

سلسلة دراسات

المجلة المغربية للدراستات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والاقتصادية

عدد 9 / ماي 2022 - الثمن: 60 درهما

دراسة مبدأ الحلول في مادة التأمين

عبد العزيز العيساوي

وضعية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل
في ضوء القانون رقم 49.16 والقانون رقم 73.17

مصطفى رفيق

مؤسسة الإكراه البدني في القانون المغربي أي دور جبري
لتحصيل الديون العمومية؟

عبد العزيز موهيب

نموذج الحكم الذاتي بإسبانيا

سمية باني

سياسة الصفقات العمومية بالمغرب في مواجهة أزمة كورونا

محمد بكشوا / د. محمد باري

القضاء الدستوري كآلية إجرائية لحماية الحقوق
والحريات الأساسية

كريم القرقروري

تنسيق:

فهد الشرايبي

المدرسة الوطنية للتجارة والتسيير
جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء

منير الحجاجي

كلية العلوم القانونية والسياسية
جامعة الحسن الأول بسلطات

REMEJE
REMEJE
REMEJE

المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

Revue marocaine des études juridiques et économiques

SERIE D'ETUDES

REVUE MAROCAINE DES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

Numéro 9 / Mai 2022 - Prix : 60 DHs

*L'optimisation fiscale de l'entreprise en difficulté
au Maroc*

Fahd CHRAIBI

Droit de communication et contrôle fiscal

Mohamed Salah ALINI

*Le concept de la légalité pénale : Sentiers généalogiques
et justifications criminologiques*

Maria Neddi

*La contestation des libertés individuelles entre les droits
humains et le respect de l'ordre général en France*

Majidi cherkaoui

Coordination :

Mounir EL HAJJAJI

Faculté des sciences juridiques et politiques
Université Hassan I SETTAT

Fahd CHRAIBI

Ecole nationale de commerce et de gestion
Université Hassan II Casablanca

ردمدم : 1142 - 2489

ISBN : 2489 - 1142



**المجلة المغربية
للداسات القانونية والاقتصادية
Revue Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques
REMEJE**

العدد: 9 / ماي 2022



المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

العدد: 9 / ماي 2022

الديوان المسؤول:

منير الحجاجي أحمد حاسون

إدارة التحرير:

أحمد ميمون فهد الشرايبي

الهيئة القانونية للمجلة:

عادل بوحافة (محام)، عبد الرحمان الحجاجي (محام)، طارق القاسمي (عدل)

ملف الصعانة: الإيداع القانوني: الرقم الدولي: (رسم) ISSN

2489-1142

2015PE0147

2014/01

© جميع حقوق النشر محفوظة

الناس:

المؤسسة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية (FOMEJE)

عنوان المجلة:

الرقم 1314 شقة رقم 1 حي مجمع الخير سطات

للمنشر يرجى الرسالة عبر البريد الإلكتروني للمجلة:

revueremeje@gmail.com – mounirhaj79@yahoo.fr – rochdiadnane@gmail.com

الهاتف:

06 61 51 63 93 – 06 50 08 19 69 – 06 67 51 53 44

الطبعة:

مطبعة: رؤى برينت، الشقة 17، شارع المغرب العربي، رقم 2 مكرر، المحيط - الرباط.

البريد الإلكتروني: roaprint22@gmail.com - رقم الهاتف: 0660665159

المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

الدربران السؤرلرن :

أحمد حاسون
hassounbenabbad@yahoo.fr

منير الحجاجي
Mounirhaj79@yahoo.fr

أعضاء اللجنة العلمية :

د. الحسن الأمراني زنطار	د. عبد القادر تيعلاقي	د. عمر الكتاني
د. حسن خطابي	د. محمد حركات	د. رشيد السعيد
د. عبد الرحيم العماري	د. رياض فخري	د. عبد الجبار عراش
د. ادريس لكريني	د. عبد اللطيف خالفي	د. زهير لخيار
د. نجاة العماري	د. محمد الغالي	د. جمال خطابي
د. الحسن جماعي	د. عبد الفتاح بلخال	د. نجيب الحجوي
د. أحمد المالكي	د. خالد شيات	د. يحيى علوي
د. السعدية ماجيدي	د. حميد ربيعي	د. محمد جمال معتوق
د. رشيد ملوكي	د. رشيد عدنان	د. يحيى حلوي

المقالات المنشورة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر عن اتجاهات المجلة

الفهرس

دراسة مبدأ الحلول في مادة التأمين	
عبد العزيز العيسادي	5
وضعية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل في ضوء القانون رقم 49.16	
والقانون رقم 73.17	
مصطفى ربنى	23
مؤسسة الإكراه البدني في القانون المغربي أي دور جبري لتحصيل الديون العمومية؟	
عبد العزيز موهب	45
نموذج الحكم الذاتي باسبانيا	
سمية باني	59
سياسة الصفقات العمومية بالمغرب في مواجهة أزمة كورونا	
محمد بکسرا / ذ. محمد باري	77
القضاء الدستوري كآلية إجرائية لحماية الحقوق والحريات الأساسية	
كريم القرقرى	107

دراسة مبدأ الحلول في مادة التأمين

د. عبد العزيز العيساوي

باحث في القانون الخاص

يعتبر التأمين عن المخاطر والأضرار من أهم الآليات العملية التي تشكل جواباً تضامنياً. انسجاماً مع التطورات المسجلة في شتى مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ذلك أن روح المبادرة التي يتسلح بها الفرد وهو يقتحم الأنشطة الاقتصادية تحتاج إلى دعائم وضمانات لحماية استمرار الأنشطة الاقتصادية التجارية المالية.

في هذا الإطار يعتبر التأمين¹ أحد أبرز المرتكزات التي تم الاهتمام إليها في سبيل البحث عن كيفية المساهمة في حماية التضامن المجتمعي بصفة عامة.

¹ إن أشهر تعريف للتأمين هو تعريف الفقيه هيمار، الذي يعتبره "عملية بموجها يحل أحد المتعاقدين، وهو المؤمن له، في نظير مقابل يدفعه، على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير، إذا تحثت خطر معين، المتعاقد الآخر وهو المؤمن، الذي يدخل في عهده مجموعة من هذه الاخطار ويجري مقاصة فيها بينهما طبقاً لقوانين الإحصاء".

«c'est une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre moyennant une rémunération, la prime (ou cotisation pour les mutuelles), pour lui ou un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur qui, prenant en change un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique».

- Hémard (j), Théorie et pratique des assurances terrestres, t. 1, Paris. Librairie du Recueil Sirey, 1925.p.73.

أورده، الحسين بلوش: شرح مدونة التأمينات الجزء الثاني: التأمين من الحريق، مطبعة قرطبة، أكادير، الطبعة الأولى 2016، ص4.

- كما عرفه أستاذنا فؤاد معلال عقد التأمين: " بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين، وهو المؤمن، اتجاه الطرف الآخر، الذي هو المكتب، نظير أقساط أو اشتراكات يلتزم هذا الأخير بأدائها، بتغطية خطر معين، عن طريق دفع أداء محدد للمكتب أو للمستفيد في حالة تحقق ذلك الخطر". الوسيط في قانون التأمين دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمين المغربية الجديدة، دار أبي رقرق للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الأولى 2011، ص16.

أنظر أيضاً في تعريف عقد التأمين:

لا يخفى على أحد الأهمية الكبرى لعقد التأمين في ظل التقدم التقني الهائل في شتى مجالات الحياة في ظل تفاقم المخاطر التي تحيط بالإنسان. وإذا كان التأمين يهدف إلى تعويض المؤمن له عما يلحقه من أضرار عن طريق إلزام المؤمن بهذا التعويض، فإنه ليس من شأن التأمين أن يثري المؤمن له على حساب التأمين وخاصة في الحالات التي يتقرر له فيها الرجوع على من تسبب في إلحاق الضرر بالمؤمن له عن طريق الجمع بين مبلغ التأمين وما يستحقه من تعويضات من الغير، كما ليس من العدالة والمنطق إفلات المتسبب في هذا الضرر من المسؤولية. من هنا كان أحد المبادئ المهمة في عقد التأمين هو مبدأ الحلول.

سنحاول تحليل الحلول القانوني للمؤمن بالارتكاز على استجلاء ودراسة الحلول القانوني للمؤمن في مادة التأمين، من خلال الحديث عن مفهوم ومدى مشروعية حق الحلول، بالإضافة إلى دراسة الاختلافات الفقهية حول أساس حلول المؤمن محل المؤمن له.

المطلب الأول: مفهوم ومدى مشروعية حق الحلول

يمكن الجزم منذ البداية أن أغلب التشريعات تأخذ بمبدأ الحلول، حيث إنها تكرسها في نصوصها القانونية. والمشرع المغربي أورد تعريفا للحلول القانوني في الفقرة الثانية والعشرين من المادة الأولى من مدونة التأمين التي تنص على أنه: "إحلال المؤمن محل المؤمن له في الحقوق والدعاوى مقابل تسديده مبلغ التعويض إلى المؤمن له"، كما نص المشرع المغربي على مبدأ الحلول في المادة 47 من ذات القانون¹ والتي تنص على أنه: "يحل المؤمن الذي دفع تعويض التأمين محل المؤمن له في حقوقه ودعاويه ضد الأغيار الذين تسببوا بفعلهم في الضرر الناجم عنه ضمان المؤمن، وذلك في حدود مبلغ هذا التعويض...".

- حاجي بناصر: النظرية العامة في قانون التأمين، مطبعة وراقه طه حسين وجدة، 2004، ص 16.
- عبد القادر حسين العطير: التأمين البري في التشريع دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، الطبعة الأولى/الاصدار الثالث 2004، ص 16-17.

¹ نص المشرع المغربي على الحلول في مجموعة من المواد ضمن مدونة التأمين، نجد الفقرة الثانية من المادة 66 من ذات القانون تنص على أنه: "غير أنه فيما يخص عقود التأمينات ضد المرض أو الحوادث التي تلحق الأشخاص، يمكن للمؤمن أن يحل محل المتعاقد أو ذوي الحقوق تجاه الغير المسؤول قصد استرجاع المبالغ المؤداة كتعويض عن الضرر وفقا لشروط العقد". كما نص المشرع في المادة 129 على الإحلال بحكم القانون، والمادة 153 المتعلقة بحلول صندوق ضمان حوادث السير محل الدائن بالتعويض ضد المسؤول عنه.

بالرغم من أهمية مبدأ الحلول وقيمتها التديرية السلسلة في تحقيق وتيسير تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإنه لا يخلو من إشكال، لكن من زاوية أخرى، إذ أن الخلاف لا زال قائما حول مدى مشروعية القاعدة التي تقضي بالحلول، خاصة في ظل غياب علاقة تربط بين المؤمن والغير المسؤول، وهذا ما يزيد من قيمة تناول هذا الموضوع.

وعليه سنخصص هذا المطلب لتعريف مفهوم الحلول بشكل موجز (الفقرة الأولى)، ثم نتعرض لسؤال المشروعية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الحلول

لقد قام المشرع المغربي بتحديد مجموعة من المفاهيم المندرجة ضمن مجال التأمين من خلال المادة الأولى من مدونة التأمينات، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها تعرف الحلول القانوني في البند الثاني والعشرين على أنه: "إحلال المؤمن محل المؤمن له في الحقوق ودعاوى مقابل تسديده مبلغ التعويض إلى المؤمن له"¹.

وانسجاما مع هذا التعريف فإنه في حالة ما إذا أمن شخص على الحريق وتحقق الخطر بفعل الغير فدفع المؤمن تعويض التأمين فإن هذا الأخير يحل محل المؤمن له في كل الدعاوى والحقوق التي للمؤمن له تجاه الغير المسؤول.

إن الحلول بصفة عامة هو آلية قانونية للوفاء تعطى للغير الذي وفي بالدين أن يمارس لفائده حقوق الدائن الذي حصل على الوفاء، وذلك اتجاه الغير المدين بنفس الدين.

من هنا نصت المادة 47 من مدونة التأمينات الجديدة في فقرتها الأولى على أنه: "يحل المؤمن الذي دفع تعويض التأمين محل المؤمن له في حقوقه ودعاويه ضد الأغيار الذين تسببوا بفعلهم في الضرر الناجم عنه ضمان المؤمن، وذلك في حدود مبلغ هذا التعويض"².

وعليه يجد مبدأ الحلول نطاقه كأصل في كل التأمينات من الأضرار سواء كانت على الأشياء أو في اطار المسؤولية، وذلك لعللة سبق ذكرها أن التأمين من الأضرار يقوم على

¹ أنظر البند الثاني والعشرين من المادة الأولى من مدونة التأمينات المغربية.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 47 من مدونة التأمينات المغربية على أنه: " يحل المؤمن الذي دفع تعويض التأمين محل المؤمن له في حقوقه ودعاويه ضد الأغيار الذين تسببوا بفعلهم في الضرر الناجم عنه ضمان المؤمن، وذلك في حدود مبلغ هذا التعويض".

خاصية التعويض، لذلك فإنه لا مانع من الأخذ بهذا المبدأ في التأمينات المتعلقة بالأشخاص متى اكتسب هذه الخاصية، عندما يكون مبلغ التأمين عبارة عن تعويض.

الفقرة الثانية: سؤال المشروعية

إن استعمال المشرع لمبدأ الحلول للدلالة على رجوع المؤمن على الغير المسؤول نرى أنه ليس في محله لأن المؤمن لا يحل بصفة مطلقة محل المؤمن له وإنما في حدود المبلغ أو ما دفعه من تعويض للمؤمن له، وكان من الأحسن استعمال مصطلح الرجوع وستكون له نفس الدلالة التي هي للحلول من حيث تمسك الغير المسؤول بالدفع محل المؤمن له في التأمين من المسؤولية بدفع التعويض.

ويستفاد مما سبق، أن المشرع أخذ بمبدأ الحلول¹ في التأمين من الأضرار نظراً للصفة التعويضية التي يتميز بها هذا النوع من التأمين، لكن هل الصفة التعويضية كافية لتبرير حلول المؤمن محل المؤمن له في الدعاوى والدفع التي لهذا الأخير تجاه الغير المسؤول؟ وعليه تم تبرير مشروعية الحلول بالصفة التعويضية للتأمين، لذلك نتساءل عن مدى جواز جمع المؤمن له بين مبلغ تأمين ومبلغ تعويض المسؤولية؟

يذهب بعض الدارسين، إلى أن الصفة التعويضية تؤثر على علاقة المؤمن له بالغير ومن ثم يمنع الجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين إذا كان هذا الأخير في حدود الضرر أو أكثر من التعويض الذي يستحقه المؤمن له من الغير، والقول عكس هذا حسب هذا الاتجاه يجعل المؤمن له يثرى من وراء التأمين بلا سبب قائم ووجيه، ولتأسيس هذا القول يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه لا ينبغي الاستفادة من التعويض على الضرر الواحد مرتين²، حيث متى استفاد المؤمن له من التعويض ابتداء سقط حقه في التعويض مرة أخرى على نفس الضرر، لأن الضرر قد جبر وبالتالي عدم اكتمال عناصر المسؤولية التي يعد الضرر من أهمها³.

¹ لؤي ماجد ذيب أبو الهيجاء: التأمين ضد حوادث السيارات دراسة مقارنة، الأردن ومصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، 2005، صص 284-285.

² غير أنه إذا كان مقدار الضرر اللاحق بالمؤمن له يتجاوز مبلغ تعويض التأمين، فإنه يحتفظ بحقه في مطالبة المسؤول بالفرق. أنظر فؤاد معلال: الوسيط في قانون التأمين، م س، ص 163.

³ أنظر بخصوص منع الجمع بين التعويضين للمؤمن له:
- فؤاد معلال: الوسيط في قانون التأمين، م س، ص 157.

بينما يعتقد جانب آخر من الدارسين المهتمين في مادة التأمين، أنه ليس هناك من تأثير للصفة التعويضية على الالتزام بالتعويض، وبالتالي لا مبرر للأخذ بحلول المؤمن محل المؤمن له ومن ثم عدم مشروعيته. وهذا راجع بالأساس إلى أن الصفة التعويضية تقتصر على العلاقة فيما بين المؤمن والمؤمن له التي تجد مصدرها في عقد التأمين، والذي يعد أداء تعويض التأمين من أهم الالتزامات التي يربتها العقد على المؤمن، والمؤمن عند تكوين العقد كما يتوقع تحقق الخطر المؤمن منه بسبب قوة قاهرة يتوقع تحققه بسبب خطأ الغير ومفاد الصفة التعويضية أن المؤمن لا يكون ملزما عند تحقق الخطر المؤمن منه بدفع إلا ما يمكن من إصلاح الضرر.

وبالتالي هذه الصفة لا تمتد إلى علاقة المؤمن له بالغير المسؤول حيث إن هذه العلاقة تجد مصدرها في الخطأ العقدي أو التقصيرية لهذا الغير.

وبذلك فلا مانع من الجمع بين التعويضين¹، تعويض التأمين من المؤمن وذلك في حدود الضرر، ومن المسؤول المدني وذلك على أساس قواعد المسؤولية المدنية والتي لا تشترط في الاستفادة من التعويض أن يكون المضرور لم يسبق له أن استفاد من التعويض.

-أحمد شرف الدين: أحكام التأمين دراسة في القانون والقضاء المقارنين، طبعة نادي القضاة، الطبعة الثالثة، 1991، ص 346.

-الحسين بلوش: شرح مدونة التأمينات الجزء الثاني: التأمين من الحريق، مطبعة قرطبة، أكادير، الطبعة الأولى 2016، ص 244.

-Mourlon.Traité théorique et pratique des Subrogations personnelles.paris.1948.p.249.

-أنظر القرار الذي أورده فؤاد معلال: الوسيط في قانون التأمين، م س، ص 163.

-cass.1^{re}.29 avr.1975,JCP1976.II.18212, note Besson, RGAT1975.382

¹ ذهب الفقيه المصري عبد الرزاق أحمد السنهاوي إلى أنه: "إذا اجتمع للمضرور طريقتان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين، جاز له أن يجمع بينهما. فيرجع بالتعويض على الغير الذي ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذي تحققت به المسؤولية، ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذي دفع أقساطه. فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدرا غير المصدر الذي قام عليه الحق الآخر، فمصدر الحق في التعويض الخطأ الذي ارتكبه الغير، ومصدر في مبلغ التأمين العقد الذي أبرمه مع المؤمن" ويضيف أنه لا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد، وذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضا واحدا من المسؤول عن الضرر الذي أصابه، أما مبلغ التأمين فليس مقابلا للتعويض، بل هو مقابل

بالرغم من الخلاف حول مدى الجمع بين التعويض الواجب على الغير ومبلغ التأمين، فإن أغلب التشريعات تأخذ بقاعدة الحلول وإن اختلفت الأسس التي يؤسس عليها حق الرجوع.

المطلب الثاني: أساس حلول المؤمن محل المؤمن له

أمام التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي وسمت بداية القرن العشرين بفعل الانتقالات والتحولات المسجلة في طبيعة الأنشطة الاقتصادية وما أحدثته هذه الأخيرة من تغيرات عميقة في المجتمعات، وذلك بظهور خدمات وأنشطة جديدة بسميزات لم تكن معهودة في السابق .

لذلك فمن الطبيعي أن التقدم الاقتصادي الهائل الذي وقع مرحلة بمرحلة ليس بمنأى عن المخاطر والأضرار، هذه المستجدات الحتمية بدأ المشرع يتلقفها لحظة بلحظة ويفطن إلى قيمتها الاجتماعية، لذلك حددها وقنها في نصوص تشريعية واضحة.

في هذا السياق تبنى المشرع الفرنسي مبدأ الحلول في قانون التأمين لسنة 1930، وتبعه المشرع المغربي أيضا في الفصل 36¹ من قرار 1936، وهو ما كرسه في الفقرة الأولى من المادة

لأقسام التأمين التي دفعها للشركة ". أنظر عبد الرزاق أحمد السهري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2004، صص 1114-1116.

إلا أنه عاد في تحليله للنتائج المترتبة على الصفة التعويضية في تأمين الأضرار، سواء كان تأميناً على الأشياء أو تأميناً من المسؤولية، حيث قال إن من نتائج هذه الصفة أنه " لا يجوز للمؤمن له الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض الذي قد يكون مستحقاً له في ذمة الغير، ويحل المؤمن محل المؤمن له في الرجوع بهذا التعويض ". ويذكر تبريراً لذلك بقوله " وتطبيقاً لمبدأ التعويض في التأمين من الأضرار، لا يجوز للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض، وإلا تقاضى مقدار ما لحق به من الضرر مرتين، مرة من المؤمن ومرة من الغير المسؤول، وهذا لا يجوز، فعليه أن يختار بين الرجوع على المؤمن أو الرجوع على الغير المسؤول، وهو يختار عادة الرجوع على المؤمن إذ أنه أبرم عقد التأمين لهذا الغرض. ومن ثم لا يجوز له الرجوع على الغير المسؤول، بل المؤمن هو الذي يحل محله في هذا الرجوع، وتنقل إليه دعواه بحكم القانون ". أنظر الفقيه المصري عبد الرزاق أحمد السهري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع المجلد الثاني، عقد التأمين والمقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة، منشورات شركة الجلال للطباعة الاسكندرية، 2004، ص 1622.

- أنظر مصطفى طه: التأمين البحري والضمان البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص 214.

¹ كان الفصل 36 من قرار 1936 ينص على أنه: " أن الضامن الذى دفع التعويض المالى عن الضامن يقوم مقام المضمون لغاية مبلغ التعويض المذكور وذلك بحقوقه ودعاويه على الآخرين الذين بفعلهم سببوا الضرر المترتب عليه مسؤولية الضامن...".

47 من مدونة التأمينات الجديدة، حيث تنص على أنه: "يحل المؤمن الذى دفع تعويض التأمين محل المؤمن له في حقوقه ودعاويه ضد الأغير الذين تسببوا بفعلهم في الضرر الناجم عنه ضمان المؤمن، وذلك في حدود هذا المبلغ...".

لكن هل يعد الحل المنصوص عليه في مدونة التأمين صورة من صور الحل الواردة في الفصل 214 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، أم أن الأمر يتعلق بحل من نوع خاص؟

نرى أن الحل المقرر في المادة 47 من مدونة التأمين، هو حل خاص، لاعتبار أن المشرع عرف الحل القانوني في المادة الأولى من مدونة التأمين، ومن ثم لم يقم بالإحالة على القواعد العامة.

وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 214 من قانون الالتزامات والعقود¹ يقع الحل القانوني في الحالات التالية: - "لفائدة من وفي دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدین متضامن، أو كفيل يفي عن المدين..." وعليه فالمؤمن عندما يوفي الدين لا يكون ملتزما لا مع الغير ولا من أجله، ذلك أنه عندما يؤدي تعويض التأمين فهو يقوم بالتزام يفرضه عليه عقد التأمين الذي يربطه مع المؤمن له. وعليه فإن كلا المدينين لا يكونان ملتزمين بمقتضى نفس الأساس، وبالتالي لا يمكن تطبيق المادة 214 من قانون الالتزامات والعقود في هذا المجال.

وعلى هذا الأساس فإن الحل المنصوص عليه في المادة 47 من مدونة التأمينات المغربية يختلف عن منطوق الفصل 214 من قانون الالتزامات والعقود، ويمكن القول بأن المادة 47 وسعت من نطاق تطبيق المادة 214 من قانون الالتزامات والعقود وعليه فإن المؤمن ليس بحاجة لإبلاغ الغير المسؤول عن الحادث، ومن ثم لا مجال لتطبيق الفصل 195 من قانون الالتزامات والعقود².

¹ تنص الحالة الثالثة من الفصل 214 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "لفائدة من وفي دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدین متضامن أو كفيل يفي عن المدين أو كفيل يفي عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة".

² ينص الفصل 195 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "لا ينتقل الحق المحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل 209 الآتي:

(ظهير 20 ماي 1939) حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة أو تقبل منها في محرر رسمي أو في محرر عرقي مسجل داخل المملكة".

إلا أن فقهاء القانون اختلفوا حول أساس هذا الحلول، بين حالتين، الحالة التي لا يكون هناك نص في القانون يؤسس لذلك الحق، والحالة التي لا يكون هناك نص، بين وجود شرط في العقد يعطي للمؤمن حق الرجوع وبين خلو العقد من كل شرط.

الفقرة الأولى: الصورة الأولى (إنعدام وجود شرط في عقد التأمين)

ففي حالة انعدام وجود شرط في عقد التأمين يقضي للمؤمن بأن يحل محل المؤمن في حالة وجود غير المسؤول على تحقق الخطر، اختلف الفقهاء حول الأساس الذي يمكن الاستناد عليه، منهم من استند على قواعد المسؤولية التقصيرية¹، ومنهم من استند على الحلول المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 1251 من مدني فرنسي².

يجب التأكيد منذ البداية أن التأمين هو عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له، نظير دفع مبلغ معين، وهو القسط، على تعهد بمبلغ له أو لغيره في حالة تحقق خطر معين، من الطرف الآخر، وهو المؤمن، الذي يتحمل في عهده مجموعة من المخاطر يجري المقاصة بينها لقوانين الإحصاء³.

إذن التأمين ما هو إلا تعاون بين عدد كبير من الأفراد معرضين جميعا لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع على مواجهته.

وعليه فشركة التأمين ليست إلا الوسيط المؤسسي الذي ينظم هذا التعاون بين جميع الأفراد داخل المجتمع، وما كان المؤمن له يقوم بعمل من أعمال الحيلة والوقاية،

¹ الحسين بلوش: شرح مدونة التأمينات الجزء الثاني: التأمين من الحريق، م س، ص 246.

- عبد القادر حسين العطير: التأمين البري في التشريع دراسة مقارنة، م س، ص 244.

² إن الفصل 1251 من القانون المدني الفرنسي الذي حدد ضمنه الحالات التي يقوم فيها الحلول قانونا، قد تم تعديله في إصلاح 10 فبراير 2016 بالفصل 1346 الذي استغني عن تعداد الحالات واكتفى بصيغة عامة تسمح بالحلول القانوني لكل من له مصلحة مشروعة في الوفاء بدين فيعتمد إلى هذا الوفاء.

Art 1346 C.Civ.Fr. «La Subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette».

³ Hemard.J. Traité théorique et pratique des assurances terrestres, 1924, T, P, 73.

ويضمن نفسه ضد خطر يخشاه، فليس من المهم بعد ذلك أن يتحقق هذا الخطر سواء بفعل القوة القاهرة، أو بفعل الغير.

ففي جميع الحالات يبقى المؤمن ملتزماً بدفع التعويض. كما ليس من المنطق والعدالة إفلات المتسبب في هذا الضرر من المسؤولية، بسبب وجود عقد التأمين الذي لم يكن طرفاً فيه، ومن جهة أخرى لا يمكن إعفاء المتسبب من نتائجه بسبب الاحتياط من قبل المضرور بإبرامه لعقد التأمين.

والسؤال المطروح في هذا السياق، هو عندما يرجع الحادث المؤمن منه إلى خطأ الغير، فهل للمؤمن له بعد قبض التعويض التأمين أن يطالب بتعويض نفس الضرر من المسؤول (الغير)، أم أن هذا الحق ينتقل إلى المؤمن الذي سدد دين التعويض الواجب على هذا الأخير؟

يمكن القول على أن هذا الحق يجب أن يعطى للمؤمن، وذلك لسبب واضح أن المؤمن هو الذي يقوم بدفع التعويض للمضرور المنصوص عليه في عقد التأمين، ومن جهة أخرى يبقى المضرور الحقيقي هو المؤمن له، ومن ثم يجب أن يمنح له هذا الحق. فهل يجوز لهذا للمؤمن له أن يجمع بين التعويضين؟ ألا يصطدم هذا بمبدأ العدالة الذي يمنع استخدام الضرر كأداة للإثراء؟

كان حق المؤمن في الرجوع على المسؤول هو الأرجح، فالقانون الفرنسي القديم أجاز رجوع المؤمن له على الغير، إلا أنه نص أن هذا الحق لا يملكه بنفسه، وإنما بواسطة المؤمن عن طريق حلول بقوة القانون، وهو العرف الذي استقر في التأمين البحري، وذهب بوتيه في مطوله عن عقد التأمين إلى أن الحالة التي تصاب فيها السفينة في تصادم بحري نشأ من خطأ ريان سفينة أخرى، وقال إن المؤمن له يجب أن يترك دعاويه ضد المخطئ وضد متبوعه إلى المؤمن¹، وعند دراسته للفرض الذي يأخذ فيه المؤمن على عاتقه، في البوليصة، التلفيات والأضرار التي تحدث بخطأ الريان والبحارة، ذكر أن المؤمن يحل بقوة القانون في دعاوى المؤمن له، سواء ضد الريان، أو ضد مجهزة السفينة.

¹ Pothier: Traité du contrat d'assurance, éd Bugnet.n°50.

- أنظر أيضاً: Emerigon Traité des assurances, T.I. 1783, P, 482.

وعندما نشأ التأمين البري، فكرت شركات التأمين، في تطبيق العرف السابق، وأسست رجوعها ضد الغير المسؤول على الحلول المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 1251 من القانون المدني الفرنسي¹. وكانت تدرج شرطا صريحا في بوليصة التأمين بالحلول الاتفاقي، كانت تنص على هذا الحلول في مخالصة الوفاء التي تتسلمها من المؤمن له .

إلا أن هذا الادعاء من شركات التأمين تم رفضه، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه² أن الحلول، سواء كان قانونيا أو اتفاقياً، يتعارض مع التأمين، وذلك راجع أن الحلول يفترض دفع دين الغير، وهو غير متحقق بالنسبة للمؤمن الذي بدفعه التعويض، يكون قد سدد دينه، وعليه فلا يوجد هنا كما تقتضي الفقرة الثالثة من المادة 1251 (مدني فرنسي) دين واحد مشترك يلتزم به عدة أشخاص بصفة أصلية أو تبعية، وإنما دينان متميزان، أحدهما يقع على عاتق الغير بالتطبيق لقواعد المسؤولية المدنية، الأخر على عاتق المؤمن طبقاً لعقد التأمين.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني الاعتراضات الفقهية، وقضت في 2 مارس 1829 بأن التأمين البري لا تتوافر فيه شروط الفقرة الثالثة من المادة 1251 مدني فرنسي³.

وبهذا الحكم استبعدت الحلول نهائياً من مجال هذا النوع من التأمين. إلا أن ذات المحكمة اهتمت بمصير المؤمنين الذين تبين لها أن ادعاءهم جدير بالاهتمام، ولذلك اقترحت، رجوع المؤمن شخصياً بالمسؤولية ضد مرتكب الحادث على أساس المادة 1382 مدني فرنسي، هذا التوجه لقي ترحيباً من جانب الفقه الذي لم يقبل تطبيق الحلول لمخالفته للنص القانوني، خصوصاً أنها تمنع المضرور من الجمع بين التعويضات، كما أكدت محكمة النقض على هذا التوجه في حكم لها بتاريخ 22 دجنبر 1852⁴، لم تجد

¹ أنظر الفقرة الثالثة من المادة 1251 من ق م ف.

² Mourlon:op.cit.p.447.

-Duranton: cours de droit civil français suivant le code civil,paris1828,T,XII,n°181.

-Pardessus: cours de droit commercial,4ed,paris,1831n°595.

³ Civ.2 mars1829,D.1829-1-163,S.1829-1-95.

⁴ Civ.22 décembre 1852,DP,1853-1-91.

صعوبة في ايجاد السند القانوني وبالتالي أسست المسؤولية التقصيرية لمرتكب الحادث على الفصل 1382 مدني فرنسي¹.

ظل هذا التوجه سائدا، إلى حين ظهور تأمين الأشخاص، حيث وجه رجوع المؤمن فيه على المسؤول باعتراضات جادة، تكمن هذه الأخيرة في أن مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن في تأمين الأشخاص يحدد بطريقة تحكمية، ويكون بعيدا عن التناسب مع الضرر الذي حدث، وهو على خلاف تأمين الأضرار الذي يقاس فيه التعويض بمقدار الضرر.

ومن جهة أخرى حول طبيعة عقد التأمين للأشخاص، بخصوص السعر المرتفع للأقساط التي يدفعها المؤمن له، تبرر أن يجمع هذا الأخير بين تعويض التأمين الذي يدفعه المؤمن، وتعويض المسؤولية الذي يدفعه الغير مرتكب الحادث، ويبدو من غير العدل أن يتعرض الغير لرجوع مزدوج.

ذهب بعض الفقه بالقول إلى أنه لا يوجد سبب حقيقي للاحتفاظ بوضع خاص للمؤمن في تأمين الأضرار عنه في تأمين الأشخاص، ففي كليهما يقبض المؤمن أقساطا، والتعويض الذي يدفعه هو المقابل لها، وأن فكرة الضرر لا تتناسب مع فن التأمين عموما، فالمؤمن يعقد عقدا يعلم مسبقا أنه احتمالي ويقبل مقدما الخطر الذي يمكن أن يتحقق في المستقبل، أما المؤمن له يعلم منذ الوهلة الأولى أن ما يوعده به من أدايات قد لا يتعادل مع ما يقدمه. فإذا لم يتحقق الخطر المؤمن منه فإن المؤمن له يكون قد دفع أقساطا دون أي مقابل، وأما إذا وقعت حادثة، فإنه سيحصل على تعويض أكبر من الأقساط التي يقدمها. وعليه فوقوع الحادث لا يعني أن المؤمن تعرض للضرر لأن هذا يندرج في توقعات العقد، وهو مقدر ومقبول مسبقا. ومن ثم لا يستطيع مؤمن الأضرار، مثله مثل مؤمن الأشخاص الرجوع على أساس المادة 1382 مدني فرنسي².

¹ الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي السابق (هو الفصل 1240 الجديد بعد إصدار المرسوم الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016) ينص على ما يلي:

Art 1240 C.Civ.Fr. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

² Capitant.H:Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque prévu au contrat d'assurance, Rev.trim.dr.civ. 1906. P.37-70,spéc.p.47.

هل هذا معناه عدم الرجوع ضد مرتكب الحادث؟ بالقطع لا، فحرمان المؤمن من دعوى شخصية بالمسؤولية ضد الغير مرتكب الحادث لعدم توافر شروطها شيء، والسماح له بتلقي حقوق المؤمن له، وبالتالي دعواه الشخصية ضد المسؤول، شئ آخر.

يمكن في الواقع أن يحدد المؤمن مبلغ الاقساط المستحقة على المؤمن له مع الأخذ في الاعتبار ما يمكن أن يحصل عليه من الغير من تعويض في المستقبل. ولا يتنافى هذا مع فن التأمين وأصوله. وبهذا الشرط فقط الذي يتلاقى الجمع بين التعويضات من جانب المضرور، ستحترم التقديرات الأولية للأطراف.

وعليه لا يوجد عدم انسجام التأمين والحلول القانوني. وهذا ما أعلن عنه جانب من الفقهاء¹.

الفقرة الثانية: الصورة الثانية (وجود شرط الحلول)

تتمثل هذه الحالة في وجود شرط الحلول في عقد التأمين، انقسم الفقه، حيث ذهب البعض إلى تأسيس الحلول على القواعد العامة للحلول الاتفاقية²، والمقصود أن المؤمن والمؤمن له يبرمان اتفاقا مضمونه حلول المؤمن محل المؤمن له في جميع حقوقه ودعاويه تجاه المسؤول وذلك استنادا إلى قواعد القانون المدني التي تجيز مثل هذا الاتفاق، وهذا ما نص عليه الفصل 212³ من ق ل ع.

وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني الخاصة بالحلول نجد أنها تنص على أنه من شروط تحقق الحلول الاتفاقية " أن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء " مما يتنافى الحلول في التأمين حيث يكون عند إبرام العقد وقبل تحقق الحادث الموجب للتعويض.

¹ Boudousquie: Traité des assurances contre l'incendie, 1889, T, I, n°330.

-Couteau: Traité des assurances sur la vie, 1881, T, I, n°421.

² عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، م س، ص 114.

³ ينص الفصل 212 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " يقع الحلول الاتفاقية إذا أحل الدائن الغير محله، عند قبضه الدين منه في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهون الرسمية التي له على المدين ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة، وأن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء ".

ويذهب البعض الآخر¹ إلى القول بأن أساس حلول المؤمن محل المؤمن له في مواجهة المسؤول من الضرر هو حوالة الحق، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشرط الوارد في وثيقة التأمين والمتضمن للحلول ما هو إلا حوالة الحق محتملة، معلق على شرط تحقق الحادث بفعل الغير.

ووجه انتقاد إلى هذا الرأي وهو أن حوالة الحق تتطلب رضا المحال عليه أو قبوله، ومن ثم حلول المؤمن محل المؤمن له في مطالبة مسبب الضرر، سيكون متوقفا على موافقة هذا الأخير وهو أمر يتنافى ومنطق الأشياء².

أما المشرع الفرنسي أقر بالحلول القانوني للمؤمن في مشروع سنة 1925، وأصبح هذا الأخير هو قانون 13 يوليوز³ 1930، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 36 منه على أنه: " المؤمن الذي دفع التعويض يحل، في حدود ما دفعه، في حقوق ودعاوى المؤمن له ضد الغير الذي أحدث الضرر بفعله وأدى إلى مسؤولية المؤمن"⁴.

لم يسلم هذا الاقرار المخول لمصلحة المؤمن- الحلول القانوني- من نقد بعض الفقه⁵، أخذت بتعليل محكمة النقض لسنة 1829، وأكدت على التعارض بين التأمين والحلول.

¹ بهيج بهاء شكري: التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 616.

² عبد القادر العطير: التأمين في التشريع، م س، ص 244.

³ راجع حول هذا القانون:

-Capitant.H: La loi du 13 juillet 1930,relative au contrat d'assurance ,rev,gén,ass,terr, 1930 ,p,739.

-Trasbot: commentaire de La loi du 13 juillet 1930,D,P,1931.IV,P,23.

⁴ أصبحت المادة 121-12 من تقنين التأمين الفرنسي وتنص على أن:

«l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu' à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ».

⁵ Weill: les obligations, coll,dalloz,1971,n°604.

-Mazeaud et Tunc: traité de la responsabilité civile,T,III,5éd.1960.n°2732.

-Berard: la subrogation en matière d'assurance,Dr.Mar.Fr.1956,p132.

كيف يمكن منح فائدة الحلول لشخص سدد دينه الخاص؟ وكيف يمكن تطبيق الحلول وهو يفترض وجود دين واحد، في حين يوجد في التأمين دينان متميزان: أحدهما نشأ من العقد، والآخر نتج عن المسؤولية المدنية، وحسب هذا الجانب من الفقه ارتكب المشرع خطأ في التعبير، حيث تكلم عن لفظ الحلول، وهو في الأصل حوالة حق محتملة من جانب المؤمن له ضد الغير المسؤول، والنتيجة هي أن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 1690 مدني فرنسي لانعقاد الحوالة يجب أن تتم، الاحتجاج بنقل حق المؤمن له إلى المؤمن في مواجهة المسؤول.

ونرى أن هذا الاتجاه قد تجاهل التطور القضائي الذي حدث منذ سنة 1829، حيث تخلص القضاء من التفسير الحرفي للقانون، ومن ثم استوحى الروح الحقيقية والعميقة للحلول الشخصي، وعليه وسع من نطاق العبارات الضيقة في التقنين المدني. فبناء على الفقرة الثالثة من المادة 1251 أقر القضاء نظاماً مستقلاً للحلول القانوني يمكن تطبيقه في كل مرة يجب فيها على شخص الوفاء بدين يبرئ المدين النهائي منه. وهذه بالتأكيد حالة مؤمن الأضرار: فوفاءه بمبلغ التأمين، الوارد في العقد، للمضروب، يعوض، في هذا الإطار، الضرر الذي أصاب الأخير، ويقضي كذلك على دين التعويض الواجب على المسؤول. نعم يوجد دينان متميزان، ولكن محلهما واحد، بحيث أن الوفاء بأحدهما يقضي بالضرورة على الآخر. فالوفاء الذي قام به المؤمن يبرئ إذن الغير المسؤول، الذي يبقى مع ذلك، المدين النهائي، ولا يستطيع الإفلات من نتائج خطئه. وبالتالي يجب منح الحلول القانوني لمؤمن الأضرار ليتمكن، من خلاله من نقل عبء التعويض إلى هذا الغير.

وعلى خلاف هذا، يعد رفض الحلول على مؤمن الأشخاص أمراً مقبولاً، وهذا راجع بالأساس إلى أن تأمين الأشخاص ليست له الصفة التعويضية، فمبلغ التأمين يحدد بشكل جزافي، ولا علاقة له بالضرر الذي وقع بالفعل، وإنما يعد المقابل الاتفاقي للأقساط التي تلقاها المؤمن، وعندما يدفعه المؤمن للمضروب، فإنه لا يقوم بالتعويض، بقدر ما يقدم له المبلغ الخاص الذي احتاط له من قبل. ومن ثم فإن الوفاء به لا يبرئ الغير المسؤول، ولا يمكن للمؤمن عندئذ الرجوع عليه على أساس الحلول.¹

¹ Picard et Besson: Traité des assurances, 1975, T.I, n°439.

يتضح من خلال ما سبق أن نص المادة 36 من قانون 13 يوليوز 1930 قد نظر إلى رجوع مؤمن الأضرار على المسؤول في إطار الحلول، وليس حوالة الحق، يستشف ذلك من خلال مضمون المادة التي أقرت بمبدأين جوهريين من مبادئ العامة للحلول، وهما ضرورة الوفاء المسبق، واكتساب الموفي حقوقا في حدود ما قام به من الوفاء.

إن الحلول الذي أقره قانون 1930، ليس كما قال البعض¹، حلولا خاصا، قرره المشرع خارج المادة 1251 مدني فرنسي، وهو ما يمكن أن يؤكد قيمة وأهمية الحلول كما أن المشرع الفرنسي يكون في هذا الصدد قد أقر العمل القضائي الخلاق الذي أعطى للمادة 1251 صورة جديدة².

فالحلول القانوني لا يعتبر إطلاقا توسعا تعسفيا لنظام الحلول المقرر في التشريع المدني. ومن ثم تعد المادة 36 من قانون 1930 تطبيقا مباشرا للحلول الوارد في الفقرة الثالثة من المادة 1251 مدني، ونتيجة ذلك أن كل الصعوبات الخاصة التي لم يتم الحسم فيها الأمر يرجع فيها إلى المبادئ العامة للحلول في القانون المدني³.

في هذا المجال أكدت محكمة روان على أن الحلول الوارد في المادة 36 ليس إلا حلول القانون العام⁴، وتؤكد كذلك محكمة مونبلييه على هذا المعنى بقولها أن: "الحلول الذي أنشأته المادة 36 يعتبر حلولا حقيقيا في معنى الفقرة الثالثة من المادة 1251 مدني فرنسي"⁵.

إن الإقرار التشريعي لحلول المؤمن بقانون 1930 دعم عن طريق تحريم شرط التنازل عن الدعاوى لصالح شركات التأمين بواسطة محكمة النقض الفرنسية.

¹ R.Savatier: Traité de la responsabilité civile, L.G.D.J, T.II.1951, n°734.

-Brière de l'Isle: droit des assurances, coll,thémis,1973,p,136,ets.

² أنظر مقتضيات المادة 1251 من ق م ف.

³ أنظر بشأن التنافس بين المؤمن والمؤمن له في رجوعهما ضد الغير المسؤول.

-J.Mestre: la subrogation personnelle,op,cit,n°,601.

⁴ Rouen 23 oct.1973,rev,Gén.ass.Terr,1974,p,501.

⁵ Montpellier 7 février 1966,J.C.P.1967-11-15014,note j,bigot.

أمام رفض القضاء قبل صدور قانون 1930 الاعتراف بحق الحلول لشركات التأمين، فإنها اعتادت على إدراج مثل هذا الشرط في بوالص التأمين لضمان رجوعها ضد المسؤول¹.

إذا كان التنازل عن الدعوى والحلول يتفقان في الهدف، وهو السماح برجوع المؤمن على الشخص المسبب للضرر، إلا أنهما يختلفان في أمرين أساسيين:

تتمثل النقطة الأولى في ما إذا كان تعويض التأمين أقل من قيمة الضرر فإن الحلول يسمح للمؤمن له بالتقدم على المؤمن في الرجوع على المسؤول لاستكمال ما نقصه من التعويض، وأما التنازل عن الدعاوى فيتنافس المؤمن مع المؤمن له في هذا الرجوع بنسبة ما يستحقه كل طرف في ذمة الغير. وقد يؤدي هذا إلى عدم حصول المؤمن له على التعويض الكافي لما أصابه من ضرر بسبب عدم كفاية أموال الغير لسداد جميع التعويض.

وتتمثل النقطة الثانية في كون الحلول يفترض الوفاء المسبق للتعويض بواسطة المؤمن، ولا يسمح له، إلا باسترداد ما دفعه. أما التنازل عن الدعاوى فيكسب به المؤمن حق المؤمن له منذ حدوث الحادثة، بغض النظر عن وفائه فعلا، كما أنه يتيح للمؤمن الحصول على أكثر مما دفعه.

وإذا كانت شركات التأمين تفضل إدراج شرط التنازل عن الدعاوى في بوالص التأمين غداة صدور قانون 1930 الذي نص على الحلول في المادة 36 منه.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 مارس 1943 برفض شرط² التنازل عن الدعاوى في بوالص التأمين، وقالت إن الحلول القانوني هو الأساس الوحيد لرجوع المؤمن ضد الغير المسؤول³، وبهذا تكون المحكمة قد انضمت إلى غالبية الفقه الرافض لهذا الشرط.

وفي هذا السياق تعرضت المحكمة العليا لمدى إمكانية تعديل الأحكام الواردة في المادة 36 من قانون 13 يوليو 1930، أشارت إليه المادة 2 منه بقولها " لا يجوز تعديل الأحكام

¹ J.Mestre :la subrogation personnelle. op.cit,n°24.

² Planiol et Ripert: contrats civils, assurance, par le pargneur, T.XI, 1ère éd.n°1323,p,635.

-Trasbot: commentaire de la loi du 13 juillet 1930.D.P.1931-IV.1.24,col.

³ Civ.5 mars 1945,D.1946,1,note.A.Besson,J.V.P.1945-11-2798 ,note P.L.P.

المنصوص عليها في هذا القانون بالاتفاق، فيما عدا تلك التي تقرر للأطراف مجرد حق، تساءلت المحكمة عن ماهية الأحكام التي نصت عليها المادة 36 وتمنح للأطراف مجرد حق، وبالتالي يمكن تعديلها بالاتفاق، والتي لها الصفة الآمرة، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهل مبدأ الحلول يندرج ضمنها أو لا؟

ذهبت المحكمة بتأييد من قبل الفقه، أن المعيار الذي يميز بين الأحكام الآمرة والمكملة هو حماية المؤمن له. ولا شك أن المادة 36 التي تنص على حلول المؤمن بقوة القانون، وفي حدود ما دفعه، في حقوق ودعاوى المؤمن له ضد الغير المسؤول، تقصد إلى أن يستفيد المؤمن من رجوع المؤمن له، لكن شريطة عدم الإضرار بهذا الأخير. كما تهدف خصوصا إلى توقي النتائج التعسفية للتنازل الاختياري عن الدعاوى التي تتجاوز آثارها آثار الحلول، ويمكن أن تضر بالمؤمن له المتنازل. وهذه القيود المستمدة من حماية المؤمن له هي من النظام العام وبالتالي لا يمكن مخالفتها.

يتضح من خلال ما سبق أن المؤمن لا يمكنه التملص من التنظيم القانوني للحلول الذي أورده المشرع لحماية المؤمن له وتجنبه للنتائج الوخيمة التي يمكن أن تحدث له من خلال التنازل عن الدعاوى أو حوالتها. وإن كان المؤمن أن يرفض الحلول على وجه صحيح، فليس الحلول بالنسبة له إلا حقا، فيمكنه تقييده أو إلغاءه طبقا لما يحقق مصلحته.

إن توجه القضاء المؤيد لقانون 1930، قد فتح الباب نهائيا لإقرار الحلول في مجال التأمين، وأبطل كل الادعاءات بالتنافر وعدم الإنسجام بينهما.

ذهب القضاء إلى تطبيق العرف في مجال التأمين البحري أي بإمكانية حلول المؤمن محل المؤمن له في الرجوع على المسؤول. إلا أن الفقه قد اختلف بين مؤيد ومعارض¹، لكن المشرع حسم الأمر بتبني التوجه القضائي بصور قانون رقم 522 الصادر في 3 يوليوز 1967 المتعلق بالتأمين البحري، حيث نص في المادة 33 منه على أن: " المؤمن الذي دفع تعويض التأمين تنتقل إليه، في حدود ما دفعه، كل حقوق المؤمن له الناجمة عن الأضرار محل الضمان".

¹ Bonnecase: traité de droit commercial maritime, paris, 1922, n°755.

-Ripert: droit maritime, 4 éd, T, 111, 1953, n° 2793.

-Leproust :Le recours de l'assureur contre les tiers responsables du sinistre ou de l'accident ,thèse, bordeaux ;1914,p,82.

فبمقتضى المادة 33 يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى مبدأ الحلول في هذا القانون، إلا أن المادة قد أشارت إلى العنصرين الجوهريين للحلول وهما، ضرورة الوفاء بالتعويض قبل نقل الحقوق إلى المؤمن، وأن الأخير لا يكسب من تلك الحقوق إلا في حدود ما وفي به. وهما العنصرين الواردين في المادة 36 من قانون 1930 كما رأينا سابقا، ومن ثم هذان العنصرين يميزان مبدأ الحلول عن الحوالة. وقد أجمع الفقه على أن المشرع في المادة 33 من هذا القانون أقر على مبدأ الحلول القانوني للمؤمن البحري¹.

وتدخل المشرع الفرنسي لإقرار الحلول بقوة القانون في مجال التأمين الائتمان، وذلك بقانون رقم 650 الصادر في 11 يوليوز 1972، حيث نصت المادة 22 منه على أنه: "المؤمن الذي يدفع، بمقتضى بوليصة تأمين الائتمان، تعويضا أو دفعة من تعويض، يحل في حقوق ودعاوى المؤمن له التي تنشأ عن الضرر محل التعويض"².

وبهذا يكون الحلول من الدعامات الجوهرية لتأمين الائتمان، فعلى أساسه يرجع المؤمن على المدين النهائي لاسترداد ما سبق أن دفعه للمضرور.

علي سبيل الختم

يتضح أن أغلب التشريعات الحالية تأخذ بمبدأ الحلول حيث يحل المؤمن محل المؤمن له في التأمين من الأضرار في الدعاوى والحقوق التي له تجاه الغير، والمغرب بدوره كرسه منذ 1934 وأكد عليه في مدونة التأمينات بموجب الفصل 47، لكن هل يمكن اعتبار هذه القاعدة تجسد فقط صورة من صور الحلول القانوني تضاف إلى الصور المقررة في القواعد العامة أو أنها تكرر حلول ذو طبيعة خاصة؟

¹-Picard et Besson: les assurances terrestres en droit français,T,1,le contrat d'assurance 4 éd,par, A BESSON ?1975,n° 329,note 6.

-P.lureau: Ency.Dalloz rép.DR.Com,vo.assurances maritimes,1972,n°.339.

² أنظر بشأن هذا القانون بنوع من التفصيل:

- Guiho.P: le recours contre l'auteur d'un dommage ouvrant droit à une indemnité d'assurance, thèse.caen,1948,p,166

-J.Mestre: la subrogation personnelle.op,cit,290,note 88.

وضعية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل في ضوء القانون رقم 49.16 والقانون رقم 73.17

د. مصطفى رفيق

جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة:

يعتبر عقد الكراء التجاري، إطارا قانونيا مهما تضمن به المقاولة¹ استغلال والانتفاع بالمحلات أو العقارات، وبالمزايا التي تنتجها، وتبعاً لذلك فإن أعمال القواعد العامة بعد توقف المقاولة عن دفع ديونها، قد يؤدي لا محالة لضرب العلاقة التعاقدية وبالتالي إفلاس المقاولة وبالتبعية الإضرار بمصالح الدائنين، ولهذا تبني المشرع قاعدة استمرارية العقود الجارية، عن طريق تخويل السنديك صلاحية التقرير في استمرارية هذه العقود أو تنفيذها أو التخلي عن تنفيذها والمطالبة بفسخها، الشيء الذي سيؤثر لا محالة على المقاولة باعتبارها مكترية، وأيضاً على مركز مكري العقار أو المحل.

مهما يكن من أمر، فإن عقد كراء المحلات المعدة لاستغلال نشاط المقاولة المفتوحة ضدها مسطرة المعالجة لا يستثنى من نطاق تطبيق قاعدة مواصلة العقود جارية التنفيذ في تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح هذه المسطرة، ومما يؤكد على قوة هذا التفسير هو إن كانت التصفية القضائية لا تؤدي بقوة القانون إلى فسخ عقد كراء العقارات المخصصة

¹ - " شكلت مساطر صعوبات المقاولة أو نظام معالجة صعوبات المقاولة (سابقاً) المنصوص عليه بالكتاب الخامس من مدونة التجارة، بكل تأكيد قطعية مع نظام الإفلاس الذي كان مطبقاً إلى حدود سنة 1997، بحيث تم قلب الكثير من المفاهيم التقليدية وتم التركيز والاهتمام ببعض الجوانب التي كانت مغيبة في ظل النظام القديم، فإذا تطبيق نظام الإفلاس متوقف فقط على توقف التاجر أو الشركة التجارية عن الدفع، فإن النظام الجديد يتميز بتنظيم عدة مساطر للوقاية سابقة على واقعة التوقف عن الدفع ".

- علال فالي: " مساطر معالجة صعوبات المقاولة "، الطبعة الثانية نونبر 2015، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط، ص 20.

