

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبد الواحد تولان

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

ملف الصحافة

43/2011

الترقيم الدولي

ردمد X 876 – 2028

المراسلة

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

الهاتف: 0665929835

0662557163

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

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

قواعد النشر

- 1- المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.
- 2- ترسل المقالات وجوباً في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوباً ببرنامج MicrosoftWord بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : TraditionalArabic، مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : TimesNewRoman، مقاسه : 12)، ويجب أن ترقم الصفحات ترقيمياً متسلسلاً؛
- 3- ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحروف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.
- 4- مادة النشر تكون موثقة كما يلي :
- بالنسبة للكتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلة : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الانترنت : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملاً (يشمل الملف).
- 5- يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛ المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
- 6- تُعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
- 7- ونبه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
- 8- ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني .

المحتويات

- 6 مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة / محمد المجني
- 20 الاجتهاد القضائي المغربي في سير العمليات الانتخابية / شفيق بوكرين
- 30 اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الضريبية / أحمد إسماعيل العامري
- 39 الإجراءات الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم قراءة في موقف القوانين الدولية / محمد أحتوش
- 46 طبيعة العلاقة بين القاضي الإداري والقاضي الجنائي في المادة الانتخابية / محمود السقاف
- 57 الحجز على أموال أشخاص القانون العام قبل وبعد إحداث المحاكم الإدارية- دراسة مقارنة - / سامية الحبيب
- 70 القضاء الإداري المغربي وإشكالية الاختصاص النوعي / أحمد السكسيوي
- 82 مسطرة الطعن الجبائي أمام القضاء الإداري / رشيد المسعودي
- 97 دور القاضي الإداري في حماية حق الملكية من خلال تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار / الوعبان لرباس
- 130 منازعات الفرض التلقائي للضريبة على الدخول المهنية / أشرف الغروص
- 144 دور الاجتهاد القضائي المغربي في حماية الحقوق والحريات / علي الكاسمي
- 155 الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية/ عوض بن عبدالله بن محمد الحرمللي
- 176 دور قاضي المستعجلات في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الاعتداءات الجنحية والاعتداءات الناجمة عن نزع الملكية. / محسن الصويب
- 185 الرقابة القضائية على المشروعية الخارجية للقرار الإداري / عبد الوهاب المنصوري
- 202 خصوصية الطعن القضائي المتعلق بالرسوم الجمركية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي / أشرف كناني
- 215 رقابة القاضي الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري / نادر احمد حسين عثمان

- 223 منازعات التقاعد بين الطبيعة القانونية والإختصاص القضائي / عائشة فضيلي
- 239 التصحيح الضريبي بين المشروعية والبطلان / سفيان صابر
- 257 تنفيذ الأوامر الاستعجالية الإدارية وأثارها الأمر بإيقاف التحصيل نموذجاً / حمدي عنتر
- 266 الرقابة القضائية ضماناً هامة لأطراف المنازعة الإدارية / حسين عبدالقادر الجنيد
- عدم استعمال القواعد الإجرائية الخاصة بالقضاء العادي في تنظيم النزاع الإداري - استقلال إجراءات التقاضي الإداري
275 عن إجراءات التقاضي العادي-دراسة في التشريع الجزائري./ ميسوم فضيلة - أكلي نعيمة
- 282 منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية / رشيد عمر
- 295 إشكالية تقادم الديون الضريبية بين التشريع والاجتهاد القضائي / حفيظة بوطه
- 308 أحكام وتعاليق

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونتوكل عليه، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وعلى آله وأصحابه الطيبين.

أما بعد:

فيسعدنا أن نضع بين أياديكم أعزاءنا القراء الكرام العدد الخاص السادس من مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، سائلين الله تعالى أن ينفع بما فيه من بحوث علمية جادة ورضينة، وتأتي خصوصية هذا العدد بامتياز لأنه يضم بين دفتيه أبحاثاً تنهل من معين القضاء الاداري تتسم بالجدية والتحليل العميق وتحترم شروط البحث العلمي. هكذا و بإلقاء نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع أبحاث متنوعة ومختلفة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل: الرقابة القضائية ضمانه هامة لأطراف المنازعة الإدارية، دور الاجتهاد القضائي المغربي في حماية الحقوق والحريات و اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الضريبية و طبيعة العلاقة بين القاضي الإداري والقاضي الجنائي في المادة الانتخابية ودور القاضي الإداري في حماية حق الملكية من خلال تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وغيرها من الدراسات

ولم تغفل إدارة المجلة عن نشر أحكام قضائية متنوعة صادرة عن المحاكم المغربية في المادة الادارية، وذلك لمواكبة أهم الاجتهادات القضائية الحديثة لكي يستفيد منها الباحثون، وتحقيقاً لتبادل الأفكار بين الفقه والقضاء. أملين أن تفتح هذه البحوث آفاقاً للمعرفة والبحث العلمي، كما هو هدف هذه المجلة وشعارها، التي ما كان لها أن تصل إلى ما بلغت لولا جهود ثلة من الأساتذة الأفاضل، الذين أثروا المجلة بأبحاثهم، وإخوانهم الذين قاموا على مراجعتها وتقييمها، يضاف إلى هؤلاء جميعاً كل من أسهم بجهد في الإعداد أو الإخراج ودعم ولو بكلمة طيبة، فلهم جميعاً من المجلة وهيئة تحريرها فائق تقديرها، وعظيم امتنانها، وصادق وعدها بإذن الله بالاستمرار والتطوير، ما بقي تواصلهم ودام تعاونهم.

والله ولي التوفيق.

الدكتور رضوان العني

مدير مجلة المنارة لدراسات القانونية والادارية

مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة

محمد المجني

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة ابن زهر-أكادير

مقدمة

بخلاف الترحيب الذي لاقاه التحكيم وباقي الطرق البديلة لحل المنازعات في مجال المعاملات والعقود التجارية¹، فإنه وفي مجال المنازعات الإدارية كان ينظر إلى التحكيم نظرة توجس وحذر.

ولعل نظرة التوجس والحظر هذه لها ما يبررها، وذلك بالنظر إلى الارتباط العضوي بين القاضي الإداري والمنازعة الإدارية، فأسس المنازعة الإدارية ومساطرها مرتبطة بشكل كبير بالدور الإنشائي للقاضي الإداري الفرنسي بالأساس، هذا الأخير الذي شكل نبأاً لجميع الدول التي اختارت ازدواجية القضاء كهندسة لنظامها القضائي، مما لاقى معه القبول بإخضاع العقد الإداري للاتفاق التحكيمي صعوبة كبيرة.

ونتيجة لسعي الدول إلى جلب الاستثمارات الخارجية أو إلى التخفيف من عدد القضايا المطروحة أمام المحاكم الإدارية، عملت جل الدول على الإقرار بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية، في حين اكتفت دول أخرى بفتح النقاش والتشاور حول إمكانية إخضاع منازعات العقد الإداري والتحكيم، غير أن خصوصية العقد الإداري فرضت التنصيص على شروط خاصة للقبول بالاتفاق على التحكيم في هذا المجال.

وبعد الانتقال من مرحلة التساؤل حول إمكانية إقرار التحكيم في العقود الإدارية، انتقل التوجس والحظر من فرضية القبول بإخضاع العقد الإداري للتحكيم إلى الآثار المترتبة عن القبول بإخضاع العقد الإداري للتحكيم، فإخضاع العقود الإدارية لقضاء التحكيم يترتب عنه الفصل بين القاضي الإداري ومنازعات العقد الإداري من جهة كما أنه يترتب عنه فصل العقد الإداري عن مقتضيات القانون الإداري العام من جهة أخرى، وذلك انطلاقاً من مبدأ الاستقلال القانوني لشروط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه.

ويعتبر مصطلح الحظر مرادفاً للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا وقاعدة مركزية في القانون الإداري الفرنسي، وذلك بالرغم من كثرة النصوص القانونية التي أقرت قواعد استثنائية عن مبدأ الحظر بالرغم من ظهور بوادر تشريعية تبيح وتنظم التحكيم في العقود الإدارية².

فكيف تعامل المشرع والفقه والقضاء مع التحكيم في المنازعات الإدارية بشكل عام، والعقود الإدارية بشكل خاص، سواء في فرنسا أو في المغرب؟ وما مدى فعالية التحكيم كآلية لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية؟
الجدير بالذكر أن أصل صعوبة القبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية يعود إلى النظام القانوني الفرنسي وذلك بالنظر إلى تجدر مفهوم فصل السلط في هذا النظام القانوني، كما أن أسس الاهتمام الفقهي والخلاف القضائي حول القبول بالاتفاق على التحكيم تعود إلى النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية بفرنسا (الفصل الأول).

¹ - أنظر في ذلك على سبيل المثال وللمزيد من التوسع:

- الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي 4 و5 أبريل، 2003 منشورات وزارة العدل، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، عدد 2، الطبعة الأولى، 2004.

² - بونجة (مصطفى) " التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2012-2013، ص 25 وما بعدها.

وبالنظر إلى كون أن القانون والقضاء الإداري بفرنسا قد شكلا نقطة البدء بالنسبة للقانون بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية فإنهما أثرا بشكل كبير على موقف المشرع القضاء المغربي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: موقف المشرع والفقهاء والقضاء الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

للقوف على موقف التشريع والفقهاء والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، سنخصص المبحث الأول لرصد الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية والاستثناءات الواردة على هذا الحظر، وكذلك الاتجاهات التشريعية الراهنة والتي تصب في تقنين التحكيم في العقود الإدارية، في حين سنخصص المبحث الثاني للوقوف على الموافق الفقهية والقضائية من التحكيم في العقود الإدارية سواء التقليدية أو الحديثة.

المبحث الأول: موقف المشرع الفرنسي من الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية

يعتبر حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم وفقا للتشريع الفرنسي قاعدة عامة غير أن هذه القاعدة العامة قد لحقتها عدة استثناءات وذلك بمقتضى قوانين خاصة تركزت بالخصوص حول موضوع العقود الإدارية. هذه الاستثناءات التي أصبحت تأخذ يوما بعد يوم طابع القاعدة العامة، وأصبح الاتجاه العام يسير نحو إقرار السماح بالتحكيم في العقود الإدارية كقاعدة عامة وليس كاستثناء.

ولمناقشة موقف التشريع الفرنسي من التحكيم في المادة الإدارية عموما وخاصة العقود الإدارية فإنه لا بد من التطرق إلى الأسس التشريعية لحظر التحكيم (المطلب الأول) ثم الاستثناءات التي جاء بها المشرع والتي طالت هذا الحظر (المطلب الثاني)، لنصل في الأخير إلى بواد تعديل تشريعي يقر بإمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا (المطلب الثالث).

المطلب الأول: قاعدة الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا

ينبغي حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لحل نزاعاتها العقدية على مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي وذلك بعد التعديل الذي أدخل على القانون المدني الفرنسي بموجب قانون 1972/7/5¹.

وبرجعنا إلى مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الجديد نجدها قد حددت الحالات التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم، ومن بين هذه الحالات المنازعات التي تكون الجماعات العامة والمؤسسات العامة طرفا فيها حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه " لا يجوز اللجوء للتحكيم بشأن مسائل حالة أو أهلية الأشخاص أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالانفصال الجسدي أو بشأن المنزعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وعموما في جميع المسائل التي تتعلق بالنظام العام"² غير أنه، وبموجب القانون الصادر بتاريخ 1975./7/9، تمت إضافة فقرة ثانية إلى مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

هذه الفقرة التي نصت على إمكانية لجوء المؤسسات العامة والصناعية والتجارية إلى التحكيم لحل نزاعاتها، لكن هذه إمكانية تم تعليقها على شرط صدور مرسوم ينظم ذلك.

وزيادة على مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الجديد فإن مقتضيات المادة 2061 من نفس القانون وقبل تعديلها بموجب المادة 126 من قانون 2001/5/15³ كانت تقضى ببطان الشرط التحكيمي ا جاء مخالفا للقانون¹.

¹ Dominique fousard, le juge administratif et l'arbitrage rev.arb 1989 issue 2 p 167.

² L'article 2060 du code civil (l. n°72-626 du 5 juillet 1972) " on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressant l'ordre public" les collectivités publiques et les

³ La Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Economiques Art. 126

المطلب الثاني: الاستثناءات التشريعية من حظر اللجوء إلى التحكيم

بالرغم من صدور القانون رقم 75-596 بتاريخ 1975/7/9 والذي بموجبه أضيفت الفقرة الثانية إلى المادة 2060 من القانون المدني ودخول هذا التعديل حيز التنفيذ بتاريخ 1975/7/10 هذه الفقرة التي تم بموجبها الإقرار بمبدأ جواز لجوء المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم لكن بشرط حصول هذه المؤسسات على ترخيص بذلك بموجب مرسوم، غير أن هذه المقتضيات ظلت معطلة ولم تفعل إلا سنة 2002 وهو التاريخ الذي صدر فيه مرسوم يبيح للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية العاملة في مجال المعادن والكهرباء والغاز باللجوء إلى التحكيم².

وبالرغم من الحظر الذي يعتبر مرادفاً للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، إلا أن ذلك لم يحل دون صدور تشريعات متفرقة أباحت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية (الفرع الأول). غير أن أهم استثناء عن قاعدة منع لجوء الأشخاص العامة للتحكيم يمثل في صدور قانون عقود الشراكة بفرنسا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستثناءات المتفرقة

يتجلى أهم استثناء واردة على قاعدة حظر التحكيم في العقود الإدارية هو الذي جاء به القانون الصادر بتاريخ 1906/4/17 والذي ينص في مادته 69 صراحة على إمكانية لجوء الدولة وبعض الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم³.

كما أنه، وبموجب قانون 1919 المتعلق باستعمال الطاقة الهيدروجينية، تم التنصيص على إمكانية خضوع المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها إلى التحكيم بشرط أن يرخص لها في ذلك بمرسوم⁴.

وإلى جانب هذه النصوص التشريعية العامة التي أباحت اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، فقد صدرت عدة نصوص قانونية خاصة تبيح لأشخاص القانون العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم ذلك أنه تم تعديل مدونة الصفقات العمومية وتمت إضافة مادة جديدة إلى هاته المدونة تبيح اللجوء إلى التحكيم⁵.

L'article 2061 du code civil est ainsi rédigé «Art. 2061. - Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.»

1 كانت المادة 2061 من نفس القانون، قبل تعديلها بموجب المادة 126 من قانون 2001/5/15، تنص على ما يلي:

"La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi."

² مرسوم عدد 2002/56 الصادر بتاريخ 2002/1/8

³ Loi du 17 avril 1906, article 69, art, 132 du code des marchés publics.

تنص المادة 69 من قانون 1906/4/17 المتعلق بالميزانية العامة للنفقات و المداخيل يرسم سنة 1906 على أن الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العامة المحلية يمكنها اللجوء إلى التحكيم طبقاً لمقتضيات الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية وذلك لتصفية مصاريف الأشغال والتوريدات، غير أن الدولة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم إلا بعد موافقة الوزير المختص والوزير المكلف بالأشغال العمومية بمرسوم.

⁴ LOI du 16 Octobre 1919. Relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (J.O.18 oct. 1919).

Art. 25. - Les litiges dans lesquels l'Etat serait engagé par l'application de la présente loi peuvent être soumis à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre II]1 du code de procédure civile.

Le recours à cette procédure doit être autorisé par un décret délibéré en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et par le ministre de l'économie et des finances

⁵ Code des Marchés Publics 2009,

Annexe au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics

Titre VI - Dispositions diverses

Chapitre 1er - Règlement des litiges

Section 2 - Arbitrage

Article 128 [Arbitrage

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد قام بإدماج أغلب هذه النصوص القانونية المتفرقة والتي أبحاث بشكل جزئي التحكيم في بعض منازعات أشخاص القانون العام في مدونة القضاء الإداري، وذلك بموجب المادة 311 من هذه المدونة¹. وإلى جانب التشريعات الداخلية والتي تتعلق أساسا بالعقود الإدارية الداخلية فإن العقود الإدارية الدولية قد عرفت هي الأخرى عدة استثناءات لمبدأ الحظر هذه الاستثناءات التي جاءت عبر التشريع الوطني أو من خلال مصادقة فرنسا على عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية.

كما أن فرنسا قد أبرمت عدة اتفاقيات دولية وذلك بخصوص إنجاز الأشغال الحدودية الكبرى، هذه الاتفاقيات التي نظمت خضوع الدولة الفرنسية أو أحد الأشخاص العامة بفرنسا للتحكيم زمن بين هذه الاتفاقيات وأهمها:

- المادة 16 و17 من الاتفاقية الفرنسية الإيطالية بتاريخ 14/3/1953 لإنجاز نفق "مونت بلن" والمنشورة بالجريدة الرسمية بتاريخ 20/1960.

- المادة 10 من اتفاقية مدريد بتاريخ 10/10/1995 والمنشورة بالجريدة الرسمية بتاريخ 16/2/1998 المتعلقة بخط السكك الحديدية السريع الرابط بين فرنسا وإسبانيا.

الفرع الثاني: الاستثناء الصريح بموجب قانون عقود الشراكة

رغبة منه في إحداث شكل تعاقدى مبني على مبدأ توزيع المخاطر والثقة المتبادلة بين الإدارة والمتعاقدين معها من جهة، والأخذ بعين الاعتبار كذلك الأهمية الاقتصادية التي يمكن أن تضطلع بها هذه العقود أنشأ المشرع الفرنسي نوعا جديدا من العقود الإدارية هذا النوع الذي أطلق على تسميته عقود الشراكة.

وتعتبر عقود الشراكة المحدثة، بموجب قانون 17/6/2004، عقودا إدارية بصريح الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون².

Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile.

Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

¹ Code de justice administrative Article L311 -6

Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage-dans les cas prévus par :

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau code des marchés publics ;

2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;

3° L'article L. 321-4 du code de la recherche ;

4° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;

6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

7° L'article 24 de la loi n° 95-877 dit 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars

1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre ; 8° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire.

² TITRE 1er - CONTRATS DE PARTENARIAT DE L'ÉTAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Article 1

I. - Le contrat de partenariat est un contrat **administratif** par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission

وقد نص القانون في الفقرة الأخيرة من المادة 11 منه بشكل صريح على إمكانية عرض النزعات المترتبة عن عقود الشراكة على

التحكيم، لكن شريطة تطبيق القانون

الفرع الثالث: بواد إقرار التحكيم في العقود الإدارية

منذ سنة 1993 تاريخ صدور تقرير مجلس الدولة الفرنسي حول الطرق البديلة لحل النزعات في المادة الإدارية¹ وبعد تليين نقابة المحاكم الإدارية بفرنسا لمواقفها من التحكيم في العقود الإدارية²، وبعد خطاب وزير العدل الفرنسي السابق "باسكال كليمونت pascal clément" أثناء اجتماع رؤساء المحاكم الإدارية بفرنسا³ جاء تقرير مجموعة العمل حول التحكيم في المادة الإدارية⁴، والذي قدم مشروعا متكاملًا حول التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا كما أثار الكثير من الجدل الفقهي والتشريعي، هذا الجدل الذي أصبح يتعاضد يوما بعد يوم.

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء الفرنسي بفرنسا من التحكيم في العقود الإدارية

لرصد موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية، فإن الأمر كان يتعلق إلى زمن غير بعيد ببحث في أسباب حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم، بما في ذلك المنازعات العقدية التي تكون الإدارة طرفًا فيها، غير أنه وبالرجوع إلى الدراسات الفقهية الحديثة و الآراء الإفتائية لمجلس الدولة الفرنسي، فإنه من الملاحظ بأن النقاش الفقهي (المطلب الأول) و العمل القضائي (المطلب الثاني) قد تجاوز مرحلة الحديث عن أسباب الحظر و المنع ليصل إلى مناقشة كيفية إعمال الطرق البديلة للتقاضي عموما، والتحكيم خصوصا في المنازعات الإدارية عامة و منازعات العقود الإدارية خاصة.

globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

¹ Conseil d'Etat, régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 4 février 1993. Op. cit.

و هذا التقرير هو عبارة عن دراسة تبينها الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1993/2/4، التي أفضت إلى اقتراحات تبين التحكيم في الصفقات العمومية، و إلى طرح أفكار لتطبيق الوسائل البديلة لحل المنازعات في المادة الإدارية.

² Rapport de synthèse par Pierre Delvolvé colloque du 15 octobre 2004 sur «l'avenir des tribunaux administratifs» organisé par le Syndicat de la juridiction administrative «à l'occasion du cinquantenaire des tribunaux administratifs».

في هذا التقرير الختامي و الذي أعده بيير دلفيو لفيه بمناسبة ندوة مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، و بالرغم من تلميحاته بخصوص مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، اعتبر بأنه: " بالرغم من حظر لجوء الأشخاص العام للتحكيم فإن ذلك لم يمنع المشرع من إقرار استثناءات تبيح اللجوء إلى التحكيم، و ذلك انطلاقًا من قانون 1906/4/17، و مرورًا بمقتضيات المادة 317 من قانون 6 من مدونة المحاكم الإدارية، و كذلك لجوء السلطة التنفيذية إلى الأوامر (عقود الشراكة): أمر 2004/6/17) و أحيانا بواسطة مرسوم (مرسوم 2004/6/3 المنظم للأركيولوجية الوقائية)، و هذا ما يشكل موضوع تحفظات من جانب نقابة المحاكم الإدارية ... غير أن مجال التحكيم يبقى محصورًا، و ذلك لعدم إمكانية امتداده إلى قضاء المشروعية و اقتضائه على المسؤولية العقدية.

كما أن اللجوء إلى التحكيم لا يعني استبعاد تدخل القاضي الإداري، هذا الأخير الذي يتدخل سواء فيما يتعلق بتقدير مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم أو رقابته على مقررات التحكيم عند النظر في الطعن بالاستئناف في حالة عدم استبعاد هذا الطعن بواسطة نص في القانون أو طريق النظر في البطلان، ليقرر في الأخير بأن الطرق البديلة لحل النزاعات لا يمكنها طرد القضاء الإداري ولا يمكنها عدم اللجوء إلى القضاء الإداري، لأن هذه الطرق البديلة لا يمكن لها الإفلات من رقابة القضاء"

³ أوضح وزير العدل الفرنسي السابق خلال اجتماع رؤساء المحاكم الإدارية بتاريخ 2006/3/28 بأنه "يجب التفكير في إعمال الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية و من بينها التحكيم"

المطلب الأول: موقف الفقه الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

بملازمة الموقف الفقهي من التحكيم في المادة الإدارية عموما، والتحكيم في منازعات العقود الإدارية خصوصا، فإننا سوف نتطرق في الفرع الأول إلى الموقف التقليدي للفقه من التحكيم في العقود الإدارية أي رصد أسباب المنع والحظر، على أن نخصص الحديث في الفرع الثاني للموقف الفقهي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا.

الفرع الأول: موقف الفقه التقليدي من التحكيم في العقود الإدارية

لقد اعتبر إدوارد لافوير Edouard Laferrière الذي كان يشغل منصب نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي ومؤلف كتاب حول القضاء الإداري ومساطر المنازعات سنة 1896، بأنه " كيف يمكن قبول خضوع الدولة للمحكمن في قضايا لا يمكن قبول خضوع الدولة فيها حتى للقضاة المدنيين، بل الأكثر من ذلك فإن التمييز بين القضاء العادي والقضاء الإداري هو من النظام العام بالنسبة للدولة".¹ ولعل هذا الموقف هو الذي تم تبنيه بعد 90 سنة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في فتواه الصادرة بتاريخ 1986/3/6، هذه الفتوى التي خلصت إلى حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم دون موافقة تشريعية وصريحة، وذلك اعتمادا على مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، هذه المادة التي تستثني أشخاص القانون العام من الخضوع للقواعد المسطرية التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية الفرنسية في حالة صدور مقررات تحكيمية.

و بالرغم من أن الفقيه لافيرير Edouard Laferrière² قد ضمن في مقولته الشهيرة جميع أسباب منع و حظر اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية، فإن من تبعه من فقهاء القانون والقضاء الإداري أرجعوا أسباب هذا الحظر والمنع إلى الأسباب القانونية المباشرة، و المتمثلة في مقتضيات المادة 2060 و قبلها المادتين 1004 و 83 من قانون المسطرة المدنية الملغى، و أهم هذه المبادئ هي:

الفرع الثاني: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

بالرغم من تطميناته بخصوص مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، اعتبر "بيير ديلفو لفيه" Pierre delvolvé في التقرير الذي أعده بمناسبة ندوة مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، بأنه " و بالرغم من حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، فإن ذلك لم يمنع المشرع من إقرار استثناءات تبيح اللجوء إلى التحكيم، و ذلك انطلاقا من قانون 4/17، 1906، و مرورا بمقتضيات المادة 317 من قانون 6 من مدونة المحاكم الإدارية، وكذلك لجوء السلطة التنفيذية إلى الأوامر (عقود الشراكة : أمر 2004/6/17) و أحيانا بواسطة مرسوم (مرسوم 2004/6/3 المنظم للأركيولوجية الوقائية)، وهذا ما يشكل موضوع تحفظات من جانب نقابة المحاكم الإدارية".

وسند هذا الجانب من الفقه هو كون التمييز بين القضاء العادي والقضاء الإداري الذي يميز النظام القضائي الفرنسي لا مثيل له في الأنظمة القانونية الأنكلوساكسونية، و هذا ما يشكل ضربة قوية للجاذبية الاقتصادية و التجارية لفرنسا، كما أنه و من جهة أخرى فإن اعتماد هذا الشكل من شأنه الدخول في متاهات الاختصاص و تنازعه بين القضاء العادي و القضاء الإداري و طرح الأمر على محكم التنازع و هذا من شأنه ضرب مصداقية التحكيم .

المطلب الثاني: موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

انقسم العمل القضائي بفرنسا بين موقف القضاء الإداري من جهة والذي ظل متشددا بخصوص حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية (الفرع الأول)، و من جهة ثانية مواقف القضاء العادي والذي حاول الخروج عن قاعدة الحظر، وذلك من خلال محاولاته للتمييز بين العقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، والاكتفاء بتقرير حظر

¹ Michel Rousset : Arbitrage en droit Public, AJDA, 1997, P30

² « Les exigences d'ordre public, requièrent que l'Etat ne soit soumis qu'aux juridictions constituées par la loi, la compétence des juridictions administratives est d'ordre public de même que la compétence de l'ordre judiciaire. Et s'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de statuer sur des questions qui relèvent de la compétence de l'ordre administratif comment dès lors admettre que les arbitres puissent statuer sur ces questions ? E. Laferrière, contentieux administratif, 1888, T.2.p 145-146

التحكيم في العقود الداخلية فقط دون الدولية منها (الفرع الثاني). في حين أتاحت الفرصة مؤخرا لمحكمة التنازع الفرنسية لإبداء موقفها من التحكيم في العقود الإدارية كذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف القضاء الإداري من التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا

إذا كان الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية يتسم بالتشدد، فإن المواقف التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي قد عرفت تطورا مهما.

الفقرة الأولى: الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي

انطلاقا من تفسيره لمقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي و التي تمنه وضع شروط تحكيمية في العقود الإدارية، ظل مجلس الدولة الفرنسي ملتزما بمنع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بنوعها الداخلي و الخارجي، مطبقا بذلك قواعد القانون المدني في المجال الإداري باعتباره الشريعة العامة.

بل أن مفوض الحكومة Gazier قد ذهب في أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن حظر التحكيم في منازعات الأشخاص العامة هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي.¹

ففي حكمه الصادر في 1957/12/13 بخصوص قضية الشركة الوطنية لبيع الفضائل،² قرر مجلس الدولة الفرنسي بأنه بناء على مقتضيات الفصلين 83 و 4004 من قانون المسطرة المدنية فإن المؤسسات العامة يمنع عليها اللجوء إلى حل نزاعاتها عن طريق التحكيم إلا إذا سمح لها القانون بذلك.

و تتلخص وقائع هاته القضية في أنه أثبتت أمام محكمة الاستئناف بباريس مسألة مدى قانونية و شرعية المادة 10 من المرسوم الذي يجيز لمجلس إدارة الشركة الوطنية لبيع الفضائل باعتبارها مؤسسة عامة لإبرام عقد التحكيم، فقررت محكمة الاستئناف بباريس إيقاف البت في النزاع إلى حين البت من قبل مجلس الدولة الفرنسي في هاته النقطة القانونية.

و عند عرض المسألة على أنظار مجلس الدولة الفرنسي، قضى هذا الأخير بأن المرسوم الذي يجيز لهذه الشركة اللجوء إلى التحكيم مشوب بعبء عدم المشروعية، و ذلك بالرغم من طابع التجارية الذي يلازم هذه المؤسسة.³

الفقرة الثانية: الموقف الحديث لمجلس الدولة الفرنسي

في قضية حديثة عرضت عليه للنظر في الطعن بإلغاء المقتضيات المتعلقة بالتحكيم التي تضمنها القانون المتعلق بعقود الشراكة، قضى مجلس الدولة الفرنسي برفض الطعن بالإلغاء، و أقر بذلك بصحة المقتضيات المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية.

و يتعلق الأمر بقضية "SUEUR et autres"⁴، والتي بت فيها مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2004/10/29 وبغرفتين مجتمعين واعتبر فيها بأن الجاني الاقتصادي في عقود الشراكة يستوجب حل النزاعات المترتبة عن هاته العقود عن طريق التحكيم، كما أن هذا القانون قد جاء محترما لجميع مقتضيات الرقابة الواجب ممارستها من طرف المجالس التداولية خصوصا للجماعات المحلية، و كذلك لواجبات الإعلام اتجاه المرتفقين، ليخلص في الأخير إلى القول بصحة الشروط والمقتضيات التي جاء بها هذا القانون.

¹ Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. P-677.D.1958.

CE, Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, p. 677, concl F. Gazier:

2 Conseil d Etat, 13 décembre 1957, société nationale de vente des surplus.

3 CE avis n°339710 du 6 mars 1986, EDCE 1987, n°38, p. 178: «il résulte des principes généraux du droit public français, (...), que les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties»

⁴ CE, 7/2 Section du contentieux Séance du 27 octobre 2004 Lecture du 29 octobre 2004

N°269514-271119-271357-271362 - M. SUEUR et autres, rec, concl. D. Casas.

وزيادة على المواقف القضائية الحديثة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يمكن رصد المزيد من المواقف الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية، كذلك من خلال العديد من المؤشرات، و لعل أبرزها ما جاء بالمداخلة التي تقدم بها نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي بالندوة المتعلقة بالتحكيم وأشخاص القانون العام والتي انعقدت بتاريخ 2009/9/30.¹ هذه المداخلة التي تضمنت العديد من المواقف المدافعة عن تقرير لابوتول بخصوص مسألة التحكيم في المادة الإدارية عموما وفي العقود الإدارية خصوصا.

وقد موقف مجلس الدولة الفرنسي هذا بتكييف مقتضيات التحكيم مع متطلبات خصوصية المنازعات الإدارية، وذلك بضمان احترام المصلحة العامة ومهام المرفق العام.

و لن يتأتى ذلك إلا من خلال إسناد الاختصاص للقاضي الوطني و تحديدا القاضي الإداري، للنظر في مدى مشروعية القرارات الانفرادية للإدارة، أما فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية فإنه قد وضع شروطا محددة لذلك.

و يمكن تلخيص الموقف الحديث لمجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية فيما يلي:

إمكانية خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم يجب ربطها بالضمانات اللازمة للحرية العقدية و المساواة أمام الطلبات العمومية و الأمن القضائي، كما أن هذا النوع من التحكيم يجب أن يضمن لأشخاص القانون العام الشفافية المطلوبة و حماية المال العام.

الفقرة الثانية: موقف القضاء العادي الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

لقد سبق محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1964 أن أكدت على أن الحظر الوارد في المادتين 1004 و 83 لا يسري على العقود الإدارية الدولية، بل يهم العقود الإدارية الداخلية فقط.²

و لقد اعتمد القضاء العادي الفرنسي على النصوص التشريعية السابقة في حظر لجوء الدولة و أشخاص القانون العام إلى التحكيم، و ذلك فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية فقط دون التحكيم الدولي، "فقد كان الواقع يبين أن الدولة أو إحدى المؤسسات العامة، تضطر إلى إبرام عقود يقبل فيها بشرط التحكيم و لاسيما عقود التجارة الدولية و التي أصبحت في أغلبها عقودا نموذجية، لا يملك المتعاقدان تغييرا جوهريا لشروطها و من ذلك شرط التحكيم".³

و لقد استقر القضاء العادي بفرنسا على موقفه هذا، و ذلك من خلال العديد من القرارات و الأحكام الصادرة عنه.

ففي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 أبريل 1975 بخصوص قضية « Mytroom Steamship » اعتبرت المحكمة بأن منع الدولة من اللجوء إلى التحكيم ينحصر في العقود الإدارية الداخلية، و لا يمتد هذا المنع إلى العقود موضوع الاتفاقيات ذات الطابع الدولي.⁴

الفقرة الثالثة: موقف محكمة التنازع في التحكيم في العقود الإدارية

بعدها سبق لمجلس الدولة الفرنسي وإن قضى بتاريخ 2009/7/31 بإحالة القضية على محكمة التنازع للنظر فيما إذا كان الطلب المقدم من طرف « Inserm » يندرج أم لا ضمن اختصاص القضاء الإداري و ذلك بمناسبة نظره في الطعن بالبطلان من طرف « Inserm »،

¹ L'arbitrage et les personnes morales de droit public 'Intervention de M. Jean-Marc Sauvé Vice-président du Conseil d'Etat Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Pans, conseiller de tribunal Colloque du 30 septembre 2009 organisé au Conseil d'Etat par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public. Administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'Etat.

² Cass. Civ 1.14 avril 1964 « San Carlo » Rev, Critn DIP 1966

³ CH JARROSSON, La notion d'arbitrage, paris, 1987, P 200.

⁴ CA Paris, 10 avril 1957, « Myrtroom Steamship », JD1 1958.

جاء حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 2010/5/17، هذا الحكم الذي شكل مناسبة لمعرفة موقف محكمة التنازع الفرنسية من التحكيم في العقود الإدارية،¹ هذا الموقف الذي أثار نقاشات فقهية حادة، كما أنه أثار حفيظة مناصري التحكيم في فرنسا. وبالرجوع إلى حكم محكمة التنازع هذا، فإنه من الملاحظ بأن هذا الحكم قد حاول التوفيق بين الموقف الفقهية المناصرة للتحكيم في مجال العقود الإدارية من جهة، و من جهة ثانية بين المواقف الفقهية التي تنادي بوحدة التحكيم و تنادي بتغليب الطابع التجاري في العقود الإدارية و نفي أي خصوصية للتحكيم في العقود الإدارية، مع ما يترتب عن ذلك من إنكار حق القضاء الإداري في لعب أي دور في مجال التحكيم و لو تعلق الأمر بعقد إداري.

و لقد اعتبرت محكمة التنازع في حكمها هذا، بأنه و بالرغم من أن الاتفاق المبرم بين « L'Inserm » و هي مؤسسة عمومية و خاضعة لمقتضيات القانون العام الفرنسي من جهة و المؤسسة الأجنبية الخاضعة للقانون الخاص من جهة أخرى، قد انصب على القيام بتشديد بناء مخصص للبحث العلمي لفائدة المؤسسة العمومية الفرنسية، إلا أن هذا العمل يندرج تحت طائلة أعمال التجارة الدولية، ولا يكتسي أي صبغة إدارية و لا يتعلق بمقتضيات القانون العام الفرنسي، مما يعود معه اختصاص النظر في الطعون المنصبة على المقرر التحكيمي إلى جهة القضاء العادي و ليس القضاء الإداري.

و إذا كانت محكمة التنازع في حكمها هذا قد حاولت إيجاد حلول قضائية للجدل الدائر حول موضوع التحكيم في العقود الإدارية و اتخذت موقفا وسطا لترضية جميع الأطراف، إلا أن هذه الحلول التي تبنتها محكمة التنازع بموجب حكمها هذا لن تستطيع الإجابة على جميع المشاكل التي يطرحها التحكيم في العقود الإدارية خصوصا العقود الإدارية الدولية، ذلك أن الحل الذي تبنته محكمة التنازع، و إذا كان صالحا في مجال عقود القانون الخاص، فإن الأمر مختلف تماما متى تعلق الأمر بالعقود الإدارية، و ذلك بالنظر إلى أن العقود الإدارية ليست عقودا مسماة بطبيعتها، بل إن القول بوجود عقد إداري من عدمه هو نتاج لتوافر شروط شكلية و موضوعية تحدد الطبيعة القانونية للعقد.

و نقول هذا بالرغم من الاتجاه المتزايد بفرنسا نحو تقنين و تحديد أنواع العقود الإدارية و تسميتها، و ذلك لتحديد الاختصاص بين القضاء العادي و الإداري.

¹ TRIBUNAL DES CONFLITS N° 3754 Séance du 12 avril 2010 Lecture du 17 mai 2010

Institut national x le la santé et de la recherche médicale C/Fondation Letten F. Saugstad.

الفصل الثاني: موقف التشريع والفقهاء والقضاء المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

سنتناول هذا الفصل من خلال حديثنا عن الوضع التشريعي المغربي فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم في المبحث الثاني سنخصصه للحديث عن الموقف الفقهي في هذا الإطار (المبحث الثاني)، وفي الأخير سنعرج عن موقف القضاء المغربي، سواء القضاء الإداري أو العادي فيما يخص موضوع التحكيم في العقود الإدارية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: موقف المشرع المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

مع دخول المستعمر إلى المغرب صدر قانون المسطرة المدنية بتاريخ 12 غشت 1913، هذا القانون الذي نظم التحكيم بالمغرب، إذ خصص له الفصول من 527 إلى 543، ثم جاء بعد ذلك قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 وقام بإعادة تنظيم التحكيم في الفصول من 306 إلى 327 منه.

لكن وبالرغم من منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وفقا للتشريع المغربي فإن هذا المنع لم يكن مطلقا، بل إن المغرب ورغبة منه في تطوير بعض القطاعات وخضوعه للالتزامات الدولية سن بعض القوانين التي شكلت استثناء من قاعدة الحظر من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ومع هبوب رياح العولمة رغبة المغرب المتزايدة في جلب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، اضطر المشرع المغربي إلى التجاوب مع التطورات الاقتصادية العالمية، وذلك بسنة لقانون جديد ينظم التحكيم بالمغرب، حيث صدر القانون رقم 05-08، والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية لأول مرة في المغرب.

والجدير بالذكر أن المتتبع لتطور التشريع المغربي بخصوص أهلية الدولة للجوء إلى التحكيم عموما، والتحكيم في العقود الإدارية بصفة خاصة، سيلاحظ أن المشرع المغربي بقي ثابتا على المبدأ العام الذي يحرم على الدولة اللجوء إلى التحكيم. كما أن المادة 186 من نفس القانون كانت تقضي بوجود تباين النيابة العامة كل الدعاوى التي تمس النظام العام، وكل الدعاوى المتعلقة بالدول والبلديات والمؤسسات العمومية.

والملاحظ أيضا أن قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 لم يأت بجديد يذكر، لأن المنع بقي قائما حسب نص المادة 9 من نفس القانون (المطلب الأول)، إلا أنه بالرغم من الحظر التشريعي واعترافا منه بالجمود الذي يطبعه بخصوص مسألة أهلية الدولة للاحتكام، اضطر المشرع المغربي إلى الخروج عن قاعدة منع التحكيم في العقود الإدارية بموجب قوانين خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحظر التشريعي من خلال مقتضيات ظهير 1974

يعتبر المنع من اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية عموما، والعقود الإدارية بصفة خاصة أحد سمات التشريع المغربي. فانطلاقا من مقتضيات الفصل 527 من ظهير 12 غشت 1913، وخصوصا في فقرته الثانية، فإن الأمور المتعلقة بالنظام العام كانت مستثناة من التحكيم.

هذا المنع التشريعي، وكما لاحظ ميشيل روسي كان محط تفسير واسع من قبل القضاة الفرنسيين الذين كانوا يتولون مهمة القضاء بالمغرب إبان الحماية، وكذلك الأمر بالنسبة للقضاة المغاربة المتأثرين بالقضاء والقانون الفرنسيين.

وبعد إلغاء ظهير 12 غشت 1913 ودخول قانون 1974 المنظم للمسطرة المدنية بالمغرب حيز الوجود، نظم المشرع المغربي التحكيم في المواد من 306 إلى 327.

والجدير بالذكر أن الأساس التشريعي للمنع من اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإدارية هو المساس بالنظام العام، وذلك حينما اعتبر المشرع بأن التحكيم في العقود الخاصة لأحكام القانون العام تندرج تحت طائلة المسائل التي تمس النظام العام.

المطلب الثاني: الاستثناءات التشريعية للحظر

بالرغم من منع اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية بموجب قانون المسطرة المدنية ، فقد صدرت العديد من القوانين التي شكلت استثناء من هذه القاعدة. هذه النصوص القانونية التي جاءت ضمن قوانين تنظم قطاعات معينة، ونذكر منها مايلي :

-التقنين البترولي لسنة 1958 ، والذي ينص في المادة 39 من ظهير 21 يوليوز 1958 المعتبر بمثابة قانون لتنظيم البحث عن مناجم المحروقات السائلة واستغلالها على جواز إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقات المبرمة بين الدولة المغربية والأشخاص المعنوية الخاصة لإقرار حقوق والتزامات هؤلاء الأشخاص ، بوصفها حائزة لسندات معدنية للمحروقات السائلة .

-عقود التدبير المفوض، حيث نجد أن القانون 05-54 ينص على أنه يمكن أن ينص عقد التدبير المفوض على اللجوء إلى مسطرة التحكيم ، إما وفق التشريع الجاري به العمل ، أو بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف مطبقة على العقد المدني، وذلك في حالة وقوع نزاع بين الطرفين المتعاقدين.

المبحث الثاني: موقف الفقه المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

بالرغم من قلة الكتابات التي تناولت التحكيم في المنازعات الإدارية بالمغرب، فإنه يمكن تصنيف المواقف الفقهية من التحكيم بين أشخاص القانون العام عامة و التحكيم في العقود الإدارية إلى موقفين:

- الموقف الفقهي الذي لا يميز بين التجربة الفرنسية و خصوصية التجربة المغربية في الموضوع (أولاً).
- ثم الموقف الفقهي الذي يتناول التجربة المغربية بمعزل عن التجربة الفرنسية (ثانياً).

المطلب الأول: الموقف المستند إلى التجربة الفرنسية

ذهب جانب من الفقه المغربي إلى البحث عن الأساس القانوني لحظر التحكيم في المنازعات الإدارية بالنظر إلى النصوص التشريعية و أحيانا أخرى إلى المبادئ العامة للقانون.¹

و إذا كان هذا الجانب من الفقه قد أرجع الحظر التشريعي إلى مقتضيات الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، و كذلك بالاعتماد على مقتضيات ظهير 1914/07/01 لتحديد الصبغة العمومية للمال العام المقصودة بالمادة 306 من قانون المسطرة المدنية ، فإنه ذهب أبعد من ذلك حينما أرجع أسباب الحظر إلى المبادئ العامة للقانون و التي تشكل الأساس الرئيسي لحظر اللجوء إلى التحكيم.

و لقد تم تحديد أسباب الحظر عموما في ما يلي:

- حظر اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى قواعد الاختصاص:

- و ذلك بالنظر إلى الترابط الوثيق بين القانون الإداري و القضاء الإداري، مما يكون معه اللجوء إلى التحكيم في منازعات أشخاص القانون العام يشكل تطاولا عن اختصاص القضاء الإداري.

- الحظر من اللجوء إلى التحكيم خرق لمبدأ الفصل بين السلطات القضائية:

و يرتبط هذا السبب بالسبب الأول ارتباطا عضويا، ذلك أنه و إذا كان الحظر من اللجوء إلى التحكيم فيه خرق لقواعد الاختصاص القضائي و تطاول على اختصاص الإداري، فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام قواعد الاختصاص القضائي بشكل عام، فإجازة التحكيم ستسمح للقاضي العادي بأن يمارس الرقابة على قرار المحكمتين في حالة الطعن فيه أو في حالة بطلان اتفاق التحكيم.

- حظر اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى فكرة النظام العام:

¹ محمد الأعرج: مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 54-55 ، 2004 ، ص 15

بالرغم من أن المشرع المغربي و بمقتضى المادة 306 من قانون المسطرة المدنية، أرجع منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلى النظام العام، بل و دل على توضيح النظام العام المقصود بالفصل 306 ق.م.م. بالعقود الإدارية و الأموال العامة، فإن هذا الجانب من الفقه اعتبر استناد الحظر إلى مخالفة النظام العام من مقتضيات المبادئ العامة للقانون و ليس كمقتضى تشريعي فقط.

و لقد خلص الأستاذ محمد الأعرج في مقالته القيمة إلى أنه و إذا كان المبدأ في التشريع المغربي هو حظر اتفاق الأشخاص المعنوية العامة على التحكيم، فبالتبعية عدم إجازة التحكيم في العقود الإدارية.¹

المطلب الثاني: الموقف الفقهي المنطلق من الخصوصية المغربية في الموضوع

على خلاف الاتجاه الفقهي الأول خلص الأستاذ Yves Gaudemet إلى أن القانون المغربي هو قانون حدائي مفتوح على إمكانية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، سواء تعلق الأمر بالنزاعات ذات الطابع الدولي أو فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي.² و بعد التذكير بالأصول التشريعية لظهير 1913/08/12 و كذلك مقتضيات الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، خلص الأستاذ Yves Gaudemet إلى أن البحث عن الحلول التشريعية من خلال القياس على الحلول التشريعية بموجب القانون الفرنسي هو قياس خاطئ.

و بعد التذكير بالمعيار المادي الذي أخذت به المادة 306 ق م م، و ذلك على خلاف التشريع الفرنسي، اعتبر Gaudemet بأن المبدأ وفقا للقانون المغربي هو لجوء الأشخاص العامة للتحكيم و خاصة المؤسسات العامة، كما أن التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي و المبرمة لأجل ما جاء به المرفق العام جائزة ما دامت تتعلق بالأنشطة الصناعية و التجارية.³

المبحث الثاني: موقف القضاء المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

على خلاف الاجتهاد القضائي بفرنسا، لم يتعرض الاجتهاد القضائي المغربي لمسألة التحكيم في العقود الإدارية إلا في قرارات و أحكام نادرة.

و بالرجوع إلى هذه الأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء المغربي، فإنه من الملاحظ و بالرغم من صدورها في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 و ما قبله، هذه النصوص التي كانت تحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإن هذا الحظر لم يكن حاضرا بقوة بالرغم من اعتباره من مقتضيات النظام العام و نفس الشيء ينطبق على الإدارة المغربية، هذه الأخيرة و التي كانت مضطرة للخضوع إلى مسطرة التحكيم في عقودها الإدارية، و ذلك بناء على الشروط التحكيمية التي وقعت عليها في بعض العقود.

و للوقوف على موقف القضاء المغربي من التحكيم في العقود الإدارية، فإننا سوف نخصص المطلب الأول لمعرفة موقف القضاء المغربي من التحكيم في العقود الإدارية، أما المطلب الثاني فسنخصصه لموقف القضاء العادي المغربي من التحكيم في العقود الإدارية، على أن نخصص المطلب الثالث و الأخير للوقوف على التطبيقات التحكيمية في العقود الإدارية الدولية التي خضع لها المغرب.

المطلب الأول: موقف القضاء الإداري المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها الصادر بتاريخ 2005/11/24 بأن القرض الفلاحي للمغرب هو مؤسسة عمومية بالرغم من مقتضيات الظهير الصادر بتاريخ 2003/11/11 القاضي بتنفيذ القانون 15.99، و ذلك انطلاقا من أن الدولة تملك نسبة 51 على الأقل من رأسمال شركة القرض الفلاحي للمغرب، كما أن هذه الشركة تقوم لحساب الدولة بمهام المرفق العمومي و ذلك بتنفيذ

¹ محمد الأعرج: مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 18.

² Yves Gaudemet, L'arbitrage de droit public au Maroc, REMALD N° 46/2002. P33

³ Yves Gaudemet, op. cit, p25

الاتفاقيات المحددة في المادة 4 و ما بعده من القانون 15.99، قضت بأن الحكم التحكيمي الصادر بشكل قانوني و المصادق عليه بعد اطلاق الطرفين يكون قد حسم النزاع القائم بين الطرفين بشكل نهائي و لا يمكن الطعن فيه.

ولقد اعتمدت المحكمة المصدرة للحكم المشار إليه أعلاه التعليل التالي للحكم بما قضت به: "... و حيث أن المادة 8 من قانون 90.41، تنص على أن المحاكم الإدارية تختص بالبت في الدعاوى المرتبطة بالنزاعات المتعلقة بالوضع الفردية للموظفين و العاملين في مرافق الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العامة

وحيث نازع المدعي في مستحقته عن الفترة التي كان يشتغل فيها كموظف لدى المدعى عليه مما تكون هذه الدعوى مرتبطة بوضعته المادية كعامل لدى مؤسسة عمومية...

وحيث سبق للطرفين أن اتفقا بموجب الاتفاقية المؤرخة في 2002/7/1 على أن المدعي قرر مغادرة العمل لدى المدعى عليها تلقائيا و اللجوء إلى مسطرة التحكيم لحسم الخلاف بينها حول التعويضات المستحقة للمدعي وأنهما ملتزمان بمقتضيات المادة 319 و ما يلها من قانون المسطرة المدنية.

وحيث أنهما استصدرا الحكم التحكيمي المؤرخ في 2002/7/11 القاضي بمنح تعويض إجمالي قدره 1570000 درهما للمدعي عن جميع مستحقته عن فسخ العقد، وذلك اعتبارا للمدة التي قضاها كموظف لدى القرض الفلاحي و المهمة المسندة إليه و الأجرة التي كان يتلقاها.

و حيث أن الفصل 306 من م م ينص على أنه يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

و حيث أن نفس المادة لم تستثن إمكانية التحكيم فيما يخص مستحقات أي موظف بموجب فسخ عقد العمل لدى مؤسسة عمومية، كما هو الحال في نازلة الحال، مما يكون معه الحق موضوع النزاع قابلا للاتفاق بشأنه بعقد تحكيم، خصوصا و أنه من الحقوق التي يملك المدعي التمتع بالأهلية الكاملة أن يوافق عليه.

و حيث أن الحكم التحكيمي نص على شمول الاتفاق لجميع مستحقات المدعي عن المدة التي قضاها كموظف لدى المدعى عليها بدون استثناء و حدده في تعويض إجمالي قدره 15700000 درهم و لم ينازع بشأنه المدعي.

و حيث أن الفصل 319 من م م ينص على أنه لا يقبل حكم المحكمين الطعن في أي حالة ...

و حيث إنه اعتبارا لذلك يتعين التصريح برفض دعوى المدعي وبقاء صائرها عليه...¹

و لعل ما انتهت إليه المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها هذا يسير في نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 1999/11/13 والذي قضت باختصاصها للنظر في الطعن بإعادة النظر في قرار تحكيمي متعلق بعقد اعتبرته إداريا،² لتقضي بعد ذلك بموجب الحكم رقم 444 الصادر بتاريخ 2001/9/26 في موضوع الدعوى برفض الطلب وذلك بعلة أن الطاعنة سبق لها وأن وافقت على مبلغ التعويض المقترح عليها في إطار مسطرة التحكيم.³

¹ حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 497 بتاريخ 2005/11/24 في الملق عدد 2004/754 ش (غير منشور)

² حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 351 بتاريخ 1999/11/3 في الملف عدد 1998/363، منشور بمقال الأستاذ محمد النجاري: منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الشامل، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل، العدد 35، أكتوبر 2002 ص 122

³ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 444 بتاريخ 2001/9/26 في الملف عدد 1998/363، مذكور بمقال الأستاذ محمد النجاري، منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الشامل، م س ص 122

المطلب الثاني: موقف القضاء العادي المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

قضت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 26-6-1923 بأن اتفاق التحكيم الذي أبرمته الإدارة مع أحد الخواص، ودون أن يرخص لها في ذلك بصورة قانونية يعد باطلا، ولا يمكن أن يعتبر بمثابة أساس لقرار تحكيمي صحيح.¹

وهذا ما هو واضح من خلال التعليل المعطى لهذا الحكم، إذ جاء في بعض حيثياته:

"وحيث إن قرارا عاما أو خاصا صادرا عن السلطة الرئيسية هو وحده الذي يمكن من توسيع لسلطات الممثلين القانونيين للدولة، بما في ذلك الترخيص باللجوء إلى التحكيم، و تحقيق قيود الرقابة المروضة من النيابة العامة، و حيث يستنتج من ذلك أن اتفاق التحكيم الذي أبرمه المدير العام للأشغال العمومية مع كل من حارسي و فيفي دون أن يرخص له في ذلك بصورة قانونية يعد باطلا، و لا يمكن أن يعتبر بمثابة أساس لقرار تحكيمي صحيح".

وإذا كانت القاعدة الأساسية تتمثل في عدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية في كل من النظام الفرنسي والمغربي فإن قاعدة الحظر هذه لم تترجم على مستوى الواقع بنفس القياس.

ولعل مرد هذا التفاوت في التطبيق يرجع بالأساس إلى تجدر مفهوم فصل السلط في النظام القانوني الفرنسي، والدور الطلائعي الذي يلعبه القضاء الإداري الفرنسي، وكذلك الحضور القوي لفقهاء القانون العام.

ولعل محاولات تحصين الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية هو مادفع بكل من المشرعين الفرنسي والمغربي إلى التنصيص على شروط خاصة تتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، وهو نفس المسلك الذي سلكه المشرع الفرنسي، وذلك من خلال سنه لبعض الاستثناءات التشريعية على قاعدة الحظر.

¹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 26/6/1923 منشور بقرار محكمة الاستئناف بالرباط تعريب محمد العربي المجذوب، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية 1986.

الاجتهاد القضائي المغربي في سير العمليات الانتخابية

د. شفيق بوكرين

باحث في العلوم السياسية

مقدمة:

لا يمكن الحديث عن وجود نظام ديمقراطي في غياب انتخابات نزيهة وشفافة، إذ أن العملية الانتخابية ليست فقط إجراءات تقنية، بل عملية اجتماعية تعبوية وديمقراطية، سواء على المستوى المحلي أو الوطني.

إن إقرار المساواة السياسية في النظم الديمقراطية أدى بكيفية تدريجية إلى تعميم الحقوق الانتخابية وجعلها أمرا مشاعا بين كافة المواطنين، فمنذ القرن التاسع عشر اعترفت العديد من الدول الأوروبية بحقي التصويت والترشيح للمواطنين وبنبذها للقيود التمييزية. إن الانتخابات كآلية مهمة في إرساء قواعد الديمقراطية، تبقى مجالاً مفتوحاً أمام منافسة حقيقية بين الأحزاب السياسية على مراكز السلطة¹، وظاهرة ديمقراطية وممارسة حضارية تقوم على حرية الفرد في اختيار من يراه مناسباً لتمثيله، وذلك في إطار قانوني منظم، إلا أن ضمان نزاهتها يفرض على المشرع تحديد جملة من النصوص التنظيمية والجزائية المكرسة لمجموعة من المبادئ كالمساواة بين المترشحين وحرية المترشح في استخدام الوسائل المشروعة والمتاحة قانوناً، مادام أن تنظيم هذه العملية قد تصادفه عدة مشاكل وخروقات، ومن ثمة ضرورة سن مجموعة من القواعد القانونية تتضمن حلاً لهذه المنازعات، في إطار قانوني منظم هدفه الحفاظ على مصداقية ونزاهة العملية الانتخابية برمتها.

وتعد المؤسسة القضائية "الإدارية والدستورية" الآلية الساهرة على مراقبة قانونية المنافسة الانتخابية - كل في مجاله - من خلال العمل على تأويل وتطبيق القاعدة القانونية قصد تطويعها لمحاكاة الواقع عند محاكمة مشروعية العملية الانتخابية، وذلك خلال جميع المراحل التي تستغرقها بدءاً بالعمليات التمهيديّة من تقطيع انتخابي وتقييد في اللوائح الانتخابية ووضع الترشيحات وحملة انتخابية، مروراً بالعمليات الانتخابية إلى غاية التصويت والإعلان عن نتائج الاقتراع.

وتعتبر الاجتهادات القضائية - الإدارية والدستورية - غنية في هذا المجال، خصوصاً في الشق المتعلق بالعمليات الانتخابية، مما يستدعي من الباحث الوقوف عندها بالتأمل والتحليل. وعلى ضوء ما سبق، ما هي أهم المنازعات المثارة أمام القضاء الانتخابي - الدستوري والإداري - والمتعلقة خصوصاً بمكاتب التصويت؟ وسير العمليات الانتخابية بها يوم الاقتراع؟ وكما محاولة منا للإجابة عن هذه الإشكالية المحورية، سنحاول البحث في اجتهادات القضاء الانتخابي المغربي سواء في ما يخص النزاعات المتعلقة بمكاتب التصويت (مبحث أول)، أو في ما يرتبط منها بسير العمليات الانتخابية (مبحث ثان).

المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بمكتب التصويت

تعرف مكاتب التصويت التي تجرى بها العمليات الانتخابية ثلة من المخالفات، إن على مستوى تكوين مكتب التصويت (مطلب أول)، أو فيما ينصب على هذه المكاتب كفضاءات تحتضن العمليات المعنية (مطلب ثان).

المطلب الأول: منازعات حول مكتب التصويت كهيئة

يتكون مكتب التصويت، طبقاً للفصل 57 من مدونة الانتخاب كما تم تعديله بمقتضى القانون رقم 02-64، من رئيس ونائب يحسن القراءة والكتابة، ويعينهما العامل. ويساعد رئيس مكتب التصويت ثلاثة أعضاء يعينهم العامل من بين الناخبين غير المرشحين الذين يعرفون القراءة والكتابة. كما يعين ضمن نفس الشروط نواباً لهم يقومون مقامهم إذا تغيبوا أو عاقهم عائق، وإذا تعذر حضور الأشخاص المعينين لمساعدة رئيس مكتب التصويت ساعة افتتاح الاقتراع، يختار رئيس المكتب المذكور لمساعدته الناخبين الأكبرين سناً

¹ أنطوني جيدنز، ترجمة عبد النور خرافي، مقال تحت عنوان: الديمقراطية، مجلة وجهة نظر، عدد 36-37، سنة 2008.

والناخب الأصغر سنا من بين الناخبين غير المرشحين الحاضرين بمكان التصويت الذين يعرفون القراءة والكتابة. ويتولى أصغر هؤلاء الثلاثة سنا مهام كاتب مكتب التصويت، ويجب أن لا يقل عدد أعضاء المكتب الحاضرين عن ثلاثة طوال مدة إجراء عملية الاقتراع.

وقد أثار تطبيق المادة 74 من القانون التنظيمي رقم 11-27 المتعلق بمجلس النواب، عدة نزاعات استوجبت تدخل قاضي الانتخاب للبت فيها ووضع ضوابط لمعالجتها. فإذا كان من الثابت أن تشكيل المكتب من أقل من ثلاثة أعضاء يؤدي إلى بطلان الانتخاب¹، فإن مواقف المحاكم الإدارية والغرفة الإدارية بقيت متضاربة حول جواز تشكيل المكتب من ثلاثة أعضاء فقط، حيث ذهبت إدارية مكناس إلى اعتبار "تكوين أحد مكاتب التصويت من أقل من خمسة أعضاء منذ انطلاق العملية الانتخابية وإلى غاية انتهاءها يجعل هذا التكوين غير قانوني"². بينما اعتبرت إدارية فاس أن: "عمل مكتب التصويت يعتبر صحيحا طالما أن عدد الحاضرين به لا يقل عن ثلاثة، سواء كان ذلك عند تشكيل المكتب أو طوال مدة إجراء عمليات الاقتراع"³.

والحقيقة أن حكم إدارية فاس وتواتر قرارات الغرفة الإدارية على اعتبار أن مكتب التصويت يكون صحيحا حالة تشكيله من ثلاثة أعضاء من بينهم الرئيس مخالف لأحكام الفصل 57 التي تستوجب تشكيل المكتب منذ البداية من خمسة أعضاء، وأن لا يقل هذا العدد بعد ذلك عن ثلاثة 4 والقول بخلاف ذلك، كما يقول الأستاذ محمد قصري، من شأنه التقليل من ضمانات العملية الانتخابية وإفراغ النص من محتواه علما بأنه لا اجتهاد مع وجود النص.

وبالرجوع إلى القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، نجد أن المادتين 73 و74 تولتا تبيان تشكيل مكاتب التصويت والمكاتب المركزية، وفصلتا الشكليات والمساطر الواجب مراعاتها في هذه المكاتب بمناسبة كل عملية انتخابية. وتعد مثل هذه المقتضيات بمثابة ضوابط وضمانات قانونية من أجل الحفاظ على نزاهة وسلامة الاقتراع.

إلا أنه في الواقع العملي تسجل مجموعة من المنازعات المرتبطة بتشكيل مكاتب التصويت، والتي لم تسلم من الانتقادات والمؤاخذات الرامية إلى إبطال نتيجة الاقتراع ببعضها⁵.

وكمبدأ عام، يرد المجلس الدستوري الادعاءات التي تتعلق بوقائع لم تدعم بأي حجة تثبت صحتها، كالدفع بتعيين شخص أمي رئيسا لمكتب التصويت دون إثبات دقيق، مما تكون معه المآخذ المتعلقة بتشكيل مكتب التصويت غير جديرة بالاعتبار⁶. فكلما كانت المآخذ عامة ومجردة، ولم يدل الطاعن بشأنها بأي مستند ولا بأي وسيلة إثبات، يكون مصيرها عدم القبول.

ويقع على الطاعنين عيىء إثبات صدق ادعاءاتهم بأن رؤساء وأعضاء بعض مكاتب التصويت هم إما من المتعاطفين مع الحزب أو من أقارب وأصحاب المرشحين. حيث جاء في أحد قرارات المجلس الدستوري ما يلي " ... وعلى فرض صحة ما جاء في الادعاء، فإن الطاعنين لم يدلوا بما يفيد أن تعيين رؤساء وأعضاء مكاتب التصويت المعنية كان نتيجة مناورة تدليسية، أو أنهم أخلوا بواجب النزاهة والحياد أثناء مزاوله مهامهم"⁷.

كما يذهب المجلس الدستوري في أحد قراراته إلى أن: "تعيين إمام مسجد وأشخاص من نفس العائلة أعضاء بمكاتب التصويت - على فرض صحته- ليس فيه ما يخالف القانون طالما لم يصدر عنهم ما يخل بشرطي الحياد والنزاهة"⁸.

¹ قرار الغرفة الإدارية عدد 121، بتاريخ: 1993/4/22.

² حكم إدارية مكناس بتاريخ: 21 يوليوز 1997، بالملف عدد 97/389.

³ حكم إدارية فاس بالملف رقم: 95/51 قضية بوشقي بلمختار.

⁴ عسو منصور، المنازعات الانتخابية في العمل القضائي للمحاكم الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مواضيع الساعة"، العدد 47، 2004، ص. 174.

⁵ حميد اربيعي؛ قراءة في قرارات المجلس الدستوري الصادرة في ظل الدستور الجديد، طبعة 2003، ص. 108.

⁶ قرار المجلس الدستوري رقم: 861.12، قرار المجلس الدستوري رقم: 894.12.

⁷ قرار المجلس الدستوري رقم: 891.12؛ قرار المجلس الدستوري رقم: 903.12.

⁸ قرار المجلس الدستوري رقم: 886.12.

وبغية وضع حد لكل جدال عقيم أو مزايدات ضيقة حول مضمون المادة 74 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، استقر اجتهاد المجلس الدستوري على تكريس القاعدة التالية: "إنه فضلا عن كون الادعاء المتعلق بتعيين رؤساء مكاتب التصويت من أقارب المطعون فيه جاء عاما لعدم تحديد أرقام ومقار مكاتب التصويت المعنية، فإنه ليس في المادة 74 من القانون التنظيمي ما يمنع تعيين رؤساء مكاتب التصويت من موظفي جماعة يرأس مجلسها مرشح للانتخاب أو أحد أقاربه، أو تعيين عضو من أعضاء مكاتب التصويت من الحزب الذي ينتهي إليه أحد المرشحين أو إخلالهم بما يجب أن يتوفر فيهم من نزاهة وحياد"¹.

وبخصوص مسألة تشكيل مكاتب التصويت من أشخاص ناخبين، أكد المجلس الدستوري أنه لا يشترط لزوما أن تتشكل مكاتب التصويت من أشخاص ناخبين².

أما بالنسبة لمسألة معرفة أعضاء التصويت للكتابة والقراءة، فيؤكد المجلس الدستوري في أحد قراراته على أن: "معرفة أعضاء مكتب التصويت للقراءة والكتابة تعتبر شرطا جوهريا لضمان ضبط العملية الانتخابية وسلامة الاقتراع، وأن عدم توفره يترتب عنه بطلان تشكيل مكتب التصويت، وبالتالي إلغاء النتائج المسجلة بهذا المكتب وعدم احتساب ما نالته فيه مختلف لوائح الترشيح من أصوات"³. كان هذا في ما يخص الانتخابات التشريعية وبعض المنازعات المثارة بشأنها أمام المجلس الدستوري.

أما في ما يتعلق بالمنازعات الانتخابية المثارة أمام القضاء الإداري؛ فإن العمليات الانتخابية لا تخلو من مجموعة منازعات بشأن تشكيل مكتب التصويت. ففي حكم لإدارية مكناس والذي جاء في بعض حيثياته: "حيث يؤسس الطاعن طلبه المائل أعلاه على عدم قيام السلطة المحلية باستدعائه لحضور عملية الانتخاب المشار إليه أعلاه، مما فوت عليه كعضو فرصة المساهمة في التداول والتصويت... إلا أنه وبالرجوع إلى الوثائق والمستندات المدلى بها في الملف وخاصة الحكم الجنحي عدد 453، تبين للمحكمة أن الطاعن كان رهن الاعتقال رفقة عضو آخر إثر متابعتها من أجل جرمي الرتشاء واستغلال النفوذ بعقوبة مدتها ثمانية أشهر نافذة، وبذلك اعتبرت المحكمة أن الطاعن كان يستحيل عليه استحالة واقعية وقانونية حضور عملية الانتخاب، وذلك ما دفع المحكمة إلى رفض الطلب"⁴.

وفي حكم آخر للمحكمة لإدارية الدار البيضاء، ذهبت إلى أنه إذا تعذر حضور الأشخاص المعينين لمساعدة رئيس مكتب التصويت ساعة افتتاح الاقتراع، يختار رئيس المكتب المذكور لمساعدته الناخبين الأكبرين سنا والناخب الأصغر سنا من بين الناخبين غير المرشحين الحاضرين بمكان التصويت الذين يعرفون القراءة والكتابة. "وحيث إن محضر التصويت المدلى به بالملف، لم يشير إلى أن محمد نخلي قد وقع اختياره لمساعدة رئيس المكتب بدلا من العضو المعين من طرف العامل لتعذر حضوره، مما يبقى معه هذا الادعاء مجردا من أي إثبات، سيما وأن الأصل هو حمل الإجراءات المتعلقة بتشكيل مكتب التصويت على الصحة إلى أن يثبت العكس"⁵. فماذا عن المآخذ المرتبطة بمكتب التصويت كفضاء ؟

المطلب الثاني: مكتب التصويت كفضاء

إن مكتب التصويت، باعتباره الفضاء الذي يمارس فيه الناخب حقه الدستوري في التصويت والجهاز المشرف على سير عملية التصويت طيلة يوم الاقتراع، خصص له المشرع عدة أحكام يتعين احترامها وتطبيقها بدقة لضمان ضبط عملية التصويت وتفادي كل عمل من شأنه أن يمس بسلامة ومصداقية عملية الاقتراع، وبالتالي الطعن في صحة النتائج.

في هذا الصدد سوف نميز بين الإشكاليات التي تثار في المنازعات القضائية الخاصة بمقر مكتب التصويت والإشكاليات التي تثار بشأن التجهيزات الواجب توفرها في المكتب.

¹ قرار المجلس الدستوري رقم: 884.12.

² قرار المجلس الدستوري رقم: 901.12.

³ قرار المجلس الدستوري رقم: 884.12.

⁴ حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم: 576.2012 ملف رقم: 12.2010.12 بتاريخ: 14/12/2012.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بملف عدد: 2009.7.285، بتاريخ: 25/06/2009.

الفقرة الأولى: مقر مكتب التصويت

يعرف الاجتهاد القضائي الانتخابي مجموعة من القضايا التي تعرض أمامه تنازع في مقرات مكاتب التصويت، سواء من حيث إحداثها أو من حيث الشروط الواجب توفرها في المقرات المعتمدة لهذا الغرض.

– إحداث مقرات مكاتب التصويت:

يتولى العامل¹، بموجب مقرر، إحداث مكاتب التصويت، وعند الاقتضاء المكاتب المركزية إذا كانت الدائرة الانتخابية تشتمل على عدة مكاتب للتصويت مع بيان مكاتب التصويت التابعة لكل مكتب مركزي².

ومن المعلوم أن القوانين التنظيمية لغرفتي البرلمان لا تحدد أجلا لإصدار المقرر السالف الذكر، لكنها تكتفي بالإشارة إلى أن هذه الأماكن تبلغ إلى علم العموم عشرة أيام على الأقل قبل تاريخ الاقتراع، بواسطة تعليق إعلانات أو النشر في الصحف أو في الإذاعة والتلفزيون أو بأية وسيلة أخرى مألوفة الاستعمال. هذا الأمر أكده المجلس الدستوري³ في قراره 899/12 م. حول مأخذ يقوم على دعوى أن عامل أحد الأقاليم أحدث على نحو مفاجئ مكتبين مركزيين جديدين، فكان رأيه بعد الاطلاع على القرار العملي بتحديد أماكن إقامة مكاتب التصويت والمكاتب المركزية، أن المكتبين المركزيين موضوع المنازعة تم إحداثهما وإعلام العموم بهما داخل الأجل، وذلك وفقا للكيفيات المنصوص عليها في المادة 73 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، و بناء على ذلك، اعتبر المأخذ غير قائم على أساس.

والأمر لا يتعلق بسلطة الإحداث فقط التي خولها القانون لعامل العمالة أو الإقليم أو العمالة أو الإقليم مركز الجهة، حسب الحالة، بل أن القضاء الدستوري خول سلطة الإلغاء، كذلك لتقدير نفس الجهة وذلك في قراره الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2010، حول اكتفاء السلطة المحلية بتخصيص مكتبين للتصويت عوض ثلاثة مكاتب اعتيادية، في إطار الانتخابات الجزئية لأعضاء مجلس المستشارين، حيث اعتبر أنه وفقا لأحكام المادة 72 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين، فإن صلاحية تحديد أماكن إقامة مكاتب التصويت تعود لعامل العمالة أو الإقليم مركز الجهة.

إن سلطة الإحداث والإلغاء المخولة قانونا وقضاء للسلطة المحلية في شخص العامل أو الوالي ليست مطلقة بل تقيدها شروط وجب احترامها.

الشروط الواجب توفرها في مقر مكتب التصويت:

"تقام مكاتب التصويت في أماكن قريبة من الناخبين بالبنائات العمومية، ويمكن عند الضرورة إقامة المكاتب المذكورة في أماكن أو بنايات أخرى"⁴. طبقا لهذه الفقرة الواردة في القانونين التنظيميين الخاصين بمجلسي البرلمان فإن مكتب التصويت يجب:

✓ أن يكون قريبا من الناخبين؛

✓ أن يكون مقره في بناية عمومية واستثناء في أماكن أخرى.

كما أن مكتب التصويت يجب أن يتم في المكان الذي نص عليه المقرر العمالي، وفي الأجل المنصوص عليها قانونا، وهو ذو حرمة إذ أن القانون أناط المراقبة وحفظ النظام برئيسه⁵.

وهكذا أجاز المجلس الدستوري اعتماد أماكن تصويت خصوصية إذا ما كانت تحقق شرط القرب من الناخبين الذي يمكن أن لا يتحقق، في كل الحالات، بالاعتصار على اعتماد البنائات العمومية فقط؛ حينما اعتبر أن المأخذ الذي يقوم على أن عامل الإقليم حدد، دون وجود أي ضرورة، مزار أزيد من عشرة مكاتب للتصويت في بنايات وأماكن خصوصية من منازل ومقاهي ومطاحن، مشيرا إلى

¹ أو والي الجهة إذا ما تعلق الأمر بانتخابات أعضاء مجلس المستشارين.

² المادة 73 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب والمادة 72 من القانون 11-28 المتعلق بمجلس المستشارين.

³ قرار المجلس الدستوري رقم: 899/12 م. الصادر يوم: 22 أكتوبر 2012، الملفات عدد: 11/1227 و 11/1228 و 11/1235.

⁴ الفقرة الثانية من المادة 73 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب والمادة 72 من القانون 11-28 المتعلق بمجلس المستشارين.

⁵ الفقرة الرابعة من المادة 74 من القانون التنظيمي 11-27 المتعلق بمجلس النواب و المادة 73 من القانون 11-28 المتعلق بمجلس المستشارين.

مقتضيات الفقرتين الأولى والثانية من المادة 73 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب الموماً إليها سلفاً؛ حيث أكد أنه، بعد الاطلاع على قرارات تعيين مقار مكاتب التصويت بالدائرة الانتخابية موضوع المنازعة، ومن المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف عامل الإقليم، أن طبيعة هذا الإقليم القروية وتوزيع ساكنته بصفة متفرقة على 470 دواراً، اقتضت إحداث 273 مكتب تصويت، موزعة على جماعة حضرية و10 جماعات قروية تم اختيار مقراتها أخذاً بعين الاعتبار مدى قربها من الناخبين لتمكينهم من أداء واجهم الوطني، وقد استغلت جميع بنايات المؤسسات العمومية التي أحدثت بها 232 مكتب تصويت، في حين أحدثت مقار باقي مكاتب التصويت بأماكن خصوية، إعمالاً لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 73 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، وأن مصالح العمالة حرصت على تمكين كافة المترشحين من القرار العملي القاضي بإحداث مكاتب تصويت، مما يتعين معه القول أن إقامة مكاتب التصويت في البنايات المذكورة غير مخالف لمقتضيات القانون¹.

غير أن تعيين مقر مكتب التصويت سواء كان في بناية عامة أو أماكن أخرى فيجب أن يكون تعيينه من لدن الجهة المختصة وأن يبلغ إلى العموم، وهكذا ذهب المجلس الأعلى² إلى اعتبار ثبوت تغيير مكان الاقتراع يوم إجراء الانتخاب بشكل مخالف لأحكام مدونة الانتخاب مما حدى بالهيئة القضائية إلى ترتيب الجزاء القانوني القاضي بإبطال الانتخاب وإعادة من جديد طبقاً للقانون.

الفقرة الثانية: تجهيزات مكاتب التصويت

ينبغي تجهيز مكتب التصويت بجميع الأدوات والوسائل التي من شأنها تسهيل عملية الاقتراع، ويجب أن يشتمل على ما يلي³:

1- طاولة مكشوفة لا يخفيها أي شيء عن أنظار العموم يجلس إليها أعضاء المكتب ويوضع عليها ما يلي:

- صندوق اقتراع شفاف؛

- لائحة في نظيرين للناخبين التابعين لمكتب التصويت من أجل وضع الإشارة على هامشها مقابل أسماء المصوتين ويطلق عليها اسم

"لائحة التوقيع"، ويتم اعتماد هذه اللوائح عند نهاية الاقتراع والشروع في عملية الفرز للتحقق من تساوي عدد أوراق التصويت الموجودة

بصندوق الاقتراع مع عدد الإشارات المشار إليها أعلاه؛

- سجل للناخبين يتضمن مجموعة من البيانات تتمثل في تحديد الدائرة الانتخابية المعنية ورقم مكتب التصويت والرقم الترتيبي

للمصوتين وأسماءهم الكاملة وأرقام بطائهم الانتخابية، إضافة إلى المكان المخصص لإمضاءهم أو وضع بصماتهم؛

- نسخة من القانون التنظيمي ومن دورية وزير الداخلية حول إجراء العمليات الانتخابية؛

- مداد غير قابل للمحو بسرعة؛

- آلة حاسبة وأقلام جافة.

2- طاولتين إضافيتين: واحدة توضع عليها أوراق التصويت وأخرى تخصص لممثلي المرشحين.

3- المعازل حسب عدد الناخبين مجهزة بطاولة أو ألواح تستعمل لتمكين الناخبين من بسط ورقة التصويت واختيار لوائح

الترشيح التي يرغبون في التصويت لفائدتها بكل حرية ووضوح.

إذا كانت كل التجهيزات الخاصة بمكتب التصويت لها أهميتها، فإن المنازعات القضائية الانتخابية بشأن ذلك غالباً ما تثار

بشأن قانونية المعزل باعتباره جزءاً من تجهيزات مكتب التصويت، حيث ذهبت، في هذا الإطار، إدارية الرباط إلى اعتبار أن مدونة

الانتخابات لا تنص على وجوب توفر المعزل على شروط محددة من حيث الحجم والشكل، لذا اعتبرت أن المعنى القانوني للمعزل هو نفس

معناه اللغوي الذي يقصد منه كل مكان أمكن فيه الانعزال عن المحيط الخارجي ومن تم أجازت استعمال إحدى الحجرات بمكتب تصويت

¹ قرار المجلس الدستوري رقم: 905/12 م. يوم: 15 نوفمبر 2012، ملفات عدد: 1242/11 و1251/11 و1253/11 و1254/11.

² قرار المجلس الأعلى رقم: 1728 بتاريخ: 24-09-1997، ملف إداري رقم: 1387-5-1-97.

³ دورية وزير الداخلية حول إجراء العمليات الانتخابية أعضاء مجلس النواب رقم: 7261 الصادرة بتاريخ: 16 شتنبر 2011.

كمعزل معتبرة إياه لا يؤثر على صحة العملية الانتخابية مادامت هذه الحجرة توفر للناخبين إمكانية الاختلاء بأنفسهم داخلها واختيار الرمز الذي يرتضونه في حرية وسرية تامتين¹.

أما المنازعات التي تثار بشأن الصندوق أو أوراق التصويت أو المداد، فهي لا تشكل في عدم تواجدهم ضمن تجهيزات مكتب التصويت بقدر ما ترمي إلى منازعة ما يمكن أن يعتبر مناورة تدليسية نشوب سير عملية الاقتراع. فما هو الحال بالنسبة للطعون الممكن توجيهها بشأن اختصاص مكتب التصويت ؟

المبحث الثاني: الطعون المتعلقة بسير عملية الاقتراع وإعلان النتائج

يشهد التنافس بين المرشحين -سواء للانتخابات التشريعية أو الجماعية- ويصل إلى أوجه يوم الاقتراع، الأمر الذي يؤدي إلى ارتكاب خروقات تكون موضوع مؤاخذات ليس فقط لأنصار المرشح، بل قد تشمل كل متدخل في العملية الانتخابية. ولأسباب منهجية سنقسم هذه الخروقات المتعلقة بسير عملية الاقتراع إلى المنازعات المرتبطة بيوم الاقتراع (المطلب الأول) والمنازعات المتعلقة بسير العملية الانتخابية بعد إغلاق المكتب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المنازعات المرتبطة بيوم الاقتراع

تنظم المواد 69 و70 و71 من القانون رقم 9.97، مسألة الطعن في القرارات الصادرة عن مكاتب التصويت ومكاتب التصويت المركزية ولجان الإحصاء التابعة للجماعات الترابية فيما يتعلق بالعمليات الانتخابية وإحصاء الأصوات وإعلان نتائج الاقتراع، وتحدد من له الحق في الطعن وكذا أجله.

ويمكن أن نصادف تضاربا بين النص القانوني الصريح والاجتهاد القضائي، مثل الذي جاء به حكم إدارية فاس سنة 2009، الذي يعيد طرح إشكالية النصاب القانوني لتكوين مكتب التصويت حين رفضت المحكمة الدفع بإلغاء نتيجة الاقتراع المرتكز على مغادرة عضوين من مكتب التصويت وعدم مشاركتهم في عملية فرز الأصوات، وعلت المحكمة حكمها وهي ترفض الطلب على أنه: "واعتبارا على أن العضوين قد غادرا فعلا مكتب التصويت وعدم مشاركتهم في عملية الفرز، فضلا عن كون ذلك تم تسجيله بمحضر عملية الاقتراع طبقا للمادة 65 من مدونة الانتخابات؛ فإن ذلك ليس له أي تأثير على صحة ومشروعية هذه العملية، خاصة وأن المشرع قد أناط هذه المهمة لرئيس المكتب الذي استمر في الإشراف على هذه العملية بمساعدة نائبه والعضو الآخر مما يبقى معه غير مؤسس ويتعين رفضه"²، وهذا خلافا لما جاءت به مقتضيات المادة 65 من مدونة الانتخاب التي أشارت إلى حالة تعذر حضور عضو واحد لا أكثر.

من الادعاءات المتواترة في الطعون الانتخابية، تسريب أوراق التصويت واستعمالها مقابل مبالغ مالية، إضافة أوراق التصويت إلى صناديق الاقتراع، طرد ممثلي اللوائح المرشحة، وعدم التوصل بالإشعار بالتصويت. إلا أن المجلس الدستوري، واحتياطا من الطعون الكيدية، ظل يأخذ مواقف متشددة من هذا النوع من الادعاءات، خصوصا عندما تأتي عامة ومجردة من أية حجة تدعمها، وتأسيسا عليه، تكون الوسيلة المتخذة من كون الانتخاب لم يكن حرا وشابته مناورات تدليسية غير قائمة على أساس صحيح، من جهة، وغير جديرة بالاعتبار، من جهة أخرى، الأمر الذي يترتب عنه رفض الطلب. فالادعاءات الفضفاضة التي لا تعزز بالحجج والبراهين لا تنهض وحدها حجة لإثبات الخروقات، وأن الإدلاء بورقة التصويت لا يقوم دليلا على أن أوراق التصويت وقع تسريبها لإفساد العملية الانتخابية وبالتالي المساس بسرية الاقتراع³.

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط 1088 بتاريخ: 29.7.97 قضية الشيكرك. أشار إليه محمد قصري، المنازعات الانتخابية ورقابة القضاء الإداري، دار الإنماء الثقافي، الطبعة الأولى، 2009، ص. 101 و 102.

² حكم إدارية فاس عدد: 2009/783.

³ قرار المجلس الدستوري رقم: 12-843 بتاريخ: 11 أبريل 2012، والقرار رقم: 12-844 بتاريخ: 12 أبريل 2012، قرار رقم: 12/879 بتاريخ: 11 شتنبر 2012، قرار رقم: 12/901 بتاريخ: 22 أكتوبر 2012، قرار رقم: 12/904 بتاريخ: 13 نونبر 2012، قرار رقم: 12/907 بتاريخ: 3 دجنبر 2012.

واستثناء من هذه المواقف وحفاظا على مصداقية الاقتراع ونزاهته، وإذا ظهر للمجلس أن هذه الخروقات ثابتة صرح بإلغاء نتيجة الانتخاب، وهو ما ذهب إليه في حيثيات إحدى قراراته، معتبرا أن المآخذ القائلة بأن الاقتراع لم يكن حرا وشابته مناورات تدليسية قام بها المطعون ضده للضغط على الناخبين واستمالهم، تمثلت في تسليمه لخمسة من أعضاء المجلس الجماعي مبالغ مالية من أجل توزيعها على الناخبين قصد التصويت لفائدته، وأنه لضمان حصوله داخل كل مكتب تصويت تابع لدائرة نفوذ كل واحد من هؤلاء الأعضاء على عدد الأصوات المتفق عليه، توصل من كل عضو بشيك موقع من طرفه بمبلغ مالي دون تحديد اسم المستفيد منه، ومقابل ذلك سلم والد المطعون في انتخابه لأربعة من هؤلاء الأعضاء ولأربعة أعضاء آخرين في نفس المجلس الجماعي إقرارا واعترافا بدين، الأمر الذي أتبعه محضر الضابطة القضائية وتقرير الخبرة المنجزة. "... وحيث إنه، بناء على ما سلف، فإن ما أقرته الخبرة يؤشر على قيام هذا الأخير بمناورة تدليسية أثناء الحملة الانتخابية ترمي إلى استمالة الناخبين للتصويت لفائدته، مما يبعث على الشك في توفر حرية الاختيار للناخبين، وعلى عدم الاطمئنان على صدق نتيجة الاقتراع، مما يتعين معه التصريح بإلغاء انتخاب المطعون ضده عضوا بمجلس النواب¹.

كما أن المجلس قضى بخصم أو عدم احتساب الأصوات التي كانت محل شك بسبب عدم التقيد الصارم بمقتضيات القوانين المنظمة للانتخابات، كالتصويت بالنيابة² - معتبرا في إحدى قراراته حالتين للتصويت بالنيابة مخالفتين للقانون ويتعين بالتالي خصم صوتين من مجموع الأصوات التي نالتها لائحة المطعون في انتخابه الأخير، غير أن ذلك لن يكون له تأثير في النتيجة العامة للاقتراع ما دام الفرق بين آخر الفائزين والمرشح الذي يليه كبيرا- أو استعمال الهاتف النقال داخل المعازل³ - إلا أن المجلس في هذه الحالة وإن ثبت لديه من خلال نظيري محضري مكتبين للتصويت أنه تم ضبط بعض حالات استخدام للهاتف النقال، وهو الأمر الذي يتعين معه اعتبار الأصوات المعبر عنها في المكتبين المذكورين باطلة، فإن خصمها من مجموع الأصوات التي حصل عليها المطعون في انتخابه الثاني، لن يكون له تأثير على نتيجة الاقتراع- فهذه الوقائع من شأنها أن تشكل في صحة النتيجة المعلن عنها و بالتالي لا تبعث على الاطمئنان على سلامة الاقتراع، لكن من دون أن يؤثر ذلك كله في نتيجة الاقتراع النهائي⁴.

أما بشأن المخالفات المتعلقة بتوقيت الاقتراع المنظم طبقا للمادة 59 من مدونة الانتخابات، فهي تتمحور حول: إغلاق مكتب التصويت رغم صدور قرار عاملي بالتمديد إلى الساعة الثامنة، إغلاق مكتب التصويت قبل الوقت القانوني المحدد، تأجيل ساعة الاختتام دون صدور قرار عاملي بالتمديد، التوقف الإرادي والانقطاع من طرف أعضاء المكتب خلال مدة الاقتراع، عدم تضمين محضر مكتب التصويت ساعة افتتاح العملية الانتخابية وتوقف الانتخابات قبل الموعد المحدد قانونا نتيجة حصول أحداث عنف وفوضى. وفيما يخص الحالة الأخيرة نذكر حكم إدارية فاس حول توقف عملية الاقتراع ابتداء من الساعة السادسة مساء بعد الهجوم على مكتب التصويت من طرف أنصار المرشح الفائز، إذ صرحت المحكمة برفض الطلب بكون الطاعن لم يثبت بأي وسيلة قانونية من وسائل الإثبات واقعة الهجوم على مكتب التصويت من طرف أنصار المطعون في فوزه. نستنتج من هذا القرار أن الحالات المذكورة أعلاه وإن كانت موجبة لإلغاء نتيجة الاقتراع، فإنها لا بد أن تكون مدعومة ومستندة على وسائل قانونية لإثبات الوقائع المادية، وأن عبء الإثبات يقع على الطاعن في هذه الحالات⁵.

ومن بين الحالات الموجبة لإلغاء العملية الانتخابية؛ نجد حالة عدم وضع المداد على أيدي بعض الناخبين، وكذا ثبوت ولوج المعزل من قبل أكثر من شخص دفعة واحدة بدون مبرر قانوني. وهذا ما ذهب إليه بعض المحاكم من بينها محكمة الرباط الإدارية، حيث كرست هذه الأخيرة في حكمين لها وبنفس اليوم قاعدة مفادها أن: "... عدم وضع المداد على يد مجموعة من الناخبين إثر إدلائهم بأصواتهم، وثبوت

¹ قرار المجلس الدستوري عدد: 905-12.

² قرار المجلس الدستوري رقم: 12/847 بتاريخ: 18 أبريل 2012.

³ - قرار المجلس الدستوري رقم: 12/894 بتاريخ 16 أكتوبر 2012.

⁴ - حميد اربيبي، مرجع سابق، ص. 112.

⁵ - حكم إدارية فاس عدد: 2009/783.

ولوح المعزل من طرف أكثر من ناخب دفعة واحدة، فيه مخالفة لمقتضيات المادة 62 من مدونة الانتخابات، مما يوجب إلغاء العملية الانتخابية مع إعادتها وفقا للقانون"¹.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الانتخابي على فرز وإحصاء الأصوات

وضع القانون مساطر واضحة وبين تقنيات فرز وإحصاء الأصوات بمقتضى المادتين 78 و79 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب.

إلا أنه، ورغم حضور ممثلي المترشحين وتبعيةهم لتفاصيل هذه العملية، فإنه يتم مع ذلك ارتكاب جملة من الخروقات تتخذ شكل مأخذ توجه لعملية الاقتراع بهدف إبطال الانتخابات من أساسها. ويمثل المأخذ المتعلق بالأوراق الملغاة، الوسيلة المثلى للطاعنين بغية إقناع القضاة الدستوريين بضرورة إعادة فحص الأوراق واحتسابها لفائدة اللائحة المعنية، وبالتالي تصحيح نتيجة الاقتراع. ذلك أن مرحلة فرز الأصوات وإحصائها تعد مدخلا طبيعيا يفضي إلى تحديد المرشح الفائز².

فكعادته يرد المجلس الدستوري المأخذ غير الدقيقة والعامية غير المثبتة بحجج قوية. فبخصوص عملية الفرز؛ كثيرا ما يدعي المترشحون إلغاء بعض أوراق التصويت أثناء هذه العملية. ويرد المجلس الدستوري في مجموعة من قراراته على أن: "... الادعاء جاء عاما لعدم تحديد أرقام ومقار مكاتب التصويت، والأسباب المعتمدة لهذا الإلغاء، وأن عدم الإشارة لهذه العناصر لا يمكن معه للمجلس الدستوري مراقبة صحتها، مما يكون معه هذا المأخذ غير جدير بالاعتبار"³. كما قضى المجلس الدستوري بخصوص الادعاء القائل بأن عملية فرز وإحصاء الأصوات تم بصفة غير قانونية⁴. أو أن شخصا أجنبيا -ممثلا للسلطة- شارك في هذه العملية⁵. أو أن عدد الأوراق الملغاة مرتفع⁶. أو أن أوراق صحيحة تم إلغاؤها⁷. أو لم يتم احتساب الأصوات التي نالها المترشح⁸.

ويذهب المجلس الدستوري في أحد قراراته إلى أن ارتفاع عدد الأصوات الملغاة أو قتلها لا يعد قرينة على عدم صحة الانتخاب⁹. كما يؤكد أيضا بأن ارتفاع نسبة المشاركة في الاقتراع، وانعدام الأوراق الملغاة أو قتلها وحصول المطعون في انتخابه على نسبة 99% من أصوات الناخبين في مكاتب التصويت المذكورة؛ لا يشكل في حد ذاته حجة على فساد العملية الانتخابية ما لم يقترن بمناورات تدليسية¹⁰. وفي تصور البعض؛ تعد واقعة انقطاع التيار الكهربائي عند مرحلة فرز الأصوات سببا وجها لإبطال الانتخاب. لكن المجلس الدستوري يتحفظ في تصديق وقبول هذا الادعاء، وبخصوص هذه المسألة؛ جاء في قرار للمجلس الدستوري ما يلي: "... وأنه لإن تم بالفعل انقطاع التيار الكهربائي بالجماعات المذكورة لمدة معينة، كما أكد ذلك المدير الإقليمي للكهرباء بإقليم الدريوش في محضر استجواب منجز من طرف المفوض القضائي بتاريخ 27 نونبر 2011، بسبب احتراق المحول الكهربائي بكاسيطة نتيجة صاعقة كهربائية، إثر التساقطات المطرية التي عرفتها المنطقة الدائرة الانتخابية، وهو حادث فجائي، وحسب جواب السيد عامل إقليم الدريوش المؤرخ في 08 فبراير 2012؛ فإن الإدارة

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم: 2009/1849، ملف رقم: 2009/10/1067، بتاريخ: 2009/07/27؛

وحكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم: 2009/1859، ملف رقم: 2009/10/1068، بتاريخ: 2009/07/23.

² حميد اربيبي، مرجع سابق 2013، ص. 113.

³ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/849، قراره رقم: 12/843، قراره رقم: 12/875...

⁴ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/874.

⁵ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/865.

⁶ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/873.

⁷ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/866.

⁸ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/875.

⁹ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/869.

¹⁰ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/881.

اتخذت جميع الاحتياطات اللازمة من خلال تجهيز مكاتب التصويت بوسائل الإنارة العادية للقيام بعملية فرز وإحصاء الأصوات، الأمر الذي تكون معه عدم الإشارة إليه بمحاضر مكاتب التصويت المعنية غير ذات تأثير في صحة الاقتراع¹.

أما بخصوص مسألة تحرير المحاضر؛ فقد بينت المادة 80 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب قواعد وضع المحاضر، علما أن هذه الأخيرة منها محاضر خاصة بمكاتب التصويت، وأخرى تتعلق بالمكاتب المركزية، وثالثة تصدر عن لجان الإحصاء. ومع ذلك ثور مجموعة من النزاعات بخصوص مسألة تحرير المحاضر.

ويذهب المجلس الدستوري إلى أنه يقع على المدعي عيب إثبات ما أخذه بخصوص الادعاءات المتعلقة بتحرير محاضر مكاتب التصويت، وقد جاء في قرار للمجلس ما يلي: "... إن الادعاء المتعلق بخلو محاضر مكاتب التصويت من تدوين أسماء رؤسائها وأعضائها جاء عاما لعدم تحديد أرقام ومقار مكاتب التصويت المعنية..."².

وجدير بالذكر أن المجلس الدستوري يولي أهمية قصوى لشكلية توقيع المحاضر، ففي قرار له جاء ما يلي: "... من الاطلاع على نظير محاضر مكتب التصويت رقم 1 (جماعة بني نصر)، تبين أنه يحمل توقعيات جميع أعضاء المكتب، أما نسخة المحاضر المدلى بها من طرف الطاعنين؛ فيتعين استبعادها لكونها لا تحمل توقعيات أعضاء المكتب، وأنها غير مرقمة، كما تستوجب ذلك مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 80 من القانون التنظيمي لمجلس النواب، مما يفقدها الحجية القانونية للنظير الأصلي"³.

وفي نفس السياق؛ فالمحاضر التي تحمل توقيع رئيس المكتب دون باقي الأعضاء يجعلها غير مستوفية للشروط المستلزمة بموجب المادة 80 السالف ذكرها. وبالنتيجة تترتب عنها آثار قانونية مهمة. "الأمر الذي يتعين معه إلغاء النتائج المسجلة فيه بصرف النظر عن المآخذ المثارة بشأنه من طرف الطاعن، غير أن ما يترتب عن عدم احتساب ما نالته مختلف لوائح المرشحين في الدائرة الانتخابية من أصوات بهذا المكتب يبقى دون تأثير في نتيجة الاقتراع..."⁴.

أما فيما يخص المنازعات المثارة أمام القضاء الإداري بشأن عمليات الفرز والإحصاء وتحرير المحاضر، فغالبا ما ترد الادعاءات التي تقوم على أدلة ثابتة. وفي هذا الصدد؛ ذهبت المحكمة الإدارية بمكناس في حكم لها جاء من بين حيثياته، "... أن الطرف الطاعن لم يستدل بأية حجة تفيد أن لجنة الإحصاء قد استبعدت أصواتا صحيحة لفائدته..."⁵.

أما بالنسبة لحالة عدم توقيع رئيس وأعضاء مكتب التصويت على بعض محاضر العملية الانتخابية، فيمكن ذكر ما جائت به المحكمة الإدارية بفاس في أحد أحكامها الذي جاء في حيثياته: "... وحيث تمسك الطاعن بكون بعض محاضر مكاتب التصويت، والتي تم اعتمادها في عملية الإحصاء من طرف المكاتب المركزية ولجنة الإحصاء ولا تتضمن توقيع رئيس وأعضاء مكتب التصويت... لكن حيث إنه بالاطلاع على عناصر المنازعة وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات... يتضح أن جميع محاضر هذه المكاتب المركزية موقع عليها". وفي هذا الصدد؛ استقرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 1314 بتاريخ 1997/10/01، على أن التوقيع على محاضر المكتب المركزي للتصويت الذي ضم جميع النتائج المعلن عنها في كل المكاتب يضفي الصبغة القانونية على العملية الانتخابية... وبالتالي رفضت المحكمة طلب الإلغاء⁶.

ومن بين الحالات التي ألغت فيها المحاكم الإدارية بعض العمليات الانتخابية بموجب طعن في عملية الفرز والإحصاء؛ سنورد بعض الحثيات الواردة في حكم لنفس المحكمة جاء فيها: "... وحيث إنه بالترتيب على ما ذكر، وبما أن مكتب التصويت اعتبر ورقة ملغاة رغم

¹ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/884، وقرار المجلس الدستوري رقم: 12/895.

² قرار المجلس الدستوري رقم: 12/888.

³ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/869.

⁴ قرار المجلس الدستوري رقم: 12/893.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بمكناس، رقم: 486، ملف رقم: 2009/425، بتاريخ: 2009/07/28.

⁶ حكم المحكمة الإدارية بفاس، عدد: 2009/818، بتاريخ: 2009/07/20.

صحتها، فإن الوسيلة المعتمدة والمتمثلة في خرق مقتضيات الفصل 63 من مدونة الانتخابات. وبما أن الأصوات التي حصل عليها الطاعن هي 56، وبإضافة الصوت الملغى يكون قرار مكتب التصويت الذي أعلن عن المطعون فيه فائزا قد جاء مخالفا لمقتضيات مدونة الانتخابات، وأن المحكمة في إطار سلطتها الشاملة تتصدى وتقرر إلغاء قرار مكتب التصويت للدائرة 19 السفالات الريصاني متصدية بإعلان المرشح الفائز...¹.

يبقى الهاجس الديمقراطي الأساسي في تفعيل القضاء لكل صلاحياته المتعلقة بمحاكمة مشروعية العملية الانتخابية، والسعي لضمان سلامة الاقتراع واحترام إرادة الناخب، والدفع بالتالي إلى بناء تراكم قضائي قوامه الجراءة والواقعية، وإطار منهجي من شأنه أن يضمن سلامة نتيجة الاقتراع أكثر منه قضاء شرعية العملية الانتخابية. أيضا -وبالموازاة مع ذلك- يؤدي السلوك الانتخابي الذي يمس بنزاهة وشرف الاقتراع إلى إلغاء الإنتخاب حتى ولو لم يشكل خرقا للقانون (عموما في حالة وجود فراغ تشريعي)، ومن هنا تتضح خصوصية دور القاضي الانتخابي.

¹ حكم المحكمة الإدارية بمكناس، رقم: 2009/487، ملف رقم: 2009/438، بتاريخ: 2009/07/28.

اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الضريبية

أحمد إسماعيل العامري

باحث دكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول-وجدة

مقدمة

تعددت توجهات الأنظمة الضريبية حول القضاء المختص في المنازعات الضريبية¹، ولزالت غير مُتفقة على إخضاع الدعوى الضريبية لاختصاص القضاء الإداري، وذلك لعلاقة هذه المنازعات بالحياة التجارية²، فالنظام الفرنسي يتردد في إخضاع هذه المنازعات للقضاء الإداري³، أما قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 فالأصل اختصاص محاكم مجلس الدولة لنظر المنازعات الضريبية⁴، بينما قانون ضرائب الدخل المصري في المادة 123 يُخول الاختصاص للمحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية، أما المشرع المغربي فإنه يُخول الاختصاص بنظر الدعوى الضريبية للمحاكم الإدارية⁵، بينما كان قبل إنشائها اختصاص مخول للمحاكم العادية، بخلاف المشرع اليمني الذي لا زال يأخذ بنظام القضاء الموحد، فيمنح الاختصاص للمحاكم الضريبية المتخصصة⁶.

وتختلف رؤى فقهاء القانون في ذلك، فمنهم من يجعل القضاء العادي هو المختص بالفصل في هذه المنازعات، والبعض الآخر يرى اختصاص القضاء الإداري، وتوجه ثالث يقول بأن المحاكم الضريبية هي صاحبة الاختصاص النوعي في ذلك⁷، وسبب الاختلاف هو للأهمية التي يتميز بها الطريق القضائي للفصل في المنازعات الضريبية، وهو ما يجعل التقاضي في المادة الضريبية يتميز بخصائص معينة دون غيرها من دعاوى الأخرى⁸. للحدوث عن القضاء المختص بنظر المنازعات الضريبية سنبين الاختصاص النوعي، ويُقصدُ به حسب

¹ النظام الضريبي البريطاني أناط مهمة المنازعات الضريبية للقضاء العادي، بينما السويد أناطت مهمة الفصل بالمنازعات الضريبية للقضاء الإداري، بينما القانون الألماني والأردني يأخذان بالقضاء الضريبي المتخصص. للمزيد من الاطلاع حول ذلك انظر: خضر الشويكي: منازعات الوعاء الضريبي "الأصول الإجرائية وطر الطعن"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص 100، 101.

² خالد باجنيد: القضاء الإداري وخصوصية الخصومة الإدارية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، 2003، ص...

³ في فرنسا تختص المحاكم العادية في منازعات الضرائب غير المباشرة والرسوم المشابهة ورسوم التسجيل والتبني، في حين يختص القضاء الإداري بالضرائب المباشرة والضرائب على قدر المعاملات والرسوم المشابهة. لمزيد من الاطلاع انظر سعاد بنور: العمل القضائي في المادة الجبائية، دار القلم للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2003، ص 73.

⁴ مشير قائد الغفوري: الخصومة الضريبية في الجمهورية اليمنية، رسالة ماجستير، جامعة عدن، كلية الحقوق، 2008، ص 113.

⁵ المادة 8 من قانون رقم 41. 90 بشأن إنشاء المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 225-91-91 بتاريخ 9/10/1993، ج.ر، عدد 4227، بتاريخ 1993/11/3.

⁶ هناك بعض الأنظمة القضائية تمنح اختصاص بنظر المنازعات الضريبية للمحاكم الضريبية التي تشكل لهذا الغرض، ومن هذه الأنظمة النظام الأمريكي والنظام التشيلي والنظام الأردني، لمزيد من الاطلاع حول هذا الموضوع انظر: محمد علي الحرازي: المنازعات الضريبية ووسائل إنهاؤها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2012، ص 389.

⁷ محمد علي الحرازي: المنازعات الضريبية ووسائل إنهاؤها، م س، ص 381.

⁸ محمد الحرازي: التشريع الضريبي اليمني-أحكام قانون ضرائب الدخل رقم 17 لسنة 2010، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى، 2014، ص 377.

بعض الفقه تحديد اختصاص المحكمة بدعاوى معينة بالنظر إلى الطبيعة القانونية لمحل الحماية بغض النظر عن قيمة الدعوى¹، وحسب البعض الآخر² يُقصد به توزيع العمل بين طبقات المحاكم على أساس نوع الدعوى مدني. تجاري. أحوال شخصية. ضريبي... وهذا يعني أن تختص كل طبقة من طبقات المحاكم بنظر نوع معين من القضايا دون غيرها. سنبيين الاختصاص بنظر المنازعات الضريبية على مستوى المشرعين اليمني والمغربي على النحو الآتي :

الفقرة الأولى : الاختصاص بنظر المنازعات الضريبية وفقاً للمشرع اليمني .

يمنح المشرع اليمني طبقاً لنص المادة 1/89 من ق.م.ت.م والمادة 47 من قانون السلطة القضائية³ للمحاكم الابتدائية ولاية عامة للنظر والفصل ابتداءً في جميع الدعاوى والمنازعات بصرف النظر عن نوعها وقيمتها وهذا هو الأصل، ويستثنى من ذلك بعض الدعاوى والمنازعات التي تُحدد بالقانون⁴. والمنازعات الضريبية نوع من هذه المنازعات.

يختلف الفقهاء حول مسألة إنشاء محاكم خاصة ومدى اعتبار اختصاصها نوعياً أو فرعياً من الاختصاص العام للمحاكم الابتدائية، فالبعض من الفقه يرى أن إنشاء محاكم خاصة يُعد صورة من صور التدخل في شئون العدالة بصورة غير مباشرة، فوجود المحاكم المتخصصة يخلُ بضوابط وضمانات تولية القضاة، كون وزير العدل هو الذي يقترح إنشاء المحاكم الخاصة، وتختلف رؤية الوزراء الإدارية والسياسية المتعاقبين على الوزارة وهذا من شأنه عدم وجود معايير موضوعية مجردة لمن يعمل من القضاة في هذه المحاكم⁵، لأن الأصل أن تُنشأ المحاكم بقانون، إلا أن المشرع اليمني تنازل عن دوره وأصبح رهيناً بوزير العدل، مما أدى إلى تفشي تلك المحاكم بشكلٍ مُلفت للنظر، وتتعدد المحاكم المتخصصة باليمن إلى (محاكم عسكرية . محاكم تجارية . محاكم مرور . محاكم الأموال العامة . محاكم الضرائب . محاكم جزائية متخصصة . محاكم جزائية عادية . محاكم الصحافة والمطبوعات . محاكم إدارية . محاكم مخالفات⁶).

إن تسمية هذه المحاكم المتخصصة لا يضيف عليها الشرعية، إنما هو محاولة لتجاوز الحضر الدستوري بإنشاء محاكم استثنائية طبقاً للمادة 150 من الدستور، فلو كان المراد التخصص لا يمكن تحقيقه بسهولة وبأقل التكاليف وفي إطار الشرعية الدستورية بتخصيص القضاة داخل إطار المحكمة الواحدة⁷، وفي نظر هذا الفقه أن اختصاص المحاكم المتخصصة يُعتبر فرعي بالنسبة للمحاكم الابتدائية العامة، وأن الواقع العملي يجعل اختصاصها نوعياً من النظام العام دون أدنى سند قانوني، والتخصص مسألة تنظيمية ولا يُمكن أن يكون من النظام العام⁸، ولا يُوجد اختصاص نوعي مُحدد للمحكمة الابتدائية في اليمن، لأن جميع المحاكم الابتدائية أياً كان اختصاصها المكاني ذات ولاية عامة طبقاً لنص المادة 47 من ق.س.ق، لاختصاصها بالنظر والحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى التي ترفع إليها

¹ .كريم لحرش : المنازعات الضريبية في القانون المغربي، م س، ص 106.

² . إبراهيم محمد الشرفي : المفيد في شرح قانون المرافعات الجديد. دراسة تأصيلية لقانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002 وقانون السلطة القضائية، مكتبة ومركز الصادق، الجمهورية اليمنية، صنعاء، الطبعة الثالثة، 2009. 1430، ص 180.

³ . قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 1991،

⁴ . علي بن صالح القعيطي : الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة الأولى، 2014، ص 138. 139.

⁵ . عبد الملك عبد الله الجنداري : الولاية القضائية والاختصاص القضائي، صدر ضمن سلسلة قضائيات، العدد 5، المطبعة القضائية، صنعاء، الطبعة الأولى، 2013، ص 74.

⁶ . تم إلغاء هذه المحاكم بقرار مجلس القضاء الأعلى في عام 2012.

⁷ . عبد الملك عبد الله الجنداري : الولاية القضائية والاختصاص القضائي، م س، ص 80.

⁸ . نفس المرجع السابق ص 81.

أياً كانت قيمتها أو نوعها طبقاً للمادة 1/89 من ق.م.ت.م، باستثناء ما سمي بالمحاكم المتخصصة، فهي ذات ولاية خاصة، واختصاص كل منها بالنسبة للمحاكم العامة اختصاص فرعي¹.

ويذهب البعض من الفقه إلى أن المحاكم المتخصصة في اليمن أنشئت لغرض الاستفادة من التخصيص وللتخفيف من أعباء المحاكم الابتدائية في المدن الرئيسية، وهي مع ذلك لا تسلب الاختصاص العام للمحاكم الابتدائية، ويقترح هذا الفقه ضرورة تخصيص القضاة، فلا جدوى من وجود المحاكم المتخصصة ما لم يكن قضاتها من المتخصصين².

هناك رأي آخر لبعض الفقه يذهب فيه إلى القول بالاختصاص النوعي للمحاكم المتخصصة، ويستند إلى المادة 89 من ق.م.ت.م التي تنص على أن: " إنشاء محكمة ابتدائية متخصصة لنظر نوع معين من الدعاوى يجعل ولايتها قاصرة على ذلك النوع فلا يجوز لها النظر في غيره من الدعاوى ما لم تكن مرتبطة بدعوى أصلية مرفوعة أمامها ارتباطاً لا يقبل التجزئة " فلو لم يكن اختصاص المحاكم المتخصصة نوعياً من النظام العام لكان هذا النص لغواً لا جدوى منه³.

ويذهب الباحث مع الرأي الأخير القائل بالاختصاص النوعي للمحاكم المتخصصة وما يؤكد ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف أمانة العاصمة⁴ في تقرير بطلان القرار التنفيذي لمحكمة الأموال العانة وتقرير الاختصاص لمحكمة الضرائب الابتدائية بأمانة العاصمة، وإعادة ملف القضية إليها للسير في إجراءات التنفيذ وعلماً الفصل في الدفوع والطلبات المتعلقة بالتنفيذ وفقاً للقانون، وسببت قرارها أن الاختصاص النوعي لمحكمة الضرائب ينعقد لها من تاريخ صدور قرار إنشائها بتاريخ 2003/8/31، ولأن الاختصاص النوعي من النظام العام ولا مصلحة لطالب التنفيذ في بقاء القضية رهن التنفيذ في محكمة أصبحت غير مختصة قانوناً، وأن القرار المطعون فيه الصادر من محكمة الأموال العامة يُعتبر باطلاً ومنعماً لصدوره لاحقاً لقرار إنشاء محكمة الضرائب المختصة نوعياً بما يقرب من ثمانية أشهر لانعدام ولايتها.

لأهمية المنازعات الضريبية فإنّ المشرع اليمني يهدف إلى إنشاء قضاء ضريبي متخصص للفصل فيها، وتحقيق ذلك الهدف مر بمراحل مهمة سنبيينها على النحو الآتي:

المرحلة الأولى : مرحلة صدور قانون ضرائب الدخل السابق لسنة 1991 .

صدر قانون ضرائب الدخل السابق لسنة 1991 عقب تتويج الوحدة بين شطري اليمن في 21 مايو 1990، وتنص المادة 79 منه على أنه: " تُشكل محاكم قضائية متخصصة ومتفرغة للنظر في قضايا ضرائب الدخل في أمانة العاصمة والمحافظات، ويكون لها وحدها النظر في الطعون في قضايا الضرائب والمخالفات ويكون تشكيلها وفقاً لقانون السلطة القضائية ...". وخلال المرحلة من عام 1991 وحتى 1994 ظلت المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة في النظر في القضايا الضريبية، وفي عام 1995 تم إنشاء محكمة الضرائب والجمارك في أمانة العاصمة ولم تستمر في العمل إلا فترة وجيزة، وتم إلغاؤها وإنشاء محاكم الأموال العامة في عام 1996.

المرحلة الثانية : مرحلة إنشاء محاكم الأموال العامة .

في عام 1996 عمل المشرع اليمني على توسيع الاختصاص النوعي والإطار الجغرافي للنظر في المنازعات الضريبية، بإلغاء محكمة الضرائب والجمارك في أمانة العاصمة، وإنشاء محاكم أموال عامة لعدد 6 محاكم في المحافظات الرئيسية، تنظر في قضايا الأموال العامة

¹ نفس المرجع السابق ص135.

² إبراهيم محمد الشرفي : الوجيز في شرح قانون المرافعات . دراسة تأصيلية لقانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002 وتعديلاته بالقانون رقم 2 لسنة 2010 وقانون السلطة القضائية وتعديله بالقانون رقم 27 لسنة 2013، مكتبة ومركز الصادق للنشر والتوزيع ، صنعاء، 1435هـ. 2014، ص 100 و 107.

³ محمد راشد عبد المولى : رأي في المحاكم المتخصصة والمحاكم النوعية، مقالة منشورة بمجلة المحاماة، صنعاء، العدد الخامس يناير 2005، ص 18. ولمزيد من الاطلاع انظر المبررات الأخرى لرأيه في نفس المرجع ص192 و195.

⁴ حكم محكمة استئناف أمانة العاصمة رقم 74 بتاريخ 2006/8/2، طعن ضريبي رقم 54 لسنة 1425هـ، غير منشور.

والقضايا الضريبية، ولتنفيذ هذه الغاية، صدر قرار جمهوري رقم 3 لسنة 1996 قضى بإنشاء محاكم ابتدائية نوعية متخصصة في (الأمانة، صنعاء، عدن، تعز، حضرموت، الحديدة) تُسمى محاكم الأموال العامة، وحدد هذا القرار اختصاصاتها وجعل من هذه الاختصاصات "البت في القضايا المتعلقة بالضرائب والجمارك"، واستمرت هذه المرحلة من 1996 إلى عام 2003 حين تم تحقيق غاية المشرع في نهج قضاء ضريبي متخصص وذلك بإنشاء محاكم متخصصة للنظر في المنازعات الضريبية.

المرحلة الثالثة: مرحلة إنشاء محاكم ضريبية متخصصة.

وفقاً للمادة 79 من قانون من ضرائب الدخل السابق لسنة 1991 التي سبق الإشارة إليها، وطبقاً للمادة 8 من ق.س.ق التي تخول لمجلس القضاء الأعلى سلطة إنشاء محاكم ابتدائية متخصصة متى دعت الحاجة إلى ذلك، فإن مجلس القضاء الأعلى عمل على تحقيق نهج المشرع لإنشاء قضاء ضريبي متخصص، وذلك بإنشاء محكمتين متخصصتين للضرائب في كل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن¹ وحدد قرار إنشائهما اختصاصاتهما على النحو الآتي:

- الفصل في طعون مصلحة الضرائب أو المكلف في قرارات لجان الطعن الضريبية.

- الفصل في الدعاوى المتعلقة بالمخالفات الضريبية والتهرب الضريبي.

ويُحصر الاختصاص النوعي للمحكمتين في نطاق دائرة الاختصاص الجغرافي لكل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن فقط، أما بالنسبة للمحافظات الأخرى في الجمهورية فالنظر في الاختصاصات أعلاه مخولة لمحاكم الأموال العامة ضمن دائرة اختصاصاتها، وإذا لم توجد محاكم للأموال العامة في بعض المحافظات فيبقى الاختصاص للمحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة، بشرط أن يتولى الفصل فيها قاضي مختص بالمحكمة والا فيتولى ذلك رئيس المحكمة.

ثم كرس المشرع هذه المرحلة وفقاً لقانون ضرائب الدخل الجديد ضرائب الدخل رقم 17 لسنة 2010 وجاء ليؤكد غايته في إنشاء المحاكم الضريبية وحدد اختصاصاتها النوعية وفقاً للمادة 124/أ منه التي تنص على أنه: "تنشأ بموجب هذا القانون محاكم ابتدائية متخصصة ومتفرغة للنظر والفصل في القضايا الضريبية في أمانة العاصمة والمحافظات، ويكون لها وحدها الولاية بالنظر في جميع القضايا الضريبية المدنية والجنائية وطلبات الحجز وقضايا التنفيذ ويتم تشكيلها وفقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، على أن يُراعى في هيئة الحكم توافر الخبرة في المجالين الضريبي والمالي.

يُحدد الاختصاص النوعي لمحاكم الضرائب الابتدائية وفقاً للمادة أعلاه بالآتي:

- النظر في الطعون المقدمة من المصلحة والمكلف في قرارات لجان الطعن لضرائب الدخل والضريبة العامة على المبيعات.

- النظر في الدعاوى المتعلقة بالمخالفات الضريبية وجرائم التهرب الضريبي المرفوعة من المصلحة أو النيابة بناءً على طلب من رئيس المصلحة وبما لا يتعارض مع القوانين النافذة.

- النظر في طلبات ودعاوى الحجز المتعلقة بالاستحقاقات الضريبية المرفوعة إليها بموجب أحكام هذا القانون وقانون ضريبة المبيعات وقانون تحصيل الأموال العامة.

- تنفيذ الأحكام الضريبية النهائية.

وخيراً فعمل المشرع عندما أضاف الاختصاص الوارد في البندين الأخيرين حيث لم يكونا موجودين في قانون ضرائب الدخل السابق، ويلاحظ أن الاختصاصات أعلاه شملت ضرائب الدخل وضريبة المبيعات.

وبالنسبة لقانون الضريبة العامة على المبيعات فإن المشرع اليميني في المادة 25/ج منه يُخول محكمة الضرائب الابتدائية للنظر في الطعن المرفوع من المصلحة أو المكلف بقرارات لجنة الطعن، كما أنه شملها الاختصاص في قانون ضرائب الدخل الجديد وفق نص المادة

¹ - المواد 1، 2، 3 من قرار رئيس الجمهورية رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 18 لسنة 2003 بشأن محاكم الضرائب وتحديد اختصاصاتها.

124 حسب ما سبق ذكره، ووفقاً لنص المادة 25/ج من ق.ض.م لا يجوز لأي محكمة أخرى ولأي سبب كان النظر في القضايا والمنازعات المتعلقة بربط الضريبة العامة على المبيعات، وفي كل الأحوال لا تكون هذه المحكمة المختصة بنظر القضايا والمنازعات الجنائية في الضريبة العامة على المبيعات. وتنص المادة 61 من ل.ت.ق.ض.م على أنه: " تتولى محكمة الضرائب الابتدائية بأمانة العاصمة والمحافظات النظر والفصل في قرارات لجان الطعن المستأنفة أمامها من أطراف النزاع..."

من خلال هذه المادة يتضح بجلاء أنّ غاية المشرع هو إنشاء محاكم للضرائب بالأمانة والمحافظات، وهي نفس الغاية التي أكدها قانون ضرائب الدخل، بينما مجلس القضاء الأعلى اقتصر على إنشاء محكمتين للضرائب فقط، وهذا يُعد كمرحلة أولى، أما المحافظات الأخرى التي لم ينشأ فيها محاكم ضريبية بعد فهناك استثناء مؤقت من المشرع يخول فيه لمحاكم الأموال العامة النظر في القضايا الضريبية، تطبيقاً للمادة 161/أ من ق.ض.د التي تنص على أنه: " تتولى وبصورة استثنائية محاكم الأموال العامة الابتدائية في بقية محافظات الجمهورية التي لا يوجد فيها محاكم ضرائب حتى صدور هذا القانون... حتى يتم إنشاء وتشكيل محاكم الضرائب الابتدائية في بقية المحافظات..."

وبالتالي فإنّ المشرع عالج مسألة المحافظات التي لم تُنشأ فيها بعد محاكم ضريبية، حيث أبقى الاختصاص لمحاكم الأموال العامة، وهذه المحاكم هي نفسها الممنوحة الولاية في النظر في القضايا الضريبية منذ إنشائها في عام 1996، ونبين ذلك على النحو الآتي:

- اختصاص محكمة الأموال العامة بمحافظة تعز يشمل دائرة اختصاص محافظة تعز.
- اختصاص محكمة الأموال العامة بمحافظة حضرموت يشمل دائرة اختصاص المحافظات (حضرموت، شبوة، المهرة).
- اختصاص محكمة الأموال العامة بمحافظة الحديدة يشمل دائرة اختصاص المحافظات (الحديدة، حجة، المحويت).
- اختصاص محكمة الأموال العامة بمحافظة عدن نطاق اختصاصها محافظتي (عدن، أبين)¹.
- اختصاص محكمة الأموال بأمانة العاصمة ويشكل دائرة اختصاصها (أمانة العاصمة، ومحافظتي صعدة ومأرب، وصنعاء، ذمار، البيضاء، الجوف).

- اختصاص محكمة الأموال العامة بمحافظة اب ونطاق اختصاصها محافظة اب.
- اختصاص محكمة الأموال العامة بمحافظة لحج ونطاق اختصاصها محافظة لحج.

وهناك تساؤل يكمن في أنّ اختصاص محاكم الأموال العامة المكاني لم يشمل دائرة اختصاص المحافظات المنشأة حديثاً بعد إنشاء هذه المحاكم، وهي محافظات (عمران، الضالع، ريمه) في الوقت الذي لا توجد فيها محاكم ضرائب للنظر في القضايا الضريبية، ففي حالة ظهر نزاع ضريبي في المحافظات المذكورة ما هي الجهة القضائية المختصة للبت فيه؟ هل هي المحكمة الابتدائية ذات الولاية العامة في المحافظة التي ثار فيها النزاع؟ ذلك مستبعد تماماً بالنظر إلى الاستثناء الذي أورده المشرع على ولاية المحاكم الضريبية للنظر في الطعون الضريبية، فمنحه فقط لمحاكم الأموال العامة في المحافظات التي لا يوجد فيها محاكم ضرائب، ولم يعطي الحق للمحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة في حالة عدم وجود محاكم أموال عامة في المحافظات للنظر في أي نزاع ضريبي، علماً أنّ قرار مجلس القضاء الأعلى بشأن إنشاء محكمتين للضرائب بالأمانة ومحافظة عدن راعى المحافظات المنشأة حديثاً على إنشاء محاكم الأموال العامة، فمنح المحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة الفصل في القضايا الضريبية في حالة عدم وجود محاكم أموال عامة.

وكان على المشرع أن يشمل المحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة الاستثناء المؤقت الذي منحه لمحاكم الأموال العامة في حالة عدم وجود هذه الأخيرة للنظر في القضايا الضريبية حتى تنشأ محاكم ضرائب في بقية المحافظات. ويُعد الاختصاص النوعي من النظام العام ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

¹. بالنسبة للمنازعات الضريبية في إطار محافظة عدن تنظر فيها محكمة الضرائب بمحافظة عدن، وبالنسبة للمنازعات الضريبية في إطار محافظة أبين تنظر فيها محكمة الأموال العامة بمحافظة عدن.

- يجوز لأي طرف له مصلحة أن يتمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي في أي مرحلة تكون عليه الدعوى التي تنظر موضوع الدعوى أو حتى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا طبقاً لنص المادة 1/186 من ق.م.ت.م.

- يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثير أحد من ذوي المصلحة أمامها هذا الدفع.

- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي، وإذا تم الاتفاق يكون باطلاً¹.

وفي إطار الاختصاص النوعي للمحاكم الضريبية طعننت مصلحة الضرائب أمام محكمة استئناف أمانة العاصمة في القرار التنفيذي الصادر من محكمة الأموال العامة بتاريخ 2004/3/15، والذي قضى بالسير في إجراءات التنفيذ وفقاً لقانون التنفيذ، بإلزام الضرائب بإعادة ما دفعه المكلّف تنفيذاً لقرار الربط الإضافي، أي الخمسين في المائة من قيمة الربط الإضافي كشرط لقبول الطعن فيه طبقاً لقانون الضرائب، وسببت طعنها بكون محكمة الأموال العامة باشرت إجراءات التنفيذ للحكم مخالفة لأحكام قرار رئيس الجمهورية رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 18 لسنة 2003 بإنشاء محكمتين للضرائب وتحديد اختصاصاتهما والذي نص على أن تُحال كافة القضايا الضرائب إلى المحاكم المختصة ما لم تُكن محجوزة للحكم فيبقى الاختصاص منعقد للمحاكم المرفوعة أمامها، وكان يتعين عليها أن تقضي بعدم اختصاصها بالتنفيذ من تلقاء نفسها، وقضت محكمة استئناف أمانة العاصمة² ببطالان القرار التنفيذي الصادر من محكمة الأموال العامة بتاريخ 2004/3/15 وتقرير الاختصاص لمحكمة الضرائب الابتدائية بأمانة العاصمة، وإعادة ملف القضية إليها للسير في إجراءات التنفيذ وعليها الفصل في الدفوع والطلبات المتعلقة بالتنفيذ وفقاً للقانون، وسببت قرارها أن الاختصاص النوعي لمحكمة الضرائب ينعقد لها من تاريخ صدور قرار إنشائها بتاريخ 2003/8/31، خاصة، وأن مرحلة النزاع هي مرحلة تنفيذ وكذلك القرار التنفيذي المطعون فيه لم ينتهي بعد لإن الاختصاص النوعي من النظام العام ولا مصلحة لطالب التنفيذ في بقاء القضية رهن التنفيذ في محكمة أصبحت غير مختصة قانوناً، ولا مبرر لذلك أن القضية كانت محجوزة للحكم عند صدور قرار إنشاء محكمة الضرائب، ولأنها كانت محجوزة للفصل في الاستشكال فإنها تظل من اختصاص محكمة الأموال، فذلك لا يضيفي مشروعية للاستمرار في إجراءات التنفيذ أمام المحكمة التي انتهت ولايتها إلى غيرها، فإن القرار المطعون فيه الصادر من محكمة الأموال العامة يُعتبر باطلاً ومنعدهماً لصدوره لاحقاً لقرار إنشاء محكمة الضرائب المختصة نوعياً بما يقرب من ثمانية أشهر لانعدام ولايتها، وكان يتعين على محكمة الأموال العامة أن تُقرر الاختصاص لمحكمة الضرائب لا أن تسترسل في إجراءات التنفيذ دون ولاية ولما كان كذلك فإن هيئة الشعبة بمحكمة الاستئناف تُقرر بطلان القرار التنفيذي الصادر من محكمة الأموال العامة بتاريخ 2003/4/15 وما يترتب عليه وتقرير الاختصاص للسير في إجراءات التنفيذ لمحكمة الضرائب بأمانة العاصمة، وإحالة ملف القضية إليها، وعليها استقبال ما لدى طرفي التنفيذ من طلبات ودفوع والفصل فيها وفقاً للقانون وفي نطاق السند التنفيذي.

الفقرة الثانية : الاختصاص بنظر المنازعات الضريبية وفق المشرع المغربي .

إن الاختصاص القضائي في المغرب³ للنظر في المنازعات الضريبية مرّ بمرحلة قبل إحداث المحاكم الإدارية ومرحلة بعد إحداثها، سنبين المرحلتين على النحو الآتي:

¹ إبراهيم محمد الشرفي : الوجيز في شرح قانون المرافعات، م س، ص 132

² حكم محكمة استئناف أمانة العاصمة رقم 74، بتاريخ 2006/8/2، طعن ضريبي رقم 54 لسنة 1425هـ، غير منشور.

³ في فرنسا يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعات الضرائب المباشرة والخصومات على رقم أعمال المعاملات والرسوم المشابهة لها بينما يختص القضاء العادي بالفصل في الضرائب غير المباشرة لها. انظر لعربي الكزاح : الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، الموسم الجامعي 2003-2004، ص 106.

المرحلة الأولى : قبل إحداث المحاكم الإدارية .

في هذه المرحلة كان يُشكل قانون المسطرة المدنية الإطار الأول لضوابط الاختصاص النوعي لمحاكم المملكة، حيث كانت قواعده لا تُثير جدل، فقد اتسم الجهاز القضائي المغربي آنذاك بوحده، والاختصاص بالبت بجميع المنازعات موكول لنفس الجهة القضائية المنتمية لجهاز قضائي وحيد،¹ حيث كان الاختصاص بنظر المنازعات الضريبية مُخولاً للمحاكم العادية، سواءً الطعن في مقررات لجان التحكيم أو المنازعة في الوعاء والتحصيل، أما بالنسبة لدعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة في الميدان الجبائي فكانت تُرفع للمجلس الأعلى . محكمة النقض حالياً . المختص حينها للبت فيها بموجب قانون إنشائه الذي نص على ذلك.

المرحلة الثانية : بعد إحداث المحاكم الإدارية .

لتطبيق دولة الحق والقانون وحماية الحقوق والحريات التي يكفلها القضاء المزدوج، عمل المشرع المغربي على إحداث المحاكم الإدارية بموجب قانون رقم 90 - 41، ويُخول إليها النظر في القضايا الإدارية وفق المادة 8 منه، ومن هذه الاختصاصات النظر في المنازعات الضريبية، والتي تنص على أنه: " يدخل ضمن اختصاصها النوعي البت في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب وفي الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة ... " وهذا هو المبدأ العام لاختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في القضايا الضريبية ثم عدد المشرع الاختصاصات النوعية للمحاكم الإدارية المتعلقة بالضرائب في الباب الخامس من القانون المذكور كالآتي:

✓ نصت المادة 33 على اختصاص المحاكم الإدارية للنظر في المنازعات المتعلقة بالضرائب الآتية:

- المنازعات المتعلقة بالضريبة على القيمة المضافة.
- المنازعات المتعلقة بالضريبة على الشركات.
- المنازعات المتعلقة بالضريبة العامة على الدخل.
- المنازعات المتعلقة برسوم التسجيل

✓ تختص المحاكم الإدارية بالنظر في الطعون المتعلقة بقرارات لجنة التحكيم بشأن الضريبة الحضرية، وبالبت في الطعون المتعلقة بقرارات لجنة العمالة أو الإقليم الصادرة بشأن الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها².

وهناك تساؤل بشأن التعداد للاختصاصات أعلاه هل هي على سبيل الحصر؟ أم على سبيل المثال؟ لاسيما أنّ المشرع لم يُورد ضمن التعداد بعض الضرائب كالضريبة المهنية والرسوم الجمركية وغيرها، فالانطباع لدى البعض أنّ التعداد على سبيل الحصر، لذا تبقى المنازعات في الضرائب التي لم ترد في قانون 41-90 من اختصاص المحاكم الابتدائية³.

موقف سائر الفقه المغربي يرى أنّ التعداد على سبيل المثال واستندوا إلى الآتي :

¹ . زراد عصام مصطفى : الرقابة القضائية في المادة الجبائية . وعاء وتحصيلاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول . وجدة ، السنة الدراسية 2013 . 2014، ص 18.

² . المادتين 34 و 35 من قانون إحداث المحاكم الإدارية .

³ . محمد شكيري : القانون الضريبي المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 59، الطبعة الثانية الرباط، 2005، ص 608 . 609 ؛ عبد المنعم بلوق : وضعية المكلف في النزاع الضريبي المغربي، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، السنة الدراسية 2003 . 2004، ص 159 ؛ إبراهيم أحطاب : مسطرة تصحيح الثمن في العقود . ضريبة التسجيل نموذجاً، مكتبة الرشاد . سطات، المغرب، الطبعة الأولى، 2014، ص 192.

- المادة 8 من قانون 41. 90 تُقرر مبدأ عام بموجبه يُخول للمحاكم الإدارية الاختصاص في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب، ولم تُعد ضرائب مختصة بها.
- تحقيق الوحدة والانسجام في المادة الضريبية يتطلب إخضاع منازعاتها لنفس الجهة القضائية، التي ستعمل على توحيد اجتهاداتها وموقفها من بعض القضايا.
- عدم إرهاق الخاضع بتحديد جهة واحدة يتجه إليها من أجل مقاضاة الإدارة الضريبة التي أصدرت الضريبة¹.
- القول بخلاف ذلك يعني تجزئة الاختصاص في المنازعات الضريبية بين المحاكم الإدارية من جهة والمحاكم العادية صاحبة الولاية العامة من جهة أخرى².
- على أساس ذلك تظهر ضرورة الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعوى المنازعة الضريبية وتكون ولايتها شاملة يستطيع من خلالها القاضي الإداري مناقشة جميع ملتزمات المدعي³. فنخلص طبقاً لذلك أنّ الاختصاص ينعقد للمحاكم الإدارية للنظر في الطعون الضريبية لجميع الضرائب.
- وإذا كان المشرع يُخول النظر في المنازعات الضريبية للمحاكم الإدارية وفق قانون 41. 90 فإنّ العمل القضائي لهذه المحاكم يؤكد ما قرره المشرع، ويستبعد الدفوع بشأن عدم اختصاصها، والأحكام غنية في هذا الجانب، ومنها حكم المحكمة الإدارية بالرباط،⁴ الذي قضى برد دفع شركة اتصالات المغرب بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية، باعتبارها شركة خاصة وتخضع في علاقتها بمستخدميها لقانون الشغل، وصرحت المحكمة الإدارية بانعقاد اختصاصها نوعياً للبت في الطلب، وسببت ذلك بكون الطلب يتعلق بالأساس في المنازعة في مشروعية الضريبة العامة على الدخل التي خضع لها مبلغ التعويض الممنوح للمدعي عن المغادرة الطوعية للعمل وذلك يجعلها الجهة القضائية المختصة بالبت في النزاع بصريح المادة 8 من ق.إ.م.د التي أسندت الاختصاص للمحاكم الإدارية بالنظر في جميع النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب، وهناك أحكام كثيرة بشأن ذلك⁵.
- نوّذ الذكر أنّ المادة 12 من ق.إ.م.د تنص على أنه: "تُعتبر القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من النظام العام وللأطراف أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائياً". واستناداً إلى ذلك يحق للأطراف أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائياً⁶.
- يُمكن القول أنّ صبغة النظام العام التي أضفاها المشرع المغربي على قواعد الاختصاص النوعي تُجيز للأطراف إثارتها في كل مرحلة من مراحل التقاضي ولو أمام محكمة النقض، كما أجاز للجهة القضائية المعروضة عليها النزاع أن تثيره من تلقاء نفسها ولو دونما حاجة

¹ عبد الله حداد: تطبيقات الدعاوى الإدارية في القانون المغربي، منشورات عكاظ، 2001، ص 208.

² إبراهيم أحطاب: مسطرة تصحيح الثمن في العقود، م س، ص 192.

³ كريم لحرش: شرح القانون الضريبي المغربي وفقاً لمستجدات قانون مالية 2014، الطبعة الثانية، منشورات سلسلة اللامركزية والإدارة التربوية، العدد 23، 2014، ص 210.

⁴ حكم رقم 1130 بتاريخ 7 جمادى الأولى 1428هـ الموافق 2007/5/24 ملف رقم 06.77//، غير منشور.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 188 بتاريخ 2007/2/8، ملف رقم 06 / 635، غير منشور.

حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 821 بتاريخ 2007/4/23، ملف رقم 06/ 905، غير منشور.

حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1093 بتاريخ 2007/5/22، ملف رقم 06 / 1535، غير منشور.

⁶ محمود شوراقي: المنازعات الجبائية المتعلقة بربط الرسوم المحلية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 2014، ص 93.

لإثارته من الأطراف¹. ويؤكد الفقه المغربي² أنّ الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية يدخل في صميم النظام العام، لأنّ المادة 12 من ق.إ.م.د. تنص صراحةً على ذلك، وتسمح بإثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل الدعوى، خلافاً للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية³.

ومن نقاط الاختلاف في قواعد الاختصاص النوعي في قانون المسطرة المدنية وقانون إحداث المحاكم الإدارية أنّ الفصل 17 من ق.م.م. يُخول للمحكمة التي أثير أمامها الدفع بعدم الاختصاص أن تبت فيه بموجب حكم مستقل أو بإضافة الطلب العارض إلى الجوهر، بينما المادة 13 من ق.إ.م.د. تنص على أنّه إذا أثير الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمه إلى الموضوع، ويُخول الفصل 13 من ق.إ.م.د. الحق للأطراف استئناف الحكم المتعلق بالاختصاص النوعي أيا كانت الجهة القضائية الصادر عنها أمام محكمة النقض الذي يجب عليها أن تُبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوماً تبتدئ من تسلم كتابة الضبط لملف الاستئناف.

ولم يتطرق قانون إحداث المحاكم الإدارية إلى مسألة الإحالة عند قبول الدفع بعدم الاختصاص أو إثارته تلقائياً من طرفها، مما يستوجب الرجوع إلى قواعد قانون المسطرة المدنية والعمل بنص الفصل 16 الذي يقضي بإحالة الملف إلى المحكمة المختصة متى قبل الدفع بعدم الاختصاص النوعي بقوة القانون.

الخاتمة

نخلص من خلال هذا المقال إلى أن المشرع المغربي يأخذ بنظام القضاء المزدوج فعمل على إنشاء محاكم إدارية بموجب قانون إحداثها رقم وخولها النظر في المنازعات الإدارية ومن ضمنها المنازعات الضريبية، ثم إنشاء محاكم استئناف إدارية مهمتها النظر في استئناف المنازعات المرفوعة من المحاكم الإدارية وهناك غرفة إدارية بمحكمة النقض مهمتها النظر في قرارات محاكم الاستئناف الإدارية المطعون فيها بالنقض، بينما المشرع اليميني يأخذ بنظام القضاء الموحد إلا أنّه ينهج القضاء المتخصص لذا يخول النظر في المنازعات الضريبية إلى محاكم ضريبية متخصصة وفقاً لقانون ضرائب الدخل وقانون ضريبة المبيعات، وقد تم إنشاء محكمتين ضريبيتين في عام 2003، وينص قانون ضرائب الدخل على إنشاء محاكم ضريبية متخصصة في عموم محافظة الجمهورية وأن يتم إنشاء شعب استئنافية ضريبية في المحافظات وأن يتم إنشاء دائرة ضريبية في المحكمة العليا، وحالياً لم يتم تطبيق النص القانوني إلا جزئياً نظراً للأحداث الحالية في اليمن، ونقترح على مجلس القضاء الأعلى في اليمن عند تحسن ظروف البلاد العمل على إنشاء المحاكم الضريبية والشعب في بقية المحافظات وعلى مراحل، ونقترح على المشرع المغربي إنشاء قسم لدى المحاكم الإدارية يخول النظر في المنازعات الضريبية.

¹ عبد الكريم المساوي: القواعد الإجرائية أمام المحاكم الإدارية، مطبعة البيضاوي، المغرب، الطبعة الأولى، 2012، ص 66.

² عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ابريل 2013، ص 64، 65.

³ ينص الفصل 16 من ق.م.م. على أنه: "يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي قبل كل دفع أو دفاع، لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية، يجب على كل من يثير الدفع أن يُبين المحكمة التي ترفع إليها القضية. إذا قبل الدفع رفع الملف إلى المحكمة المختصة التي يكون الإحالة عليها بقوة القانون وبدون صائر. يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائياً من لدن قاضي الدرجة الأولى".

الإجراءات الوقتية والتحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم

قراءة في موقف القوانين الدولية

ذ محمد أحتوش

مفوض قضائي لدى المحكمة الابتدائية بكلميم
باحث بماستر القانون المدني، جامعة ابن زهر.

يعتبر التعاون بين التحكيم والقضاء في مسائل الإجراءات الوقتية والتحفظية ضرورة حتمية، بالرغم من أن اتفاق الأطراف على إحالة منازعتهم على التحكيم يمنع القضاء الوطني من النظر في موضوع هذه النزاعات، لأنه يؤدي دورا مساندا ومهما للتحكيم ولتأكيد إرادة الأطراف.

ويحكم العلاقة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية مبدأ الاختصاص المشترك، إذ إن المحاكم الوطنية في الدولة تتمتع بالحق في اتخاذ هذه الإجراءات وأيضا لهيئة التحكيم الحق في اتخاذها.

قد تطرأ أثناء النظر في دعوى قضائية أو بمناسبة الحاجة إلى اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية تتصف بطابع استعجالي لا يحتمل التأخير ولا يمكن انتظار انتهاء دعوى الموضوع لأجل اتخاذها، تحت طائلة فقدان أية فعالية لحكم الموضوع، فيتم اللجوء إلى القاضي المختص للنظر فيها، ويمكن أن ينعقد الاختصاص لرئيس المحكمة أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إذا عرض النزاع في الجوهر أمامها. كما تكون الحاجة لاتخاذ مثل هذه التدابير الوقتية والتحفظية في نزاعات اتفق الأطراف بحلها بواسطة التحكيم. ويطرح الإشكال حول ما إذا كانت صلاحية اتخاذ مثل هذه التدابير تخرج عن اختصاص القضاء بفعل إجراءات التحكيم المحتملة أو القائمة، وتعود فقط إلى المحكم، أم أنه يبقى للقضاء دوره واختصاصه في اتخاذ مثل هذه التدابير. فكيف يمكن التوفيق بين كل من اختصاص القضاء واختصاص المحكم بهذا الخصوص؟

تباين مواقف التشريعات الدولية بخصوص المبدأ المشترك لاتخاذ الإجراءات الوقتية، وسنتولى تحديد موقف المعاهدات الدولية (الفقرة الأولى)، ثم موقف لوائح التحكيم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف المعاهدات الدولية

تختلف مواقف المعاهدات الدولية¹ المنظمة للتحكيم بشأن الحلول التي تضعها لحل الإشكال المتعلق بتوزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم في مسألة الإجراءات الوقتية المبرم بشأنها اتفاق تحكيم، وسنوضح ذلك من خلال دراسة موقف كل من معاهدة نيويورك لسنة 1958 (أولا)، ومعاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 (ثانيا).

1- بالإضافة إلى المعاهدات التي سنتناولها في هذه الفقرة، توجد العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الأخرى تنظم الإجراءات الوقتية والتحفظية؛ نذكر منها: اتفاقية عمان، أعطت للمحكم إمكانية اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بناء على طلب أي من الطرفين، طبقا للمادة 29، إذ جاء فيها: "للهيئة التحكيمية بناء على طلب أحد الطرفين أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضروريا". وتم تحرير هذه الاتفاقية في 14 أبريل 1987، وصادقت عليها العديد من الدول العربية ومن بينها المغرب.

معاهدة جنيف لسنة 1961، اتخذت موقفا صريحا وواضحا من مسألة الإجراءات الوقتية، حيث نصت في الفقرة الرابعة من المادة السادسة منها، على أن: "طلب اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية الموجهة إلى السلطة القضائية في الدولة لا يعتبر متعارضا مع اتفاق التحكيم".

أولاً: معاهدة نيويورك

خلت معاهدة نيويورك من أية إشارة لموضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية، وقد أدى ذلك إلى موقف قضائي في كثير من الدول اعتبر أن المحاكم القضائية غير مختصة للنظر في التدابير الوقتية في نزاع أحيل على التحكيم في الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية، لا سيما في الولايات المتحدة الأمريكية¹. وتنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة، على ما يلي:

"على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، أو لا أثر له، أو غير قابل للتطبيق"². وأمام اختلاف موقف القضاء في الدول الأطراف في المعاهدة حول تفسير نص هذه المادة، ومدى سريانها من عدمه على الإجراءات الوقتية، نظرا لعدم وجود الأعمال التحضيرية الخاصة بهذه المعاهدة، سنبز موقف محكمة النقض الفرنسية حول تفسير الفقرة الثالثة من المادة المذكورة، كما هو معلوم فقانون م م الفرنسي الجديد وفق التعديل الذي أدخل عليه سنة 2011 تضمن نصوصا صريحة تخول لقضاء الدولة سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية، وسارت المحاكم الفرنسية على تشجيع الاختصاص المنعقد للقضاء الوطني بإصدار هذه الإجراءات³.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في القرارين الصادرين عنها بتاريخ 9 و7 يونيو 1979، إلى أن شرط التحكيم الوارد في العقود الفرنسية الوطنية لا يحول دون ممارسة قاضي الأمور المستعجلة للاختصاص المقرر له قانونا، ما دام الأمر يتعلق بمنازعة تتوفر فيها حالة من حالات الاستعجال⁴. وهذان القراران يكرسان اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في الإجراءات الوقتية في حالة الاستعجال على الرغم من وجود شرط التحكيم. أما بالنسبة للتحكيم في العلاقات التجارية وعلى الرغم من أن فرنسا دولة متعاقدة في معاهدة نيويورك، فإن القضاء الفرنسي لم يذهب إلى تفسير المادة الثانية منها على أنها تحول دون اتخاذ الإجراءات الوقتية.

ويعلق جانب من الفقه المصري⁵ على المادة الثانية من معاهدة نيويورك، قائلا:

"إذا كانت نصوص معاهدة نيويورك لم تتناول مسألة تحديد أثر اتفاق التحكيم على الإجراءات الوقتية والتحفظية التي قد يرى أحد الأطراف مناسبة اللجوء إليها للمحافظة على حقوق أو لدواعي الاستعجال، كما لم تناقش مسألة ما إذا كانت الطلبات الوقتية

1- عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ط الثالثة 2008، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 443.

2- « le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante non susceptible d'être appliquée ».

3- P.BERLIN : l'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale, rev.arb, 1982, p 331.

4- C.cass.(3^{em} ch civ)7 juin et 9juillet 1979, rev.arb, 1980, p 78.

إذ قررت محكمة النقض في القرار الأول باختصاص قاضي الأمور المستعجلة على الرغم من وجود شرط التحكيم، بسبب تحقق حالة الاستعجال، وهو حل متفق عليه فقها وقضاء، حيث قررت ما يلي:

« l'existence d'une clause compromissoire peut en cas d'urgence dument constatée, faire échec à l'exerce des pouvoirs de la juridiction de référé ».

وفيما يخص القرار الثاني، قضت فيه بالاعتراف باختصاص قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يتعين اتخاذها على وجه السرعة حتى في حالة ما إذا كانت إجراءات التحكيم قد شرع فيها، وكان موضوع النزاع معروض أمام هيئة التحكيم، وجاء في هذا القرار ما يلي:

« l'existence d'un compromis d'arbitrage n'exclut pas la compétence du juge des référés, qui avait d'ailleurs constaté l'urgence pour accorder une provision au créancier d'une obligation non sérieusement contestable ».

-أشارت إليهما حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، حفيظة السيد الحداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. باقي البيانات غير مذكورة، ص 85.

5- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، م س، ص 86.

والتحفظية يمكن أن تطرح على هيئة التحكيم باعتبار أن اتفاق التحكيم يشملها، أم تظل المحاكم الوطنية مختصة بنظرها لخروجها عن نطاق الطلبات الموضوعية التي تمس جوهر الحقوق المتنازع عليها والخاضعة لسلطة هيئة التحكيم، فإن الرأي الراجح فقها وقضاء يذهب على نحو ما أشرنا وهو ما يذهب إليه الفقه المصري أيضا، إلى أن ذلك الإغفال من جانب اتفاقية نيويورك مفاده استمرار القاعدة المستقرة التي مقتضاها أنه يجوز اللجوء إلى القضاء الوطني بالطلبات الوقتية والتحفظية، بما في ذلك الحجز التحفظي دون أن يعد ذلك مساسا باتفاق التحكيم أو نزولا عنه".

ولما كانت معاهدة نيويورك لم تعالج مبدأ الاختصاص المشترك إن بالنفي أو بالإيجاب، فماذا عن موقف معاهدة واشنطن؟

ثانيا: معاهدة واشنطن

لأهمية الدور الذي يقوم به الاستثمار الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، واحتمال قيام منازعات من وقت لآخر تتعلق بهذا الاستثمار، أبرمت الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى في واشنطن¹ بتاريخ 18

18 مارس 1965² والتي دخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966³.

تنص المادة 26 من هذه المعاهدة، على أنه:

"تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أي وسيلة أخرى من وسائل الرجوع، ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستبعاد كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبول التحكيم في إطار هذه الاتفاقية". وجاء في المادة 47 من المعاهدة نفسها:

"بخلاف ما قد يتفق عليه الطرفان يجوز للمحكمة أن توصي باتخاذ الإجراءات التحفظية المتعلقة بحماية حقوق الطرفين إذا رأت أن الظروف تحتم ذلك".

ويطرح التساؤل حول تفسير المادة 26 المذكورة، هل تفيد عدم اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية أم العكس؟ للإجابة عن هذا الإشكال، يتعين مراعاة الاختلاف بشأن تفسير هذه المادة، إذ ذهب البعض⁴ إلى أن لفظ "استبعاد" المنصوص عليه في المادة 26 من اتفاقية واشنطن ينصرف إلى جميع الوسائل الأخرى لفض المنازعات بما فيها القضاء الرسمي، بمعنى أن الهيئة التحكيمية تملك اختصاصا حصريا في اتخاذ هذه الإجراءات. وعليه إذا قام أحد الأطراف بالتخلص من شرط التحكيم وفقا لقواعد المركز، ويبادر إلى رفع الدعوى أمام قضاء الدولة، فيجب على المحكمة المرفوع أمامها النزاع أن تقضي بعدم اختصاصها وتحيل الأطراف إلى المركز.

1- خلقت هذه المعاهدة نظاما تحكيميا منفصلا فيما يتعلق بالإجراءات المتعلقة بهذا التحكيم عن كل قانون وطني، فتعيين المحكمين وتفسير ومراجعة أو إبطال أحكام التحكيم الصادرة عن المركز، وهو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

-حسيني يمينة: تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010-2011، ص 109.

2- عادل محمد خير: حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، ط الأولى 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 25 و26.

3- صادق عليها المغرب بمرسوم ملكي مؤرخ في 31 أكتوبر 1966. ويعتبر المغرب أول دولة تمت مقاضتها أمام إحدى المحاكم التحكيمية التابعة للمركز، وذلك في إطار نزاع بينه وبين مجموعة فنادق "هوليداي ايزز".

- عبد الرحمان المصباحي: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، عرض ألقاه بمناسبة أشغال المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدولة العربية، المنعقد بالدوحة، بدولة قطر من 24 إلى 26 شتنبر 2013، ص 11.

4- عبد اللطيف مشبال: عبد اللطيف مشبال: القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي، دفاتر المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، مطبعة ريم كوم، الرباط، ص 351.

ويذهب اتجاه ثاني¹ إلى أن اتفاقية واشنطن لا تنزع الاختصاص عن القضاء الوطني لاتخاذ بعض التدابير المؤقتة من طرف المحاكم الوطنية في الحالات التي يوافق فيها الأطراف على ذلك، ويمكن الاستناد في تفسير نصوص المعاهدة المتصلة بهذه المسألة إلى نص المادة 47 من ذات المعاهدة والمادة 39² من لائحة التحكيم الخاصة بالمركز والمتعلقة بالإجراءات الوقتية والتحفظية³.

الفقرة الثانية: موقف لوائح التحكيم

يمكن للأطراف أن يتفقوا على قواعد معدة سلفا من جهة معينة لتبنيها؛ مثل قواعد اليونسترال (أولا)، أو قواعد غرفة التجارة الدولية (ثانيا)⁴، دون أن يكون التحكيم ذاته خاضعا لمنظمة تحكيمية معينة قائمة أو معروفة، كذلك يمكن أن يسير التحكيم وفقا لقواعد قانون إجرائي وطني معين.

أولا: لائحة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

إذا كان المفروض في حالة التحكيم المؤسساتي أن تخضع إجراءات التحكيم بالكامل لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة، فإن القواعد الصادرة عن هذه المؤسسة هي التي يتعين تطبيقها على الإجراءات التحكيمية، وتتعرض هذه القواعد عادة وبشكل مباشر لحالات وكيفية إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية، سواء عن طريق محاكم الدولة أو عن طريق هيئة التحكيم التي يعهد إليها بنظر النزاع. وقد أثارت مسألة التدابير الوقتية في مجال التحكيم خلال السنوات الماضية، نقاشا وجدلا ضمن مجموعة العمل الثانية المعنية بالتحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (اليونسترال)⁵، ويتبين أن النقاشات المتعلقة بهذه المسألة قد احتلت حيزا كبيرا من أعمال المجموعة السالفة الذكر⁶.

وفي هذا المنعى يمكن للأطراف الحصول من الهيئة التحكيمية أو قضاء الدولة على التدابير الوقتية، رغم قيام اتفاق التحكيم دون حصول تنازل عن هذا الاتفاق، كما جاء في نص المادة 26 من قواعد اليونسترال، التي تنص الفقرتين الأولى والتاسعة منها، على أن:

1- عبد الرحمان المصباحي، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، م س، ص 10.

2- تنص هذه المادة على أنه:

"يحق للطرف في أية لحظة أثناء الإجراءات أن يطلب من محكمة التحكيم اتخاذ الإجراءات التحفظية من أجل المحافظة على حقوقه. ويتعين أن يحدد في الطلب الحقوق المطلوب المحافظة عليها والإجراءات الملتزم اتخاذها والظروف التي تحتم اتخاذ هذه الإجراءات".

3- Voir :

Décision sur les mesures conservatoires sollicitées par les parties dans l'affaire CIRDI/ARB/98/2. Paris, le 25 septembre 2001, p 11.

4- تجدر الإشارة إلى أن هناك لوائح أخرى للتحكيم: نذكر منها لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي ولائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المستمدة من قواعد اليونسترال الصادر سنة 1976.

انظر:

حكم محكمة لندن للتحكيم الدولي-القضية رقم 4533 تاريخ 20 دجنبر 2004، تعليق، محمود سمير الشرقاوي، منشور بمجلة التحكيم العالمية، ع 13، 2012، ص 505 وما بعدها.

5- أقرت خلال سنة 1976 لجنة قانون التجارة الدولي قواعد التحكيم التجاري الدولي، ويكمن الفرق بين هذين النوعين من القواعد في أن الأولى عبارة عن قواعد أعدتها اللجنة لاستخدامها فيما يمكن تسميته بالتحكيم الحر، والذي يقابله ما هو معروف بالتحكيم المؤسسي. بمعنى أن للأطراف الذين يحيلون نزاعهم للتحكيم عن طريق مؤسسة تحكيم معينة يمكن أن يستخدموا هذه القواعد في إجراءات التحكيم، في حين أن إحالته لمؤسسة: مثل غرفة التجارة الدولية يعني تطبيق قواعد التحكيم لدى تلك المؤسسة، ومن الناحية العملية فكل مؤسسة تحكيم لها قواعدها الخاصة بها، وهي متقاربة في جوهرها، وتبنى أساسا على حرية الإرادة، والاختلاف بينها يكون في التفاصيل أكثر من المبادئ الأساسية، وطبقت بعض مؤسسات التحكيم الدولية (مركز القاهرة) قواعد اليونسترال على إجراءات التحكيم، مع النص على بعض القواعد الخاصة في التحكيم، بحيث تطبق قواعد اليونسترال لما لا يوجد نص خاص لدى المؤسسة ينظم المسألة المعروضة عليها. أما بالنسبة للقانون النموذجي، فقد أعدته اللجنة: كنموذج للدول يمكن السير على نهجه أثناء إعداد قوانين التحكيم الوطنية، وهو ليس اتفاقية دولية انضمت أو يمكن أن تنضم إليها الدول، ولا تلزم أي دولة بالأخذ به أو تطبيقه في تشريعاتها الداخلية، وإذا قررت دولة ما الأخذ بالقانون النموذجي، فلها أن تأخذ به حرفيا أو أن تدخل عليه من التعديلات ما تراه مناسب دون أي مأخذ أو مسؤولية عليها في ذلك.

- حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، ط الأولى 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 131 وما يليها.

6- هادي سليم: التدابير الوقتية والتحفظية على ضوء التعديلات الطارئة على قواعد تحكيم اليونسترال، مجلة التحكيم، ملحق ع الثامن، 2010، ص 555.

"للهيئة التحكيمية السلطة في اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات وقتية متى طلب ذلك أحد الأطراف وكان الإجراء متعلقاً بنزاع يدخل في اختصاص هيئة التحكيم، ولا سيما الحق في اتخاذ إجراءات المحافظة على السلع موضوع النزاع وإيداعها في مكان أمين لدى شخص من الغير أو الأمر ببيعها إذا كانت قابلة للتلف.

تقديم أحد الأطراف لطلب اتخاذ الإجراءات الوقتية لدى السلطات القضائية، لا يعد متعارضاً مع اتفاق التحكيم، كما أنه لا يعد بمثابة تنازل عن هذا الاتفاق". ويمكن للمحكم اتخاذ أي تدبير تحفظي ذات وظيفة أخرى، غير تلك الواردة في الفقرة نفسها¹. بناء عليه، فالسلطة القضائية هي صاحبة الاختصاص الأصيل للأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية، بينما تستمد هيئة التحكيم سلطتها من نص وارد في المادة 26 من قواعد اليونيسترال، كلما اتفق الأطراف بالتحكيم لدى مراكز التحكيم التي لا تتبنى هذه القواعد. وكما يصفه بعض الفقه² بأنه حل عملي مرن وعادل لا يؤدي إلى حرمان أطراف النزاع من المحافظة على حقوقهم في حالات الاستعجال.

ثانياً: غرفة التجارة الدولية

تأسست غرفة التجارة الدولية سنة 1919، ووضعت من بين أهدافها مساعدة الأطراف على حل النزاعات الدولية ذات الطابع التجاري عن طريق التحكيم، وأنشأت هذه الغرفة ولهذا الغرض محكمة للتحكيم تابعة لها³.

وتضمنت المادة 28 من قواعد غرفة التجارة الدولية الجديدة والمعمول بها من فاتح يناير 2012 فقرتين، نصت الأولى على أنه ما لم يتفق الأطراف على العكس، يجوز لهيئة التحكيم بمجرد إرسال ملف الدعوى إليها، أن تصدر بناء على طلب أحد الأطراف أمراً بإجراء مؤقت أو تحفظي تعده الهيئة مناسباً، ويجوز لها أن تطلب من طالب الأمر أن يدفع ضماناً مقابل إصدار هذا الأمر. ويجوز كذلك أن يصدر هذا الإجراء بمقتضى أمر مسبب أو حكم من هيئة التحكيم، حسبما تراه الهيئة مناسباً. أما الفقرة الثانية من النص المشار إليه، فقد أجازت للأطراف قبل إرسال ملف الدعوى إلى هيئة التحكيم، اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على أمر بإجراء مؤقت أو تحفظي، ويمكن للطرف الذي حصل على أمر هيئة التحكيم أن يلجأ إلى قضاء الدولة ليحصل على قرار بتنفيذه.

ويلاحظ أن المادة 28 من قواعد غرفة التجارة الدولية لم تتطلب أن يكون الأمر المطلوب بمقتضاه من هيئة التحكيم اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي متعلقاً بموضوع النزاع؛ مثل ما نصت عليه المادة 17 من القانون النموذجي. وبذلك فإن نص المادة 28 المذكورة يخضع للتفسير الواسع، فلا تنقيد الهيئة عندما تصدر أمراً بإجراء وقتي أو تحفظي بأن يتعلق هذا الأمر بموضوع النزاع، بل يمكن إصدار الأمر الوقتي لمجرد تعلقه بالدعوى التحكيمية، كما يمكن للهيئة أن تصدر مثل هذه الأوامر بمجرد تسلمها ملف الدعوى، دون انتظار لإعداد وثيقة شروط الإحالة⁴.

1- زاهر جردانه: التدابير الوقتية والتحفظية في القانون الأردني والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم، ملحق ع الثامن، 2010، ص 581.

2- عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط الثالثة 2008، ص 445.

3- RICHARD BOIVIN : arbitrage et conciliation devant la chambre de commerce international, barreau du québec, vol 35,n°7 avril 2003, p 1.

ويلزم لإجراء التحكيم أمام محكمة التحكيم بالغرفة التجارية الدولية توفر الشروط التالية:

1- اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، ويكفي لانعقاد الاختصاص وسماع الدعوى أن يوجد نص بالعقد، بمعنى أن المحكمة تسمع دعوى الأطراف عند وجود عقد التحكيم أو شرطه ولو امتنع الطرف الآخر؛

2- أن يكون موضوع النزاع تجارياً؛

3- أن يكون للنزاع طابع دولي طبقاً لضوابط ذاتية –الجنسية ومحل إقامة الأطراف- وموضوعية تتعلق بالصفحة موضوع النزاع.

ويجب أن يكون حكمها مكتوباً ومعللاً، ويكون الحكم واجب التنفيذ.

- أحمد شكري السباعي: التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربي، دفا تر المجلس الأعلى، ع الثاني، مطبعة ريم كوم الرباط 2002، ص 252 و 253.

محمود سمير الشرفاوي: الإجراءات المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم التجاري، مجلة التحكيم العالمية، ع 18، أبريل 2013، ص 4 و 124.

وتشكل قواعد غرفة التجارة الدولية الجديدة استمرارا للنظام السابق لسنة 1998، كما أدخلت عليه بعض التعديلات كآلية جديدة للحكم التحكيمي، من خلال توسيع صلاحيات المحكمين لحماية سرية التحكيم¹. وتتضح هذه السلطة الممنوحة للمحكم من خلال حكم جزئي صادر عن الغرفة التحكيمية في نزاع نشأ بين شركة إسبانية ومواطن مغربي، جاء فيه:

"من المقرر طبقا لما استقر عليه القضاء التحكيمي، أن المحكم المنفرد لا يملك في ما يتعلق بطلب الإجراءات التحفظية أو الوقتية أن يفحص موضوع الدعوى، وعليه أن يكتفي ببحث ما إذا كان من حق المدعي، بصفة مبدئية الحصول على المبالغ المطلوبة بصفة مؤقتة. ويتضح من ادعاءات الطرفين. وجود منازعة جدية، ليس فقط حول مقدار المبالغ الواجبة الأداء بموجب العقد، بل كذلك حول المبالغ الواجبة الأداء طبقا لاتفاق التحكيم، نتيجة قيام المدعى عليها باحتجاز مبالغ من المنبع والذي كان يجب أن يتم في المغرب على المبالغ التي دفعها إلى المدعي في إطار اتفاق الصلح.

لذلك فإن طلب المدعي بإلزام الشركة المدعى عليها بدفع مبلغ مؤقت إليه، مرفوض"².

ويتبين من الحكم المذكور أعلاه أن المحكم مختص بالبت في الإجراءات الوقتية شريطة عدم الفصل في الموضوع، والطلب المقدم إليه للحكم بمبلغ مؤقت يخرج عن سلطته، لأن التدبير المؤقت هو التدبير الذي تأمر به هيئة التحكيم أحد الطرفين في النزاع، وقبل صدور الحكم الفاصل والمنهي للنزاع، بالقيام بإجراء من شأنه إبقاء الحال على ما هي عليه أو إعادتها إلى ما كانت عليه حتى يتم الفصل في النزاع³.

فالإجراء الذي يطلبه المدعي من المحكم المنفرد، بمقتضى أمر تحفظي أو مؤقت في هذه القضية، هو في طبيعته بمثابة طلب توقيع الحجز التحفظي على أموال الشركة المدعى عليها اقتضاء لمبالغ غير محددة، ومحل نزاع جدي بين الطرفين، بينما المقرر قانونا أن الحجز التحفظي على أموال معينة، لا يوقع إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء، والمقصود منه الحفاظ على حقوق ثابتة لطالب الحجز ضد المحجوز عليه وليس مقابل حقوق غير ثابتة أو غير مؤكدة، بل محل نزاع جدي بين الطرفين، ومن ثم فهي حقوق غير محددة⁴.

وإذا كانت قواعد غرفة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية تمنح الاختصاص للمحكم، فإن قضاء الدولة يظل مع ذلك صاحب الاختصاص لاتخاذ بعض الإجراءات الوقتية، ولا يتنافى ذلك مع اتفاق التحكيم⁵. بل تبنت هذه الغرفة بمقتضى النظام الصادر عنها بتاريخ

1 -YVES HERINCKX : le nouveau règlement d'arbitrage de la cci : observation de droit belge. R.D.C, n°3, mars 2012, p 219.

-Miréze PHILIPPE : les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de cci relatif à leur compétence, rev.arb, n°3, 2006, p 591 et sui.

2- حكم تحكيم جزئي في القضية رقم 11740، صادر بتاريخ يونيو 2002 بباريس، منشور بمجلة التحكيم العالمية، ع 18، 2010، ص 731. تعليق محمود سمير الشرفاوي، منشور بمجلة التحكيم العالمية، ع الثالث، 2009، ص 739 و740.

-انظر كذلك:

حكم تحكيمي جزئي في القضية رقم 11651 بتاريخ فبراير 2002 بباريس، تعليق خالد الشلقاني، منشور بمجلة التحكيم، ع الثالث، 2009، ص 862 وما بعدها.

3- محمود سمير الشرفاوي: تعليق على أحكام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، منشور بمجلة التحكيم العالمية، ع 18، م س، ص 739 و740.

4- منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ط الأولى 1995، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 149.

5 S.besson :arbitrage international et mesures provisoires, étude de droit comparé, RIDC,VOL 52,n°4, décembre 2000, p 15.

-NABIL RACHIDI : les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage, Ed A. pedone, 2014, p 70.

Selon la sentence cci rendue en 1988 dans l'affaires n°5103 :

« cette situation de compétence concurrent ne peut surgir entre une juridiction arbitrale et une juridiction étatique pour la raison que leur compétence respective ne dépende que d'un seul facteur : l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. De deux choses l'une, en effet ou celle-ci née, aux arbitres : les tribunaux judiciaires doivent alors, si elle est invoquée devant eux, en le constant, se déclarer incompétents ... ou bien, au contraire, la convention d'arbitrage n'a pas été invoqué par le défendeur, ou est nulle, ou ne vise pas le différend porté devant le juge judiciaire et celui-ci se déclarera compétent par application des règles de son for, tandis que l'arbitre renoncera à connaitre ce litige ».

-josé carlos fernandez rozas, lexis nexis,paris, p 42.

فاتح يناير 1990 نظام قانوني يسمح لأحد الأشخاص يقترب من المحكم باتخاذ إجراءات وقتية، وبصفة عامة جميع الأوامر الاستعجالية بشكل مؤقت إلى حين تدخل الهيئة التحكيمية المختصة للبت في النزاع بشكل نهائي، وهو ما يسمى ب (le référé pré-arbitral)¹. ويتميز الاتجاه الفقهي القائل بأن توزيع الاختصاص بين محاكم الدولة وقضاء التحكيم بالفصل في الإجراءات الوقتية والتحفظية المتعلقة بمنازعة اتفاق بشأنها على التحكيم يتم وفقاً لمبدأ الاختصاص المشترك بين كل من الجهتين، بقدرته على تفسير العديد من حقائق القانون، لا سيما بعض النصوص القانونية لبعض الدول وأيضا موقف المعاهدات الدولية التي تعترف بالاختصاص المشترك². ومجمل القول، يتفاوت تقدير القوانين الدولية المنظمة للتحكيم واللوائح المنظمة لغرف التحكيم والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، حول كيفية توزيع الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة و المحكم والمبادئ التي تحكم هذا التوزيع، وتبين أنها تكاد تجمع صراحة أو ضمنا على السماح لأي من طرفي التحكيم قبل تشكيل هيئة التحكيم باللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على أمر منها باتخاذ تدابير وقتية وتحفظية يرى لزومها في موضوع النزاع المزمع إقامة دعوى تحكيمية بشأنه أو احتمال أن يكون محلا للاستناد إليه فيها، إلا أن هذه القوانين وتلك التدابير تختلف فيما بينها حول تحديد الجهة القضائية المنوط بها الأمر بهذه التدابير. والقاسم المشترك بين معظم التشريعات الوطنية والدولية إقرارها لمبدأ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة والمحكم في مجال الإجراءات الوقتية والتحفظية.

كما اتضح أن التعاون بين المحكم والقاضي يهدف إلى ضمان فعالية التحكيم الدولي واستقلال هذا الأخير، وفي الوقت نفسه يجب أن يكون للقاضي الوطني السلطة ليتخذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تكفل الممارسة السليمة للتحكيم. ويجب توحيد نظام الإجراءات الوقتية والتحفظية بين مختلف التشريعات الداخلية والدولية ضمن أسس تتوافق وتنسجم مع متطلبات نظام التحكيم وما يحتاجه من مرونة وتيسير في الإجراءات، وضرورة مراجعة معاهدة نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، لكي تدرج ضمن مقتضياتها الاعتراف وتنفيذ الإجراءات الوقتية الصادرة في نزاعات التحكيم.

1- استلهمت هذه الغرفة إجراءات المحكم المختص بالفصل في الأمور المستعجلة بشكل مباشر من النظام الفرنسي المعروف بقاضي الأمور الوقتية، إذ وفقا للنظام القضائي الفرنسي، يحق للطرف في المنازعة أن يطلب اتخاذ إجراءات عاجلة من القاضي؛ كالحجوز التحفظية باعتبار أن هذه الإجراءات لازمة لدفع ضرر محقق، ولا يؤثر القرار المطلوب استصداره من القاضي بشكل حاسم على الحقوق المادية للأطراف، فهذه الحقوق يتم الفصل فيها من قبل المحكمة المختصة بالفصل في موضوع الدعوى.

انظر:

- YVES HERINCKX : le nouveau règlement d'arbitrage de la cci : observation de droit belge, R.D.C, n°3, mars 2012, p 211.

2- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، م س، ص 45.

طبيعة العلاقة بين القاضي الإداري والقاضي الجنائي في المادة الانتخابية

د. محمود السقاف

قاضي بالمحكمة الابتدائية باليمن

يعرف المجال الانتخابي تدخل نوعين أساسيين من القضاء، فمن جهة نجد قاضي الانتخاب (الدستوري، الإداري) ومن جهة أخرى نجد القاضي الجنائي¹، فالأخير يختص بتوقيع الجزاء على مرتكبي أفعال الغش و المناورات التديلية المنصوص عليها في التشريع الانتخابي في شقه العقابي، بينما يختص قاضي الانتخاب بمراقبة صحة العمليات الانتخابية و يكون له أن يقضي بإلغاء نتائج الاقتراع أو تصحيح النتائج الحسابية التي أعلنت عنها اللجان الانتخابية².

وإذا كان كل من القضاء يتحرك في ميدان خاص به، و متميز عن الآخر، فإن هذا لا يعني أن مظاهر الاتصال منقطعة بينهما، فعلاقات التأثير و التأثر قائمة، بل أن القاسم المشترك الذي يجمع بينهم هو الواقعة المنشأة للطعن و الدعوى الجنائية المتعلقة بالانتخاب³، و لا شك أن الحفاظ على صحة و سلامة العمليات الانتخابية و نزاهتها تشكل أهدافا مشتركة لا يمكن أن يختلف حولها القاضي الجنائي مع القاضي الانتخابي.

وهنا يثار تساؤل يتمحور حول ما هي طبيعة العلاقة بين القاضي الإداري والقاضي الجنائي؟ وما هي مظاهرها؟ وما هي خصوصية دور القضاء في مواجهة الغش الانتخابي؟

لذلك سنتناول في هذا المطلب مظاهر الاستقلال والتعاون بين القاضي الجنائي والقاضي الانتخابي (الفرع الأول) مع التطرق إلى دور القاضي المختص بالمحاكمة في الجرائم الانتخابية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر الاستقلال والتعاون بين القاضي الانتخابي والقاضي الجنائي

يختص القاضي الانتخابي وهو في الأصل القاضي الإداري بمراقبة صحة العملية الانتخابية، و من صلاحياته أن يقضي بصحة أو تعديل أو إلغاء نتيجة الاقتراع، أما القاضي الجنائي فاختصاصه يتمثل في توقيع و إقرار العقوبة بناء على ما نص عليه القانون⁴. وبالتالي يكون لكل منهما دوره المتميز بشأن الخروقات التي تشوب عمليات الاقتراع بما يضمن لكل منهما الاستقلال نوعا ما عن الآخر، إلا أن طبيعة اختصاصهما تفرض تعاونهما في سبيل مواجهتهما للجرائم الانتخابية⁵.

وهنا يثار تساؤل يتمحور حول ما هي طبيعة العلاقة بين القاضي الانتخابي والقاضي الجنائي علاقة تعاون أم استقلال؟

ولتوضيح مظاهر الاستقلال والتعاون بين القاضي الانتخابي و القاضي الجنائي سنتناول في هذا الفرع مظاهر استقلال القاضي الجنائي عن القاضي الانتخابي (الفقرة الأولى)، مع التطرق إلى مظاهر التعاون بينهما (الفقرة الثانية).

¹ يوسف وهابي: "الجرائم الانتخابية في التشريع المغربي، دراسة مقارنة بأنظمة انتخابية جنائية"، دون ذكر دار النشر، طبعة أولى 2007، ص: 90.

² خالد الشرقاوي السموني: "المجلس الدستوري و رقابته على الانتخابات التشريعية"، دار أبي رقرق للطباعة و النشر، الطبعة الأولى 2005، ص: 316.

³ حسام الدين محمد احمد: "الحماية الجنائية للمبادئ الحاكمة للانتخاب السياسي في مراحل المختلفة، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2003، ص: 216.

