

المنازقة

المدير المسؤول
د. رضوان العنبي

للدراستات القانونية والإدارية

مجلة علمية فصلية محكمة
تعنى بالدراسات القانونية والإدارية

الدراسات والأبحاث

| | |
|----------------------------|---|
| سعيد جفري | الجبايات المحلية على ضوء التوجه الإصلاحى الجديد |
| الحايلة الحسين | الإشعار للغير الحائز بين هاجس الفعالية واکراهات التطبيق |
| الطيب ولد محمود | الحماية القانونية للاختراعات البيوتكنولوجية- قراءة في التشريع المغربى والموريتانى |
| محمد حجاج | الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن الهيئات المهنية- دراسة قضائية فقهية - |
| يوسف الزوجال | الالتزام بالإعلام في القانون المغربى دراسة على ضوء مدونة التأمينات |
| محمد اوسوس | حق المواطنين في الولوج إلى العدالة الدستورية-دراسة قانونية مقارنة |
| نجاة العمرانى | التطور التشريعى لمكافحة غسل الأموال بالمغرب |
| أحلام ترة | جريمة غسل الأموال ودور الجهاز القضائى في مكافحتها |
| كوتار شوقى | مفهوم العقد الدولى |
| أحمد سعد عبدالله البوعينين | الدور الرقابى على الممارسة الديبلوماسية دراسة تحليلية مقارنة |
| أمنية عياد | سحب القرار الإدارى في الاجتهاد القضائى المغربى |
| مليكة العراسى | كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج |
| ياسر احمد العجلونى | التحكيم والنظام العام في القانون الاردنى |

قرار وتعليق

جمال العزوزى

الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بين نظرتين

العمل القضائى

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي
باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية
عبدالواحد تولان

الإيداع القانوني
2011 PE 0113

ردمك

2028 - 876 X

ملف الصحافة
43/2011

المطبعة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط
شارع طونكان عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع
الهاتف: 05 37 72 58 23 الفاكس: 05 37 72 13 32
البريد الإلكتروني: Contact@darassalam.ma
الموقع الإلكتروني: www.darassalam.ma

المراسلة

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

جميع حقوق النشر محفوظة
لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

- د- عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د- أحمد حضرائي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق سلا (القانون العام)
د- گولفرني محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- محمد المجني : أستاذ جامعي بكلية ابن زهر أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحياتي : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
د- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
د- وداد لعيدوني : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)

قواعد النشر

- 1- المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.
- 2- ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : Traditional Arabic، مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Roman، مقاسه : 12)، ويجب أن ترقم الصفحات ترقيماً متسلسلاً؛
- 3- ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحواف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.
- 4 - مادة النشر تكون موثقة كما يلي :
- بالنسبة للكتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلة : إسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.

- بالنسبة لمراجع الانترنت: اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملا (يشمل الملف).
- 5 - يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛ المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
- 6 - تُعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
- 7 - وننبه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
- 8- ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني.

افتتاحية العدد

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:
تجدد مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية التواصل مع محبيها وقراءها الأعزاء لتضع بين أيديهم العدد السابع من إصدارتها، والذي سجلت به خطوة نحوالتفوق لتضيفه إلى مشوار إبداعها الذي آلت على نفسها إلا أن تتجاوز العقبات والمصاعب.
فلا شك أنّ لحظة ميلاد المجلة ليس في ذاته بالأمر السهل واليسير، ولكن التحدي الأكبر هوأن نتجاوز الميلاد إلى الترقّي والاستمرار، وأن نتحدى ونجابه المحن التي تقف في طريق هذا التواصل وتقتحم عالم المعرفة القانونية والادارية بما تقدمه من أبحاث خطتها أقلام الباحثين والمتخصصين .

وقد تم تأييت هذا العدد بمجموعة متنوعة من البحوث والدراسات التي نرجوأن نكون قد وُقّقنا في اختياره والتي تهمل من مشارب قانونية متنوعة، كما تم اغناءه بعدد من الاحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المغربية الى جانب محور خاص بالنصوص القانونية المحيطة.
وعسى ان يكون في كل هذا، ذلك الجديد الذي يمد الاساتذة والباحثين والمهتمين بما يقوي زادهم المعرفي ويقوي مداركهم ويخدم الثقافة القانونية بوجه عام، ولتكون المعين النقي الذي تهمل منه العقول النيرة والطاقات البشرية اليافعة التي حطت رحالها في رحاب هذه المجلة.
فهنيئاً لنا جميعاً صدور العدد السابع من هذه المجلة حيث أشعر بمشاعر الرضا والتقدير والاحترام الى كل من كان لهم الفضل في إنتاج المادة العلمية والتحرير والمراجعة والإخراج النهائي، بما في ذلك أعضاء اللجنة العلمية الموقرة. ومن هذا المنطلق نرجوأن لا تبخلوعلينا بما لديكم من مقترحات وأفكار قد تسهم في تطوير الأعداد القادمة من المجلة، واستشراف آفاق المستقبل.

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

الدراسات والابحاث

الجبايات المحلية على ضوء التوجه الإصلاحى الجديد

ذ. سعيد جفري

أستاذ باحث، كلية الحقوق، سطات

مقدمة

تشكل الجبايات المحلية الإطار المرجعي الصلب لأي توجه يستهدف تقوية التأثيث المالي للامركزية الإدارية، بل بالإمكان الإقرار بأن أولى الصعوبات الخاصة بنجاح سياسة اللامركزية الإدارية تجد أبرز عناصرها في اللامركزية المالية، -أي مختلف الوسائل والإمكانات المالية المتطلبية لإنجاح التوجه اللامركزي. ودون الخوض في مختلف مكونات ومشاكل التمويل المحلي، فإن عنصر الجباية المحلية - أي الموارد المالية المحلية الذاتية - يظل العنصر الداعي لإيلائه الاهتمام الضروري واللازم لأجل تقوية القدرات المالية المحلية، بما يضمن ويدعم شرط الاستقلال المالي المحلي المطلوب إنجازه من قبل الجماعات المحلية. وتؤكد المؤشرات المالية المتوفرة في هذا الجانب، الارتباط الموضوعي للمالية المحلية بالمالية العمومية للدولة (تشكل المصادر المالية ذات الأصل العمومي ما نسبته 76 % من بنية التمويل العمومي المحلي)، كما أن نسبة حصة الموارد المالية الذاتية المتأتية خاصة من النظام الجبائي المحلي الضيق لا يتجاوز في أحسن الأحوال نسبة 24 %¹.

إن حقيقة ضعف الحصة المالية للجباية المحلية، يعيد استحضار معطى أولوية وضرورة الإصلاح الجبائي المحلي، خاصة وأن الدواعي العامة للإصلاح في هذا الجانب تظل أكثر من ملحة. فالجبايات المحلية أفضت في محصلتها العامة إلى خلاصة ثلاثية الأبعاد (التأسيس السيئ، التوزيع السيئ، والتحصيل السيئ)، فالتأسيس الجبائي المحلي هو في واقع الأمر تأسيس مركزي، مرتبط إلى أبعد الحدود بالاعتبارات المالية العمومية، وهو متعدد من ناحية الكم (40 ضريبة ورسم محلي) ومتنوع من ناحية مجالات الإخضاع؛ كما أن التوزيع الجبائي العام يظل في المجمل توزيعا مختلا وغير متوازن، سواء في مستواه الأفقي بين الدولة التي تحتكر نسبة 87 % من الموارد الجبائية العامة والجماعات المحلية التي لا تستفيد إلا من نسبة 13 %، أو في مستواه العمودي بين مختلف أصناف الجماعات المحلية (الجماعات الحضرية تحتكر 61 % من المنتوج الجبائي المحلي، الجماعات القروية 21.43 %، العمالات والأقاليم 12.87 %، الجهات 4 %). أما

¹ - أرقام تركيبية واردة في وثيقة مشروع إصلاح الجبايات المحلية. م. ع. ج. م، وزارة الداخلية، 2005.

التحصيل الجبائي المحلي، فيظل في المجمل ضعيف المرونة والمردودية الضريبية لأسباب ذاتية ترتبط في المقام الأول بوسائل التحصيل الجبائي المادية والبشرية، وبعض السلوكات والمواقف السلبية للملزم الضريبي المحلي كالتهرب والغش الضريبي ومشكل الباقي استخلاصه¹. إن العناصر السلبية العامة للجبائيات المحلية، ساهمت بشكل أو بآخر في تكريس معطى الورطة أو مأزق الإصلاح الجبائي المحلي الذي يظل محكوما بالمقتضيات الأساسية لقانون 30/89 المنظم للجبائية المحلية مؤرخ في 21 نونبر 1989، الذي وعلى الرغم من إيجابياته المتقدمة إذا ما قورن بقانون 23 مارس 1962² فإنه سيحافظ على المؤشرات المؤتة لمعطى الأزمة الجبائية المحلية، والمتمثلة أساسا في ثقل الحضور العمومي في المجال الجبائي المحلي والاعتداد بالاعتبارات والأهداف المالية، دون إيلاء الأهمية اللازمة للشروط الاقتصادية والاجتماعية المحلية وللدور المتطلب من الملزم المحلي.

واقع ورطة الإصلاح الجبائي المحلي، تدفع إلى إعادة بحث التوجه الجديد للإصلاح، انطلاقا من أرضية (مشروع القانون رقم 47.06 يتعلق بالجبائيات المحلية كما صادق عليه مجلس المستشارين خلال سنة 2006)، والذي يظهر أن المراهنة فيه أصبحت أكثر من ملحة على إصلاح جذري للجبائيات المحلية، والحد من تأثيرات الأزمة أو الورطة التي لازالت تعرفها.

فما هي مبادئ ومقومات وبنية الإصلاح الجبائي المحلي الجديد؟

هل التوجه الإصلاحي الجديد يشكل قطيعة مع التوجه العام الذي حكم الإصلاح الجبائي المحلي العام؟ أم أن أمر الإصلاح على المستوى المحلي يظل في واقع الأمر مراوحا مكانه، ويشكل متاهة للإصلاح؟

1- الجبائيات المحلية: المبادئ وبنية الإصلاح

هناك مستجدين اثنين مؤطرين للتوجه الإصلاحي الجديد، أحدهما يم الشكل ويتعلق بثلاث عناصر تشكل المبادئ الكبرى للإصلاح، وهي مبادئ تبقى في المجمل ذات حمولة إيجابية تتمثل أساسا في التبسيط، المطابقة والملاءمة. أما المستجد الثاني، فيهم البنية العامة للإصلاح التي يفترض أن تجسد بأمانة المبادئ الكبرى المؤطرة، بما يخدم عقلنة الهيكل الجبائي المحلي ويعزز وظائفه الاقتصادية والاجتماعية المحلية.

1- 1 المبادئ الكبرى للإصلاح

¹ - المهدي بنمير. الجماعات المحلية والممارسة المالية بالمغرب. المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 1994
² - ظهير شريف رقم 187- 89- 1 في 21 نونبر 1989 بتنفيذ القانون رقم 30/89 يحدد بموجبه نظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيأتها. ج.ر عدد 4023 بتاريخ 6 دجنبر 1989.

اعتد الخطاب الرسمي في وضعه للتصور الأولي الاستشاري لإصلاح نظام الجبايات المحلية بتحديد أربعة توجهات توجيهية وإرشادية¹، بالإمكان اعتبارها الأرضية والسقف المطلوب من الفاعلين والمعنيين بالإصلاح الجبائي المحلي التعامل معه بل واحترام إكراهاته .

هذه التوجهات الإرشادية للإصلاح، انبنت على العناصر التالية:

- الدعوة إلى اقتراح الرسوم الهامة التي توفر للجماعات المحلية موارد قارة ومنتظمة.
- الاعتداد بمبدأ التبسيط، أي أن تشمل الاقتراحات الإصلاحية عددا محدودا من الرسوم السهلة التطبيق سواء على مستوى التأسيس أو التحصيل.
- يلزم أن لا تؤدي مقترحات الإصلاح إلى ارتفاع الضغط الجبائي؛ والأمر هنا يرتبط بالمستوى العام للضغط الجبائي العام (الوطني). وتجب الإشارة في هذا الخصوص، إلى أن الضغط الجبائي الذي يعتبر صورة قياسية كمية للحجم الإجمالي للضرائب إلى الدخل القومي، يبقى في الأصل ضغطا جبائيا مرتفعا مقارنة بالتشريعات المالية المقارنة.²
- مقترحات الإصلاح يلزم أن تكون مرفوقة بتقييم أولي للانعكاسات المالية، وللكيفيات التقنية الخاصة بالتطبيق.

إن العناصر التوجيهية والإرشادية الأولية للإصلاح الموضوعة من قبل السلطات الوصية، بالإمكان تقسيمها إلى عناصر ذاتية، تهم في المقام الأول دعوة الفاعل المحلي إلى قصر الجانب الاقتراحي في المجال الخاص بالرسوم دون الضرائب المحلية. بمعنى أن نية السلطات العمومية اختارت التوجه الخاص بإبعاد المستوى المحلي عن منازعة الدولة في الانفراد بأحقية الإفادة من كل ماله علاقة باصطلاح الضريبة.³ وهذا من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة مفادها الاحتكار العمومي للمجال الضريبي بشكل كلي، والدعوة إلى الاجتهاد المحلي في المجال الخاص بالرسوم المحلية، وما سيستتبعه ذلك من الحرص العمومي على جعل مقابل الأداء على المستوى المحلي مرتبطا في كل الأحوال بواجب تقديم الخدمة. وقد يدفع هذا الوضع إلى المراهنة مستقبلا على

¹- وثيقة مشروع الإصلاح الجبائي المحلي، السابق الإشارة إليها.

²- قارب الضغط الجبائي في المتوسط وخلال بعض الفترات نسبة 23%، ووصل خلال الفترة الممتدة بين سنتي 1993 و 2000 إلى نسبة 22,12%.

- أناس بن صالح الزمراني. المالية العامة والسياسة المالية. نشر البديع، مراكش، 2002.

³- من بين التعريفات المقدمة للضريبة، يمكن ذكر التعريف التالي: "الضريبة هي آلية أو طريقة لتوزيع الأعباء العمومية بين الأفراد بناء على مقدراتهم التكاليفية"

-Louis Trotabas Jean-Marie Cotteret. Droit Fiscal. Dalloz ,Paris,1997,page 08.

استحضار القطاع الخاص في تدبير الجبايات المحلية، الأمر الذي سيعيد التفكير الجدي في واقع وأفاق المواطنة الجبائية المحلية.

نفس التوجه الخاص بالعناصر الذاتية، يهتم أيضا عنصر التبسيط؛ وفي إطاره فإن التبسيط يفيد أن المقترحات المقدمة تقتضي أن تشمل عددا محدودا من الرسوم السهلة التطبيق سواء على المستوى التأسيسي أو التحصيل. هذا المفهوم الاختزالي والمقبول لمصطلح التبسيط، ستدخل فيه بعض جوانب التعقيد حين قيام الدولة بوضع مبادئها الكبرى للإصلاح، والمركزة أساسا على هذا العنصر إلى جانب عنصري المطابقة والملاءمة.

أما العناصر الموضوعية في التوجهات الإرشادية، فإنها ستحافظ على إملاء بين عموميين - أي واجبي التطبيق - أحدهما يهتم المحتوى، ويفرض ضرورة الأخذ بالاعتبار المستوى الذي يوجد عليه الحجم الجبائي العام والذي هو في الأصل ضغط جبائي مرتفع، والثاني يهتم الشكل وهذا يرتبط بالواجب الإجرائي للإصلاح المتمثل في ضرورة إرفاق مقترحات الإصلاح بتقييم للانعكاسات المالية للرسوم المقترحة ولكيفيات التطبيق.

أما المبادئ الكبرى للتوجه الإصلاحية الجديد، فبالإمكان تجميعها في ثلاث مبادئ أساسية، وهي التبسيط، المطابقة والملاءمة.

أ مبدأ التبسيط أو تبسيط الجبايات المحلية

هناك أكثر من إبهام يلاحظ على مصطلح التبسيط المعتمد في البناء العام للإصلاح، سواء من حيث تعدد المحتوى الذي يفيد بشكل عام تقليص عدد الرسوم وتحسين المردودية وتبسيط المساطر، أو من حيث تنوع المجال أي مجال التطبيق وتحديد الوعاء وتصفية وتحصيل الرسوم. وهذه المجالات ترتبط أكثر بتبسيط المساطر، سواء على مستوى الإخضاع أو على مستوى المساطر الجبائية المحلية (الالتزامات الإقرارية للخاضعين للرسوم والجزاءات والمنازعات)¹، أو على مستوى قواعد التحصيل، وفي مقام ثالث من حيث البنية العامة للقانون، أي إعادة هيكلة النصوص القانونية الجبائية المنظمة بهدف التجميع والتوضيح، بما يحقق مطمح مدونة الجبايات المحلية، وفي المقام الرابع من حيث التأهيل والمواكبة أي تأهيل الإدارة الجبائية المحلية، من خلال اتخاذ إجراءات مواكبة ذات طابع تنظيمي وهيكلية وإجراءات تتعلق بالموارد البشرية المكلفة (التكوين والتحفيز).

¹ - على مستوى التعديلات الجبائية المرتبطة بتبسيط المساطر أدخل المشروع نظام الإقرار، الذي يحل كل ما أمكن ذلك محل نظام الإحصاء على مجمل الرسوم المحلية، ما عدا الرسم المفروض على الأراضي الجماعية ورسم السكن والرسم المهني الذي يحتفظ إلى أجل لاحق بنظام الإحصاء.

إن تبسيط الجبايات المحلية، يظل في المحصلة النهائية متعدد العناصر والأبعاد في توجه الإصلاح، ومع ذلك فإن قواعده الصلبة تبقى مرتبطة في المجمل بعنصري المردودية والمساطر، من خلال التقليل العددي للرسوم وتبسيط قواعد الوعاء والتحصيل والجزاءات والمنازعات، إضافة إلى هيكلة النص الجبائي. وبالإمكان الإقرار بأن التوجه الإصلاحي في هذا الجانب، حمل أكثر من مستجد إيجابي يخدم في آخر المطاف مبدأ العقلنة الشكلية والموضوعية للنص الجبائي المحلي.

ب- مبدأ المطابقة أو مطابقة الجبايات المحلية لإطار اللامركزية

يرتكز هذا المبدأ في أبرز تجلياته، على تقوية وتعزيز الدور الجبائي للجماعات المحلية في إطار التطور العام لسياسة اللامركزية الإدارية، خاصة من خلال المواكبة الموضوعية للمستجدات القانونية للامركزية بمستوياتها الجهوية الإقليمية والجماعية.¹

وفي هذا الجانب، فإن مبدأ المطابقة الذي يفيد في هذا المستوى المواكبة، ينطوي على حملتين اثنتين، إحداها شكلية والأخرى موضوعية. فعلى المستوى الشكلي، فإن التوجه الإصلاحي يرمي كقاعدة دعم الاختصاصات الجبائية للمجالس المنتخبة، سواء في مجال تحديد وتعديل النسب والأسعار باعتماد تقنية الحد الأدنى والحد الأقصى، أو في مجال القواعد الإجرائية الخاصة بقرارات الإعفاء والتخفيض وإبراء الذمة من الديون، وأيضا تدعيم اختصاصات الجماعات المحلية في مجالات المراقبة والتفتيش والجزاءات.²

إن مبدأ المطابقة، سيشكل من الناحية الموضوعية قفزة نوعية مطلوبة في مجال تحميل الجماعات المحلية المسؤولية في مجال الاختصاص الجبائي المحلي الإجرائي، خاصة وأن التطور العام للامركزية على المستوى المقارن، أصبح يدفع إلى ضرورة إقرار وتوسيع سلطة الاختصاص المحلي في الميدان الجبائي بما يخدم هدف التنمية محلية.³

¹ - يمكن الرجوع إلى المقترحات القانونية الأساسية التالية:

- القانون رقم 00. 78 المتعلق بالميثاق الجماعي، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 297. 02. 1 صادر في 25 رجب 1423 / 3 أكتوبر 2003، ج.ر عدد 5058 بتاريخ 21 يونيو 2002 .

- القانون رقم 00. 79 المتعلق بتنظيم العملات والأقاليم، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 269. 02. 1 صادر في 25 رجب 1423 / 3 أكتوبر 2003، ج.ر عدد 5058 بتاريخ 21 يونيو 2002.

- القانون رقم 96. 47 المتعلق بتنظيم الجهات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 84.97. 1 صادر في 23 ذي الحجة 1417 2 أبريل 1997، ج.ر عدد 4470 بتاريخ 3 أبريل 1997.

² - القسم الثاني الخاص بقواعد التحصيل والقسم الثالث الخاص بالجزاءات من مشروع قانون 47/06.

³ - أحمد حضرائي. النظام الجبائي المحلي على ضوء التشريع المغربي والمقارن. منشورات م.م.إ.م.ت عدد 22، 2001.

ج - مبدأ الملاءمة أو ملاءمة الجبايات المحلية لجبايات الدولة

تفيد الملاءمة في هذا الإطار، إيجاد نوع من التوحيد والتوازي بين كل من الجبايات المحلية وجباية الدولة، بما يخدم العناصر المتطلبة في التوحد الخاص بالعقلنة الموضوعية للنظام الجبائي المحلي. والملاءمة حسب التوجه الإصلاحى الجديد هي إما خارجية أو داخلية، فالملاءمة الخارجية تفيد أساسا ملاءمة الجبايات المحلية مع جبايات الدولة، وذلك بحذف جميع أنواع الأزواج الضريبي، وتوحيد نظام الجزاءات المطبقة، أي التطبيق الموحد لنظام التحصيل الديون العمومية¹ بالنسبة لديون الجماعات المحلية، (بما يعنيه ذلك من فرض الرسوم بصورة تلقائية، تعديل الرسوم، حق المراجعة، الجزاءات والغرامات المطبقة، نظام المنازعات، حق الاطلاع والمراقبة)، وكذا تكثيف التعاون في مجال تدبير الجبايات المحلية.

أما الملاءمة الداخلية، فتمه وسائل العمل المعتمدة من قبل الهيآت المحلية في المجال الجبائي، كتوحيد البيانات والوثائق المستعملة في مجال المراقبة والتفتيش (السجلات والوثائق الاقرارية في البيانات الإحصائية... الخ)، وإحداث دلائل جبائية لفائدة المعنيين بالجبايات المحلية (الإدارات، الملمزمين والشركاء الآخرين).²

إن مبدأ الملاءمة، الذي يفيد أساسا ملاءمة الجبايات المحلية مع جبايات الدولة من خلال المساطر المتعلقة بنظام الجزاءات والغرامات والمراقبة والتبليغ وحق الاطلاع والمنازعات الجبائية وتعديل الرسوم ومساطر التحصيل، سيضع حدا لظاهرة الأزواجية في هذا الجانب بتوحيد المقتضيات القانونية، كما سيشكل أحد العناصر المؤثرة لمطلب عقلنة النظام الجبائي المحلي.

2-1- البنية العامة للإصلاح

إن التكريس العملي للمبادئ الكبرى لإصلاح المنظومة الجبائية، المتجسدة أساسا في مبادئ التبسيط، المطابقة والملاءمة ستجد ترجمتها التشريعية من خلال مجموعة من العناصر المرتبطة بالجبايات المحلية. ففي الجانب التشريعي، فإن أهم مظهر "تسويقي" للإصلاح التقليل العددي للضرائب والرسوم المحلية، وذلك من خلال الحذف "الذكي" لعدد من الرسوم ذات المردودية الفعلية الضعيفة أو تلك التي تشكل ازدواجا ضريبيا مع جبايات الدولة.

وفي هذا الجانب، فإن المشرع اعتد بالمؤشر المالي للمردودية الخاص بجانب من الرسوم المنظمة بواسطة قانون 30/89، والتي لاعتبارات وأسباب متعددة لم تكن ذات حصيله مالية

¹ - القانون رقم 97-15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية الصادر الأمر بتنفيذها بمقتضى الظهير الشريف رقم 175-00-1 بتاريخ 3 ماي 2000 ج.ر عدد 4800 بتاريخ فاتح يونيو 2000 .

² - عبد اللطيف ابدوح. النظام الجبائي الجديد، تعزيز للامركزية والتنمية المحلية. العلم العدد 20643 بتاريخ 2 فبراير 2007.

ذات أهمية، إذ أن الرسوم المعنية بالحذف والبالغ عددها ثمانية لم تكن لتتجاوز مجتمعة سقف 30 مليون درهما سنويا، الأمر الذي يجعل حذفها أمرا مبررا من الناحية الرسمية¹ من جهة ثانية، فقد عمل المشرع على إدماج مجموعة من الرسوم التي لها نفس الوعاء أوتسري على نفس النشاط أو المجال لأجل تفادي ازدواجية الضريبية، ويتعلق الأمر بأربعة رسوم كالرسم المفروض على الصيانة والرسم الإضافي، أو الرسم المفروض على استخراج المقالع والرسم الإضافي، والرسم على رخص الصيد البحري والرسم الإضافي.

في نفس الإطار الخاص بالإشكال العددي للرسوم المحلية، يلزم استحضار موقف المشرع القاضي بإخراج الحقوق والأتاوات التي لا تكتسي طابعا جبائيا من المشروع الخاص بالجبايات لإصدارها بمرسوم، والأمر بهم² رسما محليا، مما يعيد إلى الواجهة مسألة الكم العددي للتضريب المحلي إذا ما استجمعنا المكونات العامة للمنظومة الجبائية المحلية.

أما على مستوى البنية العامة للإصلاح، وعلى الرغم من طابع التوحيد الشكلي الإيجابي للنص الجبائي، والذي عمل على إدماج ما كان يعرف بالضرائب المحولة والتي تخضع لنصوص قانونية مستقلة⁽¹⁴⁾ ضمن قانون الجبايات المحلية، فإن الطابع التديري للجباية المحلية حافظ على ازدواجية التدبير التقليدي لكل من المصالح الجبائية المحلية والمصالح المالية الضريبية، ولكن بما يخدم هدف مبدأ توضيح الاختصاص في تدبير الجبايات المحلية بين كل من الجماعات المحلية والمديرية العامة للضرائب، وذلك بالتنصيص القانوني على ازدواجية تدبير الجبايات المحلية بين مستويين أو مجالين اثنين :

➤ الرسوم التي تديرها الجماعات المحلية.

➤ الرسوم التي تديرها مديرية الضرائب لفائدة الجماعات المحلية.³

¹ - يتعلق الأمر بالرسم المفروض على المشاهد والرسم المفروض على الباعة الجائلين والرسم المفروض على السماح بالإغلاق المتأخر أو بالفتح الباكر، والرسم المفروض على الدراجات البخارية التي يفوق محركها أوبعدل 125 سنتمتر مكعب، والرسم المفروض على تذاكر دخول المهرجانات الرياضية والمسابح الخاصة المفتوحة للعموم والرسم المفروض على عمليات تقسيم الأراضي والرسم الإضافي إلى الرسم المفروض على الزرابي.

² - يمكن الرجوع إلى النصوص الأساسية التالية:

- ظهير شريف رقم 1.89.228 صادر في فاتح جمادى الأولى 1410 موافق 30 دجنبر 1989، بتنفيذ القانون رقم 37/89 المتعلق بالضريبة الحضرية، ج ر عدد-5 جمادى الأولى/3 يناير 1990.

- ظهير شريف رقم 1.92.280 صادر في 29 دجنبر 1992، متعلق بقانون مالية 1993 المعدل لظهير 30 دجنبر 1961 المتعلق بالضريبة المهنية، ج ر عدد 4183 بتاريخ 30 دجنبر 1992.

³ - الجزء الثالث من مشروع قانون 06. 47 الذي يقصر الدور التحصيلي لمديرية الضرائب في الرسم المهني، رسم السكن والرسم على الخدمات الجماعية.

أما البنية العامة للجبايات المحلية على ضوء التوجه الإصلاحى الجديد، فإنها أصبحت تتشكل من 17 رسماً عوض من أزيد 40 ضريبة ورسم محلي المنظمة في ظل قانون 30/89 . هذه الرسوم يمكن توزيعها حسب أصناف الجماعات المحلية وفق الجدول الموالى:

جدول يحدد التوزيع العام للرسوم المستحقة للجماعات المحلية (الجماعات الحضرية والقروية، العمالات والأقاليم والجهات)

| نوع الرسم وتسميته | الجماعات المحلية |
|---|-----------------------------|
| -الرسم المني -رسم السكن -الرسم على الخدمات الجماعية -الرسم على الأراضي الحضرية غير المبنية -الرسم على عمليات البناء -الرسم على عمليات تجزئة الأراضي -الرسم على محلات بيع المشروبات -الرسم على الإقامة بالمؤسسات السياحية -الرسم على المياه المعدنية ومياه المائدة -الرسم على النقل العمومي للمسافرين -الرسم على استخراج المقالع | ➤ الجماعات الحضرية والقروية |
| -الرسم على رخص السياقة -الرسم على السيارات الخاضعة للفحص التقني -الرسم على بيع الحاصلات الغابوية | ➤ العمالات والأقاليم |
| -الرسم على رخص الصيد -الرسم على استغلال المناجم -الرسم على الخدمات المقدمة بالموانئ | ➤ الجهات |

يظهر من خلال عناصر البنية العامة الشكلية والموضوعية لنظام الجبايات المحلية، أن التوجه الإصلاحى الجديد حافظ على ذات البنية النمطية الجبائية التطبيقية مع تعديلات طفيفة تهم التسمية - خاصة بالنسبة للمستويين الإقليمي والجهوي - مع معاملة تفضيلية بالنسبة

للجماعات الحضرية والقروية، والتي بالإمكان اعتبارها وبالشروط السابق الإشارة إليها المعني المباشر بالإصلاح، خاصة وأن شروط الاعتراف بمبدأ مثل مبدأ المطابقة لم يتم أخذها بعين الاعتبار خاصة بالنسبة للمستوى الجهوي الذي بالإمكان اعتباره الإطار الأمثل لتطوير اللامركزية. وفي هذا المستوى، فإن التوجه الإصلاحية الجديد وبمبادئه الكبرى المعتمدة (التبسيط، المطابقة والملاءمة)، وبنيتة النمطية المحافظة خاصة بالنسبة للمستويين الإقليمي والجهوي، سي طرح أكثر من استفهام بالنسبة للتوجه العام للإصلاح الذي يفترض الاعتراف بدعم الشروط المالية للامركزية بمستوياتها الثلاثة، بل إن الشروط الجديدة للإصلاح وفي ظل التحكمية المركزية القانونية والتنظيمية الجبائية ستجعلنا أمام ما يمكن نعتة بمتاهات الإصلاح.

2- الجبايات المحلية: متاهات الإصلاح¹

قد يحق لنا في هذه المرحلة من التحليل إعادة توظيف مصطلح " المتاهة " الذي سبق استعماله في مجال البحث الدستوري لتوظيف المسار الذي عرفه التناوب التوافقي، لأجل توصيف واقع حال الجبايات المحلية في مسارها الإصلاحية، الذي ظلت فيها شروط التحكمية العمومية حاضرة، بموازاة ضعف في فاعلية الحضور المحلي.

2-1 الإصلاح الجبائي المحلي والهاجس العمومي للعقلنة

بالإمكان استحضار مستويين اثنين في الموقف العمومي من الإصلاح، الذي حاول أن يعد بموقف عقلنة الجبايات المحلية، مستوى شكل الإصلاح ثم مستوى المضمون. وإذا كان المشرع في المستوى الأول قد حقق إيجابيات هامة تتماشى إلى حد ما مع متطلبات المبادئ المؤطرة، فإن مضمون الإصلاح وبنيتة بقيا وفيين لنفس التوجهات التقليدية للمنظومة الجبائية المحلية، سواء في بنائها العام ووظيفتها أو في علاقتها بالجبائية الوطنية (العلاقة الأفقية)، أو علاقتها الداخلية بين الجماعات المحلية نفسها (العلاقة العمومية).

ففي جانب شكل الإصلاح، بالامكان الإقرار أن المبادئ الكبرى المعتمدة (التبسيط، المطابقة والملاءمة)، عملت على تحقيق مجموعة من العناصر الإيجابية المتقدمة في النص الجبائي لسنة 1989، وذلك من خلال محاولة التكريس والأجراء القانونية للمبادئ الثلاثة الموجبة للإصلاح وذلك بالعمل على:

¹ - سيترتب مثلا عن التعديلات المقترحة فيما يخص الرسم المهني، تخفيض في الضغط الجبائي الذي تتحمله المقاولات في مجال الضريبة المهنية والضريبة الحضرية، وذلك من خلال مراجعة أسعار الرسم المهني والضريبة الحضرية، وذلك من خلال مراجعة أسعار الرسم المهني، وتخفيض عددها من 6 إلى 3 وإدراج المهن الجديدة غير المنصوص عليها برسوم.

أولاً: التكريس القانوني لمبدأ التبسيط، من خلال التقليل العددي للضرائب والرسوم المحلية وتبسيط قواعد الوعاء والتحصيل والمساطر، وهيكله نص القانون الجبائي بالعمل على استكمال العناصر المتطلبية لتوظيف النص الجديد بمصطلح المدونة الجبائية المحلية.

ثانياً: التكريس القانوني لمبدأ المطابقة، بإعطاء الصلاحية القانونية للجماعات المحلية بتحديد نسب وأسعار الرسوم المحلية باعتماد السعر الأدنى والسعر الأقصى، وتدعيم عمليات الفحص والمراقبة التي تقوم بها الجماعات المحلية في ميدان الجبايات المحلية.

ثالثاً: التكريس القانوني لمبدأ الملاءمة، من خلال حذف أنواع الازدواج الضريبي، وتوحيد نظام الجزاءات المطبقة على المستوى العمودي لتصبح سارية المفعول بالنسبة للمستوى المحلي. وإذا كان التكريس القانوني لمبادئ الإصلاح، هو في جانب هام منه خطوة إيجابية تحسب لصالح الإصلاح، فإن هناك مجموعة من العناصر الشكلية، تبقى لها مع ذلك بعض الدلالات السلبية في البناء العام للجباية المحلية؛ من ذلك أن الحرمان المحلي من اصطلاح "الضريبة المحلية" قد يكون له أكثر من ضرر بفكرة المواطنة الجبائية المحلية، التي تقوم على الإسهام والمشاركة في الأعباء الجبائية دون ضرورة المطالبة بالمقابل. كما أن التكريس القانوني لازدواجية تدبير الجباية المحلية، رغم جانبه الإيجابي المتمثل أساساً في إنصاف جزئي للمصالح المحلية المكلفة بالتحصيل، سيحافظ على حضور وازن لدور المصالح الضريبية المركزية في التدبير الجبائي المحلي خاصة بالنسبة لأهم الرسوم المحلية (الرسم المهني، رسم السكن، ورسم الخدمات الجماعية).

أما في جانب مضمون الإصلاح، فإن التوجه العمومي للعقلنة الذي حقق إلى حد ما شروط شكلية ذات طابع إيجابي خاصة في ما يرتبط بمبدأي التبسيط والمطابقة، سيبقى على مظهر محافظ للعقلنة خاصة فيما يرتبط بإنجاز التحول الضروري في الإمكانيات المالية الموجهة إلى المستويات الثلاث للامركزية. فالإبداع العمومي في الجانب الخاص بمضامين الإصلاح الجبائي المحلي، ارتبط أكثر بأمر إجرائية أكثر من الجوانب التي تهم النظام العام للجباية المحلية، فالتوجه العام الخاص بتشجيع الاستثمار سيجعل من الجباية المحلية القاطرة التجريبية لهذا الجانب، بما يعنيه ذلك من تأثير مباشر في المردودية المالية المحلية.

وإذا ما استثنينا وضعية ما كان يعرف بالضرائب المحولة التي أصبحت من الناحية الشكلية رسوما محلية (الرسم المهني، رسم السكن)، وإعادة النظر القانونية في توزيع عائد بعض الرسوم المحلية (الرسم المهني: الجماعات المحلية 80 %، الدولة 10 %، الغرف المهنية 10 % وبالنسبة لرسم الخدمات الجماعية : الجماعات المحلية 95 % الجهات 5 %)، وتعديل التسمية الخاصة ببعض الرسوم الموجهة لكل من العمالات والأقاليم والجهات، فإن البنية

العامة للجبايات المحلية بقيت في المجلد بنية محافظة ومنصفة أكثر للمستوى المحلي القاعدي، وغير متساوية في حق الإفادة المبدئية لكل من العمالات والأقاليم والجهات.

جدول يحدد التوزيع حسب أهمية الاستفادة من الرسوم المستحقة للجماعات المحلية (الجماعات الحضرية والقروية، العمالات والأقاليم والجهات)

| النسبة المئوية | عدد الرسوم | الجماعات المحلية |
|----------------|------------|-----------------------------|
| 64.70 % | 11 | ➤ الجماعات الحضرية والقروية |
| 17.64 % | 3 | ➤ العمالات والأقاليم |
| 17.64 % | 3 | ➤ الجهات |
| 100 | 17 | المجموع |

أما إذا أضفنا إلى الاحتساب الجبائي الحقوق والوجيبات غير ذات الطابع الجبائي التي سيتم تنظيمها لاحقا، والموجهة أصلا للجماعات الحضرية والقروية (13 رسم)، فإن اختلال البنية الجبائية العامة المحلية ستتركز أكثر خاصة لفائدة الجماعات القاعدية بما نسبته 80%، بينما سيتقاسم المستويان الإقليمي والجهوي مناصفة الباقي. كما أن التعديلات القانونية التي طالت كلا من الضريبة المهنية والضريبة الحضرية ورسم النظافة، والتي تروم من الناحية الرسمية عصرنة وتبسيط هذا النوع من الضرائب، فإنها جاءت على الأغلب غير تشاورية مكرسة بذلك المنطق العمومي الضيق الخاص بتشجيع الاستثمار، بإعادة النظر في الجانب المتعلق بالمقاولات.¹

2-2 الإصلاح الجبائي المحلي والحاجة المحلية للفاعلية

إلى جانب خاصيات وطبيعة وحدود دور توجه العقلنة العمومي في عناصره الشكلية والموضوعية، فإن الدور المحلي وأدور الجماعات المحلية في البناء العام للتوجه الإصلاحية للجبايات المحلية، يطرح من جهة ثانية مجموعة تساؤلات تهم طبيعة هذا الدور وحدوده الذاتية والموضوعية. وفي هذا الإطار، سنحاول مقارنة الحدود العامة للدور المحلي في التوجه

¹ - بالنسبة لرسم السكن، فإن التعديلات تمثلت في تخفيف العبء الضريبي على الأسر من خلال تقليص أسعار رسم السكن المتعلق بالمباني المخصصة للسكن الرئيسي أو الثانوي أو رفع السقف المعفى من 3000 إلى 5000 درهم. وبخصوص رسم الخدمات الجماعية الذي يحل محل ضريبة النظافة بالنسبة للأسر على أساس العقارات المبنية المخصصة للسكن الرئيسي أو الثانوي، وبالنسبة للمقاولات والمعدات ذات الاستعمال المهني الخاضعة للرسم المهني، والمطبقة بالخصوص في المجال الحضري للجماعات الحضرية والمحطات الصيفية والشتوية ومحطات الاستشفاء بالمياه المعدنية والمحددة بنص تنظيمي. وأيضا إدماج الرسم المفروض على الصيانة مع الرسم الإضافي وتغيير النسبة المطبقة (10.5 % و 6.5 %).

الإصلاحي انطلاقاً من المقاربة العصرية لمنظومة الحكامة، التي تنبع أهميتها من استحضار أدوار الفاعلين المعنيين بالجباية المحلية سواء أكانت إدارات عمومية أو جماعات محلية أوقطاع خاص أو مجتمع مدني¹.

ودون الخوض في محاولات التعريف المتعددة العناصر والأبعاد لمفهوم الحكامة، وما رافقه من مصطلحات كالحكامة الجيدة والحكامة المحلية، وغير ذلك من المفاهيم والمصطلحات المواكبة، بالإمكان الاعتداد بالتوجه العام للحكامة كآلية أومقاربة أونسق عام للتنمية يستحضر التعدد في الفاعلين والتنوع في الأسس والعناصر، والتوحد في الأبعاد بما يخدم الهدف العام للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ومن ضمن العناصر الموضوعية في إطار الدور المحلي، إلى جانب عناصر مثل المسؤولية، الشفافية، المشاركة والنجاعة، سنعمل على استحضار عنصر الفعالية كمظهر لتجديد الدور المحلي في المسلسل العام للإصلاح، حتى لا يبقى هذا الأخير مطبوعاً بالاعتبارات العمومية الضيقة، والتي أثبتت التجربة أنها غالباً ما تعدد بالاعتبارات المالية الضيقة كهدف عام للإصلاح الجبائي، دون إيلاء نفس الأهمية للاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية. ومصطلح الفعالية الموظف بهذا الخصوص نروم به توفر القدرة على تنفيذ المشاريع التي تستجيب للحاجيات المعبر عنها على أساس تدبير عقلاني ورشيد للموارد.

المفهوم العام للفاعلية في هذا الجانب يمكن مقارنته انطلاقاً من مستويين اثنين، المستوى القانوني والتنظيمي للجباية المحلية ومستواها البشري التديري.

أ- الفاعلية والمستوى القانوني للجبايات المحلية

بالإمكان الإقرار بأن هاجس مرجعي قار حكم المسار التاريخي العام للجبايات المحلية، وهو هاجس المردودية المالية ولكن بدون أن يترافق مع مبدأ آخر له أهميته وهومبدأ المرونة التي بالإمكان اعتبارها الإطار الموضوعي لإنجاح هدف المردودية ذاته. والكرونولوجيا التاريخية للهاجس المالي، يمكن تتبعها في النظام الجبائي المحلي المغربي سواء في فترة ما قبل الحماية بمستوياتها التقليدية، أو بالموازاة مع اهتمامات القوى الاستعمارية من خلال بدأ إدخال أساليب المنظومة الضريبية الحديثة (الضريبة الحضرية والضريبة المهنية)، أو خلال فترة الحماية

¹ - تعريفات الحكامة، التعريف الموظف من قبل البنك الدولي وعدة مؤسسات تابعة لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، والذي يحددها بأنها " الكيفية التي يتم بها تنفيذ السلطة في مجال تدبير الموارد الاقتصادية والاجتماعية للبلاد".
- وأيضاً " الطريقة التي تباشر بها السلطة في إدارة موارد الدولة الاقتصادية والاجتماعية بهدف تحقيق التنمية".
انظر بهذا الخصوص: زهير عبد الكريم الكايد. الحكمانية قضايا وتطبيقات. المنظمة العربية للعلوم الإدارية، 2003.

بواسطة إصدار ظهائر تحدث ضرائب ورسوم محلية لاعتبارات مالية (ظهيري 27 مارس 1917 و29 دجنبر 1948)، وأبعد الاستقلال بواسطة ظهير 23 مارس 1962 الذي وزع الجبايات المحلية إلى إجبارية واختيارية، ليتم تصحيح اختلالات هذا الأخير كمحاولات فرض ضريبة عقارية لفائدة الجماعات المحلية سنة 1978، وليصدر قانون 30/89 كتتويج لهذا المسار التاريخي العام ولكن في ظل ظروف اقتصادية ومالية خاصة¹.

وإذا كان التوجه الإصلاحى الجديد، سيعمل من جانبه على الحد من السلبات العامة التي وسمت تشريع أواخر الثمانينات، والتي تميزت بجملة مظاهر سلبية كالتعدد والتعقيد في المادة الضريبية، والتداخل والتضارب الجبائي، والضعف العام في المردودية الجبائية والغموض في أساليب التحصيل المستعملة، والتنازع في الاختصاص بين وكيل المداخل والقباض الجماعي، والمحدودية في الموارد البشرية العاملة بالمصالح الجبائية، وكذا في التعاون والتنسيق بين مختلف المتدخلين، إلى جانب الضعف في حملات التوعية، والتعدد والتشعب في المراقبة الإدارية والقضائية. فان المراهنة في التوجه الإصلاحى الجديد، ستضع لها كسقف مرجعي إيجاد نظام ضريبي محلي عصري وفعال، يحاول معالجة عيوب نظام 30 / 89 من خلال عناصر تعدت بإدماج كافة الجبايات في نص قانوني واحد (مدونة الجباية المحلية)، واعتماد عناصر التبسيط في الوعاء والتحصيل، وكذا الملاءمة للجبايات المحلية مع جبايات الدولة وتأهيل الإدارة الجبائية المحلية، وإحداث ميكانزمات جديدة في مجال تدبير الجبايات المحلية، وإيجاد دلائل جبائية وتحسين التواصل الجبائي المحلي، وتوضيح الاختصاص في الميدان الجبائي المحلي وتوحيد وسائل الرقابة والتفتيش ودعم المراقبة الداخلية.

وعلى الرغم من الشروط القانونية والتنظيمية المعتمدة في التوجه الإصلاحى الجديد، والتي لا يمكن التقليل من فائدتها الايجابية في تحسين قدرات الجماعات المحلية وفاعلية الدور المطلوب منها كفاعل أولي معني بالإصلاح، فان ما يمكن تسجيله في هذه النقطة أن التوجه التشريعي للإصلاح لا يشكل قاعدة في الخيارات المحلية، كما أن القوة الاقتراحية في هذا الجانب تبقى محكومة بأولوية الاعتبار القومي في الموقف من النظام الجبائي المحلي، وضعف الترابط في التوجه الإصلاحى الجبائي العام بمستوياته الوطني والمحلي وضعف الإدماج الجبائي

¹ - يمكن في هذا الإطار استحضار تأثيرات الأزمة الاقتصادية التي عرفها المغرب انطلاقا من سنة 1983، وما ترافق معها من تطبيق لبرنامج التقويم أوالتصحيح الهيكلية الموقع مع المؤسسات المالية الخاصة المقرضة.

في المنظومة الاقتصادية والاجتماعية، بما يعنيه ذلك من إمكانات تضرب قطاعات حيوية (القطاع العقاري والفلاحي، القطاع المالي، القطاع السياحي والقطاع البيئي).

ب - الفاعلية والمستوى التديري للجبايات المحلية

إذا كان المستوى الأول من التحليل يهتم خاصيات ومشاكل فاعلية الدور المحلي في مستوييه القانوني والتنظيمي للجباية المحلية، فان عنصر الفاعلية لا تستكمل عناصره دون استحضار البعدين التديري والبشري للجباية المحلية. ويقتضي التديير الجباي المحلي الاعتداد بعناصر التديير والتديير الجيد للجبايات المحلية، بما يعنيه ذلك من حسن توظيف الإمكانيات وترشيد استعمالها لأجل الرفع من الإمكانيات المالية المحلية.

والتديير الجباي المحلي في هذا الخصوص، يعيد استحضار الإشكالات المركزية للجباية المحلية، بخاصياتها القانونية الارتباطية على أكثر من صعيد بالمنظومة الجباية الوطنية. وما يستدعيه ذلك من ضرورة دعم وتوسيع الصلاحيات المحلية في مجال الفرض الضريبي، خاصة وأن المستوى المحلي هو مستوى غير متجانس لا من حيث الخصائص والطبيعة أو من حيث الوسائل والإمكانات.

كما أن الناحية التدييرية للجبايات المحلية، بقيت وفيه في المجل لآليات التوجيه والتنفيذ المركزي بالشكل الذي سيساهم في استفحال بعض الظواهر السلبية في ميدان تحصيل الديون المحلية كظاهرة الباقي استخلاصه، التي أصبحت ذات حضور قوي ومعمم في مختلف الجماعات المحلية، والتي تتداخل فيها إلى جانب العناصر السياسية والاجتماعية والثقافية المحلية عناصر تدييرية تتمثل على الأخص في الثقل الممارس من قبل الأجهزة العمومية التابعة لوزارة المالية، وما تضطلع به من مهام مالية وحسابية جعلت التحصيل المالي المحلي في الجزء الرئيسي منه تحصيل لا يدخل في خانة الواجبات العمومية؛ إذ مع كل الحرص الذي قد تبديه المصالح العمومية في هذا الجانب، فإنه يبقى حرصا مرتبطا في آخر المطاف بأولوية الاعتبار العمومي.

من جانب آخر، فإن تجربة المصالح المحلية المكلفة بالتحصيل (مصلحة وكالة المداخيل الجماعية)، بقي دورها في المجل دورا تابعا ليس فقط في مستواه التنظيمي بالنسبة للمصالح المالية المركزية، ولكن شرط التبعية أخذ في أغلب الحالات صفة التبعية السياسية الضيقة للأجهزة المسيرة المحلية، وما استتبع ذلك من تفريط ضريبي أثار ولازال في الوسائل الممكن توجيهها للتنمية المحلية.

هذه الازدواجية التدييرية المختلفة في الأسس والعناصر، يظهر أن التوجه الإصلاحى الجديد سىحاول تقويم إطارها المرجعى المحلى بتوسيع مجال الجبايات المحلية حتى بالنسبة لما كان يعرف بالجبايات المحولة، والإقرار بازدواجية التدبير الجبائى المحلى لكل من المصالح الجبائية المحلية ومصالح مديرية الضرائب، وهذه بالإمكان اعتبارها خطوة موضوعية لتقوية أجهزة التحصيل المحلى، وبالتالي التأسيس لمقومات الإدارة الجبائية المحلية.

على المستوى البشرى، تتأكد حقيقة فاعلية أدوار كل من المدبر المحلى والممول المحلى، فالأول هو المعنى بجوانب التصور والمتابعة والتنفيذ للجباية المحلية، وهذه المهمة تستدعى من هذا الأخير تقوية الحرص على استيفاء الجباية المحلية بنفس الحرص المولى لصرف النفقة المحلية. وفي هذا الجانب، فإن المشاكل البشرى للتدبير الجبائى المحلى تظل مرتبطة في جانبها السياسى بضعف كفاءة المنتخب الجماعى المبررة بواقع التركيبة السياسية للمجالس المنتخبة، وعامل الأمية (25.93 % من المنتخبين المحليين أميون حسب نتائج الاستحقاقات الجماعية ل. كما أن العائق البشرى يرتبط من ناحية ثانية بجانب التأطير البشرى للأدائى للمصالح المكلفة بالتحصيل، حيث أن هذه الأخيرة لا تتوفر على التأطير الأوى الكافى لممارسة الاختصاص المنوط بها، إذ أن نسبة التأطير البشرى لم تتجاوز في أحسن الحالات نسبة 4 % من العدد الإجمالى للتأطير المحلى بكل من الجماعات الحضرية والقروية.

أما الممول أو المملزم المحلى، فيبقى المعنى النهائى بالجبايات المحلية، ليس باعتباره الممول القانونى للجباية المحلية وموضوعها، بل باعتباره الهدف المفترض من استعمالها، وفي هذا الجانب يمكن الإقرار بأن المسار الإصلاحى الجبائى العام قديمه وحديثه لم يول العناية الإستراتيجية لهذا العنصر، بل اهتم في الأغلب الأعم من الحالات بالملزم كموضوع للجباية وليس الملزم كفاعل وشريك في النظام المالى المحلى، مما يعيد استحضار أهمية بعد المواطنة الجبائية المحلية في التوجه العام للإصلاح.

الإشعار للغير الحائز بين هاجس الفعالية واكراهات التطبيق

الحايلة الحسين

طالب باحث في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس السويسي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا-

تقديم

نظرا لوجوب تحصيل الديون العمومية اعتبارا لدورها الاستراتيجي في تغذية ميزانية الدولة بنصيب هام من الأموال التي من شأنها تغطية النفقات العمومية الضرورية وتمكين مختلف أجهزة الدولة من القيام بأدوارها على الوجه المطلوب، فقد وضع المشرع بين يدي الجهة المكلفة بالتحصيل مجموعة من الآليات لمواجهة المدين المتعاس عن الدفع وجبره على الأداء، اصطلاح على تسميتها قانونا وعملا بإجراءات التحصيل الجبري.

وتعتبر هذه الإجراءات من أهم الضمانات التي منحها المشرع لإدارة التحصيل لاستخلاص الدين العمومي عموما والدين الضريبي على وجه الخصوص، فهي تعطي للمحاسب المكلف بالتحصيل سلطات واسعة لتمكينه من ضمان الحفاظ على حقوق الخزينة¹. وتمثل إجراءات التحصيل الجبري في كل من الإنذار والحجز ثم البيع كإجراءات تنفيذية عادية، هذا بالإضافة إلى الإكراه البدني كإجراء استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا بعد فشل وسائل التنفيذ الأخرى.

إن مباشرة القابض لهذه الإجراءات على الرغم من نجاعتها يتطلب منه إلى جانب تسخير كل إمكانياته المادية والبشرية وقتا كبيرا وصبرا وأناة واحترام حقوق الملمزين والسهر على ضمان حقوق الخزينة والكل تحت طائلة الجزاء فكان من المشرع أن سن طريقة أخرى غير مكلفة وسريعة لا تحتاج إلى ما تحتاجه الإجراءات الجبرية الأخرى ويتعلق الأمر بالإشعار للغير الحائز². وللإشارة فهذا الإجراء اقتبسه المشرع من القانون الفرنسي³ وذلك في الوقت الذي راكمت فيه محكمة النقض ومجلس الدولة من التجارب بما يسمح لهذه المنظومة القضائية

¹ - د عبد الرحمان المليلو ورحيم الطور "تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون رقم 15-97 " مطبعة الأمنية، طبعة 2000 الصفحة 12.

² - نظم المشرع الإشعار للغير الحائز في الفصول 95، 100، 101 و 104 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

³ - نظم المشرع الفرنسي هذا الإجراء في المواد L632 - L622 من كتاب المساطر الجبائية.

من إعطاء قيمة مضافة لهذه الإجراءات، وبما يمكن التخزينه من وسيلة إضافية غير مكلفة وفعالة لتحصيل ديونها¹.

فهل فعلا استطاعت هذه الآلية ببساطتها وسرعتها أن تقلص ولوبشكل جزئي من مشاكل التحصيل في المغرب؟

إذا كانت فعالية أي إجراء لا تكمن في النتيجة المحصل عليها فقط بقدر ما تكمن في مشروعية هذا الإجراء في حد ذاته، خاصة إذا علمنا أن صياغة المواد المنظمة للإشعار للغير الحائز لا تسعف في اللجوء إلى هذا الإجراء نتيجة للغموض الذي يكتنفها .

فالجواب إذن سيكون بالطبع لا، لأن مدونة تحصيل الديون العمومية أهملت في الفصول المذكورة ما هو أهم من تحقيق النتائج والفعالية ألا وهي المشروعية نتيجة لكونها لم تتعرض لا لطرق تبليغ هذا الإجراء وأجاله، ولا لدرجة تموقعه بين إجراءات التحصيل الأخرى لتكون بذلك قد قزمت من حجم أية فعالية كانت ستحقق، ووضعت في نفس الوقت حجرة عثرة أمام المحاسب عوض أن تمدده بألية تكون نهاية لمشاكل التحصيل.

لكن وحيث أن التجربة القانونية علمتنا أن أي غموض يكتنف المنظومة التشريعية، لا بد أن يؤدي في وقت ما إلى تدخل القضاء لتبديد هذا الغموض، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بإلحاح هو إلى أي حد استطاع القضاء الإداري رفع اللبس القانوني المرتبط بهذا الإجراء وما مدى انعكاس ذلك على امتيازات إدارة التحصيل وضمانات الملزم الضريبي ؟.

إن الإجابة على هذه التساؤلات يجب أن يتم في اعتقادنا من خلال خطة بحث تجمع بين رصد أهم الإشكاليات والثغرات التي تحد من فعالية الإجراء سواء على المستوى القانوني والعملية (المطلب الأول)، أو على المستوى القضائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإشكالات القانونية والعملية لمسطرة الإشعار للغير الحائز

بالرجوع إلى المقترضات القانونية المنظمة لمسطرة الإشعار للغير الحائز يتبين لنا أن المشرع المغربي كنظيره الفرنسي لم يتطرق إلى الشكليات ولا إلى التراتبية التي يجب أن يحترمها هذا الإجراء قبل أن يكون له أي أثر أو مفعول على ذمة المدين مما يكون معه قد أسس لجملة من الإشكالات القانونية (الفقرة الأولى)، هذا ونشير إلى أن المشرع بعدم تحديده لمفهوم الأموال التي ينصب عليها الحجز يكون قد أسس أيضا لعدة إشكالات عملية (الفقرة الثانية).

1- هناك ما يناهز 611.260 إشعار للغير الحائز سنة 1997 تمت الاستجابة بالأداء إلى ما يقارب 188.995 بنسبة مئوية تقدر ب 30.9%

ذكرته جهد كان حجيبة "تحصيل الديون العمومية بين ق.م.م وخصوصيات التشريع الجبائي" طبعة 2006، الصفحة 248.

الفقرة الأولى: واقع الإشعار للغير الحائزين وجوب احترام الشكليات وتراتبية الإجراءات

أولاً: إشكالية تبليغ الإشعار للغير الحائز وأثاره

إن اعتبار الإشعار للغير الحائز كآلية دفاع ابتكرها المشرع ووضعها في متناول المحاسب المكلف بالتحصيل لمواجهة المدينين المتهربين من أداء الواجب الضريبي، أو كوسيلة لمباغته الملمزم السيئ النية لا يجب أن تحمل على إطلاقها وذلك باعتبار أن إثبات سوء النية يصعب تحقيقه على مستوى الواقع اللهم في حالات استثنائية.

كما أن العلاقة التي يجب أن تربط إدارة التحصيل بالملمزم يفترض أن تكون مبنية على أساس المواطنة والوعي الكامل بالمسؤولية وليس على أساس المباغته، وهو ما لم يتم مراعاته على مستوى النص القانوني. فالمشرع في المواد المنظمة للإشعار للغير الحائز لم ينص على كيفية التبليغ ولا على شكلياته وعلى ما إذا كان وجوباً بالنسبة للملمزم فقط أم كذلك بالنسبة للحائز، مكتفياً بتبيان الأشخاص المستهدفين بهذا الإجراء. ومن تم كان من اللازم التساؤل حول انعكاسات هذا الغموض على المستوى العملي والقضائي؟

على الصعيد العملي يعتبر المحاسبين المكلفين بالتحصيل أن عدم تطرق المشرع إلى الشكل أو الطريقة التي يجب أن يتم به تبليغ إجراء الإشعار للغير الحائز ليس غموضاً بقدر ما هو امتياز للإدارة ضد كل تهرب أو سوء نية من جانب الملمزمين، إذ كيف يمكن أن يحقق هذا الإجراء الفعالية المرجوة منه إذ علم به الملمزم وقام بسحب أمواله قبل مصادرتها من قبل الإدارة.

إن هذه القراءة من جانب الإدارة كثيراً ما اصطدمت بقاض إداري لا يتوانى في تفسير النصوص القانونية بما يراعي مبادئ المشروعية وأثار خرقها على مصالح الأفراد، فغموض النص لا يجب أن ينظر إليه (حسب وجهة نظر لقاضي) على أنه منح صلاحية واسعة للإدارة الجبائية في استعمال امتيازاتها دون قيد أو شرط، إذ كيف يعقل أن تطالب الإدارة الأغيار بتسليم ما بين أيديهم من أموال تعود للملمزم دون أن يكون هذا الأخير على علم بذلك¹.

إن هذه القراءة والتي سبق أن تبنتها محكمة النقض الفرنسية² ترجمها القاضي الإداري المغربي بدوره في كثير من أحكامه منها حكمه الصادر بتاريخ 2010/03/13 حيث جاء فيه "وحيث إنه باستقرار المقتضيات القانونية أعلاه يتبين أن المشرع وإن كان لم يشترط ضرورة احترام إجراءات معينة إزاء الملمزم قبل اللجوء إلى مسطرة الإشعار للغير الحائز فإنه ونظراً للطابع

¹ - جهد كان حجيبة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها..

² - قرار محكمة النقض الفرنسية- الغرفة التجارية مؤرخ في 13/11/1973.

الاستثنائي للمسطرة المذكورة وما يترتب عنها من تسليم فوري للمبالغ الموجودة في حوزة الأغيار والمودع لديهم مع ما قد يسفر عنه ذلك للمعني بالأمر من أضرار، واعتبارا كذلك لمبدأ حق الدفاع الذي يعد من المبادئ الأساسية الواجب احترامها حتى في حالة عدم النص عليها صراحة، فإن القابض يبقى ملزما بتوجيه إشعار إلى الخاضع قصد إخباره بإجراءات الاستخلاص المباشرة في حقه عن طريق الإشعار للغير الحائز¹ وهو بطبيعة الحال اتجاه مخالف لمن يرى في الإشعار امتيازاً للإدارة ووسيلة لمحاربة التهرب من أداء الواجب الضريبي أو وسيلة لمباغطة الملمزم السيئ النية .

وعلى علة اعتبار التبليغ شكلية جوهرية لصحة مسطرة الإشعار للغير الحائز وإن كنا نختلف مع بعض القضاء حول وجوب تبليغه إلى الملمزم قبل الحائز²، فإن الصيغة التي سن بها التبليغ في بعض مواد مدونة تحصيل الديون العمومية لا تسعف والحالة هذه في اللجوء إلى هذا الإجراء دون أن يكون محل منازعة بعدية.

ويمكن ملامسة الإشكالات القانونية المتعلقة بالتبليغ على مستويين :

1- حالات تعذر التبليغ: عدد المشرع على سبيل المثال مجموعة من الحالات التي يتعذر فيها التبليغ وهي كالآتي:

← حالة تعذر تبليغ الإجراء لعدم العثور على المدين أو ممثله :

قياسا على مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 43 من م.ت.د.ع المتعلقة بواقعة تعذر تبليغ الإنذار، فإنه في الحالة التي يتعذر فيها تسلم الإشعار للغير الحائز نظرا لعدم العثور على المدين أو على أي شخص آخر في موطنه أو محل إقامته، يعتبر الإشعار قد تم فعلا وبلغ تبليغا صحيحا في اليوم العاشر الموالي لتاريخ تعليقه في آخر موطن للملمزم. إن تطبيق هذا القياس سوف يطرح عدة إشكاليات منها أنه لا يجوز للإدارة أن تتمسك بنتائجه إلا في حالة إثبات قيامها بالإجراءات السابقة حسب تسلسلها القانوني تحت طائلة عدم الاحتجاج بمقتضياته.

ثم إن صياغة «آخر موطن» سوف تثير العديد من المنازعات منها أن المدين سوف يدفع في مواجهة الإدارة بمناسبة الطعن في التبليغ أن الموطن الذي علق فيه الإشعار ليس بأخر

1 - قرار المحكمة الإدارية بمراكش رقم 216 بتاريخ 2010/03/13 بالملف عدد 2009/09/843.

2 - رأي الأستاذ محمد النميري الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بمراكش ورد في مقاله " الإشعار للغير الحائز اية فعالية " منشور بدفاتر المجلس الأعلى، عدد 16 الصفحة 262.

موطن له علما بان الإدارة هي الملزمة في هاته الحالة بإثبات واقعة آخر موطن¹، كما أن المدين قد يثير في مواجهة الإدارة للقول ببطلان التبليغ جميع الدفوعات المتعلقة بنفي واقعة التعليق وبقاء الإشعار معلقا بآخر موطن له طيلة عشرة أيام التي تعتبر قرينة على التبليغ وهنا يطرح الإشكال حول إثبات واقعة التبليغ ووسائلها بالنسبة للإدارة وبقاء الإشعار معلقا خلال عشرة أيام وما هي الوسائل الكفيلة بضمان بقائه معلقا طيلة تلك المدة.

نخلص من كل ذلك إلى القول أن اعتماد الفقرة الأخيرة من المادة 43 المشار إليها أعلاه سوف يخلق للقباض مجموعة من الصعوبات هم في غنى عنها الشيء الذي سينعكس لا محالة على عملية التحصيل ككل.

← حالة رجوع الطي بعبارة " غير مطلوب " أو " غير مطالب به " :

يمكن تصور هذه الحالة عندما تلجأ الإدارة الجبائية إلى طريقة التبليغ عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتسليم. فهنا غالبا ما يتم إرجاع الظرف يحمل عبارة " غير مطلوب ". إن ما يلاحظ على مستوى هذه الطريقة من التبليغ هو أن المشرع على الرغم من إعطائه الحق للإدارة في استعمال جميع وسائل التبليغ الممكنة ومنها التبليغ عن طريق البريد، فإنه والحالة ما ذكر لم يشر في مضمون النص إلى حالة رجوع الطي بعبارة " غير مطلوب " فهل يعتبر ذلك تبليغا؟

نعتقد أنه إذا كانت المادة 42 من م.ت.د.ع لا تسعف في معالجة هذه الإشكالية، فيجب إخضاع هذا الإجراء إلى مقتضى قانوني أخرو هو في هذه الحالة المادة 10 من القانون رقم 26 - 04 المتعلق بالمساطر الجبائية للسنة المالية 2005، والتي اعتبرت أن رجوع الطي بعبارة " غير مطلوب " يفيد التوصل بعد انصرام 10 أيام التي تلي تاريخ إثبات تعذر التسليم . غير أن الملاحظ على مستوى قضاء المجلس الأعلى والمحاكم الإدارية أن القاعدة المعمول بها، هي أن أي إجراء لا يمكن ترتيب الأثر القانوني عليه إلا من تاريخ توصل المعني به توصلا قانونيا مفسرا بذلك عبارة " غير مطلوب " بكونها لا تعني ولا تفيد التوصل².

¹ - عبد الرحيم حزيكر " إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب " أطروحة لنيل الدكتوراه جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء السنة الجامعية 2003-2004 الصفحة 94.

2 - قرار س1 بتاريخ 1978/12/27 في الملف المدني رقم 67701 غير منشور.

← حالة مغادرة الخاضع للضريبة محل إقامته :

من المفروض أن تكون العلاقة التي تربط الإدارة الجبائية بالمزمين علاقة أساسها الشفافية والوضوح فإذا كانت هذه الإدارة ملزمة بتبليغ المزمين في عناوينهم المصريح بها في مراسلاتهم أو إقراراتهم أو عقودهم. فإنه في حالة تغيير العنوان أو إغلاق المحل من الضروري إخبار الإدارة بذلك، ما دام أن الحق يجب أن يقابله دائما الواجب، والواجب هنا في نظرنا هو ضرورة إعلام إدارة الضرائب بأي طارئ يطرأ على وضعية المزمين وإلا فإنه لا يمكن التمسك بواقعة عدم التبليغ وهو ما أكدته إدارية وجدة في حكمها بتاريخ 2003/01/23 في ملف عدد 02/54 معتبرة " أنه بغض النظر على أن الاعتقال لا يحول دون ممارسة المدعي لحقوقه في جميع الميادين وخاصة التي تمس ذمته المالية، فإن عدم إدلائه بما يثبت الشكل المتطلب قانونا إعلامه للإدارة الجبائية لواقعة الاعتقال، يكون معه دفعه بعدم التبليغ غير مؤسس".

2- إشكالات مرتبطة بالشخص المسلمة إليه الوثيقة :

لقد حددت المادة 43 من م.ت.دع الأشخاص الذين يحق لهم تسلم طي التبليغ والتوقيع عليه في كل من المزمين شخصيا أو بموطنه لأقاربه أو مستخدميه أو لكل شخص آخر يسكن أو يعمل معه.

إلا أن هذا التحديد يطرح في اعتقادنا عدة إشكالات منها على الخصوص المقصود بالموطن، هل هو الموطن المصريح به لدى الضرائب أم الموطن الأخير خاصة وأن المشرع استعمل عبارة " في آخر موطن له". ومن جهة أخرى فرغم أن المشرع قد أشار إلى إمكانية تسلم طي التبليغ بواسطة الأقارب إلا أنه لم يحدد درجة ونوع هذه القرابة وهل تمتد إلى الأصدقاء والورثة وهو الأمر الذي يثير صعوبة عملية لدى القباض .

بل إن الأخطر من ذلك أن استعمال المشرع لعبارة "أو" أي شخص أخري يسكن معه " أدى في كثير من الأحيان إلى تبليغ الطي من طرف مأموري التنفيذ إلى أشخاص لا يمتون للمزمين بصلة قرابة كأصدقائه وجيرانه بل وفي بعض الأحيان إلى أبناء المزمين القاصرين معرضين بذلك لإجراءاتهم إلى البطلان¹.

هذا ونشير بالإضافة إلى ذلك إلى مشاكل أخرى قد يتعرض لها القباض نتيجة عدم تضمين محضر التبليغ البيانات الواجبة كالإشارة إلى صفة العون وتاريخ التسليم وهوية المتسلم للطّي، فهل يمكن اعتبار واقعة التبليغ في هذه الحالة منتجة لأثارها؟.

1 - أنظر الأستاذة فتيحة السوسي : " التبليغ في الميدان الضريبي وفق المسطرة الجديدة والإشكالات المطروحة في الميدان العملي "، مقال منشور بمجلة المحاماة العدد 14-2006 الصفحة 103 .

إجابة عن هذا السؤال ذهبت المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها عدد 201 بتاريخ 2004/7/15 في الملف رقم 03/695 إلا أنه "حيث لم تدل الإدارة الجبائية لا بالطي الذي يتضمن ملاحظة العنوان الناقص ولا بمحضر التبليغ المنجز من طرف أحد مأموريها المحلفين، وبالتالي يبقى ما تدفع به بهذا الخصوص غير مدعم بالحجج المثبتة له، ومن جهة أخرى فإن الاكتفاء بالقول بأن أحد الورثة قد رفض التوصل دون ذكر اسمه ودون بيان من أين استقى أنه من الورثة، كل ذلك يجعل التبليغ بهذه الكيفية غير قانوني"¹.

تبعاً لما سبق يتبين لنا أنه إذا كان الإشعار للغير الحائز، إجراء يروم من خلاله المحاسب تسلم الأموال والمبالغ الموجودة في حوزة الأغيار، تسلماً فورياً، وهو بالتالي يعتبر على هذا النحو كغيره من إجراءات التحصيل الجبري قاطعاً للتقادم، فإنه والحالة ما ذكر لا يمكن أن يتحقق هذا الأثر ما لم يصل هذا الإجراء إلى علم المدين والغير الحائز، عن طريق قائمة تبليغ مستوفية لجميع شروطها وشكلياتها تحت طائلة تحمل المحاسب للآثار الناجمة عن عدم صحة هذا التبليغ، خاصة إذا علمنا أن التبليغ الباطل لأي سبب من الأسباب لا يقطع التقادم طبقاً للقاعدة الفقهية "ما بني على باطل فهو باطل".

وصفوة القول، إذا كان تبليغ إجراء الإشعار للغير الحائز إلى الملمزم يعتبر مسطرة جوهرية، قبل مباشرة أي تنفيذ على أموال هذا الأخير لدى الأغيار الحائزين، فإننا نتساءل على هذا الأساس عن موقعه ضمن إجراءات المتابعة الأخرى؟

ثانياً : مسطرة الإشعار للغير الحائز ومبدأ تدرج المتابعات

بخصوص موقع الإشعار للغير الحائز من درجات المتابعة، فإن المشرع لم يفصل في هذه المسألة، إذ لم يدخل الإشعار للغير الحائز ضمن مساطر التحصيل الجبري، بل أورده في البابين الرابع والخامس المتعلقين بالتزامات الأغيار المسؤولين أو المتضامنين، وكذا التزامات المودع لديهم والأغيار الحائزين (المواد 93 إلى 104 من مدونة التحصيل)، مما يدفعنا إلى التساؤل عن ما إذا كان هذا الإجراء يخضع لمبدأ تدرج المتابعات المنصوص عليها بالقانون 97-15 أم يعتبر إجراء مبالغاً لا يتقيد بالمبدأ المذكور؟.

جواباً على هذا السؤال يرى بعض الباحثين² أنه ما دام أن المشرع المغربي قد اقتدى بالقضاء الفرنسي الذي يعتبر الإشعار للغير الحائز بمثابة حكم بالتصديق على حجز ما للمدين

¹ - حكم غير منشور.

² - مصطفى التراب "مدى المقاربة بين الحجز لدى الغير والإشعار للغير الحائز" مقال منشور في سلسلة الندوات الجهوية تحت عنوان "المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" مطبعة الأمنية، الرباط 2007، ص 341.

لدى الغير المكتسب لقوة الأمر المقضي به (قرار محكمة النقض الفرنسية 1980/6/2)، فإنه لا يمكن للقباض سلوك هذا الإجراء في أي مرحلة من مراحل مسطرة التحصيل، بل لا بد أن يخضعه للتسلسل الترتيبي للمتابعات الجبرية المنصوص عليه في المادة 39 من مدونة التحصيل، وبالتالي يكون باطلا كل إشعار للغير الحائز يوجهه المحاسب المكلف بالتحصيل قبل توجيهه إشعارا بدون صائر وإنذارا قانونيا للملزم¹.

بل إن هذا الرأي يذهب إلى أكثر من ذلك، معتبرا أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال للمحاسب المكلف بالتحصيل أن يلجأ إلى إجراء الإشعار للغير الحائز حتى ولو احترمت شكليات تبليغه وبلغ بعد إنذار قانوني سليم. وذلك إذا كان بوسع المحاسب أن يحصل الديون بوسيلة أخرى تغني عن الإشعار للغير الحائز وهو الأمر الذي أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر بتاريخ 2006/04/19 حيث جاء فيه: "إذا كان بإمكان شركة القرض الفلاحي للمغرب بناء على المادة 15 من القانون رقم 15/99 بتاريخ 2003/11/11 المتعلق بإصلاح القرض الفلاحي مواصلة تحصيل مبالغ القروض الممنوحة من لدن الصندوق الوطني للقرض الفلاحي قبل تحويلها إلى شركة مساهمة وفقا للتشريع المتعلق بتحصيل الديون العمومية، فإنه لا يمكن لتلك الشركة استخلاص الدين العمومي عن طريق مسطرة الحجز لدى الغير إلى بعد استيفاء مسطرة تحقيق الرهن المنصب مسبقا على عقارات المدين وحصول عدم كفاية الضمانات الرهينة لتغطية مجموعة الدين"².

هذا وتجدر الإشارة دائما في إطار الحديث عن محدودية مؤسسة الإشعار للغير الحائز أن القابض المكلف بالتحصيل لا يمكن أن يلجأ إلى هذه المسطرة متى قام الملزم باستصدار أمر قضائي بإيقاف إجراءات التحصيل الخاصة بذات الدين تحت طائلة اعتباره لاغيا، وذلك اعتبارا على أن الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ تسموا على القاعدة القانونية وعلى كل إجراء من الإجراءات الإدارية³.

كخلاصة إذا كان الإشعار للغير الحائز الذي بلغ إلى الملزم وفق الشكليات التي استلزمها المشرع بعد إنذار قانوني ومتى لم توجد وسيلة أخرى تغني عن لجوء المحاسب إليه، هوفقط الذي يمكن من تحقيق الأثر الفوري لتسليم الأموال المحجوزة بين يدي المحاسب، فإنه على المستوى العملي يصطدم بعدة عراقيل.

1- الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1015 بتاريخ 2009/07/28 بالملف عدد 09/01/860.

2- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 2006/04/19 غير منشور.

3- أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 476 بتاريخ 2009/03/30 بالملف عدد 09/01/1296.

الفقرة الثانية: مفهوم الأموال القابلة للحجز وإشكالياتها العملية

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 102 من م.ت.د.ع والتي تنص صراحة على أنه " يترتب على الإشعار للغير الحائز، التسليم الفوري للمبالغ الموجودة في حوزة الأغيار..."
يتبين لنا أن المشرع لم يحدد المقصود بالأموال القابلة للحجز مما قد يخلق في اعتقادنا عدة إشكاليات وصعوبات عملية للقباض أثناء ممارسة هذا الإجراء خاصة عندما يتعلق الأمر بأموال مودعة لدى البنوك سواء على شاکلة حسابات جارية أو حسابات ودائع.
إن من بين التعقيدات التي يمكن تصورهما في الحسابات الجارية، هو عدم وضوح الرؤيا في الرصيد الممكن إجراء الحجز عليه، على اعتبار أن هناك أبواب دائنة وأبواب مدينة مشتركة بين البنك وزبونه¹ فالقباض هنا لا يمكنه إجراء الحجز إلا بعد استصدار الأطراف لأمر استعجالي بناء على طلب يقضي بإغلاق الحساب الجاري وحصره في الرصيد المدين. وهذا في اعتقادنا قد يتيح للملزم على غفلة من القابض فرصة لسحب جزء من أمواله قبل حصول عملية الدمج لاستخراج الرصيد الدائن المؤقت خاصة إذا علمنا أن التزام البنك بمنع المدين من التصرف في الأموال موضوع الدين في حدود مبلغ الدين منذ تاريخ التوصل بالإشعار لا يمكن أن يتحقق في هذه الحالة لعدم معرفة الرصيد المدين أثناء الإشعار، كما أن البنك لا يمكنه أن يحجز على مبلغ الحساب الجاري بكامله لما في ذلك من ضرر للمدين خاصة إذا كان هذا الأخير تاجرا أو شركة .

أما بالنسبة لحسابات الودائع فإن الإشكالية التي قد تثار بالنسبة للقاضي هي صعوبة إثبات ملكية الحساب خاصة عندما يكون الملزم الذي صدر في حقه الإشعار للغير الحائز محاميا أو موثقا، إذ غالبا ما يتعلل هؤلاء بأن الأموال المودعة في حساباتهم تعود ملكيتها لزبائهم.
ولقد استجاب القضاء في عدة أحكام لهذه التعليقات متجاهلا ضمانات تحصيل الدين منها حكمه في قضية شركة النقل البلدي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي حيث جاء فيه: "الحساب المهني للمحامي المنظم بنص 1224/1/10 وظ 93/9/10 يعتبر حسابا للزبون وليس حسابا خاصا للمحامي مما يجعل الحجز المضروب عليه لتنفيذ دين ضريبي في ذمة المحامي غير مؤسس - رفضه - نعم"².

كما قضى في حكم آخر: "حيث يؤخذ من ظاهر أوراق الملف أن المدين الحقيقي بالضريبة موضوع إجراءات الحجز عن طريق مسطرة الإشعار للغير الحائز هي شركة أموال ...

1 - انظر الفصلين 493 و495 من مدونة التجارة.

2 - أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 701 بتاريخ 06/27 بالملف عدد 06/476.

دون الطالب الذي يعتبر مجرد شريك بها وهي تتوفر على ذمة مالية وشخصية مستقلة مما يبقى معه إجراء الحجز في مواجهة الشريك المتابع مشوبا بالبطلان¹.

المطلب الثاني: منازعات الإشعار للغير الحائز أمام قاضي المستعجلات بين حقوق الملمزم

وضمانات الخزينة

بعد أن أثبتنا بناء على ما سبق أن اعتبار نظام الإشعار للغير الحائز كألية تمكن المحاسب في مواجهة الملمزمين سيئي النية من تحصيل ديون الدولة بشكل تنفيذي، مباحث، وفعال ودون تكلفة هو مجرد حبر على ورق وذلك بحكم أن هذا الإجراء يخضع لنفس الشكليات القانونية والبيانات الجوهرية التي اشترطها المشرع عند ممارسة باقي الإجراءات الجبرية، بل والأكثر من ذلك هو مجرد إجراء استثنائي. فانه والحالة ما ذكر سنحاول أن نثبت على مستوى هذا المطلب أن الصيغة التنفيذية لهذا الإجراء والمتمثلة في استلام الأموال بشكل فوري تبقى بدورها غير ذات جدوى أمام إمكانية إيقاف مفعول هذا الإجراء (الفقرة الأولى). إضافة إلى تنصل القضاء من الضمانات التي سنباها المشرع لحماية مصالح الخزينة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: واقع الصيغة التنفيذية للإشعار للغير الحائز بين النص القانوني والاجتهاد القضائي.

لقد هدف المشرع من خلال سنه لمؤسسة الإشعار للغير الحائز، تمكين الإدارة المكلفة بالتحصيل من وسيلة فعالة تتيح لها كلما دعت الضرورة إلى ذلك النفاذ إلى أموال المدين بسرعة وبأقل ضرر وتكلفة، وحجزها في يد الأشخاص المؤتمنين علمها دون أن يحد من إمكانية ذلك أي تعرض أو مطالبة أو تدخل من أي سلطة كانت لإيقافها أو الحد من مفعولها. وهو ما عبر عنه المشرع صراحة في المادة 117 من مدونة تحصيل الديون العمومية عندما نص على أنه " بصرف النظر عن أية مطالبة أو دعوى ينبغي على المدينين أن يؤدوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون. إلا أنه يمكن للمدين الذي يتنازع كلا أو بعضا في المبالغ المطالب بها أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه شريطة أن يكون قد رفع مطالبته داخل الأجل المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وأن يكون ضمانات من شأنها أن تؤمن تحصيل الديون المتنازع فيها".

¹ - أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 28 بتاريخ 07/07/31 بالملف عدد 06/1511.

وأكد عليه أيضا في المادة 124 من نفس المدونة حيث نص على أنه " لا يحق لأي سلطة عمومية أو إدارية أن توقف أو تؤجل تحصيل الضرائب والرسوم والديون الأخرى ا وان تعرقل سيره العادي تحت طائلة إثارة مسؤوليتها الشخصية المالية..."

من خلال التمعن في مقتضيات المواد المذكورة أعلاه يتبين لنا بما لا يدع مجالا للشك أن المحاسب المكلف بالتحصيل هو الجهة الوحيدة المختصة بتلقي الطلبات التي تروم مخاصمة قرار التحصيل كلما تم المساس بالمركز القانوني للملزم، وبالتالي فهو وحده المختص خلال هذه المرحلة بقبول أو رفض طلب إيقاف التنفيذ دوناً عن أي سلطة أخرى إدارية كانت أو قضائية تحت طائلة إثارة مسؤوليتها .

وهو الرأي الذي يشاطرنا فيه الأستاذ عبد الرحمان ابليل¹ حيث اعتبر أن هذه المادة تخاطب الجميع باعتبار القضاء سلطة عمومية إلى جانب السلطة التشريعية والتنفيذية. كما أن الأوامر القضائية الموجهة للإدارة بوقف تنفيذ تحصيل الضريبة قد تحمل أمراً موجهاً من سلطة قضائية إلى سلطة تنفيذية وهو ما لا يجوز لمسه بمبدأ دستوري وهو مبدأ الفصل بين السلطات.

غير أنه في مقابل هذا الرأي يرى اتجاه آخر من الفقه² أن السلطة القضائية غير معنية بهذه المادة معتبراً أن هذا المنع يخص السلطات الإدارية دون القضائية التي تبقى ذات الاختصاص الأصلي في مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية. ومن تم يجوز للقضاء الاستعجالي في إطار القواعد العامة للاستعجال المنصوص عليها بالفصول 149 وما يليه من ق.م.م في حالة الاستناد إلى منازعة جديّة في قانونية الضريبة أو حالة التوفر على شروط الإعفاء الضريبي أن يعمل على إيقاف تنفيذ الضريبة.

وللإشارة فإن هذا التفسير هو نفسه الذي أخذ به القضاء الإداري، وواتر عليه أحكامه وقراراته والتي نورد منها القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس والذي قضى في حيثياته بأن "الطالب ينازع جدياً في قانونية إجراءات المتابعة سواء من زاوية مسطرة الاستخلاص أو من زاوية عنصرتقادم الضريبة ونظراً لوضوح مركزه القانوني حول جدية المنازعة في مسطرة استخلاصها التي تبقى مشوبة بالطلان والتقادم وأن حالة الاستعجال تبقى قائمة بالنظر لما

¹ - هذا الرأي ثم اقتباسه من رسالة " المنازعات الضريبية المتعلقة بتحصيل ديون الخزينة العامة أمام القضاء الإداري" لفاطمة حنان المرابط، المدرسة الوطنية للإدارة بالرباط، الفوج الخامس 2008، الصفحة 212.

² - محمد القصري " المنازعات الجبائية المتعلقة برطب وتحصيل الضريبة أمام القضاء الإداري" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الصفحة 134.

يترتب عن تنفيذ الحجز وتسليم المبالغ المحجوزة لحساب الخزينة العامة من أضرار يصعب تداركها بعد التنفيذ لأجله يبقى استصدار الإجراء المطلوب مؤسسا¹.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش² وهي تناقش الدفع بعدم الاختصاص الذي أثارته الإدارة إلى أنه "وبغض النظر عن الطبيعة الموضوعية فان قضاء الاستعجال دأب على تحوير الطلبات المقدمة إليه بشأن رفع الحجز الموقع على الحساب البنكي وإعادة تكييفها إلى طلبات إيقاف إجراءات التحصيل باعتبار أن هذا هو الجوهر الحقيقي لتلك الطلبات ما دام تم تقديمها إلى قضاء الاستعجال.

وحيث أن الاستجابة لطلب إيقاف تنفيذ إجراءات التحصيل رهينة بتوفر عنصرى الاستعجال وجدية الطلب. وحيث أن إيقاف الحجز على الحساب البنكي للطلاب لدى بنك المغرب بمقتضى الإشعار للغير الحائز موضوع الطلب من شأنه أن يوفر حالة الاستعجال في النازلة".
وفي السياق نفسه نشير إلى أن اجتهاد الغرفة الإدارية³ قد استقر في العديد من قراراته على القول بولاية القضاء الاستعجالي فيما يخص الاستجابة لطلبات إيقاف إجراءات الإشعار للغير الحائز وذلك متى استبان لها من ظاهر الأوراق أن هناك منازعة جدية في الدين العمومي وتوافرت حالة الاستعجال بصرف النظر عن توفر الضمانات الكفيلة باستخلاصه.

الفقرة الثانية: موقف القضاء الاستعجالي من ضمانات إيقاف الدين العمومي على ضوء مسطرة الإشعار للغير الحائز في مقابل الامتيازات التي أتاحها القانون لإدارة التحصيل بغية تمكينها من تحصيل مستحققاتها الضريبية في أسرع وقت وبأقل مجهود ممكن لم يغفل المشرع حقوق المكلف الذي قد يشعر أحيانا بعدم شرعية تلك المطالبة لسبب من الأسباب - كأن ينازع في المقدار المطلوب أدائه إما كلياً أو جزئياً- فأباح له في هذه الحالة بمقتضى المادة 117 إمكانية " أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه".

غير أنه لما كان المبدأ السائد أن كل حق إلا ويتبعه واجب أو التزام، فان المشرع لم يترك للملزم ممارسة هذا الحق على إطلاقه، بل قيده بمجموعة من الإجراءات الجوهرية تحت طائلة عدم القبول، كضرورة تقديم مطالبة إدارية داخل الأجل القانونية وكذا تكوين الضمانات التي من شأنها أن تؤمن تحصيل الديون المتنازع حولها.

¹ - أمر رئيس المحكمة الإدارية بفاس عدد 1090 بالملف الاستعجالي عدد 19 س 041 غير منشور.

² - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 142 بتاريخ 09/08/2008 ملف عدد 07/2/76 منشور بمجلة المحاكم الادارية عدد 2008/3 الصفحة 198.

³ - انظر في هذا الشأن قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 128 بتاريخ 02/11/2000 بالملف الإداري عدد 1522/04/01/2000.

ذلك أنه لوأبحنا لكل من يدعي عدم شرعية مطالبته بالضرائب أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه لأدى ذلك إلى تعطيل عملية التحصيل وبالتالي الإضرار بحقوق الخزينة مع ما قد يترتب عن ذلك من نتائج سلبية قد تنعكس أثارها على دواليب الاقتصاد الوطني مما يسبب بالتالي إخلال خطيرا في سير المرافق العمومية للدولة نتيجة الإضرار بميزانيتها. كخلاصة إذا كان هذا هوالموقف الرسمي والتشريعي فان التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة لواقع هذه الضمانات في الاجتهاد القضائي المغربي؟.

* فيما يخص الوسيلة الأولى المتعلقة بضرورة تقديم مطالبة إدارية داخل الآجال القانونية والتي جعلها المشرع شرطا جوهريا للاستجابة لطلب وقف الأداء نشير إلى أن القضاء الاستعجالي شد عن هذا المقتضى التشريعي معتبرا أنه "إذا كان المشرع قد حدد للملزم أجلا لرفع مطالبته وحدد للإدارة الضريبية أجلا للجواب فان ذلك لا يجب أن يمتد إلى الدعاوى الاستعجالية لتنافيه وطبيعتها العاجلة... نعم.

ثبوت أن الملزم مواجه بأشعار للغير الحائز الذي يترتب عنه الأداء الفوري للمبالغ المحجوزة يجعله في حل من سلوك المسطرة المنصوص عليها في المادتين 117 و120 من مدونة تحصيل الديون العمومية...¹

ولقد سارت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على نفس النهج في قرارها عدد 156 بتاريخ 2003/03/13 والذي قضت فيه على أنه " لكن من جهة حيث أن قاضي الأمور المستعجلة مختص للنظر في طلب رفع الحجز على ما للمدين لدى الغير باعتباره طلبا يكتسي طابع الاستعجال... وحيث من جهة ثالثة إن سلوك مسطرة الطعن الإداري المنصوص عليها في القانون 97-15 قبل اللجوء للقضاء المستعجل لرفع الحجز يعتبر غير ملزم لتعارضه مع حالة الاستعجال التي يفرضها هذا الإجراء والتي لا تتحمل بطبيعتها الانتظار..."²

* فيما يخص الوسيلة الثانية المتعلقة بضرورة تكوين الضمانات الكفيلة بتأمين تحصيل الديون العمومية فانه يلاحظ أن هناك تغير جذري في توجه القضاء الإداري. فبعد أن كان هذا الأخير ولاسيما قبل دخول مدونة تحصيل الديون العمومية حيز التنفيذ لا يعفي طالب إيقاف التنفيذ من تقديم الضمانة إلا إذا كان ينازع بصفة جدية وشاملة لمبلغ الدين العمومي³ وذلك بإعمال مفهوم المخالفة لمقتضيات المادة 15 من ظهير 1935/05/21 التي

14- أمر رقم 2001/20 بتاريخ 2001/2/21 بالملف رقم 2001/3 في قضية هادي ميمون ضد الخزينة العامة.

2 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 156 بتاريخ 2003/03/13 بالملف الإداري 02/04/2180 غير منشور.

3 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 187 بتاريخ 2000/11/30 بالملف الإداري 1999/01/04/585 منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 2005/9 الصفحة 225.

تستوجب تقديم الضمانة إذا كانت منازعة المدين جزئية ولا تشمل الدين بأكمله وهو ما استمر في العمل به حتى بعد دخول مدونة تحصيل الديون العمومية حيز التنفيذ بالرغم من وضوح مقتضيات المادة 117 منها والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه "يمكن للمدين الذي ينازع كلا أو بعضا في المبالغ المطالب بها أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه..."

