش الشغل، باعتباره أقرب جهاز للمفاولة وأقدر عنصر على تفهم مشاكلها وظروفها والرقى بها، ولجعل مسطرة الصلح آلية فعالة ووسيلة ناجعة لضمان استقرار علاقة الشغل، وفض منازعاتها بالطرق الودية والسلمية (المطلب الأول) نظرا لسهولة اللجوء إلى الصلح التمهيدي، وبساطة إجراءاته، بعيدا عن التعقيد، وطول مسطرة الفصل التي تطبع الأحكام والقرارات القضائية، التي أصبحت تأخذ بعين الاعتبار القوة الثبوتية لمحاضر مفتش الشغل، رغم الصعوبات والمعوقات التي تعترض ممارسته في هذا المجال، في أفق الرقي باختصاصاته إلى الآفاق الواسعة المأمول تحقيقها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فعالية ونجاعة الاختصاص التصالحي لمفتش الشغل

⁵⁶⁰ محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثاني، علاقات الشغل الفردية، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2007، ص 1368.



عمل جهاز تفتيش الشغل في المغرب - على غرار باقي التشريعات المقارنة- على تكريس دور الصلح التمهيدي لفض نزاعات الشغل، حتى قبل وجود سنده القانوني، حيث أضحي، في الوقت الحاضر ممارسة، أسست لترسيخ ثقافة تصالحية تنهل من ممارسات عملية أسندت مهمتها لمفتش الشغل، تقديرا للدور الذي يقوم به في هذا المجال، والذي عكس بشكل لا يدع مجالا للشك، مدى نجاح هذا الجهاز و نجاعته في تسوية نزاعات الشغل بالطرق الودية (الفقرة الأولى).

وهو ما جعل القضاء بدوره، ينتصر لهذه الآلية البديلة لإحلال الصلح الاجتماعي محل التشنج والنزاع في العلاقات الشغلية، من خلال اعتبار المحاضر المبرمة تحت إشراف مفتش الشغل، تحضى بقوة ثبوتية وحجية تجعل منه سنداً يؤازره في الفصل في الخلافات الاجتماعية التي تزعزع استقرار علاقة الشغل في المقابلة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى نجاعة الدور التصالحي الذي يضطلع به مفتش الشغل

إن نجاح محاولة الصلح التمهيدي رهينة بعدة عوامل مؤثرة، قانونية واجتماعية. قد تساهم في وصول مفتش الشغل إلى حل النزاع بين الأجير ومشغله بصورة ترضي الطرفين (أولاً)، إلا أنه من الملاحظ أن نجاح محاولة التصالح التي يقوم بها مفتش الشغل لا يحالفه التوفيق دائماً في إتمامها، مما يجعله يضطر إلى تحرير محضر في هذا الإطار (ثانياً).

أولاً: نجاح مسطرة الصلح التمهيدي

إن نجاح محاولة التصالح تعتمد أساساً على إرادة أطراف النزاع، واستعدادهم لتقديم التنازلات الكفيلة بإنهاء الصراع بينهما إلى جانب كفاءة وخبرة مفتش الشغل الرامية إلى إقناعهم بإنهاء الخلاف بينهم.

وقد ينجح مفتش الشغل في التأثير على المشغل وإقناعه بإرجاع الأجير إلى عمله، انطلاقاً من معطيات يقوم المفتش ببسطها أمام الطرفين، تبرر جدوى هذا الحل واستفادتهما منه، كإقناع المشغل بأهمية المبالغ الكبيرة التي يستحقها الأجير نظراً لأقدميته في الشغل، أو إقناع الأجير بأن هذه المبالغ كيف ما كانت قيمتها لا تعادل حفاظه على شغله واستقراره فيه.

فرغم التجاذبات الفقهية التي وجهت للاختصاص التصالحي لمفتش الشغل، فقد سطعت نجاعة الدور الذي يضطلع به هذا الأخير، في مجال تقريب وجهات النظر والدفع بالصلح التمهيدي

إلى تحقيق أهدافه، ولا أدل على ذلك من الإحصائيات السنوية حول نشاط جهاز تفتيش الشغل في مجال الصلح⁵⁶¹.

وإذا كان إرجاع الأجير إلى شغله، يطرح عمليا عدة إشكالات، إذ أن المشغل، كما أثبتت التجربة، يفضل أداء تعويضات تسريح الأجير بدل إرجاعه إلى عمله، وذلك راجع لعدة أسباب نفسية واجتماعية، خاصة منها ما يجعله يشعر بفقدان سلطته، وضياح هيبته في المقابلة، كما أن الحقد والضعينة التي قد يكنها للأجير في حالة إرجاعه إلى عمله، يجعله يلجأ إلى طرده مرة أخرى متهما إياه بارتكابه خطأ جسيما⁵⁶².

ومن تم، فإن فشل مفتش الشغل في إرجاع الأجير إلى شغله، لصعوبة تنفيذه قد يجعله يقوم بإقناع الأجير بالحصول على تعويضات التسريح المنصوص عليها وعلى أحكامها في مدونة الشغل⁵⁶³.

ويتم تحرير اتفاق بهذه التعويضات يوقع عليه المشغل والأجير إلى جانب توقيع مفتش الشغل، يتضمن وصلا يحدد بدقة التعويضات المستحقة للأجير، حيث تتم المصادقة عليه، وفي هذه الحالة، لا يمكن الطعن في الوصل إلا بالزور⁵⁶⁴.

ثانيا: فشل محاولة الصلح التمهيدي

إن مجرد عرض النزاع على مفتش الشغل، لا يعني دائما نجاح هذا الأخير في تسويته، بشكل ودي، وفض النزاع نهائيا، فقد يحصل في كثير من الأحيان أن لا تثمر محاولة التصالح أمام مفتش الشغل عن نجاح هذه المحاولة، لأسباب متعددة كتشبهت كل واحد من الطرفين بمطالبه إزاء الطرف الآخر، أو كما يحصل في بعض الأحيان، رفض المشغل الحضور لجلسة الصلح رغم توصله باستدعائه للمشاركة في هذه الجلسة، مما يؤدي إلى فشل محاولة الصلح التمهيدي، ولا يبقى أمام مفتش الشغل، إلا تحرير محضر عدم التصالح، يضمه كافة الأسباب ووقائع النزاع ودوافعه.

⁵⁶¹ تمكن جهاز تفتيش الشغل في المغرب، خلال سنة 2020، من معالجة 63235 نزاعا فرديا، مقابل تسوية 53134 نزاعا فرديا خلال سنة 2019، أي بتسجيل ارتفاع تقدر نسبته ب 19,01%.

كما تم إيجاد تسوية ل 74181 شكاية من أصل 145674، أي بنسبة تسوية بلغت 50,92%، إضافة إلى تمكن تدخلات أعوان تفتيش الشغل من استرجاع مبلغ 1.917.198.522,36 درهما لفائدة الأجراء المشتكين، وكذا إرجاع 5016 أجيرا مطرودا إلى مناصب عملهم.

⁵⁶² رشيد رفيقي، الصلح والتصالح في المادة الاجتماعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2010، ص 138.

⁵⁶³ وقد نصت مدونة الشغل وحددت مبالغاً في المواد التالية : الفقرة الثالثة من المادة 33، الفقرة السادسة من المادة 41، المادتين 51 و 53 من المدونة.

⁵⁶⁴ تنص المادة 41 على ضرورة تحرير الاتفاق الذي أنهى النزاع، ولكنها اشترطت فقط كتابة مبلغ التعويض في وصل. إلا أن المادة 532 من المدونة نصت على أنه "يحرر في شأن هذه المحاولات محضر يمضيه طرفا النزاع، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل. وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه".



وفي هذه الحالة، فإنه طبقا للفقرة السادسة من المادة 41 من مدونة الشغل، حيث نصت هذه الفقرة على أنه "في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة..."، مستعينا بالمحضر المحرر من طرف مفتش الشغل، والذي يعكس بتفصيل من جهة، أطوار النزاع ومواقف الطرفين منه، ونقط الخلاف بينهما، وهو ما يوفر على المحكمة من جهة أخرى، اقتصاد الوقت والبت بسرعة في النزاع، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على التعاون الحاصل بين مفتشية الشغل والقضاء الاجتماعي.

الفقرة الثانية: القوة الثبوتية للمحاضر المبرمة تحت إشراف مفتش الشغل

رسخ المشرع الاجتماعي المغربي صراحة القوة الثبوتية للمحاضر التي يبرمها مفتش الشغل، من خلال الفقرة الأولى من المادة 539 من مدونة الشغل والتي نصت على أنه «يقوم الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل، بمعاينة المخالفات المتعلقة بأحكام هذا القانون، والمقتضيات التنظيمية الصادرة بتطبيقه، وتثبيتها في محاضر يوثق بمضمونها، إلى أن يثبت عكس ما فيها»⁵⁶⁵. وبالرجوع إلى هذه الفقرة، نلمس بما لا يدع الشك، أن المشرع قد حاول الارتقاء بمحاضر مفتش الشغل إلى مرتبة محاضر الشرطة القضائية، من حيث حجيتها وقوة إثباتها.⁵⁶⁶ على أن ما يمكن ملاحظته، هو أن هذه المحاضر، إذا كانت تتمتع بالقوة الإبرائية، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 539 من مدونة الشغل المذكورة، فإن محاضر الصلح تتمتع بالقوة الثبوتية وتبقى في حدود المبالغ المبينة في هذه المحاضر، طبقا للفقرة الخامسة من المادة 532 من نفس المدونة، والتي نصت على أنه «يحرر في شأن هذه المحاولات محضر يمضيه طرفا النزاع، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل، وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه».

وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى قوة إبراء وحجية هذا المحضر، فهل قوته الإبرائية نسبية، بحيث يعتبر فقط وثيقة بسيطة بما تتضمنه من مبالغ؟ أم أنه وثيقة حاسمة تشكل ورقة لوقف النزاع بشكل جزئي؟.

للإجابة على هذا التساؤل، لابد من الأخذ بعين الاعتبار الفقرة الخامسة من المادة 41 من مدونة الشغل، التي نصت على أنه «يعتبر الاتفاق الذي تم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم»، إلى جانب الفقرة الرابعة من نفس المادة التي نصت على أنه «في حالة الحصول على تعويض، يوقع توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير والمشغل أو

⁵⁶⁵ وهو نفس موقف المشرع الفرنسي الذي ضمنه المادة 611.10 L من مدونة الشغل الفرنسية.

⁵⁶⁶ إدريس فجر، مفتشية الشغل: الاختصاصات والفعالية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 22، سنة 1994، ص 188.

من ينوب عنه، ويكون مصادقا على صحة إمضائه من طرف الجهة المختصة، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل». بمعنى أن التوصيل الذي يحرر بين الطرفين بشأنه الصلح، يصبح وثيقة حاسمة تقطع النزاع وتوقفه أمام المحاكم.

وهو ما يجعلنا نستخلص من خلال مقابلة المادة 41 التي استعملت مصطلح "التوصيل"، ما يفهم منه أن تحريره يكون من طرفي النزاع أو من أحدهما، وأن مفتش الشغل يقتصر دوره على التوقيع عليه بالعطف، والمادة 532 التي أوردت مصطلح "محضر" وهو ما يعني أن مفتش الشغل هو الذي يحرره ويوقع عليه بالعطف كما يوقع عليه الطرفان.

وبمعنى آخر فإن المادة 41 في فقرتها الخامسة، اعتبرت الصلح المبرم أمام مفتش الشغل نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم⁵⁶⁷، وبالمقابل نجد المادة 532 في فقرتها الرابعة، تعتبر أن محضر الصلح له قوة إبراء فقط في حدود المبالغ التي يتضمنها، أي أنه لا يؤدي إلى وقف الإدعاءات وقطع المطالبة بالحقوق التي كانت محلها له بصفة نهائية.

ومن ثم، فإنه يظهر لأول وهلة أن استقرار مضمون المادتين 41 و532 يشوبه بعض الغموض، إذ في الوقت الذي تجعل المادة 532 في فقرتها الرابعة محضر الصلح مجرد إبراء في حدود المبالغ المضمنة فيه، وهو ما يسمح للأجير بإمكانية المطالبة بمستحققاته، التي لم يستفد منها، برفع دعواه إلى القضاء للمطالبة بهاته الحقوق، نجد المادة 41 تعتبر الاتفاق الحاصل في إطار هذه المادة نهائيا وغير قابل للطعن، وهو ما أثار إشكالية التوفيق بين المادتين 41 و532 من مدونة الشغل.

وإذا كان بعض الفقه⁵⁶⁸ يرى أن مقابلة المادتين مع بعضهما توجي على أن هناك تضاربا، حول تفسيره بكون الفقرة الخامسة من المادة 41 تتعلق باتفاق الصلح الذي يحسم النزاع المرتبط بالفصل التعسفي، وهو الذي لا يجوز الطعن فيه، أما الفقرة الرابعة من المادة 532، ترتبط بمحاضر الصلح عموما ما عدا قضايا الفصل التعسفي، وهي محاضر يجوز الطعن فيها.

غير أن هذا التوضيح، تم انتقاده من طرف بعض الفقه⁵⁶⁹ الذي ذهب إلى ضرورة قراءة المادة 41 من مدونة الشغل قراءة شاملة، فرغم أنها نصت على حق الأجير الذي تم فصله تعسفيا في اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي، فهذا لا يعني أن هذه المسطرة مخصصة للطرد التعسفي

⁵⁶⁷ مع التأكيد على أن الأجير يمكنه رفع دعواه أمام المحكمة دون اللجوء إلى الصلح التمهيدي أمام مفتش الشغل استنادا إلى الفقرة الثالثة من المادة 41 من مدونة الشغل.

⁵⁶⁸ محمد أسبول، واقع الصلح في المادة الاجتماعية، دراسة نظرية وتطبيقية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2004/2005، ص 92.

⁵⁶⁹ محمد أوزيان، مسطرة الصلح في نزاعات الشغل الفردية على ضوء مدونة الشغل المغربية، مرجع سابق، الصفحة 115.



فقط، والدليل على ذلك -حسب هذا الفقه- أن المادة نفسها في فقرتها الثانية، نصت على أنه « لا يمكن للطرفين أن يتنازلا مقدما عن حقهما المحتمل في المطالبة بالتعويضات الناتجة عن إنهاء العقد سواء كان الإنهاء تعسفيا أم لا».

وفي هذا الصدد نجد بعض الاقتراحات⁵⁷⁰ التي ترمي إلى إزالة هذا التناقض وتحقيق تكامل بين المادتين فهناك من يقترح كحل لهذه الإشكالية، اعتبار الصلح التمهيدي نهائيا إذا كان يتضمن المستحقات الأجرية والمتمثلة في الأجر والتعويض عن العطلة السنوية والتعويض عن مهلة الإخطار ثم التعويض عن الفصل، ففي هذه الحالة تطبق مقتضيات المادة 41 من المدونة والتي تضي على الصلح الصفة النهائية.

أما إذا كان موضوع الصلح تعويضات أخرى فيكون الصلح قابلا للطعن ولا يمثل محضره إلا إبراء للمبالغ التي يتضمنها، وبالتالي نكون أمام مقتضيات المادة 532 من مدونة الشغل.

وكخلاصة، يتعين على المشرع الاجتماعي، لحسم هذا النقاش، وتجاوز هذا الغموض والتضارب الحاصل بين المادة 41 والمادة 532 من مدونة الشغل، النص صراحة على أن الصلح التمهيدي الذي تم إبرامه أمام العون المكلف بتفتيش الشغل، يعتبر نهائيا وغير قابل للطعن، إلا بالزور الفرعي، حتى يتم تفعيل هذه المقتضيات على أفضل وجه وترسيخ مصداقية جهاز التفتيش.

المطلب الثاني: حجية الصلح التمهيدي أمام القضاء وصعوبات مفتش الشغل في ممارسته، وآفاق إصلاح مقتضياته.

يعتبر المشرع الاجتماعي المغربي الصلح التمهيدي وسيلة اختيارية لتسوية نزاعات الشغل بين الأجير ومشغله استنادا للفقرة الثالثة من المادة 41 من مدونة الشغل التي نصت على أنه «يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبر تعسفيا اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي ...» وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على حرية الأجير في اللجوء إلى القضاء مباشرة دون سلوك مسطرة الصلح التمهيدي، كما يمكن له اللجوء إليه في حالة فشل الصلح التمهيدي.

وعليه، فإن القضاء الاجتماعي يظل الضمانة الرئيسية والأساسية لضمان حقوق ومستحقات الأجير في حالة تعرضه لكل ما من شأنه أن يمس هذه الحقوق والمستحقات، خاصة وأن القضاء ظل دائما المرجع والمصدر الرئيسي لحماية الأجير باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية، حتى قبل صدور مدونة الشغل. إذ ظل القضاء متمسكا بالصلح المدني استنادا

570 - يراجع بهذا الخصوص، خليهن ابن الحاج: مسطرة الصلح التمهيدي، أية حماية للأجراء؟، مجلة منازعات الأعمال، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.frssiwa.blogspot.com ، تم الاضطلاع عليه بتاريخ 14 غشت 2019 على الساعة الحادية عشرة ليلا.

لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود، قبل أن ينتصر إلى فرض هذه الحماية استنادا إلى مقتضيات مدونة الشغل بعد صدورها (الفقرة الأولى).

خاصة، بعد أن أظهرت التجربة والممارسة العديد من الثغرات القانونية والواقعية التي أصبحت تعيق ممارسة مفتش الشغل للصلح التمهيدي، والتي أصبحت تتعالى بشأنها أصوات هيئة التفتيش والمهتمين والممارسين من أجل تجاوزها وإصدار النصوص والمقتضيات الكفيلة بإصلاحها وتداركها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: توجهات ومواقف القضاء، بين الصلح المدني والصلح التمهيدي الاجتماعي

يظهر أن وصف الصلح المبرم أمام مفتش الشغل، بالصلح التمهيدي، دلالة على أن هذا الصلح يشكل مرحلة سابقة على لجوء الأجير إلى القضاء، استنادا إلى الفقرة الأخيرة من المادة 41 التي نصت على أنه «في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، التي لها أن تحكم في حالة ثبوت فصل الأجير تعسفيا، إما بإرجاع الأجير إلى شغله أو حصوله على تعويض».

وعليه، فإن القضاء يختص بالنظر في نزاعات الشغل، سواء تلك التي تمت إحالتها عليه مباشرة دون الاستعانة بمفتش الشغل لحلها، أو تلك التي فشل هذا الأخير في تسويتها، وينظر فيها استنادا إلى مقتضيات قانونية، والتي عرفت بعض التجاذبات، خاصة قبل صدور مدونة الشغل حيث كان القضاء يستند في فصله في الخلافات والنزاعات الاجتماعية على مقتضيات قانون الالتزامات والعقود (أولا) قبل أن ينتصر إلى إعمال مقتضيات ومبادئ مدونة الشغل بعد صدورها (ثانيا).

أولا: موقف القضاء المغربي من إعمال الصلح المدني في نزاعات الشغل الفردية

عمد القضاء في بداية الأمر، وفي كثير من قراراته وأحكامه⁵⁷¹ إلى تطبيق مقتضيات الصلح المدني، استنادا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، والفصل 1105 الذي يعتبر الصلح وسيلة لفض النزاع، وكذا الفصل 1106، الذي يقضي بعدم جواز التراجع عن الصلح ولو برضى الطرفين، رغم ما يميز علاقات الشغل الفردية من خصوصيات تقوم على اختلال التوازن في قوى طرفي عقد الشغل خلافا لخصائص ومميزات العلاقة التي تربط طرفي العقد في القانون المدني.

⁵⁷¹ للتوسع في هذا المجال يراجع عبد اللطيف خالفي : الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، رصد لمبادئ وقرارات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف 1968-1998، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص 40.



حيث اعتبر القضاء خلال هذه المرحلة، أن عقد الصلح الذي يبرمه الأجير مع مشغله، ينهى النزاع نهائياً، عملاً بالفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود. ولا يمكن اعتباره تنازلاً محظوراً من الأجير عن مستحققاته، كما لا يمكن الرجوع فيه، وفق أحكام الفصل 1106 من نفس القانون⁵⁷².

ومن تم، فإن القضاء المغربي خلال هذه الفترة، وبجميع مكوناته، أكد على مبدأ مشروعية الصلح المدني، وإن تعددت التعليقات التي اعتمدها للحسم في نزاعات الشغل الفردية، انطلاقاً من كون مقتضيات الصلح المنصوص عليها في الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، لم تنص على أي استثناء يخص القضايا الاجتماعية⁵⁷³.

وفي هذا الشأن يكون القضاء المغربي، قد سائر ما ذهب إليه القضاء الفرنسي. إلا أن ما يعيب عليه بعض الفقه⁵⁷⁴، أنه أكد على مشروعية الصلح المدني في نزاعات الشغل، دون حرصه على فرض الحماية القانونية للأجير، نظراً لخصوصيات ومميزات قانون الشغل عن القانون المدني. مما جعل القضاء المغربي، لم يحسم بعد في القطيعة النهائية مع القواعد المدنية الصرفة في المادة الاجتماعية، وحتى وإن اعتبرنا تكريس القضاء لمشروعية الصلح المدني في نزاعات الشغل الفردية، فإنه أصبح يجسد مبدأ يقضي بانفتاح الأطراف على وسائل بديلة لتسوية نزاعات الشغل، مما يؤكد ضرورة التأكيد على ترسيخ الطابع الحمائي لقانون الشغل، خاصة بعد صدور مدونة الشغل، التي قضت ببطالان الصلح المدني⁵⁷⁵، وإعادة تنظيم الصلح التمهيدي، كما سبق تفصيله.

⁵⁷² وهو التوجه الذي ظهر جلياً في عدة قرارات وأحكام قضائية، نذكر منها على سبيل المثال:

- قرار عدد 1006 صادر بتاريخ 2000/11/15 في الملف الاجتماعي عدد 2000/5/539 منشور بمجلة القصر عدد 11 ماي 2005، ص 205 وما بعدها.

- قرار بتاريخ 1993/4/5 في الملف الاجتماعي عدد 91/2392 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 76 و 77 لسنة 1997، ص 91.

- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1996/05/15 عدد 715 ملف اجتماعي عدد 8984 أوردته مليكة بنزاهير: الصلح والتحكيم لحل نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 148.

- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 6 فبراير 1998 في الملف الاجتماعي 08/9815 منشور بمجلة الإشعاع عدد 19 يونيو 1999، ص 128 وما بعدها.

⁵⁷³ حنان أعياض، الصلح في نزاعات الشغل الفردية في ظل قانون الشغل المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش السنة الجامعية 2010/2009، ص 33 وما بعدها.

⁵⁷⁴ عبد اللطيف خالفي، استقلالية قانون الشغل بين الواقع والطموح، مجلة المرافعة، عدد 2 و 3 ماي 1993، ص 39.

⁵⁷⁵ للمزيد من التفصيل يراجع، حنان أعياض: الصلح في نزاعات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

ثانياً: موقف القضاء المغربي من الصلح التمهيدي بعد صدور مدونة الشغل

أما بخصوص موقف القضاء من حجية الصلح الذي تم إبرامه بإشراف من مفتش الشغل قبل صدور مدونة الشغل، فإنه يلاحظ أن المحاكم كانت تأخذ بهذا الصلح على سبيل الاستئناس فقط، بل أن بعض المحاكم ذهبت إلى رفضه⁵⁷⁶. إلا أنه بعد صدور مدونة الشغل، استقر موقف القضاء على اعتماد محاضر الصلح المحررة من طرف مفتش الشغل، مرسخاً بذلك الممارسة التي كان يقوم بها أعوان تفتيش الشغل بدون أي سند قانوني، حيث لم تكن مقتضيات ظهير 2 يوليوز 1947 ولا ظهير 24 أبريل 1973 تنص على مهام التصالح التي أفرزها واقع الممارسة، وكرستها بعد ذلك مدونة الشغل التي مهدت الطريق أمام القضاء الذي أصبح يفعل مقتضيات المادتين 41 و 532 على مستوى العمل القضائي⁵⁷⁷.

وهو ما جعل موقف القضاء يعرف تحولاً كبيراً، بخصوص مشروعية وصحة الصلح المبرم تحت إشراف مفتش الشغل، وعلى جميع مستويات القضاء.

فعلى مستوى المحاكم الابتدائية :

ذهبت على سبيل المثال المحكمة الابتدائية بسطات⁵⁷⁸ في حكم صادر لها، على أنه «بالرجوع إلى محضر الاتفاق المؤرخ في 2010/2/17 والذي حصل بمقتضاه الأجير على مبلغ 410599.44 درهم، نجده يتضمن كافة الشروط الشكلية التي تطلبها المادة 41 من مدونة الشغل، معتبرة أن هذا الاتفاق في نفس الوقت "توصيلاً باستلام مبلغ التعويض".

كما ذهبت ابتدائية وجدة في نفس الاتجاه، حيث قضت بأنه «وحيث أن المدعي الأصلي، وحتى يصل إلى مبتغاه وافق المنوب عنه لدى مفتش الشغل، الذي أنجز ملخصاً مؤرخاً في 2004/09/15 والذي يثبت منه توصيل المدعي عليه بمبلغ 15000 درهم بواسطة شيك.

وحيث أن المدعي الأصلي لا ينكر ذلك بمحضر الضابطة القضائية... كما لا ينكر الصلح النهائي وتوصله بكافة حقوقه، وحيث إنه وما يؤكد سوء نية المدعي الأصلي في التقاضي، كونه

⁵⁷⁶ حكم صادر عن ابتدائية المحمدية ملف اجتماعي عدد 35/85 بتاريخ 1986/6/18 أورده محمد أسبول : واقع الصلح في المادة الاجتماعية، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

⁵⁷⁷ يامنة حركات، الصلح بين مفتشية الشغل والقضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2008-2009، ص 34 وما بعدها.

⁵⁷⁸ حكم صادر عن ابتدائية سطات بتاريخ 2010/6/21 في الملف الاجتماعي عدد 13/10/549 غير منشور وأوردته حفصة الباهلي: «دور جهاز تفتيش الشغل في استقرار العلاقة المهنية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال جامعة الحسن الثاني، المحمدية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2011-2012، ص.ص. 84-85.



توصل بالتعويض أمام مفتش الشغل بواسطة شيك وأبرم الاتفاق بمقتضى المادة 41 من القانون 99-65 المتعلق بمدونة الشغل الذي لا يقبل الطعن في الصلح أمام المحاكم⁵⁷⁹.

وهو نفس التوجه الذي سلكته مختلف المحاكم الابتدائية بالدار البيضاء⁵⁸⁰.

أما بخصوص قرارات محاكم الاستئناف⁵⁸¹، فيمكن إجمال مضمون قراراتها المتعلقة بقوة وحجية محاضر الصلح المبرمة بإشراف مفتش الشغل، فعلى سبيل المثال، قضت محكمة الاستئناف بالرباط، في قرارها رقم 14 صادر في الملف الاجتماعي عدد 17/7/836 بتاريخ 15/1/8، والذي جاء فيه «وحيث بالإطلاع على الوثائق المدلى بها، وخاصة محضر الصلح التمهيدي المبرم بين المستأنف عليه والمشغلة بتاريخ 15/12/6، يتضح أنه تم وفق المادة 41 من مدونة الشغل وهو الصلح التمهيدي، ولا حق للمستأنف عليه في الطعن فيه أمام المحكمة....».

وهو نفس التوجه الذي رسخه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، حيث جاء في قراراته على سبيل المثال :

"تبقى التعويضات التي توصل بها الأجير وكذا المدة المعتمدة في احتسابها غير قابلة للرجوع فيها مادامت قد تحصلت بموجب الاتفاق الذي تم في إطار مسطرة الصلح التمهيدي، وهو الاتفاق الذي يعتبر بصريح مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم...."⁵⁸².

أما في قرار آخر فقد تضمن "في حالة الحصول على تعويض في إطار مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل، يوقع توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير والمشغل أو من ينوب عنه ويكون مصادقا على صحة إمضائه من طرف الجهة المختصة ويوقعه بالعطف العون المكلف بالتشغيل، وأن الاتفاق الذي يتم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي يعتبر نهائيا وغير قابل لأي طعن أمام المحاكم، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت أن مطالبة الطاعن بالتعويضات الناتجة عن تنفيذ عقد العمل غير مؤسوسة لاستيفاء الاتفاق المبرم بين الطرفين

⁵⁷⁹ حكم ابتدائية وجدة رقم 6/1240 بتاريخ 2006/9/27 ملف عدد 04/419 غير منشور.

