



## مجلة الملحق القضائي

- الاجتهاد القضائي والأمن القانوني
- قانون قضاء القرب: المستجدات والإشكالات
- المحاماة والعوالة
- طلبات إيقاف التنفيذ بين قضاء الموضوع والقضاء الإداري
- الاستعجالي: المنازعات الجبائية كنموذج
- البيع بالمزاد العلني وإجراءات التنفيذ الجبري (مسطرة الإنذار العقاري)
- برامج مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب ومسألة الإدماج الاجتماعي للأحداث الجانحين
- آثار ازدواجية مرجعية مدونة الأسرة على مبدأ المساواة بين الزوجين
- التقييد الاحتياطي ودوره في التخفيف من الحجية المطلقة لتقييد الغير حسن النية في ضوء مستجدات القانون رقم 70.41
- تأملات في التقييد العكسي للأوراق التجارية خلال مرحلة تشغيل الحساب بالاطلاع في ضوء العمل القضائي
- إحصائيات حول الفوج 39 والفوج 40 للملحقين القضائيين
- مواضيع مباراة الملحقين القضائيين - الفوج (40)

## الاجتهاد القضائي والأمن القانوني

الدكتور عبد الرحمان اللمتوني

قاض ملحق بوزارة العدل والحريات

مديرية الشؤون الجنائية والعفو

ينقسم تعريف الاجتهاد القضائي في علم القانون إلى مجموعتين، مجموعة تربط الاجتهاد القضائي بوظيفة السلطة القضائية وتجعله يشمل جميع الأحكام والقرارات الصادرة عن الهيئات ذات الطبيعة القضائية، فتعرف الاجتهاد القضائي بأنه هو: "مجموع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم"<sup>1</sup>، أو هو: "مجموع الحلول التي تستتبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"<sup>2</sup> "وفق إجراءات متبعة على وجه الإلزام"<sup>3</sup>، سواء في مادة أو فرع من فروع القانون، فيقال مثلا الاجتهاد القضائي العقاري، أو في القانون عموما، فيقال الاجتهاد القضائي دون تخصيص<sup>4</sup>.

1 - A. de Theu, I. Kovalovszky et N. Bernard : «Précis de méthodologie juridique, les sources documentaires du droit», publications des facultés universitaires, Saint-louis, Bruxelles, 2000, p : 33.

2 - راجع موسى عبود: "الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي"، مجلة المحاماة عدد 3 سنة 1969. ص: 16.

3 - راجع عصمت عبد المجيد بكر: "من مشكلات تفسير القانون، التفسير في حالة فقدان النص"، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد 31، سنة 2005، ص 107.

4 - F. Terré : «Introduction générale au droit», Dalloz, Paris, 2006, p : 237.

وبالمقابل تركز المجموعة الثانية في تعريفها للاجتهاد القضائي على العملية الذهنية والإبداعية التي يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة، فتعرف الاجتهاد القضائي بأنه: "مجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية"<sup>5</sup>، أو بشكل أكثر تفصيلا: الاجتهاد القضائي هو: "الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته"<sup>6</sup>.

هذا، وإذا كان استقرار الاجتهاد القضائي قد أصبح مطلباً حقوقياً بالنظر إلى ما يكفله من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحو يرسخ الأمن القانوني، فإن عنصر الاستقرار والتكرار مدة من الزمن ليس شرطاً لنشأة الاجتهاد القضائي، فقد يصدر قراراً فريداً يتضمن حلاً قانونياً مستجداً وحاسماً بخصوص مشكلة قانونية معينة، ويوصف مع ذلك بكونه اجتهاداً قضائياً<sup>7</sup>.

5 - G.D. Geneviève : «Institutions judiciaires et juridictionnelles», P.U.F, Paris, 1987, p : 45.

6 - بوبشير محند أمقران: "تحول الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، مجلة المحاماة، تصدرها هيئة المحامين بمنطقة تيزي وزو الجزائر، العدد2، سنة 2004، ص:53.

- غوتي بن ملحمة: "أفكار حول الاجتهاد القضائي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، الجزء 35، رقم 3، سنة 1997، ص: 619.

7 - P. Malinvaud: "Introduction à l'étude du droit- cadre juridique des relations économiques", Litec, Paris, p:47 et s.

ومثال ذلك في المغرب قرار المجلس الأعلى عدد 2248 الذي فصل في مسألة اختصاص المحاكم التجارية بقضايا الكراء التجاري، وحسم الخلاف الذي كان قائماً في الموضوع، على نحو جعل مختلف محاكم الموضوع تتبعه وتستشهد به في أحكامها وقراراتها، ولم تنتظر استقرار المجلس الأعلى على هذا الحل الاجتهادي في قرارات أخرى.

وبغض النظر عن المعنى الذي قد يعطيه كل فريق للاجتهاد القضائي، فإن القضاء اليوم يجد نفسه أمام مفاهيم حقوقية من قبيل الأمن القانوني والحق في المعلومة والإدارة الذكية للقضايا وغيرها من المفاهيم الجديدة التي تفرض على القضاء إعادة النظر في طريقة اشتغاله ومناهج تفسيره للقاعدة القانونية، بما يكفل تحقيق الأمن القضائي وتمكين المتقاضين من الحق في المعلومة، وعلى رأسها المعلومة القضائية التي تتطوي في شق مهم منها على العلم المسبق للمتقاضين بالكيفية التي تتعامل بها المحكمة مع القاعدة القانونية والتفسير الذي تعطيه لهذه الأخيرة، وهو ما سنعمل على دراسته، من خلال ضبط مفهوم الأمن القانوني (أولاً) وتحليل سبل مساهمة القضاء في تطوير القاعدة القانونية دون إهدار مبدأ الأمن القانوني (ثانياً).

## أولاً : أساس مبدأ الأمن القانوني

يعالج مبدأ الأمن القانوني من عدة زوايا، غير أن معظم الفقه ركز في دراسته للمبدأ على الأساس الذي يستند إليه في ظل نظرية القانون (أ)، وإن كان الرأي الغالب يعتبر فكرة الثقة في القانون هي الأساس الحقيقي لمبدأ الأمن القانوني (ب).

### أ- أساس مبدأ الأمن القانوني في القانون المغربي والمقارن :

يعتبر مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ القانونية التي تثار بمناسبة دراسة فكرة القانون، خاصة في شقها المتعلق باستقرار القاعدة القانونية، وتأثير التعديلات التشريعية المستمرة وتضارب الاجتهاد القضائي على الثقة في القانون، فمبدأ الأمن القانوني يعرف من طرف الفقه الفرنسي منذ أزيد من قرن، غير أن درجة الاهتمام به عرفت مراحل مد وجزر بحسب ظروف وتطورات نظرية القانون، لتزداد درجة الاهتمام بالمبدأ في الوقت الراهن بالنظر إلى تنامي الدور الاقتصادي والتنموي للقاعدة القانونية، بحيث أصبح من المعتاد توجيه النقد للأنظمة القانونية والقضائية على أساس تضخم النصوص القانونية، أو عدم استقرار القوانين نتيجة تغييرها المتكرر، أو المساس باستقرار المعاملات نتيجة توسيع مجال المراقبة القضائية في مادة التعاقد، أو التراجع عن اجتهاد قضائي مستقر وتبني اجتهاد جديد بأثر رجعي في الزمان<sup>8</sup>، وغيرها من النواقص التي تقضي كلها إلى انعدام الأمن القانوني (L'Insécurité Juridique).

وبالرجوع إلى النظام القانوني والدستوري المغربي قبل دستور سنة 2011، نجد أنه لا يتضمن أية إشارة صريحة لمبدأ الأمن القانوني، وإن

8 - راجع : عبد المجيد غميحة: "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي" مجلة الملحق القضائي العدد: 42، ماي 2009. ص: 3 و 13.

كان قد تطرق إلى مجموعة من المفاهيم التي تساهم في تحقيقه<sup>9</sup>، خاصة عندما نص على مبدأ عدم رجعية القوانين في الفصل 4 من دستور سنة 1996 والفصل 4 من القانون الجنائي، وعندما نص على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، أو عندما أرسى رقابة محكمة النقض على احترام وحسن تطبيق القانون بموجب الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية.

أما دستور سنة 2011 فإنه لم ينص صراحة على مبدأ الامن القانوني ولكنه جعل حماية الأمن القانوني من بين المهام الملقاة على عاتق القاضي بموجب الفصل 117 من الدستور إلى جانب تطبيق القانون وحماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم.

وبالمقابل يحظى مبدأ الأمن القانوني باعتراف مجموعة من الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة، بحيث يعتبر مبدأ مستقلاً في القانون الدستوري الألماني بعد أن أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية دستوريته منذ سنة 1961، كما يعتبر مبدأ الأمن القانوني من المبادئ الدستورية في البرتغال وفقاً لرأي الفقه والاجتهاد الدستوري، الذي يعتبر أن دستورية المبدأ تنبع من كونه مرتبطاً بفكرة دولة القانون الديمقراطية، في حين أسسته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 1962/04/06 على فكرة الثقة المشروعة، كما اعترفت به المحكمة

9 - وهذا هو نفس الموقف المسجل في عدة دساتير مقارنة ومنها الدستور اللبناني وفق ما أكده المجلس الدستوري اللبناني، والذي يعبر عن مبدأ الأمن القانوني بمبدأ استقرار التشريع. حيث قضى بأن: "مبدأ استقرار التشريع ليس بحد ذاته مبدأ دستورياً... ولا يسع المجلس أن يضيف هذه الصفة على المبدأ المذكور في ظل أحكام دستورية صريحة...". قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم 2001/4 بتاريخ 29 أيلول 2001، تعليق دريد بشرأوي، منشور بمجلة الشرق الأدنى، دراسات في القانون، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت، ص: 78.

الأوروبية لحقوق الإنسان منذ سنة 1981 من خلال التأكيد على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني<sup>10</sup>.

وفي النظام القانوني الفرنسي الذي شكل دائما المرجع التاريخي للقانون المغربي، فإن مبدأ الأمن القانوني غائب عن نصوص التشريع والدستور الفرنسيين، كما أن المجلس الدستوري الفرنسي يرفض الاعتراف صراحة بدستورية هذا المبدأ، وإن كان البعض يرى أن المجلس الدستوري الفرنسي ورغم عدم تعبيره صراحة على دستورية مبدأ الأمن القانوني، فإنه يحمي هذا المبدأ من خلال مسألة عدم رجعية القانون، ومسألة الحرص على جودة التشريع، التي تنبني على ضرورة وضوح القاعدة القانونية وإفراغها في شكل قواعد معيارية (la normativité de loi)، حيث اعتبر هذا الفقه أن حماية المجلس الدستوري لمبدأ عدم رجعية القانون ولضرورة وضوح القاعدة القانونية لتسهيل علم المخاطبين بها، وما ينطوي عليه ذلك من حماية للحقوق، ولاسيما حرية التعاقد، انتهى بالمجلس الدستوري الفرنسي إلى إحداث نظام لحماية مبدأ الأمن القانوني<sup>11</sup>.

تتضح وجهة النظر هذه بشكل جيد من خلال مجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي، والتي تؤكد من جهة أن المجلس المذكور لا يعترف صراحة بمبدأ الأمن القانوني كمبدأ دستوري، وتكرس من جهة أخرى مجموعة من المبادئ والقواعد التي تسعف في تحديد معالم مبدأ الأمن القانوني من ذلك الأثر الرجعي للقوانين<sup>12</sup> ومنع المساس بحرية

10 - راجع: عبد المجيد غميحة مقالة السابق، ص: 5 و 6 و 12.

11 - Olivier Dutheillet de lamothé: "La Sécurité Juridique, le point de vue de Juge constitutionnel", [http:// www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), consulté : le 24/12/2009.

12 - Décision n°: 98-404, 18 Decembre1998. Cité par olivier D de lamothé, op cit.

التعاقد إلا للمصلحة العامة الملموسة<sup>13</sup>، ومنع المساس باستقرار الأوضاع والحقوق المكتسبة دون تقديم ضمانات موازية<sup>14</sup>، والتأكيد على ضرورة وضوح القاعدة القانونية<sup>15</sup>، وورودها في شكل قواعد معيارية<sup>16</sup>.

ويفسر أحد الباحثين<sup>17</sup> هذا المسلك الذي سلكه المجلس الدستوري الفرنسي، بالخوف من أن يؤدي الاعتراف الصريح بدستورية مبدأ الأمن القانوني إلى فهم خاطئ لهذه الدستورية، بحيث قد ينظر إلى ذلك بأنه يعني أن الحقوق والوضعيات المكتسبة بموجب نصوص التشريع هي وضعيات وحقوق نهائية، ولا يملك المشرع حق إدخال تعديلات تشريعية تمس بها، ومع ذلك يرى هذا الباحث أن مبدأ الأمن القانوني يتمظهر في النظام الفرنسي من خلال الفصلين 2 و 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، اللذين ينصان على التوالي على مبدأ الأمن بمفهومه العام أي الأمان (sûreté)، وعلى حماية الحقوق (garantie des droits)<sup>18</sup>، وهما

13 - Décision n°: 99-416, 26 Juillet 1999. Cité par olivier D de lamothe, op cit.

14 - Décision n°: 84-165, 20 Janvier1981.

حيث قضى هذا القرار بإلغاء تشريع يمس استقلال أساتذة التعليم العالي الذي يعتبر مبدأ دستوريا في النظام الدستوري الفرنسي، وقد برر المجلس الدستوري قراره بأن الاستقلالية التي يتمتع بها أساتذة التعليم العالي حقا مكتسبا لا يمكن إلغاؤه بنص تشريعي دون تقديم ضمانات مماثلة راجع:

- François Luchaire: "la Sécurité Juridique en droit constitutionnel français".

<http://w.w.w.conseil-constitutionnel.fr>, consulté le : 24/12/2009

15 - Décision n°2000-435, 7 Décembre 2000. Cité par olivier. D. de hamothe, op cit.

16 - Décision n°2002-460, 22 Aout2002. op cit.

حيث استقر اجتهاد المجلس الدستوري على إلغاء كل تشريع لا يرد في شكل قواعد قانونية معيارية، ومن ذلك التقارير التي تلتحق بنصوص التشريع.

17 - François Luchaire, op cit.

18 - Olivier. D. de lamothe op cit. – Francoisluchaire, op cit.



مسألتان من صميم الأمن القانوني ولهما قيمة دستورية باعتبار أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 تم إدماجه في ديباجة الدستور، والمجلس الدستوري أعطى قيمة دستورية لهذه الديباجة<sup>19</sup>.

### ب- الثقة في القانون أساس مبدأ الأمن القانوني:

يشكل مبدأ الأمن القانوني في الوقت الراهن العمود الفقري للقاعدة القانونية، مادام أنه لا حديث عن قيمة القاعدة القانونية إلا بالنظر إلى درجة استقرارها ومدى حمايتها للحقوق والأوضاع القانونية، وما يستتبع ذلك من ثقة الناس في النظام القانوني ككل<sup>20</sup>. على نحو يمكن القول معه أن جوهر مبدأ الأمن القانوني هو عنصر الثقة في القانون. وهذا ما يفسر تركيز محكمة العدل للمجموعة الأوربية في تعاملها مع مبدأ الأمن القانوني على فكرة الثقة، ولكن تشترط أن تكون هذه الثقة مشروعة، بحيث يؤكد الاجتهاد القار لهذه المحكمة على أنه إذا كان تعديل التشريع سيؤدي إلى حذف معطى من المعطيات التي أخذها الأشخاص بعين الاعتبار عندما تعاقدوا ووضعوا أنفسهم في أوضاع قانونية معينة، فإن المشرع ملزم بأن ينص على تدابير وقائية أو أحكام انتقالية تحمي هؤلاء من الآثار الخطيرة للتغيير المفاجئ في أوضاعهم القانونية<sup>21</sup>، وقد فسرت هذه المحكمة معنى "الثقة المشروعة" من خلال قرارها المؤرخ في 12/07/1989، حيث اعتبرت أن مبدأ "الثقة المشروعة" يعني تعليق آمال على مقتضيات قانونية قائمة، كالتعاقد بناء على امتيازات أو تخفيفات منصوص عليها فعليا في

19 - راجع: عبد المجيد غميحة، مقاله السابق، ص: 16.

20 - راجع: ادريس بن المحجوب: "دور المجلس الأعلى في التوحيد وتحقيق الأمن القانوني"، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد 8، سنة 2009،

ص: 73.

نصوص القانون، أما تعليق الآمال على مجرد مشاريع القوانين أو المفاوضات التمهيديّة، فلا يعتبر أساساً للثقة المشروعة، مادام الأشخاص بإمكانهم الاطلاع على القانون المطبق فعلياً من خلال الجرائد الرسمية<sup>22</sup>.

ورغم أن الفقه والاجتهاد الدستوري والقضائي السالف الذكر لم يقدم تعريفاً متكاملًا لمبدأ الأمن القانوني، فإنه على الأقل ساعد في استنتاج أهم عناصر هذا المبدأ، والتي يمكن إرجاعها بالأساس إلى فكرة الثقة في القانون، والتي تستتبع ضرورة احترام حرية التعاقد، وحماية الحقوق المكتسبة من خلال دعم استقرار الأوضاع القانونية، وعدم رجعية القوانين، فضلاً عن ضرورة وضوح القاعدة القانونية وسهولة الولوج إليها والاطلاع على مضمونها بكيفية تكفل للمخاطب بها القدرة على التوقع ومعرفة حكم القانون بشكل مسبق<sup>23</sup>.

وانطلاقاً من هذه الخصائص يعرف الأمن القانوني بأنه: "كل ضمانته، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ودون مفاجأة، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون"<sup>24</sup>، أو هو حسب مجلس الدولة الفرنسي: "المبدأ الذي يكفل

22 - L'application aux pays Bas des principes généraux du droit communautaire, notamment les principes de sécurité Juridique, de confiance légitime de bonne foi et celui de la proportionnalité. [http://w.w.w.courdecassation.fr/formation - br - 4/200-2038 / pays- bas- 9444. btml](http://w.w.w.courdecassation.fr/formation-br-4/200-2038/pays-bas-9444.html). Consulté le: 25/12/2009.

23 - يمكن القول أن اشتراط وضوح القاعدة القانونية وسهولة الاطلاع على مضمونها من قبل المخاطبين كعنصر مهم من عناصر مبدأ الأمن القانوني، يؤكد أن هذا المبدأ ماهو في نهاية المطاف إلا الوجه المقابل لقاعدة: "لا يعذر أحد بجهله للقانون" بحيث أن مواجهة الشخص بهذه القاعدة يقتضي بالمقابل تمكينه من سهولة معرفة حكم القانون.

24 - راجع: عبد المجيد غميحة، مقاله السابق، ص: 9.

للمواطنين سهولة معرفة ما يبيحه وما يمنعه القانون المطبق، وهو ما يتطلب أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وألا تتغير بشكل متكرر وغير متوقع<sup>25</sup>.

يتضح من خلال هذين التعريفين أن الأمن القانوني، لا يعني الاستقرار التام للقاعدة القانونية، لأن حركية القانون مسألة ضرورية لاستمرار القاعدة القانونية في القيام بوظيفتها، وبمعنى آخر فإن انعدام الأمن القانوني (L'insécurité juridique) شر لا بد منه في كل نظام قانوني. وكل ما يمكن القيام به هو إنزاله إلى الحدود الدنيا، والحفاظ على درجاته المعقولة التي لا تززع الثقة في القانون.

لذلك يرى الفقيه الفرنسي "Xavier Lagard"، أن حديث رجل القانون عن انعدام الأمن القانوني يشبه حديث طبيب الأمراض النفسية عن الضغط النفسي "stress"، فالإحساس بالضغط النفسي في علم النفس كانعدام الأمن القانوني في علم القانون، كلاهما أمر حتمي الوقوع في الحياة اليومية، ولكنهما إذا تجاوزا الحدود المعقولة تحولا إلى حالة مرضية<sup>26</sup>، فهل يصل تأثير الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني إلى مستوى الحالة المرضية؟ أم يبقى في حده المعقول الذي يخدم تطور القاعدة القانونية ولا يضر باستقرارها؟.

25 - Rapport public du Conseil d'état 2006, paris, la documentation française, 2006.  
<http://w.w.w.conseil-contitutionnel.fr>, consulté le: 14/12/2009.

26 - Xavier Lagard: "Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir", Archives de philosophie du droit, Tome50, la création du droit par le Juge. Dalloz, édi 2007, p:81.

## ثانياً : تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني

يبقى الاجتهاد القضائي من ضرورات الحياة القانونية، فهو الذي يبعث الروح في القاعدة القانونية ويكفل لها الاستمرارية، وليحقق الاجتهاد القضائي الغاية المرجوة منه لا بد وأن يتوفر له حد أدنى من الاستقرار (أ)، ما دام أن عدم استقراره قد يعصف بالأمن القانوني، لا سيما في مجال القوانين المالية والاقتصادية، حيث يكون لانعدام الأمن القانوني كلفة اقتصادية ثقيلة وآثار سلبية على المقولة والاقتصاد ككل (ب).

### أ- استقرار الاجتهاد القضائي كضرورة من ضرورات الأمن القانوني :

نذكر في بداية هذه النقطة بأن الاجتهاد القضائي يبقى مجرد عامل من بين عوامل كثيرة تؤثر على مبدأ الأمن القانوني ومنها التشريع، فرغم أن التراجع عن الاجتهاد القضائي القار يشكل دائما مفاجأة للمعنيين بالقاعدة القضائية، إلا أن تأثير التعديل التشريعي على استقرار المعاملات وتوقعات المتعاقدين يبقى أكثر قوة من أثر الاجتهاد القضائي، كل ما هنالك أن القاعدة التي يتضمنها الاجتهاد القضائي الجديد تسري دائما بأثر رجعي، بينما تسري القاعدة التشريعية بأثر فوري<sup>27</sup>. ولهذا السبب يتم التركيز بخصوص انعدام الأمن القانوني على الاجتهاد القضائي.

يرفض الكلاسيكيون الجدد في هذا الإطار الاعتراف بدور القضاء في خلق القاعدة القانونية، بعلّة أن القاعدة القضائية قاعدة غير يقينية وغير

27 - G.Darcy : «Le théoricien et le rêveur (Réflexion sur les revirements de la jurisprudence)», in Mélanges en L'honneur de Michel Troper : «L'Architecture Du Droit».Economica , 2006,Paris , P :336 et s.

- Xavier Lagarde, op cit, p:79.

مستقرة<sup>28</sup>، ويصعب العلم بها، والاطلاع على مضمونها<sup>29</sup>، على نحو يضعف ثقة الناس في القانون<sup>30</sup>، وأن سريانها بأثر رجعي يؤدي إلى فقدان الناس للإيمان بالشرعية وسيادة العدالة، بحيث يقول بهذا الخصوص الأساتذة: "Moreau" و"Margreve" و"Delnoy" وهم من "الكلاسيكيون الجدد": "كيف يمكن الحديث عن الإيمان بالشرعية لدى أشخاص احترمو القانون المطبق، ليكتشفوا أنهم أخطأوا لا لشيء سوى لأن القاضي وتحت غطاء تفسير القانون فهم القاعدة القانونية على نحو مغاير تماما. أو أنه أحدث قاعدة أخرى تكمل القاعدة الأولى؟ هل يمكن بعد كل هذا أن نكلم هؤلاء الأشخاص عن العدالة"<sup>31</sup>.

28 - J.L. Aubert: " Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit Civil". 5ème édi, Armand colin, 1992, p: 170-171.

29 - يبدو أن القول بان الاجتهاد القضائي يهدد الأمن القانوني نظرا لصعوبة معرفة الناس به مقارنة مع التشريع، لا يمكن أن يشكل عائقا أمام دور القضاء في خلق القاعدة القانونية، لأن العلم بالقاعدة القانونية ليس شرطا للقول بقانونيتها، ولهذا وجد أصلا مبدأ: "لا يعذر أحد بجهله للقانون"، مع ملاحظة أن هذه القاعدة تتكلم عن عدم الاعتذار بجهل القانون وليس عن الاعتذار بجهل التشريع وحده، كما أن الناس يجدون أيضا صعوبة في معرفة أحكام التشريع، وهذا لا يخص الأشخاص العاديين، بل يهم حتى الممارسين والفاعلين في مجال القانون، كالمحامين والقضاة، فكثيرا ما يقوم القاضي بعملية بحث شاقة للحصول على النص الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، خاصة إذا كان النزاع من المنازعات النادرة الوقوع، والنص من النصوص القديمة وغير المعروفة تبعا لندرة وقوع الحالات التي يطبق بشأنها. لمزيد من التفاصيل حول هذه الفكرة أنظر:

- Mauro Cappelletti: "le Pouvoir des Juges", Traduction par René David, Economica, Paris; édi 1990, p: 79.

30 - راجع: عصمت عبد المجيد بكر: "أصول تفسير القانون"، ط 1، 2004، بغداد، مطبعة صباح صادق جعفر. ص: 109.

31 - M.Coipel: "Les réactions de la Doctrine à la création de droit par les Juges en droit civil" Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. (Journées Italiennes de florences). Economica 1982, p: 39.

بناء على هذا الأساس، يتم رفض دور القضاء في خلق القاعدة القانونية، حتى ولو كان ذلك بدافع تحقيق العدل والإنصاف، من منطلق أنه" تحت ذريعة هذا المبدأ تتحقق العودة المؤطرة لحكم القاضي بقواعد الإنصاف، بدل الحكم بما ينص عليه القانون، إذ يتم توجيه النقد إلى الأحكام القضائية المبنية على قواعد الإنصاف، بعلّة ابتعادها عن المساواة أمام العدالة"<sup>32</sup>، ويرى "الكلاسيكيون الجدد تبعا لذلك" أن العدالة ضرورية، وهي مصدر من مصادر القانون، ولكنها تشكل خطرا حقيقيا إذا عهد بها إلى أياد قليلة الخبرة، وأكثر ما تهدده في هذه الحالة هو استقرار القواعد القانونية، فالأمن القانوني ضروري، كما أن العدالة ضرورية، ولكن ما يؤسف له أنه من الصعب الجمع بينهما معا في جميع الحالات<sup>33</sup>.

وإذا كان صحيحا أن عدم الاستقرار والسريان بأثر رجعي يعتبران صفتين ملازميتين للاجتهاد القضائي، على نحو قد يوحى في الظاهر بأن أكبر تهديد لمبدأ الأمن القانوني ينبع من مساهمة القضاء في خلق القواعد القانونية، فإن التأمّل في واقع الاجتهاد القضائي يؤكد أن ربط مشكلة الأمن القانوني بالاجتهاد القضائي هو مجرد استنتاج نظري وتخوف مبالغ فيه، لأن عدم استقرار الاجتهاد القضائي قد لا يعتبر هو المشكلة في حد ذاته، وإنما المشكلة تكمن في مدى تقدير القاضي لأثار اجتهاده على الماضي والمستقبل في نفس الوقت، فقد يصدر قرارا قضائيا واحدا ولأول مرة، ومع ذلك قد يحدث رجة قوية واضطرابا خطيرا فيما يخص استقرار الأوضاع القانونية<sup>34</sup>، الأمر الذي يجعل العنصر الحاسم في خدمة مبدأ الأمن القانوني، أو تهديده من جانب القضاء، هو ما يتعلق بجودة الاجتهاد

32 - راجع: عبد المجيد غميحة، مقاله السابق، ص: 24 .

33 - M. coipel. Op cit, p: 38.

34 - Xavier Lagarde, op cit, p:79.

القضائي لا باستقراره، فتغيير الاجتهاد الرديء باجتهاد جيد أفضل من الاستقرار على الاجتهاد الرديء.

يضاف إلى ما تقدم أن الاجتهاد القضائي بطبيعته لا يتغير بسرعة<sup>35</sup>، فهو على غرار العرف يتطلب وقتا طويلا لينكون، ووقتا طويلا أيضا ليتغير<sup>36</sup>، فضلا عن أن مبدأ الأمن القانوني وما يهدف إليه من استقرار الأوضاع القانونية والثقة في القانون، لا يعني جمود القاعدة القانونية، وبالتالي فإن ضرورة الاجتهاد القضائي تقتضي ألا يتم الحجر على المحاكم في تطوير اجتهادها، أو منعها من التراجع عن اجتهاداتها السابقة بعلّة احترام مبدأ الأمن القانوني، وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأنه: لا يمكن لأحد أن يتمسك بحق مكتسب استنادا إلى اجتهاد قضائي قار<sup>37</sup>.

وفي هذا الإطار يذهب أحد الباحثين المغاربة<sup>38</sup>، بخصوص انتقاد عدم استقرار اجتهادات المجلس الأعلى، إلى أن "هذا السلوك المتبع من قبل المجلس الأعلى هو الذي يدفع ببعض الفقه إلى انتقاد مواقف هذا المجلس، ووصفها بالاضطراب وعدم الاستقرار المفضيان إلى زعزعة (الاستقرار بالنسبة للمتقاضين)، وإلى المس بوحدة القضاء المجسدة لكل

35 - M. Cappelletti, op cit, p:79-80.

36 - P. Malinvaud: "Introduction à l'étude du droit - cadre Juridique des relations économiques-" 6èmeédilitec, paris, p:52.

37 - CassCiv, 9 Octobre 2001, Gazette de palais 2001, 14 et 15 février 2003, note perdiau.

38 - راجع: محمد شيلح، "تأملات حول قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من حيث صياغتها وقيمتها"، مداخلة خلال الندوة المنظمة بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى تحت عنوان: "عمل المجلس الأعلى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية"، (18-20 دجنبر 1997)، مطبعة الأمنية، الرباط، 1999، ص: 211.

استقرار سياسي واطمئنان قانوني، ولثقة المجتمع في أحكام القانون، غير أن النظر إلى رسالة القاضي من زاوية متطلبات الظروف الراهنة، ليس كحارس للغة وإنما كحارس للمجتمع... يدفعنا إلى اعتبار الانتقادات الفقهية الرامية إلى حث المجلس الأعلى على تكريس وحدة القضاء بعدم تغيير موافقه، ضربا من الآراء المفضية في آخر المطاف إلى تأكيد الجمود المنجر عن إبقاء ما كان على ما كان في فهم القانون المطبق، ذلك أن هذه الآراء لا يهتما إلا بالاستقرار والأمن الظاهرين للقانون، في حين أن الاستقرار والأمن الحقيقيين في تقديرنا للقانون إنما يتحقق بمراعاة المواقف القضائية للمعطيات الاجتماعية والاقتصادية...".

يتضح إذن، أن مبدأ الأمن القانوني يجب أن يفهم على أنه يقوم على اجتناب سرعة تغيير أحكام القانون، التي قد تؤدي إلى مفاجأة المخاطبين بالقاعدة القانونية، وتربكهم بخصوص ما أبرموه من عقود، وما أنجزوه من تصرفات قانونية، خاصة إذا كان هذا التغيير يتجاوز حدود توقعاتهم<sup>39</sup>، ولكن بالمقابل يجب أن يفهم مبدأ الأمن القانوني على أنه يهدف أيضا إلى جعل القانون يساير تطور حاجات الناس، بحيث لا يفاجئهم بأنه يتضمن أحكاما لم تعد تلائم تطلعاتهم، وهذا المعنى المزدوج لمبدأ الأمن القانوني هو الذي قد يجعل منه مبدأ فعالا، بحيث يكفل ثقة الناس في القانون من خلال استقراره وعدم تغييره بشكل مفاجئ، ويكفل ثقة الناس في القانون أيضا من خلال مسايرته لحاجاتهم وعدم تقاعسه عن مجاراة تطور معاملاتهم.

بالنظر إلى صعوبات تحقيق المعنى المزدوج لمبدأ الأمن القانوني من خلال نصوص التشريع، باعتبار أن المشرع لا يتوفر من جهة، على

39 - Catala Pierre: Rapport sur l'avant projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil), et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil), France, Ministère de la justice, 27/09/2005: <http://lesrapports.La documentation francaise.fr>, consulté le: 04/02/2010.



وسائل جس نبض المجتمع، ولا يتوفر من جهة أخرى، على المرونة في مساطر إصداره للقاعدة التشريعية<sup>40</sup>، فإن الأمر يبقى متروكا للاجتهاد القضائي، لأن القاضي ابن بيئته ويستطيع أن يعرف مستوى تطور معاملات الناس وحاجياتهم من خلال النزاعات المعروضة عليه، فضلا عن مرونة المساطر التي تؤطر عمله، والتي وضعت أساسا لتسريع وتيرة الفصل في المنازعات، وهو ما يؤكد في النهاية أن الأمن القانوني والأمن القضائي أمران متلازمان ويخدم أحدهما الآخر بشكل متبادل وفعال.

ومن أمثلة خدمة الاجتهاد القضائي للأمن القانوني، تغيير المجلس الأعلى لموقفه بخصوص أجل سقوط الحق في شفعة العقار غير المحفظ، بحيث أن أحكام الفقه المالكي المطبقة على العقارات غير المحفظة تقضي بأن أجل الشفعة هو سنة واحدة من تاريخ علم الشفيع بالبيع<sup>41</sup>، وهو ما يجعل المشتري مهددا بشفعة العقار المبيع من يده، ولو بعد مرور عشر سنوات أو أكثر، مادام يصعب عليه إثبات علم الشفيع بالبيع، إذ يقول التسولي في هذا أنه: "ولو قام بعد خمسة عشر سنة وادعى عدم العلم به (البيع) يصدق بيمينه"<sup>42</sup>، وهذا الأجل غير المضبوط يمس أساسا باستقرار المعاملات الذي يبقى من أهم غايات مبدأ الأمن القانوني، لذلك غير المجلس الأعلى اتجاهه

40 - F. Geny. «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif», Essai Critique, LGDJ, Paris 1919, T2, p:227.

41 - يعتبر أجل السنة من تاريخ العلم في شفعة العقار غير المحفظ، إذا لم يحضر الشفيع لمجلس العقد، أما إذا حضر عقد بيع العقار المشاع، فإن الأجل يصبح هو شهرين من تاريخ العقد لممارسة حق الشفعة، لمزيد من التفاصيل حول أجل الشفعة أنظر سليمان الحمزاوي : "أحكام الشفعة وأحكام الصفقة"، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ط 1983، ص: 57 وما بعدها.

42 - راجع: أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: "البهجة في شرح التحفة" ج2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة 1997، ص: 187 وما بعدها.

القضائي الذي ينضبط مع قواعد الفقه، باجتهاد يتلاءم مع مستجدات العصر، فحصر أجل الشفعة في أربع سنوات من تاريخ البيع، وقد جاء في قرار المجلس الأعلى: "وحيث إن اعتماد هذا النص والقضاء بمقتضاه بعد مرور خمسة عشر عاما على عقد البيع المطلوب شفخته يشكل ضررا فادحا للطاعنة، ذلك أنه يبعد كل البعد ألا يحصل العلم للشريك في عقار بظهور شريك جديد أصبح يملك معه طيلة هذه المدة، وأنه ما علم به إلا ساعة قيامه برفع دعواه لاسيما في هذا العصر، وتحقيقا للعدالة وعملا بقول المشرع الأعظم "لا ضرر ولا ضرار" فالذي يتعين العمل بمقتضاه في نوازل الشفعة التي يقام بطلب الأخذ بها بعد العام من تاريخ هذا البيع بدعوى عدم العلم بالنسبة للحاضر ومن حكمه في عصرنا هذا أن تحدد مدة القيام في أربعة أعوام من تاريخ البيع...<sup>43</sup>. وهو الاتجاه الذي اعتمده المشرع في المادة 304 من مدونة الحقوق العينية.

### ب- الكلفة الاقتصادية والمالية لتأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني :

تمثل النظرة الاقتصادية للقانون، وما جلبته من منافسة بين الأنظمة القانونية، ظاهرة عالمية تهتم دول الشمال كما تهتم دول الجنوب، غير ان هذه الظاهرة فرضت نفسها بشكل واضح فيما يتعلق بالمقارنة بين القوانين التي تنتمي إلى العائلة الأنجلوسكسونية القائمة على نظام السوابق القضائية، والقوانين التي تنتمي إلى العائلة الرومانية الجرمانية القائمة على نظام القانون المدون، على نحو بدت معه المقارنة وكأنها مقارنة لفعالية الاجتهاد القضائي في مواجهة فعالية التشريع.

43 - قرار صادر عن غرفتين تحت رقم 415 بتاريخ 18/03/1986، في الملف العقاري عدد 98703، راجع عبد العزيز توفيق: "قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1999، ص: 246.

الملاحظ هنا أن البنك الدولي أصدر تقريرا سنة 2004 تحت عنوان: "Doing business in 2004" استند إلى دراسة علمية حول الفعالية الاقتصادية للأنظمة القانونية، خلص فيها إلى أن النظام الأنجلوسكسوني أكثر فعالية وأكثر تنافسية في المجال الاقتصادي من النظام الروماني الجرمانى<sup>44</sup>، كما أجرى مجموعة من الدارسين استطلاعاً للرأى سنة 2005 في إطار التحضير لندوة نظمها معهد القانون الأوروبى والمقارن بجامعة "أوكسفورد" حول موضوع خلق الانسجام بين القوانين الأوربية في مادة العقود، أفرز نتيجة أولى مفادها، أن ثلثي المستجوبين فضلوا قوانينهم الوطنية، كما أفرز نتيجة ثانية مفادها، أنه فيما يتعلق بالمبادلات الدولية فاز القانون الإنجليزى باختيار المستجوبين مرتين ونصف مقارنة مع اختيار جميع الأنظمة القانونية الأخرى، مع أن القانون الإنجليزى قانون أجنبي بالنسبة لمعظم المستجوبين<sup>45</sup>.

فسر بعض الباحثين تفوق النظام الأنجلوسكسوني بكون هذا النظام وحسب تعبير المحكمة العليا بأمريكا، يعطي دورا كبيرا ومهما للقاضي في الحياة القانونية، مما يجعله نظاما قانونيا واقعيا ومرنا، يستمد واقعيته من قواعد الممارسة القضائية<sup>46</sup>، ويستمد مرونته من قاعدة: "كل ما هو غير ممنوع فهو مباح"<sup>47</sup>، على النحو الذي عاينه أحد الباحثين لدى الدول النامية التي كانت مستعمرات بريطانية ونهلت من النظام الأنجلوسكسوني، حيث أن قوانين هذه الدول تفرز مؤسسات أكثر مرونة وحماية أكثر فعالية لحق

44 - M.C. Ponthoreau : «La Concurrences entre commonlaw et droit civil» colloque de Lyon 20 octobre 2006, op cit, p :35.

45 - J. Cartwright : «L'obligation de Négociier ?, un domaine de concurrence entre droit Anglais et droit Français des contrats», Colloque de Lyon 20 Octobre 2006, op cit, p : 56.

46 - M.C. Ponthoreau, op cit, p : 35-36.

47 - Mohamed Salah M.M, op cit, p : 258.

الملكية، بخلاف الدول النامية التي تأخذ بنظام القانون المدون، حيث ينتج نظامها القانوني مؤسسات أقل مرونة، ونموا اقتصاديا أقل سرعة<sup>48</sup>، وذلك لأن النظام الروماني الجرمانى يتميز بالتدوين والشكلية والقواعد الإجرائية، ما يجعله يظهر بمظهر النظام القانوني المعاق أمام النظام الانجلكسونى المرن والمتطور، وهو ما جعل الاتجاه الغالب فى الفقه يؤكد على أهمية الاجتهاد القضائى فى تدويل وعولمة القانون<sup>49</sup>.

إن ما يؤكد أهمية الاجتهاد القضائى فى المنافسة بين الأنظمة القانونية بالنظر إلى ما يؤمنه للنظام القانونى من مرونة وفعالية، أن هذه الخاصية لا تهم فقط النظام الأنجلكسونى الذى يقوم أصلا على السوابق القضائية، بل إن المنافسة بين القوانين التى تنتمى إلى النظام الرومانى الجرمانى، أثبتت بدورها أن الاجتهاد القضائى يمثل قيمة مضافة تميز قانونا وطنيا عن الآخر، بحيث أن المنافسة بين فرنسا وألمانيا مثلا فى مجال التعاقد، جعلتهما معا يدخلان تعديلات مهمة على قواعد الالتزامات والعقود، لم تكن فى الحقيقة سوى عملية إدماج للاجتهادات القضائية المتطورة التى تجاوزت النص وقللت من عيوبه التى كشفتها الممارسة<sup>50</sup>.

مع ذلك وكما سبقت الإشارة إلى ذلك سابقا يصعب الجزم بأن الاجتهاد القضائى لا يؤثر على مبدأ الأمن القانونى، فمن المبالغة الحديث

48 - B. Coeuré : «Systèmes Juridique et performance économique : Droit efficace ou droit compétitif ?».

[http://www.lecercladeseconomistes.asso.fr/IMG/pdf/RJ\\_Coeure.pdf](http://www.lecercladeseconomistes.asso.fr/IMG/pdf/RJ_Coeure.pdf) :2,  
consulté le : 09/06/2010.

49 - M.C Ponthoreau, op cit, p :41.

50 - R. Wintgen : «La concurrence au sein du système Juridique continental : L'exemple Franco-Allmand, le Droit des obligations, champ de concurrence entre Droit Allemand et Droit Français», Colloque de Lyon 20 octobre 2006, p cité, p: 87 et 90.

عن تخفيض هامش المخاطر بخصوص الأمن القانوني إلى الصفر "le risque zero"، لأن القاضي يطبق القاعدة العامة والمجردة على حالات خاصة، وما بين عمومية القاعدة القانونية وخصوصية النوازل، يخلق القاضي قواعد خاصة متجددة، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى ظهور هامش من انعدام الأمن القانوني<sup>51</sup>، وكل ما يمكن العمل عليه في هذه الحالة هو بحث آليات التخفيض من الآثار السلبية لانعدام الأمن القانوني وإبقائها في درجاتها العادية.

إن ما يعطي الأهمية لآليات تخفيض مستوى انعدام الأمن القانوني، هو الحاجة إلى اجتناب المخاطر التي تترتب عنه، والتي تتجاوز الآثار القانونية إلى إنتاج آثار مالية واقتصادية قد تهدد تنافسية واستمرارية المقولة، وخير مثال على ذلك أثر الاجتهاد القضائي على الأوضاع المالية لشركات التأمين، ذلك أن هذا النوع من الشركات يأخذ بعين الاعتبار عند إعداد ميزانيته في الباب المتعلق بالتمحلات مجموع الملفات الراجعة بالمحاكم، باعتبارها تحملات محتملة تتعلق بما يمكن أن يحكم به في المستقبل على الشركة من تعويضات محل المؤمنين لديها، وهو ما يطلق عليه "احتياط الضمان" الذي يشكل الأمن المالي لشركة التأمين، ومن شأن أي تغيير مفاجئ في موقف القضاء أن يعبث بالتخمينات والاحتياطات الحسابية لهذه الشركات<sup>52</sup>، وهو التأثير الذي حصل فعلا، ولكنه كان في مصلحة شركات التأمين، وذلك فيما يتعلق في إخضاع التعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بذوي حقوق ضحايا حوادث السير المميتة لتشطير المسؤولية، بحيث كان الاجتهاد القضائي في البداية لا يخضع هذا

51 - Xavier Lagarde, op cit, p: 80.

52 - راجع: عبد السلام كلاف: "رقابة الدولة على قطاع التأمين"، ط 1، 1995، ص: 71 وما بعدها.

التعويض لتشطير المسؤولية، وكانت شركات التأمين تتحمل مبالغ مهمة، لأنها كانت تؤدي تعويضا عن كامل مسؤولية المؤمن لديها المتسبب في الحادثة، غير أن المجلس الأعلى، وبعد تضارب في المواقف ما بين الغرفة المدنية والغرفة الجنائية، استقر في قرار حديث له صادر بتاريخ 2000/12/20 على إخضاع التعويض عن الضرر المعنوي لتشطير المسؤولية<sup>53</sup>، وهو ما خفف حتما من تحملات شركات التأمين، التي أصبحت بموجب هذا الاجتهاد تؤدي التعويض في حدود نسبة مسؤولية المؤمن لديها عن الحادثة، بحيث أن المفاجأة التي أحدثها الاجتهاد القضائي في مثل هذه الحالة كانت مفاجأة سارة، ولكن بالمقابل قد تكون للاجتهاد القضائي مفاجآت غير سارة، لا يمكن التخفيف من حدتها إلا بتطوير آليات لتطويق مشكل انعدام الأمن القانوني.

يرى بعض الفقه الفرنسي<sup>54</sup> بهذا الخصوص أن النظام القانوني نفسه يتضمن آليات لمحاصرة مشكلة انعدام الأمن القانوني، من خلال الحرص على استقرار الأوضاع القانونية وحماية الحقوق المكتسبة، ومن ذلك عدم إلزام الحائز حسن النية بإرجاع ثمار الشيء<sup>55</sup>، وعدم ترتيب آثار البطلان

---

53 - لمزيد من التفاصيل حول خضوع التعويض المعنوي في حوادث السير لتشطير المسؤولية أنظر: بوشعيب بنجانان: "التعويض عن حوادث السير في المغرب بين حماية المتضرر والمصالح المالية لمقاولات التأمين"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سنة 2008/2007، ص: 52 وما بعدها.

54 - Xavier Lagarde, Op cit, p: 84 -85 et 86.

55 - ينص الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود على أن: " الحائز حسن النية يمتلك الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه ... الحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة مجهول عيوبها".

بأثر رجعي<sup>56</sup>، فضلا عن المقننات المتعلقة بالتقادم، والتي وضعت أساسا لحماية الحقوق المكتسبة، والحفاظ على استقرار الأوضاع القانونية، فأمد التقادم في أغلب الأحيان يتحدد في خمس سنوات<sup>57</sup>، وهي مدة كافية لاستقرار الأوضاع<sup>58</sup>، مادام الاجتهاد القضائي يتطلب وقتا أطول من ذلك ليتغير، وحتى إذا ما ثبت تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني في بعض الحالات، نتيجة تضارب أحكام المحاكم بخصوص نقطة قانونية معينة، أو إقرار الاجتهاد القضائي لمبدأ أو قاعدة تضر بالحقوق المكتسبة وتزعزع ثقة الناس في القانون، فإن المشرع يملك دائما القدرة على الحد من هذه الآثار السلبية، من خلال إصدار تشريع تفسيري أو تشريع جديد يضع حدا لتضارب الاجتهاد القضائي بخصوص النقطة التي كانت محل خلاف نتيجة الفراغ التشريعي.

بالإضافة إلى هذه الآليات التي يتضمنها التشريع للحد من الآثار السلبية لانعدام الأمن القانوني، فإنه يمكن للقضاء أن يوطر عملية الاجتهاد بضوابط تسعف في تحقيق الجودة، لا من حيث مضمون الاجتهاد القضائي ولا من حيث آثاره في الزمان، إضافة إلى وضع آليات تقلل من حدة هذه الآثار الجديدة على الأوضاع القائمة، كأن يتم الإعلان مسبقا عن النية في تغيير اجتهاد المحكمة<sup>59</sup>، وهو النهج الذي تتبعه فعلا محكمة النقض

56 - تنص الفقرة 2 من الفصل 307 من قانون الالتزامات والعقود على أن :  
"بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي".

57 - أمد تقادم الالتزام بموجب المادة 387 من ق. ل.ع 15 سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة في الفصول من 388 إلى 392 من نفس القانون.

58 - راجع: محمد جبر الألفي: "عوامل الاستقرار للمعد القابل للإبطال دراسة تحليلية مقارنة - مقال منشور بمجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة، الطبعة الثانية 1997، ص: 11 وبعدها.

59 - M. Cappelletti, op cit, p:79.

الفرنسية من خلال الإعلان في تقريرها السنوي عن تغيير الاجتهاد مستقبلا، وذلك لإعلام الفاعلين والإدارات بهذا التغيير الذي يقتضيه تطوير الحلول القانونية، في انتظار إصلاح التشريع من قبل المشرع<sup>60</sup>.

وحاصل ما سبق، أن مسألة انعدام الأمن القانوني من المسائل المصاحبة لكل نظام قانوني، سواء تم الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القاعدة القانونية أم لا، بل إن اتهام "الكلاسيكيون الجدد" للاجتهاد القضائي بتهديده للأمن القانوني، هو اعتراف ضمني وغير مقصود بالقيمة القانونية للقواعد القضائية. مادام أنهم أقرروا بآثارها في الزمان، وآثارها التي تتجاوز أطراف النزاع لتهم الغير أيضا، وهي آثار لا يحدثها إلا القانون، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحدثها الواقع. ولولا هذه الآثار لما كان هناك حديث أصلا عن مبدأ الأمن القانوني.

إن هذه القيمة القانونية التي يحظى بها الاجتهاد القضائي، هي ما جعلت مفهوم الأمن القانوني يربط عادة بالأمن القضائي فيقال مبدأ الأمن القانوني والقضائي، لإظهار الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق، ذلك أن "المهمة الحمائية للقضاء هي الجانب الطاعي في النظرة إلى الأمن القضائي، ولذلك يتم التركيز بهذا الخصوص على المتطلبات التي تكفل للقضاء قيامه بتلك المهمة على الوجه المطلوب حتى يكون في مستوى المهام المنوطة به في المجتمع المعاصر، ولا تكتمل هذه المتطلبات إلا بتوفير مقومات تضمن حسن سير القضاء، كاستقلاليتته، وجودة أحكامه وسهولة الولوج إليه، وحسن إدارته"<sup>61</sup> لبعث الثقة في المؤسسة القضائية وفي القواعد التي تنتجها، لتساهم من خلالها في التنمية،

60 - راجع: عبد المجيد غميحة، مقاله السابق، ص: 27.

61 - راجع: عبد المجيد غميحة، المرجع السابق، ص: 21-22.



مادامت جودة القاعدة القضائية أضحت تعتبر من بين العوامل المؤثرة في تنافسية اقتصاد الدولة<sup>62</sup>، فضلا عما يكفله لها ذلك من قبول اجتماعي يساعدها على تحقيق الغايات الدستورية المرجوة منها وتحقيق التوازن المنشود داخل نظام الدولة بين السلطة والأمن من جهة وبين الحرية والحقوق الأساسية للمواطن من جهة أخرى.

---

62 - F. Elbacha : "Justice, Sécurité juridique et investissement", Revue Marocaine de Droit et d'Economie du développement, N°51, Année 2005, p: 90.

## قانون قضاء القرب: المستجدات والإشكالات

### الأستاذ محمد الإدريسي

وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالناظور

دكتور في الحقوق

أستاذ محاضر بالكلية المتعددة التخصصات

بتطوان

يعتبر صدور قانون قضاء القرب بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.151 بتاريخ 16 رمضان 1432 الموافق ل 17 أغسطس 2011 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصه، تنويجا لسلسلة من التعديلات التشريعية التي همت قوانين المسطرة الجنائية والمسطرة المدنية والتنظيم القضائي.

إن صدور هذا القانون لا بد ان يفهم في سياقه المتمثل فيما يلي:

أولاً: أن الأمر يتعلق ببلنة من لبنات إصلاح القضاء العميق والشامل الذي أعلن عنه صاحب الجلالة الملك محمد السادس دام له النصر والتأييد في خطابه التاريخي ل 20 غشت 2009 الذي أعلن فيه حفظه الله عن برنامج الإصلاح الشامل والعميق للقضاء، وجعل جلالته إحدى محاور هذا الإصلاح تحديث الترسانة القانونية وكذا تقريب القضاء من المتقاضين والرفع من إحترافية القضاء، والذي تم تأكيده في خطاب جلالته الموجه للبرلمان بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الجديدة بتاريخ 08 أكتوبر 2010 الذي أعلن فيه جلالته عن مفهومه للعدالة القاضي بجعل القضاء في خدمة

المواطن، حيث أوضح جلالتة أن المبادرة الجديدة لإصلاح القضاء تهدف إلى قيام نظام قضائي متميز بقربه من المتقاضين وببساطة مساطره وسرعته ونزاهة أحكامه، وحدائة هيكله وكفاءة وتجرد قضااته وتحفيزه للتنمية وإلتزامه بسيادة القانون في إحقاق الحقوق ورفع المظالم.

ثانيا: أن صدور قانون قضاء القرب تزامن مع صدور قوانين أخرى تهتم بالتنظيم القضائي للمملكة وقانون المسطرة الجنائية وقانون المسطرة المدنية حيث صدرت كلها في يوم واحد وهو 17 غشت 2011.

ثالثا: أن قانون قضاء القرب جاء ليعوض الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.339 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 الموافق ل 15 يوليوز 1974 المتعلق بتنظيم محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات وتحديد اختصاصها، الذي مر على صدوره حوالي أربعة عقود، وكان محل انتقادات حادة ولادغة من طرف الجمعيات الحقوقية التي كانت تعيب عليه مسطرته الاستثنائية وإزداوجية تطبيقه بين الحواضر والبوادي وكذا عدم احترافية قضااته وعدم إلتزامهم بتطبيق القانون وضعف آليات الرقابة على أحكامه.

ولهذا سنخصص هذا العرض المتواضع بحول الله لقانون قضاء القرب، حيث سنركز على أهم المستجدات التي جاء بها والإشكالات التي سيثيرها التطبيق، وسنحاول من خلال هذا العرض تبيان كيف أن المشرع المغربي ومن خلال سنه لقانون قضاء القرب قد حاول تفادي الانتقادات التي كانت توجه لظهير حكام الجماعات والمقاطعات من خلال تجاوز عيوبه والسلبيات التي أبان عنها تطبيقه، وفي نفس الوقت توفير آلية لعدالة قوية سريعة فعالة وبمساطر بسيطة للقضايا البسيطة والمنازعات التي لا تشكل أهمية إقتصادية كبيرة.

وسنرى من خلال هذا العرض أنه إذا كان المشرع المغربي قد حقق المراد في الكثير من الحالات فإنه ورغم ذلك مازال القانون الجديد يثير الكثير من الإشكالات التي قد تحد من إيجابياته وقد تفتح المجال واسعا للاختلاف بين المحاكم في التطبيق وهو ما يتنافى مع مسطرته البسيطة وأحكامه غير القابلة للطعن إلا إستثناءا.