فانه سرعان ما سيتخلى عن هذا التفسير لصالح تعزيز أكبر ل ضمانات الملمزم الضريبي وهو ما أكده في عدة قرارات منها الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط والذي جاء فيه "حيث أن الطالب ينازع جديا في قانونية إجراءات المتابعة لدى الضريبة سواء من زاوية مسطرة الاستخلاص أو من زاوية عنصر تقادم المطالبة باستخلاص الضريبة مما يجعله في حل من تقديم الضمانة الكفيلة لتأمين استيفاء دين الضريبة لوضوح مركزه القانوني حول جدية المنازعة في مسطرة استخلاصها التي تبقى مشوبة بالبطلان والتقادم وأن حالة الاستعجال تبقى قائمة بالنظر لما يترتب عن تنفيذ الحجز وتحويل المبالغ المحجوزة لحساب الخزينة العامة من أضرار يصعب تداركها بعد التنفيذ لأجله يبقى الطلب استصدار الإجراءات المطلوب مؤسسا".¹

ولقد تم تأييد هذا الاجتهاد أيضا من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وهي تجيب عن الوسيلة المتعلقة بعدم اشتراط ضرورة تبليغ الإنذار القانوني قبل اللجوء إلى مسطرة الإشعار للغير الحائز ومخالفة مقتضيات الفصل 117 من القانون 97-15 حيث جاء في قرارها عدد 158 بتاريخ 2003/03/03 "لكن حيث أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 117 يتبين أن الكفالة التي يلزمها الفصل المذكور كشرط لتقديم طلب إيقاف التنفيذ يخص فقط الجزء غير المنازع فيه من الضريبة وموجهة إلى القابض أما إذا كانت المنازعة جدية وشاملة لمجموع مبلغ الضريبة يبقى طلب إيقاف التنفيذ خاضعا للقواعد المتعلقة بالاستعجال المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية فكان ما قضى الأمر المستأنف مؤسس وواجب التأييد".²

من خلال قراءة سريعة لمختلف القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية الموما إليها أعلاه يتبين لنا أن القضاء الإداري لدى بته في المنازعات المتعلقة بالإشعار للغير الحائز يوجد أمام معادلة صعبة خاصة إذا علمنا أن تأجيل الوفاء بالديون الضريبية له عواقب وخيمة على الميزانية العامة للدولة. غير أن هذا التأجيل بالرغم من سلبياته ففي بعض الحالات يكون عادلا ومستحقا بالنسبة للملمزم المطالب بأداء دين ضريبي يفتقد إلى السند القانوني أويتسم بعدم

1 - هذا القرار أورده الأستاذ محمد القصري في مقاله " نماذج من الإشكاليات التي يثيرها تطبيق القانون المتعلق بتحصيل الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي" المنشور في مجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 16/2008 الصفحة 213.

2 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 158 بتاريخ 2003/03/03 بالملف الإداري 02/02/09/2343.

المشروعية، إلا أن مسطرة إيقاف التنفيذ ينبغي ألا تمنح بصفة مطلقة بهدف عرقلة التحصيل لذلك يجب أن تحتفظ بطابعها الاستثنائي وتعتمد على جميع ضوابطها وشروطها القانونية مما يدفعنا إلى القول بان الأمر أصبح يستدعي تدخلا تشريعيا سريعا وحاسما لوضع نظام قانوني محدد وملزم لجميع أطراف المنازعة الضريبية.

خاتمة:

في الختام ورغم ما يمكن إيدأؤه من ملاحظات وانتقادات بخصوص المقترضات المتعلقة بمؤسسة الإشعار للغير الحائز والتي لا تنقص من قيمتها فانه لا يسعنا إلا التنويه بهذه المبادرة التشريعية الهامة التي تندرج ضمن الإصلاح العام للمنظومة الإجرائية باعتبارها من أهم الإصلاحات التي شملت تنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن من خلال تحقيق التوازن المنشود بين المصالح المشروعة للطرفين معا. غير أن ذلك لا يمنعنا من مناشدة المشرع للتدخل مرة جديدة بنصوص واضحة لرفع اللبس والغموض الذي يكتنف هذا الإجراء الاستثنائي خاصة وانه يعتبر في غياب الإشكالات المشار إليها أنفا ضمانا حقيقية للخزينة العامة في مواجهة الملزمين المتهربين من أداء واجهم الضريبي.

الحماية القانونية للاختراعات البيوتكنولوجية

-قراءة في التشريع المغربي والموريتاني -

ذ/ الطيب ولد محمود-محام (*)

تقديم

يتسم الواقع الاقتصادي العالمي المعاصر والذي تسيطر عليه أفكار العولمة بهيمنة التكنولوجيا الحديثة بشتى أشكالها، باسطة أجنحتها على مختلف المعاملات الاقتصادية، ومؤثرة في جميع العلاقات القانونية، بما في ذلك العلاقات ذات الطابع الصناعي والتجاري والثقافي والمعرفي بين الأمم، وانفتحت الحدود بين الدول وتيسر انتقال الأموال والأعمال عبر الدول، وأصبحت الملكية الفكرية تنتقل عبر الحدود من دولة إلى أخرى، في جميع صورها، مما أدى إلى تقسيم الملكية الفكرية إلى قسمين⁽¹⁾:

-الملكية الأدبية والفنية، والملكية الصناعية والتجارية، وتنقسم كل من الملكية الأدبية والفنية إلى قسمين:

أ- حق المؤلف والحقوق المجاور له، وتشمل الحقوق المجاورة لحق المؤلف وحقوق الفنانين المؤدين لعروضهم، أوالعازف.

ب- حقوق منتج التسجيلات الصوتية ضمن تلك التسجيلات وحقوق هيئات البث الإذاعي في برامج الراديووالتلفاز الخاصة بها...، أوالسمعي البصري.

أما الملكية الصناعية والتجارية: وتنقسم إلى قسمين: أ- المبتكرات الجديدة: وهي الاختراعات (البراءة)، وتصاميم تشكل الدوائر المندمجة، المستنبطات النباتية والرسوم والنماذج الصناعية. ب- الشارات المميزة وهي: علامات (الصنع - التجارة - الخدمة)، الاسم التجاري، البيانات الجغرافية، تسميات المنشأ، إلا انه في القرن 19 عشر وقبل إصدار أية اتفاقية دولية في مجال الملكية الصناعية كان من الصعب إلى حد ما الحصول على حق الملكية الصناعية في مختلف دول العالم بسبب اختلاق القوانين الوطنية لدول المعمورة، فظهرت الحاجة الملحة إلى تنسيق قوانين الملكية الصناعية وملاءمتها على أساس دولي بل وعلى أساس عالمي، والسبب في

* - طالب باحث بقسم الدكتوراه في القانون الخاص بجامعة محمد الخامس السويدي، سلا، المغرب.

¹ - محمد مجبوبي، النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، ص. 7، ط 2، سنة 2011، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، المغرب.

ذلك يرجع إلى تزايد التدفق التكنولوجي على الصعيد الدولي وكذلك زيادة حجم التجارة الدولية مما جعل هذا التنسيق ضرورة ملحة في مجال العلامات والبراءات لأهميتهم في مجال التجارة والتطور التكنولوجي، لذلك اهتم الباحثون بالاختراع وكان لزاما الحصول على حمايته عن طريق براءة اختراع.

براءة الاختراع:

إن الاختراع (invention) هوكل ابتكار لمنتج أولطريقة جديدة للحصول على منتج قائم أوعلى نتيجة صناعية موجودة، وفي غالب الأحيان يتم من خلاله التوصل إلى نتيجة غير معروفة من الأساس⁽¹⁾.

بعض القوانين لم تعرف الاختراع ولم تضع تمييزا بين ما يعد اختراعا وغير ذلك وإنما اكتفت بسرد بعض التطبيقات التي تصدر بشأنها البراءة ووضع بعض الشروط الشكلية (الفنية) والموضوعية الواجب توفرها لكي يمكن استصدار البراءة عن الاختراع.

وقد حاول الفقه الفرنسي التصدي لهذا الفراغ التشريعي باللجوء إلى تعريف الاختراع من حيث شروطه بالنص على أن الاختراع، يتحقق متى كان جديدا (أي ليس من البدهييات)، ويستلزم نشاطا إبداعيا ويقبل التطبيق الصناعي، ولا يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة⁽²⁾.

يمكن القول إن براءة الاختراع (brevet d'invention) تشكل الأداة القانونية التي وضعها المشرع لحماية الاختراعات الأصلية، أما ما يتم إدخاله من تحسينات أوإضافات على الاختراعات بعد استصدار البراءة عنها فيمكن أن يتم حمايتها إذا كانت منجزة من قبل صاحب البراءة أوذوي حقوقه عن طريق "شهادة إضافة" تسلم وفق نفس الإجراءات والشروط التي تسلم بها البراءة الأصلية ولها نفس الأثر المترتب على تلك البراءة المادة 26 من الملكية الصناعية الموريتانية، و(المادة 1/29) من القانون المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والتجارية رقم 97/17، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، النشرة العامة والمنفذ بظهير شريف رقم 1.00.19 الصادر في 9 ذي القعدة 1420 هـ، الموافق 15 فبراير 2000، وجرى تنميته وتعديله بتاريخ 14 فبراير 2006، وفي موريتانيا تقوم المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية Organisation africaine de la propriété intellectuelle (O A P I) والتي يوجد مقرها الآن بياوندى بالكامبرون مقام الإدارة الوطنية للملكية الصناعية، ومقام المكتب المعين،

¹ - فؤاد معلال، محاضرات في مادة الملكية الصناعية والتجارية، ص 26، أقيمت على طلبة السنة الثانية من الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، غير منشورة، خلال العام الجامعي سنة 2006-2007، المغرب.

² - Frédéric Pollaud Dulian, Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, Paris 1999, p 61 et s.

والمختار، ومحل تسلم الطلبات بالنسبة لكل دولة عضو طرف في معاهدة التعاون بشأن البراءات، ولقد تمت مراجعة اتفاق بانغي (Bangui) بعاصمة جمهورية أفريقيا الوسطى ومنها جاءت التسمية، والذي صدر ب 2 مارس 1977، وقد تمت ملاءمته مع اتفاقية ADPIC⁽¹⁾ لسنة 1994، ووقعت المراجعة في فبراير 1999، وتعتبر موريتانيا عضواً مُنضمًا في هذا الإتفاق الذي يشكل بالنسبة لها قانونا وطنيا، والتي صادقت عليه سنة 2001، إلا أنه قد صدر قانون بموريتانيا رقم 2012/038 بتاريخ 17 يوليو 2012 يتعلق بالملكية الأدبية والفنية، أنظر الجريدة الرسمية عدد 1272 الصادر بتاريخ 30 /09/ 2012 والذي ينص في مادته 166 على أنه: "تلغى كافة الأحكام السابقة المخالفة لهذا القانون" مما يعني أن اتفاقية بانغي في جانبها المتعلق بالملكية الأدبية والفنية لم يعد معمولاً بها في موريتانيا.

إن أي تطوير وتفعيل للتكنولوجيا يتأتى من خلال تطوير البراءة بوصفها الآلة التي تخلق ديناميكية للاختراعات، فالبراءة وضعت لحماية الابتكارات والذود عن حقوق مخترعيها، والقصد من نظام البراءة هو الاعتراف للمخترع بحقه على اختراعه على نحو يتيح له الكشف عن أسراره إلى العموم دون خشية الاعتداء عليه أو تقليده وذلك عن طريق الاعتراف له بحق استثنائي عليه يخوله الاحتجاج به في مواجهة الجميع، وبالمعنى المخالف منع الغير من التعدي على ذلك الحق وإلا توبع من أجل التزييف، الفعل المجرم والمعاقب بالمادة 201 من قانون الملكية الصناعية المغربي، والمادة 58 وما بعدها من الملكية الصناعية الموريتانية، والمواد 384، 392 من القانون الجنائي الموريتاني.

براءة الاختراع هي سند ملكية صناعية تسلمه السلطة العمومية المختصة (المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية) للمخترع⁽²⁾، أولدوي حقوقه بناء على طلبه فيخوله حق الاستثناء باستغلال اختراعه لمدة زمنية مؤقتة ومتغيرة حسب الدول إلا أنه هناك مسعى لتوحيدها دوليا وخاصة في الدول المتقدمة ب 20 سنة من تاريخ الإيداع - نظرا لما بذله من جهد ومال في التوصل إليه (المادة 17 من قانون الملكية الصناعية الجديد)، وتباين الدول في تحديد مدة الحماية، فالولايات المتحدة الأمريكية كانت مدة الحماية لديها 17 سنة وبالنسبة

¹ - ADPIC (l'accord sur les Aspects de Droit de Propriété Intellectuelle liés au Commerce): هي اتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة، ولقد جاءت هذه التسمية انطلاقا من مفاوضات الأروغواي حيث أن الدول النامية دافعت من أجل أن لا تشمل تلك المفاوضات مناقشة حقوق الملكية الفكرية لكونها من تخصص المنظمة العالمية للملكية الفكرية التابعة للأمم المتحدة، مما حدا بالدول المتقدمة بالتمسك بأن هناك جوانب تجارية تتصل بتلك الحقوق، والتاركان لزاما مناقشتها في محادثات الأروغواي لكونها توطد قواعد تحرير التجارة العالمية، ومن هنا نوقشت حقوق الملكية الفكرية من منظور تجاري خالص، وهو مصدر التسمية. انظر: www.wipo/ip/uni/amm/04/Doc.4 (10/08/2006)

² - سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا.

لمصر 15 سنة والأردن 16 سنة، وفي موريتانيا 20 سنة طبقاً للمادة 9 من الملكية الصناعية في الباب الأول، كما توجد أنظمة إيداع دولية للحصول على براءة الاختراع.

وتسعى التشريعات في تنظيمها لبراءات الاختراع إلى التوفيق بين المصلحة الخاصة للمخترع⁽¹⁾، والمصلحة العامة للمجتمع، ومن الملاحظ أن المشرع قد قرر للمخترع حق الاستثناء باستغلال اختراعه مكافأة له على الجهد والمال الذي بذله من أجل التوصل إليه، غير أنه قيد ذلك الحق بمدة زمنية محددة يصبح بعدها ذلك الاختراع مشاعاً يحق لأي كان استغلاله، وهدفه (المشرع) من ذلك التشجيع على المنافسة والابتكار والتجديد التكنولوجي كوسيلة فعالة لتطوير الصناعة وبالتالي لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾.

ومن هنا لم تكن براءة الاختراع مجرد مكافأة للمخترع ترتبط بعملية الاختراع في ذاتها، بل هي تقنية قانونية وظفت لتحقيق المصلحة العامة، فالمخترع الذي لا يطلب الحصول على البراءة لا يتمتع بأي حق استثنائي على اختراعه، المواد 17، 51 من قانون الملكية الصناعية المغربية، والمادة 14 من الملكية الصناعية الموريتانية، وتكون وسيلته الوحيدة في حماية حقه الطبيعي عليه هو إحاطته بالكتمان وتركه في السر بالحرص على عدم إشاعة أي شيء يكشف طريقة التوصل إليه، وحينئذ فإن الأداة القانونية الوحيدة التي تظل أمامه لحماية ذلك السر هي دعوى المسؤولية ضد من يلجأ لوسائل احتيالية أو غير مشروعة للحصول على معلومات تتعلق بذلك الاختراع.

إن الطبيعة القانونية للبراءة تأتي في شكل سند ملكية يصدر عن مصلحة إدارية⁽³⁾، مختصة هي في المغرب المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية (L'O.M.P.I.C) المنشأ بالظهير الشريف رقم 1.00.71 الصادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000) بتنفيذ القانون رقم 99/13 والقاضي بإنشاء هذا المكتب، وفي موريتانيا إدارة التنمية الصناعية، في وزارة التجارة في انتظار إنشاء مكاتب متخصصة، وهذا يجعل من براءة الاختراع عملاً إدارياً يصدر من جانب واحد هو الإدارة التي ينعقد لها وحدها الاختصاص بمنح البراءة بعد التمعن والفحص وفي غضون ذلك يتم التأكد من توفر الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون في ذلك

¹ - هذا الحق الذي يمثل ملكية خاصة للمخترع يتربط من العناصر الثلاثة لحق الملكية والتي تجسد في حق الإستعمال أي استغلال الاختراع، وحق استثماره لكسب الربح منه، وحق التصرف كالبيع والرهن... المواد 498، 499 من ق.إ.ع المغربي.

² - فؤاد معلال، مادة الملكية الصناعية والتجارية، ص 25-26-27، أقيمت على طلبه السنة الثانية من الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، غير منشورة، سنة 2006-2007، المغرب.

³ - صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، ص 24 وما بعدها، ط 1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، سنة 2000، عمان، الأردن.

الاختراع طبقا لتشريعات الدولة المطلوب فيها الحماية وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول يشترط على بقاء البراءة قسط مالي سنوي وإلا تعرضت للسقوط في الدومين العام.

وفي مجال قابلية الاختراع للاستغلال الصناعي فلقد اشترطت كل من المادة 22 من القانون الجديد رقم 97-17 والمادة 23 من ظهير 1916 أن يكون الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي. والمقصود بذلك أن يترتب عن استعمال الابتكار نتيجة صناعية تصلح للاستغلال في مجال الصناعة مثل اختراع آلة أو مادة كيميائية معينة أو أي شيء ملموس يمكن الاستفادة منه وتطبيقه في المجال الصناعي أي استغلاله صناعيا.

وهذا ما تؤكدته المادة 28 من قانون الملكية الصناعية المغربية بقولها: "يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كان من الممكن صنع موضوعه أو استعماله في أي نوع من أنواع الصناعة بما في ذلك الفلاحة".

ويقابله في التشريع الفرنسي لسنة 1968 الفصل 11 والفصل 57 من اتفاقية Munich حيث جاء فيها:

"Une invention est considérée comme susceptible d'application si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie y compris l'agriculture".

وفي التشريع الموريتاني تنص المادة 5 من الملكية الصناعية على أنه: "يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي، إذا كان بالإمكان تصنيع أو استعمال موضوعه في أي نوع من أنواع الصناعة، ويجب أن تفهم كلمة "الصناعة" بأوسع معانها حيث أنها تشمل الحرف اليدوية والزراعة وصيد الأسماك والخدمات على وجه الخصوص"⁽¹⁾.

ومن حيث مشروعية منح براءة الاختراع فلقد استثنت المادة 24 على حالتين يمنع فيها القانون منح البراءة عنها:

أ- الاختراعات التي يكون نشرها أو استعمالها منافيا للنظام العام أو الآداب العامة أو الأخلاق الحميدة.

ب- المستنبطات النباتية الخاضعة لأحكام القانون رقم 94-9 المتعلق بحماية المستنبطات النباتية.

فالمشرع يشترط لمنح البراءة أن يكون موضوع استغلال الاختراع مشروعا لا يؤدي إلى الإضرار بالصالح العام للدولة سواء من الناحية الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، ومن

¹ - فؤاد معلال، الملكية الصناعية والتجارية، دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، ص. 79، ط 1، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، سنة 2009، الدار البيضاء، المغرب.

الأمثلة على ذلك الاختراعات التي يترتب على استغلالها إضرار بالصالح العام كاختراع أحد الأفراد لألة تصلح للعب القمار ولتزييف النقود أولفتح الخزائن الحديدية أوتحطيمها أواحتكار طريقة كيماوية لحفظ الأطعمة يترتب عليها استخدام مواد ضارة بالصحة، أوتلك الأطعمة المحصول عليها نتيجة نباتات أعضاؤها معدلة جينيا (organes génétiquement modifiés) بغية تكاثرها أونضجها بطريقة سريعة⁽¹⁾، وهوما أصبح يستعمل في غالبية الأطعمة ذات المصدر النباتي كالخضروات والفواكه والقمح والأرز... أنظر المادة 6 فقرة ج من قانون الملكية الصناعية الموريتانية والتي تنص علي أنه: "لا يجوز إصدار براءة اختراع عن الإختراع الذي يكون موضوعه أصنافا نباتية وفصائل حيوانية وعمليات بيولوجية أساسا لإنتاج نباتات أوحوانات، خلاف عمليات علم الأحياء الدقيقة ومنتجات هذه العمليات".

وبالمقابل أجاز المشرع الحصول على براءة الاختراع المتعلقة بالمركبات الصيدلانية أوالأدوية كيفما كان نوعها بما فيها الطرائق والأجهزة المتعلقة بالحصول عليها بموجب المادة 21 الفقرة 2 خلافا لظهير 1916، وهذا تمشيا مع اتفاقية منظمة التجارة العالمية OMC التي حلت محل GATT لأن أساس تبني نظام التوسع في مجالات منح البراءة هي الفلسفة القائم عليها نظام اقتصاد السوق الحر القائم على المنافسة المشروعة وتشجيع الابتكار.

والمقصود بالاختراعات المرتبطة بالأحياء هي كل الأجسام الحية سواء كان مصدرها النبات أوالحيوان أوالإنسان وتتجسد في الخلايا والجينات والكروموزومات وغيرها، وهوما أصبح يعرف بالبيوتكنولوجيا (biotechnologie)⁽²⁾، وهي مجموع التقنيات العلمية والطبية الهادفة إلى القيام بتعديلات جينية في أي جسم حي، وهوما يطلق عليه أيضا الإختراعات المرتبطة بالأحياء (le vivant)، وهوما جعل الباحثون يهتمون بالموضوع.

المذاهب الفقهية:

انقسم الباحثون الغربيون بشأن موضوع إمكانية إخضاع الأحياء لنظام براءات الاختراع⁽³⁾ إلى موقفين اثنين :

¹ - انظر صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص 23، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 2004، الأردن، حيث تقوم دولة الإمارات باستنساخ نخيلا عالي الجودة، إذ استنسخت مختبراتها زراعة الأنسجة النباتية في مدينة العين الإماراتية وحصلت علي الآلاف من فصائل النخيل تتميز بخلوها من الأمراض ومقاومتها للحشرات ونجاح زراعتها بنسبة 100% في كل مواسم العام وسرعة نموثمارها ومجموعها الجذري القليل، وتسى للباحثين من خلال استخدام تقنية الإكثار عن طريق زراعة الأنسجة النباتية إنتاج نبات "ذات نواة" حية لها القدرة على إنجاب نبتة كاملة مشابهة تماما للأصل مؤكدين أن إنجاب فسلل كبيرة لنخيل يحمل نفس مواصفات الأم التي تتميز بجودة ثمارها وسرعة إنتاجها للتمر هي عملية ميلاد حقيقية على طريقة الاستنساخ.

² - هي مجموع التقنيات العلمية والطبية الهادفة إلى القيام بتعديلات جينية في جسم حي، سواء كان نبات أوحويوان أوانسان.

³ -خالد مداوي، حقوق الملكية الصناعية في القانون الجديد رقم 97-17، ط 2، ص 240، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2005، المغرب.

الموقف الأول: يدعو إلى حماية هذه المجالات المرتبطة بالبيوتكنولوجيا على اعتبار أن الإبداع الفكري كيفما كان نوعه والمجال الذي ينصب فيه، ينبغي حمايته من كل اعتداء، ففي نظر أصحاب هذا الموقف، إن كانت براءة الاختراع تخفي في طياتها إبداعا فكريا لصاحبها، والبراءة من هذا المنظور هي مجرد وسيلة لحماية هذا الإبداع أي حماية المعارف القابلة للاستغلال والاستعمال الجماعي، فليس الجهاز أو الآلة أو الوسيلة هو الذي يعتبر موضوع البراءة، إنما الفكرة الإبداعية التي رصدته وجسدته إلى حقيقة، وانطلاقا من هذا التفسير توصل أصحاب هذا التوجه إلى أنه مادامت البراءة هي مجرد وسيلة لحماية أفكار وإبداعات فكرية، فلا يهم بعد ذلك أن تكون هذه الإبداعات منصبة على أشياء جامدة أو أخرى حية ولا علاقة لهذه الأمور بالجانب الأخلاقي والديني.

واسترسل هؤلاء بالتأكيد رفض منح حماية قانون براءات الاختراع على هذا النمط الجديد من الإبداع لن يؤدي بتاتا إلى توقف البحث العلمي في هذه المجالات بقدر ما سيؤدي إلى جعل هذا البحث خفيا وغير خاضع لمراقبة الدولة.

الموقف الثاني: على نقيض هذا الموقف السابق الذكر يؤكد توجه فقهي آخر بأن نظام البراءات يطغى عليه مفهوم الاستغلال التجاري وتنظيم المنافسة التجارية، وهي مفاهيم ينبغي تركها بعيدة متى تعلق الأمر بأشياء حية، وأن السماح في مرحلة أولى باستصدار اختراع عن خلايا وجينات مرتبطة بالنباتات أو الحيوانات سيؤدي في مرحلة لاحقة وبالضرورة إلى ظهور نوعية جديدة من براءات الاختراع مصدرها هذه المرة الإنسان نفسه وخلاياه وأعضائه⁽¹⁾، وهو ما لا يجوز الإقدام عليه.

رأي القوانين المقارنة:

1 - لقد كان لتسليم السلطات الأمريكية لبراءة اختراع سنة 1988 عن فأرة معدلة وراثيا في جامعة هارفارد، السبق في إثارة الكثير من التساؤلات في الولايات المتحدة الأمريكية ومنها إلى دول أخرى في العالم التي أصبح من اللازم عليها اتخاذ موقف واضح من هذه المسألة إيجابا أو سلبا، وإذا كان الهدف الأول المبتغى من تجربة فأرة هارفارد هو رصد ودراسة تطور السرطان في كائن حي، فإن هذه التجارب التي استرسلت لمدة 17 سنة متتالية وصلت إلى حد الاستفادة من براءات الاختراع عن الخلايا المعدلة وراثيا وزراعة الخلايا والجنينات في كائن حي، إذ أن الانطلاقة كانت مع استفادة فأرة هارفارد من براءة الاختراع، ومنها ظهرت اتجاهات جديدة في أمريكا نحت

¹ - Angéla Furlanetto: "l'affaire de la souris de Harvard, Réflexions sur la brevetabilité des formes de vie" Revue la science en Québec, 23/12/2002, p.2.

نحو الاهتمام بالجينات والخلايا المعدلة وراثيا وإمكانية استفادتها بدورها من براءات الاختراع، سواء كانت متأصلة من كائن حي عبارة عن نبات أو حيوان أو إنسان⁽¹⁾.

2- أما في كندا فقد اعتبرت المحكمة العليا الكندية أن الأحياء بصفة عامة لا يمكن إدخالها في مزايدات براءات الاختراع لتعلقها بكائنات حية ينبغي جعلها فوق القانون المنظم للمنافسة التجارية والاستئثار بالاستغلال واعتبرت مثل هذه التجارب والتعديلات الجينية أمرا مخالفا للنظام العام والأخلاق الحميدة، وقد بررت المحكمة العليا رفضها بكون الطرق التي تم بها التعامل مع فأرة هارفارد مثلا، ليس صنعا تقنيا ولا تركيبية لمواد ومنتجات جديدة حسبما يتفق والتعريف التقليدي للاختراعات القابلة لاستصدار البراءة⁽²⁾.

3- أما في أوروبا فقد رفض المكتب الأوروبي للبراءات بتاريخ 14/07/1989 تسليم براءة اختراع عن فأرة هارفارد أو أي حيوان آخر استنادا لكون مثل هذه الأمور لها اتصال وطيد بالنظام العام، إلا أن غرفة الطعون بنفس المكتب، لما عرض عليها هذا الموضوع أصدرت قرارات تحت رقم 90/19 أوضحت فيه أنه لكي يتأتى تحديد هل اختراع معين مرتبط بحيوان معدل وراثيا هومناف للنظام العام من عدمه، يتعين الترجيح بين كفتين :

• **الكفة الأولى:** مدى الآلام اللاحقة بالحيوان من جراء تعديل خلاياه وجيناته وراثيا في كفة.

• **الكفة الثانية:** مدى استفادة الإنسانية من هذه التجارب، ثم النظر في المكاسب التي سوف تحققها البشرية من جراء هذا العمل، وبالتالي سوف يكون الاختراع منافيا للنظام العام من عدمه بحسب الجهة التي سوف تنحى لها كفة الترجيح. وفيما يتعلق بنازلة فأرة هارفارد، اعتبرت غرفة الطعون أن هذه الفأرة التي عدلت جينيا قصد تجربة بعض المواد والأدوية المضادة لداء السرطان، سوف تستفيد منها البشرية وترجيح كفة هذه المبررات على آلام هذا الحيوان، وارتأت في الأخير صحة وسلامة تسليم البراءة على هذا الاختراع⁽³⁾.

¹ - Commission Fédérale d'éthique pour la génie génétique dans le domaine non humain: "Brevetabilité des animaux et des plantes" Berne – Suisse, 31/12/2003, p.5, non publié.

² - Angéla Furlanetto: "l'affaire de la souris de Harvard, Réflexions sur la brevetabilité des formes de vie", Revue la science en Québec, 23/12/2002, p.3.

³ - Alain Gallochat, "Critères de brevetabilité : où sont les limites?", conférence sur les systèmes de brevet, Genève, 25/03/2002, p.7, non publié.

وعلى نفس التوجه، وعت الدول الأوروبية بهذا التحدي المفروض عليها خصوصا أمام السبق المشهود الذي سجلته الولايات المتحدة الأمريكية في هذا الصدد، فأصدرت توصية رقم 98/44 متعلقة بحماية الاختراعات البيوتكنولوجية، دخلت حيز التطبيق بتاريخ 1998/07/30، وقد وضعت هذه التوصية الأوروبية الحدود بين ما يمكن استفادته من براءات الاختراع وما لا يمكن في مجال الإبداعات البيوتكنولوجية، فأوضحت المادة 5 منها ان جسم الإنسان وتركيبته وعناصره وأعضائه لا يمكن اعتبارها أمورا قابلة لاستصدار البراءة، أما الجينات والتحويلات الطارئة عليها بواسطة جميع التقنيات فيمكن استفادتها من براءات الاختراع⁽¹⁾.

حالة تطبيق:

في السنوات الأخيرة تم إعلان باحثون وأطباء غربيون بمحاولة ما سموه "اختراع" في مجال الحيوان وفي هذا الإطار حاولوا استنساخ نعجة سموها تيمنا "دولي"⁽²⁾. خرجت "دولي" إلى الوجود بعد عملية طبية مخبرية معقدة للغاية، اعتمدت أسلوب "التهجين"، حيث دمجت "بويضة مخصبة" بطريقة علمية معقدة مع "خلية حية" معالجة وراثيا، وزرع الخليط في رحم إحدى النعاج المراقبة علميا ومخبريا.

لم تكن "دولي" "نعجة بالمعنى الهائي" للكلمة، بل يمكن القول إنها لا تملك من خصائص النعاج سوى شكلها الذي لعبت المخابر دورا بارزا في إخراجه وصياغته فلم تملك "دولي" بالقطع ألفة النعاج ولا حليب النعاج، ولا حنان النعاج، ولا حتى صوت النعاج، وأنمط عيشها وتفكيرها الداخن.

وكانت النتيجة هي أن أثارت ولادة "دولي" يومها ضجة علمية ودينية وطبية، لم تنقطع حتى اليوم، لأنها متصلة بجدل عالمي -متعدد الأوجه- حول شرعية الاستنساخ، وقيمه القانونية والطبية وحتى الأخلاقية.

¹ - Ulrich Schatz: "Les brevets des vivants et l'éthique", intervention au colloque organisé par l'école polytechnique de Paris sur le thème : Brevetabilité du vivant, décembre 2000, p.2.

² - انظر صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص 21، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، الأردن، لقد مضى عقد من الزمن على نجاح أول عملية استنساخ حيواني المتمثل ب (النعجة دولي) 1996، وقيل إنها تعرضت إلى مرض وظهر عليها الهرم المبكر، وأصبحت أقرب للموت منها للحياة.

الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن الهيئات المهنية

-دراسة قضائية فقهية -

محمد حجاج

باحث في القانون العام جامعة محمد الخامس السوسيسي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا-

مقدمة:

يمكن تعريف الهيئات المهنية كمنظمات تقوم بإدارة شؤون مهنية نقابية معينة ويشرف على تسييرها مجلس منتخب من أبناء المهنة ويكون الانضمام إليها إجباريا وتمثل وظيفتها في تمثيل المهنة لدى الدولة والغير فضلا عن الإشراف على النظام الداخلي للمهنة، كما تقوم برعاية أعضائها والدفاع عن مصالحهم¹.

ولقد عرفها الفقهيين AUBY و DARGO على أنها تنظيمات تشمل بصفة إجبارية أعضاء إحدى المهن الحرة التي بفضل السلطات الممنوحة لها بمقتضى القانون تتدخل في تنظيم ومراقبة الولوج للمهنة وممارستها وقد اعتبرها المشرع المغربي من قبيل المهن الحرة والمستقلة يديرها الأفراد الذين ينتمون إلى ذات المهنة تحت نظم قانونية خاصة.

ولقد اختلفت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للنقابات المهنية فالبعض اعتبرها أشخاص معنوية خاصة مكلفة بتسيير مرفق عمومي وتتمتع بامتيازات السلطة العامة. ومن بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد الأعرج حيث أكد على أن الهيئات المهنية تعد أشخاص معنوية مكلفة بتسيير مرفق عام وتتمتع بامتيازات السلطة العامة، كما تعد مرافق عامة من نوع جديد نظرا للسمات الخاصة بتلك الهيئات التي تميزها عن المؤسسات العامة فهي من جهة أولى أنشئت بمبادرة من السلطات العامة ومنظمة بقوانين تحدد تشكيلها واختصاصاتها وتسييرها، وتقوم بدور مراقبة ممارسة المهنة.

¹ _ أحمد عشيق "المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة" دار النشر المغربية الدار البيضاء، الطبعة الثامنة، ص: 72.
أنظر كذلك عبد الله حداد "الوجيز في قانون المرافق العمومية الكبرى" منشورات عكاظ، ص: 44.

ومن جهة ثانية فهي تجمع إلزامي وتخضع لرقابة إدارية وقضائية، ومن جهة ثالثة فهي تخضع للقانون العام من خلال امتيازات السلطة العامة التي تتوفر عليها إزاء أعضائها فيما يتعلق بالانخراط والتأديب¹.

وقد تبني الأستاذ ميشل روسي M. Rousset نفس التوجه حيث اعتبر أن النقابات المهنية بالمغرب تشكل هيآت خاصة مكلفة بتسيير مرفق عام، حيث اعتبر أنه بالرغم من امتيازات السلطة العامة، فالنقابة تظل هيئة خاصة إذ كل ما يتعلق بحياتها الداخلية يرجع للقانون الخاص².

وسارت كل من الأستاذة مليكة صروخ والأستاذ عبدالله ركالة في نفس التوجه حيث أكد أن فكرة المرفق العام لا تتنافى مع هذه الأنواع من النشاطات التي تقوم بها النقابات المهنية، ذلك أن مهمتها لا تتعلق بالدفاع عن المصالح المهنية، ولكن تتعلق قبل كل شيء بتنظيم ومراقبة المهنة قصد تحقيق الصالح العام عن طريق تقديم خدمات للجمهور، تلك الخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها وهي تدخل في صميم اختصاص الدولة، إلا أن الدولة عندما أوكلت إلى الأعضاء المنتميين والمنتخبين من المهنة نفسها لإدارتها وتسييرها، وكانت . وماتزال . تسعى إلى تخفيف العبء عنها من جهة، ومن جهة أخرى، لعلمها بأن أعضاء هذه النقابات يملكون المقدرة اللازمة لإدارة تلك النقابات وتسييرها مع احتفاظ الدولة بالوصاية عليها، لأنه لوتبين لها عدم كفاءة الأعضاء المسييرين للنقابة في التسيير والإدارة، فإنها تضطر لحل النقابة والحلول محلها ريثما يتم انتخاب الأعضاء الجدد، وتبعاً لذلك يعتبر أن النقابات المهنية . في المغرب . من قبيل الأشخاص الخاصة التي تدير مرافق عامة³. ونفس التوجه تبناه الأستاذ محمد القصري⁴. والبعض الآخر يعتبرها أشخاصاً معنوية عامة. ومن بين هؤلاء الفقهاء الفقيه Eisenmann ومحمد ماهر أبوالعينين⁵. وكذلك الأستاذ أبو زيد فهمي حيث اعتبر أن القانون قد أضفى على كافة هيئات التمثيل المهني شخصية معنوية مستقلة وخولها حقوقاً من نوع ما

¹ _ محمد الأعرح "طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 52 الطبعة الأولى 2004، ص 182.

² _ محمد يحيى "التحديد القضائي لمفهوم السلطة الإدارية في القانونين المغربي والفرنسي" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات، عدد 59، 2004 ص: 35.

³ _ مليكة صروخ، عبدالله ركالة " الهيئات المهنية بالمغرب" مجلة الشؤون الإدارية العدد 7 - 1987 ص: 35.

⁴ _ أنظر: محمد قصري "القرارات التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات العدد الأول سنة 1995 ص: 18.

⁵ _ أنظر محمد ماهر أبوالعينين "دعوى الإلغاء والطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة في بداية القرن 21" الكتاب الأول شروط قبول دعوى الإلغاء، بدون ذكر المطبوعة، الطبعة السادسة 2004 ص: 31.

تختص به الهيئات الإدارية العامة، فحولها حق احتكار المهنة وقصرها على أعضائها دون سواهم كما حولها حق فرض رسوم مالية على صورة اشتراكات جبرية تحصل في مواعيد دورية ثم سلطة إصدار قرارات واجبة التنفيذ في شؤون أعضائها وتأديهم وسلطة تشريع بوضع اللائحة الداخلية ولائحة تقاليد المهنة، كما يدل على أنها قد جمعت بين مقومات المؤسسة العامة وعناصرها، ومن تم فهي شخص إداري من أشخاص القانون العام¹.

وفي المقابل يعتبرها بعض الفقهاء أمثال Culmann تنتمي لصنف ثالث يخضع لقانون مستقل وهو قانون مهني مغاير للقانون العام والخاص، إلا أن هذا الرأي لم يتم الاعتداد به، لأنه لا يمكن حسب رأي Auby الحديث عن القانون المهني بمعزل عن القانون العام أو القانون الخاص، لا سيما وأن قواعد القانون المطبق على المهن هي قواعد القانون العام والقانون الخاص، والمحكمة المختصة بالتزاعات المهنية ترجع للمحكمة العادية أو المحكمة الإدارية². إذن يتضح من خلال ما سبق أن الهيئات المهنية أشخاص خاصة مكلفة بمهمة مرفق عام وتتمتع في سبيل إنجاز ذلك بامتيازات السلطة العامة.

هذا وبعد التعريف بالنقابات المهنية وتحديد طبيعتها، نتساءل عن أنواع القرارات الصادرة عنها؟ وعن الطبيعة القانونية لهذه القرارات؟ وكيفية تعامل القاضي الإداري معها؟ فهل يعتبرها قرارات إدارية فيبث فيها؟ أم يعتبرها قرارات غير إدارية فيدفع بعدم اختصاصه لصالح القضاء العادي؟ وما موقف الفقه من ذلك؟.

تملك الهيئات المهنية سلطة إصدار العديد من القرارات الملزمة في مجال تنظيم مزاوله المهنة وتأديب أبنائها، وتطرح هذه القرارات نقاشا كبيرا حول مدى اعتبارها قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء أم قرارات غير إدارية أو أحكاما قضائية تخضع للمراقبة القضائية عن طريق الإستئناف والنقض.

ولقد نتج عن تحديد طبيعة هذه القرارات تردد في الاجتهادات القضائية (المطلب الأول) وتضارب في المواقف الفقهية (المطلب الثاني).

¹ _ مصطفى أبوزيد فهني، القضاء الإداري، الجزء الأول، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية 1998 ص: 122.
² _ قد اعتبر عبد القادر باينة الهيئات المهنية أشخاص معنوية عامة . من نوع خاص، أنظر: عبد القادر باينة "مدخل عام لدراسة القانون الإداري والعلوم الإدارية" دار النشر المغربية، الطبعة الثالثة 2005 ص: 328 إلى 330. في حين اعتبرها محمد نشطاوي مؤسسات من نوع جديد لا يمكن إدراجها في الأعراف القانونية القديمة، لأنها توجد على الحدود ما بين القانون العام والقانون الخاص، فهي تستفيد من القانون العام فيما يخص امتيازات السلطة العامة وتأخذ من القانون الخاص طرق الإدارة والتسيير أنظر: محمد نشطاوي "المراقف العامة الكبرى" المطبعة الوراثة الوطنية الطبعة الأولى 2002 ص: 87/88.

المطلب الأول : تطور الاجتهاد القضائي

لقد أدى عدم حسم المشرع في الطبيعة القانونية للهيئات المهنية إلى اختلاف التوجهات القضائية حول طبيعتها ومن تم حول الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عنها فما هو التوجه الذي تبناه القضاء سواء المغربي (الفقرة الثانية) أوالمقارن (الفقرة الأولى) حول طبيعة القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية ؟ فهل يعتبرها قرارات إدارية أم قرارات خاصة لا تكتسي صبغة القرار الإداري ؟ أم يعتبرها قرارات قضائية؟.

الفقرة الأولى : موقف القضاء المقارن

استقر القضاء المصري . عكس نظيره الفرنسي والمغربي . منذ البداية على اعتبار الهيئات المهنية أشخاصا عامة تصدر قرارات إدارية دون أن يميز بين هذه الهيئات أو بين القرارات الصادرة عنها .

وفي هذا الإطار بينت محكمة القضاء الإداري العناصر التي على أساسها تعتبر هذه النقابات من أشخاص القانون العام بقولها " إن الرأي الراجح فقها وقضاء في شأن التكيف القانوني لنقابات المهن أنها وإن لم تدخل في نطاق المؤسسات العامة، إلا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام، ذلك لأنها تجمع بين مقومات هذه الأشخاص، فإنشاؤها يتم بقانون أو بمرسوم أو بأى أداة تشريعية أخرى وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام، ولها على أعضائها سلطة تأديب، ولهؤلاء الأعضاء دون سواهم حق احتكار مهنتهم، فلا يجوز لغيرهم مزاولتها واشتراك الأعضاء في النقابات أمر حتي ولها حق تحصيل رسوم الاشتراك في مواعيد دورية منتظمة، ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري¹. وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء بقولها " أن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة (وهي مرافق عامة) مما يدخل أصلا في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة. فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليها مع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعنون به في تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقا للمصالح العام فإن ذلك لا يغير من التكيف القانوني لهذه المهنة بوصفها مرافق عامة"²

¹ _ محكمة القضاء الإداري . السنة الخامسة . قضية رقم 504 بتاريخ 1950/12/26.

مذكور لدى : محمد فؤاد عبد الباسط " القانون الإداري " تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة وسائل الإدارة، دار الفكر الجامعي، ص:695.

² _ المحكمة الإدارية العليا . السنة الثالثة : طعن رقم 608 بتاريخ 1958/4/12. مذكور لدى محمد فؤاد عبد الباسط " القانون

الإداري مرجع سابق، ص:695.

وقد اعتبرت . المحكمة الإدارية العليا بمصر . أيضا أن نقابة المحامين شخص عام استنادا إلى أن قانون نقابة المحامين قد أضفى على هذه النقابة وهيئاتها نوعا من السلطة العامة وخولها حقوقا من نوع ما تختص به الهيئات الإدارية العامة مما يترتب عليه اعتبار قراراتها هي قرارات إدارية¹ .

كما قضت بتاريخ 6-11-1982 "إن من المستقر عليه أن النقابات المهنية من أشخاص القانون العام...وأهدافها ذات نفع عام حيث يخولها المشرع حقوقا من نوع ما تختص به هيئات الإدارة العامة في مجال تنظيم مزاولة المهنة والقرارات الصادرة عنها هي قرارات إدارية تنبسط عليها رقابة محاكم مجلس الدولة سواء كانت هذه القرارات لإدارة النقابة أو بخصوص موظفيها² .

انطلاقا مما سبق يتضح أن القضاء الإداري المصري مجمع ومستقر على أن الهيئات المهنية أشخاصا عامة وأن قراراتها قرارات إدارية دون تمييز بين هذه الهيئات وأبين قراراتها، فما هو موقف القضاء الفرنسي ؟

لقد حاول مجلس الدولة الفرنسي تحديد طبيعة القرارات التي تصدرها الهيئات المهنية مرتكزا في ذلك على عدة معايير ونمى في اجتهادات مجلس الدولة بين مرحلتين :

المرحلة الأولى : ابتدأت مع قضية BOUGUEN في 12/14/1943، التي استخلصت نفس المبادئ المطبقة في قضية MOMPEURT في 31 يوليوز 1942 وتتلخص وقائع هذه القضية في كون الطبيب BOUGUEN . طبيب اختصاصي في الأنف والأذن والحنجرة قد قام بفتح عيادة ثانوية في مدينة PANTRIEUX زيادة عن عيادته الأصلية في بلده التي يقيم فيها، فصدر قرار من المجلس الإقليمي لهيئة أطباء سواحل الشمال بإغلاق العيادة الجديدة ومنع الطبيب من ممارسة المهنة في هذه العيادة، وقد تقدم هذا الطبيب بتظلم ضد هذا القرار لدى المجلس الأعلى لهيئة الأطباء الذي رفض بدوره تظلمه، وبالتالي لم يجد الطبيب بدلا من الطعن في قرار هذا المجلس الأعلى لدى مجلس الدولة مطالبا بإلغائه³ .

وقد كان المشكل المطروح هو معرفة ما إذا كان مجلس الدولة مختصا بالبث في هذا النزاع؟.

¹ _ أنظر : عصام نعمة إسماعيل "الطبيعة القانونية للقرار الإداري " مرجع سابق، ص:654.

² _ حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 1258 لسنة 26 في جلسة 1982/11/6 والطعن رقم 1513 لسنة 27 جلسة 1983/6/11. مذكور لدى : خليل عبد الله "أزمة نقابة المحامين أزمة ديمقراطية أم أزمة مهنة ؟" مبادرات فكرية عدد 14، 1999. ص:130-131.

³ _ المومني نادية "الهيئات المهنية بالمغرب" مرجع سابق، ص:107.

لقد أقر مجلس الدولة باختصاصه بالبت في هذا النزاع بحيث ألغى قرار المجلس الأعلى لهيئة الأطباء وجاء في حيثيات القرار "... يطعن أمام مجلس الدولة عن طريق الطعن بتجاوز السلطة ضد قرارات مجلس نقابة الأطباء المتعلقة بالقضايا التأديبية وبالقيود في الجدول، حيث يريد المشرع أن يجعل من تنظيم ومراقبة ممارسة مهنة الطب مرفقا عاما، وإن كان المجلس الأعلى لهيئة الأطباء لا يشكل مؤسسة عمومية إلا أنه يساهم في المرفق المذكور، ويرجع لمجلس الدولة البت في الطعون الموجهة ضد القرارات المدعولتأخذها بصفته هذه، خاصة القرارات المتخذة في إطار تطبيق الفصل 4 من القانون المنظم للمهنة، الذي كلفها بمهمة تأمين احترام القوانين والأنظمة في مجال الطب ومنه فالطعن الذي تقدم به الدكتور BOUGUEN أمام مجلس الدولة ضد قرار المجلس الأعلى الذي يؤكد منعه من إحداث العديد من العيادات يعد مقبولا".

ما يلاحظ على هذا الحكم هو أن مجلس الدولة اعتبر قرارات المجلس الأعلى لهيئة الأطباء إدارية دون أن يميز بينها سواء كانت متعلقة بالقيود أو التأديب، غير أن مجلس الدولة قد حاول فيما بعد التمييز في هذه القرارات.

المرحلة الثانية : فمنذ الخمسينات بدأ مجلس الدولة الفرنسي في التمييز بين طائفتين من القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية فلقد استقر قضاؤه فيما يخص القرارات المتعلقة بقبول القيد في الجدول أو رفضه على إضفاء الصفة الإدارية لهذه القرارات، وترجع لمراقبة القاضي الإداري عن طريق الطعن بالإلغاء.

وهذا ما سار عليه حكم Debayo في 12 دجنبر 1953، وكذلك قرار Dellcostier، جراح أسنان بتاريخ 1 أكتوبر 1954 المتعلق بعدم تبرير قرار رفض التسجيل بجدول الهيئة بحيث قرر مجلس الدولة بأن قرار المجلس الوطني لهيئة جراحي الأسنان قد ألغى. وغيرها من الأحكام المتعلقة برفض التسجيل .

في حين أضفى على القرارات الصادرة عن هذه الهيئات والمتعلقة بالقضايا التأديبية الصفة القضائية، إذ اعتبرها أحكاما قضائية ويجب بالتالي الطعن بعدم شرعيتها بطريقة من طرق الطعن المخصصة للطعن في الأحكام (الاستئناف أو النقض) وهذا ما لمسناه من خلال العديد من القرارات. مثلا القرار الصادر في 20 أكتوبر 1992 عن محكمة النقض الفرنسية تصف فيه مجلس الهيئة بالمحكمة الأصلية حين رفض طلب تسجيل محام متمرن في الجدول لصدور عقوبة تأديبية وللتأكيد على الطبيعة القضائية للقرارات الصادرة في مجال التأديب برز حاليا اتجاه في فرنسا تأثر بالفصل 6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إذ أكدت محكمة النقض الفرنسية

هذه الطبيعة . القضائية . في قرارين صادرين عنها في 13 فبراير 1996 و 5 أكتوبر 1999¹ "اعتبرت فيهما أن مجلس هيئة المحامين الذي يضع يده على قضية ما تلقائيا للنظر فيها تأديبيا لا يفقد المجلس التجرد والحياد والإستقلالية التي هي مبادئ موضوعية في القاضي..." يتضح مما سبق أن القضاء الفرنسي قد عرف تطورا بخصوص قرارات الهيئات المهنية فبعدما كان يعتبرها إدارية بدون تمييز أصبح يفرق بين قرارات التأديب وباقي القرارات الصادرة عنها فيعتبر الأولى قضائية والثانية إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة. في حين يبقى موقف القضاء المصري مستقرا في اعتبار قرارات الهيئات المهنية إدارية. ومن هنا نتساءل ما موقف القضاء المغربي من الطبيعة القانونية لقرارات الهيئات المهنية ؟ فهل تأثر بالقضاء الفرنسي أم المصري ؟ أم أنه تبني توجهها خاصا به.

الفقرة الثانية: الموقف القضائي المغربي:

بالنسبة للاجتهاد القضائي المغربي فإنه على الرغم من عدم وضوح الرؤية حول الطبيعة القانونية للهيئات المهنية ورغم وجود أحكام مختلفة في هذا الباب فإنه من المؤكد أن القضاء الإداري يسلم بالصبغة الإدارية للأعمال التي تصدرها هذه الهيئات مع وجود استثناء وحيد يتعلق بهيئة المحامين، مع العلم أن هناك أحكام تخضع هيئة المحامين للأمر نفسه . وعليه فإن القرارات الانفرادية الصادرة عن الهيئات المهنية تقبل الطعن بسبب تجاوز السلطة في بعض الأحيان إذ جاء القضاء الإداري المغربي بتطبيقات جديدة اعترف فيها بوجود القرار الإداري أحيانا وفي حدود معينة ضمن الأعمال الصادرة عن أشخاص القانون الخاص ومعاملتها بذات الطريقة التي تعامل بها القرارات الإدارية الصادرة من أشخاص القانون العام، هذا ما سنعمل على توضيحه من خلال الحديث عن موقف القضاء الإداري من القرارات الإنفرادية الصادرة عن هيئة المحامين (أولا) ثم ننتقل للحديث عن موقفه من القرارات الإنفرادية الصادرة عن الهيئات الأخرى (ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن هيئة المحامين .

ارتأينا الحديث عن هذه الهيئة بصفة مستقلة نظرا للطبيعة الخاصة لهذه الهيئة ولتضارب الاجتهادات القضائية بخصوص طبيعة القرارات الصادرة عنها . ويمكن التمييز في القضاء الإداري المغربي بين اجتهادات تعتبر قرارات هيئة المحامين . قضائية . واجتهادات تعتبرها . إدارية .

¹ _ عبدالله درميش " الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في إطار قانون مهنة المحاماة " مجلة المحاكم المغربية، عدد 94، ص: 25.

فالاتجاه الأول الذي يضيء الطبيعة القضائية علة قرارات هيئة المحامين كرسه الاجتهاد القضائي من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات.

فقد قضت الغرفة الإدارية في قضية بنحود عبد الرحمان ضد هيئة المحامين بوجدة بتاريخ 26 فبراير 1982 أن هيئة المحامين لا تعتبر سلطة إدارية، وبالتالي فلا يسوغ الطعن في القرارات الصادرة عنها عن طريق مسطرة الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام الغرفة الإدارية¹. كما قضى المجلس الأعلى في قضية عبدالله المالقي² ضد هيئة المحامين بالرباط في 26 دجنبر 1980 بعدم اختصاصه بالنظر في قرارات هذه الهيئة برفض تقييد الطاعن في الجدول بعله أن محكمة الاستئناف هي المختصة بالبحث فيه تطبيقا للمسطرة المنصوص عليها في قانون المحاماة ولقد أسست الغرفة الإدارية قضائها على عيب مسطري بحيث كرس القاعدة التشريعية الواردة في الفقرة 3 من الفصل 23 من قانون المحاماة لسنة 1979 التي تدعو إلى إحالة مقررات مجلس الهيئة المتعلقة بالتقييد أو الرفض إلى محكمة الاستئناف وتخضع بالتالي لمسطرة الاستئناف والنقض وليس مسطرة الإلغاء.

وفي قرارات أخرى عديدة قبل المجلس الأعلى النقض ضد قرارات محكمة الاستئناف . التي بنت فيما بصفتها محكمة استئناف لقرارات هيئة المحامين . وتعامل مع قرارات الهيئة بأنها أحكام قضائية استئنفت أمام محكمة الاستئناف ونقضت أمامه³.

أما الاتجاه الثاني فيعتبر قرارات هيئة المحامين إدارية، فقد قضى المجلس الأعلى في قضية حسن فتوح⁴ ضد هيئة المحامين بوجدة في 13 ماي 1970.

" بإلغاء القرار الصادر في 22 يناير 1969 عن مجلس الهيئة وأمر بتقييد فتوح بجدول هيئة المحامين بوجدة، وبالتالي اعتبر قرار رفض التسجيل قرارا إداريا " قابل للطعن فيه بالإلغاء ولوعن طريق مسطرة الاستئناف والنقض أمامه.

ولقد توالى الأحكام التي تضيء الطبيعة الإدارية على قرارات هيئة المحامين حتى في مجال التأديب، وفي هذا الإطار قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁵.

¹ _ مذکور لدى أحمد بوعشيق " المرافق العامة الكبرى "، مرجع سابق، ص:74.

² _ حكم المجلس الأعلى، عدد 421 الصادر في 26 دجنبر 1980 غير منشور.

³ _ أنظر قرار عدد : 1023 المؤرخ في 17/10/2002 ملف إداري عدد 4-2439-011، غير منشور .

_ قرار عدد 355 المؤرخ في 4-5-2005 ملف إداري عدد 4-1633-1-4-2003، غير منشور.

⁴ _ قرار عدد 1088 المؤرخ في 3/11/2004 ملف إداري عدد 58. 21-4-2002 غير منشور.

⁵ _ مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20 السنة 3 دجنبر 1970، ص:56_59.

⁵ _ مذکور لدى : إبراهيم زعيم " ألا يعتبر عدم فصل مجلس الهيئة في شكاية داخل أجلها القانوني قرارا ضمينا بحفظ تلك الشكاية " المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 46، 2002، ص:77.

الطعون المرفوعة ضد مقررات مجالس هيئة المحامين وإن كانت توجه إلى غرفة المشورة لمحكمة الاستئناف إلا أن طبيعة هذه الطعون تجعلها تدخل في خانة المادة الإدارية بالرغم من أن المشرع أسند الاختصاص في شأن مواكبة قرارات مجالس هيئات المحامين لغرفة المشورة بمحاكم الاستئناف وأن كون البث في النزاعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن مجالس هيئة المحامين يخضع لمعطيات الظهير المنظم لمهنة المحاماة، فإن طبيعة هذه النزاعات والخصوصيات التي تتميز بها لا تجعلها بمنأى عن المادة الإدارية بصورة عامة".

وأكد المجلس الأعلى نفس التوجه في قرار آخر بتاريخ 2002/11/2¹ قضى فيه بأنه " لما كان التأديب نشاطا إداريا تمارسه السلطة الإدارية لضمان حسن المرفق العام تحت رقابة القضاء، فإن إسناد هذا النشاط لهيئة غير إدارية لا يزعج عن النشاط صبغته الإدارية، ولا يطلق للهيئة الغير إدارية المسند إليها هذا النشاط ممارسة في غياب الرقابة القضائية..."

¹ _ قرار المجلس الأعلى عدد 14-96 في 200/11/02 ملف عدد 2000/14/273، مجلة المحاكم المغربية، عدد 86، ص: 156.
نفس التوجه تبناه المجلس الأعلى في العديد من القرارات أنظر:
_ القرار عدد 333 المؤرخ في 2005/4/27 ملف إداري رقم عدد 894 2003/1/4، غير منشور جاء في أحد حيثياته " إن البث في الشكاية المحالة على مجلس الهيئة هونشاط إداري أسنده المشرع إلى هيئة المحامين ويترب في عدم ممارسته داخل أجل المحدد قانونا اعتباره رفضا ضمنيا..."
_ القرار عدد 385 المؤرخ في 2005/5/11 ملف إداري عدد: 2002-1/4-800، قرار غير منشور.
" ... لكن حيث أنه مادامت مادة التأديب هي نشاط إداري أسنده المشرع فيما يخص المحامين لمجلس هيئة المحامين لممارسته تحت رقابة القضاء..."
_ القرار عدد: 100 المؤرخ في 2003/3/6 ملف إداري عدد 2002/1/4/842 غير منشور جاء في إحدى حيثياته " إن التأديب نشاط إداري تمارسه السلطة الإدارية لضمان حسن سير المرفق العام تحت رقابة القضاء وأن إسناد المشرع هذا النشاط لهيئة غير إدارية لا يزعج عن النشاط صبغته الإدارية ولا يحق للهيئة الغير إدارية المسند إليها هذا النشاط ممارسته في غياب الرقابة القضائية..."
_ القرار عدد: 1088 المؤرخ في 2004/11/3 ملف إداري عدد : 2002/1/4/2158 غير منشور .
"...لكن حيث أن مادة التأديب عموما مادة إدارية مراقبة قضائيا وأن مباشرة هذا النشاط من طرف هيئة غير إدارية يبقى النشاط الإداري مراقبا قضائيا..."
= القرار عدد: 191 بتاريخ 2003/4/3 ملف إداري عدد 2000/124-622 غير منشور.
" ... لكن حيث أن التأديب نشاط إداري تمارسه السلطة الإدارية لضمان حسن سير المرفق العام تحت رقابة القضاء وأن إسناد المشرع لهذا النشاط لسلطة غير إدارية لا يزعج عن النشاط صبغته الإدارية..."
_ أنظر كذلك :
_ القرار عدد 29 المؤرخ في 2005/1/12 ملف إداري عدد : 2003/1/4/721 غير منشور.
_ القرار عدد: 135 المؤرخ في 2005/2/23 ملف إداري عدد 2003/164-3772 غير منشور.
_ القرار عدد: 765 المؤرخ في 2003/10/23 ملف إداري عدد : 2003/1/4/33 غير منشور.
_ محكمة الاستئناف بتطوان: غرفة المشورة، ملف عدد : 06/4/389، قرار عدد 07/30، المؤرخ في : 2007/02/27 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 107 مارس - أبريل 2007، ص: 92.
جاء في حيثياته " ... لكن حيث إن من شأن الإجابة على هذا الدفع التطرق أولا للطبيعة القانونية لمجالس هيئات المحامين بالمغرب ذلك أن نقابات المحامين بالمغرب حولها المشرع صلاحيات ... وأنها عنه في تسيير قطاع المحاماة اللصيق بمرفق العدل والقضاء وأنه من المنتق عليه أن المقررات التي تصدرها ليست أحكاما قضائية لأن الأحكام كما هو معلوم تصدر باسم جلاله الملك دائما، بل هي مقررات ذات طبيعة إدارية صرفة تصدر عن جهة إدارية وترتب الآثار القانونية..."

يتضح مما سبق أن هناك تناقض في الاجتهادات القضائية المغربية بخصوص تحديد طبيعة قرارات هيئة المحامين .

فتارة تعتبرها قرارات إدارية وأعمال إدارية . حسب تعبير بعض الأحكام وأخرى تعتبرها قرارات قضائية. وهذا راجع بطبيعة الحال إلى غموض النص المنظم لمهنة المحاماة الذي لم يحدد طبيعة هذه القرارات في حين جعل مسطرة الطعن فيها شبيهة بمسطرة الطعن في الأحكام (الاستئناف والنقض) ونتمنى من المشرع أن يتدخل ويحل هذا الإشكال بتحديدده لطبيعة هيئة المحامين وكذا طبيعة قراراتها . هذا بخصوص هيئة المحامين فكيف تعامل القضاء مع قرارات باقي الهيئات؟.

ثانيا : موقف القضاء الإداري من القرارات الصادرة عن الهيئات الأخرى

لقد اتجه القضاء الإداري المغربي إلى اعتبار قرارات الهيئات المهنية قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بفاس في حكمها بتاريخ 2005/11/29¹ حيث اعتبرت "أن القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الوطني لهيئة المهندسين المعماريين القاضية بالإيقاف عن مزاولة المهنة لمدة تتجاوز 6 أشهر قابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري..." ونفس الأمر أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها بتاريخ 3 يوليوز 1995² حيث أكدت "بأن قرار اللجنة المكلفة بحصر قائمة الخبراء المحاسبين القاضي برفض طلب تسجيل اسم الطاعن ضمن قائمة الخبراء المقبولين للتسجيل في القوائم الانتخابية يعتبر قرارا إداريا قابلا للطعن عن طريق دعوى الإلغاء..."

وأكدت أيضا³ "وحيث أن اللجنة المطلوبة هي المختصة للبت في طلبات التسجيل فإن قراراتها المتخذة بهذا الشأن تكون قرارات إدارية محضة قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء..." وفي نفس السياق قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها بتاريخ 96/12/19 بين محمد شواطى مهندس معماري والسيد رئيس المجلس الوطني لهيئة المعمارين الوطنية⁴ " حيث

¹ _ حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 749 بتاريخ 2005/11/29 ملف عدد 159 غ/ب/04 غير منشور.

² _ حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 211، بتاريخ 3 يوليوز 1995 في قضية بناني ابراهيم ضد لجنة حصر قائمة الخبراء المحاسبين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 13 أكتوبر - دجنبر 1995، ص:164.

³ _ المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 163 بتاريخ 1995/6/6، السيد مصطفى الشكدالي ضد اللجنة المكلفة بحصر قائمة الخبراء المحاسبين، غير منشور.

⁴ _ المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 675 بتاريخ 96/12/19، ملف رقم 96/69 غ بين السيد محمد شواطى والسيد رئيس المجلس الوطني لهيئة المهندسين المعماريين الوطنية غير منشور.

أنظر كذلك:

اعتبرت القرار الصادر عن رئيس المجلس الوطني لهيئة المهندسين المعماريين الراض تسجيل الطاعن قرارا إداريا وبالتالي تصدت للجوهر وقضت بإلغائه .

وقضى المجلس الأعلى¹ "... لكن حيث أن الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين تم تأسيسها بناء على القانون رقم 30-93 من أجل أن تتولى الإشراف على المهنة المذكورة بتنفيذ المهام التي فوضها لها المشرع، بمقتضى القانون المذكور وخاصة المجال التأديبي، وأن القرارات التي تصدرها في هذا النظام عملا بالمادة 78 من نفس القانون، هي قرارات إدارية بطبيعتها، وتختص بالنظر فيها المحكمة الإدارية عملا بالمادة 8 من قانون رقم 41-90..."

وهنا نتساءل عن الجهة المختصة بالبحث في الطعن الموجه ضد قرارات الهيئات المهنية ؟ هل هي المحاكم الإدارية طبقا للمادة 8 من القانون المتعلق بإحداثها 41-90 ؟ أم الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عملا بالمادة 17 من ظهير 27 شتنبر 1957 المتعلق بتأسيسه؟.

بتصفح النصوص القانونية المنظمة لمسطرة التأديب بالنسبة لهيئات الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة نجد أنها تمر بثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى: هي عرض النزاع على المجالس الجهوية المختصة ثم بعد ذلك في مرحلة ثانية تستأنف أمام المجالس الوطنية للهيئة، لنصل في مرحلة ثالثة إلى إمكانية الطعن في هذه المقررات التأديبية مباشرة أمام المجلس الأعلى .

وهكذا فقد نص الفصل 41 من القانون المتعلق بهيئة الأطباء الوطنية على مايلي: " يمكن أن تحال المقررات التأديبية التي يتخذها المجلس الوطني نهائيا إلى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وفق الإجراءات المقررة في قانون المسطرة المدنية " ونص الفصل 47 من القانون المتعلق بإحداث هيئة الصيدالة " إن القرارات التأديبية التي يصدرها بصفة نهائية المجلس الوطني للهيئة لا يمكن الطعن فيها إلا أمام المجلس الأعلى..."

وهوما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في قضية عبد الرحيم الشاب ضد المجلس الوطني لهيئة الأطباء² إذ جاء في حيثيات حكمها مايلي "... إن الظهير الشريف الصادر في 7/8/1986 المغير والمتمم للظهير الصادر في 21/03/84 المتعلق بهيئة الأطباء الوطنية ما دام لم يغير الفصل 41 منه فإن هذا يؤكد على أن المشرع أراد أن يبقى الاختصاص للبحث في الطعن

¹ _ القرار عدد 757 بتاريخ 2003/10/16 ملف إداري عدد 1326-1-4-2003 غير منشور.

أنظر كذلك في نفس التوجه:

_ القرار عدد 762 بتاريخ : 2003/10/23 ملف إداري عدد 26-1-4-2003 غير منشور.

_ القرار عدد 44 بتاريخ 2003/2/6 ملف إداري عدد 1993-1-4-2002 غير منشور.

² _ حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 272، ملف رقم 99/93 صادر بتاريخ 29 أبريل 1999 غير منشور.

بالإلغاء ضد المقررات التأديبية الصادرة عن المجلس الوطني موكولا للمجلس الأعلى مما يجعل المحكمة الإدارية غير مختصة بالبحث في طلب الإلغاء ضد المقرر الصادر عن المجلس المذكور".

ونفس النهج سارت عليه المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها رقم 2000/50¹، "قضت فيه بعدم اختصاصها في طلب إلغاء القرار التأديبي الصادرة بصفة نهائية من طرف المجلس الوطني لهيئة الصيادلة إذ لا يمكن الطعن فيه إلا أمام المجلس الأعلى".

كما أكدت المحكمة الإدارية بالرباط² "وحيث إنه حقا، فإن بالرجوع إلى نص الفصل 41 من الظهير الشريف رقم 44. 89. 1 بتاريخ 1984/3/21 بمثابة قانون يتعلق بهيئة الأطباء الوطنية فهوينص على أنه " يمكن أن تحال المقررات التأديبية التي يتخذها المجلس الوطني نهائيا إلى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى..."

وحيث إنه بعد مراجعة القانون المعدل رقم 11/74 بتاريخ 1996/8/7 فإنه لم يطرأ أي تعديل على الفصل 41 المذكور، الشيء الذي يبقى معه هذا الفصل معمولاً به، ويبقى الاختصاص بالتالي منعقدا للمجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)..."

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن القرارات التي يصدرها الأمين العام للحكومة باقتراح من المجلس الوطني لهيئة الصيادلة تقبل الطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية.

وهوما أكده المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 27 فبراير 2003 "... لكن حيث إن دعوى الطاعن تتعلق بطلب إلغاء مقرر الأمين العام للحكومة القاضي بمعاقبته تأديبيا في إطار ما يخوله إياه القانون المنظم لمهنة الصيادلة من صلاحيات، وأن المقرر المذكور هو مقرر فردي مس بمركز الطاعن، فيكون بذلك داخلا في نطاق المادة الثامنة من قانون 90. 41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، ولا يندرج ضمن المستثنيات التي ترفع أمام المجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا والمنصوص عليها في المادة التاسعة من نفس القانون..."³.

أما قرارات الهيئات الأخرى فيطعن فيها أمام المحاكم الإدارية وتستأنف أمام محاكم الاستئناف الإدارية وتنقض أمام محكمة النقض (الجلس الأعلى).

¹ _ حكم المحكمة الإدارية بالرباط ، عدد 212 بتاريخ 1993/3/18 ملف رقم 98/294 غ عبدالله حداد "دليل الدعوى غير الإدارية في القانون المغربي " مرجع سابق، ص:150-152.

² _ أوردته المومني نادية "الهيئات الإدارية بالمغرب " مرجع سابق، ص:114.

³ _ القرار عدد 88 بتاريخ 2003/2/27 ملف إداري عدد 2003-1-4-206 غير منشور.

نفس الحيثيات مستعملة في القرارات التالية:

_ القرار عدد 89 بتاريخ : 2003-2-27 ملف إداري عدد 2003-1-4-207 غير منشور.

_ القرار عدد 87 بتاريخ : 2003-2-27 ملف إداري عدد 2003-1-4-205 غير منشور.

هكذا يتضح أن القضاء الإداري المغربي وإن كان يتجه بصفة عامة نحو إضفاء الصفة الإدارية على مختلف قرارات الهيئات المهنية دون تمييز فإنه يخالف في بعض الأحيان هذا التوجه فيعتبر بعض القرارات تارة غير إدارية وتارة أخرى قضائية . بالنسبة لبعض الهيئات .

فالقضاء الإداري المغربي إذن قد أسس توجهها خاصا به مخالفًا بذلك القضاء المصري الذي يعتبر قرارات الهيئات المهنية قرارات إدارية وكذلك القضاء الفرنسي الذي يميز بين قرارات التسجيل وقرارات التأديب فيعتبر الأولى إدارية والثانية قضائية، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى خصوصية الهيئات المهنية بالمغرب والقوانين المنظمة لها. ومن هنا نتساءل عن موقف الفقه من الطبيعة القانونية لهذه القرارات هل سار في نفس توجه القضاء الإداري أم تبني مواقف أخرى.

المطلب الثاني: تضارب الآراء الفقهية

إذا كان القضاء الإداري قد اختلف حول تحديد الطبيعة القانونية لقرارات الهيئات المهنية فما هو التوجه الذي تبناه الفقه سواء المغربي (الفقرة الثانية) أو المقارن (الفقرة الأولى) حول طبيعة القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية .

الفقرة الأولى: الفقه المقارن :

فإذا كان الفقه الفرنسي قد اختلف حول الطبيعة القانونية للهيئات المهنية بين من يرى أنها أشخاص خاصة مكلفة بإدارة مرفق عام ومن يعتبرها أشخاص معنوية عامة من نوع جديد، فالملاحظ أن القاعدة المسلم بها لدى الفقه الفرنسي في تكييفه لطبيعة القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية هي الأخذ بأساس التصنيف القضائي لهذه القرارات، بحيث تم إضفاء الصفة القضائية على القرارات التأديبية، في مقابل الصفة الإدارية لقرارات التسجيل.

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ DELAUBADERE ديلوبادير على أنه تعتبر القرارات الصادرة في المجال التأديبي أحكاما قضائية فتتدخل السلطات التأديبية المهنية كأنها سلطات قضائية¹. أما القرارات المتعلقة بولوج المهنة فهي قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة.

كما ذهب الأستاذان G.VEDEL و P.DELVOLVE في نفس التوجه حيث اعتبروا الهيئات المهنية تنظيمات تمارس وظيفة قضائية، بحيث تصدر في المجال التأديبي أحكاما قضائية ويطعن بعدم شرعية الأحكام القضائية بدعوى النقض أمام القضاء الإداري بعد استنفاد

¹ _ علي خطاب "نظرية المرافق العامة المهنية، المجلة القانونية التونسية ع 2 و 1، 1990، ص: 140.

درجات الطعن المختلفة المتاحة أمام هذه التنظيمات نفسها¹، يلاحظ على هذا التوجه أنه يعتبر قرارات الهيئات المهنية التأديبية أحكاما قضائية ذات طابع إداري تنقص أمام مجلس الدولة في حين باقي القرارات إدارية، وأيضا اتجه الأستاذ CAUDMET إلى أن "القرارات المتخذة من طرف مختلف المجالس العليا الوطنية لهذه الهيئات في مجال التسجيل تشكل قرارات إدارية وليست بقضائية وهي بالتالي قابلة للطعن بالإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة، كما اعتبر أن القرارات المتخذة في المجال التأديبي هي قرارات قضائية، وبأن الأجهزة التأديبية لهذه الهيئات تتدخل دائما كما لو أنها جهاز قضائي"².

ونحن لا نتفق مع هذا الاتجاه المعتبر للقرارات الصادرة عن الهيئات المهنية في المجال التأديبي قرارات قضائية، لأنه لا يمكن اعتبار مجالس هذه الهيئات في كل حال من الأحوال محاكم، كما أن غالبية أعضائها هم مهنيون لا يتوفرون على تكوين قانوني. باستثناء نقابات رجال القانون. لدى فألسلم اعتبار هذه القرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية، وتستأنف أمام محاكم الإستئناف الإدارية ثم تنقض أمام مجلس الدولة وبهذا نضمن عدم تعسف الأجهزة التأديبية للهيئة المهنية واعتدائها على حقوق وحرية المتابع تأديبيا كما نضمن له الاستفادة من مختلف درجات التقاضي.

وهذا ما أكده CONNOIS فهينكر على نقابات المهن صفة المؤسسات العامة، ويعتبرها من أشخاص القانون الخاص المصدرة لقرارات إدارية طبقا للمعيار الموضوعي وفي نظره فإن القرارات الصادرة عن النقابات المهنية تستمد صفتها الإدارية لا من طبيعة تلك الهيئات وإنما من طبيعة النشاط الذي تمارسه والمهمة الموكولة إليها وهي تنفيذ مرفق عام دون أن يميز بين قراراتها³. وفي المقابل نجد الأستاذ EIZEMMANN يؤكد موقفا مخالفا حيث يؤكد على أن الهيئات المهنية أشخاصا عامة تصدر قرارات إدارية وهونفس توجه AUBY حيث اعتبرها نقابات عمومية تصدر قرارات إدارية ما عدا إذا نص القانون على خلاف ذلك ومنحها صفة أشخاص القانون الخاص.

¹ _ جورج فوديل، بيار دلفولفيه " القانون الإداري " الجزء الثاني ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008 ص:493.

² _ نادية المومني "الهيئات المهنية بالمغرب" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم الاقتصادية والقانون 2003-2004 ص: 116.

³ _ وفاء لهزيطا " تطور مفهوم القرار الإداري على ضوء الاجتهادات القضائية " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الإداري والعلوم الإدارية، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء 2002/2003 ص:36.

وفي حين رفض الفقيه SABDRIRIN الاعتراف بالصفة الإدارية لقرارات هذه الهيئات حيث اعتبر أن صدور قرارات إدارية عن هيئات غير إدارية سيؤدي إلى انحراف في مفهوم السلطة الإدارية¹.

واعتبرت "مارفون إكواغ تيغو" أن قرارات الهيئات المهنية وبصفة عامة قرارات الهيئات الخاصة تعتبر إدارية متى ارتبطت بمرفق عمومي فهي تجعل من مهمة المرفق العمومي شرطا ضروريا للإقرار بالقرار الإداري².

أما الفقه المصري فإن موقفه موحد اتجاه طبيعة قرارات الهيئات المهنية تماشيا مع ما أقره القضاء المصري حيث اعتبر هذه الهيئات أشخاصا عامة وبالتالي فإن قراراتها قرارات إدارية، ومن بين هؤلاء الفقهاء فوزي فرحات³، حيث اعترف بصفة القرار الإداري للقرارات الصادرة عن الهيئات المهنية وحتى بالنسبة للأشخاص الخاصين الذين يديرون مرفق عام سواء ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي تجاري .

وكذلك الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب⁴ الذي اعتبر الهيئات المهنية من أشخاص القانون العام واعتبر قراراتها قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء، وأعطى أمثلة ببعض النقابات المهنية نقابة الصيادلة الأطباء، المهندسين وكذا بعض الهيئات الدينية مثل مشيخة الطرق الصوفية وبطرفاية الأقباط الأركودكس في مصر. مع ملاحظة أن الأعمال الدينية المحضة لا تعتبر قرارات إدارية وإنما يعتبر كذلك القرارات التي تتخذها في تنظيم الهيئة الداخلي . ونفس التوجه تبناه الأستاذ نواف كنعان⁵.

في حين اعتبرها الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة⁶ من الهيئات العامة المرفقية وبالتالي فإن قراراتها هي قرارات إدارية يطعن فيها أمام محاكم القضاء الإداري .

¹ _ عصام نعمة اسماعيل " الطبيعة القانونية للقرار الإداري " دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 652

² _ المكي السراجي ونجاة خلدون " معيار القرار الإداري " المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 71 نونبر_دجنبر 2006، ص: 53.

³ _ فوزي فرحات " القانون الإداري العام " مكتبة الإستقلال، الطبعة الأولى 2004 ص: 379.

⁴ _ محمد رفعت عبد الوهاب " القضاء الإداري " الكتاب الثاني، قضاء الإلغاء- قضاء التعويض وأصول الإجراءات منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2005 ص: 30 وما بعدها.

⁵ _ نواف كنعان " القانون الإداري " الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2006، ص: 328 وما بعدها، وتبنى الأستاذ عصام نعمة اسماعيل نفس التوجه حيث اعتبر الهيئات المهنية أشخاص قانون عام، تصدر قرارات إدارية لأنها في نظره تجمع مقومات الأشخاص العامة، فإنشاؤها يتم بقانون أو مرسوم أو بأبي أداة تشريعية أخرى، وأغراضها وأهدافها ذات نفع عام، ولها على أعضائها سلطة تأديبية، ولهاؤلاء الاعضاء دون سواهم حق احتكار مهنتهم . واشترك الأعضاء في النقابات أمرحتي .

أنظر: عصام نعمة اسماعيل " الطبيعة القانونية للقرار الإداري، مرجع سابق ص: 653- 654.

⁶ _ عبد العزيز عبد المنعم خليفة " القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة " دار الفكر الجامعي 2007 ص: 343.

انطلاقاً مما سبق يتضح أنه أمام اختلاف الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية لقرارات الهيئات المهنية بين اعتبارها قضائية إدارية نجد أن توجه الفقه المصري موحد في اعتبار قرارات الهيئات المهنية قرارات إدارية وهذا راجع إلى استقرار توجه القضاء الإداري المصري في اعتبار الهيئات المهنية أشخاص معنوية عامة تصدر قرارات إدارية. ونحن نؤيد توجه الفقه المصري لأنه لا يكمن اعتبار هذه القرارات خاصة أمام الامتيازات الكبيرة التي تتمتع بها الهيئات المهنية.

الفقرة الثانية: الفقه المغربي :

إذا كان الفقه المصري مستقر على إصدار الهيئات المهنية للقرارات الإدارية فإن الفقه المغربي كمنظيرة الفرنسي اختلف حول الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة عن الهيئات المهنية. فاتجاه اعتبرها قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء وآخر أنكر عليها هذه الصفة أما فيما يخص هيئة المحامين ونظراً لخصوصيتها فقد اتجه أغلب الفقه إلى اعتبار قراراتها ذات طبيعة قضائية. ومن أنصار الإتجاه الأول نجد العميد روسي M. Rousset فبعد تأكيده على أن الهيئة تنظيم خاص معهود له بتدبير مرفق عام، ومتمتعة بامتيازات السلطة العامة، اعتبر أعمالها المتخذة وفق آليات المرفق العمومي، عندما تقوم بتنظيم المهنة، وتسجيل المنخرطين بالجدول وأورفضهم... أعمالاً إدارية قابلة للإلغاء أمام القضاء الإداري¹. وهونفس التوجه الذي تبناه محمد منتصر الداودي²، حيث اعتبر أعمال الهيئات المهنية المرتبطة بالمرفق العام تدخل في اختصاص القاضي الإداري. لأن من اختصاص القاضي الإداري مراقبة معايير القانون العام ومن بينها القرار الإداري وفي نفس السياق يقول كمال عبد الرحيم في رسالته إن الهيئات المهنية ليست مؤسسات عمومية وإنما هي هيئات خاصة مكلفة بتسيير وتنظيم مرفق عمومي حقيقي تعترف له الدولة بنوع من الإستقلالية وتخولها بعض الامتيازات ولاسيما امتياز القرار الإداري التنظيمي³، وكذلك الأستاذ أزيمان عمر وإن اختلف باقي الفقهاء حول طبيعة هذه الهيئات حيث يعتبرها أشخاصاً عمومية حقيقية فهويتفق على أن قراراتها هي قرارات إدارية⁴. وذهب الأستاذ عبد القادر باينة إلى اعتبارها أشخاص معنوية عامة من نوع خاص تصدر

¹ _ محمد يحيى " التحديد القضائي لمفهوم السلطة الإدارية في القانونين المغربي والفرنسي " مرجع سابق ص: 35.

² _ محمد المنتصر الداودي "الإشكاليات القانونية والواقعية في اختصاص القضاء الإداري " دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2005، ص: 18.

³ _ المكي السراجي "القرار التنظيمي في القانون المغربي " أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة 2001-2002، ص: 123.

⁴ _ المكي السراجي نفس المرجع والصفحة .

قرارات إدارية بالنسبة لقرارات التسجيل وقرارات قضائية عندما تتخذ قرارات التأديب مستدلا في ذلك ببعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي¹، وهونفس التوجه الذي تبناه الأستاذ مكسيم أزولاي حيث أكد على أنه يدخل في حكم الأعمال الإدارية ليس فقط الصادرة عن السلطات الإدارية ولكن حتى المقررات المتخذة من هيئات خاصة مكلفة بتأدية مهمة من مهام المرفق العام ومتمتعة في ذلك ببعض امتيازات القانون العام². وكذلك الأستاذ محمد نشطاوي حيث اعتبر الاعمال التي تقوم بها الهيئات المهنية من تسيير وإشراف على المهنة ووضع قوانين لممارسة المهنة، إنزال العقوبات التأديبية الملزمة لأعضائها، تقييد الأعضاء الجدد في جدول الهيئة...أعمالا يمكن الطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء³.

وفي المقابل نجد اتجاه ثاني يعتبر القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية قرارات غير إدارية ومن بين الفقهاء الذين ساروا في هذا الاتجاه نجد الأستاذ عبد الله حداد فيعتبر أنه وإذا كان بوسع الهيئات المهنية الاستفادة من مقتضيات القانون الإداري والتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة لأداء المهام المنوطة بها على أحسن مايرام فإنها بالرغم من كل ذلك تبقى مجرد أشخاص معنوية خاصة، لا يمكن اعتبار قراراتها داخلية في عداد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية. وبالتالي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري وهكذا تدخل منازعاتها في اختصاص المحاكم العادية⁴.

ويعتبر الأستاذ محمد يحيى أن قبول الطعن بالإلغاء ضد قرارات الهيئات المهنية أمام القضاء الإداري المغربي سيؤدي إلى تحريف مفهوم السلطة الإدارية فهذه الأجهزة في نظره غير إدارية ويصعب إيجاد مكان لها داخل التنظيم الإداري التقليدي⁵.

¹ _ عبد القادر باينة "أشكال النشاط الإداري" منشورات زاوية ص:127.

² _ عبد الوهاب رافع، جلييلة البشري توفيق "الدعاوى الإدارية في التشريع المغربي" مطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1996 ص:56.

³ _ محمد نشطاوي "المراقف العامة الكبرى" المطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2002 ص:86.

_ وسار في نفس الاتجاه المكي السراجي ونجاة خلدون حيث اعتبرا أن الهيئات الخاصة بصفة عامة عندما تمارس مهام المرفق العام فهي تتحول إلى سلطة إدارية تصدر قرارات إدارية وأعطيا أمثلة بالهيئات المهنية. أنظر "نجاة خلدون والمكي السراجي" معيار القرار الإداري" مرجع سابق، ص:54.

⁴ _ أنظر عبدالله حداد "تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي" مطبعة عكاظ، ص:31.

_ عبدالله حداد "الوجيز في قانون المراقف العمومية الكبرى" منشورات عكاظ، ص:46.

⁵ _ عبدالله حداد "دليل الدعوى غير الإدارية في القانون المغربي" منشورات عكاظ، ص:148.

_ محمد يحيى "التحديد القضائي لمفهوم السلطة الإدارية في القانونين المغربي والفرنسي" مرجع سابق، ص:36.

هذا وإذا كان الخلاف قد ثار بين الفقهاء المغاربة بالنسبة للهيئات المهنية حول مدى اعتبار قراراتها إدارية أو غير إدارية فإنه بالنسبة لهيئة المحامين . ونظرا لخصوصيتها . قد ظهر حول مدى اعتبار قرارات هذه الهيئة قرارات إدارية أم قضائية .

فالفريق الأول يعتبر قرارات هيئة المحامين قرارات قضائية ومن بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ عبدالله درميش حيث يعتبر القرارات الصادرة عن هيئة المحامين قرارات قضائية سواء تلك الصادرة عن الهيئة أو الصادرة عن النقيب، وخاصة تلك المتعلقة بالمتابعة التأديبية ويرى أن الأجهزة المذكورة في هذه الحالة تمتلك السلطات المخولة للقاضي مع ما يترتب عن ذلك من آثار كالكسب هذع القرارات حجية الشيء المقتضى به، وقابليتها للطعن أمام غرفة المشورة لدى محكمة الإستئناف . بالنسبة لقرارات النقيب يطعن فيها أمام الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف . والمسطرة التواجبية، واستدعاء المحامي المتابع للاستماع إليه وتمتيعه بحقوق الدفاع، وتعليل هذه المقررات وجعلها مشمولة بالنفذ المعجل، إذا تعلق الأمر بالإيقاف والتشطيط، وإمكانية إيقاف التنفيذ المعجل أمام محكمة الاستئناف¹ .

ونفس الرأي تبناه كل من الأستاذ رضوان بوجمعة والأستاذ عبد القادر باينة، حيث ذهب إلى اعتبار القرارات الصادرة عن هيئة المحامين قرارات قضائية سواء في مجال التأديب أو تنظيم المهنة² . وبالتالي التأكيد على عدم قابليتها للطعن بالإلغاء، وأنها تخضع للطعن أمام محاكم الاستئناف والغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في الدرجة الثانية عن طريق النقض .

أما الفريق الثاني فيعتبر قرارات هيئة المحامين قرارات إدارية حيث أكدت مليكة صروخ في بحثها المشترك، مع الأستاذ عبدالله ركاله على الطابع الإداري لهيئة المحامين من خلال حكم المجلس الأعلى في قضية حسن فتوح إذ ذهبت إلى أن الأعمال الصادرة عن هيئة المحامين سواء تعلق بوضع القواعد التنظيمية للمهنة أو تعلقت بالقرارات الفردية التي لها ارتباط بالمصالح التنظيمية للمهنة كالتسجيل أو رفضه، تدخل في إطار الوظيفة الإدارية للمهنة ويطعن فيها بالاستئناف وبعد ذلك بالنقض³ . ونفس الشيء أكده الأستاذ المرغيني في كتابه "المبادئ العامة للقانون الإداري" والأستاذة أمينة جبران في كتابها "دعوى القضاء الشامل وإمكانية الطعن بدعوى الإلغاء ضد قرار هيئة المحامين " مستدلين في ذلك بنفس القضية " حسن فتوح". وقد أكدت الدكتورة أمينة جبران على الطبيعة المزدوجة لقرارات

¹ _عبدالله درميش "الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في إطار قانون مهنة المحاماة " مجلة المحاكم المغربية . العدد 94، ص:22 وما بعدها .

² _رضوان بوجمعة "قانون المرافق العامة " مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2000، ص:145_149.

³ _مليكة صروخ، عبدالله ركاله "الهيئات المهنية بالمغرب" مرجع سابق، ص:55.

هيئة المحامين، حيث تذهب إلى أن هيئة المحامين وإن كانت تصدر بعض الأعمال القضائية إلا أنها لا تعتبر مع ذلك سلطة قضائية محضة¹.

وسيرا في نفس الاتجاه ذهب الأستاذ أحمد بوعشيق² إلى أن هيئة المحامين ليست بسلطة إدارية طبقا للمعيار العضوي ولا بهيئة خاصة تدار بأسلوب القانون العام طبقا للمعيار المادي، ولهذا فأعمالها لا تقبل الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري . في حين اعتبر أن القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية الأخرى تقبل الطعن بالإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام المحاكم الإدارية بصفة ابتدائية ويجوز استئناف أحكامها أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى . للإشارة فقد تم إحداث محاكم استئناف إدارية سنة 2006 وبالتالي أصبحت أحكام المحاكم الإدارية تستأنف أمام محاكم الاستئناف الإدارية وتنقض أمام المجلس الأعلى (محكمة النقض) .

ونحن نؤيد الفقه الذي يعتبر قرارات الهيئات المهنية قرارات إدارية وذلك للامتيازات التي تتمتع بها ولطبيعة نشاطها المتعلق بمرفق عام. أما فيما يخص قرارات هيئة المحامين فهي قرارات قضائية نظرا للمسطرة الخاصة التي نظمها المشرع للطعن فيها أمام غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف أو الرئيس الأول لهذه الأخيرة حسب ما إذا كان القرار صادرا عن مجلس الهيئة أو النقيب، فالمشرع بنصه على هذه المسطرة الخاصة جعل قرارات الهيئة القضائية بصفة ضمنية.

¹ - أنظر محمد قصري "القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات عدد 1، سنة 1995، ص: 17_18.

² - أحمد بوعشيق "المرافق العامة الكبرى" مرجع سابق، ص: 74_76.

_ نفس التوجه تبناه الأستاذ محمد قصري حيث اعتبر "أن نقابة هيئة المحامين تعتبر هيئة خاصة من منظمة بقانون خاص وهو قانون المحاماة، وقد نظم هذا الأخير مسطرة اتخاذ أعمالها، وطرق الطعن فيها أمام القضاء العادي وهي محكمة الاستئناف التي يوجد مقر الهيئة بدائرتها . ومن ثمة فلا

هي سلطة إدارية طبقا للمعيار العضوي ولا هيئة خاصة مرفقا عاما تدار بأسلوب القانون العام طبقا للمعيار المادي ولذلك فأعمالها لا تقبل الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري " محمد قصري نفس المرجع، ص: 18.