⁵⁸⁰ على سبيل المثال:

- حكم ابتدائية الدار البيضاء رقم 532 بتاريخ 2006/1/18 ملف اجتماعي عدد 05/7281 غير منشور. - حكم ابتدائية الدار البيضاء رقم 3603 بتاريخ 2006/4/19 ملف اجتماعي عدد 05/9324 غير منشور.

- حكم ابتدائية الدار البيضاء رقم 1459 بتاريخ 2006/11/16 ملف اجتماعي عدد 05/878/11 غير منشور.

⁵⁸¹ انظر كذلك قرار آخر لمحكمة الاستئناف بنفس المدينة عدد 15/6/878 بتاريخ 07/2/27 غير منشور وأوردته يامنة حركات: الصلح بين مفتشية الشغل والقضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 35.

⁵⁸² - قرار عدد 780 الصادر بتاريخ 9 يونيو 2011 بالملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/102، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 75، سنة 2012.

للشروط المنصوص عليها في المادة 41 أعلاه، تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً وعللت قرارها تعليلاً كافياً.⁵⁸³

وخلاصة القول، فإن القضاء انتهى إلى مشروعية وصحة الصلح المبرم تحت إشراف مفتش الشغل. وعليه، يعتبر عدم تنفيذ المشغل لهذا الصلح بمثابة تراجع عنه، يهدف من خلاله التملص من أداء التعويضات المستحقة للأجير أو إرجاعه إلى عمله. ومن ثم، مكن القضاء الأجير من الطعن في هذا الصلح، خاصة وأن القاضي غير ملزم بنتائج المحاولة التوفيقية، استناداً إلى مبدأ استقلال القضاء والسلطة التقديرية المخولة له⁵⁸⁴، خاصة وأن المحاضر المنجزة أمام مفتش الشغل والمتضمنة لتراجع المشغل عن تنفيذها أو فشل المحاولة التصالحية كلياً أو جزئياً، قد تشكل أرضية تساعد المحكمة على الإطلاع على مضمون النزاع، وملابساته وموقف كل طرف منه، إضافة إلى حسن أو سوء نية هذا الطرف أو ذاك.⁵⁸⁵

وهو ما أكدته محكمة الاستئناف حينما اعتبرت أن محضر عدم التصالح يعد بمثابة حجة لإثبات صفة أطراف النزاع، ودفوعاتهم، ووقائع النزاع⁵⁸⁶.

الفقرة الثانية: صعوبات ومعوقات ممارسة مفتش الشغل للصلح التمهيدي، وآفاق إصلاح مقتضياته.

سبقت الإشارة، إلى أن تدخل مفتش الشغل، لحل نزاعات الشغل الفردية بين الأجير ومشغله، يعتبر واقعاً فرضته الممارسة اليومية، حتى قبل صدور مدونة الشغل، وذلك لتحقيق نوع من الحماية الاجتماعية للطرف الضعيف في علاقة الشغل، نظراً لطبيعة وتعارض المصالح والمواجهة بين طرفي العلاقة الشغلية.

ولترسيخ هذه الحماية وتجنب كل ما يمس بكرامة وحقوق الأجير، سعى المشرع الاجتماعي المغربي، إلى إقرار آلية الصلح التمهيدي كوسيلة أسندت ممارستها للعون المكلف بتفتيش الشغل، لتحقيق أهدافها الرامية إلى التقليل من حدة المنازعات، من خلال سرعة وبساطة مسطرة

⁵⁸³ - قرار عدد 707، صادر بتاريخ 07 ماي 2019، بالملف الاجتماعي عدد 2019/1/5/483. منشور بنشرة قرارات محكمة النقض-الغرفة الاجتماعية، العدد 43، سنة 2021.

⁵⁸⁴ محمد فؤاد العلوي، "مفتشية الشغل والنزاعات الجماعية والفردية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، الرباط، السنة الجامعية 1985-1986، ص 59.

⁵⁸⁵ محمد الكشور، نظام تفتيش الشغل الواقع الحالي وآفاق المستقبل، مرجع سابق، الصفحة 68.

⁵⁸⁶ قرار صادر بتاريخ 2008/3/4 في الملف الاجتماعي عدد 15/06/697 غير منشور أوردته يامنة حركات : الصلح بين مفتشية الشغل والقضاء، مرجع سابق، الصفحة 33.



الصلح التمهيدي، إلى جانب التخفيف على القضاء الذي يتميز ببطء مساطر وتعقيد إجراءاتها، في حل هذه النزاعات الاجتماعية.

إلا أن مهمة مفتش الشغل في هذا المجال، لم تكن دائما بالمهمة السهلة، فقد أثبتت التجربة، وأفرزت الممارسة العديد من المعوقات القانونية والصعوبات المادية، التي تعترض مهمته النبيلة، وتحد من نجاعتها وفعاليتها (أولا) مما استدعي ضرورة إعادة النظر في الثغرات والقصور الذي يضعف مهمته والإكراهات التي تحد من هذه النجاعة والفعالية، للرفي بمهمته التصالحية، من خلال تجويد المقتضيات القانونية، التي تنظم مهمته التصالحية، وتحسين وضعيته المعنوية والمادية (ثانيا).

أولا: الصعوبات التي تعيق الدور التصالحي لمفتش الشغل

لعل ما يمكن ملاحظته وهو أنه، إذا كانت أغلب الصعوبات التي تعيق دور مفتش الشغل في القيام بمهامه التصالحية بين طرفي النزاع، قبل صدور مدونة الشغل، تكمن في غياب السند القانوني الذي يمكنه من التدخل بصفة رسمية لحل هذه النزاعات، كما سبق تفصيله، فإنه في ظل مدونة الشغل، التي حاولت إرساء الأرضية القانونية والسند التنظيمي لهذا التدخل، فإن مفتش الشغل لازال يجد نفسه في كثير من الأحيان، أمام صعوبات تعيق مهمته وتحول دون تفعيل دوره التصالحي.

وتعود أهم الصعوبات التي تعترض مهمته التصالحية، إلى تنوع المهام المنوطة به وتعددتها، خاصة في ظل النقص الخطير الذي تعرفه الموارد البشرية لهذه الفئة، والتي يتعين عليها التوفيق بين المهام الإدارية والقانونية والتقنية والبيداغوجية، حيث يصعب على مفتش الشغل أن يوفق بين هذه المهام ويبدع في إنجازها على أكمل وجه⁵⁸⁷، تحقيقا للسلمين الاجتماعي والاقتصادي. حيث، أنه بخصوص جانب التكوين والتأهيل، فإن أغلب الممارسين⁵⁸⁸ يسجلون انعكاسات التطورات التقنية والتكنولوجية على مهام مفتش الشغل، التي أصبحت لا تتلاءم والتكوين المعرفي المتاح لهم من طرف الجامعة المغربية، خاصة إذا ما أضفنا إلى ذلك، الفرق الشاسع بين التكوين النظري في الجامعة ومتطلبات الممارسة التطبيقية لمهام مفتش الشغل، مما يوسع الثغرة بين

⁵⁸⁷ سعيد لمانني، مفتشية الشغل الحصيلية والآفاق، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 22 سنة 1994، ص 209.

⁵⁸⁸ سعيد لمانني، مفتشية الشغل الحصيلية والآفاق، المرجع السابق، الصفحة 209.

التكوين النظري والمتطلبات العلمية والعملية والتطبيقية، أي بين مؤهلاته وخبراته المعرفية والتطور المتسارع للواقع التقني والاقتصادي للمقابلة⁵⁸⁹.

إلا أن ما يمكن أن يحبط المهام المنوطة بهيئة تفتيش الشغل هو الحجية أو القوة الثبوتية، لمحاضر مفتش الشغل، أمام القضاء، إذ أثبتت التجربة والممارسة، أن هذا الأخير يعتبر هذه المحاضر مجرد بيانات عادية لا ترقى إلى القوة الثبوتية والحجية المأمولة⁵⁹⁰.

ثانيا: آفاق تجويد وتنفيذ الدور التصالحي لمفتش الشغل

إن الواقع الذي تعرفه مفتشية الشغل بصفة عامة، والمهام المسندة إليها في مجال الصلح التمهيدي كآلية لحل النزاعات الشغلية بالطرق الودية، والتي من شأنها خلق الثقة بين الفاعلين في المقابلة، يصطدم بواقع صعب على جميع المستويات، وخاصة الصعوبات والإكراهات التي تحد من دور هذا الجهاز، الذي لا محيد عنه للتخفيف من الصراعات الاجتماعية، واستقرار علاقة الشغل في المقابلة من جهة، إلى جانب التخفيف على القضاء من كثرة الملفات الاجتماعية المتركمة في المحاكم، وهو ما ينتج عنه طول الإجراءات القضائية وبطء الحسم فيها.

ومن ثم، كان لا بد من تدخل إيجابي لإصلاح هذا الجهاز، حتى يتمكن من أداء الدور المطلوب منه على أحسن وجه، والرقى بمهمته التصالحية، لتكون في مستوى جسامه التحديات المنوطة به، وخاصة ضمان استقرار علاقة الشغل في المقابلة، والحفاظ على التوازن المختل بين الأجير الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية، ومشغله، خاصة وأن التحديات المنوطة بمفتش الشغل، تعرف العديد من الثغرات والقصور، نتعرض لبعضها:

1- القصور الملاحظ في الإمكانيات المادية والبشرية.

إن من بين الصعوبات التي تعيق مهام مفتش الشغل، يمكن من خلالها رصد ضعف التجهيزات وأدوات العمل، وعلى رأسها وسائل التنقل التي لا محيد عنها لقيام مفتش الشغل بالتنقلات الضرورية لإنجاز مهامه الرقابية. إضافة إلى الأجهزة المعلوماتية والمكاتب المناسبة، والتي من شأنها رد الاعتبار لجهاز مفتشي الشغل، وإشعاره بأهم الدور الذي يقوم به والمحافظة على هيئته، كإطار يقوم بمهام سامية، تساهم بطريقة غير مباشرة في تقدم البلاد، وترسيخ مكانتها اجتماعيا واقتصاديا.

⁵⁸⁹ Karim MARIAMI, Statut, sous effectif, formation , Pourquoi les inspecteurs du travail inaugurent

l'application du code par une grève? Libération n° 4124, 3 Juin 2004.

⁵⁹⁰ نادية المصمودي : الصلح والتصالح في نزاعات الشغل في إطار مدونة الشغل المغربية -دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2010-2011، ص 95 وما بعدها.



أما بخصوص قصور الموارد البشرية، يلاحظ أن عدد الأطر العاملة بجهاز تفتيش الشغل لا ينسجم وجسامة المهام المنوطة بهم، قصد تمكينهم من ممارسة الوساطة على افضل وجه، حيث يلاحظ أن عدد مفتش الشغل على المستوى الوطني لا يرقى إلى حجم المهام المنوطة بهم، مقارنة مع أعداد وحجم اليد العاملة في المقاولات المغربية⁵⁹¹، مما يؤثر بشكل سلبي على فعالية وكفاءة هذا الجهاز ويضعف جودة أدائه.

وهذا القصور لن تتم معالجته وتجاوز سلبياته إلا من خلال الزيادة في عدد الأطر لمواكبة اتساع وانتشار النسيج الاقتصادي المغربي من جهة، والتزايد في مختلف المهام المنوطة بهؤلاء الأطر من جهة ثانية، من خلال خلق مناصب مالية سنوية تستجيب لضرورة المهام المنوطة بجهاز تفتيش الشغل.

2- ثغرات تكوين وإعادة تكوين أطر جهاز تفتيش الشغل.

إضافة إلى القصور المادي والبشري، فإن جهاز تفتيش الشغل يشكو من ضعف التأهيل وإعادة التكوين، خاصة وأن تكوينهم الجامعي النظري المحض والمحدود يظل قاصرا على إلمامهم بدقة بمقتضيات قانون الشغل، وخاصة الجوانب التقنية والعملية، التي لا يستقيم تطبيقه إلا بهذه الجوانب التي يتعين ملاحقتها والتعمق في اكتسابها، في معاهد متخصصة، وإضافة علوم مساعدة، خاصة علم الاجتماع، وعلم النفس، وعلم الاقتصاد، التي تشكل الأرضية المعرفية لإنجاح الدور التصالحي الذي يتعين على مفتش الشغل التفوق في تحقيقه، باعتبارها علوما أساسية للرفع من مستوى أدائه ومهنيته، وتجعل منه فاعلا قويا ومؤثرا في استقرار علاقة الشغل، باعتباره أحد الروافد الأساسية لنماء المقاوله وتطورها وازدهارها.

3- إعادة النظر في تقسيم المهام المنوطة بمفتش الشغل.

لتجاوز إشكالية الجمع بين مهمني مراقبة مفتش الشغل لتطبيق مقتضيات ونصوص قانون الشغل في المقاوله، وممارسته لمهمة الصلح التمهيدي في النزاعات التي تنشب بين الأجير ومشغله، رغم بعض الانتقادات الفقهية التي ذهبت إلى أن هناك تعارض بين المهمتين، فإننا، وإن كنا لا نشكك في صعوبة الجمع بين المهمتين، نؤيد بكل قوة، إسناد مهمة التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية والجماعية لمفتش الشغل، نظرا للأسباب والدوافع التي سبق تفصيلها وخاصة، كونه العنصر الأقرب إلى المقاوله وأطرافها والأقدر على تفهم مشاكلها الاقتصادية والاجتماعية والأكثر اطلاعا على ظروف العمل والعمال فيها.

⁵⁹¹ إذ أن عدد مفتشي الشغل في المغرب، لم يتعد حوالي 594 مفتشا أواخر سنة 2022، منها 544 مفتش الشغل بالمصالح الخارجية، و50 مفتشي الشغل بالمصالح المركزية.

وتكريسا لهذا الدور المحوري في استقرار علاقات الشغل في المؤسسة، نقترح تجاوزا لهذا القصور، اللجوء إلى تقسيم هيئة المفتشين، إلى هيئة تمارس الرقابة على تطبيق نصوص ومقتضيات قانون الشغل، تكون مهمتها زيارات الوحدات الإنتاجية، والسهر على حسن تطبيق قانون الشغل بها، وهيئة أخرى تتولى مهمة النظر في نزاعات وخلافات أطراف العلاقة الشغلية وتسويتها بالطرق الودية، من خلال التوفيق بينهما، استنادا إلى إستراتيجية محكمة، وتدير معقلن.

4- تجويد الإطار القانوني لمفتش الشغل.

وذلك من خلال إقرار نصوص قانونية زجرية رادعة، لكل مخالفة للمقتضيات القانونية المتعلقة بالمهمة التصالحية التي يقوم بها مفتش الشغل.

إضافة إلى الإسراع بإخراج القوانين الأساسية المتعلقة بآليات تكريس تأهيل وإعادة تأهيل المفتشين، والمؤسسات الرامية لتحقيق هذا الهدف، كما هو الشأن بإعادة النظر في التخصصات التي يعمل المعهد الوطني للشغل والاحتياط الاجتماعي على توفيرها، وخاصة تلك التي تساعد على رفع كفاءة وترسيخ تجربة ومؤهلات هؤلاء، بتكوين يلائم التطورات التقنية والتكنولوجية التي أصبحت توظفها المقاول، وينسجم مع مقتضياتها الاقتصادية التي يتعين على جهاز التفتيش الإلمام بها حتى يسهل عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها.

إن اقتراحنا ينصب أساسا كذلك، على دور المعهد العالي للقضاء، لفتح تخصصات لمفتشي الشغل، لتعميق معارفهم والرفع من مستواهم التقني، والقانوني، بخصوص الأدوار المسندة إليهم، بشكل صحيح وكامل، بهدف تقوية ملكاتهم الفنية وترسيخ كفاءتهم وتجاربهم.

5- تحسين الوضعية المادية لمفتشي الشغل.

ذلك أن المسؤولية الملقاة على عاتقهم، تستلزم ضرورة اطمئنان المفتش على حياته المعيشية، ومتطلبات عيشه الكريم، بعيدا عن كل ما من شأنه أن يجعله عرضة للمساومة والابتزاز.

إلا أن تحسين الوضعية المادية لمفتشي الشغل، لن تكتمل إلا بتحسين الوضعية العديدة لعناصرهم، من خلال تزويد مختلف مصالحهم، بالعدد الكافي من المفتشين، والأطر الإدارية والتقنية حتى يتمكنوا من الاستجابة لمتطلبات وإكراهات المهام المتعددة المنوطة بهم⁵⁹².

⁵⁹² للمزيد من التفصيل بخصوص الموضوع يراجع، نادية أكاو : مفتشية الشغل كهيئة متدخلة في علاقة الشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2007-2006، ص 111.



6- إحداث مجلس وطني لمفتشي الشغل.

على غرار ما هو موجود في فرنسا، يحمل على عاتقه دراسة وتتبع نظام التفتيش من حيث ملاءمة قوانينه وتشريعاته مع الواقع المتسارع والمتطور للمقاول، والاهتمام بتحسين الأوضاع المالية والمعنوية، ورصد المشاكل المطروحة لجهاز مفتشي الشغل ومسايرة التحولات التي يعرفها الوسط المهني.

7- تخويل مفتشي الشغل الصفة الضبطية على غرار ضباط الشرطة القضائية.

إلا أن هذه الإصلاحات لن تكون كافية إلا من خلال تكريس الحماية القانونية للمحاضر المبرمة من طرف مفتشي الشغل، بإعطائها قوة ثبوتية وحجية نهائية غير قابلة للطعن. شأنها شأن المحاضر المنجزة من طرف ضباط الشرطة القضائية، والتي تقوم على حجية قوية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، إلا بالطعن فيها بواسطة دعوى الزور⁵⁹³.

هذه إذن بعض المقترحات التي ترمي إلى ترسيخ الفعالية والنجاعة اللازمين لتمكين هيئة تفتيش الشغل من القيام بالمهام التصالحية، باعتبارها آلية قانونية من الآليات البديلة لحل نزاعات الشغل بالطرق الودية، إلى جانب مهامها الرقابية على أفضل وجه.



⁵⁹³ للتوسع في الموضوع يراجع، عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية، مرجع سابق، الصفحة 163.

"الوسائل البديلة لحل نزاعات الشغل الجماعية"

Alternative means of resolving collective labor conflicts

Houda LAMKHALKHAL

PHD in law

Mohammed V University – Rabat, Faculty of

Juridical Sciences, Economics

and Social – Souissi

Houda.lamkhalkhal@gmail.com

هوى لمخلخل 

دكتورة في الحقوق

جامعة محمد الخامس - الرباط،

كلية العلوم القانونية والإقتصادية

والإجتماعية - السويسي

ملخص

تتناول هذه المقالة الوسائل البديلة لحل نزاعات الشغل الجماعية، والتي نظمها المشرع في إطار المادة 550 من مدونة الشغل من خلال كل من مسطرة المصالحة والتحكيم.

وتكمن أهمية هذه الآليات في الضمانات التي توفرها لأطراف النزاع بما تتيحه من نجاعة وفعالية في حل النزاع، ولما تتميز به من مرونة وقلة التكاليف والسرعة في إجراءاته.

من هنا سنتناول دور كل من مفتشية الشغل وكذا مؤسسة التحكيم في حل نزاعات الشغل الجماعية.

الكلمات المفتاحية: مدونة الشغل، نزاعات الشغل الجماعية، المصالحة، التحكيم، مفتش الشغل، المشغل، الأجراء.

ABSTRACT:

This article discusses alternative means of resolving collective labor conflicts, which the legislator has regulated in article 550 of the Labor Code, through conciliation and arbitration procedures.

these mechanisms provide efficiency and flexibility in conflict resolution, as well as the speed of their procedures.

From there, we will discuss the role of the Labor Inspectorate, and the arbitration institution in the resolution of collective labor conflicts.

Keywords: Labor Code, collective labor conflicts, conciliation, arbitration, labor inspector, employer, employees.

تقديم

يعتبر الأمن القانوني أهم مرتكزات دولة القانون والمؤسسات، ومن مقومات التنمية الاقتصادية والاجتماعية ببلادنا. ويقوم على عدة أسس من أهمها، وضوح القاعدة القانونية وضمان التطبيق السليم لها، بشكل يحمي المراكز القانونية للأفراد، ولعل من أهم تطبيقاتها الحماية القانونية للأجراء.



وباعتبار الأجير الحلقة الأضعف في علاقة الشغل، فقد خصه المشرع بمجموعة من الوسائل القانونية لحماية مركزه القانوني، فإلى جانب مقتضيات مدونة الشغل التي تنظم العلاقة الشغلية بينه وبين المشغل، خصه كذلك بوسائل بديلة لحل ما قد ينشأ من نزاع بينه وبين هذا الأخير، قبل اللجوء إلى المؤسسة القضائية.

وهذا ما نستقرأه من خلال المادة 550 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل التي تنص على أنه "تسوى نزاعات الشغل الجماعية وفق مسطرة التصالح والتحكيم المنصوص عليها في هذا الشأن".⁵⁹⁴

من هنا نسائل عن دور كل من مفتشية الشغل وآلية التحكيم في حل نزاعات الشغل الجماعية؟ كما يسوغ لنا التساؤل عن إمكانات وحسنات هذه المساطر ودورها في حماية المراكز القانونية لأطراف النزاع الجماعي للشغل؟ وهو ما سنحاول الإجابة من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: دور مفتشية الشغل في حل نزاعات الشغل الجماعية المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لحل نزاعات الشغل الجماعية

المطلب الأول: دور مفتشية الشغل في حل نزاعات الشغل الجماعية

تعتبر نزاعات الشغل الجماعية من أصعب النزاعات التي تعرفها علاقات الشغل، الأمر الذي يفرض التعامل معها بحذر ومرونة تفاديا لما يمكن أن يترتب عنها من انعكاسات سلبية على أطراف العلاقة الإنتاجية.⁵⁹⁵

ولقد عرفها المشرع المغربي من خلال المادة 549 على أنها: «كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل، والتي يكون أحد أطرافها منظمة نقابية للأجراء أو جماعة من الأجراء، ويكون هدفها الدفاع عن مصالح جماعية، مهنية، لهؤلاء الأجراء».

كما تعد نزاعات الشغل الجماعية كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل والتي يكون أحد أطرافها مشغل واحد، أو عدة مشغلين، أو منظمة مهنية للمشغلين، ويكون هدفها الدفاع عن مصالح المشغل أو المشغلين أو المنظمة المهنية للمشغلين المعنيين».⁵⁹⁶

594 - المادة 550 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 13 شوال 1424 (8 ديسمبر 2003)، ص 3969.

595 - ليلي بل العافية، "جانب المرونة في علاقات الشغل وفق مدونة الشغل"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون المفاوضة، جامعة محمد الخامس أقاليم السنة الجامعية 2007-2008، ص 100.

596 - المادة 549 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

هذا وبالنظر إلى العراقيل المرتبطة بمعالجة هذه النزاعات أمام القضاء، و السلبيات التي تطرحها من الناحية الإقتصادية والإجتماعية، كان لزاماً على المشرع إيجاد آليات بديلة لحل هذه النزاعات بشكل يضمن النجاعة والفعالية، مع السرعة و الحفاظ على مصالح العلاقة الشغلية، وذلك من خلال مؤسسة الصلح.

ولقد نظم المشرع محاولة التصالح على مستوى مفتشية الشغل من خلال المادة 551 من مدونة الشغل، وباستقراء هذه المادة نجده نظم المصالحة على عدة مستويات وأمام عدة هيئات. وهكذا، فحسب حجم النزاع فإن مهمة المصالحة تسند إما إلى المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم، أو العون المكلف بتفتيش الشغل، أو أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، أو اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة حسب الأحوال.

الفقرة الأولى: مسطرة الصلح أمام المندوب المكلف بالشغل أو العون المكلف بتفتيش الشغل

حسب المادة 552 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، إذا كان الخلاف الجماعي يهم مقالة واحدة، فإن محاولة التصالح تجري أمام العون المكلف بتفتيش الشغل، أما إذا كان الخلاف الجماعي يهم أكثر من مقالة، فإن محاولة التصالح تجري أمام المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم.

ولعل من مبررات تدخل مفتش الشغل في تسوية نزاعات الشغل الجماعية في هذا الإطار هي الخصائص التي يتميز بها مفتشو الشغل واحتكاكهم اليومي بالأجراء ومشاكلهم، وهو ما يؤهلهم أكثر للوقوف على ماهية النزاع.⁵⁹⁷

هذا ويتم الشروع في محاولة التصالح، إما بمبادرة من الطرف الراغب فيه وذلك بمقال يحدد فيه نقط الخلاف، أو بمبادرة من المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم، أو من العون المكلف بتفتيش الشغل في المقابلة حسب الأحوال.⁵⁹⁸

وتتبع أمام المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم والعون المكلف بتفتيش الشغل ذات المسطرة المنصوص عليها في المواد 558 و 559 و 560 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل،⁵⁹⁹ وتنص هذه المسطرة على استدعاء أطراف النزاع بواسطة برقية في أجل لا يتعدى

597- صباح كوتو، "مفتشية الشغل ودورها في ضمان الحماية العمالية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة البحث والتكوين في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية الدار البيضاء السنة الجامعية 2004 - 2003، ص 273.

598- المادة 553 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

599- المادة 554 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

ثمانية وأربعين ساعة من تاريخ رفع النزاع الجماعي، ويتعين على الأطراف ، أن يمثلوا شخصيا أمام المندوب المكلف بالشغل أو العون المكلف بتفتيش الشغل، أو أن ينيبوا عنهم شخصا مؤهلا لإبرام اتفاق التصالح إذا حال دون حضورهم سبب قاهر، أما إذا كان طرف النزاع شخص اعتباري فيتعين عليه أن يتدب عنه ممثلا قانونيا له صلاحية إبرام اتفاق التصالح، وفي جميع الأحوال يمكن لأي طرف أن يكون مؤازرا بعضو من النقابة، أو المنظمة المهنية التي ينتهي إليها، أو بمندوب للأجراء.

كما يحق لكل طرف من أطراف النزاع أن يتقدم بمذكرة كتابية تتضمن ما لديه من ملاحظات إلى المندوب المكلف بالشغل أو العون المكلف بتفتيش الشغل حسب الأحوال، ويجب على هذا الأخير أن يبلغ نسخة منها إلى الطرف الآخر في النزاع، كما يجب أن يسعا إلى بذل جهده لتسوية النزاع بغية التوصل إلى اتفاق بين الأطراف، وذلك داخل أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ رفع النزاع إليه.

ويحرر المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم، أو العون المكلف بتفتيش الشغل حسب الأحوال، في ختام جلسات الصلح محضرا يتضمن ما توصل إليه الأطراف من اتفاق كلي أو جزئي إذا ما تمت المصالحة بنجاح أو عدم التصالح في حالة فشلها، أو يشار فيه إلى عدم حضور الأطراف. ويوقع المحضر من قبل المندوب المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم، أو العون المكلف بتفتيش الشغل، وكذا الأطراف المعنية، وتسلم لهم نسخة منه أو تبلغ إليهم عند الاقتضاء.⁶⁰⁰

ولقد حددت المادة 556 مآل المصالحة التي لم تسفر عن أي اتفاق، إذ يتم في هذه الحالة رفع النزاع من قبل المندوب الإقليمي المكلف بالشغل لدى العمالة أو الإقليم، أو العون المكلف بتفتيش الشغل حسب الأحوال أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، وذلك في ظرف ثلاثة أيام.

الفقرة الثانية: مسطرة الصلح أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة

تحدث اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة لدى كل عمالة أو إقليم، ويرأسها عامل العمالة أو الإقليم، ويتولى كتابة اللجنة المندوب الإقليمي المكلف بالشغل. أما عن تأليفها فتتكون بالتساوي من ممثلين عن الإدارة والمنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا.⁶⁰¹

وللبث في النزاع الجماعي للشغل يستدعي رئيس اللجنة أطراف النزاع، بواسطة برقية، في أجل ثمانية وأربعين ساعة من تاريخ رفع النزاع. و يقع على عاتق الأطراف الحضور شخصيا أمام

600- المادة 555 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

601- المادة 557 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

اللجنة، أو أن ينيبوا عنهم شخصا مؤهلا لإبرام اتفاق التصالح، إذا تعذر حضورهم لسبب قاهر. أما إذا كان طرف النزاع شخص اعتباري، فيجب أن ينتدب عنه ممثلا قانونيا له صلاحية إبرام اتفاق التصالح.