لنشاط المقاولة، وذلك حسب المادة 653 من القانون رقم 73.17¹، فمن باب أولى القول باستمرارية عقد الكراء في مرحلة التسوية القضائية، حيث تكون المقاولة في وضع يمكن علاجها.²

وقد كرس القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء المحلات والعقارات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، مفهوم استقرار الملكية التجارية (المقاولة المكترية)، والتي تعد ركيزة من الركائز التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني مع الحرص على عدم الإضرار بالملكية العقارية للمكري، غير أن الملاحظ على مقتضيات القانون رقم 49.16 أنها كرست مبدأ التوازن العقدي وبالتالي التخلي بصفة ملحوظة عن سلطان الإرادة، بالإضافة إلى ذلك، فقد تفاقم دور المشرع وتقوى من خلال مدونة التجارة، خصوصا في الباب المتعلق بصعوبات المقاولة، هذا الأخير الذي جاء للنهوض بالمقاولة المتعثرة وذلك على حساب قانون العقد، وال حال أن عقد الكراء التجاري لم يجد في ظل مساطر صعوبات المقاولة، الاهتمام القانوني الذي يستحقه خصوصا أن عقد الكراء التجاري أساس نجاح المقاولة³ واستمرارها.

في هذا الصدد يطرح الإشكال بخصوص نجاعة نظام صعوبات المقاولة في ضمان استمرار عقد الكراء، ومدى قدرته في تحقيق التوازن بين مصالح المقاولة بصفته مكترية وبين مالك الملكية العقارية بصفته مالكا للعقار أو المحل ؟

¹ - ظهير شريف رقم 1.18.26 صادر في 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018) بتنفيذ القانون رقم 73.17 بفسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص صعوبات المقاولة، ج ر عدد: 6667 بتاريخ: 2018/04/23.

² - أيوب بومزاود: " أي مصير للقلب النابض للمقاولة بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية على ضوء تعديلات قانون 73.17 "، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.maroc2droit.com أطلع عليه بتاريخ 2021/03/26، على الساعة 17:05 مساء.

³ - للتوسع في مفهوم المقاولة من خلال مدونة التجارة المغربية يراجع، أحمد شكري السباعي: " الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية- دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن"، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2001، دار نشر المعرفة- الرباط.

من المعلوم أن التصفية القضائية، تتميز بالتنفيذ المباشر على المدين وذلك بمجرد صدور الحكم القضائي بتصفية المقاول، فمسطرة المعالجة بواسطة التسوية القضائية تقوم على إعداد الحل الكفيل بإجراء المعالجة المتوخاة.¹

وعليه سنحاول الوقوف على مصير عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل (المحور الأول) وسنقف في (المحور الثاني) على المقتضيات التي تطبق على المكري في هذه المرحلة.

المحور الأول: استمرارية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل

من المعلوم أن المشرع المغربي قد أولى عناية خاصة بالعقود الجارية² عند فتح مسطرة التسوية القضائية، وتجب الإشارة في هذا الصدد أن المشرع لم يعرف العقود الجارية، فاتحا المجال بتعرفها حيث عرفها جانب من الفقه المغربي³ العقد الجاري بأنها "العقد الذي أبرمه

¹ - محمد لفروجي: " صعوبات المقاول والمسااطر القضائية الكفيلة بمعالجتها "، مجموعة قانون التجارة والأعمال، سلسلة الدراسات القانونية 4، الطبعة الأولى، 2000، مطبعة النجاح الجديدة، ص 257.

² - نصت المادة 588 ق.م.ت. على أنه " بإمكان السنديك وحده أن يطلب بتنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد قد مع المقاول، ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل بدون جواب لمدة تفوق شهرا.

- يجب على المتعاقد أن يفي بالتزامه رغم عدم وفاء المقاول بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح حق التصريح بها في قائمة الخصوم.

عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى التعويض عن الإقرار بتنفيذ للعقد إلى حين البت في دعوى التعويض عن الإضرار.

لا يمكن أن يترتب عن مجرد فتح التسوية القضائية تجزئة أو إلغاء أو فسخ العقد، على الرغم من أي مقتضى قانوني أو شرط تعاقدية".

³ - أحمد شكري السباعي: " الوسيط في مسااطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ومسااطر معالجتها "، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة يونيو 2007، ص 321.

- محمد لفروجي: " مصير العقود الجارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية "، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 5، 2005، ص 13.

التعريفان أوردهما:

- عمر السكتاني: " تأثير مسااطر صعوبات المقاول على عقد الكراء التجاري "، مقال منشور بسلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية، العدد 8/7، يناير 2021، ص 57.

رئيس المقابلة مع الأغيار والذي لم تستنفذ آثاره الرئيسة بعد صدور حكم فتح المسطرة، وبمعنى آخر العقد الذي تستمر آثاره حتى بعد صدور الحكم المذكور بصرف النظر عن طبيعته القانونية.

واعتبره جانب آخر من الفقه بأنه " كل عقد يتعلق بتقديم خدمة وبتوريد أو بتأجير، ساري التنفيذ في تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة ولو كان مبنيا على الاعتبار الشخصي للمدين، وكذا كل عقد لم يتم فسخه قبل هذا التاريخ بموجب حكم حائز لقوة الأمر المفضي به".

من المعلوم أن مسطرة التسوية القضائية تبتدئ بفترة تأمل أو ملاحظة يقوم على إثرها السنديك بإعداد الحل الملائم لوضعية المقابلة¹، وتنتهي بمخطط الاستمرارية أو التفويت أو التصفية.

ونظرا لأهمية هذه الفترة في حياة المقابلة، فقد خول المشرع العديد من الآليات التي تخوله للحفاظ على نشاط المقابلة وذلك من خلال اختيار السنديك تنفيذ عقد الكراء التجاري الجاري (أولا)، أو عدم اختياره لمواصلة العقد التجاري (ثانيا).

أولا: سلطة السنديك في تنفيذ عقد الكراء التجاري الجاري:

يضطلع السنديك بأدوار مهمة في التحكم في مصير العقود التجارية بصفة عامة²، وقد منح المشرع المغربي السنديك وحده السلطة في اتخاذ القرار بالمطالبة بتنفيذ عقود الكراء التجاري.

وينفرد السنديك بهذه السلطة المطلقة دون غيره، لا يزاحمه أو يقاسمه إياها رئيس المقابلة³ ولا الطرف المتعاقد مع المقابلة، وذلك ضمانا للمردودية وتحسينا للأصول وتخفيفا

¹ - يقصد بالمقابلة حسب المادة 546 من مدونة التجارة، يقصد بالمقابلة في مدلول هذا الكتاب، الشخص الذاتي التاجر أو الشركة التجارية.

² - Khadija- Agourram El menjra " :Le rôle du contrat dans la préservation de l'entreprise en difficulté de paiement", thèse pour l'obtention du doctorat d'état en science juridique, université Hassan II ainChock, FSJES, Casablanca, 2006, p82.

³ - يقصد برئيس المقابلة حسب مدلول الكتاب الخامس من مدونة التجارة: الشخص الذاتي أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري المدين.

- راجع المادة 546 من مدونة التجارة المغربية.

لعباء الخصوم، وقد يرجع سبب ذلك في أن السنديك أقرب إلى المقاولة من القاضي المنتدب نفسه، يغوص في مشاكلها وأسرارها والحلول الملائمة لعلاج أمراضها، وبعبارة أخرى، إن العقود الجارية تستمر بقوة القانون بل يتوقف استمرارها على إرادة السنديك، بصرف النظر على طبيعة مهمته أو تكليفه من طرف المحكمة.¹

إذا قرر السنديك مواصلة عقد الكراء التجاري، فهذا سيترتب عنه قبوله مواصلة العقد بنفس الشروط والمقتضيات المتضمنة في العقد عند إبرامه، هذا الذي قبل به السنديك²، سيثقل حسب الباحثين³ كاهل المقاولة التي تعاني من صعوبات خصوصاً أن شروط العقد ثابتة ولا يمكن تغييرها إلا بإرادة الأطراف، وما يمكن أن يتدخل بشأنه القضاء في إطار مساطر صعوبات المقاولة لا يتعدى تأجيل بعض الأداءات المتعلقة بالوجيبة الكرائية، سواء من خلال الاتفاق القائم بين السنديك والدائنين أو من خلال ما يستفاد من منطوق المادة 686 من القانون 17.73 من وقف للمتابعات الفردية التي تهدف إلى المطالبة بأداء دين أو فسخ العقد لعدم أداء دين.

وإذا كان السنديك يعين من طرف المحكمة، ويستمد حق تقرير استمرارية عقد الكراء التجاري كعقد جاري من نص قانوني، فإن قراره بهذا الخصوص يطرح إشكال مفاده مدى قابلية هذا القرار للطعن، من طرف من له المصلحة من قبل المقاولة المكترية أو من قبل

¹ - أحمد شكري السباعي: "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها"، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، الرباط، ص 313.

² - تعتبر تسمية السنديك دخيلة على اللغة العربية، وهي عبارة عن تعريب آلي لكلمة Syndic باللغة الفرنسية، بحيث كان القانون التجاري الملغى يتحدث عن وكيل الدائنين ووكيل التفليسة، وبالتالي يتعين اعتماد تسمية عربية تتلاءم مع طبيعة مهامه كوكيل المسطرة مثلاً، على اعتبار أن تسمية المتصرف القضائي يمكن أن تخلق خلطاً مع المتصرف كسلك من أسلاك الوظيفة العمومية، كما أن تسمية الوكيل القضائي يمكن أن تخلق خلطاً مع الوكيل القضائي للمملكة كممثل للدولة في النزاعات التي تكون طرفاً فيها والمنظم بمقتضى ظهير 2 مارس 1953.

- علال فالي: "مساطر معالجة صعوبات المقاولة"، الطبعة الثانية، نونبر 2015 دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص 169.

³ - خليل مرزوق: "أثر الحكم بفتح مساطر صعوبات المقاولة على عقد الكراء التجاري قراءة على ضوء مقتضيات القانون الجديد لصعوبات المقاولة رقم 17.73"، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، العدد السابع، مارس 2019، ص 130.

النيابة العامة عندما يقرر السنديك عدم استمرارية عقد ترى فيه النيابة العامة ضرورة لاستمرارية النشاط، أو من طرف المكري المتعاقد مع المقاوله عندما يقرر السنديك استمرار عقد يرى فيه المتعاقد شططا في استعمال حق الاختيار¹ ؟

لم يتطرق المشرع المغربي صراحة لمسألة الطعن في قرارات السنديك، وفي نفس الإطار لم ينص صراحة على نهائية قراراته، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها أن النزاعات المرتبطة باستعمال السنديك حق الاختيار ينعقد للقاضي المنتدب باعتباره الساهر على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة بها.²

وقد ذهب بعض الباحثين³ إلى اعتبار أن القاضي المنتدب يسهر على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة، أما على مستوى التشريع المغربي فقد نصت المادة 672 من مدونة التجارة على أنه: "يبت القاضي المنتدب بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات في الطلبات والمنازعات والمطالب الداخلة في اختصاصه لا سيما الطلبات الاستعجالية والوقتيّة والإجراءات التحفظية المرتبطة بالمسطرة وكذا الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك".

بناء على ما تقدم، يصح القول أن منح السنديك حق الاختيار وحده يناقض المبدأ الراسخ في القواعد العامة، خصوصا مقتضيات الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود الذي نص على أن "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها القانون"، فالمشرع المغربي من خلال نص المادة 588 من مدونة التجارة، غلب النظام العام الاقتصادي على مصلحة المتعاقد مع المقاوله، وبالتالي لم يعد بمقدور الأطراف المتعاقدة

¹ - عزيز اليزيدي: "استمرارية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل في ضوء القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمجالات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي"، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني العدد السادس، ص 2004/2033.

² - cass.com 8 Déc 1987; jc P 1988 éd G11, 20 927, note: jeantin.

- قرار منشور بمجلة الإرشاد القانوني، العدد 6، مرجع سابق، ص 204.

³ - يراجع في هذا الصدد، عمر أزوكار: "استمرارية العقود الجارية في مساطر معالجة العقود"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 92، يناير-فبراير 2002.

التحكم في مصير العقد لأن هذه الصلاحية أصبحت بيد السنديك وحده، بالإضافة أن النهج الذي أخذ به المشرع المغربي عند سنه للقواعد المتعلقة بصعوبات المقاولات يختلف تماما عما هو متعارف في ظل القواعد العامة.¹

وقد تم انتقاد توجه المشرع، في إعطاء السنديك هذه السلطة المطلقة، والتي تخول له المطالبة بتنفيذ العقود الجارية في المرحلة المؤقتة أو مرحلة المراقبة، سلطة لا تفرض على السنديك حتى أخذ إذن القاضي المنتدب أو مجرد استشارته، ودون تنسيق مسبق معه أو على الأقل مع رئيس المقاولات في هذه المرحلة المؤقتة الحرجة، إلا أنه لا يوجد مبدئيا ما يمنع أدبيا أو تشريعيا من إجراء تنسيق أو مشاور طوعي بين السنديك والقاضي المنتدب أو بينه وبين رئيس المقاولات.²

ويصبح السنديك ملزما عند تقريره استمرارية عقد الكراء التجاري، أن يحترم مقتضياته دون إمكانية التدخل لتعديلها ومن جملتها ثمن أو أجرة الكراء وباقي الأداءات المختلفة المرتبطة بعقد الكراء، وكذا الآجال المحددة للوفاء.³

ويكون السنديك ملزما بالحفاظ على المحل المكثري وباستعماله دون إفراط أو إساءة وفقا لما خصص له بمقتضى العقد، ويلزم المكثري المتعاقد مع المقاولات بوضع المحل المكثري تحت تصرف المقاولات خلال الوقت وبالكيفية المحددين بمقتضى العقد أو العرف، مع ضمانات الانتفاع به وحيازته دون معارضة وضمان استحقاق العيوب التي قد تشوبه، إلا إذا وافق المكثري المتعاقد مع المقاولات على منح هذه الأخيرة أجلا للأداء، أما بالنسبة للإلتزامات السابقة لحكم فتح المسطرة والتي ترتب في ذمة المقاولات المدينة، فإن المكثري المتعاقد معه

¹ - حمزة طه: "سلطة الخيار الممنوحة للسنديك.... عقد الكراء التجاري نموذجا"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.assabah.com أطلع عليه بتاريخ 27/03/2021، على الساعة 21:50 ليلا.

² - أحمد شكري السباعي: "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولات ومساطر معالجتها"، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة يونيو 2007، ص 313/314.

³ - مريم العباسي: "وضعية عقد الكراء بعد فتح مسطرة التسوية القضائية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص السنة الجامعية 2008/2009، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويدي، ص 40.

يكون ملزما بالوفاء بالتزاماته رغم عدم وفاء المفاوضة بهذه الالتزامات ولا يمكن أن يترتب عن عدم تنفيذها سوى منح المتعاقد حق التصريح بها في قائمة الخصوم.¹

ثانيا: اختيار السنديك عدم مواصلة عقد الكراء التجاري

يمكن للسنديك اختيار عدم مواصلة عقد الكراء التجاري، وذلك إذا تبين له أنها مرهقة لأصول المسطرة أو لا تساعد على تسوية المفاوضة وإنقاذها، أو أن المفاوضة مرتبطة بعدة عقود كراء وأن الحفاظ على هذه العقود كلها قد يزيد إرهاق وضعيتها المالية، واتخاذ هذا القرار يتم بإدخال مجموعة من الاعتبارات كالحالة الاقتصادية للمفاوضة وطبيعة العقد وأهدافه.²

إن اختيار السنديك عدم مواصلة عقد الكراء التجاري - وهو بالمناسبة أمر مستبعد دائما لخطورة ذلك على المفاوضة المكترية - يمكن أن يكون إما صراحة أو ضمنا، صراحة إذا عبر السنديك للمكري عن رغبته الواضحة في إنهاء العقد وهو ما يستتبع وفاء السنديك بجل الالتزامات الواردة في العقد مع المكري، وضمنا في الحالة التي يبقى فيها الإنذار الموجه من المكري إلى السنديك، بدون جواب لمدة تفوق شهرا³، حيث يفسخ العقد بقوة القانون.⁴

وتبعا لاختيار السنديك، عدم مواصلة تنفيذ العقد، يمكن للمتعاقد المطالبة بتعويضه عن هذا الفسخ وذلك عبر دعوى للتعويض عن الأضرار، غير أن مبلغ التعويض المحكوم به يدرج في قائمة خصوم المفاوضة المدنية وذلك حفاظا على مبدأ المساواة بين

¹ - عزيز الزيدي: "استمرارية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل في ضوء القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي"، مرجع سابق، ص 209.

² - Yves Guyon, Droit commercial, op, p 226.

أورده عمر السكتاني: "تأثير صعوبات المفاوضة على عقد الكراء التجاري، دراسة تحليلية في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والأجنبي"، مقال منشور بمجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7، منشورات المهن القانونية والقضائية، ص 59.

³ - خليل مرزوق: "أثر الحكم بفتح مساطر صعوبات المفاوضة على عقد الكراء التجاري قراءة على ضوء مقتضيات القانون الجديد لصعوبات المفاوضة رقم 73.17"، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني العدد 6، مارس 2019، ص 130.

⁴ - لمزيد من الاطلاع يراجع كريم آيت بلا: "استمرارية المفاوضة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي"، مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2008.

الدائنين، فالمشرع المغربي لم يجعل مبلغ التعويض المحكوم به مضمونا بحق الأولوية المنصوص عليه في مدونة التجارة، حيث يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم مسطرة التسوية القضائية والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو تلك المتعلقة بنشاط المقاولة وذلك خلال فترة إعداد الحل، في تواريخ استحقاقها.

وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدي بالأسبقية على كل الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء الأفضلية المنصوص عليها في المادتين 588 و 565 من مدونة التجارة.

تؤدي الديون المشار إليها في الفقرة الأولى، عند تزامنها، وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل.¹

وفي العلاقة بسلطة السنديك في اختيار المواصلة أو عدم المواصلة بخصوص عقد الكراء التجاري، فإن الأمر يثير عدة إشكالات من بينها أن تقاعس السنديك في التعبير عن مواصلة عقد الكراء التجاري بتفويت أجل الشهر المشار إليه في المادة 538 من مدونة التجارة، قد يترتب على عائق المقاولة تعويضات عن الأضرار اللاحقة بالمكري من جراء هذا التقاعس، وهو تعويض يثقل عائق المقاولة التي تعاني في الأصل من صعوبات، على الرغم من كونه تعويضا سيدرج في قائمة خصوم المقاولة انسجاما مع إجراءات مساطر صعوبات المقاولة.²

في ذات السياق يثور إشكال لا يقل أهمية عن الإشكالات السابقة، عن حدود المسؤولية التي يتحملها السنديك عند تقاعسه من مواصلة عقد الكراء التجاري، الشيء الذي يسبب أضرار مالية لدائني المقاولة جراء فقدانها الأصل التجاري الذي يعد الضمانة الأولى والأساسية لديون هؤلاء الدائنين ؟

¹ - أيوب بومزاود: " أي مصير للقلب النابض للمقاولة بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية على ضوء تعديلات قانون 73.17 "، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.maroc2droit.com أطلع عليه بتاريخ 2021/03/26، على الساعة 17:05 مساء.

² - خليل مرزوق: " أثر الحكم بفتح مساطر صعوبات المقاولة على عقد الكراء التجاري قراءة على ضوء مقتضيات القانون الجديد لصعوبات المقاولة رقم 17.73 "، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، العدد السابع، مارس 2019، ص 131/130.

إن إعطاء السنديك مسؤولية فعلية من خلال تمكينه من تسيير المقاولة يجعله مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء قيامه بهذه المهمة وهذه المسؤولية إما تكون مدنية أو جنائية.¹

عموماً يتضح مما سبق ذكره، أنه رغم أهمية القاعدة المتمثلة في جعل استمرار تنفيذ العقود الجارية يتوقف على إرادة السنديك، إلا أن بعض العقود تستدعي إخراجها من هذه السلطة، وجعلها تستمر بقوة القانون بعد صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية بالنظر لكونها من العناصر الأساسية لاستمرار المقاولة، كما هو الشأن بالنسبة لعقد العمل وعقد كراء المحل التجاري.²

المحور الثاني: خضوع المكري لبعض المقتضيات الخاصة خلال فترة إعداد الحل المناسب للمقاولة

أحاط المشرع مرحلة إعداد الحل بمجموعة من القواعد الآمرة الغاية منها تسهيل عملية الانقضاء والتصحيح وتأمين استمرارية المقاولة لما فيه من حماية لمختلف المصالح المرتبطة بها، وذلك إما بفرض مجموعة من القيود والتضحيات وإما بإقرار أوضاع تفضيلية لتحفيز المتعاملين مع المقاولة على دعمها والاستمرار في تقديم التمويل المناسب لإنقاذها.³

من المعلوم أن فتح المسطرة، يوقف أو يمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأة قبل الحكم المذكور ترمي إلى:

- الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال؛
- فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال.⁴

¹ - عبد السلام الإدريسي: "طبيعة سلطان السنديك ودورها في إخراج المقاولة المتوقفة عن الدفع من وضعيتها المختلة"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.moghivess.com أطلع عليه بتاريخ 2021/03/28 على الساعة 16:53 مساءً.

² - أيوب بومزاود: "أي مصير للقلب النابض للمقاولة بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية على ضوء تعديلات قانون 73.17"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.maroc2droit.com أطلع عليه بتاريخ 2021/03/26، على الساعة 17:05 مساءً.

³ - عمر السكتاني: "تأثير مساطر صعوبات المقاولة على عقد الكراء التجاري"، مرجع سابق، ص 61.

⁴ - انظر المادة 686 من مدونة التجارة.

وعليه، سنحاول التوقف عند مختلف القيود المفروضة على المكري خلال فترة إعداد الحل (أولا)، وأيضا أهم الإمتيازات المقررة له خلال هذه المرحلة (ثانيا).

أولا: القيود المفروضة على المكري خلال فترة الحل.

1. خضوع المكري لقاعدة وقف المتابعات الفردية

يطرح موضوع وقف المتابعات الفردية في مساطر معالجة صعوبات المقاول، العديد من الإشكالات، لعل أهمها إشكالية ضمان التوازن بين مصالح المقاول ومصالح الدائنين وبالاخص الديون الناشئة قبل فتح المسطرة.

وبالرجوع للمادة 686 من مدونة التجارة والتي عوضت المادة 653 من مدونة التجارة بموجب القانون رقم 73.17 والذي نسخ وعوض الكتاب الخامس مدونة التجارة والمتعلق بصعوبات المقاول، فإنها تقضي بأنه في حال صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية يؤدي إلى وقف الدعاوى القضائية التي يقيمها الدائنون الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم.

وعليه فإن صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية، تمنع جميع الدعاوى التي يقيمها الدائنون أصحاب الديون الناشئة قبل صدوره، سواء كان هؤلاء الدائنون عاديون، وحتى الدائنون أصحاب امتياز أو رهن على أصل تجاري، والتي ترسي إلى حكم على المدين بأداء مبلغ من المال، أو إلى فسخ عقد لعدم أداء مبلغ مالي، أو إلى ضرورة التنفيذ على أموال المدين سواء كانت عقارات أو منقولات.¹

كرس القضاء المغربي هذه القاعدة خاصة قضاة الموضوع، حيث رفضت تجارية الدار البيضاء طلب القرض العقاري والسياحي والرامي إلى تمكينه من حيابة المقاول تنفيذ الأمر قضائي، وإلى إلغاء الحكم المتعرض عليه والقاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية لتعارضه والأمر القضائي المذكور، وعللت حكمها كالآتي: "حيث دفعت المتعرضة أيضا بكون الحكم المتعرض عليه يتعارض والحكم القاضي لها بحيابة المصلحة واستخلاص مداخيلها، وحيث إن حكم فتح المسطرة يوقف ويمنع كل إجراء للتنفيذ يقيمه الدائنون سواء على المنقولات أو العقارات طبقا للمادة 653 من مدونة التجارة، ومن تم يكون الحكم القاضي

¹ - يراجع في هذا الصدد، عبد الرحيم الفريشي: " آليات إنقاذ المقاول موضوع تسوية قضائية "، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 34، سنة 2002.

للمدعية بالحيازة ليس مخططا للتسوية، لكونه صادر لفائدة أحد الدائنين من أجل استخلاص¹ دين وأن فتح مسطرة التسوية القضائية يقتضي إيقاف إجراءات تنفيذه."

وتبقى الغاية حسب بعض الباحثين²، بعد فتح مسطرة التسوية القضائية هو توقف الدعاوى المتعلقة بالديون الناشئة قبلها لمنع التزاحم والتسابق بين الدائنين، وتحقيق المساواة بينهم، وإتاحة الفرصة لحصر خصوم المقابلة وأصولها وتحديد وضعيتها الاقتصادية والاجتماعية.

ونحن نعتقد أن قاعدة وقف المتابعات الفردية، هي قاعدة توقف رفع دعاوى جديدة، وأيضا يمتد أثرها حتى إلى الدعاوى التي سبق رفعها.

إن إعمال قاعدة أنه 'لكل قاعدة استثناء'، فإن قاعدة وقف المتابعات الفردية ترد عليها مجموعة من الاستثناءات المهمة، فإذا كانت المادة 686 من مدونة التجارة توقف كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل صدور حكم فتح المسطرة إذا كانت ترمي إلى الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال أو فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال.

فحسب بعض الباحثين³، فإنه يجب الاعتراف تبعا لذلك بأن أثر هذه القاعدة يقتصر بالنسبة للمكري على دعاوى فسخ الكراء التجاري لعدم أداء أجرة الكراء دون غيرها من الدعاوى والمتابعات القضائية المبنية على أسباب أخرى غير أداء مبلغ من المال، والتي لا تتوقف ولا يمنع المكري من رفعها في مواجهة المكثري الذي فتحت المسطرة في مواجهة، كدعاوى الفسخ لعدم احترام الالتزام بتأمين العقار موضوع الكراء، أو عدم احترام

¹ - حكم صادر في حلف عدد 2573/98 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 893، أورده نبيل الشاذلي: "الأثار القانونية المترتبة عن الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.bibliotdroit.com يوم 2021/04/01، على الساعة 16:04 مساء.

² - نبيل الشاذلي: "الأثار القانونية المترتبة عن الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية"، المرجع نفسه.

³ - عبد الرزاق الزيتوني: "استمرارية المقابلة بعد التوقف عن الدفع وحماية الدائنين على ضوء القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2005، ص 450.

أورده عمر السكتاني: "تأثير مساطر صعوبات المقابلة على عقد الكراء التجاري- دراسة تحليلية في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والأجنبي"، مجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7، مرجع سابق، ص 63.

الاستعمال الذي خصص له العقار المذكور، فعدم بتنفيذ الالتزام التعاقدي الذي له طبيعة مالية، حتى ولو ثبت هذا الإخلال قبل الحكم بفتح المسطرة، يسنح بالمطالبة بالفسخ بعد الحكم المذكور.

وبالتالي، فقاعدة وقف المتابعات الفردية هي قاعدة تطبق استثناء على دعوى الفسخ لعدم أداء الكراء دون دعاوى الفسخ التي تقام ضد المكري لأسباب الفسخ والاتفاقية والقانون المنصوص عليها في الفصل 692¹ من ظهير الالتزامات والعقود.²

في هذا الصدد، قضت محكمة النقض الفرنسية³، بأن دعوى فسخ الكراء التجاري لعدم تنفيذ الالتزام بعمل وليس لعدم أداء أجرة الكراء، لا تتوقف بالحكم القاضي بفتح المسطرة في مواجهة المكري، معللة قرارها بما يلي:

"إن طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ التزام بعمل لا تتوقف بخلاف تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال."

بالإضافة إلى ما سبق ذكره وبيانه، يمكن للمكري أن يقيم الدعوى أمام المحكمة للوقوف على تحقق الشرط الفاسخ في عقد الكراء التجاري، ويشترط في ذلك أن تكون متعلق بسبب آخر غير الوجيبة الكرائية، لأنها تخرج من قاعدة وقف المتابعات الفردية، في هذا الإطار ثار إشكال حول توقيت تحقق الشرط الفاسخ ؟

¹ - نجاة الكص: " الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955 "، (الأطروحة) مرجع سابق، ص 194.

² - نص الفصل 692 ق.ل.ع. على أن: " للمكري فسخ الكراء مع حفظ حقه في التعويض إن اقتضى الأمر: أولاً: إذا استعمل المكري الشيء المكري في غير ما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق. ثانياً: إذا أهمل الشيء المكري على نحو يسبب له ضرراً كبيراً.

ثالثاً: إذا لم يؤد الكراء الذي حل أدل أدائه."

³ - Cass.com 26 oct 1990 loyers et copr 1999, n 295, p 13 dos PH.AB

قرار أورده نجاة الكص "الحق في الكراء - كعنصر في الأصل ومدى الحماية المقررة له - في ضوء ظهير 24 ماي 1955" (المؤلف) مرجع سابق ص 262.

للفصل في هذا الإشكال ذهبت محكمة النقض الفرنسية¹ إلى أن: "تحقق الشرط الفاسخ لا يتم بمجرد انقضاء أجل الإنذار بالأداء وإنما لابد من رفع الأمر إلى القضاء لمعينة تحقق الشرط الفاسخ وصيرورة قراره حائزة لقوة الشيء المقضي به، إذ بانقضاء الأجل المقرر للمكثري والمنصوص عليه في الإنذار، وصدور قرار من القضاء بمعينة تحقق الشرط الفاسخ واستنفاذ هذا القرار لجميع طرق الطعن العادية، ينقضي العقد ولا يصبح جاريا، ولا يتأثر بالتالي بالحكم الصادر بفتح المسطرة".

على النقيض من التوجه الأول لمحكمة النقض الفرنسية، ذهبت هذه الأخيرة²، إلى أن الشرط الفاسخ يرتب آثاره بعد معينة القضاء لتحقيقه، من اليوم الموالي لتخلف المكثري الذي أمهله القضاء مهمة لأداء ما بذمته، من غير أن يتوقف ذلك على اكتساب القرار القاضي بمعينة الشرط الفاسخ الشيء المقضي به، إذ بانقضاء هذا الأجل لا يصبح العقد جاريا وينتفي بالتالي أي أثر للحكم القاضي بفتح المسطرة عليه.

2. منع أداء ديون الكراء التجاري الناشئة قبل فتح المسطرة

نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 650 من مدونة التجارة على أنه "يترتب عن فتح المسطرة بقوة القانون منع أداء كل دين نشأ قبل صدوره"، يعتبر تقرير هذه القاعدة حسب بعض الباحثين، أمرا إيجابيا وضروريا بالنسبة لإنقاذ المقاول الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية وحماية حقوق الدائنين، عن طريق الحفاظ على الأصول الضرورية لمواصلة النشاط والإنتاج والشغل، ونتيجة لذلك فإنه يمنع على المكثري المطالبة بديونه الناتجة عن عقد الكراء التجاري والسابقة في النشأة على تاريخ فتح مسطرة المعالجة التسوية والتصفية القضائية.³

¹ لمزيد من التفصيل يراجع عمر أزوكار: "فسخ الكراء التجارية ومساطر الصعوبات - دراسة مقارنة -"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 85، نونبر - دجنبر 2000، ص102.

² قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 ماي 1996، أورده عمر السكتاني: "تأثير مساطر صعوبات المقاول على عقد الكراء التجاري"، مجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7، مرجع سابق ص66/65.

³ عمر السكتاني: "تأثير مساطر صعوبات المقاول على عقد الكراء التجاري- دراسة تحليلية في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والأجنبي"، مجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7، مرجع سابق، ص77/66.

وقد أقرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس¹ بأن "نشوء الدين بعد الحكم بفتح مسطرة التسوية قرينة على أنه من أجل مساعدة المقاوله وبالتالي يبقى للدائن الحق في الحماية القانونية التي منحها إياه المادة 575 من مدونة التجارة المنسوخة بمقتضيات القانون 73.13 والمتعلق بصعوبات المقاوله".

وعليه، فإن قاعدة عدم أداء الديون الناشئة، تعتبر دعامة أساسية في توفير الضمانات المالية للمقاوله خلال فترة التسوية، والجال أن المقاوله تكون أمس حاجة للأموال، من أجل تجاوز الصعوبات المالية، وتشمل قاعدة منع أداء الديون الناشئة قبل المسطرة جميع الدائنين سواء كانوا دائنين عاديين أو دائنين بامتيازات عامة أو خاصة أو أصحاب رهون وسواء كان يتعلق بنشاط المقاوله أو ديناً شخصياً للمدين.²

ثانياً: الامتيازات المقررة للمكري خلال فترة إعداد الحل

يعتبر هاجس إنقاذ المقاوله، أولية الأوليات والهدف الرئيسي الذي يتعين الوصول إليه، ولا يمكن أن يحول بينها وبين هذا الهدف تجاوز المدة الخاصة لإعداد الحل لظروف أملتها معطيات واقعية معينة، وبالتالي فتجاوز المدة المحددة لفترة إعداد الحل لا يترتب أية نتيجة سلبية شريطة أن لا تطول بصورة كبيرة، وبشكل لا يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المقاوله بدل خدمتها، هذه المصلحة التي تنتقل من المقاوله إلى الدائنين عندما يتقرر استمرارية نشاطها وبالتالي قاعدة استمرارية العقود الجارية خلال طور التصفية القضائية.³

وبالرغم من حرص المشرع على استمرارية المقاوله وتحاشي أسباب تصفيتها، إلا أنه حرص كذلك على مصالح المكري، حيث يحظى هذا الأخير في نظام المساطر الجماعية

¹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 41 الصادر بتاريخ 2004/06/30 ملف عدد 03.71، منشور بالموقع الإلكتروني www.adalo.justire.gov.ma أطلع عليه بتاريخ 2021/04/02، على الساعة 00:03 ليلاً.

² - عبد الحق بوكبيش: "استمرار نشاط المقاوله الخاصة للتسوية القضائية"، الطبعة الأولى، دار السلام، الرباط 2007، ص 42.

³ - أحمد باسو: "استمرارية العقود الجارية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية 2009/2010، ص 51/50.

بوضعية متميزة وخاصة في حالة فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المكثري للمحلات المعدة للإستغلال نشاط المقاول، فهو من جهة يتمتع بالنسبة لديونه السابقة من قاعدة الامتياز المنصوص عليها في المادة 161 من مدونة التجارة، التي تعطيه الحق في استيفاء حقوقه بالأولوية على باقي الدائنين تطبيقا للفصل 1243 ق.ل.ع، ومن جهة أخرى يتمتع بمجموعة من الضمانات القانونية التي تضمن حمايته في مواجهة باقي الدائنين من خلال حق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة.¹

وتبقى فرصة إنقاذه المقاول، بالحفاظ على مصالح المكري وأيضا مرتبط بتنفيذ المقاول لما شمله المخطط من التزامات تحت طائلة فسخه كجزاء للمقاول على استخفافها بالجهود المبذولة لمساعدتها على تخطي الصعوبات التي تواجهها.²

وقد منحت المادة 690 من مدونة التجارة، الدائنين بصفة عامة ومن بينهم المكري كدائن باستيفاء ديونهم بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح التسوية، تحت طائلة المطالبة القضائية مع التعويضات إن كان لها محل.³

وهو نفس التوجه الذي سلكته مدونة التجارة الفرنسية في المادة 622.17، حيث يتضح أن الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية القضائية يستوفون ديونهم عند الاستحقاق وبالأسبقية عن باقي الدائنين، كما لو لم تكن المسطرة مفتوحة في حق المقاول المدنية.⁴

¹ - عمر السكتاني: "تأثير مساطر صعوبات المقاول على عقد الكراء التجاري- دراسة تحليلية في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والأجنبي"، مجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7، مرجع سابق ص 68.

² -El Idrissi Alami Machichi: "droit commercial fondamental au Maroc", imprimerie Fédala Rabat, Edition 2006.

³ - الأستاذ محمد لفروجي: "وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاول على ضوء قضاء المجلس الأعلى، ندوة نظمها المجلس الأعلى تليدا للذكرى الخمسين لتأسيسه حول موضوع صعوبة المقاول، طنجة في 21-22 يونيو 2007، ص 45.

⁴ - Marcel Dymant, Pierre Ichelcorre " :créancier de l'article 40: Aux ordres du strater !", J.C.P. ed. n°23, juin 2000, p884.

أورده عمر السكتاني: مجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7 مرجع سابق، ص 71.

في هذا الصدد يطرح الإشكال عن مدى إمكانية السنديك في عدم أداء الوجيبة الكرائية بعد فتح المسطرة، أو تأجيلها لأجل آخر؟

علاقة بهذا الإشكال، ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء في إحدى قراراتها¹ إلى أن: "...الديون المشمولة بهذا الحق - يعني حق الأسبقية - تؤدي في تاريخ استحقاقها مهما كانت المرحلة التي قطعتها التسوية القضائية، وبالتالي فهي لا تخضع لمسطرة التصريح بالديون المنصوص عليها في المواد 686 إلى 690 من مدونة التجارة... لذلك فإن الديون الناشئة بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية وفي الوقت الذي تكون فيه مثبتة بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية وفي الوقت الذي تكون فيه مثبتة ومستحقة الأداء يمكن المطالبة بها مباشرة من رئيس المقاول أو السنديك إن كان هو المسير دونما الحاجة إلى تصريح أو تسجيل... كما أن هذا الدين لا يخضع لقاعدة وقف المتابعات الفردية ولا لقاعدة وقف سريان الفوائد المنصوص عليها في المواد 356 إلى 365 ومن 659 إلى 660 من مدونة التجارة وبالتالي يمكن المطالبة به وفق المسطرة القانونية العادية".

أما عن النطاق الزمني للحق في الأولوية، فقد ثار نقاش فقهي عن مدة سريان، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي²، أن حق الأولوية يتحمل معنيين اثنين:

- المعنى الأول: يقتصر على تطبيق حق الأولوية في فترة الملاحظة فقط.
- المعنى الثاني: ينطلق من كون المشرع لم يحدد تاريخ الاستفادة من هذا الامتياز، وبالتالي فهذا الحق يمتد بعد انتهاء فترة الملاحظة.

¹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، صادر في 10/10/2000، الملف عدد 00/151 قرار رقم 2000/2062، منشور بمجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية، العدد 8/7، المرجع نفسه، ص 72.

² "Droit commercial, instrument de paiement et de crédit entreprise en difficulté", Michel Jeantin - op cit, P 442.

لمزيد التفصيل يراجع:

Yves chaput "Droit du redressement et liquidation, judiciaire des entreprises" 2ème ed 1990.

أما على المستوى الفقه المغربي¹، فإن حق الأولوية يبدأ من تاريخ الحكم بالتسوية القضائية وينتهي بحصر مخطط الاستمرارية أو التفويت أو التصفية القضائية، أي أنه يجب الأخذ بحق الامتياز في فترة إعداد الحل فقط، باستثناء الحالة التي تأذن بها المحكمة استمرار النشاط بالرغم من انفتاح التصفية القضائية.

يتضح مما سبق أن مبدأ الوفاء عند الاستحقاق يعد آلية قانونية مهمة لتحقيق التوازن العقدي، فهي تهدف لحماية مصالح المقاتلة المتعثرة بجعلها تفي بالديون المتراكمة في ذمتها، وأيضا حماية مصالح المكري.

بناء عليه، فإن حق الأسبقية يعتبر ضمانا حقيقية لحماية حق المكري في استخلاص ديونه الناشئة بعد فتح المسطرة في تاريخ استحقاقها دون إمكانية تأجيل هذه الديون.²

يجب الاعتراف أن مستقبل المقاتلة رهين بتحديد المبالغ الإجمالية لدائني المقاتلة، باعتبارها تشكل وعاء رئيسيا عند وضع الميزانية، وتمكين المقاتلة من ضبط وتجميع أصولها لتحديد آفاق تقويمها الشيء الذي يجعل إقصاء الأطراف المعينة من معادلة التقويم لا يؤكد إلا شيئا واحدا هو التوجيه نحو فشل التسوية القضائية، والملاحظة أن هذه المهمة ليست من اختصاص القضاء، بل لابد من تدخل الدولة أو الجماعات المحلية للمشاركة في إيجاد الحلول للمقاتلة التي تعترضها الصعوبة، بحيث يجب ألا ينحصر التدخل عند التشجيع على الاستثمار وإنشاء المقاولات فقط.³

¹ - لمزيد من التفصيل راجع أستاذنا أحمد شكري السباعي: "مسطرة التسوية القضائية (أو التصحيح القضائي) والتصفية القضائية وتمويل المقاتلة"، مداخلة في إطار أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المركز المغربي للدراسات القانونية بالرباط يومه 1996/7/5 حول موضوع "المدونة الجديدة للتجارة"، منشور من طرف المركز المغربي للدراسات القانونية 1997، ص 63.

² - عمر السكتاني: "حق الأسبقية المخول للديون الناشئة بعد فتح التسوية القضائية، دراسة تحليلية بين النص والتطبيق"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2007/2008، بتصرف.

³ - فاتحة مشماشي: "أزمة معالجة صعوبات المقاتلة"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، السنة الجامعية 2006/2007، ص 241.

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

- أحمد باسو: "استمرارية العقود الجارية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، السنة الجامعية 2009/2010.
- أحمد شكري السباعي: "الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية- دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن"، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2001، دار نشر المعرفة- الرباط.
- أحمد شكري السباعي: "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولات ومساطر معالجتها"، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة يونيو 2007.
- أحمد شكري السباعي: "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولات ومساطر معالجتها"، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، الرباط.
- محمد لفروجي: "صعوبات المقاولات والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها"، مجموعة قانون التجارة والأعمال، سلسلة الدراسات القانونية 4، الطبعة الأولى، 2000، مطبعة النجاح الجديدة.
- محمد لفروجي: "مصير العقود الجارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية"، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 5، 2005.
- محمد لفروجي: "وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولات على ضوء قضاء المجلس الأعلى، ندوة نظمها المجلس الأعلى تخليدا للذكرى الخمسين لتأسيسه حول موضوع صعوبة المقاولات، طنجة في 21-22 يونيو 2007.
- أيوب بومزاود: "أي مصير للقلب النابض للمقاول بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية على ضوء تعديلات قانون 73.17"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.maroc2droit.com
- حمزة طه: "سلطة الخيار الممنوحة للسنديك... عقد الكراء التجاري نموذجا"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.assabah.com
- خليل مرزوق: "أثر الحكم بفتح مساطر صعوبات المقاولات على عقد الكراء التجاري قراءة على ضوء مقتضيات القانون الجديد لصعوبات المقاولات رقم 73.17"، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني العدد 6، مارس 2019.

- خليل مرزوق: " أثر الحكم بفتح مساطر صعوبات المقاولة على عقد الكراء التجاري قراءة على ضوء مقتضيات القانون الجديد لصعوبات المقاولة رقم 17.73 "، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني، العدد السابع، مارس 2019.
- شكري السباعي: " مسطرة التسوية القضائية (أو التصحيح القضائي) والتصفية القضائية وتمويل المقاولة "، مداخلة في إطار أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المركز المغربي للدراسات القانونية بالرباط يومه 1996/7/5 حول موضوع "المدونة الجديدة للتجارة"، منشور من طرف المركز المغربي للدراسات القانونية 1997.
- عبد الحق بوكبيش: " استمرار نشاط المقاولة الخاصة للتسوية القضائية "، الطبعة الأولى، دار السلام، الرباط 2007.
- عبد الرحيم القريشي: " آليات إنقاذ المقاولة موضوع تسوية قضائية "، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 34، سنة 2002.
- عبد الرزاق الزيتوني: " استمرارية المقاولة بعد التوقف عن الدفع وحماية الدائنين على ضوء القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة "، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2005.
- عبد السلام الإدريسي: " طبعة سلطان السنديك ودورها في إخراج المقاولة المتوقفة عن الدفع من وضعيتها المختلة "، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.moghivess.com
- عزيز اليزيدي: " استمرارية عقد الكراء التجاري خلال فترة إعداد الحل في ضوء القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المعدة للإستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي "، مقال منشور بمجلة الإرشاد القانوني العدد السادس.
- علال فالي: " مساطر معالجة صعوبات المقاولة "، الطبعة الثانية، نونبر 2015 دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط.
- عمر أزوكار: " استمرارية العقود الجارية في مساطر معالجة العقود "، مجلة المحاكم المغربية، العدد 92، يناير-فبراير 2002.
- عمر أزوكار: " فسخ الكراء التجارة ومساطر الصعوبات - دراسة مقارنة - "، مجلة المحاكم المغربية، العدد 85، نونبر - دجنبر 2000.
- عمر السكتاني: " تأثير صعوبات المقاولة على عقد الكراء التجاري، دراسة تحليلية في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والأجنبي "، مقال منشور بمجلة سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية العدد 8/7، منشورات المهن القانونية والقضائية.

- عمر السكتاني: " حق الأسبقية المخول للديون الناشئة بعد فتح التسوية القضائية، دراسة تحليلية بين النص والتطبيق "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2008/2007، بتصرف.
- فاتحة مشماشي: " أزمة معالجة صعوبات المقاوله "، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، السنة الجامعية 2007/2006.
- كريم آيت بلا: " استمرارية المقاوله في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي "، مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- مريم العباسي: " وضعية عقد الكراء بعد فتح مسطرة التسوية القضائية "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص السنة الجامعية 2009/2008، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي.

المراجع باللغة الفرنسية

- El Idrissi Alami Machichi: "droit commercial fondamental au Maroc ", imprimerie Fédala Rabat, Edition 2006.
- Khadija- Agourram El menjra: "Le rôle du contrat dans la préservation de l'entreprise en difficulté de paiement" , thèse pour l'obtention du doctorat d'état en science juridique, université Hassan II ainChock , FSJES, Casablanca, 2006.
- Marcel Dymant, Pierre Ichelcorre: "créancier de l'article 40 : Aux orderes du stratter !", J.C.P. ed. n°23, jun 2000.
- Michel Jeantin : "Droit commercial, instrument de paiement et de crédit entreprise en difficulté. "
- Yves chaput: "Droit du redressement et liquiclation, judiciaire des entreprises " 2éme ed 1990.
- Yves Guyon, Droit commercial.

مؤسسة الإكراه البدني في القانون المغربي أي دور جبري لتحقيق الديون العمومية؟

عبد العزيز موهيب

باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والسياسية
جامعة الحسن الأول بسطات

مقدمة:

مما لا خلاف فيه أن لمؤسسة الإكراه البدني جذور ضاربة في التاريخ القانوني العميق، إذ تجد مرجعيتها القديمة إلى العهد الروماني، وكان تطبيقه يتميز بكثير من القسوة والإذلال، حيث كانت تعطى للدائن سلطة مطلقة تسمح له بهدر كرامة مدينه واستنزاف دمه، بل كان للدائن الحق في امتلاك شخص المدين وبيعه، أو قتله وتمزيقه أشلاء بمقدار الدين، تطبيقاً للقاعدة القائلة بأن من لا يستطيع الأداء من ماله يؤدي من جلده¹. وقد ساهمت التطورات الاقتصادية وتنشيط الدين المسيحي دلى القانون الروماني في التخفيف من قسوة تطبيق الإكراه البدني بهذه الصورة، حيث تقرر للدائن الحق في طلب وضع مدينه في السجن عند عدم وفائه بدينه شريطة أن يقدم نفقات حبسه مهما طال أمد الحبس². ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يتعداه إلى القول أن الشريعة الإسلامية كانت من السباقين إلى إعطاء صفة الإلزام للأحكام القضائية من خلال جعل تنفيذها مقترنا بالإلزام والقوة والطاعة والتسليم³، ومن تم فقد أقر الفقه الإسلامي مبدأ حبس المدين الممتنع عن الوفاء بديونه رغم قدرته ويسره⁴.

¹ فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1989، ص 6.

² إدريس بلمحجوب، قواعد تنفيذ العقوبات: الجزء الأول، مطبعة بابل، الطبعة الأولى، 1988، ص 196.

³ مصطفى التراب، نظام الإكراه البدني كوسيلة للإجبار على التنفيذ، مجلة القسطاس، العدد 1، 1997، ص 25.

⁴ لقد نظم الفقه الإسلامي هذه الوسيلة تنظيمًا محكمًا، حيث تمت الموازنة بين مصالح الطرفين من خلال مراعاة تكريم الإنسان وتحريم كل ما يمس كرامته، وفي نفس الوقت الاعتناء بالتعامل في الأموال، سواء كان هذا التعامل

وفي التجربة المغربية، عرفت مؤسسة الإكراه البدني مجموعة من التحولات التاريخية المتباينة، إذ في مرحلة ما قبل الحماية، كانت تطبيق تعاليم الشريعة الإسلامية على المدين. أما خلال مرحلة الحماية، فقد تميزت بصدور مجموعة من القوانين في ميادين متنوعة، كانت نتيجتها أن طبقت أمام المحاكم ثلاث مساطر بالنظر إلى المناطق الاستعمارية التي عرفها المغرب¹. بينما تميزت مرحلة الاستقلال بإلغاء المساطر المعمول بها في عهد الحماية بمقتضى قانون المسطرة الجنائية الصادر بتاريخ 10 فبراير 1959 والذي قصر مجال تطبيق الإكراه البدني على الغرامة ورد ما يلزم رده والتعويضات والمصاريف المحكوم بها لفائدة خزينة الدولة مع استثنائه في الميدان المدني². وعندما تبين أن تطبيق نظام الإكراه البدني في الميدان الزجري قد أبان عن نجاعته في تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في المادة الجنائية وحفظ هيبة مصدرها، فإن ذلك جعل المشرع المغربي يمدد تطبيقه حتى بالنسبة للقضايا المدنية³.

وقد نظم المشرع المغربي مؤسسة الإكراه البدني في عدة نصوص، أهمها قانون المسطرة الجنائية⁴ في المواد من 366 إلى 374، ومدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة من المواد 232 مكرر إلى 239⁵ ومدونة تحصيل الديون العمومية من المواد 43 إلى 36، إضافة

تجارة أو دينا، وبعد ذلك انتقل مبدأ تطبيق الإكراه البدني إلى جل التشريعات الوضعية الحديثة. ونص عليه لإجبار المدين على الوفاء بديونه، غير أن بعض التشريعات تراجعت عن تطبيق هذا النظام رغم فعاليته، وذلك لما له من مساس بحرية المدين. للمزيد من التفصيل يراجع: عبد الرحيم بن سلامة، الإكراه البدني في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الإحياء، العدد 15، 2000، ص 277.

¹ مراد بشتاني، مسطرة الإكراه البدني في المادة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2018-2019، ص 1.

² مختار سوفاري، الإكراه البدني في الميدان المدني، بحث نهاية التدريب بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، الرباط، 1993، ص 5.

³ هشام أيت الحاج، إشكالات الإكراه البدني بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2013-2014، ص 4.

⁴ ظهير شريف رقم 1-02-255 الصادر 25 رجب 1423 (13 أكتوبر 2002)، بتنفيذ القانون رقم 22-01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078، بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315.

⁵ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-77-339، الصادر بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر 1977)، الجريدة الرسمية عدد 3389 مكرر، بتاريخ 13 أكتوبر 1977، ص 2982.

إلى ظهر 21 فبراير 1961¹ المتعلق بالإكراه البدني في المواد المدنية². وفي غياب التنصيص القانوني على الإكراه البدني في أي من هذه النصوص، فإنه يحيل من الناحية العملية على حبس المدين قصد الوفاء بدينه، باعتباره إحدى الوسائل التهديدية لتنفيذ الأحكام وغيرها من السندات والديون المستحقة للدولة والمؤسسات العمومية والهيئات التي في حكمها والجماعات الترابية³. هذا ولسلوك الإكراه البدني أقر المشرع المغربي مجموعة من الشروط الواجب تحققها، والتي يسعى من خلالها إلى تعزيز ضمانات المكره بدنيا تفاديا لأي تعسف قد يمس بحريته. حيث تتوزع هذه الشروط بين ما هو موضوعي له علاقة بالمدين والدين، وبين ما هو شكلي نظامي يؤسس للسبل الإجرائية المتبعة في تطبيق مسطرة الإكراه البدني. لأنه بتوفر الشروط الموضوعية وسلوك الشكليات النظامية سيتحقق توازن بين تنفيذ رغبة الدائن (سواء بدين عمومي أو خصوصي) في إكراه المدين، وبين حفظ حقوق هذا الأخير وعدم المس التعسفي بحريته⁴.

وبغض النظر عن الطابع النظامي للشروط الشكلية عند تطبيق مؤسسة الإكراه البدني في القانون المغربي، يبقى الأعمال السليم لشروطها الموضوعية أحد أهم الضمانات الرئيسية لحماية الحريات الفردية، خاصة عندما يتعلق الأمر بتحصيل الديون العمومية، لأن الدولة كجهاز ساهر على تسيير مختلف المرافق العمومية، مدعوة إلى توفير الموارد والاعتمادات اللازمة لتدبير مصالحها والقيام بالمهام المنوطة بها على أحسن وجه، لذلك تعمل ما في استطاعتها لخلق سبل أنجع لتحصيل الديون المستحقة لها وتحويلها من المزمين إلى صناديق خزيتها⁵. لأجله منحها المشرع مختلف السبل الكفيلة باستخلاص ديونها ولو على حساب حرية المدين، والتي نجد على رأسها مسطرة الإكراه البدني، كوسيلة

¹ ظهر شريف رقم 1-00-175 الصادر في 28 محرم 1421 (3 ماي 2000)، بتنفيذ ظهر رقم 97-15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الجريدة 4800 بتاريخ 28 صفر 1421 (1 يونيو 2000) ص 1256.

² ظهر شريف رقم 1-60-305 الصادر في 4 رمضان 1380، (20 فبراير 1961)، الجريدة الرسمية، عدد 2523، بتاريخ 3 مارس 1963، ص 581.