خاتمة

انطلاقا مما سبق نلاحظ أنه إذا كان كل من الفقه والقضاء الإداريين قد اختلفوا حول طبيعة القرارات الصادرة عن الهيئات المهنية بين من يعتبرها قرارات إدارية متى ارتبطت بتنظيم مرفق عام باستخدام وسائل القانون العام . امتيازات السلطة العامة . وبين من يميز بينها فيعتبر احداها إدارية -قرارات التسجيل- وأخرى قضائية -قرارات التأديب-.

فإن الخلاف قد وقع خاصة في المغرب بين الفقه والقضاء المغربي بخصوص هيئة المحامين حول مدى اعتبار قراراتها إدارية، قضائية أم خاصة، خصوصا وأن المشرع قد أفرد لقرارات هذه الهيئة مسطرة خاصة للطعن فيها شبيهة بمسطرة الطعن في الأحكام القضائية . الاستئناف والنقض . مما أدى إلى صعوبة تحديد طبيعتها، ومن تم وجود أحكام متعارضة بشأن طبيعتها فتارة تعتبرها قضائية وأخرى إدارية، وهذا راجع إلى غموض المشرع فكان عليه عندما نص على المسطرة الخاصة للطعن في قرارات هيئة المحامين أن يحدد طبيعة هذه القرارات في كونها إدارية، قضائية أو خاصة .

الالتزام بالإعلام في القانون المغربي

دراسة على ضوء مدونة التأمينات

يوسف الزوجال¹

دكتور في الحقوق

استاذ زائر بكلية الحقوق بطنجة

مقدمة:

أثبتت بعض الدراسات التي أجريت في قطاع التأمين بالإضافة إلى غلاء خدمات التأمين والمعاملة السيئة للمؤمن له، صعوبة قراءة وثائق التأمين وغياب الإعلام عن الخدمات التي تقدمها شركات التأمين².

ومن هنا تبرز الأهمية القصوى للالتزام بالإعلام بحيث لا يمكن أن يستعلم كل متعاقد عن كل الأشياء التي تكون محل التعاقد فالمستهلك "يحتاج إلى حماية من نوع خاص تبدأ منذ فترة ما قبل التعاقد، وتنتهي بمرحلة ما بعد الاستهلاك فالبائع ملزم بإخبار المشتري وتزويده بكل النصائح والمعلومات التي تساعد على تحديد موقفه من التعاقد"³.

ويحقق الإعلام بالنسبة للمستهلك امتيازين هما:

-الامتياز الأول يخول للمستهلك، إمكانية معرفة ثمن السلع أوالخدمات مسبقا، دون إجراء أي اتصال مع المهني، وذلك يعني أن القانون يضمن للمستهلك الحرية التامة في التعبير عن اختياراته، بعيدا عن كل تأثير قد يجبر المستهلك على اختيار بعض الأنواع من الخدمات، التي لا تستجيب لرغباته :

– الامتياز الثاني وهو ما يحققه هذا الإعلام من منع في ممارسة التفاضل ما بين المستهلكين، فالقانون يحرم على المهني كل ما من شأنه يؤدي إلى تفضيل مستهلك على آخر، من حيث السعر، بالنظر إلى شخصيته أوصفته الاجتماعية.

على سبيل المقارنة عمل المشرع الفرنسي على إلزام المهني بتوضيح الالتزامات الواردة في العقد، بشكل يمكن المستهلك من استيعاب مضمونها.

¹مستشار بالمركز الأكاديمي للدراسات الاسرية بطنجة وعضوالمركز الاكاديمي للدراسات القانونية والقضائية بأصيلة

²-V. Belouas : "Le secteur des assurances n'a pas bonne presse selon "léger & léger", La vie économique, vendredi 17 juillet 1988, p: 19.

³أورده الحسين بلوش : "إعلام المؤمن له في مدونة التأمينات الجديدة"، مجلة القصر، ع 6، شتبر 2003:ص 53 و54.
³عبد القادر العرعاري "الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة: الكتاب الأول، عقد البيع"، ط 1، 1994، ص45.

ومن أمثلة ذلك ما جاء النص عليه في المادة 15- L114 التي تفرض على المهني ضرورة الإشارة إلى الأجل المحدد الذي يلتزم فيه المهني بتسليم الشيء أوتقديم الخدمة، ويجب توضيح ذلك في العقد بشكل يستوعبه المستهلك.

ونظرا للأهمية التي يكتسبها، ركز المشرع المغربي في جل العقود المسماة مثل التأمين على الالتزام بالإعلام باعتباره وسيلة لإعادة التوازن المفقود بإلزام الطرف الأكثر علما بإعلام الطرف الأقل علما.

فما المقصود بالالتزام بالإعلام ؟

وما مضمونه في إطار قانون حرية الأسعار والمنافسة خصوصا فيما يتعلق بالخدمات؟

وما جزاء الإخلال به ؟

المبحث الأول : ماهية الالتزام بالإعلام وتمييزه عن الأنظمة المشابهة

سنحاول من خلال هذا المبحث دراسة التأسيس المفاهيمي للالتزام بالأعلام ودالك من خلال التطرق لماهيته في (المطلب الأول) على أن أخصص تمييزه عن النظم المشابهة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : ماهية الالتزام بالإعلام

الإعلام في اللغة، هو الإفشاء ويشتق من عبارة علم، علما، أي حصلت له حقيقة العلم ويقال أعلمه الأمر أي أطلعته عليه.¹

وإصطلاحا فالإعلام عبارة عن بيان أوإشارة أو تعليمات يمكن أن تقدم توضيحا بشأن واقعة أو قضية ما.²

وأول من نادى بضرورة فرض الالتزام بالإعلام على عاتق المتعاقد الفقيه ريبير³ Rippert. يستفاد مما سبق أن الالتزام بالإعلام يستلزم من أحد المتعاقدين إعلام المتعاقد الآخر بكافة الوقائع والمعلومات لضمان تنفيذ العقد.

وهذا ما يسميه البعض "الالتزام الإيجابي" لأنه يفرض الالتزام بالصدق والأمانة نحو المتعاقد الآخر.⁴

يقول ذ. "عباسي بوعبيد" بهذا الصدد "يبدو أن هذا الالتزام حديث نسبيا في القانون

¹ المعجم الوسيط، ج.2، ط 3، دار المعارف، ص : 718.

² بوعبيد عباسي: "الالتزام بالإعلام في العقود"، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، ماي 2008، ص : 34.

³ G. Ripert : "La règle morale dans les obligations civiles en droit français", 4^e éd., 1949, n°40, p : 40.

⁴ Roselles : "Le droit pénal et la moralisation du contrat", th Aix-en-provence, 1967, p : 87.

حيث يتعلق الأمر بدرجة متممة للصدق والصراحة لاعتبار أن المتعاقد ملزم بالتصرف بشكل إيجابي، وهكذا فعندما يكون المدين على علم ببيان معين ويعتقد بأهميته بالنسبة للطرف الآخر يجب عليه أن يبلغه إليه.

يجب إذن أن يكون هذا الالتزام بالإعلام تلقائياً، فلا يجب استغلال ضعف الطرف الآخر الذي قد لا ينتبه إلى البيانات التي تهمة".¹

المطلب الثاني : تمييز الالتزام بالإعلام عن الأنظمة المشابهة

اختلف الفقهاء حول الألفاظ المستعملة للدلالة على الالتزام بالإعلام، فمنهم من استخدم عبارة Renseignement ومنهم من استعمل لفظة information أو عبارة conseil.² أما بالنسبة للفقهاء المسلمين والعرب لم يتفقوا بدورهم على مدلول واحد للتعبير عن الالتزام بالإعلام منهم من ركز على لفظ الالتزام بالتبصير³ فيما يرى البعض الآخر أنه يستحسن استعمال لفظ "الالتزام بالإخبار"،⁴ بينما بعض الفقهاء يفضلون توظيف كلمة الالتزام بالإعلام.⁵

الفقرة الأولى : تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير والنصح

ميز الفقه بين الإعلام والتحذير والنصح.⁶

أولاً : تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير

التحذير هو "لفت نظر المتعاقد الآخر إلى المخاطر المادية أو القانونية المترتبة على التعاقد، إنه يوجد في منطقة وسطى بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصح فهو أقوى من مجرد الإعلام ولكنه لا يصل إلى درجة النصح، كما أن الالتزام بالإعلام يتلخص بصفة عامة في تقديم موضوعات موضوعية".

ثانياً : تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصح

النصح "فهو التزام تبعي للالتزام الأصلي الذي هو محل العقد".

¹ بوعبيد عباسي : م.س، ص : 38.

² للاطلاع على الفقهاء الذين ركزوا على هذه الألفاظ، انظر بوعبيد عباسي: م.س، ص: 39-40.

³ سهير منتصر: "الالتزام بالتبصير"، دار النهضة العربية 1990، ص : 1.

وكذلك العربي مياد : "الالتزام قبل التعاقد بالتبصير"، مجلة القانون المغربي، ع 12، يناير 2008، ص:9.

الحسين بلحساني : "أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع 4، 2001، ص : 5.

⁴ فاتح كمال : "سعر القرض البنكي أية حماية للمستهلك"، مجلة الملف ع 10، أبريل 2007، ص:38.

⁵ بوعبيد عباسي : م.س، ص : 7.

أستاذنا عبد الخالق أحمدون : "الأسس الأخلاقية لقانون المنافسة والتحديات الراهنة"، مجلة طنجيس والقانون والاقتصاد، ع 3،

2003، ص : 57.

⁶ بوعبيد عباسي : م.س، ص : 48 إلى 64.

وفقا لما سبق، يعتبر واجب النصح واجبا لا ينافي في وجوده لأنه التزام يقع على الطرف الذي بسبب موقعه في العقد يملك معلومات لا يشاركه فيها الطرف الآخر.¹ وهذا ينطبق كذلك فيما مجال التأمين نظرا لصعوبة الحصول على معلومات متعلقة بالعقد زيادة على عدم تخصص المستهلك (المؤمن له)، مما فرض كذلك على المشرع تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام في مدونة التأمينات الجديدة.

الفقرة الثانية: تمييز الالتزام بالإعلام عن الإعلان

الإعلام هو: عبارة عن التزام قانوني سابق على إبرام العقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية. ويخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها إلى الطرف الآخر بهدف أن يصدر الرضى صحيحا سليماً من طرفي العقد.

فالإعلام هو نشر الحقائق والمعلومات والأخبار بين الجمهور بمعنى نشر الثقافة وتنمية الوعي السياسي والارتقاء بالمدارك أي يمكن اعتباره أحد أشكال الاتصال التي تقدم بيانات ومعلومات للجمهور.

أما الإعلان فهو: يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي وغالبا ما يكون مدفوع الأجر عادة وبحسب الوقت والمساحة التي تشتري من وسائل الإعلام المختلفة. إذن الإعلام هو أكثر موضوعية من الإعلان الذي يخلو من قدر من المبالغة والتفخيم في التعبير وفي البيان أوصاف المنتجات والخدمات.

المبحث الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام وجزاءه وفق مدونة التأمينات الجديدة
سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال التطرق مضمون الالتزام بالإعلام (المطلب الأول) على أن نخرج الحديث جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في مدونة التأمينات الجديدة وذلك من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون الالتزام بالإعلام وفق مدونة التأمينات الجديدة
ميز المشرع المغربي في مدونة التأمينات الجديدة بخصوص الالتزام بالإعلام بين ما يسمى فقهما عقد التأمين الفردي وعقد التأمين الجماعي.² وسنقتصر في دراستنا على الالتزام

¹ محمد الكشيور: "انطباعات حول المسؤولية والتأمين"، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية 1991، ص: 148.
² لقد خص المشرع المغربي عقد التأمين الجماعي بعدة مقتضيات تهتم بالالتزام بالإعلام بمقتضى المادة 106 من مدونة التأمينات الجديدة، حيث يلتزم المكتتب بما يلي:
تسليم المنخرط بيانا معدا من طرف المؤمن يعرف من خلاله بالضمانات وكيفية دخولها حيز التطبيق وكذا الإجراءات الواجب القيام بها عند وقوع الحادث.
إخبار المنخرطين كتابة بالتغيرات المزمع عند الاقتضاء إدخالها على حقوقهم والتزاماتهم.

بالإعلام¹ في عقد التأمين الفردي.

بغض النظر عن مختلف المراحل التعاقدية ما قبل أوفي إطار تنفيذ العقد المبرم من طرف المكتب المؤمن له² يمكن إجمال الحماية المقررة عموماً في مدونة التأمينات الجديدة في النقاط التالية المتطلبات الشكلية اللازم توفرها في بيان المعلومات (أولاً) والإعلام بشروط العقد والتزاماته كأهم وسيلتين حمايتين مقررتين لحماية رضا المستهلك المؤمن له (ثانياً).

الفقرة الأولى: المتطلبات الشكلية كآلية حامية للشخص المكتب في عقد التأمين
حد القانون المغربي مجموعة من الشكليات³ لإخبار المؤمن له⁴ والمتمثلة في اشتراط الكتابة وشكلها، كما استلزم توفر مجموعة من البيانات في عقد التأمين.

¹ يركز بعض الفقهاء المغاربة أمثال محمد أوغريس ومحمد أمراني زنتار فقط على اقتراح التأمين كوسيلة لإخبار أو إعلام المؤمن له قبل التعاقد النهائي.

محمد أوغريس: أحكام التأمين البري في التشريع المغربي م.س، ص: 112.

محمد أمراني زنتار: شرح قانون 99-17 م.س، ص: 107.

أما الفقيه العربي مياد فقد تناول الالتزام بالإخبار في عقد التأمين على ضوء القرار الوزيري الصادر بتاريخ 28 نونبر 1934. العربي مياد: "عقود الإذعان". م.س، ص: 270.

بالنسبة للفقه الفرنسي انظر: RGDA, 1997, p: 83. YAWAGA S: « les obligations précontractuelles de l'assureur ».

² يستعمل المشرع المغربي في المادة الأولى من مدونة التأمينات الجديدة عبارة "المكتب" للدلالة على الشخص المتعاقد في عقد التأمين ومن هنا نتساءل عن مفهوم المكتب أي المؤمن له (المستهلك). المكتب أو المتعاقد: "هوكل شخص طبيعي أو معنوي يبرم عقد التأمين لحسابه أو لحساب الغير ويلتزم بموجبه اتجاه المؤمن بتسديد قسط التأمين وتنفيذ الالتزامات المقابلة للالتزامات المؤمن له".

محمد الهبني: "الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري". رسالة نوقشت بكلية الحقوق بفاس 2006 ص: 7. حاولت بعض التشريعات المقارنة الإحاطة بهذا المفهوم، مثلاً المشرع المصري في النص رقم 53 من المشروع التمهيدي الذي عرفه على أنه: "يقصد بطالب التأمين الشخص الذي يتعهد بتنفيذ الالتزامات المقابلة للالتزامات المؤمن".

اعتبر المشرع المغربي المؤمن له في المادة الأولى من المدونة شخص طبيعي أو معنوي يرتكز التأمين عليه أي على شخصه وعلى مصالحه. وينذهب الفقيه عبد السلام فيغوفي نفس الاتجاه حيث اعتبره: "الشخص الذي يهدده في شخصه أو في ماله الخطر المؤمن ضده،

والذي لحمايته وألحماية مصالحه ثم إبرام عقد التأمين" عبد السلام فيغو: "عقد التأمين"، ط 2000، ص: 145. ←
= وقد جاء المشرع المغربي بشكل عام ليضع صفة المؤمن له على شكل شخص له مصلحة في الاحتفاظ بشيء يلتجأ إلى التأمين وهذا ما يستفاد من المادة 40 من مدونة التأمينات الجديدة التي نصت على أنه: "يمكن لكل شخص له مصلحة في الاحتفاظ بشيء أن يقوم بتأمينه".

وقد انتقد بعض الفقه التعريف المقدم للمؤمن له في التشريع المغربي بحيث يرى "أن المشرع المغربي ما كان عليه أن يقم نفسه في هذه التعريفات التي تعتبر من اختصاص الفقه فقد سقط في المحذور إذ لم يشر لا من قريب ولا من بعيد لمسألة تحقق الخطر مما جعل هذا التعريف ناقصاً". محمد الأمراني زنتار: "شرح قانون التأمين رقم 99-17 م.س، ص: 104، هامش رقم 2.

³ حول شكلية العقود بصفة عامة انظر:

سمير الوافي الشكلية في العقود ر.د.د.ع كلية الحقوق الدار البيضاء 1998.

انظر كذلك:

J.P.Pizzio: « formalisme des contrats: de la nécessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme », INC Hebdo, décembre 1988, n°636 à 639.

⁴ عابدين ولد الخير: "الحماية القانونية للمؤمن له أثناء تكوين العقد"، دراسة مقارنة في القانونين المغربي والموريتاني، ر.د.د.ع في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة 1996-1997، ص: 132.

1- الشكليات والبيانات المستلزمة في بيان المعلومات

1- اشتراط الكتابة :

لم يشترط المشرع المغربي قالباً أو شكلاً خاصاً في عقد التأمين¹، إذ يجوز أن تكون شروط وبنود العقد مطبوعة ومكتوبة على الآلة الكاتبة أو محررة بخط اليد، باستثناء شرط وحيد وهو أن يكون العقد مكتوباً بحروف بارزة أو بحروف بارزة جداً، وهذا ما نصت عليه المواد 6 و11 و14 من مدونة التأمينات الجديدة² بمعنى أن يكون تحرير عقد التأمين بحروف واضحة ومقروءة³.

وقد توخى المشرع المغربي بذلك تمكين المؤمن له -المستهلك من قراءة شروط العقد قبل إقدامه على التوقيع.

يستفاد مما سبق أن اشتراط الكتابة بحروف بارزة تعد أهم ميكانيزم يساهم في تكوين رضى متبصر للمستهلك عن طريق إعلامه بكافة شروط التعاقد خاصة الشروط الجوهرية.

II لغة عقد التأمين :

تهدف مدونة التأمينات الجديدة إلى تبصير وتنوير المؤمن له إلا أنها لم تنص على اللغة التي يجب أن يكتب بها عقد التأمين بمعنى أي لغة كتب بها عقد التأمين تعتبر مقبولة من الناحية القانونية ولو كان أحد الطرفين لا يفهمها⁴.

¹ محمد الأمrani زنتار: شرح قانون 99-17 م.س، ص: 110.

² تنص المادة 6 من مدونة التأمينات الجديدة على ما يلي: "إذا كانت مدة العقد تفوق سنة يجب كتابتها بحروف بارزة جدا على توقيع المكتتب ويجب التذكير بهذا الشرط في كل عقد

كما تنص المادة 14 من نفس المدونة "شروط العقد التي تنص على حالات البطلان المنصوص عليها في هذا الكتاب أو على حالات سقوط الحق أو الاستثناءات وأحوالات استخدام التأمين لا تكون صحيحة إلا إذا أُشِرَ إليها بحروف جد بارزة" وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 11 من مدونة التأمينات الجديدة ما يلي: "يجب أن يحرق عقد التأمين كتابة بحروف بارزة". ويستفاد مما سبق أن الكتابة هنا هي شرط إثبات وليس شرط انعقاد وهذا ما أكد عليه القضاء المغربي "لكن حيث إن عقد التأمين عقد رضائي يمكن إثباته بوثيقة التأمين أو بمذكرة التغطية التي يمكن إثباتها بالوصل الذي تسلمه شركة التأمين للمؤمن له أو بالكتب المتبادلة أو بقرينة من المؤمن للمؤمن له".

قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1998/06/03، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 56، ص: 113. انظر كذلك قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 8 فبراير 1962 الذي أكد أنه في مسائل التأمين يجب كتابة العقد. مجلة القانون المغربي نونبر 1962 ص 890.

³ الإشكال المطروح بهذا الصدد هو ما المقصود بوضوح الكتابة هل وضوح المبنى (اللفظ) أو الخط أم وضوح المعنى خاصة علما أن المشرع استعمل عبارة "الحروف"؟ نعتقد أن المشرع المغربي قصد المعنى والخط معا. ويقصد بعبارة أحرف واضحة الذي يشترطه المشرع أن تكون هذه الحروف مميزة عن غيرها بطابعها أولونها أو شكلها بشكل يسهل قراءتها مقارنة مع غيرها. ولا تعد كتابة شرط بأحرف مائلة "en italique"، كتابة بأحرف جد بارزة رغم أن العقد مكتوب بأحرف عادية.

الحسين بلوش: "إعلام المؤمن له في مدونة التأمينات الجديدة"، مجلة القصر، ع 6، شتبر 2003، ص: 60. ⁴ بالنسبة للقضاء المغربي فهو الآخر لا يشترط ترجمة الوثائق والعقود إلى اللغة العربية كشرط لصحتها والأخذ بها طبقا للفصل الخامس من قانون 3-64 الصادر بتاريخ 1965/01/26 المتعلق بتوحيد ومغربية المحاكم وهذا ما جاء في احد قرارات المجلس الأعلى: "حيث لئن كانت اللغة العربية هي اللغة الرسمية فإن الدستور لا يمنع استعمال لغة أجنبية إذا دعت الضرورة لذلك".

قرار مجلس الأعلى صادر بتاريخ 1983/11/25 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 35-36، ص: 127.

انظر كذلك القرار 1992/06/17 الصادر بتاريخ 1992/06/17 ع 67 نونبر دجنبر 1993، ص: 124.

وقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 99/12/15 مجلة القضاء والقانون ع 145، ص: 167.

فمن المعلوم أن أغلب عقود التأمين تتم من الناحية الواقعية باللغة الفرنسية رغم أن الدستور المغربي ينص على اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للبلاد طبقا لما جاء في تصدير دستور المملكة لسنة 1996¹.

ونؤيد بعض الفقه في اقتراحه المتعلق بتدخل المشرع بواسطة قانون حماية المستهلك ليفرض صراحة كتابة عقود الاستهلاك باللغة العربية حتى يتسنى للأغلبية المتعاملين بها إدراكها وفهمها². واستجابة لهذا المطلب عمل المشرع المغربي على استعمال تقنية تعريف المصطلحات التأمينية³.

2- المعلومات المستلزقة في عقد التأمين :

من أهم البيانات الواجب توافرها في عقد التأمين نجد تاريخ التوقيع والمعلومات الشخصية للأطراف، ثم نوع التأمين المبرم. أما باقي البيانات سيتم ذكرها عند التطرق إلى الالتزام بالإعلام في عقد التأمين⁴.

أ - تاريخ توقيع عقد التأمين والمعلومات الشخصية للأطراف :

- أهمية تاريخ توقيع عقد التأمين وأثاره :

تتجلى أهمية تاريخ توقيع عقد التأمين بالنسبة لطرفي عقد التأمين في النتائج القانونية المتمخضة عنه والمتمثلة فيما يلي :

¹ أبو مسلم الحطاب: "رسمية اللغة العربية إلى أين"، مجلة المحاكم المغربية، ع 11 شتنبر أكتوبر 2003، ص :39. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فرغم التنصيص على لغة عقد التأمين فإن ذلك لم يحل المشكل نهائيا لأن مستهلكي التأمين يعانون من صعوبة فهم كل ما يرد في عقود التأمين من مصطلحات مما أدى بالفدرالية الفرنسية لشركات التأمين إلى تكوين لجنة أطلقت عليها اسم "لجنة تحسين لغة التأمين" والتي تتكون من ممثلي الإدارة الوصية وقضاة ومحامين وأساتذة جامعيين ولغويين ووكلاء التأمين وممثلي جمعيات حماية المستهلك وممثلي شركات التأمين. ينص قانون التأمين الفرنسي صراحة على إلزامية كتابة عقد التأمين باللغة الفرنسية. أنظر الموقع الإلكتروني www.senat.fr تاريخ الاطلاع 2009/05/15، 16h18.

² وهونفس الشيء في القانون البلجيكي من خلال الفصل 26 من القانون المتعلق بحماية المستهلك الذي ينص على وجوب كتابة العقد باللغة الفرنسية ما لم يتفق الأطراف على كتابته بلغة أخرى غير الفرنسية.

³ الحسين بلوش : التزام المؤمن له بالتصريح م.س، ص : 62.

⁴ ظهر في التشريعات المنظمة لمجال الأعمال تطور هام نتج عنه استعمال مصطلحات لم يألفها المتعاملون بهذا القانون. وحتى يستطيع المتعاقد فهم هذه القوانين، أضحت هذه التشريعات تستعمل تقنية تعريف المصطلحات وهذا ما تضمنته المادة الأولى من مدونة التأمينات لتعريف المصطلحات الواردة في هذا القانون بحيث وصل عدد المصطلحات التي عرفتها هذه المادة 46 مصطلحا وذلك بتقريبها من المتعاملين في مجال التأمين. أضف إلى ذلك أن العديد من الشروط العامة لعقود التأمين درجت على تعريف المصطلحات المدرجة فيها. لذلك فمن المفروض أن يتضمن عقد التأمين المبرم من طرف المكتب شرح جميع المصطلحات التأمينية الواردة أعلى الأقل أهمها.

⁴ راجع يوسف الزوجال: الحماية القانونية للمستهلك في عقد التأمين دراسة تشريعية مقارنة، رسالة لنيل الماستر في القانون المدني والأعمال سنة 2009/2008، ص 40

انعقاد مسؤولية المؤمن له عن مدى صحة البيانات المعلومة لديه المؤثرة على فكرة المؤمن عن الخطر أوالمؤثرة على رضائه وتحديد لحظة إبرام العقد فمنذ هذا التاريخ يلزم المؤمن له بأداء الأقساط مقابل تحمل المؤمن الضمان بالإضافة إلى تحديد أساس ترتيب المؤمنين المتعاقدين ضامني الخطر الواحد عندما تتضمن وثيقة التأمين شرطا خاصا يقضي بتوزيع المسؤولية بينهم وفقا للأسبقية في التاريخ (المادة 42 من مدونة التأمينات الجديدة). أما في حالة عدم الإشارة إلى ذكر تاريخ التوقيع في وثيقة التأمين فلا يترتب عن ذلك بطلانها.

- تحديد المعلومات الشخصية الخاصة بالأطراف المتعاقدة :

تختلف المعلومات الشخصية الخاصة بالأطراف المتعاقدة اللازم تضمينها في العقد من جهة المؤمن أو من جهة المؤمن له.

* من جهة المؤمن :

يجب تحديد اسم الشركة التعاضدية للتأمين أو اسم شركة التأمين إضافة إلى مقر عملها ورقم قيدها في السجل التجاري وضرورة الإشارة إلى أنها مقاوله خاضعة لأحكام القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، مكتوبة بحروف بارزة وموحدة بعد تسميتها التجارية¹.

* من جهة المكتتب المؤمن له :

يجب ذكر الاسم العائلي والشخصي ثم مهنته وموطن ومقر عمله وفي التأمين على الحياة يلزم أيضا تعيين اسم الغير المستفيد إذا كان محددًا أو اسم الشخص المؤمن على حياته في حالة التأمين على حياة الغير وتاريخ ازدياده بحيث أن هذا التعيين في الشخص المؤمن له أوالغير المستفيد يجب أن يكون محددًا بصفة تنتفي عنه الجهالة².

-ب- تبيان نوع التأمين :

يجب أن يبين العقد نوعية التأمين أهوتأمين على الأشخاص أو تأمين من الأضرار³. ففي التأمين على الأشخاص يجب تحديد الشخص المؤمن على حياته أوالشخص المؤمن من الإصابات. أما في التأمين على الأشياء يجب بيان الشيء المؤمن عليه من الخطر بكل دقة، وذكر المحل المؤمن عليه من الحريق أوعدد الماشية ونوعها في التأمينات ضد موت الماشية أوالمنتوجات ونوعها في التأمين ضد البرد⁴.

¹ محمد أوغريس : احكام التامين في التشريع المغربي م.س، ص : 121.

² محمد الهيني : م.س، ص : 76.

³ محمد أوغريس : م.س، ص : 121.

⁴ محمد الهيني : م.س، ص : 77.

تنص الفقرة الأولى من المادة 57 على ما يلي فيما يخص التأمين ضد البرد يجب على المؤمن له أن يرسل التصريح بالحدث داخل اجل 5 أيام من وقوعه إلا في حالة قوة قاهرة أوحادث فجائي وكذا في حالة تمديد هذا الأجل بمقتضى العقد

الفقرة الثانية: إعلام المؤمن له من خلال شروط العقد الخاصة

في هذا الإطار نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة التأمينات على ما يلي:
"يسلم المؤمن للمؤمن له قبل اكتتاب العقد بياناً للمعلومات يبين على الخصوص الضمانات والاستثناءات المتعلقة بها وسعر هذه الضمانات والتزامات المؤمن له".
وفي نفس السياق تنص المادة 13 من قرار وزير المالية والخصوصية الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2004 المتعلق بعقد التأمين على أنه "يجب أن يتضمن بيان المعلومات على الأقل ما يلي: الضمان أو الضمانات موضوع العقد¹ والاستثناءات والقيود المتعلقة بالضمانات² وحالات

¹ وهبة الزحيلي: "نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي"، دراسة مقارنة دار الفكر، ط 1982، ص: 15. يقصد بالضمان واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة أو غرامة ماثلة.
محمد فوزي فيض الله: "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام"، مكتبة دار التراث الكويت، بدون ذكر الطبعة، ص: 14.
الضمان هو "شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر".
وتتحدد مدة الضمان باتفاق الطرفين أما إذا تحدد هذا الشرط من طرف واحد يعتبر لاغياً وباطلاً وهذا ما يؤدي إلى اعتبار العقد وكأنه مبرم لمدة سنة واحدة فقط.

تنص المادة 6 من مدونة التأمينات الجديدة على أنه: "تحدد مدة العقد في بوليصة التأمين غير أنه يمكن للمؤمن له مع مراعاة الأحكام الواردة بعده والمتعلقة بالتأمين على الحياة أن ينسحب من العقد عند انصرام مدة 365 يوماً ابتداء من تاريخ اكتتاب العقد شريطة أن يخبر المؤمن بذلك وفق الشروط المنصوص عليها في هذه المادة بواسطة إخطار بالفسخ تعادل مدته على الأقل الأجل الأدنى المحدد في العقد، ويملك المؤمن كذلك هذا الحق الذي يجب التنصيص عليه في كل عقد تأمين، ويجب أن تتراوح مدة الحد الأدنى لهذا الإخطار ما بين تسعين يوماً غير أنه يمكن أن تقل مدة الحد الأدنى لهذا الإشعار المتعلق بفسخ ضمان الإخطار المشار إليها في المادة 45 من هذا الكتاب عن 30 يوماً".

² تنص المادة 17 من مدونة التأمينات الجديدة على أن الاستثناء من الضمان ينبغي أن يتم التنصيص عليه بطريقة صريحة ومحددة في العقد. وتنص المادة 27 من مدونة التأمينات الجديدة على ما يلي: "في حالة يتحمل المؤمن الخسائر والأضرار الناتجة عن الحوادث الفجائية أو الناتجة عن خطأ المؤمن له عدا استثناء صريح ومحدد في العقد". تشير هنا إلى أنه يجب التمييز بين مستثنيات الضمان ومستثنيات التأمين فالمقصود بمستثنيات الضمان الحالات التي تجعل المؤمن غير ملزم بأداء التعويض للمضروب إذا ما توفر واحد من هذه المستثنيات. عبد الكريم قابيل: "مستثنيات الضمان في عقد التأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات"، مطبعة الوراقة الوطنية، ط 1، 2004، ص: 43 وما بعدها.
أمين السدراتي: "دفع شركات التأمين بانعدام الضمان بين الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين ومدونة التأمينات الجديدة"، مجلة الملف ع 6، ماي 2005، ص: 16 وما بعدها.

أما في القضاء المغربي فقد طبق القواعد التشريعية المتعلقة باستثناءات الضمان تطبيقاً ضيقاً وحرفياً وهذا ما يتأكد من خلال عدة قرارات نذكر منها على سبيل المثال قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 29 دجنبر 2004 حيث جاء فيه ما يلي:
"بأن الفقرة الثالثة من البند السابع المتعلقة بالمقتضيات الخاصة بالأخطار المستثناة من التأمين أكدت أن الحالات التي لا يشملها عقد التأمين هي الأفعال والأخطاء المرتكبة من طرف المؤمن له المرسل أو المرسل إليه أو المكلفين من طرفهم وممثليهم وذي حقوقهم"

قرار المجلس الأعلى ع 1424 المؤرخ في 29 دجنبر 2004 ملف تجاري عدد 2004/1/3/592 المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع 8، ماي 2005، ص: 96 إلى 98.
أنظر كذلك:

حكم رقم 4877 بتاريخ 14/12/2000 ملف مدني رقم 2000/5/1/947 مجلة المرافعة ع 13، دجنبر 2002، ص: 147.
غير أن المؤمن لا يتحمل، رغم أي اتفاق مخالف للخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ متعمد أو تدليس للمؤمن له. وفي نظرنا يهدف المشرع من اشتراط الوضوح والتحديد فيما يخص استثناءات الضمان جعل إرادة المتعاقد المؤمن له أو المستهلك أو العموم بصفة عامة واضحة لا يشوبها أي لبس أو غموض وحتى يستطيع هذا الأخير إبداء رأيه بشأنها وإمكانية مناقشتها مع المؤمن قبل اكتتاب العقد. جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 7 ماي 1999 أن استثناء الأمراض المنقولة جنسياً من الضمان في التأمين عن المرض استثناء غير واضح وغير محدد وغير صريح في عقد التأمين.

Rapport de la cour de cassation, 1999, RGDA2000, n°2, p: 743.

أورد هذا القرار محمد الهيبي: م.س، ص: 58.

سقوط الحق¹ وشروط الإحالة² وشروط منح الاسترداد والتسبيق إذا نص العقد على ذلك وشروط إعادة التقييم والمشاركة في الأرباح والوحدات الحسابية المعتمدة في العقد وكيفية احتساب قسط التأمين أو الاشتراك وإجراءات التصريح بالحوادث وخاصة الوثائق الواجب الإدلاء بها للاستفادة من التعويضات التي يضمنها العقد وأجال الإدلاء بهذه الوثائق وأثار التصريحات الخاطئة عند الانخراط أو عند وقوع الحادث وأثار عدم أداء قسط التأمين أو الاشتراك ونص شرط التحكيم بالنسبة للعقود التي تتضمنه.

يستفاد مما سبق أن المشرع المغربي حرص على توفير الإعلام الكافي للمؤمن له وذلك ما يتضح جليا بداية من خلال اقتراح التأمين³ ومرورا ببيان المعلومات المسلم لهذا الأخير الذي يحدد ويبين شروط التعاقد.

وفي اعتقادنا يكفل بيان المعلومات المسلم للمؤمن له عدم التزامه باعتباره الطرف الأقل قدرة وخبرة بشروط لم تعرض عليه ولم يطلع عليها مما يدل على أن هذا المقتضى وسيلة حماية فعلية للمستهلك في عقد التأمين، فعلمه بشروط الإحالة يفتح له المجال لمناقشتها أو تعديلها حسب مصلحته قبل التزامه.

ووفق المادة 20 من مدونة التأمينات الجديدة فالتزامات المؤمن له هي :

¹ محمد أوغريس سقوط حق المؤمن له في التأمين مجلة الأمن الوطني ع 184 1996.
² يقصد بشروط الإحالة تلك الشروط التي يكون موضوعها أوترتب عليها إذعان العميل لشروط تعاقدية غير مكتوبة في ذات المحرر الذي يوقع عليه هذا الأخير، وغالبا ما تكون شروط الإحالة مثل شرط اتفاق التحكيم تعسفية وتؤثر على الالتزامات المؤمن له، وهذا ما أقرب به القضاء المغربي. جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 30 دجنبر 1998 ما يلي : "إن المستأنف عليه بسلوكه مسطرة التحكيم يكون..غير قبوله الصريح بما جاء في المطبوع مع المطبوع المعتمد في القرار المطعون فيه ذوطابع عام غير موقع عليه من الطرفين ولا يعتمد في الإثبات أمام العقد الخاص المؤرخ في 22 يناير 1980 المبرم بين الطالب والمطلوب..والذي أسند الاختصاص فيما ينسب بين طرفيه لمحاكم الدار البيضاء ولم تتحدث مقتضياته عن التحكيم وهي بمنحها تكون قد بنت قرارها على أساس غير سليم عرضته للنقض".

قرار مجلس الأعلى الصادر بتاريخ 30 دجنبر 1998 رقم 7968 ملف تجاري عدد 96/4/1/201694. أورده عبد السلام زوير : "الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية وإشكاليته العملية"، مطبعة دار السلام، الرباط، نونبر 2004، ص : 141 هامش رقم 38.

³ حسب المادة الأولى من مدونة التأمينات الجديدة يعرف اقتراح التأمين بأنه محرر يسلمه المؤمن أو من يمثله إلى مؤمن له محتمل والذي يجب على هذا الأخير أن يدرج فيه المعلومات اللازمة لتمكين المؤمن من تقييم الخطر المراد تغطيته ومن ثم تحديد شروط تلك التغطية. فاقترح التأمين هو عبارة عن مطبوع يحتوي على استمارة تتضمن عدة أسئلة يطرحها المؤمن مباشرة أو بواسطة وسطاء التأمين على المؤمن له. وتكون هذه الأخيرة أساسية لقيام عقد التأمين وعلى ضوء هذا الاقتراح يقرر المؤمن إما قبول أو رفض التأمين، وفي حالة إبرام عقد التأمين يصبح لاقتراح التأمين أهمية كبرى باعتباره الوثيقة الأساسية التي يرجع إليها لتحديد جميع البيانات المقدمة عن الخطر المؤمن منه كما يعتبر حجة للمؤمن له وحجة عليه.

فؤاد معلال : "قانون التأمين"، دراسة تحليلية على ضوء التأمينات الجديدة، مكتبة المعارف الجامعية فاس، دون ذكر السنة، ص : 52.
ومن الملاحظات التي يمكن إثارتها في هذا الصدد أن المشرع المغربي تناول فقط اقتراح التأمين المقدم من طرف المؤمن ولم يتطرق لحالة اقتراح التأمين المقدم من قبل المؤمن له. كما نلاحظ أن المشرع المغربي قد استثنى التأمين على الحياة من تطبيق هذا المقتضى بحيث في غير التأمين على الحياة يكون اقتراح التأمين مقبولا في حالة إذا تم بواسطة رسالة مضمونة لتמיד مدة العقد أو تعديله أو استئناف العمل من جديد بعقد تم توقيفه إذا لم يرفض المؤمن هذا الاقتراح خلال 10 أيام الموالية ليوم التوصل به.

- أداء المؤمن له قسط التأمين¹ والاشتراك في المواعيد المتفق عليها.
- التصريح عند إبرام العقد بكل الظروف المعروفة لديه والتي من شأنها أن تمكن المؤمن من تقدير الأخطار.²

¹ قسط التأمين حسب المادة الأولى من مدونة التأمينات الجديدة مبلغ مستحق على مكتتب عقد التأمين مقابل ضمانات يمنحها المؤمن، ويتكون قسط التأمين من عنصرين أساسيين هما : القسط الصافي وعلو القسط.

- القسط الصافي :

القسط الصافي هو "المبلغ الذي يحدده خبراء المؤمن بحيث يكون مساويا لقيمة الخطر الذي يتحملة المؤمن وهم يأخذون بعين الاعتبار مبلغ التأمين ومدته وسعر الفائدة التي حصل عليها المؤمن من توظيف مجموع أقساط التأمين التي يحصلها".

علو التأمين :

تضاف إلى القسط الصافي عدة تكاليف تتعلق بنفقات إبرام عقود التأمين التي يستخلصها مجموعة من وسطاء وسماسة التأمين مقابل عمولات، وبنفقات تحصيل الأقساط بالقدر الذي يتناسب مع قيمته، بالنفقة الإدارية العامة (التي هي عبارة عن مجموع المصاريف التي يتكبدها المؤمن من أجل مباشرة عملياته التأمينية)، إضافة إلى تكاليف الضرائب التي يتحملها المؤمن من جراء عبئ الرسوم التي تفرضها الدولة على نشاطه التأميني.

² يختلف الخطر بمعناه التأميني عن الخطر بمعناه اللغوي أو معانيه الأخرى التي يعرف بها في القانون المدني، فهو يعتبر ركنا في عقد التأمين لأنه الأساس الذي يعتمد عليه في تحديد قسط التأمين.

يرى بعض الفقه بأن للخطر 3 معاني : 1- هو الضرر المترتب على وقوع الكارثة، فيقال أخطار غير محمية، 2- وهو الحادث المؤدي إلى كارثة فيقال خطر الوفاة في التأمين على الحياة، وخطر المسؤولية في التأمين من المسؤولية، 3- وهو موضوع الضمان فيقال خطر محمي". محمد أمrani زنتار : شرح قانون 99-17 م.س، ص : 118، هامش 1.

لعنصر الخطر شروطا وأنواعا.

- شروط الخطر :

أ- يشترط في الخطر أن يكون حادثا، احتماليا، يعني أن يكون غير مؤكد الوقوع.

ب- يجب ألا يكون الخطر المؤمن منه حادثا إراديا محضا. استنادا لهذا المبدأ اعتبر الفقيه محمد الامراني زنتار عقود التأمين التالية باطلة :

عقود التأمين التي تخول للمؤمن رفع الدعوى وتحمل نفقاتها لصالح المؤمن له إذا ما علق المؤمن التزامه بالضمان على تقديره الشخصي وعقود التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة من ارتكاب الحوادث العمدية بفعل المؤمن له وهو ما جاء به المادة 17 من مدونة التأمينات الجديدة".

محمد أمrani زنتار : م.س، ص : 119.

ولكي يعتد بالخطر يجب أن يعزى إلى فعل الطبيعة (المادة 17 من مدونة التأمينات الجديدة) المصادفة (المادة 45 من مدونة التأمينات الجديدة)، أولى إرادة الغير.

ج- أن يكون الخطر المؤمن منه مشروعا أي أن يكون غير مخالف للنظام العام وألاداب. ويتفق الفقه على أن التأمين من الغرامات المالية والمصادرة الجنائية وغيرها من العقوبات الجزية غير جائز لمخالفته مبدأ شخصية العقوبة.

Picard et Besson : "Traité général des assurances terrestres en droit français", éd. 1938, p : 53-54

يضيف عبد الكريم الإدريسي : م.س، ص : 20 و 21، : "يجب أن يتوفر في الخطر المؤمن منه شروطا ثلاثة :

1 أن يكون الخطر المؤمن منه متفرقا من حيث الزمن.

2 أن يكون الخطر متمائلا فيتجانس في طبيعته ومحلته وقيمه ومدته.

3 أن يكون الخطر منتظما الوقوع إلى درجة مألوفة.

ذكر هذه الشروط :

André Besson : "Les assurances terrestres", T I, LGDJ, 4^{ème} éd., 1977, p : 21 à 24.

أنظر أيضا محمد كامل درويش : م.س، ص : 84 و 86. أحمد محمد لطفي أحمد : م.س، ص : 47 و 48.

←←

أنواع الخطر :

- التصريح للمؤمن طبقا للمادة 24 من مدونة التأمينات الجديدة بالظروف¹ المنصوص عليها في بوليصة التأمين والتي ينتج عنها تفاقم الأخطار واشتدادها².
- إشعار المؤمن بكل حادث من شأنه أن يغير الضمان على أبعاد تقدير خلال 5 أيام الموالية لوقوعه.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في مدونة التأمينات الجديدة للإخلال بالالتزام بالإعلام عدة آثار على العقد : فقد يكون العقد قابلا للإبطال على أساس نظرية عيوب الرضى.

ينص الفصل 311 ق.ل.ع على حالات الإبطال في القانون المغربي كما يلي:
"يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و39 و55 و65 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا، ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد".
كما يمكن أن يكون هذا الإبطال كليا أو جزئيا، وقد يكون التعويض كذلك جزاء على

=يتخذ الخطر أشكالا متعددة يمكن تلخيصها فيما يلي :

أ- الخطر الثابت والخطر المتغير :

الخطر الثابت هو "الخطر الذي تبقى درجة احتمال تحققه ثابتة خلال مدة التأمين أو على الأقل خلال مدة معينة من الزمن كالتأمين ضد خطر الحريق". أما الخطر المتغير فيكون في حالة "إذا اختلفت فرص تحققه خلال فترة التأمين فيبقى الخطر تصاعديا إذا كانت فرص تحققه من خلال فترة التأمين متزايدة مثل التأمين على الوفاة وبالعكس يسي الخطر تنازليا إذا كانت فرص تحققه متناقصة".

ب- الخطر المعين والخطر الغير المعين :

الخطر المعين هو الخطر الذي يرد على محل معين عند إبرام عقد التأمين مثل التأمين من السرقة. أما الخطر غير المعين فهو الذي يكون فيه محل التأمين غير محدد إلى حين تحقق الخطر مثل التأمين من المسؤولية المدنية. يضيف بعض الفقه إلى هذه التقسيمات تقسيما آخر : الخطر الموضوعي والخطر الشخصي، الخطر المادي والمعنوي.

فالأول هو الخطر الذي ينتج من نفس طبيعة الشيء موضوع عقد التأمين والخطر الشخصي: هو الخطر الذي يكون وثيق الصلة بشخص المؤمن له أو خطأه أو خطأ تابعيه.

أما الثاني هو يعود لعوامل مادية من شأنها التأثير على حركته زيادة أو نقصانا أو الخطر المعنوي: هو الذي يعود لعوامل معنوية كشخصية المؤمن له وعدد المستخدمين التي تؤثر على حدة الخطر.

محمد أوغريس : م.س، ص : 27 و28.

الحسين بلوش : "التزام المؤمن له بالتصريح بالخطر على ضوء القرار الوزيري 28 نونبر 1934"، أطروحة لنيل دكتوراة الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق بالدار البيضاء، 1998/1997، ص: 74 إلى 77.

انظر أيضا:

عبد العزيز توفيق : عناصر عقد التأمين وشروط الخطر المؤمن له مجلة الأمن الوطني ع 170 سنة 1992.

- MON CHARMENT henri : « la déclaration du risque dans les assurances terrestres d'après la loi de juillet 1930, th., Paris.

- PETRIGNANI Louis : «déclaration de l'assuré et constatation de l'assureur en vue de l'évaluation du risque », th, Paris, 1993.

¹ الحسين بلوش : م.س، ص : 94 وما بعدها.

² بوشعيب فرحان التزام المؤمن له بإعلان الخطر واشتداده في التأمين البري رسالة كلية الحقوق الدار البيضاء 1998.ص60

خرق الالتزام بالإعلام زيادة على ذلك يمكن للإخلال بالالتزام بالإعلام أن يكون قابلاً للفسخ¹.
يضاف إلى ذلك مسؤولية المؤمن استناداً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية.
ويتخذ الإخلال بالالتزام إما شكلاً إيجابياً أو سلبياً، ويتجلى الأول في إدلاء المؤمن له
للمؤمن ببيانات خاطئة ومخالفة للحقيقة.

نصت المادة 30 من مدونة التأمينات الجديدة على أن عقد التأمين يكون باطلاً إذا كتم
المؤمن له أمراً أو قدم بياناً كاذباً وهونفس المقتضى الذي كان قد اعتمده الفصل 21 من
القرار الوزاري المؤرخ في 28 نونبر 1934.

أما الثاني فيتمثل في سكوت هذا الأخير بالإدلاء بالمعلومات الهامة، مثلاً يمكن ألا يلتزم
المؤمن بأداء مبلغ التأمين، وهنا حسب المادة 52 من مدونة التأمينات الجديدة فإن كل مؤسسة
التأمين التي لم تقم بدفع التعويض المستحق داخل الأجل المضروب تعاقب بغرامة إدارية من
10000 إلى 100000 درهم.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكن القول بأن الالتزام بالأعلام في مجال الخدمات عموماً
وخدمة لتأمين على وجه الخصوص التزاماً قانونياً إيجابياً ملقى على كاهل المؤمن -المهني- الذي
يجعل من هذا الأخير الموجه والمسير في مجال التعاقد مستنداً في ذلك على معارفه العلمية
والعملية ومدى ضبطه للقوانين المنظمة وكذلك مدى تمكنه من تقنيات تحرير العقود بشتى
أنواعها. محققاً بذلك نتائج مقنعة الأطراف المتعاقدة .

لكن هذا الالتزام يصطدم من الناحية القانونية بمجموعة من الصعوبات نجملها فيما يلي :
ت شديداً المسؤولية في مجال الالتزام بالأعلام
فرض عقوبات صارمة تتلاءم مع درجة لخطأ المرتكب من طرف المهني كالغرامات وسحب
الرخص لمزاولة المهنة ثم الإغلاق
إبطال العقد بالنسبة للطرف الضعيف مع التعويض عن الضرر.

¹ بوعبيد عباسي : م.س، ص : 345 إلى 385.

حق المواطنين في الولوج إلى العدالة الدستورية

-دراسة قانونية مقارنة-

محمد اوسوس

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس السويسي

مقدمة:

على مدى عقود من النضال من أجل الحقوق الأساسية تم تحقيق الاعتراف الدستوري بها، فلم يكن في البداية الحديث عن الحقوق بل كان الاهتمام بالواجبات، ثم بعد ذلك تم إنشاء فئة "الحقوق الطبيعية"، والتي كانت نوعا من المطالب الأخلاقية لم ترد في النصوص القانونية، وأخيرا، بعد قرون من النضال والمواجهة، تم الوصول إلى مرحلة ايجابية "positivization" الحقوق، وهو تغيير جذري في مفهوم الشخص البشري والفهم المعنوي للحياة¹.

وظهر إلى جانب مبدأ المجال المحفوظ للقانون كضمانة للحقوق الأساسية، المراقبة والحماية القضائية لها، والتي لها أهمية على المستوى النظري، كداعمة لمبدأ الشرعية ومكملة للنظام القانوني²، وعلى المستوى الملموس هي آلية متاحة للمواطنين من أجل حماية الحقوق والحريات الأساسية³، بغض النظر عن الإشارة إلى كونها ملائمة للنظر في الاختلافات والمشاكل المثارة في ظل نظام الضمانات التي ينص عليها الدستور، خصوصا عندما يتجلى بوضوح اختلاف فعالية القواعد التي تنص على الحقوق.

وتسند الدساتير حماية الحقوق والحريات الأساسية عن طريق مراقبة دستورية القوانين وأعمال السلطات العامة، إلى هيئة عليا تعتبر المفسر الأعلى للدستور، وتكون مستقلة عن الهيئات الدستورية الأخرى، وتختلف تسمية واختصاص هذه الهيئة تبعا للتنظيم الدستوري لكل دولة، ففي فرنسا تسمى المجلس الدستوري كما كان عليه الأمر في المغرب وفقا لدستور 1996، أما في إسبانيا فينص دستورها⁴ لسنة 1978 على محكمة دستورية والتي كانت تسمى محكمة

¹ Robert Alexy y otros, El Principio De Proporcionalidad Y La Interpretación Constitucional, Serie Justicia Y Derechos Humanos, 1ra. edición: diciembre 2008, Miguel Carbonell Editor, pág 9

² Luis Aguilar De Luque, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española, Revista de Derecho Político Núm. 10. Verano 1981, pág 123

³ سنستعمل خلال هذه الدراسة الحقوق والحريات الأساسية للتعبير عن تلك الفئة من الحقوق والحريات المضمونة دستوريا
⁴ الدستور الإسباني، الموافق عليه في 27 دجنبر 1978، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 311، بتاريخ 29 دجنبر 1978. وفق آخر تعديل له في 27 شتنبر 2011.

الضمانات الدستورية في ظل دستور الجمهورية لسنة 1931، ولقد توجهت جل دول أمريكا اللاتينية نفس توجه الدستور الاسباني في هذا الصدد والذي كان متأثرا بالدستور الألماني الذي ينص على المحكمة الدستورية الاتحادية.

إهتدى المشرع الدستوري المغربي إلى نفس الهيئة، حيث ينص الفصل 129 من دستور المملكة المغربية¹ على إحداث محكمة دستورية. ولعل أهم اختصاص منح لهذا الجهاز الدستوري هو النظر في الدفع بعدم الدستورية من طرف الأشخاص أثناء النظر في قضية أمام المحاكم القضائية، فقد أصبح جهازا قضائيا وبالتالي أضحى ولوج الأشخاص إليه أمرا ضروريا لحماية الحقوق والحريات ولضمان سيادة القواعد الدستورية.

فكيف يمكن للأشخاص² الوصول إلى القضاء الدستوري؟ للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق في هذه الدراسة إلى تحديد أصحاب الصفة لمراجعة المحكمة الدستورية وأشكالها وآلياتها وكذا مجالها.

ونظرا لتأخر تشريع القوانين التنظيمية المنظمة لعمل المحكمة الدستورية المغربية، استشرفنا التقاليد الدستورية المقارنة بإتباعنا المنهج المقارن، حيث سنسلط الضوء على بعض أنظمة أمريكا اللاتينية من خلال تجرّبي المحكمتين الدستورتين الشيلية والبيروبية، كما قادتنا المقارنة لرصد مدى تقدم الدستور المغربي في هذا المجال إلى التجربة الاسبانية، والتي لا تمنح الطعن بعدم الدستورية للمواطنين كما سنرى لاحقا إلا بالنسبة للأعمال التي لا ترقى إلى مرتبة القانون، ومدى اعتبار ذلك تقدما للدستور المغربي في هذا المجال.

أولا: مراجعة المحكمة الدستورية من طرف الأشخاص

تعد الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة اعتمدت الرقابة الدستورية من طرف جهاز قضائي، حيث أصبحت قضية ماريبري ضد ماديسون سنة 1803 المرجع في ممارسة هذه الرقابة. وفي القرن العشرين قدم رجل القانون النمساوي هانس كلسن Hans Kelsen نموذج للرقابة على دستورية القوانين، حيث أسندها إلى محكمة وحيده تتولى إلغاء القوانين المخالفة للدستور، بعد أن ترفع إليها طلبات في هذا المجال من طرف الهيئات الدستورية المخول لها ذلك.

¹ دستور المملكة المغربية الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.91 في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 30 يوليوز 2011.

² الأشخاص أفرادا أو جماعات، معنويين أو ذاتيين.

ومع تطور الحقوق والحريات التي يمنحها الدستور للمواطنين، تم التنصيص في أغلب الدساتير الديمقراطية على حقهم في الطعن بعدم دستورية أعمال السلط، رغم الاختلاف في تطبيق هذا المبدأ الدستوري.

1. أهلية مراجعة المحكمة الدستورية

يعتبر الفصل 133 الذي ينص على أنه "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق 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"، من أهم المستجدات التي جاء بها دستور المملكة المغربية لسنة 2011، فقد أسند الدفع بعدم دستورية القانون أثناء النظر في قضية لأطراف النزاع، ويحيل هذا المفهوم على الأطراف الرئيسية والمنظمة وكذا الأطراف المتدخلة في الدعوى أو المتدخلة فيها¹، كما يستشف من هذا النص الدستوري أن حق الدفع بعدم دستورية القانون مكفول للأجانب كما المواطنين، حيث أن أغلب الحقوق المنصوص عليها في الدستور تشمل جميع الأشخاص على التراب الوطني، وبما أن الفصل المشار إليه يتحدث عن الأطراف فهو يشمل بذلك كل طرف في الدعوى مهما كانت جنسيته. وأطراف النزاع يمكن أن تتسع لتتدخل في القضية الدولة عبر ممثلها أمام القضاء وكذا الجمعيات وخصوصا المهتمة بحقوق الانسان.

وبالرجوع إلى التجارب المقارنة نجد الدساتير والقوانين المنظمة لهذا الحق، تحدد بصفة دقيقة من لهم حق إثارة عدم الدستورية، فالقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الشيلية² ينص على أن يكون طرفا في الإجراءات أمام المحكمة الدستورية الجهاز أو الأجهزة، والشخص أو الأشخاص الذين يستمدون هذا الحق دستوريا لتحريك القضية، والأطراف الأخرى في المراجعة أو الدعوى التي تثير مسألة عدم قابلية تطبيق قاعدة قانونية أو عدم دستورية أمر قضائي³ Auto acordado. كما أنها قد تكون أيضا الهيئات الدستورية المعنية، التي لها حق التدخل في القضية، والتعبير عن رغبتها في أن تؤخذ على أنها طرف، وفي نفس الوقت تكلف لصياغة ملاحظات وتقديم الخلفيات⁴.

¹ مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان مذكورة حول القانون للدفع بعدم الدستورية ص 4

² القانون التنظيمي رقم 17.997 المتعلق بالمحكمة الدستورية الشيلية منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية الشيلي 10 غشت 2010 والمعدل بالقانون رقم 20.381.

³ هي الفواعد الصادرة عن المحاكم العليا، المتعلقة بالکیفية التي ينبغي على المحاكم أن تتبعها في البت في الإجراءات والظعون المسطرية، وبالتالي، يمكن أن تفهم على أنها مظاهر تنظيمية للمحاكم العليا، عن طريقها يتم تنظيم المواضيع التي يجب في كثير من الحالات أن تنظم بقانون.

⁴ المادة 44 من القانون التنظيمي رقم 17.997 المتعلق بالمحكمة الدستورية الشيلية.

ومن خلال الوثيقة الدستورية الشيلية¹ نجد البند السادس من الفقرة الأولى من المادة 93 التي تحدد اختصاصات المحكمة الدستورية، ينص على البت بأغلبية أعضائها الممارسين مهامهم، في عدم قابلية تطبيق قاعدة قانونية مطبقة في أي دعوى أمام محكمة عادية وخاصة، تؤدي إلى مخالفة الدستور؛ والفقرة السابعة من نفس المادة تبين من لهم حق إثارة هذه المسألة وتحصره في أي طرف في الدعوى أو القاضي الذي يبت في القضية. كما يجوز للمحكمة أن تنظر دستورية الأوامر القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ومحاكم الاستئناف والمحكمة الانتخابية،² بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو أي من المجلسين التشريعيين أو عشرة من أعضائها. وبالمثل، يجوز لأي شخص طرف في القضية أو في مراجعة قيد النظر أمام محكمة عادية وخاصة، أو في أول إجراء في المسطرة الجنائية، الطعن أمام المحكمة الدستورية، عندما تؤثر في ممارسة حقوقه الأساسية على النحو المنصوص عليه في الأمر القضائي.

وهذا فإن النظام الدستوري الشيلي يمنح حق إثارة عدم الدستورية، كما هو الحال في المغرب للأشخاص أطراف الدعوى أو المراجعة:

✓ أشخاصا ذاتيين أو معنويين³

✓ مواطنين أم أجنب⁴

أما في النظام الدستوري للبروفقد عهد دستور الجمهورية⁵ في البند الخامس من المادة 203 إلى خمسة آلاف مواطن مع توقيعاتهم المضبوطة من قبل اللجنة الوطنية للانتخابات، بتقديم طعن عدم الدستورية. وإذا كانت القاعدة القانونية تتعلق بإقليم ما، يمكن الطعن فيها من طرف واحد في المائة (1%) من مواطني الإقليم المعني، شريطة ألا تتجاوز هذه النسبة عدد التوقيعات المشار إليه أعلاه:⁶

فقد ميز المشرع الدستوري هنا بين عدم دستورية القواعد القانونية الوطنية التي تسري على سائر تراب الجمهورية، والقوانين المحلية التي تطبق في إقليم معين، وتبعاً لذلك يقدم طعن

¹ دستور الجمهورية الشيلية، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الشيلية بتاريخ 11 غشت 1980، وفق آخر تعديل بالقانون رقم 20.644 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الشيلية بتاريخ 15 دجنبر 2012.

² البند الثاني من الفقرة الأولى من المادة 93 من الدستور الشيلي.

³ المادة 42 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية المعتمد بموجب القرار الإداري رقم 95.200.

⁴ الدعوى المقدمة من طرف المواطنة الهايتية Sonia Fortilus أمام المحكمة الدستورية الشيلية بشأن عدم قابلية تطبيق المواد 13 و64 و67 من المرسوم بقانون رقم 1.094 لسنة 1975. أنظر قرارات المحكمة الدستورية الشيلية:

www.tribunalconstitucional.cl

⁵ دستور جمهورية بيرو وفق آخر تعديل له في 17 شتنبر 2005

⁶ يمنح هذا الحق أيضا النقابات المهنية في مواضع اختصاصها.

عدم الدستورية من طرف المواطنين البيروبيين فقط، أما الأجانب فلا يمكنهم الاحتجاج بعد الدستورية، كما أن طعن عدم الدستورية هو عمل جماعي لا يمكن أن يتقدم به شخص واحد، فالنص الدستوري يفرض توفر عدد محدد من التوقيعات.

كما تتولى المحكمة الدستورية للبيروالبت في الدعوى خلال أجل أقصاه عشرين يوما في حالة القرارات السلبية لعمليات المثل أمام القضاء، وثلاثين يوما عندما يتعلق الأمر بعمليات الحماية الدستورية، والحصول على البيانات والمثل أمام القضاء، وفقا للمادة 202 من الدستور البيروبي والمادة 20 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية¹، ويمكن تحريك الدعوى في كل حالة من قبل الأشخاص المتضررين أو من قبل أي شخص آخر له مصلحة في ذلك، قياسا على الأهلية أمام القضاء العادي، المنصوص عليها في المادة 26 من النظام الداخلي للمحكمة الدستورية.

فالنظام الدستوري البيروبي حدد فئتين ممن لهم الولاية لإثارة عدم الدستورية إما:

- ✓ بشكل جماعي من طرف مجموعة من المواطنين مع توفر نصاب محدد من التوقيعات.
- ✓ من قبل الأشخاص المتضررين من القاعدة القانونية أو الأشخاص المتدخلون والذين تكون لهم مصلحة في ذلك.

يتم ضمان الحقوق الأساسية في العدالة الدستورية بشكل عام من خلال اتجاهين، الرقابة الدستورية وطعن الحماية، وقد أخذ النظام الدستوري الاسباني بألية الحماية الدستورية *amparo constitucional*، ولعل أهم ما يميزها كونها تمر عبر مرحلتين، فيتم اللجوء في مرحلة أولى إلى القضاء العادي وباستنفاد هذا المسار، إذ ذاك يمكن مراجعة المحكمة الدستورية². ويخول الدستور تقديم طعن الحماية الدستورية *el amparo constitucional* *recurso* لكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة مشروعة بالإضافة إلى المدافع عن الشعب والمدعي العام³، والقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية⁴ حدد الأشخاص أصحاب الصفة بشكل دقيق في الفقرة الأولى من المادة 46:

¹ النظام الداخلي للمحكمة الدستورية لجمهورية البيروالمعتمد بموجب القرار الإداري رقم 95.2004 منشور في الجريدة الرسمية للبيروفي 2 أكتوبر 2004، تم تعديله في 4 أبريل 2011، والنشور في الجريدة الرسمية ل8 أبريل، 2011.

² استثناء على مبدأ التبعية، الطعن في القرار البرلماني بعدم قبول المبادرة التشريعية الشعبية يوجه مباشرة إلى المحكمة الدستورية.

³ الفقرة الأولى من المادة 162 من الدستور الاسباني.

⁴ القانون التنظيمي رقم 2.1979، 3 أكتوبر 1979، المتعلق بالمحكمة الدستورية الاسبانية كما وقع آخر تعديل له في 4 نونبر 2010 بموجب القانون التنظيمي رقم 8.2010 منشور في الجريدة الرسمية للدولة الاسبانية عدد 268 بتاريخ 5 نونبر 2010.

✓ في حالات المادتين 42 و45¹ يقدم الطعن من طرف الشخص المعني.
✓ في حالات المادتين 43 و44² يعطى الحق في تقديم هذا الطعن إلى كل طرف في العملية القضائية ذات الصلة.

كما تنص المادة 47 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية في فقرتها الأولى على إمكانية أن يتدخل في طعن الحماية الدستورية، بصفة مدعى عليه أو بصفة مساعد، الأشخاص المحددة في القرار أو العمل الذي أدى إلى تقديم الطعن، أو الذين يحملون مصلحة مشروعة في ذلك.

ويرى Diego Palomo Vélez أن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية يقيد مفهوم الأهلية التي يقرها الدستور³، ففي حين أن الدستور الإسباني (البند "ب" من الفقرة الأولى للمادة 162) أسندها إلى "أي شخص"، القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية يحصر الأهلية في "الشخص المتضرر مباشرة" أو "الأطراف في تلك العملية القضائية". بل ظهر نقاش⁴ آخر فيما يتعلق بالأجانب وإمكانية استفادتهم من طلب لحماية الدستورية كوسيلة للحماية، ويوجد هذا النقاش أصله في عبارة "المواطنين" التي استخدمت في المادة 53.2 من الدستور الإسباني. وأيضاً وفقاً لأحكام الدستور الإسباني، المنظمة للحقوق الأساسية (المواد 14 و19 و29) فهي تتحدث في غالبيتها عن "الإسبان".

2. وصول الأشخاص إلى المحكمة الدستورية:

أصبح لجوء الأشخاص للعدالة الدستورية في معظم الأنظمة الديمقراطية مبدأً دستورياً، رغم اختلاف شكل تطبيقه، بين الأخذ بإثارة عدم دستورية قانون أو أعمال السلط بشكل مباشر، وبين الأنظمة التي قيدت هذا الحق بممارسته بشكل غير مباشر.

أ. الولوج غير المباشر

تعد إمكانية الدفع بعدم الدستورية من طرف الأشخاص، من بين أهم ما جاء به دستور المملكة المغربية لسنة 2011، حيث يتيح للأشخاص الاعتراض ولوبشكل غير مباشر على دستورية قاعدة قانونية، وقيد المشرع الدستوري هذه الحق في الفصل 133 بالتنصيص على

¹ حالات القرارات والأعمال التي ليست لها قوة القانون والمنبثقة عن البرلمان أو أي من أجهزته، أو من المجالس التشريعية للمناطق الحكم الذاتي أو أجهزتها.

² حالات الأحكام أو الأعمال القانونية أو تصرف بسيط بدون سند قانوني من طرف الحكومة أو سلطاتها، أو مسؤوليها، أو من الهيئات التنفيذية جماعية لمناطق الحكم الذاتي أو من سلطاتها والموظفين والوكلاء، أو عمل أو امتناع من السلطة القضائية

³ Diego Palomo Vélez, amparo constitucional en españa: estudio sobre una experiencia de dulce y agraz Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, 2007, pág 406

⁴ loc. cit. pág 408

اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في الدفع المتعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية، أي أنه لا يمكن الدفع بعدم الدستورية إلا أثناء النظر في قضية ما أمام المحاكم القضائية، أما أن يصدر قانون عن البرلمان يمس حقوق الأشخاص فلا يمكنهم إثارة عدم دستوريته، بل يبقى القانون سار المفعول إلى أن يتم تطبيقه أمام القضاء، إذ ذلك فقط يمكن لأطراف الدعوى الدفع بعدم دستوريته.

بعد تنصيب المادة 93 من الدستور الشيلي في فقرتها الأولى على صلاحيات المحكمة الدستورية، أكدت في الفقرة السابعة أنه في الحالة رقم (6)¹، يمكن أن تثار مسألة عدم الدستورية من قبل أي طرف أو من قبل القاضي الذي ينظر في القضية. كما تتولى المحكمة الدستورية في حالة مسألة دستورية الأوامر القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ومحاكم الاستئناف والمحكمة الانتخابية، النظر في الموضوع بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو أي من المجلسين أو عشرة من أعضائهما. وبالمثل، يجوز لأي شخص طرف في القضية أوفي مراجعة قيد النظر أمام محكمة عادية أو خاصة، أوفي أول إجراء في المسطرة الجنائية، الطعن أمام المحكمة، عندما تؤثر في ممارسة حقوقه الأساسية على النحومانصوص عليه في الأمر القضائي.²

وإذا كان النظامين الدستوريين المغربي والشيلي لا يعطيان للأشخاص حق الولوج المباشر إلى المحاكم الدستورية، فإن النظام البيروبي يأخذ بالأسلوبين معا وذلك من خلال اعتبار المحكمة الدستورية كدرجة للاستئناف، وهذا ما يستشف من المادة 18 من مدونة الاجراءات الدستورية³ التي نصت على طعن التظلم الذي يجرى أمام المحكمة الدستورية، لرفض طعن الاستئناف الدستوري *Recurso de agravio constitucional*، ضد قرار من الدرجة الثانية الذي لا أساس له (باطل) أو غير قانوني، وذلك في غضون عشرة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار.

وما يعاب على هذا الأسلوب أن القوانين يمكن أن تمس بالحقوق والحريات، بمجرد دخولها حيز التنفيذ، والشخص المعني أو المتضرر حسب الحالة، ليس بمقدوره التدخل وإثارة عدم الدستورية إلا بعد بدء قضية أمام المحاكم التي ستطبق ذلك النص القانوني.

ب. الولوج المباشر

يقر دستور جمهورية بيرو مجموعة من الضمانات الدستورية⁴، لحماية الحقوق والحريات الأساسية، وكذا تأمين عدم مخالفة الدستور شكلا ومضمونا، حيث تسهر المحكمة الدستورية على التفسير والمراقبة ويتولى الأفراد مراجعتها من خلال:

¹ عدم قابلية تطبيق القاعدة القانونية المطبقة في أي دعوى أمام محكمة عادية أو خاصة، لمخالفتها للدستور.

² الفقرة الثالثة من المادة 93 من الدستور الشيلي.

³ مدونة الاجراءات الدستورية المعتمدة بالقانون رقم 28237 منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية البيرو بتاريخ 03 ماي 2004.

⁴ الفقرة الأولى من المادة 200 من دستور جمهورية البيرو.

✓ دعاوي المثل أمام المحكمة¹، والحماية، واللذان تجريان ضد فعل أو امتناع من قبل أي سلطة أو مسؤول أو شخص، حيث ينتهك أو يهدد الحقوق الأخرى المعترف بها في الدستور، حسب الحالة.² حيث تختص المحكمة الدستورية بالنظر بشكل نهائي في قرارات رفض هذه الدعاوي.³

✓ دعوى عدم الدستورية، والتي تجرى ضد القواعد التي لها قوة القانون⁴ التي تخالف الدستور في الشكل أو المضمون.⁵

✓ الدعوى الشعبية، التي تجرى ضد مخالفة الأنظمة والقواعد الإدارية والقرارات والمراسيم العامة للدستور والقانون مهما كان السلطة التي تصدر عنها.⁶

ويتميز هذا النظام بإمكانية رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة الدستورية، دون الحاجة إلى وجود قضية قيد النظر أمام المحاكم القضائية، فالدعوى هنا مستقلة عن أي إجراء أو مسطرة قضائية.

أما النظام الدستوري الإسباني، فيشترط للوصول إلى المحكمة الدستورية، المرور عبر مسار قضائي أولي حيث تنص المادة 53 من الدستور أنه يمكن لأي مواطن التماس *recabar* حماية الحريات والحقوق المعترف بها في المادة (14) والفرع الأول من الفصل الثاني من قبل المحاكم العادية وفق مسطرة تستند على مبادئ الأولوية والاستعجال *preferencia y sumariedad*، وعند الاقتضاء، عن طريق طعن الحماية أمام المحكمة الدستورية. وتنص الفقرة الأولى من المادة 162 في البند "ب" على الحق في تقديم طلب الحماية من طرف "أي شخص طبيعي أو اعتباري يدعي مصلحة مشروعة".

إذا فالنظام الدستوري الإسباني يمنح للمواطن حق اللجوء إلى القضاء الدستوري عبر آلية طعن الحماية الدستورية. وإذا كان بعض الفقه⁷ يرى أن الحماية الدستورية ليست مرحلة

¹ وفقا ل Laura Casado الذي يعرفه بأنه تعبير لاتيني ويعني الحق الذي يساعد المواطن المعتقل أو المحتجز فورا وعلنا للمثل أمام قاض أو محكمة لتقرر ما إذا كان اعتقاله قانونيا أم لا. وما إذا وجب رفع الاعتقال أو إبقائه. وهذا المصطلح ترجع جذوره إلى القانون الإنجليزي والذي أصبح استخدامه على نطاق واسع اليوم.

➤ Laura Casado, Diccionario Jurídico, Valletta Ediciones, 6ta edición, 2009, pág 421

² وفقا للفقرة الثالثة من نفس المادة أعلاه لا تعلق ممارسة دعاوي المثل أمام القضاء وحماية الحقوق الدستورية خلال سريان حالات الطوارئ المشار إليها في المادة 137 من الدستور.

³ البند الثاني من الفقرة الأولى من المادة 202 من دستور دولة البيرو.

⁴ وهذه القواعد وفقا للمادة 200.4 من الدستور هي: القوانين والمراسيم التشريعية ومراسيم الطوارئ والمعاهدات وأنظمة الكونغرس، والقواعد الإقليمية ذات الطبيعة العامة والمبادئ الإقليمية والمراسيم البلدية التي تخالف الدستور في شكل أوفي المضمون.

⁵ وفقا للمادة 203.5 من الدستور تتطلب هذه الدعوى توقيع خمسة آلاف من المواطنين. وإذا كانت القاعدة تتعلق بإقليم ما، يمكن

الطعن فيها من طرف واحد في المائة من مواطني الإقليم المعني، شريطة ألا تتجاوز هذه النسبة عدد التوقيعات المشار إليه أعلاه؛

⁶ المادة 200.5 من الدستور البيروبي.

⁷ أمثال Diego Palomo Vélez و Luis Aguilar De Luque

مرحلة ثانية في التقاضي، فهي عملية مختلفة ومنفصلة عن الإجراءات القضائية لحماية الحقوق والحريات الأساسية المقدمة أمام الهيئات القضائية العادية. فالغموض ينشأ بصدد مراقبة احترام الحقوق والحريات الأساسية من طرف المحكمة الدستورية ضد مختلف القرارات الصادرة عن المحاكم. والمحكمة الدستورية نفسها بينت ذلك في قضايا مختلفة، من خلال تأكيدها على فكرة عدم التعامل النهائي أو الثالث مع طعن الحماية لفحص القانون الذي تطبقه المحاكم، وأعلنت صراحة اختلافه عن طعن النقض *el recurso de casación*.¹

ثانيا: حدود مراجعة المحكمة الدستورية

أخذت الأنظمة الدستورية ذات الدساتير الجامدة، بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين، والذي يضمن سموالقاعدة الدستورية على غيرها من القواعد القانونية. إلا أنها تواجه تحديين. دولنة القانون بحصرمراجعة القضاء الدستوري في الأجهزة المؤسسية، وفردنة القانون بفتح مجال المراجعة للأفراد²، لذا تفرض الدساتير والأنظمة القانونية حدودا على ممارسة هذا الحق.

1. طبيعة آليات التقاضي الدستوري

إذا كان لجوء الأشخاص إلى القضاء الدستوري يختلف، تبعا لما تنص عليه دساتير مختلف الدول، فإن الاختلاف يمتد أيضا إلى الوسيلة التي يتم من خلالها التقدم أمامه. فالنظام الدستوري المغربي ينظم هذا الحق بالدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في القضية، أي أن الدفع يبقى مرتبط بالقضية المعروضة أمام المحاكم القضائية. أما دستور المملكة الاسبانية فقد حسم في الموضوع بالتنصيص على طعن الحماية الدستورية. في حين أعطى النظام الدستوري البروبي للأشخاص آليتي رفع دعوى عدم الدستورية وطعن التظلم لرفض طعن الاستئناف الدستوري *el recurso de agravio constitucional*. أما النص الدستوري الشيلي فإن كان قد حدد مجال تدخل المحكمة الدستورية، وحدد من لهم الأهلية لمراجعتها، فإنه لم ينص على الآلية التي تتم من خلالها هذه المراجعة. وبالعودة إلى القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الشيلية، لم نجد أي مقتضى ينظم هذه المسألة، واكتفى بالنص على أنها تمارس اختصاصها بطلب من قبل الأشخاص والهيئات الدستورية وفقا للمادة 93 من دستور الجمهورية أو من تلقاء نفسها، في الحالات المنصوص عليها في دستور الجمهورية

¹ Diego Palomo Vélez, Estudios Constitucionales, op. cit, pág 402

² انطوان مسره، المواطن والعدالة الدستورية، الكتاب السنوري للمجلس الدستوري اللبناني 2012، المجلد السادس، ص 80.

وفي هذا القانون¹. وبالاطلاع على بعض أحكام المحكمة الدستورية، نجد أنها قدمت اجتهادا في هذا الصدد²، حيث عرفت طلب عدم القابلية للتطبيق لعدم الدستورية بأنه:

"دعوى ينشئ عملية لمراجعة دستورية نص قانوني سيطبق في قضية قيد النظر أمام محكمة عادية أوخاصة، وهو مخالف للدستور. وبالتالي فإن عدم قابلية التطبيق هو وسيلة للعمل ضد تطبيق قواعد قانونية محددة، والتي تكون سارية المفعول، وتم اعتمادها في القضية. حيث تطبيقها يمكن أن يمس حقا من الحقوق". ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المحكمة الدستورية حددت آلية اللجوء إلى القضاء الدستوري في "الدعوى".

أما Fernando Saenger، فقد أعطى قراءة في التعديل الدستوري لسنة 2005، واعر أن إثارة عدم القابلية للتطبيق لعدم الدستورية، تتم بواسطة "الدعوى الدستورية"، حيث يفضل استبعاد مصطلح "الطعن" واستخدام كلمة "دعوى دستورية"، لأن عدم القابلية للتطبيق ليس طعنا بالمعنى الإجرائي لهذا المصطلح، لأنه لا يتم رفعه إلى محكمة أعلى، ولكن إلى هيئة خارج القضاء³.

وجدير بالذكر أن كل آلية تختلف عن الأخرى، فالدعوى⁴ ترفع من طرف شخص أمام جهاز قضائي بكيفية مستقلة وبدون ارتباطها بالضرورة بدعوى أخرى أوحكم قضائي سابق، لطلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته. أما الطعن فغالبا ما يمثل مرحلة ثانية من التقاضي ويصبو إلى تغيير قرار إداري أوحكم قضائي لعدم الرضا به وطلب عرضه على جهة أعلى لإعادة البت فيه، رغم أن الفقه والقضاء في اسبانيا يؤكد أن طعن الحماية الدستورية ليس مرحلة ثانية من التقاضي، حيث ذهبوا إلى اعتباره إجراء مستقلا كما أشرنا إلى ذلك⁵. أما الدفع فهو الذي يثار أثناء البت في قضية، وهو أقل قيمة من الدعوى والطعن، نظرا لضرورة إثارته أثناء البت في القضية، وينتهي أجله بصدور الحكم، عكس الطعن والدعوى اللذين يحدد أجل تقديمهما ابتداء من صدور الحكم أو القاعدة وقد يصل لعدة أشهر.

¹ المادة 3 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الشيلية.

² حكم رقم 679 في 26 ديسمبر 2007، منشور بموقع المحكمة الدستورية الشيلية <http://www.tribunalconstitucional.cl>

³ Fernando Saenger, acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del nuevo tribunal constitucional, Algunos casos jurisprudenciales. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, pág 310 y siguientes.

⁴ أنظر مصطفى قلوب، المبادئ العامة للقانون الدستوري، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 1995، ص 120

⁵ Diego Palomo Vélez, op. cit, pág 402

ولعل المقارنة تفرض علينا تمحيص النظر في النص الدستوري المغربي في هذا المجال، واجتهاد الفقه¹ والقضاء في جمهورية الشيلي بخصوص طبيعة الآلية التي يثار بها عدم الدستورية أثناء البت في قضية، لكونهما يعتمدان على إثارة عدم الدستورية من طرف الأشخاص الأطراف في القضية، وفق الشروط التالية:

- أن يكون الشخص طرفا في القضية أمام المحاكم القضائية؛
 - أن يكون القانون المدفوع بعدم دستوريته سيطبق في النزاع؛
 - أن يثار الدفع أثناء النظر في القضية؛
 - أن يكون القانون المدفوع بعدم دستوريته يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور (المغرب) أو مخالف للدستور في تطبيقه (الشيلي)؛
- ومما لاشك فيه ألا يكون قد سبق إعلان دستورية القانون، نظرا لأن أحكام المحكمة الدستورية لا تقبل أي طريق للطعن.

وفي انتظار ما سينص عليه القانون التنظيمي الذي سيحدد شروط وإجراءات الفصل 133 من الدستور، أرى أن المحكمة التي تبت في النزاع أو القضية، لها الصلاحية في قبول الدفع متى توفرت فيه الشروط المشار إليها، وإحالته إلى المحكمة الدستورية، وذلك لتفادي الإثقال من أعباء المحكمة الدستورية بالبت في مقبولية الدفع، ولكون المحكمة العادية تبت في الدفع بعدم الدستورية (البت فقط في توفر شروطه) كغيره من الدفوعات التي يثيرها المحامي أو الشخص أثناء النظر في القضية. أما في النظام الدستوري الشيلي فالقضاء الدستوري أقر بأن الآلية التي يتم بها مراجعة المحكمة الدستورية هي الدعوى، أي أنها تكون مستقلة عن الدعوى المتعلقة بالنزاع أو القضية المعروضة أمام المحاكم العادية.

2. مجال مراجعة القضاء الدستوري

تنص جل دساتير الدول الديمقراطية على مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية، حيث تشكل الوثيقة الدستورية تعاقدا بين الحاكم والمحكومين، لذا يفترض التنصيب على هذه الحقوق والحريات المضمونة، والتي يتولى حمايتها القضاء ضد أي تعسف، وترسم حدودا لعدم خرق الدستور والحقوق والحريات الأساسية، سواء من طرف النصوص القانونية

¹ Francisco Vega y Francisco Zuñiga. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Teoría y Práctica. Revista Estudios Constitucionales, (no. 2), año 4, 2006. pág 148

أحكام القضاء أو أعمال السلطة التنفيذية. ويمكن التمييز هنا بين مجالين لمراجعة المحكمة الدستورية :

✓ مجال القانون: الرقابة على دستورية القوانين

ينص الدستور المغربي لسنة 2011 على الحقوق والحريات الأساسية في الباب الثاني¹ إضافة إلى الفصول الأخرى التي تكفل مجموعة من الحقوق، وهو المجال الذي حدده الفصل 133 لتدخل أطراف قضية ما أمام المحاكم القضائية للدفع بعدم الدستورية، فتلك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور خاضعة للحماية الدستورية ضد السلطة التشريعية. أي أن كل قانون مخالف للدستور سيطبق في النزاع أثناء النظر في قضية يمكن لأي طرف الطعن فيه، غير أن الدفع أمام المحكمة التي تبت في القضية بعدم دستورية النص القانوني، لا ينسحب إلى مختلف أوجه اللادستورية، وإنما يقتصر على الموضوع ولا يهم الشكل، بل حتى على مستوى الموضوع فهو مرتبط بخرق الحقوق أو الحريات الأساسية فقط.

التساؤل الذي يطرح هنا هو إمكانية الدفع بعدم الدستورية رغم عدم وجود مصلحة، فالدستور ينص في هذا المضمار على المس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، أي ليس بالضرورة أن تكون حقوق الطرف الذي يدفع بلادستورية النص القانوني. فالفصل الأول من قانون المسطرة المدنية² يشترط لصحة التقاضي بوجود مصلحة، إذا هل سيذهب المشرع نفس التوجه أثناء إعداد القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، ويقيد عمومية الفصل 133 من الدستور الذي يشترط فقط المس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور؟

وهل سيشمل الدفع بعدم الدستورية مراسيم القوانين والتي تتدخل الحكومة للتشريع بموجبها في مجال القانون، خاصة وأنها لا تخضع للمراقبة الدستورية السابقة، ويجري العمل بها بمجرد نشرها بالنسبة لمراسيم الإذن طبقاً للفصل 70 من الدستور المغربي، وحتى وإن أثير عدم دستورتها أمام المحاكم الإدارية التي ترجع لها مراقبتها، فالمحكمة الدستورية ستقضي بعدم الاختصاص اعتماداً على المنطوق الصريح للفصل 133 من الدستور الذي يحصر رقابتها في القوانين فقط. وبالرجوع للأنظمة المقارنة فالدستور الإسباني³ يمنح الطعن بعدم دستورية القواعد التي لها قيمة القانون، للجهاز القضائي الذي يبت في دعوى سيطبق فيها تلك القواعد.

¹ الفصول من 19 إلى 40 من دستور المملكة المغربية

² ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3230 مكرر 13 بتاريخ 30 شتنبر 1974، كما وقع آخر تعديل له بالقانون رقم 33.11 منشور في الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 5 شتنبر 2011

³ المادة 163 من الدستور الإسباني.

أما النظامين الدستوريين الشيلي والبيروبي فقد نصا في هذا الصدد على القواعد القانونية والتي تشمل القانون والمراسيم ذات قوة القانون، وأقرا أن المراسيم التشريعية أو المراسيم القانونية بعد نشرها تكون لها نفس قوة وتأثير القانون¹. بالإضافة إلى أن الدستور الشيلي في المادة 64 يعطي للمراقب العام للجمهورية رفض المراسيم التي لها قوة القانون عندما تتجاوز أو تخالف الإذن البرلماني، رغم أن مراسيم قوانين الإذن لا تشمل مجال الضمانات الدستورية وفقا للمادة 32 من الدستور الشيلي.

إذا كان النص الدستوري في المغرب يحصر إثارة عدم الدستورية في أطراف القضية وفي مجال الحقوق والحريات الأساسية، فإن النظام الدستوري الشيلي، لم يحدد مجالا لإثارة عدم الدستورية من طرف الأشخاص، ونستشف من الدستور والقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، أنه يتم إثارة عدم قابلية تطبيق قاعدة قانونية أو أمر قضائي (قواعد تنظم عمل المحكمة) لمخالفتها للدستور مهما كانت المخالفة، فمراجعة الأفراد للمحكمة الدستورية يكون من أجل عدم قابلية تطبيق أي قاعدة قانونية سواء كانت قانون أو مرسوم قانون وأيضا معاهدة²، لعدم دستورتها وكيفما كانت أوجه المخالفة. ويمكن إجراءها مهما كان موضوع المخالفة، متى ظهر عدم قابلية تطبيق النص القانوني، فإثارة عدم الدستورية هنا مرتبطة بتطبيق النص القانوني، والمحكمة الدستورية تبت في دعوى عدم الدستورية وفق مرحلتين أولا تنظر في عدم قابلية التطبيق، ثم بعد ذلك تبت في عدم دستورية القاعدة القانونية التي أعلن عدم قابليتها للتطبيق³.

أما النظام الدستوري للبيرو فقد أوكل للمواطنين حق تحريك دعوى عدم الدستورية مباشرة ومهما كان موضوعها، رغم التنصيص على شرط خمسة آلاف توقيع تضبط من قبل اللجنة الوطنية للانتخابات، وإذا كانت القاعدة تتعلق بإقليم ما، يشترط توقيع واحد في المائة من مواطني الإقليم المعني. وما يميز هذا النظام هو إمكانية المواطنين تحريك دعوى عدم الدستورية بمجرد صدور الأمر بتنفيذ النص القانوني ودخوله حيز التنفيذ، عكس النظامين المغربي والشيلي اللذين يقيدان إثارة عدم الدستورية بأن يتم تطبيق القانون أمام المحاكم القضائية.

ونرى أن النظام المعتمد في البيرو أفضل مما هو معمول به في النظامين المغربي والشيلي، رغم تقييد النظام الدستوري البيروبي إثارة عدم الدستورية بنصاب يجب توفره، إلا

¹ الفقرة 3 من المادة 104 من الدستور البيروبي والفقرة السابعة من المادة 64 من الدستور الشيلي.

² Fernando Saenger, acción de inaplicabilidad ..., ob cit 318

³ الفقرتين 6 و 7 من المادة 93 من الدستور الشيلي

أنه يتيح امكانية الطعن في كل قانون مخالف للدستور في أي وقت بعد دخوله حيز التنفيذ، ومهما كان موضوعه وليس فقط القوانين التي تمس الحقوق والحريات الأساسية والتي لا يمكن تطبيقها.

✓ القرارات والأحكام: الرقابة على دستورية أعمال السلطات العامة التي لا ترقى إلى

درجة قانون

تشير المادة 41 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الاسبانية بوضوح إلى مجال تدخل المحكمة الدستورية بناء على طعن الحماية، فتتص في الفقرة الأولى على الحقوق والحريات الخاضعة للحماية الدستورية، دون الإخلال بالحماية العامة الموكلة إلى المحاكم القضائية، ونفس الحماية تنطبق على الاعتراض الضميري المعترف به في المادة 30 من الدستور. وتشير الفقرة الثانية إلى نوع الانتهاك الذي يمكن أن يمس تلك الحقوق والحريات، وتحصره في الأعمال القانونية أو الامتناع أو عمل غير ذي سند قانوني simple vía de hecho من قبل السلطات العامة في الدولة، ومناطق الحكم الذاتي والهيئات العامة الأخرى الإقليمية أو المؤسسات، وكذلك موظفيهم أو وكلائهم. فيما تنص المادة 32 على اختصاص الغرفة أو القسم (بالمحكمة الدستورية) بالنظر عند الاقتضاء في طعن الحماية المتعلق بقرارات القضاة والمحاكم، ويقيد دورها في هذه الحالة في النظر فيما إذا كان هناك انتهاك حقوق أحريرات المدعي والحفاظ أو استعادة هذه الحقوق أو الحريات، والامتناع عن أي اعتبار آخر حول عمل الأجهزة القضائية.

ويمتاز الدستور الاسباني بكونه ينص على وسيلة فريدة تتجلى في النقاش القانوني للمبادرة التشريعية المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 87 من الدستور الاسباني بشأن إعادة توجيه المبادرات التشريعية الشعبية التي يرجع قرار مقبوليتها إلى مكتب المجلس البرلماني (الكونغرس)، والذي تنتهي مسؤوليته في الكلمة الأولى فقط لأن المادة 6 من القانون التنظيمي المتعلق بالمبادرة التشريعية الشعبية تضمن إمكانية الطعن ضد هذا القرار (الرفض) على الرغم من خصوصيته، حيث يمكن اتباع المسطرة المشار إليها، في حالة انتهاكات السلطة التشريعية المنصوص عليها في المادة 42 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية. وعلى وجه التحديد، تنص المادة 6 على أنه " يمكن للجنة المبادرة La Comisión Promotora أن تقدم طعن الحماية إلى المحكمة الدستورية ضد قرار مكتب الكونغرس بعدم قبول مقترح القانون، والذي يتم البت فيه وفقا لأحكام الباب الثالث من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية".

