

1 المنارة

المدير المسؤول
د. رضوان العنبي

للدراستات القانونية والإدارية

مجلة علمية فصلية محكمة
تعنى بالدراسات القانونية والإدارية

الدراسات والأبحاث

- مداخلات إصلاحي القضاء الإداري
التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية عن طريق مؤسسة وسيط المملكة
مسؤولية المرفق العام الطبي بناء على الخطأ بين القانون وتوجهات محكمة النقض
رقابة القضاء على التقطيع الانتخابي
الإذن بالتقاضي في القانون والاجتهاد القضائي
النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية أمام قضاء الإلغاء
طبيعة النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرفق الدولة والجماعات
الترابية والمؤسسات العامة لدى الفقه والتشريع والقضاء المغربي،
مدى رقابة القضاء الإداري على حجز وبيع العقارات من أجل تحصيل الديون العمومية
إيقاف تنفيذ الديون العمومية أمام القضاء الاستعجالي
قراءة في بعض إشكالات نظام المساعدة القضائية في القانون المغربي "مقاربة نظرية وعملية"
إسهامات القاضي الإداري في حماية الحق في معاش التقاعد
المسؤولية على أساس المخاطر عن الأضرار التي تصيب المتعاونين مع الإدارة
رقابة القضاء الإداري على فسخ الصفقة العمومية
رقابة القاضي الإداري على قرارات ترقية الموظف العمومي
رقابة القضاء المالي الجهوي على تدبير صفقات الجماعات الترابية
ديوان المحاسبة والرقابة على المال العام
دور القضاء الاستعجالي في حماية المركز القانوني للمدين بالدين العمومي
الأساس القانوني لحالة الظروف الاستثنائية وشروط إعلانها
- بشرى مزور
قبيل نبيل
خالد علامي
عصام صمري
حنان السكتاوي
صفية ويجظاظ
يونس بريبري
اكلو خديجة
فالة ويس
مبارك الأزر
عاشية فضيلي
عبد الخالق امغار
هشام العقراوي
عبد الفتاح بلخال
إبراهيم المحراوي
زبيدة نكار - هشام العسري
علي جبر الحبيبي النعيمي
عدنان أمهيما
عمر أحمد سعيد الظاهري

ملف العدد : الطرق البديلة لحل المنازعات

- التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات
أهمية مكان التحكيم في المسطرة التحكيمية
التحكيم ونزاعات العقود الإدارية - قراءة في الطبيعة القانونية للعقد الإداري الداخلي
التدخل القضائي بالرقابة والمساعدة في تقويم الأحكام التحكيمية دراسة مقارنة في ضوء التشريعين
المغربي واليميني
ضمانات المقابلة أمام لجان التحكيم العامة
- ياسر أحمد العجلوني
يونس العبار
كوثر أمين
د. عبد الله الهامامي
عواطف بلخضر

التعليق على حكم

- تعليق على أول حكم قضائي إداري في المملكة المغربية يقرر المسؤولية في التعويض عن الخطأ القضائي
حسب الفصل 122 من دستور 2011
- الشرقاوي مجيدي

نونبر 2020

عدد خاص حول القضاء والتحكيم

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي
باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبدالواحد تولان

الرقم الدولي المعياري
X2028876

الايداع القانوني
2011 PE 0113

ملف الصحافة
42/2011

المطبعة

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

المراسلة

20350 ق ج البيضاء 2 حي قصر البحر 24 الرقم 13 العنوان: زنقة
0665929835 الهاتف:
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 - عين السبع الدار البيضاء (القانون العام)
د- غولفرني محمد	: أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحيناني	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
د- جميلة العماري	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
د.نعيم سابع	: أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص)
د.محمد شادي	: أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع
د.أبو بكر مهم	: أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق - سطات (القانون اخاص)
د.عاصم التجاني إبراهيم شمعون	: رئيس قسم إدارة الاعمال - جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك (المملكة العربية السعودية)
د/عبدالله محمد عبدالله المليحان	رئيس قسم الاقتصاد وإدارة الاعمال -جامعة شقراء (المملكة السعودية)
د / راجي يوسف محمود البياتي	رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية بكلية القانون - جامعة الكتاب- جمهورية العراق

قواعد النشر

-أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، وألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.

-يرفق الباحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.

-يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سالفاً.

-تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.

-الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.

-أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.

-يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:

• اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني

• كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.

• وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.

-إتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر، سنة النشر، ص

-توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:

• 1-مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4- المواقع الإلكترونية)

• 2-المراجع باللغة الأجنبية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4- المواقع الإلكترونية)

• 3-طريقة كتابة المراجع:

-الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر، سنة النشر

-المقال: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة

-المواقع الإلكترونية: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني وتاريخ الولوج وساعته

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

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

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

• نوع الخط هو Traditional Arabic حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة الهوامش. (أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman.12

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

• يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد

الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

- يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.
- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
- تعتبر المضامين الواردة في المقال على آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.
- أي خرق لقواعد البحث العلمي أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.
- كل بحث أو مقال لا تتوفر فيه الشروط لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا يتم نشره مهما كانت قيمته العلمية.

المحتويات

11	افتتاحية العدد
	الدراسات والأبحاث
	• مداخلات إصلاح القضاء الإداري
13	بشرى مزوز
	• التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية عن طريق مؤسسة وسيط المملكة
33	قبيل نبيل
	• مسؤولية المرفق العام الطبي بناء على الخطأ بين القانون وتوجهات محكمة النقض
51	خالد علامي
	• رقابة القضاء على التقطيع الانتخابي
77	عصام صمري
	• الإذن بالتقاضي في القانون والاجتهاد القضائي
93	حنان السكتاوي
	• النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية أمام قضاء الإلغاء
101	صفية وبجسط
	• طبيعة النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العامة لدى الفقه والتشريع والقضاء المغربي.
113	يونس بربيري
	• مدى رقابة القضاء الإداري على حجز وبيع العقارات من أجل تحصيل الديون العمومية
127	اكلو خديجة
	• إيقاف تنفيذ الديون العمومية أمام القضاء الاستعجالي
151	فالة ويس
	• قراءة في بعض إشكالات نظام المساعدة القضائية في القانون المغربي "مقاربة نظرية وعملية"
165	مبارك الأزر
	• إسهامات القاضي الإداري في حماية الحق في معاش التقاعد
181	عائشة فضيلي

- المسؤولية على أساس المخاطر عن الأضرار التي تصيب المتعاونين مع الإدارة
عبد الخالق امغاري 199
- رقابة القضاء الإداري على فسخ الصفقة العمومية.
هشام العقراوي 215
- رقابة القاضي الإداري على قرارات ترقية الموظف العمومي
عبد الفتاح بلخال / إبراهيم المحراوي 229
- رقابة القضاء المالي الجهوي على تدبير صفقات الجماعات الترابية
زبيدة نكاز - هشام العسري 255
- ديوان المحاسبة والرقابة على المال العام
علي جابر الحبيبي النعيمي 291
- دور القضاء الاستعجالي في حماية المركز القانوني للمدين بالدين العمومي
عدنان أمهيمار 301
- الأساس القانوني لحالة الظروف الاستثنائية وشروط إعلانها
عمر أحمد سعيد الظاهري 325

ملف العدد: الطرق البديلة لحل المنازعات

- التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض المنازعات
ياسر احمد العجلوني 347
- أهمية مكان التحكيم في المسطرة التحكيمية
يونس العبار 381
- التحكيم ونزاعات العقود الإدارية - قراءة في الطبيعة القانونية للعقد الإداري الداخلي -
كوثر أمين 393
- التدخل القضائي بالرقابة والمساعدة في تقويم الأحكام التحكيمية دراسة مقارنة في ضوء التشريعين المغربي واليميني
د. عبد الله الهاملي 409
- ضمانات المقاول أمام لجان التحكيم العامة
عواطف بلخضر 419

التعليق على حكم

- تعليق على أول حكم قضائي إداري في المملكة المغربية يقرر المسؤولية في التعويض عن الخطأ القضائي حسب الفصل 122 من دستور 2011

الشرقاوي مجيدي 431

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى من أتبع هديه إلى يوم الدين أما بعد:

يسعدنا أن نضع بين أياديكم أعزاءنا القراء الكرام العدد الخاص من مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية في موضوع القضاء والتحكيم، سائلين الله تعالى أن ينفع بما فيه من بحوث علمية جادة ورسينة،

وتأتي خصوصية هذا العدد بامتياز لأنه يضم بين دفتيه أبحاثاً تنهل من معين القضاء الإداري والتحكيم تتسم بالجدية والتحليل العميق وتحترم شروط البحث العلمي. هكذا وبالقائه نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع أبحاث متنوعة ومختلفة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل: النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية، إيقاف تنفيذ الديون العمومية أمام القضاء الاستعجالي، إسهامات القاضي الإداري في حماية الحق في معاش التقاعد. وفي موضوع التحكيم نجد: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات، أهمية مكان التحكيم في المسطرة التحكيمية والتحكيم ونزاعات العقود الإدارية.

أملين أن تفتح هذه البحوث آفاقاً للمعرفة والبحث العلمي، كما هو هدف هذه المجلة وشعارها، ولا يفوتنا أن نكرر هنا أن هذا الجهد لم يكن ليبرى النور لولا إسهامات الباحثين والمتخصصين والأساتذة الأفاضل وحرص القائمين على الطبع وعملهم الدؤوب على إنجازه ووضعه بين أيادي الدارسين والباحثين.

إن هذه المجلة مجلتكم وإدارتها حريصة جداً على إرضائكم بما تقدمه من أبحاث ودراسات، نتمنى أن يلقي هذا العدد الذي بين يديكم استحسانكم. كما نسأل الله تعالى أن يكون عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم وأن ييسر لنا الاستمرار في عملنا هذا، فهو موفق وهو المعين.

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة لدراسات القانونية والإدارية

مداخلات إصلاح القضاء الإداري

بشرى مزوز

باحثة بصف الدكتوراه

قانون الأعمال والاستثمار

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول بوجدة

تقديم :

إن تحقيق التوازن بين مصالح الإدارة الضريبية والملمزم بالضريبة يبقى رهانا مرتبطا بعدة إصلاحات يجب القيام بها لتجاوز كل الشغرات التي يعرفها العمل القضائي في مجال المنازعات الضريبية، لكن تبقى السمة العامة للعمل القضائي سواء في منازعات الوعاء الضريبي أو التحصيل بحكم تعقد المادة وتشنت النصوص القانونية المؤطرة لها وضعف بحث أسس الضريبة على ضوء المعطيات المهنية والاقتصادية هي المقاربة الغائبة عن عمل قضائنا سواء في مادة منازعات الوعاء أو التحصيل، مما يفرض التأكيد على ضعف العمل القضائي عموما في المادة الجبائية وعدم ارتقاء قضائنا الضريبي إلى مستوى القضاء المحدث للقواعد القانونية، وهو ما اتضح من خلال المقاربة الكمية والكيفية لعمل المحاكم الإدارية. وإنه من تم يتعين القيام بعدة إصلاحات وتعديلات ذات طبيعة جوهرية تهم النظام الجبائي، الإدارة الجبائية في علاقتها بالملمزمين.

لذا سنتطرق في المطلب الأول لضرورة الرفع من كفاءة قضاء المنازعات الجبائية، في حين سنتناول في المطلب الثاني تطوير الثقافة الجبائية للملمزم.

المطلب الأول: ضرورة الرفع من كفاءة قضاء المنازعات الجبائية

يعتبر القضاء أهم عنصر داخل الجهاز القضائي، والرفع من جودة الأحكام والقرارات الجبائية لا يمكن أن يتحقق دون الرفع من كفاءة القضاة الذين يباشرون في هذه المنازعات بالاهتمام لتكوينهم وتحسين ظروف عملهم، وذلك ما سوف يتم تحليله في الفقرتين على الشكل الآتي:

الفقرة الأولى: دعم تكوين قضاة المنازعات الجبائية

إن تكوين القضاة في المغرب يعود إلى المعهد الوطني للدراسات القضائية، الذي أحدث بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 29 يناير 1970¹ وقد حدد هذا المرسوم أهداف المعهد الوطني للدراسات القضائية في:

¹ - المرسوم رقم 2-89-587 الصادر في 21 من ذو القعدة 1389 (26 يناير 1970)، وتجدر الإشارة إلى أنه بمقتضى الظهير الشريف رقم 240-02-1 الصادر في 3 أكتوبر 2002، بتنفيذ قانون رقم 09-01، فقط تم استبدال المعهد الوطني للدراسات القضائية "بالمعهد العالي للقضاء".

- تلقين تعليم نظري وعملي للقضاة النواب أو ما يعرف بالمحلقين القضائيين.
 - استكمال خبرة القضاة الرسميين.
- وبالاستناد إلى القانون رقم 90-43 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1993 والمتمم بموجبه الظهير رقم 1-74-467 الصادر بتاريخ 11 نونبر 1974 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء¹ فإنه يتميز بما يلي:
- حصر فترة التكوين في سنتين.
 - فترة التكوين بالمعهد مقسمة إلى أربع فترات تختتم باجتياز امتحانات نهاية التدريب وخلال هذه الفترة يدرس المحققون القضائيون حوالي 21 مادة².
- ومن خلال استقرار طبيعة المواد التي ينظمها البرنامج التكويني للمحلقين القضائيين، يظهر أن الطابع الغالب على هذه المواد هو أنها تنتمي إلى القانون الخاص، في حين أن المواد التي لها علاقة بالمنازعات الجبائية تكاد تكون منعدمة اللهم إذا استثنينا القانون الإداري، ولعل هذا التغييب للمواد التي لها ارتباط بالمنازعات الجبائية كالقانون الضريبي والمساطر الجبائية، سيكون له تأثير على تكوين القضاة خاصة الذين سيلتحقون بالمحاكم الإدارية. إن الرفع من جودة الأحكام والقرارات الجبائية يقتضي الاهتمام بعملية التكوين، الأساسي للمحلقين، والتكوين المستمر للقضاة للرفع من جودة التجربة القضائية عموماً وفي المنازعات الجبائية خصوصاً - ولا بد من القيام بما يلي:
- 1- بإعادة النظر في تكوين المحققين القضائيين، وتطوير شكل التدريس من خلال إحداث تخصص يهتم بدراسة القانون الجبائي والمنازعات الجبائية، وأن يعهد بتدريسه إلى أطر تابعة لمديرية الضرائب لها شهادات عليا وخبرة ميدانية طويلة في مجال المنازعات الجبائية، وأخرى قضائية كان لها دور في تأسيس اجتهادات قضائية في المادة الجبائية، لأن هؤلاء أقدر على ضبط الإشكاليات التي يعرفها الحقل الجبائي.

¹ - ظهير شريف رقم 227، 1-91، الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 دجنبر 1993)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 - 18 (جمادى الأولى 1414 الموافق لـ 1993).

² - مأخوذ من موقع المعهد العالي للقضاء على الانترنت: www.ism.ma/index.htm يوم 2 يونيو 2016 على الساعة 8h08

2- تحسين طريقة الانتقاء لولوج القضاء بتنفيذ المقتضيات التي أتى بها الفصل الخامس من قانون 43-90 القضائية بمشاركة حملة الإجازة في الحقوق (فرع القانون العام) أو الإجازة في العلوم الاقتصادية في مباراة المحققين القضائيين الذين سيلتحقون للعمل بالمحاكم الإدارية.

3- يجب ألا تقتصر المباراة المتعلقة بالمحققين القضائيين على مواد القانون الخاص، بل يجب أن يخصص حيز لمواد القانون العام بما فيها القانون الضريبي والمنازعات الجبائية¹. كما يقتضي كذلك ضرورة نهج أسلوب يعتمد على تخصص بعض قضاة المحاكم الإدارية في المنازعات الجبائية. نظرا للخصوصيات التي تتميز بها المنازعات الجبائية عن باقي المنازعات الإدارية² فإنه من الضروري في نظرنا تخصيص بعض القضاة للنظر في المنازعات الجبائية، خاصة وأن التطور الملموس لعدد الملفات المعروضة على مستوى المنازعات الجبائية أصبح يفرض هذا الأمر، بل أن تبرز قضاة معينين في المنازعات الجبائية من شأنه أن يكون له دور كبير في الرفع من جودة التجربة القضائية الجبائية، مما سيؤدي إلى إرجاع ثقة المزمين والمتقاضين بالقضاء عموما والقضاء الإداري خصوصا.

أولاً: تكريس ازدواجية القضاء

إن تخصص القضاة في نظام القضاء المزدوج يؤدي بالقضاة إلى الفهم العميق لمشاكل ونشاط الإدارة والمهام المنوط بها³.

إن تطبيق ازدواج القضاء بالمفهوم الحقيقي والسليم لهذا النظام، يؤدي إلى تجسيد وتطبيق مبدأ التخصص وتقسيم العمل في مجال الوظيفة القضائية بصورة منظمة وفعالة، فوجود قضاء إداري مستقل ومتخصص في إثراء نظرية القانون الإداري وتفسير وتطبيق أحكام وقواعد هذه النظرية على المنازعات الإدارية تجعل عملية أحكام وتطبيق الرقابة القضائية على أعمال الإدارية العامة والدولة أكثر تجسيدا وتخصصا وواقعية، الأمر الذي يؤدي إلى ضمان وحماية فكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية والنظام القانوني لحقوق الإنسان والمواطن بصورة واقعية وفعالة.

¹- سعاد بنور، العمل القضائي في المادة الجبائية، دراسة تحليلية، قانونية فقهية وقضائية مع أحدث الاجتهادات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى، الطبعة الأولى دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص: 271-272.

²- كم أن القانون الجبائي، يختلف عن باقي فروع القانون الإداري نظرا لكثرة نصوصه وتشعبها.

³- مسعود شيهوب، المبادئ العامة، المنازعات الإدارية، ج 1، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر 2005، ص: 173.

ونظام ازدواج القضاء أدى ويؤدي بواسطة القضاء الإداري المستقل والمتخصص في المنازعات الإدارية إلى ثراء النظام القانوني في الدولة، بصفة عامة، وإثراء العلوم الإدارية بصورة خاصة وذلك بفضل مساهمة النظام الإداري الفرنسي الأصل تاريخياً عن طريق خلق نظرية القانون الإداري في مفهومها الضيق الفني بواسطة اجتهادات وحلول القضاء الإداري¹.

من المعلوم أن المنازعة الجبائية هي من اختصاص القضاء الإداري، وقد وقفنا على المشاكل التي تعترض سبيل الملزم في وجه الوصول إلى حقه، كما أن هذا يجعلنا نلح على ضرورة إصلاح جهاز القضاء وهذا لن يحصل إلا من خلال تكريس استقلاله.

لاسيما وأن المنازعات الجبائية تجمع بين طرفين غير متساويين وهما الملزم والإدارة، وفي هذا المجال الحساس يجب أن يفصح القضاء بشكل واضح عن حياده واستقلاله.

فغيايب هيئة عليا للقضاء الإداري مستقلة عن محكمة النقض حالياً، وعدم التنصيب على الجهة التي ستتولى الحسم في نزاعات الاختصاص - أي محكمة التنازع - وعدم تخصيص قاض ضريبي مستقل، كلها عوامل تؤدي إلى القول بأن المشرع المغربي لم يتجه نحو إنهاء فعلي لوحدة القضاء، بل حافظ على الكثير من خصوصيات هذا النظام، فالمراد هو وجود محاكم إدارية جديدة تشكل خطوة نحو نهاية وحدة القضاء ومحاولة لبناء نظام مزدوج.

وصدور القانون المحدث لمحاكم استئناف إدارية² يظهر بجلاء أن المشرع المغربي يسير في اتجاه تكريس مبدأ ازدواجية القضاء، وذلك في أفق إحداث مجلس الدولة³، لكي توضع هيكلية متينة، تعطى للمواطن الحق في أن يتدرج بقضيته من قضاء ابتدائي إلى قضاء استئنافي، ثم قضاء أمام مجلس الدولة.

واحتراما للمؤسسات القضائية، وعلى رأسها المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)، يجب أن تحدث إلى جانب المحاكم الإدارية الابتدائية والمحاكم الاستئناف الإدارية، هيئة عليا،

¹ - عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في القضاء الإداري الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998، ص: 68-69.

أورد في الموقع الإلكتروني: www.startimes.com. يوم 2 يونيو 2016 على الساعة 8h08

² - ظهير شريف رقم 1/06/07، الصادر في 15 محرم 1427، الموافق لـ 14 فبراير 2006، بتنفيذ القانون رقم 03-80 المحدث بموجبه محاكم الاستئناف الإدارية.

³ - مصطفى الترابي، المحاكم الإدارية والصعوبات المثارة على مستوى التطبيق في ميدان المنازعات الجبائية، المطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 2008، ص: 123.

تحدث بموجب قانون ينظم اختصاصاتها، والتي من الممكن أن تتعدى البث في المحاكم الاستئنافية حسب الأحوال إلى الاستشارة، على غرار ما هو في مصر وفي فرنسا¹.

ثانياً: نشر القرارات الخاصة بالمنازعات الجبائية

إن عدم نشر الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري في المجال الجبائي يعتبر مشكلة يعاني منها كل الفاعلين في هذا المجال، فنشر الأحكام هو واجب ضروري إذا أردنا توحيد اجتهادات المحاكم الإدارية، وتمكين الباحثين الدارسين من الاطلاع على مجهود القضاء، ومد جسور الحوار الفقهي والعلمي، ومن أجل إغناء وتطوير الاجتهاد القضائي، وجعل الإصلاح الذي عرفه القضاء الإداري إصلاحاً فعالاً.

ولتحقيق هذا الهدف فقد عملت وزارة العدل بالفعل مؤخراً على إصدار مجلة تحمل عنوان "مجلة المحاكم الإدارية" التي تتضمن بالإضافة إلى الدراسات الفقهية، نشر الأحكام والقرارات الإدارية، بما في ذلك تلك المتعلقة بالمنازعات الجبائية². ولابد من الإشارة هنا إلى التجربة الفرنسية في هذا المجال، حيث أن كل المحاكم الإدارية الفرنسية تتوفر على موقع الإلكتروني تنشر فيه كل الأحكام والقرارات الصادرة عنها. فهذه بعض الاقتراحات الضرورية لرفع من جودة القضاء وكسب ثقة الملزمين، إلا أنها لوحدها غير كافية إذا لم يتم الاهتمام بالقضاة باعتبارهم الفاعلين الذين يبعثون الروح في النصوص القانونية.

الفقرة الثانية: تحسين ظروف عمل القضاة الضريبي

لكي يقوم قضاة المنازعات الجبائية بالدور المنوط بهم بما فيه حماية الملزم والحفاظ على كرامته، لابد أن ترصد اعتمادات هامة للمحاكم الإدارية سواء فيما يخص الجانب البشري أو جانب التجهيز. فالتزايد المطرد الذي تعرفه المنازعات الجبائية المعروضة على مختلف المحاكم الإدارية لا يقابله تزايد في عدد القضاة، مما ينتج عنه عدم توازن واضح يؤدي إلى تراكم في القضايا وزعزعة الثقة في جهاز العدل. فإذا كان مجموع القضايا الإدارية المعروضة على المحاكم الإدارية سنة 2000 لا يتعدى 9239 قضية، فإنه قد وصل سنة 2004 إلى حوالي 11595 قضية.

أما بخصوص المنازعات الجبائية، فإنه سنة 1998 لم يكن يتعدى عدد القضايا 768 قضية، في حين وصل سنة 2003 عدد الملفات المسجلة حوالي 1063³. ولعل هذا يؤكد بأن عدد

¹- محمد طلحة الدكالي، "المحاكم الإدارية بالمغرب"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 1997، ص:

22.

²- إدريس سدود، "من أجل نشر أحكام وقرارات القضاء الإداري في المغرب"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، ص: 55.

³- الأرقام مأخوذة من الموقع الإلكتروني للمديرية العامة للضرائب.

القضايا الإدارية عموما وقضايا المنازعات العجائية خصوصا تعرف نموا مستمرا، وأن هذا التزايد في عدد القضايا لا يواكبه تزايد في عدد القضاة، الشيء الذي يعني انعدام التوازن بين نسبة نمو القضايا ونسبة الزيادة في عدد القضاة، وأن انعدام التوازن يكون على حساب القضاة، وينعكس أثاره على الملفات التي ينظرون فيها، فلا تعطى لها العناية الكافية والوقت اللازم مما تكون له عواقب سلبية لا يمكن إغفالها.

أما فيما يتعلق بالتجهيز المادي، فإن لا أحد ينكر ما تلعبه البنيات من دور كبير في إعطاء القضاء هبته وحرمته، ومن هذا المنطلق كانت وما تزال الدول الأوروبية تعتبر المحاكم بمثابة قصور، ولذلك فهي تسمى عندهم بقصر العدالة. ولهذا فلا بد أن يتم توفير الظروف الملائمة والمكيفات وغيرها من التجهيزات التي تساهم في توفير الجو المناسب لعمل القضاة، الشيء الذي سيكون له أثر إيجابي في العطاء الكمي والكيفي للقضاة.

الفقرة الثالثة: مداخل من الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

إن الضرورة باتت ملحة لإعادة النظر في النصوص التشريعية لسد الفراغ الذي ساد مجال تنفيذ الأحكام الإدارية وإبداع وسائل تنسجم مع إيجابار الإدارة على التنفيذ سيما وأن القانون المحدث للمحاكم الإدارية لم ينص على الإجراءات القانونية اللازمة لذلك ولم يترتب أي جزاءات في حالة الامتناع عن التنفيذ للأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به مما يعتبر معه فراغا وقصورا لا بد أن يتدخل المشرع المغربي لسده، ناهيك على أن الإحالة على مقتضيات قانون المسطرة المدنية لم تكن موفقة.

أولا: إحداث مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام الإدارية

تتمتع السلطة القضائية بإصدار أعمال قانونية قضائية وهي وسائل فعالة من أجل تطبيق القانون نظرا للحجية المطلقة التي تتمتع بها وكذا لقوتها التنفيذية وإنزالها موضع التنفيذ، وإن كان هذا الأمر لا يطرح أي إشكال فيما يخص الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الخاصة نظرا للإطار القانوني المنظم لعملية إخضاع هؤلاء للأحكام القضائية من خلال منظومة التنفيذ التي وصلت حدا من التنظيم لا بأس به خاصة مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن الجدير بالدراسة هو إنزال الأحكام موضع التنفيذ ضد الإدارة أي تطبيق وتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية وخاصة إذا علمنا أن العلاقة بين الإدارة والقضاء يسودها بعض اللبس.

إذ تكمن إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة بالأساس في غياب مسطرة فعالة وناجعة لإجبار الإدارة على التنفيذ حيث أن التجربة والممارسة العملية أبانت عن قصور فادح لأحكام وقواعد التنفيذ الجبري المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، يحال عليها من قبل قانون 90.41 المحدث للمحاكم الإدارية.

فقانون 90.41 يكاد يكون خاليا من أي مقتضى يهم تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة في مواجهة الإدارة، والإشارات القليلة الواردة به لا تفي بالغرض وتكاد تكون يتيمة كما هو الشأن للمادة 49 التي نصت فقط على أن التنفيذ يتم بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، ويمكن للمجلس الأعلى (محكمة النقض) أن يعهد بتنفيذ قرارات إلى المحكمة الإدارية.

فالقانون 90-41 لم ينص على مسطرة خاصة لتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة مكتفيا بالقول "يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحاكم الإدارية التي أصدرت الحكم" وفي المادة السابعة منه تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

حيث أن الإحالة على قواعد قانون المسطرة المدنية في التنفيذ الجبري لم تكن موفقة لأنها لم يعمل القضاء في العديد من الحالات إلى ترجمة أحكامه وتنفيذها بإجبار الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها لقصور آليات الإكراه سيما وأن التجربة أبانت عن محدودية وعدمية الغرامة التهديدية والإكراه البدني في الضغط على الإدارة للوفاء بالتزاماتها.

إن التدخل التشريعي في أفق تكريس مدونة خاصة بالمنازعات الإدارية يعتبر ضرورة ملحة مراعاة لنوعية وتميز هذه القضايا وما يترتب عليها من آثار، وخصوصية جهاز قضائي يجب أن نمده بالوسائل الكافية القانونية لتكون أحكامه نافذة في حق الجميع انسجاما مع إرادة المجتمع التي يترجمها الفصل 126 من دستور المملكة الحالي الذي نص على أن "الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع: يجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة إذا صدر الأمر إليها بذلك ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام".

ثانيا: تفعيل مؤسسة قاضي التنفيذ

تماشيا مع الدور الذي بات يلعبه القضاء في استتباب الأمن والسلم الاجتماعيين وأيضا النهوض بالنمو الاقتصادي¹، ثم إحداث محاكم تجارية وإدارية، وانفردت الأولى فقط بالتنصيص على إحداث مؤسسة قاضي التنفيذ قصد متابعة إجراءات التنفيذ².

¹ - جاء في كلمة لصاحب الجلالة..... الحسن الثاني ألقاها بمناسبة أعضاء المجلس الأعلى للقضاء آنذاك بتاريخ 1995/4/24: "فالقضاء اليوم لم يصبح فقط أساسا لطمأنينة الرعية والمجتمع بل أصبح ضرورة للنماء".

² - تم إحداث المحاكم التجارية بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-97-65 بتاريخ 11 فبراير 1997 الصادر بتنفيذ القانون رقم 53.95 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997.

إن المشرع المغربي والوزارة الوصية قد فطنت بأهمية التنفيذ وذلك بموجب الرسالة الدورية عدد 16 بتاريخ 07 دجنبر 1998 إلا أنها لم تفلح في إحداث محاولة بعثها الروح في نظام قاضي التنفيذ كجهاز مستقل مشرف على التنفيذ ويفصل في منازعاته على غرار ما ورد بالقانون المحدث للمحاكم التجارية الذي نص على إحداث هذه المؤسسة القضائية في مادته الثانية إلا أنه ليس هناك في قانون 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية أية إشارة لهذه المؤسسة مما يوضح غياب مؤسسة قاضي التنفيذ في المحاكم الإدارية. وبالتالي غياب متابعة إجراءات التنفيذ في غياب أفراد فصول خاصة تحدد اختصاصه ومهامه بشكل واضح حيث مجرد مبادرة غير جريئة لعدم تنصيبها وتحديد لها لإختصاصه وحدود ممارسته لاسيما وأن الممارسة العملية تفرض بحدة وجود هذا النوع من القضاء.

بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي أخذت بنظام قاضي التنفيذ الذي يسهر على الإجراءات التنفيذية منذ بدايتها إلى نهايتها حيث إنه يعتبر الجهة المختصة التي تقدم طلبات التنفيذ مرفقة بالسندات التنفيذية ويباشر مختلف الإجراءات بما يتلاءم مع اختصاصاته الممنوحة إليه في هذا المجال حيث يرجع له حق النظر في الطلبات المعروضة عليه بشأن التنفيذ حتى أنه بات يشكل محكمة مستقلة.

كما أن تنفيذ الأحكام والقرارات هو الدليل والعربون الوحيد لدعم مصداقية القضاء ودولة الحق والقانون وهذا ما استشعره جلالة الملك في خطابه التوجيهي يوم 31 مارس 1982 بخصوص موضوع التنفيذ وأهميته حيث قال : " مسؤولية التنفيذ هي على ما أعتقد أكبر المسؤوليات ذلك أن التنفيذ يصل به الإنسان إلى استنتاجين الاستنتاج الأول أن القضية لم تأخذ بعين الاعتبار في الموضوع وحتى لو حكم فيها واعتقد المحكوم له والمحكوم عليه أن هذا على صواب وهذا خطأ فعدم التنفيذ أو التماطل في التنفيذ يجبر المرء إلى تفكير آخر هو انحلال الدولة (...) ويعني هذا أنه لا يبقى أحد مطمئنا على سلامة القضاء ولا على نزاهته ولا على السرعة في التنفيذ".

وعلاقة بما سلف ولأهمية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية التي يجب أن تتسم بالفعالية والسرعة، فيجب أن يجعل من قاضي التنفيذ محكمة قائمة بذاتها لها اختصاصها

=

وقد نصت المادة الثانية في فقرتها الأخيرة من القانون المذكور على أية: "يتعين رئيس المحكمة التجارية باقتراح من الجمعية العمومية للمحكمة قاضيا مكلفا بمتابعة إجراءات التنفيذ".

النوعي المتمثل في الفصل في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية وإصدار الأوامر والقرارات الولائية المتعلقة بها¹، وهذا يعني التأسيس لجهة مستقلة ذات اختصاصات واضحة.

وحتى يتأتى تكريس هذا الوضع، فيجب منح النظر والحسم في جميع المنازعات التي تثار أثناء التنفيذ لقاضي التنفيذ وتوضيح النطاق الممارساتي له، أي اختصاصه الوظيفي والعناصر التي تساهم وتحدد هذا الاختصاص فيما إذا كان نوعيا أو محليا².

وكل ذلك لا يمكن تحقيقه بدون تدخل المشرع عن طريق نصوص قانونية تؤسس لهذه المؤسسة وتوضح معالمها وتحدد اختصاصاتها حتى يمكن مباشرتها بشكل جلي وواضح وتمكينها من الآليات القانونية والبشرية دونما الاقتصار على نص يتيم منشئ لها لم يعقبه أي نص آخر ينظم اختصاصات هذا القاضي أو يحدد دوره، ونفس الشيء يسري على الرسائل الدورية الصادرة من وزارة العدل في هذا الشأن³.

ثالثا: تجريم الامتناع عن تنفيذ الأحكام الإدارية

إن امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية هي ظاهرة قديمة وليست جديدة حيث لا يقتصر دور القضاء في الدولة الحديثة على مجرد إصدار حكم أو قرار يؤكد حق الدائن بل يمتد إلى التنفيذ مستهدفا تغيير الواقع العملي وجعله متلائما مع الحكم أو القرار القضائي الإداري ويمنحه القانون القوة التنفيذية.

إن التنفيذ يعد مؤشرا للديمقراطية وفي المقابل فإن عدم التنفيذ يشكل افراغا لدولة القانون ومن مقوماته الجوهرية القضاء النافذ والمسموع ورغم أن الدستور المغربي لسنة 2011 أولى حمايته للأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع ويجب على السلطات العمومية

¹ - تميز الفقه عادة بين القرارات الولائية والقضائية بالنظر لطبيعة القرار الذي يصدره القاضي ونوع الإجراءات المتبعة في إصداره، فالأولى تصدر في غياب الخصوم دون استدعائهم وسماع أقوالهم بخلاف القرارات القضائية التي تستوجب استدعاء الخصوم وسماع دفعاتهم، فالقرارات الولائية لا تفصل في المنازعات على عكس نظيرتها القضائية بل تهدف إعطاء فعالية قانونية لإدارة الأطراف في الأحوال التي لا يعترف فيها المشرع بهذه الفعالية الذاتية كما هو الشأن بالنسبة لإجراء حجز تحفظي أو تعيين خبير لتحديد قيمة المحجوز...

للمزيد من الإطلاع، انظر د. رشيد مشقاقة "قاضي التنفيذ" مطبعة دار السلام - الرباط، الطبعة الأولى 2000، ص: 286 - 287.