وعليه فإننا سنقسم هذا العرض لمحورين:

### المحور الأول : مستجدات قانون قضاء القرب

يمكن القول عموما أن هذه المستجدات منها ما يهم جميع المقتضيات سواء تعلق الأمر بالقضايا المدنية أو بالقضايا الجزرية، ومنها ما يهم القضايا المدنية فقط دون الجزرية وأخرى تهتم هذه الأخيرة دون الأولى وهو ماسنتاوله في ثلاثة نقاط:

#### الفرع الأول :مستجدات قانون قضاء القرب بشكل عام:

تعتبر فكرة قضاء القرب تجربة رائدة على المستوى العالمي وأخذت بها الكثير من الأنظمة المقارنة، وذلك لكونها توفر أجوبة سريعة للقضايا البسيطة وتتغلب على مشاكل البطء والتعقيد التي غالبا ما تصاحب المساطر القضائية، وهو ما يمكن تفسيره بضمانات المحاكمة العادلة والتقاضي المنصف، ولكون هذه الضمانات إذا كانت مبررة في القضايا المعقدة حيث الحاجة إلى إجراءات للكشف عن الحقيقة وضرورة التقاضي على درجتين حتى تكون الأحكام القضائية عنوانا للحقيقة مع فتح المجال لسلوك مساطر الطعون غير العادية وإيقاف تنفيذ الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به، فإنها تصبح غير عادلة في حالات القضايا البسيطة والمنازعات ذات القيمة الإقتصادية الضعيفة بحيث قد تشكل هذه الضمانات سببا للنزوح عن التقاضي مع أنه حق دستوري.

ولهذا عمدت بعض القوانين المقارنة إلى خص القضايا البسيطة بمسطرة خاصة وسريعة ولكنها تحترم المبادئ الأساسية للتقاضي وللمحاكمة العادلة.

فقضاء القرب إذن يوفر في جوهره عدالة بمساطر بسيطة حيث الأصل هو المجانية والشفوية وعدم إلزامية تنصيب محامي وكذا عدم قابلية الأحكام للطعن وإمكانية الوصول للحكم والتنفيذ داخل آجال قصيرة، كما أنه يوفر الكثير من الجهد والإمكانات للمحاكم للتفرغ للقضايا المعقدة.

إن تحقيق هذا التوازن كان دائما غاية كل مشروع، توازن بين حق المواطن في عدالة بسيطة وسريعة وواجب الدولة في ألا يكون ذلك على حساب جوهر المحاكمة العادلة والتقاضي المنصف وجودة الأحكام القضائية.

ويمكن القول عموما أن أهم ما يميز قانون قضاء القرب هو :

أولا : أننا أمام أقسام لقضاء القرب بالمحاكم الابتدائية، فإذا كان القانون القديم ظهير الجماعات والمقاطعات المؤرخ في 15 يوليوز 1974 يجعل من محاكم الجماعات والمقاطعات محاكم قائمة الذات، فإن المشرع المغربي انتبه إلى ذلك وجعل من أقسام قضاء القرب مجرد شعب داخل المحكمة الابتدائية، والغاية من ذلك تفعيل آليات الرقابة الإدارية طالما أن رئيس المحكمة الابتدائية يمارس رقابته على جميع القضاة العاملين بالمحكمة الابتدائية، بمن فيه القضاة المكلفين بقضاء القرب (الفصل الثاني المتعلق بالتنظيم القضائي). كما ان الهدف كان أيضا توفير الكثير من الإمكانيات والوسائل البشرية واللوجستية التي كانت تحتاجها محاكم الجماعات والمقاطعات، وهكذا فعدد محاكم الجماعات والمقاطعات كان يصل للمئات وحذف هذه المحاكم وفر للدولة إمكانيات هامة، ولكن بالمقابل

جعل من القضاء أكثر بعدا طالما أن قضاء القرب أحدث بالمحاكم الابتدائية ومراكز القضاة المقيمين، والذين في الغالب يبعدون عن المحكمة الابتدائية أو المركز بعشرات الكيلومترات، ولتجاوز هذه العقبة نص المشرع المغربي في قضاء القرب على إمكانية عقد جلسات بمقار الجماعات، وفي هذا الإطار وجه السيد وزير العدل كتابا للسيد وزير الداخلية لتوفير كل الإحتياجات لعقد هذه الجلسات في جو يحفظ هيبة القضاء.

ثانيا: إننا أمام قضاة محترفين ومعينين، وبالتالي لم يبق هناك مجال لانتخاب حاكم الجماعة ونائبه كما كان الحال في القانون القديم الذي كان ينص في فصله الثالث "يعين حكام المقاطعات وحكام الجماعات من بين القضاة طبقا لمقتضيات القانون الأساسي لرجال القضاء، ومن بين الأشخاص الذين لا ينتمون للهيئة القضائية، وفي هذه الحالة يختار لكل حاكم نائبان، وتطبق حينئذ مقتضيات الفصل الرابع وما بعده إلى الفصل الثاني عشر بإدخال الغاية"، كما ان قضاء القرب أصبح يمارس داخل مقار المحاكم الابتدائية ومراكز القضاة المقيمين، وليس بمقار الجماعات. وقد جاء هذا التعديل ليعكس جانبا من مطالب الحقوقيين الذين كثيرا ما عابوا عليه مسطرته المتعلقة بالانتخاب. والملاحظ ان المشرع المغربي تدرج في الإلغاء بحيث أنه حاول في البداية التضييق عن طريق إلحاق عدة جماعات بالمحاكم الابتدائية أو بالمراكز مما كان يؤدي إلى الازدواجية.

ثالثا: ان المشرع المغربي ومع أنه جعل من قضاء القرب أقساما داخل المحكمة الابتدائية، لكنه حرص على جعل إختصاصه النوعي مقصورا عليه، فلا يمكن لباقي الغرف أن تحكم في القضايا التي أسند القانون فيها الإختصاص لقضاء القرب (الفصل الثاني من التنظيم القضائي). فإذا كان توزيع المحكمة الابتدائية إلى غرف مدنية وزجرية

وعقارية هو مجرد توزيع إداري لا يمنع باقي الغرف من البت في القضايا الأخرى ولو كانت غير داخلة في إختصاصها، فإن المشرع المغربي حرص على التتصيص على عدم جواز بت باقي الغرف في القضايا التي يعود الإختصاص فيها لقضاء القرب والأسرة، أي أنه جعل من إختصاص هذه الأقسام إختصاصا نوعيا ولهذا حرص على تسميتها بالأقسام عوض الغرف المسمى بها باقي الشعب.

رابعا: أن المشرع المغربي نص صراحة على المسطرة المطبقة في قضاء القرب، حيث نصت المادة الخامسة على ان المسطرة المطبقة هي المنصوص عليها في قانون قضاء القرب ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك، كما أحال على قانوني المسطرة المدنية والجنائية باعتبارهما الشريعة العامة للإجراءات، ومثل هذه الإحالة الصريحة لم تكن موجودة في ظهير حكام الجماعات والمقاطعات.

خامسا: أن المشرع المغربي نص صراحة على مبدأين أساسيين يميزان قانون قضاء القرب وهما المجانية والشفوية، فمبدأ المجانية يعني أن التقاضي أمام أقسام قضاء القرب معفى من أية رسوم قضائية وان الطالب غير ملزم بالحصول على المساعدة القضائية حتى يعفى من الرسوم القضائية بل هو معفى منها بقوة القانون، وهذا أمر على جانب كبير من الأهمية باعتبار أن اختصاص قضاء القرب يقتصر على القضايا البسيطة وبالتالي الحاجة إلى المجانية لفتح المجال أمام ولوج الجميع للقضاء.

والمبدأ الثاني الذي يميز قانون قضاء القرب هو الشفوية، وهذا يعني أن الأطراف غير ملزمين بتقديم المقالات والمذكرات مكتوبة ولكن يكفيهم تقديمها شفوية خلافا للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 45 من

قانون المسطرة المدنية الذي يجعل من المسطرة المطبقة أمام المحكمة الابتدائية كتابية وهكذا تنص المادة المذكورة كما وقع تعديلها "تطبق أمام المحكمة الابتدائية قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محكمة الإستئناف وفقا لأحكام الفصول 329 و 331 و 332 و 334 و 335 و 336 و 342 و 344 الآتية بعده"، ولو تعلق الأمر بمقال إفتتاحي للدعوى، وفي هذا تسهيل للمتقاضين للولوج السهل للقضاء.

سادسا: أن المشرع حرص على النص على ضمانات أساسية من ضمانات المحاكمة العادلة وهو مبدأ العلنية، ولهذا حرص قانون قضاء القرب على النص صراحة على هذا المبدأ في المادة السابعة بالقول أن جلسات أقسام قضاء القرب تكون علنية.

سابعا: أن هذه الأحكام تنفذ ولا تقبل أي طعن باستثناء الطعن بالإلغاء المنصوص عليه في المادة الثامنة من قانون قضاء القرب، وهذه ميزة أساسية من مميزات قانون قضاء القرب الذي يجعل من الأحكام تصدر من درجة فريدة وفي هذا استلهام من القوانين المقارنة ومن الفقه الإسلامي، حيث أن المغرب قبل الحماية والفقه المالكي لم يكن يعرف نظام التقاضي على مرحلتين، وهذا من مميزات القضاء في عهد الإسلام.

ثامنا: أن المشرع ألزم بوجود النطق بالأحكام وهي محررة، وكذا وجوب تسليم نسخة من الحكم للمعنيين بالأمر داخل أجل عشرة أيام الموالية للنطق بالحكم، فهذه المقتضيات غايتها ضمان الفعالية للأحكام الصادرة عن أقسام قضاء القرب.

تاسعا: أن المشرع نص صراحة على أن أحكام أقسام قضاء القرب لا تقبل أي طعن بإستثناء الطعن بالإلغاء "المادة الثامنة والتاسعة من



القانون"، وهذا ما يتماشى وفلسفة قضاء القرب، الذي غايته كما قلنا توفير آلية قضائية سريعة وبسيطة لنوعية معينة من القضايا التي تتسم بالبساطة. والطعن بالإلغاء هو طريق إستثنائي للطعن في أحكام أقسام قضاء القرب، ومن مميزاته في القانون المغربي أنه لا يؤدي إلى حق التصدي، فالطعن بالإلغاء ليس هو الإستئناف الذي ينشر الدعوى أمام محكمة الإستئناف بجميع أسانيدھا الواقعية ومرتكزاتها القانونية، فهو يشبه الطعن بالنقض من نواحي عديدة أهمها أن وسائله وحالاته محددة على سبيل الحصر، وأنه في نتيجته يؤدي إلى إلغاء الحكم في حالة الاستجابة للطلب، مع خلاف وحيد هو أن الطعن بالإلغاء في حالة الإستجابة له يؤدي إلى إلغاء الحكم ومحو جميع آثاره القانونية دون إحالة بخلاف النقض الذي يؤدي إلى نفس الغاية لكن محكمة النقض ملزمة عند النقض بالإحالة ومحكمة الإحالة ملزمة بالنقطة القانونية التي بنت فيها محكمة النقض.

عاشرا: أن المشرع المغربي توسع في حالات الإلغاء مقارنة مع ظهير حكام الجماعات والمقاطعات الذي كان يتضمن أربع حالات فقط للإحالة وهي إذا لم يحترم الحاكم إختصاصه، إذا بت رغم أن أحد الأطراف قد جرحه عن حق، إذا بت دون أن يتحقق مسبقا من هوية الأطراف، وإذا حكم على المدعى عليه دون أن تكون له الحجة على أنه توصل بالتبليغ أو الإستدعاء. وقد توسع قانون قضاء القرب في هذه الحالات وأضاف إليها أربع حالات أخرى وهي :

- إذا لم يجر محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 12 من القانون.

- إذا بت فيما لم يطلب منه أو حكم أكثر مما طلب أو أغفل البت في أحد الطلبات.

- إذا وجد تناقض بين أجزاء الحكم.

- إذا وقع تدليس أثناء تحقيق الدعوى. كما أضاف عبارة المتهم للحالة الرابعة للإحالة التي كانت قاصرة على المدعى عليه مما كان يعطي الانطباع بأن الأمر قاصر على القضايا المدنية دون الجزرية.

حادي عشر: أن القانون إذا كان قد جعل قضيتي التبليغ والتنفيذ في مجال قضايا القرب من إختصاص السلطة المحلية، إسوة بما كان عليه العمل في ظهير حكام الجماعات والمقاطعات، وللإستفادة من التجربة التي تراكت في ظلّه، وكذا للحفاظ على بساطة الإجراءات وسهولتها ومجانيتها اللتان تعدان أهم سمات هذا القانون، ولكن مع ذلك نص القانون صراحة على إمكانية تكليف المفوضين القضائيين بالتبليغ والتنفيذ، ولكن شريطة وجود طلب من المستفيد.

ثاني عشر: أن المشرع رفع من آجال الإلغاء إلى ثمانية أيام عوض ثلاثة أيام من تاريخ التوصل في القانون القديم.

### الفرع الثاني : مستجدات قانون قضاء القرب في القضايا المدنية

لقد جاء قانون قضاء القرب بمستجدات على درجة كبيرة من الأهمية ويمكن إجمال هذه المستجدات على الخصوص في النواحي التالي:

أولا من حيث الاختصاص:

يلاحظ أن قانون قضاء القرب وسع من مجال الاختصاص النوعي والقيمي لقضاء القرب وهكذا فيمكن القول أن هذا الاختصاص يشمل جميع الدعاوي الشخصية والمنقولة والتي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم. فمناطق اختصاص قضاء القرب إذن يشمل شقين: الأول نوعي ومن خلالها فإن اختصاص قضاء القرب قاصر على الدعاوي الشخصية

والمنقولة، فالدعوى الشخصية هي التي تروم حماية حقوق شخصية في مقابلة الدعوى العينية التي تروم حماية حقوق عينية، وتعرفون التمييز بين الحقوق العينية والشخصية، والقانون هو الذي يعرف مفهوم الحق العيني الذي عرفته مدونة الحقوق العينية الصادر بشأنها الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بالحقوق العينية الذي سيدخل حيز النفاذ بتاريخ 24/05/2012 في المادة 8 بكونه "الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تبعا"، وإضافة إلى شرط الدعوى الشخصية، هناك شق ثاني متعلق بأن تكون الدعوى منقولة، فلا يكفي أن تكون الدعوى شخصية لينعقد اختصاص البت فيها لقضاء القرب بل لا بد من تحقق شرط ثاني وهو أن تكون هذه الدعوى منقولة تنصب على منقول، وبالتالي فالدعاوي العقارية لا يمكن أن يبت فيها قاضي القرب.

وبالإضافة إلى هذين الشرطين حرص المشرع المغربي على إضافة شرط آخر متعلق بالقيمة، فاختصاص قضاء القرب غير عام في جميع الدعاوى المنقولة والشخصية بل لا بد من تحقق شرط آخر وهو شرط القيمة، فمناطق الإختصاص هي هذه الدعاوي الشخصية والمنقولة التي لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم، وهنا يلاحظ ان المشرع المغربي رفع هذا الاختصاص القيمي الذي كان في القانون القديم لا يتعدى ألف درهم، وألفين درهم في حالة اتفاق الطرفين.

وقد حرص المشرع المغربي على نزع بعض القضايا صراحة من اختصاص قضاء القرب، وهذه القضايا هي النزاعات المتعلقة بمدونة الأسرة والعقار والقضايا الإجتماعية والإفراغات. وما يلاحظ على هذه الإستثناءات ان بعضها هو من قبيل التأكيد فقط كالنزاعات المتعلقة بالعقار،

طالما ان النص صريح في كون مجال إختصاص قضاء القرب هو الدعاوي الشخصية والمنقولة، أي أن الدعاوي العقارية تخرج من مجال إختصاص قضاء القرب، في حين أن باقي الإستثناءات جاءت لتبعد بعض القضايا التي اعتبرت مهمة من مجال إختصاص قضاء القرب.

وقد حرص المشرع المغربي على النص صراحة على نزع بعض الإختصاصات من إختصاص قضاء القرب كالنزاعات الإجتماعية والإفراغات وكذا ماكان ينص عليه ظهير حكام الجماعات والمقاطعات من البت في التدابير التي تضع حدا للإحتلال الحال والمانع من الإنتفاع بحق الملكية (الفصل 23 من الظهير) وكذا طلبات فسخ عقود الكراء غير التجارية المبنية على عدم دفع الوجيبة الكرائية (الفصل 22 من الظهير).

ويمكن إثارة الملاحظات التالية على مسألة إختصاص قضاء القرب:

1- انه لا يجوز للمدعي تجزئة مطالبه في نفس الدعوى، وإذا فعل لم تقبل منه المطالب اللاحقة.

2- أنه بخلاف المطالب الأصلية والإضافية التي يتقدم بها المدعي والتي تضم لتحديد قيمة المطالب وما إذا كانت تدخل ضمن إختصاص قضاء القرب، فإن الأمر بخلاف ذلك بخصوص الطلب المقابل الذي لا يضاف للطلب الأصلي لتحديد مبلغ النزاع، يبقى القاضي مختصا للبت في الطلبين معا : الطلب الأصلي والمقابل طالما أن كلاهما يدخلان ضمن إختصاص قضاء القرب.

3- انه إذا كان الطلب المقابل يتجاوز إختصاص قضاء القرب، فإن قاضي القرب يبت في الطلب الأصلي ويحيل الطلب المقابل على من له حق النظر.

ثانيا من حيث المسطرة:

لقد جاء قانون قضاء القرب بمستجدات هامة على مستوى الإجراءات والمسطرة يمكن إبرازها فيما يلي:

1- أنه يمكن رفع الدعوى سواء بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي يتلقاه كاتب الضبط ويدونه في محضر موقع من طرف المدعي، وهذا في إطار تبسيط الإجراءات التي تميز قضاء القرب.

2- وجوب تبليغ المقال أو المحضر للمدعى عليه إذا لم يكن حاضرا لجلسة لا يتجاوز تاريخها ثمانية أيام فإذا كان حاضرا أوضح له القاضي مضمون الطلب.

3- إجبارية القيام بمحاولة الصلح بين الطرفين (المادة 12 من القانون). وهذه الإجبارية حرص المشرع على ترتيب جزاء صارم على عدم القيام بها وهو الطعن بالإلغاء (المادة 9).

4- أن المشرع ألزم قاض القرب بالبت في القضايا المرفوعة إليه داخل أجل لا يتعدى ثلاثين يوما خلافا للقانون القديم الذي لم يكن يتضمن أجلا للبت.

### الفرع الثالث : مستجدات قانون قضاء القرب في القضايا الزجرية

من المعلوم قانونا أنه بدخول قانون قضاء القرب الصادر بشأنه الظهير الشريف رقم 1.11.151 بتاريخ 17 غشت 2011 بتنفيذ القانون رقم 42.10، أصبحت إختصاصات السلطة المحلية مقلصة مقارنة مع القانون القديم.

ويمكن القول عموما أن المشرع المغربي سعى من خلال قانون قضاء القرب إلى توسيع دائرة المخالفات التي ينعقد الإختصاص فيها

لقضاء القرب كما رفع من قيمة الغرامات مقارنة مع القانون القديم، وما يلاحظ على هذا التوسع أنه اتسم بالميزات التالية :

أولا : أن الأمر يتعلق فقط بمخالفات (المادة 14).

ثانيا : ان هذه المخالفات محددة على سبيل الحصر في المواد 15، 16، 17 و 18 من نفس القانون.

ثالثا: أن هذه المخالفات غير معاقب عليها بعقوبة الإعتقال بل فقط بغرامة، ونعلم أن المخالفات قد تصل فيها العقوبة المقررة إلى شهر إعتقالا (الفصلان 18 و 111 من القانون الجنائي)، ومعلوم أن نوع الجريمة لا يتغير نتيجة منح سبب تخفيف أو حالة عود، في حين يتغير بسبب ظرف التشديد (الفصلان 112 و 113 من ق ج).

رابعا: أن هذه المخالفات يجب أن يقترفها رشداء وحتى ولو كانوا عسكريين ما لم تكون مرتبطة بجناية أو جنحة، وبالتالي فلا مجال للقول بإختصاص قضاء القرب للبت في المخالفات المنسوبة للأحداث.

خامسا : أن المشرع سحب من السلطة المحلية سلطة الإحالة على قاضي القرب والتي كان ينص عليها الفصل 14 من الظهير الشريف المؤرخ في 15 يوليوز 1974 المتعلق بتنظيم محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات وتحديد إختصاصها، وعاد هذا الإختصاص لوكيل الملك الذي أعطى له القانون سلطة تحريك الدعوى العمومية (المادة 19 من ق م ج). وإذا كان المشرع المغربي سكت عن طريقة تحريك الدعوى العمومية فيما يخص قضاء القرب، فإننا نعتقد أن هذا التحريك هو طريقة خاصة. فالمشرع المغربي جاء ليحل إشكال قانوني طالما علق بظهير حكام الجماعات والمقاطعات، وهو المتعلق بطريقة تحريك الدعوى العمومية، بحيث أن ظهير حكام الجماعات والمقاطعات لم يكن ينص على طريقة

التحريك وجهة المتابعة، بحيث كانت السلطة المحلية هي المكلفة بالإحالة، في حين أن المتابعة والتكليف كان من إختصاص حكام الجماعات والمقاطعات، وهذا كان يعد خرقا للقواعد الأساسية في المسطرة الجنائية المتعلقة بفصل جهة المتابعة عن جهة الحكم، وجاء القانون الجديد المتعلق بقضاء القرب لكي يعيد الأمور لطريقها العادي.

سادسا: أن قانون قضاء القرب حل إشكال قانوني طالما اختلف حوله الفقه في ظل ظهير حكام الجماعات والمقاطعات، وهو إختصاص قضاء القرب للبت في الدعاوي المدنية التابعة، وهكذا جاء القانون الجديد ليحل هذا الإشكال ويجيب على هذا السؤال بالإيجاب، بحيث جعل قضاء القرب مختصا للبت في الدعاوي المدنية التابعة طالما أن الأمر يتعلق بالإختصاص القيمي المتعلق بخمسة آلاف درهم، ولا بد من التذكير فقط ان المشرع كان صريحا في كون مجال الدعوى المدنية التابعة هو حدود الإختصاص القيمي المحدد في خمسة آلاف درهم، أي دعاوي التعويض، وبالتالي فلا مجال لبت القضاء الزجري في مجال الدعوى المدنية التابعة إذا لم تتعلق بدعوى التعويض، وكان مجالها مثلا إرجاع الشيء غير المحدد القيمة.

سابعا: أن النيابة العامة غير ملزمة بالإحالة، طالما أنه طبقا للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة الجنائية المطبقة لها سلطة ملائمة المتابعة، وإضافة إلى هذا المبدأ فالملاحظ على قضاء القرب أن المشرع حرص صراحة على غل يد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في بعض المخالفات التي تدخل ضمن إختصاص قضاء القرب إلا بوجود شكاية المتضرر التي جعلها شرطا للمتابعة في بعض المخالفات المنصوص عليها في المادة 17 بإستثناء الحالات المنصوص عليها في

البنود الأول والثاني والثالث، وكان من المفيد جعل هذا الشرط في جميع المخالفات إلا ما أستثني بصريح النص.

ثامنا : أن المشرع نص صراحة على أن أقسام قضاء القرب تعقد جلساتها بقاض منفرد وبمساعدة كاتب الضبط ودون حضور النيابة العامة (المادة 2).

### المحور الثاني : الإشكالات

ان المشرع المغربي سكت عن عدم وجوبية تنصيب محامي، ونعتقد أن صياغة المسطرة شفووية لا تكفي للنص على عدم إلزامية المحامي فالمادة 32 من قانون المحاماة رقم 28.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر في 20 شوال 1429 الموافق ل 20 أكتوبر 2008 صريحة في الإستثناءات وهكذا نصت على ان " المحامون المسجلون بجدول هيآت المحامين بالمملكة ،هم وحدهم المؤهلون، في نطاق تمثيل الأطراف ومؤازرتهم، لتقديم المقالات والمستنجات والمذكرات الدفاعية في جميع القضايا، بإستثناء القضايا الجزرية، وقضايا التصريحات المتعلقة بالحالة المدنية، وقضايا النفقة امام المحاكم الابتدائية والإستئنافية والقضايا التي تختص المحاكم الابتدائية بالنظر فيها إبتائيا وإنتائيا وكذا المؤازرة في قضايا الجرح والمخالفات"، وكان يجب النص صراحة على ذلك تجنبا لكل تأويل.

ثانيا أن المشرع نص على ان الأحكام تصدر بإسم جلالة الملك دون كلمة طبقا للقانون، ونعتقد أنه يجب تكملة هذه الكلمة طبقا للقانون إحتراما للدستور أسمى قانون في الدولة وكذا قانون المسطرة المدنية الذي يحيل عليه قانون قضاء القرب.



ثالثا: أن المشرع المغربي إذا كان قد ألزم القاضي بالنطق بالأحكام وهي محررة وكذا وجوب تسليم نسخة للأطراف داخل أجل عشرة أيام، فإنه لم ينص على طبيعة هذا الاجل الذي يبدو أنه أجل إداري وليس أجل قضائي، كما أنه لم يرتب أي جزاء على مخالفته، وبالتالي فليس هناك أي جزاء لمخالفة هذا الأجل الذي غايته فقط حث القضاة على ضرورة البت في هذه القضايا بالسرعة اللازمة التي تتناسب وطبيعة هذه القضايا.

رابعا : أن المشرع المغربي إذا كان قد نص على وجوب بت قاض القرب في النزاعات المدنية التي ينعقد إليه إختصاص البت فيها وحددها في ثلاثين يوما، فإن ما يلاحظ على هذا الأجل أنه غير مقترن بأي جزاء وبالتالي فهو أجل إداري وليس قضائي، كما لم يحدد تاريخ بداية إحتسابه هل من تاريخ تقييد الدعوى أو من تاريخ التبليغ، والملاحظة الثانية أنه لم ينص على آجال قضائية أو إدارية للبت في القضايا الجزرية، ونعتمد أنه كان من الواجب النص على آجال قصيرة للبت في هذه النوعية من القضايا التي يعود الإختصاص فيها لأقسام قضاء القرب، إسوة بما عليه العمل في حالة الطعن بالإلغاء حيث نص المشرع "المادة 9" على وجوب بت الرئيس في حالة الطعن بالإلغاء داخل أجل 15 يوما من تاريخ إيداع الطلب وفي جميع الحالات داخل أجل شهر، وكذا بمدونة الأسرة مثلا بالنسبة لقضايا النفقة "أجل شهر" او قضايا التطبيق للشقاق "أجل ستة أشهر".

خامسا : أن المشرع سكت عن مآل الطعن بالإلغاء على تنفيذ الحكم الصادر في إطار قضاء القرب خلافا للقانون القديم الذي كان صريحا في النص على أن الطعن بالإحالة يوقف تنفيذ الحكم الجماعي الصادر في القضايا الجزرية (الفصل 21)، ونعتمد ان هذه الطريقة من الطعن لا توقف

تنفيذ الحكم الصادر في إطار قضاء القرب. كما لم ينص على نتيجة قبول الطعن بالإلغاء على الحكم الملغى وماهو نطاق الإلغاء ونطاق إختصاص رئيس المحكمة في حالة الطعن بالإلغاء.

سادسا: ان المشرع المغربي إذا كان قد حاول تنظيم طريقة جواب المدعى عليه في المادة 11 من قانون قضاء القرب بالنص على أن المدعى عليه إذا كان حاضرا أوضح له القاضي مضمون الطلب وإذا لم يحضر بلغ له المقال او المحضر على أن يحتوي هذا التبليغ على إستدعاء لجلسة لايتجاوز تاريخها ثمانية ايام، والهدف طبعاً كان هو تبسيط الإجراءات في هذا النوع من القضاء فإن ثمة ملاحظات لايد من إثارها:

1- أن القانون سكت عن حق المدعى عليه الحاضر في طلب مهلة للجواب، فالنص أورد أنه إذا كان المدعى عليه حاضرا أوضح له القاضي مضمون الطلب، وفي هذا خرق لأبسط مبادئ حقوق الدفاع.

2- ان القانون لم يحدد تاريخ إحتساب بداية أجل الثمانية أيام المحددة للتبليغ، هل من تاريخ التوصل كما ينص على ذلك قانون المسطرة المدنية ام من تاريخ التبليغ، ونعتقد أنه وأمام صراحة الفصل فيجب الرجوع لقانون المسطرة المدنية أمام سكوت النص.وما يلاحظ على هذا الأجل انه أطول مما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية ونعتقد ان هذا يجافي الصواب.

سادسا: أن المشرع المغربي إذا كان قد أعطى لوكيل الملك صلاحية تحريك الدعوى العمومية في مجال قضاء القرب، فإنه من جهة أخرى لم يحدد طريقة هذه الإحالة أو تحريك الدعوى العمومية، وحتى على فرض الرجوع لقانون المسطرة الجنائية الذي يعتبر الشريعة العامة للإجراءات

الزجرية، فإنه لا نجد جوابا لهذا الإشكال، ونعتقد أن هذا التحريك هو طريقة خاصة .

سادسا: ان المشرع المغربي سكت عن وجوب إخبار السلطة المحلية لوكيل الملك بما يوجب الإلغاء.

وفي ختام هذه الدراسة يمكن القول عموما أن قانون قضاء القرب إذا كان يعتبر خطوة إلى الأمام في اصلاح القضاء في أفق تقريبه من المتقاضين وتبسيط الإجراءات لاسيما في القضايا البسيطة وتسهيل ولوج المتقاضين للمحاكم والرفع من إحترافيته، فإنه لابد من القول أن الكثير من الأحكام صيغت بكثير من الغموض مما قد يفتح المجال واسعا للإختلاف القضائي وهو ما يتنافى مع فلسفته، كما أن المحك العملي هو التطبيق العملي وهنا يلاحظ ان الوزارة اهتمت أيما إهتمام بدخول هذا القانون حيز النفاذ عن طريق توفير الوسائل التقنية والبشرية، ويبقى المحك الحقيقي هو الواقع الذي سيساءل القاعدة القانونية.

## الحاماة والعولة

الأستاذ يونس العياشي

نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية

بالخميسات

ملحق بمديرية التشريع بوزارة العدل والحريات

دكتور في الحقوق

### مقدمة عامة :

عرف العالم في نهاية القرن الماضي تحولات مهمة في مراكز القوى أبرزها على الإطلاق الانتقال من الثنائية القطبية {الولايات المتحدة الأمريكية - الإتحاد السوفياتي} إلى أحادية قطبية بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية رائدة النظام الليبرالي.

وأصبحت قوة الدولة تقاس ليس بما لديها من قوة عسكرية ولوجيستكية، وإنما بما لها من نظام اقتصادي قوي وفاعل في خلق الثروات وتحقيق الرفاه لشعوبها.

ومؤدى هذا أن الولايات المتحدة الأمريكية ومن يدور في فلكها قد أطلقت علينا بمفاهيم اقتصادية جديدة لم تكن مألوفة من قبيل الخصوصية اقتصاد السوق، العولمة ....

وقد كان من نتائج الليبرالية الاقتصادية التي أصبح يعيشها العالم اليوم أن تم تجاوز السيادة الوطنية للدولة لاسيما مع الضغط الاقتصادي للدول القوية بحيث أصبحت الدول النامية مرغمة على أن تكون شريكة وأن تتركب قطار العولمة وإلا أصبحت متجاوزة.

وقد غذى هذا الشعور المصادقة على اتفاقية الكات بمراكش والانضمام إلى منظمة التجارة العالمية من قبل العديد من الدول وفتح الأسواق في وجه السلع والبضائع والخدمات والرساميل كل ذلك من أجل خلق اقتصاد حر لا يؤمن إلا بالجودة وقلّة التكلفة كمعيارين أصيلين في تحقيق التنافسية الاقتصادية بين المقاولات الوطنية والدولية.

ومن الطبيعي أن يلهت القانون وراء الاقتصاد، ذلك أن العولمة الاقتصادية أدت إلى عولمة الفكر القانوني بحيث أصبحت الدول تلجأ إلى مؤسسة الاتفاقيات الدولية من أجل تقريب المسافة بين القوانين الوضعية عبر العالم فضلا عن الدور الذي تلعبه بعض المنظمات والمعاهد الدولية من قبيل لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية UNISTRAL - CNUDCCI<sup>1</sup> والتابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وكذا المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNI-DROIT دون أن ننسى غرفة التجارة بباريس CCI.

1 - UNISTRAL - CNUDCCI هي تسمية الأولى باللغة الفرنسية والثانية باللغة الإنجليزية، أما التسمية العربية فهي لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية وهي لجنة تهتم بتوحيد قانون التجارة الدولية وذلك لتيسير التبادل بين الشعوب وتوطيد التقارب بينهم أنشئت سنة 1966 وأكدت ديباجة الإنشاء أن أهمية التعاون بين الدول في ميدان التجارة هو إحدى أولويات اللجنة مؤكدة أن تباين التشريعات الوطنية يقف حجرة عثرة في سبيل تحقيق التعاون وتنمية التبادل التجاري واختارت اللجنة لبرنامج عملها:

+ البيع التجاري الدولي ؛

+ التحكيم التجاري الدولي وقد أنجزت اللجنة عدة اتفاقيات نذكر منها:

في مجال البيع التجاري الدولي: اتفاقية خاصة بالتقادم في البيع الدولي سنة 1974 - اتفاقية فيينا لسنة 1981 ؛

في التحكيم التجاري الدوري: القانون النموذجي للتحكيم سنة 1985 - اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 الخاصة بالنقل الجوي.

وهكذا بدأ يظهر نوع من التقارب بين العائلات القانونية خاصة بين العائلة اللاتينية الجرمانية والعائلة الأنكلوسكسونية فيما العائلة الاشتراكية قد دخلت متحف التاريخ القانوني بعد انهيار الاتحاد السوفياتي.

ومثلما تأثر القانون بالعولمة، فإن المهن القضائية والقانونية لم تتج من تأثير العوالم الاقتصادية، ذلك أن الاستثمارات الأجنبية المتدفقة على الأسواق العذراء بالدول النامية تحتاج لا محالة إلى موثقين ومحامين ملمين بأحكام عقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار، عارفين بقواعد القانون الدولي الخاص وقواعد التحكيم التجاري الدولي وغيره من بدائل حل المنازعات خارج مؤسسة القضاء، مطلعين على اللغات الحية وعلى أهم ما وصلت إليه تقنيات الاتصال والتواصل. من هنا جاءت الإشكالية المحورية التي يعالجها الموضوع والمتمثلة في مدى تأثير العوالم الاقتصادية على المهن القضائية والقانونية عموما ومهنة المحاماة على وجه الخصوص على اعتبار أن مهنة المحاماة هي خدمة قانونية يقدمها المحامي للغير سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا { شركة } وطنيا أو أجنبيا {مستثمر}. إن الضرورة المنهجية لمقاربة هذا الموضوع تقتضي إخضاعه للتصميم التالي.

### المطلب الأول : العوالم الاقتصادية وأثرها في عوالم القانون

سنتناول هذا المطلب من خلال فقرتين نتناول في أولهما وبايجاز تحديد مفهوم العوالم وبعض مظاهرها {فقرة 1} ثم أثرها في عوالم الفكر القانوني {فقرة 2}.

## الفقرة الأولى : ماهية العولمة وبعض مظاهرها

العولمة<sup>2</sup> *MONDIALISATION – GLOBALISATION* ومعناه جعل العالم يتكلم لغة واحدة في مختلف مناحي الحياة، وهو نتاج فكري خالص للفكر الليبرالي الرأسمالي الذي تنزعه الولايات المتحدة الأمريكية التي سطع نجمها عقب انهيار الإتحاد السوفياتي رائدة النظام الاشتراكي البائد.

وتقوم العولمة على مبدئين إثنين:

- + جعل العالم قرية صغيرة مفتوحة أمام الجميع بحيث تصير العزلة عن باقي العالم أمرا شبه مستحيل؛
- + حرية تنقل السلع والبضائع والخدمات والرساميل والأشخاص بكل انسياب وحرية<sup>3</sup>.

وتحقيق هذين المبدئين يستلزم بداهة توفير آليات قانونية كفيلة بالتأقلم مع هذا المفهوم الاقتصادي الجديد وهو ما أقدمت عليه العديد من الدول خاصة النامية منها والتي قد تعاني من آثار العولمة بسبب تواضع اقتصادياتها وعدم قدرتها على التنافسية كأهم أثر من آثار العولمة الاقتصادية.

---

2 - ذ/ سمير العبدلي محامي لدى التعقيب بالجمهورية التونسية - " المحامي والعولمة " - الندوة التكوينية المشتركة بين اتحاد المحامين العرب والهيئة الوطنية للمحامين بتونس - نزل الرويال الحمامات الجنوبية 31 يناير 2009 يقول المتدخل (سوف نعتمد في مداخلتنا على اللفظ المستعمل في اللغة الإنجليزية Globalisation الذي هو أقرب من اللفظ المستعمل في اللغة الفرنسية Mondialisation لأن اللفظ الإنجليزي يفيد الشمولية وليس الانفتاح الاقتصادي فقط.

3 - جهاد أكرم محام بهيئة المحامين بالدار البيضاء - " يصف البعض العولمة بأنها متوحشة : هل سيكون لها أثر على مهنة المحاماة " مقالة منشورة بمجلة المحاكم المغربية العدد 102 - الصفحة 90 وما يليها .

### الفقرة الثانية : أثر العولمة الاقتصادية على عولمة القانون

يعرف عالم الأعمال حاليا تدخلا متزايدا للقانون وإقبالا مضطردا على القضاء، بحيث أصبحت الحياة الاقتصادية مطبوعة بهذه السمة وما ذلك إلا نتيجة للعلاقة الجدلية بين الاقتصاد والقانون بارتباط مع الجهاز القضائي المعهود إليه الحسم فيما قد يطرأ من نزاعات بين الفاعلين الاقتصاديين<sup>4</sup>.

وأثر العولمة الاقتصادية على القانون ظاهرة لا تحتاج إلى بيان، ذلك أن الدول النامية ومن بينها المغرب عمدت إلى إدخال تعديلات على ترسانتها القانونية التي لها علاقة بقانون الأعمال وذلك بهدف تأهيل اقتصادياتها وجعلها قادرة على التنافسية في ظل عولمة متوحشة لا مكان فيها إلا للأقوى.

والعولمة القانونية كإحدى نتائج العولمة الاقتصادية تتم بطريقتين إما المصادقة على الاتفاقيات الدولية وترجيحها على القانون الداخلي في حالة تعارضهما، أو إدخال تعديل على النص القانوني رأسا.

والمغرب قد عمل بالطريقتين معا، فضلا على المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات الدولية وترجيحها على القانون الداخلي في حالة التعارض، نجده قد أدخل تعديلات على ترسانته القانونية المرتبطة بعالم الأعمال وذلك انطلاقا من العقد الثامن من القرن الماضي أي مباشرة بعد

---

4 - الدكتور عبد المجيد غميجة مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل ورئيس ديوان السيد وزير العدل سابقا والكاتب العام الحالي لوزارة العدل - " دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد - المقولة والسياسة الجنائية - منشور بمؤلف السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق - المجلد الثاني - ص 133 وما يليها.



نهجه سياسة التقويم الهيكلي التي فرضت عليه من قبل المؤسسات المالية الدولية من قبيل البنك العالمي وصندوق النقد الدولي والتي أنجزت تقارير - أنذرت وقتها بالسكتة القلبية على حد قول جلالة المغفور له الحسن الثاني طيب الله ثراه- تفيد أن المغرب لئن كان يعاني من صعوبات بشأن تدفق الاستثمار باعتباره المعول عليه الأول لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن ذلك يرجع بالأساس لانعدام الأمن القانوني والقضائي الناتج عن شيخوخة الترسانة القانونية وانعدام التخصص على مستوى الممارسة القضائية.

وهكذا أدخلت تعديلات على مجموعة من القوانين كقانون الشركات، مدونة التجارة، قانون حرية الأسعار والمنافسة، قانون مؤسسات الائتمان، مدونة التأمينات، ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة، مدونة الشغل، قانون الاستثمار أو ما يعرف بالقانون الإطار، التحكيم التجاري الدولي والوساطة الاتفاقية، قانون إحداث المحاكم التجارية، قانون إحداث المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، قانون المحاماة، قانون المفوضين القضائيين، خطة العدالة إلخ ...

وتجدر الإشارة أن هذه التعديلات كان القصد منها تأهيل الاقتصاد الوطني وجعله قادرا على التنافسية خاصة على المستوى الدولي كأهم أثر من آثار العولمة الاقتصادية.

والمغرب وهو بصدد إدخال تعديلات على ترسانته القانونية المرتبطة بميدان الأعمال أخذ بعين الاعتبار التقارب الذي أصبح بين العائلات القانونية خاصة بين العائلة اللاتينية الجرمانية والعائلة الأنجلوسكسونية، ولا أدل على ذلك من تبني نظام صعوبة المقاوله وهو نظام أنكلوسكسوني خالص، فيما العائلة الاشتراكية قد أقل نجمها بانهيال الاتحاد السوفياتي.

وقد يعتقد البعض عن خطأ أن العائلة الاشتراكية لازالت قائمة مجسدة في الصين الشعبية، إلا أن هذه القوة الاقتصادية العملاقة تشكل استثناء من القاعدة وهي ماضية في الزوال بحكم انخراط الصين في اقتصاد السوق.

وعولمة القانون كنتيجة حتمية للعولمة الاقتصادية تساهم فيه كما سبق بيانه بعض المنظمات والمعاهد الدولية التي تعنى بتقريب العائلات القانونية فيما بينها من قبيل لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية Cunidcci - Unistral التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص Uni- Droit الذي يوجد مقره بإيطاليا، وكذا غرفة التجارة الدولية بباريس CCI.

### المطلب الثاني: آثار العولمة الاقتصادية على المهن القضائية والقانونية "المحاماة نموذجاً"

يقصد بالمهن القانونية والقضائية بكل إيجاز كل مهنة نظمها القانون ومساعدة للقضاء؛ والمهن القانونية والقضائية بهذا المعنى كثيرة في الواقع العملي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: مهنة المحاماة، مهنة التوثيق العصري، خطة العدالة أو ما يعرف بالتوثيق الشرعي أو العدلي، مهنة النساخة، مهنة المفوضين القضائيين، مهنة الترجمة، إلخ.....

وآثار العولمة لا تقتصر على القانون بل امتدت للقضاء وكذا المهن القانونية والقضائية التي تعتبر مساعدة له، وسنتناول آثار العولمة على المهن القانونية والقضائية عموماً وعلى مهنة المحاماة على وجه الخصوص من خلال إبراز إيجابيات العولمة على هذا النوع من الخدمات القانونية متسائلين حول ما أعده المحامي المغربي للوقوف أمام تيار العولمة الجارف - فقرة 1 - على أن نخصص - الفقرة 2- لبيان جانب

من السلبيات التي قد تفرزها العولمة في الواقع العملي مع اقتراح بعض الحلول الكفيلة للتخفيف من آثار هذا المولود الجديد.

### الفقرة الأولى : الآثار الإيجابية للعولمة على مهنة المحاماة

إن العولمة الاقتصادية كان لها كبير الأثر على التطورات التي عرفها القضاء المغربي وباقي المهن القضائية والقانونية المرتبطة به، فضلا على إحداث محاكم تجارية ابتدائية ومحاكم استئناف تجارية كخطوة إيجابية من أجل جلب الاستثمار واستقطابه، فإن مهنة المحاماة وفي إطار مواكبة التحولات الاقتصادية التي يعرفها العالم قام المشرفون عليها بالمطالبة بإدخال تعديلات على قانونها الأساسي وذلك بجعله في مستوى قانون الدول المتقدمة.

وفعلا صدر قانون جديد للمحاماة كان من أهم مستجداته الأخذ بنظام الشركات المدنية المهنية للمحاماة - المادة 26 - على غرار ما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، واحتفظ بإمكانية الترشح لمزاولة مهنة المحاماة من طرف مواطن كل دولة تربطها بالمملكة المغربية اتفاقية تسمح لمواطن كل من الدولتين بممارسة مهنة المحاماة في الدولة الأخرى بشرط التعامل بالمثل مع هذه الدول - المادة 5 -<sup>5</sup>، علما أنه بإمكان أي محام يمارس في بلد أجنبي أن ينتصب أمام المحاكم المغربية متى كانت اتفاقية مماثلة تربط ذلك البلد بالمغرب شريطة تعيين محل للمخابرة عند محام مسجل في جدول إحدى الهيئات المغربية وكذا الحصول على إذن خاص بالنسبة لكل قضية يمنحه وزير العدل . وفي هذا الإطار يجب التذكير بمجموعة من الاتفاقيات تم إبرامها مع كل من:

5 - قانون ينظم الشركات المدنية المهنية للمحاماة - منشورات جمعية هيئات المحامين بالمغرب - أكتوبر 2008 - ص 10.

+ الجزائر: اتفاقية 15 مارس 1963، والبروتوكول التعديلي المحق به المؤرخ في 15 يناير 1969؛

+ تونس: اتفاقية 9 دجنبر 1964؛

+ فرنسا: اتفاقية بتاريخ 11 يونيو وأخرى بتاريخ 5 أكتوبر 1957 المعدلة بمقتضى البروتوكول المؤرخ في 20 ماي 1965 تبعا لقانون 26 يناير 1965 المتعلق بقانون التوحيد والمغربة والتعريب؛

+ إسبانيا: اتفاقية بتاريخ 11 فبراير 1957 المعدلة بمقتضى ملحق اتفاق بتاريخ 6 فبراير 1965 تبعا لنفس القانون<sup>6</sup>.

وإذا كانت هذه الاتفاقيات تشكل التزامات بين الدول فإن هناك اتفاقيات بين الهيئات المهنية نذكر منها:

+ الاتفاقية بين هيئتي الدار البيضاء وبوردو الموقعة بتاريخ 23 دجنبر 1983؛

+ الاتفاقية بين هيئة أكادير ونانت الموقعة بتاريخ 6 أبريل 1996؛

+ الاتفاقية بين جمعية هيئات المحامين بالمغرب وهيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بباريس المبرمة بتاريخ 20 دجنبر 1986؛

+ الاتفاقية بين هيئتي المحامين لدى محكمتي الاستئناف بمكناس وباريس الموقعة بتاريخ 29 نوفمبر 1993.

وقد أصبح اليوم بالإمكان تصور شركات مدنية أجنبية للمحاماة تستقر بالمغرب وذلك للدفاع عن مصالح وحقوق المستثمرين الأجانب، بل

---

6 - ذ/ النقيب عبد العزيز بنزاكور- شروط ممارسة الإتحاد الأوروبي في البلدان المغاربية - تجربة المغرب - مجلة الإشعاع العدد 19 - ص 111.

وحتى المستثمر الوطني طالما أن القانون المغربي لا يمنع هذا الأخير كما سبق بيانه من أن يكون مؤازرا من طرف دفاع أجنبي سواء كان هذا الدفاع شخصا طبيعيا أو اعتباريا على اعتبار أن الحق في الدفاع هو حق عالمي وإحدى ضمانات المحاكمة العادلة.

والأكيد أن هذا الوضع الجديد سيخلق فرص شغل جديدة بهذه الشركات سواء في ميدان المحاماة نفسه أو في المقاولات التي ستعمل بالمغرب وهي جد مطمئنة لوجود مكتب أو شركة محاماة أجنبية في بلدان الاستقطاب وهذا ما سيخلق نوعا من التنافسية في ميدان الخدمة القانونية من شأنه أن يرفع من مستوى الدفاع ببلادنا بأن يصبح دفاعا أكثر مهنية واحترافية، وبأن تكون مذكراته ومرافعاته أكثر جودة من نظيره المحامي الأجنبي على اعتبار أن التنافس والاحتكاك وسيلة لخلق الجودة.

ولعل هذا لا يمكن أن يتحقق إلا إذا اطلع المحامي الوطني سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا على القوانين المقارنة والاعتماد على أحدث ما وصلت إليه وسائل الاتصال من انترنيت وانترانيت مع إمامه قدر المستطاع باللغات الحية كالفرنسية والإنجليزية والاسبانية، فهل واقع المحاماة ببلادنا مؤهل لدخول هذا التحدي؟

### الفقرة الثانية : الآثار السلبية للعولمة على مهنة المحاماة

إن واقع المحاماة ببلادنا كان موضوع مناقشات عديدة من طرف الفاعلين في الميدان بحيث تم رصد جوانب الخلل مع اقتراح الحلول نذكر منها مناظرة مكناس لسنة 1987 حول أوضاع مهنة المحاماة وآفاقها، ومناظرة فاس لسنة 1990 في موضوع "المحاماة الأزمة والبديل"، ومناظرة

الدار البيضاء لسنة 1995 حول "العدالة بالمغرب واقع ومعالجة"، ومناظرة الرباط سنة 1998 حول "العبء المالي والحق في التقاضي"<sup>7</sup>.

وقد شكك كثير من رجال القانون في قدرة المحامي المغربي بالنظر لواقعه الحالي - سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا - على الصمود أمام تيار العولمة الجارف، ويرجعون ذلك لعدة عوامل نذكر منها:

### أولا / ضعف مركز المحامي المغربي

إن حرية تنقل الخدمات - المحاماة خدمة قانونية - سيستفيد منها لا محالة المحامون الأجانب دون المغاربة، بحيث يكون من العسير على المحامي المغربي أن ينتقل لمزاولة المهمة بالخارج والعلة في ذلك كما هو الحال بالنسبة للمنتجات الاقتصادية المغربية هو عجز المحامي المغربي على منافسة المحامي الأجنبي لعدة أسباب منها:

- 1- كون المحامي المغربي ألف التعامل مع النظام القانوني المغربي أكثر من غيره؛
- 2- نقصان التكوين والصعوبة في الوصول للمعلومة القانونية في المغرب فبالأحرى خارج المغرب؛
- 3- عدم التوفر على الإمكانيات المادية الكافية التي تسمح له بفتح مكتب بالخارج؛
- 4- عدم توفر المحامي المغربي على الكفاءة اللازمة لقبوله بالمكاتب الأجنبية؛

---

7 - الأستاذ النقيب عبد العزيز بن زاكور - مستقبل مهنة المحاماة - مجلة الإشعاع العدد 19 - ص 31 وما يليها.

5- عائق اللغة التي يعاني منها المحامي المغربي باستثناء القلة القليلة التي درست بالأقسام الفرنسية مما تجعل المحامين المغاربة المعربون لا يجرؤون على التفكير في الممارسة في البلدان التي تعتمد غير اللغة العربية لغة رسمية قانونية، ذلك أن الاشتغال باللغة القانونية المتخصصة يفترض إتقانها وليس مجرد استعمالها عرضا.

### ثانيا/ امتياز المحامين الأجانب.

لقد أصبحت الشركات الأجنبية المستثمرة في المغرب تشتترط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي<sup>8</sup>، وتحدد سلفا الاختصاص القانوني والقضائي حالة وجود منازعة بدل اللجوء إلى القضاء المغربي والبحث عن محامي قد لا يرقى إلى مستوى طموحاتها في الدفاع عن مصالحها، بل أن المقاولات الأجنبية المستقرة في المغرب لها مستشارين قانونيين من بينهم محامين أجانب لا يجدون عناء في التعرف على القانون المغربي طالما أن هذا القانون في غالبته منسوخ عن القوانين تنتمي للعائلة اللاتينية الجرمانية كالقانون الفرنسي الذي يعتبر مرجعا للقانون المغربي بفضل العلاقة التاريخية بين البلدين.

ومعنى هذا أن نطاق ممارسة المهني المغربي ستتقلص، فشرط التحكيم يمنع عرض النزاع على القضاء ويجعله أمام هيئات لا يحتكر المحامون حق الدفاع عن حقوق المتقاضين أمامها، علما أن ليس هناك ما يمنع المحامي من أن يكون محكما على غرار ما يقوم به بعض كبار المحامين بمدينة الدار البيضاء.

8 - الأستاذ النقيب عبد الله درميش - محامي بهيئة الدار البيضاء - التحكيم التجاري الدولي - أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص - نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء.

### ثالثا/ التطبيقية المهنية

من الآثار السلبية للعولمة كذلك تكريس نوع من الطبقية المهنية، فقليلون هم المحامون المتخصصون في قانون الأعمال وأغلبيتهم متمركز بالدار البيضاء وهؤلاء هم من يحضون بالتعامل مع المستثمر الأجنبي بل ويعملون كمحكمين في بعض الأحيان وهذا من شأنه أن يثير موضوع المحامي والعولمة والربح المادي.

### خاتمة:

لا غرابة في أن تكون للعولمة آثارها الايجابية والسلبية على اقتصاديات الدول النامية، ولا غرابة في أن تتأثر المهن القانونية والقضائية لهذه الدول بهذا التيار الجارف، لذلك كان لزاما على الدول أن تحصن نفسها قدر الإمكان خاصة على المستوى القانوني.

فالمحامي الأجنبي أصبح يهدد المحامي المغربي في رزقه، بحيث من السهل عليه العمل بالمغرب وبالمقابل يجد المحامي المغربي صعوبة في الانخراط في سلك المحاماة بالخارج حتى بالنسبة للدول التي تربطها بالمغرب اتفاقية ثنائية أي أن مبدأ التعامل بالمثل كان مغيبا.

وأحسن المشرع المغربي صنعا عندما أكد على هذا المبدأ في المادة 5 من القانون الجديد للمحاماة.

واعتقد أنه يتعين على من يرغب في الانضمام لهيئة من هيئات المحامين بالمغرب أن يخضع لاختبار في المعلومات في القانون المغربي وباللغة العربية على اعتبار أن قانون المغربية والتوحيد والتعريب لسنة 1965 قد جعل من اللغة العربية اللغة الرسمية أمام القضاء المغربي مع الاستعانة بترجمان عند الاقتضاء.



كما أن السماح للمحامي الأجنبي بالعمل في المغرب كأثر من آثار العولمة يستلزم بالضرورة أن يتخلى عن مكتبه بالخارج أي عدم اعتبار المكتب الموجود بالمغرب مجرد مكتب ثانوي.

إنها مجرد متمنيات نعلم مسبقا عدم القدرة على تحقيقها فمركز المحامي الوطني في مواجهة سيل العولمة الجارف مركز ضعيف لسبب بسيط هو خضوع التشريع المغربي لمنطق القوة المفروض عليه من قبل سلطات الدولة الأجنبية أثناء الأعمال التحضيرية للاتفاقيات الثنائية، هذه الأخيرة التي قد تلغي ما أقره التشريع على اعتبار أن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ترجح على القانون الداخلي حالة تعارضهما.