³ مراد بشتاني، مسطرة الإكراه البدني في المادة الجنائية، مرجع سابق، ص 7.

⁴ هشام أيت الحاج، إشكالات الإكراه البدني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 6.

⁵ مبارك المجدول، الإكراه البدني بين قانون المسطرة الجنائية ومدونة تحصيل الديون العمومية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والسياسية، سطات، 2020-2021، ص 63.

قانونية تمس بحرية الشخص وترمي إلى إخضاعه وإجباره على أداء ما بذمته، هذه الوسيلة الإذعانبة لا يمكن اللجوء إلى تفعيل مقتضياتها المنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية إلا بتوفر الشروط الموضوعية، سواء منها ما يتعلق بالمدين (المطلب الأول)، أو تلك المتعلقة بالخزينة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المدين ومسطرة الإكراه البدني

لتفعيل مسطرة الإكراه البدني في الديون العمومية في مواجهة المدين، وضع المشرع المغربي مجموعة من الشروط التي لابد من توافرها، والمتعلقة أساسا بملاءمة ذمته بدين عمومي (الفقرة الأولى)، أن يكون شخصا طبيعيا، بغض النظر عن النقاش الذي يثيره الشخص المعنوي في هذه الحالة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وجوب ملاءمة ذمة المدين بدين عمومي

إذا كان المشرع المغربي قد أوجب ضرورة التدرج في الأخذ بوسائل التحصيل الجبري وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 61 من مدونة تحصيل الديون العمومية¹، والتي سيعتبر الإكراه البدني آخرها²، فإن الأمر يتطلب إثبات يسر المدين وملاءمة ذمته المالية بدين عمومي³.

¹ تنص المادة 39 من مدونة الديون العمومية على ما يلي: "تباشر إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية حسب الترتيب التالي:

- الإنذار،
- الحجز،
- البيع.

ويتم أيضا اللجوء إلى الإكراه البدني لتحصيل الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 76 إلى 83 أدناه."

² الإكراه البدني ليس وسيلة للإبراء من الدين وإنما يعد وسيلة للإجبار فقط وهذا ما أكدته المادة 83 من مدونة تحصيل الديون العمومية، بحيث لا يسقط الدين بحبس المدين. وكذا لا يمكن اعتقاله من جديد من أجل نفس الدين إلا في حالة استثنائية يمكن اعتقاله من جديد من أجل المبالغ الواجبة المتبعة إذا لم يف بتعهداته التي أدت إلى إيقاف مفعول الإكراه البدني.

³ هشام أيت الحاج، إشكالات الإكراه البدني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 9.

أولا- تعريف الدين العمومي:

الدين العمومي هو الدين المترتب في ذمة المدين الملزم ضريبيا في مواجهة الإدارة العمومية، سواء إدارة الضرائب أو الجمارك أو الخزينة العامة، أو الجماعات الترابية وغيرها من المؤسسات العمومية. وقد حدد المشرع المغربي مضمون الديون العمومية عندما أكد على أن الضرائب المباشرة للدولة والرسوم المماثلة وكذا الضريبة على القيمة المضافة، المشار إليها بعبارة "الضرائب والرسوم" في ما يلي من هذا القانون¹:

- الحقوق والرسوم الجمركية؛
- حقوق التسجيل والتميز والرسوم المماثلة؛
- مداخيل عائدات أملاك الدولة؛
- حصيلة الاستغلالات والمساهمات المالية للدولة؛
- الغرامات والإعانات النقدية؛
- ضرائب ورسوم الجماعات المحلية وهيئاتها؛
- سائر الديون الأخرى لفائدة الدولة والجماعات الترابية وهيئاتها والمؤسسات العمومية التي يعهد بقبضها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، باستثناء الديون ذات الطابع التجاري المستحقة لفائدة المؤسسات العمومية.

إن الملاحظة الواجب الإدلاء بها هنا هي أن هذا التحديد المشار إليه أعلاه، جاء عاما وشاملا ومتضمنا لكافة الديون التي تعود لفائدة الدولة، من رسوم وحقوق إدانات نقدية وغرامات وضرائب، إلا أن المشرع قد استثنى من قائمة الديون العمومية الديون ذات الطابع التجاري المستحقة لفائدة المؤسسات العمومية، وقد حدد المشرع المحاسبين المكلفين بالتحصيل.

ثانيا- شروط الدين العمومي

يجب أن يتوفر في الدين مجموعة من الشروط حتى يتصف بالدين العمومي، أهمها أن يكون ضمن لائحة الديون المنصوص عليها قانونا، إلا أن هذا الأمر لا يكفي اعتبار الدين متسما بصفة المديونية العمومية، بل يتوجب أن يكون الدين المذكور مستحق الأداء، سواء

¹ المادة 2 من مدونة الديون العمومية.

تعلق الأمر باستحقاق بأجل¹، أو بالاستحقاق الفوري². إلى جانب أن يكون معلوما محدد القيمة، باعتبار أن المدين بدين عمومي لا يطبق الإكراه في حقه إلا إذا كان المبلغ يعادل أو لا يتجاوز السقف المحدد قانونا في 8000.00 درهم³. وبهذا يكون الغرض من الإكراه البدني، والحالة هذه إجبار المدين وإخضاعه لمطالب الخزينة العامة الراغبة في تحصيل ديونها بطريقة جبرية. وإن كانت الديون الواجبة على المواطنين في مواجهة الخزينة العامة ينبغي أن تؤدي تلقائيا من قبله دون ضرورة اللجوء إلى المساطر الجبرية، باعتبار أن مساهمة المواطن في خزينة الدولة من خلال أدائه للضرائب وهو واجب وطني ودستوري قبل كل شيء، ومن شأن هذه المساهمة أن تساعد على الأقل في تحسين جودة خدمات المرافق العمومية التي تدبر وتسير من أموال دافعي الضرائب⁴.

الفقرة الثانية: أن يكون الشخص طبيعيا

يرتبط تطبيق الإكراه البدني أن يكون الشخص شخصا طبيعيا لا معنويا، حيث لا يتصور إكراه الشخص المعنوي. ذلك أن خصوصية وطبيعة الإكراه البدني التي تستهدف إجبار المدين على الأداء والانصياع إلى الحكم القضائي، تمس المدين في حريته الشخصية، يترتب عليها تعذر تطبيق هذه الآلية القانونية في حق الشخص المعنوي كالشركات والجمعيات والتعاونيات⁵.

أولا- المقصود بالشخص الطبيعي

يقصد بالشخص الطبيعي الفرد، الإنسان، والذي تثبت الشخصية القانونية له عندما يولد حيا، أما إن ولد ميتا فلا شخصية له، ويمكن ذلك على سبيل الاستثناء أن يتمتع من لم يلد بعد بالشخصية القانونية، كما هو الحال بالنسبة للجنين الذي لم يخرج بعد إلى الوجود، وتجدر الإشارة إلى أن الشخصية القانونية مرتبطة وإلى حد كبير بالأهلية،

¹ المواد 13 إلى 17 من مدونة الديون العمومية.

² المادتين 18 و19 من مدونة الديون العمومية.

³ المادة 79 من مدونة الديون العمومية.

⁴ هشام أيت الحاج، إشكالات الإكراه البدني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 10.

⁵ مبارك المجدول، الإكراه البدني بين قانون المسطرة الجنائية ومدونة تحصيل الديون العمومية، مرجع سابق، ص 11.

فالأهلية كما هو معلوم من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد نظمتها مدونة الأسرة في المواد 206 إلى 228، والأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء، ومن مميزات الشخصية أن يكون للفرد اسم وموطن¹. وهنا يطرح التساؤل حول ما إذا كان يطبق الإكراه البدني على فاقد الأهلية أم لا، خاصة وأن المشرع المغربي لم يتطرق لهذه المسألة ولم ينص عليها ضمن موانع تطبيق الإكراه البدني في حق الأشخاص².

ثانيا- الإكراه البدني والشخص المعنوي المدين بدین عمومي

لقد برز نقاش فقهي حول مسألة تطبيق الإكراه البدني في مواجهة الشخص المعنوي، غير أن الاتجاه العام يقر بأن الشخص الاعتباري لا يطبق عليه الإكراه، لأن سكوت النصوص وعدم وجود اجتهاد قضائي في المسألة يدفع للقول بعدم إمكانية سلوك مسطرة الإكراه البدني ضد الأشخاص الاعتبارية لعدة أسباب، أهمها أن حالة التوقف عن الدفع إذا اقترنت بسوء نية في حق مدير الشركة أو المسير أو المصفي فإنه يعاقب بنصوص قانونية جزية أخرى³. وهذا الاتجاه هو أيضا ما يفهم من صياغة النصوص المنظمة للإكراه البدني في مدونة تحصيل الديون العمومية التي تسير في اتجاه أن يكون المكروه شخصا طبيعيا التي اشتطت أن يتم اللجوء إلى الإكراه البدني بناء على طلب يعين المدين اسميا⁴. كما المشرع المغربي على تحديد الأشخاص الذين لا تطبق عليهم مسطرة الإكراه البدني، وهم أشخاص طبيعيون بالتحديد دون الإشارة إلى الأشخاص المعنويين⁵. وهذا التوجه هو الذي يتبناه العمل القضائي المغربي في الأحكام الصادرة عنه، كما هو الشأن

¹ عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2005، ص 75.

² مختار سوفاري، الإكراه البدني في الميدان المدني، مرجع سابق، ص 13.

³ نور الدين الشرقاوي الغزواني، أبحاث وتعاليق على ضوء تشريعات الخاصة، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1955، ص 156.

⁴ المادة 80 من مدونة الديون العمومية.

⁵ المادة 77 من مدونة الديون العمومية.

بالنسبة للحكم الصادر عن محكمة الي المحمدي عين السبع، "... وحيث إن الدين هو بذمة شخص معنوي ولا مجال لتحديد الإكراه البدني في حقه"¹.

المطلب الثاني: الدين العمومي موضوع مسطرة الإكراه البدني

يتطلب المشرع المغربي مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الدين العمومي، والذي يتطلب من الخزينة العامة ضرورة إعلام وإشعار المدين قبل مباشرة أي تحصيل جبري، والذي يعتبر الإكراه البدني من بين وسائله (الفقرة الأولى)، الأمر الذي يتطلب استنفاد طرق التحصيل الجبري السابقة للإكراه البدني المنصوص عليها في المادة 61 من مدونة تحصيل الديون العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وجوب تبليغ الملزم بالإعلام الضريبي

يقع على عاتق الخزينة العامة إبلاغ الملزم بوضعيته، وذلك في إطار العلاقة الجامعة بين الخزينة العامة والملزم، وهي العلاقة المبنية على الإعلام، وهذا الأخير الذي ينبغي أن تتوفر فيه شروط وله غايات يحققها من خلال إرساله للملزم.

أولاً- الإعلام الضريبي

لكي تطالب الخزينة الملزم بالدين الواقع على عاتقه، فلا بد أن تحترم الشكليات المحددة قانوناً والمنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية. والإعلام الضريبي هو بمثابة مستخرج من الجدول بالنسبة إلى الضرائب، محرر باللغتين العربية والفرنسية، إعلام يعكس وضعية الملزم كما هي واردة بالجدول المقيّد به، ويعتبر تنبيهاً بالأداء وإخطاراً بالوضعية، وهو على شكل مطبوع موحد حسب نوع كل ضريبة على حدة، يتم إحالته عليه من طرف القباضة المعنية². ويصل هذا الإعلام مع الجداول الضريبية والمهيئة من طرف المصالح الضريبية التي يمثلها المحاسب المكلف بالاستخلاص، ويقوم هذا الأخير بإرسال الإعلام عن طريق البريد إلى الملزم لإخباره بالديون المفصلة بالجدول الوارد بها اسمه

¹ أمر استعجالي عدد 2002/4160 بتاريخ يناير 2002، منشور بكتاب الدليل العملي والقضائي مسطرة الإكراه البدني ليويسف بنباصر، المطبعة والوراقة الوطنية، العدد 4، سنة 2005، ص 108.

² حجبية جهداكان، تحصيل الديون الضريبية بين قانون المسطرة المدنية وخصوصيات التشريع الضريبي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2006، ص 104.

وإشعاره بأدائها ابتداء من تاريخ الشروع في الاستخلاص الذي يكون مدونا فوق هذا الإعلام، ويلاحظ أن المشرع المغربي قد أشار إلى ضرورة التبليغ عن طريق البريد، دون الإشارة إلى ما إذا كان بريدا عاديا أم بريدا مضمونا، مع الإشعار بالتوصل، وهذه الوسيلة الأخيرة هي الأكثر ضمانا وتبيانا لتوصل الملزم شخصيا¹.

ثانيا- الغاية من الإعلام الضريبي

إن الإعلام الضريبي بتوجيهه للملزم، فإنه يحقق غاية مهمة وأساسية، تكمن في عدم مفاجئته بإجراء قسري كالإكراه البدني الذي يمس حريته الشخصية ويهدف إلى إخضاعه قانونا من أجل أداء ما بذمته لإدارة الضرائب. أما بالنسبة للديون الجمركية²، فإنه يعهد لقباض الجمارك استخلاصها، في حين أن الديون غير المدرجة في جدول أو قوائم إيرادات فإن المحاسب المكلف بالتحصيل يرسل إشعارا للمدين يتضمن بيان نوع الدين والمبلغ الواجب أدائه وتاريخي الإصدار والاستحقاق. وبهذا فإن إجراءات التحصيل لا تكون بشكل مباغت وفجائي، بل يتم إشعار الملزم ضريبيا قبل التنفيذ عليه جبريا بضرورة الأداء، مما يكون معه الوقت الكافي لديه لتدبر المبلغ وتأديته مخافة التحصيل الجبري، وأيضا خوفا من سلوك مسطرة الإكراه البدني، بعد استنفاد طرق التحصيل الجبري³.

الفقرة الثانية: ضرورة استنفاد طرق التحصيل الجبري

إذا كان المشرع المغربي قد نظم أحكام الإكراه البدني في الباب الخامس من الكتاب السادس، المتعلق بتنفيذ المقررات القضائية، وتحديد في المواد 673 إلى غاية المادة 687 من ظهير 10 فبراير 1959 المتضمن لقانون المسطرة الجنائية، وكذا ظهير 20 يناير 1961 المتعلق باستعمال الإكراه البدني في القضايا المدنية. فإنه اشترط لتطبيق الإكراه البدني في حق المدين الملزم بدين عمومي ضرورة استنفاد طرق التحصيل الجبري المنصوص عليها في

¹ المادة 5 من مدونة الديون العمومية.

² الفصول من 262 المكرر إلى 264 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة...

³ هشام أيت الحاج، إشكالات الإكراه البدني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 14.

مدونة تحصيل الديون العمومية، مع الإشارة إلى أن هناك بعض الحالات التي لا يمكن فيها اللجوء إلى مسطرة الإكراه البدني¹.

أولاً- استنفاد وسائل التحصيل السابقة على الإكراه البدني:

إن الخزينة العامة عند استخلاصها للدين الواقع على عاتق الملمزم ضريبيا لا يمكنها أن تلجأ إلى سلوك مسطرة الإكراه البدني ابتداءً، وإنما هناك نصوص قانونية تلزمها بسلوك إجراءات أولية سابقة قبل اللجوء إلى التحصيل الجبري، إرسال إعلام ضريبي إلى الملمزم حتى لا يباغت بإجراءات الطرق الجبرية، ثم عند عدم امتثاله لذلك الإعلام المنصوص عليه في

¹ يمكن إيجاز الشروط المتطلبية لتطبيق الإكراه البدني في القضايا الجنائية والجبائية وفق القانون المغربي فيما يلي:

1- أن يكون الحكم نهائيا غير قابل للطعن: شرط لازم لسلوك مسطرة الإكراه البدني أن يكون الحكم نهائي غير قابل للطعن حيث نصت المادة 645 من قانون المسطرة الجنائية المغربية على أنه: "... ولا يكمن التنفيذ بطريق الإكراه البدني المحكوم بصفة لا تقبل الرجوع"، فإذا كان الحكم مطعون فيه أو قابلا بلا أي وجه من وجوه الطعن عادية كانت أو غير عادية، وجب عدم تنفيذه عن طريق مسطرة الإكراه البدني، وهذا أمر منطقي، لأن ذلك يتعلق بحرية الأشخاص التي تتطلب التريث من أجل عدم المساس بها.

2- أن ينذر الدائن المحكوم لصالحه مدينه بالأداء: تنص المادة 680 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "لا يمكن إلقاء القبض على المحكوم عليه بالإكراه البدني وسجنه إلا بعد القيام بما يأتي: أن يوجه إليه إنذار بالأداء، ويبقى بدون جدوى بعد مرور أكثر من عشرة أيام"، إذ أن مجرد صدور حكم نهائي لا يكفي لتطبيق الإكراه البدني ضد المحكوم عليه، بل لابد من إنذاره و مرور عشرة أيام على توصله بالإنذار، حتى يستوجب اعتقاله في حالة عدم أدائه للمبلغ المحكوم به، وتوجيه الإنذار للمدين واجب، سواء كان الدين عموميا أو خصوصيا. وهذا، لا يمكن تطبيق مسطرة الإكراه البدني إلا بعدما تصبح الأحكام نهائية غير قابلة للطعن، فإن كانت غيابية وجب تبليغها وفوات الآجال القانونية الممنوحة للتعرض أو الاستئناف، أما إذا كانت حضورية وجب فوات آجال استئنافها، وهكذا لابد من المرور عبر المراحل الآتية: صيرورة الحكم نهائيا؛ وتبليغ إشعار بدون صائر؛ وتبليغ الإنذار إلى المدين لأداء ما بذمته؛ والحجز على المنقول أولا ثم العقار عند عدم كفايته مع مراعاة مقتضيات القانونية في هذا المجال؛ والبيع في حالة وجود منقول أو عقار لاستيفاء الديون؛ والإكراه البدني بتعليمات النيابة العامة وبعد موافقة قاضي تطبيق العقوبة مع مراعاة مقتضيات الفصلين 640 و 641 من قانون المسطرة الجنائية فيما يخص المكره الطليق والموجود رهن الاعتقال الاحتياطي لأسباب أخرى، غير أن القانون حدد حالات لا يمكن فيها تطبيق الإكراه البدني. للمزيد من التفصيل يراجع هنا: مراد بشتاني، مسطرة الإكراه البدني في المادة الجنائية، مرجع سابق، ص 12.

إطار المادة 63 من مدونة تحصيل الديون العمومية¹، يتم اللجوء إلى تطبيق إجراءات التحصيل الجبري، والتي حدد لها المشرع المغربي ترتيبا محددا ومباشرا بطريقة تسلسلية الإنذار أولا ثم الحجز والبيع². ويمكن أيضا اللجوء إلى الإكراه البدني وفق الشروط المنصوص عليها قانونا، بعد استنفاد الطرق السابقة على الإكراه البدني التي تمس الذمة المالية للمدين دون حرته الشخصية³.

ثانيا- الحالات التي لا يمكن فيها اللجوء إلى الإكراه البدني

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 44 من مدونة تحصيل الديون العمومية نجدها تنص على ما يلي:

"لا يمكن اللجوء إلى الإكراه البدني فيما يخص تحصيل الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى في الحالات الآتية:

- إذا كان مجموع المبالغ المستحقة يقل عن ثمانية آلاف درهم (8000)؛
- إذا كان سن المدين يقل عن 18 سنة أو بلغ 60 سنة فما فوق؛
- إذا ثبت عسر المدين طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 57 أعلاه؛
- إذا كان المدين امرأة حاملا؛
- إذا كان المدين مرضعة، وذلك في حدود سنتين ابتداء من تاريخ الولادة".

¹ تفاديا لعنصر المفاجأة وحتى يكون الملزم على علم بكافة الإجراءات المتخذة في حقه والتي ستتخذ مستقبلا، اشترط المشرع المغربي في المادة 36 من قانون 15-97 إرسال آخر إشعار للمدين دون صائر قبل مباشرة التحصيل الجبري، ويجب تقييد تاريخ إرسال هذا الإشعار في جدول الضرائب والرسوم، أو في أي سند تنفيذي آخر، وذلك حتى يعتد بالمدة المنصوص عليها قانونا في إطار المادة 41 لتوجيه الإنذار الذي يعتبر كخطوة أولى من خطوات التحصيل الجبري، ويعتد بهذا التقييد ما لم يطعن فيه بالزور.

² المادة 39 من مدونة الديون العمومية ;

³ تنص المادة 76 من مدونة الديون العمومية على أنه: "إذا لم تؤد طرق التنفيذ على أموال المدين إلى نتيجة يمكن أن يتابع التحصيل الجبري للضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى بواسطة الإكراه البدني. يتم اللجوء إلى الإكراه البدني مع مراعاة أحكام المادتين 77 و 78 أدناه ضد: - المدينين الذين لم يثبت عسرهم وفق الشروط المحددة في المادة 57 أعلاه. - المدينين المشار إليهم في المادة 84 أدناه".

و تنص المادة 57 من مدونة تحصيل الديون العمومية على ما يلي: "يثبت عسر المدينين: إما بمحضر عدم وجود ما يحجز، كما نصت عليه المادة 56 أعلاه بالنسبة للمدينين المعروفين بقدرتهم على الوفاء، والذين لم يفض الحجز الذي أجري عليهم إلى أي نتيجة. وإما بشهادة العوز المسلمة من طرف السلطة الإدارية المحلية بالنسبة للمدينين المعروفين بعسرهم. ففي هذه الحالات جميعها لا يمكن تطبيق مسطرة الإكراه البدني في مواجهة المدينين متى توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه، تحت طائلة البطلان، مع إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الاعتقال التعسفي.

خاتمة:

إن الإكراه البدني باعتباره وسيلة إجبار لتنفيذ الأحكام القضائية والحفاظ على هيبتها وقدسيتهما، سيشكل إضافة نوعية في سبيل حماية الحقوق من الضياع ومراعاة مصالح الأفراد والجماعات، إذ بالرجوع إلى نصوص مدونة تحصيل الديون العمومية، أنها نجحت في تغطية بعض العيوب والهفوات التي تضمنها ظهير 1935، كما أنها استطاعت إلى حد ما الإحاطة بالقواعد المنظمة لمسطرة الإكراه البدني وتوضيحها، واهتمت في صياغتها الجديدة بالمبررات التي تجيز للمحاسب إكراه الملتزم الموسر الراض لأداء ديونه ومفتعل العسر لإجباره على دفع ديون الدولة، على عكس المدين المعسر الذي أعفته من تطبيق الإكراه في حقه والكف عن ملاحقته، وأصبح بذلك غير جائز شرعا وقانونا وقضاء، لأن من العدالة ألا يكره شخص غير قادر على الأداء. كما وضعت حالات يعفى فيها من آثار الإكراه عندما يكون المبلغ المراد استخلاصه ضئيلا وعمر الملتزم لا يصل أو يتجاوز سنا معينة، كذلك المرأة عندما تكون مدينة، وخصوصا في وضعية يصعب إكراهها كأن تكون حاملا أو مرضعة، كما نصت على واقعة الأداء الجزئي للديون وجعلتها سببا كافيا لإيقاف الإكراه البدني، شريطة تسديد نصف المبالغ المطلوبة والتزام المدين بدفع المبلغ الباقي خلال ثلاثة أشهر الموالية وتقديمه للضمانات التي يقررها القانون.

وإجمالا، ومن خلال هذه القواعد، يمكن القول إنه بفضلها تحققت مجموعة من الأهداف منها، اعتبار مسطرة الإكراه البدني أداة تدعيم لمسطرة التنفيذ العادية المتمثلة في الحجز وبيع أموال المدين، وتجعل حدا لتصرفات بعض المدينين النابعة عن سوء النية، وذلك عن طريق اللجوء إلى إخفاء أمواله.

واعتبارها من الحوافز المهمة التي تجعل المدين مهتما بتسديد ديونه في أحسن الظروف والأحوال. وتشكل أداة تزرع الخوف في نفوس المدينين عن طريق إدخاله السجن، ولعل هذا السبب هو الذي جعل المشرع يبقي هذه المسطرة في مدونة التحصيل، إيماناً منه بفعاليتها في الحفاظ على حقوق الخزينة، وحتى لا تضيق كثير من الحقوق عند تحصيل المال العام الذي هو ضمان لاستمرارية الدولة وتطورها، إذ بالرغم من هذه المزايا والثغرات التي جاءت بها هذه النصوص، وإن كانت تبدو ظاهرياً ومن خلال بساطة أسلوب صياغتها ومراعاتها للتطورات والمستجدات التي تشهدها الساحة القانونية والمالية للبلاد، ورغم نجاحها في حل مجموعة من الإشكالات، إلا أنها لازالت تعرف مجموعة من الثغرات المسطرية التي نتج عنها تضارب، خصوصاً على مستوى القضاء.

نموذج الحكم الذاتي باسبانيا

د. سميرة باني

باحثة في القانون العام والعلوم
السياسية

إن رغبة المغرب في تبني نموذج ناجح للحكم الذاتي بالأقاليم الجنوبية يشترط فيه بالأساس احترام الخصوصية المغربية ومن ثم الاسترشاد بنماذج أجنبية ناجحة، يجعلنا ندرس بعض التجارب الجهوية لدول أجنبية كانت سباقة إلى تطوير أنظمتها السياسية والإدارية. ونظرا للاعتبارات السياسية التي تطبع منطقة الصحراء، والتي بدورها تشبه إلى حد كبير ما شهدته، ولا تزال تشهده "المجموعات المستقلة" الاسبانية. فالتجربة الاسبانية، كدولة موحدة غير مركزية، جعلت من نظامها اللامركزي (منذ تبني دستور 1978)، جوابا لإشكالية التعدد الثقافي والإثني الذي تزخر به، وحلا للمطالب الانفصالية التي كانت تهدد وحدة المملكة الاسبانية، فإننا نجدها الأقرب كتجربة أجنبية مقارنة يمكن تبنيها فيما يخص جهات الصحراء. والجدير بالذكر أن الدراسة المقارنة لا تعني بالضرورة، توقع طرح التجربة الاسبانية بشكل مماثل مئة بالمئة، بقدر ما تحيل إلى التحليل من أجل الاسترشاد أو الاستئناس لإغناء التجربة الجهوية المغربية، وذلك احتراماً لمبدأ الخصوصية المغربية.

لدراسة هذا الموضوع، ارتأينا تقسيم دراسة التجربة الاسبانية إلى محورين أساسيين:

- المحور الأول : اسبانيا دولة المجموعات المستقلة

- المحور الثاني : اختصاصاتها ووسائل تمويلها

المحور الأول : اسبانيا دولة المجموعات المستقلة

تعتبر اسبانيا مملكة موحدة، ذات تنوع اثني وثقافي تاريخيين، نتج عنه تعدد لغوي عريق (كالباسكية والكاتالانية..)، إلا أن اسبانيا جعلت من هذا الاختلاف خصوصية تميزها عن غيرها، بدل أن يكون محطة للتفرقة، وذلك عندما أقرت نظام اللامركزية الموسعة الذي يتمتع مختلف الأقاليم بحكم ذاتي.

تتمتع المناطق الاسبانية بنظام لامركزية وسطى بين اللامركزية الإدارية واللامركزية السياسية، و تسمى هذه المناطق/ الجهات، في إطار الحكم الذاتي الاسباني بالمجموعات المستقلة.

الفقرة الأولى: نشأة المجموعات المستقلة

بعد وفاة "فرانكو" سنة 1975، بدأ مسلسل الانتقال الديمقراطي بشكل جدي وحقيقي، حيث كان هناك اتفاق عام بين الأحزاب الديمقراطية حول أهمية اللامركزية التي أصبحت أمراً أساسياً¹. بالإضافة إلى رغبة وإرادة بعض الجهات الاسبانية، خاصة كاتالونيا وCataluna والباسك Pais vasco، وبدرجة أقل من ذلك، هناك غاليسيا Galicia، للوصول للحكم الذاتي، الذي ظهرت ملامحه الأولى في الدستور الجمهوري سنة 1931-مشروع الاتحاد الفيدرالي لسنة 1873 الذي كان لأسباب عديدة. وقد بذل النظام –آنذاك- مجهودات جبارة للتلاحق بركب الاتجاهات اللامركزية الدائرة بأوروبا، وخلال هذه الفترة، منحت الأراضي المعنية نظام حكم ذاتي مؤقت بواسطة مرسوم، وهي العملية التي بدأت بإنشاء عمومية كاتالونيا eneralidad de cataluna، في 29 سبتمبر 1977، والتي أدت إلى تعميم النظام في جميع أنحاء اسبانيا، وكانت على شكل نظام ما قبل الحكم الذاتي "Preautonomia"، في انتظار أن يدخل الدستور حيز التنفيذ.²

¹ -Luis Moreno « The Federalization of Spain »-The cass Series in Regional Federal Studies ISSN 1363-5670- General Editor: John Loughlin-Frank Cass-Crown House ;47chase Side-london-England- p60.

² -Ignacio de Otto « Derecho constitucional sistema de fuentes »- Editorial Ariel ;S.A.-Barcelona – julio de 2001- p244.

إن نظام المجموعات المستقلة باسبانيا له أهمية تاريخية، نظرا لكونه أول نظام ظهر على الصعيد القانوني وطبق فعلياً على الأرض الاسبانية. وهو يعكس تجربة تاريخية لا تزال أصدائها تتردد في زوايا الوطن، ويبعث إلى الوجود نظاماً قانونياً جديداً غير مألوف على صعيد القانون الدستوري، لأنه يأتي في مرتبة وسطى بين نظام اللامركزية الإدارية ونظام اللامركزية السياسية، كما له من جهة ثانية أهمية معاصرة لأن جذوره لا تزال كامنة في الأرض، تسقيها المشاعر القومية والروح الإقليمية، وهي انقطعت عندما جاء فرانكو إلى الحكم سنة 1939 على إثر الحرب الأهلية، ثم عادت إلى النمو بعد إقرار دستور 1978.¹

عكس نص دستور 1978، العديد من التوترات والمعضلات السياسية، التي دفعت قدماً بالنقاش حول القواعد الترابية، كما عكس رغبة عامة و واسعة النطاق للتوصل إلى اتفاق سياسي بين جميع الأحزاب السياسية المكونة التي شاركت في عملية التفاوض بشأن "نموذج لامركزي مفتوح" "An open model of decentralization" للتنظيم الترابي لاسبانيا الديمقراطية، وقد رسم هذا التوافق السياسي العام للأحزاب، الطريق لإحداث دستور 1978، لكنه حمل معه عامل الغموض في صياغة التنظيم الترابي للدولة الاسبانية، وذلك من خلال صورتين مختلفتين، فمن جهة:²

- هناك صورة، اسبانيا الدولة القومية غير قابلة للتجزئة
- وهناك بالمقابل، صورة اسبانيا دولة شعوب مختلفة، متنوعة القوميات والجهات التاريخية.
- مما أوجد طريق وسط بين هاتين الرؤيتين للدولة الاسبانية، التي يتعين التفاوض بشأنها والاعتراف بها دستورياً.

¹ - خالد قباني "اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان" - تقديم دولة الرئيس سليم الحص-منشورات بحر متوسط- بيروت-منشورات عويدات-باريس-طبعة 1981، ص175.

² - Luis Moreno « The Federalization of Spain »-op cit-p60.

إن الدستور الاسباني جاء بتنظيم ترابي فريد ومتميز لا هو بالمركزي الصرف، ولا هو باللامركزي الفيدرالي، ولكن هناك بعض الخصوصيات التي يجب مراعاتها والتي تتميز بها الدولة الاسبانية ويمكن إجمالها في ¹:

- خصوصية الوحدة الاسبانية التي كان نظام "فرانكو" يهتم بها ويقدها لكونها كانت بالنسبة له بمثابة ضمانة لقوة وعزة الدولة الاسبانية خصوصا مع انتشار الحركات الانفصالية، وهذا ما جعل المؤسسين يراعون هذه الحقيقة للحفاظ على الوحدة الاسبانية.

- الخاصية الثانية تتجلى في كون أن تراب الجزيرة الايبيرية يمتاز بتنوع الثقافات والحضارات عبر تاريخها العريق بالأمجاد وتواصل الأجناس من مختلف بقاع العالم.

لقد أتى جواب الدستور على أكثر المشاكل السياسية تعقيدا والتي واجهت اسبانيا خلال القرن العشرين، من خلال إعلان ونشأة مبدأ الاستقلال الذاتي، حيث خصص الباب الثامن كاملا من الدستور للتنظيم الترابي للدولة (La organizacion territorial del Estado)، والذي كان بمثابة النظام الأساسي للحكم الذاتي. وعلى الرغم من ذلك فإن التعميم الواضح لنظام الحكم الذاتي، جاء بعد اتفاق الحكومة والمعارضة سنة 1981، لرسم خطة موحدة للشروع في منح البلاد حكما ذاتيا، بدل استخدام اتفاقيات منفصلة مع ممثلين عن كل وحدة ترابية.²

جاء الدستور ليكرس حلا توفيقيا يأخذ من جهة بوحدة الدولة ويراعي من جهة الفروقات القومية وضرورة منح الأقليات بعضا من الحكم الذاتي، فكان نظام المناطق، وقد سمي كذلك لأن نطاقه الإقليمي عبارة عن منطقة كبيرة تتشابه ظروفها من حيث البيئة واللهجة والحالة الاقتصادية تشابهها يعطيها طابعا تنفرد به بين مناطق الدولة كلها، فطبيعة

¹ محمد زين العابدين الحسيني " التجربة الدستورية الاسبانية الجديدة" - محاولة تقييم- بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام 1990/1991- كلية الحقوق - جامعة محمد الخامس- الرباط-ص193/194

² -Ignacio de Otto « Derecho constitucional sistema de fuentes »- op cit- p244.

العلاقة التي تربط الدولة بالمجموعات المستقلة لا تخضع لنموذج واحد بل تختلف حسب الزمن وحسب المجموعات، لذا سميت بدولة المجموعات المستقلة.¹

وحق لا يكون هناك لبس أو التباس في مفهوم الحكم الذاتي، نجد المحكمة الدستورية قد حددت المفهوم القانوني للحكم الذاتي في عدد من أحكامها، فالحكم رقم 1981.25، بتاريخ 14 يوليوز 1981 يقول "الحكم الذاتي لا يعني السيادة"، فالدستور يضمن سمو ورفعة الدولة، المعبرة عن الوحدة وألوية الأمة الاسبانية، فالحكم الذاتي الجهوي، هو من نفس طبيعة الحكم الذاتي الإداري المعترف به للكيانات والوحدات المحلية، فالسلطات التشريعية والحكومية للطوائف المستقلة ذاتيا تعطيها "حكما ذاتيا ذو طبيعة سياسية"، ويضيف الحكم "إن التضامن هو لازمة أو نتيجة طبيعية لمبدئي الحكم الذاتي".²

الفقرة الثانية: نظام المجموعات المستقلة

بالرجوع إلى الدستور الاسباني لسنة 1978 الذي أقر النظام الجهوي نجد البلاد الاسبانية مقسمة إلى 17 منطقة تتمتع بالحكم الذاتي (Aragon, Asturias, Andalucia, Pais Vasco, Extremadura, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Canarias, Galicia, Castilla y Leon, Castilla-la Mancha, Cataluna, cantabria, La Rioja, Comunidad de Madrid, Region de Murcia, Navarra بالحكم الذاتي (Ceuta, Melilla).

يتكون التنظيم الترابي للدولة من البلديات والمقاطعات والمجموعات المستقلة، وتتمتع هذه الوحدات بحكم ذاتي لإدارة مصالحها.³

¹ - محمد بوبوش "قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة- جامعة محمد الخامس-أكادال الرباط -2004/2003- ص161.

² - المصطفى نشوي "وحدة الجهوية وجهوية الوحدة بالمغرب (الريادة في الذكاء الترابي الاستراتيجي)- مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- طبعة 2011- ص46.

³ -Artículo 137(TITULO 8 De la organización territorial del Estado) -Constitución Española- cuarta reimpresión 2005-Congreso de los Diputados Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General- departamento de Publicaciones Floridablanca; s/n. 28071-Madrid.

أنظر بالملاحق: خريطة التقطيع الترابي لإسبانيا.

وفقا لأحكام الدستور، فإن مواده تشكل القانون التنظيمي التأسيسي لكل مجموعة مستقلة، الذي على الدولة أن تكفله وتحميه كجزء من نظامها القانوني¹. ويجب أن يحتوي النظام الأساسي للحكم الذاتي على²:

أ- اسم المجموعة المستقلة الذي يتوافق مع هويتها التاريخية

ب- ترسيم أراضيها

ت- اسم، تنظيم، ومقر المؤسسات الخاصة بالمجموعات المستقلة

ث- الاختصاصات المقررة حسب الدستور، وقواعد نقل الخدمات المتعلقة بها

إن الطريقة العادية لإحداث الجهة تتطلب أن تأتي المبادرة لتكوين المجموعة المستقلة من طرف الجماعات المحلية المكونة للأقاليم المعنية، أما الطريقة الاستثنائية، فإن المجموعة المستقلة هي التي تقوم بإعداد قانونها الأساسي الذي يحدد بدوره شكل تنظيمها³. ويرتكز نظام الاستقلال الذاتي بإسبانيا حسب الدستور على مجموعة من الأسس:

الوحدة:

- يقوم الدستور على وحدة لا تنقسم للأمة الإسبانية، وطن مشترك وغير قابل للتجزئة لكل الإسبان، و يعترف ويكفل الحق في الحكم الذاتي للقوميات والمناطق التي تتكامل و تتضامن فيما بينها⁴.

¹ - Primer parrafo del articulo 147- Constitucion Española.

² - Segundo parrafo del articulo 147-C.E.

³ - غير أن الدستور الإسباني ينص فيما يخص القوانين الأساسية التي تتم المصادقة عليها بطريقة استثنائية على أن تتضمن مجلس تشريعي منتخب عن طريق الاقتراع المباشر ورئيس منتخب من طرف المجلس ومعين من طرف الملك ومجلس حكومي كجهاز تنفيذي بالإضافة إلى مجلس أعلى للقضاء. إدريس الأزهرى "الجهوية والتنمية الإدارية بالمغرب"-مرجع سابق- ص43.

⁴ -Articulo 2-C. E

التضامن والمساواة:

- تكفل الدولة التنفيذ الفعال لمبدأ التضامن المنصوص عليه في المادة 2 من الدستور، وضمان التوازن الاقتصادي، المناسب و العادل بين مختلف المناطق المختلفة للتراب الاسباني، مع إيلاء اهتمام خاص بالجزر.¹
- كما لا يجوز أن يترتب عن الاختلاف بين الأنظمة الأساسية للمجموعات المستقلة، أي امتياز اقتصادي أو اجتماعي.²
- كل الإسبان، لديهم نفس الحقوق والواجبات في أي جزء من التراب الاسباني.³
- لا يجوز لأي سلطة أن تعتمد تدابير تعيق بشكل مباشر أو غير مباشر، حرية إقامة وتنقل الأشخاص، وكذا تنقل البضائع عبر جميع أنحاء التراب الاسباني.⁴

عدم تحويل الاستقلال الذاتي للمجموعات المستقلة لنظام فيدرالي:

- عدم السماح بأن تتحول، في أي حال من الأحوال، المجموعات المستقلة إلى فيدراليات.⁵

إلا أن هذه المبادئ الدستورية قد تصطدم أحيانا بمطالب انفصالية، كما حدث حينما طالبت الباسك بتعديل المادة 1 من الدستور الذي أقحم الأقلية الباسكية داخل الأمة الاسبانية إذ تؤكد على أن " La souveraineté nationale appartient au peuple " espagnole"، وليس إلى شعوب اسبانيا في صيغة الجمع، ولقد وجدت القوميات الاسبانية خاصة الباسك في العودة إلى الخطاب العرقي متنفسا لتجديد مطالبتها التقليدية للانفصال، وفي سنة 1990 صوت البرلمان الباسكي على إعلان مبادئ أكد فيه على أحقية الشعب الباسكي في تقرير مصيره، لتجاوز مرحلة الاستقلال الجهوي، وهذا الإعلان يضع سيادة الدولة فوق جميع التراب الاسباني موضع الشك، وتجدر الإشارة إلى أن تصاعد هذه المطالب

¹ - Primer parrafo del articulo 138- C.E

² - Segundo parrafo del articulo 138- C.E

³ - Primer parrafo del articulo 139- C.E

⁴ - Segundo parrafo del articulo 139- C.E

⁵ - Primer parrafo del articulo 145- C.E.

يجد سنده ومرجعيته في استفتاء 1979 حول نظام إقليم الباسك، هذا النظام منح اختصاصات... والعلم الباسكي والرموز ذات الصبغة الباسكية أصبحت أكثر تمثيلية داخل إقليم الباسك، هذا النظام ينسجم مع سيادة الشعب الباسكي وينظم توزيع الاختصاصات مع الدولة الاسبانية.¹

يعتبر شعب الباسك من أشد الشعوب تمسكا بقوميتهم واحتفاظا بعاداتهم وتقاليدهم، وهم شعب شديد المراس، وقد احتفظوا بلغة فريدة، وتوجد نظرية فاسكو إيبيرية ترى أن الباسكية هي آخر بقايا اللغات التي كانت منشرة في شبه الجزيرة الإيبيرية قبل الغزو الروماني، وبالرغم من أنهم، هم الشعب الوحيد، دون سائر الشعوب الذين تمكنوا من البقاء ومقاومة الاندماج والإبقاء على لغة منعزلة في أصولها وشخصيتها اللغوية عن اللغات الحية في القارة الأوروبية، إلا أنهم فشلوا في تطوير وحدتهم السياسية وكان السبب الرئيسي في ذلك ميلهم إلى العزلة وعدم الاختلاط وانغلاقهم.²

إن مقاطعة الباسك يكتسبها طابعا تعصبيا عنيفا وهي منشقة إلى قسمين:³

1- شق سياسي فصالي سعى إلى تحقيق فكرة الانفصال بوسائل سياسية ديمقراطية

2- شق عسكري لا يفرق بين الديكتاتورية والديمقراطية في اسبانيا، أمام طموحه المتعصب نحو الانفصال التام

إن الانتقال الديمقراطي لم ينته بعد في اسبانيا بحكم أن هذا الانتقال لم يجد حلولا مقبولة لقضايا بقيت معلقة وعلى رأسها قضية القومية بكل تفاعلاتها وانعكاساتها اليومية على المشهد السياسي الإسباني من خلال أعمال المنظمة الانفصالية "إيتا" التي تؤمن بالعنف الثوري في عملياتها التفجيرية لإجبار الحكومات الاسبانية المتتالية على حق تقرير المصير و

¹ - زهير طاطا "أي موقع للسيادة في ظل التحولات الكبرى" - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام - جامعة محمد الخامس- كلية العلوم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية- الرباط- أكدال- سنة 1998- ص 90/89.

² - د. وفاء عبد الله سليمان المزروع- "الباسك" - جامعة أم القرى- المملكة العربية السعودية- أبحاث ودراسات مركز الدراسات الإسلامية- سنة 1995- ص 50/12.

³ - محمد بوبوش "الحكم الذاتي ومشكلات الأقليات" - مجلة الدولية- العدد 2- 2006- ص 21.

الانفصال لتحقيق قيام دولة مستقلة في بلد الباسك.¹ إلا أن المنظمة أعلنت الوقف النهائي لنشاطها المسلح سنة 2011، لتعلن لاحقا سنة 2017 عن إلقاء سلاحها دون شروط. وعلى خلاف بلاد الباسك، فإن منطقة كاتالونيا لم تتخلى عن حلم الاستقلال، حيث واصلت الضغط على اسبانيا من أجل القيام باستفتاء يحدد مصيرها، آخرها الاحتجاجات العنيفة للآلاف من الكاتالونيين ببرشلونة بأكتوبر 2019 (اشعال الحرائق، اقتحام المكاتب الحكومية ببرشلونة..) وذلك على إثر القرار الصادر عن المحكمة العليا الاسبانية والقاضي بسجن مجموعة من القادة المطالبين باستقلال الاقليم.

المحور الثاني : اختصاصاتها ووسائل تمويلها

منح الدستور الاسباني المجموعات المستقلة اختصاصات في ميادين متعددة، ولتفادي تداخل الاختصاص وتكريسا لمبدأ الاحترام المتبادل بين السلطة المركزية والجهوية، فقد حدد الدستور الاختصاصات الحصرية للدولة. وحتى تتمكن هذه المجموعات من القيام بمهامها فهي تتمتع كذلك بمجموعة من الموارد المالية.

الفقرة الأولى: الاختصاصات

حسب المادة 148 من الدستور، تتمتع المجموعات المستقلة بمجموعة من الاختصاصات في الأمور التالية:²

- تنظيم مؤسساتها للحكم الذاتي
- تغيير حدود البلديات الواقعة داخل ترابها،
- إعداد التراب والإسكان
- الأشغال العمومية لفائدة الجماعة المستقلة داخل أراضيها
- السكك الحديدية والطرق التي تقع حصرا داخل أراضي منطقة الحكم الذاتي، وكذا تطويرها..
- موانئ ومطارات،

¹ - حسين مجدوبي " الانتقال الديمقراطي في اسبانيا" - مجلة وجهة نظر العدد 17- خريف 2002- ص38.

² - Primer parrafo del articulo 148 -C. E.

- الزراعة وتربية المواشي، وفقا للمنظمة العامة للاقتصاد
- الغابات والجبال
- إدارة حماية البيئة
- مشاريع وبناء وتشغيل مرافق توليد الطاقة الكهرومائية، وقنوات الري التابعة للمجموعة المستقلة والمياه المعدنية والحرارية
- الصيد في المياه الداخلية، وتربية الأحياء المائية، المحار، القنص، صيد الأسماك النهرية
- المعارض الداخلية
- تعزيز التنمية الاقتصادية المحلية (للمجموعات المستقلة) ضمن الأهداف المسطرة في السياسة الاقتصادية الوطنية
- الصناعة التقليدية
- المتاحف، المكاتب، معاهد الموسيقى التابعة للمجموعة المستقلة
- الموروث الأثري الخاصة بالمجموعة المستقلة
- تعزيز الثقافة والأبحاث، وعند الاقتضاء تدريس اللغة الخاصة بالمجموعة المستقلة
- تعزيز السياحة والتخطيط لها داخل تراب المجموعة
- تشجيع الرياضة والاستخدام السليم لقضاء أوقات الفراغ
- المساعدة الاجتماعية
- النظافة والصرف الصحي
- مراقبة المباني التابعة لها وحمايتها، والقوى الأخرى المرتبطة بالشرطة المحلية ضمن الشروط القانون التنظيمي.

هذا، وتستطيع المجموعات المستقلة، بعد مرور خمس سنوات لإصلاح نظامها الأساسي، توسيع صلاحياتها ، في إطار ما تنص عليه المادة 149¹، التي تحدد الاختصاصات الحصرية للدولة والمتمثلة في المسائل التالية:²

- تنظيم الشروط الأساسية التي تضمن المساواة في جميع الحقوق، والوفاء بواجباتها الدستورية
- الجنسية، الهجرة، التهجير، حق اللجوء، قانون الأجانب
- العلاقات الدولية
- قوات الدفاع، القوات المسلحة (الجيش)
- إدارة العدل
- التشريع الجنائي، والتجاري، السجن، والتشريع الاجرائي، دون المساس بالتخصصات اللازمة في هذا المجال للمجموعات المستقلة
- تشريعات العمل دون المساس بمجال المجموعات المستقلة
- التشريع المدني، دون المساس بالمحافظة والتعديل وتطوير من طرف المجموعات المستقلة للحقوق المدنية، كالإيجار.
- التشريع بخصوص الملكية الفكرية والصناعية
- الجمارك ونظام التعريف، التجارة الخارجية
- النظام النقدي: صرف وتحويل العملات، على أسس تنظيم الائتمان والبنوك والتأمين
- التشريع بشأن الأوزان والمقاييس، وتحديد الوقت الرسمي
- قواعد وتنسيق التخطيط العام للنشاط الاقتصادي
- المالية العامة والدين الحكومي
- التعزيز والتنسيق العام للبحث العلمي والتقني
- الصحة ، القواعد و التنسيق العامين للصحة، التشريعات الصيدلانية

¹ - Segundo parrafo del articulo 148- C.E

² - Primer parrafo del articulo 149 -C. E

- التشريع الأساسي والنظام المالي للضمان الاجتماعي، دون المساس بتنفيذ الخدمات التي تخص المجموعات المستقلة
- أسس النظام القانوني للإدارات العمومية، والنظم الأساسية لموظفيها العموميين، المسطرة الإدارية الجماعية، دون المساس بالتنظيم الذاتي للهيئات المستقلة، قاعدة التشريع على العقود والامتيازات الإدارية ونظم المسؤولية لجميع الإدارات العمومية
- الصيد البحري، دون المساس بالاختصاصات الموكولة للمجموعات المستقلة في هذا القطاع
- سفن البضائع التجارية، وإنارة السواحل وإشارات البحرية، والموانئ العامة والمطارات العامة، ومراقبة المجال الجوي، حركة النقل والنقل الجوي، وخدمات الأرصاد الجوية وتسجيل الطائرات
- السكك الحديدية والنقل البري، والنظام العام للاتصالات، وحركة مرور السيارات والبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، الإذاعة وكابلات التي تمر تحت الماء
- تشريع، تنظيم الموارد وتنمية الموارد المائية التي تصب في عدة مجموعات مستقلة، وترخيص المنشآت الكهربائية التي يؤثر استخدامها على جماعة أخرى، ونقل الطاقات على ترابها
- التشريعات الأساسية لحماية البيئة، دون المساس بسلطات المجموعات المستقلة لإقامة قواعد حماية إضافية، التشريعات الأساسية بشأن الغابات والاستغلال الغابوي والمواشي
- الأشغال العمومية للمنفعة العامة، والتي تهتم أكثر من مجموعة مستقلة
- أسس نظام الطاقة والمعادن
- نظام إنتاج وتداول وحيازة واستعمال الأسلحة والمتفجرات
- القواعد العامة المطبقة الصحافة، الإذاعة والتلفزيون، وبشكل عام كل وسائل الإعلام، دون المساس بالاختصاصات المخولة للمجموعات المستقلة بخصوص وضع وتنفيذ هذه الوسائل

- حماية التراث الثقافي والفني والأثري الإسباني من السلب والتصدير: المتاحف والمكتبات، محفوظات (مخطوطات) الدولة، دون المساس بمجال تسيير المجموعات المستقلة في هذا الإطار
 - السلامة العامة، دون المساس بحق المجموعات المستقلة بإمكانية إحداث قوات شرطة، طبقاً للقانون التنظيمي في هذا الشأن
 - تنظيم شروط الحصول، وإصدار و اعتماد المؤهلات الأكاديمية والمهنية والقواعد الأساسية لتنفيذ المادة 27 من الدستور، لضمان الامتثال لالتزامات السلطات العمومية بخصوص هذه المسألة.
 - الإحصاءات الموجهة لأهداف الدولة
 - الترخيص بإجراء مشاورات الشعبية عن طريق الاستفتاء
- وتعتبر الدولة تنمية وتعزيز الثقافة واجب، ومهمة أساسية لتسهيل التواصل الثقافي، دون المساس بالاختصاصات الموكولة للمجموعات المستقلة في هذا الإطار، وبالتنسيق معها.¹
- إن المسائل التي لم تسند صراحة إلى الدولة، في الدستور الإسباني قد تحول إلى المجموعات المستقلة طبقاً للقوانين الخاضعة لها. والاختصاصات في المسائل الغير موكولة للمجموعات المستقلة تتوافق مع اختصاص الدولة.²
- لقد وضع الاجتهاد القضائي الإسباني الحدود بين اختصاصات الدولة والمجموعات المستقلة، فقرار المحكمة الدستورية بتاريخ 30 نونبر 1982 الذي وضع من جديد الحدود التي لا ينبغي لمشرع المجموعة المستقلة تجاوزها، ما هو إلا تأكيداً على مدى الاحترام المتبادل بين السلطتين المركزية والجهوية في ممارسة اختصاصات وقد حدد القرار مجموعة من المبادئ لا يجب على الجهات تجاوزها وهي: ضمان وحدة الشروط الإسبانية لممارسة الحقوق، وحدة السوق والتنقل الحر للممتلكات في تراب الدولة، الوحدة الاقتصادية،

¹ - Segundo parrafo del articulo 149- C.E

² - Tercero parrafo del articulo 149- C.E

الوحدة القضائية، وحدة شروط العيش خارج تراب المملكة، و يعتبر ما ذكرناه كفصل بين اختصاصات الدولة والمجموعات المستقلة.¹

كما يمكن للدولة أن تنقل أو تفوض للمجموعات المستقلة، بواسطة قانون تنظيمي، صلاحيات تتعلق بمسائل ملكية الدولة، وموازة بذلك، تنقل إليها الموارد المالية اللازمة.²

الفقرة الثانية: وسائل التمويل

تتمتع المجموعات المستقلة باستقلال مالي، من أجل تطوير وتنفيذ اختصاصاتها وذلك بموجب مبادئ التنسيق مع خزانة الدولة والتضامن بين كل الإسبان، كما يمكن للمجموعات المستقلة أن تتصرف كمندوب أو ممثل للدولة من أجل تحصيل وتسيير، وكذا تنظيم الموارد الضريبية للدولة، بما يتوافق والقوانين وكذا الأنظمة التأسيسية.³

وتتكون موارد المجموعات المستقلة من:⁴

1/- الضرائب المحولة كلياً أو جزئياً من قبل الدولة. رسوم إضافية على ضرائب الدولة،

ومساهمات أخرى من مداخيل الدولة

2/- الضرائب الذاتية. رسوم واقتطاعات خاصة

3/- تحويلات من صناديق التعويضات (البن-ترابي) interterritorial ، وإعانات حكومية أخرى.