⁴ إبراهيم بن داود: "الجرائم الانتخابية بين البعدين الدولي و الوطني و مقومات تحقيق النزاهة الانتخابية"، دار الكتاب الحديث الطبعة الأولى، 2013، ص: 111.

⁵ علوي جعفر: "علاقة قاضي الانتخاب بالقاضي الجنائي في مجال محاكفهما للجرائم المرتبطة بالانتخابات"، المجلة المغربية للتنمية المحلية العدد 59، نوفمبر-دجنبر 2004، ص: 94.

الفقرة الأولى : مظاهر الاستقلال

لتوضيح مظاهر استقلال القاضي الجنائي عن القاضي الانتخابي سأتناول حالة صدور حكم جنائي بالإدانة في جريمة انتخابية لا يلزم قاضي الانتخاب بإلغاء نتيجة الاقتراع من جهة، و حالة إعلان قاضي الانتخاب إلغاء نتيجة الاقتراع لوجود غش انتخابي لا يلزم القاضي الجنائي بإدانة من اقترفه على النحو الآتي :

أ- صدور حكم جنائي بالإدانة لوجود غش انتخابي لا يلزم قاضي الانتخاب بإلغاء نتيجة الاقتراع:

و في هذه الحالة لا بد التمييز بين حالتين هما:

1- صدور حكم جنائي بالإدانة قبل إعلان نتائج الانتخاب

وفي هذه الحالة يصدر القاضي الجنائي حكمه بالإدانة قبل أن يبدي قاضي الانتخاب رأيه في الطعن المقدم له بالإجراءات و المواعيد المحددة قانونا، و هنا يتمتع قاضي الانتخاب بسلطة تقديرية تجاه أفعال الغش و مدى تأثيرها في تغيير نتيجة الانتخاب، و بالتالي يكون له أن يحكم -بالرغم من الإدانة الجنائية- بصحة الانتخاب إذا رأى أن أفعال الغش لم تكن مؤثرة في تغير نتيجة الانتخاب.

أي أن قاضي الانتخاب لا يلزمه إلغاء الانتخاب إذا لم يكن للغش تأثير في العملية الانتخابية، أو كان تأثيره غير كاف لتعديل النتائج، حتى و إن أصدر القاضي الجنائي حكم بإدانة هذا الغش، كما في حالة لصق أوراق الدعاية الانتخابية في غير الأماكن المحددة لها، إذ لا يكون للغش في هذا الحالة أي تأثير على العملية الانتخابية¹.

و من خلال القراءة المتأنية لبعض القرارات الصادرة عن القاضي الانتخابي نجد أنه بدوره لا يتوانى عن الحكم بإلغاء نتيجة الاقتراع في حالة ثبوت استعمال أو استخدام إحدى الجرائم الانتخابية المنصوص عليها قانونا لتغيير نتيجة الاقتراع.

- وفي هذا السياق قضت المحكمة الإدارية بالرباط بإلغاء عملية الاقتراع ما دام قد ثبت قيام رئيس مكتب التصويت بالاقتراع بمفرده نيابة عن بعض الناخبين العجزة دون استفسارهم عن رغباتهم، و إخراج صندوق أوراق التصويت من المكتب كلها خروقات تدخل ضمن المخالفات المرتبطة بالنظام العام لما لها من تأثير مباشر على النتيجة².

- و في نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية بفاس في حيثيات حكمها إلى القول "تأكيد أحد عضوي مكتب التصويت لواقعة الفرز التي تمس ظروف أثارت الشك و الريبة، و حالت دون التسليم بصدق النتيجة التي تمخضت عنها الأمر الذي يتعين معه الحكم بإلغائها بما يترتب على ذلك من آثار قانونية"³.

- وفي قرار آخر اعتبرت نفس المحكمة "بأن المعاملة بين الطرفين و أن الكمبيالات المسلمة لأعضاء المكتب كانت من قبيل الضمانة من أجل تصويتهم لفائدة الرئيس"⁴.

¹ أمين مصطفى محمد: "الجرائم الانتخابية و مدى خصوصية القضاء في مواجهة الغش الانتخابي، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي و المصري"، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2000، ص:177.

² حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 1273، بتاريخ 2003/10/27م، أورده احمد بوعشيق: "الدليل العملي للاجتهااد القضائي في المادة الإدارية"، م س، ص:319.

³ حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 477، بتاريخ 2003/10/21م، أورده احمد بوعشيق: "الدليل العملي للاجتهااد القضائي في المادة الإدارية"، م س، ص:340.

⁴ حكم المحكمة الإدارية بفاس 190، بتاريخ 1996/4/11م، غير منشور.

و عموماً فإن القاعدة التي تطبع مسار القاضي الانتخابي تبرز أن هناك تطور ظل محافظاً عليه في جل أحكامه و قراراته في مجال التصدي لكل الخروقات التي تمس بنزاهة و مصداقية العملية الانتخابية، على اعتبار أنه يبني مواقفه بشكل مستقل عن القاضي الجنائي، أي أن القاضي الانتخابي يشتغل بقضاء داخلي أحاطه بقيد عدم التأثير أو التأثير بما يصدر عن القضاء الجزري.

و مع ذلك يكون لقاضي الانتخاب أن يحكم بإلغاء الانتخاب في وجود حكم بالإدانة الجنائية فيما يلي:

- إذا كان الغش مؤثراً على نتيجة الانتخاب.
- عدم خضوع الغش الانتخابي لرقابة القضاء، و في هذه الحالة يكون لقاضي الانتخاب أن يلغي الانتخاب، إذا ثبت لديه استحالة فرض رقابته على أفعال الغش التي صاحبت العملية الانتخابية¹.

2- صدور الحكم الجنائي بالإدانة بعد إعلان نتائج الانتخاب

الأمر هنا يخص المواعيد المتعلقة بتقديم طلب الطعن الانتخابي بصورة تجعل تقرير الغش ذاته وتأثيره على نتيجة الانتخاب لا أهمية له، و بالتالي فإنه إذا صدر الحكم الجنائي بالإدانة على أساس وجود غش فإن أي طعن بشأن هذا الانتخاب يعد غير مقبول، إذا لم يتم الالتزام بالإجراءات و المواعيد اللازمة لتقديمه حتى لو كان طعنه مؤسس على غش أثر فعلاً في تغيير نتيجة الانتخاب².

و في هذا نجد نص المادة 99 من مدونة الانتخابات المغربية³ مؤكداً لمسألة أنه لا أثر للإدانة الجنائية في إلغاء الانتخاب الذي أعلن بالفعل صحته بواسطة السلطات المختصة أو كان نهائياً لعدم تقديم أي اعتراض عليه في الأجل المحددة بالنصوص الخاصة بالانتخابات⁴.

أما التشريع اليميني فإنه يخلو من أي نص يحث على التعاون بين القضاة الجنائي و الانتخابي باستثناء الإشارة في المادة (25/ب) من القانون الانتخابي على وجوب النظر في الجرائم و المخالفات الانتخابية بصفة مستعجلة كون عمليات الانتخابات لها إجراءات ينبغي إتمامها في مدة محددة⁵.

و بالتالي فإنه لا سلطة تقديرية لقاضي الانتخاب في هذا الوضع إذا تعلق الوضع بشروط شكلية لقبول الطعن لوجود غش انتخابي.

وهنا يثار تساؤل يتمحور هل يعمل القاضي الانتخابي بقاعدة الجنائي يعقل المدني في المنازعات الانتخابية؟

¹ أمين مصطفى محمد: م س، ص: 119.

² إبراهيم بن داود: م س، ص: 112.

³ تنص المادة 99 من مدونة الانتخابات على أنه "لا يترتب على الحكم بالعقوبة إلغاء الانتخاب في أي حال من الأحوال دون الإخلال بالمقتضيات المتعلقة بالطعون الانتخابية".

⁴ أما المشرع الفرنسي كان أكثر تحيزاً لقاضي الانتخاب من جانب تأكيد استقلاله في مواجهة القاضي الجنائي و في تحديد اثر الحكم الجنائي الصادر بالإدانة على نتيجة الانتخاب، حيث أن الحكم الجنائي الصادر ضد المتهم لا يترتب بأي حالة إلغاء نتيجة الانتخاب، الذي قررت السلطات المختصة سلامته و صحته أو لكونه أصبح نهائياً و ذلك لعدم المعارضة فيه في الموعد المحدد له قانوناً، لذلك فإن القاضي الجنائي لا يتقيد بحكم الإدانة الذي قد يصدره القاضي الجنائي، ولا يلزم بوقف الفصل في الطعن الذي يقوم بنظره لحين الفصل في الدعوى الجنائية التي ينظرها القاضي الجنائي و يكون موضوعها نفس الطعن الانتخابي، حسام الدين أحمد محمد: م س، ص: 267 و ما بعدها، و كذا ينظر أمين مصطفى محمد: م س، ص: 116-117.

⁵ أما موقف المشرع المصري من تحديد أثر الغش الانتخابي على مدى صحة الانتخاب يبدو أمراً غامضاً، و أن بدا الأمر سهلاً بالنسبة لاختصاص القاضي الجنائي بنظر الجرائم الانتخابية و عقاب مرتكبي الغش الانتخابي، أمين مصطفى محمد: م س، ص: 212.

وفي هذا الإطار ذهبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في أحد قراراتها إلى " حيث يعيب المستأنفون على الحكم المستأنف بخرق المادة 74 ، و المواد من 100 إلى 106 من مدونة الانتخابات، و أنه كان على المحكمة مصدرة الحكم إيقاف البت في القضية إلى حين صدور أحكام نهائية عن القضاء الجزري، لكن و حيث من جهة فإن المواد من 100 إلى 106 من مدونة الانتخابات تناولت المخالفات المرتكبة بمناسبة الانتخابات و العقوبة المخصصة لكل حالة على حدة، فكان هذا الفرع من الوسيلة غير مؤسس، و من جهة أخرى فإن القضايا الانتخابية ذات طبيعة خاصة حدد لها المشرع آجال قصيرة للبت فيها في المادة 73 من مدونة الانتخابات ألا يتجاوز أربعين يوما أمام المحاكم الإدارية، كما أن البت فيها لا يتوقف على ما ستسفر عنه الشكايات و المتابعات أمام القضاء الجزري، فكان ما أثير غير منتج"¹.

و في قرار آخر أكدت نفس الغرفة الإدارية حيث جاء في حيثياته " حيث يعيب على المستأنف أن الطاعن تمسك بوجود مسطرة جنحية متابع فيها المطلوب في الطعن أمام المحكمة الابتدائية بسوق الأربعاء الغرب في حالة اعتقال بتهمة التزوير و صنع شهادة و استعمالها".

و تطبيقا للمبدأ الجنحي يعقل المدني، فإنه ينبغي أن نتساءل مما سيؤول إليه الأمر أو الحكم على العارض، وقضت المحكمة بما قضت به، كما أن المحكمة بتقريرها جلسة بحث أو استماع تكون قد صنعت حجة لفريق مخالفة بذلك مبدأ الحياد ملتصقا بإلغاء الحكم المستأنف، لكن حيث تبين من وثائق الملف والحكم المطعون فيه أن البحث المنجز بمكتب القاضي المقرر بتاريخ 27/10/2003 في نطاق الفقرة الأولى من الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية أسفر عن أن المعطيات الواردة بالهادة المدرسية المدني بها غير صحيحة و ليست هي التي وقع تضمينها من طرف محررها، إذ أن السجل العام للثانوية لا يتضمن أي إشارة إلى اسم المستأنف، و إنما يتعلق الأمر بالتلميذ المدعو(.....)، و كما يتضح من الشهادة نفسها، أنها لا تشير بشكل واضح إلى اسم المستأنف، و أيضا فإن الرقم الترتيبي 587 الذي تحمله يخص تلميذ آخر هو المدعو (.....)، و ترتيبا على ذلك فإن المحكمة لما استبعدت هذه الشهادة واعتبرتها غير مجدية في إثبات المؤهل العلمي الذي تشترطه المادة 28 من الميثاق الجماعي الجدي تكون قد عللت حكمها بما فيه الكفاية، و يكون واجب التأييد"².

و من خلال القراءة المتأنية لما سبق نجد أن عدم التزام قاضي الانتخاب بقاعدة الجنائي يعقل المدني يرجع إلى عدة أسباب أهمها:

- خصوصية الطعن الانتخابي الذي يتميز بالسرعة المتجسدة في الأجل القصيرة التي تحكمه بصفة عامة من أجل تقديم الطعن إلى الأجل المخصص للمحكمة للفصل فيه في التشريعين المغربي و اليمني الذي سبق تناوله.
- هاجس استقرار المراكز القانونية للمجالس المحلية لتأدية مهامها على أحسن وجه.
- خصوصية المسطرة التي يتبعها القاضي الانتخابي في الفصل في الطعون الانتخابية

ونخلص مما سبق إلى أن القاضي الانتخابي يعمل بشكل مستقل عن القاضي الجنائي عند الفصل في الخروقات التي تطال العملية الانتخابية، و هو استقلال يمكن نلمسه حتى على مستوى التقنيات و الأساليب المعتمدة من قبل كل جهاز قضائي في معرض الفصل بالطعون الانتخابية.

¹ قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 213 ، بتاريخ 2004/3/17 ، ملف إداري رقم 98/54/3 ، غير منشور.

² قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 148 ، بتاريخ 2004/2/25 م، غير منشور.

ب_ إعلان قاضي الانتخاب إلغاء الانتخاب لوجود غش انتخابي لا يلزم القاضي الجنائي إدانة من اقترفه:

يعد القاضي الجنائي مستقلا عن القاضي الانتخابي و لا يستطيع هذا الأخير بعد اكتشافه لغش انتخابي أن يلزم القاضي الجنائي بأن يدين تصرفا ما مصاحبا للعملية الانتخابية، و بهذا يعد كل قاضي مستقلا عن الآخر، حيث قد يعمد القاضي الانتخابي لإلغاء الاقتراع، مع أن القاضي الجنائي لم يقم بإدانة أفعال لازمت الاقتراع¹.

وفي حقيقة الأمر أن مثل هذا الإعلان من قبل قاضي الانتخابات لا يعتبر ملزما للقاضي الجنائي عند نظره لذات الوقائع، فالقاضي الجنائي مستقل عن قاضي الانتخاب في تكوين عقيدته وكل منهما يخضع لقواعد مختلفة تميزه عن الآخر².

فالقاضي الجنائي مستقل في تحقيقه و تفسيره و تقديره لمدى النصوص المثارة أمامه و له سلطة تقديرية فيما إذا كانت تلك الأفعال تكون جريمة انتخابية تستحق العقاب أم أنها لا تعدو أن تكون وقائع عادية لا توفي لمستوى التجريم و العقاب³.

فقد ينظر قاضي الانتخاب لبعض أفعال الغش الانتخابي على أنها أفعال تستوجب إلغاء الانتخاب، كقيام بعض الناخبين بمخالفة إجراءات التصويت و عدم استعمال الساتر المخصص لذلك⁴، بينما ينظر القاضي الجنائي لتلك الأفعال على أنها لا تشكل جريمة انتخابية تستحق العقاب.

فهناك قرارات كثيرة التي ألغى بموجبها قاضي الانتخاب نتائج الاقتراع دون أن يترتب عن ذلك متابعة مرتكب أو مرتكبي الخروقات جنائيا، و ذلك راجع إلى أن اختصاص قاضي الانتخاب ينحصر فقط في إلغاء الاقتراع المشوب بالتدليس أو الغش أو تصحيح نتائجه الحسابية و إعلان المرشح المنتخب بصفة قانونية، كما أنه عندما تعرض قضية موضوع غش انتخابي على القاضي الجنائي، سبق لقاضي الانتخاب أن ألغى نتائج الاقتراع بشأنها، فإن ذلك لا يلزم القاضي الجنائي بإدانة من اقترف هذا الغش، ما دام هذا الأخير له دوره المتميز في تقدير الخروقات المرتكبة من حيث طبيعتها الإجرامية⁵.

وفي هذا الإطار ذهبت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية حيث جاء في حيثيات قرارها " فالاشتراك بالتجمهر بقصد إثارة الشغب يوم الاقتراع والقيام بالتهديد أو الوعد أو الوعيد أو إطلاق النار كل هذا لا يؤثر الطعن بها إلى بطلان نتيجة الفرز و إن كانت تمثل جريمة فلا تختص الدائرة بها ، وإنما من اختصاص النيابة العامة والمحكمة المختصة وإذا طعن بها فمصير ذلك الطعن هو الرفض"⁶.

الفقرة الثانية: مظاهر التعاون بين القاضي الانتخابي والقاضي الجنائي

يتمتع قاضي الانتخاب حسب بعض الفقه⁷ بسلطة تقديرية واسعة في تقدير أفعال الغش ومدى تأثيرها في تغيير نتيجة الانتخاب، و بالتالي يكون له أن يحكم رغم الإدانة الجنائية بصحة الانتخاب إذا وجد أن أفعال الغش لم تكن مؤثرة في تغيير نتيجة الاقتراع. وعلى الرغم من ذلك فإن قاضي الانتخاب يكون له أن يقضي بإلغاء الانتخاب في ظل وجود الإدانة الجنائية إذا كان للتدليس أو الغش تأثير على نتائج الاقتراع.

¹ إبراهيم بن داود: م. س، ص: 113-114.

² عفيفي كامل عفيفي: "الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية و القانونية"، دراسة مقارنة، دار الجامعين 2002، ص: 1132.

³ Jean Claude MASCLLET، Droit électoral، op.cit، p.381

⁴ C.E.12 Déc.1956، élections municipales de Calenzana، Rec. p.668

⁵ خالد الشرقاوي السموني: م. س، ص: 320.

⁶ قرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن رقم 566 لسنة 1997، غير منشور.

⁷ أمين محمد مصطفى: م. س، ص: 117.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة الاستئنافية بمراكش حيث جاء في حيثيات قرارها "و حيث أنه استنادا إلى عناصر الملف، و ما ثبت قضاء في حق المتهم من أفعال منسوبة إليه و المتعلقة بتوزيع المال على الناخبين قصد جلب الأصوات لفائدة اللائحة التي كان وكيلها أحد المرشحين الفائزين و هو السيد..... الأمر الذي لا يبعث في النازلة على الاطمئنان لصدق و سلامة النتيجة المحصل عليها من طرفه و يستوجب بالتالي إبطالها و إلغاء انتخابه"¹.

و يرى أحد الفقه² أن التعاون بين القضاء الجنائي و القضاء الانتخابي ضعيف جدا، بل يكاد يكون منعدم، الأمر الذي يؤدي إلى إضعاف دور القضاء الجنائي في مكافحة الجرائم الانتخابية، وتوقيع العقاب على مرتكبها، نتيجة عدم إحالة الجرائم إليه ، ويرجع ذلك إلى أن القاضي الانتخابي لا يملك صلاحية إحالة الملفات التي تثبت فيها الجرائم الانتخابية على النيابة العامة بالمحكمة من أجل تحريك الدعوى العمومية في حق مرتكب أو مرتكبي هذه الجرائم.

و تجدر الإشارة إلى أن قانون الانتخاب الفرنسي بادر إلى إصلاح هذا الخلل من خلال أمرين³:

الأمر الأول: إذا اثبت القاضي الانتخابي في قراره النهائي وجود غش انتخابي، فإنه يلزم بإحالة الملف للنياحة العامة طبقا للمادة 117.1 من قانون الانتخاب الفرنسي.

الأمر الثاني: يتمثل في سلطة قاضي الانتخاب في اتخاذ بعض التدابير التي لها طبيعة الجزاء الجنائي، و ذلك كأن يصدر قرارا يعهد به لقضاة بمراقبة انتخابات تم إلغاؤها من قبل.

أما بالنسبة للتشريعات الانتخابية في اليمن و المغرب، فيمكن القول بعدم وجود أية مظاهر للتعاون بين القاضي الجنائي و القاضي الانتخابي و يتأكد ذلك من خلال انعدام النصوص التشريعية الانتخابية التي تحدد حالات التعاون بين القضائيين، كما هو الحال في قانون الانتخاب الفرنسي.

ومما سبق يتبين أن هناك علاقة شبه منعدمة بين قاضي الانتخاب والقاضي الجنائي، ومن الأجدر أن تعزز أكثر من خلال وضع الآليات القانونية التي من شأنها تقوية مكانة قاضي الانتخاب، حيث لا ينحصر دوره في إلغاء نتائج الاقتراع أو تصحيح نتائجه الحسابية، وإنما يجب أن يملك صلاحية إحالة الملفات التي تثبت فيها الجرائم الانتخابية على النيابة العامة بالمحكمة من أجل تحريك الدعوى العمومية في حق مرتكب أو مرتكبي هذه الجرائم.

الفرع الثاني: دور القاضي المختص بالمحاكمة في الجرائم الانتخابية

إن أهم ما يميز دور القاضي المختص بالمحاكمة و يجعله مختلفا في الوقت نفسه عن دور غيره من سائر القضاة هو محاولته من خلال الأحكام الصادرة عنه إصابة هدفين أساسيين أحدهما تحقيق العدالة الجنائية و الآخر إصلاح ما يعتور النظام الانتخابي من أوجه النقض و القصور بسبب الجرائم الانتخابية لكل من الناخبين و المرشحين و رجال الإدارة المشاركين على اختلاف أدوارهم في ارتكاب تلك الجرائم المخلة في آن واحد بأحكام و قواعد القانونين الانتخابي و الجنائي⁴.

¹ قرار المحكمة الاستئنافية بمراكش عدد 2000/8898، بتاريخ 2000/10/25، أورده خالد الشرفاوي السمووني:م س، ص:321.

² علوي جعفر: "علاقة قاضي الانتخاب بالقاضي الجنائي في مجال مكافحة الجرائم المرتبطة بالانتخابات"، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد 59، دجنبر 2004، ص:100.

³ إبراهيم بن داود: م س، ص:115، و كذا أمين محمد مصطفى: م س، ص:120-121.

⁴ مصطفى محمود عفيفي: "المسؤولية الجنائية عن الجرائم الانتخابية للناخبين و المرشحين و رجال الإدارة، دراسة مقارنة في النظامين الانتخابي المصري و الفرنسي"، دار النهضة العربية للنشر، 2002، ص:308-309.

و هنا يثار تساؤل يتمحور حول ما هي الجهة القضائية المختصة بالمحاكمة في الجرائم الانتخابية؟ وما هي مناهج القاضي الجنائي عند الفصل في هذه الجرائم؟

لذلك سنتناول في هذا الفرع الجهة القضائية المختصة بالمحاكم في الجرائم الانتخابية (الفقرة الأولى)، مع التطرق إلى مناهج عمل القاضي الجنائي للفصل في هذه الجرائم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجهة القضائية المختصة بالمحاكمة في الجرائم الانتخابية

يتعين انفراد القاضي الجنائي الانتخابي بالفصل في كافة الجرائم الانتخابية باعتباره القاضي الطبيعي المختص في المجال الجنائي عنها، و بحيث يراعي عدم التعارض بين ما يضطلع بتوقيعه من عقوبات جنائية على مرتكبيها، و بين ما يصدر عن غيره من القضاة أحكام بشأن المخالفات الانتخابية بصفة عامة¹.

و هنا يثار تساؤل يتمحور حول هل من الواجب إنشاء جهة قضائية جنائية متخصصة للفصل فيما يتم ارتكابه من جرائم انتخابية؟ أم الاكتفاء بإسناد أمر الفصل في تلك الجرائم إلى القاضي الجنائي العادي؟

انقسم الفقه الجنائي بشأن تحديد القاضي المختص بالجرائم الانتخابية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى عقد الاختصاص بالمحاكمة في الجرائم الانتخابية لقاضي الانتخاب، لأنها تعد نوعا خاصا و مميذا من الجرائم الجنائية، و بالتالي تفرد بها بنوع خاص و مميز من قواعد المسؤولية و المحاكمة الجنائية عنها من جهة، وكذا أن قاضي الانتخاب هو المهيمن على العملية الانتخابية و رقابتها و الفصل في صحة نتائجها من جهة أخرى، فضلا إلى أن طبيعة الحق المعتدي عليه في الجرائم الانتخابية هو حق سياسي، أما في الجرائم العادية فالحق المعتدي عليه هو حق شخص خاص بالمال أو النفس أو بالعرض².

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن الاختصاص لا بد أن يعود للقضاء الجنائي العادي الذي هو صاحب الاختصاص الشامل في معاقبة الأفعال التي تعد جرائم، و خصوصا إن العقوبات المقررة للجرائم الانتخابية هي من النوع السالب للمال أو الحرية فلا يوجد اختلاف بينهما و بين العقوبات المقررة للجرائم العادية بالإضافة لتحقيق مبدأ المساواة في مجال المسؤولية الجنائية للأفراد محل المحاكمة³.

وهذا ما أخذ به المشرعان اليمني والمغربي بشأن تحديد الجهة المختصة بالمحاكمة في الجرائم الانتخابية وإسنادها للقضاء الجنائي العادي، وبالتالي تطبق عليها نفس الإجراءات للجرائم العادية وعدم تخصيصها بإجراءات خاصة.

ففي التشريع اليمني نجد انه بموجب أحكام قانوني النيابة العامة و الإجراءات الجزائية، فإن النيابة العامة تملك سلطة التحقيق و الادعاء في الجرائم و المخالفات كافة ومنها الجرائم والمخالفات الانتخابية، و يختص بنظرها القاضي الجنائي الجسيم أو غير الجسيم بحسب نوع الجريمة الانتخابية⁴.

إلا أنه بالنسبة للجرائم المنسوبة لأعضاء اللجنة العليا للانتخابات، فينبغي مراعاة أحكام القانون رقم 6/1990م بشأن إجراءات اتهام و محاكمة شاغلي وظائف السلطة التنفيذية في الدولة، حيث تختص الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بمحاكمتهم¹

¹ مصطفى محمود عفيفي:م س، ص:308.

² الوردى براهيمى: "النظام القانوني للجرائم الانتخابية، دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2008، ص:327.

³ مصطفى محمود عفيفي:م س، ص:310-315.

⁴ تنص المادة (125/أ) من قانون الانتخابات العامة و الاستفتاء رقم 13 لعام 2001م على أن "القضاء وحده هو المختص بإصدار الأحكام بالعقوبات على مخالفة قانون الانتخابات و تباشر النيابة العامة إجراءات التحقيق و الاستجواب وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية".

أما المشرع المغربي، بالنسبة للتحقيق في القضايا الانتخابية فيسرى عليها الأحكام العامة الواردة في القسم الثالث من الكتاب الأول المعنون بالتحقيق الإعدادي من قانون المسطرة الجنائية كلما كان الفعل الجرمي يشكل جناحة معاقب عليها بخمس سنوات كحد الأقصى أو جناية أو جناحة.

و يميل الباحث إلى الرأي الذي ذهب إلى² إنشاء هيئة قضائية متخصصة للفصل فيما يتم ارتكابه من جرائم الانتخابية، ويرجع ذلك إلى أن التنظيم القانوني الجنائي الانتخابي من قبيل القوانين الجنائية الخاصة، وهو أمر يمكن الاستناد إليه في المطالبة بإنشاء هيئة قضائية متخصصة تتولى تحديد المسؤولية الجنائية عن ارتكاب جرائمه ومحاكمة فاعلها أسوة بما جرى عليه الحال بالنسبة للقوانين الجنائية الخاصة في مجالات أخرى كأمن الدولة والطوارئ وغيرها، و بوصفها جميعها استثناءات واردة على الاختصاص العام للقاضي الجنائي الثابت له بصدد المحاكمة في الجرائم الجنائية، أسوة إلى الطبيعة الخاصة للطعون الانتخابية، و آجالها القصيرة³.

الفقرة الثانية: مناهج عمل القاضي الجنائي

يقتضى دور القاضي الجنائي التأكيد من عناصر الجريمة و مدى تحقق المسؤولية الجنائية للمخالفة متقيدا في ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية، و عدم مراعاته أي اهتمام لتأثير المخالفات على العملية الانتخابية⁴.

وتطبيقا لمبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص فإن القاضي الجنائي عند الفصل بما يعرض عليه من جرائم انتخابية يلتزم بالقواعد والمبادئ التالية:

أ- قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائية الانتخابية

و معنى هذا أن يتم الالتزام بالتفسير الضيق و يمنع على القاضي الجنائي المختص الاعتداء على الاختصاص المقرر دستوريا للسلطة التشريعية في التجريم بالعقاب، و ألا يجرم أو يعاقب على فعل لم ينص المشرع على تجريمه أو العقوبة عليه. كما يستوجب على القضاء المختص أن ينضبط بالنص القانوني، إذ لا يمكن أن تتم توسعة العقوبة على الشركاء إذ لم يكن النص القانوني قد أكد على ذلك، و أوضح بأن العقوبة تسلط على الفاعل الأصلي فقط¹.

¹ تنص المادة (22/أ) من قانون الانتخابات العامة والاستفتاء رقم 13 لعام 2001 م على أنه "يكون عضو اللجنة العليا بدرجة لا تقل عن وزير و يستحق العضو هذه الدرجة إذا لم يكن حاصلًا عليها قبل تعيينه في اللجنة بمجرد صدور قرار التعيين، في حين تنص المادة (2/ب) من القانون رقم 1995/6 بشأن اتهام و محاكمة شاغلي الوظائف السلطة التنفيذية العليا في الدولة على " أن المقصود بالسلطة التنفيذية العليا هو رئيس الجمهورية و نائبه و رئيس مجلس الوزراء و نوابهم"، كما تنص المادة 10 من نفس القانون على أنه " تكون إحالة رئيس الوزراء أو نوابه أو الوزراء أو نوابهم إلى التحقيق أو المحاكمة عما يقع منهم من جرائم أثناء تأدية أعمال وظائفهم أو بسببها بناء على قرار من رئيس الجمهورية أو اقتراح من خمس أعضاء مجلس النواب و موافقة ثلثي أعضائه، و كما تنص المادة 20 من نفس القانون على أن " الدائرة الدستورية هي المحكمة المختصة بمحاكمة شاغلي الوظائف العليا".

² حيث تنص المادة 83 من قانون المسطرة الجنائية على أن يكون التحقيق إلزاميا:

- في الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو التي يصل الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها ثلاثين سنة.

- في الجنايات المرتكبة من طرف الأحداث

- في الجناح بنص خاص في القانون

و يكون اختياريًا في ماعدا ذلك من جنايات و في الجناح المرتكبة من طرف الأحداث، و في الجناح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها خمس سنوات أو أكثر.

³ مصطفى محمود عفيفي: م.س، ص: 309.

⁴ الفاهم دنيا: " دور السياسة الجنائية في مكافحة الجرائم الانتخابية"، بحث لنيل الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، ظهر المهرز، فاس، السنة الجامعية، 2009-2010، ص: 46.

لذا فان التزام القاضي الجنائي بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجزرية، تفرض عليه عدم القياس أو المماثلة على بعض السلوكيات و الخروقات لم ينص عليها القانون.

و من هذا المنطلق فإن تقنية القياس محظورة في مجال التجريم و العقاب فليس للقاضي أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه، و يمد حكم الثاني على الأول و لو تشابه الفعلان في جوهرهما و في الصلة التي تمكن وراء تجريمهما².

كما لا يجوز للقاضي الجنائي تميم نص انتخابي ناقص أو خالي من الجزء الجنائي و ذلك بالحكم بعقوبة قياسا على أفعال أخرى مشابهة على إتيانها جزء جنائيا³.

و في تطبيق قاعدة التفسير الضيق أكدت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قضايا القذف الممارسة أثناء الحملة الانتخابية، حيث استوجبت المحاكم أن يتوافق عنصر المساس بالشرف و الاعتبار فإذا لم يتحقق هذا لم يعد بالإمكان تطبيق العقوبة الجنائية و إلا كانت الحملات الانتخابية موصوفة كلها بالوصف المجرم⁴.

ب- قاعدة ترجيح النصوص الجنائية الانتخابية الخاصة على النصوص الجنائية العامة.

يرير الفقه الجنائي قاعدة تغليب النص الجنائي الخاص على النص الجنائي العام. استنادا إلى كون النص الخاص أكثر دقة و تحديدا إلى الظروف و الملابسات التي أحاطت بارتكاب الفعل و كأنه وضع خصيصا ليطبق عليه في حين أن النص العام يصلح للتطبيق على هذا الفعل و غيره من الأفعال الأخرى التي تماثله في جوانب مختلفة، و من ثم يكون تطبيق النص الخاص عليه اصدق تعبيراً عن مراد المشرع⁵.

أي أن القاضي الجنائي لا يمكنه التدخل إلا في المخالفات التي يكون لها بروز اكبر بالنظر لطبيعة الجريمة الانتخابية أو بالنظر للظروف و الملابسات المادية التي أحاطت باقترافها.

لذلك فإن شرط وجود سلوك انتخابي منحرف ركن أساسي لتحريك الدعوى العمومية مثل الاعتداء بالعنف على أي من أعضاء اللجان الانتخابية أو اختطاف الناخبين أو سرقة صندوق الاقتراع.

- وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة الابتدائية بتازة في حيثيات حكمها إلى " أن المشاهدة و ضبط الجريمة لا يشترط فيها الرؤية فقط، بل قد تتحقق عن طريق السمع أن تم ذلك بواسطة وسائل مشروعة مثل التقاط المكالمات الهاتفية المأمورة بها بمقتضى أمر قضائي صادر وفق الشكل القانوني"⁶.

- و في نفس السياق ذهبت المحكمة الاستئنافية بالجديدة في أحد قراراتها إلى "العبارات التي سجلت في مكالمات المتهمين و التي دارت بينهم و بين المتهم المرشح تتمحور كلها حول سير العمليات الانتخابية و جلب الناخبين و شراء الذمم بواسطة التبرعات النقدية من جهة و وعود من جهة أخرى تفيد بالقطع أن المتهمين قد قدموا مساعدة في تنفيذ الجريمة لفائدة المتهم"⁷.

¹ إبراهيم بن داود: م س، ص: 97.

² محمد زكي أبو عامر: "قانون العقوبات"، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت 1939، ص: 33-35.

³ عبد الواحد العلمي: "شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية"، الجزء الأول، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2006، ص: 102.

⁴ إبراهيم بن داود: م س، ص: 97.

⁵ كامل السعيد: "شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني و القانون المقارن"، دار الفكر للنشر و التوزيع عمان، الطبعة الثانية، 1983 ص: 56.

⁶ حكم المحكمة الابتدائية بتازة عدد 641، بتاريخ 2006/11/30م، ملف جنحي 1816، أورده يوسف وهابي: م س، ص: 208.

⁷ قرار المحكمة الاستئنافية بالجديدة عدد 302، بتاريخ 2007/3/1م، ملف جنحي عادي 6/3279، أورده يوسف وهابي: م س، ص: 310.

- و في قرار آخر ذهبت المحكمة الاستئنافية بتازة في حيثيات قرارها " بأن المشرع لم يقرر شكل معين لإثبات الجرائم الانتخابية، و مسطرة التقاط المكالمات وسيلة من وسائل الإثبات و ليست وسيلة من وسائل تعقب المجرمين"¹.

ومن خلال القراءة المتأنية لما سبق نجد أن القاضي الجنائي مقيد بقاعدة ترجيح النص الخاص الانتخابي على النص العام، إلا أنه يتمتع بالسلطة التقديرية في سبيل التثبت من وقوع الجريمة، وتعتبر تقنية التقاط المكالمات الهاتفية و الاتصالات المنجزة عن بعد أهم وسيلة لإثبات الإدانة.

ج- مبدأ استقلال القضاء الجنائي بدعوى المسؤولية عن الجرائم الانتخابية

يتضح تطبيق هذا المبدأ من ناحية فيما يتعلق بتحريك الدعوى الجنائية عن الجرائم الانتخابية عن تلك التي يتم إسناد أمر الاختصاص بها و بصورة منفردة إلى النيابة العامة و دون أن يخل ذلك بحقوق الناخبين و المرشحين في سلوك سبيل الادعاء بالحق المدني².

ومن ناحية أخرى فان مظهر هذا الاستقلال الذي يتمتع به القضاء الجنائي بصدد الجرائم الانتخابية و تقرير المسؤولية الجنائية عنها يتضح من خلال الحرية الكاملة التي يتمتع بها القاضي الجنائي في نظر الدعاوي المرفوعة أمامه عنها.

د- مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية عن الجرائم الانتخابية

يعد مبدأ شخصية العقوبة من المبادئ و القواعد المكرسة دستورا، حيث لا يقع العقاب و لا المسؤولية إلا على القائم بالفعل أو المشارك فيه بعد اتجاه إرادته عمدا للقيام بهذا الفعل و إدراكه لعواقبه و ما يترتب عنه من نتائج³.

لذا فإن تطبيق هذا المبدأ عن الجرائم بصفة عامة و الجرائم الانتخابية بصفة خاصة و يثير العديد من الصعوبات في المجال الانتخابي بسبب ما تستلزمه الحملات الانتخابية الحديثة من مشاركة العديد من المساعدين للمرشح فيها من المؤيدين له، سواء كان التأييد و المشاركة على سبيل التبرع أم كان بصورة مدفوعة الأجر، و بما قد يخرج في بعض الأحيان عن نطاق سيطرة المرشح، و بالرغم من ذلك تقرير المسؤولية الجنائية عنها⁴.

لذلك يمكن الأخذ في الاعتبار عند تطبيق هذا المبدأ بعدد الأشخاص المشاركين في الحملة الانتخابية للمرشح، ومدى التزامه بواجب الرقابة و الإشراف عليهم بصورة بالغة الدقة والتحديد.

أ- ضرورة توافر الركن المادي والمعنوي في الجريمة الانتخابية

من الثابت أن الجرائم الانتخابية المحددة بنصوص قانون الانتخابات ليست من قبيل المخالفات، و هو الأمر الذي يستلزم بالضرورة لاكتمال أركان تلك الجرائم و المعاقبة عليها توافر الركن المعنوي المتمثل في وجود العنصر الجنائي العمدي الذي عند توافره لا يلزم بالضرورة لثبوت المسؤولية الجنائية تحقق أي أثر صار يلحق بنتائج الانتخاب⁵.

¹ قرار المحكمة الاستئنافية بتازة عدد 1016، بتاريخ 2007/2/7م، أورده يوسف وهابي: م س، ص:261.

² مصطفى محمد عفيفي: " المسؤولية الجنائية عن الجرائم الانتخابية للناخبين و المرشحين و رجال الإدارة، دراسة مقارنة في النظامين الانتخابيين المصري و الفرنسي"، م س، ص:235.

¹ إبراهيم بن داود: م س، ص:98-99.

⁴ مصطفى محمد عفيفي: م س، ص:233.

⁵ إبراهيم بن داود: م س، ص:231.

و من خلال القراءة المتأنية لما سبق نجد أن العلاقة بين قاضي الانتخاب والقاضي الجنائي مستقلة و يتضح ذلك من خلال:

- إن نطاق اهتمام كل منهما يختلف عن الآخر فالقاضي الجنائي يهتم بتكييف السلوك المرتكب و التحقق من توافر أركان و شروط الجريمة كي يقيم المسؤولية الجنائية على مرتكها و إنزال العقاب المقرر قانونا، بينما يهتم قاضي الانتخاب بمدى تأثير هذا الفعل في نتيجة الانتخاب و بالتالي الحكم بإلغاء الانتخاب أو تعديله، كما يترتب عن كل واحد منهما أحكام مختلفة، فالأول يحكم بالعقوبات المقررة للجرائم الانتخابية إما سالبة للحرية أو المال أو احدهما، أو توقيعهما معا، أما الثاني فيحكم بقبول الطعن و بالتالي تعديل أو إلغاء نتائج الانتخاب.
 - القاضي الانتخابي مقيد بالمواعيد التي تقدم فيها الطعون بشأن العملية الانتخابية و هي مواعيد قصيرة جدا إذا ما قورنت بأحكام التقادم التي تقيد تحريك الدعوى الجنائية على الجرائم الانتخابية.
 - عندما يفصل القاضي الجنائي في جريمة انتخابية فهو غير مقيد قانونا بما توصل إليه قاضي الانتخاب عن نفس الفعل الذي أسس عليه الطعن الانتخابي إذا كان قد سبقه الفصل في الطعن الانتخابي.
 - كما أن قاضي الانتخاب غير مقيد بما توصل إليه القاضي الجنائي، فإن الحكم الصادر ضد المتهم بجريمة انتخابية لا يؤثر في ما توصل إليه القاضي الانتخابي في فحص الطعن الانتخابي و تقريره سلامة العملية الانتخابية، كما لا يلزمه تأجيل الفصل في موضوع منازعة انتخابية لحين الفصل في جنحة أمام القاضي الجنائي.
- أما مظاهر التعاون بين القاضي الانتخاب و القاضي الجنائي تكاد تكون منعدمة، ويرجع ذلك إلى أن قاضي الانتخاب لا يملك صلاحيات إحالة الملفات التي تثبت فيها الجرائم الانتخابية على النيابة بالمحكمة من أجل تحريك الدعوى العمومية في حق مرتكب أو مرتكبي الجرائم الانتخابية.
- و يتأكد ذلك من خلال خلو التشريعات الانتخابية الجنائية اليمينية والمغربية من النصوص التي تعزز التعاون بين القضاة، كما هو الشأن في فرنسا.
- أي أن دور القاضي الجنائي بصدد العملية الانتخابية يختلف تماما عند دور القاضي الانتخابي، من حيث الطبيعة من جهة و من حيث الإجراء من جهة أخرى.

الحجز على أموال أشخاص القانون العام قبل وبعد إحداث المحاكم الإدارية

- دراسة مقارنة -

سامية الحبيب

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه في الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة

جامعة محمد الخامس السويسي بالرباط

من المسلم به أن الحجز على الأموال العمومية يعتبر صور من صور التنفيذ الجبري المعمول به في إطار القانون الخاص. فإذا كان المبدأ العام يقضي بعدم جواز الحجز على الأموال العمومية، حفاظا على مبدأ سير المرفق العمومي بانتظام وإضطراب. فإن ذلك لم يمنع القضاء الإداري المغربي وخاصة بعد إحداث المحاكم الإدارية من إعمال مسطرة الحجز على أموال الدولة الخاصة. و بعبارة أخرى فالحجز يعد من الوسائل التنفيذية الجبرية التي يمكن اللجوء إليها من أجل تنفيذ أحكام القضاء في حق الملمزمين بها، وهو بما أنه إجراء تنفيذي جبري فلا يمكن اللجوء إليه إلا بناء على سند تنفيذي¹، أو بأمر يصدره رئيس المحكمة طبقا للفصل 491 من قانون المسطرة المدنية. ويمكن اللجوء إليه في مواجهة الإدارة مادام لا يوجد أي نص قانوني صريح يمنع ذلك. أما بخصوص خصائصه فيعتبر من وسائل التنفيذ الجبري التي تمارس على أموال المدين من أجل استخلاص ما في ذمته من ديون. وهو من الإجراءات المهمة التي يمكن الاعتماد عليها لإجبار الإدارة على التنفيذ و أداء التعويض المحكوم به لفائدة الطرف المدعي². كما أنه أسلوب استنباطي نابع عن الاجتهادات القضائية للقاضي الإداري الذي استنتجه من غياب نص قانوني يمنعه صراحة من حجز أموال الإدارة³.

و هكذا يمكن القول بأن المحاكم الإدارية استطاعت بفضل وسيلة الحجز والتي تلقى تأييدا من قبل محكمة النقض، حماية الحقوق ودفع الإدارة إلى احترام أحكام القضاء.

و الجدير بالملاحظة أن قاعدة قابلية الحجز على أموال أشخاص القانون العام ليست مطلقة في جميع الدول، فبعض التشريعات تميز بين أموال الدولة الضرورية لتسيير مرافقها وهذه لا تخضع لمسطرة الحجز. وبين أموال الدولة ذات الأصل الخاص والتي يسمح بتوقيع الحجز عليها⁴.

وفي نفس الصدد، فالاجتهاد القضائي عرف بدوره جدلا قضائيا بين عدم قابلية وقابلية الحجز على أموال أشخاص القانون العام قبل إحداث المحاكم الإدارية، واستقرارا في الحجز على أموال أشخاص القانون العام، كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية بعد

¹ السند التنفيذي عمل قانوني مؤكد لحق موضوعي معين يراد التنفيذ اقتضاه له. ويرد في شكل معين يحدده القانون. كما قد يعرف على أنه المحور الرسمي المهيأ للإثبات والمخول لصاحبه الحق في اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري فلا يجوز لطالب التنفيذ أن يباشر التنفيذ الجبري إلا إذا كان حائز لسند يمنحه القانون بصفة السند التنفيذي.

² عائشة سلمان، "إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72-73، يناير-أبريل 2007، ص 75.

³ أمال المشرفي، الحجز لدى الغير لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد المؤسسات العمومية تعليق على الأمر الإستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 182، بتاريخ 1997/9/24، فاطمة العنصري ضد مدير المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي باللوكوس، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 24، سنة 1998، ص 95.

⁴ أبحاث المعهد الدولي للعلوم الإدارية -دراسة مقارنة في مسائل التنفيذ على الدولة والقضاء التأديبي ومسؤولية السلطة العامة-، مجلة العلوم الإدارية، السنة 2، العدد 1، يونيو 1960، ص 241 وما بعدها.

إحداث المحاكم الإدارية. على أساس أن هذا الحضور يقابله مبدأ ضرورة تنفيذ الأحكام الإدارية لقوة الشيء المقضي به احتراماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.

وخلاصة القول، إن رصد تطور الاجتهاد القضائي منذ إحداث المحاكم الإدارية في مجال الحجز على أموال أشخاص القانون العام كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، وبين عدم قابلية وقابلية الحجز على أموال أشخاص القانون العام قبل إحداث المحاكم الإدارية، يفضي إلى الإحاطة بالموضوع عبر المحاور التالية :

المحور الأول: عدم إمكانية الحجز على أموال أشخاص القانون العام قبل إحداث المحاكم الإدارية.

المحور الثاني: إمكانية الحجز على أموال أشخاص القانون العام بعد إحداث المحاكم الإدارية.

المحور الأول: عدم إمكانية الحجز على أموال أشخاص القانون العام قبل إحداث المحاكم الإدارية

من المعلوم أن الاجتهاد القضائي المغربي دأب قبل إحداث المحاكم الإدارية على استبعاد طرق التنفيذ الجبرية ضد الأشخاص المعنوية العامة، مستندا في ذلك على العديد من النظريات الفقهية التي خلصت إلى عدم جواز الحجز على الأموال العامة باعتبار هذه الأخيرة القاعدة العامة وكذلك تعتبر من المبادئ الأساسية لحماية المال العام. لأن من شأن السماح بحجز هذه الأموال أن يؤدي ذلك إلى انتقال ملكيتها إلى الأفراد و بالتالي الإضرار بالمنفعة العامة التي من أجل تحقيقها أنشئت الأموال العامة.¹

وعلى ضوء ذلك، سنحاول دراسة هذه النظريات الفقهية التي تم انتهاجها كمبررات لاستبعاد طرق التنفيذ الجبري ضد أشخاص القانون العام، مع الإشارة إلى بعض الاجتهادات القضائية بحيث القضاء المغربي تأثر بهذه النظريات خصوصا في المرحلة التي سبقت دخول المحاكم الإدارية حيز التنفيذ (أولا) ثم بعد ذلك سنتناول الأسباب العملية التي أدت إلى عدم تطبيق الحجز على أموال أشخاص القانون العام (ثانيا).

أولا: مبررات عدم تطبيق الحجز على أموال أشخاص القانون العام

في هذا الإطار حاول الكثيرون البحث على أساس مبدأ امتناع طرق التنفيذ الجبرية ضد أشخاص القانون العام، وأهم الاتجاهات العامة بهذا الشأن تكمن فيما يلي:

1- نظرية قرينة الشرف واليسر

يقول أصحاب هاته النظرية أنه إذا انعدمت طرق التنفيذ الجبرية ضد الإدارة التي تمنع من الحجز على أموالها العامة، فلأنها توصف بالرجل الشريف الذي يفي بالتزاماته المالية ولكونه يعتبر دائما مليء الذمة ويعبر عن ذلك لافريير بقوله "أن دائن الدولة لن يكون بحاجة أصلا لاستخدام طرق التنفيذ ضدها طالما أن الدولة بحكم تعريفها مليئة الذمة وموسرة كما أنه يجب النظر إليها دائما كرجل شريف".²

وهذا ما قضى به الاجتهاد القضائي المغربي قبل إحداث المحاكم الإدارية، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 14/8/1956 ما يلي: "أنه لا يمكن أن تتعرض أموال الدولة للحجز لكون هذه الأخيرة يفترض فيها ملاءة الذمة ولكون الديون التي علمها لا تؤدي إلا وفق قواعد المحاسبة العمومية وأنه لا يمكن الأمر بالتنفيذ المعجل مادام التنفيذ الجبري نفسه غير ممكن".³ ومحكمة الاستئناف في قرارها هذا أقرت مبدأين اثنين هما عدم جواز الحجز على أموال العامة وعدم إجراء التنفيذ الجبري ضد الدولة

عبد الرحمان البكريوي، "الوجيز في القانون الإداري المغربي"، الطبعة الأولى، سنة 1995، ص 375.¹

² JULIEN LA FERRIERE, traité des juridictions administratives et recours contentieux, economica, 1989, P 347.

قرار محكمة الاستئناف الرباط، بتاريخ 14 غشت 1956، مجلة المحاكم المغربية، عدد 1205، ص 28.³

وكذلك ينبغي الإشارة إلى حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 1991/12/972، الذي تبنت هي الأخرى هذه النظرية وجاء في تعليل حكمها ما يلي: ".....إن الدولة المغربية لا يمكن تصور عسرها وبالتالي، فإن لها من الضمانات ما يكفي لتسديد الديون عند استحقاقها، مما يتعين معه الأمر برفع الحجز.....". وهذا ما كرسه القرار الصادر عن استئنافية الدار البيضاء عند ما قضى بأنه: ".....إن شركة الدولة تتوفر على ضمانات الوفاء بديونها.... فلا مجال للإذن بإجراء الحجز لدى الغير على أموالها بصفة تحفظية....."¹.

وقد تم تأكيد هذه القاعدة في قرار للمحكمة النقض الصادر في 14/08/1965 استنادا إلى قواعد المحاسبة العامة، حيث جاء فيه: "....إلا أنه و إن كانت تفترض الملاءة في الدولة، فإنها لا تستطيع تأدية ديونها إلا قواعد عمومية مما لا يمكن الأمر معه بالتنفيذ المؤقت في مواجهتها وعليه، فإن الحكم الصادر ضدها لا يمكن أن يكون مشمولا بالتنفيذ المؤقت.....لا يمكن إجراء الحجز ضد الدولة نظرا لما يفترض فيها من ملاءة الذمة و لكونها لا تؤدي ديونها إلا وقف قواعد المحاسبة العامة...".

2- نظرية الفصل القاضي والإدارة

هذه النظرية تتخلص في أن الإدارة وحدها هي المنوط بها استخدام النفقات العامة عن طريق قواعد المحاسبة العمومية لسهر على حاجيات المرافق العامة، ومن تم لا يجوز لأية جهة قضائية أن تصدر أمر بالدفع للإدارة، وأن هاته النظرية تجد سندها في مبدأ الفصل بين السلطات الذي يمنع بموجبه إصدار أوامر للإدارة. وحول هاته النظرية يقول الدكتور فتحي دالي في كتابه التنفيذ من الصفحة 177 إلى الصفحة 178 فقواعد الحسابات الحكومية لا يمكن أن تكون حائلا دون اتخاذ الإجراءات القانونية لمجراها الطبيعي كما لا ينبغي أن تكون من شأنها التضحية بحقوق الغير في مواجهة الإدارة.²

3- نظرية إناطة التنفيذ

تتلخص هاته النظرية في أن الإدارة هي نفسها السلطة التنفيذية واختصاصها الأساسي هو تقديم المساعدة لتنفيذ الأحكام باستعمال القوة العمومية، من تم لا يمكن إجبارها على تنفيذ الأحكام الإدارية بواسطة قواعد التنفيذ الجبري ومباشرة مسطرة الحجز ضدها.

4- نظرية اختلاف الصيغة التنفيذية

حاول بعض الفقه تبرير مبدأ حضر طرق التنفيذ الجبري ضد الإدارة، بما في ذلك مسطرة الحجز بالاستناد إلى الصيغة التي تظهر بها الصورة التنفيذية للحكم الإداري والتي لا تحمل سوى التأكيد بوجود السند التنفيذي وصحته والتي لا تتضمن الأمر بالتنفيذ عن طريق وسائل التنفيذ الجبري كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة في مواجهة أشخاص القانون الخاص³. وبالتالي فهاته هي المبررات التي حاول بعض الفقه من خلالها اعتماد مبدأ حضر التنفيذ الجبري ضد أشخاص القانون العام.

والملاحظ هنا أن غالبية فقهاء القانون العام أجمع على عدم سلوك مسطرة التنفيذ الجبري ضد الإدارة، وسائر القضاء الفرنسي هذا النهج منذ زمن بعيد.

وكذلك تجدر الإشارة إلى أن القضاء المغربي تأثر بدوره بهذه النظريات كما سبق الذكر، خصوصا قبل إنشاء المحاكم الإدارية⁴، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف الدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 17 دجنبر 1987 مايلي: " أن الفقه والقضاء استقر على عدم

¹ عبد المنير الوشاني، "آليات تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد أشخاص القانون العام بين إدارة المشرع و الاجتهاد القضائي الإداري بالمغرب"، بحيث لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس-، السنة الجامعية 2007/2008، ص 158.

² محمد القصري، "تنفيذ الأحكام الإدارية- الغرامة التهديدية- الحجز"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 2000، ص 34، ص 87.

³ يوسف الذكار، "الحماية القضائية للأموال العمومية بين القضاء الإداري والقضاء العادي"، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس- السنة الجامعية 2011/2012، ص 38.

⁴ Georges Vedel et pierre Delevolé, Droit administratif, 7^{ème} édition, paris, 1980, p683.

إمكانية الحجز على أموال المؤسسات العمومية لما لها من ضمانات في الأداء وبالتالي لا يخشى على دين الطاعن من استيفائه¹، فعدم الحجز نابع من كون هذه المؤسسات مليئة الذمة، أي أن لها من الأموال ما يجعله قادرة على الوفاء بالديون التي تلزمها كيفما كان مصدر هذه الديون تعاقدياً أو قضائياً، فهذه المؤسسات من صنف الأشخاص الموسرة والتي ولئن كانت مدينة ومهما بلغت ديونها تتوفر على ذمة مالية خاصة بها يمكنها من أداء هذه الديون مما يجعل الدائن في مأمن من عسرها، ولا يخشى على حقوقه من الضياع، فهذه الحقوق مصونة ومضمونة بما فيه الكفاية في جميع الأحوال نتيجة ملاءة ذمة المؤسسات العمومية، ولا حاجة إلى إجراء الحجز على أموال هذه المؤسسات²، وقد سارت المحاكم القضائية هذا النهج قبل إحداث المحاكم الإدارية، ولم يخرج عن هذه القاعدة سوى أمرين استعجالين صادرين عن المحكمة الابتدائية بالرباط³ فمن خلال ما ورد في الحكم، يتضح أن القاضي فضل التركيز بصفة عامة على مشكل تنفيذ الأحكام القضائية من طرف الدولة دون الاهتمام بما إذا كان الأمر يتعلق حقا بالدولة أم بأشخاص قانونية منفصلة عنها (شركة للدولة أو مقاوله عامة). وهذا يكون قد تجنب النظر في ادعاءات شركة كوماكري التي حسب إحدى الحثيات إن لم تكن قد نصبت نفسها موضوع الدولة، فتكون على الأقل شهت نفسها بها⁴، أما الثاني بتاريخ 2 دجنبر 1991 حيث اعتبرت أنه إذا كان العمل القضائي والفقهي دأباً على السير في عدم جواز الحجز على الأموال العمومية، وذلك حفاظاً على السير العادي للمرافق العامة وانطلاقاً من أن من المفروض في المؤسسات العمومية الإسراع في تنفيذ الأحكام والرضوخ لها تجسيدا لمبدأ المشروعية الذي يكرس سمو القانون بما يقتضيه من مساواة بين الأشخاص العاديين وأشخاص القانون العام. فإن هذا المبدأ لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه، وذلك كلما كان هناك امتناع عن التنفيذ بدون مبرر، هذا الامتناع لا يمكن أن يفسر سوى بالتعسف في استعمال هذه الإمكانية و بالتالي في غياب نص قانوني فلا مانع من الحجز على هذه الأموال وبيعها لاستفاء حق المحكوم عليه وإثبات المشروعية وفعالية السلطة القضائية التي تتمثل في تنفيذ الأحكام⁵.

ووفقاً لما تقدم، يتضح لنا أن قبل إحداث المحاكم الإدارية كان القضاء المغربي مؤبداً في مجموعه رغم بعض الاستثناءات، للنظريات الفقهية السالفة الذكر التي ترى بعدم إمكانية سلوك مسطرة التنفيذ الجبري ضد أشخاص القانون العام، وهكذا فهذا الموقف أدى مع غياب مسطرة واضحة ومحددة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة إلى إهدار الأحكام القضائية وإفراغها من محتواها، وليس أمام المتضرر في ظل هذا الوضع سوى أحد الحلين: إما أن يرفع دعوى الإلغاء ضد القرارات السلبية التي امتنعت الإدارة بمقتضاه عن تنفيذ الحكم القضائي. وإما اللجوء إلى دعوى القضاء الشامل من دعوى المسؤولية الإدارية على أساس أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي يثير مسؤوليتها بناء على الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود المغربي⁶. وبالتالي فإلى جانب هذه المبررات السالفة الذكر هناك أسباب أخرى يستند إليها أشخاص القانون العام لتبرير امتناع الحجز على أموالهم.

¹ قرار صادر عن محكمة استئناف بالدار البيضاء، بتاريخ 17 دجنبر 1987، شركة الرامي ضد شركة الخطوط الملكية، المجلة المغربية للقانون، عدد 14، سنة 1987، ص 238.

² أمال المشرفي، الحجز لدى الغير لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد المؤسسات العمومية، مرجع سابق، ص 91.

³ - الأول بتاريخ 16 دجنبر 1985، في قضية كوماكري ضد هنري بوبان أمر استعجالي رقم 1206: فعلى إثر فسخ عقد من طرف شركة كوماكري، كانت هذه الأخيرة قد كلفت بموجبه السيد هنري بوبان تسيير أراضي فلاحية، رفع هذا الأخير دعوى لدى المحكمة الابتدائية بالرباط، التي أصدرت حكماً يقضي على كوماكري بأداء تعويض لصالح المدعي. بعد ذلك قامت كوماكري بتعرض أمام المحكمة لكن دون جدوى. وبعدها تقدمت بمقال استعجالي لدى المحكمة الابتدائية بالرباط لتتمس فيه بإيقاف التنفيذ بسبب الصعوبة في التنفيذ، مرتكزة ذلك على أنها شركة للدولة وتحت وصاية وزارة للفلاحة وعليها مراقبة وزارة المالية. انظر إلى: جمال الدين زهير، القاضي ومفهوم المقاوله العامة في المغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 19، سنة 1997، ص 129.

⁴ أناس المشيشي، "القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة-، الموسم الجامعي 2005-2006، ص 241.

⁵ انظر حكم المحكمة الابتدائية، أمر استعجالي صادر بتاريخ 1991/12/02، ملف عدد 91/972، مجلة الإشعاع، عدد 7، ص 159.

⁶ أناس المشيشي، مرجع سابق، ص 242.

ثانيا: أسباب عملية لعدم تطبيق الحجز على أموال أشخاص القانون العام

من المسلم به أن في مجال الامتناع عن تنفيذ الأحكام لا تمل الإدارة، بحيث نجد تنذر بالمحافظة على النظام العام و الأمن العام وثارة تتعلل بالمصلحة العامة للمرفق العمومي ، على اعتبار أن أموال المرفق العمومي تعتبر أموال عامة في ملكية أشخاص القانون العام وهي ضرورية لأداء الخدمة المنوطة بها، وبالتالي فلا يجوز الحجز عليها، بحيث بمقتضى هذه الأموال يمكن أن تحقق استمرارية الخدمات التي تقدمها المرافق العامة للجمهور لتلبية حاجات النفع العام الذي يعتبر أساس إنشاء المرافق العامة.

1- أسباب تستند إلى المصلحة العامة للمرفق العمومي

إن المصلحة العامة تعتبر الإطار العام لمشروعية أعمال الإدارة وكل تصرف لا يستهدف المصلحة العامة يعتبر انحرافا في استعمال السلطة¹، وغالبا ما يستند أشخاص القانون العام لهذا المبدأ لتبرير عدم إيقاع الحجز على أموالهم لأنها تعتبر أموال عامة أي التصرف فيها قد يلحق ضررا كبيرا بمبدأ سير المرفق بانتظام وباضطراد².

و في نفس السياق اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي مبدأ استمرارية المرفق العمومي مبدأ دستوريا، لذلك فإن الأموال المخصصة للمرافق العمومية لا يجوز حجزها حتى لا يتضرر الجمهور المستفيد من خدمات المرفق³. بالإضافة إلى ذلك تجب الملاحظة بأن القضاء الإداري الفرنسي أكد في العديد من أحكامه ومنها: حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية وينكل «winkell» الصادر بتاريخ 1909/09/07 وقرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بالمغرب في قضية "محمد الحبيبي" الصادر في 17 أبريل 1961.

أما بخصوص القانون المصري فقنن هذا الاتجاه بالقانون رقم 583 لسنة 1955 ونص على أنه، "لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذية أخرى على المنشآت والأثاث والأدوات المخصصة لإدارة المرافق العامة".

نخلص مما تقدم فكل من الاجتهاد الفقهي والقضائي دعا إلى ضرورة التمييز بين أموال الدولة العامة وأموالها الخاصة ، بحيث إذا كان من غير الجائز الحجز على الأموال العامة والتصرف فيها لتسديد ديون الإدارة تجاه المدين، فيمكن في المقابل حصر أموال الدولة الخاصة لتطبيق مسطرة الحجز عليها ليتم استفاء قيمة المدين الذي هو في ذمة الإدارة لصالح المحكوم له⁴.

وفي الأخير يقتضي الإشارة إلى نقطة على جانب من الأهمية، فإذا كانت الدولة تتمسك بعنصر المصلحة العامة كسبب لعدم إيقاع الحجز على أموالها ، فهذا التبرير لا أساس له من الصحة، فلا يمكن في نظر القضاء تحقيق المصلحة العامة بوسائل غير مشروعة. لأن ليست هناك مصلحة عامة أهم من المصلحة الأعلى «L'intérêt Supérieur» والتي تعني احترام القانون و أحكام القضاء.

2- أسباب تتعلق بأن الأموال مخصصة للمنفعة العامة

من المعلوم أن أموال الإدارة لها حماية قانونية استثنائية تجعلها في مأمن من الحجز باعتبار أن الإدارة تمثل سلطة إدارية سواء كانت إقليمية أو مرفقية ، فعند مباشرتها لنشاطها و لاحتياجها لأموال تستعين بها القيام بهذا النشاط تراعي الصالح العام وتسهر على تحقيق النفع العام للمواطن⁵. والجدير بالذكر أيضا أن الهدف من تخصيص المال العام هو بغية عدم عرقلة تحقيق الأهداف المرجوة من تخصيص المال و المتمثلة في النفع العام وجدت حماية مقرر لها المال، فإلى جانب الحماية الجزائية له وجدت الحماية المدنية⁶ المعروفة

¹ جمال الدين سامي ، "قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة"، دار النهضة العربية - القاهرة، طبعة 1992.

² ترى مليكة الصروح في كتابها: القانون الإداري ، ص 368، بأن من أهم واجبات السلطات العامة أن تعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، ولهذا يلزم الموظفون الذي يعملون في خدمة هذه المرافق بتحقيق هذا الغرض.

³ محمد عنصري، "المساطر الإستعجالية في المنازعات الإدارية"- أشغال اليوم الدراسي الذي نظمتها المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية بمساهمة هانس سايدل الألمانية بتاريخ 25 فبراير 2005 بالرباط - ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 50، سنة 2005، ص 23.

⁴ عائشة سلمان ، مرجع سابق ، ص 61.

⁵ محمد رفعت عبد الوهاب، "مبادئ وأحكام القانون الإداري"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2005، ص 553.

⁶ علي بن شعبان ، "وسائل الإدارة لحماية المال العام"، مجلة العلوم الإنسانية ، عدد 20، سنة 2003، ص 148.

بقاعدة حضر الحجز على الأموال العمومية¹، والتي يقصد بها عدم استعمال طرق التنفيذ الجبرية على الأموال العمومية وحضر كل إمكانية مؤدية للحجز.

وبناء على ما تقدم نستنتج أن عدم خضوع الأموال العامة لإجراءات التنفيذ الجبرية تبرره مقتضيات المصلحة العامة التي تقوم فكرة الدولة وأشخاص القانون العام على تحقيقها من جهة، كما يبرره كون الذمة المالية للدولة غير مهددة بالعسر وأن من شأن إخضاع المرفق العام إلى أحكام التنفيذ الجبري أن يعطل سير هذا المرفق العام، وبالتالي يتعذر عليه تلبية الخدمات في إطار المصلحة العامة².

المحور الثاني: إمكانية الحجز على أموال أشخاص القانون العام بعد إحداث المحاكم الإدارية

إذا كانت القاعدة المتفق عليها فقها وقضاء، هي عدم قابلية الحجز على الأموال العمومية، فإن هاته القاعدة ليست مطلقة³، لأن الاتجاه الفقهي والمحاكم الإدارية ناقشت مبدأ عدم الحجز على الأموال العمومية من وجهة نظر صائبة تتمثل في أن المبدأ ليس مطلقا، لذلك عمدت في أحكامها إلى التمييز بين الأموال العامة اللازمة لسير المرفق العام وهي التي لا تقبل الحجز، بينما أجازت الحجز على الأموال الخاصة للدولة.

وبالتالي هذا ما سنحاول تناوله بشيء من الإيضاح وفق مايلي :

فهل يمكن استعمال الحجز على أموال أشخاص القانون العام من أجل إجبارها على التنفيذ؟ هذا ما سنحاول بحثه في هذا المحور الثاني، لكن قبل ذلك لابد من تحديد: مفهوم الأموال العمومية في ضوء الفقه والقضاء والقانون المقارن (أولا). ثم قابلية الحجز على أموال أشخاص القانون العام العمومية (ثانيا)، وقابلية الحجز على الأموال الخاصة لأشخاص القانون العام (ثالثا).

أولا: مفهوم الأموال العمومية في ضوء الفقه والقضاء والقانون المقارن

1- موقف الفقه من تعريف الأموال العمومية

يقصد بالأموال العمومية كل ما تملكه الدولة، وسائر الأشخاص المعنوية العامة من عقارات ومنقولات تخصص لتحقيق المنفعة سواء بطبيعتها أو بتهيئة الإنسان لها أو بنص تشريعي صريح. ويشترط في المال العام شرطان: أولهما أن يكون مملوكا للدولة أو أي شخص اعتباري عام يمثل المؤسسات والهيئات الإدارية وثانتهما أن يكون هذا المال مخصصا للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون، والتخصيص بالفعل معناه تخصيص المال لاستعمال الجمهور مباشرة أما التخصيص بالقانون فهو أن ينص القانون على اعتبار مال معين من الأموال العامة⁴.

2- موقف القضاء من تعريف الأموال العمومية

في هذا الإطار حتى القضاء المغربي هو الآخر يعتمد على معيارين (معيار التخصيص الفعلي ومعيار التخصيص القانوني)، وهذا ما نجده في حكم إدارية فاس بتاريخ 2002/12/10⁵: "وحيث إن المقصود فقها وقضاء بالأموال العامة سواء كانت للدولة أو للجماعات أو للمؤسسات العمومية هي تلك الوسائل التي تستعين بها الجهات الإدارية على ممارسة نشاطها خدمة للمصالح العام ويشترط لاعتبارها أموالا عامة أن تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون من جهة أخرى، والتخصيص بالفعل

¹ محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية (الغرفة الإدارية)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، سنة 2005، ص 148.

² جلال محمد امهلول، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون تصدرها كلية الحقوق بمراكش، عدد 25، ص 107.

³ انظر حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم رقم 894 بتاريخ 17 يونيو 2004، سلسلة أملاك الدولة، العدد 1، السنة الأولى، سنة 2012، حيث جاء فيه ما يلي:..... فإن مبدأ عدم قابلية الأموال العمومية للحجز لا يمكن الأخذ به بصفة مطلقة.....

⁴ محمد القصري، مرجع سابق، ص 85.

⁵ المحكمة الإدارية بفاس، حكم عدد 833 بتاريخ 2002/12/10، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، سنة 2004، "سلسلة دلائل التسيير"، ص 605.

معناه تخصيص المال لاستعمال العموم مباشرة ، أما التخصيص بالقانون فهو أن ينص القانون على اعتبار مال معين من الأموال العامة". وأيضاً من أحكام المحاكم الإدارية التي سارت في نفس المنحى نذكر حكم المحكمة الإدارية بوجدة¹.

وتأسيساً على ما سبق ، يلاحظ اعتراف صريح يتبنى المعيارين معاً التخصيص الفعلي والتخصيص القانوني لتحديد صفة الأموال العامة، وهذا من شأنه أن يشكل وسيلة لتوحيد الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص وإزالة التناقض وكل الالتباس.

3- موقف القانون المقارن من تعريف الأموال العمومية

بخصوص مفهوم الأموال العمومية في القانون المقارن نجد المادة 87 من القانون المدني الفرنسي "تعتبر أموال عامة العقارات والمنقولات التي للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار الوزير المختص". وهو نفس التعريف الذي تبناه القانون المدني المصري بحيث نص في المادة 78 منه "أن الأموال العامة للدولة هي العقارات والمنقولات التي تملكها الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة بالفعل أو بمقتضى القانون".

وحيث بالتالي، فهذا هو المفهوم القانوني بشكل عام للأموال العامة للدولة التي لا يجوز استعمال طرق التنفيذ الجبرية حولها في مجال الأحكام الإدارية الصادرة ضد أشخاص القانون العام.

ثانياً: قابلية الحجز على أموال أشخاص القانون العام العمومية

تجدر الإشارة في هذا الإطار، أن الحجز يعتبر من الآليات التي لجأت إليها المحاكم العادية وبعض المحاكم الإدارية، في مواجهة الإدارة والمؤسسات العمومية التي ترفض تنفيذ الأحكام القضائية التي تفرض عليها تأدية تعويضات لفائدة المدعين.

فمن حيث المبدأ يمكن اعتبار الحجز وسيلة ناجعة إذ أنها تمكن المدعي المحكوم لصالحه من الحصول على حقوقه بعد تنفيذ إجراءات الحجز والإجراءات التابعة لها. ومن جهة أخرى فإن الخوف من مسطرة الحجز ومن تبعاتها، قد يدفع الإدارة على الامتثال للأوامر والأحكام القضائية².

أما بخصوص مسألة قابلية الحجز على الأموال العمومية ، فهذه الأخيرة أثار جدلاً فقهيًا وتضاربًا في الأحكام القضائية خاصة عندما يتعلق الأمر بجبر أشخاص القانون العام على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدهم، وقد انقسم الاجتهاد الفقهي والقضائي إلى مؤيد للحجز على أموال الدولة ومؤسسها العمومية ومعارضاً لذلك.

1- الاتجاه المؤيد بشأن الحجز على أموال أشخاص القانون العام العمومية

- أ موقف الفقه والقضاء المغربي:

في هذا الإطار بعض الفقه المغربي قضى بجواز إجراء الحجز على أموال الدولة وذلك لانعدام وجود نص قانوني يستثني الدولة من التنفيذ³. وبالإضافة إلى ذلك بأن عدم الحجز فهو قاصر على ما يلزم لسير المرفق العام فإذا كانت هناك بعض الأموال المخصصة لإدارة المرفق ولا يتعارض الحجز عليها مع سير المرفق هاته يمكن الحجز عليها.

أما على مستوى المحاكم الإدارية فمن بين الأحكام الصادرة عنها، والتي تجيز تطبيق مسطرة الحجز ضد أشخاص القانون العام ، نجد أمراً استعجالياً إدارية الرباط بتاريخ 1997/9/24، في قضية "فاطمة العنصري" ضد المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي باللوكس الذي كرس القاعدة التالية: "و إذا كان لا يجوز الحجز على المؤسسات العمومية فلكونها مليئة الذمة وليس لكون أموالها أموالاً عمومية، ولكن إذا ثبت امتناع المؤسسة العمومية عن تنفيذ حكم قضائي بدون مبرر فإن ملاءة الذمة تصبح غير مجدية بالنسبة للتنفيذ

¹ والذي جاء فيه: "وحيث إذا كان المال العام هو ما تملكه الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها من عقارات ومنقولات مخصصة بالفعل أو بمقتضى قانون للنفع العام وخدمة المصلحة العامة وتسيير المرفق العام.....". انظر حكم المحكمة الإدارية بوجدة ، أمر استعجالي عدد 77/2001 بتاريخ 2002/1/24 . المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، سنة 2004، "سلسلة دلائل التسيير"، ص 599.

² محمد عنثري ، مرجع سابق ، ص 23.

³ محمد العربي المجبود – محمد الوزاني ، "تنفيذ الأحكام" ، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 1، سنة 2000.

الذي يرغب فيه من صدر الحكم لفائدته، وفي هذه الحالة يجوز القيام بالتنفيذ الجبري على أموال المؤسسة المذكورة نظرا لصبغة الإلزام التي تفرضها بحكم القانون الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ"¹.

وعموما يكمن القول أن المحكمة اعتمدت قاعدة جديدة تتمثل في أن الامتناع بدون موجب عن التنفيذ هو الذي يبرر الحجز، دون الاكتراث بملاءة أو عسر المحجوز على أمواله.

وكذلك اعتبر بعض الفقه المغربي بأن هذا الأمر الاستعجالي أعلاه خطوة إيجابية ومن وسائل الضغط الفعالة عادة إنشاء المحاكم الإدارية لمعالجة إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام. وبالإضافة إلى ذلك فهذا الأمر الاستعجالي الذي نحن بصددده يظهر على أن القضاء الإداري قام بدوره التكميلي على أحسن قيام، لتجاوز إشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة². وهو نفس الاتجاه الذي ذهب فيه نفس المحكمة بمناسبة قضية أحيلت عليها في الإطار الإنابة القضائية لتنفيذ حكم صادر عن إدارية مكناس بين "شركة حي الله" والوكالة الوطنية لمحاربة السكن غي اللائق³، وكذلك فالجدير بالذكر في هذا السياق، أن المحاكم الإدارية عندما تلجأ لأسلوب الحجز لضمان تنفيذ أحكامها معتبرة أن عدم الحجز على أموال الأشخاص العامة لا يشمل إلا الأموال العامة وليس الأموال الخاصة، كما أن عدم الحجز على أموال المرفق العمومي يقتصر على ما يلزم سيره بانتظام، وأن الأموال غير اللازمة لذلك يمكن الحجز عليها، حيث لجأت المحاكم الإدارية إلى الحجز على بعض المنقولات كالسيارات التابعة للجماعة الترابية خاصة السيارات الخفيفة المخصصة للاستعمال الشخصي للرئيس وتلك غير المخصصة للمنفعة العامة⁴.

واستنادا لما سبق فإن استعراض هاته المواقف الجريئة للمحاكم الإدارية ينم عن التطور الإيجابي في حماية مبدأ المشروعية والحفاظ على هيبة القضاء، غير أنه ينبغي دعم التطور بواسطة تدخل تشريعي مكمل لهذا التحول الهام. بالإضافة إلى ذلك فهذا الاتجاه الحديث للقضاء الإداري عرف استحسانا من لدن معظم الفقهاء والأساتذة الباحثين، حيث اعتبر الأستاذ أمال المشرفي بأن التوجه يستجيب لطبيعة القضاء الإداري باعتباره قضاء مبدعا وخلاقا، حيث ينظر القاضي إلى سكوت المشرع بأنه يشكل بذاته قاعدة قانونية يستعملها، أولا ملء الفراغ الحاصل من جراء هذا السكوت ثم يستند إليها لإصدار حكمه....وتبعاً لذلك يجوز تطبيق الحجز كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري للأحكام المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية على المؤسسات العمومية الراضية للامتثال للحكم الصادر ضدها⁵. أما الأستاذ محمد القصري فاعتبر هذا الاتجاه هو الصواب، وتبقى تلك القاعدة فيه ممثلة في أن الامتناع غير المبرر هي الصحيحة والواجب الاقتياد بها في كل أمر بالحجز لملاءتها لواقع المرافق العمومية لبلادنا، ويبقى العمل بها هو الرادع الحقيقي للاستخفاف والاستهتار بالأحكام الإدارية⁶.

¹ انظر كذلك إلى الأمر الاستعجالي للمحكمة الإدارية عدد 2000/65 بتاريخ 2000/07/06 عن البوعيسي الحسين، الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، ص 77.

² أمال المشرفي، مرجع سابق، ص 92.

³ عمدت المحكمة إلى إجراء مسطرة الحجز على أموال مؤسسة بالخرزينة العامة، إذ أصدرت المحكمة المذكورة حكما بالمصادقة على الحجز موضحة على أن الأموال التي يشكل منها رأس مال المحجوز عليها على افتراض أنها أموال عمومية، فإن جزء منها قد رصد أصلا لتسديد مستحقات أصحاب الأراضي المزروعة ملكيتهم، وهذا الحجز يشكل ضمانا بالنسبة لهؤلاء ولا ضرر فيه على مصلحة المحجوز عليها. وإن المحكمة المذكورة قد أصدرت أمرا بالتصديق على الحجز في مواجهة المكتب الوطني للأبحاث والاستثمارات النفطية بتاريخ 97/09/07 مستندة هذه المرة على أن الامتناع بدون موجب عن التنفيذ هو الذي يبرر الحجز اعتمادا على مقتضيات الفصل 138 من قانون الالتزامات والعقود والذي يشترط في ذلك العسر.

حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 833 في الملف الإداري عدد 130/ع/2002.⁴

⁵ أمال المشرفي، مرجع سابق، ص 91.

⁶ محمد قصري، الغرامة التهديدية والحجز لدى الغير في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 34، سنة 2000، ص 32.

- ب موقف الفقه والقضاء الفرنسي

في الفقه الفرنسي يلاحظ هناك اختلاف حول مسألة الحجز على أموال المؤسسات العامة، بحيث اتجه جانب إلى عدم تعميم المبدأ بل يجب التفرقة بين نوعين من المؤسسات العامة، بأن المؤسسات العمومية التي تأخذ شكل المرافق الإدارية لا يجوز الحجز عليها، أما المؤسسات العمومية التي تأخذ شكل المشروعات التجارية والصناعية والتي تهدف تحقيق الربح فهذه الأخيرة يجوز الحجز على أموالها تشجيعاً للشركات الخاصة على التعامل معها¹. وهذا هو نفس الاتجاه الذي سار عليه الفقيه **Rivero**.

أما بخصوص القضاء الإداري الفرنسي نجد محكمة "Aix" بحيث هذه الأخيرة خرجت في حكم فريد لها قضت بجواز الحجز على أموال المؤسسات العامة طالما أنها تعمل في مجال النشاط الاقتصادي بنفس شروط وأوضاع المؤسسات الخاصة. وطبقت هذا المبدأ على الشركة الوطنية للمؤسسات الصحفية، وهي مؤسسة عامة أنشئت بمقتضى القانون الصادر في 11/5/1946..... كل هذا يوجب القول بجواز الحجز على أموالها. ينبغي الإشارة في هذا السياق بأن محكمة النقض الفرنسية² نقضت حكم محكمة الاستئناف Aix و أكدت بطلان الحجز الموقع على أموال المؤسسة المذكورة وذكرت في حيثيات حكمها أن المرسوم 1862 يعترف لأموال المؤسسات العامة بطابع الأموال العامة.... وبالتالي يمنع الحجز عليها.

وفي نفس المنحى قضت محكمة استئناف باريس بجواز الحجز على أموال الشركة الوطنية لسكك الحديدية، رغم اعترافها بأنها من أشخاص القانون العام وبررت حكمها بأن المادة 11 من مرسوم 1962/12/29، الذي أعاد تنظيم القواعد المتعلقة بالميزانية العامة لم يشير في تحديده لعناصر هذه الميزانية إلى أموال المؤسسات العامة. كما أن المشرع أضفى على الشركة المذكورة و أمثالها صفة المؤسسات العامة ذات النشاط التجاري أو الصناعي وهو ما يؤكد رغبته في إخضاعها للقواعد والنظم المعمول بها في مجال القانون الخاص، ومنها جواز الحجز على أموالها أو مستحققاتها لدى الغير، و أكدت المحكمة في نهاية حكمها أن أي مؤسسة تجارية أو صناعية، وتنطبق عليها أحكام القانون الخاص ما لم يتعلق الأمر بإدارة مرفق عام³. لكن هذا الحكم جدد الخلاف القديم بحيث اتجه جانب من الفقه إلى تأييد ما قضت به محكمة استئناف باريس، في حين اتجه جانب آخر إلى عدم جواز الحجز على أموال المؤسسات العامة بكافة صورها. وبالتالي فمحكمة النقض الفرنسية لاتزال على عهدتها القديم فقد قضت في حكم صريح لها بأنه لا يجوز الحجز أو اتخاذ إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في قانون المرافعات على أموال الأشخاص الاعتبارية العامة ولو كانت تمارس أنشطة تجارية أو صناعية⁴.

ثانياً: الاتجاه المعارض بشأن الحجز على أموال أشخاص القانون العام العمومية

في هذا الصدد استقر جانب من الفقه على عدم إمكانية إجراء الحجز على الأموال العمومية لأشخاص القانون العام، وذلك لكون هذه الأموال تعتبر أموال عمومية إذن فهي غير قابلة لتطبيق الحجز عليها، وهو ما استقر عليه الأستاذ « Marc loz » مارك لوز في كتابه مالية الدولة يوضح على أن دائني الدولة و المؤسسات العمومية لا يمكنهم ممارسة التنفيذ الجبري ضدها ويستند في ذلك على قول الأستاذ "Duverger" بأن الدولة هي أموال عمومية وأنه من غير المعقول أن يلجأ شخص عادي إلى إجراء حجز هذه الأموال لمصلحته الشخصية متجاهلاً المصلحة العامة.

1- موقف الفقه والقضاء المصري والفرنسي:

في هذا الإطار استقر الفقه التقليدي في فرنسا ومصر إلى حجج لمنع تطبيق الحجز على الأموال العامة للدولة وهي كالتالي:

✓ أن الدولة خصم شريف وملىء، وبالتالي فهو موثوق بيسارها، لذا تنتفي العلة من الحجز عليها.

¹ علي بركات، خصوصيات التنفيذ الجبري في مواجهة الدولة -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، سنة 2008، ص 100 وما بعدها.

² سعد جزاء العتيبي، "إشكالية تنفيذ أحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة- دراسة مقارنة-"، رسالة الماجستير في القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -سلا-، السنة الجامعية 2010/2011، ص 72.

³ علي بركات، مرجع سابق، ص 101 و102.

⁴ نفس المرجع، ص 103.

✓ إن إباحة الحجز على الدولة يمس هيبتها ويتعارض مع الحسابات الحكومية.

✓ أن العرف جرى على عدم جواز الحجز على أموال الدولة بكافة صورها.

والملاحظ من خلال أحد أحكام القضاء الإداري المصري "تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة ، وهذه الأموال لا يجوز الحجز عليها.....، ومتى فقدت الأموال العامة صفتها بسبب تخصيصها للمنفعة العامة أصبحت من الأموال الخاصة للدولة فتعود إلى التعامل ويجوز التصرف فيها والحجز عليها....."¹.

وهو نفس الاتجاه التي أخذت به محكمة النقض المصرية أن أموال الدولة لا يجوز الحجز عليها إذا خصصت للمنفعة العامة، لأن هذا التخصيص يضي عليها صفة الأموال العامة، أما إذا لم تخصص لذلك فإنها تظل أموالا خاصة بجوز الحجز عليها².

ونجد أيضا حتى القضاء المصري فيما يتعلق بتطبيق قاعدة عدم الحجز تسري فقط على الأموال العامة دون الأموال الخاصة المملوكة لإدارة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة.

أما القضاء الفرنسي فيعتبر قاعدة عدم قابلية أموال أشخاص القانون العام للحجز قاعدة عامة، بحيث صنفها محكمة النقض الفرنسية في مرتبة النص لتصرح في القرار الذي أصدرته بتاريخ 21 دجنبر 1987 بما يلي: " بما أن الأمر يتعلق بأموال في ملك أشخاص القانون العام ولو كانت تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا، فإن مبدأ عدم قابلية أموالها للحجز لا يسمح بالجوء إلى طرق التنفيذ الواردة في القانون الخاص"⁴³.

2- موقف الفقه والقضاء المغربي

في الفقه المغربي نجد شبه إجماع على أن الأموال العامة للدولة ومؤسساتها غير قابلة للحجز عليها⁵، نظرا لما يفترض فيها من ملائمة الذمة، ولكونها لا تؤدي ديونها إلا وفقا لقواعد المحاسبة العامة. وكذلك نجد حتى المشرع المغربي تبني هذا المنع في القوانين المتعلقة بالأموال العامة للدولة بمقتضى ظهير 1914 والبلديات بموجب ظهير 31 دجنبر 1921 والجماعات القروية بمقتضى ظهير 28 يونيو 1954.

وبالتالي يمكن القول بأن هناك شبه إجماع في الفقه المغربي على عدم جواز الحجز على الأموال العمومية للأشخاص القانون العام، لأن هناك اتجاه ذهب إلى القول بعدم جواز الحجز على أموال المرافق العامة لأن أموالها هي الوسيلة الفعالة التي يمكن بمقتضاها تحقيق الخدمات العامة للجمهور⁶. وتبعاً لذلك لا يمكن الحجز عليها حتى تضمن بمقتضاها استمرارية الخدمات التي تتولى القيام بها، لكن إذا كانت بعض الأموال غير مخصصة لإدارة المرفق، فتعتبر أموال خاصة يمكن الحجز عليها.

أما في القضاء المغربي فقد تجسد هذا الاتجاه في عدة أوامر نذكر منها ما صرحت به إدارية الرباط: " أن الدولة المغربية لا يتصور عسرها، وبالتالي، فإن لها من الضمانات ما يكفي لتسديد الديون عند استحقاقها، مما يتعين معه الأمر برفع الحجز"⁷.

¹ محكمة القاهرة الابتدائية (مستعجل مستأنف) في 1957/2/7، المحاماة 36 العدد السابع بنذ 511 ص 1088 وما بعدها وبصفة خاصة ص 1059-1069.

² علي بركات، مرجع سابق، ص 87.

³ محمد الزياتي، "التطلع لإحداث مسطرة لتنفيذ الأحكام و القرارات الصادرة في مواجهة الإدارة"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد 83، نونبر-دجنبر 2008، ص 55.

⁵ حماد حمدي، "المسؤولية الإدارية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام"، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية – الرباط -، سنة 1989، ص 746 وما بعدها.

⁶ مارية أصواب، مسطرة الحجز لدى الغير، مجلة القضاء والقانون، عدد 158، 2010، ص 24.

⁷ أمر قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالرباط ملف عدد 91/972 بتاريخ 1991/12/20 المكتب الوطني للسكك الحديدية زعيم إبراهيم "المرجع العملي في الاجتهاد القضائي، 1996، ص 65.

كما تم تأكيد هذه القاعدة في تعليل آخر له يعتمد على قواعد المحاسبة وعدم القابلية للحجز وذلك في قراره الذي صرح فيه: إلا أنه و إن كانت تفرض الملاءة في الدولة، فإنها لا تستطيع تأدية ديونها إلا وفق قواعد العمومية مما لا يمكن الأمر معه بالتنفيذ المؤقت في مواجهتها. وعليه فإن الحكم الصادر ضدها لا يمكن أن يكون مشمولاً بالتنفيذ المؤقت مادام التنفيذ الجبري في حد ذاته غير ممكن، وعليه لا يمكن إجراء الحجز ضد الدولة نظراً لما يفترض فيها من ملائمة الذمة وبكونها لا تؤدي ديونها إلا وفق قواعد المحاسبة العامة¹. وفي الأخير يمكن القول في كلمة موجزة أن التوجه الحديث للقضاء الإداري يذهب إلى تأييد الحجز على الأموال العمومية، خاصة عندما يتعلق الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية وذلك ضماناً لهدف أسى وهو حماية هبة القضاء.

ثالثاً: قابلية الحجز على الأموال الخاصة لأشخاص القانون العام

عموماً المبدأ العام هو أنه لا يجوز الحجز على الأموال العامة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة سواء كان هذا الحجز تحفيظياً أم تنفيذياً، على اعتبار أن هذا الإجراء يتعارض مع مبدأ تخصيص تلك الأموال للمصلحة العامة وأن الحجز بهذا الشكل يعطل سير المرافق العامة. لكن يكاد يتفق الفقه والقضاء على أن عدم جواز الحجز، هذا قاصر على ما يلزم سير المرفق العام فإذا كانت هناك بعض الأموال غير مخصصة لإدارة المرفق ولا يتعارض الحجز عليها مع سيره تعتبر أموالاً خاصة لهذا المرفق ويمكن الحجز عليها، وهذا الاتجاه هو الذي يأخذ به العمل القضائي الإداري تقريباً في جميع المحاكم الإدارية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن قابلية الأموال الخاصة قد ثار خلافاً بشأن جواز أو عدم جواز الحجز عليها.

1- الاتجاه الذي يجيز الحجز على أموال الدولة الخاصة

من بين أنصار هذا الاتجاه نجد عبد الرزاق السنهوري الذي يرى أنه من الناحية النظرية والقانونية، لا مانع من إيقاع الحجز على أموال الدولة الخاصة لكون هذه الأموال مملوكة ملكية خاصة وتخضع لقانون المرافعات "القانون المدني" ويضيف أن ما يعرقل ذلك هو أن الإدارة لا تمكن الأفراد من اقتضاء حقوقهم بالحجز على أموالها أو أملاكها تحد ذريعة أن الدولة مليئة الذمة وغير معسرة ولا مماطلة و أن متى تبين الحق من جانب الدائن، أوفته حق طوعاً واختياراً وليس قسراً وإجراً².

أما الدكتور نصره منلاً يؤيد الحجز نظرياً وعملياً اعتماداً على قوله "إذا كان التنفيذ بالحجز غير جائز على الأموال العامة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بسبب تخصيصها للمنفعة العامة، إلا أنه جائز على الأملاك الخاصة للدولة لأن هذه الأموال كالأموال الخاصة للأفراد يجوز بيعها والتصرف فيها وتملكها بالتقادم"³.

أما الفقه المصري نجد جمهور الفقه قضى بجواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة، للإشارة فهذا الرأي كان بمثابة الرد على رأي الفقه التقليدي السالف الذكر الذي اتجه إلى عدم جواز الحجز على أموال الدولة سواء عامة أو خاصة. وبالتالي فالحجج الذي استندوا عليها جمهور الفقه فهي كالتالي: 1- إن القول بأن الدولة موثوق بيسارها قول مردود، لأن التنفيذ الجبري لا يفترض إعسار الدين أو إفلاسه، وإنما يفترض فقط عدم قيامه بالوفاء الاختياري، فيسار المدين لا يمنع من التنفيذ ضده. ومن جهة أخرى فإن الثقة في الدولة لا تمنع من التنفيذ عليها طالما أنها امتنعت عن تنفيذ ضدها من أحكام، لأنها بهذا الامتناع تكون قد أخلت بالثقة المفروض فيها، ويجب أن تتحمل تبعاً لذلك- التنفيذ الجبري ضدها. 2- إن ما يقال عن تعارض الحجز مع قواعد الحسابات الحكومية لا ينبغي أن يكون سبباً في التضحية بحقوق الآخرين. 3- إن خضوع الدولة للقانون يستتبع خضوعها لأحكام القضاء، وهذا الخضوع الأخير يستلزم بدوره الخضوع للتنفيذ الجبري باعتباره أحد مراحل الحماية القضائية للحقوق، كما أنه لا يوجد ما يدل على وجود عرف خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن

¹ عبد لعزیز الزهري، الاجتهاد والإبداع القضائي المغربي في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية، الندوة الجهوية الثالثة بمراكش في 21-22 مارس 2007 تحت عنوان "قضايا العقود الإدارية ونزع الملكية العامة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2007، ص 358.

² عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثامن- حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، سنة 1967، ص 167 و 168.

³ رشيد الناصري، إشكالية الحجز على الأموال العمومية في إطار تنفيذ الأحكام الإدارية، الندوة الجهوية الثالثة بمراكش في 21-22 مارس 2007 تحت عنوان "قضايا العقود الإدارية ونزع الملكية العامة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2007، ص 366.

جميع أموال المدين ضامنة لديونه.4- إن صالح الدولة ذاتها يقتضي قبولها التنفيذ على أملاكها الخاصة، حتى يقبل الأفراد على التعامل معها، خاصة بعد تطور الدولة وارتدادها كافة مجالات النشاط التجاري والصناعي.¹

2- الاتجاه الذي يمنع الحجز على أموال الدولة الخاصة

من أصحاب هذا الرأي نجد فقهاء القانون الإداري الذي خالفوا الرأيين أعلاه، ليس على أساس عدم جواز التصرف في تلك الأموال ولكن على أساس أنها مملوكة للدولة أو لأحدى الهيئات التابعة لها². أما البعض الآخر فيمنع تطبيق الحجز لاعتبارين اثنين: أحدهما يتعلق بيسار الدولة لكونها غير عاجزة عن الوفاء بديونها. وثانيها أن الدولة والهيئات التابعة لها تقوم بتسييد ديونها وفق قواعد قانونية خاصة تندرج في علم التشريع المالي، أي خاضع لنظام المحاسبة العامة.³

وهكذا يتعين الإشارة في هذا الصدد إلى الاجتهادات القضائية المغربية فيما يتعلق بجواز الحجز على الأموال الخاصة لأشخاص القانون العام، فالملاحظ أكدت غير مرة على إمكانية الحجز على أموال الدولة الخاصة لاستفاء الدين المحكوم به ضد الإدارة، وهو ما تؤكد من خلال العديد من الأحكام نذكر منها: ما ذهبت إليه إدارية وجدة⁴، وهي تأمر بإجراء حجز تحفظي على عقار مملوك ملكية خاصة لبلدية وجدة ضمانا لأداء ديون في ذمتها ناتجة عن مسطرة نزع الملكية إلى القول بما يلي: حيث إن المشرع المغربي لم يمنع صراحة حجز الأموال الخاصة للأشخاص المعنوية كما فعل بالنسبة للأموال العمومية انظروا الفصل 4 من ظهير يوليو 1914 والفصل 3 من ظهير 1921/10/19 والفصل 8 من ظهير 1954/6/28. كما اعتمد على منشور لوزير الداخلية عدد 182 بتاريخ 1991/5/11 إلى أن ممتلكات الجماعات العمومية التي لا تقبل أن تكون محلا للحجز هي الأموال العمومية وحدها دون الأملاك الخاصة التي ليس هناك من الناحية القانونية والقضائية ما يمنع إيقاع الحجز عليها.⁵

وحيث إن الأموال الخاصة للشخص العام تنزل منزلة أموال الشخص العادي مما تكون معه هاته الأموال قابلة للحجز عليها.⁶ وكذلك ينبغي الإشارة إلى حكم إدارية مراكش في أمر استعجالي عدد 56 بتاريخ 2001/10/24، حيث سارت في نفس المنحى بحيث أمرت بالتصديق على الحجز موضحة أن الدفع بكون الأموال العامة غير قابلة للحجز لا يجد سنداً له في النازلة لأن الإدارة في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ترصد مسبقاً أموالاً لتغطية التعويضات الناتجة عن نزع الملكية أراض الخواص، وهي بذلك تخرج هذه التعويضات لتصبح أموالاً خاصة قابلة للتنفيذ عليها.

وأيضاً من الأمثلة لهذا التوجه نورد أمر استعجالياً عن رئيس إدارية وجدة بتاريخ 24 يناير 2001، محمد توفيق ضد المكتب الوطني للكهرباء ومما جاء فيه "وإن كانت القاعدة العامة تقضي بعدم قابلية تلك الأموال للحجز على اعتبار أن الحجز يقضي إلى البيع وهو ممنوع قانوناً، كما أن الإجراء المذكور من شأنه أن يعطل سير المرفق العام، فإنه استثناءً من ذلك أجاز الفقه والقضاء إمكانية الحجز

¹ انظر إلى كتاب ذ علي بركات، مرجع سابق، ص 84 و 85.

² رشيد الناصري، مرجع سابق، ص 366.

³ زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة رياض دمشق 1978/79، ص 713.

⁴ أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة، الملف 95/04 بتاريخ 1995/04/14. و انظر كذلك قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 556 وتاريخ 1997/05/22 حيث قضى: "أنه إذا كان لا يجوز الحجز على أموال العامة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة باعتبار أن الحجز والتنفيذ عليه من شأنه أن يعرقل ويعطل وظيفة النفع العام الملقاة على عاتقها، فإنه استثناءً من ذلك يجوز الحجز على الأموال الخاصة لأشخاص القانون العام متى كان الحجز بحسب تقدير السلطة القضائية المقررة للحجز ليس من شأنه عرقلة سير المرفق العمومي أو تعطيل خدمات جمهور الناس به أو متى تم رصد الأموال للتنفيذ ولسداد التعويضات المعنية بالأحكام". أورده محمد القصري، مرجع سابق، ص 95.

⁵ محمد أيت مكي، "تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 2، سنة 2004، ص 13.

⁶ محمد القصري، مرجع سابق، ص 24.

على الأموال الخاصة للمرفق العام التي لا يتعارض حجزها مع سيره بانتظام"¹. وبالإضافة إلى ذلك فهذا التوجه سارت عليه إدارية فاس في أمراستعجالي بتاريخ 5 يونيو 2002، في قضية جماعة سيدي حرازم ضد بلقاضي^{2 3}، وقد ذهبت بعض المحاكم إلى القول بأن الاعتمادات المرصودة لنزع الملكية يمكن الحجز عليها لأنها تعتبر أموال خاصة⁴.

والحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف رقم 06/9 س بتاريخ 2006/02/22 والذي جاء فيه " أن أموال المؤسسات العمومية المودعة لدى المؤسسات المالية ترصد عادة لسد ديون هاته المؤسسة ولتغطية التعويضات التي تحكم بها في مواجهتها، وبالتالي تعتبر أموالا خاصة لا تندرج ضمن المال العام الذي يترتب عن حجزه تعطيل الانتفاع بخدمات المرفق العمومي، مما يجوز الحجز عليها بما يترتب على ذلك من آثار قانونية بخصوص التصديق عليها"⁵.

وفي الأخير، يمكن القول بأن العمل القضائي الإداري قد استقر على قابلية الحجز على الأموال الخاصة للشخص المعنوي العام.

¹ أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الأول، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، سنة 2004، ص 599.

² محمد عنتر، مرجع سابق، ص 24.

³ انظر أيضا أمر استعجالي عن رئيس إدارية الرباط بتاريخ 13 مارس 2002، أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص 603.

⁴ أمر استعجالي عن إدارية مراكش بتاريخ 24 أكتوبر 2001، كوزلان ونعاماباس ضد الوزير الأول، أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص 597.

⁵ حكم محكمة الرباط الإدارية، عدد 06/9 س 41 الصادر في 2006/2/22 ورثة مولاي محمد بن عباس بن الطاهر الرفاعي ضد صندوق تأمينات المحافظة العقارية، (حكم غير منشور).

القضاء الإداري المغربي وإشكالية الاختصاص النوعي

أحمد السكسيوي

طالب باحث في العلوم القانونية

مقدمة:

يعد القضاء الإداري ملجأ المظلوم والمتضرر من أعمال وتصرفات الإدارة، للدفاع عن حقوقهم وحياتهم وحل نزاعاته مع الإدارة، وهذه الأخيرة كسلطة عامة تستهدف تحقيق المصلحة العامة في قيامها بأنشطتها ومهامها قد تتجاوز السلطة أو تتعسف في استعمالها، الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى المساس بالحقوق والحيات.¹

وإن القانون الإداري، لا يمكن أن يمارس تقييده على الإدارة، دون وجود سلطة قضائية تراقب أعمال الإدارة والمتمثل بالأساس في القضاء الإداري، فقد سبق البيان أعلاه، أن الإدارة تكتسب سلطات واسعة على أرض الواقع، بعيدا عن التقييد القانوني، وبذلك فالحل الوحيد من أجل الحد من سلطاتها، هو القضاء الإداري، الذي يشكل ضمانا أساسية وفعلية في يد المواطن، وعلى غرار باقي الدول الأخرى فإن القضاء الإداري يحتل مكانة متميزة في المغرب، فالطريق لدولة الحق بالقانون²، لا يمكن السير فيها دون مراقبة الدولة نفسها. ولقد أثبت القضاء الإداري المغربي جدارة وقوة في أحكامه، واجتهادا قضائيا أغنى به القانون الإداري الذي يعتبر قانونا قضائيا بالدرجة الأولى، وأخص بالذكر محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، باعتبارها المركز الأساسي للقضاء الإداري بالمغرب، إلى جانب الغرفة الإدارية بالمحكمة النقض.

وفي انتظار تنزيل حقيقي للاختصاص الوظيفي والذي سيضمن تأسيس محكمة إدارية عليا توحد الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، لكن رغم الفعالية والنجاعة على مستوى إصدار المقررات القضائية ضد الدولة، والتي يعيشها قضائنا الإداري، فإن هناك عديد من المشاكل التي يطرحها القضاة الإداريون³ أنفسهم، يعاني منها القضاء الإداري، ويمكن إجمالها في مستويين: على المستوى الشكلي: والمتمثل أساسا في التنظيم القضائي الإداري و الموارد البشرية، وكل ما له علاقة بالجانب الشكلي والإجرائي في المنازعات الإدارية.

على المستوى الموضوعي: أي مضمون المقرر القضائي ومواجهته لدولة باعتبارها طرفا في العلاقة حيث نقصد بالقضاء الإداري ذلك القضاء المتخصص في نظر المنازعات القضائية التي تكون الإدارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة تتمتع بها تضيفه عليها هذه السلطة من مزايا خاصة.⁴

¹ أسامة الأنصاري، دور القضاء الاستعجالي الإداري في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة الفاعلين الاقتصاديين، رسالة لنيل دبلوم الماستر، مسلك القانون ماستر قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونيين والاقتصادية والاجتماعية السويسي - الرباط. -، السنة الجامعية: 2011/2010، ص: 1

² في رأي المتنازع أن مفهوم دولة الحق والقانون مفهوم خاطئ لأن وظيفة القانون هي حماية الحق، فما جدوى وجود قانون لا يحمي الحق الذي يعتبر الأصل الموجود والمنبثق عن الحرية، وبذلك فالمفهوم دولة الحق بالقانون هو الأصح، لأن الحق مصلحة يصهر على حمايتها القانون.

³ نخص بالذكر الأستاذ محمد الهبيي مقالته، صرخة قاض: دفاعا عن إحداث المحكمة العليا الإدارية، منشور بالمجلة العلوم القانونية: www.marocdroit.com

⁴ محمد التوزاني، القضاء الإداري في المغرب، مقال منشور في مجلة دعوة الحق، العدد 13، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، من موقعها الإلكتروني: hhabous.gov.m

والملاحظ للاختصاص الموكل للمحاكم الإدارية يجد مجموعة من الإشكالات التي تؤثر في عملها، ويمكن تعريف الاختصاص بأنه صلاحية المحكمة في البث في الدعوى المعروضة أمامهم¹، ويمكن التمييز بين الاختصاص الوظيفي والاختصاص النوعي والمكاني. وتعتبر المحاكم الإدارية أحد المحاكم التي تكون التنظيم القضائي. فما هي إذن أهم الإشكالات التي يعاني منها القضاء الإداري على مستوى الإختصاص النوعي؟

إن أهم الإشكاليات التي يفرضها هذا الموضوع، ترتبط أساساً بدعوى الإلغاء (المحور الأول)، وكما أن دعوى التعويض تعاني هي الأخرى من إشكالات تحد مهمة القضاء الإداري (المحور الثاني)، وأخير الإشكالات المرتبة بدعوى نزع الملكية لأجل المنفعة العامة (المحور الثالث).

المحور الأول: الإشكالات المرتبطة بدعوى الألغاء.

يمكن تعريف القرار الإداري بأنه، إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة، وفي تعريف آخر للأستاذ جورج فوديل، Vedel.G، يعرفه بكون القرار الإداري:

" العمل القانوني الذي يصدر عن الإدارة بصورة انفرادية بهدف تغيير التنظيم الإداري، انطلاقاً من الالتزامات التي يفرضها أو الحقوق التي يمنحها"².

والإدارة ملزمة بتعليل قراراتها السلبية الصادرة لغير فائدة المعنيين و إلا كانت معرضة للإلغاء أمام القضاء الإداري بسبب مخالفة القانون³.

وهذا ما أكدته المحكمة عدد 8 المؤرخ في 2006/01/10 في الملف رقم 04/غ/478 المحكمة الإدارية بفاس (قضية السيد حميد البحرية)، و القاضي بإلغاء قرار السيد النائب بعدم نقل المدعي:

"... خاصة وأن السيد النائب الإقليمي المطعون في قراره لم يدل بما يبرر بقبول اختياره للأستاذة أ.م من أساتذة مادة العلوم الطبيعية العاملين بالمؤسسات المتواجدة في الإقليم وذلك خارج نطاق الحركة الانتقالية المحلية..."

من خلال ما سبق نستنتج أن القرار الإداري لأهميته وخطورته، رتب المشرع عليه الرقابة من طرف القضاء إذا تجاوز بسببه السلطة.

ويعتبر هذا المقتضى أهم هذه الاختصاصات الموكولة للمحاكم الإدارية، لما يضمنه من مبدأ سيادة القانون، فالقرار الإداري دائماً يخضع لرقابة القضاء، لكن تبقى مشكلة واحدة تحد من هذه الرقابة وهي السلطة التقديرية للإدارة تجعل هذه الرقابة فارغة من مضمونها، وتتجه محكمة النقض في نفس المنحى، وهذا ما أكدته في قرار صادر بتاريخ 9 نونبر 1995 حيث جاء فيه:

" وحيث إنه من الواضح أن الإدارة تتوفر على السلطة التقديرية لتسيير المصالح الإدارية التابعة لها وفق ما تلميه المصلحة العامة وليس من حق الموظف الطعن في مثل هاته القرارات ما دامت لا تمس حقوقه وما دام لم يثبت أن الإدارة قد انحرفت في استعمال سلطتها التقديرية، فإن ذلك لا يكتسي أي شطط في استعمال السلطة ما دام يدخل نطاق السلطة التقديرية مما يجب معه رفض طلب الإلغاء"⁴

يستفاد من القرار أعلاه أن الإدارة تتميز بالسلطة التقديرية تحت ذريعة المصلحة العامة وهذا يعتبر إشكال من بين الإشكالات التي توطد سلطة الإدارة، على حساب سلطة القضاء.

¹ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2013، ص 17.

² أورد هذا التعريف:

محمد كرامي، القانون الإداري- التنظيم الإداري والنشاط الإداري، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الثانية، ص 222.

³ أكرم عارف، القرار الإداري دراسة مقارنة بين مصر والأردن، المطبعة غير مذكورة، 1992، ص: 35

⁴ قرار عدد 473 بتاريخ 9 نونبر 1995 ملف إداري 10\10626، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقي، 2000، عدد 49-50 ص 112

لما لهذه السلطة التقديرية من تملص وحجب لرقابة القضاء الإداري، ويمكن تعريف هذه السلطة التقديرية، بأنها السلطة التي خولت لها، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت التدخل وكيفية، وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه¹.

ويعرفها ديلوبادير بأنها ذلك الهامش من الحرية التي يتركها القانون للإدارة كاستثناء لمبدأ المشروعية²، في حين عرفها بونار بأن السلطة التقديرية هي ما يتركه القانون للإدارة، من حرية في التدخل أو الامتناع عن التدخل، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن³. أما موريس هوريو فعرف السلطة التقديرية بأنها سلطة تقدير مدى ملاءمة الإجراءات الإدارية ويقول فالين أن السلطة التقديرية تعني الطريقة التي تمارس بها الجهة الإدارية اختصاصاتها، والفقهاء الفرنسي ميشو فيري يرى بأن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية، ودون أن يكون هناك مسلكا محددًا يفرضه بطريقة مسبقة إحدى القواعد القانونية⁴.

أما على مستوى الفقه والقضاء المصري، فيعرفها سامي جمال الدين بأنها أحد الإدارة قسطا من الحرية في التصرف، عندما تمارس اختصاصاتها القانونية بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله ويرى أن السلطة التقديرية لا يجب أن تتحول إلى سلطة تحكمية أو تعسفية⁵، أما على مستوى القضاء المصري، فقد عرفت السلطة التقديرية، محكمة القضاء الإداري المصري بقولها:

"الإدارية تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها وترخص في تقدير ملاءمته ومراعاة ظروفه ووزن ملابساته المحيطة به طالما أن الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة لم يشبه عيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون"⁶

وفي الختام ندرج مختلف الآراء الفقهية بالمغرب حول مفهوم السلطة التقديرية، ونبدأ أولاً بالأستاذ عبد القادر باينة، الذي يرى بأن السلطة التقديرية هي أن تترك للإدارة قدراً من الحرية في التصرف لتقدر استعماله تبعاً للظروف دون أن تخضع لمراقبة⁷.

أما مليكة الصروخ فتعرف السلطة التقديرية بأنها حرية التي يقرها القانون للإدارة في مباشرة نشاطها واختصاصاتها دون أن يفرض عليها وجوب التصرف على النحو الزامي معين.... وبذلك فهي ترى بأن الاعتراف للإدارة بهاته السلطة، دليل على أن الدولة قانونية، وليست استبدادية تعطي للإدارة سلطة مطلقة دون قيود⁸.

في حين تتجه ثورية لعيوني إلى تعريف السلطة التقديرية بأنها قيد على مبدأ المشروعية، ويراد بها تمكين الإدارة في بعض المجالات من أداء أعمالها على أحسن وجه، خصوصاً وأنها تهدف في النهاية إلى تحقيق مصلحة الجماعة⁹.

وإن تدخل الإدارة في العمل الإداري، يخضع في كثير من الأحيان لعدة تقديرات تحدها الإدارة، فقد تقدر الإدارة صواب عدم تدخلها إذا كان القانون لا يفرض عليها ذلك، بغية تجنب التعقيدات أو حدوث الإضرابات¹⁰.

¹ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة، عام 1991 م. ص: 23 ومايلي.

² DELAUBADERE. Traité élémentaire de droit administratif. 1953.p 20.

³ لمزيد من التعاريف راجع:

- أزغاي محمد، سلطة الإدارة التقديرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا شعبة القانون العام، عام 1984، جامعة محمد الخامس – أكادال.

⁴ حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص: 23 ومايلي.

⁵ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002 ص: 212 ومايلي.

⁶ حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 13-12-1953 السنة الثامنة ص 239.

⁷ عبد القادر باينة، القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي، دار تيقال للتشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1988، ص: 23.

⁸ مليكة الصروخ، القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الرابعة، 1992، 376 و377.

⁹ ثورية لعيوني، القضاء الإداري: دعوى الإلغاء ودعوى التعويض والمنازعات الإدارية، دار الجسور، وجدة، 1997، ص: 26.

¹⁰ كريم لحرش، القضاء الإداري المغربي، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، عدد مزدوج 16 – 17، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، 2012، ص: 23.

يمكن تعريف السلطة الإدارية في تقديرنا أنها ذلك الهامش الممنوح من قبل القانون، والذي يحد من مبدأ المشروعية، كامتياز من امتيازات السلطة العامة، بسبب أن العمل الإداري يستمد قوته من السلطة، وبذلك فتصبح الإدارة لها الحق في التصرف الكامل وفق ما تمليه عليها الظروف وخصوصيات العمل الإداري، فحين يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية.

وتتمتع الإدارة أيضا بقدر من الحرية فيما يخص قرارات الترقية فموقعها يؤهلها من معرفة الموظف المعني بالترقية وقدراته ومؤهلاته ومدى التزامه وأدائه الوظيفي، ولها أن تقدر عما إذا كان يستحق هذه الترقية من عدمها، كما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في توقيع الجزاءات التأديبية وتكييف الأخطاء الوظيفية.

من خلال المحاولة التي وضعنا لتعريف السلطة التقديرية نضع أهم المميزات التي تتميز بها السلطة التقديرية وقد حصرنا تلك الخصائص في ثلاثة هي:

- أنها ممنوحة من طرف القانون: كمبدأ الموازنة للمشروعية الإدارية، لكن هذا لا يعني أن استعمال السلطة التقديرية من قبل دولة ما، يدل على أنها دولة قانون، كما قال بعض الأساتذة، فنحن لا نرى هذا بل العكس من ذلك إن استعمال هذا المبدأ بالطريقة مبالغ فيها، يجعل من الدولة دولة الرأي الواحد، والإدارة الناهية ليس فوقها جهاز للرقابة.

- ترتبط بالسلطة العامة كامتياز من امتيازاتها: وبما أن السلطة التقديرية امتياز فإن الإدارة تتمتع بها، حينما تمارس اختصاصاتها وصلاحياتها¹، فإن خاصيتها امتياز من امتيازات السلطة العامة

- تتميز بأنها تستعمل في ظروف خاصة بالعمل الإداري

وقد اعتبر الأستاذ حمد عمر حمد² بأن المغرب من الدول التي تعترف بالسلطة التقديرية للإدارة إلى جانب الجمهورية العربية المصرية والمملكة الأردنية الهاشمية كما سبق البيان أعلاه، إضافة إلى دولة السودان ودولة الكويت.

إن دليل كلامنا هذا يأخذ قوته التوثيقية من خلال قرار للمحكمة النقض بالمغرب الغرفة الإدارية جاء فيه:

"... ومن جهة أخرى حيث أن التنقيط خاضع للإدارة لتقدير الإدارة ولا رقابة للمجلس الأعلى على هذا التنقيط ما دام الطاعن

لم يدل بما يثبت أنها قد إنحرفت في استعمال سلطتها الأمر الذي يجعل الطلب غير مرتكز على أساس ولذا رفض الطلب"³.

إن استخدام هذه السلطة التقديرية في المغرب لها مبررات و أسانيد قانونية و فنية وعملية ومنطقية تحتم وجودها وتمتع السلطات الإدارية المختصة بها عند القيام والاضطلاع بوظائفها.

لكن لا يجب أن تكون ذريعة تستعملها الإدارة من أجل الزيع عن مراقبة القضاء لأعمالها، وهذا أمر لا يمكن قبوله بالمرّة، لذلك فالتنقيط على السلطة التقديرية، كاستثناء عن القاعدة يجنب مجموعة من الإشكالات.

المحور الثاني: الإشكالات المرتبطة بدعوى التعويض

يمكن تعريف المسؤولية⁴، بأنها تحمل الشخص القانوني للخطأ المرتكب من طرفه والذي سبب ضررا لشخص آخر، ومن المعلوم أن الدولة من أشخاص القانون العام وبذلك يمكنه أن تصيب أثناء أعمالها بضرر، فتتحمل تبعات هذا الضرر¹، وبذلك يلتجأ القضاء للمطالبة بالتعويض.

¹ فادي نعيم جميل علوانة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، نوقشت سنة 2011، ص: 53.

² حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى 2003، الرياض. ص: 135.

³ قرار محكمة النقض، الغرفة الإدارية عدد 80، ملف إداري رقم 34/71/1، بتاريخ 19/4/1987، أورد في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد التاسع أبريل، 1989، الرباط، ص: 373.

⁴ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، المسؤولية المدنية، الكتاب الثاني، مطبعة دار الأمان الرباط، 2011، ص 7

ويسميه الفقه والقضاء بقضاء التعويض، أي التعويض عن الأخطاء التي ترتكبها الدولة وما يدور في فلكها من أجهزة إدارية، والخطأ عموماً هو الإخلال بالالتزام قانوني، والالتزام القانوني ملزم لشخص القانوني، بعمل شيء، أو الامتناع عن عمله²، يقول الفقيه المصري عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد أن الخطأ: " هو الإخلال بالالتزام قانوني، ... وهو في المسؤولية التقصيرية ما يكون ببذل عناية، ... فإذا انحرفت عن هذا السلوك الواجب، ... كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية"³.

وتخضع هذه المسؤولية في المغرب لمقتضيات الفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود، فالدولة بمقتضى هذا الفصل مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

¹ لا يمكن التسليم بأن مسؤولية الإدارة تشكلت من الوهلة الأولى، على الصورة التي هي عليها اليوم، بل إنها نتجت عن تطور مستمر لفكرة المسؤولية من عهد إلى عهد، ومن تشريع إلى تشريع، ويمكن إجمالها في المراحل التالية:

1- مسؤولية الإدارة لدى الشعوب القديمة:

لم تكن مسؤولية الإدارة تجاه مواطنيها مقررة بصورة عامة في ظل النظام الذي كان سائداً لدى تلك الشعوب باستثناء حالات قليلة وردت في قوانينها منها ما نصت عليه شريعة حمورابي من أن الدولة عندما لا تتمكن من معرفة القاتل تعتبر نفسها المسؤولة عن الجريمة وتدفع التعويض.

2- مسؤولية الإدارة في القانون الروماني:

في بداية الأمر وجب التلميح إلا أن القانون الروماني لم تكن لديه أحكام خاصة ومجموعة تحت مسمى المسؤولية المدنية، لكن رغم ذلك عرف هذا المفهوم إتساع ملحوظاً في تطبيقه.

ومع ظهور قانون إكليبا سنة 289 قبل الميلاد، والذي نص على صورة خاصة للفعل الضار، أما بخصوص مسؤولية الإدارة فإن الرومانيون كانوا يعلون مصلحة الحاكم (الإدارة) على مصلحة المواطن، وبذلك لم يفكر القانون بمسؤولية إزاء موظفيهم.

3- مسؤولية الإدارة في الشريعة الإسلامية:

ترتبط مسؤولية الإدارة في الشريعة الإسلامية بمدى معرفة هذه الشريعة للمسؤولية عن فعل الغير باعتبارها إستثناء عن القاعدة، فان مسؤولية الأمير والولاة عن أعمال خدماهم هي مسؤولية عن فعل الغير وفقاً للعلاقة تبعية القائمة بينهم، بما أن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي أن كل فرد مسؤول عن الضرر الصادر عنه دون الغير، فإن كثير من الفقه سار في تأييد هذا الرأي.

لكن هناك رأي ثان أقروا مسؤولية الدولة مستنديين على حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم "كلم راع وكلم مسؤول عن رعيته فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته".

ومن تطبيقاتها ما كان يقوم به أبا بكر وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما، من تعويض كل ضرر جراه عمل لأحد موظفي الدولة.

4- مسؤولية الإدارة في تشريع الفرنسي:

لقد شهدت المسؤولية الإدارية تطورا مهما، إبان ظهور التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 ملادية، وتطور المبادئ الخاصة بالديمقراطية، واحترام حقوق الإنسان، فتأسس الحق في التعويض جراه الضرر من أعمال السلطة الإدارية.

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي، مبدأ المسؤولية الدولة والإدارة، كمنظرة جديدة في مجال القانون العام، والتي إعتبر فيما بعد الحجر الأساس للقانون الإداري وقد كان حكم مجلس الدولة في قضية روتشليد سنة 1855 فاتحة الطريق للمسؤولية الإدارية تبعها بعد ذلك حكم في قضية بلانكو كما سبق ذكرها.

راجع في نفس الموضوع:

عبد الملك يونس محمود، أساس المسؤولية الإدارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج، مطبعة جامعة صلاح الدين أربيل، الطبعة الأولى 1999، ص: 15 وما بعدها.

سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص: 8.

² عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، الكتاب الأول الالتزامات بوجه عام، الجزء الأول مصادر الإلتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2002، ص: 377.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص: 644.

ولقد استقر العمل القضائي المغربي على أن مسؤولية الدولة تقوم بالأساس على وجود خطأ تم إثباته استنادا للفصل، 79 من قانون الالتزامات والعقود المغربي¹، وقد تجلى هذا في قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط عدد 4559 بتاريخ 19/5/1953 والمعروف بقضية بنعمو والذي جاء في حيثياته:

" حيث إنه طبقا لمقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، فإن الدولة والبلديات مسؤولة عن الأخطاء الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية التي يرتكبوها موظفوها.

وان المشرع بوضعه مقتضيات خاصة لتنظيم مسؤولية الإدارات العمومية يكون بطريقة ضمنية، لكن بصورة ضرورية، قد استبعد تطبيق القواعد العادية للمسؤولية المدنية على هذه الإدارات، ولا يمكن إذن مقتضيات القانون الخاص الواردة في الفصل 88 من ق.ل.ع، المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء على الإدارات العمومية ما دام الأمر يتعلق بتسيير الإدارة العمومية بأخطاء ارتكبوها أحد الموظفين"²

وقد أكد هذا المقتضى قرار لمحكمة النقض جاء فيه:

" لكن لما كانت مسؤولية الدولة والمؤسسات العمومية طبقا للفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود ثابتة في حقها بناء على نظرية المخاطر ولا يمكن إغفاؤها منها الا بإثبات خطأ جسيم من طرف الضحية أو قوة قاهرة أو حادث فجائي"³

الفصل 80 منه⁴ نص على أن مستخدمي الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم، والفصل 85 مكرر⁵ الذي يحمل المسؤولية عن فعل الغير لموظفي وزارة الشبيبة والرياضة ووزارة التربية الوطنية.

ونورد حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/1/23 جاء في أحد حيثياته:

¹ عبد الوهاب رافع، مقاضاة الدولة والمؤسسات العمومية في التشريع المغربي، دراسة تطبيقية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1987، ص: 54.

² مجموعة قرارات محكمة الإستئناف بالرباط، 53-54، ص: 675

³ قرار محكمة النقض عدد 1014 المؤرخ في 26-12-2002 ملف إداري عدد 2-4-13070 غير منشور أورده الدكتور عمر أزوكار في المرشد القانوني، جريدة الصباح عدد 4339 بتاريخ 29-03-2014

⁴ الفصل 79 الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

الفصل 80 مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها.

⁵ جاء فيه:

(ظهير 4 مايو 1942) يسأل المعلمون وموظفو الشبيبة والرياضة عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم.

والخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال الذي يحتج به عليهم، باعتباره السبب في حصول الفعل الضار، يلزم المدعي إثباته وفقا للقواعد القانونية العامة.

وفي جميع الحالات التي تقوم فيها مسؤولية رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة نتيجة ارتكاب فعل ضار أو بمناسبته إما من الأطفال أو من الشبان الذين عهد بهم إليهم بسبب وظائفهم وإما ضدهم في نفس الأحوال، تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية الموظفين السابقين، الذين لا تجوز مقاضاتهم أبدا أمام المحاكم المدنية من المتضرر أو من ممثله.

ويطبق هذا الحكم في كل حالة يعهد فيها بالأطفال أو الشبان إلى الموظفين السابق ذكرهم قصد التهذيب الخلقي أو الجسدي الذي لا يخالف الضوابط، ويوجدون بذلك تحت رقابتهم، دون اعتبار لما إذا وقع الفعل الضار في أوقات الدراسة أم خارجها.

ويجوز للدولة أن تباشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة وإما على الغير، وفقا للقواعد العامة.

ولا يسوغ، في الدعوى الأصلية، أن تسمع شهادة الموظفين الذين يمكن أن تباشر الدولة ضدهم دعوى الاسترداد..

وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقا لما تقدم، أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة قاضي الصلح الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر.

ويتم التقادم، بالنسبة إلى تعويض الأضرار المنصوص عليها في هذا الفصل بمضي ثلاث سنوات، تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار.

- ظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود

" وحيث إن السياسة الوقائية يجب تشكل أساس تدخل الدولة في مجال إنجاز البنية التحتية والتهيئة القروية الفلاحية المائية ولاسيما بناء سدود أو قنوات كبيرة لصرف المياه ، وذلك بهدف الحماية الدائمة للسكان والمراكز والأنشطة الاقتصادية والفلاحية الموجود في المناطق المهتدة بالفيضانات.

حيث إن الأمطار الغزيرة والاستثنائية المسببة للفيضان لا تشكل قوة قاهرة وإنما قرينة على ترتب المسؤولية، لكون وقوعها في فصل الشتاء من الأمور المتوقعة وليست قوة قاهرة أو سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية، مما يعطي للقوة القاهرة في حقل القانون والقضاء الإداري مفهوما متميزا وخصوصا يتلاءم وطبيعة روابط القانون العام تتحمل آثاره الدولة عن القانون المدني الذي يتحمل آثاره الدائن

وحيث المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي مسؤول بحكم مهامه عن تأمين مرفق تصريف المياه لدرء الخطر عن أراضي المواطنين الفلاحين ومسؤول عما تحدثه من أضرار للغير، وهذه المسؤولية موضوعية مبنها الضرر طبقا لقواعد العدالة والإنصاف والموجبات الإنسانية المبنية على التضامن الوطني الذي تتكفل دول المعمور بموجبه وعلى سبيل الإسعاف والمساعدة وفي حدود الإمكان بصرف تعويضات لكل متضرر كلما وقعت أضرار بيئية خطيرة ، والمغرب بدوره لم يحد عن هذه القاعدة بصرفه مبالغ محددة من الميزانية العامة لفائدة ضحايا الكوارث"صندوق الكوارث" وهو ما يبرر بالقياس وفي إطار المعاملة بالمثل – تعويض المدعي المضرور في هذه النازلة. في نفس الاتجاه يراجع (قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 935 بتاريخ 2005/12/4 ملف إداري عدد 2002/1/4/461)¹

وقد حكمت المحكمة في هذا الحكم على الدولة بتحملها الأضرار التي تسببت فيها الفيضانات، لأن الدولة يجب أن تكون قد استبقت وقوع الضرر، يظهر من هذا القرار أن القضاء الإداري خطى خطوات جريئة على مستوى إصدار الأحكام ضد الدولة. وفي أحد القضايا التي عرضت على أنظار المحكمة الإدارية بالرباط، والتي تنصب بالأساس في مسؤولية الدولة الممثلة في هاته القضية بالجماعة الحضرية بالرباط فتقدم المتضرر بالمقال الافتتاحي المسجل والمؤداة عنه الرسوم القضائية بصندوق هذه المحكمة بتاريخ 26/1/2001، يعرض فيه المدعي أنه تعرض لحادثة سير بسيارته من نوع مرسيدس بتاريخ 14-2-98 على الساعة الواحدة صباحا، أتيا من ساحة ابن رشد ومتوجها نحو حي الفتح بالرباط عبر شارع الحسن الثاني، وفوجئ بحفرة عميقة هوت بها السيارة فزاعجت إلى اليمين وارتطمت بشجرة منتصبة وخلفت له أضرارا بدنية جسيمة إضافة لى خسائر مادية بسيارته لذلك يلتزم الحكم بإجراء خبرة طبية وتعويض مسبق قدره 10.000 درهم.

وجاء في حيثيات هذا الحكم:

" وحيث ارتأت المحكمة بعد دراستها لمختلف الوثائق المدرجة بالملف، وتأكيدا من ظروف وملابسات الحادث الذي وقع للمدعي بتاريخ 14 / 2 / 1998، أن مسؤولية الجماعة الحضرية للرباط المسؤولة عن تتبع وصيانة الطرق العمومية الواقعة داخل دائرتها، تعتبر قائمة بالنظر إلى أن الحفرة الموجودة بالطريق شكلت عاملا أساسيا في وقوع الحادث، قررت معه المحكمة تحميل مسؤوليتها في حدود الثلثين للجماعة والثلث المتبقي للمدعي الذي ساهم عدم تبصره في وقوع الحادث.

وحيث استنادا إلى مختلف الوثائق والمعطيات المتوفرة، ارتأت المحكمة في حدود سلطتها التقديرية تحديد مختلف الأضرار التي لحقت بالمدعي بسبب الحادث، سواء البدنية أو المادية الناتجة عن الخسائر التي لحقت بسيارته، في مبلغ إجمالي قدره 90.000,00 درهم، تتحمل الجماعة ثلثيه وفق ما تقدم ليكون مجموع التعويض الذي يتعين إلزامها بأدائه هو مبلغ 60.000,00 درهم وحيث يتعين جعل الصائر حسب النسبة ورفض طلب شمول الحكم بالنفاد المعجل لعدم وجود ما يبرره."²

¹ حكم المحكمة الإدارية رقم 251، بتاريخ: 2014 / 1 / 23 ملف رقم: 2010/12/807 منشور بموقع www.marocdroit.com

² حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد: 1075 بتاريخ 2006-7-25 عدد 01-57 ش ت، غير منشور

نخلص مما سبق ذكره إلى اشكاليتين تعطلان عمل القضاء الإداري بالمغرب:

(أ) إشكالية الإثبات:

حيث أن هناك صعوبة في إثبات الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي العام، أي هل تحميل المسؤولية تقع على عاتق الموظف أم الدولة؟، فقد كان الاعتقاد السائد لدى أنصار النظرية التقليدية إلى عدم مسائلة الشخص المعنوي، سواء العام أو الخاص، لكن هذا الأمر غير سليم إطلاقاً ما دام أن الدولة تتحمل مجموعة من الإجراءات والإمكانات في عديد من المستويات، وبذلك وجب مسائلتها شأنها في ذلك شأن الشخص القانون الطبيعي.

و كذلك عبء الإثبات في الفصل 85 مكرر على المتضرر مما يؤدي إلى تملص الدولة من المسؤولية، فالمتضرر هو الذي يثبت، عكس القاعدة العامة التي تضع عبء الإثبات على عاتق مرتكب الخطأ.

(ب) إشكالية الاختصاص:

ليست كل الأضرار التي تتركها الدولة ينعقد اختصاصها للمحكمة الإدارية، بل هناك استثناءات عن القاعدة والتي تختص بها المحاكم العادية، أهمها الأضرار التي تتسبب فيها المركبات التابعة إلى أشخاص القانون العام، وبذلك هناك تضارب واضح بين الاختصاصات القضائية في دعوى التعويض عن الأخطاء التي يرتكبها أشخاص القانون العام.

وهذا ما يؤكد الفصل نفسه المذكور في فقرته السابعة:

" وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الضرر وفقاً لما تقدم،

أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة "قاضي الصلح" الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر."

المحور الثالث: الإشكالات المرتبطة بدعوى نزع الملكية لأجل المنفعة العامة.¹

الأصل أن حق الملكية هو حق خاص يبقى على وجه الدوام، لكن المشرع، وضع له استثناءا المتمثل في نزع الإدارة للملكية الخاصة تحت ذريعة المنفعة العامة، وهو إجراء قانوني تلجأ إليه الدولة والمؤسسات العامة الأخرى لإجبار الخواص على التخلي عن ملكيتهم العقارية من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض مناسب.

ويعتبر موضوع نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من الإشكالات المطروحة على الصعيد الوطني والدولي، لأنه تتقاطع فيه المصلحة الخاصة بالعام، بحيث كل مصلحة تريد العلو على الأخرى، إلا أن الغلبة دائماً تكون للمصلحة العامة، والفصل في ذلك يكون من خلال التأكد من تحقق المصلحة العامة.²

وحسب المادة 8 المذكور سابقاً فإن المشرع منح صلاحية البث في نزاعات المتعلقة بالنزع الملكية للقضاء الإداري، ولا نسجل أي

ملاحظات بخصوص هذا الاختصاص، سوى إشكاليتين:

الإشكالية الأولى: متعلقة بنزع الملكية نفسها، والتي يتم تفسير المنفعة العامة بطريقة فضفاضة نوعاً ما، مما يجعلها نهباً

للممتلكات أكثر منه خدمة للمصلحة العامة.

¹ تتميز مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بعدة خصائص هي:

- نزع الملكية يقتصر على العقارات المادية دون العقارات الحكيمة والمنقولات.

- أوكل المشرع اختصاص نزع الملكية للأشخاص المعنوية العامة

- وجود تعويض للمزوجة ملكيتهم

- تحقيق المنفعة العامة

لمزيد من التوسع:

محمد الكشور، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، قراءة في النصوص وفي مواقف القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2007، ص: 42.

² العربي محمد ميا، قضاء محكمة النقض في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، دار القلم، الطبعة الأولى 2012، ص: 3.

فعند قراءتنا لقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت¹، وبالخصوص الفصل الثاني منه الذي جاء فيه: "يتم نزع الملكية لأجل المنفعة العامة بحكم قضائي".

ونستشف في الفصل أعلاه أننا لم نجد أي تعريف أو تحديد لمفهوم المنفعة العامة من قبل المشرع مما يجعل انحراف الإدارة أمر بالغ الوقوع، وأن جعل مثل هذا المفهوم المهم، فضفاضاً في تعريفه وتحديده، يؤدي إلى نزع الملكية من طرف الإدارة، تحت ذريعة المنفعة العامة.

أما على مستوى القضاء المغربي فقد جاء في قرار للمحكمة النقض، الغرفة الإدارية عدد 217 بتاريخ 1-10-1987 جاء فيه: "حيث أن إنشاء مأرب في العقار المتزعة ملكيته لاستعماله كمستودع لناقلات الجماعة يكون المنفعة العامة التي يتطلبها القانون لتبرير نزع الملكية، فإن القرار المطلوب إلغاؤه لا يشوبه أي شطط ولا إساءة استعماله"²

في حين ذهب القضاء المقارن المتمثل في المحكمة الإدارية العليا المصرية، التي جاء في أحد أحكامها: "ومن حيث إن الاستفادة مما تقدم أن المشرع توفيقاً بين حماية الملكية الخاصة بمكائنها (الاستغلال - الاستعمال - التصرف) والدور الاجتماعي لها باعتبارها أحد مصادر الثروة القومية صدر القانون رقم 1954/577 وتعدياته منظماً نزع ملكية العقارات التي تلزم لتنفيذ المشروعات باعتباره وسيلة استثنائية تهدف خدمة المصلحة العامة، ومن هذه الوسائل تقرير صفة المنفعة العامة لبعض العقارات والاستيلاء المؤقت عليها، ونزع الملكية للمنفعة العامة وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على مناط هذه السلطات هو ثبوت واستمرار المنفعة العامة المراد تحقيقها بتلك الوسائل وثبوت لزوم العقارات المملوكة للأفراد لتحقيق ذات المنفعة العامة التي حددتها جهة الإدارة وقدرت أن تحقيقها لا يتم إلا بتلك الوسائل الاستثنائية (في هذا المعنى الطعن رقم 34/1606 ق جلسة 1990/6/9)³

وعموماً يجب أن يكون المشرع المغربي أكثر حرصاً على حقوق الأشخاص وملكياتهم الخاصة، من النزع المبني على غير منفعة عامة حقيقية، والذي يفتحه غياب النص القانون.

إن الإحتياج العام، للمباني والعقارات حتى تبنى فيها المرافق والمصالح العامة، يؤدي إلى التفكير العميق حول:

ما مدى نجاعة هذا القانون؟، وهل نحن قادرين على تركه وعدم إستعماله؟

بالطبيعة الحال فإن السؤال الثاني نجيب عنه بكل بساطة، بحيث لا يكمننا التخلي عن هذا المسلك بصفة مطلقة وأكيدة، فإنه أمر تحتاجه الدولة ويحتاجه المجتمع في إطار المصلحة العامة، وبالخصوص بما تعانيه الدولة من فشل- هذا الفشل نابع في تقديرنا من غياب الاستثمار والاقتصاد على النظام الضريبي والوقفي في تدبير اقتصاد الدولة- اقتصادي واجتماعي ومرفقي- إداري.

لكن السؤال الأول يمكننا الإجابة عنه بأنه يجب الحسم في تعريف المنفعة العامة بالتعريف الصحيح والحاسم لكل خرق واختلاف.

بحيث يعتبر الحقل الدلالي-المفاهيمي، لأي قانون الأساس لحماية أطراف العلاقة، إن ضبط المفاهيم، يقطع مع أي تجاوزات أو خروق للقانون، وما أصعب خرق القانون بالقانون، والحديث عن قانون نزع الملكية يطرح العديد من التساؤلات حول غموض بعض

¹ ظهر شريف رقم 1-81-254 صادر في 11 من رجب 1402 بتنفيذ القانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت منشور بالجريدة الرسمية، بتاريخ 3 رمضان 1403 - 15 يونيو 1983، عدد 3685، ص 980.

² قرار عدد 217 ملف عدد 7250-84 بتاريخ 1-10-1987

³ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 30 لسنة 44 قضائية عليا بجلسة 2010/3/6 منشور بموسوعة القضاء الإداري المصري، لدكتور عاطف سالم.

نصوصه، أهمها فكرة المنفعة العامة، وتبدو أهمية المنفعة العامة بالنسبة إلى الدولة في أنها تشكل غطاءً ضرورياً لممارسة سلطتها، وبمعنى آخر كي تسيع تصرفاتها بالشرعية المطلوبة، ويسهل قبول الأفراد لهذه التصرفات.¹

استخدمت فكرة المنفعة العامة بوصفها مبرراً لامتيازات الإدارة، وبنيت عليها معظم النظريات المهمة في القانون الإداري. وساد اعتقاد مفاده أن الدولة هي حامية المنفعة العامة، وإن ما تقوله لجهة تحقيق المنفعة العامة فإنه محقق لها.

وبذلك وجب على المشرع أن يراعي في تحديد هذا المفهوم الجوانب التالية:

- مجموع المنافع الخاصة يحقق المنفعة العامة: هذا الجانب رأى به بعض الفقه²، بحيث يحدد بأن المنفعة العامة هي مجموعة من المنافع الخاصة المتواجدة بالمجتمع، تشكل عنصر الأغلبية، أي أن المنفعة العامة هي مجموعة من التوازنات والمصالح الخاصة التي تتجه إلى إحداث أثر أو إرادة واحدة، إن في أول الوهلة لنرى بأن هذا المعيار لمعقول ومنطقي وعادل لأنه يتجه نحو تغليب الإرادة العامة للمواطنين، لكن عملياً يطرح صعوبات جمة وعديدة، في تحديد أن هذا النزاع للملكية هو في صالح أغلب المواطنين.

- سمو المنفعة العامة: إن سمو المنفعة العامة أمر ضروري ولا يمكن أن نستغني عنها، وهو معيار قضائي أخذ به مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه، من فكرة أن المنفعة العامة هي منفعة المجتمع ككل، إنها مستقلة ومنفصلة عن أحاد تكوينها، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن الجمع لا يمكن أن يرد إلا على الأشياء المتماثلة التي لها الطبيعة ذاتها، أما المنافع الخاصة فهي متعارضة، ومتضاربة، فلا يمكن إضافة بعضها إلى بعض للقول إن المنفعة العامة هي ناتج الجمع، فالمجتمع يشكل وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين له، ومن ثم فإن هناك صالحاً مشتركاً فيما بين أفرادهم، وغاية واحدة تجمعهم، وهي المنفعة العامة، بغض النظر عن مصلحة كل فرد منهم.³

- المنفعة العامة هي المنفعة الأرجح: ليست كلها خيراً محضاً، ولا شراً محضاً، وإنما ما يحقق الخير في جانب قد يسبب الضرر في جوانب أخرى، والمنفعة العامة هي المنفعة التي تتغلب لأهميتها سواء من حيث عدد المستفيدين منها، أم لضرورتها الملحة، أم للحاجة إليها لدفع ضرر شديد.

ويمكن من خلال الاعتبارات التي طرحها أعلاه أن نصوغ تعريفاً للمنفعة العامة وليس تعريفاً مكتملاً، إنما تعريف أولي، على الشكل

التالي:

" المنفعة العامة هي مجموع المنافع الخاصة، التي تحقق المصلحة العامة للمجتمع، في إطار نشاط إداري بعيد عن الأنشطة الفردية، ومقيدة بمبدأ المشروعية الذي يراقب القضاء الإداري إحترام الإدارة لهذا المبدأ "

الإشكالية الثانية: وعلى مستوى آخر، فإذا كان قرار نزع الملكية للمنفعة العامة يعد إعتداءً قانونياً على حق الملكية الخاصة بل تعدياً على هذا الحق، فإن المنطق القانوني يفرض ضرورة إعطاء مقابل لمنزوعي الملكية عن حقوقهم الضائعة وعن الامتيازات التي كانت تخولها بإعطاء تعويض عادل لمنزوعي الملكية يشكل أهم الضمانات المخولة للملكية الخاصة وبشكل مقابلاً عن المساس والتعدي على هذا الحق، وعادة ما يكون رقابة هذا التعويض للقضاء أياً كانت وسيلة تقديره.⁴

وفي تقديرنا ان تقدير قيمة التعويض العادل يجب ان تقدر طبقاً للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية، وأن يكفل التشريع للمنزوع عنه حق الملكية الطعن على تقدير هذا التعويض أمام القضاء.

¹ Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie Variations autour de l'ideologie de l'interet general, Reims volume 1, 1978,P.13 et s.

² Jean- Claude VENEZIA: Administration et secteur prive, colloque d'Aix-en- Provence, 1er et 2e juin 1972, p.12.

³ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 7/3 في القضية 655 1969، مجموعة المكتب الفني، السنوات الثلاث، 22. 23. 21، ص780، أوردتها: نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد 29- العدد الثاني- 2013، ص:14.

⁴ السيد المستشار / رئيس مجلس الدولة المصري، نزع الملكية للمنفعة العامة، ورقة العمل المقدمة من الوفد المصري المشارك في المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المعقود ببيروت – لبنان في الفترة من 16 إلى 18 ديسمبر 2013.

وعموما نؤكد أن الرقابة القضائية تحسنت كثيرا، على مستوى نزع الملكية من خلال الرقابة أو التعويض. ونورد مقررًا في الموضوع: قرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية بتاريخ 10/12/1992) الذي تبنى قفزة نوعية وتطورا كبيرا في رقابة القضاء للسلطة التقديرية للإدارة.

ولأهمية القرار نورد وقائعه:

يتعلق الأمر بنزاع بين الشركة العقارية ميموزة ووزارة السكنى، فبعد أن قامت الشركة ملكة العقار المسمى "كاريبا" موضوع الرسم العقاري 8066 بطلب رخصة لإنجاز تجزئة على الأرض المذكورة مساهمة منها في مشروع التنمية السكنية والقضاء على مدن الصفيح وبعد ما قسمت الأرض إلى ثلاث أجزاء وحصلت على الرخصة، ودققت التجزئة على القطعة الأولى مبالغ مالية مهمة، وبدأت تضطر تجهيز القطعة الثانية، لكنها فوجئت بصدور مشروع بنزع الملكية عن السيد الوزير، فقامت الشركة بالطعن في القرار طالبة إلغاء المرسوم وقضى المجلس الأعلى بإلغاء المرسوم معللا قراره كالاتي:

"وحيث أن الإدارة إذا كانت تتوفر على السلطة التقديرية بخصوص المنفعة العامة التي تسعى إلى تدقيقها من وراء نزع الملكة فإن ذلك لا يمنع القضاء الإداري لمراقبة مضمون وأغراض المنفعة العامة وما إذا كان المتزوع ملكيته كما هو الحال في النازلة يسعى إلى تدقيق نفس الأغراض والأهداف بموافقة الإدارة المسبقة"

مما استنتج معه المجلس الأعلى أن المنفعة العامة التي تتدرج بها الإدارة لإصدار المرسوم المطعون فيه، وقد تدققت فيه عبر المشروع الذي أنجزت الطاعنة جزئيا هاما منه.

وأضاف في تعليقه:

"حيث يتضح من كل ذلك أن المنفعة العامة التي تتدرج بها الإدارة بإصدار الرسوم المطعون فيه، قد تدققت بالفعل عبر المشروع الذي أنجزت الطاعنة طرفا منه باعتراف الإدارة وبموافقتها الواضحة والصريحة، مما يجب معه إلغاء المقرر المطعون فيه" يشكل إذن هذا القرار تطورا كبيرا في ميدان حماية الملكية الخاصة، وقد غير المجلس الأعلى من أسلوب رقابته للمنفعة بعد أن كان أمر تقديرها متروكا للسلطة التقديرية للإدارة.

ولم يقف تطور هذه الرقابة عند هذا الحد بل واكب ذلك قرارات أخرى أكدت النضج الكبير الذي وصل إليه القضاء في مجال مراقبته لأعمال الإدارة.

جاء في قرار للمحكمة النقض بتاريخ 07/05/1997:

"وحيث إن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري لا يكتفي بالنظر إلى المنفعة العامة المتوخاة من نزع الملكية نظرة مجردة بل يتجاوز ذلك إلى النظر فيما يعود به القرار من فائدة، تحقق أكبر قدر من المصلحة العامة وذلك عن طريق الموازنة بين الفوائد التي سيحققها المشروع المزمع إنشاؤه والمصالح الخاصة المتعارضة التي يمسها وبالتالي تقييم قرار نزع على ضوء مزاياه وسلبياته والمقارنة بين المصالح المتعارضة للإدارة والخواطر المتزوع ملكيتهم¹."

من خلال هذا القرار نستنتج أن القضاء الإداري انعطف على مستوى الرقابة في قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العامة إلى الأحسن بالمقارنة مع السابق²، وقد سميت بالنظرية الحصيلة، لمقارنتها بين الحصيلة الناتجة من المنفعة العامة، والمصلحة الشخصية للمنزوعة ملكيته.

¹ قرار محكمة النقض رقم 500 صادر بتاريخ 7 ماي 1997. منشور بمجلة المجلس الأعلى، الإصدار الرقي، عدد 51 سنة 2000، ص 191.

² كانت محكمة النقض في أحكام سابقة تعتمد على المشروعية الشكلية، المتمثلة في المساطر والنصوص، في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. مشال روسي، القانون الإداري المغربي، الرباط، 1984، ص: 44 وما إليها.

خاتمة:

من خلال ما تقدم في هذه الدراسة المتعلقة بإشكالات المرتبطة بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية بالمغرب، يمكننا إبداء الملاحظات والتلميحات التالية:

الملاحظة الأولى:

رغم تقييد القرار الإداري، بالرقابة القضائية والمتجلية، في قضاء الإلغاء، والذي يقوم أساسا على إلغاء القرارات الإدارية التي تتجاوز السلطة، لكن الإدارة تتملص من هاته الرقابة، عن طريق السلطة التقديرية، والمصلحة العامة. الدين كما رأينا سابقا أنهما مفسران بطريقة فضفاضة وخاطئة.

الملاحظة الثانية:

هو وجود ارتباك واضح وقع فيه المشرع في التنصيص على الاختصاص، بين اختصاصات المحكمة الابتدائية، باعتبارها صاحبة الولاية العامة، والمحكمة الإدارية، حيث ينص الفصل 18¹، من قانون المسطرة المدنية أنها تختص -أي المحكمة الابتدائية، بالنظر في القضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية والميراث والتجارية والإدارية، والاجتماعية.

وقد جاء في قرار لمحكمة نقض، عدد 22، بتاريخ 4-1-1996، في الملف عدد 95-200:

" الإدارة عندما تكون مكترية وتخل بالتزاماتها التعاقدية لا يمكن مساءلتها في إطار الفصل 8 من قانون رقم 41.90 لطلب التعويض عن أضرار تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام أمام المحكمة الإدارية الدعوى تقام في هاته الحالة أمام القضاء العادي في نطاق مسؤولية المكترية عن هلاك العين أو إساءة الإستعمال"²

الملاحظة الثالثة:

كملاحظة عامة وأخيرة فإن المغرب، قد خطى خطوات مهمة في تأسيس دعائم القضاء المزدوج، وكانت أولى هذه الخطوات بتشييد المحاكم الإدارية، لكن مازال لم يحقق هذه الازدواجية، وذلك لأمرين هما:

الأمر الأول: توحيد محاكم المملكة في محكمة النقض، مما يجعل الاختصاص الوظيفي غير منزل على أرض الواقع،

الأمر الثاني: هناك تضارب الاختصاص بين المحاكم، والسبب في ذلك عدم وجود محكمة تنازع، تفصل في تنازع الاختصاص.

وجب التفكير لتجاوز كل ما تحدثنا عنها من الإشكالات، أو الإشكالات التي لم يتسع المكان لذكرها، والمؤثرة في عمل القضاء، القيام

بما يلي:

إنشاء محكمة إدارية عليا أو مجلس الدولة المغربي ليكون أداة لرفع من منسوب عمل القضاء الإداري المغربي، ليساوق نظيره

الفرنسي، كما أن إنشاء محكمة تنازع لها مهمة وضرورية.

في حين لابد من التفكير جيدا في التخلص من تطبيق المسطرة المدنية أمام المحاكم الإدارية، التي لا تحترم الخصوصيات التي تتحلى

بها المنازعة الإدارية، هذا ما حاولت فرنسا ومنذ زمن أن تطبقه بحيث أسست قانونا للقضاء الإداري، بمثابة قانون جامع لكل ما يرتبط

بالمنازعات الإدارية، الشيء الذي جعل فكرة أن القانون الإداري، قانون غير مقنن، يعاد فيها النظر.

¹ ظهر شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية الجديدة الرسمية، عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 بموافق 30 شتنبر 1974 ص 2741.

² محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2012، ص: 71 و72

مسطرة الطعن الجبائي أمام القضاء الإداري

رشيد المسعودي

لقد أوكل المشرع المغربي الاختصاص في الطعون الجبائية للمحاكم الإدارية في جل المنازعات الضريبية حيث أصبحت هذه المحاكم هي صاحبة الولاية العامة للنظر في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة الضريبية والملمزمين بالضريبة ، سواء أثناء تأسيس هذه الضرائب وتحديد وعائها أو أثناء التحصيل ، إذ حلت المحاكم الإدارية عوض المحاكم الابتدائية في كل الطعون الضريبية تقريبا. ويقتضي منا التطرق إلى مسطرة الطعون أمام المحاكم الإدارية تخصيص مبحث مستقل للحديث عن الطبيعة القانونية للطعون الجبائية حيث يتم التطرق إلى اختصاص القضاء الإداري في المطلب الأول وإلى موقف الاجتهاد القضائي من الطبيعة القانونية للطعون الجبائية في المطلب الثاني .

المبحث الأول: تحديد الطبيعة القانونية للطعون الجبائية

تعتبر الطعون الجبائية بحكم طبيعتها ، من حيث كونها منازعة طرفها الملزم والإدارة الضريبية يحكمها القانون العام . ويقتضي منا التطرق للطبيعة القانونية للطعون الجبائية تحديد الطبيعة القانونية للطعون الجبائية ، أي تحديد النظام القانوني الذي يندرج تحته هذا النوع من الطعون. ويعزى هذا الإشكال إلى أن المنازعات الإدارية بحكم تعددها واختلاف أنظمتها القانونية تخضع لأنظمة قانونية وإجرائية تختلف حسب طبيعة المنازعة ، ونتيجة لذلك انقسم الفقهاء الجبائي والإداري على السواء في تحديد الطبيعة القانونية للمنازعة الجبائية غالى عدة اتجاهات ، حيث يثور التساؤل بشأنها : هل هي ذات طبيعة مستقلة بحيث تشكل فرعاً منفرداً من موضوعات القضاء الإداري أم تنتهي إلى قضاء الإلغاء أم إلى القضاء الشامل ؟.

للجواب عن هذه الأسئلة ، وأسئلة فرعية أخرى متصلة بها نعرض في هذا الفصل مختلف القضايا التي يختص بها القضاء الإداري في (مطلب أول) ثم نتعرض في (المطلب ثاني) إلى موقع الطعون الجبائية في القضاء الإداري انطلاقاً من التحديد الفقهي ، ثم ننتقل في (المبحث الثالث) إلى بيان موقف الاجتهاديين القضائيين الفرنسي والمغربي من هذه الإشكالية.

المطلب الأول: اختصاص القضاء الإداري

إن القضايا التي يختص بها القضاء الإداري تختلف حسب المعايير التي تعتمد لتقسيم المادة والمعايير فهي متعددة : هناك المعايير الهيكلية ، وهناك المعايير الشكلية ، والمادية ، والعضوية... حيث سنتطرق لمختلف القضايا التي ترجع للقضاء الإداري انطلاقاً من بعض التصنيفات المشهورة.

الفقرة الأولى: التصنيف التقليدي

وهو التصنيف الذي حمل لوائه لافريير Lafférière¹ الذي يعتمد في تمييزه على معيار سلطة القاضي ودوره في المنازعة وهي قضاء الإلغاء: contentieux d'annulation والقضاء الشامل: contentieux de pleine juridiction ، قضاء التفسير: contentieux de l'interprétation وقضاء فحص الشرعية: contentieux de l'appréciation ثم قضاء العقاب: contentieux de la répression.

¹ -René Chapus; droit du contentieux administratif 4ème édition p .139 DELAURADERE(A); TRAITÉ de droit administratif LGDJ Paris 1980.TOME IP 522.

- انظر كذلك ، محمد سليمان الطماوي القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، طبعة 1996 ، دار الفكر العربي ص : 272 وما بعدها.

أولاً: القضاء الشامل:

يعمل القاضي في هذا الصنف من القضايا كسائر القضاة أثناء البت في القضايا المدنية ، إذ لا يكتفي القاضي على مجرد إلغاء القرار المطعون فيه بعدم المشروعية وإنما يمكنه إلغاء القرار والحكم بالتعويض كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للعقود والمسؤولية التقصيرية والمنح والأموال .

ثانياً: قضاء الإلغاء:

تختلف سلطة القاضي في هذا النوع من الاختصاص على خلاف السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي القضاء الشامل حيث يقتصر دور قاضي الإلغاء على القول بمشروعية القرار الإداري أو عدم المشروعية ولا يمكنه الحكم بالتعويض أو التدخل في الوقائع وهذا هو شأن الطعن بتجاوز السلطة .

ثالثاً: قضاء التفسير:

حيث تزداد سلطة القاضي ضيقاً ويقتصر دوره على تحديد المدلول الصحيح للعمل الإداري وبيان مطابقتها للقانون دون أن يكون له الحق في الحكم بالإلغاء أو التعويض.

رابعاً: قضاء العقاب:

يرمي هذا النوع من القضاء حسب التصنيف التقليدي إلى توقيع بعض العقوبات المقررة لبعض المخالفات التي يرتكبها الأفراد ضد القوانين التي وضعها المشرع والتي تحمي الأموال العامة . وبالرغم من تبني هذا التصنيف من طرف مجلس الدولة الفرنسي وروميو مفوض الحكومة بمجلس الدولة¹ ، فإنه أثار انتقادات العديد من الفقهاء أمثال DElaubadère ; duguit و Jése . ولم يتوقف الفقه عند انتقاد التقسيم الذي تبناه لافريير بل أعطى تقسيم بديل عنه .

الفقرة الثانية: التصنيفات الحديثة

لقد عملت هذه التصنيفات الحديثة على الحد من التقسيمات الفرعية وأشهرها ذلك الذي يقسم القضايا إلى نوعين : تصنيف حسب طبيعة الدعوى (الفقرة الأولى) وتقسيم الأستاذ روني شابو (rené chapus).

أولاً: التصنيف حسب طبيعة الدعوى

تقدم بهذا التصنيف الفقهاء جيز Jése وليون Léon حيث ميز الأول بين القضاء النزاعي الشخصي أو الحقوقي (contentieux subjectif) وبين القضاء الموضوعي الذي يشمل حسب رأيه قضاء تجاوز السلطة (contentieux objectif)² . ويقتدي دوجي بنفس الطريقة ، مبيناً أن القضاء الشخصي يرمي إلى رد الحقوق الفردية المشروعة لمستحقيها ، وأن القضاء الموضوعي يرمي إلى ملائمة القرارات مع القواعد التشريعية كما هو الشأن بالنسبة للقرارات المتعلقة بالحالة المدنية ، وقضاء المتابعات وقضاء الإلغاء وبالخصوص الإلغاء عن طريق تجاوز السلطة³ . في حين حاول الأستاذ الطماوي⁴ إلى رد القضايا المختلفة إلى كلا القضائين العيني والشخصي على الشكل التالي:

- القضاء العيني : يشمل حسب الأستاذ الطماوي دعاوي إلغاء القرارات ودعاوي فحص أو تقدير المشروعية وكذا الطعون الانتخابية التي يرى بأنها تنتمي إلى القضاء العيني جزئياً من حيث طبيعة النزاع ، لكن من حيث سلطات القاضي فإنه يرى

- عياض بنعاشور ، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية سراش للنشر تونس ، ص:43.¹

² - Gaston Jése: « Lacte Juridictionnel et la classification des recours contentieux » R.D.P;1909 ;P667.

³ - Léon Duguit ; traité de droit constutionnel ;3éme- éd -1928 p 458 et suite.

- ، محمد سليمان الطماوي القضاء الإداري . مرجع سابق ص : 276 وما بعدها.⁴

بأنها تنتهي إلى القضاء الشخصي ، ونفس الشيء يقال بالنسبة للطعون الضريبية حيث تنتهي إلى القضاء العيني جزئيا من حيث تعلق النزاع بسلامة قرارات فرض الضرائب.

- **القضاء الشخصي:** يتسع ليشمل حسب الأستاذ الطماوي المنازعات المتعلقة بالعقود وأشباه العقود وقضاء التعويض على أعمال الإدارة الضارة تضاف إليها الطعون الانتخابية والضريبية المنتميتين جزئيا إلى القضاء العيني ، وكذا قضاء التفسير الذي يكون بدوره عينيا إذا كان المطلوب تفسيره قرارا إداريا وشخصيا إذا طلب تفسير عقد إداري.

ثانيا

تصنيف الأستاذ روني شابو

بعد محاولة أولى تهدف إلى تقسيم ثنائي بين قضاء الطعون وقضاء المتابعات انتهى الأستاذ روني إلى تقسيم ثلاثي يميز فيه بين قضاء تجاوز السلطة والقضاء الشامل وقضاء المتابعات¹ ، كما اعتمد في التمييز بين القضاء الموضوعي والقضاء الشخصي على معيار لافايير حول سلطات القاضي عند إصداره للحكم ففي القضاء الشامل يمكن أن تمتد سلطات القاضي إلى تعديل أو تصحيح القرار الإداري لمسأسه بالحقوق².

وداخل نظام القضاء الشامل ميز روني بين مجال القضاء الشامل العادي

(Recours ordinaire de plein contentieux) ومجال القضاء الشامل الموضوعي (Recours objectifs de plein contentieux).

وباستعراضنا لمختلف تصنيفات القضاء الإداري ، نجد أن الموقف على العموم لم يتغير ولم يخرج عن تصنيف لافايير ، اللهم فيما يتعلق بالتفسيرات القانونية لهذا التصنيف الأخير تصنيف روني شابو من التصنيفات الرائدة التي تبناها افقه والقضاء خاصة الفرنسي. ولننتقل الآن إلى بيان موقع الطعون الجبائية من خلال التحديد الفقهي.

الفقرة الثالثة: التحديد الفقهي لموقع الطعون الجبائية في القضاء الإداري

لقد انقسم الفقهاء في تحديد موقع الطعون الجبائية في القضاء الإداري إلى عدة مذاهب فقهية ، فمنهم من رجح انتمائه للقضاء الموضوعي (أولا) ومنهم من صنفه ضمن القضاء الشامل (ثانيا) في حين ذهب فريق منهم إلى المزوجة بين الطبيعتين الموضوعية والشخصية (ثالثا) .

أولا: مذهب انتماء الطعون الجبائية إلى القضاء الجبائي:

يرى أنصار هذا الاتجاه³ أن القضاء الجبائي يندرج في إطار القضاء الموضوعي استنادا إلى أن الملزم يكون إزاء الإدارة الضريبية في مركز موضوعي وليس في مركز شخصي تبدو فيه علاقة المدين بالدائن ، ودور القاضي فيها إنما يرمي إلى البحث فيما إذا كان القانون الضريبي قد تم تطبيقه تطبيقا سليما على النازلة المعروضة أمامه. كما أن طلب الملزم بإلغاء الضريبة أو إلغائها يؤسس على أن ربط الضريبة تم بمخالفته للقانون الموضوعي المحدد لوعاء الضريبة .

أما بخصوص سلطات القاضي الجبائي يرى أنصار هذا الرأي بان القاضي له سلطات تتجاوز المهمة الدقيقة لقاضي المشروعية .

ثانيا: مذهب انتماء الطعون الجبائية إلى القضاء الشامل:

ذهب الكثير من الفقهاء إلى اعتبار أن المنازعة الجبائية تنتهي للقضاء الشامل بالرغم من اختلافهم في الأسس التي تم الاعتماد

عليها لتبرير مواقفهم .

¹ - René chapus droit de contentieux administratif ;édition 1995 Montchrestien ;P 155 et suite.

² -René chapus op cit p .172 et suite .

³ ومن بينهم Auby و Dragon و Trotabas الذي سوف يتخلى فيما بعد عن هذا المذهب لصالح المذهب المختلط.

وأول هؤلاء لافريير الذي ركز في تصنيفه للقضاء الإداري كما رائنا سلفا على السلطات التي يتمتع بها القاضي في كلا المنازعتين حيث أن القاضي ينظر في كل من الواقع و القانون ويرد كل الحقوق إلى مستحقيها كاملة شأنه في ذلك شأن سائر قضاة القضاء المدني¹. أما الفقيه دوغي Duguit فقد استند إلى العلاقة التي تربط بين الملزم والإدارة الضريبية . وقال عنها بأنها علاقة مدين بدائن هو الخزينة وهذا المركز يثير مسألة وجود حق شخصي له الشيء الذي يجعل مهمة القاضي تقتضي تحديد وجود هذا الدين وبيان مقدارها. أما هوريو فيقترب رأيه من قول دوغي الذي يعتبر أن ربط وتحصيل الضريبة هو عملية إدارية تثير منازعات تتناول مسائل تتعلق بحقوق شخصية².

ثالثا : أنصار المذهب المختلط:

يعزى هذا الرأي إلى العميد تروتابا Tritabas الذي تراجع عن القول بان القضاء الجبائي قضاء موضوعي بصفة مطلقة ، وأوضح بان هذا القضاء ذو طبيعة مزدوجة (موضوعي وشخصي) .

وبالنظر إلى هذا التصور نكون أمام القضاء الموضوعي إذا كانت المنازعة في الضريبة تستهدف مخاصمة مركز موضوعي وتصبح مهمة القاضي أيا كان القاضي عندئذ في فحص مشروعية الضريبة وليس الفصل في منازعة تتعلق بحقوق شخصية بين الإدارة والملزم ونكون أمام القضاء الشخصي إذا كانت المنازعة تتناول المسائل الإجرائية في ربط الضريبة أو تحصيلها³.

المطلب الثاني :موقف الاجتهاد القضائي من الطبيعة القانونية للطعون الجبائية.

لما كان القضاء الجبائي قد صيغ إلى حد كبير على شاكلة القضاء الجبائي الفرنسي ، فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فترتين (الفقرة الأولى) نخصصها لاستقراء موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي و(الفقرة الثانية) نخصصها لموقف الاجتهاد القضائي المغربي.

الفقرة الأولى :الاجتهاد الفرنسي

الأصل في فرنسا أن يختص القضاء الشامل بنظر الدعوى الجبائية ، ولم يكن مجلس الدولة يقبل دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية التي تصدر في مجال الضرائب إلا انه ولأسباب قانونية وواقعية سيعمد إلى التخلي عن هذا الاجتهاد لصالح قبول هذه الدعوى ، شيئا فشيئا ، حتى أصبحت تقتحم جميع مجالات الضرائب⁴ . ولبيان ذلك سنستعرض تطور قضاء مجلس الدولة بشأن قبول دعوى الإلغاء في الميدان الجبائي ، حيث يمكن تقسيم هذا التطور إلى ثلاث مراحل .

المرحلة الأولى : وهي تمتد إلى أواخر القرن التاسع عشر ، حيث كانت المنازعة الضريبية من اختصاص ما كان يعرف بالمجالس

الإقليمية (Conseils de Préfectures) التي كانت بمثابة محاكم إدارية خاصة من ضمن عدد من المجالس واللجان التي كانت لها اختصاصات قضائية في نطاق ما يعرف بالمحاكم الاستثنائية أو الخاصة .

وسواء في ظل المحاكم الإقليمية أو في ظل المحاكم الإدارية فان مجلس الدولة كان – خلال هذه الفترة – لا يقبل دعوى الإلغاء بصفة مطلقة وفي جميع الحالات سواء تعلق الأمر بالضرائب المباشرة ، وسواء كان القرار الجبائي المطعون فيه قرارا عاما منشئا للضريبة أو الرسم ، أو قرارا فرديا يتعلق بتطبيق الضريبة أو الرسم⁵ وكان مجلس الدولة يؤسس رفضه قبول دعوى الإلغاء على نظرية الدعوى الموازية ومضمونها انه طالما أن المدعي يملك دعوى أخرى موازية يرفعها أمام المحاكم الإدارية في حالة الضرائب المباشرة ، أو أمام المحاكم القضائية في حالة الضرائب غير المباشرة ، أي تحقق له نفس الغايات التي تحققها له دعوى الإلغاء ، فإنها تغنيه عن رفع الدعوى الأخيرة .

¹ - زكرياء محمد بيومي ، المرجع السابق ، ص : 112.

² - زكرياء محمد بيومي ، المرجع السابق ، ص : 112.

³ - (B). GASTAGNEDE.Op.cit 5.

⁴ - José MARTINEZ MEHLINGER : « le recours pour excès de pouvoir en matière fiscale » éd L Hamattan .2002 .p 340 et suite.

⁵ - زكرياء محمد بيومي ، المرجع السابق ، ص : 172.

المرحلة الثانية: تبدأ هذه المرحلة من بداية القرن العشرين وتمتد إلى الآن ، وقد صاغ مجلس الدولة نظرية الدعوى الموازية صياغة جديدة تقوم على أساس عدم إمكانية تحقق تماثل النتائج بين دعوى الإلغاء والدعوى الموازية في حالة الطعون ضد القرارات العامة المنشئة للضرائب أو الرسوم ، سواء كانت مباشرة أم غير مباشرة وتفسير ذلك : أن الحكم في دعوى الإلغاء يؤدي إلى إلغاء القرار الضريبي غير المشروع بصفة مطلقة استنادا إلى الحجية المطلقة للشيء المقضي به¹.

وقد أسس مجلس الدولة قضاءه في قبول دعوى إلغاء القرارات العامة المنشأة للضرائب والرسوم بكونها قرارات منفصلة : (Acte détachable) ، أي خارجة بحكم طبيعتها عن عملية فرض الضريبة أو تحصيلها ، بدل نظرية " الكل الذي لا يتجزأ" التي كان يؤسس عليها قضاءه .

المرحلة الثالثة: ويحصر افقها الزمني الأستاذ جيل باشولي Gilles Bachelier - في العقدين الأخيرين ، فهو يرى انه من خلال إطلاقة سريعة للاجتهاد القضائي الفرنسي خلال السنوات الأخيرة أن دعوى الإلغاء أصبحت تحتل مكانة مهمة في الطعون الجبائية ويعتبر أن أهم القرارات في المادة الضريبة أصبحت تصدر في إطار دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة ، وهي دعوى لا توازيها أية دعوى قضائية. ويرى بان دعوى الإلغاء في المادة الجبائية قد تقتحم جميع المجالات التي كان الاجتهاد القضائي يرفض البت فيها بما فيها القرارات الفردية.

الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد القضائي المغربي

إن طرح موقف الاجتهاد القضائي المغربي من الطبيعة القانونية للطعون الجبائية يستلزم منا في البداية استقراء موقف المجلس الأعلى ، قبل إنشاء المحاكم الإدارية من هذه الإشكالية من اجل وضعنا في سياق السيرورة العملية للمبادئ القانونية التي أسسها ، ثم نستعرض بعد ذلك مواقف المحاكم الإدارية ومعرفة مدى تكريسها للاجتهاد القضائي السابق.

أولا المجلس الأعلى

قبل أن نبدأ في استعراض موقف المجلس الأعلى من هذه الإشكالية ، نود الإشارة إلى ملاحظتين اثنتين: **الملاحظة الأولى:** إن المجلس الأعلى كان يبت في المرحلة الأولى في القرارات الجبائية كجهة نقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا (المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف).

الملاحظة الثانية: إن مهمة إلغاء القرارات الإدارية بسبب تجاوز السلطة كانت موكولة للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وذلك طبقا للفصل 353 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أن المجلس الأعلى يبت : " ما لم يصدر نص صريح بخلاف ذلك في :

1/ الطعن بالنقض ضد الأحكام النهائية الصادرة عن جميع محاكم المملكة باستثناء: الطلبات التي تقل قيمتها عن عشرين

ألف درهم و الطلبات المتعلقة باستيفاء واجبات الكراء و التحملات الناتجة عنه أو مراجعة السومة الكرائية؛

2/ الطعون الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية للشطط في استعمال السلطة ."

وسواء أكان الطعن في الدعوى الجبائية بصيغة طعن بالنقض أمام إحدى غرف المجلس الأعلى ، أو بصيغة دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية بنفس المجلس ، فلم تتح الفرصة للمجلس الأعلى لتحديد موقفه من الطبيعة القانونية للطعون الجبائية إلا نادرا ، لان القضاء الطبيعي لهذه الطعون في هذه الفترة كان هو القضاء العادي من جهة ، ومن جهة أخرى بسبب وجود مانع قانوني هو " الدعوى الموازية " وذلك تطبيقا لما نصت عليه الفقرة السادسة من الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه : " لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد القرارات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعنهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية." وهكذا قضت الغرفة الإدارية بالمجلس العلى بتاريخ 13 أبريل 1961² بعدم قبول طلب الإلغاء المقدم من المجموعة العقارية لأكادير تأسيسا على إمكانية

¹ -حكم مجلس الدولة في 28 يوليوز 1905 ، أورده زكرياء محمد بيومي ، مرجع سابق ، ص:174.

15 - ترجمة الأستاذ جعفر حسون، الطبيعة القانونية للمنازعات الجبائية. ضمن مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. سلسلة مواضيع الساعة (4)، ص:33-32، ونظرا لأهميته نورد منه الحيثيات التالية:

الطاعنة رفع دعوى موازية أمام المحكمة العادية في نطاق ظهير 22 نونبر 1924. وقد نعى المجلس الأعلى نفس المنحى في عدة قرارات لاحقة تؤكد نفس المبدأ نذكر منها قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 21 مارس 1993-¹، الذي بمقتضاه تقدم (الاتحاد الوطني للتعاونيات الفلاحية للحليب)، بطعن يطالب من خلاله بسبب الشطط في استعمال السلطة إلغاء قرار وزير المالية المتضمن إلزام التعاونيات الفلاحية المنضوية تحت لوائه بأداء ضرائب مستحقة لإعفائها قانونيا من أداء الضرائب، وقد قضى المجلس الأعلى بعدم قبول الطعن لكون النزاع يتعلق بمسألة قانونية وهي الإعفاء مما يجعل النزاع يعود للمحكمة الابتدائية لمحل أداء تلك الضريبة باعتبارها ذات الولاية العامة للبت في النزاع وأنه لا يقبل طلب الإلغاء أمام المجلس الأعلى الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعنهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية. غير أن نظرة متأنية لحيثيات هذا القرار توجي بأن المجلس الأعلى لم يكن دائما محقا في الدفع بوجود شرط الدعوى الموازية، فالقرار المطعون فيه - في نظرنا- هو قرار تنظيمي عام استحدث ضريبة في مجال نص المشرع على إعفائه من الضرائب (وهو المجال الفلاحي)، مما يجعله مشوبا بأحد عيوب عدم مشروعية القرارات وهي هنا عيب مخالفة القانون، الذي يستوجب الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة. أما القول بأن الإعفاء هو مسألة قانونية فهو قول صحيح كما إذا أخطأت إدارة الضرائب وهي تقوم بتنفيذ القانون بفرض ضريبة على نشاط قد أعفاه المشرع منها، وهنا يكون الطعن أمام القضاء الشامل للمحاكم العادية.