نخلص إلى القول أن التكيف مع العولمة مع الحفاظ على الهوية الوطنية هو أمر ضروري لا محيد عنه، فالعولمة تيار جارف لا مفر للمحامين المغاربة من ركوبه والسير معه لأنه سيقترح مجال عملهم عاجلا أم آجلا، لذلك أصبح التضامن بين المحامين المغاربة وتكتلهم في مجموعات أمرا ملحا وذلك للتصدي لزحف المحامين الأجانب فهم أكثر تنظيما وأحسن تكوينا من نظرائهم المغاربة وهذا واقع يجب الاعتراف به بكل موضوعية.

وأملنا في التكوين فهو الكفيل بجعل محامينا قادرين على منافسة نظرائهم الغربيين، فصحيح أن المحاماة لئن كانت مهنة حرة إلا أنها كذلك خدمة قانونية يجب القيام بها بالجودة اللازمة كأهم معيار في التنافسية التي تعتبر أهم مظهر من مظاهر العولمة الاقتصادية الحديثة.

## طلبات إيقاف التنفيذ بين قضاء الموضوع والقضاء الإداري الاستعجالي، المنازعات الجبائية كنموذج

الدكتور محمد العلوي

أستاذ زائر بكلية الحقوق بسلا

منتدب قضائي من الدرجة الأولى

بوزارة العدل والحريات

### مقدمة:

لقد اتسمت المعاملات الاقتصادية والمبادلات التجارية بحركية مفرطة بحكم الخضوع لسلطان العولمة والإذعان لمقتضياتها الشمولية والسريعة، الأمر الذي خلق في كثير من الأحيان ضحايا وخسائر قد تتكبدتها الأطراف الضعيفة في المعادلة الاقتصادية والقانونية، والتي غالبا ما تكون الدولة طرفا قويا فيها كالمعاملات التجارية بشتى صورها وما ينجم عنها من ضرائب وديون عمومية لفائدة الدولة، إما بناء على خطأ أو سوء فهم في مرحلة تأسيس وربط تلك الضرائب والديون التي في حكمها وإما نتيجة لخرق القواعد الإجرائية المسطرية أثناء تحصيلها، ومن هنا تتبع الأهمية البالغة للقضاء المستعجل وخاصة الإداري منه للحد من جموح سلطان الإدارة الضريبية، بإصدار أحكام وأوامر مؤقتة من أجل إيقاف التنفيذ بناء على الصعوبات الوقتية إلى حين التصدي للجوهر من قبل قضاء الموضوع بإصدار أحكام وقرارات حائزة على قوة الشيء المقضي به، فالقضاء الاستعجالي يمكن

الخصوم من استصدار قرارات مؤقتة وسريعة توفق وتوازي بين مبدأ التروي والتأمل وعمق النظر، الذي تتأسس عليه قواعد إصدار الأحكام وحسن سير العدالة، وبين ضرورة الاستعجال ومنطقه الذي لا يسمح بالانتظار وطول التأمل، نظرا لما يحدثه ذلك من أضرار بليغة بمراكز أطراف الدعوى الاستعجالية وحقوقهم يصعب تداركها بعد التنفيذ، كداهمة المقاولات والشركات بالحجز على آلياتها وبيعها بالمزاد العلني، وما ينجم عن ذلك من شل حركة نشاطها الاقتصادي وتشريد عمالها أو تهديد مديرها الملزم في حريته الشخصية بإخضاعه للإكراه البدني مقابل أداء ضرائب وديون لم يحسم فيها قضاء الموضوع، وتفاديا لذلك فإن القضاء الاستعجالي يصدر أحكاما وأوامرا استعجالية تقضي بإيقاف التنفيذ مؤقتا إلى حين الحسم في موضوع النزاع. وبهذا يتم تحقيق التوازن بين أطراف المعادلة القضائية وفقا للمبدأ الأصولي إذا اجتمع ضرران فيجب ارتكاب أخفهما ودرأ المفسدة أولى من جلب المصلحة.

فإذا كان القاضي الاستعجالي يتمتع بسلطات تقريرية واسعة وفق قواعد القانون الخاص أمام المحاكم العادية والتجارية، فهل بإمكانه أن يمارس تلك السلطات أمام القضاء الإداري؟ خاصة وأن أحد أطراف المنازعة الإدارية شخص عام قوي وعنيد، في حين أن الطرف الثاني ضعيف ومحدود الإمكانيات، الأمر الذي يحتم على القاضي الإداري مراعاة خصوصية الدعوى الإدارية وتحقيق توازنها في اتساق وانسجام مع قواعد العدل والإنصاف.

إن القضاء الإداري يتسم بالطابع الرقابي على أعمال الإدارة، تجسيدا لمبدأ سيادة القانون وحماية الشرعية والمشروعية وترسيخ دولة الحق والقانون.

وبما أن المقصد العام للإدارة العمومية هو العمل على تحقيق تلك المبادئ وإشباع الحاجيات العامة للمواطنين فإن اعتماد المسطرة الاستعجالية، لا يتم إلا في حالات نادرة الأمر الذي حدا بالتشريعات المقارنة وخاصة مصر وفرنسا إلى تقليص اختصاصات القضاء الاستعجالي في المحاكم الإدارية وحصرها في نطاق ضيق للغاية، وسيرا على هذا المنوال واحتذاء بهذا النموذج فقد تحاشى المشرع المغربي في مشروع قانون 90/41 الإشارة إلى اختصاص القضاء الاستعجالي، لكن لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب المغربي أثبتت إلا أن تضيف المادة 19 من القانون المذكور، والتي تنص على أن رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه يختص بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفطية وبهذا يكون القضاء الإداري المغربي قد أحرز قصب السبق في التخصيص على اختصاصات القضاء الاستعجالي، وتميز عن غيره بهذه الخاصية.

فما هي طلبات إيقاف التنفيذ؟ وماهي شروط اختصاص البت فيها أمام قضاء الموضوع وأمام القضاء الاستعجالي وخاصة في مجال إيقاف تحصيل الديون الضريبية؟ وما هو الفرق بين طلبات إيقاف الأداء وإيقاف التنفيذ؟ وكيف تعامل القضاء الإداري الاستعجالي المغربي مع هذه الطلبات؟

تلك هي أهم التساؤلات التي سنحاول ملامستها من خلال مبحثين

اثنين:

**المبحث الأول: صعوبات التنفيذ أمام قضاء الموضوع؛**

ويتضمن مطلبين اثنين؛

المطلب الأول: ماهية صعوبة التنفيذ وشروطه؛

المطلب الثاني: إيقاف التنفيذ بين سلطات محكمة الدرجة الأولى والرئيس الأول لمحكمة الدرجة الثانية في القضاء العادي والإداري؛

المبحث الثاني: صعوبات إيقاف تنفيذ تحصيل الديون الضريبية في القضاء الإداري الاستعجالي ونطاق اختصاصه،

ويتألف هذا المبحث من مطلبين اثنين؛

المطلب الأول: إيقاف التنفيذ وشروطه أمام القضاء الإداري الاستعجالي؛

المطلب الثاني: نطاق اختصاص القضاء الشامل وقضاء الإلغاء للبت في طلبات إيقاف تنفيذ تحصيل الديون العمومية؛

## المطلب الأول: ماهية صعوبة التنفيذ وشروطه

لم يعرف المشرع المغربي صعوبات التنفيذ كما لم يضع معيارا دقيقا يمكن الاستناد إليه لتمييز تلك المنازعات عن سائر المنازعات الأخرى، فموقفه في هذا الشأن كموقف المشرع الفرنسي، ويتضح من خلال استقرار نصوص المسطرة المدنية أن المشرع المغربي استعمل مصطلح "الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ" أو "الصعوبة" في عدة فصول من قانون المسطرة المدنية كالفصل 148 و 175 و 230 و 242، لكن أهم المواد التي تعالج الصعوبة إجمالا هي الفصول 26 و 149 و 436، ولقد اختلف الفقه في تحديد مقتضيات الفصل 436 وعلاقته بالفصل 149، لأن هذا الفصل الأخير أورد الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ في سياق تحديد بعض اختصاصات قاضي المستعجلات، ومن خلال محاولة ربط مقتضيات هذين الفصلين معا بمقتضيات الفصل 26 الذي يستمد أهميته القصوى من إسناده اختصاص النظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ الحكم إلى المحكمة التي أصدرته كمحكمة موضوع، فتنصيب الفصلين 26 و 149 على البت في الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ، يعني أن الصعوبات هي منازعات قانونية مثل إشكالات التنفيذ وقد تكون واقعية أو قانونية.

وبما أن المشرع المغربي لم يورد تعريفا لصعوبات التنفيذ، فإن الفقه والقضاء قد حاولا أن يسدا هذا الفراغ ذلك ما نحاول ملامسته خلال الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: ماهية صعوبة التنفيذ

ولعل من أهم التعاريف الواردة في الموضوع ما يلي:

أ- صعوبات التنفيذ هي الوسيلة القانونية التي بواسطتها يلجأ ذو مصلحة إلى القضاء ليعرض عليه وجهة نظره حول جواز أو عدم جواز التنفيذ، أو حول صحة أو بطلان إجراء من إجراءاته أو حول إيقافه أو الاستمرار فيه<sup>1</sup>.

ب- الصعوبة الواقعية أو القانونية التي تعترض تنفيذ الحكم من طرف المدين أو الدائن بمناسبة البدء في تنفيذ الأحكام والسندات المشمولة بالصيغة التنفيذية مستوفية لسائر الإجراءات التي يتطلبها القانون قبل البدء في التنفيذ، وتكون غايتها إذا كانت وقتية إما وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه وإذا كانت موضوعية تعرض على المحكمة للفصل فيها.

إذن فالصعوبة هي الإجراءات التي يمكن إثارتها عندما يقدم مأمور الإجراءات بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ من طرف الدائن أو أشخاص آخرين أو الشخص المحكوم عليه بسبب من الأسباب القانونية أو الواقعية والتي تتعلق إما بالجواهر أو بالشكل، ولا يكون امتناعه ناشئاً عن منازعة مادية منعه من الادعاء كما هو مطلوب منه عمله أو أدائه (فقد يحصل الدائن على سند تنفيذي ولكنه غير واجب التنفيذ بسبب عارض أو مانع قانوني يمنع من التنفيذ أو يدعي بأن الأموال المراد التنفيذ عليها هي حق للغير يمنع التنفيذ عليها، لأنها ليست من أمواله أو يدعي عدم صحة الإجراءات التي يوجبها القانون قبل الشروع في التنفيذ، وقد عمل المشرع المغربي على تحقيق التوازن بين الدائن طالب التنفيذ والمدين المنفذ عليه أو الغير اللذان يطالبان بإيقافه، حيث أقر المشرع بصعوبات التنفيذ وألزم العون المكلف بالتنفيذ بتحرير محضر بشأنها سواء أثيرت من قبل

1 - ادريس العلوي العبدلاوي القضاء الاستعجالي القانون القضائي الخاص ط 1 |  
السنة 1985 ص 400.

الأطراف أو تلك التي واجهته سواء قبل البدء في التنفيذ أو قبل تمامه ولو كانت واقعية أو قانونية بحيث يرفع العون محضر تلك الصعوبات إلى رئيس المحكمة لينظر فيها؛ وقد يثير عون التنفيذ من تلقاء نفسه صعوبات قانونية اعترضته ومنعته من التنفيذ والقيام بما هو مطلوب منه احتراماً لنص الفصل 436 من ق.م.م، وفي هذه الحالة عليه أن يحرر محضراً يضمنه تلك الوقائع والموانع التي اعترضته ويرفعه إلى رئيس المحكمة من أجل أن يرفع عنه ما ينجم عن ذلك من مسؤوليات<sup>2</sup>.

### التمييز بين إيقاف التنفيذ وصعوبته:

#### أ - إيقاف التنفيذ:

ويعرفه الفقه بأنه تجريح في الحكم وخاصة في الشق المتعلق بالتنفيذ المعجل، ويخضع طلب إيقاف التنفيذ تبعاً لهذا الوصف لقواعد الفصل 147 من ق.م.م، حيث يتم تقديم هذا الطلب بمقتضى مقال مستقل عن الدعوى الأصلية لدى محكمة الموضوع، وذلك من أجل منح مهلة انتظار للمنفذ عليه للانتفاع بما يخوله له القانون من استعمال طرق الطعن.

وقد قرر المجلس الأعلى بأن مفهوم طلب إيقاف التنفيذ هو وجوب الامتناع عن القيام بأي إجراء من إجراءات التنفيذ إذا لم يتم تنفيذ الحكم بعد، أما إذا شرع في تنفيذه، فإنه يعني وجوب إرجاع الأمور إلى الحالة التي كانت قبل التنفيذ أو الشروع فيه، والملاحظ أن إيقاف التنفيذ يرتبط أجله بمآل الدعوى الأصلية، حيث في ضوء ما يصدر في هذه الدعوى يتقرر: إما متابعة إجراءات التنفيذ إذا لم يتمكن المنفذ عليه من تغيير

2 - الطيب برادة التنفيذ الجبري في التشريع المغربي 1988 ص 411-412.



مشمتملات الحكم محل الدعوى الأصلية. أو الاستثناء عن التنفيذ نهائيا إذا تمكن المنفذ عليه من استصدار حكم يبطل مفعول الحكم موضوع التنفيذ<sup>3</sup>.

#### ب - صعوبة التنفيذ

فصعوبة التنفيذ الوقتية تعتبر طلبا من أجل الحيلولة دون إتمام التنفيذ، فهذه الصعوبة هي التي تسلم مبدئيا بصحة الحكم المطلوب تنفيذه مع احترام حجيته، وتؤسس على أسباب خارجة عن نطاق ما فصل فيه، وبهذا فإن الصعوبة الوقتية تختلف عن إيقاف التنفيذ، بحيث يمكن أن يمتد آثار الصعوبة إلى إيقاف التنفيذ المؤقت للأحكام المعجلة قانونا عكس ما هو عليه الشأن بالنسبة لآثار طلب إيقاف التنفيذ الذي ينحصر في الأحكام المشمولة بالتنفيذ المعجل قضاء هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن دعوى الصعوبة الوقتية لها استقلال ذاتي عن دعوى الموضوع، بحيث يمكن للمتضرر أن يلجئ إلى القضاء المستعجل قصد إيقاف التنفيذ ولو لم يكن له دعوى أمام محكمة الموضوع. وتأسيسا على ما سبق فإن صعوبة التنفيذ المؤقتة ينعقد اختصاص البت فيها إلى القضاء الاستعجالي في حين ينعقد اختصاص البت في طلبات إيقاف التنفيذ إلى محكمة الموضوع<sup>4</sup>.

وتأسيسا على ما سبق ومن خلال استقراءنا لنصوص قانون المسطرة المدنية يتضح لنا أن إشكاليات إيقاف التنفيذ تنقسم إلى نوعين اثنين :

النوع الأول: ويتعلق بالصعوبة الموضوعية وقد نص عليها الفصل 26 من ق م م ويتعلق الأمر بالصعوبات المثارة من أجل تأويل أو تنفيذ

3 - ذا محمد بونبات وجهة نظر حول إيقاف التنفيذ المأمور به خلافا للقانون والحجية الوقتية للأحكام المدنية مجلة الملحق القضائي العدد العاشر أكتوبر 1988 ص 98.

4 - الطيب برادة التنفيذ الجبري في التشريع المغربي 1988 ص 412.

الأحكام والقرارات، كما نص القانون المذكور على أحقية ادعاء الغير المحجوز عليه بأن الحجز المأمور به ينصب على عقار من أملاكه، ولذا فبإمكانه إبطال هذا الحجز قبل البت في دعوى استحقاق الملك المحجوز وذلك من أجل إيقاف إجراءات الحجز.

النوع الثاني: ويتعلق بالصعوبة الوقتية والتي يعرفها اتجاه فقهي بأنها "النزاعات التي يثيرها الأطراف أو الغير قبل التنفيذ أو التي يثيرها الغير أو عون التنفيذ أثناء التنفيذ وتتعلق بإجراءاته أو بوقائع حدثت بعد صدور الحكم بحيث لو ظهرت قبل صدوره لأثرت في التنفيذ ونتج عنها إيقافه أو تأجيله"<sup>5</sup>.

فمن خلال هذا التعريف نستشف أن صعوبة التنفيذ الوقتية وثيقة الصلة بالدعوى فقد تكون سابقة لها فيكشف عنها الحكم أو قد تكون ناشئة بمقتضى الحكم نفسه ولذا فإن الأمر لا يخلو من حالتين اثنتين:

1- أن يكون الحكم القضائي كاشفا لصعوبة التنفيذ؛

2- أن يكون هذا الحكم منشئا لصعوبة التنفيذ.

وقد استقر العمل القضائي على أن الأسباب السابقة لصدور الحكم لا تشكل صعوبة جدية لإيقاف التنفيذ، ولذا فعلى القضاء الاستعجالي أن يقضي برفض الصعوبة التي ترفع إليه إذا ظهر له من خلال تفحص وثائق ومستندات الملف أن أسبابها تندرج ضمن الدفوع والتي سبق للمحكمة أن أجابت عنها خلال سريان الدعوى وذلك وفقا لما قضى به بعض الاجتهاد

5 - ذا محمد بونبات وجهة نظر حول إيقاف التنفيذ المأمور به خلافا للقانون والحجية الوقتية للأحكام المدنية مجلة الملحق القضائي العدد العاشر اكتوبر 1988 ص 94 و95.

القضائي والذي جاء في الأمر الصادر عنه (صعوبة تنفيذ حكم، لا يمكن رفعها من المحكوم ضده، إلا إذا كان سببها حاصلًا بعد صدوره، أما إذا كان حاصلًا قبل صدوره فإنه يكون قد أُندرج ضمن الدفع في الدعوى وأصبح في غير استطاعة هذا المحكوم عليه التحدي به على من صدر له الحكم سواء كان قد دفع به فعلاً في الدعوى أم لم يدفع به)<sup>6</sup>.

وقد أحسن القضاء المصري صنعا عندما تصدى لتعريف صعوبات التنفيذ بمقتضى الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية وذلك بتاريخ 78/04/13 والذي نص على أن "المقصود بالمنازعات الموضوعية في التنفيذ هي تلك التي يطلب فيها الحكم بإجراء يحسم النزاع في أصل الحق، في حين أن المنازعة الوقتية تتمثل في إجراء وقتي لا يمس أصل الحق والعبارة في ذلك بأخر طلبات الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى".

ويرى الأستاذ أحمد أبو الوفاء، أن التنفيذ الجبري هو الذي تجر به السلطة العامة بناء على طلب دائن بيده سند مستوفي لشروط خاصة بقصد استيفاء الحق الثابت في السند من المدين، وقهرا عنه، تكون منازعات التنفيذ هي تلك المنازعات التي تدور حول الشروط الواجب توافرها باتخاذ إجراءات التنفيذ<sup>7</sup>.

فصعوبات التنفيذ هي المنازعات التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، وقد تكون صعوبات مادية أو قانونية لاحقة بعد صدور الحكم، وهي إما وقتية تهدف إلى تأجيل التنفيذ

6 - ذا محمد بونبات وجهة نظر حول إيقاف التنفيذ المأمور به خلافا للقانون والحجية الوقتية للأحكام المدنية مجلة المحق القضائي العدد العاشر اكتوبر 1988 ص 94 و95.

7- ذا خميس السيد اسماعيل موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته المجلد الأول ط 1 1990\ 1991 ص 303.

مؤقتا لغاية تصحيح إجراء من إجراءاته أو موضوعية تهدف إلى إيقاف التنفيذ مؤقتا لغاية صدور حكم حاسم في موضوع التنفيذ.

إن الصعوبات المبنية على وقائع سابقة عن صدور الحكم موضوع التنفيذ تكون غير مرتكزة على أساس مقبول، لأن المحكمة قد أجابت عنها بكيفية صريحة أو ضمنية، وتم استنفاذها تبعا لذلك، ولذا فإن الصعوبة في مثل هذه الحالات ما هي في حقيقة الأمر إلا مطية من أجل طرح النزاع من جديد أمام المحكمة بغية تضليل العدالة والنيل من حجبة الأحكام القضائية التي حازت على حجبة الشيء المقضي به.

وقد اختلف الرأي في الفقه المصري حول طبيعة هذه المنازعات فاعتقد البعض أنها نتيجة لما اتسمت به خصومة التنفيذ من قصور لا يسمح بالمواجهة الكافية بين الخصوم، وهكذا اعتبرها هذا الفريق وسيلة لتدعيم مركز المنفذ عليه في مواجهة المنفذ له الذي يعتمد قوة وحجية السند التنفيذي. غير أن جانبا من الفقه لاحظ بحق أن هذه الفكرة، وإن كانت تصدق على المنازعات المثارة من طرف المنفذ عليه لكنها غير كافية إذ لا يمكنها تغطية المنازعات المثارة من قبل المنفذ لصالحه أو الغير، واستنادا إلى الرأي المتقدم يرى هذا الجانب من الفقه أن منازعات التنفيذ تعتبر دفوعا متعلقة بالدعوى التنفيذية ومثارة بسببها، وواضح أن هذا الرأي يذهب إلى محاولة ربط منازعات التنفيذ بالخصومة التنفيذية ككل. ويعتبر أن الأولى ما هي إلا دفوع تثار في خصومة التنفيذ.

ويؤخذ على هذا الرأي انه وإن كان تصوره ينطبق على الصعوبات المثارة من طرف المنفذ ضده، إلا انه لا يصدق على تلك التي ترفع من طرف المنفذ لصالحه، والرأي الراجح في نظر بعض الفقه هو الذي يذهب إلى اعتبار منازعات التنفيذ دعوى عادية يترتب على الحكم في مسألة من

مسائلها تقرير مصير التنفيذ بجوازه أو منعه بصحته أو بطلانه، بوقفه أو الاستمرار فيه<sup>8</sup>.

وتنقسم منازعات التنفيذ حسب موضوعها إلى منازعات مؤقتة يطلب فيها من المحكمة اتخاذ إجراء مؤقتاً حتى يفصل في موضوع المنازعة لاحقاً بحكم بات، وأخرى موضوعية يطلب فيها من المحكمة الحكم في أصل الحق، وتنقسم حسب أشخاصها إلى منازعات مرفوعة من طرف المنفذ له، ومنازعات من قبل المنفذ عليه وثالثة من طرف الغير، وكل منهما قد تكون قبل تمام التنفيذ أو بعد تمامه فكل منازعة في التنفيذ لها وجهان: وجه وقتي ووجه موضوعي، فإذا أراد المدعي من منازعته مجرد الحكم له بإجراء وقتي، فإن المنازعة تكون وقتية في التنفيذ، أما إذا اتضح أنها انصبت على أصل الحق، فإنها تكتسي صبغة موضوعية، والعبارة في هذا التحديد هو رغبة المدعي الحقيقية، بصرف النظر عن الألفاظ التي استعملها في التعبير عن طلباته، وقد تنصب المنازعات بنوعها على شروط السند التنفيذي، أو على الحق الذي يتضمنه ذلك السند، أو على مقدمات التنفيذ أو على الشروط والأركان اللازم توافرها لصحة طرق التنفيذ الذي اختاره الدائن<sup>9</sup>.

أما منازعات إيقاف التنفيذ في المجال الجبائي فإنها تختلف عن نظيرتها في المادة المدنية، ومادام الأمر كذلك فما هو الفرق بين إيقاف الأداء وإيقاف التنفيذ في مجال تحصيل الديون العمومية؟

8 - دا خميس السيد اسماعيل موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته المجلد الأول ط 1\ 1990\ 1991 ص 306.

9 - المستشار عبد الحميد المنشاوي إشكاليات التنفيذ دار الفكر الجامعي الإسكندرية بدون سنة ص 18 وما بعدها.

ذلك ما نحاول الإجابة عليه من خلال الفرع الموالي :

### الفرع الثاني: الفرق بين إيقاف الأداء وإيقاف التنفيذ في مجال تحصيل الديون العمومية

إن الأمر يقتضي التمييز بين أمرين اثنين: وقف الأداء ثم وقف التنفيذ.

أ- وقف الأداء:

تنص المادة 36 من ق 90/41 على أنه "تقدم الطعون المنصوص عليها في هذا الباب (أي الباب الخامس المتعلق بالضرائب وتحصيل الديون المستحقة للخرينة والتي في حكمها) ويبت فيها وفق الإجراءات المقررة في النصوص المتعلقة بالضرائب والرسوم والديون المعينة".

يتضح من خلال استقراء هذه المادة أنها قد أحالت بشكل صريح على النصوص الخاصة المتعلقة بالضرائب، أي أحالت على مدونة تحصيل الديون العمومية 97/15 وخاصة المادتين 118 و 119 منها، فهاتان المادتان تقرران مشروعية وقف أداء الدين الضريبي لكن وفق شروط خاصة:

1- تقديم طلب إيقاف الأداء لدى مصلحة الوعاء الضريبي وفق الأنظمة الجاري بها العمل في هذا الشأن طبقاً للفقرة الثانية من المادة 117. أما إذا كانت المنازعة تنصب على إجراءات التحصيل الجبري فيجب على الملمزم أن يقدمها إلى رئيس الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب المكلف بالتحصيل، أو من يمثله وأن يقدم مطالبته داخل أجل سنتين يوماً (60 يوماً) تحت طائلة عدم القبول، وهذا ما يميز مسطرة وقف الأداء عن مسطرة منح تسهيلات في الوفاء بالدين الضريبي.

2- تقديم الملزم المطالب بتأجيل الأداء لضمانة كفيلة بتأمين استخلاص الدين الضريبي من المحاسب المكلف بالتحصيل الجبري، طبقا للمقتضيات المنصوص عليه في المادة 118 من ق 15 / 97.

3- أن ينصب طلب وقف الأداء على الجزء المتنازع فيه، أما الجزء الباقي من مبلغ الضريبة الذي لا يشكل موضوعا للمنازعة فلا يقبل تأجيله.

وهكذا، فقد نصت مدونة تحصيل الديون العمومية على مشروعية وقف الأداء؛ لكن وفق الشروط المذكورة في المادتين 117 و 118 كما أشارت إلى ذلك بشكل صريح في المادة 119 والتي نصت على ما يلي: " يمكن لأي مدين يكون محل إجراء من إجراءات التحصيل الجبري أن يتعرض عليه إذا تعلقت مطالبته بما يلي:

- قانونية الإجراء المتخذ من حيث الشكل.

- عدم اعتبار أداء الملزم لأقساط من مبلغ الضريبة الملزم بها سبق له دفعها.

لكن إذا حصلت منازعة بين المحاسب المكلف بالتحصيل والملزم حول صحة الطعن الإداري، وعدم كفاية الضمانة المقدمة بين يديه لتأمين الدين، ففي هذه الحالة فإنه يمكن للملزم أن يرفع أمره إلى القضاء الإداري الاستعجالي للبت في هذه المنازعة وفق الشروط الخاصة بالاستعجال<sup>10</sup>.

وتعتبر مسطرة وقف الأداء إجراء استثنائيا من القاعدة العامة "أدي تم أشك" أي أنه بصرف النظر عن أي مطالبة، أو دعوى ينبغي على

10 - ذا محمد شكيري تأجيل الوفاء بالدين الضريبي بالمغرب بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء دفاتر المجلس الأعلى العدد الثامن السنة 2005 ص 295 .

المدينين أن يؤديوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقاً للقوانين الجاري بها العمل.

وتأسيساً على ما سبق، نستشف أن مسطرة وقف الأداء هي مسطرة إدارية بمقتضاها يمكن لكل شخص مطالب بدين ضريبي أن يلتجئ للمحاسب المكلف بتحصيله من أجل أن يوقف إجراءات المتابعة إلى حين البت في شكايته المتعلقة بموضوع الدين أو صدور حكم في الدعوى المقامة المتعلقة بنفس الدين؛ وذلك وفق الشروط الخاصة بالسالفة الذكر، ووفقاً لهذه الضوابط والشروط؛ فإنها تختلف عن مسطرة وقف التنفيذ والتي تعتبر مسطرة قضائية.

ب- وقف التنفيذ: هي مسطرة قضائية؛ فهي الحكم الذي بموجبه يوقف القاضي الإداري إجراءات التحصيل الجبري مؤقتاً إلى حين البت في موضوع الضريبة من قبل قضاء الموضوع أو من قبل اللجان الضريبية<sup>11</sup>، لكن هذه المسطرة مقيدة بتوفر شروطها العامة والخاصة والتي سنتعرض لها في المطلب والمبحث المواليين :

11 - ذا حسن العفوي المنازعات الضريبية أمام القضاء بين التأسيس والتحصيل مجلة المحاكم الإدارية العدد الثالث ماي 2008 ص 93.



**المطلب الثاني: إيقاف التنفيذ بين سلطات محكمة الدرجة الأولى والرئيس الأول لمحكمة الدرجة الثانية في القضاء العادي والإداري**

**الفرع الأول: إيقاف التنفيذ أمام سلطات محكمة الدرجة الأولى**

صعوبة التنفيذ الموضوعية هي التي توغل في أصل الحق الذي يتضمنه السند التنفيذي أو في الشروط والأركان الواجب توفرها فيه، أو في صحة إجراءات تنفيذه، كدعوى إيقاف التنفيذ أو بطلان إجراءاته، فكل ذلك يخرج عن الإطار الوقتي المرسوم لقاضي المستعجلات<sup>12</sup>.

وينعقد فيه الاختصاص لكل من رئيس المحكمة الابتدائية ورئيس المحكمة الإدارية بصفتها هذه طبقاً للفقرة الثالثة من الفصل 147 من ق م م والتي تنص على «أنه يمكن تقديم طلبات إيقاف التنفيذ المعجل بمقال مستقل عن الدعوى الأصلية أمام المحكمة التي تنتظر في التعرض أو الاستئناف»، لكن اختصاص البت في طلبات إيقاف التنفيذ من قبل كل من الرئيسين المذكورين والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف مشروط بتحقيق الشروط الآتية:

أ- توفر الشروط العامة.

◀ الاستعجال.

◀ رجحان الحق المراد حمايته وذلك بجدية الوسائل المثارة من طرف طالب إيقاف التنفيذ.

ب- الشروط الخاصة:

- أن يكون الحكم موضوع طلب إيقاف التنفيذ مشمولاً بالإنفاذ المعجل قضاء لا قانوناً، أما إذا كان الحكم مشمولاً بالإنفاذ المعجل قانوناً،

12 - ذا مصطفى التراب المختصر العملي في القضاء والقانون ط 1 السنة 2008 ص 440.

فلا يجوز لأي جهة كانت أن تأمر بإيقاف تنفيذه لأنه لا يخضع لمقتضيات الفصل 147 من ق.م.م أي الفقرة الثالثة منه.

- أن يكون الحكم موضوع طلب إيقاف التنفيذ موضوع طعن بالتعرض والاستئناف.

ويختلف طلب إيقاف تنفيذ الحكم عن الطلب الرامي إلى التصريح بوجود صعوبة تعترض تنفيذه من حيث الشروط المرتبطة بصيغة كل واحد منهما فالطلب الأول يعتبر تابعا ومرتبطا بالطعن في الحكم بالتعرض أو الاستئناف وفق الشروط السالفة، فطلب إيقاف التنفيذ يعتبر دعوى فرعية لا تتحقق إلا بوجود أصلها وهو الطعن بالتعرض أو الاستئناف أمام محكمة الموضوع، بخلاف طلب إثارة الصعوبة فهي دعوى مستقلة بوجودها شريطة تحقق شروطها، إذ يجوز أن يكون الحكم المستشكل في تنفيذه نهائيا، كما يجوز أن يكون موضوع طعن رغم كونه مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون أو بأمر المحكمة.

فوفقا للشروط القانونية المحددة سلفا، فإنه ينعقد الاختصاص للبت في طلبات إيقاف التنفيذ لكل من رئيس المحكمة الابتدائية في طلب إيقاف تنفيذ الحكم الغيابي المتعرض عليه، كما يختص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أيضا بالبت في طلبات إيقاف التنفيذ للأحكام المستأنفة أمام محكمته والقرارات الغيابية المتعرض عليها، كما يختص رئيس المحكمة الإدارية بالبت في طلبات إيقاف تنفيذ الأحكام الإدارية المطعون فيها بالتعرض وكذا القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء<sup>13</sup>.

وإضافة إلى ما سبق يختص رؤساء المحاكم المشار إليهم أعلاه بالبت في الصعوبات الموضوعية من أجل إيقاف تنفيذ الأحكام أو القرارات

13 - ذا محمد منقار بنيس القضاء الاستعجالي ط الثانية مطبعة الأمنية الرباط ص 96.

الصادرة عنها بسبب صعوبة موضوعية تتعلق بتأويلها أو تفسيرها طبقا للفصل 482 من ق.م.م، إذا ادعى طالب إيقاف التنفيذ بأن الحجز انصب على عقار من أملاكه ولا علاقة له بموضوع الملف التنفيذي فإنه يمكنه إبطال هذا الحجز ورفع دعوى الاستحقاق الفرعي قبل إرساء المزايمة النهائية، وبالتالي إيقاف مسطرة التنفيذ، إذا اقتنع قضاء الموضوع بجديّة الأسباب المثارة أمامه وبصحة الوثائق المدلى بها<sup>14</sup>.

فالصعوبة الموضوعية المثارة أثناء التنفيذ ومن أجل إيقافه هي التي ترفع إلى قضاء الموضوع للحكم في موضوع المنازعة بصفة نهائية فيها طبقا للقانون وخاصة الفصول 26 و147 و468 و48 من ق م م؛ فهذه الصعوبات الموضوعية المثارة أثناء التنفيذ قد تؤدي إلى وقف التنفيذ إلى حين الحسم نهائيا في أصل الحق.

وتجدر الإشارة إلى أن كل من الصعوبة الموضوعية والمؤقتة لا تتم إلا في إطار التنفيذ الجبري، سواء كان التنفيذ مباشرا على الأشخاص أو على الأموال أو تم عن طريق الحجز على المال لأن المنطق القانوني لا يستسيغ تقديم هذه الصعوبات في التنفيذ الرضائي، لكن المشرع المغربي، أشار إلى حالات على سبيل المثال تؤدي إلى وقف التنفيذ بنص القانون وهي : التعرض على الحكم الغيابي المشمول بالتنفيذ المعجل طبقا للفصل 132 من ق.م.م.

الطعن بالاستئناف وأجله يوقف التنفيذ طبقا للفصل 134 من ق.م.م ما عدا إذا أمر بالتنفيذ المعجل طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 147 من ق.م.م.

14 - ذا الطيب برادة التنفيذ الجبري في التشريع المغربي السنة 1988 ص 243.

رفع دعوى استحقاق ملكية المنقولات المحجوزة داخل الأجل القانوني يمنع قانونا إتمام عملية التنفيذ وفقا للفصل 468 من ق.م.م. إعطاء مهلة للمدين من طرف المحكمة يوقف التنفيذ إلى حين انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفصل 243 من ق.ل.ع.

للمحكمة عند إشهار الإفلاس وتولي الوكيل أو السنديك أمور التفلسة وقف جميع الدعاوى المتعلقة بأعمال التنفيذ طبقا للفقرة الأخيرة من يوم صدوره من إجراء التنفيذ على المنقولات العقارية إلا ضد وكيل الدائن<sup>15</sup>.

إن ولاية القاضي الاستعجالي ولاية ضيقة مقارنة مع ولاية نظيره في القضاء العادي، فرئيس المحكمة الابتدائية هو صاحب الولاية المطلقة بصفة عامة فهو يختص بالبت في الطلبات المستعجلة، كالأمر بالوضع تحت الحراسة القضائية أو أي إجراء آخر وبوضع حد لتلك الحراسة أو الإجراءات التحفظية الأخرى كما يختص أيضا بالبت في الصعوبات الواقعية والقانونية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وقرارات المحكمين والسندات القابلة للتنفيذ بشرط ألا تكون تلك الأحكام موضوع استئناف سواء أثرت هذه الصعوبات قبل الشروع في إجراءات التنفيذ أو بعد فتح ملف التنفيذ وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة الاستئناف بالرباط، بقولها (بأن مقتضيات الفصل 149 من ق م م لا تتعلق فقط بالصعوبات التي تثار قبل بدء التنفيذ، وإنما بجميع الصعوبات التي تثار قبل فتح ملف التنفيذ أو بعد فتحه)<sup>16</sup>.

15 - ذا الطيب برادة التنفيذ الجبري في التشريع المغربي مرجع سابق ص 243.

16 - القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 14\05\1992 في الملف الاستعجالي عدد 92\1950 مجلة الإشعاع عدد 8 دجنبر 1992 ص 109.

### الفرع الثاني : إيقاف التنفيذ أمام سلطات محكمة الدرجة الثانية

فإذا كان المشرع قد عمل على توسيع اختصاصات رئيس المحكمة الابتدائية في نطاق القضاء الموضوعي والاستعجالي فإنه على خلاف ذلك عمد إلى تضيق اختصاصات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف سواء في المجالين المذكورين معا، حيث قيد اختصاصه بشرط كون النزاع معروضا أمام قضاء الموضوع الاستئنافي طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 149 من ق.م.م (إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول) ويفهم من هذه الفقرة أن اختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف مشروط بكون النزاع معروض على محكمته ولذا فإن اختصاصه لا يتحقق إلا منذ لحظة تسجيل الملف بكتابة ضبط محكمته عن طريق استئناف الأحكام والقرارات الابتدائية. أو التعرض على القرارات الباتة في الاستئنافات، وكذا عن طريق طلب إعادة النظر أو تعرض الغير الخارج على الخصومة أو من تاريخ توصل محكمة الاستئناف بالملف المحال عليها من محكمة أخرى، لأن هذه الطعون جميعا تبقى النزاع في الجوهر معروضا على محكمة الاستئناف وينتهي اختصاص الرئيس الأول بالبت في المادة الاستعجالية بمجرد صدور قرار المحكمة في الموضوع<sup>17</sup>.

فانطلاقا من الفقرة الثالثة من المادة 149 من ق.م.م نجد أن المشرع المغربي رسم حدودا ضيقة لاختصاص الرئيس الأول سواء في المادة الاستعجالية أو في قضاء الموضوع قصد التضييق من نطاق اختصاصه بالبت في الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ في الحدود التي تثار قبل الشروع في التنفيذ، أما الصعوبات التي تثار بعد الشروع في التنفيذ، فقد

17 - ذا محمد منقار بنيس القضاء الاستعجالي طا الثانية مطبعة الأمنية الرباط ص 88.

أسند المشرع اختصاص البت فيها إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصريح الفصل 436 من ق.م.م وهو نص خاص محكم في دلالته على معناه؛ حيث لم ترد بشأنه أي إشارة إلى إسناد هذه المهمة إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وفي نفس السياق أكد اتجاه فقهي على أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف لا يختص أيضا بالبت في طلبات وقف تنفيذ الحكم المستأنف أو القرار الاستئنافي المتعرض عليه ولو حاول رافعه أن يصبه في قالب المنازعة في التنفيذ، ذلك أن مقتضيات الفصل 147 من ق.م.م أسندت الاختصاص بالبت في طلبات وقف تنفيذ الأحكام إلى محاكم الموضوع ودلت عبارات هذه المقتضيات على معناه بشكل صريح لا يدع مجالاً للتأويل، حيث تم التأكيد على أن البت في تلك الطلبات يجب أن يتم في غرفة المشورة، وفي ذلك دلالة واضحة على أن الاختصاص لا ينعقد للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بصفته قاضياً للمستعجلات وقد سار الاجتهاد القضائي على هذا النحو ولعل خير مثال على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بأكادير والذي أكدت فيه على أن<sup>18</sup> (طلبات وقف التنفيذ المعجل إلى أن يقع البت في الجوهر أو لمدة معينة أو تعليق متابعة التنفيذ كلياً أو جزئياً خارجة في جميع الأحوال عن الاختصاص المخول للرئيس الأول بصفته قاضي المستعجلات<sup>19</sup>).

18 - ذا محمد بنيس القضاء الاستعجالي ص 91.

19 - القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 1978\11\15 في الملف

الاستعجالي عدد: 1978\1975 المنشورة بمجلة القضاء والقانون عدد: 129 السنة

1979 ص 222.

## المبحث الثاني: صعوبات إيقاف تنفيذ تحصيل الديون الضريبية في القضاء الإداري الاستعجالي ونطاق اختصاصه

بعد انهيار جدار برلين ودخول العلاقات الدولية في نظام القطبية الأحادية أو ما يسمى بالنظام العالمي الجديد، وما أفرزه من تطور اقتصادي هائل، وما صاحبه من محاولات توسيع دائرة الحقوق والحريات، فقد ازدادت أهمية القضاء الإداري بصفة عامة وفرعه الاستعجالي بصفة خاصة، وذلك استيعابا لطفرات التقدم الاقتصادي والصناعي واتساع نطاق المعاملات، وتخلى الدولة عن تسيير قطاعات حيوية هامة لفائدة الخواص، فإن كل تلك العوامل استوجبت تقوية ودعم القضاء الإداري الاستعجالي، وذلك من أجل تمكين المرتفقين من استصدار قرارات مؤقتة وسريعة، توفق بين مطلب التروي وسرعة البت في القضايا الاستعجالية، وفق منهجية تضمن حسن سير العدالة، خاصة وأن طبيعة هذه القضايا لا تسمح بالتأخير، لحصول أضرار محققة بمصالح أطراف الدعوى.

فإذا كان القضاء الاستعجالي يتمتع بسلطات واسعة في المحاكم العادية والتجارية فهل يتمتع القضاء الإداري الاستعجالي بنفس الصلاحيات والسلطات؟ خاصة وأن أحد أطراف الدعوى الإدارية شخص عام، في حين أن طرفها الثاني شخص ضعيف، مما يفرض على القاضي الإداري مراعاة هذه الخصوصية والعمل تبعا لذلك على تحقيق توازن المعادلة القضائية بين طرفيها، وذلك ببسط رقابته على أعمال الإدارة تحقيقا لمبدأ الشرعية والمشروعية، وترسيخ دولة الحق والقانون؛ واعتبارا لمقاصد الإدارة والمتمثلة في حماية المصلحة العامة وخدمة المواطنين فإن الالتجاء إلى القضاء المستعجل لا يكون إلا في حالات نادرة تتحقق عند تدخل الإدارة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، الأمر الذي عمل على تقليص

سلطات القاضي الإداري الاستعجالي مقارنة مع نفوذ وسلطة نظيره العادي، مما حدا بالمشرع المغربي في قانون 90/41 إلى تقليص سلطته وعدم تخصصه بفصول كفيفة بإبراز مكانته وأهميته البالغة، فاقصر على إيراد أحكامه في المادة 19 والتي تنص على أنه " يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية"، حيث لم تضاف هذه المادة إلا من طرف لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب، لينفرد القضاء الإداري المغربي بهذه الخاصية.

ونظرا لسعة هذا الموضوع؛ فإنني سأكتفي بالتطرق إلى سلطة القضاء الإداري الاستعجالي في إيقاف التنفيذ وخاصة في المنازعات الجبائية.

فما هي شروط اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي للبت في طلبات إيقاف التنفيذ؟

وما هو نطاق اختصاص القضاء الشامل وقضاء الإلغاء للبت في طلبات إيقاف التنفيذ؟

وما هي الآثار القانونية لذلك؟

تلك هي أهم التساؤلات التي سوف نلامسها من خلال مطلبين اثنين:



## المطلب الأول: إيقاف التنفيذ وشروطه أمام القضاء الإداري الاستعجالي

لقد سبقت الإشارة إلى طبيعة اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي الذي يختص بالبت في نوع من القضايا تتسم بوجود خطر حال وداهم ووشيك الوقوع يهدد حقوق الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين أو مركز من مراكزهم القانونية، بحيث لا يمكن تدارك الأخطار المحتمل وقوعها إلا بمقتضى طلبات إيقاف التنفيذ، إذا توفرت شروطها العامة والخاصة.

### الفرع الأول: الشروط العامة لإيقاف التنفيذ

الشروط العامة ويقصد بها توفر أطراف الدعوى الاستعجالية المتعلقة بإيقاف تنفيذ استخلاص الدين الضريبي على الشروط العامة لقبول الدعوى والمنصوص عليها في المادة الأولى من ق.م.م، وتثبت الصفة والمصلحة في الدعوى الاستعجالية لكل ملزم بالدين الضريبي أو من في حكمه، كما تثبت لكل من مدير الضرائب إذا انصبت المنازعة على ربط الضريبة وتأسيسها أو الرسوم التي في حكمها، وتثبت أيضا للخازن العام إذا انصبت المنازعة على تحصيل الضريبة وذلك وفقا للفصل 515 من ق.م.م، فالمنازعة في الوعاء الضريبي يمثلها مدير الضرائب بالرباط، أما طلبات إيقاف تنفيذ أوامر التحصيل فتقدم ضد الخازن العام بالرباط.

ولذا فكل دعوى استعجالية تتعلق بالمطالبة بإيقاف تنفيذ أوامر التحصيل، يجب أن ترفع في مواجهة شخص الخازن العام كمدعى عليه تحت طائلة عدم القبول ولو رفعت في مواجهة القابض، غير أنه من الناحية العملية يلاحظ أن مثل هذه الطلبات وإن كانت ترفع في مواجهة القابض أو الخازن الجهوي فقط دون الخازن العام فإن جواب القابض

يعنون لفائدة الخزينة العامة بواسطة القابض المالي وقد دأبت المحاكم الإدارية على اعتبار مثل هاته الطلبات مقامة على ذي صفة خاصة<sup>20</sup> وأن الأمر يتعلق فقط بالمطالبة بإجراءات وقتية وأن المعني بها على وجه الخصوص هم القابض المكلفون بالتحصيل طبقا للمادة الثالثة من مدونة تحصيل الديون العمومية<sup>21</sup> رقم 97\15.

وهذا ما ذهب إليه أمر رئيس المحكمة الإدارية بفاس، والذي قضى بعدم قبول الطلب لعدم إدخال الخازن العام في الدعوى طبقا للفصل 515 من ق.م.م، وكان الطلب قد أقيم في مواجهة مدير الضرائب بالرباط ويتعلق بالمطالبة بإيقاف إجراءات الحجز المنصبة على الأصل التجاري لسقوط حق القابض في استخلاص الضريبة بسبب التقادم المنصوص عليه في الفصل 123 من ق 97/15.

ولكن ما حكم دعوى إيقاف التنفيذ المرفوعة في مواجهة الخازن العام للمملكة مع العلم أن علة رفعها ترجع إلى انتفاء الواقعة المنشئة للضريبة في حق الطالب أو إلى خرق مسطرة فرض الضريبة أو تصحيح وعائها والتي لا ينعي فيها على القابض المالي أي خرق لمسطرة تحصيل الدين الضريبي هل تكون صحيحة على ضوء مقتضيات وحرفية الفصل 515 من ق.م.م؟

لقد ذهبت أوامر رؤساء المحاكم الإدارية إلى القول بعدم قبول طلب إيقاف تنفيذ الدين العمومي متى كان مؤسسا على منازعة في تأسيس

---

20 - ذا محمد القصري إيقاف تنفيذ الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي مجلة المحاكم الإدارية العدد الثالث ماي 2008 ص 38 بتصرف.

21 - ذا محمد القصري إيقاف تنفيذ الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي مجلة المحاكم الإدارية العدد الثالث ماي 2008 ص 38.

الضريبة، دون مسطرة استخلاصها، ولم يتم إدخال إدارة الضرائب فيه للدفاع عن مركزها القانوني إزاء السبب المذكور، لذلك يمكن القول أن الطلبات المتعلقة بإيقاف تنفيذ الدين الضريبي التي ينعي فيها الطالب على القابض المالي خرق مسطرة إجراءات التحصيل الجبري للدين الضريبي أو العمومي يجب أن ترفع ضد الخزينة العامة في شخص الخازن العام على مقتضى الفصل 515 من ق.م.م.

أما إذا أسست تلك المطالبة على المنازعة في فرض الضريبة أو الرسوم التي في حكمها، فيجب علاوة على إدخال الخازن العام كطرف مدعى عليه، أن يتم إدخال المدير العام للضرائب، لأن المنطق القانوني المسطري لا يستسيغ تقدير جدية السبب المذكور في غياب الجهة الإدارية الواضحة له والمتحكمة فيه<sup>22</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالاستعجال

ينص الفصل 149 من ق.م.م على أنه "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبث بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال" وينص الفصل 152 كذلك من ق.م.م على أنه "لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر".

انطلاقاً من هذين النصين يتضح لنا بأن انعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة يتوقف على شرطين إثنيين:

22 - ذا محمد القصري إيقاف تنفيذ الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي مجلة المحاكم الإدارية العدد الثالث ماي 2008.

## أولاً- عنصر الاستعجال:

فالاستعجال خاصية مرنة تفقز عن التحديد، ولذلك فإنها مسألة واقعية تخرج عن نطاق رقابة محكمة النقض وتخضع للسلطة التقديرية لقاضي المستعجلات<sup>23</sup>.

ويعتبر الاستعجال شرطاً أساسياً ولازماً لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة<sup>24</sup>، ولذلك فقد اشترطته جل التشريعات المقارنة واعتمده في قوانينها الإجرائية لكنها اختلفت في تحديد مفهومه، ولذلك فهناك اتجاه تشريعي جعل من الاستعجال شرطاً وحيداً لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة، كالتشريع المصري والعراقي والجزائري واللبناني والفرنسي، وهناك اتجاه تشريعي آخر جعل من الاستعجال مجرد شرط من الشروط التي يتعين توافرها لقبول اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، ويمثل هذا الاتجاه القانون المغربي، الذي حدد اختصاص القضاء الاستعجالي في مواضع معينة ووفق شروط محددة، يجب توفر عنصر الاستعجال في كل حالة منها، لانعقاد اختصاص القضاء الاستعجالي.

23 - دا عبد اللطيف هداية الله القضاء المستعجل في القانون المغربي ط 1 \ السنة 1998 ص 95 وفي هذا الصدد نشير إلى أن المنشور الصادر عن وزير العدل المغربي بتاريخ 02 \ 03 \ 1966 تحت عدد 283 قد تم تعديله بمقتضى الباب الأول من القسم الرابع من ق.م.م بمقتضى الفصول من 148 إلى 165 من قانون المسطرة المدنية.

24 - إن صفة قاضي المستعجلات مخولة بمقتضى القانون لكل من رئيس المحكمة الابتدائية (المادة 149 من ق.م.م) ورئيس المحكمة الإدارية (المادة 19 من قانون 90\41) ورئيس المحكمة التجارية (المادة 21 من القانون رقم 53\95 المحدث للمحاكم التجارية) والرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف العادية والإدارية والتجارية، وبالنسبة لاختصاص رؤساء محاكم الدرجة الثانية فإنه مشروط ومعلق بكون النزاع معروضا أمام هذه المحاكم.

فما هو مفهوم الاستعجال؟ وهل يخضع تقديره لسلطة محكمة النقض؟  
لقد سبقت الإشارة إلى أن الاستعجال خاصية مرنة تتصف بالديمومة  
والتغيير المستمر حسب طبيعة كل حالة على حدة، ولذلك فإن ذاتية  
الاستعجال تقفز عن التحديد والضبط، مما يحتم على القاضي الاستعجالي  
أن يستنتجه من ظروف كل نازلة على حدة وإيجاد الحل المناسب لكل  
مسطرة استعجالية.

وانطلاقا من الطبيعة القانونية المعقدة للاستعجال، فإن جل  
التشريعات المقارنة لم تستطع تعريفه، مما حدا بالفقه إلى محاولة ذلك<sup>25</sup>.

فقد عرفه الدكتور عبد الباسط جميعي بأنه هو "الخطر المحقق  
بالحقوق والمصالح التي يراد المحافظة عليها وهو يتوافر كلما وجدت  
حالة يترتب فيها عن فوات الوقت حصول ضرر يتعذر تداركه  
وإصلاحه"<sup>26</sup>.

فهذا التعريف وإن كان يقدم العناصر الأساسية للاستعجال على  
مستوى المضمون، فإنه يتسم بنوع من الإطناب يتعارض والدقة اللغوية  
المطلوبة في رص وبناء التعاريف من حيث الشكل، ولهذا فإنه يمكن تقديم  
تعريف آخر له وهو "الخطر الحال والمحقق الذي يترتب عن تحققه  
إضرار بمراكز وحقوق أطراف الدعوى يتعذر تداركها حالا ومستقبلا بعد  
التنفيذ".

وانطلاقا من هذا التعريف، فإن الاستعجال يقوم على عنصرين  
اثنتين:

25 - أنظر دا عبد اللطيف هداية الله القضاء المستعجل في القانون المغربي ط 1 السنة  
1998 من الصفحة 75 إلى ص 79.

26 - ذاعيد الباسط جميعي مبادئ المرافعات ط 1 السنة 1973 ص 128.

أ- وجود حقوق أو مصالح مهددة بخطر وشيك الوقوع:

فإذا كانت حقوق أو مصالح الطرف المدعي في الدعوى الاستعجالية مهددة، وفي وضعية يحتمل معها أن تتعرض لخطر عاجل وحال يهددها، إذا لم تتخذ الإجراءات الاحترازية المطلوبة، وذلك بضرورة تدخل القاضي الاستعجالي لمنع حصول الضرر وحماية مراكز الأطراف وحقوقهم المعرضة للضياع والمخاطر.

ولعل من أبرز الأمثلة الجلية في تحقق خطر حال ووشيك الوقوع هو إجراء الحجز الذي يباشره المحاسب المكلف بتحصيل الضرائب على آليات وأجهزة مقاوله صناعية طبقاً للفصل 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية، الأمر الذي يهدد مصالح المقاوله ويشل نشاطها الصناعي ويشرد عمالها، مع العلم بأن هذه المقاوله تطعن في مشروعية فرض الضريبة لسبب وجيه، إما استناداً للتقدم الرباعي المنصوص عليه في المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية وإما لحصولها عن الإعفاء الجزئي أو الكلي، ففي كل هذه الحالات ومثيلاتها، يحق للمقاوله الملزمة المدينة المداهمة بمخاطر الحجز وتبعاته أن تتقدم " إلى رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضياً للمستعجلات بإيقاف المتابعات الجارية بشأنها إلى حين البت في الموضوع، فالأساس القانوني لطلب إيقاف المتابعات هو الفصل 19 من قانون 90/41 وليس هو الفصل 24 من نفس القانون الذي طبقته المحكمة الإدارية خطأ<sup>27</sup>.