4/- مداخيل ممتلكاتها، ومداخيل الممتلكات الخاصة

5/- مردودية عمليات الدين

وهناك مخصصات من الميزانية العامة للدولة، تمنح لمناطق على أساس حجم الخدمات والأنشطة الموكولة إليها، ولضمان حد أدنى في توفير الخدمات العامة الأساسية على صعيد جميع أنحاء التراب الإسباني. ومن أجل تصحيح الاختلالات الاقتصادية البن-

¹ - إدريس الأهرى "الجهوية والتنمية الإدارية بالمغرب" - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام- جامعة محمد الخامس- كلية العلوم القانونية والاقتصادية- اكدال- الرباط- 2000/1999-ص41.

² - Segundo parrafo del articulo 150- C.E.

³ - Artículo 156- C.E.

⁴ - Primer parrafo del articulo 157- C.E.

ترابية (بين الوحدات المستقلة)، وتحقيقا لمبدأ التضامن، سيتم إحداث صندوق مقاصة (تعويضات)، لسد مصاريف الاستثمار، والذي توزع موارده من طرف الكورتيس بين المجموعات المستقلة و المحافظات، حسب الحالة.¹ لكن، لا تستطع المجموعات المستقلة، في أي حال من الأحوال، فرض سلطة جبائية (تدابير ضريبية)، على الممتلكات التي توجد خارج نطاق ترابها، أو التي تعيق حرية تنقل البضائع أو الخدمات.²

كما يجب أن تتوفر الخزائن المحلية على الوسائل الكافية، لقيام الشركات/المقاولات بالمهام التي كلفها بها القانون، والممولة أساسا من الضرائب الذاتية، والمشاركة بين الدولة والمجموعات المستقلة.³

هذا، وإنه بمقتضى القانون التنظيمي لسنة 1980 فقد حددت القواعد القانونية للنظام المالي للجهات خاصة فيما يتعلق بالموارد الذاتية، أما بخصوص الموارد الجبائية فهي ثلاثة أنواع: الضرائب الذاتية والضرائب الإضافية المحولة، ففيما يتعلق بالضرائب الذاتية تتوفر المجموعات المستقلة على حرية في خلق مثل هذه الضرائب شريطة أن يكون منصوصا عليها في القانون الأساسي للمجموعات المستقلة، وإن تحترم المبادئ العامة المنصوص عليها في قانون 1980، بحيث يجب أن لا يشمل هذه الضرائب أساس الضرائب المركزية وإن لا يكون لها تأثير على حرية التنقل، وأن لا تكون مصدرا لخلق التزامات للمجموعات المستقلة الأخرى.⁴

أما بخصوص الضرائب المحولة فإنه بمقتضى القانون التنظيمي لسنة 1980 تقوم الدولة بتحويل بعض الضرائب والرسوم المركزية لفائدة المجموعات المستقلة قصد تسييرها وتحصيلها وهذا التحويل تلقائي بالنسبة للمجموعات المستقلة ذات النظام الخاص (Basque-Navre) في حين أن هذا التحويل يجب أن يكون بشكل صريح من طرف الدولة بالنسبة للمجموعات ذات النظام العادي، غير أن عملية التحويل لا تشمل الضرائب ذات المردودية المرتفعة وقد حدد

¹ - Segundo parrafo del articulo 158- C.E

² - Segundo parrafo del articulo 157- C.E

³ - Artículo 142- C.E

⁴ - عبد الحق المرجاني "الجهوية في بعض الدول المتقدمة وواقعها وآفاقها في المغرب" - المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية- عدد مزدوج 9/8- ابريل/شتنبر- 1994- ص86.

القانون التنظيمي الضرائب التالية: الضريبة على الأملاك وعلى الإرث والهبات الضريبية على نقل الملكية، الرسوم المفروضة على الألعاب والضريبة على البيع بالتقسيط.¹

خاتمة:

تعتبر اسبانيا حسب دستور 1978 دولة ذات سيادة اجتماعية وديمقراطية، فهي تعتمد النظام الملكي البرلماني، أي ملكية دستورية ديمقراطية تمثيلية اجتماعية يكون فيها الملك بمثابة رئيس الدولة، بينما تعود السيادة الوطنية للشعب الاسباني. كما ضمن الدستور للكيانات المحلية "المجموعات المستقلة" درجة معينة من الاستقلال. ومن خلال ما تطرقنا له في تجربة اللامركزية باسبانيا، فإننا نستخلص بعض النقاط المهمة:

- اسبانيا دولة لامركزية، لكنها ليست اتحادا فدرالي
- الجهوية باسبانيا تتموضع ما بين الجهوية الادارية والجهوية السياسية
- اعتماد مبدأ الاستقلال الذاتي كحل لتعدد القوميات وثقافتها، دون المس بوحدة الدولة أو أولوية الأمة الاسبانية.

إن نظام الحكم الذاتي باسبانيا جاء كسياسة للانتقال الديمقراطي وللقطع مع مخلفات سياسة فرانكو الدكتاتورية، فأصبحت المملكة دولة المجموعات المستقلة، إلا أن تكريس الحق الدستوري للمجموعات المستقلة من خلال منحها حكما ذاتيا، لم يكبح طموح بعض القوميات كالباسك وكatalونيا للمطالبة بحقها في تقرير المصير. وعلى الرغم من كون مدريد استطاعت احتواء هذه النزعات الانفصالية والحفاظ على وحدة الدولة، تبقى "كatalونيا" كالبركان الخامد مهددة في أي وقت بالانفصال، وخير دليل على ذلك ما شهدته المنطقة من مواجهات ومظاهرات كانت أعنفها أحداث 2019. وهو ما يجعلنا نتساءل حول جدوى الحكم الذاتي كحل نهائي لصمد مطلب حق تقرير المصير؟

بشكل عام، تبقى التجربة الاسبانية الأقرب في الطرح والاسترشاد لإغناء مقترح الحكم الذاتي المغربي، مقارنة بباقي الجهويات السياسية المعتمدة بالدول المتقدمة، علما أن المملكة المغربية تحتفظ بخصوصياتها وثوابتها.

¹-عبد الحق المرجاني-نفس المرجع السابق - ص86/87.

Carte politique régionale de l'Espagne : Comunidades Autónomas (avec leur chef-lieux) et Ciudades Autónomas



Source : GARCÍA-ÁLVAREZ, 2002

- **Source** : Jacobo Garcia-Alvarez « Territoire ; question regionale et dimension européenne dans l'Espagne des Autonomies : réalisations et défis »- Rives méditerranéennes- 25 (2006)- le dynamique des territoires ; un défi institutionnel-mise en ligne le 29 décembre 2008 consulté le 19 décembre 2014.URL :<http://rives.revues.org/592-p32>

سياسة الصفقات العمومية بالمغرب في مواجهة أزمة كورونا

الدكتور محمد بكشوا

أستاذ زائر بكلية الحقوق بأيت ملول

الأستاذ محمد باري

باحث في القانون العام

تقديم:

أعلنت وزارة الداخلية في بلاغ لها، مساء يوم الخميس 19 مارس 2020، عن حالة الطوارئ الصحية وتقييد الحركة في البلاد ابتداء من يوم الجمعة 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساءً لأجل غير مسمى، كوسيلة لا محيد عنها لإبقاء الفيروس تحت السيطرة.

وبذلك يتعين على كل مواطنة ومواطن التقيد وجوباً بهذه الإجراءات الإلزامية تحت طائلة توقيع العقوبات المنصوص عليها في مجموعة القانون الجنائي. وستسهر السلطات المحلية والقوات العمومية من أمن وطني ودرك ملكي وقوات مساعدة على تفعيل إجراءات المراقبة بكل حزم ومسؤولية في حق أي شخص يتواجد بالشارع العام.

ومن أجل مواجهة التأثير السلبي للتوقف شبه الكامل لعجلة الاقتصاد وضعت الحكومة لجنة يقظة واتخذت مجموعة من التدابير تتمثل في تحويل نقدي مباشر لمن فقدوا شغلهم، المسجلين في الضمان الاجتماعي. مع تمتيعهم بالتغطية الاجتماعية والتأمين الصحي. نفس الأمر بالنسبة للمزاولين للأنشطة الغير مهيكلية، وتأجيل سداد القروض البنكية المتعلقة بالاستهلاك والسكن إلى حدود شهر يونيو، وتأجيل سداد القروض البنكية للمقاولات دون اعمال الفوائد، وضمان إمكانية الحصول على قروض إضافية بالنسبة للشركات التي لم تغلق أبوابها، وتأجيل وضع التصريحات السنوية الخاصة بأداء الضرائب

إلى شهر يونيو بدل شهر مارس، ووضع حد للمراقبة الجبائية والحجز على الودائع البنكية لمدة ثلاثة أشهر كذلك.

بالرجوع للفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود نجده ينص على ما يلي: "كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

والأمثلة التي ذكرها الفصل 269 على سبيل الحصر وليس الاستئناس ولم يذكر لفظ الأمراض أو الأوبئة، وبالتالي فلا يمكن اعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة وإنما ظرف طارئ، الذي يستوجب شرطين أساسيين، أولا ظهور ظرف طارئ غير متوقع خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين، ثانيا استحالة تنفيذ العقد نظرا للصعوبات.

ويقصد بإعلان فيروس كورونا كـ "قوة القاهرة" فيما يخص الطلبات العمومية، هي إعفاء جميع المقاولات التي ظفرت بصفقات ومشاريع لمختلف الإدارات والجماعات ومؤسسات الدولة عموما، من أي متابعات أو غرامات عن التأخير في إنجاز هذه المشاريع بالنظر إلى الظرفية الخاصة، المتسمة بحالة الطوارئ الصحية.

وفي غياب موقف صريح من إعلان القوة القاهرة نلاحظ اتجاه الحكومة إلى نظرية الظرف الطارئ إذ أن رئيس الحكومة سعد الدين العثماني أعطى الضوء لوزرائه بالتغاضي عن المساطر المعقدة التي يفرضها قانون الصفقات العمومية. وأضافت أن جميع الصفقات التي سيجريها الوزراء في حالة الطوارئ الصحية ووفق القانون الجديد سيتم تسهيل مساطرها لتسريع تنزيلها كما أوردت أن كل الصفقات التي ستعقدتها وزارة الصحة والداخلية والمالية والصناعة والتجارة والتعليم والفلاحة والصيد البحري ستتم وفق الصفقات التفاوضية إلى حين انتهاء حالة الوباء ورفع حالة الطوارئ الصحية.

وتأسيسا على ما سبق، فسياسة الصفقات العمومية التي انتهجها المغرب في مواجهة أزمة كورونا موضوع سائك. وهذا العرض سيقارب الموضوع من خلال الإجابة عن الإشكالية

التي يطرحها والتي تتجلى في ما مدى استجابة وفعالية المقتضيات القانونية والتنظيمية لتدبير الصفقات العمومية في مواجهة أزمة كورونا؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية من قبيل:

ما هي المقتضيات القانونية التي حددها المشرع بمرسوم رقم 2-12-349 بتاريخ 20 مارس 2013 لإبرام الصفقات العمومية في الظروف العادية ؟

ماهي التدابير الاستثنائية التي أقرتها الجهات المختصة من أجل إبرام الصفقات العمومية لمواجهة أزمة كورونا ؟

ما مدى جاهزية الإدارة العمومية لتدبير الطلبات العمومية بشكل الكتروني؟ و للإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا اعتماد ما يلي.

المبحث الأول: التنظيم القانوني للصفقات العمومية بين الأصل والاستثناء

أولى المشرع المغربي للصفقات العمومية أهمية كبرى من حيث التدخل لتحسين الإطار القانوني المنظم للأحكام التي تطبق على هذا النوع من العقود، لجعلها قادرة على مسايرة الأوضاع المستجدة مع احترام مجموعة من المبادئ والآليات القانونية والمسطرية سواء في الظروف العادية (المطلب الأول)، أو في الظروف الاستثنائية الراهنة التي أبانت عنها جائحة كورونا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدبير الصفقات العمومية في الظروف العادية

تعتبر الطلبات العمومية الوسيلة الأساسية التي تعتمد عليها الدولة والإدارة والجماعات الترابية ومجموعاتها والمؤسسات العمومية لتنفيذ سياستها التنموية، لذلك أفرد لها المشرع المغربي مجموعة من المبادئ والعديد من الآليات التي تتوزع بين المساطر العادية (الفقرة الأولى) والمساطر الاستعجالية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطرق العادية لإبرام الصفقات العمومية

عرف المشرع المغربي الصفقات العمومية من خلال المادة الرابعة من المرسوم رقم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية بأنها "عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من

جهة وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولا أو موردا أو خدماتيا، وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات."

كما حدد المشرع في المادة الأولى من نفس المرسوم على أن إبرام الصفقات العمومية تخضع لقواعد الحكامة الجيدة وللمبادئ التالية:

- حرية الولوج إلى الطلبية العمومية؛
- المساواة في التعامل مع المتنافسين؛
- ضمان حقوق المتنافسين؛
- الشفافية في اختيارات صاحب المشروع؛
- يأخذ إبرام الصفقات العمومية.

ومن شأن هذه المبادئ أن تمكن من تأمين الفعالية في الطلبية العمومية وحسن استعمال المال العام، وذلك بتحديد تعريفا قريبا لحاجات الإدارة واحترام واجبات الإشهار واللجوء إلى المنافسة واختيار العرض الأفضل اقتصاديا أخدين بعين الاعتبار احترام البيئة وأهداف التنمية المستدامة.

و تخضع الصفقات العمومية قانونيا لطرق خاصة في إبرامها منها طرق عادية ومنها أخرى استثنائية ترم في ظروف استثنائية؛ فبالنسبة للطرق العادية، فهي أكثر الطرق وضوحا وخلقاً للمنافسة. وتتجلى في مسطرة طلب العروض ومسطرة المباراة. أما الطرق الاستعجالية فستتطرق لها من خلال الفقرة الموالية.

فطلب العروض هو أسلوب من التعاقد حل محل طريقة المناقصة، فبموجب هذه الطريقة يمكن للإدارة اختيار المقاول الكفاء، وتعتبر هذه المسطرة الأكثر تداولاً، والرئيسية لإبرام الصفقات العمومية، وهي تستهدف إخضاع نظام التعاقد لأكبر قدر من المنافسة دون أن تكون الإدارة ملزمة باختيار متعاقد بعينه¹.

¹ نجاة البرهومي، " الصفقات العمومية عقد الأشغال نموذجاً"، رسالة لنيل شهادة الماستر، وحدة الدراسات العقارية والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، 2016-2017، ص 11.

يكون طلب العروض مفتوحا، عندما يفتح في وجه كل من تتوفر فيه شروط المشاركة في هذه العملية، فيسمح لكل مترشح بالحصول على ملف الاستشارة وبتقديم ترشيحه دون التمييز بين هذا النوع أو ذاك من المترشحين وهي المسطرة التي تضمن شفافية أكبر.

وتتم عبر مراحل يمكن بدءها بالإعلان عن طلب العروض المفتوح في جريدتين على الأقل، احدهما باللغة العربية توزع على الصعيد الوطني، أو بواسطة نشرات متخصصة أو أية وسيلة أخرى للإشهار، إضافة إلى إشهاره ضمن البوابة الالكترونية للصفقات العمومية.

ويجب أن يتم هذا الاعلان قبل التاريخ المحدد لاستلام العروض ب 21 يوما كاملا من اليوم الموالي لنشر الاعلان في ثاني صحيفة. ويمكن تمديد الأجل للإعلان إلى 40 يوما على الأقل بالنسبة للصفقات الأشغال التي يعادل أو يفوق ثمنها المقدر 65 مليون درهم دون احتساب الرسوم وكذا بالنسبة للصفقات التوريد والخدمات التي يعادل أو يفوق ثمنها المقدر مليون وثمانمائة ألف درهم دون احتساب الرسوم.¹

ويكون طلب العروض محدودا عندما يقتصر على أشخاص معينين تختارهم الإدارة مقدما للمشاركة في المنافسة. ولا يمكنها أن تسلك هذا الأسلوب إلا بالنسبة للصفقات التي يقل مبلغها أو يساوي مليون درهم رفع المرسوم الجديد هذا المبلغ إلى مليوني درهم، والتي لا يمكن تنفيذها إلا من طرف عدد محدد من المقاولين والموردين أو الخدمتين، اعتبارا لطبيعتها أو لتعقدها أو لأهمية المعدات التي يتعين استعمالها.

ويتم توجيهه في شكل دورية أو رسالة مضمونة إلى ثلاثة مترشحين على الأقل يكون بإمكانهم الاستجابة على أحسن وجه للحاجات المراد تحقيقها للإدارة وذلك لتحقيق حد أدنى من المنافسة ويجب أن تتضمن هذه الدورية جميع البيانات الخاصة بإشهار الاعلان عن طريق طلب العروض المفتوح.

وسواء تعلق الأمر بطلب العروض مفتوح أو محدود فينبغي أن تخضع هذه المسطرة للمبادئ والكيفيات التي تم التنصيص عليها في المادة 17 من مرسوم 2013. وبالرغم من

¹ ويمكن تغيير الحدين المشار إليهما سابقا بموجب قرار للوزير المكلف بالمالية بعد استطلاع رأي لجنة الصفقات.

بعض الاختلاف بين الإجراءات الخاصة بين كل من طلب العروض المفتوح أو المحدود، تبقى هناك مقتضيات مشتركة بينهما، تتجلى في:

- الدعوة إلى المنافسة؛

- فتح الأظرفة في جلسة عمومية، باستثناء الطلبات التي تخص ادارة الدفاع الوطني، فهي تفتح في جلسة مغلقة؛

- فحص العروض من طرف لجنة طلب العروض؛

- تعيين لجنة طلب العروض المتعهد الذي على صاحب المشروع أن يقبل عرضه؛

- قيام صاحب المشروع الذي يجري طلب العروض بتبليغ الثمن التقديري للاسترشاد به، إلى لجنة طلب العروض، وذلك خلال جلسة فحص العروض، وقبل فتح الأظرفة المعنوية على العروض المالية للمتعهدين.

وقد تلجأ الادارة إلى طلب العروض بالانتقاء المسبق اذا تعلق الأمر بأعمال ذات طبيعة معقدة أو طبيعة خاصة تستوجب القيام بانتقاء مسبق للمترشحين في مرحلة أولى قبل دعوة المقبولين منهم لإيداع عروضهم في مرحلة ثانية، حيث تتطلب من المتنافسين توفيرهم على مؤهلات كافية لإنجاز المشروع وفق المعايير المتطلبة على المستوى التقني والمالي وبجودة عالية وبتكلفة مالية أقل.

وطبقا للمادة 16 من مرسوم 2013 المتعلق بالصفقات العمومية، تمكن مسطرة المباراة من إجراء تنافس بين مرشحين حول أعمال يتم تقييمها بعد استشارة لجنة المباراة، نظرا لخصوصية طبيعة العمل المطلوب إنجازه تقنيا أو جماليا أو ماليا، والذي يحتاج إلى أبحاث خاصة.

الفقرة الثانية: الطرق الاستعجالية لإبرام الصفقات العمومية

يقضي التوجه العام في إبرام الصفقات بطلب العروض والمباراة، وهي الطرق التي تمكن من احترام مبادئ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية والشفافية في التعامل مع المترشحين وتكريسا للمساواة والعلانية والمنافسة الشريفة والحكامة الجيدة. إلا أنه قد تحول ظروف ما دون اللجوء إلى إبرام الصفقات بالطرق العادية التي تحترم بشكل صريح

جل المبادئ التي تم تكريسها في مرسوم الصفقات العمومية، لذلك يتم اللجوء إلى الصفقات التفاوضية مع ضرورة نشرها وإعمال سندات طلب،

طبقا للمادة 84 من مرسوم 2013 المتعلق بالصفقات العمومية فالمسطرة التفاوضية طريقة لإبرام الصفقات تختار بموجبها لجنة تفاوض، نائلا لصفقة بعد استشارة أو تفاوض مع أكثر من متنافس. وتتعلق هذه المفاوضات على الخصوص بالثمن وأجل التنفيذ أو تاريخ الانتهاء أو التسليم وشروط التنفيذ وتسليم العمل. لا يجوز أن تتعلق هذه المفاوضات بموضوع الصفقة ومحتواها.

تتم الصفقات التفاوضية عندما يجري صاحب المشروع بكل حرية المناقشات التي يراها مفيدة مع المرشح الذي يقتنع به، ورغم هذه الحرية الممنوحة لصاحب المشروع لا يتمتع بصلاحيات مطلقة في هذا الشأن بل يتعين عليه قدر الامكان احترام الاشهار المسبق بالمنافسة. حيث تبرم الصفقة التفاوضية بإشهار مسبق وبعد إجراء منافسة

وبناء على مقتضيات المادة 87 من المرسوم السالف الذكر أعلاه، تبرم الصفقات التفاوضية:

أ) إما بناء على عقد التزام يوقعه الراغب في التعاقد وعلى دفتر الشروط الخاصة؛

ب) إما بصفة استثنائية، بتبادل رسائل أو اتفاقية خاصة بالنسبة للأعمال المستعجلة المنصوص عليها في حالة الاستثناء الواردة في الفقرة 5 من البند الثاني من المادة 86 أعلاه، التي لا يتلاءم إنجازها مع إعداد الوثائق المكونة للصفقة. ويبين تبادل الرسائل أو الاتفاقية الخاصة المذكورة على الأقل على طبيعة العمليات وكذا حدود التزامات السلطة المتعاقدة من حيث المبلغ والمدة. ويحدد لها ثمنا نهائيا أو ثمنا مؤقتا.

وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يجوز أن يؤدي إلى دفع أي دفعات مسبقة. ويجب أن تتم تسوية تبادل الرسائل أو الاتفاقية الخاصة على شكل صفقة بثمان نهائي خلال الثلاثة أشهر المالية. وكمثال على هذا النوع؛ الصفقات التفاوضية التي تم إجراؤها من طرف مصالح المكتب الوطني للماء الصالح للشرب لإنجاز 49 كلم من القنوات ذات القطر الكبير للربط بين قنوات الماء المزودة للمحيط السقوي "الكردان" ومحطة التصفية "المزار"، والتي أملتها

ظروف الاستعجال الخاصة بتزويد أكادير الكبير بالماء الصالح للشرب سنة 2020 بعد نفاذ مخزون السدود التي كانت تقوم بهذه المهمة.

وتعتبر طريقة سندات الطلب من الطرق الاستعجالية لتلبية الطلبات العمومية حيث تعتبر بمثابة اتفاق مباشر يمكن من خلالها للإدارة القيام باقتناء توريدات وإنجاز أشغال أو خدمات وذلك في حدود مائتي ألف (200.000) درهم مع احتساب الرسوم طبقا للمادة 88 من مرسوم 2013 المتعلق بالصفقات العمومية.

وينبغي أن تتضمن هذه السندات مواصفات ومحتوى الأعمال المراد تليتها، وعند الاقتضاء أجل التنفيذ أو تاريخ التسليم وشروط الضمان. ويجب أن تخضع الأعمال موضوع سندات الطلب إلى المنافسة قدر الإمكان وحسب الوسائل اللازمة. ما عدا إذا استحال اللجوء إليها أو كانت تتعارض مع العمل. وتلتزم الإدارة لهذه الغاية باستشارة ثلاثة متنافسين على الأقل وتقديم بيانات مختلفة للأئمة.¹ على الأقل مقدمة من طرف المتنافسين المعنيين ما عدا في حالة الاستحالة أو عدم الملاءمة. وفي حالة عدم ملاءمة إجراء منافسة أو استحالة تقديم ثلاثة بيانات للأئمة يعبه الأمر بالصرف أو الأمر بالصرف المساعد أو الشخص المؤهل، عند الاقتضاء مذكرة تبرر هذه الاستحالة أو عدم الملاءمة.

المطلب الثاني: التدابير الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية لمواجهة أزمة كورونا

اضطرت الدول إلى الاستعداد لمواجهة جائحة فيروس كورونا وتلبية كل ما من شأنه المساعدة في الوقاية من انتشار الفيروس ومكافحته. وهذا ما تطلب إتمام الصفقات العمومية التي في طور الإنجاز حيث تم إبرامها قبل ظهور فيروس كورونا المستجد (الفقرة الأولى)، وتحديد تدابير خاصة مكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار مرض فيروس كورونا ومكافحته (الفقرة الثانية).

¹ مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب الأشغال-التوريدات-الخدمات، الطبعة الأولى 1430-2009، ص 137.

الفقرة الأولى: الصفقات العمومية في طور الانجاز خلال أزمة كورونا

في إطار التدابير التي اتخذتها الحكومة للحد من آثار جائحة كورونا، تم إعطاء تعليمات صارمة من طرف رئيس الحكومة للإدارات والمؤسسات العمومية الخاضعة لوصاية الدولة، بضرورة ترشيد النفقات وتوجيه الموارد المتاحة نحو الأولويات التي يفرضها تدبير الأزمة المرتبطة بانتشار وباء كورونا ببلادنا.

وفي هذا السياق أصدر رئيس الحكومة منشورا¹ رقم 2020/05-الذي دخل حيز التنفيذ يوم الثلاثاء 14 ابريل 2020 يلزم من خلاله كافة الإدارات والمؤسسات العمومية على التقيد بإجراءات مضبوطة تحدد النفقات التي يمكن للقطاعات الالتزام بها خلال هذه الفترة الاستثنائية.

وبموجبه حث جميع الإدارات الخاضعة لوصاية الدولة بتقليص أو إلغاء النفقات غير الضرورية من قبيل نفقات النقل والتنقل، وتدبير حظيرة السيارات، وكراء وتجهيز المقرات وتأثيثها، وتنظيم الندوات والمؤتمرات. في حين سيتم الإبقاء على النفقات الضرورية، مثل أجور الموظفين، ونفقات للاستثمار، والنفقات المخصصة لتدبير جائحة كوفيد 19، والنفقات المخصصة للحد من آثار الجفاف، وبعض النفقات الاجتماعية.

القاعدة العامة في قانون الالتزامات والعقود هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، طبقا لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن:

”الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون”.

والمقصود بالعقد شريعة المتعاقدين هو أنه بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، ما دام العقد قد نشأ صحيحا ملزما. وهو لا يكون صحيحا ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب.

¹ منشور رئيس الحكومة رقم 2020-5 بتاريخ 14 ابريل 2020 المتعلق بالتدبير الأمثل للالتزامات الدولة والمؤسسات العمومية خلال فترة حالة الطوارئ الصحية.

وكما هو معلوم قانوناً أن لكل قاعدة استثناء، والاستثناء الوارد على عدم تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل به، يتضح في الحالات التي يستحيل تنفيذ العقد وهذا ما أكد عليه الفصل 268 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أنه: "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل المدين".

وتنطلق الإشكالية من فرضيتين، مفادهما أن الفرضية الأولى يدافع أنصارها على توفر صفة القوة القاهرة بالنسبة لفيروس كورونا 2019 بكونها سبباً مبرراً لانتفاء المسؤولية عند عدم تنفيذ التزامات تجاه الغير والمتعاقدين، في حين أن الفرضية الثانية يدافع أنصارها على توفر صفة الظرف الطارئ بالنسبة لفيروس كورونا 2019، بكونه سبباً مبرراً لانتفاء المسؤولية عند عدم تنفيذ التزامات تجاه الغير والمتعاقدين.

تبعاً لما ذكر كان لزاماً إيجاد صيغة قانونية لتدبير الوضعية المستجدة، هل الأخذ بنظرية القوة القاهرة أم بمبدأ الظروف الطارئة.

لقد عرف الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود القوة القاهرة بأنها: "كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقيم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه. وكذلك السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".¹

¹ إلى جانب التشريع، يوجد الفقه الذي قدم مجموعة من المفاهيم للقوة القاهرة، حسب قناعة ووجهة كل فقيه على حدة. نذكر بعض التعريفات منها: عرف الفقيه الروماني "البيان" Ulpian القوة القاهرة بأنها كل حادث لم يكن في وسع إدراك المرء أن يتوقعه، وإن أمكن توقعه، عقلاً، فإنه لا يتمكن من مقاومته عملاً، كما عرفها الإخوة "مازو" بأنها حدث غير معروف، وغير متوقع ولا يمكن مقاومته، أما بالنسبة "لجون فرانسو كوزيني فيري" أنه عادة ما تعرف كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي اعتماداً على الخصائص الثلاثة أنه حدث غير متوقع ولا يمكن مقاومته وخارجي.

فحسب نص الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود يمكن ان نستخرج الشروط التالية لقيام حالة القوة القاهرة:

- أن يكون الحادث غير ممكن التوقع؛
- استحالة دفع الضرر الناشئ عن القوة القاهرة؛
- لا يكون للمدين دخل في إثارة القوة القاهرة؛
- أن يكون ذو مصدر خارجي¹.

وطبقا للقضاء المغربي فالقوة القاهرة هي كل حدث لا يستطيع الإنسان توقعه ولا رده طبقا للفصل 269 من قانون الالتزامات، والعقود والكساد في الحركة التجارية لا يعتبر قوة القاهرة². وفي قرار آخر لمحكمة النقض، قضت بأن المرض لا يعتبر قوة القاهرة من أجل المطالبة بالتعويض، وأنه تم خرق مقتضيات الفصل 269³.

وإعمالا لشروط القوة القاهرة المذكورة أعلاه، يستحيل دفع الضرر الناتج عنه بالطرق التقليدية، وليس للمدين دخل في إثارته، كما أنه ذو مصدر أجنبي عن المدين عموما. وبناء على إعلان جل دول العالم عن فرض "حالة الطوارئ" الصحية في البلاد بسبب القوة القاهرة التي سببها تفشي فيروس كورونا القاتل.

وصفوة القول فإنه بتوافر شروط القوة القاهرة يكون الالتزام مستحيل التنفيذ ويعفي المدين من تنفيذ الالتزام الذي التزم به⁴.

-عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام في ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، مصادر الالتزام الجزء الثاني الواقعة القانونية، المسؤولية التقصيرية، الإثراء بلا سبب، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، الطبعة الثالثة 2018، ص112.

¹ مامون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي" الجزء الأول مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، بيروت 1976، ص 417 و418.

² عبد الحكيم حجامي - مصطفى هرنندو - خالد كيثا، القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن، مقال منشور بموقع العلوم القانونية.

³ قرار محكمة النقض عدد 1015، المؤرخ في 2008/11/5، الملف الاجتماعي عدد 2008/320.

⁴ أمينة رضوان "مدى مساهمة فيروس كورونا في انهاء العلاقة الشغلية"، مقال منشور بمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، عدد خاص كورونا، أبريل 2020، ص 17 و18.

لكن هل يمكن أن نقول أن فيروس كورونا قطعاً هو قوة القاهرة؟ فالجواب على هذا السؤال يحمل عدة أوجه، وذلك لاختلاف وجهات نظر كل باحث على حدة. فمن وجهة نظر بعض الباحثين أن فيروس كورونا لا يمكن أن نعطيهِ صفة القوة القاهرة إلا بشكل نسبي وليس بشكل مطلق، لأن أثر القوة القاهرة لا يعفي من تنفيذ التزام المدين، بل يقف تنفيذه حتى يزول الحادث، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث. وبالتالي فبعض الالتزامات لا يمكن أن يكون تنفيذه مستحيلاً بقدر ما يكون صعباً. ونطرح السؤال التالي إلى أي حد يمكن أن نعتبر أن فيروس كورونا 2019 ظرفاً طارئاً يصبح معه تنفيذ الالتزام صعباً وليس مستحيلاً؟

يلتزم طرفي العقد بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، تطبيقاً لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، ولكن قد تطرأ ظروف غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فتقضي العدالة أن يتدخل القاضي لكي يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا هو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة.¹

لم يعرف المشرع المغربي الحادث الطارئ، بخلاف القوة القاهرة، عكس العديد من التشريعات الأخرى التي خصت للحوادث الطارئة مقتضيات قانونية صريحة. حيث ظهرت هذا النظرية في السنين الأخيرة، في تقنين الالتزامات البولوني، ثم في التقنين المدني الإيطالي الجديد، ثم التقنين المدني المصري الجديد. حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 147 من التقنين المدني المصري الجديد على ما يأتي: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً الاتفاق خلاف ذلك."²

¹ نجيم أهتوت، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، -العقد -الإرادة المنفردة، مطبعة القبس -العروي -الناظور، الطبعة الأولى، 2019، ص 120 - 121.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة 2015، ص 704.

ولكي تقوم هذا النظرية صحيحة، لا بد أن تتوفر أربعة شروط متجمعة لا متفرقة كالآتي:

- أولاً: أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخياً؛
- ثانياً: أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة؛
- ثالثاً: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها؛
- رابعاً: أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً.

وبناء على ما سبق يتضح لنا الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كان يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب.

ويتربط على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر. إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث. والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف،¹ فلا يكون مرهقاً لمدين آخر.

نستخلص مما سبق أن أزمة كورونا تأخذ صفة الظرف الطارئ في الالتزامات التعاقدية التي تكون صعبة التنفيذ، على أساس أن الالتزامات التعاقدية التي تكون مستحيلة تأخذ صفة القوة القاهرة. وختاماً لما سبق نرى أنه لا يمكن الحسم بشكل جازم في أن فيروس كورونا قوة القاهرة، أو أنه ظرف طارئ، بل يمكن أن نقول أن فيروس كورونا 2019 يخضع إلى النظريتين معاً.

ويبقى ذلك مرهوناً بمدى تأثر تنفيذ العقد في ظل جائحة كورونا، فإذا كان وباء كورونا يرهق كاهل المدين فإنه يأخذ صفة الظرف الطارئ، وإذا كان يجعل تنفذ الالتزام مستحيل فإنه يأخذ صفة القوة القاهرة، فتحدد أن الحادث قوة القاهرة أم ظرف طارئ يبقى مرهون في السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، والقول بأن فيروس كورونا 2019 يأخذ صفتي القوة

¹ عبد الرزاق السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 723.

القاهرة والظروف الطارئة معا لا يمكن أن نأخذها على عمومه، حيث يبقى هذا الإشكال القانوني مطروح.

غير أنه يطرح تساؤل في هذا الصدد حول الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف متخلفا عن الوفاء بما عليه من التزامات بناء على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين، هل يتعلق الأمر بقوة القاهرة أم بظرف طارئ بالنسبة للطلبات العمومية التي امتد أجل تنفيذها إلى غاية بداية الأزمة الصحية؟

لذلك ذهب بعض الباحثين إلى اعتبار أنه بناء على عدم ذكر لفظ الأمراض أو الأوبئة، فإنه لا يمكن اعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة وإنما ظرفا طارئا، الذي يستوجب شرطين أساسيين، أولا ظهور ظرف طارئ غير متوقع خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين، وثانيا استحالة تنفيذ العقد نظرا للصعوبات، لذلك اعتبروا أن الظرف الطارئ ينطبق مع جائحة كورونا.¹

وباعتبار أن الصفقات العمومية مرتبطة بالمالية العمومية، فقد تأثرت باعتبارها الأداة الحقيقية التي تعتمد عليها الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية في تنفيذ السياسات العمومية فإن الجهات المختصة ارتأت اتخاذ مجموعة من التدابير الاستثنائية التي تهم الصفقات العمومية في طور الإنجاز.

وفي هذا السياق أصدرت وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة منشورا² حدد مجموعة من الإجراءات الرامية إلى تجنب تطبيق غرامات التأخير في حق المقاولات الحاصلة على الصفقات العمومية نتيجة لتأخير لا يعزى إليها. وأوضح المنشور، أن هذه الإجراءات تهم على الخصوص اعتبار الأثر المترتب عن حالة الطوارئ الصحية وإجراءات الحجر الصحي المطبقة على الأفراد خارجا عن إرادة المقاولات الحاصلة على الصفقات، فيما يخص تنفيذ الصفقات العمومية، ويندرج بالتالي في إطار حالات القوة القاهرة.

¹ سعيد رحو ومحمد خاشون، "تدبير الطلبات العمومية في ظل جائحة كورونا"، المركز الوطني للدراسات القانونية، نونبر 2020، الصفحات غير مذكورة.

² Circulaire du Ministre de l'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration N° 10/TGR/DRRCI/DR du 14 Avril 2020 relative aux délais d'exécution des marchés publics en période d'urgence sanitaire.

فمن أجل تجنب تطبيق غرامات التأخير في حق المقاولات الحاصلة على الصفقات العمومية نتيجة لتأخير لا يعزى إليها، فقد تقرر اتخاذ الإجراءات التالية:

- اعتبار الأثر المترتب عن حالة الطوارئ الصحية وإجراءات الحجر الصحي المطبقة على الأفراد خارجا عن إرادة المقاولات الحاصلة على الصفقات، فيما يخص آجال تنفيذ الصفقات العمومية، ويندرج بالتالي في إطار حالات القوة القاهرة:

- دعوة أصحاب المشاريع التابعين لإدارات الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية وباقي الهيئات الخاضعة للمراقبة المالية للدولة، إلى الموافقة على طلبات المقاولات التي تثير القوة القاهرة، بسبب إجراءات حالة الطوارئ والحجر الصحي المتخذة من قبل السلطات العمومية، دون الأخذ بعين الاعتبار أجل سبعة أيام لتقديم طلباتها في الموضوع:

- إقرار تمديد الأجال التعاقدية، بواسطة عقد ملحق، سواء بالنسبة لصفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات، وذلك في حدود مدة الطوارئ الصحية:

- دعوة أصحاب المشاريع كذلك، خلال فترة الطوارئ الصحية، إلى اللجوء عند الاقتضاء، إلى آليات تأجيل تنفيذ الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو أوامر إيقاف أو إعادة استئناف الخدمة:

- تذكير مختلف المتدخلين في مجال الطلبات العمومية بضرورة إعطاء الأولوية، خلال فترة الطوارئ الصحية، للتبادل الإلكتروني بجميع أشكاله، للوثائق المثبتة وللمستندات، بدلا من الدعامات الورقية.

كما أن السيد وزير الداخلية في إطار المنشور¹ رقم F/1248 أقر بأحقية رئيسات ورؤساء مجالس الجماعات الترابية إجراء تعديلات على ميزانياتهم دون مداوالت في مجالسهم؛ إما عن طريق فتح اعتمادات جديدة في الميزانية يتم التعهد بها بناء على الموارد المتاحة التي لم تتم برمجتها بعد، أو عن طريق تحويل وإعادة برمجة الاعتمادات السابقة.

¹ منشور السيد وزير الداخلية رقم F/1248 بأحقية رئيسات ورؤساء مجالس الجماعات الترابية إجراء تعديلات على ميزانياتهم دون مداوالت في مجالسهم.

وفي نفس السياق توجه السيد وزير الداخلية إلى السيدات والسادة ولاية وعمال عمالات المقاطعات وأقاليم المملكة ورؤساء مجالس الجماعات الترابية بمنشور¹ المسجل تحت رقم 6578 بتاريخ 15 أبريل 2020 حول التدبير الأمثل لنفقات الجماعات الترابية برسم 2020 حيث دعاهم إلى السهر على ضمان التدبير الأمثل لنفقات جماعتهم الترابية المستقبلية والتعليق المؤقت لعمليات الالتزام بالنفقات غير الضرورية خلال مدة الأزمة الصحية التي يمكن أن يترتب عنها تراجع مداخيل الضرائب والرسوم، وذلك تماشيا مع ما تمليه ضرورة التدبير الرشيد لميزانيات الجماعات الترابية والحرص على حسن استعمال مواردها المالية خلال هذه المرحلة الدقيقة.

كما أن السيد رئيس الحكومة وجه للسادة الوزراء بالمنشور² رقم E/ 2138 بتاريخ 26 مارس 2020، والذي جاء فيه أنه صار من اللازم اتخاذ إجراءات استعجالية لتسريع صرف مستحقات المقاولات خاصة الصغيرة جدا والصغرى والمتوسطة لدى الإدارات والمقاولات والمؤسسات العمومية، وذلك حتى يتسنى لها الوفاء بالتزاماتها المالية والحفاظ على مناصب الشغل وبالتالي التخفيف من التداعيات الاجتماعية لهذه الأزمة. لذلك أعطى تعليماته للسادة الوزراء بتوجيه تعليماتهم للمصالح المختصة التابعة لهم قصد الحرص على الوفاء بالتزاماتها المالية اتجاه جميع الشركاء والموردين للطلبات العمومية من مقاولات ومكاتب للدراسات والمراقبة ومكاتب المهندسين... وبذل كل الجهود حتى يتم تسريع أداء ديونهم المستحقة اتجاه كل الإدارات والمؤسسات والمقاولات العمومية.³

¹ منشور السيد وزير الداخلية المسجل تحت رقم 6578 بتاريخ 15 أبريل 2020 حول التدبير الأمثل لنفقات الجماعات الترابية برسم 2020

² منشور السيد رئيس الحكومة رقم E/ 2138 بتاريخ 26 مارس 2020 المتعلق بتسريع وتيرة صرف مستحقات المقاولات.

³ للتذكير، فقد تم التأكيد في عدة خطب ملكية سامية على ضرورة احترام الإدارات ومؤسسات الدولة لأجال الأداء التي ينص عليها القانون كان آخرها الخطاب الملكي السامي بمناسبة الذكرى الخامسة والستين لثورة الملك والشعب بتاريخ 20 غشت 2018، والذي أكد فيه جلالته على ضرورة التزام الإدارات العمومية خاصة الجماعات الترابية بتسديد ما بذمتها من مستحقات اتجاه المقاولات باعتبار أن أي تأخير في هذا الإطار قد يؤدي إلى إفلاسها مع ما يترتب عن ذلك من فقدان العديد من مناصب الشغل.

وتماشيا مع هذا التوجه، وبناء على الدورية¹ عدد 9744 بتاريخ 11 يوليوز 2020 دعا السيد وزير الداخلية السيدات والسادة ولاة وعمال عمالات المقاطعات وأقاليم المملكة ورؤساء مجالس الجماعات الترابية إلى العمل على الوفاء بالالتزامات المالية لجماعتهم الترابية اتجاه المقاولات وتسريع وتيرة أداء مستحقاتها وخاصة منها المقاولات الصغيرة جدا والصغيرة والمتوسطة، وذلك حتى يتسنى لها الوفاء بالتزاماتها المالية والحفاظ على مناصب الشغل، والتخفيف بذلك من التداعيات الاجتماعية لهذه الجائحة.

الفقرة الثانية: تدابير إبرام الصفقات العمومية خلال أزمة كورونا

حث السيد رئيس الحكومة وزراء حكومته على التغاضي عن المساطر المعقدة التي يفرضها مرسوم الصفقات العمومية، اذ دعا إلى إبرام جميع الصفقات في ظل أزمة كورونا وفق مقتضيات القانون الجديد 19.55 المتعلق بتبسيط المساطر الادارية الذي من شأنه أن ييسر مساطرها لتسريع تنزيلها أولا، وثانيا أن تتم على شكل صفقات تفاوضية إلى حين انتهاء حالة الوباء ورفع حالة الطوارئ الصحية.

كما أن السيد رئيس الحكومة أقر بأن طلبات العروض الخاصة بالدراسات المرتبطة بمشاريع البنيات التحتية وكذا تلك المتعلقة بالإشراف والمساعدة التقنية من أجل تتبع انجاز هذه المشاريع لا تخضع للترخيص المسبق الذي ينص عليه المنشور رقم 14/2020 بتاريخ 9 شتنبر 2020.

وقد أعطى السيد وزير الداخلية توجيهاته إلى السيدات والسادة ولاة وعمال عمالات ومقاطعات وأقاليم المملكة ورئيسات ورؤساء مجالس الجماعات الترابية بأنه يتعين احترازا عدم الالتزام بأية نفقة جديدة قبل إدراجها في لوائح تعرض على السيدة والسادة ولاة وعمال عمالات ومقاطعات وأقاليم المملكة قصد دراستها والتأشير عليها.

وينطبق هذا الإجراء بالإضافة إلى الجماعات الترابية، على المشاريع المنجزة من طرف شركات التنمية الجهوية وشركات التنمية المحلية وشركات التهيئة ووكالات تنمية الأقاليم وصناديق الأشغال والوكالات المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء والوكالات الجهوية لتنفيذ

¹ منشور السيد رئيس الحكومة رقم 2138 E/ بتاريخ 26 مارس 2020 المتعلق بتسريع وتيرة صرف مستحقات المقاولات.

المشاريع وأصحاب المشاريع المفوضة، والذين يجب عليهم التأكد من التزام كافة الشركاء في المشاريع والاتفاقيات بتعبئة النفقات المتعلقة بالأقساط المبرمجة، وذلك عبر تبادل مراسلات انية في هذا الشأن.

وبالإضافة إلى هذه التدابير، وجب العمل بالمقتضيات التالية حسب نوعية النفقات:

بالنسبة لنفقات التجهيز للجماعات الترابية، فقد وجب إعطاء الأولوية للمشاريع التي توجد قيد الإنجاز أو التي هي موضوع اتفاقيات مبرمة مع مؤسسات وطنية أو دولية، واختيار المشاريع الأكثر مردودية على المستويين الاجتماعي والاقتصادي، واستثناء المشاريع المتعلقة بالتهيئة الحضرية والإنارة العمومية والمناطق الخضراء، ويتعين إدراج المشاريع الجديدة في لوائح تعرض على السيدة والسادة ولاة وعمال عمالات وعمال المقاطعات وأقاليم المملكة قصد دراستها والموافقة عليها مع استثناء المشاريع المتعلقة بالتهيئة الحضرية والإنارة العمومية والمناطق الخضراء.

وفيما يخص أصحاب المشاريع المفوضة وشركات التنمية الجهوية وشركات التنمية المحلية وشركات التهيئة ووكالات تنمية الأقاليم وصناديق الأشغال والوكالات المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء والوكالات الجهوية لتنفيذ المشاريع، فينبغي تحضير لوائح تتعلق ببرنامج النفقات المتبقية في سنة 2020 مع تحديد طبيعة النفقة وكلفتها والشركاء المساهمين والأقساط التي التزموا بها والالتزام الكتابي للشركاء المساهمين الذي يؤكد تعبئة النفقات المتعلقة بالأقساط المبرمجة، مع عرض هذه اللوائح على الوزارة المختصة لدراستها والموافقة عليها. وتجدر الإشارة إلى أنه وجب عدم برمجة المشاريع المتعلقة بالتهيئة الحضرية والإنارة العمومية والمناطق الخضراء.

وإلى جانب التدابير الاستعجالية التي تم اتخاذها من أجل التخفيف من التداعيات الاقتصادية والاجتماعية للجائحة، واصلت الحكومة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لمواكبة ودعم الاستئناف التدريجي للنشاط الاقتصادي وتمكين النسيج المقاوлатي الوطني من استعادة ديناميته واستشراف آفاق واعدة للنمو في هذه المرحلة، حيث نص السيد رئيس الحكومة من خلال المنشور رقم 15/2020 بتاريخ 10 شتنبر 2020 الموجه للسيدات والسادة الوزراء والوزراء المنتدبون والمنتدبون السامون والمندوب العام على ضرورة اعتماد وتفعيل

الأفضلية الوطنية وتشجيع المنتج المغربي في الصفقات العمومية، حيث تشكل هذه الأخيرة دعامة أساسية من شأنها المساهمة في تعزيز تنافسية المقاولات والمنتج الوطني، بما يمكن من تنشيط الاقتصاد الوطني وتحقيق النمو واحداث فرص الشغل.

وبالتالي فقد حدد هذا المنشور الإجراءات والآليات الرامية إلى منح الأفضلية الوطنية للعروض المقدمة من طرف المقاولات الوطنية والتعاونيات، واتحاد التعاونيات والمقاول الذاتي في صفقات الادارات والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية.

أما فيما يتعلق بتشجيع المنتج المغربي فان أصحاب المشاريع ملزمون بمنح الأفضلية للمواد والمنتجات المغربية، وخصوصا التقليدية منها أو المصنعة من خلال التنصيب صراحة في دفتر التحملات المتعلقة بصفقات الأشغال والتوريدات التي تبرمها الادارات والجماعات الترابية والمؤسسات والمقاولات العمومية على تطبيق المواصفات القياسية المغربية المعتمدة أو مواصفات قياسية أخرى مطبقة بالمغرب بموجب اتفاقيات دولية، أو معايير دولية عند انعدام المواصفات السالفة الذكر. وحصر اللجوء للمواد المستوردة في الحالات التي لا يتوفر فيها منتج مغربي يستجيب للمعايير التقنية المطلوبة، مع ضرورة تقديم المقاولات النائلة للصفقات الوثائق المثبتة لأصل المنتجات والمواد التي تعترم استعمالها، بما فيها الفاتورات وسندات التسليم وشهادات المصدر.

وهذا ما جاء ملازما للمقتضيات التشريعية المعمول بها سلفا، حيث تنص المادة 155 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية على أنه: " قصد إجراء المقارنة بين عروض المتنافسين المتعلقة بصفقات الأشغال والدراسات المرتبطة بها، وبعد أن تكون لجنة طلب العروض أو لجنة المباراة قد حصرت لائحة المتنافسين المؤهلين وأقصت المتنافسين الذين لا تطابق عروضهم المواصفات المطلوبة، وعندما تتقدم مقاولات أجنبية بتعهدات لهذه الصفقات، يمكن منح أفضلية للعروض المقدمة من طرف المقاولات الوطنية.

تضاف ضمن هذه الشروط، إلى مبالغ العروض المالية المقدمة من طرف المقاولات الأجنبية نسبة مئوية لا تتعدى خمسة عشر في المائة (15%).

عندما تتقدم تجمعات تضم مقاولات وطنية وأخرى أجنبية بتعهدات لهذه الصفقات، فإن النسبة المئوية المشار إليها أعلاه تطبق فقط على حصة المقاولات الأجنبية من مبلغ

العرض الذي تقدم به التجمع. وفي هذه الحالة، تدلي التجمعات المعنية، في الطرف الذي يحتوي على العرض المالي المشار إليه في المادة 29 أعلاه، بنسخة مصادق عليها من اتفاقية تأسيس التجمع التي يجب أن تبين الحصة المملوكة لكل عضو فيه."

بناء على ما سبق، نلاحظ أنه نظرا لارتباط الصفقات العمومية بالمال العام، تدخل المشرع المغربي لضبطها بقواعد وإجراءات خاصة بدءا من إعدادها وإبرامها إلى غاية تنفيذها ومراقبتها، وعلى غرار ذلك تدخلت السلطات المختصة بمجموعة من الدوريات التي تنص على مجموعة من التدابير الاستثنائية التي من شأنها حماية الصفقات العمومية وحماية أطرافها لمواجهة أزمة كورونا. كما أنها أحاطت الصفقات العمومية بمجموعة من الإجراءات الاستثنائية المستجدة تماشيا مع الحالة الوبائية للمملكة المغربية.

المبحث الثاني: تدبير الصفقات العمومية خلال كورونا بين محدودية النطاق وضعف الامكانيات

ترتبط الصفقة العمومية بالمال العام مما جعل المشرع يتدخل بضبطها بقواعد وإجراءات خاصة بدءا من إعدادها وإبرامها إلى غاية تنفيذها ومراقبتها، والتي تكون طبقا للقوانين المعمول بها. إلا أن الوضعية الوبائية الراهنة وضعت المملكة المغربية أمام الزامية اتخاذ مجموعة من الإجراءات الاستثنائية التي من شأنها توفير الحماية القانونية لطرفي الصفقة العمومية من أجل مواكبة عنصر السرعة التي ينتشر بها فيروس كورونا (المطلب الأول)، من بينها اللجوء إلى الصفقات العمومية عن بعد رغم محدودية النطاق وضعف الامكانيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية خلال أزمة

كورونا

غالبا ما تلجأ مؤسسات الدولة لإبرام صفقات عمومية لتلبية احتياجاتها، لكن بالنظر لطول المدة الذي تعرفه إجراءات إبرامها جعل من المستحيل أن تواكب مستجدات الأزمة التي أنتجها فيروس كورونا المستجد إذا بقيت على حالها، لذلك كان من الضروري تعديلها بما يجعلها تماشى مع متطلبات الوضع الوبائي. ومن بين جملة التعديلات التي طرأت على الصفقات العمومية كنزع الصفة المادية. (الفقرة الأولى)، وتعديل البرامج التوقعية ومنح التسبيقات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نزع الصفة المادية

ضمانا لحرية ولوج الطلبات العمومية، يمكن للمتنافسين اما أن يرسلوا ملفاتهم بطريقة إلكترونية، طبقا للمادة 7 من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 20.14، إلى صاحب المشروع أو أن يودعوها على حامل ورقي طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 31 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية.¹

فإذا كانت المشاركة في الصفقات العمومية بطريقة إلكترونية أو على حامل ورقي تدعيما لحكامه الطلبات العمومية، فالوضع خلال أزمة كورونا أصبح استثنائيا، حيث أضحي ضروريا إعطاء الأولوية للمشاركة الإلكترونية أو حتى إقرارها كخيار أساسي، يتماشى مع الظروف المقررة في ظل الحجر الصحي، وذلك تفاعليا للتنقل ودرءا لكل اختلاط بين ممثلي المقاولات في اليوم المحدد لطلبات العروض.

فقد أعلنت وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة عن وضع تدابير للمراقبة بشأن تبسيط وتيسير بعض إجراءات تمرير وتنفيذ الصفقات العمومية، وتلك الخاصة بالجماعات الترابية طوال فترة حالة الطوارئ الصحية. حيث أشارت الوزارة في الدورية إلى الإيداع الإلكتروني للفواتير تماشيا مع المرسوم رقم 2.19.184 المغير والمتمم للمرسوم المتعلق بتحديد آجال الأداء وفوائد التأخير.