وعلى أي حال فالظاهر أن المجلس الأعلى قد ضيق من الحالات التي يقبل فيها الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة في المادة الجبائية، وقد حصرها الباحثون² في:

(أ- مبدأ فرض الضريبة نفسه (قضية الشرايبي 28 يوليوز 1978)

إذا كان الخلاف بين الإدارة الجبائية والملمزم ينص حول مبدأ الخضوع للضريبة فإنه في مثل هذه الحالة يمكن قبول الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، وقد صدر عن المجلس بتاريخ 28 يوليوز 1978 قرار³ بهذا الخصوص نورد منه الحيثية التالية:

"فيما يتعلق بالدفع بعدم اختصاص المجلس الأعلى:

حيث إن الشركة ذات المسؤولية المحدودة (المجموعة العقارية لأكادير تطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة في القرار الصادر عن اللجنة المحلية للضرائب بأكادير، بشأن تحديد المستحق عليها من الضريبة على الأرباح المهنية عن سنتي 1957-1958 بعله أن النزاع بين الطاعنة وبين مفتش الضرائب لا يتعلق بتحديد أساس الضريبة، مما يجعل اللجنة غير مختصة فيه. وحيث أنه طبقا للفصل 8 و 8 مكرر و 10 من ظهير 12 أبريل 1941 المؤسس للضريبة على الأرباح المهنية كما وقع تغييره وتتميمه بظهير 20 سبتمبر 1957، فإن الخاضعين لهذه الضريبة يتوفرون تجاه قرارات المراقب بتحديد أساس الضريبة على الطعن أمام اللجنة المحلية واستئنافا أمام اللجنة المركزية كما أنهم يتوفرون من جهة أخرى بمقتضى المادة 32 من نفس الظهير وبالنسبة للمنازعات غير المنصبة على تحديد أساس الضريبة على طعن أمام اللجنة المحلية واستئنافا أمام اللجنة المركزية. كما أنهم يتوفرون من جهة أخرى بمقتضى المادة 32 من نفس الظهير وبالنسبة للمنازعات غير المنصبة على تحديد الضريبة وداخل أجل شهرين من تاريخ وضع التحصيل موضوع التنفيذ على الطعن المنصوص عليه في ظهير 22 نوفمبر 1924 والتي تخول المحاكم الابتدائية وبعد رفض الطعن الإداري التمهيدي أن تفصل في النزاع بحكم قابل للاستئناف.

وحيث إن قرارات اللجنة بتت خارج اختصاصها في مسألة لا تتعلق بتحديد أساس الضريبة ليس من شأنها أن تحرم الطاعنة من حقها في سلوك الطعن الذي تخوله لها المادة 32 من الظهير المؤسس للضريبة على الأرباح المهنية، وأنه على رفض صحة ما زعمته الطاعنة من أن اللجنة المركزية تجاوزت اختصاصها بالبت في منازعة أمام المحاكم، وتبعاً لذلك، وتطبيقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 14 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى، فإن الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة المقدم من طرف الطاعنة يعتبر غير مقبول."

16 - قرار عدد 84 بتاريخ 1993/3/21، ملف عدد 888151، الاتحاد الوطني للتعاونيات الفلاحية للحليب/ وزير المالية ومن معه. غير منشور.

17 - عبد الغني شكور، منازعات الضرائب بين التسوية الإدارية والحل القضائي، رسالة السلك العالي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية (1993/92)، ص: 124-128.

- Mohamed Cherkaoui, le contentieux fiscal au Maroc Op. Cit. p:109-114

18 - قرار عدد 340 بتاريخ 28 يوليوز 1978، ملف رقم 57823، أحمد الشرايبي ضد الوزير الأول ومن معه، مجلة القضاء والقانون السنة 18، يوليوز 1979، العدد 129، ص: 169.

أنظر أيضا أمينة جبران البخاري، م.س، ص: 214

...لقد قبل المجلس الأعلى الطعن بالإلغاء ضد قرار السلطة الإدارية الرامي إلى استخلاص رسم لصالح إحدى الجماعات المحلية وذلك في قضية عبد الرحمان بن محمد الكلحاوي¹ ومن معه، وتتلخص وقائع القضية في كون هذا الأخير تقدم مع ثلاثة عشر (13) آخرين بدعوى الإلغاء ضد قرار القائد الممتاز الذي رفض استلام شكايتهم التي يطلبون فيها التوقف عن متابعتهم لاستخلاص رسم لصالح الجماعات القروية، وهو رسم يعتقدون أنهم غير معنيين به، لذلك قدموا طعنا رئاسيا أمام عامل فاس الذي رفض شكايتهم بقرار صريح بعد ذلك قدم المعنيون بالأمر خلال الشهرين التاليين لهذا الرفض طعنا بالإلغاء لتجاوز السلطة المقدم ضد قرار العامل. وقد قبل المجلس الأعلى هذا الطعن معتبرا أن رفض الإدارة وقف متابعة استخلاص رسم لصالح الجماعات العمومية من قبيل القرارات التي تسبب ضررا للمعني بالأمر، ومن تم فهي قابلة للطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة أمام المجلس.

- لكن حيث إن الفصل 12 من قانون المالية لسنة 1972 ينص على أن البحث في الشكايات التي توجه إلى رئيس مصلحة الضرائب الحضرية تدرس ويبت فيها تبعا للقواعد المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 24 ربيع الثاني 1343 (22 نوفمبر 1924) بشأن استيفاء ديون الدولة وأن الفصل 4 من هذا الظهير لا يعطي الاختصاص للمحكمة الابتدائية الاختصاص إذا ما كان النزاع متعلقا بمبدأ فرض الضريبة نفسه، لهذا فلأن المجلس الأعلى مختص بطريق الطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة في هذا المقرر الصادر عن سلطة إدارية...".

(ب)- قبول الطعن في دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة ضد قرار السلطة الإدارية بالمتابعة لاستخلاص رسم لصالح إحدى الجماعات المحلية.

نستنتج من هذا القرار أن الطعن بالإلغاء يعدو مقبولا حتى لو تعلق الأمر بالمنازعة في التحصيل، فقرار متابعة أشخاص من أجل تحصيل دين عمومي من قبيل القرارات المتعلقة بالتحصيل وليس بالأساس، خلافا لما ذهبت إليه إحدى المحاكم الإعدادية² كما سنرى- عندما اشترطت لقبول الطعن بالإلغاء في المادة الجبائية أن يكون القرار الإداري متعلقا بالمنازعة في الأساس الضريبي.

(ج)- قبول الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة في عملية تحديد أساس الضريبة.

إذا تعلق الأمر بالمساس بأحد المبادئ العامة للقانون: (قضية بنتيفينا فرنسيسكو 14 أبريل 1975)³

في هذا القرار قبل المجلس الأعلى الطعن بالإلغاء في عملية تحديد أساس الضريبة دون عرض للنزاع على اللجن الضريبية المحلية والمركزية، ونظرا لأهميته من حيث التفسير القانوني الذي ارتكز عليه في تبرير موقفه نورد منه الحيثيات الآتية: "فيما يخص مشروعية القرار المطعون فيه:

حيث إنه إذا كان تحديد أساس الضريبة على قدر المعاملات هو من اختصاص اللجن المحلية ابتدائيا واللجنة المركزية استئنافية ولا ينظر فيه المجلس الأعلى إلا عن طريق دعوى الإلغاء المرفوعة ضد مقررات هذه اللجن إلا أن للمجلس الأعلى حق النظر في طلب الإلغاء في عملية تحديد أساس الضريبة. وحيث إن الإدارة بمقتضى مقررها المطعون فيه اعتبرت المقررين السابقين لآغيين في حين أنهما اتخذتها وهي على علم بأسس الضريبة وبررتهما باعتبارهما خارجة عن العملية، في حين القرارين المشار إليهما أنشأ وضعية فردية تحتوي على حق مكتسب. وحيث إن صيانة الحقوق المكتسبة من المبادئ القانونية العامة التي لا تسمح للسلطات الإدارية بالتراجع في مقررات اتخذتها في نطاق القوانين والتنظيمات الجاري بها العمل وقت صدورهما وخولت المستفيد منها وضعية قانونية إلا إذا كان سحب المقرر الإداري ناشئ عن عدم المشروعية المستوجبة للإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة، وكان قد صدر ذلك السحب داخل أجل الطعن بالإلغاء أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى. وحيث إن الإجراءات الأولية الواجب اتخاذها قبل تقديم طلب الإلغاء المنصوص عليها

19 - حكم عدد 248 بتاريخ 26 نونبر 1962 عبد الرحمان محمد الكلحاوي وكونسور مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1961/1965، ص: 75

- - حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 95/34، بتاريخ 12/04/1995، غير منشور²⁰

21- حكم عدد 49 بتاريخ 4 أبريل 1975، ملف رقم: 49455، بنتيفينا فرانسيسكو ضد السيد الوزير ومن معه، أوردته أمينة جبران البخاري، م.س، ص: 216

في الفصل 14 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى يتطلب إنجازها مدة لا تقل عن ستة أشهر بين تبليغ المقرر الإداري للمعني بالأمر ورفع دعوى الإلغاء، وأن حق الإدارة في سحب مقرراتها ينتهي بانصرام هذا الأجل. وحيث إن الإدارة لم يبق لها إيداع حق في سحب قراراتها السابقين وإن إلغاءهما من طرفها بعد الأجل القانوني يعد خرقاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومساساً بالحقوق المكتسبة. «وقد قضى المجلس الأعلى بإلغاء القرار الإداري الصادر عن مصلحة الضرائب على قدر المعاملات بالرباط بتاريخ 17 مايو 1974.

في هذا الحكم نسجل إيجابية تأكيد مبدأ قبول الطعن بالإلغاء في عملية تحديد أساس الضريبة ووضع مبدئين جديدين هما :
 أ) قبول دعوى الإلغاء مباشرة أمام المجلس الأعلى دون النزاع على اللجان الضريبية المحلية والمركزية ، وبهذا يكون قد أعطى الأولوية لتطبيق الشروط الإجرائية الخاصة بدعوى الإلغاء على الشروط الأخرى الخاصة بالضرائب، ويمكن أن ينطبق هذا أيضاً حتى على التظلم الإداري الذي يعد اختيارياً في مجال دعوى الإلغاء، وإيجابياً في مجال الضرائب¹
 ب) إن الطعن في مشروعية القرار الإداري الجبائي يشمل أيضاً المبادئ العامة للقانون² فإذا تعلق النزاع بمخالفة واحد من تلك المبادئ فإن للملزم أو المدين بالضريبة أن يطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة في القرار غير المشروع لهذا السبب.

وهذا نكون قد استعرضنا الحالات التي قبل فيها المجلس الأعلى الطعن بالإلغاء في مجال الطعون الجبائية، ونشير بهذا الصدد أن المحاكم الأدنى درجة ابتدائياً واستئنافاً قد سارت وفق النهج الذي خطه المجلس الأعلى. وهكذا قضت المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 86/12/26، (قضية الشركة الصناعية بالمغرب)³ بعدم الاختصاص لكون النزاع المطروح أمامها يتعلق بالمنازعة في أصل الدين والأسس التي يركز عليها، وأن المنازعة منصبة على قرار إداري وهو ما يستوجب الطعن فيه أم قضاء الإلغاء بالغرفة الإدارية للمجلس الأعلى. وقبل الانتقال إلى المحور الموالي نتساءل عن موقف المجلس الأعلى سابقاً من القرارات التنظيمية والمنشورات والدوريات الخاصة بالضرائب؟ ، للجواب على هذا التساؤل نشير بأنه لم يسبق للمجلس الأعلى أن بت في قضايا من هذا النوع ولكن أتيحت له الفرصة لتحديد موقفه مما يعتبره دورية أو منشوراً تنظيمياً، وما يعتبره مجرد قواعد داخلية. ففي القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 29 يناير 1969⁴، في قضية شركة الكتراس مروكيس التي رفعت دعوى إلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة من أجل إبطال مقرر الرفض الضمني الناتج عن سكوت مكتب الصرف عن الطلب الذي تقدمت به من أجل الحصول على ترخيص يسمح لها بتحويل عائدات الأسهم إلى مساهمها القاطنين بالخارج عن سنة 1964، وقد استندت الطالبة لتعزيز طلبها هذا إلى أن مكتب الصرف قد خالف مقتضيات المنشور رقم 1101 المؤرخ في 24 يوليوز 1964 المتمم بالمذكرة 86 المؤرخة في 10 مارس 1964 التي وجهت إلى الوسطاء المقبولين. والذي يستفاد منه أن التحويل المطلوب حق من حقوق المساهمين القاطنين بالخارج، وقد حكمت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى برفض طلب الشركة مبررة موقفها بما يلي: "وحيث لم يرد أي نص بتحويل مكتب الصرف سلطة تنظيمية، وأن القواعد التي يتضمنها قواعد داخلية يسير عليها المكتب المذكور غير مقيد بتطبيقها بصفة آلية في جميع النوازل محتفظاً بحقه في فحص الظروف الخاصة بكل نازلة في نطاق سلطته التقديرية المخولة له بمقتضى النصوص المشار إليها". وقد أعادت الشركة الكرة بتقديم طعن آخر بالإلغاء في نفس القضية مؤكدة على الطابع التنظيمي لمنشور 24 يوليوز 1964، إلا أن الغرفة الإدارية تشبثت بموقفها السابق، وقد أوضحت موقفها بشكل أكثر دقة ومما جاء فيه: "لكن حيث أن قول المدعية بالطابع التنظيمي للمنشور السالف الذكر بناء على ظهير 30 غشت 1949 قول مردود بأن

22 - لمزيد من التفصيل يراجع الفصل الذي خصصناه للتظلم الجبائي في الباب الأول من هذا البحث، وقد خلصنا فيه إلى أنه عندما يتعلق الأمر بدعوى الإلغاء فإن الملزم يعفى من إجبارية التقدم بالتظلم الإداري الأولي، وذلك تطبيقاً للشروط الإجرائية لرفع دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة.

23 - ومن مجالها في الميدان الجبائي: مبدأ المساواة والعدالة في المجال الضريبي، مبدأ عدم رجعية التشريع الضريبي، مبدأ قرينة البراءة، مبدأ سرية الضريبة، حماية حق الملكية، حماية حق التقاضي في المنازعات الضريبية.

للمزيد من التفصيل الرجوع إلى محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، مرجع سابق، ص: 113 وما بعدها.

24 - حكم عدد 921، ملف رقم 8/8117، بتاريخ 86/12/26، الشركة الصناعية بالمغرب ضد وكيل حسابات صندوق التعويض والوكيل القضائي بالرباط، أورده أمانة جبران البخاري، م.س، ص: 230-237

25 - قرار صادر بتاريخ 29 يناير 1969، شركة الكتراس مروكيس، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية (1966-1970)، ص: 169

الفصل منه لا يعتبر التعليمات الصادرة عن مكتب الصرف من النصوص التنظيمية إلا في ما يخص تطبيق هذا الظهير من حيث تعلقه بقمع المخالفات لتنظيم الصرف"¹. وهكذا نلاحظ أن نطاق الطعن أمام المجلس الأعلى في المنازعات الجبائية جد محدود، ولم يرق إلى مستوى الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي الذي أقر هذه الإمكانية - كما رأينا- في جميع المجالات بما فيها القرارات الجبائية الفردية الصادرة في موضوع الشكايات إما على شكل طعون نزاعية إذا كان المستهدف من الطعن هو قرار فرض الضريبة، باعتباره قرار منفصلا عن عملية فرض الضريبة، وإما على شكل طعون استعطفية، وقد رأينا بأن مجلس الدولة كان يقبل عملية فرض الضريبة، وإما على شكل طعون استعطفية. وقد رأينا بأن مجلس الدولة كان يقبل ومنذ مدة طويلة، الطعن في هذه القرارات (قرار 12 يونيو 1936) وذلك رغم أن النصوص المنظمة للضرائب لا تنص على إمكانية الطعن في القرارات الاستعطفية التي تصدرها إدارة الضرائب. أخيرا بعد عرضنا لمختلف الحالات التي قبل فيها المجلس الأعلى الطعن بالإلغاء في الدعوى الضريبية، يحق لنا أن نتساءل عن وضع دعوى الإلغاء في هذه الدعاوى أمام المحاكم الإدارية، ذلك ما سنجيب عنه في المحور الموالي.

ثانيا بعض المحاكم

ليس في التشريع المغربي أي نص صريح يمنع المحاكم الإدارية بالنظر في الدعوى الضريبية بهيئة قضاء الإلغاء، فلا المادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية، ولا المواد من 20 إلى 25 من المواد من 28 إلى 36 من نفس القانون قد قررت ذلك. والظاهر من صياغة المادة الثامنة، وباقي المواد المشار إليها أن المشرع بعد أن نص على الاختصاص العام للمحاكم الإدارية في دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة، والنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب وتحصيل الديون المستحقة للخزينة والديون التي في حكمها، نجده قد خصص لطلبات الإلغاء بابا مستقلا هو الباب الثالث المتضمن للمواد من 20 إلى 25، وخصص لقضايا الضرائب الباب الخامس من المادة 28 إلى 36، وذلك تمييزا لها عن دعوى الإلغاء التي تبقى، في نظر كثير من الفقه، دعوى استثنائية.

فالأصل إذن هو ولاية القضاء الشامل بنظر الدعوى الجبائية، فهل يعني هذا أن المشرع يستثني الدعاوى الجبائية من نظر المحاكم الإدارية بهيئة قضاء الإلغاء؟ وما هو موقف المحاكم الإدارية من هذه الإشكالية؟، فبخصوص موقف المشرع، فقد رأينا سالفًا- أنه ليس هناك في التشريع ما يمنع من أن يأخذ الطعن الجبائي شكل دعوى إلغاء بسبب تجاوز السلطة، وهذا ما أقر به حتى اجتهاد المحاكم الإدارية سيرا على خطى المجلس الأعلى²، ففي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة ذهبت فيه إلى أن الطعن بالإلغاء يهدف إلى حماية الشرعية ولا يفلت عنه أي مقرر إداري حتى لو تعلق الأمر بمقرر صدر في إطار قانون ينص على عدم قابليته للطعن مادام مبدأ مراقبة الشرعية يعتبر مبدا دستوريا³. أما بالنسبة لموقف المحاكم الإدارية من تحديد الطبيعة القانونية للطعون الجبائية أو مدى قبول دعوى الإلغاء بشأنها فإننا وقفنا⁴ على أن بعض المحاكم تكاد تحسم بانطواء المنازعة الجبائية تحت لواء القضاء الشامل، ولا يقبل بشأنها الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، وأن بعضها يرى بإمكانية الطعن فيها بالإلغاء ولكن بشروط معينة، وقد طرح هذا الإشكال منذ القضايا الأولى التي بتت فيها هذه المحاكم. ولنعرض الآن بيان هذين الموقفين من خلال الفقرتين التاليتين:

26- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 20 يناير 1970، م.س، ص: 224.

27- أنظر على سبيل المثال قرار رقم 458 بتاريخ 1966/4/8، منشور ب.م.م.إ.م.ت، عدد 27، ص: 232.

28 - حكم عدد 2000/45 بتاريخ 2000/3/8 الجماعتان السلايتان السجع وأولاد سيدي الشيخ ضد وزير الفلاحة، منشور ب.م.م.إ.م.ت، عدد 2000/35، ص: 87.

29 - وذلك من خلال ما تمكنا من جرده من أحكام قضائية صادرة عن المحاكم الإدارية، وما تأكد إلينا من آراء فقهية لبعض الأساتذة القضاء بهذه المحاكم.

الفقرة الأولى: موقف المحاكم الإدارية (فاس، مراكش، الرباط وأكادير).

فقد ذهبت المحكمة الإدارية بفاس في حكم صادر عنها¹، إلى أن الشكايات والطعون المرفوعة في موضوع الضريبية هي من صميم ولاية القضاء الشامل للمحكمة، وهي منظمة في باب خاص مستقل عن الباب المتعلق بطعون الإلغاء. وقد تبنت نفس الموقف تقريبا في حكم آخر حينما² أكدت على أن: "المنازعة في مادة الضريبة سواء ما ارتبط منها بالمطالبات والمتابعات قد تثور بمناسبة الإجراءات المتبعة في تحصيلها، أو بالأساس القانوني المعتمد في فرض الضريبة هي منازعة ذاتية صرفة تخول للمحكمة دورا تحكيميا كاملا للنزاع بفحص الواقعة والقانون، وتمكنها من إعادة المراكز القانونية إلى الحالة التي كانت عليها، أو بتغيير الاقطاعات الضريبية التي قامت بها الإدارة الجبائية، ومن تم فهي من صميم ولاية القضاء الشامل للمحكمة الإدارية بدليل أن المشرع أفرد لها باب خاصا في القانون المحدث للمحاكم الإدارية". وقد نحت المحكمة الإدارية بمراكش³ نفس المنحى، إذ ذهبت إلى أن المنازعة الضريبية هي منازعة تابعة للقضاء الشامل وتقبل حتى لو قدمت على شكل طعن بالإلغاء. وقد بررت موقفها بأنه: "مادامت المحكمة الإدارية هي المختصة بالنظر في كلا الدعوتين: دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل فإن تكييف دعوى النازلة بكونها دعوى قضاء شامل وترتيب الآثار القانونية عن ذلك لا يرفع يد المحكمة عن البت فيها".

وقد رسخت المحكمة الإدارية بأكادير هذا المبدأ في مجموعة من الأحكام الصادرة عنها من بينها الحكم الصادر بتاريخ 94/9/22 في قضية أبو القاسم سعيد⁴، الذي يتسم بالدقة والوضوح - فيما نحن بصده- حيث رأت المحكمة فيه أن الدعوى الضريبية تندرج ضمن دعاوى التي أدخلها المشرع في القضاء الإداري الشامل، وأن طلب المدعي المتعلق بإيقاف التنفيذ المقدم بشأن الدعوى الضريبية لا يمكن قبوله في نطاق مقتضيات المادة 24 من قانون 41/90 التي تتعلق بإيقاف تنفيذ قرار يتعلق بدعوى الإلغاء وليس دعوى القضاء الشامل. وإذا كانت مواقف المحاكم الإدارية السالف ذكرها، يتسم بنوع من الثبات والاستقرار بخصوص هذه الإشكالية، فإن موقف المحكمة الإدارية بالرباط مطبوع بالتردد، فبينما نجدها في أحد الأحكام الصادرة عنها⁵، تتخذ موقفا حاسما باندرج المنازعة الضريبية ضمن القضاء الإداري الشامل، ومما جاء في إحدى حيثياته أن ما استقر عليه عمل المحاكم الإدارية هو أن الطعون الضريبية وما يدخل في حكمها من استخلاص ديون الدولة وبيان التصفية - كما في النازلة- يدخل ضمن القضاء الشامل ولا يدخل ضمن قضاء الإلغاء، وحيث وبناء على ما ذكر فإن دعوى الإلغاء تكون غير مقبولة لوجود دعوى موازية⁶، ستتخلى عن هذا الموقف والقول بإمكانية قبول دعوى إلغاء مقرر إداري ضريبي وذلك بشرط أن يكون: "موضوع الطلب ينص على المنازعة في مبدأ فرض الضريبة نفسه، أو إذ تعلق الأمر بقرار السلطة الإدارية الرامي إلى استخلاص رسم لصالح الجماعات المحلية..." غير أنها ستعدل عن هذا الاتجاه وتعود مرة

30- حكم صادر بتاريخ 94/06/9، ملف رقم 94/14 غ. غير منشور

31 - حكم رقم 95/35 صادر بتاريخ 22 مارس 1995 ملف رقم 95/17 غ، غير منشور.

32 - حكم المحكمة الإدارية بمراكش صادر بتاريخ 25 أبريل 1995، ملف 94/29 غ. غير منشور وقد اتخذت نفس الموقف في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 4-7-95 ملف 94/3 غ (غير منشور)، ومما جاء فيه: "إن النزاع المعروف على المحكمة يتعلق بمنزلة المدعي في صفته كملزم بأداء الضريبة المنصوص عليها في القانون رقم 89-30 المحدد لنظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها وهو نزاع ضريبي من اختصاص القضاء الشامل لهذه المحكمة التي هي المكلفة بتكييف الدعوى بناء على الطلب الحقيقي الذي يهدف إليه المدعي، وبناء عليه فما دام المدعي قد أدى الرسوم القضائية عن دعواه التي تتعلق بنزاع ضريبي ناشئ عن تطبيق نص ضريبي فإن هذه المحكمة مختصة بالبت فيه، ويبقى تصنيفها لهذه الدعوى ضمن قضاء الإلغاء أو القضاء الشامل مسألة غير مؤثرة لأنها إنما تتعلق بالتنظيم الداخلي لأقسام المحكمة لا غير، الشيء الذي يبقى معه الدفع بعدم الاختصاص والدفع بوجود الدعوى الموازية المبني عليه غير ذي أساس"، أنظر أيضا الحكم الصادر عنها بتاريخ 8 يونيو 1995، ملف رقم 94/41 غ غير منشور.

33- حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 94/11، ملف رقم 94/33 غ، أبو قاسم سعيد ومن معه (المدير العام لإدارة الضرائب ومن معه: غير منشور مشار إليه في

المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، م.س، تحت رقم 1793، ص: 669.

34 - حكم رقم 98 بتاريخ 13 أبريل 1995، ملف رقم 94/146 غ، غير منشور

35 - حكم رقم 180 صادر بتاريخ 8 يونيو 1995، على الصياد ضد وزير المالية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة "4".

أخرى للموقف الأول مؤكدة أن المنازعة الضريبية تدخل في إطار القضاء الشامل وبالتالي لا يجوز الطعن في الضريبة عن طريق دعوى الإلغاء لوجود دعوى موازية استنادا إلى مقتضيات المادة 23 من قانون المحاكم الإدارية.¹

من خلال هذا العرض يمكن أن نقول بأن الأسس القانونية الذي استند إليها الاجتهاد القضائي للمحاكم الإدارية، لفاس ومراكش وأكادير والرباط، هو أن المشرع خصص لدعاوى الإلغاء باب خاصا هو الباب الثاني، وخصص الباب الخامس لدعاوى الضريبة وتحصيل الديون المستحقة للخزينة وهي دعاوى تدخل ضمن ولاية القضاء الشامل التي تخول للمحكمة بموجبها دورا تحكيميا كاملا للنزاع بفحص الواقعة والقانون، وتمكنها من إعادة المراكز القانونية إلى الحالة التي كانت عليها أو بتغيير الاقتطاعات الضريبية التي قامت بها الإدارة...². ولعل مرجع هذا الاتجاه، في نظرنا، هو أن هذه المحاكم لا ترى في التمييز بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل، بخصوص المنازعة الضريبية، أي فائدة عملية مادامت المحكمة الإدارية تختص نوعيا للبت في كلا الدعويين. "ولا يعيها في شيء ما إذا صنفتم دعاوى الإلغاء أو دعاوى التعويض أو القضاء الشامل"³. وهناك عامل آخر ساهم في اتخاذ هذا الموقف هو ما نص عليه المشرع في الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من قانون 41/90 المتعلقة برفض الطعن بإلغاء المقرر الإداري إذا كان في استطاعته المعنى بالأمر المطالبة بحقوقه في إطار القضاء الشامل بسبب وجود دعوى موازية، إذن نتيجة لهذا الاتجاه فإن هذه المحاكم ترفض البت في الدعوى الجبائية إذا ما قدمت بصيغة دعوى إلغاء دون أداء الرسوم القضائية، لأن هذه الشكلية تتعلق بدعوى الإلغاء المعفاة-قانونا- من أداء الرسوم القضائية بحكم المادة 22 من قانون 41/90. أما إذا تم أداء الرسم القضائي فإن اجتهادها استقر على أن تكييف الدعوى يعود إلى سلطة المحكمة ولا يهملها في شيء إذا ما صيغت في شكل مطالبة بإلغاء القرار الإداري المعيب لسبب عدم المشروعية أو تم رفعه للمحكمة في صورة دعوى قضاء شامل⁴.

الفقرة الثانية: موقف المحاكم الإدارية بمكناس ووجدة والدار البيضاء

وقد اتخذت هذه المحاكم موقفا مرنا في هذه الإشكالية، فهي وإن كانت تسلم من الناحية المبدئية بانتماء المنازعة الجبائية للقضاء الإداري الشامل، فإنها تفتح إمكانية الطعن بالإلغاء بشأنها، ويتضح ذلك من خلال مجموعة من الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم، ولنبدأ باجتهاد للمحكمة الإدارية بمكناس⁵، ولا يسعنا من باب الإنصاف إلا أن نسجله لصالحها، حيث استعملت صلاحيتها كمحكمة قضاء إلغاء بسبب تجاوز السلطة، غير ملتفتة لمستنتجات السيدة المفوضة الملكية⁶، التي أوردت في تقريرها بأن المنازعات المتعلقة بالرسوم الجمركية التي تعتبر من أهم الضرائب غير المباشرة، هي منازعات تدخل في نطاق القضاء الشامل، ويتعين لذلك أداء الرسوم القضائية عن دعاوى المرفوعة في إطارها، وما دام أن المدعي لم يقيم بهذا الإجراء (أداء الرسوم القضائية) فإن دعواه على هذا الحال تعد مرفوضة. وتتلخص وقائع النزاع في كون السيد أوعزوا عبد السلام تقدم للمحكمة الإدارية بمكناس بمقال يرمي من خلاله إلى إلغاء مجموعة من القرارات المعتمدة -في نظره- قرارات معيبة بالشطط في استعمال السلطة وغير مشروعة، وخصوصا قرار منعه من السفر خارج التراب الوطني إذا

36 - حكم رقم 186 بتاريخ 1995/6/16 ملف رقم 94/145 غ، غير منشور والملاحظ أن هذا التردد طبع أيضا موقف ذ. مصطفى التراب الرئيس السابق للمحكمة الإدارية بالرباط في مقال له منشور ب "م.م.إ.م.ت"، م.س، ص: 83، بعنوان: "المحاكم الإدارية والصعوبات المثارة على المستوى التطبيقي في ميدان المنازعات الجبائية" إذ قال مجيبا على تساؤل بخصوص إمكانية المنازعة في الضريبة عن طريق دعوى الإلغاء بأنه يرى "بأن قبول دعوى الإلغاء في هذه الحالة أمر مستبعد، وذلك لوجود مانع قانوني وهو الدعوى الموازية...".

37-حكم المحكمة الإدارية بفاس رقم 95/35 بتاريخ 22 مارس 1955، غير منشور ومشار إليه سابق، ص: 78.

38 - حكم إدارية أكادير رقم 94/2 بتاريخ 94/6/2 ملف رقم 94/3 غ، غير منشور، أنظر أيضا الحكم الصادر بتاريخ 95/6/8 رقم 94/41 غ، غير منشور.

39 - حكم المحكمة الإدارية بمراكش، بتاريخ 25 أبريل 1995، مشار إليه مسبقا، ص: 79

40 - حكم المحكمة الإدارية بمكناس، عدد 96/8 غ، بتاريخ 1996/2/8، أو عزو عبد السلام ضد إدارة الجمارك، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 17 (أكتوبر دجنبر 1996)، ص: 150-151-152.

41-- مستنتجات المفوضة الملكية الأستاذة فائزة بلعسري، بشأن الحكم السابق، م.س، ص: 154

42- حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 7-99-8 بتاريخ 1999/7/1 بين وزارة الأوقاف والخازن العام منشور ب.م.م.إ.م.ت عدد 2000/30، ص: 151.

لم يكن مرفوقا بالسيارة التي تدخل بها إلى المغرب مؤكدا على أنه يستحيل عليه تسوية الوضعية القانونية لهذه السيارة، لأنها انتقلت بإجراء قضائي لشخص آخر وهو قيام مأموري الإجراءات التنفيذية بالمحكمة الابتدائية بحجز سيارته وبيعها بسبب صدور حكم شرعي بالنفقة ضده.

وقد عقب إدارة الجمارك بأن المدعي، باعتباره مستفيدا من نظام الاستيراد المؤقت فهو ملزم إما بتصدير السيارة على الحال وداخل الأجل القانوني، أو تسديد الرسوم والمكوس إذا تعذر عليه تصديرها، وطالما أن الوضعية القانونية للسيارة لم تتم تسويتها فإنه يبقى المسؤول الوحيد أمام إدارة الجمارك. لذلك التمسست رفض طلب الإلغاء لعدم ارتكازه على أساس قانوني.

وما يهمننا في هذا الحكم، هو أن المحكمة اعتبرت منذ أول وهلة أن القرار المطعون فيه هو قرار إداري يدخل في زمرة القرارات القابلة للطعن في المشروعية. ويمكن أن نسوق أيضا حكما

– جريئا- لنفس المحكمة قبلت فيه بممارسة دعوى الإلغاء في ميدان التحصيل وذلك خلافا للموقف الذي سوف تتخذه إدارة وجدة، حيث اعتبرت في دعوى مقامة من لدن وزارة الأوقاف ضد الخازن العام أن عملية الحجز المباشر من طرف القابض في غياب احترام إجراءات الإنذار يجعلها موسومة بعيب مخالفة القانون ويعرضها للإلغاء¹. أما بالنسبة لموقف المحكمة الإدارية بوجدة، فنجد أنه رغم تشدها بخصوص أداء الرسوم القضائية، باعتبار المنازعات الضريبية من قبيل المنازعات الذاتية، التي لم يشملها المشرع بالإعفاء من أداء الرسوم القضائية²، وأنه يترتب على عدم تأديتها عدم قبول المنازعة شكلا، وأن المحكمة لا تكون ملزمة بإنذار الطرف المدعي بأداء الرسوم القضائية إلا في حالة الأداء الناقص³، إلا أنها لا تستبعد الطعن بالإلغاء في مجال الضرائب وهو ما يتحلى من خلال حكم⁴ صادر عنها، إذ رأت فيه أن "اعتبار المنازعة الضريبية دعوى إلغاء تقتضي أن يكون القرار متعلقا بالمنازعة في الأساس الضريبي ومتوفرا على مقومات القرار الإداري".

ويستنتج من هذه الحيثية أن المحكمة الإدارية بوجدة قد وضعت مبدا جديدا أساسه أن تكون الدعوى الجبائية منصبة على قرار له مقومات القرار الإداري يتعلق بالمنازعة في الأساس الضريبي لتكون المحكمة المختصة باعتبارها جهة مراقبة المشروعية عن طريق دعوى الإلغاء.

ويلاحظ أن هذا الاجتهاد لا يتماشى مع الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى المستقر منذ مدة، والذي لم يكتف بقبول دعوى الإلغاء في المجال الجبائي المتعلق فقط بالأساس الضريبي بل تعداه إلى منازعات التحصيل عندما قرر متابعة استخلاص رسم لصالح الجماعات المحلية، ولكن ما يحمد لهذه المحكمة أنها أقرت بوجود إمكانية للطعن في الدعاوى الضريبية عن طريق دعوى الإلغاء، ومن ذلك اعتبارها للمقرر الصادر عن اللجنة الوطنية للطعون الضريبية قرارا إداريا بالنسبة لإدارة الضرائب التي يمكنها الطعن فيه في إطار دعوى الإلغاء⁵.

43 - حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 95/3/22 غير منشور

44 - حكم صادر عن المحكمة نفسها بتاريخ 1995/4/12 ملف 94/07 غير منشور

45- حكم صادر عن المحكمة نفسها رقم 95/34 بتاريخ 1995/04/12، غير منشور والملاحظ أن هذا الحكم صدر بنفس تاريخ الحكم الذي سبقه. الشيء الذي يجعلنا نؤكد على أن المحكمة الإدارية بوجدة تأخذ بازدواجية، الطعن في المجال الجبائي وتعني به الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة أو الطعن في إطار القضاء الشامل الذي يعتبر الطعن الطبيعي للمنازعة الجبائية.

46 - حكم عدد 126 بتاريخ 2000/6/7، زير الاقتصاد والمالية ضد شركة صوريمنا منشور ب.م.م.ت عدد 2000/35، ومما جاء فيه: "حيث إنه بمراجعة المادة 46 من القانون رقم 30.85 والمادة 41 من القانون رقم 24.86 يتضح أن المشرع الضريبي نظم الطعن بالنسبة للملزم في الأمر بالتحصيل الناتج عن مقرر اللجنة الوطنية في إطار القضاء الشامل على اعتبار أنه هو الذي يكتسي الصيغة التنفيذية، كما نظم الطعن في مقرر اللجنة الوطنية بالنسبة لإدارة الضرائب في إطار دعوى الإلغاء كقرار إداري صادر عن سلطة إدارية بالنظر لتكوينها والصيغة الإدارية لمقرراتها وكونها نهائية في مواجهة إدارة الضرائب وذات صيغة تنفيذية في حقها لما يترتب عليها من محو آثار مسطرة المراجعة في حق الملزم وما يترتب عنها من تصحيحات ضريبية، وقد استوفى الطعن حوله جميع أوضاعه الشكلية وهو محمول على تقديمه داخل أجل شهرين من تاريخ التبليغ به ما دام أنه لم يتم دليلا على خلاف ذلك مما يبقى الطعن حوله مقبول".

ويبقى أن نشير إلى موقف المحكمة الإدارية بالدار البيضاء التي تبنت بدورها مبدأ قبول دعوى الإلغاء في ميدان الطعون الجبائية¹، إذ ذهبت في حكم صادر عنها إلى البت في مشروعية مقرر صادر عن اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية على مجرد إعلام ممثل الإدارة للقول بحصول التبليغ القانوني لها يجعل مقررها مشوباً بعيب مخالفة القانون... ويتعين إلغاؤه". وإذا كان الحكم، على النحو الذي ذكرناه، لا غبار عليه من حيث دلالته على استعمال المحكمة سلطتها، وإلغاء القرار الضريبي استناداً إلى عيب مخالفة القانون، وهو من العيوب التي تشوب القرار الإداري غير المشروع والتي نص عليها المشرع في الباب الثالث المتعلق بطلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة (المادة 20 من قانون المحاكم الإدارية)²، فإن هناك أحكاماً أخرى نستنتج منها أن المحكمة قد قبلت البت في الدعوى هيئة قضاء إلغاء، ومنها الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء³ في قضية (بنك الوفاء) ضد إدارة الجمارك، وقد جاء في بعض حيثياته: "حيث أن الطلب يهدف إلى إصدار أمر إيقاف تنفيذ أمر باستخلاص دين الفائدة إدارة الجمارك مطعون فيه بالإلغاء أمام قضاء الموضوع. وحيث إن إيقاف التنفيذ هو جزء من قضاء الإلغاء ومشتق به، وأن المشرع أسند الاختصاص بالنظر إلى محكمة الموضوع طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 24 من القانون 41/90 بشأن إحداث المحاكم الإدارية. وحيث إن الطلب المقدم في إطار مقتضيات المادة 19 من المقتضيات المذكور لا يدخل ضمن الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضياً للأمور الوقفية والتحفظية الشيء الذي يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص للبت فيه..".

ومنها أيضاً الحكم رقم 677 بنفس المحكمة⁴، بحيث أنه إذا كانت مسطرة فرض الضريبة غير سليمة فإن الملزم يعتبر في حل من احترام مسطرة الشكاية الإدارية، وهي شكلية إلزامية ينبغي على الملزم التقيد بها قبل أي مطالبة قضائية، وهذا يعني أن المحكمة قد أخذت بنظام التظلم الإداري المعمول به في إطار قضاء الإلغاء الذي يعتبر اختياريًا لا إلزاميًا. الشيء الذي يدعونا إلى التساؤل عما إذا كان هذا النوع من الطعون الجبائية داخلاً في إطار القضاء الشامل أم في إطار قضاء الإلغاء؟ جواباً على هذا التساؤل، ذهب بعض الفقه⁵، إلى أن المشرع لم يضع بين يدي الملزم أي وسيلة قانونية للمنازعة في مسطرة التحديد التلقائي للضريبة Taxation d'office التي أشارت لها مجموعة من النصوص الجبائية⁶، غير أنه نص على إمكانية التعرض على إجراءات التحصيل وهي، كما نعلم، تختلف عن منازعات

47- وهذا ما يظهر في طريقة تعاملها مع الطعون الجبائية المقدمة في إطار دعوى الإلغاء، فبالإطلاع على كثير من الأحكام الجبائية نلاحظ أنها تسلم بإمكانية الطعن بدعوى الإلغاء في جميع المجالات الجبائية ولا ترفضها إلا بعد البحث والتقصي في النازلة الجبائية، وما إذا كانت تتوفر على مقومات القرار الإداري المطعون فيه بدعوى الإلغاء، ففي حكم صادر عنها، بتاريخ 1997/4/9 تحت عدد 545 (قضية ملوكي مصطفى ومن معه ضد الخازن العام للملكة) منشور ب.م.م.إ.م.ت عدد 2000/35. ويتعلق هذا الحكم بطلب يرمي إلى إيقاف إجراءات متابعة بشأن استخلاص ذعيرة مالية صادرة بمقتضى قرار عن السيد والي الدار البيضاء، وقد اعتبرت المحكمة أن إيقاف تنفيذ قرار إداري مرهون بوجود طعن الإلغاء في ذات القرار (المادة 24 من قانون 41-90). وهكذا خلصت إلى رفض الدعوى بصياغة تعليها على الشكل التالي: "وحيث أنه بعد الإطلاع على ظاهر الوثائق المدرجة بالملف يتبين بأنه لا يوجد ما يفيد الطعن في قرار إداري بسبب التجاوز في استعمال السلطة الشيء الذي تكون معه الدعوى غير مقبولة".

48 - تنص المادة 20 من قانون 41-90 المتعلق بالمحاكم الإدارية على ما يلي: "كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعيب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزاً في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة".

49 - أمر عدد 119 بتاريخ 1996/10/10، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 20-21 يوليو دجنبر 1997.

50 - حكم رقم 293 بتاريخ 96/9/25 مشار في مؤلف (نصوص المسطرة الجبائية) لمؤلفه ذ عبد الغني خالد، ص: 55 ومما جاء فيه: وحيث أنه لما كانت المادة 28 من قانون رقم 30-85 المتضمنة لشروط فرض الضريبة بصورة تلقائية في حالة تقاعس الملزم عن تقديم الإقرار، فإن الأثر القانوني المترتب على الإخلال بمقتضيات المادة 28 تستدعي بالضرورة عدم إلزامية تقيد الملزم بضوابط المسطرة المنصوص عليها في المادة 47 من القانون رقم

30-85 وسلوكه لهذه المسطرة لا أثر له على حق مقاضاة الإدارة دون التقيد بالأجل المحدد في المادة 47 مما يكون معه الدفع المثار بهذا الخصوص غير مؤسس ويتعين التصريح بقبول الدعوى شكلاً".

⁵ -- جعفر حسون، م.س، ص:

52- منها: المادة 28 من قانون 85/30 المتعلق بالضريبة على القيمة المضافة.

- المادة 103 المتعلقة بالضريبة العامة للدخل.

- المادة 12 من قانون 89/30 بشأن الضرائب المستحقة للجماعات المحلية.

الأساس. وعليه، فإن انعدام أي وسيلة قضائية للطعن في مسطرة التحديد التلقائي للضريبة يفتح أمام الملمزم إمكانية الطعن عن طريق دعوى الإلغاء وذلك بسبب عدم وجود أي طعن مواز. وهذا الاتجاه، الذي اتخذته الفقه والقضاء، يذكرنا بموقف مجلس الدولة الفرنسي الذي قبل دعوى الإلغاء بشأن الطعون الضريبية عند استحالة جميع أوجه الطعون عن طريق الدعوى الموازية (قضية Herbinet، مجلس الدولة الفرنسي في 20 يونيو 1988 وكذلك قرار مجلس الدولة بتاريخ 31 يوليو 1992).¹

وعموماً فإن ممارسة دعوى الإلغاء في الطعون الجبائية أمام المحاكم الإدارية ظل محدوداً جداً، حيث نجده -مثلاً- لم يتعد 124 طعناً² خلال الفترة الممتدة ما بين 1994 و1998 بالنسبة للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء. ونفس الملاحظة يمكن أن نبيدها بشأن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، فعندما كانت هي المختصة لوحدها للنظر في دعاوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة لم يقدم أمامها خلال التسع (9) السنوات السابقة عن إنشاء المحاكم الإدارية سوى 700 طلب للإلغاء.³

وما دمننا بصدد الحديث عن تجربة المحاكم الإدارية في تحديد الطبيعة القانونية للطعون الجبائية، فلا بأس من الإشارة إلى بعض الآراء الفقهية حول المسألة حتى نستطيع الخروج برؤية شاملة حول الموضوع. وقبل عرض هاته الآراء نشير إلى أن الموقف الغالب هو الموقف القائل بأن الدعوى الجبائية يمكن أن تأتي في إطار دعوى الإلغاء تارة ودعوى القضاء الشامل تارة أخرى، وهكذا يرى الأستاذ السماحي⁴، بأن مقتضيات المادتين 8 و20 من قانون 41/90 قد فتحت الباب لكافة الدعاوى الضريبية، سواء دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل، وذلك في معرض رده على موقف المحكمة الإدارية بأكادير (حكم عدد 94/2 بتاريخ 1994/6/4) الذي ذهب فيه إلى استثناء دعوى المادة الضريبية من هذه الولاية، وقد أكد رأيه معتمداً على عمومية المادة 20 من قانون 41/90 التي تحتل في - نظره - إمكانية الطعن لتجاوز السلطة في كل قرار إداري دون تخصيص. ولكن مع ذلك نجد أن رأيه يكتنفه بعض الغموض لتحفظه على تطبيق الشروط الإجرائية لدعوى الإلغاء - التظلم تحديداً⁵ - إذ يجب في - نظره - الارتباط بتلك المتعلقة بالضرائب، وإن اتخذت المنازعة شكل دعوى إلغاء.

ويبدو أن هذا التحفظ غير ملزم - بالضرورة - لأستاذنا عبد الله حداد⁶، فهو يرى أن هناك بعض القرارات المنفصلة مثل القرارات التنظيمية أو التنفيذية للتشريع الضريبي يمكن أن يمارس بشأنها الطعن بطريق دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة، وذلك دون التقيد بالمسطرة والأجال المنصوص عليها في القوانين المنظمة للمنازعات الضريبية، لأن القرار صادر عن سلطة إدارية لا بصفتها إدارة الضرائب. ولأستاذ عبد القادر التيعلاتي⁷ موقف فريد، فهو يصحح بإمكانية الطعن بالإلغاء في ميدان الضرائب، إلا أنه يرفض أن يشكل هذا الطعن قضاءاً جبائياً بالمعنى الكامل للكلمة لكونه لا يختلف في مبادئه ومساطرته عن قضاء الإلغاء الذي يباشر ضد قرارات إدارية تصدر في مجالات إدارية أخرى. ومن القائلين بإمكانية الطعن، الأستاذ جعفر حسون (مفوض ملكي بالمحكمة الإدارية بمراكش)⁸، والأستاذ عبد العزيز اليعقوبي، (مفوض بالمحكمة الإدارية بمكناس).⁹

¹ - هذان القراران تمت الإشارة إليهما سابقاً.

² - أنظر الكتيب الذي أصدرته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، مارس 1999.

³ - عبد الرحمان أبليل / محمد مزاق: النظام القانوني للمنازعات الجبائية بالمغرب، م.س، ص: 194.

⁴ - محمد السماحي، مسطرة المنازعة في الضريبة، مسطرة المنازعة في الضريبة، م.س، ص: 193.

57 - المرجع السابق، ص: 158، وقد أتيحت لنا المناسبة للرد على هذا الرأي عند تناولنا للحالات المعفاة من إجبارية التظلم في الباب الأول من هذا البحث.

58 -- د. عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، منشورات عكاظ، ص: 151.

59 - د. عبد القادر التيعلاتي، النزاع الضريبي في التشريع المغربي، م.س، ص: 9.

60 - د. جعفر حسون، مقال منشور ب: م.م.ب، سلسلة مواضيع الساعة، م.س، ص: 55.

61 - د. هبة القادر اليعقوبي، نفس المجلة، عدد 9، ص: 73.

وتبقى دعوى الإلغاء - في نظرنا- مطلوبة في المجال الجبائي، إذا تحققت شروطها، ليس فقط لمجانيتها، وإنما أيضا لإثارها مسألة المشروعية، ويكفي الاستناد إلى مبرر واحد للاستدلال على أهميتها هو قاعدة حجية الشيء المقضي به، التي تختلف آثارها - كما هو معلوم- فيما بين القضاء الشامل وقضاء المشروعية.

ذلك أن الطعون في قضاء المشروعية تتعلق بمراكز قانونية موضوعية، والأحكام التي تصدر بشأنها تكون لها حجية مطلقة قبل الكافة وليست لها حجية نسبية أي لا تتعدى الأطراف في الدعوى؛ إذ أن مشروعية القرارات التنظيمية أو التنفيذية في مجال الضرائب، كباقي المجالات الإدارية الأخرى، لا تهم شخصا بعينه وإنما تهم كافة المواطنين أو على أقل تقدير أولئك الموجودين في مراكز قانونية جبائية متماثلة. ولعل السؤال يبقى مطروحا في هذا الصدد هو: ما هو الجزء الإجرائي المترتب عن الاختيار غير الصائب لسلك دعوى الإلغاء، في حين أن الأمر يتطلب دعوى القضاء الشامل؟ جوابا على هذا السؤال ذهبت بعض الآراء¹ إلى القول بأن الاختيار غير الصائب لسلك دعوى الإلغاء، يفوت على الملزم حقه عند إعادة تقديم المنازعة أمام القضاء الشامل، حيث يكون -مع الأسف- أجل تقديم الطعن قد فات وقاتت معه كل فرصة يمكن أن تمنح للملزم للمطالبة بحقوقه. إلا أن الاجتهاد القضائي كان له موقف آخر، فقد ألغت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى² حكما صادرا عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء صرحت فيه بعدم اختصاصها في نازلة ذهب الملزم فيها إلى طلب إلغاء مقرر صادر عن إدارة الضرائب وقد عللت حكمها بكون الطاعن "لم يطلب إلغاء مقرر إداري بمعناه المتعارف عليه فقها وقضاء وإنما طالب بإلغاء الضرائب التي فرضت عليها إثر مراجعة غير مشروعة نتج عنها أداؤها لمبالغ عن عمليات معفاة من الضريبة وأن مثل هذه الدعوى تدخل في الاختصاص الشامل للمحكمة الإدارية التي تبت فيها كمحكمة موضوع لا كمحكمة مختصة بقضاء الإلغاء...". وقد نقضت الغرفة الإدارية هنا الحكم معللة قرارها كالآتي: "حيث إنه من الواضح أن المحكمة الإدارية تبت في دعاوى الإلغاء التي حددها قانون 41/90 المنثني لها كما تبت في نفس الوقت في دعاوى القضاء الشامل التي أسندت إليها حسب نفس القانون على سبيل الحصر. وحيث إن مادة الضرائب والمنازعات المتعلقة بها تدخل في الطائفة الثانية المذكورة وحيث إنه لا جدال في أن موضوع الدعوى هو منازعة ضريبية الشيء الذي يعني أن المحكمة الإدارية كانت مختصة في الطلب المذكور، ولو أن الطاعنة استعملت الإلغاء مادام الهدف المتوخى من دعواها هو الوصول إلى إبطال الضريبة المفروضة عليها ومحاولة استرجاع ما أدته في نظرها دون وجه حق". لذلك فالطعن بالإلغاء في الطعون الجبائية لا يلجأ إليه إلا استثناء، ويبقى المبدأ هو أن الدعوى الضريبية هي دعوى القضاء الشامل. وبذلك نكون قد حددنا الطبيعة القانونية لهذه الدعوى.

62 - فاطمة حوسني "منازعات الوعاء الضريبي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، 1998-1999، ص: 60.

63 - القرار عدد 1188 المؤرخ في 97/7/24، الملف الإداري عدد 97/1/5/573، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 53-54، السنة 21 يوليوز 1999، ص: 297.

دور القاضي الإداري في حماية حق الملكية من خلال تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

الوعبان لرباس

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط

يعد حق الملكية من أهم الحقوق الاقتصادية، حيث تنبع هذه الأهمية من السلطة التي يمنحها للمالك من حق الاستعمال والانتفاع والارتفاق . و يعتبر موضوع الملكية من أهم الموضوعات التي اشتد حولها الصراع الفكري في العصر الحديث بين أنصار المذهب الفردي الذين يطلقون العنان للملكية الفردية ويسمحون لمالكها أن يتصرف فيها تصرفا مطلقا دون حدود أو قيود، وأنصار المذهب الاشتراكي الذين يلغون الملكية الفردية.¹ ويحظى حق الملكية بقدرسية أغلب التشريعات سواء الدولية منها والوطنية، والمشرع المغربي بدوره صار على نهج التشريعات المقارنة. وكرس حق الملكية الخاصة وصار به إلا مستوى التنصيب الدستوري عبر كافة الدساتير المتعاقبة بداية من دستور 1962 إلى غاية دستور فاتح يوليوز 2011، الذي أكد في الفصل 35 منه على أن القانون يضمن حق الملكية، مما حدا ببعض الفقه إلى طرح سؤال جوهري² يتمثل في طبيعة حق الملكية هل هو حق دستوري يحميه الدستور شأنه شأن باقي الحقوق ؟ أم أنه حق من الدرجة الثانية يحميه القانون فقط ؟ لكن في المقابل فإن النص الفرنسي من الدستور اعتمد عبارة *le droit de propriété est garanti* أي أن حق الملكية مضمون دون إضافة عبارة *par la loi* أي من طرف القانون كما ورد في النص العربي.

وبالرغم من الحماية التي حظي بها حق الملكية الخاصة والارتقاء به إلى مصاف الحقوق الدستورية. إلا أنه قد تم ربط إمكانية الحد من مدها ، كلما دعت لذلك ضرورة النمو الاقتصادي والاجتماعي وضرورات تنظيم المجال الحضري والفروي، وفي الغالب ما تحتاج السلطات العمومية إلى وعاء عقاري لتنفيذ برامجها ، كون الرصيد العقاري المتوفر غير كافي لاستيعاب المشاريع المطروحة. وتكون بذلك السلطات العمومية أمام وسيلتين قانونيتين إما الاقتناء بالتراضي من المالكين وتنزل بذلك الدولة منزلة الخواص وتحصل على الوعاء العقاري عن طريق المراضاة ، وإما عن طريق مسطرة نزع الملكية التي تعد من أكثر الوسائل القانونية شيوعا من أجل التوفر على الرصيد العقاري لفائدة الدولة. غير أن طريق مسطرة نزع الملكية التي أحاطها المشرع بمجموعة من الإجراءات والضمانات حتى لا تخرج هذه العملية عن طابعها الاستثنائي وهو ما يتجلى باقتنائها بعنصرين أساسيين التعويض العادل و المنفعة العامة وهو المفهوم الذي لم يتعرض له المشرع تاركا هذه المهمة للفقه والاجتهاد القضائي³. وعموما فعملية نزع الملكية تنقسم إلى مرحلتين مرحلة إدارية تبتدئ بإعلان المنفعة العامة و مرحلة قضائية تتوزع على القضاء الاستعجالي في الشق المتعلق بالإذن بالحيازة وقضاء الموضوع في الشق المتعلق بنقل الملكية وتحديد التعويض. لكن موضوع الحماية التي يمنحها القضاء الإداري تتجلى في بقاء الملك أي العقار في ملكية مالكة الأصلي ، وهي الحماية الحقيقية لحق الملكية ، وقد مارسها الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من خلال تكريس نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار التي حلت محل الرقابة الكلاسيكية التي ظل القضاء الإداري يمارسها لزمّن طويل على قرارات إعلان المنفعة العامة . ذلك أن القاضي الإداري لم يعد في تقديره لهذه المنفعة يكتفي بالمعيار المجرد وإنما تجاوز ذلك لرقابة على مضمون قرار المنفعة العامة⁴. من خلال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار و هي نظرية من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي غير أنها لم تظل حكرا عليه، فسرعان ما انتقلت هذه النظرية إلى الاجتهاد القضائي المغربي.

¹- كريم لحرش ، " الدستور الجديد للملكة المغربية شرح وتحليل " سلسلة العمل التشريعي والاجتهاد القضائي، العدد 3 السنة 2012، ص 51.

²- العربي محمد مياذ ، " القيود الواردة على حق الملكية العقارية " ، مجلة المنبر القانوني ، العدد 4 أبريل 2013 ، ص 20.

³- محمد منتصر الداودي ، " مراقبة مشروعية مقرر نزع الملكية للمنفعة العامة " دفاتر المجلس الأعلى العدد 1 أبريل 2000 ، ص 15.

⁴- عبد العزيز يعكوبي ، " تطور الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية من خلال نظرية الموازنة " مجلة الإشعاع عدد 13، 1994 ص 51.

فما مدى مساهمة القاضي الإداري في حماية حق الملكية من خلال تبني نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ؟ و إلى أي حد استطاع القاضي الإداري تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة؟

نزع الملكية من أجل المنفعة العامة كاستثناء على حق الملكية

إذا كان المبدأ العام الذي تقوم عليه دولة الحق والقانون هو حماية الحقوق والحريات التي من بينها بل وأهمها حق الملكية الخاصة ، الذي حظي بحماية دولية منصوص عليها في المواثيق والاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى حماية وطنية تتوزع ما بين الدستور والقانون العادي ، كما أن القضاء ساهم بشكل بارز في حماية الأطراف المنزوعة ملكيتهم غير أن هذه الحماية سواء منها القانونية والقضائية ، لا تعني أن المساس بهذا الحق لا يمكن أن يكون في أي حال من الأحوال بل أجاز المشرع نزع ملكية العقارات كلاً أو بعضاً، واعتبرت مسطرة نزع الملكية من طرق اكتساب الأملاك العمومية غير أن نزع الملكية يتم وفق إجراءات قانونية محددة بمقتضى القانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية والاحتلال المؤقت.¹

وتتمتع الإدارة بسلطات واسعة في تحديد شرط المنفعة العامة هذا المفهوم الفضفاض والذي عرف تطورات متباينة سايرها القضاء الإداري من أجل بسط رقابته على سلطات الإدارة الواسعة في تقدير شرط المنفعة العامة.

إجراءات مسطرة نزع الملكية

إذا كانت مسطرة نزع الملكية اعتداء على حق الملكية لكنه اعتداء أجاز القانون وفق القانون، أي ما يفرض على السلطة نازعة الملكية سلوك الإجراءات الإدارية التي تمهد للمرحلة القضائية وسنقتصر في هذا المطلب على الإجراءات الإدارية التي تبتدئ بصدور قرار إداري يتضمن رغبة الإدارة المعنية في تملك عقار في ملك الخواص² وهو الأمر الذي يترجم بإصدار المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة وسيكون موضوع (الفرع الأول) وتواصل المرحلة الإدارية بإصدار مقرر التخلي واحترام الإجراءات السابقة واللاحقة له والذي سنتناوله في (الفرع الثاني) ويعقب مقرر التخلي بداية المرحلة القضائية.

الفرع الأول : مقرر إعلان المنفعة العامة

تنفرد الإدارة نازعة الملكية خلال المرحلة الإدارية باتخاذ المبادرة التي يجب أن تحترم معها الإجراءات المسطرية التي تبتدئ بإصدار قرار يعلن عن قيام المنفعة العامة التي من أجلها ثم اللجوء لمسطرة نزع الملكية.³ ويعد قرار إعلان المنفعة العامة من بين أهم الإجراءات الشكلية المقررة في المرحلة الإدارية لنزع الملكية. كما يعتبر قرار إعلان المنفعة العامة قرار إداري، يجسد امتيازات السلطة العامة في مواجهة الخواص المنزوعة ملكيتهم.¹

¹ رغم أن نظام الاحتلال المؤقت مندمج في قانون نزع الملكية و وثيق به وذلك بالنظر إلى وحدة الموضوع إلا أنه مع ذلك يظل نظام نزع الملكية متميز عن الاحتلال المؤقت ويختلفان من عدة نواحي:

- من الناحية الجوهرية : إن عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ترمي إلى إحلال الدولة بوجه عام أو من يقوم مقامها محل المالك الأصلي ويظهر بذلك أن عملية نزع الملكية كنوع من البيوع الجبرية أما الاحتلال المؤقت فيرمي فقط إلى احتلال ملك معين من طرف السلطة العامة أو من يحل محلها خلال فترة زمنية معينة مقابل تعويض عادل فبذلك يظهر الاحتلال المؤقت كنوع من الأكرية الجبرية.

- من الناحية الإجرائية : إن عملية نزع الملكية تمر بمرحلتين مرحلة إدارية ومرحلة قضائية ويتصدر مقرر إعلان المنفعة العامة الإجراءات الإدارية وتتم بمرسوم يصدر عن الوزير الأول بينما يصدر القرار القاضي باحتلال ملك الغير لمدة مؤقتة عن الوزير المعني بالأمر.

² -GH.Debbah, J. Bordon, J.M.Poutier, T. Ricci : Institution et droit Administratif , tom 3. Bien expropriation travaux public thémis PUF 1982,p.242.

³ -حسن صحيب ، " القضاء الإداري المغربي " ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية ، عدد 80، الطبعة الأولى 2008 ، ص 174 .

والقاعدة أن المنفعة العامة تظل ثابتة في كل مقرر يقضي بإعلانها سواء كان ملازما لمقرر التخلي أو بدونه ولا يبقى أمام المتضرر المتزوجة ملكيته سوى إثبات الجوانب السلبية للمشروع المطعون فيه أمام الجهة القضائية المختصة.²

الفقرة الأولى : الجهة المختصة بإعلان المنفعة العامة

مادامت عملية نزع الملكية تستند على المنفعة العامة فإن أول إجراء تستهدفه السلطة نازعة الملكية هو إصدار المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة³. وخص المشرع إعلان المنفعة العامة بالبواب الثاني من القانون 7.81 حيث قضت الفقرة الأولى من الفصل 6 من القانون 7.81 على أنه " تعلن المنفعة العامة بمقرر إداري يعين المنطقة التي يمكن نزع ملكيتها " ونص المرسوم التطبيقي لقانون نزع الملكية 7.81 في فصله الأول على أنه " تطبيقا للفصل 6 من هذا القانون " المشار إليه أعلاه تعلن المنفعة العامة بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المعني بالأمر " وبالرغم من وضوح هذين النصين فإنهما يثيران إشكاليات نظرية وعملية⁴ من قبيل ماهية مفهوم المنفعة العامة. والجهة المختصة باقتراح المرسوم والجهة المختصة بطلبه وتلك المختصة بإصداره.

أولا : مفهوم المنفعة العامة

لم يسبق للمشرع المغربي عبر القوانين المتعلقة بنزع الملكية أن قدم تعريفا لمفهوم المنفعة العامة بل اقتصر على سرد بعض الأمثلة من المشاريع التي تتصف بطابع المنفعة العامة. وقد أحسن المشرع المغربي صنعا في تفاديه لوضع تعريف لمفهوم المنفعة العامة الذي يظل مفهوما زئبقيا يتطور بتطور المجتمع.⁵

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي لم يقتصر على وحدة المفهوم فهو في قانون نزع الملكية، يردد لفظ المنفعة العامة ونجده في بعض النصوص الخاصة⁶ يردد مفهوم المصلحة العامة عوض المنفعة العامة وفي هذا الصدد نص الفصل 6 من الظهير رقم 1.76.393 الصادر 21 يونيو 1976 المتعلق بتهيئة خليج أكادير واستثماره السياحي حيث نص على أنه " يعلن أن في تهيئة خليج أكادير واستثماره السياحي مصلحة عمومية داخل حدود الدوائر المبينة في الفصل الأول ". وترى الأستاذة ماري خوسي ديموشي⁷ أن الواقع التطبيقي والعملي ترتب عنه عدم القدرة على وضع معيار بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لأن مفهوم المنفعة العامة استغرق مجال التدخل في حماية المصلحة العامة، وفي ظل التطورات الاقتصادية انقلب الأمر وأصبح القطاع العام في خدمة القطاع الخاص خاصة مع تبني سياسة الخصخصة.

¹ سمير أحيذار ، " قرار نزع الملكية في القانون العام المغربي " ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة محمد الأول ، كلية الحقوق بوجدة ، السنة الجامعية 2004-2005 ، ص 55.

² - العربي مياد ، " أي مفهوم للمنفعة العامة في قانون نزع الملكية " ، مجلة القانون المغربي ، عدد 10 ، شتنبر 2006 ، ص 151.

³ - حسن العفوي ، " مسطرة نزع الملكية في التشريع المغربي " ، مرجع سابق ، ص 150.

⁴ - نورة عربي ، " نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة بين التشريع ورقابة القضاء " ، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة جامعة محمد الخامس كلية الحقوق السوسبي الرباط السنة الجامعية 2008-2009 ، ص 118.

⁵ - منية بلمليح ، مرجع سابق ، ص 104.

⁶ - الظهير الشريف ، رقم 1.69.27 بتاريخ 25 يوليوز 1969 ، بالإعلان أنه من المصلحة العمومية تهيئة الأوضاع العقارية وإحداث تجزئات فلاحية في دوائر الري وبوضع مسطرة خاصة لنزع ملكية الأراضي اللازمة لهذا الغرض.

⁷ - العربي مياد ، " أي مفهوم للمنفعة العامة " ، مرجع سابق ، ص 154.

وعرف مضمون المنفعة العامة في التشريع المغربي تطورا ملحوظا فبعدما كان هذا المفهوم في مرحلته الأولى يعرف بضيق مجاله وتحديد المنفعة العامة على سبيل الحصر نظرا لظرفية سياسية معينة بعد انفراجها، عرف مفهوم المنفعة العامة توسعا لا على مستوى المساطر المتعلقة بنزع الملكية من جهة ، وتحديد إطار المنفعة العامة من جهة أخرى.¹

ثانيا : السلطة المختصة بطلب إعلان المنفعة العامة

من الناحية العملية فإن السلطة التي ستنجز المشروع فوق الأرض المنزوعة هي التي تتقدم بالطلب مبدئيا ، وتختلف الجهة التي تطلب نزع الملكية على حسب كل حالة² وعلى هذا الأساس فإن الجهة المختصة بتقديم طلب إعلان المنفعة العامة حينما يتعلق الأمر بنقل ملكية عقار إلا ملك الدولة العام فهنا الوزير المختص هو الذي يقدم طلب إعلان المنفعة العامة أما إذا تعلق الأمر باقتناء الملك الخاص الغابوي فإن وزارة الفلاحة هي المختصة هنا، أما إذا كان الاقتناء لصالح الملك العمومي تشييد قنطرة مثلا فإن الجهة المختصة هي وزارة الأشغال العمومية.³ سابقا تجهيز والنقل حاليا .

ولكن السؤال المطروح هل بإمكان الجماعات الترابية تقديم طلب إعلان المنفعة العامة دون مصادقة الوزارة الوصية ؟

فبحكم القانون فإن مقررات المجلس الجماعي الخاصة بالاقتناءات والتفويتات وباقي المعاملات الأخرى لا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا صادقت عليها سلطة الوصاية.⁴

وعموما فالقاعدة العامة تقضي بأن تقديم طلب إعلان المنفعة العامة يخول للوزير الذي له حق اقتراح إعلان المنفعة العامة بغض النظر عن الجهة التي لها حق تقديم طلب إعلان المنفعة العامة.

ثالثا : السلطة المختصة باقتراح إعلان المنفعة العامة

نص الفصل الأول من المرسوم التطبيقي على أن إعلان المنفعة العامة يتم بموجب مرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المعني بالأمر.

ويقصد بالوزير المعني بالأمر الوزير الذي يتواجد على رأس الوزارة التي ستتولى إنجاز المشروع الذي ستنزع الملكية من أجله وقد يقصد بالوزير المعني أيضا الوزير الذي تثبت له الوصاية فمثلا وزير الداخلية بالنسبة للجماعات الترابية ، وكذلك فإن وزير المالية هو المعني بالأمر كلما تعلق الأمر بنزع الملكية لصالح ملك الدولة الخاص، ويختص كذلك وزير الفلاحة بحق اقتراح مقرر المنفعة العامة في حالة إذا كان نزع الملكية يهم الملك الخاص الغابوي للدولة.⁵

ويقصد بالوزير المعني بالأمر كذلك الوزير الذي يتقارب نشاطه مع المشروع الذي سوف تنزع الملكية من أجله فإذا كان الأمر متعلق ببناء مركب للألعاب الرياضية فإن الوزير المختص باقتراح المنفعة العامة هو بالتأكيد وزير الشبيبة والرياضة.

وتعتبر مسألة إقرار اقتراح نزع الملكية من جانب الوزير المعني بالأمر آلية قانونية تمكن الوزير من مراقبة كافة الأنشطة والأعمال المرتبطة بوزارته.

¹ أحمد أجمعون ، "تطور رقابة المجلس الأعلى على شرط المنفعة العامة في موضوع نزع الملكية "، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد مزدوج 38-39 ماي – غشت 2001 ، ص 130 و 131.

² محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 109.

³ البشير باجي ، " شرح قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة في ضوء القانون المغربي والقضاء والفقهاء والتطبيق " طبعة الأولى 1991 ، ص 136.

⁴ المادة 69 البند 9 من القانون رقم 17.08 الصادر 18 فبراير 2009 المتعلق بالميثاق الجماعي .

⁵ منية بلمليح ، مرجع سابق ، ص 108.

وفي هذا الصدد قضت الغرفة الإدارية في قرارها الصادر 1995 على ما يلي:

" يعتبر إعلان المنفعة العامة بمرسوم يتخذ باقتراح الوزير المعني بالأمر إجراء جوهريا لإشراكه المصالح المعنية بالأمر في العملية المقصودة ولما فيه من ضمانات وعدم مراعاة ذكره يترتب عليه البطلان"¹

رابعا: السلطة المختصة باتخاذ قرار إعلان المنفعة العامة

يصدر قرار إعلان المنفعة العامة بمرسوم يتخذه الوزير الأول بناء على الاقتراح الموجه إليه من طرف الوزير المعني بالأمر.

وتشكل مسألة الاقتراح والاتخاذ آلية قانونية ، تمكن الوزير الأول (حاليا مصطلح رئيس الحكومة) من مراقبة مختلف الأنشطة الاقتصادية والإدارية ذلك أنه " يصادق مسبقا بمرسوم على كافة العمليات العقارية المنجزة باسم الدولة أو الجماعات المحلية وبسبب الانعكاسات الاقتصادية والمالية للعمليات العقارية ، فإن المصادقة عليها تشكل أداة تنسيق بالغة الأهمية بين يدي رئيس الحكومة"².

وعلميا فإن الوزير المعني باقتراح إعلان المنفعة العامة يقوم بتوجيه مشروع إعلان المنفعة العامة لدى الأمانة العامة للحكومة ، ويتخذ القرار في شكل مرسوم وحتى ينتج هذا المرسوم آثاره من الضروري أن يخضع لإجراءات وتدابير النشر والتبليغ حتى ينتج مقرر المنفعة العامة آثاره.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية لقرار إعلان المنفعة العامة

يعتبر قرار إعلان المنفعة العامة قرارا إداريا لكن هل يعتبر قرار إعلان المنفعة العامة قرار فردي أم قرار تنظيمي ؟

ويميز أساتذة القانون الإداري بين القرارات الإدارية من حيث مداها، بين القرارات الإدارية الفردية ، وهي تلك القرارات التي تصدر على فرد معين بذاته ومحدد باسمه أو على مجموعة من الأفراد المعينين بذواتهم وقد تصدر القرارات الفردية في شكل ظهير شريف أو مرسوم،³ أما القرارات الإدارية التنظيمية ، فهي عبارة عن قواعد عامة ومجردة ملزمة وغير شخصية ترمي تقييد بعض أوجه النشاط الفردي وتقترب من حيث مضمونها من القانون إذا تتصف أيضا بالعمومية والتجريد والإلزام لكن تختلف عنه من حيث المصدر.⁴

وتجدر الإشارة إلا أن القرار الفردي يستنفذ موضوعه أو مضمونه بمجرد تطبيقه على الحالة أو الحالات المذكورة ومن أمثلة ذلك قرار تعيين أو قرار منح رخصة.⁵

ويعتبر قرار إعلان المنفعة العامة مزيجا بين القرارات الفردية والقرارات التنظيمية فهو تنظيمي من جهة كونه غير قابل للاحتجاج به إلا بعد نشره وهو فردي لأنه يهيم اتفاقات معينة.⁶

¹ قرار عدد 553 الصادر بتاريخ 1995/12/7 ، ملف إداري عدد 94/101140 منشور بلائحة الملاحق

² محمد أشركي " الوزير الأول ، مركزه ووظيفته في النظام المغربي" ، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام جامعة الحسن الثاني عين شق كلية الحقوق بالدار البيضاء ، سنة 1985 ص 135.

3- مليكة الصروخ ، " مشروعية القرارات الإدارية " ، مطبعة النجاح ، الطبعة الأولى ، سنة 2011 ، ص 165

4- محمد البعدوي ، " الشرطة الإدارية وإشكالية الموازنة بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريان " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 94 ، سنة 2013 ، ص 116.

5- رضا التايدي ، " المرحلة القضائية في مسطرة نزاع الملكية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري " ، بحث نهاية التمرين في المعهد الوطني للدراسات القضائية ، فوج 30 سنة 2003 ص 69.

6- أحمد أجمعون ، مرجع سابق ص 313.

واعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي بأن قرار إعلان المنفعة العامة ذو طبيعة خاصة ويحتل مرتبة وسطى بين القرارات الفردية والتنظيمية ويعد قرار إعلان المنفعة العامة أقرب ما يكون من القرارات الفردية لأنه يفتقد خاصية أساسية من خصائص القرار الإداري التنظيمي وهي العمومية والتجريد، وقرار إعلان المنفعة العامة يتعلق بحالة واحدة أو عدة حالات محددة¹، وما يؤكد هذا التوجه ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 7 من القانون 7.81 حيث نص على أنه " يمكن للمقرر المصحح بالمنفعة العامة أن يعين مباشرة الأملاك التي يشملها نزع الملكية." وتبعاً لذلك فإن قرار إعلان المنفعة العامة قرار إداري فردي

الفقرة الثالثة: آثار إعلان المنفعة العامة والجهة المختصة بالطعن

يرتب إعلان المنفعة العامة عدة آثار ومن بين آثار إعلان المنفعة العامة، عدم إدخال أي تعديلات أو تغييرات على الملك الذي استهدفه إعلان المنفعة العامة إلا بجواز من السلطة نازعة الملكية لمدة سنتين من إعلان المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة.² وحتى ينتج المرسوم المتعلق بإعلان المنفعة العامة كل آثاره القانونية لا بد من أن تتخذ بشأنه كافة تدابير الإشهار التالية:

✓ نشر المقرر بكامله في الجريدة الرسمية (الجزء الأول) وينشر إعلان بشأنه في جريدة أو عدة جرائد مأذون لها بنشر الإعلانات القانونية مع الإشارة إلى الجريدة الرسمية التي وقع نشره بها.

✓ تعليق نص المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة في مقر الجماعة التي تقع بها المنطقة المقرر نزع ملكيتها.

وتختلف آثار إعلان المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة من حيث سريان آثاره، حيث تسري آثار الإعلان عن المنفعة العامة في مسطرة نزع الملكية خلال مدة سنتين و آثار الإعلان عن المنفعة العامة تكون 20 سنة بالنسبة لمخططات التهيئة الحضرية و 10 سنوات بالنسبة لتصاميم التنمية بالمجموعات العمرانية القروية و 20 سنة بالنسبة لقرارات التصريف.

أما بالنسبة للجهة المختصة في النظر في الطعن في مرسوم القاضي بإعلان المنفعة العامة تختص بالنظر في طلبات إلغائه محكمة النقض ولما كان قاضي الإلغاء هو قاضي المشروعية الذي ينظر في الدعاوي، العينية المعروضة عليه أي دعوى الإلغاء فإنه يظل الوحيد المسموح له قانونياً بمراقبة مشروعية المقرر المعلن عن المنفعة العامة.³

ورغم أن المشرع المغربي عبر القوانين المتتالية التي تنظم عملية نزع الملكية لم يشر إلى إمكانية الطعن بالإلغاء في قرار إعلان المنفعة العامة، إلا أن القانون 41.90 أشار إلى اختصاص المجلس الأعلى ابتدائياً و انتهائياً في المادة 9 منه التي حددت اختصاص المجلس الأعلى في البث في المقررات التنظيمية والفردية الصادر عن الوزير الأول.

وقد دأبت المحاكم الإدارية على التصريح بعدم اختصاصها للنظر في الطعون الموجهة بالإلغاء ضد مراسيم إعلان المنفعة العامة، مؤكدة اختصاص المجلس الأعلى حيث جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية بوجدة⁴ ما يلي: " وحيث إنه وبصرف النظر عن مدى اعتبار مقرر إعلان المنفعة العامة مقرراً تنظيمياً أو فردياً وما يترتب عن ذلك من آثار تتعلق بمسطرة النشر أو التبليغ فإنه يبقى مرسوماً صادراً عن الوزير الأول ويخضع بالتالي لاختصاص الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تطبيقاً للمادة 9 من القانون 41.90 "

1- محمد فؤاد مهنا، " مبادئ وأحكام القانون الإداري "، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة الأولى، سنة 1985، ص 750.

2 - حسن صحيب، مرجع سابق، ص 176.

3- الطاهر جبران، " قضاء الإلغاء ومراقبة مشروعية المقرر المعلن عن المنفعة العامة "، مرجع سابق، ص 43.

4- حكم المحكمة الإدارية بوجدة، رقم 96/97 بتاريخ 15 ماي 1996، ملف رقم 95/77 حكم غير منشور.

الفرع الثاني : مقرر التخلي

إذا لم يحدد المرسوم المعلن للمنفعة العامة بكيفية واضحة ودقيقة العقارات المزمع نزع ملكيتها، فإنه يتعين اتخاذ قرار التخلي لتحديد مساحة العقارات المراد نزع ملكيتها خلال أجل سنتين من تاريخ إصدار المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة .
ويعتبر إعلان مقرر التخلي ثاني إجراء إداري يباشره نازع الملكية أو من فوض له بذلك¹. ومن المعلوم أن قرار التخلي إذا صدر فهو يخضع لنفس إجراءات الإشهار التي يخضع لها قرار إعلان المنفعة العامة.

الفقرة الأولى : الطبيعة القانونية لمقرر التخلي

من خلال استقراء الفصل 2 من المرسوم التطبيقي للقانون 7.81 يتضح أن السلطة التي تصدر مقرر التخلي مختلفة عن الجهة التي تصدر إعلان المنفعة العامة. وهذه السلطة التي تصدر مقرر التخلي سواء رئيس المجلس الجماعي أو عامل العمالة أو الإقليم أو الوزير المعني بالأمر تعتبر سلطة إدارية. كما أن قرار التخلي من الناحية الشكلية يعد قراراً إدارياً ويبقى الإشكال مطروحاً حول طبيعة مقرر التخلي هل هو قرار كاشف للقرار الذي سبقه - أي مقرر إعلان المنفعة العامة - وما يؤكد هذا التوجه أنه من غير الممكن أن يصدر قرار التخلي بشكل مستقل عن قرار إعلان المنفعة العامة.

كما أن الفصل 7 من القانون 7.81 ربط إصدار قرار التخلي بعدم تعيين المقرر المعلن للمنفعة العامة للأمالك التي يجب أن يشملها نزع الملكية. كما أن إصدار مقرر التخلي مرتبط بأجال محددة في سنتين من تاريخ نشر إعلان المنفعة العامة بالجريدة الرسمية وتجدر الإشارة أن الأجل في قانون نزع الملكية 7.81 هي آجال كاملة². لذا فإن مقرر التخلي يجب أن يتقيد بالإطار الذي رسمه مقرراً إعلان المنفعة العامة ويعين فقط الأمالك التي تقع بالمنطقة المحددة سلفاً، وإلا أصبح مقرر التخلي وسيلة بيد نازع الملكية لتعديل مقتضيات مرسوم المنفعة العامة وهو ما يتنافى مع قاعدة عدم جواز تعديل السلطة الأدنى لقرارات السلطة الأعلى.

الفقرة الثالثة : علاقة مقرر التخلي بإعلان المنفعة العامة

إذا كان كل من مقرر التخلي وإعلان المنفعة العامة من أهم الإجراءات الإدارية التي من اللازم على نازع الملكية استصدارها من أجل مرور عملية نزع الملكية بصفة قانونية غير أن كل من المقررين له ما يميزه عن المقرر الآخر.

ويظل مقرر التخلي مرتبطاً بمقرر إعلان المنفعة العامة ويمكن تصور صدور مقرر التخلي دون أن يسبقه مقرر إعلان المنفعة العامة. وتجدر الإشارة أن إصدار مقرر التخلي يظل مرتبطاً بأجال محددة إذا صدر خارجها، أصبح بدون قيمة قانونية تستوجب إعادة المسطرة وإصدار قرار إعلان المنفعة العامة، من جديد والذي يرتبط مجال إصداره بالسلطة التقديرية الواسعة للإدارة.

ويختلف كذلك مقرر التخلي عن مقرر إعلان المنفعة العامة من حيث إجراءات ووسائل الإشهار فيفرض مقرر التخلي إجراء بحث إداري، يمهد لاتخاذهِ ويسلط القضاء رقابته على هذا الإجراء. بالإضافة تدابير الإشهار المقررة لاستصدار مقرر إعلان المنفعة العامة. وتمثل السلطة التي لها حق إصدار مقرر التخلي في عامل العمالة أو الإقليم أو رئيس المجلس الجماعي أو الوزير المعني بالأمر حسب كل حالة³. أما بالنسبة لمقرر إعلان المنفعة العامة فإننا نميز بين الجهة التي لها حق الاقتراح والجهة المختصة بطلبه والجهة المختصة باتخاذهِ.

1- محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 117.

2- أنظر الفصل 48 من القانون 7.81.

3 الفصل 2 من المرسوم التطبيقي لنزع الملكية.

ويوجد فارق كبير بين المقررين من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب الإلغاء ، فالبعض يرى أن الجهة القضائية المختصة في طلب إلغاء مقرر التخلي هي المحاكم الإدارية.¹

أما اختصاص النظر في مقرر إعلان المنفعة العامة فيرجع للغرفة الإدارية بمحكمة النقض بالاستناد على المادة 9 من القانون 41.90. وإذا حدد المقرر المعلن للمنفعة العامة الأراضي المراد نزع ملكيتها بصفة دقيقة فإن نازع الملكية غير مجبر على إصدار مقرر التخلي. وهذا ما نص عليه الفصل 7 من القانون 7.81 الذي نص على أنه : " يمكن للمقرر المصرح بالمنفعة العامة أن يعين مباشرة الأملاك التي يشملها نزع الملكية وإلا فإن هذا التعيين يقع بموجب مقرر إداري يدعى مقرر التخلي..." ويتضح من هذا النص أنه يمكنه إصدار مقرر المنفعة العامة وحده دون مقرر التخلي، في حالة تحديد المقرر الأول للأملاك المراد نزع ملكيتها. أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المغربي من علاقة مقرر التخلي بمقرر إعلان المنفعة العامة فقد قضت المحكمة الإدارية بالرباط.² والتي جاء في حيثيات حكمها : " حيث إنه بموجب الفصل 7 من القانون 7.81 يمكن للمقرر المعلن للمنفعة العامة أن يحدد مباشرة الأملاك التي يشملها نزع الملكية، وفي هذه الحالة لا داعي لإصدار مقرر التخلي بالجريدة الرسمية أو تبليغه طبقاً للفصل 9 من القانون أعلاه. وحيث تبين من دراسة أوراق الملف أن المرسوم القاضي بإعلان المنفعة العامة أعلاه، عين مباشرة الأملاك التي تم نزع ملكيتها فلم يكن بالتالي مجال لإصدار مقرر التخلي في هاته الحالة طبقاً لمقتضيات الفصول 7 و 9 و 17 من القانون 7.81 .

وحيث يؤخذ من أوراق الملف أن المرسوم القاضي بإعلان المنفعة قد حدد الأراضي المقرر نزع ملكيتها و تم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 8/7/2004 وأن طلب نقل الملكية لم يقدم إلا بتاريخ 9/8/2006 أي خارج أجل سنتين المتطلبين في ذلك ، مما يبقى الطلب حول استصدار الإذن بالحيازة غير مؤسس وبالتالي غير مقبول. "

التوجهات الكبرى للاجتهاد القضائي المغربي في حماية حق الملكية

إذا كان الفقه يجمع على ضرورة تمتيع الإدارة وهي تباشر مهامها بسلطة تقديرية من شأنها أن تعكس توجه واختيار الإدارة في مجال معين، فإنه يسلم كذلك – أي الفقه- بضرورة مباشرة هذه السلطة تحت رقابة القضاء الإداري.

وإذا كان النص التشريعي منح الإدارة سلطات واسعة في مسطرة نزع الملكية لاسيما في المرحلة الإدارية فإن نفس النص أوكل للقضاء مهمة حماية حق الملكية من خلال الرقابة القضائية التي تعد من أهم ضمانات حماية حق الملكية والقضاء بدوره طور رقابته على جوهر نزع الملكية بل أساسها ألا وهو شرط المنفعة العامة، مستحدثا بذلك نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار التي تشكل قطيعة مع عصر الاجتهاد القضائي الكلاسيكي في مجال نزع الملكية.

والمقتضى التوجه القضائي الحديث ثم العدول عن النظرة المجردة والأحادية لشرط المنفعة العامة، بل أصبحت رقابة قضاء الإلغاء تمتد إلا واقع المنفعة العامة من خلال عقد مقارنة بين إيجابيات وسلبيات المشروع، وتعد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار la théorie du Bilan coût – avantages أسلوبا جديدا في الرقابة القضائية وهي من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي ومن الاتجاهات الأكثر صيانة للحقوق والحريات. ومما لا شك فيه أن هذا التوجه القضائي كان له تأثير على الاجتهاد القضائي العربي عموما والمغربي خصوصا.

1- فيصل عيوي ، " قضاء الإلغاء في منازعات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة" ، رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاجتماعية ظهر لمهراز ، سنة الجامعية 2008-2009، ص 26.

2- المحكمة الإدارية بالرباط أمر استعجالي عدد 1015 بتاريخ 15/1/2006 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 71 نونبر – دجنبر 2006 ، ص 265.

الذي انتهج توجه مجلس الدولة الفرنسي مع بداية مطلع عقد التسعينات من القرن الماضي غير أن المجتمع والواقع المغربي ليس هو المجتمع والواقع الفرنسي الذي جعل تبني هذه النظرية يراعي خصوصية¹ المجتمع المغربي.

فما هي إذن ملامح التكريس القضائي لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في النظام القضائي المغربي؟

الإطار النظري والتطبيقي لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

تعد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار من أهم النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري وتظهر أهميتها النظرية بارتباطها بمجال حساس وهو مجال نزع الملكية، حيث يتعلق الأمر بحق طبيعي قبل أن يكون حقا دستوريا الذي أصبح مهما بشكل أكبر في سياق تطور وظيفة الدولة وتطور سياساتها في مجال إعداد التراب الوطني والتهيئة الحضرية. وبذلك كان القضاء الإداري مطالبا بالتخلي عن منهج رقابته الكلاسيكية في حماية حق الملكية، ويلحق بركب الدول المتقدمة. وقد تأتي له ذلك بتبنيه نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ولمعرفة جزئيات هذه النظرية يجب أن نهمد لتعريفها ورصد ماهيتها ثم بعد ذلك نقف على أهم التطبيقات القضائية على المستوى القضاء المقارن و الوطني

تعريف نظرية الموازنة ومجال أعمالها

ظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة في مجال تحديد عنصر المنفعة العامة، وترجع بداية ظهورها لمجلس الدولة الفرنسي سنة 1971، ورغم أهمية نظرية الموازنة فإنها لم تحظى بالاهتمام الجديرة بها من طرف الفقه وحتى الأحكام القضائية لم تسهب في تعريفها.

تعريف نظرية الموازنة

عرفها سلامة جبر² بقوله: " تعني نظرية الموازنة أنه لتقدير شرعية مشروع ما واعتبارها من المنفعة العامة يتعين معرفة ما تحققه من مزايا وفوائد والوقوف على ما ترتبه من أضرار واعتداءات على الملكية الخاصة وما تستلزمه من نفقات وتكاليف مالية مع الأخذ في الاعتبار الأضرار الاقتصادية والاجتماعية للمشروع وإقامة موازنة بين هذه العناصر. بحيث لا يمكن إقرار المشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء المترتبة عليه مفرطة بالنسبة للمزايا والمصلحة التي حققها."

ويرى رمضان محمد محمد بطيخ³ أنه إذا كانت نظرية الموازنة ظهرت في مجال نزع الملكية فيجب أن تكون على الشكل التالي:

" لا يمكن قانونيا اعتبار عملية نزع الملكية محققة للمنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق الملكية العامة من جرائها وما تتطلبه من تكاليف مالية وكذلك ما يحتمل أن ينتج عنها من مضار اجتماعية ، لا تتجاوز بشكل مبالغ فيه المزايا أو المنافع التي يمكن أن تترتب عليها "

وحاول مفوض الحكومة Braibant في تعليقه على حكم ville nouvelle Est والذي اعتبر من خلاله أنه رغم أهمية المشروعات التي يتم مقتضاها صدور قرار نزع الملكية فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار السلبيات التي من شأنها أن تترتب عنه خاصة على المستوى البيئي عن طريق إتلافه لجزء مهم من الإرث الطبيعي والثقافي للدولة.¹

¹- تشير الفقهية ثورية العيوني إلى مفهوم الخصوصية وتعتبر اقتباس أي تجربة قضائية ، لا بد أن تكون بطريقة مختلفة تراعي الخصوصية الوطنية وتعتبر هيكلية النظام القضائي انعكاس للمجتمع والخصوصية التي يتميز بها وتستحضرنا قولها حول القضاء الإداري المصري الذي اعتبرت أنه " معقدة تعقيد الأهرامات المصرية "

²- أشار له بنجلون عصام ، مرجع سابق ، ص 136.

³- رمضان محمد بطيخ ، مرجع سابق ، 307.

ويمكن تعريف نظرية الموازنة بأنها اتجاه قضائي حديث في صيانة حق الملكية من خلال تسليط رقابة الملائمة على قرار إعلان المنفعة العامة ومقاربة مزايا هذا المشروع بسلبياته على المستوى المالي والاجتماعي والبيئي.

مجال إعمال نظرية الموازنة

ظهرت نظرية الموازنة لأول مرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قرار المدينة الشرقية الجديدة. بشكل جعل الفقه مجمع على أن نظرية الموازنة يظل مجالها الرئيسي هو مجال نزع الملكية غير أنه يمكن أن تنسحب هذه النظرية على عدة مجالات أخرى.

أ_ المجال الرئيسي لنظرية الموازنة:

ارتبط مجال ظهور نظرية الموازنة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، من خلال إقرارها من طرف مجلس الدولة الفرنسي في حكم المدينة الشرقية الجديدة الصادر 28 ماي 1971.

ونفس الأمر بالنسبة للقضاء الإداري المغربي من خلال حكم الشركة العقارية ميموزا الصادر سنة 1992 ، ونفس التوجه تبناه القضاء المصري، في حكم عزبة خير الله الصادر سنة 1991 ويتضح من خلال إعمال هذه النظرية من طرف القضاء المغربي والمقارن أن مجال هذه النظرية هو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. وتقوم هذه النظرية على معيار التكاليف المالية للمشروع *coût financier de l'opération* وهذا المعيار يمكن تطبيقه بشكل دقيق في مجال نزع الملكية.

غير أن التساؤل المطروح هل تطبيق هذه النظرية يظل مقتصر على دعوى نزع الملكية وخاصة في الجزء المتعلق بالإلغاء؟ أم يمتد لمجالات أخرى؟

ب_ المجالات الأخرى لنظرية الموازنة:

إذا كان مجال نزع الملكية يعد مجالاً خصباً لإرساء قواعد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فإن هذه النظرية تنسحب على مجالات منها مجال التجزئات العقارية، حيث يجد القاضي الإداري نفسه بين مصطلحتين متضابرتين.

1- مصلحة الفرد: الذي يطالب بحماية حق الملكية الخاصة.

2- مصلحة كافة المواطنين: المتمثل في الحصول على تنظيم عمراني راقٍ والتمتع ببيئة حضرية ملائمة.

وعرفت فرنسا دعوى معروفة باسم دعوى مدينة ليموج *ville de limoges*² انتهى فيها القاضي وضع مبدأ عام يتمثل في أنه لا يمكن السماح قانوناً بأي إجراء استثنائي على قواعد التنظيم العمراني إلا إذا كانت المنفعة العامة والتي تحميها القواعد القانونية ليس مبالغ فيها وذلك بالنظر إلا المنفعة العامة التي يترتبها الإجراء الاستثنائي.

وإذا كانت نظرية الموازنة ترتبط تطبيقها بالغرفة الإدارية بمحكمة النقض، فإن تأثيرها كان له صدى على بعض المحاكم الإدارية والتي بطبيعة الحال لا تختص باختصاص الإلغاء في مجال نزع الملكية إلا أنها تبنت هذه النظرية في إطار تحديد التعويض. وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية بمكناس³ في أحد حيثيات أحكامها ما يلي: " إن إيقاف أشغال المدعي لمدة عشر سنوات ومنعه من استغلال عقاره ودون القيام بإنجاز مسطرة نزع الملكية طول هذه المدة بسبب تناقضات القرارات المتعاقبة الصادرة عن المجلس البلدي والتي

1 - olivier fuchs "pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale l'harmattan", 2003. p 106.

2 - C.E 18 juil 1973, ville de limoges, Rec p 530 RD P. 1974 p 262.

3- المحكمة الإدارية بمكناس، حكم عدد 12/98/24 ش المؤرخ في 1998/12/23 بين وأعراب إدريس ضد رئيس المجلس البلدي لأزرو حكم غير منشور.

تصنف العقار موضوع النزاع تارة منطقة خضراء وتارة أخرى منطقة صالحة للبناء قد ألحق أضرار فادحة به الأمر الذي يستوجب تعويضه عن هذه الأضرار في نطاق الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.¹

تمييز نظرية الموازنة عن النظريات المشابهة

قد ذهب بعض الفقه إلا تشبيهه نظرية الموازنة بنظرية قضاء التناسب المطبق في مجال الضبط الإداري المحلي، إذ يحكم القاضي بصحة الأجراء الضبطي أو بطلانه بمراعاة مزاياه وأضراره وتشابهه أيضا نظرية الموازنة مع نظرية الخطأ الواضح في تقدير في حرصهما على مواجهة التجاوزات المفردة التي تقتربها الإدارة عند مباشرتها لسلطتها التقديرية¹.

وإذا كانت كل من نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ونظرية الخطأ الواضح في التقدير² نظريتان من إبتداع مجلس الدولة الفرنسي ، في ظل توجهه الحديث المتمثل في عقلنة الاختيارات التقديرية للإدارة ، ونظرا لوحدة النشأة المرتبطة بنظريتين فإننا سنعمد الأخذ بمنهجية المقارنة بين النظريتين.

أولا : أوجه التشابه

جاءت نظرية الموازنة ونظرية الغلط البين في التقدير في سياق تطور الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، هذا ما حدا ببعض الفقه إلا رفض كل تمييز بين النظريتين ويعتبرون أن الموازنة لا تعدو في الواقع سوى درجة من درجات تطبيق نظرية الغلط البين في التقدير يركن إليها مجلس الدولة في الحالات التي يصعب عليه أعمال رقابة الغلط البين³.

كما تقوم النظريتين على أساس فكرة مشتركة مستوحاة من الفقه الإنجليزي أن للإدارة الحق في الخطأ Droit à l'erreur ولكن شرط عدم تجاوز حدود معينة وبذلك فإن نظرية كل من الخطأ البين والموازنة تسمح للإدارة بقدر من الخطأ في حدود معينة⁴.

ويتجلى التداخل الكبير بين النظريتين في كون مفوض الحكومة Braibant في قضية المدينة الشرقية الجديدة ville nouvelle est اقترح على مجلس الدولة أن يقضي في النزاع المعروض طبقا لنظرية الخطأ البين في التقدير. وفي قضية ville de limoges الذي سبق وأشرنا له في الفقرة السابقة ، حيث لوحظ تردد مفوض الحكومة Rougevin- Baviile إذ صرح قائلًا لا نرغب في إضافة تعسف قضائي لتعسف الإداري⁵.

ثانيا : أوجه الاختلاف

ظهرت نظرية الموازنة في حكم المدينة الشرقية 28 ماي 1971 في مجال نزع الملكية. أما نظرية الخطأ البين في تقدير كانت مع حكم السيد Lebon يونيو 1978 ، وكان مجالها مرتبط بالجزاءات التأديبية حيث لا تترك هذه النظرية الحرية المطلقة للإدارة في تقدير أهمية وخطورة الوقائع فهي بذلك نوع من رقابة الملائمة⁶ في حين أن رقابة الموازنة هي رقابة مشروعية كما أن نظرية الموازنة رغم قدم نشأتها لم

1- بنجلون عصام ، " قضاء الموازنة وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة بالمغرب " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 75 يوليو - غشت 2007 ، ص 25.

2- درج القضاء الإداري المصري في هذا الشأن على استعمال مصطلح الغلو في التقدير بدل الخطأ الواضح وهذا اختلاف على المستوى اللفظي أما المضمون فهو تقريبا واحد ويفضل بعض الفقه كذلك استعمال لفظ الخطأ البين في التقدير.

3- عبد العزيز يعكوبي ، " تطور الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية من خلال نظرية الموازنة " مجلة الإشعاع ، عدد 13 دجنبر 1995 ، ص 56.

4- رمضان محمد بطيخ ، مرجع سابق ، ص 335.

5 - Par diane roman , "l'indispensable du droit administratif " , levallois perret, studyrama 2éme édition 2004 p 147.

6 - F.Moderne , "l'extension du contrôle juridictionnel à la corrélation faute disciplinaire mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique " , Rev adm 1978 p. 636.

تصل عمومية نظرية الخطأ البين في التقدير . كما أن نظرية الموازنة ذو طبيعة مالية أو حسابية في حين نظرية الخطأ البين في التقدير ذو طبيعة إدارية محضة.

وتختلف النظريتين من حيث منهجية القاضي الإداري فرقابة الخطأ البين تركز على أسباب القرار الإداري بينما نظرية الموازنة تهتم بمحل القرار الإداري.

وتشهد النظريتان اختلاف كبير بالنسبة لنظام القضائي المغربي الذي تبني نظرية الخطأ البين في التقدير على مستوى محاكم الموضوع ومحكمة النقض أما نظرية الموازنة مكرسة على مستوى محكمة النقض مع بعض الإنسحاب الجزئي سبق وأن أشرنا له.

نظرية الموازنة في الاجتهاد القضائي المقارن

ليمكن الإسهاب في نظرية الموازنة دون الاطلاع على القضاء المقارن في هذا الشأن. وأكد أن أول من أقر هذا النظرية هو القضاء الفرنسي ويتبعه على التوالي كل من الاجتهاد القضائي الإداري المصري والمغربي وعليه سنتناول هذه النظرية في كل من فرنسا والمغرب .

نظرية الموازنة في الاجتهاد القضائي الفرنسي

إن أول حكم قضائي فرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، في مجال تحديد المنفعة العامة في المرسوم القاضي بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، كان مع صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير المتعلق بقضية " المدينة لشرقية الجديدة" ¹ وتمثل وقائع هذه القضية فيما اتخذته الحكومة من قرار نزع الملكية من أجل تخطيط مدينة ليل بهدف نقل الجامعة من وسط المدينة نظرا لما يسببه وجودها في مشكلات في المواصلات وبالتالي رأت السلطة المحلية ضرورة نقل الجامعة بكامل مرافقها من كليات ومعاهد شرق مدينة ليل مع إقامة حي جديد على رقعتهما الترابية ويتسع لحوالي 25000 ألف نسمة لذا كان من اللازم نزع ملكية حوالي 500 هكتار مما يفرض إزالة 250 منزلا كان بعضها حديث البناء بل إن بعضها كان مقاما وفقا لتراخيص لم يمض عليها أكثر من عام. و في ظل احتجاج أصحاب المنازل خفضت الحكومة عدد المنازل ليصل 88 منزلا فقط عوض 250 منزلا وبالفعل أصدرت الإدارة قرارها بنزع ملكية 88 منزلا طعنت جمعية "الدفاع عن السكان " التي أقيمت خصيصا لهذا الغرض ².

وقضى مجلس الدولة " أي مشروع لا يمكن أن تتوفر فيه صفة المنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة والتكلفة المالية التي يقتضيها والآثار الاجتماعية الناشئة عنه، متوازنة مع ما ينشأ عنه من منفعة ولذلك يتعين إلغاء القرار".

ويعتقد هذه النظرية ثم العدول عن النظرة المجردة لتقدير المنفعة العامة ببحث واقعي يأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بها وما تحققه من مزايا وما قد ينتج عنها من أضرار وما يستلزمه المشروع من تكاليف مالية ³. وعقب هذا القرار عرف قضاء الموازنة تطبيقات متتالية أخذ معها مبدأ التوازن مفهومًا آخر، إذ لم تعد هذه الموازنة قائمة بخصوص عقد مقارنة بين نتائج المنفعة العامة والمصلحة الخاصة بل تطورت وأصبحت تشمل الموازنة بين منفعتين عامتين.

1 - C.E: 28 Mai 1971 , Ministre de l'équipement et du logement contre la fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé ville nouvelle est , rec 409 concl.

2- نبيله عبد الحليم كامل، " دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية " دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الأولى 1993، ص 17.

3- عبد السلام الزيدي ، " رقابة القضاء الإداري على شرط المنفعة العامة في نزع الملكية "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام ، جامعة عبد الملك السعدي ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة السنة الجامعية 2009 – 2010 ص 41.

وذلك في القرار الشهير¹ Société civile sainte Maie de l'assomption واتتمثل وقائع هذه القضية اتخاذ الإدارة الفرنسية لقرار ربط مدينة نيس Nice والمناطق المحيطة بها بدولة إيطاليا بواسطة طريق سريع يحيط بالمنطقة كلها وهو ما يتطلب إزالة جزء من مستشفى الأمراض العقلية وهدم حوالي ما يقارب 24 سريرا.

وانتهى مجلس الدولة إلى إلغاء القرار لما يشكله من مساس بمنفعة عامة أخرى أي " المنفعة الصحية " فالتعارض بين منفعتين يستدعي الموازنة بين إيجابيات وسلبيات كل واحدة على حدا.

وفي قضية Morisot التي تتعلق بإنشاء مطار بإحدى القرى ألغى مجلس الدول قرار إعلان المنفعة العامة المرتبطة به على أساس عدم التناسب بين نفقات المشروع مع موارد القرية وإمكاناتها فضلا عن وجود مطار غير بعيد.²

وتجدر الإشارة أن القاضي الإداري في ممارسته لرقابته على نزع الملكية قد يقترب لحدود الملائمة دون أن يكون له الحق في دخول دائرتها ، وبالتالي فإن هذه الرقابة من الواجب أن تمارس بنوع من الحذر ، حتى لا يجد القاضي الإداري نفسه مضطرا اتخاذ مواقف سياسية.³

التطبيقات القضائية لنظرية الموازنة في الاجتهاد القضائي المغربي

بدوره المغرب لم يظل في معزل عن التطورات القضائية الكبرى والمرتبطة بضرورة إقرار رقابة قضائية من شأنها الحفاظ على الحقوق والحريات ، والتي من شأن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار صيانتها عن طريق آلية الموازنة بين منافع وأضرار المشروع الذي يعد قيذا على حق الملكية.

نظرية الموازنة في الاجتهاد القضائي المغربي

إذا كان مجال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار هو نزع الملكية من خلال دعوى الإلغاء التي تعد ضمانا أساسية لتحقيق مشروعية تصرفات السلطة الإدارية والتي تعتبر من أخطر السلط الثلاث على حقوق الأفراد⁴ ويعود اختصاص النظر في مقررات إعلان المنفعة العامة إلا الغرفة الإدارية بمحكمة النقض وهذا ما نصت عليه المادة 9 من القانون 41.90 وقبل تناول نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار يقتضي الأمر الإشارة التوجه السابق في الرقابة القضائية على قرارات إعلان المنفعة العامة. ثم الانتقال إلى بداية التحول عن هذا النوع من الرقابة.

الفقرة الأولى: الرقابة الكلاسيكية في الاجتهاد القضائي المغربي

لقد كانت رقابة الغرفة الإدارية بمحكمة النقض تمتنع عن مراقبة السلطة التقديرية للإدارة. في إعلان مقرر المنفعة العامة وبذلك وقفت رقابة للقضاء الإداري عند شرط المنفعة العامة المبرر لنزع الملكية عند حدود فحص عيب الانحراف في استعمال السلطة. رغم ما يكتنف هذا العيب من صعوبة في الإثبات وكونه عيب احتياطي، وبالتالي فكل قرار شابته عيب الانحراف في استعمال السلطة هو قرار صحيح في أركانه الأخرى. وترجع أسباب ضعف رقابة الغرفة الإدارية بمحكمة النقض إلا التطور الذي عرفه مضمون المنفعة العامة والذي لم يوازبه تطور الرقابة القضائية.

1 - Conseil d'état 20 octobre 1972 rec 657 concl Morisot AJ 1972 P : 576 cabanes et léger J.C.P 1973- 17470 II note A Homont.

2-عبد العزيز يعكوبي، مرجع سابق، ص 62.

3- بنجلون عصام " قضاء الموازنة وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة بالمغرب " مرجع سابق ص 22.

4- ثورية لعيوني ، " القضاء الإداري وراقبته على أعمال الإدارة ، دراسة مقارنة " ، دار النشر الجسور وجدة، الطبعة الأولى 2005 ، ص 1 .

أولاً: مظاهر الرقابة الكلاسيكية

عموماً فالاجتهاد القضائي المغربي كان يسلم بعدم رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، ومن التكريسات القضائية لهذه التوجه ما قضت به الغرفة الإدارية¹، حيث جاء في أحد قراراتها "... السلطة التقديرية للإدارة لا يمكن الحد منها إلا إذا ثبت الشطط في استعمالها..."

وفي هذه المرحلة ظل تقدير الإدارة في منأى عن رقابة فعلية من طرف القضاء ومن الأحكام الصادرة في هذا الشأن قرار الغرفة الإدارية² والذي جاء في حيثياته ما يلي: " لكن حيث أنه بإنشاء مرآب في العقار المنزوعة ملكيته لاستعماله للمصلحة العامة، كمستودع لناقلات الجماعة، تكون المنفعة العامة التي يتطلها القانون لتبرير نزع الملكية متوفرة ولهذا فإن القرار المطلوب إلغاؤه لا يشوبه أي شطط".

ورغم أن الرقابة التي مارسها الغرفة الإدارية، لم تكن مرتبطة بنوعية المنفعة العامة ولا تمتد لمضمون المنفعة العامة، وكون الرقابة تنصب على عناصر الشرعية الخارجية بصفة خاصة إلا أنها لم تتفانى في إلغاء القرارات التي جاءت مخالفة لقانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية والاحتلال المؤقت.

وجاء في أحد قرارات الغرفة الإدارية³ ما يلي: "... حيث ينص الفصل الأول من المرسوم التطبيقي لنزع الملكية على أن إعلان المنفعة العامة يتم بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المعني بالأمر. وحيث إن هذا الإجراء جوهرى لإشراكه المصالح المعنية بالأمر في العملية المقصودة ولما فيه من ضمانات وإن عدم مراعاته يترتب عليه البطلان..."

وأكدت الغرفة الإدارية كذلك على قاعدة من الضروري العمل على احترامها وهي "قاعدة توازي الإجراءات والشكليات" فإذا كان إعلان المنفعة العامة يتم بمرسوم، فيجب أن يكون الأمر كذلك الصادر بتغيير مضمونه أن يكون بواسطة مرسوم مماثل من نفس الدرجة⁴.

وكانت الرقابة القضائية الكلاسيكية تكتفي بمجرد توافر كافة الإجراءات وتأكدتها من سلامتها لتقرر لسلطة نازعة الملكية بحق نزع الملكية، دون أن تكلف نفسها عناء البحث عن مضمون هذه الرقابة بل إن الغالب في تعليقاتها يتجه نحو الاعتراف بوجود منفعة عامة، مثلاً في القرار عدد 557 الصادر بتاريخ 21 دجنبر 1995 ملف إداري عدد 93/10119⁵ والذي جاء فيه: "... لكن حيث يتضح من مراجعة مشروع المرسوم المطعون فيه أن المنفعة العامة التي من أجلها تم نزع ملكية القطعة الأرضية التي يملكها الطاعنون تتجلى في إحداث تجزئة بسوق أربعاء الغرب..." وحيث يتضح من البيانات التي قدمتها الإدارة في خصوص المشروع المزمع إنجازها أن الأمر يتعلق بمشروع ذي طابع اجتماعي. وأنه سيمنح من تهرئ قطع أرضية اقتصادية مخصصة لذوي الدخل المحدود كما سيضم هذا المشروع تجهيزات أساسية وإدارية لمدينة سوق أربعاء الغرب، إضافة مركب رياضي على مساحة ست هكتارات..."

1- قرار عدد 473 بتاريخ 9 نونبر 1995، ملف إداري عدد 93/10626، المجموعة الكاملة لمجلة المجلس الأعلى العدد 49-50/1997، ص 109.
2- قرار عدد 217 بتاريخ 1 أبريل ملف عدد 725-841 قضية تالك عبد العزيز ضد رئيس مجلس لجماعة ذكره الطاهر جبران، " قضاء الإلغاء ومراقبة مشروعية المقرر المعلن للمنفعة العامة"، مرجع سابق ص 59، كما أوردته أمينة جبران اجتهادات المجلس الأعلى منشورات الجامعة المغربية، ص 336.
3- القرار عدد 533 بتاريخ 7/12/1995 ملف إداري عدد 94/101140، منشور سلسلة إعلام وتبصير المستهلك مرجع سابق، ص 10.
4- قرار رقم 453 بتاريخ 5 يوليوز 1984، الشركة العقارية زيمانيا ضد والي الدار البيضاء ومن معه، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 6 يناير مارس 1994 ص 73.
5- منشور بمنشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين ص 371.

ويتضح من الحكم أن القضاء الإداري المغربي كان في بداية الطريق لتكريس نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فالقرار أعلاه سرد إيجابيات القرار والفوائد الناتجة عنه دون أن يكلف نفسه عناء تحديد سلبيات القرار على المستوى البيئي والمالي مثلا.

وكان القضاء الإداري المغربي في ظل هذه الرقابة يمنح الإدارة الأولوية بالقيام بمشاريع يمكن أن يقوم الأفراد بإنجازها وفي تطبيقات هذا الأمر جاء في أحد قرارات الغرفة الإدارية¹ والذي جاء فيه: " حيث أن رغبة المتزوعة ملكيتهم في إقامة نفس المشاريع التي تنوي الإدارة إنجازها أو مشروعات قريبة منها لا يكفي للقول بأن هناك شططا في استعمال السلطة مادامت المنفعة العامة فوق كل الاعتبارات الشخصية ومادامت الإدارة لم تنحرف أو تنوي الانحراف عن الأهداف المتوخاة من هذه المنفعة"، وستظهر محدودية هذه الرقابة المرتبطة بعيب الانحراف عن استعمال السلطة بشكل جلي أمام اتساع وتطور مفهوم المنفعة العامة، الذي عرف تغيرات جذرية حسب تغير وظائف الدولة، وانتقالها من دولة حارسة إلى دولة متدخلة أو الدولة الراعية²، والانتشار الكبير لسياسة الخصوصية، وسياسة الدولة المرتبطة بجعل القطاع العام في خدمة القطاع الخاص.

فالأخذ بعين الاعتبار هذا التغيير الذي عرفه مفهوم المنفعة العامة أصبح يحمل القاضي الإداري على إعادة النظر في منهجه المعتمد في حماية أقدس الحقوق ألا وهو حق الملكية الخاصة بالإضافة لتطور الاجتهاد القضائي في مجال الحد من سلطة التقديرية للإدارة وظهور نظرية الباعث الحاسم.

ويمكن القول أنه إذا كان عيب الانحراف في استعمال السلطة يعد النطاق العام للرقابة التقليدية، فإنه أصبح في اصطدام مباشر مع مرونة مفهوم المنفعة العامة.

وبالتالي أصبحت الحاجة الماسة إلا خلق توجه قضائي حديث قادر على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة، وخاصة أن منطق الأمور أصبح بدوره يستدعي العمل على مواكبة الاتجاهات الرائدة في هذا المجال.

حكم ميموزا وتحول مسار الاجتهاد القضائي المغربي

أمام اتساع نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة أصبح القضاء المغربي مطالبا بإقرار رقابة حديثة على قرارات نزع الملكية على نهج التوجهات الكبرى للقضاء وقد دشنت الغرفة الإدارية تحولا في مجال الرقابة القضائية وبداية التخلي عن الرقابة الكلاسيكية في قضية حكم ميموزا ولأهمية هذا الحكم سنورد وقائعه ثم المبادئ التي أرسها هذا الحكم³.

أولا: واقع حكم ميموزا 1992

صدر حكم ميموزا 10 دجنبر 1992 وتتلخص أهم وقائع هذا الحكم في كون الشركة العقارية ميموزا طلبت إلغاء المرسوم عدد 2-91-349 الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 22-7-1991 والمنشور بتاريخ 4 شتنبر 1991 والقاضي بنزع ملكية البقعة العقارية المسماة " كايب" البالغة مساحتها 5 هكتارات وسبق لطاعنة طلب رخصة لإنجاز تجزئة على الأرض المذكورة مساهمة بذلك في مشروع لتنمية السكنية والقضاء على مدن الصفيح.

وأنجزت الشركة الطاعنة الجزء الأول من المشروع وبدأت في تجهيز الجزء الثاني إلا أنها فوجئت بصدر مشروع مرسوم صادر عن الوزير الأول بنزع ملكية القطعة المذكورة. ولما طعننت الشركة أثارته النقطة الآتية:

1- قرار عدد 557 بتاريخ 95-12-21 ملف عدد 93/10111 قرار غير منشور.

2 - Ktistaki : « l'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif » I.G.D.J ? Paris 1991 p 261.

3- القرار رقم 378 بتاريخ 10-12-1992 ملف عدد 10023 نشره العربي مياد ص 216.

- 1- أنه قد رخص لها للقيام بنفس المشروع الذي تنوي الإدارة إنجازه في نفس المكان و فوق عقارها.
- 2- إنجازها لشطر الأول من المشروع وإنفاقها عليه أموالا طائلة دون أن تقوم الإدارة بأي إجراء.
- 3- تفويت الإدارة للبيع المجهزة من طرف الشركة للخواص بمبلغ 1.200.00 درهم للمتر وشروع هؤلاء في البناء.
- 4- حصولها على قرار استثنائي بإيقاف أعمال التفويت والأشغال الجارية بالعقار.

وقضى المجلس الأعلى بإلغاء مرسوم المنفعة العامة ومن الحيثيات التي جاء بها هذا القرار ما يلي: "...وحيث يستنتج من كل ما سبق أن الإدارة إذا كانت تتوفر على السلطة التقديرية في خصوص المنفعة العامة التي تسعى تحقيقها من وراء نزع الملكية فإن ذلك لا يمنع القضاء الإداري من مراقبة مضمون وأغراض المنفعة العامة المذكورة وما إذا كان المنزوعة ملكيته كما هو الحال في النازلة يسعى تحقيق نفس الأغراض والأهداف بموافقة الإدارة المسبقة لإنجازها هذا المشروع مما يعني أن الإدارة التي رخصة للطاعة بتحقيق هذا المشروع وتركها تحقق جزءا منه وتنفق مبالغ مالية هامة لا يمكنها أن تسعى لنزع الملكية للمنفعة العامة لتحقيق نفس الأغراض والإفائها تكون مشتتة في استعمال سلطتها.

وحيث يتضح من كل ذلك أن المنفعة العامة التي تتدرج بها الإدارة لإصدار المرسوم المطعون فيه قد تحققت بالفعل عبر المشروع الذي أنجزت الطاعة طرفا مهما منه باعتراف الإدارة وبموافقتها الصريحة مما يجب معه إلغاء المقرر المطعون فيه."

المبادئ التي أقرها حكم ميموزا

انطلاقا من حكم ميموزا يبدو أن الغرفة الإدارية سلكت توجها مغايرا لتوجهاتها السابقة وبالتالي تأكيد القضاء الإداري المغربي بأحقيته في مراقبة المنفعة العامة ومضمونها في مسطرة نزع الملكية.¹

ويتضح أن حكم ميموزا وضع حدا لسلطة التقديرية للإدارة الواسعة في تحديد المنفعة العامة، بل أصبح بإمكان القضاء بسط رقابته على مضمون المنفعة العامة.

فخلالها للأساليب الكلاسيكية والتقليدية المتعلقة بدراسة نزع الملكية جاء حكم ميموزا من أجل تدقيق، وسائل الرقابة القضائية على شرط المنفعة العامة وتلويح لبداية تبني نظرية الموازنة. و بالتالي فإن هذا الحكم أكسب القاضي الإداري في مجال نزع الملكية حرية تقدير سلبيات قرار نزع الملكية، مقارنة مع المصلحة العامة، المترتبة عن المشروع.² وإرساء قواعد هذه النظرية من شأنه مساعدة القضاء على فحص البواعث الظاهرة التي تقدمها الإدارة موازنة مع الأسباب الغير الظاهرة أو العميقة التي تعمل الإدارة على إخفائها لكونها لا تتماشى والمصلحة العامة المحتج بها.³

توجه الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بعد حكم ميموزا

إذا كان القضاء الإداري الفرنسي منذ حكم المدينة الشرقية سنة 1971 درج على تبني نظرية الموازنة بين المنافع والمضار. وانتقل بذلك من مجرد الرقابة الكلاسيكية لشرط المنفعة العامة لرقابة حديثة تجعل مضمون قرار المنفعة العامة جوهر عملها. فهل يشكل حكم ميموزا منعظا مهما في تاريخ القضاء الإداري المغربي كما هو الأمر بالنسبة لحكم المدينة الشرقية الجديدة.

1- عبد السلام الزبيدي، "رقابة القضاء الإداري على شرط المنفعة العامة في نزع الملكية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي كلية طنجة، السنة الجامعية 2009-2010 ص 41.

2- حسن العفوي، "مسطرة نزع الملكية في التشريع المغربي" مرجع سابق ص 174.

3- سمير أحيذار، "رقابة الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على مقررات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، مرجع سابق، ص 142.

وتجدر الإشارة أن هناك اختلاف وتضارب فقهي حول أول حكم بالمغرب يؤسس لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فهناك إتجاه يؤكد أن حكم ميموزا كان بداية ظهور نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وهو الإتجاه الغالب.

أما الإتجاه الثاني¹ الذي يرى أن ظهور هذه النظرية يرجع سنة 1997 في القضية المتعلقة بالطعن في المرسوم القاضي بإنجاز تجزئة سكنية بسيدي العابد بعمالة الصخيرات ويرى هذا الإتجاه أن حكم ميموزا ليس اجتهادا متوثرا يمكن تعميمه في جميع القرارات اللاحقة الصادرة عن الغرفة الإدارية والتي ظلت تعترف للإدارة بسلطة تقديرية واسعة في مجال نزع الملكية. وبالتالي فحكم ميموزا ليس توجهها للمجلس الأعلى سابقا.

ويبقى الإتجاه الأول أكثر إجماعا كون حكم ميموزا شكل قفزة نوعية وتطورا كبيرا في رقابة القضاء الإداري المغربي على السلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية. والتي كانت من قبل رقابة ضيقة و محدودة، لكن التساؤل المطروح يظل يدور حول توجه الغرفة الإدارية بمحكمة النقض هل كرسست خيار الإستمرارية؟ أم وجدت نفسها مازالت متأثرة بمظاهر الرقابة التقليدية؟

الفقرة الأولى : خيار الإستمرارية في قضاء محكمة النقض

لقد كانت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض قبل حكم ميموزا الصادر 1992 تكتفي بمراقبة بعض عناصر النزاع المتعلقة بالنصوص والمسطرة وتعنى بفحص المشروعية الخارجية. ولكن بعد قرار ميموزا أقرت محكمة النقض بأحقيتها في رقابة مضمون المنفعة العامة.

وبالتالي يطرح التساؤل حول ما مدى تمسك محكمة النقض بهذه النظرية. وتبني القضاء الإداري المغربي لخيار الإستمرارية في مجال تكريس نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار. ويظهر خيار الإستمرارية من خلال مجموعة من القرارات التي توالى بعد حكم ميموزا وحاولت تبني نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بشكل دقيق. يرفع عنها أي لبس، ومن أهم القرارات الصادر 7 ماي 1997 الذي أكد فيه المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا. على ضرورة المقارنة بين المصالح المتضاربة في نطاق المشروعية. حيث قضى بأن " الإتجاه الحديث في القضاء الإداري لا يكتفي بالنظر للمنفعة العامة المتوخاة من نزع الملكية نظرة مجردة بل يتجاوز ذلك لنظر فيما يعود به القرار من فائدة تحقق أكبر قدر من المصلحة العامة. ويمكن للقاضي الإداري في هذا المجال أن يوازن بين الفوائد التي سيحققها المشروع المزمع إنشاؤه والمصالح الخاصة التي سيمس بها ويمكن تقييم قرار نزع الملكية على ضوء مزاياه وسلبياته والمقارنة بين المصالح المتعارضة للإدارة والخواص في نطاق المشروعية المخولة لقاضي الإلغاء عن طريق إجراء من إجراءات التحقيق كالخبرة مثلا. "² وتجدر الإشارة أن هذا الحكم أكثر جرأة في مجال إقرار الموازنة مما دفع بعض الفقه المغربي إلا القول أن هذا الحكم شكل البداية الحقيقية لنظرية الموازنة.

فخلالها لطرق الكلاسيكية والتقليدية المتعلقة بدراسة نزع الملكية تأتي نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار أو كما سماها البعض نظرية الحصيلة³ التي كرسستها الغرفة الإدارية لتدقيق وسائل إستقصاء المراقبة القضائية ولتساعد القاضي على فحص البواعث الظاهرة التي غالبا ما تقدمها الإدارة في مقابل إخفائها لكونها لا تتماشى مع متطلبات المصلحة العامة.

ويتبين من أن خيار التمسك بنظرية الموازنة لم يترك السلطة التقديرية، للإدارة جامحة في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة وإنما جعلها قابلة للمراقبة تحت مبادئ نظرية الموازنة¹ واعتبر الدكتور محمد أمين بن عبد الله أن قرار المجلس الأعلى رقم 500 في قضية

1- الطاهر جبران ، " قضاء الإلغاء ومراقبة مشروعية المقرر المعلن عن المنفعة العامة " ، مرجع سابق ، ص 62.

2- قرار رقم 500، ملف إداري عدد 95/63، قضية الحاج بنعيسى الأبيض، منشور بالمجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 51 لسنة 1998 ص 190.

3_ مذكرة حول قرار المجلس الأعلى الغرفة الإدارية 7 ماي 1997، منشورة في نفس المجلة السابقة ص 194.

الحاج بنعيسى الأبيض يشكل أثر وقائي كونه سيجعل الإدارة تدرس قراراتها دراسة متأنية، قبل إصدارها² وبعد هذا الحكم اتضحت معالم التوجه الحديث في مراقبة قرارات نزع الملكية، و تواتر الأحكام الصادرة عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في اتجاه الاستمرارية في مجال قضاء الموازنة حيث صدر قرار آخر عن محكمة النقض يؤكد على تكريس هذه النظرية وفرض الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة حيث جاء في حيثياته³ " حيث إنه من الثابت من أوراق الملف أن الطاعن قد حصل على ترخيص بإحداث محطة للوقود على القطعة موضوع النزاع على أساس أنها داخلة في تصميم التهيئة وأن إدعاءات الإدارة بخصوص الموقع الحقيقي لأرض الطاعن لا تبدو جدية مادام الخبير قد تأكد من موقع الأرض المذكورة وكونها توجد في جانب الطريق. وقد أثبت الطاعن أن الإدارة قد رخصت له بإستغلال ممرات في ملك البلدية للوصول المحطة المذكورة. الشيء الذي يعني أن الإدارة وإن كانت عازمة على إحداث حي صناعي وجعل القطعة المذكورة جزء من المشروع المذكور. وكون الإدارة رخصت لطاعن القيام بالمشروع الذي قام بكل الإجراءات لإنجازه.... وبالتالي فإن إلغاء المرسوم له ما يبرره..."

وعادت الغرفة الإدارية من جديد لتبرهن على خيار التمسك بنظرية الموازنة حيث أكدت في أحد أحكامها⁴ "... أن حرمان صاحب العقار من تحقيق المشروع السياحي الذي طلب ترخيص له. واقتصار الإدارة على السعي لتحقيق مداخيل مالية للجماعة على حساب مصلحة المنزوع ملكيته يشكل شططا في استعمال السلطة. ويعرض القرار فيه للإلغاء".

ويتضح بالتالي أن الغرفة الإدارية حاولت جاهدة تكريس نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار والتي تعتبر من أهم وسائل القاضي الإداري للحد من السلطة التقديرية للإدارة وحثها على إحترام المشروعية. وما يزي هذا الطرح الذي يؤكد على عزم محكمة النقض في الإستمرار في تكريس نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار دون أي شك منه في التراجع عن هذا النظرية وهو ما أكدته رئيس أعلى هيئة قضائية في البلاد بمناسبة إلقائه لخطابه الإفتتاحي للسنة القضائية الجديدة 2001 حيث أكد عزم محكمة النقض في المضي قدما في تطبيق نظرية الموازنة في قرارات نزع الملكية نظر لما تمثله من صيانة لحق الملكية.

الفقرة الثانية : خيار التمسك بمظاهر الرقابة التقليدية

يجد القاضي الإداري نفسه في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أمام معادلة صعبة أحد أطرافها خصم عنيد يهدف تحقيق المصلحة العامة، ولآخر طرف ضعيف في هذه المعادلة وهو الفرد الذي يدافع عن حقه في الملكية الخاصة. وأمام حالات عدم التوازن هذه يجد القاضي الإداري نفس أمام خيارين لا ثالث لهما. إما أن يبسط رقابته على قرارات نزع الملكية مرقبا هدف ومضمون المنفعة العامة. وإما أن يكتفي بمراقبة الإجراءات والمسطرة⁵.

وفي ظل التوجهات القضائية الحديثة في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. وخاصة نظرية الموازنة وموقف الغرفة الإدارية بعد ظهور أول حكم مرتبط بتكريس هذه النظرية فإنه من المؤكد أن خيار الإستمرارية لم يتحقق بصفة قطعية بل ظل قضاء الغرفة الإدارية بمحكمة النقض متأثرا بمظاهر الرقابة الكلاسيكية. فتركمت دهر من الزمن لا يزلها سوى دهر من الزمن. وظل الإجتهد القضائي

1_ العربي محمد مياد، " القيود الواردة على حق الملكية العقارية " مجلة المنبر القانوني العدد 4، أبريل 2013، ص 25.

2_ Benabdellah (M.A) : « L'apparition de la théorie du bilan dans la jurisprudence de la cour suprême », REMALD, N° 22 Janvier, Mars 1998, p 214.

3_ قرار رقم 1476 بتاريخ 1999/12/2 ملف إداري رقم 922. غير منشور.

4_ قرار رقم 1160 الصادر بتاريخ 2000/7/27 في الملف الإداري عدد 99/708. أشار إليه حسن العفوي، مرجع سابق، ص 176.

5- جبران أمينة، " الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بين التقليد والإبداع"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 17، 1988، ص 79.

المغربي يتردد بين فرض رقابته على سلطة الإدارة التقديرية في مجال نزع الملكية وبين التضييق من هذه السلطة وحصرها في فحص عيوب الشرعية الخارجية.

وظل التردد يطبع إجتهدات الغرفة الإدارية المتعلقة بالرقابة القضائية لشرط المنفعة العامة وبالتالي فالإدارة لها كامل الحرية في تحديد عنصر المنفعة العامة مادامت هذه المنفعة غير ثابتة¹.

والدليل على خيار تأثر الغرفة الإدارية بمظاهر الرقابة الكلاسيكية في مجال نزع الملكية أن جملة من القرارات التي صدرت عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض ظلت تقر للإدارة بسلطتها التقديرية في مجال إعلان المنفعة العامة شريطة عدم الإنحراف في استعمال السلطة².

وظل موقف الغرفة الإدارية من قضاء الموازنة يعرف مدا وجزرا بين الأخذ بالرقابة التي ترتبها هذه النظرية وبين الحد من مجال هذه الرقابة وهذا ما عبر عنه بإختيار التمسك بمظاهر الرقابة التقليدية في الرقابة، وفي هذا الشأن قضت الغرفة الإدارية³ في أحد الأحكام الصادرة بعد حكم ميموزا 1992 على أن :

" المقرر المطعون فيه المتعلق بالإعلان أن المنفعة العامة تقضي بإنجاز تجزئة للسكن الإقتصادي وإعادة هيكلة البناء العشوائي بمدينة تمارة وبنزع ملكية القطع الأرضية اللازمة لهذا الغرض في مساحة تقدر بحوالي 123 هكتار هو مقرر يدخل في مجال السلطة التقديرية للإدارة لا يجوز إلغاؤه إلا إذا أثبت الطاعن تعسف أو سوء نية مصدره بانحرافه عن الهدف المعلن عنه وحيث لم يثبت الطاعنون تعسف أو سوء نية الإدارة في إصدارها لمقرر نزع الملكية للمنفعة العامة المطعون فيه بإنحرافها عن الهدف المعلن عنه يكون المقرر المطعون فيه مشروعاً والطلب غير مبني على أساس "

ورغم ما لفته نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فلقد ظل القضاء الإداري المغربي متأثراً بالاتجاه التقليدي الذي دأب عليه منذ إنشاء محكمة النقض سنة 1957. حيث مارست رقابتها بانتظام على ماديات الوقائع وعلى صحتها والتكييف القانوني⁴. وفي ظل مجموعة من الطعون قدمت إلى الغرفة الإدارية وكان من المنتظر منها أن تكرر قضاء الموازنة لكنها ظلت متشبثة بمظاهر الرقابة الكلاسيكية. وفي هذا الشأن صدر القرار عدد 855 والذي جاء فيه⁵:

" السوق الأسبوعي بالنسبة لجماعة قروية يشكل نقطة جذب اقتصادي وتجمع وتواصل ويوفر مداخيل لسير المرفق الجماعي العمومي. فهو بالتالي مسألة حيوية لوجودها واستمرارها ونزع عقار من أجل إحداثه يكتسي صبغة المنفعة العامة "

وبالرغم أن المرسوم المطعون فيه في نازلة الحال يهدف إنشاء سوق أسبوعي جديد لا يبعد عن سوق العروي سوى 3 كيلومترات.

¹ - سمير أحيذار ، " رقابة الغرفة الإدارية على مقررات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة " مرجع سابق ص 139.

² - الطاهر جبران ، مرجع سابق، ص 62.

³ - قرار رقم 125 بتاريخ 96/2/15. ملف إداري عدد 94/1/5/10369، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد خاص بالقضاء الإداري. عدد 51 2001، ص 63.

⁴ - الحسن سيمو ، " تطور قضاء الإلغاء لدى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى "، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. عدد 23 أبريل - يونيو 1998، ص 28.

⁵ - قرار عدد 855، ملف إداري عدد 2000/184، الصادر بتاريخ 04/12/2003 منشور بالمجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 62 سنة 2003، ص

وتعد هذه الواقعة مهمة من أجل أن ينظر القاضي في الموازنة بين إيجابيات هذا السوق. الذي يقرب من سوق آخر أنه إكتفى بالقول: " إن من المسلم به أنه لا يوجد نص يحدد المسافة التي ينبغي أن تفصل بين الأسواق القروية الأسبوعية وأن الأصل هو حرية التجارة ومنع الإحتكار".

ويظهر كذلك خيار التمسك بمظاهر الرقابة الكلاسيكية لمحكمة النقض في تطبيق نظرية الموازنة في تراحم منفعتين عامتين وقد سبق للغرفة الإدارية وهي تبث من خلال قرارها عدد 514 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2007 أكدت على أن الدولة هي من تستأثر دون منازع بالإشراف على المصلحة العامة وتحديد الأولويات الوطنية. ولا يمكن لأحد أن يفضل كما هو حال الطاعنة التي تقر بمساهمتها بمصلحة عامة من خلال مشروعها الذي يساهم في مقاومة التلوث، كما أنها تشغل الشباب المؤهل الحامل لشهادات العليا. في إطار مشروعها الفلاحي، لكن الغرفة الإدارية قضت برفض الطلب وأسبقية برامج الدولة على برامج الخواص¹ وسبق لمجلس الدولة الفرنسي أن عرضت عليه قضية مشابهة في قضية² La société Saint-Marie de l'assoption. والذي سبق وأن أشرنا له³.

ويتعلق الأمر بقرار ربط مدينة نيس والمناطق المحيطة بها بدولة إيطاليا وهو ما كان يقضي بإزالة جزء من مستشفى الأمراض النفسية، وهدم حوالي 24 سريرا وإنتهى القضاء إلى الحكم بأن القرار الصادر بنزع الملكية وما يشير إليه من منفعة هو قرار باطل نظرا لما يؤديه هذا القرار من مساس بمنفعة عامة أخرى لا تقل أهمية وهي المنفعة العامة الصحية.

تقييم نظرية الموازنة وأوجه محدودية حماية محكمة النقض لحق الملكية

إن أي نظرية كيفما كان مجال أعمالها وما حققته في مجال حماية الحقوق والحريات، وضمن دولة الحق والقانون يجب أن تستند على أسس قانونية وتتجلى دقة الاجتهاد القضائي في إقرار النظرية المناسبة للعمل الإداري المناسب للقاعدة القانونية تولد في حالة سكون وأن الذي يبث فيها الحركة هو القضاء الذي يظهر حكم القانون، وكيف ما يحدث في المجتمع من وقائع، وفي ظل قصور النص القانوني، الذي فرض المنطق والواقع عموميته، يتمظهر الدور البارز للقاضي الإداري الذي تولد له اقتناع بفكرة القانون الإداري قضائي النشأة، من منطلق الأساس التاريخي وبمقتضى الممارسة القضائية، مما جعل التساؤل المطروح يدور حول مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية؟

وتعد وسيلة القاضي في هذه العملية التشريعية الغير مباشرة، هي إقرار نظريات متكاملة تغطي القصور المطروح على مستوى النص القانوني. وبالتالي فإن ضرورة تأكيد من قوة نظرية معينة يفرض إخضاع هذه النظرية لتقييم. والنظرية التي تناولها الدراسة هي نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، التي ستكون موضوعا لتقييم ليس بالوقوف فقط على إيجابياتها بل باستعراض سلبيات هذه النظرية، وهذا من شأنه المساعدة على رصد واقع نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

تقييم نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

تمارس الرقابة القضائية الحديثة من خلال تطبيقات نظرية الموازنة التي تعد دعوى إلغاء مقررات إعلان المنفعة العامة مجالا خصبا لتطبيقها. وتعد نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار آلية من أجل إعادة الملك صاحبه.

1_ محمد أوزيان ، " شرط المنفعة العامة لنزع الملكية العقارية بين الشرعية والملائمة تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 514 الصادر في 26 يونيو 2006 "، مجلة القانون الإقتصادي، العدد الثاني نونبر 2008، ص 231.

2_ CE : 20/10/1972. Civile, sainte-Marie de l'assomption, AJDA. 1972, p 156.

3- أشرنا له في الفقرة الأولى ، من الفرع الثاني ، من المطلب الأول ، من المبحث الأول من الفصل الثاني، ص 69.

غير أن الإشادة بنظرية ما في مجال ما يجب أن يرتكز على أساس علمي يتمثل في تقييم النظرية من أجل التأكد من مدى صيانتها لحق الملكية من كافة جوانبه، وعليه فإن تقييم نظرية الموازنة يفرض علينا تقسيم هذا الفرع فقرتين نخصص الأولى لإيجابيات هذه النظرية وفي مقابل ذلك نخصص الفقرة الثانية لسلبيات هذه النظرية.

الفقرة الأولى: إيجابيات نظرية الموازنة

لاشك أن نظرية الموازنة تشكل مسلكا جديدا في مجال القطيعة مع الرقابة التقليدية على قرارات إعلان المنفعة العامة، وبالتالي فإن هذا الاستحداث لعب أهمية قصوى على مستوى حماية حقوق الأفراد من تعسفات الإدارة.¹

وتتضح أهمية المبادئ التي أقرتها نظرية الموازنة، التي كان لها تأثير عملي، فلقد قامت الإدارة بفرض ضرورة التقيد بهذه المبادئ عند إعداد مشروع قرار نزع الملكية. ويتضح كذلك أن مجلس الدولة الفرنسي (قسم إبداء الرأي) يشير دائما في آرائه المبادئ المستقرة في الاجتهاد القضائي وتجدر الإشارة أن محكمة النقض ومعها المحاكم الإدارية لازالت دون الوصول لدور الاستشاري للمحاكم الإدارية المعروف في فرنسا.

ولقد كان لذلك أثر واضح على مسلك الإدارة إبان إصدارها لقرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إذ لوحظ أن بعض هذه القرارات صاحبها مذكرات صادرة عن الإدارة توضح فيها الوسائل التي تستخدمها لمواجهة الآثار الاجتماعية أو البيئية التي تنجم عن قرار نزع الملكية. وهكذا فإن من إيجابيات نظرية الموازنة حث الإدارة على التريث في تقدير عنصر المنفعة العامة. ونجد كذلك المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر 10-06-1976 بشأن حماية البيئة ألزم الإدارة عند قيامها بمشروع له آثار جانبية على البيئة بتقديم دراسة علمية تبين فيها الإدارة نازعة الملكية الوسائل التي ستلتجئ إليها لمواجهة هذه الآثار وهذا الأمر في حقيقته تكريس لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.²

ومن شأن إقرار نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهي نظرية ليست في صالح الأفراد ولا في صالح الإدارة، بل هي نظرية تقوم على أسس موضوعية تتمثل في عقد مقارنة بين المنافع والأضرار فإذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا أعلن القاضي عن مشروعية القرار. أما إذا كانت الأضرار هي المرجحة تعين إلغاء قرار لعدم شرعيته³ ولولا نجاح نظرية الموازنة لكانت طي النسيان حيث ترجع بداية ظهورها مع مجلس الدولة الفرنسي في القضية المشهورة بالمدينة الشرقية الجديدة 28 ماي 1971 والتي لازالت تطبق لحد اليوم.⁴

كما أن قيام نظرية الموازنة على معايير التكلفة المالية والاجتماعية والبيئية وهي معايير ليس من شأن إعمالها حماية حق الملكية فقط بل يمتد الأمر لتطوير الاقتصاد الوطني وتقوية نمو الفئات الاجتماعية، وكذا المحافظة على المجال البيئي وكلها توجهات حكومية، تعمل الدولة على تطويرها منذ زمن بعيد، وبالتالي فإن القاضي الإداري لم يعد دوره مقتصرًا في مجال المشروعية، بل أصبح من أهم الفاعلين في المجال السياسي والاقتصادي.

كما أن من إيجابيات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار الإقرار بنسبية المنفعة العامة، فلا يمكن تقديرها إلا من خلال إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وبالتالي فإن الرقابة التي يمارسها القاضي على المنفعة العامة هي رقابة مشروعية⁵ وتظل نظرية الموازنة

1- عبد العزيز اليعكوبي، مرجع سابق، ص 58.

2- نبيلة عبد الحليم كامل، مرجع سابق، ص 72.

3- رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 252.

4- بنجلون عصام، "الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهر ملائمة القرارات الإدارية دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 142.

5- نبيلة عبد الحليم، مرجع سابق، ص 23.

بين المنافع والأضرار قفزة نوعية في مجال الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية وهو اتجاه من شأنه تدعيم حماية حقوق وحرية المواطنين .

ويمكن اعتبار نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار من أهم الاتجاهات القضائية لأكثر تطورا، ذلك وإن كانت وسيلة كبقية الوسائل الأخرى التي ابتدعها القضاء الإداري للحد من التعسف في استعمال السلطة، إلا أنها تتميز عن تلك الوسائل بانطوائها على منهج مغاير لتحقيق هذا الغرض منهج يتفق أو يجسد رمز العدالة ذاته ألا وهو الميزان.¹

سلبيات نظرية الموازنة

إن من أهم السلبيات التي تعيب نظرية الموازنة أنها ليست شكلا مستقلا من الرقابة القضائية، بل تعتبر تطور لرقابة الملائمة وهي بذلك قد تؤدي بالقاضي الإداري إلى التدخل في تقديرات الإدارة وهو بذلك يخرج عن دوره من قاضي المشروعية إلى رئيس تسلسلي للإدارة وفي ذلك مساس بمبدأ الفصل بين السلطات.² كما أن من سلبيات هذه النظرية تأثيرها بشكل كبير بمجال نزع الملكية ويعتبر بذلك نزع الملكية المجال الذي أخرج هذه النظرية للوجود.³

ويعتبر تطور الاجتهاد القضائي المتعلق بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بأنه اتجاه ظهر من أجل تقليص حدود السلطة التقديرية للإدارة وهذا يعني تدخل القاضي في نشاط الإدارة وإن كان التوسع يمنح المواطنين ضمانات مهمة لحماية حقوقهم فليس معنى ذلك أن التقدير الذاتي للقاضي يمنح حماية أكثر من تقدير الإدارة.⁴

وبذلك فالتقدير الشخصي للقاضي الإداري في ظل نظرية الموازنة من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف الحلول في النزاعات المتشابهة وهو ما يتنافى مع قواعد العدالة.⁵

ولهذا يتساؤل الأستاذ Waline في هذا الخصوص عما إذا كان مجلس الدولة يذكرنا بهذه النظرية بنظام المحاكم البرلمانية وما كانت تباشره من تجاوزات تجاه الإدارة. ويسير في نفس الاتجاه الأستاذ فالين حينما أكد على ضرورة أن تمارس هذه النظرية بحيطه وحذر حتى لا يجد القاضي الإداري نفسه مضطرا لاتخاذ مواقف سياسية.⁶ وما زاد من وثيرة الانتقادات الموجهة لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار. هو كون مجالها هو نزع الملكية، حيث تقوم الإدارة وقبل اتخاذها لقرار إعلان المنفعة العامة بتحقيقات ودراسات من طرف متخصصين، خاصة عندما يتعلق الأمر بمشاريع كبرى ذات المدى البعيد وبالتالي فإنه يخشى أن يكون تقييم القاضي الإداري لقرار نزع الملكية على أساس ما يقع تحت نظره من أوراق وملفات قد يصعب عليه تقدير أبعادها.

وبمقتضى نظرية الموازنة يفرض القاضي الإداري رقابته على محل أو مضمون القرار الإداري في غياب أي نص تشريعي يحدد ذلك المحل وركن المحل لا يمكن تقديره بمعزل عن باقي أركان القرار وخاصة السبب وعليه فإن تسليط الرقابة على ركن المحل يفرض الخوض

1- رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق ص 258.

2- رشيد بوسكري، " شرط المنفعة العامة في مسطرة نزع الملكية بين سلطة القضاء وإكراهات الواقع " قضايا العقود الإدارية، مرجع سابق ص 230.

3- بنجلون عصام، " قضاء الموازنة وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة بالمغرب "، مرجع سابق ص 24.

4- عبد العزيز البعكوبي، مرجع سابق، ص 59.

5- رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 255.

6- سعاد المفيد، " دور القضاء الإداري في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة "، بحث لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية ظهر المهرز فاس، ص 91.

في مسألة التناسب والملائمة مع الأسباب الدافعة له ومن هنا فإن اشتراط القاضي الإداري لحد أدنى من المعقولة طبقا لنظرية الموازنة دون أساس شرعي يبرره.¹

حدود حماية محكمة النقض لحق الملكية

إذا كانت الغرفة الإدارية بمحكمة هي المعول عليها في حماية حق الملكية الخاصة من خلال تكريسها لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فإن هناك مجموعة من العراقيل أو الحدود تحول دون تحقيق الهدف المنوط بالغرفة الإدارية بمحكمة النقض.

وتنقسم الحدود التي تحول دون حماية محكمة النقض لحق الملكية لحدود قانونية، مطروحة على مستوى النص القانوني ومرتبطة كذلك بتركيبية محكمة النقض. من خلال الهيكلة القضائية لهذه المحكمة.

كما أن هناك حدود تطرحها الإدارة من خلال لجوءها لنزع الملكية غير المباشر. من خلال الإعتداء المادي ولجوءها لعدد من الوسائل من شأنها أن تشكل عائق أمام محكمة النقض في حماية حق الملكية .

ومن أجل الإسهاب في الحدود التي تحول دون حماية حق الملكية وذلك من خلال تناول الحدود القانونية من خلال ثلاث مستويات ، ثم الحدود العملية التي تطرحها الإدارة . من خلال ثلاث مستويات أيضا.

الحدود القانونية

تمثل الغرفة الإدارية بمحكمة النقض قمة القضاء الإداري المغربي لحد الساعة. و باعتبار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض المعنية بالنظر في طلبات الإلغاء بسبب التجاوز السلطة ضد المقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول في مجال نزع الملكية. و ذلك لاعتبار أن القرار القاضي بنزع الملكية وإعلان المنفعة العامة يتم بمرسوم صادر عن الوزير الأول. وإذا كان المشرع قد إكتفى بربط مسطرة نزع الملكية. بإتباع الإجراءات المقررة قانونيا، فإنه كذلك ربط ضرورة التخلص من قرار نزع الملكية برفع دعوى الإلغاء ضد المرسوم المقرر للمنفعة العامة أمام محكمة النقض من أجل إصدار حكم بإلغاء القرار. غير أن قضاء محكمة النقض يصطدم بمجموعة من الحدود.

المستوى الأول : إشكالية الإختصاص

بالرجوع المادة التاسعة من القانون 41.90 نجد أن المجلس الأعلى سابقا هو المختص بالبت ابتدائيا و انتهائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة. عندما يتعلق الأمر بالقرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول، والمتعلقة بإعلان المنفعة العامة. ومن شأن إختصاص محكمة النقض في البت في قرار إعلان المنفعة العامة بصفة ابتدائية و انتهائية ، حرمان المتزوع ملكيتهم من حق التقاضي على درجتين الذي يعد من أهم حقوق المتقاضين وبالتالي فإن إختصاص محكمة النقض بصفة ابتدائية و إنتهائية ، يحول دون تدارك العيوب التي شابت قرارها في مرحلة الإستئناف. كما أن محكمة النقض ، صرحت بعدم إختصاصها في القرارات الملكية والتي تكتسي صبغة إدارية. كالقرارات الصادرة عن الملك في مجال نزع الملكية ، والتي أثارت خلافا قديما جديدا. فالمخالفون لعدم إختصاص القضاء في القرارات الملكية يقولون أن العبرة بمحتوى القرار الذي تضمن تدييرا إداريا فالمصدر له سلطة إدارية ويكون بذلك هذا العمل قابلا لرقابة القضائية، ويحتجون بأن السيادة إنتقلت بمقتضى الدستور للأمة. وأن القانون هو أسى تعبير عن إرادة الأمة. أما الإتجاه المؤيد لعدم

1- بنجلون عصام، "الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 159.

الطعن في القرارات الملكية فيستند على وظيفة الملك باعتباره أمير المؤمنين. فلا يعقل أن يقوم الأدنى بمراقبة الأعلى⁽¹⁾. وفي هذا الصدد ظل موقف محكمة النقض منذ البداية يقر بأن " الطعن ليس موجهاً ضد قرار صادر عن سلطة إدارية وإنما صدر عن الملك في شكل ظهير"⁽²⁾. أما بالنسبة لموقف المحاكم الإدارية وما أشار إليه الفصل 11 من قانون 41.90 " تختص محكمة الرباط الإدارية بالنظر في النزعات المتعلقة بالوضعية الفردية للأشخاص المعينين بظهير شريف أو مرسوم.." غير أن الأمر لا يتعلق بالطعن ضد القرارات الملكية ولكن الأمر يتعلق بتسوية الوضعية الفردية ، التي هي عمل مادي. هكذا ظلت السياسية القضائية في ما يخص القرارات الملكية تعتبر أن القرارات الملكية غير قابلة لطعن حتى لو صدرت عن طريق التفويض من جلاله الملك⁽³⁾. و يترتب عن تقديم الطعن بالإلغاء نتيجتان إما رفض الطعن لسبب شكلي أو موضوعي وهو بذلك يلزم الطاعن فقط. أو على العكس قبول الطلب وينتج عنه إزالة الأثر الرجعي للقرار و إكتساب الحكم لقوة الشيء المقضي به⁴. وبعد إحداث المحاكم الإدارية أصبحت منازعات المتعلقة بنزع الملكية، مقسمة بين المحاكم الإدارية ومحكمة النقض وأصبح كل واحد منهم يصدر أحكاماً مستقلة، الشيء الذي قد ينتج عنه تضارب في الأحكام. كما أن تعدد اختصاصات محكمة النقض ، في قضايا محكمة قانون وفي قضايا محكمة موضوع وفي قضايا محكمة إستئناف الشيء الذي أدى إلى نسف العديد من القواعد والنظم الأمرة المتعلقة بقانون الشكل⁵.

وعلى مستوى التداخل بين الغرفة الإدارية والقضاء الإستعجالي يتجلى في رفع المتزوع ملكيته دعوى أمام الغرفة الإدارية من أجل إلغاء مرسوم نزع الملكية بينما تقدم الإدارة طلباً إستعجالياً إلى رئيس المحكمة الإدارية بهدف نقل الملكية. فتصدر الغرفة الإدارية قرار إلغاء مرسوم المنفعة العامة بينما تتمسك الإدارة بأمر نقل الملكية كما تعمق الإشكال وتحله في ذات الوقت المادة 16 من القانون 41.90 التي نصت على أنه : " إذا رفعت إلى محكمة إدارية دعوى يكون لها ارتباط بدعوى تدخل في اختصاص المجلس الأعلى ابتدائياً وانتهائياً... يجب عليها أن تحكم تلقائياً أو بطلب أحد الأفراد بعدم اختصاصها وتحيل الملف بأسره للمجلس الأعلى..."

وهذا الأمر يفسر اختصاص الغرفة الإدارية على أساس الإرتباط⁶

1_ بلهاشي محمد التسولي ورافع عبد الوهاب : "مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية" ، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش ، الطبعة الأولى، 1995 ، ص 94 ، 95.

2_ C.S.A n° 93. 18 Juin 1960. Abdelhamid Ronda 1960-1961, p 136.

3_ أحمد أجعون ، " التنظيم الإداري المغربي بين المركزية واللامركزية " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية. عدد 96 السنة 2013. ص 88.

4_ أحمد أجعون ، " إختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة " ، مرجع سابق ص 331.332.

5_ زهير بروج ، " تداخل الاختصاص بين محكمة الموضوع ومحكمة القانون لدى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى " ، رسالة المحاماة. العدد 17 مارس 2002 ص. 27.

6- يقصد بالارتباط كما يرى بعض الفقه : بأنه الصلة الوثيقة بين الدعويين وتجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعها أمام محكمة واحدة لتحقيق فيما وتحكم فيهما معا ، متعا من صدور أحكام لا توافق بينهما. وتظهر صلة الارتباط بشكل واضح إذا كان الحكم في إحدى الدعويين من شأنه أن يؤثر حتماً في الدعوى الأخرى ومن أوضح صور الارتباط إتحاد الموضوع والسبب ، وتوزع شروط الارتباط بين:

أ- شروط الارتباط في قانون المسطرة المدنية :

حيث نص الفصل 109 من قانون المسطرة المدنية على ما مضمونه أن النزاع إذا كان مرتبطاً بدعوى جارية أمام محكمة أخرى أمكن تأخير القضية بطلب من الخصوم أو من أحدهم ، هذا الفصل حدد شروط الارتباط حسب بعض الفقه في أن تكون المحكمتان تابعتين لجهة القضاء العادي ، وأن تكونا من درجة واحدة وأن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى القائمة أمامها.

ب- شروط الارتباط كمناط اختصاص الغرفة الإدارية بمحكمة النقض :

حيث نصت المادة 16 من قانون المحاكم الإدارية على أنه :

" إذا رفعت إلى محكمة إدارية دعوى يكون لها ارتباط بدعوى تدخل في اختصاص محكمة النقض ابتدائياً وانتهائياً أو في اختصاص محكمة الرباط الإدارية عملاً بأحكام المادتين 9 و 11 أعلاه ، يجب عليها أن تحكم تلقائياً أو بطلب أحد الأطراف بعدم اختصاصها وتحيل الملف بأسره إلى محكمة النقض أو محكمة الرباط الإدارية ، ويترتب على هذه الإحالة رفع الدعوى الأصلية والدعوى المرتبطة بها بقوة القانون إلى الجهة القضائية المحال إليها الملف " .

وقرر قضاء النقض على أن إلغاء مرسوم نزع الملكية للمنفعة العامة يمكن تصحيحه وإصدار قرار جديد يتحاكى العيوب التي شابت القرار الأول. وفي هذا الصدد قضت الغرفة الإدارية في إحدى قراراتها¹ والذي جاء فيه :

" لا يوجد هناك ما يمنع الإدارة من تلافي الخلل الذي وقع فيه المقرر الذي ألغاه المجلس الأعلى لعبيب شكلي وإصدار مقرر جديد احترمت فيه الإجراءات القانونية في نزع الملكية وتلافي العيوب التي شابت المقرر الذي سبق إلغاؤه. "

وقضت الغرفة الإدارية في حكم آخر والذي يعتبر توجها إيجابيا. والذي جاء فيه.

" لا يطعن في مراسيم نزع الملكية لأجل المنفعة العامة إلا أمام المجلس الأعلى"²، ولم يوكل المشرع المغربي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض أي دور استشاري عكس كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري . ففي فرنسا مثلا وطبقا للفصل 39 من دستور 1958 تعتبر استشارة مجلس الدولة الفرنسي إلزامية عند تحضير القوانين المقترحة على الحكومة في الميدان الإداري وفي مجال القرارات الإدارية التنظيمية وكذلك مشاريع المراسيم التي تلغي أو تعدل النصوص ذات المضمون التشريعي و تكون الحكومة ملزمة بأن تطلب رأي مجلس الدولة ، كما يمكن لهذا الأخير أن يتدخل بإبداء رأيه وبمبادرة منه دون طلب الحكومة عن طريق إثارة انتباه السلطات العمومية إلا الإصلاحات في الميدان التشريعي والتنظيمي أو الإداري التي يراها مطابقة لصالح العام.³

ونتمنى أن يحدو المشرع المغربي على غرار نظيره الفرنسي والمصري ويمكن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من الوظيفة الاستشارية التي تعد بمثابة عمل وقائي يساعد السلطة التنفيذية على إحكام التشريع وصحة التفسير وتطبيق القوانين عكس الوظيفة القضائية التي تعد عملا علاجيا.

المستوى الثاني : الأثر غير الواقف لطعن

الطعن في المرسوم المعلن للمنفعة العامة لا يوقف تنفيذه وهكذا تصدر القرارات الإدارية بقوة تجاه الأفراد وتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة بالنسبة للوقت الذي تنفذ فيه قراراتها. كما يعتبر الأثر غير الواقف لطعن من أخطر إمتيازات الإدارة. والحكمة في ذلك عدم شل حركة الإدارة ووقف نشاطها الهادف تحقيق المصلحة العامة نتيجة الطعون المقدمة ضدها وبذلك فالأصل في القرارات الإدارية هو قرينة الصحة والمشروعية.⁴

وهذه القاعدة مطبقة كذلك في مجال نزع الملكية كون الطعن في مقرر المنفعة العامة لا يوقف تنفيذه، وإذا ما قامت الإدارة نازعة الملكية بتنفيذ مشروعها وصدر حكم بإلغاء القرار الذي قامت الإدارة بتنفيذه، مما يجعل دعوى إلغاء المقرر القاضي بإعلان المنفعة

أما المادة 17 من نفس القانون فنصت على أنه :

" تكون محكمة النقض المرفوعة إليها دعوى تدخل في اختصاصها ابتدائيا وانتهائيا مختصة أيضا بالنظر في جميع الطلبات التابعة لها أو المرتبطة بها وجميع الدفوعات التي تدخل ابتدائيا في اختصاص المحاكم الإدارية "

فمن خلال المادتين يتضح أن شرط الارتباط أما الغرفة الإدارية بمحكمة النقض يتمثل في مايلي :

- ضرورة وجود دعوى جارية أمام المحاكم الإدارية و أخرى أما محكمة النقض تدخل ضمن اختصاصه الابتدائي الإنهائي ، لذلك يجب أن تكون كل من الدعويين مازالت قائمة أمام المحاكم المرفوعة إليها فلا محل للإحالة إذا انقضت الدعوى أمام المحكمتين لأي سبب

1_ القرار عدد 458 ، بتاريخ 11-11-1995. في الملف الإداري عدد : 95/12 منشور بسلسلة إعلام وتبصير المستهلك ، مرجع سابق ، ص 7.

2_ القرار عدد 400 بتاريخ 10/12/1995، ملف إداري عدد : 95/1597، غير منشور.

3- أحمد ولعربي، " الأحكام العامة المنظمة للغرفة الإدارية بمحكمة النقض المغربية " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش ، السنة الجامعية 2011-2012 ، ص 32.

4_ عبد الله بونيت ، " إيقاف تنفيذ القرار الإداري في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن دراسة تطبيقية " ، مطبعة كاتبريت الرباط ، الطبعة الثانية 2011. ص 12.

العامة قد تم تنفيذه.¹ وفي ظل مبدأ الأثر غير الواقف لطعن يتقلص دور محكمة النقض في حماية حق الملكية. كما أن الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية نص على هذا المبدأ حيث نص ما يلي: " لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال الآتية :

1- في الأحوال الشخصية.

2- في الزور الفرعي.

3- التحفيظ العقاري".

والمشروع لم يدرج قرارات إعلان مقرر إعلان المنفعة العامة في مجال الإستثناء الوارد على القاعدة العامة² المتمثلة في نفاذ القرارات الإدارية وإنتاجها لأثرها القانونية منذ صدورها ويسمى هذا الإستثناء بإيقاف التنفيذ بقوة القانون ، وليبقى لدى المزوعة ملكيته سوى طلب إيقاف التنفيذ القضائي عن طريق تقديم طلب إيقاف التنفيذ الذي يتطلب توافر شروط شكلية وموضوعية والتي تثير العديد من العراقيل تحول دون حماية حق الملكية عن طريق الإستجابة لطلب وقف التنفيذ الذي يصطدم بمجموعة من القيود من أخطرها أن الإدارة شرعت في تنفيذ قرار نزع الملكية ، فلا مبرر للمطالبة بإيقاف تنفيذ القرار لعدم وجود جدوى من ذلك الإيقاف³ ويثير كذلك أحد الشروط الموضوعية إشكال في مجال إيقاف تنفيذ قرار إعلان المنفعة العامة. وهو عنصر الإستعجال كشرط موضوعي يتجسد في الحالة التي يتعذر إرجاع الحالة إلا ما كانت عليه ويتعذر تداركها⁴ لكن نزع الملكية يمكن إصلاحه عن طريق التعويض.

لكن الخطير في الأمر أن المشروع تدخل لحذف الفقرة الأخيرة من الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية⁵ التي كانت تمنح المجلس الأعلى سابقا. بناء على طلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائية البت في طلب إيقاف التنفيذ ، وبعد حذف الفقرة الأخيرة من الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية لم يعد المجلس الأعلى مختصا بهذا النوع من الدعاوي المرتبطة باختصاص المجلس الأعلى للبت ابتدائيا و انتهائيا في طلبات إلغاء المتعلقة بالقرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن الوزير الأول ، لكن بالرغم من هذا الفراغ التشريعي فإن المجلس الأعلى من الناحية العملية لازال ينظر في طلبات إيقاف التنفيذ التي تعتبر قليلة العدد بالمقارنة بالملفات المعروضة على المحاكم الإدارية⁶.

وهكذا يظهر أن محكمة النقض تظل عاجزة عن حماية حق الملكية في ظل مبدأ الأثر غير الواقف للطعن الذي تم حذف الاستثناء الوارد عليه من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية. وبالتالي فإن قاعدة الأثر غير الواقف للطعن تعرف إعمالا مكثفا وقانونيا في مجال المقررات الصادرة بنزع الملكية والذي من شأنه أن يجعل كفة الميزان دائما لصالح الإدارة نازعة الملكية.

1_ أحمد أجمعون ، " إختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة "، مرجع سابق، ص 379.

2_ عزيز البودالي ، " بحث حول إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية "، مجلة الإشعاع ، عدد 13 السنة 1998، ص 28.

3_ الشريف البقالي ، " طلب وقف تنفيذ قرارات هدم البناءات المخالفة لقوانين التعمير " المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. عدد 64، ص 78.

4_ عبد الله حداد ، " تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي " منشورات عكاظ الطبعة الثانية، لسنة 2002، ص 256.

5_ ثم إلغاء الفقرة الأخيرة من هذا الفصل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 04.82 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.87.16 الصادر بتاريخ 10 شتنبر 1993 ، الجريدة الرسمية بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 الموافق 20 أكتوبر 1993، ص 2037 .

6_ عبد الله بونيت ، مرجع سابق ، ص 98.

المستوى الثالث : تركيبة محكمة النقض

تتألف محكمة النقض من 6 غرف من بينها الغرفة الإدارية والتي تتشكل من قسمين حاليا ، ويمكن لكل غرفة أن تبت وتحكم في كل القضايا المعروضة عليه. من هذا المنطلق يمكن للغرفة الجنائية أن تنتظر في دعوى إلغاء مرسوم المقرر بإعلان المنفعة العامة غير أن المشرع فطن لهذا الأمر وأشار في المادة 45 من القانون 41.90 " تستأنف أحكام المحاكم الإدارية أمام المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) ".

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد لعب دورا فعالا في خلق واكتشاف قواعد القانون الإداري فإن دور الغرفة الإدارية ظل متواضعا يغلب عليه طابع التقليد،¹ ولم تسعفه للقيام بالدور المنوط به تركيبته حيث تغيب مؤسسة المفوض الملكي و تنوب عنها مؤسسة النيابة العامة غير أن دور النيابة العامة لا يتماشى مع طبيعة الدعوى الإدارية لأن دور المفوض الملكي هو الدفاع عن القانون والحق أما دور النيابة هو الدفاع عن الحق العام.

ويتوزع دور النيابة العامة عموما بين طرف أصيل وطرف منضم فدور المفوض الملكي أكثر إيجابية من دور النيابة العامة ، فالمفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق يضطلع بدور مهم في الدعوى الإدارية. إذ أنه يطلع على جميع القضايا المعروضة على المحكمة ويبدلي برأيه فيها. ويعتبر حضوره للجلسات إلزامي كما أن مستنتجات المفوض الملكي غير قابلة للطعن.²

ويتجلى تأثير تركيبة الغرفة الإدارية في حماية حق الملكية من كون ممثل النيابة العامة يستمد رأيه من رئيسه المباشر (أي الوكيل العام للملك) في حين أن المفوض الملكي يعمل لحسابه الخاص ، كما أن مفوضي الحكومة بفرنسا كان لهم دور كبير في إنارة الطريق أمام القضاء فلا تذكر نظرية وإلا تم استحضار موقف مفوض الحكومة منها. كما أن مذكرات المفوض الملكي هي حكم يسبق الحكم طالما أن يضمنها رأيه وبالعكس فإن مذكرات النيابة العامة عندما تكون طرفا منضمًا لا تكون إلا في نقط معينة. تاركة للقضاء مهمة الوصول إلى الحكم النهائي.³

وفي هذا الصدد ومن أجل إقرار حركية في عمل الغرفة الإدارية يجب إحداث مفوض ملكي على مستوى محكمة النقض. مادامت مؤسسة المفوض الملكي لا تربطها صلة بمؤسسة النيابة العامة. كما أن إنعقاد إختصاص قضاء الإلغاء في قضايا نزع الملكية لمحكمة النقض بالرباط، وما يطرحه البعد الجغرافي من صعوبات للمتقاضين.⁴ كلها أمور تحول دون تحقيق الحماية الحقيقية والفعالة لحق الملكية، الذي هو في آن الوقت أهم الحقوق الدستورية. ولقد كانت رقابة المشروعية تتسم بالمركزية المفرطة، بالإضافة إلى ذلك فمحكمة النقض تتكلف في نفس الوقت بإصلاح قرارات المحاكم والبت كجهة ابتدائية و استئنافية وهو ما يعرف بالازدواجية الوظيفية. وبعد إنشاء المحاكم الإدارية سواء الابتدائية و الإستئنافية في مرحلة لاحقة. أضحت محكمة النقض مطالبة بلعب دور جديد من خلال ممارسة وظيفة الضبطية ، من أجل تفادي ظهور عدة قوانين إدارية بفعل وجود عدة محاكم إدارية.⁵ وهذا من شأنه عرقلة وثيرة الاجتهاد القضائي على مستوى محاكم الموضوع ، فكيف تمنع عن الآخرين الاجتهاد وتجتهد هي في مجال نزع الملكية ؟

1_ رشدي السبايطي ، " المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق في المحاكم الإدارية " مرجع سابق ، ص 244.

2_ عبد الكريم المساوي ، مرجع سابق ، ص 2001.

3_ رشدي السبايطي ، مرجع سابق ، ص 2007.

4_ ميشال روسي ، " دفاعا عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى " مجلة الودادية الحسنية للقضاء، العدد الثاني، نونبر 2010، ص 40.

5_ محمد اليعكوبي ، " الوظيفة الضبطية للغرفة الإدارية للمجلس الأعلى " المجلة المغربية للمنازعات القانونية ، عدد 3-4/2005 ، ص 13.

حدود تطرحها الإدارة

لما كانت المنازعة الإدارية التي يحقق فيها القاضي الإداري ذلك التوازن فإن القاضي يشرف عليها ويحرص كل الحرص على سيرها وتحضيرها باعتبارها خصومة عينية.¹ بين طرفين غير متكافئين، طرف عنيد يتمتع بامتيازات السلطة العامة التي أصبحت تحول دون تحقيق القاضي الإداري للحماية القضائية لحق الملكية عن طريق لجوء الإدارة مجموعة من الآليات التي تعتبر من قبيل نزع الملكية غير المباشر، وفي بعض الأحيان تحدى صارخ للقضاء من خلال عدم الامتثال للأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض وعليه فإننا سنتناول الحدود التي تطرحها الإدارة وتحول دون تحقيق الحماية اللازمة لحق الملكية.

المستوى الأول : لجوء الإدارة للإعتداء المادي

يعرف الإعتداء المادي على أنه القرار النافذ المعدوم أو الفعل المادي الذي تقوم به الإدارة والذي يتضمن اعتداء صارخا وجسيما في مخالفته للمشروعية ، وهو كذلك العمل الجسيم الظاهر الذي من شأنه أن يتضمن اعتداء على حق الملكية أو مساس بحرية من الحريات العامة.²

ويسمى كذلك اعتداء المادي نزع الملكية الغير المباشر و المؤقت ، لكن الإدارة كانت تلجأ لنزع الملكية المؤقت وهي بذلك تهدف في حقيقة الأمر الإحتلال الدائم دون أن تلجأ لإجراءات نزع الملكية.

وبعد ذلك تقوم بإنشاء المنشأة العامة.³ التي قضى مجلس الدولة الفرنسي انطلاقا من سنة 1853 بعدم جواز هدم المنشأة

العامة ولو ثم إحداثها عن طريق الإعتداء المادي "L'ouvrage public mal planté ne se détruit pas"

أما القضاء الإداري المغربي فقد كان سابقا يعتمد توجهها واقعييا حيث يعتبر بأن أداء التعويض المقابل لفقد الرقبة جبريا يقابله حتما نقل الملكية للجهة الإدارية الغاصبة.⁴ وهذا ما أكدته قرار الغرفة الإدارية والذي قضى بأن قرارها القاضي بتأييد حكم ابتدائي قضى بمنح التعويض عن فقد العقار كمقابل لنقل الملكية والتسجيل بالمحافظة العقارية.¹

1_ عزيز الراشدي ، " خصوصية الإثبات في المنازعات الإدارية " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام . جامعة محمد الخامس السويدي . كلية الحقوق سلا ، السنة الجامعية 2009/2010 ، ص 27.

2_ ادريس جفال ، " نظرية الإعتداء المادي في القانون المغربي والمقارن " ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، جامعة محمد الخامس ، كلية أكادال الرباط ، السنة الجامعية ، 1997-1998 ، ص 64.

3_ يكتسي مفهوم المنشأة العمومية أهمية خاصة في الإجتهد القضائي وفقه القانون الإداري ، حيث تخضع لنظام متميز للمسؤولية عن الأضرار التي تتسبب فيها والذي هو نظام المسؤولية بدون خطأ . كما تستفيد المنشآت العمومية من قواعد حماية خاصة تتميز بها عن غيرها من العقارات المملوكة للأفراد ، ناتجة أساسا عن النصوص القانونية وعن القاعدة التي أقرها الإجتهد القضائي والمسماة عدم المساس بالمنشأة العمومية

تعتبر المنشأة العمومية عقار يتم إعداده وتخصيصه لتحقيق المنفعة العامة ، وإضفاء صفة المنشأة العامة على منشأة يقتضي توفرها على مجموعة من العناصر أهمها:

- الطابع العقاري للمنشأة

- إعداد وتهيئة المنشأة

- تخصيص المنشأة لتحقيق المنفعة العامة

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح المنشأة العمومية لازال محتشم المنطوق في العديد من القرارات والأحكام ، ويختلط بمصطلحات أخرى مثل الأشغال العمومية والمرفق العام.

4_ عبد العتاق فكير ، " الإعتداء المادي على الملكية العقارية الإشكالات والحلول " ، مجلة الملف ، العدد 16 أبريل 2010 ، ص 21.

ويعد هذا الاتجاه القاضي بنقل الملكية في إطار الإعتداء المادي من شأنه تشجيع هذه الظاهرة السلبية. وإعفاء الإدارة من سلوك مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

ومن بين أوجه محدودية حماية محكمة النقض لحق الملكية، أنه طبقاً لمبدأ عدم المساس بالمنشأة العمومية فإن القاضي الإداري المغربي لا يستجيب لطلب إعادة الحالة إلا ما كانت عليه. كما أنه لا يأمر -مبدئياً - بهدم أو إزالة أو إيقاف تسيير المنشأة العمومية المقامة بطريقة غير مشروعة. لأن من شأن ذلك الإضرار بالمنفعة العامة وهدر المال العام. وفي ظل هذا الواقع بإمكان الإدارة الإعتداء على الملكية الخاصة دون سلوك مسطرة نزع الملكية.²

واستقر عمل الغرفة الإدارية بمحكمة النقض على كون الإعتداء المادي على الملكية العقارية هي واقعة مستمرة في الزمن وبالتالي لا يطبق عليها أجل التقادم المنصوص عليه في المادة 106 من ق ل ع. رغم أن هذا التوجه يحمي المالك المعتدى عليه دون تحصن الإدارة بالتقادم. ولكن من الناحية الواقعية يصعب رفع واقعة الإعتداء المادي إذا ما كانت الإدارة قامت بتشديد بنيات كبرى.³

وتجدر الإشارة أن الأخذ بنظرية نزع الملكية غير المباشر وتكريس قاعدة عدم المساس بالمباني العمومية

Le principe d'intangibilité des travaux public.