ونرى أن المشرع المغربي وفقا للفصل 14 من الدستور المغربي لا بد وأن يولي اهتماما بهذا المجال، حيث أن تقديم ملتزمات في مجال التشريع الذي يكفله الدستور، يجب أن

يخضع لمراقبة المحكمة الدستورية لتجنب قرارات البرلمان التي قد تتعسف في رفض مشاركة المواطنين في العمل التشريعي عن طريق تلك الملتزمات.

وإذا كان طعن الحماية الدستورية ضماناً مختلفة للدفاع عن الدستور، لا ترتبط إلا بأعمال السلطات العامة والتي لا تشمل النصوص القانونية كما ينص على ذلك القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الإسبانية في المواد من 41 إلى 45، فإنه وعلى الرغم من أن المادة 162 من الدستور لا تنص على الولاية المباشرة للفرد لتقديم طعن عدم الدستورية، فالقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية¹ فتح بحكمة إلى حد ما احتمال أن يكون طعن غير مباشر، بالاعتراف بأن طعن الحماية قد يؤدي إلى إعلان عدم الدستورية،² حيث تثار عدم الدستورية من طرف الغرفة أو القسم، وترفع إلى الجلسة العامة للمحكمة الدستورية.

لا يسمح الدستور البيروبي للمواطنين بالطعن بعدم دستورية القوانين، إلا بصفة جماعية وبعد توفر العدد المحدد من التوقيعات، إلا أن التقدم أمام المحكمة الدستورية للدفاع عن الضمانات الدستورية يكون بشكل فردي، حيث تبت بشكل نهائي في القرارات السلبية لعمليات المثول أمام القضاء *habeas corpus*، والحماية، والحصول على البيانات *habeas data* ودعوى التنفيذ، كما يمكن للأشخاص وفقاً للمادة 19 من قانون الإجراءات الدستورية إجراء طعن التظلم ضد قرار رفض طعن الاستئناف الدستوري، فالأمر يتعلق هنا بالطعن في القرارات والأحكام وليس في القوانين، بالإضافة إلى تنصيب الفقرة الخامسة من المادة 200 من الدستور والتي تجعل من المحكمة الدستورية الجهاز القضائي الذي يبت في الدعوى الشعبية المرفوعة من قبل المواطنين ضد الأنظمة والقواعد الإدارية والقرارات والمراسيم العامة المخالفة للدستور والقانون، مهما كانت السلطة التي تصدرها.

وهنا يمكن أن نجيب عن تساؤل كنا قد أثارناه في المقدمة حول مدى اعتبار النص الدستوري المغربي متقدماً ومتطوراً عن الدستور الإسباني الذي لا يسمح للمواطنين بالطعن سوى في الأعمال التي لا ترقى إلى مرتبة القانون، حيث نجد فراغاً في هذا المجال في النظام المغربي، فقد تكون قرارات أو مراسيم سواء التطبيقية أو المستقلة والتي تصدر في مجال القانون، شرعية ولكنها تخالف الدستور لأنها لانتهاكها لبعض الحقوق والحريات الأساسية، فهنا لا يحق للمتضرر الطعن في عدم دستورتها أمام المحاكم العادية بمختلف درجاتها ولا أمام المحكمة الدستورية، وفي رأينا أن

¹ الفقرة الثانية من المادة 55 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الإسبانية تنص على أنه: " إذا اقتضى طعن الحماية حسب حكم الغرفة أو عند الاقتضاء القسم، بأن القانون المطبق ينتهك الحقوق الأساسية أو الحريات العامة، ترفع القضية إلى الجلسة العامة، مع وقف أجل النطق بالحكم وفقاً لأحكام المادة 35 وما يليها".

² Luis Aguilar De Luque, las garantías constitucionales ... op. cit., pág 124

الأعمال التي لا ترقى إلى مرتبة القانون أولى بالرقابة الدستورية، لكون الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين رغم ما لها من أهمية إلا أن هذه القوانين تعرض أمام ممثلي الشعب في البرلمان ويمكثهم إثارة عدم دستورتيتها عكس الأعمال التي لا تدخل في مجال القانون. وإذا كانت جل الدساتير تنص على كون قرارات وأحكام المحكمة الدستورية لا تقبل أي طريق للطعن، فإن الدستوري البيروبي أعطى لأي شخص يرى أن الحقوق المعترف بها في الدستور تم المساس بها، بعد استنفاد مختلف درجات القضاء المحلي، اللجوء إلى المحاكم وألهيئات الدولية المنشأة بموجب المعاهدات أوالاتفاقات التي تكون بيروطرفا فيها.

خاتمة

خول المشرع الدستوري للمواطنين من خلال الوثيقة الدستورية المغربية لسنة 2011، مجموعة من الحقوق والمكتسبات الدستورية التي نجدها في الدساتير العريقة في الديمقراطية، فقد متع الدستور المغربي المواطنين والمواطنات بالحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع، والحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية وكذا الدفع بعدم دستورية القوانين، إلا أن تنظيم هذه الحقوق أوكلمها للقانون، وفي هذا الصدد أديع مشروع قانون تنظيمي رقم 66.13 يتعلق بالمحكمة الدستورية لدى مكتب مجلس النواب.¹

ومن خلال قراءة أولية في هذا المشروع يتضح خجل المشرع (الحكومة كصاحبة المشروع وكمشارك في العملية التشريعية) في الارتقاء بالقوانين ومواكبة التطور الدستوري الذي عرفته المملكة والذي يشكل ثورة قانونية، فمشروع النص القانوني هذا لا يختلف كثيرا عن القانون التنظيمي المنظم للمجلس الدستوري المنصوص عليه في دستور 1996، مع العلم أن الفرق شاسع بين الجهازين الدستوريين، فإذا كانت المحاكم العادية تتكون من غرف قصد تسهيل عملها، فمن غير المفهوم ضعف تنظيم المحكمة الدستورية من خلال المشروع القانوني المذكور بشكل لا يرقى بها إلى المكانة المخولة لها دستوريا؛ فالقوانين المنظمة للمحاكم الدستورية تنظم كافة نواحي عملها وسيرها، وإن جاءت موجزة في مقتضياتها فتوكله لأنظمتها الداخلية، فتنص على سبيل المثال على تكوينها من غرفتين على الأقل وتوزيع القضايا عليها، مع ترك بعض المسائل للتداول فيما أمام الجلسة العامة للمحكمة والتي تضم جميع أعضائها، وهو ما لم نقف عليه في مواد مشروع القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية المغربية.

¹ أحيل على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب بتاريخ 29 أكتوبر 2013

الأمل في أن يعمل البرلمان من خلال حقه في التعديل والدراسة على تنقيح النص وإضافة مواد من شأنها أن تقوي المحكمة الدستورية وليس فقط تغيير اسمها من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية، وإذا افترضنا أن الحكومة أثناء إعدادها مشروع القانون التنظيمي رقم 66.13، لم تسن مجموعة من القواعد الضرورية لممارسة المحكمة الدستورية لمهامها وتركت ذلك للنظام الداخلي لهذه الهيئة الدستورية، فكان من الأخرى التنصيب عليه. فكما هو متعارف عليه تعمل المحاكم الدستورية على تنظيم بعض المساطر والأمور الداخلية عن طريق الأنظمة الداخلية "reglamentos" أو القرارات أو الأوامر القضائية "autos acordados" التي أشرنا إليها سابقا والتي يتم التنصيب عليها في القوانين التنظيمية للمحكمة كما هو الحال على سبيل المثال في القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية الإسبانية الذي يجيز لها وضع الأنظمة الداخلية بشأن سير أشغالها وتنظيمها، ضمن نطاقه (القانون التنظيمي).

التطور التشريعي لمكافحة غسل الأموال بالمغرب

الدكتورة نجاة العمراني
باحثة في القانون العام

تقديم

منذ التسعينات والمغرب يسعى إلى إرساء دعامة قانونية لمكافحة غسل الأموال تحت ضغوط دولية خارجية مورست عليه وعلى الدول الغير مقننة لقوانين مكافحة غسل الأموال، وذلك منذ حملة 1996 التي نعتت "بحملة التطهير" والتي استهدفت أوساط رجال الأعمال وكبار مراكمي الثروة، حيث شهدت هذه الفترة تكثف عمليات تهريب رؤوس الأموال من المغرب إلى الخارج، فمنذ 11 سبتمبر 2001 وخاصة بعد أحداث 16 ماي بالدار البيضاء، شوهد تسارع كبير لتطوير التشريع المغربي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ومع بداية العهد الجديد وتحديدًا منذ 2005 بدأت النقاشات الجادة حول مشروع قانون مكافحة غسل الأموال الذي عرض على مجلس الحكومة في 2006/04/19.

ووعيا من المغرب بعدم التهاون والتقليل من وزن الضغوط الدولية التي تمارس وإيمانًا منه بأن التدابير المالية والإدارية لا تكفي بمفردها للتصدي لهذه الجريمة تم إخراج أول قانون وطني خاص بمكافحة غسل الأموال إلى الوجود بتاريخ 7 أبريل 2007، تنفيذًا منه لالتزاماته اتجاه مقتضيات الفصل السابع من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وتوصيات اللجنة النقدية والمالية لصندوق النقد الدولي ومجموعة العمل المالي الدولية "GAFI"¹ ومجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا. وإن كان المشرع المغربي قد تأخر نسبيًا في إصداره لقانون مكافحة غسل الأموال مقارنة مع مجموعة من الدول الأوروبية والعربية.

¹ -GAFI : Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux.

تمثل هذه المجموعة إطارًا دوليًا لمكافحة غسل الأموال، وقد اهتمت هذه المجموعة بتحديد وكشف نشاطات وأوضاع غسل الأموال في العالم، نتيجة التقارير السنوية التي تصدرها إن "GAFI" هي الجهاز الدولي الوحيد الذي يركز على غسل الأموال بصفة عامة، ويعمل على منح الدول فرصة في مقارنة التجارب التي تنهجها في مكافحتها للظاهرة والبحث عن حل وإجابات للمشاكل المشتركة.

الفقرة الأولى: المرتكزات القانونية لمكافحة غسل الأموال من خلال التشريع الوطني
يندرج القانون 05 - 43(1) المتعلق بمكافحة غسل الأموال في إطار القوانين التي اعتمدها المغرب كألية لمحاربة الجرائم الخطيرة، وقد استند في مجموعة منه على توصيات مجموعة العمل المالي الدولية.

1- المقتضيات الموضوعية الواردة في القانون رقم 05 - 43.

يمكن حصر المقتضيات الموضوعية من خلال صور التجريم والمسؤولية الجنائية والجزاءات والعقوبات المقررة.

أ- صور التجريم

من الأعراف المتداولة في القوانين التشريعية وخصوصا الجنائية منها، أن المشرع يعمل على إعطاء التعريف الدقيق للفعل المجرم قبل معالجة باقي المقتضيات المتعلقة به، أي البحث عن الوصف القانوني الذي ينطبق عليه الفعل المرتكب قبل قيام المسؤولية الجزائية(2). غير أن المشرع المغربي في القانون رقم 05-43 لم يتقيد بهذه القاعدة، بحيث لم يعطي لغسل الأموال تعريفا دقيقا واكتفى بتحديد لائحة من الأفعال التي تكون جريمة غسل الأموال، وهكذا نص في الفصل 1 - 574 على أن "كل فعل يهدف إلى اكتساب أو حيازة أو استعمال أو استبدال أو تحويل الممتلكات بهدف إخفاء أو تمويه مصدرها لفائدة الفاعل أو لفائدة الغير عندما تكون متحصلة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل 2 - 574 بعده، أو مساعدته على الإفلات من الآثار التي يرتها القانون على أفعاله أو تسهيل التبرير الكاذب بأية وسيلة من الوسائل لمصدر الممتلكات أو عائدات هذه الجرائم وتقديم المساعدة أو المشورة في إحدى العمليات المعتمدة غسلا للأموال سواء في صورة حراسة أو توظيف أو إخفاء واستبدال أو تحويل للعائدات المتحصلة عليها من الجرائم"(3).

إن المشرع المغربي لم يميز بين الفاعل الأصلي وفعل المشاركة إذ تم الارتقاء بفعل المساهمة إلى صورة أصلية للتجريم، فصور التجريم التي حددها القانون تزوج بين السلوك الإيجابي والسلوك السلبي. كما ربط المشرع بين عنصرين، هما الجريمة الأولية أو الأصلية المتحصلة منها على الأموال المراد غسلها والفعل المكون لجريمة الغسل. وبالتالي فإن هذه الأفعال التي اعتبرها المشرع جرائم غسل الأموال قد تطرح إشكالية تصنيفها في القانون الجنائي هل هي

¹ - القانون رقم 05-43 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 79 - 07 - 1 ل 28 ربيع الأول 1428 موافق 17 أبريل 2007 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5522، ليوم الخميس 3 ماي 2007.

² - François Roggen, Franklin kuty, Olivier Bastyns "Actualités du droit pénal". Edition Emile Bruylant - Bruxelles - 2009 p. 10.

³ - المادة الأولى من القانون رقم 05 - 43.

جرائم تبعية مستقلة عن الجرائم الأصلية؟ بمعنى صورة من صور الاشتراك الجنائي أم صورة من صور التجريم الأصلي؟

كما نص المشرع المغربي على أن تكون الجريمة عمدية، أي التأكد من توفر النية والعلم بعدم شرعية الأموال لإثبات الجريمة، وهنا نتساءل عن المقصود بالعلم بعدم الشرعية هل العلم اليقيني أم مجرد العلم المفترض؟ وهل الأمر يصل إلى العلم بالجريمة مصدر المال أم العلم بعدم شرعية الأموال؟

وطبقا لمقتضيات القانون الجنائي فإنه لا بد من توفر الإرادة كما هي محددة في المبادئ العامة لهذا لقانون، وقد حصر المشرع المغربي الجرائم الأولية التي تعتبر مصدرا للأموال الغير مشروعة في سبعة جرائم، وهي:

- الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية

- المتاجرة بالبشر

- تهريب المهاجرين

- الاتجار غير المشروع في الأسلحة والذخيرة

- الرشوة والغدر واستغلال النفوذ واختلاس الأموال العامة والخاصة

- الجرائم الإرهابية

- تزوير النقود وسندات القروض العمومية أو وسائل الأداء الأخرى(1)

ما يعاب هنا على المشرع هو عدم إحاطته بكافة الجرائم التي من شأنها أن تكون مصدرا لعمليات غسل الأموال، مما يجعل العديد من الجرائم في منأى عن المساءلة القانونية الخاصة بالغسل بالرغم من خطورتها، فكان ينبغي جعل كافة الجرائم الخطيرة وخاصة تلك المدرة للأموال الطائلة موردا لغسل الأموال، شرط أن تتجاوز سقفا ماديا معيناً، وبالتالي جعل النص القانوني في منأى عن التعديلات المتكررة، إذ تم إغفال العديد من الجرائم كالدعارة أو الاستغلال الجنسي وجرائم البيئة التي أصبحت تعد من أخطر جرائم العصر الحالي، الاختطاف وأخذ الرهائن، التهريب، القرصنة، التلاعب بالأسواق المالية وغيرها.

ب- المسؤولية الجنائية

لقد أقر القانون 05-43 طبقا لمقتضيات الفصل 3-574 بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين وكذا المسيرين والمستخدمين العاملين بها المتورطين في ارتكاب

¹ - المادة الأولى من القانون رقم 05 - 43.

جرائم غسل الأموال. غير أنه لم يتم تحديد ضابط المسؤولية بشكل واضح بالنسبة للأشخاص التابعين للشخص الاعتباري، هذا وقد أقر القانون مسؤولية رقابية أووقائية(1) أوجبها على فئة معينة من الأشخاص الذاتيين أوالمعنويين من مؤسسات مالية بما فيها مؤسسات الائتمان، الأبنك والشركات القابضة الحرة، الشركات المالية، مقاولات التأمين وإعادة التأمين، كل من مراقبي الحسابات، المحاسبون الخارجيون، الأشخاص المنتمون لمهنة قانونية مستقلة عندما يعملون لحساب زبائنهم في معاملة مالية أوعقارية أو عند تقديم المساعدة لهم لتأسيس شركات وتسييرها وإدارتها، إذ يتعين على هؤلاء الأشخاص جمع جميع المعلومات التي تمكنهم من التأكد من هوية الأشخاص الذين يتعاملون معهم سواء كانوا زبناء اعتياديين أو عرضيين، كما ألزم المشرع هؤلاء بضرورة الاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بالعمليات المنجزة لمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ تنفيذها وتقديم تصريح بالاشتباه إلى الوحدة بشأن جميع العمليات أوالمبالغ المشتبه في ارتباطها بغسل الأموال.

ج- الجزاءات والعقوبات

من خلال قراءة لمضامين الفصول الخاصة بتحديد العقوبات المقررة بشأن مرتكبي جرائم غسل الأموال يتضح أن المشرع حدد نوعين من العقوبات.

عقوبات أصلية:

وقد حددها المشرع فيما يخص الأشخاص الطبيعيين بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 درهم، وبغرامة من 500.000 إلى 3.000.000 درهم بالنسبة للأشخاص المعنويين، دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها على مسيرها أوالمستخدمين العاملين بها المتورطين في الجرائم، ونفس العقوبات تطبق على محاولة غسل الأموال(2).

إن المشرع لم يميز بين محاولة القيام بالجريمة وتنفيذها على خلاف القواعد المعتمدة في القانون الجنائي. وبالتالي فإن التقيد بتحقيق النتيجة الإجرامية ليس شرطاً لتطبيق العقوبة.

وطبقاً لمقتضيات المادة 446 من القانون الجنائي قد يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في هذا الفصل مسيرواوأعوان الأشخاص الخاضعين الذين قد يبلغوا عن قصد الشخص المعني بالأمر أوالغير بالتصريح بالاشتباه المقدم عنه، أوبالقرارات المتخذة بشأنه أوإذا ما استعملت المعلومات لأغراض غير تلك المنصوص عليها في القانون 05-43، وهو ما نصت عليه

¹ - المادة 2 من الباب الثاني من نفس القانون .

² - الفصل 3 - 574 من القانون 05 - 43.

المادة 29 من نفس القانون. هذا وترفع عقوبات الحبس والغرامة إلى الضعف(1) إذا ما ارتكبت الجريمة باستعمال التسهيلات التي توفرها مزاولة نشاط مهني وإذا ما تعاطى الشخص بصفة اعتيادية لعمليات الغسل وإذا ما ارتكبت الجرائم في إطار عصابة إجرامية منظمة وفي حالة العود أي داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به من أجل إحدى جرائم غسل الأموال.

عقوبات إضافية:

حدد المشرع العقوبات الإضافية التي يمكن أن يعاقب بها مرتكبوجرائم غسل الأموال في المصادرة الجزئية أو الكلية للأموال التي استعملت في عملية الغسل والعائدات المتحصلة منها دون إخلال بحقوق الغير حسني النية، وحل الشخص المعنوي ونشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة بالإدانة بواسطة جميع الوسائل الممكنة على نفقة المحكوم عليه(2). يمكن الحكم بالمنع المؤقت أو النهائي من ممارسة واحدة أو أكثر من المهن أو الأنشطة التي ارتكبت الجريمة أثناء مزاومتها.

ونظرا لخطورة غسل الأموال وحرمان المجرم من التمتع بغنائم جريمته كان من المستحب على المشرع أن ينص على الحكم بمصادرة الممتلكات أو العائدات كعقوبات أصلية، وفي جميع الحالات التي تثبت فيها جريمة الغسل، وكذا نشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به بالنسبة لكافة الأشخاص المتورطين في عملية التبييض، لما لهذه الجرائم من آثار اقتصادية ومالية وأمنية خطيرة.

عقوبات إدارية:

طبقا لمقتضيات المادة 28 من القانون 05 - 43 أقر المشرع عقوبات خاصة بالأشخاص الخاضعين الذين خول لهم إمكانية التبليغ عن عمليات الغسل إذا ما أخلوا بواجباتهم أو بالقواعد المهنية أو الأخلاقية. وتتجلى في غرامة مالية تتراوح بين 100.000 و500.000 درهم تصدرها ضدهم الهيئة التي يعملون تحت مراقبتها أو الوحدة في حالة عدم وجود هيئة مراقبة بالنسبة لهؤلاء الأشخاص، وهي من المسائل الإيجابية التي اتخذها المشرع، إذ من شأن هذه العقوبة أن تلزم وتجعل الأشخاص الخاضعين في وضعية يقظة اتجاه التزاماتهم بالمراقبة الداخلية. وحرصا من المشرع على تشجيع مكافحة غسل الأموال نص الفصل 7 - 574 على إعفاء من العقوبة في حالة تبليغ السلطات المختصة قبل علمها عن الأفعال المكونة لمحاولة

¹ - المادة 4 - 574 من القانون 43.05.

² - المادة 5 - 574 من نفس القانون.

ارتكاب جريمة غسل الأموال، وعن التخفيض من العقوبة إلى النصف بالنسبة للأشخاص الذين يقومون بتبليغ السلطات المختصة بعد ارتكاب هذه الجريمة(1).

المقتضيات المسطرية الواردة في القانون رقم 05-43

يمكن حصر المقتضيات المسطرية الواردة في هذا القانون في مساطر البحث عن الجرائم ومساطر الاختصاص والتعاون الدولي.

أ- مساطر البحث في الجرائم

لقد أخذ البحث في الجرائم حسب قانون 05-43 منحى مغايرا لما هو متداول في القانون الجنائي، إذ تختص الوحدة دون غيرها بتحريك الدعوى ضد مرتكبي غسل الأموال إذا ما تمت إدانتهم بذلك وإحالة القضية على وكيل الملك قصد التحقيق فيها، وعلى وكيل الملك أن يبلغ الوحدة بالقرارات النهائية المتخذة بشأن القضايا التي أحيلت عليه، وله أن يأمر خلال البحث التمهيدي بتجميد الممتلكات بالمنع المؤقت لتحويلها أو استبدالها أو التصرف فيها أو تحريكها، كما له الحق في أن يعين مؤسسة أو هيئة خاصة للقيام بحراسة أو مراقبة الممتلكات(2).

كل هذه الإجراءات يمكن لوكيل الملك اتخاذها دون الحاجة لإدانة جنائية ثابتة ولقاضي التحقيق الإعدادي أن يأمر بحجز ممتلكات الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنويين المشتبه تورطهم مع أشخاص أو منظمات أو أنشطة لها علاقة بجرائم غسل الأموال، حتى إذا ما ارتكبت خارج التراب الوطني. كما خول القانون للوحدة الحق بإبلاغ السلطات الخاصة بالبحث والتحري من أجل القيام بالتحريات عن الأشخاص المشتبه بهم، بما في ذلك الإدارات والمؤسسات العمومية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، والتي من شأن اختصاصاتها أن تمكن من كشف المخالفات. ولقاضي التحقيق أو وكيل الملك الحق في الإطلاع على الوثائق والمعلومات المحصل عليها من قبل الوحدة ما عدا التصريح بالاشتباه.

ورغبة من المشرع المغربي في دعم سياسة محاربة غسل الأموال فقد أمن القانون 05-43 حماية خاصة للأشخاص المخول لهم حق تقديم تصريح بالاشتباه(3). أو القيام بالمراقبة فلا يجوز إصدار أمر بالمتابعة على أساس الفصل 446 من مجموعة القانون الجنائي أو بناء على قوانين خاصة تتعلق بكتمان السر المهني ضد الأشخاص الخاضعين ومسيرهم وأعاونهم الذين قدموا التصريح بالاشتباه عن حسن نية حتى في حالة الوشاية الكاذبة، وعدم تقديم حجة على

¹ - يحيى محمد: "قانون مكافحة غسل الأموال رقم 43.05 وأثاره الاقتصادية الأبعاد والمضامين"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 74، لسنة 2007، ص: 81.

² - المادة 19 من قانون رقم 05 - 43.

³ - المادة 25 من نفس القانون.

الصفة الجرمية للأفعال التي قدم التصريح بشأنها وحتى لو صدر في شأن هذه الأفعال قرار بعدم المتابعة أو البراءة. وعدم إجراء أية متابعة بالرغم من تنفيذ عملية غسل الأموال في حالة استحالة إيقاف هذا التنفيذ ما لم يثبت تواطؤهم مع مالك الأموال أو منفذ العملية. كما لا تقبل أية دعوى على أساس المسؤولية الجنائية أو المدنية ضد الوحدة أو ضد أعوانها(1).

ب- مساطر الاختصاص والتعاون الدولي

نظرا للطبيعة المميزة لجريمة غسل الأموال وبالرغم من قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية أو نصوص أخرى، فقد عمل المشرع المغربي لضمان نوع من الفعالية والتخصص فيما يخص الجهات القضائية الموكول لها صلاحية النظر في هذا النوع من القضايا، على تخويل محاكم الرباط وحدها صلاحية المتابعة والتحقيق والبت في الأفعال التي تكون جرائم غسل الأموال، مع السماح بإمكانية عقد جلسات استثنائية في محاكم أخرى خارج الرباط متى دعت إلى ذلك أسباب تتعلق بالأمن العام.(2) كما نص المشرع المغربي من خلال هذا القانون على دعم وتشجيع التعاون الدولي لمكافحة غسل الأموال بتقديم أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية فيما يخص البحث والتحقيق في هذه الجرائم. ولضمان ذلك أوجب عدم المساس بالقواعد القانونية المنظمة للعلاقات القضائية مع السلطات الأجنبية كما هي مقررة في القسم الثالث من قانون المسطرة الجنائية، وتطبيق الأحكام الخاصة بالتعاون الوطني المنصوص عليها في القانون المتعلق بمكافحة الإرهاب. فيما يتعلق بإبلاغ المعلومات وتجميد وحجز ومصادرة كل الأموال والعائدات التي يملكها المتهمون.

إن المغرب بسنه لقانون غسيل الأموال 05-43 يكون قد أحدث قفزة نوعية في ترسانته القانونية(3)، خصوصا بتجاوزه لقاعدة قانونية أساسية في القانون الجنائي والقانون البنكي والمتعلقة بالسرية المهنية. وذلك بعدم الاحتجاج أمام الجهات المسؤولة عن مكافحة غسيل الأموال بهذه القاعدة.

غير أن التجربة والدراسات الدولية برهنت عن عدم كفاية هذا القانون لما يكتنفه من جوانب نقص عديدة، ونتيجة تقييم المنظومة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب من قبل مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا لسنة 2007، تم وضع المغرب في برنامج المتابعة المعززة في نونبر 2010 من طرف هذه المجموعة. وهكذا عمل المشرع

¹ - المادة 27 من القانون رقم 43.05.

² - المادة 38 من نفس القانون

³ - Jihane Gattioui, "Lutte contre le blanchiment des capitaux et le crime organisé, le Maroc renforce son arsenal juridique" Le MATIN, Mercredi 29 décembre 2010.

المغربي على إدخال تعديلات عديدة همت بالخصوص توسيع نطاق جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وتعزيز التزامات اليقظة اتجاه الزبناء ودعم الصلاحيات المخولة للوحدة وفقا للمعايير الدولية ومدتها بالإمكانات المادية والبشرية والعلمية لأداء مهامها وتعزيز التدابير المتخذة من لدن سلطات الإشراف والمراقبة على القطاع المالي.

ونتيجة لما تم عرضه من تعديلات خلال الاجتماع الثالث عشر لمجموعة العمل المالي للشرق الأوسط وشمال إفريقيا المنعقد بالكويت في ماي 2011، تقرر إعادة إدراج ملف المغرب ضمن مسلسل المتابعة العادية بدل المتابعة المعززة، بعدما كان مصنفا من قبل مجموعة العمل المالي في فبراير 2010 ضمن لائحة الدول التي تعتري منظومتها التشريعية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب قصورا استراتيجيا(1)، لعدم التزامه بتنفيذ برنامج العمل المتفق عليه مع هذه المجموعة. وهكذا سعى المغرب إلى استكمال خطة العمل المتعلقة بمنظومة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بدخول القانون الجديد 10-13 حيز التنفيذ سنة 2011.

الفقرة الثانية: التعديلات التشريعية الواردة على قانون مكافحة غسل الأموال

حقيقة أنه لمعالجة أية ظاهرة كيفما كان نوعها اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية وأ مالية لا بد من وضعها في إطارها التشريعي أو القانوني المناسب. غير أنه كيف ما كان هذا التشريع ومهما تعددت الجهات التي ساهمت في وضعه لا بد أن ينم عن ثغرات قانونية إذا ما أنزل وطبق على أرض الواقع. وبالتالي فإن وضع ظاهرة غسل الأموال في إطارها القانوني لم يكن بالأمر الهين، وهذا ما أ بان عنه قانون 05-43، فصدر نتيجة لذلك قانون 10-13 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي(2). وقد عمل هذا القانون على تقوية المنظومة التشريعية التي جاء بها قانون 05-43، ويمكن تلخيص التعديلات القانونية التي حملها هذا القانون في أربع نقط رئيسية هي :

- توسيع لائحة الجرائم التي تشكل مصدرا للأموال التي تكون موضع عمليات الغسل.

- تأطير المسطرة المتعلقة بالتسليم المراقب كوسيلة هامة للبحث.

- التأكيد على ضرورة الالتزام باليقظة من قبل الأشخاص الخاضعين.

- تعزيز دور وحدة معالجة المعلومات المالية

1- المقتضيات الموضوعية الجديدة الواردة في القانون رقم 10-13

¹ - Déclaration publique du "GAFI" en 2011 concernant le Maroc, déclaration publiée le 24/06/2011. Recommandation spéciale II.

² - القانون 10 - 13 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي القاضي بتطبيقه الظهير الشريف رقم 1.11.02 الصادر في 15 صفر 1432 الموافق 20 يناير 2011 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5911 بتاريخ 19 صفر 1432 الموافق 24 يناير 2011..

لقد عمل القانون الجديد رقم 10-13 على توسيع قاعدة الإجرام بالنسبة للأفعال التي تمثل مصدرا ماليا لعمليات غسل الأموال كما نص على عقوبات جديدة من شأنها دعم سياسة مكافحة هذه الجريمة، إلا أن أهم ما يمكن تسجيله على مستوى التعديلات والإصلاحات التي حملها هو جعله من فعل تمويل الإرهاب عملا إرهابيا .

إن هذا القانون بالرغم من توسيعه للاتحة الجرائم التي نص عليها الفصل 2-547 من قانون 05-43 الأموال بإضافة سبعة عشر جريمة أخرى (1) إلا أنه لم يساير النهج الذي صار عليه المشرع الفرنسي القاضي بعدم تحديد لاتحة الجرائم التي تشكل مصدرا للأموال غير المشروعة، واكتفى بالنص على ربطها بإحدى جرائم المخدرات أو بوصفها جناية أوجنته واستبعد المخالفات لعدم أهميتها وقد هدف من خلال ذلك إلى محاصرة مختلف أوجه هذا النشاط، وهونفس التوجه الذي تبنته فرقة العمل المالي لمكافحة غسل الأموال "GAFI" في توصياتها الأربعين، حيث اعتبرت عائدات جميع الجرائم الخطيرة موردا لجريمة غسل الأموال(2)، بخلاف المشرع المغربي مما يجعل اللاتحة محدودة أمام التطورات التي تعرفها الآليات الإجرامية التي من شأنها أن تسفر عن ظواهر إجرامية جديدة. فقد أغفل المشرع التلاعب بالأسواق المالية والبورصة كظاهرة إجرامية مالية شديدة الخطورة من لاتحة الجرائم التي تم سردها، وتثير الصور الإجرامية التي حددها المشرع إشكاليات خاصة بالنظر إلى صعوبة التحديد واستعمال صيغ عامة في التجريم كإخفاء أشياء متحصلة من جناية أوجنته كما ذكر المشرع في لاتحة الجرائم المضافة، القتل العمد أو العنف أو الإيذاء العمدي، فالقتل يعتبر من الجرائم الخطيرة غير أنه قد لا يكون مصدرا لعمليات غسل الأموال إذا لم يقترن بهدف جني المال. وقد واكب توسيع قاعدة الجرائم تشديد على مستوى العقوبات فنص المشرع على أن يتم الحكم بالعقوبات الواردة في القانون 05-43 في فصله 3-574 شريطة عدم الإخلال بالعقوبات الأشد. كما أصبحت المصادرة بمقتضى القانون الجديد كلية للأشياء والأدوات والممتلكات مع حفظ حق الغير حسن النية(3)، بدل أن تكون جزئية أو كلية للأموال والعائدات المتحصلة من الجريمة.

2-المقتضيات الوقائية والرقابية الواردة في القانون رقم 10-13

¹ - المادة 1-572 من قانون رقم 13.10.

² - عبده جميل غصوب: "الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية" أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثالث. الجرائم المتعلقة بأعمال المصارف، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2002، ص 118.

³ - الفصل 5-574 من القانون رقم 13-10.

لقد حمل القانونون 10-13 العديد من التقنيات الجديدة في مجال البحث والتسليم، كما حدد وبدقة واجبات سلطات هيئات الإشراف والمراقبة وغيرها من التعديلات التي أدخلت على قانون مكافحة غسل الأموال 43.05.

أ- الآليات الجديدة للبحث في جرائم غسل الأموال: التسليم المراقب من الناحية الإجرائية يعتبر التسليم المراقب الحدث الأهم في التعديلات المسطرية التي حملها قانونون 10-13، فحسب هذا الأخير "التسليم المراقب هو السماح بعبور شحنة غير مشروعة أو يشتبه في كونها كذلك إلى داخل المغرب أو عبره أو إلى خارجه دون ضبطها أو بعد سحبها أو استبدالها كلياً أو جزئياً تحت مراقبة السلطات المختصة، بقصد التعرف على الوجهة النهائية لهذه الشحنة والتحري عن الجريمة والكشف عن هوية مرتكبيها والأشخاص المتورطين فيها وإيقافهم"⁽¹⁾.

وقد خول القانون للوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف وحده الحق في منح الإذن بالتسليم المراقب دون غيره، ما عدا إذا تقدمت دولة أجنبية بطلب إجراء تسليم مراقب داخل المملكة المغربية، بحيث لا يمكن لهذا الأخير منح الإذن بذلك إلا بعد موافقة وزير العدل وتتولى الشرطة القضائية تنفيذه، ويؤجل الوكيل العام للملك الذي منح الإذن بناء على طلب من دولة أجنبية اتخاذ أي إجراء من إجراءات البحث المرتبطة بعملية التسليم لحين إيقاف مرتكبي الجريمة والمتورطين فيها وعلمه بوصول الشحنة إلى وجهتها النهائية⁽²⁾، وعند الاقتضاء إلى حين تدخل السلطات الأجنبية المختصة بشأنها، حيث أنه لا يمكن لطلبات التسليم المراقب هذه أن تطبق إذا كان تنفيذها من شأنه أن يمس بأمن وسيادة النظام العام أو المصالح الأساسية للمملكة المغربية.

الملاحظ أن المشرع في المادة 2-82 لم يحدد الحالات الإجرامية لغسل الأموال التي من شأنها أن تكون موضوع طلب تسليم مراقب، مما قد يجعل من كافة الصور الإجرامية محط هذا الطلب، كما لم يحدد المدة الزمنية التي يتعين خلالها إجراء التسليم المراقب حسب مضمون النص القانوني. وبالرجوع إلى الأجل القانوني الذي خوله المشرع في قانون المسطرة الجنائية لوكيل الملك من أجل القيام بالبحث في الجرائم، قد تكون غير كافية بالنسبة للتسليم

¹ - المادة 1 - 82 من الباب الثالث من نفس القانون.

² - المادة 2-749 من الباب السادس من قانون المسطرة الجنائية رقم 01.22 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003.

المراقب لجرائم غسل الأموال، والتي تأخذ في غالب الأحيان طابعا تنظيميا دوليا يتجاوز حدود الدولة الواحدة، وهوما يتطلب مدة أطول للبحث والتحقيق عما هي في الجرائم الأخرى.

لقد جاء تعديل قانون 10-13 الخاص بدمج التسليم المراقب كآلية للبحث في جريمة غسل الأموال نتيجة ما حققه هذا الأسلوب من نجاح كأداة فعالة لتعقب الشحنات الغير المشروعة من المخدرات عبر الحدود الدولية. فأسلوب التسليم المراقب يعتبر من الأساليب التي استعملت على نطاق واسع من قبل الدول قبل أن ينص عليه التشريع المغربي في قانونه 10-13 استجابة منه لتوصيات مجموعة العمل المالي، التي أوجبت على الدول أن تتأكد من أن جهات إنفاذ القانون المختصة داخلها تضطلع بمسؤولية إجراء التحريات في شأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وأنها تسعى إلى دعم وتطوير أساليب وتحريات خاصة تتناسب وحالات غسل الأموال كأساليب التسليم المراقب والعمليات السرية وغيرها من الأساليب ذات الصلة، كما حثت المجموعة الدول على استخدام آليات فعالة أخرى كالمجموعات الدائمة أو المؤقتة المتخصصة في إجراء التحريات عن الأصول والتحريات التي يتم فيها التعاون مع السلطات المختصة للدول الأخرى(1)، وقد أوجبت المذكرة التفسيرية لهذه المجموعة على الدول أن تقوم باتخاذ إجراءات تشريعية تخول لسلطاتها المختصة التي تقوم بالتحقيق في حالات غسل الأموال، أن تؤجل أو تعجل احتجاز الأشخاص المشتبه بهم أو التحفظ على الأموال بهدف تحديد الأشخاص المتورطين في هذه الأنشطة، وجمع الأدلة الكافية لكي لا تعيق عمليات التسليم المراقب والعمليات السرية(2).

إن الغرض من هذا الأسلوب هو تأجيل ضبط الأشياء الغير المشروعة إلى وقت لاحق والسماح بمرورها تحت أعين السلطات المختصة وبرقابتها المستمرة قصد التعرف على الوجهة النهائية لهذه الشحنات، وكشف هوية أكبر عدد من المتورطين في هذه الجريمة والعناصر الرئيسية فيها سواء منظمين أو ممولين لها(3).

ب- التحديد الدقيق لصلاحيات الجهات المسؤولة عن المساهمة في مكافحة غسل الأموال
 قد أولى القانون 10-13 اهتماما دقيقا لصلاحيات بعض الجهات المسؤولة عن المساهمة في مكافحة غسل الأموال سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو مؤسسات، فتم توسيع المهام المخولة لهم بمقتضى هذا القانون وتدقيقها قصد الإحاطة بمختلف الجوانب التي من شأنها أن تساهم

¹ - التوصية 27 من توصيات مجموعة العمل المالي.

² - المذكرة التفسيرية للتوصية (27) من توصيات مجموعة العمل المالي "GAFI"

³ - مصطفى طاهر: "المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات" دار النهضة العربية، القاهرة، 2002،

في مكافحة الحقيقية لتبييض الأموال في إطار من التعاون الذي تتطلبه مكافحة مثل هذه الظواهر الإجرامية الخطيرة.

وهكذا فقد أوجب القانون 10-13 على الأشخاص الخاضعين جمع كل المعلومات التي تمكنهم من تحديد هوية زبائنهم المعتادين أو العرضيين والمستفيدين الفعليين والتحقق منها، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون 05 - 43، وطبقا لذلك يتعين على الأشخاص الخاضعين الذين عينهم هذا القانون تأمين مراقبة خاصة على طبيعة الأعمال المقترحة، وعلى العمليات التي يقوم بها زبناء يمثلون مخاطر مرتفعة، التحري عن مصدر الأموال والتأكد من هوية الأمرين بتنفيذ عمليات يكون الغير مستفيدا منها، إيلاء أهمية خاصة بالنسبة للعمليات التي يستفيد منها أشخاص ينتمون لدول معروفة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب(1)، غير أن أهم بند في هذه المادة هو الذي يخص وضع تدابير الوقاية من المخاطر المرتبطة باستعمال التكنولوجيا الحديثة لغرض غسل الأموال لكونها أهم التقنيات المستعملة في غسل وسرقة الأموال عن طريق الحسابات الإلكترونية والبطاقات التي تحمل أرقاما سرية وخطورة استعمالها في أنشطة إرهابية أولا أخلاقية.

عموما فقد نص القانون 10-13 على ضرورة وضع تدابير لليقظة تمكن الأشخاص الخاضعين من التأكد من أن العمليات المنجزة من قبل الزبناء مطابقة تماما لما يعرفونه عن زبائنهم وعن أنشطتهم وإذا ما تعذر عليهم ذلك يمنع عليهم إقامة تلك العلاقة أو الاستمرار فيها. وهكذا ألزم القانون على الأشخاص الخاضعين والمخولين قانونا لفتح حسابات بنكية، التأكد قبل فتح أي حساب من هوية صاحب الطلب طبقا لأحكام المادة 488 من مدونة التجارة وذلك ب:

تحديد هوية الأشخاص الذين يتم فتح حساب لفائدتهم والتحقق منها إذا ما كان الطلب لفائدة الغير.

الامتناع عن فتح حسابات مجهولة أو بأسماء وهمية.

الامتناع عن القيام بعلاقات مراسلة مصرفية مع أية مؤسسة مالية وهمية أو الاستمرار فيها والتأكد من أن مراسلهم بالخارج يخضعون لنفس الالتزام(2).

Blanchiment d'argent : Quel risque pénal en cas d'inobservation par les professionnels des obligations de "1 - Gutajar.ch : , Gazette du palais n° 305, le 25 février 2005, p.22."vigilance

2 - المادة 6 من قانون رقم 10-13.

وأن يطلعوا الوحدة وسلطات الإشراف والمراقبة بطلب منها وداخل الآجال التي تحددها على جميع الوثائق والمعلومات الضرورية لإنجاز مهامها دون الاحتجاج أمامها بالسر المهني، وقد حدد القانون 10 - 13 سلطات الإشراف والمراقبة في الآتي ذكرهم:

- السلطة الحكومية المكلفة بالعدل
- بنك المغرب
- السلطة المكلفة بمراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي
- السلطة المكلفة بمراقبة أسواق الرساميل
- مكتب الصرف

وقد عزز المشرع المغربي في هذا القانون دور وحدة معالجة المعلومات المالية بتحويلها لصلاحيات جديدة في مراقبتها مدى احترام الأشخاص للمقتضيات الواردة في قانون غسل الأموال، دون الإخلال بالمهام المخولة لكل سلطة من سلطات الإشراف والمراقبة. ورغبة من المشرع في إضفاء الشفافية والوضوح على مهام الوحدة فقد ألزمها بوضع تقرير سنوي عن أشغالها وأنشطتها، وخصوصا الملفات المعالجة أو المحالة على السلطات القضائية، وقد أدرج ضمن اختصاصاتها إحالة القضايا التي من شأنها أن تكون جريمة تمويل الإرهاب على الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرباط.

الفقرة الثالثة: المقتضيات الجديدة لمكافحة غسل الأموال الواردة في قانون رقم 145.12

أشادت مجموعة العمل المالي في إعلاناتها لسنة 2011 بالتقدم المنجز من طرف المغرب في اطار تشريعاته الخاصة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، غير أن هذا التقدم لم يمنع من تسجيل هذه المجموعة لبعض النواقص التي لازالت تعتري المنظومة الوطنية، والتي أدرجت المغرب ضمن لائحة الدول المتابعة من طرف فريق دراسة التعاون الدولي (ICRG) التابع للمجموعة، فعلى إثر الزيارة الميدانية لخبراء هذا الفريق قصد تقييم القانون 10-13 سجل قصورا مهما يخص تجريم تمويل الإرهاب، فخلافا للتوصية الثانية لمجموعة العمل المالي فإن الدعم المقدم لإرهابي أو لمنظمة إرهابية لا يعتبر فعلا مجرما في القانون المغربي إلا إذا كان مرتبطا بعمل إرهابي، وهي مسألة يعتبرها المقيمون الدوليون نقطة استراتيجية وهو ما يبرر إبقاء المغرب في مسلسل المتابعة بحيث تم إدخاله في اللائحة الرمادية القائمة (1) إثر الاجتماع الذي

¹ - Rapport "GAFI", concernant le Maroc recommendation spéciale du 24-06-2011.

عقدته مجموعة العمل المالي بباريس بتاريخ 18 فبراير 2013. وهوما تطلب من المغرب إجراء تعديلات تشريعية جديدة على مجموعة القانون الجنائي .

وتتلخص أوجه القصور التي أثارها مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا إثر تقييمها للمنظومة الوطنية لمكافحة غسل الأموال في العناصر التالية:

- قصور في تجريم تمويل الإرهاب.
- غياب أهم تدابير اليقظة المتعلقة بالأشخاص السياسيين ممثلي المخاطر.
- عدم اتخاذ تدابير مضادة في مواجهة المؤسسات والدول التي لا تطبق أو تطبق بشكل غير كاف توصيات مجموعة العمل المالي.

إن انعكاسات وضع المغرب في القوائم السلبية لمجموعة العمل المالي تشكل خطرا على القطاع الاقتصادي والمالي، وهي مسألة تعيها السلطات المغربية جيدا لذلك عملت على إدخال الإجراء التشريعي المطلوب، وعلى إثر ذلك تقدمت الحكومة بمشروع القانون المتعلق بمكافحة غسل الأموال لاعتماد التعديل الضروري الخاص بتجريم تمويل الإرهاب، حيث أن خروج المغرب من اللوائح السلبية لمجموعة العمل المالي وخاصة اللائحة السوداء التي تم إدراجه فيها رهين بقيامه بالتعديلات المطلوبة في أسرع الأجل، ومن أجل ذلك صادق المجلس الحكومي على قانون 145.12 المعدل والمتمم لمجموعة القانون الجنائي والقانون رقم 43.05 في الفصل 4-218 والفصل 4-218-2 والتي تهم تجريم تمويل الإرهاب(1) وتمويل الشخص الإرهابي أو المنظمة الإرهابية دون ربط ذلك بأي فعل إرهابي محدد وجعل جريمة تمويل الإرهاب فعلا إرهابيا حتى لو ارتكب خارج أرض المغرب وسواء وقع الفعل الإرهابي أولم يقع، وسواء استعملت الأموال فعلا لارتكاب هذه الأفعال أولم تستعمل، وعليه يعتبر تمويلا للإرهاب القيام عمدا وبأي وسيلة كانت مباشرة أو غير مباشرة بتوفير أموال أو تقديم أو جمع أو تدبير أموال أو ممتلكات ولو كانت بنية استخدامها أومع العلم أنها ستستخدم كليا أو جزئيا لارتكاب فعل إرهابي أو أفعال إرهابية أو جريمة إرهابية، أو أنها ستستعمل بواسطة شخص إرهابي أو بواسطة جماعة أو عصابة أو منظمة إرهابية أو تقديم المساعدة أو المشورة لهذا الغرض.

كما سعت التعديلات توسيع مفهوم الممتلكات لتشمل الأموال والأموال المادية أو غير المادية المنقولة أو العقارية بما فيها الالكترونية أو الرقمية.

¹ - كلمة السيد وزير الداخلية امحمد العنصر وزير الداخلية خلال اجتماع لجنة العدل والتشريع لمناقشة مشروع القانون بتاريخ 2013/02/26: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 145.12 يقضي بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي والقانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، دورة أبريل 2013.

جريمة غسل الأموال ودور الجهاز القضائي في مكافحتها

أحلام ترة

طالبة باحثة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة محمد الخامس السويسي، سلا

تقديم

تعتبر الجريمة المنظمة صورة من صور الإجرام الخطرة، وقد تطورت هذه الظاهرة في السنوات الأخيرة تطورا ملحوظا وتحولت في كثير من صورها إلى ظاهرة عالمية، وتزايدت المخاطر والأضرار التي تحدثها بالمجتمع ومن صور الجريمة المنظمة¹ جريمة غسل الأموال والتي يقصد بها وكما هوميين من تسميتها أنها عملية تطهر من خلالها أموال لم يكن بالإمكان التعامل فيها إلا من خلال إضفاء صفة المشروعية عليها، لأنها ناتجة عن أعمال غير مشروعة ومخالفة للقانون، ولاشك أن طريقة شرعنتها هاته تستوجب القيام بعمليات اقتصادية ومالية تهدف إلى تسييل الأموال بصورة مشروعة ومرنة.

وقد عرفت هذه الظاهرة تطورا ملحوظا في الآونة الأخيرة بفعل التطور الكبير في الوسائل التكنولوجية الحديثة، والذي يعد أحد المظاهر الأساسية لمظاهر العولمة، وما أدى إليه من ظهور العديد من الوسائل الفنية والالكترونية الحديثة لنقل الأموال وتداولها، والتي تسمح بالتعامل مع الأوراق النقدية وانتقال الأرصدة المالية من شخص لآخر عبر الحدود الجغرافية والإقليمية على مستوى العالم من خلال شبكات الانترنت المنتشرة في أرجاء العالم، دون الحاجة إلى المرور عبر القنوات المصرفية التقليدية فضلا عن انتشار أنظمة الدفع الحديثة المصاحبة لعمليات التجارة الالكترونية، وقد أدت كل هذه التطورات التكنولوجية الحديثة وغيرها فرصة أمام غاسلي الأموال لاستغلال هذه التطورات والخدمات الحديثة التي تقدمها البنوك للقيام بعمليات غسل الأموال على نطاق أوسع.

وهناك اتفاق وإجماع عام على أن ظاهرة غسل الأموال قد استفحل أمرها وبلغت حجما لم يعد من الجائز التهاون بشأنها نظرا لما أصبحت تشكله هذه الظاهرة من مخاطر على جميع المستويات والأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بحيث صار من الضروري بذل

¹ - من صور الجريمة المنظمة كذلك الاتجار في المخدرات، تهريب الأسلحة، الاتجار في الأشخاص، الدعارة....

الجهود لمكافحةها، وتم دولياً إصدار العديد من الاتفاقيات وعقد مجموعة من المؤتمرات التي عززت الإجراءات والتدابير لتجريم هذه الظاهرة، والعائدات المتحصل منها، إذ تكاد عمليات غسل الأموال تشكل موضوعاً دائماً على مائدة المؤتمرات الدولية، وعلى حد تعبير أحد رجال القانون، فإن الدول والقوانين في كل مكان من العالم، تبقى دائماً متأخرة مقدار خطوة واحدة عن تقدم الجريمة، وكذلك الحال فإن الجهود الدولية لمكافحة تبييض الأموال قد جاءت متأخرة على هذا الصعيد¹.

وفي هذا الإطار فالمغرب لم يكن بعيد عن هذه الظاهرة، ولهذا شارك في مجموعة من الندوات والمؤتمرات المحلية والإقليمية والدولية، والتي تخص معالجة موضوع جرائم الفساد وغسل الأموال، كبرنامج الأمم المتحدة الائتماني في إطار تعزيز حكم القانون في الدول العربية، بالإضافة إلى عقد مجموعة من الندوات بتنسيق مع الوزارات والمؤسسات المعنية.

ولعل من الوسائل التي تعتمدها الدول لمكافحة جريمة غسل الأموال ومنها المغرب، إقرار برامج تشريعية وتنظيمية للدولة من خلال سن قانونا يجرم هذه الظاهرة، تماشياً واستجابة للاتفاقيات الدولية الموقعة عليها الدولة، وكذا تظافر الجهود داخل الدولة من خلال تلاحم واتحاد المؤسسات المالية والقضائية، وما لهذه الأخيرة من دور فعال في مجال القضاء أو الحد من هذه الظاهرة.

إذ يقع على عاتق الاجتهاد القضائي مسؤولية إحداث التوازن بين مجال الحريات والحفاظ على قيم المجتمع، سد الثغرات التشريعية التي يلجأ إليها الجناة لإبعاد التهم عنهم، إذ أن ندرة الأحكام القضائية القاضية بالإدانة في هذا المجال يدل على أن التطبيق العملي يواجه صعوبة. والواقع أن تعزيز التعاون الدولي بين السلطات القضائية وأجهزة الرقابة المالية في ميدان قمع الجريمة المنظمة وتمويلها يجد صداه في مجال قانون المسطرة الجنائية وقانون مكافحة غسل الأموال رقم 13.10، والتي من بين فرضت إلزام رقابة قبلية صارمة على تحركات الأموال المشبوهة وما أتت به مقتضيات هذا القانون تنمة للقانون الذي سبقه رقم 05/43.

المبحث الأول: الدلالة القانونية لجريمة غسل الأموال

على الرغم من أن جريمة غسل الأموال قديمة قدم التاريخ، إلا أن مفهومها اكتسب طابعاً مراوفاً، وخصائص وصفات ملتبسة وغامضة مما يحتاج الأمر إلى توضيح المفاهيم، وهي من الجرائم التي تحتاج في صياغة مفهومها إلى مراجعة مستمرة من حين لآخر، وذلك

¹ - خالد سليمان، "تبييض الأموال، جريمة بلا حدود"، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان 2006، ص 95.

راجع للتزايد الالكتروني والعلمي وإلى ما يبتكره غاسلي الأموال من أساليب وطرق للتخلص من تبعات الجريمة.

المطلب الأول: المفاهيم الدالة على جريمة غسل الأموال

على الرغم من نمو ظاهرة غسل الأموال وانتشارها في الآونة الأخيرة، حتى أصبحت مشكلة عالمية¹، فإنه لا يوجد تعريف قانوني متفق عليه دوليا لعمليات غسل الأموال والتي أصبحت الشغل الشاغل لكل من صانعي السياسات الاقتصادية ولاسيما القائمين على السياسات النقدية والمصرفية سواء محليا أو إقليميا أو عالميا، غير أن هناك من التعريفات الاجرائية والوظيفية التي يعد وجودها أمرا ضروريا لتحديد مفهوم هذه العمليات.

الفقرة الأولى: تعريف جريمة غسل الأموال

يتطلب تحديد معنى مصطلح غسل الأموال التعرف على معناه اللغوي الاصطلاحي لفظة غسل مشتقة من فعل غسل أي طهر ومن هنا ندرك وجه التسمية، لأن المال الآتي من مصدر خبيث وقذر، إذا أدخل في عمل يقره القانون الوضعي ويأذن به تحول من مال خبيث وقذر إلى مال نظيف.

وقد يثار التساؤل حول المصطلح الأصح لهذه الظاهرة، هل تبييض الأموال أوغسل الأموال، إلا أن كلا المصطلحين صحيح، فتبييض الأموال هو ترجمة ل Le blanchiment de l'argent، أما غسل الأموال فهو ترجمة ل Money Laundering. ويفضل استعمال مصطلح غسل الأموال تماشيا مع المشرع المغربي الذي أورد مصطلح غسل الأموال لا تبييض الأموال في القانون رقم 05.43 أو 13.10 والمتعلق بمكافحة غسل الأموال.

ولئن تعددت التسميات من غسل أو تنظيف أو تبييض أو تطهير الأموال واختلفت المعاني اللغوية لتلك المصطلحات، فإن المدلول القانوني يظل واحدا طالما أن العملية تكمن في شرعنة المال غير المشروع.

وقد تعددت التعاريف الخاصة بمفهوم غسل الأموال من دولة لأخرى أو من خلال بعض التعاريف التي تضعها الاتفاقيات أو الفقهاء أو بعض المؤسسات الدولية التي كان لها النصيب في وضع تعاريف لهذه الظاهرة²، إذ فالمشرع المغربي لم يعط تعريفا لغسل الأموال - على اعتبار أن

¹ - يقدر حجم الأموال غير النظيفة التي تغسل بنحو 800 مليار دولار إلى تريليون ونصف التريليون دولار سنويا.

² - عرفها صندوق النقد الدولي IMF في أحد تقاريره "إعادة ضخ أوندوير أموال غير مشروعة في الاقتصاد وفي المشروعات المالية والقانونية". كما عرفها برنامج الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات UNDCP بأنها "كل عملية يلجأ إليها من يعمل في تجارة المخدرات لإخفاء المصدر الحقيقي للدخل أو المورد غير المشروع، والقيام بأعمال أخرى للتمويه، لكي يبدو الدخل وكأنه تحقق من مصدر مشروع". وعرفها إعلان Basle بأنه "جميع العمليات المصرفية التي تهدف إلى إخفاء المصدر الجرمي للأموال".

التعاريف تكون من اختصاص الفقه - بل اقتصر فقط على الأفعال المكونة لها، والتي وسع من نطاقها في القانون رقم 13.10 حيث أضاف مجموعة من الأفعال لم يكن منصوص عليها في القانون رقم 43.05 .

الفقرة الثانية : مراحل غسل الأموال

الجدير بالذكر أن عمليات غسل الأموال تمر عادة بمراحل ثلاث رئيسية¹ والمتمثلة في مرحلة الإيداع أو التوظيف، مرحلة التغطية أو الترقيد ثم مرحلة الدمج أو التكامل، وقد تتداخل وتشابك هذه المراحل الثلاث في أحيان كثيرة، بحيث يصعب الفصل بينها على نحو قاطع².

-مرحلة الإيداع أو التوظيف:

ويمكن تعريف هذه المرحلة بكونها "دخول العائدات النقدية في نظام مالي يقوم على الأعمال"³، ويعبر عنها بالمرحلة التمهيدية أو التحضيرية للغسل، وهي المرحلة الأكثر صعوبة، بحيث يقوم غاسلو الأموال في هذه المرحلة بالتخلص من النقود السائلة، وذلك إما بإيداعها في مؤسسات مالية سواء في الداخل أو الخارج، أو عن طريق استثمارها في قطاعات المضاربة ذات السيولة النقدية الضخمة كالمطاعم، تجارة المجوهرات وغيرها.

وتجدر الإشارة إلى أنه حينما يختار الراغب في الغسل تقنية إيداعها لدى مؤسسات بنكية غالبا ما يقوم بتجزئتها إلى مبالغ صغيرة تقل عن الحد الأدنى الموجب التبليغ عنه، وقد فطنت العديد من الدول لهذه الحيلة مما جعلها تجرم عمليات التجزئة، كما هو الحال للتشريع الأمريكي.

-مرحلة التغطية أو الترقيد:

ويطلق عليها كذلك الفصل أو التعتيم أو التمويه L'emilage ويراد به فصل الأموال غير المشروعة عن مصدرها، وفي هذه المرحلة تواجه الأجهزة القائمة على تعقب نشاط غسل الأموال صعوبة كبيرة في ملاحقة التحويلات الالكترونية والبرقية، حيث تنتقل الأموال بواسطتها بسرعة فائقة في البنوك خارج البلاد، ولذلك تعتبر الأكثر تعقيدا وأكثرها اتصافا بالطبيعة

¹ وقد لاحظ جانب من الفقه أن أغلب عمليات غسل الأموال لا تقتضي بالضرورة أن تمر بالراحل الثلاث إذ يمكن أن يتم غسل الأموال بعملية واحدة تجمع بين المراحل الثلاث، مثال ذلك شراء الذهب بالنقود المتحصلة من الجرائم، فهذه العملية تشمل توظيف للأموال القذرة أو تغيير شكلها أو إخفاء مصدرها الإجرامي.

² انظر صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الثاني، يونيو 2005، ص 43.

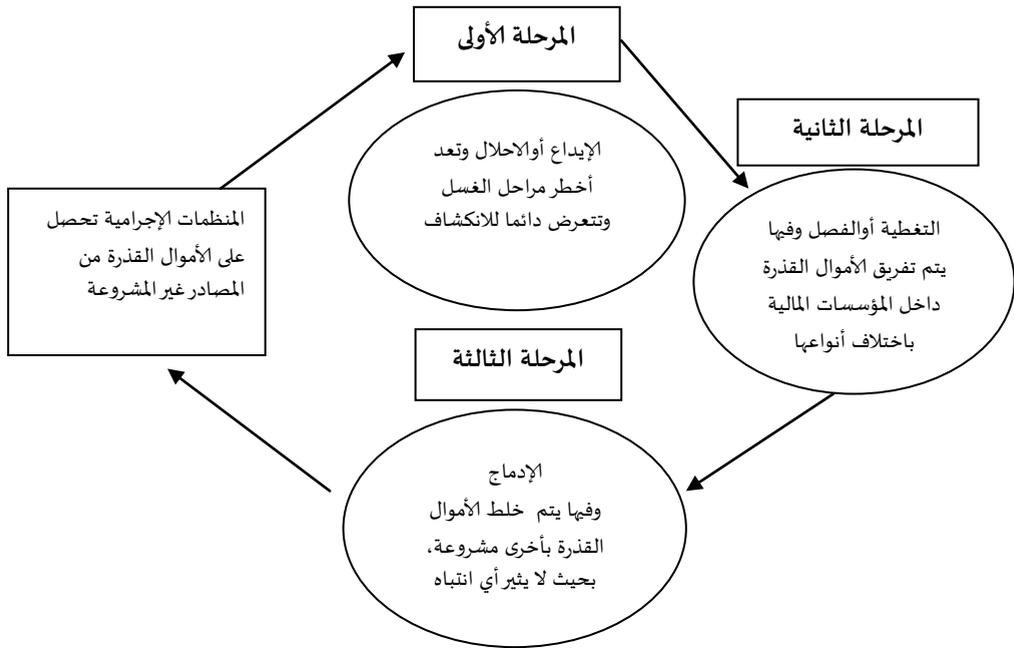
³ راجع عبد الله الكرجي، مكافحة تبيض الأموال، مقال منشور الجرائم المالية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الذكرى الخمسين لتأسيس المجلس الأعلى، الندوة الجهوية السابعة، دار الطلبة، وجدة 31 ماي، فاتح يونيو 2007، ص 202.

الدولية¹، والهدف من هذه المرحلة هوتضليل الجهات الرقابية والأمنية والقضائية عن معرفة المصدر غير المشروع للأموال القذرة.

-مرحلة الدمج أوالتكامل:

وكما هو واضح من تسميتها يقوم غاسلوا الأموال في مرحلة الدمج بدمج أو مزج الأموال القذرة وغير المشروعة في الاقتصاد وجعلها تبدو وكأنها أموال مستمدة من مصادر مشروعة وذلك بهدف تغطية الجريمة بشكل عام.

وبعد وصول الأموال إلى هذه المرحلة تكون قد بلغت مرحلة الأمان، بحيث يصبح من الصعب التفريق بين الأموال المشروعة والأخرى غير المشروعة، كما يصعب في هذه المرحلة على الأجهزة المختصة بمكافحة غسل الأموال كشف العملية لصعوبة التمييز والتفريق بين هذه الأموال، نظرا لأنها خضعت لعدة عمليات متتالية من الممكن أن تكون قد استمرت لعدة سنوات. ولتوضيح مراحل غسل الأموال نقترح الرسم التالي:



¹ - راجع خالد كردودي، جريمة غسل الأموال على ضوء التشريع المغربي والقانون المقارن، الطبعة الأولى 2008، ص 25.

المطلب الثاني : خصائص جرائم غسل الأموال وانعكاساتها

تعد عمليات غسل الأموال أنشطة مكملة لنشاط رئيسي سابق أسفر عنه تحصيل كمية من الأموال غير المشروعة، فغالبا ما يتحصل على الأموال المراد غسلها من أنشطة غير مشروعة مثل أنشطة المخدرات، الفساد المالي وغيرها.

الفقرة الأول : خصائص جريمة غسل الأموال

-ارتباطها بالمخدرات والأموال غير المشروعة والفساد المالي

تعتبر جرائم الاتجار في المخدرات في مقدمة الأنشطة غير المشروعة التي ترتكها التنظيمات الاجرامية بسبب الأرباح الطائلة والسريعة التي تنتج عن تلك الجرائم، واستنادا للتقرير السنوي لبرنامج الأمم المتحدة للرقابة الدولية على المخدرات لعام 1997، فحجم الأموال الناتجة عن الاتجار في المخدرات وحدها يقدر بحوالي 400 مليار دولار سنويا أي ما يعادل 8 بالمئة من إجمالي الصادرات العالمية.

وتبرز خطورة هذه الأموال بالإضافة إلى أنها تستخدم في الرشوة وإفساد بعض الموظفين لتسهيل أنشطة التنظيمات الإجرامية أي أنه يتم غسلها واستثمارها في الاقتصاد المشروع، ونصف الأموال التي يتم غسلها على مستوى العالم باق من تجارة المخدرات.

-ارتباط غسل الأموال بالفساد الإداري والمالي

يعتبر الفساد ظاهرة اجتماعية قديمة، انتشر حديثا ولاسيما في الوطن العربي بفعل عدم خضوع السلطات السياسية والادارية لقوانين واضحة، وضوابط معلنة تمكن من ممارسة الرقابة عليها، أو بسبب جهل المواطن وخوفه، أو بسبب انعدام حرية التعبير ولأسباب أخرى¹، وتصنف المنظمات الدولية المغرب في مرتبة متقدمة من حيث تفشي أفة الرشوة في إدارته ومؤسساته.

بالإضافة إلى جريمة الرشوة هناك جريمة اختلاس الأموال العامة التي تعتبر هي الأخرى مظهرا من مظاهر الفساد، والتي كان قد عهد النظر فيها لمحكمة العدل الخاصة والتي أصبحت الآن جزءا من تراثنا القضائي.

وهذه الجرائم المتمثلة في كل من جرائم الاختلاس والتبديد واستغلال النفوذ (والتي هي صورة من صور الفساد الإداري والمالي)، لا تتحقق إلا بتحقيق القصد الجنائي الذي يعتبر ركنا معنويا في هذه الجرائم، إذ لا بد من إرادة حرة نابعة من طرف الموظف المهتم بإحدى هذه

¹ - للاطلاع أكثر راجع منظمة الشفافية، الدولية، نظام النزاهة العربي في محاربة الفساد، كتاب المرجعية، ص 13.

الجرائم، والمعيار السليم للتجريم في هذه الجرائم يمكن في العلم والإدراك القائمين لدى الجاني بأن الأذى والضرر محتمل الحدوث وراجع الوقوع عن فعله بحيث يقوم التجريم على تعمده. ويعد الفساد من أكثر الجرائم التي تهدد الاقتصاد الوطني، وقد ظل المغرب واعيا بخطورة هذه الآفة، إلى درجة أن عددا من الخطب الملكية أثارت القضية باعتبارها قضية تخليق الحياة العامة، ورد في خطاب الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح السنة القضائية بأكادير سنة 2002، "وتظل غايتنا إيجاد قضاء مختص يضمن الحق في المحاكمة العادلة ... حريص على تخليق الحياة العامة وحماية المال العام من كل أشكال الفساد وترسيخ ثقافة وأخلاقيات المسؤولية".

-عالمية جريمة غسل الأموال

أصبحت عمليات غسل الأموال تمتد أفقيا عبر حدود الدول النامية، وساعد على ذلك مناخ التحرر الاقتصادي والمالي، ومن ثم فإن هذه العمليات لم تعد أحادية الجانب في تحركاتها، بل أصبحت تعمل في الاتجاهين في آن واحد، مع الاختلاف في الأهمية النسبية لهذه التحركات التي تتطور مع الزمن، ومعنى ذلك أن عمليات غسل الأموال التي كانت بدايتها محليا، امتدت وأصبحت تكتسب أبعادا دولية وعالمية، مما يزيد المشكلة تعقيدا وصعوبات كبيرة ولاسيما عدد محاولة تعقبها ومواجهتها¹.

ويزداد الاتجاه نحو عمليات غسل الأموال دوليا مع ازدياد الاتجاه لتحرير التجارة العالمية، حيث يستغل محترفوا عمليات غسل الأموال فتح الحدود وإزالة القيود في نقل الأموال غير المشروعة عبر الحدود لتكون أكثر أمانا في دول أخرى، غير تلك التي تمت على أراضيها الأنشطة غير المشروعة.

وقد أبدت بعض وسائل الاعلام الغربية تخوفها من انتشار جرائم غسل الأموال مع قيام الاتحاد الأوروبي، وإقامة النافتا، وتزايد عمليات تحرير التجارة السلعية، وتحرير تجارة الخدمات المصرفية والمالية.

إذ يمكن تفسير عالمية الجريمة المنظمة بوجه عام، استنادا إلى التغيرات الكبيرة التي شهدتها العالم في نهاية القرن العشرين، سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، إلى جانب التقدم الهائل في تكنولوجيا المعلومات والاتصال الذي تحقق في هذا العصر، مما أدى بهذه التحولات إلى اتساع نطاق حرية انتقال الأشخاص وحرية نقل الأموال

¹ - راجع صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مرجع سابق، ص 24.

عبر الدول، وحرية التجارة الدولية، وشيوع استعمال الوسائل الالكترونية في إجراء المعاملات التجارية والمالية.

الفقرة الثانية : انعكاسات جريمة غسل الأموال

رغم الاهتمام الكبير الذي توليه الأسرة الدولية لخطورة تفاقم مشكلة تجارة المخدرات بصفة خاصة وعلى الأموال بصفة عامة، بغية الحد منها بشتى الوسائل العلمية والعملية والقانونية، إلا أنها ما تزال في تفاقم مستمر، ومازال تأثيرها السلبي يتزايد يوما بعد يوم ملقية بظلالها على تنمية وتقدم الكثير من دول العالم، وهذا التأثير يؤثر بالأساس في كل من المجال الاقتصادي، الاجتماعي والسياسي¹.

الآثار الاقتصادية

تشكل جرائم غسل الأموال خطرا كبيرا على الاقتصاد العالمي، وهي ظاهرة تعتبر بمثابة التهديد المباشر للمؤسسات المالية والوطنية، بل والمالية العالمية Finance Mondiale، ويؤدي تأثيرها بالأساس إلى التأثير غير العادل للثروة، حيث توزع ثروات بدون عمل أو مجهود.

■ آثار عمليات غسل الأموال على الدخل القومي

يؤدي خروج الأموال المراد غسلها بطرق غير مشروعة إلى خارج الدولة، إلى حرمان الدولة المعنية من العوائد الإيجابية، التي يمكن أن يحصل عليها المجتمع، والتي من المفروض أن تشكل قيمة مضافة إلى الدخل القومي، بحيث تؤدي إلى اختلالات في العرض داخل الأسواق، وفي قيمة الأسعار المحلية، وغسل الأموال يؤدي أيضا إلى الزيادة في معدلات الاستهلاك بشكل يفوق الدخل القومي، ويساهم في حدوث خلل اقتصادي هيكلي حسب انخفاض المدخرات والزيادة في الاستهلاك دون حدوث نمو مماثل في الناتج المحلي الإجمالي، ناهيك عما يترتب عن غسل الأموال من انخفاض في الدخل المسجل في الحسابات القومية، مما يضطر ببعض الحكومات إلى اللجوء إلى فرض ضرائب جديدة أو زيادة في أسعار الضرائب القائمة، مما يؤدي إلى زيادة الأعباء الضريبية على عاتق أفراد المجتمع².

¹ - راجع أحمد بن محمد العمري، جريمة غسل الأموال، نظرة دولية لجوانبها الاجتماعية والنظامية والاقتصادية، نشر مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى 2000، ص 73.

² - انظر بهذا الصدد صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مرجع سابق، ص 78.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، أكدت الاحصائيات أن الدخل غير المشروعة تؤثر سلبا على الاقتصاد القومي بنسبة 27 بالمئة. وفي أغلب الدول المتقدمة بسبب الدخل غير المشروعة، ظهر قطاع اقتصادي غير رسمي، يتجاوز بمعدلات مرتفعة قطاعات الاقتصاد الرسمي¹.

■ آثار عمليات غسل الأموال على معدل التضخم

تؤثر عمليات غسل الأموال على معدلات التضخم، سواء أتمت هذه العمليات بصورة نقدية عبر البنوك والقنوات المعرفية، أو في صورة عينية عن طريق شراء الذهب والعقارات، فهي تؤدي في جميع الحالات إلى رفع معدلات التضخم في الاقتصادات التي تنتشر فيها، ويرجع ذلك إلى أنها تغرق السوق بكميات كبيرة من الأموال التي تجد طريقها إلى تيار الانفاق الاستهلاكي من خلال شراء السلع المعمرة والعقارات، ويؤدي ذلك إلى الضغط على المعروض السلعي بواسطة أصحاب الأموال المغسولة، وهي فئات تتسم في الغالب بعدم الرشد والعشوائية في الانفاق، ولا تقييم وزنا للمنفعة الجدية للنقود، بمعنى أنها لا تقارن بينها وبين المنفعة الجدية للسلع والخدمات التي تقوم بالانفاق عليها، ويؤدي ذلك إلى زيادة المستوى العام للأسعار عن طريق زيادة جانب الطلب الكلي في المجتمع، ومن ثم تدهور القوة الشرائية للنقود².

■ آثار عمليات غسل الأموال على الادخار المحلي والاستثمار

فمن جهة تؤدي عمليات غسل الأموال إلى هروب رؤوس الأموال الوطنية إلى الخارج عن طريق التحويلات النقدية بين البنوك المحلية والخارجية، حيث يتم إيداع رؤوس الأموال الوطنية في البنوك الأجنبية، بدلا من أن تأخذ طريقها إلى مجالات الاستثمار المختلفة داخل البلد. من ناحية ثانية فهذه العمليات تؤدي إلى منافسة غير متكافئة مع المستثمرين الجادين في المجتمع، مما يؤثر على طبقة المنظمين، حيث يسبب لهم إحباطا، كما قد يدفعهم إلى توظيف أموالهم في الخارج.

■ آثار عمليات غسل الأموال على العملة الوطنية

وذلك من نظرا للارتباط الوثيق بين ظاهرة غسل الأموال، وتهريب الأموال إلى الخارج، حيث يؤدي ذلك إلى زيادة عرض العملة الوطنية مع زيادة الطلب على العملات الأجنبية التي

¹ - راجع محمد يحيى، قانون مكافحة غسل الأموال رقم 05\43 وآثاره الاقتصادية الأبعاد والمضامين: محاولة تقييمية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 74، 2007، ص 74 و75.

² - صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مرجع سابق، ص 81.

يتم تحويل الأموال المهربة إليهما، بقصد الإيداع في الخارج في البنوك أو بغرض الاستثمار في الخارج، والنتيجة الحتمية تبقى هي انخفاض قيمة العملة الوطنية.

■ آثار عمليات غسل الأموال على البورصة

يؤكد أغلب المختصين أن غسل الأموال في البورصة يعتبر أرقى الدرجات المتطورة في التمويه، لا سيما أن البورصة موقع عمومي يمكن الدخول إليه من أبوابه الكبيرة بكل حرية ومجانبة، فغسل الأموال في البورصة أداة جوهرية للأزمات للبورصات العالمية حيث تختار المنظمات الاجرامية سبل الاقتصاد القانوني والمشروع لإضفاء صفة المشروعية على أموالها¹.

ومما يسهل غسل الأموال بالبورصة كون هذه الأخيرة مؤسسة العاملين فيها ملزمون بالسر المني، إذ هؤلاء لا يواجهون الهيئات القضائية كجهة مختصة لمكافحة غسل الأموال بهذا السر، وكذا لجنة مراقبة عمليات البورصة، فعدم التبليغ وفق القانون الفرنسي يشكل جريمة توسط²، ولا يمكن مؤاخذتهم إلا إذا كان الوسيط عالما بالأمر.

■ آثار عمليات غسل الأموال على البنوك

تلحق عمليات غسل الأموال بالبنوك الأضرار التالية:

➤ السحب المفاجئ للأموال والذي يؤدي في الغالب إلى إحداث فجوة في النقد المتوفر في البنك؛

➤ العقوبات التي قد تفرض على البنك بسبب استخدامه في عمليات غسل الأموال؛

➤ تشويه سمعة البنك وعدم الثقة فيه، لأن مبدأ الثقة في البنوك أساسه نظافة الأموال التي يديرها البنك؛

➤ زعزعة الثقة في الكوادر المصرفية العاملة في البنوك نتيجة سمعة المصرف السيئة؛

➤ وقد يؤدي غسل الأموال إلى انهيار البنك تماما كما حدث في بنك الاعتماد والتجارة الدولي³.

الآثار الاجتماعية والسياسية

تؤثر عمليات غسل الأموال على أفراد المجتمع من ناحية ارتباطها بالجرائم الاجتماعية والاقتصادية، حيث توجد تغذية مرتجعة Feed Back أو علاقة دائرية تعمل في الاتجاهين على

¹ - وكنموذج على ذلك بورصة طوكيو والتي عرفت في العقد الثامن من القرن العشرين عجزا قدر ب 300 مليار دولار، بفية المنظمات الاجرامية دورا حاسما قدر ب 30 في المئة من العجز، وللإطلاع أكثر راجع (Un monde sous la coupe des blanchisseurs).Mémoire 3eme cycle.Paris 1. 2001.

² - Article 1-321. Droit Pénal Français.

³ - عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال في دولة قطر، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الدوحة، ص 29.

نحو متضاعف، فالأنشطة الإجرامية، كالاتجار في المخدرات والرشوة والتهرب وغيرها، تمثل المصدر الأساسي للأموال والدخول غير المشروعة التي تخضع للغسل والتي تجد طريقها للاستثمار والتوظيف في الاقتصاد الرسمي، وقد تعرف هذه الأموال والدخول المغسولة مرة أخرى لتمويل أنشطة إجرامية جديدة، وهكذا تنتشر الجريمة ويتوغل الفساد في المجتمع.

بالإضافة لتأثير غسل الأموال سلباً على أنماط الاستهلاك السائدة في المجتمع، فتؤدي إلى شيوع وانتشار تصرفات استهلاكية تنسم بعدم المنطقية، والتبذير والترف، كما تؤدي هذه الأنماط غير الرشيدة إلى حدوث خلل جوهري في القيم الاجتماعية، وإعلاء قيمة المال بصرف النظر عن مشروعيتها، في تحديد المركز الاجتماعي للفرد، ومن ثم إهدار القيمة الاجتماعية للعمل المنتج، وسيطرة الجهل على العقول، والتصرفات بدلاً من التعليم والخبرة¹.

ناهيك عن انتشار البطالة بين الشعوب، لأن غاسلي الأموال يقومون بتهريب الأموال وما ينتج عنه نقص الاستثمارات والحد من إقامة المشاريع، ومن ثم نقل فرص العمل وانتشار البطالة، التي تؤدي بدورها إلى قلة الدخل وانتشار الفقر.

بالإضافة إلى ذلك تؤدي عمليات غسل الأموال إلى تهديد الاستقرار السياسي من خلال استعمال الأموال المغسولة لتمويل انقلابات عسكرية أو تزوير الانتخابات من خلال قيام هؤلاء الذين تمكنوا من غسل أموالهم غير المشروعة بترشيح أنفسهم في الانتخابات.

كما تؤثر الأموال المغسولة بصفة خاصة على وسائل الإعلام المختلفة سواء أكانت محلية أو دولية، فيمكن شراء الصحف والقنوات التلفزيونية والفضائية مع ما لهذه الوسائل من تأثير بالغ الأهمية على وعي الشعوب ومستقبل الجماعات².

وتمويل بعض النزاعات الدينية والعرقية، حيث يقوم غاسلوا الأموال ببت الخلافات الداخلية وإشعال الفتن الدينية والعرقية، ثم يعمدون إلى تمويلها بالسلح والمساعدات وغيرها من الوسائل بواسطة الأموال القذرة³.

¹ - صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال، ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مرجع سابق، ص 90.

² - محمد عبد الله أبوبكر سلامة، الكيان القانوني لغسل الأموال، منشأة المعارف الاسكندرية 2005، ص 22.

³ - بشرى الزعيم، دور الحكامة الجيدة في مجال مكافحة غسل الأموال بدول المغرب العربي حالة : المغرب، الجزائر، تونس، بحث لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية، السوسيمي الرباط، 2008، ص 83.

المبحث الثاني : دور الجهاز القضائي في مكافحة جرائم غسل الأموال

للقضاء دور فعال في مجال مكافحة غسل الأموال، سواء من خلال الدور الوقائي والذي يعتبر قبلي أي قبل حدوث الجريمة، أو الدور الإجرائي والمتمثل في الإجراءات المادية والإجراءات القانونية، مساعداً بذلك من خلال لجوء الدول إلى إصدار القوانين لمساعدة القضاء في مكافحة جرائم غسل الأموال، حيث يعد آلية تفعيل التعاون الدولي على المستوى التشريعي والقضائي أمراً لا مناص منه، ويتعين تجريم غسل الأموال باعتباره جريمة مستقلة تقتضي إبراز كافة أركانها وعناصرها بدقة، حتى يتمكن القضاء من القيام بواجبه لمواجهة هذه الظاهرة وغيرها، بما يلزم قانوناً، ويعد لجوء الدول لسن قوانين لمكافحة ظاهرة غسل الأموال خطوة مهمة وجريئة في سبيل مكافحة غسل الأموال باعتباره من الأنشطة ذات الآثار السلبية الخطيرة والمدمرة للاقتصادات الوطنية والمجتمع الدولي.

المطلب الأول : الدور الوقائي

تعتبر آلية الاستباق الوقائي في جرائم غسل الأموال المرحلة الحاسمة في ترسانة آليات التصدي لهذه العينة من الجرائم، فتعتبر هي حائط الصد الأول لتداعياتها والعامل المعول عليه للحيلولة دون وصول انعكاساتها، وتحققها على أرض الواقع العملي. فالخصوصية الاستثنائية لجرائم غسل الأموال تستلزم استراتيجية تصدي ومواجهة تراوح بين المقاربة الأمنية والمصرفية.

وتكتسي آلية السبق الوقائي في جرائم غسل الأموال أهمية خاصة واستثنائية في مجال تطويق التراكمات السلبية لهذه لظاهرة، كما تلعب دوراً أساسياً ومحورياً في جعل هذه الجرائم مؤودة في مهدها قبل أن تمس بشظاياها التدميرية أفراد المجتمع وبنيتة الاقتصادية. وتلقى على عاتق الأشخاص المنوط بهم تنفيذ ميكانزمات هذه الآلية مسؤولية جسيمة في مراقبة وتتبع التحركات المالية المشبوهة، واتخاذ التدابير الاحتياطية اللازمة للتأكد من صحتها كيفما كانت طبيعتها أو الجهة أو المصدر المسؤول عنها¹.

الفقرة الأولى : التعامل مع البنك

الأصل أن عمليات غسل الأموال لا تكتمل إلا بالمرور بالأنشطة والأعمال والخدمات المصرفية، بحيث يمكن لهذه المصارف أن تقوم بدور أساسي في مكافحة غسل الأموال،

¹ - يوسف بنباصر، آليات مواجهة جرائم غسل الأموال، مقال منشور بجريدة الصباح، بتاريخ 20-19\04\2008، العدد 2497، ص 14.

باعتبارها القناة الرئيسية والأهم التي لا بد أن تمر من خلالها في مرحلة من المراحل، وتحويلها من أموال غير مشروعة إلى أموال مشروعة ونظيفة.

ولقد كان للقانون الأساسي لبنك المغرب السابق في مكافحة هذه الظاهرة، قبل ميلاد قانون مكافحة غسل الأموال رقم 43.05 من خلال إصداره لبعض الدوريات والتي تتضمن بعض الالتزامات للمؤسسات البنكية، وحتى بعد صدور هذا القانون، والمعدل بقانون رقم 13.10، فقد عمل البنك المركزي على عقد العديد من الندوات التحسيسية لتحسيس بأهمية هذا القانون، وتبسيط إجراءاته بغية تفعيله على أرض الواقع حماية للاقتصاد الوطني.

وقد حدد الفصل الخامس من القانون الأساسي اختصاصات البنك المركزي، ووسع من اختصاصات بنك المغرب في مجال الرقابة والمراجعة، بحيث أصبح كل ما يتعلق بالمؤسسات تأسيسا ونشاطا ورقابة من الاختصاص المطلق لوالي بنك المغرب¹.

وفي هذا الإطار فقد أصدر بنك المغرب مجموعة من الدوريات إلى المؤسسات المالية وخاصة مؤسسة الائتمان على قواعد الحيطة والحذر وتعزيز المراقبة الداخلية.

وكذلك أصدر بنك المغرب الدورية رقم 6² والمتعلقة بالمراقبة الداخلية لمؤسسات الائتمان، وفي نفس المجال فقد تناولت الدورية رقم 36³ واجب الحيطة والحذر المفروض على مؤسسات الائتمان استجابة لمقتضيات لجنة "بال" فيما يتعلق بهذا الجانب، وتماشيا كذلك وتوصيات مجموعة العمل المالي الدولي.

بالإضافة إلى ذلك فقد أصدر بنك المغرب في سنة 2007 الدورية رقم 41⁴، والتي سطرت نفس الإجراءات ومقتضيات الحيطة والحذر موجهة لمؤسسات الائتمان، وفي هذا الإطار لا يفوتنا الإشارة للدور الذي يلعبه بنك المغرب من تقديم مساعدة للهيئة القضائية بناء على طلب منها، عند قيام هذه الأخيرة بالأمر بتجميد أو حجز الأموال.

ومكان من هذا التعاون الدولي بين السلطات القضائية، وأجهزة الرقابة المالية في ميدان قمع الجريمة المنظمة وتمويلها، يظهر أيضا في قانون المسطرة الجنائية والتي فرضت رقابة قبلية صارمة على تحركات الأموال مشبوهة.

ونجد القانون المغربي لمكافحة غسل الأموال حرص على وضع لائحة بالأنشطة والمهن المرتبطة بعالمي التجارة والأعمال وأخضعها لالتزامات محددة ترمي إلى وقايتها من التوظيف في

¹ - عائشة الشرفاوي المالقي، الوجيز في القانون البنكي المغربي، الطبعة الثانية، 2007، دار أبي رقرق للطباعة ووالنشر ص 76.

² - بتاريخ 19 فبراير 2001.

³ - بتاريخ 24 دجنبر 2003.

⁴ - بتاريخ 02 غشت 2007.

عمليات غسل الأموال، ودعوتها لبذل مجهود إضافي للرفع من مستوى فعالية مكافحة هذه الظاهرة، وكذا تنسيق أعمالها ببعض الجهات المختصة. وتتمثل التزامات الأشخاص الخاضعين لهذا القانون في التزامات اليقظة، التصريح بالاشتباه والالتزام بالمراقبة الداخلية¹.

كما يلزم القانون أيضا الأشخاص الخاضعين بإطلاع الوحدة وسلطات الإشراف والمراقبة بطلب منها، وداخل الأجال التي تحددها على جميع الوثائق والمعلومات الضرورية لانجازها، إذ لا يمكن لهؤلاء الاعتراض على عمليات البحث أو التفتيش التي تأمر بها الوحدة، كما لا يمكن الاحتجاج بالسر المهني أمام الوحدة أو أمام سلطات الإشراف والمراقبة أو الوحدة، ولهذه الأخيرة وبمجرد أن تتوصل بمعلومات من شأنها أن تكون جريمة غسل الأموال، أن تحيل الأمر على وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط، مبينة إذا اقتضى الحال مصالح البحث أو التفتيش أو مصالح الإشراف ومن أجل القيام بالتحريات، كما يبلغ وكيل الملك الوحدة بالقرارات النهائية الصادرة في القضايا التي أحيلت عليها.

كما يجوز للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط، بناء على طلب من الوحدة، وبعد تقديم الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة لمستنتاجاته، أن يمدد الأجل المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من المادة 33 من القانون رقم 13.10 والمتمثل في يومين، لمدة لا تتجاوز خمسة عشر (15) يوما من تاريخ انتهاء هذا الأجل. ويكون الأمر الصادر بالاستجابة لهذا الطلب قابلا للتنفيذ على الأصل، كما يمكن للشخص الخاضع الذي قدم التصريح بالاشتباه تنفيذ العملية إذا لم يقدم أي اعتراض أولم يتم إبلاغه بأي مقرر للرئيس الأول للمحكمة بعد انتهاء الأجل المحدد في حالة الاعتراض.

نجد نفس الاتجاه الذي ذهب فيه المشرع الفرنسي في الفصل 2 من قانون 12 يوليو 1990، يلزم جميع الأشخاص الذين يقومون أثناء مزاولتهم لمهامهم بتحقيق أو مراقبة أو استشارات في عمليات تتعلق بتداول الأموال بإخبار وكيل الجمهورية بالعمليات المالية المتعلقة بالأموال العائدة من تجارة المخدرات أو منظمات إجرامية.

الفقرة الثانية : القضاء على مظاهر الفساد

بدأت بعض الجهات ذات الصبغة العالمية مثل منظمة التجارة العالمية وصندوق النقد الدولي، والبنك الدولي، بالتعاون في هذا المجال مع منظمات غير حكومية للعمل ضد جرائم

¹ - راجع من المادة 6 إلى المادة 12 من القانون رقم 13.10 المتعلق بمكافحة غسل الأموال .

الفساد والرشوة على نطاق العالم، كما صار صندوق النقد الدولي والبنك الدولي وغيرهما من الجهات المانحة للقروض لدول العالم.

وقد عرف المغرب خلال العقود الماضية الأخيرة نماذج عدة للجرائم المالية، غير أنه ومنذ نهاية التسعينيات بدأ ملف الفساد يطفو على السطح، وانطلقت العديد من المتابعات القضائية في حق أفراد وجماعات كانت وراء فضائح مالية كلفت بلدنا الكثير. وفي نفس المجال فالمنظومة التشريعية لبلادنا، والمتعلقة بمكافحة الجرائم المالية، قد تعززت في الآونة الأخيرة بعدة نصوص جديدة تعتبر أداة حادة في يد القضاء، للقضاء على شتى مظاهر الفساد.

فبعد إلغاء محكمة العدل الخاصة، حلت محلها غرف الجنايات التابعة لمحاكم الاستئناف التسعة¹، وقد بلغ عدد القضايا التي عرضت على القضاء في موضوع تبديد المال العام خلال سنة ونصف (2005\2006)، 139 قضية، كما تمكنت النيابة العامة من متابعة 12754 منهما بجريمة الرشوة خلال السنوات 2003، 2004، 2005².

وفي مجال القضاء على مظاهر الفساد، نجد اختصاص قضائي آخر غير القضاء الجنائي، وهو القضاء الإداري، والذي يلعب هو الآخر دور في القضاء على مظاهر الفساد من خلال النظر في المنازعات المتعلقة بالتهرب الضريبي باعتبارها ظاهرة تؤدي حتما إلى انقاص حصيلة واردات الخزينة العامة، وأمام استفحال هذه الظاهرة فقد تدخل المشرع المغربي لمحاولة وضع حد لها من خلال قانون المالية لسنة 1997، حيث نص على تجريم التهرب الضريبي، وذهب القضاء الإداري بإدارية وجدة³ إلى رفض طلب المدعي على أساس أن الفواتير التي أدلى بها من أجل إثبات أدائه للضريبة على القيمة المضافة، لا تتوفر فيها الشروط القانونية المتطلبة لاعتبارها.

ويستشف من خلال هذا الحكم أن للقاضي الإداري دور هام في حماية المال العام من خلال بثه في المنازعات المتعلقة بحماية المال العام، وللحفاظ عليه يجب تظافر الجهود بين كل الفاعلين في الميدان، من إداريين ومحاسبين، وكذلك قضاة كل في مجال اختصاصه، ويتعين الحرص على تأهيل الموارد البشرية بالإدارات وتأطيرها مع تفعيل الرقابة الإدارية والقضائية

¹ - وهي الدار البيضاء، الرباط، فاس، مكناس، مراكش، أكادير، طنجة، وجدة، العيون.