² - محمد زنون، المنازعات الجبائية المحلية، في بعديها الإداري والقضائي، جامعة الحسن الثاني، المحمدية الدار البيضاء، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 201.

³ - محمد زنون، نفقس المرجع، ص: 202.

تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة إذا صدر الأمر إليها بذلك ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام، وهذا التوجه كان محمودا إذ يؤمن عملية الوفاء والالتزام بما صدر عن المحاكم، والتمكين من إيجاد سند يبرز التنصيب على مقتضيات لمساعدة القضاء على فرض احترام أحكامه بالوسائل التي تحمي الحقوق والحريات الفردية كما أن عدم تنفيذ الأحكام ينال من هيبة ومصادقية الدولة والقضاء ويقضي على الآمال المعقودة لدى الأفراد في أخذ حقوقهم بالطريقة التي رسمها القانون.

فالمفترض أن تكون الإدارة في خدمة محراب العدالة ويشكل عدم تنفيذ الأحكام التي تحوز الصيغة التنفيذية جريمة¹ لا سيما أن إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية تكمن في الأساس في غياب مسطرة فعالة وناجحة لإجبار الإدارة على التنفيذ، فقانون المحاكم الإدارية وكذلك قانون المسطرة المدنية لا يتضمنان الوسائل لجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها وإذا كان المشرع المغربي لم ينص على أي مقتضى صريح يسمح بالتنفيذ الجبري ضد الإدارة حيث بقي ساكت عن اعتبار الإمتناع عن تنفيذ الأحكام الإدارية الذي يصدر عن الموظف العمومي جريمة يعاقب عليها القانون باستثناء المقتضيات الواردة في الفصل 266 من القانون الجنائي التي نصت على معاقبة كل من قام بأقوال وأفعال وكتابات علنية من شأنها تحقير المقررات القضائية والمس بسلطة القضاء.

وتفاديا لخضوع تنفيذ الأحكام الإدارية لإرادة ورغبات الموظف العمومي ونزواته أحيانا مما يعطي صورة سيئة على المرفق العمومي وانطباعا غير محمود لدى طالبي التنفيذ، فيجب تجريم هذا السلوك السلبي على غرار ما فعله المشرع المصري مثلا الذي نص صراحة على أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام الإدارية يعتبر جريمة يعاقب عليها.²

وإن كان المشرع المغربي لم ينص على أي مقتضى صريح يسمح بالتنفيذ الجبري ضد الإدارة فإن القاضي الإداري المغربي لعب دورا كبيرا في إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية من خلال تكييفه لوسائل التنفيذ المنصوص عليها في الباب الثالث من قانون المسطرة المدنية خاصة

¹- للمزيد من الاضطلاع: <https://arfes.press.com> يوم 10 يونيو 2016 على الساعة 16h.

²- تنص المادة 123 من قانون المرافعات لسنة 1952: "يعاقب بالعزل كل موظف عمومي استغل وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة وأحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال أو الرسوم أو وقف تنفيذ الحكم أو أوامر صادرة عن المحكمة أو من أي جهة مختصة كما يعاقب بالعزل كل موظف عمومي امتنع عمدا عن تنفيذ حكم أوامر مما ذكر أو من أي جهة مختصة.

وسيلتي الغرامة التمهيدية والحجز وذلك حتى يعطى لأحكامه الجدوى والفعالية، التي يراها تكريسا للمبادئ المطابقة للقواعد العامة غير المختلفة في قانونيتها¹.

المطلب الثاني: تطوير الثقافة الجبائية للملزم

إن الحديث عن التدبير الجبائي الجيد يفترض علينا منذ بداية معرفة طرق وقنوات التدبير بشكل دقيق، والتي يجب أن تنطلق من الاهتمام التام بالملزمين في تنمية قدراتهم الإدراكية للجبائية، وهو معطى يمكن تحقيقه بالعباية التامة بالوعي الجبائي.

الفقرة الأولى: تنمية الوعي الجبائي للملزم

يشترك الوعي الضريبي في فلسفة الوعي العام ويختلف باختلاف فلسفة الوعي الضريبي وأهميتها ودورها والمسؤوليات الملقاة على عاتق جميع الأطراف وتأثيرها على جوانبي التطور والارتقاء والتنمية في المجتمع فالوعي الضريبي هو أن يقتنع كل مكلف بدفع الضريبة المترتبة عليه وهذا الأمر يتطلب أن تقوم السلطات بترشيد الانفاق العام بما يخدم الصالح العام حتى يشعر دافع الضريبة أن الموارد العامة إنما تعود عليه في شكل منافع وخدمات.

كما يستهدف نشر الوعي الضريبي بين أفراد المجتمع تحفيزهم على أداء واجباتهم الضريبية وفق لأحكام القانون بشكل طوعي وتهيئة الفرصة لهم لتلافي الوقوع تحت طائلة العقاب والجزاءات القانونية كما أن نجاح أي برنامج للإصلاح الضريبي يستوجب إدراك الأفراد إلى الضرائب التي يدفعونها ستصرف لتزويدهم بالخدمات العامة لذا بات من الضروري نشر الوعي الضريبي بين المكلفين حتى يكون على بينة من الالتزامات التي يجب أن يوافقها اتجاه دولته وهي الالتزامات التي تقابل بالتأكيد ما يطالب به دولته من حقوق وخدمات عامة.

أولا - وسائل تنمية وعي الملزمين:

إن الحديث عن تنمية الوعي الجبائي يستوجب ويستلزم زيادة الوعي الضريبي لدى المكلفين عن طريق تعريف أفراد المجتمع بواجباتهم الضريبية لشتى الوسائل المسموعة والمرئية والمقروءة وتنظيم الندوات المتخصصة لشرح بنود القوانين والأنظمة والتعليمات النافذة في مجال الضريبة وكيفية احتسابها وتحصيلها الأمر الذي سيؤدي إلى غرس القيم الاجتماعية والأخلاقية الصالحة في نفوس المواطنين، وتعريفهم بأهمية الضريبة باعتبارها إحدى الوسائل التي تعين الدولة على القيام بالمنجزات ومشاريع تعود بالخير على عموم المواطنين².

¹ - للمزيد من الاطلاع، <http://m.nador24.com> يوم 10 يونيو 2016 على الساعة 16h.

² - للاستفادة أكثر اطلع على الموقع الالكتروني: <https://ejaaba.com>

درجة الوعي الوطني والثقافي السائد في الدولة رهين بالمستوى الأخلاقي فكلما كان هذا المستوى مرتفعاً لدى الأفراد كلما كان هؤلاء الأفراد يتمتعون بشعور عال بالمسؤولية بحب متنام للمصلحة العامة وسعى حثيث نحو أداء واجباتهم التي تحددها الأنظمة والقوانين نحو الجماعة والتي تأتي في مقدمتها قبولهم بأداء واجب الضريبة باعتبار أن ذلك إحدى طرق المحافظة على كيان الدولة والمساهمة في رقيها وتقدمها ومساعدتها في تقديم أفضل الخدمات إلى كل أفراد المجتمع فالمستوى الأخلاقي في أي مجتمع هو السبب الأهم في التهرب الضريبي لدى المكلفين. لذا يجب على الإدارة أن تضع في تصرف الملمزين إرشادات إعلامية وكتيبات لشرح بعض الإجراءات الخاصة بالضريبة وعليه فإن توجيه المكلف بالضريبة تأتي كمرحلة ابتدائية منذ بداية تعامله مع الإدارة الضريبية لأن تصرفه لا يخضع لأي حساب علمي وإنما يخضع إلى دوافع نفسية ولذلك وجب إعلام جميع المكلفين بالضريبة بكل تغييرات ومستجدات للتشريع الضريبي وعن كل الإجراءات الضريبية مما يؤدي إلى خلق الثقة المتبادلة بين الطرفين وتحقيق التعاون بينهما.¹

لذا أصبح من الضروري والمحتم العمل على تنمية الوعي الضريبي لدى المكلفين والعمل على إزالة الحاجز النفسي بين المكلفين والإدارة الضريبية من خلال الندوات والنشرات والإعلام وإصدار مجلة سنوية لهذا الخصوص وتزويد المكلفين بكافة المعلومات والتغيرات والتعديلات التي تجري على القوانين الضريبية مع بيان أن الالتزام الضريبي واجبا وطنياً² وأخلاقياً وتكليفاً شرعياً واختياراً حراً اتجاه الضريبة.

كما يجب رفع مستوى الوعي الضريبي للمكلفين لأن انخفاض اتجاه الضريبة يؤدي وينتج عنه انخفاض الالتزام الضريبي، بسبب تجاهل وإهمال التنبئ البعد الوطني والأخلاقي للمكلف اتجاه قضية الضريبة.

كما أن الإدارة الجبائية بالمغرب قد أدركت هذه الهوة الساحقة بينها وبين الملمزم من جهة ومن جهة أخرى أدركت أهمية التواصل والحوار مع هذا العنصر الفاعل إلى جانب التدابير القانونية والإدارية، لتربية وتكوين وعي وحس يضمنان التخفيف من العبء النفسي للجباية عليه من خلال إشراكه في العملية الجبائية وجعله يحس أنه الهدف وليس رقماً جبائياً³

¹ - كريم الحرش، النظام الجبائي المحلي المغربي، في ضوء الممارسة العملية ووقائع الاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى 2010، مطبعة طوب بريس - الرباط، ص: 255.

² - فتية لمعاشي: وضعية المكلف في التشريع الضريبي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق أكدال الرباط، سنة 1998 - 1999، ص: 300.

وإذا كانت أهمية ثقافة المواطنة من بين المقومات الأساسية في تهيئة أو إعداد المواطن لكي يعمل على المشاركة الفعالة في تدبير الشأن العام محليا ووطنيا، وعلى مختلف الأصعدة والمستويات ومنها المشاركة المالية لكل فرد في الأنشطة الضرورية للحياة الجماعية فإن التواصل بين الإدارة الضريبية والخاضعين للضريبة يعتبر من بين أهم الآليات التي تراهن عليها المنشآت الخاصة والعامة من أجل تحقيق البرامج والوصول إلى الأهداف.

ويفترض في الإدارة الجبائية أن تقوم بإصدار مجلات أو جرائد دورية تكون في متناول الجميع، حبذا لو تكون باللغة العربية، وتكون موجهة للمواطنين لتوعيتهم كما يجب أن تتوفر هذه الإدارة على خزانة متخصصة تمكن المتخصصين في الميدان الجبائي من الإطلاع على المعلومات التي تهم تطوير البحث العلمي في كل ما يتعلق بموضوع الضرائب¹ كما تحتاج هذه الإدارة إلى وسائل إعلامها الخاصة مثل صحيفة المؤسسة أو مجلتها ومنشوراتها ومحاضراتها إلى غير ذلك من الوسائل التي تسهم في توعية المواطنين بأهمية الضرائب في الحياة الاقتصادية والاجتماعية².

ثانيا- أهمية ثقافة المواطنة في ظل علاقة الخاضع للضريبة بالإدارة الضريبية

إن نشر الثقافة الجبائية داخل المجتمع، هي محاولة لإذكاء الروح الوطنية بانهاش الوعي الجبائي لدى الملمزين ودعوتهم إلى المساهمة بأخلاقيات نزيهة في الواجب الجبائي، وتستدعي تحقيق هدف نشر الثقافة الجبائية توضيح السبل والطرق الكفيلة للوصول بهذا الهدف، بل تقتضي تحديدا تنشيط وتفعيل دور الفاعلين أو بالأحرى الساهرين على ترجمة هذا التصور على أرض الواقع لأنضعف التوعية الجبائية يساهم لا محالة في ضعف المردودية المالية للجبائية، إذ يتعذر تبعا لذلك معرفة الملمزم بحقوقه، وواجباته وأهمية الضريبة في مجتمع كالمغرب ترتفع فيه نسبة الأمية ارتفاعا كبيرا، وهذا ما يؤثر سلبا على علاقة الخاضع للضريبة بالإدارة الضريبية ويؤدي بالتالي إلى تفشي السلوكات المنحرفة كالغش والتجنب الجبائيين والرشوة، إلى غير ذلك من الظواهر الشاذة التي تنخر المجتمع والتي بات من اللازم القضاء عليها أو على الأقل التخفيف من حدتها، إذ من الصعب القضاء على التملص الضريبي كليا لأنه ظاهرة مرتبطة بالضريبة نفسها وجودا وعدما ومن ثم وجب القيام بمجموعة من الإجراءات ذات الطبيعة العقابية،

¹- عبد السلام أديب، السياسة الضريبية واستراتيجية التنمية، دراسة تحليلية للنظام الجبائي المغربي 1956-2000، إفريقيا الشرق الطبعة الأولى 1998، ص: 75.

²- البر الحسين، التهرب الضريبي بالمغرب السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية العدد الثاني يناير 2013، الطبع طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى 2013، ص: 182.

الإدارية والتنظيمية، فمبادئ العدالة تفرض معاقبة الشخص المتملص من أداء واجبه بإيقاع غرامات مادية وعقوبات حبسية يعاقب عليها القانون الجبائي لزجر كل من تخول له نفسه المساس بالمال العام¹.

وتعتبر الإدارة الضريبية من جهتها مسؤولة كذلك عن التهرب، الأمر الذي يتطلب منها القيام بحملات منتظمة من شأنها أن تسمح لها ليس فقط بمعرفة حجم التهرب الضريبي، ولكن أيضا الفئات السوسيو- مهنية التي تمارس التهرب أكثر من غيرها، وبالتالي تسمح لها باتخاذ كافة الإجراءات للحد من هذه الظاهرة.

إن الإدارة الجبائية يمكنها أن تشكل عاملا إيجابيا وفعالا في مجال تحديد الأوعية الضريبية وتوعية المواطنين وأسلوب تحصيل الضرائب بأقل تكلفة، وتنظيم مراقبة فعالة على مظاهر التهرب الجبائي، كما أن فعالية النظام الجبائي تحتاج إلى بنى تقنية ضريبية تتسم بالوساطة والوضوح بشكل لا يستعصي على فهم المواطن وإدراكه.

كما لا يمكن تصور إصلاح للإدارة الجبائية في معزل عن الاعتناء بالعنصر البشري، ذلك أن العنصر البشري هو محركها وصانعها ومحورها، لذلك فالإدارة الجبائية أحوج ما تكون إلى عنصر بشري مؤهل ومكون وكذلك محفز، فهو يشكل الرأسمال الحقيقي لأي دولة، وينبغي استثماره بشكل جيد ومعتدل، حتى يكون أداة إنتاجية في مستوى التطلعات لإعطاء منتج إداري جبائي يحتكم إلى الجودة، فهو طاقة كاملة، وخلقة ينبغي المحافظة عليها، وهو أمر سيمكن من تجاوز مشاكل التدبير السيئ والعقيم في مجال الجبائية والذي لم يعد إلا إنتاج واقع إداري ممل وضعيف ومليء بالأمراض الإدارية من رشوة ومحسوبية شكلت معيقات دائمة ومعطلة لأي تفكير نحو التنمية، لذلك يلزم توظيف عناصر التدبير الجيد القائم على التنظيم والتخطيط والتحفيز والمراقبة مع التشبع بروح المواطنة وإحساس عميق للمسؤولية، الأمر الذي سيؤدي إلى إعادة مد جسور الثقة بين الملزم والإدارة، والتي ستبرز من خلال إعادة المؤسسة لتواصل جبائي إيجابي وفعال².

ثالثا: تكريس ضمانات جديدة للملزم من خلال القانون الجبائي

يعتبر الملزم العنصر الأساسي ضمن العملية الجبائية، لذلك يجب منحه ضمانات مهمة ضمن بنود القانون الجبائي خاصة المحلي، فإذا كان القانون ينص على العديد من امتيازات الإدارة الجبائية المحلية، وبشكل صريح فإن المشرع مطالب عند تعديله القانون الجبائي المحلي

¹- البرالحسين، مرجع سابق، ص: 179.

²- EL Hassan Ktir : administration fiscale et commination, Op.cit,P25.

أن يخصص بابا لحقوق الملمزمين يوضح من خلاله جميع الحقوق الممنوحة للملمزمين سواء عند أدائه للرسوم المحلية أو منازعته فيها.

إضافة إلى ذلك، وأمام العلاقة الغير المتزنة بين طرفي المعادلة الجبائية (الملمزم - الإدارة الجبائية) واستمرار عدم الثقة¹ ويجب منح الملمزم ضمانات جديدة تقلل من نسبة لجوءه للأساليب التي تساعد على عدم أداء الدين الجبائي المحلي (الغش، التهرب...) لذلك يجب أن يحضى الملمزم بمكانة أساسية عند إصلاح النظام الجبائي المحلي، من خلال التأسيس لحوار جاد بين مختلف الفرقاء يبني قانون جبائي محلي يخدم مصالح الجماعات الترابية باعتبارها المحرك الرئيسي لتحقيق التنمية المحلية².

كل ما سلف يؤكد الحاجة الملحة لإصلاح النظام الجبائي المغربي، الذي أصبحت بنوده في حاجة إلى التعديل لجعله يواكب التطورات التي يعرفها نظام اللامركزية ببلادنا، فما الآفاق المستقبلية لتوفير إطار قانوني له القدرة على الرفع من دور الجبائية المحلية في دعم موارد الجماعات الترابية؟

فعندما نتكسر هذه الثقافة سينخرط الملمزم بكل وفاء في الالتزام الضريبي خاصة إذا تمت أيضا تعبئته من الناحية الإعلامية.

الفقرة الثانية: دور الإعلام الجبائي في تنمية الملمزم

يعتبر الدور الإعلامي الجبائي، مهما وأساسيا في تنمية الوعي الضريبي وتعبئة الملمزمين وخلق الأرضية المناسبة لنشر الوعي الجبائي بينهم وتعريفهم بأهمية الضريبة ودورها في تقديم التقدم والتنمية للمواطن وتدعيم الإنفاق العام على المشروعات والخدمات المختلفة التي تحقق الرفاهية للفرد والمجتمع.

كما يعتبر الحق في الإعلام الجبائي أحد الحقوق الأساسية المخولة للملمزم داخل منظومة النظام الجبائي لأنه يسمح بتعميق المعرفة والثقافة الضريبية للمواطنين ونشر وتدوين النصوص الجبائية على اختلاف أنواعها بشكل واضح ومنسجم لفائدة الكل كما يساعد على نشر الثقافة الضريبية للملمزمين من أجل توضيح تنمية الإلزام بسداد الضريبة باعتبارها حقا واجبا على كل

¹ - والتي قد تكون نتيجة عدم رضى الملمزم عن بعض الخدمات التي تقدمها الجماعات الترابية أو لضعف التعبئة المواكبة للإصلاحات الجبائية المحلية أو لتنامي ظاهرة التهرب الضريبي.

² - المحجوب الدربالي، آفاق اصلاح النظام الجبائي المحلي المغربي تحت عنوان المنازعات الضريبية وتحصيل الديون العمومية، الجزء الأول، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة 2014، ص: 134.

من تنطبق عليه الشروط وتحسين الصورة الذهنية للملزم والمتنزم الجاد بالسداد ونبذ الصورة الذهنية السلبية للملزم المتهرب من سداد الضريبة.

وفي هذا الإطار يجب أن تسم الحملات الإعلامية في مجال تنمية الوعي الضريبة بالاستخدام المتعدد لوسائل الإعلام والاتصال الرسمي منها والغير الرسمية وذلك بتحقيق درجة أعلى من الثقة والمصادقية بين الإدارة الضريبية والملزم.

يعتبر الحق في الإعلام الجبائي أحد الحقوق الأساسية المخولة للملزم داخل منظومة النظام الجبائي، لأنه يسمح بنشر وتدوين النصوص الجبائية على اختلاف أنواعها بشكل واضح ومنسجم¹، لفائدة الكل غير أن الفئات المحدودة الثقافة لا يسعها إلا أن تستفيد من منشورات مبسطة ومركزة، تشمل في مجموعها تعريف الرسوم المحلية ومدى أهميتها وكيفية إسهامها في التنمية، وكذا انعكاساتها سواء المتعلقة بالذعانر والزيادات المترتبة عن كل أنواع الجبايات أو المتعلقة بتكريس التخلف والركوض التنموي².

1- على مستوى الإعلام الرسمي:

أمام تعقد وتشعب المادة الضريبية يصبح إعلام الملزم واجبا من واجبات الإدارة الضريبية، وذلك لتلافي الكثير من المشاكل والصعوبات التي تثور من جراء عدم معرفة الملزمين بالكثير من حقوقهم والتزاماتهم إذ يلعب إعلام الملزم دورا أساسيا في بناء العلاقة الجبائية فهو يساهم في تفسير النصوص الجبائية المعقدة والمتغيرة دوما بالنسبة للملزم، كما يساهم بالنسبة للإدارة الضريبية في تطبيق هذه النصوص، لان نصا منشورا ومفهوما يكون أكثر قابلية للتطبيق.

وغير أن ما هو ملاحظ هو شبه غياب في الاهتمام بالملزمين نظرا لانعدام وجود خطة وطنية لتوعيتهم ومساعدتهم على فهم التقنيات الجبائية وأسرارها، وبالتالي صعوبة فهم حقوقهم وواجباتهم وتتبع التعديلات التي تلحق بها، بل إن الأمر قد يتطلب منه أحيانا الرجوع إلى نصوص صادرة في عهد الحماية لفهم بعض المقتضيات التي تنظم علاقته بالإدارة الجبائية حول الضريبة، وذلك أن هذه الإدارة لا تتوفر على جريدة رسمية لا على المستوى الوطني أو المستوى المحلي تساعد الملزم على معرفة التدابير الجبائية ولا على ميثاق الملزم يوضح له حقوقه

¹ - فتيحة لمعاشي: وضعية المكلف في التشريع الضريبي المغربي وعلاقته بالإدارة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، 2001-2002 ص: 310.

² - كريم لحرش، مرجع سابق، ص: 257.

وواجباته¹، بل تكتفي في معظم الأحيان بتذكير الملمزمين بأجل إيداع الإقرارات الجبائية وكأنهم على إطلاع واسع بالميدان الجبائي رغم أن الأغلبية الساحقة لا تستوعب مدلول الفرض الجبائي. لذا يجب على الإدارة وضع ميثاق للملزم على غرار ما هو موجود في فرنسا بقصد تحديد الحقوق والضمانات المخولة له وكذا واجباته، وأن ترسل له هذه الوثيقة مع إرسال الإقرار الضريبي وعند إعلانه بالفحص حتى يتسنى له فهم ما له وما عليه، كما يجب على الإدارة الضريبية أن تعمل على إصدار نشرات ومجلات متخصصة في الشؤون الضريبية وتكون مواكبة لكافة المستجدات والتعديلات التي تلحق بالضريبة، حتى يتمكن الملمزمون من الإحاطة بالقوانين واللوائح إحاطة شاملة.

كما يمكن أن تدرج في هذا الإطار المشاركة في البرامج التليفزيونية المخصصة لمناقشة المسألة الضريبية بكل أبعادها نظرا لضعف الوعي والمعرفة الجبائية².

يعتبر الوعي الجبائي من أهم الوسائل المساعدة لأي جهاز جبائي من أجل تحقيق أهدافه المتمثلة أساسا في زيادة مردودية الضرائب دون المس بمبدأي العدالة والمساواة أمام الضريبة، بالإضافة إلى تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، لذلك فالتوعية بأهمية الجبائية من العوامل المساعدة على تقبلها خصوصا وأن جل الخاضعين للضريبة ليس لديهم إحساس بأنهم يقومون بخطأ أخلاقي عند قيامهم بتصرفات هادفة إلى الإخلال بواجباتهم بل على العكس من ذلك قد يفخرون بعدم أدائهم الجبائي خصوصا وأن الملزم يتزايد لديه الاقتناع بأنه يخضع لنوع من الاستغلال بواسطة الضريبة وقد يعتبر نفسه عندما يتهرب من الأداء الجبائي أنه في حالة الدفاع الشرعي عن النفس، فلا تثير لديه أي إحساس بانتهاك القانون.

لذلك فتوعية المواطن بأهمية الضريبة يساهم بلا شك في التقليل من حجم التهرب الضريبي، وهذه المهمة موكولة لوسائل الإعلام من جرائد وكتب وبرامج تليفزيونية وإذاعية. ففي فرنسا مثلا، يمكن للملزم أن يقتني في أي مكان كتيبات تصدرها الإدارة الجبائية الفرنسية، تبين فيها للخاضعين طرق وضع التصريحات، مع توضيح مختلف الإجراءات والنصوص القانونية الخاصة بمختلف الضرائب بأسلوب واضح، كذلك الشأن بالنسبة للإذاعات (بفرنسا دائما) التي تقدم برامج خاصة حول المشاكل التي يثيرها موضوع الجبايات.

¹- كريم لحرش، الإدارة الجبائية المحلية بين النص القانوني والممارسة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة القانون العام، كلية الحقوق - سطات، 2006 / 2007، ص: 172.

²- أورد الموقع الإلكتروني: www.Alkanounia.com

2- على مستوى وسائل الإعلام غير الرسمية

يلاحظ محدودية هذه الوسائل في تحقيق التواصل الإيجابي بين الملزم والإدارة الضريبية، إذ لا نجد في الصحافة الحزبية اهتماما كبيرا بالمسائل الجبائية، كما أن تناولها لهذه المواضيع لا يعدو أن يكون مجرد تحليلات سطحية ومتسرعة لا تتضمن معلومات ذات فائدة عامة. وتظل الصحافة الاقتصادية المتخصصة، غالبا سجيئة تحليل نظري لا يمكن الاعتماد عليها كمصدر يستطيع الملزم الاعتماد عليه في البحث عن المعلومات الجبائية الدقيقة والشاملة. هذا إضافة إلى مشكل مقالاتها باللغة الفرنسية مما يجعلها لا تخاطب إلا نخبة محدودة من المهتمين. وهو نفس القول ينطبق على المجلات الجامعية التي تنسم بمحدودية تناولها للقضايا الضريبية وضعف انتشارها خارج الأوساط الجامعية فقط¹.

وفي إطار ذلك يجب أن تنسم الحملات الإعلامية في مجال تنمية الوعي الضريبي بالاستخدام المتعدد لوسائل الإعلام والاتصال إذ لكل وسيلة من وسائل الاتصال مقدرة إقناعية تزيد أو تقل عن غيرها من الوسائل الأخرى، فضلا عن الإمكانات النسبية للوسائل الإعلامية تختلف من مهمة إقناعية إلى أخرى وفقا للمضمون والجمهور المستهدف من الممولين.

وترجع فعالية إستراتيجية الاستخدام المتعدد للوسائل الإعلامية أن الاتصال في مجال الإعلام الضريبي ستهدف عادة زيادة التأثير الإقناعي لرسائله ومواجهة الإشاعات والرد عليها وتحقيق درجة أعلى من الثقة والمصادقية والتفاهم المتبادل بين الإدارة الضريبية والملزم.

أما بالنسبة للرسالة الإعلامية في مجال الضرائب فيجب أن تقدم أسلوب الوضوح والضمنية وعرض جانبي الموضوع المؤيد والمعارض واستخدام الرسالة الإعلامية الضريبية للأدلة والشواهد وتوظيف الاستمالات المنطقية والإقناعية وترتيب الاستمالات الأساسية والقوية في الرسالة الإعلامية الضريبية مما يدعم العلاقة بين الإدارة الضريبية والجمهور النوعية المستهدفة.

وختاماً يعتبر إصلاح النظام الجبائي وخاصة النظام الجبائي المحلي، من العناصر الأساسية للإصلاح الشامل للمنظومة الجبائية الوطنية، لذلك يجب أن لا يكون محطة مزايدات سياسية، أو موضوعاً لحماية امتيازات فئة معينة، فالجباية المحلية في الدول المتقدمة تعتبر ركيزة أساسية لدعم المشاريع التنموية، في حين في المغرب، بالرغم من أهمية الإصلاحات التي عرفها

¹- كريم الحرش، النظام الجبائي المحلي المغربي، مرجع سابق، ص: 258.

النظام الجبائي المحلي، فإن نظامنا الجبائي المحلي يحتاج إلى بناء جديد متكامل، محايد (سياسيا) يقوي مكانة الموارد الجبائية ضمن موارد الجماعات الترابية¹.

خاتمة

لقد أصبح من الضروري إيلاء أهمية خاصة للتواصل في نشر المعلومة الضريبية وضمان وصولها لأكبر عدد من المكلفين من شأنه تحفيز المكلف على الالتزام بواجبه الجبائي والتقليل من عدد النزاعات الضريبية التي يكون سببها في أغلب الأحيان غياب إرساء هذه الثقافة داخل الإدارة أن يساهم في إذكاء روح المواطنة الجبائية.

كما أن القضاء الإداري المختص بالنظر في المنازعات الضريبية فهو قضاء غير متخصص وذلك راجع إلى أن القضاة الذين يشتغلون لا تتوفرون على تكوين ضريبي يتيح لهم فك رموز الوثائق المحاسبية والإخلالات التي تشوب هذه الوثائق، لذا حان الوقت لإدراك هذه الثغرات التي يسحن المتهربون استغلالها بشكل كبير، لذا يجب وضع منظومة فعالة لجزر الغش الضريبي بتقوية وسائل عمل الإدارة الجبائية حتى تتمكن من ممارسة عملها على أحسن وجه.

ولتحسين طرق تواصل الإدارة الجبائية يستوجب ضمان المصادقية اللازمة للنظام الجبائي في شموليته عبر تبني مقاربة تواصلية أكثر انفتاحا فيما يخص الحقوق والواجبات الضريبية وكذا هيكلة وتسيير الإدارة الجبائية وتحسين جودة الخدمات المقدمة للمواطنين وذلك عبر:

- تحسين جودة استقبال الملمزمين.
- تحسين آجال البث في طلبات الملمزمين (المطالبات، والشواهد).
- تبسيط المساطر: وبهذا الخصوص يقترح تقريب القواعد الجبائية من القواعد القطاعية مع الأخذ بعين الاعتبار أحسن الممارسات على الصعيد الدولي والحرص على عدم تأثير تطبيق هذه القواعد على الموارد الجبائية.
- تسريع الإدارة الإلكترونية فما يخص المساطر الجبائية.

¹ - المحبوب الدربالي، آفاق إصلاح النظام الجبائي المحلي المغربي، مرجع سابق، ص: 134.

التسوية الودية المنازعات الصفقات العمومية عن طريق مؤسسة وسيط المملكة

قبيل نبيل

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية الوسيلة الأساسية التي تلجأ إليها الإدارات العمومية لإنشاء مختلف المشاريع، والحصول على الخدمات والأدوات اللازمة لتسيير المرافق العمومية وتحسين أدائها، حيث أنهذه الصفقات أصبحت تحتل موقعا هاما في إطار المعاملات الاقتصادية في الوقت الراهن¹، وقد عرفت نموا مطردا من حيث القيمة حيث انتقلت من 160 مليار درهم في سنة 2011، إلى 195 مليار درهم حسب توقعات السنة الجارية، أي ما يمثل % 17,4 من الناتج الداخلي الإجمالي².

وبذلك صارت الصفقات العمومية، التي تشمل نفقات الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، تمثل ما يناهز 24% من الناتج الداخلي الخام، وغدت بالتالي مكونا من مكونات النشاط الاقتصادي الذي لا يمكن تجاهله، وعلى سبيل المثال فإن قطاعات كاملة من الاقتصاد، مثل قطاع البناء والأشغال العمومية أو قطاع الهندسة، يعتمدان بما يزيد عن 75% من طلبات الدولة المباشرة أو غير المباشرة³، لدرجة أنها أضحت من أهم الأدوات التي تساهم بصفة فعالة في إنعاش الاقتصاد الوطني، وتعزيز الرصيد المعرفي والتقني للفاعلين الإقتصاديين⁴.

¹ محمد الشاوي، شفافية إبرام الصفقات العمومية بين مقتضيات النص التنظيمي وواقع الممارسة العملية، مجلة القضاء الإداري، العدد 4، شتاء/ربيع 2014، الصفحة 109.

² فاطمة الزهراء كريم الله، تشكيل لجنة مغربية مستقلة تتولى مهمة الإشراف على الصفقات العمومية، تم التصفح بتاريخ 2018/09/03 على الساعة 11 ليلا على موقع جريدة القدس العربي <https://www.alquds.co.uk>

³ تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الصفقات العمومية رافعة استراتيجية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، مطبعة كانابرات، سنة 2012، الصفحة 13.

⁴ عبد اللطيف رونق، طرق ومساطر إعداد وإبرام الصفقات العمومية، مجلة المعيار، عدد 34، يونيو 2005، الصفحة 32.

غير أنه، قد تنشأ أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقة منازعات بين نائل الصفقة¹ أو صاحب الصفقة² من جهة وصاحب المشروع³ من جهة أخرى قد تعرقل تنفيذها، ما ينعكس سلباً على المشاريع المراد إنجازها، سواء من خلال تأخر التسليم النهائي أو جودة الأشغال المنجزة. وإذا كان اللجوء إلى القضاء هو الطريق المعتاد للفصل في مثل هذا النوع من المنازعات، التي أصبحت في تزايد مستمر في السنوات الأخيرة، وتكتسي أهمية بالغة، سواء بالنظر إلى ضخامة المبالغ التي تكون موضوع المنازعة، أو بالنظر إلى تعقد الأحكام المنظمة لها، وإلى الصعوبات الجمة التي تطرح أمام من يتولى معالجة هذا النوع من الملفات، نظراً للارتباط الوثيق بين ما هو قانوني وما هو تقني صرف، بالإضافة لبطء إجراءات التقاضي، وصعوبة التنفيذ. لذلك فقبل اللجوء للقضاء⁴ من أجل الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، ولتفادي كل ما يمكن أن يعيق إنجاز المشروع موضوع الصفقة في الآجال المحددة، هناك حلول بديلة للتسوية القضائية، وهي متنوعة كاللجوء للتنظيم الإداري⁵ الموجه لصاحب المشروع أو الوزير المعني، أو اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية⁶ أو التحكيم⁷ أو الوساطة الاتفاقية أو الوساطة المؤسساتية من خلال مؤسسة الوسيط كمؤسسة دستورية، مهمتها الدفاع

¹ حسب المادة 4 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) المتعلق بالصفقات العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 أبريل 2013)، الصفحة 3023، فإن نائل الصفقة هو المتنافس الذي تم قبول عرضه قبل تبليغ المصادقة على الصفقة.

² حسب نفس المادة من نفس المرسوم فإن صاحب الصفقة هو نائل الصفقة الذي تم تبليغ المصادقة على الصفقة إليه.

³ حسب نفس المادة من نفس المرسوم فإن صاحب المشروع هو السلطة التي تبرم الصفقة مع المقاول أو المورد أو الخدماتي باسم إحدى الهيئات العمومية.

⁴ المادة 83 من المرسوم رقم 2.14.394 الصادر في 6 شعبان 1437 (13 ماي 2016) بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، الجريدة الرسمية عدد 6470 الصادرة في 26 شعبان 1437 (2 يونيو 2016) صفحة 4111.

⁵ المادة 81 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والمادتين 169 و170 من مرسوم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

⁶ مرسوم رقم 2.14.867 صادر في 7 ذي الحجة 1436 (21 سبتمبر 2015) يتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية الجريدة، الرسمية عدد 6399 الصادرة بتاريخ 14 ذو الحجة 1436 (28 سبتمبر 2015).