ومن شأنه أن يشجع الإدارة والقضاء على إفراغ القانون 7.81 من محتواه. لذا يتوجب على الغرفة الإدارية أن تتبع نهج محكمة النقض الفرنسية.⁴

المستوى الثاني: توسيع دائرة الأملاك العامة

ينص الفصل السابع من ظهير فاتح يوليوز 1914⁵ على أن حدود الملك العام للدولة يتم تحديدها إن اقتضى الحال بمرسوم بعد إجراء بحث عمومي بطلب من إدارة الأشغال العمومية قصد ضبط حدودها ومساحتها خلال مدة البحث العمومي وطيلة مدة ستة أشهر من تاريخ نشر مرسوم التحديد يتم قبول طلبات الأغيار المتعلقة بحقوق الملكية أو الانتفاع أو الإستعمال المعترف بوجودها من طرف الإدارة والمكتسبة قبل صدور ظهير فاتح يوليوز 1914. ونظراً للحماية المقررة للملك العام الذي يقوم على مجموعة من المبادئ من قبيل عدم قابلية الملك العام لتملك عن طريق التفويت أو التقادم وكذا عدم إمكانية الحجز على الملك العام.⁶

ونظراً لتعقيد إجراءات مسطرة نزع الملكية ، وقوة الرقابة التي تفرضها الغرفة الإدارية بمحكمة النقض على شرط المنفعة العامة. فإن الإدارة أصبحت تلجئ في إشباع حاجتها من العقارات التي تحتاجها من أجل تحقيق أغراضها. إصدار مراسيم تقضي بتحديد الملك العام. في الظاهر لكن جوهر هذا المرسوم يقضي بنزع ملكية أراضي الخواص.

1 _ قرار رقم 695 ، الصادر بتاريخ 28/12/2005 ، أشار له نفس المرجع السابق ، ص 23.

2 _ محمد باهي ، " مفهوم المنشأة العمومية والتكييف الجديد لنظام حمايتها " المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 97-98 مارس يونيو 2011 ، ص 11.

3 - عبد العتاق فكير، مرجع سابق ، ص 22.

4 - محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 174.

5- ظهير 1 يوليوز 1914 ، الخاص بالأملاك العمومية ، الجريدة الرسمية ، عدد 62 بتاريخ 10 يوليوز 1914.

6- أسامة عثمان ، " أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والقانون ". منشأة المعارف، الاسكندرية 1987، ص 16.

وكون ظهير الأملاك العامة يفرض حماية خاصة للملك العام، تقيد يد القاضي في إلغاء المرسوم المتعلق بتحديد الملك العام. حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض¹.

" حيث إن المدعين.... بواسطة مقال قدم للمجلس الأعلى بتاريخ 2007/10/12 طلبا إلغاء المرسوم 2-07-239 الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 2007/5/7 والذي قضى بتحديد الملك العام البحري. لشاطئ أغروضى عمالة أكادير أداوتنان والذي أدى تمديد الملك العام البحري. على الملك الخاص لها....وهي عبارة عن فيلا اشترتها في 2007/3/14 وذلك لكون المرسوم المطعون فيه جاء متسما بالتجاوز في السلطة و الإنحراف ومخالفة القانون وإنعدام التعليل وإستعمال المراسيم التنظيمية لأغراض نزع الملكية خارج المسطرة القانونية..."
ورغم ذلك فإن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض قضت برفض الطلب.

وعملت محكمة النقض في مجموعة من الطعون المقدمة ضد هذه المقررات برفض الطلب وهذا ما يوضحه الجدول² التالي :

الطاعنين	رقم الملف	تاريخ صدور القرار بالرفض
السيد أباري أحمد	2007/336	17/09/2008
ورثة جولييد اسماعيل	2007/1/4/445	02/07/2008
السيد الحضيكي رشيد ومن معه	2007/341	17/09/2008
السيدة فاطمة ناصري	2007/452	17/09/2008
السيدة عزيزة لولو	2007/492	08/09/2008
السيد محمد الخصاصي	2007/494	05/11/2008
السيد هود كارل هيلموت ومن معه	2007/453	05/11/2008
السيد اولعيد اوترحوت	1/4/2007/339	11/02/2009
السيد لحسن العوادي	2007/469	05/11/2008

وتجدر الإشارة أن جل الأحكام السابقة للغرفة الإدارية تكاد تجمع على حيثية واحدة وهي:

" لكن حيث ان الفصل 2 من قانون الأملاك العمومية. ينص على من اكتسب قانونا من حقوق الملكية والإنتفاع والاستعمال بالأملاك العمومية يبقى محفوظا إذا كان سابقا على نشر هذا الظهير ... فإن الحقوق التي اكتسبها الطاعنين لا تصير نهائية إلا بعد تعيين حدود الأملاك العامة..."³.

1- قرار عدد : 698، المؤرخ في 2008/9/17 في الملف عدد 2007/1/4/452 ، منشور بلائحة الملاحق ، الخاصة بهذا البحث.

2- هذه القرارات الصادرة عن محكمة النقض والقاضية برفض الطلب ، منشور في لائحة الملاحق حسب ترتيب المعتمد بالجدول.

3_ جاءت هذه الحيثية في جميع القرارات المشار إليها في الجدول.

وفي هذا الشأن فإن هناك قضية عرضت على محكمة النقض منذ سنة 2007¹ ولم يتم البت في الطلب نظرا للصعوبات التي طرحها مرسوم الوزير الأول رقم 02-07-239 الصادر 7 ماي 2007 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5528 بتاريخ 24 ماي 2007 المتعلق بتحديد الملك العام بشاطئ أغروض بين الوتد رقم 1 والوتد رقم 46 عمالة أكادير. وما أثارته الخبرة الأولى والخبرة التكميلية المرتبطة. بالاعتدال الربيعي² Equinox والذي يتمثل في المعاينة في ثلاثة أيام وهي 22.21.20 من شهر مارس وهكذا فإن لجوء الإدارة نزع ملكية الأراضي عن طريق إصدار قرارات تنظيمية تتعلق بتحديد حدود الملك العمومي من شأنه أن يعفي الإدارة من التعويض عن نزع الملكية ويحصن أعمالها من رقابة القضاء.

المستوى الثالث: عدم تنفيذ الأحكام القضائية

إذا كان الطعن بالإلغاء يعتبر الوسيلة التي تمكن القاضي الإداري من مراقبة أعمال الإدارة وإلغاء قراراتها المخالفة للقانون عن طريق إصدار أحكام قضائية . وبالرجوع إلى إختصاص محكمة النقض التي تبت في دعاوي إلغاء قرارات نزع الملكية بصفة ابتدائية و إنتهائية وبالتالي فإنها تصدر أحكام إنتهائية، والأحكام الإنتهائية هي الأحكام المحصنة من طرق الطعن والحائزة لقوة الشيء المقضي به وقابلة للتنفيذ غير أن تعنت الإدارة وامتناعها عن التنفيذ. سيرتب آثار سلبية ليس فقط على حساب المتضرر الذي تضيع حقوقه بل أيضا على حساب العدالة التي تصبح أحكامها غير ذات معنى بسبب خرق مبدأ حجية الشيء المقضي به.³

وباعتبار دعوى الإلغاء تنتهي إلا القضاء العيني فقد أقر لها الفقه والقضاء حجية مطلقة وذلك تأسيسا على أن النزاع بشأنها ينحصر حول معرفة ما إذا كان تصرف أو عمل معين مطابقا لأحكام القانون أو غير مطابق له.⁴

وتم التعامل مع عدم تنفيذ الأحكام الصادرة بإلغاء مقرر إعلان المنفعة العامة وإرجاع الملك صاحبه بنوع من الدقة ، حيث قضت المحكمة الإدارية بالرباط.⁵

" استمرار المجلس البلدي في احتلال العقار موضوع نزع الملكية بالرغم من صدور قرار المجلس الأعلى القاضي بإلغاء مرسوم نزع الملكية يؤكد وجود حالة الاعتداء المادي. ما يبرر أحقية المدعي في الحصول على تعويض عن مدة استغلال عقاره المذكور. "ويظل تنفيذ الأحكام بصفة عامة هو الغاية من إصدارها وهو وسيلة اكتساب الحكم لقيمته العملية وتنفيذ الأحكام الإدارية يواجه عدة صعوبات بالغة ، مرجعها أن الإدارة خصم في الدعوى وباعتبارها ملزمة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، بالإضافة أن التطبيق الحرفي لمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية والذي بموجبه لا يجوز للقضاء أن يوجه للإدارة أية أوامر . كلها عوامل أدت امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية فأصبحت بذلك هي التي تتدخل في أعمال القضاء في صورة امتناع عن تنفيذ أحكامه.

1 _ الملف عدد 345 بتاريخ 16/1/2007.

2 _ وتجدر الإشارة أن ما يصطلح عليه الاعتدال الربيعي Equinox لا يمكن الارتكاز عليه لوحده للحسم في معرفة وتعيين حدود الملك العام البحري، وذلك نظرا لكون عملية ضبط ومعرفة حدود هذا الملك تستلزم وجوبا توفر مجموعة من العناصر الطبيعية والتقنية والعلمية ، نذكر منها على الخصوص :

- مرفولوجيا وطبوغرافيا المنطقة (شاطئ – جرف)

- الرياح (بما فيها سرعتها واتجاهها)

- قياسات المد والجزر

و تعتمد الكثير من الدول مؤشر Equinox ولكن داخل حقبة زمنية معينة مثلا فرنسا Equinix centenaire (100 سنة) وتعتمد إسبانيا L'équinixe centenaire (30 سنة) أما مصر فتكتفي ب l'équinixe décimal (10 سنوات) أما بالنسبة للمغرب فليس هناك ممارسة مستقرة في الموضوع.

3 _ حسن حبيب ، " إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، نونبر – دجنبر 2004، ص 61.

4- عبد المنعم عبد العظيم جيره ، " اثار حكم الإلغاء دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري " ، طبع ونشر دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1981، ص56.

5_ المحكمة الإدارية بالرباط حكم عدد 1038 المؤرخ في 2001/12/25 رقم الملف 99/254. نشره محمد لفروجي، مرجع سابق ، ص128.

وإشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية إشكالية عامة في مجال القضاء الإداري ترجع إلى عدة أسباب من أهمها أن المشرع خصص فصلا واحدا متعلق بتنفيذ الأحكام القضائية وهو الفصل 49 من القانون 41.90 والذي اكتفى بالقول على أنه يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية وهذا الأمر يشكل نقطة ضعف في مجال تنفيذ هذه الأحكام.¹

ومن الإشكالات المطروحة أن محكمة النقض لا تسهر على تنفيذ قراراتها. بل تعهد بذلك لمحكمة إدارية وإذا كان هذا الأمر مقبول بالنسبة للقرارات الصادرة عن محكمة النقض كمحكمة قانون. أما إذا كانت محكمة موضوع كما هو الأمر في مجال إلغاء مقررات إعلان المنفعة العامة فإنه هذا الأمر غير مستساغ.

كما أن الإحالة² على قواعد المسطرة المدنية التي لا تنسجم مع خصوصية الأحكام الإدارية ، التي تطرح صعوبة سلوك طرق التنفيذ الجبري³ فمثلا يظهر عدم جدوى وسيلة الحجز في إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء، والعكس بالنسبة للقضاء الشامل.

كما أن القانون 41.90 لم يتناول الصيغة التنفيذية الخاصة بالأحكام الإدارية. مما يقتضي الرجوع قانون المسطرة المدنية لكن يلاحظ أن هناك تردد في قضاء محكمة النقض في مسألة اعتماد الصيغة التنفيذية بوضع طابع يحمل عبارة " نسخة تنفيذية سلمت طبق الأصل ولأجل التنفيذ " كما ينص على ذلك الفصل 428 من قانون المسطرة المدنية. هذه الصيغة المنصوص عليها في ق. م. م لا تتلائم وطبيعة الأحكام القضائية الإدارية.⁴

وبالرغم من كون القضاء الإداري لجأ لمجموعة من الوسائل الجبرية من أجل إلزام الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، كالغرامة التهديدية وإقرار مسؤولية الموظف الممتنع عن التنفيذ ، إلا أن مسألة تنفيذ الأحكام القضائية مسألة إلزام وليست مسألة إلزام. وبالتالي فإن إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها يحول دون الحماية الحقيقية لحق الملكية وتكريس دولة الحق والقانون.

خاتمة:

خلاصة القول أن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار تبقى سلاحا مهما لحماية المشروعية، يمارس من خلاله القضاء الإداري دورا متعاظما ليس فقط كحامي للحقوق والحريات بل أيضا كجهاز يضبط السلطة التقديرية المخولة للإدارة للحيلولة دون تحولها إلى سلطة تعسفية وهو بذلك لن يقف في طريق الإدارة بل سيقف في تعسفها وانحرافها.

ومن أهم السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري عند اعتماده لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، هي تقديره لما يمكن أن ينتج عن نزع الملكية المزمع إجراؤه من سلبيات يتعين تقييمها بالمقارنة مع المصلحة العامة.و بذلك لم تعد المنفعة العامة ذلك الغطاء الذي تحتمي تحته الإدارة من أجل ممارسة أنشطتها دون أن ييسط القضاء رقابته على الأعمال المرتبطة بالمنفعة العامة، غير أن التوجه القضائي الحديث تجاوز هذا النوع من الرقابة ليرفع من سمو رقابته على هذا المفهوم المرن، وذلك من أجل حماية أقدس الحقوق وأهمها وهو حق

1_ بنجلون عصام ، " التنفيذ الجبري ضد الإدارة " المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 59 نونبر-دجنبر 2004 ، ص 80.

2_ لقد اختار المشرع المغربي عند تنظيمه للمسطرة المتبعة أمام المحاكم الإدارية الإحالة على قانون المسطرة المدنية مع الاحتفاظ للمسطرة الإدارية بخصوصيتها وأخذت هذه الإحالة شكلين :

- إحالة عامة : تمثلت في نص الفصل 7 من القانون 41.90 والتي جاء فيها " تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك "

- إحالة إنتقائية : فضل المشرع في بعض الأحيان الإحالة على قانون المسطرة المدنية بإتباع منهج إنتقائي لبعض الفصول مثل الفصل 3 و4 و10 و14 و43 و44 و45 وتدل الإحالة الانتقائية على بعض الفصول من قانون المسطرة المدنية ، على خصوصية الدعوى الإدارية وعدم تماشي القواعد العامة للمسطرة المدنية مع طبيعة الدعوى الإدارية.

3_ أحمد الصايغ ، " إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب دراسة تطبيقية " ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، سلسلة مواضيع الساعة ، عدد 62، سنة 2009 ، ص 146.

4_ مصطفى التراب ، " إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 27 أبريل-يونيو 1999 ، ص 114.

الملكية الذي ظل يهدده الاستثناء الوارد عليه من خلال عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، والتي وإن كان القضاء قد أحاط هذه العملية برقابة صارمة لا على مستوى محاكم الموضوع ولا على مستوى الغرفة الإدارية بمحكمة النقض التي أصبحت تلعب في الآونة الأخيرة دورا فعالا في سبيل خلق توازن حقيقي بين مصالح الملاك وبين مصالح الإدارة عن طريق تغليب كفة المزايا على الأضرار، غير أن السلطة العامة ممثلة في الإدارة في ظل هذا المناخ القانوني أصبحت تلجئ لمجموعة من الوسائل هي في ظاهرها وسائل قانونية وفي باطنها تستهدف آثار قانونية غير الظاهرة وذلك بقصد الحصول على العقارات وهذا ما يعرف بنزع الملكية غير المباشر، كأن تلجأ الإدارة للاحتلال المؤقت وهي في حقيقة الأمر تقصد نزع الملكية ويبقى الحل الوحيد أمام المنزوع ملكيتهم اللجوء القضاء من أجل الحصول على التعويض. فتعامل القضاء مع هذه الحالة لا يستقيم والمنطق القانوني لأن الإدارة سلكت طريق غير مشروع لتصل وضعية مشروعة.

كل هذا فرض على القضاء أن يطور رقابته في مجال حماية حق الملكية من خلال تكريس بعض الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، وكان الهدف منها تحقيق نوع من التوازن بين امتيازات السلطة العامة وحقوق الأفراد وكذا التوفيق بين نزع الملكية وبين حماية حق الملكية و الحفاظ على قدسيته.

ولعل الاجتهاد القضائي المغربي بتخليه عن الرقابة الكلاسيكية وتبنيه التوجهات الحديثة لمراقبة مشروعية مقررات إعلان المنفعة العامة ، يكون قد واكب التوجه الصحيح خاصة وأننا أمام عصر المبادرة الفردية و كذا تشجيع الاستثمار. وتكريس دولة الحق والقانون وكما قال جلالة الملك الحسن الثاني رحمه الله :

"نريد أن نكون دولة القانون ونحتفظ بالملكية الخاصة نأتي ونتسلط على أراضي الناس، ونبني دون اعتماد لا مسطرة لنزع الملكية ولا اتصال بمحامي هذا ومحامي ذلك كي يقوموا الأرض وئمنها... أني لا أقول بأن الإدارة أو الحكومة أو الدولة تفعل ذلك بنية تعسفية ولكن أوأخذ عليها عدم احترام القانون"

منازعات الفرض التلقائي للضريبة على الدخل المهنية

أشرف الغروص

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس السويسي

تعتبر الضريبة على الدخل المهنية جزءاً من الضريبة على الدخل، وتعني الدخل المتأتية من نشاط أو مهنة، أو حرفة معينة، وتهم الأنشطة التجارية والأنشطة الحرفية، والأنشطة الحرة⁽¹⁾. وتعد الضريبة الأكثر تطوراً في النظام الجبائي المغربي، لكونها تمس كل الأنشطة المهنية سواء كانت خاضعة للضريبة المهنية أم لا. وقد طالب البعض بمراعاة وجود المجهود البشري في تكوين هذه الأرباح ومعاملتها معاملة خاصة، حتى تكون الضريبة أقرب للعدالة⁽²⁾.

و يحدد الأساس الخاضع للضريبة على الأرباح المهنية وفق نظام النتيجة الصافية الحقيقية، غير أنه بإمكان الخاضعين للضريبة الذين يزاولون نشاطهم بصفة فردية أو في إطار شركة فعلية أن يختاروا وفق الشروط المنصوص عليها قانونياً، الخضوع للضريبة على الدخل إما وفق نظام النتيجة الصافية المبسطة، وإما وفق نظام الربح الجزافي⁽³⁾، هذا الأخير أصبح يعمل به كاستثناء بعد الإصلاح الجبائي لسنة 1984، إذ أصبح النظام الضريبي نظاماً تصريحياً يغل يد الإدارة في الربط التلقائي للضريبة.

والقاعدة العامة التي ينبنى عليها القانون الضريبي في مجال تحديد الوعاء الضريبي، تقتضي اعتماد مسطرة تواجدية بين الإدارة والملمزم، ترتكز على تبادل وجهات النظر بخصوص تعديل الأسس المصرح بها، بمعنى وضع التصريح من طرف الملمزم وخضوعه لفحص ضريبي. لكن في حالة إخلال الخاضع بواجبه التصريحي يكون في وضعية غير نظامية، مما يسمح للإدارة بتحديد الأساس الضريبي بصورة انفرادية⁽⁴⁾. وعملية الفرض الضريبي من جانب الإدارة لا تخرج عن صورتين: إما مسطرة الفرض التلقائي للضريبة أو مسطرة تصحيح الأساس الضريبي⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس أجاز المشرع للإدارة الضريبية بأن تلجأ إلى مسطرة الفرض التلقائي، وهي مسطرة أحادية الجانب، الغرض منها إخلاء ذمة الإدارة من الإثبات وترك أمر تصحيح الإلزام الضريبي على عاتق الملمزم بعد ممارسة حقه في المنازعة الإدارية والقضائية. وبمعنى آخر فإن الفرض التلقائي للضريبة يعني وجود مرحلة أخرى لمناقشة الإلزام الضريبي، لكن بشكل أكثر تعقيداً بالنسبة للملمزم، وهو ما يجب تحاشيه عن طريق مشاركة الإدارة في تقدير الإلزام المذكور، وإلا أصبح في وضعية إثبات صعبة⁽⁶⁾.

¹ - محمد بلعوشي، "القانون الضريبي"، مطبعة ووراقة طه حسين-وجدة، طبعة 2008، ص.82.

² - غيثة الحاتي، "الضريبة العامة على الدخل في إطار العدالة الجبائية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1994-1995، ص.136.

³ - المادة 32 من المدونة العامة للضرائب

⁴ - j.GROSCLAUDE et PH.MARCHESSOU, "procédure fiscale", 2^{ème} ed, Dalloz 2001, p.46.

⁵ - رضا التايدي، "دراسة في بعض جوانب مسطرة التصحيح الضريبي على ضوء مستجدات قانون المالية لسنة 2011"، الندوة الوطنية حول موضوع الإشكالات القانونية والعملية في المجال الضريبي، دفاتر المجلس الأعلى، عدد 16، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط 2011، ص.9.

⁶ - عبد الغاني خالد، "المسطرة في النظام الضريبي المغربي، تشخيص وتحليل ومقارنة"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001، ص.254.

ومن كل ما سبق تتضح العلاقة ما بين النظام التصريحي ومسطرة الفرض التلقائي، مشابهة للعلاقة بين الحرية والمسؤولية، فعلا أن الخاضع حر في وضع تصريحه الجبائي، بجميع البيانات التي يراها ملائمة لدخله المهني، بالمقابل فهو مسؤول عن أي سهو أو تصريح خاطئ، بمعنى أن عدم الإقرار أو وضع إقرار ناقص أو غير صحيح يعرضه لمسطرة الفرض التلقائي⁽¹⁾. كما أن النظام التصريحي يعتمد على الثقة في الخاضع للضريبة، الذي يتحمل واجباته الجبائية بكل حرية، والاعتراف للإدارة الضريبية بحقها في المراقبة، وذلك لضمان المساواة أمام الضريبة ومحاربة الغش الضريبي⁽²⁾.

فتقدير الريج الخاضع للضريبة هو من أعقد المشاكل التي تواجهها الإدارة الضريبية، في مسطرة الفرض التلقائي، فإذا قدر الريج الضريبي بأقل من حقيقته كان إضرارا لمصلحة الخزينة بضياع جزء من مواردها. وإذا قدر بأكثر من حقيقته ففيه حرمان للملزم من أمواله دون أي سند قانوني، وبالتالي الإخلال بمبدأ العدالة الجبائية⁽³⁾.

فإلى أي حد ساهمت النصوص القانونية والاجتهادات القضائية في التوفيق بين السلطات الواسعة للإدارة في إطار مسطرة الفرض التلقائي للضريبة على الأرباح المهنية، وبين الضمانات القانونية والقضائية للملزمين، حتى يمكن الحديث عن عدالة جبائية؟.

المبحث الأول: سلطات الإدارة في الفرض التلقائي

إن تدخل الإدارة في تحديد الأساس الضريبي يظل محددًا، وبغاية محاربة ظاهرة التهرب الضريبي، التي تلازم الأنظمة الجبائية مهما بلغت درجة سموها أو كمالها التشريعي⁽⁴⁾.

والمشرع الجبائي ألزم الخاضع للضريبة بضرورة تقديم إقراره داخل الأجل المحددة، وإلا كان عرضة لمسطرة الفرض التلقائي في حالة إخلاله بهذه الشكلية، كما أن الخاضع إن لم يحترم مسطرة المراقبة، سواء أكانت ناتجة عن حق الفحص والإطلاع الذي تمارسه الإدارة، أو حقها في تصحيح الأساس الضريبي، يتم فرض الضريبة بصورة تلقائية كذلك.

❖ المطلب الأول: الفرض التلقائي في الحالات المتعلقة بالإقرار

يكتسي تقديم التصريح أهمية بالغة، إذ يعبر عن رغبة المكلف في المساهمة على تحمل الأعباء العامة كواجب وطني، كما يعبر عن حسن نية الملزم في تأسيس الضريبة⁽⁵⁾.

ولا يتم الفرض التلقائي إلا في حال انعدام التصريح أو تقديمه ناقصاً أو خارج الأجل القانوني لذلك، أو عدم الاستجابة لتقدمه، وتعتبر هذه الحالات الأكثر شيوعاً، وهي تعبر عن ضعف المواطنة الجبائية وتقاعس الملزمين في القيام بعملهم تجاه الإدارة الضريبية، وهو ما يعطي للإدارة الحق لتحديد الضريبة بصورة تلقائية⁽⁶⁾.

¹ - Slimk KAMMOUN, " la taxation d'office ", Revue de la jurisprudence et de la législation, imprimerie Sté OURBIS, février 2002, p.11.

² - Sami KRAIEM, " la taxation d'office en droit tunisien " Actes colloque international, regards croisés sur le control fiscal, Revue tunisienne de fiscalité, imprimerie officielle 2007, P. 347.

³ - السعدية لكدالي، "التصفية الجزافية في النظام الجبائي المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006 ص.3.

⁴ - حسن العفوي، "المنازعة الضريبية أمام القضاء بين التأسيس والتحصيل"، م.م.إ.م.ت، عدد 70، شتنبر – أكتوبر 2006، ص.13.

⁵ - Abdelhamid ELGADI; "une fiscalité Moderne pour une entreprise performante face au défi de la mondialisation", imprimerie omnia , Ed 1999, P.50.

⁶ - Ahmed Tazi : " aperçu sur la fiscalité Marocaine actuelle", Ed, Almadaris Casablanca 1995, P. 137.

✓ الفقرة الأولى: عدم تقديم الإقرار

فرض المشرع الضريبي على الملتزمين أنواعاً متعددة من التصاريح، حيث يمكن تقسيمها إلى تصريحات غير متكررة يقوم بها الملتزم مرة واحدة، وتصريحات متكررة يجبر الملتزم على إيداعها على رأس كل فترة، أو كلما حقق دخلاً معيناً⁽¹⁾.

ويعتبر غياب التصريح سبباً كافياً لإعمال مسطرة الفرض التلقائي⁽²⁾. و غياب التصريح هو عدم تمكين الإدارة من ربط الضريبة في الوقت المناسب، سواء لم يقدم الملتزم تصريحه بتاتا أو قدمه لكن بشكل متأخر⁽³⁾.

➤ أولاً: عدم إيداع التصريح لدى المصالح الضريبية

لقد حددت النصوص الضريبية آجالاً لإيداع التصريحات لدى إدارة الضرائب، أو بعثها بالبريد المضمون إلى الإدارة المعنية أو عن طريق الإقرار الإلكتروني⁽⁴⁾. لكن التساؤل الذي يطرح عندما يكون الملتزم قد وضع التصريح عن خطأ لدى إدارة غير تلك التي يكون محل نشاطه المهني تابعا لها، أو يسلمه إلى إدارة تابعة لوزارة المالية غير مديرية الضرائب، فهل يعتبر عمله من قبيل عدم التصريح ويجوز للإدارة فرض الضريبة بصورة تلقائية.

الملاحظ أن المشرع نص صراحة على أن المكلف بالضريبة، يجب أن يودع تصريحه بالإدارة التي يكون الموطن الضريبي للملتزم تابع لها، ويعني هذا الوجوب أنه في حالة إيداع التصريح خارج نفوذ المصلحة المختصة يمكن اعتبار ذلك من قبيل عدم التصريح⁽⁵⁾.

كذلك هناك نقطة لا تقل أهمية عن إيداع التصريحات لدى الجهة المختصة، تتعلق بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، والتي من الممكن أن تؤثر على تقديم إقرارات الملتزم، هذه الحالات لم يتم التنصيص عليها من طرف المشرع الجبائي الفرنسي أو المغربي. كالحالة التي يكون فيها المكلف مسجوناً أو هناك عائق آخر، لكن القاضي الإداري الفرنسي اعتبر أن سجن الخاضع للضريبة عند تبليغه رسالة الإدارة لتقديم الإقرار، لا يشكل قوة القاهرة لتسوية وضعيته الجبائية طالما أنه لم يقيم خلال الثلاثين يوماً المحددة له بالإجراءات الضرورية من أجل الحصول على الوثائق أو المعلومات الضرورية لتعبئة الإقرار⁽⁶⁾.

كما اعتبر أن عدم إمام المكلف كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بواجباته الإقرارية في الميدان الجبائي، يجيز للإدارة أن تتبع مسطرة الفرض التلقائي، وعلى الملتزم إبراز الحجة بكونه قد أرسل إقراره⁽⁷⁾.

¹ - المادة 82 و المادة 85 من المدونة العامة للضرائب

² - Rachid LAZRAK: "Fiscalité des entreprises, l'impôt général sur le Revenu, l'imposition des Bénéficiaires et Revenues des Personnes physiques", Ed, la porte 2004, P. 71.

³ - المادة 228 من المدونة العامة للضرائب.

- المادة 66 من كتاب المساطر الجبائية الفرنسي، التي تنص:

« sont taxés d'office : 1 à l'impôt sur le revenu, les contribuables qui n'ont déposé dans le délai la déclaration d'ensembles de leurs revenus ou qui n'ont pas déclaré... ». www.legifrance.gouv.fr

⁴ - المادة 155 من المدونة العامة للضرائب.

⁵ - عبد الغني خالد، مرجع سابق، ص. 258.

⁶ : « un contribuable n'ayant pas souscrit dans le délai légal la déclaration d'ensembles des ses revenus et se trouvant incarcéré à la date à laquelle lui a été notifié la mise en demeure prévue à l'article l.67 de livre des procédures fiscales ne peut exciper d'un cas de force majeure l'ayant mis dans l'impossibilité de régulariser sa situation dès lors aucune démarche telle que celle que prévoit l'article 97 du code de l'établissement de ses déclarations » CE, 27 avril, 1994, n° 78784; www.legifrance.gouv.fr

⁷ - C.E, 5 juillet 1996, n° 127375, www.legifrance.gouv.fr

➤ ثانيا: إيداع الإقرار خارج الأجل

يعتبر التصريح مقدما خارج الأجل عندما يقع الإيداع بعد الأجل الممنوح للخاضع للقيام بهذا الواجب، والأجل هو الفترة الزمنية التي حددها القانون للقيام بإجراء معين داخلها أو قبلها أو بعد نهايتها، وذلك تحت طائلة عدم قبول الإجراء⁽¹⁾.

ورغم أن هذه الأجال تتغير بتغير وضعية الخاضع كتصريحه ببداية النشاط أو توقفه عن النشاط أو الاستغناء عنه، فقد ألزمه المشرع بضرورة وضع الإقرار وفق النصوص القانونية المحددة الأجال، وإلا كان عرضه لمسطرة الفرض التلقائي، وهذا ما أكد عليه العمل القضائي⁽²⁾.

غير أن للإدارة سلطة تقديرية في استقبال إقرارات المكلف خارج الأجل القانوني، رغم أنها تبقى حرة في تأسيس الواقعة المنشئة للضريبة بناء على إقرارات المكلف، بالإضافة إلى الغرامات الإضافية عند التأخير⁽³⁾.

✓ الفقرة الثانية: تقديم إقرار ناقص

يعتبر التصريح ناقصا إذا لم يتضمن المعلومات التي تمكن الإدارة من ربط الضريبة وتحديد وعائها، وقد اعتبر كل من المشرع الضريبي المغربي والفرنسي التصريح الناقص بمثابة إخلال خطير بواجبات الملزم، مما يستوجب لجوء الإدارة إلى مسطرة الفرض التلقائي⁽⁴⁾.

➤ أولا: البيانات الإلزامية

إن التصريح يخضع لمجموعة من الشكليات والإجراءات على الملزم احترامها حتى يكون تصريحه صحيحا ومرتبيا لآثاره القانونية، حيث يتضمن العديد من الأسئلة التي تمكن إدارة الضرائب من الحصول على بيانات تساعد على ربط الضريبة⁽⁵⁾.

لكن لا بد من التمييز بين هذه البيانات، فهناك تلك التي يؤثر غيابها على وضعية الخاضع، كإغفال ذكر أحد العناصر التي يتكون منها دخله الإجمالي أو عدم تسجيله لرقم أعماله. معلومات من هذا القبيل تجعل تصريحه ناقصا لأنه لا يعطي للإدارة الضريبية أية إمكانية لربط الضريبة بصورة صحيحة، مما يجعلها مضطرة للجوء إلى الفرض التلقائي، اعتمادا على المعلومات التي تتوفر لديها، سواء من خلال تصريحات الغير أو من خلال معرفتها بنوع النشاط الذي يمارسه الملزم، ورقم الأعمال الذي حققه خلال السنوات السابقة أو الدخول التي حصل عليها خلال نفس الفترة⁽⁶⁾.

➤ ثانيا: البيانات الاختيارية

إلى جانب البيانات الإلزامية يتضمن التصريح بيانات لن يؤثر إغفالها على مبلغ الضريبة، وهي معلومات يمكن للإدارة الضريبية الحصول عليها بكل سهولة من الملف الضريبي للخاضع، لذلك فإن إغفالها لا يبرر اللجوء إلى مسطرة الفرض التلقائي. إلا أن هذه البيانات وإن كانت ثانوية فقد تكون حجة له أو عليه، كاسم الخاضع وتوقيعه⁽⁷⁾.

¹ - عبد الغني خالد، مرجع سابق، ص. 258. يراجع كذلك المادة 82 من المدونة العامة للضرائب

² - حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 5/2007/393 ش.ض بتاريخ 2007/11/7، غير منشور.

³ - AZZDDINE LA GHMARI, "control fiscal, Modalité, méthodes et procédure, à la lumière des décisions de la commission nationale du recours fiscale", impression Okad El Jadida, Mars 2004, p.17.

⁴ - راجع المادة 228 من المدونة العامة للضرائب والمادة 66 L من كتاب المساطر الجبائية الفرنسي.

⁵ - المحفوظ أشكر، مرجع سابق، ص. 46.

⁶ - المحفوظ أشكر، "التوازن بين حقوق الملزم وسلطات الإدارة في إطار المساطر الضريبية على ضوء مدونة المساطر الضريبية الجديدة القانون رقم 26-04"، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة المحلية، السنة الجامعية 2004-2005 م، ص. 46.

⁷ - قرار عدد 497 ملف إداري عدد 2002/2/4/1091 بتاريخ 2006/6/14، غير منشور.

فالملاحظ أن ضعف المواطنة الجبائية لدى بعض فئات الخاضعين، من الأسباب الرئيسية التي تجعل التصريحات غير مجددة وغير فعالة في تحديد الأساس الضريبي، إضافة إلى ذلك يعتبر الضغط الجبائي على بعض الفئات من المكلفين من الأسباب التي تؤدي ببعضهم إلى إخفاء المبالغ الحقيقية لمداخلهم⁽¹⁾.

كما أن كيفية ملاءة الإقرار خاصة و أنها تكون في بعض الأحيان باللغة الفرنسية، إضافة إلى كثرة الخانات المطالب تعبئتها، يشكل عبئا ثقيلا على الخاضع، و يجعل من الصعب ملؤها بشكل صحيح، بل يصعب ذلك حتى على المختصين في المجال الضريبي لما يتطلبه الإقرار من تعقيدات.

❖ المطلب الثاني: الفرض التلقائي على إثر مراقبة

يتحدد الريح المهي الخاضع للضريبة على الدخل انطلاقا من نظام محاسبي أو نظام جزافي، لذلك فالمنازعات المرتبطة بالفرض التلقائي في إطار النظام الجزافي هي منازعات مرتبطة في الكثير من الحالات بالعناصر المكونة لهذا النظام. في حين المنازعات المتعلقة بنظام المحاسبة، تتمحور حول شكلية وإجراءات المراقبة على محاسبة المكلف، وقد تمتد إلى نتائج المراقبة في حالة تصحيح الأساس الضريبي للخاضع.

✓ الفقرة الأولى: الأشخاص الذين يمسكون محاسبة

لا يمكن للإدارة الضريبية تغيير الأساس الذي تضمنه التصريح، إلا إذا اتبعت إجراءات قانونية قد تكتسي طابع مسطرة فحص وقد تكون مسطرة تصحيح.

➤ أولا: عدم تقديم الوثائق المحاسبية

يعتبر فحص المحاسبة نوعا من الرقابة التي تمارسها الإدارة الضريبية، بهدف التحقق من صحة البيانات المحاسبية و الإقرارات التي أدلى بها الخاضعون للضريبة والتأكد في عين المكان من حقيقة وجود الأموال المدرجة في الأصول⁽²⁾.

وقد عرف القضاء الفرنسي مفهوم المحاسبة من خلال قرار بلانير الصادر بتاريخ 13/03/1967، بأنه مراقبة صدق إقرارات الخاضع للضريبة، وذلك من خلال مقارنتها مع البيانات المحاسبية، من أجل ضمان فرض عادل للضريبة⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإن مثل هذا الحق في الرقابة لا يستعمل بكيفية مطلقة من الإدارة، بل تقيدده ضوابط وشكليات يجب مراعاتها تحت طائلة بطلان الآثار التي تتمخض عنها هاته المراقبة⁽⁴⁾.

ومن الواجبات والالتزامات التي فرضها المشرع على الخاضع للضرائب احتفاظه بالوثائق المحاسبية لمدة تصل إلى عشر سنوات، وفي حال ضياعها لأي سبب من الأسباب وجب على الخاضعين للضريبة أن يخبروا بذلك مفتش الضرائب⁽⁵⁾. حيث اعتبرت إدارية مكناش أن عدم احترام الملزم الجبائي لالتزام وضع الوثائق المحاسبية رهن إشارة الإدارة الجبائية، بعد مرور 15 يوما من إشعاره بإجراء المراقبة، ورغم إمهاله بأجل ثان يبرر الجزاء المرتب قانوناً. والمتمثل في الفرض التلقائي للضريبة وفقاً لمقتضيات الفقرة 3 من المادة 111 من قانون الضريبة العامة على الدخل⁽⁶⁾.

¹ - المحفوظ أشكر: مرجع سابق، ص.46.

² - عزيزة هنداز، "مساهمة في دراسة مسطرة تصحيح الأساس الضريبي والمنازعات المترتبة عنها"، رسالة لنيل الدبلوم الجامعي العالي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السوسبي، الرباط، السنة الجامعية، 2005-2006، ص.24.

³ - j.GROSCLAUDE et PH.MARCHESSOU, op.cit,p.113.

⁴ - المادة 212 من المدونة العامة للضرائب.

⁵ - المادة 211 من المدونة العامة للضرائب.

⁶ - حكم المحكمة الإدارية بمكناش عدد 5/008/115، ش بتاريخ 2008/04/09 م.م.إ.م.ت، 2009 عدد 89، ص.200.

و ينصب الفحص على جميع الوثائق المحاسبية، وإذا تعلق الأمر بمحاسبة ممسوكة بطريقة إعلامية، فيتعين على الخاضع للضريبة تسهيل مأمورية المفتش بتمكينه من الولوج لهذه المحاسبة. و تسهيل حصوله على مختلف المعطيات المتعلقة بها، وينصب الفحص في هذه الحالة على المعالجات الإعلامية التي أفضت إلى تكوين رقم الأعمال والنتيجة الصافية⁽¹⁾. وفي حال امتناع المكلف عن تقديم الوثائق المحاسبية، تلجأ الإدارة إلى مسطرة الفرض التلقائي المنصوص عليها في المادة 229 من م.ع.ض.

➤ثانيا: حالة عدم جواب الملزم عن رسالة التصحيح الأولى

إن ما يميز مسطرة تصحيح الأساس الضريبي، عن مسطرة الفرض التلقائي تلك الإجراءات التي تباشرها الإدارة في مواجهة الخاضع للضريبة. فقد يسبق مراجعة الأساس المذكور في حالة التصحيح توجيه إشعار للخاضع للضريبة بعزم الإدارة لإجراء عملية الفحص، وقد تلجأ إلى إجراء التصحيح مباشرة⁽²⁾. ويتم تصحيح الأساس الضريبي وفق مسطرة تسمى المسطرة التوجيهية، حيث يعرض كل طرف، موقفه وملاحظاته بغية التوصل إلى اتفاق حول الأساس الضريبي الجديد⁽³⁾.

وترتكز قاعدة المسطرة التوجيهية على مبدأ حق الدفاع المخول للملزم، والذي يتجسد في إمكانية مناقشة التصحيحات المزمع القيام بها من طرف المفتش الفاحص على الأسس المصرح بها. أي إقامة حوار كتابي بين طرفي العلاقة في هذه المسطرة، حول الإغفالات والمخالفات وأوجه النقص التي تم اكتشافها في محاسبة الخاضع للضريبة⁽⁴⁾.

هذا ويمكن التمييز بين مسطرة التصحيح السريعة ومسطرة التصحيح العادية، فالملاحظ من خلال مقتضيات المادة 220 و المادة 221 من م.ع.ض، أن المسطرة السريعة، تمر بنفس المراحل التي تمر منها المسطرة العادية، خاصة فيما يتعلق بالرسالة الأولى. والتي يترتب على عدم الجواب عليها من طرف الخاضع، داخل أجل ثلاثين (30) يوماً من تاريخ توصله بالرسالة الأولى، وفق ما تنص عليه المادة 219 من نفس المدونة، فرض الضريبة بصورة تلقائية. مع حرمانه من مناقشة الأساس المفروض عليه أمام اللجنة المحلية لتقدير الضرائب.

ويعتبر اللجوء إلى هذه المسطرة استثناء من الأصل كقاعدة عامة، والمنصوص عليها في كل من المادة 228 و المادة 229، وتتميز هذه المسطرة كذلك بالأجل المحددة للإدارة الضريبية للرد على جواب الملزم بالنسبة للرسالة الأولى، إذ تم تحديدها داخل أجل ستين (60) يوماً. في حين لم يحدد المشرع الجبائي أجل للرد على الرسالة الأولى في مسطرة الفرض التلقائي، المنصوص عليها في المادة 228 و المادة 229.

✓الفقرة الثانية: الأشخاص الذين لا يمسون محاسبة

إن تضريب الدخول المهنية برسم الضريبة على الدخل، قد حقق تطوراً ملموساً بالمقارنة مع النظام السابق، حيث كانت الأرباح المهنية تخضع في تحديد أساسها الضريبي للنظام الجزافي كقاعدة. في حين كان نظام النتيجة الصافية الحقيقية مجرد نظام اختياري، بالنسبة لجزء كبير من الملزمين الذين لم يصل رقم أعمالهم إلى الحد الذي يجعلها إجبارياً⁽⁵⁾. وعليه فإن تطبيق النظام الجزافي يقوم على اختيار يجب أن يعبر عنه الخاضع وفق شروط محددة قانوناً

¹ - محمد القرقوري، "وعاء و منازعات الضرائب على القيمة المضافة والشركات والدخل"، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2002، ص.255.

² - سفيان أدريوش، رشيدة الصابري، "تصحيح الأساس الضريبي، دراسة مقارنة"، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، ماي، 2002، ص.29.

³ - عبد القادر التيعلاتي، "النزاع الضريبي في التشريع المغربي، الوجيز في النزاعات الضريبية على مستوى أسس فرض الضريبة و احتسابها" دار النشر المغربية، الدار البيضاء، طبعة 2001، ص.76.

⁴ - عبد الغني خالد: "المسطرة في القانون الضريبي المغربي"، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، طبعة 2002، ص.151.

⁵ - السعدية لكدالي، مرجع سابق، ص.56.

واختيار الخاضع للضريبة لنظام الربح الجزافي لا يعفيه من مسك محاسبة⁽¹⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى يبقى الاختيار قائما، ما لم يتحقق الشرط المتعلق بعدم تجاوز رقم الأعمال حدا معيناً، فإذا تجاوزه لم يعد هناك مجال الاختيار أمام الخاضع، إذ يصبح خاضعا لنظام الربح الحقيقي والذي يلزمه تقديم إقراراته الموافقة لهذا النظام والمقررة قانونا.

في هذه الحالة وتطبيقاً لما سبق أعلاه، ومتى كان الإقرار المقدم ناقصاً وغير مستجيب للشروط القانونية، يتم تطبيق مسطرة الفرض التلقائي.

لكن لا يوجد ما يمنع الإدارة من تطبيق مسطرة التصحيح في هذه الحالة، لأن الضمانات القانونية التي تخولها مسطرة التصحيح أقوى وأهم بكثير من الضمانات التي تمنحها مسطرة الفرض التلقائي⁽²⁾.

المبحث الثاني: ضمانات الخاضع في مسطرة الفرض التلقائي

مقابل الامتيازات والسلطات الواسعة للإدارة في عملية ربط الضريبة، وخاصة في مسطرة الفرض التلقائي، سواء أكان الخاضع يعتمد على نظام النتيجة الصافية الحقيقية أو نظام النتيجة الصافية المبسطة، أو نظام الربح الجزافي. أعطى المشرع للخاضع مجموعة من الضمانات تتمثل في مسطرة تلزم الإدارة إتباعها، وتعتبر عن حوار بين الإدارة والخاضع في شكل كتابي، يترتب عن مخالفتها بطلان مسطرة الفرض التلقائي.

❖ المطلب الأول: الضمانات الإدارية

إن أهم الضمانات التي خولها المشرع للمكلفين والمرتبطة بالمرحلة الإدارية تتجلى في إجراءات الفرض التلقائي وفي المطالبة الإدارية.

✓ الفقرة الأولى: إجراءات الفرض التلقائي

نظرا للنتائج المحتملة لهذا الإجراء، فقد أحيط بشكليات كثيرة بما يضمن حقوق الخاضع للضريبة، هذه الشكليات تتجلى في كل من الرسالة الأولى للفرض التلقائي، والرسالة الثانية.

➤ أولاً: الرسالة الأولى

في حالة إدخال الخاضع بالتزاماته القانونية المتعلقة بوضع إقراره، أو عدم استجابته لحق الإدارة في الإطلاع على وثائقه المحاسبية ومراقبتها، أو عدم احترام إجراءات التصحيح. تقوم الإدارة بإشعار أول للخاضع، وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219، يطلب إليه فيها إيداع أو تميم إقراره أو عقده أو دفع المبالغ المحجوزة أو التي كان من المفروض حجزها داخل أجل الثلاثين يوماً الموالية لتاريخ تسلم الرسالة المذكورة⁽³⁾.

¹- تنص المادة 19 من مدونة التجارة " يتعين على التاجر أن يمكسك محاسبة طبقاً لأحكام القانون رقم 9.88 المتعلق بقواعد المحاسبة الواجب على التاجر العمل بها.."، قانون رقم، 15.95، المتعلق بمدونة التجارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم، 1.96.83، بتاريخ، 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، منشور بالجريدة الرسمية عدد4418، بتاريخ، 3 أكتوبر 1996.

²- سفيان ادريوش، رشيدة الصابري، مرجع سابق، ص. 26.

³- الفقرة الثالثة من البند 1 من المادة 228 من المدونة العامة للضرائب.

كذلك نص المشرع على انه "إذا لم يقدم الخاضع للضريبة الوثائق المحاسبية المشار إليها بحسب الحالة في المادتين 145 و 146 أعلاه و إذا رفض الخضوع للمراقبة الضريبية المنصوص عليها في المادة 212 أعلاه وجهت إليه رسالة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أعلاه، يدعوه فيها للتقيد بالالتزامات القانونية داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم الرسالة المذكورة"⁽¹⁾.

من خلال استقراء المواد أعلاه، يتبين أن المشرع الجبائي لم يساوي بين أجل الرد على الرسالة الأولى الموجهة من طرف الإدارة، حينما نص على أن أجل الرد في الحالات المرتبطة بالإقرار، والمرتبطة بتصحيح الأساس الضريبي، سواء أكان ذلك في المسطرة العادية أو السريعة هو ثلاثون يوماً في حين أن أجل الرد فيما يتعلق بمراقبة الوثائق المحاسبية هو 15 يوماً.

وحتى تكون الرسالة مرتبة كل أثارها القانونية، يجب أن تأخذ شكل وثيقة رسمية، هذه الأخيرة تعتبر قراراً إدارياً قابلاً للطعن فيه أمام القضاء. ويجب أن توقع من طرف مأمور الضرائب والذي يتوفر على رتبة مفتش مساعد ومعتمد للقيام بمراقبة الضرائب⁽²⁾، إن احترام الإدارة الجبائية لمسطرة الفرض التلقائي للضريبة على الدخل يجعل الطعن بالإلغاء في هذه الضريبة غير مرتكز على أساس⁽³⁾،

والمشرع الجبائي ألزم الإدارة بضرورة تعليل رسالتها الأولى وخاصة تلك المتعلقة برسالة التصحيح وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء. "أن عدم بيان المفتش الضريبي التصحيحات المزمع القيام بها والمرتكزات المعتمدة في فرض الضريبة يجعل التصحيح منعدم التعليل"⁽⁴⁾.

كما أن قيام الإدارة الجبائية بفرض الضريبة العامة على الدخل، قبل انصرام الأجل الممنوح له من أجل تقديم الإقرار، يجعل الفرض التلقائي لتلك الضريبة غير مرتكز على أساس⁽⁵⁾.

وفي حال لجوء الخاضع إلى تقديم إقرار ثان، بعد توصله برسالة التبليغ الأولى الموجهة إليه، والمتضمنة لأساس التصحيح المزمع القيام به وطبيعته وتفصيل مبلغه لا يعتبر جواباً يلزم إدارة الضرائب بالرد عليه برسالة ثانية في نطاق المسطرة التوجيهية، فبمجرد انصرام أجل ثلاثين يوماً المقررة بجواب الخاضع يعطي الحق لإدارة الضرائب لوضع الواجبات التكميلية موضوع التحصيل ولا يمكن أن ينازع فيها إلا وفق المادة 235 من م.ع.ض⁽⁶⁾.

وهكذا إن لم تحترم الإدارة الجبائية الشروط الشكلية المرتبطة بالرسالة الأولى، سواء من حيث المضمون أو الأجل، يجعلها غير ذي جدوى ويترتب عليها البطلان.

ومن الآثار المترتبة عن الرسالة الأولى الصحيحة قطع التقادم وهو ما تنص عليه المادة 232 من م.ع.ض⁽⁷⁾، وهذا ما سار عليه العمل القضائي، إذ أكد أن الإشعارات التي توجهها الإدارة الجبائية، حتى يمكن اعتبارها قاطعة للتقادم الرباعي للضريبة، يجب أن يتوصل بها الملزم بصفة فعلية تحت طائلة استبعادها والحكم بسقوط المطالبة بالضريبة لتقادمها⁽⁸⁾.

¹ - الفقرة الأولى من المادة 229، من المدونة العامة للضرائب.

² - الفقرة الثانية من المادة 210، من المدونة العامة للضرائب.

³ - حكم المحكمة الإدارية بوجدة، رقم 186 ملف رقم 02/28/ش.ض بتاريخ 2004/07/01 م، غير منشور.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 1181 بتاريخ 2008-6-23، م.م.إ.م.ت، عدد 83، 2008، ص.267.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 1032 بتاريخ 1996/11/2، م.م.إ.م.ت، عدد 28، 1999، ص.130.

⁶ - محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش قرار رقم 255 بتاريخ 2008/06/04، غير منشور.

⁷ - "ينقطع التقادم بالتبليغ المنصوص عليه حسب الحالة، في المادة 220-1، وفي المادة 221-1،...وفي المادة 228، وفي المادة 229 الفقرة الأولى".

⁸ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 214 بتاريخ 1999/03/04، م.م.إ.م.ت، 1999 عدد 28، ص.151.

➤ ثانيا: الرسالة الثانية

لعل أهم ما يميز مسطرة الفرض التلقائي، كونها لا تقوم على مسطرة تواجبهية بين الخاضع والإدارة الضريبية⁽¹⁾. وتأتي الرسالة الثانية في إطار استمرار الحوار الذي تركز عليه هذه المسطرة، بحيث يتعين على مفتش الضرائب في حالة عدم استجابة الخاضع للرسالة الأولى، أن يتم دعوته بموجب رسالة ثانية لتقديم إقراره داخل أجل ثاني محدد في ثلاثين يوماً، وعند انصرام الأجل دون قيام الخاضع بوضع الإقرار، تكون الأسس التي حددتها الإدارة في الرسالة الثانية موضع فرض ضريبي⁽²⁾.

أما في حالة عدم استجابته لتقديم الوثائق المحاسبية، المطلوبة لإجراء المراقبة المتضمنة في الرسالة الأولى داخل أجل خمسة عشر يوماً، تدعوه بموجب رسالة ثانية لتقديم الوثائق داخل أجل جديد محدد في 15 يوماً كذلك، وعند انصرام هذا الأجل دون أن يقدم الخاضع الوثائق المطلوبة، تفرض عليه الضريبة بصفة تلقائية⁽³⁾.

والإدارة ملزمة باحترام أجل الرد على رسالة التبليغ الثانية، فاستمرار الإدارة في مباشرة مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، بالرغم من إدلاء المدعي بتصريحه داخل الأجل القانوني من تاريخ توصله بالرسالة التبليغية الثانية، يجعل هذه المسطرة باطلة⁽⁴⁾. مما تجدر الإشارة إليه أن رسالة التبليغ الثانية لا تقطع التقادم إذ لم يتم التنصيص عليها في المادة 232 من م.ع.ض.

✓ الفقرة الثانية: المطالبة الإدارية

أقر المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات، في معرض بحثه عن إقرار نوع من التوازن في العلاقة بين الإدارة الجبائية والخاضع، ويهدف تسوية العلاقات الناجمة عن تضارب مصالح الطرفين، مسطرة أو آلية المطالبة أو التظلم لصالح الملزم الضريبي لتمكينه من عرض خلافه مع الإدارة الضريبية، كمصدر للفرض الضريبي على أنظار هذه الأخيرة لإفصاح المجال لها لتدارك أخطائها أو توضيح موقفها⁽⁵⁾. وقد ألزم المشرع الخاضع بتقديمه للمطالبة الإدارية قبل لجوئه لعرض نزاعه على المحكمة الإدارية.

➤ أولاً: إلزامية تقديم المطالبة الإدارية

يجب على كل ملزم ينازع في الفرض التلقائي للضريبة أن يتقدم بمطالبة أمام الإدارة الضريبية وهذه الإلزامية نصت عليها المادة 235 من المدونة العامة للضرائب. ويتوجب لصحة التظلم الاستجابة لمجموعة من الشروط، فضلاً عن الصفة والمصلحة والأهلية فهناك شروط شكلية أخرى من أبرزها⁽⁶⁾.

- توجيه التظلم إلى الجهة المؤهلة قانوناً لتلقي المطالبات، وهي مدير الضرائب أو مفوضه بالنسبة لضرائب الدولة.
- صيغة التظلم يجب أن تكون كتابية وأن تتضمن البيانات اللازمة للتعريف بالملزم وبموضوع النزاع، وقد يطرح التساؤل حول إمكانية تقديم تظلم عبر البريد أو بطريقة إلكترونية، إذ أن المشرع لم ينص على هذه إمكانية بنص صريح، إلا أنه

¹ - هناك من يرى أن مسطرة الفرض التلقائي لا تقوم على أي تواجبهية بين الملزم والإدارة، راجع بهذا الخصوص: حسن العفوي، مرجع سابق، ص.16.

-Sami KRAIEM, op.cit, p.368.

² - البند الثاني من المادة 228، من المدونة العامة للضرائب.

³ - البند الثالث من المادة 229، المدونة العامة للضرائب.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط 2134، رقم 06-738 ش.ض، بتاريخ 2007/10/25، غير منشور.

⁵ - محمد اقزير "التظلمات الإدارية في المادة الجبائية"، الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية، 4 و 5 دجنبر 2009، عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل ف.ن، مكناس، يوليوز 2010 ص.14.

⁶ - محمد اقزير، نفس المرجع، ص: 17.

يمكن القول وبالقياس على المادة 155 من م.ع.ظ المتعلقة بالإقرار الإلكتروني بجواز هذه الإمكانية، وهو ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾.

- احترام آجال التظلم باعتبار آجال المطالبة من النظام العام، كما أنها آجال كاملة بحيث لا يعتبر في حسابها اليوم الأول من الأجل ويوم حلول الأجل.
- إن المطالبة واحدة ولا يعتد إلا بالمطالبة الأولى وأن تقديم مطالبة جديدة لا يفتح أجلا جديدا للطعن أمام القضاء⁽²⁾.

لكن إذا كانت هذه هي القاعدة العامة فما هو الاستثناء؟

➤ ثانيا: اختيارية تقديم المطالبة الإدارية.

يستنبط من خلال النصوص القانونية ضرورة تقديم تظلم إداري، إلا أن هناك اجتهادات قضائية، ذهبت في اتجاه مخالف لهذا التوجه، غير أن هذه الاجتهادات ليست عامة، وإنما خاصة بحالات محددة منها:

- توجيه تظلم إداري قبل رفع النزاع أمام القضاء غير لازم في حالة انتفاء صفة الملزم عن المخاطب بالضريبة⁽³⁾.
- إلزامية التظلم الإداري قبل الطعن القضائي، مشروطة بأن تكون الإدارة قد احترمت من جهتها الإجراءات المسطرية المتعلقة بالفرض التلقائي للضريبة، بمعنى أن عدم احترام الإدارة لمسطرة الفرض الضريبي لا يلزم الطاعن بتقديم تظلم إداري سابق⁽⁴⁾.
- قبول الطعن القضائي قبل التوصل بجواب الإدارة أو قبل انصرام الستة أشهر على تقديم التظلم، طالما أن الإدارة عبرت عن موقفها في جوابها أمام المحكمة⁽⁵⁾. أو مادام أن الأجل تم استغراقه خلال مراحل الدعوى دون أن تبدي الإدارة أي مسلك إيجابي بخصوص التظلم.
- قبول الطعن القضائي بعد انصرام الأجل، إذا كان الأمر يتعلق بحقوق القاصرين⁽⁶⁾.

غير أن هذا التوجه لا يأخذ بعين الاعتبار مبدأ أسبقية الخطأ في حالة الفرض التلقائي الذي يقوم على أساس أن الخاضع للضريبة أو الملزم هو الذي كان سباقا إلى الخطأ حينما لم يحم بالتزامه القانوني، لذلك يبقى التوجه القضائي السليم هو ما أقرته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها عدد 79 المؤرخ في 2006/2/1، الذي أكدت فيه، "بغض النظر عن مدى احترام الإدارة للمسطرة، فإن الطعن في الضريبة المفروضة تلقائيا على المدعي تقتضي تقديم مطالبة إلى مدير الضرائب قبل رفع الدعوى أمام المحكمة تحت طائلة عدم قبول الطلب"⁽⁷⁾.

¹ - الجيلالي أمزيد، "الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة"، م.م.إ.م.ت، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 79، 2009 ص.109.

² - حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 130، ملف رقم: 2001/222 بتاريخ 2005/05/19، غير منشور.

- حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 25، ملف رقم 275، بتاريخ 2005/02/07، غير منشور.

3- قرار المجلس الأعلى، عدد 588، بتاريخ 2006/7/7 (أورده امحمد قزير، مرجع سابق، ص.22).

4- قرار المجلس الأعلى، عدد 264، بتاريخ 2002/4/18. (أورده نفس المرجع، ص.22).

5- حكم المحكمة الإدارية بمكناس، رقم 229 بتاريخ 11-6-08، غير منشور.

⁶ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2140، بتاريخ 2010/07/08، غير منشور.

⁷ - محمد الشريقي، "المنازعات الإدارية في المادة الضريبية أو الطرق البديلة لتسوية المنازعات الجبائية"، الندوة الوطنية حول موضوع الإشكالات القانونية و العملية في المجال الضريبي، دفاتر المجلس الأعلى عدد 16، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، 2001، ص.49.

❖ المطلب الثاني: الضمانات القضائية

تعتبر المنازعة القضائية من أهم الضمانات الأساسية التي يتوفر عليها الملزم، لحماية مصالحه المالية والجبائية والمخولة له قانونا سواء أكان شخصا ذاتيا أو معنويا، خاصة و أن مسطرة الفرض التلقائي تحرم الخاضع من عرض نزاعه على أنظار اللجان المتعلقة بالطعون الضريبية¹. ومن أهم الضمانات القضائية تلك المرتبطة بالشروط الشكلية والموضوعية للدعوى وأخرى مرتبطة ببطالان مسطرة الفرض التلقائي.

✓ الفقرة الأولى: الضمانات الشكلية والموضوعية.

إن القاضي الإداري لا يمكن له أثناء أداء وظيفته أن يتدخل في المنازعة الإدارية من تلقاء نفسه وإنما عليه أن ينتظر حتى يرفع الأمر إليه عن طرق الدعوى التي تعد وسيلة لممارسة الرقابة القضائية⁽²⁾.

وفي أي منازعة لابد للقاضي الإداري من مراقبة النقاط الآتية بالتتابع وعلى التوالي وبالتدرج، وهي الاختصاص النوعي والمكاني، ثم شكليات الدعوى، ثم الشروط الموضوعية للفصل في أساس الطلب وجوهر الحق المتنازع عليه⁽³⁾. فإذا كانت مسألة الاختصاص النوعي والمكاني لا تثير أي جدال فقهي، فإن الجانب الشكلي من الدعوى والجانب الموضوعي يثير الكثير من الخلافات.

إن أهم القيود الشكلية الواجب مراقبتها في البداية هي تلك الشروط المتعلقة بالصفة والأهلية و المصلحة⁽⁴⁾. فلا يمكن لأي شخص أن يطعن في الضريبة فرضت على شخص آخر، دون أن يكون وكيلا لهذا الأخير أو خلفا عاما له أو متضامنا معه في أدائها، تطبيقا لقاعدة أن الضريبة شخصية ولا تفرض إلا بنص قانوني⁽⁵⁾.

كما أنه لا يجوز لناقض الأهلية أن يقاضي إدارة الضرائب كصغير السن والمحكوم عليه بالتحجير لسفه أو جنون بل لابد من تقديم هذه الدعوى في إطار النيابة القانونية⁽⁶⁾، كما أن الخاضع الذي لا تكون له مصلحة قانونية يحميها القانون، لا يحق له إقامة الدعوى.

فتطبيق مسطرة الفرض التلقائي يترتب عليها تقليص الضمانات المسطرية للخاضع، ووضع على عاتقه ثقل إثبات المبالغة في التقديرات المطبقة في إطار هذه المسطرة⁽⁷⁾،

المادة 225 والمادة 226 من المدونة العامة للضرائب.¹

² - ثورية لعيني، "القضاء الإداري"، دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 1997، ص.120.

³ - عزيز بودالي، "شروط الدعوى الضريبية في المرحلة القضائية"، الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية 4 و5 دجنبر 2009، عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيوتنة، مطبعة سلسبيل ف.ن. مكناس، يوليو 2010 ص.42.

⁴ - ينص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة...". ظهر شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1334 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون م.م، ج.ر عدد 3230 مكرر 30 شتنبر 1974، ص.2741.

⁵ - عزيز بودالي، مرجع سابق، ص.43.

⁶ - المادة 230 من مدونة الأسرة يقصد بالنائب الشرعي: "1- الوالي وهو الأب و الأم والقاضي، 2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم، 3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء".

⁷ - jean –pierre looten; "Guide de procédure fiscale, obligations, droit et recours", ED,liaisons, 1997, P. 100.

- المادة 193 من كتاب المساطر الجبائية الفرنسي. التي تنص :

« Dans tous les cas où une imposition a été établie d'office la charge de la preuve incombe au contribuable qui demande la décharge ou la réduction de l'imposition »

ولأهمية الخبرة في حل مثل هذه النزاعات الضريبية وخاصة في مسطرة الفرض التلقائي. فإن القاضي الإداري يلجأ إليها كلما رأى ذلك ضروريا وهذا ما استقر عليه القضاء إذ جاء في حكم لإدارية مكناس ما يلي: "حيث إن المحكمة وأمام عدم توفرها على العناصر الكافية للبت في الطلب أمرت بإجراء التحقيق تماشيا مع العمل القضائي الذي اعتبر أن المنازعة الضريبية تندرج ضمن القضاء الشامل و انه لا مانع من التحقيق في عناصر الطلب"⁽¹⁾.

إلا أن الإشكال الذي يطرح هو في حالة عدم احترام إجراءات الفرض التلقائي من طرف الإدارة، والذي قد يترتب عليه بطلان المسطرة وبالتالي هدر الحقوق المالية للخزينة العامة.

✓ الفقرة الثانية: بطلان مسطرة الفرض التلقائي.

أقر الاجتهاد القضائي بطلان مسطرة الفرض التلقائي في ظل وجود فراغ تشريعي، على خلاف مسطرة التصحيح. وبطلان مسطرة الفرض التلقائي (أولا)، ينعكس على الالتزام الضريبي، حيث قد يتسبب في هدر حقوق الخزينة (ثانيا).

➤ أولا: حالات البطلان

يقصد بالبطلان، بأنه كل عمل أو تصرف يخالف النص القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون، كما لو انه جاء على الوجه المطلوب⁽²⁾.

ونجد أن المشرع المغربي لم يتوسع في الأخذ بنظرية البطلان، حيث اكتفى بالنص عليه في حالتين يتعلقان بمسطرة التصحيح في المادة 220 من م.ع.ض⁽³⁾، كما أن الفقه والقضاء، كرسا قاعدة أساسية مفادها أنه لا بطلان بدون نص ولا بطلان بدون ضرر⁽⁴⁾.

ويعد الحكم بالبطلان من أقصى الجزاءات القانونية نظرا لآثاره المترتبة عنه لاحقا، مما يؤدي إلى إهدار حقوق الخزينة كاملة في بعض الأحيان⁽⁵⁾، خاصة في حال انقضاء أمد التقادم.

➤ ثانيا: آثار البطلان على الالتزام الضريبي

بالرجوع إلى مواضيع المنازعات الضريبية نلاحظ أن تعامل الملتزم مع هذه الضمانات والحقوق مر من مرحلتين أساسيتين :

المرحلة الأولى اقترنت ببداية تطبيق الإصلاح الجبائي، اتسمت المنازعات خلالها بالتمسك من طرف بعض الملتزمين ببطلان الضريبة في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وكانت هذه الحالات مرتبطة بالمشاكل التي كانت تنتج عن تطبيق قواعد التبليغ.

ثم عرفت مواضيع المنازعات الضريبية مجالا أوسع في مرحلة ثانية، بحيث أصبحت المطالبات تتجه نحو بطلان المسطرة في حالات أخرى رغم أن البطلان كجزء لا ينص عليه القانون الضريبي، وهذا ينطبق على مسطرة الفرض التلقائي للضريبة⁽¹⁾.

¹ - حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 533 بتاريخ 2008/11/27، غير منشور.

² - حسن العفوي، مرجع سابق، ص.17.

³ - تكون مسطرة التصحيح لاغية:

"في حالة عدم الإشعار بالفحص إلى المعنيين بالأمر أو ميثاق الخاضع للضريبة أو هما معا داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 212-1 (الفقرة الأولى) أعلاه في حالة عدم تبليغ جواب المفتش على ملاحظات الخاضعين للضريبة داخل الأجل المنصوص عليه في البند أعلاه".

⁴ - رشيدة الصابري، "مجال البطلان في الميدان الضريبي و الأثر النسبي المترتب عليه"، العمل القضائي والمنازعات الضريبية، أشغال اليومين الدراسيين، 28 و 29 مارس 2005، دفاتر المجلس الأعلى عدد 8، مطبعة إيت-الرباط 2005، ص.103.

⁵ - رشيدة صابري، نفس المرجع ص.104.

إن غياب نصوص ضريبية توضح آثار بطلان مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، جعل الباحثين والقضاء، يرجع ملأ الفراغ التشريعي المذكور إلى قواعد القانون العام ما لم يتضمن مقتضيات خاصة مخالفة. والمقصود بالقانون العام هنا، قانون الالتزامات والعقود، وبالتحديد الفصل 381 منه⁽²⁾،

لكن في مقابل ذلك هناك اتجاه آخر ذو حس قضائي (محمد قصري)⁽³⁾، ذهب خلاف ذلك حيث اعتبر أن النص في الفصل 381 من قانون الالتزامات والعقود على البطلان لعيب الشكل، تنصرف إلى المطالبة القضائية وغير القضائية⁽⁴⁾، ولا يتعلق بالإجراءات المسطرية للفرض الضريبي، والتي لا تنطوي على أية مطالبة بقدر ما تعتبر وسائل قانونية وإجرائية لفرض الضريبة وأن المطالبة بدين الضريبة لا تستقيم إلا في ظل إنذارات ضريبية وأن حل هذا الفراغ التشريعي يكمن في الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم أجل التقادم وأجل السقوط. وباعتبار أن أجل القيام بتلك الإجراءات هي أجل سقوط وليس أجل تقادم⁽⁵⁾. ومن ثم فهي غير قاطعة لأمد التقادم، ولا أثر لها على ذلك، وينتج عن الإخلال بها فقد الحق، وعدم جواز إعادة مسطرة فرض الضريبة بصورة تلقائية في حق الملمزم بها.

إلا أننا نرى أن الإجراء الباطل لا يقطع التقادم، لكن بإمكان الإدارة إعادة المسطرة داخل الأجل القانوني المتبقي من أجل التقادم، وهذا التصور نهجه القضاء الفرنسي، حين خالف المشرع في هذا المجال والذي لا يأخذ بالمطالبة الباطلة شكلا كسبب قاطع للتقادم، وقرر أن أجل التقادم تم قطعه بصفة صحيحة بتعبير الإدارة عن نيتها في توجيه الإشعار إلى الخاضع⁽⁶⁾.

ونذكر في هذا الصدد بموقف القضاء الإداري من خلال حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة، قضت فيه بإلغاء مسطرة فرض الضريبة، وجاء في تعليها أن "الإلغاء ينصب على المسطرة التي يمكن للإدارة بناء على ما ذكر تصحيح الوضع بإجراء مسطرة سليمة للمراجعة وتمتيع الجهة الملمزمة بجميع الضمانات القانونية"⁽⁷⁾.

فإذا كان هدف المشرع بالأساس الزيادة في المدروية الضريبية، وإعطائه للإدارة سلطات واسعة لتأسيس الضريبة، خاصة في مسطرة الفرض التلقائي للضريبة على الأرباح المهنية، فإنه بالمقابل مطالب بتحقيق التوازن بين المصلحة الخاصة للخاضعين، والمصلحة العامة التي تمثلها الإدارة الضريبية، حتى يمكن الحديث عن عدالة جبائية.

¹ - إبراهيم الشيكري، "الإخلالات المسطرية و أثرها على الالتزام الضريبي"، الندوة الوطنية حول موضوع الإشكالات القانونية والعلمية في المجال الضريبي، دفاتر المجلس الأعلى، عدد 16، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط 2011، ص.148.

² - بنص الفصل 381 من ق.ل.ع، على "ينقطع التقادم:

بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزاماته، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضى ببطلانها لعيب في الشكل...".

³ - محمد قصري، "مسطرة فرض الضريبة أية ضمانات" مجلة المعيار، العدد الثالث و الثلاثون، مطبعة التلمساني، يونيو 2005 م، ص.33.

⁴ - المطالبة القضائية تقطع التقادم، ويقصد بها الطلب الواقع فعلا للمحكمة والجازم بالحق الذي يظهر الدائن رغبته دون لبس في أنه راغب في الحصول عليه. ويقصد بالمطالبة غير القضائية المطالبة التي يوجهها الدائن إلى المدين عن غير طريق القضاء شرط أن يكون لها تاريخ ثابت وأن يكون من شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه، ومثل المطالبة غير القضائية للتقادم، المطالبة التي تحصل بإنذار يوجهه الدائن إلى المدين بواسطة الموثق. للمزيد من التوسع، يراجع مأمون الكزبري، "نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله و انقضاؤه، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1970، من ص. 548 إلى 553.

⁵ - محمد قصري: "أثر الحكم ببطلان مسطرة فرض الضريبة وتصحيح وعائها على الالتزام الضريبي" مجلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 8، مطبعة إليت - الرباط 2005، ص.84.

⁶ - حسن العفوي، مرجع سابق، ص.19.

⁷ - حكم إدارية وجدة عدد 98/160 ملف رقم 97/837 بتاريخ 97/837 أورده (نفس المرجع، ص.19).

لذلك يجب مراجعة قواعد الوعاء بالنسبة لهذه الضريبة للأخذ بعين الاعتبار المساهمة حسب القدرة الاستيعابية للأشخاص الذاتيين وضرورة القيام بمراجعة تحديد الأساس المفروضة عليـة الضريبة على الدخول المهنية، لاسيما النظام الجزافي الذي يجب تطويره ليكون أكثر مردودية وعدالة وشفافية.

دور الاجتهاد القضائي المغربي في حماية الحقوق والحريات

ذ علي الكاسمي

أستاذ باحث/ بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين بني ملال

بدأ الاهتمام بالحقوق والحريات مع بداية الاستقلال ، من خلال وضع الاطار العام الذي يجب أن تصان فيه الحقوق والحريات الأساسية والتي تم تضمينها في دساتير المملكة منذ أول دستور 1962 وانتهاء بدستور 2011 الذي تضمن العديد من المقتضيات الجديدة بهدف تعزيز منظومة حقوق الانسان وحرياته¹، خاصة من قبل الاجتهاد القضائي الجنائي والاجتماعي والذي يكتسي قيمة بالغة الأهمية في بحثه عن روح القاعدة القانونية وغاية المشرع منها⁽²⁾، وفيما يخص النظر والرقابة على أعمال الضابطة القضائية والنيابة العامة ومتطلبات المحاكمة العادلة، والتكليف وإعادة التكليف والوصف القانوني للجريمة ، التي عرفت تحولا كميا ونوعيا كبيرين، الأمر الذي يقتضي ضرورة ملائمة المنظومة الجنائية من جهة أولى، مع الاتفاقيات الدولية واحترام مضامينها وأمام أُلجِن المختصة بالأمم المتحدة وغيرها من المؤسسات الدولية، ومن جهة ثانية مواكبة المد الإجرامي، الذي اتخذ صورا ووضعايات جديدة على الصعيد المحلي، وإنشاء منظومة التعاون الدولي من أجل مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽³⁾.

وفي هذا الإطار، غدا الاجتهاد القضائي الجنائي في ظل تطور القانون الدولي لحقوق الإنسان، ضمانا أساسية لحماية الحقوق والحريات المصونة دستوريا أو بواسطة قوانين عادية أو تنظيمية... من خلال البث في قضايا موضوعية وإجرامية، ترتبط بمتطلبات حقوق الدفاع وحقوق المتهم وموجبات التعليل وفحص الأدلة المسطرية ومسعى العدل والإنصاف، ويحرص القضاة على مواصلة الإطلاع على مقتضيات المعاهدات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان ، من أجل تطبيقها من طرف المحاكم الوطنية في الحدود التي يرسها التشريع الداخلي.

ويواجه الاجتهاد القضائي عامة معادلة صعبة تتجلى في كيفية بلورة توازن دقيق بين سيادة القانون واحترام الحقوق والحريات، وإقرار مبادئ العدالة والإنصاف، المتمثلة أساسا في التأويل السليم للقاعدة القانونية وفي ملائمة التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية، وفي إصدار الأحكام والقرارات داخل أجل معقولة⁽⁴⁾، وقد ذهب القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية باعتبارهما قانونين ينظمان الأفعال وعقوباتهما ويضبطان إجراءات المحاكمة الجنائية، إلى محاولة اعتماد جل المقتضيات التي قررتها المواثيق الدولية

¹ الشريف تيشيت، الحقوق والحريات الأساسية في ظل دستور 2011، مجلة مسالك، العدد 40/39، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016، ص: 53.49.

² رشيد أفعي: تطور حقوق الإنسان في المغرب: الأبعاد القانونية والدولية، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 2007. 2008، ص: 129.

³ يتعلق الأمر باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، التي اعتمدها الجمعية العامة في قرارها 22/55 المؤرخ في 15 نونبر 2000. وقد صادق المغرب، التزاما منه بالحفاظ على السلم والأمن الدوليين، على هذه الاتفاقية بتاريخ 20 شتنبر 2000، ثم نشرها بالجريدة الرسمية المغربية، عدد 5186 بتاريخ 12 فبراير 2004.

أنظر كذلك إدريس بلمحجوب: دور الأجهزة القضائية والمؤسسات المالية في مكافحة غسل الأموال، منشور ضمن مجلة القضاء والقانون، العدد 151، مطبعة الأمنية، الرباط 2005 ص: 33.

⁴ - إن مبدأ إنكار العدالة يمتد إلى تقصير من قبل الدولة لواجبها في الحياة القضائية، ومن بينها حق المتقاضى في أن يبث في طلبه داخل أجل مقبول.

لحقوق الإنسان، عبر الحرص على إقرار المبادئ مبدأ قرينة البراءة⁽¹⁾، الحق في الدفاع⁽²⁾، تأمين مبدأي العلنية والحضورية في المحاكمات، والإشعار بالتهمة وعدم الاعتداد بالاعتراف المنتزع بالعنف⁽³⁾، وإقرار مبدأي عدم رجعية القانون وفورية المحاكمة⁽⁴⁾.

والقضاء الجنائي يتموضع بدوره في سياق هذه المعادلة بوصفه سلطة تبت في قضايا، من صميم الحياة عبر إقرار مسؤولية الجاني وتأمين عقاب فعال، من هنا سنركز على دور القاضي الجنائي في حماية الحقوق والحريات من خلال:

أولاً- رقابة القضاء الجنائي على أعمال النيابة العامة:

لقد أدت التطورات التكنولوجية إلى تنامي ظاهرة الجريمة عبر الوطنية، الأمر الذي حمل معه قانون المسطرة الجنائية مقتضيات، تخول للنيابة العامة وسائل جديدة للبحث عن أدلة لإثبات الجرائم وضبط مرتكبها من أجل محاكمتهم، من هذه المقتضيات نذكر: سحب جواز السفر وإغلاق الحدود، وإصدار أوامر دولية بإلقاء القبض⁽⁵⁾، لتطبيق مسطرة تسليم المجرمين وتحقيق الفعالية اللازمة للمعادلة الجنائية، إضافة إلى التقاط المكالمات، وقد حدد القانون مدة وشكليات هذا الإجراء بكل دقة وأحاطه بقيود صارمة تكفل حماية حرية الأشخاص، فضلاً عن فرض عقوبات في حالة مخالفتها. إلا أن رقابة القضاء الجنائي على أعمال النيابة العامة تكتسي أهمية بالغة.

وفي قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف الجنائي عدد 22904، اعتبر أن: "الأمر بالاستدعاء يعتبر مجرد إعلام بالحضور إلى الجلسة، مشتملاً على تلخيص للوقائع والوصف القانوني والنصوص القانونية المطبقة، وما ورد فيه من إشارة إلى اعتراف المتهم أمام النيابة العامة، لا يشكل محضر استنطاق وليست له حجية مما تكون المحكمة قد بنت قضاءها على غير أساس لما استخلصت اعتراف المتهم أمام النيابة، مما ورد في الأمر بالاستدعاء دون أن تقف على محضر استنطاقه"⁽⁶⁾.

وللنيابة العامة -حسب قرار للغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى، صادر بتاريخ 15 نونبر 2000- الصلاحية في متابعة أي شخص ذاتي أو معنوي يكون القرار المطعون فيه غير مرتكز على أساس، وقابلاً للنقض لفائدة القانون. لما قضى بإلغاء المتابعة الجارية ضد مسيري شركة، من أجل جنحة إصدار شيك بدون رصيد لعدة أشهر غير مسؤولين عن فعل ارتكبه لمصلحتهم"⁽⁷⁾.

1- إخضاع قواعد الحراسة النظرية لرقابة القضاء الجنائي:

تعتبر الرقابة القضائية الجنائية من أهم الضمانات التي تسمح للأفراد بأن يمارسوا حقوقهم وحرياتهم بكل اطمئنان، وهذه الحماية القضائية تحرص على مدى احترام الإجراءات والشكليات المسطرة عند إقرار الوضع تحت الحراسة النظرية، نظراً لارتباط هذه

¹ نصت على هذا المبدأ الفقرة الأولى من المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الفقرة 2 من المادة 14 من العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية، وكرسه قانون المسطرة الجنائية رقم 01.22 في المادة الأولى.

² انظر المادة 14 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية. و المواد: 73-74-76-127-131-315-317 من قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم 01.22.

³ انظر المادة 14 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية. و المادة 319 من قانون المسطرة الجنائية الجديد.

⁴ انظر المادة 14 (النقطة الثالثة، الفقرة ج). من نفس القانون.

⁵ -المادتين 40 و 49 من القانون رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية المغربي.

⁶ -أنظر قرار المجلس الأعلى عدد 6107 المؤرخ في 10/7/1984، مجموعة قرارات المجلس الأعلى (1981-1995) ص: 43.

⁷ -Arrêt n 1908-15 novembre 2000, Dossier n 8329, voir Bulletin d'information de la cour suprême, centre de publication et de documentation judiciaire, n 11/2003, p:10-

الإجراءات بصميم الحريات والحقوق الفردية⁽¹⁾، وفي مقدمتها يقينية البراءة التي لا يمكن أن تأخذ معناها الحقيقي، إلا في إطار محاكمة عادلة تخول فيها كافة الضمانات القانونية اللازمة⁽²⁾.

ففي قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط، في الملف الجنحي عدد 93/5019 جاء في حيثياته ما يلي:

"... وحيث أن ديباجة محضر الضابطة صريحة في التنصيص على أن المتهم قدم لها بتاريخ 10/6/1993 على الساعة الرابعة بعد الزوال، وحيث يتأكد مما سبق أن القائد أخضع المتهم لفترة من الحراسة النظرية دون احترام شكلياتها، وإطلاع ذوي المودع وإعلام السيد وكيل الملك وعدم إيداع الشخص بمكان ملائم معد لذلك".

وحيث بذلك يكون ضبط المتهم قد تم بشكل تعسفي ودون مراعاة مقتضيات قانون المسطرة الجنائية" وفق تعديلاتها الأخيرة التي تمخضت عن توصيات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان.

وحيث أن دفاع المتهم أثار ابتدائيا قيام القائد بالشطط في استعمال السلطة، وأن المتهم صرح منذ استنطاقه من طرف السيد وكيل الملك بأنه مورس عليه العنف من طرف القائد الذي قام بربطه. وحيث أن قاضي أول درجة لم يلتفت إلى ما ذكر، باستعماله لسلطته بفحص المعني والتأكد من شكليات الضبط وإجراءات الوضع تحت الحراسة...، حيث أنه... أمام بطلان إجراءات إلقاء القبض على المتهم ووضعه تحت الحراسة. وأمام شهادة باقي الشهود الذين أكدوا ابتدائيا، معاينة نقل المتهم إلى المقاطعة دون مقاومة منه ولا قيامه بأية إهانة.

حيث أن المجال الزجري يهيمن عليه مبدأ الإثبات وقناعة القاضي الوجدانية، وحيث أن هذه القناعة يستخلصها القاضي من أدلة إثباتيه صحيحة يطمئن إليها ويركز لها، وحيث أنه مراعاة لما ذكر، يتعين إلغاء الحكم والتصريح ببراءة المتهم اليقينية⁽³⁾.

يمكننا القول على أن ضمانات المحاكمة العادلة في شقها المرتبط بالحراسة النظرية تعتره بعض المخاخذات منها:

- إن إلزام ضابط الشرطة القضائية بإشعار عائلة المحتجز فور اتخاذ قرار وضعه تحت الحراسة النظرية بأية وسيلة من الوسائل مع تضمين ذلك بالمحضر (المادة 67 من قانون المسطرة الجنائية) لم تتم إحاطته من جهة بضمانات كافية للتأكد من الإشعار الفعلي لأفراد العائلة، ومن جهة أخرى بتدابير زجرية في حالة الإخلال بهذا الأمر⁽⁴⁾.

- عدم تحديد قانون المسطرة الجنائية لأي جزاء في حالة عدم التقيد بالأجال القانونية للحراسة النظرية، علما أم المحاضر يمكن أن يطالها الخطأ بالنسبة لوقت ويوم الاعتقال.

¹ - "... إن القضاء بوصفه ضامنا للحقوق والحريات يثير، ولو من تلقاء نفسه عدم صحة سلامة الإجراءات في حالة خرق قواعد الحراسة النظرية بالنظر إلى الحرمان من الحرية، وذلك تماشيا مع الروح والفلسفة ذاتها لقانون المسطرة الجنائية المغربي الذي يعد مدونة للحريات...".
- أنظر قرار غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالرباط رقم 551/542/89، وارد ضمن: أحمد شوقي بنيوب، دليل حول المؤسسات والآليات الوطنية لحماية حقوق الإنسان (في ضوء المعايير الدولية والقانون والاجتهاد القضائي)، مركز التوثيق والإعلان والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة 2، الرباط، يونيو 2004 ص:80.

² -Mohammed Jalal Essaid,le procès équitable dans le code de procédure pénale de 2002,Collection Réforme du droit et développement socio-économique,volume N 1,Imprimerie Najah,Casablanca,mars 2008,p:30.

³ - أنظر قرار غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالرباط رقم 551/542/89، وارد لدى: أحمد شوقي بنيوب: دليل حول المؤسسات والآليات الوطنية لحماية حقوق الإنسان مرجع سابق ذكره، ص:84-85.

⁴ - أنظر التقرير السنوي عن حالة حقوق الإنسان في المغرب 2003، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان حصيلة وأفاق عمل المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان الجزء الثاني، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، ابريل 2004، ص:67-68.

- من منظور حقوق الإنسان بمفهومها العالمي، إن مدد الحراسة النظرية تبقى طويلة بالمقارنة مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، إضافة إلى تعارضها مع مبدأ قرينة البراءة، حيث لا ينطبق الحق في افتراض البراءة على معاملة المتهم في المحكمة وتقييم الأدلة فقط، بل ينطبق كذلك على معاملته قبل المحكمة.

- إحاطة الحراسة النظرية بظروف التشديد -مدة وتمديدا- إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية⁽¹⁾.

2- رقابة القضاء الجنائي على وسائل الإثبات وتعليل الأحكام:

يبرز دور القاضي في مراقبة وسائل الإثبات وتقدير قيمتها، استنادا إلى قانون المسطرة الجنائية⁽²⁾، وذلك بترجيح الأدلة المتعلقة بإثبات الجرائم أو استبعادها، وهو ما أكده المجلس الأعلى في الملف الجنحي عدد 9080/87 المؤرخ في 29 دجنبر 1988، وكذلك في الملف الجنحي عدد 17640 الذي جاء فيه أنه "لا يجوز للمحكمة أن تبني إدانتها على شهادة الشهود إلا إذا وقع الاستماع إليهم بعد أداء اليمين القانونية بالنسبة لمن يجب عليه ذلك، و... حيث أن التهمة ثابتة في حق المتهمين بناء على الخبرة التي أجريت وعل شهادة الشهود، دون أن يثبت لا من الحكم الابتدائي ولا من القرار المطعون فيه، أنه تم استدعاء الشهود والاستماع إلى شهادتهم، فإن المحكمة لم تجعل لما قضت به أساسا صحيحا من القانون وعرضت قرارها للنقض"⁽³⁾.

يمكننا القول بشأن قراءة بعض اجتهادات القضاء الجنائي في مجال مراقبة وتقييم وسائل الإثبات، تتجلى في تعزيز وتقوية ضمانات المحاكمة العادلة، وذلك بالتأكيد على هذه الضمانة أمام كل من النيابة العامة وقضاء التحقيق وقضاء الحكم. والحق في المحاكمة العادلة من حقوق الإنسان الأساسية، حيث أصبح هذا الحق المعترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التزاما قانونيا على جميع الدول.

ففي إحدى حيثيات القرار الصادر عن غرفة الجنايات بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 يونيو 2007 جاء التأكيد على كون القرار المطعون فيه (الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بفاس في القضية عدد 2005/9085 بتاريخ 13 أكتوبر 2005) غير خارق لقواعد الإجراءات الجوهرية للمسطرة، أو لما نصت عليه المادة 73 من قانون المسطرة الجنائية⁽⁴⁾، من أولوية الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية، حيث انتهى إلى عدم سريان مقتضيات المادتين 707 و 708 من القانون المذكور في حق الطاعن لانعدام شروطها، طالما أن الأمر بعدم المتابعة الصادر عن قاضي التحقيق لا يفصل في موضوع الدعوى من حيث إدانة أو براءة المتهم ولا يحول دون إعادة التحقيق من جديد كلما ظهرت أدلة أخرى تدعو على ذكر عملا بالمادة 228 وما بعدها من نفس القانون.

وبالتالي، فإن مراقبة وتقييم وسائل الإثبات، يتطلب فضلا عن صيانة حقوق وحريات المتقاضين، تحديد ما إذا كانت الإجراءات المتبعة في نظر الدعوى تتلاءم مع التشريعات الداخلية ذات الصلة ومع قواعد الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي تعد الدولة طرف فيها، ذلك أن القضاء يشكل إحدى الضمانات الأساسية لحماية الحقوق والحريات واحترام القوانين من طرف الجميع دون تمييز، وهو ما تؤكد الاتفاقيات الدولية بشأن دور السلطة القضائية في ضمان عدالة منصفة.

¹ - "... إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية، لأن مدة الحراسة النظرية تكون 96 ساعة قابلة لتمديد مرتين لمدة 96 ساعة في كل مرة بناء على تقرير كتابي من النيابة العامة".

أنظر: المادتين 66-80 من قانون رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تنميته وتغييره بموجب القانون رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب.

² - المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 1688 المؤرخ في 21 فبراير 1984، مجموعة قرارات المجلس الأعلى (1982-1995) ص:15.

⁴ - تنص المادة 713 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "تكون الأولوية للاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية، فيما يخص التعاون القضائي مع الدول الأجنبية".

أما فيما يتعلق بحرص القضاء الجنائي المغربي على إعمال الرقابة بخصوص تعليل القرارات والأحكام القضائية، فقد أكد المجلس الأعلى هذا المعطى في العديد من قراراته⁽¹⁾، ذلك أنه يجب أن يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية نوالا كان باطلا، ويعد النقص في التعليل بمثابة انعدامه⁽²⁾.

والخلاصة فيما يخص إعمال رقابة القضاء الجنائي على تعليل الأحكام، ترتبط بالحرص على إقرار سياسة جنائية تتموضع، في إطار نظام قانوني وإجرائي وقضائي ملئ بالضمانات الكفيلة بتوفير المحاكمة العادلة.

ثانيا : القضاء الاجتماعي وحماية الحقوق والحريات

من المؤكد أن القانون الاجتماعي المغربي أضحى يتموضع وفق مقدمات منطقية كبرى، في إطار سياق دولة الحق والقانون، عبر إقرار مدونة شغل عصري دخلت حيز التطبيق منذ يونيو 2003⁽³⁾، تنحو إلى إقامة سلم اجتماعي، وتحقيق التنمية الاقتصادية، وتشجيع الاستثمار والتشغيل، وتأهيل المقاولات، ودعم آليات الحوار والتفاوض لتدبير نزاعات الشغل الفردية أو الجماعية، وحماية الأجير، والأخذ في الحسبان إكراهات المقاول، بالنسبة للتشريعات المقارنة ومتطلبات المنافسة ومواجهة تحديات العولمة.

فضلا عن النهوض بالاتفاقيات الجماعية للشغل، واحترام الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور، وإنفاذ المعايير الدولية لحقوق الإنسان، كما الشأن بالنسبة للاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية المصادق عليها من طرف المغرب.

ويبدو أن مدونة الشغل، تضمنت المبادئ الأساسية الدولية لحقوق الإنسان، خاصة الحرية النقابية المنصوص عليها في المواد 396 إلى 429، والتي جاءت متلائمة في معظمها مع اتفاقية منظمة العمل الدولية عدد 87، إضافة إلى توافق حظر العمل الجبري الوارد في المادتين 10 و 12 من المدونة مع اتفاقيتي منظمة العمل الدولية عدد 29 و 105. وبشأن تحريم التمييز في الاستخدام، وفي ممارسة المهن استنادا للعرق أو الجنس أو الدين أو الآراء السياسية.

وقد خص القانون رقم 99-95، المتعلق بمدونة الشغل، الأحداث والمعاقين بمقتضيات حمائية، تتمثل أساسا في عدم إمكانية "تشغيل الأحداث ولا قبولهم في المقاولات أو لدى المشغلين قبل بلوغهم سن 15 سنة شمسية كاملة"⁽⁴⁾. ويحق للكون المكلف بتفتيش الشغل أن يطلب في أي وقت عرض جميع الأحداث، الذين تقل سنهم على 18 سنة وجميع الأجزاء المعاقين على طبيب بمستشفى عمومي، لتتحقق من أن الشغل الذي يعهد إليهم لا يفوق طاقتهم⁽⁵⁾، كما تمنع المادة 145 من المدونة تشغيل الأحداث الذين تقل أعمارهم على 18 سنة ممثلا أو مشغلا في العروض، ويحضر استغلال الإشهار والإعلانات، بهدف جلب الأحداث لتعاطي المهن الفنية. وكذا الألعاب والأشغال التي تشكل خطرا على حياتهم أو صحتهم أو أخلاقهم أو استغلال الأطفال في ملاهي⁽⁶⁾، وفي المقابل أقرت المدونة مقتضيات حمائية لفائدة الأمومة والمرضعات، مستهدفة بذلك حماية حقوق الطفل، كما يمنح مبدئيا تشغيل الأحداث دون 16 في الأشغال الليلية،

¹ - من ذلك قرار المجلس الأعلى عدد 35 المؤرخ في 59/12/28، وذلك قرار المجلس الأعلى عدد 535 بتاريخ 19/01/1984.

² - أحمد شوقي بنيوب: مرجع سابق ذكره، ص: 81.

³ - أنظر القانون رقم 99-65 المتعلق بمدونة الشغل والذي صدر بشأن تنفيذ الظهير الشريف رقم 194-03-1 المؤرخ في 14 رجب 1424 الموافق ل 11 شتنبر 2003 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 2003/12/8.

⁴ - المادة 143 من مدونة الشغل.

⁵ - المادة 144 من المدونة تنص أيضا على أنه "يحق للكون المكلف بتفتيش الشغل أن يأمر بإعفاء الأحداث والأجزاء المعاقين من الشغل دون إخطار إذا أبدى الطبيب رأيا مطابقا لرأيه، وأجري عليهم فحص مضاد بطلب من ذويهم".

⁶ - المادة 146 و 147 من نفس المدونة.

ويتمتع الإجراء ما بين 15 و18 سنة بحماية خاصة تهم تمديد فترة الراحة، ومدة العطلة السنوية المؤدى عنها وتحديد الأشغال المحمولة، ودور طبيب الشغل، وصلاحيات مفتش الشغل⁽¹⁾.

وفي المحصلة، إن الحمولة القضائية لمدونة الشغل، جاءت إلى حد ما متلائمة ومنسجمة مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب و التي تعتبر من مصادر قانون الشغل⁽²⁾، سيما الاتفاقية رقم 182 والتوصية رقم 190 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها المعتمدتين من طرف المؤتمر العام الدولي للشغل في دورته 87 المنعقدة بجنيف يوم 17 يونيو 1999، وقد صادق المغرب على الاتفاقية المذكورة بتاريخ 26 يناير 2001.

وإذا كانت مدونة الشغل، قد تضمنت المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان من خلال مائة العديد من بنودها مع الاتفاقيات الدولية، وخاصة تلك التي تتعلق بالمساواة وعدم التمييز وبحماية الأمومة وتشغيل الأطفال وبالحوار الاجتماعي⁽³⁾.

فإن ذلك لا يعني أن القضاء البند الاجتماعي تم استكمال بناءاته، وفق المعايير الدولية وإعلان منظمة العمل الدولية، بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل المتعارف عليها دوليا، وإنما سيبقى أمرا نسبيا إذا لم يتم إدراجه في القانون الوطني، من جهة أولى، وإنفاذه على مستوى الممارسة، من جهة ثانية لتكتمل أبعاد الهدف الاجتماعي المشترك التي تسعى الدول إلى احترامه، عبر بذل المزيد من الجهود على الصعيدين الوطني والدولي، خاصة المادة الثانية من إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل⁽⁴⁾.

وتبرز مظاهر ملائمة القانون الاجتماعي المغربي مع الالتزامات الدولية في مختلف مجالات حقوق الإنسان، ومن ضمنها مجال التشغيل، وخاصة الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية، باعتبارها الإطار المختص في هذا المجال⁽⁵⁾.

إن مدونة الشغل رغم إدخالها لعدة مستجدات في مجال الحريات العامة، فإن الواقع العملي يؤكد أن قانون الشغل هو قانون الضدين، وإن إشكاليته تتموضع في سياق عالمي دون أن تقتصر على بلد معين⁽⁶⁾، الأمر الذي يجعل من الصعب استخراج مبادئ خاصة بالاجتهاد القضائي الاجتماعي المغربي، ففي حيثيات قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، تعتبر الفصل تعسفيا بعد أن حاول، المشتغل مساومة الأجير بالتخلي عن أفكاره النقابية⁽⁷⁾، فيظهر من خلال القرار إلى أن المدونة تتجه إلى ملائمة شقي المعادلة الصعبة بين الجانب الاقتصادي والاجتماعي، الذي يتجلى في تكريس الحقوق والحريات والامتيازات المقررة، لفائدة العمال بمقتضى الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية.

¹ - منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، التقرير السنوي الأول 2003، الجزء الأول ص 130-131.

² - عبد العزيز العتيقي، محاضرات في قانون الشغل (مدونة الشغل)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة 2005، ص: 20.

³ - عبد العزيز العتيقي، مرجع سابق ذكره، ص: 16-17.

⁴ - المادة 2 من إعلان منظمة العمل الدولية تنص على أنه: "يعلن أن جميع الدول الأعضاء، وإن لم تكن قد صادقت على الاتفاقيات موضوع البحث، ملزمة بمجرد انتماءها إلى المنظمة، فإن تحترم المبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية التي تشكل موضوع هذه الاتفاقيات، وأن تعززها وتحققها بنية حسن، ووفقا لما ينص عليه الدستور".

⁵ - Voir: Convention internationales du travail ratifiées par le Royaume du Maroc, publications du centre de documentation d'information en droits de l'homme, année mai 2003, p: 3

⁶ - عبد العزيز لعروسي، ملائمة التشريع الوطني للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق ذكره، ص: 549.

⁷ - ملف عدد 8257 بتاريخ 21 مارس 1983، غير منشور، أورده: عبد العزيز لعروسي: ملائمة التشريع المغربي مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص: 551.

من دون شك، أن القضاء الاجتماعي، يلعب دورا أساسيا في توفير الحماية الضرورية لعلاقة الشغيلة⁽¹⁾، وفق ما تقضي به مدونة الشغل والاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

إلا أن الملاحظة الأساسية بشأن أحكام وقرارات القضاء الاجتماعي عدم إحالتها ضمن حيثياتها لمنظومة القانون الدولي لحقوق الإنسان، خاصة تلك التي تتعلق بميدان الشغل⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن مبادئ مدونة الشغل قد جاءت من وجهة نظر وزارة العدل وافية للمبادئ الأساسية للدستور المغربي مع المعايير الدولية ذات الصلة كما تضمنت الاتفاقيات الدولية لشغل، وحرصا منها على صيانة كرامة الإنسان وإحاطة عقد الشغل بقواعد حامية لجميع الأطراف، فإن ذلك كله سيبقى رهينا من زاوية أولى بوجود قضاء مؤهل لنقل تلك الحماية والضمانات من حالة السكون إلى حالة الحركة من حالة المس بها ومن جهة ثانية، بارتقاء الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية على احترام الأهداف العليا للمدونة، من خلال توفير الحماية لجميع مكونات المقاومة تحقيقا لمبدأ المساواة أمام القانون. كما تجدر الإشارة إلى أن القضاء لم يتخذ بعد قرارا واضحا بشأن سمو الاتفاقية الدولية على القانون الوطني حالة تعارضهما.

لقد اختلفت الدول بشأن تطبيق الاتفاقيات الدولية ومكانتها على الصعيد الداخلي، فالاتفاقيات الدولية التي يتم التصديق عليها في النظام الفرنسي، تصبح جزءا من النظام القانوني الداخلي بمجرد نشرها، كما تكون لها سلطة أعلى من تلك السلطة التي تكون للقوانين. وتلتزم المحاكم الفرنسية تطبيق أحكام المعاهدات من تلقاء نفسها كما تطبق أحكام القانون.

وعلى ما يبدو، فإن غالبية الدول تميل إلى الاعتراف بأولوية المعايير الدولية على القانون الداخلي، إلا أن هناك ثلاث عقبات تحول دون تحقيق هذا الهدف، الأولى ترتبط بمدى معرفة القضاء بوجود اتفاقيات دولية، مما يستدعي تنظيم جيد للتوثيق على مستوى المحاكم مع الاستعانة بالأدوات المعلوماتية، والثانية ذات طبيعة نفسية، فالقضاة لا يغيرون في الغالب الاتفاقيات الدولية كمقتضيات مدمجة في القانون الوطني، و العقبة الثالثة، ذات طبيعة قانونية، تتمثل في إمكانية إثارة الاتفاقيات الدولية لصعوبات حل مستوى التطبيق أو التفسير.

ثالثا: دور القضاء الوطني من تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

إذا كان من الصعب تحديد رأي قاطع حول موقف القضاء من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وذلك أمام صعوبة الحصول على أحكام قضائية توضح ذلك؛ خاصة بالنسبة للدول التي لا يحدد قانونها الداخلي موقفه من الاتفاقيات الدولية ومنها المغرب.

و اعتبار الاتفاقية جزءا من القانون الوطني ترتب عليها عدة نتائج من الناحية القانونية؛ وبالتالي يتعين على القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه، كما أن مخالفة أحكامه تعطي للمتضرر الحق في أن يرفع الدعوى بشأنها إلى القضاء⁽³⁾ لكن مع ذلك فالمسألة

¹ - انظر عبد العزيز العتيقي، مرجع سابق ذكره، ص: 144

² - تقر المواد 23 و24 و25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأن لكل شخص الحق في العمل، وفي الحماية الاجتماعية وفي شروط عمل عادية من حيث تحديد معقول لساعات العمل، وفي أجر متساو على العمل المتساوي، وفي إجازات دورية مؤدى عنها، وفي ضمان حالات البطالة أو المرض أو العجز أو الشيخوخة أو التمرل أو غير ذلك والتي تفقد الأجير أسباب عيشته.

إضافة إلى أن المادة 6 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تقر بالتزام الدول الأطراف في الاتفاقية بحق الفرد في أن تتاح له إمكانية كسب معيشته بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وبأن تتخذ تدابير مناسبة لتأمين هذا الحق.

³ - أحمد أدريوش: "الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الداخلي" تأملات حول إشكالية الملاءمة والتقريب، مطبعة فضالة، المحمدية؛ الطبعة الأولى/ دجنبر 2002 ص: 123.

محط خلاف في القضاء سواء في المغرب أو في فرنسا، خاصة وأن المغرب لا يتوفر على نص صريح يحدد مكانة الاتفاقيات الدولية داخل المنظومة القانونية كما اسلفنا الذكر، فموقف الاجتهاد القضائي يبقى منقسم بين رافض لتطبيق الاتفاقيات وآخر موافق على ذلك.

1: مدى التزام القضاء الوطني بتطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

يحدد القانون العام الآثار المترتبة على إبرام المعاهدات الدولية فيما بين الدول دون تحديد الآثار التي تترتب على إبرامها داخل الدولة أو مدى التزام القضاء بها، فهذا كله شأن القانون الوطني الذي يقتضي ملائمة مع مقتضيات الاتفاقيات المصادق عليها، خاصة وأن المغرب بعد مصادقته على اتفاقية فيينا أصبح ملزماً بترويج المعاهدة الدولية عند تعارضها مع القوانين الداخلية⁽¹⁾، وهو ما يفسر عزم المغرب على الذهاب ابعده في مجال حقوق الإنسان من خلال الالتزام بالافواق الدولية ذات الصلة وإرساء الآليات اللازمة لضمان احترام أعمال المقتضيات المعتمدة.

والقضاء المغربي دخل القرن الحالي من خلال المواجهة الصعبة للعدالة كعنصر من عناصر التنمية، أما الظاهرة المعقدة للتنسيق بين السياسي والحقوق والاقتصادي والاجتماعي...، وما تفرضه الافواق الدولية من التزامات على المغرب، وهو ما يفرض على الاجتهاد القضائي بلورة توازن دقيق بين سيادة القانون واحترام الحريات والتأويل السليم للقاعدة القانونية والتعامل الأمثل مع الاتفاقيات الدولية.

وفيما يتعلق التزام القضاء الوطني بتطبيق الاتفاقيات الدولية عموماً، وتلك المرتبطة بحقوق الإنسان، يتم التساؤل عن أية قاعدة قانونية دولية يمكن إدماجها في التشريع الداخلي وإعمالها على مستوى القضاء؟ هل هي الاتفاقيات المكتوبة فقط، أم يمكن الاعتماد كذلك على العرف والمبادئ العامة للقانون والاجتهاد القضائي، وما مدى إمكانية التزام القضاء الوطني بتطبيق قاعدة دولية تأتي من خارج منظومته؟

إن مسألة تطبيق المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، لم تعد حكراً على القضاء العادي، بل تجاوزته إلى القضاء الإداري، إذ بإمكان المتقاضين الاحتجاج بمضمون الاتفاقيات التي أصبح المغرب طرفاً فيها، ولتثبيت دولة الحق والقانون وحماية المواطن من شطط الإدارة. ينحو قضاء المجلس الأعلى إلى ضمان أحد أهم حقوق الإنسان المتمثلة في حق التنقل بحرية، وبإلغاء القاضي برفض أو عدم تجديد جواز السفر، على الرغم من تقديم الوثائق والمستندات اللازمة باعتبار الامتناع شططاً في استعمال السلطة. وفي مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ساوى القضاء بين حقوق المرأة والرجل في عدة قرارات منها اعتبار المضيفات في النقل الجوي بقاءهن في حالة عزوبة بناء على عقد الشغل، بمثابة عمل تمييزي بين الرجل والمرأة، يمس بالحقوق والحريات المضمنة في الاتفاقيات الدولية، حيث اعتبر المجلس الأعلى الشرط باطلاً، كما قضى المجلس الأعلى بان تخفيض ساعات العمل يعتبر تعديلاً لعقد العمل وطرداً تعسفياً. ومما لاشك فيه أن حقوقاً مستجدة للإنسان، تتعلق بحماية حياته الخاصة وسلامة جسمه من أثار الأبحاث الجينية، الأمر الذي يسعى معه المجلس الأعلى من خلال تقاريره السنوية إلى نشر كل النصوص القانونية التي يظهر من التطبيق أنها تحتاج إلى مراجعة أو تعديل سعياً إلى اجتهاد قضائي ينحو إلى تحقيق عدالة أكثر، تجعل من استقلال القضاء مكملاً لعمل السلطتين التنفيذية والتشريعية⁽²⁾.

¹ - اعتباراً لكون الفصل 27 من اتفاقية فيينا ينص على انه: "لا يجوز للأطراف الموقعة على الاتفاقية، أن تستدل بمقتضيات قانونية محلية لتبرر عدم تنفيذ المعاهدة".

² - إذا كان من المفترض في القضاء عجم لعب أي دور تشريعي، فإنه أحياناً يخرج من النصوص، خصوصاً في مجال حقوق الإنسان قواعد جديدة ملائمة مع الاتفاقيات الدولية من جهة، ومواكبة للتطور السريع الذي يشهده المجتمع في عدة ميادين، خاصة منها المعلوماتية والاقتصادية والتكنولوجية... انظر: ادريس الضحاك، مرجع سابق، ص: 135.

إن الخلاصة الأولية ترتبط بأهمية إضفاء صفة الإلزام القانوني على نصوص الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، وعدم ترك ذلك لمحض إرادة الدولة وسلطانها الداخلي، فضلا عن إعطاء السلطة القضائية الاستقلال التام، بغية ضمان رقابة فعلية على تطبيق حقوق الإنسان، ذلك أن أية دولة تحترم الاتفاقيات الدولية وتلتزم بما ورد فيها، هي دولة التقدم والديمقراطية وسيادة القانون، في هذا المنحى ذهب بعض محاكم المملكة⁽¹⁾.

واستنادا إلى ما سبق، يمكن القول على إن احترام حقوق الإنسان، هو التزام ببذل عناية، وببذل ما في وسع الدولة، تشريعا ومؤسساتيا، لإقرار النظام الكفيل باحترام هذه الحقوق، والحريات الأساسية، والالتزام بتحقيق نتيجة، أي الاحترام الفعلي للحقوق المقررة للإنسان، سواء كانت مضمنة في القوانين الوضعية الداخلية أو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، ويكوم ذلك بالالتزام القضاء بضمان اكتساب الاتفاقية الدولية صفة القاعدة الملزمة داخليا.

2: دور القاضي الوطني في تفسير المعاهدات الدولية⁽²⁾

إن تصدي القاضي الوطني لتفسير المعاهدات الدولية لا يقتضي الاعتداد فقط بالدلالة اللفظية، وإنما ينبغي الأخذ في الحسبان العديد من الظروف والملابسات التي أحاطت بوضع النص، تبعاً لكل حالة على حدة، مع الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للوقوف على أقرب المعاني التي تبتغى أطراف المعاهدة من وراء إبرامها، فمن الطبيعي أن يكون لكل معاهدة غايات مشتركة تسعى إلى تحقيقها الدول الأطراف ولاشك أن المحافظة على روح المعاهدة وأهدافها عند التطبيق أمر يتفق مع مبدأ حسن النية، واللجوء إلى التفسير هو الوسيلة القانونية الفعالة لتفكيك غموض النص من جهة، والتأكيد على روح المعاهدة من جهة ثانية.

وقد لعب القضاء دورا تفسيريا مهما في التطبيق المباشر لمقتضيات المعاهدات الدولية، أو في تكريس سموها على القانون الوطني، فضلا عن حسمه في العديد من الإشكالات.

فالتبيعة الأهمية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية مقرونة بضمانات داخلية حتى تجد هذه الحقوق طريقها للتنفيذ والتطبيق، ذلك أن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضمانها، إلا أن الحماية الأفضل هي التي يقدمها القضاء.

وعلى المستوى الوطني يثار الخلاف حول مدى إمكانية القاضي الوطني لتفسير نصوص المعاهدات بنفسه؟

فبخصوص القواعد القانونية المنظمة للأحوال الشخصية⁽³⁾ ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يجوز للقضاء الوطني تفسير المعاهدات الدولية، على اعتبار أن إبرام المعاهدة هو عمل حكومي أو أساسي يلزم كل الأطراف على حد سواء، وللحكومة وحدها ممثلة في وزارة الخارجية تفسير المعاهدات لاسيما أن تفسير اتفاقية على نحو معين قد يؤدي إلى احتجاج دولة أجنبية طرف. فإذا لم تتفق الدول

¹ - أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط في ملف عدد 98-183 الصادر بتاريخ أكتوبر 1999، حكما اعتبرت فيه إن حرية التعليم ليست حرية دستورية فقط، بل هي حرية معترف بها عالميا، وقد التجأ القاضي في هذه النازلة إلى الاتفاقيات الدولية ليأمر الإدارة بالعمل على احترام هذه الحرية بدون قيد أو شرط. انظر: الحسن الوزاني الشاهدي، الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي مجال حقوق الإنسان، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية (سلسلة دراسات)، عدد مزدوج 48-49 بتاريخ يناير - أبريل، ص: 93-94.

² - يقصد بتفسير المعاهدة الدولية تحديد معنى النصوص التي أتت بها ونطاق سريانها تحديدا دقيقا، للوقوف على مضامينها ومقتضياتها، وذلك بتوطئة لتطبيقها تطبيقا صحيحا.

³ - نتحدث عن المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تتناول مادة الأحوال الشخصية من منظور الحقوق الفردية والجماعية في علاقتها بالأسرة، كما هو الشأن بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان (المادة 16)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة 23)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المادة 10)....

المتعاقد على منحى التفسير يتم اللجوء إلى مسطرة التحكيم⁽¹⁾، ويذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن المحاكم هي التي تختص بتفسير المعاهدات، إذ أنها تختص بتفسير القوانين الواجبة التطبيق على المنازعات المعروضة عليها، فإنها تكون مختصة أيضا بتفسير المعاهدات الدولية متى كان هذا التفسير ضروريا لحل المسائل موضوع النزاع. وحيث أن المحاكم الوطنية ملزمة بتطبيق الاتفاقية المصادق عليها والمنشورة في الجريدة الرسمية، فإنه من باب أولى أن يقوم كذلك بعملية التفسير. ويتم التمييز بين معاهدات القانون العام، وهي معاهدات تتعلق بالمصلحة العامة للدولة، وبين معاهدات القانون الخاص، وهي اتفاقيات تتعلق بالحقوق والمصالح الخاصة كتفويض الأحكام⁽²⁾.

بناء على ما سبق، فالمواثيق المتضمنة لقواعد الأحوال الشخصية والأسرة، يطبعه الاختلاف بين المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وبين اتفاقيات القانون الدولي الخاص، فالاتفاقيات الدولية الصادرة عن المعهد الدولي للقانون الدولي الخاص بالأحوال الشخصية تستند إلى طبيعة هذا القانون التي تبرز سيادة الدول-خلافًا لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان- في التمسك بتقسيم العالم إلى دول واختلاف القوانين الداخلية فيما تبعًا لذلك، فإن الأمر يتنازع اتجاهين، الأول ينحو إلى تطبيق القانون الوطني، بينما يقترح الثاني تطبيق قانون المواطن أو الإقامة الاعتيادية. إلا أن اعتماد أحد الاتجاهين يرجع إلى كل دولة على حدة. وعليه فالاتفاقيات الدولية - سيما الثنائية منها- التي أبرمها المغرب والمرتبطة بمادة الأحوال الشخصية والأسرة، تنحو إلى التعريف بمقتضيات هذه المادة في علاقتها مع القوانين الغربية والمواثيق الدولية⁽³⁾، وقد تجلى ذلك حين انضمام المغرب بتاريخ 06-09-1993 إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، صعوبة المصادقة-كبلد مسام عربي- على كثير من الاتفاقيات المبرمة في هذا المؤتمر، نظرا لتضمنها عدد من المبادئ المستقاة من النظام القانوني للدول الغربية⁽⁴⁾.

خاتمة:

ختاما، يظهر لنا أهمية ترجمة نصوص الاتفاقيات الدولية بشأن حقوق الإنسان عامة والأحوال الشخصية على وجه الخصوص، إلى واقع عملي، ذلك أن التطبيق الفعلي للاتفاقية يوكل في اغلب الأحيان إلى سلطات الدولة ذات الاختصاص الداخلي عبر اتخاذ التدابير التشريعية والإدارية والقضائية... وعليه فإن تفسير القانون هو صميم عمل القضاء. والواقع أن اعتماد تفسير نصوص المعاهدات الدولية وفقا للمبادئ السائدة في القوانين الداخلية للدول الأطراف المتعاقدة، من شأنه أن يؤدي إلى تعدد التفسيرات، ومنحى الاجتهاد القضائي التي أبرمت مع المغرب اتفاقيات تتعلق بمجال الأحوال الشخصية، يحرص على تأكيد المبادئ في الدساتير والقوانين الوطنية⁽⁵⁾، وفي نفس السياق يذهب القضاء الفرنسي إلى وجوب تفسير المعاهدات الدولية المتعلقة بالقانون الخاص وفقا لمبادئ التفسير السائدة في القانون الفرنسي باعتبار المعاهدة تعد جزءا من القانون الداخلي، إلا أن الفقيه "Batiffol" يشير إلى اخذ بعض أحكام المحاكم الفرنسية بأهمية تفسير المعاهدات وفقا للنية المشتركة للأطراف المتعاقدة⁽⁶⁾، إما على مستوى الاجتهاد القضائي الوطني، فقد ذهب المجلس الأعلى بخصوص حقوق والتزامات المرأة بخصوص عقد الشغل، إلى أن اشتراط المشغل عدم الزواج في حق المضيفات الجويات، لا يؤدي إلى

¹ - انظر على سبيل المثال المادة 92 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، التي تنص على انه: "يخضع للتحكيم أي نزاع بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها...".

² - يذهب هذا الرأي إلى الاعتراف للقضاء الوطني بتفسير معاهدات القانون الخاص، دون معاهدات القانون العام، وهو توجه منتقد على اعتبار أن الاتفاقية تحتوي على نصوص بالمصالح العام للدولة وللأفراد على السواء.

³ - على سبيل المثال الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة، وبالتعاون القضائي المؤرخة في 10 غشت 1981.

⁴ - هذا المؤتمر الذي لم يراعي الأنظمة القانونية الأخرى، ومثال ذلك الاتفاقية الدولية بشأن التبني الدولي الموقعة في 29-05-1993.

⁵ - فعلى سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06-06-1990، في الملف عدد 88-15008، يحيل إلى أحكام الفقرة الثانية المادة 11 من الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة المؤرخة في 08 غشت 1981.

⁶ - كذلك الاجتهاد القضائي الإسباني يذهب في اتجاه تطبيق القواعد المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة بما يتفق والالتزامات الدولية لاسبانيا بخصوص المساواة بين أفراد الأسرة، وهي التزامات مكرسة في الدستور الإسباني (المادة 32).

بطلان الالتزام الذي يعلق عليه، وأكد المجلس الأعلى بصدد دعوى زوج على زوجته بالحكم عليها بملازمتها بيت الزوجية والكف عن اشتغالها كمعلمة، حفاظا على رابطة الأسرة، بأنه "لا يمكن للقضاء الحكم بناءا على طلب الزوج بفصل الزوجة من عملها". وقد قضى المجلس الأعلى بنقضه لقرار محكمة الدرجة الثانية المؤيد لحكم محكمة الدرجة الأولى القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية وعدم مغادرته إلا بإذن زوجها وبانفصالها عن ممارسة وظيفتها.

كما أن تفسير نصوص المعاهدات وفقا للمبادئ السائدة في القوايين الداخلية للدول الأطراف في المعاهدة، خاصة في مجال الزواج المختلط، من شأنه أن يؤدي إلى تعدد التفسيرات وتباينها، مما يؤدي إلى تغليب اعتبارات المصلحة الوطنية على تفسير وتطبيق الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ومن ثم ينبغي على القضاء الوطني في تفسيره لنا يعرض لتطبيقه من معاهدات، مراعات مبادئ التفسير التي استقر عليها القضاء الدولي ولو تعارض البعض منها مع مبادئ التفسير السائدة في النظام الداخلي، على اعتبار ان قواعد التفسير الدولية أعلى في الدرجة من قواعد التفسير الداخلية. فالمواثيق الدولية ليست تقنيناً لمبادئ أو مفاهيم قانونية سائدة في دولة معينة، وإنما هي نتاج ملائمة وتوافق النظم القانونية للدول الأطراف المتعاقدة، خاصة وان اتفاقيات القانون الدولي الخاص تنحو إلى القضاء على التضارب بين النظم القانونية الداخلية المتباينة بغية ضمان توحيدها¹. فالقانون المغربي يشترط لإقرار الزواج المبرم في الخارج ضرورة التزام القواعد الشكلية والجوهرية التي يتطلبها².

¹ - في هذا السياق تنص المادة 6 من الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة في 10/08/1981 والمصادق عليها بظهير 14/11/1986، على انه: "ينعقد الزواج بين مغربي وفرنسية فوق التراب الفرنسي أمام ضابط الحالة المدنية المختص طبقا للقانون الفرنسي، ويسجل لإضفاء الشرعية عليه اتجاه القانون المغربي من طرف الموظفين القنصليين المغاربة المختصين بعد التثبت من إقامته...".

² - هذا ما أكدته الاتفاقية كذلك الاتفاقية المغربية البلجيكية الموقعة بالرباط في 15/06/1991، والتي لم يصادق عليها. انظر: الحسين بلحساني: اثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، مقال منشور ضمن المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 5، مطبعة النشر الجسور وجدة، 2002، ص: 107.

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية

عوض بن عبدالله بن محمد الحرمللي

باحث في سلك الدكتوراه

جامعة عبد المالك السعدي-تطوان

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا

مقدمة

القرار الإداري تصرف قانوني يتسم به القانون الإداري ولا نظير له في مجال القانون الخاص ، فسلطة الإدارة في إصدار قرارات إدارية يعد أوضح مظهر للامتيازات التي تتمتع بها بهدف تحقيق النفع العام ، إذ أن من شأن هذه القرارات إنتاج آثار قانونية وبصفة خاصة التزامات على عاتق المخاطبين بأحكام تلك القرارات دون أن يتوقف ذلك على قبولهم .

ففي القانون الخاص إذا ترتبت على الإرادة المنفردة بعض الآثار فلا يمكن أن تقارن بالآثار التي تترتب على صدورها في مجال القانون العام، كما أن آثارها مشروطة عادة بقبول أصحاب الشأن في مجال القانون الخاص.

أما في نطاق القانون العام ، فإن الإدارة تملك طبقاً للنصوص الدستورية والتشريعية إصدار قرارات ملزمة بإرادتها المنفردة حيث تتعدى آثار تلك القرارات إلى الغير من الأفراد وتطبق عليهم فتنشئ لهم حقوقاً أو ترتب على عاتقهم التزامات دون أن يتوقف ذلك على قبولهم ، والقرارات الإدارية يفترض فيها أن تكون صحيحة وسليمة ، فهي حجة على صحة ما تتضمنه من أحكام ولها قيمة قانونية لحين إثبات العكس ، فالقرار الإداري من شأنه أن يعدل التنظيم القانوني القائم وينبغي على كل فرد وعلى كل سلطة قضائية اعتباره صحيحاً طالما لم يصدر قرار آخر أو حكم قضائي بإلغائه أو بطلانه .

وفي هذا الشأن فإن النظام القانوني للقرار الإداري يجعل منه سلطة خارقة في يد الإدارة وهو أكثر وسائلها فاعلية في الوصول إلى أهدافها التي ينبغي أن تتمثل في النفع العام.

ويقصد بنفاذ القرارات ذات اثر الرجعي سريان القرارات التي تمس مراكز قانونية شخصية تكاملت عناصرها قبل صيرورة القرار نافذاً.

ويحكم نفاذ هذا النوع من القرارات مبدأ هام من المبادئ المنفق عليها فقهاً وقضائياً سواء في فرنسا أو في مصر ألا وهو مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية .

ومبدأ عدم الرجعية بصفة عامة من المبادئ الأساسية المسلم بها سواء كان ذلك في مجال القوانين⁽¹⁾ وخاصة القوانين الجنائية أم في مجال القرارات الإدارية بنوعها التنظيمية والفردية

¹ د. سليمان مرقص - شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية - 1967 - ص 181 وما بعدها .

وتنص المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي على أن أحكام القانون لا تطبق إلا بالنسبة للمستقبل ولا يجوز أن يكون لها أثر رجعي ، وهذا النص التشريعي الذي يقضى بعدم رجعية القوانين لا يعتبر المصدر الأساسي لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، فعدم رجعية القرارات الإدارية تستند إلى أحد المبادئ القانونية العامة التي يقرر لها القضاء قيمة القاعدة القانونية⁽¹⁾ . ويطبق مجلس الدولة الفرنسي باطراد هذا المبدأ ، فهو لا يقر رجعية القرار الإداري إلا إذا أجاز القانون ذلك ، وفيما عدا هذه الحالة يقضى بإلغاء القرار الإداري المتضمن أثراً رجعياً سواء تعلق الأمر بقرار تنظيمي أو بقرار فردي⁽²⁾ .

ونصت الدساتير المصرية اعتباراً من دستور 1923 حتى دستور 1971 على مبدأ عدم رجعية القوانين⁽³⁾ واستناداً إلى هذا الأصل الدستوري طبقت محكمة القضاء الإداري المصرية مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية إذا قررت دوائها المجتمعة أن " المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي طبقاً للمادة 27 من الدستور (دستور 1923) حتى ولو كانت تلك الحقوق مستمدة من قرارات تنظيمية عامة تصدرها الإدارة بما لها من سلطة عامة في حدود وظيفتها التنفيذية بمقتضى القوانين ، ولم تكن تلك الحقوق مستمدة مباشرة من نصوص القوانين ، لأن الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة فهذا ما تقضى به العدالة الطبيعية ويستلزمه الصالح العام ، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق ، كما لا يتفق والمصلحة العامة أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم .

لذلك كان نص المادة 27 من الدستور مؤكداً لذلك الأصل الطبيعي من حيث عدم جواز انعطاف أثر القوانين على الماضي ، وكذلك انسحبت بعض المواد في الإعلان الدستوري (2) كما يلزم أن يفسر الاستثناء الذي جاءت به هذه المادة في أضيق الحقوق ، بحيث لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة أو بالمراكز القانونية التي تمت سواء أكان اكتسابها بقانون أو بقرار تنظيمي عام ، إلا بقانون وذلك نزولاً على حكم الدستور الذي جعل تقرير الرجعية رهيناً بنص خاص في قانون ، أي جعل هذه الرخصة التشريعية ذات الخطر من اختصاص السلطة التشريعية وحدها ، لما يتوافر فيها من ضمانات ولأنها تمثل إرادة الأمة التي هي مصدر السلطات⁽³⁾ .

وإذا كان الحكم السابق قد استند إلى المادة 27 من دستور 1923 الذي كان قائماً في ذلك الوقت للتدليل على قاعدة عدم الرجعية ، إلا أنه حرص على الإشارة إلى أن نص تلك المادة مؤكداً لأصل طبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة .

وانطلاقاً من هذا الأصل فإن قاعدة عدم الرجعية تسرى على القرارات الإدارية بنوعها فردية ولائحية رغم أن الحكم لم يشر إلا إلى القرارات الإدارية بنوعها فردية ولائحية رغم أن الحكم لم يشر إلا إلى القرارات التنظيمية. ذلك أن حكم الدوائر المجتمعة حرص على إبراز أن قاعدة عدم الرجعية تستند إلى أصل طبيعي من حيث عدم جواز انعطاف أثر القوانين على الماضي لأن استقرار المعاملات يستلزمها وتلك هي الحكمة التي يستند إليها مجلس الدولة الفرنسي في إقرار هذه القاعدة ، ويسوق الفقهاء بجواز هذه الضرورة العمية

¹ يراجع في هذا الصدد مطول الفقيه " دي لوبادير " – مرجع سابق – ص 349 ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، يراجع حكمه في قضية Vezia مع تقرير المفوض لاتورنيري والمنشور بمجلة القانون العام لسنة 1936 ، ص 126 .

مشار إليه د/ محمد سعيد أمين ، مبادئ القانون الإداري – طبعة 2007 – ص 60 وما بعدها .

² تراجع الأحكام العديدة لمجلس الدولة الفرنسي التي أشار إليها الفقيه " دي لوبادير " ، مرجع سابق ، ص 349 .

³ كانت المادة 27 من دستور 1923 تنص على أنه " لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عنها أثر فيما وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص " وقد ورد النص المقابل في المادة 186 من دستور 1956 على النحو التالي " لا تسرى أحكام القوانين لا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عنها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة ، وقد وردت هذه المادة بذاتها تحت رقم 163 من دستور 1964 وتحت رقم 187 من دستور 1971 .

(2) الاعلان الدستوري بعد الثورة الصادر بتاريخ 2011/3/23م

حجة قانونية لتأييد القاعدة السابقة مرجعها إلى قواعد الاختصاص بقولهم أن مصدر القرار الإداري يعتدى على اختصاص سلفه فيما لو ضمن قراره أثراً رجعياً. والمسلم به في الفقه الإداري الفرنسي أن قاعدة عدم الرجعية في القرارات الإدارية هي قاعدة أمرية ، وفي حالة الشك يجب على القاضي أن يرجح عدم الرجعية ، وجزاء الرجعية بطلان القرار الإداري ذي الأثر الرجعي .

تلك هي خلاصة مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية التي أتى على مجلس الدولة الفرنسي فترة من الزمن كان يطبقه بمنتهى الصرامة ، أما الآن فإن المتأمل في قضائه الحديث يلحظ أن المجلس قد بدأ يلطف من حدة مبدأ عدم الرجعية بما لا يخرج به عن جوهره أو يعوق الإدارة عن أداء رسالتها⁽¹⁾ .

و إن المتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي ، والمصري ، يجد أن هناك حالات أباح فيها القضاء الخروج على قاعدة عدم الرجعية على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة ، وذلك لظروف خاصة تحيط بكل حالة من تلك الحالات .

وسوف نعرض فيما يلي أحوال إباحة الرجعية التي أقرها القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر ، والتي تعد بمثابة استثناءات عيه ويمكننا حصرها فيما يلي :

المبحث الأول: الرجعية بنص تشريعي ،

المبحث الثاني: الرجعية تنفيذاً لأحكام الإلغاء.

المبحث الثالث: سوف نخصه للقرارات الرجعية بطبيعتها.

¹ د. سليمان محمد الطماوى ، الوجيز في القانون الإداري "دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1989، ص 570 .

المبحث الأول: الرجعية بنص تشريعي

تعد إباحة الرجعية بنص تشريعي أقدم الاستثناءات وأكثرها تطبيقاً في العمل وبمقتضاها يجوز للمشرع أن يخول للإدارة بنص صريح في القانون أن تضمن قرارات معينة آثاراً رجعية⁽¹⁾.

كما أن النصوص التشريعية في فرنسا والنصوص الدستورية في مصر قد أباحت للمشرع الخروج على مبدأ عدم الرجعية بنص صريح في القانون ، ومن ثم فإن المشرع يستطيع أن يصدر تشريعاً ينص فيه على أن يسرى بأثر رجعي⁽²⁾ كما أن له أن يفوض الإدارة في اتخاذ قرارات إدارية رجعية ، وهذه الحالة الأخيرة تعتبر إحدى الحالات التي أباح فيها القضاء الإداري الرجعية في القرارات الإدارية بل أنها تعتبر من أكثر الحالات تطبيقاً في العمل ، وقد سلم بها كل من مجلس الدولة الفرنسي ، والمصري ، في العديد من أحكامها .

ويلاحظ في هذا الشأن بأن تفويض المشرع للإدارة بإصدار قرارات رجعية قد يكون صريحاً ، وذلك بأن ينص في القانون صراحة على تخويل الإدارة تضمين قرارات معينة آثاراً رجعية حتى تاريخ معين يحدده القانون ، وخير مثال لذلك ما حدث في فرنسا في أعقاب الحرب العالمية الثانية حيث أصدر المشرع عدة قوانين أباح فيها للإدارة اتخاذ قرارات رجعية في شئون الموظفين ، وكان يقصد بتلك القرارات الرجعية تصحيح أوضاع الموظفين بأثر رجعي منذ قيام الحرب ، كذلك أصدر المشرع الفرنسي قوانين تبيح للإدارة اتخاذ قرارات رجعية بسحب الجنسية الفرنسية من الأجانب من رعايا الدول المحاربة ضد فرنسا ، وقد حدد المشرع بدء سريان تلك القرارات من بداية الحرب .

وكما يكون تفويض المشرع للإدارة بإصدار قرارات رجعية صريحاً ، يمكن أن يكون ضمناً ، كما لو صدر قانون يخول الإدارة سلطة إعادة النظر في جميع القرارات الصادرة من سلطة معينة ابتداء من تاريخ معين⁽³⁾.

ويضاف إلى ما سبق أن الرجعية في القرارات الإدارية تكون مباحة – بطبيعة الحال – في حالة ما إذا أصدرت السلطة التشريعية قانوناً رجعية يحتاج تنفيذه إلى صدور قرارات إدارية سواء كانت تلك القرارات في صورة لوائح أم قرارات فردية ، ففي هذه الحالة تكون القرارات التنفيذية اللازمة لنفاذ التشريع الرجعي ، متضمنة بالضرورة آثاراً رجعية ، فيبدأ سريان تلك القرارات من تاريخ نفاذ القانون في الماضي.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أباح للإدارة إصدار قرارات رجعية بتفويض منه فإنه قد أصدر في بعض الحالات قوانين بقصد التسليم بصحة بعض القرارات الإدارية الرجعية التي صدرت قبل صدور تلك القوانين ويعتبر هذا النوع من القوانين بمثابة إجازة من المشرع للقرارات الرجعية التي تكون الإدارة قد أصدرتها .

وقد أثار موضوع إجازة المشرع لبعض قرارات الإدارة الرجعية خلافاً في الفقه الفرنسي ، فقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين : الأول ، ويؤيده الفقيه الفرنسي أوبى ويرى عدم مشروعية إجازة المشرع اللاحقة للقرارات الإدارية الرجعية التي أصدرتها الإدارة ، لأن معنى ذلك أن المشرع بتلك الإجازة إنما يقوم بتصحيح قرارات الإدارية صدرت باطلاً وهذا لا يجوز .

¹ د. محمد سعيد حسين أمين – مبادئ القانون الإداري – طبعة 2007 – ص 63 .

² راجع د. عبد الرازق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثالث – 1958 – ص 2 .

³ راجع د. سليمان الطماوى – مرجع سابق – ص 574 .

أما الرأي الثاني ، ويؤيده الفقيه الفرنسي ديبرو⁽¹⁾ فيقر بشرعية هذه الإجازة على أساس أنه إذا كان المشرع يملك - باعتراف الفقه والقضاء - تخويل الإدارة بإصدار قرارات إدارية متضمنة أثاراً رجعية فإنه يملك أيضاً إجازة القرارات الرجعية التي تكون الإدارة قد أصدرتها ، ولقد أيد كل من المشرع الفرنسي ومجلس الدولة⁽²⁾ الفرنسي أصحاب هذا الرأي الأخير .

ونحن نتفق مع أصحاب الرأي القائل بصحة إجازة المشرع للقرارات الإدارية التي صدرت متضمنة أثاراً رجعية ، وذلك عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضى بأن الإنابة السابقة كالإجازة اللاحقة ، ولكن يشترط في هذه الحالة إذا حدثت في مصر ، أن يصدر التشريع الذي يتضمن الإجازة مستوفياً الشروط والضمانات التي حددها الدستور الصادر في سنة 1971 في المادة (178) منه ألا وهي أن يكون قد وافق على هذا القانون غالبية أعضاء مجلس الشعب .

المبحث الثاني: الرجعية تنفيذاً لأحكام الإلغاء

إن دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام لإلغاء القرارات الإدارية وهي من الدعاوى العينية حيث أن الخصومة الحقيقية في هذه الدعوى تنصب على القرار الإداري ذاته بقصد التوصل إلى إلغائه وبغض النظر عن الحقوق الشخصية لرافع الدعوى.

والحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يكون حجة على الكافة فهو يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بالحجية النسبية للأحكام وهذه الحجية المطلقة لحكم الإلغاء وردت في قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة ، وأخيراً وردت في المادة (52) من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 لسنة 1972 حيث تنص هذه المادة على أنه " تسرى في شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة " ⁽³⁾ .

وإذا كان لا يوجد مثيل لهذا النص في القانون الفرنسي إلا أن القضاء، والفقه الفرنسي قد استقرا على أن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يحوز حجة مطلقة.

وإذا كان الحكم بإلغاء القرار الإداري حجة على الكافة فإن الحكم بعدم قبول الدعوى (دعوى الإلغاء) تكون حجته نسبية أي مقصورة على طرفيه ، لأنه قد يكون صائباً بالنسبة للطاعن وخاطئاً بالنسبة إلى غيره ، ولقد أوضحت هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 112 لسنة 1946 الخاص بإنشاء مجلس الدولة .

ويترتب على الحكم بإلغاء قرار إداري ما ، اعتباره كأن لم يكن ، ومقتضى ذلك زوال كل الآثار القانونية التي رتبها القرار الملغى ، وكذا زوال كل ما انبنى عليه من أعمال قانونية أخرى ، والتي تتمثل في القرارات الإدارية التي صدرت مستندة إليه ، وتنفيذ حكم الإلغاء واجب مفروض على الإدارة ، وقد نصت على ذلك المادة (54) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 حيث أوجبت أن تكون

¹ راجع رسالة أولفيه ديبرو - سابق الإشارة إليها - ص 229 .

² راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي التالية :

- حكمه بتاريخ 1949/5/25 في قضية " Martin " المجموعة ص 242 .

- حكمه بتاريخ 1950/3/8 في قضية " Litandon " المجموعة ص 147 .

- حكمه بتاريخ 1950/4/28 في قضية " Jousset " المجموعة ص 681 .

- حكمه بتاريخ 1951/11/9 في قضية " Pourpart " المجموعة ص 521 .

³ ورد مثل هذا النص في المادة (8) من قانون إنشاء مجلس الدولة المصري رقم 112 لسنة 1946 ، ثم في المادة (9) من القانون رقم 9 لسنة 1949 ، ثم المادة (17) من القانون رقم 165 لسنة 1955 ، ثم المادة (20) من القانون رقم 55 لسنة 1959 .

الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة بالإلغاء مشمولة بالصيغة الآتية " على الوزراء ورؤساء المصالح المختصة تنفيذ هذا الحكم وإجراء مقتضاه " .

وإذا كانت الإدارة – كما سبق أن رأينا – ملزمة بتنفيذ حكم الإلغاء فإن هذا التنفيذ يجب أن يتم في خلال فترة معقولة وإلا تعرضت للمسئولية وتقدير تلك الفترة متروك للمحكمة في كل حالة على حدة .

ولقد قضى مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه بالتعويض للمدعى عن تراخي الإدارة في تنفيذ حكم الإلغاء الصادر لصالحه ، ومن أحدث أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن حكمها بتاريخ 24 فبراير 1929 ، حيث أيدت المحكمة في هذا الحكم حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 28 مايو 1972 في الدعوى رقم 1781 ، والذي كان يقضى بإلزام وزارة الحربية بأن تؤدي للمدعى مبلغ خمسمائة جنهماً على سبيل التعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء عدم تنفيذ حكم الإلغاء الصادر بتاريخ 6 مارس 1969⁽¹⁾ .

كذلك قضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 8 مايو 1973 بأنه " ... توجد ثمة مبادئ استقر عليها الفقه والقضاء الإداريين في شأن تنفيذ الأحكام ، مفادها أن على جهة الإدارة أن تقوم بتنفيذ الأحكام (أحكام الإلغاء) في وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلانها فإن هي تقاعست أو امتنعت دون وجه حق عن التنفيذ اعتبر هذا الامتناع بمثابة قرار إداري سلبي مخالف للقانون ... " ⁽²⁾ .

وتنفيذ حكم الإلغاء يجب أن يكون تنفيذاً حقيقياً وكاملاً ، ويحكم هذا التنفيذ قاعدة مقتضاها أن يعود للطاعن بقدر الإمكان مركزه القانوني قبل صدور القرار الملغى ، على اعتبار أنه لم يصدر أصلاً ، وبناء على ذلك ينشئ حكم الإلغاء على عاتق الإدارة التزامات سلبية ، وأخرى إيجابية تتعلق الأولى بالمستقبل ، فتحول دون إصدار الإدارة قرارات تستند إلى القرار الملغى ، وترتبط الثانية بالماضي فتلزم الإدارة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه لو لم يصدر القرار الملغى .

وقد قضت بالمعنى السابق كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري في العديد من أحكامها ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 24 فبراير 1974 بأن " ... مهمة القاضي الإداري تقف عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع أما تنفيذ مقتضى هذا الإلغاء فإنه مما تختص به الجهة الإدارية بالقرار الذي يصدر منها مراعية فيه التنفيذ الكامل للحكم الذي يصدر في هذا الشأن " ⁽³⁾ .

كذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن " الأصل أنه يترتب على صدور حكم بإلغاء قرار إداري ، العودة بالحالة وكأن القرار الإداري لم يصدر قط ولم يكن له أي وجود قانوني ، وهذا الأثر الهادم يقتضى إزالة القرار المحكوم بإلغائه ومحو آثاره من وقت صدوره ، كذلك لا يقتصر أثر الحكم على هدم القرار المحكوم بإلغائه بل يصحب ذلك كأثر حتمي للحكم إعادة بناء مركز المحكوم له وكأن القرار لم يصدر البتة وفي هذه الحالة يتعين إزالة جميع الأعمال التنفيذية ، والمادية المترتبة على القرار الملغى ، ثم معاملة المحكوم له على أساس ما كان يستحقه قانوناً لو لم يصدر القرار الملغى ، وما يتبع ذلك من أعمال سائر الآثار المترتبة على الإلغاء كذلك يجب على الإدارة ألا تنفذ

¹ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1979/2/24 في الطعن رقم 1076 لسنة 18 ق – لم ينشر بعد .

² راجع حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1973/5/8 في القضية رقم 963 لسنة 25 ق ، المجموعة ص 245 .

³ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1974/2/24 في الطعن رقم 29 سنة 16 ق المجموعة ص 180 .

الحكم تنفيذاً حقيقياً كاملاً ، هذا وإن تنفيذ حكم الإلغاء يلقى على عاتق الإدارة التزاماً إيجابياً باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ مؤدى الحكم مع تطبيق نتائجه القانونية وذلك على أساس افتراض عدم صدور القرار الملغى ابتداء فإرد ما كان إلى ما كان عليه " (١) .

ولكى تقوم الإدارة بتنفيذ حكم الإلغاء لأبد لها من إصدار قرارات إدارية متضمنة بالضرورة أثراً رجعياً ، وذلك لإعادة الحال إلى ما كان من الواجب أن يكون عليه لو لم يصدر القرار الملغى وتعتبر تلك القرارات الرجعية استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بعدم رجعية القرارات الإدارية . ولقد أخذ كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري بهذا الاستثناء في العديد من أحكامهما ، بل أن مجلس الدولة المصري قضى صراحة بأنه " لا تسرى أحكام القرارات الإدارية واللوائح إلا على ما يقع من تاريخ صدورهما ولا يترتب عليها أثراً فيما وقع قبلها إلا في حالتين : الأولى ، أن تكون هذه القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعي ، والثانية أن تكون هذه القرارات واللوائح صادرة تنفيذاً لأحكام صادرة من مجلس الدولة بإلغاء قرارات إدارية وقعت مخالفة للقانون لما يترتب على الإلغاء من أثر في الحوادث السابقة " (٢) .

فحكم الإلغاء له أثراً رجعياً ، يقصد منه حماية الشرعية من ناحية ، والمحافظة على أصحاب الشأن من ناحية أخرى ، فحماية الشرعية حماية كاملة تقتضى أن يعطف الجزاء المقرر لمخالفتها إلى التاريخ الذي تحققت فيه هذه المخالفة ، وهو تاريخ صدور القرار الملغى ، ومن ناحية أخرى لا ينبغي أن يكون أصحاب الشأن ضحية حلول إجراءات التقاضي ، وخاصة مع ما هو مقرر من أن الطعن بالإلغاء ليس له أثر موقف للقرار .

فالأثر الرجعي لحكم الإلغاء مظهر أساسي من مظاهر فاعلية رقابة الإلغاء ، بدونها تفقد هذه الرقابة الكثير من أهميتها ، فالأثار التي يحققها القرار الإداري في الفترة منذ صدوره حتى الحكم بإلغائه قد تحقق كل أهداف القرار أو القدر الغالب والأهم منها مما تضعف معه أهمية الحكم بإلغائه لو كان أثره مقصوراً على المستقبل فحسب (٣) .

والرجعية في هذه الحالة رجعية مجازية (افتراضية) ذلك أن ما مضى من الزمن لا يمكن أن يعود ، فمن المنطق أن يقال أن كل ما يمكن عمله هو أن تتصرف الإدارة في المستقبل بطريقة يترتب عليها إيجاد مركز متقارب بقدر الإمكان للمركز الذي كان يجب أن يوجد في الماضي ، وبهذا لا نكون بصدد رجعية بالمعنى الحقيقي ، بل مجرد عرض في المستقبل لما كان يجب أن يحدث في الماضي ، فحكم الإلغاء له أثر كاشف لحق سابق (حق المدعى) .

ويتضح مما سبق أنه يجب على الإدارة لكي تقوم بتنفيذ حكم الإلغاء تنفيذاً حقيقياً ، وكاملاً يحقق الهدف من الحكم بإلغاء القرار الإداري ، أن تتخذ نوعين من الإجراءات هما :

أولاً: إزالة القرار الملغى ، وما ترتب عليه من آثار ، بأثر رجعي ، وهو ما يطلق عليه الرجعية الهادمة .

ثانياً: إصدار القرارات الرجعية اللازمة لإعادة الحال إلى ما كان يجب أن يكون عليه ، لو لم يصدر القرار الملغى ، وهو ما يطلق عليه الرجعية البناءة .

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في كل منهما إجراء من الإجراءات سألني الذكر .

¹ راجع حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 18/5/1973 في القضية رقم 963 لسنة 25 ق ، وقد سبق الإشارة إليه .

² راجع حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 10/3/1948 في القضية رقم 96 لسنة 1 ق س 2 ص 440 .

³ راجع الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة – رسالته بعنوان آثار حكم الإلغاء – جامعة القاهرة 1971 ص 343 .

المطلب الأول: الرجعية الهادمة

إن القرار الإداري له آثار قانونية وأخرى مادية كما أنه يمكن أن يتخذ أساساً لإصدار قرارات أخرى مستندة إليه اصطلاحاً على تسميتها بالقرارات التبعية ، والرجعية الهادمة من شأنها إزالة القرار الإداري ، وآثاره القانونية والمادية بأثر رجعي ، وكذا إزالة القرارات التبعية المستندة إليه بأثر رجعي أيضاً .

أولاً: إزالة القرار الإداري وآثاره ، بأثر رجعي :

يترتب على صدور حكم بإلغاء قرار إداري ما زال ذلك القرار بأثر رجعي ، أي اعتباره كأن لم يكن ، وزوال القرار الإداري بأثر رجعي يعتبر نتيجة مباشرة لحكم الإلغاء ، فالقرار الإداري يعتبر كأن لم يكن بمقتضى الحكم بإلغائه ودون حاجة إلى تدخل من الإدارة لاعتباره كذلك .

ولا يغير من هذا الأمر كون الإدارة تقوم عادة بإصدار قرار بسحب القرار الذي قضى بإلغائه ، فالقرار الساحب في هذه الحالة لا يعدو أن يكون عملاً مادياً لا ينتج بذاته أي أثر قانوني⁽¹⁾ فيإزالة القرار الملغى بأثر رجعي يعتبر نتيجة مباشرة للحكم بإلغائه .

وإذا كان الأصل ، كما سبق أن ذكرنا ، أن إزالة الأثر القانوني للقرار الملغى ، تتحقق تلقائياً بمقتضى حكم الإلغاء ، دون حاجة إلى تدخل من الإدارة في هذا الشأن. إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء يتعلق بالقرارات الإدارية السلبية.

فمن المعلوم أن القرار الإداري السلبي يتمثل في امتناع الإدارة عن إصدار قرار إداري كان من الواجب عليه إصداره طبقاً للقوانين واللوائح⁽²⁾ .

ويقول الدكتور رمزي الشاعر في هذا الشأن " إن مبدأ الشرعية لا يعنى احترام الإدارة للقانون في تصرفاتها الإيجابية فقط بل يعنى أيضاً واجب قيامها بالأعمال التي يحتم القانون عليها ضرورة تنفيذها أو القيام بها حيث يكون سكوتها عن القيام بتلك الأعمال تصرفاً سلبياً غير مشروع " .

ولما كانت القاعدة الأصولية تقضى بأن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري ، وليس له أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية التي تعتبر نتيجة حتمية لحكم الإلغاء ، فإن الحكم بإلغاء القرار السلبي لا يتضمن بذاته تحقيق الأثر القانوني ، الذي امتنعت الإدارة عن إحداثه ، وجاء هذا الامتناع على خلاف القواعد القانونية المقررة ، وإنما يتعين لتحقيق هذا الأثر أن تصدر الإدارة قراراً بذلك ، فالحكم الصادر مثلاً بإلغاء القرار السلبي الخاص بامتناع الإدارة عن منح ترخيص لممارسة نشاط معين ، لا يعتبر بمثابة ترخيص بمباشرة هذا النشاط وإنما يتعين أن يصدر بذلك الترخيص ، قرار من جهة الإدارة .

ولقد أوضحت المعنى السالف الذكر كل من محكمة القضاء الإداري ، والمحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامهما ، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن " ... أثر حكم الإلغاء هو إعدام القرار الملغى في الخصوص الذي حدده الحكم بحسب ما إذا كان الإلغاء شاملاً أو جزئياً ، وليس من أثر الحكم أن يعتبر من صدر لصالحه مرقى بذات الحكم وإلا كان ذلك بمثابة حلول المحكمة محل الإدارة في عمل هو من صميم اختصاصها بل لا بد من صدور قرار إداري جديد ينشئ المراكز القانونية في هذا الشأن على مقتضى ما قضت به

¹ راجع الدكتور عبد المنعم جيرة ، آثار حكم الإلغاء : دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، دار الفكر العربي ، 1971 ، ص 349 .

² راجع في هذا الشأن حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1965/2/9 في القضية رقم 659 لسنة 16 ق المجموعة ص 492 .

المحكمة وليس للمحكمة أن تلزم جهة الإدارة بإجراء الترقية في وقت معين مهما وجد من الدرجات الشاغرة إذ لا تملك المحكمة أن تنصب نفسها مكان الإدارة في تقدير ملاءمة إجراء أو عدم إجراء الترقية في تاريخ معين وهي ملاءمة تستقل جهة الإدارة بالترخيص في تقديرها بحسب ظروف الأحوال ، ومقتضيات الصالح العام ، وحاجة العمل باعتبار ذلك من مناسبات إصدار القرار الإداري⁽¹⁾ .

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " ... مهمة القاضي الإداري تقف عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع أما تنفيذ مقتضى هذا الإلغاء فإنه مما تختص به الجهة الإدارية بالقرار الذي يصدر منها مراعية فيه التنفيذ الكامل للحكم الذي صدر في هذا الشأن"⁽²⁾ .

ويتضح مما سبق أن مهمة القاضي الإداري تقف عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع ، أما تنفيذ مقتضى هذا الإلغاء فإن جهة الإدارة هي التي تختص به ، ويعنى ذلك أن الحكم بإلغاء قرار سلبى ينحصر أثره المباشر في شجب موقف الامتناع الذى سلكته الإدارة في إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره طبقاً للقوانين واللوائح ، أما تحقيق مقتضى هذا الحكم فلا يكون إلا بقيام الإدارة بإصدار القرار الذى كانت قد امتنعت عن إصداره ، وإذا لم يصدر هذا القرار فليس في الإمكان أن تتحقق آثاره بمقتضى حكم الإلغاء ذاته .

فالحكم بإلغاء قرار إيجابى يختلف عن الحكم بإلغاء قرار سلبى حيث أن الأول يترتب عليه مباشرة زوال ذلك القرار بأثر رجعى والثاني لا يترتب عليه مباشرة سوى شجب موقف الإدارة بالامتناع عن إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره ، أما تحقيق مقتضى الحكم فلا يكون إلا بقيام الإدارة بإصدار القرار الذى كانت قد امتنعت عن إصداره .

ومن الجدير بالذكر أن القرار الذى تلتزم الإدارة بإصداره في هذه الحالة لتحقيق الأثر المباشر للحكم بإلغاء قرار سلبى ، يجب أن يكون رجعياً ، أي أن آثاره تبدأ من تاريخ اتخاذ الإدارة لموقفها السلبى الذى تم إلغاء بمعرفة القضاء .

ونحن نرى أن القرار الذى تتخذه الإدارة في هذه الحالة إنما يدخل في نطاق الرجعية البناءة ، وليس في نطاق الرجعية الهادمة ، فالحكم بإلغاء القرار السلبى هو الذى يؤدي بذاته إلى هدم القرار السلبى (الموقف السلبى للإدارة) أما القرار الإيجابى الذى تتخذه الإدارة في هذا الشأن فإنه يعيد بأثر رجعى بناء المركز القانونى للمدعى ، والذى كان يجب أن يكون عليه لو لم يصدر القرار الملغى ، ومن ثم فإن هذا القرار الإيجابى يدخل في نطاق الرجعية البناءة .

وإذا كانت الإدارة ملزمة بإزالة القرار الملغى بأثر رجعى فإن التزامها هذا لا يقف عند حد إزالة الآثار القانونية للقرار بل يجب عليها أيضاً أن تقوم بإزالة الآثار المادية له ، مثل إخلاء العين المستولى عليها وتسليمها لمالكها عقب إلغاء قرار الاستيلاء عليها للمنفعة العامة ، ومثل إعادة إدراج اسم الموظف في سجلات الإدارة ، عقب إلغاء قرار فصله ، وتمكينه من ممارسة وظيفته⁽³⁾ .

ولكن إذا كانت إزالة الآثار المادية القائمة للقرار الملغى لا تثير أية مشاكل ، إلا أن الأمر يبدو صعباً بالنسبة لأعمال التنفيذ التي تكون قد تمت ، واستغرقت كل ما يحمله القرار الإداري من آثار . فليس من شأن الأثر الرجعى لحكم الإلغاء اعتبار هذه الأعمال وكأنها لم تحدث ، فالأعمال المادية تقترب بالزمن وتنطوي معه ولا يمكن إزالة ما تم منها واعتباره كأن لم يكن.

¹ راجع حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 13/4/1957 في القضية رقم 1650 لسنة 2 ق المجموعة ص 908 .

² راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 24/2/1974 في الطعن رقم 289 لسنة 16 ق المجموعة ص 180 .

³ راجع حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 28/12/1953 ص 8 ص 337 حيث قضت بأن " ... النتيجة الطبيعية التي تترتب على صدور الحكم بإلغاء قرار فصل موظف عام سواء أكان معيناً أو منتخباً ، أن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل صدور قرار الفصل ، وتنفيذ هذا الحكم يقتضى إعادة الموظف الذى حكم بإلغاء قرار فصله إلى ذات وظيفته التي كان قد فصل منها بالقرار المحكوم بإلغائه ، كما لو كان هذا القرار لم يصدر قط ... " .

ونحن نؤيد الرأي الراجح في الفقه والقضاء في القول بأن إلغاء القرار الفردي الأصلي ، يترتب عليه زوال القرارات الفردية المرتبطة به بأثر رجعي .

المطلب الثاني: الرجعية البناءة

إن الحكم بإلغاء قرار إداري ما ، يلزم الإدارة بإصدار بعض القرارات الإيجابية الرجعية التي من شأنها إعادة الحال إلى ما كان يجب أن يكون عليه لو لم يصدر القرار الملغى ، وهذا الإجراء من جانب الإدارة والذي تقوم به تنفيذاً لحكم الإلغاء يطلق عليه " الرجعية البناءة " .

فالإدارة تلتزم بأن تعيد بناء المركز القانوني للمحكوم له ، وأن تعامله على أساس ما كان يستحقه قانوناً لو لم يصدر القرار الملغى ، وبالإضافة إلى ذلك يجب على الإدارة أن تعيد بناء المراكز القانونية للأفراد الذين تأثرت مراكزهم القانونية نتيجة لإلغاء القرار الإداري المطعون فيه .

فإلغاء قرار التخطي في الترقية مثلاً يلزم الإدارة بأن تصدر قراراً بترقية المحكوم له إلى الدرجة التي رقى إليها زملاءه ، كما يجب عليها بالإضافة إلى ذلك أن تصدر بعض القرارات الإيجابية التي من شأنها إعادة بناء المراكز القانونية للموظفين الذين تأثرت ترقيةاتهم بإلغاء القرار المطعون فيه^(١) .

فإلغاء القرار الخاص بإعطاء المدعى تقرير سرى بدرجة ضعيف ، يلزم الإدارة بأن تصدر قراراً بإعطاء المدعى العلاوة الدورية التي كان قد حرم منها نتيجة حصوله على تقدير ضعيف في التقرير السرى .

وكذا إلغاء القرار الخاص بفصل المدعى من الخدمة يلزم الإدارة بأن تصدر القرارات الإيجابية اللازمة لإعادته إلى عمله الذي فصل منه ، وكذا ترقيته إلى الدرجات التي رقى إليها أقرانه في خلال مدة فصله عن العمل .

وبصفة عامة، تلتزم الإدارة بإعادة الحال إلى ما كان يجب عليه أن يكون عليه لو لم يكن القرار الملغى قد صدر، سواء تعلق هذا الأمر بالمركز القانوني للمحكوم له، أو بالمراكز القانونية للأفراد الذين تأثرت مراكزهم بالقرار المطعون فيه.

المبحث الثالث: القرارات الرجعية بطبيعتها

المطلب الأول: إباحة الرجعية بسبب مقتضيات سير المرفق العام

ساهم القضاء الإداري المقارن في توفير كل ما من شأنه تسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار ، فقد أثبتت أمامه العديد من القضايا والتي تقتضى تدارك مصلحة المرفق ، وإن كان في ذلك اصطدام مع أحد المبادئ العامة للقانون كمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، لذلك أقر القضاء الإداري استثناء آخر على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، وهذا الاستثناء يتعلق بالرجعية في القرارات الإدارية التي تتطلبها مقتضيات تسيير المرفق العام^(٢) .

^١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1957/4/13 في القضية رقم 1650 لسنة 2 ق المجموعة ص 908 .

^٢ د. محمد على آل ياسين : القانون الإداري ، ط 1 ، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة نشر ، ص 24 .

فإذا ما تعارض مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية مع القرار الذي يتطلبه سير المرفق العام فإن المبدأ يهمل وينفذ القرار بأثر رجعي⁽¹⁾، ومثال ذلك أن تشارف خدمة موظف معين على الانتهاء ببلوغ السن القانونية المقررة لتترك الخدمة، فتبدأ الإدارة باتخاذ الإجراءات اللازمة لمد خدمته، غير أن الموظف يبلغ السن فعلاً قبل صدور قرار من مجلس الوزراء بتمديد الخدمة، فإذا ما صدر هذا القرار بعد ذلك، طبق بأثر رجعي يترد إلى تاريخ بلوغ السن بحيث يعتبر الموظف وكأن خدمته لم تنته أصلاً.

ويستبعد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق المبدأ كلما تعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة أو كانت نتائجه غير مقبولة، ومن هذا القبيل رجعية قرارات التعيين لبعض الموظفين إذا ما تأخر صدور القرار عن يوم تسلمهم العمل⁽²⁾، فقد جاء في أحد أحكامه: "أنه إذا كانت الأشخاص المعنية العامة غير الدولة لا تستطيع أن تقبل الهبات والوصايا إلا بعد الحصول على إذن سلطات الوصاية فإن هذا الإذن متى صدر يرجع بتاريخه إلى الماضي لكي يتمكن الشخص المعنوي من قبول الهبة أو الوصية عند تقديمها مباشرة، ولتجنب آثار موت الواهب أو رجوعه قبل الحصول على الإذن"⁽³⁾.

أما في مصر، فإن الضرورة التي تقتضيها مصلحة المرفق العام، تسمح للإدارة بإصدار القرار ذي الأثر الرجعي، وذهب قسم التشريع في مجلس الدولة في هذا الصدد: "أنه وإن كان المسلم به أن القرارات الإدارية تنظيمية كانت أو فردية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي، إلا أنه يرد على مبدأ عدم الرجعية عدة استثناءات منها القرارات الإدارية التي تتضمن بالضرورة أثراً رجعياً كأن يتعلق بمقتضيات سير المرافق العامة، فإذا اقتضت الضرورة إلى تشغيل ميناء نزولاً على حكم مقتضيات العمل قبل صدور القرار الوزاري بتطبيق القانون رقم (11) لسنة 1969م في شأن رسوم الموانئ عليها فإنه يمكن في هذه الحالة النص في القرار - عند صدوره - على تطبيقه منذ التاريخ الفعلي لتشغيل الميناء حتى لا يتعطل المرفق أو تتقاعس المصلحة عن أداء عملها"⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: إباحة الرجعية في حالة تصحيح القرارات الإدارية

إن تصحيح القرار الإداري غير المشروع لا بد أن يكون بأثر رجعي من تاريخ صدوره، ولكن يثور التساؤل في هذا الشأن حول مدى إمكانية قيام الإدارة بتصحيح القرارات الإدارية المعيبة التي تصدر منها، ويمكن القول بأنه في حالة إجازة هذا الأمر للإدارة فإن عليها أن تقوم بإصدار قرار تصحح به القرار المعيب على أن يكون لهذا القرار أثر رجعي يجعله يسرى من تاريخ صدور القرار المعيب، ويأخذ التصحيح في هذه الحالة إحدى صورتين:

(أ) أن تقوم الإدارة بإصدار قرار لاحق تصحح فيه العيب الذي لحق بالقرار الأول، وهو ما يعبر عنه في القانون الخاص باصطلاح الإجازة.

(ب) أن يكون العيب في القرار راجعاً إلى صدوره من سلطة غير مختصة، وتريد الجهة الإدارية المختصة أن تصحح الوضع السابق، بقبول ذلك القرار من تاريخ صدوره، وهو ما يسمى في القانون الخاص بالإقرار.

¹ د. زين العابدين بركات: مبادئ القانون الإداري السوري والمقارن، 1972م، دار الفكر، ص 466.

² د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006م، ص 497.

³ د. سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 568.

⁴ فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم (134) المبدأ رقم (66) الصادر بتاريخ 1997/8/9م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررها قسم الفتوى في خمس سنوات، 1970-1975م، ص 65.

ولكن إذا كانت القاعدة المتفق عليها فقهاً وقضاءً هي عدم جواز قيام الإدارة بتصحيح القرارات الإدارية التي ولدت معيبة بأثر رجعي ، إلا أن القضاء الإداري لاعتبارات خاصة ، استثنى من تلك القاعدة بعض الحالات وهي :

أولاً: تصحيح الأخطاء المادية في القرارات الإدارية :

إن القرار الإداري تعبيري عن إرادة جهة الإدارة وهذا التعبير قد يصدر صحيحاً معبراً عن إرادة الإدارة الحقيقية ولكن يعيبه الخطأ عند نقله إلى علم الموجه إليه القرار عن طريق النشر أو الإعلان ، فتضطّر الجهة المنوط بها النشر أو الإعلان إلى إعادته مصححاً فهل يكون لهذا التصحيح أثر رجعي من تاريخ النشر أو الإعلان الأول للقرار أم أنه يسرى من تاريخ التصحيح .

بادئ ذي بدء يمكن القول بأن وقوع خطأ مادي في نشر القرار الإداري أو إعلانه لا يترتب عليه أي أثر على صحة القرار الإداري ، وذلك لأن النشر أو الإعلان ليس عنصر من عناصر القرار فما هما إلا وسائل لنقل العلم بالقرار الإداري إلى أصحاب الشأن كما سبق الإشارة إليه . ولكن وإن كان كل من النشر والإعلان ليس عنصر من عناصر القرار إلا أن لهما أهمية كبرى في نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد ، فتاريخ النشر أو الإعلان هو التاريخ الذي يمكن ابتداء منه الاحتجاج بالقرار الإداري في مواجهة الأفراد .

ولما كان الأصل أن الأفراد لا يعلمون بمضمون القرار الإداري إنما يتحقق لهم هذا العلم عن طريق النشر أو الإعلان ، فإذا وقع خطأ في النشر أو الإعلان فإن هذا الخطأ يتخذ إحدى صورتين لا ثالث لهما : إما أن يكون خطأ بسيطاً يمكن تداركه ، وإما أن يكون خطأ جسيماً يغير من مفهوم القرار المطلوب نشره أو إعلانه ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، يكون علم الأفراد بالقرار الصادر في شأنهم علماً غير سليم حيث أن مضمون القرار الذي علموا به يكون مختلفاً عن المضمون الحقيقي للقرار المراد نقل العلم به إليهم .

ونعرض فيما يلي لموقف الفقه والقضاء من تصحيح كل نوع من أنواع الخطأ السابق الإشارة إليه .

أ- إذا كان الخطأ بسيطاً يمكن تداركه:

يجب الفقه والقضاء تصحيح الخطأ البسيط بأثر رجعي ويقول بعض الفقهاء في هذا الشأن أنه قد يحدث أن يكون الغلط في نشر القرار الذي صدر التصحيح بشأنه من الموضوع بحيث يكون من السهل إدراكه عن طريق وسائل التفسير المادية ، وفي هذه الحالة لا يترتب التصحيح أي أثر إنما الأثر يترتب على القرار الأول من تاريخ نفاذه ، فيسرى القرار من تاريخ نشره أو إعلانه ، أما التصحيح فلا يترتب أثراً سوى إزالة ما كان يشوب القرار الأصلي من لبس⁽¹⁾ . ويقول الأستاذ Voinir في هذا الشأن ، أن القاضي لا يطبق التصحيح وإنما يطبق القرار أو المرسوم أو التشريع الأصلي وهو يطبقه بالطريقة التي كان سيطبقه بها لو لم ينشر التصحيح فمن واجب القاضي أن يطبق القواعد القانونية بعد استبعاد الأخطاء المادية⁽²⁾ .

ب- إذا كان الخطأ في النشر جسيماً يغير من فحوى القرار :

أيد أستاذنا العميد سليمان الطماوي - موقف محكمة النقض الفرنسية - فلا يقر سيادته التصحيح المادي المتضمن للأثر الرجعي إلا في حالة الخطأ المادي الواضح أو النقص البين ، أما إذا كان الخطأ المادي يغير من معنى القرار المنشور فإن سيادته لا يقر التعديل إلا من تاريخ النشر ، وأوضح سبب ذلك بقوله أنه إذا كان مسلك مجلس الدولة يضع موضع الاعتبار مصلحة الإدارة على أساس

¹ د. محمود حلمي : رجعية القواعد الجنائية الأصلح للمتهم ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1964 م ، ص 168 .

² تعليق على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1933/12/18 منشور في مجلة دالوز 1934 القسم الأول ص 17 .

أن الخطأ المادي الذي يقع أثناء النشر يجب ألا يحول دون نفاذ القرار من تاريخ نشره ، فإنه يهدر مصلحة الأفراد ، ويغفل الحكمة التي يقوم عليها النشر من حيث كونها وسيلة الأفراد الوحيدة للعلم بالقرار ، ومن ثم أنهم يكونون مضررين إذا رتبوا أمورهم على الصيغة الأولى التي نشر بها القرار إذا لم يكن في وسعهم الإحاطة بأصل القرار أو التنبيه إلى ما يشوبه من خطأ^(١) .

ونحن نتفق مع أستاذنا العميد سليمان الطماوى في الرأي ، وذلك لأن الهدف من الشهر هو نقل العلم بمضمون القرار إلى الأفراد فإذا كان هذا المضمون مختلف اختلافاً كبيراً عن المضمون الأصلي للقرار ، فلا يجوز أن يحتج بالمضمون الأصلي للقرار في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ شهره شهراً صحيحاً ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار شهر القرار الإداري مثل عدم شهره .

ثانياً: تصحيح الدعاوى المرفوعة من سلطة غير مختصة :

قد ترفع دعوى الإلغاء من موظف لا يختص بالتقاضي باسم الجهة الإدارية التابع لها، ومن ثم يكون من حق القاضي الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد جرى منذ سنة 1932 على قبول تدخل الوزير المختص وإجازته لتصرف رافع الدعوى حتى لو تمت الإجازة بعد انقضاء مدة الطعن في القرار موضوع القضية^(٢) .

وبهذا المسلك لمجلس الدولة الفرنسي يكون قد ساوى بين الإدارة والأفراد حيث أنه أجاز قبول تصحيح شكل الدعوى في حالة رفعها من محامى لا يحمل توكيلاً من المدعى إذا قدم التوكيل خلال نظر الدعوى حتى لو كان التوكيل صادراً بعد فوات مدة الطعن في القرار^(٣) .

ثالثاً: قبول الدعاوى الموجهة إلى قرارات إدارية غير نهائية متى أصبح القرار نهائياً قبل صدور الحكم في الدعوى :

تأخذ هذه الحالة في فرنسا إحدى صورتين^(٤) :

الأولى : أن يصدر قرار من جهة ليست لها سلطة إصدار قرارات إدارية ، فإذا طعن أحد الأفراد في هذا القرار ، فإن الدعوى تكون غير مقبولة ، ولكنها تكون مقبولة إذا تمسك من له سلطة إصدار القرار ، بالقرار المطعون فيه ودافع عنه أمام مجلس الدولة .

الثانية : وصورتها أنه إذا طعن أحد الأفراد ممن له مصلحة في قرار إداري ما قبل أن يصير نهائياً ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يقبل هذه الدعوى ، بشرط أن يصبح القرار نهائياً قبل صدور الحكم في الدعوى .

ويلاحظ أن الرجعية في هذه الحالة رجعية ظاهرية وليست حقيقية لأنها لا تؤدي إلى سريان القرار الإداري في تاريخ سابق على تاريخ صدوره ، ولكنها تتعلق فقط بقبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري قبل أن يصبح الحكم نهائياً متى أصبح القرار نهائياً قبل صدور الحكم في الدعوى .

^١ د. سليمان الطماوى – مرجع سابق – ص 604 ، 605 .

^٢ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 يناير 1932 في قضية " Mahieu " المجموعة ص 100 .

^٣ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1891/1/30 في قضية " Focet " منشور في مجموعة سيرى 1893 القسم الثالث ص 12 – راجع أيضاً حكمه بتاريخ 1906/5/18 في قضية Crepineau مجموعة سيرى 1908 – القسم الثالث ص 118 .

^٤ د. سليمان الطماوى ، مرجع سابق ، ص 606 .

رابعاً: الاعتداء المادي وتصحيح القرارات الإدارية :

يعرف أستاذنا العميد سليمان الطماوى الاعتداء المادي بأنه عبارة عن عمل تنفيذي يصدر من الإدارة ويشوبه خطأ جسيم ويتضمن اعتداء على ملكية أو على حرية فردية⁽¹⁾.

وفي واقع الأمر أن الرجعية هنا تتعلق بالاختصاص فحسب فالاعتداء المادي وقت صدوره كان من اختصاص المحاكم العادية ولكن بعد أن تقوم الإدارة بإصدار قرار لاحق لذلك الاعتداء المادي ينقل هذا الاختصاص إلى مجلس الدولة الذى يتولى فحص الموضوع برمته وقد ينتهي فيه إلى إقراره أو إلغاء القرار الإداري الصادر في هذه الحالة باعتباره متضمناً رجعية غير مشروعة .

فالتصحيح بأثر رجعى هنا – وطبقاً لمسلك محكمة التنازع الفرنسية – لا يرد إلا على الاختصاص فحسب ، فمحكمة التنازع ترى أن القرار اللاحق الذى تصدره الإدارة ينقل بأثر رجعى – في خصوصية قواعد الاختصاص – العمل التنفيذي من دائرة الغصب والاعتداء المادي ، وهي من اختصاص المحاكم العادية إلى دائرة العمل التنفيذي المستند إلى قرار إداري ، وهي من اختصاص مجلس الدولة .

المطلب الثالث: إباحة الرجعية في حالة سحب القرارات الإدارية

إن السحب عملية قانونية تمكن الإدارة من إعادة النظر في القرار الذى أصدرته ، وهو كما يرد على القرارات الصريحة يرد أيضاً على القرارات الضمنية .

والسحب قد يكون سحياً كلياً شاملاً للقرار الإداري برمته وذلك إذا كانت عدم المشروعية قد لحقت القرار كله ، أما إذا كانت عدم المشروعية لم تلحق سوى جزء فقط من أجزاء القرار دون باقي أجزائه ، فإن السحب في هذه الحالة يكون سحياً جزئياً ، إذ تقوم الإدارة بسحب القرار في جزءه غير المشروع فقط ، وهذا ما يسعى بالإبطال الجزئي ، ولكن هذا الإبطال الجزئي لا يحدث إلا إذا كان القرار الإداري قابلاً للتجزئة ، أما إذا كان غير قابلاً للتجزئة ، فإنه يجب على الإدارة في هذه الحالة أن تقوم بسحب القرار كله .

والسحب يكون في أغلب الأحيان صريحاً ، وذلك بأن ترجع الإدارة صراحة في قرارها الغير مشروع ، ولكنه قد يكون ضمناً وذلك بأن تتخذ الإدارة قراراً لا يستقيم إلا على أساس سحب القرار الغير مشروع⁽²⁾ .

ويتم السحب بقرار من السلطة التي أصدرت القرار المطلوب سحبه أو من السلطة الرئاسية لها ، وهو يحدث إما نتيجة لتصرف تلقائي من جانب تلك السلطات ، أو بناء على تظلم ذوى الشأن الذين مسهم القرار .

وكمبدأ يجب على الإدارة عند إصدارها للقرار الساحب أن تتبع الإجراءات التي اتخذتها عند إصدار القرار المراد سحبه ، وهذه هي قاعدة الشكليات التي أشار إليها الكثير من الفقهاء .