² - إدريس الحوات، مخاطر الجرائم المالية وأثارها على الاقتصاد وبرامج التنمية، مقال منشور بسلسلة الجرائم المالية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى خمسون سنة من العمل القضائي، مرجع سابق، ص 186.

³ - حكم تحت عدد 76 بتاريخ 27\03\2007، صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة.

فضلا عن المسألة الجنائية الشخصية في حالة وجود أي اخلالات أو تلاعبات سواء في تدبير أو صرف تلك الأموال لما لها من أهمية في بناء وتحقيق التنمية الشاملة لهذا البلد. وفي نفس النطاق نجد بعض الهيئات التي تهتم بالقضاء على جريمة الفساد بكل أشكالها، من خلال تعاملها مع السلطة القضائية، ونذكر من ذلك الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، والتي من مهام المنوطة بها إخبار السلطة القضائية المختصة بجميع الأفعال التي تبلغ إلى علمها بمناسبة مزاوله مهامها والتي تعتبر أفعالا من شأنها أن تشكل رشوة يعاقب عليها القانون. كما يناط بها كذلك تلقي المعلومات المتعلقة بالرشوة التي تصل إلى عمل الهيئة المركزية، وتبليغها إلى السلطات القضائية، كما تضع قاعدة معطيات تتعلق بالرشوة إضافة إلى تنمية أعمال التنسيق والتشاور بين الادارات المهنية للوقاية من الرشوة، وتضع استراتيجيات التواصل وتنظيم حملات للإعلام وتحسيس الرأي العام فيما يخص الوقاية من هذه الآفة. بالإضافة إلى ذلك نجد منظمة الشفافية المغربية، والتي جعلت من الرشوة قضيتها الأولى والأساسية، ونظرا لوعي هذه المنظمة بجسامة هذه الظاهرة، تقترح هذه المنظمة 15 إجراء لمحاربة الرشوة، ومن بين الاجراءات التي دعت إليها في المجال القضائي، هو إلزام النيابة العامة بتحريك المعلومات القضائية والمتابعات المتعلقة بالرشوة والاختلاس التي تصل إلى علمها.

المطلب الثاني : الدور الإجرائي

باتت عمليات غسل الأموال من المشكلات المستحدثة التي اهتمت بها الاتفاقيات الدولية، إذ أصبح العالم يتحدث عن تدويل ظاهرة غسل الأموال التي تتطلب تحركا على المستوى الدولي، أو بمعنى آخر، يجب أن تتخذ مكافحة غسل الأموال مقاربة دولية، فتعاون الدول فيما بينها أو بالأحرى تعاون المؤسسة القضائية مع المحيط الخارجي والمحيط الدولي أصبح أولى الضروريات.

الفقرة الأولى : الإجراءات المادية

لما كان غاسلوا الأموال يقومون بأنشطتهم على مستوى دولي، مستغلين في ذلك تحقيق مآربهم من خلال اختلاف الاختصاصات الوطنية ووجود الحدود الدولية، فإنه بات من الضروري وفي سبيل ملاحقة هؤلاء أن يكون هناك تعاون دولي بين هيئات تنفيذ القانون، لتقليل إمكانية حدوث غسل الأموال المتصلة بالمخدرات، وجهود أخرى لمنع وحظر أنشطة التجارة غير المشروعة، وهذا ما دعت إليه مجموعة من الاتفاقيات الدولية، فيما تضمنته من أحكام إجرائية منها ما يتعلق بالاختصاص القضائي، ومنها ما يعلق بتسليم المجرمين والتسليم المراقب.

➤ الاختصاص القضائي :

الأصل أن المشرع الجنائي الوطني يحرص دائما على ألا يدع أي نشاط يفلت من سلطاته بسبب عالميته، وقد يثور التنازع في حالة الجرائم عبر الوطنية ومنها غسل الأموال، والتي يتوزع فيها السلوك المادي للجريمة على أقاليم عدة دول، ومن المتصور أن تحتج كل دولة باختصاصاتها في ملاحقة الجريمة، الأمر الذي يتطلب حولا مستحدثة، دونما إخلال بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وقد أقرت اتفاقية فيينا بمثل هذه الحلول.

ونصت الاتفاقية على ضرورة الأخذ بمبدأ الإقليمية كمييار لانعقاد الاختصاص القضائي بشأن ملاحقة غسل الأموال، عندما أوجبت على كل طرف فيها أن يتخذ ما يلزم من تدابير لتقرير اختصاصه القضائي في الجرائم التي يكون قد قررها وفقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة، وهي تشمل جريمة غسل الأموال عندما ترتكب الجريمة في إقليم أو على متن سفينة ترفع علمه أو طائرة مسجلة بمقتضى قوانينه وقت ارتكاب الجريمة.

كما تبنت كذلك هذه الاتفاقية مبدأ الشخصية، إذ أجازت أن ينعقد الاختصاص للدولة التي ينتسب إليها مرتكب الجريمة، كما أقرت مبدأ العالمية عندما خولت انعقاد الاختصاص للدولة التي يقع في إقليمها محل الإقامة المعتاد للشخص مرتكب الجريمة.

كما خولت الاتفاقية كل طرف فيها أن يقرر اختصاصه القضائي عندما ترتكب الجريمة على متن سفينة تلقى الطرف إذنا باتخاذ الاجراءات الملائمة بشأنها عملا بأحكام المادة 17 منها، شريطة ألا يمارس هذا الاختصاص القضائي إلا على أساس الاتفاقيات والترتيبات المشار إليها في الفقرتين الرابعة والتاسعة، ولعل الحكمة من ذلك تكمن في الرغبة في تفادي إفلات مرتكبي الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية من العقاب لسبب آخر¹.

أما بالنسبة للقانون المغربي في هذا المجال، فقد مدد المشرع اختصاص القضاء الوطني إلى أفعال جرائم غسل الأموال المتحصلة من جرائم أصلية ارتكبت خارج التراب الوطني بعدما وسع من وعاء هذه الجرائم.

➤ تسليم المجرمين والتسليم المراقب:

يعتبر نظام تسليم المجرمين من المظاهر المهمة في تعزيز التعاون الدولي في مكافحة الجرائم ذات الصفة الدولية، فقد نصت اتفاقية فيينا في المادة السادسة منها أنه إذا تلقى

¹ - مفيد نايف الدليعي، غسل الأموال في القانون الجنائي دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2006، ص 183، 184.

طرف يخضع فيه تسليم المجرمين لوجود معاهدة، طلب تسليم من طرف آخر لا يرتبط معه بمعاهدة تسليم، جازله أن يعتبر هذه الاتفاقية هي الأساس القانوني للتسليم.

ومراعاة لشروط التسليم في القانون الوطني، لم تغفل اتفاقية فيينا اعترافها بالسيادة التشريعية والسيادة القضائية لكل دولة في معاقبة وملاحقة هذه الجرائم وفقا لقوانينها الوطنية ونظمها الاجرائية الخاصة.

ويجوز للدولة التي تتلقى الطلب أن ترفض الاستجابة لمثل هذه الطلبات عند وجود دواع كافية، كما سعت الاتفاقية إلى تفادي الآثار الناشئة عن عدم إمكان حصول التسليم إذا كان الشخص المطلوب تسليمه قد ارتكب جريمة على إقليم الدولة متلقيه الطلب، إذ أجازت في هذه الحالة للطرف متلقي الطلب أن يعرض القضية على سلطاته المختصة بغرض ملاحقة الشخص المتهم ما لم يتفق على خلاف ذلك مع الطرف الطالب.

وزيادة في ضمان فعالية تسليم المجرمين، أجازت الاتفاقية للطرف متلقي طلب التسليم أن يحتجز الشخص المطلوب تسليمه والموجود في إقليمه أوأن يتخذ التدابير الملائمة لضمان حضور ذلك الشخص عند التسليم، ولكن هذا مشروط بمراعاة أحكام القانون الداخلي للطرف متلقي الطلب وما تلزمه معاهدات تسليم المجرمين.

ولم تختلف الأحكام التي جاءت بها التوصيات الأربعون فيما يتعلق بتسليم المجرمين عن تلك التي جاءت بها اتفاقية فيينا، حيث أكدت على ضرورة أن تقوم الدولة باتخاذ الاجراءات لتسليم الأشخاص المتهمين بجريمة غسل الأموال، كما يجب على كل دولة أن تعترف أن غسل الأموال هي من الجرائم التي يجوز فيها التسليم، ويجوز للدول وفقا لقوانينها أن تقوم بتبسيط مسألة تسليم المجرمين بأن تسمح بإرسال طلبات التسليم مباشرة بين وزاراتها المختصة¹.

كما أشارت كذلك التوصية السادسة والثلاثون، إلى أنه يجب تشجيع التعاون في التحقيقات بين الدول والسلطات المختصة في تلك الدول وبالذات فيما يتعلق بإجراءات التسليم المراقب، هاته الأخيرة التي تعتبر من المستجدات التي نص عليها القانون رقم 13\10 باعتبارها آلية جديدة من آليات التعاون الدولي في مجال مكافحة غسل الأموال إذ الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف هومن يمنح الإذن بالتسليم المراقب، وتتولى الشرطة القضائية تنفيذ هذا الإذن وتخبر الوكيل العام للملك بكل إجراء تقوم به، وبعد انتهاء عملية التسليم المراقب، يحزر ضباط الشرطة القضائية محضر أو محاضر بالإجراءات المنجزة، وتوجه

¹ - مفيد نايف الدليعي، غسل الأموال في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 184 وما يليها.

إلى النيابة العامة التي منحت الإذن، مع التزام ضباط وأعاون الشرطة القضائية بالحفاظ على سرية الإجراءات المنصوص عليها.

الفقرة الثانية: الإجراءات القانونية

بالإضافة إلى الاجراءات المادية السالفة الذكر، فثمة إجراءات قانونية أخرى تقوم بها الهيئة القضائية لمكافحة جريمة غسل الأموال، وتتمثل في تسليط عقوبات وجزاءات على الجناة جراء القيام أو محاولة القيام بعمليات غسل الأموال، مراعية في ذلك جسامه هذه الجرائم كالسجن، أوغيره من العقوبات السالبة للحرية والغرامات المالية والمصادرة، مع تشجيع الجناة على التبليغ.

العقوبات الأصلية :

تتمثل عقوبة جريمة غسل الأموال في القانون المغربي فيما يخص الأشخاص الطبيعيين بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 درهم بالنسبة للأشخاص الطبيعية، وبغرامة من 500.000 إلى 3.000.000 درهم بالنسبة للأشخاص المعنوية، دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها على مسيرها أوالمستخدمين العاملين بها المتورطين في الجرائم¹.

العقوبات الإضافية:

ومن بين العقوبات الإضافية التي نصت عليها معظم التشريعات ومنها التشريع المغربي نجد: المصادرة الكلية للأشياء والأدوات والممتلكات التي استعملت أوكانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة والعائدات المتحصلة منها، أوالقيمة المعادلة لتلك الأشياء والأدوات والممتلكات والعائدات مع حفظ حق الغير حسن النية، والمصادرة كعقوبة لا يجوز توقيعها على أموال مملوكة للدولة وللأشخاص الإدارية العامة حتى لواستخدمها الجناة في ارتكاب الجريمة، كما أن طبيعة هذه الجريمة تقضي بإضافة الشيء المضبوط إلى ملكية الدولة جبرا عن مالكيها أوحائزها².

وفي هذا المجال نصت اتفاقية فيينا في مادتها الأولى على توضيح القصد من تعبير المصادرة بأنه الحرمان الدائم من الأموال بأمر من المحكمة أوسلطة مختصة، إذ أولت هذه الاتفاقية اهتماما خاصا بعقوبة المصادرة والتي تعد في كثير من المجالات أنجع الوسائل وأمثلها في مكافحة غسل الأموال، لأن فيها يمكن تفويت الفرصة الحقيقية من وراء هذا النشاط، وهوالحصول على عائدات طائلة وغير مشروعة، كما نصت هذه الاتفاقية أن كل طرف فيها أن

¹ - انظر المادة الثالثة من القانون رقم 13.10.

² - نعيم مغيب، تهريب وتبييض الأموال دراسة في القانون المقارن، الطبعة الأولى، 2005، ص 402.

يتخذ ما يلزم من تدابير للتمكن من مصادرة الأموال المتحصلة من الجرائم المنصوص عليها، كما ألزمت كذلك الاتفاقية كل طرف فيها أن يتخذ ما يلزم من التدابير الملائمة لتمكين سلطاته المختصة من تحديد المتحصلات أو الأموال أو الوسائط أو أي أشياء أخرى.

- حل الشخص المعنوي،

- نشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة بالإدانة بواسطة جميع الوسائل الملائمة على نفقة المحكوم عليه؛

- المنع المؤقت أو النهائي من أن يزاول بصفة مباشرة أو غير مباشرة واحدة أو أكثر من المهن أو الأنشطة أو الفنون التي ارتكبت الجريمة أثناء مزاولتها.

من خلال ما سبق يتبين أن ظاهرة غسل الأموال من بين الظواهر التي أقلق المجتمع الدولي، وأخذت حيزا من اهتماماته، نظرا لما تخلفه هذه الظاهرة من نتائج وأثار سلبية على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، وخصوصا مع تفاقم وكثرة الوسائل التي يستحدثها غاسلوا الأموال لإضفاء صفة الشرعية على أموالهم القذرة، مما اقتضى مواجهتها، وذلك تفاديا لإفلات الجناة بجرائمهم من يد العدالة، والتمتع بما حصلوا عليه من أرباح طائلة وغير مشروعة. وفي هذا الإطار فقد لجأت معظم الدول لمواجهة هذه الظاهرة ومكافحتها، وذلك من خلال التوقيع على مجموعة من الاتفاقيات الهادفة لمكافحة جريمة غسل الأموال، بالإضافة إلى إصدار قوانين خاصة بكل دولة، وذلك استجابة لمقتضيات الاتفاقيات الموقع عليها من قبل كل دولة على حدة.

كما يتبين أن للهيئة القضائية في الدولة دورا هاما وفعالا في مجال مكافحة عمليات غسل الأموال، وذلك من خلال تعزيز التعاون الدولي بين السلطات القضائية، وأجهزة الرقابة المالية في ميدان قمع الجريمة، بالإضافة إلى تعاون السلطات القضائية مع المحيط الخارجي والهيئات الأخرى الأجنبية في مجال تسليم المجرمين، تفاديا لإفلات الجناة، على اعتبار أن جريمة غسل الأموال جريمة عبر وطنية.

مفهوم العقد الدولي

كوتار شوقي

طالب باحث بكلية الحقوق ابن زهر أكادير

مقدمة:

يجسد العقد دون أدنى شك أهم التصرفات القانونية، ويحتل مركز الصدارة في الحياة العملية، ويقصد به بصفة عامة توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني إما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

وقد يكون العقد وطنيا فيخضع بكل تفاصيله للقواعد الداخلية¹، وتحكمه النصوص الآمرة التي لا تترك المجال للأفراد لتجاوزها أو مخالفتها، كما أنه لا يثير مشكلة تنازع القوانين لأنه لا يحكمه إلا قانون واحد هو قانون الدولة التي ينتهي إليها².

كما قد يكون العقد دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي سواء تعلق الأمر بإبرامه أو تنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم، فدولية العقد ترتبط بمدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة³، أي أنه إذا تعلقت العلاقة التعاقدية بأكثر من نظام قانوني واحد⁴ فإننا نكون أمام عقد دولي، ويتيح هذا الأخير للأطراف إمكانية الخروج عن القواعد الآمرة في دولة ما، وإخضاعه لقانون إرادة الأطراف⁵ طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص.

والواقع أن اتفاق الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون دولة أجنبية لا يكون صحيحا إلا إذا خلص القاضي من تكييفه على أنه عقد دولي⁶، ومن هنا تظهر أهمية تكييف⁷ الرابطة

¹ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن 1998، ص 162.

² محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 20 يناير 2003 ص 159.

³ محمد حسين منصور، العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته مفاوضات العقد وإبرامه، مضمونه وأثاره وانقضاؤه، الصياغة والجوانب التقنية والانتظامية والإلكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 11.

⁴ مثال ذلك عقد توريد منتجات أو معدات بين شركة مغربية وشركة فرنسية ومطلوب تسليمها في دولة ثالثة كإسبانيا مثلا.

⁵ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب 1991-1992، ص 313.

⁶ محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية 2004-2005، مطبعة مراكش، ص 158.

⁷ يقصد بالتكييف في نطاق تنازع القوانين بأنه عملية أولية يقوم بها القاضي لإضفاء الوصف القانوني على النزاع المطروح عليه، وذلك بهدف إخضاعه إلى قواعد قانونية مسماة في القانون الواجب التطبيق سواء في قانون دولة القاضي أو في قانون أجنبي.

- محمد التديوي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مطبعة أنفو، الطبعة الثالثة 2009، ص 318.

العقدية التي تبقى مسألة قانونية تخضع لقانون القاضي الذي طرح عليه النزاع، وهو في نشاطه هذا يخضع لرقابة محكمة النقض¹.

ونشير إلى أن الكشف عن دولية الرابطة العقدية يعتبر شرطا مسبقا² لازما لإعمال قاعدة الاسناد³ التي تخول للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد، وعلى حد قول أحد الباحثين⁴ الباحثين⁴ فإنه لا يمكن السماح بحق المتعاقدين في اختيار قانون معين بغض النظر عن اتسام الرابطة السالفة الذكر بالطابع الدولي من عدمه، لأن في ذلك إهدارا للتفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية كأساس لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص.

ويقودنا التحليل السابق إلى التساؤل حول نوع المعيار الذي يتعين اعتماده لتحديد مفهوم العقد الدولي؟ وتعبير آخر ما هو معيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد الدولي؟ في هذا الأمر اعتمد الفقه والقضاء مجموعة من الضوابط لاستخلاص الصفة الدولية للعقد، فتراوحت بين ما هو قانوني⁵ وما هو اقتصادي⁶، وهناك أيضا ما يسمى بالمعيار المختلط الذي يجمع ما بين المعيارين السابقين⁷.

وتقتضي منا طبيعة هذه الدراسة تناولها على المنوال التالي:

- 1- محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، الطبعة الأولى 2001، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 322.
- 2- ومن بين التشريعات التي نصت على ضرورة دولية العقد نجد:
 - الفصل الأول من القانون الدولي الخاص البولوني المؤرخ في 12 نونبر 1965.
 - الفصل الأول من القانون التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1963.
 - وفيما يخص الاتفاقات الدولية:
 - الفصل الأول من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 15 يونيو 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيع المنقولات المادية، والذي ينص على إلزامية اصطباغ عقد البيع بالصبغة الدولية.
 - الفصل الثالث من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الذي ينص على أنه "لا مجال لإعمال اختيار الأطراف للقانون المطبق على العقد في الحالة التي تكون فيها جميع عناصر العقد في دولة واحدة".
- 3- تعرف قاعدة الإسناد بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، كما يمكن تعريفها بأنها القاعدة التي توضح لنا القانون الأصح حسب ما يراه المشرع الوطني لتنظيم المراكز القانونية للأفراد إذا اشتملت على عنصر أجنبي.
- أورده أحمد زوكاغي، أحكام النزاع بين القوانين في التشريع المغربي الطبعة الثانية 2002 مطبعة الكرامة الرابط ص 26.
- 4- محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد - دراسة مقارنة لدور الإدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001 ص 93.
- 5- يرتكز المعيار القانوني على كون الصفة الدولية للعقد تستخلص من العناصر القانونية للرابطة العقدية ومدى اتصالها بأكثر من قانون دولة، وينقسم المعيار القانوني إلى معيار قانوني موسع -يكتفي أنصاره فقط بوجود عنصر أجنبي في العلاقة العقدية - وإلى معيار قانوني مضيق يلح أنصاره على كون العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية يجب أن يكون مؤثرا.
- 6- يرى أنصار المعيار الاقتصادي أن العقد الدولي هو الذي يترتب عليه حركة ذهاب وإياب أومد وجزر للبضائع والأموال عبر الحدود.
- 7- فقد أكدت العديد من الاجتهادات القضائية على ضرورة الجمع بين المعيارين لأنه يستعصي الفصل بينهما واجتماعهما معا هو الذي يجسم في المسألة، فكل عقد دولي بالمفهوم الاقتصادي هو بالضرورة دولي بالمفهوم القانوني.

أولاً: دولية العقد وفق المعيار القانوني

ثانياً: دولية العقد وفق المعيار الاقتصادي

ثالثاً: ضرورة الجمع بين المعيارين لتحديد دولية العقد

أولاً: دولية العقد وفق المعيار القانوني

استناداً إلى هذا المعيار يكتسب العقد الصفة الدولية متى كانت عناصره متصلة بأكثر من نظام قانوني واحد، سواء تعلق الأمر بجنسية الأطراف أو محل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه¹.

ومن تم فإن عقد البيع المبرم بين مغربي مقيم في المغرب وإسباني مقيم في إسبانيا بخصوص بضاعة موجودة في هولندا، ومطلوب تسليمها هناك على أن يدفع الثمن في فرنسا، يعد عقداً دولياً لاتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن الكشف عن دولية العقد حسب هذا المعيار شيء معلق على مدى تطرق الصفة الأجنبية لعناصره².

ولكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول قيمة عناصر العقد المشوبة بالصفة الأجنبية، وحدود تأثيرها في إضفاء الدولية على العقد، حيث ذهب اتجاه إلى المساواة بين كافة العناصر القانونية للرابطة العقدية، إذ يكفي أن تتصل هذه

الأخيرة بأكثر من نظام قانوني واحد ليتصف العقد بالدولية³.

ويبدو أن مفهوم العقد الدولي وفق هذا التيار الفقهي يتسم بالجمود، لكونه يقود إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص بمجرد توفر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغض النظر عن فعاليته أو طبيعة العلاقة التعاقدية⁴.

ولهذا السبب، ذهب اتجاه ثانٍ إلى التمييز بين عناصر الرابطة العقدية التي لحقتها الصفة الأجنبية إن كانت مؤثرة أم غير مؤثرة، وتبعاً لذلك إذا لحقت الصفة الأجنبية عنصراً غير فعال، فهذا لا يكسب العقد الصفة الدولية، فالجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً فاعلاً في عقود المعاملات المالية بصفة عامة، فهي لا تصلح لذاتها كمعيار لدولية العقد⁵.

¹ - محمد وليد هاشم المصري، مرجع سابق، ص 161.

² - محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 94.

³ - تبعاً لهذا الاتجاه، يعتبر العقد دولياً إذا كان أطرافه أو أحدهما فقط متمتعاً بالجنسية الأجنبية، أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، أو إذا كان المعقود عليه متواجداً في دولة أجنبية، أو إذا كان مكان إبرام العقد أو تنفيذه أجنبياً عن دولة القاضي.

⁴ - علي هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1995، ص 63.

⁵ - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف بالاسكندرية 2004، ص 57.

وانطلاقاً مما سلف ذكره، فالعقد الذي يقوم بمقتضاه فرنسي مقيم بالمغرب بشراء الحاجيات اللازمة لاستعماله الشخصي من السوق المحلية لا يثير مشكلة تنازع القوانين، وبالتالي تبقى العلاقة بين المشتري الفرنسي والبائع المغربي خاضعة في هذه الحالة للقانون الوطني. وعلى العكس فإن مكان تنفيذ العقد¹، أو اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا جنسية يعد من العناصر الحاسمة في إضفاء الطابع الدولي على الرابطة التعاقدية². ويتضح مما سبق أن الصفة الدولية للعلاقة التعاقدية تنسم بالنسبية، إذ يتم تحديدها من خلال معيار كيفي، أي كيفية تأثير العنصر الأجنبي على هذه الرابطة بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية بها³، فقد تعدد العناصر الأجنبية في العلاقة التعاقدية ولكنها تظل وطنية لا تطرح مشكل تنازع القوانين، بينما قد تلحق الصفة الدولية للعقد لمجرد تطرق الصفة الأجنبية لعنصر واحد من عناصره ما دام هذا الأخير مؤثراً. وعلى الرغم من وضوح المعيار القانوني وسهولته، إلا أنه لا يكفي وحده لتقرير الصفة الدولية للعقد، فقد يكون وجود العنصر الأجنبي مجرد أمر عرضي ولا يمت بأي صلة للتجارة الدولية أو لمصالحها⁴.

ثانياً: دولية العقد وفق المعيار الاقتصادي

إن نمو حجم التجارة الدولية والتطور الهائل الذي عرفه هذا الميدان، رافقته رغبة ملحّة من أجل إيجاد القواعد القانونية التي من شأنها وضع نظام قانوني محكم ينظم مختلف جوانب هذه التجارة⁵ وفي ذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى ابتداع مجموعة من القواعد الخاصة بعقود التجارة الدولية⁶.

¹ - أما بالنسبة لمكان إبرام العقد، فهو في الغالب يكون محايداً وغير مؤثر، بل لا يصلح كمعيار لإضفاء الطابع الدولي على العقد من حيث الموضوع، ولو أنه مؤثر عند إسناد العقد من حيث الشكل.

² - محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 96.

³ - علي هشام صادق، مرجع سابق، ص 64.

⁴ - محمد وليد هاشم المصري، مرجع سابق، ص 161.

⁵ - محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 99.

⁶ - من ذلك إقرارها لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، ثم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي ومن ذلك أيضاً إقرارها بسلامة شرط الوفاء بالذهب، أو ما في حكمه من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة إذا تضمنها عقد دولي رغم بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلاناً مطلقاً لتعارضها مع النظام العام.

وقد كان طبيعياً أن تحدد محكمة النقض مدلول العقد الدولي الذي تنطبق بشأنه القواعد السابقة الذكر، ولما كانت هذه القواعد تهدف إلى تحقيق مصالح تتعلق بالتجارة الدولية فقد لجأت المحكمة في بعض أحكامها إلى ما أسماه الفقه بالمعيار الاقتصادي لدولية العقد¹.
ويجد هذا المعيار أساسه في تصور يرتكز أصلاً على موضوع التعاقد نفسه، حيث يفترض هذا المعيار تحليل موضوع العقد وتحليل محتواه المادي والاقتصادي المتمثل في حركة رؤوس الأموال عبر الحدود وأثرها على الاقتصاد العام لمختلف الدول المعنية².
وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار صادر بتاريخ 19 فبراير 1930 أن التصرف العقدي يتصف بالدولية إذا كان من شأنه أن يمس مصالح التجارة الدولية³.
فوفق هذا الموقف يعد دولياً ذلك العقد الذي بموجبه يقترض شخص مبلغاً من المال في الخارج بغرض استخدامه في بلده ويشترط عليه المقترض أن يتم الوفاء في الخارج في مكان معين يتم الاتفاق عليه بينهما، وبالتالي يعد هذا العقد دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي لأنه نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد لآخر، وذلك بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو غير ذلك من العناصر التي لحقتها الصفة الأجنبية في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فلا يعد العقد دولياً إلا بانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، أو كما عبر عنه البعض بحركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود⁴.

وبالتمحيص جيداً في التعريف الاقتصادي للعقد الدولي على النحو الذي ذكرناه، نجده أقرب إلى كونه مؤشراً لدولية العقد منه تعريفاً محدداً قابلاً للإعمال في الواقع العملي⁵، كما أن المتمعن في حقيقة المعيار الاقتصادي سيجد أنه لا يتعارض مع المعيار القانوني في تحديد الصفة الدولية والقائم على التعددية في الأنظمة القانونية⁶.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 82-83.

² - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 51.

³ - محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 100.

⁴ - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 52.

⁵ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 84.

⁶ - والمثال التقليدي لذلك هو عقد البيع الذي يكون فيه البائع مقيماً في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم فيها المشتري، فاختلاف محل الإقامة على هذا النحو يحقق المعيار القانوني لكون الرابطة العقدية في هذا الغرض قد اتصلت بأكثر من نظام قانوني واحد، ويرتبط على العقد في حالتنا هذه أن يتم كل من تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن في دولة مختلفة وهو ما سيؤدي إلى انتقال البضائع والأموال عبر الحدود، فإن مفاد ذلك توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد في نفس الوقت الذي تحقق فيه المعيار القانوني.

وقد تساءل البعض عن مدى إمكانية توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد دون أن تتحقق للرابطة العقدية دوليتها وفقا لمعيار القانوني¹، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 8 يوليو 1931 إلى الاعتراف بدولية العقد بتوافر المعيار الاقتصادي لوحده وفي غياب العنصر القانوني على أساس أن العنصر الاقتصادي قائم على المساس بمصالح التجارة الدولية²، وبالتالي فإن دولية العقد قد تحققت وفقا لهذا القضاء على أساس المعيار الاقتصادي لتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وهذه النتيجة يمكن كذلك الخلوص لها إذا ما أخذنا المعيار القانوني، ويعلق الأستاذ علي هشام صادق على ذلك قائلا " نخلص من ذلك إلى أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني".

ولكن يطرح هنا تساؤل آخر مقتضاه هو إذا كانت فرضية وجود المعيار الاقتصادي تقضي بشكل آلي تحقيق المعيار القانوني لدولية العقد، فهل يمكن أن ينطبق ذلك إذا ما عكسنا المسألة؟ أي أنه في حال توفر العنصر القانوني كمعيار لدولية العقد، هل يرتبط به بالضرورة العنصر الاقتصادي؟

في هذا السياق يذهب بعض الفقه³ إلى أن العكس غير صحيح، لأنه قد يكتسب العقد صفته الدولية طبقا للمعيار القانوني - على الأقل التقليدي - دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذا العقد نفسه، ويحدث هذا الفرض في العلاقة القانونية المشوبة بالصفة الأجنبية في عنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية، كما هو الشأن بالنسبة لعنصر الجنسية في عقود المعاملات المالية فالعقد المبرم بين فرنسي وبائع مغربي لشراء حاجاته اليومية هولا يثير بالقطع مصالح التجارة الدولية لكونه لا يؤدي إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، ومن تم فهولا يعتبر عقدا دوليا في مفهوم المعيار الاقتصادي رغم اتصال الرابطة العقدية في هذه الحالة بأكثر من نظام قانوني واحد⁴، وقد خلص بعض الشراح⁵ إلى استحالة استغناء كل معيار عن الآخر، حيث أكد على ضرورة الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لرصد الطابع الدولي للعقد.

¹ - batiffol et lagarde droit int privé , tome II paris 1971 p 300.

- أورده هشام على صادق، مرجع سابق، ص 85.

² - محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 100-101.

³ - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 57.

⁴ - هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، م.س، ص 88.

⁵ - محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد، م.س ص 101.

ثالثا: ضرورة الجمع بين المعيارين

في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 4 يوليو 1972 إلى اعتماد أطروحة الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي من أجل استخلاص دولية العقد، مؤيدة في ذلك قرار استئنافية باريس الذي أكد على صحة شرط التحكيم المدرج في عقد دولي¹، ذلك أن هذا الأخير كان قد تم إبرامه في هولندا بين شركة هولندية ومواطن فرنسي أصبح تبعا للاتفاق المبرم بينهما وكيلا للشركة المذكورة مما سمح له بالمناجرة في منتوجاتها في بلده فرنسا²، وقد ارتكزت محكمة النقض في موقفها من دولية العقد على المعيار القانوني الذي ينطوي على اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني³، ولم تكتف المحكمة بتوافر العناصر الأجنبية فقط في الرابطة العقدية، بل إلى ما تهدف إليه هذه الرابطة من مصالح التجارة الدولية، أي تشجيع صادرت الشركة الهولندية إلى فرنسا وهوما يفضي إلى انتقال الأموال عبر الحدود طبقا للمعيار الاقتصادي⁴.

وبالتالي فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في الحكم بدولية العقد على كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي دفعة واحدة.

وإذا كان الجمع بين المعيارين على هذا النحو يفضي إلى دولية العقد، فإنه يمكن إدراك هذه الغاية ذاتها لو اكتفى القضاء بالالتجاء إلى المعيار المرن والذي لا يستند في دولية العقد إلا على عناصره المؤثرة، ذلك أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني الموسع سيؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي ينطوي عليه العقد، إلا وكان مؤثرا وهولا يكون كذلك إلا إذا أدى إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، ولعل ذلك هوما يرجح كفة المعيار القانوني الحديث بوصفه أكثر المعايير مقدرة على تخطي عقبة التباين في طبيعة الروابط العقدية على نحو يصعب معه إعمال معايير موحدة في شأنها ما لم يتسم هذا المعيار بالمرونة التي تمكنه من إدراك هدفه⁵.

¹ - حيث يمكن الاستناد للمعيار الاقتصادي لتطبيق بعض القواعد التي قد تتعارض مع الأحكام الأمرة في القانون الداخلي، ولكنها تحقق مصلحة التجارة الدولية، ومن ذلك على سبيل المثال صحة شرط التحكيم في العقد وصحة الوفاء بالعملة الأجنبية وشرط الوفاء بالذهب.

² - cass civ 4 juillet 1972-RCDI P 1974 p 82 – notelvel
- cour d'appel de prais 19 juin -1970 RCIP 1971 p 691 notelvel

- أورده محمد منير ثابت، مرجع سابق، ص 102.

³ - كالعقد مبرم في الخارج بين شركة هولندية وشخص فرنسي كلف بتوزيع منتجات الشركة في فرنسا، وهوما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي.

⁴ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 88.

⁵ - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 61.

الدور الرقابي على الممارسة الدبلوماسية دراسة تحليلية مُقارنة

أحمد سعد عبدالله البوعينين

طالب باحث في العلوم السياسية

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بسلا

جامعة محمد الخامس / السويسي

مقدمة:

شهد حقل العلاقات الدولية أوجهاً من التطور في العديد من المجالات، وظهور فاعلين جدد ونهاية الألفية الثانية وبداية الألفية الثالثة، الأمر الذي أدى إلى تداخل وظائف الدولة المتعددة لاسيما المجالين التنفيذي والتشريعي، مما انعكس وبشكل مباشر على الممارسة الدبلوماسية لإتساع مجالاتها، ويشمل ميادين السياسة والإقتصاد والثقافة والمجتمع، فنرى إنه في كل الأنظمة السياسية ومن خلال دساتيرها ما يُحدد دور الأجهزة الحكومية في ممارسة سُلطاتها في المجال الدولي.

فالدساتير محل المُقارنة، قد تناولت الشأن الخارجي وأناطت بعض الصلاحيات للمؤسسة التمثيلية فيما يخص السياسة الخارجية " النموذجين المغربي والبحريني " من خلال التصديق على كُُل المعاهدات الدولية، وأتلك التي تترتب عليها تكاليف مالية، وإقتراح إسماء السفراء وتداول السياسة العامة للدولة بما فيها الشأن الخارجي¹.

الإشكالية:

إن الإشكالية المركزية للدراسة تدور حول ماهية الرقابة البرلمانية التي تفرضها الدساتير محل المُقارنة على العمل الدبلوماسي؟ وهل هناك آلية رقابة سياسية على العمل الدبلوماسي من خلال دستور 2011 " النموذج المغربي " ودستور البحرين 2002 ؟

¹ لمزيد من الإيضاح أنظر:

*الفصل (55) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (49) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (88) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (92) من دستور المغرب 2011.

*أنظر المادة (37) من دستور البحرين 2002.

*أنظر الفقرة (7) من الفصل الأول من الدستور الياباني.

أهمية الدراسة:

بعد تحليل ونقد ومُقارنة كل المُعطيات المُتوفرة لدينا من خلال الواقع السياسي بعد دستور المغرب 2011 والدستور البحريني لعام 2002، وما طرأ من إصلاح دستوري وسياسي في حقل السياسة الخارجية والدور الذي تلعبه السلطة التنفيذية في هذا الحقل، تتجلى لنا الأهمية المقصودة من هذه الدراسة، والتي توضح الدور المهم التنفيذي في السياسة الخارجية. ولضرورة هذا الموضوع على واقع الممارسة الدبلوماسية والحياة السياسية رأينا أن نُحاكي تلك الضرورة من خلال النماذج الدستورية التالية :

1. الدور الرقابي في الدستور المغربي 2011.

2. الدور الرقابي في الدستور البحريني 2002.

وتنتهي الدراسة بخاتمة إستنتاجية توضح بأن الدور البرلماني وما يُقدمه من رقابة على العمل الدبلوماسي، هي بمثابة رقابة سلطة سياسية تمتلك مسؤوليات وصلاحيات قد تُجبر سلطة سياسية أخرى على التنازل أوالتخلي أوالرضوخ لسلطاتها وليس إلغائها نهائياً، الشيء الذي لم يكن حيز التفعيل كما جاءت به النصوص الدستورية بالنموذجين المغربي والبحريني.

المحور الأول: الدور الرقابي في الدستور المغربي 2011.

في العديد من الدول المُتقدمة ودول العالم الثالث لم يكن للبرلمان إهتمامات واسعة النطاق في العمل الدبلوماسي¹، وهذا مرده ما رجع إليه العرف بتبعية المجال الخارجي لرأس الدولة²، إوهومن إختصاص السلطة التنفيذية دون السلطة التشريعية³، وعلى إثر التطور الملحوظ الذي طرأ على العلاقات الدولية والمُمارسة الدبلوماسية في المُجتمع الدولي، إكتست قضايا الشأن الخارجي طابع مُتعدد الإبعاد⁴، منها السياسي والإجتماعي والإقتصادي والثقافي، وأصبحت تستأثر

¹ George C. Edwards III, Martin P. Wattenberg and Robert L. Lineberry, Government in America- People, Politics and Policy, Ninth Edition, Person Education – Longman, 2008,pg 85

² عبدالجلال مراحي، السياسة الخارجية في الدستور المغربي، دراسة مُحكمة- المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 35، صيف 2012، صفحة 57.

*أنظر كذلك : أحمد عصمان، مجلس النواب في خدمة الدبلوماسية المغربية- مواقف دولية 1984/1987، مطابع ميثاق المغرب، الرباط، 1987 صفحة 9.

³ الفصل (42) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (47) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (49) من دستور المغرب 2011.

*المادة (33) والفقرات الواردة تحت هذه المادة من دستور البحرين 2002.

⁴ محمد السيد سليم، التحليل العلمي للسياسة الخارجية، الفكر الإستراتيجي العربي، العربي، العدد 40، إبريل 1992، صفحة 43.

بإهتمام المواطنين بعد وإن كانت حكراً على الحكومات¹، وذهبت الدول لإطلاع الشعوب على صور تعاملها في المجال الدولي من خلال مُمثلهم في المجالس الشعبية أوالخطب المُختلفة²، وتوزيع المهام في المجالس الشعبية وإقرار التعاون الوثيق بها ووزارة الخارجية، وتكوين خلايا البحث والتفكير في العلاقات الدولية³.

ففي المغرب، ذهب دستور 2011 كغيره من دساتير المغرب السابقة⁴، من حيث الرغبة في خلق التوازن بين المؤسسة الملكية والحكومة والسلطة التشريعية فيما يخص الشأن الخارجي⁵، فأعطاهم صلاحية الرقابة والتداول وحق الإقتراح بالتعيين⁶، من خلال ما يتوفر للبرلمان من صلاحيات تخوله التّدخل في الشأن الخارجي⁷، فرقابة البرلمان المالية تُعد تجسيداً لرقابة الشعب من خلال مُمثلهم على نفقات هومن يتحمل تغطيتها⁸، ونستطيع أن نلاحظ الدور الرقابي من خلال الجوانب التالية والتي نصت عليها فصول الدستور المغربي 2011:

• ينص الفصل (55) على أن الملك يوقع ويُصادق على المُعاهدات، غير إنة لا يُصادق على مُعاهدات السلم والإتحاد أوألتي تهم رسم الحدود، ومُعاهدات التجارة، أوألك التي يترتب عليها تكاليف مالية⁹.

• وينص الفصل (75) على أن قانون المالية يصدر من قبل البرلمان، والذي يودع بالأسبقية لدى مجلس النواب وذلك بالتصويت عليه¹⁰.

¹ عبداللطيف المسلماني، السياسة الخارجية القطرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، 1988، ص ص 106 – 107.

*لزبد من الإيضاح أنظر: يوسف العزوزي، الكلية المغربية وأفاق الدبلوماسية الرسمية، مجلة مسالك، العدد المزدوج 21-22، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2012، صفحة 53.

² يوسف العزوزي، الكلية المغربية وأفاق الدبلوماسية الرسمية، مرجع سابق، صفحة 54.

*أنظر كذلك الفصل (52) من دستور المغرب 2011.

³ أحمد عصمان، مجلس النواب في خدمة الدبلوماسية المغربية، مرجع سابق صفحة 6.

⁴ دساتير المغرب (1962 – 1970 – 1972 – 1992 – 1996).

⁵ عبدالجلال مراحي، السياسة الخارجية في الدستور المغربي، دراهم مُحكمة – المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 35، صيف 2012، صفحة 55.

⁶ الفصل (49) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (75) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (76) من دستور المغرب 2011.

*الفصل (77) من دستور المغرب 2011.

⁷ الفصل (55) من دستور المغرب 2011.

⁸ الغازي صبح الله والمرزوقي بن يونس، موقع البرلمان في النظام الدستوري والسياسي المغربي على ضوء التجربة البرلمانية الرابعة، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 4، 1996، ص ص 4 – 5.

⁹ الفصل (55) من دستور المغرب 2011.

¹⁰ الفصل (75) من دستور المغرب 2011.

• وينص الفصل (76) على الحكومة أن تعرض قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية على البرلمان في السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ هذا القانون.¹

• وينص الفصل (77) على أن الحكومة والبرلمان يسهران على الحفاظ على توازن مالية الدولة، وللحكومة أن ترفض بعد بيان الأسباب المقترحات والتعديلات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان إذا كان قبولها قد يؤدي إلى لتخفيض الموارد العمومية، وإحداث تكليف عمومي، أو زيادة في تكليف موجود.²

وعليه نستطيع أن نلاحظ ومن خلال ما تقدم من جوانب، تحديد الصلاحيات والرقابة البرلمانية لإعمال الدولة في الشأن الخارجي وإن كانت مقيدة في إطار التداول لا التفعيل، إلا إن طبيعة العلاقات في المجال الخارجي بين مختلف سلطات الدولة تتمثل في ثلاثة أطر وكمايلي :

• أن الملك يوقع ويصادق على المعاهدات، إلا تلك التي تترتب عليها التزامات مالية³، ذلك ذلك بإعتباره رأس الدولة وهو من يُعين رئيس مجلس الوزراء والوزراء⁴، ويُعين السفراء لدى الدول والمنظمات الدولية بعد إقترح رئيس مجلس الوزراء⁵، ويعتمد سفراء الدول الأجنبية لدى المملكة⁶، فإن تترتب على تلك الأمور التزامات مالية فإنها تدخل ضمن إختصاص السلطة التشريعية والتي هي بدورها من يصدر قانون المالية.⁷

• وبما أن قانون المالية يصدر من قبل البرلمان، فنستطيع أن نلاحظ وجود دور السلطة التشريعية في الشأن الخارجي، حيث حتمية وضرورة الموافقة المسبقة على المعاهدات الدولية التي يترتب عليها مسائل مالية وذلك إستناداً للفصل (55) من الدستور.

• وإن الحكومة والبرلمان يسهران على توازن مالية الدولة⁸، وفي كل جوانب الواردات والمصروفات، ولكن ماذا عن تلك المصروفات التي قد تكون تحت غطاء السرية والأمن القومي والمجال المحفوظ؟ ومعاهدات حقوق الإنسان أين هي من هذا التوازن، إذ أن كل ما يتعلق

¹ الفصل (76) من دستور المغرب 2011.

² الفصل (77) من دستور المغرب 2011.

³ الفصل (55) من دستور المغرب 2011.

⁴ الفصل (47) من دستور المغرب 2011.

⁵ الفصل (49) من دستور المغرب 2011.

⁶ الفصل (55) من دستور المغرب 2011.

⁷ الفصل (75) من دستور المغرب 2011.

⁸ الفصل (77) من دستور المغرب 2011.

بالحرية العامة لا يمكن أن يتم التشريع فيه إلا من خلال عرضه على البرلمان¹، فهل هي معاهدات لا تترتب عليها تكاليف مالية؟

وعلى الرغم من كل الصلاحيات التي حملها دستور المغرب 2011، قد يكون للمؤسسة التمثيلية بالمغرب بعض الصلاحيات التي قد تُخولها التدخل في الشأن الخارجي، والتي تتمثل في الرقابة المالية على نفقات الدولة، إلا إنه لا تزال هناك مسألة المجال المحفوظ لرأس الدولة في رسم وصنع وتسيير آلية السياسة الخارجية والإتفاقيات التي تكتسي الطابع السري²، والتي تُعطي نوعاً من التداخل وعدم التوازن في الصلاحيات المختلفة في الشأن الخارجي.

المحور الثاني: الدور الرقابي بالدستور البحريني 2002

فيذا ما تناولنا الدستور البحريني 2002، نرى بأن مواد الدستور ذات الصلة قد ألبست رأس الدولة ثوب الممارسة وبإمياز للسلطة التشريعية من خلال مجلس الشعب وفي كل المجالات، فتلك الصلاحيات الدستورية المخولة لرئيس الدولة تجعل منه المُشرع الأول فيما يخص السياسة الخارجية، وتجعل من مؤسسة الحكم مُنفردة عن باقي المؤسسات الأخرى وتتميز بعدة صفات منها السمو والمُحورية، فهي من تُعيّن الموظفين في المنظمات الدولية وتقبل مُمثلي الدول والمنظمات الأجنبية لديها، إذاً رأس الدولة هو الشريك الأول في السلطة التشريعية³.

¹ الفصل (19) من دستور المغرب 2011.

*أنظر كذلك الفصل (49) من دستور المغرب 2011.

*أنظر كذلك الفصل (92) من دستور المغرب 2011.

*أنظر كذلك الفصل (161) من دستور المغرب 2011.

² فاطمة الزهراء هيرات، الملكية والديبلوماسية المغربية، مجلة مسالك، العدد 21-22، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2012، صفحة 45.

*لزبد من الإيضاح أنظر كذلك:

*الحسان بوقنطار، العلاقات الدولية، دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى، 1995، صفحة 81.

*محمد معصم، الحياة السياسية المغربية 1962-1991، مؤسسة أيزيس للنشر، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1992، صفحة 119.

*محمد العمرتي، المغرب وجامعة الدولة العربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون، جامعة محمد الخامس، الرباط أكادال، 1987، صفحة 43.

³ أضحي الملك والسلطة التنفيذية شركاء لمجلس النواب في صياغة التشريعات وإقرارها، كما يصدر الملك أوامر تكون لها قوة القانون لكنها غير خاضعة لموافقة السلطة التشريعية بمجلسها، وتشمل الأوامر:

- يُعين الملك رئيس مجلس الوزراء والوزراء ويعفيهم من مناصبهم بأوامر ملكية دون الحاجة لموافقة مجلسي النواب والشورى الفقرة (ب) من المادة (33) من دستور البحرين 2002.
- يُعين الملك القضاة بمن فيهم أعضاء المحكمة الدستورية دون الحاجة لإقرار السلطة التشريعية بمجلسها الفقرة (ب) من المادة (32) من دستور البحرين 2002.
- الديوان الملكي يتبع الملك ويصدر بتنظيمه أمر ملكي وتحدد ميزانيته وقواعد الرقابة عليها بمرسوم ملكي خاص، دون حق المجلس في الإقرار أو المراقبة، الفقرة (م) من المادة (33) من دستور البحرين 2002.
- يُعين الملك كبار الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين لدى الدول الأجنبية، ويعفيهم من مناصبهم المادة (40) من دستور البحرين 2002. ←←

- وعليه نستطيع ملاحظة مايلي من جوانب إكتسى بها الدستور البحريني لعام 2002:
- ليس من الممكن وفي مجال إبرام المعاهدات والإتفاقيات الدولية إن يتجاوز البرلمان مؤسسة الحكم، فالبرلمان يوافق على المعاهدات الدولية المترتبة عليها مصاريف مالية ويرفعها للتصديق من قبل الملك، وخلاف ذلك من المعاهدات تصدر بقانون¹.
 - ونجد بأن الحكومة لا تتمتع بحق التوقيع وإبرام المعاهدات والإتفاقيات الدولية وفي كل المجالات، وإنما يبقى دورها محدود في تنفيذ أوامر مؤسسة الحكم²، بل وليس هناك نصاً صريحاً يُعطي الحكومة حق التصرف في الشأن الدولي دون الرجوع لرأس الدولة.
 - وهذا ما قد يُبين عدم التداخل بين سلطات رأس الدولة ورئيس الحكومة في المجال الخارجي³، وسومؤسسة الحكم على باقي المؤسسات الأخرى فيما يخص السياسة الخارجية. فمثل تلك الأمور قد تؤدي بطبيعة الحال إلى ضعف العمل والتنسيق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وإنعدام الرقابة البرلمانية⁴، ويؤدي إلى تهميش الرأي العام الشعبي المتمثل

● = يضع الملك بمراسيم أوأوامر اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ولوائح الضبط ولوائح ترتيب المصالح والإدارات العامة الفقرة (أ/ب) من المادة (39) من دستور البحرين 2002.
*إضافه إلى ذلك فإن صلاحيات الملك تشمل ما يلي:

- يستطيع الملك إصدار مراسيم بقوانين في فترة غياب مجلس النواب والشورى عن الإنعقاد المادة (38) من دستور البحرين 2002، وليست بالضرورة عاجله في حين أن نقضها يحتاج إلى إتفاق مجلسي النواب والشورى، وعلى أن لا تتعارض مع الدستور.
 - يستطيع الملك رفض التصديق على أي قانون أقره المجلسين، ويستطيع إعادته إلى المجلسين لإعادة النظر فيه حتى دور الإنعقاد الثاني ويتطلب إقراره مُجدداً مُوافقة ثلثي أعضاء كل من المجلسين. المادة (35) من دستور البحرين 2002.
 - يستطيع الملك أن يمدد للمجلس النيابي حتى سنتين إضافيتين وتعليق أعماله حتى 6 أشهر المادة (58) والمادة (64) من دستور البحرين 2002.
 - للملك حق اقتراح تعديل الدستور المادة (35) بينما يتطلب الأمر موافقة أغلبية الثلثين لكل من مجلس النواب والشورى لتعديل الدستور المادة (120) من دستور البحرين 2002.
 - مصروفات الديوان الملكي، خارج رقابة مجلس النواب وتصدر بأمر ملكي، الفقرة (م) من المادة (33) من دستور البحرين 2002.
 - الذات الملكية مصونة، وبالتالي فتصرفات الملك ومحاسبته خارج صلاحية مجلس النواب، في حين أن الملك يشارك فعلياً في أعمال السلطة التنفيذية مباشرة وأمن خلال وزارته. الفقرتين (أ / ج) من المادة (33) من دستور البحرين من 2002، وكونه يرأس إجماعات مجلس الوزراء .
 - للملك أن يستفتي الشعب في القوانين والقضايا الهامة وتصبح الموافقة على ذلك مُلزمة.
- ¹ المادة (37) من دستور البحرين 2002.
- ² د.محمد نعمان جلال، النظام السياسي البحريني - الإصلاح في إطار الهوية، مركز البحرين للدراسات والبحوث، مملكة البحرين، الطبعة الثانية، 2007، صفحة 47.
- ³ المادة (37) من دستور البحرين 2002.
- ⁴ إن المادة (72) من دستور البحرين 2002، قد أقرب بأن لا يجوز فض دور الإنعقاد دون إقرار الميزانية العامة للدولة، ونصت المادة (109) كذلك على الميزانية العامة تصدر بقانون، الأمر الذي يفضي إلى تداخل دور السلطتين في إقرار الميزانية، حيث إن المادة (115) من دستور البحرين 2002 تنصت على الحكومة هي من تقدم الميزانية العامة للدولة، وبعد إقرارها تخضع تلك الميزانية إلى الرقابة المالية من قبل جهاز الرقابة المالية والذي هو هيئة مُستقلة تعاون الحكومة ومجلس النواب حول مراقبة المصروفات الحكومية المُختلفة، ويصدر تقريراً سنوياً بذلك، المادة (116) من دستور البحرين 2002.

في السلطة التشريعية باعتبارها الممثل لرأي الشعب¹، وهذه الظاهرة لا تخص النموذج البحرين فحسب، بل نجدها في النموذج المغربي آنف الذكر، وحتى في بعض بلدان العالم المتقدم كفرنسا مثلاً، حيث يُعاني ممثلو الشعب من نقص في المعلومات المتعلقة بالشأن الدولي وذلك بسبب السرية التي يتسم بها العمل الدبلوماسي، فتلك الأمور تُعالج بعيداً عن أنظار وأسماع وممثلي الشعب².

فالملاحظ بأن رأس الدولة في النظام السياسي البحريني يُمارس صلاحياته وفقاً للدستور وإن كانت التجربة الدستورية حديثة جداً³، فهومن يُعين رئيس الحكومة ويعفيه من منصبه⁴، وبهذا الشكل قد نرى بأن الملك يُمارس كل الصلاحيات بواسطة الوزراء⁵، بمن فيهم الوزير المُختص بالشأن الخارجي⁶.

وعليه قد نستطيع أن نُفسر ذلك الإحتكار للسياسة الخارجية من قبل المؤسسة الحاكمة، أو بمعنى آخر غلبة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وغياب التوازن بين السلطتين⁷، وللصلاحيات الكبيرة التي خولها الدستور لرأس الدولة⁸، وما هو إلا تفسير يُفرضي إلى حساسية القرار السياسي المُتعلق بالشأن الخارجي، وإيضاً إلى هامشية الرأي العام الشعبي في هذا الحقل، الشيء الذي يُبرهن عدم وجود بل وإنعدام الهوية المُحددة للفصل بين صلاحيات

¹ أنظر المادة (47) من دستور البحرين 2002، والتي تنص على أن مداوات مجلس الوزراء سرية.
*وتنص الفقرة (أ) من المادة (47) من دستور البحرين 2002، على أن رسم السياسة العامة للدولة برعاها مجلس الوزراء ويشرف عليها ويتابع تنفيذها.

² Zoller-Elisabeth, Droit des relations exterieures, 1ere Ed, Paris, 1990, page 185.

³ أحمد منيسي، البحرين من الإمارة إلى المملكة - دراسة في التطور السياسي والديمقراطي، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، القاهرة، 2003، صفحة 53.

⁴ الفقرة (2) من المادة (32) من دستور البحرين 2002.

⁵ الفقرة (1) من المادة (32) من دستور البحرين 2002.

⁶ د.محمد نعمان جلال، النظام السياسي البحرين - الإصلاح في إطار الهوية، مرجع سابق صفحة 47.

⁷ المهمة الكبرى الثانية للمجلس النيابي هي السلطة الرقابية على أعمال السلطة التنفيذية، لكن هذه السلطة مقيدة أيضاً بعض الشيء، ويمكن أن نلاحظ التالي:

- لا يحق لمجلس النواب طرح الثقة برئيس الوزراء الفقرة (أ) من المادة (67) من دستور البحرين 2002.
 - إذا أقر مجلس النواب بثلاثي أعضائه عدم إمكانية التعاون مع رئيس الوزراء يحال الأمر إلى المجلس الوطني للنظر فيه ويتطلب الأمر موافقة ثلثي أعضاء المجلس الوطني لإقرار عدم التعاون مع رئيس الوزراء وفي هذه الحالة يعفى من منصبه أو يحل مجلس النواب. المادة (67) من دستور البحرين 2002.
 - يحتاج طرح الثقة بأي من الوزراء بطلب من 15 نائب، وإقرار بأغلبية الثلثين لنزع الثقة (المادة 66) من دستور البحرين 2002.
 - يحتاج إستجواب أي من الوزراء إلى طلب مُقدم من 5 نواب على الأقل، المادة (65) من دستور البحرين 2002.
 - يستطيع مجلس النواب تشكيل لجان تحقيق في أعمال الحكومة ووزاراتها، المادة (69) من دستور البحرين 2002.
- ⁸ د.أحمد منيسي، البحرين من الإمارة إلى المملكة، مرجع سابق صفحة 229.

السلطتين التنفيذية والتشريعية¹، على النحو الذي يكفل لكل سلطة الصلاحيات الخاصة بها في المجال الدولي².

الخلاصة والاستنتاج:

إستنتاجاً لما تم توضيحه، لم نلاحظ أي إشارة دستورية ذات صراحة تامة ومُحددة بالشأن الخارجي في الدستور المغربي 2011 أو البحريني 2002، وعليه باتت رقابة البرلمان بعيدة عن الممارسة الدبلوماسية، وظل الرأي العام الشعبي بعيداً جداً عن السياسة الخارجية وقرارتها ما دامت لا تؤثر على واقع الحياة الاجتماعية للمواطن العادي، فالسلطة التنفيذية مُتمركزة في يد رأس الدولة وإن صلاحيات رئيس الحكومة ووظيفته وفق الدستور المغربي 2011 تكون مُحدودة، وهذا ليس بالجديد! فالتاريخ يؤكد لنا بأن مُشاركة الوزير الأول في رسم السياسة الخارجية رهين بشخصيته ورغبة رأس الدولة، وفي البحرين تذهب كل الأمور في نفس الإتجاه الذي ذهب إليه الدستور المغربي، إلا أن لرئيس الحكومة وضعية دستورية خاصة. ونستنتج كذلك بأن الدور البرلماني وما يُقدمه من رقابة على العمل الدبلوماسي، هي بمثابة رقابة سلطة سياسية تمتلك مسؤوليات وصلاحيات قد تُجبر سلطة سياسية أخرى على التنازل أو التخلي أو الرضوخ لسلطاتها وليس إلغائها نهائياً، الشيء الذي لم يكن حيز التفعيل كما جاءت به النصوص الدستورية بالنموذجين المغربي والبحريني.

¹الفقرة (أ) من المادة (32) من دستور البحرين 2002.

²د.أحمد منيسي، المرجع السابق صفحة 230.

سحب القرار الإداري في الاجتهاد القضائي المغربي

أمنية عياد

باحثة في صف الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

جامعة محمد الخامس السويسي

تقديم

يلعب القضاء الإداري دورا هاما في دولة القانون، إذ يضطلع بالعمل على فرض احترام القانون من طرف الإدارة، فالسلطات التي تتمتع بها الإدارة ليست امتيازًا خاصًا بها أوحقًا شخصيًا يمكن أن تستعمله كما تشاء ومتى أرادت بل هي مجرد اختصاصات خولت لها في إطار المهام المنوطة بها لضمان الفعالية لنشاطها والحفاظ على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة وهذا يقتضي أن تمارس هذه الاختصاصات وفق أحكام القانون وفي حدوده¹.

ويعتبر القرار الإداري أهم الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة في تنفيذ القوانين وتحقيق الصالح العام والرقابة على النشاط الفردي وتنظيم وتسيير المرافق العمومية² لما يحققه من سرعة وفعالية للعمل الإداري، فالقرار الإداري يتيح للإدارة إمكانية البت من جانب واحد في أي أمر من الأمور دون حاجة للحصول على رضى الأفراد أوحق بالمرغم من معارضتهم³. والقرار الإداري مهما طال مدة سريانه فلا بد أن يؤول إلى الزوال وتزول بالتالي آثاره القانونية⁴ وهذا ما يصطلح عليه بنهاية القرار الإداري والتي تعني زواله من عالم القانون ووضع حد لآثارها، فقد ينتهي القرار بنهاية طبيعية وتزول قوته بانتهاء الأجل المحدد لسريانه، وقد ينتهي القرار ببلجوء صاحب الشأن إلى القضاء عن طريق دعوى الإلغاء فيصدر حكم قضائي بإلغاء القرار، وقد مجرد القرار من قوته القانونية وإزالة ما ينتج من آثار قانونية بالنسبة للماضي والمستقبل ويسمى بحالة سحب القرار⁵.

¹ - محمد المحجوبي " الوجيز في القضاء الإداري المغربي بعد إحداث المحاكم الإدارية الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع دجنبر 2002، الرباط ص: 7 و 8.

² - عدنان عمرو: " مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها" الطبعة الثانية، منشأة المعارف 2004- الإسكندرية ص: 50.

³ - رافع عبد الوهاب: "مقاضاة الإدارة والمؤسسة العمومية في التشريع المغربي" المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 1987 ص: 113.

⁴ - عدنان عمرو: مرجع سابق ص: 121.

⁵ - أعاد حمود: الوجيز في القضاء الإداري "دراسة مقارنة في دولة الإمارات العربية المتحدة"، أكاديمية شرطة دبي 2003- 2004، ص: 359.

ونظرية سحب القرارات الإدارية فكرة قديمة تستمد أصولها وتمتد جذورها إلى الثورة الفرنسية، وكانت ترتدي في ذلك الوقت ثوب نظرية الوزير القاضي ولم تظهر في ثوبها الجديد الذي عليه الآن إلا في مطلع القرن العشرين حيث تلقفها فقهاء القانون العام في فرنسا بالتحليل والتأصيل مدة تناهز نصف قرن بوضع شروطها وأحكامها وتفسير الغامض منها¹.

والسحب كما عرفه قاموس " روبير" اللغوي هو الرجوع أو التراجع عما قلناه أو فعلناه بالإعلان صراحة عن عدم الاعتراف مطلقاً بصحة الشيء أو مشروعيته²، إلا أن الفقه والقضاء كثيراً ما خلط بين السحب والإلغاء، واستعمل البعض مصطلحات كالاسترداد، الإبطال، الفسخ للدلالة على السحب، وقد عرفه الدكتور رمزي الشاعر بأنه "رجوع السلطة الإدارية فيما أصدرته من قرارات بحيث يزول القرار منذ صدوره ويعتبر كأن لم يكن إطلاقاً"³.

أما الدكتور عبد القادر خليل فعرفه بأنه: "عملية قانونية تمكن السلطة الإدارية من إعادة النظر في القرار الذي أصدرته بالنسبة للماضي، المستقبل بأثر رجعي"⁴.

ثم نجد الأستاذ عبد القادر باينة يرى أن السحب "يؤدي إلى إعدام أثر القرار الإداري سواء بالنسبة للمستقبل أو بالنسبة للماضي على أساس الحفاظ على الحقوق المكتسبة بالنسبة للماضي"⁵، ويختصر الأستاذ الباز السحب في "كونه زوال القرار الإداري وأثاره بأثر رجعي"⁶، في حين يقصد بسحب القرار الإداري عند الأستاذة مليكة الصروح بأنه "تجريدته من قوته القانونية بالنسبة للماضي والمستقبل فتزول كل آثاره ويعتبر كأن لم يكن"⁷، في حين يرى الأستاذ أحمد بوخاري بأن السحب هو: "إبطال القرار الإداري المعيب من قبل جهة الاختصاص كلا أجزءاً من وقت سابق لتاريخ صدور قرار التراجع"⁸.

¹ - حسني درويش عبد الحميد: "نهاية القرارات الإدارية عن طريق القضاء" أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس مصر (1980).

طبع الفكر العربي القاهرة 1981 ص: 282.

² - للمزيد من التوسع حول التعريف اللغوي للسحب انظر رضوان بوجمعة: "المقتضب في القانون الإداري المغربي الطبعة الأولى" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1999، ص: 201.

³ - انظر مؤلفه نظرية البطلان في القرارات الإدارية" جامعة القاهرة 1968، ص: 348.

⁴ - عبد القادر خليل: "نظرية سحب القرارات الإدارية" دار النهضة العربية القاهرة 1964، ص: 32.

⁵ - أحمد بوخاري: "سحب القرارات الإدارية مساهمة في بناء نظرية التراجع الإداري" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق السوسني بالرباط 2002-2005، ص: 44.45.

⁶ - أحمد بوخاري: مرجع السابق ص: 45.

⁷ - أحمد بوخاري: مرجع سابق ص: 45.

⁸ - أحمد بوخاري: مرجع سابق ص: 49.

ويعتبر سحب القرارات الإدارية من أعقد مشاكل القانون الإداري ومن الموضوعات التي مازال البحث ساريا فيها في كثير من الدول، حيث أخذت اهتماما كبيرا لا على مستوى الفقه فقط بل كذلك على مستوى القضاء.

وصاغ القضاء العديد من الحلول تهدف في مجموعها إلى وضع قيود على سلطة الإدارة في سحب قراراتها المعيبة، منها أن يكون القرار مشوبا بعيب أو أكثر من عيوب المشروعية، وإلا حكم على تصرفاتها بإساءة استعمال السلطة، وأن يتم إجراء السحب خلال فترة زمنية معينة قياسا على مدة الطعن القضائي، ويتنازع سحب القرار الإداري مبدئين متناقضين هما مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار المعاملات¹.

وفي إطار هذه الدراسة سنحاول إبراز ماهية سحب القرار الإداري، وكيف أصل القضاء المغربي لشروط وأحكام سحب القرار الإداري.

أولا: ماهية سحب القرار الإداري

سنعمل في هذه النقطة على تمييز السحب عن المصطلحات المشابهة ثم تبيان أهم المبادئ التي تحكم سحب القرار الإداري.

أ: تمييز سحب القرار الإداري عن بعض التصرفات القانونية الأخرى

1- تمييز السحب عن الفسخ في القانون الخاص:

يعني الفسخ إرجاع الشيء إلى أصله بمعنى أن العقد ينحل لا من وقت الفسخ فحسب بل من وقت نشوء العقد أي أن للفسخ أثر رجعي كالسحب فيكون العقد كأن لم يكن ويسقط أثره في الماضي ما بين المتعاقدين والغير².
ويختلف الفسخ عن السحب من حيث³:

- الفسخ يرد على عقد ملزم لفريقين بينما يرد السحب على قرار إداري.
- يتم الفسخ إما باتفاق الطرفين أو بحكم المحكمة بينما يتم السحب بإرادة الإدارة المنفردة.
- الفسخ يكون بمثابة جزاء لعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه بينما السحب إجراء لتصحيح خطأ ارتكبه الإدارة.
- العقد القابل للفسخ يولد صحيحا بينما يرد السحب أساسا على قرار معيب منذ نشأته.

¹ - عدنان عمرو: مرجع سابق ص: 126.

² - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، القاهرة 1967، ص: 679.

³ - عدنان عمرو: مرجع سابق ص: 128.

2 - تمييز السحب عن الحكم بالإلغاء القضائي:

يعد الحكم الصادر عن قاضي الإلغاء بإلغاء قرار إداري بمثابة إنهاء قانوني للقرار الإداري بأثر رجعي واعتباره كأن لم يصدر قط وبمقتضاه يعود الطاعن إلى مركزه القانوني السابق لصدور حكم الإلغاء، فوجه الشبه بين السحب والإلغاء القضائي يتمثل في الأثر الرجعي وفي الأجل المحدد لكل منهما.

ويختلف السحب عن الإلغاء القضائي في النقاط التالية:

- السحب هو قرار إداري بينما يتمثل الإلغاء القضائي في حكم قضائي بناء على خصومة.
- قرار السحب يتم بمبادرة من الإدارة أو بناء على تظلم بينما حكم الإلغاء لا يتم إلا بناء على دعوة ويكون بمثابة جزاء لعدم مشروعية القرار.
- ميعاد الطعن القضائي قرره المشرع بينما ميعاد السحب الإداري قرره الاجتهاد القضائي.
- أسباب سحب القرار الإداري أوسع من أسباب الإلغاء القضائي فقد تتعلق بالمشروعية والملائمة بينما تقتصر رقابة القضاء على المشروعية.

3 - تمييز السحب عن الإلغاء الإداري¹:

يعني الإلغاء الإداري إنهاء القرار الإداري من الإدارة المختصة بأثر فوري يسري على المستقبل دون الماضي، ويختلف بالتالي عن السحب وإن كان كل منهما صادر عن الإدارة، إلا أن مجالات الإلغاء أوسع من السحب فقد يتم لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وتغيير الظروف كما أن مبدأ حماية الحقوق المكتسبة هو الذي يحكمه بينما يحكم السحب مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.

4 - تمييز سحب القرار الإداري عن القرار المضاد:

القرار المضاد هو القرار الإداري الذي تنهي الإدارة بواسطته تصرفها السليم الذي أنشأ حقوق للأخريين، مثال ذلك: "إذا فقد الموظف أحد شروط التعيين في الوظيفة وأرادت الإدارة إنهاء قرار التعيين فتصدر قرارا بعزله أو بآن تنهي رابطة بالاستقالة أو بالإحالة على التقاعد أو يفقد الوظيفة... الخ.

ويختلف السحب عن القرار المضاد فيما يلي:

- القرار المضاد لا يمكن أن يصدر إلا طبقا للإجراءات والأحكام المحددة في القوانين والأنظمة بينما قرار السحب محكوم بالمبادئ التي أفصح عنها القضاء الإداري.

¹-عدنان عمرو: مرجع سابق ص:131.

- القرار المضاد يصدر لإلغاء أو تعديل قرار إداري صدر سليما ودخل حيز التنفيذ بينما قرار السحب مجاله القرارات غير المشروعة والمنعومة والمبنية على غش أو تدليس واستثناء بعض القرارات الإدارية السليمة.
- تكون الإدارة محكومة بالنص القانوني فيما يخص القرار المضاد بينما يرتبط قرار السحب بالقرار الأصلي.
- القرار المضاد ينصرف أثره على المستقبل فقط بينما قرار السحب يكون بأثر رجعي.

II: المبادئ التي تحكم سحب القرار

هناك مجموعة من المبادئ التي تحكم سحب القرار الإداري وهي:

1 - مبدأ المشروعية:

يعني مبدأ المشروعية " التوافق مع القانون بمعناه الواسع " أي يجب على السلطة الإدارية أن تتصرف طبقا للقانون بقواعده المكتوبة وغير المكتوبة، وعلاقة هذا المبدأ بسحب القرار أن الإدارة إذا أصدرت قرار غير مشروع فإنه يلقي على عاتقها التزاما بتصحيح عدم المشروعية وسحب القرار جزاء لعدم مشروعيته.

2 - مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية:

يعد مبدأ عدم رجعية القوانين وعدم رجعية القرارات الإدارية من المبادئ التي تقتضيها الضرورات الاجتماعية للواقع الحضاري والسياسي، ويعد أساسه في وجوب تأمين العلاقات القانونية بين الإدارة والمواطنين وتأمين النظام العام، وأوجب مجلس الدولة على الإدارة منذ عام 1947 احترام هذا المبدأ في قراراتها الفردية والتنظيمية ومنع إنهاء الرجعية في القرار الإداري بالاتفاق اللاحق على صدوره، لأن المبادئ العامة للقانون لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، غير أنه لم يعتبر مخالفته من النظام العام¹.

وتبرز علاقة مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية بسحب القرار كونه يشكل قيда على حرية الإدارة في سحب قراراتها ويحمي العلاقات القانونية من الفوضى، فسحب القرار يجب أن يمارس وفق ضوابط معينة إذا تجاوزتها الإدارة فإنها تخرق مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.

3 - مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية:

ويعني هذا المبدأ احترام الآثار الناتجة عن العمل القانوني المتعلق بفرد أو أفراد محددين بذواتهم، وهذا المبدأ يلعب دوره في المستقبل إذ يؤمن استقرار المعاملات القانونية ويحمي

¹ - نواف كنعان: " مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة"، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2004، ص: 131 و132.

المصالح الخاصة من الاضطراب، فهذا المبدأ يشكل عائقا أمام حرية الإدارة في سحب قراراتها الفردية المشروعة وغير المشروعة ويمنعها من إجراء أي تعديل على القرارات الإدارية الصادرة عنها بالنسبة للماضي والمستقبل.

ثانيا: تأصيل القضاء لشروط وأحكام سحب القرار الإداري

يرجع إلى الاجتهاد القضائي ما للإدارة من حق في التراجع عن قراراتها وذلك لتصحيح أعمالها ذاتيا ومن دون تدخل جهة أخرى، وتساعد هذه الآلية الإدارة في ضبط أعمالها في إطار من المشروعية وحماية الحقوق والحريات العامة، لكن حق الإدارة هذا في التراجع عن قراراتها قد أطره القضاء بشروط ووضع له أحكام.

أ: شروط سحب القرار الإداري

أخذ القضاء المغربي بنظرية سحب القرار الإداري عن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية " دام كاشي" والذي قضى فيه بتاريخ 13 نونبر 1922 بأنه: (إن كان للوزير بصفة عامة حق إلغاء أي قرار ينشئ حقوقا ذاتية للأفراد من تلقاء نفسه بسبب عيب يعتره يستوجب إلغائه عن طريق القضاء، إلا أنه لا يملك هذا الحق إلا إذا كان الأجل المحدد للطعن القضائي لم ينته بعد، أما إذا سقط الأجل وكانت الدعوى قد رفعت فعلا أمام القضاء للفصل فيها فلا يجوز للوزير أن يسحب القرار المعني).¹

والمجلس الأعلى بالمغرب قد سار في نفس الاتجاه في حكمه الصادر بتاريخ 9 يوليو 1960، في قضية محمد بن العالم، والذي أقر فيه ما يلي(.. وأنه لا يمكن الخروج عن مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة إلا إذا كان القرار مشوبا بعدم المشروعية التي تستوجب إلغائه من طرف القضاء، وكان رفع الطعن إليه ممكنا، وأتم رفعه إليه ولم يصدر بشأنه حكم نهائي).²

وإذا نظرنا إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " دام كاشي" وحكم المجلس الأعلى بالمغرب الذي استند إليه في نظرية سحب القرار الإداري في قضية " محمد بن العالم" يمكن أن نستخلص منهما شرطين أساسيين من دونهما لا يمكن تطبيق نظرية سحب القرار الإداري، وعليه فإنه لا يمكن للإدارة التراجع عن قراراتها دون هذين الشرطين وهما:

- أن يكون القرار المراد سحبه موصوما بعيب عدم المشروعية.
- أن يتم السحب في ميعاد معين يقاس بميعاد الطعن بالإلغاء.

¹ - أحمد بوخاري: مرجع سابق، ص: 170.

² - قرار عدم 95 منشور بمجموعة قرارات المجلس- الغرفة الإدارية (1957-1960) الصفحة 141.

1- عدم مشروعية القرار الإداري

إن شرط عدم المشروعية هو أول شروط سحب القرار الإداري، ويقتضي أن يكون القرار الإداري موضوع السحب معيباً بأحد عيوب المشروعية الخمسة وهي كالتالي:

أ- عيب الشكل: ويقضي ذلك بأن يكون القرار خارجاً عن القاعدة السائدة في عدم اشتراط صدور القرارات الإدارية في شكل معين، أي أن يكون القرار الإداري يشترط شكلاً معيناً يصدر عليه ويجب أن يتقيد مصدر القرار بهذا الشكل.

ب- عيب الاختصاص: كأن يصدر القرار من جهة غير مختصة سواء من جهة يخرج عن نطاق اختصاصها أو من جهة أدنى أو عن طريق سلطة وصاية.

ويكون القرار غير مشروع لتجاوز قواعد الاختصاص المادي، أي ممارسة سلطة إدارية صلاحيات سبق تفويضها لسلطة أخرى، أو بسبب عدم اختصاص سلبى عند امتناع رجل الإدارة عن اتخاذ قرار يدخل في اختصاصه.¹

ج- عيب السبب: أي أن تكون الوقائع التي اعتمد عليها القرار غير سليمة، فأسباب القرارات الإدارية يجب أن تكون محققة الوجود ومطابقة للقانون، ويتخذ هذا العيب عدة أشكال: - الخطأ في القانون: أي الأسباب القانونية المؤدية لإصدار القرار فيكون التطبيق خاطئ إما لاعتماد قاعدة قانونية غير موجودة أو غير قابلة للتطبيق أو يرجع الخطأ إلى تأويل غير صحيح للقانون.

- الخطأ في الوقائع: أن تكون الوقائع صحيحة وموجودة إلا أنه لا يمكن الربط بينها وبين القرار (تأديب شخص في موضوع لم يقم به غلطاً).

- الخطأ في التكييف القانوني للوقائع: (عندما يصدر رجل الإدارة قرار يرتب نتائج بناء على وقائع معينة) فتغيب موظف بصفة غير قانونية يعرضه للتأديب، فإن عزل من قبل الرئيس دون أن يمر بمجلس التأديب فإن هذا ينم عن التكييف غير السليم وحري بمصدره التراجع عنه.²

د- الانحراف في السلطة: ويتمثل هذا العيب بأنه قصدي لأن مصدر القرار يخرج عن الأهداف التي منحه القانون من أجلها سلطة التقرير وهو ماسس بالأخلاق الإدارية لأن متخذ القرار تجرد من المواطنة التي تغلب المصلحة العامة على المصالح الضيقة الخاصة، وعلى هذا يكون تراجع الإدارة عن قرارها المشوب بالانحراف في السلطة رجوعاً منها إلى جادة الصواب.³

¹ - أحمد بوخاري، مصدر سابق ص: 134.

² - أحمد بوخاري: مرجع سابق، ص: 143.

³ - أحمد بوخاري: مرجع سابق، ص: 144.

هـ- عيب مخالفة القانون: وهنا لا يقصد به القانون بمفهومه الضيق (التشريع- التنظيم) وإنما كافة القواعد القانونية التي تؤطر عمل الإدارة أيا كان مصدرها (الدستور- التشريع- التنظيم- القضاء- العرف أحيانا...)¹.

وبسبب هذه العيوب الأنفة الذكر التي تشوب القرارات الإدارية وتجعلها معدومة المشروعية ولا يمكن أن تنشئ حقوقا، أجاز القضاء في اجتهاداته للإدارة التراجع عن قراراتها، وقد تواتر العمل بهذا في القضاء المغربي في عدة قرارات صادرة عن المجلس الأعلى وكذلك عن المحاكم الإدارية بعد إنشائها مثل قضية محمد بن العالم الأنفة الذكر، وكذلك قرار المجلس الأعلى في قضية بن امبارك الطريقي ووزير العدل بتاريخ 26 يناير 1968 التي جاء فيها (حيث أن مبدأ استقرار الحقوق المكتسبة لا يسمح للإدارة المختصة أن تسحب بأثر رجعي المقررات الإدارية الفردية المنشئة لوضعية قانونية لصالح المستفيدين منها، إلا إذا كانت المقررات المسحوبة مشوبة بعدم المشروعية تستوجب البطلان)²، وكذلك حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 239 بتاريخ 25 شتنبر 1996 بين آيت لحسن رشيدة والنائب الإقليمي لوزارة التربية الوطنية الذي جاء فيه "لا يمكن للإدارة أن تسحب قراراتها إلا إذا كانت غير مشروعة".

ويتضح إذن من استعراض هذه القرارات والأحكام أن القضاء الإداري المغربي يستند إلى عدم المشروعية كسبب لازم لسحب القرار الإداري، إلا أنه يعمل أيضا بشرط آخر يلزم به الإدارة إضافة إلى عدم المشروعية، وهو تقييد للإدارة في حق التراجع عن قراراتها لعدم المشروعية بأجل موازي لأجل الطعن بالإلغاء القضائي، هذا ما ورد في كل القرارات الأنفة الذكر) وتبقى الإشارة إلى أن هذا الشرط الثاني لإجراء سحب القرار الإداري والخاص بالقيام به من أجل يقاس بأجل الطعن لا يعتد به عندما يكون عيب عدم المشروعية مخالفة القوانين الأساسية للدولة، فإذا كانت تلك المخالفة صريحة، فإنه في هذه الحالة لا يعتد بأجل الطعن).

2 - السحب المقيد بأجل الطعن بالإلغاء

يفيد هذا الشرط بأن السلطة الإدارية لها الحق في التراجع عن قراراتها غير المشروعة مادام الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات ممكنا ولم يصدر بحقها حكم قضائي.³

والغاية من اشتراط الأجل الذي يتعين على الإدارة أن تتصرف فيه ويعبر فيه المدارون عن عدم قبولهم لتصرفها هو ضمان لاستقرار المراكز القانونية الناتجة عن العمليات الإدارية⁴.

¹ - قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد السابع، ص: 106.

² - المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزوج 20-21، نونبر- دجنبر 1997، ص: 132.

³ - سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة 1976، ص: 688.

⁴ - أحمد بوخاري: مرجع سابق ص: 166.

وقد كان العمل القضائي بفرنسا لا يقيّد الإدارة بأجل معين بخصوص سحب قرارها غير المشروع لكنه تحول عن هذه القاعدة بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية مادام كاشي بتاريخ 13 نونبر 1922 الأنف الذكر، وقد سار على نهجه في هذا الاتجاه القضاء المغربي في إعطاء الحق للإدارة في التراجع عن قراراتها غير المشروعة داخل أجل الطعن بالإلغاء، وإذ انقضى الأجل تحصنت القرارات الإدارية من إمكانية السحب ولم يعد للإدارة الحق في ذلك، وهذا ما أكدّه المجلس الأعلى في القرارين الأنفي الذكر بخصوص محمد بن العالم وامبارك الطريقي، وهذا الاجتهاد الذي تواتر في قرارات أخرى للمجلس الأعلى دفع وزير الشؤون الإدارية إلى إصدار منشور بتاريخ 14 أكتوبر 1980 موجه إلى جميع الوزارات يحث على احترام الشروط التي وضعها القضاء الإداري المغربي ومنها على الخصوص أن يكون سحب القرارات الإدارية خلال أجل الطعن بدعوى الإلغاء أو خلال مدة التقاضي.

وهذا الاتجاه سارت عليه المحاكم الإدارية بالمغرب بعد إحداثها كما هو الحال في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة عدد 98/214 بتاريخ 16 دجنبر 1908 الذي قضت فيه بأن (قرار سحب الرخصة من طرف المجلس البلدي لا يكون إلا داخل أجل الطعن بالإلغاء).

II: أحكام سحب القرار الإداري

تناولنا موضوع سحب القرار الإداري في هذه النقطة ينصب على السلطة المختصة وإجراءات سحب القرار الإداري والآثار الناتجة عن ذلك، حيث يتم سحب القرار الإداري بقرار آخر مماثل أي في ذات الرتبة من سلم التدرج القانوني، فالقرار الفردي يسحب بقرار فردي، والقرار التنظيمي كذلك يسحب بقرار تنظيمي عملاً بقاعدة التوازي أوتقابل الشكليات¹، وكغيره من القرارات الإدارية يكون قرار السحب صريحاً أو ضمناً، فقد تقوم الإدارة بإصدار قرار بالتراجع عن قرارها غير المشروع ويكون هذا القرار هو التعبير الصريح عن سحب القرار الإداري غير المشروع، وقد تصدر قراراً إدارياً يحل محل قرار إداري آخر وهذا ما يمكن أن يصطلح عليه بالتعبير الضمني عن سحب القرار، وفي جميع الحالات يبدأ مفعول القرار الساحب من تاريخ صدور القرار المسحوب.

وقد طبق القضاء المغربي العمل بقاعدة توازن الاختصاص في عدة قضايا مثل قضية رمضان الهواري الذي اشترى في إطار تفويت أملاك عمومية بالمزاد العلني من أملاك جماعية ثلاث قطع أرضية مملوكة لجماعة هواة بكرسيف، وقد كان الدفتر يشترط استمرار الاستفادة من العقار المذكور إضافة إلى أداء ثمنه، البناء على الأرض المذكورة بعد استصدار إذن بذلك،

¹ - سليمان محمد الطماوي: مصدر سابق، ص: 70.

غير أن الهواري استصدر رخصة بناء لكنه لم ينشئ بناء على الأرض مما دفع بالقائد في كرسيف إلى أن يبعث له برسالة يطلب فيها منه القيام بأي بناء على الأرض، بعد تنبيهه سابق له بإنجاز السكن الذي حصل على الأرض من أجله، فلم يلتزم بذلك، هذا وبعد طعن المعني بالأمر، قضى المجلس الأعلى بإلغاء القرار المطعون فيه لأنه لم يحترم الاختصاص باعتبار أن قرار القائد ينطوي على فسخ العقد، وأن الاختصاص بذلك معقود لرئيس الجماعة التي قامت بإرساء المزداد العلني على الطاعن، وأن الرئيس وحده المؤهل لإصدار قرار بفسخ العقد طبقا لقاعدة توازي الاختصاص¹، ونفس الشيء حصل في قضية الشركة العقارية زينما، وتتلخص الوقائع في هذه القضية بأن ظهيرا صدر في 2 أبريل 1955 صرح بأن المنفعة العامة في إحداث طريق سريعة تؤدي إلى ميناء الدار البيضاء تسمى مدخل طريقي إلى ميناء الدار البيضاء، وعدد التصاميم وقوانين إعداد مختلف الأحياء التي يجتازها الطريق المذكور وتاريخ 10 نوفمبر 1975 أصدر والي الدار البيضاء قرارا مدد بموجبه تصفيقات تصميم المدخل الطريقي المشار إليه لفترة عشرين سنة، وقد طعنت الشركة العقارية "زينما" باعتبارها أحد الملاك المتضررين من قرار التمديد طالبة إلغاءه بدعوى عدم احترامه لقواعد الاختصاص، فأصدرت الغرفة الإدارية قرار في الموضوع بتاريخ 5 يوليو 1984 جاء فيه:

"حيث أن المبادئ العامة أن النصوص التشريعية أو التنظيمية لا يمكن تعديلها أو إلغائها وأتمديد فترة مفعولها إلا بقرار من نفس النوع ومن لدن السلطة المختصة قانونا باتخاذ النصوص المذكورة..." ويتضح من ما تقدم بصفة صريحة أن المقرر المطعون فيه تناول الأعداد موضوع ظهير 2 أبريل 1955 وعدل تصفيقاته ومدد مفعوله لفترة عشرين سنة، وبذلك خرق مبدأ موازاة الاختصاص²، ويتضح من هذه القاعدة والأحكام التي تطبقها أن السلطة الإدارية التي أصدرت القرار غير المشروع والذي يمكن أن يكون موضوعا لإصدار قرار بسحبه هي الجهة المخولة قانونا بإصدار قرار السحب عملا بهذه القاعدة، وهذا يعني أن يتدخل واضع القرار وتلقائيا لسحب قراره غير المشروع في المدة المشار إليها سابقا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك³. وهنا يجب التطرق إلى سحب القرار من قبل جهة قد تكون سلطة أعلى من السلطة مصدرة القرار المراد سحبه والمقصود هنا السلطة الرئاسية التي هي في حقيقة الأمر أداة لضمان التزام الرؤوس لحدود القانون، لقد أعطى القانون باتفاق الفقه والقضاء الرئيس سلطة سحب كافة القرارات الصادرة عن رؤوسيه إلا ما استثني منها بنص، كأن يكون الرؤوس صاحب التقرير بصفة نهائية

¹ - أحمد بوخاري: مصدر سابق، ص: 196.

² - أحمد بوخاري: مرجع سابق، ص: 71.

³ - قرار عدد 118 بتاريخ 5 يوليو 1984 في الملف الإداري عدد 98470 بين الشركة " زينما " ووالي الدار البيضاء في منشور المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 6 سنة 1994، ص: 72.

في الموضوع بدون معقب عليه¹، وهذه الفئة من القرارات لا يمكن للسلطة الرئاسية سحبها². وتمتع السلطة الرئاسية بحق سحب قرارات المرؤوسين يستوي فيها أن يكون القرار فردياً أو تنظيمياً، فيتعين على الرئيس أن يتخذ موقفاً من شأنه إزالة القرار غير المشروع ولا يتأتى ذلك إلا بسحبه وذلك باتخاذ قرار بذلك وسحب القرار الإداري من طرف السلطة الرئاسية.

يخضع للأحكام العام للسحب³ وعلى خلاف السلطة الرئاسية التي تربطها بالجهة الإدارية التابعة لها رابطة التسلسل الإداري الموجودة بينهما فإن هذه الرابطة لا وجود لها بين سلطة الوصاية وبين الجهة المشمولة بالوصاية إذ تتمتع هذه الأخيرة باستقلال في مواجهة الأولى، فمثلاً لا يحق لوزير الداخلية سحب قرار صادر عن رئيس المجلس الجماعي أو عن المجلس الجماعي نفسه، لأنه لا يمثل بالنسبة للمجلس البلدي الرئيس، وحتى إن كانت بعض القرارات الصادرة عن الهيئات اللامركزية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف سلطة الوصاية، فإن عدم المصادقة هنا لا يعد سحباً للقرار الإداري وإنما هو قول بعدم مشروعية التنفيذ⁴.

ويتضح مما سبق أن سحب القرار الإداري هو إجراء مقصور على السلطة الإدارية لتمكينها من التراجع عن قراراتها غير المشروعة من دون تدخل أي جهة أخرى سواء كان التراجع بإرادة ذاتية وتداركاً لخطأ إداري أو كان ذلك بسبب تظلم مقدم من أحد المرتفقين موظفاً كان في الإدارة أم غير موظف، ويعتبر السحب جزءاً تنزله الإدارة بقرارها غير المشروع تفادياً لوقوعه تحت طائلة الطعن بالإلغاء أمام القضاء، ومن هنا فإن الأثر الرئيسي للسحب هو إنهاء القرار منذ لحظة صدوره وهو ما يتحقق من خلاله محو الآثار المترتبة عليه بما في ذلك سقوط القرارات التي تستند في وجودها إلى القرار المسحوب وذلك للارتباط الوثيق بينها والقرار الذي تم سحبه والذي أفقدها السند القانوني.

فإجراء سحب القرار الإداري هو إحدى التقنيات الضرورية لحسن سير الإدارة ورقابة مدى الالتزام بالمشروعية في أعمالها، وهو يعبر عن نضج العمل الإداري، وسلامة نية الأطر الإدارية وهو أيضاً وسيلة لتعزيز ثقة المواطنين في التصرفات والنشاطات الإدارية. إلا أن الإكثار من هذه التقنية يعتبر دليلاً على وجود اختلالات في عملية اتخاذ القرارات الإدارية.

¹ - عبد الرحمن البكريوي: الوجيز في القانون الإداري المغربي، الكتاب الثاني، نشاط الإدارة وامتيازاتها، الطبعة الأولى، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع الرباط 1990، ص: 140.

² - عبد الرحمن البكريوي: مرجع سابق ص: 140.

³ - أحمد بوخاري: مصدر سابق، ص: 72.

⁴ - سليمان محمد الطماوي: مصدر سابق، ص: 743.

كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج

مليكة العراسي

باحثة في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا-

جامعة محمد الخامس/الرباط

إذا كان الأصل أن ينشأ الطفل في أسرته الأصلية، التي توفر له الرعاية والحماية وتضمن له تنشئة سليمة، فقد يجد العديد من الأطفال أنفسهم محرومين من دئ أسرهه، كما هوالشأن بالنسبة للأطفال المهملين، فهؤلاء يعانون من سوء التربية والرعاية نظرا لنشئتهم غير العادية التي تفقدهم حنان الوالدين وعاطفتهم. فرغم إقامتهم بمؤسسات لرعاية الطفولة إلا أنها لا تقوم مقام أسرة الطفل، ولا تؤدي دورها ولا تؤثر تأثيرها في تربيته، خاصة أمام ما تعانيه هذه المؤسسات من نقص في الإمكانيات والمهارات. من هنا تبرز أهمية أن ينشأ الطفل في بيئة أسرية تقدم له الحب والطمأنينة والاحساس بالأمان، لأن ذلك يجنب آثارا سلبية غاية في الخطورة على نمو الطفل النفسي والوجداني والانفعالي، تبدو في سلوك يتسم بسوء التوافق، ومشاعر الغضب، وعدوانية نحوأفراد المجتمع، وربما في اضطرابات نفسية تعوق إمكانية تفاعله تفاعلا سويا مع الآخرين.

وهذا يكون للأسرة دور رئيسي في تنشئة الطفل ورعايته، لذا حظي الطفل المحروم من الرعاية الأسرية بالاهتمام الكبير على المستوى الدولي من خلال تأكيد الصكوك الدولية لحقوق الانسان على أهمية الأسرة ودورها في تحقيق رفاه الطفل.

وقد أكدت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل¹ على حق الطفل المحروم من الأسرة في رعاية أسرية بديلة، كما راعت هذه الاتفاقية خصوصيات الدول الأطراف، فتركت لهم حرية اختيار الشكل المناسب للعائلة البديلة، وهوما يتضح من المادة 20 التي حددت الرعاية في جملة أمور، الحضانة أوالكفالة في القانون الاسلامي أوالتبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسة مناسبة لرعاية الأطفال، وجعلت مصلحة الطفل الفضلى الضابط الأساسي لاتخاذ هذا الشكل أوذاك.

¹ - الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 20 نونبر 1989.

ووعيا من المشرع المغربي بما يعانیه الأطفال المهملين ووجوب تمكينهم من العيش الكريم، وكذا التزامه بوجوب تفعيل مقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل¹ أصدر قانون يتعلق بالأطفال المهملين² الذي تم نسخه فيما بعد بسبب قصوره بمقتضى القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين³. وهو ما يجلي الحرص الأكيد على عدم تركهم يتأثرون بوقائع لم يكن لهم أي يد في إيجادها، فللطفل المهمل الحق في الرعاية والحماية إسوة بالطفل المولود من رباط شرعي، إذ لا يجب أخذه بجريرة غيره ولومه على خطأ لم يرتكبه ومعاقبته على ذنب لم يقترفه. ويعد المغرب من البلدان التي تقبل إسناد الكفالة الدولية، أي عندما يكون الكافل شخصا مغربيا مقيما بالخارج أو شخصا أجنبيا، لكن شريطة استيفاء بعض الشروط، مثل اعتناق الاسلام، ضمانا لتنشئة الطفل المكفول على قيم التربية الاسلامية. وفي هذه الحالة يفترض لأجل ضمان استمرارية الوضعية القانونية لمؤسسة الكفالة العابرة للحدود أن ينتقل المكفول المغربي مع كافله إلى الدولة الأجنبية حيث سيكون محل إقامته.

والذي يقتضيه تناول موضوع كفالة الطفل المهمل من طرف كافل قاطن بالخارج، أن هناك نص تشريعي يسمح به، وهو يؤطر مقتضياته وإجراءاته، ويكشف ما وراء المتن القانوني من أسئلة معرفية كثيرة، لعل أبرزها ما هي إجراءات اسناد هذه الكفالة؟ وهل قيد المشرع إمكانية سفر الطفل المكفول مع كافله للإقامة الدائمة خارج التراب الوطني؟ وإذا كانت إقامة المكفول مع كافله بالخارج تستلزم تتبع وضعيته لمراقبة مدى وفاء الكافل بالتزاماته الناشئة عن الأمر المتعلق بإسناده كفالة الطفل، فما هو مضمون هذه الرقابة؟ وما مدى نجاعتها وتحققها للأهداف المتوخاة منها؟ وما مدى تطبيقها على أرض الواقع؟

تقتضي الإجابة عن الأسئلة السابقة تحديد مفهوم كفالة الطفل المهمل (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى إجراءات اسناد كفالة الطفل المهمل للكافل القاطن بالخارج وآليات رقابة وتبعية شؤونه في (المطلب الثاني).

¹ صادق المغرب على هذه الاتفاقية بموجب الظهير الشريف رقم 4-93-4 المؤرخ في 14 يونيو 1993، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 4400، بتاريخ 19 دجنبر 1996، طبقا للظهير الشريف رقم 1-93-362 بتاريخ 21 نونبر 1996، ص: 2847.

² ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.93.165 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 شتنبر 1993 يتعلق بالأطفال المهملين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 15 شتنبر 1993، ص: 1622.

³ ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في فاتح ربيع الآخر الموافق ل 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 أكتوبر 2002، ص: 2362.

المطلب الأول: مفهوم كفالة الطفل المهمل

في البحث عن مفهوم كفالة الطفل المهمل، ينبغي تحديد جملة من المفاهيم تؤطره منهجيا، ويبيّن أن المفهومين المركزيين اللذين يؤطران ما نبحت فيه، هما " مفهوم الطفل المهمل" (الفقرة الأولى) و"مفهوم الكفالة" (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الطفل المهمل

نصت المادة الأولى من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه : " يعتبر مهملًا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها.

إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش.

إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه."

يتبين من مقتضيات هذه المادة أن المشرع المغربي لم يعطي تعريفا للطفل المهمل ولكنه استلزم توفر شرطين لاعتبار الطفل مهملًا هما:

أولا - ألا يتجاوز سن الطفل ثمانية عشرة سنة¹، ويمكن إثبات ذلك بواسطة شهادة ميلاد الطفل، فبالرجوع إلى المادة الثانية من قانون الحالة المدنية رقم 37.99² نجد أنها على أنه : " تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للورقة الرسمية"، أي أنها حجة رسمية يتعين على القاضي التقيد بها. أما إذا كان الطفل غير مسجل في وثائق الحالة المدنية أو كان مجهول الهوية، فإن القاضي يأمر بإجراء جميع التحريات والأبحاث التي يرى أنها مفيدة في تقدير ومعرفة سن الطفل³ وليس لمحكمة النقض رقابة على هذا التقدير.

¹ - وهونفس السن الذي حدده المشرع التونسي في الفصل الثالث من المجلة التونسية لحماية الطفل بقوله : " إن الطفل المهمل على معنى المجلة التونسية لحماية الطفل هوكل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة".

² - ظهير شريف رقم 1.02.239 صادر في 25 من رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002.

³ - الفقرة الثانية من المادة 459 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 02.255 المؤرخ في 25 من رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002 كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب وبالقانونين رقم 23.05 و24.05 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص: 315.

ثانيا - أن يوجد الطفل في إحدى الحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر، وهي

كالتالي:

1. أن يكون الطفل من أبوين مجهولين أو من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه: ويقصد بالطفل مجهول الأبوين أن هذا الطفل غير معروف أبواه، وهذا المعنى ينطبق على المولود الذي عثر عليه في الطريق أو في أي مكان آخر دون معرفة اسمه أو نسبه أو موطنه، وهوما يصطلح عليه باللقيط¹. ولئن كان المشرع المغربي لم يعرف هذا الأخير، فإن المشرع المصري قد عرفه بكونه ذلك المولود حديث العهد بالولادة غالبا ما تركه أهله في الطريق أو في مكان عام بقصد الفرار من تهمة الزنا أو لسبب الفقر أو غيره.

ويعتبر الطفل مجهول الأبوين مغربيا استنادا إلى الرابطة الترابية، وهوما يؤكد الفصل السابع من قانون الجنسية² بقوله: " يعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين"، هذا بخلاف الطفل المولود من أب مجهول وأم معلومة الذي يستمد جنسيته من نسبه إلى أمه.

2. أن يكون الطفل يتيما أو عاجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش: لكي يعتبر الطفل اليتيم مهملا يجب أن يكون يتيم الأبوين: أي فقد أبويه معا، ففقدان الأب لوحده لا يكون معه الطفل مهملا، لأن الفقرة الثانية من المادة 238 من مدونة الأسرة³ خولت للأم الولاية على أبنائها⁴، وألا تكون له وسائل مشروعة للعيش.

ويؤخذ على المشرع المغربي هنا أنه لم يحدد المقصود من الوسيلة المشروعة للعيش، لذا ينبغي معرفة المقصود بها لتحديد ما إذا كان الطفل مهملا أم لا.

¹ - محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهلين، دراسة في القانون المغربي التبني في القانون الفرنسي، سلسلة البحوث القانونية، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2007، ص: 17.

² - ظهير شريف رقم 1.58.250 بسن قانون الجنسية المغربية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 الموافق ل 19 شتنبر 1959، ص: 2190. وقد تم تعديله بالقانونين التاليين:

- القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 الموافق ل 27 شتنبر 1957 بشأن المجلس الأعلى الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 ذي القعدة 1432 الموافق ل 25 أكتوبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذوالقعدة 1432 الموافق ل 26 أكتوبر 2011، ص: 5228.

- القانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 3 ربيع الأول 1428 الموافق ل 23 مارس 2007، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 الموافق ل 2 أبريل 2007، ص: 1116.

³ - ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذوالحجة 1424 الموافق ل 5 فبراير 2004، ص: 418.

⁴ - ما عدا إذا أصبحت عاجزة عن رعاية ولدها وترتيبه لأمر قاهر خارج عن إرادتها.

ويمكن تعريف وسيلة العيش بأنها كل سبب من أسباب العيش يرى الإنسان لنفسه منه رزقا يقيم به أوده، فكل وساطة تكون غايتها إصابة الرزق تعتبر وسيلة للتعيش، ويستوي في هذه الوسيلة أن يكون مصدرها عمل الإنسان أو رأس ماله¹.

أما فيما يخص عجز الأبوين عن رعاية طفلهما فالمقصود بذلك تعذر ممارسة الرعاية والتربية مع عدم توفر الوالدين على الامكانيات المادية اللازمة لنفقة الطفل، وتكاليف التعهد به إلى من يتولى رعايته².

وتتعدد أسباب العجز عن الرعاية، فقد تكون نتيجة الظروف الاقتصادية الصعبة للأسرة التي أصبحت تشكل عائقا حقيقيا لرعاية الطفل، خاصة وأن الأطفال أصبحوا يشكلون في الوقت الحاضر عبئا ثقيلا على أسرهم، بسبب كثرة المصاريف التي يحتاجون إليها يوميا، كما قد تكون نتيجة إصابة أحد الأبوين أو كليهما بمرض مزمن أو إعاقة تجعلهما عاجزين عن تقديم الرعاية اللازمة لطفلهما، أو نتيجة الحكم على أحد الأبوين أو كلاهما بعقوبة سالية للحرية³، وغيرها من الأسباب التي تتسبب في عجز الأبوين عن تلبية احتياجات ابنهما، وبالتالي يكون الطفل نتيجة لذلك عرضة للإهمال ما لم تكن له وسائل مشروعة تمكنه من العيش بصورة طبيعية. ويبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تفسير عجز الأبوين، مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلى في ذلك.

3. انحراف الأبوين أو أحدهما بعد فقد الآخر أو عجزه: يقصد بالانحراف خروج الشخص عما أقره المجتمع من سلوكيات معينة؛ أي كل سلوك بعيد عن الأخلاق والقانون والقيم الدينية التي يتحلى بها كل إنسان سوي في المجتمع⁴، ومن السلوكات التي تشكل انحرافا تعاطي الفساد أو تناول المخدرات أو الخمر.

وإذا كان انحراف الأبوين سببا لممارسة إجراءات الكفالة، فإن ذلك يعني نزع ولاية الأبوين عن ولدهما.

ويبقى على النيابة العامة إثبات أن الأبوين منحرفين، ولا يقومان بواجبهما في رعاية الطفل وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، ويكون للمحكمة السلطة التقديرية في تكييف

¹ - مولاي عبد العزيز اليوسفي العلوي: كفالة الطفل المهمل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية: 1999-2000، ص: 18.

² - عبد القادر قرموش: كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص: 36.

³ - في هذا الإطار ومراعاة مصلحة الطفل فقد راعت معظم القوانين عدم تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس على الأبوين معا وفي وقت واحد - محمد الشافعي: م س، ص: 23.

أفعال الأبوين، هل هي تشكل انحرافا أم تعد من حقوق السلطة الأبوية مع الأخذ بعين الاعتبار أعراف وتقاليد الناس¹.

ولكي نكون أمام طفل مهمل لابد من إصدار حكم بذلك بعد قيام وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بمجموعة من الإجراءات المسطرية، وبعد إجراء بحث اجتماعي بشأن الطفل. وبعد الاطلاع على نتائج البحث الذي قدمه وكيل الملك، يمكن للمحكمة -عند الاقتضاء- إجراء كل بحث أو خبرة تكميلية عند الضرورة طبقا لمقتضيات المادة 6 من قانون كفالة الأطفال المهملين، إذ تقوم المحكمة بإصدار حكم تمهيدي قبل البث في الطلب في حالة كون الطفل مجهول الأبوين، ويتضمن كافة البيانات اللازمة للتعريف بالطفل محل طلب التصريح بالإهمال. ويأمر وكيل الملك بالقيام بما يلزم لتعليق الحكم في أماكن عمومية خاصة في مكاتب الجماعة المحلية والقيادة بمكان العثور على الطفل، وذلك لمدة ثلاثة أشهر يمكن أثنائها لأبوي الطفل أن يعرفا بنفسهما ويطلبيا باسترداده. وإذا انصرمت هذه المدة، دون أن يتقدم أي شخص لإثبات أبوته للطفل، تصدر المحكمة حكما تصرح فيه بأن الطفل مهمل، ويكون الحكم قابلا للتنفيذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن².

الفقرة الثانية: مفهوم الكفالة

عرف المشرع المغربي الكفالة بأنها الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا حق في الإرث³. أما المشرع التونسي فقد عرف الكفالة بأنها العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة البر بكفالة طفل قاصر⁴. كما عرفها المشرع الجزائري بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي⁵.

يتضح مما سبق أن تعريف المشرع الجزائري للكفالة جاء أكثر دقة من التعريف الذي أورده المشرع التونسي، فهذا الأخير لم يبرز أن هذا العقد من عقود التبرع، لأن الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل وإنما على وجه البر والإحسان، أما من حيث نطاق الكفالة فلم ينص المشرع التونسي على أن

¹ - عبد القادر قرموش: م س، ص: 42.

² - المادة السادسة من القانون رقم 15.01.

³ - المادة الثانية من القانون رقم 15.01.

⁴ - الفصل الثالث من القانون رقم 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،

عدد 19 بتاريخ 7 مارس 1958، ص: 306.

⁵ - المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري رقم 02.05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 4 ماي 2005.

الكفيل يصبح بموجب عقد الكفالة ملزما تجاه الطفل المكفول بكل الحقوق التي تجب للابن من الصلب على أبيه، عدا الحقوق المرتبطة بعمود النسب من حق في الإرث والنسب. وهذا يكون المشرع المغربي حدد مفهوم الكفالة بشكل دقيق وواضح من كلا التشريعين التونسي والجزائري، بحيث تنصب على كل شؤون الطفل سواء ما يتعلق بالجوانب المعنوية المتمثلة في التربية والحماية والرعاية بما يحمله ذلك من معاني الحضانة والصيانة، سواء في الجانب الصحي أو الجانب الأخلاقي، وحفظه مما قد يضره قدرا المستطاع والقيام بالعناية بشؤونه في التهذيب والتوجيه والدراسة أو ما يتعلق بالجوانب المادية المتمثلة في النفقة ومشتملاتها، من السكنى والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة كالتعليم. وفي حالة إخلاله بذلك فإنه يسأل مسؤولية مدنية. كما يمكن أن يكون محل متابعة قضائية طبق مقتضيات القانون الجنائي طبقا للمادة 30 من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

وقد يكون الكافل شخصا طبيعيا أو معنويا، وهو يقوم مقام الأبوين في كل شؤون الطفل المكفول، أي أن الأبوين لم تعد لهما سلطة الولاية على طفلهما بعد إسناد كفالاته للغير. ولا يكون للطفل المكفول حق في النسب، فهو من النظام العام، ولا يجوز التنازل عنه أو الدخول فيه أو الخروج منه إلا بمقتضى النصوص الشرعية، لذا فكفالة طفل مهمل لا تنتج عنها الآثار الشرعية والقانونية التي تترتب على النسب الشرعي، فالكفالة غير التبني فهي لا ترتب النسب بين الكافل والطفل المكفول¹.

كما لا يترتب عن الكفالة حق في الإرث، فالطفل المكفول لا يكون وارثا للكافل ولا يحجب وراثته، إلا أنه إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من ماله، فيكون ذلك عن طريق هبة أو وصية أو تزيل أو صدقة لضمان حياة كريمة للمكفول في حالة وفاة كافله. والقاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول هو الذي يسهر على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول، حيث يعين هذا القاضي عدلين لتلقي الإشهاد بذلك، وتوثيق التصرف تفاديا لكل نزاع يمكن أن ينشأ بين الكافل والمكفول، وأبين هذا الأخير وورثة الكافل، أو لمواجهة الكافل نفسه عند وقوع نزاع في حياته أو في مواجهة وراثته بعد وفاته².

¹ - قرموش: م س، ص: 81

² - محمد الشافعي: م س، ص: 55.

المطلب الثاني: اسناد كفالة الطفل المهمل للكافل القاطن بالخارج

نظرا لأهمية الكفالة وما يترتب عنها من آثار هامة، تمس خاصة مصلحة الطفل الفضلى، فقد خصها المشرع بالتنظيم، سواء على مستوى الإجراءات القبلية لإسناد الكفالة (الفقرة الأولى)، أو على مستوى الإجراءات البعدية لإسناد الكفالة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اجراءات اسناد كفالة الطفل المهمل للكافل القاطن بالخارج

يجب على الشخص الراغب في كفالة طفل مهمل، أن يتقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بطلب مرفق بالشروط المثبتة لأهلية كفالة الطفل المهمل واستيفائه لكل الشروط التي يتطلبها القانون. كما يجب عليه لقبول هذا الطلب الإدلاء بمجموعة من الوثائق، مكونا بذلك ملفا لترشحه لكفالة الطفل، حتى يتسنى للقاضي الإطلاع والتأكد من سلامة هذه الوثائق، ليصدر بعد إجراء بحث خاص أمرا بإسناد الكفالة، ينفذ وفق إجراءات محددة وداخل أجل محدد.

وهكذا، تنص المادة 15 من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه: "يتعين على الشخص أوالجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل تقديم طلب بشأن إسناد الكفالة مرفق بالوثائق المثبتة لاستيفاء الشروط المبينة في المادة 9 أعلاه، وبنسخة من رسم ولادة الطفل المراد كفالاته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص".

وعليه فإن هذه الوثائق المشار إليها أعلاه تتمثل في:

أ - طلب يلتزم فيه الراغب في الكفالة، برعاية الطفل المهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأبوين مع ولدهما، ويكون هذا الطلب موقعا من طرف المعني بالأمر، ومصادقا على توقيعه؛

ب - نسخة من عقد الزواج إذا كان طالبي الكفالة زوجان مسلمان؛

ت - الإدلاء برسم اعتناق الإسلام بالنسبة للأجانب المرشحين لكفالة الطفل المهمل؛

ث - نسخة من عقد إزدیاد المرشح للكفالة يثبت بلوغه لسن الرشد القانوني؛

ج - ملخص من السجل العدلي، يثبت عدم ارتكاب المرشح للكفالة أي جريمة ماسة بأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال. وإذا كان المرشح للكفالة أجنبيا أو مغربيا مقيما بالخارج، فإنه يدلي بسجل عدلي من المحكمة الأجنبية يثبت عدم الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية؛

ح - شهادة طبية تثبت خلو المرشح للكفالة من الأمراض المعدية أو المانعة من ممارسة

الكفالة؛

خ -تقديم وثيقة من الكافل تثبت دخله وقدراته المادية؛

د - نسخة من بطاقة التعريف الوطنية؛

ذ - نسخة موجزة من رسم ولادة الطفل المراد كفالته؛

إذن، هذه مجمل الوثائق المطلوب تقديمها إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حتى يتسنى له معرفة مدى توفر الكافل على جميع الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون رقم 15.01.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو: هل توفر جميع هذه الوثائق يجعل الكافل شخص مستحق للكفالة ويجعل أمر إسنادها تحصيل حاصل، أم أنه يلزم على القاضي اتخاذ خطوات أخرى للتأكد من مدى أحقية الكافل للكفالة؟

يتعين على القاضي المكلف بشؤون القاصرين التأكد من كون طالب الكفالة قادرا فعلا على تقديم الأفضل للطفل المهمل، فيما يتعلق برعايته، أوتربيته أو حمايته أو النفقة عليه، وهل تلك الوثائق التي يدي بها الكافل تعكس حقيقة المعطيات المتعلقة بالشخص الكافل، وأيضا من أجل سد كل ذريعة احتيال أو غش أو تزوير في هذه الوثائق¹.

وقد أضاف المشرع إجراء آخر يتمثل في بحث يجريه عن طريق لجنة معدة لهذا الغرض، بحيث تنص المادة 16 من القانون رقم 15.01 على أنه: " يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة مكونة² مما يلي:

¹ - مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي: م س، ص: 167.

² - يتم تعيين أعضاء هذه اللجنة بمقتضى المرسوم رقم 2.03.600 الصادر في 18 من ربيع الآخر 1425 الموافق ل 7 يونيو 2004 والمتعلق بتطبيق المادة 16 من القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. حيث نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على أن اللجنة المكلفة بالبحث تتألف من:

- وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفودها القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص أو من يعنيه من نوابه لهذه الغاية بصفته رئيسا؛

- ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية الموجود بدائرة نفوذ نظارته مقر إقامة الطفل المهمل أو من ينوب عنه؛

- ممثل السلطة المحلية الموجودة بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل المهمل أو من ينوب عنه؛

- مساعدة اجتماعية معينة من السلطة الحكومية المكلف بالطفولة، تقترحها السلطة الحكومية المكلفة بالصحة أو من ينوب عنها؛

- ويعين أعضاء هذه اللجنة بقرارات السلطة الحكومية التابعين لها.

وتجدر الإشارة هنا أنه بعد إحداث مندوبيات الشؤون الإسلامية سنة 2004 أصبح مندوب الشؤون الإسلامية هوالمسؤول عن الأمور المتعلقة بالكفالة، ومن هنا فإن الذي يمثل السلطة المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية في شؤون الكفالة في الوقت الحالي هو مندوب الشؤون الإسلامية وإن كان النص التنظيمي يشير إلى ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية، باعتبار ما كان لا ما أصبح كائنا. وبالتالي ينبغي مراجعة النص التنظيمي ليتماشى مع الوضع الحالي.

كما أن هذا النص التنظيمي لم يبين الكيفية التي ينبغي أن تشتغل بها اللجنة المذكورة في ملف الكفالة، حيث لم ينص - كما هو شأن النصوص التنظيمية عادة- على أمر اجتماع اللجنة لتدارس الملف المعروض أمامها للبت فيه، كما لم يحدد المدة التي تلزم ممثلي هذه القطاعات للإجابة بشأن الملف المحال عليها، كما لم يبين الإجراءات الإدارية التي يلزم سلوكها في هذا البحث.

- 1 - ممثل النيابة العامة
 - 2 - ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية
 - 3 - ممثل للسلطة المحلية
 - 4 - ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة".
- وحتى يتأتى تفعيل هذه المقتضيات وفق ما توخاه المشرع، وتحقق الغاية المرجوة من نظام كفالة الأطفال المهملين، أصدر وزير العدل منشور¹ موجه إلى رؤساء المحاكم وكلاء الملك والقضاة المكلفين بشؤون القاصرين وذلك:
- بإنجاز الأبحاث وجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل بكل دقة وعناية، مع تفعيل الدور الذي تقوم به اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون رقم 15.01؛
 - تعميق الأبحاث المنجزة من طرف الضابطة القضائية حول أهلية طالب الكفالة ومدى مؤهلاته للتكفل بالطفل وخاصة إذا كان أجنبيا؛
 - التأكد من كون الأجانب الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة، ولهم من الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول؛
 - الحرص على أن يتم تسليم الطفل المهمل بحضور ممثل السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية.
- ويمكن للقاضي إذا اقتضت ذلك طبيعة البحث، أن يستعين بأي شخص أوجهة يراها مفيدة لهذه الغاية، ويهدف هذا البحث إلى معرفة ما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفي للشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون رقم 15.01.
- وإذا أسفر البحث عن توفر الشروط التي يستلزمها القانون، يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا يتضمن منطوقه إسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص الذي تقدم بالطلب، وعلى تعيين الكافل مقدما على الطفل المكفول، بالإضافة إلى شمول هذا الأمر بالنفذ المعجل بقوة القانون².

¹ - منشور وزير العدل رقم 16 س/ك ع بتاريخ 28 مارس 2005.

² - المادة 17 من القانون رقم 15.01.

وبمجرد ما يتم صدور الأمر بإسناد الكفالة فإن الكافل تترتب عليه عدة التزامات حددها المادة 22 من القانون رقم 15.01، حيث يتحمل الالتزامات المتعلقة بالنفقة والحضانة وضمن تنشئة الطفل المكفول تنشئة سليمة إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمقتضيات القانونية الواردة في مدونة الأسرة المتعلقة بالحضانة وتربية الأولاد، كما تطبق على الكافل المسؤولية المدنية عن أفعال المكفول حسب الفصل 85 من ق.ل.ع.

وينفذ هذا الأمر الصادر بالكفالة داخل أجل 15 يوما من تاريخ صدوره، وتكون الجهة المختصة بالتنفيذ هي المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المكلف بشؤون القاصرين المصدر الأمر بالكفالة.

ويتم تنفيذ الأمر بإسناد الكفالة، عن طريق إنجاز محضر يتضمن على الخصوص تسليم الطفل المكفول إلى الشخص الكافل، كما يتم هذا التسليم بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية المعنية عند الاقتضاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يتضمن محضر تسليم المكفول إلى الكافل، هويتهما الكاملة والأشخاص الذين حضروا عملية التسليم، ومكان وتاريخ وساعة تسليم الطفل، ويوقع المحضر من طرف عون التنفيذ والكافل، وإذا كان هذا الأخير لا يستطيع التوقيع فيضع بصمته. ويحرر المحضر في ثلاثة نظائر يوجه أحدها إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين المعني بالأمر الذي أصدر الأمر بالكفالة، ويسلم النظر الثاني إلى الكافل، بينما يتم الاحتفاظ بالنظر الثالث في ملف التنفيذ بالمحكمة¹. ويشار ببطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل².

ولكي يتمكن الكافل القاطن بالخارج من السفر بالمكفول للإقامة الدائمة معه خارج التراب الوطني يتعين عليه الحصول على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، باعتباره الولي الشرعي على الطفل المهمل³.

ومنح هذا الإذن يكون قاصرا فقط على الطفل مجهول الأبوين، فمتى كانت أسرته معروفة لا يمكن الإذن للكافل للإقامة به خارج المغرب حفاظا على صلاته بعائلته، وعدم فصله عن والديه عملا بمقتضيات المادتين 8⁴ و9⁵ من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

وسعيا من المشرع المغربي لحماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول، أعطى في هذا الإطار دورا فعالا للقضاء، من أجل مراقبة توافر الشروط القانونية، وترك للقاضي سلطة

¹ - المادة 18 من القانون رقم 15.01.

² - الفقرة الأخيرة من المادة 16 من قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

³ - المادة 24 من القانون رقم 15.01

⁴ - نصت المادة 8 من هذه الاتفاقية: " تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل شرعي....."

⁵ - جاء في المادة التاسعة من هذه الاتفاقية: " تتضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل".

تقديرية واسعة لمراقبة الشروط الأخلاقية والمادية لطالب الكفالة، وبالتالي التأكد من أنه قادر على رعاية الطفل المراد التكفل به.

فالمشرع ومن أجل حماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول من طرف كفيل قاطن بالخارج، يقبل بإسناد الكفالة فقط للشخص المتوفر على شروطها¹، والذي يريد أخذ الطفل للإقامة معه خارج المغرب، إلا أن هناك تذبذب في موقف المملكة المغربية من الترخيص بأخذ الطفل المكفول خارج المغرب.

فبعد اكتشاف المشرع المغربي لموقف بعض الدول الأجنبية، وخاصة الغربية وسلوكياتها في التعامل مع مؤسسة الكفالة، أصدر وزير العدل منشورا في فاتح يونيو 2003² موجه إلى السادة الرؤساء الأولين بمحاكم الاستئناف، ورؤساء المحاكم الابتدائية، وإلى القضاة المكلفين بالتوثيق وشؤون القاصرين إذ جاء فيه :

"وبعد، فقد تبين من خلال الاطلاع على بعض المقررات القضائية الصادرة عن محاكم أجنبية، أن سلطات بعض الدول حينما تلاحظ أن بعض الأشخاص أخذوا معهم طفلا مهملا، أذنت السلطات القضائية بكفالته ورخصت لكافله بأخذه خارج التراب الوطني، تفتح في حقهم مساطر قضائية، وتقرر سحب الطفل من هذه العائلة وتسلمه إلى أخرى أو مؤسسة مؤهلة، معتمدة في ذلك على أن المعنيين بالكفالة لم يحترموا المقتضيات القانونية التي تنظم التبني في بلد الاستقبال.

ويتجلى من ذلك أن الغاية التي توخاها المشرع من نظام الكفالة لا تتحقق، رغم الاحتياطات التي يتخذها القاضي المكلف بالتوثيق وشؤون القاصرين.

ولتفادي الوقوع في مثل هذه الوضعيات، يتعين استقبالا وقبل الترخيص بمغادرة الطفل المكفول للتراب الوطني في اتجاه الدولة التي يريد الكافل أخذه إليها، التأكد من وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة، أو إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات ذلك البلد يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر إنتقاله إليه ."

¹- تنص المادة 9 من القانون رقم 15.01 على أنه: "تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها:

1- الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط التالية:

أ - أن يكونا بالغين لسن الرشد القانوني، وصالحين للكفالة أخلاقيا واجتماعيا ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل;

ب - أن يكونا قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال;

ت - أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو موانع من تحمل مسؤوليتهما;

ث - ألا يكون بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته أوبينهما وبين والديه نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.

2- المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من هذه المادة...."

² - منشور عدد 50 س 2 بتاريخ فاتح يونيو 2003.

يتضح من الرسالة أعلاه أن إمكانية السفر بالمكفول خارج المغرب أصبحت مقيدة بتوفر أحد الشرطين وهما:

- وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة بين المملكة المغربية والدولة المراد الإقامة بها.
- إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات البلد الذي ينوي الإقامة به يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر انتقاله إليه.

أما إذا رفض القاضي المكلف بشؤون القاصرين منح الإذن، فإن المغاربة القاطنين بالخارج والأجانب يجدون أنفسهم أمام فراغ تشريعي في هذه الحالة، خصوصا إذا علمنا أن أوامر القاضي لا تقبل الطعن بالاستئناف باستثناء الأوامر المنصوص عليها في الفصل 193 من قانون المسطرة المدنية¹ تطبيقا للفصل 196 من نفس القانون الذي ينص على أنه: " لا تقبل الأوامر التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين الاستئناف باستثناء الأوامر الصادرة تطبيقا للفصل 163...."، وكذا الأوامر المنصوص عليها في الفصل 208 من نفس القانون² الشيء الذي سيعرض حقوق الطفل المهمل، وكذا الكافل في حالة رفض طلبه للضرر.

الفقرة الثانية: آليات الرقابة وتبعية شؤون الطفل المكفول خارج المغرب

لقد أوكل القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين للقاضي المكلف بشؤون القاصرين مهمة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول، إلا أنه ومن أجل تسهيل مهمة هذا الأخير نظرا لصعوبة تنقله خارج التراب الوطني من أجل القيام بهذه المهمة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 24 من نفس القانون على أنه: " ترسل نسخة من إذن القاضي عند صدوره، إلى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل للقيام بدور تتبع وضعية المكفول، ومراقبة مدى وفاء الكافل بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 22 أعلاه، وذلك بجميع الوسائل التي يراها مناسبة، مع اخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بكل إخلال يطرأ على هذه الالتزامات".

¹ - ينص الفصل 193 من ق.م.م على أنه: " يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا امتنع الوصي أوالمقدم من تقديم حساب أوإيداع ما تبقى لديه من أموال المحجور أن يأمر بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول أكثر من شهر بحجز تحفظي على أموال هذا الوصي أوالمقدم أووضعها تحت الحراسة القضائية أويفرض غرامة تهديدية عليه، كما يمكنه بعد الاستماع إلى ايضاحاته أن يعزله تلقائيا أوطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية أومن كل شخص يعنيه الأمر".

² - ينص الفصل 208 من ق.م.م على أنه: " يتعين على الحاجز الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة، ويثبت فيه جميع البيانات وبصفة خاصة موقع وحدود العقار وأوصافه وماله وأعليه من حقوق وعقود الكراء المترتبة عليه وحالته إزاء التحفيظ العقاري إن كان، ويترتب عن تقديم هذا المقال إقامة محضر تضمن فيه هذه البيانات وكذا المستندات المدلى بها ويقيد بأسفله الأمر الذي يصدره القاضي بالإذن أوعدمه. يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائيا للحاجز وفقا للطرق العادية ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام".

إذن، فالمصالح القنصلية المتواجدة بمكان إقامة المكفول بالخارج هي التي تقوم بمراقبة وتقصي الحقائق المرتبطة بأحوال الطفل المكفول، وتبعث تقارير إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ويمكن أن تقدم في تقاريرها اقتراحا بكل التدابير التي تراها ملائمة ومنها إلغاء الكفالة. وللقاضي بناء على التقارير الموجهة إليه أن يتخذ كل التدابير التي يرى أنها في مصلحة الطفل المكفول، وذلك إما تلقائيا أو بناء على طلب وكيل الملك أو من كل شخص له مصلحة في ذلك.

لكن ما يجدر ملاحظته هنا هو أن مراقبة وتتبع شؤون الطفل المكفول، ومدى وفاء الكافل بالتزاماته هي مسألة غائبة على أرض الواقع، والدليل على ذلك أن مراقبة شؤون الطفل المكفول المقيم بالمغرب لا تتم فبالأحرى المقيم خارج التراب الوطني، وبالرغم من أن أسلوب التقارير المنجزة من طرف المصالح القنصلية يكون ذوفاعلية إذا ما وفرت له الوسائل المادية والبشرية اللازمة، لكن محدودية هذه الوسائل تحد من فعالية هذه الرقابة بل قد تعدها مما يجعلها نظرية فقط.

وأمام هذا الوضع فإنه يصعب التعرف على أحوال الطفل المكفول فأخباره تنقطع بمجرد مغادرته التراب الوطني، وما يزيد الأمر خطورة عندما يتم إسناد الكفالة للأجانب المسلمين وخاصة الذين يتمتعون بجنسية غربية، فغالبا ما نجد بعض الأزواج يدخلون الإسلام فقط شكليا، أي من أجل الحصول على الكفالة فقط، ثم بعد ذلك يحصلون على إذن بأخذ هؤلاء الأطفال معهم إلى بلدانهم، فكيف يمكن لهؤلاء تربية الأطفال وتنشئتهم تنشئة إسلامية وهم يجهلون أبسط قواعد الإسلام.

إن هذا الوضع يتناقض مع مقتضيات المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 التي نصت في فقرتها الأولى والثانية على اشتراط الإسلام في الزوجان الراغبان في الكفالة أو المرأة الراغبة في ذلك، فهذا الشرط يفيد أنه يجب المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل المكفول، بحيث يجب على الكافل الأجنبي أن يوفر له جوا يساعد على ترسيخ تلك الهوية، فهو ملزم بالتزامات الأب طبقا لما تنص عليه المادة الثانية من ظهير 13 يونيو 2002 والتي أوردت التالي : "كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده..."

مما لاشك فيه أن الكافل الأجنبي الحاصل على شهادة اعتناق الإسلام- دون أن يكون مسلما بالعقيدة وممارسا لتعاليمها- لن يقوم بتنفيذ التزامه تجاه الطفل المكفول، وتوجيهه

دينيا، خاصة إذا كان مقيما خارج المغرب، فكيف إذن يمكن رقابة أحوال المكفول، وكيف لقنصلية المغرب أن تمارس الرقابة اتجاه أشخاص غير مواطنيها، فغالبا ما يتم تقديم طلبات تحويل الكفالة إلى تبني لعدم تقييد وضعية الطفل وحالته الشخصية بقانون الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها وألتي ولد فيها.

يعد طلب تحويل كفالة الطفل المهمل إلى تبني¹ من أهم الاشكالات القانونية التي طرحت على القضاء الأوروبي عامة والقضاء الفرنسي خاصة، ذلك أن الكافل الأجنبي المطالب بالتبني يكون مرفوقا بقرار السلطة الأجنبية الذي يسمح له بكفالة الطفل فقط دون حصوله على الموافقة بالتبني، لأن الطفل المراد تبنيه ينتمي إلى بلد إسلامي لا يعترف بالتبني.

فقبل صدور القانون الفرنسي الخاص بالتبني الدولي 6 فبراير 2001² كان هناك تضارب حقيقي في مواقف القضاء الفرنسي فيما يخص تبني طفل يحرم قانونه الوطني هذه المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المغربي، فتارة كان يذهب إلى رفض قبول التبني كما هو الشأن في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ فاتح يونيو 1994، والذي منعت فيه تبني طفل مغربي من طرف زوجين فرنسيين على أساس أن العقود المنجزة في المغرب لا يمكن تفسيرها وإعطاؤها مفهوما يخالف القانون المغربي، فالطفل سلم للزوجين من أجل تربيته والاعتناء به ليس إلا، ولذلك لا يعتبر هذا التسليم قاطعا للعلاقة الدموية للطفل مع عائلته الأصلية³، وتارة أخرى يذهب على العكس من ذلك إلى قبول طلب تبني طفل مغربي رغم أن قانونه الوطني الذي تمثله مدونة الأسرة يرفض الاعتراف بهذه المؤسسة كما هو الشأن في قرار Fanthou الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 1995⁴.

¹ - يعد التبني أسلوب من أساليب الرعاية الأسرية البديلة للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية، وهوفيد اتخاذ المرء ابنا له من غير صلته، إنه نسب قانوني لشخص إلى شخص آخر أو شخصين ليست له بهما أية علاقة بيولوجية. والتبني يحدث تغييرا على مستوى أحوال الطفل الشخصية، فهويقطع صلة البنوة بين هذا الأخير وأبويه الأصليين من جهة، ومن جهة أخرى يقيم علاقة جديدة للبنوة بين المتبني والأسرة المتبينة، بحيث يصبح الولد عنصرا من عناصر هذه الأسرة، ويكون لديه من الحقوق وعليه من الواجبات بما للابن الشرعي.

-عبد القادر قرموش: م س، ص: 93.

² - Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, JO du 8 février 2001, p : 2136.

³ - Cass.civ, 1^{er} juin 1994, n° 92-18057, Bull.civ.I, 1994, n° 196, p: 144.

⁴ - Cass.civ, 10 mai 1995, n° 93-17634, Bull.civ.I, 1995, n° 198 p : 142.

Voir aussi :- Cass.civ, n° 95-16475, Bull.civ.I, 1997, n° 375 p : 254.

وقد استمر هذا الخلاف في العمل القضائي الفرنسي بين من يسمح بتحويل الكفالة إلى تبني سواء تام أو عادي¹، وبين من يستبعد ذلك ويرجع كفة القانون الوطني للطفل المتبني إلى حين صدور القانون المذكور، والذي أضاف بمقتضى فصله الثاني المادة 370-3 إلى القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه: "لا يجوز الحكم بتبني طفل أجنبي إذا كان قانونه الشخصي لا يسمح بذلك إلا إذا كان هذا الطفل مزاد ومقيم بصفة اعتيادية بفرنسا". وهوما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2006، حيث رفضت طلب تبني طفل مغربي مزاد بتاريخ 6 فبراير 2003 بالمغرب من طرف زوجين حصلوا على كفالته بمقتضى الأمر القضائي الصادر بتاريخ 10 مارس 2003، معللة قرارها بكون القانون الوطني للطفل ينص على أن التبني ليست له أي قيمة قانونية ولا يمكن له أن ينتج أي أثر من آثار البنوة².

¹ - الفرق بينهما هو أن التبني العادي أو البسيط يتمثل في رعاية الطفل والتكفل به دون اعتباره بمثابة ابن أصلي حيث يبقى الابن المتبني تابعاً لأسرته الأصلية ويحافظ على كل حقوقه فيها، باستثناء السلطة الأبوية التي يمارسها المتبني. أما التبني التام أو المطلق فهو التبني الذي يمنح للطفل نسباً يفرقه عن نسبه الأصلي، بحيث تنقطع علاقة الطفل بعائلته الأصلية باستثناء موانع الزواج التي تبقى قائمة. فالمتبني يلحق نهائياً بعائلة المتبني وتكون له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات تجاه متبنيه على غرار ما يجري به العمل بالنسبة للطفل الشرعي في الأسرة الشرعية. وتتمثل آثار التبني التام عامة فيما يلي:

- يمارس المتبني السلطة الأبوية على المتبني
- يكون بين المتبني والمتبني حق متبادل في الإرث، ويعتبر هذا الأخير من الورثة الشرعيين؛ أي أنه يتمتع بالاحتياطي القانوني في التركة، حيث لا يمكن أن يحرم من الإرث بموجب وصية أو هبة.

- يكون بين المتبني والمتبني حق متبادل في النفقة.
- يحمل المتبني اسم متبنيه، وإذا كان التبني من طرف الزوجين معاً، يحمل المتبني في هذه الحالة اسم الزوج فقط وهو الذي يحل محل الاسم الأصلي للمتبني، وإذا كان المتبني امرأة متزوجة، يمكن لها أن تطلب من المحكمة - بعد موافقة الزوج - أن يحمل المتبني اسم زوجها، أما إذا كان هذا الزوج متوفياً أو عاجزاً عن التعبير عن إرادته، فيكون للمحكمة في هذه الحالة السلطة التقديرية بعد استشارة ورثة الزوج، طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 357 ق.م.ف.

كما يتجلى الفرق بينهما في كون التبني التام تكون آثاره نهائية وهو غير قابل للرجوع فيه عملاً بأحكام الفصل 359 من القانون المدني الفرنسي، أما التبني البسيط فهو قابل للتراجع بطلب من المتبني إذا اتضح أن المتبني أخل بواجباته نحو الطفل بصورة فادحة. للمزيد من الايضاح، راجع:

- محمد الشافعي: م س، ص: 206-224.

- Didier Pire : Droit des familles, édition Anthemis, Paris, 2007, p : 128-159.

وينفرد التشريع التونسي من بين قوانين الدول المغاربية إن لم نقل العربية، بأخذ هذا النظام، إذ نظمته بمقتضى القانون رقم 1958-27 الصادر بتاريخ 1958/03/04 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، وهو يعرف التبني بأنه عقد شكلي يشترط فيه من ناحية رضا الأطراف ومن ناحية أخرى تصديق حاكم الناحية بموجب حكم بمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الادارية المتعهد بالولاية العمومية على الطرف الكفيل، ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقق من توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين ومحكمه هذا يكون نهائياً.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فقد منع التبني بمقتضى المادة 149 من مدونة الأسرة التي نصت على أن: " التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية". وهذا يعني أن المتبني لا يدخل في أسرة المتبني ولا يأخذ اسمها في التشريع المغربي.

² - Cass.civ, 10 novembre 2006, n° 06-15.264, Bull.civ.I, 2006, n° 431 p : 368.

Voir aussi :

- Cass.civ, 9 juillet 2008, n° 07-20279, Bull.civ.I, 2008, n° 198.

- Cass.civ, 28 janvier 2009, n° 08-10.034, Bull.civ.I, 2009, n°17.

- Cass.civ, 25 février 2009, n°08-11.033, Bull.civ.I, 2009, n°41.

وقد ذهب أحد الفقهاء الفرنسيين¹ إلى أن رفض التبني يتعارض مع المصلحة الفضلى للطفل المكفول، لأن هذا الأخير لم تكن لديه عائلة في بلده الأصلي، وقد تمت كفالته من طرف زوجين يقيمان بصفة اعتيادية في فرنسا، ففي هذه الحالة فإن مصالحته تقتضي الموافقة على طلب التبني، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي ستمنحه وضعيه مستقرة، سواء من الناحية القانونية أو العاطفية.

في هذا الصدد، نرى أنه إذا كان الحكم بالتبني فيه مصلحة فضلى للطفل، فإن هذه المصلحة ينبغي ألا تكون على حساب القانون الوطني للطفل الذي يرفض التبني ويعترف فقط بنظام الكفالة. فهذه الأخيرة فضلا على كونها توفر الرعاية البديلة للطفل فإن من شأنها أيضا أن تضمن نوعا من الاستمرارية في علاقة هذا الأخير مع أصله العرقي والديني والثقافي واللغوي. صحيح أن لفكرة المصلحة الفضلى للطفل مفهوم متغير من الصعب فهمه، ويمكن أن يؤدي إلى تقييمات مختلفة، فلكل أن ينظر لهذه المصلحة من وجهة نظره هو وبالاستناد على قناعاته لكن لا ينبغي إغفال خصوصية القانون المغربي الذي لا يأخذ بالتبني على اعتباره محرما في الشريعة الإسلامية، كما أنه من المفترض أن الكافل الأجنبي، بفعل اعتناقه الاسلام، لن يطلب التبني لأنه محرم شرعا .

يتضح مما سلف، أنه لم يعد بالإمكان تبني الطفل المكفول من طرف الكافل المقيم بفرنسا كيفما كانت جنسيته، لكن ومع ذلك تظل هناك إمكانية للسماح بذلك، لأنه عندما يكتسب الطفل المكفول الجنسية الفرنسية بعد مرور خمس سنوات من إقامته بفرنسا²، يتم استبعاد المنع المنصوص عليه في القانون الوطني للطفل المكفول، الشيء الذي من شأنه السماح بتبني الطفل لأن قانونه الوطني الجديد يسمح له بذلك³، دون الأخذ بعين الاعتبار الانتماء العقائدي لطالبي التبني.

¹ - E. Massalve et Corso. C : « Kafalas transfrontières : la nécessaire adoptabilité, en France, des enfants sans filiation », AJ Famille 2010, p. 227.

² - l'article 21-12 al 3 énonce que : «L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'Etat ».

³ - وهوما أكدته العديد من القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الفرنسية، راجع على وجه الخصوص القرارات التالية:

- C.A de Nimes, 3 novembre 2010, n° 08/00987.

- C.A de Paris, 15 février 20011, n° 10/12718.

- C.A de Douai, 5 Avril 2012, n° 11/02975.

أما بالنسبة للتشريع البلجيكي فقد نهج مسلكا مغاير لما سلكه التشريع الفرنسي، إذ أقر أن القانون الوطني للمتبنّي هو الواجب التطبيق. فإذا كان الشخص الكافل المتقدم بطلب تبني الطفل المكفول مواطنا بلجيكيا يكون القانون الوطني للكافل هو الواجب التطبيق ويستبعد القانون الوطني للمكفول الذي يمنع مؤسسة التبني، أما إذا كان الكافل المتقدم بطلب التبني مغربيا طبق قانونه الوطني، وبالتالي يستحيل على هذا الأخير تبني الطفل المكفول لأن القانون المغربي يحرم مؤسسة التبني. لكن المشرع البلجيكي أورد استثناء هذا الخصوص، حيث ذهب إلى أنه إذا اعتبر القاضي أن تطبيق القانون الأجنبي يضر على نحو واضح بالمصلحة الفضلى للطفل المتبني، وأن هناك روابط وثيقة واضحة تشد المتبني، أو المتبنين إلى بلجيكا طبق القانون البلجيكي على شروط تأسيس التبني¹. وبهذا الاستثناء يكون المشرع البلجيكي قد خول للزوجين المغربيين الكافلين لطفل مهمل إمكانية التحويل الكفالة إلى تبني.

ولعل هذا الوضع كان من بين الاعتبارات التي دفعت وزير العدل والحريات مصطفى الرميد إلى توجيه منشور بتاريخ 2012/09/19² إلى الوكلاء العاميين للملك لدى محاكم الاستئناف ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية، يحثهم على الخصوص على التأكد بواسطة البحث من أن الراغب في الكفالة الأجنبي يقيم بصفة اعتيادية فوق التراب الوطني.

ونرى أنه بإجراء كهذا يمكن الحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل المكفول، لأنه يمكن أولا من التأكد بشكل يسير وفعال من الشروط المستلزمة في طالب الكفالة، وخاصة الصلاحية الأخلاقية والاجتماعية، وثانيا يخلو لقاضي شؤون القاصرين تتبع وضعية المكفول ومراقبة مدى الوفاء بالكفالة والتزاماتها، خاصة أنه يتعذر مع الأجنبي الذي يأخذ الطفل إلى الخارج إمكانية إصدار قرار بإلغاء الكفالة في حالة إخلال الكافل بالتزاماته تجاه المكفول أو تنازله عنها، وثالثا إمكانية تطبيق مقتضيات المادة 30 من القانون رقم 15.01 التي تخول الحماية الجنائية للطفل المكفول تجاه كافله في حال ارتكاب هذا الأخير لأي فعل جرمي في مواجهته، إذ ستعذر ذلك إذا كنا أمام كفيل موجود في الخارج.

¹ - «toutefois, si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et que l'adoptant ou les adoptés ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique de droit belge».

- l'article 67 alinéa 3 du code internationale privé de belge.

² - المنشور رقم 40/2س بتاريخ 19 شتنبر 2012 الصادر عن السيد وزير العدل والحريات.

خاتمة:

إن إهمال الأطفال واقع اجتماعي قائم يصعب تغييره واستمرار هذا الواقع مرهون في جزء كبير منه بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والقانونية السائدة في بلدنا حاليا، ولهذا الغرض أقر المشرع المغربي مؤسسة الكفالة، واعتبرها بمثابة مؤسسة توفر الرعاية البديلة للأطفال المحرومين من الوسط الأسري.

غير أن مؤسسة الكفالة تفقد مصداقيتها عبر الحدود، فالمشرع المغربي وإن سمح بكفالة الأطفال المهملين من طرف الأجانب فإنه لم يوفر ضمانات حقيقية لمراقبة أحوالهم في بلد إقامة الكافل من طرف المصالح القنصلية المغربية لمحل إقامة هذا الأخير، لذا ينبغي إعادة النظر في مسألة تكفل الأجانب بالأطفال المهملين، أو على الأقل الاشتراط عليهم بأن تكون الإقامة في المغرب، أو السماح للأجانب المقيمين بصفة دائمة في المغرب بالتكفل دوغيرهم، وذلك لقطع دابر النوايا السيئة للذين يريدون تحويل الكفالة إلى تبيي أوالاتجار في الأطفال أو استغلالهم في بعض الممارسات الغير المشروعة كالدعارة أو الاستعمال في بعض الجرائم المنظمة.

كما نرى أن انخراط المغرب في اتفاقيات دولية بشأن حماية القاصرين يجب أن يعزز كذلك في شكل اتفاقيات ثنائية في هذا المجال بالنظر إلى الجهود الكبيرة التي قام بها المغرب في سبيل إلزام المنتظم الدولي بالاعتراف بمؤسسة الكفالة.

التحكيم والنظام العام في القانون الاردني

ياسر احمد العجلوني

جامعة محمد الخامس - السويسي

- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

المقدمة:

مما لا شك فيه أن التجارة العالمية غزت كل اطراف الارض وأصبح القطاع التجاري والاستثماري خاصة يستنكفون عن القضاء المحلي والدولي وطرقهم البديل هوالتحكيم بشقيه التقليدي والالكتروني, وذلك لما يتمتع به من ميزات السرعة والسرية وتقليل النفقات والاهم هوتجاوز التشريعات الداخلية وبعيداً عن التعقيدات القضائية لاسيما بالولوج في القواعد الداخلية والتي جلها يحيي التراب الوطني والتعصب اتجاه مواطنيه في قواعد امره يصعب الخروج منها .

وبالتالي يلجأ الخضوم الى حل النزعات عبر التحكيم وغالبا ما يكون التحكيم الدولي ولاسيما عبر المؤسسات التحكيمية مثل غرفة التجارة الدولية اومركز القاهرة للتحكيم وغيرها ممن تضع صيغا دولية واضحة للتحكيم.

كما أن ارادة الاطراف هي التي تسند اتفاق التحكيم الى قانون معين اوقواعد الانصاف والعدالة وهم من يختارون المكان والزمان واللغة ضمن ضوابط معروفة في ميدان التجارة الدولية. ومع هذه الحرية يبقى قيد النظام العام يجثم على قرار اتفاق التحكيم في اية خروقات تؤدي الى بطلان اتفاق التحكيم.

والذي بدوره اي النظام العام يعتبر حماية مجتمعية سواء على المستوى المحلي اوالدولي من الحفاظ على الروابط الاجتماعية والدينية والاقتصادية كما هوالنظام العامالدولي الذي يحارب الرشوة والرق والفساد وغيرها, كما انه يدعوالى استقرار القواعد القانونية من العبث.

وهذا يعني أن الخروج عن الطريق القضائي لايمنح الاطراف الحرية المفرطة في استباحة ما هو محرم ومجرم بل هناك قيود لا بد من الانتباه لها قبل الشروع بالاتفاق من الاطراف بدايةً والمحكم والاجراءات وصولاً الى قرار التحكيم وتنفيذه وهذا يعني حماية قرار التحكيم وصيانتة من العبث وعدم ابطال القرار وبالتالي يبقى النظام العام فزاعة للمناورين عن الخروج على القواعد الاخلاقية والدينية , وعليه لا بد من أن يخرج قرارالاتفاق التحكيمي قابلا للتنفيذ.

وسنبحث في هذا المقال في التحكيم والنظام العام في قانون التحكيم الاردني رقم (2001/31) من خلال محورين :

المحور الأول : ماهية إتفاق التحكيم والنظام العام وتدخلاته في الإتفاق التحكيمي
المحور الثاني : أثر مخالفة النظام العام في التحكيم .
أهمية الدراسة :

يعتبر الولوج في التحكيم ومخالفة النظام العام أمر في غاية الخطورة نتيجة التطور السريع للمفاهيم التجارية والثقة التجارية وكذلك الامر النظام العام الذي يعتبر غير ثابت من مكان الى اخر ومن زمان الى اخر حتى انه قد يختلف من بداية الإتفاق على التحكيم لحين تقديم قرار التحكيم للتنفيذ وبالتالي ضرورة الالتزام به من حيث المبدء, وذلك لان مخالفة النظام العام يعني بالمحصلة إنهاء اتفاق التحكيم بعد تقديمه للتنفيذ.
إشكالية الدراسة :

مخالفة النظام العام الداخلي لا تكون بالضرورة مخالفة للنظام العام الدولي , وغالبا ما يلجأ الاطراف الى التحكيم في المؤسسات الدولية أولدى محكمين أجنبى وبطبيعة الحال لا يكون لهم علاقة بالقواعد الامرة التي تعتبر من النظام العام في الدولة, والتي لا تكون بالاصل مخالفة لقواعد النظام العام الدولي. وهذا يعني بطلان قرار التحكيم عند المطالبة بتنفيذه .
منهجية الدراسة :

قضت طبيعة هذه الدراسة الالتزام بالمنهج الوصفي والتحليلي حيث أننا ندرس التحكيم والنظام العام في التشريع الاردني من خلال النص القانوني قراءة وتحليلا .
وكان المنهج المقارن احد المناهج المتبعة ايضا في المقاربة بين التشريعات الدولية والمحلية.
الكلمات المفتاحية للدراسة :

النظام العام , التحكيم , قانون التحكيم الاردني, قانون الاونسيترال
خطة الدراسة :

سيكون البحث في التحكيم والنظام العام في القانون الاردني ضمن محورين:
المحور الاول : ماهية إتفاق التحكيم والنظام العام وتدخلاته في الإتفاق التحكيمي
المحور الثاني : أثر مخالفة النظام العام في التحكيم .

المحور الاول: ماهية إتفاق التحكيم والنظام العام وتدخلاته في الاتفاق التحكيمي

لابد من قبل الولوج في التحكيم والنظام العام من تعريف كل منهما. وإن كان التحكيم قد تم تعريفه بشكل موسع من قبل فقهاء القانون, الا أن قانون التحكيم الاردني رقم (2001/31) لم يعرف التحكيم على عكس قانونه السابق رقم (1953/18)⁽¹⁾ ونحن نميل الى هذا التعريف بأن اتفاق التحكيم هو " اتفاق الاشخاص (الطبيعية او الاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم (مشاركته) أو محتمل (شرط) ناشئ عن عقد أو دون عقد على فرد او على هيئة لاختيار الفرد او الافراد المحكمين وتنظيم عملية التحكيم أو افراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه خلال فترة زمنية معينة يحدونها او يتركون تحديدها للقانون وفقا لقواعد القانون (تحكيم بالقضاء) وفقا لقواعد العدالة والأنصاف (تحكيم بالصلح) دون عرضه على قضاء الدولة, وذلك بقرار ملزم لهم ويرمي الى استمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم⁽²⁾.

وبطبيعة الحال فهذا هو المفهوم للتحكيم والقانون الاردني رقم (2001/31) اخذ بهذا التعريف من خلال نصوص مواد القانون التي اوضحت ماهية التحكيم والمحكم. أما النظام العام فهو فكرة تستعصي على التحديد بطبيعتها⁽³⁾ ومختلفة من مكان الى اخر ومن زمان الى اخر ولذلك فهناك تباين في تعريفه وحصره بمعاني ثابتة لعدم ثباته وهو مرتبط بطبيعة الحال ارتباطا وثيقا بالدولة فيتطور بتطورها ويتسع بأوسعها⁽⁴⁾.

ويمكن تعريف النظام العام بأنه الاسس والمفاهيم والعقائد السائدة التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية وكلها قابلة للتطور وبحسب ظروف الزمان والمكان⁽⁵⁾. وعليه فإن النظام العام كفكرة ترمي الى حماية المجتمع الوطني والاسس الجوهرية التي يقوم عليها⁽⁶⁾, واما الحماية الفردية فأنها تخرج من هذا المفهوم وهوالحماية الخاصة فلا تعتبر من قبيل النظام العام ولا يمكن حمايتها⁽⁷⁾ الا من قبل الافراد انفسهم برد

¹ . المادة (2) من قانون التحكيم الاردني رقم (1953/18) "وتعني عبارة (اتفاق التحكيم): الاتفاق الخطي المتضمن احالة الخلافات القائمة او المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم او المحكمين مذكوراً في الاتفاق ام لم يكن".

² سيد احمد محمود احمد , مفهوم التحكيم , دار النهضة , الطبعة الاولى , 2003 , ص 4.

³ فيصل نسيغة , رياض دنش, النظام العام , مجلة الندى القانوني , العدد الخامس ص 166 . غير معروف سنة النشر

⁴ . ممدوح عبد الحميد عبد المطلب , انعام السيد الدسوقي , تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة), الدليل الالكتروني للقانون العربي , ص 3, غير معروف سنة النشر .

⁵ مالك هاني خريسات, حماية النظام العام مسؤولية مشتركة بين المحافظ والامن العام , مركز الاعلام الامني في البحرين , 2011 , ص 3 .

⁶ . اياد بردان , التحكيم والنظام العام " دراسة مقارنة", منشورات الحلبي , 2004 , ص 391 .

⁷ . جلال محمد مهمول , الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام, موجود على الرابط <http://www.berradarz.ma/3adam-iktissass.pdf> بتاريخ 2014/2/22, الساعة 14.15 , ص 19.

هذا الاعتداء من خلال القضاء, أما الحماية المجتمعية فأنا المحكمة هي التي تفصل بها من تلقاء نفسها, وهذا ما نصت عليه المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (2001/31) بأن محكمة الاستئناف وهي المحكمة صاحبة الصلاحية سواء ما تم أو اجري ضمن اختصاصها التحكيم أو محكمة الاستئناف التي يتفق عليها الطرفان هي التي تنظر في دعوى البطلان من تلقاء نفسها فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة⁽¹⁾, وهو ما تضمنه قانون الاونسيترال في مادته (2/36/ب) بأن المحكمة تقرر من تلقاء نفسها إذا رأت أن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة للدولة ومخالف للنظام العام⁽²⁾ وهو ما تضمنته اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم⁽³⁾. ويمكن ان يتدخل النظام العام في مراحل التحكيم من بداية الاتفاق على التحكيم الى محل التحكيم مروراً بالاجراءات الى صدور القرار وتنفيذه⁽⁴⁾.

وبما أن الاساس في اتفاق التحكيم هو سلطان الارادة للطرفين وحرية الأطراف في اختيار الطريق الاستثنائي البديل عن القضاء فلا يجوز مخالفة النظام العام الذي يهدف الى حماية القواعد القانونية المحلية مستقرة وحماية المصالح المجتمعية, وقد اقر القانون هذا الطريق في حرية الخصوم اختيار التحكيم بديلاً عن القضاء وحرية الأطراف في اختيار الاجراءات وطبيعة القانون الذي يحكم حل الخلاف وتركة لقواعد العدالة الى طريق التبليغات مروراً بالمكان والزمان الذي يتفقان عليه وكل ما له علاقة بأن لا يبطل الاتفاق وبالتالي لايجوز لهم الخروج عن القواعد الامرة التي تعتبر من قبيل النظام العام, لان ليس كل نص امر يتصل بالمصلحة العليا للدولة اويحي نظامها العام⁽⁵⁾.

فلا يجوز الاتفاق التحكيمي الا للاشخاص الطبيعيين او الاعتباريين الذين يملكون حق التصرف في حقوقهم, ولا يجوز التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح⁽⁶⁾, واتفاق

¹ . المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (2001/31) تنص على "تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم بها".

² . الاونسيترال "هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري, وهي متخصصة في مجال اصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي, ومنه هيئة مختصة بالتحكيم وتنص في قانونها في المادة (2/36/ب) على ضرورة عدم مخافة قرار التحكيم للسياسة العامة للدولة المراد تطبيق حكم التحكيم فيها".

³ . المادة (2/5/ب) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 تنص على يمكن رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد".

⁴ . ايد بردان, مرجع سابق, ص 8

⁵ . قرار محكمة النقض المصرية (27/مارس/1996, ج 1 ص 558) نقلا عن مجلة الاعمال والقانون, التحكيم الدولي والنظام العام, خالد الدك, 2014, droit tort reprod.org.

⁶ . المادة (9) من قانون التحكيم الأردني "لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"

التحكيم في صورتيه المشارطة للتحكيم وشرط التحكيم وهما ان يتم التحكيم بعد وقوع النزاع في الاولى وان يتفق بداية على التحكيم في الثانية لابد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية وهذا اكده قانون التحكيم الاردني بخصوص الاهلية والرضا والمحل الموافق للنظام العام فلا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح .

أما المحكم فيجب اصولا أن يتمتع بالاهلية وأن لا يكون محكوما بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب اشهار افلاسه ولورد اليه اعتباره وأن يكون قبول المحكم لمهمة التحكيم كتابة⁽¹⁾ , وكذلك لايجوز للمحكم تجاوز مهمته المبينه في اتفاق التحكيم أو اصدار الحكم خارج الوقت المتفق عليه وهومن قبيل مخالفة المحكم للنظام العام⁽²⁾ . والاهم من ذلك عدم جواز قبول المحكم الاتفاق التحكيمي اذا كان مخالفا للنظام العام شأنه في ذلك المحكمة الوطنية التي تردها من تلقاء نفسها⁽³⁾ , كون المحكم هوالعنصر الاهم في منظومة المنازعات التحكيمية وله مالميس لغيره من السلطات المكانية والزمانية على المنازعة التحكيمية⁽⁴⁾ .

المحور الثاني : أثر مخالفة النظام العام في التحكيم

الاصل أن يكون القرار التحكيمي قابل للتنفيذ سواء كان الاتفاق التحكيمي داخلي - محلي- ام خارجي -دولي- من خلال الالتزام بالقواعد الاتفاقية التحكيمية التي غالبا ما نصت عليها القوانين المحلية المستمدة بطبيعة الحال من الاتفاقيات الدولية كما هو الحال في اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم لعام 1958 وأقانون الانونسيترال للتحكيم لعام 1985, وهنا نوكد بأن قانون التحكيم الاردني رقم (2001/31) لم يخرج عن الاتفاقيات الدولية, وعليه فقد نص قانون التحكيم الاردني في المادة (49/ب) بأن المحكمة المختصة تنظر دعوى البطلان من ذاتها فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو اذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم, وهو لا يختلف عما جاءت به اتفاقية نيويورك التي اكدت حق الدولة في حماية نظامها العام الداخلي وهذا ما نصت عليه وتم الاشارة اليه في مادتها (2/5/ب) بأنه يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب

¹ . المادة (15) من قانون التحكيم الاردني " لايجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجور عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب اشهار افلاسه ولورد اليه اعتباره " قرار محكمة الاستئناف التجارية الدار البيضاء (قرار عدد 2006/1489) المؤرخ في 2006/3/31, مجلة التحكيم العدد الثالث 2009 , ص 637 .

² . حمزة حداد , بطلان حكم التحكيم لمخالته النظام العام , ملتقى مكة الثاني للتحكيم , 2008, المعهد العربي للتسوية والتحكيم .

³ . ممدوح عبد الحميد , انعام الدسوقي , مرجع سابق , ص 9 .

⁴ محمد احمد شحاته , التحكيم في الفقه والقانون المقارن , المكتب الجامعي الحديث , 2009, ص 35.

تنفيذ القرار فيه مخالفة النظام العام لذلك البلد , وايضا فرضت قواعد الاونسيترال الحماية القانونية في حال مخالفة النظام العام⁽¹⁾.

وهنا نقول ونؤكد بأن الاصل سلامة الاتفاق التحكيمي ونفاذه بمجرد انتهاء فترة الطعن بالبطلان حسب نص القانون⁽²⁾. الا اذا طعن احد الاطراف وبالعادة هو الطرف المتضرر بمخالفة قرار التحكيم للنظام العام وفي هذه الحالة يجب ان يبين الطاعن بالتفصيل اين تم مخالفة النظام العام والا يجب ان لا يؤخذ بهذا الطعن⁽³⁾ وفي حال كان القرار التحكيمي يخالف بجزئية معينة للنظام العام الداخلي ولا يؤثر القرار التحكيمي المخالف بجزئية على سلامة باقي الاتفاق فإنه وبحسب نص القانون ينفذ ما بقي من القرار التحكيمي بالجزء المتبقي كما ذكرنا في حدود عدم التعدي او اذا كانت التجزئة لا تؤثر على تنفيذ ما بقي من اتفاق⁽⁴⁾.

ويثور التساؤل عن الوقت الذي تكون فيه مخالفة للنظام العام , هل هو وقت الاتفاق ام وقت التنفيذ كون النظام العام مختلف ومتطور من الناحية الزمانية, المستشار محمد الديري يرى بأن مفهوم النظام العام الذي يتعين اخضاع حكم التحكيم له بوقت ممارسة الرقابة على الحكم وهي ذاتها القاعدة المماثلة لهذا المبدأ والتي تطبق على الاحكام الاجنبية والتي يطلق عليها مبداء وقتية النظام العام , وبالتالي يمكن ان يكون حكم التحكيم متوافقا مع النظام العام لحظة صدوره بينما يعتبر ضد النظام لحظة المطالبة بتنفيذه⁽⁵⁾.

كما أن اطراف النزاع قد يتفقوا على اختيار قانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وهم على علم والمحكم بمخالفته النظام العام فهل يستطيع المحكم أن يغير هذا القانون ؟ كما ذكرنا فإن على المحكم واجب في ضرورة احترام الانظمة القانونية التي سيتم تطبيقها على النزاع , ويفرض عليه اتفاق التحكيم إقامة التوازن بين مراعاة مصالح اطراف النزاع من ناحية

¹ . المادة (3/1) من قانون الاونسيترال تنص " تنظم هذه القواعد عملية التحكيم ولكن اذا وجد تعارض بين قاعدة فيها ونص من نصوص قانون الواجب التطبيق على التحكيم , لا يجوز للاطراف مخالفتها او تكون ارجحية عنئذ لذلك النص "

² . المادة (52) من قانون التحكيم الاردني " تحوز احكام المحكمين الصادرة وفقا لهذا القانون حجية الامر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمرعاة الاحكام المنصوص عليه فيه " المادة (1/53) " لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم اذا لم يكن موعد رفع دعوى البطلان الحكم قد انقضى "

³ . قرار قضائي مغربي , المجلس الاعلى , القرار عدد 60 تاريخ (2000/1/19) مجلة التحكيم العدد الثالث 2009 , ص 643

⁴ . المادة (54/1) من قانون التحكيم الاردني بأنه " تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقا وتأمرا بتنفيذه الا اذا تبين لها 1. ان هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة , واذا امكن تجزئة الحكم في ما تضمنه من مخالفة النظام العام جاز الامر بتنفيذ الجزء الباقي ."

⁵ . محمد الديري, اجتهادات في القضاء الاردني وتعليقا على نص المادة (49) من قانون التحكيم الاردني. اجتهادات عربية, مجلة التحكيم , 2009 , العدد الثالث ص 274 .

ومراعاة مصالح المجتمع اوالمجتمعات التي قد تتأثر بنتيجة التحكيم, والمطلوب من المحكم هوبذل العناية اللازمة لحسن سير التحكيم وتنفيذ قراره⁽¹⁾.

وفي هذا تذهب قواعد غرفة التجارة الدولية في ضرورة أن يتوخى مركز التحكيم أن يطبق القانون الممكن تنفيذه, وعلى المحكم أن يستبعد القانون الذي اختاره الاطراف إذا تبين له أن هذا الاختيار سيؤدي الى عدم تنفيذ حكم التحكيم وعلى المحكم التزام التأكد من قابلية حكمه للتنفيذ⁽²⁾.

وهذا يعني أنه بالضرورة معرفة المحكم أوهيئة التحكيم النظام العام الخاص المراد تطبيقه من قبل الاطراف وفي حال عدم مطابقتة البحث عن النظام العام القريب من النزاع والاطراف, وهذا غير منطقي ونخالف للقواعد القانونية وبالتالي بطلان التحكيم في القانون الاردني وغيره من الاتفاقيات الدولية⁽³⁾, الا اذا لم يتفق اطراف النزاع على القانون واجب التطبيق⁽⁴⁾, وفي حال ان تم احالة الاتفاق الى قانون مخالف للنظام العام قواعد الاونسيترال بينت بعدم الاستمرار في التحكيم من قبل المحكم⁽⁵⁾.

أما في حال لم يتفق الاطراف على قانون فإنه ملزم بالبحث عن قانون واجب التنفيذ لانه اصبح بمهمة الوصول الى نتيجة وليس فقط بذل عناية .

وفي حال أن اختلف مكان تطبيق قرار التحكيم في اكثر من بلد أوجهة بالاطافة الى تطبيق النظام العام الدولي وجب على المحكم مراعاة جميع تلك البلدان ونظامها العام . ومن جانبنا نؤكد على ضرورة وجود ثوابت دولية يجب عدم مجاوزتها كما هي الرشوة والفساد وبيع الاعضاء البشرية وغيرها من ما يعتبر نظاما دوليا , بالاطافة الى مراعاة النظام الداخلي للدول حماية للقواعد القانونية والمجتمعية .

¹ .الدكتور حسام التلهوني, مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام) مجلة التحكيم , العدد الثالث , 2009, ص 208.
² . المادة (26) من قواعد غرفة التجارة الدولية لسنة 1988 وقرارات لغرفة التجارة الدولية (نقلا عن مقال الدكتور حسام التلهوني , مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام) مجلة التحكيم , العدد الثالث , 2009, ص 210 .
³ . المادة (4/ 49) من قانون التحكيم الاردني "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الحالات التالية :4. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي أتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع "
⁴ . المادة (1/35) من قواعد الاونسيترال للتحكيم "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الاطراف بأعتبارها منطبقة على موضوع النزاع , فأن لم يعين الاطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا"
⁵ . المادة (2/36) من قواعد الاونسيترال تنص " اذا اصبح الاستمرار في اجراءات التحكيم قبل صدور قرار التحكيم عديم الجدوى اومستحيل التنفيذ لاي سبب غير مذكور في الفقرة 1 , ابلغت هيئة التحكيم الاطراف بعزمها على انهاء الاجراءات "

وحتى نخرج من ما هونظاما عاما داخليا فلا بد من اعتماد الهيئات الدولية للتحكيم واعتمادها للخروج من التحكيم الداخلي حتى تستمر المعاملات التجارية في استقرار وكذلك لسهولة الوصول الى قواعدها وعدم الخروج عن ما يعكس صفو التحكيم الدولي عند اللجوء الى التنفيذ.

الخاتمة

حري بنا ان نعترف ان هناك تقصير فيما يعرف بالتحكيم الدولي في قانون التحكيم الاردني (2001/31). وأن هذا القانون لم يفرق بين التحكيم الدولي والمحلي بشكل واضح, كما انه لم يعرف النظام العام وخيرا فعل في ذلك لانه ليس مكان لذلك وباعتباره امرا حساسا, كما انه خير فعل عندما سمح بتطبيق الجزء الغير مخالف للنظام العام اذا كان هناك مخالفة للنظام العام يمكن تجزئتها.

أما فيما يتعلق بأثر عدم تطبيق التحكيم الدولي إذا كان مخالفا للنظام العام , فأني ارى ضرورة وجود نص دولي في اتفاقيات التحكيم وتحديدات اتفاقية نيويورك وقواعد الاونسيترال يكون ملزما لتنفيذ حكم التحكيم في حال كان مطابقا للنظام العام الدولي وإن كان مخالفا لقواعد النظام الداخلي الا اذا كان هناك انتهاكا للمبادئ الاساسية الدينية والاخلاقية في المجتمع المحلي.

وهذا ما اكده استاذنا حمزة حداد عندما اكد بأنه من غير المنطقي الامام بمختلف القوانين الوطنية لمعرفة ما هو مخالف للنظام العام الداخلي وهو امر يعد من المستحيل , ويكفي أن لا يكون قرار التحكيم مخالف للنظام العام الدولي⁽¹⁾.

¹ . حمزة حداد , بطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام , المعهد العربي للتحكيم والتسوية ص 12, 2008 .

تعليق على الأحكام والقرارات القضائية

الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بين نظريتين¹

جمال العزوي

طالب باحث في القانون العام

كلية الحقوق - فاس

قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها بتاريخ: 30/8/2012، ملف رقم: 34/5/2012، بما يلي: لقد استقر القضاء الإداري على ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، سواء في جانب المشروعية أو جانب عدم الملائمة، في إطار نظرية الغلوفي التقدير، لأن الملائمة أضحت عنصرا أساسيا من عناصر المشروعية.

ويثير هذا الحكم موضوع الرقابة التي يمكن أن يمارسها القضاء الإداري على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، وكذلك مختلف الحجج والنظريات التي يمكن الإعتماد عليها في سبيل تطبيق هذا النوع من الرقابة.

للتعليق على هذا الحكم لأبد من استعراض الوقائع والحيثيات، وكذا التعليل الذي اعتمده المحكمة.

الوقائع

بناء على المقال الإفتتاحي المسجل بكتابة ضبط المحكمة بتاريخ 2012/1/19، المقدم من طرف المدعية، تعرض فيه أنها تشتغل كسكرتيرة للتحرير بوكالة المغرب العربي للأنباء بلندن، وأنها تعرضت لمضايقات من طرف رئيس مكتب الوكالة بهذه المدينة، وصلت بالوصف لمستوى التحرش، فقامت بإرسال عدة شكايات إلى المدير العام للوكالة بالرباط، حسب عدة تقارير وجهت له بخصوص الموضوع، لكنها فوجئت بقرار يقضي بنقلها من لندن إلى الرباط، بتاريخ 2011/10/27، مع العلم أن للمدعية زوجا يشتغل بنفس المدينة أي لندن، وكذلك لها بنت تتابع الدراسة بنفس المدينة، وقد كاتبت المدعية المدير العام للوكالة بهدف إنصافها لكن دون جدوى، وقد أرفقت المدعية طلبها الموجه للمحكمة، بنسخة من القرار المطعون فيه، وكذلك نسخة من تظلم ورسائل إلكترونية.

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ: 30/8/2012، ملف رقم: 34/5/2012

وذهبت إلى أن قرار النقل هو قرار عقابي وغير مناسب، وغير مسبب ويتسم بعدم المشروعية، كما أن لها أسرة قد تضررت من هذا النقل ماديا ومعنويا.
وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف الوكالة المدعى عليها، بواسطة نائنها المودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ، 2012/5/9، فإن النقل لا يكتسي طابعا عقابيا وإنما أملتته ضرورات المنفعة العامة، وأن المدعية لم تشتكي من المسؤول عن الوكالة بلندن إلى بعد تبليغها بقرار النقل، وأنه لا يمكن في هذا الإطار الإستجابة لرغبات الموظف الشخصية على حساب حسن سير المرفق العام، والتمست رفض الطلب.

التعليق

وحيث أنه إذا كانت للإدارة المطلوبة في الطعن سلطة تقديرية في اتخاذ قرارات النقل التي تراها مناسبة في حق مستخدميها، فإنه بالنظر لوضعية الطاعنة كأمراة متزوجة، تعمل بوكالة المغرب العربي للأنباء بلندن، ولها زوج يعمل بنفس المدينة، ولها بنت تتابع دراساتها بنفس المدينة، فإن قرار نقلها لمدينة الرباط بتاريخ 2011/10/27، خصوصا بعد بداية الموسم الدراسي يعتبر غير مناسب ولا ملائم، لأنه قد يؤدي إلى تشتيت شمل أسرة بكاملها، مع صعوبة نقل البنت لمؤسسة تعليمية بالمغرب في هذا الوقت، فضلا على أن الإدارة لم تدل ببيانات دقيقة تؤكد أن قرار النقل أملتته اعتبارات المصلحة العامة، أو ما يبين النقص أو الفائض في الأطر الإدارية بالنسبة لمكاتب الوكالة، سواء من خلال قرار النقل، أو من خلال مذكراتها أمام المحكمة، وكذلك لم تبين سبب كون القرار شمل الطاعنة بالذات، مما يجعل القرار الطعين غير مرتكز على أساس صحيح من القانون، ومشوب بالتجاوز في استخدام السلطة، وبالتالي وجب إلغاؤه.

منطوق الحكم

لهذه الأسباب حكمت المحكمة الإدارية علنا وحضوريا وابتدائيا

في الشكل : بقبول الطلب

في الموضوع : بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

التعليق

يطرح حكم المحكمة الإدارية الذي بين أيدينا¹ مسألة الرقابة التي يمكن أن يمارسها القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، إذ أن القانون وفي محاولة منه للتخفيف من

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ: 30/8/2012، ملف رقم: 34/5/2012، منشور بمجلة القضاء الإداري، العدد الثالث، صيف/خريف 2013، ص: 213.

الجمود الذي يتسم به مبدأ المشروعية، قد حاول إضفاء نوع من المرونة على هذا المبدأ، وهو ما يعرف بموازنة مبدأ المشروعية، وبموجب هذه الموازنة تمنح للإدارة سلطة تقديرية للتصرف في حالات لا يمكن لغيرها التصرف فيها إما لقربها من الحالة موضوع التصرف، أو توفرها على الإمكانيات اللازمة أو المعلومات الضرورية لمواجهتها، وذلك في حل من قيد مبدأ المشروعية، وخروجاً عن الأصل الذي يجعل كل تصرفات الإدارة وقراراتها خاضعة لهذا المبدأ.

كما قد تقتصر السلطة التقديرية للإدارة في مجرد اختيار الإجراء المناسب من بين عدة إجراءات ينص عليها القانون، إذ قد يعمل القانون على وضع حلول أو تدابير معينة يتم بموجبها مواجهة حالات معينة، ويترك للإدارة حرية اختيار الحل أو التدبير المناسب من ضمن الحلول والتدابير التي حددها لمواجهة حالة معينة. يتضح إذن أن الإدارة في ظل ممارستها للسلطة التقديرية تكون أكثر حرية، وذلك لانفلاتها من رقابة القاضي الإداري في إطار مبدأ المشروعية، وهو ما من شأنه الإنعكاس بشكل خطير على حقوق الأفراد وحررياتهم، إذ من المعروف أن مبدأ المشروعية يضمن الحماية اللازمة للأفراد، ويحميهم من تعسف الإدارة بفضل القيود التي يفرضها عليها في ممارسة نشاطها، لذلك فإن انفلاتها من هذا النوع من الرقابة يمكن أن يؤدي إلى إطلاق يدها، ويؤدي إلى المس بحقوق الأفراد وحررياتهم، خصوصاً مع ما تتمتع به الإدارة من إمكانيات ومن امتيازات السلطة العامة مقارنة بالأفراد.

ومع ازدياد احتكاك الإدارة بالمجتمع، وتنوع الأنشطة التي امتد إليها النشاط الإداري، من زراعة و عمران وبيئة، وأنشطة اجتماعية أخرى، ونظراً لما تتميز به هذه الأنشطة المتنوعة من دينامية، فإن ذلك استدعى بالضرورة اتساع سلطة الإدارة التقديرية، مما نبه القاضي الإداري إلى عدم كفاية الرقابة التقليدية، الممارسة على النشاط الإداري، أي رقابة المشروعية، والتي لم تعد تنسجم مع التطورات الحديثة في مجال النشاط الإداري، وإنما مد هذه الرقابة إلى الملاءمة في التقدير الإداري، وذلك في محاولة لإقامة نوع من التوازن بين ضرورة ضمان فاعلية العمل الإداري من جهة، وبين ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى، وذلك بالإعتماد على مجموعة من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري، كمنظرية الغلوفي استخدام السلطة التقديرية، ونظرية الخطأ الظاهر، ثم نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

وبالرجوع للقرار الإداري موضوع الطعن، والمتعلق بنقل المدعية من مكتب وكالة المغرب العربي للأنباء الكائن بمدينة لندن ببريطانيا، إلى مدينة الرباط بالمغرب، فإنه يندرج ضمن نطاق السلطة التقديرية المخولة للإدارة، وينفلت من الرقابة المؤسسة على مبدأ المشروعية، ذلك أن الإدارة في هذه الحالة تعتبر أقدر على معرفة مواقع الخصائص ومواقع الفائض في مصالحها

بالنسبة للأطر التي تتوفر عليها، وبالتالي يترك لها سلطة توزيع هته الأطر على مصالحها حسب الحاجات، دون تدخل في هذه السلطة من طرف القضاء، لكن تطور القضاء الإداري الموازي لتطور النشاط الإداري، وتوغله في مجالات متعددة، جعل القاضي الإداري يوسع من رقابته على هذا النشاط ليشمل السلطة التقديرية للإدارة، فعلى أي أساس أونظرية عمل القاضي الإداري من خلال الحكم الذي بين أيدينا على ممارسة رقابته ؟

1 - نظرية الغلوفي استخدام السلطة التقديرية

ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط من خلال حكمها بإلغاء قرار النقل، إلى أن القضاء الإداري قد استقر في ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة سواء في جانب المشروعية أوجانب عدم الملاءمة، في إطار نظرية الغلوفي التقدير، لأن الملاءمة أضحت عنصرا أساسيا من عناصر المشروعية.

ويقصد بالغلوفي استخدام السلطة التقديرية، بالعيب الذي يمكن أن يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، بحيث يبدو هذا العيب بينا وجسيما، على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون بالتالي سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب، ولا يظهر الغلوفي التقدير إلا إذا كان تقدير الإدارة مشوبا بخلل جسيم بين سبب العمل الإداري ومحلله، فإذا كان من الجائز للإدارة أن تخطأ في ممارسة سلطتها التقديرية، فإنه من غير الجائز أن يكون هذا الخطأ ظاهرا ينم عن سوء تقدير واضح، أو إهمال فادح أو عرونة بالغة، الأمر الذي تأباه الفطرة السليمة. مما لا يمكن للقاضي التغاضي عنه، وتعرف نظرية الغلوفي السلطة التقديرية بكونها مصرية المنشأ، وقد استخدمت لأول مرة في مجال التأديب .

وبالرجوع للحكم الذي بين أيدينا فقد ذهبت المدعية إلى أن قرار النقل يكتسي طابعا عقابيا فيما نفت الإدارة ذلك، والحقيقة أن القرارات التي تتضمن عقوبات تأديبية تعتبر المجال الأكثر الذي يمكن أن يتسم فيه سلوك الإدارة بالغلوفي استخدام السلطة التقديرية، إذ بالرجوع للحالات المتميزة التي بموجها يمكن أن تمنح للإدارة سلطة تقديرية، نجد تحديد القانون لمحل القرار الإداري دون تحديد منه للسبب الذي يقوم عليه، ونجد التطبيق العملي لهذه الحالة في المغرب ضمن ظهير 1958،¹ المتعلق بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية، إذ بالرجوع للفصل 66 من ظهير 1958، نجده قد وضع قائمة من العقوبات التي يمكن توقيعا على

¹ - ظهير شريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية

الموظفين، وقد حددت على سبيل الحصر، وتم ترتيبها حسب خطورتها، {الإنداز - التوبيخ - الحذف من لائحة الترقى - الإنداز من الطبقة - القهقرة من الرتبة - العزل من غير توقيف حق التقاعد - العزل المصحوب بتوقيف حق التقاعد}، وذلك دون تحديد للأخطاء التأديبية، بل اكتفى المشرع من خلال المادة 17 من ظهير 1958، إلى أنه كلما صدر عن الموظف عمل من شأنه الإخلال بالتزاماته المهنية أو المس بالحق العام، فإنه يعتبر خطأ تأديبيا يستوجب الجزاء¹، وذلك دون تحديد لهذه الأخطاء أو توضيح لمعنى وحدود الإلتزامات المهنية، والمس بالحق العام، مما يفتح المجال للسلطة التقديرية للإدارة، لتكييف الفعل المرتكب من طرف الموظف، هل يعتبر خطأ تأديبيا أم لا، وكذلك اختيار العقوبة المناسبة من ضمن العقوبات المحددة من طرف المشرع، لذلك فقد ابتكر القضاء الإداري نظرية الغلوفي استخدام السلطة التقديرية، لمراقبة مدى الملائمة بين خطورة المخالفة من جهة، وبين نوع العقوبة التأديبية من جهة أخرى، أي مراقبة مدى مناسبة الإجراء المتخذ من طرف الإدارة للوقائع التي دفعت إلى اتخاذه، أي تناسب المحل مع السبب.

ويجدر التنبيه إلى أن الإدارة من خلال الحكم الذي بين أيدينا قد نفت أن يكون قرار النقل قد اكتسى طابعا عقابيا، وإنما اقتضته مستلزمات المصلحة العامة، مما قد يدفعنا إلى الظن أن الباب قد أغلق هنا أمام اعتماد نظرية الغلوفي استخدام السلطة التقديرية إذا ثبت صحة كون القرار لا يكتسي طابعا عقابيا، خصوصا وأن نظرية الغلوكما قلنا سابقا قد ارتبطت بشكل كبير بالقرارات التأديبية، لكونها تعمل على التصدي لعدم التناسب الظاهر بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، لكن بالرجوع إلى الحكم موضوع التعليق فإننا نجد أن المحكمة في تعليقها لإلغاء قرار النقل، قد اعتمدت على نظرية أخرى إلى جانب نظرية الغلوف، وهي نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

2 - نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

جاء في تعليق المحكمة الإدارية بالرباط الذي بين أيدينا لحكمها بإلغاء قرار النقل، "إذا كان للإدارة المطلوبة في الطعن سلطة تقديرية في اتخاذ قرارات النقل التي تراها مناسبة في حق مستخدمها، فإنه بالنظر إلى وضعية الطاعنة كأمراة متزوجة تعمل بوكالة المغرب العربي للأنباء بلندن، ولها بنت عمرها سبع سنوات تتابع دراستها بالمستوى الأول، بالمعهد البريطاني بلندن،

¹ - المادة 17 من الظهير الشريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

وزوجها يعمل أيضا ببريطانيا، فإن قرار نقلها لمدينة الرباط بعد انطلاق الموسم الدراسي يعتبر غير مناسب ولا ملائم، لأنه قد يؤدي إلى تشتيت شمل الأسرة بكاملها، مع صعوبة نقل البنات لمؤسسة تعليمية بالمغرب، مع عدم تبيان الإدارة لما يثبت ضرورة النقل في هذا الوقت".

ويظهر من خلال هذا التعليل أن القاضي الإداري قد ركز على الظروف المحيطة بالقرار الإداري، ومدى الأضرار التي يمكن أن يسببها مقارنة بالمنفعة العامة المتوخات منه، وقد بدأ التطبيق الفعلي لهذه النظرية مع مجلس الدولة الفرنسي، في رقابته للقرارات المتعلقة بنزع الملكية لأغراض المنفعة العامة، إذ كانت الرقابة في البداية محدودة في كون قرار نزع الملكية هل يحقق منفعة عامة أم لا، إذ كان المجلس ينظر فقط إلى عملية نزع الملكية في ذاتها دون النظر إلى الظروف المحيطة بها، كالأضرار التي يمكن أن تسببها للملكية الخاصة، أو تكاليف المشروع وأعبائه المالية، وذلك لتعلق هذه الأمور بالسلطة التقديرية المخولة للإدارة، والتي كانت بمنى عن رقابة القضاء الإداري، وبذلك كانت رقابة مجلس الدولة على قرارات نزع الملكية تقف عند حدود الرقابة التقليدية، إذ تقتصر على الوجود المادي للوقائع التي يبني عليها القرار، والتكييف القانوني لهذه الوقائع.

ومع تطور وتعدد المجالات العلمية والفنية وازدياد تدخل الإدارة في المجتمع مع صاحب ذلك من تطور لسلطتها التقديرية، عمل القضاء الإداري على ابتكار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار للحد من تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة. وقد ساهم في ظهور هذه النظرية تطور مفهوم المنفعة العامة، إذ لم يعد هذا المفهوم مفهوما مجردا، بل أصبح فكرة موضوعية تقدر وفقا لظروف المشروع، وما يتوخى تحقيقه من مزايا اجتماعية واقتصادية، تأخذ في الإعتبار الأضرار المترتبة عليه،¹ وما يكلفه من أعباء مالية، قصد إقامة توازن بين الأعباء والتكاليف.