¹ حسب اختيار المتنافسين فإن الأظرفة إما:

- أ - أن تودع مقابل وصل، بمكتب صاحب المشروع المبين في إعلان طلب العروض؛
 - ب أن توجه عن طريق البريد المضمون مع إشعار بالتوصل إلى المكتب المشار إليه أعلاه؛
 - ج - أن تسلم مباشرة إلى رئيس لجنة طلب العروض عند بداية الجلسة وقبل فتح الأظرفة.
- و ينتهي أجل استلام الأظرفة في التاريخ والساعة المحددين لجلسة فتح الأظرفة في الإعلان عن طلب العروض.
- لا تقبل الأظرفة المودعة أو المستلمة بعد اليوم والساعة المحددين.
- تسجل الأظرفة عند استلامها، من طرف صاحب المشروع، حسب ترتيب وصولها في السجل الخاص المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه. ويوضع على الظرف الذي تم التوصل به رقم التسجيل وتاريخ وساعة وصوله.
- يجب أن تبقى الأظرفة مغلقة وموضوعة في مكان آمن إلى حين فتحها طبقا للشروط الواردة في المادة 36 أدناه.
- يودع الظرف الذي يحتوي على الوثائق المقدمة من طرف المتنافس المزمع إسناد الصفقة إليه طبقا للشروط المقررة في هذه المادة.

وأفرزت أنه من أجل تفادي التأخير في الأداء بسبب تنفيذ الدورية رقم E/2138 بتاريخ 26 مارس 2020، ومن أجل دعم خزينة المقاولات التي أسندت إليها الطلبات العمومية تقرر بشكل استثنائي طوال فترة الطوارئ الصحية، اشتراط التوقيع الإلكتروني للوثائق المذكورة بالنسبة للشركات وأرباب المشاريع الذين واجهتهم صعوبات في الحصول على شهادة الكترونية من الفئة الثالثة لبريد أي سيت. وأفادت الوزارة أنه يتوجب على المقاولات المعنية القيام بتحويل الوثائق الأصلية المختومة والموقعة إلى صيغ رقمية PDF فإن إيداعها رقميا عبر منصة التدبير المدمج للنفقات.

علاوة على ذلك، لتيسير إجراءات فتح الأظرفة الإلكترونية من قبل لجنة فتح الأظرفة. تقرر تعليق وضع المفاتيح المزدوجة لتشفير وفك التشفير للاستشارات التي ينشرها أصحاب الصفقات. وسيتم تشفير الأظرفة الإلكترونية المودعة عبر مفتاح متناظر لبوابة الصفقات العمومية بغية ضمان المستوى المطلوب لأمن وسلامة الوثائق التي تتألف منها الأظرفة الإلكترونية المشار إليها.

وحثت الوزارة على ضرورة إعطاء الأولوية خلال حالة الطوارئ الصحية للتبادل الإلكتروني بمختلف أشكاله للوثائق الثبوتية عوض الوسائط الورقية التي سيتم في جميع الأحوال إصدارها بعد انتهاء فترة الطوارئ الصحية.

وعلى كل حال، فالمنافسة الإلكترونية لأجل الظفر بالطلبات العمومية. اتخذت طابعا إجباريا وذلك بغية الإقرار النهائي لنزع الصفة المادية عن الطلبات العمومية بغية تعزيز مبادئ الشفافية وتكافؤ الفرص. وبالتالي فإذا كان مرسوم الصفقات العمومية قد نزع الصفة المادية عن مساطر الصفقات العمومية لا سيما في المواد 147 و 148 و 149 و 150 و 151، إلا أنه ينبغي تعميم الإدارة الإلكترونية في جميع الإدارات المغربية ونزع الصفة المادية عن الملفات الإدارية. فجائحة كورونا أثبتت أن نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية ضرورة ملحة لتفادي الروتين وتعقيد المساطر الإدارية. ولذلك فنزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية ما بعد جائحة كورونا سيضمن من التكريس الفعلي لمبادئ الحكامة الجيدة وضمان الشفافية والثقة ما بين الإدارة صاحبة المشروع والمتنافسين.

كما أن نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية سيمكن من اختزال الوقت. وسينشغل المتنافسون في إعداد عروض جيدة تضمن المنافسة القوية بينهم مما سيؤثر إيجاباً على الصفقات العمومية من حيث الجودة والنجاعة والمردودية.¹

الفقرة الثانية: تعديل البرامج التوقعية ومنح التسيقات

تنص المادة 5 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية على أنه:

1- يجب أن تقتصر الأعمال موضوع الصفقات على الاستجابة لطبيعة وحجم الحاجات المراد تلبيتها.

ويتعين على صاحب المشروع، قبل أية دعوة للمنافسة أو أية مفاوضة، أن يحدد بكل ما يمكن من الدقة الحاجات المراد تلبيتها، والمواصفات التقنية ومحتوى الأعمال.

يجب تحديد هذه الحاجات بالإحالة على معايير مغربية معتمدة أو عند انعدامها على معايير دولية.

ويجب أن تستند المواصفات التقنية إلى مميزات تتعلق خصوصاً بالنجاعة والقدرة والجودة المطلوبة.

يجب ألا تشير المواصفات التقنية إلى أية علامة تجارية أو إحالات على مصنف مواد أو تسمية أو براءة أو مفهوم أو نوع أو مصدر أو منتج معينين، إلا في حالة عدم وجود أية وسيلة أخرى كافية الدقة والوضوح لوصف مميزات الأعمال المطلوبة وبشرط أن تكون التسمية المستعملة مقرونة بعبارة "أو ما يعادلها". وفي هذه الحالة، إذا كانت هذه الإحالة واردة، فإنها تتضمن الأعمال التي لها مميزات مماثلة والتي تتوفر على نجاعة وجودة مساويتين على الأقل للنجاعة والجودة المطلوبتين.

يجب ألا ينتج عن تحديد المواصفات التقنية وضع عراقيل أمام حرية المنافسة.

إذا اقترح المتنافس علامة تجارية تستجيب للمواصفات التقنية المطلوبة من طرف صاحب المشروع، يجب أن يشار إلى هذه العلامة التجارية في الصفة.

¹ البشير الحداد " الصفقات العمومية في ظل أزمة كورونا بين الواقع ومتطلبات الإصلاح..، يونيو 2020، الصفحات غير مذكورة.

2- يعد صاحب المشروع، قبل أية دعوة للمنافسة أو أية مفاوضة، تقديرا لكللفة الأعمال المزمع إنجازها على أساس تعريف ومحتوى الأعمال موضوع الصفقة والأسعار المطبقة في السوق، مع مراعاة جميع الاعتبارات والإكراهات المتعلقة على الخصوص بشروط وأجل التنفيذ.

يتم إعداد التقدير على أساس مختلف الأثمان الواردة، بحسب الحالة، في جدول الأثمان أو البيانات التقديرية المفصلة أو جداول الأثمان- البيانات التقديرية المفصلة أو جداول الثمن الإجمالي. يراد بالمبلغ الإجمالي للتقدير، مبلغ التقدير مع احتساب الرسوم. يضمن التقدير في وثيقة مكتوبة وموقعة من طرف صاحب المشروع.

إذا كانت الصفقة مخصصة، فإن صاحب المشروع يعد تقديرا لكل حصة."

و بناء على مقتضيات المادة الخامسة من المرسوم السالف الذكر، فإنه يتعين بداية على أصحاب المشاريع قبل أية دعوة للمنافسة أو أية مفاوضة، أن يحددوا بكل ما يمكن من الدقة، الحاجيات المراد تلبيتها، والمواصفات التقنية ومحتوى الأعمال، حيث يجب تحديد هذه الحاجيات بالإحالة على معايير مغربية معتمدة أو عند انعدامها على معايير دولية.

ويجب أن تستند المواصفات التقنية إلى مميزات تتعلق خصوصا بالنخاعة والقدرة والجودة المطلوبة. بحيث يجب أن تقتصر الأعمال موضوع الطلبات على الاستجابة لطبيعة وحجم الحاجيات المراد تلبيتها.

وتجدر الإشارة إلى أن كل الحاجيات المراد تلبيتها يجب أن تكون موضوع نشر في البرنامج التوقعي في بداية كل سنة مالية وقبل متم الثلاثة أشهر الأولى منها على أبعد تقدير طبقا للمادة 14 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية التي تنص على أنه:

"يتعين على صاحب المشروع في بداية كل سنة مالية وقبل متم الثلاثة أشهر الأولى منها على أبعد تقدير، نشر البرنامج التوقعي للصفقات التي يعتزم إبرامها برسم السنة المالية المعنية، في جريدتين ذات توزيع وطني على الأقل، وفي بوابة الصفقات العمومية. ويمكن لصاحب المشروع أيضا القيام بنشر هذا البرنامج بكل وسيلة أخرى للنشر ولا سيما بطريقة إلكترونية.

يجب على صاحب المشروع أن يعرض البرنامج التوقعي للصفقات في مقاربه طيلة مدة ثلاثين (30) يوما على الأقل.

يمكن نشر برامج توقعية تعديلية أو تكميلية بعد هذا التاريخ عند الحاجة وفق الشروط المقررة أعلاه.

يتضمن البرنامج التوقعي، على الخصوص، الإشارة إلى موضوع الدعوة إلى المنافسة وطبيعة العمل ومكان التنفيذ وطريقة الإبرام المزمع اعتمادها والفترة الزمنية المتوقعة لنشر الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة المتعلق بالصفقات التي يعتزم صاحب المشروع طرحها برسم السنة المالية المعنية".

وطبقا لمقتضيات المادة أعلاه، فإنه كان لزاما منذ بداية شهر أبريل 2020 نشر برامج توقعية تعديلية أو تكميلية عند الحاجة تحسبا لاستدراك كل الطلبات التي لم تكن متوقعة في مرحلة إشهار البرنامج التوقعي في نسخته الأصلية.

ولتخفيف الأعباء المالية عن كل متعاقد محتمل مع الإدارة. خصوصا في ظل الظروف الاستثنائية التي أملاها الوضع الصحي الحالي، فإنه يجدر بكل أصحاب المشاريع اعتماد آلية منح التسبيقات للمقاولات نائلة هذه الطلبات. يعني أداء دفعات إلى أصحاب الصفقات بمثابة تسبيقات.

غير أن المشرع أحاط الحصول على التسبيقات بشروط محددة:

- يدفع التسبيق عندما يعادل المبلغ الأصلي للصفقة او يفوق خمسمائة الف درهم (500.000) درهم مع احتساب جميع الرسوم. كذلك عندما تفوق مدة الإنجاز او تعادل (4) اشهر. إلا أنه لا يمكن منح تسبيق لصاحب الصفقة بالنسبة إلى جزء الصفقة التي يكون موضوع التعاقد من الباطن.

- يحدد مبلغ التسبيق في 10 في المائة بالنسبة لمبلغ الصفقة الذي يقل أو يعادل عشرة ملايين درهم (10.000.000) درهم مع احتساب جميع الرسوم. فإن نسبة التسبيق تحدد في خمسة في المائة 5 في المائة من هذا المبلغ دون أن يتجاوز مبلغ هذا التسبيق برسم صفقة عشرين مليون (20.000.000) درهم. فللاشارة مراجعة الاثمان عند احتساب مبلغ التسبيق لا تؤخذ بعين الاعتبار.

وقبل الحصول على التسبيقات يعمل صاحب الصفقة قبل منح التسبيق على تكوين كفالة شخصية وتضامنية تلتزم معه بإرجاع مجموع مبلغ التسبيقات المقدمة من طرف صاحب المشروع. ويجب اختيار الكفالة الشخصية والتضامنية من بين المؤسسات المعتمدة لهذا الغرض طبقا للتشريع الجاري به العمل.

المطلب الثاني: تدبير الصفقات العمومية عن بعد بين محدودية النطاق وضعف الإمكانيات

يعتبر الانتقال إلى الإدارة الرقمية بالمغرب، وتطوير مرافقها بما يتناسب والطفرة التكنولوجية الحديثة، من أهم التحديات التي يجب مسايرتها خصوصا وأن الأمر أضحى من الضروريات الملحة للانتقال الأمثل نحو تبني الإدارة الالكترونية كخيار استراتيجي من شأنه أن يمهد لتطوير الإدارة العمومية وتحديث التدبير العمومي بهدف تطوير الاقتصاد الوطني ودعم الاستثمار والتنمية لمسايرة شركاء المغرب من الدول والمؤسسات الدولية المانحة للقروض كصندوق النقد الدولي ومجموعة البنك العالمي¹.

إذا كان التجريد من الصفة المادية يعد تقنية واحدة في مجال تحديث تدبير الطلبات العمومية، إلا أنه لا زالت تعوقه بعض الإكراهات، فبالإضافة إلى محدودية نطاق تطبيقه (المطلب الأول)، فإن التطور التكنولوجي السريع الذي يعرفه حقل الإعلاميات وتقنياته تجعله في تطور باستمرار وبالتالي فإن عدم المواكبة تعني قصور البرمجيات المعتمدة في التجريد من الصفة المادية لمساطر إبرام الصفقات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: محدودية نطاق تدبير الصفقات العمومية عن بعد

في هذا الإطار لم يتطرق أي نص من النصوص المنظمة للتجريد من الصفة المادية لمساطر الطلبات العمومية² لتطبيق التجريد من الصفة المادية على المراحل الموالية للاستشارة وإبرام الصفقة مثلا، فإمضاء الصفة يكون بطريقة مادية، كما أن الأداء يستوجب تزويد المحاسب بالوثائق التبريرية لكل نفقة، في شكلها الورقي، فبالعودة إلى

¹ أسماء الشطيبي، "قراءة في المرسوم الجديد الصفقات العمومية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 116 ماي يونيو 2014، ص148.

² مرسوم الصفقات العمومية 20 مارس 2013، أو قرار وزير الاقتصاد والمالية حول التجريد من الصفة المادية.

مقتضيات مرسوم الصفقات العمومية يتضح أن التجريد من الصفة المادية يقتصر على تجريد مساطر الإبرام، أي أنه يقتصر على العمليات القبلية على إبرام العقد، من نشر ملفات الاستشارة بما في ذلك جميع المعلومات والمراسلات الممكنة بين أصحاب المشاريع والمقاولين والموردين المحتملين¹.

الأمر الثاني هو أن التجريد، كما تناولته مقتضيات المرسوم، لا يشمل المراحل الأخرى لتنفيذ الطلبات العمومية أي مراحل الالتزام بالنفقات بالنسبة للإدارة والموردين، هذا إذا ما استثنينا النصوص التي تتعلق بمراقبة النفقات العمومية في خطوة محتشمة نصت على تجريد بعض المساطر من الصفة المادية، إلا أنها لا تتجاوز الإعفاء من بعض الوثائق التبريرية من مرحلة الالتزام بالنفقات، والتي تتيحها منظومة التدبير المندمج للنفقات في إطار العلاقة بين المحاسب والأمر بالصرف، دون أن تشمل الموردين المتعاملين مع الإدارة، من ذلك مقتضيات المرسوم المتعلق بالمحاسبة العمومية للجماعات الترابية² ومرسوم مراقبة النفقات الدولة والوثائق التطبيقية له قد ربط بين تجريد بعض النفقات من الصفة المادية بمستوى الكفاءة الإدارية للتدبيرية للأمرين بالصرف.

من ذلك مثلا أن الأمر بالصرف الذي يتوفر على شروط معنية للتأهل إلى إحدى مستويات المراقبة المخففة، يستفيد من تجريد النفقات التي يقوم بتدبيرها في حدود سقف معين لكل نوع من النفقات على حدة، وذلك بفصل المنظومة المعلوماتية للتدبير المندمج للنفقات³، لتفعيل أمثل لمساطر الصفة المادية للمساطر فيجب التفكير جديا في تجريد

¹ تجب الإشارة إلى أن العمليات القبلية تتمثل في نشر الوثائق الخاصة بالصفقة، الإعلان عن المنافسة، طرح العروض وتقييمها على الموقع الإلكتروني مباشرة فقط

² تنص المادة 62 من المرسوم رقم 2 07.441 المتعلق بس نظام للمحاسبة العمومية للجماعات الترابية ومجموعاتها على أن "ترفق مقترحات الالتزام بالنفقات المعدة من طرف الأمرين بالصرف قصد إجراء المراقبة المالية السالفة الذكر، "بطاقة الإرساليات" يتم تحديث نموذجيا بمقرر الوزير الداخلية لأجل الإشهاد عليها والتكفل بها محاسبا يحتفظ الأمر بالصرف المحلى بالمستندات المتعلقة بالبطاقة المذكورة أعلاء قصد ارفاقها بملف الأمر بالدفع المتعلق بها".

³ نصت المادة 2 المرسوم رقم 2 07.1735 متعلق بمراقبة نفقات الدولة انه: "تخضع النفقات الدولة لمراقبات مسبقة على الالتزام ومراقبة الأداء طبقا لأحكام الفرع الأول من هذا الباب، غير انه ابتداء من فاتح يناير 2012

شامل لمسلسل الصفقات العمومية منذ الإعلان عن الحاجيات إلى آخر فترة من مسطرة إبرام الصفقة أي التنفيذ والأداء.

أما التجريد من الصفة المادية في شكله الحالي فلن يعدو أن يكون إلا ثقلا وزيادة في الأعباء والتكاليف سواء بالنسبة للإدارة أو الفاعل الاقتصادي حيث الازدواجية في الأدوات الورقية والالكترونية مما يضيف على التجريد صفة الجزئية، ويضرب بالتالي في الصميم جميع المزايا التي يمكن للتجريد من الصفة المادية أن يوفرها لصالح الحكامة الجيدة.

الفقرة الثانية: إبرام الصفقات عن بعد تقنية فعالة بقدرات محدودة

إن انخراط المغرب في الدينامية الجديدة لمجتمع المعرفة والإعلام والعمل على إدخال التقنيات الجديدة للمنظومة الإدارية واستعمال الوسائط الالكترونية لتقديم الخدمات العمومية وتداول الوثائق بين الإدارات العمومية واستعمال الوسائط الالكترونية ساهمت تطوير آليات وقواعد العمل الإداري باعتبارها عصب الحياة للتدبير العمومي¹.

من المعلوم أن المجال المعلوماتي يشهد تطورات مستمرة وسريعة، تجعل البرمجيات والأجهزة المعلوماتية المتميزة هذا اليوم، متجاوزة بعد حين أو بعد مدة وجيزة من الاستعمال، مما يستدعي التغيير المستمر للآليات التقنية للمعلومات، لأجل مسايرتها لمتطلبات التجريد من الصفة المادية، فالتقدم التقني يفرض على المساطر التجريد المتطور لأجل مواكبة هذا التقدم وإلا ستسقط في خانة عدم الاستعمال، هذا فضلا على الاهتمام بصيانة المعدات المعلوماتية الموجودة².

إن الأمن المعلوماتي يفرض بدوره إلزامية الملاءمة، خصوصا تقنيات التشفير وتحويل المعلومات وتخزينها، فعدم مواكبة تطور تقنيات الإعلام والتواصل يجعلها معرضة للتلف والتقادم بل وسهولة القرصنة، كما يمكن أن يستحضر هذا التغيير طرق التواصل وعلاقتها

ستكون هذه المقاربة موضوع تخفيف يدعى "مراقبة تراتبية" وذلك وفق شروط والكيفيات المنصوص عليها في الفرع الثاني من هذا الباب."

¹ مراد جفري، "الثورة الرقمية وتأثيرها على الإدارة العمومية بالمغرب"، مجلة قانونك www.9anonak.blogspot.com

² آسية الحراق، الإدارة الإلكترونية بالمغرب "الصفقات العمومية نموذجا"، الطبعة الأولى، أكتوبر 2015، ص 137.

مع قوة "صبيب الانترنت" سواء تعلق الأمر بالمرتفق أو الإدارة نفسها¹. ثم ضعف نقط الاتصال بالشبكة كمراكز الأنترنت وغيرها، إضافة إلى ارتفاع كلفة التجهيزات الإلكترونية وما يصاحب ذلك من صعوبات جمة في وصول هذه الخدمات لكل المرتفقين، إن أغلبية الإدارات لا تتوفر على شبكة داخلية، ونسبة ضعيفة من الحواسيب مرتبطة بالشبكة المعلوماتية، وضعف مجال الربط الإلكتروني الخاص بين الوزارات وجميع الإدارات والمؤسسات العمومية. يضاف إلى ذلك غياب إطار قانوني يضمن سلامة المراسلات الإلكترونية ويحدد قواعد التوقيع الإلكتروني، وعليه يتعين العمل على تخفيض كلفة الاتصال إلى حدودها الدنيا وإذا لم تتخذ سياسات كفيلة بتخفيض هذه الكلفة فإن نموذج الإدارة الإلكترونية لن يكون ناجحا كما حدث ويحدث في مختلف الدول.

رغم أهمية المجهودات التي تقوم بها السلطات العمومية في مجال تجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية فإنه لم يبلغ المستوى الذي يمكن الاعتماد عليه كليا في تدير الطلبات العمومية، لكونه لا يزال حديثا من جهة، حيث إن المغرب حديث العهد بالتجربة ثم إن طبيعة التجريد من الصفة المادية وارتباطه بالإدارة الإلكترونية يجعله محدودا بالطبيعة نظرا للمخاطر الأمنية التي تتعرض لها الأنظمة المعلوماتية بصفة عامة. كما أن التجريد من الصفة المادية يتطلب توفير التمويلات الضرورية التي تمكن الإدارة من إجراء صيانة دورية وتدريب للأطر والموظفين والحفاظ على مستوى من تقديم الخدمات ومواكبة أي تطور يحصل في مجال التكنولوجيا والإدارة الإلكترونية على المستوى الدولي وهذا يقتضي وضع تصور استراتيجي مرن وقابل للتكيف مع الحاجيات والمتغيرات يعتمد بالإضافة إلى الرفع من الميزانية المرصودة الاستثمار في مجال المعلومات.

خاتمة:

إن الوضعية الوبائية التي أفرزها فيروس كورونا برزت معها العديد من الاحتياجات المرتبطة بعملية مكافحة انتشار الفيروس، ولتلبيتها ألزمت الدولة بإبرام العديد من العقود أهمها الصفقات العمومية. غير أن الآجال والإجراءات الشكلية المعقدة التي يتطلبها إبرام

¹ حفصة لحرش، "نزع الصفة المادية عن ساطر إبرام الصفقات العمومية بالمغرب"، رسالة لليل الماستر في القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط أكدا، السنة الجامعية 2000-2010، ص 14.

الصفقات العمومية جعلتها لا تتكيف مع تلبية احتياجات الوضعية الوبائية مما تطلب اتخاذ العديد من التدابير على جميع المستويات.

فجائحة فيروس كورونا اضطرت المشرع المغربي على غرار باقي دول العالم إلى اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات الاستثنائية خاصة في مجال إبرام الصفقات العمومية بغرض مكافحة فيروس كورونا المستجد والحد من انتشاره.

وقد تضمنت التدابير والإجراءات السالفة الذكر إجراءات مكيفة لإبرام الصفقات العمومية خلال أزمة كورونا، وأخرى لتنفيذ الالتزامات موضوع الصفقة العمومية التي أبرمت قبل الجائحة غير أن هذه الأخيرة حالت دون تنفيذها.

القضاء الدستوري كآلية إجرائية لحماية الحقوق والحريات الأساسية

كريم القرقروري

باحث بسلك الدكتوراه
مختبر الانتقال الديمقراطي المقارن
كلية العلوم القانونية والسياسية - سطات

يعد جهاز القضاء الدستوري، سواء بوصفه سلطة أو هيئة، آلية إجرائية مهمة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، إذ تتيح له (شرعية) التدخل للاضطلاع بوظيفة حقوقية أثناء ممارسة اختصاصاته، المتمثلة أساسا في مراقبة دستورية القوانين بفئاتها المختلفة، والمنازعات الانتخابية المتعلقة بمجلسي البرلمان.

ومن خلال مباشرته لهذه الاختصاصات المسندة إليه بموجب الدستور والقوانين التنظيمية، يتدخل القضاء الدستوري من أجل صون الحقوق والحريات، في سياق وظيفته الأساسية، المتمثلة بضمان سمو الدستور، باعتباره المرجع الأصلي، لقواعد الحقوق والحريات.

إن إضفاء الطابع الأساسي على الحقوق والحريات، جاء في سياق تطور الدستورية الحديثة بمضمونها الحقوقي، وخاصة لجهة الضمانات الدستورية الإجرائية، الآيلة إلى حماية النصوص الدستورية ومضامينها، لاسيما فئة الحقوق والحريات الأساسية.

وفي هذا السياق، تم تحديد الحقوق والحريات الأساسية، بكونها ذات قيمة دستورية، بحيث لا تتواجد إلا بقدر تكريسها من قبل نص بقيمة دستورية، بمعنى أن النص الدستوري هو الذي يضفي عليه نعت (الأساسية)، وهذه الصفة هي ما يعطي لهذه الحقوق والحريات مكانة خاصة، من حيث مصادرها وضمانات حمايتها، وليس معنى ذلك أن بعض الحقوق والحريات التي لا تتمتع بهذه الصفات، ليست أساسية، إنما الغاية من هذا التمييز بين فئات الحقوق والحريات، هو خلق فئة خاصة بالقانون الدستوري، يتم توصيفها

(بالأساسية)، نظرا لأهميتها وطبيعتها بالقياس إلى حقوق أخرى، وذلك لغاية تخصيصها بحماية دستورية وقضائية خاصة، عبر التنصيب عليها في الوثيقة الدستورية أولا، وثانيا تكليف هيئة القضاء الدستوري بحمايتها.

وبالطبع لم يكن هذا التمييز بين فئات الحقوق والحريات، وليد الصدفة، بل تم في سياق نوعي، ارتبط بتطور الدستورية الحديثة التي وضعت في صدارة اهتماماتها مسألة الحقوق والحريات كأساس لبناء دولة القانون. فما هو السياق العام إذن لانبثاق مفهوم الحقوق والحريات الأساسية (المطلب الأول)، وما هي الحقوق والحريات الأساسية محل الاجتهاد القضائي الدستوري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: السياق العام لانبثاق مفهوم الحقوق والحريات الأساسية

باستحضار نظريات الفكر والفلسفة السياسية التي تناولت مفهومي "الحق والحرية"، فإنه يبدو من الصعب التمييز بينهما نظرا لتداخل هذين المفهومين، أو احتوائهما لبعضهما البعض، خصوصا إذا نظرنا إليهما من زاوية دستورية، التي لا تقدم لنا أي تعريف دقيق لهما، كما أن بعض الدساتير وحتى الإعلانات، تتحدث عن الحقوق الأساسية وحقوق الإنسان والحريات العامة وكذا الحريات الأساسية، وتقوم بسردها في متن نصوصها دون أي تمييز بينها، وهو الأمر الذي قد يفرض اللجوء إلى تحديد دلالات التحول من مفهوم الحريات العامة إلى مفهوم الحقوق والحريات الأساسية (الفقرة الأولى)، ثم مصادر الحقوق والحريات في المرجعية الدولية ومكانتها في القانون الوطني المغربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: من مفهوم الحريات العامة إلى مفهوم الحقوق والحريات

الأساسية: دلالات التحول

يأتي الانتقال من مفهوم الحريات العامة، إلى مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، في سياق قانوني وحقوقى وفلسفي خاص، ساهمت فيه العديد من العوامل، انتقل معها هذا المفهوم إلى مفاهيم أكثر تخصيصا، ارتبطت بـ "الحقوق الأساسية" و "الحريات الأساسية" أو هما معا من خلال اصطلاح "الحقوق والحريات الأساسية"، وهو ما يفرض علينا تحديد معنى هذه المفاهيم والمصطلحات، ومدى تميز إحداها عن الأخرى، من خلال التطرق إلى التصنيف الكلاسيكي للحقوق والحريات (البند الأول)، ثم التقسيمات الحديثة للحقوق

والحريات الأساسية (البند الثاني)، فالقيمة المعيارية التي اعتمدت لإبراز مفهوم هذه الحقوق والحريات الأساسية (البند الثالث).

البند الأول: التصنيف الكلاسيكي للحقوق والحريات

يبرز التصنيف الكلاسيكي للحقوق والحريات، من خلال الأصناف التي عرضها بعض الفقهاء، لعل أهمهم الفقيه "جان بول إسمان" والعميد "هوريو"، ثم العميد "ديجي".

فالفقيه "إسمان" قسم الحريات إلى نوعين أساسيين، نميز فيهما الحريات ذات المحتوى المادي، أي التي تتعلق بمصالح الأفراد المادية، ثم الحريات ذات المضمون المعنوي، حيث تحتوي الأولى على حريات الأمن، التنقل، الملكية، السكن، التجارة والصناعة، فيما يشمل الفرع الثاني منها: حرية العقيدة، العبادة، حرية الصحافة، حرية الاجتماع، حرية التعليم ثم حرية تكوين الجمعيات¹.

وواجه تقسيم الفقيه إسمان سيلا من الانتقادات، ومنها انتقد "كوليار" تقسيم الحريات إلى حريات ذات مضمون مادي وحريات ذات مضمون معنوي، لأنه لا تترتب عليه أية نتائج قانونية أو مزايا عملية من ناحية، ولأن تصنيف الحريات وتوزيعها على هذين الفرعين قد تم بطريقة غير مفهومة من ناحية أخرى، حيث وضع "إسمان" الحرية الفردية داخل إطار الحريات المادية وليس داخل مجموعة الحريات المعنوية، وهنا توجد صعوبة كبيرة في الاقتناع بأن حق الأمن لا يحتوي إلا على مضمون مادي، دون أي مضمون معنوي.

كما انتقد ثروت بدوي هذا التقسيم من زاوية تجاهله للحقوق الاجتماعية وإخراجه لها من نطاق الحقوق والحريات العامة، كحق العمل، الضمان الاجتماعي والصحي، وحق تكوين النقابات².

أما تقسيم العميد "هوريو" فيتضمن ثلاثة أقسام للحقوق والحريات، يتمثل أولها في الحريات الشخصية، تشمل الحرية الفردية، الحرية العائلية، حرية التعاقد وحرية العمل.

¹ - Maurice Haurio, précis de droit constitutionnel, 3eme édition, paris 1929, pp 650 et S.

² - ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 368.

فيما يتجسد النوع الثاني في الحريات الروحية أو المعنوية، وتحتوي على حرية العقيدة والتدين، حرية التعليم، حرية الصحافة، حرية الاجتماع.

أما النوع الثالث، فيتضمن الحريات المنشئة للمؤسسات الاجتماعية، وهي الحريات الاجتماعية والاقتصادية والنقابية، وحرية تكوين الجمعيات¹.

وكما يقسم العميد "ديجي"، الحريات إلى قسمين رئيسيين، يتمثل الأول في الحريات السلبية، والثاني في الحريات الإيجابية، منطلقاً في ذلك من مفهوم الدراسة التقليدية للنظم السياسية، التي تعتبر الحريات العامة قيوداً على سلطة الدولة².

وتنطوي الحرية بمعناها السلبي، على ترك المجال للأفراد، بالعمل دون إكراه أو قيود، من طرف فرد آخر أو جماعة، ودون أي تدخل للسلطة، فهي تؤكد على حرية الفرد بما لا يجوز للسلطة أن تتعدى عليها، أو تتجاوز الحدود المرسومة لها³.

أما الحريات الإيجابية فهي التي تحتوي على خدمات إيجابية، تقدم للأفراد بواسطة الدولة⁴. إن الحرية بمعناها الإيجابي تتمثل في المحاولة لإيجاد إجابة على السؤال من الذي يحكمني؟ وفقاً لهذا المفهوم ينطوي إذن على تدخل الدولة لتحقيق الحقوق والحريات الفردية أو الجماعية، حيث يأخذ هذا التقسيم بعين الاعتبار الدولة، كمعيار للتصنيف، لذلك يتم تبني موقف سلبي للحقوق والحريات عندما يكمن دور السلطات العمومية في عدم التدخل في ممارسة الحقوق والحريات، إنها مجموعة الحقوق والحريات.

أما الموقف السلبي فيكمن في وجوب تدخل السلطات العمومية من أجل تحقيقها، إنها مجموعة الحقوق التي يحق للأفراد مطالبة السلطات بها.

البند الثاني: التقسيمات الحديثة للحقوق والحريات الأساسية

يطرح الفقه جملة من المعايير التي على أساسها يتم تقسيم الحقوق والحريات الأساسية، وفي هذا السياق يطرح "جون ريفيرو" الحقوق والحريات، أخذاً بعين الاعتبار

¹ - Maurice Haurio, précis de droit constitutionnel, 3ème édition, paris 1929, pp 651.

² - عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مطابع السعدني، 2004، ص: 358.

³ - عيسى يرم، حقوق الإنسان والحريات العامة - مقارنة بين النص والواقع، دار المهمل اللبناني، ط 1، 2011، ص. 80.

⁴ - Claude Albert Colliard, liberté publiques, 5ème édition, Dalloz, Paris, 1975, p: 211.

معيّار الطبيعة العملية للحق والحرية معاً كأساس للتصنيف، التي لا يمارسها أو يميز بين الحرية التي لا يمارسها المرء إلا على ذاته (والتي يعطي الوصف العام لها، تدخل الدولة لحمايتها)، وبين العلاقات الخاصة التي تمنح المواطن سلطة اتجاه الآخرين، ونشير هنا إلى ما أورده الأستاذ "روبيرو" بقوله: أن "الحريات توصف بأنها عامة لكونها تمنح لعموم الناس، أما الحريات الخاصة فتعتبر امتيازات تمنح لفئة محددة من المواطنين، كحق الملكية وما يعطيه لصاحبه من حرية في التمتع والتصرف والاستثمار¹.

أما الأستاذ "برودو" فقد اعتبر أن الحريات العامة تنشأ من الحياة العامة، وعلى الدولة واجب سلبي بالامتناع عن التدخل لحمايتها، فيما تنشأ الحريات الخاصة من العلاقات الخاصة، وتدخل إيجابياً لحمايتها بواسطة القضاء.

وبناء على ما سبق، فإن حرية التملك وحرية العمل، تدخلان في عداد الحريات العامة، وعلى الدولة واجب سلبي بالامتناع عن التدخل إلا لحمايتها، أما حق الملكية وحقوق العامل الناتجة عن عقد العمل، فهي من الحقوق الخاصة التي يتدخل القضاء لحمايتها إيجابياً². ولكن هذا ينطبق على الحريات العامة التقليدية، أما الحقوق الإيجابية الحديثة كحق التعليم، فإنها تتطلب دخلاً إيجابياً من الدولة، يضاهي تدخلها لحماية الحقوق الناتجة عن العلاقات الخاصة، وبما يستلزمه من تأمين موارد مالية وكوادر بشرية، لتأمين هذه الخدمات، ولذلك يبقى التمييز الذي اعتمده "جاك روبير"، بأن الحريات العامة هي التي تمنح لعموم الناس، بينما الحريات الخاصة هي امتيازات تمنح لفئات محددة من الناس، هو المعيار الأكثر شمولاً وانطباقاً على الواقع في الدول الحديثة.

أما الفقيه "جورج بيردو"³، فقد قام بتوزيع الحريات العامة على أربع مجموعات أساسية على النحو الآتي:

- الحريات الفكرية وتتفرع إلى، حرية الرأي، حرية الصحافة، حرية المسرح والسينما، الإذاعة والتلفزيون، حرية التعليم، الحرية الدينية والعقائدية.

¹ - Jacques ROBERT, Libertés publique, Montchrestien, paris, 3eme édition 1982, P.19.

² - Jean RIVERO, les libertés publiques, P. 23-24.

³ - Georges BURDEAU, les libertés publiques, 4eme édition, LGDJ, Paris 1972, P. 97.

- الحريات الجماعية وتشمل، حق الاشتراك في الجمعيات وحرية الاجتماع وحرية المظاهرات.

- الحريات الشخصية البدنية، وتتضمن حرية الذهاب والإياب، وحق الأمن وحرية الحياة الخاصة، وتشمل حرمة المسكن والمراسلات.

- الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وتشمل الحق في العمل وحرية العمل، حق الملكية، حرية التجارة والصناعة.

بدوره قسم الدكتور عثمان خليل، الحقوق والحريات العامة بصفة عامة إلى مجموعتين¹: الحقوق والحريات التقليدية، ثم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وتعرض في المجموعة الأولى لدراسة المساواة المدنية من ناحية، ثم الحرية من ناحية ثانية.

كما قسم الحريات إلى قسمين، سار فهمهما على نهج الفقيه "إسمان"، بمعنى الحريات التي تتعلق بمصالح الأفراد المادية، وحريات تتعلق بمصالحهم المعنوية، وجعل الحرية الشخصية وحق التملك وحرمة المسكن والعمل والتجارة والصناعة، في إطار القسم الأول المتعلق بالحريات المادية، في حين وضع حرية العقيدة والعبادة وحرية الرأي والاجتماع، وتأليف الجمعيات وحرية التعليم، وحق تقديم العرائض، داخل القسم الثاني الخاص بالحريات المعنوية.

البند الثالث: إسباغ القيمة المعيارية على مفهوم الحقوق والحريات الأساسية

يرتبط إسباغ "القيمة المعيارية" على مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، بالتضمن الدستوري، حيث تكتسب مكانتها من تنصيب الدستور الذي يدخلها في خانة الحقوق والحريات الأساسية المدسرة، وهو ما نحت منحاه العديد من النظم الدستورية المقارنة، حيث يعتبر الدستور الألماني لـ 23 مايو 1949، نموذجا فريدا لتضمن الحقوق الأساسية في الدستور، إذ يرى الفقه أن توظيف مصطلح "الحقوق الأساسية"، لم يأخذ معناه الدقيق

¹ - عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، مطبعة مصر، القاهرة، 1956 ص: 138-139.

إلا مع هذا الدستور¹، في محاولة ألمانية للقطع مع التأصيل المتجدر لمفهوم حقوق الإنسان²، حيث ساهمت مختلف التحولات السياسية المهمة التي عاشتها ألمانيا في ذلك، خصوصا وأن أغلبية الدساتير التي عرفت، ظلت حبيسة لما هو مؤسساتي محض، ودون أن تتضمن أي لائحة خاصة من الحقوق والحريات الأساسية، وهو ما كان محط نقاش سياسي واجتماعي خاص، أفضى إلى اعتماد دستور 1949، الذي اتجه سياسيا نحو الديمقراطية، وحقوقيا في اتجاه تكريس مكانة دستورية خاصة للحقوق الأساسية.

ومنه فقد تضمن الدستور الألماني لائحة خاصة بالحقوق والحريات الأساسية³، وعرفها بكونها "حقوقا غير قابلة للانتقاص أو النزاع كقاعدة أساسية للتعايش في كل مجتمع، كما أن السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تلتزم بالحقوق بوصفها قانونا يطبق بشكل مباشر"⁴، وأورد الدستور الألماني، مباشرة، اللائحة الحصرية لهذه الحقوق الأساسية⁵، باعتبارها نظاما حقوقيا متكاملا، ينتج آثارا قانونية متعددة، تؤدي إلى نتائج جوهرية، تسمح بتعميم مضمون هذه الحقوق الأساسية، على مجالات قانونية مختلفة.

وكان يعتبر الدستور الإسباني لـ 27 ديسمبر 1978، من الدساتير التي سارت في نفس التضمين "اللائحي" للحقوق والحريات الأساسية، وذلك بمجرد مفصل لأنواعها، "مستلها" ذلك، من التجارب الدستورية لما بعد 1945، وتقاليد "دولة الحق الاجتماعية"⁶، فإنه فرد بعض الحقوق الأساسية بمكانة خاصة ضمن هذا الدستور، حيث تشكل "كرامة الإنسان

¹ - Thomas MEINDL, la notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles Françaises et allemandes, p: 103.

² - Ibid, p: 109.

³ - عنوان الفصل الأول من دستور الفيدرالية الألمانية لسنة 1949، تحت مسمى "الحقوق الأساسية"، وقد تضمن هذا "الفصل" من المادة الأولى إلى المادة 19، مجموعة من الحقوق المتنوعة. يرجى مراجعة: مشروع الدساتير المقارنة، ص: 8-12.

⁴ - المادة الأولى (الفقرة 2 و 3)، من دستور الفيدرالية الألمانية لسنة 1949، نفس المرجع، ص: 8.

⁵ - من بين الحقوق الأساسية المنصوص عليها، نجد الكرامة الإنسانية، الحريات الشخصية، المساواة أمام القانون، حرية العقيدة والضمير، حرية التعبير والفنون والعلوم، وحرية التجمع.... نفس المرجع، ص: 8 وما بعدها.

⁶ - Jean VINTRO, la protection des libertés, in: « Espagne », revue pouvoirs, Seuil, N°124, Paris, 2008, p:85.

وحقوقه الثابتة والمصونة، وحرية تكوين الشخصية واحترام القانون وحقوق الآخرين، أساس التنظيم السياسي والسلم الاجتماعي"¹، كما بوأها مكانة "فوق قانونية"، عندما نص على إلزامية تأويلها وفقا للاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وهو ما يعني أن المشرع الدستوري، خلق قواعد فوق دستورية ضمن الدستور نفسه، تقوم على تراتبية خاصة، جعل معها الحقوق الواردة في المادة العاشرة من الدستور، في صنف خاص من الحقوق الأساسية، وأخضعها لضمانات استثنائية.

وإذا كانت الحقوق والحريات الأساسية، تأخذ طابعا دستوريا محددا بشكل حصري، في لوائح خاصة، فإن الأمر يختلف في بعض التجارب الدستورية المقارنة، وبالتحديد في فرنسا، حيث ترتبط الطبيعة القانونية لهذه الحقوق، بقواعد مرجعية متعددة، تتعلق بكل من إعلان 1789، ديباجة 1946، ودستور 1958، والمبادئ المتعارف عليها في قوانين الجمهورية التي تتضمنها الديباجة السالفة.

وبناء عليه، فإن الطبيعة "المعيارية" للحقوق والحريات الأساسية، تأخذ مكانة دستورية خاصة، من خلال التنصيب الدستوري عليها في لوائح خاصة، تشمل فصولا أو مواد متعددة من الدستور، حيث يمكن التمييز في هذا النحو، بين النموذج الألماني، الذي يربط أساسها "القانوني" بنص الدستور، وبين التجربة الفرنسية التي تقوم فيها الحقوق الأساسية على وثائق مرجعية متنوعة تشمل الدساتير وإعلانات لها امتداد تاريخي.

الفقرة الثانية: مصادر الحقوق والحريات في المرجعية الدولية ومكانتها في القانون الوطني المغربي

عرفت علاقة الاتفاقيات الدولية بالتشريعات الوطنية مراحل نقاش حادة، أفرزت تباينا فكريا بين من يتمسك بمفهوم السيادة وعدم التدخل، كقرينتين للدفاع عن أولوية التشريعات الوطنية، وبين من يؤمن بفكرة الكونية والعالمية، في نطاق تدويل الدساتير الوطنية وإعطائها بعدا عالميا، مما انعكس على واضعي الدساتير والمواثيق الدولية.

¹ نصت المادة العاشرة من الدستور الإسباني لسنة 1978 على ما يلي: "يتم تفسير القوانين المتعلقة بالحقوق الأساسية والحريات التي يعترف بها الدستور، طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، التي صادقت عليها إسبانيا بهذا الخصوص"، نفس المرجع، نفس الصفحة.

كما شغلت إشكالية ملائمة المواثيق الدولية مع التشريعات الوطنية المهتمين بحقوق الإنسان¹، وأصبحت موضوعا محكوما بتوتر معياري وقبيحي، بين كونية المرجعية الحقوقية، من خلال الإعلانات العالمية للحقوق والحريات (البند الأول)، ثم المعاهدات والاتفاقيات الدولية (البند الثاني)، وخصوصية الهوية والثوابت من خلال مكانة المعاهدات والاتفاقيات الدولية في القانون الوطني المغربي (البند الثالث).

البند الأول: الإعلانات العالمية للحقوق والحريات

يقصد بالإعلان أنه وثيقة رسمية تصدر من جانب واحد وتتضمن بعض المبادئ، ذات الطبيعة العامة في المجال الذي تتعرض له². ونظرا لأهمية الاعتراف بحقوق الإنسان وحرياته على المستوى العالمي، فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يوم 10 أكتوبر 1948، والذي كان بمثابة الخطوة الأولى على طريق تعزيز وحماية حقوق الإنسان وحرياته بصفة عامة، وحقوقه وحرياته السياسية بصفة خاصة³.

ويستمد الإعلان العالمي مشروعيته من المادة الثانية لميثاق الأمم المتحدة، التي تصرح وتؤكد أن من بين أهداف الأمم المتحدة، تطوير وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والمادة 68 التي تخول للمجلس الاقتصادي والاجتماعي تطوير مجال الحقوق والحريات، لعل أهمها "لجنة حقوق الإنسان"، التي ساهمت في إعداد مشاريع وإعلانات واتفاقيات حقوق الإنسان.

فقد استمرت جهود الأمم المتحدة في تقرير مكانة حقوق الإنسان في المجتمعات، حتى تمكنت سنة 1966، من اعتماد عهدي حقوق الإنسان الشهيرين، وهما العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، إضافة إلى البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق

¹ عادلة الورد، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي، منشورات مجلة الحقوق، ص: 213-214.

² أحمد أبو الوفاء، عبد المنعم زمزم، "حقوق الإنسان دوليا وفي القانون المصري" من دون سنة طبع، ص: 19.

³ حسين عبود العيساوي، "الحقوق والحريات السياسية في الدستور، دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، ص 270.

المدينة والسياسية¹. وإذا كانت حماية الحقوق والحريات الأساسية قد تطورت في المجتمعات الوطنية، بظهور إعلانات حقوق الإنسان، وتثبيت مفهوم سيادة القانون، إلا أنه مع تطور العلاقات الدولية بات واضحاً، أن الحماية الوطنية للحقوق والحريات الأساسية، وإن كانت أساسية، إلا أنها لوحدها غير كافية ولا بد من حماية دولية يفرضها المجتمع الدولي²، وقد ترسخ هذا الاعتقاد وتكرس، فور نهاية الحرب العالمية الثانية، حيث أدت مأساها، وسجلها السيء في مجال انتهاك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، إلى طرح موضوع حماية الحقوق والحريات الأساسية، على الصعيد الدولي، وأصبح تدخل القانون الدولي، لإقرار حماية دولية، ضرورة ملحة، هدفها دعم الحماية الوطنية للحقوق والحريات، وللمحد من مجال السيادة المطلقة للدول، التي من شأنها النيل من كرامة الفرد في وطنه، وإهدار حقوقه أو تهديد السلم وأمن المجتمع الدولي³.

وقد تمثلت أسس النظام الدولي لحماية الحقوق والحريات الأساسية، في ميثاق هيئة الأمم المتحدة، إذ شكل وضع ميثاقها، اللحظة الفاصلة والمثيرة لتطور تشريع حقوق الإنسان في المجتمع الدولي بعد الحرب العالمية الثانية، إذ تم إدماج مجموعة من المقتضيات الخاصة بالحقوق والحريات الأساسية ضمن الميثاق، فالمادة الأولى منه، التي استعرضت أهداف هيئة الأمم المتحدة، جعلت من بين أهدافها الرئيسية، تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين⁴.

وتعزز التشريع الدولي في مجال الحقوق والحريات الأساسية بعد ذلك، بصدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لكن، ولما كان الإعلان كوثيقة دولية تضم مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية، وثيقة غير ملزمة، فالاعتقاد الذي ساد أثناء تبنيه، هو أن حقوق

¹ اعتماد وعرض هذه الاتفاقية للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 2200/أ "الدورة 21"، بتاريخ 16 دجنبر 1966.

² إبراهيم علي بدوي الشيخ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، 2003، ص.10.

³ إبراهيم علي بدوي الشيخ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، 2003، م.س، ص.12.

⁴ - Jean-Buhrer – Claud B. Levenson. , L'ONU contre les droits de l'homme, Edition Mille et une nuits, 2003.P.79.

الإنسان يجب أن تركز قانوننا، بحيث تكون موضوع اتفاقية دولية، لها قوة إلزامية بالنسبة للدول التي تقبل الارتباط بمقتضياتها، وقد أفضى ذلك، إلى انطلاق مفاوضات معمقة داخل لجان حقوق الإنسان، توجت بمصادقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام 1966¹. ثم توالى بعد ذلك، سلسلة الاتفاقيات الدولية التي تعالج قضايا بعينها، مثل الاتفاقية الدولية المناهضة للتعذيب، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل².

والمغرب كغيره من البلدان، لطالما شغلت إشكالية ملاءمة المواثيق الدولية مع النصوص التشريعية الوطنية، بال العديد من المتابعين والمهتمين بمجال حقوق الإنسان، وكانت موضوع عدد من الندوات والأيام الدراسية داخل الجامعات المغربية، يتجاذبها اتجاهان فكريان: أول يرى أن كل الاتفاقيات مقبولة مادامت لا تتعارض مع ثوابت المملكة المغربية، وخاصة عدم المساس بالمرجعية الإسلامية والحق في السيادة الوطنية³، وثان معارض متشبه بضرورة التنصيص الدستوري على أولوية المرجعية الدولية⁴.

البند الثاني: المعاهدات والاتفاقيات الدولية

تعتبر الاتفاقيات الدولية من أغزر المصادر القانونية لحماية الحقوق والحريات الأساسية، إذ لعبت الأمم المتحدة دورا هاما في هذا المجال، من خلال الوثائق التي أصدرتها، والتي أصدرت تحت رعايتها، كما بذلت المنظمات الإقليمية جهدا كبيرا في هذا المجال، بما قدمته من إسهامات كبيرة في صيانة الحقوق والحريات الأساسية، ضمن إطار التعاون

¹ - Droit de L'homme, Droit Civils et politiques: Le Comité des droits de l'homme, fiche d'information, n°15 (Rév-1).P.1.

² يسري مصطفى، "تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ودرجة التطور الاقتصادي والاجتماعي"، إشكالية تطبيق اتفاقية حقوق الطفل في الواقع المصري، القاهرة أمديست 1999، ص 103.

³ عبد المولى بوخريص، "المعاهدات الدولية والقوانين المغربية: مواءمة صعبة بين الخصوصية والعالمية"، سياسة واقتصاد، 23 يوليوز 2011، ص 31.

⁴ - عبد المولى بوخريص، مرجع سابق، ص 32.

الوثيق بين هذه المنظمات ومنظمة الأمم المتحدة. كما شهدت علاقة الاتفاقيات الدولية¹ بالتشريعات الداخلية، تطورا ملحوظا، لم تعد معه المعاهدات الدولية آلية قانونية لتنظيم العلاقة بين الدول فحسب، وإنما امتدت لتنظيم العلاقة بين الدولة وأفرادها، وبانت من أبرز الأدوات الفعالة في القانون الدولي فهي صورة من صور الارتباط الدولي، سواء كانت تتضمن تبادل مصالح اقتصادية أو تنظيم علاقات دولية، أو ترسيخ مبادئ ثقافية. وفي ظل تسارع وتشابك العلاقات الدولية، ظهر التباين بين مفهوم العلاقة القائمة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، و أيهما أولى وأسمى من الآخر، مما أدى بالدول لاعتماد أسس وقواعد دستورية تفصل في حقيقة العلاقة القائمة بينهما².

فقد وصل عدد الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحقوق والحريات الأساسية إلى أزيد 160 اتفاقية، شكلت نتاجا إنسانيا، يهدف إلى تحقيق الكرامة الإنسانية وصونها في جميع أنحاء العالم، في إطار كونية حقوق الإنسان، التي تجعل منها حقوقا تمارس بالتساوي وبدون أي تمييز، بين جميع الناس في كل زمان ومكان³. وتعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من أهم هذه الاتفاقيات⁴ التي نصت بشكل واضح على الحق في الحرية⁵ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 5 منها، على أنه: "لكل إنسان الحق في الحرية والأمن، وأنه لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا وفقا للطرق القانونية".

¹ - تعريف الاتفاقيات الدولية: "تلك القواعد القانونية ذات الطابع الدولي، التي تتعاقد بموجبها الدول لإحداث منفعة مشتركة في ميادين متعددة، توقع وتصادق عليها الدولة، وتنشرها في الجريدة الرسمية لإعلام العموم بها..." للمزيد انظر: محمد لطرش، "الاتفاقيات الدولية، في ضوء الدستور المغربي لسنة 2011"، بحث في التراتبية القاعدية ومسطرة الإقرار، سلسلة أعمال جامعية، م.س، ص: 6-7.

² - محمد لطرش، "الاتفاقيات الدولية، في ضوء الدستور المغربي لسنة 2011"، بحث في التراتبية القاعدية ومسطرة الإقرار، سلسلة أعمال جامعية، م.س، ص: 42.

³ - محمد الباز، حقوق الإنسان والحريات العامة، مرجع سابق، ص 19.

⁴ - بسيوني محمد شريف، "الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان"، المجلد الثاني، دار الشروق- القاهرة، 2013، وقد نشرت هذه الوثيقة بتصريح من المعهد الدولي لحقوق الإنسان بجامعة ديل بول- شيكاغو.

⁵ - راجع نصوص هذه الاتفاقية والبروتوكولات المضافة إليها في حقوق الإنسان، مجموعة وثائق أوروبية، ترجمة الدكتور محمد أمين المبداني، والدكتور نزيه كسيبي، ط2.

كما أن محكمة العدل الأوروبية، شكلت هي الأخرى مدخل أوروبا للحقوق والحريات الأساسية، من خلال قرارها الصادر في 17 شتنبر 1970، فقد سعت هذه المحكمة لجعل احترام الحريات الأساسية، جزءاً لا يتجزأ من المبادئ العامة للقانون، الذي يضمن احترام وضمان هذه الحريات المستلهمة من التقاليد الدستورية المشتركة للدول الأعضاء، والتي يجب أن تبرز في إطار هيكل وأهداف المجتمع.

وعرف تطبيق الاتفاقيات الدولية أمام القضاء المغربي، تضارباً بسبب غموض العلاقة بين القانونين الدولي والوطني، الناتج عن توتر معياري بين الكونية والخصوصية، ليؤدي إلى تضارب في الاجتهاد القضائي، بخصوص أولوية التطبيق عند تعارض نص وطني مع قاعدة دولية.