وفي جميع الأحوال يمكن لأي طرف أن يكون مؤازرا بعضو من النقابة، أو المنظمة المهنية التي ينتهي إليها، أو بمندوب للأجراء.⁶⁰² كما يحق له أن يتقدم إلى رئيس اللجنة المذكورة بمذكرة كتابية تتضمن ما لديه من ملاحظات، ويبلغ هذا الأخير نسخة منها إلى الطرف الآخر في النزاع.⁶⁰³ تقوم اللجنة المذكورة بالبحث في النزاع بغية التوصل إلى اتفاق بين الأطراف، وذلك داخل أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ رفع النزاع إليها، وفي هذا الإطار يتمتع رئيس اللجنة بصلاحيات واسعة لتقصي أوضاع المقاولات وأوضاع الأجراء المعنيين بنزاع الشغل الجماعي، ويمكن له أن يأمر بإجراء جميع الأبحاث والتحريات لدى المقاولات والأجراء العاملين بها، وأن يطلب من الأطراف تقديم كل المستندات، أو المعلومات، كيفما كان نوعها، التي يمكنه أن يستنير بها، ويمكنه أن يستعين بخبراء أو بأي شخص آخر يرى فائدة في الاستعانة به.⁶⁰⁴

غير أن المشرع لم يشر هنا إلى المقتضيات المتعلقة بالسر المهني، حيث أوردت المادة 562 من مدونة الشغل أنه يتعين على أطراف النزاع تقديم كل التسهيلات والمعلومات والمستندات المرتبطة بالنزاع متى طلبتها اللجنة المذكورة، مما يستفاد منه عدم الأخذ بمقتضيات كتمان السر المهني. من جانب آخر حددت المادة 563 من مدونة الشغل المقتضيات المتعلقة بمحضر المصالحة، حيث يجب تضمينه بما ما توصل إليه الأطراف من اتفاق تام، أو جزئي، في حالة نجاح عملية الصلح، مع الإشارة إلى عدم حضور الأطراف عند غيابهم، يوقعه كل من رئيس اللجنة والأطراف، وتسلم لهم نسخة منه، ويبلغ إليهم عند الاقتضاء. أما إذا لم يقع الاتفاق بين الأطراف فيتم الإشارة إلى ذلك في المحضر المذكور سلفا ويحال النزاع مباشرة إلى اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة داخل أجل ثلاثة أيام.

الفقرة الثالثة: مسطرة الصلح أمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة

تحدث اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة⁶⁰⁵ لدى السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، ويترأسها الوزير المكلف بالشغل أو من ينوب عنه.⁶⁰⁶

602- المادة 558 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

603- المادة 559 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

604- المادة 560 و 561 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

605- تتكون بالتساوي من ممثلين عن الإدارة والمنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا.

المادة 564 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.



وقد حددت المادة 565 الحالات التي يمكن أن يرفع فيها النزاع إلى اللجنة المذكورة في:

❖ إذا امتد نزاع الشغل الجماعي إلى عدة عمالات أو أقاليم أو إلى مجموع التراب الوطني؛

❖ إذا لم يحصل أي اتفاق بين أطراف النزاع أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة.

هذا ويرفع النزاع الجماعي للشغل إلى اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة من قبل رئيس

اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، أو الأطراف المعنية.⁶⁰⁷

وحسب المادة 566 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل تبشر هذه اللجنة مهامها وفق نفس المسطرة المعمول بها أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، في المواد 558 و559 و560 و561 من ذات القانون، وذلك في ما يخص قواعد الاستدعاء والمثول أمام اللجنة المذكورة، وتقديم الملاحظات الكتابية، وأجال البث في النزاع، والصلاحيات⁶⁰⁸ المخولة لرئيس اللجنة للبث فيه.

أما فيما يتعلق بمآل ومحضر المصالحة، فقد تم التنصيص عليها في المادة 567 حيث أنه إذا لم يحصل أي اتفاق أمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، أو في حالة تخلف أحد أو كل أطراف النزاع عن الحضور أحال رئيس اللجنة النزاع إلى التحكيم بعد موافقة أطرافه، وذلك بعد تحرير محضر بذلك، وهو ما سنراه في الشق الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لحل نزاعات الشغل الجماعية

التحكيم هو تلك الوسيلة التي تهدف إلى وضع حد للنزاع الجماعي من طرف شخص أو هيئة أجنبية عنه، وذلك بمقتضى قرار ملزم.⁶⁰⁹

وتعرف المادة الأولى من القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية التحكيم على أنه: «عرض للنزاع على هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم».⁶¹⁰

ولقد أصبح وسيلة هامة وضرورية لحل المنازعات الشغلية تباديا للإضراب والإغلاق، وذلك راجع لبساطة إجراءاته، وكذا خصوصية بعض منازعات العمل الجماعية ذات الطبيعة

606 - المادة 564 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

607 - المادة 566 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

608 - يتعلق الأمر بإجراء جميع الأبحاث والتحريات لدى المقاولات والأجراء العاملين بها والاطلاع على المستندات أو المعلومات كيما كان نوعها، والاستعانة بخبراء وبأي شخص آخر يرى فائدة في الاستعانة به.

609 - عبد اللطيف خالفي "الوسيط في علاقات الشغل الجماعية-دراسة مقارنة في ضوء أحكام التشريع والقضاء وأراء الفقه"، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى 1999، ص 217.

610 - الظهير الشريف رقم 1.22.34 الصادر بتاريخ 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022) الصادر بتنفيذ القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الجريدة الرسمية عدد 7099 الصادرة بتاريخ 13 ذو القعدة 1443 (13 يونيو 2022)، ص 3579.

الاقتصادية التي يجب الفصل فيها بعيدا عن المحاكم، فهيئات التحكيم تتمتع بسلطات واسعة تفوق نظيرتها المقررة للمحاكم العادية في هذا الإطار.⁶¹¹

وبذلك يعتبر التحكيم قيمة مضافة إلى معطيات النظام القانوني المعاصر، يؤثر فيه ويتأثر به، وهو بهذا المعنى يعمل في إطار قائم بذاته ومستقل بأدواته، وهو أداة تؤثر في النظام القانوني، بمعنى أنه يعتمد إرادة الأفراد سواء في اختيار قاضيتهم، أو في اختيار القواعد القانونية التي يطبقها.⁶¹²

وسنركز في دراسة هذا الشق على كل من مسطرة التحكيم (الفقرة الأولى)، والقرارات التحكيمية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسطرة التحكيم

يتم اللجوء إلى التحكيم إذا لم يحصل أي اتفاق أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة وأمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، أو إذا بقي خلاف بشأن بعض النقاط، أو إذا تخلف الأطراف أو أحدهم عن الحضور أمام أحد اللجنتين حسب الأحوال، وهو ما نستشفه من المادة 567 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، حيث يحيل في هذه الحالة رئيس اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أو رئيس اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، حسب الأحوال، الملف المتعلق بموضوع النزاع الجماعي للشغل إلى الحكم، وذلك في ظرف الثماني والأربعين ساعة الموالية لتحرير محضر بالموضوع.

غير أننا نستغرب هنا من موقف المشرع في تخويل هذه الإمكانية للجنة معاً، والحال أن اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة تعتبر آخر جهة حولها المشرع صلاحية البث في هذا النزاع، وفق منطق التراتبية كما هو مفهوم من منطوق المادتين 563 و 565.

حيث نصت المادة 563 في هذا الإطار على أنه: «إذا لم يحصل اتفاق على مستوى اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة فإن النزاع يحال مباشرة إلى اللجنة المشار إليها في المادة 564 أدناه داخل أجل ثلاثة أيام»، في إشارة إلى اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، ونصت المادة 565 على أنه: «يرفع النزاع إلى اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة في الحالتين التاليتين:

إذا امتد نزاع الشغل الجماعي إلى عدة عمالات أو أقاليم أو إلى مجموع التراب الوطني؛

611- محمد سعيد بناني، "قانون الشغل بالمغرب، مطبعة دار النشر المغربية"، الطبعة الأولى 2005، ص 11.

612- مصطفى محمد الجمال، و عكاشة محمد عبد العال "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية"، الجزء الأول، الفتح للطباعة و النشر، مصر، الطبعة الأولى 1998، ص 13.

إذا لم يحصل أي اتفاق بين أطراف النزاع أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة». ومما سبق، كان حري بالمشرع الاكتفاء بذكر اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة في المادة 567 لكونها آخر جهة خول لها صلاحية البث في النزاع.

أما بخصوص تعيين الحكم، فيعهد به حسب المادة 568 إلى اختيار أطراف النزاع باتفاق بينهم، ضمن قائمة حكام تصدر بقرار للوزير المكلف بالشغل،⁶¹³ وذلك اعتماداً على اقتراحات المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلاً، وتراجع هذه القائمة مرة كل ثلاث سنوات، ويراعى عند وضعها عناصر من مثل السلطة المعنوية، الكفاءة والاختصاص في المجال الاقتصادي والاجتماعي. ونتساءل في هذا الخصوص عن المقصود بالسلطة المعنوية التي نص عليها المشرع في هذا الشأن؟ وما هي العناصر التي تدخل في تقديرها؟ وهو الذي لم نجد له جواب ضمن مقتضيات مدونة الشغل.

ويستفاد من مسطرة تعيين الحكم أن المشرع أراد تمكين إرادة أطراف النزاع ومنحهم الحرية في اختيار هذه الآلية القانونية، وإن كان قد أورد تقييداً على هذه المسألة في حالة عدم توصل هذه الأطراف إلى اتفاق حول اختيار الحكم، كما هو منصوص عليه في المادة 569 من م ش التي تنص على أنه: «إذا تعذر توصل الأطراف إلى اتفاق على اختيار الحكم، لأي سبب كان، فإن الوزير المكلف بالشغل، يعين حكماً من نفس القائمة المذكورة في المادة 568 أعلاه، في أجل ثمانية وأربعين ساعة».

لنتساءل بدورنا عن الحالة وعدم رضا الأطراف عن الحكم المعين من قبل الوزير المكلف بالشغل، وعن إمكانية تجريح الحكم في هذه الحالة؟ هذا وبالرجوع إلى المواد المتعلقة بالتحكيم في مدونة الشغل، فإننا لا نجد أي مقتضى بخصوص هذه المسألة، مما يحيلنا إلى القواعد العامة المتعلقة بالتحكيم في قانون المسطرة المدنية سيما الفصول 322 و 323.⁶¹⁴

613- انظر قرار وزير الشغل والإدماج المهني رقم 2937.19، صادر في 6 جمادى الأولى 1441 (2 يناير 2020) بتحديد قائمة الحكام، الجريدة الرسمية عدد 6851 بتاريخ فاتح جمادى الآخر 1441 (27 يناير 2020)، ص 416 .
614- ينص الفصل 322 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «لا يجوز لأي من طرفي التحكيم تجريح محكم إلا لسبب طرأ أو اكتشف بعد تعيينه». بينما ينص الفصل 323 على أنه: «يمكن تجريح المحكم إذا:»
1- صدر في حقه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أحد الأفعال المبينة في الفصل 320 أعلاه؛
2- كانت له أو لزوج أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع؛
3- كانت قرابة أو مصاهرة تجمع بينه أو وزوجه وبين أحد الأطراف إلى درجة أبناء العمومة الأشقاء؛
4- كانت هناك دعوى جارية أو دعوى منتهية في أقل من سنتين بين أحد الأطراف والمحكم أو وزوجه أو أحد الأصول أو الفروع؛
5- كان المحكم دائناً أو مديناً لأحد الأطراف؛
6- سبق أن خاض أو مثل غيره أو حضر كشاهد في النزاع؛

وفي إطار قواعد الاستدعاء كما هو منصوص عليها في المادة 570 من م ش، يستدعي الحكم أطراف النزاع بواسطة برقية في أجل لا يتعدى أربعة أيام من تاريخ تلقيه المحضر من قبل رئيس اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أو رئيس اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، ويتعين على هؤلاء الحضور شخصيا أو بواسطة ممثل قانوني في حالة تعذر عليهم الحضور لسبب قاهر، وفي جميع الأحوال يتعين على الشخص الاعتباري أن ينيب عنه ممثلا قانونيا.

وبشكل استدعاء الأطراف في هذا السياق فرصة للعلم بتاريخ الجلسة وتحضير وسائل دفاعهم، ويوفر مثلهم أمام الحكم ضمانات أكثر لتقريب وجهات النظر بغية إيجاد حل يرضي جميع الأطراف، خصوصا وأن نزاعات الشغل الجماعية ذات طبيعة اقتصادية، فالغاية من التوصل لحل للنزاع ليس فقط ضمان حقوق الأجراء، وإنما أيضا حماية الاقتصاد الوطني عن طريق تفادي أساليب من مثل الإضراب وإغلاق المؤسسة.

ولعل هذه الغاية هي ما تتطلع مؤسسة التحكيم لتحقيقها، ولأجل ذلك خول المشرع الحكم مجموعة من الصلاحيات وردت في المادة 570 من م ش التي نصت على أنه: «يتوفر الحكم، من أجل أداء مهامه، على نفس الصلاحيات المخولة لرئيس اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة في المادة 561 أعلاه»، ولقد حددت المادة 561 من م ش هذه الصلاحيات في كل أمر يقتضي تقصي أوضاع المقاولات وأوضاع الأجراء المعنيين بنزاع الشغل الجماعي، وإجراء جميع الأبحاث والتحريات لدى المقاولات والأجراء العاملين بها، وكذا أن يطلب من الأطراف تقديم كل المستندات، أو المعلومات، كيفما كان نوعها، التي يمكنه أن يستنير بها، ويمكنه أن يستعين بخبراء أو بأي شخص آخر يرى فائدة في الاستعانة به، وفي هذا الإطار يجب على الأطراف تقديم كل التسهيلات والمستندات والمعلومات ذات العلاقة بالنزاع التي يطلبها الحكم كما نصت عليه المادة 571.

الفقرة الثانية: القرارات التحكيمية

يبت الحكم في نزاعات الشغل الجماعية اعتمادا على قواعد القانون، وبتتبع لقواعد الإنصاف في النزاعات التي لم يرد بشأنها أحكام تشريعية، أو تنظيمية، أو تعاقدية حسب منطوق المادة 572 من م ش.

7 - تصرف بوصفه الممثل الشرعي لأحد الأطراف؛ =

= 8 - كانت توجد علاقة تبعية بين المحكم أو زوجه أو أصوله أو فروعهم وبين أحد الأطراف أو زوجه أو أصوله أو فروعهم؛

9 - كانت صداقة أو عداوة بادية بينه وبين أحد الأطراف.

« ...

غير أنه لا يبت إلا في الموضوعات والاقتراحات المدرجة في محضر عدم التصالح الصادر عن اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أو عن اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة حسب الأحوال ، وكذلك في الوقائع الأخرى التي حدثت بعد تحرير المحضر المذكور سلفا والناجمة عن الخلاف كما هو منصوص عليه في المادة 573 من م ش.

وقد نصت المادة 574 من مدونة الشغل على أنه: « يصدر الحكم قراره التحكيكي داخل أجل لا يتجاوز أربعة أيام من تاريخ مثول الأطراف أمامه.

يجب أن يكون قرار الحكم معللا ، وأن يبلغ للأطراف داخل الأربع والعشرين ساعة من تاريخ صدوره ، بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل».

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع عند تحديده أجل إصدار القرار التحكيكي في أربعة أيام من تاريخ مثول الأطراف أمامه كحد أقصى، ترك لنا المجال للتساؤل عن مآل القرارات التحكيمية التي تصدر خارج هذا الأجل، فهل تعتبر صحيحة أم باطلة؟

وبالرجوع إلى مدونة الشغل لا نجد أي مقتضيات تقرر البطلان كجزاء عن مخالفة هذه القاعدة ، وذات الأمر بخصوص قرار التحكيم الذي ألزم المشرع أن يصدر معللا دونما أن ينص على جزاء مخالفة هذا الشرط ، وكان حري بالمشرع في هذا الشأن أن يرتب كلا الشرطين ، أي أجل صدور القرار التحكيكي وتعليله، تحت طائلة البطلان.

أما بخصوص القوة الإلزامية للقرارات التحكيمية فقد نصت المادة 581 من مدونة الشغل على أنه: « يكون لاتفاق التصالح وللقرار التحكيكي قوة تنفيذية وفق القواعد المنصوص عليها في المسطرة المدنية »، في إشارة إلى الفصول من 31-327 إلى 33-327 من قانون المسطرة المدنية،⁶¹⁵ التي نسخت وعوضت في الشق المرتبط بالتحكيم بالقانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الإتفاقية.

ومن خلال هذه المقتضيات نستخلص أنه يجب تذييل القرار التحكيكي بالصيغة التنفيذية من قبل الجهة المختصة ليتمتع بقوته التنفيذية.

في هذا الإطار نصت الفقرة الأخيرة من المادة 55 من القانون رقم 95.17 المذكور أعلاه على أنه يودع أصل الحكم التحكيكي مصحوبا بنسخة من اتفاق التحكيم بكتابة ضبط المحكمة المختصة من لدن الهيئة التحكيمية أو أحد المحكمين أو من الطرف الأكثر استعجالا داخل أجل خمسة عشر (15) يوما الموالية لتاريخ صدوره ، كما أنه و طبقا لمقتضيات المادة 67 من هذا القانون ، فانه لا يكون الحكم التحكيكي قابلا للتنفيذ إلا بعد منحه الصيغة التنفيذية بأمر من

615 - الظهير الشريف رقم 1.74.447 ، الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بمثابة قانون المسطرة المدنية .

رئيس المحكمة المختصة الصادر الحكم في دائرتها على وجه الاستعجال ، وذلك بعد استدعاء الأطراف ، كما أنه وعملا بمقتضيات المادة 69 من هذا القانون ، فإن الصيغة التنفيذية توضع على أصل الحكم التحكيمي.

أما بخصوص الطعن في القرارات التحكيمية فقد خوله المشرع للغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض،⁶¹⁶ التي تبث إما بسبب الشطط في استعمال السلطة، أو بسبب خرق القانون، كأسباب توجب الطعن،⁶¹⁷ دونما أن يحدد المقصود بعبارة " خرق القانون "، فهل تنصب على القانون الموضوعي أم القانون الإجرائي أو هما معا؟

ولقد نصت المادة 577 من مدونة الشغل على الزامية تقديم الطعن في القرارات التحكيمية في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغها، ونصت على طريقة تقديمها بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، توجه إلى رئيس الغرفة التحكيمية، التي يجب أن تصدر قرارها في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ رفع الطعن إليها، والذي يجب تبليغه إلى الأطراف في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدوره كما هو منصوص عليه في المادة 578 من م ش.

هذا وحسب المادة 579 من م ش، إذا قضت الغرفة التحكيمية بنقض القرار التحكيمي توجب عليها إحالة النازلة إلى حكم جديد يعين وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 568 و569 من م ش، وذلك سواء انصب الطعن على كل أو بعض القرار التحكيمي. أما عن مآل القرار الجديد الصادر عن الحكم فقد حددته المادة 580 من م ش التي نصت على أنه:

«إذا قضت الغرفة التحكيمية بنقض القرار الجديد، الصادر عن الحكم، والمطعون فيه أمامها مرة أخرى، وجب عليها تعيين مقرر من بين أعضائها، لإجراء بحث تكميلي. تصدر الغرفة التحكيمية، في ظرف الثلاثين يوما الموالية لصدور قرار النقض الثاني، قرارا تحكيميا غير قابل للطعن».

616-المادة 575 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

617- المادة 576 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.



خاتمة

وصفوة القول أن أهمية الوسائل البديلة لتسوية نزاعات الشغل الجماعية تكمن في الضمانات التي توفرها لأطراف النزاع بما تتيحه من نجاعة وتبسيط للإجراءات من جهة ، وبما تمنحه من حسنات تعود على الإقتصاد الوطني ومناخ الأعمال والاستثمار من جهة أخرى ، والتي تكمن في ضمان الأمن القانوني و استقرار العلاقات الشغلية بما يسهم في استقرار العلاقات الإقتصادية.

من هذا المنطلق أصبح اللجوء إلى هذه الوسائل البديلة مطلباً ملحاً لما تتميز به من مرونة وما تحققه من فعالية، إلى جانب قلة تكاليفه والسرعة في إجراءاته مقارنةً بالقضاء العادي. ولعل ما يُعرف بالنزاعات الاقتصادية يعد أكثر النزاعات حاجة إلى توفير الوقت والثقة والاطمئنان لآلية الفصل في النزاع.



"الإطار القانوني للتعويض في إطار المسؤولية: بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي"

"The Legal Framework for Compensation in the Context of Liability:
Between Contractual Compensation and Judicial Compensation"

 محمد والشيخ

MOHAMED OUACHIKH

باحث في صف الدكتوراه في شعبة القانون الخاص

الكلية المتعددة التخصصات بالناظور - جامعة محمد الأول بوجدة -

محام بهيئة المحامين بالناظور - الحسيمة

البريد الإلكتروني: av.m.ouachikh@gmail.com

ملخص:

التعويض هو إجراء قانوني يهدف إلى جبر الأضرار التي لحقت بالمتضرر نتيجة إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية أو بسبب عمل غير مشروع. وينقسم التعويض إلى نوعين رئيسيين: التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي. في التعويض الاتفاقي، يتفق الأطراف على مقدار التعويض وطريقة دفعه بعد وقوع الضرر، ويمكن تعديل هذا التعويض من قبل القاضي إذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه أو لا يتناسب مع الضرر الفعلي. أما في التعويض القضائي، فيلجأ المتضرر إلى القضاء في حال تعذر الوصول إلى اتفاق، حيث يحدد القاضي مقدار التعويض بناءً على جسامته الضرر وظروف القضية. التعويض يمكن أن يكون عينياً (إعادة الحالة إلى ما كانت عليه) أو نقدياً (دفع مبلغ مالي) أو غير نقدي (تنفيذ عمل معين). في تحديد التعويض، يراعي القاضي الظروف الشخصية للمتضرر مثل حالته الصحية والاجتماعية، بينما لا يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمسؤول. الهدف من التعويض هو إعادة المتضرر إلى وضعه السابق قدر الإمكان، مع ضمان العدالة بين الأطراف المتعاقدة وحماية حقوق الأفراد.

SUMMARIZING:

Compensation is a legal remedy aimed at repairing the harm caused to the victim due to a breach of contractual obligations or an unlawful act. Compensation is divided into two main types: contractual compensation and judicial compensation. In contractual compensation, the parties agree on the amount and method of compensation after the harm occurs, and the judge may modify this compensation if the agreed amount is excessive or does not align with the actual damage. In judicial compensation, the victim resorts to the court when an agreement cannot be reached, where the judge determines the compensation based on the severity of the harm and the circumstances of the case. Compensation can be reparatory (restoring the situation to its previous state), monetary (payment of a specific amount), or non-monetary (performance of a specific action). When determining compensation, the judge considers the victim's personal circumstances, such as health and social status, but does not take into account the personal circumstances of the liable party. The goal of compensation is to restore the victim to their previous position as much as possible, ensuring fairness between contracting parties and protecting individuals' rights.



مقدمة:

جعل المشرع المغربي العقد وليد لإرادة الأطراف المتعاقدة، ليمتد الأمر حتى على مستوى ترتيب المسؤولية، من خلال جعل التعويض محل اتفاق بين الأطراف، وهذا يدل على أن المتعاقدين أدري بمصالحهما المالية ومدى تضررها بمجرد الإخلال ببنود الالتزام أو التأخر في تنفيذه⁶¹⁸. ومتى اكتملت عناصر المسؤولية وجب التعويض الجابر للضرر ومحو آثاره على قدر الإمكان، وحق المتضرر في التعويض إنما ينشأ عن العمل غير المشروع الذي اقترفه المسؤول، ومن ثم يترتب في ذمته هذا الالتزام بالتعويض من وقت اكتمال أركان المسؤولية لا من وقت وقوع الخطأ⁶¹⁹. ينشأ الحق في التعويض نتيجة قيام المسؤولية العقدية إذا كان الإخلال بالالتزام عقدي⁶²⁰، باعتبار أن المسؤولية العقدية وليدة إرادة الأفراد حيث يجوز لهذه الإرادة أن تعدلها وذلك بالرفع منها أو التخفيض فيها، وحتى يستحق المتضرر للتعويض يجب أن يكون الإخلال بالالتزام نتيجة الخطأ العقدي⁶²¹ هو السبب في حدوث الضرر ليرتب آثاره حيث لا بد من أن يكون هناك إخلالا بالالتزام عقدي. وعلى هذا الأساس ارتأينا تقسيم الموضوع الى فقرتين اثنتين سنتناول في (الفقرة الأولى)، التعويض الاتفاقي أو الرضائي بينما سنتطرق في (الفقرة الثانية) الى التعويض القضائي.

⁶¹⁸ نادية أيوب، م.س، ص: 172.

⁶¹⁹ الفصالي الطيب، م.س، ص: 242.

⁶²⁰ محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1994 م، ص: 8.

⁶²¹ (يتخذ الخطأ العقدي أكثر من مظهر قانوني يختلف باختلاف نوعية الإخلال الذي ارتكبه المدين مما يحدد تماطله سواء بعدم تنفيذه للالتزام أو تأخره. وهذا ما قرره المشرع المغربي في الفصل 362 من ق.ل.ع بقوله: "يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به، وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين". وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ما يلي "أن التعويض الذي يحصل عليه الدائن وفق الفصل 263 من ق.ل.ع يقوم على أساس قرينة الخطأ من طرف المدين".

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني، ولا يجتمع بالبداية معه، أما التعويض عن التأخير فيجتمتع مع التنفيذ العيني، إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخرا عن الميعاد المعين له، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلا بما تعهد به. والالتزام بالتعويض لا يعتبر في الفقه التقليدي التزاما جديدا حل محل الالتزام الأصلي، وإنما هو طريق لتنفيذ هذا الالتزام، ولذلك فإن التأمينات المقررة لضمان التزام المدين تبقى لضمان الوفاء بالتعويض.

والمطل كمتغير واقعي يتعذر بمقتضاه الحصول على ما تم الالتزام به سواء من جهة الدائن أو المدين، لذا أوجد المشرع المغربي بديلا للتنفيذ العيني يتمثل في التنفيذ بمقابل، بل أكثر من ذلك اعتبر التنفيذ من طرف الغير في حالة إذا عهد له المدين بذلك مسؤولا عن الإخلال بالتزامه، وفي هذا الإطار ينص الفصل 233 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "يكون المدين مسؤولا عن فعل نائبه أو خطئه وعن فعل أو خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، في نفس الحدود التي يسأل فيها عن خطأ نفسه، وذلك مع حفظ حقه في الرجوع على الأشخاص، الذين يتحمل المسؤولية عنهم وفقا لما يقضي به القانون".

- أوردته نادية أيوب، م.س، ص: 168.

الفقرة الأولى: التعويض الاتفاقي أو الرضائي

لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق المسؤول مع المضرور بعد وقوع العمل الخاطئ على التعويض الذي يستحق على المسؤول، وللطرفين هنا أن يحددا كما يشاءان التعويض في طبيعته وفي مقداره وفي كيفية وفائه.

ويقع الاتفاق على التعويض هنا صحيحا مادام أنه يقع بعد حدوث الفعل الخاطئ، سواء كان مقدار التعويض المتفق عليه اقل أو أكبر أو مساويا لمدى الضرر، فيأخذ هنا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁶²².

والفكرة التي يقوم عليها التعويض الاتفاقي، هو أن الطرفين يتفقان مسبقا في العقد أو في عقد لاحق، يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع من الإخلال بتنفيذ الالتزام وهو شرط صحيح، طالما لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وقد أطلقت عليه تسمية "الشرط الجزائي" لأن المبلغ المذكور في العقد يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي يلحق بالدائن. ولهذا فإن القاضي سلطة في تعديل التعويض الاتفاقي⁶²³.

أما عن التشريع الأنجلوسكوني، نجد اتفاقية في أستراليا أوردها "دافيد اتش دينتون"⁶²⁴، تنص على التعويض الاتفاقي بين أطراف العلاقة التعاقدية عند تنفيذ بنود العقد.

⁶²² ادريس العلوي العبدلوي، م.س، ص: 192.

⁶²³ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مكتبة الثقافة للنشر - الأردن، ص: 73.

⁶²⁴ David H Denton, S.C. has a national commercial law practice as a Senior Counsel in all States and in Fiji.

He has a keen interest in commercial arbitration and mediation, and in all aspects of company law, especially insolvency and shareholder disputes; planning and environmental tort matters.

He is a Certified Arbitrator and an experienced nationally accredited Mediator and holds (or has held) the following positions:

President of the Commercial Bar Association Adjunct Professor, Victoria Law School, College of Law & Justice, Victoria University Melbourne President of the Australian Institute for Commercial Arbitration Chairman of the 'Law Hawks, In-House Legal Coterie, Hawthorn Football Club.