⁷ المادة 82 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، مرجع سابق، الصفحة 4142.

عن الحقوق في نطاق العلاقات بين الإدارة والمرتفقين، والإسهام في ترسيخ سيادة القانون، وإشاعة مبادئ العدل والإنصاف¹.

وللموضوع أهمية بالغة بالنظر للمكانة التي أصبحت تحتلها الحلول البديلة في تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في كثير من دول العالم، والدور الذي أصبحت تلعبه في التخفيف عن القضاء الذي يعرف تزايدا مهما في مثل هذا النوع من القضايا، إلا أن هناك إشكاليات لازال يعرفها اللجوء إلى هذا النوع من الحلول في تسوية المنازعات وخصوصا عند اللجوء لمؤسسة دستورية كمؤسسة وسيط المملكة.

لذلك سيتم التطرق للدور الذي تلعبه مؤسسة الوسيط في التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية بصفتها مؤسسة دستورية مهمتها تسوية المنازعات بالطرق الودية، والتعرف على الإشكالية التي يواجهها حل هذا النوع من القضايا من خلال التعرف على الإطار القانوني والتنظيمي للمؤسسة في المبحث الأول ثم مساطر تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن طريق الوسيط ومدى نجاعتها في مبحث ثاني.

المبحث الأول: الإطار القانوني والتنظيمي للمؤسسة

من المسلم به أن الوساطة المؤسساتية في حللتها الجديدة، والتي عرفت منحى متطورا، خاصة منذ النصف الثاني من القرن الماضي، تعد دعامة للحقوق، وآلية لتأمين المساواة في الاستفادة من خدمات إدارية في مستوى التطلعات، تحقيقا لعدالة اجتماعية ضمن فضاء يبرز فيه التعايش والتكامل، ويسمو فيه القانون، ويشع فيه الإيمان بوجوب التحلي بقيم العدل والإنصاف²، ورفع ما يتعرض له المواطنون من أضرار جراء الاختلالات التي تعترى سير بعض الإدارات³، وهكذا صدر في 17 مارس 2011 الظهير المحدث لمؤسسة الوسيط⁴، والذي انطلق أساسا

¹ الفصل 162، دستور المملكة المغربية لـ 30 يوليوز 2011، الموافق لـ 28 شعبان 1432، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 بتاريخ 30 يوليوز 2011، الصفحة 3626.

² عبد العزيز بنزاكور، مؤسسة وسيط المملكة وتحقيق العدالة الاجتماعية، مجلة مؤسسة وسيط المملكة المغربية، العدد التاسع، دجنبر 2016، الصفحة 29.

³ عبد العزيز بنزاكور، حقوق الإنسان والوساطة المؤسساتية كجزء منها، بين الكونية والخصوصيات، مجلة مؤسسة وسيط المملكة المغربية، العدد الثاني، غشت 2014، الصفحة 23.

⁴ الظهير الشريف رقم 1.11.25 الصادر في 12 من ربيع الآخر 1432 (17 مارس 2011) المتعلق بإحداث مؤسسة الوسيط، الجريدة الرسمية عدد 5926 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1432 الموافق لـ 17 مارس 2011 الصفحة 802.

من هاجس تعزيزها والرفع من قدراتها بتوسيع اختصاصاتها، وتمكينها من الآليات التي تساعد على أداء رسالتها¹، ثم بعد ذلك كرس الدستور رسالة المؤسسة، بجعلها ضمن هيئات السهر على الحكامة الجيدة².

لذلك سيتم التطرق ضمن مطلبين للإطار القانوني الذي ينظم مؤسسة الوسيط من خلال الدستور والظهير المحدث للمؤسسة ونظامها الداخلي (المطلب الأول) ثم التعرف على الهيكل التنظيمي للمؤسسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار القانوني للمؤسسة

الفقرة الأولى: الإطار الدستوري

مباشرة بعد الإحداث كرس الدستور رسالة المؤسسة، بالارتقاء بها، وإدراجها ضمن مؤسسات وهيئات حماية الحقوق والحريات والحكامة الجيدة وحماية حقوق الإنسان والنهوض بها³، على أن يكون هناك تعاون وتكامل مع باقي الهيئات الوطنية ذات العلاقة بالموضوع⁴ كالمجلس الوطني لحقوق الإنسان⁵، ومجلس الجالية المغربية بالخارج⁶، والهيئة المكلفة بالمناصفة ومحاربة جميع أشكال التمييز⁷، كما يعتبر الوسيط من بين أعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية⁸.

وقد نص الدستور على أن مؤسسة الوسيط هي مؤسسة وطنية مستقلة ومتخصصة تتولى، في نطاق العلاقة بين الإدارة والمرتفقين، مهمة الدفاع عن الحقوق، والإسهام في ترسيخ سيادة القانون، وإشاعة مبادئ العدل والإنصاف، والعمل على نشر قيم التخليق والشفافية في تدبير المرافق العمومية، والسهر على تنمية تواصل فعال بين الأشخاص، ذاتيين أو اعتباريين، مغاربة أو أجانب، فرادى أو جماعات، وبين الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية

¹ عبد العزيز بنزاكور، حقوق الإنسان والوساطة المؤسساتية كجزء منها، بين الكونية والخصوصيات، مرجع سابق الصفحة 23.

² نفسه، الصفحة 24.

³ الباب الثاني عشر من دستور 2011، مرجع سابق، الصفحة 3625.

⁴ عبد العزيز بنزاكور، مؤسسة وسيط المملكة وتخليق الإدارة، مجلة مؤسسة وسيط المملكة، العدد الأول، أبريل 2014، الصفحة 15.

⁵ الفصل 161 من دستور 2011، مرجع سابق، الصفحة 3625.

⁶ نفسه، الفصل 163، الصفحة 3626.

⁷ نفسه، الفصل 164، نفس الصفحة.

⁸ الفصل 115 من دستور 2011، مرجع سابق الصفحة 3620.

والهيئات التي تمارس صلاحيات السلطة العمومية وباقي المنشآت والهيئات الأخرى الخاضعة للمراقبة المالية للدولة¹.

وبذلك أصبحت المؤسسة مدسكرة إلى جانب مؤسسات وهيئات أخرى²، فلا تحدث مؤسسات من أجل الإحداث، وإنما لها غايتها في البناء الديمقراطي³.

الفقرة الثانية: الإطار التشريعي

المؤسسة في حلتها الجديدة مقارنة مع مؤسسة ديوان المظالم⁴، أضيفت لها مهام أخرى تتناسب وموقعها ضمن منظومة المؤسسات المماثلة في الدول المتقدمة، وتتلخص هذه المهام في الدفاع عن الحقوق في نطاق العلاقة بين الإدارة والمرتفقين، والعمل على نشر قيم التخليق والشفافية في تدبير المرافق العمومية، والنظر في التصرفات الإدارية الصادرة عن المنشآت والهيئات الخاضعة للمراقبة المالية للدولة إلى جانب الجهات الإدارية الأخرى⁵.

وقد نص الظهير المحدث للمؤسسة، على أن الوسيط هو مؤسسة وطنية مستقلة ومتخصصة تتولى في نطاق العلاقة بين الإدارة والمرتفقين، مهمة الدفاع عن الحقوق، والإسهام في ترسيخ سيادة القانون وإشاعة مبادئ العدل والإنصاف، والعمل على نشر قيم التخليق والشفافية في تدبير المرافق العمومية، والسهر على تنمية تواصل فعال بين الأشخاص، ذاتيين أو اعتباريين، مغاربة أو أجانب، فرادى أو جماعات، وبين الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهيئات التي تمارس صلاحيات السلطة العمومية، وباقي المنشآت والهيئات الأخرى الخاضعة للمراقبة المالية للدولة⁶.

فإذا كانت المؤسسة، في صيغتها الأولى قد تجمعت في رصيدها بعض الإيجابيات، فإن ذلك لم يمنع من الاسترسال في تجسيد إرادة التغيير، فبعد عقد من الزمن، وتوطيدا لما حققته بلادنا من تقدم، صدر في 17 مارس 2011 الظهير المحدث لمؤسسة الوسيط، والذي أبى إلا أن يعزز

¹ نفسه، الفصل 162، نفس الصفحة.

² عبد العزيز بنزاكور، مؤسسة وسيط المملكة وتخليق الإدارة، مرجع سابق، الصفحة 33.

³ تقرير مؤسسة وسيط المملكة برسم سنة 2017 الجريدة الرسمية عدد 6699 بتاريخ فاتح ذو الحجة (13 أغسطس 2018)، الصفحة 5569.

⁴ الظهير الشريف رقم 1.01.298 الصادر في 23 من رمضان 1422 (9 ديسمبر 2001) بإحداث مؤسسة ديوان المظالم الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4963 بتاريخ 8 شوال 1422 (24 دجنبر 2001).

⁵ الحسن سيمو، المستجدات التشريعية والدستورية في مجال الوساطة المؤسساتية بالمغرب، مجلة مؤسسة وسيط المملكة المغربية، العدد الأول، أبريل 2014 الصفحة 26 و27.

⁶ المادة 1 من الظهير المحدث للمؤسسة، مرجع سابق، الصفحة 802.

المؤسسة السابقة، ويوسع اختصاصاتها، ويرفع من قدراتها، ويمكنها من وسائل تسعف في بلوغ ما تنشده من أهداف¹.

المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي

تخضع البنية التنظيمية التي توظف عمل مؤسسة وسيط المملكة، لأحكام الظهير الشريف المحدث للمؤسسة ولاسيما أحكام الفصل الثاني من الباب السادس المتعلق بالتنظيم المالي والإداري للمؤسسة، بالإضافة إلى أحكام النظام الداخلي للمؤسسة²، والذي يحدد مختلف القواعد والمبادئ التي تهم التنظيم الإداري والمالي والمحاسبي للمؤسسة.

ويتضح من خلال هيكل مؤسسة الوسيط أنها تتوفر على جميع المقومات التي تمكنها من لعب دور مهم في مجال الوساطة المؤسساتية، وبالتالي تسوية مختلف المنازعات، وخصوصا تلك المتعلقة بالصفقات العمومية بالطرق الودية دون الحاجة للجوء للقضاء.

الفقرة الأولى: الوسيط وهيئة المشورة

من خلال مختلف الأحكام التي تنظم عمل المؤسسة، نجد أنه يوجد على رأسها السيد وسيط المملكة الذي تساعد في أداء مهامه هيئة المشورة.

أ- الوسيط

يعين الوسيط بظهير شريف لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويختار من بين الشخصيات المشهود لها بالنزاهة والكفاءة والتجرد والتشبث بسيادة القانون وبمبادئ العدل والإنصاف، ويعهد إليه بممارسة الاختصاصات المسندة لمؤسسة الوسيط³، ويعتبر رئيسا للمؤسسة، والممثل القانوني لها والناطق الرسمي باسمها، يمثلها إزاء الدولة، وإزاء كافة الجهات الوطنية والأجنبية، سواء داخل الوطن أو خارجه، ويتصرف باسمها⁴.

ب- هيئة المشورة

تحدث لدى الوسيط هيئة للمشورة تكون تابعة له مباشرة، وتتكون من مستشارين وخبراء يختارون من بين الشخصيات المشهود لها بالكفاءة والخبرة والتجربة في المجالات القانونية أو الإدارية أو المالية أو غيرها من المجالات ذات الصلة باختصاصات مؤسسة الوسيط⁵.

¹ عبد العزيز بنزاكور، مؤسسة وسيط المملكة وتخليق الإدارة، مرجع سابق، الصفحة 15.

² النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، الجريدة الرسمية عدد 6033 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1433 الموافق ل 26 مارس 2012، الصفحة 2222.

³ المادة 2 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 802.

⁴ المادة 4 من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، الصفحة 2222.

⁵ نفسه، المادة 8، الصفحة 2223.

ويعهد إلى أعضائها القيام، جماعيا أو فرديا حسب الأحوال، بإبداء الرأي حول القضايا المعروضة من لدن الوسيط، وتقديم الاستشارات المطلوبة بخصوصها، وإعداد دراسات أو تقارير، وإجراء أبحاث بطلب من الوسيط حول مواضيع معينة أو قضايا ذات طابع خاص¹. وقد كان يطلق عليها بخلية المشورة بديوان المظالم²، وفي مقارنة بين الظهيرين المحدثين سواء لديوان المظالم، وكذلك لمؤسسة الوسيط يتضح عدم وجود أي اختلاف فيما يخص مهام واختصاصات هذه الهيئة.

الفقرة الثانية: الكتابة العامة والشعب والوحدات

تتوفر المؤسسة على كتابة عامة وأربع شعب من أجل تيسير عمل المؤسسة ومعالجة القضايا المعروضة عليها في أحسن الظروف.

أ-الكتابة العامة

يساعد الوسيط في أداء مهامه، وتحت سلطته، كاتب عام للمؤسسة والذي يعين بظهير شريف باقتراح من الوسيط، من بين الشخصيات التي تتوفر على تجربة مهنية مشهود بها في مجالات القانون والتدبير الإداري والمالي³. يتولى الكاتب العام للمؤسسة مساعدة الوسيط في الاضطلاع بمهامه، وبهذه الصفة يسهر، تحت سلطة هذا الأخير، على حسن سير إدارة المؤسسة، وتنسيق أنشطة مصالحها، وأنشطة الوسطاء الجهويين، ويعمل على مسك وثائق المؤسسة ومستنداتها، ويسهر على حفظها⁴.

ولهذه الغاية يتولى السهر على توفير المساعدة الإدارية لهيئة المشورة وللمندوبين الخاصين واللجان الدائمة للتنسيق والتتبع في أداء مهامهم، والسهر على حسن سير مصالح الإدارة المركزية للمؤسسة، وتنسيق أنشطتها، وتنسيق أنشطة الوسطاء الجهويين، ثم السهر على مسك وضبط استعمال وثائق المؤسسة ومستنداتها⁵.

¹ نفسه، المادة 7، نفس الصفحة.

² المواد 7 و8 و9 من الظهير الشريف رقم 1.03.240 الصادر في 9 شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بالمصادقة على النظام الداخلي لمؤسسة ديوان المظالم، الجريدة الرسمية عدد 5171 الصادرة في 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، الصفحة 4292.

³ المادة 45 من الظهير المحدث لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 809.

⁴ نفسه، المادة 46، نفس الصفحة.

⁵ المادة 34 من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2225.

ب- الشعب والوحدات

1- شعبة الدراسات والتحليل والتتبع

تضم الشعبة ثلاث وحدات وهي وحدة تحليل وتتبع الشكايات والتظلمات وطلبات التسوية، ومواكبة أشغال اللجان الدائمة، ووحدة الدراسات والتقارير، ووحدة استقبال المشتكين وتلقي الشكايات والتظلمات وطلبات التسوية، هذه الأخيرة ومكتب الضبط كانا تابعين لشعبة التواصل والتعاون والتكوين بديوان المظالم¹.

يعهد إلى هذه الشعبة استقبال المشتكين، وتلقي الشكايات والتظلمات وطلبات التسوية، واتخاذ ما ينبغي بشأنها من إجراءات، ودراسة القضايا المعروضة على المؤسسة وتحليل المعطيات المتعلقة بها، وتتبع مآل الشكايات والتظلمات التي تدخل الوسيط لدى الإدارة بشأنها، ومواكبة أشغال اللجان الدائمة للتنسيق والتتبع، وإعداد الدراسات المتصلة بمجال عمل المؤسسة، وإعداد مشروع التقرير السنوي الذي يرفعه الوسيط إلى جلالة الملك، وإعداد مشروع الملخص التركيبي لمضامين التقرير السنوي الذي يقدمه الوسيط أمام البرلمان، وإعداد مشاريع التقارير التي يقدمها الوسيط إلى رئيس الحكومة، وإنجاز تقارير دورية خاصة بأنشطتها ترفع إلى الوسيط كل ثلاثة أشهر².

2- شعبة التواصل والتعاون والتكوين

تضم الشعبة ثلاث وحدات أيضا وهي وحدة تنمية التواصل والترجمة والتكوين والمنشورات، ووحدة العلاقات العامة والتعاون مع المؤسسات الأجنبية المماثلة، ثم وحدة العلاقات مع المؤسسات والهيئات الوطنية ذات الصلة بمجال حقوق الإنسان والتي كان يطلق عليها وحدة العلاقة مع المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان بديوان المظالم³.

ويعهد إلى هذه الشعبة تأمين التواصل الداخلي بين مختلف مصالح المؤسسة، وإنجاز برامج تكوينية ودورات لاستكمال الخبرة لفائدة العاملين بالمؤسسة، وتنظيم مختلف أنواع الأنشطة وإعداد الوثائق الهادفة إلى التعريف بمجال عمل المؤسسة ومنجزاتها، واقتراح الآليات العملية لتنمية التواصل بين الإدارة ومرتفقيها، وتنسيق الأعمال والتعاون مع المجلس الوطني لحقوق الإنسان والهيئة الوطنية المكلفة بالوقاية من الرشوة، وتوثيق علاقات التواصل والتعاون مع المؤسسات المماثلة لمؤسسة الوسيط، والهيئات ذات الأهداف المشتركة على الصعيدين

¹ المادة 20 من النظام الداخلي لديوان المظالم، مرجع سابق، الصفحة 4294.

² المادة 36 من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2226.

³ المادة 20 من النظام الداخلي لديوان المظالم، مرجع سابق، الصفحة 4294.

الوطني والدولي، وتتبع التواصل مع وسائل الإعلام العمومية والخاصة، والعمل على ترجمة الوثائق الصادرة عن المؤسسة إلى اللغات الأجنبية، وإنجاز تقارير دورية خاصة بأنشطتها ترفع إلى الوسيط كل ثلاثة أشهر¹.

3- شعبة الموارد البشرية والشؤون الإدارية والمالية

تضم الشعبة فضلا عن مكتب الضبط وحدة تدبير الموارد البشرية، ووحدة الميزانية والمحاسبة، ووحدة المعدات والتجهيزات والبنائات.

ويعهد إليها تدبير الموارد البشرية العاملة بمختلف مصالح مؤسسة الوسيط، والسهر على ترشيد استعمالها، والقيام بتحضير المشروع الأولي لميزانية المؤسسة والسهر على تنفيذ هذه الميزانية، ومسك المحاسبة المالية للمؤسسة، والحرص على حسن استعمال معداتها وصيانة ممتلكاتها، وإنجاز تقارير دورية خاصة بأنشطتها ترفع إلى الوسيط كل ثلاثة أشهر²، وهذه الأخيرة من المستجدات التي لم يكن معمولاً بها في ديوان المظالم.

4- شعبة المعالجة المعلوماتية والإحصاءات والتوثيق

تضم الشعبة وحدة المعالجة والبرامج والتطبيقات المعلوماتية، ووحدة قواعد المعطيات والإحصاءات، ثم وحدة تدبير المحفوظات والتوثيق.

ويعهد إليها الإشراف على وضع مختلف قواعد المعطيات والبرامج والتطبيقات المعلوماتية وشبكة الربط بين مختلف مصالح المؤسسة، وفق تصميم مديري معلوماتي، والقيام بتجميع المعطيات والبيانات وسائر المعلومات المتعلقة بمهام المؤسسة وإحصائها وتصنيفها، ووضعها رهن إشارة المصالح المختصة، وإعداد وتنفيذ برنامج لتدبير أرشيف ووثائق المؤسسة، وتقديم الدعم التقني لمصالح المؤسسة في ميدان المعالجة المعلوماتية والإحصاءات والتوثيق، وإنجاز تقارير دورية خاصة بأنشطتها ترفع إلى الوسيط كل ثلاثة أشهر³.

المبحث الثاني: مساطر البت في الشكايات المتعلقة بالصفقات العمومية ومدى نجاعتها

تقوم مؤسسة الوسيط باستقبال الشكايات المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية وغيرها من المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، والسهر على التأكد من موقف الإدارة بشأنها، كما أنها في إطار الصلاحيات المخولة لها، تتدخل من أجل التسوية الودية لمختلف المنازعات، أو تقديم تعليمات حول القضايا المعروضة عليها، وذلك في إطار التنفيذ السليم للقانون، وبشكل

¹ المادة 38 من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2226.

² نفسه، المادة 40، نفس الصفحة.

³ المادة 42 من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2227.

يتلاءم مع تطبيق مبادئ العدل والإنصاف، بهدف التوجيه السليم، والعلاج المناسب، وإرساء قواعد الممارسة الجيدة في الإدارة، عن طريق مساطر مبسطة¹.

لذلك سنتطرق في هذا البحث لمساطر الدراسة والبت في الشكايات المتعلقة بالصفقات العمومية (المطلب الأول)، ومن خلاله سنتعرف على مسطرة تلقي ودراسة الشكايات (الفقرة الأولى) ثم مسطرة البت فيها (الفقرة الثانية).

أما المطلب الثاني فسنتناول من خلاله مدى فعالية المؤسسة في تسوية منازعات الصفقات العمومية وديا، من خلال التعرف على الآليات المساعدة لمؤسسة الوسيط في تسوية منازعات الصفقات العمومية (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك سنتطرق لتقييم عمل مؤسسة الوسيط في مجال تسوية منازعات الصفقات العمومية وديا (الفقرة الثانية)

المطلب الأول: مساطر الدراسة والبت في الشكايات المتعلقة بالصفقات العمومية الفقرة الأولى: تلقي ودراسة الشكايات

لقد فصل الظهير المحدث للمؤسسة ونظامها الداخلي في المساطر التي يجب اتباعها من قبل الوسيط قبل البت في القضايا المعروضة عليه، حيث يجب أن توجه الشكاية إلى الوسيط بصفة مباشرة من طرف المشتكي²، سواء بالبريد العادي أو المضمون أو بأي وسيلة أخرى للاتصال، كما يجوز إيداعها مباشرة بمقر المؤسسة³، أو بواسطة من ينيبه من أجل ذلك بمقتضى وكالة خاصة، عدا إذا تعلق الأمر بمحام، في حال تعذر تقديم الشكاية بصفة مباشرة من طرف الشخص المعني⁴.

ويشترط لقبول الشكايات المتعلقة بالصفقات العمومية فضلا عن توقيع صاحبها⁵، أن تتوفر على البيانات الكاملة المتعلقة بهويته كالاسم الشخصي والعائلي والعنوان، وعنوان مقره الاجتماعي وممثله القانوني، إضافة إلى غير ذلك من وسائل الاتصال الممكنة، مع بيان الإدارة المرفوعة الشكاية في مواجهة قرارها أو تصرفها، بالإضافة للأسباب المبررة لتقديم الشكاية، كما يجب تقديم تصريح يفيد أن القضية غير معروضة على القضاء، وكذلك توضيح المساعي التي

¹ امحمد براءة غريول، تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، الطبعة الأولى 2015، الصفحة 41.

² المادة 9 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 803.

³ المادة 65 من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2229.

⁴ نفسه، المادة 60، نفس الصفحة.

⁵ المادة 9 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 803.

سبق أن قام بها المشتكي لدى الإدارة المعنية ونتائجها عند الاقتضاء¹، ولا تقبل الشكايات التي تتضمن قذفا أو سبا، في حق أي شخص أو جهة معينة، وكذا الشكايات أو التظلمات المجهولة المصدر².

وفي حال ما إذا تعذر على المشتكي تقديم الشكاية كتابة، أمكنه تقديمها شفويا، ويحرر مضمونها في هذه الحالة في محضر خاص من طرف المصالح المختصة بالمؤسسة، يوقع عليه المعني بالأمر، مع إدلاءه بالوثائق والحجج اللازمة التي يتوفر عليها³، بعد ذلك يسلم أو يوجه إلى صاحب الشكاية وصل عن الاستلام يتضمن تاريخ ورقم تسجيلها⁴.

بعد أن يتوصل الوسيط بالشكاية وفقا للشروط المحددة سابقا، تتم الدراسة الأولية للشكايات للتأكد من انعقاد الاختصاص النوعي للنظر فيها، ومن مدى استيفائها للشروط المتطلبية لقبولها⁵، وإذا ما تبين أن الشكاية لا تدخل ضمن الاختصاص النوعي لمؤسسة الوسيط، أو أنها لا تستوفي شروط القبول، يتخذ مقرر بحفظها كلما تبين أن مبرراتها غير جدية أو منعدمة، ويشعر المشتكي بذلك كتابة⁶، أو تتم دعوته إلى استكمال ملفه⁷، من خلال طلب ما قد يراه لازما من البيانات التكميلية، والوثائق والمستندات الإضافية، للنظر في الشكاية⁸.

بعد ذلك يوجه الوسيط، نسخة من الشكاية أو مضمونها إلى الإدارة المعنية، ويستفسرها حول الوقائع الواردة فيها، ويطلب منها موافاته، داخل أجل يحدده بتقرير يتضمن بكل وضوح موقفها بشأن موضوع الشكاية، مشفوعا بكافة البيانات والمستندات اللازمة، وذلك اعتبارا لما يلزمها قانونا من تعاون وثيق معهم، ومن تيسير لمأمرتهم، ويمكن تمديد الأجل، إذا تقدمت الإدارة بطلب يبرر ذلك⁹.

إذا اتضح للوسيط أن الشكاية المعروضة عليه قائمة على أسس قانونية سليمة، وترمي إلى رفع ضرر من جراء تصرف مخالف للقانون، خاصة إذا كان متسما بالتجاوز أو الشطط في

¹ المادة 58، من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2228.

² نفسه، المادة 59، الصفحة 2229.

³ نفسه، المادة 62، نفس الصفحة.

⁴ نفسه، المادة 64، نفس الصفحة.

⁵ نفسه، المادة 65، نفس الصفحة.

⁶ نفسه، المادة 68، نفس الصفحة.

⁷ نفسه، المادة 66، نفس الصفحة.

⁸ نفسه، المادة 69، نفس الصفحة.

⁹ نفسه، المادة 71، نفس الصفحة.

استعمال السلطة، أو منافيا لمبادئ العدل والإنصاف، قام بجميع المساعي والاتصالات اللازمة مع الإدارة المعنية، قصد حثها على الاستجابة لمطلب المشتكي، في إطار الاحترام التام لضوابط سيادة القانون¹، حيث يمكنه استفسار الجهات المعنية حول الأفعال التي كانت موضوع الشكاية، ومطالبتها بموافاته بالتوضيحات اللازمة بشأنها، وبالوثائق والمعلومات المتصلة بها²، كما يمكن له اللجوء إلى جميع الوسائل التي قد يراها ضرورية ومفيدة للتأكد من مدى صحة الوقائع المعروضة، ومشروعية مصلحة المشتكي، وحقيقة الضرر اللاحق به، ومن ذلك إجراء أبحاث، أو القيام بتحريات، بعين المكان إن اقتضى الحال، على أساس المعطيات الموضوعية، وبكيفية حيادية³.

يمكن للوسيط، قبل البدء في عمليات البحث أو التحري، أن يحث الطرفين على اللجوء إلى جميع الطرق الودية لحل الخلاف، باستعمال جميع المساعي التوفيقية قصد التوصل لحلول منصفة إذا كانت ظروف القضية المعروضة عليه تسمح بذلك⁴.

كما يمكن للوسيط القيام بإجراء أبحاث وتحريات، من أجل التأكد من حقيقة الأفعال والوقائع التي بلغت إلى علمه، والوقوف على الضرر الذي تعرض له صاحب الشكاية، وكذا القيام بالتكليف القانوني لطبيعة الضرر المذكور⁵.

يتم إشعار الأطراف المعنية، بيوم وساعة إجراء البحث أو التحري، بالإدارة المعنية، أو المحل موضوع النزاع، وذلك بجميع الوسائل الممكنة أسبوعا واحدا على الأقل، قبل التاريخ المحدد، ولهذا الغرض يعين الوسيط بمقرر خاص، الشخص المكلف بإجراء البحث أو التحري مع تحديد باقي التدابير المتعلقة بإنجاز مهمته⁶.

إذا تبين أثناء النظر في الشكاية أن موضوعهما معروض أمام القضاء، أوقف الوسيط، تدخله بموجب مقرر، وأشعر المشتكي بذلك⁷.

¹ المادة 12 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 804.

² نفسه، المادة 13، نفس الصفحة.

³ المادة 72، من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق. الصفحة 2229.

⁴ المادة 73، من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2230.

⁵ المادة 13 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 804.

⁶ المادة 72، من النظام الداخلي لمؤسسة الوسيط، الصفحة 2230.

⁷ نفسه، المادة 74، نفس الصفحة.

الفقرة الثانية: البت في الشكايات

إذا تأكد الوسيط، من صحة الوقائع الواردة في الشكاية، ومن تحقق الضرر اللاحق بالمشتكي، يبت فيها بكل تجرد واستقلال، واستنادا إلى سيادة القانون ومبادئ العدل والإنصاف، ولهذه الغاية يقوم حسب معطيات وظروف كل حالة:

- إما بحث الإدارة المعنية على الاستجابة لطلب المشتكي، داخل أجل لا يقل عن ثلاثين يوما، حسب كل حالة، وإخبار الوسيط داخل نفس الأجل، بكل ما اتخذته في الموضوع، وذلك مع إمكانية تجديد الأجل مرة واحدة، إذا تقدمت الإدارة يطلب يبرر ذلك.

- وإما بدعوة الإدارة إلى مراجعة موقفها، في ضوء القواعد القانونية أو مبادئ العدل والإنصاف، مع تبليغها ملاحظاته ومقترحاته قصد إيجاد حل عادل ومنصف، وإلى قيامها بإخباره بموقفها النهائي، داخل نفس الأجل القابل للتمديد.

يقوم الوسيط بإصدار توصية بشأن الحل الذي يراه منصفاً للمشتكي، إذا لم تستجب الإدارة إلى الدعوة، بعد نهاية الأجل المحدد، ويقوم بإشعار المشتكي بالتدابير المتخذة¹.

المطلب الثاني: مدى فعالية المؤسسة في تسوية منازعات الصفقات العمومية وديا

الوساطة المؤسساتية بمفهومها الجديد، هي إحدى الوسائل البديلة التي جاءت لتخفيف العبء عن القضاء والمتقاضين، فهي لا تنقيد بمجرد التطبيق الحرفي للقواعد القانونية، وإنما تراعي أيضا مبادئ العدل والإنصاف، مما منح لقراراتها وتوصياتها القوة المعنوية لفض النزاعات، والتوفيق بين المطالب المشروعة للمرتفقين والحفاظ على هيبة دولة الحق والقانون².

إلا أنه لا يجوز لها النظر في الشكايات المتعلقة بالقضايا المعروضة على القضاء، أو البت في التظلمات الرامية إلى مراجعة حكم قضائي نهائي، كما أن اللجوء إلى وسيط المملكة لا يؤثر على الإجراءات والمساطر القضائية، ولا يوقف بالتالي آجال التقادم أو الطعن.

الفقرة الأولى: الآليات المساعدة لمؤسسة الوسيط في تسوية منازعات الصفقات العمومية

وسيط المملكة يقوم بدور الوسيط النزاهة المحايد، الذي تنحصر مهمته في هذا المجال في تقريب وجهات النظر واقتراح الحلول الودية لإنهاء الخلاف، ذلك أن بعض الأنظمة المشيلة في أوروبا على الخصوص، ومنها مؤسسة المدافع عن الحقوق بفرنسا اعتمدت هذا الأسلوب في حل معظم الخلافات القائمة بين الإدارة والمواطنين، كما أن بعض الأنظمة الشبيهة في أمريكا وإفريقيا والعالم العربي والإسلامي ومنه المغرب، تبنت هذا الأسلوب فيما أصبح معروفا بالطرق البديلة

¹ نفسه، المادة 75، نفس الصفحة.

² أشغال اللقاء التواصلي المنظم من طرف مؤسسة وسيط المملكة بالجهة الشرقية، وجدة في 22 ماي 2014، الصفحة 2.

لتسوية المنازعات، وذلك للتخفيف عن المحاكم من جهة ولتفادي المساطر القضائية المعقدة، وبطء إجراءاتها من جهة أخرى.

لذا فقد أصبح الخصوم يلجؤون إلى الأنظمة سائلة الذكر لحل نزاعاتهم بالطرق البديلة، نظرا لكون هذه الأنظمة في مجملها تتميز بخصائص إيجابية: منها المرونة واليسر وبساطة الشكليات والإجراءات والسرعة في الانجاز والاقتصاد في الجهد والوقت والتكاليف، والبحث عن إيجاد حل للنزاع بشكل ودي ومنصف للطرفين مما يضع حلا نهائيا للمخاصمة والعداء، ويدفع الطرفين إلى تنفيذ ما تضمنه الحل أو الاتفاق عن رضى وطيب خاطر¹.

ويتضح من خلال التقرير السنوي للمؤسسة لسنة 2017 أن القضايا المتعلقة بالتماطل في تسديد المستحقات ذات الصلة بالصفقات العمومية تمثل تقريبا 31 شكاية².

بينما عرفت القضايا ذات الطبيعة المالية، في تقرير سنة 2016 ارتفاعا كبيرا من حيث عدد الشكايات، مقارنة مع سنة 2015، إذ انتقل من 121 شكاية، إلى 226 ويضم هذا الصنف من القضايا على الخصوص، نزاعات المشتكين مع مؤسسات عمومية بشأن التماطل في سداد المستحقات لأصحابها المتعلقة بخدمات وصفقات عمومية منجزة لفائدتها، وذلك بعلّة عدم توفر الاعتمادات³.

وما يساعد الوسيط على القيام بمهامه في فض المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية على الوجه المطلوب، هو مجموعة من المميزات ولعل أبرزها:

- استقلالية المؤسسة عن كل السلط، مما يخولها إمكانية النظر بما يكون مناسباً، رائدها السهر على الشرعية، والدفاع عن الحقوق التي يخولها القانون للمرتفق، في تطبيقه العادل والمنصف، فإذا كان الاستقلال مبدءاً كونياً يتعين أن يتوفر في كل مؤسسات الوساطة، فإن بلورة هذا الاستقلال تختلف، وتدخل الخصوصية والمراس الديمقراطية لكل بلاد في اختيار تنزيله على

¹ الحسن سيمو، التسوية العاجلة والمنصفة كبديل لحل الخلاف، مجلة ديوان المظالم، العدد الثاني، يونيو 2005، الصفحة 38.

² تقرير مؤسسة وسيط المملكة برسم سنة 2017، مرجع سابق، الصفحة 5555.

³ تقرير مؤسسة وسيط المملكة برسم سنة 2016 الجريدة الرسمية عدد 6608 بتاريخ 7 محرم 1439 (28 سبتمبر 2017)، الصفحة 5383.

أرض الواقع، فهناك من يطمئن للانتخاب، وهناك من يرتاح إلى التعيين من لدن السلطة التشريعية، وهناك من يأخذ التعيين من السلطة الرئاسية أو الحكومية¹.

- التخصص في معالجة كل ما ينشأ بين المرتفقين أيا كانت جنسيتهم² والإدارة من خلاف أو نزاع مرتبط بعمل هذه الأخيرة، حيث بلغ عدد الشكايات التي تقدم بها أجانب 6 شكايات سنة 2017، بينما بلغ عددها 7 شكايات سنة 2016 أي بنقصان بلغ 3,14%³.

- التأكيد على إقرار مبدأ المساواة في الاستفادة من المرفق العام، بما يحقق العمومية ويرفع التمييز ويقر التنافسية المشروعة، ويعمم الشعور بأن الأفراد والجماعات سواسية أمام الإدارة.