وعلى ضوء ذلك أصبح مجلس الدولة الفرنسي يقوم بعملية موازنة بين المنافع والمضار، التي قد تترتب عن القرارات التي تصدرها الإدارة بنزع الملكية بغرض المنفعة العامة، إذ توضع كل من المنافع والمضار التي اتخذ قرار المنفعة العامة على ضوءها في كفتي ميزان، بحيث يكون القرار غير مشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء الناجمة عنه شديدة أو مفرطة، بالنسبة لما يحققه من مزايا ومنافع.

¹ - خليفة سالم الجهي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، (رقابة التناسب)، مقال منشور بالموقع الإلكتروني الخاص للمستشار الدكتور، خليفة سالم الجهي، <http://khalifasalem.wordpress.com>

وبذلك فقد عمل القضاء الإداري على صياغة نظرية جديدة، وأصبح لا يسمح بتقرير المنفعة العامة لعملية ما، إلا إذا كان ما تتضمنه من مساس بمصالح الأفراد والتكلفة المالية، والمضار المحتملة على المجتمع، ليست باهضة بالنسبة إلى المصلحة أو المنفعة التي تحققها. وقد سبق للقضاء الإداري المغربي تطبيق هذه النظرية في قضايا نزاع الملكية، ففي قرار للمجلس الأعلى عدد 378 بتاريخ 1992/2/10 في الملف رقم 10023،¹ في قضية الشركة العقارية "ميموزا"، ذهب المجلس في تعليقه للقرار، "إذا كانت الإدارة تتوفر على السلطة التقديرية بخصوص المصلحة العامة التي تسعى إلى تحقيقها من وراء نزاع الملكية، فإن ذلك لا يمنع القضاء الإداري من مراقبة أغراض ومضمون المصلحة العامة المذكورة، وما إذا كانت المنزوعة ملكيته، يسعى إلى تحقيق نفس الأغراض والأهداف بموافقة الإدارة المسبقة لإنجاز هذا المشروع، مما يعني أن الإدارة التي رخصت للطاعة في تحقيق هذا المشروع وتركتها تحقق جزءا منه وتنفق مبالغ مالية هامة، لا يمكنها أن تسعى إلى نزاع هذه الملكية للمنفعة العامة لتحقيق نفس الأغراض، وإلا تكون مشتتة في استعمال سلطتها".

وبالرجوع لحكم إدارية الرباط الذي بين أيدينا، نلاحظ أن القاضي الإداري قد حاول إجراء نوع من الموازنة والترجيح يراعا فيها حماية حقوق الأفراد من جهة، ومقتضيات حسن سير الإدارة من جهة أخرى، وحيث أن الإدارة لم تدل بما من شأنه أن يثبت ضرورة قرار النقل الذي أقدمت عليه، أي أن هناك غياب واضح لضرورات المنفعة العامة من وراء قرار النقل، وبالمقابل هناك ضرر جلي سينتج عن هذا القرار ينعكس بشكل واضح على المدعية وعائلتها، من خلال نقلها إلى المغرب وبالتالي فقد عمل القاضي الإداري على ترجيح كفة المضار الناتجة عن قرار النقل مقابل كفة المنافع الناتجة عنه، وبالتالي قضى بإلغاء القرار المذكور.

وهكذا يمكن القول أن مضمون نظرية الموازنة، ينصرف إلى التقييم الذي يجريه القضاء الإداري للمنافع والمضار المترتبة على القرار، من خلال الموازنة بينهما في كفتين، بحيث إذا تبين أن كفة المنافع هي الراجحة على كفة المضار، كان القرار مشروعاً، وإذا تبين أن كفة المضار هي الراجحة، كان القرار غير مشروع.

لقد عمل القاضي الإداري من خلال هذا الحكم على اعتماد نظريتين أساسيتين في تطبيق رقابته على السلطة التقديرية المخولة للإدارة، وهما نظرية الغلوفي استخدام السلطة التقديرية، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وتطبيق النظريتين معا يكون قد أعطى لهذا

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 378 بتاريخ 1992/2/10 في الملف رقم 10023 أورده المصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، طبعة 2013، مطبعة الأمنية، الرباط، ص: 32.

الحكم قوة أكبر في التعليل، ذلك أن كل من النظريتين تكمل الأخرى، وهوما ينسجم مع مسار القضاء الإداري في المغرب الذي لم يتردد في اقتحام مجالات جديدة، فرضها تطور المجتمع وتطور ظروف المحيط الإجتماعي والإقتصادي، وذلك في سبيل تحقيق هدفه الأساسي في حماية الحقوق والحريات.

العمل القضائي

محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش

قرار رقم: 86

بتاريخ: 22 صفر 1430 الموافق: 18 فبراير 2009

القاعدة:

- تسوية الوضعية الفردية:
- مناط التمييز بين دعوى قضاء الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في مجال الوضعية الفردية هو مصدر الحق المطالب به
- كون الحق المدعى به يجد سنده في القانون يجعل المنازعة مصنفة ضمن القضاء الشامل وهو ما يجعل صاحب الشأن غير مقيد بأي أجل قصد اللجوء إلى القضاء..... نعم

وبعد المداولة طبق القانون

التعليل:

(أ) حول الاستئناف الأصلي

- فيما يخص الوسيلة المتخذة من كون الدعوى طالها التقادم
- حيث تعيب المستأنفة على محكمة الدرجة الأولى كونها قضت بتسوية وضعية المدعي رغم تقادم طلبه طبقاً لأحكام الفصل 388 من ق.ل.ع وكذا مقتضيات مدونة الشغل.
- لكن حيث لما كان الأمر في نازلة الحال يتعلق بتسوية وضعية إدارية لأحد العاملين بمرفق عام فإنه لا مجال للتمسك بالتقادم المنصوص عليه بموجب المقتضيات القانونية أعلاه مادام أن المشرع قد نظم تقادم الديون المستحقة على الدولة والجماعات المحلية بموجب القانون رقم 03-56 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 10-04-1 الصادر في فاتح ربيع الأول 1425 (21 أبريل 2004) والذي بعد أن نص في مادته الأولى على أنه "تتقادم وتنقضي بصفة نهائية، لفائدة الدولة والجماعات المحلية جميع الديون التي لم تتم تصفيتها والأمر بدفعها وتسديدها داخل أجل أربع سنوات تبتدئ من اليوم الأول للسنة المالية التي أصبحت خلالها الحقوق مكتسبة بالنسبة للدائنين المعينين موطنهم بالمغرب...." نص في مادته الثانية على ما يلي:
«لا تنطبق أحكام المادة الأولى أعلاه على الديون التي لم يتم الأمر بدفعها وتسديدها داخل الأجل المحددة، بفعل الإدارة أو نتيجة دعوى قضائية.

ولا تطبق كذلك على الديون الناتجة عن الترفيقات الخاصة بموظفي وأعوان الدولة والجماعات المحلية».

- وحيث إنه واعتبارا لما تقدم يبقى ما أثير بالوسيلة غير مرتكز على أساس.

§ فيما يخص الوسيلة المتخذة من كون الدعوى غير مقبولة لعدم تقديمها داخل أجل الطعن بالإلغاء.

- حيث تؤاخذ المستأنفة على المحكمة الإدارية كونها لم تأخذ بعين الاعتبار أنه سبق للمستأنف عليه ان تقدم إليها بطلب يرمي إلى ترفيقته إلى السلم 11 غير أنها لم ترد عليه وهو ما يعتبر رفضا ضمنيا كان يجب عليه أن يطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء داخل الأجل القانوني.

- لكن حيث إن مناط التمييز بين دعوى قضاء الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في مجال الوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المرافق العامة هو مصدر الحق المطالب به، وعليه فإذا كان هذا الحق يجد سنده في القانون مباشرة بحيث يقتصر دور الإدارة على تطبيق القانون على حالة من يعنيه الأمر كإجراء تنفيذي فقط فإن المنازعة في هذه الحالة تصنف ضمن القضاء الشامل ودون أن يكون صاحب الشأن مقيدا بأي أجل قصد اللجوء إلى القضاء، أما إذا كان الحق المدعى به مستمدا من قرار إداري فإنه لا يمكن تجاوز أجل الطعن بالإلغاء كما هو محدد قانونا.

- وحيث ان الثابت من وثائق الملف أن المستأنف عليه تدرج خلال عمله كمستخدم لدى الوكالة المستقلة للنقل الحضري في عدة مهام وأنه باستقراء طلباته كما هي مسطرة بمقاله يتبين أنها إنما تهدف فقط إلى تطبيق المقتضيات القانونية الواردة في النظام الأساسي الخاص بمستخدمي الوكالة المذكورة على حالته وترتيبه في الدرجة والترتبة المطابقتين لوضعيته الشيء الذي يجعل طلباته مستمدة من القانون وبالتالي فهي لا تخرج عن إطار دعوى القضاء الشامل التي لا يتقيد سلوكها بأجل الطعن بالإلغاء.

§ فيما يخص الوسيطتين الثالثة والرابعة لارتباطهما والمتخذتين من كون المستأنف عليه غير محق في طلب تسوية وضيعيته الإدارية لعدم توفره على شروط ذلك ولأنه سلمها إشهادا بإبراء الذمة عند مغادرته للعمل لديها عند إحالته على التقاعد النسبي.

- وحيث إنه بالاطلاع على الإشهاد المستدل به من طرف المستأنفة والمؤرخ في 2005/12/30 يتبين أن السيد لم يتنازل صراحة عن حقوقه المترتبة عن تسوية وضيعيته الإدارية هذا إضافة إلى أن المرسوم رقم 2-04-811 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2004 المحدث بموجبه بصفة استثنائية تعويض عن المغادرة الطوعية لموظفي الدولة المدنيين لا

يتضمن أي مقتضى يمنع المستفيدين من هذه المغادرة من المطالبة لاحقا بحقوقهم المتعلقة بوضعيتهم الإدارية والتي لم يتمكنوا من التمتع بها أثناء ممارستهم لوظائفهم مما يتعين معه عدم اعتبار ما تمسكت به المستأنفة في هذا الصدد.

- وحيث من ناحية أخرى فإنه بالرجوع إلى الملحق الرابع من النظام الأساسي للوكالات المستقلة للنقل الحضري الخاص بنظام ترقية وتعيين مستخدمي هذه الوكالات يتبين أن الترتيبي السلم 11 عن طريق الاختيار يقتضي أن يكون المستخدم المعني بالأمر مرتبا في السلم 10 الدرجة 7 وهو شرط يتوفر في المستأنف عليه الذي رقي إلى الدرجة 7 السلم 10 منذ 1997/01/01 حسب الثابت من القرار الصادر عن مدير الوكالة بتاريخ 1998/02/17 تحت عدد 98/518 ومن تم يبقى ما تمسكت به الإدارة لتبرير موقفها في هذا الصدد غير مؤسس.

II- حول الاستئناف الفرعي

- حيث يعيب المستأنف فرعيا على المحكمة الإدارية ما قضت به من رفض طلب التعويض الذي حدده في مبلغ 10.000,00 درهم.

- لئن حيث لئن كان الثابت أن الإدارة استنكفت عن تمتيع المستأنف بحقه في الترقية رغم استيفائه الشروط المطلوبة كما تم بيانه أعلاه فإنه لم يثبت الضرر اللاحق به من جراء ذلك ونوعه الشيء الذي تكون معه موجبات الاستجابة لطلبه المذكور منتفية.

- وحيث إنه وتأسيسا على كل ما تقدم تكون محكمة الدرجة الأولى قد صادفت الصواب فيما انتهت إليه في قضائها وبالتالي يبقى معه ما عابه عنها الطرفان غير جدير بالاعتبار وينبغي رده والتصريح تبعا لذلك بتأييد الحكم الابتدائي في جميع مقتضياته.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

القرار رقم 108،

الملف عدد 8/08/136

بتاريخ 21-01-2009

القاعدة

التفرقة بين دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الشامل في إطار تسوية الوضعية الإدارية تقوم على أساس النظر إلى المصدر الذي يستمد منه الموظف حقه. عدم قبول الدعوى لتقديمها خارج الأجل القانونية المنصوص عليه في المادة 23 من قانون المحدث للمحاكم الإدارية

بعد المداولة طبقاً للقانون:

في الشكل:

حيث إن الإستئناف المقدم بتاريخ 24-10-2008 من طرف بواسطة نائبه ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجوده المشار إلى مراجعه أعلاه، قد جاء مستوفياً لكافة الشروط الشكلية المتطلبة قانوناً مما يتعين معه التصريح بقبوله.

في الموضوع:

حيث يستفاد من أوراق الملف ومضمن الحكم المستأنف أن المدعي (المستأنف) تقدم بتاريخ 14-01-2008 بواسطة نائبه بمقال افتتاحي أمام المحكمة الإدارية بوجوده عرض فيه أنه كان يشتغل بمشغل مقاطعة بوجوده كعون عرضي منذ سنة 1987 إلى سنة 2002، حيث تم ترسيمه كعون مصلحة السلم 1 الرتبة 5 بأقدمية 2000/09/19، وخلال سنة 2006 تمت تسوية وضعية الأعوان من فئته بتسميتهم أعواناً عموميين من الفئة الثالثة دون أن تشمل هذه التسوية.

والتمس المدعي تسوية وضعيته الإدارية إسوة بزملائه بتسميته عوناً عمومياً من الفئة الثالثة مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية.

وبعد تبادل مذكرات الجواب والتعقيب واستنفاد أوجه الدفاع أصدرت المحكمة الإدارية حكمها المشار إلى مراجعه أعلاه القاضي بعدم قبول الطلب شكلاً مع تحميل رافعه الصائر، وهو الحكم المستأنف.

في أسباب الاستئناف الوحيد:

حيث يعيب المستأنف الحكم المستأنف بعدم الارتكاز على أساس قانوني سليم لما قضى بعدم قبول طلبه بعله تقديمه خارج الأجل القانوني، في حين أن المستأنف تقدم بدعواه في إطار القضاء الشامل وطبقا لمقتضيات المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية والذي لم ينص على أي أجل لتقديم هذه الدعوى، لذا يلتمس المستأنف إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا وفق طلبه.

لكن حيث لئن كان من حق المدعي أن يسلك دعوى الإلغاء أودعوى القضاء الشامل للحصول على تسوية وضعيته الإدارية فإنه لا يمكنه تجاوز آجال الطعن المحددة لممارسة دعوى الإلغاء وينتقل إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل لأن الدعوى الأولى مقيدة بآجال محددة تتصل بالنظام العام.

وحيث إن المستقر عليه قضاء أن التفرقة بين دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الشامل في إطار تسوية الوضعية الإدارية تقوم على أساس النظر إلى المصدر الذي يستمد منه الموظف حقه، حيث إذا كان هذا الحق مستمداً مباشرة من قوانين تنظيمية أولويات ملزمة كانت الدعوى دعوى تسوية في إطار القضاء الشامل وتكون القرارات الإدارية المتعلقة بهذا الحق مجرد إجراءات تنفيذية تهدف إلى تطبيق القانون، أما إذا استلزم الأمر صدور قرار إداري يستند إلى السلطة التقديرية للإدارة يخول المركز القانوني المطالب به للموظف ففي هذه الحالة تكون دعوى التسوية الإدارية في إطار دعوى الإلغاء ويلزم احترام آجال الطعن في القرار الإداري المذكور لقبول هذه الدعوى.

وحيث إن الوضعية الإدارية المطالب بتسويتها في نازلة الحال ناتجة عن القرار الإداري الضمني باستثناء المستأنف من الترقية المطالب بها لدى ترقية باقي زملائه، وهي الوضعية التي كان عالماً بها منذ سنة 2004 حسب الثابت من الرسالة المؤرخة في 18/02/2004 التي وجهها إلى المندوب السامي للمياه والغابات وجواب هذا الأخير عنها بمقتضى كتابه المؤرخ في 24-09-2004، لذا كان على المستأنف الطعن في القرار المذكور الذي أثار في مركزه القانوني على اعتبار أن الترقية المطالب بها هي ترقية بالاختيار، داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 23 من قانون رقم 41-90 المحدثه بموجبه محاكم إدارية ومادام قد تقدم بدعواه بتاريخ 14-01-2008 أي بعد ما يناهز أربع سنوات من تاريخ علمه بالقرار الإداري المذكور، تبقى دعواه غير مقبولة لتقدمها خارج الأجل القانوني وسبب الاستئناف غير مرتكز على أساس ويكون الحكم المستأنف مصادفاً للصواب وواجب التأييد.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

قرار رقم 734

بتاريخ: 1996/10/17

الملف الإداري رقم 95/570 - 95/569

القاعدة:

مصطلح "الوضعية الفردية" كما ورد في الفصل الثامن من القانون رقم 41-90 بإحداث محاكم إدارية. يشمل جميع الحالات التي تعتري الموظف وهو يعمل مع الإدارة سواء فيما يرجع لترقيته أو تأديبه أو حصوله على أجوره ومستحققاته. القاضي الإداري وهو يناقش هذه الوضعية يقتصر على مراقبة مدى احترام الإدارة للمشروعية ومدى تقيدها بالقوانين والأنظمة المعمول بها وهو بذلك لا يوجه أوامر للإدارة ولا يحل محلها ولا يعتبر نفسه رئيسا تسليما لها. من حق الطاعن أن يقاضي الإدارة في نطاق الوضعية الفردية في إطار دعوى القضاء الشامل ولا يكون ملزما بسلوك دعوى الإلغاء.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

وحيث يتعين ضم الملفين 569 المتضمن لاستئناف السيد والملف 570 المتضمن لاستئناف الوكيل القضائي المنصب الاستئناف فيهما على نفس الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 95/6/28 في الملف 64 غ 94 للبت فيهما بقرار واحد نظرا للارتباط الحاصل بينهما.

فيما يخص استئناف الوكيل القضائي للمملكة بصفته نائبا عن وزير المالية أولا فيما يخص الدفع بخرق الحكم المستأنف لمقتضيات الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية. حيث لاحظ المستأنف أن المحاكم الإدارية تصدر أحكامها وهي متركبة من ثلاثة قضاة يشكلون هيئة الحكم المتكونة من رئيس الجلسة وقاضي أحدهما مقرر (المادة 23 من قانون 90 - 41 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية وأن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية هي نفسها المتبعة أمام المحاكم الاستئنافية إذ تمارس تلك المحاكم نفس الاختصاصات المخولة للرئيس وللمستشار المقرر وأن الفصل 342 من قانون المسطرة المدنية يقضي في فقرته الأخيرة بأن المستشار المقرر يضمن في تقريره ما حدث من عوارض في تسيير المسطرة وأن الفصل 345 من نفس القانون ينص على ضرورة الإشارة إلى تلاوة التقرير من طرف المقرر وأنه أعفي من

ذلك وأن الحكم المستأنف خال من الإشارة إلى ما إذا تمت تلاوة التقرير بالجلسة أم لا مما يجب معه إلغاءه لخرقه إجراءات جوهرية.

لكن حيث إنه تبعا لمقتضيات الفصل 342 من قانون المسطرة المدنية المستدل به من طرف المستأنف فإن المقرر لا يحزر تقريراً إلا في القضايا التي أجري فيها تحقيق طبقاً للفصلين 334 و335 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف يتضح أن المقرر لم يجر أي تحقيق في القضية الشيء الذي يعني أن المحكمة الإدارية لم تخرق مقتضيات الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية عندما لم تنص على تلاوة التقرير وإعفاء المقرر من تلاوة تقريره مما يجب معه رد هذا السبب الأول من أسباب الاستئناف.

ثانياً: فيما يخص باقي الدفوع الأخرى المثارة من طرف الوكيل القضائي للمملكة بصفته نائبا عن وزير المالية.

حيث ركز المستأنف المذكور استئنافه من جهة أخرى على خرق المادة 8 من قانون 90 - 41 لأن المحكمة عندما صرحت باختصاصها للنظر في الطلب قد فسرت مقتضيات المادة المذكورة تفسيراً خاطئاً وأهدرت مبدأ قانونياً أساسياً هو مبدأ فصل السلط الذي يحرم على قاضي الإلغاء إعطاء أوامر للإدارة أو الحلول محلها لكونه يحكم ولا يدير وأن الفصل 8 المذكور يجعل الاختصاص منعقداً للمحكمة الإدارية وفي دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام وفي النزاعات المتعلقة بالوضع الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة وأيضاً في فحص شرعية القرارات الإدارية وأنه لا يوجد في الفصل المذكور ما يفيد أن المحكمة الإدارية مختصة للبت في الطلبات الرامية إلى الحكم على الإدارة بالقيام بعمل وأن التفسير الذي أعطته المحكمة للإبقاء على اختصاصها والمتمثل في كون الطلب المقدم إليها يندرج ضمن النزاعات المرتبطة بالوضع الإدارية للموظف يؤدي حتماً إلى إسقاط ميدان عريض وكبير من اختصاص قضاء الإلغاء ميدان كان هذا القضاء ولازال هو الوحيد الذي له صلاحية النظر فيه وأن المقصود بالنزاعات المتعلقة بالوضع الإدارية هي تلك التي لها طابع مادي أو تعويضي وليست التي تنصب على مقررات السلطة الإدارية.

لكن حيث يتبين من مراجعة المقال الافتتاحي للدعوى أن الطلب الحالي المتعلق بتسوية الوضعية الوظيفية للطاعن لم يقدم في إطار دعوى الإلغاء ولكن في إطار دعوى القضاء الشامل ذلك أن مشروع قانون 90 - 41 قد خول للمحاكم الإدارية من بين الاختصاصات التي منحها البت في طائفتين من الدعاوى في مجال مراقبة وفحص الأعمال والقرارات الصادرة عن

الإدارة وتسوية أوضاع الموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات والمؤسسات العمومية إحداهما تتعلق بالبت في دعاوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة وهي الطعون التي أشار إليها الفصل 20 من قانون 90 - 41 كلما صدر القرار الإداري من جهة غير مختصة أ ولعيب في شكله أ ولانحراف في السلطة أ ولانعدام التعليل أ ولمخالفة القانون والذي يشكل تجاوزا في استعمال السلطة وهي الطائفة التي عبر عنها المشرع في المادة 8 المذكورة بالبت في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة أما الطائفة الثانية فتخص النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة.

وحيث إنه بالرجوع إلى الفقه والقضاء الإداريين يتضح أم مصطلح الوضعية الفردية جاء على إطلاقه دون تقييد أ وحصره ويشمل جميع الحالات والأوضاع التي تعتري الموظف وهو يعمل في خدمة الإدارة أو المرفق أو الجماعة المحلية أ والمؤسسات العامة سواء فيما يتعلق بتسميته في وظيفة معينة أ وترقيته أ وتأديبه أ وحصوله على أجوره ومستحقاته إلى غير ذلك من الدعاوى التي يمكن أن يقيمها ضد الجهة الإدارية من أجل تسوية هذه الوضعية مما ينعكس إيجابا أوسلبا على وضعيته المادية حسب الأحوال.

وحيث إن مؤدى ذلك أن القاضي الإداري وه يناقش هذه الوضعية ويراقب مدى احترام الإدارة للمشروعية ومدى تقيدها بالقوانين والأنظمة المعمول بها اتجاه موظفيها ومستخدمي المرافق العامة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة لا يوجه أوامر للإدارة ولا يحل محلها ولا يعتبر نفسه رئيسا تسلسليا لها وإنما يفحص العناصر المعروضة عليه للتأكد مما إذا كانت التسوية المطلوبة مشروعة ولها ما يبررها تاركا للإدارة نفسها أمر تنفيذ الآثار القانونية الواجب ترتيبها على الحكم الذي يصدره في النازلة والذي يعاين من خلاله توفر أ وعدم توفر شروط التسوية المطلوبة وبذلك فإن الدفوع التي أثارها الوكيل القضائي للمملكة في هذا المجال لا تتركز على أساس مما يعني أن المحكمة الإدارية كانت مختصة للبت في هذا الطلب في إطار دعوى القضاء الشامل وتبعا لمقتضيات الفصل 8 من قانون 90 - 41 المحدث للمحاكم الإدارية وأنه كان من حق الطاعن الأصلي أن يقاضي الإدارة في هذا النطاق ولم يكن ملزما بسلوك دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة مع العلم بأن المحكمة الإدارية مختصة للبت في الدعويين معا.

وفيما يرجع للموضوع:

حيث إن كلا من استئناف والوكيل القضائي للمملكة بصفته نائبا عن وزير المالية يتمحور حول مدى توفر أو عدم توفر الطاعن المذكور على الشروط والمتطلبات التي تخوله الانتقال إلى السلم 10 على غرار كثير من زملائه أعضاء ودادية المفتشين المساعدين لوزارة المالية والذين صدر لفائدة الودادية المنضوين تحت لوائها قرار عن المجلس الأعلى يكرس مبدأ عدم المساس بحقوقهم المكتسبة في مجال الترقية المذكورة من جهة ومن جهة أخرى حول مدلول ومضمون مرسوم 26 دجنبر 1980 والذي غير وتمم بمقتضى مرسوم 28 شتنبر 1983 الذي صدر بمفعول رجعي عندما نص على العمل بمقتضياته ابتداء من فاتح 1982 ومدى تقييد وزارة المالية بقرار المجلس الأعلى المشار إليه.

وحيث إنه من الثابت من أوراق الملف وباعتراف الإدارة نفسها أن ودادية المفتشين المساعدين لوزارة المالية كانت قد طلبت بسبب الشطط في استعمال السلطة إلغاء مقتضيات مرسوم الوزير الأول عدد 606 - 81 - 2 المؤرخ في 28 شتنبر 1983 المخالفة لمقتضيات المرسوم عدد 2.80/400 - 2 المؤرخ في 26 دجنبر 1980 وإبقاء مقتضيات هذا المرسوم الأخير جاريا بها العمل ونتيجة لذلك إلغاء وإبطال الفصل 11 المكرر والمضاف بمقتضى المرسوم المطعون فيه واحتياطيا القول بأن المرسوم المطعون فيه لا يكون له أي نفاذ ولا تطبيق على من كان قبل يوم صدوره يحمل صفة مفتش مساعد لوزارة المالية. وقد أصدر المجلس الأعلى بتاريخ 87/1/29 في الملف 84/7093 قرارا يقضي بإلغاء المرسوم الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1983 في مقتضياته التي تنص على أن تعيين المفتشين يتم:

(أ) على إثرا امتحان الكفاءة المهنية.

(ب) عن طريق الأختيار بعد التقييد في جدول الترتي وقد لاحظ المجلس الأعلى في قراره المذكور أن مرسوم 28 شتنبر 1983 قد صدر بمفعول رجعي إذ نص على أنه يعمل بمقتضياته ابتداء من فاتح يناير 1982 في حين أنه سبق أن اتخذت قرارات فردية تطبيقا لمرسوم 26 دجنبر 1980 وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد مس بحقوق مكتسبة لبعض أفراد الودادية وخرق مبدأ عدم رجعية الأعمال الإدارية.

وحيث إنه بناء على قرار المجلس الأعلى المذكور صدر مرسوم جديد بتاريخ 29 أبريل 1993 يغير ويتمم المرسوم الملكي الصادر في 9 مارس 1967 بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي وزارة المالية، وقد تضمن هذا المرسوم على الخصوص إعادة تطبيق مقتضيات

المرسوم رقم 2.80.400 الصادر في 26 دجنبر 1980 وذلك ابتداء من فاتح يناير 1982 مما يعتبر تغييرا وتتميمًا لمقتضيات الفصل 13 من مرسوم 9 مارس 1967 المشار إليه.

وحيث إنه من الثابت من أوراق الملف أنه في نطاق مقتضيات مرسوم 26 دجنبر 1980 الذي صرح المجلس الأعلى بأن طائفة من أعضاء ودادية المفتشين قد أثبتوا حقوقا في ظلّه فإن وزارة المالية قد سحبت قرار ترقية موظف كان يوجد في نفس الوظيفة التي كان يوجد فيها المستأنف كارم عبد الحق من السلم 8 إلى السلم 10 تطبيقًا لقرار المجلس الأعلى المذكور وهونفس ما يطلبه المستأنف عبد الحق كارم في مقال استئنائه انطلاقًا من أنه كان من المفروض أن يستفيد على غرار ما استفاد زميله بوادزا أحمد من هذه الترقية.

وحيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف وما أدلى به الطاعن كارم عبد الحق من وثائق ومستندات وخصوصًا القرارات الصادرة عن الإدارة في مجال وضعية الوظيفة يتضح بكل جلاء أنه يتوفر على نفس الوضعية التي كان يوجد فيها زميله الذي استفاد بمقتضى المجلس الأعلى المشار إليه أعلاه من الترقية إلى السلم 10 في حين طبقت في حق الطاعن مقتضيات مرسوم 1983 المشار إليه والذي ألغى المجلس الأعلى مفعول تطبيقه بأثر رجعي منذ فاتح يناير 1982 وعوض أن ينتقل إلى السلم 10 عملت الإدارة على ترقيته إلى السلم 9 وإلزامه بمقتضيات مرسوم 1983 المذكور ماسة من خلال قرارها هذا بحقوقه المكتسبة ومتسببة في ضياع الفرصة أمامه للالتحاق بالسلم 10.

وحيث يتبين من كل ما سبق وجوب إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب التسوية التي طلبها المستأنف وباعتباره مؤهلاً لولوج السلم العاشر ابتداء من فاتح يناير 1982 مع تأييده فيما عدا ذلك.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

قرار رقم 369

بتاريخ: 96/05/26

الملف الإداري رقم 96/1/5/127

القاعدة:

الطعن في النقل التأديبي كعقوبة يدخل في إطار الوضعية الفردية للمستخدمين في مرفق عمومي كبنك المغرب ويخضع لرقابة القضاء الإداري طبقا للفصل 8 من قانون إحداث المحاكم الإدارية.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث إن جوهر النزاع هو معرفة هل القرار المطعون فيه والقاضي بنقل المستأنف عليه تأديبا من بنك المغرب بالرباط إلى وكالة البنك بأكادير تأديبا يدخل أو لا يدخل ضمن النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للعاملين في مرافق الدولة والتي جعلها الفصل 8 من قانون 90 - 41 من اختصاص المحاكم الإدارية للبت فيها.

وحيث إنه من المسلم به أن المستأنف عليه يعمل في أحد مرافق الدولة وهوبنك المغرب وحيث أن المشرع قد نص بوضوح في الفصل 8 من قانون 90-41 على أن النزاعات التي تهم العاملين في مرافق الدولة تخضع اختصاص المحاكم الإدارية إذا كانت تتعلق فعلا بوضعيتهم الفردية وحيث إن المقصود بالوضعية الفردية كما استقر عليه الاجتهاد القضائي هوكل ما يتصل بترقية المعني بالأمر وتأديبه ونقله وتسوية وضعيته الإدارية وحيث أن المستأنف عليه وأن كان يخضع في علاقته مع بنك المغرب لأحكام القانون العام ولظهير 1958/2/24 إلا أن هذه العلاقة وما يترتب عنها من نزاعات تهم وضعيته الفردية تظل من اختصاص المحاكم الإدارية بصريح الفصل 8 المشار إليه أعلاه.

وحيث يستنتج من كل ما سبق أن الحكم المطعون فيه عندما صرح باختصاص القضاء الإداري للبت في النزاع المالي كان في محله ويرتكز على أساس سليم مما يتعين معه تأييده.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد : 2009/6/34

حكم :

بتاريخ : 2010/04/22

القاعدة

- تتقدم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها ... نعم.

- بالنظر لعدم إدلاء القابض بأي إجراء من إجراءات التحصيل القاطعة للتقدم وبالنظر لتاريخ تقديم الطلب أمام هذه المحكمة وتاريخ الشروع في تحصيل الضريبة موضوع الطلب يكون أمد التقدم الرباعي المذكور متحقق في النازلة ... نعم ... الاستجابة للطلب والتصریح بسقوط حق الخزينة العامة في تحصيل هذه الضريبة ... نعم.

- المنازعة في القيمة الأيجارية للعقارات لاحتساب الضريبة الحضريّة تقتضي إجراء خبرة عقارية لتحديد هذه القيمة ... نعم.

- ثبوت أن تقرير الخبرة جاء مطابقاً للقانون ومتضمناً لجميع عناصر وأسس تقدير القيمة المذكورة ... الحكم بالمصادقة على الخبرة واعتماد الأساس المحدد فيها كأساس ضريبي ... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقاً للقانون :

في الشكل: حيث إن الطلب قدم من ذي صفة ومصالحة للتقاضي وجاء مستوفياً للشروط المتطلبة فهوبذلك مقبول شكلاً.

في الموضوع: حيث إن الطلب يرمي إلى الحكم بإلغاء مبلغ الضريبة الحضريّة الزائد عن مبلغ 4.802,40 درهم ابتداء من سنة 2004 وبإلغاء الضريبة الحضريّة برسم سنة 2004 للتقدم، مع شمول الحكم بالتنفيذ المعجل وتحميل الخزينة العامة الصائر.

أولاً: في التحصيل :

حيث إنه لما كان الثابت قانوناً أن الخزينة العامة وفي إطار سعيها لتحصيل الضرائب من الملتزمين بأدائها تبقى ملزمة باحترام قواعد الاستخلاص وأجاله القانونية وتسلسل متابعات الاستخلاص طبقاً لمقتضيات المادة 123 من مونة تحصيل الديون العمومية التي تنص على

تقدم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها فضلا على مقتضيات المادة 125 من ذات المدونة التي أقرت على أن المحاسبين المكلفين بالتحصيل الذين تركوا أجل التقادم يمر دون القيام بإجراءات التحصيل أوالذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها إلى أن تقادمت الديون المعهود إليهم بتحصيلها تسقط حقوقهم تجاه المدينين.

وحيث إنه بالرجوع إلى مذكرة جواب القابض تبين للمحكمة أنه لم يدل بما يثبت قيامه بإجراءات التحصيل المنصوص عليها بمقتضى مدونة تحصيل الديون العمومية سيما المادة 39 منها والتي تعتبر مبررا لقطع أمد التقادم الرباعي واكتفى بالدفع بأن الدعوى ينبغي رفعها في مواجهة مديرية الضرائب صاحبة الاختصاص في مجال الوعاء الضريبي.

وحيث إنه بالنظر لتاريخ صدور الأمر بتحصيل الضريبة الحضرية ورسم النظافة عن سنة 2004/2004 في 2004/03/31 ومقال الدعوى أمام هذه المحكمة بتاريخ 2009-01-27 تبين شمولها بأمد التقادم الرباعي طبقا لمقتضيات المادتين 123 و125 أعلاه الأمر الذي يناسب الاستجابة للطلب بشأنها.

ثانيا: في الوعاء الضريبي:

حيث أسس الطرف المدعى طلبه على كون الضريبة الحضرية ورسم النظافة المفروضة عليه مبالغ فيها وفوجئ برفعها بنسبة تفوق مائة بالمائة.

وحيث إن المحكمة وأمام عدم توفرها على العناصر الضرورية للبت في الطلب خاصة في ظل عدم جواب مديرية الضرائب رغم إنذارها بذلك سبق أن أمرت تمهيدا بإجراء خبرة عقارية قصد تحديد القيمة الإيجارية السنوية للعقار موضوع الطلب وبيان أسس فرض الضريبة الحضرية عليه أسندت للخبير أحمد سعيد يوس.

وحيث خلص الخبير المذكور إلى تحديد مواصفات العقار محل النزاع بأنه عبارة عن فيلا متوسطة من المستوى الرفيع مساحتها الإجمالية حوالي 625 متر مربع توجد بمنطقة مخصصة للفيلات ذات المستوى الرفيع يستغلها المدعي وعائلته وتشمل على طابق سفلي وطابقين وحديقة صغيرة محددتا قيمتها الإيجارية السنوية في مبلغ 119.500,00 درهم اعتبارا للمعطيات التالية :

- قيمة الأرض : 1.875.000,00 درهم على أساس 3.000,00 درهم للمتر المربع.

- قيمة البناء : 259.000,00 درهم على أساس 1.850,00 درهم للمتر المربع.

- المرودية السنوية للعقار: 8 % من قيمة الرأسمال الثابت (قيمة البناء وقيمة الأرض) مع خصم 30 % من أقدمية العقار.

وحيث خلافا لما دفعت به مديرية الضرائب بأن تقرير الخبرة جاء معيبا وناقصا من حيث القيم المعتمدة والعمليات الحسابية التي قام بها وأن كان مقبولا من حيث المنطق والطريقة المتبعة في احتساب القيمة الإيجارية للعقار موضوع النزاع فإن الثابت من تقرير الخبرة المنجزة أنها استندت إلى معطيات واقعية وموضوعية وجاءت مطابقة للقانون الأمر الذي يناسب التصريح بالمصادقة عليها واعتماد الأساس المحدد فيها كأساس ضريبي وإلغاء الضريبة فيما زاد عن الأساس المذكور.

وحيث يتعين إبقاء الصائر بين الطرفين بالنسبة.

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم الإلغاء

حكم رقم : 267

بتاريخ : 28 محرم 1429 موافق : 2008/2/6

ملف رقم : 08/3 غ ق

القاعدة

1- الاستجابة لطلبات إيقاف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية منوط بوجود ظروف استثنائية تتجسد في عنصري الجدية والاستعجال، لما تشكله هذه المسطرة من خروج على قاعدة الأثر الفوري للقرارات الإدارية.

2- عدم توافر تلك الظروف بشكل واضح حسب ظاهر أوراق الملف، يجعل طلب إيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه إلى حين البت في دعوى الإلغاء غير قائم على أساس...رفضه... نعم .

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الدفع بعدم الاختصاص المحلي :

حيث دفع المطلوب حضوره في الدعوى بعدم الاختصاص المحلي لمحكمة الإدارية بالرباط، وأن الاختصاص يرجع للمحكمة الإدارية بوجدة التي يقع في دائرة نفوذها موطنه الحقيقي، وكذا مقر الأمانة العامة للمنظمة المدعية حيث انعقد الجمع العام الاستثنائي بتاريخ 2007/8/12 .

لكن حيث إن الأمر في نازلة الحال يتعلق بدعوى إيقاف تنفيذ قرار إداري، التي وإن كانت تعتبر دعوى مستقلة بكيانها وخصائصها عن دعوى الإلغاء، إلا أنها مع ذلك تبقى متفرعة عن هذه الأخيرة وتدور معها وجودا وعدما، وبالتالي فإن الاختصاص المحلي للنظر فيها يرجع إلى المحكمة التي ينعقد لها اختصاص البت في دعوى الإلغاء عملا بمقتضيات المادة 24 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، بحيث أعطت للمحكمة الإدارية التي رفع إليها طلب إلغاء قرار إداري، صلاحية الأمر بوقف تنفيذ هذا الأخير بصورة استثنائية إذا طلب منها ذلك طالب الإلغاء صراحة.

وحيث إنه طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المذكور، فإن طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة ترفع إلى المحكمة الإدارية التي يوجد موطن طالب الإلغاء

داخل دائرة اختصاصها أوالتي صدر القرار بدائرة اختصاصها. وبالرجوع إلى مقال الدعوى يتضح أن مقر المنظمة المدعية يوجد بمدينة الصخيرات التي تدخل ضمن النفوذ الترابي لاختصاص المحكمة الإدارية بالرباط، مما يبقى معه الدفع المثار بهذا الشأن غير مبني على أساس، ويتعين رده.

في الشكل: حيث قدم الطلب مستوفيا لكافة الشروط الشكلية المتطلبة قانونا، فهو لذلك مقبول.

وفي الموضوع : حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإيقاف تنفيذ القرار الإداري الصادر عن قائد المقاطعة الحضرية الأولى بالناظور القاضي بمنح وصل إيداع ملف المكتب الوطني لمنظمة النقابات المتحدة لفائدة السيد_____، وذلك إلى حين البت في دعوى الموضوع، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل .

وحيث إن الاستجابة لطلبات إيقاف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية كما تنص على ذلك المادة 24 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، رهين بتوافر ظروف استثنائية تبرر الخروج على قاعدة الأثر الفوري للقرارات الإدارية وقابليتها للتنفيذ فور اتخاذها باعتبارها القاعدة الأصل، وهي الظروف التي استقر الفقه والقضاء على تجسيدها في عنصرى الجدية والاستعجال، أي قيام مؤشرات تجعل القرار بحسب الظاهر غير مشروع ويرجح إلغاؤه، وأن يترتب عن تنفيذه حصول أضرار يستحيل أو يصعب تداركها مستقبلا في حالة الاستجابة لطلب الإلغاء .

وحيث بعد دراسة المحكمة لكافة معطيات النزاع، ومن خلال ما يستفاد من ظاهر أوراق الملف، يتضح أن عنصر الجدية يبقى منتفيا في النازلة بالنظر إلى طبيعة القرار المطلوب إيقاف تنفيذه من زاوية مفهوم القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء، لذلك ودون حاجة لمناقشة عنصر الاستعجال، يكون الطلب غير مستجمع للشروط المبررة للاستجابة إليه، ويتعين التصريح برفضه.

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم الإلغاء

حكم رقم : 1288

بتاريخ : 2007/6/11

ملف رقم : 03/28 ش ع

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث قدم الطلب وفق الشكليات المتطلبة قانونا مما يتعين معه قبوله من هذه الناحية.

وفي الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم على وزارة الصحة العمومية بأدائها للمدعية مبلغ 437.360,00 درهم وهو المبلغ الذي بقي بدمتها مع النفاذ المعجل والفوائد القانونية.

وحيث دفعت الجهة المدعى عليها بتقادم الدين المطالب به.

لكن حيث بالرجوع إلى مقتضيات القانونية المنظمة للتقادم بشأن الديون المستحقة للدائنين المقيمين بالمغرب، نجد المادة 54 من ظهير 6 غشت 1958 وهي نفس المقتضيات المنصوص عليها بالمادتين 1 و2 من القانون رقم 03-56 المتعلق بتقادم الديون المستحقة على الدولة والجماعات المحلية تنص على أن جميع الديون غير المستخلصة والمأمور بدفعها أو صرفها لفائدة الدائنين المقيمين بالمغرب في ظرف أربع سنوات ابتداء من افتتاح السنة المالية ترجع بصفة نهائية إلى الدولة بصرف النظر عن انقضاء الآجال المنصوص عليها في القوانين السابقة..."، كما أشارت المادة 55 من نفس الظهير على أنه "لا تطبق مقتضيات الفصل السابق على الديون التي لم يصدر أمر بدفعها ولم تدفع في الآجال المحددة بسبب إداري أو عمل قضائي". وحيث إنه بالرجوع إلى المادتين أعلاه، يتبين بأن أجل التقادم الرباعي الذي يمكن احتسابه هو الأجل الذي يسري عقب إصدار أمر بصرف الدين أو أدائه صادر عن الجهة التي علق الدين بدمتها.

وحيث لم تدل الجهة المدعى عليها بما يفيد صدور أمر بصرف أو أداء الدين المطالب به مما يقف حائلا أمام سريان أجل التقادم المنصوص عليه في المادة 54 أعلاه.

وحيث إنه من الثابت من وثائق الملف أن الشركة المدعية قد قامت بإنجاز جميع الأشغال موضوع التعاقد على اعتبار أنها قامت بتسليم هذه الأشغال تسليما نهائيا وحصلت من المدعى عليها على رفع اليد عن الضمانة وهوما لم تنازع فيه هذه الأخيرة .

وحيث إنه من الثابت من نسخة الكشف الحسابي رقم 7 والموقع عليه بدون تحفظ من طرف ممثلي الجهة المدعى عليها أنه لا زال عالق بذمة هذه الأخيرة مبلغ 437.360,00 درهما. وحيث أحجمت المدعى عليها رغم إنذارها من طرف المحكمة عن الإدلاء بما يفيد أداء هذا المبلغ على اعتبار أن التنازل المتمسك به يخص مراجعة الأثمان فقط مما يكون معه الطلب مرتكزا على أساس ويتعين الاستجابة له .

وحيث إن طلب الفوائد القانونية له ما يبرره وبالتالي الاستجابة لطلبها.

وحيث إن طلب النفاذ المعجل ليس له ما يبرره وبالتالي الحكم برفض الطلب.

المحكمة الإدارية بالرباط

حكم رقم : 1278

بتاريخ : 21 جمادى الأولى 1428 الموافق : 2007/6/7

ملف رقم : 06-45 ش د

القاعدة

1- عدم احترام الصندوق المدعى عليه لإجراءات التحصيل السابقة على إيقاع الحجز على الأصل التجاري للمدعية طبقا لمقتضيات المادتين 36 و39 من مدونة تحصيل الديون العمومية ... خرق مبدأ تدرج المتابعة ... نعم ... بطلان إجراءات التحصيل الجبري بخصوص السنة المعنية دون باقي السنوات الأخرى التي ثبت فيها احترامه للإجراءات المذكورة ... نعم.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في عدم الاختصاص النوعي :

حيث يهدف الطلب إلى الحكم ببطلان إجراءات التحصيل التي يباشرها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في مواجهة المدعية عن السنوات من 1997 إلى 2002، وببطلان القوائم والأوامر الصادرة في مواجهتها، واحتياطيا الأمر بإجراء خبرة حسابية من أجل مطابقة المستحقات المطالب بها مع قوائم العمال الحقيقية وجداول الأجور.

وحيث إنه بعد دراسة المحكمة لكافة معطيات القضية تبين لها أن الطعن أسس على نوعين من الوسائل، ينصب الأول على عدم احترام الصندوق المدعى عليه لمسطرة التحصيل الجبري في مواجهة المدعية طبقا لما تنص عليه مدونة تحصيل الديون العمومية، ويتعلق الثاني بالمنازعة في كيفية احتساب تلك المستحقات وعدم انسجامها مع قوائم العمال وكتلة الأجور المصرح بها.

وحيث حددت المادة الثامنة من القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية اختصاص هذه الأخيرة في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات المرتبطة بالمعاشات، وحصرتها في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية وموظفي إدارة مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحيث من الثابت أن جميع الهيئات المشغلة المنخرطة في الصندوق الوطني الاجتماعي تعتبر من أشخاص القانون الخاص كما تنص على ذلك المادة من الظهير الشريف رقم 1-72-184 بتاريخ 1972/7/27 المحدث لنظام الضمان الاجتماعي، ويهدف ذلك الانخراط إلى تكوين معاشات العاملين لديها الذين تربطهم بها علاقة عمل تخضع لأحكام القانون الخاص، ولا ينتمون إلى إحدى الفئات المحددة حصراً في المادة الثامنة أعلاه، وبالتالي فإن جميع النزاعات المترتبة عن ذلك الانخراط يرجع الاختصاص بشأنها إلى المحاكم الابتدائية عملاً بمقتضيات الفصل 20 من قانون المسطرة المدنية، الذي أسند إليها الاختصاص للنظر في جميع النزاعات التي تترتب عن تطبيق المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي، وكذلك تطبيقاً للفصل 71 من الظهير السالف الذكر الذي نص على اختصاص المحاكم الابتدائية بالنظر في جميع النزاعات الناتجة عن تطبيق الظهير المذكور والنصوص التنظيمية الصادرة بتطبيقه.

وحيث تبعاً لذلك، يكون البت في هذا الشق من الطلب يخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية، ويتعين بالتالي التصريح بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة للبت فيه وبانعقاد اختصاصها للبت في الشق الآخر من الطلب.

وفي الشكل : حيث دفع الصندوق المدعى عليه بعدم قبول الطلب لعدم سلوك مسطرة التظلم الإداري المسبق قبل اللجوء إلى القضاء طبقاً لمقتضيات المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية، ولعدم تكوين الضمانات المنصوص عليها في المادتين 117 و118 من نفس القانون. وحيث بالنسبة للدفع الأول، بالرجوع إلى أوراق الملف يتضح أن المدعية قبل رفع طعتها إلى المحكمة وجهت تظلماً أولاً إلى المدير الجهوي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بالرباط بتاريخ 2005/11/2، وتظلمت ثانياً إلى المدير العام لهذا الأخير بتاريخ 2005/11/9، دون أن تتلقى عنهما أي جواب، مما تكون معه قد احترمت مسطرة المطالبة الإدارية المنصوص عليها في المادة 120 أعلاه، ويجعل الدفع المثار بهذا الشأن غير مبني على أساس ويتعين عدم الالتفات إليه.

وحيث فيما يخص الدفع الثاني، بالرجوع إلى مقتضيات المادة 117 من القانون رقم 97-15، يستفاد منها أن مسطرة تكوين الضمانة بين يدي القابض من شأنها أن تؤمن تحصيل الدين المنازع فيه، إنما تخص دعوى طلب إيقاف تنفيذ الدين أمام قاضي المستعجلات والتي ينتفي عنها طابع الجدية، في حين أن الدعوى الحالية مؤسسة على بطلان إجراءات التحصيل لعدم احترام مبدأ تدرج المتابعة، وهذه المنازعة تختص بها محكمة الموضوع ولا يترتب عن إثارتها إيقاف تنفيذ إجراءات استخلاص الدين، وبالتالي لا محل للاحتجاج بالمادة 117 المذكورة وكذا المادة 118 التي تتحدث عن أنواع الضمانات.

وحيث إنه باستبعاد الدفيعين المذكورين واستيفاء الطلب لباقي الشروط الشكلية المتطلبة قانونا، فهولذلك مقبول .

وفي الموضوع: حيث يستفاد من وثائق الملف أن الطلب يهدف إلى الحكم ببطلان إجراءات التحصيل التي يباشرها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في مواجهة المدعية عن واجبات الانخراط وضريبة التكوين المهني برسم السنوات من 1997 إلى 2002 بما فيها إجراءات الحجز التنفيذي المقيد على سجلها التجاري، مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك .

وحيث تمسكت المدعية بعدم احترام الصندوق المدعى عليه لمبدأ تدرج إجراءات التحصيل باعتبار أن أول إجراء بوشر في حقها كان هو إيقاع الحجز التنفيذي على أصلها التجاري، دون أن يسبقه توصلها بأي إنذار مما يعد خرقا لمقتضيات الفرع الثالث من مدونة تحصيل الديون العمومية الخاصة بالشروط المسبقة للتحصيل الجبري، والفرع الرابع المحدد لدرجات ذلك التحصيل، بالإضافة إلى تقادم مسطرة التحصيل.

وحيث دفع الصندوق المدعى عليه باحترام جميع إجراءات التحصيل في مواجهة المدعية وفق الترتيب المنصوص عليه في المدونة السالفة الذكر، قبل أن يلجأ إلى الحجز على أصلها التجاري سنة 2004 .

وحيث تنص المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أن إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية تباشر حسب الترتيب ابتداء من الإنذار ثم الحجز ثم البيع . وطبقا لمقتضيات المادة 36 من نفس المدونة، فإنه لا يمكن مباشرة التحصيل الجبري إلا بعد إرسال آخر إشعار للمدعين بدون صائر، ويجب تقييد تاريخ إرسال هذا الإشعار في جدول الضرائب والرسوم أو أي سند تنفيذي آخر، ويعتد بهذا التقييد ما لم يطعن فيه بالزور، كما يجب أن ينصرم بينه وبين تبليغ الإنذار مدة 20 يوما على الأقل عملا بمقتضيات المادة 41 .

وحيث بالرجوع إلى سندات التحصيل المدلى بها من طرف الصندوق المدعى عليه لإثبات احترامه لمبدأ تدرج المتابعة، يستفاد من قراءتها أنه :

- بالنسبة للديون المترتبة عن سنة 1997، فقد كانت ضمن الفترة التي استفادت فيها الشركة المدعية من تسهيلات في الأداء الممتدة من يناير 1996 إلى يونيو 1998 عن طريق إعادة جدولة تلك الديون، وتوصل الصندوق ببعض الاقساط في إطار تلك الجدولة، قبل أن تتقاعس عن أداء الأقساط المتبقية، إلا أن الصندوق المدعى عليه لجأ مباشرة إلى مسطرة الحجز على الأصل التجاري للشركة بموجب المحضر المؤرخ في 2005/7/14، والذي شمل الديون المترتبة عن السنوات من 1997 إلى 2004 حسب الوثائق المدلى بها . دون الإدلاء بما

يثبت أن إيقاع ذلك الحجز كان مسبقا بإرسال آخر إشعار بدون صائر إلى المدعية طبقا لمقتضيات المادة 36 أعلاه، ثم تبليغها بعد ذلك بالإندار القانوني بعد مضي 20 يوما على الأقل على إرسال الإشعار المذكور طبقا لمقتضيات المادة 39، قبل اللجوء إلى مسطرة الحجز، مما تكون معه إجراءات التحصيل التي باشرها الصندوق بخصوص السنة المذكورة (1997) غير سليمة من الناحية القانونية، ويتعين بالتالي التصريح ببطالانها .

- بالنسبة للمستحقات المتعلقة بسنة 1998، فإن أول إجراء قام به الصندوق في مواجهة المدعية كان هوتبليغها بالإندار القانوني بتاريخ 1999/9/23، ومن بعده الحجز على أصلها التجاري بموجب المحضر السالف الذكر، دون أن يكون هناك ما يثبت تبليغها بأخر إشعار بدون صائر قبل تبليغ الإندار القانوني، طبقا لمقتضيات الفصل 24 من ظهير 1935/8/21 الساري المفعول آنذاك والذي كان يشترط وقوع التبليغ وليس مجرد الإرسال المنصوص عليه في المادة 36 من القانون رقم 97.15، الأمر الذي يجعل مسطرة التحصيل باطلة كذلك .

- بالنسبة للمستحقات المتعلقة بسنة 1999، فالثابت من أوراق الملف أن الصندوق المدعى عليه وجه آخر إشعار بدون صائر إلى المدعية الذي توصلت به في 2000/10/10، ثم أعقبه بالإندار القانوني المتوصل به من طرفها في 2000/11/1، ليتم بعد ذلك اللجوء إلى مسطرة الحجز على أصلها التجاري بموجب المحضر المنجز بتاريخ 2000/12/7، المبلغ إلى المدعية بنفس التاريخ، مما يكون معه الصندوق قد احترام تسلسل إجراءات المتابعة كما هي محددة في الفصل 39 من القانون رقم 97.15، ولا مجال للدفع ببطالانها لهذه العلة.

- بالنسبة للمستحقات المترتبة عن سنة 2000، تم توجيه الإشعار بدون صائر إلى المدعية بتاريخ 2001/10/10، وبعد مضي أكثر من 20 يوما تم تبليغها بالإندار القانوني في 2001/11/8 عن طريق محاسنها سواء فيما يتعلق بواجبات الاشتراك في الصندوق أو بوضعية التكوين المهني، وبعد ذلك تم إيقاع الحجز على

أصلها التجاري بمقتضى المحضر المؤرخ في 2001/12/24، والذي توصلت به بنفس التاريخ.
- بالنسبة للمستحقات المتعلقة بسنة 2001، قام الصندوق بإرسال آخر إشعار بدون صائر إلى المدعية الذي توصلت به في 2002/12/11، وبعد ذلك تم تبليغها بالإندار القانوني بتاريخ 2003/1/2، ومن بعده تم اللجوء إلى مسطرة الحجز التنفيذي على أصلها التجاري بموجب المحضر المنجز بتاريخ 2005/7/14 الشامل لجميع السنوات المعنية بالتزاع .

- بالنسبة للمستحقات المتعلقة بسنة 2002، تم توجيه آخر إشعار بدون صائر إلى المدعية الذي توصلت به بتاريخ 2003/11/20 عن طريق العون المحاسب التابع لها حسب شهادة التسليم المحررة بهذا الشأن. ليعقبه تبليغها بالإندار القانوني بتاريخ 2004/1/7، ومن بعده تمت مباشرة مسطرة الحجز التنفيذي على أصلها التجاري بموجب المحضر المؤرخ في 2004/3/10، ثم تتابعت بعد ذلك إجراءات بيع المحجوز بمقتضى الإعلام بالبيع المؤرخ في 2004/4/14 المبلغ إلى المدعية بنفس التاريخ. ثم إيقاع الحجز على أصلها التجاري كذلك بتاريخ 2005/7/14 الذي انصب على الديون المترتبة في ذمتها عن السنوات من 1997 إلى 2004.

وحيث يتضح من جميع هذه المعطيات، أنه باستثناء سنتي 1997 و1998 التي لم يعتمد فيها الصندوق المدعى عليه إلى سلوك الإجراءات السابقة الواجبة قبل إيقاع الحجز التنفيذي على الأصل التجاري للمدعية، وهو ما يعرض مسطرة التحصيل للبطلان، فإن باقي السنوات الأخرى موضوع النزاع (من 1999 إلى 2002) احترام بشأنها الصندوق المدعى عليه جميع إجراءات التحصيل وفق الترتيب المنصوص عليها في الفصل 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية كما هو ثابت من خلال التبليغات المشار إليها أعلاه والتي لم تكن محل منازعة من طرف المدعية، وتجعل كذلك الدفع بالتقادم الذي تمسكت به في مذكرتها التعقيبية بتاريخ 2006/3/30 غير مبني على أساس ما دامت أنه لم تنصرم مدة أربع سنوات دون مباشرة أي إجراء عملا بمقتضيات المادة 123 من نفس المدونة، الأمر الذي يكون معه الطلب بخصوص تلك السنوات غير مؤسس، ويتعين التصريح برفضه، مع الحكم ببطلان إجراءات التحصيل المتعلقة بسنتي 1997 و1998.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل مصاريفها.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد: 2007/1807 ق ش

حكم:

بتاريخ: 2009/07/01

-----"ح.ب"

القاعدة

-المركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد كمؤسسة عمومية مسؤول عن الضرر الحاصل مباشرة عن سير ادارتها وعن الاخطاء المهنية والطبية المرتكبة من طرف الاطر التابعة له ... نعم.

-حصول خلل في الجهاز البولي للمدعية عقب خضوعها لعملية قيصرية بالمركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد ناتج عن اخلال هذا الاخير بالتزام قواعد واخلاقيات المهنة واهمال اطرها الطبية في القيام بالواجب في الوقت المناسب وعدم اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي وقوع الضرر للمدعية ... اخطاء مهنية تبرر تحميل المركز الاستشفائي المذكور كامل المسؤولية واحلال مؤمنته محله في الاداء ... نعم.

-تقدير التعويض متروك للسلطة التقديرية للمحكمة بناء على العناصر المتوفرة لديها ... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون:

في الشكل:

حيث ان الطلب قدم من ذي صفة ومصالحة، وجاء مستجمعا لكافة شروطه المتطلبية فهو مقبول شكلا.

في الموضوع:

حيث إن مؤدى الطلب هو الحكم على المركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد بادائه للمدعي تعويضا اجماليا قدره 600.000,00 درهم عن الاضرار المادية والمعنوية الحاصلة لها نتيجة للخطأ الطبي الذي تعرضت له بعد خضوعها لعملية قيصرية، مع الفوائد القانونية

واحلال الشركة الملكية الوطنية للتأمين محل مؤمنها في الاداء وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر.

اولا في المسؤولية :

حيث استقر الفقه والقضاء على ان المسؤولية الادارية تقوم كاصل عام الى جانب باقي عناصرها على فكرة الخطأ

وبصرف النظر عن توصيفاته هل هو خطأ بسيط ام جسيم، وان هذه المسؤولية تبقى محكومة بتزواج فكري الخطا والمخاطر كاساس لمسؤولية المرفق الطبي العمومي مع مراعاة ان فكرة الخطأ تقوم بدور تكميلي وبشروط مقيدة مع احلال الخطأ البسيط محل الخطأ الجسيم معيارا عاما للمسؤولية عن الاعمال الطبية والاعمال المتصلة بتنظيم وتسيير مرفق الصحة العمومية.

في الخطأ :

حيث انه اذا كانت قرينة الخطا في نطاق عملها الاصيل حسب المستقر عليه قضاء يجسدها دخول المريض الى المستشفى بقصد العلاج من مرض بسيط وغير خطير ثم يخرج منه مصابا باضرار خطيرة لا علاقة لها بالمرض الاصيل الذي دخل المستشفى للعلاج منه.

وحيث انه مما لا نزاع فيه ان المدعية ادخلت الى المركز الاستشفائي ابن رشد بتاريخ 2004/12/29 من اجل الولادة واجريت لها عملية قيصرية نتج عنها خلل في جهازها البولي اضطرت معه للبقاء في مصلحة الولادة 15 يوما بدل 24 ساعة كما جرت على ذلك العادة بالنسبة للحالات العادية، وارجعت الى المركز الاستشفائي المذكور من جديد بعد تفاقم حالتها لتخضع من طرف المصالح المختصة بجراحة المسالك البولية الى عمليتين جراحتين بتاريخ 2005/6/11 و2005/12/14 والثالثة اجريت لها خلال شهر مارس من سنة 2006 بدون نتائج مؤكدة، مما اضطرها الى استعمالات الحفظات (ليكوش) لامتصاص سيلان جهازها البولي.

وحيث ثبت من تقرير الخبرة المنجزة بموجب الحكم التمهيدي عدد 263 الصادر في النازلة بتاريخ 2008/5/21 ان المدعية سبق ان خضعت لعملية قيصرية في حملها الاول وبالتالي اصبح رحمها هشاً وكان يتعين على الطاقم الطبي الذي استقبلها بالمركز الاستشفائي ابن رشد بتاريخ 2004/12/21 ان يقترح عليها اجراء عملية وقائية لتفادي اية مضاعفات قبل بداية آلام الوضع كما هو معمول به في مثل حالتها بدل ان يطلب منها الرجوع الى بيتها وانتظار اوجاع الوضع التي ظهرت ليلة 2004/12/28 ونقلت على اثرها في وضع استعجالي حرج الى المركز المدعى عليه وخضعت لعملية قيصرية اضطرارية نتج عنها تمزق جهازها البولي.

وحيث ان عدم اجراء العملية القيصرية للمدعية عند زيارتها الاولى للمركز بتاريخ 2004/12/21 رغم ان الثابت انها غير مهيأة وغير مستعدة للولادة الطبيعية خاصة ان وزن الجنين وصل الى 3900 غرام يشكل خطأ مهنيا فادحا من طرف الطاقم الطبي المكلف واخلاقا من جانب المركز المدعى عليه بواجباته المهنية اللازمة والمفروضة انسجاما مع القوانين الجاري بها العمل، مما يكون معه المركز المذكور مقصرا في اتخاذ الاجراءات الضرورية لتفادي الحاق الضرر بالمدعية وهو ما يعتبر خطأ من جانبه.

في الضرر:

حيث ثبت للمحكمة ان الحادث ناتج عن اخلال الطبيبة المكلفة بقواعد واخلاقيات المهنة وعدم كفاءتها واهمالها في القيام بالواجب رغم ان التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة او غاية، الشيء الذي يبرر تحميل المركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد كامل مسؤولية الحادث.

وحيث نتج عن الخطأ المذكور خلافا في الجهاز البولي للمدعية اضطرت معه لاستعمال الحفظات لامتناع السيلان.

وحيث خلصت الخبرة الى تحديد نسبة العجز اللاحق بالمدعية في 25% كنسبة عجز جزئي دائم، مما يتعين معه الركون اليها لكونها خبرة حضورية ومستوفية لشروط قبولها خلافا لما تمسك به المركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد.

في العلاقة السببية:

وحيث لما كان الثابت من وثائق الملف وتقرير الخبرة المنجزة من طرف الدكتور محمد اللبار ان الضرر الذي لحق بالمدعية يعزى الى الخطأ الطبي للمصلحة فان العلاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر تكون متوفرة.

ثانيا: في التعويض:

حيث ان لكل ضرر تعويض لازم لجبره.

وحيث التمسست المدعية الحكم لفائدتها باداء المركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد تعويضا اجماليا عن الاضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها قدره 600.000,00 درهم مع احلال الشركة الملكية الوطنية للتأمين محلها في الاداء.

وحيث ان تقدير التعويض المناسب لجبر الاضرار اللاحقة بالمدعية في مثل هذه الحالات يكون تقديرا جزافيا ولا يخضع لمعايير محددة ويبقى متروكا للسلطة التقديرية للمحكمة لتحديده على ضوء العناصر المتوفرة لديها من خلال اوراق الملف ومستنداته وظروف ملاسبات الحادث.

وحيث ان المحكمة بما لها من سلطة تقديرية وبالنظر لجسامة الاضرار اللاحقة بالمدعي اقتضى نظرها ان مبلغ التعويض المطالب به موضوعي وغير مبالغ فيه، الامر الذي يناسب المصادقة عليه.

وحيث انه خلافا لما دفعت به الشركة الملكية الوطنية للتأمين المدخلة في الدعوى فان الثابت من وثائق الملف ومستنداته قيام علاقة التأمين بين هذه الاخيرة والمركز الاستشفائي الجامعي ابن رشد، الشيء الذي يتعين معه احلالها محله في الاداء طبقا لعقد التأمين الرابط بينهما. وحيث ان باقي الطلبات ليس بوثائق الملف ما يبررها مما يتعين الحكم برفضها. وحيث ان خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم : 2009/4/185

حكم رقم :

بتاريخ : 2009/06/10

القاعدة

يُعتبر مبدأ حق الدفاع من المبادئ القانونية التي يتعين احترامها والتقيد بها عند توقيع أي جزاء تأديبي على إثر ارتكاب مخالفة معينة ... نعم.
عدم اثبات الطاعن للعيوب المتمسك بها من طرفه يجعل القرار المطعون فيه قرارا سليما ... التصريح برفض الطعن ... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل : حيث ان الطلب قدم من ذي صفة ومصالحة، وجاء مستوفيا لكافة شروطه الشكلية، فهو مقبول شكلا.

في الموضوع : حيث إن الطلب يروم الحكم بإلغاء قرار عزل الطاعن من منصبه كمقدم حضري بالملحقة الادارية الألفة بالدارالبيضاء الصادر عن عامل عمالة مقاطعة العي الحسني، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

وحيث أجابت الجهة المطلوبة في الطعن مؤكدة عدم جدية ما أثير في مقال الطعن وبمشروعية القرار الطعين وخوله من العيوب المتمسك بها.

وحيث ركز الطاعن طعنه على ثلاثة وسائل تتعلق بخرق حقوق الدفاع، الانحراف في استعمال السلطة وانعدام التعليل.

في الوسيلة الأولى المستمدة من خرق حقوق الدفاع :

حيث يعيب الطاعن على قرار العزل المطعون فيه خرقه لحقوق الدفاع لعدم تمكينه من اصل هذا القرار الذي توصل بنسخة منه عن طريق المناولة وان هذا القرار غير مرقم وغير مؤرخ.

وحيث ان الثابت قانونا ان المشرع احاط الموظف المتابع تأديبيا بمجموعة من الضمانات تتمثل في ثلاثة اصناف منها ما يسبق توقيع الجزاء التأديبي كوجوب اشعار المتابع

تأديبيا بالمخالفات المنسوبة اليه والاطلاع على ملفه الشخصي وضمان حق الدفاع واجراء تحقيق في المخالفة التأديبية ومن هذه الضمانات ما يعاصر توقيع الجزاء التأديبي وتتمثل في ضرورة ضمان حياد الجهاز التأديبي وتعليل القرار التأديبي وتشمل الضمانات اللاحقة لتوقيع العقوبة إثبات حق الموظف في ممارسة التظلم الاداري والقضائي.

لكن حيث انه وان كان الطاعن لا يعتبر موظفا عموميا ومن تم لا يستفيد من الضمانات المنصوص عليها في قانون الوظيفة العمومية ومن جملتها الاحالة على المجلس التأديبي، فانه ليس معنى ذلك حرمانه من حق الدفاع بالمرّة، اذ ان مبدأ حق الدفاع يعتبر من المبادئ القانونية ويتعين احترامها والتقيدها بها عند توقيع أي جزاء تأديبي على إثر مخالفة معينة ولولم يرد هذا الالتزام في نص قانوني صريح.

وحيث يتعين تبعا لذلك حتى في حالة غياب اية مسطرة تاديبية مسبقة اعطاء المعني بالامر الفرصة لتقديم توضيحاته حول الافعال المنسوبة اليه قبل النطق بالعقوبة التاديبية.

وحيث تبين للمحكمة ان قرار العزل المدلى به صادر بتاريخ 2008/5/30 تحت رقم 323 وتقدم الطاعن بعريضة طعنه

لكن حيث يؤخذ من اوراق الملف ان الطاعن متع بضمانة الاحالة على المجلس التأديبي الذي قضى بعزله من سلك أعوان السلطة وهوما لا ينازع فيه الطاعن الذي اكتفى بالتأكيد انه لم يتوصل بأصل قرار العزل وتوصل فقط عن طريقة المناولة بصورة شمسية منه ويعيب على ذلك القرار انه غير مؤرخ وغير مرقم.

وحيث تبين للمحكمة ان قرار العزل المدلى به صادر بتاريخ 2008/05/30 تحت رقم 323 وتقدم الطاعن بعريضة طعنه داخل القانوني لدعوى الالغاء ابتداء من تاريخ توصله بصورة شمسية من القرار المذكور من القائد رئيس الملحقة الادارية بسيدي الخدير، مما تكون معه الغاية قد تحققت من ضمانة التظلم القضائي في مواجهة ذلك القرار، وبذلك فان الوسيلة المستدل بها غير منتجة يتعين استبعادها.

في الوسيلة الثانية المستمدة من الانحراف في استعمال السلطة :

حيث دفع المدعي في عريضة طعنه بكون قرار العزل الصادر في حقه مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة لكونه اتخذ لاغراض لا علاقة لها بالصالح العام وان المخالفات المنسوبة اليه تخرج عن دائرة نفوذه.

وحيث لما كان الانحراف في استعمال السلطة في فقه القانون العام هو تحقيق الاغراض الشخصية في اتخاذ القرار الاداري حيادا على المصلحة العامة أي مخالفة قاعدة تخصيص

الاهداف واستعمال المصلحة العامة مطية لتحقيق اغراض شخصية، ويقع اثباته على عاتق المتمسك به بجميع الوسائل القانونية للاثبات.

وحيث ان الطاعن لم يقدّم دليلاً على ما تمسك به من أنحراف في استعمال السلطة طالما ثبت للمحكمة بأن دواعي المصلحة العامة هي التي كانت سبباً في اتخاذ القرار الإداري المطعون فيه الذي صدر نتاج ما صدر عن الطاعن من تصرفات لا مهنية تتمثل في تواطئه وتغاطيه وتستره على البناءات السرية مما يتعين معه الوسيلة المتمسك بها غير مبررة ويتعين ردها.

في الوسيلة الثالثة المستمدة من انعدام التعليل :

حيث لما كان كل قرار إداري ينطوي على أسباب تبرره سواء من الناحية الواقعية والقانونية، فإنه يؤخذ من أوراق الملف ان القرار المطعون فيه علل تعليلاً كافياً وتضمن أسباب اتخاذه واستند مصدره عامل عمالة مقاطعة الجي الحسني على مذكرة السلطة المحلية بالملحقة الادارية الالفة حول التواطؤ والتغاضي والتستر على البناءات السرية بنفوذ المنطقة التي يشرف عليها الطاعن بصفته مقدم حضري بنفس الملحقة، كما استند على محضر اللجنة التأديبية التي قضت بعزله من سلك اعوان السلطة.

وحيث انه من جهة اخرى اجابت الادارة المطلوبة في الطعن معللة القرار الطعن بان المعني بالامر ما فتئت تسجل عليه عدة اخلالات مهنية وتصرفات لا اخلاقية تجاه الموظفين بالملحقة الادارية كما انه لا يلتزم بالاوامر الموجهة اليه وهو ما دفع بالادارة الى توجيه انذارات اليه نتيجة تهاونه في القيام بالمهام المسندة اليه وكان موضوع عدة تقارير من طرف رؤسائه المباشرين مدلية بنسخ منها، الأمر الذي تكون معه الوسيلة المعتمدة غير مؤسسة ويتعين استبعادها.

وحيث إنه تأسيساً على ما سلف يبقى ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه غير مرتكز على أساس ويتعين استبعاده والتصريح تبعاً لذلك برفض الطعن.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم: 2009/11/118

حكم رقم :

بتاريخ : 2009/10/28

القاعدة

يمكن الحكم بنقل ملكية العقارات والحقوق العينية متى اجريت المسطرة وطبقت وفق الكيفيات المنصوص عليها في القانون رقم 81/7 المتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت ... نعم.

التعليق

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل : حيث قدم الطلب من ذي صفة ومصالحة وجاء مستوفيا لكافة شروطه واجراءاته الشكلية المتطلبة قانونا مما يتعين قبوله شكلا.

في الموضوع : حيث يروم الطلب الحكم بنزع ملكية القطعة الارضية موضوع الطلب ونقل ملكيتها لفائدة الدولة "الملك العام" مقابل اداء التعويض النهائي المحدد من طرف اللجنة الادارية او ايداعه بصندوق الايداع والتدبير طبقت لمقتضيات الفصل 30 من قانون نزع الملكية، وبتحديد التعويض النهائي في مبلغ 11.340,00 درهما، مع البت في الصائر طبقا للقانون.

1. حول الطلب المتعلق بنزع الملكية:

حيث انه تطبيقا لمقتضيات القانون رقم 81/7 المتعلق بنزع الملكية لاجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 رجب 1402 (1982/5/6)، فانه يمكن الحكم بنزع ملكية العقارات والحقوق العينية العقارية الاخرى كلا وبعضها متى اعلنت المنفعة العامة واجريت المسطرة طبق الكيفيات المنصوص عليها في الظهير المذكور.

وحيث ان مسطرة نزع الملكية من اجل المنفعة العامة قد اجريت وفق مقتضيات القانون رقم 81/7 سالف الذكر.

وحيث انه اذا كانت العملية او الاشغال المعلن انها ذات منفعة عامة تؤدي الى ايداع طلبات بشأن نفس الموضوع، فان المستندات يمكن الادلاء بها مرة واحدة وقت ايداع الطلب الاول وتعتبر كافية بالنسبة لجميع الطلبات الاخرى.

وحيث يمكن استنادا الى ما ذكر الاستجابة الى الطلب والحكم بنقل ملكية القطعة الارضية موضوع الطلب لفائدة المدعية وذلك لاجل المنفعة العامة.

2. حول التعويض عن نزع الملكية :

حيث ان التعويض المقترح من طرف اللجنة الادارية للتقييم كان محل منازعة نظرا لحضور الطرف المنزوعة ملكيته وابدائه لموافقته على التعويض المذكور، كما انه بالنظر الى العقار المراد نزع ملكيته من حيث موقعه ومساحته وخصائصه يتبين ان التعويض المقترح جاء مناسبا ويتعين لذلك الحكم وفقه.

وحيث يتعين تحميل نازع الملكية الصائر.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد : 2010/6/201

حكم :

بتاريخ : 2010/12/16

القاعدة

لما كان الثابت أنه ما كان لشركة "باك باركينغ" أن تقوم بعقل السيارات لولا التفويض الممنوح لها من طرف الإدارة لتسيير مرفق العربات بجانب أزقة المدينة وشوارعها، فإن كل عمل ناشئ عن ذلك التفويض يعود الاختصاص النوعي بنظر النزاعات الناشئة عنه إلى جهة القضاء الإداري... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حول الدفع بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة:

حيث إن الطلب يروم الحكم على الشركة المدعى عليها "باك باركينغ" بأدائها لفائدة المدعي تعويضا إجماليا عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق به جراء عقل سيارته وتعطيل نشاطه قدره 5.000,00 درهم.

وحيث دفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في الطلب نظرا لطبيعة العقد المبرم بينها وبين الجماعة الحضرية للدار البيضاء.

وحيث إن قواعد الاختصاص النوعي تعتبر من النظام العام ويجب على الجهة القضائية إثارته ولتلقائيا، وأنه إذا ما أثر دفع يتعلق به وجب على المحكمة المثار أمامها البت فيه بحكم مستقل طبقا للمادة 13 من القانون رقم 41/90 المحدثه بموجبه المحاكم الادارية.

وحيث درج اجتهاد الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى على اعتبار كون هذا الصنف من النزاعات خاضع لاختصاص القضاء الاداري بعله أن هذه النزاعات ناشئة عما تدعيه المدعى عليها من حق عقل السيارات المخالفة لعقد التدبير المفوض كمظهر من مظاهر السلطة العامة المفوض إليها بموجب العقد المذكور الذي يؤول اختصاص البت في النزاعات المتعلقة به كعقد إداري للمحاكم الادارية. وحيث إنه وتأسيسا على ما ذكر، فإن المنازعات الناشئة عن تطبيق ذلك العقد باعتباره ينصب على تدبير مرفق عمومي

تبقى من اختصاص هذه المحكمة، مما يناسب التصريح برد الدفع المثار بهذا الخصوص والحكم باختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في الطلب.

المحكمة الإدارية

بالدار البيضاء

ملف رقم : 2010/9/207

حكم رقم :

بتاريخ : 2010/09/23

القاعدة

تختص المحاكم الادارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي... التصريح برد الدفع بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة للبت في الطلب... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حول الدفع بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة: حيث ان الطلب يروم الحكم

بسقوط حق الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في استخلاص المستحقات المتعلقة بالتأمين على المرض عن السنوات المالية من 1969/01/01 الى غاية نهاية سنة 2005، وكذا المستحقات المتعلقة بواجبات التكوين المهني عن السنوات المالية من 1974/05/01 الى غاية سنة 2005 للتقادم مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية وتحميل المدعى عليه الصائر.

وحيث دفع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بعدم اختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في النازلة لكون المدعية تنازع في سقوط دين العارض الذي يطالب به للتقادم والذي يبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية العادية طبقا للمادة 20 من قانون المسطرة المدنية التي ينحصر نطاق اختصاصها في النظر في مدى صحة اساس الدين الذي يطالب به الصندوق انسجاما مع مقتضيات الفصل 71 من ظهير 1972/7/27 المنظم للضمان الاجتماعي.

وحيث ان قواعد الاختصاص النوعي تعتبر من النظام العام ويجب على الجهة القضائية اثارته ولولتقائبا، وانه اذا ما أثير دفع متعلق به وجب على المحكمة المثار امامها البت فيه بحكم مستقل تطبيقا لمقتضيات المادتين 12 و 13 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه المحاكم الادارية.

لكن حيث ان مقتضيات الفصل 20 من قانون المسطرة المدنية تتعلق بالنزاعات المترتبة عن تطبيق المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي ذات الطبيعة الاجتماعية، في حين انه في نازلة الحال، فان طلب الشركة المدعية بسقوط حق الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في استخلاص المستحقات موضوع المنازعة لتقادمها يخضع لمقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية ومن تم اختصاص القضاء الاداري، وهو ما يناسب التصريح برد الدفع المثار والقول باختصاص المحكمة الادارية نوعيا للبت في النازلة.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم: 2008/6/41

حكم رقم :

بتاريخ: 2008/06/25

القاعدة

- تتقدم إجراءات تحصيل الضرائب بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها ... نعم.

- عدم إدلاء الخزينة العامة بما يفيد سلوكها لإحدى إجراءات تحصيل الضرائب موضوع الطلب داخل الأجل القانوني للتقدم الرباعي أو مرور هذا الأجل بعد آخر إجراء قاطع للتقدم ... التصريح بسقوط حقها في استخلاص الضرائب موضوع الطلب للتقدم ... نعم .

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون:

في الشكل:

حيث إن الطلب قدم من ذي صفة ومصالحة، وجاء مستوفيا لكافة شروطه الشكلية المتطلبية فهو مقبول شكلا .

في الموضوع:

حيث ان الطلب يرمي الى الحكم بسقوط حق الخزينة العامة في استخلاص الضريبة الحضرية ورسم النظافة برسم سنوات : 1986، 1987، 1988، 1989، 1990، 1991، 1992، 1993، 1994، 1995، 1996، 1997، 1998، 1999، 2000، 2001، 2002 و 2003 للتقدم موضوع جدول التحصيل عدد 277 مع ما يترتب عن ذلك قانونا وتحميل الخزينة العامة الصائر .

وحيث إنه لما كان الثابت قانونا أن الخزينة العامة، وفي إطار سعيها لتحصيل الضرائب من الملتزمين بأدائها، فهي ملزمة باحترام قواعد الاستخلاص وأجاله القانونية وتسلسل متابعات الاستخلاص طبقا لمقتضيات المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، التي تنص على تقادم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها، فضلا على مقتضيات المادة 125 من ذات

المدونة التي أقرت أن المحاسبين المكلفين بالتحصيل الذين تركوا أجل التقادم يمر دون القيام بإجراءات التحصيل، أوالذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها إلى أن تقادمت الديون المعهود إليهم بتحصيلها تسقط حقوقهم تجاه المدينين .

وحيث تمسك قابض الدارالبيضاء وادي المخازن في جوابه بسلوكه لإجراءات التحصيل للضرائب موضوع الطلب والتي تعتبر قاطعة للتقادم وأدلى بمستخرج الجداول الذي يفيد توصل الطرف المدعي بمجموعة من إجراءات التحصيل .

وحيث بالنسبة للضريبة الحضرية ورسم النظافة برسم سنوات 1990/1987، 1990/1988، 1990/1990، 1992/1992، التي شرع في تحصيلها على التوالي بتاريخ 1990/12/31، 1990/8/31 و1999/11/30 و1992/06/30، وبلغ الطرف المدعى عليه بشأنها بإجراء من إجراءات التحصيل بتاريخ 1999/12/21، ولم يواصل القابض إجراءات التحصيل الموالية، فإنه بالنظر لتاريخ تقديم الطلب أمام هذه المحكمة، فإن الضرائب المذكورة طالها التقادم .

وحيث إنه بالنسبة للضريبة الحضرية ورسم النظافة برسم سنة 1993/1993 و1994/1994 والتي شرع في تحصيلها على التوالي بتاريخ 1993/8/31 و1994/6/30، وبلغ الطرف المدعي بشأنها بإجراء قاطعة للتقادم بتاريخ 1995/08/29، فإنه بالنظر لتاريخ تقديم الطلب أمام هذه المحكمة بتاريخ 2008/1/29، يتبين أنه طالها التقادم بين تاريخ الإجراء القاطع للتقادم وتاريخ تقديم الطلب أمام هذه المحكمة.

وحيث إنه بالنسبة للضريبة الحضرية ورسم النظافة عن سنوات 1995/1995، 1996/1996 و1997/1997 التي شرع في تحصيلها على التوالي بتاريخ 1995/6/30، 1996/2/29 و1997/4/30 وبلغ بشأنها الطرف المدعي بإجراء قاطع للتقادم بتاريخ 1998/02/18 ولم يواصل القابض إجراءات التحصيل الموالية فإنه تبين للمحكمة أنها طالها التقادم بين تاريخ الإجراء وتاريخ تقديم الطلب أمام هذه المحكمة.

وحيث إنه فيما يخص نفس الضريبة برسم سنة 2000/2000 والتي شرع في تحصيلها بتاريخ 2000/4/28 له وبلغ الطرف المدعي بإنذار قاطع بتاريخ 2001/1/18، فإنه تبين للمحكمة أنها تقادمت أيضا لنفس العلة .

وحيث إنه بالنسبة لباقي الضرائب موضوع الطلب، فإنه بالنظر لتاريخ الشروع في تحصيلها وتاريخ تقديم الطلب أمام هذه المحكمة، واعتبارا لعدم قيام القابض بإجراءات التحصيل القاطعة للتقادم بشأنها، فإنه تبين للمحكمة أنها طالها التقادم .

وحيث إنه وبالنظرلما سلف فإن طلب المدعية وجيه ويتعين الاستجابة له .

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم : 2005/387 غ

حكم رقم :

بتاريخ : 2005/11/30

القاعدة

الطعن في انتخاب كاتب المجلس الجماعي استنادا على أميته تقديمه خارج
الأجل القانوني ... عدم قبوله ... نعم .

التعليق

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل :

حيث إن مؤدى الطلب هو الحكم بإلغاء المقرر القاضي بانتخاب السيد (.....) (ككاتب لمجلس جماعة.....لخرق المادة 11 من الميثاق الجماعي والتي تستوجب أن يكون كاتب المجلس محسنا للقراءة والكتابة .

وحيث تنص المادة 71 من الظهير الشريف رقم 83.97.1 الصادر بتاريخ 1997/04/02 والمتعلق بمدونة الانتخابات على أن الطعن يقدم بعريضة كتابية في ظرف ثمانية أيام ابتداء من تاريخ إيداع المحضر المتضمن لنتائج الاقتراع .

وحيث تبين للمحكمة وبعد اطلاعها على وثائق الملف كون انتخاب (مكتب المجلس الجماعي والأجهزة المساعدة له) تم بتاريخ 2003/09/20، في حين أن الطعن الحالي لم يقدم إلا بتاريخ 2005/05/18 فيكون بالتالي مقدا خارج الأجل القانوني، بغض النظر عن تمسك الطاعن بجعله لأمية المطعون ضده والذي يتعارض مع كونه نفسه عضوا بالمجلس المذكور ويعاين قطعاً ممارسة الكاتب لمهامه خلال دورات المجلس .

وحيث يتعين تبعا لذلك التصريح بعدم قبول الطعن .

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد : 2009/10/44

حكم :

بتاريخ : 2010/02/11

----- " ن ش "

القاعدة

- إيقاف تنفيذ قرار إداري رهين بتوافر عنصري الاستعجال والجدية ... تقدير ذلك متروك لسلمة المحكمة.
- توفر عنصر الاستعجال ... امكانية تعرض الطالب لأضرار مادية يتعذر تداركها في المستقبل ... الاستجابة لطلب إيقاف التنفيذ ... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل :

حيث إن الطلب قدم من ذي صفة ومصحة للتقاضي وجاء مستوفيا لجميع الشروط الشكلية، فهو بذلك مقبول شكلا.

في الموضوع :

حيث إن مؤدى الطلب يرمي الى الحكم بإيقاف تنفيذ القرار الاداري رقم 2009/95 الصادر عن مقاطعة بتاريخ 2009/10/13 والقاضي بسحب الوصل أو الترخيص رقم 2008/139 المسلم للطالب بتاريخ 2008/09/16 وذلك الى حين البت النهائي في دعوى الالغاء المرفوعة أمام هذه المحكمة وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، وتحميل المطلوب ضدهم الصائر. وحيث تواتر العمل القضائي على أن الاستجابة لاييقاف تنفيذ قرار إداري معلقة على توافر عنصري الاستعجال المتمثلة في الضرر الذي لا يمكن تداركه في المستقبل وجدية الوسائل المعتمدة في دعوى الالغاء، والتي يستشفها القاضي الاداري من ظروف وملابسات كل قضية على حدة، والتي من شأنها حسب الظاهر أن تؤدي إلى إلغاء القرار الاداري المطعون فيه.

وحيث إنه من خلال الاطلاع على ظاهر وثائق الملف تبين للمحكمة أن حرمان العارض من ممارسة نشاطه بمحله ولوعن طريق الكراء للغير المذكور أعلاه، إلى حين البت في دعوى الالغاء هو من بين الأضرار التي قد يتعدرت دأركها في المستقبل، هذا فضلا عن أن الوسائل المثارة في دعوى الالغاء على جانب من الأهمية، الشيء الذي يتعين معه الاستجابة لطلب إيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه إلى حين البت نهائيا في دعوى الالغاء (قرار صادر عن محكمة الاستئناف الادارية عدد 764 مؤرخ في 24-10-2007 ملف عدد 05/7/220).

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم : 2008/6/516

حكم رقم :

بتاريخ : 2009/06/10

القاعدة

تتقدم اجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي اربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها ... نعم.
بالنظر لعدم ادلاء القابض باي اجراء من اجراءات التحصيل القاطعة للتقدم وبالنظر لتاريخ تقديم الطلب امام هذه المحكمة وتاريخ الشروع في تحصيل الضرائب المنازع فيها يكون امد التقدم الرباعي المذكور متحقق في النازلة ... نعم ... الاستجابة للطلب والتصریح بسقوط حق الخزينة العامة في تحصيل هذه الضرائب ... نعم .

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث ان الطلب قدم من ذي صفة ومصالحة، وجاء مستوفيا لكافة شروطه الشكلية المتطلبية، فهو مقبول شكلا.

في الموضوع: حيث ان الطلب يرمي الى الحكم بالغاء البيان الضريبي المؤرخ في 2008/10/13 المتعلق بالضريبة العامة على الدخل والضريبة الحضرية ورسم النظافة عن السنوات من 1986 الى 2004 وقيمتها 812.183,77 درهما موضوع الجدولين الضريبيين عدد 40907560 و35816050 مع تحميل المدعى عليهم الصائر.

وحيث انه لما كان الثابت قانونا ان الخزينة العامة، وفي اطار سعيها لتحصيل الضرائب من الملزمين بادائها فهي ملزمة باحترام قواعد الاستخلاص وأجاله طبقا لمقتضيات المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي تنص على تقدم اجراءات تحصيل الضرائب والرسوم الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي اربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها، فضلا على مقتضيات المادة 125 من ذات المدونة التي اقرت ان المحاسبين المكلفين بالتحصيل الذين تركوا اجل التقدم يمر دون القيام باجراءات التحصيل، او الذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها الى

ان تقادمت الديون المعهود المهيم بتحصيلها، تسقط حقوقهم تجاه المدينين
وحيث تخلف قابض قباضة الدارالبيضاء الواحة عن الادلاء باي جواب رغم توصله
بصفة قانونية بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2008/11/12 ولم يدل باي اجراء من اجراءات
التحصيل القاطعة للتقادم رغم امهاله بجلسات البحث المأمور به بمقتضى الحكم التمهيدي
عدد 877 وتاريخ 2008/12/17، المنعقدة بمكتب القاضي المقرر بتاريخ 2009/2/19،
2009/3/12 و2009/4/16.

وحيث انه بالنظر لتاريخ تقديم الطلب امام هذه المحكمة بتاريخ 2008/10/14 وصدور
الاوامر بتحصيل الضرائب المنازع فيها ما بين تاريخي 1986/11/28 و2004/3/31، فإن هذه
الضرائب تكون قد تقادمت بين الشروع في التحصيل ورفع الدعوى، الأمر الذي يكون معه
طلب المدعي وجمها ويتعين الاستجابة له والتصريح بسقوط حق القابض في تحصيلها.
وحيث يتعين تحميل الخزينة العامة صائر الدعوى.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

ملف عدد : 2009/13/442

حكم عدد : 57

بتاريخ : 2011/01/13

مطالبة تجمع شركتين بإلغاء قرار فسخ صفقة وبأداء المستحقات المالية المقابلة للدراسات المنجزة لفائدة الإدارة...منازعة إحدى الشركتين في صفة رئيس التجمع المتقدم بالدعوى ومطالبتهما بإخراجها منها مع ثبوت لجوء الشركتين الاختياري إلى مسطرة التحكيم لفض النزاع القائم بينهما حول نفس الصفقة...الطلب سابق لأوانه...عدم قبوله...نعم.