ويتربط على مخالفة القاعدة السابقة بطلان القرار الساحب بطلاناً مطلقاً أي اعتباره كأن لم يكن ، وبالتالي يمكن سحبه في أي وقت ، ويرد على هذه القاعدة استثناء يؤدي إلى عدم الالتزام بها ، وذلك في حالة ما إذا اختلفت الأوضاع عند سحب القرار الإداري عن الأوضاع التي صدر القرار في ظلها⁽³⁾ .

¹ د. المرجع نفسه، ص 608 .

² راجع الدكتور سليمان الطماوى، مرجع سابق ، ص 769 .

³ راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي التالية :

ويترتب على سحب القرار الإداري إعدامه بأثر رجعي أي اعتباره كأن لم يكن ، فالقرار الساحب يلغى القرار المسحوب من تاريخ صدوره ، أي أن القرار الساحب يكون له أثراً رجعياً ، ومن ثم يعد استثناءً من قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية .

وبذلك يختلف السحب عن الإلغاء الإداري، فالأول يعدم القرار الإداري بأثر رجعي من تاريخ صدوره، أما الثاني فإنه يبطل القرار الإداري بالنسبة للمستقبل فحسب دون الماضي.

وإذا كان من حق الإدارة سحب القرارات الإدارية التي تصدرها، فإن حقها هذا ليس مطلقاً بل هو حق مقيد بقيدين أحدهما يتعلق بالقرار المطلوب سحبه، والثاني يتعلق بالمدة التي يجوز فيها السحب.

فإذا كانت نظرية سحب القرارات الإدارية⁽¹⁾ – وهي إحدى النظريات التي ابتدعتها القضاء الإداري والفرنسي – قد اعترفت بحق الإدارة في سحب أنواع معينة من القرارات التي تصدرها ، فإنها قد قيدت هذا الحق بشروط معينة ، كما أنها ألزمت الإدارة بأن يتم ذلك السحب في خلال مدة معينة .

وتفرق نظرية سحب القرارات الإدارية بين ما إذا كان القرار الإداري المطلوب سحبه قراراً تنظيمياً أو قراراً فردياً.

أولاً: القرار التنظيمي:

يفرق الفقهاء في شأن سحب القرارات التنظيمية بين القرار التنظيمي المشروع والقرار التنظيمي غير المشروع .

أ- بالنسبة للقرار التنظيمي المشروع يوجد إجماع بين الفقهاء على أنه لا يجوز للإدارة سحب القرارات التنظيمية المشروعة بأثر رجعي ، لأن التنظيم إنما يكون بالنسبة للمستقبل ، لا بالنسبة للماضي وإن كان يجوز للإدارة إلغاء اللوائح المشروعة أو تعديلها بالنسبة للمستقبل فحسب دون الماضي.

ب- أما بالنسبة للقرار التنظيمي الغير مشروع ، فإنه يجوز للإدارة أن تقوم بسحبه بأثر رجعي في خلال مدد التقاضي ، أما إذا انقضت تلك المدد وطبقت اللوائح تطبيقات فردية ، فإنه يسرى عليها ما يسرى على اللوائح السليمة من حيث جواز إلغائها بالنسبة للمستقبل فحسب دون الماضي، وفي أي وقت حتى بعد انقضاء مدد التقاضي .

- حكمه بتاريخ 1955/1/7 في قضية La Chaumiere des pastourelles المجموعة ص 11 .

- حكمه بتاريخ 1967/4/28 في قضية Federation nationale des sydieats Pharmaceutiques مجلة A.J 1967 ص 401 – مع تعليق " Galabert " .

- وحكمه بتاريخ 1968/3/29 Soc de lotissement de la plage de pampelonne – المجموعة ص 211 مع تعليق " Vught " .

¹ راجع نظرية سحب القرارات الإدارية بالتفصيل فيما يلي :

- الدكتور سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص 656 وما بعدها .

- المستشار عبده محرم – سحب القرارات الإدارية الفردية – مجلة مجلس الدولة السنة الأولى 1950 ص 109 ، بحثه أيضاً بعنوان " سحب القرارات الإدارية الفردية ، مجلة مجلس الدولة – السنة الثالثة – 1952 ص 135 .

- الدكتور عبد القادر خليل – رسالته بعنوان " نظرية سحب القرارات الإدارية – القاهرة – طبعة 1964 .

ثانياً: القرار الفردي:

تفرق نظرية سحب القرارات الإدارية بين ما إذا كان القرار الفردي المطلوب سحبه قد تولد عنه حق من عدمه ، فالقرار الذي لم يتولد عنه حق أو ميزة شخصية لأحد ، يجوز للإدارة سحبه في أي وقت ، دون التقيد بمدة معينة ، وسواء كان ذلك القرار مشروعاً أو غير مشروع .

أما القرارات التي يتولد عنها حق شخصي ، أو ميزة معينة لأحد الأفراد فإنه لا يجوز سحبهها إلا بشروط معينة ، إذ يفرق الفقه والقضاء في مجال القرارات التي يتولد عنها حق بين ما إذا كان القرار مشروعاً أو غير مشروع .

أ- فإذا كان القرار مشروع لا يجوز سحبه بأي حال من الأحوال ويرجع ذلك كما يقول أستاذنا العميد سليمان الطماوى إلى قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ذاتها ، ذلك لأنه في حالة إباحة سحب القرار الإداري المشروعة ، فإن القرار الساحب سيكون رجعيّاً من حيث إعدامه لأن آثار القرار المسحوب من تاريخ صدور هذا القرار الأخير ، وليس هناك من سبب معقول تحريم الرجعية في حالة القرارات التي تنشئ أو تعدل مراكز قانونية ، وإباحتها بالنسبة للقرارات التي تلغى مراكز قانونية⁽¹⁾ .

ب- أما القرار الغير مشروع ، فقد أجاز كل من مجلس الدولة الفرنسي ، والمصري سحبه ، على أن يتم هذا السحب في خلال مدة الطعن فيه قضائياً ، وكذا في خلال دعوى إلغائه إذا ما رفعت هذه الدعوى فعلاً ، أما إذا انتهت مدة الطعن القضائي في القرار ولم يطعن عليه أحد ، ولم تقم الإدارة بسحبه خلال تلك المدة ، ففي هذه الحالة يتحصن القرار الغير مشروع ولا تستطيع الإدارة سحبه بعد ذلك⁽²⁾ .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بهذا المعنى في العديد من أحكامها ، ومن أوضح أحكامها في هذا الشأن حكمها بتاريخ 2 يناير 1966 حيث قضت بأنه " ومن حيث أن نظرية سحب القرارات الإدارية المعيبة ، إنما تدور على محورين أولهما حق الإدارة في تصحيح الأوضاع المخالفة للقانون ورد تصرفاتها إلى حظيرة القانوني إعمالاً لمبدأ المشروعية ، والثاني وجوب استقرار الأوضاع الإدارية ، والتوفيق بين هذين الأمرين استقر القضاء على أن القرار الإداري المعيب متى كان من شأنه أن يولد حقاً بالمعنى الواسع ، فإن حق الإدارة في سحبه يكون في الفترة التي يكون فيها مهدداً بالإلغاء القضائي ... ويعتبر هذا القيد بمثابة النتيجة الطبيعية التي يؤدي إليها ربط السحب الإداري بالإلغاء القضائي ، باعتبار أن كليهما جزءاً لمخالفة مبدأ المشروعية ، يؤدي إلى انعدام القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره .

وإذا كانت الإدارة - كما سبق أن رأينا - لا تستطيع سحب القرار الإداري الغير مشروع إلا في خلال مدد الطعن القضائي فيه ، فإن تلك القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات التي من شأنها السماح للإدارة بسحب بعض القرارات الإدارية الغير مشروعة في حالات معينة بعد فوات مدد الطعن القضائي فيها ، وتلك الحالات هي :

أ- حالة القرارات المعدومة .

ب- حالة حصول أحد الأفراد على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس .

ج- حالة القرارات المتعلقة بتسويات خاطئة لمرتبات الموظفين .

¹ راجع الدكتور سليمان الطماوى - مرجع سابق - ص 659 .

² راجع الدكتور محمد رمزي الشاعر - تدرج البطلان في القرارات الإدارية - رسالة جامعة عين شمس - سنة 1968 - ص 325 حيث يقول سيادته بأنه يقصد بحصانة القرارات الإدارية ، عدم جواز المساس بها سواء بإلغائها أو سحبهها إذ أن للأفراد أن يعولوا على قدر معقول من استقرار مراكزهم الشخصية التي يكتسبونها

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال ، أنه لا يشترط أن تتم إجراءات السحب جميعها خلال مدة الطعن بالإلغاء حتى يقع السحب صحيحاً . بل يكفي أن تبدأ الإدارة في إجراءات السحب خلال مدة الطعن القضائي ، حتى ولو لم تتم تلك الإجراءات إلا بعد انتهاء هذه المدة.

ولقد أشارت إلى ذلك كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري في العديد من أحكامها⁽¹⁾ .

ويترتب على سحب القرار الإداري آثاراً هامة من شأنها إلزام الإدارة بالقيام بنوعين من الإجراءات هما :

أ- إلغاء القرار المسحوب بأثر رجعي من تاريخ صدوره، وكذا إلغاء القرارات التبعية المرتبطة به بأثر رجعي، وهذا ما يطلق عليه الرجعية الهادمة.

ب- إصدار قرارات إيجابية رجعية بهدف إعادة الحال إلى ما كان يجب أن يكون عليه لو لم يصدر القرار الملغى ، وهذا ما يطلق عليه الرجعية البناءة .

ولقد أوضح تلك الآثار كل من مجلس الدولة الفرنسي ، والمصري في العديد من أحكامهما ، ومن أحدث أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن حكمها بتاريخ 30 ديسمبر 1973 ، حيث قضت بأن " ... قرار مجلس الجامعة بالموافقة على تعيين المطعون ضده - يحمل في طبيعته إفصاحاً عن نية المجلس في سحب قراره الأول واعتباره كأن لم يكن ، وهذا السحب يستتبع العودة بحالة المطعون ضده وكأن القرار المسحوب لم يصدر قط ولم يكن له أي وجود قانوني ، ومن ثم يقتضى الأمر محو كل أثر للقرار المذكور من وقت صدوره ، وإعادة بناء مركز المطعون ضده ، وكأن القرار الصادر بالموافقة على تعيينه قد صدر يوم 1965/7/29 وهو تاريخ صدور القرار المسحوب ، وما يتبع ذلك من أعمال سائر الآثار المترتبة على السحب "⁽²⁾ .

وسوف نتناول فيما يلي الآثار الهادمة للسحب (الرجعية الهادمة) والآثار البناءة له (الرجعية البناءة) .

أولاً: الآثار الهادمة للقرار المسحوب (الرجعية الهادمة) :

إن الآثار الهادمة للقرار المسحوب (أو الرجعية الهادمة) تتمثل في إزالة القرار المسحوب بأثر رجعي منذ تاريخ صدوره ، وكذا إزالة كافة الآثار القانونية والمادية المترتبة عليه أيضاً بأثر رجعي ، هذا بالإضافة إلى إزالة القرارات المرتبطة بالقرار المسحوب بأثر رجعي ، وكل ذلك على التفصيل الذي ذكرناه في حالة الأثر الرجعي لحكم الإلغاء .

ولكن يبقى في هذا المجال مسألة بسيطة تتعلق بحالة سحب قرار تعيين أو ترقية أحد الموظفين ، فيثير التساؤل في هذه الحالة حول ما إذا كان هذا السحب يفقد الموظف بأثر رجعي كل المزايا المالية التي ترتبت على تعيينه أو ترقيته أم لا ؟ وهل تعتبر جميع القرارات التي أصدرها هذا الموظف قبل سحب قرار تعيينه أو ترقيته قرارات معدومة لصدورها من غير مختص أم لا ؟

إن مقتضى الأثر الرجعي للقرار المسحوب يؤدي إلى القول بأنه يجب على الموظف الذي سحب قرار تعيينه أو ترقيته أن يرد للإدارة المزايا المالية التي حصل عليها خلال الفترة السابقة على سحب قرار تعيينه أو ترقيته ، كما يجب القول أيضاً باعتبار جميع القرارات التي أصدرها هذا الموظف في خلال تلك الفترة قرارات معدومة لصدورها من غير مختص .

¹ راجع حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1968/3/28 في القضية رقم 103 لسنة 20 ق - مجموعة القضاء الإداري في ثلاث سنوات 1966 - 1969 ص 286 .

² راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1973/12/30 في القضية رقم 838 لسنة 15 ق المجموعة ص 83 .

ولكن هذه النتائج المنطقية للأثر الرجعي تصطدم باعتبارات أخرى لا تقل عنها أهمية ، ذلك لأن المزايا المالية التي حصل عليها الموظف بناء على قرار تعيينه لم تكن بدون مقابل ، بل كانت مقابل عمل أداه للإدارة ، ومن ثم لا يجوز للإدارة استرداد تلك المزايا منه في حالة سحب قرار التعيين ، وإلا تكون الإدارة في هذه الحالة قد أثرت على حساب ذلك الموظف .

ومن أجل هذا ، فإننا نرى أن الموظف الذي قامت الإدارة بسبب قرار تعيينه ، يكون من حقه الاحتفاظ بكل المبالغ التي حصل عليها من الإدارة ، وهو لا يستند في الاحتفاظ بها في هذه الحالة إلى قرار التعيين ، وإنما إلى قواعد الإثراء بلا سبب ، ذلك لأن قرار التعيين بعد سحبه يعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم تزول بأثر رجعي جميع الآثار القانونية والمادية المترتبة عليه ، ولكن يبقى للموظف الحق في الاحتفاظ بالمبالغ التي حصل عليها مقابل العمل الذي أداه للإدارة في خلال فترة تعيينه⁽¹⁾ .

ولكننا نرى من ناحية أخرى أنه إذا كانت الإدارة قد أصدرت قرار التعيين بناء على غش أو تدليس من الشخص الذي صدر قرار التعيين بشأنه ، فإنه في حالة سحبه لقرار تعيينه يجب عليها أن تسترد منه ما حصل عليه من مزايا مالية بناء على هذا التعيين ، وذلك على أساس أنه قد قصد من الغش والتدليس أن يعين في وظيفة ويستفيد من المزايا المالية المقررة لشاغلها ، فيجب أن يرد عليه قصده ، وتقوم الإدارة باسترداد المبالغ المالية التي حصل عليها نتيجة غشه وتدليسه طبقاً للقاعدة الأصولية التي تقضى بأن الغش يفسد كل شيء .

ويمكننا القول بصيغة عامة في هذا الشأن ، بأنه لا يترتب على سحب القرار الإداري الخاص بأحد الموظفين أن يرد ذلك الموظف للإدارة ما حصل عليه من مزايا مالية بناء على القرار المسحوب ، إلا إذا كان القرار المسحوب قد صدر بناء على غش أو تدليس من ذلك الموظف .

أما بالنسبة للقرارات الإدارية التي أصدرها الموظف الذي سحب قرار تعيينه ، فإنها تكون قرارات صحيحة إذ تسرى عليها في هذه الحالة نظرية الموظفين الفعليين .

ومؤدى هذه النظرية ، أن القرارات الإدارية التي يصدرها الموظفون الذين شابت قرارات تعيينهم بعض العيوب ، تعتبر قرارات صحيحة ، يتمسك بها الأفراد ، ويحتج بها عليهم ، بشرط أن يكونوا حسن النية .

فليس من المصلحة العامة في شيء ، والحفاظ على استقرار المعاملات والأعمال الإدارية ، أن تكلف الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة أن يتقاضوا عن صحة تعيين الموظفين الذين يتعاملون معهم قبل أن يبدأوا في التعامل معهم فعلاً .

ولا يمكننا القول في هذا المجال بأن القرارات التي كانت قد أصدرها الموظف المسحوب قرار تعيينه تعتبر باطلة ، في حالة ما إذا كان قرار التعيين قد صدر بناء على غش أو تدليس من ذلك الموظف (مثل ما قلنا في شأن الآثار المادية) لأن الأمر هنا لا يتعلق بمصلحة الموظف الذي سحب قرار تعيينه ، ولكنه يتعلق بمصلحة الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة ، وكذا المصلحة العامة واستقرار الحياة الإدارية ، وهي كلها أمور توجب أن تظل تلك القرارات صحيحة .

ثانياً: الآثار البنائة للقرار الساحب (الرجعية البنائة) :

وكما أن للقرار الساحب آثار هادمة ، فإن له أيضاً آثار بناءة وتنحصر تلك الآثار الأخيرة ، في أن تقوم الإدارة بإعادة الحال إلى ما كان يجب أن يكون عليه لو لم يصدر القرار المسحوب .

¹ راجع الدكتور عبد القادر خليل – مرجع سابق – ص 272 .

فالموظف الذى سحب قرار فصله يجب إعادته لعمله ، واعتباره كأنه لم يفصل قبل ذلك ، فسحب قرار الفصل لا يعد هنا بمثابة إعادة تعيين للموظف الذى سحب قرار فصله بل يعتبر وكأنه كان مستمراً في العمل ولم يفصل قط ، ويترتب على ذلك أنه يجب على الإدارة أن تقوم بوضع ذلك الموظف في أقدميته بين أقرانه .

على أن المسألة تدق بالنسبة لحق الموظف الذى سحب قرار فصله أو قرار إحالته إلى المعاش في الحصول على المرتبات والمزايا المالية التي كان يجب على الإدارة أن تؤديها إليه لو لم يكن قد فصل أو أُحيل إلى المعاش .

ويمكن القول هنا بأنه لا يحق للموظف الذى سحب قرار فصله أو قرار إحالته إلى المعاش أن يحصل على المرتبات والمزايا المالية التي كان يجب على الإدارة أن تؤديها إليه لو لم يكن قد فصل أو أُحيل إلى المعاش ، ويرجع ذلك إلى أن المرتب إنما يكون مقابل العمل ، والموظف لم يقم بأي عمل تستفيد منه الإدارة خلال المدة التي كان مفضولاً فيها أو محالاً إلى المعاش ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إثراء الموظف على حساب الإدارة .

ولكن من ناحية أخرى يمكن القول بأنه يجوز للموظف أن يحصل من الإدارة على مبالغ مالية كتعويض له عن الأضرار التي حاقت به نتيجة لقرار الفصل أو الإحالة إلى المعاش الغير مشروع.

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر يقضى بحق الموظف الذى أُلغى المجلس قرار فصله في الحصول على جميع المرتبات التي يستحقها في الفترة الواقعة بين الفصل وبين إعادته إلى الخدمة^(١) ، إلا أنه عدل بعد ذلك عن موقفه هذا ، واستقرت أحكامه منذ زمن بعيد على أن مثل هذه المبالغ ، وإن التزمت الإدارة بها ، لا تعتبر مرتبات ، وإنما تعتبر تعويضات عن الفعل المخالف للقانون^(٢) المطلوب الرابع: إباحة الرجعية في حالة القرارات المؤكدة والمفسرة

إن القرارات المؤكدة والقرارات المفسرة تتضمن بطبيعتها أثراً رجعياً ، وذلك لأنها قرارات لا تضيف بذاتها أثراً جديداً إلى عالم القانون ، بل يقتصر عملها على تأكيد أو تفسير نص سابق ، ومن ثم لا بد أن يرتد أثرها في التأكيد أو التفسير إلى تاريخ صدور ذلك النص .

ويقول أستاذنا العميد سليمان الطماوى في هذا الشأن ، أن القرار المؤكد لا يعتبر في حقيقة الأمر قراراً إدارياً ، لأنه لا يحدث بذاته أي أثر قانوني ، فأثره لا يعدو أن يكون مجرد تأكيد للأثر القانوني الذى أحدثه قرار سابق^(٣) .

ويقول الدكتور محمود حلمي أن القرار الإداري المؤكد لا يحدث بذاته أثراً قانونياً ، وإنما تـنحصر مهمته في مجرد ترديد الأحكام التي وردت بقرار سابق ، لمجرد إظهار نية الإدارة في التمسك بالقرار الأول ، أو لتنبية الأفراد إلى واجباتهم التي نص عليها في القرار الأول^(٤) .

والمتفق عليه فقهاً وقضاء^(٥) أن الرجعية في القرارات المؤكدة مسموح بها وهي في الواقع رجعية ظاهرة وليست رجعية حقيقية .

فالرجعية الحقيقية مؤداها ، أن يحدث القرار الإداري أثراً قانونياً يترتب عليه إنشاء مركز قانوني أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني قائم من قبل ، على أن يكون هذا الإنشاء أو التعديل أو الإنهاء للمراكز القانونية من تاريخ سابق على تاريخ نفاذ القرار ، ولما كان القرار

¹ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1910/7/8 في قضية " Danger " مجموعة ليون 1910 ص 576 .

² راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1914/7/13 في قضية " Odolez " مجموعة ليون 1914 ص 877 .

³ راجع الدكتور سليمان الطماوى – مرجع سابق – ص 591 .

⁴ راجع الدكتور محمود حلمي – مرجع سابق – ص 162 .

⁵ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1949/1/14 في قضية " Societe des films Sirius et autres " المجموعة ص 311 .

المؤكد لا يحدث بذاته أثراً قانونياً بالمعنى السابق بل يقتصر أثره على تأكيد المراكز القانونية التي نشأت لأصحابها بمقتضى قرار سابق ، فإن الرجعية في هذه الحالة تكون رجعية ظاهرية وليست حقيقية .

وعلى هذا الأساس إذا طعن أحد الأفراد بالإلغاء في قرار إداري مؤكد، ناعياً عليه تضمينه أثراً رجعياً، فإن القضاء الإداري سوف يقضى بصحة القرار رغم تضمينه الأثر الرجعى.

وكذلك الحال بالنسبة للقرارات المفسرة ، فالتفسير يقصد به بيان حقيقة معنى نص سابق ثار حول تفسيره الخلاف أو أخذ القضاء والأفراد بمعنى ينافي قصد مصدره وفي هذه الحالة تسرى الجهة المختصة أن من واجبها التدخل حسماً للخلاف أو بياناً للمعنى المقصود .

فالقرار المفسر يقتصر دوره على إزالة الغموض والإبهام الذى يحيط بنص قرار سابق ، ومن ثم فإنه لا يحدث أي أثر قانوني جديد فهو لا ينشئ مركزاً قانونياً جديداً ، ولا يتعرض للمراكز القانونية السابقة بالتعديل أو التغيير .

ولما كان الهدف من إصدار القرار المفسر هو بيان المقصود من معنى قرار سابق ، فإنه بالضرورة لا بد أن يزيل الإبهام الذى لحق مضمون القرار السابق بأثر رجعى^(١) .

ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا بهذا المعنى في العديد من أحكامها ، ومن أحكامها الحديثة نسبياً في هذا الشأن " حكمها بتاريخ 16 نوفمبر 1968 حيث قضت بأنه " وإن كان القرار التفسيري المشار إليه قد نشر في تاريخ 17 من أغسطس 1967 ، ولم يتضمن نصاً يقضى بنفاذه في تاريخ سابق على تاريخ نشره غير أنه ليس من شك في سريانه اعتباراً من تاريخ نفاذ القانون الذى صدر القرار التفسيري استناداً إلى أحكامه ، ذلك لأن القرارات التفسيرية إنما تصدر لتكشف غوامض القانون ، ولتزيل الغموض والإبهام الذى قد يلابس بعض نصوصه ، فهي لا تخرج عن أحكام القانون أو تعدله أو تستحدث أحكاماً لم يتناولها " ^(٢) .

الخاتمة

إن أساس القاعدة العامة في تنفيذ القرارات الإدارية ، والتي تقضى بأن مجرد رفع الدعوى بطلب إلغاء القرار الإداري لا يترتب عليه وقف القرار المطعون فيه ، لا يرجع – كما يقول الفقهاء – إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، أو إلى الرغبة في عدم عرقلة نشاط الإدارة ، وإنما يرجع بصفة أساسية إلى قرينة الصحة أو السلامة التي زودت بها القرارات الإدارية ، فهذه القرينة – في رأينا – هي الأساس الطبيعي للقاعدة ، فعند رفع دعوى الإلغاء يكون الأصل المسلم به أن القرار الإداري المطعون فيه قرار صحيح ومطابق للقانون ، ومن ثم لا يكون هناك مبرراً لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بمجرد رفع الدعوى بطلب إلغائه .

كما أن قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية لا تستند إلى النصوص الدستورية أو التشريعية ، ولكنها تستند بصفة أساسية إلى المبادئ العامة للقانون ، وقد أوضحنا أن هناك استثناءات هامة ترد على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، حيث تبين أن أحوال الرجعية تكون مباحة إذا كانت تنفيذاً لنص القانون أو لأحكام الإلغاء أو في حالة تصحيح القرارات الإدارية أو في حالة سحب القرارات الإدارية أو في حالة القرارات المفسرة والمؤكدة .

^١ راجع الدكتور عبد الرزاق السنهورى – بحثه بعنوان " مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية " منشور في مجلة مجلس الدولة العدد الثالث 1952 – ص 1 .

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1968/11/16 في القضية رقم 195 لسنة 13 ق – المجموعة ص 40 .

كما أنه يجوز للمشرع أن يصدر تشريعاً بإجازة القرارات الإدارية التي صدرت متضمنة أثراً رجعياً ، وذلك عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضى بأن الإنابة السابقة كالإجازة اللاحقة ولكن يشترط في هذه الحالة أن يصدر التشريع الذي يتضمن الإجازة مستوفياً الشروط والضمانات التي حددها دستور 1971 في المادة (178) منه والتي تشترط أن يوافق على القانون المتضمن الأثر الرجعى غالبية أعضاء مجلس الشعب .

كما أن الأثر الرجعى لحكم الإلغاء يعد مظهراً أساسياً من مظاهر فاعلية رقابة الإلغاء بدونه تفقد هذه الرقابة الكثير من أهميتها ، فالآثار التي يحققها القرار الإداري في الفترة منذ صدوره حتى الحكم بإلغائه قد تحقق كل أهداف القرار أو القدر الغالب والأهم منها مما تضعف معه أهمية الحكم بإلغائه لو كان أثره مقصوراً على المستقبل فحسب ، ولذلك يجب على الإدارة عند صدور حكم بإلغاء قرار إداري ما ، أن تصدر قرارات رجعية من شأنها إعادة الحال إلى ما كان من الواجب أن يكون عليه لو لم يصدر القرار الملغى .

وتجدر الإشارة إلى أنه يترتب على سحب القرار الإداري إعدامه بأثر رجعى ، وفي هذه الحالة يجب على الإدارة أن تصدر قرارات رجعية من شأنها إعادة الحال إلى ما كان من الواجب أن يكون عليه لو لم يكن القرار المسحوب قد صدر .

دور قاضي المستعجلات في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الاعتداءات الجنحية والاعتداءات الناجمة عن نزع الملكية.

د. محسن الصويب

أستاذ بكلية الحقوق مراكش .

أدى الاختلاف الحاصل في تحديد الطبيعة القانونية لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، إلى الاختلاف في تحديد مرجع رفع الصعوبة أثناء تنفيذ حكم إرجاع الوضع إلى حاله، وفي هذا اختلفت الآراء وتشعبت والثابت أن هناك رأيين.

رأي يذهب إلى القول بأن الجهة المختصة للبت في رفع صعوبة تنفيذ إرجاع الوضع إلى حاله هي المحكمة التي أصدرت الحكم القاضي بذلك، عملاً بمقتضيات المادة 599 من ق.م.ج.

ورأي آخر يذهب إلى منح اختصاص رفع صعوبة تنفيذ إرجاع الوضع إلى حاله إلى قاضي المستعجلات، في إطار المسطرة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية عملاً بقاعدة الإحالة الواردة في المادة 598 من ق.م.ج.

وفي نظرنا هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب لأنه يجمع بين مبدأين أساسيين:

مبدأ الفورية في تنفيذ الأحكام العقارية بما في ذلك إرجاع الوضع إلى حاله وهي ميزة لا تتوفر إلا من خلال مسطرة القضاء الاستعجالي التي تتميز بالاختصار⁽¹⁾.

ومبدأ التثبت والتحري الذي يتطلب الوقت الضروري لإصدار أحكام عادلة وهو ما يتحقق على مستوى المحكمة الجزرية مصدرة الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

لذلك وتوفيقاً بين المبدأين يستحسن أن يحتفظ للقضاء الاستعجالي بحقه في التدخل لرفع صعوبات تنفيذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وذلك تفادياً للأضرار الجمة خصوصاً على مستوى الأجال التي يمكن أن تلحق المجني عليه، إذا صنفنا صعوبات تنفيذ إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ضمن الصعوبات الموضوعية.

والمقصود بالصعوبات عموماً المنازعات الواقعية أو القانونية المتعلقة بتنفيذ الأحكام أو السندات القابلة للتنفيذ والتي يثيرها الأطراف أو الأعيان بقصد البت فيها⁽²⁾.

والصعوبات القانونية إما، صعوبات وقتية وهي المنازعات التي يثيرها الأطراف المنفذ لهم أو المحكوم عليهم، وقد نظمها المشرع من خلال الفصلين 149 و436 من ق.م.ج، وإما صعوبات موضوعية وهي التي تعرض على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم حسب ما يقضي به الفصل 26 من ق.م.ج، والمادة 599 من ق.م.ج وتثار قبل مباشرة إجراءات التنفيذ⁽³⁾. وما يهمنا هو الصعوبات الوقتية، والتي تعتبر مؤقتة وتثار قبل التنفيذ وأثناءه ويختص فيها رئيس المحكمة بصفته قاضياً للمستعجلات، أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الذي يعود له الاختصاص بالبت في تلك الصعوبات عندما يكون النزاع معروضاً على محكمته.

(1) منشور وزارة العدل رقم 283 بتاريخ 1966/03/02، مجلة المحقق القضائي، عدد 7 و8 فبراير 1983.

(2) عبد الله الشرفاوي، "صعوبة تنفيذ الأحكام والقرارات"، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 128 1978، ص 25.

(3) عبد الكريم الطالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة السادسة، ص 434.

والأمثلة على الصعوبات الوقتية التي تعترض تنفيذ الأحكام العقارية عديدة، ففي مجال الاعتداء على الأملاك العقارية تكمن الصعوبة مثلا عندما يمتنع شخص عن إرجاع العقار إلى من له الحق فيه بعد صدور الحكم، الشيء الذي يكون معه صاحب الحق في العقار في حاجة ماسة إلى إسباغ حماية قضائية مستعجلة، خصوصا وأن من شأن مراجعة القضاء الاستعجالي التخفيف المادي والمعنوي على المتضرر، مما لا يضطر معه إلى استخدام العنف المضاد لإسترجاع عقاره⁽¹⁾.

وتدخل رئيس المحكمة لوضع حد لصعوبات تنفيذ الأحكام العقارية، لا تقتصر على صعوبة تنفيذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بصفته قاضيا للمستعجلات في إطار الفصل 149 من ق.م.م، بل يتعداه إلى تدخله لرفع الاعتداء على الأملاك العقارية في إطار عمله الولائي من خلال الفصل 148 من ق.م.م وذلك على مستوى الأوامر المبنية على طلب، كاستصدار أمر بتوجيه إنذار بإفراغ، محل ذي استعمال سكي أو مهني...

وإثارة صعوبات تنفيذ إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لا تقتصر على الحالة التي يكون فيها المعتدي شخصا طبيعيا في إطار جريمة الاعتداء على الأملاك العقارية، بل إثارة هذا النوع من الصعوبة يكون له محل أمام قاضي المستعجلات حتى عندما ترفض الإدارة إعادة الحال إلى ما كانت عليه خاصة ما يتعلق بهدم ما بنته فوق عقارات الأفراد بدون سند في القانون كالاعتداء المادي، متشبثة بمقتضيات الفصل 25 من ق.م.م كمبرر يحول دون إمكانية توجيه أوامر قضائية بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفرع إلى مبحثين:

المبحث الأول: اختصاص قاضي المستعجلات في وضع حد لصعوبات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الاعتداءات الجنحية.

المبحث الثاني: اختصاص قاضي المستعجلات الإداري في وضع حد لصعوبات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الاعتداءات المادية الناجمة عن نزع الملكية.

المبحث الأول: اختصاص قاضي المستعجلات في وضع حد لصعوبات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الاعتداءات الجنحية.

إن اختصاصات القضاء المستعجل غير محدودة ولا حصر لها فهو يختص في كل الطلبات الرامية إلى اتخاذ إجراء وقتي أو قضائي مستعجل، وقد تناول المشرع المغربي في الفصلين 148 و149 من ق.م.م بعض اختصاصاته على سبيل المثال لا الحصر، ومن الاختصاصات الأصيلة لهذا القضاء وضع حد لصعوبات تنفيذ الأحكام القضائية كوضع حد لصعوبات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وتحتصر سلطة قاضي المستعجلات في الحكم بإجابة رافع الدعوى إلى طلبه أو رفضه بحسب ما يبدو له من ظاهر المستندات⁽²⁾.

ومن الخصائص التي توصف بها أوامر قاضي المستعجلات في تنفيذ الأحكام عامة، تنفيذها تنفيذا معجلا بقوة القانون وهذا الوصف في نظري يعطي قيمة مضافة للأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، لما فيه من جبر للضرر الحاصل للمحكوم له نتيجة الاستمرار في احتلال عقاره، وهكذا إذا كانت القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام أنه لا يتم التنفيذ إلا إذا كان الحكم مكتسبا لقوة الشيء المقضي به،

(1) "لأن الحماية الجنائية لا تتجسد في إدانة المتهم، بل أيضا في تمكين المتضرر من استرجاع حيازته أما إذا نفذ المحكوم عليه العقوبة الحبسية والغرامة، وظل حائزا للعقار فإن ذلك لم يغير في الواقع من شيء، بل إن الحكم يكون قد عاقب على جريمة لازالت قائمة".

- ينظر: حسن البكري، الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع المغربي، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى ص 116.

(2) كريم بكرش، "القضاء الاستعجالي"، دار النشر الأحمدي المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1995، ص 70.

أي أنه لم يعد قابلا للطعن فيه بالطرق العادية، فإن لهذه القاعدة استثناء وهي قابلية الأحكام الاستعجالية للنفاد ولو قبل ذلك الأوان الطبيعي لتنفيذ الأحكام⁽¹⁾.

وهذا ما نص عليه الفصل 153 من ق.م.م "تكون الأوامر الاستعجالية مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون...".

وقولنا بأن اختصاصات القضاء المستعجل غير محدودة ولا حصر لها، ليس أمر مطلقا بل إن تدخل قاضي المستعجلات لرفع صعوبات تنفيذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه مشروط بمجموعة من الشروط والمحددات وهي.

المطلب الأول: الشروط الخاصة لاختصاص قاضي المستعجلات في وضع حد لصعوبات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

المطلب الثاني: خصوصيات تنفيذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من طرف قاضي المستعجلات.

المطلب الأول: الشروط الخاصة لاختصاص قاضي المستعجلات في وضع حد لصعوبات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تقوم الدعوى المستعجلة على مجموعة من الشروط الخاصة، تتماشى وطبيعة الاستعجال وما تهدف إليه، وفي هذا الإطار نستحضر أن الفقه لم يتفق على مجموع الشروط الخاصة التي يجب توفرها في الدعوى الاستعجالية، حيث ذهب رأي إلى أن اختصاص القضاء المستعجل يقوم على شرط واحد هو الاستعجال، وذهب رأي آخر إلى القول بأن اختصاص القضاء الاستعجالي ينبي على دعامتين هما، الاستعجال وعدم المساس بالجوهر⁽²⁾، وعنصر الاستعجال الذي أجمع عليه الفقه والقضاء نص عليه المشرع صراحة في الفصل 149 من ق.م.م الذي جاء فيه: "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات، كلما توفر عنصر الاستعجال..."، أما شرط عدم المساس بالموضوع، فإن المشرع المغربي نص عليه أيضا من خلال الفصل 152 من ق.م.م "ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر".

ولالإحاطة بهذا المطلب سنقسمه إلى:

الفقرة الأولى: توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الموضوع.

الفقرة الثانية: اشتراط تقديم دعوى في الموضوع.

⁽¹⁾ خص المشرع للتنفيذ المعجل أحكام الفصل 147 من ق.م.م الذي جاء فيه "يجب أن يؤمر بالتنفيذ المعجل رغم التعرض والاستئناف دون كفالة إذا كان هناك سند رسمي أو تعهد معترف أو حكم سابق غير مستأنف"

- التنفيذ المعجل نوعين، تنفيذ معجل قضائي وهو الذي لا يتم إلا بأمر من القاضي، وتنفيذ معجل قانوني وهو الذي يكون بقوة القانون، كقضايا النفقة (الفصل 179 من ق.م.م) والقضايا الاجتماعية (الفصل 285 من ق.م.م).

⁽²⁾ عبد الله درميش، "موقع القضاء المستعجل من القضاء بصفة عامة"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 41، ص 17.

- "الاستعجال له علاقة بظروف الواقعة موضوع الدعوى وتتوافر بغير فعل القاضي، الذي ينحصر اختصاصه في إثباتها، أما عدم المساس بالموضوع فتعد عنصرا ينشأ من القانون ويتعلق بالقاضي، ويحد من نشاطه وسلطته في الدعوى".

- ينظر عبد اللطيف هداية الله، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ص 71.

الفقرة الأولى: عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق

أولاً: عنصر الاستعجال

"الاستعجال هو حالة من الحالات التي تقتضي تدبيراً فورياً، يخشى إن لم يتخذ هذا التدبير حدوث ضرر لا يمكن تداركه في المستقبل"⁽¹⁾، ولا ينبغي الخلط بين الاستعجال والنظر في الدعوى على وجه السرعة، إذ يتضح الفرق بين الاستعجال والبت في الدعوى على وجه السرعة من خلال، طبيعة الإجراءات، والجهة المختصة وطرق الطعن، والتنفيذ⁽²⁾.

فالاستعجال بهذا المعنى ذو طابع نسبي، أي أن تفسيره يضيق ويتسع بحسب الأحوال، وتقديره أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي يستنبطه من المسائل الواقعية والموضوعية التي لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض⁽³⁾.

والمشروع من خلال الفصل 149 من ق.م.م اشترط عنصر الاستعجال لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة للبت في صعوبات تنفيذ الأحكام، فكل حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به وأثيرت حوله الصعوبة يتعين البت في تلك الصعوبة على وجه الاستعجال، وتمثل حالة الاستعجال بالنسبة لصعوبة لتنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في الحيلولة دون ضياع حق صاحب العقار المحكوم له من الاستفادة بعقاره من جهة، ومن جهة ثانية تتمثل طبيعة الاستعجال في المحافظة على العقار في ذاته من الخطر الذي يمكن أن يهدده كالهدم من طرف المحتل أو بيعه ومن جهة ثالثة فرض نوع من الاحترام للأحكام القضائية بشكل عام والعقارية بشكل خاص، تجنباً لضياع المصالح إذا لم يتم تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، خصوصاً وأن رفع الأمر إلى القضاء الاستعجالي في هذا الباب يأتي في إطار تكميل احترام الأحكام الجزئية والحيلولة دون امتداد العدوان في الزمان، لأن الحكم في دعوى الاعتداء على الأملاك العقارية ليس غاية في ذاته، بل الغاية هو رد العدوان وإرجاع العقار إلى من له الحق فيه، بشكل يضمن استقرار الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ويضمن احترام القانون، وهي مسألة لا تتحقق إلا بالتنفيذ المعجل للأمر برفع صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

ثانياً: عدم المساس بأصل الحق

أصل الحق هو كل ما يتعلق به وجوداً أو عدماً، ويدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدها المتعاقدان، فأصل الحق هو صميم النزاع⁽⁴⁾، ويرى البعض⁽⁵⁾ بأن أصل الحق، هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر.

وهكذا لا يجوز لقاضي المستعجلات أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني، بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليماً ليفصل فيه قاضي الموضوع لأنه هو المختص وحده بالحكم فيه وبالمقابل في الحالة التي يجد فيها قاضي المستعجلات أن الإجراء المطلوب لا يمكن البت فيه إلا بعد البت في موضوع النزاع، فمن الواجب عليه أنذاك أن يحكم بعدم الاختصاص، لأن الأوامر الاستعجالية لا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر وعليه لا يجوز لقاضي المستعجلات في معرض رفع صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، أن يأمر بوجود حق الملكية أو ينكره⁽⁶⁾، وإثارة صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى

(1) عبد اللطيف هداية الله، م.س، ص 77.

(2) عبد الكريم الطالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، م.س، ص 99-100.

(3) عبد الله درميش، م.س، ص 8.

ينظر: قرار محكمة النقض بتاريخ 27 ماي 1970، منشور بمجلة ق.م.ع. عدد 18، ص 22.

(4) كريم بكرش، "القضاء الاستعجالي"، دار النشر الأحمديّة المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1995، ص 34.

(5) عبد اللطيف هداية الله، م.س، ص 90.

(6) قرار المجلس الأعلى عدد 493، صادر بتاريخ 1978/12/22، مجلة المحاماة، عدد 14، ص 214.

ما كانت عليه، لا يتناقض ومبدأ سببية الحكم في الدعوى لأن الغاية من إثارة هذه الصعوبة أمام قاضي المستعجلات تهم الشق المتعلق بالتنفيذ، وليس الغاية منه الرغبة في استصدار حكم موضوعي في النزاع.

وبحث قاضي الأمور المستعجلة في صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يجب ألا يشوش عليه فيه البحث عن مدى سبق الحكم في الدعوى الاستعجالية إلا بعد أن يدفع بذلك أحد الخصوم، لأن إثارة سببية البت في الدعوى الاستعجالية، لا تتعلق بالنظام العام بل لا بد لمن له مصلحة أن يتمسك به ويثيره عملاً بمقتضيات الفصل 452 من ق.ل.ع، وإثارة مسألة سببية الحكم في الدعوى الاستعجالية لا تطرح على مستوى صعوبات التنفيذ بالقدر الذي تطرح عندما يقبل قاضي المستعجلات بطلب تعيين حارس قضائي على عقار متنازع على ملكيته، بعد صدور حكم بتقرير الملكية حائز لقوة الشيء المقضي به، فالأمر في هذه الحالة لا جدوى منه طالما أنه صدر حكم نهائي يحقق الحماية الدائمة للملكية بدل الإجراء التحفظي الاستعجالي بالحراسة القضائية.

الفقرة الثانية: اشتراط تقديم دعوى في الموضوع لرفع صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أمام قاضي المستعجلات

رفع الدعوى الاستعجالية من أجل الحصول على إجراء وقي غير مقيدة بضرورة رفع دعوى في الموضوع لأن هناك استقلال تام بين الدعوى الموضوعية والدعوى الاستعجالية، فالأولى تتعلق بجوهر النزاع وترفع إلى محكمة الموضوع في حين أن الدعوى المستعجلة تتعلق بإجراء وقي لا يمس أصل الحق وترفع إلى قاضي المستعجلات.

لكن القول بهذا المبدأ ليس أمر مطلق، خصوصاً إذا تعلق الأمر بصعوبة تنفيذ الأحكام لأن اختصاص قاضي المستعجلات في هذا النوع من القضايا رهين بصور أحكام سابقة من طرف قضاة الموضوع حائزة لقوة الشيء المقضي به، وهذا دليل على أن إثارة صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أمام قاضي المستعجلات يأتي بصورة تكميلية للدعوى المرفوعة أمام قضاة الموضوع، لأن عدم وجود دعوى أمام قضاة الموضوع وعدم وجود أحكام نهائية يجعل إثارة الصعوبة في التنفيذ أمام قاضي المستعجلات غير ذي موضوع، وذلك على خلاف تدخله بإجراءات تحفظية أخرى كالأمر بالحراسة القضائية، إذ في كثير من الأحيان يلجأ الأطراف إلى قاضي المستعجلات لإصدار أمر بالحراسة القضائية دون أن يسبق ذلك رفع دعوى في الموضوع لإنهاء النزاع، وهذا الحل لا يتعارض مع الفصل 149 من ق.م.م الذي يجيز رفع الدعوى الاستعجالية سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، واختصاص قاضي المستعجلات في رفع الاعتداء على الأملاك العقارية لا يقتصر على الحالة المتعلقة برفع صعوبة التنفيذ بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كمرجع ثاني بعد الطريق الجنائي، بل يمكن اللجوء أول مرة إلى قاضي المستعجلات لوقف الأعمال التي من شأنها المساس بحق الحائز للعقار، فهذه الدعوى لم ينص عليها المشرع في إطار دعاوى الحيازة المنصوص عليها في الفصول 166 إلى 170 من ق.م.م، لكن يمكن لمن يهيمه الأمر أن يحتج بالفصل 149 من ق.م.م لإيقاف هذه الأعمال، وذلك برفع الأمر إلى رئيس المحكمة لاتخاذ إجراء تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا⁽¹⁾.

(1) حسن الفاكهاني، "التعليق على قانون المسطرة المدنية في ضوء الفقه والقضاء"، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1983، ص 9. ينظر: عبد اللطيف الودناسي، "تملك العقار بالحيازة في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية الحقوق مراكش، 1993-1994، ص 262-263.

ومن أهم الصور المجسدة لتدخل قاضي المستعجلات لرفع الاعتداء على الأملاك العقارية دون تقديم دعوى في الموضوع، دعوى إثبات حال⁽¹⁾، ومن أهم التطبيقات العملية لدعوى إثبات حال في جرائم الاعتداء على الأملاك العقارية، إثبات حال حريق محاصيل زراعية لتقدير الأضرار الناجمة عنه، ومن الصور أيضا توجيه إنذار وهو إجراء بسيط يقوم به قاضي الأمور المستعجل بناء على طلب.

المطلب الثاني: خصوصية تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

تنفيذ الأحكام والقرارات هو الغاية المنشودة التي يهدف إليها صاحب الحق المحكوم له، لكن قد يعترض تنفيذ الحكم القضائي بعض الصعوبات، مما جعل المشرع المغربي يتطرق إلى هذه المشاكل والصعوبات، ومنازعات تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لا تتناسب مع بطء مسطرة التنفيذ العادية، لما لها من طابع استعجالي يبرر تدخل قاضي المستعجلات، لاسيما وأن الأمر يتعلق بحكم صادر عن محكمة موضوع حائز لقوة الشيء المقضي به متضمن للصيغة التنفيذية.

والصعوبة⁽²⁾ الناتجة عن تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لا تحتاج إلى تفسير أو تأويل، بقدرما تحتاج إلى اتخاذ كل الإجراءات الكفيلة لتنفيذه لأن التراخي في تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو امتداد للأضرار التي أصابت المعتدى عليه من جراء انتزاع عقاره أول مرة، وعدم إرجاعه إلى عقاره هو بمثابة تخيب للأمل الذي سعى إليه عند لجوئه إلى القضاء.

والحكمة من شمولية الحكم المستعجل بالنفاذ المعجل القانوني لها علاقة بحجية هذه الأحكام، حيث أن الحكم المستعجل أقل خطرا وتأثيرا على حقوق المتنازعين لأنه حكم لا يفصل إلا في الإجراءات الوقتية، ويتمتع بحجية نسبية تتوقف على نتيجة الطعن فيه، فإذا ألغي الحكم بعد الطعن ألغيت الحجية وأصبح التنفيذ كأن لم يكن⁽³⁾ ورفع صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أمام قاضي المستعجلات تتخذ صورة طلب موضوعه الاستمرار في التنفيذ، ويكون هذا الطلب مقدما غالبا من طرف المحكوم له أو المنفذ له، أما بخصوص الغير الذي لم يكن طرفا في التنفيذ فقد اختلفت الآراء حوله، وإن كان الرأي السائد يقبل الصعوبة المثارة من الغير ويذهب هؤلاء إلى أن الفصل 436 من ق.م.م الذي يعتمده أنصار فكرة رفض الصعوبة الموضوعية من الغير لم يمنع هؤلاء بصفة صريحة من سلوك هذه المسطرة ولا يمكن بأي حال أن يستنتج المنع من عباراته وذلك كيفما كانت الطريقة المعتمدة في تفسيره⁽⁴⁾، وخلاصة القول أن رفع صعوبة تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من طرف قاضي المستعجلات، رهين بجدية الادعاءات المتعلقة بالصعوبة، فإذا ظهر لقاضي المستعجلات أن الصعوبة جدية أمكن أن يأمر بإيقاف التنفيذ إلى أن يبت في الأمر، أما إذا رأى بأن الادعاءات المتعلقة بالصعوبة مجرد وسيلة للمماطلة والتسويق فإن قاضي الأمور المستعجلة يأمر بصرف النظر عن ذلك.

(1) دعوى إثبات حال هو إجراء تحفظي يصور حالة مادية، يتعذر إثباتها مستقبلا صيانة للدليل المثبتة للحق من خطر الضياع.

(2) قد يعترض تنفيذ الحكم القضائي صعوبات تهم تفسيره القضائي أو فهم مقصوده وتسمى بالصعوبات القانونية الموضوعية، وقد يعترض تنفيذ الحكم عدم وجود اعتمادات مالية مخصصة لتسديد النفقة وتسمى بالصعوبات المادية.

- ينظر: عصام بعجلون، تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة في مواجهة الإدارة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص 30.

(3) غير أن هذا لا يعني أنه ليست له حجية مطلقا، فهذا الحكم ولو أنه يتصف بالتوقيت وعدم المساس بأصل الحق إلا أن له حجة أمام القاضي الذي أصدره وبين الخصوم طالما لم تتغير الظروف التي قام عليها

- وتجدر الإشارة وعملا بمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 147 من ق.م.م، يمنع طلب إيقاف الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل القانوني، وذلك على خلاف الأوامر الاستعجالية التي يمكن أن يقيد تنفيذها بتقديم كفالة عملا بمقتضيات الفصل 153 من ج.ج.

(4) محمد ليديدي، "هل يجوز لغير أطراف الحكم إثارة الصعوبة في التنفيذ"، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة ع 2، 1985، ص 142.

- عبد اللطيف هداية الله، "وجهة نظر حول تحديد الجهة التي يحق لها إثارة الصعوبات الناتجة عن التنفيذ"، مجلة المحاماة، عدد 31، ص 21.

المبحث الثاني: دور قاضي المستعجلات الإداري في رفع الاعتداءات المادية الناجمة عن نزع الملكية.

إذا كان نزع الملكية للمنفعة العامة أحد الأسباب القانونية التي تخول للإدارة نقل ملكية عقار مملوك لأحد الأفراد لإنجاز مشاريع عامة، فإن هذه المكتنة القانونية قد تتحول إلى اعتداء على حق الملكية إذا لم تراعي الإدارة نازعة الملكية المساطر والإجراءات الجاري بها العمل في نزع الملكية⁽¹⁾.

ويترتب على خروجها عن هذه المساطر المحددة تجريدتها من امتيازها وحرمانها من الاستفادة من صلاحيات السلطة العامة وإمكانية مقاضاتها.

لكن بالرغم من إمكانية مقاضاة الإدارة، وجرها إلى القضاء لإصلاح ما أفسدته يبقى تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها أهم مرحلة من مراحل التقاضي والتي تمثل بالنسبة للأفراد تويجا وفوزا استطاعوا من خلاله كسر امتياز وسلطان الإدارة⁽²⁾.

إلا أنه رغم أهمية هذه الأحكام قد يعرف تنفيذها بعض الصعوبات والعراقيل حيث ترفض الإدارة القيام بتنفيذها وعدم الامتثال لها، الشيء الذي يحول دون إمكانية توجيه أوامر قضائية بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه خاصة ما يتعلق بهدم ما بنته فوق عقارات الأفراد بدون سند في القانون.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: جواز هدم المنشأة العامة في طور التشييد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

المطلب الثاني: اصطدام الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعدم جواز هدم المنشأة العامة التامة.

المطلب الأول: جواز هدم المنشأة العامة في طور التشييد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

تتذرع الإدارة غالبا لمقاومة مسطرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بأنها تهدف إلى خدمة الصالح العام عن طريق إنشاء منشآت عامة، وأن من شأن إزالة هذه المنشآت الإضرار بالسير العادي للمرفق العام، لذلك تتمسك دائما الإدارة بعدم جواز هدم المنشأة العامة ولو أقيمت عن طريق الاعتداء⁽³⁾.

الملاحظ أنه حتى وإن كانت الإدارة مقيدة بضرورة سلوك مسطرة نزع الملكية لحيازة عقارات الخواص، فإنه من المستحيل رفع الاعتداء في حالة صيرورة المنشأة العامة تامة، حتى ولو لم تراعي الإدارة هذه المسطرة، بعلة أن إزالة المرفق العام حسب البعض⁽⁴⁾ يؤدي إلى

(1) اعتبر محمد الكشور أن وضع الدولة يدها على عقار مملوك للغير دون أن تكون معتمدة في عملها هذا على سند قانوني صحيح، ودون أن تسلك مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، يمثل من الوجهة الفقهية والقضائية اعتداء على الملكية الخاصة.

ينظر: محمد الكشور، "تعليق على قرار عدد 3224"، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48، السنة 12، يناير 1996، ص 386.

"ونؤكد في هذا الإطار أن الاعتداء المادي في القانون الإداري ليست له نفس الدلالة في القانون الجنائي، لكن اعتبر الإداريون أن اسم الاعتداء المادي وحده موحى ومثير فهو يعطي للمفهوم دلالة العنف والقسوة التي تذكر بفصول القانون الجنائي، ويعبر عن رغبة مستعمليه في الربط بين فكرة التجاء الإدارة إلى وسائل غير قضائية بشكل عمدي".

- ينظر رشيد الماموني، "التطور الحديث لنظرية الاعتداء المادي في الاجتهاد القضائي المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية 2002-2003، ص 8-9.

(2) إبراهيم بقال حسيبي، "واقع الإدارة المغربية من خلال الاجتهاد القضائي نموذج المحكمة الإدارية بالرباط" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص 52.

(3) عبد الحميد الحمداني، "العمل القضائي في مجال الغصب ونقل الملكية"، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 27، ص 49.

(4) إبراهيم زعيم، "تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في المهن القضائية والقانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط السويسي، 2008-2009، ص 94.

أضرار تفوق الأضرار الناتجة للمعتدى على عقاره وذلك حتى يكون المال العام بعيدا عن التبذير الذي يحول دون رفع الاعتداء وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، خصوصا وأن من شأن إزالة المنشأة العامة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه عرقلة عمل الإدارات العمومية⁽¹⁾.

لكن قد تكون أشغال البناء فوق ملك الغير في بدايتها الشيء الذي يستوجب طلب إيقافها طالما أن المنشأة العامة لم تتم بعد، وطلب وقف الأعمال فوق ملك الغير من طرف الإدارة بدون سند قانوني، هو طلب مستعجل الغرض منه وضع حد للامتداد في العدوان من طرف الإدارة من جهة، وحمايتها من الامتداد في صرف المال العام على منشأة أقيمت خارج إطار القانون من جهة ثانية، وإيقاف أشغال يكون من شأنها إذا ما تمت المس بحق المالك للعقار من جهة ثالثة.

في نظرنا هذه الدعوى لها محل في الحالة التي تكون فيها الإدارة العمومية قد بدأت أشغال البناء والتشييد كوضع الأساسات مثلا.

ذلك أن البدء في أشغال البناء يشكل مظهرا ملموسا وظاهرا يكون من السهل على مالك العقار أن يعلم به خصوصا إذا تعلق الأمر بعقار مملوك لأحد المواطنين المقيمين بالخارج، وبما أن هذه الدعوى تكتسي طابع الاستعجال فإنه يتعين توافر بعض الشروط الخاصة بالإضافة إلى الشروط العامة للدعوى الاستعجالية⁽²⁾.

الفقرة الأولى: أن يبدأ المدعى عليه - الإدارة - في أعمال من شأنها إذا تمت أن تهدد ملكية المالك أو حيازة الحائز.

بمعنى أن هذه الأعمال يجب ألا تكون قد تمت وإلا كانت تعرضا كاملا⁽³⁾، أي أن هذه الدعوى ترفع نظرا لوجود خطر محتمل وليس حال⁽⁴⁾.

مثال ذلك أن تشرع الإدارة في بناء مرفق عام على ملك الغير، والذي إذا تم سيؤدي إلى حرمان صاحب العقار من عقاره بعلة عدم جواز هدم المنشأة العامة.

الفقرة الثانية: توفر عنصر الاستعجال

يتمثل عنصر الاستعجال في هذه الدعوى في أشغال البناء، كخطر حقيقي محقق بحق مالك العقار، والذي يخشى إذا تم السكوت عنه أن يتفاقم وبشكل تعرضا حقيقيا يصعب معه على قاضي المستعجلات إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لاصطدامه بعدم جواز هدم المنشأة العامة.

والأمر الاستعجالي القاضي بوقف أشغال البناء من طرف الإدارة على ملك الغير، ليس فيه أي مساس أو تعطيل للسير العادي للإدارة العمومية⁽¹⁾، خصوصا وأن المشرع المغربي⁽²⁾ منح لقاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة أو غيرها أن يقيد المدعي بتقديم كفالة تكون ضمانا للإدارة المدعى عليها، لتعويض الضرر الذي تقدره المحكمة بسبب وقف هذه الأعمال إذا ثبت أن ذلك كان تعسفا.

(1) ينص الفصل 25 من ق.م.م "يمنع على المحاكم عدا إذا كانت هناك مقتضيات قانونية مخالفة أن تنظر ولو بصفة تبعية في جميع الطلبات التي من شأنها أن تعرقل عمل الإدارات العمومية...".

(2) عبد اللطيف الودناسي، "تملك العقار بالحيازة في التشريع المغربي"، م.س، ص 263.

(3) يترتب على دعوى منع التعرض إزالة الأعمال التي أنجزت، كهدم بناء أقيم أو إقامة بناء هدم وإعادة العقار إلى ما كان عليه ويمكن للقاضي في سبيل تحقيق ما ذكر أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية لإجباره على تنفيذ الحكم بإخلاء العقار أو بإزالة ما شيد.

ينظر: عبد الرزاق السهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء 8 و9، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص 941-942.

(4) وفي هذا الإطار نستحضر المصلحة كشرط أساسي لقبول الدعوى يجب أن تكون قانونية شخصية ومباشرة، حالة وقائمة.

- ينظر: معوض عبد التواب، "الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ"، المعارف الاسكندرية، الطبعة الثالثة، 1955، ص 112.

- لكن في الدعوى الاستعجالية يجوز رفع الدعوى على الرغم من كون المصلحة احتمالية، وذلك إذا كان الهدف من الدعوى هو الاحتياط لرفع ضرر محتمل ومحدد أو إقامة الدليل الذي يخشى اندثاره أو إثبات حال.

- ينظر: عبد الله درميش، "موقع القضاء المستعجل من القضاء بصفة عامة"، مجلة المحاكم المغربية، عدد 41، ص 63.

وهكذا فقاعدة عدم جواز هدم المنشأة العامة، لا يمكن التمسك بها أمام قاضي المستعجلات إلا إذا كانت المنشأة في طور التشييد والبناء.

المطلب الثاني: اصطدام الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعدم جواز هدم المنشأة العامة

يستمد مبدأ عدم جواز هدم المنشأة العامة وجوده من المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للمدعي، وليس على أساس الموازنة بين هاتين المصلحتين خصوصا وأن البعض يبرر ذلك بأن إنجاز الإدارة لمنشأة عامة فوق أرض الغير ترتب عنه لا محالة صرف أموال عمومية تتحملها ميزانية الدولة من العيب تضييعه.

بالإضافة إلى أن من شأن هدم وإزالة المرفق العام، أن يؤدي إلى أضرار تفوق الأضرار الناتجة للمعتدى على عقاره، والذي تبقى له إمكانية المطالبة بالتعويض الكامل عن جميع الضرر الحاصل له من الاعتداء⁽³⁾.

وبالمقابل يرى البعض، أن هذا الوضع يثير أكثر من مجرد علامة استفهام حول مآل التزام الإدارة بإرجاع الحقوق المغتصبة وهدم ما بنته، مما يعكس على النفع العملي لمضمون نظرية الاعتداء المادي، إذ لا تعدوا أن تكون شكلا من أشكال نزع الملكية غير المباشرة الأمر الذي يشكل تهديدا خطيرا لمبدأ الحماية القضائية للحقوق⁽⁴⁾.

ويضيف البعض أن مبدأ عدم جواز المساس بالمنشأة العامة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فيه تقييد حقيقي لسلطة قاضي المستعجلات الذي لم يعد يتوفر على ولاية قضائية شاملة لإيقاف الاعتداء المادي العقاري بسبب حضور المبنى العام، خصوصا إذا تعلق الاعتداء بمرفق عام على وشك الانتهاء من إنجاز⁽⁵⁾.

ونرى بأن مبدأ عدم جواز هدم المنشأة العامة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه له ما يبرره من الناحية العملية خصوصا إذا تعلق الأمر بمنشأة عامة تامة، لأن الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لا تقتصر على ما أنفق لإنجاز تلك المنشأة بل المنطق يفرض أن الحماية القانونية والقضائية وضعت للحائز والمالك الحريص على ما يملك، أما الحائز والمالك المهمل لعقاره فيجب أن يجازا بإهماله، إذ لا يعقل أن يسمح للحائز والمالك المهمل بهدم منشأة عامة تامة بعد سكوته طيلة مدة الإنجاز والبناء، وفي هذا السياق لا يوجد ما يمنع الإدارة المعتدية على عقارات الأفراد من تصحيح وضعيتها القانونية، ليس بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بل بتحويلها من مجرد معتدية إلى نازعة للملكية، مادام هذا الإجراء متوقف فقط على شرط استصدار مرسوم بذلك النزاع.

(1) وفي هذا الصدد يرى البعض "يلاحظ أن أعمال الإدارة التي تحظى بالحماية القانونية طبقا للمادة 25 من ق.م.م، هي الأعمال التي تقوم بها الإدارة في دائرة القانون وهي ما عبر عنه المشرع "بعمل الإدارات العمومية" أما الأعمال التي تصل إلى درجة الاستيلاء المادي دون سلوك مسطرة قانونية أو وجود ظروف خاصة تسمح بذلك فهي أعمال مادية تزول عنها الحماية القانونية".

- ينظر: محمد الكشور، م.س، ص 128.

بمعنى أن القرارات الإدارية المحضة والتي يمنع على القضاء البت فيها هي القرارات بالمعنى القانوني الصحيح، أما أعمال الاعتداء المادي فلا تندرج في سياق أعمال ونشاطات الإدارة المستفيدة من الحصانة.

(2) ينص الفصل 153 من ق.م.م "تكون الأوامر الاستعجالية مشمولة بالتنفيذ المعدل بقوة القانون ويمكن للقاضي مع ذلك أن يقيد التنفيذ بتقديم كفالة...".

(3) عبد الحميد الحمداني، "العمل القضائي في مجال الغصب ونقل الملكية"، م.س، ص 49.

(4) رشيدة الماموني، التطور الحديث لنظرية الاعتداء المادي في الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، جامعة محمد الخامس السويسي، السنة الجامعية 2002-2003، ص 282.

(5) حميد الربيعي، خديجة امعيوة، الاعتداء المادي وحدود اختصاص قاضي المستعجلات تعليق على أمر رقم 25 الصادر عن إدارة وجدة بتاريخ 5 يونيو 2006، المجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد 8-7، 2008، ص 143.

الرقابة القضائية على المشروعية الخارجية للقرار الإداري

عبد الوهاب المنصوري

طالب باحث بجامعة محمد الخامس

كلية الحقوق سلا

مقدمة :

تعتبر القرارات الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة لممارسة مهامها بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية، سواء في مجال تنظيم هيكلها أو في مجال علاقتها بالعاملين فيها أو بالمتعاملين معها. غير أن النصوص القانونية المغربية سواء تلك المتعلقة بالمادة الإدارية أو غيرها لم تقدم تعريفا صريحا لمفهوم القرار الإداري ولم تحدد معالمه، في الوقت الذي يكتسي فيه هذا التعريف أهمية بالغة طالما أنه يسمح بالوقوف على الشروط الواجب استيفاؤها في التصرف الإداري حتى يكون قابلا للطعن بالإلغاء¹.

وعرف القضاء الإداري القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث ابتغاء مصلحة عامة"².

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر "أن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"³.

وهو يتوافق مع التعريف الذي جاء به مورييس هوريو Maurice Haurion "القرار الإداري هو إعلان عن الإرادة الانفرادية بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد ويصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"، ونفس التعريف ذهب إليه جورج فيدل GEORGES Vedel والذي عرف القرار الإداري بأنه "تصرف قانوني صادر عن الإدارة بصفة انفرادية من أجل تعديل التنظيم القانوني بالالتزامات التي يفرضها أو التي يمنحها.

كما جاء عن الدكتور محمد محجوبي "يكون العمل أو القرار إداريا كلما صدر عن فرد أو هيئة تابعة للإدارة باعتبارها سلطة تنفيذية لا سلطة قضائية وذلك بغض النظر عن مضمون القرار الصادر عن هذه السلطة أو تلك"⁴.

وبصفة عامة فالقرار الإداري يعتبر أهم مظهر من مظاهر امتيازات السلطة التي تستمدها الإدارة من القانون العام، إذ بواسطته تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة إنشاء الحقوق أو فرض الالتزامات وذلك على خلاف ما هو عليه في القانون الخاص.

ولكي ينتج القرار الإداري أثرا قانونيا مشروعاً ينبغي أن يكون خالياً من أي عيب من عيوب المشروعية، والتي تسمح بالطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري. ويعود فضل تحديد العيوب التي قد تشوب القرار الإداري إلى القضاء الإداري الفرنسي، والتي ظهرت وتطورت تدرجياً حيث أن أقدمها هو عيب عدم الاختصاص ثم عيب الشكل فعيب الانحراف في استعمال السلطة ثم عيب مخالفة القانون وأخيراً عيب السبب الذي يقوم عليه القرار الإداري.

¹ المكي السراجي ونجاة خلدون: "معيار القرار الإداري" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 71، سلسلة دراسات، ص 41.

² محمد محجوبي: "الوجيز في القضاء الإداري بعد احداث المحاكم الإدارية" مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2002 ص 91.

³ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا بمصر من 1965 إلى 1970 – الجزء الأول.

⁴ محمد محجوبي: مرجع سابق، ص 91.

وقد سلك المشرع المغربي – قبل صدور القانون المحدث للمحاكم الإدارية – نفس مسلك المشرع الفرنسي حيث أنه لم يحدد تلك العيوب بنص قانوني وإنما ترك مهمة تحديد الحالات التي تؤدي إلى إلغاء قرارات السلطة الإدارية للغرفة الإدارية¹.

أما بعد صدور قانون المحاكم الإدارية 90.41 فقد نص في المادة 20 على أن عيوب عدم المشروعية هي عدم الاختصاص، عيب الشكل، عيب الانحراف في استعمال السلطة، عيب انعدام التعليل وأخيرا عيب مخالفة القانون، وهي نفس العيوب التي حددها المشرع المصري في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.

فيعد أن يتأكد القاضي الإداري من توفر شروط دعوى الإلغاء في المنازعة المطروحة أمامه ويستبعد بالتالي كل دفع بعدم القبول، فإنه يشرع في البحث في مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري موضوع الطعن، فإذا تبين له أن هذا القرار قد لحقه عيب من عيوب المشروعية، فإنه يقضي بإلغائه والعكس صحيح. ويكفي لذلك أن يصاب بعيب واحد من هذه العيوب التي تندرج جميعها في إطار الشطط في استعمال السلطة، وهو التعبير الذي استعمل في القانون المؤسس للمجلس الأعلى وأيضا في قانون المسطرة المدنية، ودستور المملكة لسنة 2011 في فصله 114، بينما استعمل في قانون المحاكم الإدارية والقوانين التنظيمية للجماعات الترابية مفهوم تجاوز السلطة.

ومن خلال مقالنا هذا سنحاول التطرق إلى عيوب المشروعية الخارجية وهي العيوب المتعلقة بالمظهر الخارجي لقرار السلطة الإدارية، ونعني بها عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل من خلال مبحثين سنخصص الأول لعيب الاختصاص والثاني لعيب الشكل.

المبحث الأول: عيب الاختصاص L'incompétence

الاختصاص هو الصلاحية الموكولة لجهة إدارية قصد اتخاذ ما يلزم من قرارات، فهي ليست شخصية لصيقة بفرد معين بل هي موضوعية ترتبط بممارسة الوظيفة. وتحدد مختلف اختصاصات السلطة الإدارية إما بواسطة قواعد دستورية أو تشريعات أو تنظيمات أو بقواعد مستنبطة من قبل القضاء استنادا على المبادئ العامة للقانون أو عن طريق القرارات أو العرف.

ولالاختصاص مزايا كثيرة، فبالإضافة إلى كونه يزيد من كفاءة المسؤول الإداري فإنه يساعد على تحديد المسؤولية داخل الإدارة كما أنه يؤدي إلى تجنب مشكلة تركيز السلط أو وضعها في يد مسؤول واحد². أما عدم الاختصاص فهو عدم القدرة القانونية على القيام بتصرف محدد، والذي يقصد به صدور القرار من موظف ليست له سلطة إصداره طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها³، ومنه فعيب عدم الاختصاص يتعلق بمتخذ القرار والذي يتمثل في خرق القواعد القانونية المحددة للجهة المختصة لمباشرة العمل القانوني⁴.

والجدير بالذكر أن عيب عدم الاختصاص هو الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام⁵، كما أن الجهة المختصة بإصدار قرار إداري معين لا يمكنها أن تتنازل عنه أو تفوضه لجهة أخرى إلا إذا أجاز القانون ذلك صراحة، ويتربط عن ارتباط هذا العيب بالنظام العام أن القاضي الإداري يمكنه إثارة هذا العيب تلقائيا وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لم يثره الطاعن كسبب للإلغاء⁶، كما أن الاستعجال لا يبرر مخالفة قواعد الاختصاص. بالإضافة إلى أن القرار المعيب بعدم الاختصاص لا ينبغي أن يعدل بإجراء

¹ محمد أنور حماده: "القرارات الإدارية ورقابة القضاء" دار الفكر الجامعي، سنة 2004، ص 111-112.

² عبد الله حداد: "تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي" مطابع ومنشورات عكاظ بالرباط، الطبعة الثانية، شتنبر 2002 ص 115-116.

³ محمد المنتصر الداودي: "الإشكاليات القانونية والواقعية في اختصاص القضاء الإداري" دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2005، الصفحة 81.

⁴ حكم إدارية وجدة عدد 259 / 2000 بتاريخ 13 أكتوبر 2000، منشور بالمجلة المغربية الإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، سنة 2004، ص 186.

⁵ ثورية لعبيوني: "القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة" دار النشر الجسور بوجدة، الطبعة الأولى 2005، ص 158.

⁶ نفس الحكم السابق المشار إليه في الهامش رقم 8.

لاحق من السلطة المختصة بإصدار قرار صحيح جديد، بل يجب أن يصدر القرار منذ إنشائه من تلك السلطة¹، لأن القرار الجديد لا يسري أثره إلا ابتداء من تاريخ صدوره.

إن تطبيق هذا الاتجاه في فرنسا ومصر قد عرف بعض التطور حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن "القرار الصادر بعد ذلك من مدير عام التعليم الثانوي بالوزارة باعتماد الجزاء الذي شاب هذا الجزاء مثار المنازعة، إذ يصح الجزاء الصادر من مديرية ضمياط شأنه إزالة العيب بعد هذا الاعتماد صادرا ممن يعتبر رئيس المصلحة بالنسبة للمدعي"².

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري بمصر عيب عدم الاختصاص بأنه "عدم قدرة سلطة إدارية معينة على ممارسة عمل قانوني أو مادي جعله المشرع من اختصاص سلطة إدارية أخرى"³.

كما دأب الفقه والقضاء الإداريين على التمييز بين درجتين من عيب عدم الاختصاص، أولهما عيب عدم الاختصاص الجسيم أو ما يطلق عليه اغتصاب السلطة، وثانئهما عيب عدم الاختصاص البسيط.

المطلب الأول: عيب الاختصاص الجسيم

يكون القرار الإداري مشوباً بعيب اغتصاب السلطة عندما يصدر عن شخص عادي ليست له الصفة القانونية، أو من موظف لا صلة له بإصدار القرارات الإدارية، أو من سلطة إدارية في موضوع من اختصاص إحدى السلطتين التشريعية أو القضائية، ويترتب عن ذلك أن القرار لا يعتبر باطلاً فحسب بل معدوماً، وفاقداً لصفته الإدارية، ولا يتحصن بفوات ميعاد الطعن، وتدخل إجراءات تنفيذه ضمن أعمال التعدي⁴.

الفقرة الأولى: صدور القرار من شخص عادي ليست له الصفة القانونية

إنها الحالة الأكثر فداحة لعيب عدم الاختصاص لأن شخصا غريبا عن الإدارة يتخذ موقرا ما وفي هذه الحالة يكون القرار معدوما قانونيا من أصله، وهناك حالة أخرى أكثر تعقيدا تظهر عندما نكون أمام ما يسمى بالموظف بحكم الواقع بمعنى أن عوناً لم يتم قط تعيينه في الوظيفة أو تم تعيينه بشكل غير صحيح ويتخذ مقررات إدارية.

وقد صاغ القاضي نظرية الموظف بحكم الواقع لتفادي الآثار الوخيمة التي قد تترتب عن إلغاء قرارات لها ظاهريا كل مواصفات القرارات الإدارية الصحيحة بالنسبة للمعنيين بها، وهكذا كلما كان للشخص الذي اتخذها كل المواصفات الظاهرية للموظف المعين بشكل صحيح إلا وتم الإبقاء على قراراته. هذه النظرية التي لم يكتب لها قط أن تطبق على يد القاضي تم استعمالها من لذن المشرع في مادة المحاسبة العمومية في إطار الفصل 16 من المرسوم الملكي المؤرخ في 21 أبريل 1967 والذي جاء فيه: "يعتبر محاسبا بحكم الواقع كل شخص يقوم دون موجب قانوني بعملية المداخيل والنفقات أو يتناول قيما تهم منظمة عمومية بصرف النظر على المقتضيات الجنائية المعمول بها، وتجري على الشخص المعترف محاسبا بحكم الواقع نفس الالتزامات والمراقبات الجارية على محاسب عمومي ويتحمل نفس المسؤوليات"⁵.

وقد توسع القضاء الإداري المصري في فكرة اغتصاب السلطة حيث أنه وصف بعض حالات عدم الاختصاص العادي أنها حالات اغتصاب السلطة منها قيام هيئة تأديبية بالاعتداء على اختصاص هيئة تأديبية أخرى، أو اتخاذ المرؤوس قرارا يدخل في اختصاص رئيسه

¹ مليكة الصروخ: "القانون الإداري – دراسة مقارنة" مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة السادسة 2006، ص 588.

² الطعن رقم 360 لسنة 5 ق الجلسة 1960/4/3 مشار إليه بمؤلف محمد أنور حماده، مرجع سابق، ص 122.

³ سليمان محمد الطماوي: "الوجيز في القضاء الإداري" دار الفكر العربي، سنة 1982، ص 196.

⁴ مليكة الصروخ: مرجع سابق، ص 588.

⁵ ميشيل روسي: "المنازعات الإدارية بالمغرب" ترجمة محمد هيري والجيلالي أمزيد، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ص 154 – 155.

الإداري¹. وهذا ما دأب عليه القضاء المغربي حيث أثارت إدارية وجدة في أحد أحكامها ومن تلقاء نفسها عيب غصب الاختصاص الذي جاء في حيثياته: "وحيث يؤخذ على القرار المطعون فيه أن النائب الإقليمي لوزارة التربية الوطنية أوقع عقوبة تأديبية في حق الطاعن متمثلة في التنبيه كسابقة تأديبية، وهو في هذا العمل القانوني لا يعتبر سلطة تأديبية للطاعن... مما يكون قراره معيبا بعيب غصب الاختصاص المفضي إلى إلغاء القرار الإداري المطعون فيه"².

وهذا لا يتم إعماله إلا في غياب الظروف الاستثنائية، بيد أنه ترد على الأصل العام استثناءات منها ما اعتبره القضاء الإداري بخصوص القرارات التي تصدر من الأفراد الذين يباشرون مهام الوظيفة العمومية ويحلون محل الموظفين القانونيين الذين ينقطعون عن عملهم أثناء الحرب أو الثورات فيصبحون موظفين فعليين، وفي هذه الظروف الاستثنائية تعتبر قراراتهم صحيحة وترتب آثارها القانونية، وهو ما حدث في قضية ماريون حيث تأسست لجنة بلدية أثناء اجتياح الألمان للتراب الفرنسي واعتبرت تصرفاتها سليمة ومشروعة³.

الفقرة الثانية: الاعتداء على اختصاص السلطة القضائية أو التشريعية

تتحقق هذه الحالة عندما تقوم السلطة الإدارية ببعض الأعمال التي جعلها الدستور من اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية، فهذا القرار يعتبر معدوما ولا يرتب آثارا قانونية لأن عيب عدم الاختصاص في هذه الحالة يكون جسيما.

فاعتداء السلطة الإدارية على اختصاص السلطة القضائية يظهر عندما تقوم الإدارة بإنشاء جهة قضائية جديدة أو تعديل اختصاص جهة قضائية قائمة، ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار مثل هذه القرارات من قبيل القرارات المنعقدة كما جاء حكمه بانعدام قرار المدير الإقليمي بإبطال عملية انتخاب مجلس مدينة من المدن التابعة لإقليمه لأن المدير تدخل في اختصاص القضاء الإداري.

أما اعتداؤها على اختصاص السلطة التشريعية فيظهر مثلا عندما تقوم جهة إدارية بالتشريع في مجال القانون أو بإحداث مرفق عمومي يرجع حق إنشائه إلى السلطة التشريعية.

ونفس التوجه يسير عليه القضاء الإداري المصري باعتبار اعتداء الإدارة في قراراتها على اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية من قبيل اغتصاب السلطة الذي يؤدي بهذه القرارات للانعدام، حيث جاء في أحد أحكامه أن العمل الإداري لا يفقد الصفة الإدارية ولا يكون معدوما إلا إذا كان مشوبا بمخالفة جسيمة، ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي أو من سلطة في شأن اختصاص سلطة أخرى. كأن تتولى السلطة التنفيذية عملا من أعمال السلطة القضائية أو السلطة التشريعية، ومن ذلك أيضا تدخل الإدارة في العلاقة بين المالك والمستأجر ما يجعل قرارها معدوما.

أما اعتداء الإدارة على السلطة القضائية فيظهر في تدخل السلطة الإدارية باللفظ في منازعة تدخل ضمن اختصاص جهة قضائية معينة، وهو ما أكدته إدارية الرباط بإلغائها للقرار الصادر عن قائد المقاطعة الحضرية الخامسة لبني مكادة-طنجة القاضي برفض تسليم الجمعية الطاعنة وصل التصريح بتأسيسها "... وحيث تمسكت الطاعنة بأن تأسيس الجمعيات في المغرب يخضع لنظام تصريحي غير خاضع لأي ترخيص مسبق، مما لا يترك أي صلاحيات تقديرية للسلطة المحلية في تسليم الوصل المقابل للتصريح من عدمه... كما لا يحق لها أن ترفض تسليمه تحت أي سبب، ويبقى فقط من حقها في حالة إذا ما اعتبرت أن ذلك التأسيس لم يكن قانونيا لعدم توافر شروطه أن تسلك

¹ محمد أنور حمادة: مرجع سابق، ص 115.

² حكم إدارية وجدة عدد 259 بتاريخ 13 أكتوبر 2000، مشار إليه سابقا.

³ مولاي إدريس الحلالي الكتاني: "إجراءات الدعوى الإدارية" مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الأولى أكتوبر 2001.

مسطرة حل الجمعية أمام القضاء الذي يرجع إليه وحده هذه الصلاحية...¹ ومنه فقد ألغت المحكمة هذا القرار لأن سلطة حل الجمعية من اختصاص السلطة القضائية وحدها.

وهو ما أكده كذلك قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 8 الصادر بتاريخ 30 يناير 1970 في قضية محمد فرج، الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي "وحيث تبين للغرفة الإدارية أن الإدارة كانت ترغب في معاقبة المدعي إداريا بتهمة الغش في البضائع والتدليس في المواد الغذائية التي تتطلب مسطرة جنائية إلا أنها سلكت مسطرة العقوبة الإدارية المخصصة للزيادة غير المشروعة في الأسعار..."² وفي نفس السياق جاء حكم إدارية مراكش الصادر بتاريخ 1999/4/7 حينما ألغت قرارا بسحب مقرر الترخيص الممنوح للطاعن من قبل المجلس البلدي باستغلال محطة للوقود اعتمادا على شكاية لجار الطاعن يمارس نفس التجارة بنفس الرصيف، باعتبار أنه في منازعة تخرج عن دائرة اختصاص الإدارة وتدخل في اختصاص القضاء.³

المطلب الثاني: عيب الاختصاص البسيط

يتحقق هذا العيب في الحالة التي يصدر فيها القرار الإداري عن سلطة إدارية غير مختصة بإصداره لكونه يدخل في مجال اختصاص سلطة إدارية أخرى بمعنى عندما يأتي القرار الإداري مخالفا لقواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية، وهذا العيب أقل خطورة وأكثر حدوثا في العمل من عيب عدم الاختصاص الجسيم⁴، ونميز فيه بين عيب عدم الاختصاص الموضوعي وعيب عدم الاختصاص الزمني ثم عيب عدم الاختصاص المكاني.

الفقرة الأولى: عيب الاختصاص الموضوعي

يقصد بالاختصاص الموضوعي تحديد الأعمال التي يحق لعضو إداري مباشرتها، وإذا ما تجاوز هذه الأعمال أصبحت معيبة أو معدومة. ونميز بالنسبة لهذا العيب الذي ينصب على موضوع القرار الإداري بين عيب عدم الاختصاص الإيجابي وعيب عدم الاختصاص السلبي.

أولا – عيب الاختصاص الإيجابي:

يكون القرار إيجابيا عندما يصدر من موظف أو سلطة إدارية لا يدخل ذلك القرار ضمن اختصاصاتها وإنما هو من اختصاص موظف أو سلطة إدارية أخرى، اعتقادا منها أنها صاحبة الحق في إصداره، كما جاء في حكم إدارية مراكش الصادر بتاريخ 1999/11/15 الذي اعتبر قرار مجلس الوصاية البات في شأن استغلال أراضي الجيش متسما بعيب عدم الاختصاص الموجب إلغاؤه باعتبار أن الفصل 16 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 1919/04/27 يحصر اختصاصات مجلس الوصاية في تنظيم وصايته على الجماعات وتسيير شؤون أملاكها وتفويتها مستثنيا أراضي الجيش⁵. ونفس الاتجاه قضت به المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها الصادر بتاريخ 1999/09/29 الذي قضى بإلغاء قرار المجلس الجماعي المتخذ بناء على طلب السلطة المحلية الذي قرر إلغاء دورة استثنائية دعت إلى عقدها أغلبية أعضاء المجلس طبقا للفصل 15 من ظهير 30 شتنبر 1976 المتعلق بالتنظيم الجماعي باعتبار أنه لا يملك لوحده سلطة الإلغاء، واعتبرت المحكمة

¹ حكم إدارية الرباط عدد 1202 في الملف رقم 06 / 80 غ بتاريخ 2007/05/31، غير منشور.

² قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 14، ص 10.

³ حكم منشور بمجلة المحامي، العدد 6، ص 99.

⁴ مليكة الصروخ: "القانون الإداري – دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 589.

⁵ حكم منشور بمجلة المحامي العدد 37-38، ص 116.

أن السماح للرئيس بإلغاء دورة استثنائية تمت طبقا للفصل 15 من شأنه أن يفرغ هذا النص من محتواه إذ تصبح سلطة الرئيس حاسمة في إلغاء كل دورة لا يريد عقدها سواء بمبادرة منه أو من الغير¹.

كما أثارت المحكمة الإدارية بالرباط عدم الاختصاص الإيجابي تلقائيا في حكمها الصادر بتاريخ 1999/5/19 حينما ألغت قرارا إداريا يرمي إلى عزل موظف من وظيفته بأن القرار موقع من قبل رئيس قسم الموارد البشرية بالأصالة دون الإشارة إلى توفره على تفويض من طرف السلطة التي لها حق التسمية والتي هي في النازلة لوزير الصيد البحري²، وفي نفس الاتجاه قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 283 بتاريخ 1999/03/18 الذي ورد فيه بأن توقيع القرار الإداري من طرف موظف غير ذي صفة وغير مفوض له يعتبر شططا في استعمال السلطة.

وهو نفس الاتجاه الذي أكدته نفس المحكمة الإدارية مؤخرا في حكمها الصادر بتاريخ 2016/11/17 والذي جاء في إحدى حيثياتها "وبالتالي فإن رئيس قسم الموارد البشرية ليس له الحق في اتخاذ قرار إلغاء توظيف الطاعن وذلك بغض النظر على توفره على تفويض من عدمه ما دام هذا النوع من القرارات يدخل في صميم اختصاصات وزير الداخلية، وأنه وفي حال تفويض هذا الاختصاص الأصلي فإنه يتعين الإدلاء بقرار تفويض الاختصاص ونشره بالجريدة الرسمية وتحديد اسم الشخص المفوض له.

وحيث إنه في نازلة الحال فإن الجهة المطلوبة في الطعن فضلا عن عدم إدلائها بقرار التفويض والجهة التي صدر عنها، فإنه مادام وزير الداخلية قد منح التفويض بخصوص هذا النوع من القرارات إلى الولاة وعمال العمالات والأقاليم، فإن القرار الصادر عن رئيس قسم الموارد البشرية جاء مشوبا بعيب عدم الاختصاص. مما تكون معه الوسيلة المثارة بهذا الصدد جديرة بالإعتبار³."

كما أن المحكمة الإدارية بوجدة أكدت نفس التوجه من خلال مجموعة من الأحكام جاء في حيثياتها إحداها "مقرر العزل أصدره السيد...النائب الثالث لرئيس المجلس وأنه ولئن كان جاء مصحوبا بعبارة بتفويض من الرئيس، إلا أن الجماعة المطعون ضدها وبصرف النظر عن مدى صحة تفويض هذا النوع من السلط باعتبارهما من الاختصاصات الأصلية لسلطة التسمية الذي هو في نازلة الحال رئيس الجماعة شخصا، فإنها لم تدل بالحجة المعتبرة لإثبات هذا التفويض مما يبقى معه القرار بالفعل صادر عن جهة ليست لها الصفة والاختصاص في إصداره، وتكون الوسيلة المستمدة من هذا الجانب مبنية على أساس سليم"⁴.

ثانيا – عيب الاختصاص السلبي:

يكون عيب عدم الاختصاص الموضوعي سلبيا عندما تمتنع سلطة إدارية عن اتخاذ قرار إداري معين اعتقادا منها أنه لا يدخل في اختصاصها في حين تكون هي صاحبة الاختصاص، أما إذا كانت واعية يكون ذلك من اختصاصاتها فإن رفضها في هذه الحالة يكون مخالفا للقانون⁵، وهو ما قضت به إدارية الرباط في حكم لها تحت رقم 138 الصادر بتاريخ 2008/01/16 حينما امتنعت جماعة تمارة عن إعطاء شهادة الإعفاء من الضريبة الحضرية على الأراضي غير المبنية للسيدتين ضحى ومهى القري بحجة عدم دخول القطعة الأرضية موضوع

¹ حكم منشور بالدليل العلمي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، السنة 2003، ص 175.

² حكم منشور بالدليل العلمي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، المرجع السابق، ص 179.

حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 915، في الملف رقم 16/7110/118، بتاريخ 2016/11/17 (غير منشور).³

حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 800، في الملف رقم 2016/7105/598، بتاريخ 2016/11/15 (غير منشور).⁴

⁵ عبد الله حداد: "تطبيقات الدعوة الإدارية في القانون المغربي" مرجع سابق، ص 108.

النزاع ضمن مجال اختصاصها الترابي، بل توجد ضمن الاختصاص الترابي للجماعة القروية مرس الخير، إلا أن المحكمة ألغت قرار بلدية تمارة لاتسامه بتجاوز السلطة.¹

واعتبر القاضي الإداري الفرنسي من قبيل حالات عيب عدم الاختصاص السلبي:²

- اعتقاد السلطة الإدارية أنها قبل الإقدام على اتخاذ القرار مقيدة برأي استشاري مع العلم أنه غير ملزم لها قانونا.

- امتناع رجل الإدارة خطأ عن تعديل القرار الإداري الصادر من أحد مرؤوسيه.³

- اعتقاد رجل الإدارة خطأ أن القانون قد حرمه من بحث الحالات المعروضة أمامه.⁴

ومن حالات عيب عدم الاختصاص الموضوعي نجد أيضا:

- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى مساوية لها في الدرجة أي لا ترتبط معها بعلاقة سلطة رئاسية أو رقابية.

- اعتداء سلطة إدارية رئاسية على اختصاصات سلطة إدارية أدنى منها ما لم يكن القانون يسمح بذلك والعكس صحيح، وهو ما

أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر بشأن الطعن رقم 2600 – 50 ق. عليا – جلسة 2005/4/9 الدائرة الأولى عليا – أملاك الدولة – والقاضي بإن التصرف في أراضي طرح النهر من اختصاص وزير الإصلاح الزراعي وصدوره من المحافظ يجعله مشوبا بعيب عدم الاختصاص.⁵

- اعتداء سلطة مركزية على اختصاص سلطة لا مركزية أو العكس، وقد أشار القضاء الإداري المصري في حكم له إلى أن وزير

التربية وإن كان الرئيس الأعلى للجامعة إلا أن سلطته لا تتجاوز الحدود التي نص عليها القانون صراحة، ومن ثم فإن مباشرة وزارة التربية بداءة لحق جامعة القاهرة في التقاضي ينطوي على مخالفة لقانون الجامعة وتجاوز من جانبها في استعمال حقها في الإشراف على الجامعة إلى حد مباشرة الحقوق التي تملكها هذه الأخيرة على وجه الاستقلال. وذهبت المحكمة نفسها إلى أنه "من المسلم به فقها وقضاء أن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية وليست سلطة رئاسية وبناء على ذلك فإن الأصل أن وزير الشؤون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذه المجالس سوى المصادقة أو عدم المصادقة عليها كما هي دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات".⁶

- صدور القرار الإداري بناء على حلول أو تفويض مخالفين للقانون، مما يجعله معيبا بعيب عدم الاختصاص وهو ما قضت به

إدارية مكناس التي جاء في أحد أحكامها "... ونظرا لكون القرار موضوع الطعن صادر عن النائب الأول لرئيس المجلس من غير تفويض له في

ذلك يكون القرار المطعون فيه مشوبا بعيب عدم الاختصاص ويتعين إلغاء هذه العلة".⁷

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط – رقم 138 في الملف رقم 06/499 غ بتاريخ 2008/01/16 (غير منشور).

² حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 يوليوز 1948، مشار إليه في مؤلف مولاي إدريس الحلابي الكتاني، مرجع سابق، ص 253.

³ حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 يوليوز 1950، مشار إليه بالمرجع السابق، ص 254.

⁴ حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24 يوليوز 1942، مشار إليه بالمرجع السابق، ص 254.

⁵ المحكمة الإدارية العليا بمصر – طعن رقم 2600-50 ق، عليا – جلسة 2005/04/9.

⁶ إبراهيم عبد العزيز شيحة: "القضاء الإداري" منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 2006. المصدر: الموقع الإلكتروني www.onnabaa.org

⁷ حكم المحكمة الإدارية – بمكناس عدد 2-2000-3 بتاريخ 6 يناير 2000، وهو نفس ما قضت به إدارة الرباط في حكمها عدد 174 بتاريخ 18 مارس 1999 وحكم

إدارية أكادير عدد 55 – 2002 بتاريخ 23 ماي 2002.

الفقرة الثانية: عيب الاختصاص المكاني

يقصد بالاختصاص المكاني الحيز الجغرافي الذي تمارس فوqe السلطة المختصة اختصاصاتها، وإذا ما تعدته كان قرارها معيبا بعيب عدم الاختصاص المكاني، ومنه فالقرار الإداري يكون معيبا بعيب عدم الاختصاص المكاني متى صدر خارج نطاق الدائرة الترابية المحددة للجهة التي أصدرته، فإذا كان الأصل في اختصاص بعض أعضاء السلطة التنفيذية –كالوزراء- يشمل مجموع تراب المملكة فإن المشرع قيد اختصاص بعض الأشخاص في نطاق جغرافي معين ويجب عليهم أن يحترموا في اتخاذ قراراتهم الحدود الجغرافية التي تقع تحت سلطتهم وإلا كانت هذه القرارات معيبة بعيب عدم الاختصاص المكاني، فإذا أصدر رئيس جماعة معينة قرارا يهم النطاق الترابي لجماعة أخرى يكون قراره صادرا عن غير مختص ومعيبا بعيب عدم الاختصاص المكاني.

وحالات عدم الاختصاص المكاني ليست كثيرة الوقوع في العمل وإن وجدت فترجع عادة إلى عدم دقة تحديد الدائرة المكانية لممارسة الاختصاصات الإدارية، وإما إلى تغيير الأفراد لمحل إقامتهم من دائرة اختصاص مكاني إلى أخرى دون إبلاغ السلطات الإدارية المختصة بذلك¹.

ومن بين الحالات القليلة لعيب الاختصاص المكاني نجد النزاع الذي قام بين كل من جماعة صفرو وجماعة سيدي يوسف بن أحمد حول أحداث سوق أسبوعي من طرف جماعة صفرو فوق عقار يدخل ضمن المجال الترابي لجماعة سيدي يوسف بن أحمد، حيث أن هذه الأخيرة لم تتقدم بأي دعوى إلغاء في مواجهة مقرر إقامة السوق الأسبوعي الصادر عن المجلس الجماعي لصفرو بل طالبت جماعة صفرو بتعويضها عن استغلالها لسوق أسبوعي يقع داخل نطاق اختصاصها الترابي، فبعدها شرعت جماعة صفرو في استغلال السوق الأسبوعي من خلال تقاضي الرسوم المستحقة قامت جماعة سيدي يوسف بن أحمد برفع دعوى تعويض طالبت من خلالها جماعة صفرو بتمكينها من مداخل السوق الأسبوعي موضوع النزاع لكونه ملكا خاصا بها، وهو ما استجابت له المحكمة الإدارية بفاس من خلال مجموعة من الأحكام بحيث قضت في إحداها² بأداء تعويض قدره 4.242.707 درهم مجموع مداخل سوق الطرشة عن الفترة ما بين أبريل 1997 إلى أبريل 2004، وهو الحكم المؤيد استئنافيا³.

مبدئا وعلى الرغم من أن جماعة صفرو من حقها اقتناء البقعة الأرضية التي تدخل ضمن النطاق الجغرافي لجماعة سيدي يوسف بن أحمد إلا أنه لا يجوز لها ممارسة اختصاصاتها التنظيمية بإحداث سوق أسبوعي داخل المجال الترابي لجماعة سيدي يوسف بن أحمد، وأنها لما أنشأت السوق الأسبوعي خارج مجالها الترابي قد تجاوزت سلطاتها وخالفت المشروعية ووقعت في عيب عدم الاختصاص المكاني.

الفقرة الثالثة: عيب الاختصاص الزمني

الاختصاص الزمني هو تلك المدة الزمنية التي يحق داخلها للسلطة المختصة أن تتخذ قراراتها، ويكون القرار معيبا بعيب عدم الاختصاص الزمني عندما يصدر في وقت لا يكون الاختصاص بإصداره منعقدا لمن أصدره ويكون ذلك في إحدى الصورتين:
- الصورة الأولى: إذا صدر القرار الإداري قبل أن يتقلد الموظف مهامه الجديدة، أو بعد انتهاء الرابطة الوظيفية التي تربطه بالإدارة سواء عند إحالته على المعاش أو الفصل أو الاستقالة في حالة قبولها من قبل السلطة صاحبة الاختصاص.

¹ مليكة الصروخ: مرجع سابق، ص 590.

² حكم إدارية فاس – رقم 446 في الملف رقم 05/ت/38 بتاريخ 2007/05/23 (غير منشور).

³ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط – رقم 1210 في الملف رقم 6/07/602 بتاريخ 2010/06/21 (غير منشور).

- الصورة الثانية: إذا حدد القانون مدة معينة لممارسة اختصاص معين أو لإصدار قرار معين يجب اتخاذ القرار خلالها، وبناء على ذلك فإن القرار الصادر بعد انتهاء المدة المحددة لإصداره يعتبر مشوباً بعيب عدم الاختصاص من حيث الزمان، ويجب في هذه الحالة أن تكون المدة التي حددها القانون ذات صفة أمره وليست مدة توجيهية، والقضاء هو الجهة التي تحدد صفة المدة المحددة للسلطة الإدارية المختصة لاتخاذ القرار إذا كانت أمره أو توجيهية، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر أن "الميعاد الذي نص عليه في المادة 12 من القانون رقم 117 لسنة 1958، والذي أوجب المشرع فيه على الجهة الإدارية أن تصدر من خلاله قرارها بالحفظ أو بتوقيع الجزاء إنما هو ميعاد تنظيمي من قبيل المواعيد المقررة لحسن سير العمل، دون أن يكون المشرع قد قصد حرمان الإدارة من استعمال سلطتها بالنسبة للموظف المنسوب إليه الاتهام بحفظ هذا الاتهام وبمجازاته بعد انقضاء هذا الميعاد¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت القاعدة هي سريان القرارات الإدارية بتاريخ صدورها، فقد ترى الإدارة لسبب ما أن تجعل لقراراتها أثراً يمتد إلى ما قبل تاريخ صدورها أي بأثر رجعي كما هو الشأن في الحالة التي تتخذ فيها الإدارة قراراً من أجل تنفيذ حكم قضائي سبق أن ألغى مقررًا صدر عنها، أو في الحالة التي يجيز فيها القانون ذلك شريطة أن تكون في صالح الأفراد، أما إذا لم تكن كذلك فيمكن الاحتجاج بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ويتعين الحكم بإلغائه².

وعلى العكس من ذلك فقد تتخذ الإدارة قرارات ترحي تنفيذها إلى المستقبل، وهنا تختلف سلطتها حسب الحالتين.

- الحالة الأولى: حالات القرارات التنظيمية التي لها طبيعة عامة ولا تنشأ عنها إلا مراكز قانونية عامة وإرجاء أثرها إلى المستقبل لا يعتبر اعتداء على اختصاص السلطة الإدارية التي تكون قائمة آنذاك، لكن في حالة ما إذا أرجأت آثار القرار إلى تاريخ بعيد جداً هنا يمكن للمقاضي إلغاؤه لانعدام سببه الحالي لأنه من المؤكد أن ركن السبب لا يمكن قيامه في هذا التاريخ البعيد.

- الحالة الثانية: وهي حالة القرارات الفردية التي يشكل إرجاء آثارها إلى المستقبل اعتداء على اختصاص السلطة التي تكون غير السلطة التي اتخذت القرار، لكن إذا تبين أن الغاية من إصدار القرار هي الحفاظ على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراب، فإنه يكون شرعي ولا يعتبر مشوباً بعيب عدم الاختصاص، أما إذا كان الهدف هو التحيز أو محاباة بعض الأفراد فيمكن إلغاؤه من طرف القضاء³.

وما يمكن أن نخلص إليه أن عيب عدم الاختصاص يترتب عليه نتيجتان لهما وقعهما وأهميتهما على القرار الإداري، فالنتيجة الأولى تتجلى في اعتبار القرار الإداري معدوماً - اغتصاب السلطة - إما في حالة تعدي السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية أو القضائية أو في حالة صدوره من فرد عادي ليست له الصفة القانونية، أما النتيجة الثانية فتتجلى في إبطال أو إلغاء القرار الإداري والذي يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص البسيط بصوره الثلاث - الموضوعي، الزمني، المكاني - فالقرار المشوب بعيب اغتصاب السلطة يكون معدوماً لأنه لم يصدر إطلاقاً، أما القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص البسيط لا يؤدي إلى انعدام القرار بل يلغيه فقط⁴.

هذا فيما يخص عيب عدم الاختصاص، فماذا عن عيب الشكل باعتباره أحد عيوب المشروعية الخارجية التي تشوب القرار الإداري.

¹ الطعن رقم 1487 لسنة 7 ق - جلسة 8 ماي 1965، مشار إليه في مؤلف محمد أنور حماده، مرجع سابق، ص 121.

² حكم إدارية الرباط رقم 279 بتاريخ 12 أكتوبر 1995.

³ عبد الله حداد: مرجع سابق، ص 120.

⁴ ثورية لعيوني: مرجع سابق، ص 164.

المبحث الثاني : عيب الشكل le vice de forme

يقصد بالشكل في القرار الإداري أن يصدر وفقا للإجراءات التي يجب احترامها قبل صدوره وعلى الشكل الخارجي الذي ينص عليه القانوني، وبمراعاة هذه الشكليات يتحقق حسن سير الإدارة من جهة وضمان صيانة حقوق الأفراد من جهة ثانية، والأصل أن القرار الإداري لا يخضع لشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك بأن استلزم كتابته أو احتواءه على بيانات معينة كوجوب استشارة لجنة إدارية معينة قبل إصدار القرار الإداري، وقد يصدر القرار الإداري في صيغة مكتوبة وقد يتم شفويا، كما يكون صريحا أو ضمنيا، وتبقى للإدارة كقاعدة عامة السلطة التقديرية في اختيار الشكل المناسب لقرارها، ولا يمكن حتى للقضاء أن يفرض على الإدارة كتابة قرارها الشفوي ما عدا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وعندما تخالف السلطة الإدارية القواعد الشكلية المحددة أو عند عدم احترامها للإجراءات الواجب إتباعها قانونا لإصدار القرارات الإدارية يكون قرارها مشوبا بعيب الشكل والذي يقصد به خرق القواعد الشكلية المحددة أو عدم احترام الإجراءات الواجب اتباعها لإصدار القرارات الإدارية سواء تم ذلك عن طريق المخالفة الجزئية لها أو بإهمال كلي دون اعتبار ذلك¹، ومجموع الشكليات التي ينبغي على متخذ القرار احترامها تسمى المسطرة الغير القضائية، بعضها محدد بموجب النصوص القانونية والمراسيم، والبعض الآخر يمكن استنباطه من المبادئ العامة والاجتهاد القضائي، وقد استقر القضاء الإداري المغربي كنظيره الفرنسي والمصري على التمييز بين الشكليات الأساسية أو الجوهرية للقرار الإداري التي لا يترتب على عدم إتباعها إلغاء القرار الإداري بل يمكن تداركها في مرحلة التقاضي، وتمثل قواعد الشكل في صور متعددة سنتطرق لبعضها في المطالب الثلاثة الآتية.

المطلب الأول: الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار الإداري

توجد أمثلة عديدة لهذا النوع من الإجراءات من بينها نجد مثلا :

أ- ما نص عليه الفصل 67 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية والذي أكد على ضرورة تمكين الموظف من الدفاع عن نفسه بالإطلاع على ملفه الإداري وموازته بمحام، فإذا أخلت الإدارة بمثل هذه القاعدة الجوهرية يكون قرارها متسما بعدم المشروعية وبالتالي يحق للقضاء أن يلغيها، وهو ما أكدته إدارية الرباط التي ألغت القرار الإداري الصادر عن المدير العام للصندوق الوطني للقرض الفلاحي بالرباط القاضي بعزل الطاعن عن عمله لكون القرار انطوى على خرق قاعدة شكلية جوهرية تتجلى في تفويت الفرصة على الطاعن للدفاع عن نفسه²، وهو ما قضت به كذلك المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 2000/09/27 حيث ألغت القرار الإداري الصادر عن رئيس المجلس الجماعي لسيدي بوعثمان القاضي بعزل الطاعن عن عمله لأن القرار انطوى على مخالفة أساسية تتجلى في تفويت الفرصة عليه للدفاع عن نفسه "طبقا للفصلين 66 و67 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية" ومن ثم خرق الضمانات التأديبية قبل اتخاذ العقوبة³.

ب - ضرورة إنذار الموظف الذي ترك عمله وذلك بالعودة إليه بعد مدة معينة، لكونه شكلية جوهرية يترتب على عدم احترامها إلغاء القرار الإداري، وقد تواتر الاجتهاد القضائي على التشدد في مراقبة مدى احترام الإدارة لهذه الشكلية الجوهرية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2001/04/25 بأن قرار توقيف الموظف مع استمرار حرمانه من أجره ودون إحالته على المجلس التأديبي ورغم فوات المدة التي حددها القانون لهذه الحالة، والتي حددت في أربعة أشهر حسب الفصل 73 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية، يجعل القرار مشوبا بالشطط في استعمال السلطة وقابلا للإلغاء⁴.

¹ مليكة الصروخ: مرجع سابق، ص 521.

² حكم إدارية الرباط رقم 1344 بتاريخ 6 أكتوبر 2005.

³ حكم إدارية مراكش بتاريخ 2000/09/27 منشور بمجلة المحامي، العدد 47، ص 349.

⁴ حكم مشار إليه بمجلة المحاكم المغربية، العدد 90، سنة 2001، ص 181.

وهو ما قضت به كذلك إدارية الرباط في حكمها رقم 825 الصادر بتاريخ 2007/04/24، حيث ألغت القرار الصادر عن وزير السياحة والصناعة التقليدية والاقتصاد الإجتماعي والقاضي بتوقيف الطاعن أحمد أصوفي لمدة ستة أشهر بدون تبليغه¹.

ج- ضرورة استشارة المجلس التأديبي التي أكدها قرار المجلس الأعلى رقم 18 بتاريخ 17 يوليوز 1969 الذي جاء فيه: "وحيث لا يوجد بالملف ما يثبت مراعاة الإدارة للضمانات التأديبية المتمثلة في استشارة المجلس التأديبي..." فقضى المجلس الأعلى بإلغاء المقرر الصادر في 29 غشت 1968 عن وزير الشببية والرياضة.

ومن خلال ما سبق يتضح أن الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار الإداري تعتبر من الشكليات الجوهرية التي يتعين على الإدارة احترامها قبل إصدار القرار التأديبي في حق الموظف وإلا كان قرارها مشوباً بعدم المشروعية وترتب عنه إلغاؤه.

وهو نفس النهج الذي صارت عليه مختلف المحاكم الإدارية في نوازل مختلفة من بينها ما نصت عليه المحكمة الإدارية بالرباط في قضية أيت كروم محمد ضد عامل مدينة الرباط- سلا، حيث اعتبر القرار الصادر عن العامل غير مستوف لإجراء جوهرى نص عليه الفصل 22 من القانون المتعلق بتنظيم مراقبة الأسعار المؤرخ في 1971/10/12 والمتعلق بوجوب استشارة رئيس المصلحة الخارجية لمديرية التجارة الداخلية التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة من طرف العامل، قبل اتخاذ العقوبات الإدارية في شأن مخالفة قانون البيع².

وقد أكد بدوره القضاء الإداري المصري في قرار له بشأن المحاكمة التأديبية مراعاة الإجراءات الجوهرية الخاصة بها في حكم للمحكمة الإدارية العليا، والذي جاء فيه "... أن القانون رقم 117 لسنة 1958 قد أوجب في المادة 23 منه إعلام صاحب الشأن بقرار الإحالة بتاريخ الجلسة خلال أسبوع من تاريخ إيداع أوراق الدعوى التأديبية كما نصت في المادة 29 منه" على أن للموظف أن يحضر جلسات المحكمة بنفسه أو أن يوكل عنه محامياً مقيداً أمام محاكم الاستئناف، وأن يبدي دفاعه كتابياً أو شفويًا، وللمحكمة أن تقرر حضور المتهم بنفسه، وفي جميع الأحوال إذا لم يحضر المتهم بعد إخباره يجوز محاكمته والحكم عليه غيابياً ... لذلك فإن إغفال إعلان المتهم والسير في إجراءات المحاكمة دون مراعاة أحكام القانون المتعلقة بهذا الإجراء الجوهرى يترتب عليه بطلان هذه الإجراءات، وبطلان الحكم لإعتماده على هذه الإجراءات الباطلة، وذلك تأسيساً على أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهرى يترتب عليه ضرر للخصم..."³

المطلب الثاني: تعليل القرارات الإدارية

يقصد بتعليل القرار الإداري كإجراء شكلي يرتبط بالمظهر الخارجي للقرار الإداري الإفصاح كتابة في صلب القرار الإداري عن الأسباب الواقعية والقانونية التي كانت وراء اتخاذه⁴، وهو نفس التعريف الذي تبناه القضاء الإداري، ولذلك فإن التعليل يعتبر شرطاً شكلياً يقصد به إفراغ الأسباب الواقعية والقانونية في صلب القرار الإداري وقت اتخاذه. والمبدأ العام هو أن لا لزوم لتعليل القرار الإداري إلا بنص القانون وعندما يصبح التعليل شرطاً شكلياً، فالإخلال به يعتبر عيباً يفضي إلى عدم مشروعية القرار الإداري، لذلك يبقى التعليل شرطاً الشرعية الخارجية للقرار الإداري، وقد استقر الاجتهاد القضائي الإداري المغربي - كنظيره الفرنسي والمصري - سواء قبل دخول القانون المحدث للمحاكم الإدارية حيز التنفيذ أو بعده، على قاعدة مفادها أن الجهة الإدارية غير ملزمة مبدئياً بتسبب قراراتها اللهم إذا ألزمها بذلك القانون أو الاجتهاد القضائي صراحة⁵، وقد عبرت عن ذلك بشكل واضح المحكمة الإدارية بالرباط في حكم جاء فيه "بعد دراسة

¹ حكم إدارية الرباط رقم 825 في الملف عدد 06/41 بتاريخ 2007/04/24، (غير منشور).

² ثورية لعيويني: مرجع سابق، ص 169.

³ عبد الغني بسيوني عبد الله: "القضاء الإداري" الطبعة الثالثة، ص 607.

⁴ المادة الأولى من ق 03-01 المتعلق بإلزام الإدارة بتعليل قراراتها.

⁵ حكم إدارية مكناس، عدد 95/51 بتاريخ 23 نونبر 1995.

المحكمة لكافة معطيات القضية تبين لها... أن الطعن أسس على وسيلتين وهما انعدام التعليل وانعدام السبب"¹، ولذلك يبقى التعليل في صلب القرار الإداري كإجراء شكلي يتزامن مع إصدار القرار الإداري، ويترتب عن تخلفه عدم مشروعية القرار الإداري لعبب الشكل.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد وقع في خلط عندما نص في المادة 20 من القانون رقم 41.90 المتعلق بالمحاكم الإدارية على انعدام التعليل قاصدا به عيب السبب، والأمر هو أن عيب السبب أحد عيوب المشروعية الداخلية للقرار وأن انعدام التعليل أحد أشكال عيب الشكل الذي يعتبر أحد شكلي عيب المشروعية الخارجية للقرار.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على تصنيف القرار المعيب بانعدام التعليل المنصوص عليه قانونا ضمن عيب الشكل، وهو ما أكدته إدارية الرباط في حكم رقم 825 الصادر بتاريخ 2007/04/24 حينما ألغت القرار الصادر عن وزير السياحة والصناعة التقليدية والاقتصاد الاجتماعي ضد الطاعن أحمد أصوفي لعيب انعدام التعليل "...حيث يستفاد من مقتضيات القانون رقم 01-03 أن القرار المطعون فيه من القرارات الإدارية واجبة التعليل..."²

وقد وردت على هذا المبدأ بعض النصوص الخاصة في مجالات مختلفة تلزم التعليل، خصوصا في مجال تأديب الموظفين، أو في مجال الوصاية الإدارية التي كانت تقوم بها السلطات المختصة على أعضاء الجماعات المحلية بحيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من التنظيم الجماعي الصادر بتاريخ 30 شتنبر 1976 على أنه " يتم التوقيف الذي لا يمكن أن يتجاوز شهرا واحدا بموجب قرار مدعم بأسباب يصدره وزير الداخلية وينشر في الجريدة الرسمية"، كما حافظ الميثاق الجماعي لسنة 2002 على إلزامية تعليل القرارات الصادرة في مجال ممارسة سلطة الوصاية بحيث نصت المادة 21 منه على أن "كل عضو من المجلس الجماعي ثبتت مسؤوليته في ارتكاب أعمال أو أفعال مخالفة للقانون ولأخلاقيات المرفق العام، يمكن بعد استدعائه للإدلاء بإيضاحات كتابية حول الأعمال المنسوبة إليه توقيفه لمدة لا تتجاوز شهرا واحدا بقرار معلل لوزير الداخلية أو عزله بمرسوم معلل، يتم نشرهما بالجريدة الرسمية".

إلا أنه بعد دخل القانون الجديد للتعليل رقم 01-03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1 /02/ 2002 بتاريخ 23 يوليوز 2002 حيز التطبيق، تم توسيع مجال تعليل القرارات الإدارية مع الإبقاء على المبدأ العام السالف الذكر، لذلك فالإحاطة بموضوع تعليل القرارات الإدارية على ضوء التشريع والقضاء تقتضي الوقوف على مرحلة ما قبل صدور قانون 03 – 01 ومرحلة ما بعد صدوره.

الفقرة الأولى: تعليل القرارات الإدارية قبل صدور القانون 01-03

فكما سبقت الإشارة، فإن القاعدة التي كانت متعارف عليها أمام القضاء الإداري هي أن الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها إلا متى أوجب القانون ذلك صراحة، وهذه الحالة التي يترتب فيها على انعدام التعليل عدم مشروعية القرار الإداري.

ومن بين النصوص التي تستوجب تعليل القرار الإداري القانون المتعلق بالجماعات المحلية وهيئاتها سابقا (قبل صدور القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية)، قانون الصحافة، مجال التأديب في الوظيفة العمومية وبعض القرارات المتعلقة بالحقوق والحريات.

ف نجد المادة 33 من الميثاق الجماعي³ تنص على أنه "يتم التوقيف، الذي لا يمكن أن يتجاوز شهرا واحدا، بموجب قرار معلل يصدره وزير الداخلية وينشر بالجريدة الرسمية"، والمادة 25 من نفس القانون التي نصت على أنه "إذا كانت مصالح الجماعة مهددة لأسباب

¹ حكم إدارية الرباط في قضية الشنوفي ضد وزير التربية الوطنية الصادر بتاريخ 25 يونيو 1998.

² حكم إدارية الرباط رقم 825 الصادر بتاريخ 2007/04/24، مشار إليه سابقا.

³ لم يعد معمول بالقانون رقم 00.78 المعدل بالقانون رقم 08.17 بمثابة الميثاق الجماعي منذ دخول القوانين التنظيمية للجماعات الترابية حيز التطبيق بتاريخ 04 شتنبر 2015.

تمس بحسن سير المجلس الجماعي، جاز حل المجلس بمرسوم معلل ينشر في الجريدة الرسمية"، كما نصت المادة 71 من نفس القانون على أنه "إذا تمسك المجلس الجماعي بمقرره بعد هذه الدراسة الجديدة، يمكن للوزير الأول باقتراح من وزير الداخلية أن يبت في هذه المسألة بمرسوم معلل داخل أجل ثلاثة أشهر..."

كما كانت تطبق قاعدة التعليل الإلزامي كذلك فيما يخص قرار إعلان استقالة عضو المجلس الجماعي الذي لا يلي ثلاث استدعاءات متوالية دون سبب يقبله المجلس، أو إذا امتنع دون عذر مقبول عن القيام بالمهام المنوطة به بموجب النصوص المعمول بها¹، بالإضافة إلى قرارات رفض المصادقة على مقررات المجلس الجماعي طبقا للمادة 73 من نفس القانون.

وأخيرا، فإذا كان المشرع قد ألزم السلطة الوصية² بتعليل قراراتها في الحالات المحددة على سبيل الحصر بالميثاق الجماعي والقوانين المنظمة للعمليات والأقاليم والجهات، فإن التعليل القانوني المذكور كان يعتبر آلية فعالة للحد من شطط وتعسف السلطة الوصية، ووسيلة لضمان مشروعية القرارات المتخذة وتجنب التعسف والتصرع في إصدارها.

وبالنسبة إلى مجال التأديب في الوظيفة العمومية المنصوص عليها بموجب النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، يوجب الفصل 66 منه تعليل القرارات الإدارية المتعلقة بعقوبي الإنذار والتوبيخ. وقانون الصحافة رقم 77-00 يلزم بدوره في الفصل 77 منه التعليل كشرط شكلي في القرار المتعلق بالحجز الإداري لكل جريدة أو نشرة تمس بالنظام العام، وقرار منع دخول بعض الجرائد أو النشرات الدورية المطبوعة خارج المغرب أو داخله في الفصل 29 من نفس القانون.

ولقد استقرت أحكام القضاء الإداري على قاعدة مفادها أنه لا وجوب للتعليل إلا بنص قانوني صريح أو حتى إذا لم يتدخل المشرع المغربي ويلزم بالتعليل، يتعين الرجوع إلى المبدأ العام الذي يقضي بأن لا إلزام بالتعليل، وأن الإدارة مطالبة بالإفصاح عن علة القرار في مذكراتها الجوابية أثناء المرحلة القضائية، وإذا ما تقاعصت عن ذلك رغم إنذارها أو إهمالها تكون موافقة على وقائع الطلب وتعرض قرارها للإلغاء، وهكذا ذهب المجلس الأعلى حيث أوضحت أن الإدارة عدا الأحوال المنصوص عليها قانونا غير ملزمة بتعليل قراراتها³.

الفقرة الثانية: تعليل القرارات الإدارية بعد صدور قانون 01-03

لقد ألزم القانون 01-03 كافة الإدارات العمومية وكذا أشخاص القانون الخاص المكلفين بتنفيذ مرفق عام والذين يستعملون وسائل القانون العام بتعليل القرارات الإدارية الفردية السلبية، وذلك ببيان الاعتبارات الواقعية والقانونية التي أدت إلى إصدارها تحت طائلة عدم مشروعيتها.

وقد أخذ المشرع المغربي من خلال تعريفه بكل من المعيار المادي والعضوي في القرار الإداري انطلاقا من قضية الصالح والجامعة الملكية للريكي حيث كرس الاجتهاد القضائي المعيار المادي في القرار الإداري إلى جانب المعيار العضوي⁴.

ولقد ألزم المشرع المغربي كافة الإدارات العمومية من خلال المادة الثانية من القانون 01-03 بتعليل قراراتها، والتي حددها على سبيل الحصر ويتعلق الأمر ب:

- القرارات المرتبطة بممارسة الحريات العامة والتي تكتسي طابع إجراء ضبوطي؛

¹ المادة 20 من القانون رقم 00.78 المتعلق بالميثاق الجماعي المعدل بالقانون رقم 08.17.

² تم الانتقال من سلطة الوصاية إلى اختصاص المراقبة بموجب القوانين التنظيمية للجماعات الترابية.

³ قرار المجلس الأعلى عدد 51 بتاريخ 21 يوليوز 1971 في قضية الزين عبد السلام ضد المدير العام للأمن الوطني، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 43، سنة 2003، ص 177.

⁴ قرار قانون بلقديم ضد عامل إقليم فاس بتاريخ 13 ماي 1958 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى (1957-1960)

- القرارات الإدارية القاضية بإنزال عقوبة إدارية أو تأديبية؛

- القرارات الإدارية التي تفيد تسليم رخصة أو شهادة أو أي وثيقة أخرى بشروط، أو تفرض أعباء غير منصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل؛

- القرارات القاضية بسحب أو إلغاء قرار منشأ لحقوق القرارات الإدارية التي تستند إلى تقادم أو فوات أجل أو سقوط حق؛

- القرارات التي ترفض منح امتياز يعتبر حقا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية.

وإذا كان هذا القانون قد أعفى الإدارة من تعليل القرارات التي يقتضي الأمن الداخلي والخارجي للدولة إصدارها، وكذا القرارات الإدارية الفردية التي تتخذها الإدارة في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي الإداري من مراقبة على مدى صحة وارتباط عدم التعليل بهذه الشروط شكلا ومضمونا¹.

وإذا كانت القرارات الإدارية الفردية الغير معللة التي تتخذها الإدارة في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية غير مشوبة بعدم المشروعية، فإنه يحق للمعني بالأمر تقديم طلب إلى الجهة المصدرة للقرار دخل أجل 30 يوم من تاريخ التوصل بالقرار لإحاطته علما بالأسباب التي كانت وراء اتخاذ القرار السلبي الصادر لغير صالحه، ويجب على الإدارة حينئذ الإجابة على طلب المعني بالأمر داخل أجل 15 يوم من تاريخ التوصل بالطلب.

وعليه، فإذا كانت الظروف الاستثنائية تضيي المشروعية على تصرفات وأعمال رجل الإدارة في كل ما يمارسه، فإن سلطاته قد تخضع لبعض الضوابط التي يتأكد القاضي الإداري من توفرها للاعتداد بالظروف الاستثنائية منها :

- أن توجد حالة واقعية وقانونية تستدعي التدخل.

- أن يكون تصرف الإدارة لازما لمواجهة هذه الحالة.

- أن يكون تصرف الإدارة يهدف إلى تحقيق الصالح العام.

ومن إيجابيات هذا القانون أيضا أنه ألزم الإدارة بتعليل قراراتها الضمنية التي هي بطبيعتها غير قابلة للتعليل لكون الإدارة ملزمة فيها بالصمت، وهي غير مكتوبة شأنها في ذلك شأن القرارات المكتوبة، إذ خول للمعني بالأمر حق تقديم طلب لاطلاعه على أسباب القرار داخل أجل 30 يوما الموالية لانصرام الأجل القانوني للطعن "60 يوما" وتكون الإدارة آنذاك ملزمة بالرد على الطلب داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل بالطلب، ويبقى للمعني بالأمر أجل 60 يوما للطعن القضائي تبتدأ من تاريخ التوصل بجواب الإدارة أو من تاريخ انصرام أجل 15 يوما في حالة عدم الجواب إذ نصت مادته السادسة قانون 03-01 على تمديد أجل الطعن القضائي في تلك الحالة.

كما أن المشرع عمل على تمديد أجل الطعن في القرارات الإدارية التي أوجب فيها سلوك مساطر خاصة قبل الاتجاه إلى القضاء، فعلى غرار المادة 48 من الميثاق الجماعي المنسوخ² بالقانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات الذي نص في الفقرة الأخيرة من المادة 267 على ما يلي " يترتب على تقديم مذكرة المدعي وقف كل تقادم أو سقوط حق إذا رفعت بعده دعوى في أجل ثلاثة (3) أشهر"، وهو ما يؤكد على أن الهدف من وضع مساطر استثنائية لمقاضاة الجماعات الترابية، من خلال إلزام كل من تضرر من تصرف أو قرار إداري صادر عن

¹ محمد القصري: "إلزام الإدارة بتعليل قراراتها الإدارية ضمانا للحقوق والحريات ورقابة قضائية فعالة" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 43، سنة 2003، ص 178.

² المادة 280 من القانون التنظيمي رقم 14.113 المتعلق بالجماعات.

الجماعات الترابية بأن يخبر رئيس المجلس المعني مع تقديم مذكرة للسلطة الإقليمية أو الجهوية المختصة قبل رفع دعاوى الإلغاء¹ مع الاكتفاء بالزامية إخبار السلطة الإقليمية أو الجهوية المختصة دون المجلس المعني في القضايا التي يكون الهدف منها مطالبة الجماعات الترابية بأداء دين أو تعويض²، هو الحفاظ على كل من حقوق المواطنين بمنحهم حق التظلم والتفاوض لاسترجاع حقوقهم والحفاظ عليها دون اللجوء إلى المساطر القضائية وتعقيدها، وفي نفس الوقت الحفاظ على حقوق الجماعات الترابية من خلال إمكانية إستدراك الأخطاء التي قد تكون ارتكبتها، وتجنبنا كذلك للمساطر القضائية وتبعاتها.

والملاحظ من صياغة مواد القانون 01-03 كذلك أنه لم يعالج حالات القرارات المركبة القابلة للإلغاء جزئيا والتي تتضمن شقين قابلين للانفصال، أحدهما إيجابي في صالح المعني بالأمر والآخر سلبي في غير صالحه، مما يثير إشكالا حول ذلك سواء خلال مسطرة الإحاطة عملا بأسباب القرار أو مرحلة الطعن القضائي.

وعموما، فإذا كان القانون 01-03 قد فتح المجال أمام المعني بالأمر للتعرف على أسباب القرار في حالات التعليل الغير إلزامي، كحالة الاستعجال القصوى أو حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية أو حالة القرار الضمني وفقا للشروط والأجال السالفة الذكر، فإن هذا الالتزام يبقى أدبيا أكثر منه قانونيا³، على اعتبار أن المشرع لم يحدد الجزاء المترتب عن عدم الجواب، هذا من جهة ومن جهة أخرى إصرار الإدارة على عدم الجواب يجعلنا مواجهين بقرارين أحدهما معاب بانعدام التعليل والآخر ضمني معاب بعدم الجواب داخل الأجال القانوني.

ونخلص القول بأن المبدأ العام هو أن تعليل القرار الإداري يبقى من الشكليات الثانوية التي يمكن تداركها في مرحلة التقاضي ما لم ينص عليه القانون ويطلبه القضاء فيصبح عندئذ من الشكليات الجوهرية، وتختلف في هذه الحالة يعيب القرار ويؤدي إلى إلغائه لعب في الشكل، وحينها، يتعين لصحته أن يتوفر على شروط اجتهاد القاضي الإداري في تحديدها نذكر منها:

أولا : أن يكون مكتوبا وواردا في صلب القرار الإداري ومبرزا للوقائع المادية القانونية المفضية إلى إصداره، وهي القاعدة التي أكدتها محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط والتي جاء في حيثيات أحد قراراتها " وحيث إنه بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون رقم 03/01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية تلزم الإدارة وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها تسيير موفق عام بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية الصادر لغير فائدة المعني تحت طائلة عدم الشرعية وذلك بالإفصاح كتابة في صلب هذه القرارات عن الأسباب القانونية والواقعية الداعية لاتخاذها أي تعليلها للقرار الإداري كإجراء شكلي تطلبه القانون المشار إليه أعلاه"⁴.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بأكادير في أحد أحكامها والذي جاء فيه "وحيث إن انعدام المشروعية اللاصقة بالقرار الإداري من أجل تخلف شرط التعليل كتابة وفي صلب القرار يجعل هذا الأخير غير مقبول على حالته ولو كانت أسبابه الحقيقية التي لم يتم الإفصاح عنها جديدا ومشروعة"⁵.

ثانيا : أن يكون كاملا لأن التعليل الناقص ينزل منزلة انعدام التعليل، وكافيا كفاية تعتبر معها الأسباب المذكورة كافية قانونا ومنتجة بشكل منطقي¹، وهو ما أكدته إدارية الرباط في حكمها رقم 901 الصادر بتاريخ 2007/05/07² حينما ألغت القرار المطعون فيه، مع

¹ المواد 265 و209 و239 من القوانين التنظيمية للجماعات والعامالات والأقاليم والجهات على التوالي.

² المواد 267 و211 و241 من القوانين التنظيمية للجماعات والعامالات والأقاليم والجهات على التوالي.

³ محمد قصري: مرجع سابق، ص 180.

⁴ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 398، في الملف عدد 5/07/152، الصادر بتاريخ 02 أبريل 2008، غير منشور.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 33-2007، في الملف عدد 088-2006، الصادر بتاريخ 15 أبريل 2008، غير منشور.

اعتبار أن حاصل طلب الطاعن هو إلغاء القرار الصادر عن السيد المراقب العام للالتزام بنفقات الدولة القاضي برفض التأشير على قرار توظيفه بعلّة نقصان التعليل.

وهو ما أكدته كذلك المحكمة الإدارية بأكادير في أحد أحكامها والذي جاء فيه " وحيث إن المحكمة بعد دراستها ملف القضية تبين لها أن القرار المطعون فيه صدر لعلّة واحدة وهي وجود المصلحة دون أن تحدد أوجه هذه المصلحة ومجالها بالنسبة للإدارة وللطاعن أي عامة أم خاصة، وبالتالي فإن هذه العلة لا يمكن اعتبارها تعليلًا كافيًا لإصدار قرار نقل موظف عمومي بل تعدّ تعليلًا ناقصًا موازيا لانعدامه ويتعين من أجل ذلك الاستجابة له والتصريح بإلغائه"³.

ثالثًا: أن يعتمد على وقائع صحيحة ومحددة.

رابعًا: أن يكون واضحًا لا مبهمًا ولا غامضًا، وقد استبعد القضاء الإداري المغربي كمنظيره الفرنسي والمصري التعليل المبهم، كما جاء في حكم لإدارية الرباط "وحيث أن هذا الغموض في تعليل القرار المتخذ في حق المدعي يجعل منه قرارًا مبنيًا على مجرد عموميات وليس على وقائع ثابتة... وحيث أنه أمام هذه المعطيات يكون القرار المتخذ في حق المدعي فاقداً للمشروعية"⁴.

المطلب الثالث: كتابة القرار الإداري

كمنبداً عام لا يشترط في القرار أن يصدر في صيغة أو بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، فيمكن أن يصدر القرار مكتوبًا أو شفويًا ولا يمكن للقاضي أن يفرض على الإدارة كتابة قرارها الشفوي.

أما إذا اشترط المشرع ضرورة صدور القرار في شكل مكتوب، فإنه ينبغي على السلطة المختصة بإصداره أن تحترم تلك الشكلية وإلا كان قرارها باطلاً، كما تعتبر كتابة القرار متطلبًا إذا أوجب القانون نشره في الجريدة الرسمية أو في النشرات المصلحية.

ومن الشكليات أيضًا أن يكون القرار مؤرخًا وموقعًا، فالتاريخ يمكن من معرفة وقت دخوله حيز التنفيذ والتوقيع فهو يبين مدى صلاحية متخذه واختصاصه بهذا الأمر.⁵

وقد قضت إدارية الرباط في حكمها رقم 110 بتاريخ 6 يناير 2000 بإلغاء القرار الإداري الذي لا يحمل توقيع مصدره إذ يعتبر قرارًا متسما بتجاوز السلطة لعييب في الشكل وموجبًا للإلغاء، حيث جاء فيه "... فإنه بعد اضطلاع المحكمة على القرار الإداري المطعون فيه تبين لها أنه فعلاً لا يحمل توقيع مصدره مما يجعله غير منتج لأي أثر... وحيث أنه أمام صحة هذه الوسيلة ودونما حاجة إلى مناقشة باقي الوسائل الأخرى المثارة، يكون القرار الإداري المطعون فيه مشوبًا بتجاوز السلطة لعييب في الشكل ويتعين لذلك التصريح بإلغائه"

بقي أن نشير إلى أن الاجتهاد القضائي في كل من مصر وفرنسا اتجه إلى تحديد وسائل يمكن بواسطتها تغطية هذا العيب وذلك في

الحالات التالية:

¹ محمد الأعرج: "التعليل كشرط شكلي في القرار الإداري وجزء الإخلال بشروط صحته" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 43، سنة 2003، ص 163.

² حكم إدارية الرباط رقم 901 في الملف عدد 06/215 غ بتاريخ 07 ماي 2007، غير منشور.

³ حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 05-2004، في الملف الإداري عدد 132-2003 الصادر بتاريخ 08-01-2003، حكم غير منشور.

⁴ حكم إدارية الرباط رقم 173 بتاريخ 18 مارس 1999، وحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13 فبراير 1987، مشار إليه بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 43، سنة 2003، ص 165.

⁵ عبد الله حداد: مرجع سابق، ص 121.

- الشكليات المقررة لصالح الإدارة:

- الظروف الاستثنائية؛

- الشكليات التي لا تؤثر في ملاءمة القرار إذا تبين أنها لم تؤثر في القرار من حيث الموضوع أو لم تنتقص من ضمانات الأفراد:

- استحالة اتمام الشكليات ماديا، مثلا عدم إعطاء حق الدفاع للموظف لأنه غادر العمل دون أن يترك عنوانه والاستحال

التوصل إليه.¹

- قبول صاحب الشأن، وإن تضاربت أحكام القضاء الإداري بين إقرار أو عدم إقرار تغطية قبول صاحب الشأن لعيب الشكل في

حالة عدم ارتباطه بالنظام العام.²

وفي الأخير يمكن القول بأن رقابة القضاء الإداري على عيب الاختصاص بأشكاله المتعددة وكذا على عيب الشكل بمختلف أنواعه

شكل ضمانات قوية للمتعاملين مع الإدارة بحيث أن عيوب المشروعية الخارجية تبقى من بين العيوب التي تشدد القضاء الإداري في مراقبتها

ولو خلال المرحلة القضائية وذلك ضمانا لحقوق المخاطبين بها واحتراما للنصوص القانونية المعمول بها في هذا الشأن.

¹ محمد أيت المكي: "محاضرات في القانون الإداري" مكتبة المعارف الجامعية بفاس، سنة 1998، ص 149 و150.

² محمد أنور حماده: مرجع سابق، ص 128.

خصوصية الطعن القضائي المتعلق بالرسوم الجمركية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي

أشرف كناني

باحث في سلك الدكتوراه

كلية الحقوق سلا

تشكل الضرائب والرسوم التي في حكمها أهم مورد مالي لميزانية الدولة والجماعات المحلية، وتساهم بشكل فعال في تمويل النفقات العمومية، وإنعاش الحياة الاقتصادية والاجتماعية بالبلاد، وتعتبر الرسوم الجمركية من مكونات الضرائب التي تستخلصها مصالح وزارة المالية. الرسم الجمركي هو الرسم المفروض على السلع المستوردة، وذلك عند اجتيازها الحائط الجمركي أو الخط الجمركي في طريقها لدخول الدولة، أما التعريف الجمركية فهي عبارة عن الجداول أو البنود التفصيلية التي تشتمل على الترتيب السلي للصادرات والواردات، والرسم الجمركي المحدد لكل بند من تلك البنود التي تشتمل عليها جداول التعريف الجمركية، ولذلك فإن التعريف الجمركية تختلف من دولة لأخرى، حسب طبيعة عدد ودرجة تفصيل وقيمة الرسم الخاص بكل بند من بنودها التفصيلية.

ولقد عمل المشرع المغربي منذ الاستقلال على إحداث مجموعة من التغييرات بالنسبة للرسوم المطبقة على الاستيراد وعيا منه بمدى أهمية هذه الأخيرة في المجال الاقتصادي والاجتماعي للدولة، حيث تم تعويض الضريبة على المنتجات والخدمات بالضريبة على القيمة المضافة سنة 1986، وكذلك تعويض المكس الخاص بالاقتطاع الضريبي عند الاستيراد سنة 1988، وبالتالي أصبحت رسوم الاستيراد تشمل مجموعة من الرسوم الأساسية بالإضافة إلى رسوم أخرى

وتعد الإدارة الجمركية أهم المؤسسات المكلفة بتسيير النظام الجبائي من خلال تصفية وتحصيل الرسوم الجمركية المفروضة عند الاستيراد، تمارس هذه الوظيفة استنادا إلى مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، وتعتمد الجبائية في المغرب على قاعدة إقرار الملزم بالمعطيات مقابل منح الإدارة سلطات تمكنها من ممارسة الرقابة ومحاربة جميع أشكال الغش التي تطال التصاريح فالمشرع منح الملزمين بعض الضمانات وفتح أمامهم باب الطعن لتأمين التوازن بين حقوقهم والمصلحة العامة.

يغلب على المنازعة الجمركية الطابع الجزري في مقابل الطابع المدني والإداري، وهذا ما جعل المشرع ينظم الطعون القضائية في الجانب الجزري بصورة متكاملة لكن هذا لا يمنع من كون المنازعة الجمركية بدأت تأخذ مكانا لها وتحظى بجانب هام من الاهتمام والدراسة بفضل اجتهادات القضاء الإداري وكذا بعض الآراء الفقهية، وتشكل مكونات الوعاء الجمركي الذي يحسب على أساسه رسم الاستيراد حقا خصباً للمنازعات أمام القضاء الإداري، فمنذ إحداث المحاكم الإدارية لم تفتأ عدد النزاعات المتعلقة بالجمرك في تزايد، لذلك أين يتجلى اختصاص القضاء الإداري في هذا النوع من المنازعات، وما الحلول المعتمدة من طرف القضاء الإداري؟ وما هي الإكراهات التي يصطدم بها القاضي الإداري في معالجته لهذه القضايا؟

المحور الأول: اختصاص القضاء الإداري والحلول المعتمدة لإقرار توازن بين الملزم والإدارة الجمركية

إن إشكالية توزيع الاختصاص لم تكن واردة قبل إنشاء المحاكم الإدارية، حيث كانت المحاكم الابتدائية هي صاحبة الولاية العامة، لكن مع إحداث المحاكم الإدارية ظهرت إشكالية تتعلق بوضعية منازعات الملزم وإدارة الجمارك ومنها منازعات رسم الاستيراد هل تندرج في إطار المنازعات الضريبية أم أن لها وضعاً خاصاً ويجب إدراجها ضمن إطار خاص بها، لاسيما أن المشرع لم يشر سواء في المادة 8

أو غيرها من القانون 90.41 المحدث للمحاكم الإدارية على إسناد النظر في هذا النوع من المنازعات للقضاء الإداري، ما فتح الباب على مصراعيه للاجتهادات القضائية والفقهية لسد الفراغ التشريعي وتحديد الجهة المختصة.

الفرع الأول: اختصاص القضاء الإداري في منازعات الرسوم الجمركية

لقد حددت المادة 8 من القانون 90.41 المحدث للمحاكم الإدارية اختصاصات هذه المحاكم دون أن يشير إلى اختصاصها في المنازعة الجمركية، فالمادة الثامنة اكتفت بالنص على اختصاص المحاكم الإدارية في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب حيث أشارت المواد من 28 إلى 35 إلى مجموع هذه النصوص، ويبقى السائد لدى الفقه أن المحاكم الإدارية تختص بالمنازعات الجمركية غير الزجرية، ويبقى القضاء مؤكدا على هذا التوجه في العديد من أحكامه لذلك أين يتجلى الاختصاص المحلي لهذه المحاكم (فقرة أولى) ومحل الاختصاص النوعي في هذا النوع من المنازعات (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الاختصاص المحلي والنوعي في طعون الرسوم الجمركية

(1) الاختصاص المحلي:

يعرف الاختصاص المحلي بأنه: "مجموع القواعد التي يتعين على المحكمة المختصة ما بين محاكم من نوع واحد موزعة في الدوائر القضائية المختلفة في الدولة، للنظر في قضية معينة وقد يأخذ المشرع يعين الاعتبار تعيين المحكمة المختصة محليا، إما شخص المتخاصمين أو موضوع النزاع أو سببه".¹

على هذا الأساس نص المشرع على أن الاختصاص في دعاوى الضرائب المباشرة والضرائب البلدية يعود إلى محكمة المكان الذي تجب فيه تأدية الضريبة.²

أما المادة 252 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة جعلت الاختصاص في المنازعة الجمركية يعود وفقا للقواعد القانونية العامة، بينما المواد 28 و29 و30 من قانون المحاكم الإدارية نصت على أن الاختصاص المحلي إلى المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها المكان المستحق للضريبة أو الديون فيه.³

من خلال كل هذا يتضح أنه إذا كان إحداث المحاكم الإدارية قد عمل على تقريب القضاء من المتقاضين في دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية حيث عوضا عن جهة قضائية واحدة كانت متمثلة في المجلس الأعلى سابقا "محكمة النقض حاليا" التي كانت تبت في دعاوى الشطط في استعمال السلطة فقد أصبح أمام المتقاضين محاكم إدارية وتعددت الجهات التي يمكن أن يلجؤوا إليها إضافة إلى محكمتين استئنائيتين إداريتين بينما العكس من ذلك بالنسبة للقضاء الشامل الذي كان من اختصاص القضاء العادي حيث كان أمام المتقاضين ما يزيد عن 60 محكمة إلا أنه بتوجيه هذا الاختصاص نحو المحاكم الإدارية "تقلص عدد هذه المحاكم وأصبح مقصورا في سبعة محاكم موزعة على جهات المملكة إضافة إلى محكمتين استئنائيتين ومحكمة النقض متمثلة في الغرفة الإدارية كجهة عليا.

الفقرة الثانية: الاختصاص النوعي في طعون الرسوم الجمركية

على الرغم من غياب التنصيص المباشر في النصوص القانونية لتحديد اختصاص القضاء الإداري في مجال المنازعات الجمركية غير الزجرية بصفة عامة ومنازعات رسم الاستيراد بصفة خاصة، فقد دأب الفقه المغربي على إسناد الاختصاص للمحاكم الإدارية، على

¹ ادريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، 1998، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 206.

² الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية.

³ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، ص 65، طبعة 2012.

أساس أن التعداد الوارد بالمادة 8 من القانون 90.41 الذي جاء على سبيل المثال وليس الحصر، كما أن رسم الاستيراد والرسوم الجمركية الأخرى هي في حد ذاتها ضرائب.

إن تعداد المشرع المغربي لاختصاصات المحاكم الإدارية يطرح غموضاً حول ما إذا كان وراداً على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، لأن المشرع تغاضى عن ذكر بعض الضرائب رغم أهمية المنازعة فيها، مما يستتج معه بقاء الاختصاص للمحاكم العادية، لكن بالرجوع للمادة 8 من قانون 90.41 نجد أنها تنص على أن المحاكم الإدارية تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب والبت في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخرينة العامة، وبذلك بحسب هذا النص تعد المحاكم الإدارية صاحبة الاختصاص الشامل في جميع أنواع الضرائب بدون استثناء.¹

لقد اعتبر جانب من الفقه أن اختصاص المحاكم الإدارية النوعي يشمل جميع منازعات الضرائب والديون المستحقة للدولة بصفة عامة وأن عملية الجرد جاءت على سبيل المثال كما أن جل الدارسين لم يعطوا تمييزاً بين الضريبة والرسم،² واكتفوا فقط بمناقشة العموميات.

وذهب رأي أخرى إلى أن سبب إجماع المشرع عن عدم منح المحاكم الإدارية الاختصاص العام بكل الطعون الجبائية واكتفاءه بذكر بعض الضرائب دون الأخرى، هو معرفته المسبقة بوجود بعض الحالات التي لا يمكن أن تكون موضوعاً للمنازعة إما للطبيعة الجزئية للمنازعة، وإما لوجود نصوص صريحة تعطي للمحاكم العادية حق النظر في بعض المنازعات كما هو الشأن بالنسبة لقانون الجمارك، وهذا لا يمنع من اختصاص المحاكم الإدارية للنظر في جميع المنازعات المتعلقة بتصفية وتحصيل الديون الجمركية ورسومها بما فيها رسم الاستيراد وذلك بالاستناد إلى المادة 141 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

ويمكن إدراج رسم الاستيراد والرسوم الجمركية ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية انطلاقاً من موقع الرسوم الجمركية في النظام الضريبي ومحددات تتمثل في:

- 1) المعيار الإداري: يستند على أسلوب التحصيل وهكذا فالضرائب غير المباشرة تستند على وقائع وتصرفات معينة كاستيراد بضاعة أو إنتاج سلعة، أي أن رسم الاستيراد يستخلص بمناسبة دخول البضائع للحدود الوطنية.³
- 2) معيار نقل العب الجبائي: يستند هذا المعيار على فكرة استقرار الضريبة على المكلف بها، والضرائب غير المباشرة هي التي ينتقل عبئها إلى شخص آخر، وعلى هذا الأساس فالمستورد يؤدي رسم الاستيراد والرسوم الأخرى لإدخال البضائع الأجنبية إلى السوق الداخلية في إطار النظام الجمركي المعروف العرض على الاستهلاك لكنه يسترد ما دفعه بمناسبة بيع البضاعة.⁴
- 3) معيار مدى ثبات المادة الضريبية: الضريبة المباشرة حسب هذا المعيار يجب على عناصر تتميز بقدر من الثبات والاستقرار مثل المهنة أو الملكية أما الضريبة غير المباشرة فتحصل بمناسبة وقائع وأعمال عرضية كالاستهلاك أو الاستيراد والتصدير.⁵

¹ محمد مرزاق وعبد الرحمان ابليلال: المنازعات الجبائية بالمغرب بين النظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، 1998، ص 227.

² عبد الله ولد: الذي اعتبر ان الرسوم الجمركية من ضريبة ترتكن في أساسها إلى رباط غير عقدي بين مصلحة الجمارك والتاجر، ص 93.

³ العربي الكرداج: الطعون الجبائية امام المحاكم الادارية بالمغرب، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة محمد الخامس اكدال، الرباط، 2003 – 2004 ص 122.

⁴ عبد اللطيف الناصري، الأبعاد القانونية والاقتصادية والجبائية للنظام الجمركي، أطروحة دكتوراه، ص 35.

⁵ عبد اللطيف الناصري، مرجع سابق، ص 36.

الفرع الثاني: حالات إعمال دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في منازعات الرسوم الجمركية

(1) دعوى الإلغاء

يرى جانب من الفقه المغربي أن ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى دعوى الإلغاء من طرف الملزم، وقد استقر العمل القضائي على قبول هذا النوع من الدعاوى.¹ وهناك من الأحكام التي اعتبرت أن قرار فرض الرسوم الجمركية يعتبر قرارا إداريا خاضعا لرقابة القاضي الإداري لذلك فهو معفى من أداء الرسوم القضائية بقوة القانون.²

وبالتالي فمن حق الملزم اللجوء لدعوى الإلغاء لإلغاء قرار لإدارة الجمارك يرى أنه لا يصب في مصلحته وكما هو معلوم فإن الملزم الذي يود أن يقدم طعنا في منشأ أو صنف أو قيمة بضاعة معينة لم يلزمه المشرع بسلوك الطريق الإداري أولا المتمثل في التظلم واللجوء للجان الاستشارية التي تمارس وظيفة استشارية والتي تعتبر آرائها ليست ملزمة، وتبقى الإمكانية للملزم مفتوحة للطعن في القرارات الإدارية الصادرة موازاة مع آراء اللجان أو في حالة امتناعها.

الطعن هنا يكون موجها ضد قرار إداري صادر عن سلطة إدارية وبالتالي فالخيار ممنوح للمدعي لاختيار دعوى الإلغاء لإلغاء القرار لاتسامه بأحد عيوب المشروعية كما حددتها المادة 20 من القانون 90.41 المحدث للمحاكم الإدارية لعيب في الاختصاص أو الشكل كاتخاذ الإدارة الجمركية لقرارها بفرض الرسم دون انتظار صدور رأي اللجان الاستشارية أو لعيب الانحراف في استعمال السلطة أو لانعدام السبب أو مخالفة القانون.³

(2) دعوى القضاء الشامل:

إن تواجد الإلغاء في هذا النوع من المنازعات يبقى محدودا ويتعامل معه بكل تحفظ ذلك أن دعوى الإلغاء تتطلب شروطا لممارستها، خاصة شرط عدم وجود الدعوى الموازية ثم العراقيل المتعلقة بالمسطرة والتي تحد من العمل القضائي.⁴

بالنسبة لدعوى القضاء الشامل تبقى أوسع وأشمل⁵ حيث أن المنازعة المرتبطة بمادة فرض واستيفاء الضرائب الرسوم المباشرة والغير المباشرة وباقي الديون المستحقة للدولة تدخل في إطار القضاء الشامل لأنه لا يقيد الدعاوى المقامة في إطاره بأي أجل معين باستثناء ما تقتضيه بعض النصوص الخاصة، على خلاف الأمر في دعوى الإلغاء بل الأكثر من ذلك إذا وجه الملزم دعواه في إطار دعوى الإلغاء فإن المحكمة يمكنها إعادة تكييف النزاع تكييفا صحيحا على نحو يجعلها من منازعات القضاء الشامل ولأن التكييف مسألة قانونية ويبقى من صلاحيات المحكمة. كما أن الملزم يوجه دعواه في شكل مطالبة تتعلق بموضوع الضريبة، ودعوى القضاء الشامل فعالة في هذا الموضوع لحسم النزاع في جوهر، وأوفر جدوى بالنسبة للملزم، بل هي الدعوى الأصلح باعتبار فعاليتها كوسيلة لحسم النزاع من حيث الجوهر⁶ وبالتالي تسوية الوضع الضريبي للملزم.

¹ حكم ادارية مكناس عدد 96/8 بتاريخ 1996/2/8 بين أوعزو عبد السلام وإدارة الجمارك منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 17 سنة 1996، ص 150.

² المادة 22 مكرر من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

³ Abdellah Boudehrain, le droit douanière marocain, p 176.

⁴ محمد مرزاق وعبد الرحمان ابليللا، مرجع سابق، ص 220.

⁵ محمد النجاري، نظرات في بعض جوانب مسطرة المنازعة في الوعاء الضريبي المجلية المغربية للإدارة والتنمية المحلية عدد 18 يناير مارس 1997، ص 127.

⁶ جعفر حسون، الطبيعة القانونية للمنازعات الضريبية في ضوء القانون 41/90 المحدث والمنظم للمحاكم الإدارية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 4، سنة 1996، ص 48.

ويتمتع القاضي الإداري في إطار دعوى القضاء الشامل بسلطات تقديرية واسعة في مجال القانون، وهذه السلطات لا تتوقف عند الحكم بالإلغاء، بل تتعداها إلى تعديل قرارات الإدارة الضريبية وإدخال تغييرات تستهدف حماية أوسع لحقوق المزمين¹.

وعندما يبث القاضي الإداري في المنازعة الضريبية في إطار القضاء الشامل، ويأمر الإدارة ويحل محلها، فإنه يكون قد وضع استثناء لقاعدة قانونية تنص عليها المادة 25 من قانون المسطرة المدنية والتي بموجبها يمنع على القاضي عرقلة عمل الإدارة أو إلغاء أحد قراراتها، وفي هذا خروج عن مبدأ أصيل في القضاء الإداري هو مبدأ فصل الهيئات ولوظائف، أي أن الوظيفة الإدارية تبقى مستقلة عن الوظيفة القضائية، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تمس سير عمل الإدارة.

الواقع أن السلطات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الإداري المغربي في إطار دعوى القضاء الشامل في المجال الضريبي هي نفسها التي مارسها القاضي المغربي منذ عهد الحماية لاسيما في إطار ظهير 22 نونبر 1924 والتي كرسها ظهير 21 غشت 1935 المتعلق بتحصيل الديون المستحقة لفائدة الدولة.

الفرع الثاني: الحلول المعتمدة من طرف القضاء الإداري لفض منازعات الرسوم الجمركية

إن المنازعات الجمركية أمام القضاء الإداري غالبا ما تتعلق بالوعاء إضافة للمطالبة بإلغاء الرسوم الجمركية التكميلية نتيجة تصحيح الوعاء الذي يجب أن تحترم فيه الأحكام التنظيمية لمدونة الجمارك والاتفاقيات الدولية، كما أن هذه المنازعات غالبا ما تتعلق بالمنشأ والقيمة والتصنيف.

الفقرة الأولى: دور القاضي الإداري في حل منازعات المنشأ والتصنيف

تعتبر مهمة القضاء الإداري صعبة في المنازعات الجمركية حيث يسعى لإقرار توازن بين المزمين حماية له من تعسف الإدارة وحماية المال العام من التلاعب والغش الذي يحرم خزينة الدولة من موارد مهمة.

1) تعامل القاضي الإداري مع منازعات المنشأ

تعتبر سنة 2006 بامتياز سنة إبرام العديد من الاتفاقيات التجارية ودخوله منظومة المنطقة الأورو متوسطية، إضافة لإحداث مناطق التبادل الحر والتفكيك التدريجي للرسوم والمكوس الجمركية غير أن استفادة البضائع من المزايا الجماعية والمعاملة التفصيلية تتوقف على تأصل هذه المواد محل التبادل من طرف المتعاقد أي الدول المتعاقدة مع المغرب².

أو الإنتاج إذا كان أصل البضائع أو منشأها يكتسب انطلاقا من التحصيل الكلي لما داخل التراب الجمركي فإن أصل البضائع في الاتفاقيات الدولية فيخضع لما اتفق عليه في إطار تجاري أو تعريفي، وبالتالي فإن القضاء الإداري في حالة وجود منازعة المنشأ فيعمل بمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الوطني³.

لقد أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط حكما يلغي بموجبه رسم الاستيراد المحدد نسبته في 109% والمفروض على شركة أو كاستيراد مقابل استيراد مادة مسحوق الحليب المجفف من مصنع بالإمارات العربية المتحدة، حيث اعتمدت على الاتفاقية المبرمة بين المغرب والإمارات العربية المتحدة لإقامة منطقة تبادل حر سنة 2003 التي تحد في احد بنودها على شروط للاستفادة من الإعفاء الجمركي والمتمثل في ضرورة أن يتوفر المنتج على 40% من مكوناته من البلد الأصلي، وقد استندت المحكمة على المادة 19 من قواعد المنشأ العربية

¹ عبد الكريم حيضرة، سلطات القاضي الإداري في المنازعة الضريبية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 119، سنة 2014، ص 1

² عبد اللطيف الناصري، قراءة في أهم عناصر الوعاء الجمركي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 71، سنة 2006، دراسات ص 104.

³ الفصل 55 من الدستور المغربي لسنة 2011.

الذي يلزم الإدارة بعدم تطبيق الفصل 17 من مدونة الجمارك الذي يعطي لها أحقية أو صحة أي وثيقة يتم الإدلاء بها لإثبات أصل منتج مستورد،¹ وقد أيدت محكمة الاستئناف الإدارية هذا الحكم حيث لم تكتف بشك الإدارة من منشأ المنتج المستورد وبناء على الخبرة التي أمرت بها المحكمة تبين أن شهادة المنشأ التي يتوفر عليها المنتج الإماراتي صحيحة وبالتالي ذهب القرار لتأييد الحكم الابتدائي وإلغاء الرسوم التي فرضت على الفاعل الاقتصادي.²

كما يتم إثبات المنشأ بالإدلاء بشهادة المنشأ المبادرة عن السلطات المختصة وفق النموذج المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة لكن الأمر ليس بهذه السهولة، حيث أن التأكد من صحة شهادة المنشأ يطرح صعوبات جمة أمام الإدارة وأمام القضاء خصوصاً في حالة تقديم تصريح خاطئ بمنشأ البضاعة.

لأجل التأكد من صحة شهادة المنشأ، يمكن للإدارة الجمركية بالبلد المستورد مطالبة الدولة المصدرة بإجراء مراقبة لاحقة تقدم نتائجها داخل أجل محدود وبانصرامه يجوز للإدارة أن تعتبر الشهادة المدلى بها لاغية، ويجوز للإدارة مراسلة الإدارة الجمركية للبلد الذي صدر المنتج عن طريق وزارة الخارجية من أجل التأكد من صحة المنشأ.

وقد أعطى المشرع لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة الحق في قبول أو رفض الإثباتات المقدمة من طرف سلطات البلد المصدر وأعطى لها الحق في أن تنازع في صحتها،³ لكن شريطة عدم وجود أي اتفاقية.

(2) الآليات المعتمدة من طرف القاضي الإداري لحل منازعات صنف البضائع

يعتبر الصنف هو اسم البضاعة في التعريف الجمركية كما ذكرنا سابقاً وهو مكون من كلمات وأرقام وتضم جميع البضائع القابلة للتداول على الصعيد الدولي وذلك وفق ترتيب تسلسلي للسطور والسطور الفرعية الواردة في التسمية العامة للمنتجات.⁴

ويمكن تصنيف البضائع من تحديد رسم الاستيراد الذي سيفرض على المنتج الذي سيدخل التراب الخاضع، كما يسمح بالتحكم في سياسة حماية الاقتصاد الوطني عن طريق تقنين بعض أصناف البضائع، لأجل معرفة مدى خضوعها من عدمه.

قد تثار بين سلطات الإدارة الجمركية والمصرح خلافات حول البضاعة وبالتالي حول مقدار رسم الاستيراد الواجب تأديته، ويرى جل الفقه أن القضاء الإداري يعتمد على الخبرة التقنية في إطار الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية، لكن هذا كلام مردود بحيث أن التوجه الحديث والحالي للقاضي الإداري هو عدم الاستعانة بالخبرة لأن المحددات التي يعرف على أساسها الصنف والمنشأ محددة سلفاً على اعتبار أن كل ذلك مضمن في الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتعريف الجمركية والاتفاقية الدولية المحددة لقواعد المنشأ ولو أنه سابقاً كان يعتمد عليها القاضي الإداري بشكل مطلق.

تجدر الإشارة إلى أن اعتماد تقرير الخبرة الفنية من طرف القاضي الإداري يكون بمثابة حل وسط بين التصنيف الذي تقترحه السلطات الجمركية وخصومها من الملمزمين، وقد تكون مقنعة للقاضي الإداري نتيجة عدم دحضها بما يفيد العكس من طرف السلطات الجمركية من جهة أخرى كما حدث في قضية شركة أوكسينترك.

¹ حكم عدد 175 بتاريخ 2009/1/28 ملف رقم 06/53 بين شركة أو كسينارك وإدارة الجمارك منشور بمجلة في رحاب المحاكم، عدد 2، شتنبر 2009، ص 111.

² قرار عدد 61 ملف عدد 5/09/157 بتاريخ 2011/1/4 غير منشور.

³ المادة 17 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

⁴ عبد اللطيف الناصري، قراءة في أهم عناصر الوعاء الضريبي في المادة الجمركية، مرجع سابق، ص 105.

وصفوة القول فالخبرة لا يمكن النظر إليها فقط على أساس أنها تؤدي إلى تخفيض الرسوم الجمركية بصفة عامة على الاستيراد وتحولها من الدور الاستشاري إلى الدور التقريبي وإنما يجب النظر إليها بصورة إيجابية لكونها تساهم في تسهيل مأمورية القاضي من أجل إقرار توازن بين الأطراف.¹

الفقرة الثانية: منازعات القيمة لدى المحاكم الإدارية

تعتبر القيمة أهم عنصر من عناصر الوعاء الجمركي لأن أغلب البضائع تخضع لمعيار القيمة لتحديد رسم الاستيراد والرسوم الأخرى التي يتعين على الملمزم دفعها ما عدا إذا نصت على خلاف ذلك نصوص قانونية.²

كما أنها مستهدفة بالتلاعب والتدليس من طرف بعض الملمزمين الذين يعمدون إلى إنقاص القيمة المصرح بها، لكن تبقى لإدارة الجمارك الصلاحية للتأكد من البيانات الواردة والتصاريح المقدمة أمامها أو من خلال الفحص المادي للبضائع في إطار المراقبة البعيدة.

(1) المنازعات الناشئة عن طرق تقييم البضاعة

لقد حددت مدونة الجمارك المعايير التي يجب اعتمادها لتقييم البضائع في الجمارك،³ لكن الأمر ليس بهذه السهولة إذ أن القيمة في العمل الجمركي تطرح مجموعة من الصعوبات التي تكون موضوع منازعة أمام القضاء الإداري.

إن لجوء بعض الملمزمين إلى الغش في القيمة المصرح بها سواء بتخفيضها أو تضخيمها في حالة البضائع الخاضعة لقيم دنيا، تترتب عليه انعكاسات سلبية تمس بحقوق الخزينة العامة وقواعد المنافسة التجارية، وقد رفعت إلى القضاء الإداري مجموعة من القضايا في هذا المجال، فتدخل بصرامة حيث اعتمد في تحديد الرسم الجمركي المفروض على البضائع استنادا إلى السوق الوطني والدولي، وإلى القيمة المعتمدة من طرق الإدارة، وهكذا جاء في حكم لإدارية الدار البيضاء:

"حيث إنه لما كان من الثابت من أوراق الملف ومحتوياته أن السعر الحقيقي لمادة الذرة المستوردة يتراوح بين 112 دولار و118 دولار للطعن حسب إفادة المكتب المهني للحبوب والقطاني وهو الثمن المستمد من النشرة الدورية لبورصة شيكاغو وهو نفس الثمن المتداول وطنيا والمصرح به من باقي مستوردي هذه المادة، الأمر الذي يجعل الأسس المعتمدة عليها من طرف الإدارة منسجما مع الواقع والقانون."⁴

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية:

"أن القيمة المصرح بها جد منخفضة مقارنة مع عمليات مماثلة تم خلالها استيراد نفس البضاعة من الولايات المتحدة الأمريكية 2193 درهم للكيلوغرام وأن ما ذهب إليه المدعى من كون البضاعة فاسدة لا يستند على أساس واقعي بل إن مصلحة زجر الغش التابعة لميناء الدار البيضاء لم ترفض ولوج البضاعة للساحة الجمركية بدعوى أنها فاسدة وعليه تم اعتبار القيمة المعتمدة من طرف الإدارة."⁵ ويرجع اعتماد الأساس المتخذ من لدن الإدارة إلى توفرها على معلومات عن القيمة الجمركية لبضائع مطابقة أو مماثلة مستوردة ليست متاحة بسهولة للمستورد.⁶

¹ حسن قريبيح، منازعات الوعاء في المادة الجمركية بحث لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق سلا، 2011 – 2012، ص 79.

² أنظر الفصل 4 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

³ الفصول من 20 إلى 22 مكرر إحدى عشر مرة من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

⁴ حكم عدد 128 صادر بتاريخ 10/03/2003 في الملف رقم 2001/398 بين شركة نونو وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، حكم غير منشور.

⁵ قرار محكمة الاستئناف الإدارية الرباط عدد 268 بتاريخ 12/02/2009 ملف عدد 07/09/323 بين حمزة نيل وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة غير منشور.

⁶ عبد الله ولد، مرجع سابق، ص 33.

إذا تعذر على إدارة الجمارك تحديد القيمة، فذلك لا يعفيها من تحديدها وفق أساليب معقولة تنسجم مع مقتضيات مدونة الجمارك، علماً أن هذه الأخيرة تلزم الإدارة باحترام تراتبية المناهج¹.

إذ لا يحق لها مثلاً في حالة عدم قبول القيمة التعاقدية للبضائع المستوردة، الانتقال مباشرة إلى تحديد القيمة استناداً إلى معطيات السوق الداخلي بل هي مطالبة باتباع التسلسل المحدد قانوناً².

وحرى بالذكر إلى أن إلزامية احترام التسلسل في إعادة تقييم البضائع يمكن تجاوزها عند وجود أكثر من قيمة تعاقدية لبضائع مطابقة فتتخذ أدنى هذه القيم التعاقدية لتحديد القيمة في الجمرک للبضائع المستوردة.

(2) الإشكاليات العملية المرتبطة بالقيمة

يعتبر بعض الدارسين في المجال الجمركي أن اغلب المنازعات المتعلقة بالقيمة أمام القضاء الإداري، تدور حول إلغاء الرسوم الجمركية التكميلية³، وتتخصص أهم الإشكالات في مدى تقديم التصريح قبل وصول البضاعة إلى التراب الجمركي، أو أن قيمة البضائع تم تحديدها على أساس غير صحيح أو تم إضافته إلى باقي الشكليات.

فبالنسبة لتقديم التصريح قبل وصول البضائع فالأصل هو تقديم التصريح المفصل لجهة الاختصاص بعد وصول البضاعة إلى مكتب الجمرک، غير أنه يمكن إيداعه قبل وصول البضاعة طبقاً لما نصت عليه الفقرة 2 من الفصل 66 من مدونة الجمارك، حيث تثار مسألة مهمة وهو صدور مرسوم بغير التعريف الجمركية لرسم الاستيراد المفروض على بضاعة معينة، حيث قررت إدارية الدار البيضاء في حكم لها: "أن التصريحات المودعة قبل الأوان لا يكون لها مفعول إلا بعد وصول البضائع، حيث أن صدور مرسوم يغير بموجبه التعريف الجمركية عند الاستيراد في تاريخ لاحق لتاريخ إيداع التصريح قبل الأوان يتزامن نفاذه مع وصول البضاعة موضوع التصريح قبل الأوان بالتالي تخضع للبضاعة لأحكام المرسوم الذي يغير التعريف الجمركية⁴."

وفي حكم آخر لإدارية أكادير: "بخصوص الإعفاء من رسم الاستيراد بموجب المرسوم رقم 2.06.85 الذي يقضي بوقف استيفاء رسم الاستيراد والضريبة على القيمة المضافة المطبقتين على مادة الشعير الوارد ابتداء من فاتح يناير إلى غاية 31 ماي 2006، وأن الطاعنة قامت بإيداع التصريح قبل وصول البضاعة تطبيقاً للمادة 66 من مدونة الجمارك في الفقرة الثانية، لكن إدارة الجمارك أصرت على استيفاء الرسوم التكميلية لكون الإجراءات ولو تمت في ظل المرسوم الذي يعفي من استخلاص رسم الاستيراد فإن الأهم في التصريحات قبل الأوان والتي لا يكون لها مفعول إلا بوصول البضاعة إلى التراب الخاضع حسب المادة 79 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة هو تاريخ الوصول الفعلي للبضاعة والذي يكون بالتالي هو تاريخ احتساب الرسوم الواجبة⁵."

وهناك إشكالية مرتبطة بتقييد سلطة الإدارة في تحديد القيمة تنتج عن المراقبة البعدية التي يمكن أن تثبت أن قيمة البضائع المصرح بها حددت على أساس غير صحيح، وحيث يجوز لها تقويم الأساس بشرط تعليل قرارها وتكون المراقبة البعدية بعد رفع اليد عن البضائع بشرط أن تتم داخل أجل 4 سنوات تبتدئ من تاريخ إصدار سند التحصيل.

¹ أنظر الفصل 20 مكرر ثلاث مرات.

² عبد اللطيف الناصري، مرجع سابق.

³ حسن قريبيج، مرجع سابق، ص 84.

⁴ حكم رقم 321 بتاريخ 2000/6/28 ملف عدد 98/167 أشار إليه له عبد اللطيف النعيل في مقاله "ضوابط التصريحات في التشريع الجمركي المغربي" مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 10 سنة 2011، ص 52.

⁵ حكم إدارية أكادير عدد 306 بتاريخ 2007/8/30 ملف عدد 2007/74 ش بين شركة سويبر غود وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

فقد قضت المحكمة الإدارية بأكادير¹ بإلغاء الرسوم الجمركية التكميلية لأن الإدارة لم تحترم المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 20 وما يليه من مدونة الجمارك.

كما أن المحاكم الإدارية بخصوص منازعات القيمة تلزم السلطات الجمركية بتطبيق الفصول المتعلقة بالقيمة وأيضا أن تكون المطالبات² مشروطة بمراجعة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

تقوم الإدارة أيضا بعملية أخرى متمثلة في قيام التصحيح بعد رفع اليد عن البضائع من خلال مراجعة التصاريح ومراقبة الوثائق التجارية، طبقا لمقتضيات الفصل 86 المكرر من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

وقد جعل المشرع من هذه المراقبة محدودة الزمن بالأجل القانوني للتقادم، أي أربع سنوات تبتدئ من تاريخ إصدار سند التحصيل طبقا لما جاء في المادة 99 مكرر من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.³

المحور الثاني: إكراهات العمل القضائي في مجال الرسوم الجمركية

إن فتح باب الطعن القضائي أمام المحاكم الإدارية يشكل ضمانا أساسية ضد تعسف الإدارة إلا أن الطبيعة التقنية للقانون الجمركي في تحديد رسم الاستيراد والطبيعة المتجددة للقانون الجمركي تؤثر على عمل القاضي الإداري وتجعله في خضم نصوص قانونية متجددة وغير ثابتة ورغم ذلك فهذا لم يمنع القضاء الإداري من التأقلم مع طبيعة المجال في المادة الجمركية.

الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بتحديد وعاء الرسوم الجمركية

إن تحديد وعاء الرسوم الجمركية عموما ورسم الاستيراد خصوصا انطلاقا من المحددات الأساسية المتمثلة في الصنف والقيمة والمنشأ يتطلب إلما كبيرا بتقنيات المادة الجمركية وهذا ما يعيق فتح الباب أمام الاجتهاد القضائي. وهذه الاكراهات تجر القاضي الإداري إلى اللجوء في غالب الأحيان إلى الخبرة الفنية، وهو ما يطرح سؤالا متمثلا في تكوين القاضي الإداري وإمكانية البت بطريقة عادلة في القضايا المرتبطة بالمادة الجمركية.

الفقرة الأولى: اللجوء إلى الخبرة الفنية

تلعب الخبرة القضائية في المادة الضريبية بشكل عام والجمرك بشكل خاص دورا كبيرا في إحاطة المحكمة بالمعطيات التقنية والواقعية المعتمدة في تحديد وعاء الرسوم الجمركية وتصنيفها ومنها رسم الاستيراد.

وتكتسي الخبرة أهمية خاصة في المجال الجمركي نظرا لتعدد المادة وتشعبها مما يستعصي على القاضي الفصل في المنازعة المعروضة عليه وفهم جوانبها الفنية والتقنية دون تدخل الخبرة باعتبارها وسيلة سنهنا المشرع لمساعدة القاضي في الميادين التي تحتاج لخبرة.⁴

1) سلطة القاضي في تعيين الخبرة ومدى ملائمة الرجوع فيها

إن من صلاحيات القاضي أن يأمر بإجراء خبرة فينة في المسائل التقنية بتحديد رسم الاستيراد، وذلك لإزالة الغموض عن القضية دونما أن تكون لها علاقة بالقانون.

¹ حكم عدد 88 بتاريخ 2004/3/30 ملف عدد 1996/0051 ش غير منشور.

² الفصل 86 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

³ تنص المادة 99 من مدونة الجمارك على ان مدونة تقادم دعوى المطالبة باستيفاء الرسوم والمكوس الجمركية يتم بانصرام اجل اربع سنوات.

⁴ كمال الودغري، الخبرة في القانون المغربي، دراسة تأصيلية وتطبيقية، مطبعة ابي فاس، الطبعة الأولى، 2001، ص 15.

إلا أن التخصص من بين الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون المسطرة المدنية المغربي بحيث أن تعيين الخبير لإنجاز الخبرة غير مجال اختصاصه يعد سببا لتقديم طلب التصريح،¹ ويجوز للقاضي بناء على قناعته الشخصية أو باقتراح من الأطراف واتفاقهم أن يأمر بإجراء خبرة، حيث نص الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الثالثة على "يحدد القاضي النقط التي تجري فيها الخبرة في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقا بالقانون". ونصت الفقرة الرابعة من نفس الفصل على ما يلي: "يجب على الخبير أن يقدم جوابا محددًا وواضحًا على كل سؤال فني كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون".

إذا كان المشرع المغربي قد أجاز لأطراف النزاع حق تقديم ملتمس بإجراء خبرة، فإن هذا الطلب لا يجب تقديمه كملتمس أصلي بل ينبغي أن يكون معللا مع ضرورة تحديد النقاط موضوع الملمس.²

لكن الاستناد إلى الخبرة في المجال الجمركي يثير إشكالية جوهرية تتعلق بالدور الذي أصبح يلعبه الخبير في هذا النوع من النزاعات بحيث انتقل من الطبيعة الاستشارية إلى الطبيعة التقريرية.

جدير بالذكر أن الخبرة تؤدي إلى بدء المسطرة القضائية وتراكم القضايا والملفات،³ يضاف إلى ذلك تكبد الأطراف مبالغ باهظة خصوصا في هذه المنازعات المتعلقة بالاستيراد، لأن النزاع يتأسس على مبالغ باهظة ومتعلق ببضائع تقدر بالملايين، وقطع لتقنيات السوق الدولية مما قد يفقدها الفرض في البيع بثمن جيد في الأسواق نتيجة بقاءها في المستودعات الجمركية نظرا لطول الإجراءات والنزاعات التي تنشأ عن ذلك.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي الإداري في الأخذ بنتائج الخبرة ومدى تكوين الخبير في المادة الجمركية

الأصل في القانون أن القاضي غير ملزم بالأخذ بتقرير الخبرة طبقا للمادة 66 من قانون المسطرة المدنية التي نصت في فقرتها الأخيرة على أنه "لا يلزم القاضي بأخذ رأي الخبير المعين ويبقى له الحق في تعيين أي خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع". وهذا ما نصت عليه المادة 156 من قانون الإثبات المصري والتي جاء فيها بأن "رأي الخبير لا يقيد المحكمة" وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بمصر في عدة أحكام نذكر من بينها (الطعن رقم 2123 لسنة 51 ف جلسة 1983/11/25) والذي أكدت فيه بأن تقرير الخبير من أدلة الدعوى التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.⁴

يمكن للخبير أثناء إنجاز مهمته، أن يطلع على كافة الأوراق المودعة بملف الدعوى، ومن بينها المستندات ووسائل الإثبات التي تقدم بها طرفي النزاع، كما يباشر الخبير كافة المعاينات المادية اللازمة للوصول إلى الحقيقة ويلتزم بأن يقدم تقريرا إلى المحكمة في الموعد الذي حدده في الحكم التمهيدي الأمر بإجراء خبرة، ويتضمن نتيجة أعماله وآرائه والأوجه التي استند عليها.⁵

وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن المحكمة لا يمكنها إصدار أي حكم أو قرار في القضية إلا بعد الاطلاع على نتائج الخبرة، أما إذا حكمت قبل انتهاء عمليات الخبرة، فإن مآلها الإلغاء.⁶

¹ الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية.