- تمكين المؤسسة من سلطات وآليات مؤثرة تجبر على التقيد بالمقترحات المؤسسة وتنفيذ توصياتها، إذ لا معنى لوجود المؤسسة إذا كانت مقرراتها مجرد رأي لا يمكن تنفيذه وتنزيله على أرض الواقع⁴.

وفي هذا الإطار بلغ عدد المقررات والتوصيات الصادرة عن المؤسسة برسم سنة 2017 ما مجموعه 2887، بعدما سجلت سنة 2016 ما مجموعه 2457 أي بزيادة نسبتها 17,5%⁵، بينما بلغ عدد الشكايات 2713⁶ شكاية برسم سنة 2017، ويتضح من خلال الإحصائيات أن التوصيات والمقررات الواردة بالتقرير لا تخص فقط سنة 2017 وإنما أيضا ما تبقى من القضايا العالقة عن السنوات السابقة.

- إمكانية اقتراح الوسيط تعديل نص قانوني، إذا تبين له أن تطبيقه الصارم من شأنه خلق أوضاع غير عادلة أو ضارة بالمرتفقين⁷، على خلاف القضاء الذي لا يملك إلا حق الفصل في الخلاف.

- فرض تنفيذ الأحكام القضائية على الإدارة.

¹ عبد العزيز بنزاكور، حقوق الإنسان والوساطة المؤسساتية كجزء منها، بين الكونية والخصوصية، مرجع سابق، الصفحة 26.

² المادة 1 و5 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 802 و803.

³ تقرير مؤسسة الوسيط لسنة 2017، مرجع سابق، الصفحة 5561.

⁴ عبد العزيز بنزاكور، حقوق الإنسان والوساطة المؤسساتية كجزء منها، بين الكونية والخصوصية، مرجع سابق، الصفحة 27.

⁵ تقرير مؤسسة الوسيط لسنة 2017، مرجع سابق، الصفحة 5569.

⁶ نفسه، الصفحة 5548.

⁷ عبد العزيز بنزاكور، حقوق الإنسان والوساطة المؤسساتية كجزء منها، بين الكونية والخصوصية، مرجع سابق، الصفحة 27.

- الوساطة المؤسسية، وإن كانت تلتقي مع القضاء الإداري في كونهما ينظران في تجاوز وتعسف القائمين على الإدارة، فهي تسلك من طرق الإثبات ما ييسر الوقوف على الحقيقة ويرجع الأمور إلى نصابها، على خلاف القضاء الذي يبقى حبيس إجراءات مسطرية خاصة وطرق وأجال محددة¹.

الفقرة الثانية: تقييم عمل مؤسسة الوسيط في مجال تسوية المنازعات الصفقات العمومية وديا
على الرغم من وجود تجاوب بين مؤسسة الوسيط والإدارة فيما يخص تسوية منازعات الصفقات العمومية وديا، إلا أنه لازالت هناك مجموعة من المعوقات التي تحول دون قيام المؤسسة بالدور المنوط بها على الوجه المطلوب، والتي يجب عليها تجاوزها من أجل تطوير عمل المؤسسة في مجال الوساطة المؤسسية بالمغرب، وبالتالي حل القضايا المعروضة عليها بسرعة، وخصوصا تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، خصوصا أنها تكون موضوع مبالغ كبيرة جدا، قد يؤدي تماطل الإدارة في سداد المستحقات التي بذمتها لأصحابها إلى إعلان إفلاس العديد من المقاولات.

وفي هذا الإطار يلاحظ عدم احترام الإدارة للآجال القانونية في الرد على المؤسسة، حيث يقوم الوسيط بتوجيه توصياته واقتراحاته وملاحظاته إلى الإدارة المعنية، التي يتعين عليها داخل أجل ثلاثين يوما قابلة للتמיד لمدة إضافية، القيام بالإجراءات اللازمة للنظر في القضايا المحالة عليها، وأن تخبره كتابة بالقرارات أو الإجراءات التي اتخذتها بشأن توصياته واقتراحاته².

وما يلاحظ في هذا الشأن هو مرونة الوسيط في التعامل مع هاته الآجال، حيث أن هاجسه الرئيسي، هو حل القضايا المعروضة عليه وديا، وليس التشدد والدخول مع الإدارة في صراعات حول احترام الآجال القانونية، على الرغم من أن بعض الملفات المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية قد تستغرق مدة طويلة من أجل حلها وديا، بدءا بدراسة الشكاية ثم إجراء جلسات البحث والتحري بمقر المؤسسة، مروراً بإصدار توصية أو مقرر بتسوية المنازعة وديا، إلى تنفيذ التوصية أو المقرر من طرف الإدارة، أو رفعها إلى السيد رئيس الحكومة من أجل تنفيذها في حال عدم استجابة الإدارة لذلك.

ويعزى هذا التماطل في بعض الأحيان إلى جهل بعض الإدارات بالأدوار التي تضطلع بها المؤسسة في مجال التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، أو تملصها في أحيان أخرى، من تسوية مثل هذا النوع من المنازعات، محتجة في ذلك بعدم توفر الإعتمادات اللازمة قصد حل

¹ عبد العزيز بن زاكور، مؤسسة وسيط المملكة وتخليق الإدارة، مرجع سابق الصفحة 17.

² المادة 14 من ظهير إحداث مؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 804.

الملف، أو بتغيير المسؤول الذي أبرمت الصفقة في عهده، ما يضرب في العمق مبدأ استمرارية المرفق العام، كل ذلك رغم اعترافها أثناء جلسات البحث والتحري داخل المؤسسة، أو من خلال أجوبتها على مراسلات المؤسسة، بتلك المبالغ المستحقة.

لهذا يجب على المؤسسة تكثيف اللقاءات مع الإدارات التي لا تتجاوب مع المؤسسة أو تتماطل في الجواب، أو تمتنع عن الرد على المراسلات، ولا تلتزم بالأجال القانونية من أجل الرد عليها، أو لا تحضر لجلسات البحث والتحري، من خلال تفعيل آلية البحث والتحري بعين المكان غير المفعلة حالياً، بالإضافة إلى ضرورة تفعيل آليات الزجر، من خلال توجيه توصية للإدارة المعنية، من أجل المتابعة التأديبية في حق الموظفين المسؤولين مباشرة عن الشكاية، أو بإحالة الملف إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات التي ينص عليها القانون¹، أو رفع تقرير خاص في الموضوع إلى رئيس الحكومة، بعد إبلاغ الوزير المسؤول أو رئيس الإدارة المعنية، لاتخاذ ما يلزم من إجراءات وجزاءات في حق المعني بالأمر²، وأيضاً تفعيل آلية رفع تقرير خاص إلى رئيس الحكومة من أجل معالجة تهاون بعض الإدارات في التعاون مع مؤسسة، وفي الاستجابة لتوصياته³.

من جهة أخرى، لا تخفى أهمية العنصر البشري في نجاح عمل أي مؤسسة أو تدهورها، فالعاملون بمؤسسة وسيط المملكة هم من يستقبل المواطنين، ويدرسون شكاياتهم، ويقومون بعمليات البحث والتحري، وتتبع الملفات من البداية إلى التسوية، أو الحفظ، لذلك يجب إعطاؤهم العناية اللازمة حتى يقوموا بالأدوار المنوطة بهم على الوجه المطلوب.

وما يلاحظ حالياً بالمؤسسة قلة الموظفين في بعض الوحدات، وعدم توزيعهم بشكل متوازن بين الشعب، على الرغم من توفر المؤسسة على شعبة خاصة بتدبير الموارد البشرية، فعلى سبيل المثال نجد وحدة التحليل والتتبع تضم موظفتين فقط، هما رئيسة الوحدة وموظفة، وعليهما تتبع تنفيذ جميع التوصيات الصادرة عن المؤسسة، والتي يمكن أن يصل عددها في سنة واحدة إلى 2887 حسب تقرير 2017، بالإضافة إلى أن بعض رؤساء الوحدات لا يتوفرون على مكاتب خاصة بهم، حيث يعملون مع مرؤوسيهـم داخل نفس المكتب.

وما يعاب على المؤسسة أيضاً فيما يخص مواردها البشرية، عدم قيامها بأي تكوين في مجال الصفقات العمومية بالنسبة للعاملين على حل مثل هذا النوع من الملفات، ذلك أنهم يعتمدون على اجتهاداتهم الشخصية من أجل حل هذا النوع من الملفات، حيث نجد أن نفس

¹ المادة 79 من النظام الداخلي للمؤسسة الوسيط، مرجع سابق، الصفحة 2230.

² نفسه، المادة 80، الصفحة 2231.

³ نفسه، المادة 81، نفس الصفحة.

الدارس قد يعكف على دراسة مجموعة من الملفات التي لها علاقة بالصفقات العمومية والجبايات والتعويضات عن ملفات المرض وغيرها من الملفات ذات الطبيعة المالية، في غياب للتخصص.

كما أن محدودية الغلاف المالي المخصص للمؤسسة، لا يساعدها على القيام بمهامها على الوجه المطلوب، حيث لا توجد اعتمادات كافية من أجل تفعيل جميع مصالح المؤسسة، وعلى الخصوص تفعيل عمل المندوبين الخاصين، سواء المكلفين بالولوج إلى المعلومات الإدارية، أو بتتبع تبسيط المساطر الإدارية وولوج الخدمات العمومية، أو تتبع تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة.

كما يلاحظ أن المؤسسة لا تزال بعيدة عن مسابقة ركب التطور فيما يخص استعمال تقنيات الاتصال والتواصل الحديثة، حيث لا يمكن للمشتكين تتبع قضاياهم المعروضة على المؤسسة الكترونيا دون زيارة المؤسسة، وخصوصا بالنسبة لمن يقطن بعيدا عن مقرها، مما يحتم على المسؤولين العمل على تطوير المؤسسة في مجال استعمال التكنولوجيات الحديثة، ما سيساهم في عصرنه المؤسسة ويوفر عليها الكثير من الجهد في هذا الشأن.

خاتمة:

الملاءمة قانون مؤسسة وسيط المملكة مع دستور 2011، تم الاشتغال على مشروع قانون جديد يروم ترسيخ وتطوير عملها، باعتبارها مؤسسة دستورية وطنية مستقلة ومتخصصة لحماية حقوق الإنسان والنهوض بها، وتدعيم منظومة العدالة بإطار خاص لتسوية بعض المنازعات وديا، وخصوصا المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وفي هذا الإطار صادق مجلس النواب في جلسة عمومية يوم الثلاثاء 24 أبريل 2018 بالإجماع، على مشروع قانون رقم 14.16 يتعلق بمؤسسة الوسيط، والذي يهدف إلى إعادة تنظيم المؤسسة وفق أحكام الفصلين 162 و171 من الدستور، وإلى تمكين المغرب من مؤسسة للوساطة المؤسساتية حديثة وناجعة وفعالة، تدافع عن المشروعية القانونية والإنصاف والعدل، وتشكل ملجأ للمواطنين من التجاوزات الإدارية والتسفات في استعمال السلطة العمومية، وآلية مرجعية لتقديم مقترحات للإصلاح والتأهيل الإداري، في انتظار نشره بالجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ.

مسؤولية المرفق العام الطبي بناء على الخطأ بين القانون وتوجهات محكمة النقض

د. خالد علامي

أستاذ باحث بكلية الحقوق مراكش

مهام متمرن بهيئة الرباط سابقا

مقدمة:

إن الخطأ شرط من الشروط التقليدية للمسؤولية الإدارية الطبية وهو معطى مشترك بينها وبين المسؤولية المدنية الطبية، إلا أن هذا الخطأ يختلف من مجال القانون الخاص إلى مجال القانون الإداري، وبالتالي تأثيره على مسار تحميل المسؤولية (مدنية أو إدارية)، وعلى الرغم من أن المشرع المغربي في الفصل 78 من ق.إ.ع، قد حدد وعرف الخطأ بأنه ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر. فإن هذا التعريف ينطبق على المسؤولية التقصيرية وليس على المسؤولية الإدارية، إذ يهتم بالأشخاص الخاصة وليس بالأشخاص العامة التي تحدث عنها الفصل 79 من ق.إ.ع، وبين مسؤوليتها بطريقة عامة ومختلفة مع ما جاء في الفصل 78 من ق.إ.ع، وعليه فالخطأ الإداري من منظور القانون العام يختلف عن الخطأ في مفهومه العام من حيث التقدير الموضوعي الذي يؤسس على التفسير العادي للمرفق دون حمله أية سمة معنوية أو شخصية¹.

وعموما، فمسؤولية المرفق العام الطبي المبنية على الخطأ يجب أن تتوفر على ثلاثة أركان أساسية: الخطأ، والضرر والعلاقة السببية بينهما. وقد قام المشرع المغربي والقضاء الإداري بالتمييز بين نوعين من الأخطاء هما الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، فإذا كان الأول ينسب إلى المرفق العام الطبي الذي يسأل عنه ويتحمل تعويضه، والذي ينقسم إلى خطأ محدد ومعروف (خطأ مرفقي أو مصلحي) ويشترط فيه أن يرتكبه الموظف داخل المرفق وأن لا تكون له ميزة شخصية، وإلى خطأ مجهول وغير محدد (خطأ المرفق أو المصلحة)²، فإن الثاني ينسب إلى الموظف عندما تتحقق مسؤوليته الشخصية عن هذا الخطأ، ويصبح مسؤولا عن الأضرار التي تنجم عنه ويكون ملزما بالتعويض³. إلا أنه في حالة إعساره فإن الدولة مطالبة بالتعويض بسبب هذه الأضرار وذلك حسب مضمون الفصل 80 من ق.إ.ع.

¹ - تقرير الوكالة القضائية للمملكة المغربية لسنة 2012 ص 88

² - El houssaine SERHANE, la faute du service public en droit administratif Marocain, Revue Marocaine de Droit et d'Economie du Développement, N° 35, 1995, P 91

³ - حماد حميدي، المسؤولية الإدارية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس،

الرباط، 1988-1989 ص 16

و بالرغم من كون التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يبدو منذ الوهلة الأولى بأنه يسير وبسيط، فإن الصعوبة تتحقق في معرفة حدود الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي وذلك ناتج بالأساس إلى اختلاف المعايير والمحددات المفرقة بينهما.

ولدراسة ذلك سنتطرق إلى الخطأ المرفقي في المحور الأول، أما الخطأ الشخصي فسنخصص له المحور الثاني.

المحور الأول: الخطأ المرفقي

إن أصل مصطلح الخطأ المرفقي يرجع في تسميته إلى مفوضي الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي، وذلك بمناسبة تقديم مذكراتهم في قضايا المسؤولية الإدارية¹. وهذا النوع من الخطأ يتضمنه الفصل 79 من ق.ل.ع وذلك في جزئه الثاني "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها"، وهناك من الفقه المغربي² من يعتبر أن هذا الفصل يتضمن ثنائية شكلية للخطأ المرفقي: خطأ مصلحي (faute de service) أي خطأ الموظف العمومي، وخطأ المرفق أو المصلحة (faute du service) أي خطأ المرفق العمومي. إلا أن هذا التأويل الفقهي للفصل 79 من ق.ل.ع قد يلغي نظرية المسؤولية بدون خطأ أو المسؤولية الموضوعية التي تحدث عنها هذا الفصل في جزئه الأول "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها"، إذ رغم بروز هذا الإشكال، فوجود خطأ الموظف العمومي أو خطأ المرفق العمومي أو غيابهما ليس هو أساس المسؤولية بدون خطأ وليس محدداتها، بل الضرر الذي أصاب الضحية، وذلك إنطلاقاً من أن الفصل 79 في جزئه الأول يتطلب فقط الأضرار الناتجة عن تسيير إدارتها لتحصيل مسؤولية الدولة عكس الأخطاء المصلحية للمستخدمين، فالدولة هنا لا تكون مسؤولة عن هذه الأخطاء المرتكبة من قبل موظفيها إلا إذا أثبتتها المتضررون، حيث تكون هذه الأخطاء واجبة الإثبات وليست مفترضة أي وجب فيها تحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.³

1-عبد القادر باينة "تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب"، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 1988، ص 181.

2-El houssaine SERHANE, le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public Marocain, thèse de doctorat d'Etat en droit, bordeaux, 1989, page 166 et 170.

- Abdellah Harsi, la responsabilité administrative, Indépendance nationale et système juridique au Maroc, actes du colloque des 26 et 27 mars 1998, presses universitaires de Geronoble France, 2000 p 202 et 203

3 - الحسن سيمو، المسؤولية الإدارية من خلال قرارات المجلس الأعلى، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة عدد 14 سنة 1997 ص 71.

ويبقى خطأ المرفق العام الطبي جزءا لا يتجزأ من مفهوم الخطأ المرفقي بصفة عامة، إلا ما وجد من استثناءات راجعة بالأساس إلى خصوصية هذا المرفق، ومادام أن هذا الخطأ يجد مصدره في النشاط الإداري وينسب إلى مرفق عام طبي، فإنه تطبق عليه قواعد القانون الإداري ويخضع في تعويضه إما للميزانية العامة للدولة أو ميزانية مستقلة تحت وصاية الدولة وتثار مسؤوليته أمام القضاء الإداري المختص.

وأمام غياب محدد للخطأ المفضي إلى المسؤولية الإدارية كما هو متواجد في المسؤولية المدنية بنص الفصل 78 من ق.إ.ع، اعتبر بعض فقهاء القانون الإداري المغربي¹ أن الخطأ الإداري يتمظهر غالبا في شكل خطأ مرتكب بمناسبة القيام بأعمال الوظيفة من قبل موظف محدد، فهو خطأ مرفقي لموظف أو لعدة موظفين، إلا أن الدولة تظل أساسا هي الوحيدة التي تتحمل المسؤولية عن هذا الخطأ.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية، يلاحظ أن بعض أحكام المحاكم الإدارية بالمغرب² لاتزال وفيه لتعريف الخطأ الإداري انطلاقا من مقتضيات الفصل 78 من ق.إ.ع، رغم أن قضاء الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا³، كان في مجمله دقيقا في تحديد الخطأ المفضي إلى المسؤولية الإدارية، إذ لا يجوز تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على المسؤولية الإدارية وتجاهل مقتضيات الفصلين 79 و80 من ق.إ.ع اللذين يشكلان أساس المسؤولية الإدارية. ولعل اعتماد بعض اجتهادات القضاء الإداري المغربي على تفسير الخطأ الإداري تفسيرا مدنيا يرجع إلى كون أغلب قضاة المحاكم الإدارية هم في الأصل قضاة من المحاكم المدنية، لكن بعض أحكام المحاكم

¹ - El houssaine SERHANE, la faute du service public en droit administratif Marocain, op cit, P 91

² - حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط " أن الخطأ الموجب للمسؤولية حسب مضمون المادة 78 من ق.إ.ع هو ترك ماكان يجب فعله أو فعل ماكان يجب الإمساك عنه، ومؤدى ذلك أن مساءلة الجهة الإدارية بالتعويض تتحقق كلما ثبت تقصيرها في أداء الوظيفة المنوطة بها على الوجه المطلوب، أوكلما تسببت بفعلها الإيجابي بالحاق ضرر بالغير" حكم رقم 116 بتاريخ 18-02-2003 في الملف رقم 458-01 أشار إليه محمد لطرش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية عن الأضرار التي تتسبب فيها بين الواقع بين الواقع التشريعي والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة الرباط، السنة الجامعية 2006-2007. ص 18.

³ - Consort Fillex, 4 décembre 1958, Chambre administrative, R.A.C.S, 1957- 1960, p 164
- Cie d'assurances générales, 24 mars 1960, C.A, R .A.C.S, 1957- 1960

الإدارية المغربية¹ تراجعت عن هذا التفسير وانتقلت إلى تعريف الخطأ الإداري² (المرفقي) وفقا للفصل 79 من ق.إ.ع

ومن محددات الخطأ المرفقي أن ينسب إلى المرفق العام مباشرة وتقع المسؤولية عليه من المال العمومي، وفي حالة تعويض الإدارة للمتضرر بسبب خطأ مرفقي فإن هذه الأخيرة لا يمكنها الرجوع على الموظف³ الذي ارتكب الخطأ لتستعيد المبلغ الذي دفعته كتعويض عن الضرر⁴، لأن

¹ - حيث جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس تحت عدد 32 صادر بتاريخ 20-01-2010 في الملف رقم 251 ت-07 غير منشور، بأن الخطأ الإداري أو المرفقي هو " فعل غير مشروع تقوم به الإدارة وقد ينتج عن عمل قانوني كإصدار قرارات إدارية غير مشروعة أو عمل مادي ينتج عن تصرف ملموس للإدارة أثناء قيامها بنشاطاتها المتنوعة " أورده عبد الكبير العلوي صوبي، العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2014 ص 73 إلى 76

² وقد ذهب الأستاذ محمد اليعكوبي إلى القول « إن مفهوم الخطأ في القانونين الإداري والمدني لهما نفس الفلسفة ونفس الموضوع، إلا أن نظرية الخطأ المدني غير مستساغة التطبيق على الخطأ الإداري، فتكوين الخطأ في مجال القانون الإداري مختلف عن مجال القانون الخاص، كما أن هذا المفهوم المشترك للخطأ لا يستعمل بنفس الطريقة من القاضي الإداري والقاضي المدني. ويفسر ذلك بأن الخطأ المدني غالبا ما يتعلق بخطأ الإنسان، رغم أن هناك شخصا معنويا وراء ذلك، ويضرب مثال ذلك بشركة تجارية، فالإنسان هو الذي سيتحمل خطأ هذه الشركة انطلاقا من مقولة الأب الجيد للعائلة (Bon père de famille). أما الخطأ في القانون الإداري فهو لا يعترف بفكرة المرفق العمومي أو العام "الجيد" (bon service public)، حيث إن القاضي الإداري - وهو يبت إداريا- يكون أكثر واقعية في استدلاله ومنطقه وذلك بمقارنته بين السلوك الحقيقي للإدارة ليس مع الإدارة الافتراضية لكن مع ما يُنتظر من هذه الإدارة »

للمزيد الرجوع إلى مقالته: Mohammed EL YAAGOURI, remarques critiques sur les prétendus fondements de la responsabilité au Maroc remald n° 17 octobre- décembre 1996 page 34

³ - هذه القاعدة ليست عامة في القانون المغربي، حيث عكس الفصل 80 من ق.إ.ع قد يضع المشرع مبدأ الرجوع على الموظف في عدة حالات: المسؤولية الشخصية للمحافظ العقاري، المسؤولية الشخصية للقضاة، المسؤولية الشخصية للمعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة والمسؤولية الشخصية للمحاسبين العموميين التي هي من اختصاص المحاكم المالية، علما كذلك أن قانون الوظيفة العمومية لسنة 1958 في مادته 17 يضع إمكانية الرجوع على الموظف المخطأ، كما أنه في مشروع قانون المسطرة المدنية الجديد يضع مبدأ الرجوع (تأديبيا) على الموظف المخطأ في حالة عدم تنفيذ الأحكام القضائية.

⁴ - جميلة بونيت، مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في ضوء الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في المهن القضائية والقانونية، كلية الحقوق الرباط السويسي، السنة الدراسية 2007-2008، ص 24.

تحديد من ارتكب الخطأ المصاحبي: الموظف أو المرفق ليس له أي أثر على مسؤولية المرفق العام أي أنه في الأخير سينسب إليه، لكن ما يهم هنا هو تحديد مفهوم الخطأ المرفقي (أولا) ومعايير (ثانيا) أولا: مفهوم الخطأ المرفقي

إن أبرز تعريفات الخطأ المرفقي، ما جاء به الفقه الكلاسيكي الفرنسي واعتبره بأنه "خلل في السير العادي للمرفق يرجع إلى أحد أو عدة موظفين، ولكن لا ينسب إليهم شخصا"¹، حيث إن الخطأ لا يتخذ شكلا واحدا، فقد ينسب إلى موظف محدد، أو إلى خطأ مرفقي مجهول ينسب للإدارة ويصعب فيه معرفة فاعله، لهذا فالمسؤولية فيه تعود مباشرة إلى الشخص العمومي الذي ينتمي إليه الموظف²، دونما تحميله أية مسؤولية.

ونظرا لصعوبة وضع تعريف دقيق وواضح للخطأ المرفقي، فهناك من يعرفه بطريق المخالفة أي أن كل خطأ غير شخصي هو خطأ مرفقي³، لكن حتى هذا التعريف يثير إشكالات متعددة ناتجة أساسا عن معرفة حدود الخطأ بين ما هو شخصي وما هو مرفقي، حيث إن الخطأ الشخصي قد يعتبر كذلك خطأ مرفقيا، لأنه يحدث أثناء القيام بالوظيفة. إلا أنه يمكن القول إن الخطأ المرفقي هو الخطأ الواقع من لدن عون المرفق أثناء القيام بالوظيفة.

أما محكمة النقض فقد تأثرت بالتقسيمات التي أعطاها الفقه الفرنسي للخطأ المرفقي، وعرفته إما بعدم أداء الإدارة للخدمة أو بطنها في أدائها أو إن كان عملها سينا في تسيير المرفق⁴ من

¹ - Jean Rivero, droit administratif, Dalloz, 7 éditions, 1975 p 174.

² - إبراهيم زعيم "المسؤولية الإدارية بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 6 سنة 1996، ص 15.

³ - Amine Ben ABDALLAH, « la responsabilité médicale », Rapport de thème principale de 7^{ème} congrès médical national, société marocaine des sciences médicales, 1989, p 100.

⁴ - أنظر في هذا الصدد قرارات غير منشورة تطرقت إلى تقسيمات الخطأ الطبي المرفقي وتبنت نفس الحثيات:

- قرار عدد 39-2 بتاريخ 16-01-2014 في الملف الإداري عدد 1959-2-4-2012 (الوكيل القضائي للمملكة ضد عبد العزيز جبرون) " لكن حيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الخطأ الطبي المرفقي يكون قائما متى لم يتم تقديم الخدمة الطبية أو تم الإبطاء أكثر من اللازم في أدائها أو تمت تأديتها على وجه سيء، ويكون أداء الخدمة بشكل سيء إذا تم الإخلال بواب تقديم العناية اللازمة للمريض وفق ما تقتضيه ظروفه الصحية، وفي إطار مراعاة الأصول والاخلاقيات الثابتة لمهنة الطب ومقتضيات التطور العلمي.....".

- قرار عدد 713-2 بتاريخ 28-11-2013 في الملف الإداري عدد 850-2-4-2012 (الوكيل القضائي للمملكة ضد عماد رمزي ومن معه) " لكن حيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الخطأ الطبي المرفقي يكون قائما متى لم يتم تقديم الخدمة الطبية أو تم الإبطاء أكثر من اللازم في أدائها أو تمت تأديتها على

=

جهة، ومن جهة أخرى، فإن تمييزه عن الخطأ الشخصي يرتبط بمدى تحقق النية العمدية لمرتكب الخطأ، حيث تعتبر أن الأخطاء المرتكبة من قبل الموظفين والتي ليست ذات طابع عمدي هي أخطاء مرفقية تتحمل الإدارة مسؤوليتها¹.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف خطأ المرفق العام الطبي، بأنه " ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموظف التابع للمرفق الصحي وهو إما أن يكون طبيا أو ممرضا أو غيرهما من المستخدمين أثناء قيامه بوظيفته، لكنه لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى المرفق العام الطبي"². ويمكن كذلك تعريفه اقتباسا من المفهوم الذي أعطاه الفقيه دولو بادير لعبارة الخطأ الإداري، فالخطأ المرفقي الطبي إما أن يكون خطأ منفرد أي من فعل موظف معروف أو مجموعة من الموظفين التابعين للمرفق الطبي، أو بشكل مجهول وجماعي وهو خطأ المرفق العام الطبي³.

=

وجه سيء، ويكون أداء الخدمة بشكل سيء إذا تم الإخلال بواجب تقديم العناية اللازمة للمريض وفق ما تقتضيه ظروفه الصحية، وفي إطار مراعاة الأصول والاخلاقيات الثابتة لمهنة الطب ومقتضيات التطور العلمي.....".

- قرار عدد 206 بتاريخ 12-04-2012 في الملف الإداري عدد 830-4-2-2011 (الوكيل القضائي للمملكة ضد رشيد بوولجة) " لكن حيث إن الخطأ المرفقي يتجلى في عدم أداء الإدارة للخدمة أو بطئها في أدائها أو أدائها من طرفها على وجه سيء.. وأن فتح ابواب المستشفى أمام المطلوب باعتباره زائرا لأحد المرضى قبل موعد الزيارة وفي وقت تنظيف أرضية المستشفى يشكل أداء للخدمة على وجه سيء مما نتج عنه انزلاق المطلوب في النقص وبالتالي إصابته بالأضرار التي لحقت به من جراء ذلك الانزلاق. ومن ثم يكون الخطأ المرفقي قائما في حق إدارة المستشفى....".

¹- قرار عدد 194-2 بتاريخ 21-03-2013 في الملف الإداري عدد 256-2-4-2012 (المركز الاستشفائي ابن رشد ضد العوني الحسين ومن معه) " لكن حيث إن الأصل أن الأخطاء المرتكبة من طرف الموظفين والتي ليست ذات طابع عمدي هي أخطاء مرفقية تتحمل الإدارة مسؤوليتها.....".

²- أحمد أدريوش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية، سلسلة المعرفة القانونية، البوكلي للطباعة والنشر، الطبعة 1999، ص 36.

3- André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, », T. L, LGDJ, Paris 1984, 9e édition. p 747 - voir aussi El houssaine SERHANE, la faute du service public en droit administratif Marocain, op cit, P 91 et suiv.

ثانيا : معايير الخطأ المرفقي

إن مسألة تحديد معيار أو معايير للخطأ المرفقي تبقى من اختصاص القضاء¹، لكن الأمر لم يقتصر على القضاء بل تعداه إلى الفقه الذي تناول هذا الموضوع من عدة زوايا مختلفة. وفيما بعد، رجح القضاء جانبا فقهيها على آخر. إذ ففيمما يخص هذه النقطة، يلاحظ أن القضاء المغربي لم يتميز بأية خصوصية تذكر، وظل وفيما للقضاء الفرنسي الذي ميز منذ أمد طويل بين الأخطاء البسيطة والأخطاء الجسيمة لتقرير مسؤولية المرفق².

وقد اعتمد القضاء الإداري المغربي³ على قاعدة عامة للفصل في بعض قضايا المسؤولية المبنية على شرط الخطأ المصلحي، وذلك بالنظر إلى تنفيذ الطبيب لالتزامه ببذل العناية ومدى مطابقته لقواعد المهنة وبناء على هذا قضت بالمسؤولية أو بعدمها⁴، إلا أن هذه الفكرة تراجعت في الآونة الأخيرة، نظرا لتطور الطب بصفة خاصة والمرفق الصحي بصفة عامة، إذ إن الأخطاء المصلحية الطبية، بدأت تعتمد على قاعدة التزام الطبيب أو المرفق العام الطبي ببذل نتيجة وليس عناية كما هو الشأن في بعض العمليات الطبية التي فيها التزام الطبيب أو المرفق العام الطبي هو شفاء المريض وليس بذل الجهد اللازم⁵.

إذن، فخطأ المرفق العام الطبي إما مرتبط بسوء عمله أو تنظيمه (1) أم بالتميز فيه بين الخطأ المرفقي المنفرد وبين الخطأ المرفقي المغفول (2).

1- حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 80، سنة 2008، ص 60.

2- عبد القادر باينة، دعاوي المسؤولية الإدارية: حالات المسؤولية الإدارية، المحاكم الإدارية دعامة من دعائم دولة القانون، الندوة الأولى للقضاء الإداري 18 - 19 مايو 1995 ص 32.

3 - حكم المحكمة الإدارية لأكاير عدد 2007-187 بتاريخ 24-05-2007 في الملف رقم 287-2003 ش غير منشور (امح المعلومة ضد الدولة المغربية ومن معها) القاعدة " إن الالتزام ببذل العناية المفروض على عاتق الطبيب يقتضي بذل العناية الضرورية والتي تتفق مع قواعد وأصول مهنة الطب "

- حكم المحكمة الإدارية لمكناس عدد 5-98-12 ش بتاريخ 02-04-1998 في الملف رقم 12/94/05 ت منشور بالمجلة المغربية والتنمية عدد 25، أكتوبر- دجنبر 1998 ص 191 إلى 195

- حكم المحكمة الإدارية لوجدة عدد 15-2003 بتاريخ 11-02-2003 الصادر في الملف رقم 105-00 ت منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 51-52 يوليو- أكتوبر 2003 ص 193 إلى 196

4 أحمد ادريوش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية، مرجع سابق، ص 25.

5 - تقرير النشاط السنوي للوكالة القضائية للمملكة لسنة 2014 ص 93 و 94

1- معيار سوء عمل المرفق العام الطبي

إن معيار سوء عمل المرفق العام الطبي يتمثل في الإغفال الناتج عن عدم قيام الإدارة بالعمل الذي كان يجب عليها القيام به واعتباره خطأ مرفقيا¹ (العمل الإيجابي *action positive*)، وذلك حتى بالنسبة لتباطؤها أو تأخرها في أداء الخدمة أو العمل المنوط بها من أجل تحقيق المنفعة العامة (العمل السلبي *action négative*)².

فهنا سوء عمل المرفق العام الطبي مرتبط بنظرية الالتزام بالعمل أو الجهد، فإذا اختل هذا العمل سواء بالتوقف أم التباطؤ أم تكرار هذا الاختلال يتحقق الخطأ المرفقي الطبي، وهذا هو توجه محكمة النقض إذ وضحت في قرار حديث لها³ أن الخطأ الطبي المرفقي يكون متوفرا إذا لم يتم تقديم الخدمة المطلوبة أو تم الإبطاء أكثر من اللازم في أدائها أو تم تأديتها على وجه سيء، ويكون أداء الخدمة بشكل سيء متواجدا في مرفق الصحة كلما تم الإخلال بواجب تقديم العناية للمريض.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي⁴ هو الذي وضع تقسيما لمختلف الأعمال التي يمكن أن تشكل الخطأ المرفقي الطبي وذلك انطلاقا من تجميع اجتهادات القضاء وتقسيمها أولا في سوء أداء المرفق للخدمة، وثانيا في عدم قيام المرفق بأداء هذه الخدمة، أما ثالثا ففي بطل المرفق أو تأخره في الخدمة.

2- معيار التمييز بين الخطأ المرفقي المشخص والخطأ المرفقي المجهول

إن معيار التقسيم الفقهي الذي تناوله القضاء المغربي، خاصة في القرارات الصادرة عنه منذ إنشاء المحاكم الإدارية والمتمثل أولا في سوء أداء المرفق للخدمة، وثانيا في عدم قيام المرفق بأداء هذه الخدمة، وثالثا في بطل المرفق أو تأخره في الخدمة ينطبق كذلك حتى على المرافق الطبية، إذ ليس هو الوحيد بل هناك تقسيم آخر يتطرق إلى خطأ المرفق العام الطبي انطلاقا من

1 - Jaque MOREAU, la responsabilité administrative, que sais-je ? C.E 27/1/1998, A.J.D.A, p 352.