فعنصر الاستعجال في هذا المثال حال ووشيك الوقوع تتمثل أضراره في المخاطر ومخلفات الحجز على آليات المقاوله وبيعه، فإن ذلك

27 - قرار عدد: 193 بتاريخ 18 فبراير 1999 ملف 98\193 نا منتصر الداودي راغ، نا عبد اللطيف بركاش ماع النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 8 ص 32.

يؤدي إلى تسريح عمالها وضياع حقوقهم، مما يصعب تدارك هذه الأخطار حالا ومستقبلا، ومن هنا تتبع أهمية اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لدرء المخاطر المدققة بهذه المقاوله وذلك بإيقاف إجراءات الحجز مؤقتا إلى حين البت في شرعية الضريبة التي تنازع فيها المقاوله بصفقتها ملزمة.

ب- احتمال حصول خطر يتعذر تداركه وإصلاحه؛

أي إن الضرر المحتمل وقوعه يستحيل تلافيه وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وخاصة في حالة المس بحرية الفرد التي تعتبر حقا دستوريا ممتازا كما هو الشأن في اعتقال شخص وتطبيق مسطرة الإكراه البدني في حقه دون احترام للإجراءات المسطرية وتدرجها كما هو الشأن بالنسبة للقرار الذي أصدره وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بصفرو والذي يقضي بإيداع المسمى أحمد المراضي في السجن حسب القرار الصادر عن الغرفة الإدارية<sup>28</sup> من أجل ضرائب مجموع مبالغها 15 644 655 درهما فتقدم المزم السيد أحمد المراضي بمقال استعجالي أمام رئيس المحكمة الإدارية بفاس بصفته قاضيا للمستعجلات في الملف 2000/17 بتاريخ 2000/04/18 فأصدر حكما قضى بإيقاف إجراءات الاستخلاص بما فيها مسطرة الإكراه البدني مؤقتا إلى حين البت في الموضوع، وقد تم استئناف هذا الأمر الاستعجالي أمام الغرفة الإدارية، فأصدرت القرار المذكور والذي قضى بتأييد الأمر المستأنف، وبالتالي فإن الطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل على وجه الاستعجال ينظر فيها رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات، ولذا فإن صدور قرار عن وكيل الملك بإيداع طالب الإيقاف في السجن لا ينزع عن رئيس المحكمة الإدارية هذا

28 - قرار عدد 141 بتاريخ 2000/11/09 موضوع الملف الإداري عدد 2000/1/4/835

قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى مجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 9 السنة

2005 ص 218.

الاختصاص طالما أن النزاع لا ينصب على القرار الصادر عن النيابة العامة وإنما يرتبط بإيقاف إجراءات التحصيل.

وقد دفع خازن صفرو بعدم اختصاص القضاء الاستعجالي الإداري فكان جواب ذلك أن اختصاص قاضي المستعجلات الإداري مستمد من الفصل 8 من ق 90/41 المتعلق بالمنازعات الناتجة عن تحصيل الديون العمومية، ولكن في حقيقة الأمر فإن اختصاصه مستمد من المادة 19 من ق 90/41 خاصة وأن القاضي الإداري الاستعجالي لا يناقش القرار الصادر عن وكيل الملك والقاضي بالإيداع في السجن لأن ذلك موكول لاختصاصه طبقاً للفصلين 646 و683 من ق.م.ج.

ولكن الطلب الاستعجالي منصب على المنازعة في مسطرة الإكراه البدني، لأن الإدارة خرقت مقتضيات المادة 36 من ق 97/15 والتي توجب توجيه الإنذار قبل تطبيق مسطرة الإكراه البدني.

فقباض صفرو وإن ادعى أنه قام بتوجيه إنذار قبل تطبيق مسطرة الإكراه البدني على المزم أحمد المراضي، لكنه لم يثبت ذلك بشهادة التسليم والتسلم، الشيء الذي يجعل المنازعة في تطبيق مسطرة الإكراه البدني قائمة لخرق الإدارة الجبائية لمسطرة الإنذار الواجب تطبيقها قبل تطبيق الإكراه البدني، مما يمنح الاختصاص للقضاء الاستعجالي فإيداع المزم في السجن في هذا المثال قد يؤدي إلى مخاطر عديدة يصعب تقدير حجمها ولعل من أبرزها الاعتداء على حقه في الحرية وما ينجم عن ذلك من أضرار اجتماعية ونفسية واقتصادية يستحيل تداركها في المستقبل وإصلاح النتائج المترتبة عنها.

ثانياً: عدم المساس بالجوهر؛

فالقضاء الاستعجالي كما سبقت الإشارة إلى ذلك هو مسطرة مختصرة تمكن الأطراف بفعل الاستعجال واستناداً عليه من الحصول على



أحكام وأوامر استعجالية في دائرة المنازعات الجبائية التي لا تمس بأصل الحقوق ولا تؤثر في جوهرها، وإنما تسهل مأمورية قضاء الموضوع، باتخاذ الأوامر والقرارات القضائية التي تهدف إلى صيانة وضمن الحماية القضائية لحقوق الأطراف ومراكزهم القانونية بشكل مؤقت واستعجالي ولذلك فإنه لا بد من دقة التمييز بين أصل الحق وجوهره وبين أشكال النزاعات الجبائية التي ليس للبت فيها مساس به، خاصة وأن الصعوبة الوقتية في التنفيذ هي تلك التي تهدف إلى اتخاذ إجراء وقتي يقضي بوجودها، وإيقاف تنفيذ السند التنفيذي مؤقتاً إلى غاية النظر في أصل النزاع وجوهره.

فالشرط الثاني لانعقاد اختصاص القضاء الاستعجالي للبت في صعوبة التنفيذ، هو عدم المساس بالجوهر، لكن هذا الشرط لا يمنع القاضي الاستعجالي من تلمس ظاهر الوثائق والمستندات بشكل لا يمس بالجوهر وفي بغرض الوقوف على جدية إشكالية صعوبة التنفيذ المعروضة عليه، لكن يجب استحضار الفرق الدقيق بين مساس الصعوبة المثارة بجوهر الحق وبين تأسيس هذه الصعوبة على أسباب موضوعية؛ ذلك أن الصعوبة الوقتية في التنفيذ قد تتأسس على وسائل وأسباب موضوعية دون أن يمس ذلك بجوهر الحق<sup>29</sup>، كأن يثير الملزم بالضريبة صعوبة تنفيذها وأدائها، إما بسبب حصوله على حكم قضائي غير نهائي ففضى لصالحه بالإعفاء، وإما بسبب أسبقية تقادم هذه الضريبة وإما بسبب أسبقية أدائها، فهذه الأسباب كلها موضوعية، ومع ذلك فإن إثارتها أمام القاضي الاستعجالي لا تمس بأصل الحق، كما أنه ليس من شأن إثارتها المساس بحجية الحكم المستشكل في تنفيذه.

29 - ذا ادريس العلوي العبدلاوي الوسيط في شرح المسطرة المدنية ج 1 ط 1 السنة

فتبعا لكل هذه الأسباب الموضوعية يمكن للقاضي الاستعجالي أن يقضي بوجود الصعوبة إذ توفرت شروطها وبالتالي يصدر أمرا بإيقاف إجراءات التنفيذ إلى حين البت في أصل الدعوى وجوهرها أمام قضاء الموضوع.

فعدم المساس بالجوهر، يمنع على القاضي الاستعجالي البت في أصل الحق ذاته أي كل ما يتعلق به وجودا وعلما، فيدخل في ذلك كل ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه وفي الآثار القانونية التي رتبها القانون أو التي قصدتها أطراف العقد " فأصل الحق هو صميم النزاع الموضوعي، يتحسس القاضي الاستعجالي ظاهره، ولا يمس بحق أي من الخصوم، بل يتخذ إجراء وقتيا لحماية صاحب الحق الأرحح إلى غاية أن يفصل فيه قاضي الموضوع<sup>30</sup> .

فإذا رفع المدعي دعوى إلى قاضي المستعجلات تتضمن طلبات موضوعية، فإنه يبت فيها بعدم الاختصاص، لأنه لا يختص إلا بالبت في الإجراءات الوقتية التي لا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر طبقا للفصل 152 من ق.م. لكن الواقع العملي في كثير من الأحيان يدفع قاضي الأمور المستعجلة إلى الغوص في جوهر الحق للتأكد من عنصر الجدية ورجحان الحق، ولفهم طبيعة النزاع واستيعابه فقط لا من أجل إصدار حكم في الجوهر، وإنما من أجل التأكد من توافر عنصري الاستعجال وعدم المساس بالجوهر فإذا اتضح له بأن المنازعات القائمة بين الطرفين منازعة موضوعية، وظهر له بأن أصل الحق ليس واضحا ولا جديرا بالحماية المؤقتة، أو تبين له عند البحث في دفوع أطراف النزاع وحججهم، أنه لا

30 - قرار عدد 141 بتاريخ 2000/11/09 موضوع الملف الإداري عدد 2000/1/4/835 قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى مجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 9 السنة 2005 ص 218.

يستطيع أن يثبت في موضوع الدعوى دون مساس بالجوهر، كأن تقتضي طبيعة النزاع تفسير وتأويل بنود العقد موضوع الدعوى، ففي مثل هذه الحالات ونحوها يصرح القاضي الاستعجالي بعدم الاختصاص، لأن البت في هذه الطلبات يمس بجوهر الحق وموضوع الدعوى<sup>31</sup>.

وقد استقر العمل القضائي على أن الاعتداد بالأسباب المعتمدة لإثارة الصعوبة في التنفيذ يجب أن تكون قد حصلت بعد صدور الحكم المستشكل في تنفيذه، أما إذا كانت قبل صدوره، فإنها تندرج ضمن الطلبات العارضة والدفع التي لا يمكن لطالب الصعوبة الاحتجاج بها على من صدر الحكم لفائدته، وهكذا فقد أصدر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط أمراً استعجالياً<sup>32</sup> جاء في تعليقه ما يلي:

"حيث بنت الطالبة إثارتها للصعوبة في التنفيذ على كون ظهير 1955/05/24 لا ينطبق على المحل المؤجر لها، وعلى أنها أدت واجب كراء بعض الشهور الواردة في الإنذار الموجه إليها".

"وحيث، أن ما أثير أو ما أمكنت إثارته من دفع أو أثناء جريان الدعوى، لا يمكن أن يعتمد كأسباب لإثارة الصعوبة في التنفيذ، كما أن الصعوبة الجدية المبررة لإيقاف إجراءات التنفيذ، هي التي تظهر بعد صدور الحكم المستشكل في تنفيذه، لا تلك التي كانت قائمة قبل صدوره".

"وحيث أن طلب الصعوبة لا يتسم بالجدية، مما يتعين معه التصريح برفضه"؛ فإذا كان شرط الاستعجال يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي ولا يخضع لرقابة محكمة النقض، فإن شرط المساس بالجوهر خلاف ذلك، لأن حسن تطبيق القانون من قبل القاضي الاستعجالي مسألة

31 - دا حسن عكوش المستعجل في الفقه والقضاء الجزء الأول ص 28.

32 - ذا مصطفى التراب المختصر العملي في القضاء والقانون ط 1 السنة 2008 ص 46.

قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، لذلك فقد اعتبر كل من الفقه والقضاء بأن خرق الفصل 152 من ق.م.م يعتبر سببا من أسباب النقض المنصوص عليها في المادة 359 من ق.م.م، كما رتبت محكمة النقض على شرط عدم المساس بالجوهر قاعدة أساسية تتمثل في كون الأوامر التي يصدرها قاضي الأمور المستعجلة دون المس بجوهر النزاع وأصل الحق لا يمكن أن تكون موضوعا للطعن بإعادة النظر، كما أن القرارات الصادرة على اثر استئناف هذه الأوامر تكون كذلك غير قابلة للطعن بإعادة النظر<sup>33</sup>.

ولعل من أبرز أمثلة ذلك القرار الصادر عن الغرفة الإدارية<sup>34</sup> والتي قررت فيه أن قاضي المستعجلات ليس ممنوعا من مناقشة ظاهر ما هو معروض عليه، للتأكد من جدية طلب إيقاف التنفيذ، واستخلاصه من ظاهر معطيات النزاع بما يثبت الجدية ولا يشكل مساسا بجوهر النزاع، وتعود وقائع هذا القرار إلى أن رئيس المحكمة الإدارية بفاس أصدر بتاريخ 2000/06/14 في الملف الإداري رقم 99/52 قضي بإيقاف إجراءات تنفيذ التتبيه المؤرخ في 2000/04/11 الحامل لرقم الفصل 26 في جدول المكلفين ( قباضة غفسي ) عن سنة 1999، وذلك إلى حين صدور الحكم في الملف المفتوح أمام نفس المحكمة الإدارية تحت عدد 2000/158. وقد تم تأييد هذا الأمر من طرف الغرفة الإدارية.

33 - ذا محمد منقار بنيس القضاء الاستعجالي ط الثانية مطبعة الأمنية الرباط ص 59.

34 - القرار الصادر عن الغرفة الإدارية تحت عدد : 107 بتاريخ 26 \ 10 \ 2000 في الملف الإداري عدد 1407 \ 04 \ 01 \ 2000 قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى دفاتر المجلس الأعلى العدد 9 السنة 2000 ص 211.

## المطلب الثاني: نطاق اختصاص القضاء الشامل

### وقضاء الإلغاء للبت في طلبات إيقاف التنفيذ:

فالقضاء الاستعجالي، مسطرة مختصرة تمكن الأطراف في حالة الاستعجال من استصدار أمر أو قرار قضائي في نوع من القضايا لا تسمح طبيعتها بالتأخير درء لأضرار يصعب تداركها بعد التنفيذ؛ ولذا فإنه يحق لأطراف الدعوى الاستعجالية اللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي للحصول على أمر أو حكم في نوع من القضايا لا تسمح طبيعتها بالتأخير، نظرا لما يترتب على ذلك من إلحاق أضرار فادحة ووشيقة الوقوع بالمراكز القانونية لأطراف الدعوى، بحيث يصعب تداركها في المستقبل، كقيام المحاسب المكلف بالتحصيل بالحجز على ممتلكات شركة أو مقولة، مما يؤدي إلى شل نشاطها وتثريد عمالها، مع العلم أن هذه المقولة تنازع في شرعية فرض تلك الضريبة المفروضة عليها بسبب غير مشروع، ومن هنا تتبع أهمية المساطر الاستعجالية التي تم وضعها من أجل حماية حقوق الأفراد والجماعات والمؤسسات الخاصة التي قد تتضرر من تصرفات الإدارة والتي تتمتع بامتيازات عديدة بمناسبة قيامها بتسيير المرفق العام، وهكذا فقد أحالت المادة 7 من قانون 90/41 على قواعد المسطرة المدنية والتي تطبق في القضايا الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ولذلك فإنه يحق للمرتفقين والمتقاضين اللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي لحماية حقوقهم من عسف الإدارة، وذلك كلما توفرت شروط الاستعجال المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وخاصة من الفصل 147 إلى الفصل 154، فالفقرة الثالثة من الفصل 147 تمكن الأطراف من تقديم طلب من أجل إيقاف التنفيذ إذا توفرت شروطه العامة والخاصة ونفس الشيء بالنسبة للمادة 148 من ق.م.م، كما أن المادة 468

و482 تشير إلى إمكانية تقديم دعوى بطلاق الحجر أو تقديم دعوى الاستحقاق الفرعية وفق شروطها.

فالفصل 149 ينص على أنه "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو أي إجراء مستعجل في أي مادة لم يرد بشأنها نص خاص، ولا يضر بحقوق الأطراف"، وهو نفس الأمر الذي قرره المادة 19 من قانون 90/41 والذي تنص على أنه يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينييه بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية، كما يشير الفصل 24 من قانون 90/41 على أنه "للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها طلب يهدف إلى إلغائه، إذا التمس ذلك منها طالب الإلغاء صراحة".

كما نص القانون المذكور في فصوله 36 و33 على اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي للبت في المنازعات الجبائية وخاصة طلبات إيقاف التنفيذ.

ومن خلال استقراءنا للنصوص القانونية المشار إليها سابقا في قانون المسطرة المدنية وقانون المحاكم الإدارية، يتبين لنا بوضوح أن المشرع المغربي عازم على حماية الشرعية، وذلك بضمان حقوق وحرية الأفراد الطبيعيين والاعتباريين فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين الإدارة، وذلك ما نحاول تلمسه والوقوف عليه من خلال اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي وخاصة في طلبات إيقاف التنفيذ في المنازعات الجبائية.

إذا كان المشرع المغربي قد أسند اختصاص تأسيس الضريبة والرسوم التي في حكمها إلى إدارة الضرائب، وأناط بالخبزينة العامة أمر

تحصيلهما ومكنها من سلطات واسعة وامتيازات عديدة تتمثل في الاستخلاص المباشر والفوري، فإنه تحقيقاً لمبدأ الشرعية خول للملزم مسطرة التقاضي كلما حادت الإدارة الجبائية عن منطق القانون وأخلت بالإجراءات المسطرية المعمول بها وفق مدونة تحصيل الديون العمومية 15 / 1997 حيث يمكن للملزم أن يلجأ إلى قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية، فيطلب منه بصفة استعجالية إصدار أمراً بإيقاف تنفيذ أوامر التحصيل لعدة أسباب؛ منها أنه ينازع في صفته كملزم أو لأنه يتمتع بشروط الإعفاء أو التقادم أو الأداء المسبق للضريبة وفي مقابل طلبات الملزم يدفع المحاسب بقاعدة ( أد ثم اشكي) المستمدة من المادة 117 من ق 97/15 والتي تنص على أنه (بصرف النظر عن أي مطالبة أو دعوى يجب على المدينين أن يؤديوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقاً للشروط المحددة في هذا القانون)، كما تدفع الإدارة الجبائية بمضمون المادة 124 من ق 97/15 التي تمنع كل السلطات العمومية والإدارية من إيقاف أو تأجيل الضرائب المعنية والأداءات المماثلة والواجبات أياً كان نوعها، لكن الاجتهاد القضائي المغربي فسر هذا الفصل بأن المنع محصور في السلطات العمومية والإدارية، وبأن القضاء غير مخاطب بهذا المنع، مما يعني أن لهذا الأخير صلاحيات النظر في طلبات وقف تنفيذ مسطرة الاستخلاص الضريبي في إطار القواعد العامة للاستعجال، ولذا فمن حق الملزم عندما يدهم بمسطرة التحصيل الجبري المتمثلة في الإنذار القانوني أو الحجز أو البيع أو الإكراه البدني أن يرفع دعوى استعجالية من أجل إيقاف التنفيذ الجبري إلى حين البت في الموضوع.

وتعتبر طلبات إيقاف تنفيذ أوامر التحصيل والديون العمومية طلبات وإجراءات وقتية يكتنفها الطابع الاستعجالي، باعتبار أن الملزم بها يكون مدهماً بالتنفيذ على ممتلكاته وجسده أحياناً عن طريق الإكراه البدني، لذلك

فالقضاء الاستعجالي هو المختص بالبت في هذه الطلبات، متى استجمعت شروطها القانونية بما يتوفر عليه من سرعة في البت وتقصير في المواعيد ويسر في الإجراءات، مما يضمن الحماية القانونية والقضائية في هذا الشأن، ولذا فإن قاضي المستعجلات الإداري برهن على سلطته في حماية الشرعية والمشروعية من خلال إصداره لعدة أوامر وقرارات تصب في حماية الحقوق والحريات في مواجهة الإدارة ولعل (أبرزها).

فما هي مشروعية وقف تنفيذ الدين الضريبي، في القضاء الشامل وقضاء الإلغاء؟ (الفرع الأول)

وكيف تعامل القضاء الإداري المغربي مع إيقاف تنفيذ أوامر التحصيل الدين الضريبي؟ (الفرع الثاني)

وإلى أي حد يلزم الملزم بسلوك مسطرة التظلم الإداري؟

تلك هي أهم التساؤلات التي سنحاول الوقوف عندها في الفرعين المواليين:

**الفرع الأول : مشروعية إيقاف تنفيذ تحصيل الدين الضريبي في القضاء الشامل وقضاء الإلغاء**

أ- القضاء الشامل :

من خلال استقرائنا لنصوص من قانون 90/41 يتضح لنا بأن هناك نصين اثنين يمكن الاستناد عليهما في تحديد مشروعية وقف تنفيذ الدين الضريبي وهما:

1- المادة 19 من ق 90/41 والتي تنص على أنه "يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه عنه بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفزية".



فانطلاقاً من المادة 7 من القانون المذكور والتي أحالت على تطبيق قواعد المسطرة المدنية، نجد أن هذا الفصل يفسره ويتممه قانون المسطرة المدنية وخاصة الفصول 147-149-152-153-155.

فإذا كان قضاء الموضوع يختص بالبت في المنازعات الجبائية طبقاً للباب الخامس من ق 90/41 وخاصة المواد 30 و 31، فإن القضاء الإداري الاستعجالي يكون مختصاً بالبت في هذه المنازعات الجبائية الوقتية متى توفرت شروطها وأركانها.

2- تنص المادة 24 من ق 90/41 على أنه " للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها طلب يهدف إلى إلغائه إذا التمس ذلك منها طالب الإلغاء صراحة".

ولقد صنف المشرع دعوى إيقاف التنفيذ الضريبي في إطار دعوى الإلغاء الاستثنائية، حيث قصد من ذلك التضييق من هامشها وفق شروط خاصة كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ولذا فإن وقف تنفيذ الضريبة في إطار المادة 24 من القانون المذكور يكتسي طابعاً استثنائياً يترجمه القضاء بالتشدد ودقة التحري في مدى توفر الشروط الموضوعية لمنحه.

ونشير أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى صححت الخلل الذي سقطت فيه بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية والتي اعتبرت أن المادة 24 من ق 90/41 هي المادة المؤسسة لمشروعية إيقاف التنفيذ في إطار الدعوى الإدارية الاستعجالية. ولعل من أبرز هذه القرارات، القرار الصادر عن الغرفة الإدارية<sup>35</sup> بتاريخ 18/12/1999 والذي جاء فيه " حيث

35 - القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض تحت عدد 18\193 فبراير 1999 موضوع الملف رقم 58\913 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 8

إنه من الواضح أن الأمر يتعلق بنزاع في مادة الضرائب، وأن مثل هذه النزاعات تنتظر فيها المحكمة الإدارية كمحكمة قضاء شامل، لا كقضاء إلغاء، وتبعاً لذلك فإن المعنى بأمر الضريبة المذكورة.... يمكن أن يطلب من رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضياً للمستعجلات، إيقاف إجراءات المتابعة إلى حين البت في موضوعها، كما أصدرت الغرفة الإدارية قراراً بتاريخ 1999/4/18 جاء فيه "الملزم الذي يطعن في مشروعية الضريبة أو يتمسك بكونه معفى منها، أو بتقادمها يمكنه أن يطلب من رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضياً للمستعجلات إيقاف المتابعات الجارية بشأنها إلى حين البت في الموضوع.

فالأساس القانوني لطلب إيقاف المتابعات هو الفصل 19 من قانون 90/41 وليس الفصل 24 من نفس القانون الذي طبقته المحكمة الإدارية خطأ " .

وبناء على ما سبق فإن مسطرة إيقاف تنفيذ الدين الضريبي، لا تنقيد إلا بالشروط والقواعد العامة للاستعجال المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وخاصة الفصل 149 منها.

والذي يحدد الشروط في أمرين اثنين:

1- توفر حالة الاستعجال وجدية الطلب المرفوع لقاضي المستعجلات فالمنازعة الجدية يمكن استجلائها من خلال ظاهر أوراق الملف، وقد حدد الاجتهاد القضائي أوجه الجدية فيما يلي:

1- توقف الملزم عن مزاولة النشاط الذي فرضت من أجله الضريبة.

2- توفر الملزم على شروط الإعفاء الكلي أو الجزئي من الضريبة.

3- إثارة التقادم الضريبي سواء ما تعلق منه بالوعاء أو التحصيل.

4- حصول طالب إيقاف التنفيذ على حكم قضائي لصالحه قضى بإلغاء الضريبة ولكن لم يصبح الحكم نهائياً، بسبب استئنائه من قبل الإدارة الجبائية.

5- مطالبة الملمزم بأداء ضرائب لا يزال النزاع في شأنها معروضا على اللجان الضريبية<sup>36</sup>.

وهكذا فقد استقر الاجتهاد القضائي، على إعفاء طالب إيقاف التنفيذ من سلوك مسطرة التظلم الإداري؛ (عندما ينازع في صفته كملزم وتتوفر شروط الاستعجال) ولذا فإن مسطرة إيقاف التنفيذ لا تتقيد بالشروط المنصوص عليها في المواد 117 و118 من مدونة تحصيل الديون العمومية رقم 97/15 والمتمثلة في صحة الطعن الإداري المقدم لدى مصلحة الوعاء والتحصيل وكفاية الضمانة المقدمة لتأمين استخلاص الدين الضريبي وضرورة وجود المنازعة كلياً أو جزئياً في مبلغ الدين، وهذا ما استقر عليه العمل القضائي لدى المحاكم الإدارية وإنما تتقيد حصرياً بالشروط المنصوص عليها في المادة 149 من م م م والمعتبرة بمثابة القواعد العامة للاستعجال كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

ب - سلطات قاضي الاستعجال في مجال دعوى الإلغاء.

لقد منح المشرع للإدارة سلطات واسعة واختصاصات عديدة، ولعل أبرزها التنفيذ المباشر والفوري لقراراتها، وذلك ضماناً لمبدأ استمرارية

---

36 - ذا حسن العفوي المنازعات الضريبية أمام القضاء بين التأسيس والتحصيل مجلة المحاكم الإدارية العدد الثالث ماي 2008 ص 97 وذا محمد شكيري تأجيل الوفاء بالدين الضريبي بين إرادة المشرع واجتهاد القضاء دفاتر المجلس الأعلى العدد 8 السنة 2005 ص 300 وما بعدها.

المرافق العامة، لهذا فإن الطعن بالإلغاء في قراراتها لا يؤدي إلى إيقاف التنفيذ، لكن مقابل هذه القاعدة العامة، فقد أقر المشرع مبدأ استثنائيا يتمثل في إمكانية إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء إذا التمس الطاعن ذلك صراحة واستجمعت هذه المسطرة شروطها القانونية والمتمثلة أساسا في شرطين، حالة الاستعجال وعدم المساس بالجوهر كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

فما هي الشروط العامة والخاصة المتعلقة بإيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء؟

الشروط العامة: ويمكن إجمالها في شرطين اثنين:

1- حالة الاستعجال: وهي الخطر الحال والمحدد بمصالح الأطراف بشكل جدي ويصعب تدارك أضراره مستقبلا<sup>37</sup>، فإذا ظهر للقاضي من خلال تفحصه لوثائق الملف بأن القرار الإداري سيسبب أضرارا يصعب تدارك نتائجها، وأن مآله الإلغاء من قبل محكمة الموضوع، فإن القاضي الاستعجالي في هذه الحالة يصدر أمرا وقتيا بإيقاف تنفيذ القرار الإداري إلى حين البت في موضوع الطعن بالإلغاء، أما إذا ظهر للقاضي أن الوسائل المثارة من أجل إيقاف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء، لا تتسم بالجدية ولا تتوفر فيها حالة الاستعجال، فإن القاضي الاستعجالي يصدر أمرا برفض الطلب.

2- عدم المساس بالجوهر: وبمقتضى هذا الشرط يمنع على القضاء الاستعجالي الغوص في أصل الحق موضوع الدعوى أو في الحقوق والالتزامات المتعلقة بها، فأصل الحق هو كل ما يتعلق به وجودا وعدما

37 - ذا عبد العزيز توفيق شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي ج 1 دون عدد للطبعة ص 326.

ويؤثر في ذاتيته، أو في الآثار القانونية المترتبة عليه وفقا للمادتين 149 و152 من ق.م.م.

فتأسيسا على هذا الشرط يمنع على القاضي الاستعجالي الغوص في جوهر الحق والاكتماء بتلمس ظاهر الوثائق أثناء بته في الطلبات الوقتية، لكن من الناحية العملية، فإن القاضي الاستعجالي يواجه صعوبات بالغة في إثباته لإساءة استعمال السلطة، لأن إثبات ذلك يقتضي الغوص في تقدير عمل الإدارة والدوافع غير الظاهرة التي أدت إلى إصدار القرار المطعون فيه، فالقاضي الاستعجالي أثناء محاولته إثبات عيب القرار المطعون فيه بالإلغاء يخوض في أوراق الدعوى ومستنداتها إلى أقصى حد ممكن لأن ظاهر الوثائق لا يسعفه في تلمس حالة الاستعجال والجدية والتحقق من عيب الانحراف في استعمال السلطة.

أما بالنسبة لإثبات عيب مخالفة القانون أو الخطأ في تأويله، فإن القاضي يمكنه تبيينه والوقوف على نوعه من خلال فحص ظاهر القرار المطعون فيه، أما إذا تعلق القرار المطعون فيه- بالإلغاء- بالاعتداء على الحقوق المكتسبة، أو على الخطأ في المناسبة من حيث الوقائع أو القانون أو عدم قيام القرار على أسباب مشروعة، ففي كل هذه الحالات، فإن القاضي الاستعجالي لا يقوى على تبيان هذه العيوب، إذا اكتفى بتفحص ظاهر الوثائق والمستندات، الأمر الذي يدفعه إلى الغوص في الجوهر وهذا غير جائز قانونا، ومن هنا تتبع صعوبة تحقق شرطي الاستعجال وعدم المساس بالجوهر لإيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه بالإلغاء<sup>38</sup>.

وصفوة القول، إنه يمكن تقسيم عيوب القرار الإداري إلى نوعين

اثنتين:

38 - ذا محمد الأعرج النظر في الطلبات المستعجلة والفصل فيها منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ص 34.

النوع الأول: وهو إثبات عيب الاختصاص والشكل في القرار المطعون فيه بالإلغاء، وفي هذه الحالة يتمكن القاضي الاستعجالي من تلامسها من خلال ظاهر الوثائق دون حاجة الغوص في الجوهر.

والنوع الثاني: وهي العيوب التي تنصب على محتوى القرار الإداري ومضمونه وهي عيوب مخالفة القانون من حيث اعتدائه على الحقوق المكتسبة، وكذا في مخالفة القانون بسبب الخطأ في التأويل من حيث الوقائع أو القانون، ومن حيث عدم قيام القرار على أسبابه أو عيب الانحراف في استعمال السلطة، ففي هذه الحالات فإن القاضي الاستعجالي لا يمكنه أن يتحقق من هذه العيوب من خلال تفحصه لظاهر الوثائق والمستندات، الأمر الذي يدفعه إلى الغوص في الجوهر وهذا أمر ممنوع عليه قانوناً<sup>39</sup>.

الشروط الخاصة بإيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء.

ويمكن تحديدها في شرطين اثنين:

1- الطلب الصريح من الطاعن بالإلغاء من أجل إيقاف تنفيذ القرار المطعون فيه بالإلغاء، بحيث يرفعه إلى قاضي المستعجلات؛

2- أن تكون دعوى الإلغاء معروضة أمام قضاء الإلغاء؛ أي أمام نفس المحكمة الإدارية التي ستنظر في الدعوى الاستعجالية، مما يعني أن هذه الدعوى الأخيرة متفرعة من دعوى الإلغاء وغير مستقلة عنها، فوجودها القانوني وعدمها مؤسس على وجود أصلها وذلك طبقاً للمادة 24

39 - ذا محمد الأعرج النظر في الطلبات المستعجلة والفصل فيها منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ص 36.

من ق 90/41 والتي تنص على أنه " للمحكمة الإدارية أن تأمر بصورة استثنائية بوقف تنفيذ قرار إداري رفع إليها طلب يهدف إلى إلغائه، إذا التمس ذلك منها طالب الإلغاء صراحة".

فكل طلب استعجالي يرمي إلى إيقاف تنفيذ قرار إداري غير مطعون فيه بالإلغاء يكون مصيره عدم قبول الطلب.

### الفرع الثاني: نماذج من الاجتهاد القضائي في تطبيق الفصل 19

#### من قانون 90/41

يشكل هذا الفصل ضمانا حقيقية لحماية المشروعية، وخاصة بالنسبة لحقوق الملزم الذي قد يداهم في كثير من الأحيان بوسائل التنفيذ الجبري، التي تهدده في ذمته المالية، أو حرите الشخصية عن طريق الإكراه البدني، مع العلم أنه قد ينازع في صفته كملزم لسبب مشروع ينفي عنه هذه الصفة، ومن هنا تنبع أهمية المسطرة الاستعجالية لنفاذ الأضرار المحتملة التي يصعب تداركها بعد التنفيذ، ونظرا لسعة هذا المحور فإنني سأقتصر على تحليل بعض النماذج القضائية التي أمرت بإيقاف إجراءات التحصيل مؤقتا، إلى حين البت في الموضوع وفقا للمادة 19 من ق 90/41 وهي كالتالي:

وترجع وقائع الملف إلى الأمر الاستعجالي التي رفعته شركة التنظيف الصناعي " سينات " بتاريخ 2002/08/13 إلى قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بمقتضى مقال عرضت فيه أنها فوجئت بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يوقع حجز ما للمدين لدى الغير على حسابها البنكي، المفتوح لدى الشركة العامة المغربية للأبنك، بواسطة إشعار إلى الأغيار الحائزين استنادا إلى مقتضيات الفصول 100 و 104 من قانون 97/15، المتعلق بتحصيل الديون العمومية، ولعل من أهم الدفوع التي

دفعت بها المدعية، هي أن المستحقات المفروضة من جرائها مسطرة الإشعار للغير الحائز، تعود إلى سنة 1978، وتعتبر متقدمة حيث الفصل 76 من القانون المنظم للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المعدل بقانون 84/7، كما أنها لم تحترم الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 29 من ق 97/15.

وقد دفع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بعدة دفعات ومنها عدم احترام مسطرة التظلم الإداري من قبل المدعى عليها، وبعد المداولة ودراسة الملف أصدرت الغرفة الإدارية القرار المذكور مؤسسة قرارها على الأسباب التالية:

1- يختص قاضي الأمور المستعجلة بالنظر في طلب رفع حجز ما للمدين لدى الغير باعتباره طلبا يكتسب طابع الاستعجال ولا يتعلق بالمنازعة في الموضوع.

2- سلوك مسطرة التظلم الإداري قبل الالتجاء إلى القضاء المستعجل لرفع الحجز يعتبر غير لازم لتعارضه مع حالة الاستعجال التي يفرضها هذا الإجراء والتي لا تحتتم بطبيعتها الانتظار، وتقتضي عرض النزاع على القضاء بأقصى سرعة ممكنة، وبالتالي فإن احترام هذه المسطرة يسري على الدعاوى الموضوعية دون الاستعجالية.

وهكذا فقد أصدرت الغرفة الإدارية قرارها المذكور والقاضي برفع الإشعار للغير الحائز<sup>40</sup>.

40 - القرار الصادر عن الغرفة الإدارية تحت عدد 156 بتاريخ 2003/03/13 موضوع الملف الإداري عدد: 2002/2/4/2180 قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا مجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد التاسع السنة 2005 ص 240.



لا شيء في القانون يمنح قاضي المستعجلات الإداري من حماية المراكز القانونية للأطراف، إذا كانت واضحة وذلك بالتدخل لإرجاع الأمور إلى نصابها متى تحقق عنصر الاستعجال وكان من شأن هذا التدخل الحد من الخطر الذي يهدد الحق المراد حمايته.

ولذا فما دام الإشعار للغير الحائز الذي يباشره القابض قد انصب على حساب بنكي لا يخص الملزم بصفة شخصية، وإنما انصب على ودائع زبائنه حسب الظاهر من الشهادة البنكية المدلى بها في الملف، فإن تدخل قاضي المستعجلات الإداري من أجل الحد من مفعول الإجراء المذكور، له ما يبرره لدرء الخطر الذي يهدد الحق المراد حمايته المتمثل في ودائع الزبناء الذين لا علاقة لهم بالدين الضريبي الذي بوشر ذلك الإجراء بسببه<sup>41</sup> والذي كرس القاعدة الآتية:

طلب إيقاف إجراءات التحصيل طلب استعجالي بطبيعته يهدف إلى وقف المتابعات التي تهدد المركز المالي لطلب المدين في انتظار البت في دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن، إما في الوعاء الضريبي، أو في إجراءات التحصيل، مما يجعله إجراء وقتياً لا مساس له بالجوهر، ولو بني على أسباب موضوعية تبرر تقديمه لأن القاضي في هذه الحالة لا يناقش تلك الأسباب، وإنما يتلمس فقط ظاهراً المستندات المدلى بها للوقوف على مدى جدية المنازعة المتعلقة بالحق المراد حمايته<sup>42</sup>.

41 - القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/4/30 تحت عدد 231، موضوع الملف عدد 2/07/3 المنقّى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية السنة 2010 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية بوزارة العدل ص 123.

42 - قرار الغرفة الإدارية عدد 193 والمؤرخ في 2006/03/01 في الملف الإداري عدد 2/4/1593. 2003 المنقّى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية السنة 2010 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية بوزارة العدل ص 112.

قاعدة وجوب أداء الضريبة رغم كل تظلم أو طعن قضائي ليست قاعدة مطلقة بل يمكن لكل من ينازع في أساس الضريبة أو في مشروعيتها أو يدعي إعفاؤه منها طلب إيقاف دون كفالة<sup>43</sup>.

قرار قضائي كرس قاعدة مفادها: إيقاف إجراءات التحصيل الجبري هو طلب استعجالي بطبيعته، يهدف إلى وقف المتابعات التي تهدد المركز المالي للطالب المدين، في انتظار البت في دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن، إما في الوعاء الضريبي، أو في إجراءات التحصيل، مما يجعله إجراء وقتياً لا مساس له بالجوهر، ولو بني على أسباب موضوعية تبرر تقديمه، لأن قاضي المستعجلات في هذه الحالة لا يناقش تلك الأسباب، وإنما يتلمس فقط ظاهر المستندات المدلى بها، للوقوف على مدى جدية المنازعة ذات العلاقة بالحق المراد حمايته<sup>44</sup>.

القرار الذي نص على أن طلب تأجيل التنفيذ الجبري هو طلب استعجالي بطبيعته، لا شيء في القانون ينفي صفة الاستعجال عن الإجراءات الوقتية التي تتم بمناسبة تنفيذ استخلاص الضرائب<sup>45</sup>.

الضمانة التي يفرضها القانون للحصول على إيقاف إجراءات المتابعة لا تكون إلزامية، إلا في حالة المنازعة في قيمة الضريبة أو في

43 - القرار الصادر عن الغرفة الإدارية عدد: 150 بتاريخ 10/07/1997 موضوع الملف الإداري رقم 483/1/5/1997 المنتقى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية السنة 2010 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية بوزارة العدل ص 117..

44 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد: 21 بتاريخ 18/12/2006 موضوع الملف الإداري عدد 41/06/2002 المنتقى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية السنة 2010 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية بوزارة العدل ص 112.

45 - القرار الذي أصدرته الغرفة الإدارية تحت عدد 83\28\01\99 في الملف عدد: 98/712 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 13 ص 20.

جزء منها، أما المنازعة في مشروعية الضريبة بصورة جدية فلا يتطلب في الملزم إيداع ضمانات طلب تأجيل التنفيذ الجبري هو طلب استعجالي بطبيعته، لا شيء في القانون ينفي صفة الاستعجال عن الإجراءات الوقتية التي تطلب بمناسبة تنفيذ استخلاص الضرائب<sup>46</sup>.

الضمانات التي يفرضها القانون للحصول على إيقاف إجراءات المتابعة، لا تكون إلزامية إلا في حالة المنازعة في قيمة الضريبة، أو في جزء منها، أما المنازعة في مشروعية الضريبة بصورة جدية، فلا يتطلب من الملزم إيداع ضمانات.

القرار الصادر عن الغرفة الإدارية وقد كرس القاعدة الآتية:

مجرد توجيه الإنذارات للملزم دون ثبوت تبليغها إليه بشكل فعلي لا يقطع أجل تقادم إجراءات التحصيل.

انصرام أربع سنوات على تاريخ الشروع في التحصيل دون ثبوت القيام بأي إجراء قاطع للتقادم، يجعل المطالبة بالتحصيل لاغية لتقادمها<sup>47</sup>.

مجرد تقديم دعوى المنازعة في الضريبة لا يبرر وحده طلب إيقاف تنفيذ أدائها، إذ لا بد من توفر عنصرَي الاستعجال والجدية<sup>48</sup>.

---

46 - القرار الصادر عن غ إ تحت عدد 63 / 28/01/1999 ملف عدد 98/712 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 8 ص 31.

47 - قرار غ إ عدد 581 بتاريخ 2004/7/21 ملف إداري رقم 20022/1/4/373 المنتقى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية السنة 2010 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية بوزارة العدل ص 120.

48 - قرار غ إ بالمجلس الأعلى عدد : 167\11\02\1999 ملف رقم 98 \1011 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 8 ص 32.

إذا كانت المنازعة جدية وشاملة لمبلغ الضريبة ولا تقتصر على جزء منه، فيبقى إيقاف التنفيذ خاضعا للقواعد العامة التي تخول القضاء سلطة إيقاف تنفيذ الأداء إما بكفالة وإما بدونها حسب ظروف كل نازلة.

كان قاضي المستعجلات على صواب عندما اعتبر أن تقديم الكفالة ليس شرطا لازما لقبول طلب إيقاف التنفيذ، الذي أسس على أن المطالب بالأداء لم يسبق أن مارس النشاط التجاري الذي فرضت من أجله الضريبة، ولا حصل على أي ترخيص بذلك وكان ظاهر الوثائق يضي على هذا الادعاء صفة الجدية<sup>49</sup>.

---

49 - قرار غ إ عدد 191 \ 96 ملف عدد 04 \ 07 \ 97 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 2 ص 28.

## خاتمة:

إن منطق العدل وروح التشريع يقتضيان ويفرضان على القضاء العمل على تحقيق مقاصد العدل والإنصاف، وتجسيد مبدأ الشرعية وسيادة القانون، خاصة في العلاقة الثنائية التي تربط الإدارة الجبائية بالمواطن الملزم، إذ غالباً ما تتمتع هذه الإدارة بسلطات واسعة وامتيازات عديدة تجاه المواطنين، الشيء الذي يخل بمبدأ توازن العلاقة بين طرفي المعادلة القضائية، ويفرغها من جوهرها الحقيقي والذي هو العدل والمساواة بين طرفيها، خاصة وأن إيقاف تحصيل الدين الضريبي قد يكون مطلباً عادلاً ومنصفاً بالنسبة للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، متى تمكن القاضي الإداري من إثبات براءة ذمتهم اتجاه الإدارة الجبائية لأن الديون الضريبية المطالبين بأدائها تفتقد للمشروعية ويعوزها السند القانوني إما لسبق الأداء وإما لتوفرهم على شروط الإعفاء الجزئي أو الكلي وإما لمرور أمد التقادم على تحصيل تلك الديون أو لأي سبب مشروع استقر عليه الاجتهاد القضائي، ولذا فعلى القضاء الإداري أن يستلهم روح النصوص التشريعية ومقاصدها النبيلة التي تضع في مقدمة أولوياتها، تحقيق العدل والإنصاف والمساواة ورفع الحيف والظلم بمنهجية قضائية عادلة ومتوازنة أساسها درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، وإذا اجتمع ضرران فيجب ارتكاب أخفهما، وذلك بمراعاته للمصلحة العامة وتحريرها أثناء البت في طلبات إيقاف تحصيل الدون العمومية، لاعتبارها مصدراً أساسياً للإنفاق العام ووسيلة فعالة لإشباع الحاجيات العامة للمواطنين وضمن استمرارية المرفق العام.

وتأسيساً على ما سبق؛ فقد عمل القضاء الإداري المغربي على تكريس الضمانات التي منحها المشرع للملزم، عن طريق إيقاف تنفيذ

وأمر التحصيل كلما شابها خرق مسطري أو عيب من عيوب الإجراءات المسطرية؛ فإذا كان الملزم مثلاً ينازع في صفته كملزم أو قامت الإدارة الجبائية بخرق مسطرة فرض وتصحيح الضريبة المتنازع بشأنها، فإنه بإمكانه أن يوقف تنفيذ إجراءات تحصيل الديون العمومية مؤقتاً، عن طريق القضاء الاستعجالي إلى حين البت في الملف من قبل قضاء الموضوع بحكم نهائي، دون أن يلزم الملزم بمسطرة المطالبة المنصوص عليها في المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية رقم 97/15 لتعارض هذه المسطرة مع مفهوم وطبيعة حالة الاستعجال، وهكذا فقد سار الاجتهاد القضائي المغربي في اتجاه إعفاء المدعي من سلوك مسطرة المطالبة الإدارية في حالة اتصاف منازعة الملزم بالجدية وتوفر شروط الاستعجال وقد تم تحديد ذلك من قبل الاجتهاد القضائي كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

وصفوة القول أن طلبات إيقاف تنفيذ تحصيل الديون العمومية تعتبر بحق من المواضيع الخصبة التي لازالت في حاجة ماسة إلى مزيد من البحث واستفراغ الجهد الفكري والفقهية بغية الوصول إلى تأصيل تشريعي وقضائي متوازن ناجع يحسم الإشكاليات القانونية المتناسلة التي تفرزها مسطرة التنفيذ في مجال تحصيل الديون العمومية.

## Ar البيع بالمزاد العلني إجراءات التنفيذ الجبري (مسطرة الإنذار العقاري)

السيد فؤاد محيي

رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التجارية  
بطنجة

إذا كان دور القضاء لا ينحصر في إصدار الحكم أو إعداد سند قابل للتنفيذ، بل يتعداه إلى تمكين الطالب من استيفاء حقه من المدين، وإذا كان الأصل هو أن يقوم المحكوم عليه بتنفيذ التزامه بصفة اختيارية، فإنه في أحيان كثيرة قد يمتنع عن التنفيذ، مما يستوجب تدخل السلطة العامة تحت رقابة القضاء من أجل إجباره على تنفيذ هذا الالتزام، وذلك عبر سلك مجموعة من الخيارات كالحجوزات بجميع أنواعها، التحفظية والتنفيذية، أو البيع، أو الإكراه.

ويعتبر البيع بالمزاد العلني من الوسائل الأكثر شيوعا في إجبار المدين على الوفاء بمديونيته. والبيع قد يشمل المنقولات سواء منها المادية والمعنوية، أو الحصص والأسهم، وقد يشمل الأصل التجاري أو أحد عناصره، كما قد ينصب على السفن والطائرات، أو على العقارات، سواء كانت محفظة أو غير محفظة، أو في طور التحفيظ.

ونظرا لكون المجال لا يتسع لتناول مساطر البيع الخاصة بجميع هذه الفئات، فقد اخترت تخصيص هذه المداخلة للبيع بالمزاد العلني

للعقارات، وخاصة منها العقار المحفظ والمشمول برهن، مع الإشارة إلى أن مسطرة البيع بالمزاد العلني تخضع في مجملها لنصوص قانون المسطرة المدنية مع مراعاة بعض النصوص الخاصة، وبعض الخصوصيات حول ما إذا تعلق الأمر ببيع منقولات أو أصل تجاري أو سفينة أو عقار.