وقد حاول المشرع الدستوري في دستور 2011، تجاوز علاقة القانون الدولي بنظيره الوطني في دستوري 1992 و 1996، فخص المعاهدات بمجموعة من المقتضيات الدستورية الضابطة لعلاقة القانون الدولي بالاتفاق بال القانون الداخلي، والمبينة لكيفية تطبيقه، وهو ما تضمنته ديباجة دستور 2011 بصيغتها العامة، وما تضمنته حول سمو الاتفاقيات الدولية المشروطة، والمقتضيات المتعلقة بالتصديق على المعاهدات الواردة بالفصل 55 من الدستور الحالي.

وأدى غموض موقف الدستور المغربي من إشكالية العلاقة بين القانون الدولي والوطني، إلى تضارب الاجتهاد القضائي¹، وظهور إشكالات من حيث التطبيق و الأحكام القضائية، حيث أن للقاضي دوراً مهماً في تأويل الالتزامات الدولية²، وتوضيح حيثيات حكمه حقيقة تجاوب النظام القانوني والقضائي مع مبدأ سمو³، وكمثال على ذلك ما يخص الإكراه البدني، والذي نظمته ظهير 20 فبراير 1961، بنصه على اللجوء إلى الإكراه البدني في حال عدم الوفاء بدين تعاقد، في حين نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

¹ - عادلة الوردي، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 188.

² - Adama Dieng, les conventions internationales et l'ordre juridique interne en droit international, Acte de séminaire, organisé par centre de documentation d'information et de formation , P12.

³ - يوسف بناصر، المعاهدات الدولية في ظل القانون الدولي العام، ص 188.

والسياسية، على عدم جواز سجن أي إنسان عجز عن الوفاء بالتزام تعاقدية¹. انتصر القضاء للقانون الوطني في القانون المغربي، حيث ذهب المجلس الأعلى في قراره عدد 3585، إلى أن ظهور 20 فبراير 1961، مقدم في التطبيق على المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية²، وفي نفس الاتجاه صدر أمر استعجالي عن ابتدائية أكادير رقم 76/2000، ليقر أن مصادقة المغرب على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، لم يعطل فاعلية النصوص الداخلية للإكراه البدني³، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالرباط، حين أصدرت أمرا استعجاليا رقم 2394.

فهل استطاعت الدساتير المغربية، أن تؤسس لمرحلة جديدة، تتبوأ فيها الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان مكانها الطبيعية، في ظل عولمة القاعدة القانونية؟

البند الثالث: مكانة المعاهدات والاتفاقيات الدولية في القانون الوطني المغربي

أمام التطورات التي شهدها العالم في مجال الحقوق والحريات الأساسية، عرف التشريع والقضاء المغربي منذ الاستقلال، حالة عدم استقرار بخصوص تحديد العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني، إذ اعترفت الدساتير بشكل ضمني بضرورة احترام المواثيق الدولية المصادق عليها من قبل الدولة المغربية، لكن من دون أن تقيم لذلك نصا صريحا يعترف بأولوية القواعد الدولية وسموها، حيث جاءت الدساتير المغربية لما قبل دستور 1992، مهمة وخالية من أية مقتضيات صريحة تحدد طبيعة المقاربة الخاصة بإدماج الاتفاقيات الدولية في القانون الوضعي المغربي، ومتجنبنة التعرض للاتفاقيات الدولية، ولاسيما اتفاقيات الحقوق والحريات الأساسية، وبالتالي كان موقفها غامضا غير متسم بالوضوح الكافي، بشأن أدواتها المنهجية الخاصة بإدماج الاتفاقيات الدولية، ولم يتمكن المشرع من تجاوز هذه الضبابية في الموقف، إلا مع المراجعة الدستورية لسنة 1992، والتي شكلت انفتاحا دستوريا لا فتا وغير مسبوق في تاريخ المغرب، على القانون الدولي الاتفاقي للحقوق والحريات، وكان ذلك في سياق موجة إصلاحية تجديدية عالمية للدساتير، سواء في إفريقيا أو أوروبا الشرقية أو أمريكا اللاتينية، أفضى بعضها إلى إصلاحات جوهرية، والبعض

¹ - المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

² - عادلة الوردي، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 188.

³ - يوسف بناصر، المعاهدات الدولية في ظل القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 43.

الآخر إلى إصلاحات راديكالية، وضعت حدا لدساتير قائمة، واستبدلتها بدساتير جديدة، عكست مقتضياتها عزم تلك الدول على حماية حقوق الإنسان، وذلك كنتيجة للتحويلات السياسية الكبرى، التي شهدتها العالم نهاية الثمانينات، والتي تمثلت أساسا في انهيار منظومة الدول الاشتراكية ونهاية الحرب الباردة¹.

ضمن هذا الإطار الدولي والمحلي المغربي، المتسم بتصاعد نضالات المجتمع المدني وباقي القوى السياسية المطالبة بإصلاحات ديمقراطية وحماية الحقوق والحريات، أتت مراجعة الدستور المغربي لعام 1992، لتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا²، وفي هذا السياق لم يتمكن المشرع المغربي من تجاوز الضبابية التي طبعت العلاقة بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني، إلا مع المراجعة الدستورية لسنة 1992، وقد استمر ذلك مع دستور 1996.

ورغم ذلك، نص المشرع على أولوية المعاهدات في مجموعة من القوانين، وعند الاقتضاء بمقتضى المعاهدات الدولية المتعلقة بالجنسية والمصادق عليها والموافق على نشرها³. كما نص ظهير تسليم المجرمين على أن المسطرة المتبعة تخضع للفصول التالية، ما لم تكن هناك مقتضيات مخالفة لها ناجمة عن المعاهدات⁴، نفس الشيء نص عليه القانون المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الذي اعتبر أن المعاهدات المتعلقة بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي صادق عليها المغرب، قابلة للتطبيق⁵، لتطرح إشكالات رافقت هذا التنصيص.

¹ - Claudia Sciotti-Lam, op. cit. p. 246.

² - Khalid Naciri, « Le Droit Constitutionnel Marocain ou la Mutation Progressive d'un système évolutif », in les constitutions des pays arabes, colloque debeyrouth, 1998 – Bruylant Bruxelles, 1999. P 119.

³ المادة الأولى من القانون 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 الصادر بتاريخ 23 مارس 2007، بتغيير وتتميم الظهير الشريف 1.58.250.

⁴ - المادة الأولى من الظهير الشريف 1.58.057 بتاريخ 09 دجنبر 1958، بشأن تسليم المجرمين الأجانب إلى حكوماتهم.

⁵ - المادة 68 من قانون 2-00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.00.20 بتاريخ 15 فبراير 2000، الجريدة الرسمية عدد 4796 بتاريخ 18 ماي 2000.

وأثارت العلاقة بين الاتفاقيات والقانون الداخلي نقاشا حادا بين أنصار نظرية ثنائية القانون، التي تركز على أن القانون الداخلي يستقل تماما عن القانون الدولي، وتشترط أن يصدر بعد التصديق على الاتفاقية قانون يدمجها في الأنظمة القانونية، مع ما يستلزم ذلك من آليات استقبال محددة دستوريا¹، بينما يرى أنصار وحدة القانون أن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى القانون الوطني، ولا تحتاج إلى قانون يدمجها في الأنظمة القانونية، مع ما يستلزم ذلك من آليات استقبال محددة دستوريا².

وحسب الفقيه الفرنسي "ديوبي" فإن "المملكة المغربية ومع دستور 1992، تؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا"، وقد التحق بهذا الموقف باحثون مغاربة، منهم من اعتبر أن المراجعة الدستورية لعام 1992، مكنت من إدماج المقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان ضمن القواعد الدستورية للدستور المغربي. إلا أن أنصار وحدة القانون يرون أن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى القانون الوطني، ولا تحتاج إلى قانون يدمجها في الأنظمة القانونية، لينقسم أنصار هذه النظرية إلى اتجاهين: اتجاه يذهب إلى وحدة القانون مع علو القانون الدولي، واتجاه آخر ذهب في نفس اتجاه وحدة القانون، ولكن مع تغليب القانون الوطني على الدولي.

ودشن المغرب مع دستوري 1992 و1996، مرحلة أخرى من الغموض والنقاش، حول القيمة القانونية للمعاهدات المصادق عليها، فتم التنصيص في تصديرهما على التزام ما تقتضيه المواثيق الدولية، وإضافة "تؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا"³، هذا التشبث لا يمكن تفسيره إلا بالالتزام والمصادقة على الاتفاقيات وملاءمة القوانين الوطنية⁴، ليتحاشى دستورا 1992 و1996، التعرض للاتفاقيات الدولية ما عدا ما أشار إليه في تصديرهما، وفي الفصل 31 الذي جاء متطابقا بالنسبة للوثيقتين

¹ - عبدالعزيز العروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ملائمت قانونية ودستورية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 87، 2014، ص 44.

² الحسين الوزاني الشهيدي، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، اشغال الندوة العلمية حول الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي، م.س، ص 83.

³ ديباجتا دستوري المملكة المغربية لسنة 1992 و 1996.

⁴ أحمد مفيد، ضمانات الحقوق والحريات الأساسية في دستور 2011، ضمن دستور حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 11.

الدستوريتين، حيث نص على أن الملك يوقع المعاهدات ويصادق عليها، باستثناء المعاهدات التي يترتب عنها تكاليف ملزمة لمالية الدولة، كما اشار إلى منهجية المصادقة على المعاهدات التي تخالف الدستور¹، ليظل المشرع الدستوري ملتزما الصمت والتحفظ، بخصوص تحديد مكانة المعاهدات²، وحتى ما تضمنه الفصل 31 من الدستور لا يحسم في مسألة الأولوية بشكل صريح، فالسمو لا يمكن أن يجد طريقا إلا إذا تم اتخاذ إجراءات تشريعية لإدخاله إلى حيز التطبيق، واللجوء إليه من طرف القضاء لفرض احترام المعاهدات³، بينما اكتفى الفصل بالإشارة إلى ضرورة اللجوء إلى المراجعة الدستورية في حال تعارض الاتفاقية مع الدستور، كما تجنب المشرع الدستوري الإشارة إلى أي مقتضى يكرس سمو المعاهدات على التشريع الداخلي، وحدد السلطة التي لها الحق في التوقيع والمصادقة على الاتفاقية⁴، مع يطرحه الفصل 31 من صعوبات تتمثل في طريقة التمييز بين الاتفاقيات التي يترتب عنها تكاليف تلزم ميزانية الدولة من غيرها⁵.

كما حافظت ديباجة دستور 2011 على التعهد بالالتزام بالمواثيق الدولية، والتشبهت بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، وتأكيد المغرب والتزامه بحماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، والنهوض بهما، والإسهام في تطورهما، مع مراعاة الطابع الكوني للحقوق وعدم قابليتها للتجزئ، كما نص تصدير الوثيقة الدستورية لسنة 2011 على جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الراسخة، تسمو على التشريعات الوطنية فور نشرها⁶، والعمل على

¹ الفصل 31 من دستور 1996.

² بدالله أسيري، ملاءمة التشريع الوطني للاتفاقيات الدولية على ضوء إشكالية سمو، مجلة المناظرة عدد 16-17 ماي 2014، مرجع سابق، ص 11.

³ عبدالعزيز العروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ملائمة قانونية ودستورية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 87، 2014، ص 404.

⁴ بدالله أسيري، ملاءمة التشريع الوطني للاتفاقيات الدولية على ضوء إشكالية سمو، مجلة المناظرة عدد 16-17 ماي 2014، مرجع سابق، ص 11.

⁵ عمر بندورو، حقوق الإنسان والحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 128.

⁶ ديباجة دستور المملكة المغربية 2011، الصادر بتنفيذه ظهير شريف 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432، الموافق ل 29 يوليوز 2011.

ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة¹، ل يبدو لنا منذ الوهلة الأولى أن المشرع الدستوري، تجاوز المآزق الذي رسمه في الدساتير السابقة²، لكن سرعان ما نكتشف من خلال قراءة متمعنة للتصدير، عدم الانسجام والتناقض والالتباس³، فسمو الاتفاقيات أو المعاهدات في الدستور ليس سموا مطلقا، وإنما مقيد بمجموعة من الشروط⁴، ومن خلالها نستنتج أن المغرب رغم إعلانه على الالتزام بحقوق الإنسان في إطارها الكوني، فهو يأخذ في نفس الوقت مبدأ الخصوصية ولا يحترم الكونية، فالسمو معنى واحد وليس معان مختلفة، أما سمو الذي أقره دستور 2011، فهو لا يعدو أن يكون سموا وفق فهم وتحديد خاص، رسمه المشرع الدستوري⁵ سمو المعاهدات، وقد جاء هذا المقتضى مسبوقا بـ "كما" صادق عليها المغرب، أي بالشكل والطريقة التي صادق عليها، وفي إشارة للتحفظات التي قد يلجأ إليها المغرب عند المصادقة، ليستثنى من دائرة سمو، بالإضافة إلى ضرورة المصادقة على الاتفاقية في إطار أحكام الدستور كنطاق لأجراً سمو المعاهدة، فلا يمكن تطبيق معاهدة تخالف أحكام الدستور وقوانين المملكة والهوية الراسخة، زيادة على النشر.

وبالرغم من أن هناك من ذهب إلى أن دستور 2011، حسم أزمة التراتبية التي ظلت لمدة طويلة إشكالية تحكم العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الوطنية⁶، فإن هناك من يرى أن النظام القانوني للاتفاقيات الدولية خاضع للتنظيم الدستوري والقانوني للمملكة،

¹ أنظر ديباجة دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

² ميمون خراط، حقوق الإنسان في الدستور المغربي بين سمو الكوني والخصوصية الوطنية، مرجع سابق، ص 212.

³ عبدالله أسبري، ملائمة التشريع الوطني للاتفاقيات الدولية على ضوء إشكالية سمو، مجلة المناظرة عدد 16-17 ماي 2014، مرجع سابق، ص 411.

⁴ أحمد مفيد، ضمانات الحقوق والحريات الأساسية في دستور 2011، ضمن دستور حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 13 - 14.

⁵ عبدالله أسبري، ملائمة التشريع الوطني للاتفاقيات الدولية على ضوء إشكالية سمو، مجلة المناظرة عدد 16-17 ماي 2014، مرجع سابق، ص 412.

⁶ مصطفى بن شريف، تقييم السياسات العمومية في مجال حقوق الإنسان، أشغال يوم دراسي "السياسات العمومية المغربية في مجال حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 74.

وأن هذا السمو يحدد مجاله النص الدستوري والقانوني، بل ثابته المملكة وإن كانت غير محددة على سبيل الحصر¹.

وإذا كان دستور 2011، قد شكل قطيعة مع الدساتير السابقة في مسألة سمو المعاهدات، فإن هذا السمو والأولوية في التطبيق، تحكمه إشكالات قانونية على مستوى الوثيقة الدستورية أولا، قبل صعوبة ترجمة السمو على مستوى الواقع، فالتزام المغرب بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، وكما في ديباجة الدستور، يقتضي عدم التحجج بالخصوصية عند تعارض نص قانوني وطني مع مرجعية دولية².

وهناك من الفقهاء من قال بأن المشرع الدستوري المغربي، أخذ موقفا وسطا بين سمو مطلق للمعاهدات باعتبارها نافذة وملزمة لأطرافها، الذين عليهم تنفيذها بحسن نية³، ولا يقبل التذرع بالقانون الداخلي لتبرير عدم تنفيذ معاهدة تمت المصادقة عليها⁴، ليقر المشرع سموها مشروطا للمعاهدات الدولية، في إطار نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة وهويتها الراسخة.

إن دستور 2011 والذي حمل كثيرا من المتغيرات الكبرى، بات محاطا بإشكالية التأويل على مستوى التفصيل والتدقيق في كثير من المقتضيات⁵، فاستعمال كلمات غير واضحة مثل قوانين المملكة والهوية الوطنية الراسخة، أعاد الوضع إلى لحظة ما قبل دستور 2011، الذي ظل بعيدا عن تحديد وضعية الاتفاقيات الدولية بالنسبة للقوانين الوطنية⁶.

وبالرجوع إلى تصدير دستور 2011، سنستنتج أن الاتفاقيات التي يمكن أن يصادق عليها المغرب دون أن تنفذ إلى نظامه القانوني، هي الاتفاقيات التي لم تنشر في الجريدة

¹ لله أسبري، ملاءمة التشريع الوطني للاتفاقيات الدولية على ضوء إشكالية السمو، مجلة المناظرة عدد 16-17 ماي 2014، مرجع سابق، ص 413.

² مجلة القانون المغربي، العدد 39، يناير 2019، ص: 316-317.

³ المادة 26 من اتفاقية فيينا لسنة 1969.

⁴ المادة 27 من اتفاقية فيينا لسنة 1969.

⁵ حسن طارق، سنة ونصف من دستور 2011 تأملات سريعة، ضمن دستور 2011 النص والسياق، المجلة المغربية للسياسات العمومية عدد 8/2012، م.س، ص 26.

⁶ حسن طارق، الدستور المغربي جدل الهوية والمواطنة، مرجع سابق، ص 51.

الرسمية، أو تلك التي تخالف أحكام الدستور وقوانين المملكة، أو تلك الاتفاقيات التي لم تنشر في الجريدة الرسمية، أو تلك التي تخالف أحكام الدستور وقوانين المملكة، أو تلك الاتفاقيات التي تخالفها القوانين التي لم يتم ملاءمتها مع مضمون الاتفاقيات، وهذا ما جعل الدستور يؤسس لقاعدة ملائمة للاتفاقيات مع التشريعات الوطنية، لتصبح من أولويات العمل البرلماني¹، فالتعهد بسمو المعاهدات مقرون بالتنصيص على ملائمة التشريعات للاتفاقيات المصادق عليها، ومراجعة الدستور في حال مخالفته للاتفاقية².

إن تنصيص الدستور على السمو المشروط جعله يسقط في تناقضات، فالتعهد بالالتزام بالمواثيق الدولية وحماية منظومة حقوق الإنسان، يستتبعه بالضرورة أن يكون الدستور والقوانين مطابقا للاتفاقيات الدولية، هذه الأخيرة هي من أخضعت للدستور والقوانين، بل أكثر من ذلك كبل أولوية المعاهدات باحترامها للهوية الوطنية الراسخة، التي تحيل على الخصوصية، ليضرب مرة أخرى مبدأ الكونية والذي سبق التنصيص عليه في التصدير، ليضع دستور 2011، المعاهدات والمواثيق الدولية في مرتبة أقل من الدستور³، وأعلى من القوانين الوطنية⁴، فإذا كانت القوانين الوطنية تحكمها مسطرة الملاءمة، والتي هي إدماج قاعدة قانونية دولية في المنظومة الوطنية، عن طريق إصدارها في شكل تشريع داخلي، فإن مخالفة الدستور لأحكام اتفاقية أو التزام دولي أثناء المصادقة عليه، يستدعي مراجعة الدستور قبل المصادقة⁵.

اعتمد المغرب أساليب معينة من قبيل التوقيع على بعض الاتفاقيات الدولية دون المصادقة عليها، أو المصادقة مع تأخير نشرها بالجريدة الرسمية، لتوفر مساحات إضافية

¹ حسن طارق، الدستور المغربي جدل الهوية والمواطنة، مرجع سابق، ص 47.

² عبدالعزيز لعروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 54.

³ محمد المكييف، مستجدات المعاهدات الدولية في دستور 2011 وإشكالات التطبيق، ضمن دستور 2011 بالمغرب مقاربات متعددة، م.س، ص 175.

⁴ عادلة الوردي، مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي، مرجع سابق، ص 195.

⁵ الفصل 55 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، صادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 ل 29 يوليوز 2011، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 ل 30 يوليوز 2011.

للحفاظ على النسق المعياري لحقوق الإنسان¹، ولم يخرج دستور 2011 عن الدساتير السابقة، واكتفى بإضفاء مسحة حقوقية على الصياغة الدستورية مع الحفاظ على ذات المراكز القانونية للاتفاقيات الدولية، فرغم أهمية المقترضات الجديدة، إلا أن الغموض والالتباس لا زال سيد الموقف، أخذا بعين الاعتبار أن الدستور المغربي ينتهي لفئة الدساتير المفتوحة، فهو نص غير مكتمل يحتاج للممارسة لاختبار نقط قوته وهشاشته، كما يحتاج للتجربة لملء بياضاته²، فالمشرع الدستوري المغربي أقر مبدأ سمو الاتفاقيات وسحبته في ذات الوقت، بعد أن جعله مشروطا بقوانين المملكة والهوية الراسخة، كتعايير فضفاضة تفتح الباب الواسع لكل تأويل، والذي قد يكون ضد حقوق الإنسان ومرجعيتها الكونية، فيإلى أي حد سينعكس هذا الوضع على تأصيل حقوق الإنسان في دستور 2011؟

المطلب الثاني: ماهية الحقوق والحريات الأساسية في الاجتهاد الدستوري

عرف مفهوم الحقوق والحريات الأساسية تطورا تدريجيا، ساهمت فيه عوامل شتى، كما أنه لم يأت وليد رؤى فقهية محددة، ساهمت في بناء أسسه النظرية، بل جاء في سياق تطوير مشترك، أسهم فيه الاجتهاد الدستوري بثقله، لعب فيه القضاء الدستوري دورا محوريا لاستكمال معالمة، حتى أضى من المفاهيم الأساسية المتداولة في العمل القضائي وخصوصا في التجارب المقارنة (الفقرة الأولى). كما عمل القاضي الدستوري المغربي على اجتراح قواعد "معيارية" بمضامين حقوقية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية في الاجتهاد الدستوري المقارن.

إذا كان التأسيس لمفهوم الحقوق الأساسية في بعض النماذج المقارنة، قد ارتبط بمحددات دستورية واضحة، حددت لائحة الحقوق والحريات الأساسية المضمونة دستوريا، فإن التجارب المقارنة الأخرى التي تفتقر إلى هذا التحديد اللانحي، عرفت مساهمة

¹ عبدالعزيز العروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ملائمت قانونية ودستورية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 87، 2014 ص 84.

² حسن طارق، سنة ونصف من دستور 2011 تأملات سريعة، ضمن دستور 2011 النص والسياسات، المجلة المغربية للسياسات العمومية عدد 2012/8، م.س، ص 10.

فعلية لجهاز القضاء الدستوري، في بناء لوائح اجتهادية خاصة مكاملة للحقوق والحريات الدستورية، كما لعب فيها دورا مهما في حماية الحقوق المنصوص عليها دستوريا وتطويرها. فمفهوم الحقوق الأساسية لم يأت وليد تنصيب دستوري فقط، بل جاء في سياق تطوير اجتهادي خاص. وهذا ما يدفعنا إلى الحديث أولا عن نشأة هذا المفهوم في ظل النموذج الفرنسي (البند الأول)، ثم ترسيخ هذا المفهوم في ظل بعض النماذج التأسيسية الأخرى (البند الثاني)، مع استحضار تبلور المفهوم في ظل التجربة المغربية (البند الثالث).

البند الأول: نشأة مفهوم الحقوق الأساسية في ظل النموذج الفرنسي.

ساهم القضاء الدستوري في التجارب المقارنة، وخصوصا في الأنظمة الدستورية التي تفتقر إلى أي تنصيب لائحي على الحقوق والحريات الأساسية، في خلق حقوق اجتهادية ذات طبيعة دستورية. حيث اعتبرت تلك الاجتهادات بمثابة الغطاء الاجتهادي الذي ملأ الفراغ الدستوري، وأدى إلى إنتاج "ميثاق اجتهادي خاص بالحقوق والحريات الأساسية"¹. كما هو الحال بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي، الذي لعب دورا محوريا في بناء اجتهادات حقوقية خاصة، تؤسس لمفهوم اجتهادي للحقوق الأساسية، وترسي دعائم "نظام خاص للمنازعات الدستورية في هذا المجال"². إذ سيشكل القرار التأسيسي ل 16 يوليوز 1971، أحد القرارات المؤسسة لبناء اجتهادي نوعي في حماية الحقوق الأساسية، وهو القرار الذي يعتبر من الاجتهادات الكبرى للمجلس الدستوري الفرنسي، حيث استطاع أن يثبت تدخله الحقوقي الإيجابي في حماية أحد الحقوق الأساسية المتعلقة بحق تأسيس الجمعيات.³

إن تشكل مفهوم "الحقوق الأساسية"، في الاجتهاد الفرنسي جاء في سياق تراكمات اجتهادية متنوعة، حيث يوظف المجلس الدستوري هذا المصطلح بتعابير متعددة، ويستعمله بشكل اصطلاحي، عندما يجد نفسه أمام غياب أي تحديد نصي في دستور

¹ - Frank MODERNE protection et garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France, p. 64.

² - Henry OBERDOFF, droit de l'homme et libertés fondamentales, p: 191.

³ - Louis FAVOREAU et Loïc PHILIP, les grandes décisions du conseil constitutionnel, op. cit, p:57 et suiv.

الجمهورية الخامسة للحق "المتنازع بشأنه"، وفي هذه الحالة، يجعل من الحقوق الأساسية ذات الصبغة الاجتهادية قواعد مرجعية في مراقبة الدستورية¹.

كما يشير المجلس الدستوري إلى الحقوق والحريات الأساسية، حسب نوعية المطابقة وقواعدها المرجعية، فبالإستناد إلى إعلان 1789، أو المبادئ الأساسية المتعارف عليها في قوانين الجمهورية يجعل القاضي يميل إلى توظيف العبارات المقترنة بالحريات. إلا أن هذا التأسيس الاجتهادي للحقوق الأساسية في فرنسا، واکبه "غياب تام لهذا المصطلح في القانون الوضعي الفرنسي إلى حدود وقت قريب"²، ولم يسايره أي دعم فقهي قوي يؤسس لنظام "قانوني" خاص بهذه الحقوق³، تعوض الغياب الدستوري في هذا المجال.

وإذا كان الاجتهاد الدستوري في الأنظمة التي تفتقر إلى لوائح حقوقية خاصة، يسعى إلى خلق قواعد اجتهادية للحقوق والحريات الأساسية تؤسس للوائح اجتهادية⁴، فإن تدخل القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية "اللائحية" للحقوق الأساسية، لا يظل جامداً، بل يسعى إلى توسيع مجالاتها وفق تأويلات اجتهادية تؤسس على نص الدستور. إذ يعد التأويل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، المبني على النص، أحد الوسائل المنهجية المعتمدة أمام القاضي الدستوري في هذه الحالات⁵.

¹ - Thomas MEINDL, la notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, op. cit, p: 238.

² - Jean RIVERO, la loi et les droits fondamentaux, op, cit, p: 179.

³ - Thomas MEINDL, la notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, op. cit, p:

⁴ - Thomas MEINDL, la notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, op. cit, p: 68.

⁵ يعتمد القاضي الدستوري أثناء توظيفه للتأويلات الدستورية المبنية على النص على وسائل منهجية متعددة نذكر منها مبدأ وحدة المصطلحات الموظفة، ومبدأ التأثير النصي الأنسب، يرجى مراجعة:

-François LUCHAIRE, procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, in: « cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux » op. cit. p: 73-74.

البند الثاني: ترسيخ مفهوم الحقوق الأساسية في ظل بعض النماذج التأسيسية الأخرى

إن البحث في مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، في بعض النماذج التأسيسية في هذا المجال، كالنموذج الألماني، وفي علاقتها بالتدخل الاجتهادي للقاضي الدستوري، يمنح لهذا القاضي حدوداً معينة في تأويل النصوص الدستورية، بالنظر لوجود لائحة حقوقية خاصة يلتزم بها أثناء ممارسة اختصاصاته. إذ يسعى القاضي الدستوري إلى تكريس مضمون هذه الحقوق والحريات، لأن "تأويل القواعد الدستورية، كتطبيقها، يجب عليه أن يبقى محكوماً بنص الدستور"، الذي يحدد اللائحة الحصرية للحقوق الأساسية¹.

كما يوظف القاضي الدستوري تقنيات التأويل الدستوري، في حالات متعددة، لإثارة الانتباه لمجال الحقوق والحريات، عندما يكون أمام مواضيع بعيدة عن هذا المجال، حيث يلجأ إلى تأويلات خاصة، لفرض مفهوم هذه الحقوق في اجتهاداته. فقد سبق للمجلس الدستوري الفرنسي، أن وظف هذه التقنيات لإنشاء قواعد حقوقية خاصة، كالمبادئ ذات القيمة الدستورية، التي كرست حرية التجول داخل التراب الوطني واحترام الحياة الخاصة والحق في محاكمة عادلة ومبدأ الكرامة الإنسانية، أو الأهداف ذات القيمة الدستورية، من خلال التأسيس لتعددية الآراء والحق في السكن اللائق، وغير ذلك من القواعد الحقوقية الأساسية، التي نسجها القاضي الدستوري، انطلاقاً من تأويلات اجتهادية خاصة.

البند الثالث: تبلور مفهوم الحقوق الأساسية في ظل التجربة المغربية

إذا كانت التجارب المقارنة في القضاء الدستوري استطاعت أن تؤسس لاجتهاد دستوري في مجال الحقوق والحريات الأساسية، وتنتقل من مفاهيم تقليدية لحقوق الإنسان والحريات العامة، إلى اصطلاح حديث يبتدئ من أساسية هذه الحقوق والحريات، إما انطلاقاً من تأصيل دستوري لائحي أو عبر بناء اجتهادي غير مدسّتر، فإن التنقيب في الاجتهاد القضائي المغربي، وبالتحديد خلال فترة عمل المجلس الدستوري، يطرح العديد من الإشكاليات بخصوص التأسيس لحقوق وحريات ذات طبيعة "أساسية" في اجتهاداته.

¹ - Rainer ARNOLD, la protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence récente de la cour constitutionnelle fédérale allemande, op. cit. p: 679-693

إن البحث عن اصطلاح الحقوق أو الحريات "الأساسية" في الاجتهاد الدستوري، يقتضي، ابتداء، البحث عن مفهوم تقليدي للحقوق والحريات العامة، إذ لم يستطع المجلس الدستوري، خلال فترته الاجتهادية التي اقترنت بدستور 1996، أن ينسج اجتهادا حقوقيا خاصا يبلور لمفهوم "الحقوق الأساسية"، ولم يحظ مجال الحقوق والحريات بأبعاده التقليدية باهتمام بالغ من قبل المجلس الدستوري، وخصوصا في بداياته الاجتهادية، وظلت اجتهاداته تتسم "بحساسية خاصة" في هذا المجال¹.

وظف المجلس الدستوري في اجتهاداته، العديد من العبارات الخاصة للتدليل على مجال الحقوق والحريات حيث استعمل من جهة، مصطلحات دقيقة لها ارتباط مباشر بمعنى "الحقوق الأساسية" من قبيل الإشارة الصريحة في حيثيات قراراته للعبارة التالية: "أحد الحقوق الأساسية التي يضمنها الدستور"²، أو "يعد الحق الأساسي من خلاله تمارس الحقوق الأخرى"³، أو إن "حق التقاضي يعد من الحقوق الأساسية"⁴.

كما أدرج القاضي الدستوري في قراراته مقتضيات دستورية لها علاقة مباشرة بهذا المجال من قبيل "المكتسبات التي تم تحقيقها في مجال الحريات والحقوق الأساسية، كما هي منصوص عليها في الدستور"⁵، واستخدم أيضا مصطلحات عامة لها ارتباطات بالحقوق والحريات العامة، حيث وظف اصطلاح "الحريات العامة التي يكرسها الدستور"⁶، أو الحقوق المضمونة دستوريا"⁷.

¹ - Abdellatif MENOUNI, l'expérience du conseil constitutionnel marocain: étude présentée au colloque du CED, beyrouth, février 1998, p: 18.

² قرار المجلس الدستوري رقم 586.04، صادر في 12 غشت 2004، ج.ر، عدد: 5246، مرجع سابق، ص: 3334.

³ قرار المجلس الدستوري رقم 921.13، صادر بتاريخ 13 غشت 2013، ج.ر، عدد: 6185، مرجع سابق، ص: 6027.

⁴ قرار المجلس الدستوري رقم 992.16، صادر بتاريخ 15 مارس 2016، ج.ر، عدد: 6452، مرجع سابق، ص: 2882.

⁵ قرار المجلس الدستوري رقم 1009.16، صادر بتاريخ 12 يوليوز 2016، ج.ر، عدد 4786، مرجع سابق، ص 5689.

⁶ قرار المجلس الدستوري رقم 382.00، صادر بتاريخ 15 مارس 2000، جريدة رسمية عدد: 4786، ص: 661.

⁷ قرار المجلس الدستوري رقم 817.11، صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، جريدة رسمية عدد: 5987، بتاريخ 17 أكتوبر 2011، ص: 5084.

وانطلاقاً من هذه العبارات الموظفة في قرارات المجلس الدستوري، نخلص إلى أن القاضي الدستوري استعمل عبارات دالة على تبنيه لاصطلاح "الحقوق الأساسية"، في قراراته، وهو توظيف وإن جاء بصيغة الحق "المفرد" كدلالة على اندراج بعض الحقوق كالحق في الدفاع والحق في التقاضي ضمن صنف "الحقوق الأساسية"، فإنه يعبر عن توجه اجتهادي خاص يضيف طابعا "أساسيا"، على نوعية خاصة من الحقوق، حيث استنبط القاضي، في هذه الحالات، أساسية هذه الحقوق من تنصيب دستوري صريح. كما أن المجلس الدستوري استخدم عبارات متعددة الدلالات، للتعبير عن مجال الحقوق والحريات، حيث عرف القاموس الاجتهادي تنوعاً لغوياً ولفظياً ما بين حقوق أساسية وحقوق دستورية وحريات عامة.

ينضاف ما سبق، إلى أن التدقيق في العبارات المتعددة الموظفة من قبل القاضي الدستوري، بدل الاعتماد على مصطلحات محددة الدلالة، تكتسي قوة اصطلاحية معبرة، يرجع بالأساس إلى أسباب متعددة، فالتعديل الدستوري لسنة 1996، لم يتضمن أي تنصيب لائحي خاص بالحقوق والحريات الأساسية، بل كان يقتصر الأمر على مقتضيات دستورية تتضمن حقوقاً وحريات مختلفة، ضمن الباب الأول من الدستور¹، إذ كرس القاضي الدستوري، خلال هذه الفترة، حقاً اجتهادياً واعتبره من "الحقوق الأساسية"².

إلا أنه مع دستور 2011، سيعرف المعجم الاجتهادي للمجلس الدستوري نقلة نوعية، في مجال تكريس الطبيعة الأساسية لبعض الحقوق والحريات، خصوصاً وأن هذا الدستور، تضمن لائحة حقوقية مفصلة، حيث تم الارتقاء بالمعجم الدستوري في هذا المجال من مفاهيم تقليدية، تتعلق بحقوق وحريات منصوص عليها في الباب الأول من الأحكام العامة من الدستور، إلى اصطلاح حديث يرتبط بـ "الحريات والحقوق الأساسية"³. كما عمل المجلس الدستوري على مساندة هذه التطورات الدستورية، حيث بدأ المجلس الدستوري

¹ ظهير شريف رقم 1.96.157، صادر بتاريخ 7 أكتوبر 1996، بتنفيذ نص الدستور المراجع، جريدة رسمية عدد: 4420، م.س، ص: 2282.

² يتعلق الأمر بمبدأ قرينة البراءة أثناء رقابته على دستورية القانون رقم 01.17، المتعلق بالحصانة البرلمانية، قرار المجلس الدستوري رقم 586.04، جريدة رسمية م.س، ص: 3334.

³ الباب الثاني من دستور 2011، جريدة رسمية عدد: 5964، مكرر، م.س، ص: 661.

باستخدام عبارات متعددة ك"المبادئ الأساسية الثابتة التي يركز عليها الدستور" والتي يتبعها، عادة، ببعض الحقوق الأساسية، وذلك للتدليل على أهمية هذه الحقوق ومكانتها الأساسية في صلب الوثيقة الدستورية.

إن القارئ للدساتير المغربية السابقة، على دستور 2011، يلاحظ أنها تحتوي على كم هائل من الحقوق والحريات سواء الفردية أو الجماعية، ، وقد لا نجازف إن قلنا أنها تغطي كل أجيال حقوق الإنسان، خاصة في دستور 2011 (المدنية والسياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية...)، وبورودها في الوثيقة الدستورية التي تجسد في حد ذاتها حماية وضمانة، غير أن تنصيب المشرع الدستوري على صلاحية القانون في تنظيمها وتقييد ممارستها، قد ينطوي على تجاوزات وتعسفات من قبل المشرع، لأن الاشكال الحقيقي ليس في تحديد حق أو حرية بحد ذاته، وإنما يكمن في تحديد القيود الواردة عليها¹.

وكما يجب التأكيد على أن القضاء الدستوري المغربي يشغل الآن في سياق دستوري تختلف أبعاده وطبيعته عما كان في السابق، إذا أصبح القضاء الدستوري ملزم بتكريس القواعد الدستورية المنبثقة عن التصدير، وكذا عن المواثيق والاتفاقيات الدولية التي أقرتها الدولة المغربية، والمتعلقة على وجه الخصوص بالحقوق والحريات الأساسية، ومطالب بترجمة إرادة المشرع الدستوري في هذا الصدد، زد على ذلك، أن القاضي الدستوري المغربي، مقبل على مرحلة جديدة، تتعلق بالنظر في دفعات المواطنين والمواطنات في مواجهة المقتضيات القانونية التي تمس حقوقهم وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور، مما يعني أن الترسانة القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات، سوف تخضع لمحك المراقبة الدستورية، وهذه الإمكانية سوف تطلب من القضاء الدستوري، العمل وفق منهجية ومساطر مغايرة لتلك المعمول بها في إطار الرقابة السابقة.

¹ نور الدين أشحشاح: الرقابة على دستورية القوانين في المغرب، مرجع سابق، ص: 485.

الفقرة الثانية: دور القاضي الدستوري في اجترح قواعد "معيارية" بمضامين حقوقية

ترتبط اجتهادات القاضي الدستوري، في إنتاج القواعد الدستورية بمجالات محددة، يهيمن فيها المضمون الحقوقي على نوعية هذه القواعد، وتوجد علاقة ترابطية بينهما، إلى الحد الذي ارتبط فيه إنتاج هذه القواعد القانونية "الاجتهادية" بمجال الحقوق والحريات.

وانطلاقاً من ذلك، فقد أنتج القاضي الدستوري المبادئ ذات القيمة الدستورية (البند الأول)، وأسس لوجود أهداف ذات القيمة الدستورية (البند الثاني). كما يعمل القاضي الدستوري أثناء ممارسته لاختصاصاته الدستورية، على المساهمة في إنشاء القواعد القانونية التي تعتبر نتاج انفرادي اجتهادي خاص بالقاضي الدستوري، أنتجها لغايات حقوقية.

البند الأول: المبادئ ذات القيمة الدستورية كنتاج للاجتهاد القضائي الدستوري.

ارتبط ظهور المبادئ ذات القيمة الدستورية، كقواعد قانونية وافدة على القانون الدستوري، بالاجتهاد القضائي، حيث سيعمل المجلس الدستوري الفرنسي على إنشاء مبادئ دستورية خاصة تستخدم كصكوك وقواعد مرجعية لمراقبة دستورية القوانين، بجانب المصادر الدستورية المكتوبة المتجسدة أساساً في دستور 1958، إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، وديباجة دستور 1946¹، مستنبطاً ذلك من المفهوم الأساسي للمبادئ العامة للقانون التي كرسها القضاء الإداري في اجتهاداته، إذ ستنتقل هذه المبادئ القانونية إلى مبادئ دستورية، بالنظر إلى المكانة الخاصة لجهاز القضاء الدستوري، و"تموقعه العلوي" بالمقارنة مع القضاء الإداري².

إن الغرض من توجه القاضي الدستوري نحو تبني المفهوم الإداري للقواعد العامة للقانون، وإصباح قواعد الاجتهادية بالطابع الدستوري، عبر إنشاء قواعد قانونية اجتهادية موازية لتلك المتعارف عليها في القضاء الإداري، وخاصة تلك المتعلقة "بالقواعد" ذات القيمة الدستورية، يهدف بالأساس إلى تعزيز القواعد المرجعية الحقوقية. إذ يسعى القاضي الدستوري على "إنتاج هذه المبادئ انطلاقاً من نص الدستور، وتوظيف في حماية الحقوق

¹ - Dominique ROUSSEAU, droit du contentieux constitutionnel, op. cit, p:97.

² - Jacques ROBERT, le juge constitutionnel: juge des libertés, op. cit, p: 98.

الأساسية، عندما يجد نفسه أمام فجوة في النص الدستوري، أو أمام وضعية غير مدرجة بشكل صريح في الدستور، حيث يتقصد دور المشرع الدستوري، ليس بغرض تعويض المشرع، ولكن من أجل إخراج الحجة الدستورية التي تغيب عن الحالة المعروضة¹.

تعرف المبادئ ذات القيمة الدستورية بكونها "مبادئ غير مكتوبة، تجد أصولها المرجعية في مقتضيات الدستور، حيث يستخرجها القاضي الدستوري من روحه ومقاصده، بعد تأمل وتفكير"²، أثناء رقابته على دستورية القوانين. غير أن تفكيك المضمون اللغوي واللفظي لهذا المصطلح³، يجعلنا أمام تعريف أولي يحيلنا إلى نوعية خاصة من القواعد "المنشئة"، إذ يجب التمييز، في هذا الصدد، بين النص والمبدأ، "فتأويل كلمات النص هو الذي ينشئ هذه المبادئ"⁴. وهو ما يجعلها تكتسب مكانتها الخاصة وأهميتها من الدستور. فهي، إذن، قواعد قانونية، بالمعنى المعياري وليس التراتبي، مصدرها الدستور، وأصلها اجتهادي، حيث أنشأها القاضي الدستوري بناء على تأويلات دستورية خاصة، لتغطية الفراغ الذي قد يكتنف بعض قواعد الدستور في مجالات محددة، أو لتدعيم المقتضى الدستوري بقاعدة اجتهادية موازية. وتهدف إلى تحقيق غايات حقوقية توازن بين مصالح الأفراد والمصلحة العامة، كما أنها توازي الدستور من حيث تراتبيتها.

إن التدخل الاجتهادي للقاضي الدستوري في إنشاء المبادئ ذات القيمة الدستورية، يأتي من "أهميتها ويسرها، فهي تفتح له مجالا تأويليا واسعا يبعده عن التقيد الحرفي بمقتضيات الدستور، كما تفسح له مجالا اجتهاديا خاصا لإنتاج القواعد الدستورية".

¹ - Dominique ROUSSEAU, droit du contentieux constitutionnel, op. cit, p:98.

² - Dominique ROUSSEAU, droit du contentieux constitutionnel, op. cit, p:99.

³ يتكون مصطلح المبادئ ذات القيمة الدستورية من ثلاثة كلمات أساسية، إذ نجد "المبادئ" "القيمة" و"الدستورية"، فالمبدأ هو أساس الشيء وبدايته، وعرف في لسان العرب بكونه هو "الذي أنشأ الأشياء وأخذ اختراعها ابتداء من غير سابق ومثال، والبعد من فعل الشيء أو بداية" (ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر، 1997، ص: 171. للمزيد حول الفرق بين المبادئ والقواعد عند القاضي الدستوري، يرجى مراجعة: - Thierry DI MANNO, le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie, economica, paris, 1999, p: 51-52.

⁴ - Michel TROPER, l'interprétation constitutionnelle, in: « l'interprétation constitutionnelle », ouvrage collectif sous la direction de F. MELLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, paris, 2005, p:88.

حيث يجد القاضي الدستوري نفسه أمام "تسوية مؤقتة"، لكي لا يحد من عمل المشرع، ويتدخل في إنشاء هذه المبادئ، وإعادة صياغة بعض القواعد القانونية لجعلها دستورية.

وهكذا، عمل المجلس الدستوري على إنتاج المبادئ ذات القيمة الدستورية في اجتهاداته، حيث اكتسبت هذه القواعد الدستورية حجية اجتهادية منذ أول قرار للمجلس الدستوري في هذا الشأن¹، الذي أدرجها ضمن القواعد القانونية المرجعية للرقابة على الدستورية، عندما اعتبر أن مواد القانون التنظيمي لمجلس النواب "جاءت مطابقة للدستور وليس في مضمونها ما يخل بأي قاعدة أو مبدأ ذي قيمة دستورية"، فهذا التضمين الاجتهادي ارتبط بالبعد المعيارى لهذه المبادئ دون أن يحدد تطبيقاتها ومجالاتها.

البند الثاني: الأهداف ذات القيمة الدستورية كقواعد قانونية ولدت من رحم الاجتهاد الدستوري

إن حدود الانتاج الاجتهادي للقواعد الدستورية من طرف القاضي الدستوري، لن يرتبط فقط بالمبادئ ذات القيمة الدستورية، حيث سيعمل القاضي على إنشاء "صنف جديد"²، من القواعد الخاصة تسمى "بالأهداف ذات القيمة الدستورية"، وليس لها أي اصطلاح خاص في التجارب المقارنة، وإنما تعرف بكونها قواعد اجتهادية عامة غير محددة الاسم³. وقد ظهر مفهومها لأول مرة في قرار المجلس الدستوري 141 "د.س" في 27 يوليو 1982 أثناء مراقبته لدستورية القانون المتعلق بالاتصال السمعي البصري، عندما أصبغ بعض القواعد المرتبطة بالحفاظ على النظام العام، واحترام حرية الآخرين وضمان التعددية لمختلف التيارات السوسيو ثقافية بالأهداف ذات القيمة الدستورية⁴.

إن الأهداف ذات القيمة الدستورية هي بمثابة منتوج خالص للمجلس الدستوري الفرنسي، وجاءت كنتاج "لتفكير الحكماء التسعة بهذا المجلس"⁵، حيث ستعمل العديد من

¹ يرتبط الأمر بقرار المجلس الدستوري رقم 124.1997 المتعلق بمراقبة دستورية القانون التنظيمي رقم 97.31 المتعلق بمجلس النواب، الصادر في 26 أغسطس 1997، جريدة رسمية عدد: 4513، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 1997، ص: 3367.

² - Jacques ROBERT, le juge constitutionnel: juge des libertés, op. cit, p: 82.

³ - Francis HAMON et Céline WEINER, la justice constitutionnelle en France et à l'étranger, op. cit, P: 95.

⁴ - Francis LUCHAIRE, brèves remarques sur une création du conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle, RFDC, n° 64, PUF, paris, 2005, p: 675.

⁵ - Jacques ROBERT, le juge constitutionnel: juge des libertés, op. cit, p: 82.

المجالس والمحاكم الدستورية على اقتباسها وإدراجها في قراراتها، ليس من باب التوظيف الاجتهادي الموضوعي لهذه الأهداف، وإنما من جانبها المفاهيمي، من خلال استخدام المصطلح الاجتهادي الذي أنتجه القاضي الفرنسي. حيث عادة، ما يلتجئ القضاة الدستوريون إلى الاعتماد على الأهداف المستنبطة من روح الدستور، كشكل من أشكال المراقبة المرنة على دستورية القوانين.

ويقترن توظيف "الأهداف ذات القيمة الدستورية" بمجالات اجتهادية محددة، حيث يستخدمها القاضي الدستوري، في حالات معينة، "لتبرير حدود الحقوق الأساسية، وتوضيح التزامات الأفراد من خلال مبدأ الواجبات الأساسية مقابل الحقوق الأساسية"¹، كما توظف، في حالات أخرى، إما لقبول "الالتواء" التشريعي على الحريات، أو لتقوية الضمانات الدستورية لحماية هذه الحقوق². وتستخدم من الناحية التقنية، إما "لتحديد مضمون النص، أو تطوير مجالات تطبيقه، أو استخلاص النتائج من ذلك"³.

فالأهداف ذات القيمة الدستورية يمكن تعريفها من خلال الأهداف المتوخاة منها، فهي ليست مبادئ دستورية مؤسسة لحقوق شخصية⁴، كما هو الشأن بالنسبة للمبادئ ذات القيمة الدستورية، إذ يمكن توظيفها في هذا الصدد، للحد من تطبيق هذه المبادئ الدستورية، من خلال توجيه المشرع لاتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة لتحقيق الأهداف ذات الطبيعة الدستورية، التي حددها القاضي الدستوري⁵.

وبذلك، فهي عبارة عن غايات اجتهادية، غير منصوص عليها صراحة في نص الدستور، يستنبطها القاضي الدستوري من كنه الدستور وروحه، ويعمل من خلالها على ربط الأهداف الدستورية المتوخاة مع القاعدة القانونية محل الرقابة على الدستورية، ليطابق القانون، ليس فقط مع الدستور، وإنما حتى مع أهدافه ومبتغياته، ويوجه المشرع نحو تبني المقاصد الدستورية في تشريعه، ويرتبط مجالها العام، إما بترجيح المصلحة العامة في

¹ - Thomas DUBUT, le juge constitutionnel et les concepts, RDFC, n° 80, PUF, paris, 2009, p: 752-753.

² - Jacques ROBERT, le juge constitutionnel: juge des libertés, op. cit, p:88.

³ - François LUCHAIRE, brèves remarque sur une création du conseil constitutionnel, op. cit, p: 675.

⁴ - Pierre De MONTALIVET, la constitution et l'audiovisuel, NCCC, n° 36, DALLOZ, paris, 2012, p: 16.

⁵ - François LUCHAIRE, brèves remarque sur une création du conseil constitutionnel, op. cit, p: 678-679.

مواجهة حقوق وحرّيات الأفراد، من خلال خلق التزامات خاصة تحد من ممارسة هذه الحقوق، أو تقوية الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحرّيات الأساسية.

وقد عمل القاضي الدستوري في المغرب على توظيف مبتغيات "الأهداف ذات القيمة الدستورية" في قراراته دون أن يشير إلى هذه القاعدة الاجتهادية بشكل صريح، حيث اعتمد على أهداف الدستور ومقاصده في ممارسته لاختصاصاته، وبالتحديد، في مجال الرقابة الدستورية، وأسس لقاعدة اجتهادية أساسية مفادها أن "مراقبة دستورية القوانين - شكلا وجوهرا- تستلزم استحضار المقاصد التي ابتغاها الدستور"¹.

وجعل من "الأهداف الدستورية" أحد المنطلقات الأساسية لفحص الدستورية، وربطها بأسس اجتهادية متعددة تتصل من التقييد الحرفي بنصوص الدستور، وترهن مطابقتها باستنباط مقاصده الأساسية. إن البحث في توظيف القاضي الدستوري للأهداف الدستورية في قراراته، يجعلنا أمام اجتهادات خاصة، استند عليها لتحقيق غايات حقوقية أساسية حملها الدستور من بين أهدافه، إذ استعمل القاضي الدستوري هذه الأهداف في حالات محددة، ولأغراض متنوعة، ترتبط في مجملها بحقوق التمثيلية النسائية في مجالاتها المتعددة²، سواء في مجلس المستشارين³ أو في مجلس النواب⁴ أو في مجالس الجماعات والمقاطعات⁵ أو في المجالس الجهوية⁶ أو في المحكمة الدستورية⁷.

¹ قرار المجلس الدستوري رقم 937.2014، صادر بتاريخ 29 ماي 2014، جريدة رسمية عدد: 6262، م.س، ص: 4810.

² حميد اربيعي، قراءة في قرارات المجلس الدستوري الصادرة في ظل الدستور الجديد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، عدد: 98، 2013، ص: 37-38.

³ قرار المجلس الدستوري رقم 984.2016، الصادر بتاريخ 12 يناير 2016، جريدة رسمية عدد: 6432، بتاريخ 21 يناير 2016، ص: 406.

⁴ قرار المجلس الدستوري رقم 817.2015، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2011، جريدة رسمية عدد: 5987، مرجع سابق، ص: 5084.

⁵ قرار المجلس الدستوري رقم 970.2016، الصادر بتاريخ 12 يوليوز 2015، جريدة رسمية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليوز 2015، ص: 6757.

⁶ قرار المجلس الدستوري رقم 821.2015، الصادر بتاريخ 19 نونبر 2011، جريدة رسمية عدد: 5997، بتاريخ 22 يونيو 2011، ص: 5566.

⁷ قرار المجلس الدستوري رقم 943.2014، الصادر بتاريخ 25 يوليوز 2014، جريدة رسمية عدد: 6280، الصادر بتاريخ 7 غشت 2014، ص: 6314.