² - جاء في حيشية للمحكمة الإدارية بوجدة أن "كل الأعمال السلبية من جانب المستشفى تشكل خطأ مرفقيا يتنافى مع مبدأ بذل العناية اللازمة وتوفير الأطر الطبية والعلاجية الضرورية لكل مريض أو مصاب تمت إحالته على المستشفى" حكم رقم 144 بتاريخ 29 - 05 - 2007 في الملف عدد 2004/12 ش.ت منشور بمجلة فقه المنازعات الإدارية العدد 3 سنة 2013، دارالأفاق المغربية للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، ص 475.

³ - قرار عدد 713 - 2 بتاريخ 28-11-2013 في الملف الإداري عدد 2012-2-4-850 (الوكيل القضائي للمملكة ضد عماد رمزي ومن معه) غير منشور.

⁴ - Georges VEDEL et Delvolve, « droit administratif » 9 édition. Thémis, p.u.f.1984 page 492- 493

تحديد مجال التدخل والتمييز بين العمل المادي والعمل القانوني وكذلك بالنظر إلى جسامه خطأ المرفق العام الطبي والتمييز منه بين البسيط والجسيم¹. لهذا ذهب جانب من الفقه² إلى تطبيق المفاهيم الأساسية للمسؤولية الإدارية انطلاقاً من مفهوم الخطأ الإداري عند الأستاذ دولو بادير، وتفسير سوء عمل المرفق العام الطبي، بأنه يتخذ شكلين عمليين إما فردي أي ناتج عن فعل موظف معين ومحدد بذاته وهو خطأ مرفقي للموظف (أ) أو مغفول وهو خطأ المصلحة أو المرفق العام الطبي (ب)

أ: الخطأ المشخص أو غير المجهول

فالخطأ المشخص *la faute signée*³ هو خطأ فردي ناتج عن تصرف الموظف داخل المرفق العام الطبي، إذ يكون الموظف الذي اقترف هذا الخطأ معروفاً ومحدداً وغير مجهول، ولكن يتحمل

¹El houssaine SERHANE, L'illégalité fautive dans le contentieux administratif, REMALD, serie « thèmes actuels », N° 6, 1996 Page 213

²El houssaine SERHANE, thèse précitée. Page170

³ - استقر المجلس الأعلى منذ أمد على أن الاتجاه الصائب والمؤسس للمسؤولية الإدارية هو خطأ أحد الموظفين وعندما تستحيل معرفة الموظف أو الموظفين، ففرضية المخاطر هي الواجبة التطبيق تأثراً بالفقه الفرنسي الذي كان يؤكد أن الشخص المعنوي العام لا يمكن له أن يرتكب الخطأ وإنما الذي يرتكبه هو الموظف، انظر قرار الغرفة المدنية للمجلس الأعلى تحت عدد 2035 بتاريخ 1986/09/17 شكير محمد، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 138 سنة 1988 ص 143.

تعتبر قضية محمد شكير من القضايا الأصلية للحديث عن المسؤولية الإدارية وذلك لتعلقها أولاً بأشكالية التطبيق السليم للفصل 79 من ق ل ع من طرف القضاء وثانياً لارتباطها بالتفسيرات الفقهية لنفس هذا الفصل، حيث بالرجوع إلى قضية محمد شكير فهي تتعلق بقيام أحد مستخدمي الإدارة في أحد المستشفيات بفاس بعملية إعمار ابن السيد محمد شكير حيث جاء في حشيات قرار المجلس بخصوص هذه القضية "..... وحيث إن المحكمة ملزمة بأن تكيف الدعوى، حسب الوقائع الثابتة أمامها، وتطبق عليها النص الواجب التطبيق كان عليها أن تبحث وتميز بين ما إذا كان صدر من " الضحاك " بصفته أحد مستخدمي الإدارة في أحد المستشفيات بفاس الذي قام بعملية إعمار ابن الطاعن بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 79، فتتقضي بمسؤولية الدولة، أم أنه خطأ شخصي لا علاقة له إطلاقاً بعمله فتتقضي بعدم مسؤولية الدولة، وتثبت في الدعوى في مواجهة الضحاك وحده في حين أن هذا التعليل غير كاف لتبرير ما انتهت إليه المحكمة في قضائها".

وبمقارنة قضية محمد شكير بقضيتي ارملة اعبود والزويد حمو يتضح أنها صدرت بشأنها قرارات من رؤساء أوليين مختلفين للمجلس الأعلى، لكن الجامع المشترك بينها هو إبرازها لتطبيقات الفصل 79 من ق ل ع التي هي في الأصل تأويلات فقهية متعاقبة ومختلفة للفصل 79 من ق ل ع ولا شيء يميز تطبيقاتها على المجال الطبي.

المرفق العام الطبي مسؤولية هذا الخطأ، وهذا ما يفهم من الفصل 79 من ق.إ.ع¹ إذ يتحدث عن مسؤولية الدولة والبلديات عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير مرافقها وعن الأخطاء المصلحية لموظفيها².

وإذا كان الاجتهاد القضائي³ أخذ بالمفهوم الواسع للموظف أو العون الإداري، حيث يشمل هذا المفهوم بالإضافة إلى الموظفين العموميين بالمعنى الدقيق، كل شخص يوجد في حالة تبعية للمرفق أثناء ارتكاب الخطأ⁴، والنظر إلى مفهوم الموظف العمومي من جانب المسؤولية الإدارية وليس التطبيق الضيق للفصل 2 من قانون الوظيفة العمومية لسنة 1958⁵. فإن هذه الفكرة تم التراجع عنها في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) بقوله "لكن حيث إن المعنى بالأمر مجرد عون مياوم وليست له صفة موظف عمومي حتى يخضع للقانون الخاص بالوظيفة العمومية الصادر في 24 يبرابر 1958، والذي عبر فصله الثاني عند تعريف الموظف يصرح بأنه "يعد موظفا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة"⁶.

كما أن الخطأ المشخص يجب أن يرتكبه الموظف داخل المرفق العام الطبي، فمن غير المنطقي اعتبار أعماله التي يقوم بها في حياته الخاصة أخطاء مرفقية. إذ أكد المجلس الأعلى

¹ - يجب دائما أن نستحضر عند تحليل الفصل 79 من ق.إ.ع أنه قد دون من طرف جورج تسيبي الذي كان آنذاك قاضيا بمجلس الدولة الفرنسي وهو الوحيد من بين الأعضاء القانونيين واضعي قوانين 1913) الفصل 80 من ق.إ.ع، الفصل 8 من التنظيم القضائي، الفصول 96 - 97 - 98 - 100 من التحفيظ العقاري قبل تعديله بالقانون رقم 14.07) ينتمي للقانون العام أم باقي الأعضاء دون أي استثناء ينتمون للقانون الخاص.

² - عبد الله حارسي، حول المسؤولية الإدارية، تطبيق الفصل 79 من ق.ل.ع من طرف المجلس الأعلى، 40 سنة من القضاء الإداري بالمغرب "مواضيع الساعة" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 14 سنة 1998 ص 78.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 214 بتاريخ 13 يوليوز 1973 (الدولة المغربية ضد علي بن عمر) غير منشور أورده الأستاذ الحسين سرحان في مقاله:

La faute du service public en droit administratif Marocain, op. Cit page 96

4 - El houssaine SERHANE, thèse précitée, page 159.

⁵ الصادر بظهير شريف رقم 1.58.008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) في الجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 11 أبريل 1958 ص 914.

⁶ قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى عدد 199 بتاريخ 15/06/1979 في الملف الإداري عدد 60935 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 دجنبر 2000 ص 133.

(محكمة النقض حالياً) على القضاة عند تحديدهم لمسؤولية المرفق العام الطبي، بالبحث عما إذا كانت الأفعال المنسوبة إليه تشكل خطأ شخصياً غير متصل بالوظيفة أو خطأ المرفق العام الطبي، والحكم حسب الحالات إما بتحمل المرفق العام الطبي المسؤولية متى كان الضرر ناتجاً عن خطأ مصلحي لأحد موظفيها أو مستخدميه، أو عدم تحميل المسؤولية إن كان الخطأ المرتكب خطأ شخصياً ولا علاقة له بعمله في المرفق العام الطبي¹، إذ أكد كذلك في قرار له بأنه "يجب على المحكمة أن تكييف الدعوى حسب الوقائع الثابتة أمامها، فتلتزم بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 79 من ق.ل.ع، حيث تقضي بمسؤولية الدولة متى كان الضرر ناجماً عن خطأ مصلحي لأحد موظفيها أو مستخدميه أو تقضي بعدم مسؤوليتها متى ثبت لها أن الخطأ خطأ شخصياً للمستخدم ولا علاقة له إطلاقاً بعمله الإداري"².

ولقد أكد المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) على أهمية الخطأ المرفقي المشخص، إذ كان متشددًا في تحديد الموظف المرتكب للخطأ والمسؤول عنه عبر قرارين:
- القرار الأول³ ارتكز في تعليقه على أن مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها أو عن الأخطاء المصلحية لمستخدميها لا يمكن افتراضها، أي لا بد من إثبات الخطأ

¹- قرار عدد 185 بتاريخ 2 ماي 1962 (قضية علي وعمر أوعشا ضد الدولة المغربية) منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى 1961-1965 ص 23

² قرار رقم 2035 بتاريخ 1986/09/17، شكير محمد ضد الدولة المغربية، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 138 سنة 1988 ص 143

3 قرار عدد 2391 بتاريخ 1994/05/26 في الملف المدني 903804 (الوكيل القضائي للمملكة ضد أحمد بن عمر) منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48 دجنبر 2000 ص 51، يتعلق الأمر بقضية السيد أحمد بن عمر الذي ذهب إلى مستشفى ابن زهير بمراكش لأجل علاج أصبعه الذي تكسر نتيجة سقوطه من فوق جدار منزل وبعد مدة شهر من العلاج على يد الدكتور المنصوري عبد الإله الذي هو طبيب متمرن بالمستشفى، شفي أصبعه إلا أن الطبيب المذكور أجرى له عملية بتر يديه اليمنى بأكملها دون موافقته، وبعدها اشتكى إلى مدير المستشفى الذي نصح بتقديم دعوى أمام القضاء. وجاء في إحدى حشيات هذا القرار ".... فإن اعتماد المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه في تحميل الدولة مسؤولية ما حدث للمطلوب من ضرر على مجرد أن إدارة المستشفى المذكور امتنعت من تمكين الخبير المعين من طرف المحكمة من الاطلاع على الملف الطبي للمتضرر المطلوب وأن ذلك يشكل قرينة على ثبوت الخطأ المصلحي لأطباء المستشفى المذكور غير كاف وكان على المحكمة في هذه الحالة أن تجبر إدارة المستشفى بشتى الوسائل حتى ولو اقتضى الأمر انتقالها شخصياً رفقة الخبير المعين من طرفها إلى المستشفى المذكور قصد الإطلاع

المصالحى المنسوب إلى أحد موظفيها، والملف الحالي خال من نسبة الخطأ المصالحى إلى الهيئة الطبية لمستشفى ابن زهير بمراكش التابع للدولة.

- القرار الثانى¹ ربط فيه بين وجود علاقة سببية بين الضرر وعمل أحد أطر وزارة الصحة العمومية التى هى شخص من أشخاص القانون العام وبالتالى أسس مسؤولية الدولة عن تعويض الضرر المذكور وفق مقتضيات الفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود والفصل 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

إذن يتضح من خلال الاجتهاد القضائى الإدارى المغربى أنه يحدد المسؤول عن الضرر فى الخطأ المرفقى الطبى بشكل منفرد سواء كان موظفا أم طبيبا أم مجموعة من الموظفين أو فريقا طبيا²، رغم أن المرفق هو الذى سيتحمل فى الأخير التعويض عن الضرر، الأمر الذى يفسر كذلك الأهمية التى يوليها القضاء فى تحديد مرتكب الخطأ المرفقى المشخص وتمييزه عن الخطأ المرفقى المغفول أو المجهول فى نظام المسؤولية الإدارية الطبية.

=

على الملف الطبى المذكور لتقف على الحقيقة وبالتالى التأكد من ثبوت الخطأ المصالحى للدولة أو عدم ثبوته ودون ذلك يبقى قرارها ناقص التعليل يوازى عدمه ويعرضه بالتالى للنقض".

¹ قرار الغرفة الإدارية عدد 286 بتاريخ 2003/05/08 فى الملف الإدارى عدد 2001/1/4/4 غير منشور أوردته جميلة بونيت، مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبى فى ضوء الاجتهاد القضائى المغربى، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة فى المهن القضائية والقانونية، كلية الحقوق الرباط السويى، السنة الدراسة 2007-2008، الملحق ص 107 ومابعدها.

جاء فى إحدى حيثيات هذا القرار "وحيث تبين مما ذكر أن المدعى أثبت حصول الضرر لابنه القاصر والعلاقة السببية بين هذا الضرر وعمل أطر وزارة الصحة العمومية التى هى شخص من أشخاص القانون العام، الشيء الذى تكون معه الدولة المغربية مسؤولة عن تعويض الضرر المذكور وفق مقتضيات المادة 8 من القانون 41-90".

² جاء فى حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 1669 الصادر بتاريخ 2006/12/28 فى الملف عدد 03/971 س ت، غير منشور "وحيث يتبين بجلاء مدى ثبوت الخطأ المرفقى الناتج عن إهمال الفريق الطبى لعملية إجراء كشوفات أولية على الضحية القاصر، قبل إخضاعه للعملية الجراحية الذى لا يبعد أن يكون إلا خطأ مصالحيا" أوردته عمر بومزوغ، قضايا وزارة الصحة أمام المحاكم المغربية قضايا وزارة الصحة أمام المحاكم المغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا للجامعة فى المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس السويى الرباط السنة الجامعية 2010-2011 ص 189.

ب: الخطأ المرفقي المغفول

إن الخطأ المرفقي المجهول أو المغفول يتمثل في السير السيء للمرفق وإخلاله بالتزاماته، دون إلزامية البحث عن الموظف أو الموظفين التابعين للمرفق، حيث تختزل دعوى التعويض في طرفين أساسيين هما الضحية والمرفق¹. ويتبين من خلال هذا التوضيح أن خاصية السير السيء للمرفق تشترك مع التقسيم الثلاثي والتقليدي الذي أعطاه الفقه الفرنسي للخطأ المرفقي في حصره إما في عدم تقديم الخدمة بالشكل المطلوب أو تقديمها بشكل سيء أو بوطيء.

ولقد تذبذب الاجتهاد القضائي في الأخذ بفكرة الخطأ المرفقي المغفول، وهذا راجع بالأساس إلى عدم استحضار القضاة لمبدأ الخطأ الإداري والاقتصار فقط على التقسيم الثلاثي للخطأ المرفقي، وهذا التأويل نفسه سايره قديما كل من الفقيهين بوسكت² BUSQUET وريفير³ RIVIERE بتأكيدهما على أن المسؤولية الإدارية التي وضعها المشرع المغربي تعتمد على الخطأ المرفقي للموظفين، أما خارج هذا النطاق فتوجد نظرية المخاطر، حيث يتضح من خلال الفصل 79 من ق.إ.ع أن مسؤولية المرفق العام تقرر في حالتين:

- مسؤولية بدون خطأ أي الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها؛
- مسؤولية بناء على الخطأ المرفقي للموظفين؛

لكن سابقا، تراجع المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ومعه المحاكم المغربية في بعض الاجتهادات عن هذا الموقف الفقهي وتم تكريس الخطأ المرفقي المغفول⁴ وذلك بمناسبة بتهم في المسؤولية الإدارية، إذ في نازلة أكد فيها صحة الاتجاه الذي سلكته محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها قضى بالحكم على الدولة من أجل سوء سير المرفق العام الصحي، وذلك في ملف كان بالإمكان فيه التعرف بسهولة على الموظف المسؤول كما زعمت بذلك الإدارة⁵.

1 EL houssaine SERHANE, la faute du service public en droit administratif Marocain, op. Cit. Page 96

2- Busquet (R), la responsabilité de l'Etat et des municipalités, G.T.M, 1925 n° 179

3- Rivière (P.L), Précis de législation Marocaine, paris 1927 page 229

1- C.A.R, 17 déc 1929 ; R.A.C.A.R, p 376- C.A.R, 29 juin 1962 ; R.M.D, 1962 ; p 13C.S.A, N° 345, du 4 Aout 1978 ; R.M.D, 1962, P 514.

5- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 21 فبراير 1975، لمريني محمد، مجلة كلية الحقوق بالرباط عدد 1979 ص

أما حالياً، فالاجتهاد القضائي سواء للمحاكم الإدارية¹ أو محاكم الاستئناف الإدارية²، وكذلك لمحكمة النقض (الغرفة الإدارية)³ يعتمد بالدرجة الأولى في تحديده للخطأ المرفقي المغفول أو المجهول على مدى تحقق سوء أداء الخدمة من عدمه، رغم أنه لا يعطيه اسم الخطأ المرفقي المغفول، لكن يمكن استنتاج ذلك من خلال تغييبه للمسؤول عن الخطأ (موظف بالمرفق) في صلب الحكم أو القرار القضائي وربطه بالمرفق العام الطبي مباشرة، إذ في قرار لمحكمة النقض⁴ أيدت فيه ما استندت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في تعليلها للخطأ المرفقي الطبي على أساس سوء التسيير دون ربطه بالشخص المسؤول عن الضرر، واصفة تعليلها بالتعليل السليم وغير المنتقد الذي ارتكز إلى أن " مسؤولية المرفق الصحي الذي خضعت فيه ابنة المستأنف عليه للعلاج قائمة وثابتة بأدائه الخدمة المنوطة به بشكل سيء، وتسبب في إصابتها بعاقة لها آثار نفسية ومعنوية جسيمة....".

إلا أن نظرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض لاتزال تركز في بعض قراراتها الإتجاه الفقهي القديم الذي يستبعد الخطأ المرفقي المجهول ويقتصر فقط على نظرية المخاطر في حالة عدم نسبة

¹ - حكم رقم 32 الصادر بتاريخ 20-01-2010 عن المحكمة الإدارية بفاس في الملف رقم 251 ت-07 حكم رقم 4442 الصادر بتاريخ 4-12-2012 عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف رقم 1415-09-12 منشور عند عبد

الكبير العلويالصوي، العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية، مرجع سابق ص 59 إلى 60

- حكم رقم 2000 الصادر بتاريخ 29 ماي 2012 عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف رقم 1390-09-12 منشور عند عبد الكبير العلويالصوي، مرجع سابق ص 64 إلى 65

² - قرار رقم 1426 الصادر بتاريخ 06-09-2010 عن محكمة الاستئناف الإدارية في الملف رقم 493-08-6

- قرار رقم 2672 الصادر بتاريخ 12-01-2012 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف رقم 436-7-6

³ - قرار عدد 897-2 بتاريخ 19-12-2013 في الملف الإداري عدد 2464-4-2-2012 (الوكيل القضائي للمملكة ضد وردة بندقور) غير منشور

- قرار عدد 206 بتاريخ 12-04-2012 في الملف الإداري عدد 830-4-2-2011 (الوكيل القضائي للمملكة ضد رشيد بولجة) غير منشور

- قرار عدد 113 بتاريخ 23-02-2012 في الملف الإداري عدد 447-4-1-2010 (الوكيل القضائي ضد ميمون التيجاني) غير منشور

⁴ - قرار عدد 571 - 2 بتاريخ 03-10-2013 في الملف الإداري عدد 1170-4-2-2013 (الوكيل القضائي للمملكة ضد أحمد بن العياشي الوردی) غير منشور

الضرر إلى فرد أو أفراد معينين، إذ ارتكزت في قرار¹ لها على أن "مسؤولية الدولة تقوم في حالتين: أولاهما عدم إمكان نسبة الضرر إلى شخص أو أشخاص معينين أي أن الضرر نشأ مباشرة من تسيير مرفق الدولة، فالمسؤولية لذلك قائمة على المخاطر، ولا يشترط لقيامها وجود خطأ بل يكفي حدوث الضرر وقيام العلاقة السببية بينه وبين مرفق الدولة، وثانيهما تسبب الضرر عن خطأ مصلحي لأحد موظفيها أو مستخدميها..."

المحور الثاني: الخطأ الشخصي

نظم المشرع المغربي فكرة الخطأ الشخصي في الفصل 80 من ق.إ.ع، إذ نص فيه أن "مستخدموا الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم. ولا تتجاوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها".

ويبدو من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي لم يعط تعريفا محددا للخطأ الشخصي بل نظم فقط أسباب قيام المسؤولية الشخصية للموظف العمومي وأكد أيضا على أنه لا يمكن له (أي الموظف) أن يختبأ وراء المرفق العام في جميع الحالات لتأمين مسؤوليته في مواجهة الغير، لأن هذا المرفق وإن كان شخصا معنويا عاما فإن نشاطه يسير من قبل أشخاص ذاتيين يحتم القانون عليهم التقيد بسلوك معين وقواعد محددة بمناسبة ممارسة مهامهم، وكل تجاوز لها أو عدم احترامها يكون سببا في إثارة مسؤوليتهم الشخصية وفق ما نص عليه الفصل 80 من ق.إ.ع.

ورغم أن القضاء العادي هو المختص في التعويض عن المسؤولية الشخصية للموظف، إلا أن أغلب اجتهادات القضاء الإداري المغربي التي تم الإطلاع عليها² تخلط بين حالات المسؤولية الشخصية للموظف العمومي طبقا للفصل 80 والمسؤولية الإدارية القائمة على أساس الفصل 79 من ق.إ.ع، حيث يرجع أحد الباحثين هذا الخلط إلى حجم التأثير بالاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي والرغبة في إلصاق المسؤولية للشخص المعنوي العام كلما ثبتت العلاقة بين الخطأ

¹ - قرار عدد 3953 الصادر بتاريخ 04-11-2009 في الملف المدني عدد 295-1-3-2008 (الوكيل القضائي للمملكة ومن معه ضد بوعزة) منشور عند عبد الكبير العلويالصوي، مرجع مشار إليه أعلاه ص 32 إلى 36

² - أنظر على سبيل المثال لا الحصر:

- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 1536 الصادر بتاريخ 29-6-2011 في الملف رقم 408-13-2008 منشور عند عبد الكبير العلوي الصوي، العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية، مرجع سابق ص 56

الشخصي ونشاط المرفق العام الطبي وهذا حسب رأيه يضيق من مجال تطبيق المسؤولية الشخصية¹.

اختلف الفقه في الأخذ بمعيار واحد وشامل لتحديد الخطأ الشخصي، نظرا لتعدد وتنوع الحلول القضائية التي اختارها الاجتهاد القضائي في هذا المجال. لكن سيتم حصرها في محددتين اتفق عليهما غالبية الفقه والقضاء: الخطأ المنفصل عن المصلحة الإدارية (ثانيا) الجسم أو الخطأ التدليسي (ثالثا) لكن قبل التطرق إلى هذين المحددين يجب التطرق إلى مفهوم الخطأ الشخصي سواء من الجانب الفقهي أم القضائي (أولا).

أولا: مفهوم الخطأ الشخصي

إذا كان المشرع قد أغفل تعريف الخطأ الشخصي، فإن بعض الفقه عرفه (أي الخطأ الشخصي) بكونه "خطأ مجرد من أي علاقة مع المرفق العمومي ومثال ذلك الطبيب الذي يعطي علاجاته لجبرانه أو لشخص تعرض لحادثة سير فهو خطأ متعمد أو خطأ ذا جسامه استثنائية"²، كما أنه خطأ ينسب إلى الموظف العمومي شخصيا³ ومن اختصاص القضاء العادي تبعا لقواعد القانون الخاص المنصوص عليها في الفصل 77 من ق.إ.ع، لكن الإشكال ليس في تعريف الخطأ الشخصي الواقع من طرف الموظف العمومي، بل في تحديده وتمييزه عن الخطأ المرفقي، حيث أصبح وجود أو غياب الخطأ الشخصي محددا لمعرفة وجود الخطأ المرفقي.

ويتضح هذا من خلال الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الذي تطرق لمسألة توضيح مفهوم الخطأ الشخصي عبر عدة قرارات حديثة⁴ صادرة عنها، تناقش المسؤولية الإدارية الطبية وتداول حول قاعدة عامة تحدد الخطأ الشخصي بأنه تصرف جد خطير يرتبط بالإهمال وعدم

¹ - صالح لمزوغ، المسؤولية المدنية الشخصية للموظف، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال الرباط، السنة الجامعية 2011-2012، ص 132.

² Jean PANNEAU « la responsabilité du médecin », 2ème édition dalloz, 1996 page 51

³ El houssaine SERHANE, le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public Marocain, thèse précitée. Page 214

⁴ أنظر في هذا الصدد قرارات غير منشورة:

- قرار عدد 194-2 بتاريخ 21-03-2013 في الملف الإداري عدد 256-4-2012 (المركز الإستشفائي ابن رشد ضد العوني الحسين ومن معه).

- قرار عدد 904 بتاريخ 26-12-2013 في الملف الإداري عدد 965-4-2012 (الدولة ومن معها ضد مبارك الكامل ومن معه).

- قرار عدد 427 بتاريخ 20-09-2012 في الملف الإداري عدد 857-4-2011 (الوكيل القضائي للمملكة ضد لحسن بوقسيم ومن معه).

الاحتياط في أداء المهمة بشكل ينبئ عن تهور على درجة من الخطورة ما كان للموظف متوسط الكفاءة الوقوع فيه". كما أن العمل القضائي سواء للمحاكم الإدارية¹ أو لمحاكم الاستئناف الإدارية² لا يجحد عن هذه القاعدة، رغم أنها في بعض اجتهاداتها³ لا تزال متشبثة بالتعريف الذي تواتر عليه المجلس الأعلى للخطأ الشخصي، أي أنه خطأ ينفصل بقدر كاف عن المرفق العمومي الذي يشغل به الموظف⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن الخطأ المرتكب من قبل موظفي وأعوان المرفق العام الطبي إذا كان شخصيا منفصلا عن أداء الخدمة الصحية للمكلفين بأدائها وغريبا عن عملهم داخل المرفق العام الطبي، فإنهم يسألون من مالهم الخاص طبقا لمقتضيات الفصل 80 من ق.إ.ع ويختص القضاء العادي في تعويض الضرر المترتب عن خطئهم طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ولا يكون المرفق العام الطبي مسؤولا هنا إلا في حالة تحقق إفسار الموظف المرتكب للخطأ الشخصي وذلك بعد تحقق الشروط المنصوص عليها في الفصل 80 من ق.إ.ع⁵.

ولقد اشترط المشرع المغربي من خلال الفصل 80 من ق.إ.ع في الخطأ الشخصي للعون أو موظف المرفق العام الطبي أن يكون خطأ جسيما أو تدليسيا وقع بمناسبة القيام بأعمال الوظيفة، وأضاف له القضاء شرطا آخر وهو أن يكون منفصلا عن الوظيفة، حيث جاء في قرار

¹ - حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 304-95 الصادر بتاريخ 6-12-1995 في الملف رقم 57-95 ت منشور عند صالح لمزوغوي، المسؤولية المدنية الشخصية للموظف، مرجع سابق ص 108 و109

² - قرار رقم 303 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 20-11-2007 في الملف عدد 6-33-2007-1 - انظر كذلك القرارات التالية:

قرار رقم 1120 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 15-12-2011 في الملفين عدد 633-6-2011 و332-6-2011.

قرار رقم 1195 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 21-6-2010 في الملف رقم 516-08-6³ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 426 بتاريخ 06-06-1999 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 32 ص 180

⁴ - قرار 2035 بتاريخ 17-9-1986 ملف مدني، الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 138 ص 143

⁵ - أحمد أدريوش، مسؤولية الطبيب المدنية، عرض مقدم لندوة المسؤولية الطبية في الفقه والقضاء والقانون، الندوات الشهرية لمحكمة الاستئناف بالرباط، يوم الجمعة 29-9-2001، ص 14

للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)¹ يصف فيه الخطأ الشخصي بأنه "خطأ غير مطبوع بطابع الموظف أو المستخدم الشخصي وبأن لا تكون له علاقة إطلاقاً بعمله الوظيفي أو يكون مندرجاً في مهامه الوظيفية، ولكنه مع ذلك يكتسب قدراً من الجسامة، أو ينطوي على عمد أو نية الإضرار، وفي هذه الحالة يقيم الفصل 80 من ق.إ.ع مسؤولية الموظف عن الضرر الذي تسبب فيه ولا تسأل الدولة إلا في حالة إعساره".

ثانياً: الخطأ المنفصل عن المصلحة الإدارية

إن القضاء هو الذي وضع هذا المعيار²، ويطلق عليه كثيراً من الفقه اسم الخطأ المنفصل عن الوظيفة، ويشمل الخطأ الشخصي المنفصل عن المصلحة الإدارية جميع الأعمال التي يقوم بها الموظف دون أن تدخل في اختصاصه، فيعتبر خطأ شخصياً إذا أمكن فصله عن الوظيفة بينما يعتبر خطأ مرفقياً إذا كان عمل الموظف العامل بالمرفق العام الطبي لا ينفصل عن الوظيفة³. فالحالة هنا كما عبر عنها الأستاذ سرحان بأن المرفق العام يتغلى عن جداره الذي يختبأ وراءه الموظف أو العون العمومي، فالخطأ المرتكب من طرفه يبقى مسؤولاً عنه بالدرجة الأولى اتجاه الضحية⁴، كما يكون الخطأ الشخصي للموظف منفصلاً عن وظيفته بالمرفق العام الطبي إذا كان مستقلاً عن عمله الفني المرتبط به⁵.

ولا يثير الخطأ الشخصي المنفصل الذي يرتكبه الموظف التابع للمرفق العام الطبي أي إشكال، على اعتبار وجود نصوص قانونية تحدد مجال الموظف أو العون التابع للمرفق العام الطبي، بل المشرع نفسه حدد الأعمال التي لا يمكن أن يقوم بها مثلاً إلا الطبيب أو الجراح،

¹ - قرار عدد 3953 بتاريخ 2009/11/04 في الملف المدني عدد 2008/3/1/295 (الوكيل القضائي للمملكة ومن معه ضد بوعزة) منشور عند عبد الكبير العلويالصوبي، مرجع سابق، ص 32 إلى 36.

² - وردت تسمية الخطأ المنفصل عن المصلحة الإدارية قديماً في قرار الغرفة المؤقتة لمحكمة النقض بتاريخ 1944/2/2 في قضية أحمد بن مبارك/هيمير وردت عند الأستاذ إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء سنة 1996 ص 409 وكذلك قرار للمجلس الأعلى عدد 198 بتاريخ 1972-05-02 ق.م.ع عدد 25 ماي 1980 ص 193.

³ - حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 304-95 الصادر بتاريخ 6-12-1995 في الملف رقم 57-95 ت ورد عند صالح لمزوعي، المسؤولية المدنية الشخصية للموظف، مرجع سابق ص 108 و109

⁴ - El houssaine SERHANE "la problématique de la faute personnelle aux agents publics en droit administratif Marocain" op cit page 146.

⁵ - Cyril CLEMENT, L'évolution de la responsabilité médicale de l'hôpital public, les Grands arrêts de la jurisprudence, Edition les études Hospitalières, 1995 page 41-42

والأعمال التي يقوم بها غيرهم من المساعدين إما تحت إشراف ومراقبة الطبيب أو الجراح أو بأمر من أحدهما ودون حضوره¹.

ومن التطبيقات القضائية للخطأ الشخصي المنفصل عن المصلحة الإدارية ما جاء في قرار المجلس الأعلى² "حيث إن المحكمة الابتدائية التي تبنت عللها محكمة الاستئناف أثبتت من خلال تقرير الخبير ومحضر الشرطة القضائية أن الوفاة ناتجة عن مفعول دواء غرز في جسم الضحية من طرف الممرض وقد صرحت المحكمة في هذا الشأن بأنه جاء في تقرير الطبيب أن الموت كانت نتيجة صدمة ناتجة عن مفعول دواء مغروز في الجسم وهذا هو الفعل المرتكب والمؤدي إلى وفاة الضحية.

وحيث يستخلص من محضر الضابطة القضائية أن الممرض يشتغل مرشدا للمرضى يوجههم إلى الأقسام المختصة، وبالتالي تكون الإبرة التي غرزها في جسم الضحية لم تعط لها من طرف الطبيب المعالج.

وحيث والحالة هذه تكون مسؤولية الممرض كاملة فتكون المحكمة بذلك قد أبرزت من جهة خطأ الممرض في عدم أخذه الاحتياطات والعناية اللازمة بغرز الإبرة للضحية بعد التأكد أن بحوزتها وصفة الطبيب أو بعد استشارة هذا الأخير، ومن جهة أخرى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهو الوفاة مما يكون معه القرار المطعون فيه معلل بما فيه الكفاية وتكون الوسيلة غير مرتكزة على أساس".

كما تجدر الإشارة إلى أن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الطبيب أو موظفي المرفق العام الطبي خارج مزاولتهم لوظيفتهم، لا يشترط فيها نفس المعايير والضوابط المذكورة في الخطأ الشخصي المنفصل عن الوظيفة في الحالات العادية، على اعتبار أن الطبيب في هذه الحالة يكون قد أخل بالتزام رتب عليه العقد الطبي طبقا للفصل 231 من ق.إ.ع، ويكون القضاء العادي هو صاحب الاختصاص وليس القضاء الإداري³.

¹ - أحمد أدريوش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية، مرجع سابق، ص 41 و 42

² - قرار الغرفة الإدارية رقم 277 بتاريخ 4-11-83 ملف إداري غير منشور أورده الأستاذ أحمد أدريوش،

مسؤولية المرافق الصحية العمومية، مرجع سابق ص 41

³ جميلة بونيت، مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في ضوء الاجتهاد القضائي، مرجع سابق ص 18

ثالثاً: الخطأ الجسيم أو الخطأ التدليسي

إن الخطأ الجسيم حسب تحديد محكمة النقض¹ هو ذلك الخطأ الذي يتحمل معه مرتكب المسؤولية بصفة شخصية ويصل إلى درجة العمد أو شبه العمد في ارتكاب الفعل الضار. أما الخطأ التدليسي فهو استعمال وسائل احتيالية بهدف الإضرار بالغير، إذ يظل سواء الخطأ الجسيم أو التدليسي خطأ شخصياً حتى ولو ارتكب داخل نطاق أعمال الوظيفة، مادام أن هذا الخطأ تم بسوء نية أو عن طريق غش أو تدليس من الموظف.

ذلك أن الخطأ في هذه الحالة ينفصل ذهنياً عن نطاق الوظيفة ومن تم يظل شخصياً، كما يشترط في هذا الخطأ حتى يمكن اعتباره شخصياً أن يكون العون بالمرفق أو الموظف بالمرفق العام الطبي قد ارتكبه بسوء نية، أي أن يكون من الجسامة لدرجة لا يمكن اعتباره من المخاطر العادية التي يتعرض لها العون أو الموظف في أداء عمله اليومي².

ومن التطبيقات التي اجتمع عليها الفقه والقضاء في مجال الخطأ الجسيم³:

- نسيان جسم غريب في جسد المريض، وإهمال تنظيف البطن بعد إخراج الجسم الغريب من جسد المريض إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) "إن الدكتور.... بنسيانه للجسم الغريب في جسد المدعية أثناء القيام بالعملية الجراحية يكون قد ارتكب خطأ جسيماً أدخل بالمقتضيات العامة التي تفرضها عليه مهنة الطب، والتي تستوجب بذل عناية وجهد جاد يقظ تتفق والمسلك الطبي الذي يفترض في كل طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به، فهو يسأل عن خطئه العادي أياً كانت جسامته"⁴.