وقبل التطرق لبعض الإشكاليات التي تعترض إجراءات البيع بالمزاد العلني للعقار المحفظ المشمول برهن، ارتأيت بسط هذه المسطرة أولاً على شكل خطاطة جامعة، الأولى تهم مسطرة البيع وفق نصوص المسطرة المدنية وظهير 2 يونيو 1915 بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفظة، والثانية خاصة بمسطرة البيع للعقار المرهون وفق القانون 252/67 بتاريخ 1968/12/17 الخاص بالقرض العقاري، القرض الخاص بالبناء، والقرض الفندقي، وذلك على الشكل التالي:

### التنفيذ الجبري على العقار المحفظ

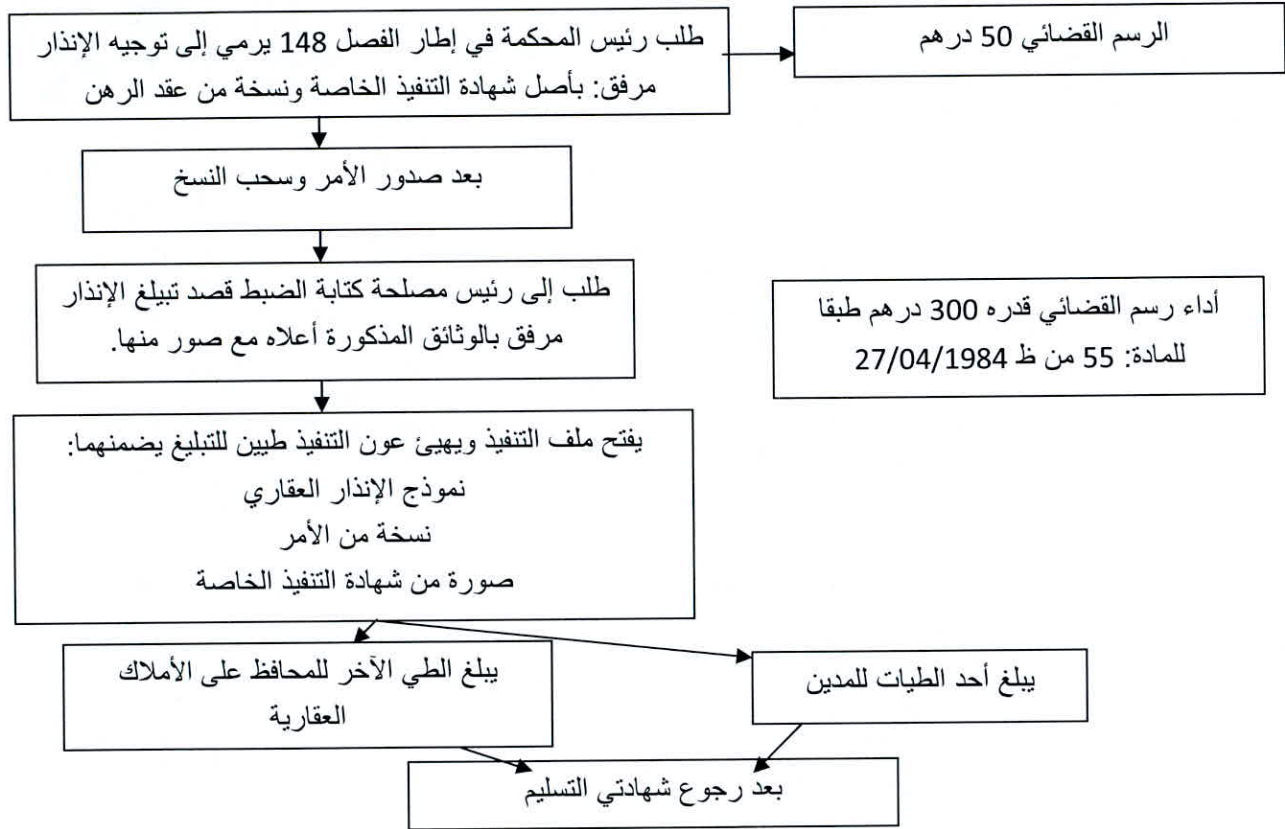
#### (مسطرة الإنذار العقاري)

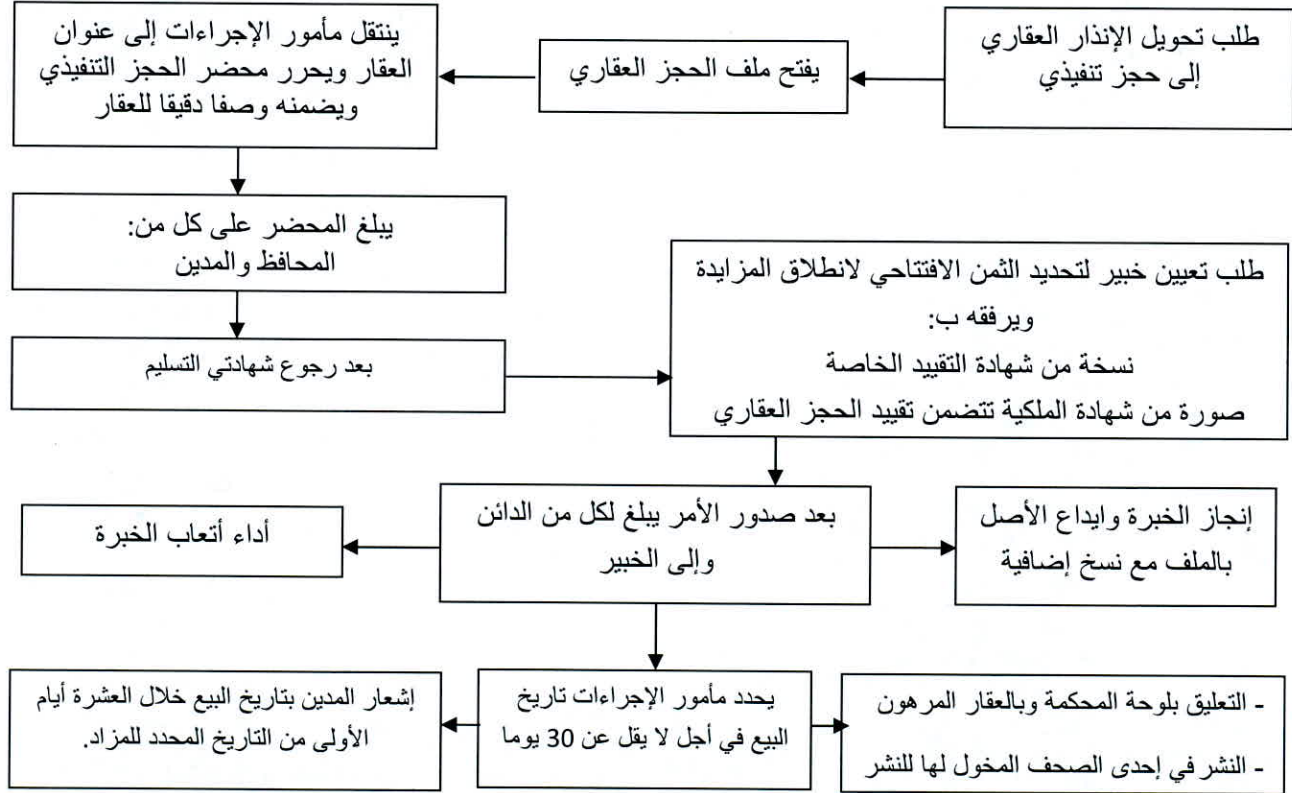
- ظهير 9 رمضان 1331 موافق 12 أغسطس 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

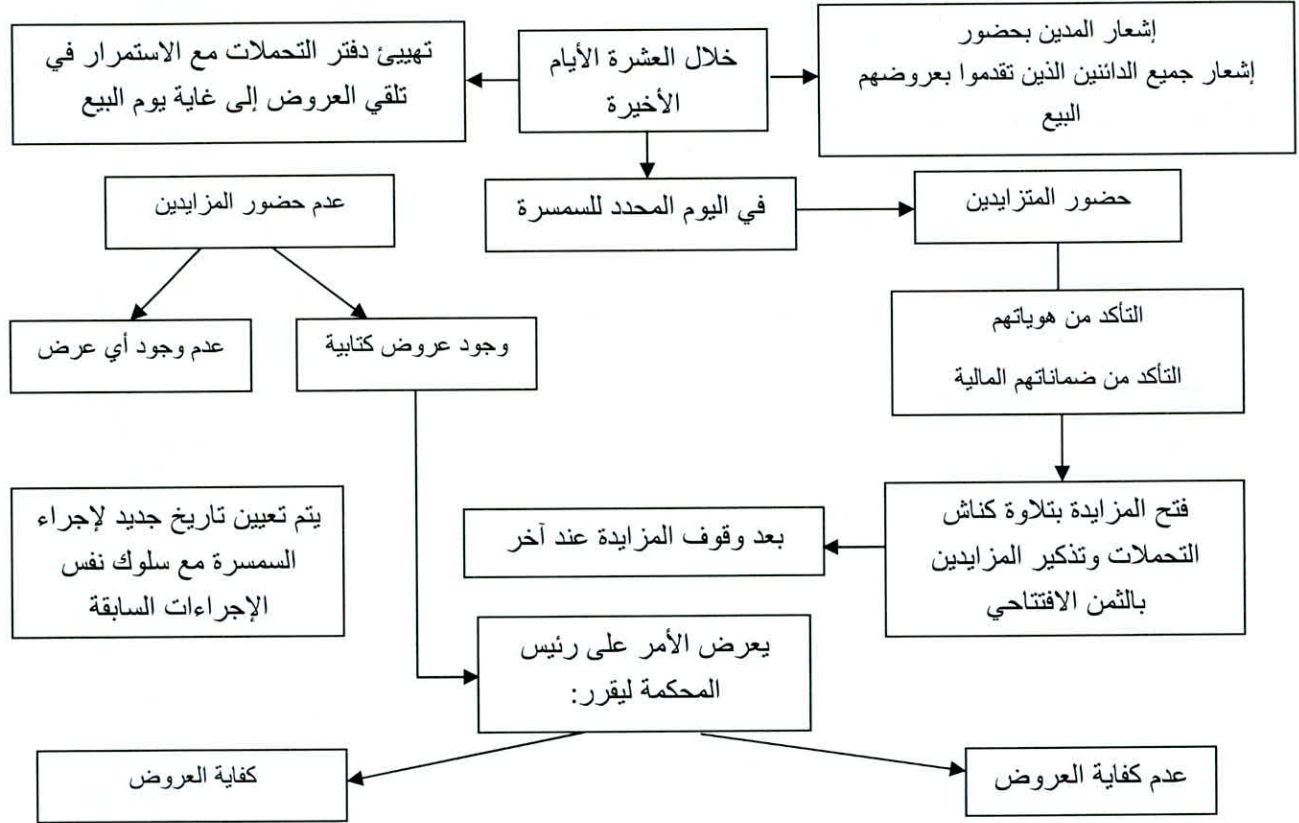
- ظهير 19 رجب 1333 موافق 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

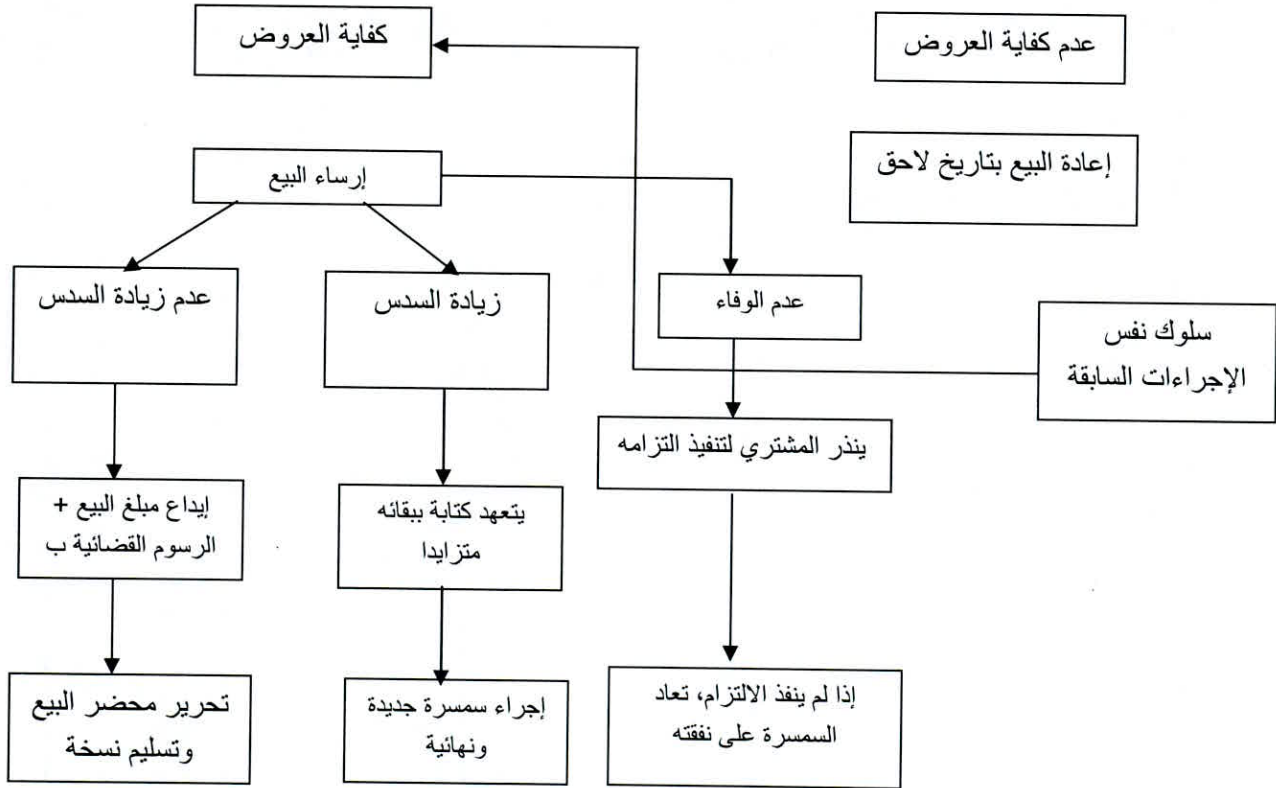
- ظهير 11 رمضان 1334 موافق 28 شتنبر 1974 الخاص بقانون المسطرة المدنية كما تم تعديله وتتميمه.





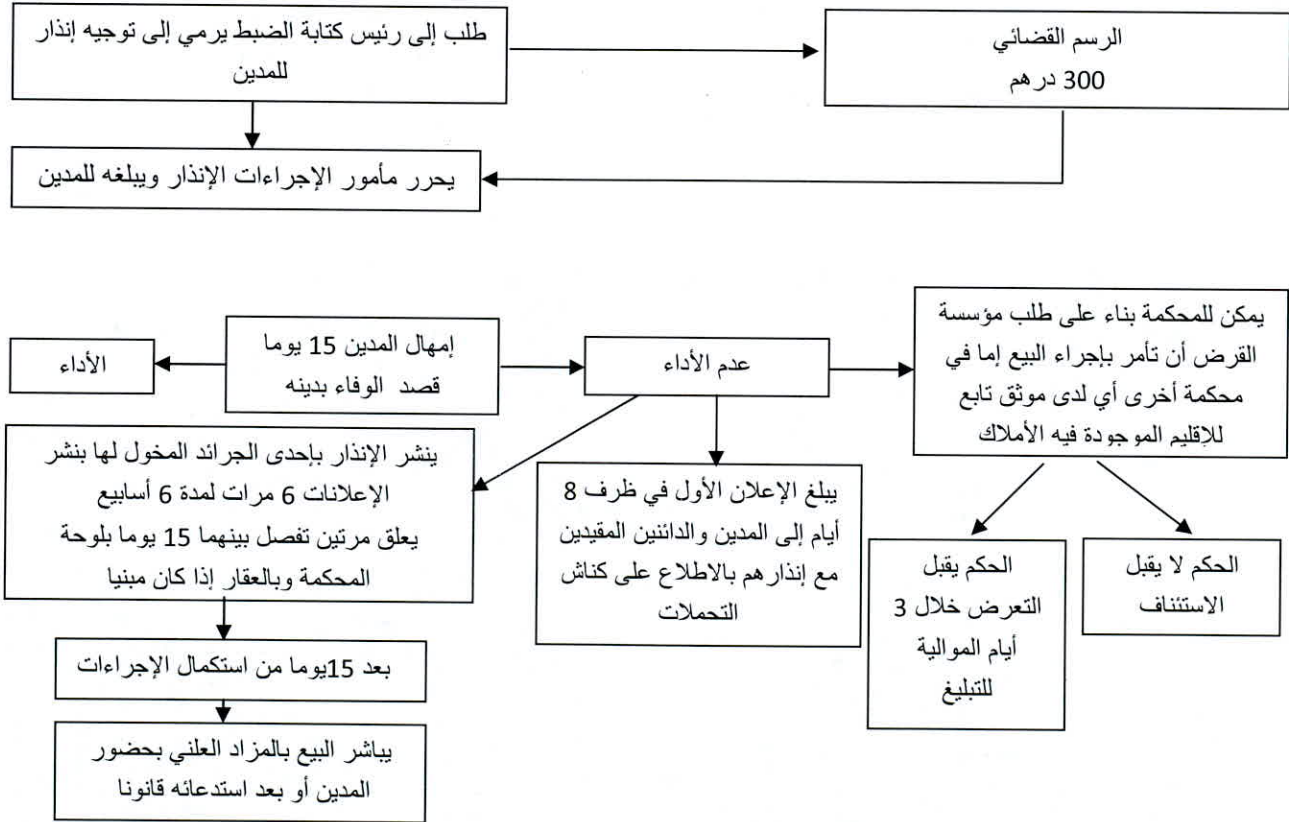


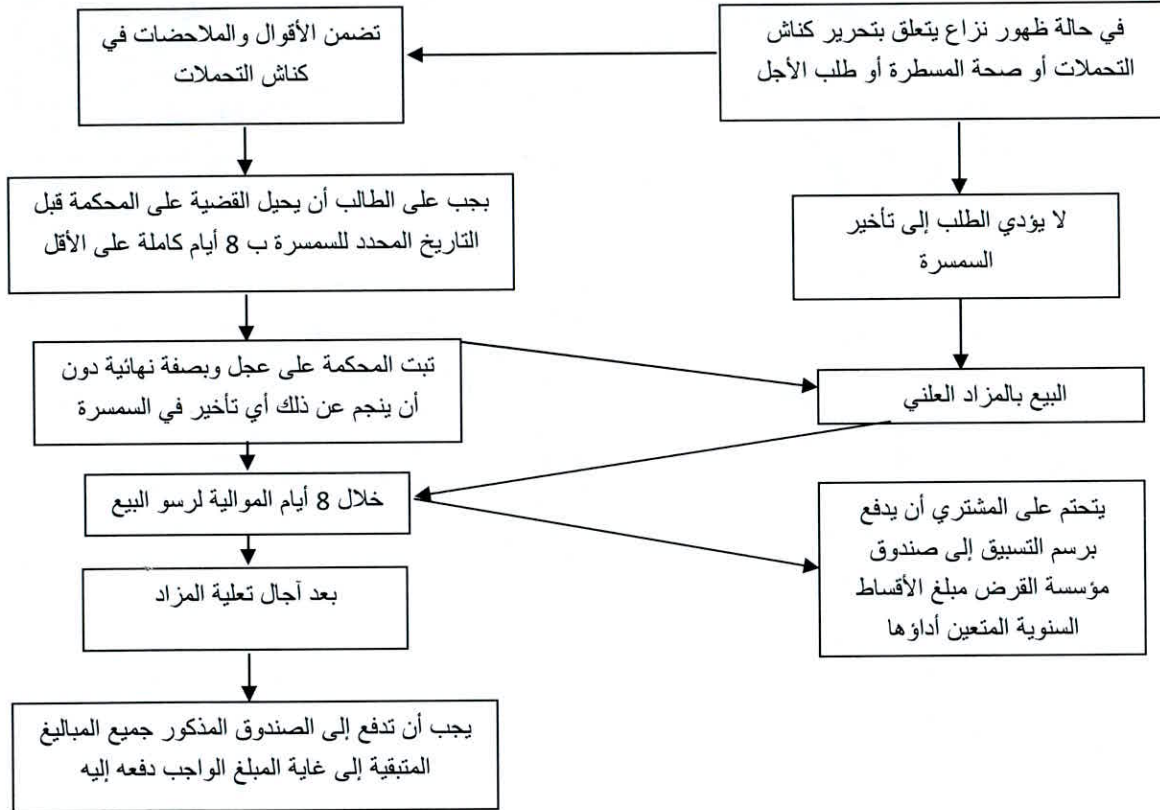




مسطرة الإنذار العقاري والبيع في وفق القانون 67-552 بتاريخ: 17  
دجنبر 1968 الخاص ب:

- القرض العقاري
- القرض الخاص بالبناء
- القرض الفندقي





قد تبدو هذه المسطرة سهلة وسلسة، غير أنها لا تخلو من إشكاليات عملية وقانونية، يمكن أن نتطرق لبعض منها حسب الترتيب الوارد في الخطاظة المعروضة.

لكن قبل ذلك، أود أن أذكر بالتعديل الذي جاء به القانون 08.39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، بخصوص الإنذار العقاري حيث أن المادة 215 منه تعطي الإمكانية للدائن المرتهن أن يوجه الإنذار بواسطة المكلف بالتنفيذ، وبالتالي فهو ليس في حاجة إل استصدار أمر في إطار المادة 148 من رئيس المحكمة قصد توجيه الإنذار، كما أن المادة 216 من هذه المدونة اعتبرت الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره، وبالتالي أصبح الدائن المرتهن في غنى عن طلب تحويل الإنذار العقاري إلى حجز عقاري.

أما بخصوص القانون 252/67 بتاريخ 1968/12/17 فالملاحظ هو أنه بالرغم من كون المشرع قد خص هذه المؤسسات بمسطرة خاصة وفق ما تم بيانه في الخطاظة التي عرضت قبل قليل، فهي مسطرة تتضمن مجموعة من الامتيازات غير الممنوحة للمؤسسات المالية الأخرى، إلا أنه بالرغم من ذلك، فإن بعض السادة المحامون الذين ينوبون عن هذه المؤسسات يختارون سلوك المسطرة العادية بدءاً من استصدار أمر مختلف بتوجيه الإنذار وفتح ملف الإنذار العقاري ثم طلب تحويل الإنذار العقاري إلى حجز عقاري وما يليه من مسطرة.

والسؤال المطروح هنا هو مدى صحة هذه المسطرة؟ وهل نقبل منهم هذه الطلبات؟ أم أنهم ملزمون باتباع المسطرة وفق القانون الذي خصهم به المشرع؟



الملاحظة الثانية بخصوص هذه المؤسسات، وخاصة منها مؤسسة القرض العقاري والسياحي، هو أنها في الحالات التي يتم فيها البيع بالمزاد العلني، وتشارك هي أيضا في السمسرة ويتم إرساء البيع عليها، فإنها لا تقوم بإيداع جميع الثمن الذي رسي به المزاد بل تودع فقط فارق الثمن بعد أن تخصص جميع ديونها بما فيها الفوائد القانونية والمصاريف، وهذا ما دأبت على فعله أمام جل المحاكم المغربية إن لم أقل جميعها، وحجتها في ذلك ما جاءت به مقتضيات المادتين 65 و66 من القانون 67/552. لكننا في المحكمة التجارية كان لنا رأي آخر في هذا الموضوع وقراءة أخرى لهاتين المادتين، ربما ستسمح لنا الفرصة لمناقشة هذا الموضوع أثناء فتح باب النقاش.

الشيء الذي حذا بمؤسسة القرض العقاري والسياحي إلى رفع دعوى ضد رئيس مصلحة كتابة الضبط لإجباره على تطبيق المادتين 65، 66 كما فسرتها هي، إلا أن المحكمة التجارية بطنجة أصدرت حكمها عدد 362 بتاريخ 2005-06-22 قضى برفض الطلب، استأنفته الطالبة فتم تأييده استئنافيا بتاريخ 2005-10-12 قرار عدد 1219.

### 1. بخصوص الرسم القضائي:

تنص المادة 55 من ظهير 1984 على أن الإنذار العقاري يؤدي عنه رسم قضائي قدره 150 درهم، يضاعف هذا الرسم إذا فاقت الديون 10 آلاف درهم، وبالتالي يصبح 300 درهم وهو المبلغ الذي أصبح يؤدي عن الإنذارات العقارية، وتنص نفس المادة في فقرتها الرابعة على أن طلب تحويل الإنذار العقاري إلى حجز تنفيذي يؤدي عنه رسم قدره 50 درهم، يضاعف هذا الرسم إذا فاقت الديون 10 آلاف درهم.

لقد جرى العمل بجل المحاكم على أن طالب التنفيذ يتقدم بطلب التحويل ولا يستخلص عنه أي رسم قضائي.

(ضرورة مراجعة ظهير الرسوم القضائية 1984)

## 2. الإشكالية المرتبطة بالتبليغ:

إن مسطرة تهيء العقار للبيع، تستوجب على مأمور الإجراءات تبليغ المحاضر والإشعارات إلى الأطراف بمن فيهم الطالب والمطلوب والمحافظ على الأملاك العقارية، وهي مهمة تستنفذ مجهوداته وتأخذ من وقته الكثير، وقد تؤدي إلى تعثر عملية تجهيز الملف للبيع، وخاصة بالنسبة للمحاكم التجارية نظرا لشساعة دائرة اختصاصها الترايبي، والتي تستوجب تنقل مأمور الإجراءات إلى مدن أخرى قصد تبليغ الإشعارات والمحاضر، وغالبا ما تتم الاستعانة بالسادة المفوضين القضائيين أو كتابهم قصد المساعدة على التبليغ، لكن وفي أحيان كثيرة يرفض هؤلاء القيام بهذه المهمة لكونهم لا يتلقون مقابلها أي أجر.

لذا، نقترح أن يعين طالب التنفيذ مفوضا قضائيا وتؤدي أتعابه

وتكون مهمته القيام بعملية تبليغ الاستدعاءات والإشعارات

وبخصوص المشاكل المرتبطة بالتبليغ دائما، نجد المقتضيات المنصوص عليها في المادة 476 من ق م م والتي توجب على عون التنفيذ أن يبلغ للمنفذ عليه أو من يقوم مقامه خلال العشر أيام الأولى من الأجل المحدد للسمسة (30 يوما) إخطارا بوجود الحضور في اليوم المحدد للسمسة.

وتحيل هذه المادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 39 من نفس المسطرة، ومعلوم أن المادة 39 تستوجب في حالة تعذر التبليغ لعدم العثور على الطرف أو على أي شخص في موطنه، اللجوء إلى الاستدعاء بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل، وفي الحالة التي يكون فيها موطن

أو محل إقامة الطرف غير معروف فإن المحكمة تعين عوناً من كتابة الضبط قيماً يبلغ إليه الاستدعاء، ويبحث هذا القيم عن المعني بالأمر بمساعدة النيابة العامة والسلطات الإدارية إلى غير ذلك من الإجراءات المنصوص عليها في المادة 39، وهي إجراءات قد تطول لأكثر من شهر أو شهرين، والحال أن تاريخ السمسرة (30 يوماً) سبق أن تم تحديده وإشهاره، ولا يمكن تغييره إلا بأمر من رئيس المحكمة وفق ما هو منصوص عليه في المادة 748 من ق.م.م.

لذا، نرى أن الإحالة التي تمت بموجب المادة 476 على المادة 469 إحالة لم تأخذ بعين الاعتبار هذا المعطى. مما يستوجب تدخل المشرع لتعديلها.

كما أن نفس المادة 476 في فقرتها الأخيرة توجب على مأمور الإجراءات خلال العشرة أيام الأخيرة قبل تاريخ السمسرة أن يستدعي المحجوز عليه والمتزايدين الذي قدموا عروضهم وهو ما من شأنه أن يتقل كاهله بمزيد من الإجراءات، خاصة أن باب تقديم العروض يبقى مفتوحاً إلى غاية تاريخ السمسرة، كما أن الراغبين في المزايدة يكونون على اطلاع على دفتر التحملات وعلى تاريخ البيع والتمن الافتتاحي للمزايدة وإلا ما أمكنهم تقديم عروضهم، لذا فما الجدوى من إتقال كاهل مأمور الإجراءات باستدعائهم إلى موعد يعلمونه مسبقاً؟

لذا، نقترح تعديل المادة 476 من ق.م.م وذلك بحذف الفقرة الأخيرة منها.

### 3. الإشكالية المرتبطة بالإشهار:

تنص المادة 474 في فقرتها الثانية على أن إعلان البيع بالمزاد العلني يبلغ إلى العموم بواسطة التعليق، وبكل وسائل الإشهار، في

الصحافة والإذاعة، الأمور بها عند الاقتضاء من طرف الرئيس حسب أهمية الحجز.

فقد جرت العادة على أن يتم الإشهار في إحدى الجرائد المخول لها نشر الإعلانات القضائية، وغالبا ما يتم اختيار الجرائد المحلية والجهوية الأكثر انتشارا، إلا أن الإشكال الذي يطرح على كتابة الضبط هو كثرة هذه الجرائد من جهة وإلحاحها على الاستفادة من حصتها في الإعلانات القضائية من جهة ثانية، وكأنه حق مكتسب، لا يرتبط بعدد النسخ المطبوعة وعدد القراء بل بمجرد الحصول على الترخيص الممنوح لها من الوزارة المكلفة، وغالبا من يتم اتهام كتابة الضبط بمحاباتها لبعض الجرائد المعروفة على حساب جرائد أخرى أقل انتشارا، أما في الحالة التي تستفيد فيه بعض هذه الجرائد الأقل انتشارا من بعض الإعلانات، فإنه يتم اتهام كتابة الضبط بكونها تعمدت ذلك حتى لا يتم البيع، أو لتفويت فرصة المشاركة في السمسة على بعض المتزايدين.

لذا وجب التفكير في وضع قواعد عملية لمعالجة هذا الوضع.

#### 4. الإشكالات المرتبطة بالخبرة:

أول ملاحظة يمكن إثارتها بهذا الخصوص هو سكوت المشرع عن تحديد الآليات التي يمكن من خلالها تحديد الثمن الافتتاحي لانطلاق المزايمة، وبالرغم من كونه أهم عنصر يجب أن يتضمنه كناش التحملات الذي ينجزه مأمور الإجراءات، إلا أن المحاكم دأبت على تعيين أحد الخبراء المختصين في مجال العقار لمعاينة العقار المطلوب بيعه وإنجاز تقرير مفصل حسب المعطيات المتوفرة لديه مع اقتراح الثمن الافتتاحي لانطلاق المزايمة، إلا أن هذه العملية لا تخلو من إشكاليات.

فعدم وجود ضوابط موضوعية وقانونية ليحتكم إليها جميع الخبراء في عملية التقييم، يجعل الخبرات المنجزة في هذا المجال متضاربة ومتناقضة في كثير من الأحيان، فقد يحدد أحد الخبراء الثمن الافتتاحي لأحد العقارات في ثمن معين، في حين يحدد خبير آخر الثمن الافتتاحي لعقار آخر مجاور أو أكثر أهمية في ثمن أقل بكثير، وهذا من شأنه أن يتسبب في عرقلة عملية البيع، إما لعدم لعدد حضور أي متزايد لكون الثمن الافتتاحي مرتفع جدا مقارنة مع أسعار السوق، أو ان الثمن المقترح من الخبير منخفض بشكل كبير مما يتعذر معه على المحكمة إرساء البيع رغم حضور المتزايدين.

وهنا نتساءل عن مدى هامش الحرية والتقدير الذي يتمتع به رئيس المحكمة في عدم إرساء البيع لعدم كفاية العروض، بالرغم من كونها تفوق الثمن المقترح من الخبير؟ وكم هو عدد المرات الذي يمكن له أن يؤجل البيع لهذا السبب؟ كما نتساءل عن مدى أحقية رئيس المحكمة للاستجابة للطلبات التي تقدم إليه سواء من الطالب أو المطلوب في إطار المادة 148 من ق م م والرامية إلى إعادة الخبرة؟

إن عدم وضع قواعد قانونية وموضوعية تنظم هذه العملية قد يفتح المجال واسعا لمجموعة من التأويلات والتشكيكات، سواء من طرف طالب التنفيذ أو من طرف المنفذ عليه.

لذا، نقترح إعادة النظر في طريقة الحصول على الإذن بالانضمام إلى جدول الخبراء المحلفين المخول لهم انجاز الخبرات القضائية، وذلك بوضع قواعد موضوعية وقانونية مبنية على الكفاءة العلمية في مجال الهندسة الطبوغرافية، بالإضافة إلى التجربة المهنية في مجال العقار.

## 5. الإشكالية المرتبطة بالعروض:

تنص المادة 474 في فقرتها الأخيرة على ما يلي: " يتلقى العون المكلف بالتنفيذ العروض بالشراء إلى إقفال محضر المزاد ويثبتها حسب ترتيبها التاريخي في أسفل محضر الحجز".  
وتنص المادة 476 في فقرتها الأخيرة أيضا على أنه خلال العشرة أيام الأخيرة يتم استدعاء المحجوز عليه والمتزايدين الذين قدموا عروضهم.

لقد نص المشرع على العروض بالشراء ولم يبين كيفيتها، هل هي عروض شفوية؟ يحضر أصحابها إلى مكتب التنفيذ ويتلقى مأمور الإجراءات هذه العروض الشفوية؟ ويدونها في محضر مع أخذ هوياتهم وعناوينهم؟ أم هي عروض كتابية؟ كما نتساءل عن العروض التي ترد عن طريق البريد المضمون، هل تؤخذ بعين الاعتبار وتضم للملف؟ أم يتم استبعادها؟ وفي حالة وجود عرض للشراء بثمن يفوق الثمن الافتتاحي المقترح لانطلاق المزاد، هل يتم فتح السمسرة انطلاقا من الثمن المقترح في الخبرة؟ أم انطلاقا من الثمن المقترح في العرض الكتابي؟

وهذا التساؤل له ما يبرره، وذلك لكون هذا الإجراء قد يتخذ مطية من طرف احد الأطراف الذين لا مصلحة لهم في رسو البيع، فيعمد إلى تقديم عرض كتابي بثمن يفوق بكثير الثمن الحقيقي، مما يؤدي إلى نفور المتزايدين ذوي النيات الحسنة في المزادة، وهنا نكون أمام حالتين:

إما أن يتم إعادة البيع لعدم حضور أي متزايد ما عدا العرض الملفى بالملف وهذا أمر صعب مادام العرض يفوق بكثير الثمن الافتتاحي، أو أن يتم إرساء البيع على صاحب العرض، وفي هذه الحالة فإننا لا نتصور أن يكون هذا الأخير قد أدلى بالمعلومات الصحيحة حول هويته

وعنوانه، مما يبقى الملف معلقا على استدعائه وإنذاره طبقا للمادة 485 لكون لم يف بالتزامه.

وما دام المشرع لم يقنن بشكل كاف مسطرة تقديم العروض فإن الباب سيبقى مفتوحا أمام ذوي سوء النية للتلاعب بمسطرة البيع. لذا، نقتراح تعديل الفقرة الأخيرة من المادة 474 من ق م م لجعل العروض بالشراء مرفوقة بنسخة مطابقة للأصل من ب ت و، وكفالة بنكية في حدود نسبة معينة من ثمن البيع حتى تثبت جدية صاحب العرض في المزيدة.

#### 6. الإشكالية المرتبطة بالمتزايدين:

لاشك أن البيوعات بالمزاد العلني قد أصبحت من وسائل الإثراء على حساب الغير بالنسبة لبعض ممتهني هذه الحرفة، والذين يشكلون إن صح التعبير لوبيات تتحكم في السمسرة وتتواطأ من أجل إرساء المزاد على طرف معين، أو من أجل إفساد عملية السمسرة على أي طرف آخر حسن النية، خاصة وأن المشرع قد ترك المجال مفتوحا لأي شخص يريد المشاركة في السمسرة ولو بشكل صوري، ذلك أن المادة 477 في فقرتها الأولى تنص على مايلي: "إذا حل...".

ونحن نتساءل كيف يمكن لمأمور الإجراءات أن يتأكد من ملاءة نمة المتزايد أو كفيله؟

لقد جرى العمل بالمحاكم على أن يطلب مأمور الإجراءات من المتزايدين الإدلاء بشيكات بنكية تحمل مبلغا معيناً، أو شيكا على بياض قبل افتتاح المزاد.

وهنا نتساءل عن مدى قانونية هذا الإجراء الغير منصوص عليه قانوناً؟ وكذا عن الفائدة منه؟ لأن توفر المزايد على دفتر الشيكات لا يعني بالضرورة ملاءة ذمته أو على الأقل توفره على مؤونة.

لذا نقترح تعديل المادة 477 من ق م م وجعل السمسرة مقرونة على الأشخاص الذين يثبتون ملاءة ذمتهم، وذلك إما بالإدلاء بشيك بنكي مضمون الأداء في اسم رئيس مصلحة كتابة الضبط، أو بكفالة بنكية بنسبة معينة، حتى يثبتوا حسن نيتهم في المزايدة، ونضمن وفاءهم بالتزامهم في حالة رسو البيع على أحدهم.

#### 7. الإشكالية المرتبطة بالمزايد عن الغير:

تنص المادة 477 في فقرتها الأخيرة على أنه يحق للشخص الذي رسي عليه المزايد أن يصرح بأنه مزايد عن الغير خلال 48 ساعة من إجراء السمسرة.

إن هذا المقتضى قد فتح الباب على مصراعيه أمام التلاعب في البيوعات كما سلف ذكره، ذلك أن الراسي عليه المزايد بعد إرساء المزايد عليه، يبدأ في البحث عن مشتر لهذا العقار وغالباً ما يكون معروفاً لديه، فيعرض عليه اقتناء العقار الذي اشتراه هو من المحكمة، فيتقدم بعد ذلك ويصرح بكونه كان متزايداً باسم فلان هذا الأخير الذي يحرر محضر البيع في اسمه، في حين يستفيد الأول من عمولته عن هذه العملية.

لذا، نقترح إلغاء هذه الفقرة من المادة 477 نهائياً. أو على الأقل، جعل التصريح الذي يقوم به المتزايد خلال 48 ساعة بكونه كان يتزايد عن الغير، تصريحاً مكتوباً بمثابة توكيل يحمل اسم هذا الغير، وأن يكون مصحح الإمضاء قبل المزايدة أو على الأقل داخل 48 ساعة المنصوص عليه، وذلك لقطع الطريق أمامه في الاستفادة من مزيد من الوقت قد يتعدى 48 ساعة بتواطؤ مع جهة ما.



## 8. الإشكالية المرتبطة بتغيير تاريخ السمسرة:

تنص المادة 478 على أنه "لا يمكن تغيير التاريخ المحدد للسمسرة إلا بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع التنفيذ بدائرته تبعا لمقال الأطراف أو لعون التنفيذ، ولا يكون ذلك إلا لأسباب خطيرة ومبررة بصفة كافية وخاصة إذا لم تكن هناك عروض أو كانت العروض المقدمة غير كافية بصفة واضحة".

**أول ما يلاحظ** بخصوص هذه المادة هو كونها قد صيغت بشكل معيب، ذلك لأنها جمعت بين الأسباب الخطيرة الموجبة لتغيير تاريخ البيع، وبين عدم وجود أي عرض أو عدم كفاية العروض بصفة واضحة، والحال أن عدم وجود أي عرض أو حتى عدم كفاية العروض بشكل واضح هو من موجبات تغيير تاريخ البيع بصفة تلقائية لكونه أمر طبيعي.

**الملاحظة الثانية:** هي أن المادة المذكورة تنص على كون تاريخ السمسرة لا يمكن تغييره إلا بأمر من رئيس المحكمة فهل يعني هذا أن رئيس المحكمة ملزم بإصدار أمر مغل يبيسط فيه مبررات تغيير تاريخ السمسرة كلما تعلق الأمر بعدم وجود عروض أو عدم كفايتها، فهذا من شأنه أن يرهقه ويثقل كاهله بأعمال إضافية، لذا جرى العمل بالمحاكم على أن رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ يكتب عبارة عدم كفاية العروض ويوقع عليه، ولست أدري ما مدى مطابقة هذا الإجراء لروح المادة 478 من ق م م؟

**الملاحظة الثالثة:** هي كونها قد نصت على تغيير تاريخ البيع ولم تنص على إيقاف إجراءات البيع مؤقتا، خاصة طلبات الإيقاف التي يتقدم بها طالب التنفيذ وذلك لوجود محاولة للصلح، فهل يعرض الطالب على رئيس المحكمة ليصدر أمره بإيقاف البيع مؤقتا أو تغيير تاريخه؟ أم

يعرض الطلب على رئيس مصلحة كتابة الضبط بصفته مشرفا على عمليات التنفيذ، فيحفظ الملف إلى حين معرفة مصير محاولة الصلح؟

ونحن نميل إلى الاتجاه الثاني لكون الأمر لا يخلو من فرضيتين:

الفرضية الأولى: هي أن تسفر محاولة الصلح عن نتيجة إيجابية، ففي هذه الحالة يتقدم طالب التنفيذ بتنازله عن إجراءات التنفيذ، فيحفظ الملف نهائيا.

الفرضية الثانية: هي أن تبوء محاولة الصلح بالفشل، وفي هذه الحالة يتقدم طالب التنفيذ بطلب إلى رئيس كتابة الضبط يرمي إلى مواصلة إجراءات التنفيذ، فيؤشر عليه بالقبول، ويحيله على مأمور الإجراءات قصد تحديد تاريخ جديد للبيع.

أما الاتجاه الأول وهو السائد داخل المحاكم، فما نعيب عليه هو أنه بالرغم من كون طلب إيقاف إجراءات البيع لوجود محاولة الصلح قد أحيل على رئيس المحكمة لإصدار أمر بالإيقاف، فإن طلب مواصلة إجراءات التنفيذ بعد فشل محاولة الصلح يرفع إلى رئيس مصلحة كتابة الضبط الذي يؤشر عليه بالقبول ويحيله على مأمور الإجراءات لتحديد تاريخ جديد للبيع، وهذا في رأينا يشكل خرقا لقاعدة توازي الأشكال التي تفترض أن يحال طلب المواصلة أيضا على رئيس المحكمة كما أحيل عليه طلب إيقاف إجراءات البيع ليصدر فيه أمرا بالمواصلة مع تحديد تاريخ جديد للبيع.

#### الإشكالية المرتبطة بزيادة السدس:

لقد نصت المادة 479 على أنه: "يمكن لكل شخص داخل أجل 10 أيام من تاريخ السمسرة أن يقدم عرضا بالزيادة عما رسا به المزداد بشرط أن يكون العرض يفوق بمقدار السدس ثمن البيع الأصلي والمصاريف

يتعهد صاحب العرض كتابة ببقائه متزايدا بثمن المزداد الأول مضافة إليه الزيادة.

تقع سمسرة ثانية بعد انعدام أجل ثلاثين يوما يعلن عنها وتشتهر وتتم في شأنها نفس الإجراءات المتخذة في السمسرة الأولى".

أول ما يلاحظ، هو أن جل المحاكم تمنع الأشخاص الذين شاركوا في السمسرة الأولى من حقهم في الزيادة بالسدس، بالرغم من كون معنى المادة 479 من ق م م جاء مطلقا "كل شخص"، ولم يستثن الذين شاركوا في المزداد السابق، وبالتالي فحرمانهم من الزيادة بالسدس - في رأينا- ليس له موجب قانوني.

أما بخصوص تطبيق مقتضيات هذه المادة، فإنها تثير مجموعة من الإشكاليات نردها كالاتي:

إن المشرع لم يشترط على الشخص الذي يرغب في زيادة السدس أن يودع بصندوق المحكمة مبلغا من المال يساوي على الأقل مقدار السدس، أو الإلءاء بكفالة بنكية أو شيك مضمون الأداء، بل اشترط عليه فقط أن يتعهد كتابة ببقائه متزايدا، وهذا ما ترك الباب مفتوحا أمام السماسرة لابتزاز الأشخاص الذين رسى عليهم المزداد، ليرضخوا لمطالبهم المادية مهددين إياهم بزيادة السدس، ولا تملك كتابة الضبط أي وسيلة لإيقاف هذا العبث بالبيوعات.

ففي الحالة التي يتم فيها زيادة السدس ولو بشكل كيدي، فإنه يتم إعادة البيع انطلاقا من الثمن الذي رسى به المزداد مع زيادة السدس، وفي اليوم المحدد للبيع قد لا يحضر أي متزايد، كما قد لا يحضر الشخص الذي زاد السدس، فهل يتم تأجيل السمسرة إلى تاريخ آخر؟ أم يتم إرساء البيع

على المتزايد بالسدس رغم عدم حضوره؟ لكون المادة 479 من ق م م في فقرتها الأخيرة تنص على أن السمسرة في هذه الحالة تكون نهائية.

وفي حالة ما إذا تم إرساء المزداد على المتزايد بالسدس، ولم يحضر للوفاء بالتزامه رغم إشعاره طبقاً للمادة 485 م ق م م، فما السبيل لإجباره على تنفيذ التزامه؟ خاصة وأنه لا يمكن إعادة البيع على نفقته طبقاً للمادتين 485 و 487 لكون الأمر يتعلق بسمسرة نهائية طبقاً للمادة 479 من ق م م.

كما يثار إشكال آخر في الحالة التي يكون فيها المتزايد بالسدس قد قدم بالإضافة إلى تعهده المكتوب والمنصوص عليه في المادة 479 من ق م م شيكا بنكيا يحمل مبلغاً جزافياً، ولم يحضر المعني بالأمر قصد الوفاء بالتزامه، فيقوم رئيس كتابة الضبط بدفعه قصد الاستخلاص، فيتبين أنه بدون مؤونة، فهل يرفع هذا الأخير شكاية بإصدار شيك بدون رصيد ضد المتزايد الذي لم يف بالتزامه، ويحيلها على النيابة العامة؟ ألا يسأل رئيس كتابة الضبط لكونه قد قبل شيكا على سبيل الضمان؟ وما مصير ملف التنفيذ؟ هل يحفظ إلى حين البت في الشكاية أو في الدعوى العمومية، أم يعاد فيه البيع؟ ومن يتحمل النفقات الإضافية والمصاريف الخاصة بإعادة البيع؟ وهل يعاد البيع بالثمن الذي رسا به المزداد مضاف إليه السدس؟ أم يتم اعتبار زيادة السدس كأن لم تكن، ويتم إعادة السمسرة ابتداءً من الثمن الذي رسا به المزداد السابق؟ وإذا تم إعادة البيع، ورسى المزداد بثمن أقل من الثمن الأول مضاف إليه السدس، فهل يتم تحميل الفارق بين الثمنين الأول والثاني للمتزايد الذي أضاف السدس وأخل بالتزامه؟

وللإجابة على كل هذه الإشكاليات المستعصية، نقترح تعديل المادة 479 من ق.م.م، وذلك بجعل الزيادة بالسدس مشروطة بالأداء بطلب كتابي مصحح الإمضاء، مرفوقاً بنسخة مطابقة للأصل من بطاقة الهوية، وشيكا بنكي مضمون الأداء، أو كفالة بنكية في حدود ثمن البيع مضاف إليه السدس، أو على الأقل بمبلغ السدس، وذلك لسد الباب أمام المتلاعبين بالمزاد العلني، ولتحقيق النجاعة والفعالية المطلوبة.

كانت إذا تكلم بعض الملاحظات التي استوقفتني والتي يتطلب بعضها تدخل المشرع لسد الثغرات والنقائص في حين تستوجب الأخرى تعميق النقاش حولها أملاً في إيجاد الحلول المناسبة لها لتوحيد المساطر بين مختلف المحاكم.

## برامج مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب ومسألة الإدماج الاجتماعي للأحداث الجانحين

السيد هشام علاوي

ممتدب قضائي من الدرجة الثانية،  
باحث بسلك الدكتوراه،  
جامعة محمد الخامس السويسي  
كلية علوم التربية

### مقدمة:

رغم المجهودات التي تبذلها المؤسسات الوصية على رعاية وإعادة تربية الأحداث الجانحين على مستوى تدخلاتها التربوية، ورغم تعدد وتنوع التدابير القانونية والقضائية في تأهيلهم وإعادة إدماجهم، تبقى الإحصائيات والأرقام المرتفعة شاهدة على ارتفاع نسبة جنوح الأحداث وارتفاع نسبة العود إلى الأفعال الجانحة كمؤشر على ضعف المقاربات العلاجية وقصور التدخلات التربوية في وضع حد لهذه الظاهرة التي أصبحت تزداد وتتسع وتتعد يوما بعد يوم، وهو ما أكدته العديد من الدراسات الوطنية التي اهتمت

---

1 - دراسة فاطمة محي الدين (2009)، دور التدخل النفسي التربوي في إعادة تربية الحدث الجانح، أوراق التعبير الفني نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في علم النفس، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرز، فاس، ودراسة عبد اللطيف كداي (2006)، برامج مؤسسات حماية الطفولة ومسألة الإدماج الاجتماعي للأحداث الجانحين، أطروحة لنيل الدكتوراه في علم الاجتماع، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرز، فاس، دراسة عبد الحفيظ اسماعيلي (2002)، شخصية الجانح = =

بهذا الموضوع، ما يجعل التدابير تقف عاجزة أمام ما تعرفه نسبة توافد الأحداث بهذه المؤسسات من تزايد مضطرد. وقد عمل المغرب كغيره من البلدان على إعطاء الأهمية الكبرى لهذا الموضوع من خلال إعادة النظر في البرامج التربوية بمؤسسات حماية الطفولة وصياغتها بشكل يلبي الحاجة منها، وتأهيل الأطر التربوية العاملة بها، وتحديث أساليب عملها لتحقيق أهدافها التربوية بالجودة المرجوة.

وقد تعددت المقاربات النظرية والاتجاهات الفكرية في معالجة تأهيل الأحداث الجانحين، وتوعدت أساليب تدخلاتها في معالجة هذه الظاهرة، وأغنى كل اتجاه طرحه ببحوث ميدانية محققا تراكما علميا ومعرفيا في الحقل التربوي، ونظرا لكون المجال لا يتسع لعرض جميع هذه الاتجاهات سنعرض تصور بعضها بما يخدم موضوع الدراسة.

تأسيسا على ذلك يأتي هذا المقال ليبسط الحديث عن دور برامج مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب ويتعرف على مختلف المقاربات التي توظف تدخلاتها التربوية، ويتعرف على مختلف العوامل التي تؤثر على فعالية مشاريعها التربوية إيجابا وسلبا.

### 1- الإدماج الاجتماعي من خلال تنمية المشروع الشخصي

يعتبر الإدماج الاجتماعي القائم على بناء وتنمية المشروع الشخصي للحدث النزول من أهم المقاربات التي عرفها الحقل التربوي، ويرجع الفضل في تطوره لجاك داننسي (Jacque Danancier)<sup>2</sup>، الذي استطاع إبراز دوره في بناء شخصية الحدث وتحقيق التوازن النفسي في شخصيته،

= = وإعادة التربية بين المؤسسات المغلقة والوسط المفتوح، أطروحة لنيل الدكتوراه في علوم التربية، كلية علوم التربية، الرباط.

2 - DANANCIER.J, Le projet individualisé au milieu éducatif, Dunod, 2004.

واستطاع من خلال مقياسه -مقياس الروك- قياس قدرة المراهق المحال على مؤسسات إعادة التربية على بناء مشروعه الشخصي من خلال نمو كفاياته الاجتماعية وبناء تصور مستقبلي لحياته يعكس مواقف تمثل مهاراته المكتسبة.

ويعتبر المشروع الشخصي مجموعة من الأنشطة المرتبطة بعقد التزام ذاتي، وخيط رابط يسري من نقطة إلى أخرى من نقط الحياة، ينأسس على خمس مسلمات<sup>3</sup>، المنظور المستقبلي لحياة الرشد، مجموع المجالات المقحمة في المشروع، الديمومة المرتبطة بالأبعاد العلائقية خاصة العاطفية منها، استقلالية مكونات المشروع، دينامية مكونات المشروع، وهو أداة شخصية بواسطتها يحقق الشباب تفكيره ورغباته عبر رسم أو تخطيط معين أساسه التغييرات العلائقية<sup>4</sup>، لا يتشكل في لحظة معينة من الحياة، بل يبني تدريجيا مع مرور الزمن، فهو وسيلة الفرد في مواجهة صعوبات الحياة، ورؤية لشبكة العلاقات التي ينسجها مع عناصر ومكونات الذات والحياة، لذلك يعتبره الكثير من الباحثين تركيب معقد لمجموعة من المشاريع الصغيرة الآنية والممتدة في الزمن، تغطي الكثير من المجالات الشخصية والمهنية والأسرية والتكوينية التعليمية إلى غير ذلك، يفرق فيه بين المشروع كما هو مفكر فيه بشكل يتطور مع الزمن، والمشروع كما هو ممارس في الواقع، والمشروع كما هو مكتوب.

فلا بد لأي مشروع كيفما كان أن يتوفر على استحضار الغائب وتخيل الزمن القادم، وتجاوز الذات والواقع نحو الممكن والمستقبل. ويتضمن وعيا عميقا بالزمن، وجانبا عمليا. فيصبح المشروع من هذه الزاوية رؤية يتبناها الفرد عن مصيره في المستقبل، تفترض قدرة على

3 - Abdeslam Dachmi et Emile-Henri Riad(2004), Op . cit.p :27.

4 - Abdeslam Dachmi et Emile-Henri Riad(2004), Op . cit.p :10.



التصور والتخيل والتوقع والتخطيط والأجراً، لها علاقة بتحمل المسؤولية من خلال إضفاء طابع شخصي عليها، كما لها علاقة بالرغبة والدافعية والحافزية والدينامية الشخصية<sup>5</sup>. هذه الدينامية الإنسانية تنشط وتوجه الوظيفة المعرفية في اتجاه بلورة السلوك، يعني أنه تحت تأثير الحاجيات يفكر الفرد ويصنع مخططات ومشاريع على المستوى المعرفي قبل أن يمر إلى تنفيذها على المستوى الواقعي<sup>6</sup>.

ويبقى المشروع الشخصي من وجهة نظرنا بناء سيكولوجيا له نواظمه وإيقاعاته، يمكن التركيز فيه على إدراك الشخص لميولاته واتجاهاته وتوظيفها في مخططاته وبرامجه المستقبلية. فهو بناء خاص يمثل بالنسبة لكل مراهق جوابا لتساؤلاته عن المستقبل، يندرج في صلب إشكالية الهوية الفردية من جهة، ويتدخل في دينامية العلاقات الاجتماعية من جهة أخرى، لكونه نقطة التقاء بين ما هو فردي وما هو اجتماعي، من أجل ذلك يعني كل الفاعلين المرتبطين والملمترمين مع المراهق<sup>7</sup>.

ولا غرو أن تؤكد المستجدات العلمية المتخصصة في مجال علم النفس النمائي، كون الطفل باعتباره كائن نمائي، وجدائي، معرفي، اجتماعي، مشاريعي، تنطوي شخصيته على بعد مشاريعي، فهو يعبر منذ مرحلة الطفولة المبكرة من خلال أنشطته الترفيهية وأعباه عن نزعة فردية مشاريعية، فيها الكثير من المحاكاة، والكثير من مواصفات التصور والتخيل والتوقع واتخاذ القرار والمبادرة الفردية المعبرة جميعها عن وجود

5 - عبد الله أزور (2006)، المشروع الفردي ومشروع المؤسسة الإصلاحية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في علم النفس التربوي، كلية علوم التربية، الرباط، ص: 39.

6 - Joseph NUTTIN(1997)، «Du temps biologique au temps psychologique»، p:360.

7 - Des chercheurs(1993)، «Projet d'avenir et Adolescence»، p : 3.

نزعة ومرجعية تصويرية وتنظيمية وتدبيرية فردية<sup>8</sup>. إلا أن الملاحظ من خلال استقراء مجموعة من المشاريع الشخصية لفئات عريضة من الشباب عموما والأحداث الجانحين على وجه الخصوص أن فكرة المشروع في غالبها تبقى نسجا من التصور والخيال دون ترجمتها إلى توقعات ومخططات عمل، وهو ما يضيف عليها طابعا من التخيل وعدم الانسجام.

ونميز عند الحديث عن المشروع بين مشروع المؤسسة باعتباره تصور عام يعكس رسالة المؤسسة ورؤيتها الذي نترجمه ببرامجها وأشطتها وبين المشروع الشخصي باعتباره بناء سيكولوجي ونقطة التقاء بين ما هو فردي وما هو اجتماعي<sup>9</sup>.

وإذا كان مشروع مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب من خلال عملية التدخل النفسي التربوي ينظر إلى الحدث الجانح في شموليته، فينمو ويتطور بفضل تداخل قدراته الداخلية وإمكانياته الفعلية وخبراته الحياتية والاجتماعية، فإن هذه العملية تصبح انعكاسا للعلاقة التفاعلية بينه وبين محيطه، تسمح بالوصول إلى التوازن الديناميكي بين القدرات الفردية والمحيط الذي يمثل نظاما شاملا وديناميكيا يشمل مجموعة من المكونات المترابطة والمتفاعلة فيما بينها، تبدأ في إطار مشروع المؤسسة التأهيلي عندما يعمل المحيط بمكوناته المتفاعلة على إعادة هيكلة هذه العلاقة في إطار مشروع متناسق، مؤطر برؤية استراتيجية، ورسالة واضحة، وأهداف دقيقة، وعمليات وإجراءات منظمة، وموارد محددة، ووسائل متاحة، لتصبح علاقة أساسية للوصول إلى التوازن النفسي للحدث، من خلال نقله من وضعه كمتلقي ومستفيد في عملية التدخل النفسي التربوي -

8 - عبد الرحيم عمران (2002)، أبعاد ورهانات المقاربة النفسية-الاجتماعية في

مجال حماية الطفولة، منشورات مرصد الطفولة والمراهقة، فاس، ص: 2.

9 - Des chercheurs (1993)، «Projet d'avenir et Adolescence»، p : 3.

خصوصا عندما يلبي هذا التدخل حاجياته الحقيقية، وتحمل هذه التدخلات تصورا ومشاريع مستقبلية- إلى فاعل قادر في صيرورة إعادة تربيته على امتلاك القدرات والكفايات الاجتماعية الكفيلة باندماجه الاجتماعي داخل المجتمع.

وإذا كان مشروع المؤسسة آلية للتدبير وتطوير وتحسين الأداء بشكل عام، فإن فلسفته داخل فضاء مؤسسات حماية الطفولة تقتضي اعتبار حالة كل حدث مشروعا متفردا ومتميزا عن غيره، في مختلف أبعاده النفسية، التربوية، الأسرية، الاجتماعية، يقتضي تدبيره تشخيصا لوضعيته، وتحليلا لحاجياته، وتحديد أهدافه، وتنفيذا لعملياته، وتتبع مراحلها، وهو ما يجعل هذه المؤسسات بحكم تغير وتنوع طبيعة نزلائها واختلاف حاجياتهم مدعوة لتبني مشاريع عمل تربوية بشكل يعكس الخصوصيات المتطورة لكل مؤسسة على حدة، ولكل مرحلة من مراحل عملها، بل ولكل فئة من نزلائها، فتكون مدعوة في كل مرة إلى مراجعة مشروعها وتقويمه بشكل يلبي الحاجة منه.

ويبقى التأكيد واجب على علاقة المشروع الشخصي بعملية إعادة التربية، من خلال التركيز على الهدف من بنائه أساسا، فما الهدف من تصور حلم مستقبلي لا يجد سندا واقعا له على أرض الواقع، ولا يجد وعاء سيكولوجيا لدى الحدث لتأكيدده، يسمح من خلال آلياته بالوصول إلى الهدف الذي يمكن من اعتبار أن عملية إعادة التربية وتقويم السلوك قد تمت ولو جزئيا.

## 2- الإدماج الاجتماعي من خلال تنمية الكفايات الاجتماعية

يعتبر التدخل التربوي المعتمد على الكفايات من أهم التدخلات التي عرفها الحقل التربوي المعاصر ببلادنا، انتشر كمقاربة في المجال التربوي، وبرز في مجال البيداغوجيا مع أبحاث كل من "بيرنود"

(Ph. Perrenoud)<sup>10</sup> و"دوكتل" (J.M.De Ketél) و"روجرز"<sup>11</sup> (X.Roegiers) التي ركزت على بناء الكفايات تأسيسا على تخفيف البرامج، واعتماد بيداغوجيا فارقية، وعُدة في التقييم، والتركيز على المتعلم وجعله محور العملية التربوية التعليمية.