² د جواد العسري، اشكالية الخبرة القضائية في المادة الضريبية، أعمال الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية 4 و5 دجنبر 2009 عدد خاص منشورات القسطاس الزيتون جامعة المولى اسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بشراكة مع هيئة المحامين لمكناس، ص 150.

³ محمد المجذوبي الإدريسي، اجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية المغربي.

⁴ حكم منقول من مقال الاستاذ جواد العسري اشكالية الخبرة القضائية في المادة الضريبية، ص 154.

⁵ السعدية حماني، الخبرة القضائية في المادة الضريبية للسلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد الخامس، طبعة 2014، ص 70.

⁶ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1969/7/9 أورده:

أما بخصوص الاستعانة بالخبرة في المادة الجمركية يتطلب إدراكا واسعا بالتقنيات الجمركية، كما أن الخبراء لا يتوفرون على دراية عاملة بالتطورات والمستجدات التعريفية لتصنيف البضائع الناتجة عن التطور التكنولوجي الذي يعرفه العصر الحالي¹، إضافة إلى عدم الإلمام بالاتفاقيات الدولية التي تنظم التعريفية الجمركية مما يضيع حقوق الخزينة في حالة جاء تقرير الخبرة لصالح الملمزم واستند القاضي الإداري عليه لإصدار حكمه رغم كونه تشوبه أخطاء فادحة أو العكس.

يلاحظ أنه في بعض القضايا إذا ما تم الأخذ بالحجج التي تدلي بها الإدارة الجمركية فغالبا ما يصب الحكم أو القرار لصالحها وذلك لأنها تقدم حججا منطقية مبنية على أسس قانونية وواقعية وقد يحصل العكس ويأتي تقرير الخبرة مخالفا لمصلحة الإدارة رغم كونه لا يستند على أساس صحيح، وأحيانا أخرى قد يأتي رأي الخبير بتحديد جديد للرسم لا يدخل في طلبات الملمزم ولا الإدارة.

وأخيرا يبقى القاضي حرا في استبعاد تقرير الخبرة إذا ما لاحظ أنه غير ملائم في استجلاء الواقعة التي حددت الخبرة أجلها.

كما أن عدم تبيان السند الذي أسس عليه الخبير تقويمه للبضائع التي على أساسها سيحتسب رسم الاستيراد أو الذي سيعدله يجعل نتيجة تقريره بدون أساس.

الفرع الثاني: تأهيل القاضي الإداري في المادة الجمركية

إن سلامة الجسم القضائي هي المحرك لعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لأن المستثمرين يطلبون أن تكون العدالة محل ثقة، وأن تتوافر نصوص قانونية واضحة تضمن الاستقرار والتوقع القانونيين.²

وهذا الدور لا يمكن أن يكون ايجابيا، إلا إذا كان الأداء في المستوى الرفيع في التفاعل مع القانون واستهداف المصلحة العليا للبلاد وفي التجرد من الطموحات الشخصية للفاعلين في ميدان العدالة حتى جاز القول "أعطني قضاء سليما وجيدا أعطيك تنمية دائمة" وهذه الأهداف لا يمكن تحقيقها إلا بتكوين قضاة مؤهلين بشكل عال ومتخصصين في القضايا التي ينظرون فيها، وهذا الإعداد يجب أن يواكبه تحسين عمل للإدارة الجمركية وإصلاح الجامعة على حد سواء.

الفقرة الأولى: تكوين قضاة متخصصين:

تقتصر شروط الولوج للمعهد العالي للقضاء للحصول على الإجازة في القانون الخاص، مما يؤدي إلى غلبة التكوين المدني والخاص على قضاة المستقبل، خاصة بعد تعثر تجربة قبول طلبة القانون العام، كما أن القانون الضريبي عامة والقانون الجمركي خاصة يتميز بالغموض والتشتت وبأنه تقني ومعقد وعديم الاستقرار بسبب التغير في الظرفية الاقتصادية التي قد تطرأ في مجال من مجالات في كل سنة، الأمر الذي ينعكس على قانون المالية وصعوبة ضبط الجوانب التقنية والمحاسبية له إلا من طرف المتخصصين في المجال، ونقص في التكوين المستمر للقضاة.

كل هذه العوامل وغيرها تنعكس بشكل سلبي على عمل القضاة في المحاكم الإدارية وعلى جودة الأحكام والقرارات الصادرة عنها، لذلك بات من الضروري تكوين قضاة متخصصين في المجال الجمركي وتحسين أوضاعهم.

فتحسين مستوى العمل القضائي على مستوى المنازعات الجبائية يتطلب من جهة، ضمان كفاية عددية من القضاة، ذلك أن التزايد المضطرد الذي تعرفه القضايا الجبائية والجمركية على المحاكم الإدارية لا يقابله تزايد في عدد القضاة ولا في عدد الأطر الإدارية مما ينتج عنه عدم توازن واضح، ومن جهة أخرى يجب دعم الكفاية العلمية للقضاة.

¹ Geny Willy « la jurisprudence fiscale de la juridiction administratives » L.G.D.J 1988, p 155.

² السعدية جماني، مرجع سابق، ص 113.

ويبلغ حاليا القضاة التابعين للمحاكم الإدارية 94 قاضيا،¹ موزعين على جميع المحاكم الإدارية ومنها 11 قاضيا بالإضافة إلى 4 مفوضين ملكيين بإدارية الدار البيضاء التي تضم دائرة ترابية تتسع لـ 22 إقليميا. وهذا العدد لا يكفي للنظر في عدد القضايا المتزايد سنة بعد أخرى.

(1) تكوين القاضي الإداري في المادة الجمركية

إن ما يميز القانون الجمركي هو ارتباطه الوثيق بمجموعة من الاتفاقيات الدولية والمراسيم والنصوص التطبيقية فبالنسبة للاتفاقيات الدولية لها أسبقية التطبيق على التشريع الداخلي. وعليه فإن القاضي الإداري عندما ينظر في نزاع يتعلق بالوعاء يراعي هذه الاعتبارات بالرغم من عدم التخصص في المادة الجمركية، فالقاضي الإداري نجده في القضايا المتعلقة بمنازعات الوعاء المتعلق باحتساب رسم الاستيراد يتفحص الاتفاقيات الدولية من أجل إيجاد حلول لتحديد الرسم الذي سيفرض على الملزم تأديته فتكون أحكامه تارة لصالح إدارة الجمارك وتارة أخرى لصالح الملزم.

وليس من المبالغة القول أن تحديد رسم الاستيراد من طرف القاضي باعتبار عدم إلمامه بخبايا المادة الجمركية لتعقدها قد يأخذ منه الوقت الكثير خصوصا أمام المنازعات التي تتطلب فحص مضامين الاتفاقيات الدولية، والمراسيم التي يمكن أن تصدر لتعديل رسم الاستيراد أو إلغائه نظرا لخصوصية المنازعة، وضعف الموارد البشرية مما يفسر كثرة اللجوء إلى الخبرة.

الفقرة الثانية: الطبيعة المتجددة للقانون الجمركي

إن ارتباط القانون الجمركي بمجموعة من القوانين وكونه يخضع لتقلبات سياسة القوانين المالية فإنه لا يعرف استقرار لأنه يتميز بسرعة التحول. كما أن القانون الجمركي مرتبط بالتجارة الدولية والمنظمات العالمية المنبثقة عن اتفاقية الجات واتفاقيات التبادل الحر.

(1) بخصوص القانون الجمركي:

بمجرد دخول واندماج الاقتصاد المغربي مع السوق العالمية واقتصادها، أصبح لزاما عليه ملائمة قوانينه الداخلية مع المواثيق الدولية خصوصا في المجال الجمركي، ما سيؤدي حتما لتخفيف التعريف الجمركية والرسوم أثناء الاستيراد لتطبيق التزاماته الدولية رغم أن ذلك سيؤثر على المداخيل التي تستخلصها الخزينة والتي تشكل دعما مهما لميزانية الدولة.

وهذا ما يفسر أيضا صدور مراسيم وقرارات وزارية بعد كل قانون للمالية، إضافة إلى قرارات تصدر عن المدير العام لإدارة الجمارك حتى يتم تعديل هذه النسب المتعلقة برسم الاستيراد من طرف إدارة الجمارك، إضافة إلى المنشأ أو الصنف أو القيمة أو العناصر الأخرى التي تشكل عناصر الوعاء الجمركي.

هذه العوامل قد تؤثر بشكل سلبي على الفاعلين الاقتصاديين أو حتى إدارة الجمارك على مستوى الاجتهاد الذي ينفذه القاضي الإداري لأنه قد يمنح حقوقا على حساب الآخر، وقد يكون ذلك راجعا إلى عدم التعمق في بحث حيثيات النزاع وارتباطاته القانونية خصوصا الدولية وقد يكون موفقا في قضايا أخرى نظرا لقدرته على دراسة جميع الأمور المتعلقة بالنزاع والتي يكون مضمنة في القانون الجمركي.²

¹ اورده وزير العدل والحريات في كلمته امام لجنة العدل والتشريع لمجلس النواب.

² الفصل 20 إلى الفصل 20 مكرر احدى عشر مرة من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

على هذا الأساس فالقاضي الإداري يجب أن يكون على دراية بالتطورات المتعلقة بالنظام الجمركي خصوصا المتعلقة بالوعاء لأنها تتغير باستمرار وهذه السمة ليست لصيقة فقط بالقانون الجمركي بل بجميع القوانين الضريبية نظرا لارتباطها الوثيق بتحقيق أهداف معينة مرتبطة بالسياسة الاقتصادية والاجتماعية في سياق نظرة تداخلية ومحكمة.¹

(2) علاقة القانون الجمركي بنظم التجارة الدولية

إن توقيع المغرب على اتفاقيات التبادل الحر منح له حقوقا وجعل عليه التزامات منها تطبيق مقتضيات وأحكام المنظمة الدولية للتجارة (OMC)، كذلك إحداثه للمناطق الحرة، وأبرزها اتفاقية الشراكة الأورو متوسطية التي تهم البلدان التي تطل سواحلها على البحر الأبيض المتوسط، كل هذه العوامل جعلت لزاما على القاضي أن يواكب تطور القانون الجمركي وانفتاح الاقتصاد المغربي على مجموعة من الأنظمة الاقتصادية الجديدة، كما أن كل هذا يدخل في إطار عمله المتعلق بجل النزاعات المتعلقة بالجمارك، وجل الإكراهات التي ذكرناها لا تنطبق على القضاء الإداري وحده بل تنصرف حتى على الفاعل الاقتصادي الذي يجب أن يؤمن بضاعته وما استورده من السوق الدولية، وكذلك إدارة الجمارك التي يجب أن تجبي ما يخوله لها القانون من حقوق ورسوم جمركية، إذن فهذا الثلاثي المتمثل في القضاء والفاعل الاقتصادي وإدارة الجمارك يجب أن يعملوا في إطار متناغم حتى تتحقق لكل واحد مصلحته والتي سيكون لها الأثر الإيجابي على تقدم وازدهار وتنمية البلاد.

¹ الحبيب العطشان: القضاء الضريبي والاكراهات الملازمة لحماية الملمزم، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية دراسات، عدد 85/84 مزدوج، سنة 2009، ص 88.

رقابة القاضي الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

نادرا احمد حسين عثمان

باحث في سلك الدكتوراه

تخصص قانون عام

جامعة سيدي محمد بن عبدالله فاس

ظهر المهرز

مقدمة:

تعتبر العقود الإدارية إحدى الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة في ممارسة نشاطها والقيام بأدوار تنموية على المستوى الإقتصادي و الإجتماعي، ولهذا فإنها تعمل دائما في البحث عن الصالح العام، وهو بطبيعة الحال واجب لا تستطيع التحلل منه، يفرض عليها البحث عن أفضل الأساليب الفنية والوسائل المادية و القانونية التي تعين على تحقيق هذا الهدف، والتعاقد هو أحد الأساليب التي تلجئ إليها الإدارة مضطرة؛ وهو يعني طلب المساعدة من الخواص لتسهيل مهمة الإدارة إما لكونها غير مزودة بالإمكانات البشرية اللازمة للقيام بالأشغال المطلوبة، أو لإنجاز هذه الأخيرة بأقل تكليف لأن الخواص أكثر حرصا على مصالحهم، تجدر الإشارة هنا أن الاتفاقات التي تعقدتها الإدارة قد تكون عقودا عادية وتدخل في نطاق القانون الخاص وتبث فيها المحاكم العادية أو تكون هذه الاتفاقات بمثابة عقود إدارية تختلف كليا عن العقود العادية وتكون منازعاتها من اختصاص المحاكم الإدارية. ومن هذا الطرح نجد أن عقود الإدارة ليست كلها عقود تخضع لنظام قانوني موحد¹. وما يهمنا في موضوعنا هو العقود الإدارية حيث يطغى عليها هاجس الصراع بين المصلحة العامة والخاصة، نظرا لكون طرفي العقد يمثلان مصالح متناقضة مما يولد صراعا دائما بينهما.

وقد استقرت التشريعات والاجتهادات الفقهية والقضائية على إعطاء الإدارة الكثير من الامتيازات التي تجعل المتعاقد في وضعة تبعية للإدارة التي تمثل رب العمل، وجعلته أداة مسخرة بيدها؛ ملزم بتنفيذ جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد. هذا ولقد كانت هناك فكرة سائدة في القديم تقول بالإحترام المطلق لإرادة المتعاقدين، ضمانا لتحقيق العدالة والمساواة، ولكن هذه الفكرة لم تعد قائمة في الوقت الراهن، وقامت بدلها فكرة أخرى هي أن المتعاقد أصبح مرتبطا بالإدارة بروابط التضامن والتعاون، فالعدالة إذن لا تكمن في احترام بنود العقد مهما تغيرت الظروف بقدر ما تكمن في تحقيق التوازن الاجتماعي والاقتصادي، لذا فلا بد لبنود العقد من أن تكون مرنة سهلة متلائمة مع الظروف².

لكن لتضمن الإدارة إنجاز ما تريد إنجازها بأعلى جودة ممكنة، فإن ذلك يتطلب تمتيعها بسلطات واسعة على مختلف مراحل العقد إزاء المتعاقد معها، حيث لا يوجد ما يماثلها في علاقة الأفراد بعضها البعض، فالإدارة لا تتقيد بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" إلا بالقدر الذي يتفق فيه هذا المبدأ مع تحقيق الصالح العام.

¹- للمزيد من التوضيحات: عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، منشورات عكاظ، الطبعة 2، السنة 2002، ص: 29 إلى 56.

²- عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية، منشورات عكاظ، الطبعة الثالثة، 2004، ص: 80.

والعقود الإدارية ككل العقود تحدد الحقوق و الواجبات التي يتعين على الأطراف احترامها، وبالتالي فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد الإداري يجد أساسا له في مفهوم العقد "كاتفاق بين إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها و آثارها"¹. إلا أن الصبغة الإدارية للعقد تحد من طابعه الإلزامي، فلقد أقر الفقه والقضاء أن الإدارة يمكن أن تدخل تعديلات بصفة انفرادية على شروط تنفيذ العقد، أو أن تقرر فسخه ولو في صورة عدم خطأ المتعاقد معها².

ومما لا شك فيه أن حق التعديل من أخطر الشروط الاستثنائية الممنوحة للإدارة المتعاقدة، فهي هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد. وإنما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها بالزيادة أو النقصان، وواضح أن سلطة الإدارة هنا تبلغ أقصى مداها، لأن حق الإدارة يهاجم قاعدة إلزام العقد لطرفيه في الصميم، وهذه السلطة الخطيرة غالبا ما يرد النص عليها صراحة في العقود الإدارية، وفي دفاतर الشروط الإدارية العامة، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة، والتي تميز العقود الإدارية عما عداها³، إلا أن هذا لا يعني جعل هذه السلطة مطلقة خاضعة لمزاج الإدارة، بل إنها تبقى مشروطة ومقيدة بما يلائم المصلحة العامة، تحت طائلة بطلان التعديل الصادر عن الإدارة أو المطالبة بفسخ العقد الإداري من طرف المتعاقد حماية لحقوقه⁴.

من خلال ما سبق تتضح بجلاء الإشكالية المرتبطة بموضوع سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، والتي تتمحور حول ما مدى توفر الحماية القانونية للمتعاقد مع الإدارة في حالة ما إذا قامت هذه الأخيرة بتعديل هذا العقد؟ هذا بالإضافة إلى التساؤل عن دور القاضي الإداري في ضبط حق تعديل العقد الإداري بما يحافظ على مصلحة المتعاقد مع الإدارة؟

المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري على سلطة تعديل العقد الإداري.

إذا كانت الإدارة ملزمة أحيانا وتحقيقا للمصلحة العامة، إدخال تعديلات على عقودها الإدارية، مما يجعل ذلك من الحقوق المخولة لها، فقد عمل الاجتهاد القضائي على الحد من مداها وعدم جعله حقا مطلقا، وذلك من خلال ما أوجده من شروط وضوابط يتعين على الإدارة التقيد بها قبل اللجوء إلى أي تعديل في بنود العقد⁵.

الفقرة الأولى: الرقابة على احترام شروط تعديل العقد الإداري

إذا كان التعديل الانفرادي للعقد الإداري من قبل الإدارة يشكل خرقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك في سبيل حسن سير المرفق العام بانتظام وتحقيقا للمصلحة العامة، فإن هذا الحق الذي تتمتع به الإدارة غير مطلق وإنما يرد عليه مجموعة من القيود يترتب على مخالفتها من قبل الإدارة حق المتعاقد في الطعن في قرار الإدارة أمام القضاء، ومن تم الحصول على التعويض أو إلغاء التعديل أو فسخ العقد بحسب المخالفة التي أقدمت عليها الإدارة عند التعديل، فالإدارة ملزمة باحترام مجموعة من الشروط عند اقدمها على تعديل عقودها الإدارية.

¹ - G.Vedel, P.delvöllvé, droit administratif, Paris, P.U.F 1990, P :408.

² - عصام بنحسن، سلطة الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، أعمال ملتقى حول : النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، مجلة دراسات قانونية تصدر عن كلة الحقوق بصفاقص، عدد خاص، الصفحة 193.

³ _ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية _دراسة مقارنة_، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة 1991، ص: 458

⁴ Nadine Poulet-Gibot Leclerc, Droit administratif : sources, moyens, contrôles, 3 éme édition, 2007, P: 143.

⁵ _ أنوار شقروني، الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية، مجلة المعيار، العدد 40 دجنبر 2008، ص: 109.

أولاً: اقتصار التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام و التقيد بمبدأ المشروعية.

يقتصر نطاق حق تعديل العقد الإداري على الشروط المتعلقة بتنفيذه، ولا يمتد إلى موضوع العقد أو نوعه. وبمعنى آخر، فإن سلطة تعديل العقد لا تتعدى الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته¹، ومن ثم فإن شروط العقد المتصلة بالمرفق العام هي وحدها تخضع لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وهذه الشروط هي التي تنظم المرفق العام، وتتعلق باحتياجاته وكيفية إشباع حاجات الأفراد، وهذا القيد ليس إلا نتيجة للفكرة الأساسية ذاتها التي تشكل الأساس القانوني لسلطة التعديل، وهي ضرورة تكييف العقد مع حاجات المرفق، حيث يتم التمييز بين شروط العقد هذه التي تتعلق بتسيير المرفق وتلك التي تتعلق بالأفضليات والامتيازات المعطاة للمتعاقد وخصوصاً العناصر المالية²، وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بأن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة بل هي مقيدة بنصوص العقد التي تكون متعلقة بتنظيم وتسيير المرفق العام، ومما جاء في حيثيات أحد أحكامها³ "... يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد...، وسلطة التعديل وإذا كانت تشمل جميع العقود الإدارية، إلا أنها ليست مطلقة بل ترد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بتسيير المرفق العام وحاجته ومقتضياته"⁴.

بالإضافة إلى ذلك، يجب على الإدارة عند قيامها بتعديل العقد أن تتقيد بمبدأ المشروعية⁵، بمعنى أن يصدر قرار التعديل عن صاحب الاختصاص، وأن يكون في الحدود القانونية، هذا بالإضافة إلى ضرورة عدم مساسه بالشروط التعاقدية، حيث يشكل خروج الإدارة على القيود السابقة خطأ تقوم معها مسؤوليتها العقدية. مع عدم الاعتراف بالتعديل ذاته⁶، كما أن قرار الإدارة بالتعديل يجب أن يستهدف تحقيق الصالح العام، فإذا كانت بعض شروط العقد الإداري قد تقررت بنصوص قانونية، فإن الإدارة لا تستطيع تعديل هذه الشروط، وإلا خرجت على مبدأ المشروعية وكان قرارها باطلاً ويكون الطعن بالإلغاء على هذه الإجراءات أمام قاضي العقد⁷، وقد استقر القضاء الإداري المغربي على أن "الإدارة تملك وسائل السلطة العامة التي تمنحها حق الرقابة والتعديل، بل وتوقيع الجزاءات بما يتماشى والمحافظة على المصلحة العامة والمال العام، وحقها هذا بل وواجبها هذا، حقا أصيلاً تتمتع به حتى دون النص عليه في العقد لارتباطه بالمصلحة العامة وبالنظام العام"⁸ كما أن القضاء الإداري المصري أكد على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وللإدارة حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح

¹ - فؤاد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، الندوة الجهوية الثالثة المنظمة بالمركب الاصطيفي لوزارة العدل -مراكش، 21/22 ملرس 2007، حول قضايا العقود الإدارية ونزع الملكية للمنفعة العامة وتنفيذ الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مقال منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد، مارس 2007، ص:115.

² - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2010، ص:339.

³ - محمد زهور، دور القضاء الإداري في حماية حقوق طرفي العقد الإداري - صفقات الأشغال العمومية نموذجاً، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2011-2012، ص:105.

⁴ - حكم رقم 741 صادر بتاريخ 1970/3/22 علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، 1976، ص:241.

⁵ - Monia Benlamlah, le contentieux contractuel en droit administratif marocain, Remald, publication de la revue marocaine d'administration locale et de développement, collection « Manuels et travaux universitaires » N° 87, les Editions Magrébines 2010, p : 48.

⁶ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، طبعة 2010، ص:241.

⁷ - أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 1973، ص:238-239.

⁸ - حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 58-2001 بتاريخ يوليو 2001 شركة صوصيا جيك ضد المؤسسة الجهوية للبناء والتجهيز للجهة الوسطى الجنوبية، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية لأحمد بوعشيق بالجزء الثاني، ص:457.

العام¹، أو كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك² أو "طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك³، أو "إذا اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام"⁴.

ثانيا: اقتصار التعديل على موضوع العقد مع تعويض المتعاقد مع الإدارة

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة يجب أن تدور في إطار العمل الأصلي المتفق عليه في العقد، فيجب أن لا يؤدي استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل إلى تغيير جوهر العقد أو طبيعته، لأن ذلك يعني التضحية بالمصالح المشروعة للمتعاقد لأنه عندما دخل في عقد مع الإدارة كان مقدرًا لإمكاناته الفنية والاقتصادية كما أنه قد وضع تقديراته الأصلية لما يحتاجه ويتطلبه تنفيذ العقد الأصلي⁵.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في القرار عدد 1499 المؤرخ في 2008/12/24 "... وحيث إنه من جهة ثالثة فمبدأ الاستقرار العقدي المعروف في العقود الخاصة لا يمكن تطبيقه على عقد الصفقة باعتبار أن هذه العقود قابلة وطيلة مدة التنفيذ للتعديل في زيادة الأشغال وذلك حسب ما تمليه المصلحة العامة طبقا لمقتضيات المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات والتي تنص على أنه يمكن لصاحب المشروع أثناء تنفيذ الصفقة إدخال تغييرات على الصفقة دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير موضوعها..."⁶

لذلك فإن القاضي الإداري يسلط رقابته على التعديلات التي أدخلتها الإدارة على بنود العقد للتأكد من عدم تغيير موضوع العقد أو فرض أعمال جديدة لا صلة لها بمحتوى الصفقة، كأن يؤدي التعديل إلى إحداث مشروع جديد إضافة إلى المشروع موضوع الصفقة⁷، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها رقم 1051 بتاريخ 2009/05/28 "... وحيث إن الأشغال الإضافية تختلف عن الأشغال الناتجة عن الزيادة في حجم الأشغال، ذلك أن الأولى تتحقق إذا ما تبين لصاحب المشروع، ومن دون تغيير موضوع الصفقة، أنه من الضروري تنفيذ منشآت أو أشغال غير واردة في جدول الأثمان أو في سلسلة الأثمان الأحادية، أو تغيير مصدر جلب المواد، في حين أن الثانية تتحقق نتيجة إكراهات تقنية أو نقص في الكميات المقررة في الصفقة في حدود نسبة معينة من الحكم الأولى للأشغال..."⁸ وفي نفس السياق نجد أن المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات تنص على أنه: "يمكن لصاحب المشروع أثناء تنفيذ الصفقة، بعد استشارة صاحب الصفقة، إدخال تعديلات على الصفقة الأصلية دون أن يؤدي إلى تغيير موضوعها"⁹.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 20 أبريل سنة 1958 أورده أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 239.

² - حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 1951/1/26 أورده أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص: 239.

³ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1952/12/2، نفس المرجع السابق، ص: 240.

⁴ - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1961/6/25، نفس المرجع، ص: 240.

⁵ - Delaubadere André, Traite Théorique et Pratique des Contrats Administratifs, T1, 1956, P, 387.

أورده فرحان البالي، دراسة تحليلية لنظام الصفقات العمومية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 1998-1999، ص: 27.

⁶ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، القرار عدد 1499 المؤرخ في 2008/12/24، ملف عدد 7/07/55.

عند القيام بتعديلات أدخلتها الإدارة على بنود العقد للتأكد من عدم تغيير موضوع العقد أو فرض أعمال جديدة لا صلة لها بمحتوى الصفقة، كأن يؤدي التعديل إلى إحداث مشروع جديد إضافة إلى المشروع موضوع الصفقة.

⁷ - عصام بنحسن، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 218.

⁸ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، ملف رقم 2007/1358 ق ش حكم رقم 1051 بتاريخ 2009/05/28، قضية مقاوله الإدريسي للبناء والعنوات.

⁹ - الفقرة الأولى من المادة 36 مرسوم 4 يونيو 2002.

ويجب التأكيد على أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بصفة انفرادية لا تحول دون حق المتعاقد معها في رفع دعوى لدى محكمة القضاء الشامل المختصة، لبلث فيما إذا كان له حق تعويض يكفل له التوازن المالي¹، جراء قيام الإدارة بالتعديل الانفرادي وما أحقه من أضرار قد تغير الحالة المالية للعقد²، وفي هذا الإطار قضى مجلس الدولة الفرنسي³ أنه إذا أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الإنفرادي إلى تسبب ضرر للمتعاقد من خلال تفاقم التزاماته، فإن ذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه كما هو الحال عند تطبيق نظرية فعل الأمير، باعتبار أن سلطة التعديل الانفرادي هي أحد تطبيقاتها، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها رقم 1819 بتاريخ 2010/12/20 "على الرغم من الامتياز القانوني المخول للإدارة في إبرام العقود الإدارية وتنفيذها، وما منحه المشرع لها من سلطة تعديلها وإنهائها بإرادتها المنفردة ودون وقوع خطأ من المتعاقد معها فإنه يبقى من حق هذا الأخير... الحصول على التعويض عما لحقه من ضرر"⁴، وهذا ما قضت به كذلك المحكمة الإدارية بمكناس في حكم رقم 13/2001/2 ش بتاريخ 2001/11/15 "... وحيث إنه لما كان المتعاقد يسعى إلى الربح الذي هو مناط وجود مقاولته لذلك فإن القضاء والقانون (دفتر الشروط العامة والخاصة) قد قرروا جميعهم للمتعاقد من الحقوق ما يوازي سلطات الإدارة حتى لا تؤدي تلك السلطات التي تصيب الأفراد في الإقدام على التعاقد معها فتفقد بذلك الإدارة وسيلة من أنجح الوسائل في تسيير المرافق العامة وتأسيسا على ذلك يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض له عما لحقه من خسارة وما يفوت عليه من كسب..."⁵.

وإذا كان للمتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بالتعويضات الكاملة، فإن ذلك لا يحول دون طلب فسخ العقد إذا كانت الأعباء الجديدة كبيرة لدرجة استحالة التنفيذ⁶.

المطلب الثاني: الرقابة على احترام نطاق تعديل العقد الإداري

إذا كان من حق الإدارة تعديل عقودها الإدارية بصفة انفرادية، فإن هذا التعديل يجب أن لا يتجاوز حد معين، فسلطة تعديل العقد الإداري نطاق يجب أن لا تتعداه.

الفقرة الأولى: عدم تجاوز إمكانيات المتعاقد مع الإدارة وكذا المزايا المالية

لا تستطيع الإدارة فرض تعديلات يكون من شأنها إرهاق المتعاقد معها وتحمله ما يفوق إمكانياته الفنية والمالية⁷، لأنه وقت إبرام العقد قد وضع في اعتباره وضعية معينة تتوافق مع إمكانيته وقدراته، وعليه لا يجوز للإدارة إرهاق وتجاوز طاقاته الفنية والاقتصادية⁸، لذلك يمكن للمتعاقد مع الإدارة في حالة إدخال الإدارة في إطار سلطة تعديل العقد تعديلات من شأنها أن تعمل على قلب

¹ - قرار الغرفة الإدارية عدد 29 الصادر في 3 يوليوز 1988، قضية النقابة المهنية للنواب العامين للتأمين، منشور بمجلة القضاء المغربي الإداري، العدد 11 ص: 90.

² - فدوى الإيزاو، التوازن المالي للعقد بين المفاوضة والإدارة، دون ذكر طبعه، ص: 73.

³ - أشار إليه نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة مرجع سابق ب ص: 344.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، رقم 1819 ملف عدد 2007/1339 ق ش بتاريخ 2010/12/20 قضية إيماك للأشغال والبناء.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 13/2001/2 ش، ملف عدد 13/99/4 ش، بتاريخ 2001/11/15.

⁶ - نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص: 346.

⁷ - عبد الله حداد. صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية منشورات عكاظ.

⁸ - فرحان البالي، دراسة تحليلية لنظام الصفقات العمومية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 1998-1999، ص: 28.

اقتصاديات العقد أن يطلب التحلل من العقد وجميع الالتزامات المترتبة عليه في حالة ما إذا تجاوزت التعديلات الحد المعقول ودعواه في هاته الحالة تدخل في نطاق القضاء الشامل"¹.

وباعتبار الثمن أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة على الإطلاق فإن المساس به يعتبر ضربا لمبدأ استقرار المعاملات الذي يمثل مبدأ عاما يجب الالتزام به من طرف الجميع²، ولذلك فإن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد ليست بسلطة مطلقة بل هي سلطة محدودة، إذ تقتصر على الشروط الخاصة بسير المرفق، وتعرف أيضا بالشروط التنظيمية للعقد. أما الشروط المالية للعقد والمعروفة عادة بالشروط التعاقدية فلا يمكن للإدارة أن تعدلها إلا بعد موافقة المتعاقد معها حفاظا على حقوقه خاصة حقه في التوازن المالي للعقد³، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها بتاريخ 12 ماي 1965 الذي جاء فيه "إذا كانت الإدارة تملك حق التعديل بصفة انفرادية فيما يخص الامتيازات المتعلقة بسير المرافق العامة وبالخدمة التي يؤديها أصحابها إلى الجمهور فإنها لا تملك الحق بالنسبة للمزايا التي يتمتع بها هؤلاء لأنها تدخل في نطاق البنود التعاقدية للامتيازات..."⁴، ومن ثم فلا يجوز أن تقوم الإدارة بتعديل الشروط التعاقدية التي يحصل بموجبها المتعاقد معها على المزايا المالية والتي لولاها لما أقدم على هذا التعاقد⁵.

وتأكيدا لذلك فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أنه "من الأمور المستقرة في العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد مع الإدارة عمل أو خدمة لتسيير المرافق العامة أن من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المادي الذي قد يكون ثمنا للبضائع الموردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد إذ تتسم بطبيعة الاستقرار، ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه للطرف الآخر ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ما حدد المقابل في تاريخ العقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من توابث العقد، باعتبار أن النص عليها في حقيقة الأمر شرط تعاقدية، وذلك نظرا إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعرفة الجمركية، وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة، والقول بغير ذلك يؤدي بحكم الضرورة واللزوم إلى زيادة القيمة المتفق عليها في حالة زيادة سعر التحويل للعملة أو نقصان هذه القيمة في حالة نقصان سعر التحويل للعملة، وهو أمر يتناقض مع ثبوت شروط المقابل المالي ويجعل التزامات طرفيه في هذا الخصوص التزامات غير محددة، وباعتبار أن السعر قد حدد بصفة نهائية منذ اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد"⁶.

¹ - محمد قصري، الآثار القانونية المترتبة عن فسخ عقد الصفقة في مواجهة الإدارة والمقاولة، مجلة المعيار، العدد 34، نونبر 2005، ص: 55.

² - عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية، مرجع سابق، ص: 143.

³ - عبد القادر باينة، الوسائل القانونية للنشاط الإداري، منشورات زاوية الطبعة الأولى 2006، ص: 226.

⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 66 الصادر بتاريخ 12 ماي 1965، أورده أنوار شقروني، الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية مجلة المعيار، العدد الأربعون، دجنبر 2008، ص: 110.

⁵ - عبد العزيز منعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المركز القانوني للإصدارات القانونية، طبعة 2010، ص: 246.

⁶ - المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 2519 لسنة 34 ق جلسة 1993/8/31 أورده عبد العزيز منعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص: 247.

ومن ثم فلا تملك جهة الإدارة المتعاقدة أن تتناول بالتعديل النصوص المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد، حرصا على مصلحته الخاصة¹.

الفقرة الثانية: التزام الإدارة بالقيود التشريعية للتعديل.

إذا كن حق الإدارة في التعديل حق ثابت أقره الفقه وكرسه القضاء حتى في حالة سكوت العقد ذاته، فإنه مهما كانت حاجة الإدارة إلى إجرائه، يجب ألا تتجاوز هذه السلطة حدا معيناً، ذلك أن المتعاقد حين أبرم العقد، كان يضع في اعتباره جيدا كافة احتمالات التعديلات التي يمكن أن تمارسها الإدارة، ولكنه كان يدخل في حساب تقديراته التزام الإدارة بما قد يرد في دفتر الاشتراطات العامة، أو ما تنص عليه القوانين من حدود ضابطة، ودفاتر الاشتراطات غالبا ما تحدد نسبا معينة للزيادة أو النقص لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يشكو قضائيا أو إداريا، طالما أنها لم تتجاوز هذه النسب في التعديل².

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 52 و53 من مرسوم 4 ماي 2000³، على أنه يمكن إذا فرضت المصلحة العامة وضمان استمرار المرفق العام أن تقرر الزيادة في حجم الأشغال وكذلك التقليل منها، دون أن يمس إدخال هذه التعديلات بجوهر الصفقة ونوعها تحت طائلة الفسخ⁴، فالزيادة في حجم الأشغال لا يجب أن يتجاوز 10% من الحجم الأصلي، أما التقليل فيجب أن لا يزيد عن 25% من مجموع الصفقة.

وفي هذا الصدد نورد حكم للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁵، والذي أكدت فيه على أن "... حق التعديل الذي تملكه الإدارة لا يكون إلا بناء على أوامر كتابية صريحة تصدر من طرف رب العمل إلى المفاوضة نائلة الصفقة وفي حدود معينة أوضحها المشرع بدقة في دفتر الشروط الإدارية العامة...".

والسؤال المطروح هنا، هو: هل يمكن تجاوز حدود نسب التعديل التي تحددها القوانين ودفاتر الاشتراطات⁶؟

فإذا كانت الإدارة تملك سلطة تعديل شروط العقد الإداري دونما حاجة للنص على ذلك في العقد وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام وتحقيقا لمقتضيات المصلحة العامة⁷، فإن ذلك لا يحول دون تجاوز النسب المحددة تشريعا⁸، إلا أن هذه المرونة في سلطة التعديل تقابلها مرونة في حقوق المتعاقد مع الإدارة، في حالة تجاوز الحدود التشريعية وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁹ "وحيث أنه وبموجب المادة 53 من المرسوم رقم 2.99.1087 بتاريخ 2000/5/4 المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة فإنه إذا فاقت نسبة التقليل حجم الأشغال 25% من الحجم الأولي، للمقاول الحق في أن يعرض في النهاية عن الضرر المثبت شرعا الذي يكون قد لحقه من جراء التقليل المذكور فيما فوق نسبة 25% المعتبرة كحد

¹ - عبد العزيز منعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية الطبعة الأولى 2008، ص: 287.

² - علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، طبعة 1976، ص: 282.

³ - المواد 52 و53 من مرسوم رقم 2-99-1087 صادر في 29 من محرم 1421 الموافق لـ 4 ماي 2000 بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة.

⁴ - محمد زهور، دور القضاء الإداري في حماية حقوق طرفي العقد الإداري، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، ص: 102.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 1051، ملف رقم 2007/1358 ق ش، بتاريخ 2009/05/28

⁶ - علي الفحام، مرجع سابق، ص: 289.

⁷ - فؤاد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري، مرجع سابق، ص: 114.

⁸ - علي فحام، مرجع سابق، ص: 289.

⁹ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 2188 ملف عدد 6/11/256 بتاريخ 2012/6/27.

للتقليص وإذا تم التعرف على الواقعة المنشئة التي أدت إلى التقليص بحسب النسبة المذكورة قبل الشروع في الأشغال يمكن فسخ الصفقة بطلب من المقاول.

خاتمة :

يتبين مما سبق ذكره أن العقود الإدارية تختلف عن العقود العادية كلياً من حيث علاقة طرفي العقد نظراً لاختلاف المصلحة، فصاحب المصلحة العامة يتمتع بسلطات جوهريّة و مؤثرة في بنود العقد، هذه السلطات قد تغير في كل من مدة تنفيذ العقد وحجم ما يمكن إنجازه وكذا الوسائل المستعملة لتنفيذ العقد، كل هذا بطبيعة الحال وفق حدود حددها المشرع، لأنه إذا كانت هذه التصرفات مطلقة وقاسية ستسقط الإدارة في فخ فقدان من يساهم معها في تحقيق المصلحة العامة وخاصة ونحن في زمن الثورة التكنولوجية وتعدد الأنماط، مما يتطلب توفر الموارد البشرية المتخصصة والموارد المالية.

إن القضاء الإداري باعترافاته الصريحة للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة حاول خلق نظريات تهدف الحفاظ على التوازن بين المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة والمصلحة الخاصة التي يهدف إليها المتعاقد، وذلك لاعتبارات تطلبها العدالة بالإضافة إلى ضمان استمرار سير المرافق العامة، وفي مقابل سلطة تعديل العقد الإداري بصفة منفردة من طرف الإدارة، نجد أن القضاء الإداري قد أقر للمتعاقد مع الإدارة حق المطالبة بضمان التوازن المالي للعقد وذلك بإلزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها دون خطأ منسوب إليها وذلك وفق نظريات ثلاث هي: نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، ثم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

منازعات التقاعد بين الطبيعة القانونية والإختصاص القضائي

عائشة فضيلي

طالبة باحثة في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق سلا

يعتبر موضوع المعاش من المواضيع الشائكة التي تتداخل في دراستها عدة علوم وتخصصات، كالعلوم القانونية، والإقتصادية، والسياسية، والمالية، والإجتماعية، والنفسية والديمغرافية. وتبعاً لذلك فإن تعريف المعاش يختلف حسب إختلاف هذه العلوم، وكذا حسب الزاوية التي ينظر إليه منها¹.

وتعتبر الإحالة على المعاش المرحلة الأخيرة في حياة الموظف العمومي، بعد السنوات التي قضاها في الخدمة الفعلية داخل أسلاك الإدارة العمومية. وتجدر الإشارة إلى أن منازعات المعاشات تختلف عن أنظمة التقاعد المعمول بها في القطاع الخاص، أو نظام الضمان الإجتماعي، الذي نادراً ما تصادف منازعات بشأنه أمام القضاء، لإعتبار أساسي، يتمثل في حل مثل هاته القضايا على مستوى الإدارة، إضافة إلى الثقافة السائدة لدى غالبية المتقاعدين، بأن اللجوء إلى القضاء من شأنه أن يعطل حصولهم على المعاش، أو يفقدهم حقهم فيه².

وعموماً فإن التقاعد يطرح صعوبات مختلفة، بحيث تثير هذه المنازعات تساؤلات حول طبيعتها القانونية، هل تندرج ضمن قضاء الإلغاء أو القضاء الشامل (المبحث الأول)، وكذلك على مستوى تحديد دائرة الإختصاص، الذي عرف عدة تطورات بخصوص البث في الطعون المقدمة بشأن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنظام التقاعد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لطعون المتعلقة بنظام التقاعد:

من المسلم به أن الطعون المتعلقة بتطبيق قانون المعاشات هي طعون قضائية، تتعلق بالفصل في النزاعات المتعلقة بالمعاشات. وهو قضاء له خصوصياته يتميز بها عن باقي الطعون. فوصف الطعون المتعلقة بتطبيق قانون المعاشات بأنها طعون قضائية إدارية، خصوصاً بعد إحداث المحاكم الإدارية، تندرج ضمن إختصاص القضاء الإداري، وصف عام. إذ المسألة تتطلب التدقيق، للوقوف على الطبيعة القانونية لهذه المنازعات، أي تحديد النزاعات التي تدخل في نطاقها هذه الطعون، والصفة التي يتدخل بها القضاء للفصل فيها، وذلك على ضوء تحديد علاقة الطعون بالتقسيمات الرائدة للقضاء الإداري، أي علاقاتها بدعوى الإلغاء وعلاقاتها بدعوى القضاء الشامل³. الأمر الذي يفرض النظر في مكانة منازعات التقاعد ضمن التقسيمات الكبرى، منها حضورها في ولاية القضاء الشامل (المطلب الأول)، وولاية قضاء الإلغاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكانة منازعات التقاعد في دعوى القضاء الشامل :

لقد حاول الفقه والمشرع، منذ بداية الإدارة المغربية خلال الحقبة الإستعمارية، أن يضيفي على المنازعات الإدارية، ذات الصلة بالتقاعد، طابع التعويض، ويدرجها ضمن القضاء الشامل. وهذا ما ذهب إليه الإجتهد القضائي، قبل إحداث المحاكم الإدارية. فظل الأمر كذلك حتى بعد إنشاء المحاكم الإدارية، والتي أكدت خصوصية القضاء الشامل بالنسبة لمنازعات التقاعد، مما يفرض البحث عن

¹ محمد حنين: "نظام التقاعد المطبق على موظفي الدولة وأعوان الجماعات المحلية"، الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1992، ص 7.

² سعيد الويداني: "منازعات المعاشات أمام المحاكم الإدارية"، دار النشر المعرفة، الطبعة الأولى، 2012، ص 13.

³ محمد الأجرع، "الإختصاص القضائي للبث في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات"، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 385 بتاريخ 2004/11/1 محمد الجمول ضد الصندوق المغربي للتقاعد، مجلة القانون والإقتصاد، عدد مزدوج 22، 21، يناير 2006، ص 154.

ماهية القضاء الشامل (الفرع الأول) تم بعد ذلك التساؤل عن مبررات ودواعي تصنيف دعاوي التقاعد ضمن القضاء الشامل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية دعوى القضاء الشامل:

دعوى القضاء الشامل تقوم، بين خصوم يتنازعون على حقوق، ويفصل القاضي، في هذه الحالة، وهو مزود بسلطات كاملة من ناحيتي القانون والوقائع. ونتيجة لهذا المفهوم فإن حجية الشيء المقضي به تكون نسبية.

فمن خلال هذه الدعوى، يطلب رافعها من القاضي منحه تعويضا نتيجة لضرر مادي أو جسدي تسبب فيه الإدارة، وتكون سلطات القاضي الإداري، في ولاية القضاء الشامل، جد واسعة قياسا على ولاية الإلغاء، غير أن حجية الحكم في دعوى القضاء الشامل حجية نسبية في التطبيق، حيث تقتصر على أطراف الخصومة وحدهم، عكس دعوى الإلغاء التي تتمتع بحجية مطلقة حيث تشمل كافة ذوي الشأن الذين يلحقهم القرار بآثاره¹.

وبذلك، فإذا كان قضاء الإلغاء يختص بالنظر في مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن أشخاص القانون العام، فإن القضاء الشامل هو الذي يجعل من القاضي الإداري، القاضي الطبيعي للبحث في طلبات الإعتداء المادي، الناتج عن تصرفات وأعمال الإدارة، وتحديد التعويض المناسب عن الأضرار الناتجة عن هذا الإعتداء، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 8 من القانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية.

ويشمل مجال القضاء الشامل عددا من المنازعات التي تندرج ضمن مجال إختصاص المحاكم الإدارية، من بينها تلك المرتبطة بالتقاعد. فقبل صدور قانون 41.90، كان تحديد أنواع المنازعات الإدارية، التي تدخل ضمن القضاء الشامل، يثير جدالا فقهيًا، إنعكس، أساسًا، على تقسيم القضاء الإداري بأكمله²، مما إنعكس سلبًا على تحديد القضايا التي تندرج ضمن القضاء الشامل.

ولكن بعد إحداث المحاكم الإدارية، حاولت عدة بحوث تم إنجازها في هذا المضمار، تصنيف دعوى القضاء الشامل، إنطلاقًا من القانون المحدث لها³، بالرغم من أن قانون 41.90 في فصله 8، لم يعمل إلا على إحتضان تلك الإختصاصات الواردة في الفصل 8 من ظهير 1913 المتعلق بالتنظيم القضائي⁴، والذي حدد، بشكل حصري، أوجه الإختصاص، الشيء الذي يتطلب البحث بدقة عن مكانة إندراج منازعات التقاعد ضمن القضاء الشامل وذلك إنطلاقًا من النصوص القانونية، وكذا الإجتهد القضائي من خلال المنازعات المعروضة على القضاء الإداري.

الفرع الثاني: منازعات التقاعد ضمن القضاء الشامل كمبدأ عام:

تصنف منازعات التقاعد في إطار القضاء الشامل، وذلك نظرا لطبيعة النزاع (التقاعد – الإدارة)، والذي هو نزاع ذو صبغة مالية، يطلب منها إلى الإدارة تعديل معاشه، أو تسويته طبقا للقانون⁵.

فالقضاء الإداري يفصل بماله من ولاية قضاء الحقوق. ومقتضى ذلك، أن القاضي الإداري، بصدد دعاوي التسوية، يقوم بإعمال حكم القانون على وقائع الدعوى، والحكم بوضع الطاعن في المركز القانوني الذي يترتب على ذلك، ومن ثم تحديد حقوقه في المعاش الذي يستمدده من القانون.

¹ جمال الدين سامي: "الدعاوي الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري"، الكتاب الأول، دعاوى الإلغاء، مطبعة أطلس، القاهرة 1991، ص 13.

² مليكة الصروخ: "القانون الإداري، دراسة مقارنة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة السادسة 2006، ص 504.

³ عبد القادر مساعد: "القضاء الإداري ضمانات الحقوق والحريات"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكادال، الرباط 1998، 1999، ص 50.

⁴ حسن صحيب: "القضاء الإداري المغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، العدد 80، الطبعة الأولى 2008، ص 50.

⁵ سامي جمال الدين: "دعاوي التسوية وولاية القضاء الإداري على الطعون المتعلقة بشؤون الموظفين"، منشأة المعارف الإسكندرية، 1886، ص 37.

غير أن الأمر ليس سهلا، على مستوى التطبيق، إذ تعترض القاضي الإداري صعوبات التمييز بين ما إذا كان الطلب يندرج ضمن القضاء الشامل أو قضاء الإلغاء، سيما وأن علاقة التقاعد بالإدارة، وتسوية وضعيته، غالبا ما يتم ذلك بواسطة قرارات فردية. فالمعاش يتحدد بقرار، وإضافات المعاش ومشمولاته والخصم منه يتحدد بقرار كذلك. وهكذا، إعتبر القضاء الإداري في مصر، أن جميع المنازعات التي يثيرها الموظفون العموميون، بشأن معاشاتهم أو حقوقهم الأخرى، من قبيل دعاوي التسوية، أو الإستحقاق هي دعاوى تدخل في نطاق القضاء الكامل، أو بالأحرى قضاء الحقوق¹.

فمن خلال ما سبق، فإن القاضي الإداري يجد صعوبة كبيرة في التمييز بين ما إذا كان الطلب المقدم إليه يندرج ضمن القضاء الشامل أو قضاء الإلغاء. لكن، في المقابل، تستطيع المحكمة، بولاية قضاءها الكامل، أن تحدد بنفسها للمتقاعد حقوقه التي يستمدها من القانون، وهو ما يطلق عليه (بتسوية الحالة).

وبخصوص تصنيف منازعات المعاشات ضمن القضاء الشامل، فإن الأستاذ مصطفى فهمي² يرى "أن الغالب الأعم من الحالات سوف يجد أن دعوى الإلغاء لن تمثل فائدة بالنسبة له، لأن المجلس سوف يقتصر فيها على تحطيم رأي الإدارة، دون أن يحدد في حكمه الرقم الصحيح الذي يجب أن تمنحه الإدارة للموظف. وهذا الوضع قد يعرض الموظف لمنازعات متتالية. أما دعوى القضاء الكامل، فإن من شأنها أن تحقق للموظف مزايا أكثر. فالقاضي لن يقتصر على تحطيم رأي الإدارة، وإنما يتعدى ذلك إلى بيان الحقوق، فيحدد الرقم الذي يستحقه الموظف كمرتب أو مكافأة ومعاش. ولذلك فإن كل طعون المرتبات، والمكافآت، والمعاشات، أو أغلبيتها الساحقة، إنما تعرض في شكل دعاوى القضاء الكامل".

أما بخصوص الدكتور جمال الدين سامي، فيرى³ "بأن الحقوق المالية التي تكفلها القوانين للموظف العام، إنما هي حقوق شخصية، تترتب نتيجة عمله الشخصي، وهو أمر لا ريب فيه بصدد المكافآت، وأيضا المعاشات التي تمنح للموظف بعد إنتهاء مركزه الموضوعي كموظف عام، وتحوله إلى مركز المتقاعد، أو تمنح لورثته الذين لم يكن لهم أدنى علاقة مباشرة بمركزه الوظيفي. وعليه فبالرغم من أن الموظفين العموميين في مركز قانوني موضوعي، إلا أن حقوقهم المالية المستمدة من وظيفتهم هي حقوق شخصية، الأصل أن تتم حمايتها عن طريق دعاوى الحقوق، غير أنه ليس هناك ما يمنع من رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية في قضية تتعلق بالمعاش، إذا كانت ستؤدي إلى نفس النتائج المرجوة من دعوى التسوية في مجال المنازعات المتصلة بالشؤون المالية للموظف".

لقد أكدت الغرفة الإدارية في قرارها، بتاريخ 1992/04/16، على أن الموظف الذي استغني عن خدماته يحتفظ بحقه في المعاش دون حاجة لتقديم طلب بذلك⁴.

وبالنظر للطابع الشامل لمنازعات المعاشات، فإن الطاعن قد يرمي، من خلال دعواه، إلى طلب الحكم لفائدته بإلغاء القرار القاضي برفض منحه راتب التقاعد، والحكم له، والتصريح بأحقية في الحصول على المعاش. وفي ذات التوجه أيدت هذا الطرح المحكمة الإدارية بمكناس من خلال حكم لها، يؤكد على الطابع الشامل لمنازعات المعاشات، وهي تقضي بأداء إدارة الدفاع الوطني للسيد مغرور محمد واجب معاشه، لكونه قد إستوفى الإحدى والعشرون سنة من الخدمة الفعلية للإستفادة من المعاش⁵.

هذا الإتجاه سلكته وتبنته المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها ، حيث أوضحت من خلاله أن "القضاء الشامل للمحاكم الإدارية هو الإطار الطبيعي فيما يتعلق بحقوق معاشية⁶.

¹ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 77.

² سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 81.

³ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 88.

⁴ حسن صحيحب: "القضاء الإداري المغربي"، مرجع سابق، ص 138.

⁵ حكم المحكمة الإدارية بمكناس رقم 8/2000/03 غ الصادر بتاريخ 20.01.2000 المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنموية، العدد 54، 2000، ص 180.

⁶ م.إد بالرباط حكم رقم 466، بتاريخ 16 مارس 2006، ملف رقم 05/09/1170، عبد الوهاب التلمساني ضد المكتب الوطني للهيدروكربورات والمعادن.

إن المنازعات المتعلقة بالمعاشات تندرج ضمن إختصاص القضاء الشامل، بإعتبار أن القاضي الإداري له سلطة واسعة في إتخاذ كافة الإجراءات اللازمة في إحتساب المعاش المستحق، وإحلال قرارات محل قرارات إتخذتها الإدارة في هذا الشأن¹. وما يجب الإنتباه إليه هو أن عدم وجود أي نص قانوني يصنف المنازعات المتعلقة بالمعاشات كجزء من المنازعات الإدارية ضمن دعاوى القضاء الشامل، لم يمنع القضاء الإداري المغربي من أن يحمل، دوماً، من خلال إجتهاداته، على الثغرات القانونية التي يغفلها النص القانوني، مما سار بالإجتهد القضائي إلى جعل منازعات المعاشات هاته ضمن إختصاص القضاء الشامل كمبدأ عام.

المطلب الثاني: إختصاص قضاء الإلغاء في منازعات التقاعد:

تشكل دعوى الإلغاء وسيلة، في غاية الأهمية، لضمان إحترام المشروعية. وهي دعوى موجودة بقوة القانون. لهذا يجب التعرف أولاً على ماهية هذه الدعوى (الفقرة الأولى). ولما كانت منازعات التقاعد تصنف ضمن القضاء الشامل، يملك القاضي في إطارها من السلطات ما يؤهله إلى إلغاء القرار الغير مشروع، وتسوية وضعية المتقاعد، فهل يمكن رفع دعوى الإلغاء في قضية تتعلق بالمعاش؟ وأبمعنى آخر، ما هو خط دعوى الإلغاء في منازعات التقاعد (الفقرة الثانية).

الفرع الأول: ماهية دعوى قضاء الإلغاء:

تعتبر دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة من دعاوى القانون العام، التي يمكن توجيهها لإستهداف أي قرار دونما حاجة إلى نص خاص بذلك، كما أنها لا تستبعد إلا بنص خاص²، إضافة إلى أنها طعن غير موقوف للتنفيذ، وأن القرار القاضي بالإلغاء يسري على الجميع، ويكتسب الحجية المطلقة للشيء المقضي به، إلا أن إحترام القاضي الإداري للفصل بين السلطات يجعل آثارها أي دعوى الإلغاء ينحصر في إلغاء القرار غير المشروع، ويمنع عليه أن يضع قراراً مشروعاً محل القرار الذي قضى بإلغاء، كما أنه لا يملك صلاحية توجيه أوامر للإدارة³. وهي الدعاوى الحديثة العهد بالمغرب، حيث تعود بدايتها الأولى إلى مرحلة الحماية رغم نسبيتها من حديث التطبيق.

ولقد عرف التطور التاريخي لدعوى الإلغاء مرحلتين بارزتين. وعلى هذا الأساس، يمكن الحديث عن فترة الحماية وأخرى ما بعدها. أما قبل ذلك، فقد ساد تطبيق الشريعة الإسلامية، مع غياب قانون إداري متميز في غياب مبدأ فصل السلط بالشكل المتعارف عليه. وهذا لا ينفي غياب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في تلك المرحلة⁴. ونظراً لهذه الإعتبارات وغيرها، لا غلو من الحديث عن غياب دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في إستعمال السلطة خلال هذه الفترة.

ومع دخول المغرب عهد الحماية، الممتدة من تاريخ توقيع المعاهدة بفاس في 30 مارس 1912، إلى الإعلان عن التحرير والسيادة سنة 1956، توالى الإصلاحات في الجهاز القضائي من قبل سلطات الحماية، بدءاً بصدر ظهور 12 غشت 1913، والذي بشأنه منحت السلطات الفرنسية القضاء سلطة إصدار أحكام من شأنها عرقلة أعمال الإدارة، وكذا تطبيق أو تنفيذ القرارات الصادرة عنها. إلا أنه، مع تواتر الإجتهد القضائي، الذي يعد الدعامة الأساسية للقانون الإداري، وبإلحاح رجال القانون، وتزايد احتجاجهم، اضطرت سلطات الإقامة إلى إصدار ظهور فاتح شتنبر 1928، الذي أقر إختصاص مجلس الدولة الفرنسي بالنظر في دعوى الإلغاء المرفوعة من قبل الموظفين العموميين، بحكم شغلهم وظيفة قارة ودائمة⁵.

¹ محمد الأعرج، "المنازعات المتعلقة بتطبيق قانون المعاشات في العمل القضائي للمحاكم الإدارية"، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد 4.3/ 2005، ص 24.

² عبد الله إدريس: "القرارات الإدارية بين رقابة المشروعية والملائمة في المغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، 1983، ص 8.

³ ميشيل روسي، مرجع سابق، ص 121.

⁴ حداد عبد الله: "تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي" منشورات عكاظ، الرباط، الطبعة الأولى، شتنبر 2002، ص 88.

⁵ مولاي إدريس الحلابي الكتاني: "مسطرة التقاضي الإدارية"، الجزء الأول، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 11، 1997، ص 18.

إلا أنه، وبالرغم من تحقيق ذلك المطلوب، فهذا النوع من الدعاوى كانت ترفع خارج المغرب أمام مجلس الدولة الفرنسي، بحيث، في هذه الفترة، لا يمكن الحديث عن دعوى الإلغاء بالمعنى الدقيق، وظل الوضع على ما هو عليه إلى بداية الإستقلال. ومن الدوافع الأساسية التي قام عليها الإصلاح، هي معالجة الأوضاع التي آلت إليها أحوال جهاز العدل، من تباطؤ في إصدار الأحكام وتنفيذها. حيث تم إنشاء المجلس الأعلى الذي يعتبر كأعلى جهاز قضائي في النظام القضائي المغربي غداة الإستقلال، بمقتضى ظهير 27 شتنبر 1957¹، والذي تمتع بمهمة مزدوجة، فمن جهة، إعتبر محكمة نقض بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الدرجتين الأولى والثانية، ومن جهة أخرى، تنظر غرفته الإدارية في الطعون الإدارية المقدمة إليها ضد القرارات الإدارية بسبب الشطط في استعمال السلطة². ورغم الإصلاحات المتوالية، إلا أنها لم تمس جوهر الإختصاص الموكل لهذه الجهة القضائية العليا، إلى أن تم الإعلان عن إحداث محاكم إدارية متخصصة، حيث أصبحت لها الولاية العامة (قضاء الإلغاء والقضاء الشامل).

فمن خلال ما سبق ذكره، يتضح أن دعوى الإلغاء بالمغرب من صنع المشرع، عكس التجربة الفرنسية، التي هي نتاج إجتهد قضائي محض. وإذا كانت دعوى الإلغاء تعرف بفرنسا بدعوى تجاوز السلطة، فإنه في المغرب، وقبل صدور قانون المحاكم الإدارية، كانت تعرف بدعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة. وبعد قانون 41.90، فإن المشرع قد إستعاض عن الشطط بمصطلح التجاوز، فعرفت بمقتضى ذلك القانون بدعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة³.

فدعوى الإلغاء إذن، هي الوسيلة القضائية التي تمكن القاضي من مراقبة عمل الإدارة، قصد إلغاء قراراتها المشوبة بعدم المشروعية⁴. وحظيت بتعاريف فقهية متعددة. فقد عرفها الأستاذ سليمان الطماوي بكونها "الدعوى التي يرفعها أحد الأطراف إلى القضاء بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون"⁵. أما ميشيل روسي فيراها "دعوى تتمثل في طلب إلغاء قرار بسبب خرقه لقاعدة قانونية، فالوسيلة ذات صبغة موضوعية"⁶، لذلك فهي دعوى قضائية ترفع ضد قرار صادر عن السلطات الإدارية لأجل إلغاءه لكونه غير مشروع. أمام هذا يطرح إستفسار عن مدى إدخال منازعات التقاعد ضمن هذه الدعوى.

الفرع الثاني: حالات إختصاص قضاء الإلغاء في منازعات التقاعد:

يبقى إختصاص قضاء الإلغاء في منازعات المعاشات إختصاصا محدودا، بحيث لا يجوز ممارسة دعوى الإلغاء إلا في بعض الحالات الإستثنائية، عندما يتعلق الأمر بالقرارات المنفصلة عن العمليات الداخلة في تقدير المعاش، وكذا ضد قرارات الإحالة على المعاش، وضد قرارات رفض تسوية الوضعية المعاشية، ورفض تقرير الحق في المعاش، وسيتم الوقوف عند كل حالة من الحالات السابق ذكرها على حدة:

الفقرة الأولى: الطعن بالإلغاء في قرارات الإحالة على المعاش لبلوغ حد السن

يعتبر الطعن بالإلغاء الوسيلة المخولة للمتضرر من أجل المنازعة في قرارات الإحالة على المعاش، إما قبل بلوغ حد السن القانوني، أو رفض الإحالة على التقاعد بعد بلوغ هذا الحد، وذلك أن كثيرا من الموظفين أحيلوا بقرارات إدارية على المعاش، وطعنوا في هذه

¹ خضري عبد العزيز الروبو سعيد: "التنظيم القضائي والإختصاص"، دار الهلال للنشر، طبعة 2007، ص 86.

² مولاي إدريس الحلالي الكتاني: "مسطرة التقاضي الإدارية"، مرجع سابق، ص 19.

³ محمد الأعرج: "القانون الإداري المغربي"، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 61 مكرر، 2009، ص 200.

⁴ سليمان محمد الطماوي، "القضاء الإداري- قضاء الإلغاء"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الرابعة 1967، ص 381.

⁵ نفس المرجع أعلاه، ص 232.

⁶ ميشيل روسي: "المنازعات الإدارية بالمغرب"، مرجع سابق، ص 116.

القرارات، بناء على أن سبهم الحقيقي ليس هو الذي إعتمدت عليه الإدارة، أو أن الوثائق المعتمدة ليست هي الوثائق المنصوص عليها قانوناً¹.

وقد عمل القضاء الإداري على وضع مجموعة من القواعد والمبادئ التي تحكم هذا المجال من المنازعات.

وهكذا كرس المجلس الأعلى قاعدة لا يمكن للإدارة أن تحيد عنها، وهي الإعتماد، في تحديد سن الإحالة على التقاعد، على وثيقة عقد إزدیاد سابق لتاريخ التوظيف. وقد جاء في قرار له صادر بتاريخ 14 يوليوز 1994²: " مادام أن الطاعن يتوفر على عقد إزدیاد سابق لتاريخ توظيفه، فإنه لا محل للأخذ بوثائق أخرى محله لتقوم مقامه، خصوصاً وأن هذه الوثائق، كشهادة عدم السوابق القضائية، ليست من جملة الوثائق التي تقوم مقام عقد الإزدیاد المطعون فيه. وحيث أنه، تبعاً لذلك، يكون ما إعتدته الإدارة في مقررها، بحذف الطاعن من أسلاك الإدارة، إعتداداً على بطاقة السجل العدلي، والتي أثبت فيها أنه من مواليد سنة 1931، مع وجود عقد إزدیاد منشأ قبل ولوج الطاعن للوظيفة يحدده إزدیاده في سنة 1935، فيه خرق للفصل الموماً إليه صدره، ويجعل المقرر مشوباً بالشطط في إستعمال السلطة، مما يجب معه إلغاؤه".

وقد أيد المجلس الأعلى حكماً صادراً عن المحكمة الإدارية بالرباط، والذي إعتبرت فيه أن شهادة عدم السوابق، التي يدلي بها الموظف أثناء توظيفه، معدة أصلاً لإثبات عدم سوابقه الجنائية، ولا يعتمد بها لإثبات تاريخ الإزدیاد. وعليه فإن تلك الشهادة لا تقوم مقام عقد الولادة المدلى بها لأول مرة عند التوظيف.

وقد كرست الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى³ قاعدة حجیة عقد الإزدیاد المدلى به لأول مرة عند التوظيف، لما إعتبرت أن تحديد سن الموظفين والأعوان العموميين، يجب الإعتماد فيه على تاريخ الإزدیاد المدلى به لأول مرة عند التوظيف، مما يعني أن قرار الإدارة، بإحالة الطاعن على المعاش، إعتداداً على تاريخ الإزدیاد الذي أدلى به لأول مرة، كان قانونياً وسليماً، ولا يتسم بأي شطط في إستعمال السلطة.

فالقاضي الإداري يلقي عبئ الإثبات على الموظف، لكونه هو من أدلى للإدارة. عند التوظيف، بوثيقة أخرى غير عقد الإزدیاد، والتي تحمل تاريخ إزدیاد آخر. وأمام عجزه عن إثبات ذلك، فإنه يرفض الطعن، لأنه في غير محله⁴.

وما تجب ملاحظته هو أن مسؤولية الإدارة قائمة إذا لم تقدر السن الحقيقي للموظف علماً بأنها تملك من الوسائل ما يمكنها من ضبط سن المعني بالأمر، ولا يمكن القبول بإدعائها حول تعدد الموظفين إخفاء سن إزدیادهم الحقيقي أثناء توظيفهم، إذ يجب عليها أن تتحرى عن الحقيقة، لأنها تتوفر على العديد من الوسائل التي تمكنها من التحكم في الأمر، وأن إستنادها على عقد إزدیاد لاحق لتاريخ التوظيف، والذي وقع إصلاحه بمقتضى حكم قضائي، لا يمكن أن يقوم مقام عقد الإزدیاد الثابت التاريخ قبل توظيف المعني بالأمر.

الفقرة الثانية: الطعن بالإلغاء في قرارات تسوية المعاش أو تقرير الحق فيه:

يعتبر الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية، المتعلقة برفض تسوية المعاش، أو تقرير الحق في المعاش، من أهم الطعون المعروضة على أنظار قضاء الإلغاء. وهكذا كرس القضاء إمكانية ممارسة دعوى الإلغاء ضد القرارات القضائية بالإمتناع عن تسوية المعاش بعد إحالة المعني بالأمر على التقاعد.

¹ فالإحالة على التقاعد يجب أن تتم بعد إستيفاء السن المحدد قانوناً، لأن سن التقاعد هو الذي يفتح الحق في المعاش وضمائه.

² قرار عدد 259، صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 14 يوليوز 1994، محمد بوطالب ضد مدير المكتب الوطني للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية بمناسبة الذكرى 50 لتأسيس المجلس الأعلى الجزء الأول مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الصفحة 429 ومايلها.

³ قرار عدد 686، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 17 أكتوبر 1996، في الملف الإداري عدد 10191، الحسين الزويتني ضد مدير العام للأمن الوطني، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية بمناسبة الذكرى الخمسين لتأسيس المجلس الأعلى الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، ص 429 ومايلها.

⁴ حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة، بتاريخ فاتح يوليوز 1997، محمد بكوش ضد المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير مباشرة، مجلة الإشعاع ص 293، ورد لدى امعيوة خديجة، القاضي الإداري وحماية الحقوق والحريات بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2004-2005، ص 33.

وفي هذا الإطار، قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، في قضية بناصر أوصحراوي¹، بما يلي: "حيث ذكرت الإدارة في مذكرتها الجوابية بأن الطلب يهدف إلى الحكم بالأحقية في المعاش وبتصفيته، وهو طلب كان ينبغي تقديمه إلى محكمة الموضوع، حتى ما إذا إعتبرنا أن المقال يرمي إلى الطعن بالإلغاء ضد قرار الرفض، المترتب عن سكوت الإدارة، وحيث يستنتج من كل ما سبق أن المقرر المطعون فيه برفض الطاعن الرامي إلى تمتيعه بحقه في المعاش الذي منح له، بمقتضى القرار الذي أحاله على المعاش، يكون متسماً بالشطط في استعمال السلطة ويتحتم إلغاؤه".

فالمحاكم الإدارية سارت على نفس النهج الذي سارت عليه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، مما جعلها المميز الأول لدعوى الإلغاء عن التعويض، الشئ الذي جعلها بذلك تنظر في عدة قضايا بالإلغاء، كما في حكم إدارية الرباط، من أجل تسوية المعاش، والذي جاء فيه: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم بالإلغاء الجزئي للقرار الصادر عن الصندوق المغربي للتقاعد،تحديد تاريخ إستفادة الطاعن من معاشه التقاعدي ابتداء من 1997/05/12 بدلا من 1984/12/05، تاريخ إحالته على التقاعد، وحيث إنه تبعا لما ذكر، فإن القرار الصادر عن الصندوق المغربي للتقاعد عندما حدد تاريخ إحساب حق الطاعن في الإستفادة من معاش التقاعد ابتداء من 1997/05/12 بدلا من 1984/12/05، تاريخ حذفه من الأسلاك الإدارية، ويكون قد أخطأ في تطبيق مقتضيات الفصل 391 من قانون الإلتزامات والعقود، مما يبرر الحكم بإلغاءه في هذا الجانب".²

ويجوز ممارسة دعوى الإلغاء في مواجهة القرارات القضائية برفض صرف معاش الطاعن التقاعدي، وعلى هذا الأساس، قضت الغرفة الإدارية، في قرار لها، بما يلي³: "حيث يدفع الخازن العام بعدم قبول طلب الإلغاء المقدم من طرف كندوز محمد ضد القرار الصادر من طرفه، والقاضي برفض صرف معاش الطاعن التقاعدي، وحيث إن النصوص المستدل بها من طرف الخازن العام تتعلق فقط بالموظف، أو العون العمومي، الذي يستمر في العمل بعد إحالته على التقاعد، وذلك في نفس الإطار، أو إطار آخر من أطر الدولة، ولا يتعلق بطلب الإلغاء الذي شغل، بعد التقاعد، منصب مكلف بمهمة لدى الوزير الأول. وبهذه الصفة لم يكن منتميا إلى أي إطار من أطر الدولة، خاضعا لنظام أساسي عام أو خاص، وحيث إن الإدارة التي حرمته من معاشه، وعن المدة المذكورة أعلاه، بعلة أنه كان مكلفا بمهمة لدى الوزير الأول تكون، بذلك، خرقت النصوص القانونية".

ولا بأس من الإشارة إلى موقف القضاء المصري، لإنسجامه مع موقف القضاء المغربي، عندما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن رفض وزارة الخزانة تقرير معاش الطاعن، يشكل قرارا إداريا، وبالتالي فالقضاء الإداري يختص بالنظر في مشروعيته، وذلك وفقا لقواعد ومواعيد دعوى الإلغاء، بالرغم من أن هذا القرار مبني على قواعد تنظيمية عامة⁴.

الفقرة الثالثة: الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العمليات الداخلة في تقدير المعاش

إن الطعن بالإلغاء، ضمن مادة المعاشات، يمتد إلى القرارات المنفصلة عن العمليات الداخلة في تقدير المعاش. ونخص بالذكر، القرار الذي يرفض بموجبه وزير المالية التأشير على قرار الإستفادة من التقاعد النسبي. فإذا ثبت للمحكمة أنه قرار متسم بعدم الشرعية فإنها تقضي بإلغاءه، وتكون الآثار المترتبة عن الحكم هي تخويل الطاعن حق التمتع بمعاشه¹.

¹ قرار عدد 97، صادر عن الغرفة الإدارية، بتاريخ 16. 4. 1992، بناصر أوصحراوي ضد إدارة الدفاع الوطني، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى 40 لتأسيس المجلس الأعلى ص 210.

² المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 1317 بتاريخ 2004/12/7، الدريسات بنعياد ضد الصندوق المغربي للتقاعد، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 60، يناير فبراير 2005، ص 216.

³ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984.02.25، كندوز محمد ضد الخازن العام، منشورات المجلس الأعلى 40 سنة، ص 139، ورد لدى محمد الأعرج (الإختصاص القضائي للبيث في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات)، منشور بمجلة القانون والإقتصاد، العدد مزدوج 22. 21 يناير 2006، ص 149.

⁴ -حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في 1969.6.28 قضية 482 لسنة 10 ق المجموعة السنة 14 رقم 118 ص 88، ورد لدى جمال الدين سامي، المرجع السابق، ص 169

فالإستفادة من التقاعد رهين بالتأشير على مقترح الإلتزام بالنفقة. إذ أن إتخاذ القرار بالتأشير، أو عدم التأشير، طبقا للفصل 12 من المرسوم رقم 2.75.839، المؤرخ في 30 دجنبر 1975، يجب أن يتم داخل أجل 5 أيام.

وكان الهدف من خلال تحديد الأجل للإدارة لإتخاذ القرار المذكور، يتمثل بالأساس في عدم الإضرار بمصالح المستفيد لعدم التعجيل بمستحقاته، خصوصا في حالة الإحالة على التقاعد، وذلك حسب ما ذهب إليه الإجتهد القضائي في قضية السيد عبد السلام الروندة²، والذي جاء فيه مايلى: "حيث يستنتج من ذلك كله، أن مقترح الإلتزام بالنفقة، المتمثل في قرار إحالة طالب الإلغاء على التقاعد، كان وضع لدى المراقب المالي بوزارة المالية قبل سنة 1992، المشار لها في الأمر بالأداء المذكور، ولكن لغاية كتابة رسالة التظلم الإداري التي توصل بها السيد وزير المالية بتاريخ 1993.8.3، فإن المراقب العام، والمراقبين المذكورين، كانوا لم يعلنوا، رسميا، عن إتخاذ قرار التأشير على القرار المذكور، أو الإعلان عن رفضه مدعم بأسباب، أو أنهم رفعوا بشأنه ملاحظاتهم. إذ أن الإدارة لم تدل بما يثبت أنها فعلت ذلك. وحيث أنه كان على المراقبين المذكورين إتخاذ إحدى الحالات المذكورة في ظرف 5 أيام فقط، ولكنهم لم يفعلوا.

وحيث إن هدف المشرع من تحديد الأجل المذكور للإدارة، لتتخذ قرار بشأن مقترح الإلتزام بالنفقات، ولاسيما بالنسبة لحالة التقاعد. ومجمل القول أن منازعات المعاشات تصنف ضمن إختصاص القضاء الشامل، مع الإستثناء المتعلق ببعض القرارات، والتي تندرج ضمن قضاء الإلغاء³. حيث أنه رغم تحديد القرارات الصادرة في مجال الإلغاء، إلا أن جرد الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، في مجال المعاشات، يثبت أن معظمها تندرج ضمن القضاء الشامل. ورغم صعوبة فرز هذه الأحكام، نظرا لما للمحاكم الإدارية من ولاية عامة بالنظر في دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل، إلا أن الأصل في منازعات المعاشات هو القضاء الشامل والإستثناء هو قضاء الإلغاء. وبعد التعرف على طبيعة القانونية لمنازعات التقاعد في مجال الوظيفة العمومية، لم يبقى سوى التعرف على الجهة القضائية المختصة بهذه المنازعات، والمراحل التي مر بها الإختصاص القضائي إلى حين إنعقاد الإختصاص للمحاكم الإدارية.

المبحث الثاني: الإختصاص القضائي في منازعات التقاعد:

عرفت منازعات التقاعد إشكاليات على مستوى الجهة القضائية المختصة للبت فيها، غير أنه بالرجوع إلى التنظيم القضائي، والذي عرف عدة تطورات على مرحلتين أساسيتين، تتجلى الأولى منذ مرحلة الإحداث سنة 1913 إلى حدود سنة 1993، أي مرحلة وحدة القضاء (المطلب الأول)، أما المرحلة الثانية، فإنها تبتدئ منذ صدور القانون رقم 41.90 (المطلب الثاني) وهي المرحلة المؤسسة لإزدواجية القضاء، حيث يثور السؤال في كل مرحلة من المراحل، التي شهدتها التنظيم القضائي المغربي، عن المحكمة المختصة في منازعات التقاعد، مع العلم أن تحديد الإختصاص يتم بموجب القانون.

المطلب الأول: إختصاص القضائي قبل صدور قانون رقم 41.90.

خلال هذه الفترة، منح المشرع الإختصاص القضائي في منازعات التقاعد للمحاكم العادية (الفرع الأول)، لأن الرقابة القضائية في هذه المرحلة، أي مرحلة وحدة القضاء، مارسها القضاء العادي بصفة عامة، بإعتباره هو صاحب الإختصاص بالنظر في المنازعات من هذه الفئة. لكن مع إحداث المجلس الأعلى، أصبح هذا الأخير يتمتع بسلطة البت في الطعون الإدارية، في إطار دعوى الإلغاء، الشيء الذي حتم البحث عن سلطات وجذور إختصاص القاضي الإداري في مجال منازعات التقاعد (الفرع الثاني).

¹ - قرار عدد 149 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 6 يوليوز 1962، وزير الداخلية ووزير المالية ضد كانديلا، مجموعة قرارات المجلس الأعلى السنوات 61 و65، ص 254.

² - قرار عدد 327 صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 27 يوليوز 1995 في الملف الإداري عدد 10635/65/93 منشور بقرارات المجلس الأعلى في القضاء الإداري 1997/1958، مطبعة المعارف الجديدة، منشورات المجلس الأعلى 1997، ص 319.

³ - كريم لحرش: "القضاء الإداري المغربي"، منشورات سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، عدد مزدوج 16 و 17، 2012، ص 255.

الفرع الأول: إختصاص المحاكم العادية:

شهد التنظيم القضائي بالمغرب تطورات متلاحقة، قبل أن يتشكل على الصورة الذي هو عليها. وقد كان قبل الحماية الفرنسية مشكلا من المحاكم الشرعية، والمحاكم المخزنية، والمحاكم العرفية ثم المحاكم العبرية.

لكن مع بسط الحماية على المغرب، عملت السلطات الإستعمارية على إعادة تنظيم القضاء المغربي بمقتضى ظهير شريف صادر في 12 غشت 1913¹، والذي حدد، في المادة الثامنة منه، إختصاص المحاكم الفرنسية بالبت في كل الدعاوي التي تدين الإدارات العمومية، سواء بسبب تنفيذ عقد أبرمته، أو أشغال أمرت بها، أو أي قرار من جانبها ألحق ضررا بالغير. حيث تم، لأول مرة، حسب مقتضيات هذا الظهير، إحداث درجتين من التقاضي.

وتم تحديد إختصاص كل محكمة، ومنح الإختصاص بالبت في النزاعات في المادة الإدارية، للمحاكم الفرنسية، طبقا للفصل 8 من ظهير التنظيم القضائي، والذي نص على مايلي: "أما النوازل الإدارية، فلكل محكمة فرنساوية النظر فيما يخصها، وذلك إذا تحملت الإدارات العمومية ديونا من وجه عدم القيام بشروط البيع والشراء، أو من وجه أشغال أمرت بها، أو من وجه أعمال أخرى نشأ ضرر عنها للغير...". وتمت إعادة صياغة الفقرة الأولى من هذا الفصل، بظهير فاتح سبتمبر، 1928 لتصبح: "تبت المحاكم الفرنسية بإيالتنا الشريفة، دون سواها، في جميع الدعاوى الرامية إلى التصريح بمدىونية الإدارات العمومية".

وبعد إصدار عدة نصوص قانونية في بداية الحماية، ورغبة من المشرع في العمل على حماية الأفراد، خاصة الموظفين، وتكريمهم بعد إحالتهم على التقاعد، تم إنشاء صندوق الإحتياط الإجتماعي للموظفين المدنيين بالإدارة الفرنسية. والإنخراط فيه كان إختياريا، ويخول للمنخرطين فيه رصييدا يدفع مرة واحدة. والفصل 18 من الظهير المحدث لهذا الصندوق، أناط للمحاكم الفرنسية إختصاص البت في المنازعات المتعلقة بتطبيق مضامينه.

إن ما يمكن إستخلاصه، هو أن المادة 8 من ظهير التنظيم القضائي، تعتبر الحجر الأساسي في النظام القضائي المغربي بالشكل الذي هو عليه إلى عهد غير بعيد، خاصة مبدأ وحدة المحاكم، وإزدواجية القانون المطبق، لكن هذه المادة شابهها الإجهام والغموض، لأنها لم تنص صراحة على الإختصاص في مادة المعاشات.

وفي ظل هذه الوضعية، يمكن القول أن النظام القضائي المغربي عرف نزاعات على مستوى المعاشات، يختص بالبت فيما قضاء متخصص، في إطار القضاء الشامل، حسب الحكم الصادر عن محكمة المعاشات بالدار البيضاء² والذي قضى بأن العاهة الناجمة عن مرض تفاقم، نتيجة تعب الخدمة، تفتح الحق في المعاش، ولا يلزم المريض بتحمل الضرر الذي يحدثه له الخطأ الجسيم لممثلي الوزير، الذين صرحوا بأنه صالح للخدمة دون أن يهتموا بحالته، والحالة أنهم قد لاحظوا عاهته الرؤية قبل الفحص، من أجل الدخول للجندية.

إلا أنه رغم أهمية الحكم المذكور، إذ يؤرخ للوعي القضائي، الذي كان سائدا في حماية حق المعاش، فإن ما يلاحظ عليه بأنه يتعلق بمواطن أجنبي، كما أنه يعكس حالة من اللاتوازن التي كانت سائدة، إذ أنه صدر في مرحلة لم يكن المغرب يتوفر على أنظمة خاصة بالمعاشات، وهو ما دشنته المملكة مباشرة، لما أصدر أول ظهير خاص بالمعاشات، وهو الظهير المؤرخ في فاتح مارس 1930، الذي ظل ساريا لمدة طويلة، ونص في مادته 55 على انه: "تختص المحاكم، المحدثه بظهير 12 غشت 1913، في النزاعات الناشئة عن تطبيقه، في إطار نطاقها الشامل". غير أن المادة 8 من ذات الظهير، منعت على المحاكم إصدار أوامر من شأنها عرقلة نشاط الإدارات العمومية³.

¹ - ظهير شريف بإحداث صندوق إحتياطي للموظفين المدنيين بإدارات الحماية الفرنسية بالإيالة الشريفة، الجريدة الرسمية عدد 205، بتاريخ 2 أبريل 1917، ص 244.

² حكم صادر بتاريخ 1957.7.11، في قضية جيروما ضد وزير المعاشات 266 م GTM N284، أورده سعيد الويداني، مرجع سابق، ص 15.

³ سفيان زويج: "منازعات التقاعد في الوظيفة العمومية"، رسالة لنيل شهادة الماستر في التدبير الإستراتيجي للموارد البشرية في الإدارة والمقاولات، جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة، سنة 2009-2010، ص 9.

فالمحاكم العادية كانت تتمتع بالإختصاص في ميدان رواتب التقاعد المدنية، عملا بأحكام الفصل 55 من ظهير فاتح مارس 1930. وبذلك كانت مؤهلة للبت في مشروعية القرارات الإدارية، الصادرة برفض منح هذه الرواتب. وقد ورد في إجتهد صادر عن المحكمة الابتدائية للدار البيضاء، بتاريخ 1958.3.29¹: أن نظام المعاشات بالمغرب يحكمه، من جهة، فيما يخص المعاشات المقدمة من طرف الدولة إلى الموظفين العموميين المتقاعدين، أو المصابين بحوادث العمل بظهير 1930.3.01، المغير بظهير 1950.5.12، ويحكمه، من جهة أخرى، الفصل 318 من م م م فيما يعود للمعاشات والتقاعدات الأخرى. فالإجتهد المذكور نص، بوضوح، على أن منازعات المعاشات ينطبق عليها ظهير 1930.3.1، الذي أشار، صراحة، إلى إختصاص المحاكم العادية للبت في منازعات المعاشات. وقد عمل المشرع المغربي بعد الإستقلال، على إدخال إصلاحات تجرد كل المظاهر المنافية لسيادة القضاء الوطني². فتم دعم التنظيم القضائي بإحداث المجلس الأعلى، بتاريخ 27 شتنبر 1957، والذي أبقى الأمر على حاله في منازعات المعاشات، في ظل إستمرار العمل بظهير فاتح مارس 1930، بإستثناء الطعن بالإلغاء بسبب الشطط في إستعمال السلطة الذي جعله من إختصاصه.

وإستقر إجتهد المجلس الأعلى على تخويل الإختصاص في المنازعات المتعلقة بالمعاشات للمحاكم المحدثة بظهير 1913، في قراره الصادر بتاريخ 12 يوليوز 1962 و الذي جاء فيه ما يلي:

"حيث إنه تبعا للفصل 55 من ظهير فاتح مارس 1930، المنشئ لنظام المعاشات المدنية، فإن كل نزاع يتعلق بتطبيق التشريع المذكور في المادة الإدارية يعود الإختصاص فيه، حصرا، إلى المحاكم المحدثة بظهير 12 غشت 1913. وتبعا للفصل 14، من ظهير 27 شتنبر 1957، المؤسس للمجلس الأعلى، فإن الطعن بالإلغاء من أجل الشطط في إستعمال السلطة لا يكون مقبولا إلا إذا كان المعنيون بالأمر يتوفرون على طعن عادي أمام القضاء الشامل للمطالبة بحقوقهم³.

وإستمر العمل بهذه المقتضيات إلى غاية بداية السبعينات، تاريخ صدور الظهير المنظم للمعاشات المدنية والعسكرية، والذي حافظ على نفس المقتضيات فيما يخص الجهة القضائية المختصة للبت في تلك المنازعات، والتي أصبحت تعرف بالمحاكم الابتدائية، حيث صنفت منازعات إدارية ضمن إختصاصها النوعي، طبقا للفصل 18 من قانون المسطرة المدنية، تماشيا مع وحدة القضاء، وإعتبرها محاكم القضاء الشامل، حسب مقتضيات الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية، مع جواز ممارسة الطعن بالإلغاء أمام المجلس الأعلى ضد قرارات نهائية ومؤثرة في المركز القانوني للطاعن.

إن وجود المجلس الأعلى الذي قسم إلى غرف منها غرفة إدارية تختص بدعوى الإلغاء، يطرح التساؤل التالي ما هي سلطات وحدود إختصاص القاضي الإداري في مجال منازعات التقاعد؟

الفرع الثاني: سلطات وحدود إختصاص القاضي الإداري في مجال منازعات التقاعد

يتمتع القضاة وهم يمارسون مهامهم المسندة إليهم بعدة إختصاصات على إختلاف درجاتهم، ودور القاضي الإداري، في هذا الشأن، لا يقتصر على مراقبة، وفحص، وتفسير مشروعية أعمال الإدارة وهي تصدر القرارات قصد الحكم بإلغائها، بل الأمر يتجاوز ذلك إلى تحديد مبلغ الدين، الذي تنازع فيه المرافق العامة ليقضي بمديونيتها.

لا يعتبر هذا التوجه حديث النشأة، بل كان مطبقا في ظل وحدة القضاء، لما كانت المحاكم العادية تبت في المادة الإدارية.

¹ -قرارصادر بتاريخ 1953.3.29 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء.

Sté Allumetiere marocaine C/Morais et autres, GTM 25/05/1958 P 106.

أورده كذلك إبراهيم زعيم الماسي، مرجع سابق، ص 250.

² - العلوي العبدلاوي إدريس: "التنظيم القضائي المغربي الجديد"، مطبعة فضالة، الطبعة الأولى 1975، ص 159.

³ - الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار بتاريخ 12 يوليوز 1962، محمد بلحاج ضد وزير الإقتصاد والمالية، أورده إبراهيم زعيم الماسي، مرجع سابق، ص 293.

كان إختصاص القاضي الإداري (الغرفة الإدارية) خلال مرحلة وحدة القضاء في مجال المنازعات المرتبطة بالتقاعد، جد محدود. فرغم إحداث المجلس الأعلى عام 1957، إلا أن سلطاته، في هذا النطاق، ظلت محدودة، وإقتصرت على دعوى الإلغاء دون سواها. فقضى أي المجلس بعدم قبول الطلب في أحد قراراته بالطعن بالإلغاء ضد قرار تصفية المعاش، بإعتبار أن القضية تندرج ضمن القضاء الشامل وليس قضاء الإلغاء¹.

وقد عبر القاضي، وهو يبيت في منازعات المعاشات عن إتساع سلطاته بشكل أكثر وضوحا في حكم كانديلا الشهير، بتاريخ 6 يونيو 1962²، والذي جاء فيه "إن هذه المحاكم لا تبت فقط في جميع النزاعات القانونية، أو الفعلية، الناشئة عن طلبات الموظفين، الرامية إلى الحصول على راتب التقاعد، أو إيراد عن الزمانة، ولكنها تتمتع بسلطة إحلال مقرراتها محل مقررات السلطة الإدارية، وبتحديد مبلغ راتب التقاعد أو الإيراد عند الإقتضاء".

وهكذا، فإندرج منازعات المعاشات ضمن القضاء الشامل، لا يعني أن سلطات القاضي الإداري تضيق، بل تتسع، حينما يقضي بوجود الدعوى الموازية الواردة في قانون المسطرة المدنية³، في الفصل 360 الفقرة الأخيرة منه: ".... لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في إستطاعة من يعنهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية".

وبتطبيق المجلس الأعلى للدعوى الموازية في ميدان المعاشات، يكون قد جعل منازعات المعاشات مجالا محفوظا للقاضي العادي. وعليه، فإن التعويض عن إنتهاء الخدمة، أو مكافأة الإستبدال، المنصوص عليهما في القرار الوزاري الصادر في 10 نونبر 1951، لا يمنح سوى بناء على طلب صريح يقدم، تحت طائلة السقوط بالتقادم خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 6 من القرار التنظيمي، الملحق بالقرار الوزاري المذكور. ورغم ورود عبارة "مقتضيات إنتقالية" في عنوان القرار التنظيمي المذكور فإن هذا الفصل ذو مضمون عام⁴.

وعلى هذا الأساس، فإن موقف الإجتهد القضائي المغربي الرامي إلى تصنيف منازعات المعاشات ضمن إختصاص القضاء الشامل، في إطار دعوى التعويض، لا يشكل في نظر البعض "ضمانة فعالة وكافية في هذا الصدد، لأن مخالفة القواعد القانونية تبقى قائمة، والقاضي يسعى فقط إلى تحديد الأضرار الناتجة عنها (في حالة المعاش يحدد القاضي مبلغ التعويض لصالح المدعي)، في حين أن ما هو أساسي بالنسبة للحقوق والحريات (خاصة حقوق الموظفين) هو الحكم لفائدة المعنيين بتعويض مادي عن القيود غير القانونية التي فرضتها السلطات الإدارية الممارسة، العادية وغير الخاطئة، لهذه الحقوق والحريات"⁵.

فالتعويض الوحيد المناسب في هذا المجال، هو الإلغاء من قبل القاضي، في حالة ما إذا ثبت له بأن القرار المطعون فيه مشوب بأحد عيوب الشرعية. وتلعب الغرفة الإدارية لدى المجلس الأعلى، في هذا المجال، دورا كبيرا، حيث تفحص القرار المطعون فيه، المحال عليها من شتى الجوانب، وتتأكد من مدى إحترامه للمقتضيات القانونية التي تنظم حقوق الموظفين، وتحدد شروط التمتع بها. ويمكن، إضافة إلى ذلك، إقرار تعويض مكمل للضمانات المترتبة عن الإلغاء القضائي، خصوصا في القرارات التي تسعى إلى حرمان الموظف العمومي من حقه في تقاضي راتب المعاش.

¹ - C.S.A, «Arrêt n°11 du 01 décembre 1960, Moulay Hassan Chérif d'Ouezzane / Ministre des Finances R.A.C.S.A, 1960 – 1961», P 19.

أورده سفيان زوع، مرجع سابق، ص 12

² - قرار عدد 149 صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 6 يونيو 1962، قضية كانديلا مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1962. 1965، ص 238، ورد لدى حسن صحيح، المرجع السابق، ص 133.

³ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) المتعلق بقانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص 2742.

⁴ - شايب أناس عبد الإله: "حماية القاضي الإداري لحقوق الأساسية للموظف العمومي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية الحقوق وجدة، 2009. ص 48.

⁵ - شايب أناس عبد الإله: "حماية القاضي الإداري للحقوق الأساسية للموظف العمومي"، المرجع السابق، ص 49.

على ضوء ما تقدم، وبناء على القرارات السالفة الصادرة عن المجلس الأعلى، يتضح بأن دعوى المعاشات ثم تصنيفها ضمن دعاوى القضاء الشامل، حيث لا يقتصر دور القاضي على إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، وإنما يتعدى ذلك ليغير ويعدل مضمون هذه القرارات بديلا عن الإدارة¹. وبعبارة أخرى، يمكن القول أن سلطة القاضي إتسعت لتشمل البت في كل ما يتعلق بالواقع، والقانون، والحلول محل الإدارة لتحديد مبلغ التعويض أو المعاش.

وهذا يكون القاضي الإداري قد ساهم، من خلال إجهاداته، في سد الثغرات القانونية، المتمثلة في عدم وجود نص صريح، قبل إحداث المحاكم الإدارية، يصنف دعاوى المعاشات المدنية، وبالتالي نجح في ضمان إحترام المقتضيات التشريعية والقرارات التنظيمية التي تعترف بحق الموظفين في تقاضي المعاش.

المطلب الثاني: الإختصاص القضائي في ظل قانون رقم 41.90.

يشكل الإعلان عن إحداث المحاكم الإدارية نقطة تحول كبيرة في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الإدارية، ومنها تلك المرتبطة بالتقاعد، حيث خول لها القانون رقم 41.90 سلطة البت في مثل هذه الطعون، بغض النظر عن طبيعتها لهذه المحاكم. إن التطرق لإختصاص المحاكم الإدارية في منازعات التقاعد يقتضي تناول مسألة إنعقاد الإختصاص للمحاكم الإدارية أولا (الفرع الأول)، كما تولد عن هذا القانون نقاش حول مآل منازعات أعوان المؤسسات العمومية المرتبطة بالتقاعد، ومدى إمكانية خضوعها للقضاء الإداري. وبعبارة أوضح: ما مدى خضوع منازعات التقاعد للعاملين بالمؤسسات العمومية لإختصاص المحاكم الإدارية؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إنعقاد الإختصاص للمحاكم الإدارية

شكل إحداث المحاكم الإدارية تحولا نوعيا في مسار تطور القضاء الإداري ببلادنا. وقد خرجت المحاكم الإدارية إلى حيز الوجود، بناء على مبادرة الملك الراحل الحسن الثاني سنة 1990، الذي طرح أهمية مسألة إنشاء محاكم إدارية قريبة من المواطنين. حيث جاء في الخطاب الملكي بتاريخ 8 ماي 1990، أنه "إذا أردنا، حقيقة، أن نبني دولة القانون، علينا، كذلك، أن نأخذ بعين الإعتبار، حقوق المواطنين بالنسبة للسلطة والإدارة وللدولة....، ولا يمكن لهذه البلاد أن تكون دولة القانون، إلا إذا جعلنا كل مغربي عنده الوسيلة لكي يدافع عن حقوقه كيفما كان خصمه"².

وعلى إثر هذا الخطاب الملكي، تم إعداد مشروع قانون بإحداث محاكم إدارية، عرض على أنظار مجلس النواب، الذي وافق عليه بتاريخ 11 يوليوز 1991، تحت رقم 41.90، إلا أن هذا القانون لم ينشر إلا في 3 نونبر 1993.

ولتحديد مجال إختصاص المحاكم الجديدة³، ثم نقل و إسناد جزء من إختصاص المحاكم الابتدائية لها⁴. وأوردت المادة 8 من القانون رقم 41.90 (الفقرة 2) إختصاص هذه المحاكم بالنص: "وتختص المحاكم كذلك بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات، ومعاشات الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات العامة، وموظفي إدارة مجلس النواب ومجلس المستشارين، وعن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإنتخابات، ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة، وبالبت في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة، والنزاعات المتعلقة بالوضعية

¹ - المجلس الأعلى، غ.إد، قرار عد 398 بتاريخ 6 دجنبر 1990 عبد السلام لماري ضد وزير المالية، حيث أقر بأن "رأب التقاعد يمنح دون حاجة إلى تقديم طلب من أجل ذلك، وبمجرد الحذف من الأسلاك"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، سلسلة "دلالات التيسير"، الجزء الثاني، 2004، ص 118.

² - خطاب الملك الراحل الحسن الثاني، بتاريخ 8 ماي 1990، بمناسبة إحداث المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان، انبعاث أمة، الجزء 35، مطبوعات القصر الملكي، 1990، ص 125.

³ - ظهير شريف رقم 1.91.225 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227، بتاريخ 3 نوفمبر 1993، ص 2168.

⁴ - محمد القدوري، "بعض الإشكاليات الناجمة عن إحداث المحاكم الإدارية المتخصصة"، مجلة رسالة المحاماة، عدد 23، 24، أبريل 2005، ص 63.

الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة، والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون...."¹.

وتختص المحاكم الإدارية، أيضا، بفحص شرعية القرارات الإدارية، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 44 من هذا القانون. وقد صدرت عن القاضي الإداري العديد من الأحكام والقرارات، التي تؤكد على أن منازعات المعاشات تندرج ضمن إختصاص المحاكم الإدارية، فقد قضت الغرفة الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 90.01.1997² بما يلي: "وكما لاحظ ذلك حكم المستأنف، فإن المادة 8 من قانون 90 . 41 تمنح للمحاكم الإدارية عدة إختصاصات من بينها إختصاص البت في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية، المتعلقة بالمعاشات، ومنح الوفاة، المستحقة للعاملين في مرافق الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات عمومية. وحيث إن كون المعاش، الذي يمنح للمستأنف عليه، هو معاش من صندوق المكتب، وليس من صندوق الدولة، لا يخرج النزاع عن دائرة الفصل 8 من قانون 41.90 المذكور، مما يكون الحكم المستأنف في محله.

وبناء على ما سبق، فإن العمل القضائي، من خلال الأحكام الصادرة عنه، أكد أن المنازعات، ذات الصلة بالمعاشات، تدخل ضمن دائرة إختصاص المحاكم الإدارية، حيث جاء في أحد أحكامها: "وبعد جواب الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي بعدم الإختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية، لكونه مؤسسة عمومية، وإن القرار المتخذ هو قرار إداري، وبعد المناقشة والإجراءات، أصدرت المحكمة الابتدائية بأنفا حكمها، القاضي بإنعقاد الإختصاص النوعي للبت في الطلب، فاستأنف الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي أمام المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)، فأصدر قراره عدد 597، بتاريخ 13/07/05، الحكم الإداري عدد 1619 . 4 . 12005، قضى فيه بإلغاء الحكم المستأنف، والتصريح بالإختصاص النوعي للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء، مع ما يترتب على ذلك من إحالة عليها بقوة القانون"³.

وفي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش⁴، قضت فيه بأن البت في النزاع المتعلق بمعاش الزمانة من إختصاص المحكمة الإدارية، وبالتالي يكون الدفع بعدم الإختصاص النوعي غير مرتكز على أساس ويتعين رده.

وسارت في نفس الإتجاه محكمة الإستئناف بالرباط⁵، التي جاء في قرارها بأن الدفع بعدم الإختصاص النوعي قد تم الحسم فيه من قبل المجلس الأعلى، بمقتضى القرار عدد 693، الصادر بتاريخ 25.9.2003، في الملف عدد 1.4.2215 2003، الذي إعتبر فيه المحكمة الإدارية المختصة، نوعيا، بالبت في المنازعة موضوع نازلة الحال، مما لا يبقى معه أي موجب لمناقشه هذا السبب".

وقد جعل قانون رقم 90.41 الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية من النظام العام. فيمكن للأطراف إشارة الدفع بعدم الإختصاص في جميع مراحل وإجراءات رفع الدعوى، ويمكن أن تثيره الجهة القضائية المعروضة عليها القضية، تلقائيا، حسب مضمون المادة 12 من القانون السابق الذكر.

¹ - ظهير شريف رقم 1.99.199 بتاريخ 13 جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 54.99 القاضي بتميم القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 4726، بتاريخ 16 سبتمبر 1999، ص 2283.

² - قرار عدد 1427 صادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 09/10/1997 إبراهيم التازي ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 54.53 السنة 2010، ص 265.

³ - محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد 380 بتاريخ 27 مارس 2008، الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي ضد السعيد بن بوعنان، غير منشور.

⁴ - حكم عدد 385 صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 01/11/2004 محمد الجمول ضد الصندوق المغربي للتقاعد، منشور بمجلة القانون والإقتصاد، عدد مزدوج 22.21 يناير 2006، ص 149 وما بعدها.

⁵ - قرارات محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط.

- قرار عدد 682 بتاريخ 2007.10.3 في الملف عدد 2010.7.5، أحمد الصديقي ضد الشركة الوطنية للنقل والوسائل اللوجيستكية، قرار غير منشور.
- قرار عدد 682 بتاريخ 2007.10.3 في الملف عدد 2010.7.8، نزهة الوزاني ضد نفس الشركة أعلاه، قرار غير منشور.
- قرار عدد 677 بتاريخ 2010.7.3 في الملف عدد 2010.7.3، المختار عليي ضد نفس الشركة أعلاه، قرار غير منشور.

وإذا كان مناط إختصاص المحاكم الإدارية، في منازعات التقاعد، هو التمتع بصفة الموظف العام، الذي هو، حسب الفقه والقضاء، كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام، وهو نفس ما استقر عليه مجلس الدولة المصري، الذي عرفه بدوره، بأنه كل من يعمل في وظيفة دائمة أو مؤقتة، في خدمة مرفق عام، يديره شخص معنوي عام، بطريق الإدارة المباشرة¹. فما هو الحال بالنسبة للعاملين بالمؤسسات العمومية؟

القانون رقم 41.90 وضع قطيعة بين مرحلتين فاصلتين للإختصاص القضائي، وأصبح بموجب القضاء الإداري مختصا بكل ما له علاقة بالإدارة، ما لم يرد نص صريح بخلاف ذلك. لكن، ذلك لا يخلو من إشكالية تتعلق بمدى خضوع أعوان المؤسسات العمومية، في مثل هذه المنازعات، للمحاكم الإدارية.

الفرع الثاني:مدى خضوع منازعات تقاعد العاملين لدى المؤسسات العمومية للمحاكم الإدارية

يمثل تحديد الجهة القضائية المختصة بالبحث في المنازعات من الأولويات التي جعلت المشرع يرقى بمسألة الإختصاص النوعي إلى مصاف النظام العام، لما ينطوي عليه من توزيع الإختصاصات بين مختلف أصناف المحاكم، وبالتالي إرتباطه بتطبيق قانون معين دون آخر. ومن جهة أخرى، وحرصا منه على أن تبت في منازعة يعينها جهة قضائية دون أخرى، نظرا لتخصصها، وإرتباطها بدرجة القدرة على البت في النزاع².

ومن خلال دراسة الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي، يتضح أن الأخذ بمعيار دون غيره، في المنازعات المعروضة عليه بين الأعوان والمؤسسات العمومية، لم يشهد إستقرارا، منذ إحداث المجلس الأعلى إلى غاية دخول المحاكم الإدارية حيز العمل في مارس 1994.

فالمجلس الأعلى لم يكن يختص بالبت في المنازعات المرتبطة بالتقاعد خلال مرحلة وحدة القضاء. ومن جهة، يعود الأمر إلى طبيعة عمل هؤلاء، ووضعيتهم القانونية، ومدى خضوعهم لقانون الشغل³. ومن جهة أخرى، كون النصوص التشريعية والتنظيمية، المتعلقة بالمعاشات، خولت الإختصاص للمحاكم العادية بصفة عامة، في الوقت الذي يرى فيه البعض أن إختصاص هذه المحاكم أضمن لحقوقهم أكثر من دعوة الإلغاء⁴.

وبإنشاء المحاكم الإدارية، والتي ساهمت في التطوير النوعي للقضاء الإداري، وذلك بقيام هذه المحاكم بتقييد نسبي لإختصاصها في النزاعات المذكورة، من خلال إعطاء تفسيرات وتوضيحات، ساهمت بالدفع بإتجاه يوحى بتقليص تدريجي لإختصاص القضاء الإداري في هذه القضايا، بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، نصت على مايلي: "تختص كذلك بالنظر في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية".

فبمقتضى هذه المادة من القانون رقم 41.90، حدد المشرع محكمة الإختصاص بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للعاملين في المرافق العامة، ومنهم المتقاعدون⁵. وإستعماله "الوضعية الفردية" ولفظ "العاملين" يفيد جميع الحالات والأوضاع التي تعترى الموظف، أو المستخدم، دون قيد، أو تمييز، أو حصر¹.

¹ - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 109.

² - حميد ولد البلاد: "إشكالية الإختصاص في نزاعات الوضعية الفردية المتعلقة بالعاملين لدى الأشخاص المعنوية العامة"، مجلة المحاماة، عدد 23، 24، أبريل 2005، ص 133.

³ - Rousset (M), Garangnon (J), Droit administratif marocaine, 6^{ème}, édition, rabat, la porte, imprimerie El Maarif Al Jadida, 2003, p 275.

⁴ - غزلان المجاهد: "مساهمة في دراسة وضعية مستخدم المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، 2004. 2005، ص 99.

⁵ - أمال المشرقي: "النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 26، يناير. مارس 1999، ص 31.

وقد ذهب الفقه إلى إعتبار أن المشرع لم يميز بين طبيعة المؤسسات العمومية ومواردها البشرية، (كبار الموظفين المحاسبين أو باقي المستخدمين). وأن هذا التمييز فقد أهميته صراحة أمام المادة 8 من القانون رقم 41.90، مما أصبح معه إختصاص المحاكم الإدارية قائما وعاما للفصل في النزاعات المرفوعة إليها.²

ومن ناحية أخرى، فإن أعوان المؤسسات العمومية ينخرطون في النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد³، ما لم يرد نص بخلاف ذلك، الذي ورد في المادة 41 من القانون رقم 41.90، أي ضمن القوانين التي تدخل ضمن إختصاص المحاكم الإدارية، في إطار المنازعات المرتبطة بها، ما عدا الفقرة الثانية من الفصل 52 منه. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن العون يعتبر موظفا عموميا، حسب مقتضى الفصل 224 من القانون الجنائي، كما أنه يعمل بمؤسسات تحمل صفة ذات نفع عام.

وخلافا لما تهدف إليه المؤسسات العمومية، فإن القاضي الإداري دافع عن الإختصاص النوعي للنظر في هذه الطعون، وقدم تبريرات قانونية من أجل إثبات إختصاصه، والذي جاء في أحد أحكامه: "حيث يتبين أن جوهر النزاع ينصب حول مطالبة المدعي بأحقته في الحصول على المبالغ التي بقي دائما بها للمكتب المدعى عليه على إثر الإختلالات الناتجة عن تحويل إنخراطه من الصندوق الداخلي للمعاش، التابع للمكتب، إلى الصندوق الممنوع رواتب التقاعد، وهو ما يجعل هذه المحكمة هي الجهة الإدارية المختصة بالبث في النزاع، بصريح المادة 8 من القانون رقم 41.90، التي أسندت الإختصاص للمحاكم الإدارية بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات، ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات العامة.... مادام المكتب المدعى عليه هو مؤسسة عامة، يتمتع بالإستقلال الإداري والمالي، كما تنص على ذلك المادة الأولى من القانون رقم 01.33، المحدث بموجبه، وبالتالي يبقى مخاطبا بمقتضيات المادة السالفة الذكر، بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي تربطه بمستخدميه⁴.

ورغم دفع المؤسسات العمومية بوجود دعوى موازية، التي نصت عليها المادة 23 من قانون 41.90 لتحد بذلك من نطاق المادة 8، فإن القاضي الإداري لا يأخذ بها في مجال منازعات المعاشات، على إعتبار أن هذه المادة يتم إعمالها إذا قدم الطعن في دعوى الإلغاء لتحقيق نفس النتائج والغايات التي يحققها القضاء الشامل للمحاكم الابتدائية. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط، في حكمها الصادر بتاريخ 16 مارس 2006، جاء فيه⁵: "حيث إن الدفع المؤسس على وجود دعوى موازية، فإنه، بالإضافة إلى كون أساس الدفع يجعله في الحقيقة دفعا بعدم القبول، وليس دفعا بعدم الإختصاص النوعي، فإن إثارته لا يكون له محل إلا عندما يتعلق الطلب بدعوى الإلغاء ضد قرار إداري، ويكون في وسع المعني بالأمر أن يطالب بما يدعيه من حقوق بطريقة الطعن العادي أمام القضاء الشامل، حيث تحقق له الدعوى الموازية نفس النتيجة التي من المفترض أن تحققها له دعوى الإلغاء، عملا بمقتضيات المادة 23 من القانون 41.90، في حين أن الطلب في نازلة الحال، يستهدف إلغاء قرار إداري معين، ويعتبر القضاء الشامل للمحاكم الإدارية إطاره الطبيعي، بإعتباره يتعلق بتسوية حقوق معاشية، مما يجعل إثارة الدفع المذكور في غير موضعه، ولا أساس له من الصحة".

¹ - محمد منتصر الداودي: "الإشكاليات القانونية والواقعية في إختصاص القضاء الإداري"، دار القلم، للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2005، ص 110.

² - أمال المشرفي: "نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية الإقتصادية والإجتماعية بين القضاء الإداري والقضاء العادي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مواضيع الساعة"، عدد 14، 1998، ص 59.

³ - ظهير شريف بمشابة قانون رقم 1.77.216 بتاريخ 4 أكتوبر 1977 يتعلق بإحداث نظام جماعي لمنح رواتب التقاعد، الجريدة الرسمية عدد 3389 مكرر، بتاريخ 11 أكتوبر 1977، ص 3007.

⁴ - المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 457، بتاريخ 5 مارس 2009، ملف رقم 08/314 ش م، محمد الحيان ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، غير منشور.

⁵ - المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 466، بتاريخ 16 مارس 2006، ملف رقم 05/09/1170، عبد الوهاب التلمساني ضد المكتب الوطني للهيدروكربورات والمعادن، غير منشور.

وعموما، فإذا كانت المؤسسات العمومية، ذات الطابع الإداري، تطرح إشكالا، بشأن العاملين فيها، لأنهم يخضعون لنظام قانوني خاص بها¹، وأن العلاقة التي تربطهم بالإدارة لا تخضع لقانون الشغل، فإن الإشكال يظل قائما بخصوص العاملين بالمؤسسات العمومية التجارية والصناعية، الذين تربطهم بالإدارة علاقة شغل عادية، تخضع لقانون الشغل، بإستثناء المديرين، والمحاسبين العموميين بهذه المؤسسات، الذين يعينون بموجب ظهير، أو مرسوم، وبالتالي، فإنهم يخضعون لنظام الوظيفة العمومية، مما لا يطرح إشكالا بخصوص المحكمة المختصة بالنظر في نزاعاتهم.

وبذلك شكلت المنازعات، المرتبطة بمعاشات العاملين بالمؤسسات العمومية، مجالا خصبا لتنازع الإختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم الابتدائية²، وأن هذا التنازع لم ينطلق من رغبة كل محكمة في توسيع مجال إختصاصها، بل أنه يجد مبرراته في غموض بعض مقتضيات القانونية، وبالتالي إختلاف تأويلاتها، الشيء الذي خلق إلتباسا على مستوى الإجتهادات القضائية. وإجمالاً، يمكن القول أن المنازعات الإدارية، ذات الصلة بالتقاعد، عرفت تطورات متتالية من ناحية الإختصاص القضائي، الذي كان مترادفا مع الإتجاه العام للسياسية القضائية بالمغرب، حيث إستقرت المحاكم الابتدائية بالبت في منازعات التقاعد خلال مرحلة وحدة القضاء، بإعتبارها محاكم القضاء الشامل، في الوقت الذي يختص المجلس الأعلى بدعاوى الإلغاء. وقد إنقسمت منازعات التقاعد، في هذه المرحلة، بين القضاء الشامل للمحاكم الابتدائية التي يعتبر أصلها، ودعوى الإلغاء للمجلس الأعلى كإستثناء. لكن مع إحداث المحاكم الإدارية، التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1994، وبموجب المادة 8 من قانون 90 . 41، المحدث لها، أصبحت هذه المنازعات تدخل ضمن إختصاصها بصريح النص. وبه أصبحت ولايتها عامة فيها، وتبث في جميع طعون الموظفين والمستخدمين على حد سواء، إنسجاما مع غاية المشرع في توحيد محكمة الإختصاص لمختلف فئات المرفق العام، إلا ما إستثنى بنص صريح.

وفي نفس الوقت، لعب القضاء الإداري دورا بارزا، من خلال إجتهاداته، في السهر على إحترام المشروعية، برقابته على قرارات الإدارة المتعلقة بالتقاعد، رغم مؤاخذته بسوء التقدير أحيانا، حيث إنقسم دوره بين دور الكاشف، من خلال عملية التكييف القانوني للقرارات الإدارية، وتفسير ضيق للنصوص القانونية، والإلتزام بها، ودور المنشئ، من خلال العمل على تكريس البعد الإجتماعي للمتقاعدين، وسد الثغرات القانونية، عن طريق تفسير واسع للنصوص القانونية. وهذا ما سوف يتم التوسع فيه من خلال الفصل الموالي.

¹ - عبد القادر بوبكري: "تنازع الإختصاص النوعي في قضايا نزاعات الشغل"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 73.72، ص 143.

² - محمد الأعرج، المرجع السابق، ص 23.

التصحيح الضريبي بين المشروعية والبطلان

سفيان صابر

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

مقدمة:

ينبني الإلزام الضريبي على القانون الذي يستلزم أساسا الامتثال الفعلي لمبدأ دستورية الضريبة، حيث يقتضي هذا الأخير مساهمة الجميع كل على قدر استطاعته في تحمل النفقات العمومية.

وإذا كان النظام الجبائي قد اتكل في السابق على الإدارة الضريبية لتقويم القدرة التكليفية للخاضعين للضريبة، فإنه وإلى وقت غير بعيد أضحى يعتمد على مبادرة الخاضع للضريبة بذاته في التصريح بمقدرته التكليفية قصد أداء ما بذمته للجهات المعنية بالتحصيل.

وباعتبار أن الإدارة الجبائية هي من تتولى السهر على تدبير مختلف الشؤون الضريبية وكذا التحقق من مدى تقييد المكلفين بالضريبة بالالتزامات القانونية الملقاة عليهم، فقد منحها المشرع في هذا الإطار فرصة تدارك الأخطاء والإغفالات التي يمكن أن تقع من جانبهم، من خلال تخويلها حق مباشرة تصحيح الضرائب¹، متى تبين لها ما يدعوا إلى ذلك، إذ يكون في إمكان الإدارة ممارسة مسطرة التصحيح عقب عملية تقديم الإقرار الضريبي المعتمد في تحديد أساس فرض الضريبة، أو حتى في حالة الفرض التلقائي للضريبة، وذلك إذا ما ظهر لها ما يستوجب تصحيح الأساس الذي اعتمده في فرض الضريبة².

وفي هذا المقام يراد باصطلاح التصحيح، إعادة النظر من لدن الإدارة في المبالغ المصرح بها من لدن الملمزم لاحتساب المادة الضريبية³، كما يقصد بالتصحيح مراجعة مجموع الدخول والأرباح ورقم الأعمال المدلى بها من قبل الخاضعين للضريبة، بغية تصويبها اعتمادا على المعايير الجاري بها العمل في هذا الصدد أو بناء على المعطيات المتوفرة لدى الإدارة، وذلك بعد تحققها من ثبوت عدم صحة ومصداقية إقراراتهم.

وغني عن البيان أن إقدام الإدارة على إجراء عملية التصحيح، ينبغي أن يكون داخل الأجل القانوني المحدد، والذي بانصرامه يسقط حقها في إدخال أي تغيير على الأساس الضريبي المصرح به، حتى ولو ثبت لديها بالدليل القاطع وجود إخلالات قانونية تشوب إقرارات الخاضع للضريبة⁴.

وتكمن أهمية مسطرة التصحيح، في تكريس مبدأ مساهمة الملمزم مع الإدارة الجبائية في ربط الضريبة، حيث يهدف هذا المبدأ إلى إشراك الملمزمين في تحميلهم جزء من عبء الإثبات، للتخفيف مما يقع على كاهل الإدارة بهذا الخصوص⁵.

¹ - يتم تصحيح الأساس الضريبي من خلال إقامة مسطرة تواجبية بين الإدارة الضريبية والملمزم، أما مجرد إصلاح خطأ مادي أو حسابي ورد في المبالغ الضريبية المفروضة، فلا يستدعي اللجوء إلى هذه المسطرة.

² - عزيزة هنداز، المساطر الضريبية بين القانون والتطبيق، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2011، ص 13.

³ - محمد السماحي، مسطرة المنازعة في الضريبة، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2003، ص 59.

⁴ - سفيان ادريوش ورشيدة الصابري، تصحيح الأساس الضريبي- دراسة مقارنة، مطبعة دار القلم- الرباط، الطبعة الأولى ماي 2002، ص 45.

⁵ - نجيب جيري، المنازعات الضريبية: النظام القانوني والإشكالات التطبيقية على ضوء القانون 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، فقه المنازعات الإدارية، العدد السنوي الأول 2011، ص 120.

هذا وتزخر مسطرة التصحيح الضريبي بجملة من الخصوصيات، يمكن رصدها كالاتي:

تقوم مسطرة التصحيح على قاعدة التواجهية، وهذا يعني أن الإدارة الضريبية، لا يمكنها إخضاع الملزم لعيب ضريبي إضافي ناتج عن عملية التصحيح دون قبوله¹، ذلك أن تصحيح الأساس الضريبي يتم وفق مسطرة تسمى المسطرة التواجهية²، حيث يعرض كل طرف، الإدارة من جهة والملزم من جهة أخرى، موقفه وملاحظاته بغية التوصل إلى اتفاق بالتراضي حول الأساس الضريبي الجديد³.

وترتكز قاعدة المسطرة التواجهية، على مبدأ حق الدفاع المخول للملزم، والذي يتجسد في إمكانية مناقشته للتصحيحات المزمع القيام بها من طرف المفتش الفاحص على الأسس المصرح بها، ونتيجة لذلك فإن تغيير الأساس الضريبي لا يتم بصفة انفرادية⁴.

أيضا أن عبء الإثبات في هذه المسطرة تتحمله الإدارة، على اعتبار أنها هي من ادعت خلاف الأمر الواقع المتمثل في صحة وصدق ما صرح به الملزم، وبالتالي يتعين عليها أن تقيم الحجة على أن ما ورد في التصريح لا يعكس حقيقة العمليات التي قام بها الخاضع للضريبة⁵.

ومن خصوصيات مسطرة التصويب كذلك، أنها تضمن وتحمي الخاضع للضريبة من تعسف الإدارة، وتجعله في منأى عن التصحيحات العقابية، وتخوله حق الاعتراض على تصحيحاتها، كما أنها مسطرة موقفة للتنفيذ، حيث يؤدي تطبيقها كمبدأ عام إلى كسر قاعدة تقليدية في ميدان الضرائب، وهي قاعدة "الأداء قبل الشكوى"⁶.

هذا ويثير موضوع التصحيح الضريبي إشكاليات عديدة، من قبيل الإشكالية التالية:

ما هي القواعد الإجرائية المتعين احترامها من لدن إدارة الضرائب قصد إضفاء المشروعية على التصحيح الضريبي؟ وإلى أي حد يمكن القول أن حالات البطلان المنصوص عليها قانونا بشأن مسطرة التصحيح هي مقتضيات حصرية لا يجوز التوسع فيها؟ وبناء على أي أسس برر بموجبها القضاء الإداري توسعه في تقرير جزاء البطلان؟

المبحث الأول: الضوابط المسطرية الناظمة للتصحيح الضريبي

تشكل مسطرة تصحيح الأساس الضريبي، امتدادا ونتيجة طبيعية لمسطرة المراقبة، بحيث تبتدئ من حيث انتهت هذه الأخيرة، وبذلك فالإدارة تباشر مسطرة تقويم التصريح إما مباشرة بعد عملية فحص المحاسبة في الحالة التي تكشف فيها محاسبة الخاضع عن وجود اختلالات أو نقصان في رقم الأعمال المصرح به، وإما بناء على المعطيات التي تحصل عليها من خلال قيامها بتحريراتها ومراقبتها، أو من خلال فحصها للوضعية الجبائية للملزم⁷.

¹ خالد مبروكي، مسطرة تصحيح الضريبة في مرحلتها الإدارية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 96، يناير/فبراير 2011، ص 44.

² ويطلق عليها أحيانا تسمية المسطرة المتعارضة كترجمة لمصطلح Procédure contradictoire، إلا أنه في حقيقة الأمر لا تنطوي مسطرة التصحيح على أي تعارض، بل إن كل طرف يبدي ملاحظاته في مواجهة الطرف الآخر.

³ عبد الغني يفوت، المسطرة التواجهية وإجراءات التبليغ في الضريبة العامة على الدخل، مداخلة قدمت في لقاء مشترك بين المجلس الأعلى والمديرية العامة للضرائب حول "العمل القضائي والمنازعات الضريبية"، أشغال اليومين الدراسيين 28 و29 مارس، عدد 8/2005، دفاتر المجلس الأعلى، ص 45.

⁴ عزيزة هنداز، مرجع سابق، ص 81.

⁵ عبد الرحمان أبليل، الإثبات في المادة الجبائية بين القواعد العامة وخصوصيات المادة (على ضوء الممارسة والاجتهاد القضائي)، مطبعة الأمنية، الرباط، يناير 2013، ص 143.

⁶ المصطفى معمر، مظاهر النزاع في العلاقة بين الإدارة والخاضع للضريبة خلال مسطرة تصحيح الأسس الجبائية، أعمال الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية 4 و5 دجنبر 2009، عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل ف.ن، يوليوز 2010، ص 98.

⁷ عزيزة هنداز، مسطرة تصحيح الأساس الضريبي و المنازعات المترتبة عنها، رسالة لنيل الدبلوم الجامعي العالي في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس السوسيسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية: 2006/2005، ص 44.

ومهما كان الأمر، فإن تصحيح الأساس الضريبي يخضع لمجموعة من القواعد الإجرائية، منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص يحكم حالات استثنائية، وهو ما يحلينا إلى القول بأن مسطرة التصحيح تختلف حسب اختلاف الحالة موضوع التصحيح، حيث يمكن التمييز في ظلها بين المساطر العامة والمساطر الخاصة.

المطلب الأول: المساطر العامة للتصحيح

يمكن تصنيف المساطر العامة للتصحيح، إلى مساطر عادية ومساطر استعجالية، بحيث تقضي القاعدة العامة بأن تكون مسطرة التصحيح عادية تحكم أغلبية حالات تصحيح أسس فرض الضريبة الناتجة عن إقرار جبائي أو الناتجة عن فرض الضريبة بصورة تلقائية، فيما يقضي الاستثناء بأن تكون مسطرة التصحيح استعجالية في حالات حصرية حددها المشرع، ليتعين على الإدارة التقيد بها وعدم الخروج عليها¹.

أولاً: المسطرة العادية للتصحيح

خولت المادة 220 من المدونة العامة للضرائب²، المنظمة للمسطرة العادية للتصحيح، مفتش الضرائب بعد إنهاء المراقبة الضريبية، إمكانية تصحيح أسس فرض الضريبة، أو المبالغ المحجوزة برسم الدخول المتكونة من الأجور، أو الأثمان أو التصاريح التقديرية المعبر عنها في العقود و الاتفاقات، سواء الناتجة عن إقرار الخاضع للضريبة أو رب العمل أو المدين بالإيراد، أو الناتجة عن فرض الضريبة بصورة تلقائية.

وفي هذه الحالة يتوجب على مفتش الضرائب تبليغ الخاضعين للضريبة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة، في رسالة أولى وخلال الستة أشهر التالية لتاريخ إنهاء المراقبة الضريبية ب:

- أسباب التصحيح³ المزمع القيام به و طبيعته و تفاصيله، فيما يخص الضريبة على الشركات أو الضريبة على الدخل أو الضريبة على القيمة المضافة،
- الأساس الجديد الواجب اعتماده وعاء لتصفية واجبات التسجيل و كذا مبلغ الواجبات التكميلية الناتجة عن الأساس المذكور. ويدعوهم في نفس الرسالة إلى الإدلاء بملاحظاتهم خلال أجل الثلاثين يوماً الموالية لتاريخ تسلم التبليغ⁴، و بعد اطلاع الخاضع للضريبة على فحوى الرسالة الأولى المذكورة، فيما أن يوجه جوابه إلى إدارة الضرائب خلال الثلاثين يوماً من التوصل، و إما ألا يفعل.

وفي هذه الحالة الأخيرة (حالة عدم الجواب) يتم وضع الواجبات التكميلية موضع التحصيل، ولا يمكن أن ينازع فيها إلا وفق الشروط المقررة في المادة 235 من المدونة، أي عن طريق توجيه مطالبته إلى مدير الضرائب أو الشخص المفوض من لدنه داخل أجل الستة (6) أشهر الموالية للشهر الذي يقع فيه صدور الأمر بالتحصيل، مع العلم أن هذه المطالبة لا تحول دون التحصيل الفوري، و إن اقتضى الحال الشروع في مسطرة التحصيل الجبري، مع مراعاة إمكانية استرداد مجموع أو بعض المبالغ المؤداة بعد صدور قرار الإدارة

¹ عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 137.

² عدلت و تمت بموجب قانون المالية لسنة 2016.

³ لم يعرف المشرع المغربي أسباب التصحيح، لكن عرفها مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار صادر عنه بأنها: "جميع العناصر التي يجب أن تشملها رسالة التصحيح و التي تساعد المكلف في إبداء رأيه و الدخول مع الإدارة في مسطرة تواجبية بصفة مشروعة و قانونية، و اعتبارها شرطاً أساسياً بالنسبة للخاضع للضريبة"، أنظر:

PIERRE FERNOUX, L'audit de la procédure de redressement, Ed, EFE - 1996, p 67 (CE, 24 avril 1981).

⁴ يكون الإشعار الأول غير صحيح و معيباً شكلاً متى غابت عنه هذه البيانات و الأسباب المفصلة للتصحيح، و يكون للخاضع للضريبة الذي يتمسك بذلك أن يشعر مفتش الضريبة بموقفه الشكلي منه داخل الأجل القانوني، ليبادر مفتش الضريبة إلى معاودة مراسلته من جديد، و يفصل ما جاء مهماً في إشعاره الأول.

بقبول المطالبة كلا أو جزءاً، أو صدور الحكم القضائي في حالة رفع النزاع إلى القضاء، بعد عدم جواب الإدارة داخل الأجل القانوني المحدد لها (6 أشهر).

أما في حالة جواب الخاضع للضريبة على الرسالة الأولى، فيجب التمييز بين نوعين من الأجوبة: إما أن يفضي الجواب إلى قبول اقتراحات المفتش¹، وهنا تنتهي المنازعة وتفرض الواجبات التكميلية، وإما أن يعبر الجواب عن الرفض الكلي أو الجزئي للتصحيح الضريبي، وهنا أيضاً يجب أن نميز بين الحالة التي يرى فيها المفتش أن جواب الخاضع للضريبة مبني على أساس سليم، ويقع التخلي من قبله عن مسطرة التصحيح (و هذه حالة نادرة جداً)، وإما أن يرى المفتش بأن جواب الخاضع للضريبة لا يستند إلى أساس صحيح كلاً أو بعضاً²، وحينذاك يتوجب على المفتش أن يقوم خلال أجل لا يتجاوز ستين (60) يوماً من تسلم الجواب، بتبليغ الخاضع للضريبة بواسطة رسالة ثانية يجب أن تتضمن ثلاث عناصر مهمة هي:

- أسباب الرفض الكلي أو الجزئي لملاحظات الخاضع للضريبة،
 - أساس فرض الضريبة الواجب اعتماده،
 - إخبار الخاضع للضريبة بأن أساس فرض الضريبة سيصير نهائياً، في حال عدم تقديمه لظعن في ذلك أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، داخل أجل الثلاثين يوماً الموالية لتاريخ تسلم رسالة التبليغ الثانية.
- واستناداً إلى البيانات المدرجة في الرسالة الثانية، تكون الإدارة ملزمة بتعليل رفضها الكلي أو الجزئي، من خلال ذكرها للأسباب القانونية و الواقعية التي اعتمدت عليها، وذلك لدحض الحجج والأدلة المدلى بها من طرف الخاضع للضريبة، كما تكون ملزمة بإعادة تأكيدها للتصحیحات الواردة في رسالة التصحيح الأولى في ظل عدم اقتناعها بملاحظات الملزم.
- والأهم في ذلك هو أن المشرع أجبر الإدارة بتضمينها في رسالة التصحيح الثانية، حق الملزم في الطعن وأجله أمام اللجنة المحلية، لإعطائه الفرصة في الدفاع عن حقوقه³.

وبالتالي وبعد توصل الخاضع للضريبة بالرسالة الثانية، فإما أن يرفع النزاع إلى اللجنة المحلية داخل أجل الثلاثين يوماً، وإما أن لا يفعل و يصبح الأساس المبلغ إليه في الرسالة الثانية نهائياً، وعليه تؤسس الواجبات التكميلية وتوضع موضع التنفيذ⁴.

وتطبيقاً لما سلف فمتى تجاوزت الإدارة الضوابط الإجرائية التي تستلزمها مسطرة التصحيح، عدت هذه الأخيرة غير مشروعة وكانت عرضة للبطلان، وهو ما أقره العمل القضائي في العديد من المناسبات، من بينها حكم المحكمة الإدارية بالرباط⁵ الذي جاء فيه: "وحيث فضلاً عن ذلك فإن الجهة المدعى عليها لم تدل بما يثبت احترامها لمسطرة التصحيح الضريبي، وذلك بتبليغها للمدعي الرسالة الأولى والثانية قبل فرض الضريبة، مما يجعل إجراءات المراجعة الضريبية تأتي معيبة وتستوجب الحكم ببطلانها".

¹ يقصد بالقبول هنا القبول الصريح الذي ينجم عن إرادة واضحة عن الملزم برضاه بالتصحیحات المقترحة عليه من طرف الإدارة، وهذا القبول الصريح قد يكون في شكل جواب كتابي صادر عن الملزم أو في محضر موقع عليه من طرفه.

كما أن القبول قد يكون ضمناً نابعا إما عن سكوت الملزم عن الرد على التصحیحات المبلغة إليه من الإدارة داخل الأجل الذي حدده المشرع، أو إمساكه عن الطعن فيها أمام اللجنة المحلية، إذ نصت المادة 220 من م.ع.ض أنه: "يعد عدم تقديم الطعن داخل أجل الستين (60) يوماً المنصوص عليه أعلاه قبولا ضمناً لمقرر اللجنة المحلية لتقدير الضريبة".

² محمد منقار، مسطرة تصحيح الضريبة، مداخلة قدمت في لقاء مشترك بين المجلس الأعلى و المديرية العامة للضرائب حول "العمل القضائي و المنازعات الضريبية"، أشغال اليومين الدراسيین 28 و 29 مارس، عدد 8/2005، دفاتر المجلس الأعلى، ص 26.

³ الحسن كثير، التبليغ في المادة الجبائية على ضوء التشريع الجبائي والاجتهاد القضائي، مطبعة الأمنية-الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 52.

⁴ محمد منقار، مرجع سابق، ص 27.

⁵ حكم رقم 342، بتاريخ 04/02/2013، ملف رقم 08-1128 ش.ض.

ثانيا:المسطرة السريعة للتصحيح

بالموازاة مع المسطرة العادية للتصحيح، هناك المسطرة الاستعجالية أو السريعة للتصحيح، والتي يلجأ إليها المفتش بالنسبة لبعض الضرائب بعينها، حين يهدد الإدارة الجبائية خطر عدم تمكنها من استيفاء ما تروم فرضه من مستحقات عن طريق التصحيح¹.

وقد أورد المشرع لذلك حالات معينة، تضمنتها المادة 221 من المدونة العامة للضرائب² وهم:

- الحصيلة الخاضعة للضريبة عن فترة النشاط الأخيرة غير المشمولة بالتقادم، في حالة تفويت مقاوله أو انقطاع عن مزاولة نشاطها، وكذا في حالة تسوية أو تصفية قضائية لها أو تغيير شكلها القانوني، إذا كان يترتب على ذلك إما إخراجها من نطاق الضريبة على الشركات أو الضريبة على الدخل و إما إحداث شخص معنوي جديد،
- الإقرارات المودعة من قبل الخاضعين للضريبة الذين لم يبق لهم في المغرب موطن ضريبي أو مؤسسة رئيسية من قبل ذوي الحقوق الخاضعين للضريبة المتوفين،
- إقرارات الخاضعين للضريبة الذين يبيعون قيما منقولة و يرها من سندات المال والدين،
- المبالغ المحجوزة في المنبع التي وقع إقرار بشأنها من طرف المشغلين أو المدينين بالإيرادات الذين ينقطعون عن مزاولة نشاطهم أو الذين ينقطعون عن مزاولة نشاطهم أو الذين يقومون بتحويل زبائنهم أو تغيير الشكل القانوني لمنشآتهم،
- الضرائب المفروضة من قبل فيما يتعلق الضريبة على القيمة المضافة، على فترة النشاط الأخيرة غير المشمولة بالتقادم في حالة تفويت مقاوله أو انقطاعها عن مزاولة نشاطها.

وفي هذه الحالات يقوم مفتش الضرائب، بتبليغ الخاضعين للضريبة وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة، في رسالة أولى وخلال الستة أشهر التي تلي تاريخ إنهاء المراقبة الضريبية ب:

- أسباب التصحيح المزمع القيام به و تفاصيل مبلغها،
- الأساس المعتمد لفرض الضريبة.

ويضرب للمعنيين بالأمر أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ تسلم رسالة التبليغ، لتقديم جوابهم و الإدلاء إن اقتضى الحال بما لديهم من إثباتات، و في حالة عدم جواب الخاضع للضريبة داخل الأجل المضروب لذلك، فإنه يجعل الإدارة تشرع في استخلاص الضريبة وفق الأساس المعتمد من طرف المفتش، وبالتالي يضيع على نفسه ضمانته هامة وأساسية في جعل الإدارة تخبره في رسالة ثانية بموقفها من المنازعة³، ولا يبقى أمامه في هذه الحالة سوى المنازعة في الضريبة المفروضة عليه وفق الأحكام الواردة في المادة 235 من المدونة.

أما في حالة جواب الخاضع للضريبة داخل الأجل المضروب من خلال تقديمه لملاحظاته، ورأى المفتش أن جميعها أو بعضها لا يستند إلى أساس صحيح، فهنا يتوجب على المفتش أن يبلغ الخاضع للضريبة في رسالة ثانية وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة، و داخل أجل لا يتجاوز الستين (60) يوما الموالية لتاريخ تسلم الجواب ب:

- أسباب رفضه الكلي أو الجزئي،
- أسس فرض الضريبة المعتمدة،

¹.محمد السماحي، مرجع سابق، ص 67.

². عدلت و تمت بموجب قانون المالية لسنة 2016.

³.عدنان الشلخة، منازعات مساطر تصحيح الضرائب، بحث لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات العمومية، جامعة سيدي محمد من عبد الله، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، ظهر المهرار.فاس، السنة الجامعية: 2010/2011، ص 75.

➤ إخبار الخاضع للضريبة بإمكانية تقديمه لظعن في أسس فرض الضريبة أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، داخل أجل الثلاثين يوما الموالية لتاريخ تسلّم رسالة التبليغ الثانية.

وفي هذه الحالة، فسواء قدم الخاضع للضريبة ظعنه أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، أم أحجم عن ذلك، فإن المفتش يعمد إلى فرض الضريبة استنادا إلى الأسس التي حددها في رسالة التبليغ الثانية، وذلك لكون أن مسطرة التصحيح السريعة تتميز بضرورة إجبار الملزم على أداءه للضرائب قبل المنازعة فيها¹، فضلا عن أن الظعن أمام اللجنة المحلية لا يكون له أثر واقف في ظل المسطرة المذكورة²، حيث قضت المحكمة الإدارية في حكم³ صادر عنها في هذا الإطار بما يلي: "وحيث إن الثابت من نازلة الحال أنه بعد توصل المدعي برسالة التبليغ الأولى والثانية وجوابه عنهما، والتماسه إحالة ملفه على اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، استجابت الإدارة إلى ملتمسه المذكور وعمدت على إثر ذلك إلى إصدار إعلام بالضريبة وأمر بالتحصيل، مما حاصله أن الإدارة المدعى عليها طبقت صحيح القانون، طالما أن الإجراءات المذكورين ناتجين عن سلوك المسطرة السريعة للتصحيح الموماً إليه أعلاه، التي لا تغل يد إدارة الضرائب في فرض الضريبة حين عرض النزاع على اللجنة المحلية".

لكن يبقى من حق الخاضع للضريبة في جميع الأحوال أن ينازع في الضريبة المفروضة عليه وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 235 من المدونة.

بناء على ما سبق يتضح بأن السبب الأساسي الذي حمل المشرع إلى تمكين الإدارة الجبائية من اللجوء إلى المسطرة السريعة لتصحيح الأساس الضريبي، يكمن في حفظ حقوق الخزينة من الضياع الذي يمكن أن تتعرض إليه في حال سلوكها للمسطرة العادية للتصحيح التي تتميز بطول إجراءاتها⁴.

المطلب الثاني: المساطر الخاصة للتصحيح

إلى جانب المساطر العامة في التصحيح، هناك مساطر خاصة تباشر في حالات معينة حددها المشرع على سبيل الحصر.

أولاً: المسطرة الخاصة بتسوية الضريبة المحجوزة في المنبع

تضمنت المادة 222 من المدونة العامة للضرائب مجموعة من الحالات التي يتعين فيها على الملزم، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أن يحجز مبلغ الضريبة ويدفعه إلى خزينة الدولة داخل أجل معين، وهذه الحالات هي:

- عوائد الأسهم و حصص المشاركة و الدخول المعتبرة في حكمها،
- الحاصلات من التوظيفات المالية ذات الدخل الثابت،
- الأرباح الناتجة عن بيع قيم منقولة و غيرها من سندات رأس المال و الدين الخاضعة للضريبة المحجوزة في المنبع،
- المكافآت المدفوعة إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين غير مقيمين.

¹ الطاهري توفيق، الفحص الضريبي والعمل القضائي، أعمال الندوة الوطنية حول المنازعات الضريبية 4 و 5 دجنبر 2009، عدد خاص لمجلتي القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل ف.ن، يوليو 2010، ص 87.

² محمد السماحي، مرجع سابق، ص 69.

³ - حكم عدد 1041، بتاريخ 2012/03/22، ملف عدد 2011/7/628.

⁴ عبد الجليل كوني، مسطرة التصحيح الضريبي على ضوء العمل القضائي للمحاكم الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص المستشار القانوني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية. مراكش، السنة الجامعية: 2012/2011، ص 19.

والواضح أن القاسم المشترك بين هذه الحالات، أن الضريبة تجزى في المنبع من طرف الجهة الدافعة للدخل، بمعنى أن هذه الجهة لا تتحمل شيئاً في ذمتها المالية، إذ الملزم الحقيقي يبقى هو الشخص المستفيد من عوائد الأسهم وحصص المشاركة من حاصلات التوظيفات المالية، أو من غيرها مما ذكر¹.

وهكذا إذا لاحظ مفتش الضرائب، ما يستوجب تصحيح مبلغ الضريبة المحجوزة في المنبع، سواء كان ناتجاً عن إقرار أو تسوية بسبب عدم الإدلاء بالإقرار المتعلق بإحدى الحالات المبينة أعلاه، فإنه يبلغ الخاضعين للضريبة المكلفين بالحجز في المنبع في رسالة إعلام أولى، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة، بالتصحيحات المنجزة ويفرض الضرائب على المبالغ المعتمدة².

ولا يجوز المنازعة في الضرائب المذكورة، إلا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 235 من المدونة.

ونظراً لمحدودية الضمانات المخولة للملزم في هذه التسوية، فإن مباشرة هذه المسطرة الخاصة تتطلب من الإدارة إنجازها بدقة كبيرة، حيث يتعين عليها إثبات مبررات لجوئها إلى المسطرة المذكورة، كحصول حجز مبلغ أقل مما يجب حجزه، أو عدم حجز المبلغ الواجب بالمرة، وأن تقيم الدليل على تبليغها للمكلف بالحجز برسالة تعلمه من خلالها بالتسوية المزمع القيام بها³.

ومما تجب ملاحظته في هذا الخصوص، أن المشرع وإن كان قد أفرد أحكاماً خاصة لهذه المسطرة، إلا أن ذلك لم يمنعه من أن يحيل على مقتضيات العامة لمسطرة التصحيح، وذلك بالنسبة لتصحيح النتيجة الخاضعة للضريبة فيما يتعلق بالضريبة على الشركات إذا كان لها انعكاس على أساس عوائد الأسهم وحصص المشاركة والدخول المعتمدة في حكمها، حيث ألزم المشرع مفتش الضرائب بتبليغ التصحيحات المتعلقة بالأساس المذكور إلى الخاضعين للضريبة، وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 220 و 221 من المدونة.

ثانياً: التصحيح في حالة الضريبة المحجوزة في المنبع عن الدخول المتكونة من الأجر

إذا كان الإقرار بمجموع الدخل المقدم من طرف المستفيد غير مطابق للبيانات الواردة في بطاقة أداء الأجر التي يسلمها رب العمل أو المدين بالإيراد، فإن الإدارة الجبائية تباشر مسطرة التصحيح في مواجهة هذا الأخير وليس في مواجهة الأجير⁴، وذلك لتصحيح الأخطاء والإغفالات ووجه النقصان التي شابت الضريبة المحجوزة في المنبع من طرف رب العمل أو المدين بالإيراد.

وأمام عدم تنصيص المادة 223 من المدونة العامة للضرائب على مقتضيات مسطرية تهم الضريبة المذكورة، يكون على الإدارة إتباع مسطرة التصحيح العادية أو السريعة.

ثالثاً: المسطرة الخاصة بالتصحيح فيما يتعلق بالأرباح العقارية

احتفظ المشرع في المدونة العامة للضرائب، على الطابع الخاص لمسطرة التصحيح في الضريبة على الأرباح العقارية، باعتبار أن الإقرار بعملية التفويتات العقارية العرضية قد يشوبه في بعض الأحيان نوع من النقصان.

ونظراً لخصوصية الطابع العرضي لهذه المسطرة، فقد اعتبر المشرع أن مسطرة التصحيح المذكورة يجب أن تمر بصورة استعجالية، وبالشكل الذي يضمن استخلاص حقوق خزينة الدولة التكميلية، قبل أن يتصرف الخاضع للضريبة في عائدات التفويت⁵.

¹ عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 139.

² - BENTAHAR MUSTAPHA, Cours De Droit Fiscal (Les procédures fiscales: le contrôle fiscal), Année universitaire 2013-2014, P 15.

³ عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 140.

⁴ عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، نفس الصفحة.

⁵ عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 141.

وهكذا ألزم المشرع الإدارة الجبائية بمباشرة مسطرة التصحيح المتعلقة بالأرباح العقارية داخل أجل لا يتجاوز تسعين (90) يوما الموالية لتاريخ إيداع الإقرار، كما استوجب المشرع في حال إبداء الخاضع للضريبة داخل أجل الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تسلم التبليغ موافقته على الأساس المبلغ إليه، إصدار أمر بتحصيل الضريبة، وفي حال عدم جواب الخاضع للضريبة أو جوابه خارج الأجل المضروب، فإن ذلك يؤدي فرض الضريبة، ولا يمكن له أي ينازع فيها إلا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 235 من المدونة¹.

أما في حال ما إذا قدم الخاضع للضريبة ملاحظاته داخل أجل الثلاثين (30) المشار إليه أعلاه، ورأى المفتش أن جميعها أو بعضها لا يستند إلى أي أساس صحيح، فإن المفتش يكون ملزما في هاته الحالة بتبليغ الخاضع للضريبة داخل أجل ستين (60) يوما، أسباب رفضه الكلي أو الجزئي، وكذا أسس فرض الضريبة المعتمدة، مع إخباره للمعني بالأمر بإمكانية الطعن في الأسس المذكورة أمام اللجنة المحلية، خلال أجل الثلاثين (30) يوما من تاريخ توصله بالرسالة الثانية².

واحترام الإدارة للمقتضيات التي أوردها المشرع في هذا الخصوص، يجعل مسطرة التصحيح المتبعة من طرفها سليمة، وهذا ما صرحت به المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 2013/10/22 الذي جاء فيه: "وحيث إنه وبحسب المادة 224 من المدونة العامة للضرائب التي يستفاد منها أن المشرع منح للإدارة أجلين لتبليغ الرسالتين مدة كل منهما 90 يوما، يبدأ الأول من تاريخ إيداع الإقرار لتبليغ الرسالة الأولى، ويبدأ الثاني قصد تبليغ الرسالة الثانية من تاريخ تلقي الرد على الرسالة الأولى.

وحيث إنه لذلك وانطلاقا من هذا المبدأ القانوني المتصلب الشروط المتطلبية قانونا للقول بمشروعية فرض الضريبة على الدخل صنف الأرباح العقارية، وبالاطلاع على عناصر المنازعة ومعطياتها، يتضح أن الإدارة الضريبية قد احترمت الضوابط القانونية المتعلقة بفرض الضريبة محل الطعن، ذلك أن هذه الأخيرة بادرت بعد الإقرار بتاريخ 2007/10/25 بتوجيه الرسالة الأولى بتاريخ 2007/11/29 توصلت بها المدعية بتاريخ 2007/12/06 وأجابت عنها وأودعتها بإدارة الضرائب بتاريخ 2007/12/25 وبعد ذلك وجهت الرسالة الثانية بتاريخ 2008/01/07 التي توصلت بها المدعية وأجابت عنها ملتزمة خبرة دون إحالة الملف على اللجنة المحلية، ومن تم فالتبليغ كان داخل الأجل القانوني، وبالتالي فإن مسطرة التصحيح الضريبي تبقى قانونية ومشروعة وتكون الوسيلة المثارة بخصوصها لا أساس لها يتعين ردها"³.

بقي لنا قبل الانتقال إلى المبحث الموالي طرح تساؤل محوري وهو: هل يكون في وسع الخاضع للضريبة الطعن في الرسائل المبلغة إليه في إطار مسطرة التصحيح أمام محاكم القضاء الإداري.

أجمع اجتهاد القضاء الإداري على أن الطعن الموجه ضد الرسائل التبليغية لمسطرة التصحيح سابق لأوانه اعتبارا لكونه منصب على مجرد إجراءات تحضيرية لفرض الضريبة، وبالتالي يكون غير مؤثر في المركز القانوني لمن صدر في حقه، وغير قابل للطعن فيه أمام القضاء.

وفي هذا السياق قضت المحكمة الإدارية بأكادير في أحد أحكامها⁴ بما يلي: "وحيث ثبت للمحكمة بعد الاطلاع على وثائق الملف أنه لا وجود لأي فرض ضريبي من طرف الإدارة وأن الأمر يتعلق بمجرد إشعار أثناء مسطرة التصحيح المعتمدة في تحضير وتبليغ أساس فرض الضريبة التكميلية على الأرباح العقارية، وأن المدعي يتمسك أمام المحكمة بالطعن في أسس الرسالة الثانية.

¹ المادة 224 من المدونة العامة للضرائب.

² محمد السماحي، مرجع سابق، ص 71.

³ حكم رقم: 3287، بتاريخ: 2013/10/22، ملف رقم: 2012/7/478.

⁴ - حكم رقم 2010/0250 ش، بتاريخ 2010/04/15، في الملف رقم 2009/0649، أورده محمد شوارق، المنازعات الجبائية المتعلقة بربط الرسوم المحلية، دار أبي قرقاق للطباعة والنشر-الرباط، الطبعة الأولى 2014، ص 59.

وحيث إن المنازعة الضريبية سواء تعلقت بالضريبة الأصلية أو التكميلية تستلزم إصدار أمر بالتحصيل من طرف الإدارة كسند رسمي يبين موقفها وقرارها الأخير الذي خلصت فيه إلى نتيجة معينة يتوفر على صيغة تنفيذية وليس مجرد مقترحات ضمنها في رسائلها لم يتم صياغتها إلى سند رسمي قابل للتنفيذ وبالتالي الطعن فيه.

وحيث أشعرت المحكمة المدعي بالإدلاء بالأمر بالتحصيل، إلا أنه لم يستجب رغم توصله حسب الثابت من شهادة التسليم المدرجة بالملف، مما تكون معه الدعوى سابقة لأوانها لكونها تنصب على مجرد رسالة ويتعين بالتالي التصريح بعدم قبولها".

وفي نازلة مماثلة عللت المحكمة الإدارية بالرباط حكمها¹ على ما يلي: "وحيث أمام عدم ثبوت ما يفيد إخضاع المدعيتين لضريبة محدد مبلغها وتاريخ الشروع في تحصيلها، وأمام عدم استنفاد مسطرة المراجعة التي نهجتها الإدارة لكافة مراحلها، فإن الدعوى الحالية تكون سابقة لأوانها ولا يسع المحكمة سوى التصريح بعدم قبولها.

المبحث الثاني: بطلان مسطرة تصحيح الأساس الضريبي

إن انتهاك الإدارة الجبائية للضوابط المسطرية المنظمة للتصحيح الضريبي يؤدي إلى بطلان عملية التصحيح في حالات معينة (مطلب أول)، ويترتب عن ذلك عدة آثار قانونية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: حالات بطلان مسطرة التصويب الضريبي

لم يعرف المشرع المغربي مؤسسة البطلان، تاركا الأمر للفقهاء الذي صاغ تعاريف متعددة، من ذلك ما ذهب إليه الفقهاء "أوبري" و "رو" اللذين عرفا البطلان بأنه عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق التصرف لمخالفته لأمر أو نهي القانون، كما ذهب الأستاذ "أحمد شكري السباعي" في تعريفه للبطلان على أنه وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه من آثاره².

ولئن منح المشرع للإدارة الجبائية حق تصحيح أوجه النقصان والأخطاء ومختلف الإغفالات الكلية أو الجزئية الملاحظة في تحديد أساس الضريبة، ملزما إياها بممارسة حقها في ذلك خلال أربع سنوات الموالية لسنة الواقعة المنشئة للضريبة عملا بمقتضيات المادة 232 من المدونة العامة للضرائب، فقد فرض عليها التقيد بالإجراءات المحددة قانونا لمباشرة التصحيح تحت طائلة بطلان المسطرة، فما هي إذن الحالات التي تؤدي إلى بطلان مسطرة تصويب الأساس الضريبي؟

أولا: حالات البطلان المحددة قانونا

الأصل في تحديد حالات البطلان أنه لا بطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء، فالإجراءات ليست مقصودة بذاتها وإنما لغاية يرجى تحقيقها، وهذه الغاية إما أن تحصل وإما لا، وفي ذلك يؤكد الأستاذ أحمد المليجي حرص المشرع على التوفيق بين اعتبارين: الأول هو ضرورة احترام ما يفرضه القانون من شكل للعمل الإجرائي، والثاني هو عدم التضحية بالحق من أجل الشكل، فلا يهدر الحق الموضوعي نتيجة بطلان الإجراءات التي هي بمثابة وسيلة لحماية الحق، وبالتالي فحتى في حالة النص على جزاء البطلان فلا يجوز الحكم به متى ثبت أن الغاية من الإجراء قد تحققت³.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الجبائية، وبالذات المادة 220 من المدونة العامة للضرائب، يلاحظ أن المشرع المغربي نص على

البطلان في حالتين:

¹ - حكم رقم 4539، بتاريخ 2012/12/11، ملف رقم 2012/7/430.

² - عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول - التصرف القانوني، الطبعة الثانية 2014، ص 197 و 198.

³ - عدنان أبو درار، حالات بطلان مسطرة الفرض الضريبي بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام. تخصص القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس السويسية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2012/2013، ص 70.

- حالة عدم مراعاة الإدارة لأجل الخمسة عشر يوما المتعلق بتوجيه الإشعار بالفحص أو ميثاق الخاضع للضريبة إلى المعنيين بالأمر أو هما معا.
 - حالة إخلال الإدارة بأجل الستين يوما المخول لها للجواب على ملاحظات الخاضع للضريبة.
- ليتضح بشكل جلي رغبة هذا الأخير في عدم التوسع في تقرير البطلان مواكبة منه لمسلك التشريعات الحديثة الذي يميل بالكفة إلى ناحية مصالح الخصوم جاعلا من الشكل مجرد وسيلة تهدف تحقيق غايات معينة، ومراعاة منه في الوقت ذاته لخصوصيات الدين الضريبي الذي لا يعتبر ديناً عادياً¹.
- وتبعاً لذلك سنتناول حالات البطلان المذكورة بشيء من التحليل.

أ- حالة عدم الالتزام بأجل الخمسة عشر يوماً المنصوص عليه في مسطرة الفحص

يستشف من مقتضيات المادتين 212 و220 من المدونة العامة للضرائب، أن المشرع فرض على الإدارة الجبائية قبل إقدامها على فحص محاسبة الخاضع للضريبة ضرورة تبليغه بإشعار بذلك وفق إجراءات التبليغ المنصوص عليها في المادة 219 من نفس المدونة قبل التاريخ المحدد للشروع في عملية الفحص بخمسة عشر يوماً على الأقل.

وبعبارة أخرى لا يجوز للإدارة أن تشرع في الفحص دون تبليغ الملزم المراد التحقق من محاسبته وإقراره بالإشعار، بحيث لا تكون مسطرة الفحص سليمة من حيث الأجل المقرر لمباشرتها إلا إذا كانت المدة الفاصلة بين تاريخ توصل الخاضع للضريبة بالإشعار وتاريخ حضور المفتش المكلف بالفحص لا تقل عن خمسة عشر يوماً، باعتبار أن الهدف من تبليغ الإشعار هو السماح للخاضع للضريبة بتبني دفاع هو إعداد وثائقه المحاسبية ومستنداته لجعلها في متناول المفتش المحقق عند حلول الموعد المحدد للمراقبة، وذلك للحيلولة دون مفاجأة الملزم بفحص مباغت غير مستعد له من شأنه المس بمصالحه المالية، وتقدير جزاء بطلان مسطرة التصويب نتيجة ذلك.

وقد كرس القضاء الإداري بمختلف درجاته هاته الضمانة القانونية في جملة من اجتهاداته ورتب على تجاوزها بطلان مسطرة التصحيح، حيث اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس في إحدى النوازل التي عرضت عليها: "أن الإدارة الجبائية لم تحترم مسطرة التصويب حينما باشرت مسطرة التحقيق قبل انتهاء مدة خمسة عشر يوماً على توجيه الإشعار بالفحص، مجاناً للصواب"².

وفي نازلة أخرى صرحت استئنافية إدارية الرباط في أحد قراراتها³: "أن الإدارة المستأنفة بالإشعار في 2002/07/23 وتحديد بداية الفحص في 200/08/09، تكون قد أخلت بالأجل المحدد لها قانوناً لإجراء هذا الأخير، وبالتالي بطلان مسطرة التصحيح".

كما جسد قضاء الغرفة الإدارية بمحكمة النقض – المجلس الأعلى سابقاً- الضمانة المذكورة بتقريره ما يلي: "وحيث أن المشرع الضريبي لئن كان أقر للإدارة الجبائية إمكانية الفحص والمراقبة، فإنه في المقابل قد أوجب أن يتم هذا الإشعار قبل 15 يوماً من تاريخ الفحص حتى يتمكن الملزم من تبني جميع الوثائق والمستندات المحاسبية، وأن عدم توصل المستأنفة بالإشعار المذكور قبل الموعد المحدد يجعل إجراءات التفتيش التي بوشرت باطله وما بني عليها فهو باطل"⁴.

ب- حالة إخلال الإدارة بأجل الستين يوماً المخول لها للجواب على ملاحظات الخاضع للضريبة

ضماناً لبلوغ الأهداف المتوخاة من إجراءات المسطرة التوجيهية لتصحيح الأساس الضريبي، المتمثلة أساساً في إشراك الخاضع للضريبة في عملية تصحيح الوعاء الضريبي لمعرفة وسائله وإثباتاته وموقفه من الأساس المزعم اعتماده لتصفية الضريبة الملزم بأدائها،

¹-رشيدة الصابري، مجال البطلان في الميدان الضريبي والأثر النسبي المترتب عليه، مداخلة قدمت في لقاء مشترك بين المجلس الأعلى والمديرية العامة للضرائب حول "العمل القضائي والمنازعات الضريبية"، أشغال اليومين الدراسيين 28 و29 مارس، عدد 8/2005، دفاتر المجلس الأعلى، ص 103 و104.

2- حكم عدد 122 بتاريخ 20029/03/05، ملف رقم 115 غ/2001.

3- القرار عدد 121 بتاريخ 2009/1/22 في الملف عدد 9/08/267، أورده رضا التايدي، مرجع سابق، ص 116.

4- القرار عدد 329، المؤرخ في 2003/05/29، الملف الإداري عدد 2001/1/4/2350.

حتم المشرع على الإدارة الضريبية وجوب التزامها بالقواعد الشكلية والموضوعية المنظمة للمسطرة المذكورة، حيث رتب صراحة على الإخلال بمقتضياتها جزاء البطلان خصوصا عند عدم احترام الأجل القانوني المتطلب لتبليغ الرسالة الثانية.

وفي هذا السياق قضت إدارية الرباط في حكم¹ صادر عنها بالآتي: "وحيث إنه إضافة لذلك ففرضا أن الرسالة أرجعت بإحدى الملاحظات المذكورة بالمادة 219 من المدونة العامة للضرائب ومن تم اعتبارها، فإن مفتش الضرائب أودع الرسالة الثانية بمكتب البريد بتاريخ 2009/10/09 ولم ترجع له من طرف هذا المكتب إلا بتاريخ 2009/11/02 والتبليغ يعتبر قانوني بعد مرور 10 أيام أي 2012/11/13 في حين أنه توصل بجواب المدعين عن الرسالة الأولى بتاريخ 2009/09/02 وكان عليه تبليغهم بالرسالة الثانية قبل تاريخ 2009/11/02 مما يجعل التبليغ بالرسالة الثانية قد وقع خارج أجل 60 يوما المتطلبة قانونا.

وحيث إنه للعلل أعلاه تكون مسطرة تصحيح الضريبة على الدخل المطعون فيها باطلة".

وفي نازلة أخرى خلصت فيها نفس المحكمة لما يلي: "وحيث إن عدم إثبات المدعى علمها لصحة وسلامة مسطرة تصحيح الضريبة شكلا ولاسيما تبليغ الرسالة الثانية، وأسس مراجعتها موضوعا، باعتبار أن عبئ الإثبات يقع على عاتقها، يجعل مسطرة التصحيح الضريبي لاغية وباطلة لمخالفة قواعد المسطرة التوجيهية المعتبرة من النظام العام، باعتبارها ضمانا حقيقية للملزم"².

أيضا وفي نازلة مماثلة صرحت إدارية الرباط في تعليل حكمها بالآتي: "وحيث إنه بالرجوع لوثائق الملف يتبين أن الرسالة الأولى أرسلت من إدارة الضرائب بتاريخ 2008/05/07 أجاب عنها المدعيان بجواب توصلت به الإدارة بتاريخ 2008/06/03، وبقي الملف خاليا بما يفيد إرسال الرسالة الثانية للمدعيان من طرف الإدارة الضريبية، مما ينم عن عدم احترام مسطرة تصحيح الضريبة المفروضة طبقا لمقتضيات المادة المذكورة أعلاه ويتعين الحكم ببطلانها، دون حاجة إلى مناقشة باقي الوسائل المحتج بها في الطعن"³.

يفهم من الاجتهادات الإدارية المولموا إليها أعلاه، أن القضاء حريص على تمتيع الخاضع للضريبة بالضمانات التي مكنه منها التشريع الجبائي، مرتبا على ذلك جزاء البطلان كلما ثبت له بشكل جلي خرق الإدارة الضريبية للمقتضيات القانونية المتعلقة بالإشعار بالفحص وتبليغ الرسالة الثانية لما في ذلك من تعدد ومس خطير بحقوق الدفاع، ومن تناول على الصياغة الأمرة التي خص بها المشرع القواعد الإجرائية للتصويب الضريبي.

ثانيا: حالات البطلان المقررة قضاء

لما كان الحكم بالبطلان لا يجوز إلا إذا نص عليه القانون صراحة استنادا إلى مبدأ "لا بطلان إلا بنص"، وأنه حيث ما نص المشرع على جزاء البطلان، تعين على القاضي أن يحكم به ولو لم يتحقق ضرر، فإن تطبيق هذا المبدأ أثار إشكالات كبيرة على مستوى الممارسة القضائية، تمثلت من جهة أولى في صعوبة تفصي المشرع لفحوى جميع القواعد الإجرائية المهمة حتى ينص على جزاء بشأنها حال خرقها، ومن جهة ثانية فقد أدى الحكم بالبطلان في منازعات عديدة إلى إهدار الحق من أجل الشكل الذي لم تكن له أهمية بالغة تستدعي مقابلته دائما بجزاء البطلان، وعلى هذا الأساس اتجه الفقه والقضاء إلى تطبيق قاعدة "لا بطلان إلا بضرر" التي بمقتضاها لا يكون القاضي ملزما بالتصريح بالبطلان لمجرد النص عليه، كما لا تكون له سلطة تقديرية واسعة للحكم به من عدمه، وإنما يكون معيار تقريره للبطلان مستمد من تحقق الضرر وحصوله.

1- حكم عدد 9802، بتاريخ 2012/05/22، ملف رقم 2012/7/73.

2- حكم رقم 3208، بتاريخ 2012/13/09، ملف رقم 2012/7/348.

3- حكم عدد 2131، بتاريخ 2012/06/05، ملف رقم 2012/7/168.

ووفق هذا التوجه، سار القضاء الإداري يتحلل من مبدأ "لا بطلان إلا بنص"، وأضحى بالموازاة مع ذلك يكرس في اجتهاداته مبدأ "لا بطلان بدون ضرر"¹، اعتبارا لدوره الإنشائي الذي لا يكتفي من خلاله بتطبيق وتفسير النصوص القانونية، وإنما يسعى من ورائه باستمرار إلى خلق وإنتاج قواعد قانونية جديدة مستقاة من المبادئ العامة للقانون، ضمانا في حفظ الحقوق والحريات وتأمين حمايتها. وقد جسد القضاء الإداري النظرية السابقة في الميدان الضريبي، معللا الأخذ بها بكون القانون الجبائي إنما يعتبر قانونا مسطريا بامتياز، وأن مقتضياته تتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام ما يجعل من قواعده أمرة يترتب عن تجاوزها تقرير جزاء البطلان. وتبعاً لذلك استحدث العمل القضائي حالات أخرى للبطلان - غير الحالات الحصرية المحددة سلفا من لدن التشريع- انطلاقاً من توسعه في فهم وتفسير الضمانات المخولة للمكلفين بالضريبة، ابتغاء الحد شيئا ما من قساوة الجزاءات المسطرية الرامية لتحقيق الإلزام الضريبي، ورتب لأجل ذلك بطلان مسطرة التصحيح في عدة حالات من بينها:

أ- بطلان مسطرة التصويب لعدم صحة وواقعية العناصر التقديرية المعتمدة في تحديد أسس الفرض الضريبي

تعتمد الإدارة الجبائية إلى مراجعة أسس فرض الضريبة في حال حصول شك لديها بوجود نقصان أو إخفاء على مستوى القيم التجارية والأثمان المصرح بها في عقود واتفاقات الأطراف، بحيث لا تلزمها البيانات المضمنة في الإقرارات الضريبية إلا في الحدود التي تكون بصدها الإدارة عاجزة عن تعليل وتسبب التصحيح الذي تعترم اقتراحه، نتيجة عدم توفرها على الإثباتات الضرورية الكفيلة بجعل مسطرة التصويب المباشرة من قبلها شرعية وإلا كان مآلها البطلان.

وهكذا فقد سبق للمحكمة الإدارية بالرباط وأن قضت في حكم² صادر عنها جاء فيه: "وحيث إن إدارة الضرائب لم تدل بعقود المقارنة المشار إلى مراجعها في مذكرتها الجوابية المؤرخة في 2012/10/28، حتى يتسنى للمحكمة مراقبة التقيد بالعناصر المستوجبة للتصحيح، مما يجعل التصحيح الضريبي المعتمد والذي رفع ثمن التفويت من 8000 درهم للمتر المربع المصرح به إلى مبلغ 10000 درهم للمتر المربع الواحد غير مؤسس على أساس صحيح من الواقع، لكون القيمة الحقيقية للعقار المبيع يجب أن تتم أخذها بعين الاعتبار موقع العقار، ومساحته، وحالته، ونوع الملك، وحالة الشيوخ، وأساس تملكه، لاسيما وأن العقار قدم كتعويض عيني في إطار نزاع الملكية للمنفعة العامة.

وحيث إن تجاوز التصحيح للعناصر المستوجبة له وفقا لمقتضيات المادة 224 من المدونة العامة للضرائب، وللعادلة الضريبية المكرسة دستوريا التي تفرض توزيع الأعباء العامة الضريبية مراعاة لمساهمة الملزم في تحقق النفع العام وتحمل نصيب من الأعباء العامة في إطار نزاع الملكية للمنفعة العامة، يحتم إلغاءه".

وفي حكم آخر³ جاء فيه: "وفيما يخص الوسيلة المثارة بشأن المبالغة في تقدير الأساس الضريبي حيث إضافة لذلك فغنه في نازلة الحال، فالعقار موضوع التصحيح حسب ادعاء المدعي عبارة عن أرض فلاحية وقام بعدة استثمارات من أجل تنقيتها من الأحجار والغدارة لم تدل بعقود المقارنة تماثل مع عقار المدعي في جميع الخصائص والمعطيات للقيام بالتصحيح، مما تكون معه الإدارة قد تخلفت عن إثبات حقيقة الثمن الذي اعتمده لتصحيح إقرار المدعي.

وحيث إنه أمام صحة ووجاهة الوسائل المثارة فلا يسع المحكمة سوى القول بعدم مشروعية مسطرة التصحيح، ويتعين إلغاء الضريبة المطعون فيها".

¹ - من مميزات هذه النظرية أنها تتقي عيوب نظرية البطلان الإيجابي، فلا تؤدي إلى غلبة الشكل على حساب المضمون وضياح الحق لمجرد خطأ في الشكل، كما أنه في ظل نظرية البطلان الاختياري ذاتها، فإن القاضي لا يتمتع بسلطة مطلقة وإنما يقيده وجوب تحقق الضرر.

² - حكم عدد 304، بتاريخ 2013/01/31، ملف رقم 2012/7/551.

³ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3688، بتاريخ 2012/10/16، ملف رقم 2012/7/189.

ب- بطلان مسطرة التصويب نتيجة عدم ممارستها وفق إجراءات التبليغ القانونية

يقع وجوباً على الإدارة الضريبية إذا ما ارتأت تطبيق إحدى المساطر الجبائية لاستخلاص حقوقها، تبليغ الخاضعين للضريبة المعنيين بالعنوان الرئيسي المحدد من طرفهم في إقراراتهم أو عقودهم أو مراسلاتهم المدلى بها إلى مفتش الضرائب التابع له مكان فرض الضريبة عليهم - بالإجراء المزمع مباشرته في مواجهتهم- تحت طائلة اعتبار مساطر الفرض الضريبي المجرة من جانب الإدارة حيداً عن إجراءات التبليغ المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة، باطلة وغير محدثة لأية آثار قانونية.

وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكم¹ لها بما يلي: "وحيث يتبين من وثائق الملف أن مفتش الضرائب قد قام بتبليغ رسالة التصحيح إلى الملمزم بالعنوان الوارد في عقد البيع، والحال أنه كان ينبغي أن يرأسه على العنوان الوارد في إقراره، الأمر الذي يكون معه قد أخل بالمقتضيات المنظمة لعملية التبليغ.

وحيث إنه تبعاً لذلك تكون مسطرة تصحيح الضريبة على الدخل صنف الأرباح العقارية المفروضة على المدعي برسم سنة 2007 باطلة، الأمر الذي يتعين معه الحكم بإلغاء الضريبة التكميلية المنبثقة عنها".

وفي حالة أخرى عالجه قضاء محاكم الدرجة الأولى، صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها² بالقول: "وحيث إنه بالرجوع لوثائق الملف وخاصة الرسالة الأولى المدلى بها من إدارة الضرائب، فمن جهة فهي مجرد نسخة شمسية غير واضحة وخاصة أن تاريخ الإرسال غير ظاهر وغير واضح، كما أنه ليس هناك ما يفيد رجوعها بعبارة غير مطالب به وذلك بعد الاطلاع على الإشعار بالتوصل. وادعاء الإدارة بكونها تحمل هذه العبارة، لا يمكن الأخذ به للقول بوجود تبليغ قانوني.

وحيث إنه استناداً لما ذكر تكون مسطرة تصحيح الضريبة المفروضة على المدعي غير محترمة لمقتضيات المادة المذكورة أعلاه، ويتعين الحكم ببطلانها لتفويت الفرصة على المدعي بإتمام المسطرة التواجبية والتي تعد إحدى الضمانات الممنوحة للملمزم بالضريبة".

ج- بطلان مسطرة التصويب بسبب عدم إفصاح الإدارة عن الأسباب المستوجبة للتصحيح

إذا لاحظ مفتش الضرائب بعد إجرائه تحقيقاً في محاسبة وإقرار الخاضع للضريبة، ما يستلزم القيام ببعض التصحيحات لتصويب الإغفالات المعاينة من قبله بغرض ضمان تقدير حقيقي ومنطقي لأسس فرض الضريبة، وجب عليه أن يخبر الخاضع للضريبة وفق طرق التبليغ القانونية المعمول بها في الميدان الضريبي، بالأساس الجديد المصحح وبأسباب ومبلغ التصحيحات المزمع القيام بها، لاسيما وأن مثل هاته الشكليات إنما تعتبر بيانات إلزامية ينجم عن تجاوزها إخلال بالضمانات المخولة للملمزم مما يترتب عنه بطلان مسطرة التصحيح.

وللتدليل على أهمية هذه البيانات نورد حكماً صادراً عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء جاء فيه: "وحيث يتبين بالاطلاع على وثائق الملف أن إدارة الضرائب حددت الواجبات التكميلية المفروضة على المدعين دون بيان أسباب رفضها للأساس المصحح به من طرفهم. وحيث إن المشرع قد أحاط مسطرة التصحيح بإجراءات جوهرية أمره يترتب على مخالفتها بطلان مسطرة التصحيح، وأن بيان الأسباب التي دفعت الإدارة إلى القيام بالتصحيح يعتبر بدوره ضماناً خولها المشرع للملمزم، وأن عدم تقييد الإدارة بذلك من شأنه أن يشوب عملية التصحيح بالبطلان"³.

¹ - حكم رقم 476، بتاريخ 15/03/2012، ملف عدد 9/11/100.

² - حكم رقم 4642، بتاريخ 18/12/2012، ملف رقم 2009/7/572.

³ - حكم بتاريخ 02/11/2009، ملف رقم 2009/06/21.