- الجهل بأصول الطب وبمعطياته الثابتة ومن أمثلة ذلك ما جاء في اجتهاد للغرفة المدنية بالمجلس الأعلى⁵ (محكمة النقض حالياً) بأن " مسؤولية الطبيب لا تنعقد إلا بثبوت إهمال من طرفه يستخلص من وقائع قاطعة وواضحة تتنافى مع الأصول العلمية الثابتة في علم الطب".

² قرار عدد 2/904 بتاريخ 2013 /12/26 في الملف الإداري عدد 2012/2/4/965 الدولة ومن معها ضد مبارك الكامل ومن معه) غير منشور.

² -ملكية الصروح، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة سنة 1995 ص 553

³ - أحمد أدريوش، مسؤولية المرافق الصحية العمومية، مرجع سابق ص 42-43-44

⁴ - قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) تحت عدد 383 بتاريخ 1991/02/14 غير منشور أورده محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، دراسة مقارنة ط1، 1994، دار قرطبة الدار البيضاء، ص 75.

⁵ - قرار عدد 2149 صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) بتاريخ 2001/05/31 في الملف المدني عدد 00/1081 منشور في مجلة التواصل القضائي، عدد مزدوج 3/2 دجنبر 2013- فبراير 2014 ص 50.

ويخضع تقدير جسامة الخطأ الذي يقتترفه الموظف لتقدير قضاة الموضوع بناء على معطيات محددة، تركز خصوصا على نوعية نشاط المرفق الإداري والمخاطر التي تواجه الموظف في مزاولته مهامه، كما أن تطبيق معيار الجسامة خاصة من طرف القضاء الإداري المغربي يختلف حسب الدرجة القضائية ونوعية القضايا المعروضة¹، ولا أدل على ذلك وصف بعض المحاكم الإدارية² والاستئناف الإدارية³ الخطأ المرتكب من قبل الطبيب بأنه خطأ جسيم، لكنها لا ترتب عليه النتيجة التي رتبها الفصل 80 من ق.إ.ع أي أن هذا الخطأ يرتب المسؤولية الشخصية، بل تحمل المرفق المسؤولية الإدارية طبقا للفصل 79، كما أن هذا الإشكال لا يقف عند هذه النقطة، بل حتى بعض قرارات محكمة النقض⁴ تشاطر هذا الاتجاه الذي سلكته هذه المحاكم، موضحة أن

¹ - صالح لمزوغي، المسؤولية الشخصية للموظف العمومي، مرجع سابق ص 113

² - أنظر في هذا الصدد:

- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 1536 الصادر بتاريخ 29-6-2011 في الملف رقم 408-13-2008 منشور عند عبد الكبير العلوي الصوي، مرجع سابق ص 56 إلى 58

- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 3 الصادر بتاريخ 04/01/2005 في الملف رقم 276/2022 ش.ت منشور في مجلة فقه المنازعات مرجع سابق ص 452 إلى 461

- حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 92 بتاريخ 16/03/2005 في الملف 74/12/2005 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 62-63 ماي غشت 2005 ص 263

³ - أنظر في هذا الصدد قرارات عن محكمة الاستئناف الإدارية ذكرت وأيدت من طرف قرارات محكمة النقض المشار إليه أسفلا:

- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش رقم 1120 الصادر بتاريخ 15-12-2011 في الملفين عدد 333-2011 و 332-6-2011

- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 831 الصادر بتاريخ 24-03-2011 في الملف عدد 525-08-6

- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 2270 الصادر بتاريخ 30-06-2011 في الملف عدد 608-08-6

⁴ - أنظر في هذا الصدد قرارات غير منشورة:

- قرار عدد 904 بتاريخ 26-12-2013 في الملف الإداري عدد 965-4-2-2012 (الدولة ومن معها ضد مبارك الكامل ومن معه) .

- قرار عدد 194-2 بتاريخ 21-03-2013 في الملف الإداري عدد 256-4-2-2012 (المركز الإستشفائي ابن رشد ضد العوني الحسين ومن معه) .

- قرار عدد 39-2 بتاريخ 16-01-2014 في الملف الإداري عدد 1959-4-2-2012 (الوكيل القضائي ضد عبد العزيز جبرون) .

الخطأ الجسيم الذي يتحمل معه مرتكب المسؤولية بصفة شخصية هو ذلك الذي يصل إلى درجة العمد أو شبه العمد في ارتكاب الفعل الضار، أما إذا كان ذلك الخطأ ناتجا عن المزاولة العادية للعمل المنوط بالموظف فإنه لا يصل إلى درجة الخطأ الجسيم، كما أن وصف المحاكم للخطأ بأنه جسيم فإن ذلك لا يخرج عن دائرة الخطأ المصلحي مادام أن جسامته لم تصل إلى درجة الخطورة المبررة لتحميله للموظف.

ويبدو أن بعض أحكام القضاء العادي¹ وقرارات الغرفة المدنية لمحكمة النقض² عند بنتها في المسؤولية الإدارية الطبية تطبق الفصلين 79 و80 من ق.إ.ع تطبيقا سليما، على عكس اتجاه القضاء الإداري الذي تمت الإشارة إليه سابقا.

ومن بين التطبيقات القضائية التي سائرت هذا المنحى ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية لوجدة الذي وضح بشكل صريح أن الخطأ الجسيم يندرج ضمن الأخطاء الشخصية بقولها "وحيث إن المحكمة بعد دراستها للملف النازلة وخاصة نتيجة الخبرة المأمور بها.. وقد تبين لها أن ما أصاب المدعي من أضرار تمثلت في شلل وجهه يرجع بالأساس إلى العملية الجراحية التي أجراها الدكتور.

وحيث يظهر أن العلاقة السببية بين فعل الدكتور وبين الضرر ثابتة، وأن المحكمة وبما تتوفر عليه من سلطة تقديرية قد قررت اعتبار فعل الدكتور من قبيل الأخطاء الجسيمة عملا بمقتضيات الفصل 80 من ق.إ.ع"³.

وتقوم كذلك فكرة الخطأ التدليسي على القيام بأعمال تدليسية يستعمل فيها العون أو الموظف بالمرفق العام الطبي نزوات شخصية موسومة بأعمال غير مشروعة هدفها الإضرار بالغير ويتحمل وحده نتائج فعله الضار⁴، ومن التطبيقات القضائية لهذه الحالة ما جاء في قرار

¹ - حكم المحكمة الابتدائية للقنيطرة بتاريخ 2013/12/18 في الملف الجنحي رقم 2101/6032 غير منشور
² - أنظر في هذا الصدد القرار عدد 3953 الصادر بتاريخ 2009-11-04 في الملف المدني عدد 295-1-2008 (الوكيل القضائي للمملكة ومن معه ضد بوعزة) منشور عند عبد الكبير العلوي اللصوسي، مرجع سابق ص 32 إلى 36

³ - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 3593-85 بتاريخ 1-12-1989 في الملف رقم 3120-89 ورد عند جميلة بونيت، مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في ضوء الاجتهاد القضائي، مرجع سابق ص 19

⁴ - محمد الحضري، أساس مسؤولية المتبوع في التشريع المدني المغربي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، الرباط السنة الجامعية 1990-1991 ص 201

للمجلس الأعلى¹ (محكمة النقض حاليا) في تحديده للخطأ الشخصي بأنه خطأ غير مطبوع بطابع الموظف أو المستخدم الشخصي وبأن لا تكون له علاقة إطلاقاً بعمله الوظيفي أو يكون مندرجا في مهامه الوظيفية، ولكنه مع ذلك يكتسب قدرا من الجسامة، أو ينطوي على عمد أو نية الإضرار".

و يشترط إذن في الخطأ الشخصي الناتج عن التدليس والمرتكب من قبل الموظف بالمرفق العام الطبي، أن ينطوي على قصد سيء يخفيه لتحقيق أهداف شخصية لا علاقة لها بالمجال الوظيفي. وأمام إشكال كشف هذا النوع من الخطأ أو على الأقل إثباته بأدلة مادية وجيهة. فإن السلطة التقديرية للقضاء الإداري² تبقى مفتوحة لتحديد النية الحسنة أو السيئة الموظف وذلك من خلال وقائع وملابسات كل قضية عبر استحضار علاقة الفعل المرتكب بطبيعة النشاط الإداري وحدود خروجه عن واجبات الوظيفة³.

وقد يندرج الخطأ المبني على التدليس تحت طائلة القانون الجنائي، حيث كان العمل القضائي المغربي في بداية الأمر يربط وجود المتابعة الجرمية بتحقيق المسؤولية الشخصية⁴ وبالتالي وجود الخطأ الشخصي التلقائي. والعكس صحيح، أي أنه كان يربط تواجد الخطأ الشخصي بقيام

¹ - قرار عدد 3953 بتاريخ 2009/11/04 في الملف المدني عدد 2008/3/1/295 (الوكيل القضائي للمملكة ومن معه ضد بوعزة) منشور عند عبد الكبير العلوي اللصوصي، العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 32 إلى 36

² - أنظر في هذا الصدد قرارات غير منشورة لمحكمة النقض سبق التطرق إليها تعتمد على هذا الاتجاه:
- قرار عدد 904 بتاريخ 2013-12-26 في الملف الإداري عدد 2012-4-2-2012 (الدولة ومن معها ضد مبارك الكامل ومن معه).

- قرار عدد 194-2 بتاريخ 2013-03-21 في الملف الإداري عدد 2012-4-2-2012 (المركز الإستشفائي ابن رشد ضد العونى الحسين ومن معه) .

- قرار عدد 39-2 بتاريخ 2014-01-16 في الملف الإداري عدد 2012-4-2-1959 (الوكيل القضائي ضد عبد العزيز جبرون) .

³ - صالح لمزوغى، المسؤولية المدنية الشخصية للموظف العمومي، مرجع سابق ص 112

⁴ « La condamnation prononcée par le juge pénal n'implique pas à elle seule que l'agent incriminé ait commis une faute détachable de l'exercice de ses fonctions et susceptible d'engager sa responsabilité personnelle » C.S.A 2 mai 1962, Mallogra ; RMD, 1962 p 858

مسطرة جرمية¹، ولعل هذه القاعدة تم اقتباسها من اجتهادات القاضي الفرنسي الذي وضع معيارا أساسيا للقول بأن الخطأ الجرمي هو خطأ شخصي وذلك في حالتين:

- الحالة الأولى: إذا ارتكب هذا الخطأ خارج المرفق؛

- الحالة الثانية: إذا ارتكب الخطأ داخل المرفق، وأن يظهر مرتكب هذا الخطأ نيته في الإيذاء أو أن يكون هذا الخطأ جسيما وغير قصدي.

ولعل هذا المعيار حسب رأي الأستاذ عبد الله حارسي²، قد تم تطبيقه بدون إشكالات في القانون المغربي، لأنه يتوافق مع المصطلحات التي استعملها المشرع المغربي في الفصل 80 من ق.إ.ع. للحدوث عن الخطأ الشخصي (التدليس، الخطأ الجسيم) وبالتالي لا يطبق هذا الخطأ على كل حالات الأخطاء الجرمية.

إلا أن القضاء المغربي تراجع عن اتجاهه القديم، حيث اعتبر أن تواجد أو غياب الخطأ الجرمي ليس دائما دليلا على تحقق المسؤولية الشخصية وبالتالي إعفاء مسؤولية المرفق العام

¹ - حيث جاء في إحدى حششيات قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى عدد 154 بتاريخ 14-02-2007 منشور في بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 76-77 شتنبر- دجنبر 2007، ص 137 "وحيث إن القرار الاستئنافي الجنحي الصادر بتاريخ 11-07-2003 عن محكمة الاستئناف بمراكش في الملف رقم 4530 أيد الحكم الابتدائي القاضي بإدانة كل من الممرض والطبيب من أجل القتل الخطأ الناتج عن حقن الضحية بدم ليس من فصيلة دمها بسبب عدم تبصرهما وعدم احتياطهما وهو خطأ مادي جسيم وصل إلى حد ارتكابهما لجريمة تقع تحت طائلة القانون الجنائي ولا يندرج ضمن المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف في أداء عمله اليومي".

هنا المجلس الأعلى ألغى حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 92 بتاريخ 16/03/2005 سبق الإشارة إليه والذي ورد في تعليقها "وحيث إن وفاة الهالكة ناجمة عن نفس الخطأ وذلك في ظروف انعدمت فيها المراقبة وتدنت فيها الخدمات واختل فيها تسيير المرفق الصحي، وهي ظروف أتاحت بسهولة وسير ارتكاب مثل هذا الخطأ، وحيث إنه والحالة هذه، فإن الفعل الضار وإن كان يكتسب طابعا شخصيا كما جاء في الحكم الجنحي الذي حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه في نفس الوقت يشكل خطأ طبيا، ينسب أيضا إلى المستشفى، وتلزم الإدارة بالتعويض عنه وحيث إنه نظرا لطبيعة الفعل الضار، ومدى مساهمة المرفق في إحداثه، ومراعاة ظروف الطرف المدعي، ومدى تأثير ذلك سلبيا على نفسيته وإعمالا لسلطاتها التقديرية ارتأت المحكمة أن تحكم على الدولة المغربية في شخص وزارة الصحة بأن تؤدي للمدعي .. أصالة عن نفسه تعويضا معنويا قدره خمسون ألف درهم، ونيابة عن ابنه القاصر، تعويض معنويا مماثلا".

² Abdellah HARSİ, la responsabilité administrative en droit Marocain, thèse de doctorat d'Etat en droit public, faculté des sciences juridiques économiques et sociales à Fes, 1993 p 64.

الطبي، حيث جاء في قرار حديث¹ صادر عن محكمة النقض " حيث استندت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه فيما انتهت إليه من إلغاء الحكم المستأنف القاضي بالتعويض والحكم تصدياً برفض الطلب إلى علة مفادها أن (...) لا يمكن القول بوجود خطأ جسيم من طرف المرفق الصحي في غياب ما يفيد أو يثبت أن إخراج المريض تم من قبل الممرض (...) لاسيما أنه لم يكن موضوع متابعة جنائية.

في حين أنه بالرجوع إلى وثائق الملف وخاصة محضر الضابطة القضائية يتبين بأنه عند الاستماع إلى الممرض (...) فإنه صرح بأنه هو من سلم المريض الهالك إلى أخته وأخيه لنقله والحال أنه كان في غيبوبة حسب تصريح سائق سيارة الإسعاف ودون أخذ رأي الطبيب المعالج حسب شهادة الطبيبة (...) وهي عناصر لم تتم مناقشتها للقول بوجود خطأ من طرف الممرض المذكور أم لا، مدام أن مجرد عدم متابعتة جنائياً فلا ينفى حدوث خطأ وظيفي أو شخصي في جانبه الأمر الذي يجعل القرار ناقص التعليل وعرضة للنقض".

وعموماً، فإن القضاء الإداري المغربي وضع ثلاث قواعد أساسية لتحديد الخطأ الجسيم أو الخطأ التدليسي وهي كالآتي:

- أن تقدير جسامه الخطأ ينبغي على معرفة نشاط المرفق الإداري والمخاطر التي تواجه الموظف في مزاوله مهامه.

¹ - قرار عدد 920 بتاريخ 26-12-2013 في الملف الإداري عدد 1239-4-2-2012 (ورثة محمد العبوبي ضد مستشفى محمد الخامس ومن معه) غير منشور

- نفس هذا التوجه سايره القرار رقم 89/255 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 20 أكتوبر 2009 في الملف رقم 58/11/2008، حيث جاء فيه " وحيث كان الثابت من معطيات النازلة أن مؤدى دعوى المستأنف عليهم وأساسا الخطأ المبني على الجريمة، على اعتبار أن الممرضين المنسوب إليهم ما حدث للضحية وتسبب في ارتكاب خطأ شخصي مبني على جريمة تتمثل في عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، في قتل غير عمدي نتيجة إهمال، وأن ذلك تم بمستشفى عمومي فإنه لا يعتبر خطأ شخصي منفصل عن الوظيفة، لذلك فهو يختلط بالخطأ المرفقي، مما تكون معه المسؤولية إدارية وليست مسؤولية مدنية، ويبقى الاختصاص نوعياً للبت في الدعوى منعقدا لجهة المحكمة الإدارية" قرار غير منشور أورده يونس الشامي، تطور أسس المسؤولية الإدارية في ضوء الاجتهاد القضائي الإداري- دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014/2015 ص 65

- الخطأ التدليسي هو الخطأ الذي يستعمل فيه العون نزوات شخصية غير مشروعة الهدف منها الإضرار بالغير.
- أن تواجد أو غياب الخطأ الجرمي ليس دائما دليلا على تحقق المسؤولية الشخصية وبالتالي إعفاء مسؤولية المرفق العام الطبي.

خاتمة:

يشكل الخطأ الركيزة الأولى للحديث عن مسؤولية المرفق العام الطبي، إلا أن التمييز الذي وضعه المشرع المغربي للتفرقة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، باعتبار الأول يرتبط بالمرفق والثاني ينسب للموظف، يبقى غير كاف من الناحية العملية والتطبيقية، خاصة عند اجتماع الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وهذا يرجع بالأساس إلى عدم تحديد معايير محددة وواضحة تفرق بين الخطأين من جهة، ومن جهة أخرى غياب تفعيل مقتضيات المسؤولية الشخصية تطبيقا للفصل 80 من ق إ ع، الشيء الذي يؤدي إلى اللجوء إلى المسؤولية المرفقية المنصوص عليها في الفصل 79 من ق إ ع أكثر من المسؤولية الشخصية، وهذا المعطى الأخير يتضح في اجتهادات القضاء الإداري المغربي، وينم كذلك عن تكريس حماية الموظف العمومي من إثارة مسؤوليته الشخصية.

لكن هذا التوجه الأخير فيه إضرار بمالية الدولة على اعتبار أن جل التعويضات المطالب بها والتي هي في الأصل عبارة عن أضرار مرتكبة من قبل الموظفين بصفتهم الشخصية سيتحملها المرفق، وعليه فالعبرة التي وضع من أجلها التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي من طرف المشرع المغربي في الفصلين 79 و80 من ق إ ع ستبقى بدون جدوى أو فائدة تذكر.

رقابة القضاء على التقطيع الانتخابي

عصام صمري

طالب باحث في سلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

"أَعْطِنِي تَقْطِيعاً أُعْطِيكَ أُسْلوباً إِنْتِخابِيّاً"، هي قولة تضيفي أن التقطيع يعد الوسيلة المفضلة لدى السلطة لتوجيه نتائج العمليات الانتخابية في الاتجاه الذي تريده هذه الأخيرة للخريطة السياسية¹.

وإذا كان الحق الانتخابي ينتمي إلى الجيل الأول من حقوق الإنسان، فإن حمايته لا تتسنى إلا من خلال مراقبة مشروعيته المراحل الانتخابية بأكملها²، فالقاعدة أن تمر العملية الانتخابية من عدة مراحل متسلسلة، تعد الأعمال التمهيدية للانتخابات الأرضية التي تقوم عليها، وأهم ما تشمل عليه هو التقطيع الانتخابي الذي يعد عملية تقنية ذات أبعاد سياسية، يكون الهدف منها توزيع تراب الدولة إلى مجموعة من الدوائر يطلق عليها تعبير الدوائر الانتخابية³.

إلا أنه قد أبانت بعض الممارسات في الأنظمة الانتخابية المقارنة، أن الجهة المشرفة على الانتخابات قد تعتمد إلى التلاعب بعملية التقطيع على نحو يضمن نجاح مرشح دون آخر، وذلك بتمزيق الدوائر عن طريق نقل الموالدين من دائرة إلى أخرى، وتشيتت ناخبيا لأحزاب غير المرغوب فيها بين دوائر مختلفة أو ربط دوائر حضرية بأخرى قروية، ويسمى هذا التلاعب باسم **Gerrymander**، وقد انتقل هذا الفن إلى فرنسا فاستخدمته حكومة نابوليون الثالثة وحكومات فرنسية أخرى لدرجة أنه كان السبب في استبعاد الانتخاب الفردي في فرنسا سنة 1951⁴.

ويعد عرف تطورا التقطيع الانتخابي تاريخيا فالمغرب فقبل عهد الحماية كان يعتمد إلى تقسيم القبائل إلى جماعات مصغرة، كل جماعة كان يتزعمها شيخ يسمى "أمغار" أو "زعيم القبيلة"، أما بعد دخول الحماية الفرنسية سنة 1913 غيرت كل المكتسبات التاريخية،

¹ - محمد اديب السلاوي، الانتخابات في المغرب إلى أين ..، مطبعة البوكيلي القنيطرة، الطبعة الأولى 2002، ص. 86.

² - (H), OuazziniChahdi , Le juge administratif et les droits de l'homme, Publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, série, "thèmes actuels", n° 47, 2004, p. 7.

³ - (B) Jeanneau, Droit constitutionnel et institutions politiques, Mémentos Dalloz, 8^{ème} édition, 1991, p. 28.

⁴ - إدريس بلعجوب، المسلسل الانتخابي بين الممارسة والرقابة القضائية 1997-2003، مطبعة الأمنية، الرباط، 2005، ص. 319.

واستهدفت الجماعة في المقام الأول باعتبارها الوسيلة التنظيمية التي يقوم على أساسها المغاربة في تنظيماتهم وتجمعاتهم¹. وبعد الاستقلال تم وضع أول دستور سنة 1962 الذي أسس لموضوع التقطيع الانتخابي، ثم بعد ذلك تعاقبت الدساتير إلى غاية دستور 2011، وقد تميزت هذه المرحلة بهيمنة السلطة التنفيذية في تنظيم التقطيع الانتخابي سواء بالنسبة للانتخابات التشريعية أو الجماعية².

وقد صدرت جميع النصوص القانونية المنظمة للتقطيع الانتخابي في شكل مراسيم وزارية، ما عدا تقطيع سنة 1963 الذي صدر في شكل مرسوم ملكي نظرا لكون الوزارة الأولى كان يتقلدها الملك آنذاك، وبهذا فقد استأثرت السلطة التنظيمية بهذا الاختصاص الذي لم ينازعها فيه أي جهاز آخر³، مما أدى إلى تحكم وزارة الداخلية في الخريطة السياسية. ومع نتيجة توالي ضغوطات الأحزاب السياسية ومختلف الفعاليات الديمقراطية، تم التنصيص في دستور المملكة لسنة 2011 على جعل مبادئ التقطيع الانتخابي من اختصاص مجال القانون، حيث نص الفصل 71 منه على أنه: "يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: النظام الانتخابي للجماعات الترابية ومبادئ تقطيع الدوائر الانتخابية"⁴، لكن رغم التنصيص الدستوري على جعل مبادئ التقطيع الانتخابي من

¹ عبد العزيز النويضي، العدالة والسياسة : الانتخابات والقضاء الدستوري بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007، ص.64.

² - رشيد وعمو، دوافع وأبعاد التقطيع الترابي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق - الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000 - 2001، ص.23.

³ - يوسف اليحيائي، الانتخابات التشريعية المباشرة بالمغرب، بين واقع نظامها القانوني وعلاقتها بالتوظيف السياسي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة، السنة الجامعية 2004/2005، ص.106.

⁴ - الفصل 71 من دستور المملكة المغربية لفتح يوليو 2011، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.91 في 27 من شعبان 1432 (14 يوليو 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص.3600-3627.

اختصاص القانون، فإن القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب¹ حدد المبادئ وأحال على مرسوم لتحديد التقطيع الانتخابي بالنسبة للانتخابات التشريعية.

وإذا كان التشريع الانتخابي المغربي يضع مسألة التقطيع الانتخابي في يد الحكومة التي تستأثر بوضع المرسوم التنظيمي المتعلق بإحداث الدوائر الانتخابية²، فإن هناك بعض التشريعات التي تدرج هذا الاختصاص في المجال الذي يختص به البرلمان، فالتقطيع الانتخابي في النظام الفرنسي، يكون في المرحلة الأولى عبارة عن مشروع قانون تقوم بتحضيره وزارة الداخلية، ثم تحيله على لجنة للدراسة مكونة من مستشارين اثنين للدولة ومستشارين اثنين بمحكمة النقض ومستشارين اثنين بمجلس الحسابات، يتم تعيين هؤلاء من قبل الجمعيات العامة للهيئات التي ينتمون إليها. وبعد دراسته من طرف اللجنة المذكورة يحال المشروع على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيه، وبعد ذلك تتقدم به الحكومة في صيغته النهائية إلى البرلمان قصد المصادقة. أما في بريطانيا يعهد إلى لجنة سياسية محايدة بمراجعة دورية للتقطيع الانتخابي³.

ومن البين أن المشرع الدستوري أسند اختصاص مراقبة صحة انتخابات البرلمان للمحكمة الدستورية، فإنه يصعب تحديد مجال هذا الاختصاص، إذا ما علمنا أن عملية التقطيع تتعارض من الناحية الزمنية مع رقابة المحكمة الدستورية التي لا تتدخل إلا بعد مرور العملية الانتخابية بأكملها. وأمام تدخل قضاء الإلغاء لسد الفراغ (المطلب الأول)، يدق التوقف على أوجه الرقابة القضائية على مشروعية التقطيع انتخابي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاختصاص القضائي ومسطرة الطعن

إن إخضاع التقطيع لرقابة قضائية لمن شأنه أن يكرس دولة القانون، ولذلك وجب تحديد الجهة القضائية المختصة في هذا الأمر (الفقرة الأولى)، وكذلك مسطرة الطعن أمام هذه الجهة (الفقرة الثانية).

1 - القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.165، صادر بتاريخ 16 من ذي القعدة 1432 الموافق 14 أكتوبر 2011، الجريدة الرسمية. عدد 5987 بتاريخ 19 ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011).

2- المختار مطيع، المسلسل الانتخابي بالمغرب لعام 1997 تمهيدا لميلاد برلمان ذي غرفتين، "نظام البرلمان ذي الغرفتين"، المغرب في محيطه الدولي، مكتبة الشباب، الرباط، الطبعة الأولى، 1999، ص.35.

3 - عسو منصور، نعيمة البالي، أحمد مفيد، القانون الانتخابي المغربي، مطبعة أنفو- برانت- فاس، الطبعة الأولى 2005، ص.48.

الفقرة الأولى: الاختصاص القضائي

ومن أجل ضمان احترام الانتخابات للضوابط القانونية لا بد من إقرار الرقابة القضائية عليها¹، وقد أسند دستور 2011 إلى المحكمة الدستورية الفصل في صحة انتخاب أعضاء البرلمان. وإذا كان المشرع واضحا على مستوى جهة الاختصاص أي اعتبار المحكمة الدستورية حاليا هو قاضي الانتخابات التشريعية، فإنه ليس واضحا بما فيه الكفاية على مستوى نطاق ذلك الاختصاص ومجاله²، بمعنى هل تختص المحكمة الدستورية، أيضا، بالنظر في صحة الأعمال الممهدة. فالإشكال الذي يطرح على هذه المستوى هو معرفة ما إذا كانت المحكمة الدستورية (المجلس الدستوري سابقا) صاحب اختصاص شامل فيما يتعلق بكل المنازعات التي قد تثار بمناسبة تنظيم انتخابات تشريعية

بالرجوع إلى النصوص القانونية تنص المادة 132 من الدستور "تبت المحكمة الدستورية في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، داخل أجل سنة، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها. غير أن للمحكمة تجاوز هذا الأجل بموجب قرار مغل، إذا استوجب ذلك عدد الطعون المرفوعة إليها، أو استلزم ذلك الطعن المقدم إليها".³

وتنص المادة 33 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية تبت المحكمة الدستورية في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 132 من الدستور، داخل أجل سنة، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها".⁴

فصياغة المادة المذكورة لم تكن واضحة بما فيه الكفاية، والوقوف عند حقيقة مجال اختصاص المحكمة الدستورية (المجلس الدستوري سابقا) في المادة الانتخابية يقتضي بالضرورة شرح مصطلح "انتخاب" الذي استعملته المادة 133 من الدستور، فهناك معنيين لهذا المصطلح،

1 - هشام الوازيكي، دور القاضي الإداري في إنجاح المسلسل الانتخابي، المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية - الرباط - 2007، ص 94

2 - بوعزاوي بوجمعة، مراقبة صحة الانتخابات التشريعية المباشرة في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق وجدة 2001، ص 118

3 - نصت المادة 81 من دستور 1996 "يمارس المجلس الدستوري الاختصاصات المسندة إليه بفضول الدستور أو بأحكام القوانين التنظيمية؛ ويفصل - بالإضافة إلى ذلك - في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء".

4 - نصت المادة 29 من القانون التنظيمي رقم 49.07 المتمم بموجبه القانون التنظيمي رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري: "يحدد في خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان عن نتيجة الاقتراع الأجل الذي يتم داخله الطعن، طبقا للقانون، في انتخاب أعضاء البرلمان أمام المجلس الدستوري".

حسب المعنى الأول فإن الانتخاب هو اختيار المنتخب (المرشح الفائز)، أما في المعنى الثاني، فيعني مجموع العمليات الانتخابية أي المسلسل الانتخابي بأكمله، وحسب المعنى الأول فإن المحكمة الدستورية ستراقب فقط الإعلان عن المرشح الفائز بأغلبية الأصوات، وكل ما لا يرتبط بذلك ولا يؤدي إلى إعادة النظر في تلك النتيجة لا يختص به المحكمة الدستورية، أما إذا عملنا بالمعنى الثاني فإن رقابة المحكمة الدستورية تمتد لتشمل بالضرورة الأعمال الممهدة بمعناه الأول. وبالرجوع للاجتهادات القضائية بالمغرب فقد أكدت الغرفة الدستورية سابقاً: "أن اختصاصها فيما يرجع للمنازعات المتعلقة بانتخاب النواب لا يتعدى النظر في العرائض الرامية إما على إلغاء الانتخاب المنازع فيه وإبطال انتخاب المرشح، وإما إلى إدخال تعديل على النتيجة المعلن عنها من طرف لجنة الإحصاء والتصريح باسم المرشح الذي تم انتخابه بصفة قانونية"¹.

وبالرجوع للقضاء المقارن يبدو أن مجلس الدولة الفرنسي سار على نهج عدم اختصاصه في القرارات الممهدة للانتخابات²، حيث كان يخرج بقرارات عدم اختصاصه للنظر في قرارات التقطيع³، إلا أنه بعد ذلك سيذهب في تأسيس اختصاصاته على تمييز كلاسيكي داخل القرارات الممهدة، عبر التمييز ما بين القرارات المنفصلة عن الانتخابات التشريعية وبين القرارات الغير القابلة للفصل، فأعلن اختصاصه بالنسبة للفئة الأولى (القرارات المنفصلة) قبل الاقتراع في نطاق دعوى تجاوز السلطة، في حين رفض النظر في القرارات غير قابلة للفصل تاركا لقاضي انتخابات تلك المهمة، والمعيار الذي يحدد القرار المنفصل والقرار المتصل هو التمييز ما بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية، فالأولى تكون قابلة للفصل والثانية غير قابلة للفصل، فالقرارات التنظيمية غير مرتبطة بعملية انتخابية معينة، بل بعدة عمليات بمعنى عام، فإلغاء انتخابات بسبب تقطيع انتخابي غير صحيح لا يترتب الإلغاء قرار التقطيع، وتبعاً لذلك ستقام الانتخابات المقبلة على ذلك التقطيع، وبالتالي لابد أن تعتبر القرارات التنظيمية كقرارات منفصلة وإخضاعها بالتالي لدعوى الإلغاء⁴.

1 - حكم الغرفة الدستورية عدد 55 بتاريخ 12 دجنبر 1971، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 20 السنة 1971، ص 68.

2- D. BAILLEUL, l'efficacité comparée des recours pour excès des pouvoirs et de plein contentieux objectif en Droit public français, L.G.D.J 2002 p. 13.

3 - إدريس بلمحجوب، المسلسل الانتخابي بين الممارسة والرقابة القضائية 1997-2003 مرجع سابق، ص 319.

4 - بوجمعة البوعزاوي، دور دعوى الإلغاء في حماية نزاهة القرارات الممهدة للانتخابات التشريعية، مداخلة في ندوة القضاء، المنظمة من طرف المنظمة العربية للتنمية الإدارية يوم 11-14 يوليوز 2005.

وعلى مستوى القضاء المغربي حرص المجلس الدستوري سابقا على أن يؤكد أن المادة 29 من القانون التنظيمي 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري "تقتضي الطعن في المرشح المعلن فوزه"¹. أما القضاء الإداري المغربي أكد على اختصاصه في البت في مشروعية التقطيع حيث جاء في القرار عدد 592 بتاريخ 31 / 7 / 2003 عن المجلس الأعلى² الحثيثة التالية:

"وحيث إن إحداث الدوائر الانتخابية بمجلس النواب وتحديد المقاعد المخصصة لكل دائرة ينظم بمقتضى مرسوم عملا بمقتضيات الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 77-177-1 الصادر في 9 مايو 1977 وبذلك فهو الفصل 5 من يقبل الطعن بالإلغاء لتجاوز في استعمال السلطة خلال السنتين يوما من صدوره أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عملا بالمادة التاسعة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية"³، في هذا القرار قضى المجلس الأعلى بعدم قبول الطلب لأنه لا يهدف إلى إلغاء المرسوم المتعلق بإحداث الدوائر الانتخابية، ووضح في نفس الوقت أنه مستعد لقبول الطلبات الرامية إلى الطعن بالإلغاء لتجاوز استعمال السلطة ضد المراسيم المتعلقة بالتقطيع الانتخابي.

إن التكريس القضائي للتمييز ما بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية الممهدة للانتخابات التشريعية، وإخضاع القرارات التنظيمية (مرسوم التقطيع) للدعوى الإلغاء، لمن شأنه أن يجعل مبدأ المشروعية يولد كل آثاره، ويساهم بذلك في شفافية ونزاهة الانتخابات.

الفقرة الثانية: مسطرة الطعن

تخضع مسطرة الطعن في مرسوم التقطيع الانتخابي لعدة إجراءات منها ما هو منصوص عليه في مقتضيات قانون المسطرة المدنية ومنها ما هو منصوص عليه في القانون المحدث للمحاكم الإدارية، ويؤدي الإخلال بهذه الإجراءات إلى عدم قبول الطلب ومن بين هذه الإجراءات نجد: الشروط المتعلقة بأطراف الطعن (أ) وفيما الشروط المتعلقة بمقال الطعن (ب).

أ. الشروط المتعلقة بالطاعن

إن الطاعن هو الطرف الذي يتقدم بعريضة الطعن أمام محكمة النقض ويطلب منها البت فيها، وبالرجوع إلى نص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه "لا يصح

1 - قرار المجلس الدستوري رقم 95.84 صادر في 17 يوليوز 1995، جريدة رسمية عدد 4318 بتاريخ 2 غشت 1995.

2 - حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وذلك بموجب القانون رقم 58.11

3 - قرار عدد 592 المؤرخ في 2003/7/31 ملف إداري عدد 2002/4/2002، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 61 ص. 221.

التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه"¹ غير أن ما يطرح الإشكال في الطعن هي الصفة التي تحدد مركز المدعي، فهي الإمكانية المتاحة للطاعن من أجل رفع الدعوى وإبداء دفاعه فيها، فهي القدرة القانونية على رفع الخصومة إلى القضاء أو المثول أمامه لتلقيها².