He is a member of chambers in Melbourne at Chancery Chambers; in Brisbane at Sir Harry Gibbs Chambers; in Cairns at Macrossan Chambers; and, in Hobart at Michael Kirby Chambers.

- ديفيد إتش دينتون، كبير المحامين، لديه ممارسة وطنية في مجال القانون التجاري كمحام كبير في جميع الولايات وفي فيجي.

لديه اهتمام كبير بالتحكيم التجاري ووساطة التسوية، وبجميع جوانب قانون الشركات، خصوصا في قضايا الإعسار ونزاعات المساهمين؛ وفي قضايا التخطيط والبيئة.

وهو محكم تحكيم معتمد ووسيط ذو خبرة معترف به على الصعيدين الوطني والدولي، ويحمل (أو حمل) المناصب التالية:



حيث ان "اتفاقية الايجار نصت على انه في حال وافق المؤجر على ان يعيد للمستأجر السلع قبل انتهاء العقد، سيدفع المستأجر مبلغ الايجار المتبقي (بعد الخصم) الذي يجب دفعه بموجب العقد وسيعيد السلع الى المؤجر. إذا تم بيع السلع من قبل المؤجر بمبلغ أقل من قيمتها التقديرية، سيقوم المستأجر بتعويض المؤجر عن الفرق. اما إذا تم بيع السلع بمبلغ أكبر من قيمتها التقديرية، سيتم خصم هذا الزائد من المبلغ المتبقي للإيجار الذي يجب دفعه من قبل المستأجر. بشكل عام، نصت الاتفاقية على انه في نهاية الاتفاقية، سيعوض المستأجر المؤجر عن أي خسائر رأسمالية، والتي تشكل الفرق بين المبلغ الأدنى للمبلغ الفعلي المحقق من البيع والقيمة التقديرية للسلع".⁶²⁵

الفقرة الثاني: التعويض القضائي

عند تعذر الاتفاق بين الطرفين حول التعويض، يبقى الحق للمتضرر ان يلجأ الى القضاء ليرفع دعوى قضائية ويطلب المحكمة الحكم له بالتعويض نتيجة الضرر الذي لحقه، وتسمى هذه الدعوى، اما دعوى المسؤولية المدنية او دعوى التعويض.

- رئيس جمعية العتبة التجارية.
 - أستاذ مشارك في كلية القانون في جامعة فيكتوريا، كلية القانون والعدالة، جامعة فيكتوريا ملبورن.
 - رئيس المعهد الأسترالي للتحكيم التجاري.
 - رئيس "لو هوكس"، جمعية محامي الشركات الداخلية، نادي هوثورن لكرة القدم.
- هو عضو في الهيئات القانونية في ملبورن في "جمعية شانسيري"، وفي بريسبان في "جمعية سير هاري جيبس"، وفي كيرنز في "جمعية ماكروسان"، وفي هوبارت في "جمعية مايكل كيري".

⁶²⁵ "A lease agreement provided that in the event of the lessor agreeing to the lessee returning the goods prior to the expiration of the lease, the lessee would pay the remaining rental (rebated) to be paid under the agreement and return the goods to the lessor. If the goods were sold by the lessor for less than their appraisal value the lessee would indemnify the lessor for the shortfall. If the goods were sold for an amount greater than the appraisal value, this excess would be set-off against the amount of the remaining rental to be paid by the lessee. More generally the agreement otherwise provided that at the end of the agreement the lessee would indemnify the ed, being the difference between a lower amount lessor for any capital loss realized upon sale and the appraisal value of the goods." DAVID H DENTON. Sc, Barrister lArbitrator, « Penalties for non-performance of contracts » article published on:

https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=0CDUQw7AJahKEWjokaS-6O2AAxUAAAAAHQAAAAAQAw&url=http%3A%2F%2Fwww.davidhdenton.com%2Fuploads%2F2%2F3%2F1%2F2%2F23125402%2Fpenalties_for_non-performance_of_contracts.pdf&psig=AOvVaw3oCSZg2iU6AetkVSqn7ym5&ust=1692709516709917&opi=89978449 at: 14:06, 21/08/2023.

ويلاحظ في هذا الصدد ان دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار تسقط بالتقادم بانقضاء خمس سنوات تبتدئ من اليوم الذي علم فيه المضرور بوقوع الضرر له وبالشخص المسؤول عنه، او بمضي عشرين سنة تبتدئ من يوم وقوع الضرر⁶²⁶.

وتجدر الإشارة الى ان المحكمة عند تقديرها للضرر يجب ان تدخل في اعتبارها جسامه الخطأ الصادر عن المسؤول وتراعي ما إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد نجم نتيجة خطأ عادي ام نتيجة تدليس من المسؤول⁶²⁷.

وعند تعدد المضرورين، إذا كان الضرر واحدا لكل منهم، فلا يلزم بيان نصيب كل منهم في التعويض اذ يوزع عليهم بالتساوي مع ملاحظة ان التعويض الموروث يوزع كميّرات فتراعي فيه قواعد الميراث⁶²⁸، اما إذا وقع الضرر من طرف اشخاص متعددين كانت المسؤولية تضامنية⁶²⁹ بينهم ويتحمل كل واحد منهم قسط من المسؤولية ويحق للمتضرر ان يتمسك فقط بأحد المتسببين في الضرر ليؤدي له التعويض على ان يرجع هذا الأخير على الباقي.

والتعويض في إطار المسؤولية التي نحن بصدها يراعي فيها مقدار الضرر لا جسامه الخطأ كما هو الشأن في إطار المسؤولية الجنائية التي تركز على جسامه الخطأ، الا ان الاجتهاد القضائي يأخذ بدرجة جسامه الخطأ عند تقدير مبلغ التعويض؛ وهو شعور طبيعي من جانب القاضي، فمادام مقدار التعويض متروك الى تقديره، فهو يميل الى الزيادة فيه متى كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً⁶³⁰، وذلك بغض النظر عن وجود سوء النية من طرف المسؤول عن الضرر من عدمه، وهو المبدأ الذي كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي.

حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية "مع مراعاة المواد 1147 و1149 و1184 من القانون المدني في صيغتها السابقة لتلك الناتجة عن الأمر رقم 131-2016 المؤرخ 10 فبراير 2016:

بموجب أحكام النص الأول من هذه النصوص، يحكم على المدين، عند الاقتضاء، بدفع تعويضات، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخير في التنفيذ، متى لم يفعل ذلك. أن يبرر

⁶²⁶ ادريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص: 193.

⁶²⁷ الفقرة الثانية من الفصل 98 من ق.ل.ع.

⁶²⁸ الفصائلي الطيب، م.س، ص: 243.

⁶²⁹ تنص المادة 99 من ق.ل.ع: "اذا وقع الضرر من اشخاص متعددين عملوا متواطئين، كان كل منهم مسؤولاً بالتضامن عن النتائج، دون تمييز بين من كان منهم محرصاً او شريكاً او فاعلاً اصلياً".

⁶³⁰ المختار بن احمد العطار، م.س، ص: 436.



أن عدم الأداء ناجم عن سبب خارجي لا يمكن أن ينسب إليه، حتى لو لم يكن هناك سوء نية من جانبه.⁶³¹

أولاً: التعويض العيني والتعويض بمقابل

يقوم التعويض العيني على إزالة عين الضرر، حيث يقضي على سببه أو مصدره، ومن أبرز الأمثلة على ذلك أن يبني شخص حائطا في ملك جاره فيرتكب خطأً فيلزمه القضاء بهدم الحائط وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من قبل، أما بخصوص التعويض بمقابل فيقوم على منح المضرور عوضاً عن الضرر الذي ناله قصد التخفيف من وقع ذا الضرر عليه، ويتوزع التعويض بمقابل بدوره إلى نوعين: تعويض نقدي وتعويض غير نقدي⁶³²، وهو ما سنراه في العنصر الموالي.

ثانياً: التعويض النقدي والتعويض غير النقدي

التعويض النقدي هو الذي يتضمن إعطاء المضرور مبلغ معين من النقود، أما التعويض غير النقدي فهو الذي يتضمن إلزام المسؤول بعمل شيء آخر غير دفع المبلغ من النقود يكون فيه بعض التعويض عن الضرر، مثال ذلك أن يسبب شخص آخر فيلجأ المضرور إلى القضاء طالبا منه الحكم بالتعويض النقدي وباللزام من ارتكب السبب بنشر الحكم في الصحف على نفقته، والغالب في العمل أن يقع التعويض نقديا وليس من اللازم أن يحكم على المسؤول بأمر يدفع التعويض في صورة مبلغ معين واحد، فإن كان هذا هو الغالب، إلا أنه لا يوجد ثمة ما يمنع القاضي من أن يحكم بدفع التعويض على أقساط بعينها أو على أقساط بدفع كإيراد مرتب يدفع مدى حياة المضرور، والقاضي بطبيعة الحال هو الذي يحدد التعويض في مقداره وطبيعته وفي كيفية الوفاء به.

والقاضي حينما يقدر مبلغ التعويض، إنما يقدره على أساس "الخسارة الفعلية"⁶³³ التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاتته، بشرط أن تكون تلك الخسارة وهذا الكسب الفائت نتيجة

⁶³¹ Cour de cassation Pourvoi N° 22-1--884, 6 juillet 2023.

"Réponse de la Cour

Vu les articles 1147, 1149 et 1184 du code civil dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

(...);

7. Aux termes du premier de ces textes, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."

⁶³² ادريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص: 193.

⁶³³ مصطلح "الخسارة الفعلية" يستعمل للإشارة إلى الضرر الفعلي الذي تكبده الشخص أو الممتلكات، والذي يمكن تحديده بشكل كمي ودقيق. يعتبر تحديد الخسائر الفعلية مهماً في القضايا القانونية لتحديد حجم التعويض المستحق للأطراف المتضررة.

طبيعية للخطأ، والقاضي عند تحديده مبلغ التعويض يجب عليه ان يراعي الظروف الشخصية للمضرور، إذ إن التعويض يقاس بمدى الضرر الذي لحق المضرور بالذات، فهو يقدر على أساس شخصي ذاتي وليس على أساس موضوعي مجرد، وهكذا فيعتد بحالة المضرور الجسمية والصحية والعائلية، فالجرح الذي ينال المريض بمرض السكر مثلاً قد يؤدي له ضرراً أفدح من الضرر الذي يؤدي إليه الجرح شخصاً ليس مريضاً بهذا ومن ثم يحق للشخص الأول أن ينال كل التعويض الذي يعوضه عن جميع التي نالته، ولا يحتج هنا بالقول بأن مرض السكر هو الذي جعل الضرر فادحاً والشخص الأعور إذا فقد عينه السليمة يلحقه ضرر أفدح وأجسم من فقد السليم إحدى عينيه، ومن ثم يكون التعويض له أكبر.

وإذا وجب الاعتداد في تقدير مبلغ التعويض بالظروف الشخصية للمضرور، فإنه على النقيض من ذلك تماماً لا يجب الاعتداد في هذا المجال بالظروف الشخصية للمسؤول، فلا تأثير لما إذا كان المسؤول غنياً أم فقيراً، ولما إذا كان يعول أسرة كبيرة أو صغيرة أو لا يعول إلا نفسه، ولا أهمية كذلك لما إذا كان هو الذي سيتحمل التعويض في النهاية أم أنه ستتحمله عنه شركة التأمين، إذا كان قد سبق له أن أمن لديها على أخطار أفعاله الموجبة للمسؤولية⁶³⁴.

خاتمة:

في الختام، يُعد التعويض إحدى الآليات القانونية الأساسية لحماية حقوق الأفراد وضمان العدالة بين الأطراف المتعاقدة. من خلال التعويض الاتفاقي أو القضائي، يُمكن للمتضرر الحصول على تعويض مناسب يعيد له حقوقه ويُعالج الأضرار التي لحقت به نتيجة إخلال بالالتزامات أو جريمة غير مشروعة. تكمن أهمية هذا النظام في ضمان التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة، مع مراعاة الظروف الشخصية للمضرور ومدى جسامته الضرر. في النهاية، يهدف النظام القانوني إلى تحقيق تعويض عادل ومتوازن يُسهم في إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قدر الإمكان، مما يعكس مبدأ العدالة وحماية الحقوق في المجتمع.



⁶³⁴ ادريس العلوي العبدلوي، م.س، ص: 194.

البعد التأديبي في إثارة القضاء المالي للمسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي

د. محمد أبراغ 

Mohamed ABARAGH

دكتور في القانون العام Doctor in Public Law

باحث في المالية العمومية researcher in public finance

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف عند مظاهر إثارة القضاء المالي لمسؤولية المحاسب العمومي عند اكتشاف ارتكابه لمخالفات أو تجاوزات في تنفيذ العمليات المحاسبية، وعدم احترامه للضوابط التي حددها المشرع بشأن صرف نفقة معينة، وما يترتب عن ذلك من إجراءات تأديبية، وبالمقابل إبراز أهم الضمانات القانونية التي أحاط بها المشرع المغربي المحاسب العمومي والتي من شأنها التخفيف من آثار تلك المسؤولية أو اعفائه منها، بالإضافة إلى ممارسة حقه في الطعن بالنقض ضد القرارات النهائية التي يصدرها المجلس الأعلى للحسابات.

الكلمات المفتاح: المحاسب العمومي، القضاء المالي، المسؤولية الشخصية، العمليات المحاسبية.

ABSTRACT:

This study aims to examine the ways in which financial judiciary bodies hold public accountants accountable when they are found to have committed violations or breaches in the execution of accounting operations, or when they fail to adhere to the regulations set forth by the legislature regarding the disbursement of specific expenditures. Additionally, the study highlights the key legal safeguards provided by the Moroccan legislature to public accountants, which are designed to mitigate the impact of such accountability or to exempt them from it entirely. Furthermore, it explores the accountants' right to appeal final decisions made by the Supreme Court of Accounts.

Keywords: public accountant, financial judiciary, personal liability, accounting operations

مقدمة

يشكل الحساب الذي يدلي به المحاسب العمومي سنويا⁶³⁵ إلى القاضي المالي أساس اختصاص التدقيق والبت في الحسابات، الذي يعتبر تطبيقاً عملياً لمبدأ المساءلة والمحاسبة؛ إذ يسمح هذا الإجراء بالاطلاع على الوضعيات المالية والبيانات المحاسبية المتعلقة بالإدارة المعنية، وتدقيق الوثائق المثبتة للعمليات المالية المنجزة من طرف المحاسب العمومي والتي اتخذها أو نفذها من تاريخ استلامه لمهامه إلى تاريخ انقطاعه عنها، والتحقق في الشروط لإنجاز هذه العمليات على أرض الواقع.

وقد أصدرت المحاكم المالية في مجال التدقيق والبت في حسابات الأجهزة المقدمة من طرف المحاسبين العموميين، خلال الفترة الممتدة من 2019 إلى متم أبريل 2022، ما مجموعه 636 حكماً وقراراً صرحت بموجها ابتدائياً بعجز إجمالي قدره 209.711.340,42 درهم، على إثر التدقيق والتحقيق فيما مجموعه 11.738 حساباً⁶³⁶.

وتسمح هذه العملية بضبط المخالفات المنشئة لمسؤولية المحاسب العمومي، وتقييم ملاساتها، والتأكد من وجود أي تقصير في اتخاذ الإجراءات التي يتوجب عليه القيام بها في مجال تحصيل الموارد العمومية أو عند عدم القيام بأعمال مراقبة صحة النفقة التي عليه القيام بها بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

وأمام ثقل هذه المسؤولية الشخصية، للمحاسب العمومي فإنه كان لزاماً ضمان استقلاليتيه في ممارسة مهامه وحمايته من التأثيرات والضغوط الخارجية، لذلك نجد أنه يستمد اختصاصاته من نصوص قانونية تحدد الالتزامات والمسؤوليات الملقاة على عاتقه وليس من السلطة الإدارية التي يتبع إليها أو تعيينه، كما أن إدلاءه بحسابه إلى القاضي المالي، الذي يعتبر سلطة مستقلة عن الهرمية الإدارية، هو تجسيد لاستقلاليتيه عن الأمر بالصرف وعن سلطاته.

ولئن كانت هذه المسؤولية مظهراً أساسياً لحماية الأموال العمومية لكونها تروم إلى تدبير هذه الأموال بشكل يضمن نزاهتها وعدم الاعتداء عليها، فإن إثارة مسؤولية المحاسب العمومي من طرف القضاء المالي عند اكتشاف ارتكابه لمخالفات في تنفيذ العمليات المحاسبية لا يشكل أمراً حتمياً بالنظر

⁶³⁵ - المحاسب العمومي هو من يتولى من تلقاء نفسه تقديم حساباتهم عن كل سنة مالية إلى المحاكم المالية حسب جهة الاختصاص، وهو نفس الالتزام الذي يتحمل به المحاسبون العموميون بالنسبة للأجهزة العمومية الأخرى، إذ يتحمل هؤلاء بأن يقدموا أمام المجلس بياناً محاسبياً عن عمليات المداخل والنققات وكذا عمليات الصندوق التي يتولون تنفيذها

⁶³⁶ - زينب العدوي، مداخلة خلال جلسة عمومية مشتركة لمجلسي البرلمان خصصت لتقديم عرض عن أعمال المجلس الأعلى للحسابات برسم سنتي 2019 و2020، 11 ماي 2022.

لما يتمتع به المحاسب العمومي من شروط خاصة غير مفروضة على باقي الموظفين، لا سيما أداء اليمين القانوني وتأسيس الضمان أو التأمين.

هذه الورقة محاولة لإبراز تجليات البعد الوقائي في إثارة المسؤولية الشخصية للمحاسبين أمام المحاكم المالية، وذلك من خلال الوقوف عند الجوانب الموضوعية المرتبطة بإثارة هذه المسؤولية، ثم استحضار أهم الضمانات القانونية والقضائية التي من شأنها التخفيف من آثار تلك المسؤولية.

المحور الأول: الجوانب الموضوعية لإثارة المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي

تشكل المسؤولية المالية والشخصية للمحاسب العمومي امتداداً لمبدأ حصريّة المهام الموكولة إليه، حيث أنه وفي حالة إخلاله بمهامه الرقابية عند تنفيذه للعمليات المالية المسندة إليه، وعدم تقديمه للتبريرات الكتابية حول المخالفات المسجلة في حسابه، يتعين عليه إرجاع المبالغ التي يصرح بها المجلس كمستحقات للإدارة المعنية من أمواله الخاصة⁶³⁷.

حيث أن المحاسب العمومي ملزم بأن يتبع المراحل التي يفرضها نظام المحاسبة العمومية وأن يتقيد بالمبادئ التي تحكم الإنفاق العام، وعلى رأسها مبدأ تخصيص النفقات⁶³⁸ تحت طائلة مساءلته شخصياً في حالة إخلاله فيما ذكر، وهو ما يمكن قراءته بوضوح في مقتضيات القانون المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين⁶³⁹، بشكل يتأكد منه بأن هؤلاء يقع عليهم عبء احترام الضوابط التي حددها المشرع بشأن صرف نفقة معينة، ويوجدون تحت إكراه إثارة مسؤوليتهم الشخصية عن أي تقصير أو إغفال من جانبهم للضوابط والقواعد الأنفة الذكر (الفقرة الأولى)، ويمكن أن تمتد هذه المسؤولية لتشمل العمليات المحاسبية المنجزة من طرف الغير ممن يشرف عليهم باعتباره رئيساً تسلسلياً لهم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إثارة مسؤولية المحاسب العمومي عن الفعل الشخصي

قبل أن تثار المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي تشرع هيئة الحكم بالمجلس في البت في حسابات المحاسب بتقديم تقرير المستشار المقرر ورأي المستشار المراجع حول كل اقتراح من اقتراحات المستشار المقرر، ومستنتجات النيابة العامة وبعد المناقشة، وانسحاب ممثل النيابة العامة وكتاب

637 - الفقرة الثانية من المادة 37 من مدونة المحاكم المالية

638 - يعني مبدأ تخصيص النفقات أن يرصد لكل وجه من أوجه الإنفاق العام مبلغ مالي محدد يصطلح عليه باسم "اعتماد"، وأن يتم الإنفاق في حدود المبالغ المالية المخصصة لكل نفقة في الميزانية وعدم تجاوزها أو استخدامها لغرض آخر.

639 - الظهير الشريف رقم 25.02.1 بتاريخ 3 أبريل 2002 بتنفيذ القانون رقم 99-61 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين، الجريدة الرسمية عدد 4999 بتاريخ 2002/04/29، ص. 1168.

الضبط، تتداول الهيئة وتتخذ في شأن كل اقتراح إجراء يتم تسجيله على طرة التقرير من طرف رئيس الهيئة، على أن الهيئة يجوز لها تأجيل اتخاذ قرارها والأمر بإجراء تحقيق تكميلي، وتتخذ قرارات الهيئة بأغلبية الأصوات⁶⁴⁰. فإذا لم يثبت للمجلس أية مخالفة في حسابات المحاسب فإنه بيت في الحسابات بموجب قرار نهائي.

وتثار المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي بمجرد ثبوت الإخلال بواجباته الرقابية، حيث أنه إذا تبث للمجلس الأعلى للحسابات وجود مخالفات ناتجة عن عدم اتخاذ الإجراءات التي يتوجب على المحاسب العمومي القيام بها في مجال تحصيل الموارد أو عدم قيامه بأعمال مراقبة صحة النفقة التي على المحاسب العمومي القيام بها بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري به العمل، من قبيل وجود مخالفات ناتجة عن عدم تبرير إنجاز العمل، أو عدم صحة حسابات التصفية، أو غياب التأشيرة المسبقة للالتزام أو عدم احترام قواعد التقادم وسقوط الحق. أو عدم مراعاة قوة إبراء التسديد، أمر المجلس المحاسب العمومي بواسطة قرار تمهيدي بتقديم تبريراته كتابة، أو عند عدم تقديمها بإرجاع المبالغ التي يصرح بها المجلس كمستحقات للجهاز العمومي المعني، وذلك داخل أجل يحدده له المجلس على ألا يقل عن ثلاثة أشهر، ويسري مفعوله ابتداء من تاريخ تبليغ القرار التمهيدي⁶⁴¹، بعد انصرام هذا الأجل يتخذ المجلس كل إجراء يراه مناسباً إلى حين البت في القضية، بمقتضى قرار نهائي داخل أجل أقصاه سنة ابتداء من تاريخ صدور القرار التمهيدي⁶⁴².

ترتبط إذن هذه المسؤولية بوجود عجز يحصل في حساب المحاسب العمومي الأمر الذي يضي على المخالفات المنشئة في هذا المجال طابع المخالفات الشكلية التي يختلط فيها العنصر المادي بالخطأ⁶⁴³.

غير أن هذا الخطأ المفترض قابل لإثبات العكس، إذ تقدم المحاسب العمومي، تبريرات كتابية عبر الإدلاء بوثائق مثبتة أو تعقيبات من شأنها إقناع القاضي المالي بكون الملاحظة المسجلة في حسابه لا تشكل فعلاً مخالفة في مادة البت في الحسابات، وهذا ما أكدته غرفة استئناف أحكام المجالس الجهوي للحسابات حين اعتبرت أنه "يكون المحاسب، بإدلائه خلال مرحلة الاستئناف، بما يفيد وجود الاشهاد

⁶⁴⁰ - عسو منصور، قانون الميزانية العامة، ورهان الحكامة المالية الجيدة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى أكتوبر 2017. ص. 327.

⁶⁴¹ - الفقرة الثانية من المادة 37 من مدونة المحاكم المالية قانون رقم 99-62، ظهر شريف رقم 124-02-1 صادر في ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5030، الصادرة بتاريخ 2002/08/15.

⁶⁴² - يتولى المستشار المقرر تحرير القرار الذي اتخذته الهيئة ويوقع من طرف رئيس الهيئة أو أقدم مستشار عضو في الهيئة إذا عاقه عائق، وكتاب الضبط ويبلغ إلى المحاسب العمومي، والوزير المكلف بالمالية، والوزير المعني بالأمر والوكيل العام للملك والخازن للمملكة والممثلين القانونيين للأجهزة العمومية المعنية.

⁶⁴³ - إبراهيم بن به، نظام مسؤولية المديرين العموميين أمام القاضي المالي، منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، مطبعة طوب بريس الرباط، الطبعة الأولى ماي 2017. ص. 405.

المسبق على مقترحي الالتزام قبل التأشير على أداء النفقتين موضوع الحكم المستأنف، قد قدم ما يبرر قيامه بأعمال مراقبة صحة النفقة طبقاً للمادة 74 من المرسوم رقم 2.9.441 بسن نظام للمحاسبة العمومية للجماعات المحلية ومجموعاتها، مما يجعل المخالفة التي أسس عليها المجلس الجهوي للحسابات منتفية⁶⁴⁴.

وتبعاً لذلك، لا تهدف هذه المسؤولية من حيث المبدأ، إلى المعاقبة عن أخطاء شخصية بل عن الإخلال بضوابط ممارسة وظيفة المحاسب العمومي⁶⁴⁵، وتتخذ شكل جزاء عن عدم التزامه بالنتيجة التي قبلها ضمناً عند تعيينه كمسؤول عن المركز المحاسبي فبمجرد هذا التعيين تخضع ممارسة مهامه لقواعد المحاسبة العمومية التي تحدد نطاق أعماله حيث تشكل الالتزامات المترتبة عن هذه القواعد ضمانات لهذه المسؤولية تستهدف بالأساس حماية الأموال العمومية، والتي يعتبر الإدلاء بالحساب للقاضي المالي امتداداً وتجسيداً لها⁶⁴⁶.

كما أن ما يميز هذه المسؤولية كونها متصلة بالنظام العام⁶⁴⁷، إذ لا تتوقف آثارها على مطالب الأطراف، وبالطابع الموضوعي، بحيث لا تتأثر بالظروف التي ترتكب فيها المخالفات التي تثبتها المحكمة المالية.

وهو ما ذهبت إلى تأكيده الغرفة الاستئنافية لأحكام المجالس الجهوي للحسابات، حين اعتبرت أن رفض المجلس الجهوي للحسابات، الأخذ بعين الاعتبار تحصيل المبالغ المؤداة بشكل زائد، بعد أن عمل المحاسب العمومي على استصدار أوامر بالمداخيل تمكن بواسطتها من تحصيل المبلغ الاجمالي للعجز المصرح به، بعدما قام بالتعرضات المنصوص عليها في المادة 88 من 3 يناير 2010 من المرسوم رقم 2.09.441 الصادر في 17 من محرم 1431 (بسن نظام للمحاسبة العمومية للجماعات المحلية ومجموعاتها)، وادلاءه بشهادة من طرف الخازن المكلف بميزانية الجماعة الحضرية للدار البيضاء، تؤكد تحصيل المبلغ لفائدة ميزانية الجماعة المذكورة. والحكم بوجود عجز في حساب المحاسب العمومي بسبب تأشيريه على أداء الحوالات دون مراقبة صحة النفقة، وخاصة التأكد من صحة حسابات التصفية، حينما أغفل تفعيل صيغة مراجعة الأثمان المنصوص عليها في الصفقات المذكورة.

644 - قرار غرفة الاستئناف أحكام المجالس الجهوي للحسابات عدد 2020/26، متعلق بحساب الجماعة اباينو برسم السنتين الماليتين 2012 و2013، صادر بتاريخ 09 مارس 2020، منشورات المجلس الأعلى للحسابات، مارس 2021، ص. 68.

645 - رقابة القاضي المالي لا تنصب على شخص المحاسب وإنما على الحساب الذي يتقدم به، فهي تقف عند حدود البت أو النظر في الحسابات دون المحاسبين العموميين.

646 - Farhana Akhoune, La statut de comptable en droit public financier, LGDJ, 2008, p. 330.

647 - تقديم الحساب يعتبر من النظام العام، فهو لا يخضع لآماد التقادم التي تسري على باقي الالتزامات.

يكون المجلس الجهوي للحسابات، قد أسس حكمه على مقتضى تعاقدى يطبق في مواجهة الما قول ولا يمكن أن يستند اليه المحاسب العمومي لرفض تحمل الأوامر بالمداخيل الصادرة ازاء صاحب الصفة⁶⁴⁸.

كما أن ادلاء المحاسب العمومي بما يثبت الاسترجاع الفعلي للمبلغ المؤدى زيادة عن المبلغ المستحق، يعتبر كافيا لإبراء ذمته من العجز المحكوم به، ما دام أن الحكم المستأنف لم يؤسس رفضه للمبالغ التي تم دفعها الى صندوق الجهاز العمومي، على عيب في مسطرة التحصيل من شأنه أن يمس بصحتها⁶⁴⁹.