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث إن الطلب يهدف إلى الحكم بإلغاء قرار الفسخ الصادر عن الوكالة الحضرية المؤرخ في 2009/10/13 والتعلق بالصفقة رقم 1/2007 الراسية على المجموعة المتكونة من شركتي تيسكو وشركة ""، والتصريح تبعا لذلك بعدم مشروعيته، والحكم على المدعى عليهم متضامين بأدائهم لفائدة المجموعة المذكورة مبلغ 1.134.000,00 درهم المقابل لمستحقات المرحلة الأولى، وإرجاع كل الضمانات والكفالات المقتطعة أو المحصل عليها، والأمر تمهيدا بإجراء خبرة لتحديد الأضرار اللاحقة بها مع حفظ الحق في تقديم المطالب النهائية بعد إنجاز الخبرة.

وحيث إن المحكمة وبعد تفحصها لوثائق الملف تبين لها كون الشركتين المكونتين للمجموعة المدعية وهما شركة وشركة " " توجدان في حالة نزاع حول إنجاز نفس الصفقة موضوع الطلب الحالي، وأنهما لجأتا إلى مسطرة التحكيم لفض ذلك النزاع حسب الثابت من المراسلات الصادرة عن نائبيهما، والمستدل بهما في الملف، فضلا على أن الشركة الثانية قد طلبت إخراجها من الدعوى الحالية لمنازعتها في صفة رئيس المجموعة المتقدم بها باسمها. وحيث تبعا لذلك تكون الدعوى الحالية سابقة لأوانها مع وجود المنازعة المذكورة ومع اللجوء الاختياري إلى مسطرة التحكيم فيتعين الحكم بعدم قبول الطلب مع إبقاء الصائر على رافعه.

محكمة الاستئناف الادارية بالرباط
المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم : 2010/9/446

حكم رقم :

بتاريخ : 2010/01/27

القاعدة

تتقدم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها ... نعم.
- عدم ادلاء القابض بأي اجراء من اجراءات تحصيل الضرائب موضوع الطلب داخل الامد القانوني للتقدم الرباعي... التصريح بسقوط حق الخزينة العامة في استخلاص الضرائب موضوع الطلب للتقدم... نعم.

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل : حيث خلافا لما دفع به القابض حول خرق المدعي لمقتضيات المادة 32 من قانون المسطرة المدنية، فانه يؤخذ من اوراق الملف أنه حدد نوع الضرائب المطعون فيها وتاريخها وآخر تاريخ للشروع في تحصيلها وتبليغه بالانذار المتعلق بأدائها وهي بيانات كافية للبت في الطلب انسجاما مع مقتضيات المادة 32 اعلاه، مما يتعين معه رد الدفع المثار. وحيث تبعا لذلك يكون الطلب قدم من ذي صفة ومصلحة لتقاضي وجاء مستوفيا للشروط المتطلبة قانونا فهوبذلك مقبول شكلا.

في الموضوع : حيث ان الطلب يروم الحكم بسقوط حق الخزينة العامة للمملكة وقابض قبضاة برشيد في تحصيل ضريبة التضامن الوطني والضريبة الحضرية ورسم النظافة عن سنوات 1998-1999-2000-2002-2003-2004 و 2005 موضوع الانذار عدد 2010/669 وذلك للتقدم، مع تحميل الخزينة العامة للمملكة الصائر.

وحيث انه لما كان الثابت قانونا أن الخزينة العامة وفي اطار سعيها لتحصيل الضرائب من الملتزمين بأدائها فهي ملزمة باحترام قواعد الاستخلاص وآجاله القانونية طبقا لمقتضيات المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، التي تنص على تقادم اجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي اربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها، فضلا على مقتضيات المادة 125 من ذات المدونة التي أقرت أن المحاسبين المكلفين بالتحصيل الذين تركوا أجل التقادم يمر دون القيام باجراءات التحصيل أوالذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها الى أن تقادمت الديون المعهود اليهم بتحصيلها تسقط حقوقهم تجاه المدينين.

وحيث تمسك قابض قباضة برشيد في جوابه بسلوكه لاجراءات تحصيل الضرائب موضوع الطلب القاطعة للتقادم دون أن يدلي بهذه الاجراءات.

وحيث انه بالنظر لتاريخ تقديم الطلب امام هذه المحكمة في 2010/09/06 وصدور الاوامر بتحصيل الضرائب المنازع فيها ما بين 2003/12/31 و2005/03/31 ولم يثبت القابض سلوكه لاجراءات التحصيل في مواجهة المدعي، فإن الضرائب اعلاه تكون قد تقادمت بين الشروع في التحصيل ورفع الدعوى وفقا لمقتضيات المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، مما يناسب الحكم بسقوط حق الخزينة العامة في تحصيلها.

وحيث يتعين تحميل الخزينة العامة الصائر.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد: 5/11/325

حكم : 31

بتاريخ : 2012/01/05

القاعدة

طلب يرمي إلى التصريح بآتفاء الآثار المترتبة عن تصميم الهيئة ... طلب لا يرمي إلى الطعن في مرسوم الوزير الأول المصادق على التصميم المذكور ... نعم ... اختصاص المحكمة الإدارية نوعيا للبت فيه ... نعم .

وبعد المداولة طبقا للقانون:

حول الدفع بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة :

حيث يستشف من أوراق الملف أن الطلب يرمي إلى الحكم بإنهاء آثار تصميم الهيئة لمدينة المحمدية المصادق عليه بمقتضى المرسوم عدد 169.89.2 بتاريخ 9 شعبان 1409 (17 مارس 1989) الواقع على الصك العقاري للطاعن عدد 26/30913 نظرا لمرور المدة القانونية لنفاذه والحكم بأن عقاره غير خاضع لأي تخصيص، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض عما فاتته من كسب ما لحقه من ضرر نتيجة غل يده من التصرف في عقاره وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل من يجب الصائر.

وحيث دفعت الوكالة الحضرية للدار البيضاء وعامل عمالة المحمدية بعدم اختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في الطلب استنادا إلى المادة 9 من القانون رقم 41/90 المحدثة بموجب المحاكم الإدارية .

وحيث إن قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام، وأنه يجب على الجهة القضائية إثارته ولولتقائيا، وأنه إذا ما أثير دفع متعلق به وجب على المحكمة المثار أمامها البت فيه بحكم مستقل تطبيقا لمقتضيات المادتين 12 و13 من القانون المذكور أعلاه.

وحيث إن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تختص طبقاً لمقتضيات المادة التاسعة من القانون الموحد إليه أعلاه بالبت ابتدائياً وانتهائياً في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة بالمقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول وقرارات السلطات الإدارية التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية. وحيث إن الطعن لم يوجه في نازلة الحال ضد مرسوم الوزير الأول المصادق على تصميم التهيئة، وإنما انصرف إلى محو الآثار المترتبة عن ذلك التصميم قانوناً، مما يكون معه الاختصاص للبت في الطلب منعقداً للمحكمة الإدارية ويتعين بالتالي رد الدفع بعدم الاختصاص النوعي والتصريح باختصاصها نوعياً للبت في الطلب.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد: 2008/13/82

حكم : 233

بتاريخ : 2012/02/14

القاعدة

لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة . . . لا يمكن مطالبة أحد أشخاص القانون العام بالتعويض عن الحرمان من استغلال عقار موضوع تعرضات متبادلة قبل إحالة ملف التحفيظ من طرف المحافظ على المحكمة المختصة للبت في صحة هذه التعرضات . . . نعم . . . عدم قبول طلب التعويض . . . نعم .

وبعد المداولة طبقا للقانون:

في الشكل:

حيث إن الطلب الأصلي ومقال التدخل الإرادي في الدعوى يرميان إلى الحكم بطرد الجماعة الحضرية للدار البيضاء من سوق لهجاجة هي ومن يقوم مقامها باعتباره مقاما على أرض المدعين ولا تربطهم بها أية علاقة تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها (10.000,00 درهم) عن كل يوم تأخير عن التنفيذ والأمر بإجراء خبرة لتحديد عدد المحلات والمكترين المتواجدين بالسوق المذكور وحصر مداخله وتحديد سومة شهرية مقابل استغلال الأرض موضوع النزاع منذ 1996/3/28 إلى تاريخ الإفراغ مع حفظ الحق في تقديم المطالب على ضوء الخبرة وتحميل المدعى عليها الصائر مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وحيث أجابت الجماعة الحضرية للدار البيضاء بكونها لم تقم بأحتلال الملك المدعى فيه وأن المدعين لا صفة لهم في ذلك الملك الذي هو في الأصل كان يسمى "طريق سيدي عبد الرحمن 1014" وأن العقود التي تقدموا بها للحصول على مطلب التحفيظ عدد 1/7802 هي عقود حديثة العهد بالتحجير ولا تحدد العقار المفوض، موضحة أن الملك المذكور حسب التصاميم الطبوغرافية التي سلمتها للخبير هو عبارة عن بقع سلمت من قبل الدولة لمدينة الدار البيضاء كما هومبين في محضر التسليم المؤرخ في 1924/9/27 والذي يشير إلى أن الأمر يتعلق بطريق عمومي طبقا للقرار الوزاري المؤرخ في 1924/7/8 الذي تم إدراجه ضمن دفتر إحصاء الأملاك

الخصوصية للجماعة الحضرية ومن جهة أخرى فإن الجماعة الحضرية للدار البيضاء طلبت من المحافظ على الأملاك العقارية بالدار البيضاء تسجيل تعرضها على مطلب التحفيظ الذي تقدم به ورثة لهجاجة وأن المحافظ على الأملاك العقارية الدار البيضاء أنفا وجه كتابا إلى الجماعة الحضرية للدار البيضاء بتاريخ 2009/9/16 يخبر من خلاله أنه تمت الاستجابة لطلب التعرض على التحفيظ المقدم من طرف المدعين وتم إيداعه بسجل التعرضات من جديد بتاريخ 2009/5/11.

وحيث يؤخذ من أوراق الملف ولا سيما شهادة المطلب عدد 1/7802 الصادرة عن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالدار البيضاء أنفا بتاريخ 17 يونيو 2005 المستند إليها من الطرف المدعي أن مسطرة تحفيظ الملك موضوع الدعوى المسمى "جنانات الكبار" الكائن بالدار البيضاء جماعة أنفا حي بوركون تتابع في إسمه وتفيد بوجود تعرضات من الأغيار بشأن حقوق مشاعة تعود إليهم عن طريق الإرث وإشعار صادر عن مصلحة الهندسة بتاريخ 17 فبراير 1992 يفيد أن المطلب عدد 1/8142 يوجد في حالة تعرض متبادل مع المطلب المذكور ولا زال لم يتم إيداعه.

وحيث إن الثابت أيضا من وثائق الملف وخاصة كتاب المحافظ على الأملاك العقارية بالدار البيضاء أنفا إلى رئيس الجماعة الحضرية للدار البيضاء المؤرخ في 16 شتنبر 2009 حول مآل تعرض هذه الأخيرة على مسطرة تحفيظ الملك موضوع الدعوى أنه تمت الإستجابة لطلبها الرامي إلى إقامة تعرض كلي على تلك المسطرة وتم إيداعه بسجل التعرضات بتاريخ 11 ماي 2009.

وحيث إن المحكمة، ويهدف التحقق من صفة الطرف المدعي ومآل التعرضات على مسطرة تحفيظ المطلب موضوع الدعوى التي قامت الجماعة المدعى عليها بتسجيلها والتحقق من الوضعية العقارية للأرض وما إذا كانت عبارة عن طريق عمومية سلمت من الدولة لمدينة الدار البيضاء، أمرت تمهيدا بإجراء بحث في النازلة بمكتب القاضي المقرر بتاريخ 08 مارس 2011 أدلت من خلاله ممثلة الجماعة الحضرية للدار البيضاء بكتاب موجه من المحافظ على الأملاك العقارية بالدار البيضاء أنفا إلى رئيس مقاطعة أنفا مؤرخ في 04 مارس 2011 أفاد فيه أن إجراءات مسطرة تحفيظ الملكين موضوع المطلبين عدد 01/8141 و01/7802 لم تستوف كافة إجراءاتها وفيما يتعلق بالتعرضات المقامة بشأن مسطرة تحفيظ المطلبين لا زالت قائمة وأنه سيعمل على إحالتهما على المحكمة المختصة للبت في التعرضات بعد آستنفاد كافة إجراءات مسطرة تحفيظهما.

وحيث لئن كانت المحكمة قد سبق أن حكمت بهيئة أخرى تمهيدا بإجراء خبرة حسابية فإن الطلب يبقى معيبا شكلا لعدم الثبوت اليقيني لصفة الطرف المدعي لإقامة دعواه قبل إحالة الملف على المحكمة المختصة للنظر في صحة التعرضات، الأمر الذي يناسب الحكم بعدم قبول الطلب الأصلي وبالتبعية طلب التدخل الإرادي في الدعوى.
وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد: 6/11/228

حكم : 177

بتاريخ : 2012/01/31

لقاعدة

إن البت في النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود التوريد باعتبارها عقوداً إدارية بطبيعتها يرجع إلى اختصاص المحكمة الإدارية وليس إلى المحكمة التجارية... نعم.

وبعد المداولة طبقاً للقانون:

حول الدفع بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة :

حيث إن الطلب يروم الحكم على المجلس القروي لجماعة بني سمير بأدائه للمدعي مبلغ 110.000,00 درهم المترتب بذمته جراء تزويده بلوازم الحفلات وقطع الغيار، وبتعويض عن التماطل يسند للمحكمة النظر في تقديره مع النفاذ المعجل وتحديد مدة الإكراه البدني في الأقصى وتحميلها الصائر.

وحيث دفع المجلس القروي لجماعة بني سمير المدعى عليه بواسطة نائبه بعدم اختصاص المحكمة الإدارية نوعياً للبت في الطلب لفائدة المحكمة التجارية لعدم وجود أي عقد إداري بين الطرفين ولكون المعاملة الرابطة بينهما معاملة تجارية.

لكن حيث إن المحكمة بعد دراستها للطلب، والوثائق المرفقة به تبين لها أن النزاع منصب حول تنفيذ عقد توريد لفائدة الجماعة آستناداً لسند الطلب، وبما أن عقود التوريد هي عقود إدارية بطبيعتها فإن البت في النزاعات الناشئة عن تنفيذها يبقى من صميم اختصاص المحكمة الإدارية وليس المحكمة التجارية.

وحيث إنه تبعاً لذلك يبقى الدفع المثار بهذا الصدد غير ذي جدوى ويتعين استبعاده والحكم بانعقاد اختصاص المحكمة الإدارية للبت في الطلب مع إحالة الملف إلى مكتب القاضي المقرر لمواصلة باقي الإجراءات.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد: 2010/5/327

حكم: 379

بتاريخ: 2012/03/06

القاعدة

مادام قرار الهدم المطعون فيه قد بني على إجراءات غير مستوفية للبيانات الكافية والكفيلة ببسط الرقابة القضائية فإنه يكون قد خالف الأحكام والمقتضيات الواردة في قانون التعمير، الأمر الذي يجعله مشوبا بتجاوز السلطة... الحكم بإلغائه... نعم.

وبعد المداولة طبقا للقانون:

في الشكل: حيث قدم الطلب من ذي صفة ومصالحة للتقاضي وداخل الأجل القانوني ومستجمعا لكافة شروطه المتطلبية، فهوبذلك مقبول شكلا.

في الموضوع: حيث إن الطلب يروم الحكم بإلغاء قرار الهدم الصادر عن عامل إقليم مديونة تحت عدد 2010/264 بتاريخ 11 أكتوبر 2010 لمخالفته القانون والواقع ولعدم مشروعيته وللشطط في استعمال السلطة مع تحميل المطعون ضدهم الصائر.

وحيث أستنكف عامل عمالة إقليم مديونة عن الجواب رغم توصله بصفة قانونية بنسخة من المقال بتاريخ 28 فبراير 2011 ورغم تنبيهه بذلك بتاريخ 13 ماي 2011، كما تخلف عن الحضور بالجلسات التي عقدتها المحكمة وجلسة البحث المنعقدة بمكتب القاضي المقرر بتاريخ 09 فبراير 2012 رغم توصله بالإستدعاء بصفة قانونية بتاريخ 23 يناير 2012 وتكليفه بالإدلاء بالإجراءات المسطرية المتعلقة بقرار الهدم المطعون فيه، مما يشكل قرينة على أنه يقر بالوقائع الواردة بالمقال مقرا بصحة الطلب وفقا لمقتضيات الفصل 406 من قانون الإلتزامات والعقود الذي يؤكد أن الإقرار القضائي يمكن أن ينتج عن سكوت الخصم عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوز بالصمت، ولا يطلب أجلا للجواب.

وحيث ينعى الطاعن على قرار الهدم المطعون فيه خرقه للضوابط والإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون التعمير.

وحيث إن المحكمة بعد تفحصها لكافة معطيات الملف، وأطلاعها على وثائقه، وخاصة قرار الهدم المطعون فيه، تبين لها بأنه قد أكتفى فقط بالإشارة إلى الإجراءات التي تم القيام بها قبل صدور قرار الهدم دون إضافة لبيانات أخرى حول عناصر المخالفة المضبوطة ووقائعها وتاريخها وحجمها، والجهة التي قامت بمعاينتها وصفتها القانونية.

وحيث إنه فضلا عن ذلك فإن الإدارة المطعون ضدها لم تدل للمحكمة لاحقا بأي معلومات في هذا الشأن لأستدراك ما جرى النعي به صراحة من لدن الطرف الطاعن ولم تدل بما يفيد تبليغ هذا الأخير بالإجراءات المذكورة.

وحيث إنه بناء على ما تقدم، فإن عامل إقليم مديونة عندما أصدر قراره رقم 2010/264 معتمدا على إجراءات غير مستوفية لجميع البيانات الكافية والكفيلة ببسط الرقابة القضائية، يكون قد خالف الأحكام والمقتضيات المسطرة بموجب قانون التعمير، مما يجعل قراره مشوبا بتجاوز السلطة.

وحيث يتعين تبعا لذلك وبغض النظر عن مناقشة باقي الوسائل، الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم : 2008/6/65 ق ش

حكم رقم :

بتاريخ : 2008/06/02

القاعدة

- ثبوت كون الارض موضوع التضرير واقعة بمناطق غير موصولة بشبكات توزيع الماء والكهرباء، بمقتضى شهادة مسلمة من الجهة المكلفة بذلك، وكذا بمقتضى قرار صادر عن المجلس الاعلى ... الغاء الضريبة الحضرية على الاراضي غير المبنية ... نعم.

التعليق

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل :

حيث قدم الطلب من ذوي صفة ومصالحة للتقاضي وجاء مستوفيا لجميع الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فهوبذلك مقبول.

في الموضوع :

حيث إن الطلب يرمي الى الحكم بالغاء الامر بالاستخلاص المؤرخ في 2007/12/26 حسب جدول المكلفين عدد 90400280 برسم سنة 2004، مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية وتحميل المدعى عليه الصائر.

حيث إن المعتمد في المنازعة كون الارض موضوع التضرير هي أرض عارية غير مبنية وغير موصولة بشبكة الماء والكهرباء والتطهير وبالتالي فهي معفية من الضريبة بمقتضى قانون المالية رقم 05-55 الصادر بتاريخ 2000/12/26.

وحيث بخصوص ما تمسك به الخازن العام من وجوب تقديم ضمانات من طرف الملزم للامر بوقف اجراءات التحصيل حسب المادتين 117 و 118 من القانون رقم 97/15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية فان العمل القضائي الاداري استقر على كون المقتضيات القانونية

المذكورة موجهة أساسا الى موظفي الخزينة العامة وتتعلق فقط بمسطرة وقف الاداء اداريا وبالتالي فهي غير ملزمة للقضاء الامر الذي يجعل الدفع المثار غير مؤسس قانونا ويتعين رده. وحيث إن الثابت قانونا من خلال المادة 88 من القانون رقم 89-30 المحدد لنظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها أنه تعفى مؤقتا من الضريبة على الاراضي الحضرية غير المبنية:

- الاراضي الواقعة بالمناطق غير الموصولة بشبكات توزيع الماء والكهرباء.

الاراضي الواقعة داخل المناطق الممنوع فيها البناء.

الاراضي الخاضعة لرسم النظافة التي تستغلها مؤسسات تزاوّل عملها.

الاراضي المملوكة منذ أقل من ثلاث سنوات.

وحيث انه بالرجوع الى وثائق الملف وخاصة الشهادة المسلمة من المكتب الوطني للكهرباء الى العارض ومفادها أن الارض ذات الرسم العقاري عدد 12/167211 غير موصولة بشبكات توزيع الماء والكهرباء فضلا على أن القرار المستدل به والصادر عن المجلس الاعلى عدد 1164 المؤرخ في 1999/09/30 والقاضي بتأييد الحكم الاداري الصادر بتاريخ 1997/06/25 في الملف عدد 96/776 غ سبق له أن قضى بكون هذه الارض غير خاضعة مؤقتا للتضريب مادامت غير موصولة بشبكة توزيع الماء والكهرباء الامر الذي يناسب التصريح بالاستجابة للطلب. وحيث ينبغي تحميل خاسر الدعوى الصائر.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف عدد : 12/11/7

حكم عدد : 1532

بتاريخ : 2011/06/28

----- "س ق"

القاعدة

ما دامت الوسائل المثارة من طرف الطاعنين غير منتجة لكونها تنصب على مخالفات غير مؤثرة في عملية الاقتراع، فإن الطعن يكون غير مبني على أساس ويبقى الرفض مآله.

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل :

حيث قدم الطلب مستوفيا للشروط المتطلبية قانونا، فهو بذلك مقبول شكلا.

في الموضوع :

حيث يرمي الطلب إلى الحكم ببطلان انتخابات المجلس الجهوي لعدول استئنافية الدار البيضاء المجراة بتاريخ 2011/04/24 مع ترتيب كافة الآثار القانونية وشمول الحكم بالنفذ المعجل.

وحيث أسس الطاعنان طلبهما على عدم احترام الضوابط المنظمة لتواريخ عملية الاقتراع والقواعد المسطرية المتعلقة بالتحضير للانتخابات فضلا عن عدم تلاوة التقريرين الأدبي والمالي قبل الشروع في العملية الانتخابية.

وحيث إنه بخصوص الوسيلة المستمدة من عدم احترام الإجراءات المتعلقة بالتحضير للعملية الانتخابية وتحديد تواريخها فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن القرارات الممهدة لعمليات الاقتراع كتلك المتعلقة بتحديد تواريخ عمليات الاقتراع واستدعاء الناخبين وغيرها تعتبر قرارات منفصلة عن العملية الانتخابية لا تخضع لرقابة قاضي الانتخاب، إنما تعتبر قابلة للطعن في إطار دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، ولا يمكن بذلك إثارتها

كوسيلة للطعن في العملية الانتخابية برمتها، الأمر الذي يكون معه ما أثاره الطاعنان بهذا الخصوص غير منتج ويتعين رده.

وحيث إنه بخصوص ما تمسك به الطاعنان من عدم تلاوة التقريرين الأدبي والمالي قبل الشروع في عملية الاقتراع - فإنه وبغض النظر عن مدى ثبوت هذه الواقعة من عدمه - فإنه لم يتبين للمحكمة مدى تأثير ذلك على عملية الاقتراع وسيرها أومدى مساسها بحرية الناخبين خاصة مع الفرق الشاسع بين الأصوات المحصل عليها من طرف الطاعنين وبين الأصوات التي حصل عليها المرشح الفائز.

وحيث إنه تبعا لذلك يكون الطعن غير مستند على أساس، مما يتعين معه الحكم برفضه.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

ملف رقم : 2008/11/93

حكم رقم :

بتاريخ : 2009/07/01

القاعدة

- تختص المحاكم الإدارية بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة ... مقتضيات المادة 16 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية تتعلق بالدعاوى الإدارية العادية المنظمة فقط بالقانون المذكور والتي لم يفرد لها المشرع مسطرة مستقلة بموجب نص خاص كما هو الشأن بالنسبة لدعاوى نزع الملكية التي أفرد لها مقتضيات خاصة ... رد الدفع بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة... نعم.

التعليل

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الاختصاص النوعي لهذه المحكمة :

حيث إن الطلب يرمي إلى الحكم بنقل ملكية العقار غير المحفوظ، مساحته 5820 متر مربع والمرقم بالجدول الملحق بمقرر التخلي برقم 81 بما اشتمل عليه، الكائن بمنطقة عين حرودة بلدية عين حرودة عمالة المحمدية لفائدة المدعية الدولة المغربية (الملك الخاص) في شخص مديرية الأملاك المخزنية مقابل تعويض قدره 2.226.940,00 درهم مع البت في الصائر طبقا للقانون.

وحيث دفع الطرف المدعى عليه بواسطة نائبه بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية للبت في الدعوى الحالية بسبب ارتباطها بدعوى تدخل في اختصاص المجلس الأعلى. وحيث إنه وطبقا لمقتضيات المادة 13 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تخرجه إلى الموضوع.

وحيث استند الطرف المدعى عليه على مقتضيات المادة 16 من القانون المذكور التي تنص على أنه إذا رفعت إلى محكمة إدارية دعوى يكون لها ارتباط بدعوى تدخل في اختصاص

المجلس الأعلى ابتدائيا وانتهائيا يجب عليها أن تحكم تلقائيا أو بطلب أحد الأطراف بعدم اختصاصها وتحيل الملف بأسره إلى المجلس الأعلى ويترتب على هذه الإحالة رفع الدعوى الأصلية والدعوى المرتبطة بها بقوة القانون إلى الجهة القضائية المحال إليها الملف.

وحيث إنه ولئن كان أحد الأطراف المنزوعة ملكيتها قد سبق له فعلا الطعن بالإلغاء في المرسوم رقم 2.06.20 الصادر بتاريخ 28-2-2006 والقاضي بإعلان أن المنفعة العامة تقضي بالتهيئة الحضرية لمنطقة زناتة بلدية عين حرودة أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى فإنه بالرجوع إلى مقتضيات القانون رقم 90.41 سالف الذكر يتبين أن المادة الثامنة منه قد أسندت الاختصاص بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة إلى المحاكم الإدارية.

وحيث إنه بخصوص مقتضيات المادة 16 من القانون سالف الذكر المستند عليها من طرف المدعى عليهم فإنها تتعلق بالدعاوى الإدارية العادية المنظمة فقط بقانون المحاكم الإدارية والتي لم يفرد لها المشرع مسطرة مستقلة بموجب نص خاص كما هو الشأن بالنسبة لدعاوى نزع الملكية التي خصها بالقانون رقم 81.7 المتضمن للمقتضيات الإدارية والقضائية المتعلقة بها. وحيث يتعين تأسيسا على ذلك التصريح برد الدفع بعدم الاختصاص النوعي والتصريح باختصاص هذه المحكمة للبت في الطلب.

المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

محكمة الاستئناف

ملف عدد : 2010/11/75

حكم عدد :

بتاريخ : 2011/09/13

----- "س ق"

إذا لم يحترم نازع الملكية أجل السنتين المنصوص عليه قانونا لتقديم مقال نقل الملكية فإنه لا يمكن نزعها إلا بموجب إعلان جديد للمنفعة العامة.

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث إن الطلب يهدف إلى الحكم بنقل ملكية القطعة الأرضية الموصوفة صلب المقال لفائدة الدولة (الملك العام) لأجل المنفعة العامة مقابل التعويض المقترح المحدد في مبلغ 20.928,00 درهم على أساس 60.000,00 درهم للهكتار الواحد. وحيث أن الأجل الذي يمكن أن تبقى خلاله الأملاك المعينة في مقرر التخلي خاضعة لنزع الملكية محدد في سنتين ابتداء من تاريخ نشر هذا المقرر في الجريدة الرسمية، أو عند الاقتضاء من تاريخ تبليغه، وأنه إذا لم يودع نازع الملكية خلال هذا الأجل المقال الرامي إلى نقل الملكية، فإنه لا يمكن الحكم بنزعها إلا بموجب إعلان جديد للمنفعة العامة - الفصل 17 من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت. وحيث إن الثابت من وثائق الملف كون المرسوم رقم 2-06-494 المعتمد في الدعوى قد تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 5553 بتاريخ 06 شعبان (الموافق ل 20 اغسطس 2007) في حين أن المقال الحالي لم يقدم إلا بتاريخ 2010/09/27 أي خارج الأجل المحدد قانونا، فيتعين الحكم بعدم قبول الطلب.

محكمة الاستئناف بأكادير

غرفة قضاء الأسرة

قرار عدد : 1060 بتاريخ: 2006/11/14

ملف رقمه بالمحكمة الابتدائية بأكادير : 2005/85

رقمه بمحكمة الاستئناف: 2006/81

وبعد المداولة طبقا للقانون .

**** تعليل الأمر ****

حيث اتضح لمحكمة الاستئناف من خلال مناقشة أسباب استئناف الطرفين ودراسة وثائق الملف أن المبلغ المحكوم به عن المتعة مناسب وفق مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة بما في ذلك مبررات الطلاق ومسؤولية كل من الطرفين في حدوثه وفق ما نوقش من وثائق الملف بما فيها من محاضر البحث بينهما وفترة الزواج ووثائق بيان الوضعية المادية للزوج، كما أن المبلغ المحكوم به عن نفقة العدة مناسب وفق ما نصت عليه المادة 190 من نفس المدونة، كما اتضح للمحكمة أيضا من خلال ذلك أن ما قضى به الحكم الابتدائي بشأن السفر بالمحضونين إلى خارج ارض الوطن إنما هو موافق لما نصت عليه المادة 179 من المدونة المذكورة كما أن ما قضى به الحكم المذكور من تحديد مسكن للمحضونين وتمدرسهما بالدار البيضاء. ترى محكمة الاستئناف أيضا انه مبرر بمصلحة المحضونين مادامت مقتضيات مواد الحضانة من المدونة تركز على المصلحة المذكورة، وبالإضافة إلى أن الابنين المحضونين كانا يتواجدان ويتمدرسان بالدار البيضاء قبل تاريخ صدور الحكم بالطلاق وفق وثائق التمدريس المذكور ونتائجه المستدل بها.

وحيث إنه بالنسبة لنفقة الابنين وأجرة حضانتهم فإن محكمة الاستئناف ترى وفق ما توفر لديها من عناصر التقدير القانونية من خلال وثائق الملف ووفق مقتضيات المواد 85 و167 و168 و190 من مدونة الأسرة أن المبلغ المناسب لنفقة كل ابن هو 800 درهم شهريا والمناسب لأجرة حضانتهم هو 500 درهم شهريا وإلى المبلغين المذكورين يتعين تعديل الحكم المستأنف، وترى المحكمة سريان أداء المبلغين المعدلين المحكوم بهما ساريين ابتداء من تاريخ تسلم الابنين من طرف والدتهما.

محكمة الاستئناف بأكادير

قسم قضاء الأسرة

قرار عدد:

صدر بتاريخ: 2007/12/04

رقم الملف بالمحكمة الابتدائية 06/766

رقمه بمحكمة الاستئناف : 07/154

أسباب القرار في المقال الاستئنافي

بناء على المقال الاستئنافي والأسباب الواردة فيه

حيث تبين لهذه المحكمة من خلال دراسة وثائق الملف ومستنداته أن ما أثاره المستأنف من أسباب في معرض استئنافه لا يرتكز على أساس سليم. ذلك انه وبخلاف ما تمسك به المستأنف فان النسب يثبت بإقرار الأب . ويمكن تصور هذا الإقرار في جميع الحالات ولا يشترط فيه أن تكون ولادة المقربه أثناء الزوجية أوداخل أمد الحمل بل أن المقري يبقى ملزما بإقراره ما لم يصح هويان الابن المقربه كان نتيجة زنا . وهوما لم يثبت من خلال وثائق الملف.

كما أنه لا يوجد ضمن مقتضيات مدونة الاسرة ما يوحي بربط الإقرار بعقد الزواج وهوما استقر عليه الفقه الذي لا يكلف المقر ببيان سبب الولادة وانه يكفي المقر أن يعلن إقراره هذا. وفي النازلة الحالية لا مجال لمناقشة كون والد المستأنف عليه كان في فترة خطوبة مع مفارقتة والدة المستأنف عليه . ام لا لعدم ارتباط الإقرار كسبب من أسباب لحوق النسب بصحة الزواج.

ومن جهة أخرى وبخصوص ادعاء العقم فانه لم يثبت أن المقر الهالك _____ قد ادعى العقم في حياته. كما أنه وبعد إقراره فلا ينتفي عنه النسب بادعاء العقم كما هو عليه الفقه والقضاء.

وفيما يتعلق بشروط الاستلحاق فانه وبخلاف ما تمسك به الطاعن فان المقصود بمجهول النسب أن لا ينسب إلى شخص آخر غير الشخص المقر ومجهول النسب هو الشخص الذي لا يعرف له أب في البلد الذي ولد فيه أووجد فيه . وبالتالي فان ما ورد بالشواهد الإدارية وعيرها لا يصفى على المستأنف عليه المقربه انه معلوم النسب لغير المقربه _____

وبخصوص الإقرار فإنه يتجلى من خلال رسم الطلاق الرجعي المضمن تحت عدد 1017 بتاريخ 1989/05/03 توثيق أكادير انه سبق للسيد _____ أن اقربنوة المستأنف عليه حين ذكر أمام العدلين بان له من مفارقتة ابن اسمه مراد المزداد سنة 1974 وهو إقرار ثابت بإشهاد رسمي أمام العدلين ولا يمكن اعتبار ذلك قد جاء على سبيل الحكاية من طرف العدلين بل هو مصمم ما اشهد به المطلق أمامهما حيث شهد بالطلاق كما شهد بان له ولد يدعى مراد أنجبه من مفارقتة وهو ما يشكل إقرارا يبقى ملزما له وحاسما للنزاع بخصوص نسب الابن المستأنف عليه وبالتالي فإن الحكم المستأنف لما قضى برفض طلب إبطال الأراءة غدد: 57 صحيفة 63 يكون قد صادف الصواب الأمر الذي يتعين معه التصريح بتأييده .

في مقال التدخل :

حيث أن المتدخل يهدف إلى إيقاف البث في الدعوى إلى حين الفصل نهائيا في دعوى الزور الرائجة بالملف عدد 07/230 أمام السيد قاضي التحقيق . والحكم وفق المقال الاستئنافي المرفوع من طرف المستأنف السيد _____ .

لكن حيث أن الوثيقة المطعون فيها بالزور - بينة النسب - ليست مؤثرة في النازلة وأن البث في الطعن لا يتوقف عليها مما يجعل طلب إيقاف البث في غير محله . وتعين صرف النظر عنه .

وبخصوص باقي الأسباب المعتمدة من طرف المتدخل فإن الجواب عنها قد تضمنته الحيثيات المتعلقة بالمقال الاستئنافي. الأمر الذي يتعين معه رفض التدخل. وتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به .

محكمة الاستئناف بالناظور

غرفة قضايا الاسرة والعقار

قرار رقم : 437

بتاريخ 07/12/26

رقمه بالمحكمة الابتدائية 99/155

رقمه بمحكمة الاستئناف 07-9-288.

بناء على الفقرة الثانية من الفصل 369 من ق م م .
حيث أن الفقرة المذكورة صريحة في انه إذا بث المجلس الأعلى في نقطة قانونية
تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار المجلس الأعلى في هذه النقطة.
حيث أن قرار المجلس الأعلى عدد 352 الصادر بتاريخ 2007/06/20 في الملف الشرعي
عدد 07/1/2/97 قضى بنقض وابطال القرار عدد 408 الصادر عن محكمة الاستئناف
بالناظور بتاريخ 99/11/16 في الملف عدد 99-155 القاضي في منطوقه بتأييد الحكم
المستأنف فيما قضى به مبدئياً مع تعديله بالرفع من النفقة المحكوم بها وتحديدها في
مبلغ 700 درهم شهرياً بالنسبة للولد ومبلغ 600 درهم بالنسبة للزوجة وتحميل المستأنف
اصلياً صائر الاستئناف بعلّة أن الطاعن المستأنف اصلياً أدلى بحكم ابتدائي صدر في
98/12/15 في الملف رقم : 97/100 ليقضي بالزام المدعى عليها بالرجوع لبيت الزوجية
ودفع بأنها لم تقم بتنفيذه ومن ثم لاتستحق نفقتها لانه اصبح غير مقدور على إرجاعها
كما دفع بأنها تتقاضى تعويضاً عائلياً عن الولد يمنح لها شهرياً في اسمه من المصلحة التي
تشغله وانه في غنى عن انفاق والده عليه , ولم تنكر ذلك المطلوبة في النقض إلا أن المحكمة
مصدرة القرار المطعون فيه لم تبحث في كل ما ذكر وترد بمقبول عما أثاره الطاعن مما
كان معه قرارها ناقص التعليل إلى هوبمثابة انعدامه ومعرضاً للنقض .
حيث أن نشوز الزوجة لايسقط نفقتها عن زوجها الا اذا حكم عليها بالرجوع لبيت
الزوجية وامتنعت.

حيث أن المستأنف اصلياً وان كان قد استصدر في مواجهة المستأنف عليها المستأنفة
فرعياً حكماً ابتدائياً بتاريخ 98/12/15 في الملف رقم: 97/100 قضى عليها بالرجوع لبيت
الزوجية غير انه لم يدل بما يفيد انه سعى تنفيذه في مواجهة المستأنف عليها وامتنعت
وطلب إيقاف نفقتها كما يقضي بذلك الفصل 123 من م ح ش.

حيث أن المستأنف عليها المستأنفة فرعيا لاتنفي بأنها تتقاضى تعويضا عائليا عن الولد يمنح لها شهريا في اسمه من المصلحة التي تشغل المكلف بالإنفاق عليه وهو والده.

حيث أن كانت التعويضات التي تمنح للابن من طرف المصالح الاجتماعية لاتدخل ضمن النفقة التي تجب على الأب لابنائه إلى أن يحدث ما يسقطها عنه شرعا فان ذلك لايمنع من ادخالها في الاعتبار عند تقدير مبلغ النفقة.

حيث لما كانت النفقة وتوابعها تراعي في تقديرها الحالة المادية والوضعية الاجتماعية للطرفين ومستوى الأسعار مع اعتبار التوسط فان المبلغ المحكوم به للزوجة والولد ابتدائيا روعيت فيه هذه العناصر مع الأخذ بعين الاعتبار التعويضات العائلية التي تمنح للولد مما يتعين معه تاييده وتحميل المستأنف صائر استئنافه واعفاء المستأنفة فرعيا من صائر استئنافها .

محكمة الاستئناف بالناظور

رقم: 515 الصادر بتاريخ 06/11/22

رقمه بالمحكمة الابتدائية 05-37

رقمه بمحكمة الاستئناف 05-9-301

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل/ "حيث ركز المستأنف ضمن اسباب استئنائه على كون التعليل الذي اعتمده محكمة الدرجة الأولى في رد طلبه الرامي إلى تذييل حكم أجنبي تعليل ناقص لانه لا يتماشى وما جاءت به مدونة الأسرة من أبعاد قانونية في شروحها الصادرة عن وزارة العدل، ثم إن المال المزعوم قسمته هوعبارة عن ودائع بنكية في اسم الطرفين ولا علاقة له بالمساس بالنظام العام. وحيث ثبت للمحكمة صحة مانعاه المستأنف على الحكم الابتدائي ذلك أن الحكم الأجنبي المطلوب تذييله فضى بانفصام العلاقة الزوجية بين الطرفين اعتمادا على طلب تقدمت به المستأنف عليها وان المستأنف حاليا وافق على الطلب لوجود شقاق مستفحل بين الطرفين وان قسمة المال المشترك بين الطرفين الذي لم يحدد الحكم الأجنبي طبيعة هذا المال ونوعه ومقداره وان قسمة هذا المال عهد بها إلى موثق عينته المحكمة ليقوم بذلك الإجراء داخل اجل ثمانية أيام من تاريخ التوافق على اختيار هذا الموثق، وعليه فان قسمة هذا المال يترتب عنها بالضرورة الرجوع إلى الأصل الذي هو استغلال الذمة المالية للزوجة عن ذمة زوجها المالية.

وحيث انه لما كان الطلاق بين الزوج وقد اثبت رغبته في ذلك حينما التجأ إلى القضاء الأجنبي هو وزوجته لاستصدار حكم في الموضوع وطالب حاليا بتذييل هذا الحكم بالطلاق للشقاق فانه ليس به ما يخالف النظام العام المغربي ((قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد: 333 بتاريخ 2005/06/15 في الملف الشرعي عدد: 2004/1/2/668))

وحيث يتعين تأسيسها على ما ذكر أعلاه إلغاء الحكم المستأنف عينها فضى به والحكم تصديا بتذييل الحكم الأجنبي في شقه المتعلق بالتطبيق".

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس

رقم 32 الصادر بتاريخ 2004/6/9

ملف عدد 03/87

القاعدة

- لا يستفيد ص وض إ من مقتضيات الفصل 686 من م ت لكونه غير حامل
لضمانات أو عقود ائتمان إيجاري ثم شهرها، وإنما مجرد دائن له حق امتياز
لاستخلاص ديونه.
- لا تقبل التصريحات بالديون الإضافية إلا إذا قدمت داخل الأجل القانوني
وإلا تعرضت للسقوط (ف690 م ت).

التعليق

حيث ركز المستأنف أسباب طعنه على أن الدين الذي صرح به داخل الاجل القانوني هو 41760,35 درهم وأنه احتفظ بحقه في الإدلاء بديون لاحقة وتصريحات إضافية عندما تتوفر لديه وأن السنديك رغم ذلك لم يقم بإشعاره بالإدلاء بالتصريحات الإضافية تأسيساً على المواد 686، 688 و693 من م ت.

لكن حيث ما أثاره الطاعن حول مقتضيات المادة 686 من م ت التي تلزم السنديك بإشعار الدائن لا تنطبق عليه لكون الإشعار المنصوص عليه في المادة المذكورة مقرر لفائدة الدائنين الحاملين لضمانات كالرهن الرسمي والرهن على الأصل التجاري أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما وليس لفائدة المستأنف لأنه مجرد دائن يتمتع بحق امتياز لاستخلاص ديونه نظراً لسبب الدين ومن ثم لا يمكن اعتبار ديونه برسم الاشتراكات مع العمال أجرة بالمعنى القانوني لإمكانية استفادته من الإعفاء بالتصريح المنصوص عليه في المادة المذكورة .

وحيث أن المستأنف لم يتقدم بأي تصريح إضافي داخل الأجل القانوني المحدد للتصريح بالديون وقدره شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية وبالتالي فإنه مادام أن الاستئناف يهدف إلى تكملة التصريح الذي تم داخل الأجل القانوني فإنه غير مقبول لتعرضه للسقوط طبقاً للمادة 690 من م ت.

وحت يتعين لما تقدم رد الاستئناف لعدم قيامه على أساس وتأييد الأمر المتخذ لمصادفته

الصواب.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس

رقم 36 ص الصادر بتاريخ 2004/6/16

ملف عدد 03/86 ص

القاعدة

- يمكن للمحكمة أن تقضي بتحويل مسطرة التسوية القضائية إلى مسطرة التصفية القضائية وذلك متى ثبت لها من خلال تقارير السنديك المرفوعة إليها في إطار الفصل 579 من م.ت بان المقاوله المعينه أضححت في مركز مالي ميؤوس منه بصفة لا رجعة فيها.
- إن مناط فتح مسطرة التصفية القضائية هو توفر شرط التوقف عن الدفع بشكل قاطع يبنى عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض معها حقوق دائنيه لخطر محقق.

التعليل

حيث ركزت المستأنفة أوجه طعنها على سبب واحد نعت فيه أن اعتماد السنديك في تقريره على كلمة يوحي إليه للقول بتحويل مسطرة التسوية القضائية إلى مسطرة التصفية القضائية هو امر بعيد كل البعد عن المنطق العلمي الموضوعي وذلك وفق التفصيل الموماً إليه أعلاه.
لكن حيث انه متى ثبت للمحكمة من خلال اطلاعها على التقارير التي أعدها السنديك في إطار إعداد الحل طبقا لمقتضيات المادة 579 من مدونة التجارة أن المقاوله المستأنفة باتت في مركز مالي ميؤوس منه مرتكزا في ذلك على تقييم لوضعيتها المالية والاقتصادية إذ تبين أن موجودات المقاوله تتحدد في 51, 555 762 درهم فيما تصل مديونيتها إلى 16, 4 067 449 درهم وهو ما خلف عجزا إلى حدود 2002/12/31 بمبلغ 65, 3 511 686 درهم وبان ما تعهد به رئيس المقاوله من توفير سيولة بمبلغ 00, 50 000 درهم شهريا لسداد دين الدائن الرئيسي مغرب ليزينك يصطدم بمحدودية قدرة المقاوله على تحقيق الأرباح، وانه لا أثر للآليات التي أعرب رئيس المقاوله بغرفة المشورة على نيته في اقتنائها وان الخلاصة المحاسبية لسنة اشهر الأولى من سنة 2003 أفضت إلى انه وعلى فرض تنفيذ رئيس المقاوله لتعهده لا بتوفير مبلغ 00, 50 000 درهم شهريا فان هامش الربح المحقق لا يتجاوز 00, 33 500 درهم واستخلصت من هذه التقارير أن المقاوله توجد في ضائقة مالية مستحكمة لغياب إمكانيات جديدة لسداد خصومها وتصحيح وضعيتها وان مجرد رغبة رئيس المقاوله في الإبقاء على نشاطها لا تكفي لوحدها لان القيام بإعطاء آجالات أو تخفيضات للديون دون وضع خطة مدروسة بذلك وفي ظل غياب وسائل التنفيذ وكذا

الإمكانات الجديدة والحقيقية للوفاء سيشجع على اندثار أصول المقاوله ويهدد مصالح الدائنين الذين سيباغتون بعدم تحصيل ديونهم في مواعيد استحقاقها الأمر الذي يهدد بشل معاملاتهم ورتبت الحكم على ذلك تحويل مسطرة التسوية القضائية المفتوحة في حق مقاوله مقلع الصخور والرمال إلى مسطرة التصفية القضائية فإنها تكون قد عللت المبدأ الذي استندت عليه في قضائها بما فيه الكفاية لتبريره مما تكون معه الوسيلة على غير أساس.

وحيث انه خلافا لطرورات المستأنفة فان المشرع وضع معيارا عاما ماديا وماليا قصد اختيار الحل الملائم لإخراج المقاوله من صعوبتها أي وجه المحكمة إلى أن تقرر حل الاستمرارية إذا كانت هناك إمكانات جديدة لتسوية وضعها وسداد خصومها إعمالا للمادة 592 من م ت وانه لا دليل بالملف يفيد بشكل قاطع أن هناك إمكانات جديدة لتسوية وضعية المستأنفة وسداد ديونها أو خصومها وان التقويم الشامل لموازنتها ووضعيتها المالية بأصولها وخصومها يفضي إلى أن وضعيتها مختلفة بشكل لا رجعة فيه وهو ما أكده السنديك في مذكرته الجوابية.

وحيث انه ختاماً فانه لما كان مناط فتح مسطرة التصفية القضائية هو توافر شرط التوقف عن الدفع بشكل ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض بها حقوق دائنية لخطر محقق او كبير الاحتمال وكان الدائن الرئيسي للمقاوله شركة مغرب ليزينك قد رفض اقتراح السنديك بتخفيض ديونه بمقدار 50% ومنح المقاوله أجلا لتسديده على مدى سبع سنوات مع حصر سعر الفائدة في 6% لما كان ذلك فانه يتعين رد الاستئناف وتأييد الحكم المتخذ لمصادفته الصواب.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس

رقم 44 الصادر بتاريخ 04/6/30

ملف عدد 04/25

القاعدة

- ليس من حق السنديك أن يثير التقادم بخصوص الشيكات سند الدين من تلقاء نفسه عملا بالمادتين 372 من ق.ل.ع و295 من م.ت .

- طبقا للفصل 381 من ق.ل.ع فان التقادم ينقطع بكل مطالبة قضائية اوغير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ... ومنها الشكاية المقدمة للنيابة العامة بشأن الشيكات سند الدين .

- وفقا للفقرة الثانية من الفصل 693 من م.ت يتعين على الشريك في حالة المنازعة في مبلغ الدين المصرح به أن يخبر الدائن بذلك بمقتضى رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتوصل يبين فيها سبب النزاع، وعند الاقتضاء، مبلغ الدين الذي تم اقتراح تقييده، ويدعو الدائن إلى تقديم شروحا ته .

- حتى يكتسب الدين الأسبقية في سداده طبقا للفصل 575 من م.ت فان الدائن ملزم بإثبات أن دينه نشأ بعد تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية في مواجهة المقاوله المدينة المتوقفة عن الدفع وان تكون هناك ضرورة تستوجب نشوء الدين لمواصلة نشاط المقاوله، وان يكون الدين قد نشأ بصفة قانونية وان المحكمة التجارية أدنت للمقاوله باستمرار نشاطها لمدة معينة عملا بمقتضيات الفصل 620 من م.ت.

التعليل

حيث أقيم الاستئناف على سببين نعت الطاعنة بالأول منه وجوب قبول مبلغ 1050.000 درهم وإدراجه ضمن قائمة الديون المقبولة وبالسبب الثاني اعتبار الدين المحدد في مبلغ 482.657,44 درهم نشأ بعد الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية واعتباره دينا امتيازيا. حقا حيث انه بخصوص السبب الأول فان المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف تبين لها أن المستأنفة تقدمت بتصريح بتاريخ 01/9/3 بمبلغ 1050.000 درهم داخل الأجل القانوني للتصريح بالديون للسنديك معززة دينها بخمس شيكات رجعت بدون مؤونة وكانت موضوع شكاية أمام النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية بمكناس وانه فضلا عن انه ليس من حق السنديك إثارة التقادم من تلقاء نفسه عملا بالمادتين 372 من ق ل ع و295 من م ت فان هذا التقادم قد انقطع بالشكاية المقدمة من طرف الطاعنة للنيابة العامة عملا بالمادة 296 من م

ت الناصة على انه لا تسري آجال التقادم في حالة رفع دعوى لدى القضاء إلا ابتداء من تاريخ آخر مطالبة قضائية وكذا الفصل 381 من ق.ل.ع الذي نص أن التقادم ينقطع بكل مطالبة قضائية أوغير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه ولورفعت أمام قاض غير مختص أوقضى بطلانها لعب في الشكل علما بان الدعوى العمومية تتقادم بخمس سنوات وليس ستة اشهر علاوة على أن السنديك اقر صراحة بعدم الوفاء بهذا الدين مما يمنعه من الدفع بالتقادم الصرفي هذا المبني على قرينة الوفاء .

وحيث انه فوق هذا وذاك فان السنديك لما اقترح مبلغ 400.000 درهم ورفض مبلغ 650.000 درهم فانه لم يخبر الدائنة بذلك بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل تبين سبب النزاع واحتمالا مبلغ الدين الذي تم اقتراح تقييده ويدعوالدائنة إلى تقديم شروحاتها كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من المادة 693 من م ت.

وحيث انه بالنسبة للسبب الثاني الهادف إلى اعتبار الدين المحدد في مبلغ 482657,44 درهم موضوع التصريح المؤرخ في 03/10/3 قد نشأ بعد فتح المسطرة واعتباره ديناً امتيازياً والذي استصدرت فيه المستأنفة امراً بالأداء بتاريخ 2001/10/23 في الملف رقم 01/2/6802 فانه لا يكفي للقول بتمكينها من حق الأسبقية طبقاً للمادة 575 من م.ت ذلك أن الدائن لا يمكن أن يستفيد من ذلك إلا بعد أن يثبت أن دينه نشأ بعد تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المارقة المتوقفة عن الدفع وان يكون هناك ضرورة تستوجب نشوء الدين لمواصلة نشاط المارقة وان يكون الدين قد نشأ بصفة قانونية وهي كلها شروط صعب على القاضي المنتدب التعرف عليها خاصة وان مارقة أنبأشا لم تمارس أي نشاط بعد صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية والذي حول بتاريخ 03/1/18 إلى حكم بالتصفية القضائية في حقها وان الطاعنة لم تدل للمحكمة بما يفيد أن المحكمة التجارية قد أذنت باستمرار نشاطها لمدة محددة عملاً بالمادة 620 من م ت وبذلك فان الأمر المتخذ لما صرح بمعاينة وجود نزاع بخصوص هذا الدين يكون قد أصاب صحيح القانون.

وحيث يتعين إعمالاً لهذا النظر تأييد الأمر المستأنف في مبدئه مع تعديله بقبول دين المستأنفة في حدود مبلغ 1.050.000 درهم .

نصوص قانونية

ظهير شريف رقم 1.58.250 بسن قانون الجنسية المغربية¹ كما تم تعديله بالقانونين
التاليين:

- القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم
1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى الصادر
بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)،
الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذوالقعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228؛
- القانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 3 ربيع الأول
1428 (23 مارس 2007)؛ الجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 (2 أبريل
2007، ص 1116.

1 - الجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 (19 شتنبر 1958)، ص 2190.

الحمد لله وحده

ظهير شريف رقم 1.58.250 بسن قانون الجنسية المغربية

- يعلم من ظهيرنا الشريف هذا أسماء الله وأعز أمره أننا أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

الباب الأول: مقتضيات عامة

الفصل 1: المصادر القانونية بشأن الجنسية

تحدد المقتضيات المتعلقة بالجنسية المغربية بموجب القانون وعند الاقتضاء بمقتضى المعاهدات أو الأوفاق الدولية التي تقع المصادقة عليها ويتم نشرها. إن مقتضيات المعاهدات أو الأوفاق الدولية المصادق عليها والموافق على نشرها ترجح على أحكام القانون الداخلي.

الفصل 2: تطبيق مقتضيات قانون الجنسية في الزمن

تطبق المقتضيات الجديدة بشأن إسناد الجنسية المغربية كجنسية أصلية على الأشخاص المزدادين قبل تاريخ العمل بها فيما إذا كانوا في التاريخ المذكور لم يبلغوا بعد سن الرشد.

غير أن تطبيق هذه المقتضيات لا يمس بصحة العقود المبرمة من طرف المعنيين بالأمر استنادا على القوانين السابقة ولا بصحة الحقوق المكتسبة من طرف الغير استنادا على هذه القوانين نفسها.

ويجري على طرق اكتساب الجنسية المغربية أوفقدها القانون المعمول به في تاريخ حدوث الوقائع أو العقود الناجم عنها الاكتساب أو الفقدان.

الفصل 3¹: الجنسية ومدونة الأسرة

يحدد مجال تطبيق مدونة الأسرة في ارتباطها بموضوع الجنسية وفق ما هو منصوص عليه في المادة الثانية من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)².

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 3 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 3 ربيع الأول 1428 (23 مارس 2007). الجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 (2 أبريل 2007). ص 1116.

2 - تنص المادة 2 من مدونة الأسرة على ما يلي:
" تسري أحكام هذه المدونة على:

1 - جميع المغاربة ولوكانوا حاملين لجنسية أخرى;

2 - اللاجئيين بمن فهم عديموا الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين;

3 - العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا;

الفصل 4: سن الرشد وتقدير الأجال

يعتبر راشدا في مفهوم هذا القانون كل شخص بلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة¹.
تحدد جميع الأجال المنصوص عليها في هذا القانون حسب التقويم الميلادي.

الفصل 5: تعريف عبارة "في المغرب"

يفهم من عبارة "في المغرب" في منطوق هذا القانون مجموع التراب المغربي والمياه الإقليمية المغربية والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية.

الباب الثاني: في الجنسية الأصلية

الفصل 6²: الجنسية المترتبة على النسب أو البنوة

يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية.

الفصل 7³: الجنسية المترتبة على الولادة في المغرب

يعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين.

غير أن الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن مغربيا قط - إذا ثبت خلال قصوره - أن نسبه ينحدر من أجنبي وكان يتمتع بالجنسية التي ينتمي إليها هذا الأجنبي طبق قانونه الوطني.

يعد مجهول الأبوين في المغرب مولودا فيه ما لم يثبت خلاف ذلك.

الفصل 8⁴: مقتضيات مشتركة

لا يؤثر نسب أو بنوة الولد على جنسيته إلا إذا ثبت هذا النسب أو البنوة قبل بلوغه سن الرشد.

=4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية".

(الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذوالحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418).

1- تم تغيير وتتميم الفصل الرابع أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

2- تم تغيير وتتميم الفصل 6 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

- وعملا بالأحكام الانتقالية الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 62.06 السالف الذكر، فإنه: "تطبق المقتضيات الجديدة بشأن إسناد الجنسية المغربية بمقتضى الفصل السادس عن طريق الولادة من أم مغربية على الأشخاص المولودين قبل تاريخ نشر هذا القانون".

3- تم تغيير وتتميم الفصل 7 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

4- تم تغيير وتتميم الفصل 8 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

ويثبت النسب أو البنوة طبقا لأحكام قانون الأحوال الشخصية لأحد الأبوين المعتبر مصدرا للحق في الجنسية.

على أن الولد المغربي الجنسية بموجب الفصلين 6 و7 أعلاه يعد مغربيا منذ ولادته ولو أن توفر الشروط التي يقتضيها القانون لمنح الجنسية المغربية لم يثبت إلا بعد ولادته. غير أن منح الجنسية المغربية منذ الولادة وكذا سحب هذه الصفة بموجب مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل السابع لا يمسان بصحة العقود التي يبرمها المعني بالأمر ولا بالحقوق التي يكتسبها الغير استنادا إلى الجنسية التي كان يتمتع بها سابقا في الظاهر.

الباب الثالث: في اكتساب الجنسية المغربية

القسم الأول: اكتساب الجنسية بحكم القانون

الفصل 9¹

أولا- اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به:

يكتسب الجنسية المغربية كل ولد مولود في المغرب من أبوين أجنبيين مولودين هما أيضا فيه بعد إجراء العمل بظهيرنا الشريف هذا بشرط أن تكون له إقامة اعتيادية ومنتظمة بالمغرب وأن يصرح داخل الستين السابقتين لبلوغه سن الرشد برغبته في اكتساب هذه الجنسية ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقا للفصلين 26 و27 من ظهيرنا الشريف هذا². إن كل شخص مولود في المغرب من أبوين أجنبيين وله إقامة اعتيادية ومنتظمة في المغرب، وكان الأب قد ولد هو أيضا فيه يكتسب الجنسية المغربية بتصريح يعبر فيه عن اختياره لها فيما إذا كان هذا الأب ينتسب إلى بلد تتألف أكثرية سكانه من جماعة لغتها العربية أودينها الإسلام وكان ينتمي إلى تلك الجماعة، وذلك مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقا لمقتضيات الفصلين 26 و27.

1- تم تغيير وتتميم الفصل 9 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

2- عملا بالأحكام الانتقالية الواردة في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 62.06 السالف الذكر، فإن: "...الأشخاص المولودين في المغرب من أبوين أجنبيين مولودين هما أيضا فيه والمشار إليهم في الفقرة الأولى من الفصل التاسع والذين يبلغون ما بين 18 و20 سنة عند تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، يتوفرون على أجل سنة واحدة ابتداء من هذا التاريخ لطلب اكتساب الجنسية المغربية".

ثانيا- اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة:

يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقاً للفصلين 26 و27 من هذا القانون.

غير أنه يمكن للمكفول الذي توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه، والذي لم يتقدم كافلة بتصريح بعد مرور خمس سنوات على الكفالة، أن يقدم بصفة شخصية تصريحاً للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقاً للفصلين المذكورين أعلاه.

الفصل 10¹: اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج

يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتها معاً في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية.

لا يؤثر انتهاء العلاقة الزوجية على التصريح المقدم من طرفها قبل انتهاء تلك العلاقة. يبت وزير العدل في التصريح المقدم إليه داخل أجل سنة من تاريخ إيداعه، ويعتبر عدم البت داخل هذا الأجل بمثابة معارضة.

يسري مفعول اكتساب الجنسية ابتداء من تاريخ إيداع التصريح، غير أن التصرفات القانونية التي سبق للمعنية بالأمر أن أبرمتها طبقاً لقانونها الوطني قبل موافقة وزير العدل تبقى صحيحة.

إن المرأة الأجنبية التي تزوجت من مغربي قبل تاريخ إجراء العمل بهذا القانون يسوغ لها أن تكسب الجنسية المغربية بنفس الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه إذا كان زواجها بالمغربي لم يفسخ ولم ينحل قبل إمضاء التصريح.

القسم الثاني: في اكتساب الجنسية عن طريق التجنيس

الفصل 11²: شروط التجنيس

يجب على الأجنبي الذي يطلب اكتساب الجنسية المغربية عن طريق التجنيس أن يثبت توفره على الشروط المحددة فيما بعد مع مراعاة الأحوال الاستثنائية المنصوص عليها في الفصل الثاني عشر:

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 10 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.
2 - تم تغيير وتتميم الفصل 11 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

أولا - الإقامة الاعتيادية والمنتظمة في المغرب خلال السنوات الخمس السابقة على تقديم طلب التجنيس، مع الإقامة في المغرب إلى حين البت في الطلب؛
ثانيا- بلوغ سن الرشد القانوني حين تقديم الطلب؛
ثالثا - سلامة الجسم والعقل؛
رابعا- الاتصاف بسيرة حسنة وسلوك محمود وغير محكوم عليه بعقوبة من أجل ارتكاب:

- جنائية؛
 - أوجنحة مشينة؛
 - أو أفعال تكون جريمة إرهابية؛
 - أو أفعال مخالفة لقوانين الإقامة المشروعة بالمملكة المغربية؛
 - أو أفعال موجبة لسقوط الأهلية التجارية.
- ما لم يقع في جميع الحالات محو العقوبة عن طريق رد اعتباره؛
- خامسا - معرفة كافية باللغة العربية؛
 - سادسا - التوفر على وسائل كافية للعيش.
- تحدث لجنة للبت في طلبات التجنيس، تحدد الإدارة تكوينها وكيفية عملها¹.

1 - انظر المادتين مرسوم رقم 2.07.975 صادر في 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008) بشأن تكوين وكيفية عمل اللجنة المكلفة بالبت في طلبات التجنيس، الجريدة الرسمية عدد 5681 بتاريخ 11 ذوالقعدة 1429 (10 نوفمبر 2008)، ص 4131.

المادة الأولى

تتكون اللجنة المحدثة طبقا للفصل 11 من قانون الجنسية المغربية رقم 1.58.250 المشار إليه أعلاه، والمكلفة بالبت في طلبات اكتساب الجنسية المغربية عن طريق التجنيس، بالإضافة إلى مدير الشؤون المدنية ممثلا لوزير العدل ورئيسا، من:

- ممثل عن الديوان الملكي؛
- ممثل عن وزير الداخلية؛
- ممثل عن الأمين العام للحكومة؛
- ممثل عن وزير الشؤون الخارجية والتعاون.

المادة الثانية

تجتمع اللجنة المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، بمقر وزارة العدل - مديرية الشؤون المدنية - بدعوة من رئيسها كلما اقتضت المصلحة ذلك.

تكون اجتماعات اللجنة صحيحة بحضور جميع أعضائها، وتصادق على اقتراحاتها بأغلبية أصوات أعضائها. يتولى رئيس قسم الجنسية والحالة المدنية بمديرية الشؤون المدنية دور مقرر اللجنة. يقوم منتدب قضائي من نفس القسم بمهام كتابة اللجنة.

الفصل 12: استثناءات

يجوز - بالرغم عن الشرط المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من الفصل الحادي عشر- تجنيس الأجنبي الذي أصيب بعاهة أو مرض من جراء عمل قام به خدمة للمغرب أولفائده، كما يجوز- بالرغم من الشروط المنصوص عليها في الفقرات 1 و3 و5 و6 من الفصل الحادي عشر تجنيس الأجنبي الذي أدى أو يؤدي للمغرب خدمات استثنائية أوتنجم عن تجنيسه فائدة استثنائية للمغرب.

الفصل 13: وثيقة التجنيس

تمنح الجنسية بمقتضى ظهير في الأحوال المنصوص عليها في الفصل الثاني عشر، أما في جميع الأحوال الأخرى فتمنح بموجب مرسوم يقرره مجلس الوزراء. ويسوغ أن تتضمن وثيقة التجنيس بطلب من الشخص المعني بالأمر تغييرا لاسمه العائلي واسمه الشخصي.

بمجرد تقديم المعني بالأمر وثيقة التجنيس يصح ضابط الحالة المدنية في سجلاته التقييدات المتعلقة بجنسية المتجنس وكذا اسمه العائلي والشخصي إذا اقتضى الحال ذلك.

الفصل 14: سحب وثيقة التجنيس

إذا تبين بعد إمضاء وثيقة التجنيس أن المعني بالأمر لم يكن قد توفرت لديه الشروط التي يتطلبها القانون ليتمكن تجنيسه، فإنه يجوز إلغاء وثيقة التجنيس في غضون سنة تبتدئ من تاريخ نشرها، وذلك بمقرر مدعم بأسباب وبنفس الصيغة التي صدرت بها. إذا أدلى الأجنبي عن قصد بتصريح مزيف أو استظهر بورقة تتضمن ادعاء كاذبا أو مخطئا أو استعمل وسائل تدليسية للحصول على التجنيس، فيجوز إلغاء الوثيقة بنفس الصيغة التي صدرت بها، على أنه يجوز للمعني بالأمر الواجب إعلامه قانونيا أن يدلي بحجج ومذكرات في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من اليوم الذي يطلب منه فيه الإدلاء بذلك. إذا كانت صحة العقود المبرمة قبل نشر مقرر سحب الجنسية متوقفة على حياة للجنسية المغربية فإنه لا يجوز الطعن فيها بدعوى أن المعني بالأمر لم يكتسب الجنسية المغربية.

القسم الثالث: في استرجاع الجنسية المغربية

الفصل 15

يمكن تخويل استرجاع الجنسية المغربية بموجب مرسوم لكل شخص كان متمتعاً بها كجنسية أصلية عندما يطلب ذلك.
تطبق في باب استرجاع الجنسية المقتضيات المقررة في الفصل الرابع عشر من هذا القانون.

القسم الرابع: في آثار اكتساب الجنسية

الفصل 16: الآثار الفردية

إن الشخص الذي يكتسب الجنسية المغربية يتمتع ابتداء من تاريخ اكتسابها بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة المغربية مع الاحتفاظ بالقيود في الأهلية المنصوص عليها في الفصل 17 من هذا القانون أو في قوانين خصوصية.

الفصل 17: القيود في الأهلية المفروضة على المتجنس

يخضع الأجنبي المتجنس طيلة خمس سنوات للقيود في الأهلية الآتية:
أولاً - لا يجوز أن تسند إليه وظيفة عمومية أو نيابة انتخابية يشترط فيمن يقوم بهما التمتع بالجنسية المغربية؛
ثانياً - لا يجوز أن يكون ناخباً إذا كانت الصفة المغربية شرطاً للتسجيل في اللوائح الانتخابية.

على أنه يجوز أن يعفى من هذه القيود كلها أو بعضها بمقتضى ظهير فيما إذا خولت الجنسية بمقتضى ظهير أو بموجب مرسوم يتخذه المجلس الوزاري فيما إذا خولت الجنسية بموجب مرسوم.

الفصل 18¹: الآثار الجماعية

إن الأولاد القاصرين المولودين من الأشخاص الذين يكتسبون الجنسية المغربية بمقتضى الفصل التاسع من هذا القانون يصبحون وإياهم مغاربة في آن واحد.
وإن الأولاد القاصرين الغير المتزوجين المنحدرين من الشخص الذي يسترجع الجنسية المغربية يسترجعون أيضاً أو يكتسبون هذه الجنسية بحكم القانون إذا كانوا مقيمين فعلاً مع الشخص المذكور.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 18 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

ويسوغ أن تمنح وثيقة التجنيس الجنسية المغربية لأبناء الأجنبي المتجنس القاصرين غير المتزوجين، غير أن الأولاد القاصرين الذين منحت لهم الجنسية المغربية وكانوا يبلغون 16 سنة على الأقل في تاريخ تجنيسهم يجوز لهم أن يتخلوا عن الجنسية المغربية ما بين السنة الثامنة عشرة والعشرين من عمرهم.

الباب الرابع: في فقدان الجنسية والتجريد منها

القسم الأول: فقدان الجنسية المغربية

الفصل 19¹: حالات فقدان الجنسية

يفقد الجنسية المغربية:

أولاً- المغربي الراشد الذي اكتسب عن طواعية في الخارج جنسية أجنبية والمأذون له بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية المغربية؛

ثانيا- المغربي - ولو كان قاصرا- الذي له جنسية أجنبية أصلية والمأذون له بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية المغربية؛

ثالثا- المرأة المغربية التي تزوج من رجل أجنبي وتكتسب بحكم زواجها جنسية زوجها والمأذون لها بموجب مرسوم قبل عقد هذا الزواج بالتخلي عن الجنسية المغربية؛

رابعا- المغربي الذي يعلن عن تخليه عن الجنسية المغربية في الحالة المنصوص عليها في الفصل 18 من هذا القانون؛

خامسا- المغربي الذي يؤدي مهمة أو يشغل وظيفة في مصلحة عمومية لدولة أجنبية أو في جيش أجنبي إذا كان شغل هذه المهمة أو الوظيفة يتعارض مع المصلحة الوطنية، ويحتفظ بها أكثر من ستة أشهر بعد ما تنذره الحكومة المغربية للتنازل عنها.

يمكن للمولود من زواج مختلط والذي يعتبر مغربيا بحكم ولادته من أم مغربية أن يعبر بواسطة تصريح يقدم لوزير العدل، عن رغبته في الاحتفاظ فقط بجنسية أحد أبويه شريطة التصريح بذلك ما بين السنة الثامنة عشرة والعشرين من عمره.

ويمكن لأُم المولود من زواج مختلط والذي يعتبر مغربيا بحكم ولادته من أم مغربية وقبل بلوغه سن الرشد، أن تعبر بواسطة تصريح يقدم لوزير العدل عن رغبته في الاحتفاظ ابنها بجنسية أحد أبويه.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 19 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

ويحق للمعني بالأمر أن يعبر عن عدوله عما صرحت به أمه بخصوص الاحتفاظ بجنسية أحد الأبوين بواسطة تصريح يقدم لوزير العدل وذلك ما بين الثامنة عشرة والعشرين من عمره.

ويسري أثر الاحتفاظ المعبر عنه ابتداء من تاريخ التصريح المقدم بكيفية صحيحة من طرف المعني بالأمر أو أمه.

الفصل 20¹: سريان أثر فقدان الجنسية

يسري أثر فقدان الجنسية المغربية ابتداء من:

أولا - تاريخ نشر المرسوم الذي يأذن بالتخلي عن الجنسية المغربية بالنسبة للأشخاص الآتي ذكرهم:

- المغربي الراشد الذي اكتسب عن طوعية جنسية أجنبية في الخارج؛

- المغربي - ولو كان قاصرا - الذي له جنسية أجنبية أصلية؛

- المغربي الذي يؤدي مهمة أويشغل وظيفة في مصلحة عمومية لدولة أجنبية أوفي جيش أجنبي إذا كان شغل هذه المهمة أوالوظيفة يتعارض مع المصلحة الوطنية، ويحتفظ بها أكثر من ستة أشهر بعدما تنذره الحكومة المغربية للتنازل عنها.

ولا يجوز إصدار مرسوم فقدان الجنسية بالنسبة للشخص الذي يؤدي مهمة أويشغل وظيفة في مصلحة عمومية لدولة أجنبية أوفي جيش أجنبي، إلا بعد مرور ستة أشهر على الإنذار الموجه إليه من طرف الحكومة بالتخلي عنها، وبشرط أن يسمح له بتقديم ملاحظاته في هذا الشأن.

ويلغى هذا المرسوم فيما إذا ثبت أنه كان يستحيل على المعني بالأمر التخلي عن مهمته أوعن وظيفته في الخارج داخل الأجل المحدد؛

ثانيا- تاريخ عقد الزواج بالنسبة للمرأة المغربية التي اكتسبت جنسية زوجها الأجنبي بحكم الزواج؛

ثالثا- تاريخ التصريح المقدم بكيفية صحيحة من طرف المعني بالأمر والموجه إلى وزير العدل بالنسبة للشخص الذي اكتسب الجنسية المغربية إلى جانب أحد أبويه بمقتضى نفس وثيقة التجنيس وكان يبلغ على الأقل 16 سنة من عمره أثناء تجنيسه.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 20 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06. سالف الذكر.

الفصل 21: الأثر الجماعي لفقدان الجنسية

إن فقدان الجنسية المغربية في الأحوال المنصوص عليها في المقطعات 1 و 2 و 4 من الفصل 19 يمتد أثره بحكم القانون إلى أولاد المعني بالأمر القاصرين الغير المتزوجين إذا كانوا يسكنون معه فعلا.

أما في الحالة المنصوص عليها في المقطع 5 من الفصل 19 فإنه لا يمتد أثر فقدان الجنسية إلى الأولاد إلا إذا نص على ذلك صراحة في المرسوم.

القسم الثاني: التجريد من الجنسية

الفصل 22¹: حالات التجريد من الجنسية

كل شخص اكتسب الجنسية المغربية يمكن أن يجرد منها:

أولا - إذا صدر عليه حكم من أجل:

- اعتداء أو إهانة نحو الملك أو أعضاء الأسرة المالكة؛

- أو عمل يعد جنائية أو جنحة تمس بسلامة الدولة الداخلية أو الخارجية؛

- أو فعل يكون جريمة إرهابية؛

- أو عمل يعد جنائية ترتبت عنها عقوبة تزيد على خمس سنوات سجنا.

ثانيا- إذا تهرب من القيام بواجباته العسكرية؛

ثالثا- إذا قام لفائدة دولة أجنبية بأفعال تتنافى مع صفته المغربية أو تمس بمصالح

المغرب.

لا يتم التجريد من الجنسية المغربية من أجل المؤاخذة بأحد الأفعال المذكورة أعلاه، إلا

إذا وقع القيام به داخل أجل عشر سنوات من تاريخ اكتساب هذه الجنسية.

ولا يمكن أن يعلن التجريد من الجنسية إلا داخل أجل خمس سنوات من تاريخ صدور

الحكم.

الفصل 23: مسطرة التجريد من الجنسية

إذا كانت الجنسية المغربية قد خولت بمقتضى ظهير شريف فإن التجريد منها يتم كذلك

بمقتضى ظهير.

أما في جميع الأحوال الأخرى فيعلن عن التجريد بموجب مرسوم يتخذه المجلس

الوزاري.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 22 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06. سالف الذكر.

ولا يجوز صدور الأمر بالتجريد من الجنسية إلا بعد اطلاع المعني بالأمر على الإجراء المتبني اتخاذ ضده وإعطائه الفرصة ليقدم ملاحظاته.

الفصل 24: الأثر الجماعي للتجريد من الجنسية

يمكن تمديد التجريد من الجنسية المغربية إلى زوجة الشخص المعني بالأمر وأولاده القاصرين على شرط أن يكون هؤلاء من أصل أجنبي ومحتفظين بالجنسية الأجنبية. غير أنه لا يجوز تمديد أثر التجريد إلى الأبناء القاصرين الغير المتزوجين إذا لم يكن شاملا الأم أيضا.

الباب الخامس: في الإجراءات الإدارية

الفصل 25: إيداع الطلبات والتصريحات

إن الطلبات والتصريحات المقدمة لاكتساب الجنسية المغربية أو لفقدانها أو لتنازل عنها وكذا استرجاعها ترفع إلى وزير العدل مصحوبة بالشهادات والوثائق والمستندات التي من شأنها: (أ) أن تثبت أن الطلب متوفر على الشروط القانونية المطلوبة. (ب) أن تسمح بالبت فيما إذا كان للمنحة المطلوبة مبرر من الوجهة الوطنية. وإذا كان صاحب الطلب أو التصريح قاطنا في الخارج فيمكنه أن يوجه الطلب إلى ممثلي المغرب الدبلوماسيين أو القنصليين.

ويعتبر تاريخا للطلبات والتصريحات اليوم المبين في التوصل المسلم من طرف السلطة المختصة لقبولها أو المذكور المضمن في الإشعار بالوصول البريدي.

الفصل 26: عدم القبول - الرفض والتعرض

إذا كان الطلب أو التصريح غير مستوف للشروط القانونية فإن وزير العدل يعلن عن عدم قبوله للطلب أو التصريح بموجب مقرر مدعم بأسباب يبلغ للشخص المعني بالأمر. وإذا كانت الشروط القانونية متوفرة فإن وزير العدل يمكنه بموجب مقرر يبلغ للمعني بالأمر أن يرفض الطلب أو يتعرض على التصريح في الأحوال التي يعترف فيها للوزير المذكور بالحق في ذلك.

الفصل 27¹: أجل البت في التصريح

يبت وزير العدل في التصريحات المقدمة إليه داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ ثبوت التصريح ويعد عدم البت داخل الأجل بمثابة معارضة.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 27 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06. سالف الذكر.

الفصل 28: الطعن في صحة التصريح

يجوز للنيابة العامة وألكل شخص يهمة الأمر أن يطعن لدى المحكمة الابتدائية في صحة تصريح سبق أن وقعت الموافقة عليه بصورة صريحة أو ضمنية، وفي حالة الطعن يجب تدخل النيابة العامة بالأمر.

وحق الادعاء بالطعن في صحة تصريح ما يتقادم بمرور خمس سنوات ابتداء من يوم ثبوت تاريخ التصريح.

الفصل 29: الإشهار

تنشر في الجريدة الرسمية الظهائر والمراسيم المتخذة بشأن الجنسية وتكون نافذة المفعول بالنسبة للمعني بالأمر والغير ابتداء من تاريخ نشرها.

الباب السادس: في إثبات الجنسية والإجراءات القضائية

القسم الأول: إثبات الجنسية

الفصل 30¹: عبء إثبات الجنسية

يقع عبء الإثبات في قضايا الجنسية لدى المحاكم الابتدائية على كل شخص يدعي الجنسية المغربية لنفسه أو لغيره أو ينكرها كذلك بدعوى أصلية أو عن طريق الدفع.

الفصل 31: إثبات الجنسية الأصلية

إذا ادعى شخص الجنسية المغربية كجنسية أصلية يمكنه أن يثبتها بجميع الوسائل ولا سيما عن طريقة الحالة الظاهرة.

تنجم الحالة الظاهرة للمواطن المغربي عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس تثبت أن الشخص المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل حتى من طرف الأفراد.

الفصل 32: إثبات الجنسية المكتسبة

إذا كانت الجنسية المغربية مكتسبة بمقتضى ظهير شريف أو بموجب مرسوم يجب إثباتها باستظهار نظير منه أو نسخة من الظهير الشريف والمرسوم يسلمها وزير العدل.

وفي حالة ما إذا كانت مكتسبة بمقتضى معاهدة فيجب أن يتم الإثبات طبقاً لهذه المعاهدة.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 30 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

الفصل 33: شهادة الجنسية

تثبت الجنسية المغربية بالإدلاء بشهادة الجنسية المغربية يسلمها وزير العدل وألسلطات القضائية أو الإدارية التي يعينها الوزير لهذا الغرض.

الفصل 34: إثبات فقدان الجنسية والتجريد منها

يثبت فقدان الجنسية المغربية في الحالات المنصوص عليها في المقطعات 1 و 2 و 3 و 5 من الفصل 19 بالإدلاء بالوثيقة المتضمنة للفقدان أو بنسخة رسمية منها.

وإذا نتج فقدان الجنسية المغربية عن التصريح بالتخلي عنها المنصوص عليه في الفصل 18 أعلاه فإن إثبات فقدان يتم بالإدلاء بشهادة من وزير العدل تثبت أن التصريح بالتخلي قد وقع بصورة قانونية.

وأما التجريد من الجنسية المغربية فإنه يثبت بالإدلاء بالوثيقة التي أعلنت عنه أو بنسخة رسمية منها.

الفصل 35: الإثبات القضائي

إن إثبات تمتع شخص بالجنسية المغربية أو عدم تمتعه بها يمكن في أي حالة من الأحوال أن يتم بالإدلاء بنسخة من المقرر القضائي الذي بت في المسألة نهائيا باعتبارها دعوى أصلية.

القسم الثاني: المنازعات القضائية بشأن الجنسية

الفصل 36¹: الاختصاص

تختص المحاكم الابتدائية المؤسسة بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 الصادر بتاريخ 24 من جمادى الآخرة 1394 (15 يوليو 1974) المتعلق بالتنظيم القضائي، كما وقع تغييره وتتميمه²، بالنظر في المنازعات حول الجنسية.

تبت محكمة النقض³ والمحاكم الإدارية بمقتضى القانون رقم 41.90 المتعلق بالمحاكم الإدارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)⁴ كل في مجال اختصاصه في دعاوى إلغاء المقررات الإدارية المتعلقة بالجنسية¹.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 36 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

21 - الجريدة الرسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 (17 يوليو 1974)، ص 2027، كما تم تغييره وتتميمه.

3 - حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" بمقتضى مادة فريدة من القانون 11.58 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذوالقعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.

4 - الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص 2168، كما تم تغييره وتتميمه.

وإذا ما اقتضى البت في نزاع قضائي تأويل مقتضيات دولية تتعلق بجنسية يجب على النيابة العامة بناء على طلب المحكمة المرفوعة إليها الدعوى أن تطلب ذلك التأويل من وزير الشؤون الخارجية. وإن التأويل الذي يقول به الوزير المذكور يتعين على المحاكم أن تعمل به، وينشر في الجريدة الرسمية.

الفصل 37: في الدفع بمسألة الجنسية قبل البت في نزاع قضائي

إن الدفع بدعوى الجنسية هو من أحكام النظام العام وكل دفع من هذا النوع يقع أمام محكمة غير المحاكم المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 36 أعلاه يعتبر مسألة فرعية أولية تلزم القاضي بإرجاء البت إلى أن يقع فصل المسألة بمقتضى المسطرة المنصوص عليها في الفصل 38 وما يليه إلى الفصل 42 الآتي فيما بعد. وفي الدعاوى التي تعرض على المحاكم الجنائية العادية لا يمكن الدفع بدعوى الجنسية إلا لدى قاضي التحقيق.

الفصل 38²: الاختصاص المحلي

إن الدعوى التي ترمي إلى الاعتراف بالجنسية لشخص أو إنكارها عليه تقام لدى المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها محل سكناه.

وإذا لم يكن له محل السكنى في المغرب فترفع الدعوى لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

الفصل 39³: الدعوى الرئيسية

كل شخص يدعي تمتعه بالجنسية المغربية أو ينفيها عنه له الحق في تقديم دعوى. تقام الدعوى في مواجهة النيابة العامة التي لها وحدها الصفة في الرد، وذلك بصرف النظر عما للأغيار من حق التدخل في هذه الدعوى.

1 - قارن مع المادة 5 من القانون رقم 80.03 المحدثه بموجب محاكم استئناف إدارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07 بتاريخ 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، الجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 محرم 1427 (23 فبراير 2006)، ص 490، كما تم تغييره وتتميمه.

المادة 5: تختص محاكم الاستئناف الإدارية بالنظر في استئناف أحكام المحاكم الإدارية وأوامر رؤسائها ما عدا إذا كانت هناك مقتضيات قانونية مخالفة.

2 - تم تغيير وتتميم الفصل 38 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

3 - تم تغيير وتتميم الفصل 39 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06، سالف الذكر.

وللنيابة العامة وحدها الحق في أن تقيم على أي شخص كان دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها إثبات تمتع المدعى عليه بالجنسية المغربية أو عدم تمتعه بها، كما أنها ملزمة بإقامة الدعوى فيما إذا طلبت منها ذلك إحدى الإدارات العمومية.

الفصل 40¹: الدعوى بموجب الإحالة

تتولى المحاكم الابتدائية النظر في دعوى الجنسية بموجب الإحالة إما بطلب من النيابة العامة وإما من أحد طرفي الدعوى وفقا للشروط الآتية فيما بعد:

تلزم النيابة العامة بإقامة الدعوى فيما إذا طلبت منها ذلك المحكمة التي أجلت البت في القضية المعروضة عليها طبقا للحالة المنصوص عليها في الفصل السابع والثلاثين.

ويجوز للطرف المعني أن يقيم دعوى فيما إذا تقدم بالدفع بدعوى الجنسية أمام المحكمة المعروضة عليها القضية الأصلية ونتج عن ذلك الدفع إرجاء البت في القضية الأصلية.

وفي كلتا الحالتين تحدد المحكمة التي أرجأت البت في القضية الأصلية للنيابة العامة أو للطرف المعني أجلا أقصاه شهر واحد لتقديم الدعوى اللازمة بشأن الدفع المذكور.

وإذا انصرم أجل الشهر المحدد دون تقديم النيابة العامة أو الطرف المعني للدعوى المأمور بإقامتها، تصرف المحكمة المعروضة عليها الدعوى الأصلية النظر عنها - وتبت في مسألة الجنسية إلى جانب الدعوى الأصلية.

ويجب على الطرف الذي ينازع في الجنسية أن يقيم دعواه في آن واحد ضد الشخص المنازع في جنسيته وضد النيابة العامة.

الفصل 41²: الدعوى الاعتراضية

إذا أثبتت مسألة الجنسية بصورة اعتراضية بين أفراد خصوصيين أمام المحكمة المعروضة عليها القضية يجب دائما تدخل النيابة العامة في الدعوى وتقديم مستنتاجاتها الكتابية.

الفصل 42³: المسطرة

يجري التحقيق في المنازعات بشأن الجنسية ويصدر الحكم فيها وفقا لقواعد المسطرة العادية.

1 - تم تغيير وتتميم الفصل 40 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06. سالف الذكر.

2 - تم تغيير وتتميم الفصل 41 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06. سالف الذكر.

3 - تم تغيير وتتميم الفصل 42 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06. سالف الذكر.

وإذا كان الطلب صادرا عن فرد خصوصي فيبلغ في نظيرين إلى النيابة العامة التي يتحتم عليها أن توجه أحد النظيرين إلى وزارة العدل. ويتعين على النيابة العامة أن تدلي بمستنتاجاتها داخل أجل ثلاثة أشهر، وبعد إيداع المستنتجات أو عند انصرام أجل الثلاثة أشهر يقع البت في القضية اعتمادا على الوثائق المقدمة من طرف المدعي.

الفصل 43: قوة الشيء المقضي به

إن جميع الأحكام النهائية التي تصدر في قضايا الجنسية ضمن الشروط المقررة في الفصل 36 وما يليه إلى الفصل 40 تتمتع بالنسبة إلى الجميع بقوة الشيء المقضي به. إن الاعتراف بالجنسية المغربية للشخص المعني بالأمر أو إنكارها عليه لا يجوز أن يكون موضوع مناقشة قضائية أخرى مع مراعاة حالات الرجوع عن الأحكام¹ المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

الباب السابع: مقتضيات انتقالية استثنائية وتطبيقية

الفصل 44: إجراءات انتقالية

يحق للأشخاص المزدادين قبل تاريخ نشر هذا القانون والمخولة إليهم الجنسية المغربية بمقتضى أحكام فصله السابع أن يتنازلوا عن هذه الجنسية بواسطة تصريح يدلون به إلى وزارة العدل داخل أجل غايته سنة واحدة تبتدئ من تاريخ العمل بهذا القانون مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقا لأحكام الفصلين 26 و27 أعلاه. يمنح الأشخاص المشار إليهم في المقطع الأول من الفصل 9 وبالبالغين من العمر أكثر من عشرين سنة عند ابتداء العمل بهذا القانون أجل غايته سنة واحدة تبتدئ من التاريخ المذكور ليطلبوا باكتساب الجنسية المغربية.

الفصل 45: مقتضيات استثنائية

إن كل شخص أصله من بلاد يتألف سكانها من جماعة لغتها العربية أو دينها الإسلام وينتسب إلى تلك الجماعة، يخول له هذا القانون مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقا لأحكام الفصلين 26 و27 أعلاه أن يصرح داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون باختياره الجنسية المغربية إذا كانت تتوفر فيه الشروط الآتية:

1 - تقابل عبارة " حالات الرجوع عن الأحكام " عبارة " les cas de rétractation " الواردة في النص الفرنسي، والتي يقصد بها إعادة النظر التي تنظمها الفصول من 402 إلى 410 من قانون المسطرة المدنية.

أ) أن يكون محل سكنه وإقامته في المغرب في تاريخ نشر هذا القانون.

ب) أن يثبت زيادة على ذلك:

- إما السكنى في المغرب بكيفية اعتيادية منذ خمس عشرة سنة على الأقل.
- وإما ممارسة وظيفة عمومية في الإدارة المغربية مدة عشر سنوات على الأقل.
- وإما الزواج من امرأة مغربية مع السكنى في المغرب منذ سنة على الأقل بشرط أن يكون ذلك الزواج غير منحل.

على أن الجنسية المغربية التي يكتسبها صاحب التصريح بمقتضى أحكام هذا الفصل يمتد أثرها تلقائيا إلى أبنائه القاصرين غير المتزوجين، وكذا إلى الزوجة فيما إذا لم تكن هذه الأخيرة متمتعة بالجنسية المذكورة.

إن كل شخص أصله من منطقة مجاورة للحدود المغربية جعل محل سكنه وإقامته فوق التراب المغربي يجوز له- مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقا لأحكام الفصلين 26 و27- أن يصرح باختياره الجنسية المغربية داخل أجل سنة واحدة تبتدئ من تاريخ نشر المرسوم الذي تعين بموجبه المناطق المجاورة للحدود المغربية.

الفصل 46

يعمل بهذا القانون¹ ابتداء من اليوم الأول من الشهر التالي لنشره في الجريدة الرسمية والسلام.

وحرر بالرباط في 21 صفر الخير عام 1378 موافق 6 شتنبر 1958

وسجل برئاسة الوزارة بتاريخه

الإمضاء: أحمد بلا فريج

1 - تجدر الإشارة إلى أن قانون الجنسية لم يبلغ صراحة الظهير الشريف الصادر في 7 ربيع الأول 1340 (8 نونبر 1921) بشأن الجنسية المغربية، والذي تم إلغاؤه بموجب فصل فريد من الظهير الشريف رقم 1.58.315 (الجريدة الرسمية عدد 2408 بتاريخ 8 جمادى الثانية 1378 (19 دجنبر 1958)، ص 3055).