ومن الصعب إمكانية تصور اعتبار شخص طبيعي له الصفة في الطعن في مرسوم التقطيع، بل يمكنها أن تتاح لبعض الأشخاص الاعتباريين وهذا ما يستشف من قرار الغرفة الإدارية قرار عدد 592 عدد 2002/4/2002، بمناسبة الطلب الذي تقدم به مجلس اتحاد جمعيات المهن الحرة للمغاربة المقيمين بفرنسا، وانتلاف المغاربة المقيمين بمدينة فرنسا، ورابطة الصحراويين بفرنسا وأوربا....، وفي هذا القرار قبل المجلس الأعلى الطلب على مستوى الشكل مما يعني أنه توفرت فيه الصفة في الادعاء.

غير أن هذا القياس لا يمكن الأخذ به إذا تعلق الأمر بدفع موضوعي أثناء دعوى طعن في العملية الانتخابية، فالحال أن الصفة تنطلق من شخص طبيعي أثناء ممارسة الطعن في العملية الانتخابية وهذا ما يستشف من حكم المحكمة الابتدائية بأسفي³.

وإذا كان المشرع المغربي سمح لرجال السلطة إمكانية الطعن في جل القرارات المهمة للانتخابات، بل حتى الطعن حتى في العملية الانتخابية، فهل يمكن تصور تقديم طعن في مرسوم التقطيع انتخابي من طرف السيد العامل، وعموما فإنه ليس هناك ما يمنع في القوانين الانتخابية إمكانية طعن العامل في مرسوم التقطيع انتخابي، فالصفة الوظيفية لهؤلاء الطائفة من رجال السلطة وحدها كافية لقبول الطعون التي يقدمونها في شأن العمليات الانتخابية، غير أن هذه الصفة الوظيفية تقتزن وجودا وعدما بدائرة اختصاصهم الترابي⁴، مما يجعل هذه الإمكانية غير متاحة مدام أن المرسوم له طابع وطني غير ثم أمام هاجس التسلسل الإداري لوزارة الداخلية.

1 - الفصل 1 من ظهير بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) كما تم تعديله المنشور بالجريدة الرسمية 5975. ص. 4389.

2 - نجاة خلدون، شرط الصفة والمصلحة في الطعون الانتخابية. المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية- الرباط- 2007، ص 65-66.

3 - حكم المحكمة الابتدائية لأسفي عدد 63/1992 بتاريخ 26-11-1992.

4 - حميد ولد البلاد، الطعون المتعلقة بانتخاب مكاتب المجالس الجماعية في ضوء اجتهاد القضاء الإداري المغربي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007، ص. 39.

ب. الشروط المتعلقة بمقال الطعن

وهي الشروط الشكلية التي من اللازم على الطاعن احترامها في تقديمه للطعن ويترتب عن خرقه لهذه إجراءات دفع القاضي بعدم قبول الدعوى، فالعريضة أمام الغرفة الإدارية ترفع إلزاماً بعريضة مكتوبة تبين موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة، وكذا أسباب الطعن المطلوب من المحكمة البت فيها.

ويجب أن تتوفر في عريضة الطعن شروط منا ما هو شكلي ومنها ما هو جوهري، ومن بين هذه الشروط عامة وتتعلق بالتوقيع والإيداع، ويجب أن تتعلق العريضة بمنازعة حقيقية وألا تكون مجرد رسالة احتجاج، ويذهب القضاء الإداري إلى أن أسباب الطعن يجب أن تكون دقيقة عند عرضها في المقال الافتتاحي للدعوى لا في غيره مما له أن يدلي فيما بعد من مذكرات في الجلسة فاعتماد الطعن على أسباب عامة ومجردة بدون تحديد الوقائع والأفعال التي أفسدت العملية الانتخابية يجعلها غير مقبولة¹.

وينص الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية ترفع طلبات النقض والإلغاء المشار إليها في الفصل السابق بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض. أما فيما يتعلق بأجال فمنطوق الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية، والمادة 23 من قانون المحاكم الإدارية رقم 41-90 "يجب أن تقدم طلبات الإلغاء ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة، داخل أجل 60 يوماً، تبتدى من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعنى بالأمر، والحال على يبدأ أجل الطعن من نشر مرسوم التقطيع الانتخابي في الجريدة الرسمية كقاعدة.

المطلب الثاني: أوجه الرقابة القضائية على التقطيع

يكون التقطيع الانتخابي غير صحيح عندما لا يحترم مبدأ التوازن الديمغرافي للدوائر، حيث لا يستقيم هذا التقطيع كأساس للتوازن السياسي (الفقرة الأولى)، كما تنتفي صحته هذه عندما لا تلتزم السلطة الساهرة عليه بالحياد، وبالتالي المساس بتساوي المواطنين في التمثيل السياسي والسياسيين في التنافس السياسي (الفقرة الثانية). مما يفيد أن رقابة القاضي الإداري يجب أن تنصب على تطبيق هذه المبادئ المعتمدة كمعايير للحكم بسلامة التقطيع الانتخابي.

1- حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 1997/11/17 تحت عدد 1472 في الملف رقم 97 / 1320 أوردته: مصطفى التراب، المختصر العملي في القضاء والقانون، المطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثالثة، 2013، ص

الفقرة الأولى: الرقابة القضائية على التوازن الديمغرافي في التقطيع الانتخابي

لما كان الفصل السادس من الدستور المغربي قد أكد على العمل لأجل توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات والمساواة بينهم، والتي تمكن من مشاركتهم في الحياة السياسية، فإن التقطيع الانتخابي يجب أن يقوم على أساس المساواة في التمثيل السياسي ومساواة القوى السياسية أمام التنافس السياسي، لأجل تكريس القاعدة الدستورية المشار إليها، على أن يتم تجنب جعل دائرة انتخابية كثيفة السكان ولا يخصص لها إلا عدد المقاعد التي تخصص لدائرة انتخابية أقل منها سكاناً¹، لتحقيق هذه المساواة يتطلب مراعاة التوازن الديمغرافي الذي ستوجب جعل التقطيع محل مراجعة دورية.

وقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي بهذا المعيار في قراره المؤرخ 2 يوليوز 1986 عند نظره في التقطيع الانتخابي، حيث جاء فيه إن "احترام مبدأ المساواة في الاقتراع يستوجب أن يكون تحديد الدوائر الانتخابية قصد انتخاب النواب موضوع مراجعة دورية تبعا للتطور الديمغرافي²."

لكن الذي ميز التقطيع الانتخابي المعتمد في الانتخابات البرلمانية بالمغرب، هو عدم مراعاة هذا المعيار وبالتالي اختلال التوازن بين الدوائر الانتخابية، وانتفاء المساواة في التمثيل السياسي والتنافس السياسي، مما يفتح الباب للطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة.

فإذا تم الطعن في مرسوم التقطيع الانتخابي قبل إجراء عملية الاقتراع، فإن الطاعن سيتذرع بعيب مخالفة القانون، لعدم استجابة المرسوم لمقتضيات المادة الثانية من القانون التنظيمي لمجلس النواب، التي تقتضي مراعاة قدر الإمكان تحقيق توازن ديمغرافي فيما بين الدوائر الانتخابية مع مراعاة الجانب المجالي.

وبالتالي فإن الغرفة الإدارية باعتبارها صاحبة الاختصاص فيما يخص الطعن في مراسيم التقطيع الانتخابي، على أساس أنها قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء، يجب عليها أن تقضي بإلغائها كلما اتضح عدم احترام عملية التقطيع الانتخابي لمبدأ المساواة، حتى لا تتأثر هذه العملية المهمة على التوازن بين الدوائر الانتخابية، وعلى النتائج العامة للتصويت.

1 - عبد العزيز النويضي، العدالة والسياسة: الانتخابات والقضاء الدستوري بالمغرب، مرجع سابق، ص.97.

2-C.C. 2juillet 1986, Favoreu (L) , Loic (p), les grandes décisions du conseil constitutionnel, 8ème édition, 1995, p.671.

أورده المالكي السراجي نجاة خلدون، القضاء الانتخابي في المادة الإدارية، دار القلم، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص.279.

ويمكن استئصال النقص الحاصل فيها - كعملية مهيأة - الدولة من تفادي صرف تكاليف مالية من جديد لأجل إعادة العملية الانتخابية، سواء تعلق الأمر بالانتخابات التشريعية محل الدراسة أو تعلق الأمر بالانتخابات الجماعية¹.

أما عن الطعن في العملية الانتخابية باعتماد عدم احترام التقطيع الانتخابي لمبدأ لتوازن الديمغرافي كمأخذ أساسي ووحيد، أو مأخذ إلى جانب مأخذ أخرى، فإن القضاء المغربي ظل محتشما، بل ونعت بالعزوف عن رقابة التقطيع الانتخابي²، وتعامل بحذر في بعض الأحيان، وفي هذا الإطار رفضت المحكمة الابتدائية بآسفي إبطال العملية الانتخابية بعلّة أن التقسيم الانتخابي لم يكن مناسبا لخلق مكتب تصويت واحد، غير أن المجلس الأعلى اعتبر أن هذه العلة الزائدة يستقيم الحكم بالبطلان بدونها³.

1 - عبد الغني المرباط، دور القضاء الإداري في الرقابة على مشروعية الانتخابات الجماعية، رسالة ماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهرز - فاس. ص. 18.

2 - عبد القادر الرفاعي، قاضي الانتخابات بين سلبيات الماضي وتطلعات المستقبل، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 46، شتنبر-أكتوبر 2002، ص. 49.

3 - حكم المحكمة الابتدائية لآسفي عدد 63/1992 بتاريخ 26-11-1992 أورده المصطفى الحلامي في مداخلته: "أسباب الطعن الموجبة لبطلان الانتخاب على ضوء القانون والاجتهاد القضائي"، مداخلة في إطار أشغال اليومين الدراسي المنظمين من طرف المجلس الأعلى بالرباط بتاريخ 27-28 مارس 2003 في موضوع: "القضاء الإداري والمنازعات الانتخابية"، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 4 السنة 2004، ص. 136-137

وجاء في علة هذا الحكم ما يلي: حيث أن أسباب الطعن المعتمدة من طرف الطاعنين تمثلت في منع عدد كبير من الناخبين من التصويت باختلاق أسباب واهية، والاحتفاظ المفتعل أمام المكتب وعرقلة الناخبين من التصويت، وأن تلك الوقائع أكدها الشهود المستمع إليهم من طرف القاضي المقرر. وحيث إنه إضافة إلى التفسير المعتمد من طرف الطاعنين بخصوص مجموع الأسباب المثارة فإنه بما للمحكمة من سلطة في إعادة التكييف لتلك الأسباب فإن الازدحام وحرمان عدد كبير من الناخبين من التصويت، ساهم فيه بقسط كبير وجود قرارين إداريين معيبين، ذلك أن الدائرة المذكورة المحدثة بمقتضى قرار السيد وزير الداخلية المؤرخ في 30-06-1992 والمتخذ بناء على اقتراحات السلطة الإدارية الإقليمية تضمنت 1734 ناخبا أي ذات كثافة عالية مقارنة مع الدوائر 1 التي تضم 659 مسجلا و 5 التي تضم 617 مسجلا و 9 التي تضم 809 مسجلا من نفس الجماعة، أي أن هذا التقسيم في حد ذاته أفسد انعدام التوازن في التمثيل، كما أن نفس الجهة قامت بإحداث مكتب للتصويت وحيد بخصوص الدائرة المذكورة بخلاف ما كان يقتضيه الموقف من إحداث مكاتب للتصويت اعتمادا على الكثافة العالية للناخبين بالدائرة المذكور،

=

وفي أحيان أخرى تعامل بسلبية، حيث إن المحكمة الابتدائية بالرباط ذهبت إلى أبعد من اعتبار الطعن في التقطيع مأخذاً زائداً، وذلك في حكم لها جاء فيه: "إن العلة المستمدة من تأثير التقطيع الانتخابي على العملية الانتخابية لا يمكن الاعتماد عليها، ولا يمكن اعتماد كون التقطيع معيباً لطلب إلغاء نتيجة الانتخاب، لأن أمر هذا التقطيع موكل للسلطة الإدارية وقد يخضع لوسائل طعن خاصة¹."

وقد دأب الاجتهاد القضائي المقارن على إلغاء العملية الانتخابية إذا ما ثبت جريانها وفق تقطيع غير قانوني، دونما أن تكون هناك حاجة للطعن مسبقاً في قرار إلى دوائر انتخابية وفي هذا الصدد اعترفت المحكمة العليا، في الولايات المتحدة الأمريكية في قرارها الصادر سنة 1962 في شأن قضية " Baker " ضد " Carr " بإمكانية الطعن في تقطيع انتخابي قديم واعتباطي لم يأخذ بعين الاعتبار حركية السكان في ولاية "Tennessee"².

ولاحظ المجلس الوطني لحقوق الإنسان أنه رغم تنصيص المادة 2 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب على المبادئ المنظمة للتقطيع الانتخابي، وفقاً لمقتضيات الفصل 71 من الدستور. إلا إنه على المستوى التنظيمي، أعاد مرسوم رقم 2.11.603 الصادر في 21 من ذي القعدة 1432 (19 أكتوبر 2011) بإحداث الدوائر الانتخابية المحلية لانتخاب أعضاء مجلس النواب وتحديد عدد المقاعد المخصصة لكل دائرة، إنتاج نفس "الفروقات المرتبطة بالتمثيلية"، وهو الأمر البنيوي الذي تم الوقوف عليه منذ سنة 1960 والذي يهم مختلف أنماط الاقتراع. واعتبر هذا المجلس على إنه إذا كان المعدل الحالي للمسجلين لكل مقعد قد بلغ 42809، فإنه من الواضح وجود فوارق لا يمكن تبريرها بالتمييز الجغرافي الإيجابي. ويصل الفرق المسجل

=

ذلك أنه لو خصصت دقيقة واحدة لكل ناخب لتطلب الأمر بخصوص جميع المسجلين 1734 دقيقة أي 28 ساعة في حين أن الوقت المخصص للدائرة والعملية المذكورين هو 12 ساعة فقط».

1- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 11-7-1983 ملف عدد 1838/1، أورده: المكي السراجي ونجاة خلدون، مرجع سابق، ص. 280.

2 - نجاة خلدون، اختصاص المحاكم الإدارية في مجال الطعون الانتخابية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2001-2002، ص. 221.

بين الدائرة الأكثر تمثيلاً والدائرة الأقل تمثيلاً إلى 18.37 مرة، علماً أن الفرق في التمثيل يجب ألا يتجاوز من 10% إلى 30% وفقاً للمعايير الدولية¹.

أمام هذا الوضع سدت الذرائع أمام القضاء، ولم يبق له أي مجال ليبقى محتشماً، حيث يجب عليه أن يعمل على رقابة التقطيع الانتخابي مكرساً بذلك أهليته لضمان مجمل صور الحق الانتخابي، من خلال بسط رقابته الفعالة لجل مراحل العملية الانتخابية².

الفقرة الثانية: الرقابة القضائية على مبدأ الحياد في التقطيع

يسمى هذا المبدأ أيضاً "بعدم تحكمية التقطيع"، الذي يسمح بتكافؤ الفرص ما بين القوى السياسية المتنافسة بحيث يضمن الحياد السياسي في التقطيع، وعدم اصطناع دوائر متساوية السكان متعسفة في هندستها، بحيث يتم تشتيت بعض الدوائر الانتخابية القديمة على دوائر جديدة، أو ربط دوائر حضرية بأخرى قروية أو العمل على تمزيق وحدة المدن، وبالقضاء على هذه الاعتبارات يضمن الوصول إلى مبدأ التوازن الترابي والسكاني للدوائر ويتم تجنب التعسف في استعمال التقطيع، بهدف التحكم في النتائج الانتخابية³.

وإلا تحقق العكس فتفقد الانتخابات جدواها وتصبح غير صحيحة، وغير معبرة عن إرادة الناخبين من حيث نتائجها. وحرصاً من المشرع المغربي على صحة المسلسل الانتخابي، فإنه قد أقر بالفعل ضمانات وآليات تهدف إلى استبعاد أوجه الغش واحتمالات الخطأ التي من الممكن أن تمس مصداقية الاستشارات الشعبية⁴.

ومن هذه الضمانات المبادئ المنظمة للتقطيع الانتخابي المحددة في المادة الثانية من التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب، الذي نصت المادة الثانية منه على ما يلي: "تحدث الدوائر الانتخابية مع مراعاة قدر الإمكان تحقيق توازن ديمغرافي فيما بين الدوائر الانتخابية

1 - تقرير المجلس الوطني لحقوق الإنسان حول الانتخابات التشريعية 2011 منشور في الموقع الإلكتروني لهذا المجلس على الرابط التالي:

<http://www.cndh.org.ma/ar/ndw-shfy-l-25-nwnbr-2011/ltr>

2 - مساعد عبد القادر، القضاء الإداري المغربي ضمانات للحقوق والحريات، القسم الأول، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط السنة الجامعية 1998/1999، ص.199.

3 - يوسف اليحيائي، الانتخابات التشريعية المباشرة بالمغرب، بين واقع نظامها القانوني وعلاقتها بالتوظيف السياسي، مرجع سابق، ص.105.

4 - زهير جمال الدين وبوجمعة بوعزاوي، العمليات الانتخابية: الفصل بين التنظيم والتسيير، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، "سلسلة دراسات"، العدد 43، السنة 2002، ص.11.

المحلية مع مراعاة الجانب المجالي، وضرورة تجانس واتصال النفوذ الترابي للدوائر، وعلى أن تخصص دائرة انتخابية واحدة في كل عمالة أو إقليم أو مقاطعة، ويخصص لها عدد من المقاعد يحدد بمرسوم، غير أنه يجوز أن تحدث في بعض العمالات أو الأقاليم أكثر من دائرة انتخابية واحدة"، وهكذا يجب على القاضي الانتخابي أن يراقب حضور هذه المبادئ في مرسوم التقطيع الانتخابي.

والملاحظ بخصوص هذه المادة هو ورود عبارة - قدر الإمكان- عند الحديث عن تحقيق توازن ديمغرافي فيما بين الدوائر الانتخابية، هذه العبارة تعد من الثغرات التي يمكن استغلالها من طرف السلطة المكلفة بالتقطيع بوجه أو بآخر والحيولة دون تحقيق الهدف المنشود من النص القانوني، لهذا كان من الأجدر حذف تلك العبارة واعتماد الدقة والوضوح حتى لا يتعرض النص إلى التحريف في التأويل، أو التنزيل المعيب له على أرض الواقع فهذا الوضع يستوجب وجود رقابة قضائية فعالة¹.

فالأمر هنا لا يتعلق بمسألة شكلية، بل بعامل أساسي في توجيه الانتخابات؛ فهو آلية سياسية قبل أن يكون آلية تقنية لذلك يعد من العوامل الأساسية المؤثرة في النتائج الانتخابية، إذ يحدث أثر مباشر على نتائجها كأن يتم رسم حدود بعض الدوائر بطريقة تؤدي إلى جمع الأصوات الموالية لحزب أو مرشح منافس داخل حي واحد أو اثنين على الأكثر بحيث يحصل هذا الحزب أو المرشح على أغلبية ساحقة هنا في حين يصبح نصيبه من الأصوات في بقية الدوائر هزيلة للغاية.

هذا الوضع يضل أحد أسباب تقرير البطلان التي حددتها الغرفة الإدارية في أحد قراراتها الذي جاء فيه " إن دعوى بطلان الانتخاب يجوز أن تركز على كل ما من شأنه أن يسبب البطلان ولو كان خارج نشاط مكاتب التصويت كالأعمال التمهيدية للاقتراع أو البحث عن شروط المرشحين²، ولا يخفى ان التقطيع من زمرة الأعمال التمهيدية.

1- عمرو عبد السميع، المنازعات الانتخابية بالمغرب- بين النص القانوني واجتهادات القاضي الانتخابي، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015، ص.13.

2 - قرار المجلس الأعلى عدد 107 بتاريخ 10-11-1960 أورده عبد القادر الرفاعي في كتابه: " محطات قضائية"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2002، ص.13.

لكن مبدأ الحياد وعدم التحكمية في التقطيع ظل محط خرق من قبل السلطة المكلفة به، وهو أمر أدى إلى توجيه انتقادات لاذعة¹، والمطالبة بمنح الاختصاص في هذا المجال للسلطة التشريعية، لا من حيث تحديد المبادئ فقط، بل أيضا من حيث أجراءاتها، أو على الأقل إعمال رقابة فعلية على مرسوم التقطيع، إلا أن هذه الرقابة تتطلب وعي المتقاضين بالجهة المختصة ليرفعوا المنازعة إلى أنظارها.

غير أنه يلاحظ بهذا الصدد أن المتقاضين مازالوا لم يستوعبوا طريقة سلوك هذا النوع من الطعن (الطعن في قرار التقطيع الانتخابي) وهو ما يفسر قلت القرارات بشأنه. ويشيرون ذلك بمناسبة الطعون في اللوائح الانتخابية ومن ذلك القضية التي عرضت على المحكمة الإدارية بوجدة، حيث التمس فيها الطاعنون إعادة تسجيلهم في الدائرة التي كانوا مسجلين بها قبل التقطيع الانتخابي، على أساس أنها الدائرة التي ينتمون إليها استنادا إلى مجموعة من الروابط العائلية والقبلية، وقد استبعدت المحكمة الوسيلة المثارة بهذا الشأن بعلّة «أن المنازعة في التقطيع وليس بمناسبة الطعون الانتخابية»².

يتضح أن الرقابة القضائية على التقطيع الانتخابي لا تتناسب مع الخروقات التي قد تعتريه، كعملية تشكل إلى حد بعيد، اللبنة الأساسية ضمن الأعمال الممهدة لعملية الاقتراع، ومع اقتراب انتخابات مجلس النواب لسنة 2016 فإننا نتساءل، عن إمكانية احترام مبدأ التوازن

1- بيد أن الاعتبارات المذكورة في المادة الثانية كثيرا ما يجنح المشرع إلى الانحراف عنها بدعوى المصلحة العامة وهو التوجه الذي نجده حاضرا في ذهنية المشرع الفرنسي، وقد سجل الأستاذة الباحثة أصحاب مؤلف القانون الانتخابي المغربي الباحثون عسو منصور، نعيمة البالي وأحمد مفيد وجود استثناءات ترد عمى قاعدة التوازن الديمغرافي للدوائر ليتم رصد ثلاثة تليينين في المغرب، يجب إعمالها في حدود ضيقة كي لا تصبح هي القاعدة والتوازن هو الاستثناء، يتمثل الأول في إمكانية استبعاد التوازن الديمغرافي وذلك من أجل التمثيل الأدنى لكل عمالة أو إقليم مثلا، ويهدف التليين الثالث إلى الأخذ بعين الاعتبار الحقائق الطبيعية لبعض الوحدات الجغرافية والمتضمنات التي توحدتها بشرط ألا يتجاوز فارق التمثيل لدائرة ن أخرى من نفس المقاطعة 20% في المائة بالنسبة لمعدل الساكنة للتوسع أكثر أنظر: عسو منصور، نعيمة البالي، أحمد مفيد، القانون الانتخابي المغربي، مرجع سابق، ص.48.

2- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 231/2003 بتاريخ 5-6-2003، أورده محمد لمزوعي، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق السياسية - الحق الانتخابي نموذجا، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 2، السنة 2005، ص.82.

الديمقراطي ومبدأ الحياد وعدم التحكيمية في التقطيع، عبر تعديل مرسوم رقم 2.11.603¹، الصادر سنة 2011، والمتعلق بإحداث الدوائر الانتخابية المحلية وتحديد المقاعد المخصصة لها، والذي اعتمد في الانتخابات التشريعية لذات السنة.

لكي يتماشى مع النمو الديمغرافي الذي عرفته الساكنة بالمغرب كما تم الوقوف عليه بموجب مرسوم رقم 2.15.234²، المتعلق بالمصادقة على الأرقام المحدد بها عدد السكان القانونيين بالمحكمة حسب الإحصاء العام للسكان المغرب لسنة 2014، حيث بلغ عدد السكان القانونيين بالمغرب 33.848.242 نسمة. وفي حالة عدم مراعاة هذا التزايد الديمغرافي للسكان في التقطيع الانتخابي أو في حالة الإبقاء على مرسوم التقطيع الذي اعتمد سنة 2011، لا يشكل سوى وسيلة للتحكم في المشهد السياسي، فإننا نهيب بذوي المصلحة للطعن فيه، وبالقضاء المغربي أن يحدو حذو القضاء المقارن ويبسط رقابته سواء أكان الطعن قبل إجراء العملية الانتخابية أو بمناسبة الطعن في هذه العملية.

يلعب التقطيع الانتخابي دوراً أساسياً في رسم السياسات الانتخابية، فهو بمثابة المحدد للتحكم في المشهد السياسي، ويعد بمثابة آلية لمنح مختلف المرشحين حظوظاً متساوية للفوز في الأنظمة الديمقراطية.

وحرصاً من المشرع المغربي على تكريس الضمانات الناجعة للسهر على سلامة الانتخابات، فقد منح للقضاء صلاحية الرقابة على العملية الانتخابية في جميع مراحلها سواء الممهدة أو المواكبة أو اللاحقة بغية تحقيق سلامة الانتخاب، على اعتبار أن النزاهة والشفافية والمصادقية تعتبر من الشروط الأساسية واللازمة لمصادقية الانتخابات.

إلا أن الملاحظ هو أنه رغم العيوب الكثيرة التي تشوب التقطيع الانتخابي، إلا أنه يستعصي الطعن فيه مباشرة أمام القضاء، من هنا نفهم ندرة إذ لم نقل انعدام الطعون المقدمة أمام المجلس الدستوري للطعن في الانتخاب بالارتكاز على عدم عدالة التقطيع الانتخابي. وهذا مرده إلى اعتبارات عدة تتمثل في جهل الناخبين والمرشحين بمقتضيات التقطيع الانتخابي وعدم الجراة على المنازعة فيه على اعتبار أن وزارة الداخلية هي المسؤولة عن التقطيع وما ترمز إليه من هيبة وسلطة في مخيلة المواطن.

1 - المرسوم رقم 2.11.603، المتعلق بإحداث الدوائر الانتخابية المحلية لانتخاب أعضاء مجلس النواب وتحديد عدد الدوائر المخصصة للدوائر، الصادر في 21 من ذي القعدة 1432 (أكتوبر 2011)

2 - المرسوم رقم 2.15.234، المتعلق بالمصادقة على الأرقام المحدد بها عدد السكان القانونيين بالمملكة، الصادر في 28 من جمادى الأولى 1436 (19 مارس 2015) المنشور بتاريخ 1436 (23 أبريل 2015).

إذن فقد حان الوقت لكي ينهج المغرب نهج الدول الديمقراطية، ويولي مهمة الإشراف على التقطيع الانتخابي إلى هيئة مستقلة تتكون من خبراء في القانون الانتخابي وقضاة، وإعطاء صلاحيات أكبر للمحكمة الدستورية بخصوص مراقبة عملية التقطيع الانتخابي لكون ذلك سيساهم لا محالة في تقويم السياسة التقطيعية الحالية، والاستجابة للرهانات السياسية التي ينتظرها المغاربة.

يتضح أن الرقابة القضائية على التقطيع الانتخابي لا تتناسب مع الخروقات التي قد تعثر به، كعملية تشكل إلى حد بعيد، اللبنة الأساسية ضمن الأعمال الممهدة لعملية الاقتراع.

الإذن بالتقاضي في القانون والاجتهاد القضائي

الدكتورة حنان السكتاوي
باحثة في القانون المدني

مقدمة:

ينص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، للإثبات حقوقه.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده.

إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة، وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى."

والمتمعن في هذا الفصل يدرك أن هذا الأخير يحدد شروطاً يلزم توفرها لقبول الدعوى، باعتبار أن هذه الأخيرة هي الوسيلة القانونية التي خولها المشرع لكل ذي حق في اللجوء إلى القضاء لحماية حقه من الاعتداء عليه أو المطالبة به.

وإذا كان المشرع المغربي يفرض، بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل المذكور أعلاه، شروطاً لا يصح التقاضي إلا بتوفرها، وإلا صرحت المحكمة بعدم قبول الدعوى، فإنه في بعض الحالات يتطلب، بالإضافة إلى هذه الشروط المتعلقة بالصفة والأهلية والمصلحة، إذناً بالتقاضي. وهو شرط استثنائي تثير المحكمة تخلفه إن كان ضرورياً من تلقاء نفسها، مع إنذار الطرف المعني بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده له، وإلا صرحت بعدم القبول.

ومن هنا يتضح أن عدم القبول هو تكييف قانوني لطلب مقدم إلى المحكمة يؤدي إلى امتناعها عن النظر في الادعاء الذي يتضمنه الطلب.

ويتعين القول أن هذا الإجراء مرتبط بالنظام العام، ولذلك فإن وجوده ضروري لإقامة الدعوى، باعتباره شرطاً من شروط صحتها.

وإذا أردنا تحديد الإطار القانوني لشرط الإذن بالتقاضي، نجد أن أحكامه متفرقة. فإلى جانب ما جاء في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية نجد بعض أحكامه منصوصاً عليها في الفصل الخامس من ظهير 27 أبريل 1919¹ والذي عدلت أحكامه بظهير 6 فبراير 1963. هذا الظهير صادر بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتفويضاتها. كما نجد مقتضيات أخرى مرتبطة بأحوال القاصر، وذلك في المادة 226 من

¹ المنشور بالجريدة الرسمية عدد 329 بتاريخ 18 غشت 1919.

مدونة الأسرة، حيث يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو بطلب من المعني بالأمر.

وعليه سنحاول دراسة شرط الإذن بالتقاضي قانونا ومعرفة طبيعته، وما مدى فعاليته كشرط استثنائي أدرجه المشرع لحماية مصالح من لهم حالات خاصة؟ وما هي حالاته؟ وسنحاول دراسة هذا الموضوع من خلال مبحثين، المبحث الأول سنتحدث فيه عن تعريف هذا الشرط، بينما سنتحدث في المبحث الثاني عن حالات الإذن بالتقاضي.

المبحث الأول: تعريف الإذن بالتقاضي

في إطار هذا المبحث سنحاول التركيز على عنصرين أساسيين مرتبطين بشرط الإذن بالتقاضي في القانون، وهما تحديد أساس هذا الشرط باعتباره من النظام العام (المطلب الأول). كما سنبميزه عن الإذن بالتزافع (المطلب الثاني)، على اعتبار أن بعض الفقه والاجتهاد القضائي يجعلهما مؤسسة واحدة، في حين يذهب البعض الآخر إلى تمييزهما عن بعضهما البعض.

المطلب الأول: مفهوم الإذن بالتقاضي وأساسه

إن الإذن بالتقاضي لا نجد له تعريفا لا في التشريع ولا في الاجتهاد القضائي. غير أنه يمكن القول على أنه إجراء استثنائي تثير المحكمة تخلفه إن كان ضروريا من تلقاء نفسها في حالة نقصان أهلية صاحب الحق بحيث يتعين عليه الحصول على إذن بالتقاضي من المحكمة للدفاع عن مصالحه وحقوقه.

وبالرجوع إلى الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية نجد فيه أنه لا يصح التقاضي إلا ممن له الأهلية لإثبات حقوقه، وقد أقرت محكمة النقض هذا الطرح في قرار لها¹، معتبرة أن التقاضي لا يصح إلا ممن كان شخصا موجودا يتمتع بالأهلية تدور مع الشخص وجودا وعدما. ومعنى هذا أن أهلية التقاضي على غرار باقي الشروط المتطلبية هي من النظام العام. ولا يصح التقاضي إلا بتوفرها لكن إذا كان القانون يمنع من التقاضي أي شخص ليس له الصفة والمصلحة مسألة مفهومة، فكيف الحال عندما لا يتوفر شرط الأهلية في التقاضي؟

من الأكيد حتما أنه سيتم التساؤل عن وسيلته في الدفاع عن حقوقه ومصالحه. لذلك شرع المشرع استثناءا بخلق مؤسسة موازية للأهلية وهي الإذن بالتقاضي في حالة عدم توفر هذه الأخيرة. لكن في حالات معينة ومحددة كما سنرى.

¹القرار عدد 822 صادر بتاريخ 23 فبراير 1989 ملف عدد 2078 / 89.

فالإذن بالتقاضي إذن سلطة في يد من كلف بها قانوناً، تمكن من له مانع شرعي إمكانية اللجوء إلى القضاء إسوة بالذين توفرت فيهم شروط التقاضي¹. مثل من لا تتوفر فيه أهلية التقاضي كالقاصر أو من في حالة الوصاية.

وهذا الشرط الاستثنائي تثير المحكمة تخلفه تلقائياً إذا كان ضرورياً، مع إنذار الطرف المعني بالأمر بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده له. وإلا صرحت المحكمة المختصة بعدم قبول الدعوى²، بمعنى الامتناع عن الفصل في موضوع الدعوى إلى حين توفر الشرط المتخلف ومعاودة الإجراء من جديد بشروطه تامة وصحيحة³.

والملاحظ أن المشرع سوى في الجزء بين تخلف الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً وانعدام الصفة والأهلية والمصلحة ورتب عليه عدم قبول الدعوى وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أهمية الإذن بالتقاضي في حالة الضرورة. وذلك ما أثبتته محكمة النقض في قرار صادر عنها حيث جاء فيه: "تكون المحكمة قد خرقت الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية حينما قبلت دعوى ناظر الأوقاف دون توفره على إذن خاص من وزارته وبالتالي أساءت التعليل وعرضت قرارها للنقض"⁴.

فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض "أنه بناء على الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية الذي ينص في فقرته الثانية على أن القاضي يشير تلقائياً عدم الصفة أو الأهلية أو عدم الإذن بالتقاضي إذا كان هذا الأخير ضرورياً".

ويستشف من هذا القرار أن محكمة النقض اعتبرت استثناء أن الإذن بالتقاضي في نفس مكانة وقيمة الأهلية من حيث القيمة القانونية. حيث اعتبرت أن كلا من الأهلية والإذن بالتقاضي جزءاً من النظام العام⁵.

¹ عبد اللطيف خالفي: الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية، رصد لمبادئ ولقرارات المجلس الأعلى، الجزء الأول، مطبعة ووراقة الوطنية، مراكش، 2004، ص: 82.

² مجلة الإشعاع عدد 06 ص: 113.

³ عبد الحميد أخريف: محاضرات في القانون القضائي الخاص، طبعة 2001-2002، ص: 196.

⁴ قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2002/10/10 تحت عدد 3151 في الملف عدد 02/898 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2002 ص: 93.

⁵ قرار عدد 659 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1977/11/16 ملف عدد 76/58916.