ويقصد بالكفاية القدرة على الفعل الناجح في إطار نمط معين من الوضعيات، فهي تشكيلة من قدرات معرفية ومهاراتية ووجدانية، كلما تمكن الفرد منها إلا وكان قادرا على توظيفها في سياقات كثيرة بعدما ارتبطت في بداية تشكلها واكتسابها بسياق واحد، يمكن معها استنفار جملة من الموارد المندمجة بشكل ناجح (معارف- مهارات- طبائع) لينجز عملا دقيقا في مواجهة وضعية شائكة ومعقدة. إلا أن الحديث عن الكفاية لا يستقيم إلا عبر الفعل والإنجاز، حيث يتم وضع مجموعة من الموارد المندمجة (معارف، مهارات، منهج تفكير، مواصفات، أخبار، قيم، وطبائع) موضع التنفيذ لاتخاذ قرار أو حل مشكل أو إنجاز فعل في وضعية مشكلة<sup>12</sup>.

وتقسم الكفاية إلى ثلاثة أصناف: كفايات معرفية، كفايات أدائية، كفايات نتاجية<sup>13</sup>. وتعتبر الاتجاهات التي ركزت على موضوع الكفايات أن المعارف والمهارات بشكل عام، لا يمكنها الانفصال عن سياقات معينة، بل

10 - Perrenoud Philippe (1998) Construire des compétences, est-ce tourner le dos aux savoirs ? In Résonances. Mensuel de l'école valaisanne, n° 3, Dossier " Savoirs et compétences ", novembre 1998, pp. 3-7.

11 - Roegiers Xavier. Avec la collaboration de Jean Marie De Ketél (2001) Une pédagogie de l'intégration. De Boeck Université/ PED / Bruxelles.

12 - Perrenoud Philippe (Entrevue 1999), Construire des compétences, tout un programme ! In Vie pédagogique, n° 112, septembre-octobre 1999, pp. 16-20. Dossier " Faire acquérir des compétences à l'école.

13 - انشراح إبراهيم (2003)، فاعلية برنامج مقترح لتنمية كفايات تعليم التفكير الإبداعي لدى الطالبات المعلمات بكلية رياض الأطفال، بحث لنيل درجة الدكتوراه في فلسفة التربية، كلية التربية، جامعة الإسكندرية، ص: 84.

تذهب إلى اعتبارها في حد ذاتها سياقات عبارة عن وضعيات معينة، وبالتالي فالمربي مدعو إلى تلقين المعرفة أو المهارة، وكذا الوضعية التي تندمج فيها، لكي تصبح هذه المعرفة الملقنة "كفاية". ومن هنا يصبح التلقين بيداغوجية لإعطاء أو إكساب الأفراد كفايات معينة، وفق قدراتهم ومستويات استيعابهم لهذه الكفايات.

وتبرز أهميتها في تحقيق الأهداف التربوية من خلال تمكين الفرد من امتلاك القدرات، وتوظيفها بشكل ملائم في وضعيات ومواقف مختلفة، كما تبرز أهميتها فيما تتيحه من إمكانيات لتقييم مدى التمكن من اكتسابها، عن طريق قياس أداء الحدث للسلوك المتوقع منه داخل فضاء المؤسسة. هذا السلوك الذي يعتبر نتاج التفاعل بين الحدث وبين مشروع المؤسسة وبرامجها، وليس انعكاسا مباشرا لكفايته، ولعل هذا ما جعل أساليب التربية القائمة على الكفايات تعرف في الآونة الأخيرة اهتماما متزايدا، اعتبرها البعض من أبرز الإنجازات التربوية المعاصرة، حيث أبرزت دراسة منصور مهنا (2000)<sup>14</sup> أن برامج إعداد الفرد المبنية على أساس الكفايات التربوية تعمل على إيجاد علاقة بين برامج الإعداد وبين المهام والمسؤوليات التي سيواجهها الفرد في الميدان، وهو الأمر الذي جعل عملية إعداد الفرد وتدريبه على أساس فكرة الكفايات التربوية تعتبر إنجازا تربويا متميزا.

ويعتقد المدافعون عن حركة التربية القائمة على الكفايات أن هذه المقاربة تصلح لكل المراحل ولكل المواد، وأنها حركة نشيطة وبسيطة

14 - منصور أحمد الحاج مهنا (2000)، فاعلية تطوير مقرر طرق تدريس الجغرافيا في ضوء الاتجاهات العالمية المعاصرة على تنمية مهارات واتجاهات الطلاب المعلمين نحو التدريس بكليات التربية باليمن، رسالة لنيل الدكتوراه في علوم التربية، كلية التربية، جامعة طنطا.

وواضحة وأنها موضوعية ومنطقية وعلمية وعملية ووظيفية، تصبح معها التربية أكثر فعالية وأكثر إبداعاً<sup>15</sup>، حيث ركزت على تتبع وضعيات المستهدفين من الناحية المعرفية والسلوكية قصد إكسابهم المهارات والمعارف الضرورية في مسيرتهم التربوية، ودمجها في سياقات معينة<sup>16</sup>. واقترن ظهورها مع التيار السلوكي (Behaviorisme)، وهيمنته على مجال التربية والتعليم أهدافا وممارسة، حيث تحول الاهتمام من المعارف (بيداغوجيا المحتوى) إلى المهارات والقدرات (بيداغوجيا الأهداف) (Pédagogie par objectif) و(بيداغوجيا التمكن التملك)<sup>17</sup> (Pédagogie de Maîtrise).

ويجمع جل المهتمون بمجال التربية على مسألة المزج بين الفهم المعرفي للمهارة أو المعرفة، وبين الفهم السلوكي لها، فهم يستمدون هذا التصور لمفهوم الكفاية من السيكلولوجية المعرفية والسيكلولوجية السلوكية (علم النفس المعرفي وعلم النفس السلوكي)، باعتبار كل معرفة تستدعي سلوكا معيناً وفي وضعية معينة، وبالتالي ينبغي أن يكون كل معلم أو مربي مُلمّاً بالسياقات والوضعيات المنسجمة والملائمة للمعارف والمهارات التي يُدرّسها ويُلقنها<sup>18</sup>.

وإذا كانت الكفاية استعداد لتفعيل مجموعة منظمة من المعارف والمهارات والمواقف التي تمكن من القيام بعدد من المهام، فالتأكيد واجب

15 - انشراح إبراهيم (2003)، مرجع سابق، ص: 87.

16 - الميولد السعيد (2005)، التواصل واكتساب المعارف في المؤسسة الجامعية، أطروحة لنيل الدكتوراه في علم النفس، كلية الآداب والعلوم الإنسانية - ظهر المهرز، جامعة محمد بن عبد الله، فاس، ص: 79.

17 - حسن بن حميدة (2004)، المقاربة بالكفايات ثورة جذرية أم تطور طبيعي؟ زغوان - نابل، مقال منشور بتاريخ 2004/12/25 متاح على الرابط الإلكتروني: [www.edunet.tn/ressources/sitetablel/crefoc/zaghouan/lun7/lumier7ar.html](http://www.edunet.tn/ressources/sitetablel/crefoc/zaghouan/lun7/lumier7ar.html)

18 - Bruner Jerome.(2000).Culture et Modes de Pensées. Edition Retz, Paris, p. 138.

على ارتباطها بالأداء والفعالية، وما يرتبط بهما من معارف ومفاهيم ومهارات واتجاهات، كما هو الارتباط حاصل بالمعايير التي يقاس بها الأداء الفعلي، وبالأهداف التربوية وما ينبغي أن تحدثه من نتائج<sup>19</sup>.

وهنا يلتقي مشروع المؤسسة باعتباره وسيلة للتشخيص وتحديد الحاجات السيكولوجية ومواطن القوة والضعف مع الحاجيات الشخصية للحدث النزيل التي تترجمها كفاياته الاجتماعية ويجسدها مشروعه الشخصي، بشكل يخدم المشروع الأول المشروع الثاني ويؤكده وينميه. ويبقى غيابه (المشروع الشخصي) أو عدم اتضاحه مظللا بمجموعة من الصعوبات السيكولوجية والاجتماعية التي تحول دون انبثاقه أو ظهوره بشكل واع ومسؤول، ويتعدى المشروع الشخصي بما هو تركيب خاص لمجموع الكفايات كونه مجرد أداة للتشخيص ليصبح آلية مساعدة على الاندماج الاجتماعي، من خلال ما يتيح من تأهيل للحدث، وتنمية لكفاياته وقدراته.

فكيف يتم تدبير هذا المشروع؟ بأية محددات؟ وما هي معيقات نجاحه؟

## 2- المحددات التدبيرية في عمل مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب: الواقع، والمعوقات

### 2-1- واقع عمل مؤسسات حماية الطفولة: تماره وبنسليمان نموذجا

يلاحظ المنتبِع لعمل مؤسسات حماية الطفولة<sup>20</sup> أن الإغراق في العمل اليومي وتصريف الأشغال الوظيفية يستنزف جهد العاملين بها، ويشغل حيزا مهما من عمل جل الفاعلين التربويين من إداريين ومربين

19 - انشراح إبراهيم (2003)، مرجع سابق، ص: 84.

20 - تم استقاء هذه الملاحظات ميدانيا على مراحل خلال فترة إنجاز البحث من أكتوبر 2012 إلى غاية يونيو 2013، بكل من مؤسستي تماره وبنسليمان باعتماد أداة الاستبيان، شبكة ملاحظة منظومة عمل مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب من إعداد الباحث، المقابلة مع الأطر الإدارية والتربوية بالمؤسسات موضوع الدراسة.

ومرشدين مهنيين وغيرهم، إذ تتكرر الجهود وتهدرُ الطاقات، وتغيبُ الأهداف، ويغيب الإبداع وتغيب المبادرة ويغيب الإشراف ليظل الجميع رهين التدبير اليومي للأعمال والأنشطة الروتينية التي تزداد كثافة وتكدسا، في غياب تتبع لمختلفها، وغياب عدة لتقييمها، ومؤشرات واضحة لمعرفة مدى نجاحها ودرجة جودتها.

كما يلاحظ المتتبع لأساليب ومنهجية التدبير بهذه المؤسسات ضيق هامش المبادرة المتاح أمام الفاعلين والمتدخلين، إذ تستقر إدارة المؤسسة بتصريف قراراتها وتنفيذ برامج عملها في تغييب لدور شركائها من مؤسسات المجتمع المدني وغيرهم من الفاعلين المحليين على مستوى تخطيط الأهداف، وتتساق جهود التنفيذ، وتتبع وتقييم حصيلة الأنشطة، حيث تنحصر مشاركتهم في تنظيم بعض الأنشطة الترفيهية الموسمية، أو توفير بعض الموارد المادية في بعض الأحيان.

ويمكن حصر الملاحظات عن محددات عمل مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب (تمارة، وبنسليمان نموذجا) في العناصر التي يعرضها الجدول التالي، والتي تبين العوامل المؤثرة على نجاح مشروعها إيجابا وسلبا:

المحور	العناصر	أدوات التشخيص
بنية المؤسسة المعمارية والتنظيمية والقانونية	- البنية الهندسية للمؤسستين مناسبة من حيث شساعة الفضاء: - موقع مؤسسة تمارة داخل المدار الحضري وقربها من العاصمة يساعدها على ربط	- دراسة الوثائق والمذكرات - الاستبيان



	<ul style="list-style-type: none"> <li>شراكات التعاون مع مؤسسات دولية</li> <li>وجهاً محلية وفعاليات جمعوية،</li> <li>- موقع بنسليمان الغابوي،</li> <li>فضاء تربوي بامتياز يساعد على</li> <li>نجاح البرامج التربوية،</li> <li>- علاقة هيكلية (تنظيمية)</li> <li>عمودية تؤطر مهام العاملين،</li> <li>- بنية تنظيمية هرمية وظيفية،</li> <li>- قوانين منظمة غير مرنة.</li> <li>- تجربة متراكمة في إدارة</li> <li>الأشغال وتصريف العمل اليومي،</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- المقابلة</li> <li>- الاستبيان</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- مشروع واضح، محدد في</li> <li>مرجعية عمل هذه المؤسسات.</li> <li>- وجود دلائل عمل لتنظيم</li> <li>عمل مؤسسات حماية الطفولة،</li> <li>- أنشطة محددة الأهداف،</li> <li>- أنشطة مبرمجة بدون تحليل</li> <li>للحاجيات،</li> <li>- أنشطة محددة بدون</li> <li>مؤشرات الإنجاز،</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>تحديد</li> <li>الأهداف</li> <li>وبرمجة</li> <li>المهام</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- المقابلة</li> <li>- الملاحظة</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- أطر تربوية وإدارية مؤهلة،</li> <li>- راكمت تجربة مهمة في العمل،</li> <li>- ظروف عمل غير محفزة،</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>فريق</li> <li>العمل</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- وجود إرادة لدى فريق العمل ورغبة في تحقيق الأهداف،</li> <li>- تعاون وتأزر بين الأطر العاملة (فريق العمل)،</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- المقابلة</li> <li>- الاستبيان</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- وجود شراكات متعددة مع فاعلين محليين ودوليين،</li> <li>- غياب استراتيجية لإدارة الشراكات وتوقعات أصحاب المصالح</li> <li>- غياب القوة الاقتراحية لدعم شراكات التعاون،</li> <li>- اقتصار الشراكات على الجهات المتطوعة دون غيرها/وعلى تقديم بعض المساعدات المادية/ وتنظيم بعض الأنشطة الموسمية.</li> </ul>	الإشراك
<ul style="list-style-type: none"> <li>- المقابلة</li> <li>- الاستبيان</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- وجود موارد مالية لتحقيق الأهداف،</li> <li>- وجود دعم مادي ومالي غير رسمي،</li> <li>- غياب التخطيط الدقيق لكلفة الأنشطة، والرصد الجيد للميزانية.</li> </ul>	تقدير الكلفة
<ul style="list-style-type: none"> <li>- الاستبيان</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- معايير تقدير نجاح الأنشطة غير محددة (مؤشرات الإنجاز).</li> </ul>	تخطيط الجودة

	- غياب عدة لتقييم جودة وفعالية التدخلات التربوية.	
المقابلة الاستبيان	- غياب سياسة توقعية لرصد المخاطر، - غياب استراتيجية للحد من تأثير المخاطر.	تقدير المخاطر
المقابلة الاستبيان	- رصد مهم من التجارب المتراكمة/ عدم الاستفادة من خلاصات التجارب السابقة، - غياب عدة لتقييم البرامج والأنشطة.	التقييم

جدول رقم (1) يبين محددات عمل مؤسستي حماية الطفولة تمارة وبنسليمان

## 2-2- معيقات نجاح مشروع مؤسسات حماية الطفولة:

من خلال استقراء البيانات والعناصر الواردة في الجدول رفقته يظهر جليا واقع عمل هذه المؤسسات، وعوامل النجاح المساعدة على أداء مهامها الوظيفية بنجاح، ويمكن إبرازها في الرصيد المعرفي والخبرة المتراكمة للأطر العاملة بهذه المؤسسات، التي تشكل محور عملها، وسر نجاحها أو فشلها. إضافة إلى وضوح الأهداف العامة، ووجود رصيد متراكم من التجارب السابقة في تدبير وإدارة التدخلات التربوية بها، إضافة إلى الموارد المالية والمادية التي تتيحها الجهات الرسمية وغير الرسمية، إلى غير ذلك من العوامل المهمة، إلا أنه بالموازاة مع ذلك يلاحظ وجود مجموعة من العوامل المؤثرة سلبا على نجاحها يمكن إبرازها في غياب التحفيز، و غياب الانسجام بين الأهداف والأنشطة، وفي

غياب التحديد الدقيق لهذه الأهداف تأسيسا على التحليل الدقيق لحاجيات النزلاء، بناء على دراسة تشخيصية دقيقة لكل حالة، وما يفرضه ذلك من تعرف على ظروفها النفسية، الأسرية، والاجتماعية، والأسباب التي أدت بها إلى الجنوح.

وأثار انتباهنا خلال مدة إنجاز الدراسة الميدانية غياب نماذج بيانات مذاكرة الاستقبال<sup>21</sup>، وبيانات تشخيص وضعية الأحداث من ملفات العديد من نزلاء مؤسسة تمارة، ما يوحي كون الحدث الوافد أصبح يشكل رقما كسائر الأرقام، ينحصر دور المربي في حل صراعاته وتدبير نزاعاته.

ويظهر جليا أن قلة الأطر العاملة بها، وغياب الظروف المحفزة لقيامها بمهامها، يشكل عائقا نحو تطوير أدائهم وتحسين مردودية أعمالهم، كما أن البنية التنظيمية الهرمية التي تؤطر علاقاتهم داخل المؤسسة تؤثر سلبا على جودة العمل التربوي بها على مستوى اتخاذ القرار، وضعف هامش المبادرة أمامهم، ما يعطي لعمل المؤسسة طابعا وظيفيا وشكلا نمطيا يتكرر باستمرار، لا يراعي تنوع الاحتياجات وتفريد التدخلات، بل يشكل برنامج عمل أفقي يخضع له كل نزيل بغض النظر عن خصائصه النفسية، الاجتماعية، واحتياجاته الإدماجية، وبالتالي لا يركز على بناء الكفايات الضرورية التي يحتاجها كل منهم، ما يجعل طبيعة التدخلات بها غير موجهة لخدمة أهداف فردية دقيقة، تتوخى تحقيق نتائج منتظرة بمعايير محددة، وهو ما يطرح السؤال عن طبيعة الكفايات التي تسعى برامجها تحقيقها؟، وعدة التقويم التي توفرها للتأكد من درجة بنائها أو إنمائها؟.

21 - نماذج تعبئ من طرف المربي لتشخيص وضعية الحدث وتحديد احتياجاته، والتعرف على شخصيته، وانفعالاته، وظروفهم النفسية والاجتماعية، والدراسية، واقتراح التدبير المناسب له.

إن عدم استقرار الأحداث داخل هذه المراكز بسبب تغيير التدبير القضائي أو حالات الفرار التي تعرفها المؤسسة باستمرار بسبب نظامها المفتوح<sup>22</sup> يؤثر على درجة استفادتهم من برامجها وأنشطتها، ومما يزيد الوضع صعوبة أنه لا يُنظرُ إلى حالة كل حدث نزيل بشكل متفرد (مشروع متفرد)، يستوجب تأهيله تدبيرا جيدا لمدة استقراره داخل المركز، وتركيز جهود برامج إعادة تربيته وتأهيله على تنمية كفاياته.

ويشكل غياب فلسفة الإشراف عائقا هو الآخر في عمل هذه المراكز على مستوى تدبير توقعات أصحاب المصالح، وتدبير الاتصالات معهم، وإشراكهم في تخطيط الأهداف وتنفيذها، مما يفوت عليها الاستفادة من خبراتهم وإمكانياتهم سواء كانت جهات رسمية أو غير رسمية، ويجعل المسؤولية ملقاة على عاتقها مما يتقل كاهلها في ظل حالة من ضعف الموارد، المادية والإنسانية.

وإذا كانت مؤسسات حماية الطفولة تعرف نشاطا مكثفا على مستوى التدخلات التربوية بها، سواء منها الحياتية، التعليمية، المهنية وغيرها، إلا أنها تفتقد عدة للتتبع والتقييم ما يفوت عليها فرصة تطوير وتحسين أدائها المؤسساتي باستمرار.

22 - تعرف هذه المؤسسات حالات فرار كثيرة بسبب طبيعتها المفتوحة، بلغت بمؤسسة بنسليمان مثلا 33 حالة فرار بنسبة 27,5% خلال سنة 2012.

## خاتمة:

أصبحت مؤسسات حماية الطفولة أصبحت مدعوة اليوم في ظل ما تعيشه من صعوبات على مستوى شح الموارد، وقلة الإمكانيات المادية واللوجستكية، وغياب التحفيز، وضغط الوقت، وتراكم الأشغال إلى تبني أسلوب جديد في تدبير عملها بشكل يتيح الإدارة الجيدة للاتصالات، والتدبير الرشيد للموارد، والتصريف المنظم للأشغال، والتوظيف المناسب للتجارب، والتحفيز المستمر للعاملين، والتوقع الدقيق للمخاطر. ولعلها تكون مدعوة اليوم أكثر من أي وقت مضى إلى تقديم الإجابات العلمية الضرورية لمختلف الإشكالات التي تعيشها على مستوى تحسين وتطوير أدائها المؤسسي.

ونظرا لكون مقارنة المشروع واحدة من هذه المقاربات التي أثبتت حضورها في مجال التدبير، بالنظر للمنهجية التي توظف من خلالها عملها، وللعمليات والإجراءات المنظمة التي تدبر من خلالها مختلف مراحل تدخلاتها، فقد اعتمدته مؤسسات حماية الطفولة بالمغرب كمنهجية في تدبير مختلف إجراءاتها، بهدف تحسين جودة أدائها، ولعل هذا ما دفعها لتجديد بنيتها التنظيمية والقانونية، وتطوير أساليب تدبيرها وإدارتها لتبني هذا الخيار التدبيري الجديد. ويبقى التساؤل المطروح الذي يفتح مجال البحث من جديد هو بأية منهجية تم تنزيل هذا الخيار في واقع ممارستها التدبيرية اليومية؟، وبأية استراتيجية في التغيير تم إدماجه؟.

## آثار ازدواجية مرجعية مدونة الأسرة على مبدأ المساواة بين الزوجين

السيد أحمد يعقوبي

ملحق قضائي الفوج 39

### مقدمة عامة :

تعتبر دراسة المرجعية الفقهية والوضعية في مدونة الأسرة عملية بالغة الأهمية في ميدان البحث القانوني، إذ تساهم في التكوين القانوني للقاضي ولرجل القانون عموماً، ذلك أن مدونة الأسرة محكومة بثنائية من حيث القواعد والأحكام والمتجلية في أحكام الفقه الإسلامي وقواعد القانون الوضعي. فمدونة الأسرة لم تعد مدونة فقهية صرفة، فقد استعانت بالعديد من القواعد الوضعية في إطار سياسة المشرع الرامية إلى الانفتاح وملاءمة التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأسرة والاستجابة لمطالب المجتمع المدني، ومواكبة التحولات الجديدة التي يعرفها المجتمع المغربي.

وعليه فإن المرجعية المتنوعة لمدونة الأسرة، جعلتها تستقي أحكامها تارة من أحكام الفقه الإسلامي، وتارة من القوانين الوضعية وذلك عندما يتعلق الأمر بتبني بعض القواعد المضمنة في القانون المدني، والتي تختلف في فلسفتها العامة عن القوانين المتعلقة بالأسرة، أو باعتماد المرجعية الدولية المتمثلة في الإعلانات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة وبحقوق المرأة والطفل بصفة خاصة وهكذا تعتبر

قوانين الأسرة مثالا حيا لهذه الازدواجية، مما يعني أن هذه القوانين تحتاج إلى دراسات معمقة من أجل الكشف عن مصادر هذه الازدواجية وانعكاساتها على خلق قانون أسري منسجم يحاول التوفيق بين عدة متناقضات اقتصادية واجتماعية وثقافية مختلفة.

لذا فإن المشرع عندما يختار قاعدة معيارية من مرجعيات مختلفة (أحكام الفقه الإسلامي، الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة)، فإن هذا الاختيار ينبغي أن يساهم في خلق علاقة تجانسية بين النصوص المرجعية شرعية ووضعية.

ففيما يتعلق بالمساواة بين الزوجين كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، تنص على انفراد الزوج برعاية الأسرة، وتميز في الحقوق والواجبات بين الزوجين، مما جعلها تتعرض لانتقادات تنطلق نارة من مخالفتها للالتزامات المغرب الدولية في مجال النهوض بأوضاع المرأة، وتارة أخرى من عدم مسابقتها للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المجتمع المغربي.

وللأسباب السالفة، طالب جانب من الفقه المشرع بإلزام الزوجين معا بتسيير شؤون الأسرة، لأن المرأة المعفاة من المساهمة في الإنفاق والمكلفة بالإشراف فقط على شؤون البيت هي في الواقع العملي وفي حالات كثيرة تنفق من دخلها على الأسرة ومتطلباتها<sup>1</sup>.

فهل هذه الانتقادات إذن كان لها تأثير على مشرع مدونة الأسرة؟

لقد أصبح الزواج في مدونة الأسرة، ميثاق ترابط شرعي بين رجل وامرأة غايته العفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين، فالمرأة

1 - بشرى العاصمي، دراسة نقدية للوضعية القانونية للمرأة المغربية، مجلة المحامي، عدد مزدوج 25 و26 ص 23.



أصبحت تتمتع بإرادة سليمة وأهلية كاملة، ولها أن تعقد زواجها بنفسها، فعقد الزواج في مفهوم مدونة الأسرة لا تبرمه إلا إرادتان متساويتان، خاليتان من عيب الإكراه أو الإجبار. كما أن التحولات التي شهدتها الأسرة المغربية والتي بدأت تشهد توزيعاً جديداً للأدوار، وكذا مصادقة المغرب على مجموعة من الاتفاقيات الدولية سواء العامة منها والتي تنظم مجال حقوق الإنسان أو الخاصة كالإتفاقيات التي تهدف إلى النهوض بأوضاع المرأة والطفل، أفضت إلى اعتماد مدونة الأسرة مفهوماً تشاركياً في رعاية الأسرة، وأصبحت بمقتضاه الزوجة تشاطر الزوج واجب التسيير، وواجب السهر على رعاية شؤون البيت وأصبحت تقاسمه حق اتخاذ القرارات المتعلقة بهذا التسيير وبتنظيم شؤون الأسرة فالعلاقة بينهما لم تعد علاقة رئيس ومرؤوس، بل علاقة تشارك وتشاور ومسؤولية مشتركة<sup>2</sup>، وهذا ما استدعى حذف واجب طاعة الزوجة لزوجها، وعن إشراف المرأة على البيت وتنظيم شؤونه<sup>3</sup>، وإلغاء تقسيم العمل بين الزوجين استناداً إلى معيار الجنس، وإعادة تشكيل العلاقات الزوجية في المجتمع المغربي<sup>4</sup>، لأن غير ذلك فيه إقصاء لدور المرأة وتنافياً مع تطور القيم الإنسانية<sup>5</sup>، واستغنت مدونة الأسرة بذلك عن التمييز التقليدي بين حقوق الزوجين وواجباتهما، التي كانت تأخذ به المادتان 35 و36 من مدونة الأحوال الشخصية، التي كانت تتناول في الأولى "حقوق المرأة على الزوج وفي الثانية حقوق

2 - محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 224.

3 - محمد بوزلاقة، مبدأ العدل والمساواة في مدونة الأسرة، مجلة المعيار، العدد 32، ص 22.

4 - عبد الكبير طبيح، مدونة الأسرة ومحددات الفكر الحدائث المجتمعي، رسالة المحاماة، العدد 22، نونبر 2004، ص 13.

5 - محمد المهدي، المقترض في أحكام الأسرة من خلال قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 161.

الرجل على المرأة". وأصبحت تنص على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين (المادة 51)، كما أن الإحصان وصيانة العرض لم يعد حقا للزوج وحده على زوجته، بل هو حق وواجب لكل من الزوجين، وعلى كل واحد منهما احترامه.

كما أن مشرع مدونة الأسرة ساوى بين الزوجين ليس فقط في الحقوق طبقا للمادة 51 من مدونة الأسرة، بل كذلك عند الإصرار على الإخلال بهذه الحقوق والواجبات، وذلك طبقا للمادة 52 التي تنص على أنه "عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97". إضافة إلى مبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في المدونة أعطى المشرع للزوج وللزوجة الحق في تضمين عقد الزواج مجموعة من الشروط الإرادية التي تحقق لهما مصلحة مشروعة مادامت الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين حسب مقتضيات المادة 48 من مدونة الأسرة.

كما أن المادة 54 من مدونة الأسرة ساوت بين الزوج والزوجة فيما يتعلق بجنسية أطفالهما، ومن أجل التنسيق بين قانون الجنسية ومدونة الأسرة قرر جلالة الملك محمد السادس في 20 غشت 2005، تخويل الطفل من أم مغربية حق الحصول على الجنسية المغربية، فتم إصدار قانون رقم 62-06 في 23 مارس من سنة 2007<sup>6</sup>. ولعل منطق هذا الاتجاه يقوم على أن مبدأ المساواة القانونية بين الرجل والمرأة يعتبر من المبادئ التي

6 - قانون رقم 62-06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-80 بتاريخ 3 ربيع الأول 1423 (23 مارس 2007)، نشر بالجريدة الرسمية عدد 5513، بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 (2 أبريل 2007).

تحرص الدساتير على احترامها وتأكيدهما، وتدعو إليها المواثيق والاتفاقيات الدولية من قبيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تنص المادة 9 منها على أنه "تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها"<sup>7</sup>، كما أن هذه التعديلات من شأنها أن تدفع بالقضاء الأجنبي إلى التعامل بنوع من المرونة مع الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والمطلوب تذييلها بالصيغة التنفيذية<sup>8</sup>. فهل كان للمشروع النفس الطويل للحفاظ على مبدأ المساواة بين الزوجين طبقا لما تنص عليه الاتفاقيات الدولية؟

لمعالجة هذا الموضوع سنتناول في المبحث الأول: ازدواجية مصادر مدونة الأسرة وآثارها على مبدأ المساواة بين الزوجين عند تدبير وتنظيم العلاقة الزوجية لننتهي إلى تحديد آثار هذه الازدواجية على مستوى إنهاء العلاقة الزوجية وذلك في المبحث الثاني.

### المبحث الأول: ازدواجية مصادر مدونة الأسرة وآثارها على مبدأ المساواة بين الزوجين عند تنظيم العلاقة الزوجية :

يظهر جليا أن تناقضات النص التشريعي بسبب ازدواجية المرجعية تتضح سواء على مستوى تدبير وتسيير العلاقة الزوجية (المطلب الأول) أو على مستوى حماية ديانة أطفال الزواج المختلط (المطلب الثاني)

7- محمد المهدي، حق الطفل في الجنسية المغربية الأصلية، دراسة على ضوء مستجدات قانون 62، 06، مجلة الملف، ال عدد14، مارس 2009، ص. 45.

8- ويتعلق الأمر أساسا بما يلي: تقرير المساواة بين الزوجين في إيقاع الطلاق، توفير ضمانات مالية وقانونية لفائدة الزوجة والأطفال، صدور الطلاق على شكل حكم قضائي وليس على شكل رسم عدلي...

## المطلب الأول: على مستوى تدبير وتسيير العلاقة الزوجية:

لقد نص مشرع مدونة الأسرة، في تعريف الزواج، على تحمل الزوجين معا رعاية الأسرة بشكل عام، ودعم هذا المقتضى بمواد أكثر تفصيلا، بيد أن هذه المساواة تبقى نسبية، إذ لازال المشرع وفيها للتقسيم التقليدي للأدوار بين الزوجين وينحصر التعديل في حقوق الزوجة دون واجباتها. فبالإطلاع على الواجبات المادية المترتبة على تأسيس الأسرة، نجد أنه عند إنشائها يجب على الزوج تقديم المهر للزوجة، وأثناء سريانها فهو ملزم بالإففاق عليها وكل توقف منه عن الأداء يترتب عليه تخويل الزوجة طلب التطليق منه لعدم الإففاق (المادتان 102 و 194 من مدونة الأسرة). أما الزوجة فلا تتحمل قانونا مسؤولية المساهمة في الأعباء المترتبة عن تسيير ورعاية الأسرة حتى ولو كانت موسرة أو كان لها دخل، والاستثناء الوحيد مرتبط بحالة عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإففاق وأن تكون الزوجة موسرة إضافة إلى ضرورة وجود أبناء (المادة 198 من مدونة الأسرة) بخلاف المشرع التونسي الذي نص على مساهمة الزوجة في الإففاق إن كان لها مال (الفصل 23 من قانون عدد 74 لسنة 1998). وأمام هذا التمييز يتساءل البعض: هل يستقيم عقلا أو عدلا أن يشارك الزوج والزوجة في الرعاية بالدرجة نفسها ثم يلزم الزوج وحده بالإففاق ويعاقب على تركه<sup>9</sup>؟

ويبدو أن هناك اتجاها فقهي يرى أن هناك توازنا في الالتزامات الزوجية يمكن استنتاجه من الفقرة الثالثة من المادة 51 من مدونة الأسرة

9 - مصطفى بنان، مدونة الأسرة أية مآلات، مجلة الفرقان، العدد 50، ص 58.

محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004.

التي تنص على أن الزوجة تتحمل مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال، ومن مستلزمات هذا التسيير والرعاية تحمل النفقة<sup>10</sup>، إضافة إلى المادة الرابعة التي تنص على إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين.

ويبدو أن القضاء يسير نحو تكريس المساواة بين الزوجين في مجال النفقة والتخفيف من تناقضات النص التشريعي بسبب ازدواجية مصادره وذلك من خلال ثلاث قرارات لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، حيث جاء في الأول<sup>11</sup>: "وحيث اعتمد الحكم الابتدائي توزيع مصاريف الدراسة بين الأب والأم، استنادا إلى كونهما موظفين معا (مهندس وأستاذة في التعليم)، فكان بذلك مطبقا لمبدأ المساواة بين الزوجين في رعاية أولادهما، ولحقوق الأولاد على أبويهم في التعليم والتكوين، ووجوب تآزرهما لتحقيق هذه الغاية النبيلة حتى بعد الطلاق، بأن تكمل الأم الموسرة ما عجز عنه الأب من نفقة وتوابعها، وهذه المبادئ التي كرستها مدونة الأسرة انطلاقا من فصلها الرابع وفي المواد 51، 54 و 199 منها، ...". وعللت القرار الثاني<sup>12</sup>: "وحيث ارتأت المحكمة استنادا لحال الطرفين كموظفين، ولدخلهما المبين أعلاه، ولقصور مبلغ النفقة المحكوم به عن شمول كل المصاريف

10 - عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، 2006، مطبعة طوب بريس، ص. 253.

11 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 97، بتاريخ 2005/01/12، في الملف عدد: 2004/1801، قرار أورده ذ. فؤاد مسرة، في مقاله، إشكالية النفقة بين النص والتطبيق، مجلة كتابة الضبط، عدد 16، ص 154.

12 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 2050، بتاريخ 2004/12/28، في ملف عدد: 2004/1801، قرار أورده ذ. فؤاد مسرة، في مقاله، إشكالية النفقة بين النص والتطبيق، مجلة كتابة الضبط، عدد 16، ص. 154.

الطبية، ولعدم منازعة المستأنفة في استفادتها من التأمين الصحي، جعل هذه المصاريف مناصفة بين الطرفين..."، ومما جاء في القرار الثالث<sup>13</sup>: "...حيث إنه بالنظر إلى مدخول المستأنف الشهري، حسب بيان ورقة الأداء المستدل بها، وحسب تصريحه بكونه اكرى شقة بمشاهرة 1200 درهم، وبالنظر إلى كون المستأنف عليها تشتغل، فإن المحكمة ترى جعل مصاريف التمدرس مناصفة بين الطرفين..."

ومن خلال المقترضيات المترتبة على الرعاية المشتركة الواردة في المادة 51 من مدونة الأسرة يتحمل الزوجان معا مسؤولية الإشراف على شؤون الأطفال، لكن بالرجوع إلى المواد المؤطرة لأحكام النيابة الشرعية، نجدها تسير في اتجاه معاكس لروح المساواة التي نصت عليها المدونة سواء أثناء تعريفها للزواج أو أثناء إقرارها الرعاية المشتركة لشؤون الأسرة والأطفال واتخاذ القرارات المتعلقة بها. وهكذا نجد الأب هو الولي الشرعي على أبنائه<sup>14</sup> ولا يشترط فيه لممارسة النيابة الشرعية عليهم إلا أن يكون راشداً، أما بالنسبة للأُم فلا يمكنها ممارسة الولاية على أبنائها إلا في حالة عدم وجود الأب سواء كان عدم وجوده راجع إلى وفاة، أو غياب، أو فقدانه لأهليته، وهذا ما يسمى بالولاية الاحتياطية للأُم، كما أنه في حالة تعيين وصي من طرف الأب يمكن لوصي الأب ممارسة حق الرقابة على الأُم الولي، كما أن المشرع لم ينص على قيام وصي الأُم بدور مماثل، ويذهب بعض الفقه إلى إلغاء دور الوصي لأن القاضي يملك صلاحية

13 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 1758 بتاريخ 2005/11/23، أشار إليه محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية بالبيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص.445.

14 - تنص المادة 236 من مدونة الأسرة: الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع.

- تنص المادة 271 من مدونة الأسرة: صاحب النيابة الشرعية الأب الرشيد.

مراقبة تصرفات الأم ولا حاجة لتدخل شخص آخر ولو كان وصيا معيناً من قبل الأب<sup>15</sup>.

فرغم تجاوز المشرع للتقسيم التقليدي للحقوق والالتزامات ومنح الزوجة حق مشاركة الزوج في رعاية الأسرة والتسيير والسهر على رعاية شؤون البيت والأطفال واتخاذ القرارات، إلا أنه وفي نفس الوقت لا يعطى لها حق مشاطرة الأب في النيابة الشرعية عن الأبناء القاصرين بناءً على المساواة في الحقوق والواجبات<sup>16</sup> سواء عند قيام العلاقة الزوجية، أو عند انحلالها، أو عند إسناد الحضانة للأم، وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي منح للأم الحاضرة صلاحية الولاية على شخص القاصر وأمواله<sup>17</sup>.

وبخصوص الالتزامات التعاقدية بين الزوجين، نجد أن المساواة بينهما فيما يتعلق بالشرط الإرادي وقوته الملزمة، لا تصمد أمام مقتضيات المادة 98 من مدونة الأسرة التي تنص على أن للزوجة طلب التطليق بناءً على أحد الأسباب الآتية نذكر منها:

### 1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج...

فالمشرع مكن الزوجة من سلطة جزائية يمكن اللجوء إليها في حالة إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، وهذه الإمكانية لم تتح للزوج

---

15 - خالد برجوي، مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي، سلسلة قانون الأسرة بالمغرب، الطبعة الأولى، 2004، دار العلم للطبع والنشر، ص. 33.

16 - فريدة بناني، حقوق وواجبات الزوجين على ضوء مستجدات قانون مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 62 و63.

17 - تنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري المعدل (بأمر 27 فبراير 2005): في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

عند إخلال زوجته بأحد شروط العقد، مع العلم أن لكل منهما الحق في تضمين عقد الزواج جميع الشروط التي من شأنها أن تحقق لهما مصلحة مشروعة طبقا لمقتضيات المادتين 47 و48 من مدونة الأسرة مما يكون له أثر سلبي على توزيع العدالة بين الزوجين.

### المطلب الثاني: أثر التعددية المصدرية لمدونة الأسرة على ديانة أطفال الزواج المختلط:

يؤرخ مصطلح الألفية الثالثة بامتياز لانتعاش التواصل والاتصال، وفك العزلة عن الأمم والشعوب، مما جعل المغرب يهتم بأوضاع جاليته بالخارج وكذا أوضاع الأجانب المقيمين بالداخل، نتيجة تزايد الزيجات المختلطة بفعل انفتاح الأسرة المغربية على أنساق مجتمعية يمكن رصد تجلياتها كالتالي:

١٢٢ اختلاط الجنسيات داخل الأسرة الواحدة.

١٢٣ اختلاط الديانات داخل الأسرة الواحدة.

١٢٤ اختلاط العادات والتقاليد داخل الأسرة الواحدة.

وإذا كان الزواج المختلط وفق مدونة الأسرة هو زواج المسلم بالكتابية (يهودية كانت أو نصرانية)، وهذا ما يجعل تربية الأطفال وتوجيههم قائمين على أساس المسؤولية المشتركة بين الزوجين طبقا لمقتضيات المادة الرابعة من مدونة الأسرة التي تنص "على أن الأسرة تنشأ تحت رعاية الزوجين" والمادة 54 التي تنص في الفقرة السادسة على أن "للأطفال على أبيهم حقوق التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل".

هذا الحق المشترك بين الزوجين في تربية الأطفال وتوجيههم يثير إشكالا في الحالة التي تجعل الكتابية من هذا الوضع حقا مكتسبا بقوة القانون،



وتتمن في تربية الأطفال وتوجيههم وفق مقتضيات عقيدتها المتنافية مع عقيدة الزوج المسلم خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار ما تؤكده المادة 145 من مدونة الأسرة التي تنص على أن الولد يتبع أباه في الدين والنسب.

لأجله كان على مشرع مدونة الأسرة عند حديثه عن المسؤولية التربوية للزوجة الكتابية، أن تكون مؤطرة بمقتضيات قواعد الشرع الإسلامي، ولعل المساواة في المسؤولية المشتركة للزوجين في الزواج المختلط سيظهر أكثر عند انحلال الرابطة الزوجية الناتجة عن الزواج المختلط.

فإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة 173 تنص على أنه " من شروط الحضانة، القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم دينا وصحة وخلقا، وعلى مواكبة تدرسه" والمادة 169 تلزم الحاضنة بواجب التأديب والتوجيه الديني، فإن المنطق يستبعد إقبال الكتابية على تربية أطفالها وفق دين مطلقها المسلم، وكان حريا بالمشرع أن يدرج ضمن المادة 173 شرط الإسلام متى كان الحاضن غير مسلم إلا إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وذلك للاعتبارات التالية:

\* حماية ديانة المحضون من أن يطالها العبث.

\* عدم فاعلية الرقابة الخارجية على الحاضنة رغم أهميتها<sup>18</sup>.

18 - فالمادة 170 من مدونة الأسرة تنص على أنه " يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك من مصلحة المحضون". وتنص المادة 171 على أن المحكمة تسند الحضانة لمن توفرت فيه الأهلية من الأقارب، كما أن المادة 177 تلزم إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون، وهي ضمانات غير كافية باعتبار أن ممارسة الكتابية لطقوسها الدينية يشكل مناخا كافيا لاستقطاب اهتمام الطفل وتشكيل قناعاته، ولعل الضمانات التي نص عليها المشرع في المواد 165، 169، 170، 171 و177 من مدونة الأسرة تبقى غير كافية في تناولها للحد من بعض الانعكاسات والآثار السلبية للزواج المختلط على حق الطفل في الهوية.

\* تشجيع الحاضنين من أهل الكتاب على اعتناق الإسلام.

ويترتب على إسناد الولاية الشرعية للأُم على أولادها عند توفر الشروط الموجبة لذلك وفقا للمادة 230 من مدونة الأسرة اكتساب الكتائية حق الولاية على أطفالها المسلمين بقوة القانون.

لكن بالرجوع إلى المادة 235 من مدونة الأسرة نجدتها تنص على ما يلي: "يقوم النائب الشرعي بالناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكوين وإعداد للحياة. لذلك نتساءل عن ما هو نمط التوجيه الديني المرتقب من أم تدين باليهودية أو النصرانية لفائدة ابنها المسلم؟".

لأجله، كان يتعين على المشرع عدم إلغاء الفصل 108 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي كان ينص على أنه" إذا كانت الحاضنة على غير دين أب المحضون ولم تكن أما لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمس الأولى من عمر المحضون، فإذا كانت الحاضنة أماً صحت حضانتها بشرط أن لا يثبت استغلالها للحضانة لتتنشئة المحضون على غير دين أبيه" إذا تبين أن الحاضنة غير المسلمة تقوم بتربية طفلها على غير دين أبيه سقط حقها في الحضانة"، ويجب أن يسند هذا الحق للنياية العامة ولأب الطفل، وذلك حماية لديانة الطفل الناتج عن الزواج المختلط وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد بن حنبل<sup>19</sup>.

إن الإخلال بمبدأ المساواة التامة بين الزوجين يتضح كذلك من مقتضيات المادة 81 من مدونة الأسرة الذي جاء فيها في معرض الحديث عن مسطرة الطلاق تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح، إذا

19 - أنظر: المغني لابن قدامة، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص. 299. وأيضا محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 65.

توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر اعتبر ذلك تراجعا منه على طلبه، وإذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف، إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة<sup>20</sup>.

وإذا كان موقف المشرع المغربي محمودا فيما يتعلق بالدقة في التحري والبحث عن عنوان الزوجة<sup>21</sup>، لكن في المقابل لا نجد مقتضيات زجرية بالنسبة للزوجة التي يثبت تحايلها وإدلائها ببيانات كاذبة، كإدلائها بعنوان غير صحيح لزوجها وهي تمارس مسطرة من مساطر التظليق المنصوص عليها في المدونة<sup>22</sup> مما سيكون له أثر سلبي على حقوق الزوج.

إن الابتعاد عن روح المساواة يتجلى أيضا من خلال المقتضيات المتعلقة بسجن الزوج أو حبسه، فالمشرع أغفل إمكانية ارتكاب الزوجة

20 - وتنص المادة 361 من القانون على ما يلي: من توصل بغير حق تسلم الوثائق المشار إليها في الفصل 360 أو حاول ذلك إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال إسم كاذب أو صفة كاذبة وإما بتقديم معلومات أو استعارات أو إقرارات غير صحيحة يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 120 إلى 300 درهم.

21 - حفيظة توتة، قراءة في مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال مدونة الأسرة، مجلة المحامي، العدد 46، ص. 7.

22 - أنظر عبد اللطيف الحاتمي، المستجدات المسطرية في مدونة الأسرة بخصوص انحلال ميثاق الزوجية ومدى تحقيقها لمبدأ المساواة بين الزوجين، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50، 2004، ص. 129.

أفعالا إجرامية وتعتقل لنفس المدد المنصوص عليها في المادة 106 من المدونة، ولم يتعرض لحق الزوج في طلب تطليقها، أفلا يتضرر الزوج من سجن زوجته خاصة إذا كانت الجرائم المرتكبة من طرف الزوجة ماسة بالأسرة أو بالأخلاق الحميدة، وهذا ما يشكل ابتعادا عن روح العدل والمساواة بين الزوجين.

### المبحث الثاني: حدود مبدأ المساواة بين الزوجين

#### فيما يخص إنهاء العلاقة الزوجية وآثارها:

يعتبر التطلاق للشقاق من بين مستجدات مدونة الأسرة، كسبب جديد ومستقل عن باقي أسباب التطلاق الأخرى المنصوص عليها ضمن المادة 98 من مدونة الأسرة.

وتجسيدا لمبدأ المساواة بين الزوجين خول المشرع لهما أو لأحدهما أحقية طلب حل كل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق<sup>23</sup>، وفي حالة تعذر الصلح تحكم المحكمة بالتطلاق وبالمستحقات.

وسنتوقف عند أهم تناقضات النص التشريعي المنظم لمستحقات الزوجة والأطفال في دعاوى التطلاق للشقاق (المطلب الأول) وكذا دور القضاء المغربي في التقليل من هذه التناقضات (المطلب الثاني).

---

23 - حسب إحصائيات وزارة العدل، يلاحظ تراجع نسبة الطلاق الرجعي، وتضخم نسبة التطلاق للشقاق، أنظر مجلة قضاء الأسرة، العدد الرابع والخامس، فبراير 2009، ص 146 و147. ويرجع ذلك في تقديرنا إلى عدم قدرة الزوج على إيداع مستحقات الطلاق الرجعي الذي يمارسه الزوج، وسهولة وفعالية مسطرة التطلاق للشقاق، وما هذا إلا تبادل للأدوار بين مساطر الطلاق.

## المطلب الأول: تحديد مستحقات الزوجة والأطفال:

إن المشرع ألزم المحكمة عند فشل محاولة الصلح الحكم بالتطليق للشقاق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83، 84 و 85<sup>24</sup>.

وعليه فإن أهم مستجد في مسطرة التطليق للشقاق يتجسد في حصول الزوجة المطلقة على كافة مستحقاتها الشرعية المترتبة على إنهاء العلاقة الزوجية بصرف النظر عما إذا كانت هي طالبة التطليق أم الزوج أو هما معاً، وإمكانية الطرفين معا في طلب الحكم على المسؤول منهما عن سبب الفراق بالتعويض الذي يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة<sup>25</sup>.

24 - جاء في المادة 113 من مدونة الأسرة ما يلي:

يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه بعد القيام بمحاولة الإصلاح باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر ما لم توجد ظروف خاصة.  
تبت المحكمة أيضاً عند الاقتضاء في مستحقات الزوجية والأطفال المحددة في المادتين 84 و 85 أعلاه.

وتنص المادة 84 من مدونة الأسرة أن مستحقات الزوجة تشمل الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه.  
تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة.

25 - ولعل في هذا إشارة واضحة إلى رغبة المشرع في ضرورة تجاوز الدفوعات التي كان يستند إليها القضاء الفرنسي في رفض الاعتراف بالطلاق الواقع بالمغرب، وهو ما يتضح جلياً من القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 12 فبراير 2004 والذي جاء فيه "بما أن مدونة الأسرة أصبحت تتضمن مقتضى مماثلاً للفصل 266 من القانون المدني الفرنسي فيما يخص التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق، فإنه لا يمكن قبول طلب الزوجة الرامي إلى التعويض استناداً إلى القانون الفرنسي. أورده منير شعيب، مرجع سابق، ص 70.

ويتضح من خلال (مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة) أن مستحقات الزوجة المنصوص عليها ضمن المادة المذكورة تتعلق بالطلاق الرجعي وبالتالي فإن الزوجة التي يحكم بتطليقها للشقاق تعتبر مطلقة طلاقاً بائناً طبقاً لمقتضيات المادة 122 من مدونة الأسرة، ومن ثم فهي لا تستحق النفقة خلال فترة العدة ما لم تكن حاملاً فتستمر نفقتها إلى حين وضع حملها طبقاً للفقرة الثانية من المادة 196 من مدونة الأسرة لأن النفقة هنا للحمل وليس للمطلقة.

أما المتعة في الطلاق الرجعي، فهي قدر من المال يبذله الزوج المطلق لمطلقاته وذلك تخفيفاً لوطأة الفراق الذي حل بها من جراء الطلاق وتجد مسندها في العديد من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره، متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين﴾ (سورة البقرة الآية 234)

وقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾. (سورة البقرة الآية 239).

ويراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه، (المادة 84 من مدونة الأسرة)، وتعتبر لازمة لمجرد تحقق واقعة الطلاق الذي يوقعه الزوج، حيث أخذ المشرع هنا برأي الظاهرية<sup>26</sup>.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للتطليق للشقاق الذي تتقدم به الزوجة إذا كانت هي المتسببة في النزاع الذي استحال معه استمرار العشرة الزوجية وتمسكت بعدم الصلح مع زوجها، رغم استنفاد المحكمة لكافة وسائل محاولة إصلاح ذات البين، فإن الزوج يعتبر في هذه الحالة غير

26 - ابن حزم، المحلى، تحقيق عبد الغفار سليمان البندري، مرجع سابق. ص. 285.

مسؤول عن إنهاء العلاقة الزوجية التي وقع حلها من طرف واحد، الزوجة، ومن ثم تكون أهم محددات تقديم المتعة قد تخلفت عند الحكم بالتطليق للشقاق<sup>27</sup> وهو ما يؤثر نقصانا في مبلغ المتعة.

والمتعة واجبة في مدونة الأسرة على كل مطلق لفائدة مطلقاته، ارتكب خطأ يوجب التعويض، أو لم يرتكب فعلا موجبا للتعويض بل لازمة بمجرد الطلاق أو التطليق، وهذا بخلاف المشرع التونسي، الجزائري والمصري<sup>28</sup> الذي أوجب المتعة للمطلقة المدخول بها متى طلقت بدون رضاها ودون اقترافها لسبب.

لذا يتساءل البعض عن جدوى تمتيع الزوجة حال كونها المسؤولة الأولى والأخيرة عن حدوث الفراق، إذ لا يمكن مجازاتها عن فعل سعت إليه، وميثاق قوضته بإرادتها المنفردة<sup>29</sup>.

إن القراءة المتأنية للصيغة التي وردت ضمن مقتضيات المادة 84 توحى بوضوح أن تقدير المتعة يستلزم توافر المعايير الأربعة لزوما<sup>30</sup> بدليل

27 - محمد الكشور وآخرون، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2008، ص.127.

28 - تنص المادة 17 مكرر من القانون المصري رقم 1929/25 على أن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا سبب من قبلها فإنها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يخصص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط.

29 - عادل حامدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية دراسة فقهية وقضائية مشفوعة بأخر الاجتهادات القضائية في مدونة الأسرة، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2007-2008، ص.131.

30 - فترة الزواج، الوضعية المالية للزوج، أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

استعمال المشرع لحرف الواو في اتجاه التخفيض من مبلغ المتعة وأن تخلف أحد هذه المحددات يؤثر سلبا على تقدير المتعة من طرف المحكمة.

لكن يلاحظ أنه عند استحقاق الزوجة المتعة يراعى في تقديرها أسباب الطلاق (خطأ الزوج)، وفي نفس الوقت تجد المحكمة نفسها مدعوة للحكم لفائدة الزوجة بتعويض عن الضرر أو الفعل الذي تم مراعاته عند تحديد المتعة.

وكان حريا بالمشرع أن لا يحيل عند حديثه عن المستحقات الزوجية (المادتان 84 و85) في التطليق للشقاق، على المتعة<sup>31</sup> كمستحق

31 - يلاحظ أن المشرع يخلط بين المتعة والتعويض الواجب أدائه لجبر الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق إنهاء الرابطة الزوجية، فأوجب على المحكمة لزوما مراعاة التعسف عند تقدير المتعة وهكذا يكون المشرع قد اعتبر المتعة كلا شاملا للتعويض عن الضرر وبذلك يكون قد خلط بين الزيادة في مبلغ المتعة والتعويض عن الأضرار اللاحقة بالزوجة من جراء الطلاق التعسفي (أنظر محمد الكشور وآخرون، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى، 2006، ص. 118. وفي معرض بيانه لهذا الخلاف يقول الدكتور محمد الشافعي: بأن الفرق بين الزيادة في المتعة والتعويض عن الأضرار اللاحقة بالزوجة من جراء الطلاق التعسفي ظاهر للأسباب التالية:

☞ إن جميع المطلقات يستفدن من المتعة باستثناء المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها الصداق.

☞ إن المتعة واجبة بغض النظر عن وجود تجاوز لاستعمال حق الطلاق من عدمه في حين أن التعويض يلزمه عدم الخطأ.

☞ إن التعويض وفقا للقواعد العامة يقدر بحسب الضرر الناتج عن الخطأ أو التجاوز في حين أن تقدير المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة.