د- بطلان مسطرة المراجعة إثر إعراض الإدارة الجبائية عن المنازعة قضائيا في مقررات اللجان الضريبية الصادرة في مواجهتها أجازت المادتين 226 و242 من المدونة العامة للضرائب للإدارة الجبائية والخاضع للضريبة إمكانية المنازعة قضائيا في عمليات تصحيح الضرائب المفروضة داخل أجل ستين يوما الموالية لتاريخ تبليغ مقرر اللجنة المحلية لتقدير الضريبة أو اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، وذلك تحت طائلة سقوط الحق، واعتبار مقررات اللجان الضريبية نهائية لكلا الطرفين. هذا وقد كرست محاكم القضاء الإداري في هذا الإطار قاعدة قضائية مفادها، أن إحجام الإدارة الجبائية عن الطعن في مقررات اللجان الضريبية الصادرة ضدها، يفرغ مسطرة التصحيح من محتواها وينهض دليلا حاسما على التصريح ببطلان أوامر الاستخلاص الصادرة بشأنها، حيث صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم¹ صادر عنها بالآتي: "وحيث إنه أمام إقرار الإدارة بصدر مقرر اللجنة الوطنية بتاريخ 2011/10/12 أيد مقرر اللجنة المحلية الذي صدر لصالح المدعية بإلغاء الأساس الضريبي الجديد الناتج عن إعادة تقييم الثمن وبالإلغاء الكلي للواجبات التكميلية الناتجة عنه، وعدم إدلائها بما يفيد تقديمها لأي طعن أمام القضاء بخصوصه أي مقرر اللجنة الوطنية داخل أجل 60 يوم طبقا للفقرة الثانية من المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، يجعل هذا الأخير أصبح نهائيا وتكون معه المراجعة لا أساس لها ويتعين إلغاء الأمر بالتحصيل المتعلق بها".

يظهر من نماذج البطلان المومأ إليها أعلاه، أن القضاء الإداري لا يكتفي بتقرير البطلان بالاستناد فقط إلى الحالات الواردة حصرا في النصوص الضريبية، وإنما يقضي به كذلك كلما استبان له أن الفرض الضريبي المتخذ شابه إخلال إجرائي أو موضوعي من شأنه التأثير بشكل مجحف على حقوق وضمائم الخاضعين للضريبة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن بطلان مسطرة التصحيح الضريبي

إن مخالفة أي إجراء للشكليات والضوابط المقررة في شأن اتخاذه يكون جزاءه هو بطلان ذلك العمل الإجرائي وعدم إنتاجه لأي أثر قانوني².

وبتصفح النصوص القانونية الضريبية والاجتهادات القضائية، يتبين بشكل جلي أن الإخلال بمسطرة تصحيح الأساس الضريبي كما هو منصوص عليها قانونا، يشكل خرقا للضمانات القانونية المخولة للملزم، ويشوب المسطرة بالبطلان، مما يؤدي إلى إلغاء الفرض الضريبي المترتب عليها³.

لنستشف على أن الجزاء المترتب عن عدم احترام القواعد الإجرائية الواجب إتباعها بخصوص مسطرة التصويب هو بطلانها لتعلقها بالنظام العام، لكن هل يحق للإدارة الجبائية إذا ما باشرت إجراءات تصحيح الضريبة بكيفية معيبة، أن تقوم من جديد بتكرار سلوك إجراءات التصحيح وفق مسطرة أخرى سليمة تداركا للإخلالات الإجرائية التي شابت المسطرة الأولى؟ (أولا).

وإذا كان القانون يفرض على الخاضع للضريبة ألا يثير حالات البطلان المنصوص عليها في المادة 220 من المدونة العامة للضرائب لأول مرة أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية، فماذا يقصد المشرع من ذلك؟ وإذا كانت اللجان الضريبية تختص بالنظر في المسائل الواقعية دون القانونية، ألا يعد بتمها في حالات البطلان من المسائل القانونية؟ وما هي الآثار المترتبة عن بطلان مسطرة التصحيح المقررة من طرف اللجان الضريبية؟ (ثانيا).

أولا: مدى إمكانية إعادة الإدارة لمسطرة التصحيح

بالاطلاع على نصوص القانون الجبائي المغربي، لا نجد ما يمنع الإدارة من إجراء عمليات فحص متكررة أو من إعادة مسطرة التصحيح، وهو ما يستخلص ضمنا من مقتضيات المادة 212 من المدونة العامة للضرائب التي نصت على أنه: "ويجوز لها أن تقوم فيما

¹ - حكم رقم 2275، بتاريخ 2012/06/12، ملف رقم 2012/7/98.

² - محمد قصري، المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة 2011، ص 60.

³ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 74، بتاريخ 2010/01/18، ملف عدد 2008/06/634.

بعد بفحص جديد للحسابات التي سبق فحصها، من غير أن يترتب على الفحص الجديد ولو تعلق الأمر بضرائب ورسوم أخرى، تغيير أسس فرض الضريبة التي وقع الإقرار بها عقب المراقبة الأولى".

وتأسيساً على ما ذكر يجوز للإدارة الضريبية أن تعيد مسطرة التصحيح من جديد ومن أولها إلى آخرها، انطلاقاً من إمكانية إعادتها لمسطرة الفحص بتوجيه إشعار جديد لإجراء عملية فحص جديدة سيما وأن عملية الفحص تعتبر إحدى الآليات الجوهرية للتصحيح، لكن شريطة عدم تضمن نتيجة الفحص الجديد أسساً للضريبة مغايرة لتلك التي تضمنتها رسائل التبليغ الموجهة للخاضع للضريبة في إطار مسطرة التصحيح الأولى.

وارتباطاً بموضوع البطلان ومن خلال مراجعة بنود المادة 220 من المدونة العامة للضرائب، يتضح أنها أقرت جزاء إلغاء مسطرة التصحيح برمتها في حالتي الإخلال بمسطرة الإشعار بالفحص وبأجل جواب الإدارة عن رسالة الخاضع للضريبة داخل الأجل القانوني، ما يفيد على أن بطلان مسطرة التصحيح يشمل جميع الإجراءات المتخذة في صلبها من أولها إلى الإجراء الذي كان سبباً في بطلانها، مادام أن المشرع قد نص صراحة من خلال المادة المذكورة على بطلان مسطرة التصحيح وليس بطلان الإجراء القانوني في حد ذاته، لذلك فلو افترضنا أن إدارة الضرائب احترمت مسطرة الإشعار بالفحص وأجل رسالة التبليغ الأولى، ولم تلتزم بضابط أجل رسالة التبليغ الثانية، فإن البطلان يلحق جميع إجراءات التصحيح بما فيها الصحيحة والمعيبة، وعلى الإدارة أن تعيد مسطرة التصحيح من البداية على شرط عدم تغيير أسس الضريبة الوارد برسالتهما الأولى¹.

هذا ويثار إشكال هام حول مدى اعتبار الإجراءات الباطلة لمسطرة التصحيح قاطعة للتقادم بحيث تتيح للإدارة فرصة تدارك الأوضاع القانونية المعيبة، أم أن من شأن ذلك أن يسقط حق الإدارة في التصحيح؟

بقراءة متأنية لمضمون المادة 232 من المدونة العامة للضرائب، نستنتج أن التبليغات القانونية المنصوص عليها في المادة المذكورة والتي من ضمنها التبليغات المتعلقة بمسطرة التصحيح العادية والسريعة وكذا الخاصة بالأرباح العقارية، من شأنها قطع التقادم متى تمت بشكل مشروع، ليرتبط عنها تبعاً لذلك فتح مدة جديدة للتقادم الرباعي بمقتضاه يكون للإدارة حق سلوك مسطرة تصحيح الأساس الضريبي وتدارك ما شابهها من عيوب إجرائية، وبصيغة أدق فلو زعمنا أن الإدارة أخلت بأجل الستين يوماً لتبليغ الرسالة الثانية للملزم، وترتب عن ذلك بطلان مسطرة التصحيح بكاملها، غير أن الإدارة كانت قد باشرت من قبل إجراء تبليغ رسالة التصحيح الأولى بشكل قانوني، فإن هذا الإجراء الأخير يعتد بآثاره في قطع التقادم، غير أن الإدارة تكون ملزمة بإعادة مسطرة التصحيح من بدايتها وليس من الإجراء المعيب الذي تسبب في بطلانها.

ووفق هذا المنحى قضت المحكمة الإدارية بفاس لصالح الإدارة: "أن تعيد مسطرة تصويب الضريبة بكاملها ابتداءً من توجيه الإشعار بالفحص وتبليغه للملزم ومواصلة باقي الإجراءات المتطلبية في التصويب داخل مدة التقادم بعد احتساب مدة الوقف شريطة ألا تتعدى الأسس التي سبق فرضها في ظل المسطرة السابقة المختلة"².

وكتساؤل أخير: هل ينجم عن تصريح القضاء ببطلان مسطرة التصحيح انتهاء الالتزام الضريبي؟

جواباً على هذا التساؤل ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرار³ لها إلى القول: "وحيث إنه من جهة ثانية، لئن كانت المحكمة الإدارية قضت بإلغاء الضريبة المطعون فيها بعد أن ثبت لها عدم احترام الإدارة للإجراءات المسطرية الواجب إتباعها في فرضها، إلا أن حكمها انصرف إلى إلغاء ذات الضريبة المترتبة على هذه المسطرة المعيبة، وليس إلغاء الضريبة المستحقة على المستأنف عليه في مبدئها، وبالتالي فالحكم المستأنف لم يقضي بانقضاء الالتزام الضريبي الذي يظل مترتباً في ذمة المعني بالأمر".

¹ - محمد قصري، مرجع سابق، ص 71.

² - حكم صادر بتاريخ 2004/05/05 في الملف رقم 417/ع/2001، أورده عدنان أبو درار، مرجع سابق، ص 110.

³ - القرار عدد 3011، بتاريخ 2015/06/22، ملف عدد 2015/7209/376.

وسيرا على نفس النهج قضت المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها¹ بما يلي: "قضاء المحكمة بحكم نهائي ببطلان مسطرة الفرض الضريبي شكلا وليس إلغاؤها كليا، يخول للإدارة تصحيح الإجراءات المقررة قانونا ولا يسقط حقها في فرض الضريبة ما دام أن أجل التقادم الرباعي لم يمض بعد".

يتضح من خلال الاجتهادات القضائية المذكورة أنها وإن رتبت البطلان على الإخلال بالإجراءات المسطرية للتصحيح، إلى أنها حصرت أثره أساسا على الجوانب الشكلية للمسطرة، دون أن تمدده إلى موضوع الضريبة المفروض استخلاصها قانونا من الملزم، تاركة بذلك المجال أمام لإدارة الضريبة من أجل إعادة مباشرة مسطرة التصحيح من جديد لكون أن الإجراءات الباطلة لا يكون لها من محل في وقف أمد التقادم.

ثانيا: النتائج الناجمة عن بطلان مسطرة التصحيح على ضوء مقررات اللجان الضريبية

بعد استكمال مراحل المسطرة التوجيهية للتصحيح القائمة بين مفتش إدارة الضرائب والخاضع للضريبة، نكون أمام أحد الاحتمالات التالية:

- الأول: إما أن يطلب الملزم صراحة إحالة عريضة طعنه على أنظار اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، لرفضه لجل أو بعض الأسس الضريبية التي خلص إليها المفتش جراء التصحيح، وبالتالي اعتبار النزاع الضريبي مستمرا؛
- الثاني: إما أن يعرض عن الطعن في الأسس الضريبية المبلغه إليه لسبب ما بالرغم من عدم اقتناعه بواقعيتها، وفي هذه الحالة يكون قد تنازل عن إحدى الضمانات المكفولة له قانونا، مما يترتب عنه تحرير أوامر بالاستخلاص، لكن تبقى إمكانية اللجوء إلى القضاء متاحة بالنسبة إليه؛
- الثالث: تسوية الخاضع للضريبة خلافه مع الإدارة الجبائية بشكل رضائي، وذلك بقبوله للتصحيحات المعتمدة من جانبها عادة مراجعتها للضرائب المفروضة عليه؛

لكن وفي حالما إذا سلك الخاضع مسطرة اللجان الضريبية، مؤسسا طعنه على علة خرق الإدارة لإحدى إجراءات التصحيح التي تؤدي إلى البطلان بقوة القانون، فإنه لا يجوز له إثارة حالات البطلان تلك لأول مرة أمام اللجنة الوطنية للطعون الضريبية، لكون أن المادة 220 من م.ع.ض نصت على أنه: "ولا يجوز إثارة حالات البطلان المشار إليها أعلاه من لدن الخاضع للضريبة لأول مرة أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية"، الشيء الذي يستفاد منه أن إمكانية إثارة حالات البطلان من لدن الملزم تبقى متاحة فقط أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، وذلك تحت طائلة عدم القبول.

وقد توخ المشرع من هذا الإلزام الملقى على عاتق الخاضع للضريبة، منح الفرصة للإدارة حتى تكون على بينة من الخلل المسطري المدعى به، وتعيد بالتالي المسطرة وفق إجراءات سليمة يمكن معها المحافظة على الدين الضريبي من الضياع، على اعتبار أن رفع الطعن أمام اللجان الضريبية يوقف أمد التقادم من تاريخ رفعه إلى غاية انصرام الشهر الثالث الموالي لتبليغ المقررات الصادرة عن اللجان المذكورة بصورة نهائية².

هذا وإذا كانت اللجان الضريبية تختص - حسب ما يفهم ظاهريا من المقضيات التشريعية المؤطرة لها- بالنظر في المسائل الواقعية دون الخوض في المسائل القانونية، فإن السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الإطار يتمثل في مدى اختصاص وأحقية اللجان الضريبية للبت في حالات البطلان باعتبارها مسائل قانونية ؟

¹ - حكم عدد 874 بتاريخ 2013/03/07 في الملف عدد 2012/7/1/67.

² - نص البند السادس من المادة 232 من م.ع.ض على أنه: "يوقف التقادم طوال الفترة الممتدة من تاريخ تقديم الطعن أمام اللجنة المحلية لتقدير الضريبة أو أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية إلى غاية انصرام أجل الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ تبليغ المقرر الصادر عن اللجان المذكور".

يذهب جانب من الفقه المغربي إلى أن اللجان الضريبية عموماً لا تختص بالبت إلا في المسائل الواقعية، ولا يمكن أن يمتد نظرها إلى المسائل القانونية لما في ذلك من تعد على اختصاص السلطة القضائية، فيما يذهب البعض الآخر إلى أن القراءة المتأنية للنصوص التشريعية المنظمة لضوابط اللجان الضريبية، توضح أن اختصاصها يشمل البت في النزاع المعروض عليها من جميع جوانبه الواقعية والقانونية، باستثناء ما يتعلق بتفسير النصوص القانونية والتنظيمية، والذي يتعين أن تصرح في شأنهما بعدم الاختصاص.

ويؤكد أنصار الرأي القائل بصلاحيات اللجان الضريبية بالبت في جميع المسائل الواقعية والقانونية، على أن كل مسألة واقعية في المادة الجبائية هي بالضرورة قانونية ولو كان ظاهرها يوحى بخلاف ذلك، فيكون تقييد اختصاص اللجنة، إنما ينحسب على المسائل التي لها ارتباط بتفسير نصوص تشريعية أو تنظيمية، ولا يعني حرمانها من البت في المسائل القانونية الواضحة التي لا تستوجب أي تفسير¹.

واستنتاجاً لما ذكر، فإن اللجان الضريبية تختص بالبت في المسائل الواقعية والقانونية، غير أنه يمتنع عليها فقط تأويل هذه النصوص، وهو ما يستدل من اجتهادات القضاء، حيث سبق للمحكمة الإدارية بمكناس وأن أوضحت في هذا الشأن أن تطبيق اللجنة الضريبية المادة 42 من القانون 30/85، على أساس أن أجل 15 يوماً المنصوص عليه في هذه المادة يحتسب من تاريخ التوصل لا من تاريخ الإرسال، ليس فيه أي تفسير أو تأويل للنص القانوني، وإنما هو فقط إعمال لمضمون هذا النص².

وعلى ذات المنوال صرحت إدارية وجدة بقولها: "متى كان النص واضحاً ولا يحتاج إلى تفسير كعدم الطعن لديها داخل الأجل القانوني أو غير ذلك مما هو واضح ولا يحتاج إلى تفسير، فيمكنها آنذاك تطبيقه"³.

وتأسيساً على ما ذكر يمكن للجان الضريبية البت في حالات بطلان مسطرة التصويب الضريبي مع إمكانية إصدار مقررات بإلغاءها، شريطة اقتضار اللجان في ذلك على تطبيق أحكام القانون الواضحة أو تلك التي استقر الاجتهاد القضائي على تحديد مغزاها، ومن غير أي تأويل أو تفسير لقصد المشرع سواء أكان تفسيراً واسعاً أو ضيقاً، مادام أن ذلك يبقى من المهام الرئيسية التي يضطلع بها القضاء، وفي هذا السياق فقد سبق للغرفة الإدارية بمحكمة النقض وأن قضت في أحد قراراتها⁴ بأن: "معينة بطلان مسطرة التصحيح من قبل اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية نتيجة لوقوع تبليغ الرسالة الثانية إلى الملزم خارج الأجل القانوني دون الخوض في مدى صحة هذا التبليغ، لا يعد خروجاً عن الاختصاص الموكول إليها ما دامت قد اكتفت بتطبيق القانون دون الخوض في تفسيره".

وبالتالي فتقرير بطلان مسطرة تصويب الضريبة من طرف اللجنة الوطنية للإخلال بمقتضيات الإشعار بالتحقيق أو عدم جواب المفتش داخل الأجل القانوني، يضع الإدارة بين خيارين:

- فإما أن تعيد مسطرة التصويب بكاملها ابتداءً من توجيه الإشعار بالتحقيق وتبليغه للملزم ومواصلة باقي الإجراءات المطلوبة في التصويب داخل مدة التقادم بعد احتساب مدة الوقف شريطة أن لا تتعدى الأسس التي سبق فرضها في ظل المسطرة السابقة المختلة؛
- أو أن تقدم على الطعن القضائي في المقرر المذكور أمام المحكمة المختصة داخل الأجل القانوني، لتتحمل على إثر ذلك الآثار القانونية الناتجة عن رفض طعنها، وهو فوات أمد التقادم لإعادة مسطرة التصحيح تحقيقاً لموجبات الإلزام الضريبي⁵.

¹ إبراهيم أحطاب، مسطرة تصحيح الثمن في العقود – ضريبة التسجيل نموذجاً، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الأولى 2014، ص 153.

² - حكم عدد 5/2000/6 ش، بتاريخ 03/02/2000، في الملف عدد 5/99/13، أورده عبد الرحيم التجاني، المنازعات الجبائية في مجال الضرائب المباشرة بالمغرب – الضريبة على الدخل والضريبة على الشركات نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال-الرباط، الموسم الجامعي 2012/2013، ص 482.

³ - حكم عدد 109/99، ملف عدد 1999/09/29، مجلة الحقوق المغربية، الإصدار الثالث، سنة 2010، ص 99.

⁴ - القرار عدد 66، بتاريخ 25/01/2006، بالملف الإداري عدد 2308/4/2/2004، أورده سميرة عمور، الطعون أمام اللجان الضريبية – أية ضمانات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2015/2016، ص 88.

⁵ - محمد قصري، مرجع سابق، ص 78.

في ختام هذه الدراسة نخلص إلى القول على أن مسطرة التصحيح الضريبي يتجاوزها طرفان أساسيان: يتمثل الطرف الأول في الإدارة الجبائية التي ترمي إلى الحفاظ على حقوق الخزينة العامة من كل تملص أو تهرب ضريبي وتكريس مبدأ المساواة بين المواطنين فيتحمل الأعباء العامة، أما الطرف الثاني في تمثل في الخاضع للضريبة الذي يسعى إلى الدفاع عن ضماناته من كل تعسف أو جور يمكن أن يعصف بحقوقها المالية على إثر ممارسة الإدارة لصلاحياتها وسلطاتها الواسعة.

هذه المعادلة الصعبة جعلت القضاء الجبائي يحرص أشد الحرص على ضرورة احترام أطراف النزاع لقاعدة التواجدية، التي تتيح لكل طرف مناقشة اقتراحات وموقف الطرف الآخر قصد الاتفاق وديا على حل يرضيهما معا إن أمكن. وقد أولت اجتهادات القضاء الإداري لعملية تبادل المراسلات بين الإدارة والخاضع للضريبة أهمية كبيرة بالنظر لطابعها الإلزامي، حيث رتبت جزاءات قاسية على خرقها، تجلت بالنسبة للإدارة الجبائية في تقرير بطلان مسطرة التصويب برمتها، مع احتمالية سقوط حقها في التصحيح متى انصرم أمد التقادم الرباعي، فيما تمثلت بالنسبة للخاضع للضريبة في إمكانية فرض الضريبة عليه بصورة تلقائية متى أعرض عن تقديم جوابه عن مراسلاتها، أو إصدار أوامر بالاستخلاص إن لم يطعن أمام اللجان الضريبية في الأسس الضريبية المبلغة إليه في رسالة التصحيح الثانية.

لتنظر مسألة المعادلة والتوفيق بين المصلحة الخاصة للملزم، وبين المصلحة العامة للإدارة الضريبية، أمرا في غاية الصعوبة يقع على كاهل القضاء عبئ تنزيله على أرض الواقع في أفق تحقيق عدالة ضريبية قائمة على أسس الإنصاف والشفافية والعقلنة الهادفة إلى تكريس الموازنة بين حقوق أطراف العملية الضريبية.

تنفيذ الأوامر الاستعجالية الإدارية وأثارها الأمر بإيقاف التحصيل نموذجاً

حمدي عنتر

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

مقدمة

تحتاج الدولة للقيام بوظائفها إلى موارد مالية وبشرية كفيلة بضمان تسيير المرفق العام وإشباع الحاجات العامة وتحقيق مطالب المجتمع المختلفة والمتزايدة بشكل مستمر ولذلك فإن تلك الموارد -خصوصاً المالية منها- تعتبر بمثابة الشريان الذي يبعث الحياة في هياكلها ويضمن بقاءها واستمراريتها.

ولا جدال في أن الديون العمومية¹ تعتبر أهم مورد مالي للدولة وذلك نظراً للدور الحيوي والأساسي الذي تلعبه في تمويل النفقات العمومية المختلفة، وفي تطبيق المخططات الاقتصادية والاجتماعية التي تعود بالنفع على كل فئات المجتمع.

ففي أهم المبادئ المتعارف عليها في الأنظمة الجبائية المقارنة هو الاختصاص الحصري للمشرع في المجال الضريبي هذا المبدأ يفرض على الإدارة الجبائية أن تتقيد بمبدأ الشرعية عند تأسيس وتحصيل أي دين عمومي.

ففي إطار استخلاص الدين الضريبي الذي تتمتع فيه الخزينة بالتنفيذ المباشر على أموال المدين وعلى حرته، وحينما يدهم بمسطرة التحصيل الجبري المتمثلة في الإنذار أو الحجز أو البيع أو الإكراه البدني يلجأ إلى القضاء الاستعجالي الإداري للمطالبة بإيقاف التنفيذ إما بسبب إعفائه من الخضوع للضريبة أو الرسوم التي في حكمها.

فالمشرع المغربي إسوة بالتشريعات المقارنة الأخرى كرس حماية المدين من تسلط الإدارة الجبائية، إذ ارتأى أن يفتح له سبيلاً قضائياً لتفادي الأضرار التي قد يحدثها تنفيذ إجراء التحصيل عن طريق سلوك مسطرة وقف تنفيذ إجراءات تحصيل الدين الضريبي بهدف حماية الحقوق والحريات، والسعي لتحقيق التوازن بين الوضعتين.

أي أن المدين أصبح بإمكانه اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لطلب حماية وقتية ريثما يستوفي منازعته في الإجراءات التي تواجهه بها الإدارة حال تعسفها أو تجاوزها أو غلوها في استعمال سلطتها التقديرية.

فالمشرع أنشأ القضاء المستعجل بجانب قضاء الموضوع لمساعدة المتقاضين وإساعفهم بإجراءات وقتية وعاجلة، بمعنى آخر فهو يضمن تحقيق الحماية القضائية من الناحية الإجرائية الوقتية على أحسن وجه ممكن إلا أن ذلك يستتبع في طياته مجموعة من

¹ -الدين العمومي كما عرفته المادة الثانية من مدونة التحصيل هو كل الديون التي تعود لفائدة الدولة والجماعات الترابية وهيئاتها والمؤسسات العمومية، والتي يعهد بتحصيلها إلى المحاسبين المكلفين بالتحصيل والتي مصدرها:

-القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

-أحكام وقرارات القضاء.

-الاتفاقات.

الشروط والخصائص التي تميز القضاء المستعجل و المتمثلة أولا في عنصر الاستعجال¹ أما بالنسبة للشرط الثاني فيتمثل بعدم المساس بالجوهري أو الموضوع².

فالقضاء المستعجل المنصب على تحصيل الديون العمومية يتعلق بالطلبات المستعجلة التي تنبني المنازعة فيها على خرق لقواعد وإجراءات تحصيل الديون العمومية وارتباطها بصفة المدين.

فالمادة 19 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية تعطي صلاحيات واسعة لرؤساء هاته المحاكم قصد البت في الطلبات الوقتية والتحفظية شريطة أن تكون محكمتهم مختصة بأصل النزاع، وأنه اعتبارا لكون منازعات التحصيل تدخل في إطار القضاء الشامل للمحكمة الإدارية فإنه لا وجود لما يمنع قاض المستعجلات من إصدار أوامر وقتية للحفاظ على حقوق الطرفين، فقاضي المستعجلات بصفته ضامنا للحق كيفما كانت أطراف الخصومة يستند في نظر الدعوى إلى المنطق العرفي الذي يحكم علاقات الإدارة بالأفراد، ويقوم على الأضرار هؤلاء في ذواتهم أو في مالهم، دون موجب حق.

ويقصد بإيقاف إجراءات تحصيل الديون العمومية ذلك الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الذي بموجبه يأمر بالإيقاف المؤقت لإجراءات التحصيل إلى حين بت محكمة الموضوع في أصل النزاع المتعلق بذلك الدين العمومي.

ومعلوم أن الفرع يتبع الأصل في أحكامه ومبادئه، والأوامر الاستعجالية تتبع الأحكام القضائية في ما يخص تنفيذها، إلا أن الأوامر الاستعجالية تنفرد بخصوصية تميزها عن الأحكام الصادر عن الموضوع ولعل أهم خاصية تتمثل في النفاذ المعجل الذي تقترن به الأوامر المستعجلة ومن هناك يمكن طرح التساؤل التالي هل طرق "تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع تناسب تنفيذ الأوامر المستعجلة".

كما يمكن طرح تساؤل آخر يكمن في ماهية الطبيعة القانونية للأوامر الاستعجالية الصادر في مجال إيقاف التنفيذ وهل تنفرد هذه الأوامر بخصوصية على مستوى الإجراءات السابقة على تنفيذ الأمر؟ وعلى مستوى تنفيذه وما هي المدة الزمنية لهذا التنفيذ أي بعبارة أخرى متى يبدأ مفعول الإيقاف، ومتى تنتهي هل بصور قرار استثنائي في الأمر أو بالبت في الموضوع زد على ذلك فالأوامر المستعجلة في مجال إيقاف التحصيل تولد مجموعة من الآثار القانونية عند تنفيذها تكون إيجابية للمدين من جهة وسلبية للمحاسب العمومية من جهة أخرى".

كل هذه التساؤلات وإشكاليات أخرى سوف نقف بالتحليل عندها في هذه المساهمة العلمية المتواضعة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأمر الصادر بإيقاف التحصيل

المطلب الأول: الطبيعة الوقتية للأوامر الاستعجالية

تنقسم الأحكام من حيث وظيفتها إلى أحكام موضوعية وأحكام مؤقتة أو مستعجلة، ويقصد بالحكم الموضوعي الحكم الذي يفصل في مطالبة بحق أو مركز قانوني موضوعي فيؤكد وجوده أو ينفيه أو يرتب آثاره، أما الأمر المستعجل، فيقصد به الحكم الفاصل في ذلك بإجراء وقتي مستعجل لحماية الحق أو المركز القانوني الموضوعي مؤقتا من خطر التأخير الذي يهدد بأضرار محذقة³. أي أن الحكم الوقتي هو الذي يصدر في طلب وقتي، ويكون الغرض منه الأمر بإجراء تحفظي أو تحديد مركز الخصوم بالنسبة لموضوع النزاع تحديدا مؤقتا إلى أن يتم الفصل في الخصومة بحكم يصدر في موضوعها¹.

¹ - يقصد به الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درءه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده.

² - المشرع المغربي لم يعرف هذا الشرط إنما اكتفى بالإشارة إليه في الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية، إذ نص على أنه "لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقتضى به الجوهري".

³ - بلعبادي عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المؤسسات السياسية والإدارية، قسم القانون العام، جامعة قسنطينية، كلية الحقوق، 2008، ص 53.

فهناك إجماع فقيه على أن الأوامر الاستعجالية مؤقتة بطبيعتها وهي بذلك لا تقيد محكمة الموضوع عند نظرها في النزاع، كما يقف أثره من تاريخ صدور الحكم في موضوع الدعوى، إذ من هذه التاريخ تترتب آثار الحكم الأخير، باعتباره حكماً فائداً في موضوع المنازعة واجب النفاذ ويسقط بالتالي الأمر الصادر بإيقاف التحصيل²، وهذا ما قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أن الحكم يوقف تنفيذ هو حكم مؤقت بطبيعته ينقضي وجوده القانوني ويزول كل اثر له إذا قضى برفض الدعوى قضائية الحجية المؤقتة للأوامر الاستعجالية معمول بها في مختلف التشريعات ويترتب عن هذه الحجية المؤقتة عدة نتائج أهمها :

أ - عدم جواز البت في الطلب من جديد مادام أن الظروف لم تتغير

إذ لا يجوز مبدئياً طرح مرة ثانية النقطة التي فصل فيها بموجب أمر استعجالي أول، ولا يكون خلاف ذلك إلا إذا حصل تغيير فيها بموجب أمر استعجالي أول، ولا يكون خلاف ذلك، إلا إذا جعل تغيير في الوقائع المادية أو في المركز القانوني للطرفين أو لأحدهما، من ذلك ما ورد في قرار حديث صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط³.

"حيث تعيب المستأنفة على الأمر المستأنف خرقه لمقتضيات الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود نظراً لسبق تقديم الطالب لنفس الطلب وصدور عدة أوامر بعدم قبوله ومن تم لا يجوز تجديده طالما لم تتغير المعطيات، فمثلاً عن خرق مقتضيات المادة 242 من المدونة العامة للضرائب ولعدم إبراز وجه كفاية الضمانة لتأمين أداء الضرائب التي تقرر إيقافها.

وحيث صرح ما جاء في أسباب الاستئناف ذلك أنه لئن كانت أسبقية البت التي تمنع من إعادة تحديد الطلب مرة ثانية طبقاً لمقتضيات الفصل 421 من قانون الالتزامات والعقود مقررة بالنسبة للأحكام الفاصلة في الجوهر إعمالاً لقاعدة "الحق لا يملك إلا دعوى واحدة"، وذلك خلافاً للطلبات الاستعجالية التي لا تجوز إلا حجية مؤقتة ويمكن تحديدها في كل وقت متى استجد عنصر جديد يجعل الطلب له ما يبرره، فإنه إذا كانت حجية الأوامر الاستعجالية رهينة ببقاء الظروف التي صدرت في ظلها، فإن تغيير الوقائع المادية أو المراكز القانونية للطرفين أو لأحدهما هي الوحيدة التي تبيح العدول عند تلك الأوامر وفقاً لما ورد في قرار المجلس الأعلى عدد 570، الصادر بتاريخ 2011/8/4 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/35، وحيث في نازلة الحال، فالمستأنفة تمسكت أمام قاضي المستعجلات بسبق تقديم نفس الطلب واستناداً إلى نفس المعطيات والعناصر بموجب الملفات الاستعجالية ذات الأرقام 2013/7101/823 و 2013/7101/460 و 2013/7101/1002 و 2013/7101/1651 و 2013/7101/6602 وكما انتهت بعدم قبول الطلب، كما أن الخبرة المستدل بها الأخيرة منذ 2013/07/25 أي قبول صدور أوامر بعدم القبول في الملفات الثلاثة الأخيرة، ومن تم ليس هناك أي جديد يقتضي التراجع عن تلك الأوامر القضائية خارج طرق الطعن المقررة قانوناً، وتبقى بذلك حجة على ما تضمنته، فضلاً عن عدم تحديد الخبرة المستدل بها بشكل دقيق لعناصر تقييم الأصل التجاري للقول بأن القيمة المحددة من طرف الخبير تتجاوز قيمة الديون العمومية الجاري تحصيلها لإمكان القول بكفايتها لتغطية الأداء اللاحق وفقاً لما تنص عليه المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، فكان الأمر المستأنف غير صائب عندما قضى بإيقاف إجراءات التحصيل رغم ما ذكر ويتعين إلغاؤه وبعد التصدي بالحكم من جديد بعدم قبول الطلب.

ب - من جهة أخرى فالأمر الاستعجالي ملزم للأطراف والقاضي

مادام أن الظروف لم تتغير حيث يجب المستأنف الأمر المستأنف بخرق القانون ونقصان التعليل ذلك أنه خالف مقتضيات المادتين 117 و 118 من مدونة التحصيل المتعلقة بإيداع الضمانة ولم يعلل بما فيه الكفاية توافر عنصري الاستعجال وجدية الطلب، كما

¹ - سي محمد الحبان، المنازعات الإدارية الاستعجالية ودورها في حماية الحقوق والحريات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، وحدة التكوين الأنظمة القانونية والقضائية الإدارية المقارنة، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، سلا، 2014، ص 97.

² - محمد أحمد عطية، الطلبات المستعجلة أمام محاكم مجلس الدولة، ط 2، 1997، دار النشر المعارف، الإسكندرية، ص 128.

³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، بتاريخ 2014/07/21، في الملف ع 14/7202/186، غير منشور وأورده حميدول لبلاد.

أنه لم يكن صائباً في ردم على الدفع بسببية البت في الموضوع، فالمستأنف عليه سبق أن تقدم بنفس الطلب في الملف الاستعجالي رقم 2002/750 وبناه على نفس السبب فصدر فيه الأمر بعدم الاختصاص ولا يوجد أي مبرر جديد للأمر بإيقاف التنفيذ والتمس المستأنف إلغاء الأمر الاستعجالي وتصديا القول بأحقيته في مواصلة إجراءات التنفيذ.

لكن حيث إن الحجية التي تكتسبها الأوامر الاستعجالية ليست مطلقة وإنما هي مؤقتة وفي حدود ما لم يستجد من وقائع وأسباب كانت قائمة ومعروضة على أنظار قاضي المستعجلات ومن حق هذا الأخير أن يراجع عن الأمر الذي أصدره كلما تبين له من ظاهر المستندات والوقائع التي بنى عليها أمره السابق أنها تغيرت.

وحيث إن المستأنف عليه أصبح مهدداً بمواصلة إجراءات تنفيذ الأمر بالتفصيل في مواجهته وذلك بالحجز على أمواله فالاستعجال متوفر في النازلة وحيث يتضح من ظاهر المستندات أن دعوى الموضوع تشكل منازعة جدية في الضرائب المفروضة على المستأنف عليه، مما يكون معه الأمر المستأنف واجب التأييد¹.

المطلب الثاني: حجية الأوامر الاستعجالية

إذا كانت الأوامر المستعجلة الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية ذات طبيعة مؤقتة إجماع الفقه، فإن الإشكال يثور حول حجيتها أي هل تكتسب حجية الشيء المقضي به أم لا؟

فقد ذهب فريق من الفقه إلى القول إن الأوامر المؤقتة لا تجوز حجية الأمر المقضي به، لأن الأحكام التي تجوز هذه الحجية هي الأحكام القطعية والسبب في عدم اكتساب هذه الحجية ما تتصف به من التوقيت وهو كونها رهينة بالوقائع والأسباب التي تصدر فيها، ومعنى هذا أن الأوامر الاستعجالية تكتسب حجية مؤقتة حيث تستطيع المحكمة أن تغير موقفها إذا طرأ طارئ بعد صدور الحكم البات في الموضوع وقد اعتبرت محكمة النقض الأوامر الاستعجالية بأنها لا تجوز إلا حجية مؤقتة وهذا ما عبرت عنه وإحدى قراراتها حيث أكدت "أن الأوامر الاستعجالية التي تقضي بالإجراءات الوقتية ليست لها إلا حجية وقتية وفي حدود ما لم يستجد من الوقائع والأسباب التي كانت معروضة على أنظار قاضي المستعجلات، ولهذا فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن قراره كلما تبين له أن الوقائع والأسباب التي بنى عليها القرار قد تغيرت"².

ونفس الأمر يسري على الأوامر الاستعجالية القاضية بعدم الاختصاص، حيث اعتبرتها محكمة النقض لها "حجية وقتية في حدود الظروف والملايسات التي صدرت في نطاقها ولا يقدم فيها كون القاضي الذي أصدره قد أخطأ في تطبيق القانون"³.

كما أن الأمر الاستعجالي ليس له حجية تجاه الغير، كما أنه ليس له حجية تجاه محكمة الموضوع ومادام أنه يمتنع على قاضي المستعجلات التعرض إلى الجوهر أو إلى ما يمس به من قريب أو بعيد.

ومع ذلك، فإن بعض مجالات القضاء المستعجل الإداري أفرزت أوامر تحوز حجية الأمر المقضي به بكامل قيمتها القانونية وليس فقط حجية مؤقتة، من ذلك الأمر الصادر بالإذن في حيازة عقار مشروع حجية مؤقتة، من ذلك الأمر الصادر بالإذن في حيازة عقار مشروع حجية مؤقتة، من ذلك الأمر الصادر بالإذن في حيازة عقار مشروع ملكيتها والأمر الصادر عن رئيس المحكمة إلغاء قرار رفض سند الإقامة أو تجديده أو سحبه أو قرار الاقتياد إلى الحدود أو قرار الطرد أو تجديده أو سحبه أو قرار الاقتياد إلى الحدود أو قرار الطرد، وكذلك الشأن في حالة الأوامر القاضية برفع الحجزات، إذ في هذه

¹ -قرار ع 303، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/05/19 في الملف الإداري، القسم الثاني، ع 2004/2/4/110، غير منشور، أورده حميدول لبلاد، في أطروحته.

² -قرار محكمة النقض رقم 787، بتاريخ 1976/06/14، مجلة المجلس الأعلى، ع 25، 1980، ص 60.

³ -قرار محكمة النقض رقم 879، بتاريخ 1985/4/10، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، ج 2، ص 199، أورده سي محمد الحيان، في أطروحته المنازعات الإدارية الاستعجالية ودورها في حماية الحقوق والحريات.

الحالات يترتب عن الأوامر الاستعجالية أوضاع نهائية وليس مؤقتة، ولذلك يمكن القول بأن بعض مجالات القضاء المستعجل الإداري لا تنطبق عليها الحجية المؤقتة كخاصية عامة من خصائص الأوامر الاستعجالية¹.

المبحث الثاني : الإجراءات السابقة على تنفيذ الأمر وأثاره القانونية

سوف نتحدث في هذا المبحث عن تنفيذ الأوامر الاستعجالية و ما يثيره من إشكاليات على مستوى الإجراءات السابقة و المواكبة لتنفيذ (المطلب الأول) فيما سنقف في المطلب الثاني على آثار الأمر الصادر بإيقاف التحصيل بالنسبة للمدين والمحاسب المكلف بالتحصيل.

المطلب الأول : الإجراءات السابقة لعملية التنفيذ

إن الحديث عن الإطار القانوني المنظم لتنفيذ الأحكام القضائية، ومن بينها الأوامر المستعجلة يستوجب التطرق إلى الإجراءات الممهدة للتنفيذ ثم إلى أنواعه فهناك بعض المقدمات والإجراءات الممهدة التي اشترط المشرع ضرورة استيفائها قبل الشروع في مباشرة مسطرة التنفيذ.

إذ أنه وبعد تقديم طلب من قبل المعني بالأمر وفتح ملف تنفيذه لدى كتابة ضبط المحكمة المعنية بالتنفيذ، وكذا أداء الرسم القضائي المستحق على هذا الطلب²، يتم القيام بتبليغ السند التنفيذي المراد تنفيذه إلى المعنى بالتنفيذ بحيث أن أي إخلال يمثل هذا الإجراء من شأنه أن يؤدي إلى بطلان عملية التنفيذ وذلك وفقاً لما أكدته محكمة النقض من خلال قرار لها "إجراء تبليغ الحكم هو إجراء جوهري وضروري وبه تبدأ مسطرة التنفيذ وإلا كان التنفيذ باطلاً، غير أن القانون لا يقتضي هذا التبليغ في حالات معينة منها الحالة التي تأمر فيها المحكمة بتنفيذ الحكم بموجب أصله في المادة الاستعجالية (الفصل 153 و162 من قانون المسطرة المدنية ومحكمة الاستئناف التي عللت قرارها بأن الأوامر الاستعجالية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون وبمجرد، صدورها تكون قابلة للتنفيذ دون أن تبين ما إذا كان الأمر الاستعجالي المراد تنفيذه والمشمول بالنفاذ المعجل قد أمر بتنفيذه بموجب الأصل والذي لا يقتضي التبليغ في هذه الحال، تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"³.

نفس الإجراء نجده في قانون الإجراءات المدنية الجزائري إذ تبتدئ إجراءات تنفيذ الأمر الاستعجالي باستصدار النسخة التنفيذية التي تسلم من طرف كاتب الضبط استناداً إلى المادة 321 ق.م.

"لكل من صدر لمصلحته حكم قضائي أو كان بيده سند تنفيذي وأراد أن ينفذ بموجبه الحق في الحصول على نسخة مصورة بالصيغة التنفيذية".

كما أنه من الشروط التي استوجب المشرع ضرورة توفرها من أجل سلامة عملية التنفيذ أن يكون الأمر يتعلق فعلاً بسند قانوني قابل للتنفيذ والأحكام والقرارات التي تدخل ضمن السندات القابلة للتنفيذ الجبري يجب أن تتضمن مجموعة من الشروط أهمها أن يكون حكم إلزام أي أن يكون ملزماً لشخص المحكوم عليه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيء، وبالتالي فالأوامر الاستعجالية الصادرة بإيقاف التحصيل تدخل ضمن زمرة هذه الشريحة لكونها تلزم المحاسب بإيقاف إجراءات التحصيل.

¹ -حميدول لبلاد، القضاء المستعجل الإداري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، وحدة العلوم الإدارية والتنمية، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، 2014، ص 172.

² -تبليغ أي حكم قضائي أو قرار قضائي قابل للتنفيذ، يجب أن يستوفي عنه رسم قضائي محدد في 20 درهم، وذلك طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 54 من الملحق الثاني من الظهير الشريف رقم 1-84-54 الصادر بتاريخ 25 رجب 1405 الموافق 27 أبريل 1984، بمثابة قانون المالية لسنة 1984، ولما أكد عليه منشور وزير العدل، ع 974، بتاريخ 25 مارس 1985، حول طلبات تبليغ الأحكام والقرارات النهائية والرسوم القضائية المستوفاة عليها.

³ -قرار ع 1017، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2004/03/22، في الملف ع 03/1613، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى، 2004، ص 88، أورده حميدول لبلاد.

ومن الشروط المطلوبة قانونا للقول بصحة عملية التنفيذ أن يكون هناك طالب التنفيذ، أي الشخص صاحب الصفة والمصلحة في طلب هذا التنفيذ باعتباره المستفيد من السند التنفيذي المطلوب تنفيذه¹، وأن ينصب هذا التنفيذ على الشخص المعنوي العام المعني بالأمر والمحكوم عليه بمقتضى السند التنفيذي موضوع التنفيذ.

وإذا كان الأصل أن يتم التنفيذ عن طريق أعوان التنفيذ التابعين للمحكمة المصدرة للحكم المطلوب تنفيذه، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم هذا التنفيذ عن طريق المفوضين القضائيين².

هذا فبعد استيفاء كل الإجراءات الممهدة للتنفيذ تأتي المرحلة الأخيرة وهي محو المنازعة وغايتها وبل أهم مرحلة من مراحل التقاضي ألا وهو التنفيذ، لأنه هو الذي يحول الحقوق من حالة السكون إلى حالة الحركة ويخرجها من مجال الفكر والتصور إلى مجال التطبيق الفعلي.

وتنفيذ الأوامر المستعجلة يتمثل بخاصية جد هامة تتمثل في النفاذ المعجل واستنادا إلى مقتضيات الفصل 153 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه تكون الأوامر الاستعجالية مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون، ويمكن القاضي مع ذلك أن يقيد التنفيذ بتقديم كفالة... وهذا ما نصت عليه المادة 171 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري "يكون الأمر الصادر بقول الطلبات... والمشمولة بالنفاذ المعجل والأمر الصادر برفضها..."³.

وهذه الخاصية أي النفاذ المعجل الذي هو حق يمنحه القانون للمحكوم له وتحت مسؤوليته من أجل تنفيذ حكم قبل الأوان العادي تنفيذا مؤقتا، لأن استقراره يتوقف على تأييد الأمر من طرف محكمة الاستئناف، تجعل الأمر المستعجل يستمد قوة نفاذه من القانون مباشرة ولا يحتاج إلى أن يطلب من المحكمة ولا يجوز إيقافه وهذه الخاصية التي تمتاز بها الأوامر الاستعجالية تطرح تساؤل عما إذا كانت طرق تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع تناسب تنفيذ الأوامر المستعجلة.

فإذا كان الأصل أن التنفيذ يجب أن يكون دائما اختياريا بحيث أن المنفذ عليه يبادر إلى تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه طوعا وبدون تدخل من السلطة العامة فإنه في غالب الأحيان يكون هذا التنفيذ عن طريق إجبار المعنى بالأمر على الامتثال للأوامر القضائية كلما امتنع عن ذلك وهو ما يطلق عليه بالتنفيذ الجبري للأحكام القضائية.

إن تنفيذ الأوامر الاستعجالية الصادرة في إيقاف تحصيل الديون العمومي تثير مجموعة من الإشكاليات فالمادة 7 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية تحيل على قانون المسطرة المدنية الذي يتضمن في بابه السابع طرق تنفيذ الأحكام، إلا أن هذه الطرق لا تناسب الأحكام الصادرة عن قضاء الموضوع باعتبار المنفذ عليه شخص من أشخاص القانون العام، وبالأحرى تناسب الأوامر الاستعجالية⁴.

¹ -ولو كان خلفا عاما له شريطة التقييد بالشرط المشار إليه في الفصل 442 من قانون المسطرة المدنية وهو يشترط فيه أن يكون ذي صفة ومصلحة في تقديم طلب التنفيذ أي ذي أهلية قانونية في ذلك،

² - وهذه الهيئة منظمة بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 15 محرم 1427 هـ / الموافق لـ 14 فبراير 2006، المتعلق بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين والمعدل للقانون رقم 41-80 والذين ينصب عملهم في مجال التنفيذ وبحسب ما جاء في المنشور الوزاري رقم 95/1 في القيام بما يلي:

- القيام بالإجراءات المتعلقة بأداء مبالغ مالية.

- الحجوزات التحفظية على المنقول والعقار.

- الحجوزات التنفيذية على المنقول....

³ - لبعادي عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة قسنطينة، 2008، ص 59.

⁴ - يشار إلى تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بمقدم بظاهرة امتناع الإدارة غير المبرر في بعض الأحيان عن تنفيذ هذه الأحكام، كما أنه هناك غياب الإطار القانوني الذي يحدد الكيفية والطرق التي يمكن استعمالها في مواجهة الإدارة بمختلف تصنيفاتها ودرجاتها من أجل إشعارها على الامتثال لهذه الأحكام مما يؤدي إلى استغلال الإدارة لهذا الفراغ القانوني قصد التملص من تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهته فيما ينطبق على الأحكام الإدارية الصادرة في مواجهته الإدارة ينطبق كذلك على الأوامر الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية....

كما أن تنفيذ هذه الأوامر الاستعجالية يثير عند تنفيذه صعوبات مادية وأخرى قانونية، كحالة إيقاف الإكراه البدني عند التنفيذ نجد أن المدين حكم عليه بالمدة فهل الإيقاف سيوجه إلى القابض أو رئيس المحكمة الابتدائية أم النيابة العامة
زد على ذلك فهذا الأمر الاستعجالي تأسس على شرط الاستعجال أي مخافة حدوث أضرار يصعب تداركها والحال أنه شرط مفترض يمكن زواله في أي لحظة الشيء الذي يجعل برفع دعوى إلى رئيس المحكمة من أجل إيقاف الأمر لصعوبة في التنفيذ أو لتغير في شروط....

إلا أن هذه الإشكاليات لا تمنع في جميع الحالات من تنفيذ الأوامر الاستعجالية وإعطاء آثاره القانونية بالنسبة للمدين وكذا للجهة المكلفة بالتحصيل.

المطلب الثاني : آثار الأمر بإيقاف تحصيل الدين العمومي

الفرع الأول : آثار الأمر بإيقاف تحصيل على المحاسب العمومي

يترتب عن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات، في مجال إيقاف تحصيل الديون العمومية مجموعة من الآثار القانونية التي يسري مفعولها بمجرد إتمام إجراءات التنفيذ¹.
إذ أن أول الآثار هي إيقاف إستحقاق الدين العمومي موضوع الأمر بالإيقاف، أي أن المحاسب المكلف بالتحصيل يجب عليه بمجرد تبليغه الأمر القضائي أن يوقف إجراءات المتابعة الجبرية، إلا أن الإشكال الذي يواجه المحاسب العمومي في هذا الصدد هو أن المدونة الجديدة لتحصيل الديون العمومية وسعت مفهوم المدين، من المدين الأصلي إلى المدينين بالتضامن والأغيار الحائزين وأعطته إمكانية متابعة واحد أو أكثر حسب ملائمة الذمة من أجل دين واحد إلا أنه في حالة قيام المدين الأصلي باستصدار أمر استعجالي بإيقاف إجراءات التحصيل ضده فهل آثار هذا الإيقاف يسري على كافة المدينين أم أن المدين الأصلي هو الذي له حق الاستفادة من الأمر دون غيره.

كما أن إيقاف استحقاق الدين بحد ذاته يولد مجموعة من الإشكاليات عند تنفيذ الأمر بالإيقاف، وتتمثل في أي من الديون مشمولة بالإيقاف، هل الدين الأصلي أم الفرعي أم هما معا.

فمعلوم أن الدين العمومي المتأسس على سند التحصيل هو الذي يباشر فيه التحصيل الرضائي أو الجبري، إلا أنه وبعد مرور أجل الاستحقاق يبتدئ سريان فوائد التأخير وصوائر التحصيل في حالة القيام بإجراء من الإجراءات، هذه الصوائر والفوائد تشكل في مجملها ديون فرعية تضاف إلى الدين الأصلي.

لقد أكد أغلب الفقه الإداري ومعه العمل القضائي أن المفعول الوقي للأوامر الاستعجالية لا تؤثر على استمرارية سريان غرامات التأخير التي تبقى سارية وإن توقفت المتابعات الظاهرة ذلك أنه في حالة عدم تمكين المدين من استصدار حكم بالإلغاء الكلي أو الجزئي للدين العمومي أو عدم حصوله من الجهة الدائنة على سند بالإلغاء الكلي أو الجزئي للدين يؤدي إلى احتساب الغرامات المترتبة عن التأخير وعن توقف حتى خلال المدة التي توقفت فيها باقي المتابعات².

¹ -تميز المدونة بين تاريخ الشروع في التحصيل وأجل الاستحقاق الذي تبتدئ مع احتساب فوائد التأخير إذ يتغير أجل الاستحقاق حسب كل دين على حدى.

² -عبد الناصر علوش، إيقاف إجراءات تحصيل الديون أمام القضاء الاستعجالي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات، جامعة المولى إسماعيل، كلية الحقوق، مكناس، 2009/2010، ص 95.

إن آثار إيقاف التحصيل يمكن أن تمتد لتصل إلى الجانب الاقتصادي والاجتماعي، إذ تتجلى هذه الآثار أن المبلغ الذي كان مشروع التحصيل بدوره كان مبرمجا لضخه في الالتزامات المالية المسطرة وفقا لميزانية مصادق عليها من طرف البرلمان تتضمن مشاريع وأداء أجور موظفين وسداد ديون مقاولات نفذت صفقات عمومية، ليصبح الأمر غير مكتمل ويستلزم إعادة النظر فيه بطرق سريعة¹.

كما أنه من أشد الآثار القانونية خطورة على حقوق الخزينة وعلى مسؤولية المحاسب العمومي هي الأمر الصادر بإيقاف تحصيل الدين دون اشتراط تقديم الضمانة²، ففي هذه الحالة ومن أجل تحقيق التوازن بين امتيازات الخزينة وحقوق المدين بالدين الذي هو موضوع الأمر بالإيقاف يرى جانب من الفقه أن ينحو القضاء الإداري المغربي منى نظيره الفرنسي حيث تنص الأوامر التي تقضي بوقف التنفيذ في نفس الوقت على إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية، من طرف الإدارة لضمان حقوق الخزينة.

فإيقاف التحصيل بناء على أمر استعجالي يجب أن لا تحول دون قيام المحاسب بالإجراءات الموازية التي لا تطالها حجبة المقررات القضائية، بل بالعكس يجب أن تكون فرصة للمحاسب لتكثيف يقظته عن طريق ممارسة الاستقصاء بحق المدين طالب الإيقاف، مع توسيع حق الاطلاع على أوضاعه بالترصد والاستعلام عن كل عملية مشبوهة أو مريبة قد يستعملها لافتهال العسر، واتخاذ كل تدبير تحفظي يضمن تحصيل الدين العمومي.

ويرى البعض أن إصدار أمر بإيقاف التنفيذ وإن كان يترتب عنه وقف مسطرة الاستخلاص، وحتى ترتيب الجزاء المنصوص عليه في الفصل 243 من القانون الجنائي في حالة الاستمرار في التحصيل رغم وجود الأمر القضائي المذكور فإنه لا وجود لما يمنع المحاسب من اتخاذ التدابير الكفيلة بالحفاظ على المال العام من حجوز تحفظية ورهون وتقييدات احتياطية وغير ذلك من الإجراءات التحفظية التي يسمح بها القانون والتي لا تتعارض مع الآثار المترتبة عن صدور الأمر بالإيقاف³.

أما في حالة تقديم الضمانة⁴ كشرط للحصول على الأمر الاستعجالي بإيقاف التنفيذ فأثر هذا الأمر لا يثير أي إشكالية مادامت حقوق الخزينة محفوظة.

كما أن المحاسب العمومي يفرض عليه تتبع كل أمر استعجالي صادر لإيقاف التحصيل والاطلاع على إجراءات الطعن ومأل الملف، فعندما تصرح محكمة الدرجة الثانية بإلغاء المقرر المطعون فيه، فإن الأمر الاستعجالي الأول يتحلل و تنفسخ آثاره ويعود الطرفان إلى نفس الوضع الذي كانا عليه قبل صدور الأمر الابتدائي لتواصل عمليات التحصيل والمتابعات من النقطة التي توقفت عندها.

الفرع الثاني : آثار الإيقاف بالنسبة للمدين

أمام القوة التنفيذية التي تتسم بها إجراءات التحصيل بالشكل الذي يكون معه المدين مهددا في ماله وحرته مما يحتم إيجاد جهة قضائية قادرة على توفير الضمانات اللازمة من خلال سرعة التدخل وقصر المواعيد فكان المجال الطبيعي للطلبات المنصبة على إيقاف تلك الإجراءات بشكل مؤقت هو مجال القضاء المستعجل¹.

¹ - عبد الله الحسيني، إيقاف إجراءات تحصيل الدين العمومي أمام القضاء الإداري الاستعجالي، بحث لنيل دبلوم الماستر، وحدة القانون والعلوم الإدارية، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، 2013، ص 93.

² - هناك اتجاه قضائي يؤكد على أن مسألة الضمانة لا تخاطب من كانت منازعته في مشرعية الضريبة جدية سواء على مستوى مبدأ الفرض أو مسطرته أو مسطرة التصحيح ينتج عن المراقبة الضريبية وقد كانت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط سبابة إلى تبني هذا الاتجاه إذ ورد في قرار لها. وحيث يؤخذ من ظاهر الوثائق خاصة قرار اللجنة المحلية المؤرخ في 2007/05/08، ملف رقم 2007/7، وذلك أمام عدم وجود محضر قانوني مضمن به تاريخ الشروع في الفحص جدية طلب المستأنف، مما يبقى المستأنف مستجمعا لشرط إيقاف التحصيل ويكون بالتالي في حل من تقديم الضمانة، قرار ع 2031، بتاريخ 2009/05/18، ملف ع 02/09/07، غير منشور أورده حميدول لبلاد، في أطروحة القضاء المستعجل.

³ - أعلوش عبد الناصر، م س، ص 95.

⁴ - هناك اتجاه قضائي تبني إلزامية تقديم الضمانة وذلك تطبيقا لنص المادة 242 بالرغم من جميع الأحكام المخالفة، لا يمكن إيقاف تنفيذ تحصيل الضرائب والرسوم المستحقة إثر مراقبة ضريبة إلا بعد وضع الضمانات الكافية كما هو منصوص عليها في المادة 118 من القانون 97/15، بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

من الآثار القانونية للأمر الاستعجالي تتجلى في حماية المدين من الخطر المحدق به، الذي يكون عبارة عن إجراء للحجز على عقاراته أو منقولاته أو على حريته عن طريق الإكراه البدني إلى حين البت في الدعوى أمام محكمة الموضوع.

فإذا كان طلب الإيقاف ينصب مثلا على إجراءات الحجز فإن الأمر بالإيقاف يشمل إجراءات الحجز وما يليه من إجراءات التحصيل إلى غاية البت في موضوع النزاع.

إضافة إلى ذلك فالأثر الثاني يتمثل في أن مفعول إيقاف تنفيذ الدين العمومي يمتد من تاريخ النطق بالأمر وتبليغه إلى غاية بصدور قرار بات في الموضوع أو إلغاء الأمر في المرحلة الاستئنافية.

فإذا آلت المنازعة في الموضوع إلى إلغاء الدين المتنازع حوله فإن الإيقاف يتحول مباشرة إلى الإلغاء سواء الكلي أو الجزئي.

يثار كذلك في هذا الصدد أن المدين يستفيد من وقف سريان التقادم أي أن تمكنه من استصدار أمر بإيقاف إجراءات الاستخلاص يتحقق المانع القانوني في مواصلة المحاسب العمومي لمسطرة التحصيل.

ويقترن ذلك بوقف التقادم طيلة قيام المانع القانوني ويشار إلى أن منازعة الموضوع ليس لها أي أثر واقف للتحصيل كما هو الأمر بخصوص طلب إيقاف التنفيذ أمام القضاء المستعجل حيث أن المحاسب العمومي يبقى محقا في مواصلة إجراءات أولية تسبق وتقام عملية التنفيذ.

ومؤدى ذلك أن وقف التقادم يسري من تاريخ تنفيذ أمر الإيقاف وتستمر إلى غاية صدور حكم الموضوع باعتبار أن أوامر الإيقاف تؤكد في منطوقها أن الإيقاف يستغرق الحيز الزمني الممتد من تاريخ تنفيذ أمر الإيقاف إلى غاية صدور حكم الموضوع، غير أنه إذا أُلغى أمر الإيقاف في مرحلة موائية من درجات التقاضي انتفى الأساس القانوني في الاستمرار في إيقاف إجراء الاستخلاص بصورة يجوز فيها للمحاسب العمومي استئناف التدابير من جديد.

¹ -محمد النجاري، تساؤلات حول اختصاص المحاكم الإدارية في مسطرة منازعات تحصيل الضرائب على ضوء المدونة الجديدة، المجلة المغربية للإدارة والتنمية السلسلة العادية، ع 37، مارس / أبريل 2001، ص 20.

الرقابة القضائية ضمانة هامة لأطراف المنازعة الإدارية

حسين عبدالقادر الجنيدي

طالب باحث في سلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس. الرباط

كلية الحقوق. سلا

تقديم

يعتبر القضاء من أهم الركائز الأساسية لقيام دولة الحق والقانون ، نظرا للدور الموكل إليه في حل النزاعات عموما ، وعلى وجه الخصوص المنازعات الناشئة بين الخواص والإدارة ، بالشكل الذي يضمن مبدأ المساواة واحترام مبدأ المشروعية . ولا يمكن أن يقوم القضاء بدوره الفعال مالم يكن متمتعا باستقلالية تامة ، وتكون هذه الاستقلالية دعامة قوية للعدالة المرجوة متى ما كان متخصصا حسب المنازعة أو الدعوى المرفوعة أمامه وما لها من خصوصيات تميزها عن غيرها . والجهاز القضائي في الكثير من الدول ومنها الجمهورية اليمنية هو إحدى سلطاتها الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، هذه الأخيرة لا تختلف عن التنفيذية والتشريعية من حيث أن لها أسس ومبادئ نص عليها الدستور . وهي بموجب ذلك الدستور سلطة مستقلة ، تتكون من قيادة عليا متمثلة بمجلس القضاء الأعلى الذي يختص برسم السياسة العامة لهذه السلطة ، كالتنظيم والهيكلية وتحديد الاختصاصات وآلية التسيير والتخطيط والتأهيل..... وغير ذلك وتضمينها في مشاريع قوانين ولوائح عامة . هذه السياسة تترجم تنفيذيا من المكون المني للسلطة القضائية وهم القضاة وأعضاء النيابة ، والهيئات التابعة لها التي تيسر سبل العمل القضائي . إلا أن ما يميز الجانب المني القضائي أن الأعمال الصادرة عنهم تحوز حجيتها على أطرافها بغض النظر عن جهة انتساب هذه الأطراف . فالأحكام القضائية لا تخضع إلا لرقابة حدها القانون ، وهي طرق الطعن المنصوص عليها بالقوانين الإجرائية ، وتنتهي أيضا بأحكام قضائية عن جهات قضائية أعلى ، حائزة لحجية الأمر المقضي . على عكس الأعمال الصادرة عن أجهزة السلطة التنفيذية والتي تعتبر أعمالا إدارية صادرة عن الإرادة المنفردة كاللوائح والمنشورات والقرارات ، أو أنها عبارة عن أعمال إدارية تعاقدية والمتمثلة بالعقود الإدارية . فهذه الأعمال الإدارية تخضع لرقابتين ذاتية وقضائية ، هذه الأخيرة لها بالغ الأهمية للحد من تعسفات الإدارة وتحسين العمل الإداري . ولا يمكن الحديث عن الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية ومدى فاعليتها مالم نتطرق إلى الرقابة الإدارية على أعمالها . إذن فما مدى فاعلية الرقابة القضائية للحد من تعسفات الإدارة ، وكذا دورها في تحسين عمل الإدارة ، وتقدير قيمتها اذا ما قورنت بالرقابة الذاتية الإدارية ؟ ... للمقاربة سيتم تناول الموضوع اجمالا في محورين وعلى النحو الآتي :

المحور الأول : الرقابة الإدارية على أعمالها الإدارية .

المحور الثاني : الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية .

المحور الأول : الرقابة الإدارية على أعمالها الادارية¹ :

الرقابة الإدارية هي رقابة ذاتية إذ تقوم الإدارة برقابة نفسها بنفسها ، فتقوم بتصحيح ما تكتشفه من أخطاء في تصرفاتها المختلفة ، أو بإعمالها سلطاتها بهدف المصلحة العامة ، وتتنوع بحسب كيفية إعمالها، وهو ما سيتم بيانه في الآتي :

¹ للمزيد د ثورية لعويوني . القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة . دراسة مقارنة . دار النشر الجسور 40 . وجدة . الطبعة الأولى . 2005 . ص 47 وما بعدها

أولاً: رقابة الإدارة على اعمالها الصادرة بإرادتها المنفردة .:

وهي القرارات واللوائح الإدارية وفي هذا المجال تكون الرقابة إما رقابة تلقائية¹ ، أو رقابة بناء على تظلم.

1. الرقابة التلقائية : ويتحقق هذا النوع من الرقابة بأن تراجع الإدارة من تلقاء نفسها القرار الذي صدر عنها بفحص مشروعيتها ومدى ملائمته للهدف المرجو منه . وينتج عن هذه الرقابة إما تأكيد سلامة العمل وصحته وإما سحب القرار أو إلغاءه أو تعديله لعدم مشروعيتها أو لعدم ملائمته ، ويكون ذلك لإتاحة الفرصة للإدارة في تصحيح قراراتها المعيبة² وهذه الرقابة قد تمارس من مصدر العمل . الجهة التي أصدرت القرار . أو قد يمارسها الرئيس الإداري بما يملك من سلطة رئاسية على أعمال تابعيه . كما أن هذه الرقابة قد تمارسها الأجهزة الرقابية في ذات السلطة التنفيذية كالجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة.

2. الرقابة بناء على تظلم : تمارس هذه الرقابة عندما يتضح للإدارة عدم مشروعية القرار التي أصدرته أو عدم ملائمته نتيجة تظلم يقدم إليها من صاحب الشأن . ولا يشترط في التظلم أن يقدم في ميعاد محدد ، أو أن يأخذ شكلاً معيناً إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، والأصل في التظلم أن يكون اختيارياً . غير أن بعض التشريعات قد تجعله أحياناً إجبارياً في مسائل معينة محددة بالقانون . عندما يلزم الأفراد بضرورة تقديم التظلم أمام جهة الإدارة ووفق الإجراءات وبالأجل المنصوص عليها قانوناً قبل الالتجاء إلى القضاء فيكون بذلك التظلم شرطاً لقبول دعوى الإلغاء³ ، مالم فإن العمل الإداري بهذه الحالة يصبح حصيناً لتخلف صاحب الشأن من رفع التظلم في الموعد المحدد ووفق الإجراءات التي نص عليها القانون . وهناك حالات يكون التظلم جوازياً وقد يلجأ إليه المتضرر من العمل الإداري إذا رأى أن نتائجه ستكون ايجابية لما لهذه الطريق من ميزة السرعة والبساطة في إجراءاته من خلال اللجوء إلى الإدارة لمراجعة العمل المتخذ وتصحيح الخلل سيما ثبت حسن النية لدى مصدر القرار .. وبعض التشريعات توجهه تجاه بعض الأعمال الإدارية . القرارات الإدارية كما هو الحال في قانون مجلس الدولة المصري⁴ .

والتظلم قد يكون ولائياً أو رئاسياً أو يقدم أمام لجنة رئاسية متخصصة .

فالتظلم الولائي هو التظلم المقدم إلى من صدر منه القرار مباشرة موضحاً فيه أوجه الخطأ والأسباب التي يستند إليها المتظلم وذلك لسحب هذا القرار أو إلغاءه أو تعديله أو استبداله بغيره⁵ . وعادة مايقوم مصدر القرار بالنظر إلى هذا التظلم بجدية إذا ما كان مبنياً على وقائع وأسباب تؤيده وذلك خوفاً من الالتجاء إلى الرؤساء في الجهة أو الإدارة أو الالتجاء إلى القضاء .

وقد يتقدم صاحب المصلحة بتظلم إلى الرئيس الإداري للموظف أو الجهة مصدرة القرار مبيناً فيه الأخطاء التي وقع فيها المرؤوس ليقوم الرئيس بسحب ذلك القرار أو إلغاءه أو تعديله أو استبداله بغيره لما له من سلطة رئاسية⁶ . وهذا ما يطلق عليه التظلم الرئاسي . ويلجأ صاحب الشأن إلى هذا التظلم إن كان يرى ألا جدوى من التظلم الولائي .

وهناك من التظلمات ما ينظمها القانون ويحدد الاختصاص بالبت فيها إلى لجنة إدارية مختصة هذه اللجان وان كانت مشكلة من منتسبي الوحدة الإدارية مصدرة القرار ، أو من وحدة إدارية أخرى يحددها القانون . إلا أنها ليست هي من

¹ د علي سعد عمران . القضاء الإداري . تصنيف رقم 342 . المملكة الاردنية الهاشمية . عمان . الرضوان للنشر والتوزيع . الطبعة الاولى . 2016 . م . ص 79

² د محمد رفعت عبد الوهاب . القضاء الإداري . الكتاب الاول . بيروت . منشورات الحلبي الحقوقية . 2005 . ص 78

³ د ماجد راغب الحلو . القضاء الإداري الاسكندرية . منشأة المعارف . 2004 . ص 59

⁴ د مازن ليلو راضي . الوجيز في القضاء اداري الليبي . الاسكندرية . دارالمطبوعات الجامعية . 2003 . ص 42

⁵ د محسن خليل . القضاء الإداري اللبناني ورقابته على اعمال الإدارة . دار النهضة العربية . 1972 . ص 89

⁶ د ماجد راغب الحلو . مرجع سابق . ص 60 . 59

اصدر القرار الإداري . ومن هذه اللجان اللجان الضريبية ، لجنة السلك الدبلوماسي ، لجان شئون الموظفين ، لجنة المناقصات وغيرها . هذه اللجان يتجه إليها المتضرر من العمل الإداري للنظر في مدى مشروعية وملائمة ذلك العمل الصادر عن الإدارة ، وتفصل هذه اللجان بالتظلمات المقدمة إليها دون الرجوع إلى الرئيس الإداري للجهة مصدرة القرار . وتشكل هذه اللجان كما بيناه سلفا وفقا للقانون الذي ينيط بها صلاحية النظر في حالات يحددها بنصوصه ، وغالبا ما تكون هذه اللجان خطوة نحو تطبيق الرقابة القضائية¹ .

ثانيا : فيما يتعلق بالعقود الإدارية :

فتكمن رقابة الإدارة فيما على قيام هذه الأخيرة بإعمال سلطاتها باعتبارها صاحبة الامتياز وممثلة للحق العام ، وتهدف في تعاقدها لتحقيق الصالح العام . هذه السلطات تتمثل بحقها بالتعديل في العقود الإدارية ، وفسخها ، وإحلالها محل المتعاقد بالتنفيذ ، وبما يتلائم مع تحقيق المصلحة العامة .

و تتميز الرقابة الذاتية بأن إعمالها لا يتطلب التنصيص القانوني في كل أحوالها وليست مقيدة بإجراءات أو شكلية أو رسوم ، ولا يترتب على عدم تقديم التظلم بأنواعه حرمان صاحب المصلحة من حقه في الطعن القضائي إذا تقدم به في مواعيده وبالإجراءات القانونية . كما أن الرقابة الذاتية لا تقتصر على عيوب المشروعية فقط بل تتعداها إلى الملائمة ، وقد تستند إلى أسباب إنسانية أو اجتماعية² . وهي بمميزات تختلف قوة ومدى باختلاف النظام الإداري المتبع في الدولة ، فإن كان النظام مركزيا كانت الرقابة قوية متسعة نظرا لما يتمتع الرؤساء الإداريين بسلطة واسعة تجاه تصرفات مرؤوسهم إلغاء وتعديلا وتبيلا . في حين أن النظام اللامركزي لا يكون للإدارة المركزية سوى الرقابة الإدارية المحدودة حيث تكون مقيدة ومقصورة في نطاق محدد³ .

وإن كانت تمثل ضمانا للمتضرر المتعامل مع الإدارة وعلى الرغم من تلك المميزات إلا أنها في حقيقتها تعتبر ضمانا قاصرة ، من حيث أن الرقيب على العمل لا يزال يحتفظ بسلطاته كطرف أقوى ، ويستخدم هذه السلطات في تقدير ملائمة إنصاف المتضرر من عدمه تحت ذريعة أن الإدارة هي الممثل للحق العام الساهر على تحقيق المصلحة العامة (فهي الخصم والحكم) وفي هذه الحالة قد تحيد عن هدفها العام للقول بسلامة تصرفها إما بحسن نية أو بسوء نية . بالإضافة إلى الكثير من العيوب والقصور في هذه الرقابة . منها أن الإدارة غير ملزمة بالإجابة على تظلمات الأفراد وشكاواهم⁴ ، وإذا ما صححت الإدارة عملها من الأخطاء التي شابته ، فإن هذا التصحيح يبقى جزئيا مؤقتا ولا يحوز حجية الشيء المقضي فيه كالأحكام القضائية⁵ . كذلك فإن صاحب المصلحة يحرم من أهم الضمانات منها مبدأ مواجهة ومبدأ المساواة ..

فضلا عن ان هذا النوع من الرقابة كما سبق يفتقر إلى الحياد والاستقلالية ، فالإدارة تجمع بين صفتي الخصم والحكم في آن واحد تجاه القرار محل التظلم وهو أمر لا يحقق العدالة في كثير من الأحيان فقد لا تعترف الإدارة بأخطائها رغم علمها بذلك ، لذا لا يشعر الأفراد بالأمان والثقة عند تقديمهم تظلماتهم الإدارية⁶ .. ولا يبقى أمامهم إلا اللجوء إلى القضاء باعتبار الرقابة القضائية هي أهم ضمانة للمتضرر من العمل الإداري كما سنراه تباعا . والإدارة في المجالين السابقين من رقابتها على أعمالها تخضع أيضا لرقابة القضاء إن تجاوزت السلطة الممنوحة لها .

¹ د مازن ليلوراضي . مرجع سابق . ص 43

² د محمد رفعت عبد الوهاب . مرجع سابق . ص 43 .. د علي سعد عمران . مرجع سابق . ص 82

³ د سامي جمال الدين . الرقابة على اعمال الإدارة . الاسكندرية . منشأة المعارف . بلا سنة طبع . ص 228 . 229

⁴ د علي سعد عمران . مرجع سابق . ص 83

⁵ د عبدالرحمن نورجان الابويي . القضاء الإداري في العراق . اطروحة دكتوراة . جامعة القاهرة . كلية الحقوق . مطابع دار الشعب . 1965 . ص 25

⁶ د محمود حلي . القضاء الإداري . الطبعة الثانية . القاهرة 1977 . ص 19

وقد يتساءل المطلع عن الفرق بين الرقابة الذاتية الإدارية والرقابة الذاتية القضائية ، أي رقابة الإدارة عن أعمالها الإدارية ، ورقابة القضاء عن الأعمال القضائية . فهل كل سلطة تعتبر خصما وحكما بقرابتها الذاتية؟
الجواب على هذا التساؤل يدركه المتمعن على أجدديات الرقابة الذاتية لكل سلطة على أعمالها ، وأساليب تلك الرقابة وإجراءاتها ليصل إلى أن :

القضاء يصدر أحكاما في منازعات ترفع إليه من خصم يطالب بحق يدعيه على خصم آخر ، فيصدر القاضي حكمه في هذه المنازعة إما بثبوت الحق متى ما توافرت دلائله . والزام من ثبت لديه بإعادته . أو بعدم ثبوته . فالقاضي وإن كان من قام بالعمل ، أي أنه أصدر المقرر القضائي ، إلا أنه ليس طرفا فيه ، وليس له المصلحة في بقائه إن كان يجانب الصواب . كما أن الهيئة التي تنظر الطعن وتفصل فيه هي هيئة أعلى ، فيتجلى لدى القاضي الاستقلال الموضوعي كونه يفصل في قضية أطرافها أغيار . والاستقلال الذاتي كذلك النابع من انتفاء مصلحة شخصية في موضوع العمل القضائي الصادر عنه ، ودون أن يكون محل تبعية وظيفية في قضائه لأحد . فيبقى عنصر الحياد هو الحاكم في الأعمال القضائية . وبذلك فهي لا تسمى رقابة إنما تمثل ضمانا للمتقاضين للحصول على العدالة الموثوقة .
أما الإدارة هي طرف أساسي في العمل الإداري ، وصاحبة مصلحة في موضوع ذلك العمل ، وهي الطرف الأقوى ، والمتعامل معها هو الطرف الضعيف . وكما سبق فقد تنحاز لتقول كلمتها بسلامة أعمالها ، وبذلك لا تكون بمنأى عن رقابة سلطة أخرى مستقلة هي السلطة القضائية ، تحت مسمى الرقابة القضائية

المحور الثاني: الرقابة القضائية على الأعمال الادارية :

وهي الرقابة التي تتولاها المحاكم على أعمال الإدارة . ويعد هذا النوع من أكثر الرقابة فاعلية وضمانا في إلزام الإدارة باحترام مبدأ المشروعية وكذلك حماية حقوق الأفراد وحياتهم¹ ، وذلك لحيدة ونزاهة القضاء واستقلاله عن أطراف النزاع بالإضافة إلى دراية القاضي حسب تكوينه بالمسائل القانونية والقضائية ، وعلى الرغم من كلفة هذا النوع من الرقابة وعدم سهولة إجراءاته إلا أنه يحقق الحماية الحقيقية لما سبق ذكره . ويظهر أن قوة الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية مستمدة من المبدأ الأساسي المتمثل باستقلال القضاء وحصانته . فاستقلال القضاء وحصانته ضمانتان أساسيتان لتأمين خضوع الدولة للقانون وحماية الحقوق الحريات² . فإذا لم يتم القضاء على أساس متين من الاستقلال والنزاهة ينهار أساس الحياة الديمقراطية في البلاد فالعدل أساس الحكم³ .
فرقابة القضاء على أعمال الإدارة لن يتحقق ويثبت نجاعته الايجابية لكل من الإدارة والطرف الآخر إلا باستقلال القضاء . حيث أن مبدأ المشروعية الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضروريا بقدره وهو مبدأ الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية لان هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية المشروعية . فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود . فالإخلال بهذا المبدأ يجعل مبدأ المشروعية منعما .
كذلك فان قيام القاضي بأداء رسالته حرا مستقلا مطمئنا أكبر ضمانا لأفراد الشعب حكاما ومحكومين على السواء⁴ .

¹ د محمد رفعت عبد الوهاب . مرجع سابق . ص 85

² المادة الأولى من الاعلان العربي لاستقلال القضاء . عمان . ابريل . 1985 . للمزيد د طلعت يوسف خاطر . استقلال القضاء . حق الانسان في اللجوء إلى قضاء مستقل . كلية الحقوق . جامعة المنصورة . دار الفكر والقانون . المنصورة . 2014 . ص 53 وما يليها . د عائدة عبد الملك عبد الفتاح الشامي . دور القضاء اليمني في المنازعة الإدارية . دراسة مقارنة . اطروحة دكتوراة . كلية الحقوق . جامعة اسيوط . 2013 . ص 22 وما يليها .

³ م يعي الرفاعي . الوثائق الاساسية لمؤتمر العدالة الاول . 20-24 يناير 1986 . ص 15

⁴ د طلعت يوسف خاطر . استقلال القضاء حق الانسان في اللجوء إلى قضاء مستقل . الطبعة الاولى . دار الفكر والقانون . المنصورة . 2014 . ص 32

إن هذه الرقابة تبدأ منذ لجوء المتعامل مع الإدارة سواء كان تابعا أو متعاقدا ، إلى القضاء لرفع مظلمته الناشئة من تعسف الإدارة . هذه الرقابة هي أهم الضمانات للمتضرر من العمل الإداري كما سبق القول وذلك لاعتبارين :
الاعتبار الأول : أن السلطة القضائية هي سلطة مستقلة عن سلطة الإدارة .
الاعتبار الثاني : أن القاضي يفصل في خصومة طرفيها مدع ومدعى عليه ، وبالتالي يتساوى مركزا الطرفين في الخصومة أمامه .
ولا تتم هذه الرقابة تلقائيا ، بل لابد من اتباع طريق الطعن القضائي المتمثل بالدعوى القضائية وذلك ضمنا أيضا لاستقرار الأوضاع القانونية .

وفاعلية الرقابة القضائية وآثارها تختلف باختلاف النظام القضائي بالدولة . وهو ما سيتم بيانه وعلى النحو الآتي .:

أولا : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في نظام القضاء الموحد :

المقصود بنظام القضاء الموحد وجود جهة قضائية واحدة في الدولة هي جهة القضاء العادي ، ممثلة بمحاكمها على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتتولى الفصل في جميع أنواع المنازعات التي تثور بين الأفراد الطبيعيين أو بين الأفراد وجهة الإدارة ، وبذلك يكون الاختصاص للقضاء العادي عاما وشاملا لجميع أنواع المنازعات سواء كانت عادية أم إدارية¹ ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 89 من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (40) لسنة 2002م والمعدل بالقرار الجمهوري رقم (2) لسنة 2010 م بانه : 1- تختص المحاكم الابتدائية بالحكم ابتدائيا في جميع الدعاوى التي ترفع إليها أيا كانت قيمتها أو نوعها .

والنظام الموحد لا يتميز بوحدة القضاء بل كذلك بوحدة القواعد القانونية المطبقة على سائر المنازعات² .

ونطاق هذه الرقابة في النظام الموحد تختلف أيضا باختلاف الدول الآخذة به ، فالقاضي الانجليزي كما هو معمول به في بريطانيا تتسع رقابته على مشروعية العمل أو القرار الإداري من حيث مراقبة المشروعية ومراقبة عنصر الملائمة . المعقولية . ، وفي إطار هذه الرقابة يكون له سلطة توجيه الأوامر للإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين ، فيلزمها بسحب قرارها أو تعديله أو استبداله بغيره على النحو الذي يراه ملائما ، أو يأمر بعدم إصدار قرارها إذا ثبت الطاعن انه سيلحق به ضررا . وهو بهذه الرقابة يشبه السلطة الرئاسية في العمل الإداري³ . وبالنسبة لمسؤولية الدولة فلم تكن في بداية الأمر مسؤولة عن أعمال موظفيها لكن مؤخرا أصبحت مسؤولة عن أعمالهم بموجب قانون دعاوى التاج الذي اقر بمسؤولية الدولة ولكن حدد الحالات التي تثار فيها هذه المسؤولية وأورد قيودا على تحققها⁴ . والحال كذلك في دول أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية فيما يتعلق بحماية المشروعية بشرط أن يكون الطاعن قد استنفذ جميع طرق الطعن أمام اللجان الإدارية . وبالنسبة لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها فقد كان المبدأ بعدم المسؤولية أيضا إلا انه صدر مؤخرا قوانين تخفف من حدة هذا المبدأ مع الكثير من الاستثناءات⁵ . بينما الكثير من الدول التي تأخذ بالنظام الموحد ومنها الجمهورية اليمنية فان الرقابة لازالت قاصرة ، والدعاوى القائمة على أعمال الإدارة فيها محدودة رغم جراءة القاضي اليمني فيها وتصدره للدعوى المرفوعة في ذلك الإطار المحدود وإصداره الأحكام ضد أعمال الإدارة الغير مشروعة ، وفي إطار القضاء الشامل أيضا إلا أنها لا زالت بمحدوديتها نظرا للإفتقار إلى النصوص القانونية بهذا الشأن ، وانعدام الوعي في مثل هذه المنازعات سواء على المستوى المهني القضائي أو

¹ د سامي جمال الدين . مرجع سابق . ص 239

² د السيد حسن البسيوني . دور القضاء في المنازعة الإدارية . القاهرة . عالم الكتب . 1982 . ص 14

³ د علي سعد عمران . مرجع سابق . ص 85 . 86

⁴ د اسماعيل ابراهيم البدوي . القضاء الإداري . الجزء الثاني . القاهرة . دار النهضة العربية . 1993 . ص 14

⁵ د حسن زكريا المحامي . الاتجاه الحديث لمسؤولية الدولة في القانون الأمريكي الاتحادي . مجلة ديوان التدوين القانوني . السنة الثالثة . العدد 1 ، 2 . بغداد 1994 .

لدى أطراف النزاع وممثلهم القانونيين فضلا عن أن الإجراءات هي إجراءات التقاضي العادي الذي لا تنسجم وخصوصية المنازعة الإدارية . ورغم ما للرقابة القضائية على أعمال الإدارة في إطار النظام القضائي الموحد من مميزات والتي أهمها :

أن وحدة القضاء تؤدي إلى التيسير على المتقاضين لأنه يتسم بالبساطة بعيدا عن التعقيد وتنازع الاختصاص ، وأن هذا النظام أكثر اتفاقا مع مبدأ المشروعية ، حيث يخضع الأفراد والإدارة لقضاء واحد وقانون واحد فيتحقق بذلك مبدأ المساواة بين الحاكم والمحكوم أمام القضاء والقانون¹.

إلا أن عيوبها تطغى على كونها رقابة تأخذ نتيجة مرضية ، ومن أهم هذه العيوب أن القضاء الموحد يتجاهل طبيعة المنازعات الإدارية وخصوصياتها . والتي لا يمكن تفعيلها في غياب قانون إجرائي خاص بالمنازعات الإدارية. أما في البلدان التي تأخذ بنظام القضاء الموحد فلا تجد مجالاً للتطبيق ، وبالتالي تفقد جزء كبير من آثارها كرقابة ضامنة لحق المتضرر من الإدارة من خلال أمور إجرائية كثيرة لا تتناسب مع الدعوى الإدارية ، كالعشوائية في المواعيد التي لا يمكن أن تؤخذ بالقياس . والتطويل في إجراءات التقاضي وغيرها ... فالقاضي لا يجد سببلا سوى تطبيق القواعد الإجرائية في قانون المرافعات والتنفيذ المدني ، ليبقى عنصر التوازن مفقودا ، وإجراءات الإعلان تأخذ حيلًا طويلا ، وإعمال مبادئ الشطب التي لا تتلائم مع عينية دعوى الإلغاء ، مما يزيد العبئ على الطرف الضعيف ، الأمر الذي قد يصرفه من اللجوء إلى القضاء لإنصافه من تعسفات الإدارة . وعلى سبيل المثال ما نص عليه قانون المرافعات اليمني² رقم 40 لعام 2002 المواد المنظمة للإعلان ، حيث يكون الإعلان للمدعى عليه للمرة الأولى صحيحا ، وإن لم يحضر يعلن للمرة الثانية ، ثم يستدعى عبر الشرطة القضائية ، مالم يتم إحضاره قهرا ، فإن تعذر إحضاره تقوم المحكمة بالتنصيص عنه ليصدر الحكم غيابيا هذا إن لم يحضر المدعى عليه رغم أنه أعلن إعلانا صحيحا . وقد يحضر بعد ثالث إجراء من إجراءات الإعلان فيطلب منحه الفرصة الكافية للإطلاع والرد على الدعوى ، وهكذا يضيع وقت طويل والقضية لا زالت في سرداب الإعلان . ولربما غاية المقنن من هذه الإجراءات فيها مراعاة لطبيعة المدعى عليه كشخص عادي تتغلب عليه الظروف وكذا ما عليه المجتمع اليمني من خلال واقعه ، فترك له مجالاً أوسع . لكن هذه الظروف مستبعدة أن يقع فيها الشخص المعنوي العام كسلطة إدارية ، مما يكفي إعلانه بعريضة الدعوى مرة واحدة فقط . هذا من جانب . ومن جانب آخر ، مهنيا وموضوعيا ، فإن إخضاع الخصومات لنظام قضائي متخصص يستلزم تخصيص قضاة مؤهلين في هذا الجانب ليكون أنسب وأفضل أنواع الرقابة على عمل الإدارة ليس فقط للتسريع في الإجراءات والعمل على إرساء التوازن بين طرفي الخصومة . بل أيضا الإبداع في إيجاد وإرساء قواعد من شأنها الحد من تعسفات الإدارة ، وتقويم الخلل والاعوجاج المتمركز في العمل الإداري وتلافي حصوله مستقبلا . حتى أصبح من أساسيات اختصاص القضاء الإداري الاختصاص الاستشاري الذي تلزم به الإدارة قبل إصدارها للقرارات واللوائح .

ومن عيوب النظام القضائي الموحد أيضا أنه يؤدي إلى عرقلة عمل الإدارة من خلال سلطته في توجيه الأوامر والنواهي كما سبق توضيحه ، كما انه لا يكفل الحماية الكافية لحقوق الأفراد وحررياتهم .

ثانيا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في النظام القضائي المزدوج :

يقوم نظام القضاء المزدوج على وجود جهتين قضائيتين مستقلتين في الدولة ، تتولى جهة القضاء العادي الفصل في المنازعات الخاصة التي تنشأ بين الافراد. وتقوم الجهة الثانية وهي جهة القضاء الإداري بالنظر وحسم المنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية ، أو بينها وبين الأفراد³ . وتعتبر فرنسا مهد نظام القضاء المزدوج ، وأول من أخذ بنظام القضاء الإداري المستقل والذي مر فيها عبر مراحل مختلفة بدءا

¹ د سامي جمال الدين . مرجع سابق . ص 242

² المادة 116 من القانون رقم 40 لعام 2002 بشأن المرافعات والتنفيذ المدني اليمني والمعدل بالقانون رقم 2 لعام 2010

³ دورية لعيوني . مرجع سابق . ص 66

بمرحلة الإدارة القاضية ثم مرحلة القضاء المحجوز ، فمرحلة القضاء المفوض إلى أن وصل إلى صورته الحالية كقضاء إداري مستقل يعني بحماية حقوق وحرية الافراد من تعسفات الإدارة¹ .

فالبلدان التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج تكون الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لها التأثير الإيجابي المتميز ، حيث أن وجود قضاء إداري يختص بنظر المنازعات الإدارية يتناسب بقدر كبير مع ما لهذه المنازعات من خصوصية تميزها عن غيرها من المنازعات الأخرى التي تختلف عنها اختلافا كبيرا في الكثير من مراحلها .

- فالمنازعة الإدارية أحد أطرافها . وغالبا ما يكون المدعى عليه . شخصا من أشخاص القانون العام ، يتمتع بكل مميزات السلطة العامة .
- المنازعة الإدارية محلها حق إداري .
- المنازعة الإدارية إذا كانت تتعلق بدعوى إلغاء قرار إداري فهي منازعة عينية تخاصم قرارا إداريا استنادا إلى مبدأ المشروعية.
- المنازعة الإدارية يختص بنظرها القضاء الإداري ، وهو يختلف عن القضاء العادي من حيث التشكيل والتنظيم وقواعد الاختصاص .
- المنازعة الإدارية مرافعاتها كتابية ، فهي قائمة على تبادل المذكرات .
- المنازعة الإدارية تمتاز بالبساطة ، فما على المدعي سوى تقديم دعواه ، وغالبا ما ينقلب عبئ الإثبات فيها على عاتق الإدارة ، وهذا مرتبط بالدور الإيجابي للقاضي الإداري .
- المنازعات الإدارية تخضع لقواعد القانون العام ، وبالتالي فهي تتعلق بالنظام العام ، ويترتب عن ذلك أن الدفوع المثارة فيها كالدفع بعدم الاختصاص والصفة والمصلحة دفوع من النظام العام .
- عدم إعمال نظام شطب الدعوى في المنازعة الإدارية المتعلقة بدعوى الإلغاء نتيجة غياب المدعي ، كونها مقررة لمصلحة المشروعية وحماية الحقوق والحرية بشكل عام ، دون أن تتقيد بالمصالح الشخصية للخصوم التي وضعت قواعد الشطب وسقوط الخصومة في القانون الإجرائي المدني جزاء لإهمالهم في متابعة دعواهم . فدعوى الإلغاء كما هو معروف لدى المهتمين بالقضاء الإداري دعوى موضوعية عينية ، ترفع من أجل مخاصمة قرار إداري معيب بأحد عيوب المشروعية الشكلية منها والجوهرية ، ولا تستند إلى حق شخصي أو ذاتي كما هو الشأن في دعوى التعويض ، أي أن يكون صاحب حق أضر به القرار الإداري التنفيذي² ، فيجب توافر المصلحة في دعوى الإلغاء عند رفع الدعوى فقط . فالنظام الفرنسي يعتبر الطاعن في قرار إداري بالإلغاء أنه يسدي خدمة للمصلحة العامة ، إذ أنه يتيح للقضاء الإداري فرصة مراقبة الإدارة حماية لمبدأ المشروعية . فهذه الخصائص للمنازعة الإدارية لا تأخذ بها سوى الأنظمة ذات القضاء المزدوج . حيث يكون الازدواج قانوني وقضائي³ .

لذلك ولما لنظام القضاء المزدوج من مزايا متعددة يصعب إنكارها . غير أن له كذلك بعض العيوب . لا بد من ذكر أهم الانتقادات التي وجهت لهذا النظام ومن ثم بيان أهم مزاياه بالإضافة إلى ما تم ذكره أعلاه .

¹ للمزيد د ثورية لعيوني . مرجع سابق . ص 66 وما يليها

² د مولاي ادريس الحلالي الكتاني . مسطرة التقاضي الإدارية . الجزء الأول . منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية . سلسلة مواضيع الساعة . العدد 12 . 1997 . ص 111

³ حسين عبدالقادر الجعيد . اجراءات التقاضي الادارية امام الاقضاء في الجمهورية اليمنية . دراسة مقارنة . ماستر في القانون العام . 2014 . جامعة محمد الخامس الرباط . كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . ص 5

فمن عيوب نظام القضاء المزدوج :

1. أن تطبيق قانون مغاير في حالة وجود الإدارة كطرف في النزاع فيه محاباة للإدارة على حساب الحريات الفردية ، كما يتضمن اعتداء على مبدأ المساواة الذي يتفق ووحدة القضاء والقانون المطبق بصرف النظر عن أطراف المنازعة . لكن يلاحظ أن طبيعة العلاقات الإدارية تتطلب قواعد متميزة تحكمها وقضاءا متخصصا ومستقلا وملما بظروف المنازعات التي يفصل فيها . كما أن القضاء الإداري قد اثبت انه لا يحابي الإدارة وإنما يعمل أساسا على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة ضد اعتداءات الإدارة .

2. إن ازدواج القضاء يؤدي إلى التعقيد في الإجراءات وتباطؤ الفصل في المنازعات، فضلا عن زيادة التكاليف . ذلك ان وجود جهاز قضائي آخر (القضاء الإداري) إلى جانب القضاء العادي يكلف ميزانية الدولة كثيرا .

3. يتمثل العيب الرئيسي لنظام القضاء المزدوج فيما يؤدي إليه من تعقيد النظام القضائي في الدولة إذ تنشأ عنه مشاكل تتعلق بالاختصاص بسبب تنازع الجهات القضائية على المسائل التي تدخل في اختصاصها . كذلك فإن ازدواج القضائي يؤدي أحيانا إلى تعارض الأحكام الصادرة من جتي القضاء .

لكن يرد على هذا الانتقاد بان وجود محكمة تنازع الاختصاص يعتبر مكملا لنظام القضاء المزدوج وتقوم هذه المحكمة بحل مشاكل التنازع وتحديد جهة الاختصاص ومنع تناقض الأحكام .

4. يذهب البعض إلى أن مبدأ المشروعية يتطلب وحدة القضاء حتى يخضع الجميع لقانون واحد وقاض واحد ، وفي هذه الحالة لا تثور الإشكالات التي تترتب على الأخذ بالقضاء المزدوج .

إلا أن هذا القول غير سليم فإذا كان مبدأ المشروعية يتطلب خضوع الجميع من حكام ومحكومين للقانون بمعناه العام ، فإنه لا يستلزم بالضرورة وحدة القانون المطبق ولا وحدة المحاكم المختصة بتطبيقه ، فبالتالي لا يتعارض مع مبدأ المشروعية وجود قانون متميز . قانون إداري . يطبق على المنازعات الإدارية ، وأيضا وجود محاكم إدارية مستقلة عن القضاء العادي ، تفصل في المنازعات الإدارية . بل على العكس من ذلك فإنه يولي مبدأ المشروعية الاختصاص والتخصص فيكون له الأثر الكبير لإرساء المبدأ .

فإذا كان القضاء المزدوج يؤدي فعلا إلى بعض المشاكل فهناك حلول عملية وضعت لتفادي هذه المشاكل والتخلص منها نهائيا . كما أن مزايا هذا النظام مهمة إذا ما قورنت بعيوبه . ومن أهم مزاياه :

1. أن وجود قواعد قانونية متميزة عن قواعد القانون المدني تطبق على المنازعات الإدارية مسألة تحتاج إلى جهة تخصص في الفصل في هذه المنازعات ، وعلى هذا الأساس قام نظام القضاء المزدوج الذي عهد بنظر المنازعات الإدارية إلى قضاة متخصصين ، يعملون على وضع الحلول المناسبة لما يرفع أمامهم من دعاوى . فالقانون الإداري باعتباره من خلق القضاء ، أصبح هو المبرر لوجود القضاء الإداري الآن ، بعد أن زال أساسه الأول . الأساس التاريخي . الذي ارتكز عليه في أصل نشأته ألا وهو حماية الإدارة .

2. عن طريق نظام القضاء الإداري يمكن التوفيق بين المصلحة العامة وما يجب لتحقيقها من تمتع الإدارة بقدر من الاستقلال وحرية التقدير ، وبين مصالح الأفراد المتمثلة في حماية الحقوق والحريات العامة ، وذلك عن طريق تأكيد مبدأ المشروعية الذي يجب على الإدارة أن تعمل في ظله دون أن تتجاوز نطاقه .

وقد ساعد وجود القضاء الإداري خصوصا في فرنسا على تطوير القواعد القانونية التي تحكم علاقة الإدارة بالأفراد ، وابتداع نظريات ومبادئ كفالة تحقيق الصالح العام وكذلك حماية الحقوق والحريات الفردية ، فمجلس الدولة لم يقيد نفسه بقواعد القانون المدني، لهذا استطاع أن يبتكر كثيرا من النظريات ويضع مبادئ قانونية تتفق مع طبيعة المنازعات التي ينظرها ، وتستطيع التوفيق

بين المصلحة العامة والحقوق الفردية . ولقد كان لنجاح نظام القضاء المزدوج في فرنسا اثر واضح على مختلف الدول والتي ذهبت إلى محاكاة فرنسا وإنشاء قضاء إداري إلى جانب القضاء العادي ، أي الأخذ بنظام القضاء المزدوج ، ومن هذه الدول (هولندا . اليونان . تركيا . إيطاليا . سوريا . ومصر) وغيرها من الدول التي تسير نحو الأخذ بنظام القضاء المزدوج كالمغرب¹ .

ولا يعني هذا بأي حال أن القضاء المزدوج هو السبيل الوحيد لإنشاء قضاء إداري متخصص تراعى من خلاله الخصائص المميزة للمنازعات الإدارية . فلا يمتنع في إطار القضاء الموحد ، ومراعاة لخصوصية الدولة الاقتصادية وكونها في بداية طريق الاستقرار ، من إنشاء محاكم ابتدائية إدارية وشعب استئناف إدارية ودائرة نقض إدارية لدى المحكمة العليا . تنفرد هذه المحاكم بمختلف درجاتها بالنظر والفصل في المنازعات الإدارية ، إبتداء واستئنافا ونقضا . وبموجب قانون يتضمن التنظيم والإنشاء والاختصاص لهذه المحاكم وكذا نصوصا إجرائية متعلقة بالدعوى الإدارية منذ رفعها مروراً بقيدتها وإعلانها وتحقيقها حتى الفصل فيها بأحكام باتة وإجراءات تنفيذها ، تحت بند الاختصاص الفرعي ، على أساس أن يأخذ المقنن فرعاً من فروع القضاء المدني ، يعني بالنظر والبت في المنازعات الإدارية ، ويفرد له محاكم متخصصة ، وقضاة مؤهلين في هذا التخصص ، بنصوص قانونية موضوعية وإجرائية بما يتناسب مع خصائص المنازعة الإدارية المذكورة سلفاً ، فيتحقق الغرض الأساسي من إنشاء قضاء إداري متخصص كما سبق توضيحه²

خلاصة القول أن القضاء الإداري أصبح ضرورة ملحة لإرساء مبادئ أساسية لازمة للحد من تعسفات الإدارة ، وهيمتها التي تفرضها ذريعة المصلحة العامة ، ولزومها أيضاً لإصلاح وتقويم العمل الإداري ، فبقدر ما يكون ضمانا للمتعامل مع الإدارة هو أيضاً ضمان للإدارة . وفي الدول المتأخرة كالجمهورية اليمنية وعلى حسب إمكانياتنا ووضعنا نسعى إلى الحصول على الحد الأدنى من هذه الضمانة الناجعة . ولقد كان هدف مجلس القضاء الأعلى اليمني بإحداث محكمتين إداريتين بقراره اللائحي رقم 177 لسنة 2010 م هو تأسيس لقضاء إداري متخصص من شأنه تدعيم بناء دولة الحق والقانون .. فهل تمكنت المحكمتين منذ تأريخ إنشائهما من تحقيق ولو معلم من المعالم الأساسية لهذا الهدف ؟ .

ما يجري عليه العمل في تلك المحكمتين لا يبشر بذلك مالم يثبت القاضي الإداري فيهما مهنيته كمنشئ لقواعد قضائية تكون أرضية لتحقيق الهدف المراد . ولا يكون هذا الأمر إلا إن أفسح للقاضي المجال من خلال تذييل الإعاقات والصعوبات ، والتأهيل والتشجيع ، والسير قدماً ووفق المقترحات الآتية :

1. إصدار قانون بإنشاء محاكم إدارية في عواصم المحافظات الكبيرة . وإن لم يكن هناك مجال حالياً لإصدار القانون فيموجب لائحة تنظيمية عن مجلس القضاء الأعلى إلى حين استقرار وضع البلاد ، بالإضافة إلى شعب استئنافية إدارية في محاكم استئناف تلك المحافظات ، تحت بند الاختصاص الفرعي كما أشرنا إلى ذلك مسبقاً .
2. أن يتضمن هذا القانون أو اللائحة التشكيل والهيكلية لهذه المحاكم والشعب وكذا الدائرة الإدارية في المحكمة العليا بحسب ما يتلائم وخصوصية الدعوى الإدارية .
3. أن يتضمن هذا القانون أو اللائحة قواعد الاختصاص المكاني لكل محكمة والدعوى التي تختص بنظرها هذه المحاكم .
4. أن يتضمن هذا القانون أو اللائحة نصوصاً إجرائية متعلقة بالدعوى الإدارية منذ رفعها حتى صدور حكم قضائي بات فيها وتنفيذه . ومن ذلك ما يتعلق بأجال رفع دعوى الإلغاء .
5. تأهيل العدد الكافي من القضاة والكتبة في مجال القضاء الإداري .

¹ د ثورية لعبوني . مرجع سابق . ص 72-73-74-75 . وللمزيد بشأن رقابة القضاء الإداري فيما يتعلق بالحقوق والحريات . ذ كاوة ياسين سليم . دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة . دراسة مقارنة . دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية . 2016 . ص 79 وما يلها

² للمزيد حول موضوع الاختصاص الفرعي يرجى مراجعة (الولاية القضائية والاختصاص القضائي . لفضيلة القاضي الدكتور / عبد الملك عبدالله الجنداري رئيس هيئة التفتيش القضائي . الطبعة الأولى . 1434 هـ . 2013 م . المطبعة القضائية) .

عدم استعمال القواعد الإجرائية الخاصة بالقضاء العادي في تنظيم النزاع الإداري - استقلال إجراءات التقاضي الإداري عن إجراءات التقاضي العادي-دراسة في التشريع الجزائري.

ميسوم فضيلة

باحثة دكتوراه،

أكلي نعيمة

ماجستير، باحثة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة مستغانم، الجزائر

كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر.

مقدمة: من الطبيعي أن تتميز إجراءات التقاضي الإدارية عن إجراءات التقاضي العادية بحكم اختلاف طبيعة العلاقات التي يحكمها القانون الإداري عن القانون العادي، خاصة وأن الدعوى الإدارية تستهدف حماية مبدأ المشروعية وسيادة القانون.

رغم أن القاضي الإداري يمكن أن تواجهه بعض النقائص التي تفرض عليه الاستعانة بمبادئ القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة، إلا أن خصوصية المنازعة الإدارية تبقى قائمة، فبالنظر إلى خصوصية الدعاوي الإدارية فإنه يتحتم وجود إجراءات تقاضي خاصة بالمنازعة الإدارية. فحتى وإن تشابهت الإجراءات الإدارية في إطارها العام مع الإجراءات العادية واضطر القاضي الإداري إلي تطبيق الإجراءات المدنية فعليه أن يتعامل معها في ضوء خصوصية النزاع الإداري.

في حقيقة الأمر القضاء الإداري في الجزائر لا يأخذ في كثير من الأحيان بعين الاعتبار خصوصية واستقلالية إجراءات التقاضي الإدارية بحكم التكوين القانوني المشبع بالقانون المدني، رغم ذلك تبقى الاستقلالية بين النوعين من الدعاوي قائمة، ونظرا لخصوصية النزاع الإداري من جهة، فضلا عن تخصيص باب للمنازعة الإدارية سواها دون المنازعة العادية تظهر عدم إمكانية تطبيق الإجراءات الخاصة بالنزاع العادي على النزاع الإداري، بالتالي استقلالية إجراءات التقاضي في المنازعة الإدارية عن المنازعة العادية، وعليه تبرز أهمية تسليط الضوء على مظاهر استقلال إجراءات التقاضي الإدارية في مختلف مراحل الدعوى.

وهو ما توصل إليه من خلال معالجة الموضوع في النقاط التالية:

أولا: مظاهر استقلال إجراءات التقاضي الإداري في مرحلة رفع الدعوى

(أ) من حيث طبيعة الدعوى وأطرافها

(ب) من حيث شروط قبول الدعوى

(ت) من حيث الزامية التمثيل بمحام

ثانيا: مظاهر استقلال إجراءات التقاضي الإداري في مرحلة النظر في الدعوى

(أ) دور القاضي في إدارة الدعوى

(ب) دور القاضي في إثبات الدعوى

ثالثا: مظاهر استقلال إجراءات التقاضي الإداري في مرحلة الحكم في الدعوى

(أ) أنواع الأحكام وحجيتها

(ب) تنفيذ الأحكام

(ت) الطعن في الأحكام

خاتمة:

أولاً: مظاهر استقلال إجراءات التقاضي الإداري في مرحلة رفع الدعوى

وضع أسس عامة لبناء قواعد إجراءات التقاضي الإدارية يتم من خلال التوفيق بين اعتبار مراعاة الخصائص المميزة لروابط القانون العام، فضلاً عن مراعاة المبادئ العامة للتقاضي المستوحاة من المنطق والعدالة القائمة في القانون المدني التي لا تتعارض مع طبيعة الدعاوي الإدارية، وتتميز إجراءات التقاضي الإداري في مرحلة رفع الدعوى من حيث طبيعة الدعوى وأطرافها (أ) فضلاً عن شروط قبول الدعوى (ب) مع ضرورة التمثيل الوجوبي بمحام (ج).

أ) من حيث طبيعة الدعوى وأطرافها:

تعتبر الدعوى الإدارية دعوى موضوعية وليست شخصية، وباعتبار الإدارة طرفاً فيها فهي ليست خصماً بمعنى الخصم في الدعوى المدنية، إنما تتم مخصصتها باعتبارها الجهة التي تستطيع الدفاع عن القرار ولها سحبه أو تعديله¹.

1/ من حيث الدعوى:

تعرف الدعوى المدنية على أنها سلطة اللجوء إلى القضاء للحصول على تقرير الحق أو حمايته²، فهي بذلك لا تتعدى أن تكون وسيلة أو أداة يتمكن الشخص من خلالها بشكل قانوني أن يطالب بحقه، في حين الدعوى الإدارية³ فهي دعوى قضائية يرفعها أحد أصحاب الشأن من الموظفين أو الأفراد أو الهيئات إلى القضاء الإداري لإعدام قرار إداري صدر مخالفاً للقانون⁴.

بالتالي يتضح أن الدعوى المدنية دعوى تستهدف حماية حق شخصي، فهي تتأثر بصفات هذا الحق ترتبط به، فهي وسيلة اختيارية لصاحب الحق استعمالها من عدمه، وله التنازل عنها بعد إقامتها، بينما الدعوى الإدارية ليست بخصومة بين دائن ومدين حول حقوق شخصية إنما دعوى موضوعية تسعى لمخاصمة قرار إداري معيب حماية لمبدأ المشروعية⁵ وسيادة القانون⁶، لذلك توصف بأنها دعوى القانون العام، حيث لا يجوز استبعادها إلا بنص صريح كما ليس للأفراد التنازل عنها مسبقاً، بالتالي يتضح تلقائياً عدم إمكانية تطبيق

¹ محمد علي الخلايلة، مظاهر استقلال إجراءات التقاضي الإداري عن إجراءات الدعوى المدنية في القانون الأردني، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 01، 2013، ص 30.

² مجد وليد عطا المناصرة، إدارة الدعوى المدنية وتطبيقاتها العملية وفقاً لأحكام القانون الأردني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 21.

³ نركز في الدراسة على دعوى الإلغاء كونها الأكثر تداولاً واستعمالاً.

⁴ محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 30.

⁵ يعتبر مبدأ المشروعية تفرعاً عن مبدأ أعلى وهو مبدأ سيادة القانون، والمقصود به هو خضوع جميع مؤسسات الدولة وسلطاتها العامة للقانون، وأن تقيد جميع تصرفاتها لأحكام القانون، ويقتضي هذا المبدأ أن تكون تصرفات الإدارة العامة ي حدود ما يرسمه القانون، لمزيد من التفاصيل راجع، فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 13.

⁶ تعتبر سيادة القانون أحد العناصر الجوهرية التي تقوم عليها الدولة القانونية، وثمة علاقة وثيقة بين النظام الديمقراطي والدولة القانونية، وإن كانت الديمقراطية ليست من مستلزمات الدولة القانونية دائماً، ذلك أن الديمقراطية تقوم على جملة مؤسسات تتقاسم في فيما بينها السلطات داخل الدولة، وهذا التقسيم يتطلب قدراً عالياً من التنظيم القانوني لتنظيم العلاقة بين هذه السلطات من جانب، وبينها وبين أفراد الشعب من جانب آخر، وإيجاد رقابة فعالة لضمان عدم انحراف أي من هذه السلطات عن الحدود القانونية المرسومة لها أو التعسف في استعمال الحقوق المقررة لها على نحو يتعارض مع الغايات الاجتماعية لتلك الحقوق، لمزيد من التفاصيل يمكن مطالعة: فارس حامد عبد الكريم، النظام الديمقراطي ومفهوم سيادة القانون، كلية الحقوق، بغداد، عن الموقع: www.coursdroit.com/

2/ من حيث أطراف الدعوى:

يقوم اختلاف بين الدعوى المدنية (الحقوقية) والدعوى الإدارية من حيث أطراف كل منهما، ذلك أن أطراف الدعوى الحقوقية هم الأشخاص الذين تتصارع حقوقهم الذاتية، طبيعيين أو معنويين، وباعتبار هذه الدعوى تهدف إلى حماية أو استرجاع حق فإن صاحب الحق يأخذ صفة المدعي، ومن يكون مدينا أو مسئولاً عن الحق المدعى به يأخذ صفة المدعى عليه، بينما الدعوى الإدارية وبصفتها دعوى موضوعية فإن أطرافها هم "المستدعي"، وهو صاحب المصلحة في رفع الدعوى، طبيعياً أو معنوياً، و"المستدعى ضده"، وهو الجهة الإدارية¹ مصدر القرار المطعون فيه.

وعليه فالدعوى الإدارية ليست دعوى خصوم كما هو في الدعاوى العادية، إنما تسعى وراء إعدام² القرار الإداري المعيب بذاته، وهي توجه إلى الجهة التي أصدرت القرار ليس باعتبارها خصماً في الدعوى، إنما باعتبارها الجهة التي تستطيع الدفاع عما أصدرته من قرارات، وهي التي تستطيع سحبه أو تعديله وهي المكلفة قانوناً بتنفيذ الحكم الصادر بشأنه، وهو ما يوضح عدم إمكانية تطبيق إجراءات التقاضي العادية على النزاع الإداري.

ب) من حيث شروط قبول الدعوى:

تشترك الدعوى المدنية والدعوى الإدارية في الشروط العامة لقبول الدعوى والتي تنحصر في ضرورة توافر الأهلية³ والمصلحة والصفة في المتقاضي سواء كان مدعياً أو مدعى عليه.

نستدرج نقطتين تتجلى فيهما بوضوح خصوصية الدعوى الإدارية وتميزها عن الدعوى المدنية.

✓ **الأولى:** إذا كانت المصلحة شرطاً لازماً لقبول كل من الدعوى المدنية والدعوى الإدارية فإن الطبيعة الخاصة للدعوى الإدارية باعتبارها دعوى موضوعية تهدف بالمقام الأول حماية مبدأ المشروعية تجعل من هذا الشرط أكثر مرونة بالمقارنة مع الدعاوى العادية، فالمصلحة المقبولة في الدعوى الإدارية ليس بالضرورة أن تكون حقا تم الاعتداء عليه كما في الدعوى المدنية، ويكفي أن تكون مصلحة محتملة وليس بالضرورة أن تكون محققة⁴.

✓ **الثانية:** توجد شروط خاصة بقبول الدعوى الإدارية لا مقابل لها في الدعوى المدنية، ومن بينها⁵:

✓ شرط التظلم الإداري المسبق:

التظلم هو عبارة عن إجراء يرسه القانون أحياناً لإتباعه و يتمثل في طعن إداري يقوم به الشخص الذي يريد مقاضاة الإدارة كإجراء أولي عن طريق توجيه شكوى أو احتجاجاً أو التماس للإدارة و يدعي ذلك الإجراء تظلماً مسبقاً أو طعن إدارياً لطلب الإدارة من خلال

¹ قد تكون الجهة الإدارية الدولة، أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات ذات الصبغة الإدارية.

² استعمل القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، ج ر عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مصطلح "دعوى إلغاء القرارات الإدارية"، لاختصاص المحاكم الإدارية في المادة 800، ولإختصاص مجلس الدولة في المادة 901. أما القانون العضوي رقم 01/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، معدل ومتمم، استعمل مصطلح الطعون بالإلغاء، حسب نص المادة 09 منه. وتعرف دعوى الإلغاء على أنها دعوى قضائية ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقاً لإجراءات خاصة ومحددة قانوناً، بوالشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة برج باجي مختار عنابة، 2011، ص 10.

³ تتحقق الأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي ببلوغه سن الرشد المدني بتمام 19 سنة حسب المادة 40 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، معد ومتمم، والمادة 86 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، في حين أنها تتوافر بالنسبة للشخص المعنوي بمجرد ثبوت الشخصية القانونية بالشروط التي يقرها القانون.

⁴ محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 32.

⁵ هناك مجموعة الشروط منها المواعيد، انتفاء الدعوى الموازية،... لكن نقتصر الدراسة على أهمها.

مراجعة نفسها عن تصرفها قبل الشروع في مقاضاتها¹، إن كان هذا الإجراء قد أصبح غير وجوبي إلا بالنسبة لبعض الدعاوى القضائية كالدعوى الضريبية، ومثل هذا الإجراء لا أثر له في النزاع العادي، ما يعرقل حسن سير إجراءات العدالة في حال استلزامه إذا ما أخذنا بعين الاعتبار تطبيق إجراءات التقاضي العادية على المنازعة الإدارية.

تنص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أنه: "لا يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في 829 أعلاه.

يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين (2) بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم، في حالة سكوت الجهة الإدارية يستفيد المتظلم من اجل شهرين (2) لتقديم طعنه القضائي الذي يسري من تاريخ انتهاء اجل شهرين المشار إليه في الفقرة أعلاه.

وفي حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها يبدأ سريان اجل شهرين من تاريخ تبليغ الرفض.

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة يرفق مع العريضة"².

يتبين من الفقرة الأولى أن شرط التظلم الإداري أمام المحاكم الإدارية اختياريا حدد الجهة التي يوجه لها التظلم أي يقدم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار المطعون فيه ويسمى بالتظلم الولائي ويقدم خلال مدة أربعة أشهر من تاريخ نشر و تبليغ القرار المطعون فيه.

يعتبر سكوت الإدارة مصدرة القرار الإداري محل الطعن عن الرد على التظلم خلال مدة شهرين بمثابة قرار بالرفض.

✓ شرط القرار السابق:

يشترط لقبول دعوى الإلغاء وجود قرار إداري سابق صادر عن جهة إدارية مختصة، ويشترط أن يكون قرارا إداريا صادرا بإرادة منفردة لإحداث آثار قانونية، ليس تنظيميا أو قضائيا أو عقدا، كما يجب أن يمس بالمراكز القانونية، حيث أشارت المحكمة العليا في غرفتها الإدارية إلى ضرورة وجود هذا العنصر، وذلك في قضية شندري رايح ضد والي ولاية تيزي وزو، قرار صادر في 02 أبريل 1977 جاء في حيثياته: "حيث يستنتج من التحقيق أن صاحب المقرر هو والي ولاية تيزي وزو وهو سلطة إدارية وأن المحرر يخلق أذى بذاته إلى المدعى وأن هذين المعيرين كافيين لإعطاء الطابع الإداري للمقرر المطعون فيه."

✓ وعليه يتضح أن هناك طائفة من الأعمال الإدارية الانفرادية لا تعد قرارات إدارية قضائية قابلة للإلغاء والمتمثلة في الأعمال التحضيرية للقرارات والأعمال التنظيمية للإدارة.

ومثل هذه الشروط والقرارات لا محل لها في النزاع العادي.

ث) من حيث إلزامية التمثيل بمحام:

بالعودة إلى نص المادة 905 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب أن تقدم المذكرات والطعون والعرائض من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة تحت طائلة بطلن الإجراءات، على خلاف الوضع في النزاع العادي أين يمكن للخصوم الامتثال شخصيا دون توكيل محام على مستوى محكمة أول درجة عكس المجلس القضائي أو المحكمة العليا التي يكون التمثيل بمحام إلزامي.

ثانيا: مظاهر استقلال إجراءات التقاضي في مرحلة النظر في الدعوى

تتميز إجراءات التقاضي الإداري في مرحلة نظر الدعوى بالدور الايجابي الذي يمارسه القاضي الإداري بالمقارنة مع القاضي المدني، وبسلطة المحكمة الواسعة في التعامل مع وسائل إثبات الدعوى الإدارية، بالإضافة إلى وجود أحكام خاصة بمسألة التدخل في الدعوى الإدارية.

¹ عبد العزيز أمقران عن الشكوى الضريبية في منازعات الضرائب المباشرة، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص ص 54.

² المادة 830 من القانون رقم 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(أ) دور القاضي في إدارة الدعوى:

تعد مرحلة نظر الدعوى من أهم مراحل التقاضي حيث يبني عليها تقرير الحكم النهائي في الدعوى، وتبرز خصوصية الإجراءات الإدارية في هذه المرحلة أكثر من أي مرحلة أخرى، حيث يتولى القاضي الإداري توجيه الإجراءات وقيادتها، ويوصف دوره خلال هذه المرحلة بالدور الإيجابي، بخلاف الإجراءات المدنية التي يتصف دور القاضي فيها بالسلبية إلى حد بعيد، بحيث يترك للخصوم في الدعوى مهمة إدارة إجراءاتها¹.

ويرجع الدور الإيجابي للقاضي الإداري خلال مرحلة النظر في الدعوى وإدارتها إلى طبيعة الدعوى الإدارية ومركز الأطراف فيها، الأمر الذي يستدعي قيام القاضي الإداري بدور إيجابي لتحقيق التوازن العادل بين الطرفين الإدارية.

ومن مظاهر استقلال إجراءات الدعوى الإدارية في هذه المرحلة التعامل مع حالة غياب أطراف الدعوى. ففي الدعوى المدنية وفي حال غياب المدعي رغم تبلغه بموعد الجلسة حسب الأصول يكون للمدعى عليه الخيار بين إسقاط الخصومة أو الحكم فيها، أما في الدعوى الإدارية فإنه إذا لم يحضر المستدعي في الموعد المحدد أو تخلف عن حضور أي جلسة دون عذر مشروع فإن الخيار لا يكون للجهة الإدارية المستدعي ضدها وإنما للمحكمة التي تهيمن على الإجراءات.

(ب) دور القاضي في إثبات الدعوى:

يملك القاضي الإداري صلاحيات واسعة فيما يخص إجراءات التحقيق في الدعوى وإثباتها² بالمقارنة مع القاضي المدني. ففي الدعوى الإدارية يملك القاضي صلاحية تقدير إجراءات التحقيق أو إجراء الخبرة أو زيارة الأماكن، كما أنه لا يترك مهمة الإثبات على عاتق الخصوم وحدهم وإنما يقوم بدور كبير في البحث عن الحقيقة.

فإذا كان أطراف الدعوى المدنية يتولون مهمة الإثبات بحيث يتحمل كل منهم عبء إثبات صحة ما يدعيه، فإن الأمر مختلف في الدعوى الإدارية حيث أن طبيعة هذه الدعوى كدعوى عينية وعدم تساوي أطرافها في مراكزهم القانونية يقتضي دوما تدخل القاضي الإداري من خلال دوره الإيجابي في عملية الإثبات، ذلك أنه غالباً ما يكون المدعي غالباً أحد أشخاص القانون الخاص يصعب عليه إقامة الدليل على صحة دعواه في مواجهة الإدارة بكل ما تملكه من سلطات وامتيازات وبكل ما تحتفظ به من ملفات ووثائق يمكن أن يستمد منها الدليل على عدم مشروعية القرار المطعون فيه.

والإثبات الإداري يعتمد أساساً على طبيعة الدعوى الإدارية، هذه الدعوى التي تنشأ بين طرفين غير متكافئين. ويلاحظ أن الإدارة تكتسب في معظم الأحيان دور المدعى عليه نظراً لما تتمتع به من مظاهرها لسلطة العامة³.

من مظاهر الدور الإيجابي للقاضي الإداري في عملية الإثبات سلطته في أن يطلب من الإدارة جلب مستندات والوثائق التي اعتمدت عليها في عملية إصدار القرار كلما فرضت الضرورة ذلك، للفصل في النزاع، وإذا رفضت الإدارة اعتبرت المحكمة إدعاءات المدعي صحيحة ورفضت بعدم مشروعية القرار، مع الأخذ بعين الاعتبار الوثائق والمستندات الخاصة بالأسرار الخاصة.

كما يملك القاضي الإداري أن يطلب من الإدارة الملف الوظيفي للموظف في الدعاوي المتعلقة بالموظفين بحيث يعد امتناع الإدارة عن الاستجابة لمثل هذا الأمر دليلاً على صحة ادعاء الموظف، إذ يصعب على المحكمة في مثل هذه القضايا الوصول إلى الحقيقة دون الاطلاع على هذا الملف الوظيفي.

¹ بطيخ والعجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، ص 84.

² يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثاراً معينة، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 02، الطبعة 03، دار النهضة العربية، 1981، ص 13.

³ سيفي عثمانية، الإثبات في المواد الإدارية ودور القاضي الإداري فيه، دراسة مقارنة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص 02.

ومن مظاهر الدور الايجابي للقاضي الإداري في إثبات الدعوى الإدارية والذي يبرز مدى تدخل القاضي لخلق حالة من التوازن بين أطراف الخصومة لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري المطعون به، فالأصل أن القرار الإداري يتمتع بقريضة المشروعية، وإذا كان من الصعب على المدعي في كثير من الأحيان أن يثبت عكس ذلك فإن القضاء الإداري يكتفي بمجرد زعزعة المستدعي لهذه القريضة لإثبات عدم مشروعية القرار محل الطعن¹.

والقاعدة في الدعوى الإدارية أن المدعي يملك إثبات دعواه بكافة طرق الإثبات، فالقضاء الإداري يتبنى ما يسمى "المذهب الحر" في الإثبات حيث لم يرد نص خاص يقضي بخلاف ذلك.

ثالثاً: مظاهر استقلال إجراءات التقاضي في مرحلة الحكم في الدعوى

(أ) نوع الأحكام وحجيتها:

وتصنف الأحكام القضائية إلى عدة أنواع وذلك بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها إلى الحكم، فتصنف إلى الأحكام الفاصلة في الموضوع والأحكام الإجرائية، الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية، والأحكام المنهية للخصومة والأحكام غير المنهية لها، والأحكام التي تقبل الطعن والأحكام التي لا تقبل الطعن.

تستقل فيها الدعوى الإدارية عن الدعوى العادية في بعض النقاط:

- هي أن تصنيف الأحكام القضائية الذي المشار إليه للتو لا ينطبق كله على الحكم في الدعوى الإدارية لوجود درجة استثناء واحدة فقط (مجل الدولة).

- تتعلق بسلطة القاضي وما يمكن أن يتضمنه الحكم النهائي الصادر عنه في كل من الدعوى الإدارية والدعوى الحقوقية. ففي الدعوى الحقوقية تتعدد الأمور التي يمكن أن يقضي بها القاضي المدني حسب موضوع الدعوى والحق المطالب به، أما في دعوى الإلغاء فإن سلطة القاضي الإداري في حكمه النهائي تنحصر في أحد خيارين، إما الحكم برد الدعوى وإما الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه.

- وفي الدعوى الحقوقية يكون للحكم الذي يحوز قوة الشيء المقضي فيه، (الحكم الذي لا يقبل الطعن به بنص القانون أو فات ميعاد الطعن به أو استنفذ كافة طرق الطعن) حجية نسبية، وهي الحجية التي تقتضي توافر شروط ثلاثة مجتمعة في النزاع هي وحدة الخصوم والموضوع والسبب، فالحجية تقوم هنا بالنسبة لأطراف الخصومة ولا يتمسك بها من هو خارج على الخصومة بحجة أن المصالح متشابهة، أما في الدعوى الإدارية فإن حجية الأحكام تختلف حسب ما إذا كان الحكم برد الدعوى أم بإلغاء القرار المطعون فيه ففي حالة رد الدعوى تكون حجية الحكم هنا نسبية كما في دعاوى العادية. ومعنى ذلك أن الطاعن الذي رفضت دعواه أول مرة يستطيع أن يطعن بذات القرار من جديد بعد استيفاء الشروط الشكلية إذا كان الرفض مبنياً على سبب شكلي، أو بإقامة الطعن الجديد على أسباب غير تلك التي استند إليها في الحكم الأول.

أما في الحالة التي تقضي فيها المحكمة الإدارية بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه فإن الحكم يكون له حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة ذلك أن دعوى الإلغاء دعوى عينية غايتها فحص مشروعية القرار الإداري محل الطعن.

(ب) تنفيذ الأحكام:

الأصل في أحكام القضاء أنها تنفذ طوعاً، إلا أن الجهة المدعى عليها سواء أكانت من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام قد تمتنع أو تتباطأ عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر في مواجهتها مما يثير التساؤل حول الوسائل التي يمكن من خلالها إجبار هذه الجهة على الالتزام بتنفيذ الحكم القضائي والعمل بمضمونه. ويظهر في هذا السياق فرق بين الحكم الصادر في الدعوى المدنية

¹ محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 35.

والحكم الصادر في دعوى الإلغاء. ففي الوقت الذي نجد فيه وسائل متعددة لتنفيذ لأحكام الصادرة في الدعوى المدنية نصطدم بحقيقة أن هذه الوسائل لا يمكن استخدامها في مواجهة الإدارة عندما تمتنع عن تنفيذ الحكم الإداري الصادر في مواجهتها. فلا يوجد وسائل جديّة يمكن استخدامها في هذا السياق في مواجهة الإدارة على اعتبار أن الذمة المالية للأشخاص المعنوية العامة ليست ضمانا عاما لدائنتها، كما أن الأموال العامة غير قابلة للحجز عليها.

باعتبار الإدارة العامة تابعة للسلطة التنفيذية في الدولة والأداة التنفيذية لقوانينها، وبحكم الامتيازات التي يكفلها القانون الإداري للإدارة في مواجهة الأفراد يجعلها الطرف الأقوى، إذ تحوز الإدارة على مظاهرها لسلطة العامة، ومما سمح للإدارة سلطة تعطيل تنفيذ الأحكام هو استبعاد إمكانية استخدام طرق التنفيذ الجبرية¹، ضدها وهو ما يتناقى والقانون الخاص بالتالي النزاع العادي وهو ما يؤكد قيام نوع من الاستقلالية بين نوعي النزاع.

خاتمة:

تتميز إجراءات التقاضي الإداري عن إجراءات التقاضي أمام المحاكم العادية وذلك بالنظر إلى اختلاف طبيعية العلاقات التي يحكمها القانون الإداري عن تلك التي يحكمها القانون الخاص، وبالنظر إلى أن الدعوى الإدارية لا تستهدف فقط حماية حق الطاعن وإنما تهدف كذلك إلى حماية مبدأ المشروعية وسيادة القانون بالمعنى الواسع.

إذا كان من المتصور أن يواجه القضاة الإداريين نقصا في القواعد التي تحكم الدعوى الإدارية مما يضطرهم إلى الرجوع إلى قواعد الإجراءات المدنية فإنه عليهم الأخذ بعين الاعتبار طبيعة وخصوصية المنازعات الإدارية وعدم تطبيق قواعد الإجراءات المدنية عليها بذات الطريقة التي يطبقها القاضي المدني.

ضرورة إعادة تنظيم القضاء الإداري وضرورة إيجاد قضاة متخصصين بالفصل في المنازعات الإدارية ومؤهلين لهذه الغاية لأن ذلك من شأنه أن يساهم أيضا في إبراز خصوصية واستقلالية إجراءات التقاضي الإداري. المبادرة بإصدار قانون يخص إجراءات التقاضي الإدارية وبما يغني إلى حد بعيد عن الرجوع إلى الإجراءات المدنية.

¹ كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام الصادرة ضدها، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، بدون تاريخ المناقشة، ص 06 وما يليها.

منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية

رشيد عمر

باحث في صف الدكتوراه

رئيس مديرية الشؤون الإدارية والمالية

بالوكالة الحضرية لوجدة

تكتسي عملية تحديد النظام القانوني للعاملين بالمؤسسات العمومية أهمية كبرى باعتبارها المعيار الذي يتم على أساسه معرفة القانون الواجب التطبيق، وكذا الجهة القضائية المختصة بالنظر في نزاعاتها مع تلك المؤسسات.

إن تعدد أصناف العاملين بالمؤسسات العمومية واختلاف الأنظمة القانونية التي توطئهم، إضافة إلى تنوع تلك المؤسسات من حيث طبيعتها القانونية وأنشطتها وتعدد وسائل وأساليب عملها، أدى إلى بروز عدة صعوبات في تحديد النظام القانوني لهؤلاء العاملين، وبالخصوص في حالة المنازعات التي تنشأ مع تلك المؤسسات، مما جعل من الصعب إعطاء تكييف قانوني واضح للعاملين بها، بمعنى هل يعتبرون من أشخاص القانون العام وبالتالي موظفين عموميين تربطهم بتلك المؤسسات علاقة نظامية تطبق عليهم قواعد القانون الإداري وتخضع منازعاتهم للقضاء الإداري؟ أم هم من أشخاص القانون الخاص كمستخدمين يخضعون لرابطة تعاقدية تحكمها قواعد القانون الخاص ويخضعون بالتالي لاختصاص القضاء العادي؟

لقد انطرحت مسألة تحديد النظام القانوني للعاملين بالمؤسسات العمومية بحدة على القضاء بمناسبة النظر في منازعات هؤلاء العاملين مع المؤسسات التي تشغلهم، ذلك أن تحديد طبيعة المنازعة تكتسي أهمية بالغة باعتبارها تمكن من معرفة القاضي المختص بالنظر في الدعوى والقانون الواجب التطبيق عليها.

وإذا كانت طبيعة منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية الإدارية لا تطرح أي إشكال لكون هؤلاء يعتبرون من أشخاص القانون العام وتخضع منازعاتهم لاختصاص القضاء الإداري، فإن عدم الاستقرار قد ميز موقف الاجتهاد القضائي بخصوص منازعات العاملين بالمؤسسات التجارية والصناعية والاجتماعية.

وهكذا، وباستثناء المديرين والمحاسبين المعتمدين لدى المؤسسات العمومية والذين استقر الفقه والقضاء على اعتبارهم موظفين عموميين تخضع منازعاتهم للقضاء الإداري⁽¹⁾، عرف موقف الاجتهاد القضائي بخصوص المستخدمين أو الأجراء بتلك المؤسسات

¹ - بخصوص مدراء المؤسسات العمومية تنبغي الإشارة إلى أن الاعتبارات السياسية والإدارية التي توطئ وضعية هؤلاء المسؤولين سواء تعلق الأمر بطريقة تعيينهم، وخصوصية وأهمية المهام التي يضطلعون بها، كما أن الطابع العمومي للمؤسسة التي يسيرونها والتي تتولى تدبير مرفق عام تابع للدولة يجعل وضعيتهم القانونية تخضع لقواعد القانون العام. راجع بهذا الخصوص :

- Ahmed MIDAOU: les entreprises publiques au Maroc et leur participation au développement, Afrique orient, Casablanca, 1981. p. 159 et p. 160

وقد أكد الاجتهاد القضائي المغربي هذا التوجه منذ سنة 1963 في قضية بوجبار عبد الكريم ، حيث صح "بأن المدير العام يعين بظهير و يتولى مهمة تنفيذ القرارات المتخذة من طرف المجلس الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بصفته موظفا عموميا". وهذا موقف ساير به المجلس الأعلى المغربي موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي أضفى صفة الموظف العمومي على مدير المؤسسة العمومية في قضية Robert Lafreyeyre بتاريخ 26 يناير 1926. راجع بهذا الخصوص :

تأرجحا في الاختصاص، فتارة يسنده للقضاء العادي وتارة أخرى للقضاء الإداري معتمدا على معايير وتبريرات متعددة للتأسيس لتوجهاته، فكيف تعامل القضاء في مختلف مراحل مع منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية بمختلف أنواعها؟ وما هي الأسس والمعايير التي بنى عليها اجتهاداته؟

للإحاطة بهذا الموضوع نستعرض موقف الاجتهاد القضائي من خلال مرحلتين، قبل إحداث المحاكم الإدارية وبعد إحداث تلك المحاكم.

الفقرة الأولى: توجه الاجتهاد القضائي قبل إحداث المحاكم الإدارية

باستقراء العديد من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى⁽¹⁾ سواء الغرفة الإدارية أو الاجتماعية والمتعلقة بمنازعات العاملين بالمؤسسات العمومية، نلاحظ أن هذا المجلس لم يستقر على توجه معين بهذا الخصوص. إن الموقف الذي اعتمده المجلس في تلك المرحلة لا يمكن عزله عن السياق العام لاجتهاده الصادر في شأن تكييف منازعات الإلغاء ومنازعات الأعوان العموميين والأعوان الخاضعين لقانون الشغل، وفي تحديد القرارات القابلة للطعن فيها بالإلغاء⁽²⁾.

وقد اعتمد المجلس الأعلى في مرحلة أولى على المعيار العضوي لتأسيس اختصاصه، هذا المعيار الذي قرره المشرع بمقتضى ظهور تأسيس المجلس الأعلى وكذا قانون المسطرة المدنية⁽³⁾، حيث قبل الطعن في القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية باعتبارها

- قرار رقم 253 بتاريخ 14 يناير 1963 / ملف 10181 ، بوجبار عبد الكريم ضد المراقب المالي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، قضاء المجلس الأعلى، المجموعة 1961-1965 ، ص 93. أورده إبراهيم زعيم الماسي في المرجع العملي للاجتهاد القضائي الإداري، 1996، ص.358.

بعد ذلك تواتر الاجتهاد القضائي في هذا المجال، حيث صدرت العديد من الأحكام في نفس الاتجاه نذكر منها على الخصوص:

- حكم ابتدائية أسفي بتاريخ 17 يوليوز 1986، ملف 85/149، تروت أحمد ضد مكتب التسويق والتصدير، المحامون عدد 1 ص 105، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، المرجع السابق، ص 371. أشار إليه أيضا عبد الله إدريسي في أطروحته حول "تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، 2002، الجزء الثالث، ص 952.

- حكم إدارية مكناس 2-95-1 س، 12-1-1995 ملف 1/94/13 س، محمد الزموري ضد بنك المغرب، غير منشور، أورده، إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص.383. أشار إليه أيضا عبد الله إدريسي في أطروحته حول "تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص 952.

-C.E. 26 Janvier 1923, Robert lafregeyre, R.D.P.1923, p.237, cité par André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudement : Traité de droit administratif, Tome 1, 14 eme édition - L.G.D.J 1996, p. 861

أما بخصوص المحاسبين العموميين فقد أعتبر الاجتهاد القضائي المغربي على أن المحاسب العمومي يكتسب صفة موظف عمومي. وهذا ما أكدت عليه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 ماي 1963 في قضية السيد لينجلزر Lingelser الذي كان يشغل منصب محاسب في مكتب الري لقبيلة بني عمير بن موسى بإقليم بني ملال، حيث اعتبرته موظفا عموميا يحكمه القانون العام. قرار 278 بتاريخ 20 ماي 1963 / ملف 8955 لانجلزر ضد مكتب الري لبني عمير وبني موسى، قرارات المجلس الأعلى، المجموعة 61-1965، ص 283، أورده إبراهيم زعيم الماسي في المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، مرجع سابق، ص.359.

أما في فرنسا فقد استقر الاجتهاد القضائي على إضفاء صفة الموظف العمومي على المحاسب بالمؤسسات العمومية عندما يتوفر على صفة محاسب عمومي في قضية **Jalenques de Labeau** بتاريخ 8 مارس 1957(1). وهذا التوجه تأكد عبر مجموعة من الأحكام الصادرة سواء عن مجلس الدولة من خلال قرار **Doulens** في أبريل 1987، أو عن محكمة التنازع في قضية **Beck** في 10 يناير 1983.

-C.E. 8 Mars 1957, Jalenques de Labeau, 157, D 1957,378, cite par André de Laubadère, Jean- Claude Venezia, Yves Gaudement : traité de droit administratif, op.cit. p. 861.

¹ تجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى عوض بمحكمة النقض بموجب الإصلاح الجديد للتنظيم القضائي للمملكة تنفيذا لدستور المملكة لسنة 2011.

² عبد الله إدريسي: تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي، مرجع سابق، ص.951.

³ ينص الفص الأول من ظهور تأسيس المجلس الأعلى على "يعهد إلى المجلس الأعلى البث في القضايا الآتية ما لم يصدر نص صريح بخلاف ذلك... طلبات إلغاء المقررات الصادرة من السلطات الإدارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة..." كما ينص الفصل 17 "... ترفع إلى الغرفة الإدارية: - مطالب النقض المرفوعة ضد الأحكام القضائية الصادرة في القضايا التي يكون أحد الخصوم فيها شخصا عموميا.

سلطة إدارية دون مراعاة المركز القانوني للطاعن، وما إذا كان خاضعا للقانون العام أم القانون الخاص، ودون الأخذ بعين الاعتبار لطبيعة نشاط المؤسسة ونظامها القانوني⁽¹⁾. ويكفي أن يكون القرار المطعون فيه صادرا عن مؤسسة عمومية لاعتباره قرارا إداريا قابلا للطعن بتجاوز السلطة بغض النظر عن طبيعة روابط الطاعن بالمؤسسة. وهكذا قرر المجلس الأعلى قبول دعوى الإلغاء ضد قرار مدير مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية باعتباره قرارا إداريا صادرا عن سلطة إدارية، حيث أكدت الغرفة الإدارية "بأن مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية يعتبر من أشخاص القانون العام، وبالتالي فإن المقررات المتخذة من طرف مديره تدخل في عداد المقررات الإدارية الصادرة عن سلطة إدارية، الأمر الذي يجعلها قابلة للطعن فيها أمام المجلس الأعلى عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة"⁽²⁾.

وقد تأكد ذلك التوجه في العديد من القرارات، حيث اعتبر المجلس الأعلى كذلك أن "مكتب التسويق والتصدير من أشخاص القانون العام المعنوية وبالتالي، فإن المقررات الصادرة عن مديره تدخل في عداد المقررات الصادرة عن السلطة الإدارية، الأمر الذي يجعلها قابلة للطعن فيها أمام المجلس الأعلى عن طريق دعوى الإلغاء، وذلك بغض النظر عن كونها خاضعة للقانون العام أو الخاص، لأن الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية حينما نص على أن المجلس الأعلى يبت في الطعون الرامية إلى إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية لم يقم بأي تمييز بين تلك المقررات حسب النظام القانوني الذي يحكمها"⁽³⁾، ولذلك اعتبر المجلس الأعلى أن قرار الطرد الذي اتخذ في حق المعني بالأمر يدخل في عداد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية.

نفس التوجه عبر عنه المجلس الأعلى في قرارات أخرى، حيث قبلت الغرفة الإدارية الطعن في قرار صدر عن المدير العام للمكتب

- طلبات الإلغاء الموجهة ضد مقررات السلطة الإدارية بسبب الشطط في استعمال السلطة...".
وتنص الفقرة الثانية من الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية "على أنه يبت المجلس الأعلى في الطعون الرامية إلى إلغاء المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية للشطط في استعمال السلطة".

¹ - راجع بخصوص نزاعات العاملين بالمؤسسات العمومية :

- عبد الله إدريسي: مرجع سابق، ص 950-974.

- أمحمد عنصري: أعوان المؤسسات العمومية في اجتهاد القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 23، أبريل-يونيو 1998، ص 41-50.

- محمد الأعرج: نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص المحاكم العادية، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد 1، 2004، ص 21-32.

² - قرار رقم 19 الصادر في 16 يناير 1977، بدوي محمد ضد وزير التجارة والصناعة/ مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية، م.م.ق.س عدد 4، سنة 1978، ص 89، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، مرجع سابق، ص 363. كما أشار إليه عبد الله إدريسي في أطروحته حول "تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص 953.

³ - قرار رقم 148 بتاريخ 6 ماي 1977 الصادر المومني ضد المدير العام لمكتب التسويق والتصدير ومن معه، م.م.ق.س عدد 4، سنة 1978، ص 99، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، مرجع سابق، ص 364-365.
راجع أيضا القرارات التالية :

قرار عدد 28 بتاريخ 22 يونيو 1971، ملف 32204 بنمنصور علي ضد وزير التجارة والصناعة/ مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية، قرارات المجلس الأعلى المجموعة 71-1972، ص 23، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، المرجع السابق، ص 362؛ قرار رقم 23 بتاريخ 5 فبراير 1975 ملف 41260، المريني مولاي الحسن ضد مدير المكتب الجهوي للحوز بمراكش، غير منشور، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع السابق، ص 363؛ قرار رقم 135 بتاريخ 24/4/1981 مفلح صالح ضد مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل، م.م.ق.س عدد 13-14، ص 155، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع السابق، ص 366؛ قرار رقم 77 بتاريخ 14 مارس 1991، ملف 1009/89، مولاي الحسن النصير ضد المكتب الوطني للماء الصالح للشرب، غير منشور، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع السابق، ص 377-378.

راجع كذلك القرارات التي أشار إليها الأستاذ عبد الله إدريسي في أطروحته حول "تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص 953-954.

المستقل للنقل العمومي بالدار البيضاء باعتباره سلطة إدارية⁽¹⁾. كما اعتبر كذلك بأن قرار مدير مكتب التسويق والتصدير القاضي بإلغاء إحدى المستخدمات بناء على قرار تقليص المستخدمين يعتبر قرارا إداريا يمكن الطعن فيه بواسطة دعوى الإلغاء⁽²⁾. ويتضح من خلال هذه النماذج وغيرها أن قضاء المجلس الأعلى كان يركز في نظره للدعوى على الجهة مصدره القرار فقط، فإذا كانت سلطة إدارية اعتبر القرار إداريا وجاز الطعن فيه بالإلغاء⁽³⁾.

وقد فسر هذا التوجه بالرغبة في توحيد منازعات كل أعوان الجماعات العمومية وتمكينهم من التمتع بمزايا دعوى الإلغاء، وهو موقف تم تأييده من قبل الفقه كما تم تكريسها من قبل المشرع من خلال إحداث المحاكم الإدارية، حيث حولها اختصاص النظر في النزاعات المتعلقة بالوضع الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية⁽⁴⁾.

غير أن استعراض الاجتهاد القضائي يؤكد أن المجلس الأعلى لم يستقر على ذلك التوجه الهادف إلى توحيد نظام منازعات العاملين بالجماعات العمومية، إذ تراجع في العديد من الحالات عن الأخذ بالمعيار العضوي لتقرير الصفة الإدارية للمنازعة مرتكزا على المعيار الموضوعي. وهكذا أكدت الغرفة الاجتماعية بأن "مؤسسة بنك المغرب وإن كانت مؤسسة عمومية تستهدف في غايتها المصلحة العامة، فإن علاقتها بمستخدميها تخضع لقواعد القانون الخاص باعتبار مالها من استقلال في التسيير يميزها عن باقي المؤسسات العمومية الأخرى". وأضافت "بأن المحاكم المدنية هي المختصة بالتالي في نظر نزاعات العمل التي تحصل بين هذه المؤسسة و مستخدميها"⁽⁵⁾.

كما اعتبرت الغرفة الإدارية كذلك "بأن المكتب الوطني للماء الصالح للشرب مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي، ولما كان الطاعن مجرد مستخدم لدى المكتب، فإن المحكمة الابتدائية هي المختصة بالنظر في النزاع"⁽⁶⁾. ونفس التوجه عبر عنه المجلس الأعلى في حالات أخرى⁽⁷⁾، حيث أخذ بعين الاعتبار المركز القانوني للطاعن وطبيعة الروابط التي تجمعها بالمؤسسة وما إذا كانت خاضعة للقانون الخاص أم القانون العام لتقرير اختصاصه من عدمه.

و في حالات أخرى، وتماشيا مع نهج عدم الاستقرار على توجه واحد في مجال منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية، ورغم إقراره بالصفة الإدارية لقرارات مدراء المؤسسات العمومية اعتمادا على معيار الشخص المعنوي العام، إلا أنه أخذ بوسيلة الدعوى الموازية⁽⁸⁾ لرفض قبول الدعوى واستبعاد منازعات العاملين بتلك المؤسسات من دائرة اختصاصه، وذلك طبقا للفقرة الأخيرة بكل من

¹ - قرار رقم 96 بتاريخ 30 ماي 1985 ملف 5676، أحمد العلوي هشام ضد المدير العام للمكتب المستقل للنقل العمومي بالدار البيضاء، رابطة القضاة عدد 18-19، ص 77، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع السابق، ص 370. أشار إليه أيضا عبد اللطيف خالفي في مؤلفه "الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، رصد لمبادئ وقرارات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف 1968-1998" الطبعة الأولى 2001، ص 65.

² - قرار عدد 216 بتاريخ 13 أكتوبر 1988، ماريا المزكدي ضد مكتب التسويق والتصدير، أشار إليه محمد الأعرج في مقاله حول "نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص المحاكم العادية" م.م.ق، مرجع سابق، ص 28.

³ - راجع أحمد بوعشيق: مرجع سابق، ص 166.

⁴ - راجع احمد عنترى: أعوان المؤسسات العمومية في اجتهاد القضاء الإداري المغربي، م.م.إ.م.ت، عدد 23، مرجع سابق، ص 43-44.

⁵ - قرار عدد 9 مكرر بتاريخ 8 فبراير 1977 ملف اجتماعي 51-52، مجلة المحاماة عدد 13، ص 155، أورده إبراهيم زعيم الماسي، مرجع سابق، ص 364.

⁶ - قرار عدد 231، ملف 7125 سنة 1987 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40، سنة 1987، ص 223، أورده محمد الأعرج في مقاله حول "نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص المحاكم العادية" م.م.ق، مرجع سابق، ص 29.

⁷ - قرار عدد 241 بتاريخ 11 مارس 1985، الدساري محمد ضد المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي سوس ماسة بأكادير، أورده أحمد بوعشيق في المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، مرجع سابق، ص 167-168.

⁸ - لمزيد من التفاصيل بخصوص الدعوى الموازية راجع مقال الأستاذ محمد صقلي حسني، الدعوى الموازية بين القانون والممارسة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 28، يوليو-سبتمبر 1999، ص 45.

الفصل 14 من ظهير تأسيس المجلس الأعلى والمادة 360 من قانون المسطرة المدنية⁽¹⁾.

وهكذا جاء في قرار للغرفة الإدارية بأن "المقررات الصادرة عن مدير المكتب الوطني للماء الصالح للشرب هي مقررات إدارية قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، إلا أن قابلية هذا الطعن مشروطة بعدم وجود دعوى موازية طبقا لما ورد في الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية، وأنه لما كان في إمكان الطاعن المطالبة بحقوقه أمام المحاكم العادية والحصول على نفس النتيجة التي يتوخاها من دعوى الإلغاء، أي الرجوع إلى عمله إن اقتضى الحال ذلك، الأمر الذي يجعل الطعن غير مقبول لوجود دعوى موازية"⁽²⁾.

واستند المجلس الأعلى في حالات أخرى في حيثياته على كل من المعيار الموضوعي والمعيار العضوي مستعملا وسيلة الدعوى الموازية للحكم بعدم قبول الدعوى⁽³⁾، حيث جاء في أحد قراراته " لكن حيث إن قانون 23 مارس 1979 المنظم للصندوق الوطني للقرض الفلاحي يضيف على هذه المؤسسة صبغة المؤسسة العمومية ذات طابع تجاري... وأن الطاعن وإن كان يعتبر موظفا بالصندوق المذكور، إلا أن علاقة العمل التي تربطه بالمطعون ضده يرجع حق النظر فيها للمحكمة الابتدائية طبقا للفصل 18 من قانون المسطرة المدنية، وحيث إن القرارات الصادرة عن مدير الصندوق الوطني للقرض الفلاحي وإن كانت مقررات إدارية قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، إلا أن قابلية هذا الطعن مشروطة بعدم وجود دعوى موازية...".

كما ذهب الغرفة الإدارية في منعى آخر حين نفت صفة الجماعة العمومية عن إحدى المؤسسات العمومية، حيث جاء في قرار لها " وحيث إن الطاعن يطلب بسبب الشطط في استعمال السلطة إلغاء القرار الصادر بتاريخ 19 يوليوز 1966 عن مدير المكتب المستقل لتوزيع الماء والكهرباء بالدار البيضاء والذي بمقتضاه فصل الطاعن عن عمله... وحيث إن الفصل الأول من ظهير 29 أبريل 1957 المؤسس لمحكمة الشغل ينص على اختصاص هذه المحاكم بالنظر في المنازعات الفردية التي يمكن إثارتها بمناسبة إجازة العمل بين أرباب العمل ومستخدمهم في التجارة والصناعة والفلاحة والمهن الحرة، ماعدا مستخدمي الدولة والجماعات العمومية... وحيث يؤخذ من ظهير 21 أكتوبر 1961 المحدث للمكتب المستقل، السالف الذكر، أن هذا الأخير مؤسسة عمومية... وأنها تنظم حساباتها وفق القوانين والأعراف الجاري بها العمل في التجارة، فإنه لا يمكن اعتبار المؤسسة المذكورة جماعة عمومية، وبالتالي فإن المنازعة الفردية التي يمكن أن تثار بينها

¹ - تنص هذه الفقرة بكل من الفصلين على أنه " لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعنهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية".

² - قرار 202 بتاريخ 20 نونبر 1986 سكاوف محمد ضد مدير المكتب الوطني للماء الصالح للشرب، أشارت إليه أمينة جبران في مقالها "الغرفة الإدارية بين التقليد والإبداع" منشور ب م.م.ق.ت، عدد 17، 1988، ص 108، أورده كل من عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 65. وإبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص 372.

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط 6125 بتاريخ 18 يوليوز 1989 غسيس محمد ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، مجلة الإشعاع عدد 2، ص 103، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع السابق، ص 376.

- راجع أيضا: قرار 89 بتاريخ 8 مارس 1990، نجيب المعتذر ضد مدير الوكالة المستقلة للنقل الحضري بالرباط وسلا، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص 133، أورده إبراهيم زعيم الماسي، مرجع سابق، ص 377.

- القرارات التي أشار إليها إدريسي عبد الله في أطروحته حول "تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص 955، وكذا القرارات التي أشار إليها محمد عنتر في مقاله "أعوان المؤسسات العمومية في اجتهاد القضاء الإداري المغربي" م.م.إ.م.ت عدد 23، مرجع سابق، ص 46.

³ - قرار عدد 83 بتاريخ 24 فبراير 1994، عبد الباري بشتوف ضد المدير العام للصندوق الوطني للقرض الفلاحي، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 10 يناير-مارس 1995، ص 63.

- قرار 223 بتاريخ 18 دجنبر 1986 ملف 85/123 محمد بنونة ضد مكتب التسويق والتصدير، مجلة المحاكم المغربية عدد 57، ص 92 وعدد 52 ص 86، إبراهيم زعيم الماسي، المرجع السابق، ص 373

- قرار 231 بتاريخ 25 دجنبر 1986 ملف إداري 85/125 بيجيكو المحجوب ضد مدير المكتب الوطني للماء الصالح للشرب، م.م.ق.أ عدد 40، ص 223، أورده إبراهيم زعيم الماسي، ص 773.

وبين مستخدميها تدخل في اختصاص محاكم الشغل...⁽¹⁾.

غير أنه من الواضح أن هذا التبرير لم يكن مقنعاً لأن الغرفة الإدارية باستبعادها النظر في الدعوى بمبرر انعدام الصفة العمومية عن تلك المؤسسة بالرغم من كون هذه الأخيرة مؤسسة عمومية، تكون قد خالفت ما هو مقرر بمقتضى التشريع. وكان من الأجدر أن تقرر عدم اختصاصها بالاعتماد على المعيار الموضوعي من خلال تكييفها للمركز القانوني للطاعن وطبيعة العقد الذي يربطه بالمؤسسة.

وفي حالات أخرى نفى المجلس الأعلى الطبيعة الإدارية عن القرار الذي أتخذه مدير المؤسسة العمومية، حيث أكدت الغرفة الاجتماعية في هذا الإطار " حيث إن الوكالة المستقلة للنقل الحضري وإن كانت مؤسسة عمومية ... وهي التي تقوم بتعيين أجراءها وتوظيفهم طبقاً لقانونها الخاص، وبذلك فإن النزاعات الفردية التي تحدث بينها وبين مستخدميها تدخل في اختصاص المحاكم، ولا يمكن اعتبار قرارات مديريها قرارات إدارية بمفهومها القانوني، ولذلك فإن محكمة الاستئناف عندما اعتبرت النزاع الواقع بين الطاعن والمطلوب في النقض نزاعاً يدخل في نطاق نزاعات الشغل قد صادفت الصواب...⁽²⁾.

وربما في خضم هذا التضارب وعدم الاستقرار على توجه قضائي واحد في هذا المجال كان حكم المحكمة الابتدائية بأسفي أكثر وضوحاً، إذ حاولت من خلاله التمييز بين المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية والمؤسسات الاقتصادية، فالأولى تخضع للقانون العام ويعتبر العاملون بها موظفين عموميين وأوامرها قرارات إدارية، أما الثانية والتي يتم معظم نشاطها في ظل القانون الخاص فتخضع لأغلبية منازعاتها للمحاكم العادية... باستثناء فئة المديرين وكبار المراقبين والمحاسبين⁽³⁾.

لقد عكس هذا التذبذب في توجه الاجتهاد القضائي حجم الصعوبات التي واجهها القاضي في تبرير موقفه، فأحياناً اعتمد على المعيار العضوي وأحياناً على المعيار الموضوعي، وفي حالات أخرى استعمل وسيلة الدعوى الموازية، كما ذهب إلى حد نفيه صفة الجماعة العمومية عن المؤسسة العامة دون أن يعتمد على صياغة منهج معين يحكم منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية.

إن عدم استقراره على توجه معين وإن كانت ضرورة تفرضها الحاجة إلى مواكبة التطورات التي تعرفها علاقات المرفق العام ومنازعاته بفعل التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المجتمع، إلا أن ذلك لم يكن مؤسساً على نظرة شمولية تتوخى وضع نظام خاص بكل صنف من المنازعات، بل كان يعتمد نظرة أحادية تختلف بحسب كل حالة أو منازعة. وهكذا نجد تضارباً في التوجه ليس فقط ما بين المجلس الأعلى والمحاكم العادية ولكن حتى داخل هذا المجلس بين غرفه (الغرفة الإدارية والغرفة الاجتماعية).

وكان على المجلس الأعلى أن يسطر المبادئ العامة التي تحكم منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية أحداً بعين الاعتبار تحقيق الأهداف التي يسعى إليها المتقاضى من الدعوى من خلال تبسيط إجراءات ومسطرة التقاضي، وتمكين الطاعنين بسهولة من معرفة

¹ - قرار عدد 11 بتاريخ 23 فبراير 1968، العراقي محمد ضد مدير المكتب المستقل لتوزيع الماء والكهرباء بالبيضاء، قرارات المجلس الأعلى المجموعة 66-1970 ص 126، أورده عبد اللطيف خالفي في مؤلفه "الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية" المرجع السابق، ص. 63. و إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص. 361.

² - قرار رقم 103 بتاريخ 10 فبراير 1992، ملف اجتماعي عدد 90/8138 الوكالة المستقلة للنقل الحضري بأكادير ضد جوفر بوجمعة، مجلة الإشعاع عدد 7، ص 72 و م.ق.م.أ عدد 46، ص 194، أورده عبد اللطيف خالفي في الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، مرجع سابق، ص. 67. و إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص. 381.

راجع أيضاً: قرار رقم 72 بتاريخ 21 مارس 1985 / الغرفة الاجتماعية، المدغري مولاي إدريس ضد الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء، أورده أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، مرجع سابق، ص. 167.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بأسفي 17 / 7 / 1986، ملف 85 / 149 تروت أحمد ضد مكتب التسويق والتصدير، المحامون عدد 1 ص 105، أورده إبراهيم زعيم الماسي، مرجع سابق، ص. 371.

القضاء المختص، والتمييز بين المؤسسات العمومية بحسب نظامها القانوني وطبيعة نشاطها لجعلها أكثر مرونة لمواكبة طرق التدبير والتسيير الحديثة، فما هو توجه الاجتهاد القضائي بعد إحداث المحاكم الإدارية؟ وهل استطاعت تلك المحاكم أن توحد نظام منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية وأن تضع حدا لتضارب الأحكام القضائية في هذا المجال؟

الفقرة الثانية: توجه الاجتهاد القضائي بعد إحداث المحاكم الإدارية

كرس صدور قانون 10 شتنبر 1993 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية⁽¹⁾ قاعدة توحيد منازعات أعوان الجماعات العمومية، التي تبناها الاجتهاد القضائي خلال المرحلة السابقة، حيث خول لهذه المحاكم كهيئات متخصصة في المادة الإدارية، اختصاصا نوعيا يشمل البت في النزاعات المتعلقة بالوضع الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة⁽²⁾.

وإذا كان من المؤكد أن التجسيد التشريعي لهذه القاعدة من شأنه أن يعزز ويوسع من سلطات القاضي في مجال الرقابة على القرارات التي تهم أوضاع العاملين بالمؤسسات العمومية، وتمكينهم من الاستفادة من الضمانات والامتيازات التي يستفيد منها الموظفون بإدارات الدولة انطلاقا من مرجعية قانونية واضحة، إلا أن ذلك لم يضع حدا لإشكالية تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية، وكذا القانون الواجب التطبيق عليها بحكم اختلاف الأنظمة القانونية للمؤسسات العمومية (مؤسسات إدارية، اقتصادية، اجتماعية...)، وبالتالي تعدد الأنظمة القانونية للعاملين بها.

إن المشرع المغربي وإن كان قد منح المحاكم الإدارية الولاية العامة في منازعات الوضع الفردية لهؤلاء العاملين، سواء تعلق الأمر بالإلغاء أو التعويض، وسوى بينها وبين منازعات الموظفين وأعوان الإدارات العمومية، إلا أنه لم يميز بين العاملين بالمؤسسات الإدارية الذين يعتبرون من أشخاص القانون العام بحكم طبيعة النشاط الذي تضطلع به تلك المؤسسات، وبين المستخدمين بالمؤسسات العمومية الاقتصادية والاجتماعية الذين يخضعون في معظم الأحوال لقواعد القانون الخاص. وبذلك ظلت مسألة تحديد الطبيعة الإدارية لتلك المنازعات هي المشكلة الجوهرية التي لم يفصل فيها التشريع بحيث بقي المجال مفتوحا للاجتهاد القضائي⁽³⁾.

و دون الدخول في تفاصيل الجدل الفقهي والقضائي حول ماهية الوضع الفردية، نتساءل عن توجه قضاء المحاكم الإدارية والمجلس الأعلى بخصوص منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية؟ وهل تمكن الاجتهاد القضائي من صياغة نظام متميز لتلك المنازعات يراعي تعدد المراكز القانونية لهؤلاء في علاقاتهم بتلك المؤسسات ويتجاوز حالات التضارب التي ميزت قراراته في هذا المجال؟

وبتحقق الاجتهاد القضائي خلال مرحلة إحداث المحاكم الإدارية، يتضح أن هناك استمرارية في النهج الذي اعتمده خلال المرحلة السابقة بشأن منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية، بحيث ظل الاختلاف وعدم الاستقرار على توجه واحد هو السمة الغالبة على عمل القضاء الإداري. وهكذا واصلت المحاكم الإدارية الأخذ بالمعيار العضوي لتقرير اختصاصها في هذا المجال، بحيث يكفي أن يكون القرار صادرا عن مدير مؤسسة عمومية بصفته سلطة إدارية ليتم اعتباره من طبيعة إدارية وبالتالي قبول الطعن فيه دون اعتبار المركز القانوني للطاعن. وبهذا الخصوص أكدت المحكمة الإدارية للرباط على أنه "وحيث إن المدير يعين بظهير ويتولى إدارة وتسيير مرفق عام اقتصادي تابع للدولة مما يجعله سلطة إدارية وتكون قراراته خاضعة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء بقطع النظر عن خضوع المقرر

¹ - قانون رقم 90.41 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 225.91 بتاريخ 22 ربيع الأول (10 شتنبر 1993)، ج.ر عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نونبر 1993)، ص. 2169.

² - راجع المادة الثامنة من القانون السالف الذكر.

³ - عبد الله إدريسي: تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي، مرجع سابق، ص. 958.

الصادر عنه لأحكام القانون العام أو الخاص⁽¹⁾. نفس التوجه المستند على المعيار العضوي كرسه إدارية الرباط في حكم آخر حيث أكدت على أن العقوبات التأديبية التي يتخذها والي بنك المغرب في حق مستخدمي البنك تعتبر قابلة للطعن فيما عن طريق دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة إعمالا للمعيار العضوي وبقطع النظر عن العلاقة التي تربط المستخدم بمشغله⁽²⁾.

وهذا النهج أكدته أيضا الغرفة الإدارية في أحد قراراتها حيث جاء فيه " حيث يتبين من الوثائق التي أدلى بها المستأنف ومن مستنتاجاته أنه يطعن في قرار بوقف صرف رواتبه كعامل في مؤسسة عمومية، ولا نزاع في أن ذلك القرار صادر عن سبط إدارية يعمل الطاعن تحت إشرافها فكان القرار المطعون فيه قرارا إداريا باعتبار صفة من أصدره وباعتبار موضوعه...وحيث إن الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية يمنع على المحاكم العادية إلغاء القرارات الإدارية أو عرقلة أعمال الإدارة فكان قاضي المستعجلات بالمحكمة الابتدائية على صواب عندما صرح بعدم اختصاصه بنظر الطعن المعروض⁽³⁾. ونفس الموقف عبرت عنه المحكمة الإدارية بوجدة في أحد قراراتها حيث جاء فيه "... وحيث إنه بعد تفحص المحكمة للقرارين المطعون فيهما تبين لها أنهما قرارين صادرين عن مدير الوكالة الحضرية بوجدة باعتباره سلطة إدارية ويؤثران في المركز القانوني للطاعن"⁽⁴⁾.

وفي توجه آخر نزعت إدارية الرباط صفة السلطة الإدارية عن مدير المؤسسة الاقتصادية حيث جاء في حيثيات أحد أحكامها " وحيث إنه بالرجوع إلى القانون رقم 96.24 المتعلق بالبريد والمواصلات... يتضح أن شركة اتصالات المغرب حلت محل المكتب الوطني للبريد والمواصلات... ونصت المادة 39 من القانون المذكور على أن شركة اتصالات المغرب تعتبر شركة مساهمة، وهي بذلك عبارة عن مؤسسة خاصة تخرج عن نطاق أشخاص القانون العام وتحكمها مقتضيات القانون الخاص، وهذا ينزع عنها أساسا صبغة المرفق العام قبل اعتبارها ما إذا كانت سلطة إدارية أم لا، ولا يمكن اعتبار فقط طريقة تعيين المدير العام للشركة المذكورة بواسطة ظهير شريف كمعيار كاف لإسباغ صفة الشخص المعنوي العام التي تتخذ استنادا إلى النص القانوني المحدث لها..."⁽⁵⁾

كما عزز الاجتهاد القضائي المعيار العضوي أيضا بمعيار قانوني مستمد من مقتضيات المادة الثامنة من قانون 10 شتنبر 1993 المحدث للمحاكم الإدارية لإسناد الاختصاص للقضاء الإداري، وفي هذا الصدد جاء في حكم لإدارية وجدة " وحيث إن الطاعن يشتغل لدى المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي...وأن المكتب مؤسسة عمومية يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وأن المادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية تتحدث عن النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للعاملين في المؤسسات العامة"⁽⁶⁾.

¹ - حكم إدارية الرباط، عبد الجليل فنيش ضد والي بنك المغرب، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 14، ص 160، أورده محمد الأعرج في مقاله حول " نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص المحاكم العادية" م.م.ق، مرجع سابق، ص.30.
راجع أيضا: حكم إدارية الرباط عدد 301 بتاريخ 17/3/1998، محمد السعيد الطيبي ضد الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء، منشور ب م.م.إ.م.ت عدد 26، يناير- مارس 1999، ص. 184.

² - حكم إدارية الرباط رقم 426 بتاريخ 28 فبراير 2008، منشور بالموقع الإلكتروني: www.adala.justice.gov.ma

³ - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 49 بتاريخ 18 يناير 1996، غيوان مصطفى ضد المكتب الوطني المغربي للسياحة، منشور ب م.م.إ.م.ت عدد 19، أبريل- يونيو 1997، ص. 157.

⁴ - حكم إدارية وجدة عدد 2002/171 بتاريخ 9 أكتوبر 2002، أحمد كرواي ضد الوكالة الحضرية لوجدة، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، أحمد بوعشيق، منشورات م.م.إ.م.ت، سلسلة دلائل التسيير، 2004، ص. 191، منشور كذلك ب م.م.إ.م.ت، عدد 48-49 بتاريخ يناير- أبريل 2003، ص. 209.

⁵ - حكم إدارية الرباط عدد 313 بتاريخ 23 فبراير 2006، منشور في الموقع الإلكتروني: www.adala.justice.gov.ma

⁶ - حكم إدارية وجدة، عدد 96/867 بتاريخ 20 نونبر 1996، أبو القاسمي عبد المالك بن البشير ضد المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي للملوية، منشور ب م.م.إ.م.ت عدد 19، أبريل- يونيو 1997، ص. 185.

ونفس المعيار القانوني اعتمده المحكمة الإدارية بأكاير " حيث إن المحاكم الإدارية تختص حسب مقتضيات المادة 8 من القانون 90.41 المحدث بموجبه محاكم إدارية بدعوى إلغاء القرارات الإدارية... وحيث إن الطعن حسب ما ذكر أعلاه قدم في إطار دعوى الإلغاء التي تختص بنظرها المحاكم الإدارية، الشيء الذي يكون معه الدفع بعدم الاختصاص المثار من طرف المدعى عليه في غير محله ويتعين رده والحكم بانعقاد الاختصاص لهذه المحكمة"⁽¹⁾.

كما أكد المجلس الأعلى على نفس النهج وذلك في قرار للغرفة الإدارية جاء فيه "... وحيث إن المستأنف عليه وإن كان يخضع في علاقته مع بنك المغرب لأحكام القانون الخاص باعتباره لا يندرج ضمن فئة الموظفين الخاضعين لأحكام القانون العام ولظهير 24 فبراير 1958، إلا أن هذه العلاقة وما يترتب عنها من نزاعات تهم وضعيته الفردية تظل من اختصاص المحاكم الإدارية بصريح الفصل 8 من القانون رقم 90.41... وحيث يستنتج من كل ما سبق أن الحكم المطعون فيه عندما صرح باختصاص القضاء الإداري للبت في النزاع المالي كان في محله ويرتكز على أساس سليم، مما يتعين معه تأييده"⁽²⁾.

كما تبني القضاء الإداري المعيار القانوني ليس فقط لإسناد الاختصاص النوعي إلى المحاكم الإدارية وإنما كذلك لرفض قبول الطعن في المقررات المرفوعة إلى هذه المحاكم.⁽³⁾

وتجدر الإشارة إلى أن الاجتهاد القضائي لم يقصر اعتماده على المعيار القانوني للنظر في الطعون الموجهة ضد مقررات المؤسسات العمومية فقط، بل تجاوز ذلك إلى قبول الطعن في القرارات الصادرة عن تلك المؤسسات حتى بعد خضوعها للخصوصية وبالتالي تغيير نظامها القانوني. وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى " حيث إنه من الثابت من أوراق الملف أن المدعي المستأنف التحق بمنظمة الاتحاد الإفريقي للاتصالات بناء على قرار الوزير الأول. وقد كان يعمل آنذاك بالمكتب الوطني للبريد والمواصلات الذي يعتبر مؤسسة عمومية، وأن حلول شركة اتصالات المغرب محل المكتب المذكور لا يغير من الأمر شيئا ليظل المعني بالأمر محقا في اللجوء إلى المحكمة الإدارية التي تعتبر الجهة الوحيدة المختصة بناء على الفصل الثامن من قانون 90.41 لتسوية وضعيته الإدارية، مما يجب معه

- راجع أيضا: حكم إدارية فاس عدد 255 بتاريخ 25 أكتوبر 1995، ملف إداري رقم 94/85، غير منشور؛ حكم إدارية الرباط عدد 320 بتاريخ 9 نونبر 1995، ملف إداري رقم 94/15، غير منشور، أشار إليهما أمال المشرفي في مقاله حول "النزاعات المتعلقة بالوضع الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية" م.م.إ.م.ت عدد 26، يناير-مارس 1999، ص. 31.

- حكم إدارية مكناس رقم 3-98-57 غ بتاريخ 28 أكتوبر 1998، أزهارى مولود ضد المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي لتافيلالت، منشور ب.م.م.أ.م.ت، عدد 26 يناير-مارس 1999، ص. 234.

¹ - حكم إدارية أكادير عدد 2003/54 بتاريخ 5 يونيو 2003، عبد القادر الخيراتي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، منشور في م.م.أ.م.ت عدد 59، نونبر-دجنبر 2004، ص. 195.

² - قرار الغرفة الإدارية رقم 369 بتاريخ 26 ماي 1996 ملف إداري عدد 1996/5/127، قضاء المجلس الأعلى، عدد 51 يناير 1998، ص 64، أورده عبد اللطيف خالفي في مؤلفه الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، مرجع سابق، ص. 68.

- راجع أيضا قرار الغرفة الإدارية رقم 117 بتاريخ 30 يناير 1997، ملف إداري عدد 96.492، قضاء المجلس الأعلى، عدد 51 يناير 1998، ص. 39، نفس المرجع السابق، ص. 69.

- راجع كذلك حكم إدارية الرباط رقم 426 بتاريخ 28 فبراير 2008، مرجع سابق.

³ - حكم إدارية الرباط عدد 987 بتاريخ 5 أكتوبر 2004، وفاء دبنية ضد شركات الانتاجات البيولوجية والصيدلانية والبيطرية، منشور في م.م.أ.م.ت، عدد 59، نونبر-دجنبر 2004، ص. 245.

- راجع أيضا تعليق على هذا الحكم، محمد الأعرج: مدلول المرفق العام والاختصاص النوعي في تسوية وضعية مستخدمي المؤسسات العامة، م.م.أ.م.ت عدد مزدوج 66-67، يناير-أبريل 2006، ص. 175.

ويبدو أن المجلس الأعلى بتبنيه لهذا القرار قد استهدف حماية حقوق المتقاضى باعتبار أن النزاع ابتدأ قبل تغيير الطبيعة القانونية للمكتب المذكور، وما دامت اتصالات المغرب هي الوريث الشرعي لحقوق والتزامات المكتب الوطني للبريد والمواصلات، فينبغي عليها بالتالي تحمل المسؤولية عن نزاعات هذا المكتب مع مستخدميه و بالكيفية التي تمكن من تحقيق الهدف من الدعوى⁽²⁾.