Revue Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques

المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

Numéro 9 / MAI 2022



Revue Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques

REMEJE

Numéro 9 / MAI 2022

Directeurs responsables:

Ahmed HASSOUN

Mounir EL HAJJAJI

Direction de rédaction

Ahmed MAIMOUN

Fahd CHRAIBI

Comité juridique

Adil BOUHAFI / Abderrahmane EL HAJJAJI / Tariq ELKASMI

Dossier de presse :

Dépôt légal :

ISSN

2014/01

2015PE0147

2489-1142

© Tous droits réservés

Edition :

Fondation Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques (FOMEJE)

Adresses électroniques:

revueremeje@gmail.com - rochdiadnane@gmail.com

Tél. :

06 61 51 63 93 – 06 50 08 19 69 – 06 67 51 53 44

Impression :

Imprimerie Roa Print s.a.r.l, Appt. 17, Av. Maghreb Arabi, N° 2 Bis ,
Océan, Rabat – Maroc - Téléphone: +212 660 66 51 59
E-mail: roaprint22@gmail.com

Revue Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques

REMEJE

Directeurs responsables:

Ahmed HASSOUN
hassounbenabbad@yahoo.fr

Mounir EL HAJJAJI
Mounirhaj79@yahoo.fr

Comité scientifique :

Dr. Omar El ketteni	Dr. Abdelkader tialati	Dr. Mrani Zentar Lhassane
Dr. Rachid Essaid	Dr. Mohamed Harakat	Dr. Hassane Khattabi
Dr. Abdeljabar Arrach	Dr. Riyad Fakhri	Dr. Abderrahim Elomari
Dr. Zouahair Lakhyar	Dr. Abdellatif Khalfi	Dr. Driss Laghrini
Dr. Jamal Hattabi	Dr. Mohamed Elghali	Dr. Najat Elammari
Dr. Najib Elhajioui	Dr. Abdelfattah Belkhal	Dr. Elhassan Jammai
Dr. Yahya Aloui	Dr. Khalid Chiat	Dr. Ahmed Maliki
Dr. Mohamed Jamal Maatouk	Dr. Hamid Rbii	Dr. Saadia Majidi
Dr. Yahya Haloui	Dr. Rachid Adnane	Dr. Rachid Mellouki

Les opinions et les idées exprimées dans cette revue n'engagent que leurs auteurs

Sommaire

L'optimisation fiscale de l'entreprise en difficulté au Maroc

Fahd CHRAIBI 5

Droit de communication et contrôle fiscal

ALINI MOHAMED SALAH 39

Le concept de la légalité pénale Sentiers généalogiques et justifications criminologiques

Maria Neddi, ... 49

La contestation des libertés individuelles entre les droits humains et le respect de l'ordre général en France

Majidi cherkaoui 63

L'optimisation fiscale de l'entreprise en difficulté au Maroc

Fahd CHRAIBI

Enseignant-chercheur à l'ENCG de Casablanca

Introduction générale

De nos jours, la fiscalité est plus que jamais l'une des préoccupations majeures des entreprises aussi bien nationales qu'internationales, quelque soit leur taille ou leur secteur d'activité. Cela tient tout simplement au fait qu'elle représente un important facteur de coût de revient dès lors que la facture fiscale - contribution aux finances de l'Etat - constitue une composante assez prépondérante des charges ou des dépenses globalement supportées par les entreprises.

C'est d'ailleurs ce qui fait dire à Abderraouf YAICH que *« les impôts viennent, pour beaucoup d'entreprises, au troisième rang des décaissements juste après les fournisseurs et le personnel, voire même au deuxième rang des décaissements juste après les fournisseurs de matières et de marchandises ou le personnel pour certaines activités¹ »*. L'importance du coût fiscal s'explique essentiellement par le fait que presque tous les aspects de l'activité de l'entreprise et toutes ses transactions aussi bien courantes que non courantes sont porteurs d'incidence fiscale directement mesurable sur sa gestion.

La perception de la fiscalité par les contribuables a beaucoup évolué ces dernières années. A la base, la fiscalité n'était synonyme dans leur esprit que d'une source de risques dans la mesure où le non respect des règles et obligations à caractère fiscal expose indéniablement l'entreprise contrevenante à des redressements et des sanctions souvent douloureux en cas de contrôle

¹ A. YAICH, L'impôt sur les sociétés 2007 (Maîtrise des risques fiscaux), les éditions Raouf YAICH, 2007, p.28.

fiscal. Pour l'heure, la fiscalité est sur le point de jouer pour autant d'une bonne image bien qu'auprès d'une poignée des personnes imposables, ne serait ce que parce qu'elle ne comporte pas seulement des règles contraignantes à observer sous peine d'être sanctionné mais également des opportunités ou des avantages à saisir et ceci en laissant au contribuable la faculté ou la possibilité de choisir entre un certain nombre de dispositions de faveur, celle (s) répondant au mieux à ses intérêts.

Légitimes et naturels, ces intérêts consistent en la recherche de la voie la moins imposée ou de l'optimisation fiscale en langage expert. La méconnaissance d'une partie ou de la totalité de ces opportunités peut entraîner pour l'entreprise un important manque à gagner. De manière générale, deux grands outils d'optimisation fiscale sont prévus par la législation marocaine : Les régimes fiscaux de faveur ou d'incitation et les options fiscales.

Si nous nous limitons aux options fiscales, il importe de signaler que celles ci ne sont autres que des choix purement juridiques qui peuvent permettre aux contribuables qui les ont exercées, compte tenu des caractéristiques de leur entité, de bénéficier en toute légalité de réelles économies d'impôts. Ces options peuvent être levées à différents moments de la vie de l'entreprise (création, développement, implantation géographique, restructuration, etc) et que celle-ci soit en bonne ou mauvaise santé économique.

Compte tenu du contexte national actuel marqué par la propagation du coronavirus et d'une crise économique sans précédent, la plupart des entreprises marocaines traversent des moments difficiles car elles ne sont plus capables d'honorer leurs engagements faute notamment de ressources financières. Pour survivre ou pour s'en sortir avec le minimum de dégâts, celles-ci ont intérêt à agir vite et avec efficacité. De l'avis de plusieurs chercheurs en sciences de gestion, parmi les principaux outils de sauvetage auxquels elles

peuvent recourir en ces circonstances exceptionnelles figurent les options fiscales.

De fait, le recours à certaines options prévues par la législation fiscale marocaine offrira à l'entreprise en difficulté un double avantage : elles vont lui permettre de sortir de la crise dont elle souffre tout en étant moins coûteuses sur le plan financier. En gros, ce sont des solutions moins onéreuses car fiscalement avantageuses susceptibles de résoudre ou d'atténuer les difficultés qu'éprouvent à l'heure actuelle une bonne partie des entreprises du tissu économique national.

C'est dans cette perspective que nous situons notre travail de recherche intitulé « **L'optimisation fiscale de l'entreprise en difficulté au Maroc** ». Il a pour objectif de présenter les leviers fiscaux de faveur qu'une entreprise en difficulté a tout intérêt à mobiliser pour pouvoir in fine remonter la pente.

La problématique de la recherche

La question centrale à laquelle nous allons tenter d'apporter les principaux éléments de réflexion tout au long de cette étude est la suivante : « **Au Maroc, comment la fiscalité peut elle venir en aide aux entreprises en difficulté ?** »

Ainsi posée, cette question peut être déclinée en plusieurs sous-questions, parmi lesquelles nous citons :

- Existe-t-il au Maroc une fiscalité spécifique aux entreprises en difficulté ?
- Les options fiscales contenues dans la législation fiscale marocaine sont elles de portée générale ou spécifique ?
- Comment une entreprise en difficulté peut elle tirer profit de ses déficits fiscaux ?
- Pour quel mode de financement doit-elle opter pour soulager sa trésorerie ?

- Quel mode de restructuration de son capital doit-elle privilégier d'un point de vue fiscal?
- Quelle est l'incidence fiscale d'une opération de cession de titres ?
- Quel mode de rapprochement avec d'autres entreprises doit-elle privilégier d'un point de vue fiscal?
- Quels sont les avantages fiscaux que comporte l'opération de fusion-absorption aussi bien pour l'entreprise en difficulté que pour son partenaire ?
- Les options fiscales contenues dans la législation fiscale marocaine profitant à l'entreprise en difficulté sont-elles suffisantes en nombre ?
- Le seul recours aux options fiscales peut-il à lui seul suffire pour la sauvegarde de l'entreprise en difficulté ?

Les questions ainsi énoncées ci-haut feront évidemment la trame principale de notre travail de recherche qui sera, entre autres, articulé autour des deux parties suivantes :

Partie 1 : Les choix fiscaux relatifs aux solutions internes

- Section 1 : La gestion des déficits fiscaux
- Section 2 : Les aspects fiscaux de la restructuration du capital

Partie 2 : Les choix fiscaux relatifs aux solutions externes

- Section 1 : La restructuration de l'entreprise (cession des titres, fusion)
- Section 2 : Le recours à la dette

Partie 1 : Les choix fiscaux relatifs aux solutions internes

Quand une entreprise traverse des moments difficiles pour une raison ou pour une autre, elle doit tout mettre en œuvre pour s'en sortir au plus vite. Il faut reconnaître que les solutions qui sont à la disposition de l'entreprise en déclin sont diverses et nombreuses et il lui suffit pour y faire face d'activer les

bons leviers au bon moment. C'est dans ce sens que nous situons la première partie de ce travail de recherche, qui se donne pour objectif de développer les solutions fiscalement avantageuses que doit mettre en place l'entreprise en difficulté en interne de manière à améliorer sa situation financière, condition sine qua non de toute sortie de crise. Plus précisément, les deux solutions qui vont constituer l'ossature de cette partie sont la gestion des déficits fiscaux (section 1) et la restructuration du capital (section 2).

Section 1 : La gestion des déficits fiscaux

Dans la présente section, l'accent sera mis sur la notion de déficit fiscal, ses composantes, le bénéfice fiscal que l'on peut en tirer (paragraphe 1) et la manière dont peut procéder l'entreprise en difficulté pour maximiser ledit bénéfice et par conséquent minimiser le montant de l'impôt dû (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Généralités sur la notion de déficit fiscal

Le déficit ou le résultat déficitaire d'un exercice n'est autre que la différence négative entre les produits et les charges rattachables audit exercice. Quand la différence se fait entre les produits et les charges comptabilisés durant un exercice, on obtient ce que l'on appelle le résultat comptable alors que si elle se fait entre les produits imposables et les charges déductibles, c'est le montant du résultat fiscal qui est déterminé. Si ce montant se révèle négatif, on est en présence d'un déficit fiscal.

Par ailleurs, il importe de préciser que fiscalement, le déficit subi pendant un exercice par une entreprise soumise à l'IS ou à l'IR selon le régime du résultat net réel est considéré comme une richesse voire une source d'économie d'impôt. Plus précisément, il s'agit d'une charge déductible des résultats des exercices ultérieurs.

En effet, aux termes de l'article 12 du CGI : « le déficit d'un exercice comptable peut être déduit du bénéfice de l'exercice comptable suivant. A défaut de

bénéfice ou en cas de bénéfice insuffisant pour que la déduction puisse être opérée en totalité ou en partie, le déficit ou le reliquat du déficit peut être déduit des bénéfices des exercices comptables suivants jusqu'au quatrième exercice qui suit l'exercice déficitaire.

Toutefois, la limitation du délai de déduction à quatre exercices n'est pas applicable au déficit ou à la fraction du déficit correspondant à des amortissements régulièrement comptabilisées et compris dans les charges déductibles de l'exercice ».

Il en ressort que lors de la détermination du résultat fiscal net, base d'imposition de l'impôt, l'entreprise a intérêt à déduire du résultat fiscal brut de l'exercice les deux éléments du déficit des exercices antérieurs mais selon l'ordre suivant:

- ✓ La fraction des déficits fiscaux, hors amortissements, dont le report est limité dans le temps ;
- ✓ la fraction des déficits fiscaux correspondant aux amortissements dont le report n'est pas limitée dans le temps.

Reste à préciser que l'ordre d'imputation des deux parties du déficit s'impose de manière à pouvoir tirer profit de tout le déficit. A contrario, l'entreprise risque de perdre le droit de reporter en partie son déficit fiscal. D'où vient l'importance de bien gérer ses déficits fiscaux.

En effet, pour pouvoir tirer pleinement parti de ses déficits fiscaux, l'entreprise en difficulté a intérêt à gérer séparément chacune des deux composantes du déficit fiscal à savoir le déficit ordinaire (déficit hors amortissement) et le déficit correspondant à des amortissements réputés différés.

Paragraphe 2 : La gestion du déficit ordinaire

Pour que le droit au report du déficit ordinaire ne soit pas atteint par la prescription de quatre ans, l'entreprise doit mettre en place un certain nombre de solutions à même de réduire au minimum ledit déficit comme :

- ne pas recourir à l'imposition étalée des subventions d'équipement ;
- renoncer à la pratique de certaines provisions, même si une telle décision donne lieu à une anomalie sur le plan comptable ;
- rapporter aux résultats des provisions en sursis d'imposition dont l'objet n'est pas encore réalisé ;
- pratiquer une réévaluation libre du bilan, ou encore une imputation des déficits sur les réserves déjà constituées, ou enfin une réduction du capital.

En revanche, il faut noter également que le report déficitaire n'est pas possible dans les situations suivantes :

- il faut que l'entreprise qui a dégagé le déficit soit celle qui va le reporter. En d'autres termes, il ne peut y avoir, en principe, de transfert de déficit d'une entreprise à l'autre, même si elles appartiennent au même groupe. Cette règle comporte toutefois certaines exceptions qui seront développées dans la deuxième partie ;
- le report déficitaire ne sera plus possible dans le cas d'un changement important dans l'activité de la société, notamment quand il s'agit de la cessation de l'activité à la base de ce déficit et la création d'une autre.

Paragraphe 3 : La gestion du déficit fiscal correspondant aux amortissements

Pour pouvoir optimiser son report déficitaire, l'entreprise a intérêt, il faut le rappeler, à imputer son déficit ordinaire avant même celui qui se rap-

porte aux amortissements des exercices écoulés pour la bonne et simple raison que le second déficit peut être reporté sans aucune limite dans le temps.

En principe, les sociétés ont l'habitude d'imputer les amortissements de l'exercice en priorité avant les déficits des exercices antérieurs. Cependant, rien ne les empêche d'inverser l'ordre des imputations, de façon à « sauver » les déficits ordinaires susceptibles de faire l'objet de la prescription de 4 ans. Ce choix constitue « une décision de gestion » opposable à l'administration fiscale.

En résumé, les éléments du déficit fiscal sont à imputer selon l'ordre ci-après :

- les déficits ordinaires des exercices antérieurs, en commençant par les plus anciens non prescrits ;
- les amortissements des exercices antérieurs ;
- les amortissements de l'exercice en cours.

Si l'imputation des amortissements des exercices antérieurs se fait avant celle des amortissements de l'exercice en cours, l'entreprise parviendrait à limiter les conséquences d'un transfert ou changement d'activité auquel cas le report illimité cesse de s'appliquer.

Section 2 : la restructuration de capital de l'entreprise en difficulté

Cette seconde section a pour objet d'apporter les éléments de réponse aux questions suivantes :

Qu'entendons-nous par la notion d'augmentation et celle de réduction du capital ?

Pourquoi et comment une entreprise peut elle procéder à la modification de son capital à la hausse ou à la baisse ?

Quelle forme d'augmentation et quelle forme de réduction de capital conviennent le mieux à l'entreprise en difficulté ?

Paragraphe 1: l'augmentation de capital

Lorsqu'une entreprise se retrouve en déclin ou tout simplement dans une situation critique pour n'importe quelle raison, parmi les solutions qui s'offrent à elle figure l'augmentation de capital. En effet, le recours à l'augmentation de capital va permettre à l'entreprise en difficulté qui connaît une réduction critique de ses fonds propres d'assainir immédiatement sa situation financière.

Comme son nom l'indique, il s'agit d'une procédure juridique enclenchée par l'entreprise en vue d'accroître son capital social. Quelle que soit sa forme juridique, la société peut effectuer cette opération à n'importe quel moment et autant de fois que nécessaire tout au long de sa vie.

L'augmentation du capital dont il est question dans ce paragraphe ne couvre pas l'émission de nouvelles actions destinées aux investisseurs externes du moment que celle-ci fait partie des solutions externes, objet de la seconde partie de ce travail de recherche.

Puisqu'il s'agit d'une décision stratégique, l'augmentation de capital est obligatoirement décrétée dans le cadre d'une assemblée générale extraordinaire via le mécanisme de vote.

1.1 les modalités d'augmentation du capital

D'une manière générale, l'augmentation du capital d'une entreprise peut se faire comme suit :

- par incorporation des réserves ou des bénéfices ;
- par incorporation des créances en compte courant d'associés ;
- par apports nouveaux.

Quelle que soit la forme retenue par la société, l'augmentation de capital peut se traduire :

- soit l'augmentation de la valeur nominale des actions existantes ;
- soit par l'augmentation du nombre d'actions (émission d'actions nouvelles dont la valeur nominale est égale à celle des actions existantes ou anciennes)

Augmentation de capital par incorporation de réserves ou de bénéfices

L'augmentation de capital par incorporation de réserves ou de bénéfices s'analyse comme étant une opération par laquelle une partie des capitaux propres de la société est affectée pour étoffer son capital social. Plus précisément, il s'agit de ce que l'on appelle l'incorporation des bénéfices ou des réserves dans le capital social. En effet, Les bénéfices ou les réserves cumulés, d'un montant conséquent peuvent être utilisés pour renforcer les fonds propres de la société. De ce fait, ils ne prennent pas la forme de dividendes ou autre forme de rémunération du capital car ils ne sont pas départagés entre les associés ou actionnaires.

Sont susceptibles d'être capitalisés :

- toutes les réserves comptabilisées : légale, statutaire ou contractuelles, facultatives et réglementées ;
- les bénéfices : report à nouveau, résultat net en instance d'affectation et le résultat net de l'exercice.

L'incorporation de réserves ou de bénéfices par l'émission de nouvelles actions ne requiert pas l'entrée de nouveaux actionnaires ou associés. L'apport s'effectue par un virement classique entre le compte des réserves ou de bénéfice et le compte lié au capital social.

Augmentation de capital par incorporation des créances en compte courant d'associés

L'augmentation de capital par incorporation des créances en compte courant d'associés est une opération qui consiste à transformer une créance en compte courant d'associé en capital social. En effet, tout associé qui dispose d'un compte courant créditeur sur sa société et qui souhaite contribuer à l'accroissement des fonds propres de cette dernière peut demander la conversion de son avance en compte courant en capital social. Sur le plan comptable, la dette que possède l'entreprise envers un de ses associés va disparaître de son bilan pour faire partie intégrante de son capital social, ce qui lui permet d'afficher des comptes plus sains en rehaussant son niveau de ressources propres.

Augmentation de capital par apports nouveaux

L'entreprise recourt à cette forme d'augmentation lorsque l'accroissement de capital n'intéresse que les anciens actionnaires ou associés et que la répartition du capital doit rester inchangée. Les apports que les actionnaires ou les associés vont mettre à la disposition de leur société peuvent être en numéraire ou en nature comme ils peuvent être à titre pur et simple ou à titre onéreux.

Apport en numéraire

Les apports en numéraire désignent les montants en argent que les associés ou les actionnaires apportent à l'entreprise. Les apports sous forme de liquidités sont directement injectés dans le capital social. Néanmoins, cette forme d'augmentation de capital ne peut s'effectuer que si le capital social initial a été intégralement libéré.

Le versement de l'apport numéraire peut se faire de trois manières :

- en espèces ;

- virement bancaire ;
- remise de chèque bancaire.

Généralement, en contrepartie d'un versement, l'apporteur reçoit de nouvelles parts ou actions ou voit le nominal de ses actions ou parts déjà existantes augmenter.

Apport en nature

Contrairement à la modalité précédente d'augmentation de capital, les apports effectués par les associés ou les actionnaires ne prennent pas la forme de liquidités mais plutôt d'un ou de plusieurs biens en nature. Il peut s'agir par exemple :

- D'équipements, de matériels, de machines ;
- D'un brevet ou d'une connaissance spécifique ;
- D'un fonds de commerce ;
- D'un bien immobilier.

Il n'est pas anodin de noter que l'augmentation de capital par apport en nature ne peut se faire qu'après avoir nommé un commissaire aux apports. Son rôle consiste à évaluer la valeur des biens en nature, par ailleurs, pour qu'un bien puisse faire l'objet d'un apport en nature, les deux conditions suivantes doivent être remplies :

- il doit pouvoir faire l'objet d'une évaluation pécuniaire,
- et sa propriété ou sa jouissance est transférable.

Apport pur et simple

L'apport pur et simple est l'opération par laquelle l'apporteur transmet un ou plusieurs éléments d'actif à sa société lors d'une augmentation de capital. L'actif transmis n'est pas grevé par des éléments de passif. En contrepartie de cet apport, les associés ou les actionnaires reçoivent de nouvelles parts ou actions ou voient le nominal de leurs titres augmenter.

Apport à titre onéreux

on parle d'apport à titre onéreux lorsque les apports réalisés pour le compte d'une société sont grevés d'éléments de passif. Les dettes rattachées à cet apport sont prises en charge par la société.

1.2 le choix entre les modalités d'augmentation de capital

la forme d'augmentation de capital que doit privilégier l'entreprise en difficulté de par notamment sa santé financière est bien entendu celle qui lui permet à la fois de soulager sa trésorerie et d'optimiser le montant de l'impôt auquel est assujettie l'augmentation de capital à savoir les droits d'enregistrement.

Les formes d'augmentation de capital à exclure car ne répondent pas soit à l'un des deux critères susvisés soit à tous les deux sont :

- augmentation de capital par incorporation des réserves ou de bénéfice
- augmentation de capital en compte courant d'associé
- augmentation de capital par apport en nature à titre pur et simple et à titre onéreux
- augmentation de capital par apport en numéraire à titre onéreux.

De ce qui précède, nous pouvons affirmer que seule l'augmentation de capital réalisée par apport en numéraire à titre pur et simple demeure la forme optimale à bien des égards pour une entreprise en déclin. D'un point de financier, ce type d'augmentation de capital donne lieu à une injection effective des fonds dans l'entreprise ce qui peut sans doute permettre un soulagement de sa trésorerie et d'un point de vue fiscal, cette option bénéficie d'une exonération en matière des droits d'enregistrement.

En effet, d'après l'article 129 du CGI les actes d'augmentation de capital des sociétés réalisés par apports en numéraire à titre pure et simple, par in-

corporation des créances en compte courant d'associé ou par incorporation de bénéfices ou de réserves sont exonérés en matière de droits d'enregistrement.

Par ailleurs, eu égard aux articles 133 et 135 du CGI, les formes d'augmentation de capital autres que celles citées ci-dessus sont soumises aux droits d'enregistrement selon un taux réduit de 0.5% juste par rapport à la partie positive de l'apport et à des droits de mutation à raison du passif que comporte l'apport et qui sera pris en charge par la société bénéficiaire de l'apport. Le taux de 0.5% n'est pas à appliquer lorsque le capital social souscrit au titre de l'apport pur et simple ne dépasse pas 500 000DH, car la loi soumet une telle augmentation de capital à un droit fixe de 1000 DH.

Paragraphe 2: La réduction du capital

1. Les enjeux de la réduction du capital

Il s'agit de l'une de nombreuses formes d'opérations sur le capital social. Comme son nom l'indique, la réduction du capital social est une opération qui consiste à réduire le montant du capital social à une valeur inférieure à celle prévue dans les statuts. Généralement, elle peut être décidée par la société dans deux situations :

- ❖ soit lorsque les pertes enregistrées par la société sont tellement importantes qu'elles réduisent de manière considérable le montant des capitaux propres. L'objectif recherché est donc l'assainissement financier ;
- ❖ soit lorsque le capital social semble trop important et qu'une bonne partie des ressources propres est laissée oisive, ce qui constitue sans conteste un manque à gagner pour la société. De ce fait, la société décide d'affecter en partie son capital pour le remboursement des associés ou actionnaires.

La notion de réduction du capital ne doit en aucun cas être confondue avec celle de l'amortissement de capital qui désigne simplement le remboursement par anticipation du nominal des actions sans que le capital de la société soit modifié.

La réduction du capital entraîne une modification des statuts. Cette décision ne peut donc être prise que par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires ou des associés.

La réalisation de l'opération de réduction de capital social s'effectuera différemment suivant qu'elle soit motivée par des pertes ou non.

La réduction du capital s'effectue en procédant à :

- ❖ la diminution de la valeur nominale de l'action ou de la part sociale,
- ❖ la diminution du nombre d'actions ou de parts sociales en annulant une partie des titres détenus par chaque associé,
- ❖ le rachat des titres de la société en vue de leur annulation,

D'un point de vue juridique, pour que la réduction de capital ne soit pas remise en cause, la société ne doit pas aller en dessous du capital minimum légal. Cette limite fixée par le code de commerce est atteinte lorsque les capitaux propres représentent la moitié du capital social.

Si à présent nous limitons notre réflexion sur les bénéfices de la réduction du capital pour une entreprise en difficulté, il ne fait pas de doute que cette forme de modification du capital peut lui être d'une extrême utilité et ce pour une double raison.

D'un coté, cette décision va lui permettre d'apurer les pertes figurant à son passif en les faisant supporter en tout ou en partie par le capital. C'est une manière d'associer ou de faire contribuer les apporteurs de capitaux actuels à l'assainissement de la situation financière la société. Inutile de préciser à cet

égard que la présence de pertes importantes ne jouent en aucun cas en faveur de la société du fait qu'elle pourrait éventuellement entraîner une perte de confiance d'un certain nombre de partenaires clés comme par exemple les créanciers de la société qui vont avoir l'impression qu'ils ont affaire à un mauvais payeur ou les associés qui voient leurs placements ou leurs investissements porter aucun fruit pendant cette période de crise.

D'un autre côté, la réduction du capital en cas d'existence de pertes est souvent décidée pour servir d'un préalable facilitant une augmentation du capital en numéraire destinée à procurer à la société de nouveaux fonds nécessaires pour redresser sa situation. Ce faisant, les nouveaux actionnaires ou associés vont être rassurés qu'ils n'ont pas à supporter les pertes anciennes. Cette pratique d'augmentation de capital juste après l'avoir réduit est connue sous le nom de « coup de l'accordéon ». elle peut être porteuse d'un avantage fiscal sous un certain nombre de conditions.

D'après l'article 129 du CGI, sont exonérées des droits d'enregistrement les sociétés qui procèdent dans les trois années de la réduction de leur capital, à la reconstitution totale ou partielle de ce capital.

2. Le traitement fiscal de l'opération de la réduction de capital

La réduction du capital motivée par la présence des pertes est une opération fiscalement neutre pour les actionnaires ou les associés car d'un point de vue comptable elle n'a aucune incidence sur les fonds propres de la société en difficulté. En effet, il s'agit tout simplement d'un jeu à somme nulle du fait que l'enregistrement comptable effectué en l'occurrence consiste concurremment à solder les pertes figurant au bilan et à réduire d'un montant équivalent le capital social. D'autant plus que cette pratique ne donne lieu à aucune distribution de revenus au profit des apporteurs de capitaux actuels.

Bien que les pertes disparaissent des comptes de la société, elles restent utilisables fiscalement. En effet, la société ayant procédé à la réduction de son capital en vue d'apurer ses pertes se réserve le droit après ladite opération d'imputer ou de rabattre lesdites pertes (les déficits précédemment dégagés) sur les bénéfices des exercices à venir sous réserve de respect des conditions de report posées par le CGI.

En revanche, la réduction de capital animée ou non par des pertes doit impérativement faire l'objet d'une formalité de l'enregistrement et est donc soumise conformément à l'article 135 - 15° du CGI au droit fixe de 200 dirhams.

Conclusion de la première partie

Dans cette première partie, un focus a été fait sur deux mesures internes que l'entreprise qui connaît des difficultés a intérêt à engager en vue d'éviter à tout prix la faillite. Ces mesures ne sont autres que la gestion des déficits fiscaux et la restructuration du capital. La première mesure va permettre certes à l'entreprise en question de minimiser sa dette envers l'administration fiscale mais elle ne peut pas suffire à elle seule pour assainir sa situation financière du moment qu'elle a autant de dettes envers plusieurs partenaires. D'où vient la nécessité de recourir à la restructuration du capital, un mécanisme réputé non seulement pour son efficacité mais également pour son cout fiscal alléchant. En effet, grâce à l'augmentation du capital, l'entreprise en difficulté peut lever des fonds nouveaux pouvant sans doute lui permettre de poursuivre son activité, financer de nouveaux projets d'investissement et enfin rassurer les partenaires inquiets et les banques réticentes à lui prêter des fonds.

De même, l'augmentation du capital quand elle se solde par l'entrée des investisseurs étrangers dans le capital de l'entreprise, pourrait aboutir à une modification des rapports de force au sein de l'entreprise et par conséquent à une gestion plus rigoureuse.

Quant à la réduction du capital, seconde forme de modification de capital, elle a pour principale rôle d'assainir la situation de la société en absorbant les pertes, de manière à ne pas dissuader les investisseurs potentiels de souscrire à toute augmentation de capital qui pourrait éventuellement être décidé juste après ladite réduction de capital.

En revanche, si les difficultés de l'entreprise sont structurelles, nombreuses, graves et compliquées et s'il se trouve que la restructuration de son capital à la hausse et à la baisse ne suffit pas pour venir à bout de toutes ces difficultés, il lui incombe de se rapprocher avec une autre entreprise, un rapprochement qui peut prendre la forme d'une filialisation ou celle d'une fusion.

Partie 2 : les choix fiscaux relatifs aux solutions externes

Lorsque les solutions précédemment développées semblent insuffisantes ou ne permettent pas à l'entreprise en difficulté de remonter la pente, celle-ci a la possibilité de nouer des partenariats avec un certain nombre d'entreprises exerçant des activités concurrentes ou complémentaires en mesure de lui venir en aide. Les modalités desdits partenariats sont certes multiples mais dans cette seconde partie, l'accent va être mis en particulier sur celles qui sont à la fois moins coûteuses fiscalement et efficaces économiquement. Les principales solutions qui répondent à ces deux critères demeurent, me semble-t-il, la filialisation de l'entreprise en difficulté d'un côté (section 1) et sa fusion d'un autre côté (section 2).

Section 1 : L'acquisition de l'entreprise en difficulté

Parmi les solutions externes qui s'offrent à l'entreprise en difficulté dans la perspective de son sauvetage, est se faire acquérir par une entreprise tierce exerçant une activité concurrente ou complémentaire. Cette dernière a le choix entre deux modes d'acquisition et deux modes de financement de ladite opération. Quel mode d'acquisition et quel mode de financement doivent être

privilégiés non seulement pour venir en aide à l'entreprise en difficulté mais également pour minimiser le cout fiscal induit par ce rapprochement ? C'est à cette question que cette première section se propose donc de répondre.

Paragraphe 1 : Les modes d'acquisition d'une entreprise

1. Le mode d'acquisition directe

Il s'agit d'une opération par laquelle une entreprise dite initiatrice ou acquéreur rachète directement c'est-à-dire sans aucun intermédiaire plus de 50% du capital ou des titres de capital d'une autre entreprise dite cible. A l'issue de cette opération, la société cible devient une filiale de la société acquéreur. On parle alors d'une acquisition tout simplement lorsqu'une société détient une prise de participation qui soit majoritaire dans le capital d'une autre société.

Cette méthode est surtout utilisée pour reprendre une société de petite taille ou lorsque le prix d'acquisition de la société cible n'est pas important et peut être financé par des fonds propres. De fait, ce montage classique d'acquisition reste le plus simple à mettre en oeuvre.

2. Le mode d'acquisition indirecte

Dans ce schéma, le rachat de la société cible se fait par l'intermédiaire d'une holding dite d'acquisition ou de reprise généralement constituée par la société acquéreur dans ce dessein. Une holding est une société qui prend des participations financières dans d'autres sociétés et qui en dirige ou contrôle l'activité. Il existe deux types de sociétés holding :

- Les sociétés holding passives, qui se contentent uniquement de détenir des participations dans d'autres sociétés ;
- Les sociétés holding actives, qui, en plus de ce qui a été précisé juste avant, fournissent des services à leurs filiales.

Les fonds propres de la holding sont versés par le repreneur et seront renforcés en cas de besoin par des financements étrangers contractés par cette dernière pour pouvoir prendre le contrôle de la société convoitée. La société cible devient alors une filiale de la holding dite aussi société mère qui elle-même propriété de la société acquéreur.

Contrairement au mode précédent, le recours au mode d'acquisition indirecte s'impose vraiment lorsque l'opération d'achat vise une société de taille plus importante et nécessite de mobiliser des fonds externes.

I. Les modes de financement de l'acquisition d'une entreprise

1. Acquisition par achat d'actions

Il s'agit d'une opération par laquelle la propriété des titres de contrôle d'une société cible est transférée de ses actionnaires vers la société acquéreur. Le transfert se fait dans le cadre d'un achat simple des actions ou des parts sociales concernées. Lors d'une opération d'acquisition par achat d'actions, l'acquéreur règle, au comptant ou à terme, le prix d'achat des titres aux actionnaires de la cible, ce qui entraîne une sortie réelle de fonds.

Le prix proposé par la société acquéreur aux actionnaires de la société cible joue un rôle décisif dans les opérations d'acquisition. En effet, pour convaincre les actionnaires de la cible de vendre leurs titres à l'acquéreur, ce dernier est souvent contraint de proposer un prix supérieur à la valeur de marché. La différence entre le prix proposé et la valeur de marché de la cible avant l'opération est appelée prime d'acquisition. Cette prime constitue une estimation de la valeur attribuée par le management de l'acquéreur pour obtenir le contrôle de la cible. Elle doit être suffisamment attractive pour inciter les actionnaires de la cible à céder leurs actions.

2. Acquisition par échange d'actions

Il s'agit d'une opération par laquelle la cible devient une filiale de la société acquéreur et les actionnaires de la cible actionnaires de l'acquéreur. Autrement dit, l'acquisition par échange d'action constitue tout simplement une opération de prise de participation majoritaire par échange de titres.

La mise en œuvre de l'acquisition par échange d'actions est assez simple. L'entreprise initiatrice propose aux actionnaires de la cible d'échanger leurs actions contre les actions de l'entreprise initiatrice. A cette occasion, l'entreprise initiatrice procède à une augmentation de capital par émission de nouveaux titres et suggère l'échange de ces nouvelles actions contre des actions de la cible. Une fois l'opération terminée, les actionnaires de la cible qui ont accepté l'échange deviennent actionnaires de la société initiatrice. Les acquisitions par échange d'actions sont proches à la fois des opérations d'acquisition par achat d'actions car la cible devient une filiale de l'acquéreur et celles de fusion du fait que les actionnaires de la cible deviennent des actionnaires de l'acquéreur.

Sur le plan technique, le point clé d'une opération d'acquisition par échange d'actions réside dans la fixation de la parité d'échange. Celle-ci indique combien d'actions de la société initiatrice peut obtenir un actionnaire de l'entreprise cible qui accepte d'échanger une seule de ses actions. La parité d'échange correspond au rapport observé entre les valeurs économiques des deux entités, augmenté éventuellement d'une prime de contrôle. Elle permet en outre de déterminer le nombre d'actions théoriques à émettre par la société acquéreur en vue de procéder à l'échange. Le nombre final des actions à émettre sera naturellement fonction du pourcentage d'actionnaires de la cible ayant répondu favorablement à l'offre.

Paragraphe 2: Le choix entre les deux modes d'acquisition

Pour pouvoir identifier le mode d'acquisition le plus avantageux d'un point de vue fiscal, nous avons jugé opportun de présenter le traitement fiscal de tout un chacun avant d'en faire le rapprochement.

Pour ce qui est du mode d'acquisition directe, il importe de préciser que quel que soit le mode de financement retenu, l'apport ou la cession des titres par les personnes physiques de la société cible en difficulté en faveur de la société acquéreur est imposable à l'IR à raison de la plus value dégagée en tant que profit de capitaux mobiliers ainsi qu'aux droits d'enregistrement. Autrement dit, c'est le régime fiscal de droit commun qui s'applique automatiquement dans ce cas. Il convient de noter également que contrairement à l'impôt sur la plus value susvisée, les droits d'enregistrement incombent à l'acquéreur.

Il va sans dire que le cout fiscal qui en découle semble relativement exorbitant et il est d'autant plus élevé que la plus value d'apport ou de cession est importante. De ce fait, cette situation n'arrangera certainement pas toute entreprise cédante ou apporteuse dont la situation financière est déjà dégradée.

En revanche, lorsque le rachat de l'entreprise en difficulté se fait par le biais d'une société holding constituée à cette fin par le repreneur, l'apport des titres de capital par les personnes physiques est défiscalisé au Maroc et ce depuis le 1^{ER} janvier 2020 et le régime fiscal qui peut s'y appliquer est qualifié d'incitatif par le CGI.

En effet, selon ce régime optionnel, l'impôt sur la plus value dû par l'apporteur n'est pas exigible immédiatement car son paiement est reporté dans le temps. Par ailleurs, les droits d'enregistrement restent payables dans l'immédiat. En d'autres termes, ce nouveau régime accorde à l'apporteur des titres ce qu'on appelle un sursis d'imposition de la plus value dégagée suite à l'apport.

La mise en place de ce nouveau régime fiscal par le législateur en 2020 s'explique, me semble-t-il, par la volonté de l'Etat d'inciter les entreprises marocaines en général et les entreprises familiales en particulier à se restructurer en groupes pilotés par des holdings pour une gestion plus efficace et un gain de compétitivité. Quelques années avant, une telle restructuration était largement entravée par des considérations notamment fiscales.

D'après l'article 161 ter du CGI, le bénéfice dudit régime est subordonné au respect des conditions suivantes :

- les titres de capital apportés doivent être évalués par un commissaire aux apports choisi parmi les personnes habilitées à exercer les fonctions de commissaire aux comptes ;

- le contribuable ayant procédé à l'apport de l'ensemble de ses titres de capital s'engage dans l'acte d'apport à payer l'impôt sur le revenu au titre de la plus-value nette résultant de l'opération d'apport, lors de la cession partielle ou totale ultérieure, de rachat, de remboursement ou d'annulation des titres reçus en contrepartie de l'opération d'apport ;

Pour la société bénéficiaire de l'apport, la plus-value nette résultant de la cession des titres de capital susvisés, est déterminée par la différence entre le prix de cession et la valeur des titres au moment de l'apport.

Dans ce cas, l'imposition afférente à la plus-value nette réalisée au titre de l'opération d'apport précitée effectuée par les personnes physiques est également établie.

En outre, Les contribuables ayant effectué l'apport de l'ensemble de leurs titres de capital, doivent remettre contre récépissé, à l'inspecteur des impôts du lieu de leur domicile fiscal, une déclaration souscrite sur ou d'après un imprimé modèle établi par l'administration dans les soixante (60) jours qui suivent la date de l'acte de l'apport.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons avancer que dans la perspective d'optimisation fiscale c'est sans doute le mode d'acquisition indirecte financé par échange de titres qu'il faut privilégier pour acquérir une entreprise en difficulté.

Section 2 : La fusion avec une entreprise de difficulté

A l'image de la solution proposée dans la section précédente, la fusion peut être un mode de rapprochement pouvant permettre à l'entreprise en difficulté de se remettre sur pied tout en étant fiscalement avantageux. Pour ce faire, il suffit d'identifier et d'opter pour le bon régime fiscal de fusion. De ce fait, un zoom sera fait sur les différents régimes fiscaux de fusion prévus par notre législation (Paragraphe 1) avant d'en arriver à la question du régime fiscal qu'il convient de choisir à cet égard (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : les régimes fiscaux de fusion

Régime de droit commun

Comme indiqué précédemment, la fusion peut s'opérer soit par voie d'absorption soit par voie de création d'une nouvelle société. Quel que le soit mode choisi, lorsque les sociétés parties prenantes à l'opération ne conviennent pas d'opter pour le régime particulier de fusion, c'est le régime de droit commun qui s'y applique automatiquement.

Etant prévu à l'article 19 de la loi 24-86 ou à l'article 161 du CGI, le régime de droit commun considère l'opération de fusion comme une cession voir une dissolution des entreprises fusionnées ou de celle objet d'absorption, entraînant ainsi une cessation d'activité. Une telle perception des choses nous donne l'impression qu'on a affaire à un régime fiscal aveugle du fait qu'il fait complètement fi du sort économique qui est réservé en particulier aux entités juridiquement disparues au delà de la fusion.

Dès lors, toute entreprise absorbée ou fusionnée va se voir subir les conséquences fiscales d'une dissolution. En effet, la fusion va donner lieu à l'imposition immédiate au nom de toute société absorbée ou fusionnée :

- Du bénéfice d'exploitation réalisé entre le début de l'exercice et la date de fusion, sous déduction des déficits fiscaux antérieurs dont dispose l'entreprise absorbée et ce même dans le cas où la fusion a été effectuée avec effet rétroactif ;
- Des plus values dégagées sur aussi bien les éléments de l'actif que les titres de participation apportés à la société absorbante ;
- Des provisions pour risques et charges qui conservent leur objet ainsi que des provisions pour dépréciation lorsque la valeur d'apport des éléments provisionnés se révèle supérieure à leur valeur nette comptable.
- De la prime de fusion¹ réalisée par la société absorbante sur les biens qui lui sont apportés par la société absorbée. Dans ce cas, la société absorbante ne joue que le rôle de collecteur de l'impôt au profit de l'Etat.

Du moment que la fusion est vue comme une cessation d'activité, toute entreprise qui a fait l'objet de dissolution est tenue de déposer la déclaration de cessation dans 45 jours à compter de la date de fusion.

En matière de TVA, il convient de préciser que les dispositions du CGI sont bel et bien communes aux deux régimes fiscaux de fusion. Ainsi, la société fusionnée ou absorbée est tenue de verser non seulement la TVA due mais également la TVA facturée sur les ventes, inscrites à son Bilan au moment de la fusion, et ce compte tenu du régime d'imposition sous lequel l'entreprise est placée. Pour ce qui est de la TVA récupérable, le législateur a conféré à

¹ La prime de fusion correspond à l'excédent de la valeur des biens apportés par la société absorbée sur la valeur nominale des titres reçus par les actionnaires ou les associés de la même société.

l'entreprise fusionnée ou absorbée la possibilité de transférer son droit à déduction, inscrit au Bilan à la société absorbante ou nouvellement créée.

Le régime particulier de fusion des sociétés

Il importe de préciser de prime abord que le régime de droit commun a pour principale limite de pénaliser l'entreprise absorbée ou apporteuse sur le plan économique du fait que le coût fiscal induit par la fusion et supporté intégralement par ladite entreprise semble prohibitif et il l'est d'autant plus que la société connaît des difficultés financières.

Afin d'y remédier et de favoriser ainsi le regroupement et la concentration des entreprises, le législateur fiscal a mis en place un second régime dit particulier car contrairement au régime de droit commun il est constitué des dispositions spécifiques à la fusion. L'idée est de transférer toute la charge d'impôt générée par la fusion -incombant dans le cadre du premier régime en totalité à l'entreprise absorbée- à l'entreprise absorbante. Toutefois, les avantages qui en découlent profitent également bien que dans une moindre mesure à l'entreprise absorbante. Le bénéfice des avantages du régime optionnel est subordonné au respect d'un certain nombre de conditions ou d'obligations qui, il faut le préciser, pèsent uniquement sur l'entreprise absorbante.

Le grand bénéficiaire de ce régime est sans doute la société absorbée étant donné qu'elle ne va pas être imposée sur la plus value nette¹ réalisée suite à l'apport de l'actif immobilisé et des titres de participation. Il en est de même pour les provisions pour risques et charges qui conservent encore leur objet ou dont l'imposition est différée. En revanche, à l'image du régime fiscal normal, les plus values découlant de l'apport des éléments autres que l'actif

¹ L'exonération de la société absorbée ne doit pas faire croire que la plus value nette réalisée par cette dernière échappe à l'imposition du moment qu'elle va être taxée chez la société absorbante. Il s'agit juste alors d'un transfert de la charge d'impôt d'une société à l'autre. Pareil pour les provisions qui conservent leur objet.

immobilisé et les titres de participation ainsi que le bénéfice d'exploitation généré durant l'exercice de fusion demeurent imposables chez la société absorbée. Il ressort alors de ce qui précède que l'exonération de la société absorbée dans le cadre du second régime est loin d'être totale.

Dans le même ordre d'idées, lorsque la fusion est réalisée avec un effet rétroactif, le CGI autorise l'entreprise absorbée à transférer tout son résultat bénéficiaire ou déficitaire se rapportant à la période intercalaire à la société absorbante, sans qu'elle puisse pour autant en déduire les amortissements des éléments apportés ayant été constatés au cours de ladite période.

Pour que la plus value nette réalisée par la société absorbée suite à l'apport de son actif immobilisé et ses titres de participation ne soit pas imposée entre les mains de cette dernière, il incombe à la société absorbante, à lui seule de satisfaire un certain nombre de conditions. En effet, elle est tenue d'abord de déposer dans un délai de 30 jours suivant l'acte de fusion une déclaration écrite accompagnée :

- D'un état récapitulatif des éléments apportés comportant tous les détails relatifs aux plus values réalisées ou aux moins values subies et dégageant la plus value nette ;
- D'un état concernant, pour chacune des sociétés absorbées, les provisions figurant au passif du bilan avec indication des provisions qui n'ont pas fait l'objet de déduction fiscale ;
- De l'acte de fusion dans lequel la société absorbante s'engage à reprendre, pour leur montant intégral les provisions pour risques et charges¹ dont l'imposition est différée d'un coté et à réintégrer dans ses bénéfices imposables, la plus value nette réalisée par la

¹ La société absorbante n'a pas l'obligation de reprendre les provisions pour dépréciation constituées par la société absorbée étant donné qu'elle va enregistrer les éléments apportés pour leur valeur d'apport.

société absorbée sur l'apport selon les modalités suivantes d'un autre côté.

En effet, la réintégration de la plus value nette dont il est question ici peut être totale comme partielle, et peut se faire dans un seul exercice comptable comme dans plusieurs, et ce suivant les cas ci-après : Lorsque parmi les éléments de l'actif immobilisé figurent des terrains dont la valeur d'apport est égale ou supérieure à 75% de la valeur global de l'actif net immobilisé de la société absorbée, la société absorbante est tenue de réintégrer toute la plus value nette de l'actif immobilisé et des titres de participation au résultat bénéficiaire du premier exercice comptable clos après la fusion. A défaut, la société absorbante ne doit réintégrer dans le résultat fiscal que la plus value nette des éléments amortissables par fractions égales et ce sur la période d'amortissement desdits éléments. Pour ce qui est de la plus value nette sur les éléments non amortissables et les titres de participation, il convient de préciser que l'impôt qui s'y applique ne doit être versé par la société absorbante que lorsque lesdits éléments font l'objet de cession ou de retrait.

Comme indiqué précédemment, ce second régime offre des avantages non seulement à la société absorbée mais également à la société absorbante et à ses nouveaux actionnaires après la fusion. La preuve en est l'exonération de la prime de fusion réalisée par la société absorbante et correspondante à la plus value sur sa participation dans la société absorbée et des droits de mutation relatifs à la prise en charge du passif de la société absorbée par la société absorbante. Sans oublier pour autant le report d'imposition des plus values résultant de l'échange des titres entre les deux sociétés chez les actionnaires de la société absorbée jusqu'au moment de cession ou de retrait de ces titres.

La société absorbante est tenue également de ne pas déduire de ses bénéfices, sous peine de perdre le droit de lever cette option, les dotations aux provisions pour dépréciation des titres objet d'apport et ce pendant toute la durée

de détention de ces titres d'une part ainsi que les déficits cumulés hors amortissement figurant dans la déclaration fiscale du dernier exercice précédant la fusion.

Paragraphe 2 : Le choix entre les deux régimes fiscaux

Le régime de droit commun semble le plus avantageux pour l'entreprise absorbée dans le cas où celle-ci dispose d'importants déficits fiscaux antérieurs. En effet, leur imputation sur le bénéfice d'exploitation réalisé entre le début de l'exercice et la date de fusion pourrait neutraliser l'impact fiscal induit par la fusion pour l'entreprise absorbée si le déficit à reporter se révèle supérieur aux plus values d'apport¹. Dès lors, le cout fiscal de la fusion qui incombe intégralement dans le cadre de ce régime à l'entreprise apporteuse s'en trouve considérablement diminué si ce n'est supprimé.

Quand la fusion est placée sous le régime de droit commun pour le motif précédemment évoqué, l'entreprise absorbante en tire aussi profit sur le plan fiscal du moment qu'elle va pouvoir dégager un supplément d'amortissement correspondant à la différence entre la valeur réelle des biens apportés et leur valeur nette comptable dans le bilan de la société absorbée, dont la déduction au titre d'un certain nombre d'exercices est sans doute une source non négligeable d'économie d'impôt, sans oublier pour autant que le cout fiscal de la fusion n'est pas mis à sa charge.

En bref, l'option pour le premier régime se justifie en grande partie quand l'entreprise absorbée a la possibilité de profiter de ses propres déficits fiscaux antérieurs de manière à réduire au minimum le cout fiscal de la fusion. En d'autres termes, si le choix se porte sur le premier régime c'est sans doute

¹ Dans le cadre du régime normal, les déficits de la société absorbée ne peuvent en aucun cas être transférés à l'entreprise absorbante.

parce que l'entreprise absorbante n'a aucune prétention à l'égard des déficits fiscaux de l'entreprise absorbée en raison de leur bénéfice fiscal limité.

L'option pour le régime particulier devient intéressante lorsque l'entreprise absorbée ne dispose pas ou presque de déficits fiscaux antérieurs ou dispose des déficits tellement conséquents qu'ils suscitent l'intérêt de l'entreprise absorbante.

En effet, ce second régime convient parfaitement à l'entreprise absorbée car celle-ci ne va pas d'un côté être imposée à raison des plus values d'apport réalisées (Actif immobilisé et titre de participation) et d'autre côté réintégrer les provisions pour risques et charges qui conservent leur objet comme c'est le cas dans le cadre du premier régime. Le coût fiscal de la fusion se trouve ainsi transféré en grande partie à l'entreprise absorbante.

Pour ce qui est de l'entreprise absorbante, le régime de faveur lui permet surtout de profiter s'il y en a des déficits fiscaux antérieurs de l'entreprise absorbée, source de substantielle économie d'impôt et ce dans les limites admises par la loi. A cet égard, l'entreprise absorbante a même la faculté d'en tirer profit au titre de l'exercice où le rapprochement a eu lieu à condition que la fusion soit conclue avec effet rétroactif. Au-delà de cet exercice, le report des déficits fiscaux ayant subsisté ne peut être total mais ne va désormais concerner que la fraction du déficit correspondant aux amortissements régulièrement comptabilisées par l'entreprise absorbée.

En revanche, lorsque l'entreprise absorbée souffrant de difficultés financières ne dispose pas de déficits intéressants, le choix du second régime s'impose pourtant étant donnée l'intérêt économique majeur que présente l'entreprise absorbée pour l'entreprise absorbante. Ici les considérations fiscales semblent sans importance, tout ce qui compte vraiment reste, il faut le rappeler, l'accès à la synergie recherchée par l'opération de fusion.

Conclusion de la deuxième partie

La seconde partie, quant à elle, s'est attachée à présenter les deux modes de rapprochement qui semblent bénéfiques pour le redressement de l'entreprise en difficulté. Mais pour que ledit rapprochement soit possible, il faut que les acteurs économiques qui évoluent autour de l'entreprise en difficulté soient particulièrement intéressés par sa situation et par l'avantage qu'il est possible d'en tirer.

La filiation est sans doute le mode de rapprochement le plus simple pour la société acquéreur car juridiquement elle est souple bien qu'elle présente moins d'avantages fiscaux que la fusion. Sa mise en œuvre nécessite de la part de l'entreprise en difficulté de s'adresser à une société souhaitant procéder à une opération de croissance externe via son rachat. Au delà de la simplicité, la filialisation constitue une décision réversible, du moment que l'entreprise acquéreur dispose de la possibilité de céder à tout moment les titres de l'entreprise cible si son redressement escompté ne se produit pas à brève échéance.

Le second mode de rapprochement proposé ici est, vous l'aurez compris, la fusion. A l'instar du mode précédent de rapprochement, la fusion permet non seulement de sauver l'entreprise de la faillite donc elle est économiquement efficace mais également d'optimiser le cout fiscal qui en découle. La seule différence qui existe sur le plan fiscal par rapport à la méthode de filialisation est que dans le cadre de la fusion, les déficits antérieurs à l'opération dégagés par l'entreprise en difficulté peuvent être utilisés en partie par l'acquéreur sous un certain nombre de conditions.

Pour finir, il ne nous reste plus qu'à préciser que quel que soit le mode de rapprochement privilégié par l'entreprise acquéreur, l'enjeu doit être avant tout économique. Mais pour minimiser le cout de l'opération envisagée, l'aspect fiscal doit sans doute entrer en jeu.

Conclusion générale

La présente réflexion a été menée sur les différents leviers fiscaux que l'entreprise en difficulté a intérêt à actionner dans le but d'assainir sa situation économique et financière. Les principales conclusions qui peuvent être tirées à ce sujet sont :

Tout d'abord, il se trouve que le droit fiscal marocain ne comporte que peu de mesures de faveur à même de venir en aide à l'entreprise en difficulté. Et même ce petit nombre de mesures n'est pas destiné spécifiquement aux entreprises en difficulté. Le droit fiscal ne manifeste alors aucune empathie ou clémence à l'égard de l'entreprise qui vit des moments difficiles. Il aurait pu prévoir des aides ou des mesures adaptées pouvant grandement contribuer à son retournement ou favoriser son redressement comme par exemple l'octroi des délais de paiements et des remises des dettes, le remboursement anticipé du crédit de TVA dû par l'Etat ainsi que l'autorisation du transfert de l'intégralité du déficit fiscal de l'entreprise en difficulté à la société absorbante.

Ensuite, l'entreprise en difficulté doit envisager son redressement pas seulement d'un point de vue fiscal mais plutôt d'un point de vue global. Les mesures ainsi proposées dans ce travail de recherche offrent certes des avantages à caractère fiscal mais ne représentent qu'une infime partie des solutions globalement accessibles à l'entreprise en difficulté. En principe, toute solution envisageable doit être examinée sous plusieurs angles dont celui de la fiscalité afin de pouvoir mettre en place des actions avantageuses à bien des égards

Enfin, l'entreprise en difficulté doit prendre en main son propre redressement, en mobilisant de manière intelligente les différents outils mis à sa disposition par les législations fiscale et non fiscale. Pour ce faire, elle doit mettre en balance toutes les solutions envisageables afin d'identifier celles qui lui conviennent le mieux en termes d'efficacité et d'efficience.

A stade de réflexion, la question qui se pose et s'impose avec acuité est :
quels sont obstacles qui se dressent devant l'instauration d'un droit fiscal
propre et adapté à l'entreprise en difficulté au Maroc et comment peut on les
surmonter ?