(د. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، منشورات الجامعة المغربية، مراكش طبعة 2، 1995، ص. 25)

وانظر أيضا في نفس التوجه، ذ.عمر أوهمو، التعويض عن الطلاق التعسفي دراسة نظرية تطبيقية، مجلة الواضحة، العدد5، السنة 2009، ص.206. = =



من مستحقات الطلاق الرجعي، مادام أنه تحدث عن التعويض لأنه يجزئ عند تحميل المحكمة لأحد الزوجين مسؤولية إنهاء العلاقة الزوجية، خاصة وأن المشرع أدخل في تقدير مبلغ المتعة عنصرا جديدا وهو مراعاة مدى تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق و كان على المشرع أن لا يمكن المطلقة من المتعة في حالة التطليق للشقاق إلا إذا لم تكن هي المسؤولة عن هدم العلاقة الزوجية أسوة بالقوانين المقارنة التي تكفي فقط بالتعويض، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري<sup>32</sup>، والتونسي<sup>33</sup>، ذلك

= = وكان حريا بالمشرع أن يحتفظ بالتفسير القرآني للمتعة وأن يضيف إليها التعويض عند التجاوز في استعمال الحق من طرف الزوج في الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة وذلك لاختلاف سبب وجوبها واستقلال كل منهما عن الآخر، فالمتعة وجبت بالقران الكريم وتجب بمجرد الطلاق بصرف النظر عن أسبابه، حسب بعض الآراء الفقهية، أما التعويض فوجبه كان جزاء عن الضرر اللاحق بالزوجة من جراء الطلاق التعسفي.

ونجد أيضا الخلط بين المتعة والتعويض في معرض جواب السيد وزير الأوقاف بشأن اقتراح استبدال عبارة المتعة بعبارة التعويض بأن عبارة المتعة في المادة 84 المتعلقة بتحديد مستحقات المطلقة هو لفظ قرآني ويفيد تعويض المطلقة.

أنظر المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل، العدد الرابع، الطبعة الأولى، 2004.

وانظر أيضا: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 03، 70 بمثابة مدونة الأسرة كما وافق عليه مجلس النواب في 16 يناير 2004، دورة أكتوبر 2007، جامعة معلمة الطباعة والتوزيع، مديرية التشريع والمراقبة والعلاقات الخارجية.

32 - المادة 56 من قانون الأسرة الجزائرية على ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

33 - ينص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمنقح بالقانون عدد 9 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فبراير 1981: يحكم بالطلاق:

1- بتراضي الزوجين. = =

أن تكليف الزوج بأداء المستحقات في جميع الأحوال إذا كان له ما يفسره ويبرره عنه إيقاع الطلاق من طرف الزوج<sup>34</sup>، فإنه يكون غير قابل للتفسير إذا كان طلب التطلق من الزوجة وتكون متعسفة في طلبها، ذلك أن الزوج مكلف بالمهر والإنفاق على زوجته وعند التطلق تستحق المتعة، ولو كانت الزوجة متعسفة، لذا يصبح التساؤل عن مدى تكريس المدونة لمبدأ المساواة مشروعاً.

### المطلب الثاني: سلطة القضاء في التقليل من ازدواجية مرجعية مدونة الأسرة عند تحديد المستحقات المالية المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية:

لقد تنبه أخيراً اجتهاد محكمة النقض إلى ازدواجية مرجعية مدونة الأسرة عند تنظيمها للمستحقات المالية المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية وقضى بعدم استحقاق الزوجة للمتعة عندما تكون هي طالبة التطلق للشقاق ومما جاء في هذا القرار: لا يحكم بالمتعة إلا في حالة الطلاق أو التطلق الذي يوقعه الزوج، أما إذا كان طلب التطلق من الزوجة فإنه لا يقضى لها بالمتعة، والمحكمة عندما قضت للزوجة بالمتعة رغم أنها هي التي سعت إلى التطلق للشقاق تكون خرقت المادة 84 من مدونة الأسرة وعرضت قرارها للنقض = قرار عدد 123 بتاريخ 2011/03/22 ملف عدد 553/2/1/2009 = قرار منشور في التقرير السنوي لمحكمة النقض 2011 ص 104.

= 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

4- ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.

34 - حفيظة توتة، التطلق للشقاق، مرجع سابق، ص. 126.

بقيت الإشارة إلى أن العمل القضائي ألزم الزوج بإيداع المستحقات في التطبيق للشقاق الذي يتقدم به للمحكمة كما هو الشأن في الطلاق الرجعي، ورتب على عدم إيداع المستحقات من طرف الزوج، جزاء التراجع عن الطلب، رغم أن المادة 97 من مدونة الأسرة لم تحل على مقتضيات المادة 86 من نفس المدونة التي تنص على أنه "إذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص عليه في المادة 83 أعلاه داخل الأجل المحدد له (أي ثلاثون يوماً) يعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق.

وهذا ما جاء في حكم لابتدائية سطات في ما يلي:

"وحيث إنه مادام الشيء بالشيء يذكر، فإن السؤال الذي يتبع الأول يتجلى في كيفية التعاطي مع الطلب في حالة عدم إيداع الزوج المبلغ المأذون له بإيداعه داخل الأجل المحدد، طالما أن المادة 97 من مدونة الأسرة لا تحيل على مقتضيات المادة 86 من نفس المدونة، والتي رتبت جزاء التراجع عن الطلب، وحيث أنه إذا لم يودع المبلغ المنصوص عليه في المادة 83 أعلاه داخل الأجل المحدد له اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق وتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة وأنه من هذه الوجهة، فإنه لا ينبغي التردد في اعتماد الجزاء المذكور طالما أنه من شأنه حماية الزوجة والأطفال من عدم توصلهم بمستحقاتهم المترتبة عن الطلاق ووضع حدا للتحايل على إجراءات الطلاق الرجعي وصرامتها بالجوء إلى مسطرة الشقاق ولاسيما أن مدونة الأسرة استندت في فلسفتها على مبدأ رفع الحيف عن المرأة وحماية حق الطفل، وحيث أمام عدم إيداع الزوج المبلغ المأذون له بإيداعه داخل الأجل المحدد يعتبر متراجعا عن طلبه ووجب الإشهاد على ذلك"<sup>35</sup>.

35 - حكم عدد 04/06/682 صادر عن ابتدائية سطات بتاريخ 2007-02-22 منشور في كتاب المنقّى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، الجزء الأول، ص. 121.

وجاء أيضا في حكم صادر عن ابتدائية صفرو، بمناسبة البت في دعوى التطلق للشقاق تقدمت بها الزوجة، ما يلي<sup>36</sup>: "وباستخلاص المستحقات المتعلقة بالمطلة من المبلغ المودع بصندوق هذه المحكمة من طرف المطلقة".

إن الإجراءات السابقة من شأنها حماية حقوق المرأة والطفل كما أنها تضع حدا للتحايل على إجراءات الطلاق الرجعي وهذا فعلا يتمشى وفلسفة المدونة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه: لماذا لا يلزم القضاء الزوجة طالبة التطلق بإيداع التعويض المحكوم به لصالح الزوج في صندوق المحكمة قبل صدور الحكم القاضي بالتطلق للشقاق خاصة إذا كان لها دخل لتحقيق مبدأ المساواة القانونية بين الزوجين؟.

ومن هنا يحق لنا أن نتساءل عن ماذا تبقى من مبدئي المساواة والعدل بين الزوجين في ظل هذه الإجراءات التي تكرر امتيازات لطرف على حساب طرف آخر؟

ولتجاوز ذلك، يتعين تعديل النص في اتجاه تحقيق المساواة بين الطرفين وذلك بإلزامهما بإيداع المستحقات (بالنسبة للزوج)، والتعويض (بالنسبة للزوجة) إذا كان لها دخل قبل إصدار الحكم القاضي بالتطلق للشقاق.

وترتيا لما سبق يمكن القول إن المساواة في الفقه الإسلامي هي مساواة تكاملية بينما في الفكر الغربي هي مساواة تماثلية، وتارة تأخذ مدونة الأسرة بالمساواة التكاملية وتارة تأخذ بالمساواة التماثلية مما أثر على وحدة النسق القانوني لمدونة الأسرة وفي خلق علاقة تجانسية بين النصوص المرجعية الفقهية والوضعية وبالتالي على تباين الأحكام المنظمة لنفس المسألة القانونية.

36 - حكم المحكمة الابتدائية بصفرو، عدد 2008/1/151، بتاريخ 2009-02-25، غير منشور.

## التقييد الاحتياطي

### ودوره في التخفيف من الحجية المطلقة

### لتقييد الغير حسن النية

### في ضوء مستجدات القانون رقم 14.07

السيد عصام عطياوي

ملحق قضائي بالفوج 39

المشرع المغربي لم يعط تعريفا للتقييد الاحتياطي سواء في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري أو في إطار القانون رقم 14.07 المغربي والمتمم لظهير 12 غشت. واكتفى بتحديد شروطه وحالاته وآثاره من خلال الفصول 85 و 86 و 86 مكرر و 88 و 91 من ظهير التحفيظ العقاري كما غير وتمم.

فالفصل 85 ينص على أنه: "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا".<sup>1</sup>

1 - هذه الإمكانية مقررة في مجموعة من التشريعات المقارنة خاصة تلك التي تأخذ بنظام الشهر العيني ويعتبر المشرع الألماني هو السباق إلى إقرار نظرية الاحتياطي حيث ينص الفصل التاسع من قانون الملك غير المؤرخ في 15/5/1872 على أنه: "يمكن لطالب الإبطال أن يحتمي من تلك المضرة وأن يحتاط من أي اكتساب لحق على العقار بإجراء قيد احتياطي يأذن به القاضي".  
==

وأمام غياب تعريف تشريعي للتقييد الاحتياطي نحاول بيان بعض التعريفات الفقهية لهذه المؤسسة:

عرف الأستاذ مأمون الكزبري التقييد الاحتياطي بأنه: "إجراء يقرر به صاحب حق تعذر عليه تسجيله لسبب من الأسباب ليضمن لنفسه في المستقبل إمكانية هذا التسجيل عند زوال المانع وذلك بأن يضع قيوداً تحفظياً على رسم التمليك وعلى نسخة هذا الرسم يتضمن الإشارة إلى الحق الذي يدعيه والذي امتنع عليه تسجيله في الوقت الحاضر لقيام مانع حال دون ذلك"<sup>2</sup>.

وعرفت ابتدائية مراكش التقييد الاحتياطي بأنه: "تقييد عقاري مؤقت قابل للتحويل إلى تقييد نهائي للحق في المستقبل بأثر رجعي منذ تاريخ إجراء التقييد الاحتياطي، وذلك بعد استكمال الشروط القانونية للعقد داخل الأجل القانوني المحدد لصلاحيّة التقييد أو حصوله على اعتراف القضاء بالحق موضوع التقييد الاحتياطي بمقتضى حكم قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضى به"<sup>3</sup>.

---

= كما نظم المشرع اللبناني هذه المؤسسة في المواد 25 و 26 و 27 و 74 و 75 من القرار رقم 188 المتعلق بالسجل العقاري الصادر في 15 أذار 1926 حيث نص في مادته 24 على أن: "كل من يدعي بحق ما في عقار مسجل في السجل العقاري، يمكنه أن يطلب تسجيل قيد مؤقت لأجل حفظ هذا الحق مؤقتاً".

أما المشرع التونسي فقد سمى التقييد الاحتياطي بالاعتراضات التحفظية ونظمه في الفصول من 365 إلى 372 من مجلة الحقوق العينية التونسية ولم يعط تعريفاً له بل حدد حالاته على سبيل الحصر وأثاره ومدته.

- علي كحلون - القانون العقاري الخاص - مركز النشر الجامعي تونس - 2009 ص 449.

2 - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي الجزء الأول - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. الطبعة الثانية 1987 ص 126.

3 - حكم ابتدائية مراكش في الملف رقم 2010/820 بتاريخ 2011/2/10، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية - العدد 6 - ماي 2011. ص 386.

ومن خلال هذا الموضوع سأعالج مؤسسة التقيد الاحتياطي وفق التقسيم الآتي:

**المطلب الأول:** الإطار العام للتقيد الاحتياطي وفق مستجدات القانون رقم 14.07.

**المطلب الثاني:** التقيد الاحتياطي كوسيلة للتخفيف من الحجية المطلقة لتقيد الغير حسن النية.

### المطلب الأول

الإطار العام للتقيد الاحتياطي وفق مستجدات القانون رقم 14.07

سأستعرض في هذا المطلب للعناصر الآتية:

أولاً: خصائص التقيد الاحتياطي

ثانياً: تمييز التقيد الاحتياطي عن بعض المؤسسات المشابهة

ثالثاً: حالات التقيد الاحتياطي

رابعاً: التشطيب على التقيد الاحتياطي

## أولاً: خصائص التقييد الاحتياطي

1. التقييد الاحتياطي لا يرد إلا على العقارات المحفظة بصريح الفصل 85 من التحفيظ العقاري كما غير وتمم والذي ينص على أنه: "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا "ومن ثم فإنه لا يمكن إجراء تقييد احتياطي على العقارات غير المحفظة أو التي في طور التحفيظ، ويبقى لكل من يدعي حقا عينا على عقار في طور التحفيظ أن يلتجئ إما إلى التعرض على مطلب التحفيظ وإما إلى مسطرة الايداع وفقا لمقتضيات الفصل 83 أو الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري.

2. وإذا كان المشرع المغربي قد نص في الفصل 85 على أنه يمكن الحل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا فإنه لم يبين طبيعة هذا الحق الأمر الذي نتج عنه اختلاف لدى الفقه والقضاء.

حيث اعتبر الأستاذ مأمون الكزبري حصر التقييد الاحتياطي في إطار الحقوق العينية تضيق من نطاقه لأن الحق العيني لا يقوم إلا بتقييده بالرسم العقاري وبعد هذا التقييد تنتفي كل فائدة للتقييد الاحتياطي ومن ثم فإن إمكانية التقييد الاحتياطي ترد بالنسبة للحقوق الشخصية أكثر مما ترد بالنسبة للحقوق العينية<sup>4</sup>.

وقضت المحكمة الإدارية بالرباط بإلغاء قرار المحافظ العقاري القاضي برفض طلب تقييد احتياطي لمقال الدعوى يهدف للمطالبة بحق الكد والسعاية معتبرة أن الفصل 85 جاء عاما في صياغته ومنح إمكانية

4 - مأمون الكزبري، م.س. ص 127.



طلب تقييد احتياطي لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد ومن ثم يمكن إجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى الرامية إلى اقتسام الأموال المكتسبة أثناء الزوجية<sup>5</sup>.

وفي حين جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالناظور أن التقييد الاحتياطي هدفه حماية حق عيني وضمان رتبة حقوق عينية محتملة على عقار محفظ وليس المحافظة على حق شخصي<sup>6</sup>.

واعتقد بأنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الحقوق الشخصية مثلها في ذلك مثل الحقوق العينية قابلة للتقييد الاحتياطي فالشرط الوحيد أن تكون قابلة للتقييد النهائي وأن ترد على عقار محفظ فكل ما هو قابل للتقييد النهائي فهو قابل للتقييد الاحتياطي. وسواء تعلق الأمر بحق شخصي أو عيني فالهدف من تقييده احتياطيا هو الحفاظ على حقوق محتملة إلى حين تحقق شروط شكلية معينة أو صدور حكم قضائي مكتسب قوة الشيء المقضي به.

3. وتبقى القاعدة الأساسية المميزة للتقييد الاحتياطي هي مبدأ الأثر الرجعي والتي تعني أنه بعد تحول التقييد الاحتياطي إلى تقييد نهائي بناء على استكمال الشروط الشكلية المعلق عليها الحق أو صدور حكم قضائي بات في النزاع فإن حقوق طالب التقييد الاحتياطي تقيد بالرسم العقاري في

5 - حكم عدد 439 صادر بتاريخ 15.5.1997 في الملف رقم 96/583 أورده ذ. محمد الحشور "مفهوم وطبيعة حق الكد والسعاية ندوة الأنظمة في المغرب ذكالية الحقوق جامعة القاضي عياض - مراكش - يومي 5 و6 أبريل 2002، ص 27.

6 - أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 2012/05/22 تحت عدد 439 في الملف الاستعجالي رقم 12/1/383 - غير منشور.

الرتبة التي عينت لها عند تقييدها احتياطيا أي أن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به<sup>7</sup>.

ثانيا: تمييز التقييد الاحتياطي عن بعض المؤسسات المشابهة

### 1. تمييز التقييد الاحتياطي عن مؤسسة الحجز التحفظي

لإن كان كل من التقييد الاحتياطي والحجز التحفظي يشكلان تدبيراً وقائياً للحفاظ على حقوق يخشى زوالها أو ضياعها فالفرق مع ذلك يبقى كبيرا بينهما.

نظم المشرع المغربي الحجز التحفظي في الفصول من 453 إلى 458 من قانون المسطرة المدنية. وينص الفصل 453 على أنه: "لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفاً يضر بدائنه".

ومن ثم فإن الحجز التحفظي يختلف مع التقييد الاحتياطي من حيث الهدف ومن حيث المصير. فإذا كان الهدف من إيقاع الحجز التحفظي هو ضمان حق المديونية عن طريق ضبط مال المدين خوفاً من تهريبه إلى

---

7 - ورد في قرار للمجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - بأن تاريخ التقييد الاحتياطي في عقار محفظ هو الذي يعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق للحق.  
- قرار صادر عن غرفتين بالمجلس الأعلى بتاريخ 06/3/22 تحت عدد 929 في الملف المدني عدد 01/744 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67 ص 412 وما يليها.

- كما قضت محكمة التعقيب التونسية بأن المفعول الزمني للتقييد الاحتياطي يتم بصفة رجعية ويعتد بتاريخ إجراء التقييد لا بتاريخ صدور الحكم بثبوت الحق.  
قرار تعقيبي مدني عدد 40806 مؤرخ في 24 أكتوبر 1994 أشار إليه: مصطفى صغري - مجلة الحقوق العينية - طبع الشركة التونسية للنسرة وتنمية فنون الرسم الطبعة الأولى تونس 2008، ص 295.

حين حصول الدائن على سند تنفيذي لحقه. فإن الهدف من التقييد الاحتياطي هو الاحتفاظ المؤقت على رتبة الحق غير القابل للتقييد النهائي في الأولوية في التقييد مستقبلا متى أصبح قابلا للتقييد النهائي<sup>8</sup>.

وهذا ما قضت به محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا- حين اعتبرت أن الحجز التحفظي يقع من أجل ضمان أداء مبلغ مالي وليس للحفاظ على حق عيني عقاري على عقار محفظ بمقتضى الفصل 85 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري<sup>9</sup>.

ومن حيث المصير، فإن الحجز التحفظي، بعد الحصول على السند التنفيذي، يحول إلى حجز تنفيذي تليه إجراءات بيع العقار المحجوز ونزعه جبرا من المحجوز عليه عن طريق البيع بالمزاد العلني، أما التقييد الاحتياطي فينتهي بالتقييد النهائي للحق المتنازع عليه مع أخذ هذا الأخير لرتبته بأثر رجعي من تاريخ التقييد الاحتياطي<sup>10</sup>.

كما يختلف الحجز التحفظي عن التقييد الاحتياطي من حيث مجال كل منهما فالحجز التحفظي يرد مبدئيا على المنقولات قبل أن ينصرف إلى العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة أو في طور التحفيظ. وذلك عكس التقييد الاحتياطي الذي يقع حصرا على العقارات المحفظة.

8 - محمد شبيب: التقييد الاحتياطي كبدل عن الحجز التحفظي- تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 23-6-93 في الملف المدني عدد 91/829 الندوة الوطنية حول الأنظمة العقارية في المغرب - م.س. ص 281.

9 - القرار عدد 710 المؤرخ في 10/3/2004 الملف المدني عدد: 2002/1/4062 مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 64-65. 2006 ص 30.

10 - محمد العلمي: مستجدات التقييد الاحتياطي في ضوء القانون رقم 07.14. مجلة المنبر القانوني- سلسلة ندوات وبحاث 1.2012. ص 122.

ومن الآثار الجوهرية المترتبة عن الحجز التحفظي هي امتناع المحافظ على الأملاك العقارية بعد تبليغه بالحجز وتقييده بالرسم العقاري أي أن يجري أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز وذلك ابتداء من تاريخ التقييد- الفصل 87 من القانون رقم 14.07- على خلاف الأمر بالنسبة للتقييد الاحتياطي الذي لا يمنع المحافظ من إجراء تقييدات على الرسم العقاري لاحقة له<sup>11</sup>.

## 2. تمييز التقييد الاحتياطي عن التقييد بالرسم العقاري.

فرض المشرع المغربي ضرورة تقييد الحقوق العينية الواردة على العقار المحفظ بالرسم العقاري حتى تكون حجة بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير وكل حق لم يتم شهره يعتبر والعدم سواء<sup>12</sup>.

فالتقييد بالرسم العقاري يتمتع بالآثر التأسيسي وبالقوة الثبوتية، وهو بهذه الصفة يظل قائما ويحافظ على الحق الذي يضمه ما لم تقع أسباب قانونية تستدعي إلغاء هذه الحقوق أو انقضاءها كأن تغير بتسجيل جديد أو يصدر بشأنها حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به يصرح بالانقضاء أو بطلان الحق الذي يتعلق به<sup>13</sup>.

أما التقييد الاحتياطي فهو مجرد إعلان بالتقييد يوضع على الرسم العقاري بصفة مؤقتة ولا يتمتع بأي قوة ثبوتية فهو لا ينشئ الحق المقيد

---

11 - ما عدا التقييد الاحتياطي بناء على سند حيث لا يمكن خلال مدة صلاحية هذا التقييد وهي 10 أيام قبول أي تقييد آخر لاحق يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف- الفصل 86 من القانون رقم 14.07.

بمفهوم المخالفة يمكن تقييد الحقوق التي لا تقتضي موافقة المالك المقيد كالحجوز العقارية والتقييدات الاحتياطية والإراثات.....

12 - الفصل 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري.

13 - سعاد عاشور حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي. ص 272.

احتياطيا ولا يقرره ولا يغيره ولا يسقطه وإنما ينبئ باحتمال وجوده وإمكانية استكمال شروطه القانونية مستقبلا<sup>14</sup>.

### ثالثا: حالات التقييد الاحتياطي

حدد المشرع المغربي حالات التقييد الاحتياطي في الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري كما غير وتم بالقانون رقم 14.07 والذي يكون إما:

- 1- بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته.
- 2- بناء على أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة نفوذها
- 3- بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء.

#### 1- التقييد الاحتياطي بناء على سند

1- يتم إجراء التقييد الاحتياطي بناء على سند إذا كان هذا الأخير يتضمن حقا يتعذر على المحافظ تقييده على حالته وحالت شكلية بسيطة دون إجراء التقييد النهائي (كأن تكون هوية الأطراف غير محققة في العقد أو عدم توفر الأهلية في محرر مثل هذه العقود..)

2- لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي.

3- تحدد مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على سند في 10 أيام لا يمكن خلالها إجراء أي تقييد يقنضي إنشاؤه موافقة الأطراف.

14 - محمد بن الحاج السلمي: التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط سنة 2002 ص 67.

٥٢) خلافا لمقتضيات الفصل 6 من الظهير الشريف المؤرخ في 1 يونيو 1915 الذي تم نسخه بموجب القانون رقم 14.07 والتي كانت تسمح بإمكانية تمديد التقييد الاحتياطي بناء على سند استنادا إلى مقال دعوى في الموضوع أو أمر بالتقييد الاحتياطي صادر عن رئيس المحكمة، فإن مقتضيات الفصل 86 الحالية لا تنص على إمكانية تمديد التقييد الاحتياطي بناء على سند<sup>15</sup>.

## 2- التقييد الاحتياطي بناء على أمر

هذه الإمكانية مخولة لمن تعذر عليه الحصول على السند لإجراء التقييد الاحتياطي أو الذي حصل على السند ولكن قد يتطلب ملف التقييد أكثر من 10 أيام<sup>16</sup>. حيث له أن يرفع طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرتها باستصدار أمر بإجراء تقييدا احتياطي للحفاظ المؤقت على حقوقه ويستمر مفعوله لمدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تقييده. مالم ينجز التقييد النهائي للحق المعني. ويمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يصدر أمرا بتمديد التقييد الاحتياطي بناء على أمر شريطة تقديم دعوى في الموضوع من طرف المعني بالأمر، ويستمر مفعول هذا التمديد إلى غاية صدور حكم نهائي في موضوع الدعوى المرفوعة. ويتعين على المحافظ من أجل الاستجابة لطلب التمديد الإدلاء إليه بالأمر الصادر بالتمديد، مرفق بمقال الدعوى في الموضوع المرفوعة أمام المحكمة<sup>17</sup>.

15 - دورية المحافظ العام إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية عدد 389 بتاريخ 20 دجنبر 2011.

16 - محمد العلمي/ك م س. ص 126.

17 - دورية المحافظ العام عدد 389 مرجع سابق.

## 3- التقييد الاحتياطي بناء على مقال

استنادا إلى الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة 13 من مدونة الحقوق العينية<sup>18</sup> فإنه يمكن لكل شخص يرفع دعوى إلى القضاء قصد الاعتراف له بحق قابل للتقييد النهائي أن يتقدم إلى المحافظ على الأملاك العقارية بطلب تسجيل تقييد احتياطي بناء على المقال الافتتاحي للدعوى مؤشرا عليه من طرف المحكمة الابتدائية الموجود بدائرة اختصاصها العقار الذي يتعلق به النزاع<sup>19</sup>.

## رابعاً: التشطيب على التقييد الاحتياطي

إذا كان التقييد الاحتياطي مجرد إجراء مؤقت فإنه في أحيان كثيرة يعرقل تداول العقار المثقل به، لأن المتعاملين العقاريين لا يرغبون التعامل في عقار موضوع نزاع. لذلك لا يمكن أن يبقى هذا التقييد مسجلاً بصفة أبدية بل لا بد من تقييد الحق نهائياً أو التشطيب عليه إذا وجدت مبررات لذلك<sup>20</sup>.

وبالرجوع إلى الفصلين 86 و 91 من ظهير التحفيظ العقاري نجد المشرع ينص على أن التشطيب على التقييد الاحتياطي إما أن يكون تلقائياً أو بمقتضى عقد أو حكم مكتسب قوة الشيء المقضي به.

## 1. التشطيب التلقائي

٢٤١ يتم التشطيب على التقييد الاحتياطي تلقائياً وبقوة القانون بانصرام المدد المحددة لكل حالة من حالات التقييد الاحتياطي:

18 - تنص المادة 13 من مدونة الحقوق العينية على "إن الدعاوى الزمنية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشء أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا نهائياً".

19 - محمد العلمي م.س ص 127.

20 - محمد العلمي م.س ص 127.

٢٢٤ يتم التشطيب على التقييد الاحتياطي بناء على سند تلقائيا وبقوة القانون بمرور مدة 10 أيام ولم يتم خلالها تقييد الحق نهائيا.

٢٢٥ التشطيب على التقييد الاحتياطي بناء أمر تلقائيا بعد انصرام مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره ولم يتم خلالها إنجاز التقييد النهائي ما لم يتم تمديد هذا الأجل بواسطة أمر جديد شريطة تقديم دعوى في الموضوع من طرف المعني بالأمر.

٢٢٦ يتم التشطيب تلقائيا على التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى في الموضوع بعد انصرام أجل شهر ابتداء من تاريخ تقييده بالرسم العقاري ما لم يدل طالب التقييد الاحتياطي بأمر صادر من رئيس المحكمة الابتدائية خلال نفس الشهر يمدده إلى غاية نهاية النزاع المعروض على القضاء.

## 2. التشطيب بمقتضى عقد

التشطيب المبني على عقد هو بمثابة تشطيب اتفاقي على بعض الحقوق المقيدة فالحقوق التي يمكن التشطيب عليها بمقتضى عقد هي التي يقع إشهارها بالرسم العقاري بعد أن يكون العقار قد حفظ، كالتشطيب على التقييد الاحتياطي بمقتضى عقد صلح بين الأطراف بواسطة المحكمة المرفوع إليها النزاع<sup>21</sup>.

## 3. التشطيب القضائي

نص الفصل 91 من ظهير 12 غشت 1913 كما غير وتمم بالقانون رقم 14.07 على أنه: "مع مراعاة الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييدا احتياطي بمقتضى

21 - محمد العلمي م.س ص 131.



كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمنين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق".  
كما نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 86 من ظهير التحفيظ على أنه: "يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها العقار بصفته قاضيا للمستعجلات للأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كانت الأسباب المستند عليها غير جدية أو غير صحيحة".  
وبذلك يكون المشرع المغربي قد منح رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات باختصاصات مهمة في التشطيب على التقييدات الاحتياطية كلما تبين له عدم جديتها أو عدم ارتكازها على أسباب صحيحة<sup>22</sup>.

وقد تساءل الأستاذ إدريس الفاخوري حول مدى قانونية منح هذه الصلاحية لقاضي المستعجلات، رغم تجاوز أحد أهم شروط الدعوى الاستعجالية ألا وهو شرط عدم المساس بالجواهر<sup>23</sup>.

22 - جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بطنجة: " ...حيث إنه بالاطلاع على ظاهر وثائق الملف وعلى الملف رقم 1109-12/3904 يتبين أن التقييد الاحتياطي المسجل على عقار المدعية مستند إلى دعوى جارية بإتمام إجراءات البيع معها بخصوص الشقة الكائنة في مشروعها السكني المقام على نفس العقار والتي تقر المدينة في مقالها أعلاه بتوصلها بتسبيق من ثمنها. وبكون تسجيل القيد الاحتياطي على الرسم العقاري لمجموع المشروع يرجع لعدم توفر الشقة محل البيع على رسم عقاري مفرز. مما تبقى معه أسباب التقييد الاحتياطي قائمة وطلب التشطيب عليه غير مؤسس ويتعين رفض الطلب".

- أمر استعجالي عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 2012/7/25  
ملف عدد: 122012/961 - غير منشور -

23 - أستاذي إدريس الفاخوري: "التشطيب على التقييد الاحتياطي والحجز في نظام التحفيظ العقاري على ضوء القانون 14/07 والقانون 39-08 منشورات مجلة الحقوق - سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية" الإصدار السادس ماي 2012. ص 14.

## المطلب الثاني

### التقييد الاحتياطي كوسيلة للتخفيف من الحجية المطلقة

#### لتقييد الغير حسن النية

إذا كانت الغاية من التقييد الاحتياطي هي الحفاظ المؤقت على الحق إلى حين استكمال شكلية معينة أو صدور حكم قضائي مكتسب قوة الشيء المقضي به حتى يتحول التقييد المؤقت إلى تقييد نهائي فإن جانبا من القضاء والفقهاء اعتمد هذه التقنية كقرينة لنفي حسن النية.

والصورة العملية لهذه الحالة هي إقدام البائع على بيع العقار مرتين ويتقاعس المشتري الأول عن تقييد حقه بالرسم العقاري في حين يقوم المشتري الثاني بحفظ حقه بتقييده والحال على العقار موضوع تقييد احتياطي. فهل يعتبر هذا التقييد الاحتياطي قرينة على سوء نية المشتري الثاني ومن ثم يمكن من التشطيب على تقييده؟

قضى المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - بأن تسجيل المشتري الثاني لعقد شرائه والحال أن المشتري الأول قد سجل تقييدا احتياطيا بالصك العقاري ينفي حسن النية<sup>24</sup>.

وهو ما أكده في قرار آخر حين اعتبر أن التقييد الاحتياطي هو بمثابة إنذار بوجود نزاع في الملك. وبأن إقدام المشتري الثاني على تقييد شرائه دليل على سوء نيته<sup>25</sup>.

24 - قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى عدد 708 الصادر في 15 فبراير 2001 ملف مدني عدد 1226 /9/1 97 منشور بمجلة المناهج عدد مزدوج 8/7 2005. ص 201 وما يليها.

25 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12 يونيو 2002 تحت عدد 2055 في الملف المدني عدد 00/483 منشور بمجلة الملف عدد 5 ص 246.

كما جاء في حكم صادر عن ابتدائية تمارة بأن شراء المدعى عليهم للعقار المحفظ وتقييد شرائهم رغم وجود تقييد احتياطي لفائدة المدعين، يفيد علمهم بوجود نزاع مما يجعل تمسكهم بمقتضيات الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري غير مؤسس اعتبارا لوجود تقييد احتياطي لضمان رتبة حق عيني احتمالي لفائدة الغير<sup>26</sup>.

وهو نفس التوجه الذي أكدته محكمة التعقيب التونسية حين اعتبرت أنه "لا يمكن لمن أنجز له حق من مالك عقار تم إدراج قيد احتياطي برسمه أن يستند إلى القوة الثبوتية المطلقة للترسيمات إذ إنه بمجرد إشهار القيد الاحتياطي بالسجل العقاري يفقد حسن النية التي نص عليها الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية ويصبح تبعا لذلك رهين نتيجة حسم الدعوى موضوع القيد بقطع النظر عن إنتهاء مفعول القيد بأي وجه من الأوجه ذلك أن صفة سوء النية من عدمها تتحدد أساسا بالنظر إلى تاريخ دخول السجل العقاري ووجود القيد الاحتياطي من عدمه وبمآل الدعوى موضوع القيد دون سواها"<sup>27</sup>. وبذلك يكون الاجتهاد القضائي قد جعل من التقييد الاحتياطي قرينة قانونية لإثبات سوء نية تعفي من تقرر لمصلحته من كل إثبات، حيث نص الفصل 453 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "القرينة القانونية تعفي من تقرر لمصلحته من إثبات. ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية".

أما الفقه فهو منقسم حول هذه المسألة إلى اتجاهين:

26 - حكم رقم 31 مؤرخ في 2009/02/11 ملف رقم 22/06/306 منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، الجزء الثاني الطبعة الأولى 2010.

27 - قرار تعقيب مدني عدد 40806 مؤرخ في 24 أكتوبر 1994 أشار إليه: مصطفى صغري ، م.س ص 295.

الاتجاه الأول<sup>28</sup> : يرى أنصار هذا الاتجاه أن وجود تقييد احتياطي على العقار المحفظ هو إنذار للغير للتعامل بحيطه وحذر مع هذا العقار، وأنه في حالة تعارض تقييد الغير حسن النية مع التقييد النهائي للمستفيد من التقييد الاحتياطي فإن الأولى بالحماية هو صاحب التقييد الاحتياطي لأن تقييده يتمتع بالأثر الرجعي، كما أن التقييد الاحتياطي ينفي عن أصحاب الحقوق اللاحقة له حسن نيتهم ويعتبر قرينة قانونية على سوء نية الغير.

الاتجاه الثاني: يرى الأستاذ عبد العلي دقوقي أنه لا مجال للتمييز بين الغير حسن النية أو سيئ النية ما دام الأمر يتعلق بدعوى تم إشهارها بالرسم العقاري، يفترض في جميع الأشخاص المتعاملين مع العقار العلم بها، فالغير الذي قيد شرائه والحال أن العقار محل تقييد احتياطي وعلى علم كذلك بالأثار المترتبة على هذا التقييد وهي الأثر الرجعي له والذي يعني التشطيب على حقوق الغير إذا أصبح التقييد الاحتياطي تقييدا نهائيا ومن ثم لا مجال للقول بسوء نيته التي تبقى خاضعة لوقائع قانونية خارجة عن إطار السجلات العقارية<sup>29</sup>.

وهو الأمر نفسه الذي يقول به الأستاذ حسن فتوخ وإن كان يقيم تمييزا بين حالات التقييد الاحتياطي، حيث يرى أن التقييد الاحتياطي ليس قرينة مطلقة في إثبات سوء النية، وإنما نسبية فقط، لأن الأمر يتوقف على

28 - محمد خيرى: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي - مطبعة المعارف الجديدة الرباط. الطبعة الأولى 2013 ص 596.

- نبيلة الكراي: حسن النية في المادة العقارية - دار محمد علي للنشر - تونس الطبعة الولى 2005. ص 211 وما بعدها.

29 - عبد العلي دقوقي: الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي - رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق - فرع القانون الخاص - وحدة التكوين والبحث في القانون المدني السنة الجامعية 2001-2002. ص 267.

تحديد طبيعة التقييد الاحتياطي المشار إليه في الرسم العقاري وما إذا كان مؤسسا على سند أو على أمر قضائي أو مقال الدعوى.

فالتقييد الاحتياطي بناء على سند أو أمر قضائي مرتبط بمدة محددة إذا انقضت هذه المدة دون أن يتمكن صاحب التقييد الاحتياطي من تحويله إلى تقييد نهائي فإنه لا مجال للقول بسوء نية الغير ويكتسب تقييده حجية مطلقة.

أما إذا كان التقييد الاحتياطي بناء على مقال دون أن يفصل القضاء في الدعوى بحكم مكتسب قوة الشيء المقضي به وجاء تقييد الغير داخل هذه الفترة فإن قرينة سوء النية تكون قاطعة، وتتحول إلى قرينة نسبية في حالة صدور الحكم بعدم الاعتراف بالحق المدعى به من قبل المستفيد من التقييد الاحتياطي.

ويذهب الأستاذ حسن فتوخ إلى أن المعيار الذي يتعين اعتماده لإثبات سوء نية الغير المتلقي للحق العيني بالرسم العقاري يتجلى في ضرورة توافر التواطؤ لدى المشتري الثاني، والذي تستخلصه محكمة الموضوع انطلاقا من القرائن القوية والمنضبطة مع ظروف ووقائع كل نازلة على حدة.

والرأي فيما أعتقد هو أن القول بأن وجود التقييد الاحتياطي على العقار المحفظ ينفي عن أصحاب الحقوق اللاحقة له حسن نيتهم يخرج بهذه المؤسسة عن وظيفتها القانونية وهي الحفاظ المؤقت على الحق إلى يتم استكمال شكلية معينة أو صدور حكم مكتسب قوة الشيء المقضي به، فلا يجب أن نحمل هذه المؤسسة مفعولا توقيفيا ونخلط بينها وبين الحجز على العقار الذي يمنع التصرف فيه.

وإن كان المشرع المغربي قد أفرد للتقييد الاحتياطي بناء على سند خصوصيات معينة ومنع إجراء أي تقييد خلال مدة 10 أيام يقتضي إنشاؤه

موافقة الأطراف فإنه ليس هناك ما يمنع من تقييد المشتري الثاني لحقه رغم وجود تقييد احتياطي بناء على أمر قضائي أو مقال الدعوى على العقار مادام كلاهما مرتبط بمدد محددة إذا لم يتم تقييد الحق نهائيا داخلها شطب تلقائيا على التقييد الاحتياطي ماعدا إذا تم تمديده بناء على أمر قضائي حيث يستمر مفعوله إلى غاية الفصل في النزاع بحكم مكتسب قوة الشيء المقضي به و هنا نكون أمام فرضيتين: الفرضية الأولى: هي صدور الحكم بالاعتراف للمستفيد من التقييد الاحتياطي بحقه حيث يتم تقييده نهائيا ومن تم التشطيب على الحقوق اللاحقة له في المرتبة.

الفرضية الثانية: هي عدم الاعتراف للمستفيد من التقييد الاحتياطي بحقه وهنا يتم التشطيب على التقييد الاحتياطي ويعتبر تقييد الغير حسن النية قائما ومكتسبا حجية مطلقة.

فسوء النية مرتبط بوجود التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني من أجل الإضرار بمصالح المشتري الأول أما تقييد المشتري الثاني لحقه والحال أن العقار محل تقييد احتياطي فهو ليس دليلا قاطعا على سوء النية، وإنما المشتري الثاني مارس مزية خولها له القانون وهي التقييد بالرسم العقاري حتى يستفيد من مزايا هذا الإجراء.

## تأملات في التقييد العكسي للأوراق التجارية خلال مرحلة تشغيل الحساب بالاطلاع في ضوء العمل القضائي

السيد أحمد بلا  
ملحق قضائي، فوج (39)

يرجع الفضل للقضاء الفرنسي<sup>1</sup> في وضع مبدأ أضحى من المبادئ المتعارف عليها بخصوص أعمال تقنية التقييد العكسي في إطار الحساب بالاطلاع (أو الحساب الجاري)، حيث إن التقييد المفعّل في حساب قيد الحركة، في الحالة التي يكون فيها الزبون موسرا<sup>2</sup> (In bonis)، أي غير متوقف عن الدفع<sup>3</sup>، يعتبر تقييدا عكسيا معادلا للوفاء<sup>4</sup>.

1 - Cass.com, 25 janvier 1955, JCP éd (G), 1955.

- قرار أشار إليه:

- Ch.Gavalda, La contre-passation des effets de commerce après clôture du compte courant, JCP éd (G), I, Doct. 1963, p 1763.

2 - يمكن تعريف حالة يسر المدين ( In bonis ) كالتالي :

« In bonis est une expression d'allure latine, actuellement d'une utilisation peu fréquente, qui caractérise la situation de celui ou de celle qui jouit de l'ensemble des droits d'usage et de disposition que le droit lui confère sur son patrimoine. »

- <http://www.dictionnaire-juridique.com/définition> , (23/11/2011).

3 - "... التوقف عن الدفع هو عجز المدين عن مواجهة ديونه المستحقة بأصوله الموجودة والقابلة للتصرف، وفي حكم للمحكمة التجارية بليل نجد توضيحا لهذا التعريف حيث اعتبر المقاول في حالة توقف عن الدفع إذا لم يكن في ==

وتتحقق هذه النتيجة استنادا على مبدأ الأثر التجديدي للحقوق التي تدخل للحساب (المطلب الأول)، مما يسفر عن مجموعة من الآثار والنتائج التي تؤثر بلا شك في وضعية طرفي الحساب، بل إنها قد تعصف بحقوق أحدهما في بعض الفرضيات (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مضمون قاعدة التقييد العكسي يعادل الوفاء

لئن كانت القاعدة أنه بفعل مبدأ الأثر التجديدي (L'effet novatoire) يفقد كل حق يدخل إلى الحساب خصائصه المميزة وصفاته الفردية، ويغدو مجرد مفرد بسيط، فاقدا لأية صلة بالدين القديم، طبقا لقواعد النظرية الحديثة للحساب الجاري<sup>5</sup>، إذ أن الدائنية الأصلية تختفي مع ضماناتها

---

= = مقدورها الدفع عند الإطلاع للديون المستحقة والحالة بالأموال الموجودة بين يديها أو في حساباتها البنكية، أو بالتحويل المباشر لأموال قابلة للتحويل...".  
- حكم المحكمة التجارية بأكادير، رقم 99/03، مؤرخ في 1999/05/14، ملف رقم 1999/02، منشور بمجلة المرافعة، عدد 10، سنة 2000، ص 332 وما يليها.

"... وحيث إنه وخلافا للقواعد العامة للمسطرة، فإن تقدير وجود التوقف عن الدفع يجب أن يتم في الوقت الذي ثبت فيه المحكمة، ولا ينظر إلى توفرها عند رفع الدعوى إليها، ولا يمكن بالتالي فتح المسطرة إذا وقع تصحيح عارض الأداء بالوفاء بين الفترة الممتدة بين رفع الدعوى واليوم الذي تبث فيه المحكمة ابتدائيا، أو حتى استئنافيا...".

- حكم المحكمة التجارية بمراكش، ملف رقم 99/04، مؤرخ في 1999/12/22، رقم 99/12، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 83، سنة 2000، ص 209 وما يليها.

4 - J-L Rives Lange, M. Contamine - Raynaud, Droit bancaire, 5éd, Précis Dalloz, paris, 1990, p 658.

5 - Alain Choinel, Gérard Rouyer, La banque et l'entreprise : Techniques actuelles de financement, éd: La revue banque, paris, 1989, p 132. = =



العينية والشخصية التي كانت تتمتع بها الحقوق قبل تقييدها في الحساب<sup>6</sup>، فإن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها حيث يرد عليها استثناء يهم حالة

= = التجديد في المادة المدنية هو اتفاق الدائن والمدين على الإستعاضة عن الإلتزام الأصلي الذي كان يربطهما بالإلتزام جديد يحل محله. فمن خصائص التجديد أنه سبب لانقضاء الإلتزام القديم، ومصدر لنشوء التزام جديد يحل مكانه. للمزيد من التفصيل في هذه النقطة يراجع:

- ❖ مامون الكزيري، النظرية العامة للإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء 2، مطابع دار القلم، الطبعة الأولى، بيروت، 1970، ص 384.
- ❖ عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الإلتزامات بوجه عام، الجزء 3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص 56 وما بعدها.

كما أن تجديد الحقوق داخل الحساب الجاري يفترض كقاعدة عامة، إلا إذا اتفق أطراف عقد الحساب الجاري على خلاف ذلك. وبالمقابل فالتجديد في المواد المدنية لا يفترض، بل يجب الإتفاق على الأخذ به كمبدأ.

- F.Terré, P.Simler, Y.Lequette, *Droit civil : Les obligations*, éd 10, Dalloz, 2009, p 1397 et s.

عرف المعجم القانوني ل Gérard Corno التجديد كما يلي :

«Substitution, à une obligation que l'on éteint, d'une obligation que l'on crée nouvelle ("nover", par rapport à l'ancienne qu'elle est destinée à remplacer), par chargement de créancier, de débiteur, d'objet, capital transformé en ventes, ou de cause ( bail changé en location-vente)».

- Gérard Cornu, *Vocabulaire juridiques*, Association Henri Capitant, PUF, paris, 2002, p 530.

6 - محمد الشافعي، الحساب الجاري- طبيعته وآثاره-، مقال منشور بمجلة المحامي، عدد مزدوج 37-38، سنة 2000، ص 18.

فالأصل أن التقييد (passation) في الحساب يعادل الوفاء نتيجة للأثر التجديدي للحساب، مادام هذا الأخير يشكل الأثر المباشر للحساب الجاري.

يتحدث المشرع المغربي عن مبدأ الأثر التجديدي لتقييد الحقوق داخل الحساب في المادة 498 من مدونة التجارة، والتي تنص على ما يلي: "تفقد الديون المسجلة في الحساب صفاتها المميزة وذاتيتها الخاصة وتعتبر مؤداة وأنداك لا يمكنها أن تكون موضوع أداء أو مقاصة أو متابعة أو إحدى طرق التنفيذ أو التقادم بصورة مستقلة. = =

تقديم ورقة تجارية للخصم لدى البنك<sup>7</sup>، ذلك أن الأثر التجديدي لا يكون مطلقا إلا في حالة وفاء الورقة في تاريخ الإستحقاق، بدليل أن تخلف

== تنقضي الضمانات الشخصية أو العينية المرتبطة بالديون المحولة في الحساب، إلا إذا حولت باتفاق صريح على رصيد الحساب."

في هذا الصدد، قضت محكمة الإستئناف التجارية بمراكش بأنه مادامت الديون المسجلة في الحساب تفقد صفاتها المميزة وذاتيتها الخاصة، وتعتبر مؤداة، ولا يمكن أن تكون موضوع أداء أو مقاصة، فلا يمكن الحديث عن أية مديونية على أساسه إلا بعد حصره وإجراء مقاصة بين مفرداته.

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، ملف رقم 2001/535، مؤرخ في 2002/04/23، منشور بالموقع الإلكتروني التالي : [www.cacmarakech.ma/banques](http://www.cacmarakech.ma/banques)، (2012/02/12).

وقضت محكمة الإستئناف التجارية بفاس بأن متى كان الحساب متوقفا فإن مقتضيات م 498 من م.ت لا تسري عليه، باعتبار أن تطبيقها يفترض وجود حساب نشيط يعرف تداول مجموعة من العمليات المتبادلة تجعل الدين المقيد به يندمج مع باقي الديون الأخرى التي سبق تقييدها، وهو ما يفقده صفاته المميزة.

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس، ملف عدد 04/237، مؤرخ في 2004/05/13، منشور بالموقع الإلكتروني التالي : [www.Justice.gov.ma](http://www.Justice.gov.ma)، (2012/03/12).

يقصد بالضمانات العينية الواردة في الفقرة الثانية من هذه المادة تلك الضمانات التي تعمل على تخصيص مال معين يكون مملوكا للمدين لتأمين حق الدائن، حيث يكون لهذا الأخير حقا عينيا على هذا المال. وأبرزها الرهن الرسمي والرهن الحيازي. أما الضمانات الشخصية فأبرزها التضامن والكفالة، إذ تعتبر هذه الأخيرة أهم الضمانات الشخصية التي تفضل الأبنك إقرانها بإتفاقية الحساب الجاري.

وإذا كان الدين مضمونا بتأمين شخصي أو عيني، فإنه بمجرد دخوله الحساب يفقد هذا التأمين بعد أن يتحول إلى مفرد يندمج في هذا الحساب، وذلك ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

7 - جاء في قرار لمحكمة النقض الصادر بتاريخ 2006/4/19 أن "عملية الخصم حددها المشرع في المادة 526 وهي تعتبر من مظاهر الائتمان المباشر يستفيد منها زبناء البنوك للحصول الفوري على السيولة النقدية قبل تاريخ ميعاد استحقاق الورقة ==

المدين عن الأداء وممارسة البنكي للرجوع المصرفي عوض التقييد العكسي يجعل من هذا الأثر التجديدي كأن لم يكن.

هكذا، تتم عملية الخصم عن طريق تقييد البنكي لقيمة الورقة في الجانب الدائن من حساب الزبون مقابل تملكه لهذه الورقة<sup>8</sup>، بواسطة قيام الزبون بتظهيرها لفائدة البنكي تظهيراً ناقلاً للملكية<sup>9</sup>، إذ يجب الإعراف

= = التجارية المخصوصة. وأن هذا النوع من الائتمان البنكي يتميز بالنسبة لخصم الكميالات بكون البنك لا يضع ثقته في زبونه، وإنما يضع ثقته في جميع الأشخاص الموقعين على الكميالة. والمادة 528 اعتبرت صراحة أن عقد الخصم هو عقد قرض".

- قرار محكمة النقض، عدد 404، المؤرخ في 2006/4/19، ملف تجاري عدد 2005/1/3/687، منشور في *الدليل العملي في المنازعات البنكية*، لمؤلفه نبيل أبو مسلم، مطبعة الأمنية، الرباط، 2011، ص 215 وما يليها.

8 - يجد هذا التملك أساسه في المبدأ الذي يشترط أن تكون المدفوعات المسلمة من الدافع إلى القابض مسلمة على وجه التملك، وإلا لما أمكن اعتبارها من قبيل المدفوعات في الحساب الجاري.

- إبراهيم صادق، *خصائص الحساب الجاري والشروط القانونية الخاصة به*، مقال منشور بمجلة المحامي، عدد 22، سنة 1993، ص 18.

9 - **Robert Jacqueline**, *La place des effets de commerce et des effets financiers dans le système bancaire français*, Rev.banque, N° 344, octobre 1975, p 937.

وقضت محكمة النقض في قرار صادر عنها مؤرخ في 2006/3/22 بما يلي:  
"لكن حيث إن التظهير الناقل للملكية ينقل الحق في الكميالة إلى المظهر إليه، ومتى تضمنت الكميالة عدم قابليتها للتظهير، فإن المستفيد الذي يقوم مع ذلك بتظهيرها للبنك من أجل خصمها يكون تظهيره تظهيراً ناقلاً للملكية، ولا يمكن بالتالي للبنك المظهر له الرجوع على الغير المسحوب عليه متى اشترط هذا الأخير عدم قابلية الكميالة للتظهير أو ارتضى مع ذلك البنك تظهيرها له من طرف المستفيدة، ويبقى للبنك فقط حق الرجوع على المستفيدة من عملية الخصم دون المسحوب عليها".

هنا بأن الحق الناشئ عن الورقة التجارية المقدمة للخصم يقيد مؤقتا في الحساب، في انتظار تسوية قيمته من طرف المدين به في تاريخ الإستحقاق<sup>10</sup>. وذلك ما تقطع بشأنه الفقرة الأولى من المادة 502 من م.ت.م، التي تقضي بما يلي: " حينما يكون تسجيل دين في الحساب ناتجا عن ورقة تجارية مقدمة إلى البنك يفترض أن التسجيل لم يتم إلا بعد التوصل بمقابلها من المدين الرئيسي..."<sup>11</sup>.

ففي الفرضية التي ترجع فيها الورقة التجارية بملاحظة عدم الأداء من طرف المسحوب عليه<sup>12</sup>، ينشأ للبنكي حق ثابت في إجراء تقييد

== - قرار محكمة النقض، عدد 318، مؤرخ في 2006/3/22، ملف تجاري عدد 2004/3/1119، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، يناير 2007، ص 163 وما يليها.

في مقابل ذلك قضت محكمة النقض في قرار حديث نسبيا بأنه يعتبر عقدا للخصم عملية تطهير الشيك للبنك من قبل المستفيد منه، وذلك رغم تضمنه شرط عدم قابليته للتطهير.

- قرار محكمة النقض، ملف عدد 2006/2/3/947، مؤرخ في 2009/04/15، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 124 و 125، سنة 2010، ص 247.

10 - **Alain Choinel, Gérard Rouyer, La banque et l'entreprise**, op.cit, p 133.

الدفع في الحساب يعتبر الوسيلة الوحيدة في تشغيل الحساب البنكي وفتح الإعتمادات من طرف البنكي، وقد يكون الدفع غير مباشر عندما يتعلق الأمر بمبلغ الشيكات أو الأوراق التجارية، وفي هذه الحالة يشترط التحصيل .

- عبد الرحيم المودن، عقد الحساب الجاري على ضوء مدونة التجارة، مقال منشور بسلسلة الندوات رقم 2، بعنوان "مستجدات مدونة التجارة وتأثيراتها على المقاول المغربية"، أشغال اليوم الدراسي المنعقد بالرباط، يوم 24 مايو 1997، ص 264.

11 - وذلك ما جاء في الفصل الثاني من الإتفاقية التي يبرمها بنك "التجاري وفا بنك" مع المقاولات التجارية، إذ جاء في البند رقم 3.5.2 ما يلي: "... لا يفترض القيام بتقييد مبلغ الدين في الحساب الناتج عن نقل القيمة المسلمة إلا مع مراعاة تحصيله لدى المدين الرئيسي".