كما أن القضاء الإداري لم يكتف بالمعيار العضوي ومعياري الاختصاص القانوني لقبول الطعن وإنما سار أحيانا في اتجاه معاكس لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة الثامنة، حيث ركز في حالات عديدة على الطبيعة القانونية للعلاقة العقدية التي تربط المستخدم بالمؤسسة العمومية. وذلك من أجل استبعاد النزاعات المتعلقة بالعاملين بالمؤسسات العمومية من دائرة اختصاصها مستندا بالمعيار الموضوعي وأحيانا بالدعوى الموازية. وهذا الأمر يعكس استمرار التضارب وعدم الاستقرار في توجه القضاء الإداري بخصوص النظر في منازعات هؤلاء العاملين في علاقتهم بالمؤسسات العمومية التي تشغلهم.

وهكذا جاء في قرار للمحكمة الإدارية بوجدة⁽³⁾ وحيث إن المكتب الوطني للسكك الحديدية، وإن كان مؤسسة عمومية ذات صبغة تجارية واقتصادية... فإن القرارات التي يتخذها المدير بشأن العلاقة التي تربطه بالمستخدمين الخاضعين للقانون الخاص، لا تعتبر قرارات إدارية، مادامت أنها تفقد أحد عناصر القرار الإداري المتمثل في المعيار الموضوعي الهادف إلى تطبيق القانون العام⁽³⁾. فالمحكمة نفت الصفة الإدارية عن القرار المطعون فيه بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي تربط الطاعن بالمؤسسة والتي تحكمها قواعد القانون الخاص وتخضع لاختصاص القضاء العادي.

وفي قرارات أخرى اعتمد المجلس الأعلى المعيار الموضوعي أيضا لتبرير موقفه حيث جاء في إحداها⁽⁴⁾... لكن حيث إن المكتب الشريف للفوسفات وإن كان من أشخاص القانون العام، فإن علاقته بمستخدميه لا تتم في إطار القانون الإداري، بل تتم بموجب عقود خاصة يحكمها قانون الشغل، وتختص المحاكم العادية بالنظر في المنازعات الناشئة عنها⁽⁴⁾.

وفي سياق التأسيس لهذا التوجه دعم الاجتهاد القضائي موقفه أيضا بقاعدة الدعوى الموازية، حيث أكدت الغرفة الإدارية في هذا الإطار بأنه⁽⁵⁾ لكن حيث إن قانون 23 مارس 1979 المنظم للصندوق الوطني للقرض الفلاحي يضيف على المؤسسة صبغة مؤسسة

¹ - قرار الغرفة الإدارية عدد 254 بتاريخ 14 فبراير 2002، احمد السدراتي ضد شركة اتصالات المغرب، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص. 15.

راجع أيضا تعليق على هذا القرار، أمال مشرفي: خصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية واستمرارية اختصاص القضاء الإداري، م.م.إ.م.ت عدد 47، نونبر-دجنبر 2002، ص. 127.

² - هذا النهج أكدت عليه المحكمة الإدارية بالرباط في الجزء الثاني من حكمها رقم 313 بتاريخ 23 فبراير 2006 على أنه "وحيث إن الحالة الوحيدة التي يمكن أن تكون فيه المحكمة الإدارية مختصة في النزاعات التي تنشأ بين شركة اتصالات المغرب والعاملين بها الذين سبق لهم أن كانوا مستخدمين بالمكتب الوطني للبريد والمواصلات هي حالة منازعات الوضعية الفردية لهؤلاء التي تكون قد نشأت خلال فترة عملهم بهذا الأخير ومع ذلك لم تتم تسويتها إلى أن تم إدماجهم في اتصالات المغرب..." حكم منشور في موقع عدالة، مرجع سابق.

³ - حكم إدارية وجدة عدد 110 بتاريخ 6 دجنبر 1995، ملف إداري رقم 95/14، وعلي عباس ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، أورده أحمد بوعشيق في المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، مرجع سابق، ص. 172.

⁴ - قرار للمجلس الأعلى عدد 408 بتاريخ 28 يناير 2004، ملف اجتماعي عدد 2004/1/5/134، غير منشور، أورده عبد القادر بوبكري، تنازع الاختصاص في قضايا نزاعات الشغل، م.م.إ.م.ت، عدد مزدوج 72-73، يناير-أبريل 2007، ص. 141.

راجع أيضا قرار المجلس الأعلى عدد 701 بتاريخ 28 يناير 2004، ملف عدد 2004/1/4/12، غير منشور. أورده عبد القادر بوبكري، المرجع السابق. وكذا القرارات التي أشار إليها في نفس المرجع: القرار عدد 707 بتاريخ 23 يونيو 2004، ملف إداري عدد 2004/1/4/1119، غير منشور. القرار عدد 703 بتاريخ 23 يونيو 2004، ملف إداري، عدد 2004/1/4/1115، غير منشور. القرار عدد 356 بتاريخ 31 مارس 2004، ملف إداري، عدد 2004/1/4/524.

عمومية ذات طابع تجاري... وأن الطاعن وإن كان موظفا بالصندوق المذكور إلا أن علاقة العمل التي تربطه بالمطعون ضده يرجع حق النظر فيها للمحكمة الابتدائية طبقا للفصل 18 من قانون المسطرة المدنية... وحيث إن القرارات الصادرة عن مدير الصندوق الوطني للقرض الفلاحي، وإن كانت مقررات إدارية قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، إلا أن قابلية هذا الطعن مشروطة بعدم وجود دعوى موازية طبقا لما ورد في الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية، وحيث كان في إمكان الطاعن المطالبة بحقوقه أمام المحاكم العادية والحصول على نفس النتيجة التي يتوخاها من دعوى الإلغاء، الأمر الذي يجعل الطلب غير مقبول⁽¹⁾

وفي نفس الإطار ميز الاجتهاد القضائي الإداري في قرارات أخرى بين المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية والاقتصادية. كما ميز من حيث النظام القانوني بين فئات العاملين بتلك المؤسسات، وفي هذا الصدد جاء في حكم إدارية مكناس " بأن الاجتهاد القضائي المغربي على غرار الاجتهاد القضائي الفرنسي قد ميز بين فئتين من العاملين في المؤسسات العمومية التجارية والصناعية: فئة المديرين والمحاسبين العموميين وفئة الأجراء... وأن هؤلاء الأجراء تنطبق عليهم أحكام القانون الخاص... وحيث إنه بالاطلاع على طبيعة المهام المسندة للطاعن حسب القرار المطعون فيه يتضح أنه يشغل مهمة كاتب رئيسي مساعد فهو يندرج ضمن الإطار الثانوي لموظفي البنك، وبالتالي فهو لا يعتبر من فئة الرقابة والتوجيه، بل مجرد مستخدم تربطه مع إدارة البنك علاقة تعاقدية خاضعة لأحكام القانون الخاص ولاختصاص المحكمة العادية نظرا لما يتميز به البنك المذكور من استقلالية في التسيير، ولأن المقرر المطعون فيه مرتبط بعقد شغل بالمفهوم المدني ويمكن للطاعن اقتضاء حقوقه عن طريق دعوى موازية⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن الدعوى الموازية أشار إليها الفصل 23 من القانون 10 شتنبر 1993 المحدث للمحاكم الإدارية والذي نص على أنه "... لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل". إن المقصود هنا بالطعن العادي أمام القضاء الشامل دعوى التعويض التي ترفع إلى المحاكم الإدارية أو المحاكم العادية⁽³⁾. كما أن تطبيقها يستدعي وجود دعويين، دعوى للإلغاء من أجل التجاوز في استعمال السلطة، ودعوى أخرى منتمية

¹ - قرار الغرفة الإدارية رقم 83 بتاريخ 24 فبراير 1994، عبد الباري بوشنتوف ضد المدير العام للصندوق الوطني للقرض الفلاحي، م.م.إ.م.ت عدد 10، يناير- مارس 1995، ص. 63.

راجع كذلك: حكم إدارية الرباط عدد 346 بتاريخ 19 مارس 1998، بين الدحاني فاطمة والصندوق الوطني للقرض الفلاحي، منشور ب م.م.إ.م.ت عدد 28 يوليو- شتنبر 1998 ص. 179. راجع أيضا الأحكام التي أشار إليها عبد الله إدريسي في أطروحته حول " تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص 960-961. حكم إدارية الرباط رقم 130 صادر بتاريخ 04 ماي 1995 بين المهدي محمد والمدير العام للصندوق الوطني للقرض الفلاحي، منشور بمجلة الحمامة، عدد 39، ص. 130، أورده محمد الأعرج في مقاله " نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص المحاكم العادية" م.م.ق عدد 1، مرجع سابق، ص 32- الأحكام التي أوردها محمد صقلي حسني في مقاله "الدعوى الموازية بين القانون والممارسة" م.م.إ.م.ت عدد 28، مرجع سابق، ص. 53-54.

² - حكم إدارية مكناس 2-95-1 ص، 12-1-1995 ملف 1/94/13 س، محمد الزموري ضد بنك المغرب، غير منشور، أورده، إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص. 383. أشار إليه أيضا عبد الله إدريسي في أطروحته حول " تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص 952. - راجع أيضا حكم إدارية مراكش، رقم 17 بتاريخ 11 أبريل 1995، ملف رقم 94/50، طرفة مصطفى ضد المكتب الوطني للكهرباء، المحامي عدد 28 1996، ص 303، أورده عبد اللطيف خالفي في الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، مرجع سابق، ص 71. كما أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص 383. أورده أيضا أحمد بوعشيق في المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، مرجع سابق، ص. 172. أيضا حكم إدارية الدار البيضاء بتاريخ 19 نونبر 1995، بنعبد الرسول محمد ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية أورده عبد اللطيف خالفي في المرجع السابق، ص. 71.

³ - راجع إدريسي عبد الله: تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي، مرجع سابق، ص. 961.

وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الإدارية قضت في العديد من أحكامها بالبحث في تسوية الوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية عن طريق دعوى القضاء الشامل. راجع في هذا الصدد مجموعة من الأحكام التي أوردها عبد الوهاب رافع، نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارة العمومية من خلال العمل القضائي، سلسلة المكتبة القانونية المعاصرة، 2005، ويتعلق الأمر بحكم إدارية مراكش بتاريخ 11 ماي 2005، أسامة الصمدي ضد مركز تنمية الطاقات المتجددة، ص 252. حكم صادر في 17 يناير 2001، مولتام خديجة والوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء، ص 19. وحكم بتاريخ 17 يناير 2001، ملف إداري عدد 2000/119 اكيو المحجوب والمؤسسة الجهوية للتجهيز والبناء لمنطقة تانسيفت، ص. 19.

للقضاء الشامل وتقدم في نفس الوقت لمزايا دعوى الإلغاء، بالرغم من أن هناك من يرى أنه من الصعب فهم الجدوى من التنصيص على هذه الدعوى ومدى قابليتها للتطبيق في ظل انفراد القاضي الإداري بالنظر في المادة الإدارية⁽¹⁾. وبالرغم من ذلك ذهب القضاء الإداري إلى حد الجمع بين الدعويين في حكم واحد، حيث أقرت إدارية الرباط بجواز الجمع بين طلب الإلغاء وطلب التعويض في مقال واحد والبت فيهما معا في حكم واحد في حالة استيفاؤهما لمجموعة من الشروط تتمثل على الخصوص في توفرهما على الشروط التي تجعلهما مقبولان لدى المحكمة وأن يوجد ترابط بين الطلبين، ودون توفر الشروط المطلوبة تصطدم هذه الإمكانية بالدعوى الموازية⁽²⁾.

كما ميزت مجموعة من الأحكام الأخرى بين النزاعات المتعلقة بالوضع الفردية والنزاعات الناشئة عن القواعد التنظيمية كما هو الشأن بالنسبة لحكم إدارية الرباط والذي جاء فيه " يتعين على رئيس المؤسسات العمومية قبل اتخاذ عقوبة من عقوبات الدرجة الأولى في حق المستخدم أن يطلب منه تقديم إيضاحات حول ما نسب إليه، طبقا للفصل 49 من مرسوم 1963 المتعلق بالنظام الأساسي للمستخدمين"⁽³⁾. وبذلك أصبحت جميع القرارات المرتبطة بتطبيق مقتضيات الأنظمة الأساسية للعاملين بالمؤسسات العمومية تخضع للطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية.

وهكذا يتضح بأن توجه القضاء الإداري في مجال المنازعات المتعلقة بالعاملين بالمؤسسات العمومية استمر في التباين وعدم الاستقرار بعد إحداث المحاكم الإدارية، بحيث لم تسجل أية قطيعة مع توجه القضاء قبل هذه الفترة من حيث المعايير المعتمدة في إسناد الاختصاص أو عدم قبول الطعن. كما أنها لم تؤسس لنهج ثابت فيما يخص التمييز بين منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية بحسب طبيعة نشاطها، وزادت صياغة الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون 90.41 من ضبابية الموقف، إذ لم تميز بين المؤسسات العمومية بحسب أنشطتها، كما أنها لم تميز ضمن منازعات الوضعية الفردية بين تلك التي تستوجب الإلغاء وبين تلك التي تتطلب التعويض فقط. هذا الأمر انعكس على توجه القضاء الإداري في تكييفه لمنازعات المؤسسات العمومية على النحو الذي رأيناه سابقا، وهو ما يفرض تدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع ما دام أن الاجتهاد القضائي لم يفلح في حسم هذا الموقف.

ويبدو أن الموقف الذي تبناه المشرع التونسي⁽⁴⁾ في هذا المجال وسار عليه القضاء الإداري يشكل نهجا يمكن اعتماده لمعالجة إشكالية الاختصاص بالنظر في منازعات العاملين بالمؤسسات العمومية، حيث نص قانون إحداث المحاكم الإدارية التونسية على

حكم إدارية مراكش عدد 240 بتاريخ 31 أكتوبر 2001، بوغت علي ضد المؤسسة الجهوية للبناء والتجهيز بتانسيقت، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص. 62.

¹ - راجع بخصوص الدعوى الموازية، محمد صقلي حسني في الدعوى الموازية بين القانون والممارسة، م.م.إ.م.ت عدد 28، مرجع سابق ص. 52.

² - حكم إدارية الرباط رقم 1003 بتاريخ 12 دجنبر 2004، إلهام بحوصي ضد وزير التربية الوطنية، منشور ب.م.م.إ.م.ت عدد 59 نونبر - دجنبر 2004، ص 217. راجع أيضا تعليق على هذا الحكم لأمال مشرفي وامحمد عنصري منشور في نفس العدد ص. 169.

³ - حكم إدارية الرباط عدد 181 بتاريخ 13/6/1995، ملف 94/191، غ. عزيزة بكرباس ضد المدير العام لصندوق الإيداع والتدبير ومن معه، غير منشور إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي، مرجع سابق، ص. 384. أشار إليه أيضا عبد الله إدريسي في أطروحته حول " تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي" مرجع سابق، ص. 959. راجع كذلك :

- حكم إدارية مراكش عدد 99-01 بتاريخ 1/6/1999، سعيد الطاغي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص. 206.

- حكم إدارية الرباط، عدد 114 بتاريخ 3/4/1999، فريدة بنعصمان ضد الصندوق الوطني للقرض الفلاحي، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، أحمد بوعشيق، مرجع سابق، ص. 209.

- الأحكام التي أوردها محمد الأعرج في مقاله " نزاعات العاملين لدى المؤسسات العمومية بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص المحاكم العادية" م.م.م.ق عدد 1، مرجع سابق، ص. 31.

⁴ - حول هذا الموضوع راجع عبد الله إدريسي: تأصيل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بدول المغرب العربي، مرجع سابق، ص. 967.

اختصاصها بالنظر في الطلبات الرامية إلى إلغاء قرارات السلطات الإدارية المركزية والإقليمية وقرارات الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط، مما يعني أنه استبعد النظر في منازعات أعوان المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية.

إشكالية تقادم الديون الضريبية بين التشريع والاجتهاد القضائي

حفيظة بوطه

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

مقدمة

نظرا لأهمية الديون الضريبية و دورها المحوري في تمويل ميزانية الدولة، لارتباطها بالصالح العام، و تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للمجتمع، فقد أحاطتها كل التشريعات الضريبية بمجموعة من الامتيازات لضمان تحصيلها، و عدم ضياع حقوق الخزينة. لكن رغم ذلك فالديون الضريبية قد يطالها السقوط لعدة أسباب أهمها التقادم، حيث أثبتت الممارسة العملية كثرة الديون الضريبية التي تسقط بسبب التقادم، فالتقادم أكبر سبب لانقضاء الدين الضريبي نظرا لعدم قيام الخزينة العامة بإجراءات التحصيل داخل الأجل القانوني للتحصيل.

ولم يعرف المشرع التقادم La prescription تاركا ذلك للفقهاء، و قد عرفه بعض الفقهاء بأنه "مرور فترة من الزمن على استحقاق الدين دون المطالبة به من قبل الدائن، و يترتب على مرور هذه المدة سقوط حق الدائن في المطالبة بالدين، و من تم انقضاء الالتزام و براءة ذمة المدين منه".¹

كما عرفه البعض الآخر، بأنه سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، و لاسيما الالتزامات التي تواني صاحبها عن ممارستها، أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون.

و اختلف الفقهاء في تحديد الأساس الذي يقوم عليه التقادم، ففريق يرى أنه مؤسس على قرينة الوفاء، فقد يقوم المدين بأداء الدين ولكنه يفقد وثيقة الإثبات مع مرور الوقت، و فريق آخر يعتبر أن التقادم عقوبة مقررة على الدائن الذي تقاعس عن المطالبة بحقه لمدة طويلة، والرأي الراجح أن التقادم مقرر للصالح العام و لضمان استقرار الأوضاع القانونية.

و قد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن التقادم الضريبي لا يقوم على قرينة الوفاء و إنما يجد أساسه في عدم إرهاق المدين و إثقال كاهله بتراكم الديون عليه.²

ويشمل التقادم الضريبي تقادم الوعاء La prescription de l'assiette، ويعني مرور مدة زمنية دون أن تقوم الإدارة الضريبية بتحديد مقدار الالتزام الضريبي فيسقط حقها في فرض الضريبة، بالإضافة لتقادم مسطرة التحصيل Prescription de recouvrement و يعني عدم قيام الخزينة العامة بتحصيل الدين الضريبي داخل الأجل المحدد لها قانونا، فيسقط حقها في التحصيل.³

و قد نظم المشرع تقادم الدين الضريبي من خلال المادتين 123 و 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية، كما يعود تنظيم التقادم إلى المبادئ العامة الواردة في قانون الالتزامات و العقود، خاصة الفصول من 371 إلى 392 من الباب السابع من القسم السادس

¹ - عادل فليح العلي " الطبيعة القانونية لدين الضريبة" مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الرابع ديسمبر 2009، ص:337.

² - قرار رقم 111 لسنة 1959، أورده:عادل فليح العلي في مؤلفه " الطبيعة القانونية لدين الضريبة" مرجع سابق، ص:337.

³ - عبد الغني خالد "المسطرة في القانون الضريبي المغربي" ص:257-258.

المتعلق بانقضاء الالتزامات، أما المشرع الفرنسي فقد نظم تقادم إجراءات التحصيل من خلال المادتين L.274 و L.275 من كتاب المساطر الجبائية.

وتتجلى أهمية موضوع التقادم الضريبي فيما يطرحه من إشكاليات تتعلق بضياح أموال هامة على الخزينة العامة للدولة بسبب تقادم إجراءات التحصيل، مما يدفعنا للتساؤل عن طبيعة التقادم الضريبي؟ ولماذا حدد المشرع أجلا قصيرا لتقادم الدين الضريبي مقارنة مع أجل تقادم طويل بالنسبة للديون العادية؟ ولماذا حدد المشرع تاريخ سريان الأجل ابتداء من الشروع في التحصيل وليس من تاريخ الاستحقاق كما تقضي بذلك المبادئ العامة؟

ولمعالجة هذه الإشكالية سوف نتطرق لماهية التقادم الضريبي في محور أول، قبل الوقوف عند آثار التقادم على ضوء الاجتهاد القضائي في المحور الثاني.

الفقرة الأولى: ماهية تقادم الدين الضريبي

يعتبر التقادم سبب لانقضاء الدين الضريبي حيث يترتب عليه فقدان الخزينة العامة لحقها في تحصيل الضرائب، وهو يطرح العديد من الإشكاليات المتعلقة بطبيعة الأجل و سريانه.

أولاً: طبيعة التقادم الضريبي

تتجلى أهمية تحديد طبيعة الأجل في معرفة الآثار المترتبة عليه، فآثار أجل التقادم يختلف عن آثار أجل السقوط، لدى سوف نتطرق في البداية لطبيعة أجل التقادم، قبل تحديد مدة التقادم في تحصيل الديون الضريبية.

1- أجل تقادم وليس أجل سقوط

يميز الفقه بين أجل التقادم و أجل السقوط نظرا لاختلاف الآثار المترتبة على كل منهما، لأن أجل السقوط أجل حتمي يجب ممارسة الحق قبل انقضاءه، على عكس أجل التقادم الذي يعرف القطع والتوقف.¹

فأجل السقوط "La Forclusion" أجل نهائي يفرضه القانون لممارسة الحق خلاله تحت طائلة سقوط الحق، و تتجلى خصائصه في أنه من النظام العام، لا يمكن التنازل عنه، و يمكن إثارته تلقائيا من طرف القاضي، و لا يخضع لقطع أو وقف المدة.²

في حين أن التقادم الضريبي أجل تقادم و ليس أجل سقوط، حيث تعثره أسباب القطع والتوقف، و قد نص المشرع بصريح العبارة على مصطلح تقادم، كما نص على أسباب قطع الأجل في المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية،³ و ذلك سيرا على هذي المشرع الفرنسي الذي يعتبره أجل تقادم حسب الفصول L.169 إلى L.189 من كتاب المساطر الجبائية، وهو نفس ما سار عليه المشرع المصري.⁴

¹ - عبد الرحيم حزيكر "إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، السنة الجامعية 2003-2004، ص:189.

² - Pierre Dupont Delestraint "Droit civil" Dalloz, neuvième édition 1983, P:156.

³ - عبد الرحيم حزيكر "إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب" مرجع سابق، ص: 189.

⁴ - محمد النجاري "نظرة حول التقادم الضريبي" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 19، أبريل-يونيو 1997، ص:69-70.

و قد أكد القضاء الإداري ذلك في العديد من الأحكام، نذكر منها حكم للمحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2000/09/13، حيث جاء فيه " حيث أن الأمد الرباعي المنصوص عليه في المادة أعلاه، مقرر لحماية الأوضاع المستقرة، و كجزء لإهمال الدائن بالمطالبة بحقوقه داخل الأجل المحدد، و يعتبر أمد تقادم و ليس بسقوط و بالتالي تسري عليه قواعد وقف و قطع الميعاد".¹

وعلى العموم فإن الآجال في المادة الضريبية بصفة عامة هي آجال تقادم، و ليست آجال سقوط، حفاظا على الأموال العامة من الضياع، مادام أن أجل التقادم يمكن تمديده بوقفه أو قطعه، خلافا لأجل السقوط الذي يعتبر أجلا حتميا يجب أن يتم العمل قبل انقضاءه، و إلا كان باطلا.²

2- التقادم لا يعتبر من النظام العام

إن التقادم الضريبي لا يعتبر من النظام العام، فرغم عدم النص صراحة على ذلك في مدونة تحصيل الديون العمومية، فقد أحالت المدونة على قانون الالتزامات و العقود الذي نص في الفصل 372 على أن "التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به، و ليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه".

و من هنا يمكن أن نستنبط أن التقادم في تحصيل الديون الضريبية ليس من النظام العام، و بالتالي يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة في التقادم، ليرتب آثاره القانونية، و ليس للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

نفس المقتضى نجده في فرنسا، إذ يجب على المدين أن يثير التقادم، و لا يمكن للقاضي إثارته تلقائيا، طبقا للمادة 2223 من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أن القاضي لا يمكنه أن يستخلص من ظاهر الوثائق وجود التقادم.³

كما ذهب المشرع المصري في نفس الاتجاه، حيث نص القانون المدني على أن الدين لا ينقضي قبل التمسك بالتقادم لمجرد انقضاء المدة المسقطه، و إنما يظل دينا أو التزاما مدنيا إلى أن يدفع بتقادمه.⁴

ويعتبر الدفع بالتقادم دفعا في الجوهر، و ليس من الدفعات الشكلية، لذا لا يستطيع المدعي الذي رفض طلبه على أساس التقادم، أن يجدد الدعوى، و يجوز التمسك بالتقادم في أي مرحلة من مراحل الدعوى،⁵ كما يمكن للمدين التنازل مسبقا على التقادم، سواء كان التنازل صريحا أو ضمنيا.⁶

و الأصل أن المدين هو الذي له الحق في التمسك بالتقادم، غير أنه يمكن التمسك بالتقادم كذلك من طرف الخلف العام أو الخلف الخاص للمدين، فوارث المدين له الحق في الدفع بالتقادم، و لو كان الدين قد تقادم و هو في ذمة المدين، كما أن المدين المتضامن له الحق في الدفع بتقادم الدين المترتب في ذمة المدين الأصلي.⁷

و لا يشترط لرفع دعوى تقادم إجراءات التحصيل سلوك المطالبة الإدارية، حيث يمكن للمدين اللجوء مباشرة للقضاء لإثارة التقادم، و قد أكد العمل القضائي هذا المقتضى، و نذكر في هذا الصدد قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/12/12، إذ

¹ - حكم المحكمة الإدارية بوجدة، رقم 210، بتاريخ 2000/09/13، غير منشور.

² - محمد النجاري، مرجع سابق، ص: 69-70.

³ - Pierre Dupont Delestraint "Droit civil" op-cit, P:156.

⁴ - مورييس صادق "قضاء منازعات الضرائب" مرجع سابق، ص: 358.

⁵ - حمادة بن المختار، مرجع سابق، ص: 341.

⁶ - Raoul reynal. "les particularités du droit fiscal par rapport au droit prévu en matière d'enregistrement au maroc". Edition la porte. Edition.1962. p.194.

⁷ - عبد الرحيم حزيكر، مرجع سابق، ص: 193.

جاء فيه "...حيث أن سلوك مسطرة المطالبة الإدارية جاءت حصرا على الحالات المحددة في المادة 119 من مدونة تحصيل الديون العمومية، و ليس من بينها حالة التقادم المثار بصفة جدية في نازلة الحال، مما يكون معه الملزم غير مطالب بسلوك المسطرة المنصوص عليها بالمادة 120..."¹

كما لا يشترط تقديم ضمانات لإثارة التقادم، وهذا ما سار عليه العمل القضائي، نذكر في هذا الصدد حكم للمحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 2012/11/21، حيث جاء فيه "...إثارة المدعي لتقادم الدين العمومي لا يلزمه بمسطرة إيداع الضمانة طبقا للمادتين 118 و 119 من مدونة تحصيل الديون العمومية..."²

3- أجل تقادم قصير

يأخذ المغرب و فرنسا بالتقادم الرباعي Prescription quadriennale، فبعد مرور أربع سنوات من إهمال الإدارة القيام بأي إجراء للتحصيل، لا يمكنها مطالبة المدين بالأداء، حيث يتحرر من الدين الضريبي.³

فحسب المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، فإن إجراءات تحصيل الضرائب و الرسوم و الحقوق الجمركية و حقوق التسجيل و التمبر، تتقادم بمرور أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها.⁴

أما في فرنسا فالتقادم الرباعي يجد أساسه في المادة L.274 من كتاب المساطر الجبائية، التي تنص على أن محاسبي الخزينة الذين لم يقوموا بأي متابعة ضد المدين خلال أربع سنوات متتالية، تسقط جميع حقوقهم، و لا يمكنهم القيام بأي إجراء ضد المدين.⁵

هذا الأجل خاص بالمادة الضريبية، أما باقي ديون الإدارة المستحقة على الأفراد، فتستفيد من حيث المبدأ من أجل التقادم العام،⁶ الذي يمكن أن يصل إلى ثلاثين سنة حسب القانون المدني الفرنسي، و خاصة المادة 2262 منه.⁷

و نلاحظ أن أجل أربع سنوات يبدو قصيرا نسبيا، مع العلم أن الأجل العام لتقادم الالتزامات في المغرب هي 15 سنة، حيث نصت المادة 387 من قانون الالتزامات و العقود على أن " كل الدعاوي الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمسة عشر سنة فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، و الاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة"، هذا الأجل الذي يتعلق بقواعد القانون الخاص كان من الأخرى على المشرع تطبيقه في المجال الضريبي للحفاظ على الدين الضريبي من الضياع.

علما أن المشرع الفرنسي تدخل بمقتضى المادة L.187 من كتاب المساطر الضريبية لإعطاء الإدارة أجلا إضافيا لمدة سنتان، تبتدىء من نهاية مدة التقادم العادية، عندما تكتشف غشا ضريبيا.⁸ كما يمكن تمديد أجل التقادم لمدة سنتان بالنسبة لمدينين الدين يقيمون في دولة ليست عضو في الإتحاد الأوروبي، طبقا للفقرة الثانية من المادة L.274 من كتاب المساطر الجبائية.¹

¹ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية، ملف عدد 343، بتاريخ 2011/12/12، غير منشور.

² - حكم المحكمة الإدارية بمكناس، رقم 629 بتاريخ 2012/11/21، غير منشور.

³ - Martin collet « Procédures fiscales » presses universitaires de France, 1^{ère} édition, février 2011. P.287.

⁴ - Rachid lazrak "fiscalité des entreprises" Editions la porte, Deuxième édition:2005, P:371.

⁵ - Martin collet .op-cit. P.287.

⁶ - ينقسم التقادم إلى أجل التقادم الطويل Longue prescription و قد يصل إلى 30 سنة، و أجل التقادم القصير Courtes prescriptions، و يندرج التقادم الضريبي ضمن التقادم القصير.

⁷ - Pierre Dupont Delestraint "Droit civil" op-cit, P:153.

⁸ .محمد النجاري، مرجع سابق، ص:75.

وإذا كان المغرب وفرنسا يأخذان بالتقادم الرباعي، فإن المشرع المصري يأخذ بالتقادم الخماسي، حيث تم تعديل مدة التقادم من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات، و قد أفصحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون عن علة هذا التعديل الطارئ على مدة التقادم، وهي مراعاة ضغط العمل مما يهدد حقوق الخزينة العامة بالضيق إذا كانت المدة أقل من خمس سنوات.²

كما أنه إذا حصلت مصلحة الضرائب على حكم بثبوت الدين الضريبي، فإن مدة التقادم تصل إلى 15 سنة طبقاً للمادة 385 من القانون المدني المصري، فحسب هذه المادة إذا صدر حكم بوجود الدين، و حاز قوة الأمر المقضي به، تصبح مدة التقادم الجديدة 15 سنة، ما مفاده أن الحكم النهائي القاضي بثبوت الدين يحدث تغييراً في مدة التقادم، لما له من حجية تزيد من حصانة الدين، و تمده بسبب جديد للبقاء، فلا يتقادم إلا بانقضاء 15 سنة.³

ثانياً: سريان الأجل

يعتبر أجل التقادم أجلاً كاملاً لا يدخل في حسابه اليوم الأول، و لا يكتمل إلا بانقضاء اليوم الأخير منه، و إذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة، وذلك حسب الفقرة الأخيرة من المادة 17 من مدونة تحصيل الديون العمومية، التي اعتبرت أن الأجل المنصوص عليها في هذه المدونة تعتبر أجلاً كاملاً، كما نصت المادة 386 من قانون الالتزامات و العقود على أن "التقادم يحسب بالأيام الكاملة لا بالساعات، و لا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه، و يتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل".⁴

ولاحتساب أجل التقادم لا بد من تحديد تاريخ سريان الأجل، مع الأخذ بعين الاعتبار أسباب قطع ووقف الأجل.

1- بداية سريان الأجل

يبدأ سريان أجل التقادم من تاريخ الشروع في تحصيل الضرائب حسب المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، و الشروع في استخلاص الضرائب يبدأ من نشر الجداول الضريبية في الجريدة الرسمية.⁵

أما بالنسبة لفرنسا فإن أجل التقادم يمتد ابتداء من الشروع في التحصيل، أو إرسال الإنذار بالشروع في التحصيل، حسب المادة L.274 من كتاب المساطر الجبائية، أما في حالة النزاع القضائي فمن تاريخ حصول الحكم على قوة الشيء المقضي به.⁶

و نلاحظ أن استحقاق الضريبة في المغرب، يكون بعد مرور شهرين من تاريخ الشروع في التحصيل، و هذا ما نصت عليه المادة 13 من مدونة تحصيل الديون العمومية، حيث جاء فيها "تستحق الضرائب و الرسوم المدرجة في الجداول عند انصرام الشهر الثاني الموالي لشهر الشروع في تحصيلها".

¹ -Article l274 "Le délai de prescription de l'action en recouvrement prévu au premier alinéa est augmenté de deux années pour les redevables établis dans un Etat non membre de l'Union Européenne ...".

² -موريس صادق "قضاء منازعات الضرائب" دار الكتب القانونية، طبعة 1999، ص:374.

³ -مصطفى رشدي شبيحة "التشريع الضريبي و المالي" دار المعرفة الجامعية، الطبعة الثانية 1997، ص:738.

⁴ -حمادة بن المختار، "السندات التنفيذية لاستخلاص ديون الدولة من طرف قباضة الخزينة"، أطروحة لنيل الدكتوراه، السنة الجامعية 2004-2005، ص:337.

⁵ -عبد الرحيم حزيكر، مرجع سابق، ص:28.

⁶ - Martin collet.op-cit.p.287.

و من هنا نستنتج أن سريان أجل تقادم تحصيل الدين الضريبي يبدأ قبل استحقاق الضريبة بمدة شهرين، في حين أن سريان التقادم كمبدأ عام يبدأ من تاريخ استحقاق الدين، إذ أن الدائن لا يكون باستطاعته المطالبة بالدين قبل استحقاقه، وهذا ما نص عليه قانون الالتزامات والعقود في المادة 380، حيث جاء فيها "لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها".¹

هذا مع العلم أن الديون العمومية الأخرى غير الضرائب و الرسوم، كالأوامر بالمداخيل المتعلقة بالديون العمومية غير الجبائية، فإن سريان أجل تقادمها يبدأ منذ تاريخ استحقاقها، أي عند انصرام أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إصدارها،² حسب المادة 16 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي جاء فيها "تستحق الديون العمومية غير التي تمت الإشارة إليها في المواد 13 و14 و15 أعلاه، عند انصرام أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إصدارها".

وقد كان على المشرع تحديد بداية سريان أجل التقادم في تاريخ استحقاق الدين الضريبي وليس تاريخ الشروع في التحصيل، وذلك سيراً على المبادئ العامة للتقادم، وحماية للدين الضريبي من السقوط.

1- امتداد الأجل

قد يعترض أجل التقادم مجموعة من الأسباب التي تؤدي إلى امتداده، إما بقطع الأجل، و ذلك بإنهاء المدة السابقة لحدوث سبب القطع و بداية احتساب مدة جديدة انطلاقاً من انتهاء سبب القطع، أو وقف الأجل و ذلك باحتساب المدة السابقة عن حدوث سبب الوقف مع المدة اللاحقة لانتهاء السبب.

أ- قطع أجل التقادم L'interruption de la prescription

ينتج عن قطع أجل التقادم استبدال مدة التقادم السابقة بمدة جديدة للتقادم،³ وقد تطرق المشرع لأسباب قطع التقادم في الفقرة الأخيرة من المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، و قد جاء فيها "... ينقطع التقادم بكل إجراء من إجراءات التحصيل الجبري يتم بمسعى من المحاسب المكلف بالتحصيل، أو بإحدى الإجراءات المنصوص عليها في الفصلين 381 و 382 من الظهير الشريف بمثابة قانون الالتزامات و العقود"، و يمكن إرجاع أسباب القطع المنصوص عليها في هذه المادة إلى إجراءات التحصيل التي يقوم بها المحاسب المكلف بالتحصيل، و أسباب تعود للمدين.⁴

- قطع التقادم عن طريق إجراءات التحصيل الجبري

يجب على المحاسب لكي يتفادى تقادم الديون الضريبية أن يقوم بإجراء من الإجراءات التحصيل، نذكر منها الإنذار بإجراءات التحصيل، الحجز التنفيذي، الأمر بالأداء، الحجز التحفظي، الإشعار للغير الحائز، إلى غير ذلك من الإجراءات التي تستهدف حماية حقوق الخزينة.⁵

غير أن بعض الفقه يرى أنه لا يمكن اعتبار الحجز إجراء قاطعاً للتقادم إلا إذا كان حجراً تنفيذياً، و لا يعتبر الحجز التحفظي إجراء قاطعاً للتقادم ما دام لا يكون مسبقاً بالإنذار، و إنما هو إجراء احترازي يتخذه القابض في أي وقت من أجل ضمان تحصيل

¹ عبد الحق عميبي، "أحكام اجتهاد القضاء الإداري المغربي في مادة المنازعات الضريبية" أطروحة لنيل الدكتوراه السنة الجامعية 2012-2013، ص:132.

² حمادة بن المختار، مرجع سابق، ص:337.

³ jurisprudence. Edition 1994. P.44. Philippe borras alain garay. "le contentieux du recouvrement fiscal". Librairie générale de droit et de

⁴ - عبد الرحيم حزيكر، مرجع سابق، ص:191.

⁵ Philippe borras alain garay. Op-cit.p.44-

الديون الضريبية، غير أن تبليغ الحجز التحفظي إلى المدين وعلمه به، يمكن اعتباره إجراء قاطعا للتقادم، ويمكن الاحتجاج به أثناء إثارة التقادم أمام القضاء.¹

كما أحوالت مدونة تحصيل الديون العمومية على المادة 381 من قانون الالتزامات والعقود، والتي نصت بدورها على أسباب قطع التقادم الراجعة للدائن، وقد جاء فيها "ينقطع التقادم:

1. بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت، من شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه، و لو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضى ببطلانها لعيب في الشكل؛

2. بطلب قبول الدين في تفليسة المدين؛

3. بكل إجراء تحفظي، أو تنفيذي يباشر على أموال المدين، أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات".²

و على ضوء ما تقدم تعتبر أي مطالبة يقوم بها المحاسب سواء كانت مطالبة قضائية أو غير قضائية إجراء قاطعا للتقادم.

فالمطالبة القضائية يقصد بها الدعوى التي يرفعها المحاسب المكلف بالتحصيل ضد المدينين لاستخلاص دين عمومي، و من بينها دعوى بيع السفن، دعوى حجز و بيع العقار، دعوى بيع الأصول التجارية، دعوى المطالبة بتطبيق الإكراه البدني.

أما المطالبة غير القضائية فيقصد بها تلك المطالبة الموجهة من الدائن إلى المدين شرط أن يكون لها تاريخ ثابت.³

كما يعتبر التصريح بالدين الضريبي في إطار مساطر صعوبات المقاول، إجراء قاطع للتقادم، و كذلك دعوى رفع السقوط عن الدين الضريبي.⁴

ولا يعتد بإجراءات تحصيل الديون الضريبية في قطع التقادم إذا لم تتم وفق الشروط القانونية المنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية،⁵ لكن أغلب الإشكاليات التي يطرحها قطع التقادم هي تبليغ الإنذار، نظرا لامتناع بعض المدينين عن التوصل بالإنذار، و غيابهم المستمر عن مكان فرض الضريبة، و كذلك إنكار التبليغ رغم التوصل.

فالإنذار يجب أن يستجمع جميع شروطه، و أن يتم تبليغه للمدين وفق الشروط القانونية، للأخذ به في قطع التقادم، حسب المواد من 40 إلى 43 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

و هذا ما أكدته الاجتهاد القضائي، حيث جاء في حيثيات حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/01/29 أنه " و حيث دأب الاجتهاد القضائي على ضرورة إثبات تبليغ الملزم بشكل فعلي و قانوني و توصله بالإنذار القانوني ليعتد به في قطع التقادم".⁶

و يعتبر شرط توصل المدين بالإنذار محل إجماع المحاكم الإدارية، و هذا ما أكدته حكم للمحكمة الإدارية بمكناس، بتاريخ 2013/05/30 إذ جاء فيه "...حيث استقر الاجتهاد القضائي في العديد من قراراته و أحكامه على أن الإنذار الذي يقطع التقادم هو الذي

¹ - عبد المجيد الزلال "دور القضاء في النزاعات الناشئة عن تطبيق مدونة تحصيل الديون العمومية" رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، السنة الدراسية 2004-2005، ص:104.

² - خلد مريم "الملزم و الإدارة الضريبية، أية علاقة" رسالة لنيل شهادة الماستر، السنة الجامعية 2008-2009، ص:143.

³ - العربي الكزذاح "الطعون الجبائية في ظل المحاكم الإدارية بالمغرب" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، السنة الجامعية:2003-2004، ص:399.

⁴ - حمادة بن المختار، مرجع سابق، ص:339.

⁵ - إسماعيل زكير "منازعات تحصيل الديون العمومية على ضوء اجتهادات القضاء الإداري- دعوى التقادم نموذج-" الندوة الجهوية السادسة للمجلس الأعلى، 2007/04/11، ص:436-437.

⁶ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 220 بتاريخ 2013/01/29، غير منشور.

يتوصل به المعني بالأمر بصفة قانونية، و أن الإنذارات المعبأة في القوائم الجماعية و التي تتم الإشارة فيها إلى تبليغ المعني بالأمر، لا يمكن الالتفات إليها لكونها من صنع الإدارة المكلفة بالتحصيل، و أن مجرد توجيه الإنذار لا يقطع التقادم بل لا بد من توصل المدين به...¹

كما لا يعتد بتعليق الإنذار القانوني إذا لم تثبت الإدارة تعذر تسليمه للمعني بالأمر، و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2009/11/03، حيث جاء فيه " ...إدلاء الخزينة بما يفيد تعليق الإنذار القانوني، دون إثبات تعذر تسليمه للمعني بالأمر، لا يفيد قطعها للتقادم المنصوص عليه بالفصل 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية..."²

و قد أكدت الغرفة الإدارية ذلك في العديد من القرارات، نذكر منها قرار عدد 516، بتاريخ 2013/05/30، والذي جاء فيه " ...حيث ما دام القابض لم يدل بما يثبت تبليغه للإنذارات للملزم بشكل فعلي - قبل انصرام أمد التقادم- و أنه لا يعتد بتعليق الإنذار في آخر موطن للملزم كإجراء صحيح تطبيقا للمادة 43 من مدونة تحصيل الديون العمومية، إلا إذا تعذر تبليغه فعليا بالطرق العادية، و إدلاء الإدارة المكلفة بالتحصيل بما يثبت ذلك..."³

مما يجعلنا نتساءل عن حجية بعض الإجراءات في إثبات تبليغ الإنذار، كالتقييد الواردة على سجلات الجداول الضريبية.

لكن رغم حجية التقييد في الجداول الضريبية التي لا يطعن فيها إلا بالزور، حسب المادة 36 من مدونة تحصيل الديون العمومية، فإنه لا يقوم مقام تبليغ الإنذارات القانونية، و لا يعد إجراء قاطع للتقادم.

وهذا ما أكدته القضاء الإداري باستمرار، و كرسته الغرفة الإدارية في العديد من القرارات، نذكر منها قرار رقم 369، بتاريخ 2002/04/05، حيث جاء فيه " ...إن كان ما أثبت بمستخرج الجداول من بيانات ينهض حجة على أن محصل المالية وجه التنبيه بدون صائر، فإنه لا ينهض حجة على الملزم، أمام إنكاره المستمر توصله بالإعلام الضريبي و الإنذار بالأداء..."⁴

و قد أكدت القرارات الحديثة للغرفة الإدارية هذا المقتضى، ففي قرار لها بتاريخ 2013/01/31، أكدت فيه أنه "من الشروط اللازمة في الإنذار لكي يقطع التقادم و يكون المدين في حالة مطل لتنفيذ المطلوب في الإنذار، ثبوت التوصل به بصفة قانونية، أما صور مستخرجات الجداول المحتج بها فلا تشكل دليلا قانونيا على التوصل بالإنذارات المزعومة، إذ لا يعرف منها بتاتا من هو الشخص الذي قام بالتبليغ و لا مكان التبليغ و لا الطرف الذي تسلم التبليغ..."⁵

كما أكد الاجتهاد القضائي أنه لا يمكن للخزينة العامة الاحتجاج بالعلم اليقيني للمدين كبديل عن التبليغ، حيث جاء في أحد قرارات الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بتاريخ 2011/01/13 ما يلي " ...انصرام أجل أربع سنوات على تاريخ الشروع في تحصيل الضرائب، دون ثبوت القيام بأي إجراء قاطع للتقادم، يجعل المطالبة بالتحصيل لاغية لتقادمها، و لا مجال لمواجهة الملزم الضريبي بالعلم اليقيني بوجود الديون الضريبية بحكم مهنته"⁶

¹ - حكم المحكمة الإدارية بمكناس، رقم 708، بتاريخ 2013/05/30، غير منشور.

² - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 2333، بتاريخ 2009/11/03، غير المنشور.

³ - قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 1/516، المؤرخ بتاريخ 2013/05/30، غير منشور.

⁴ - سمر ك هشام "إشكالية التقادم في ميدان الضرائب و تحصيل الديون الضريبية" أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المحكمة الإدارية بمكناس، بتاريخ 2004/06/16، ص:44.

⁵ - قرار رقم 99، صادر بتاريخ 2013/01/31، غير منشور.

⁶ - قرار عدد 22، صادر بتاريخ 2011/01/13، غير منشور.

- أسباب قطع التقادم العائدة للمدين

طبقا للمادة 382 من قانون الالتزامات و العقود فالإقرار الصادر عن المدين يعتبر قاطعا للتقادم، سواء كان هذا الإقرار صريحا أو ضمنيا.

ويتجلى الإقرار الصريح في كل تعبير يصدر عن المدين يفيد اعترافه بالدين الضريبي، فقد يكون في صورة اتفاق بين المدين و الإدارة الضريبية، و قد يوجه المدين طلبا إلى القابض من أجل تسهيلات في الأداء.¹

أما الإقرار الضمني فهو كل إجراء يقوم به المدين، ويستخلص منه اعترافه بالدين الضريبي، كأن يدفع قسما من الدين، أو يدفع فوائده، أو يقدم ضمانات للمحاسب لأداء الدين الضريبي، كتقديم رهن أو كفالة أو طلب مهلة للوفاء.

لكن الأداء الجزئي الذي تم بعد انقضاء أجل التقادم لا يعتد به في قطع التقادم، و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/01/22، حيث جاء فيه "... كما أن الأداء الجزئي لضرائب متقدمة لا يعتد به كإجراء قاطع للتقادم".²

و بتحقق أحد هذه الأسباب يتم قطع التقادم، بإزالة المدة السابقة و بداية احتساب مدة جديدة ابتداء من زوال السبب، و هذا ما نص عليه الفصل 383 من قانون الالتزامات و العقود حيث جاء فيه "إذا انقطع التقادم بوجه صحيح، لا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق لحصول ما أدى إلى انقطاعه، و تبدأ مدة جديدة للتقادم من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع".³

و من هنا نلاحظ اتساع نطاق الإجراءات المؤدية إلى قطع التقادم، مما يشكل حماية للديون الضريبية من السقوط بالتقادم.⁴

2- وقف التقادم *La suspension de la prescription*

يؤدي الوقف إلى إيقاف سريان مدة التقادم طيلة سبب الوقف، على أن تستأنف السريان بعد اختفاء سبب الوقف، مع إضافة الوقت السابق.⁵

و قد نص المشرع الفرنسي على وقف التقادم في الحالة التي يتقدم فيها المدين بطلب وقف الأداء، طبقا للمادة L.277 من كتاب المساطر الجبائية، التي تنص بصريح العبارة على أن استحقاق الدين و سريان تقادم إجراءات التحصيل يتوقف إلى غاية اتخاذ القرار النهائي في المطالبة، سواء من طرف الإدارة، أو من طرف المحكمة المختصة.⁶

في حين لم يتعرض المشرع المغربي في مدونة تحصيل الديون العمومية لوقف التقادم، ومع ذلك فإن التقادم في التحصيل يمكن أن تعثره أسباب الوقف، كما هو الشأن في الحالات التي يستحيل على المحاسب المكلف بالتحصيل المطالبة بحقوق الخزينة خلال الأجل المقرر للتقادم، استنادا للفقرة الأخيرة من الفصل 380 من قانون الالتزامات و العقود، و هي الحالات التي يرجع فيها المانع من ممارسة هذا الحق إلى ظروف مادية اضطرارية مترتبة عن القوة القاهرة، كحدوث فيضانات، أو نشوب حريق، أو حدوث اضطرابات أو نشوب حرب مفاجئة، أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون قيام المحاسب بتحصيل ديون الدولة.

على أن تقدير جدية هذه الأسباب متروك للسلطة التقديرية القاضي، فله أن يقبل بها و له أن يستبعدها كسبب موقوف للتقادم.¹

¹ - عبد الحق عميمي، مرجع سابق، ص:134.

² - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 172 بتاريخ 2013/01/22، غير منشور.

³ - قانون الالتزامات و العقود، إعداد و تقديم د. محمد اللفروجي، الطبعة الأولى 2011.

⁴ - عبد الرحيم حزيكر، مرجع سابق، ص:192.

⁵ - Pierre Dupont Delestraint "Droit civil" op-cit, P:156.

⁶ -Martin collet. Op-cit. p.288.

الفقرة الثانية: آثار التقادم على ضوء الاجتهاد القضائي

التقادم يحرم الدائن من حقه في متابعة المدين، لكنه يبقى على الالتزام المدني، فإذا دفع المدين طواعية دين متقادم فلا يمكنه استرجاعه.

و نفس الشيء بالنسبة لآثار التقادم الضريبي، حيث تتجلى في سقوط حق المحاسب المكلف بالتحويل في تحصيل الديون الضريبية (أولاً)، غير أنه إذا أدى المدين الدين طواعية فلا يمكنه المطالبة باسترداده (ثانياً).

أولاً: سقوط حق المحاسب في التحويل

يؤدي التقادم إلى حرمان الدائن من الحق في متابعة المدين،² لدى فإن عدم المطالبة بالدين الضريبي من طرف المحاسب المكلف بالتحويل داخل أجل التقادم، يؤدي إلى سقوط حقه في تحصيل الدين الضريبي، حسب المادة 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية، حيث جاء فيها "إن المحاسبين المكلفين بالتحويل الذين تركوا أجل التقادم يمر دون القيام بإجراءات التحويل، أو الذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها إلى أن تقادمت الديون المعهود إليهم بتحويلها، تسقط حقوقهم تجاه المدينين، غير أنهم يبقون مسئولين تجاه الهيئات العمومية المعنية".

و نفس الأثر نجده في فرنسا، حيث أن المحاسب العمومي للإدارة الضريبية الذي يترك أجل التقادم يمر يفقد كل حقوقه تجاه المدين، ولا يمكن له القيام بأي إجراء ضده، طبقاً للمادة L.274 من كتاب المساطر الجبائية.³

و ما يلاحظ على النص المغربي و النص الفرنسي، أنهما جاءا بصياغة "سقوط حق المحاسب في التحويل"، و ليس سقوط حق الخزينة في التحويل، و هذا ينم عن دهاء المشرع و حرصه على الحفاظ على الديون الضريبية، فلو جاء النص بعبارة سقوط حق الخزينة في التحويل لحرمت الخزينة من استخلاص حقوقها بطرق أخرى، كمتابعة المحاسب المكلف بالتحويل حيث يبقى مسؤولاً أمام الدولة عن تقصيره في تحصيل الديون الضريبية، حسب المادة 125 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

فالمغزى من هذا المقتضى هو دفع المحاسب المكلف بالتحويل على الحرص على تحصيل الديون الضريبية في الأجل القانوني، كما أنه سيتيح للخزينة العامة إمكانية استخلاص حقوقها من المحاسب الذي تهاون في التحويل، لكن هذا المقتضى لا نجده فيما يخص تقادم الوعاء حيث لم يحمل المشرع مأموري الضرائب أي مسؤولية عن تقادم وعاء الضريبة.⁴

لكن ما يلاحظ على بعض الأحكام القضائية المغربية أنها تستعمل في منطوق الحكم عبارة سقوط حق الخزينة العامة في التحويل،⁵ في حين أن المشرع نص بصريح العبارة عن سقوط حق المحاسب المكلف بالتحويل، و نتساءل إن كان هذا التعبير يتناسب مع قصد المشرع من هذا النص؟

و على العموم، فقد أكد القضاء الإداري في العديد من الأحكام، سقوط الحق في التحويل بسبب التقادم، نذكر منها حكم للمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/01/29، حيث جاء فيه "...تتقادم إجراءات تحصيل الضرائب بمضي أربع سنوات من تاريخ

¹ - العربي الكزداح، مرجع سابق، ص:401.

² - Pierre Dupont Delestraint "Droit civil" op-cit, P:156.

³ - Martin Collet, po-cit, p:287.

⁴ - جواد العسري "علاقة إدارة الضرائب المباشرة بالملزمين و انعكاساتها"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، السنة الجامعية 2000-2001، ص:177.

⁵ - نذكر من هذه الأحكام: أحكام المحكمة الإدارية بالرباط: حكم رقم:946، بتاريخ 2009/05/13؛ حكم رقم:2573، بتاريخ: 2009/12/09؛ حكم رقم:39، بتاريخ:2013/01/07؛ حكم رقم 93 بتاريخ 2012/01/15؛ حكم رقم 25 بتاريخ 2013/01/03، حكم رقم 174 بتاريخ 2013/01/22؛ حكم رقم 238 بتاريخ 2010/01/30؛ حكم رقم 109 بتاريخ 2013/01/15، غير منشورين.

الشروع في تحصيلها، و حيث أن القابض لم يقيم بأي إجراء من الإجراءات القاطعة للتقادم ... و ترتيبا على ذلك يتعين التصريح بسقوط حق الخازن في استخلاصها..."¹، كما أكدت محكمة الاستئناف الإدارية² و الغرفة الإدارية بمحكمة النقض هذا التوجه.³

وبسقوط الدين الضريبي بالتقادم تسقط جميع توابعه من فوائد و مصاريف، حتى و لو لم تكن هذه الفوائد و المصاريف قد طالها التقادم الخاص بها، حيث ينص الفصل 376 من قانون الالتزامات و العقود على أن "التقادم يسقط الدعاوي المتعلقة بالالتزامات التبعية، في نفس الوقت الذي تسقط فيه الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي، و لو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد".⁴

و قد أكد الاجتهاد القضائي هذه القاعدة، في العديد من الأحكام نذكر منها حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/12/25، الذي قضى "...بسقوط حق الخازن العام في استخلاص الضريبة لتقادمها مع جميع الغرامات و الفوائد و الصوائير المترتبة عنها...".⁵

و بالتالي لا يحق تحصيل الدين الضريبي الذي سقط التقادم، و في حالة مباشرة إجراءات التحصيل الجبري ضد المدين، يحق له رفع دعوى إثارة التقادم، أو الدفع بالتقادم في دعوى جارية.

و قد وقفنا من خلال بحثنا الميداني في المحكمة الإدارية، على حجم الأحكام التي تقضي بسقوط الدين الضريبي بسبب التقادم، و ذلك نظرا لكثرة الديون الضريبية التي لا يتم تحصيلها في الأجل القانوني للتقادم، بالإضافة لسهولة إثباته من طرف المدين، مما يؤكد حجم الموارد الضريبية التي تضيق على خزينة الدولة سنويا بسبب التقادم.⁶

كما يمكن للمدين المطالبة بإيقاف إجراءات التحصيل أمام القضاء الإستعجالي، حيث يعتبر التقادم من الأسباب الجديدة لإيقاف التنفيذ، إذ غالبا ما يأمر القاضي بإيقاف التنفيذ إذا تبين له جدية المنازعة في تقادم الدين الضريبي، و قد أكد القضاء ذلك في العديد من الأوامر، نذكر منها أمر صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/02/20، إذ جاء فيه " ...جرى عمل قضاء هذه المحكمة و استقر على أن المطالبة بإيقاف تنفيذ الدين الضريبي في مواجهة الخزينة العامة يقبل في إطار القواعد العامة للاستعجال متى كانت مبنية على أسباب جدية من قبيل تقادم إجراءات تحصيل هذا الدين".⁷

ثانيا: عدم استرداد ما دفع طواعية

يثور التساؤل في حالة أداء الدين الضريبي طواعية بعد انقضاء أجل التقادم إن كان يحق للمدين المطالبة باسترداده؟

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 207، بتاريخ 2013/01/29، غير منشور.

² - قرار محكمة الاستئناف الإدارية رقم 44 بتاريخ 2013/01/07، غير منشور.

³ - قرارات الغرفة الإدارية بمحكمة النقض: قرار رقم 2/91 بتاريخ 2014/01/30، قرار عدد 1/502 بتاريخ 2013/05/30؛ قرار عدد 2/220 بتاريخ 2011/04/04؛ قرار عدد 1/532 بتاريخ 2013/06/06؛ قرار عدد 415 بتاريخ 2013/04/25؛ قرار عدد 1/516 بتاريخ 2013/05/30، غير منشورين.

⁴ - حمادة بن المختار، مرجع سابق، ص: 342.

⁵ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 4763، بتاريخ 2012/12/25، غير منشور.

⁶ - نذكر من هذه الأحكام: أحكام المحكمة الإدارية بمكناس: حكم رقم 1185 /1185، بتاريخ 2013/12/24؛ حكم رقم 100/7113، بتاريخ 2014/03/18؛ أحكام المحكمة الإدارية بالرباط: حكم رقم 7 بتاريخ 2013/01/03؛ حكم رقم 99 بتاريخ 2013/01/15؛ حكم رقم 158 بتاريخ 2013/01/22؛ حكم رقم 141 بتاريخ 2013/01/18، غير منشورين.

⁷ - أمر رقم 87، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/02/20، مرفق بالرسالة، بالإضافة: لأمر رقم 27 بتاريخ 2014/01/23. أمر رقم 1062 بتاريخ 2014/03/31، أمر رقم 4082 بتاريخ 2014/04/08، غير منشورين.

وقد أجاز قانون الالتزامات و العقود على هذا التساؤل في الفصل 73 منه، حيث اعتبر أن الدفع الذي يتم تنفيذا لدين سقط بالتقادم، لا يخول الاسترداد إذا كان الدافع متمتعاً بأهلية التصرف على سبيل التبرع، و لو كان يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع، أو كان يجهل واقعة التقادم.

و من خلال هذا النص نستنتج أن الدين الضريبي الذي دفع طواعية بعد فوات أجل التقادم لا يستطيع المدين استرداده، و لو كان يجهل واقعة التقادم، وأكدت أحكام القضاء الإداري هذا الاتجاه، حيث جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية بفاس عدد 847 بتاريخ 2002/12/17 أنه "...فضلا عن ذلك فإن المدعي غير محق في استرداد ما دفعه من دين سقط بالتقادم، و أن الوفاء بمقابل و إقامة إحدى الضمانات يعادل الدفع حسب الفصلين 73 و 74 من قانون الالتزامات و العقود المحال على أحكامه بمقتضى المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية..."

كما أنه في حالة تقديم المدين لكفالة أو ضمان آخر فإنه يعتبر قد تنازل ضمنيا عن التمسك بالتقادم، و كذلك الحال إذا تمسك المدين بالمقاصة قبل التمسك بالتقادم، حيث ينقض الدينان بمجرد تلاقيهما.¹

و نفس الشيء نجده في فرنسا، حيث ينص القانون المدني الفرنسي على أن المدين الذي دفع طواعية دين سقط بالتقادم لا يمكنه استرداده،² كما أكدت محكمة النقض ذلك في قرار لها بتاريخ 17 يناير 1938، إذ جاء فيه "...لا يمكن للمدين المطالبة باسترداد الضريبة التي دفعت طواعية، بعد حلول أجل التقادم..."³

و سار القضاء المصري في نفس الاتجاه حيث اعتبر أن وفاء المدين عن رضا و اختيار بدون إكراه لا يخول له طلب الاسترداد، أما الوفاء الذي يتم نتيجة الإكراه، كأن يتم تحت تأثير الحجز الإداري فإن المدين يبقى له حق المطالبة باسترداد ما دفعه.⁴

خاتمة

يطرح التقادم الضريبي العديد من الإشكاليات سواء على المستوى التشريعي أو على المستوى الممارسة العملية حيث عرفت المنازعات القضائية المتعلقة بسقوط الدين الضريبي ارتفاعا ملحوظا، خاصة المنازعات المتعلقة بالتقادم الضريبي، إذ أن أغلب منازعات التحصيل المعروضة أمام المحاكم الإدارية تتعلق بتقادم إجراءات التحصيل.

فإن كانت قواعد العدالة و الاستقرار، اقتضت وجود التقادم الضريبي، فإنه يطرح العديد من الإشكاليات، أولها تتعلق بتحديد أجل قصير لتقادم الضريبي، أربع سنوات، مقارنة مع المبادئ العامة التي تحدد تقادم الالتزامات في أجل طويل، 15 سنة، و نتساءل لماذا لا يستفيد الدين الضريبي من هذا الأجل، خاصة و أن الأجل الطويل سيساهم في حماية حقوق الخزينة من الضياع.

كما يزيد من قصر المدة تاريخ سريان الأجل، حيث على خلاف المبادئ العامة التي تقضي بأن تقادم الالتزامات يبدأ من تاريخ استحقاقها، فإن تقادم الدين الضريبي يبدأ من تاريخ الشروع في التحصيل، و الذي يسبق استحقاق الدين الضريبي بمدة شهرين.

كما يلجأ بعض المدينين إلى طرق احتيالية للاستفادة من التقادم، كإنكار التوصل بالإنذار القانوني، و الذي يطرح إشكالات كبرى بالنسبة للخزينة العامة، حيث يؤدي إنكار التوصل بالإنذار وعدم أداء الضريبة داخل الأجل القانوني، إلى عدم قطع أجل التقادم و بالتالي سقوط الدين الضريبي بالتقادم.

¹ - ذ. فاطمة حنان المرابط، "المنازعات المتعلقة بتحصيل الدين الضريبي" رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، فوج 2006-2008، ص:126.

² - Pierre Dupont Delestraint "Droit civil" op-cit, P:156.

³ - Raoul reynal. Op-cit. p.194.

⁴ - موريس صادق، مرجع سابق، ص:358.

وهذا ما يدفعنا لاقتراح إعادة النظر في أجل التقادم الضريبي، و أن يحدوا المشرع المغربي حدوا المشرع المصري بالرفع من مدة الأجل، نظرا لكثرة الديون الضريبية التي تضيع سنويا على الخزينة العامة بسبب التقادم، فمن خلال البحث الميداني الذي قمنا به في المحاكم الإدارية وقفنا على حجم المنازعات التي تتعلق بتقادم الدين الضريبي، و لا نبالغ إذا قلنا أن هذه المنازعات تشكل الأغلبية الساحقة للمنازعات الضريبية، كما أن أغلب الأحكام التي تصدرها المحاكم الإدارية في هذا المجال تقضي بسقوط الدين الضريبي بالتقادم.

فأجل أربع سنوات يبقى أجلا قصيرا نظرا لضغط العمل الذي تعرفه الخزينة العامة، و كثرة المنازعات التي تدخلها مع المدينين، و التي تجعلها لا تواكب كل الملفات العالقة، مما يؤدي إلى تعرض الكثير من الديون الضريبية للسقوط بالتقادم، و لا ننسى أن أجل التقادم العام يصل إلى 15 سنة، فكيف يعقل أن تكون الالتزامات الخاصة بتقادم بأجل التقادم الطويل، في حين أن تقادم الدين الضريبي، الذي له أهمية قصوى بالنسبة للمجتمع يتقادم بأجل التقادم القصير.

كما نقترح أن يكون احتساب الأجل ابتداء من تاريخ استحقاق الدين الضريبي، و ليس من تاريخ الشروع في التحصيل، و ذلك سيرا على المبادئ العامة التي تقضي بأن سريان تقادم الالتزامات يكون من تاريخ استحقاقها.

أما بالنسبة لتبليغ الإنذار القانوني، و الذي يشكل إشكالية كبرى بالنسبة للخزينة العامة، فنتمنى أن يقوم المشرع بتبسيط مسطرة التبليغ، و كذلك فتح الباب أمام الخزينة لاستعمال كل وسائل الممكنة لإثبات تبليغ الإنذار، كالجداول الضريبية و القرائن، و العلم اليقيني، حتى لا تبقى الخزينة العامة مقيدة بوسائل إثبات محدودة.

أحكام وتعاليق

قرار عدد 161

مؤرخ في 2012/03/22

ملف اداري رقم 2011/2/4/852

القاعدة

- موظف متمرن – إعفاءه – ضرورة وجود أسباب قائمة وصحيحة.

إذا كان من سلطة الادارة اعفاء الموظف المتمرن سواء بعد عرضه على المجلس التأديبي او بدونه, فان هذا الاعفاء يجب ان يكون له سبب من الواقع او القانون, وان يكون هذا السبب قائما وصحيحا.

افصح الادارة عن السبب الذي دفعها لاتخاذ قرار اعفاء الموظف, يخرج قرارها المطعون فيه من دائرة القرارات التي لايمكن الافصح عن سببها بدعوى مساسها بالامن الداخلي والخارجي للدولة, وبالتالي تصبح ملزمة ليس فقط بإظهار السبب وانما ايضا بأثباته وهو ما لم تقم به.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد.ق.2)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يستفاد من اوراق الملف, ومن القرار عدد 1555 الصادر بتاريخ 2011/05/18 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف رقم 5/10/363 المطعون فيه بالنقض ان المطلوبةتقدمت بمقال افتتاحي امام المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2010/03/15 ، تعرض فيه انها التحقت بالادارة العامة للامن الوطني بتاريخ 2009/3/13 برتبة مفتش شرطة رقمها المهني عدد..... ، وبعد اجتيازها لمباراة الالتحاق كتابيا وشفويا بميزة مشرفة تم تعيينها بمدينة الرباط، إلا انه وبعد التحاقها بوظيفتها بمدة تم اشعارها بتاريخ 2010/1/16 بعزلها من عملها بدون مبرر، ملتزمة بالحكم بإلغاء قرار عزلها الصادر عن المدير

العام للأمن الوطني مع ما يترتب عن ذلك من اثار قانونية. وبعد جواب الوكيل القضائي للمملكة واجراء بحث بواسطة القاضي المقرر، وتقديم المستنتجات حوله وتمام الاجراءات قضت المحكمة بإلغاء القرار الاداري المطعون فيه ، بحكم استأنفه الطاعن، وبعد المناقشة اصدرت محكمة الاستئناف الادارية بالرباط قرارها المشار اليه اعلاه والقاضي بتأييد الحكم المستأنف، وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في الوسيلة الاولى : حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق القانون الداخلي من خلال تجاوزه المقتضيات المنظمة لوضعية الموظف المتمرن ولقواعد التوظيف، ذلك ان المرسوم الملكي رقم 62-68 الصادر بتاريخ 1968/5/17 بتحديد المقتضيات المطبقة على الموظفين المتمرنين بالادارات العمومية ينص في فصله الاول بانه : " يخول صفة موظف متمرن كل شخص وقع تعيينه في وظيفة دائمة ولم يعلن عن ترسيمه في احدى الدرجات التسلسلية لاسلاك ادارة الدولة ".

وتنص مقتضيات الفصل 2 من النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية في تعريفه للموظف بانه : " يعد موظفا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في احدى رتب السلم الخاص باسلاك الادارة التابعة للدولة "، ويتجلى من ذلك ان هناك فرقا بين وضعية الموظف المتمرن والموظف المرسم، وان المطلوبة في النقض تعتبر موظفة متمرنة وهي بهذه الصفة تخضع لمقتضيات المرسوم الملكي رقم 62-68 المشار اليه، وان صدور قرار باعفاء المطلوبة قد تم بعد التوصل بكتاب من طرف المصالح المختصة التي عهد بها القيام ببحث محيطي بشأنها تضمن معطيات لم تسعف في قبول ملفها كموظفة بمصالح الأمن الوطني. وازضافة الى ذلك فقد روعي في قرار الاعفاء مقتضيات المرسوم المذكور، اذ لم يتم اعفاء المطلوبة الا بعد عرض ملفها على انظار اللجنة الادارية المتساوية الاعضاء

التي اقترحت اعفاءها، علما بانه بالنسبة للاعوان المتمرنين بالمديرية العامة للأمن الوطني فان اعفاءهم يقع دون استشارة المجلس التأديبي طبقا لمقتضيات الفصل 33 من المرسوم رقم 75-879-2 بتاريخ 1975/12/23 بمثابة النظام الاساسي الخاص بموظفي المديرية العامة للأمن الوطني، ويتجلى مما ذكر ان إلغاء قرار الاعفاء بالرغم من توافقه مع القواعد القانونية المتعلقة بالتوظيف عموما والتوظيف في اطار مصالح الادارة العامة للأمن الوطني بشكل خاص لعدم توفر المطلوبة على الشروط التوظيف بالأمن الوطني يجعل القرار المطعون فيه قد جاء مخالفا للقانون.

لكن، حيث ان ما جاء بالوسيلة لا يعدو ان يكون سردا لنصوص قانونية ووقائع دون بيان وجه الخرق الذي طال هذه النصوص من لدن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، علما بان اذا كان من سلطة الادارة المعنية اعفاء الموظف المتمرن سواء بعد عرضه على المجلس التأديبي او بدونه، فان هذا الاعفاء يجب ان يكون له سبب من الواقع او القانون وان يكون هذا السبب قائما

وصحيحا والمحكمة لما تبين لها ان سبب المؤسس عليه الاعفاء غير ثابت في النازلة، والغت القرار المطعون فيه فانها لم تخرق القانون المحتج به والوسيلة لذلك بدون اساس.

في الوسيلة الثانية : حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه، ذلك ان المحكمة اعتمدت في تأييدها للحكم الابتدائي على انه من المبادئ المستقر عليها فقها وقضاء ان لكل قرار اداري سبب يبرره، وان الادارة لم تدل خلال جميع مراحل المنازعة بما يفيد فعلا صحة السبب الذي قام عليه القرار المطعون فيه والتأكد فعلا من ان هناك معلومات اكيدة تفيد ان عم المطلوبة ينتهي فعلا الى الجماعة السلفية المحظورة. وان مجرد الافصاح عن السبب في الاعفاء ولو امام القضاء لا يعتبر كافيا للقول بان القرار الصادر بهذا الخصوص قائم على سبب يبرره وانما لا بد من اثبات السبب، غير ان هذا التعليل جاء فاسدا لكونه لم يأخذ بعين الاعتبار الملاحظات التالية : وهي ان القضايا المتعلقة بالموظف المتمرن ترفع بخصوص المسائل التي تقتضي استشارة اللجان الادارية المتساوية الاعضاء امام هذه اللجنة بالدرجة التي يكون مؤهلا للترسيم فيها، وبما ان البحث المحيط الذي اجري بشأن المعنية بالامر ابان عن معطيات لم تسعفها في قبول ملف توظيفها، ونظرا لخطورة تلك المعطيات على حسن سيرالمرفق الذي كان سيتم توظيف المطلوبة فيه فقد تم عرض ملفها على انظار اللجنة الادارية المتساوية الاعضاء التي اقترحت باجماع اعضائها الاستغناء عن خدماتها لما يمكن ان يشكله تواجدها من اختراق لمرفق حساس وخطير، ثم ان قرار الاستغناء عن خدمات المطلوبة اتخذ بعد ان تم اقتراح ذلك من طرف اللجنة المذكورة باجماع اعضائها هو امر يفيد اقتناع هذه اللجنة قبل الادارة بجدية وعمق البحث المحيطي الذي هم وضعيتها، خصوصا وان هذا البحث المحيطي لا تقوم به الادارة التي كانت تنتهي اليها المطلوبة وانما تقوم به ادارة اخرى متخصصة في هذا المجال، ولها كل المصادقية في البحث الذي تقوم به والمعلومات التي يتم التوصل بها. ثم ان المحكمة اعتبرت الاسباب المبررة للقرار المطعون فيه بالإلغاء غير ثابتة لمجرد كون الادارة لم تدل بما يثبت سبب الاعفاء، غير ان الادارة المعنية بالنزاع قد اطلعت محكمة الدرجة الاولى خلال جلسة البحث على اسباب اتخاذ القرار المطعون فيه بالإلغاء، كما تم اطلاع محكمة الدرجة الثانية بمناسبة الطعن بالاستئناف، وهو السبب الذي تضمنه البحث المحيطي

الذي قامت به مصالح المديرية العامة لحماية التراب الوطني، ولحساسية مرفق الامن الوطني فان اي معلومات قد ترد عليها بشأن اي شخص يعمل لديها او سيوظف في صفوفها من شأنها ان تشكل خطرا على هذا المرفق العمومي الحساس او يؤدي الى اختراقه يتم التعامل اتجاهه بكل جدية وعمق خاصة اذا كانت هذه المعطيات تم التوصل اليها من جهاز مختص هو المديرية العامة لمراقبة التراب الوطني، وهو ما يعطي للادارة سلطة في اتخاذ القرار المناسب لتفادي مشاكل واطار وكذلك لحماية الصالح العام الذي يتعين تغليبها على المصلحة الخاصة. كما ان المشرع حتى في اطار مقتضيات القانون رقم 03-01 بشأن الزامية

تعليق القرارات الادارية الصادرة عن السلطات الادارية لم يلزم الادارية بموجب المادة 3 منه بتعليق قراراتها الادارية التي يقتضي الامن الداخلي والخارجي عدم تعليقها، فبالاحرى الادلاء بها يثبت ما تم الافصاح عنه للمحكمة من تعليق. وهذا الاستثناء الذي اعتمده المشرع في

القانون المذكور لم يات عبثا وانما حفاظا على الامن الداخلي والخارجي للدولة، والذي تناقض مع ما ذهب اليه القرار الاستثنائي من كون الادارة لم تدل بما يبرر قرار الاعفاء. كما انه بالرجوع الى محضر جلسة البحث المجري في الملف خلال المرحلة الابتدائية والذي استند عليه القرار الاستثنائي في تعليقه يتبين انه تضمن اقرارا من طرف المطلوبة كونها لا علاقة لها بعمها المنسوب له الانتماء الى جماعة السلفية المحظورة، وهو ما لا يمكن حمله الا على انه اقرار ضمني بصحة الواقعة. كما انها لم تصرح في اي مرحلة من مراحل الدعوى بنفي تلك الواقعة مما يجعل ما استندت عليه المحكمة من كون الادارة يتعين عليها الادلاء بما يثبت صحة تلك الواقعة غير مؤسس لانه لم ياخذ بعين الاعتبار الموقف الذي اعتمدته المطلوبة في النقض القاضي من جهة بالتصريح بعدم وجود اي علاقة لها بعمها. ومن جهة ثانية عدم ابدائها لاي نفي لهذه الواقعة مما يكون معه القرار المطعون فيه فاسد التعليق مما يعرضه للنقض.

لكن، من جهة فان القرار الاداري المطعون فيه بالالغاء لا يندرج ضمن القرارات الادارية التي لا تستلزم التعليق طبقا للمادة 3 من القانون 03-01 المتعلق بالزام الادارة بتعليق قراراتها، باعتبار ان قرار اعفاء موظف من مهامه لا علاقة له بالامن الداخلي والخارجي للدولة. ومن جهة اخرى فان الادارة لما افصحت عن السبب الذي دفعها لاتخاذ القرار باعفاء المطلوبة فانها تكون قد اخرجت قرارها المطعون فيه من دائرة القرارات التي لا يمكن الافصاح عن سببها بدعوى مساسها بالامن الداخلي والخارجي للدولة. وبالتالي تصبح ملزمة ليس فقط باظهار السبب وانما ايضا باثباته. وهو ما لم تقم به وان المطلوبة اذا كانت قد صرحت بمحضر جلسة البحث بانها لا علاقة لها بعمها المذكور، ولم يسبق ان تم اعتقاله او ادين، فان هذا التصريح لا يمكن اعتباره اقرارا بما جاء في السبب الذي بني عليه القرار، ولا يعد مبررا لاعفاء المطلوبة من وظيفتها. وان المحكمة لما عللت قرارها بما جاء فيه والذي يوافق ما اشير اليه اعلاه، فان تعليقها جاء مطابقا للواقع والقانون وغير مشوب بفساد التعليق والوسيلة لذلك غير مرتكزة على اساس.

قرار عدد 106

مؤرخ في 07/02/2013

ملف الاداري عدد 2011/1/4/586

القاعدة

- عون مؤقت – عزله – احترام حقوق الدفاع.

تطبيقا لمقتضيات المنشور رقم 31 و.ع المؤرخ في 22 غشت 1967 بشأن النظام الاساسي للاعوان المؤقتين وللمبادئ العامة, فانه لا يجوز عزل العون المؤقت إلا بعد انذاره لتمكينه من الرد اعمالا لمبدأ حق الدفاع.

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.ا.د.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومحتوى القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 5 يناير 2011 في الملف رقم 5/10/119, ان المطلوبة في النقض السيدةتقدمت بمقال الى المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 28 مارس 2007، التمسست فيه بسبب الشطط في استعمال السلطة إلغاء مقرر عزلها من وظيفتها كعون مؤقت ببلدية الخميسات، موضحة انها عينت بمقتضى مقرر عن رئيس المجلس الجماعي منذ 2006/8/1 ومقرر العزل صدر في غياب اي انذار سابق، وبعد المناقشة صدر الحكم مستجيبا للطلب، وهو الحكم الذي تاييد استئنافيا بمقتضى القرار المطلوب نقضه.

في وسيلة النقض الفريدة : حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بانعدام التعليل، ذلك ان المطلوبة في النقض لم تلتحق

بعملها

وانها بصفتها عينت كعون مؤقت فانها تخضع للمنشور رقم 31 و.ع المؤرخ في 22 غشت 1967.

لكن، حيث ان المحكمة لم تخرق مقتضيات المنشور المشار اليه في الوسيلة بل طبقت تطبيقا موافقا للمبادئ العامة التي لا تسمح بعزل المؤقت الا بعد انذاره لتمكينه من الرد اعمالا لمبدأ حق الدفاع، وبذلك تكون الوسيلة غير مرتكزة على اساس.

قرار عدد 170

مؤرخ في 2012/03/01

ملف الاداري عدد 2010/1/4/552

القاعدة

- موظف - عقوبة التوبيخ - عدم انتظار نهاية البحث والتحقيق - خرق القانون.

خضوع الموظف الموقوف عن العمل لبحث اداري وتحقيق اعدادي انتهى بصدور قرار قضائي بعدم متابعته عن الأفعال المنسوبة اليه, يجعل قرار التوبيخ المتخذ في حقه والسوابق على انتهاء المسطرة القضائية متسما بخرق القانون ومعرضا للإلغاء.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون:

حيث يستفاد من وثائق الملف, ومحتوى القرار المطعون فيه ان المدعيتقدم بتاريخ 2007/10/24 بدعوى يعرض فيها انه تعرض للتوقيف عن العمل بتاريخ 2005/5/11 بمقتضى قرار صادر عن الادارة العامة للامن الوطني بدون تعليل او تبرير ولم يعرض على المجلس التأديبي الا بعد مرور ازيد من اربعة اشهر على توقيفه, وبتاريخ 2007/4/16 تم اشعاره بانه سيمثل امام المجلس التأديبي بتاريخ 2007/5/2, وبعد مثوله الفعلي لم يتوصل بالقرار المتخذ في حقه والقاضي بارجاعه الى عمله مع توقيع عقوبة التوبيخ في حقه الا بتاريخ 2007/8/30, وان قرار التوبيخ جاء دون تعليل ودون احترام الاجراءات والقوانين المعمول بها خاصة الفصل 70 وما يليه من قانون الوظيفة العمومية, ملتصا بالحكم بإلغاء القرار المذكور في شقه المتعلق بعقوبة التوبيخ. وبعد ادلاء الطرفين بمستنتاجاتهما وصيرورة القضية جاهزة, قضت المحكمة الادارية بفاس بإلغاء القرار الاداري الصادر عن السيد المدير العام للامن الوطني بتاريخ 2007/11/17 في شقه المتعلق بتوجيه عقوبة التوبيخ للطاعن, وبما يترتب عن ذلك من آثار قانونية بحكم تم استئنائه من لدن الوكيل القضائي امام محكمة الاستئناف الادارية بالرباط, التي قضت بعد تمام الاجراءات امامها بتأييد الحكم المستأنف بموجب قرارها المشار الى مراجعة اعلاه, وهو القرار المطعون فيه.

في وسيلة النقض الوحيدة : حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون عليه انعدام التعليل لكونه قضى بما هو مخالف للواقع، إذ قضى بتأييد الحكم المستأنف اعتمادا على كون عقوبة التوبيخ جاءت سابقة في التاريخ عن انتهاء المتابعة الجزية التي كانت جارية في حقه والحال ان المتابعة الجزية التي انتهت بموجب القرار عدد 2008/184 وتاريخ 2008/7/31 كانت مبنية على الارتياء واستغلال النفوذ والشطط في استعمال السلطة والوشاية الكاذبة والتزوير في محرر رسمي والمشاركة والمساهمة، وان عقوبة التوبيخ بنيت على الاخلالات بالواجبات المهنية وبذلك فالقرار المطعون فيه قضى بما يخالف الواقع المعتر بمثابة انعدام التعليل.

لكن، حيث لما تبين لمحكمة الاستئناف من وثائق الملف ان المطلوب بعد قرار توقيفه ابتداء من 2005/5/11 كان محل بحث اداري وكذا تحقيق قضائي حول الافعال المنسوبة اليه، وهي الارتياء واستغلال النفوذ والشطط في استعمال السلطة الكاذبة والتزوير في محرر رسمي، وذلك من طرف قاضي التحقيق لدى الاستئناف بفاس الذي اصدر بتاريخ 2008/7/31 قرارا تحت عدد 2008/184 قضى بعدم متابعة الظنين عبد السلام إشن - المطلوب - لم يقع استئنافه حسب شهادة بعدم التعرض والاستئناف المؤرخة في 2008/9/4 - اعتبرت ان قرار التوبيخ المؤرخ في 2007/11/7 الذي تبني اقتراح المجلس التأديبي المنعقد بتاريخ 2007/5/2 جاء سابقا على انتهاء المسطرة التي كانت جارية في حق الطاعن ومتسما بخرق القانون، وان ما نسب اليه في قرار 2007/11/7 من اخلال بالواجبات المهنية باعتماده في عملية البحث على قائد الدرك الملكي وتنازله له عن المسؤولية المسندة اليه في تدبير وتسيير المهمة المكلف بها، وقيامه بتطويق وتفتيش منزلي شخصين لا علاقة لهما بالقضية، وتعمده عدم الاشارة الى ذلك في التقرير الذي انجزه ووده الى النيابة العامة يدخل ضمن الافعال المنسوبة اليه، والتي على اساسها صدر قرار عدم المتابعة المذكور، والقرار المطعون فيه على هذا النحو لم يخالف الواقع، وتكون المحكمة قد بنت قضاءها على اساس سليم من القانون، وعللت قرارها بما فيه الكفاية والوسيلة على غير اساس.

قرار عدد 256

مؤرخ في 2013/03/14

ملف اداري عدد 2011/1/4/476

القاعدة

- تسوية الوضعية الفردية - اجل الطعن - الترقية بالاختيار - سلطة الإدارة - رقابة القضاء.

المستقر عليه في قضاء محكمة النقض ان دعاوى تسوية وضعية الموظفين متى كانت تستند إلى حق مستمد من القانون وكان الفصل فيها لا يستوجب المساس بقرارات ادارية لم يتم الطعن فيها خلال المدة المقررة لذلك قانونا، فانها لا تخضع

لشروط الاجل المنصوص عليه في المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الادارية.

إذا كانت ترقية الموظفين بالاختيار تخضع للسلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للموظفين المتوفرين على الشروط المتطلبية

فيها، فان تلك السلطة ليست مطلقة بل تخضع لرقابة القضاء الاداري للتأكد من انها تمت في اطار احترام مبدأ المساواة بين

الموظفين الذين هم في نفس الوضعية وغير متمسمة بالانحراف في استعمال السلطة.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يستفاد من اوراق الملف، والقرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 2010/6/30

عدد 1315، انه بتاريخ 2006/3/23 تقدم المطلوب بمقال افتتاحي امام المحكمة الادارية بالرباط يعرض فيه انه كان يعمل

ضابطا للشرطة بالدائرة الحادية عشرة للامن الوطني بمراكش الى ان احيل على التقاعد ابتداء من 2004/12/31، غير انه كان

على الادارة ترقيته الى رتبة ضابط شرطة ممتاز ابتداء من 2003/8/1، وانه لما علم بان لوائح الترقية لم تتضمن اسمه كاتب

الادارة قصد استفادته من تلك الترقية غير انه رغم توصلها بتظلمه لم تبد اي جواب موضحا انه ولج درجة ضابط شرطة السلم

8 الرتبة 9 ابتداء من 1997/7/1، وانه محق بعد قضاء خمس سنوات في الترقية الى درجة ضابط ممتاز ابتداء من 2003/8/1.

لذلك التمس الحكم بإلغاء القرار الضمني برفض ترقيته مع الحكم بتسوية وضعيته بترقيته الى ضابط شرطة ممتاز ابتداء

من 2003/8/1 وبإداء المستحقات الناتجة عن تلك الترقية خلال الفترة من 2003/8/1 الى 2004/12/31 وبإصلاح وضعيته تجاه

الصندوق المغربي للتقاعد مع النفاذ المعجل، وبعد اجراء بحث وتمام الاجراءات قضت المحكمة الادارية باحقية السيد في الترقية الى درجة ضابط شرطة ممتاز ابتداء من 2003/8/1 مع ترتيب الاثار القانونية على ذلك وبتحميل الادارة المصاريف، استؤنف هذا الحكم من طرف الوكيل القضائي امام محكمة الاستئناف الادارية بالرباط التي أيدته وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

الوسيلة الأولى :

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق القانون الداخلي المتجلى في سوء تطبيق مقتضيات المادة 23 من القانون 41/90، بدعوى أن ما انتهت اليه محكمة الاستئناف لم يأخذ بعين الاعتبار ان الاستجابة لطلب المعني بالامر وفق هذا الشكل خرق مقتضيات المادة 23 المشار اليها اعلاه، فالعمل القضائي استقر على ان دعوى تسوية الوضعية الادارية وغيرها والتي تتوقف مناقشاتها على القرارات الادارية تحصنت نتيجة عدم المنازعة في مواجهتها، وان المعني بالامر أحيل على التقاعد ابتداء من 2004/12/31 وتحقق علمه اليقيني ولم ينازع في ذلك الا بتاريخ 2006/3/23 الذي يصادف ايداعه لمقاله الافتتاحي وانه لم يتقدم باي طلب في مواجهة قرار عدم استفادته من الترقية في ابانه، وان هناك عدة اجتهادات في هذا الميدان، وبذلك يكون القرار الاستئنافي موضوع الطعن بالنقض قد خرق القانون ومعرضا للنقض.

لكن، حيث ان المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة ان دعاوى تسوية وضعية الموظفين متى كانت تستند الى حق مستمد من القانون وكان الفصل فيها لا يستوجب المساس بقرارات ادارية لم يتم الطعن فيها خلال المدة المقررة لذلك قانونا، فانها لا تخضع لشرط الاجل المنصوص عليه في المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الادارية، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من خلال مقال الدعوى ان المطلوب يلتمس الحكم بترقيته بناء على القانون وتسوية وضعيته الادارية والمالية بترقيته الى درجة ضابط ممتاز على اعتبار انه احيل على التقاعد بتاريخ 2005/1/1 في وقت كانت الادارة بصدد دراسة جداول الترقية الى الدرجة المطالب بها ولم يعلن عنها ... ورتب على ذلك عدم خضوع الدعوى المذكورة لاجل دعوى الإلغاء تكون قد راعت مجمل ما ذكر مما جاء معه قرارها غير خارق للمقتضى المحتج بخرقه.

الوسيلة الثانية بجميع فروعها : حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بعدم ارتكازه على اساس قانوني وانعدام التعليل، بدعوى ان القرار المطلوب نقضه تعامل مع الترقية بالاختيار التي يرومها المعني بالامر وكانها حتمية تستحق بمجرد استكمال شرط المدة المتطلبة قانونا، مع ان الامر عكس ذلك ما دامت الترقية بالاختيار ليست عملية الية، وانما تخضع لعدة شروط منها التوفر على منصب مالي وان هناك عدة اجتهادات في هذا المجال وان محكمة الدرجة الثانية عملت على استفادة المعني بالامر من الترقية دون ان توضح ذلك والغت عنصر الحصيص المالي الذي بدونه لا يمكن انجازة أية ترقية، خارقة بذلك النصوص المنظمة

للترقية بالاختيار ومبدأ المساواة يفرض بدهاءة واساسا تماثل الوضعيات التي يراد المساواة بها وانه ليس هناك اي انحراف في السلطة مما يكون القرار معرضا للنقض.

لكن، حيث انه ولئن كانت ترقية الموظفين بالاختيار تخضع للسلطة التقديرية للادارة بالنسبة للموظفين المتوفرين على الشروط المتطلبة فيها، فان السلطة المذكورة ليست مطلقة، بل تخضع لرقابة القضاء الاداري للتأكد من انها تمت في اطار احترام المساواة بين الموظفين الذي هم في نفس الوضعية، وغير متسمة بالانحراف في استعمال السلطة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من وثائق الملف احقية المطلوب في الترقية وايدت الحكم المستأنف الذي استجاب لطلبه رادة ما اثير في الوسيلة بما جاءت به من : " ان المستأنف عليه يحتج في مواجهة الادارة بخرق مبدأ المساواة بين موظفيها بتخطيها له عندما قامت بترقية زميله جامية محمد وأدلى تأييدا لادعائه باربع اشهادات ادارية تفيد حصوله على نقطة 99 خلال سنوات 1995 و 1999 و 2003 و 2004 ولم تنازع الادارة في مدى مصداقيتها. كما انها لم تنازع في ادعائه بخرقها لمبدأ المساواة بين الموظفين ولم تدل بأي وثيقة لاثبات انه غير كفاء لترقيته الى الدرجة المطالب بها ..."، وهو تعليل غير منتقد، ويبقى القرار مركزا على اساس وعللا بما فيه الكفاية والوسيلة على غير اساس.

قرار عدد 88

مؤرخ في 2009/01/21

ملف اداري عدد 2005/1/4/1720

القاعدة

-تغيب غير مشروع عن العمل – انذار للالتحاق بالعمل – عدم الاستجابة – عزل (لا).

ان عدم امتثال الموظف لقرار الادارة بالالتحاق بعمله لا يوجب سوى احالة المعني بالامر على المجلس التأديبي وليس اتخاذ قرار العزل في حقه.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الاعلى (غ.اد،ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2005/05/26 من طرف المستأنفين اعلاه بواسطة نائبهم السيد الوكيل القضائي للمملكة، الرامي الى استئناف الحكم الصادر عن المحكمة الادارية بفاس بتاريخ 2005/02/15 في الملف عدد : 04/222 غ.
في الشكل : حيث ان الاستئناف المقدم بتاريخ 2005/05/26 من طرف الوكيل القضائي للمملكة في مواجهة الحكم المشار اليه اعلاه، تتوفر فيه جميع الشروط المتطلبة قانونا لقبوله.

وفي جوهر : حيث يؤخذ من اوراق الملف ومحتوى الحكم المستأنف ان السيدتقدم بتاريخ 2004/06/10 بمقال امام المحكمة الادارية بفاس رام الى إلغاء القرار الاداري عدد 6430/1 بتاريخ 2004/04/05 والقاضي بعزله من اسلاك وزارة التربية الوطنية والشباب معتبرا ذلك القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص وبعيب مخالفة القانون لكونه اولاً صدر عن سلطة غير تلك التي تملك حق التسمية فالقرار موقع من طرف رئيس قسم التدبير المندمج للموظفين وليس من طرف وزير التربية الوطنية ولكونه ثانياً استند على رفضه الالتحاق بعمله والحال انه انما رفض الالتحاق بفرعية الزرارة التابعة لمجموعة مدارس القلعة في بني وليد احتجاجا على القرار الجائر للادارة، مما كان يتعين احواله على المجلس التأديبي من اجل الاخلاء بالواجب المهني وليس اتخاذ قرار العزل في حقه، اجابت الادارة بان المعني بالامر يعترف بكونه رفض الالتحاق بعمله مما يجعل واقعة مغادرة العمل ثابتة في حقه وبالتالي تكون مسطرة الفصل 75 مكرر المطبقة في حقه مسطرة سليمة، ثم ان الذي صدر عنه قرار العزل يملك تفويضا من الوزير بموجب القرار الصادر عن هذا الاخير في هذا الشأن بتاريخ 2003/12/30 تحت رقم 02/04، وبعد انتهاء المناقشة اصدرت المحكمة حكما قضى بإلغاء القرار المطعون فيه وهو الحكم المستأنف.

في اسباب الاستئناف :

حيث تعيب الادارة الحكم المستأنف بفساد التعليل، ذلك ان المحكمة التي اصدرته لم تاخذ بعين الاعتبار اعتراف المستأنف عليه في مقال دعواه بتخليه عن العمل بصورة ارادية منذ 2003/09/16 مما يكون معه قرار العزل المتخذ في حقه قرارا مشروعاً يبقى معه انكاره لتوقيعه على شهادة تسليم الانذار غير ذي جدوى، اضافة الى ذلك ان تلك الشهادة هي شهادة رسمية صادرة عن ادارة بريد المغرب وبالتالي لا يمكن الطعن فيه الا بالزور، ثم ان المحكمة اعتبرت الجهة المصدرة للقرار جهة غير مختصة، مع ان تلك الجهة تملك سلطة التفويض للقيام بما ذكر.

لكن حيث لئن كانت الوقائع تدل على حضور الطاعن المستأنف عليه وعدم امتثاله لقرار الادارة بالالتحاق بعمله دون الطعن في القرار بالطريق القانوني، والذي ان صح فلا يوجب سوى احالة المعني بالامر على المجلس التأديبي، فان انذاره بالرجوع الى العمل باعتباره متخليا عن وظيفته في اتجاه تطبيق مقتضيات الفصل 75 مكرر لا ينسجم مع الوقائع المذكورة، ولم تكن والحال هذه المسطرة المتبعة من طرف الادارة سليمة.

وحيث انه بهذه العلة يتعين تأييد الحكم المستأنف.

قرار عدد 355

مؤرخ في 2012/08/09

ملف اداري عدد 2011/1/4/594

القاعدة

- موظف عمومي – قرار العزل – العلم به يقينيا – عبء الاثبات.

لما كان الاصل في الاثبات هو عدم علم الموظف بقرار الادارة بدليل استمراره في عمله، فان ادعاء الادارة بخلاف الاصل يجعلها ملزمة باثبات القرينة او الواقعة التي تفيد علمه اليقيني بقرار العزل حتى ينتج علمه اثاره القانونية.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن محكمة النقض (غ.اد.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في شان الوسيطتين الاولى والثانية مجتمعتين :

حيث يؤخذ من اوراق الملف، ومن القرار المطلوب نقضه المشار الى مراجعه اعلاه، انه بمقال مرفوع بتاريخ 2007/7/31 امام المحكمة الادارية بالدار البيضاء، فتح له الملف رقم 2007/1441 ق.ش، عرض السيد..... الشرعي انه بعد قضائه فترة الخدمة المدنية من 1981/2/23 الى 1983/2/22 بعمالة ابن مسيك سيدي عثمان قررت هذه الاخيرة الاحتفاظ به، وفي انتظار ادماجه في سلك الوظيفة العمومية وتسوية وضعيته الادارية ألحق مؤقتا بالجماعة الحضرية لمولاي رشيد كعون خدمة (السلم 1) براتب قدره 702 درهم، وبتاريخ 1992/5/18 اصدر عامل عمالة ابن مسيك سيدي عثمان قرارا بتوظيفه بالعمالة برتبة متصرف مساعد (السلم 10) مع سريان هذا القرار ابتداء من 1988/10/1، ثم اصدر وزير الداخلية قرارا مؤرخا في 1992/7/30 بتعيينه

متصرفا مساعدا من الدرجة الثانية لمدة سنة يقضيها كمتدرب يرسم بعدها او يقال مع اعتبار تاريخ الادمج في 10/1/1988،
وانه منذ ذلك التاريخ توصل بمجموعة من قرارات الترقية مع توصله براتبه الشهري على هذا الاساس، الا انه ابتداء من شهر
غشت 1993 لم يعد يتوصل بالراتب الشهري رغم انه لا يزال يمارس مهامه كمتصرف مساعد لدى عمالة مقاطعات ابن مسيك
باقرار من السلطات المعنية، وانه بعد فشل جميع المساعي والمحاولات التي بذلها قصد تسوية وضعيته، فانه يلتمس الحكم له
باستحقاقه لراتبه الشهري ابتداء من تاريخ التوظيف كمتصرف مساعد الى تاريخ الحكم، والحكم على الخزينة العامة بتسوية
وضعيته المادية واستحقاقه لجميع الترقيات القانونية ابتداء من تاريخ إدماجه، مع تعويض عن الضرر يحدده في مبلغ 50.000
درهم وشمول الحكم بالنفذ المعجل في الكل. وبعد تبليغ المقال الى المدعى عليهم وعدم جوابهم صدر الحكم بتاريخ 2008/4/28
على الدولة (وزارة الداخلية) بتسوية الوضعية الادارية والمالية للمدعي مع تمكينه من رواتبه وترقياته المستحقة منذ غشت
1993 مع ما يترتب عن ذلك من اثار قانونية. استأنفه الوكيل القضائي للمملكة بصفته هذه ونيابة عن المدعى عليهم، فقضت
محكمة الاستئناف الادارية بإلغاء الحكم المستأنف وتصديا الحكم بعدم قبول الطلب، وهو القرار المطعون فيه.

حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بخرق قاعدة مسطرية أضر بمصلحته : خرق الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية
وعدم الارتكاز على اساس قانوني : انعدام التعليل، ذلك ان الثابت انه لم يتوجه الى قضاء الإلغاء وانما لجأ الى القضاء الاداري
في اطار القضاء الشامل، ملتصقا بالحكم بتسوية وضعيته المادية والادارية مستندا على واقع عمله المستمر والمواظب لدى
عمالة ابن مسيك سيدي عثمان، وان معنى تمكينه من راتبه هو المقابل لعمله والخدمات التي تستفيد منها الادارة، ولم يلجأ الى
الطعن بالإلغاء ضد اي قرار من القرارات المثارة من طرف الادارة لكونه لم يواجه بها من طرفها ولم يتم توقيفه، وانما استمر
توظيفه بطريقة عادية الى غاية الان وطمأنته الإدارة بتسوية وضعيته بعدة مقترحات، ولا علم له بقرار إلغاء منصبه ولم يبلغ له
بصفة قانونية ولا يوجد في الملف ما يدل على عكس ذلك، وان ما ذهب اليه محكمة الاستئناف الادارية من اعتباره عالما يقينا
بالقرار المذكور يعد تجاهلا منها لما دفع به من انه ظل يعمل بصفة مستمرة وعادية بعمالة ابن مسيك سيدي عثمان، وهو ما
يقوي موقفه الثابت بعدم علمه بقرار حذفه من سلك موظفي الداخلية، وانه توصل بعد تاريخ صدور هذا القرار بقرارات ترقيته
وبقرارات الرخصة السنوية، كما اغفل القرار المطعون فيه ما دفع به من كونه لم يدلس ولم يجمع بين منصبين كما يدعي
الوكيل القضائي للمملكة، ذلك انه لم يسبق له ان عمل بالجماعة الحضرية وانما رصد له فقط المنصب وظل يعمل بالعمالة
المذكورة التي قامت بجميع إجراءات توظيفه، وان تسوية وضعيته ابتداء من 1980 كمتصرف مساعد استدعت بالضرورة
الجمع بين المنصبين، وان هذا يدخل في اختصاص الادارة ولا يخضع لارادته ولا لمسؤولية عليه عن أي خطأ، مما يكون معه
القرار المطعون فيه قد بني على معلومة خاطئة، محولا موضوع وسبب الدعوى وناقص التعليل ويتعين نقضه.

لكن، حيث انه لما كان من شروط العلم المنتج لاثاره القانونية في بدء سريان اجل الطعن بالإلغاء ان يكون علما يقينيا لا ظنيا، ثابتا لا افتراضيا، وبصرف النظر عن مدى ضرورة إلغاء القرارات المحتج بها من لدن الادارة لتسوية وضعية المعني بالامر بحسب طبيعة القضية وظروفها، فان المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه

باقتصارها في تعليقها على عبارة مجملة مفادها ان : " قرار إلغاء تعيين المستأنف عليه (الطالب) كمتصرف مساعد صدر بتاريخ 1996/2/29، وهو المؤثر في مركزه القانوني، والذي كان عليه للمطالبة بتسوية وضعيته الادارية ان يطالب بالغائه داخل الاجل القانوني، الا انه لم يفعل رغم علمه اليقيني بهذا القرار وبمضمونه..."، دون بيان القرينة او الواقعة التي استقلت منها العلم اليقيني الشامل بالقرار المذكور الذي تنتفي به الجهالة، سيما وان الطالب تمسك طيلة مراحل الدعوى باستمراره في العمل، الامر الذي لم تلتفت اليه المحكمة رغم ما له من تأثير على قضائها، فكان قرارها منعدم الاساس القانوني عرضة للنقض.

قرار عدد 343

مؤرخ في 2012/04/26

ملف اداري عدد 2010/1/4/676

القاعدة

- الوضعية الفردية – الاقدمية – التمييز بين موظفين في نفس الوضعية – إخلال بمبدأ المساواة.

تعليل الادارة بكون قرارها بعدم احقية المستفيد من الاقدمية لعلمه اليقيني بها قد تحصن بمرور الوقت لعدم مطالبته بها منذ سنتين، يشكل اخلا لا بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الموظفين الذين هم في نفس وضعيته واستفادوا من الاقدمية التي يطالب بها.

لما كان هدف المطلوب في الدعوى ان تحتسب له الاقدمية في السلم العاشر ابتداء من تاريخ معين، فانه لا يمكن مواجهته بالعلم اليقيني، ما دامت الدعوى لا تهدف وترمي في جوهرها الى إلغاء قرار سابق تحصن مع مرور المدة لعدم الطعن فيه.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث ان الوكيل القضائي نيابة عن الدولة في شخص رئيس الحكومة (الوزير الاول سابقا) وعن وزير التربية الوطنية والتعليم العالي، طلب نقض القرار عدد 129 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش بتاريخ 2010/2/11 في الملف عدد

09/8/204 ، ذلك انه يؤخذ من وثائق الملف وفحوى القرار المطعون فيه ان المطلوب السيد.....، وبواسطة مقال قدم امام المحكمة الادارية بمراكش بتاريخ 2007/11/23

عرض فيه انه بعد حصوله على الاجازة في مادة الجغرافية سنة 97 التحق بالمركز الجهوي التربوي بالفنيطرة وتخرج سنة 2000 كأستاذ للسلك الاول باعدادية مولاي رشيد بايت اورير ، وانه تقدم سنة 2001 بطلب ترقيته الى السلم العاشر، غير ان الادارة احتسبت له الاقدمية في السلم العاشر ابتداء من 2005/9/16 بدل 2001/9/16، وانه سبق له ان راسل الادارة عن طريق السلم الاداري مطالبا بتسوية وضعيته، لاجل ذلك وزملائه من نفس وضعيته ، اجابت الادارة ملتزمة عدم قبول الطلب لكون المدعي كان عالما يقينيا باستفادته من الترقية الى السلم العاشر سنة 2005، ولم يتقدم بطلبه الا بعد مرور ازيد من سنتين، لذا فان القرار موضوع الترقية قد اصبح محصنا، علما ان الادارة لم تتوصل بطلبه الرامي الى اعتماد الشهادة الجامعية الا بتاريخ 2005/3/2، مما يجعل الترقية تكون مستحقة منذ 2005/9/16. وبعد تبادل الردود وختم باب المناقشات، صدر الحكم مستجيبا للطلب وذلك بترقية المدعي الى السلم العاشر مع احتساب اقدميته منذ تاريخ 2002/9/16 ، استأنفته الادارة فقضت محكمة الاستئناف الادارية بمراكش بتأييد الحكم المستأنف، وهو القرار المطلوب نقضه.

في وسيلة النقض الاولى : حيث يعيب الوكيل القضائي القرار المطعون فيه بخرق القانون : خرق المادة 23 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الادارية، ذلك ان المطلوب استفاد من الترقية الى السلم العاشر ابتداء من 2005/9/16، وانه انطلاقا من هذا التاريخ لديه العلم اليقيني بمأل وضعيته الادارية، وبذلك يكون طلبه الحالي قد جاء بعد سنتين، وانه يصطدم بقرار تحصن، وفات اجل الطعن فيه، مما يجعل قبول طلبه قد جاء خارقا للمادة 23 المذكورة، ويجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض لخرق القانون.

لكن، حيث انه وكما اشار الى ذلك القرار المطعون فيه عن الصواب، فان هدف المطلوب في الدعوى أن تحتسب له الاقدمية في السلم العاشر ابتداء من تاريخ 2001/9/16، لذلك فانه لا يمكن مواجهته بالعلم اليقيني، وان ذلك لا يكون واجبا الا اذا كانت الدعوى تهدف وترمي في جوهرها الى إلغاء قرار سابق تحصن مع مرور المدة لعدم الطعن فيه، الى اخر التعليقات التي اوردها القرار المطلوب نقضه، مما يجعل ما تمسك به الطالب في هذه الوسيلة منعدم الاساس.

في الوسيلة الثانية : حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بانعدام التعليل وعدم الارتكاز على اساس قانوني ذلك ان الترقية بناء على الدبلوم تبقى متوقفة على حاجيات الادارة وبالمفعول الذي تقرره، وان التمسك بخرق مبدا المساواة يقتضي وجود تماثل وتشابه في الوضعيات، وان الاستجابة لطلب التسوية تبقى مفتقدة لمركزها القانوني لان القرار الصادر بترقيته قد تحصن بمرور سنتين على صدوره.

لكن، حيث انه بالرجوع الى تنسيقات القرار المطعون فيه يتضح انه ثبت امام قضاة الموضوع من خلال ما عرض ونوقش امامهم، ان ترقية المطلوب باقدمية 2005/9/16 فيه اخلاص بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بيم الموظفين، ذلك ان المعني بالامر عين بتاريخ 2000/9/6 ثم بعد ترسيمه تقدم بطلب ترقيته الى السلم العاشر شأنه في ذلك شأن زملائه ومن بينهم رابط ايمان، التي استفادت من هذه الترقية باقدمية 2002/9/6 والتي توجد في نفس وضعيته الادارية وتحمل نفس المؤهلات الجامعية، وهو خلاف ما ادعته الادارة الى اخر تعليقات القرار، مما يجعل ما تمسك به الطالب في وسيلته الثانية على غير اساس.

قرار عدد 176

مؤرخ في 2013/02/21

ملف اداري عدد 2011/1/4/432

القاعدة

- تغيب عن العمل – مرض عقلي ونفسي – تحقق حالة ترك الوظيفة (لا).

ان غياب الموظف عن العمل كان بسبب قوة القاهرة تمثلت في المرض العقلي والنفسي الذي اصابه والمثبت شواهد طبية، ومن ثم فان لجوء الادارة الى تطبيق الفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية في حقه لا يستند الى اي قانون ما دام ان المعني بالامر كان في حالة لا تسمح له بالاستجابة لاي اذار، والمحكمة لما قضت بإلغاء قرار العزل مع ما يترتب على ذلك قانونا، تكون قد بنت قضاءها على اساس سليم من القانون.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد،ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومحتوى القرار المطعون فيه، انه بتاريخ 2008/05/08 تقدم المطلوب في النقض بمقال امام المحكمة الادارية باكاوير يعرض فيه انه يعمل معلما، وانه كان يعاني من مرض في الرأس منذ سنة 2001 اشتد عليه وارغمه على عدم الالتحاق بالعمل منذ 2004/04/12، وبهذا التاريخ منحه الطبيب رخصة مرض مدتها 30 يوما، وقد وقع تجديدها وخضع بعدها لمتابعة علاج طويل الامد منذ عرضه على الطبيب النفساني (حسن السيدالي) الى ان منحه هذا الاخير تقريرا يفيد باستقرار حالته، وانه بامكانه استئناف العمل ، غير انه اشعر من طرف بعض زملائه بصدور قرار بتاريخ 2004/09/11 بعزله عن العمل، وذلك دون سلوك الادارة للمسطرة الادارية في حقه، مما يعتبر معه قرار العزل مخالفا للقانون ومشوبا بالانحراف في

استعمال السلطة، ملتصقا بإلغاءه، مع ما يترتب عن ذلك قانونا، وبعد جواب الوكيل القضائي للمملكة واجراء بحث واستيفاء الاجراءات قضت المحكمة الادارية بإلغاء القرار المطعون فيه، مع ما يترتب عن ذلك قانونا، استأنفه الطاعنون امام محكمة الاستئناف الادارية مراكش التي قضت بعد اتمام الاجراءات امامها بتأييد الحكم المستأنف، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض. في وسيلتي النقض مجتمعين للارتباط : حيث ينعي المعارضون القرار المطعون فيه بخرق المادة 23 من القانون المنظم للمحاكم الادارية والفصل 75 مكرر من القانون الاساسي للوظيفة العمومية وفساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك ان الطاعن كان على علم يقيني بالقرار المتخذ ضده، اذ انه تم ايقاف راتبه بتاريخ 2004/06/05، وصدر قرار العزل بتاريخ 2004/10/11، ولم يتقدم بطعنه الا في سنة 2009، كما انه كان عالما علما يقينيا بالاجراءات التي اتخذت ضده منذ صدور قرار ايقاف الراتب، وان القرار المطعون فيه سار على نهج المحكمة الادارية واعتبر المطلوب في النقض مصابا بمرض عقلي ونفسي يجعله في حل من مسؤولية العلم اليقيني، وهو تعليل لا يجد اي سند قانوني، إذ أن المعارضين لم يسبق لهم ان توصلوا بالشواهد الطبية المثبتة للمرض وباعتراف الطاعن نفسه، وان الادارة عمدت الى تطبيق القانون في حقه، وبعد ان تعذر تبليغ الانذار اليه عمدت الى ايقاف راتبه، ومع ذلك لم يسلك اية مسطرة، ومن جهة اخرى فان المحكمة ردت الدفع المتعلق بخرق مقتضيات الفصل 75 مكرر المشار اليه اعلاه بدعوى ان المقتضيات المتمسك بخرقها لا يمكن للادارة ان تلجأ لتطبيقها الا في حالة التغيب عن العمل الغير مبرر قانونا، وهو تعليل فاسد، فالمطلوب في النقض لم يسبق له ان بعث للادارة بالشواهد المحتج بها، والتي لم يتم صنعها الا بعد صدور قرار العزل، وان الادارة لا يمكن ان تعرض الموظف على المراقبة الطبية والصحية الا اذا كانت قد توصلت بالشواهد الطبية المبررة لغياب المعني بالامر، وانها بلغت اليه انذارا بالالتحاق بالعمل ولم يستجب له فعمدت الى ايقاف اجرته، ولم يحرك ساكنا، واصدرت قرار العزل ولم يحرك ساكنا وبذلك فان القرار المطعون فيه قد خرق المقتضيات القانونية المشار اليها اعلاه، مما يعرضه للنقض.

لكن فمن جهة، فالثابت من وثائق الملف ان المطلوب في النقض تعرض لمرض عقلي ونفسي توقف بسبب عن العمل منذ 2004/04/12 وبقي خاضعا للمراقبة الطبية الى تاريخ 2008/04/21 حيث سلمه طبيبه المعالج الدكتور (حسن السندالي) – الاختصاصي في الامراض النفسية – تقريراً يوضح فيه ان حالته الصحية اصبحت مستقرة، وان بإمكانه استئناف عمله، وبذلك فان المطلوب في النقض كان في حالة مرضية شديدة يستحيل عليه معها علمه اليقيني بالقرارات الصادرة في حقه اثناء فترة المرض، وبالتالي ان يقدم الطعن بالإلغاء في الاجل المحدد.

ومن جهة اخرى، فان غياب المطلوب في النقض عن العمل كان بسبب قوة القاهرة تمثلت في المرض العقلي والنفسي الذي اصابه والمثبت بشواهد طبية، وان لجوء الادارة الى تطبيق الفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية في حقه لا يستند الى اي

اساس قانوني ما دام ان المعني بالامر كان في حالة لا تسمح له بالاستجابة لاي انذار، وان محكمة الاستئناف لما ايدت الحكم الابتدائي القاضي بإلغاء القرار الطعين مع ما يترتب على ذلك قانونا بعله ان هذا القرار غير مبني على اساس سليم ومشوب بالتجاوز في استعمال السلطة لعيب مخالفة القانون وعيب السبب، تكون قد بنت قضاءها على اساس سليم من القانون وعللت قرارها تعليلا كافيا ولم تخرق في شئ المقتضيات القانونية المحتج بها، وما بالوسيلتين على غير اساس.

قرار عدد 278

مؤرخ في 2013/03/21

ملف اداري عدد 2011/1/4/971

القاعدة

- تعيين في الوظيفة العمومية – تعيين خارج اطار القرعة – خرق مبدأي تكافؤ الفرص والمساواة.

ان تكافؤ الفرص ومساواة المواطنين امام التكاليف يعتبران مبدئين اساسيين يحكمان النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية دون حاجة للنص عليهما قانونا وان هذين المبدئين يقتضيان معاملة جميع الموظفين على قدم المساواة. وعليه يكون تعيين بعض الاطر الطبية بمختلف مستشفيات المملكة بصفة استثنائية ودون خضوعهم لعملية القرعة التي اجرتها وزارة الصحة خرق لمبدأ تكافؤ الفرص.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن بينها القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 29 دجنبر 2010 في الملف رقم 5-10/244، ان المطلوب في النقضتقدمت بمقال بتاريخ 7 نونبر 2008 عرضت فيه انها توصلت بتاريخ 29 شتنبر 2008 بصورة من مقرر صادر عن وزارة الصحة يطلب فيها الالتحاق باقليم السمارة. كما توصلت في 2008/10/6 برسالة تخبرها بانها لم تلتحق بعملها وتندررها بسلوك مسطرة ايقاف مرتبها، وان عدم التحاقها بمقر العمل له مجموعة من المبررات اولها عدم مراعاة مقرر التعيين لمقتضيات القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية ومدونة الاسرة

والمجتمع لا يقبل ابعاد الزوجة عن زوجها، ملتزمة إلغاء مقرر تعيينها باقليم السمارة، وبعد المناقشة صدر الحكم مستجيبا للطلب وهو الحكم الذي تأيد استئنافيا بمقتضى القرار المطلوب نقضه.

فيما يخص وسيلتي النقض للارتباط : حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بنقصان التعليل وخرق القانون، ذلك ان القرار لم يبين وجه خرق المقرر الاداري للدورية الوزارية المتعلقة بالتعيينات والتنقلات بصرف النظر عن كون مقرر النقل الذي اتخذ في حق المطلوبة في الطعن كان سابقا في التاريخ على المذكرة رقم 24، وان التعليل المتخذ ارتكز على المصلحة العامة في سد الخصاص الذي تشكو منه بعض مستشفيات المملكة، وان ما ورد بخصوص بعض التعيينات خارج اطار القرعة كان في اطار محدود جدا يخص بعض الحالات الاستثنائية المبررة

ولا وجود لخرق مبدأ المساواة امام المرفق العام لان هذا المبدأ يقتضي وجود المرتفقين في وضعيات متساوية، فضلا عن وجود مبدأ لا يقل اهمية عنه الا وهو مبدأ حق المواطنين في الصحة.

لكن، حيث ان تكافؤ الفرص ومساواة المواطنين امام التكاليف يعتبران مبادئ اساسيين يحكمان النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية دون حاجة للنص عليهما قانونا، وان هذين المبدئين يقتضيان معاملة جميع الموظفين على قدم المساواة، وان عملية القرعة التي قررت وزارة الصحة اجراءها لتعيين اطباء بمختلف مستشفيات المملكة لم تخضع لها كافة الاطر الطبية كما عللت بذلك المحكمة قرارها المطعون فيه بما اورده في تعليلها من ان البحث الذي تم اجراؤه في المرحلة الابتدائية تبين منه ان بعض الطبيبات وقع استثناءهن من عملية القرعة واستخلصت من ذلك ان مبدأ تكافؤ الفرص لم يطبق بكيفية صحيحة، وألغت المقرر المطعون فيه تكون عللت قرارها تعليلا كافيا ومرتكزا على اساس قانوني.

قرار عدد 836

مؤرخ في 2009/9/30

ملف اداري عدد 2009/1/4/734

القاعدة

- الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء – مؤسسة العمومية – تسوية الوضعية الفردية للعاملين بها – اختصاص القضاء الاداري.
ان الوضعية الفردية للمدعية كعامله بمؤسسة عامة (الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء) تخضع من حيث الاختصاص للمادة 8 من قانون المحاكم الادارية. والحكم المستأنف اقتصر على البت في مسالة الاختصاص النوعي الذي احتفظ المشرع بالاختصاص فيه استئنافيا للمجلس الاعلى طبقا للمادة 12 من قانون رقم 03.08 المحدثه بموجبه محاكم استئناف ادارية، ويبقى الاستئناف المتعلق بالموضوع من اختصاص محكمة الاستئناف الادارية ومن تم فهو غير مقبول امام المجلس الاعلى.

باسم جلالة الملك

ان المجلس الاعلى (غ.اد،ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الاختصاص النوعي : حيث بمقال مرفوع امام المحكمة الادارية بمراكش بتاريخ 2008/11/19 طلبت السيدة..... الحكم على مشغلتها : الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء بمنحها جميع المزايا التي يتمتع بها العاملون بها كالماء والكهرباء والعلاوات الخاصة بالأبناء والعطل السنوية ... وغير ذلك، فأجابت الوكالة المدعي عليها بالدفع بعدم الاختصاص النوعي، لكون الدعوى تنصب على منازعة من منازعات الشغل التي تدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية، وبعد المناقشة، ردت المحكمة الدفع، مصرحة باختصاصها نوعيا للبت في الطلب، بعله ان المدعية مرتبة ضمن العاملين في الوكالة المذكورة في اطار الصنف 9 الرتبة 18 الدرجة 25، مما تكون معه في علاقة نظامية لا تعاقدية، وتكون الدعوى مندرجة في إطار المنازعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المؤسسات العامة، التي اسندت المادة 8 من القانون رقم 41-90 الاختصاص للبت فيها للمحكمة الادارية، وهو الحكم المستأنف من طرف المدعي عليها، تأسيسا على فساد التعليل وانعدامه، ذلك ان المدعية ترتبط معها بعقد

شغل، وان القضاء الاداري ينحصر اختصاصه في الاطر المعينة كمدير الوكالة دون غيره من الاجراء، ملتزمة الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم ادخال العون القضائي.

لكن من جهة، حيث ان الوضعية الفردية للمدعية كعامله بمؤسسة عامة (الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء) تخضع من حيث الاختصاص للمادة 8 من قانون المحاكم الادارية، وهو ما قضت به المحكمة الادارية عن صواب مما يتعين معه تأييد حكمها.

ومن جهة اخرى، فان الحكم المستأنف اقتصر على البت في مسالة الاختصاص النوعي الذي احتفظ المشرع بالاختصاص فيه استثناءيا للمجلس الاعلى طبقا للمادة 12 من قانون رقم 03.08 المحدثة بموجبه محاكم استئناف ادارية، ويبقى الاستئناف المتعلق بالموضوع من اختصاص محكمة الاستئناف الادارية ومن تم فهو غير مقبول امام المجلس الاعلى.

قرار عدد 101

مؤرخ في 2012/02/02

ملف اداري عدد 2010/1/4/974

القاعدة

- مسؤولية الدولة - امتناع الادارة عن تنفيذ حكم قضائي - خطأ مرفقي - تعويض.

امتناع الادارة عن تنفيذ حكم بتسوية وضعية ادارية ومالية ورفضها بإلغاء قرارها بالامتناع عن التنفيذ، يعتبر خطأ مرفقيا يرتب مسؤوليتها ويعطي المعني بالامر حق المطالبة بالتعويض عن حرمانه من الاستفادة من الترقية المحكوم له بها.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان محكمة النقض (غ.اد.ق.1)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يستفاد من اوراق الملف، ومحتوى القرار المطعون فيه ان المطلوب في النقض تقدم امام المحكمة الادارية بالرباط بمقال افتتاحي بتاريخ 2005/3/16 وبمقال إصلاحي بتاريخ 2005/5/12، عرض فيهما انه استصدر بتاريخ 1999/2/4 حكما عن المحكمة الادارية بالرباط في الملف رقم 57/1125 غ، يقضي باحقيته في الترقية الى درجة وزير مفوض مع التسوية وضعيته

الادارية والمالية ابتداء من سنة 1992 وبتحميل المدعي عليها وزارة الدولة في الشؤون الخارجية والتعاون الصائر، وانه تم تأييد هذا الحكم من طرف المجلس الاعلى بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 2000/6/22 في الملف رقم 99/1/512، الا ان الادارة المعنية امتنعت عن تنفيذ مقتضيات هذا الحكم حسب الثابت من محضر الامتناع المؤرخ في 2001/10/3 موضوع ملف التنفيذ رقم 1/00/274، وكذا

رغم جميع المحاولات الاخرى المبذولة معها مما ألحق بالمدعي اضرارا جسيمة، وانه استصدر بعد ذلك حكما عن المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2004/3/29 تحت عدد 486 في الملف رقم 02/761 ش/ت قضى بإلغاء قرار الادارة بالامتناع عن تنفيذ الحكم المشار اليه اعلاه، القاضي بتسوية وضعيته الادارية والمالية، وانه تم تأييد هذا الحكم بمقتضى قرار المجلس الاعلى عدد 936 الصادر بتاريخ 2000/6/22، وانه بناء على هذا الحكم الاخير تقدم المدعى بطلب مواصلة تنفيذ الحكم موضوع الامتناع عن التنفيذ ضد المنفذ عليها وزارة الشؤون الخارجية والتعاون والتي بقيت مصرة على الامتناع عن التنفيذ، الشيء الذي يشكل خطأ مرفقيا يؤدي الى مساءلتها في اطار مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع بسبب الاضرار الجسيمة التي الحقها به، والتمس الحكم على وزير الدولة في الشؤون الخارجية والتعاون بأدائه لفائدته واجب ترقيته الى درجة وزير مفوض ابتداء من سنة 1992 يحدده مؤقتا ومن أجل التسجيل فقط في مبلغ 4000 درهم، والامر تمهيدا باجراء خبرة حسابية من أجل تحديد واجب ترقيته الى درجة وزير مفوض خلال هذه الفترة ولغاية اتمام التنفيذ، وذلك باحتساب وتحديد مبالغ جميع التعويضات المستحقة له خلال نفس الفترة من جراء حرمانه من حقوقه وفوائد التأخير وانخفاض قيمة النقود وغيرها وإجراء تسوية شاملة لوضعيته الادارية والمالية، واحتساب المبالغ المستحقة الواجبة عنها على ضوء ذلك. وحول مسؤولية الادارة عن خطأ الامتناع عن التنفيذ في نطاق الفصل 79 من ق.ل.ع، الامر بإجراء خبرة من أجل تقدير التعويضات المستحقة له عن الأضرار الجسيمة اللاحقة به من جراء حرمانه من حقوقه الناتجة عن واجب ترقيته والمستحقات المتعلقة بها من تعويضات وفوائد وغيرها، وبحفظ حقه في تقديم مطالبه النهائية بعد اجراء الخبرة وتحميل المدعى عليها الصائر. وبعد اجراء خبرة واستيفاء الاجراءات، قضت المحكمة الادارية باداء الدولة المغربية في شخص الوزير الاول لفائدة المدعي تعويضا قدره 4000 درهم وبتحميلها المصاريف، بحكم استأنفه الطاعن أمام محكمة الاستئناف الادارية بالرباط التي قضت بعد تمام الإجراءات امامها بتأييد الحكم المستأنف، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن وسيلة النقض الوحيدة بفرعها للارتباط : حيث ينعى الطاعن القرار المطعون فيه بفساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك ان المحكمة صرحت بقبول الطلب واعتبرت انه انصب على المطالبة بتعويض قدره 4000 درهم، في حين أن هذا المنحى لا ينسجم مع المنطق القانوني، إذ ان تقديم المطلوب في النقض لطلب مؤقت وحفظ حقه في تقديم طلباته النهائية بعد ذلك

يحتمل معنى واحد وهو عدم تحديد طلباته بشكل نهائي حتى يصدر في شأنها حكم قطعي بالاستجابة لها أو رفضها، وأن عدم تحديد الطلب له مآل وحيد هو عدم قبوله. ومن جهة أخرى، فإن القرار المطعون فيه تجاهل معطيات أساسية تؤكد انتفاء أي تماطل من جانب الادارة لتنفيذ الحكم لفائدة المعني بالأمر، منها أن اجراءات التنفيذ تتطلب اجراءات مسطرية تتدخل فيها مجموعة من القطاعات وتستغرق آجال مختلفة حسب كل قطاع على حدة، وأن الامر يتعلق بتنفيذ حكم له تبعات مالية مهمة مما يتطلب اجراءات ووقتا لرصد الاعتمادات، وان اجراءات التنفيذ كانت قد توقفت من خلال المساطر القضائية التي باشرها المعني بالامر، وانها لم تستأنف الا سنة 2004، وأن الادارة لا يمكن أن تحمل خارج قدرتها وطاقمها، لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه.

لكن من جهة، حيث ان المحكمة لما تبين لها من وثائق الملف أن الادارة المعنية بالتنفيذ ظلت تماطل الطاعن (المطلوب في النقض) مدة تصل إلى أربع سنوات، رغم أن هذا الاخير قد استصدر حكما عن المحكمة الادارية قضى بإلغاء قرارها بالامتناع عن تنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه، وأن عون التنفيذ قد حرر في حقها من أجل ذلك محضري امتناع عن التنفيذ، مما سبب له أضرارا مادية ومعنوية من جراء حرمانه من الاستفادة من الترقية المحكوم بها والرواتب المترتبة عنها داخل آجال معقولة، واعتبرت ذلك خطأ مرفقيا يرتب مسؤولية الادارة عن ذلك ويعطي المعني بالامر حق المطالبة بالتعويض عن تلك الاضرار، تكون قد بنت قضاءها على اساس سليم من القانون وعللت قرارها بهذا الخصوص تعليلا كافيا، والفرع من الوسيلة على غير اساس. ومن جهة اخرى، فان قضاة الموضوع يقدرين في حدود الطلب مبلغ التعويض عن الضرر بما لهم من كامل السلطة، دون أن يكونوا ملزمين بأن يعللوا حكمهم بالتعويض بتعليلات خاصة، ولا أن يبينوا أسسه حين لا تكون عناصر التقدير موضوع منازعة ولا أن يتقيدوا برأي الخبير، مما يجعل الدفع بشأن موضوع التعويض على غير اساس.

مؤرخ في 2012/03/01

ملف إداري رقم 2010/1/4/870

القاعدة

- مسؤولية الدولة – اعتداء على موظف أودى بحياته – تعويض الورثة.

المسؤولية الادارية للدولة لا تقوم على الخطأ فقط بل يمكن أن تترتب بدون خطأ كذلك، عندما يتعلق الامر بما تقتضيه ظروف وملازمات تستوجب مساهمة الدولة في تحمل الأعباء العامة، ويندرج بذلك مجال مسؤوليتها في نطاق تسيير إدارتها وحماية موظفيها مما قد يتعرضون له من أضرار لم تكن لتحدث لولا ارتباطها المباشر بنشاطهم المهني وبمناسبة عملهم. تعرض موظف لاعتداء أودى بحياته أثناء مغادرته لمقر عمله تتحمل الدولة المسؤولية عنه في إطار تضامنها مع المتضررين لحماية موظفيها مما قد يتعرضون له من أضرار أثناء أو بمناسبة قيامهم بعملهم. ويستحق ورثته معاش الزمانة والتعويض عن الاضرار الناتجة عن تسيير الادارة أو عن الأخطاء المصلحية.

باسم جلالة الملك

إن محكمة النقض،

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يستفاد من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش بتاريخ 2010/02/03 في الملف عدد 08/6/200 أنه بتاريخ 2006/5/26 تقدم ورثة وهم بواسطة محامهم بمقال يعرضون فيه أن موروثهم كان يشتغل رئيسا لكتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية بمدينة السمارة، وبتاريخ 2005/2/2 أصيب بطعنات سكين أودت بحياته وفق الثابت من محضر الضابطة القضائية عدد 20/238 وتاريخ 2005/2/3 الشيء الذي ألحق بهم عدة أضرار ويؤكد أن المحكمة الابتدائية بالسمارة غير مزودة بالجهاز الامني الضروري لحماية العاملين بها وأن وزارة العدل تتحمل كامل المسؤولية في مقتل موروثهم وبما أنهم قد أصيبوا بضرر مادي ومعنوي فانه يناسب الحكم على الدولة المغربية بأدائها لفائدتهم تعويضا مؤقت قدره 2000.00 درهم مع حفظ حقهم في الإدلاء بمقال إضافي. وبعد اجراء بحث اصدرت المحكمة حكما على الدولة المغربية في شخص الوزير الاول (وزارة العدل) بأن تؤدي للمدعين تعويضا معنويا للزوجة 30.000.00 درهم وللام 30.000.00 درهم وللبنت سهام مبلغ 40.000.00 درهم وللابن عز العرب مبلغ 40.000.00 درهم، وتحميل الدولة الصائر بالنسبة وبعدم قبول باقي

الطلبات، استأنف استئنافا أصليا من طرف الوكيل القضائي وفرعيا من طرف الورثة المدعين فأيدته محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه.

في الوسيلة الأولى : حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية ذلك أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتبين أنه جاء خارقا لمقتضيات هذا الفصل لعدم اشارته الى محل أو اقامة المطلوبين في النقض وعدم تضمينه اسم الجهة المحكوم ضدها (وزارة العدل) في صدر القرار المطعون فيه بالرغم من كونها هي الطرف الرئيسي مما يعد خرقا لمقتضى قانوني ملزم ويعرضه للنقض.

لكن، من جهة حيث إن الطاعن لم يبين وجه الضرر الذي لحقه ومنوبيه من عدم تضمين القرار المطعون فيه لمحل اقامة المطلوبين في النقض، ومعلوم انه لا بطلان بدون ضرر، ومن جهة اخرى فان الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه ترفع الدعوى ضد : الدولة في شخص الوزير الاول وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء، ولما كانت الدعوى مقامة في اطار مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود والتي تنص على أن : الدولة ... مسؤولة ... يحكم على هذه الاخيرة في شخص الوزير الاول، فان عدم الاشارة الى وزارة العدل في القرار المطعون فيه لا أثر له على سلامته ولا يشكل خرقا للفصل 345 من قانون

المسطرة المدنية المحتج به، والوسيلة لذلك بدون اساس.

في الوسيلة الثانية (الفرع الاول) : حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بفساد التعليل بالنسبة لثبوت مسؤولية الدولة عن الحادث في اطار الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك أنه سبق للطاعن أن أثار أمام محكمة الدرجة الثانية كون الاساسي الذي اعتمدهت محكمة الدرجة الاولى غير سليم لكونها حملت المسؤولية للدولة في اطار الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود لكونها أخلت بمقتضيات الفصل 19 من النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية الذي يلزم الدولة بحماية موظفيها من التهديدات التي قد يتعرضون لها أثناء أداء عملهم. وأن محكمة الدرجة الثانية اعتبرت خلاف ذلك وسايرت محكمة الدرجة الاولى فيما ذهبت اليه. وأنه اذا كان يمكن أن تترتب المسؤولية عن فعل ايجابي كما يمكن أن تترتب على فعل سلبي، فان ما تجدر الاشارة اليه هنا هو أنه في كلا الحالتين يجب أن يكون الفعل المنسوب للادارة والمؤسسة عليه المسؤولية منطويا على اخلال واضح باحد التزاماتها. وانه بالرجوع الى نازلة الحال يتبين أن الحادثة اساس المنازعة تتمثل فيما تعرض له موروث المطلوبين في النقض من اعتداء جسدي خارج المحكمة وفي الوقت الذي غادر فيه مقر عمله، وأن الخطأ المنسوب للادارة حسب القرار المطعون فيه هو عدم حمايتها للضحية باعتباره موظفا من الاعتداء الذي لحقه وهو ما اعتبرته المحكمة فعلا سلبيا صادرا عن الادارة متضمن للاخلال بواجبها وموجب لمسؤوليتها، وأن تحديد مدى مسؤولية سلامة موقف المحكمة في هذا الشأن يتوقف

على تحديد ما اذا كانت الادارة ملزمة فعلا بحماية موظفيها من التهديدات التي يتعرضون لها خارج مقرات عملهم حتى يتسنى القول بأن تعرض أحدهم لمكروه يعتبر إخلالا من الادارة بهذا الواجب. وأن المشرع يلزم الادارة بحماية موظفيها أثناء مزاوله مهام داخل مقرات عملهم، أما عندما يتهون عملهم ويغادرون مقر الادارة فانهم يسري عليهم ما يسري على جميع المواطنين ولا يستوجب من إدارتهم الاصلية حماية خاصة. وأن الادارة التي ينتمي إليها المعني بالامر وهي وزارة العدل لم ترتكب أي خطأ أو تقصير فيما يتعلق بواجب حمايتها لموظفيها، بحيث وكما لا ينازع المطلوبون في النقض فإن هذه الادارة قد وفرت حراسة أمنية داخل المحكمة كما هو الشأن في جميع المحاكم، وأن الضحية لم يتعرض للهجوم الذي أودى بحياته داخل مقر العمل وأثناء مزاولته لعمله وإنما في الشارع العام وبعد إنهائه لعمله، وأن الخطأ الذي حاول القرار المطعون فيه نسبته إلى وزارة العدل لا أساس له مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

لكن، حيث إن المسؤولية الادارية للدولة لا تقوم على الخطأ فقط بل يمكن أن تترتب بدون خطأ كذلك عندما يتعلق الامر بما تقتضيه ظروف وملابسات تستوجب مساهمة الدولة في تحمل الأعباء العامة ويندرج بذلك مجال مسؤوليتها في نطاق تسيير إدارتها وحماية موظفيها مما قد يتعرضون له من أضرار لم تكن لتحدث لولا ارتباطها المباشر بنشاطهم المهني وبمناسبة عملهم. وبالترتيب على ذلك ولما كان من الثابت لقضاة الموضوع من وقائع النازلة وتصريحات مرتكب الفعل الضار لدى الضابطة القضائية، أن تعرض الضحية (موروث المطلوبين) للاعتداء الذي أودى بحياته كان بسبب ردة الفعل من الفاعل نتيجة عدم استجابة الضحية بصفته رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية بالسمارة لطلبه الرامي الى تقديم استئنافه ضد حكم ابتدائي صادر ضده إلا بعد استيفاء الرسوم القضائية عنه وهو موقف يعد من صميم اختصاصه، فإن ما تعرض له هذا الأخير من اعتداء أثناء مغادرته لمقر عمله تتحمل الدولة المسؤولية عنه في إطار تضامنها مع المتضررين لحماية موظفيها مما قد يتعرضون له من أضرار أثناء أو بمناسبة قيامهم بعملهم. والمحكمة لما حملت الدولة المسؤولية عما لحق المطلوبين من أضرار نتيجة فقد موروثهم بسبب الاعتداء الذي تعرض له فإنها تكون قد بنت قضاءها على اساس قانوني بهذه العلة التي تعوض العلة المنتقدة.

في الفرع الثاني من الوسيلة الثانية: حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بفساد التعليل نتيجة عدم التمييز بين التعويض في إطار الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود والمعاش، ذلك أن الطاعن سبق له أن تمسك أمام محكمة الدرجة الثانية بكون الحكم المستأنف أمامها عمد الى الخلط بين الاحكام المنظمة لمعاش التقاعد وذلك التي تحكم معاش الزمانة، واعتبرتها شيئا واحدا وأنهما مستحقين للمطلوبين في النقض طالما أن مبلغها ليس سوى مقابل ما تم اقتطاعه من أجره الهالك طيلة مدة عمله وذلك من أجل تبرير الحكم بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية وأن محكمة الاستئناف الادارية وقعت في نفس الخطأ. وأن

تعليل المحكمة بهذا الخصوص فاسد لكون المستحقات التي يقصدها الطاعن في دفعه هي المستحقات الناتجة عن معاش الزمانة الذي تمنحه الدولة من ميزانيتها بناء على قرار تصدره لجنة الاعفاء والذي نظمه المشرع في الفصول من 25 الى 34 من القانون 71-011 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية وليس معاش التقاعد الذي يمنحه الصندوق المغربي للتقاعد بناء على نفس القانون، وإذا كانت محكمة الدرجة الاولى قد لجأت لتغطية ولو جزء من التناقض الذي وقعت فيه لتطبيق مقتضيات الفصل 19 من النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية، فإن محكمة الدرجة الثانية وباعترافها بكون الحادثة وقعت خارج المرفق العام كان عليها أن تقضي بعدم مسؤولية الدولة عن الحادث، ولما لم تفعل يبقى تعليلها فاسدا يعرض قرارها للنقض. لكن، حيث إن معاش الزمانة يتميز بكونه منحة من الدولة تؤديها لموظفيها في حال تعرضهم لحادث أثناء مزاولتهم عملهم أو بمناسبة قيامهم به وهو منظم بمقتضى القانون 71-011 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية ولا علاقة له بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن تسيير الادارة أو عن الاخطاء المصلحية لموظفيها المنظمة بمقتضى الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، وأن المحكمة لما عللت قرارها بأنه: "وبالنسبة لما يدعيه الطرف المستأنف من كون المدعين المستأنف عليهم قد استفادوا من التعويضات المستحقة في إطار مقتضيات ظهير رقم 1-58-008 بتاريخ 1958/2/24 بمثابة النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية، فإن حق هؤلاء في أخذ المعاش المذكور لا يسقط الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر، وبالتالي ليس من المستساغ قانونا إدخال ما يمنح من معاش على إثر وفاة موروثهم في حساب التعويض عن الضرر اللاحق بهم من جراء ذلك"، فإنها تكون قد بنت قضاءها بتحميل الدولة المسؤولية عن الاضرار اللاحقة بالمطلوبين على اساس قانوني سليم والفرع الثاني من الوسيلة بدون اساس.

في الفرع الثالث من الوسيلة الثانية: حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بفساد التعليل بخصوص خضوع تقدير التعويض للسلطة التقديرية للمحكمة، ذلك أنه لا خلاف في كون المحكمة تتمتع بالسلطة التقديرية لتحديد التعويض عن الاضرار في الحالات التي لم يحددها القانون، وأن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة ولا تعفيها من تعليل حكمها. وأن محكمة الاستئناف أيدت حكم المحكمة الابتدائية الذي لم تعلل المحكمة مصدرته ما قضت به في إطار أعمال سلطتها التقديرية ولم تقم بإبراز المعايير والمعطيات التي استندت اليها، وأنها لم توضح الظروف والملابسات الخاصة بالنازلة وكذا بيانها العناصر التي تبين ملاءمة التعويض المعنوي المحكوم به مع معطيات نازلة الحال. وأنه إن كان المشرع قد منح السلطة التقديرية للمحكمة لتحديد التعويض في غير الحالات التي يحددها القانون أو الاتفاق، فإن ذلك يعني أن المحكمة يجب عليها ليس فقط أن تبرز العناصر المعتمدة من قبلها بل أن تقوم بشرحها ومدى ملاءمتها مع وقائع النازلة وصولا لتكوين قناعتها على اساس مبادئ مستمدة من القانون، وأن المحكمة أمام تأييدها للحكم المستأنف في هذا الشأن بناء على تعليل فاسد يجعل قرارها عرضة للنقض.

لكن، حيث إن المحكمة لما أيدت الحكم المستأنف اعتمادا على ما عللت به هذه الاخيرة حكمها بشأن تقدير التعويض وذلك بإبراز عناصر هذا التقدير المتجلية في الضرر المعنوي المتمثل في فقدان المطلوبين العطف والحنان والاشراف الابوي على تنشئة واستقرار الأسرة، فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما يتلاءم مع واقع النزاع وظروفه وملايساته مما يكون معه ما أثير بهذا الفرع من الوسيلة بدون اساس.

القرار عدد 470

المؤرخ في 2011/06/09

ملف إداري عدد 2010/1/4/453

القاعدة

- تكليف بالمسؤولية – إعفاء – سلطة الإدارة التقديرية – وجود سبب صحيح.

لئن كان تكليف الموظفين بمناصب المسؤولية والاعفاء منها يخضع لسلطة الادارة التقديرية، فإن الامر في النازلة الحالية يتعلق بإعفاء المطلوب من مهامه كمسؤول عن المستشفى الاقليمي بتزنيث بسبب ما نسبته الادارة الى المطلوب من تقصير، فكان من واجب المحكمة التأكد من هذا الاهمال، وهو ما تأكدت من عدم وجوده بالمرّة حيث أثبتت المحكمة في تعليلمها أن المطلوب في النقض سبق له أن وجه رسالتين الى مركز تحاقن الدم باكادير بتاريخ 13 و 20 شتنبر 2007 أي قبل وقوع الحادث في 2007/09/24 يحدد فيه مخزون الدم واحتياجاته التي لم يعد يتوفر على أي احتياطي منها، بالاضافة الى عدم توفره على وسيلة النقل (o) الخاصة من فصيلة لتزويده بالكميات المطلوبة، فضلا عن عدم إخباره بقدوم حالة خطيرة من مستشفى سيدي إفني، وأن ضعف التنسيق الذي يعتبر من مهام المنسق الجهوي لجهة سوس ماسة هو السبب في نقص الدم بتزنيث، فكانت المحكمة بهذه التعليقات قد ركزت قضاءها على اساس قانوني.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الاعلى (غ.اد)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يؤخذ من أوراق الملف ومحتوى القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 9 شتنبر 2009 في الملف عدد 5/09/56 أن المطلوب في الطعن السيد (...) تقدم بمقال الى المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 15 يناير 2008 التمس فيه بسبب الشطط في استعمال السلطة إلغاء مقرر وزير الصحة عدد 27648 م م ن 12 بتاريخ 21 نونبر 2007، القاضي بإعفائه من مهامه، ونقله الى مندوبية وزارة الصحة باقليم الحوز، ذلك القرار المطعون فيه، بالاضافة الى كونه غير معلل خرق مبدأ المساواة، ذلك أن طبيبا آخر من نفس الفوج الذي ينتهي اليه وطيبين آخرين من الفوج الاول عينوا بمناصب

المسؤولية، كما أنه خرق حق الدفاع ومنتشور الوزير الاول المؤرخ في 2003/07/22 الذي يؤهل حاملي دبلوم المعهد العالي للإدارة بالتشرح لشغل مناصب المسؤولية، وبعد المناقشة وإجراء بحث صدر الحكم بإلغاء المقرر الإداري المطعون فيه، وهو الحكم المستأنف من الطرفين، وبعد الإجراءات صدر القرار المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف. حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه في وسيلتي النقض للارتباط بخرق القانون وعدم الارتكاز على اساس ذلك أنه طبقا للمرسوم المؤرخ في 1975/12/30 بشأن التعيين في المناصب العليا، فإن التعيين في هذه المناصب يكون قابلا للإلغاء من حيث الجوهر، وبذلك لا يكون للمعين أي حق مكتسب، وتتجلى سلامة المقرر الإداري المطعون فيه في كون التقصير والاهمال ثابت في حق المطلوب من خلال عدم توفيره لمادة حيوية واسباسية لا يمكن تصور أداء أي مستشفى لخدماته في غيابها وهي الدم، وأنه ثبت من اللجنة التي تم إيفادها لعين المكان وجود الاهمال، وقد اخبر مستشفى سيدي افني المستشفى بحالة المريضة المتوفاة قبل نقلها الا أنه بعد وصولها لم يكن المستشفى الاخير يتوفر سوى على كيس واحد من الدم، وبعد حقنها تمت احوالها الى مستشفى أكادير وهي في وضعية حرجة، والحال أن الامر كان يتطلب تجنيد كل الوسائل والامكانيات، وكان عليه أن يبعث بمن ينقل الدم الى المستشفى.

لكن لئن كان تكليف الموظفين بمناصب المسؤولية والاعفاء منها يخضع لسلطة الادارة التقديرية، فان الامر في النازلة الحالية يتعلق بإعفاء المطلوب من مهامه كمسؤول عن المستشفى الاقليمي بتزنييت بسبب ما نسبته الادارة الى المطلوب من تقصير، فكان من واجب المحكمة التاكيد من هذا الاهمال، وهو ما تاكدت من عدم وجوده بالمرّة حيث أثبتت المحكمة في تعليّلها أن المطلوب في النقض سبق له أن وجه رسالتين الى مركز تحاقن الدم باكادير بتاريخ 13 و 20 شتنبر 2007 أي قبل وقوع الحادث في 2007/09/24 يحدد فيه مخزون الدم واحتياجاته التي لم يعد يتوفر على أي احتياطي منها، بالاضافة إلى عدم توفره على وسيلة النقل (o) الخاصة من الفصيلة لتزويده بالكميات المطلوبة، فضلا عن عدم اخباره بقدوم حالة خطيرة من مستشفى سيدي افني، وأن ضعف التنسيق الذي يعتبر من مهام المنسق الجهوي لجهة سوس ماسة هو سبب في نقص الدم بتزنييت، فكانت بذلك المحكمة بهذه التعليلات التي لم يثبت أنها حرفت وقائع النازلة، وتأكدت من وقوعها قد أسست قضاءها، وتكون الوسيلتان على غير اساس.

- إلغاء قرار إداري – الزامية التعليل – صلب القرار أو مرفقه.

إن القرار الاداري بالعزل من الوظيفة ولو تعلق بعون مؤقت يعتبر قرارا إداريا فرديا سلبيا بالنسبة له، وبهذا الاعتبار يتوجب على الادارة تعليل قرارها بهذا الشأن طبقا للمادة الاولى من القانون 03/01 تحت طائلة عدم الشرعية، وذلك بأن تفصح في صلبه عن الوقائع والافعال التي كانت السبب في اتخاذه والمقتضيات القانونية المبررة للقرار الاداري بشكل واضح يمكن المخاطب بها من معرفتها بمجرد قراءتها، وإذا لم تشر اليها في صلب القرار، وانما في محضر أو وثيقة اخرى فيتوجب اثبات إرفاقه به.

باسم جلالة الملك

ان المجلس الاعلى (غ.اد)

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن قرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بتاريخ 2009/6/10 في الملف عدد 5/07/319 أن المطلوب تقدم بمقال الى ادارية الرباط عرض فيه أنه توصل بتاريخ 2006/4/19 بقرار صادر عن الطالب عامل العرائش بتاريخ 2006/2/10 بموجبه تم عزله من منصبه كمقدم حضري بالملحقة الادارية الرابعة بمدينة القصر الكبير ابتداء من 2006/3/1، مضيفا بأن القرار المذكور مشوب بالتجاوز في استعمال السلطة ومنعدم التعليل ملتصقا بإلغاء مع ترتيب الاثار القانونية على ذلك، فاصدرت المحكمة الادارية حكما بالاستجابة للطلب استأنفه عامل اقليم العرائش استئنافا أصليا كما استأنفه المدعي استئنافا فرعيا فأيدته محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه.

في شأن السبب الوحيد : حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون فيه عدم ارتكازه على اساس قانوني سليم ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، بدعوى أنه استند في تأييد الحكم المستأنف القاضي بإلغاء قرار عزل المطلوب الى كون القرار المذكور لم يتضمن السبب الداعي الى صدوره مما يعد خرقا لمقتضيات القانون 03/01، في حين أنه اعتمد محضر اللجنة التأديبية الاقليمية المؤرخ في 2006/2/9 المتضمن للمخالفات وكافة الاخلالات التي شابت عمل المطلوب وأن القرار المذكور تم بعد استشارة وزارة الداخلية، وإضافة الى ما ذكر فإن المطلوب مجرد عون مؤقت ليست له نفس امتيازات الموظف الرسمي لان مسطرة تعيين الأعوان المؤقتين وتوقيفهم تخضع لاجراءات سهلة ومرنة تتماشى مع طبيعة وظيفتهم مما يجعل القرار عرضة للنقض.

لكن، حيث انه بمقتضى المادة الاولى من القانون 03.01 فإنه تلزم إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام بتعليل قراراتها الادارية الفردية السلبية الصادرة لغير فائدة المعني، المشار إليها في المادة الثانية بعده تحت طائلة عدم الشرعية، وذلك بالافصاح كتابة في صلب هذه القرارات عن الاسباب القانونية والواقعية الداعية الى اتخاذها " ومؤدى المادة المذكورة أن القرارات الادارية الفردية التي تكون سلبية بالنسبة للمخاطب بها والمشار إليها في المادة الثانية ومنها القرارات الادارية القاضية بانزال عقوبة تأديبية او ادارية (كما هو الحال في النازلة) يجب أن تتضمن في صلبها الوقائع والافعال التي كانت السبب في اتخاذها والمقتضيات القانونية المبررة لذلك بشكل واضح يمكن المخاطب بها من معرفتها بمجرد قراءتها، ولا يكون المقتضى المذكور قد احترم لمجرد الاحالة على وثيقة لم يتم تضمين الاسباب الواردة فيها بصلب القرار ولا ثبت أنها مرفقة به، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ردت ما أثاره الطاعن بما جاءت به من أنه " بالرجوع الى القرار المطعون فيه ... يتبين من بنائه أنه ولئن استند الى مقتضيات قانونية فإنه لم يتضمن السبب الداعي الى صدوره ... " تكون قد سايرت المقتضى المذكور باعتبار أن القرار موضوع الطعن خال من ابراز الاسباب الواقعية التي أدت الى اتخاذه مقتصرًا على الإشارة الى مجموعة من القوانين دون بيان وجه انطباقها على نازلة الحال بالنظر الى الوقائع المتعلقة بها، وبخصوص ما أثير من كون المطلوب مجرد عون مؤقت ليس له امتيازات الموظف العمومي، فإنه ما دام أن القرار بالعزل يعتبر قرارا إداريا فرديا سلبيا بالنسبة للمطلوب ويتعلق باتخاذ عقوبة تأديبية في حقه، فإن واجب تعليله يكون قائما بغض النظر عن الوضعية الوظيفية للمخاطب به، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ذهبت الى تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء قرار المطلوب لعدم تعليله تكون قد سايرت مقتضيات القانون 03/01 مما جاء معه قرارها مرتكزا على اساس، ومعللا بما فيه الكفاية والسبب على غير اساس.

المحكمة الادارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم بتاريخ 2013/1/31

ملف رقم 2012/5/138

القاعدة

- مباراة توظيف – سلطة الادارة التقديرية في تحديد التخصصات المطلوبة.

دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة تعتبر دعوى القضاء العيني لكونها تحمي المراكز القانونية العامة. وتتصدى للقرارات المخالفة للمشروعية يبرر قيام السند المشترك في رفعها متى تماثلت شروط إقامتها بالنسبة للطاعنين، كما هي في نازلة الحال، ولم تتعلق بوضعية فردية صدر بشأنها قرار فردي يخص شخصا بعينه، واتحدت الصفة والمصلحة بشأنها لوحدة القرار أطرافا وموضوعا، وأثاره المستمدة من وحدة الضرر الناتج عنه والمؤثر سلبا على الطاعنين.

تتمتع الادارة بصلاحيية تقديرية في تحديد التخصص المطلوب في المباراة تبعا للوظائف التي تسعى الى سد الخصاص فيها، ولا يمكن مجادلتها في سلطات من صميم اختصاصاتها تقدرها وفق للمصلحة العامة.

وجود مشرف أو عضو في لجنة مناقشة رسالة أحد المترشحين لا يعيب المباراة طالما لم يثبت مشاركته في اختبار العضو الفائز بانسحابه وتصعيد عضو احتياطي للمنى الفراع في التشكيل.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن المحكمة الادارية بالرباط

اصدرت الحكم الاتي :

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المسجل لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2012-4-23 المقدم من طرف المدعي بواسطة نائبا والمعفى من أداء الرسوم القضائية بقوة القانون والذي يلتمسون فيه إلغاء نتائج مباراة توظيف أساتدة التعليم العالي التي أجرتها المدرسة الوطنية للهندسة المعمارية بتاريخ 2012-1-4 لتجاوز في استعمال السلطة.

وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف المطلوب حضورهن في الدعوى بواسطة نائبتهم والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2012-6-13 والتي يلتمسن فيها رفض الطلب لعدم ارتكاز الدفوعات المتصلة بنجاحهن في المباراة على اساس قانوني سليم. وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف وزارة التعليم العالي والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2012-6-5 والتي تلتمس فيها إخراجها من الدعوى لكون الجهة المنظمة والمشرفة على المباراة هي المدرسة الوطنية للهندسة التابعة للسلطة الحكومية المكلفة بالتعمير.

وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف السيد الوكيل القضائي للمملكة والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 17-9-2012 والتي تلتبس فيها عدم قبول الطلب شكلا لكون الطعن يهدف الى إلغاء عمل مادي، وعدم وجود السند المشترك بين الطاعنين، ولانعدام صفتهم في الدعوى، وموضوعا برفض الطلب لمشروعية نتائج المباراة المطعون فيه ولعدم جدية الطعن.

وبناء على المذكرة التعقيبىة المقدمة من طرف نائب الطاعنين والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 22-11-2012 والتي يلتمسون فيها رد الدفوعات المثارة لعدم جديتها والاستجابة لطلب إلغاء المقرر المطعون فيه لتغيير تخصص المباراة ولعدم قانونية تشكيل اللجنة المشرفة على المباراة.

وبناء على عرض القضية بجلسة 10-1-2013 والتي تخلف خلالها نائب الطرف المدعى رغم التوصل، وأكدت نائب الطرف المدعى عليه سابق دفوعاتها، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستنتجاته الكتابية فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الاتي بعده.

وبعد المداولة طبقا للقانون

من حيث الشكل :

وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن الطعن موجه ضد قرار إداري أي عمل قانوني يتمثل في نتيجة مباراة منظمة من طرف سلطة ادارية وطنية تتوافر فيه مقومات وشروط القرار الاداري القابل للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة باعتباره إفصاحا من الادارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد احداث أثر قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه مصلحة عامة.

وحيث إن اعتبار دعوى بالإلغاء لتجاوز السلطة من دعاوى القضاء العيني لكونها تحمي المراكز القانونية العامة وتتصدى للقرارات المخالفة للمشروعية يبرر قيام السند المشترك في رفعها متى تماثلت شروط اقامتها بالنسبة للطاعنين كما هي في نازلة الحال، ولم تتعلق بوضعية فردية صدر بشأنها قرار فردي يخص شخصا بعينه، واتحدث الصفة والمصلحة بشأنها لوحدة القرار أطرافا وموضوعا، وأثاره المستمدة من وحدة الضرر الناتج عنه والمؤثر سلبا على الطاعنين.

وحيث بذلك يكون المقال مقديما وفق للشروط المتطلبة قانونا مما يتعين معه قبوله شكلا.

من حيث الموضوع :

حيث يهدف الطلب الى الحكم بإلغاء نتائج مباراة توظيف أساتدة التعليم العالي التي أجرتها المدرسة الوطنية للهندسة المعمارية بتاريخ 4-1-2012 لتجاوز في استعمال السلطة. حيث دفعت الجهة المدعى عليها لمشروعية نتائج المباراة المطعون فيه ولعدم جدية الطعن.حيث أسس الطعن على مخالفة المقرر الاداري المطعون فيه للقانون من جهة لتغيير تخصص المباراة ولعدم قانونية تشكيل اللجنة المشرفة على المباراة.

المحكمة الادارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم بتاريخ 2012/3/15

ملف رقم 2011/5/233

القاعدة

- تكليف بمهمة – الاعفاء منها – ضرورة احترام مبدأ توازي الشكليات.

طبقا لقاعدة توازي الشكليات فإن تخويل الوزير صلاحية التعيين يعني بالتبعية الزامية صدور جميع القرارات الصادرة بخصوص الوضعية الادارية للقيمين الدينيين عن الوزير نفسه، بشكل لا يكن معه جعل حد لمهامه الا بناء على قرار وزيري آخر.

إن القرار المطعون فيه الصادر عن المندوب الاقليمي للشؤون الاسلامية بتمارة مشوب بعيب عدم الاختصاص المثار من المحكمة تلقائيا لتعلقه بالنظام العام، مما يتعين معه إلغاء القرار المطعون فيه دون حاجة لبحث باقي الوسائل المثارة.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ان المحكمة الادارية بالرباط

أصدرت الحكم الاتي :

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المسجل لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2011/6/3 المقدم من طرف المدعي بواسطة نائبته والمعفى من أداء الرسوم القضائية بقوة القانون، والذي يعرض فيه أنه يشتغل كامام وخطيب الجمعة بمسجد الاحسان الكائن بحي المسيرة 1 تمارة، وأنه فوجئ بقرار إعفائه عن العمل مع الإبقاء على المكافأة الشهرية وقدرها 2250.00 درهم ثم توصل بعدئذ بقرار ثان بإلغاء منح المكافأة الشهرية وذلك بمقتضى كتاب المندوبية الاقليمية والشؤون الاسلامية عدد 21883 و 27117 وأنه وجه رسالتي تظلم للسيد وزير الاوقاف والشؤون الاسلامية والمندوب السامي للشؤون الاسلامية الا أنهما ظلا بدون جواب. وأن القرار الصادر باعفائه مشوب بالتجاوز في استعمال السلطة لعدم تعليل القرار وانباءه على سبب يبرره كما أن الاعفاء لم يكن مسبقا باي اذار او استفسار او توبيخ، وان بعض التغييبات الحاصلة عن عمله مرده متابعة العلاج بالديار الفرنسية لاصابته بمرض مزمن بالسكري، وان احدى الجمعيات الفرنسية هي من تتكفل بنفقات العلاج، وأنه أفنى حياته كامام وخطيب بالمسجد بكل تفان واخلاص منذ سنة 1993 لاجله يلتمس الحكم بإلغاء القرار الاداري القاضي باعفائه من مهامه كامام وخطيب مع ترتيب كافة الاثار القانونية على ذلك، وارفق الطلب برسالتي التظلم وقرار الاعفاء وقرار صرف المكافأة الشهرية وشواهد طبية.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المدعى عليها بتاريخ 2011/12/15 والتي تعرض فيها أن الطاعن كان يتغيب وباستمرار ولمدة طويلة بدون إذن، وأنه في وضعية مكلف بمهمة دينية وتطوعية يخضع إنهاؤها للسلطة التقديرية للادارة لذلك لم توجه له انذارا او توبيخا.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف المدعي بواسطة نائبته بتاريخ 2012/1/12 والرامية الى كل دفعات المدعى عليها لعدم ارتكازها على اساس قانوني لكونه كان يتغيب لعذر العلاج وكان ياخذ الاذن من لدن المندوبية الاقليمية حسب مواعيد العلاج، وأن عذر التغيب لم يؤثر على أداء الشعائر الدينية لانها كانت تؤدي في الوقت وكان يقوم نائب عنه بمهام الامامة والخطابة، فضلا عن أن انهاء وضعية الطاعن لا تخضع للسلطة التقديرية بل يجب أن يكون القرار معللا لان الادارة ملزمة بتعليل قراراتها، وأنه لم يسبق أن ارتكب اي عمل مناف للقانون او الاخلاق والتمس الحكم وفق الطلب.

وبناء على المذكرة التعقيبية المقدمة من طرف نائب المدعى عليها والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2012/1/23 والذي يعرض فيه أن مقال الإلغاء غير مقبول شكلا لكونه قدم خارج الاجل القانوني لكون القرار المطعون فيه صدر وبلغ بتاريخ 16 يوليوز 2010 فيحين أن مقال الطعن مقدم بتاريخ 2011/6/3 كما أنه علم بقرار الاعفاء سواء بالتوصل به أو من خلال دعوى افراغ السكن الوظيفي.

وبناء على عرض القضية بجلسة 1-3-2012 تخلف خلالها نائبا الطرفان رغم الاعلام، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستنتاجاته الكتابية فتقرر وضع القضية المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقا للقانون

من حيث الشكل : حيث دفعت المدعى عليها بكون الطعن بالإلغاء قدم خارج أجل الطعن.

وحيث إنه لا دليل بالملف على ما يفيد توصل الطاعن بالقرار المطعون فيه او عمله به علما يقينيا تاريخ توجيه التظلم للادارة كما يظهر من الرسالة المؤشر عليها من قبلها بتاريخ 2011-3-28.

وحيث إن عدم جواب الادارة عن التظلم بعد ستين يوما من توصلها به يعتبر رفضا يمنح بموجبه للطاعن اجل ستين يوما اخرى لممارسة الطعن بالإلغاء، مما يكون معه الطعن بالإلغاء المقدم بتاريخ 2011/6/33 قد جاء داخل الاجل القانوني طبقا للمادة 23 من القانون رقم 90.41 المحدث بموجبه محكمة ادارية.

وحيث بذلك يكون الطلب مقبولا وفقا للشروط المتطلبة قانونا مما يتعين معه قبوله شكلا.

من حيث الموضوع : حيث يهدف الطلب الى الحكم بإلغاء القرار الاداري الصادر عن المندوب الاقليمي للشؤون الاسلامية بتمارة القاضي باعفاء الطاعن من مهامه كامام وخطيب مع ترتيب كل الاثار القانونية على ذلك. وحيث دفعت المدعى عليها بكون الطاعن كان يتغيب وباستمرار ولمدة طويلة بدون إذن، وأنه في وضعية مكلف بمهمة دينية وتطوعية يخضع إنهاؤها للسلطة التقديرية للادارة لذلك فهي حل من توجيه الانذار او التوبيخ. وحيث ينص الفصل السابع من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 صادر في 6 محرم 1405 (2 اكتوبر 1984) المتعلق بالاماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الاسلامي فيها

على أنه يعين وزير الاوقاف والشؤون الاسلامية الخطباء، والائمة، النصبين بها، بعد استطلاع رأي عامل العمالة أو الاقليم، واستشارة المجلس العلمي الاقليمي الذي يعينه الامر.

وحيث انه، وطبقا لقاعدة توازي الشكليات فإن تخويل الوزير صلاحية التعيين يعني بالتبعية الزامية صدور جميع القرارات الصادرة بخصوص الوضعية الادارية النظامية للقيمين الدينيين عن الوزير نفسه، بشكل لا يكن معه جعل حد لمهامه الا بناء على قرار وزيري آخر.

وحيث بذلك يكون القرار المطعون فيه الصادر عن المندوب الاقليمي للشؤون الاسلامية بتمارة مشوب بعيب عدم الاختصاص المنار من المحكمة تلقائيا لتعلقه بالنظام العام، مما يتعين معه إلغاء القرار المطعون فيه دون حاجة لبحث باقي الوسائل المثارة.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 117 من الدستور، ومقتضيات القانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه محاكم ادارية ومقتضيات قانون المسطرة المدنية، ومقتضيات الفصل السابع من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 صادر في 6 محرم 1405 (2 اكتوبر 1984) المتعلق بالاماكن المخصصة لاقامة شعائر الدين الاسلامي فيها.

القرار عدد 918

المؤرخ في 2011/12/08

ملف إداري عدد 2010/1/4/937

القاعدة

- وظيفة عمومية - الالتزام بالعمل لمدة معينة - أثره - عدم امكانية تقديم الاستقالة (لا) - المطالبة بإرجاع المبالغ المستفاد منها.

إن المقتضيات الخاصة بوضعية الاطباء الخارجين والداخليين المقيمين بالمراكز الاستشفائية الواردة في مرسوم 2-91-527 الصادر بتاريخ 1993/5/13 لا تمنع الطبيب المقيم من تقديم استقالته متى شاء طبقا لقانون الوظيفة العمومية، ويبقى للادارة في حال نقضه الالتزام التعاقدي بالاستمرار في شغل الوظيفة العمومية لمدة معينة، الحق في مطالبته بإرجاع المبالغ التي استفاد منها تبعا للتعاقد المذكور. كما أنه غير ملزم بسلوك مسطرة اللجنة المتساوية الاعضاء عند رفض الادارة طلب استقالته، إذ هي مجرد ضمانة إضافية لحماية حقوق الموظف في مواجهة الادارة، وبالتالي جاز له التنازل عنها وعدم التمسك بها.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن المجلس الاعلى (غ.إد)

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومحتوى القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 2010/4/28 في الملف رقم 5/10/29 أن المطلوبة في النقض السيدة تقدمت بمقال الى المحكمة الادارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2009/10/12 عرضت فيه أنه سبق لها بتاريخ 2005/5/14 أن وقعت التزاما بالعمل في اطار نظام الاقامة، باعتبار أنها طبيبة متدربة في الرتبة الاولى تخصص الاذن و الانف والحنجرة، ونظرا لظروفها الشخصية تقدمت بطلب وضع حد للالتزام المذكور توصلت به الوزارة بتاريخ 2009/8/11 دون أن تجيبها عن الطلب المذكور مع أن القانون الاساسي العام للتوظيف العمومية يوجب على الادارة أن تعقب على الطلب المذكور خلال أجل شهر، ملتزمة التصريح بإلغاء المقرر الضمني برفض استقالتها لاتسامه بالشطط في استعمال السلطة. وبعد المناقشة صدر الحكم مستجيبا للطلب وهو الحكم الذي تأيد استئنافيا بمقتضى القرار المطلوب نقضه.

حيث تعيب الطالبة القرار المطعون فيه بخرق الفصل 78 من النظام الاساسي العام للتوظيف العمومية والفصل 32 مكرر من مرسوم 2-91-527 الصادر بتاريخ 1993/5/13 المتعلق بوضعية الطلبة الخارجيين والداخليين المقيمين بالمراكز الاستشفائية، ذلك أن المقتضى الاول رسم مسطرة خاصة عندما يصطدم طلب الموظف كما هو الامر في النازلة الهادف الى الاستقالة من الوظيفة بالرفض. وتتجلى هذه المسطرة في اللجوء الى اللجنة الادارية المتساوية الاعضاء التي تبدي رأيا معللا بهذا الخصوص لدراسة ملابسات الرفض، كما أن عبارة " ما عدا " الواردة بالفصل 32 مكرر من المرسوم لا تعود على إرجاع المبلغ، بل تعود على الاصل الذي هو وجوب احترام الالتزام الموقع مع الادارة، وهو الاختلاف الواقع بين المقيمين الذي لا يحملون صفة موظف الذي تكتفي الادارة بامكانية ارجاع المبالغ التي استفادوا منها، في حين أن المقيم الحامل لصفة موظف لا يمكنه التحلل مطلقا من التزامه، والمطلوبة في النقض تدخل في هذه الفئة الاخيرة، وبذلك لا يمكنها التنصل من التزامها.

لكن، حيث إن المحكمة أولت نصوص القانون تاويلا صحيحا، ولم تخرق تلك المقتضيات، إذ بالرجوع الى الفصل 78 من القانون الاساسي العام للتوظيف العمومية، والمتكامل مع نص الفصل 32 مكرر من مرسوم 1993/5/13 المتعلق بوضعية الطلبة الخارجيين والداخليين، فإنه يتضح من صياغته أن المشرع لم يوجب سلوك الموظف عند رفض الادارة طلب استقالته المسطرة الواردة بالفصل المذكور باستعمال كلمة الجواز، ولم يرتب اي جزاء على عدم الالتجاء الى اللجنة المتساوية الاعضاء التي تعتبر حقا من الحقوق الاضافية للموظف يمكنه التنازل عن التمسك بها، كما أن الفصل 32 مكرر لا يلزم الموظف المقيم بالاستمرار في شغل الوظيفة طيلة مدة 8 سنوات، بل كل ما في الامر أنه أعطى للادارة في حالة نقض الالتزام الحق في استرجاع المبالغ التي أدتها، وبذلك يكون المقرر المطعون فيه لما نعى هذا المنحى معللا تعليلا كافيا.

القرار عدد 960

المؤرخ في 2011/12/22

ملف إداري عدد 2011/1/4/1244

القاعدة

- موظف عمومي - تأديب - الانقطاع عن العمل بسبب الاعتقال - تحقق حالة ترك الوظيفة (لا).

لا يعتبر الموظف العمومي في حالة ترك الوظيفة طبقا للفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية إذا كان انقطاعه عن العمل أتى لظرف قاهر كاعتقاله في السجن، إذ تتحقق هذه الحالة عندما يكون الانقطاع عن العمل متعمدا من الموظف، مما تظهر معه رغبته في التخلي عن الوظيفة العمومية، وإنه لئن جاز للإدارة توقيع عقوبة تأديبية في حق الموظف العمومي بسبب انقطاعه عن العمل ولو كان خارج إرادته، فإنه يجب أن يتم ذلك مع احترام الضمانات التأديبية المقررة، والتي لا يعتبر الموظف متخليا عنها في حكم القانون، ما دامت لم تتحقق حالة ترك الوظيفة.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الاعلى (غ.إد)

وبعد المداولة طبقا للقانون،

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومحتوى القرار المطلوب نقضه الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 2010/11/24 في الملف 07/120 أن المطلوبة في النقض السيدة كريمة تايب تقدمت بمقال الى المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2007/9/25 التمسست فيه إلغاء مقرر عزلها عن عملها بسبب خرق الفصل 75 مكرر من النظام الاساسي العام للوظيفة العمومية باعتبارها لم تترك وظيفتها، ذلك أنها كانت في حالة اعتقال الى غاية 2006/11/12 وبعد المناقشة صدر الحكم بالاستجابة للطلب، وهو الحكم الذي تأيد استئنافيا بمقتضى القرار المطلوب نقضه.

في وسائل النقض للارتباط:

حيث يعيب الطاعن القرار المطلوب نقضه بعدم الارتكاز على اساس، ذلك أن الطاعنة تعمدت التخلي عن عملها بدون ترخيص من 2006/6/17 وبذلك كانت الادارة محقة في توجيه الانذار اليها للرجوع للعمل ولما تعذر تبليغها بالانذار قررت إيقاف أجزتها، وبذلك فالمسطرة المتبعة في حقها تعتبر سليمة وأنها كانت عالمة بالقرار، وأن تغييرها يبتدئ من 2006/6/17 قبل اعتقالها وبعد الافراج عنها لم تلتحق بعملها.

لكن، حيث إنه لتطبيق النص المحتج بخرقه يجب أن يكون ترك الوظيفة بإرادة من الموظف وأن تغييره المبرر بقوة القاهرة وإن كان يسمح بتوقيع عقوبة إدارية، الا أنه لا يبرر اتخاذها بمعزل عن الضمانات التأديبية، والمطلوبة في النقض أدلت امام قضاة الموضوع بما يثبت كونها كانت متعلقة بالسجن المحلي بمكناس طيلة المدة الممتدة من 2006/6/20 الى غاية يوم 2006/11/12

حسب الوثائق الثابتة امام قضاة الموضوع اي داخل المدة التي كانت موجودة فيها فعليا في حالة اعتقال، ومحكمة الموضوع لما استخلصت من هذه الوقائع أنها لم تكن في حالة ترك الوظيف، وعللت قرارها بأن مقتضيات الفصل 75 مكرر من القانون المحتج بخرقه يخاطب تارك الوظيفة الذي لم تبق له الرغبة في الانتماء اليها وهو ما لا وجود له بنازلة الحال باعتبار ان غياب المطلوبة في النقض كان بسبب اعتقالها، وانها بمجرد خروجها من السجن اخبرت الادارة بذلك وقدمت لها وثائق تثبت سبب تغييرها الى آخر تعليقات القرار مما يجعل الوسيلة غير مرتكزة على اساس.