ونظرا لطابعها التلقائي⁶⁵⁰، لا تركز هذه المسؤولية على منطق الزجر بل على منطق الضمان الذي لا يضفي على الإغفالات أو المخالفات التي يمكن أن يرتكبها المحاسب العمومي أخطاء⁶⁵¹، ذلك أن مهمة القاضي المالي تقتصر فقط على التأكد من مطابقة هذه العمليات لقواعد المحاسبة العمومية دون البحث عن مصدر أو سبب المخالفة.

أيا كان الحال، فإن ممارسة القاضي المالي لاختصاصاته القضائية في مادة البت في الحسابات يتطلب وجود نظام للإثبات مؤطر بوثائق عامة ومستندات مثبتة محددة في القوانين والأنظمة المعمول بها⁶⁵².

وحتى لا تثار مسؤولية المحاسب العمومي أمام المحاكم المالية يتعين عليه اذا لاحظ أثناء إجراء مراقبته إغفالا أو خطأ ماديا في الأوراق المدلى بها أو عدم صحة الأرقام والمعلومات الواردة فيها وقف الأداء وإخبار الأمر بالصرف بذلك، كما أنه لا تنحصر المراقبة التي يمارسها المحاسب العمومي على الوثائق المقررة في القوائم المثبتة في التأكد المادي من وجود هذه الوثائق فقط، بل يجب أن تكون هذه

648 - قرار غرفة الاستئناف أحكام المجالس الجهوي للحسابات عدد 2019/01، متعلق بحساب الجماعة الترابية الدار البيضاء برسم السنة المالية 2010، منشورات المجلس الأعلى للحسابات، الجزء الثالث، مارس 2021.

649 - قرار غرفة الاستئناف أحكام المجالس الجهوي للحسابات عدد 2019/01، مرجع سابق.

650 - المحاسب العمومي هو الذي يتولى من تلقاء نفسه تقدم الحساب عن كل سنة مالية للمحاكم المالية، يتضمن عمليات المداخيل والنفقات وكذا عمليات الصندوق التي يتولون تنفيذها.

651 - Farhana Alhoune. Le statut do comptable en droit public financier, op. cit. p 394

ورد عن إبراهيم بن به، مرجع سابق، ص. 410.

652 - يمكن الاطلاع على القرارات الوزارية التالية؛ قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 143155 صادر في 5 ذي الحجة 1435 (30 سبتمبر 2014) بتحديد قائمة الوثائق والمستندات المثبتة مقترحات الالتزامات والمستندات المثبتة المقترحات الالتزامات وأداء نفقات الدولة، الجريدة الرسمية عدد 6329 بتاريخ 5 ربيع الآخر 1436 26 يناير 2015 م 1716 قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 14.3026 صادر في 5 ذي الحجة 1435 (30 سبتمبر 2014) بتحديد قائمة الوثائق والمستندات المثبتة الأداء نفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للمراقبة القبلية أو النوعية، الجريدة الرسمية عدد 6306 بتاريخ 12 محرم 1436 12 نوفمبر 2014 قرار وزير المالية بتاريخ 19 ماي 1993 بتحديد قائمة الوثائق المثبتة لمداخيل ونفقات الجماعات المحلية وهيئاتها التي تم توزيعها بواسطة المذكرة الصادرة عن الخازن العام للمملكة رقم 1459 DCGA بتاريخ 21 ماي 1993.

الأخيرة واضحة ودقيقة وتستجيب للمقتضيات القانونية والتعاقدية سواء في مضمونها أو في شكلها دون أن يعني ذلك أهلية القاضي المالي لمراقبة قانونية الأعمال الإدارية، لأن وظيفته تنحصر في واقع الأمر في إعادة ممارسة نفس المراقبات التي يقوم بها المحاسب العمومي⁶⁵³.

وإذا كان من المنطقي عدم مساءلة المحاسب العمومي لعدم قيامه بمراقبة غير مطالب بممارستها فإنه وبالمقابل، يتعين النظر في مسؤولية الأمر بالصرف عند ارتكابه لمخالفات تتعلق بهذه النفقات لاسيما وأن منتهى المراقبة التراتبية هو مساءلة الأمرين بالصرف، وهذا لا يعني أن اعفاء الأمر بالصرف من المراقبات السابق هو اعفاء من المسؤولية. فالأمر يتعلق في الحقيقة، بنقل المراقبة التي يمارسها المحاسب العمومي إلى الأمر بالصرف، الذي يتوجب عليه التأكد من أن الالتزام بهم مجموع النفقة التي تلتزم بها الإدارة طيلة السنة المالية التي أدرجت فيها، والانعكاس الذي يكون لهذا الالتزام على مجموع اعتمادات السنة الجارية والسنوات اللاحقة. كما أن الأمر بالصرف يعتبر مسؤولاً عن مشروعية مقترحات الالتزام التي لم تعد تخضع لمراقبة المشروعية.

وتبعاً لذلك، وعلى خلاف المحاسبة على أساس نقدي التي كان الأمر بالصرف يمسك في إطارها محاسبة إدارية ليست لها أية قيمة محاسبية، فإن تقييم أعمال التدبير في إطار المحاسبة العامة يتم من طرف الأمر بالصرف منذ إنشاء هذه الأعمال والقرارات لديون أو حقوق للجهاز العمومي المعني، وأصبح له، تبعاً لذلك دور في العمليات المحاسبية من خلال توليه تنفيذ الحقوق والالتزامات المسجلة في المحاسبة العامة في حين يتأكد المحاسب العمومي من التسجيلات المحاسبية واحترام المساطر المتبعة بشأنها⁶⁵⁴.

ومن أجل إدخال نظام جديد للمحاسبة العمومية يتبنى معايير المحاسبة العامة المعمول بها في إطار القطاع الخاص تم تتويجها بصور القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، بمقتضاه أصبح المحاسب العمومي ملزماً بمسك حسابات الدولة بمستوياتها الثلاثة⁶⁵⁵، المحاسبة الميزانية والمحاسبة العامة والمحاسبة التحليلية، وبالسهر على احترام المبادئ والقواعد المحاسبية وتأمين صدقية وجودة الحسابات، وذلك بتطبيق المعايير المضمنة في الإطار المرجعي وجامع المعايير المحاسبية والتي تفصل هذه المبادئ، وكذا الحرص على توفير معلومة شاملة وصادقة في الوقت المناسب وبالشكل المطلوب تساعد على اتخاذ القرارات من طرف المسؤولين في مجال التدبير، وتمكن من ممارسة اختصاص التصديق على الحسابات⁶⁵⁶.

653 - إبراهيم بن به، نظام مسؤولية المديرين العموميين أمام القاضي المالي، مرجع سابق، ص. 413 - 414.

654 - نفس المرجع، ص. 423.

655 - المادتان 31 و 32 من القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 صادر في 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، الجريدة الرسمية رقم 6370.

656 - أحمد حسون، مستجدات محاسبة الدولة على ضوء القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، دراسة مقارنة، المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الافتتاحي، يناير 2016، ص. 77.

الفقرة الثانية: امتداد مسؤولية المحاسب العمومي لتشمل الأفعال الناتجة عن فعل الغير

بالرغم من أن النصوص القانونية المتعلقة بمسؤولية المحاسبين العموميين تنص على مبدأ المسؤولية المالية والشخصية لوكلاء النفقات والمداخيل، فإن القاضي المالي لا يبت سوى في حساب المحاسب العمومي الرئيسي، الذي يتضمن العمليات المنجزة من طرف هؤلاء الوكلاء، والتي يدرجها المحاسب في حسابه بعد مراقبتها وتدعيمها بالوثائق المثبتة. وعليه، لا يخضع هؤلاء لاختصاص البت في الحسابات إلا بشكل غير مباشر، وتبقى مسؤولية المحاسب العمومي عن أعمال المرؤوسين غير مشروطة، إذ تشمل جميع القرارات والأعمال التي يقوم بها الأشخاص الموضوعين تحت سلطته الرئاسية المقيد بواجب عام للمراقبة والإشراف.

هؤلاء الأشخاص يصنفون ضمن ما يسمى بالمحاسبين بحكم الواقع أو المحاسبين الفعليين⁶⁵⁷، حيث يختصون بتنفيذ العمليات المالية للأجهزة العمومية التي تشكل استثناء عن المسطرة العادية في تنفيذ النفقات والمداخيل العمومية المترتبة عن اعتماد مبدأ الفصل بين مهام الأمر بالصرف والمحاسب العمومي.

وعكس اختصاص التأديب المالي الذي تخضع له هذه الفئة من الموظفين بصفة مزدوجة باعتبارهم من الأعوان التابعين للأمر بالصرف⁶⁵⁸ وبصفتهم محاسبين عموميين⁶⁵⁹، حيث يخضعون لنفس الالتزامات والمسؤوليات التي يتحملها المحاسب العمومي في هذا الإطار⁶⁶⁰، ويعتبرون مسؤولين شخصيا وماليا عن الأداءات وعمليات التحصيل المنجزة من طرفهم، وكذا المراقبات التي يتعين عليهم القيام بها، وذلك في حالة ثبوت مسؤوليتهم عن عجز حاصل في الصندوق أو خصاص في القيم أو إغفال تحصيل مبلغ دين عمومي أو أداء مبلغ نفقة بصفة غير شرعية، فهم مسؤولون عن المحافظة على الأموال المودعة لديهم. فإنهم لا يمكن إثارة مسؤوليتهم كوكلاء النفقات والمداخيل في مادة التدقيق والبت في الحسابات مباشرة من طرف القاضي المالي باستثناء الحالة التي يتم التصريح بهم

657 - فالمحاسب الفعلي أو المحاسب بحكم الواقع هو كل شخص يباشر من غير أن يؤهل لذلك من لدن السلطة المختصة عمليات قبض الموارد و دفع النفقات و حيازة و استعمال أموال أو قيم في ملك أحد الأجهزة العمومية الخاضعة لرقابة المحاكم المالية.

658 - المادة 54 من مدونة المحاكم المالية.

659 - المادة 56 نفس المرجع.

660 - يجوز لوزير المالية بناء على المعاينات التي تمت خلال أعمال المراقبة المسندة إليه بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، أن يقرر في حالة ثبوت مسؤولية المحاسب العمومي بأن هذا الأخير مدين بمبلغ العجز الحاصل في الصندوق، أو الخصاص في القيم، أو بمبلغ الدين العمومي الذي أغفل تحصيله، أو بمبلغ النفقة العمومية المسددة بصفة غير قانونية وذلك بصرف النظر عن اختصاصات المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات في ميدان التحقق والبت في الحسابات المقدمة من طرف المحاسبين العموميين.

محاسبين بحكم الواقع، حيث تنص المادة 6 من القانون المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين على أنه: "يعتبر المحاسبون العموميون للدولة والجماعات المحلية وهيئاتها، ماعدا في حالة إصدار أمر بالتسخير بكيفية مشروعة عن الأمر بالصرف، مسؤولين شخصيا وماليا في حدود الاختصاصات المسندة إليهم بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل عما يلي:

- المحافظة على الأموال والقيم المعهود إليهم بحراستها؛
- وضعية الحسابات الخارجية للأموال المتوفرة التي يراقبونها أو يأمرهم بحركاتها؛
- القبض القانوني للمداخل المعهود إليهم بتحصيلها؛
- مراقبة صحة النفقة فيما يتعلق بإثبات العمل المنجز وصحة حسابات التصفية ووجود التأشير المسبقة للالتزام والتقيد بقواعد التقادم وسقوط الحق والطابع الإبرائي للتسديد؛
- الأداءات التي يقومون بها.

إذن في هذه الحالة إثارة مسؤولية المحاسب العمومي مرتبطة بمسؤولية الإشراف والمراقبة التي يمارسها على العمليات المالية التي ينفذها وكلاء النفقات والمداخل الذين يعملون لحسابه، قبل قبولها وتسجيلها في حساباتهم، وذلك في حالة ثبوت تقصير بعدم مطالبتهم بإيداع المبالغ المقبوضة داخل الأجال المحددة أو في حالة عدم تبرير استعمال الأموال المستخلصة، أو تحويل مبالغ لصندوق وكيل النفقات تتجاوز السقف المحدد في قرار إحداث الوكالة.

وتتسم هذه المسؤولية عن فعل الغير بكونها غير مشروطة، ففي قرار المحكمة الحسابات الفرنسية بتاريخ 23 مارس 1988، تم الحكم بالعجز في حساب محاسب عمومي بسبب عجز في وكالة للمداخل تابعة له وعلى إثر طعن وزير المالية في هذا القرار على أساس أنه سبق له أن أعفى وكيل المداخل المعني من هذا العجز وبالتالي، كان يتعين عدم الحكم بالعجز في حساب المحاسب العمومي الرئيسي، رفض مجلس الدولة الفرنسي في قراره في قضية "Blemont" هذه الوسيلة على اعتبار أن مسؤولية المحاسب العمومي في مادة البت في الحسابات تشمل العمليات المنجزة من طرف وكلاء المداخل مكرسا بذلك استقلالية الحكم القضائي عن القرار الإداري المتعلق بالإعفاء الذي يخضع للسلطة التقديرية للوزير المكلف بالمالية⁶⁶¹.

⁶⁶¹ - إبراهيم بن به، نظام مسؤولية المديرين العموميين أمام القاضي المالي، مرجع سابق، ص. 429.

غير أنه وبموجب تعديل 2004،⁶⁶² لم يعد المحاسب العمومي مسؤولاً عن العمليات المنجزة من طرف وكلاء المداخل والنفقات بشكل مطلق، إلا بالنسبة "للأخطاء أو الإغفالات المسجلة بمناسبة قيامه بالمراقبة التي يمارسها سواء على الوثائق المثبتة أو بعين ووفقاً لهذا التعديل يتعين من أجل إثارة مسؤولية المحاسب العمومي عن المخالفات المرتكبة من طرف الوكلاء، إثبات ارتكابه لخطأ أو إغفال في ممارسته للمراقبة على هذه الوكالات. وعليه، يمكن للمحاسب العمومي الاستفادة من الإعفاء من المسؤولية الممنوح لوكيل المداخل أو النفقات إذا أثبت قيامه بواجباته الرقابية في هذا المجال، وبالتالي عدم إثارة المسؤولية المالية والشخصية للمحاسب العمومي المكلف في حالة ما إذا سبق للوكيل المعني بالمخالفة المرتكبة أن استفاد من إعفاء من المسؤولية أو إبراء الذمة على وجه الإحسان.

تجدر الإشارة إلى أن اجتهادات القضاء المالي الفرنسي في مجال مسؤولية المحاسب العمومي عن فعل الغير (الأعوان الذين يعملون تحت سلطته) لا تتعلق فقط بالمسؤولية عن وكالات المداخل والنفقات، بل تعرضت لحالات أخرى ارتكزت معالجتها على اعتماد مبدأ الطابع الموضوعي للمسؤولية المالية والشخصية للمحاسب العمومي وهكذا، يعتبر المحاسب العمومي مسؤولاً عن العمليات المنجزة من طرف أعوانه ومساعديه، وكذا عن الاختلاسات التي يرتكبونها على صعيد المركز المحاسبي التابع له خلال الفترة التي كان فيها المحاسب في رخصة مرضية قانونية⁶⁶³، كما قد تثار مسؤوليته في حالة عدم تبليغ رؤسائه عن حالات التسيير بحكم الواقع التي علم بها ولم يوقفها والتي ترتب عنها قبض الغير لمبالغ يعتبر وحده مكلفاً بحياتها، كما هو الشأن بالنسبة لتحويل أموال إلى صندوق الوكيل دون التأكد من كونه معيناً تعييناً صحيحاً.

تعتبر المسؤولية المالية والشخصية للمحاسب العمومي في مادة البت في الحسابات جسيمة، فهي غير محدودة في الزمن، إذ لا يخضع الإدلاء بالحسابات للتقادم، كما تقوم هذه المسؤولية بمجرد الثبوت المادي للمخالفة المستوجبة للمسؤولية، ومن أجل التخفيف من أثر هذه المسؤولية الجسيمة وضع المشرع المغربي نظاماً مرناً يمنح لوزير المالية سلطات واسعة في مجال الإعفاء من هذه المسؤولية وإبراء ذمة المحاسب العمومي.

⁶⁶² - Le décret n° 2004-737 du 21 juillet 2004 (qui a modifié l'article 12 du Décret n°66-850 du 15 novembre 1966.

⁶⁶³ - C.comptes, 19 décembre 1956, Saumitou-Laprade, TPG, du Pas-de-Calais; C.comptes, 30 août 1940, Fazi, Commune de Soissons, GAJF, 2014, p: 315

المحور الثاني: ضمانات الحماية القانونية والقضائية في إثارة مسؤولية المحاسب العمومي

إذا كانت إثارة المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي من طرف القضاء المالي، مرتبطة بالأساس بجسامة الالتزامات الملقاة على عاتق المحاسب العمومي، والتي تلزمه باتباع المراحل التي يفرضها نظام المحاسبة العمومية وأن يتقيد بالمبادئ التي تحكم الإنفاق العام، فإنه بالمقابل احاطه المشرع المغربي بمجموعة من الضمانات القانونية التي من شأنها التخفيف من آثار تلك المسؤولية، بل وقد يمتد مفعول هذه الضمانات في بعض الحالات إلى إعفاء كلياً من المسؤولية (الفقرة الأولى).

وفي جميع الأحوال، فأى عملية تبقى تحت رقابة القضاء الإداري، حيث منح المشرع للمحاسب العمومي الحق في تتبع حسابه لدى أعلى هيئة قضائية، من خلال ممارسة الطعن بالنقض ضد القرارات النهائية التي يصدرها المجلس الأعلى للحسابات (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: ضمانات الحماية القانونية في إثارة المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي

بالنظر للطابع المرن للمسؤولية المترتبة عن أعمال المحاسب العمومي، فقد أحاط المشرع هذا الأخير بمجموعة من الضمانات الحمائية سواء أثناء ممارسة مهامه الرقابية على الأعمال الصادرة عن الأمر بالصرف، أو عند نظر القاضي المالي في العمليات المسجلة في حسابه برسم اختصاص البت في الحسابات؛ ففي الحالة الأولى والتي يمارس فيها المحاسب العمومي مهامه الرقابية على الأعمال الصادرة عن الأمر بالصرف، وطبقاً لمبدأ الفصل بين مهام الأمر بالصرف والمحاسب العمومي، يقوم المحاسبون المكلفون بالتسديد بمراقبة الأوامر بالدفع الصادرة عن الأمرين بالصرف والتأشير عليها قبل تسديد المبالغ موضوعها وإذا لاحظ المحاسب المكلف بالتسديد أثناء إجراء مراقبته على هذه الأوامر مخالفة في إطار صحة النفقات⁶⁶⁴، أوقف التأشير وأعاد إلى الأمر بالصرف الأوامر المذكورة غير مؤشر عليها مرفقة بمذكرة معللة بشكل قانوني تتضمن مجموع الملاحظات التي أثارها قصد قيام الأمر بالصرف بتصحيح الوضعية وتسويتها، إذا طلب الأمر بالصرف كتابة وتحت مسؤوليته، صرف النظر عن المخالفة المرتكبة، باشر المحاسب العمومي، الذي لم يعد مسؤولاً عن ذلك، التأشير لأجل الأداء وأرفق مع الأمر بالصرف أو الحوالة نسخة من مذكرة ملاحظاته، وكذا الأمر بالتسخير⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ - المادة الأولى من المرسوم رقم 797-04-2 الصادر في 11 من ذي القعدة 1425 24 ديسمبر (2004) بتغيير الفصل 11 من المرسوم الملكي رقم 330-66 الصادر في 10 من محرم 1387 (21 أبريل 1967) بسن نظام عام للمحاسبة العمومية،
⁶⁶⁵ - المادة 30 من المرسوم رقم 1235-07-2 الصادر في 5 ذي القعدة 1429 (4 نوفمبر 2008) المتعلق بمراقبة نفقات الدولة.

وتبعاً لذلك، فإن مسؤولية ارتكاب هذه المخالفة تنتقل إلى الأمر بالصرف بدل المحاسب العمومي، غير أن هذا الأخير ملزم برفض الامتثال للطلبات ولأوامر التسخير الصادرة عن الأمر بالصرف إذا كان إيقاف الأداء مدعماً بأحد الأسباب الآتية: إما عدم وجود الاعتمادات " أو عدم توفرها أو عدم كفايتها أو عدم توفر الصفة الإبرائية للتسديد أو عدم وجود التأشيرة المسبقة لمراقبة الالتزامات بالنفقات أو تصديقه عندما يكون ذلك مطلوباً وفي هذه الحالة يخبر المحاسب العمومي فوراً الوزير المكلف بالمالية الذي يبت في الأمر.

ويتم تبليغ الأوامر بالتسخير التي تم إصدارها كل من الغرفة الجهوية للحسابات⁶⁶⁶ وسلطة الوصاية، حيث أصبح المحاسب العمومي ملزماً برفض أوامر التسخير الصادرة عن الأمر بالصرف إذا لم يدعمها بما يثبت تبليغ هذه الأوامر إلى ممثل الدولة.

كذلك من بين الضمانات التي أقرها المشرع للمحاسب العمومي تلك المرتبطة بتعذر استخلاص دين عمومي، وذلك بعد استنفاد جميع إجراءات التحصيل المقررة قانوناً (التحصيل الودي ورسائل التذكير وإجراءات التحصيل الجبري والتحريات اللازمة قصد معرفة مكان المدين)، دون أن تقضي إلى أية نتيجة، يمكن للمحاسب بمبادرة منه اقتراح إلغاء هذا الدين على الجهة المختصة⁶⁶⁷ عندما تصبح غير قابلة للتحصيل، وذلك بواسطة قوائم معززة بالتبريرات الضرورية قد تتخذ شكل محضر عدم وجود ما يحجر أو محضر التفتيش أو شهادة العياب أو شهادة العوز، وبالتالي، يتعلق مجال هذه المسطرة بالديون التي أصبحت غير قابلة للتحصيل بسبب عسر أو غياب المدين، وفي حالة تعذر التعرف على المدينين، وإذا لم يتم الرد على طلب المحاسب داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ توصلها بقوائم هذه الديون، فإن السكوت هنا يعتبر بمثابة قبول للإلغاء.

وتبلغ الديون المملوغة المدرجة في جداول الضرائب والرسوم الصادرة عن مصالح الوزارة المكلفة بالمالية إلى المحاسب المكلف بالتحصيل بواسطة شهادات الغاء الديون ويترتب عن قبول هذا الإلغاء خصم مبالغها من قائمة المبالغ الباقي استخلاصها، وإبراء مسؤولية المحاسب المكلف بالتحصيل دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء دين المدين وتبرئة ذمته، إذ يجب استئناف إجراءات التحصيل في حالة تحسن وضعية المدين⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ - Alinéa 3 de l'article L.1617-3 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des Communes, de départements et des régions, JORF, 3 mars 1982, p: 732.

⁶⁶⁷ - تختلف السلطة المؤهلة لاتخاذ قرار قبول إلغاء الديون حسب اختلاف الأجهزة العمومية المعنية؛ فبالنسبة للدولة، يتم اتخاذ قرار قبول الإلغاء من طرف الوزير المكلف بالمالية أو الشخص الذي يعرض له ذلك، أما بالنسبة للجماعات الترابية ومجموعاتها، فإن الأمر بالصرف يتخذ هذا القرار بعد تأشيرة سلطة الرقابة الوصائية المختصة في حين يتم إلغاء الديون بواسطة قرارات للأمر بالصرف بعد تأشيرة الوزير المكلف بالمالية بالنسبة للمؤسسات العمومية.

⁶⁶⁸ - المادة 17 من القانون رقم 99-61 المتعلق بنظام مسؤولية الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، مرجع سابق.

وإذا كان الأمر بالتسخير وقرار الغاء الديون يخضعان لسلطة القاضي المالي من حيث آثارهما القانونية على المسؤولية المالية والشخصية للمحاسب العمومي، فإنه، وبالنظر للطابع الموضوعي لهذه المسؤولية، لا يتخذ القرار النهائي الذي يصدر عنه في مادة البت في الحسابات سوى طابعا مؤقتا، إذ يتولى وزير المالية سلطة البت النهائي في هذه المسؤولية.

أما الحالة الثانية فهي تلك التي يتم فيها إصدار قرار نهائي من القاضي المالي حين ثبوت عجز في حساب المحاسب العمومي، وذلك عند ثبوت ارتكابه لمخالفات تثير مسؤوليته المالية والشخصية، يمكن أن يعفى المحاسب العمومي الذي ثبت وجود عجز في حسابه أو المصرح بمديونيته من مسؤوليته بناء على طلبه في حالة قوة قاهرة بشرط ألا يكون العمل الذي أدى إلى ثبوت العجز أو التصريح بمديونيته قد عاد عليه بمنفعة شخصية، ويمكن عند الاقتضاء، تقديم الطلب المذكور من لدن ذوي حقوقه⁶⁶⁹.

ويتولى دراسة طلب الإعفاء الرئيس التسلسلي المباشر للمحاسب العمومي قبل إحالته على وزير المالية " لاتخاذ قرار بشأنه سواء بالرفض أو بالقبول وفي هذه الحالة الأخيرة، يترتب عن قرار الإعفاء إبراء صاحب الطلب كليا أو جزئيا من دفع المبلغ المستحق عليه، ويخول للمحاسب العمومي، عند الاقتضاء، حق استرجاع المبالغ التي سبق له أن دفعها استيفاء للمبلغ المذكور.

ومن خلال تحليل عينة من قرارات الإعفاء من العجز المحكوم به من طرف المجلس الأعلى للحسابات التي تتعلق كلها بأداء النفقات، يلاحظ أنها تركز على مبررين أساسيين، الأول يرتبط بالصعوبات العملية التي يواجهها المحاسب العمومي في أداء وظيفته الرقابية، والتي أنزلتها هذه القرارات منزلة القوة القاهرة، في حين يرتبط العنصر الثاني بمبرر استحقاق النفقة من طرف المدين وعدم اقتران تسديدها بضرر⁶⁷⁰

ويمكن كذلك إعفاء المحاسبين العموميين من المسؤولية عن المخالفات المرتكبة من طرف المحاسبين العموميين الثانويين الذين يتم التصريح بالعجز في حسابهم التابعين، إذا لم تكن هذه المخالفة ناتجة عن الإغفال أو التقصير في قيامهم بمهامهم الرقابية، وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمحاسب العمومي إذا لم يثبت عليه إغفال وكان ضحية حالة القوة القاهرة، وتم رفض منحه الإعفاء الكلي أو الجزئي من المسؤولية، الطعن أمام القاضي الإداري بدعوى الشطط في استعمال السلطة.

من جهة أخرى، يجوز للمحاسب العمومي في حالة ثبوت عجز في حسابه أن يقدم طلبا⁶⁷¹ لإبراء ذمته على وجه الإحسان من المبالغ المستحقة عليه أو التي لازالت في ذمته، طبقا للشروط المقررة في النظام العام للمحاسبة العمومية، شريطة أن يبرر ملتزمه بالظروف المرتبطة بوضعيته المالية

669 - المادة 10 من القانون رقم 99-61 المتعلق بنظام مسؤولية الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، مرجع سابق.

670 - للإطلاع على هذه القرارات أنظر: إبراهيم بن به، نظام مسؤولية المديرين العموميين أمام القاضي المالي، مرجع سابق، ص. 446 وما بعدها.

671 - يمكن كذلك عند الاقتضاء، تقديم الطلب المذكور من لدن ذوي حقوقه.

وتحملاته العائلية، أي تقييم الحالة الاجتماعية للمحاسب العمومي، بشرط ألا يكون العمل الذي أدى إلى اتخاذ مقررات ثبوت العجز أو التصريح بالمديونية قد عاد عليه بمنفعة شخصية⁶⁷²، وألا يفتعل عسره ولا يترتب عن إبراء الذمة على وجه الإحسان أي استرداد للمبالغ التي سبق أداؤها قصد التخفيف من الدين الأصلي⁶⁷³.

ونظرا لكون ميزانية الجهاز المعني تتحمل المبالغ موضوع إبراء الذمة على وجه الإحسان⁶⁷⁴، يجب أن يحظى طلب الإبراء بالموافقة المسبقة للهيئة التداولية بالنسبة للجماعات الترابية ومجموعاتها والمؤسسات والمقاولات العمومية الخاضعة للمراقبة المالية للدولة.

وفي سياق ذي صلة، فإذا كان المجلس يدقق ويبت بقرار تمهيدي في الحسابات قبل انصرام أجل خمس (5) سنوات يبتدئ من تاريخ تقديم الحساب إلى المجلس، غير أن كل قرار نهائي يصدر عن المجلس بعد انصرام هذا الأجل، يثبت عجزا في حساب المحاسب العمومي يعتبر غير قابل للتنفيذ إذا لم يكن مسبوقا بقرار تمهيدي صادر عن المجلس داخل نفس الأجل⁶⁷⁵.