Droit de communication et contrôle fiscal

ALINI MOHAMED SALAH

Doctorant en Sciences de gestion
à l'université Hassan Premier de Settat

Dans notre système fiscal actuel, les impôts modernes sont des impôts déclaratifs. Les déclarations produites par les contribuables sont supposées exactes, mais il est nécessaire de les contrôler. Dans le cadre du contrôle fiscal d'une entreprise, l'administration fiscale est en droit d'utiliser ses propres moyens pour vérifier la fiabilité des documents comptables et la *sincérité des déclarations des contribuables*. Le livre des procédures fiscales lui offre un droit à la communication afin de récolter, uniquement de façon ponctuelle, toutes les informations et documents utiles sur le contribuable concerné, parmi les prérogatives de l'Administration fiscale, le droit de communication est exercé par les inspecteurs des impôts et a une portée plus étendue que le pouvoir de vérification, tout en étant peu connu du « grand public ».

I. Droit de communication :

1) En quoi consiste le droit de communication ?

Le droit de communication permet à l'Administration fiscale « de prendre connaissance et, au besoin, copie de documents détenus par des tiers (entreprises privées, administrations, etc.), en vue de leur utilisation à des fins d'assiette, de contrôle ou de recouvrement de tous impôts et taxes à la charge, soit de la personne physique ou morale auprès de laquelle il est exercé, soit de tiers à cette personne, sans qu'il en découle toutefois directement l'établissement d'impositions supplémentaires ». Le droit de communication n'est valable que pour la personne visée par le contrôle fiscal. Les organismes

sollicités ne sont par contre pas dans l'obligation de transmettre des informations sur d'autres personnes, même si elles sont proches du contribuable concerné.

2) Comment s'exerce le droit de communication ?

Aucune formalité spécifique n'est demandée de la part de l'administration fiscale pour y recourir. Sur simple demande, les documents nécessaires à l'étude du dossier seront obligatoirement remis aux services fiscaux.

Les agents des impôts peuvent consulter les documents demandés sur place ou demander une transmission par courrier ou par voie électronique. L'obligation de communication des documents les autorise également à faire des copies des documents pour pouvoir les étudier par la suite. Par contre, ils ne pourront pas les examiner en profondeur ou les annoter. Le droit de communication vise avant tout à collecter des informations. Dans ce cadre, les services des impôts sont amenés à contacter des entreprises pour leur demander des informations confidentielles sur certains de leurs cocontractants, tels que des sous-traitants par exemple. Ce droit de communication n'est pas sans limite et les entreprises interrogées doivent être informées de l'étendue de leurs obligations et de leurs droits pour pouvoir préparer leurs réponses à l'administration. Cependant, il concerne tous les documents comptables ou de services détenus par les organismes d'Etat ou ceux soumis à son contrôle, sans qu'aucun secret professionnel ne puisse être opposé. Le droit de communication dont bénéficie l'administration fiscale va au-delà du secret professionnel. « Néanmoins, il incombe au fisc, d'abord, de formuler par écrit les demandes de communications nécessaires à son investigation », ce droit est valable sur toute la durée légale de conservation des documents, à savoir 10 ans.

3) La procédure de droit de communication :

La demande de communication doit être formulée par écrit et comporter l'adresse complète et le numéro de téléphone du service qui l'a envoyé.

Le droit de communication s'exerce dans les locaux du siège social ou du principal établissement des personnes physiques et morales concernées (sur place) et les renseignements exigés peuvent être fournis par écrit ou remettre aux agents habilités contre récépissé. Ainsi, notons qu'en cas de demande de communication des informations auprès des administrations fiscales des Etats ayant conclu avec le Maroc des conventions de non-double imposition, les demandes doivent être formulées par écrit et adressées par la Direction Générale des Impôts aux autorités compétentes des Etats contractants.

Lorsque la partie saisie (droit de communication exercé à l'intérieur du Maroc) ne présente pas les documents demandés, il lui est adressé une lettre, dans les formes prévues à l'article 219 du C.G.I., l'invitant à satisfaire à la demande de communication des pièces dans un délai de quinze (15) jours, à compter de la date de réception de ladite lettre. A défaut de présentation des documents demandés dans le délai précité, la partie concernée est sanctionnée par une amende de 2.000 DH et l'administration l'informe de cette sanction et lui accorde un délai supplémentaire de 15 jours à compter de la réception de ladite lettre, pour s'exécuter ou justifier le défaut de présentation des documents. Si le défaut persiste, la partie concernée est sanctionnée par une astreinte de 100 dirhams par jour de retard dans la limite de 1000 DH. Et notons que les administrations de l'Etat, les collectivités locales et les cadis chargés du taoutiq ne sont pas concernés par ces sanctions.

De plus et en vue de contrôler les bénéfices transférés à l'étranger, l'administration a le droit de demander à des entreprises marocaines la communication des informations et documents pour les opérations effectuées avec

les entreprises hors du Maroc. La demande est effectuée dans les conditions visées à l'article 219 du C.G.I " formes de notification"

4) Qui est concernés ?

Le droit de communication peut être utilisé par l'administration (sur place ou par correspondance y compris par email) auprès d'un grand nombre de personnes et d'organismes. Non seulement elle pourra s'adresser aux entreprises (les sociétés, les commerçants, les artisans, les membres de professions non commerciales, les sociétés civiles, etc.), mais elle pourra aussi solliciter les banques, les compagnies d'assurance, les associations, les opérateurs de téléphonie, les fournisseurs d'accès à Internet, les tribunaux, les organismes de sécurité sociale, les administrations publiques, la société en charge du suivi et du contrôle des opérations relatives au régime de l'épargne-logement, les casinos, etc. Seuls les professionnels de la santé ne sont pas soumis au droit de communication.

II. Les droits du contribuable face au pouvoir de communication de l'administration :

L'administration fiscale dispose de différentes procédures afin d'exercer sa mission de contrôle fiscal, elle peut jouer toutes les cartes jusqu'à avoir les renseignements lui assurant un contrôle fiscal intégral. Face à un contribuable récalcitrant ou lorsque ses déclarations sont sujettes à contradiction avec les documents comptables fournis au fisc, celui-ci peut faire prévaloir ce droit de communication. Sous peine de responsabilité, les informations communiquées à l'administration fiscale par les organismes sollicités dans la cadre de cette procédure ne devraient être entachées ni d'inexactitude ni de falsification.

L'administration dispose, conformément à l'article 214 du CGI, de la faculté d'exercer son droit de communication auprès de tiers avant, pendant ou après une vérification de comptabilité. Toutefois, si aucun texte ne s'oppose à

ce que l'administration utilise des renseignements provenant d'autres sources que la vérification de comptabilité pour déterminer les bases d'imposition, c'est à la condition que le contribuable en soit informé par le service des impôts et soit mis à même de les contester. Il convient de préciser alors la portée de cette garantie liée à l'obligation faite à l'administration d'informer le contribuable de la nature et de la teneur des renseignements recueillis dans l'exercice du droit de communication, mais auparavant nous nous proposons d'examiner l'étendue du pouvoir de communication de l'administration.

1) L'étendue du pouvoir de communication de l'administration :

L'article 214 précité en définissant le domaine du droit de communication précise les personnes assujetties au pouvoir de communication de l'administration, mais encore les documents sur lesquels il porte. L'article 214 du CGI exprime le droit reconnu à l'administration fiscale de prendre connaissance, aux besoins utiles de l'assiette et du contrôle de l'impôt, de tous les renseignements détenus par les tiers (banque, organisme de sécurité sociale, assurance, professions libérales, entreprises privées, établissements et organismes divers, des collectivités et administrations publiques, etc...) En d'autres termes, « tout le monde » est concerné sauf les particuliers n'exerçant aucune activité professionnelle, on note par ailleurs que les entreprises privées sont soumises au premier chef au droit de communication conformément à ce texte, de ce fait, l'article 214 du CGI donne compétence au service des impôts d'exercer le pouvoir de communication à l'égard des personnes privées, en l'occurrence, les sociétés commerciales qui sont soumises à une obligation spécifique de communication eu égard aux livres et documents qu'ils tiennent à l'appui de leurs déclarations fiscales

Le droit de communication permet à l'administration, non seulement de prendre connaissance des documents comptables de votre entreprise, mais aussi de recueillir auprès de tiers tous les renseignements qui lui permettront

de recouper, et ainsi de vérifier, la sincérité des déclarations. Elle pourra utiliser les renseignements obtenus pour contrôler tous les impôts et taxes à la charge de toute autre personne, le cas échéant.

2) Les documents sur lesquels porte le droit de communication :

L'administration peut, d'une manière générale, exercer son droit de communication à propos des documents comptables qui vont permettre de vérifier si les déclarations réalisées sont fidèles à la réalité et tous documents relatifs à l'activité professionnelle. Sont ainsi visés l'ensemble des documents et registres dont la tenue est rendue obligatoire par la réglementation. Selon le livre des procédures fiscales, les établissements financiers sont tenus de transmettre tous les documents utiles au contrôle fiscal. L'interprétation de la notion de pièces justificatives peut conduire alors à allonger la liste des documents même s'ils ne sont pas de nature strictement comptable. Dans le cadre du contrôle fiscal, le contribuable a la possibilité d'exiger que l'administration fiscale lui communique la totalité des documents et informations qu'elle a récupérés à son sujet. Le défaut de communication de certains éléments par le fisc au contribuable pourra entraîner l'annulation des redressements.

➤ La communication des livres dont la tenue est rendue obligatoire par le livre premier du titre IV de l'article 19 du code de commerce

L'administration a été conduite à préciser, notamment dans sa circulaire relative à l'impôt sur les sociétés, que le droit de communication qui peut être exercé auprès des entreprises commerciales porte sur les documents comptables obligatoires, notamment le livre journal, correspondances, pièces justificatives dépenses, les factures de ventes et le livre d'inventaires, prévus par les dispositions de la loi 9-88 relative aux obligations comptables des commerçants. Toutefois, pour les personnes qui exercent des activités qui impli-

quent le secret professionnel, la communication des renseignements ne concernera pas la globalité du dossier.

➤ **La communication de tous actes, écrits, registres et dossiers détenus par les personnes physiques ou morales exerçant une activité passible des impôts droits et taxes**

Cette communication doit s'entendre au regard de la doctrine administrative de tous les livres et documents qui ont une corrélation certaine avec les données de la comptabilité commerciale. Il est à préciser ici que le droit de communication peut s'exercer non seulement sur les documents obligatoires précités, mais encore sur les documents facultatifs dans la mesure où ils sont tenus. Dans ce dernier cas, le droit de communication s'exerce particulièrement sur les livres de paie, les livres d'ordre, la comptabilité des prix de revient et les avis de transferts de fonds, l'administration pourra aussi demander la communication de tous autres documents de toute nature pouvant justifier le montant des recettes et des dépenses. En définitive, les entreprises commerciales représentent la catégorie d'assujettis la plus importante qui sont visées particulièrement par les dispositions de l'article 214 et demeurent exposées à un droit général de communication

III. Droit de communication et secret professionnel :

Généralement, Le secret professionnel ne peut pas être violé par ce droit de communication de l'administration fiscale. Par contre, quelques exceptions sont faites pour permettre de conduire son contrôle fiscal de la meilleure façon.

Le livre des procédures fiscales indique notamment que les organismes comme les banques et assurances ne peuvent opposer le secret professionnel. Ils devront donc se soumettre et mettre à disposition tous les documents utiles pour l'instruction du dossier.

Certaines professions non commerciales sont également réglementées et le droit de communication ne peut s'exercer que dans de strictes conditions. Par ailleurs toutes les informations à caractère médical restent par contre protégées par le secret professionnel.

Par contre, les organismes de sécurité sociale ne peuvent refuser la communication de toutes les informations concernant le contribuable.

IV. Les sanctions du non-respect du droit de communication :

Dès que l'administration fiscale exerce un droit de communication, la personne visée par cette demande a l'obligation de répondre et de fournir les documents requis. Le refus de communication des informations demandées par l'administration, l'absence de tenue de ces documents ou leur destruction ainsi que tout comportement faisant obstacle à la communication est sanctionné.

Toute infraction aux dispositions relatives au droit de communication donne naissance à l'application d'une amende de deux mille (2.000) dirhams et, le cas échéant, d'une astreinte de cent (100) dirhams par jour de retard dans la limite de mille (1.000) dirhams.

Ces sanctions ne sont applicables qu'après réception d'une première lettre de l'administration fiscale, invitant la personne physique ou morale concernée à se conformer aux obligations légales dans un délai de 15 jours. A défaut, une deuxième lettre leur est adressée, les informant de l'application de l'amende citée ci-dessus.

Laquelle lettre accorde un délai supplémentaire de 15 jours après réception de la même, pour présenter les documents sollicités ou justifier leur absence. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux cadis chargés du « taoutiq » (notariat) aux administrations de l'Etat et aux collectivités locales. L'administration des impôts peut demander communication des informations

auprès des administrations fiscales des Etats ayants conclu avec le Maroc des conventions évitant des doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu.

Les informations obtenues, suite à l'exercice du droit de communication, peuvent être utilisées par l'administration afin d'accomplir ses attributions en matière d'assiette, de contrôle, de contentieux et de recouvrement des impôts, droits et taxes. Ainsi, il constitue la **condition de fond pour le cas de contrôle approfondi de la comptabilité** et couvre même les périodes touchées par la prescription, tant que le délai de dix ans prévus pour la conservation des documents comptables n'est pas écoulé. Ainsi, l'administration dispose de la faculté d'exercer son droit de communication **avant, pendant ou après une vérification de comptabilité**.

EN GUISE DE CONCLUSION :

De nos jours les impôts modernes se basent sur les déclarations produites par les contribuables. Ces déclarations supposées exactes, mais elles nécessitent un suivi et un contrôle. De ce fait l'administration fiscale a le droit d'exiger aux contribuables la communication des documents nécessaires permettant de bien consulter leurs situations ; et ceci soit par le biais d'une demande écrite portant l'adresse complète et le numéro de téléphone du service expéditeur, soit sur place.

Ce droit de communication dont bénéficie l'administration fiscale reste valable seulement pour les personnes visées et bien déterminées et les organismes sollicités ne sont pas obligés de renseigner et d'informer l'administration sur d'autres personnes.

Cependant et en relation avec les droits et devoirs, l'administration doit à son tour communiquer au contribuable la nature et la teneur des infos qu'elle a récupéré à son sujet.

Dans le cas échéant, Si le contribuable n'est pas informé de certains éléments par le fisc, le redressement pourra être annulé.

Dans le cas des Etats ayant conclu avec le Maroc des conventions de non double imposition, les demandes de communication auprès de leurs administrations doivent être formulées par écrit et adressées par la DGI aux autorités compétentes des Etats contractants. Si cette demande n'est pas satisfaite, elle sera suivie d'une deuxième lettre invitant ainsi la partie concernée à fournir les documents demandés dans un délai de quinze jours à partir de la date d'envoi de cette lettre, si la partie concernée ne donnera pas de suite favorable on passera ainsi au volet des sanctions et d'ailleurs c'est la même procédure qui est applicable avec toute personne physique ou morale concernée lorsque l'administration fiscale exerce son droit de communication.

Pour finir, parler du droit de communication nous incite à parler du secret professionnel qui doit être respecté, en revanche, il y a présence de quelques exceptions pour rendre la tâche de l'administration fiscale plus commode.

BIBLIOGRAPHIE

- Notes circulaires N° 717, tome 3, direction générale des impôts MAROC, 2011, MAROC.
- Code générale des impôts 2021.
- REMI MOUZAN, Le contrôle fiscal des sociétés, Editions LITEC, 1990
- Richard Gaudet, Contrôle fiscal : vices de procédure, Edition l'Harmattan, 2007
- Martin Collet, Procédures fiscales contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt, Presse universitaire France, 2011.
- HAMMOU LAAFOU, le contrôle fiscal au Maroc : Cadre légal et rôle de l'expert-comptable, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme national d'expert-comptable, ISCE, 2004.
- Lambert M, Contrôle fiscal : droit et pratique, Paris P.U.F, 2^e édition, 1998.

Le concept de la légalité pénale

Sentiers généalogiques et justifications criminologiques

Maria Neddi,

Doctorante en droit pénal des affaires,
Université Mohamed V.

Résumé

Cette étude a pour objectif de traiter le principe de la légalité pénale en le plaçant dans le contexte historique de son émergence philosophique et juridique et dans les sentiers de son évolution postérieure dans les systèmes normatifs international et nationaux. Le principe est ainsi discuté dans le cadre de l'articulation complexe entre la justice de l'ancien régime et les tendances ascendantes de la représentation politique qui réduit le juge à appliquer strictement la loi comme expression de la volonté générale. Ainsi, la légalité pénale est sortie victorieuse de ces dynamismes qui ont caractérisé les superstructures institutionnelles de la société française. Ce modeste texte traite également des systèmes de justifications criminologiques qui fondent sa raison d'être légale et judiciaire.

Mots clés

Légalité pénale, juge, volonté générale, force juridique

Abstract

The aim of this study is to treat the principle of penal legality by placing it in the historical context of its philosophical and legal emergence and in the paths of its subsequent evolution in international and national normative systems. The principle is thus discussed in the context of the complex articulation between the justice of the old regime and the ascending tendencies of political representation, which now reduces the function of the judge to strictly applying the law as an expression of the general will. Thus, penal legality emerged victorious from these dynamisms that characterized the institutional superstructures of French society. It then extends to the universal and national legal orders. This modest contribution also deals with the systems of criminological justifications that found the legal and judicial raison d'être of the principle of penal legality.

Key words

Penal legality, judge, general will, legal force

« Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, et ce qui est fort soit juste ».

Blaise Pascal, *Pensées, Œuvres complètes*,
Seuil (éd. 1963), n° 103-298, p. 512.

Introduction :

Le principe de la légalité est l'un des concepts clé du lexique juridique qui jalonnent les disciplines du droit public et du droit privé. Le droit pénal ne constitue pas une exception dans ce cadre. Il est à la fois traversé par ce paramètre normatif en plus du principe de la présomption d'innocence, du doute qui profite à l'accusé et d'autres principes fondamentaux de droit.

L'acception à laquelle se ramène ce principe signifie tout simplement que personne ne peut sévir sous une quelconque répression ou atteinte à l'intégrité en dehors ce que l'existence d'un texte pénal précis et clair prescrit en la matière. Les adages sont toujours là pour rappeler et les pénalistes et les pouvoirs publics au fait que ***Nullum crimen, nulla poena sine lege***, signifiant qu'il n'y a pas lieu à n'importe quel crime dûment puni sans texte pénal prévoyant la peine convenable.

Ce principe qui rappelle les prouesses du pénaliste Italien Cesare Beccaria¹ au 18^{ème} siècle, s'est imposé comme une règle fondamentale fondatrice à tous les criminalistes du 19^{ème} siècle. Les législations de presque tous les pays n'ont pas manqué de le consacrer au titre du signe ostentatoire du développement de la criminalisation dans les sociétés modernes. La dimension internationale du principe est venue ajouter une force transcendante à un principe découvert par le génie de la réflexion pénale

¹ Beccaria, Cesare, (1764) 2015, *Des Délits et des peines*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de philosophie.

beccarienne. Il a été inscrit, dans la déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948¹, le pacte international relatifs aux droits civils et politiques². Aussi, on le constate pris en compte au sein des textes suprêmes des Etas unis d'Amérique. Quand on remonte un peu dans l'histoire, l'on se rend compte que les germes solides du principe de la légalité pénale, remontent à la révolution française donnant naissance à la fameuse déclaration universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1879, qui lui a donné une forme authentique tout en lui assurant sur le plan politique et idéologique, la continuité transhistorique.

Aujourd'hui, le principe de la légalité pénale constitue la clef de voûte du droit pénal à travers le monde. L'on cherche à s'y plier à n'importe quel prix, même au sein des pays qui ont un passé sombre en matière des droits de l'homme. Le Maroc indépendant, en se dotant du code pénal depuis plusieurs décennies, affiche sa volonté pour faire de ce principe le point focal de l'Etat de droit.

En dépit de la clarté de ce principe, cela n'empêche pas qu'il soulève des Interrogations juridiques multiples appelant à l'ériger en une véritable problématique de la recherche. Pour ce faire, ce modeste texte cherche à approcher le concept de légalité pénale en mettant l'accent sur son émergence

¹ Article 11. 1. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

2. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international

² Article 15. 1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. 2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

historique et ses justifications légales. Concernant la première dimension, il sera question de mettre au grand jour, bien que brièvement, les conditions sociopolitiques au sein desquelles le principe de légalité pénale a émergé et a été consacré. La focale est ici mise notamment sur la portée amplement pénale du principe politique de la séparation des pouvoirs (I). Le deuxième moment sera réservé à porter un regard analytique sur les systèmes de justification aux termes desquelles le principe de la légalité gagne ses éperons et trouve sa raison d'être normative à la fois sur les plans universel et national normatifs (II).

I. La volonté générale, le juge et le vis à vis face à la légalité pénale

Revenant en arrière, le principe de légalité pénale qui touche le fond névralgique de l'intégrité physique a été consacré par la révolution française, en opposition radicale face aux aléas qui planent sur la liberté et en réaction contre les abus ¹ qui caractérisait les décisions pénales des juges dans l'ancien régime.

En effet, sous l'ancien régime socialement marqués par les clivages de jure et de facto, la législation royale en plus du manque d'impartialité et d'égalité devant la loi, était très brouillée en matière pénale. Les textes au fondement de criminalisation manquaient de précision et de délimitation des contours des crimes. Ils sont surtout marqués par une globalisation et des généralités normatives. La description détaillée des conduites criminelles était de moins en moins avancées.

Les édits royaux étaient souvent rédigés de manière extrêmement vague. Il s'ensuit que les peines n'y étaient pas délimitées comme va l'exiger la raison pénale par la suite. On y trouvait des expressions qui sont susceptibles de

¹ Stylios, Alexandre, 2021, *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire. Une histoire de l'aveu en droit pénal*, Québec : Paris : Presses de l'Université Laval.

subir des interprétations **tous azimut**. Les formules telles que « sur peine de corps ou d'avoir », « par peine corporelle ou pécuniaire », ou encore « selon l'exigence du cas, en telle manière que ce soit un exemple pour les autres », abondent le long des textes émis à l'occasion.

Cette situation ne va pas sans réconforter les juges disposant par conséquent de la latitude d'avancer les interprétations qui les arrangent. Ils disposaient ainsi d'un large pouvoir pour définir les comportements répréhensibles et fixer la peine applicable, c'est-à-dire de jouer selon une expression anecdotique la fonction du juge législateur subordonné à cause de l'opacité du législateur authentique. Ce fait regorge en lui des risques énormes quant à la sécurité juridique des ressortissants. Les droits et les libertés courent le risque de se voir transgressées notamment lorsque les peines sont aggravées pour régler des comptes ou pour faire rappeler à l'ordre. En effet, abandonnées à l'appréciation libre des juges dans le contexte d'une justice royale vague et d'une législation de moins en moins pointue, la peine encourue devenait indéterminée et aléatoire.

Face à cet arbitraire avéré de la justice, les penseurs des lumières souhaitaient rationaliser l'organisation sociale et politiques. Le système juridique n'échappait point à cette mouvance inédite de la modernité au centre de laquelle la valeur de l'être humain gagne de vitesse. Les idées pénalistes plaident à la redéfinition des manières classiques de punir, ce qui va donner lieu par la suite à une nouvelle technologie de la punition¹. Le **Panoptican** de Bentham² forme la pièce maitresse et la trame du fond dans le rapport juridique aux corps et aux âmes dits déviants.

Le cheval de bataille dans cette lutte contre les juges issus de l'ancien régime est le principe de la représentation politique, à savoir : La loi est

¹ Foucault, Michel, (1975), 2000, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard.

² Bentham, Jeremy, (1791) 2002, *Panoptique. Mémoire*, édité par Laval, Paris, Mille et une nuits.

l'expression de la volonté générale. Ainsi, revient-il aux représentants du peuple de fixer et le contour des crimes et le contenu des peines.

Ainsi pour l'auteur de l'esprit des lois, le fameux Charles de Montesquieu¹, les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi». Il y a là une réduction explicite de leur fonction à observer strictement ce que le législateur émit de temps à autre. Le législateur n'est pas entendu ici dans le sens singulier du terme ; il renvoie à la volonté de la nation de choisir les corps susceptibles de l'exprimer.

Pour Cesare Beccaria, le juge ne doit avoir aucun pouvoir, pas même celui d'interpréter. Ainsi, il avance dans une citation devenu aujourd'hui classique² :

« Les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social ».

Le postulat politique et juridique adressé contre la tyrannie des juges et des rois est que la loi, étant issue du choix des citoyens à travers leur représentant, semble procéduralement parfaite, claire, précise. La figure du juge, autrefois sans bornes, ne devra et ne pourra qu'appliquer la loi décidée par l'unanimité. Le principe de légalité se voit ainsi articulée sur l'évidence de la raison procédurale et sur l'intelligibilité de la source de la loi. Le concept de la raison qui a prévalu dans le sillage des lumières est ici d'une invocation radicale pour refaire le rapport à la liberté et à la sécurité. Ce que la société se donnait à travers ses représentants élus, devrait gouverner tout un chacun sur le plan juridique. L'impératif catégorique de Kant reçoit ici une valeur juridique pragmatique.

¹ Montesquieu, Charles, (1748) 1979, *De l'esprit des lois*. Livre XI, chap VI, GF Flammarion, p.299s.

² Beccaria, Cesare, 2015, *Des délits et des peines*, op.cit.

Sur le plan matériel, la légalité pénale naît ainsi des faits et des attitudes psychologiques consécutives. Tout milite dans le sens, de la vigilance et de la méfiance à l'envers des juges, mais basées sur les faits. Elle est, comme on l'a déjà souligné, la réponse à un arbitraire négatif¹ et un aléas restrictif de la liberté, dont on a fait l'expérience.

La fonction essentielle du principe de légalité pénale est donc de légitimer le pouvoir de punir en soumettant son exercice à une exigence législative définitoire des infractions et des peines.

Or, cette légitimation du pouvoir de punir se base au fond sur la notion démocratique de la séparation des pouvoirs. Il semble en fait que le problème de l'ancien régime résidait dans la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'une seule personne. Le juge, en rendant ses sentences, le faisait au nom du Roi.

Le roi s'appuyant sur la théorie de la délégation divine et sa mission léviathanienne de maintien de la sécurité et de l'ordre public, détient en sa personne même le principe de l'incarnation de la nation, et ce à travers la transformation de la multitude au peuple. C'était le Roi qui a été créateur de l'ordre politique, comme seconde communauté et l'ordre judiciaire le protégeant. Il est donc le siège du monopole de la violence physique et symbolique et le détenteur du pouvoir judiciaire en plus des pouvoirs législatifs et exécutif². En conséquence, c'était ce cumul des pouvoirs entre les mains d'une seule personne qui était source d'arbitraire.

¹ Rebut, Didier, 2010, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et Revet Th. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e éd., Dalloz, 2001, p.710.

Rebut, Didier, 2001, « Faut-il repenser le principe de la légalité pénale ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle, n° 2, p. 249-266.

² Gauvard, Claude, 1997, « La justice pénale du roi de France à la fin du Moyen Âge », dans X. Rousseau et R. Lévy (dir.), *Le pénal dans tous ses états. Justice, États et société en Europe (XIIe -XXe siècles)*, Bruxelles, p. 81-112.

Montesquieu disait à ce propos que¹ :

« Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Et si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur ».

Ainsi, dans ces interactions, l'on peut avancer que l'obéissance à la loi, est synonyme de la cessation de l'obéissance à la volonté des hommes². Le juge pénale, suite à une longue traversée historique au cours de laquelle il était omnipotent, mais dédaigné et détesté³, se voit réduit à la posture de la bouche de la loi. C'est donc cette séparation des pouvoirs qui a donné au principe de la légalité pénale son assise théorique et qui a permis son effectivité.

En effet, tandis que le pouvoir législatif est compétent pour l'établissement des lois, le pouvoir judiciaire l'est pour les appliquer. L'un ne va pas sans l'autre, mais l'un exclut l'autre. Il existe une interdiction au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans la fonction législative. Il s'agit là de l'essence même du principe de la séparation des pouvoirs.

Le principe de légalité est à la base de l'Etat de droit, dans le sens où il répond à l'adage impliquant l'illégalité de l'assignation criminelle et de la punition sans l'existence d'un texte.

Aujourd'hui, la valeur fondamentale, qui sert de fondement au principe, est celle de la démocratie. En effet, le législateur – assemblée générale démocratiquement élue – incarne la volonté du peuple et rédige les lois en

¹ Montesquieu, Charles, 1779, *De l'esprit des lois*. Op.cit, p.294s.

² Burdeau, George, 1963, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, T.VIII, p.37.

³ Fajon, Yan-Erick, 2019, *Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française (1748-1791)*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université côte d'azur.

fonction de cette volonté ; lois auxquelles les citoyens seront soumis et que le juge est appelé à appliquer pour mener à bon escient l'expression de la volonté générale.

Ainsi, la règle pénale, portant par sa logique propre atteinte légitimement aux droits et libertés des individus, se trouvera édictée par ceux-là même auxquels elle est susceptible de s'appliquer.

Ainsi, la loi claire précise et promulguée, permettra d'informer le citoyen sur ce qui est interdit et ce qui est permis et coupe court, ainsi, à l'arbitraire du juger et exclut la disparité des sentences¹.

II. Justifications du principe de légalité pénale

Le principe de légalité criminelle repose sur un système de justification qui puisent dans deux registres complémentaires : un registre politique évoqué indirectement dans la première partie. Le second registre renvoie à la dimension criminologique de la légalité. Pour ce qui concerne le premier registre, il est admis que les actes criminels portent atteinte à l'intégrité physique, à la liberté et à la sécurité des tiers et leur occasionne des dommages. En parallèle, la forme, le contenu et le contour de ces libertés et intégrité physiques atteintes, ont été définies par le législateur. Et donc c'est à lui qu'il revient de définir les actes déviants, voir criminels qui menacent potentiellement ces libertés et les affectent effectivement.

Ce raisonnement impose que non seulement les infractions pénales soient clairement définies, mais que les peines susceptibles de contrecarrer ces infractions le devraient également. Le principe est présenté ici comme une garantie essentielle de la liberté individuelle et de la sécurité juridique, à la fois des victimes et des auteurs. La définition, claire et accessibles, des interdits et des peines attachées à leur transgression semble de nature à

¹ Roland, Henri, 2016, *Lexique juridique des expressions latines*, Lexisnexis Objectif Droit, 7^{ème} édition,

délimiter, il est vrai, le champ de la liberté des citoyens ; mais assure la sécurité et constitue en même temps un rempart contre l'arbitraire.

Cette justification fut mise en avant par César Beccaria lorsqu'il avance :

« L'opinion que chaque citoyen peut faire tout ce que la loi ne défend pas, sans crainte d'autres inconvénients que ceux qui résultent de l'action même, est un dogme que tous les peuples doivent croire, que tous les magistrats doivent proclamer et placer sous la sauvegarde incorruptibles des lois, dogme sacré sans lequel il se peut exister de sociétés légitimes »¹ .

Il s'en sort que le législateur ne doit point frapper sans avertir le corps des citoyens. Toutefois, il convient de mentionner que les discours religieux précède cette dynamique que les hommes ont dû consommer beaucoup de temps avant d'y arriver. Le saint Coran l'a dit il y a 14 siècles dans une formule éloquente qu'il convient de comprendre dans le sens de l'avertissement tenu par Dieu lui-même. La formule, Nous n'avons jamais puni [un peuple] avant de [lui] avoir envoyé un Messenger, traduisant le verset 15 de la Sourate Al-Israa, « وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا », vient rappeler la dimension théologique de l'acte de punir. Un acte devant se plier à la volonté d'avertir au travers la délimitation de l'infraction et de la peine.

Nous pouvons donc constater que le principe de légalité pénale est justifié par le fait que les valeurs essentielles protégées par le droit pénal ne peuvent être déterminées que par les représentants du peuple souverain dont elles émanent. De plus, seuls ces représentants disposent de la légitimité de décider des peines pouvant être infligées.

¹ Cité par Chassagnard-Pinet, Sandrine, 2011, « Droit et normalité : appréhension et évaluation des comportements anormaux », in : in Vidéo-surveillance et détection des comportements anormaux, Presses Universitaires du Septentrion, 2011, p. 119-131.

Mais, il se peut dans certains contextes que cette orientation ne soit pas absolue. L'exigence d'une norme exclusivement législative respectée par la majorité des systèmes pénaux peut connaître quelques dérogations caractérisées par le poids du règlement dans la fabrique.

Un argument d'ordre criminologie est parfois également avancé pour justifier le principe de légalité, il repose sur l'idée de l'injustice dans la punition et ses implications sur la société et le devenir de la criminalité. Il est admis dans le milieu des cercles du savoir criminologique que le respect des droits de défense contribue sur le long terme à réduire le taux de la criminalité¹.

L'existence d'une loi pénale aisément accessible à tous remplirait certainement une fonction pédagogique en incitant les gens à faire usage de la raison pour assurer le vivre ensemble. Le droit pénal, avec ses peines et ses délimitations des crimes reflètent en fait les valeurs moyennes de la société qu'il convient de protéger à travers ce principe de légalité. Ainsi, En permettant à chaque citoyen de connaître les valeurs communes qui fondent la société, la loi pénale concourrait au développement de l'esprit civique et à la cohésion sociale. Mais, il faut prêter également attention au fait que ce principe assure également une fonction de répression et d'intimidation à l'égard des déviants. Comme ça, il adresse durablement dans le temps et dans l'espace, un rappel à l'ordre aux déviants.

Le principe dispose d'une force juridique qui se matérialise dans le respect de la hiérarchie des normes juridiques. La législation pénale délictuelle, contraventionnelle et criminelle devrait manifester un respect des principes généraux des droits, de ceux mentionnées dans les textes et traités internationaux et ceux énoncées dans les textes nationaux suprêmes.

¹ Huebert, Erin Terese and David S. Brown, "Due Process and Homicide: A CrossNational Analysis", Political Research Quarterly 2019, Vol. 72(1) 190-204.

Les textes internationaux constituent la première source supérieure du principe de la légalité ; Outre les textes issus directement des contextes révolutionnaires, En effet, le principe est apparu en vue de la protection des libertés individuelles dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, dans l'article 11 stipule sans équivoque que :

« Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. 2. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international ».

La convention européenne des droits de l'homme de 1950¹ ainsi que le pacte international des droits civils et politiques vont dans la piste de la consécration du principe².

¹ La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), est un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe¹ le 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3 septembre 1953. ARTICLE 7 Pas de peine sans loi 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

² Voir surtout l'article 15 : 1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. 2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

La cour européenne des droits de l'homme quant à elle, proclame que¹ :

« La garantie que consacre l'article 7 (CESDH), élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires ».

Par-delà cette antécédence universelle, le principe de légalité présente, ce qui est essentiel, une forte portée nationale. Hormis le cas criant des régimes totalitaires qui l'écartent pour des raisons qui leur sont évidentes, le principe a valeur constitutionnelle dans les pays démocratiques ou semi-démocratiques soucieux de la sécurité juridique du citoyen et de la préservation et protection des libertés individuelles des sujets, sauf qu'il se fraie des chemins différents en fonction des différents systèmes juridiques.

Dans les pays anglo-saxons, l'exigence de légalité est satisfaite dès lors qu'existe une règle de droit préalable, même si elle est d'origine jurisprudentielle. Dans le système romano-germanique, adopté par le Maroc, l'existence d'une règle juridique écrite est de rigueur.

En France, source d'inspiration essentielle sinon exclusive du droit pénal au Maroc, le principe de légalité a valeur constitutionnelle du moment qu'il se trouve dans "le bloc de la constitutionnalité ", inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

¹ La Cour européenne des droits de l'homme, 2012, « Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », p. 5. Consulté sur le site : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_FRA.pdf

Au Maroc, depuis la première constitution du Royaume de 1962, le principe de légalité a valeur constitutionnelle.

En effet l'article 10 des constitutions de ; 1962, 1970,1972,1992, 1996, disposait que « Nul ne peut être arrêté, détenu et puni que dans les cas et les formes prévus par la loi. Le domicile est inviolable ».

De son côté l'article 23 de la dernière constitution de 2011, toujours en vigueur, dispose que « Nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévues par la loi ».

Cette valeur constitutionnelle du principe de légalité pénale met à la charge du législateur marocain des obligations importantes au niveau de la définition de règles de droit pénal.

La contestation des libertés individuelles entre les droits humains et le respect de l'ordre général en France.

*-Commentaire de l'arrêt du conseil d'Etat Français
nos 402742, 402777*

*Ligue des droits de l'Homme et d'autres
-Association de défense des droits de l'Homme –
collectif contre l'islamophobie en France
–ordonnance du 26 Août 2016-*

Majidi cherkaoui

Enseignant chercheur de Droit Public et Sciences Politiques
Faculté des sciences juridiques économiques et sociales –AIN CHOCK-
Université Hassan II- CASABLANCA

I. Résumé des circonstances

Le conseil d'Etat français s'est prononcé compétent pour vérifier la légalité d'interdire aux femmes musulmanes de prendre un vêtement dit religieux et conforme aux convictions de la religion musulmane dans les plages et piscines publics de la ville de Nice et autres villes Françaises alors que les maires de ces villes l'interdit comme étant un vêtement qui porte atteinte aux valeurs de la république française .alors que l'arrêt du conseil d'Etat est définitif et claire et pourtant les maires continuent de l'interdire suscitant une polémique qui revient presque dans chaque saison estivale.

II. Texte de l'arrêt complet :

CONSEIL D'ETAT
statuant au contentieux

Nos 402742,402777

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

- LIGUE DES DROITS DE L'HOMME
et autres
- ASSOCIATION DE DÉFENSE DES
DROITS DE L'HOMME COLLECTIF
CONTRE L'ISLAMOPHOBIE EN
FRANCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**LE JUGE DES RÉFÉRÉS, STATUANT DANS
LES CONDITIONS PRÉVUES AU DERNIER
ALINEA DE L'ARTICLE L. 511-2 DU CODE
DE JUSTICE ADMINISTRATIVE**

Ordonnance du 26 août 2016

Vu les procédures suivantes :

I - La Ligue des droits de l'homme, M. Hervé Lavisser et M. Henri Rossi, ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'ordonner la suspension de l'exécution des dispositions du 4.3 de l'article 4 de l'arrêté du 5 août 2016 du maire de la commune de Villeneuve-Loubet portant règlement de police, de sécurité et d'exploitation des plages concédées par l'Etat à la commune de Villeneuve-Loubet. Par une ordonnance n° 1603508 et 1603523 du 22 août 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté leurs demandes.

Par une requête et un mémoire en réplique enregistrés les 23 et 25 août 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Ligue des droits de l'homme, M. Hervé Lavisser et M. Henri Rossi, demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de

justice administrative :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) de faire droit à leur demande de première instance ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- ils sont recevables à solliciter la suspension de l'exécution de l'arrêté contesté ;
- la condition d'urgence est remplie dès lors que, d'une part, l'arrêté préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation des requérants ainsi qu'aux intérêts qu'ils entendent défendre, d'autre part, l'appel a été formé dans les plus brefs délais et, enfin, l'arrêté contesté a vocation à produire ses effets jusqu'au 15 septembre 2016 ;
- l'arrêté contesté porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de manifester ses convictions religieuses, à la liberté de se vêtir dans l'espace public et à la liberté d'aller et de venir ;
- il ne repose sur aucun fondement juridique pertinent ;
- la restriction apportée aux libertés n'est pas justifiée par des circonstances particulières locales.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 24 et 25 août 2016, le maire de la commune de Villeneuve-Loubet conclut au rejet de la requête. Il soutient que la condition d'urgence n'est pas remplie et que les moyens soulevés par les requérants ne sont pas fondés.

II - L'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'ordonner la suspension de l'exécution du 4.3 de l'article

4.3 du même arrêté du 5 août 2016 du maire de la commune de Villeneuve-Loubet. Par une ordonnance n° 1603508 et 1603523 du 22 août 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté sa demande.

Par une requête enregistrée le 24 août 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) de faire droit à sa demande de première instance ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle est recevable à solliciter la suspension de l'exécution de l'arrêté contesté ;
- l'arrêté contesté méconnaît la loi du 9 décembre 1905 ;
- la condition d'urgence est remplie dès lors que, d'une part, l'arrêté contesté préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation des requérants ainsi qu'aux intérêts qu'ils entendent défendre, d'autre part, l'appel a été formé dans les plus brefs délais et, enfin, l'arrêté contesté a vocation à produire ses effets jusqu'au 15 septembre 2016 ;
- l'arrêté contesté porte une atteinte grave et manifestement illégale au principe d'égalité des citoyens devant la loi, à la liberté d'expression, à la liberté de conscience et à la liberté d'aller et venir ;
- il ne repose sur aucun fondement juridique pertinent.

Par un mémoire en défense, enregistré 25 août 2016, le maire de la commune de Villeneuve-Loubet conclut au rejet de la requête. Il soutient que

la condition d'urgence n'est pas remplie et que les moyens soulevés par l'association requérante ne sont pas fondés.

Des observations, enregistrées le 25 août 2016, ont été présentées par le ministre de l'intérieur.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, et notamment son Préambule et l'article 1er ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales .
- le code général des collectivités territoriales ;
- la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, la Ligue des droits de l'homme et autres et l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France et, d'autre part, la commune de Villeneuve-Loubet ainsi que le ministre de l'intérieur ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 25 août 2016 à 15 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Spinosi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la Ligue des droits de l'homme et autres ;
- les représentants de l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France ;
- Me Pinatel, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la commune de Villeneuve-Loubet ;
- le représentant de la commune de Villeneuve-Loubet ;

- la représentante du ministre de l'intérieur ;
- et à l'issue de laquelle l'instruction a été close ;

Considérant ce qui suit :

1. En vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, lorsqu'est constituée une situation d'urgence particulière, justifiant qu'il se prononce dans de brefs délais, le juge des référés peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale.
2. Des arrêtés du maire de Villeneuve-Loubet (Alpes-Maritimes) du 20 juin 2014 puis du 18 juillet 2016 ont réglementé l'usage des plages concédées à la commune par l'Etat. Ces arrêtés ont été abrogés et remplacés par un nouvel arrêté du 5 août 2016 qui comporte un nouvel article 4.3 aux termes duquel : « *Sur l'ensemble des secteurs de plage de la commune, l'accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune* ». Ainsi que l'ont confirmé les débats qui ont eu lieu au cours de l'audience publique, ces dispositions ont entendu interdire le port de tenues qui manifestent de manière ostensible une appartenance religieuse lors de la baignade et, en conséquence, sur les plages qui donnent accès à celle-ci.
3. Deux requêtes ont été présentées devant le juge des référés du tribunal administratif de Nice pour demander, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de ces dispositions de l'article 4.3 de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet. La

première de ces requêtes a été introduite par la Ligue des droits de l'homme, M. Hervé Lavisce et M. Henri Rossi, la seconde par l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France. Par une ordonnance du 22 août 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Nice, statuant en formation collégiale de trois juges des référés, a rejeté ces deux requêtes. La Ligue des droits de l'homme, M. Hervé Lavisce et M. Henri Rossi, d'une part, l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France, d'autre part, font appel de cette ordonnance par deux requêtes qui présentent à juger les mêmes questions et qu'il y a lieu de joindre.

4. En vertu de l'article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales, le maire est chargé, sous le contrôle administratif du préfet, de la police municipale qui, selon l'article L. 2212-2 de ce code, « *a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». L'article L. 2213-23 dispose en outre que : « *Le maire exerce la police des baignades et des activités nautiques pratiquées à partir du rivage avec des engins de plage et des engins non immatriculés...Le maire réglemente l'utilisation des aménagements réalisés pour la pratique de ces activités. Il pourvoit d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours. Le maire délimite une ou plusieurs zones surveillées dans les parties du littoral présentant une garantie suffisante pour la sécurité des baignades et des activités mentionnées ci-dessus. Il détermine des périodes de surveillance...* ».
5. Si le maire est chargé par les dispositions citées au point 4 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il en résulte que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et

de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public.

6. Il ne résulte pas de l'instruction que des risques de trouble à l'ordre public aient résulté, sur les plages de la commune de Villeneuve-Loubet, de la tenue adoptée en vue de la baignade par certaines personnes. S'il a été fait état au cours de l'audience publique du port sur les plages de la commune de tenues de la nature de celles que l'article 4.3 de l'arrêté litigieux entend prohiber, aucun élément produit devant le juge des référés ne permet de retenir que de tels risques en auraient résulté. En l'absence de tels risques, l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée. Dans ces conditions, le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade alors qu'elles ne reposent ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni, par ailleurs, sur des motifs d'hygiène ou de décence. L'arrêté litigieux a ainsi porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. Les conséquences de l'application de telles dispositions sont en l'espèce constitutives d'une situation d'urgence qui justifie que le juge des référés fasse usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il y a donc lieu d'annuler l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice du 22 août 2016 et d'ordonner la suspension de l'exécution de l'article 4.3 de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet en date du 5 août 2016.

7. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font

obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la Ligue des droits de l'homme, de M. Lavis, de M. Rossi et de l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Villeneuve-Loubet, en application de ces dispositions, les sommes que demandent, d'une part, la Ligue des droits de l'homme, M. Lavis et M. Rossi, d'autre part l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice en date du 22 août 2016 est annulée.

Article 2 : L'exécution de l'article 4.3 de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet en date du 5 août 2016 est suspendue.

Article 3 : Les conclusions de la commune de Villeneuve-Loubet et celles de la Ligue des droits de l'homme, de M. Lavis, de M. Rossi, et de l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4. La présente ordonnance sera notifiée à la Ligue des droits de l'homme, à M. Lavis, à M. Rossi, à l'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France, à la commune de Villeneuve-Loubet et au ministre de l'intérieur.

III /Commentaire de l'arrêt :

A. Les circonstances :

L'affaire du **Burkini** , selon cet arrêt, a soulevé un débat très vif qui a donné lieu à une polémique qui n'est pas encore achevée, depuis l'arrêt du

conseil d'Etat français rejetant la décision des maires qui ont prohibé la baignade dans les plages et piscines publiques en utilisant ce vêtement, dit conforme aux valeurs religieuses et manifestant une liberté personnelle, de croyance et de conscience, et que le conseil d'Etat a annulé cet arrêt est devenu inexistant, alors que les maires continuent d'interdire de prendre ce vêtement.

B. Les arguments de la mairie de Nice face aux arguments de la ligue des droits de l'Homme et d'autres :

De prime abord, le maire de la commune de Ville Neuve-Loubet et selon les dispositions 04-3 de l'article 4 de l'arrêt du 05 Août 2016 qui porte sur le règlement de la police de sécurité et d'exploitation des plages concédées par l'Etat à cette commune par ordonnance : N°16 03508 et 1603523 du 22 Août 2016, interdit la baignade en portant le **Burkini**.

Le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté la demande de la ligue des droits de l'Homme et d'autres.

En justifiant l'aspect urgent de cette arrêt anti-Burkini, selon ces trois requérants (organismes), qui, pour eux, porte atteinte à la liberté religieuse de se vêtir dans l'espace public, et qu'il n'a aucun fondement juridique et que les circonstances locales ne peuvent justifier de telles décisions, ce qui pousse ces trois organismes à enregistré une autre requête devant le conseil d'Etat, le 24 Août 2016 auprès du secrétaire du contentieux pour le juge des référés, pour annuler cette décision en justifiant cette requête par des arguments fondés sur la liberté de se vêtir dans l'espace public¹.

Le conseil d'Etat a accepté cette requête en référés, car, selon lui elle porte une atteinte grave et manifestement illégale au principe d'égalité des

¹ - www.conseil-etat.fr Consulté le : 25/09/2016.

www.lemonde.fr. Consulté le : 20 juin 2015 et 26 juin 2019.

citoyens devant la loi, à la liberté de conscience et que le maire de la commune de Ville Neuve ne s'appuie sur aucun fondement juridique et que cette décision se contredit avec la constitution de la république dans son préambule, ainsi que les conventions européennes de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹, avec le code de justice administrative, et avec le code général des collectivités territoriales, ainsi que la loi du 9 décembre concernant la séparation des Eglises de l'Etat, et que l'attentat terroriste de Nice du 14 juillet 2015 ne justifie pas l'interdiction contestée, et que cette tenue ne représente aucun risque à l'ordre public ou à l'hygiène ou même de décence.

Toutes ces justifications ne peuvent que prouver l'annulation de la décision du juge des référés du tribunal administratif de Nice du 22 Août 2016 et la suspension de l'exécution de l'article 4.3 de l'ordonnance du maire de Ville Neuve-Loubet du 05 Août 2016, ainsi que le rejet des conclusions des deux parties en litige.

C. Les controverses soulevées par l'arrêt :

Durant cette polémique, qui n'est pas encore achevée au moins pendant la rédaction de ces lignes, même en présence de cet arrêt du Conseil d'Etat français en tant que haute juridiction administrative française, faisant jurisprudence pour les trente communes ayant prises des arrêts similaires, des débats se continuent et se développent, parfois, par des idéologies de droite et d'extrême droite, ainsi que le collectif contre l'islamophobie en France .

On note que cette affaire a soulevé un débat dans la société française et remet en relief de nouveaux débats par une nouvelle affaires des femmes musulmanes qui se sont baignées dans une piscine publique en portant le **Burki-**

¹ - l'art 05 alinéa 1 et 06 de la convention européenne sur les droits de l'Homme.

ni à Grenoble le 24 juin 2019 à 15h30 accompagnées d'une trentaine de bénévoles du collectif citoyenne¹.

Ainsi, la grande surface Décathlon , avait créé la polémique en annonçant la commercialisation de ce vêtement à destination des femmes musulmanes qui souhaitaient selon lui, courir dans l'espace public, alors que ces femmes ont été verbalisées d'une amende de 35 euros par la police de Grenoble pour avoir défier le règlement de la piscine, qui se contredit pourtant avec l'arrêt du conseil d'Etat², ce qui a suscité des avis très controversés même en présence d'un arrêt du conseil d'Etat en tant que plus haute juridiction administrative en France.

Car cet acte, pour certains , c'est une provocation islamiste qui vise à imposer un communautarisme vestimentaire sous couvert de la défense des droits de l'Homme et prétendre de lutter contre les discriminations qui menacent la liberté de conscience, alors que le maire de « Rennes », ne trouve aucun problème de tolérer ce vêtement en incitant une autre polémique qui se base sur l'atteinte aux valeurs de la république et que les organisations islamistes s'infiltrant dans toutes les sphères de la société.

D. Remarque :

- 1) Les maires manifestent leurs refus contre l'arrêt du conseil d'Etat en continuant d'étendre leurs pouvoirs par l'interdiction de prendre le BURKINI, est ce que cela ne constitue pas un déni de justice ?

¹ -www.lemonde.fr / consulté le : 24/06/2019.

² - les policiers continuent de verbaliser et les femmes ont le droit de contester cette verbalisation auprès de la juridiction administrative en se basant sur l'arrêt du conseil d'Etat en question.

C'est la deuxième opération organisée par le collectif Alliance citoyenne autour du maillot couvrant. Le 17 mai dernier 2019, un groupe de femmes en Burkini s'étaient baignées dans la piscine des Dauphins, à Grenoble. Alliance Citoyenne demande à la ville de Grenoble de prendre exemple de Rennes, en Bretagne, qui autorise les maillots de bain couvrants dans ses piscines municipales.

- 2) Mettre l'affaire anti-Burkini dans le contexte idéologique de l'attentat terroriste de Nice ne reste pas caduque ?
- 3) L'arrêt de Nice n'est pas le premier du genre puisque le maire de CANNES, 13 Août 2015 est la première mairie à avoir déposée un arrêté de ce type.
- 4) Est-ce que le problème du **Burkini** pour les femmes qui le portent ne remet pas encore un autre problème, c'est que les femmes qui portent le **Burkini** sont tolérées de se baigner devant les corps des autres en état de, presque, nudité selon les règles de la religion musulmane ?

Conclusion

La légalité pénale comme vient de le montrer ce modeste texte n'est pas le produit des mécanismes internes propres au droit privé, il est plutôt l'héritier juridique d'une révolution qui marqué les institutions politiques dans leurs rapports historiques les idées politiques et la condition des gouvernés. La séparation des pouvoir et la notion de la volonté générale se présente ici au titres des repères généalogiques qui éclaircissent les manières juridiques de sortir de l'ère de l'arbitraire et de la décapitation.

Bibliographie

- Beccaria, Cesare, (1764) 2015, *Des Délits et des peines*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de philosophie.
- Bentham, Jeremy, (1791) 2002, *Panoptique. Mémoire*, édité par Laval, Paris, Mille et une nuits.
- Burdeau, George, 1963, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, T.VIII.
- Chassagnard-Pinet, Sandrine, 2011, « Droit et normalité : appréhension et évaluation des comportements anormaux », in : *Vidéo-surveillance et détection des comportements anormaux*, Presses Universitaires du Septentrion, 2011, pp. 119-131.
- Fajon, Yan-Erick, 2019, *Les représentations du juge criminel dans la pensée politique française (1748-1791)*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université côte d'azur.
- Foucault, Michel, (1975), 2000, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard.
- Gauvard, Claude, 1997, « La justice pénale du roi de France à la fin du Moyen Âge », dans X. Rousseau et R. Lévy (dir.), *Le pénal dans tous ses états. Justice, États et société en Europe (XIIe -XXe siècles)*, Bruxelles, p. 81-112.
- Huebert, Erin Terese and David S. Brown, "Due Process and Homicide: A CrossNational Analysis", *Political Research Quarterly* 2019, Vol. 72 (1) 190-204.
- Montesquieu, Charles, (1748) 1979, *De l'esprit des lois*. Livre XI, chap VI, GF Flammarion.
- Rebut, Didier, 2001, « Faut-il repenser le principe de la légalité pénale ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle*, n° 2, pp. 249-266.
- Rebut, Didier, 2010, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et Revet Th. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e éd., Dalloz, 2001.
- Roland, Henri, 2016, *Lexique juridique des expressions latines*, Lexisnexis Objectif Droit, 7^{ème} édition.
- Stylios, Alexandre, 2021, *L'aveu dans les traditions occidentales accusatoire et inquisitoire. Une histoire de l'aveu en droit pénal*, Québec : Paris : Presses de l'Université Laval.