12 - **Ch.Gavalda, J.Stoufflet, Droit du crédit**, 2ème éd, Litec, Paris, 1990, p 147.

عكسي<sup>13</sup> يعادل قيمة القيد السابق المجرى في الجانب الدائن من حساب الزبون<sup>14</sup>.

غير أن هذه النتيجة الأخيرة تهم بالدرجة الأولى الحساب الجاري قيد الإشتغال<sup>15</sup>، إذ يفسر ذلك باستمرار إنتاج الأثر التجديدي لمفعوله بعد إجراء التقييد العكسي، الذي يختفي بعد إقفال الحساب الجاري<sup>16</sup>.

13 - التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب لا يفسر مبدئياً بكونه عملية محاسبية بسيطة، ولا يتعلق الأمر بقيد بسيط في الجانب المقابل من الحساب، لكن يتعلق الأمر بأداء حقيقي (véritable paiement)، حيث يختلف اختلافاً كبيراً عن التقييد العكسي الذي يروم إصلاح خطأ مادي ارتكب من جانب البنكي. ومثال هذا التقييد العكسي ما تعرض له الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء المؤرخ في 2009/11/03، الذي يمثل لهذه الصورة من التقييد العكسي الناتجة عن إصلاح الخطأ المادي، حيث قضت المحكمة بما يلي: "وحيث إن طلب المدعي (الزبون) الرامي إلى إبطال تقييد المبلغ المذكور (أي المبلغ الذي قيد خطأً في دائنة المدعي الذي هو الزبون) في مدينية الحساب، وإلزامه بالأداء لا سند له في القانون، لأن من شأن ذلك أن يشكل إثراء بلا سبب."

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 10280، صدر بتاريخ 2009/11/03، (غير منشور).

14 - بمعنى أن رصيد الزبون بعد أن كان دائناً بقيمة الورقة يصبح مديناً بها.

- عمر أزوكار، الخصم لدى البنك وأثره على الوفاء، مقال منشور بمجلة الحدث القانوني، عدد 21، سنة 1999، ص 21.

تدرج البنوك في الميدان العملي شرطاً في إطار اتفاقيات الخصم يطلق عليها اختصاراً بـ " SBF " أي (Sauf Bonne Fin)، والذي يسمح للبنكي بأن يجري القيد العكسي للأوراق غير المؤداة في الحساب الجاري.

- Alain Choinel, Gérard Rouyer, *La banque et l'entreprise*, op.cit, p 133.

15 - أعطى الأستاذان Rodière et Rives Lange مفهوماً دقيقاً للحساب الجاري قيد الحركة، حيث اعتبراً أن الحساب يعد حساباً مشتغلاً عندما يطعم «Alimenter» بالحقوق، وعند تخلف تقييد الحقوق في الحساب، تصبح اتفاقية الحساب الجاري مفرغة من محتواها، وبالتالي فإن قواعد تشغيل الحساب الجاري يمكن تحديدها بمناسبة دخول الحقوق في الحساب.

- René Rodière, J-L.Rives Lange, *Droit bancaire*, Dalloz, 1973, p 105 et 106.

ويقودنا هذا القول إلى الوصول إلى نتيجة مفادها أن الأثر التجديدي للحقوق المقيدة في الحساب الجاري ينتج مفعوله وآثاره على الوفاء. وتأسيسا على ما سبق، قضت محكمة الإستئناف ب Douai في قرار صادر عنها بتاريخ 15 ماي 2009 بأن تقييد الحق في الحساب الجاري يؤدي إلى تحوله «Transformer» إلى مجرد مفرد في الحساب، إذ تنقضي ضماناته وتوابعه كنتيجة لذلك<sup>17</sup>.

16 - ويبرر هذا الحكم الذي انعقد عليه الإجماع في فرنسا منذ زمن طويل، بأن قيد الأوراق التجارية في الحساب الجاري مبني ضمنا على شرط التحصيل *Sous réserve d'encaissement* لقيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق، ولقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بصلاحيته هذا الشرط منذ زمن بعيد بواسطة قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1852/3/10، فإذا لم يتحقق هذا الشرط ورجعت الورقة بملاحظة عدم الأداء، أصبح للبنكي الحق في قيد قيمتها في الجانب المدين من حساب الزبون، وتكون النتيجة أن القيد أجري مرة أولى في الجانب الدائن، ومرة ثانية في الجانب المدين، وبالتالي يوازن القيد الثاني الأول.

- J-L.Rives Lange, M. Contamine- Raynaud, op.cit, p 656.

17 - D.Poly, *La disparation de l'aval face à la contre-passation de la dette principale*, Espace juridique avocats, N° 75, 2009, p 43.

اعتبر الأستاذ Poly أن التقييد العكسي في إطار هذه الفرضية يشكل نوعا من الوفاء الخاص، ومادام البنكي قد اختار إجراء فإنه يقع عليه عبء تحمل نتائجه التي تؤدي أليا إلى التنازل عن الضمانة المرتبطة بالدين الرئيسي. ومن ثم يجب على البنكي أن يقدر ويزن مخاطر إقدامه على إجراء التقييد العكسي.

سبق لمحكمة الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 2001/3/27 أن أعطت تعريفا دقيقا للأثر التجديدي في الحساب الجاري، في نازلة بين شركة DLC وشركة *rédit lyonnais*، حيث لاحظت المحكمة أن مدفوعات الزبون في الحساب لم تكن محل إتفاق أو تخصيص خاص بانتقال التأمينات التي تضمنها إلى الحساب، ومن ثم خلصت إلى أن هذه المدفوعات متى تم إدراجها في الحساب تفقد صفاتها المميزة (*individualité*)، وتمتص بواسطة الخصوم التي تسجل لاحقا في الحساب. أما بخصوص تعريف الأثر التجديدي، فلقد اعتبرته =

وهو الإتجاه الذي سبق وأن كرسته محكمة الإستئناف التجارية بفاس في قرارها الصادر بتاريخ 7 فبراير 2006، والتي قضت فيه "بأن حصول المقترض على قرض من المؤسسة البنكية والسماح لها بأحقيتها في تقييد الاستحقاقات بشكل دائم في حسابه يعطي الأثر التجديدي للدين، أي يتحول بعد ذلك إلى مجرد مفرد في الحساب ويفقد استقلالته لتنشأ علاقة قانونية جديدة محل العلاقة الأصلية، وبذلك يصبح حق الدائن مؤسساً على الحساب بالإطلاع وليس على أساس القرض"<sup>18</sup>.

وبناءً عليه، وضعت محكمة النقض الفرنسية معياراً يقضي بأن التقييد العكسي الذي يجريه البنك نتيجة رجوع الورقة التجارية بدون أداء، وذلك عندما يكون الحساب قيد الحركة، يساوي الوفاء. حيث نسج هذا الحل أول خيوطه في القضية المشهورة التي عرفها القضاء الفرنسي سنة 1955، والتي تتلخص وقائعها في أن سيدة تدعى M.chaddi، تتوفر على حساب جاري مفتوح لدى بنك CNEP، قامت بدفع كمبيالة للخصم

= = المحكمة ذلك الأثر الذي يؤدي إلى إندماج الحق في الحساب الجاري نتيجة تسجيله فيه.

- Cass.com., 27 Mars 2001, JCP éd (E), N° 31-35 Août, 2001, p 1330, Note: J.Stoufflet.

وإذا كان التجديد يقضي على الإلتزام القديم نهائياً، فإن ذلك يترتب عنه إبراء ذمة الملتزمين الآخرين لأنه كالوفاء بالنسبة لهم، ويتحمل الدائن مخاطر التجديد وحده لأنه قد لا يوفر مثل الضمانات التي يوفرها الإلتزام الصرفي.

- محمد الهيني، إشكالية الدفع الناشئة عن إنقضاء الإلتزام الصرفي في الأوراق التجارية، ونطاق قاعدة تطهير الدفع، مقال منشور بمجلة القصر، عدد 11، سنة 2005، ص 74.

18 - قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس، رقم 141، صدر بتاريخ 2006/2/7، ملف عدد 2005/1512، منشور بمجلة المحاكم التجارية، عدد 2، دجنبر 2006، ص 156 وما يليها.

ورجعت بملاحظة عدم الأداء، وردا على ذلك قام البنك بإجراء تقييد عكسي في الجانب المدين من حساب M.chaddi يعادل قيمة السندات المخصومة، هذا القيد الأخير أجري في وقت سابق لفتح المساطر الجماعية في مواجهة الزبونة M.chaddi، ثم أصدرت محكمة الإستئناف بمونبلييه Montpellier قرارا بتاريخ 23 يناير 1952 ألزمت فيه البنكي بإرجاع الأوراق إلى كتلة الدائنين، على اعتبار أن التقييد العكسي يؤدي إلى إنقضاء كل حقوق البنكي على هذه السندات<sup>19</sup>. وقد حظي هذا القرار بتأييد محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 يناير 1955، والتي بررت موقفها استنادا على أن التقييد العكسي للأوراق غير المؤداة في تاريخ الإستحقاق تحقق في الفترة التي كان فيها المدين موسرا، والحساب لازال مشغلا، وبالتالي فهو يعادل الوفاء (équivalent à un paiement) وهو ما يمنع البنكي من الرجوع بالأداء في مواجهة باقي المظهرين المتتابعين للسند<sup>20</sup>.

19 - طعن بنك CNEP بالنقض في مواجهة قرار محكمة الإستئناف بمونبلييه، واستند البنكي في طعنه هذا على أن القيد العكسي وبصرف النظر عن لحظة إجرائه، لا يترتب عنه بالضرورة فقدان البنكي لملكية الأوراق التجارية، المتوصل بها عن طريق التظهير. ونتيجة لذلك يمكنه متابعة باقي الموقعين على الورقة من أجل تحصيل قيمتها، غير أن محكمة النقض رفضت في القرار الصادر عنها مبدئيا هذه الحجة.

20 - O.Gamard, J.Christophe Monne et E.Wolff, *Contre-passation d'un effet de commerce Escompté, Après l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du titulaire du compte*, p 3, site : [www.juristudiant.com](http://www.juristudiant.com), La date: (3/12/2012).

- جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية ما يلي:

"Si la contre-passation en compte courant d'effets non payés à l'échéance intervient à un moment où le remettant était encore in bonis, le compte n'est pas clôturé, elle équivaut à un paiement et prive le banquier de tous ses droits sur les effets contre passés".



وتعتبر هذه النازلة الأولى من نوعها التي تصدت فيها محكمة النقض الفرنسية لمآل حقوق البنكي إثر إجراء التقييد العكسي على حساب مشتغل، إذ أن قرارها الصادر سنة 1888 عالج أعمال التقييد العكسي في حساب مقفل<sup>21</sup>، والذي تختلف آثاره عن آثار التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب، حيث يتميز هذا الأخير باستمرار الأثر التجديدي للحقوق المحتمل دخولها في الحساب بعد إجراء هذا القيد.

جرى تبرير قرار محكمة النقض "المبدأ"<sup>22</sup> نتيجة أثر التسوية (L'effet de règlement)، الذي يقوم عليه نظام الحساب الجاري البنكي<sup>23</sup>. ويجد هذا القول أساسه في المبدأ الذي يقضي بأن التقييد في الحساب الجاري ينتج الأثر التجديدي، وبالتالي فالتسجيل الآلي لقيمة للأوراق في الجانب الدائن من حساب الزبون، ثم تخلف تحصيل قيمة هذه الأوراق في تاريخ الإستحقاق، يؤدي إلى إنقضاء دين البنكي عند تفعيل هذا الأخير للتقييد العكسي<sup>24</sup>.

21 - أعطت محكمة النقض مفهوما دقيقا لإقفال الحساب بالإطلاع، إذ اعتبرت أن المقصود بإقفال الحساب هو منع دخول مدفوعات جديدة في الحساب، واستخلاص الرصيد من مجموع مفرداته، وتحديد مركز طرفيه من هذا الرصيد.

- قرار محكمة النقض، عدد 255، مؤرخ في 14/01/1998، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، سنة 1998، ص 174 وما يليها.

22 - Christian Gavalda, *La contre-passation des effets de commerce après clôture du compte courant*, op.cit, p 1763.

23 - Christian Gavalda, op.cit, p 1763.

أيد الأستاذ Cabriillac الحل الذي توصل إليه قضاة الموضوع بمحكمة الإستئناف بمونبلييه، والذي استندت عليه محكمة النقض الفرنسية، غير أنه يفضل التركيز على نتائج القرار قبل التركيز على أسبابه. كما أشار إلى أن بعض القرارات السابقة لقرار 1955 كانت تشير بصورة ضمنية إلى تقرير هذا النوع من الحلول.

24 - Ch. Gavalda, op.cit, p 1763.

ورغم النقد الذي تعرض له قرار 1955 من طرف جانب من الفقه الفرنسي<sup>25</sup>، غير أننا نعتبر مع الأستاذ Gavalda<sup>26</sup> أنه مصادف للصواب، إذ أضحى يشكل معياراً قضائياً خاصاً بفرضية تشغيل الحساب الجاري. وقد تأكد هذا الإتجاه بقرارات أخرى لاحقة صادرة عن القضاء الفرنسي، كما حظي بترحيب وتأييد الفقه الفرنسي<sup>27</sup>.

وفي هذا الصدد، تبنت محكمة Rouen في قرارها الصادر في سنة 1958 الحل المطروح من طرف الإجتهد القضائي لسنة 1955، وأكدت المبدأ المعروف الذي يقضي أن "التقييد العكسي يعادل الوفاء عند إجرائه أثناء تشغيل الحساب"<sup>28</sup>.

---

25 - يتعلق الأمر بالأستاذان X-martin و R. Perceron، أشار إليهما الأستاذ Gavalda في مقالته.

- Ch.Gavalda, op.cit. p 1763.

إضافة إلى الأستاذ Nicolas-Henri Aymeric.

- N- H. Aymeric, *Essai sur théorie générale du compte en droit privé*, op.cit. p 146 et s.

26 - Ch.Gavalda, op.cit. p 1763.

27 - Michel Cabrillac, *Le chèque et le virement*, 5 éd, Litec, paris, 1980, p 152.

- A.Choinel, G.Rouyer, *La banque et l'entreprise*, op.cit. p 133.

28 - Ch.Gavalda, op.cit. p 1763.

لكن المحكمة عوض أن تستعمل عبارة "التقييد العكسي على الحساب الجاري غير المقفل يعادل الوفاء" الواردة في قرار 1955، استعملت تعبيراً آخر وهو "الحساب الجاري قيد الحركة". غير أن هذا الإختلاف في استعمال المصطلحات لا يرتب أية نتائج مختلفة، مادام أنه المبدأ نفسه المطروح من طرف قضاء 1955.

وقد اقتفت محاكم الموضوع الفرنسية أثر محكمة النقض الفرنسية بخصوص الحل الذي تبنته هذه الاخيرة، ومن بين الأحكام التي جسدت قضاء 1955 (حكم محكمة Aix المؤرخ في 1961/6/15، وحكم محكمة باريس المؤرخ في 1963/1/16).

- أحكام أشار إليها الأستاذ Gavalda في مقالته.

- Ch.Gavalda, op.cit. p 1763.

وفي نازلة أخرى<sup>29</sup> أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الإستئناف، ورفضت الطعن المقدم من البنكي بحجة أن هذا الأخير، والذي أجرى التقييد العكسي في حساب قيد الحركة، يفقد كل حقوقه على الأوراق المقيدة عكسيا، وذلك دون الإلتفات إلى كون أن رصيد الحساب كاف أم غير كاف لتغطية واحتواء دين البنكي المقيد عكسيا<sup>30</sup>.

وفي هذا السياق، فعندما يجري التقييد العكسي أثناء فترة الريبة<sup>31</sup> فإنه بدوره يعادل الوفاء إذا كان الحساب مشتغلا، حسب ما قضت به محكمة

29 - تتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة تدعى Roc-Marine قدمت على التوالي في 19 و 22 يونيو 1974 للبنك الوطني لباريس BNP شيكين للخصم، وقام البنك بقيد قيمتهما مباشرة في الجانب الدائن من حساب الدافع، لكن هذه الشيكات لم تؤدي لإنعدام المؤونة، ومن ثم اختار البنك تقييدهما عكسيا، ولكنه لم يرجعهما للزبون واحتفظ بهما. مع العلم أن شركة Roc-Marine لم تكن متوقفة عن الدفع أثناء تقديمها للشيكات قصد الخصم، وبعد ذلك أعلن عن تصفية أصولها. إذ قرر البنكي متابعة الساحب من أجل مطالبته بأداء الشيكات، غير أن هذا الأخير دفع بأنه أعطى في وقت سابق المبلغ المذكور في الشيكات لشركة Roc-Marine. لكن هذه الأخيرة رفضت أيضا رجوع البنكي عليها بحجة أن هذا الأخير ليس له أي حق عليها، مادام البنكي مارس التقييد العكسي للشيكات في الفترة التي كان فيها الدافع (أي الشركة) في حالة يسار. ونتيجة لذلك فهذا القيد يعادل الوفاء، وهو ما استجابت له محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 20 مارس 1979.

30 - Cass.com., 20 Mars 1979.

- قرار أورده :

- O.Gamard, J.Christophe Monne et E.Wolff, op.cit, p 7.

31 - وضعت المادة 679 من م.ت.م حدودا لفترة الريبة، حيث قضت " بأنه تبتدئ فترة الريبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة، تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود"

- لتكوين فكرة مفصلة عن فترة الريبة يراجع :

❖ Jean-Luc. Vallens, *Nullités de la période suspecte*, D, n° 19, 2009, p 1311 et s. = =

الإستئناف ب Douai في قرارها الصادر في 10 دجنبر 1965<sup>32</sup>. وقد أضافت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 22 يوليوز 1968 بأن كتلة الدائنين لا يمكنها أن تحتج في مواجهة البنك الذي قام بتأسيس تأمينات خلال فترة الريبة، من أجل ضمان استرداد الائتمان الممنوح للزبون المفلس في إطار عقد الحساب الجاري الذي كان دائنا لحظة تأسيس هذه التأمينات، حيث استفاد الزبون من عملية خصم بعض الأوراق التجارية، غير أنها رجعت بدون أداء في تاريخ الإستحقاق، وبناءا عليه، اعتبرت محكمة النقض أن هذه التأمينات مخصصة لضمان الأخطار الناتجة عن عمليات الخصم<sup>33</sup>. وهو ما يمكن البنك من الإستفادة من امتيازين في آن واحد، امتياز التقييد العكسي من جهة، وامتياز الإستفادة من التأمينات المؤسسة خلال فترة الريبة، لإستيفاء قيمة الورقة التجارية.

ونميل إلى القول مع الأستاذ Labat<sup>34</sup> إلى أن نفاذ التأمينات خلال فترة الريبة يتوقف على تطعيم الحساب ببعض العمليات اللاحقة لتأسيس هذه التأمينات، وإلا كان مصير هذه الأخيرة البطلان إذا ظل الرصيد عند تأسيس التأمينات على حاله، وهو البطلان الذي يمكن أن يلحق التقييد العكسي للأوراق التجارية التي لم يحل أجل استحقاقها، على اعتبار أن هذا القيد يعد أداء حقيقيا أثناء تشغيل الحساب.

❖ f.Sage, D. chabbi, *Sûreté réelle, Garantie assimilables et redressement* = = *judiciaire*, L.G.D.J, 1996, p 111 et s.

❖ Christine Lebel, *Cessation des paiements : piqûre de rappel de la cour de cassation*, JCP éd (E), N° 14, 2011, p 29 et s.

32 - C.A, Douai, 10 décembre.1965, JCP, éd, (G), 1966, 2, 14829, Note : **J-L Rives Lange**.

- قرار أشار إليه:

- Vanessa Bouthinon-Dumas, op.cit, p 247.

33 - Cass.com., 22 juillet 1968, www.easydroit.fr/jurisprudence.,(23/11/2011).

34 - Julie Labat, *Le compte courant bancaire des entreprises*, Lamy, paris, 2007, p 229.

وفي هذا الإتجاه، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 18 فبراير 2003<sup>35</sup> أن القبول النهائي للدين المتمثل في الرصيد المدين للحساب الجاري لا يحول دون تعرض المدفوعات المحولة بشكل غير عادي من طرف المدين خلال فترة الريبة للبطلان، إذ قد يلحق هذا البطلان التقييد العكسي للأوراق التجارية التي لم يحل أجل استحقاقها في يوم صدور حكم فتح المسطرة.

### المطلب الثاني : نتائج قاعدة القيد العكسي يعادل الوفاء

لنتناول هذه النقطة سوف نقف عند تعامل القضاء الفرنسي مع الآثار المترتبة عن إجراء التقييد العكسي، قبل أن نخرج على موقف القضاء المغربي من هذه المسألة.

#### الفقرة الأولى: موقف القضاء الفرنسي

يترتب عن إجراء التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب مجموعة من الآثار التي تنصب بالأساس على مصير الأوراق المقيدة عكسيا. وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر سنة 1955 بأن التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب، وذلك في الحالة التي يكون فيها الزبون غير متوقف عن الدفع، يساوي الوفاء، ونتيجة لذلك يلتزم البنكي بإرجاع الأوراق إلى كتلة الدائنين.

وبعد أن كان هذا القرار المحطة الأولى في التمييز بين نتائج التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب وبعد إقفاله، فإن الوضع قبل صدور قرار محكمة النقض الفرنسية لسنة 1979 كان مقتصرًا على هذا التمييز، دون أن

35 - Cass.com., 18 Février 2003, Rev.Dr.Banc.Fin, N 3.2003, p 169, Note : F-X.Lucas.

يتعداه إلى إبراز آثار هذا القيد على وضعية رصيد الحساب الجاري، فهل التقييد العكسي للأوراق التجارية على الحساب غير المقفل يكفي وحده لاعتباره معادلاً للوفاء؟ أم إن كفاية الرصيد تحسم في إنقضاء دين البنكي من عدمه؟

في الواقع، قرار محكمة النقض الفرنسية لسنة 1979 ورغم أنه كان أول قرار يعالج هذه المسألة، إلا أنه لم يلتفت لمطالب البنك الذي أثار مسألة أن رصيد الحساب بعد إجراء التقييد العكسي لم يكن يسمح باحتواء دينه الإجمالي الناتج عن عملية الخصم، وبالتالي وجب استبعاد تطبيق قاعدة التقييد العكسي يعادل الوفاء أثناء تشغيل الحساب، إذ اكتفت محكمة النقض بتأكيد الاجتهاد القضائي لسنة 1955.

ليأتي بعد ذلك دور الفقه في معالجة هذه المسألة، حيث رفض الأستاذ Rives lange<sup>36</sup> الأخذ بعين الاعتبار وضعية الرصيد في لحظة إجراء التقييد العكسي، إذ اعتبر أن هذا الأخير ينقضي به دين البنكي حتى ولو أسفر عن رصيد مدين في مواجهة الزبون.

في مقابل ذلك ذهب جانب من الفقه<sup>37</sup> إلى القول بأن الجزم بكون التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب يعادل الوفاء قد يضر بمصالح البنكي، إذا كان رصيد الحساب مديناً في مواجهة الزبون<sup>38</sup>.

36 - J-L. Rives Lange, M. Contamine-Raynaud, op.cit, p 661.

37 - أحمد محمود جمعة، مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري في الفقه والقضاء-دراسة مقارنة-، (أطروحة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 313.

- André Prum, Pierre Leclercq et Régis Morir, *Reations Entreprises banques*, Francis Lefebvre, 2003, p 349.

38 - ويرى الأستاذ أحمد محمود جمعة أنه لا يمكن الإستناد على الأثر التجديدي للقول بإمكانية قيد مدفوعات جديدة أثناء تشغيل الحساب، لأن هذا مجرد أمل. =

وعموماً، فقد سائر القضاء الفرنسي القرار المبدأ لسنة 1955، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 5 يوليوز 1994 بأن التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب يعادل الوفاء، ويفضي إلى تنازل البنك عن ممارسة المتابعة المصرفية في مواجهة الساحب<sup>39</sup>.

هكذا، ونتيجة لاعتبار التقييد العكسي معادلاً للوفاء، سواء نتج عنه رصيد دائن أو مدين في مواجهة الدافع، فإن الرصيد الدائن لفائدة الزبون سيتقلص بعد إجراء التقييد العكسي. وفي مقابل ذلك، إذا كان هذا الرصيد مديناً في مواجهة الزبون، فإن هذا الرصيد سوف تتزايد مديونته آلياً<sup>40</sup>. وبعبارة أكثر دقة، يميز التحليل الكلاسيكي لآثار التقييد العكسي على

== - أحمد محمود جمعة، مرجع سابق، ص 313.

وفي هذا الصدد، أطلعنا مدير وكالة محلية للشركة العامة للأبنك بأن هذه الأخيرة تنظر عند رجوع الورقة التجارية بدون أداء إلى وضعية الحساب قبل إجراء التقييد العكسي، فإذا كان رصيد الحساب يسمح باحتواء قيمة الورقة يعمل البنك على إجراء تقييد عكسي في الجانب المدين من حساب الزبون، بينما إذا كان الحساب لا يتوفر على الرصيد الكافي لإجراء هذه العملية فإن البنك يفضل متابعة الضامن الأكثر ملاءة في إطار القانون المصرفي، بدل إجراء تقييد عكسي في الحساب.

39 - Cass.com., 5 juillet 1994, Bull.civ, 1994, 4, N° 252. p 199.

- ومن بين هذه القرارات التي ذهبت في هذا الإتجاه :

❖ Cass.com., 16 Mars 1982, Bull.civ.4.N° 104.

❖ Cass.com., 4 Juin 1996, Bull.civ.4 N° 177.

❖ Cass.com., 30 Juin 1996, Bull.civ.4 N° 133.

- قرارات أشار إليها :

- **André Prum, Pierre Leclerq et Régis Morir**, op.cit, p 349.

نبه جانب من الفقه إلى أنه لا يترتب عن كون الزبون موسراً، أنه بالضرورة سوف يكون الحساب كافياً لتغطية الرصيد النهائي للحساب.

40 - **P.Didier**, *Droit commercial, T 4, L'entreprise en difficulté*, 2 éd, Puf, 1999, p 421 et s.

وضعية الحساب، بين الحالة التي ينقص فيها التقييد العكسي من الرصيد الإيجابي للحساب، حيث يعتبر البنكي في ظل هذه الفرضية مستوفيا لأدائه بالمعنى القانوني والمالي للمصطلح، والحالة التي يزيد فيها التقييد العكسي من قيمة الرصيد السلبي للزبون، فالبنكي في هذه الحالة لا يستوفي أدائه بالمعنى المالي للمصطلح<sup>41</sup>. لكن إجراء التقييد العكسي في هذه الحالة يساوي الوفاء بالمعنى القانوني للمصطلح<sup>42</sup>.

وهذه القاعدة لها ما يبررها، فقبل إقفال الحساب الجاري من المفترض أن ينتج الحساب أثر التسوية، الذي من المرجح أن لا يرتب أي أثر عند الإقفال<sup>43</sup>.

إضافة إلى هذا، يسفر التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب الجاري عن نتيجة أخرى، تكمن في فقدان البنكي لملكية الأوراق المقيدة عكسيا، التي يلتزم بإرجاعها إلى زبونه ليمارس هذا الأخير الحقوق والدعاوى المرتبطة بها. وبالتالي يجرد البنكي من الضمانة المصرفية للموقعين على السند التي كانت ترتبط بالسند غير المؤدى<sup>44</sup>، وهو الأمر الذي يمكن أن يضر بمصالح البنكي إذا كانت وضعية الدافع ميئوس منها<sup>45</sup>.

41 - N-H. Aymeric, op.cit, p 148 et s.

42 - ونتيجة لذلك لا يمكن للبنكي ماديا مباشرة حقوق الحامل على الأوراق، لأنه لايمكنه ممارسة الرجوع الصرفي في مواجهة الموقعين على الورقة، مادام جرد من ملكية هذه الأخيرة بمجرد إجراء القيد العكسي. وهذه الوضعية كارثية بالنسبة للبنك، لأنها تؤدي إلى النقل من حظوظه على رصيد الحساب الجاري في مواجهة الدافع.

- El Hadi Chaibainou, *La contre-passation systématique par l'ordinateur*, Revue La Sûreté National, N° 168, 1992, p 4 et s.

43 - N-H. Aymeric, op.cit, p 148.

44 - J-L. Rives Lange, M. Contamine - Raynaud, op.cit, p 657.



وفي هذا الإتجاه، نقضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الإستئناف ب Saint-Denis-la réunion في 28 أكتوبر 1983، وقضت بأن التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب، في الوقت الذي يكون فيه الدافع غير متوقف عن الدفع، يحرم البنكي من جميع حقوقه على السند المقيد عكسيا<sup>46</sup>.

== حاول البنكيون في فرنسا التملص من هذه القاعدة، حيث عمدوا إلى الاستفادة من الخيارين معا، إجراء القيد العكسي والاحتفاظ بملكية الورقة، وقد إترف لهم جانب من القضاء بإمكانية الاحتفاظ بها على أساس الوكالة في التحصيل (قرار محكمة ليون 1956/1/30)، كما جرى القبول أيضا في قرار آخر بإمكانية الاحتفاظ بالورقة بعد قيدها عكسيا على أساس الرهن من أجل ضمان أداء رصيد الحساب، حيث قبلت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 1959/4/14 بصلاحيّة هذا الشرط. وفي مقابل ذلك، عارضت هذه الأخيرة بشدة الشرط الذي بواسطته يحتفظ البنكي بملكية الأوراق المقيدة عكسيا دون الاستناد على الرهن أو الوكالة.

- J-L. Rives Lange, M. Contamine - Raynaud, op.cit, p 661.

45 - لا نتفق مع الأستاذ محمد صبري الذي اقترح احتفاظ البنكي بالورقة على أساس الرهن بعد قيدها عكسيا دون أن يميز بين حالة إجراء القيد العكسي أثناء تشغيل الحساب وحالة إجرائه بعد إقفال الحساب، وهو أمر له آثار ونتائج مختلفة، للإختلاف البين بين الوضعيتين.

- محمد صبري، الائتمان البنكي ومسؤولية البنك المدنية عند تجاوز أنون الإعمادات، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص 37 و 38.

46 - Cass.com., 4 juin 1985, Rev.Banque, N° 268, 1986, p 99.

عند انتقلنا لزيارة مؤسسة البنك المغربي للتجارة الخارجية (BMCE)، في إحدى وكالاتها بمدينة مراكش أخبرنا مسؤول بها أن هذه المؤسسة أصبحت تحد من عمليات خصم الأوراق التجارية، على اعتبار أن القضاء ببلادنا يتصدى للشرط التعسفية التي تدرجها الأبنك في إتفاقيات الحساب بالإطلاع، والتي تسمح لها بموجبها بالاحتفاظ بالأوراق بعد قيدها عكسيا، وهو الأمر الذي يعد خروجاً عن نص المادة 502 من مدونة التجارة التي تلزم البنكي بإرجاع الأوراق بعد قيدها عكسيا.

هكذا رأينا سابقا أن القضاء الفرنسي كان حازما تجاه البنكى وأجبره على إرجاع الأوراق التجارية للزبون متى قام بقيدها عكسيا، غير أن الوضع في بلجيكا يختلف، حيث إن البنكى يحتفظ رغم التقييد العكسي بملكية الأوراق، على اعتبار أن القضاء البلجيكي لم يميز بين ما إذا كان الحساب مقفل أم غير مقفل لحظة إجراء القيد العكسي<sup>47</sup>. وهو الإتجاه الذي يسير فيه القضاء البلجيكي حاليا<sup>48</sup>.

### الفقرة الثانية : موقف المشرع والقضاء المغربيين

بعد أن تطرقنا للوضع في كل من فرنسا وبلجيكا، حان الوقت لمعرفة موقف المشرع المغربي من هذه المسألة، فهل اكتفى المشرع المغربي بتبني الحلول التي توصل إليها القضاء الفرنسي بعد مخاض عسير؟ أم أنه راعى خصوصية المجال الإقتصادي ببلادنا، ومن ثم لطف من الآثار الفاسية التي يربتها التقييد العكسي على الوفاء؟ وكيف تصدى القضاء المغربي لمحاولة الأبنك الإلتفاف على نص المادة 502 من م.ت.م؟

بداية يجب الإعتراف بأن مشرنا استفاد من الحلول القضائية التي توصل إليها القضاء الفرنسي بخصوص مسألة إنقضاء دين البنكى بإجراء التقييد العكسي أثناء اشتغال الحساب، وهو الأمر الذي تأكد لنا بمطالعتنا للفقرة الأخيرة من المادة 502 من مدونة التجارة<sup>49</sup> التي جاء فيها ما يلي:

47 - Ch.Gavalda, op.cit, p 1763.

48 - Georges Frédéric, *La saisie de la monnaie scripturale*, F. Larcier, Bruxelles, DL 2006, p 555.

49 - تنص المادة على أنه " حينما يكون تسجيل دين في الحساب ناتجا عن ورقة تجارية مقدمة إلى البنك يفترض أن التسجيل لم يتم إلا بعد التوصل بمقابلها من المدين الرئيسي، ونتيجة لذلك إذا لم تؤد الورقة التجارية في تاريخ استحقاقها، فلبنك الخيار في :  
==

== - متابعة الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية.

- أو تقييد في الرصيد المدين للحساب، الدين الصرفي الناتج عن عدم أداء الورقة أو دينه العادي ردا للقرض، ويؤدي هذا القيد إلى انقضاء الدين وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون".

قد يشمل القيد العكسي قيمة القرض العادي المسلم عند تقديم الورقة من طرف الزبون للبنكي، وهذا هو المقصود بعبارة "دينه العادي" الواردة في المادة 502، وقد يشمل إضافة إلى أصل الدين، الفوائد القانونية ومصاريف الإحتجاج أو غيرها وهذا هو المقصود بعبارة "الدين الصرفي" في المادة المذكورة.

كما أن الأوراق التي تستفيد من مقتضيات حق الخيار المنصوص عليه في م 502 هي تلك المقدمة للبنك على سبيل الخصم دون تلك المقدمة على سبيل التحصيل، وبالتالي فالنقيد العكسي الذي تتحدث عنه المادة 502 هو الذي يأتي نتيجة لغياب أداء ورقة مخصومة.

- يراجع بخصوص هذا الرأي :

- عبد الرحيم المودن، النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، -أكدا- الرباط، السنة الجامعية : 2003-2004، ص 237.

- وخلاف هذا الرأي يراجع:

- Michel Cabrillac, *Le chèque et le virement*, op.cit, p 152.

حيث اعتبر الأستاذ كابريلاك أن البنكي يمكنه الإستناد إلى التقييد العكسي عندما يقدم إليه الشيك على أساس التحصيل، إلا أنه في نفس الوقت، نبه إلى ضرورة التمييز بين التظهير الذي يلحق الورقة التي تقدم للخصم والتظهير الذي يطال تلك المقدمة على أساس التحصيل، واللذان يختلفان بطبيعة الحال.

وقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف التجارية بفاس ما يلي : "... لا يجوز للبنك تطبيق مقتضيات الفصل 502 من م.ت على حساب زبونه إلا بمناسبة تداول الأوراق التجارية، دون أن يمتد ذلك إلى الأوراق المالية وطنية كانت أم أجنبية."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس، ملف عدد 03/05/11، مؤرخ في 2004/01/22 ، منشور بمدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، مدونة التجارة مع آخر التعديلات، لمؤلفه محمد بفقير، مطبعة النجاح الجديدة، ط 2، الدار البيضاء، 2011، ص.

"أو تقييد في الرصيد المدين للحساب، الدين الصرفي الناتج عن عدم أداء الورقة أو دينه العادي ردا للقرض، ويؤدي هذا القيد إلى إنقضاء الدين، وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون".

يتبين أن هذه الفقرة تعكس بشكل غير مباشر الآثار التي تنجم عن الأثر التجديدي أثناء تشغيل الحساب، والتي تؤدي إلى إنقضاء الحق الصرفي للبنكي بمجرد إجراء التقييد العكسي، حيث يكون هذا الأخير مطالبا في هذا الفرض بإرجاع الأوراق لزبونه، الأمر الذي سينتج عنه لاحقا فقدان البنكي للضمانة المصرفية الإحتمالية للموقعين على السند<sup>50</sup>.

50 - **Didier-R.Martin**, *Droit commercial et bancaire marocaine*, Almadariss, Casablanca, 1999, p 230.

تشكل المادة 502 من مدونة التجارة تطبيقا مباشرا لمبدأ "القيد العكسي يعادل الوفاء أثناء تشغيل الحساب"، ونتيجة لذلك فإن آثار عدم تحصيل قيمة هذه الأوراق في مرحلة تشغيل الحساب هي المؤطرة في المادة 502، وبالتالي نستبعد تطبيق هذه الآثار على الحساب المقفل، وإلا كانت النتائج قاسية على البنكي.

يؤدي التقييد العكسي إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كما لو كان المدفوع لم يقيد أصلا بالحساب، ومن ثم يلتزم البنكي برد الورقة للدافع.

- أحمد محمود جمعة، مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري، مرجع سابق، ص 302.

وقد يعمل البنكي على إعادة خصم الورقة التجارية لدى بنك المغرب، حيث تتم هذه العملية بواسطة قيام البنكي ببيع هذه الورقة إلى بنك المغرب، مقابل استفاضة هذا الأخير من عمولة. إذ يعمل بنك المغرب على قيد قيمتها في الجانب الدائن من حساب البنك المستفيد من إعادة الخصم. وعند حلول تاريخ الإستحقاق هناك احتمالين، إما أن يستوفي بنك المغرب قيمة هذه الأوراق، وهنا لا إشكال. وإما أن يرفض المسحوب عليه الأداء، وهنا يرجع بنك المغرب في مواجهة البنك المستفيد من هذه العملية عن طريق إجراء قيد عكسي في الحساب الذي يجمعه مع هذا الأخير. وبدوره يكون البنك المستفيد من إعادة الخصم محقا في إجراء قيد عكسي في حساب الزبون إن اختار تسوية حقه داخل الحساب بدل متابعة الموقعين على الورقة.

- توصلنا لهذه المعطيات من طرف مسؤول ببنك المغرب بمدينة مراكش، دون أن نستطيع الحصول على وثائق تبين كيفية القيام بهذه العملية.

وبمطالعتنا للإتجاه القضائي لمحاكم بلادنا، وتعامله مع نص المادة 502، خالصنا إلى أن قضائنا بقي أميناً ووفياً لروح نص المادة 502،<sup>51</sup> حيث تصدى لمحاولات الأبنك الإلتفاف على النصوص التي تؤطر تقنية خصم الأوراق التجارية.

ففي نازلة عرضت أمام محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، تصدت هذه الأخيرة في قرارها المؤرخ في 9 ماي 2006 لقيام البنك بإستخدام الخيارين المنصوص عليهما في المادة 502 معا في آن واحد، إذ قضت بما يلي " غير أن البنك في نازلة الحال استعمل الخيارين معا في آن واحد، مخالفاً بذلك ما نصت عليه المادة 502، بحيث كان عليه لما استخلص قيمة هذه الورقة مباشرة من الزبون (عن طريق الفيد العكسي) أن يرجعها إليه، ليتأتى له بناءاً عليها ضمان حقوقه بالرجوع على الساحب في إطار المادة 201 من مدونة التجارة"<sup>52</sup>.

51 - جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء ما يلي : "... يترتب على إدراج قيمة السندات في الضلع المدين للحساب الجاري أن السندات تفقد طابعها الخاص، ونوعيتها المستقلة، وتعتبر مؤداة، وأن الضمانات تنقضي ما عدا إذا اتفق على خلاف ذلك".

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، ملف عدد 036/168، مؤرخ في 03/06/2004، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 105، سنة 2006، ص 180 وما يليها.

52 - قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، رقم 455، صدر بتاريخ 05/09/2006، منشور بمجلة المحاكم التجارية، عدد 2 دجنبر 2006، ص 141 وما يليها.

وأضافت المحكمة "يكون البنك الذي استخلص قيمة الكمبيالة من زبونه دون أن يرجعها مسؤولاً ومسؤولية مباشرة عن فوات فرصة حق رجوع الزبون لاسترجاع ما وفاه، وهو بهذا يكون قد ارتكب خطأً بنكياً موجبا للتعويض".

بل أكثر من ذلك لم تعدد محكمة الإستئناف بنفس المدينة في قرار آخر صادر عنها بعملية إرجاع البنك للكمبيالة مناولة ودون أي إجراءات، حيث اعتبرت ذلك "عملاً يفترق للإحترافية، وأن تبعاته تبقى على من قام به، وبالتالي فإن التقييد العكسي =

كما جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء مؤرخ في 13 يناير 2009 ما يلي : "لما عمد البنك لتقييد الكمبيالة تقييدا عكسيا بالحركة المدينة في الحساب، ولم يثبت ممارسة دعوى الرجوع الصرفي فإن من شأن ذلك أن يجعله غير محق في المطالبة بالمبالغ المذكورة لتفويته فرصة الرجوع على الملتزمين"<sup>53</sup>.

وهو الإتجاه الذي سبق وأن كرسته محكمة النقض في قرار صادر عنها بتاريخ 28 يونيو 2006، إذ جاء فيه ما يلي : " في حالة عدم التوصل بقيمة الكمبيالة، فإن للبنك الخيار في إما متابعة الموقعين من أجل استخلاص الكمبيالة، أو إعادة تقييد قيمتها في الرصيد المدين لحساب

---

= = الذي تم بحساب المستأنف عليه بخصوص هذه الكمبيالة يبقى غير مشروع، لأن البنك في هذه الحالة يعتبر هو الممتلك للكمبيالة، وأن حقوقه المترتبة عليها تبقى تجاه المسحوب عليه وباقي الملتزمين في حالة وجودهم".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، قرار رقم 512، صدر بتاريخ 2007/5/8، منشور بمجلة المحاكم التجارية عدد 5 و6، 2010، ص 120.

وفي نفس الإتجاه ذهب أيضا قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء :

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء، ملف رقم 11/07/1051، صدر بتاريخ 2007/09/21، (غير منشور).

53 - قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدر البيضاء، قرار رقم 2009/192، صدر بتاريخ 2009/1/13، (غير منشور).

وأضافت المحكمة بأن "أداء الزبونة ما بذمتها بتاريخ لاحق لإجراء التقييد العكسي المتعلق بمجموعة من الكمبيالات بمبلغ 206 592,00 درهم، يثبت إبراء ذمتها من الدين، ويبقى تبعا لذلك المبلغ المطالب به لا أثر له في الكشف بتاريخ قفل الحساب".

لكن ما يؤخذ على هذا القرار، أنه اعترف ضمنا بأن التقييد العكسي الذي يليه إدخال بعض المدفوعات في الحساب عن طريق الزبونة هو الذي يؤدي إلى انقضاء دين البنكي مهما تكون نتيجته على وضعية رصيد الحساب، أي سواء أسفر عن رصيد دائن أو مدين. وهذا يشكل خروجاً عن نص المادة 502.

الزبون لكي يصبح ميزان العمليتين الواردتين في دائنية ومدينية الحساب يساوي الصفر، وفي هذه الحالة يصبح الدين منقضا ويلزم البنك بإرجاع الورقة التجارية للزبون<sup>54</sup>.

وقد رتبت محكمة النقض<sup>55</sup> عن عدم إرجاع البنكي للورقة التجارية للزبون جزاءا يتمثل في عدم أحقية البنكي في المطالبة بقيمة الورقة المقيدة

54 - قرار محكمة النقض، عدد 679، المؤرخ في 28/06/2006، ملف تجاري عدد 2005/2/3/175، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، يناير 2007، ص 263.

- من بين القرارات التي زكت هذا الاتجاه:

❖ قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، رقم القرار 198، صدر بتاريخ 27/2/2007، رقم الملف 1333 / 2006، منشور بمجلة المحاكم التجارية، عدد 5/6، سنة 2010، ص 112 وما يليها.

❖ قرار محكمة النقض، عدد 1297، مؤرخ في 21/12/2005، ملف تجاري عدد 2005/1/3/692، منشور بالدليل العملي للمنازعات البنكية، لمؤلفه نبيل أبو مسلم، مرجع سابق، ص 221. والذي قضى بما يلي " تبقى المؤسسة البنكية في إطار عملية الخصم، ملزمة بإرجاع الكمبيالات للزبون عند إقدامها على تقييد قيمتها بالضلع المدين لحسابه المفتوح لديها."

❖ وفي هذه الحالة يجب على البنكي أن يرجع الورقة مباشرة وبحجة ثابتة لزوننه. (قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش الصادر في 27/2/2007 المشار إليه سابقا).

❖ قرار محكمة النقض، عدد 152، صدر بتاريخ 04/02/2009، ملف عدد 06/59، منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 17/18، 2010، ص 179 وما يليها. حيث جاء فيه مايلي : "... البنك إذا اختار تقييد قيمة الورقة التجارية المقدمة للخصم، التي لم تؤدي في تاريخ استحقاقها في الرصيد المدين للحساب، فإن الدين ينقضي في مواجهة الزبون ويبقى ملزما بإرجاعه له الورقة التجارية ليمارس ما له من حقوق عليها، وطبعا يبقى من حقه المطالبة بالرصيد المدين للحساب الجاري في مواجهة زبوننه، في ذلك مقابل الورقة التجارية التي أصبحت واحدة من إحدى مفرداته..."

==

في الحساب، فهذا الأخير يكون في هذه الحالة قد ارتكب خطأ بنكيا موجبا للتعويض<sup>56</sup>.

55 - قرار محكمة النقض، عدد 152، صدر بتاريخ 2009/02/04، ملف عدد 06/59، مرجع سابق، ص 179.

56 - قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، ملف عدد 05/957، مؤرخ في 2006/05/09، منشور بمجلة المحاكم التجارية، عدد 02، سنة 2006، ص 141 وما يليها.

قضت المحكمة التجارية بأكادير بأن "... امتناع البنك عن أداء قيمة الكمبيالات أو تقييدها عكسيا أو إرجاعها إلى الزبون في وقتها يعتبر إخلال بالتزامات البنك المبرر لقيام مسؤوليته".

- حكم المحكمة التجارية بأكادير، ملف عدد 01/989، مؤرخ في 2003/01/30، منشور منشور بمجلة المرافعة، عدد 15/14، سنة 2004، ص 331 وما يليها.

جاء أيضا في قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بفاس ما يلي: "... إذا عمد البنك إلى تغيير دينه في الحساب الجاري دون إرجاعه الوثيقة للمستفيد منها قصد اتخاذ الإجراءات الكفيلة للمحافظة على حقه في مواجهة الساحب يحمل البنك مسؤولية عمله وتعويضه عن الضرر اللاحق بالمتضرر في حدود الثابت والمستحق".

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس، ملف عدد 05/986، مؤرخ في 2007/11/13، منشور بمجلة المعيار، عدد 40، سنة 2008، ص 253 وما يليها.

وفي هذا الإتجاه اعتبرت محكمة الإستئناف التجارية بمراكش أن عدم إرجاع الكمبيالة إلى الزبون بعد تقييدها عكسيا يجعل هذا القيد غير مبرر، إذ قضت بما يلي: "وحيث إنه طبقا للفصل 502 من مدونة التجارة فإنه حينما يكون تسجيل دين في الحساب ناتج عن ورقة تجارية مقدمة إلى البنك، فإنه في حالة عدم أداء الورقة التجارية من المدين الرئيسي يكون للبنك الخيار بين متابعة الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية أو تقييد مبلغها في الرصيد المدين للحساب وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون. وحيث إن المستأنفة في النازلة بعدما رجعت الكمبيالة بدون أداء اختارت تقييد مبلغها في الرصيد المدين لحساب المستأنف عليه وفي هذه الحالة تبقى ملزمة بإرجاع الكمبيالة إلى الزبون ليتولى بنفسه اتباع المسطرة التي يقررها القانون، وأنه ما دام أنها لم ترجع الكمبيالة ==



غير أن الإشكال يثار حول الطرف الذي يقع على عاتقه عبئ إثبات إرجاع الورقة التجارية أو تسلمها، هل البنكي هو من يبادر إلى إرسال الورقة للزبون؟ أم أن هذا الأخير ملزم بتقديم طلب لدى البنكي من أجل تسلمها؟

في الواقع، نجد إتفاقية الحساب الذي يبرمها بنك التجاري وفا بنك مع المقاولات التجارية تنص في أحد بنودها في إطار الحديث عن خصم الأوراق التجارية على ما يلي :

" ... يتعين على الزبون أن يسحب السند غير المؤدى من وكالته البنكية، مقابل توقيع إشعار بالتوصل، بمجرد تسلم الإشعار بالمدينة الذي يخبره بتقييد السند غير المؤدى في مدينة حسابه أو بمجرد تسلم كشف حسابه الدوري، وإلا يبقى البنك محقا في أن يرسل إليه الورقة التجارية غير المؤداة بواسطة رسالة عادية ولا يتحمل أية مسؤولية عن طريقة الإرسال هذه." ويتبين أن البنك احتفظ لنفسه بسلطة اختيار الطريقة المناسبة لإشعار الزبون، أمام غموض المادة 502 من م.ت، التي لم تبين الطرف الملزم بتسليم أو تسلم الورقة التجارية، وتبقى الوسيلة الثانية لإشعار الزبون بواسطة رسالة عادية وسيلة تتم عن سوء نية البنك في هذا

= إلى المستأنف عليه واحتفظت بها فإن تقييد قيمتها في مدينة الحساب يبقى غير مبرر وادعاؤها كونها راسلت المستأنف عليه بشأنها لا يسعها خاصة وأن المستأنف عليه أثبت أنه كان يطالبها بمصير الكميالة وحضر لديها للاستفسار حولها بل إنها لم تستطع رغم إجراء البحث في القضية إثبات إرجاع الكميالة إلى المستأنف عليه."

- قرار محكمة الإستئناف التجارية بمراكش، ملف عدد 1180/2006، مؤرخ في 15-10-2009، منشور بالموقع الإلكتروني التالي : [www.Cacmarrakech.com](http://www.Cacmarrakech.com)، (2012/03/22).

الشأن، إذ لديه من الإمكانيات ما تمكنه من إرسال الورقة التجارية عبر البريد المضمون تفاديا لأي إشكال.

وعموما، يستفاد من الأحكام والقرارات السابقة أن الأبنك غالبا ما تحاول تعطيل العمل بنص المادة 502 من م.ت.م، التي تلزمها بضرورة الإختيار بين إجراء التقييد العكسي أو متابعة الموقعين على الورقة، حيث إنها تحتفظ بملكية الورقة التجارية رغم تقييدها عكسيا، لكنها تجد القضاء حاجزا منيعا أمام محاولاتها هذه.

في الواقع، تدرج الأبنك شرطا في صلب اتفاقيات الحساب بالإطلاع يسمح لها بعد التقييد العكسي للأوراق المخصومة بالاحتفاظ بملكيته، وهو ما من شأنه أن يفرغ مضمون المادة 502 من م.ت.م من محتواها، إذ أن هذه المادة ترتب على إجراء التقييد العكسي أثناء تشغيل الحساب انقضاء دين البنكي، وإلزامية إرجاع الورقة التجارية للزبون، تأسيسا على أن الأول يكون قد استوفى حقه بالكامل، بتفضيله تسوية حقه وفق ميكنزمات الحساب. لكن القضاء في غالب الأحوال يرفض هذا الجمع بين التقييد العكسي والاحتفاظ بملكية الورقة، حماية للزبون من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليه في المادة 230 من ظهير الالتزامات والعقود. وهو موقف جدير بالتأييد، من شأنه أن يشكل ضمانا جد فعالة للزبون، تحميه من تعسف البنكي في هذه المسألة.

وفي هذا الصدد، لم تمنح محكمة النقض البنكي حق الاحتفاظ بالورقة التجارية على أساس حق الحبس موضوع نص الفصل 291 من ظل.ع<sup>57</sup>، وذلك بعد أن عمل على تقييدها عكسيا، إثر رجوعها بملاحظة

57 - ينص الفصل 291 من ظل.ع على ما يلي: "حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين، وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون."

عدم الأداء، إذ جاء في قرار صادر عنها ما يلي : " ... والمحكمة مصدرية القرار المطعون فيه التي أسقطت قيمة الشيكات والكمبيالات المقدمة للخصم التي لم يرجعها البنك لزبونتته رغم تقييد قيمتها في مدينة رصيد حسابها بالإطلاع، تكون قد طبقت صحيح أحكام المادة 502 المذكورة التي لا تخول للبنك في هذه الحالة تطبيق حق الحبس موضوع نص الفصل 291 من ظ.ل.ع... " 58.

وهو ما يشكل امتيازاً إضافياً لفائدة الزبون، من شأنه أن يحد من فعالية الشروط التعسفية التي تدرجها الأبنك في إتفاقيات الخصم التي تبرمها مع زبائنها. فعلى سبيل المثال أدرج بنك " التجاري وفا بنك " بندا في الفصل الثاني من إتفاقية الحساب التي يبرمها مع المقاولات التجارية يقضي بما يلي : " ضماناً لأداء كل مبلغ يدين به للبنك على أي سبيل كان، يوافق الزبون على ممارسة البنك لحقه في الحبس حيال كل القيم، أي كانت طبيعتها، التي يحوزها لحساب الزبون وذلك عملاً بالمادة 291 وما يليها من ق.ل.ع". فالذي يظهر أن محكمة النقض ترفض إسقاط هذا الشرط على الأوراق التجارية المقيدة عكسياً لحماية للزبون.

58 - قرار محكمة النقض، ملف عدد 2010/1/3/1377، مؤرخ في 2011/04/07، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 74، سنة 2012، ص 239 وما يليها.

وبهذا القرار تكون محكمة النقض قد وضعت حداً للممارسة البنكية التي كانت تدرج حق الحبس في صلب إتفاقيات الحساب بالإطلاع، إذ تعتبر الأبنك أن جميع الأوراق والسندات التي يمسكها البنك تعد ضماناً لكل التعهدات التي في ذمة الزبون نحو البنك، غير أن أعمال هذا الحق يتعارض بشكل واضح مع مقتضيات المادة 502 من م.ت، التي تلزم البنك بإرجاع الورقة التجارية للزبون بعد قيدها عكسياً أثناء تشغيل الحساب.