كذلك، تعتبر قرارات العجز الصادرة عن المحاكم المالية ضد المحاسب العمومي أو الموظف أو العون المتوفى والمقررات التي تم بموجبها التصريح بمديونيتهم غير قابلة للتنفيذ ضد ورثتهم وذوي حقوقهم، إذا لم يتم تحصيل مبلغها عند تاريخ وفاة المحاسب العمومي أو الموظف أو العون⁶⁷⁶، نفس الأمر ينطبق على قرار العجز أو مقرر التصريح بالمديونية المتخذ بعد الوفاة باستثناء الحالة التي يكون فيها هذا القرار أو المقرر قد تم اتخاذه بناء على أفعال مرتكبة من قبل المحاسب العمومي تدخل في دائرة الاختلاس أو خيانة الأمانة أو تزوير في الحسابات أو نصب ويتم الأمر بدفع أو صرف مبلغ قرار العجز أو مقرر التصريح بالمديونية الذي أصبح غير قابل للتنفيذ طبقا للشروط المشار إليها أعلاه ضد ورثة وذوي حقوق المحاسب العمومي أو الموظف أو العون المتوفى من ميزانية الهيئة المعنية.

الفقرة الثانية: رقابة القضاء الإداري على إثارة المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي

يمارس المجلس الأعلى للحسابات مهامه في مجال البت في الحسابات تحت رقابة محكمة النقض باعتبارها الجهة القضائية المختصة للبت في طلبات النقض ضد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للحسابات، وكذلك باعتبارها الجهة الساهرة على التطبيق السليم للقانون، ومن ثم ترسيخ ثقافة الاجتهاد وتوسيع قاعدة الفقه القضائي وتوحيد وجهات النظر لدى محاكم المملكة بمختلف درجاتها

672 - المادة 15 من القانون رقم 99-61 المتعلق بنظام مسؤولية الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.

673 - أنظر المواد 84 و 14 من القانون رقم 97-15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

674 - المادة 16 من القانون رقم 99-61 المتعلق بنظام مسؤولية الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.

675 - المادة 107 من مدونة المحاكم المالية.

676 - المادة 8 من القانون رقم 99-61 المتعلق بنظام مسؤولية الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.

وتصنيفاتها، وعليه فإن قضاء المحاكم المالية معني بالقواعد العامة التي استقر عليها قضاء محكمة النقض، وذلك في الحدود التي لا تتعارض مع خصوصيات القضاء المالي.

وتبعاً لذلك، يحق للمحاسب العمومي أو لذوي حقوقه بصفة شخصية أو بواسطة وكيل، أن يمارسوا الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى (محكمة النقض) داخل أجل ستين (60) يوماً الموالية لتاريخ تبليغ القرار النهائي الصادر استئنافياً عن المجلس، إذا رأوا أن هناك خرقاً للقانون أو عدم احترام الإجراءات الشكلية أو انعدام التعليل أو عدم اختصاص المجلس، ويخول نفس الحق إلى الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني بالأمر والوكيل العام للملك والخازن العام للمملكة وإلى الممثلين القانونيين للأجهزة العمومية المعنية داخل نفس الأجل، كما أنه يتم التحقيق والبت في طلب النقض طبقاً لمقتضيات الفصل 354 وما يليه من قانون المسطرة المدنية.

وفي هذا السياق، أصدرت الغرفة الإدارية مجموعة من القرارات التي مارس فيها المحاسب العمومي حق الطعن على قرار المجلس الأعلى للحسابات، غير أن محكمة النقض في أغلبها قضت بتأييد قرار المجلس المطعون فيه الذي يدين المحاسب العمومي.

حيث اعتبرت محكمة النقض في إحدى قراراتها⁶⁷⁷، أن المجلس الأعلى للحسابات علل قراره تعليلاً سليماً، بعد أن تبين له من وثائق الملف أن الطاعن لم يتخذ أي إجراء من شأنه العمل على استخلاص أو مراسلة أو تنبيه الأمر بالصرف من أجل استخلاص منتج كراء المحلات التجارية أو المخصصة لمزاولة نشاط مهني في ملك الجماعة الترابية الكفيلة بمنع التقادم وسقوط الحق في الاستخلاص، ورد ما تمسك به بأنه قام باستخلاص المبلغ الذي كان في ذمة الملتزم، بدعوى أن هذا الإجراء أتى لاحقاً لتاريخ سقوط استخلاص الديون التي بذمة المعني بالأمر للتقادم، ليستخلص - عن حق - مسؤوليته تجاه الهيئات العمومية المعنية بمسؤولية شخصية ومالية طبقاً للفصل 17 من المرسوم رقم 2.76.576 من نظام المحاسبة الجماعات المحلية وهيئاتها والفصل 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية والمادة 6 من القانون رقم 61.99 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين والفصل 37 من القانون رقم 62.99 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، ورتب عن ذلك تأكيده لمبلغ العجز المصرح به في الحكم المستأنف.

كما أيدت محكمة النقض قراراً آخر للمجلس الأعلى للحسابات أثار المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب العمومي عن عدم القيام بما كان واجب عليه بصفته قابضاً جماعياً بتحصيل الديون العمومية التي تحملها بما فيها الحقوق الدورية والمعاشات وأكزية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة، وذلك بعد أن اعتبر منتج الأكزية ديناً لفائدة الجماعة الترابية ولا يكتسي

⁶⁷⁷ - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم 2020/13، ملف عدد 2019/1/4/2910، الصادر في 2020/01/2، غير منشور.

طابعا تجاريا، مما يجعله من الديون العمومية التي تخضع لكافة إجراءات التحصيل والتي يعهد بقبضها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، سيما وأن تعليمية الخازن العام للمملكة نصت على أن مداخل وعائدات أملاك الدولة تشمل الأكزية⁶⁷⁸.

وفي قضية أخرى⁶⁷⁹، اعتبرت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض أن المجلس الأعلى للحسابات علل قراره تعليلا سليما بعد أن تبين له أن المحاسب العمومي قد بدأ في تحصيل منتوج المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو المني بعد تقادم الديون، ورتب على ذلك مسؤوليته الشخصية والمالية، عما قام به بعله عدم قبول الأداءات التي تتم بعد تقادم الديون العمومية بسبب الإعفاء من المسؤولية، وعدم اندراج إجراء طلب المعلومات ضمن الإجراءات القاطعة للتقادم⁶⁸⁰.

كما أيدت الغرفة الإدارية قرارا للمجلس الأعلى للحسابات قضى بثبوت المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي نتيجة عدم احترامه النصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، حين اعتبرت أنه "لئن كانت المادة 39 من المرسوم رقم 2.98.482 الصادر بتاريخ 1998/09/30 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة أشارت إلى أن أعضاء اللجنة هم من يؤشرون على عقود الالتزام وعلى جدول الأثمان والبيان التقديري المفصل، فإن مكانة التأشير على الوثائق تعتبر آلية في إطار تفعيل منظومة المراقبة القانونية ضمانا لتواجد الوثائق المطلوبة في إطار الصفقة ولعدم تغيير محتواها وتخطب كل المتدخلين في تديرها ترسيخا لمبدأ تحقيق الشفافية وعدم المس بالأسس التي تقوم عليها المنافسة والمساواة أمام الطلبات العمومية أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية⁶⁸¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمحاسب العمومي اللجوء إلى طرق أخرى في الطعن؛ كطلب إعادة النظر، أو التقدم بطلب المراجعة ضد القرارات النهائية أكانت أحكاما ابتدائية، أو قرارات صادرة استئنافية.

خاتمة

يمكن القول أن البعد التأديبي لإثارة المسؤولية الشخصية للمحاسب العمومي يكمن في نطاق مادة البت في الحساب، حيث أن قيام مسؤوليته لا يمكن أن يكون موضوعا للمسؤولية في مجال التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية على أساس القاعدة الفقهية الماثورة لا يعاقب على الجرم مرتين، فالغاية من ممارسة الرقابة على حسابات المحاسب العمومي ليس هو التضييق من سلطة هذا الأخير أو الرقابة في حد ذاتها، وإنما الهدف المتوخى هو الحفاظ على المال العام، فإذا كانت المقاربة ردعية فإنها بالمقابل وقائية حيث تدفع الآخرين إلى توخي الحيلة والحذر في التعامل مع المال العام وصونه والحفاظ عليه من أي تبذير أو اختلاس. لذلك يتعين إعادة تحديد اختصاصات القاضي المالي نحو تحقيق ولايته الشاملة في مجال البت في الحسابات، إذ أن وضع نظام للمسؤولية لا يخصص للخطأ والضرر سوى نطاقا ضيقا يعتبر خارج المبادئ القانونية الأساسية المتعارف عليها.



⁶⁷⁸ - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم 2020/14، ملف عدد 2019/1/4/3469، الصادر في 2020/01/2، غير منشور.

⁶⁷⁹ - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم 2020/11، ملف عدد 2019/1/4/3430، الصادر في 2020/01/2، غير منشور.

⁶⁸⁰ - وهي الإجراءات المنصوص عليها في المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية والمادتين 181 و182 من قانون الالتزامات والعقود

⁶⁸¹ - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم 2019/110، ملف عدد 2017/1/4/2323، الصادر في 2019/01/31.



التعليق على القرارات القضائية



الالتزام بتحقيق غاية في المسؤولية التقصيرية

تعليق على القرار عدد 2536 في الملف المدني عدد

1201/3/2004، مؤرخ في 2005/09/28

Obligation of result in tort liability

Comment on Decision N° 2536 in Civil case N°

1201/1/3/2004 Issued on 09/28/2005

✍ نور الدين الكامل

Nour Eddine LKAMEL

PhD in Private Law, Faculty of Legal,

حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

Economic and Social Sciences, Fez

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

nouredine.lkamel@usmba.ac.ma

المخلص

الرغبة في حماية المستهلكين من الأضرار التي تلحقهم من جراء استهلاك المنتجات الخطرة، فرض على القضاء الإقدام على اتخاذ خطوات مهمة في سبيل تحقيق ذلك، كان من نتيجته صدور قرارات تقرر الحماية المطلوبة للمستهلكين، ومن بين هذه القرارات القرار رقم 2536 الصادر عن المجلس الأعلى، والذي رسم توجهاً فريداً بخصوص طبيعة التزام صانع المنتجات الخطرة، باعتباره الحارس القانوني لهذه الأخيرة، والذي يتحمل مسؤولية ما تسبب فيه من أضرار للمستهلكين، حيث تم الإقرار بكون هذه الطبيعة تتمثل في تحقيق وضمان غاية؛ وقد جاءت هذه الورقة لتبحث سلامة هذا التوجه الذي صار عليه المجلس، وذلك من خلال تأصيل الالتزام بتحقيق غاية، وبيان حقيقته وغاية الفقه من تقريره، ثم بيان حالاته في إطار المسؤولية التقصيرية. وهذا البحث بحث نظري يستقي مادته من القرار محل التعليق، والتي تم تفكيكها وتحليلها بشكل علمي موضوعي في ضوء آراء الفقه وبعض القرارات القضائية الأخرى. وقد تم التوصل إلى أن موقف المجلس الأعلى سليماً، ولم يبتدع ما لم يقرره الفقه، كما أن توجهه تعضده جملة من الشواهد والعلل الواقعية والتشريعية المستجدة.

كلمات مفتاحية

الالتزام بتحقيق نتيجة، المسؤولية التقصيرية، حارس الشيء، المجلس الأعلى، محكمة النقض.

Abstract

The desire to protect consumers from the harm caused by consuming dangerous products has compelled the judiciary to take

significant steps to achieve this. As a result, decisions have been issued to determine the required protection for consumers. Among these decisions is decision number 2536 issued by the Supreme Council, which has outlined a unique approach regarding the nature of the manufacturer's commitment to dangerous products, considering them the legal guardian of these products, and who bears responsibility for any harm they cause to consumers. It has been acknowledged that this nature is represented in achieving and ensuring a purpose; this paper came to examine the soundness of this approach adopted by the council, through the establishment of the obligation of result, clarifying its reality and the jurisprudence's goal from its determination, and then stating its cases within the framework of tort liability. This theoretical research draws its material from the decision under comment, which has been deconstructed and analyzed objectively in light of jurisprudence's opinions and other judicial decisions. It has been concluded that the position of the Supreme Council is sound and did not innovate what jurisprudence has not determined, as a series of realistic and legislative reasons and evidence support its direction.

Keyword

Obligation of Result, Tort Liability, Guardian of the Thing, Supreme Council, Court of Cassation.



مقدمة

لما كانت الالتزامات ركيزة الحقوق المدنية وروحها، فقد درج الفقه منذ زمن بعيد، على تصنيفها وتقسيمها، حسب ما يتطلب تنفيذها القيام به من قبل الملزم بها، ولعل أشهر تقسيم للالتزامات هو ذلك التقسيم الذي أتى به الأكاديمي الفرنسي الشهير ريني ديموج (René Demogue)، كما سنوضحه لاحقا، حيث قسم الالتزام إلى التزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة؛ وقد شاع هذا التقسيم وحظي بمكانة معتبرة من قبل القضاء الذي طبقه على نطاق واسع في أحكامه⁶⁸².

وإذا كان الاتفاق حاصل لدى الفقه على أصالة هذا التقسيم وسلامته منذ أمد ليس بالقريب، فإن الجانب الذي لم يأخذ حظه الكافي من النقاش بخصوصه، هو مجال أعمال هذا التقسيم؛ أهو يشمل المسؤولية التقصيرية كما يشمل المسؤولية العقدية، أم أن أعماله يقتصر على أحد هذه الأنواع فقط؟ إضافة إلى ذلك، وكما هو معلوم، فالمسؤولية التقصيرية لها صور متعددة حسب نصوص قانون الالتزامات والعقود، وهي ليست نوع واحد وإنما أنواع، تختلف من حيث الأساس وشروط قيامها ونفيها، فإذا سلمنا بصدق القول بأن تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية يُعمل به حتى في مجال المسؤولية التقصيرية كما ذهب إلى ذلك قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)⁶⁸³، محل التعليق، ويذهب إلى ذلك جانب من الفقه، فإن التساؤل الذي ينبغي تقديم الجواب له هو: هل هذا التقسيم يعمل به في سياق المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية؟

بمعنى آخر، هل يعد توجه المجلس الأعلى - محكمة النقض - في القرار أعلاه توجه له ما يبرره من الناحيتين الفقهية والواقعية؟
هذا ما سنحاول توضيحه في هذه الورقة، وذلك من خلال تأصيل الالتزام بتحقيق غاية، وبيان حالاته في مجال المسؤولية التقصيرية (ثانيا)، لكن قبل ذلك سنعمل على استعراض وقائع قرار المجلس الأعلى محل التعليق بشيء من الاقتضاب (أولا).

⁶⁸² بالنسبة للقضاء الوطني ينظر النماذج الحديثة التالية لمحكمة النقض: - القرار ع. 4607 صادر في 2011/10/25 في الملف المدني ع. 2009/3/1/76/49؛ - القرار ع. 14 صادر في 2022/01/06 في الإداري ع. 2020/1/4/1331؛ - القرار ر. 22 صادر في 2022/01/10 في الملف المدني رقم 2019/3/1/9734؛ - القرار ر. 140 صادر في 2022/02/15 في الملف المدني ر. 2019/1/1/1733؛ - القرار ر. 52 صادر في 2023/01/19 في الملف التجاري ر. 2020/2/3/1425؛ منشورة على البوابة القضائية للمملكة المغربية www.juriscassation.cspj.ma، اطلع عليه بتاريخ 2024/01/27.

⁶⁸³ بموجب المادة الفريدة من القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 1957/09/27 بشأن المجلس الأعلى، والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 المؤرخ في 2011/10/25، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر، صادرة في 2011/10/26، حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى".

أولاً: وقائع القرار

أصدر المجلس الأعلى (محكمة النقض)، في جلسته العلنية بتاريخ 28 شتنبر 2005، في الملف المدني عدد 1201/3/1/2004، القرار عدد 6842536، القاضي برفض الطلب الذي تقدمت به كل من شركة (...) غاز، وشركة التأمين (...)، ضد قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 4773، الصادر بتاريخ 2003/09/23 في الملف عدد 2002/4164، القاضي بتأييد الحكم الصادر في المرحلة الابتدائية من قبل المحكمة الابتدائية بأنفا بالدار البيضاء، والذي حملهما المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالمطلوب في النقض.

1) وقائع القضية

بتاريخ 20 أبريل من عام 1999 تعرض أحد المستهلكين وابنيه بمنزله لحادث تسبب فيه انفجار قنينة غاز، تقدم على إثره بمقال افتتاحي لدى المحكمة الابتدائية بأنفا بالدار البيضاء، أصالة عن نفسه ونيابة عن ابنه القاصرين، يلتمس فيه تحميل الحارس القانوني لقنينة الغاز كامل المسؤولية عن الأضرار التي لحقت به ولولديه، والأمر بإحالتهم على خبرة طبية لتحديد الأضرار التي لحقتهم، وأداء المدعى عليهم لفائدتهم تعويضا مسبقا قدره 3000 درهم، مع إحلال شركة التأمين محل مؤمنتها في الأداء. رد المدعى عليهم، شركة (...) غاز وشركة التأمين (...) بالإدلاء بصورتين طبق الأصل لتقرير خبرتين منجز من قبل شركة الخبرة والمراقبة والوقاية ومكتب الدراسات، تؤكدان أن القنينة ليس بها أي عيب في الصنع، وأن أسباب الحادث ترجع إلى الاستعمال السيء للقنينة من قبل المستهلك، والذي قام بتركيب المشعل على القنينة في الوقت الذي توجد فيه قنينة غاز أخرى مشتعلة.

2) حيثيات القرار

وردت في القرار المذكور أعلاه العديد من الحيثيات المهمة، والتي تستحق التعليق والمناقشة، لكن ما شد انتباهنا في كل تلك الحيثيات، العبارة التالية: "... باعتبار أن حارس الشيء ملزم بتحقيق وضمان غاية ..."⁶⁸⁵.

فهل صادف المجلس الأعلى (محكمة النقض) الصواب في اعتبار أن التزام حارس الشيء هو التزام بتحقيق غاية؟

هذا ما سنحاول بيانه من خلال النقطة التالية.

⁶⁸⁴ سبق التعليق على هذا القرار من قبل الأستاذ المهدي العزوزي، ينظر: المهدي العزوزي، حدود المسؤولية التقصيرية للصانع عن منتجاته الخطيرة في ضوء الفصل 88 من ق.ل.ع، منشور بالمؤلف الجماعي المحكم، حماية المستهلك، دراسات وأبحاث في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، إشراف وتنسيق زكرياء العماري، منشورات مجلة القضاء المدني، ط2014، ص 200 وما يليها.

⁶⁸⁵ نشير إلى أن هذه الحيثية لم يتناولها تعليق الأستاذ المهدي العزوزي المشار إليه أعلاه.



ثانياً: الالتزام بتحقيق غاية، تأصيله وحالاته في مجال المسؤولية التقصيرية

إن المذهب الذي صار عليه المجلس الأعلى في الحيثية أعلاه، والمختارة كأساس لهذا التعليق، ينم عن الفهم الدقيق والعميق لتوجهات الفقه بخصوص إثبات شروط المسؤولية التقصيرية من جهة، ومن جهة أخرى يعد توجه متطور جداً حتى في وقتنا الحالي الذي اشتدت فيه الدعوات الرامية إلى تعديل قواعد المسؤولية المدنية، والمطالبة بإزالة التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وتوحيد قواعدهما.

وسنعمل على توضيح سلامة المذهب الذي سلكه المجلس الأعلى في هذا القرار، وذلك بتأصيل فكرة تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية (1)، ثم بيان حالاتها في إطار المسؤولية التقصيرية (2).

1) تأصيل الالتزام بتحقيق غاية

إن تقسيم الالتزامات إلى التزامات ببذل عناية (Obligations of Means) وأخرى بتحقيق غاية (Obligations of Result)، هو نتاجٌ فقهي محض، حيث يعود هذا التقسيم إلى الأكاديمي الفرنسي الشهير ريني ديموج (René Demogue)، الذي اقترحه في العشرينيات من القرن الماضي⁶⁸⁶؛ وقد لاقى هذا التقسيم قبولا كبيرا في أوساط الفقه والقضاء، وها هو يصمد لما يقارب قرن من الزمن، حيث يعد حلاً فعالاً للكثير من الإشكاليات التي تعترض تنفيذ الالتزامات بصفة عامة، سواء كانت هذه الالتزامات تجد مصدرها في القانون أو اللوائح التنظيمية أو في المبادئ العامة للقانون، أو تجده في العقد والاتفاقات الأخرى؛ ويبدو أن هذا التقسيم لن يخفي في القريب لبساطته ووضوحه وانعدام بديل له.

وفي توضيح هذا التقسيم، شبهه ديموج، بتقسيم الجرائم في مجال القانون الجنائي، حيث يتم تقسيمها إلى جرائم شكلية (formal crimes) وأخرى مادية (material crimes)؛ فهذه الأخيرة، تقوم بمجرد تحقق النتيجة الإجرامية التي تعد أحد عناصر الركن المادي للجرائم، ولا يعتد فيها بخطأ الفاعل، كما لا يميز فيها بين العمد وغير العمد، إذ إن مجرد تحقق النتيجة يستوجب قيام المسؤولية الجنائية، ولا حاجة فيها لتحقيق الركن المعنوي، الذي يبقى شرط نفساني لقيام مسؤولية الفاعل عن جريمة قائمة موضوعياً، غايته تحديد العقوبة فقط⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Voir : René Demogue, Traité des obligations en général, Sources des Obligations, Tom V, Librairie Arthur Rousseau – Paris, 1925, P 538.

⁶⁸⁷ في هذا الاتجاه، ينظر: مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج 2 - المسؤولية الجنائية، منشورات مؤسسة نوفل - بيروت، لبنان، ط 1985/1، ص 63-64.

أما الجرائم الشككية، والتي تعرف بأنها جرائم الخطر أو السلوك، فتقوم حين يتم استخدام الوسائل التي يرجح أنها تؤدي، عادة، إلى تحقيق النتيجة الإجرامية⁶⁸⁸، دون أن يشترط فيها تحقق هذه النتيجة⁶⁸⁹.

فهكذا، يصير الأمر في الالتزام بتحقيق غاية، أن المسؤولية المدنية تنهض بمجرد عدم تحقق النتيجة التي يهدف الالتزام إلى الوصول إليها، دون أن يتم البحث في مسلك المدين وهل ارتكب خطأ أم لم يرتكبه، كما لا يبحث في نيته ألتجهت إلى عدم تحقيق نتيجة الالتزام أم لا.

أما الالتزام بوسيلة، فإن المسؤولية المدنية تنهض بشأنه في الحالة التي لا يقوم فيها المدين باستخدام تلك الوسائل التي يفترض فيها، عادة، أنها ستحقق ما يرمي الالتزام إلى تحقيقه، مع الأخذ بعين الاعتبار فعل المدين، والتمييز فيه بين التعدي⁶⁹⁰ والخطأ.

هذا، ويبقى أن نشير إلى أن اقتراح ديموج لهذا التقسيم جاء حين بحثه مسألة العلاقة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وتساءل عن ما إذا كان هناك نوعين من المسؤولية أم أن الأمر لا يبدو أن يكون نوع واحد من المسؤولية⁶⁹¹؛ وتعرف هذه المسألة في ساحة الفقه بـ "وحدة أو ازدواجية المسؤولية"، وهي نقاش فقهي تليد، استطرف في الوقت الراهن في فرنسا، والتي تعرف فيها "نظرية" المسؤولية المدنية مشاورات مكثفة تهدف إلى تعديل مقتضياتها، حيث ترجمت هذه المشاورات إلى عدة مشاريع قوانين كان آخرها المشروع المعروف باسم "URVOAS"، والذي تم تقديمه في مارس 2017⁶⁹².

هكذا، فالمدافعون عن وحدة المسؤولية المدنية، أمثال ريني ديموج، يميزون بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية حتى في مجال المسؤولية التقصيرية، فهم يرون أن الأمر يتعلق بنوع واحد من المسؤولية، ويصرون على أن المسؤولية العقدية والتقصيرية تشتركان في الكثير من الأحكام، كما هو الحال بالنسبة لمسألة الإثبات، حيث إن الصعوبة في الإثبات التي يواجهها المتضرر في مجال المسؤولية التقصيرية، يمكن حلها من منظور الفقه، باعتبار تقسيم الالتزامات أعلاه، حتى في مجال هذه المسؤولية؛ ولإعطاء هذا التقسيم فعالية أكبر، تم ابتكار فكرتان أساسيتان للوصول إلى نتيجة مرضية،

⁶⁸⁸ ريني ديموج، المرجع السابق، الهامش رقم 4، ص 538.

⁶⁸⁹ لمزيد من التفاصيل، ينظر: عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ط 2015/6، ص 306.

⁶⁹⁰ يستعمل جانب من الفقه لفظ "الخطأ المتمدد" عوضاً عن لفظ "التعدي"، وهذا أمر غير مقبول من الناحيتين اللغوية والقانونية، حيث إن الخطأ، من الناحية الأولى، هو: ما ارتكب من الأفعال بغير عمد؛ وبذلك فممتى كان الفعل متممداً - تتوافر فيه البيئة والاختيار - فهو يخرج من دائرة الخطأ، ويصير في دائرة التعدي؛ وكذلك من الناحية القانونية فالفقرة الأخيرة من الفصل 78 من ق.ل.ع. تنص على أن الخطأ ما ارتكب من غير قصد إحداث الضرر.

⁶⁹¹ ينظر: ريني ديموج، م.س، ص 523.

⁶⁹² لمزيد من التفاصيل حول هذا المشروع يراجع الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الفرنسية عبر الرابط التالي: bit.ly/4bCYnBp، اطلع عليه بتاريخ 2024/02/17.



وهما افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان، وإلقاء عبء الإثبات على أقدر الخصوم على تقديمه؛ وهذه الفكرتان تملهما البديهة، وقواعد العدالة ولا توجههما النصوص القانونية⁶⁹³.

إذن، فاعتبار تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق غاية وأخرى ببذل عناية في مجال المسؤولية التقصيرية، الغاية من وراءه هو تخفيف عبء الإثبات على المتضرر⁶⁹⁴، خاصة في الحالات التي يكون فيها هذا الأخير، شخصا عاديا "لا يتوفر على أية وسيلة تقنية تمكنه من مراقبة سلامة"⁶⁹⁵ المنتج، وأنه قابل للاستعمال العادي، في مواجهة مهني محترف يملك العلم والتقنية ويسخرهما لصالحه، ويملك الموارد الكافية للقيام بما يبرئ ذمته، عكس الأول الذي تعجزه المصاريف القضائية للقيام بما يجب القيام به، ويعدم التقنية التي تمكنه من تلافي الآثار الضارة للمنتج على الأقل.

هكذا، وتأسيسا على كل ما سبق، يتضح أن المجلس الأعلى (محكمة النقض)، كان موفقا إلى حد كبير في توجهه هذا، حيث إن اعتباره لتقسيم الالتزامات المذكورة أعلاه، في مجال المسؤولية التقصيرية، يجد سنداه وأساسه في الفقه، وهو بذلك يكون قضاءه مؤسس بما يكفي، وبشكل لا غمز فيه، ولم يخالف القاعدة الفقهية التي تقول بأن "القاضي مقلد غير مجتهد"، بمعنى أن لا حظ له في الاجتهاد وابتداع الأحكام والأفكار، وإنما واجبه تطبيق القوانين، متى وجدت، كما ينص على ذلك الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، من جهة، ومن جهة أخرى، واجبه التقليد والاتباع وتطبيق القول الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل، وفق ضوابط اجتهادية وأعراف معتبرة يتعين الالتزام بها⁶⁹⁶.

أما مسألة اعتماد المجلس الأعلى لهذا التوجه الذي يرى وحدة المسؤولية، دون اعتماد التوجه الآخر الذي يرى ازدواجيتها، أو ذاك الذي يرى بأن الالتزام في مجال المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام ببذل عناية⁶⁹⁷، فهو أمر لا معقب عليه، خاصة في الوقت الراهن، الذي تعضده فيه الكثير من الشواهد والعلل، أبرزها التوجه الحالي للمسؤولية المدنية، والذي نعى نحو وحدتها في الكثير من الأحكام، حيث

⁶⁹³ ينظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ط 1978، ص 27-28.

⁶⁹⁴ يواجه مستهلكو المنتجات الخطرة جملة من الصعوبات والعقبات التي تحول دون الوصول إلى حقهم في التعويض عن الأضرار التي تلحقهم من فعل هذه المنتجات، منها ما هو قانوني راجع إلى أساس المسؤولية المدنية المتمثل في الخطأ، ومنها ما هو راجع إلى الواقع والتطور العلمي الذي يرحح كفة المهنيين على المستهلكين، للمزيد ينظر: نور الدين الكامل، المسؤولية المدنية عن أضرار المنتجات الدوائية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، الموسم الجامعي 2022/2023، ص 234-261.

⁶⁹⁵ هذه العبارة أوردها القرار محل التعليق.

⁶⁹⁶ عادل حامدي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المنازعات العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ط 2022/3، ص 497.

⁶⁹⁷ صاحب هذا الرأي في الفقهاء العرب هو السنهوري، ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، نظرية الالتزام بوجه عام، العقد - العمل غير المشروع - الأثر بلا سبب - القانون، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط 1964، ص 778-779.

نجد، على سبيل المثال، مشروع تعديل مقتضيات المسؤولية المدنية الفرنسي المشار إليه أعلاه، يجمع قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية في باب واحد معنون بـ "المسؤولية المدنية"، يتضمن عنواناً تحت تسمية "أحكام مشتركة للمسؤوليتين التعاقدية وغير التعاقدية" (Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle)⁶⁹⁸؛ لذلك يمكن القول إن هذا التوجه الذي تبناه المجلس الأعلى في وقت سابق على هذا التطور الذي انتهت إليه قواعد المسؤولية، كان يدخل في باب الراجح من الآراء الفقهية في وقته، قبل أن يصير توجه راجح تشريعاً، وهو إن دل على شيء إنما يدل على حصافة رأي قضاء المجلس الأعلى حينها، والذي يجب أن يتخذ منطلقاً نحو تعديل قواعد المسؤولية المدنية في التشريع المغربي، إن كتب لها التعديل في المستقبل.

هكذا، فبعد أن تبينت سلامة توجه المجلس الأعلى، سواء من حيث الأساس أو من حيث الراجحة، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل الالتزام بتحقيق غاية يكون في جميع أنواع المسؤولية التقصيرية أم أنه يقتصر على بعضها فقط؟

هذا ما سنحاول تفصيله من خلال النقطة التالية.

2) حالات الالتزام بتحقيق غاية في مجال المسؤولية التقصيرية

إن مقتضيات المسؤولية التقصيرية في قانون الالتزامات والعقود تحتوي على جملة من صور المسؤولية، فمنها ما يكون فيه الخطأ واجب الإثبات، كما في حالة المسؤولية عن الفعل الشخصي، التي ينص عليها الفصلان 77 و 78، ومنها ما يكون فيه الخطأ مفترضا، كما في مسؤولية الآباء وأرباب الحرف المنصوص عليها في الفصل 85، ومسؤولية حارس الحيوان وحارس الأشياء المنصوص عليهما توالياً في الفصلين 86 و 88.

ففي الحالة الأولى، لا تكون فيها المسؤولية مفترضة، ويلزم مدعي الضرر أن يثبت أن فعل الفاعل أو خطئه هو السبب فيما لحقه من ضرر، وإلا فدعواه لن تسمع، ولن يستجاب لمطالبه؛ أما الحالة الثانية، فتكون المسؤولية مفترضة بقوة القانون، فيلزم مدعي الضرر أن يثبت فقط، أن ما لحقه من ضرر إنما يعود لفعل الأبناء أو الخدم أو الحيوان أو الشيء، حسب الحالة، ثم يكون للمسؤول عن هؤلاء أمر نفي خطئه الموجب للمسؤولية وفق شروط نفي المسؤولية الواردة في الفصول 85 و 86 و 88.

وعطفاً على كل ذلك، وتأسيساً على ما سبق بيانه أعلاه، من كون تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، إنما ابتدعه الفقه لتخفيف عبء الإثبات على المدعي المتضرر، فإن المنطق يقول، إن إعمال هذا التقسيم يجب أن يتم في مجال المسؤولية غير المفترضة، أي في الحالة التي

⁶⁹⁸ منذ عام 2016 صار يطلق على المسؤولية التقصيرية في التشريع الفرنسي المسؤولية خارج نطاق التعاقد (La responsabilité extracontractuelle).



يلزم فيها المتضرر إثبات التعدي أو خطأ الفاعل، وذلك لكون هذه الحالة يلزم فيها هذا الأخير إثبات ثلاث أمور وهي: التعدي أو الخطأ والضرر والعلاقة السببية، في حين يكون عليه في الحالة الثانية، إثبات الضرر والعلاقة السببية فقط. وهو ما يعني أنه في هذه الأخيرة قد يكون الإثبات فيها أيسر من الحالة الأخرى، ما دام أن الخطأ قائم قانوناً، ولا يحتاج المتضرر إلى إثباته، كما أن الفاعل هو الذي يكون عليه نفيه، بإثبات أن الضرر الذي لحق المتضرر، إنما هو نتيجة لفعل هذا الأخير أو أنه نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي.

لكن، ورغم ذلك، فـ "ريني ديموج" صاحب فكرة الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، لا يرى هذا التقسيم في المسؤولية التقصيرية، سوى في تلك الحالات التي تكون فيها المسؤولية مفترضة بقوة القانون، وتتأسس على المخاطر، حيث يقول في هذا الصدد: "لكن المسؤولية عن الخطأ ليست هي المسؤولية الوحيدة الموجودة. بشكل عام. تم القول إن المرء يتحمل مسؤولية الخطر الذي يحدثه، ما يعني أنه مدين للآخرين بعدم الحاق الضرر بهم. وبالتالي فهذه نتيجة هو مسؤول عنها."⁶⁹⁹

ويضيف أيضاً بقوله: "في جميع الحالات التي قمنا بتحليلها في إطار المسؤولية عن المخاطر (...). المسؤولية الناجمة عن الحيوانات، الأشياء، والمباني، هناك بشكل ضمني، التزام بالنتيجة: وينطبق الشيء نفسه إذا نشأت المسؤولية عن افتراض الخطأ. نحن مدينون بتحقيق نتيجة..."⁷⁰⁰

هكذا، ورغم كون تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية وأخرى ببذل عناية، الغاية منه تخفيف عبء الإثبات الملقى على الخصوم، فهو - التقسيم - لا يتأسس على اعتبار مصلحة المتضرر وجدارته بالحماية، مقارنة مع الفاعل الذي قد يكون كما في نازلة الحال، شخصاً مهنيًا محترفاً يتميز بالقوة الاقتصادية والتقنية، وإنما يتأسس على طبيعة المسؤولية والأساس الذي تنبني عليه، وهو أمر منطقي مقبول، حيث في المسؤولية التي تتأسس على فكرة الخطأ⁷⁰¹، لا يمكن القول بأن المرء ملزم في ضوءها بتحقيق غاية، وإنما يكون ملزم باتخاذ الاحتياطات اللازمة وأن يتصرف كما يتصرف أواسط الناس، في الحالة التي يكون فيها شخصاً عادياً، أو كما يتصرف أواسط المهنيين في المهنة التي يحترفها، في حالة كونه مهنيًا؛ فعلى سبيل المثال، يصعب القول إن شخصاً ما ملزم بتحقيق غاية في إطار الفصل 77 أو الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود، وذلك لكون هذين الفصلان يتأسسان على فكرة الخطأ لا على نظرية المخاطر.

⁶⁹⁹ ريني ديموج، م.س، ص 542.

⁷⁰⁰ المرجع نفسه.

⁷⁰¹ وجب التنبيه إلى ضرورة التمييز بين الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية أو المسؤولية المدنية عموماً، وبين الخطأ كشرط أو ركن لقيامها؛ فالأول يقصد به مجموع الأفكار والمبادئ التي يمكن من خلالها تبرير قيام هذه المسؤولية؛ أما الثاني فيقصد به الوصف الذي يجب أن يتحقق في سلوك ما حتى تترتب عنه المسؤولية التقصيرية، وهو الذي تولت الفقرة الأخيرة من الفصل 78 من ق.ل.ع تعريفه.

إذا كان الأمر كذلك، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا، هو: ما هي طبيعة المسؤولية التي تنص عليها مقتضيات الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود؟ بمعنى آخر ما هو أساس المسؤولية التي ينص عليها هذا الفصل، وهل تعد فعلا من المسؤولية التي يمكن اعتبار تقسيم الالتزامات المشار إليه أنفا في ضوءها؟

إن مراجعة آراء الأكاديميين المغاربة بخصوص الأساس الذي تنبني عليه المسؤولية المنصوص عليها في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، يتضح أنهم انقسموا إلى فريقين، أحدهما يقول بأن أساس هذه المسؤولية يقوم على فكرة تحمل تبعة المخاطر، والآخر يقول بأن أساس هذه المسؤولية يقوم على الخطأ المفترض.

ففي الفريق الأول نجد الأستاذ محمد الكشيبور يقول: "ويلاحظ أن المشرع المغربي وهو بصدد صياغة الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، لم يتحدث لا من قريب ولا من بعيد عن خطأ الحارس، ... الأمر الذي ربما يفسر جنوحه إلى اعتماد نظرية تحمل التبعة وابتعاده عن نظرية الخطأ المفترض."⁷⁰²

في حين يقول الأستاذ عبد القادر العرعاري: "وفي إطار عملية المفاضلة بين هذه الآراء السابقة فإننا نلاحظ أن الرأي الذي تبني فكرة التحمل بالمخاطر كان هو الأقرب من الحقيقة..."⁷⁰³

أما الفريق الثاني، فنجد الأستاذ عبد الحق صافي يرى بأن أساس المسؤولية الذي ينبنى عليه الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، هو الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء⁷⁰⁴؛ وفي نفس الاتجاه يقول الأستاذ عبد السلام أحمد فيغو: "وأساس مسؤولية حارس الأشياء تقوم على أساس خطأ مفترض في جانب الحارس"، ويضيف أيضا بأن "الخطأ المفترض في هذه المسؤولية مفترض لا يقبل إثبات العكس..."⁷⁰⁵

وقبل مناقشة هذه الآراء والركون إلى أحدهما أو تبني رأي آخر، يجدر أن نوضح كل من نظرية تحمل التبعة ونظرية الخطأ المفترض ولو بشيء من الاقتضاب.

فنظرية تحمل التبعة والتي تعرف أيضا بفكرة المخاطر، لا تعتمد المفاهيم الأخلاقية في إقامة المسؤولية، ولا تلقي بالا للاعتبارات النفسية للفاعل، حيث تعتبر كل فعل يسبب ضررا للغير، سواء كان

⁷⁰² محمد الكشيبور، حراسة الأشياء طبيعتها وآثارها، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ط 1990، ص 56.

⁷⁰³ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية الجديدة، مطبعة الأمنية - الرباط، ط 2021/8، ص 227.

⁷⁰⁴ عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، ج2، المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب)، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ط 2021/2، ص 185.

⁷⁰⁵ عبد السلام أحمد فيغو، المسؤولية المدنية، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، ط 2017/1، ص 127.



فعلا خاطئاً أم غير خاطئ، يلزم فاعله بتعويض تلك الأضرار، خاصة إذا كان يجني من وراء هذا الفعل فائدة ما⁷⁰⁶؛ بمعنى آخر، يجب تعويض المتضرر عما أصابه من ضرر دون أن يلزم بإثبات خطأ الفاعل، فيكفي أن يكون الضرر الذي لحقه نتيجة لفعل الفاعل أو نشاطه الذي يجني من وراءه فائدة ما؛ وهي بذلك تكون هذه النظرية، لا تقيم المسؤولية إلا على ركني الضرر والعلاقة السببية، أما فعل الفاعل سواء شكل أو لم يشكل خطأ، فلا قيمة له في قيام المسؤولية.

وهذه النظرية تتضمن صورتين: الأولى وهي نظرية تحمل المخاطر المقابلة للربح⁷⁰⁷، والتي تقوم على أن من ينتفع بالشيء ويجني فوائده، فهو ملزم بأن يتحمل عبء تعويض الأضرار التي تنجم عن هذا الشيء.

والصورة الثانية هي، نظرية المخاطر المستحدثة، والتي تقوم على فكرة مؤداها أن كل نشاط يتسبب في الضرر، حتى ولو لم يكن خاطئ، يلزم صاحبه بتحمل عبء تعويض هذه الأضرار.

فحسب هذه النظرية، فصانع قنينات الغاز، يجب أن يتحمل عبء تعويض الأضرار التي تلحق المستهلكين من جراء هذه القنينات، وذلك نتيجة لمقابل الربح الذي يجنيه منها، من جهة، ومن جهة أخرى، نتيجة لكون نشاطه المتمثل في صنع وبيع قنينات الغاز، يستحدث مخاطراً لم تكن موجودة، وبالتالي فهو مسؤول عنها ويتحمل عبء تعويضها، بالرغم من كون نشاطه هذا ليس فيه من الخطأ ما يقيم المسؤولية ضده.

أما مستعملي قنينات الغاز، في إطار هذه النظرية فهم ملزمون فقط، من أجل الحصول على التعويض، بإثبات أن الضرر الذي لحقهم، إنما يرجع إلى قنينة الغاز.

هذا، أما نظرية الخطأ المفترض⁷⁰⁸، فتقوم على افتراض الخطأ في جانب حارس الشيء، الذي عليه، لنفي مسؤوليته، أن يقوم بإثبات أنه قام بالحراسة اللازمة؛ وهي تقوم على فكرة قلب عبء الإثبات من المتضرر إلى الحارس الذي يصير هو الملزم بالإثبات.

والخطأ المفترض إما أن يكون قابل لإثبات العكس، وإما أن يكون غير قابل لإثبات ذلك؛ ففي الحالة التي يكون فيها الخطأ قابل لإثبات العكس، يمكن للحارس أن ينفي عن نفسه المسؤولية بإثبات أن الضرر تسبب فيه الشيء في الوقت الذي لم يكن تحت سيطرته.

أما في الحالة التي يكون فيها الخطأ غير قابل لإثبات العكس، فإن الحارس يمكنه نفي مسؤوليته في حالة واحدة فقط، وهي إثباته لكون السبب في الضرر الحاصل إنما يعود لسبب أجنبي عنه.

⁷⁰⁶ ينظر: أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مطبعة دار النهضة العربية - القاهرة، ط 1998، ص 123 وما يليها.

⁷⁰⁷ لتفاصيل أكثر حول هذه الصورة، ينظر: أيمن إبراهيم العشماوي، ص 133.

⁷⁰⁸ لتفاصيل أكثر، ينظر: عبد القادر العرعاري، م.س، ص 223.

وبالرجوع إلى القرارات والأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المغربي نجد أنها تتراوح بين الأساسيين معاً، فمن القرارات التي تعتمد إلى اعتبار أساس المسؤولية في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، هو نظرية تحمل التبعة؛ نجد قرار المجلس الأعلى محل التعليق، والذي يصرح فيه هذا الأخير، بكون الأساس الذي تنبني عليه مقتضيات الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، هو نظرية تحمل التبعة في صورتها الثانية المشار إليها أعلاه، وهي نظرية المخاطر المستحدثة، حيث جاء في حيثيات هذا القرار: "... الصانع هو الذي وضع رهن إشارة العموم للاستهلاك شيئاً يتوقع منه حدوث ضرر ما، إذا وقع الضرر وجب عليه أن يتحمل تبعة صناعته والمخاطر التي من المتوقع أن تحدثها...".

وفي قرار آخر مماثل لهذا القرار محل التعليق، حيث كان الشيء المسبب للضرر هو نفسه في القرارين معاً، وهو قنينة الغاز، نجد محكمة النقض تصرح: "... وعليه إذا كان حارس الشيء هو المسؤول عما يلحق الغير من ضرر ومسؤوليته مفترضة ويقع عليه عبء إثبات انعدام مسؤوليته وأن حراسة قارورات الغاز رغم انتقال الحياة للمستهلك تبقى بيد الصانع الذي يتحمل تبعة ما تحدثه للغير من أضرار ..." ⁷⁰⁹.

وفي نفس الاتجاه يشير المجلس الأعلى (محكمة النقض) في قرار آخر، إلى: "إن مناط مسؤولية الحارس القانوني للشيء هو الضرر الذي يصيب الغير بفعل هذا الشيء، ..." ⁷¹⁰.

أما القرارات والأحكام التي تعتمد إلى اعتبار أساس المسؤولية في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، هو الخطأ ⁷¹¹، فتجد الحكم غير المنشور، الصادر عن المحكمة الابتدائية بتطوان في 2011/01/09، الذي ورد في مؤلف الأستاذ عبد الرحمان الشرقاوي، جاء فيه: "وحيث إن المسؤولية وفقاً لمقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع. هي مسؤولية مفترضة قوامها الخطأ المفترض في جانب الحارس القانوني وهو خطأ في رقابة وتوجيه هذا الشيء ..." ⁷¹².

⁷⁰⁹ محكمة النقض، القرار عدد 742، صادر بتاريخ 2015/10/20، في الملف المدني عدد 2014/3/1/6116، منشور على الموقع الرسمي للبوابة القضائية للمملكة المغربية عبر الرابط التالي: bit.ly/4af5y11، اطالع عليه في 2024/02/03.

⁷¹⁰ محكمة النقض، القرار عدد 545 صادر في 2011/02/08، في الملف المدني عدد 2009/7/1/3902، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، النشرة العامة، العدد 73 لسنة 2011، ص 98-99.

⁷¹¹ أشار المرحوم مامون الكزبري إلى أن القضاء المغربي يتبنى الاتجاه الذي يقيم مسؤولية حارس الشيء على أساس الخطأ المفترض، وهو خطأ في الرقابة وعدم بظلم العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء، وقد أشار إلى جملة من الأحكام والقرارات القضائية في هذا الشأن، ينظر/ مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، مطبعة دار القلم - بيروت، ط 1974/2، ص 478-479.

⁷¹² ينظر: عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الجزء الثاني، مصادر الالتزام الواقعة القانونية، المسؤولية التقصيرية، الإثراء بلا سبب، مطبعة الأمنية - الرباط، ط 2021/5، ص 169.



وفي قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/12/16⁷¹³، ورد ما يلي: "لكن حيث إن تقديم الدعوى في إطار الفصل 88 من ق.ل.ع. لا يمنع المحكمة من البحث في أخطاء الضحية وفي هذا الإطار ناقش القرار أخطاء طرفي الحادثة وتين أن السبب الرئيسي في وقوعها يرجع لسائق السيارة ...".

عموما، وحتى لا نحيد عن سياق هذه الورقة، يمكن القول إن المسؤولية في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، تستند، أو بتعبير أدق، يجب أن تسند إلى نظرية تحمل التبعة بصورتها المشار إليهما أعلاه، خاصة في مجال المنتوجات الصناعية الخطرة، ومبررات ذلك عديدة لعل أهمها، الصياغة اللغوية التي صيغ بها هذا الفصل، والتي تشي بأن المسؤولية المقصودة به تقترب من المسؤولية المطلقة (Absolute Liability)، حيث إن حارس الشيء، ناذرا ما سيتمكن من إثبات كل الأمور التي ينص عليها هذا الفصل مرة واحدة، لينفي عن نفسه المسؤولية.

وبذلك تكون المسؤولية المقصودة في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، من زمرة تلك المسؤوليات التي يُعْمَلُ فيها الفقه الالتزام بتحقيق غاية.

نتيجة لكل ذلك ولغيره، فما ذهب إليه المجلس الأعلى (محكمة النقض) من اعتبار "أن حارس الشيء ملزم بتحقيق وضمان غاية"، أمر صائب، ومسوغ من الناحيتين القانونية والفقهية كما تبين، ويمكن تبريره من الناحية الواقعية كذلك، بالحاجة إلى توفير الحماية الفعالة لمستهلكي المنتوجات الصناعية الخطرة بطبيعتها؛ حيث إن هذا المذهب جاء سليما غير متناقض، بدءا من اعتبار أن أساس المسؤولية التي يتأسس عليها الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود هو نظرية تحمل تبعة المخاطر، وانتهاء إلى ترتيبه للنتيجة التي يرتبها الفقه على هذا الأساس، وهي اعتبار حارس الشيء مدين للمستهلك بتحقيق غاية.

⁷¹³ محكمة النقض، القرار عدد 5/769 مؤرخ في 2014/12/16، الملف المدني عدد 2014/5/1/2518، غير منشور.

خاتمة

إن حماية المتضررين من المنتجات الصناعية الخطرة والآلات الميكانيكية، ظل هاجسا يحكم الكتابات والمؤلفات الفقهية لردح طويل من الزمن، فابعد الفقه واقنع بنظريات ما تزال تحتفظ ببراهينها وكفاءتها حتى في العصر الآني؛ لكن هذه النظريات ما كان لتكون لها قيمة لولا اعتبارها من قبل القضاء، الذي استعان بها لمواجهة الصعوبات التي اعترضته في إقامة العدل وإسعاف المتضررين؛ لذلك وإن كنا نتبعنا مسلك القضاء في هذه الورقة، فغاية ذلك توضيح سلامة المذهب وبيان أصالته، درءا لكل شبهة يتعلل أصحابها بتحميل النصوص القانونية أكثر مما تحتل، والقول بما لم يقل به أحد من قبل، ما دام أنه من حظ القضاء التقليد والاتباع لا الاجتهاد والإبداع.

زيادة على ذلك، فالغاية كل الغاية، هي إثارة الانتباه إلى أصول قضائية ثابتة في قضائنا الوطني، في زمن رسوخ اعتبار الحكم القضائي واحدا من مصادر الالتزامات، وذلك في عز المناداة بضرورة التدخل لتقويم مقتضيات المسؤولية المدنية وإصلاحها بما يحقق وحدة مقتضياتها من جهة، ومن جهة أخرى، بما يحقق استقلالها الفعلي عن المسؤولية الجنائية، دون إغفال حقيقتها التي تدور حول توفير التعويض لكل متلظ بشرة الضرر في زمن استفحال الأضرار واستئساد الصناعة، التي لم تبق ولم تذر، فعمت كل المجالات وشملت كل الكائنات، بل إنها ابتدعت كائنات ذكية تضاهي الإنسان في الذكاء والقدرة على التعلم والتصرف الذاتي؛ فجعلت العبارة الشهيرة في قيام المسؤولية المدنية، " كل فعل ارتكبه الإنسان" عقبة أمام قيام هذه الأخيرة، وذريعة لكل صانع يتملص بها من تحمل المسؤولية وتعويض الضرر، مما أستوجب معه القول وبأعلى صوت إن "الصانع بوضعه في السوق للاستهلاك منتوجا يتوقع منه حدوث ضرر ما، إذا وقع الضرر وجب عليه أن يتحمل تبعه صناعته والمخاطر التي من المتوقع أن تحدثها، باعتباره ملزم بتحقيق وضمان غاية وهي عدم إحداث المنتج لأي ضرر للمستهلك".

نقول هذا في ظل عدم الاقتناع بمقتضيات المسؤولية المدنية الناجمة عن المنتجات المعيبة، وبقدرتها على توفير الحماية الفعالة للمستهلك من مخاطر الصناعة، فيكفي أنها لم تتل بعدُ حظها من التطبيق أمام القضاء، على الرغم من مرور ثلاثة عشر عاما على نشر مقتضياتها بالجريدة الرسمية، ما يعني أنها لم تحظ بالقبول إلى حدود اليوم، من قبل المدعين والقضاء على السواء، فهذا الأخير قد تتاح له فرصة تطبيقها حين ترفع إليه المطالبة دون أن يسندها الطالب إلى نص معين من نصوص المسؤولية المدنية، حيث يطالب فقط بالتعويض طبقا لنصوص القانون.



تعليق على قرار محكمة النقض عدد 2/189 المؤرخ

في 2020/06/30 بخصوص انصراف قاعدة التطهير

إلى الخلف الخاص

✍ مصطفى اعليوي

باحث قانوني

يعتبر قانون التحفيظ العقاري إحدى المؤسسات القانونية الأساسية التي تهدف إلى ترسيخ وتثبيت الملكية العقارية، ولذلك تسعى دول المعمور إلى تبني نظام عقاري متكامل في جوانبه، قصد العمل على خلق قاعدة عقارية صلبة، وتمكين الملاكين والمتعاملين في المجال من التصرف في عقاراتهم بشكل سليم وعلى أساس متين.⁷¹⁴

ولاشك أنه من أجل أن يحقق العقار دوره في التأسيس للمشاريع الاقتصادية والاجتماعية وجلب للاستثمارات، أن يكون على قدر كبير من الثبات والاستقرار، والخلو من الشوائب والنزاعات، إذ يجعل صاحبه في منأى من أي مطالبة أو منازعة، وهو ما يتحقق من خلال نظام العقارات المحفوظة التي تتميز بنوع من الاستقرار في الملكية والثبات في المعاملات، الأمر الذي يشجع المؤسسات المالية وغيرها على التعامل مع هذا النوع من الأموال بشتى أنواع المعاملات المالية القوة القانونية والحجة الإثباتية التي يتميز بها العقار المحفوظ من خلال الرسم العقاري النهائي والغير قابل للطعن والخالي من جميع الحقوق غير المضمنة فيه استنادا إلى قاعدة التطهير. والتي تعتبر الخاصية الأساس التي تترتب عن التحفيظ العقاري والمنظمة من خلال الفصلين 2 و62 من القانون 14.07⁷¹⁵، ويقصد بقاعدة التطهير: "تطهير العقار من جميع الحقوق التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، ولم يطالب بها أثناء مسطرة التحفيظ..."⁷¹⁶ إذ أنه بمجرد صدور قرار التحفيظ وتأسيس الرسم العقاري ينطلق مفعولها إزاء هذه الحقوق.

⁷¹⁴ - د، محمد خيري، "التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى 1983، ص:3.

⁷¹⁵ - ظهير شريف رقم 1.11.177 صادر في 25 ذي الحجة 1432 الموافق 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاء الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 12 أغسطس المتعلق بالتحفيظ العقاري منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011

⁷¹⁶ - حكم ابتدائية وجدة رقم 93/464 بتاريخ 4-5-1993، ملف رقم 89/1362، منشور بمجلة المناظرة، العدد الثاني، يونيو 1997، ص: 149.



فالمشرع الذي يراد له أن يكون بشكل أو بآخر وإلى هذه الدرجة أو تلك معبرا عن إرادة المجتمع حسب درجة تطوره عندما يسطر جملة المبادئ المشكلة للقانون، وهو يعلم أن تلك المبادئ لا يمكن أن تطبق نفسها بنفسها، وقد لا تكون موضوع مراعاة تلقائية من لدن الجميع بقدر ما يعلم علم اليقين أن المجتمع قد يفرز حالات قد تستجد فيه وقائع وقد يعرف تطورات لم يتنبأ بها ولم تغطيها تلك المبادئ لأن القانون يسطر أساسا على ضوء التراكمات الحاصلة، وجزئيا مع تقدير التراكمات الممكنة التي تحسب بداهة إلا على أساس الأولى وتكييفها مع تطور الواقع الاجتماعي وتفاعلاته، وتفسيرها إما توسيعا أو تضيقا وتطبيقها فإن القضاء تكون له وظيفة ثلاثية:

أولا تطبيق القواعد القانونية وتحديد مداها من خلال ربطها بالوقائع المعروضة أو النوازل عبر عملية إخضاع متبادلة وإخضاع القاعدة للواقعة وإخضاع الواقعة للقاعدة، مما يؤول إلى نقل القاعدة القانونية من مستوى التعميم والتجريد إلى مستوى التخصيص والعينية الذي يجسد دور القاضي، حتى أنه يكون في هذه الحالة إذا جاز القول بمثابة مشرع للحالات الخاصة، ثانيا سد الثغرات الغامضة التي تتضمنها بالضرورة نصوص القانون، ثالثا تكييف القانون مع تطور المجتمع ومستجداته وسد الثغرات التي تنشأ عن ممارسات جديدة لا عهد للمشرع بها أو أن النص التشريعي لا يسعف في حالات عدة. إلا أن أي قانون ما إن لم يكن نابعا من مقومات وخصائص تحكم مجتمعا دون غيره، أو لم يعد هذا القانون مسارا لنتائج العلوم الاجتماعية والاقتصادية والنفسية ... وإن لم يكن مراعيًا للعوامل المؤثرة، فإنه سيبقى بعيدا عن تلبية حاجات المجتمع في الأمن والضبط والاستقرار وتحقيق العدالة بمفهومها الشامل والعدل. فإذا كان التفسير برمته هو روح العلوم القانونية والذي يبتث الروح في النصوص ويجعلها مفهومة وقابلة للإعمال فهو يعني قابلية النص السليم وهذا جوهر التفسير القضائي كما أنه هو البوتقة التي تصب فيها الأنواع الأخرى للتفسير والتفسير القضائي الملزم على أرض الواقع هو الذي يحيل القاعدة القانونية وما يعترضها من تفسيرات تشريعية أو فقهية إلى حقيقة مادية واقعية بعد أن كانت في طور السكون مجرد حقيقة قانونية.

ولاشك أن اضطلاع القضاء بهذه الأدوار وتجسيده لهذه الوظائف كلها أمر على جانب من الصعوبة إن لم نقل هو الصعوبة عينها لأن الأمر رهين في البداية والنهاية بما يوضع رهن إشارة القضاء من وسائل وإمكانات مادية ومعنوية وقانونية وبما يخص به من استقلال وحصانة وباعتبارات أخرى كثيرة ثقافية واجتماعية واقتصادية وسياسية لا يسمح حيز التعليق ولا طبيعة الموضوع بتناولها فالأمر يتعلق بعمل استدلالي صرف قد يبدو في ظاهره في منتهى البساطة

لكن إذا كان قيام القضاء بهذه الأدوار جميعا أمر مستحبا عزيزا سهلا ممتنعا وإذا كان مجرد التفكير في ذلك تعبيرا عن نزوع مثالي من العسير أن يجد ترجمته العملية على أرض الواقع فإن اضطلاع بالادوار المتمثل في تطبيق القواعد القانونية كما هي في حرفتها أي دون زيادة أو نقصان على

الوقائع المعروضة عليها هو أقل ما ينتظر منه . ومن حق المجتمع الحابل بإمكانيات التطور والتقدم وبالتطلعات المشروعة إلى المستقبل أن يعتبره بمثابة الخطوة الأولى في رحلة الألف ميل نحو سيادة العدل. فلا قيمة للقانون إذا هو لم يطبق، ولا قيمة لتطبيقه إذا لم يكن هذا التطبيق سليما وعادلا ولن تأتي جديد إذا قلنا بأن التطبيق السليم للقانون هو تطبيقه في حرفيته بما يقتضيه ذلك من التزام بصيغة النص ومن ابتعاد عن كل نزعة ذاتية وحمولة نفسية وعن كل حكم مسبق أو فكرة قبلية ومراعاة روح التشريع. لئن كان التطبيق السليم والدقيق للقانون يبدو في ظاهره أمرا بسيطا وممكنًا، فإنه في حقيقته غير ذلك تماما، إذ أنه كثيرا ما يتطلب جرأة وجسارة نادرتين لكنه يبقى مع ذلك وبصرف النظر عن القوانين المقصودة من الأهمية بمكان وأهم ما فيه أنه يضيفي من المصادقية على الجهاز المطبق قدر ما يضيفه على القانون المطبق.

ولأهمية وقائع القرار سننسط أهم وقائعه ومنطوقه

أصدرت محكمة النقض القرار عدد 2/189 المؤرخ في 2020/06/30 ملف 2018/2/1/226 بين (ا ف) ومن معها وبين (ب ع) ونظارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بسلا في شخص السيد ناظر الأوقاف بمكتبه ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص السيد وزير الأوقاف بحضور المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بسلا

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه بالنقض أن الطاعنين (أ ف) ومن معها بتاريخ 2015/12/02 أمام المحكمة الابتدائية سلا أن المدعي عليه (ب ع) تملك القطعة الأرضية موضوع مطلب التحفيظ عدد 20-209 الكائنة بسانية بوفلجة الزنقة 2 سلا المشيد عليها منزل المدعين مساحتها 100 متر مربع بمقتضى معاوضة أبرمت بينه وبين ناظر الأوقاف بسلا نيابة عن وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية مقابل 84000 درهم أداها المشتري للوزارة في 15/02/1988 و 14/06/1988 وأنه فوتها بعد ذلك للمدعية (أ س ومن معه) بنسب متساوية بينهما بمقتضى عقد عرفي مصحح الإمضاء بتاريخ 08/03/1996 وأن المشتري (م أ) توفي وآل النصف الذي يملكه في المدعى فيه إلى ورثته وأنه تعذر عليهم تقييد شرائهم بالرسم العقاري لكون البائع لهم بهجة عبد الحميد لم يقيد بدوره شراءه على الرسم العقاري والتمسوا الحكم على المدعى عليهم (ب ع) ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتقييد عقد المعاوضة المبرم فيما بينهما بشأن العقار موضوع مطلب عدد 20-209 المؤسس له الرسم العقاري عدد 20-13805 بالسجل العقاري وعلى المدعى عليه (ب ع) بتقييد شراء المدعية (أ س ومن معه) و(م أ) وتقييد إرثه الهالك (م أ) على الرسم العقاري المذكور وأمر المحافظ على الأملاك العقارية بسلا بتنفيذ الحكم الذي سيصدر عند صيرورته نهائيا وبعد جواب المحافظ على الأملاك العقارية بأن الملك ذا المطلب عدد 20-209 قد تم تحفيظه وأنشئ له رسم عقاري بتاريخ 27/09/1999 دون أن يتقدم المدعى



عليه (ب ع) يطلب إلى المحافظ قصد تضمين عقد المعاوضة بسجل التعرضات لكي يتم أخذ الحق المذكور بعين الاعتبار عند تأسيس الرسم العقاري ، وصدر حكم ابتدائي بتاريخ 2016/03/29 في الملف عدد 1403-15-690 بعدم قبول الدعوى و استأنفه المطعون وأيدته محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الفريدة للنقض

حيث يجب الطاعنون على القرار المطعون فيه فساد التعليل ونقصانه ذلك أن المنحى الذي علل به قضاء إنما قد يجد مجاله في الحالة التي يمانع فيها صاحب الرسم العقاري المؤسس بناء على مطلب التحفيظ في حقوق المدعي ويجادل في استحقاقه لجزء من العقار المعني أو في السند المنشئ له في حين أن وزارة الأوقاف تؤكد صراحة أنها فوتت العقار المدعى فيه (ب ع) الذي لم يبد أي مجادلة في أحقيتهم في المدعى فيه ولا في سند انتقال ملكيتهم ولا في أنهم هم الحائزون له كما أن قاعدة التطهير التي اعتمدها القرار إنما تتصرف إلى الحقوق العينية التي نشأت قبل تحفيظ العقار ولا يعمد من نشأت لصالحه إلى التعرض على مطلب التحفيظ ولا إلى إيداع سنده في المطلب بخلاف الحقوق الناشئة وبعد تأسيس الرسم العقاري ويرد فيها أنها تنصب على المطلب فإن لمن نشأت لمصلحته أن يحتج بها وبطلب تقييدها على الرسم العقاري كما أن تعليل القرار بأنه ليس أمام الطاعنين سوى المطالبة بالتعويض عن التدليس الذي أفضى إلى تحفيظ العقار يكون قد حرف واثاق النازلة إذا لا وجود لأي تدليس في النازلة إذا أن الأمر يتعلق بمجرد إغفال لحقوق معترف بها بوجه صحيح ولذلك التمسوا نقض القرار المطعون فيه.

حيث تبين صحة ما عابه الطاعنون على القرار ، ذلك أن المحكمة عللت قضاءها بأن " المستأنفة (ف أ) وابنها الهالك (م أ) اشتريا من (ب ع) المطلب عدد 209 الذي تملكه بعقد معاوضة مع نظارة الأوقاف بسلا ، وأن المطلب ثم تحفيظه تحت الرسم العقاري الأم عدد 20/8813 واستناد للفصل 62 فإن الرسم العقاري يبقى هو نقطة الانطلاق الوحيد في الحقوق والتحملات ومبدأ التطهير مطلق لذلك أجاز المشرع لذوي الحقوق سواء كانوا غيرا أو خلفا مباشرة مسطرة التعرض أو الإيداع طبقا للفصل 84 من القانون التحفيظ العقاري " في حين أن معاوضة سلف الطاعنين (ب ع) مع نظارة الأوقاف بتاريخ 1988/02/15 أنصبت على قطعة محددة ومعروفة بالرقم 19 من تجزئة الفروي الصغير موضوع المطلب عدد 20/209 الذي تحول إلى الرسم العقاري الأم 20/8813 ، واستخرجت منه القطعة رقم 19 موضوع الدعوى ذات الرسم الفرعي عدد 20/13805 في اسم المتعاوضة الأوقاف مساحتها آر واحد وهي أرض عارية حسبما يستفاد من شهادة الملكية المؤرخة في 2015/10/29 ، وأن عدم تمكن المفوت له (ب ع) من تسجيل رسم المعاوضة لا يجيز للمطلوبة والحال أنها لا تنازع في هذه المعاوضة التي استفادت منها أن تحول دون تمكين من تعارض معها بالعقار موضوع النزاع بعدما قام بحيازته وبنائه والتصرف فيه

وأن تمتنع من تقييد المعاوضة بالرسم العقاري كما لا يحق لها التمسك بمبدأ التطهير بشأن تصرف أجرته في مرحلة التحفيظ التي أحاطها المشرع بخصوصية غايتها حماية حقوق من تلتحق بها ، وتبعا لذلك فإن المعاوضة تسري في حقها وتلزمها ، ويمكن تقييدها باسم المتعاوض بالرسم العقاري ، وخلفه الطاعنين من بعده ، استنادا الى مبدأ تسلسل التقييدات وتحيين الرسم العقاري ، والمحكمة لما عللت قضاءها على النحو المبين أعلاه ، دون أن تأخذ بعين الاعتبار ما أثاره الطاعنون بخصوص تمام المعاوضة بين الطرفين طبقا للقانون وحياسة كل طرف النقض المتعاوض به ، مما كان معه القرار فاسد تعليل وعرضه للنقض.

لأجله

قضت محكمة النقض بجميع الغرف بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية ، على نفس المحكمة للبت فيه طبقا للقانون وعلى الطرف المطلوب المصاريف .
تتمثل الخطوط العريضة لهذا القرار محور التعليق في تبيان وتحليل موضوع انصراف قاعدة التطهير إلى الخلف العام والخلف الخاص ارتباطا بالمنزعة العقارية المعروضة على محكمة النقض بغرفها المجتمعة.

حيث سنخوض في التعليق على هذا القرار القضائي بالتحليل القانوني وربطه بموقف المجلس الأعلى سابقا ومحكمة النقض حاليا مع بسط الجانب النظري والفلسفي للموضوع بشكل موجز غير مخل ولا طويل ممل لنصل في فقرات هذا التعليق إلى تأييد منطوق القرار بالحجة والدليل أو نخالفه وذلك بالتشبت بمنطوق الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري .

يتجلى الإشكال الأساسي والمركزي للقرار موضوع التعليق في مدى انصراف أثر قاعدة التطهير إلى الخلف العام والخلف الخاص دون أي مفاضلة بينهما؟ إذا كانت الإجابة سلبية بلا فما هو الأساس القانوني المعتمدة في القرار محل الدراسة؟

إن الجدل حاول قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري وهل تعتبر قاعدة مطلقة تطبق على الجميع بما فهم الخلف الخاص أم قاعدة نسبية لا تطبق على الخلف الخاص المستفيد من التحفيظ لم يكن فقها فقط بل إنه شكل أرضية خصبة للاجتهاد القضائي فتضاربت حولها المقررات القضائية حتى على مستوى محكمة النقض .

بعد كل ما تقدم سنعمد في هذا التعليق إلى إبراز أهم النقاط الأساسية والتي لا تتجاوز عدد الأنامل بهدف الإحاطة بالقرار محل الدراسة مسلطين الضوء على مفهوم الخلف العام والخلف الخاص (أولا) ثم نخرج على آلية مسطرة الغرف مجتمعة (ثانيا) على أن نبسط التوجه القضائي المتشبت بحرفية النص (ثالثا) والتوجه المرن لمبدأ قاعدة التطهير (رابعا) لنصل إلى أهمية تقرير السنوي لمحكمة النقض

في توجيه المشرع نحو تبني المبادئ القضائية التي تتناغم مع روح العدالة (خامسا) لنختم هذه التعليق برأينا الشخصي.

أولاً: مفهوم الخلف العام والخلف الخاص

الخلف العام إما أن يكون خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال كالوارث والمدعى له بحصة في التركة بعين معينة فيها والخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة كالمشتري⁷¹⁷.

الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء فمن يشتري عيناً عقاراً أو منقولاً أو ديناً يكون خلفاً خاصاً للبائع ومن يوصي له بالعين أو بالدين ومن يتلقى حق انتفاع أو حق ارتفاق على شيء معين يكون كذلك خلفاً خاصاً لمن تلقى منه الحق⁷¹⁸.

ثانياً: التوجه القضائي غير المتشبت بحرفية النص

كما سبق الذكر استقر المجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض حالياً بكون قاعدة التطهير قاعدة عامة تطبق على الجميع بما فيه الخلف الخاص للمستفيد من التحفيظ حتى صدر القرار عدد 2862 سنة 1999 بتاريخ 02/06/1999 ملف مدني عدد 1994/540 وأعطى قراءة جديدة للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري واعتبر أن عقد إيداع المشتري لعقده أثناء مسطرة التحفيظ لا يكون له أثر إلا من حيث ترتيب أثره أو حقه في مواجهة الغير.

كما أصدرت أعلى هيئة قضائية بالبلاد قرار يكرس نفس التوجه بحيث قضى المجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض إن الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري لا يمنع المشتري الذي اشترى هذا الحق خلال مسطرة التحفيظ من تسجيل شرائه بالرسم العقاري الذي أصبح مسجلاً في اسم البائع له أو لورثته متى تبين أن عقد شرائه غير مطعون فيه لا من البائع ولا من ورثته وأن هذا الإجراء لا يكون له أثر إلا من حيث ترتيب أثره أو حقه في مواجهة الغير والمطلوبون باعتبارهم خلفاً عاماً لمورثهم البائع للطالب ليسوا أغياراً والمحكمة لم تطبق الفصل 2 دون اعتبار الفصل 84 لم تجعل لقرارها مرتكزاً قانونياً سليماً⁷¹⁹.

717 - عبد الرزاق السنهوري، الموجز النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت لبنان، ص: 222

718 - عبد الرزاق السنهوري، الموجز النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت لبنان، ص: 226

719 - غير منشور

وصدر بعد ذلك قرار عدد 5925 بتاريخ 1999/12/29 في الملف عدد 1994/1151 جاء فيه يعتبر مشتري العقار من نفس طالب التحفيظ الذي تحول مطلبه إلى رسم عقاري خلفا خاصا لا يواجه كخلف العام بقاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62⁷²⁰.

وقضت محكمة النقض في القرار عدد 271/7 بتاريخ 2013/45 ملف مدني عدد 2011/7/1/3334 جاء فيه "لما كان عقد البيع ينتج عنه التزام يقع على كاهل البائع بنقل ملكية المبيع إلى خلفه الخاص -المشتري- ويبقى ملزما بنقل ملكية العقار إليه حتى بعد التحفيظ فإن المحكمة لما اعتبرت إنشاء الرسم العقاري يعتبر المنطلق الوحيد لجميع الحقوق المتعلقة بالعقار المحفظ الأمر الذي يعتبر معه إتمام إجراءات البيع المنجز قبل التحفيظ في غير محله حتى بالنسبة للخلف الخاص لم تركز قرارها على أساس وعللته تعليلا فاسد المنزل منزلة انعدامه وعرضته للنقض⁷²¹.

وفي نفس الاتجاه جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمكناس صادر بتاريخ 2019/01/08 ملف عدد 2018/1201/1218 جاء في أن عقد البيع يربط التزامات شخصية على البائع أهمها ضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معاوض ونقل ملكيته للمشتري ولا يمكن الاحتجاج بمبدأ التطهير المنصوص عليه في الفصل 62 في مواجهة الخلف الخاص وأن عدم إيداع المشتري لرسم شرائه وتقييده بسجل التعرضات لا ينتج عنه سوى عدم إمكانية التمسك به في مواجهة الغير أم ضد البائع فإن البيع يبقى صحيحا ومنتجا لأثاره تطبيقا للفصل 84.

الأساس الذي يقوم عليه هذا الاتجاه هو القواعد العامة للالتزام فإذا كان الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري يمنع على المتضرر إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به جراء التحفيظ فإن هذه الاجتهاد في عقد البيع ينتج عنه التزام شخصي يبقى على البائع نقل ملكية المبيع إلى خلفه الخاص ولو بعد التحفيظ مادام أن تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية العقار المحفظ لا يتم إلا باستكمال الإجراءات الضرورية لتقييده بالرسم العقاري⁷²².

فهذه القراءة بمفهوم المخالفة للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري بمثابة رد على انعدام السند القانوني لعدم تطبيق قاعدة التطهير على الخلف الخاص لأن عدم إيداع المشتري لرسم شرائه وتقييده بسجل التعرضات لا ينتج عنه سوى عدم إمكانية التمسك به في مواجهة الغير أما في مواجهة البائع وخلفه فتبقى إمكانية التمسك به ممكنة ويبقى العقد قائما منتجا لأثاره.

720 - تعليق منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 صفحة 330.

721 - تعليق منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 صفحة 336.

722 - عبد الوهاب عفلاوي، الأثر القانوني لقاعدة التطهير الناتجة عن التحفيظ على الخلف الخاص منشور بالموقع الإلكتروني <https://www.maroclaw.com> بتاريخ 2022/05/1



عدم إمكانية مواجهة الخلف الخاص بقاعدة التطهير يتناغم مع المنطق، ذلك أن من يطالب بتقييد حق اكتسبه من طالب التحفيظ قبل إتمام عملية التحفيظ والذي لم يبرزه أثناء هذه العملية، لا ينازع في حقيقة الأمر في ملكية سلفه، بل على العكس يؤيدها من خلال المطالبة بحقه الذي استمده من هذا المالك، خاصة إذا كان هذا الأخير لم يرتب بعد التحفيظ حقوقاً للغير تتأثر بإقرار حق الخلف الخاص.

إن ما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص هو أنه بالرغم من وجاهة النتيجة التي انتهت إليها محكمة النقض في القرار وانسجامها مع مبادئ العدل والإنصاف، من حيث إنصافها للخلف الخاص لطالب التحفيظ بجعل قاعدة التطهير لا تسري في مواجهته، فإنها تكون بذلك قد تجاوزت منطوق النص الوارد في الفصلين 1 و62 ظهير التحفيظ العقاري، لأنه نص مطلق لا يتسع للتمييز بين الغير وبين الخلف الخاص لطالب التحفيظ.

ومن جهة أخرى فإن قرار محكمة النقض الذي نحن بصددده قد استثنى الخلف الخاص من الأثر المطلق لقاعدة التطهير دون الخلف العام، بالرغم من أن الاعتبارات التي جعلتها تستثنى الخلف الخاص هي حاضرة وبحدة بالنسبة للخلف العام كذلك.

ثالثاً: الاتجاه المستند إلى حرفية النص

نص المشرع على الحجية المطلقة في الباب الثالث من قانون التحفيظ العقاري المتعلق بآثار التحفيظ في الفصول 62 وهي القاعدة المتعلقة باكتساب الرسم العقاري الصفة النهائية وعدم القابلية للطعن، لكن أثر ويثار جدل فقهي وانقسام قضائي حول قاعدة التطهير هل تعتبر مطلقة تسري على الجميع بما فهم الخلف الخاص الذي سبق للمستفيد من التحفيظ أن تعاقد معه بخصوص العقار المحفظ أم تعتبر نسبية تسري على الخلف العام دون الخلف الخاص. اكتساب الرسم العقاري صفة نهائية غير قابل للطعن. فالمتعمن في الفصل 62 يستنتج أنه يضم قاعدتين الأولى إيجابية وهي كون الرسم العقاري نهائي وغير قابل للطعن ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه والثانية سلبية وهي أن التحفيظ يطهر العقار من جميع الحقوق العينية والتحملات العقارية غير المقيدة به أو ما يسمى بقاعدة التطهير⁷²³. إقامة الرسم العقاري له صفة نهائية لا تقبل الطعن ويحسم كل نزاع يتعلق بالعقار ولا يمكن الاحتجاج بأي حق عيني

⁷²³ - إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق الغير المقيدة

سابق على التحفيظ لم يسجل على الرسم العقاري وأن الشراء الذي أبرم قبل التحفيظ ولم يقع الإدلاء به أثناء مسطرة التحفيظ لا يمكن الاحتجاج به فيما بعد ما لم يقر به البائع.⁷²⁴

وأكد في قرار عدد 2605 بتاريخ 1992/10/28 ملف عدد 1186 و 987/91 أنه يقرر الفصلين 62 و 64 من ظهير التحفيظ أن التحفيظ يطهر العقار من الحقوق السابقة عليه وهي قاعدة تسري على الجميع لا فرق بين المشتري وغيره ولا بين حسن النية وسيئها. والأساس الذي يقوم عليه هذا التوجه هو التقيد بحرفية النص في الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري واعتبار قاعدة التطهير المنصوص عليها في هذين الفصلين عامة و مطلقة وأمرة تسري على الجميع بما فهم الخلف الخاص ومادام قانون التحفيظ لا ينص على استثناء من تطبيق قاعدة التطهير يتعلق بالخلف الخاص وما دام هذا القانون نص خاص لا تطبق بشأنه النصوص العامة للالتزام وبالمقابل أعطى قانون التحفيظ العقاري للخلف الخاص ضمانات هامة أثناء سريان مسطرة التحفيظ و بعد انتهائها .

رابعاً: آلية مسطرة الغرف مجتمعة

ترتكز الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض في النظام القضائي المغربي في السهر على حسن تطبيق القانون من لدن مختلف محاكم الموضوع وهو من هذا المنطلق يشكل مرجعاً قضائياً ويساهم بالتالي في رسم السياسة القضائية للدولة.

ولعل من أبرز الوسائل القانونية المتاحة للمحكمة النقض لتوحيد الاجتهاد القضائي وعبره العمل القضائي للمحاكم الدنيا مكنة جمع أكثر من غرفة لتثبيت مبدأ قانوني أو قضائي لوضع حد احتمال وقوع التناقض بين الاجتهادات القضائية أو ما يعرف بمسطرة الغرف مجتمعة للبت في النقطة موضوع الاختلاف بين محاكم الموضوع.⁷²⁵

من حيث قيمة القرارات الصادرة عن الغرف مجتمعة فهي تصنف إلى قسمين أولهما القرارات العادية وتتجسم كما توجي بذلك تسميتها في القرارات الباتة في كل مسألة ورد فيها النص واضحاً وجلياً فتنتقله بالتالي من حالة السكون إلى حركة مجسدة بذلك الدور الطبيعي للقضاء المتمثل في الفصل في النزاعات. إلى جانب هذه القرارات التي تستغرق الجانب الأكبر من عمل محكمة النقض توجد قرارات أخرى تعرف بالقرارات المكرسة لمبدأ قانوني وهي التي تجسد بحق ما يصطلح عليه بالاجتهاد القضائي

724 - منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 صفحة 22

725 - المهدي شيبو، مسطرة الغرف المجتمعة وتوحيد المجلس الأعلى، عمل المجلس الأعلى التحولات الاقتصادية و الاجتماعية أشغال الندوة- تخليدا للذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى السنة 1999/1419، صفحة 269



لأنها تسعى إلى سد ما قد يشوب النصوص القانونية من نواقص تفرزها اعتبارات اقتصادية و اجتماعية لتعطي حلولاً تكسر مبادئ قانونية جديدة يمكن أن تكون مكتملة للمقتضيات التشريعية⁷²⁶. ولن يتجادل اثنان في أن القرارات الصادرة عن غرف محكمة النقض المجتمعة تدخل في الصنف الأخير لأن الدوافع من وراء جمع هذه الغرف والحلول المأمول أن تعطيها تفرض أن تأتي قراراتها دوماً مبدئية، لكن ما مدى إلزامية هذه القرارات؟ إن ضرورات توحيد الاجتهاد القضائي تحتم على غرف محكمة النقض الالتزام بالقرارات الصادرة عن الغرف المجتمعة والالتزام المذكور وإن كان لا يجد سنداً له في القانون فإنه يبقى التزاماً أدبياً⁷²⁷.

خامساً: مساهمة التقرير السنوي في توجيه المشرع بتبني الاجتهادات القضائية

يشكل التقرير السنوي لمحكمة النقض وظيفة استغلها القضاة في السنوات الأخيرة تسمح له بالحوار مع المشرع وإعطائه تعليقاتهم وملاحظاتهم على الحالة الراهنة للتشريع ومع مراعاة هذا الملاحظات يمكن للمشرع التدخل وبالتالي تجنب القاضي إبطال اجتهاده⁷²⁸. فالتقرير السنوي الصادر عن محكمة النقض تبرز في إحدى موادها اختيار المحكمة لمجموعة من القرارات تفرز توجهات وهي تجسد مناسبة للحث على تعديل بعض النصوص القانونية وتبين في ذات الوقت انشغالات المحكمة بها إذ القضاء لم يعد يقتصر على النطق بالقانون باعتباره المهمة الموكولة إليه ولكن المساهمة كذلك في إطار إصلاح وتعديل القانون.

وفي الختام فإن فالقاضي لا يبحث عن الحقيقة بمفهوم المنطق الصوري وإنما عن حقيقة قضائية تعتمد منطقاً صورياً كاملاً، بالإضافة إلى أخذ قيم أخرى بعين الاعتبار كقيم المعقول والناجع اجتماعياً والأمن القانوني المضمون بالعدل المادي والإنصاف وليس فقط بالعدل الشكلي، بحيث إن القانون لا يمكن عزله عن وسطه الاجتماعي وربط القانون بالوسط الاجتماعي المطبق فيه يستوجب إثارة القيم التي يتقاسمها القانون مع الأخلاق أي العدل والخير المشترك أو المصلحة العامة فالقانون لا يقتصر دوره في توفير الأمن القانوني المضمون بمبدأ المساواة أمام القانون بل يتعداه لتحقيق التوافق والسلم داخل المجتمع، وهذا معناه أنه كلما ظهر تطبيق نص تشريعي تطبيقاً غير عادل بسبب التمسك

726 - المهدي شيبو، مسطرة الغرف المجتمعة وتوحيد المجلس الأعلى، عمل المجلس الأعلى التحولات الاقتصادية والاجتماعية أشغال الندوة- تخليداً للذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى السنة 1999/1419، صفحة 275

727 - الفصل 369.....

إذا بتت محكمة النقض في قراراتها في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تنقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة.

إذا رأت محكمة النقض بعد نقض الحكم المحال عليها أنه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قررت النقض بدون إحالة.

728 - ادريس القبلي، التأثير الاجتماعي للقاضي المدني، رسالة لنيل شهادة الماستر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة 2017/2018 ص، 47 ومايليها

بحرفيته، أو ضرباً من العبث مخالفاً للسير الحسن لمؤسسات الدولة وإلا كان هذا التطبيق غير عادل. وهو ما جسده القرار محل التعليق وقضت محكمة النقض بجميع غرفها بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية، على نفس المحكمة للبت فيه طبقاً للقانون. وبالتالي ضمان حق الخلف الخاص مادام عقد الشراء غير مطعون فيه لا من البائع ولا من ورثته وأن هذا الإجراء لا يكون له أثر إلا من حيث ترتيب أثره أو حقه في مواجهة الغير وهو التوجه السليم في نظرنا الذي كرسه القرار محل التعليق والدراسة. ولم يقتصر في كون قاعدة التطهير التي اعتمدها تتصرف إلى الحقوق العينية التي نشأت قبل تحفيظ العقار ولا يعتمد من نشأت لصالحه إلى التعرض على مطلب التحفيظ ولا إلى إيداع سنده في المطلب بخلاف الحقوق الناشئة وبعد تأسيس الرسم العقاري ويرد فيها أنها تنصب على المطلب فإن لمن نشأت لمصلحته أن يحتج بها وبطلب تقييدها على الرسم العقاري كما أن تعليل القرار بأنه ليس أمام الطاعنين سوى المطالبة بالتعويض عن التدليس يبقى محل نظر ولا ينسجم مع واقعة الحال، إذا أن الأمر يتعلق بمجرد إغفال لحقوق معترف بها بوجه صحيح ولذلك التمسوا نقض القرار المطعون فيه بحيث أن التشبث بحرفية نص دون تطبيق روح القانون قصد تحقيق العدالة يجعل القاضي ينحصر في تطبيق القانون ويقوم بوظيفة آلية تجعله لا يحقق العدالة بل المطلوب منه أن يطبق القانون التطبيق العادل والسليم وهو ما كرسه دستور 2011 في الفصل 110.