المطلب الثاني: التمييز بين الإذن بالتقاضي والإذن بالترافع

إن موضوع الإذن بالتقاضي يثير بعض الغموض حين مقارنته مع الاذونات القانونية الأخرى. وأكثر الاذونات اقتراباً من المؤسسة المدروسة هي الإذن بالترافع. على اعتبار أن كلاهما يرميان إلى إتمام صلاحية الشخص في مباشرة إجراءات الدعوى. ومهما يكن فإن هذا التشابه سنحاول فكّه من خلال تحليل لهاتين المؤسستين وكذا الاستعانة بقرارات قضائية للتوصل إلى ذلك.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط أن "رفع الدعوى ضد الوكالات لا يتوفر على إذن من وزارة الداخلية كما هو الشأن للجماعات المحلية والقروية"¹. كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض ما يلي: "تكون المحكمة قد خرقت الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية حينما قبلت دعوى ناظر الأوقاف دون توفره على إذن خاص من وزارته وبالتالي أساءت التعليل وعرضت قرارها للنقض"².

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض يقضي بأن قرار محكمة الاستئناف بعدم قبول الاستئناف لعدم تنصيب محام يتعرض للنقض للإخلال بحقوق الدفاع. إذا كان المعني بالأمر لم يبلغ قبل البت في النازلة بقرار رفض الترخيص بالدفاع شخصياً عن حقوقه"³. ويتضح من خلال هذه القرارات أن مجالات الاختلاف تتركز في مسائل شتى بين هذين المؤسستين أي بين الإذن بالتقاضي والإذن بالترافع ويمكن استخلاص ذلك كالآتي:

أولاً: مجال كل الإذن بالتقاضي والإذن بالترافع

❖ الإذن بالتقاضي ينصب على تمام شرط الأهلية في التقاضي كعنصر لتحمل عبئ إثبات الحقوق.

❖ الإذن بالترافع حسب القرار الثالث ينصب على تمام شرط الصفة في التقاضي فحسب القرار المذكور يمنع المعني بالأمر من الترخيص بالدفاع شخصياً عن حقوقه لمساس هذا الأمر بحق الدفاع لديه.

ثانياً: مصدر كل من الإذن بالتقاضي والإذن بالترافع

❖ الإذن بالتقاضي يصدره قاضي شؤون القاصرين في حالة القاصر.

¹ قرار عدد 90/5115 الصادر بتاريخ 04 يونيو 1991 منشور في مجلة المحاماة، عدد 12، ص: 89.

² قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2002/10/10 تحت عدد 3151 في الملف عدد 02/898 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2002 ص: 93.

³ عبد الفتاح بنوار: مجموعة القانون القضائي، قانون المسطرة المدنية مع آخر التعديلات واجتهادات قضائية حديثة وقواعد مسطرية خاصة، طبعة 1998، ص: 34.

❖ والوصي الإداري المعين من طرف وزارة الداخلية في حالة الجماعات المحلية أو القروية.
❖ الإذن بالتراجع يصدر ممن له الصفة الأصلية في التراجع فيكون عموما صاحب الحق المراد إثباته.

ثالثا: من حيث الإلزامية

❖ الإذن بالتقاضي أمر إجباري وهذا ما نستشفه من قرار محكمة الاستئناف أعلاه.
❖ الإذن بالتراجع للطرف المعني بالأمر الحرية في منح هذا الإذن أو عدم منحه.
وعلى إثر كل ما سبق فإن الإذن بالتقاضي سلطة في يد من كلف بها قانونا، تمكن من له مانع شرعي امكانية اللجوء إلى القضاء إسوة بالذين توفرت فيهم شروط التقاضي. مثل من لا تتوفر فيه اهلية التقاضي كالقاصر أو تحت الوصاية.
أما الإذن بالتراجع معناه الترخيص للمتقاضي بأن يدافع عن مصالحه أمام القضاء بصفة استثنائية، شريطة توافر شروط حددها القانون في طالب الترخيص تحت طائلة رفض طلبه.

المبحث الثاني: حالات الإذن بالتقاضي

أشار المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية إلى شرط الإذن بالتقاضي بنصه على أنه: "يشتر القاضي تلقائيا...أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا".
وبذلك فإنه على رافع الدعوى أن يتحقق، قبل رفع دعواه أمام المحكمة، من أنه استوفى هذا الشرط في حالة الضرورة، على اعتبار أن القاضي له الحق في إثارتته تلقائيا وينذره بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده له. ولقد أقر المشرع هذا الشرط من أجل منح الحق لكل ذي مصلحة في رفع دعواه أمام المحكمة.

ويكون الإذن بالتقاضي في حالة القاصر (المطلب الأول)، وكذا بالنسبة لبعض الأشخاص الموجودين تحت الوصاية الإدارية، إذ لا يحق لهم التقاضي إلا بأذن من السلطة التي تراقبهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإذن بالتقاضي ورعاية مصالح القاصرين

تنص المادة 226 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار."
يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.
يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائيا إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها.
يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه."

نستشف من تأمل هذه المادة في فقرتها الأخيرة أن الصغير الذي بلغ سن التمييز، أي اثنتي عشرة سنة، ولم يبلغ سن الرشد القانوني¹، يمكنه التقاضي بموجب إذن يمنح له من جهات محددة قانونا. وهذه الجهات كما هو منصوص عليها في المادة أعلاه تتمثل في الولي أو القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

فالإذن بالتقاضي الذي يمنح للصغير المميز يصدر إما مباشرة من الولي، أي الأب أو الأم في حالة تعذر ذلك من الأب²، أو بناء على قرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وهذا الإذن يصدر بناء على طلب مقدم من الصغير المعني بالأمر نفسه أو من الوصي أو المقدم إذا أنس فيه علامات الرشد.

والتصرفات التي يقوم بها الصغير المأذون له تبقى صحيحة ومنتجة لكافة آثارها، إذ تعتبر كما لو كانت صادرة عن شخص راشد. ويمكن لكل ذي مصلحة أن يشير مسألة الحصول على الإذن بالتقاضي أمام المحكمة. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض، المجلس الأعلى سابقا، ما يلي:

"وحيث يطعن طالب النقض على القرار بوسيلة فريدة مرتكزة على خرق القانون وعدم الارتكاز على أي أساس، ذلك أن القرار المطعون فيه علل حكمه بأن الطاعنين رفعوا الدعوى دون الحصول على إذن بالتقاضي..."³.

غير أنه في حالة ما إذا كان التأخير في رفع الدعوى من شأنه أن يسبب للقاصر ضررا أو يؤدي إلى ضياع حقوقه، فإنه واستثناء من هذا المنع يسمح برفع الدعوى باسم القاصر دون الحصول على الإذن بالتقاضي⁴.

المطلب الثاني: الإذن بالتقاضي والوصاية الإدارية

عملا بالفصل الخامس من الظهير المؤرخ في 26 رجب 1337 الموافق ليوم 27 أبريل 1919. الصادر بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات، وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتقويتها. وذلك حسبما وقع تغييره بظهير 12 رمضان 1382 الموافق ليوم 06 فبراير 1963. فإنه يمنع على الجماعات أن تقيم أو أن تتدخل تدخلا إراديا في الدعاوى، سواء كان هذا التدخل انضماميا أو هجوميا في المجال العقاري قصد المحافظة على أملاكها، ولا حتسأن تطالب بتحفيظ

¹ تنص المادة 209 من مدونة الأسرة على أن: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

² الولاية في القانون المغربي منصوص عليها في المادة 230 من مدونة الأسرة.

³ قرار محكمة النقض رقم 601 صادر بتاريخ 04 أبريل 1989، في الملف الشرعي عدد 87 / 16294.

⁴ عبد اللطيف خالفي: الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية، رصد لمبادئ وقرارات المجلس الأعلى، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، طبعة 2004 ص: 87

هذه الممتلكات إلا بإذن من وزير الداخلية. وينص الفصل المذكور أعلاه على أنه: "لا يمكن للجماعات أن تقيم أو تؤيد في الميدان العقاري أية دعوى قصد المحافظة على مصالحها الجماعية. ولا تطلب التحفيظ إلا بإذن من الوصي وبواسطة مندوب أو مندوبين معينين طبق الشروط المحددة في الفصل الثاني..."¹.

وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن من حق الجماعات الأصلية اللجوء إلى القضاء دون إذن من الوصي كلما تعلق الأمر بنزاعات غير عقارية.

ومن هنا ندرك أن الإذن بالتقاضي بالنسبة للوصاية الإدارية مقتصر فقط على الدعاوى المرتبطة بالعقار، وهو ما يؤكد أنه إجراء استثنائي.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: "وحيث أن المحكمة المطعون في حكمها حين قبلت كالمحكمة الأولى دعوى الجماعة الرامية إلى المحافظة على مصالحها الجماعية في العقار المتنازع فيه دون أن تشير تلقائياً عدم الإذن في إقامتها، طرف الوصي الإداري على الجماعات، قد خالفت النص الأمر المشار إليه أعلاه والذي يعتبر من النظام العام الواجب إثارته في جميع المراحل"².

كما جاء في قرار آخر ما يلي: "تكون المحكمة قد خرقت الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية حينما قبلت دعوى ناظر الأوقاف دون توفره على إذن خاص من وزارته وبالتالي أساءت التعليل وعرضت قرارها للنقض"³.

الخلاصة:

يمكن أن نتستنج مما سبق أعلاه، أن الإذن بالتقاضي، سواء في حالة رعاية شؤون القاصر أو في حالة الوصاية الإدارية، تبقى مقتضياته غير كافية ويكتنفه بعض الغموض نظراً لتشتت مصادره. وهذا يستدعي من المشرع التدخل والقيام بمحاولة لإحاطته بترساة قانونية متماسكة حتى تنير الطريق للمتعاملين بهذا الإذن، وخصوصاً رجال القضاء، وذلك من أجل تحقيق العدالة وحماية مصالح الطرف الذي يرغب في الحصول على إذن بالتقاضي.

¹ عبد العزيز توفيق: شرح المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، معلقاً عليه بأحكام محاكم النقض العربية إلى 1995، ج 1، الدار البيضاء، طبعة 1995، ص: 125.

² القرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 19 سنة 1970 ص: 16.

³ قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2002/10/10 تحت عدد 3151 في الملف عدد 02/898 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2002 ص: 93.

النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية أمام قضاء الإلغاء

صفية وبجسط

باحثة بسلك الدكتوراه شعبة القانون العام

—كلية الحقوق الدار البيضاء—

تعتبر المؤسسات العمومية طريقة من طرق تدبير المرافق العمومية التي تحتل مركزا مهما بين أساليب إدارة المرافق العامة بالمغرب، فهي شخص من أشخاص القانون العام تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، وتخضع بصفة أساسية لقواعد القانون العام.

ويمكن تصنيف المؤسسة العمومية إلى عدة أنواع، تدرج المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية ضمن شكل من أشكالها، نظرا لطبيعة نشاطها المتمثل في تدبير مرفق تجاري أو صناعي، لكن مع خضوعها لقواعد القانونين الخاص والعام كل في نطاق محدد.¹

وإذا كان هذا الإشكال لا يثار بالنسبة للعاملين بالمؤسسات العمومية الإدارية، باعتبارهم موظفين يخضعون للنظام الأساسي للتوظيف العمومية، وبالتالي يفصل في نزاعاتهم أمام المحاكم الإدارية، فإن الأمر مختلف بالنسبة للعاملين بالمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، استنادا على كون النزاعات المرتبطة بهذه الفئة، تعتبر مثار جدل بخصوص الجهة القضائية المختصة، وحتى إن استقرت بعض المواقف القضائية على تحويل الاختصاص للبث في هذا النوع من المنازعات لجهة القضاء الإداري، لكن يبقى تحديد المسار القضائي للدعوى الإدارية من الإشكالات المطروحة بهذا الخصوص.

تعتبر مسألة تحديد الجهة المختصة من أهم الإشكاليات التي تعرفها منازعات مستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، لأنها تخضع لنظام قانوني مختلط، وإن كانت الغلبة فيها للقضاء العادي²، فقد تأرجحت أحكام القضاء الإداري المغربي في مجال المنازعات الخاصة بمستخدمي المؤسسات العمومية بين اعتبار أن الاختصاص في هذه المنازعة يرجع إلى القضاء العادي وبين منح الاختصاص للقضاء الإداري.³

¹ بوعشيق أحمد "المرافق العامة الكبرى" دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة، سنة 2000، ص 63.

² حسن حوات "آية استمرارية للمرافق العامة الصناعية والتجارية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد، 35، 2002، ص 89.

³ Jean Garagnon, Michel Rousset "Droit administratif marocain" Éditions La Porte, 1975, p 158-157

والملاحظ، من خلال تتبع أحكام القضاء الإداري المغربي، أن الاجتهاد القضائي مر بمرحلتين: الأولى تم الأخذ فيها بالمعيار العضوي كأساس للاختصاص القضاء الإداري؛¹ وفي المرحلة الثانية، تم تبني المعيار الموضوعي وشرط الدعوى الموازية من أجل استبعاد اختصاص القضاء الإداري في هذه المنازعات.²

وسنكتفي في هذه الدراسة الوقوف عند "منازعات الوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية أمام قضاء الإلغاء" وسنأخذ كنموذج المؤسسات الصناعية والتجارية، وذلك وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: خصوصيات دعوى الإلغاء كآلية للنظر في نزاعات الوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية

المبحث الثاني: تطبيقات دعوى الإلغاء في نزاعات مستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية

المبحث الأول: خصوصيات دعوى الإلغاء كآلية للنظر في نزاعات الوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية

تعتبر دعوى الإلغاء مخاصمة للقرار الإداري، إذ يقوم القاضي الإداري ببسط رقابته على مدى التزام القرار، محل الطعن، بقواعد المشروعية (الفرع الأول) والحكم بالغائه وفق إجراءات محددة بمقتضى القانون، في الحالات التي يجانب فيه الصواب ويخالف تلك القواعد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة مشروعية القرار الإداري

تتمثل سلطة القاضي الإداري في إطار دعوى الإلغاء في رقابة المشروعية والنطق، إما بإلغاء القرار الإداري المتسم بأحد عيوب المشروعية المنصوص عليها في المادة 20 من قانون 41-90،

¹ المرحلة الأولى، التي تم فيها الأخذ فيها بالمعيار العضوي كشرط لإسناد الاختصاص للقضاء الإداري في مجال المنازعات المتعلقة بالوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية، يكفي أن يكون المقرر المطعون فيه صادرا عن المؤسسة العمومية، بصفتها سلطة إدارية، ليتولى القضاء الإداري البت في النزعات، دون اعتبار للمركز القانوني للطاعن.

² المرحلة الثانية، فقد تبنى القضاء المعيار الموضوعي وشرط الدعوى الموازية من أجل استبعاد اختصاص القضاء الإداري من البت في نزاعات مستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، وذلك على أساس أنه إذا كان في وسع المعني بالأمر، المطالبة بحقوقهم أمام المحاكم العادية، باعتبارها جهة قضائية موازية، فإن رفع الدعوى أمام المحاكم الإدارية سيكون مآله عدم القبول.

المحدث للمحاكم الإدارية، وإما برفض الدعوى دون أن يتجاوز ذلك، كأن يحل محل الإدارة المختصة لإصدار القرار الصحيح عوض القرار الذي تم إلغاؤه، وهو أمر اقتضاه المبدأ القائل بفصل الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية¹.

وبصفة عامة، يفترض المشرع، لقبول دعوى الإلغاء، توافر بعض الشروط المتعلقة بالطعن المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، بحيث "لا يصح التقاضي إلا لمن له الصفة، والأهلية، والمصلحة لاقتضاء حقوقه".

إلا أنه، وإن كان الأمر كذلك، فقد أجمع الفقه والقضاء على أنه لا يستلزم أن يكون رافع الدعوى صاحب حق اعتدي عليه، بل يكفي بأن يكون في حالة قانونية خاصة إزاء القرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعل القرار مؤثرا في مصلحة ذاتية له.

إلا أنه، رغم التوسع في شروط المصلحة في الدعوى، فهي لا يمكن أن تشمل مصلحة جميع المواطنين في أن تلتزم الإدارة حدود المشروعية في تصرفاتها، فلكي تقبل دعوى الإلغاء، يجب ألا يكفي رافعاها بصفته العامة كمواطن، بل يتحتم أن تتوفر فيه صفة أخرى تميزه عن غيره، وتجعله في حالة قانونية يمسه القرار المطعون فيه، لذلك جرى القضاء الإداري بمصر على أنه في دعاوى الإلغاء "تندمج الصفة في المصلحة، فتتوافر الصفة إذا ما توافرت المصلحة في رافع الدعوى، مادية كانت أو أدبية، سواء كان هو الذي صدر بشأنه القرار المطعون فيه أو غيره"².

وفي هذا السياق يقبل القضاء الإداري الطعون الموجهة ضد القرارات الفردية المتعلقة بأعوان مرافق الدولة، لكن شريطة أن يكون لتلك القرارات انعكاس مباشر على وضعية رافعي الدعوى، وإلى جانب هذه الشروط المتعلقة برفع دعوى الإلغاء، يفترض المشرع عدة شروط أخرى يجب توفرها في القرار المطعون فيه، حتى تكون الدعوى المقدمة مقبولة لدى القضاء الإداري، ومن ثم لكي يكون القرار المطعون فيه محلا لدعوى الإلغاء يجب أن تتوفر في الشروط الآتية:

- الطبيعة الإدارية للقرار المطعون فيه؛
- صدور القرار من جهة إدارية؛

¹ حميد ولد البلاد "اشكالات نزاعات الوضعية الفردية في ضوء الاجتهاد القضائي"، رسالة نهاية التدريب بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، 2003 / 2001، ص 61.

² محكمة القضاء الإداري 1982/2/11 الدعوى رقم 3123 لسنة 35 القضائية أورده حميد ولد البلاد، مرجع سابق، ص 61.

• الأثر القانوني للقرار المطعون فيه؛

• الطبيعة النهائية للقرار؛

هذا، ولكي يكون القرار الإداري قابلاً للطعن بالإلغاء يجب أن يكون مشوباً بأحد عيوب المشروعية، المنصوص عليها في المادة 20 من قانون 41-90، بحيث يقصد بها تلك العيوب التي يمكن لمستخدمي المؤسسات العمومية الاستناد عليها من أجل إلغاء القرارات الإدارية المؤثرة في وضعيتهم الفردية، ويمكن تصنيف هذه العيوب إلى عيوب عدم المشروعية الخارجية، المتمثلة في عيب الاختصاص، وعيب الشكل، وعيوب عدم المشروعية الداخلية التي يقصد بها كل من عيب مخالفة القانون، وعيب الانحراف في استعمال السلطة، وعيب السبب.

كذلك ومن الخصائص المميزة لدعوى الإلغاء، أنها من النظام العام، حيث عمل القضاء الإداري، سواء المغربي أو المقارن، على توسيع وتسهيل اللجوء إليها، من خلال جعلها مفتوحة ضد كل قرار إداري ولو لم ينص عليها القانون، بل اعتبر أنه حتى وإن ورد نص يستثني بعض القرارات من الخضوع للطعن بالإلغاء، فإن الأصل أن أي قرار إداري قابل بذاته للطعن بالإلغاء في ظل دولة الحق والقانون، ويتربط على كونه من النظام العام بعض النتائج التي تستفيد منها الإدارة، خاصة على مستوى آجال رفع الدعوى، وعلى مستوى عدم قبول دعوى الإلغاء.

فبخصوص آجال رفع الدعوى، فقد نصت المادة 23 من قانون 41-90، على أنه "يجب أن تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب التجاوز في استعمال السلطة، في أجل 60 يوماً من تاريخ نشر، أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر". أما على مستوى عدم قبول دعوى الإلغاء فتصبح كذلك، إذا توفر لطالب الإلغاء طريق قضائي آخر يحقق نفس النتائج التي يبرجوها من دعوى الإلغاء، ويتعلق الأمر بالدعوى الموازية التي كرسها التشريع المغربي في الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية، والمادة 23 من القانون 41-90، والتي نصت 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".

ومن الخصوصيات التي تتمتع بها دعوى الإلغاء في التشريع المغربي، كونها معفية من الرسوم القضائية، إلا أنها غير معفية من المزاورة بمحام، على خلاف المشرع الفرنسي، الذي جعل هذه الدعوى أكثر شعبية، فأعفاها من الرسوم القضائية ومن المزاورة بمحامي.

وعموماً، إذا كانت المادة 8 من قانون 41-90 تنص على اختصاص المحاكم الإدارية في المنازعات المتعلقة بالوضعية الفردية في مرافق الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية، فإن مجال تطبيق دعوى الإلغاء في هذا النوع من النزاعات، يعرف نوعاً من التقييد.

الفرع الثاني: تقييد مجال دعوى الإلغاء في نزاعات الوضعية الفردية

لقد اعتبر الفقه أن مفهوم الوضعية الفردية يشمل جميع الأوضاع التي يكون مصدرها قانون الوظيفة الذي يخضع إليه صاحب الشأن، وبتعبير آخر، تنشأ نزاعات الوضعية الفردية خلال الحياة الوظيفية للموظف أو العامل، الممتدة من يوم تعيينه إلى إنهاء الخدمة، أي كانت الحالة التي يوجد عليها، وطبيعة العلاقة القانونية مع الشخص العام الذي يشغله، فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بهذه الفترة، وتتعلق بجميع جوانب الوضعية الإدارية للموظف أو المستخدم.

إن هذا الأمر هو ما أكدته الغرفة الإدارية بتاريخ 17/10/1996، بقولها: "إن مصطلح الوضعية الفردية جاء على إطلاقه دون تقييد وحصر، وأنه يشمل جميع الحالات والأوضاع التي تعترض الموظف، وهو يعمل في خدمة الإدارة والمرفق أو المؤسسة، سواء فيما يتعلق بتسميته في وظيفة معينة، أو ترقيته، أو تأديبه، أو حصوله على أجوره ومستحققاته، إلى غير ذلك من الدعاوى التي يمكن أن يقيمها ضد الإدارة..."¹.

وأمام هذا الغموض بخصوص مصطلح الوضعية الفردية، فقد عملت المحاكم الإدارية، من خلال قضاء متواتر على إلغاء بعض القرارات، التي تمس الوضعية الفردية للمستخدمين، مع التحفظ في تحديد هذه الوضعيات، إذ ليس كل الوضعيات الفردية يمكن الطعن فيها بالإلغاء. ففي هذا الإطار، أكدت المحكمة الإدارية بالرباط، في قضية عبد الكريم بن منصور ضد المدير العام للمكتب الوطني للنقل، أنه: "فضلاً عن ذلك، فإن المادة 8 من قانون 41-90 أعطت اختصاص البث في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للعاملين بالمؤسسات العمومية للمحاكم الإدارية.

ومعلوم أن مفهوم الوضعية الفردية الوارد في هذه المادة، ينسحب، حسب قرار الغرفة الإدارية رقم 734، الصادر بتاريخ 17/10/96، في الملف الإداري عدد 95/570، على الحالات التي تعترض الموظف وهو يعمل مع الإدارة، سواء فيما يرجع لترقيته، أو تأديبه، أو حصوله على أجوره

¹ قرار الغرفة الإدارية رقم بتاريخ 17/10/1996 أورده: محمد الصقلي حسيني، النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المرافق العامة بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، م.م.إ.م.ت، مواضيع الساعة، عدد 47، 2004، ص 44.

ومستحققاته، مما يعني أن المحكمة الإدارية هي المختصة نوعياً للبت في الطعن موضوع النزاع، على اعتبار أن القرار المطعون فيه يتعلق بإجراء تأديبي ألحق مساساً بالوضعية الفردية للطاعن، وهذا الاختصاص بتحديد المشرع حسب المادة 8 من القانون السالف الذكر، وحيث أن مفهوم الوضعية الفردية، وإن ورد عاماً، سواء بالنسبة للموظفين، أو العاملين بالمؤسسات العمومية إلا أنه، بالنسبة لهذه الفئة الأخيرة، ينبغي قصره على الحالات المتعلقة بالنقل، أو بالترقية، أو التأديب، ولا يمكن تمديده إلا الحالات المتعلقة بالتعويض¹.

ويستنتج من خلال هذا القرار، أن المحكمة الإدارية لا تقوم بإلغاء كل القرارات التي تمس الوضعية الفردية، بل تشترط أن لا يمتد إلى الحالات المتعلقة بالتعويض، لأنه سيؤدي إلى تطبيق قواعد القانون الخاص، وبالتالي فإن المحكمة الإدارية في هذه القضية حددت مجال تخصصها في إطار دعوى الإلغاء في حالات النقل، والترقية، والتأديب، وهذه الحالات، في أغلبها، تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية.

ومن هذا المنطلق، فإن المؤسسات العمومية لا يمكنها أن تستعمل سلطتها التقديرية بصورة مطلقة، وبالتالي فإن القاضي الإداري، وبذكاء، حاول أن يفسر مقتضيات المادة 8 وأن يطبقها بدون الخروج عن المنطق القانوني والمبادئ التي تحكم تخصص القضاء الإداري. وتأكيد منه على تقييد مجال دعوى الإلغاء في نزاعات الوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية الاقتصادية، فقد تواترت التطبيقات القضائية على قبول الطعن بالإلغاء المتعلقة بتأديب ونقل المستخدمين بالمؤسسات العمومية.

المبحث الثاني: تطبيقات دعوى الإلغاء في نزاعات مستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية
لقد عمل القضاء الإداري على إلغاء مجموعة من القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، والتي تمس بالوضعية الفردية لمستخدميها في مجال التأديب (الفرع الأول) ومجال النقل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إلغاء القرارات التأديبية

قرر المجلس الأعلى إلغاء قرار الطرد في قضية المريني مولاي الحسن ضد المكتب الجهوي للحوز بمراكش، لأن المؤسسة لم تعرض الأمر على المجلس التأديبي، حيث قال بأن "المقرر الذي اتخذته مدير المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي للحوز، بشأن طرد الطاعن من منصبه كمساعد

¹ قرار الغرفة الإدارية رقم 734، الصادر بتاريخ 96/10/17، في الملف الإداري عدد 95/570.

تقني فلاحى بدون أن يبيت المجلس التأديبي في أمره، حرم هذا الأخير من ممارسة حقه في الدفاع، خلافاً للفصل 15 المشار إليه، مما يجعله معرضاً للبطلان¹.

نفس الموقف كرسه المجلس الأعلى كذلك من قرار تأديبي قضى بإلغائه، وذلك لأن القرار قام بمعاقبة المستخدم مرتين على نفس التقصير²، حيث أنه بتاريخ 22 يونيو 1976 طلب " المستخدم بسبب الشطط في استعمال السلطة، إلغاء القرار الصادر من المدير العام لمكتب التسويق والتصدير، القاضي بطرده من عمله...". وذلك لكون القرار المطلوب إلغاؤه خرق القانون الداخلي للمؤسسة، وخاصة الفصل 4، باعتبار كون التغيب المنسوب إلى المدعي كان مبنياً على شهادة طبية، وكذلك خرقه لمقتضيات الفصل 11 من العقدة النموذجية التي تحدد العلاقة بين المستخدمين الذين يمارسون مهام تجارية أو صناعية أو حرة وبين مشغليهم..... ومن جهة أخرى، فإن المجلس التأديبي لم يعط أي اهتمام له، وأنه لا يحق للمؤسسة معاقبته مرة ثانية، على نفس التقصير عملاً بالمبدأ الذي بمقتضاه لا يعاقب الشخص مرتين من أجل نفس المخالفة، ومن جهة أخرى حيث يتضح مما تقدم، أن القرار المطعون فيه منسوب بالشطط في استعمال السلطة، لهذه الأسباب قضى المجلس الأعلى بإلغاء القرار الصادر عن المدير العام لمكتب التسويق والتصدير".

وهذا بالموازاة مع ما تنص عليه المادة 47 من مرسوم 63/11/14 المحدد للقواعد العامة المطبقة لمستخدمي هذه المؤسسات العمومية، حيث أكد على أن السلطة التأديبية هي من اختصاص مديري المؤسسات العمومية، في مقابل الفصل 48، الذي أكد على أهم الضمانات التي يتمتع بها المعني في تأديبه من احترام لحقوق الدفاع، وهي نفس الضمانات التي يتمتع بها الموظف بمقتضى قانون الوظيفة العمومية³.

وحكم إدارية فاس في قضية أحمد ملاك الله، ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية جاء فيه "أن هدف طلب المدعي إلى إلغاء القرار الإداري، الصادر عن السيد المدير العام للمكتب الوطني للسكك الحديدية، بتاريخ 2006/04/28، والقاضي بفصله من عمله كمستخدم لدى هذا المكتب تأسيساً، على كونه جاء غير مؤسس قانوناً وواقعياً، وحيث أن المكتب الوطني للسكك

¹ قرار المجلس الأعلى رقم 23 بتاريخ 1975/02/5 وأورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العلمي في الاجتهاد القضائي - الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1996 ص 303.

² قرار المجلس الأعلى عدد 148 بتاريخ 1977/5/6. مجلة القانون والسياسة والاقتصاد، عدد 4، ص 99

³ عبد الوهاب رافع، نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارة العمومية من خلال العمل القضائي - المطبعة والوراقة الوطنية - الطبعة الأولى سنة 2006 مراكش، ص 45.

الحديدية يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، وأن المجلس الأعلى، اعتبر في العديد من قراراته، بأن القرارات الإدارية الصادرة عن مديري المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري، قرارات إدارية قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء، بالرغم أن المعنى بالأمر يبقى مجرد مستخدم لدى هذه المؤسسة، مما تبقى معه المحكمة الإدارية مختصة، نوعياً، للبث في النزاع¹.

وفي ملف آخر صدر من المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2008/02/26، يتعلق بالعقوبات التأديبية في حق مستخدمي بنك المغرب، وجاء فيه: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار عدد 4552، الصادر من بنك المغرب بتاريخ 2007/05/11، بمعاقبة الطاعن بالإنداز المكتوب، وبخصم أجرة نصف يوم، مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وحيث دفع بنك المغرب بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية للبث في الطلب بعله أنه ليس مؤسسة عمومية، وعلى أن الطاعن يعتبر عون تنفيذ تربطه بالبنك علاقة القانون الخاص، وحيث أنه، طبقاً لمقتضيات المادة 8 من القانون 90-41، المحدث للمحاكم الإدارية، فإن هذه الأخيرة تبقى هي الجهة القضائية المختصة بالبث في الطلبات الرامية إلى إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة، ويرجع إليها اختصاص البث في المنازعة المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة، والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية.

لكن حيث أن والي بنك المغرب مصدر القرار المطعون فيه شخص من أشخاص القانون العام، وسلطة إدارية، الشيء الذي تكون معه قرارات التأديب الصادرة عنه قرارات إدارية، وذلك بإعمال المعيار العضوي، ومن تم تعتبر قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء، بقطع النظر عن العلاقة التي تربط الطاعن بالإدارة، هل هي خاضعة للقانون العام أم للقانون الخاص، وأن إعمال هذا المعيار يتماشى ومقتضيات المادة 8 من قانون 90.41 أعلاه، التي أخذت به عندما نصت على اختصاص هذه المحاكم بإلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة.

وحيث، من جهة أخرى، فإن نفس القانون كرس المعيار المذكور، عندما أسند لهذه المحاكم الاختصاص في الوضعية الفردية لجميع الموظفين والعاملين في مرافق الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية، وتتضمن قرارات التأديب دون تمييز بين ما إذا كانوا موظفون عموميون

¹ حكم عدد 33 من الملف الإداري عدد 334/06 بتاريخ 2007/01/09 أحمد ملاك الله ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، (حكم غير منشور).

خاضعون لقانون الوظيفة العمومية، أو أعوان مؤقتين غير رسميين تربطهم بالإدارة علاقة عمل أخرى من غير علاقة القانون المذكور¹.

يستنتج من خلال هذه الأحكام والقرارات، أن القاضي الإداري لا يتردد في إلغاء كل القرارات الإدارية التي تمس بالوضعية الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، في حالة التأديب، باعتبارها أكثر مجال تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية مقيدة، وإلا فالقاضي الإداري لن يتردد في إلغاء أي قرار متمم بالشطط في استعمال السلطة دون الخروج عن مقتضيات الفصل 8 من قانون 41-90، التي تحكم تخصص القاضي الإداري.

فباستقراء الحكم رقم 103، بتاريخ 06/02/2006، ذهبت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، في قضية السعدي العابدي ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، إلى القول: "حيث إن الطلب يرمي إلى الحكم على المدعي عليه بإرجاع المدعي، وذلك لتوقيفه تعسفيا، وطرده من عمله، وحيث إنه لإرجاع المدعي إلى عمله، وعلى ما أستقر عليه قضاء المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)، يتوقف على إلغاء قرار التوقيف والفصل من العمل"².

فالقاضي الإداري كيف طلب المدعي في هذه النازلة في حدود تخصصه ؛ أي فحص مشروعية قرار الطرد، إعمالا بالمادة 20 من قانون 41-90.

الفرع الثاني: إلغاء القرارات المتعلقة بالنقل

لقد سبقت الإشارة أن القاضي الإداري يتدخل بإلغاء القرارات الإدارية التأديبية المرتبطة بوضعية المستخدمين بالمرافق الصناعية والتجارية، المتسمة بأحد عيوب المشروعية دون أن يتجاوز ذلك وبالإضافة إلى هذا النوع من القرارات الإدارية، المرتبطة بالوضعية الفردية للمستخدمين، نجد قرارات النقل التي كان مآلها الطعن بالإلغاء.

ففي قرار المجلس الأعلى رقم 369، بتاريخ 26/05/1996، في قضية عبد الجليل فنيش ضد بنك المغرب، قضى بما يلي: "حيث الاستئناف المصرح به من طرف بنك المغرب ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 21/12/1995، في الملف 95/163 والقاضي باختصاص المحكمة الإدارية في النزاع مقبول على الشروط المتطلبية قانونا.

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 28/2/2008 ملف عدد 07/453 غ، ضد والي بنك المغرب (حكم غير منشور).

² حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم رقم 103 بتاريخ 06/02/2006، سعدي العابدي ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، (حكم غير منشور).

وحيث يؤخذ من أوراق الملف، ومن محتوى الحكم المطعون فيه المشار إليه، أنه، بناء على مقال مقدم من طرف عبد الجليل فنيش، عرض هذا الأخير أنه موظف ببنك المغرب، وأنه بسبب كفاءته واستقامته فإنه يشغل منصب مهندس نائب مدير البنك، وفي نطاق مهامه وواجباته الوظيفية كان يشير، باستمرار بعض التجاوزات والأخطاء الإدارية والمالية مع رؤسائه بالبنك، فأحيل على إثر ذلك على المجلس التأديبي، ثم لم تقدم أثناء انعقاده أي حجة ضده، ورغم ذلك توصل برسالة مؤرخة في 1995/5/12 تقرر بموجبها نقله تأديبيا من الرباط إلى وكالة بنك المغرب بأكادير، وأن قرار النقل المذكور لا يركز على أساس من الواقع والقانون، ولذلك التمس الحكم بإلغائه.

حيث قضت المحكمة الإدارية بالرباط باختصاصها للبت في النزاع بعلته أنه بالرجوع إلى الظهير المؤسس لبنك المغرب المؤرخ في 1959/6/20، فإن هذا الأخير يعتبر مؤسسة عمومية، تتمتع بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي، وإن والي بنك المغرب يعين بمقتضى ظهير شريف، ويتولى إدارة وتسير مرفق عام اقتصادي تابع للدولة، مما يجعله سلطة إدارية تكون قراراته، بالتالي، خاضعة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء، بقطع النظر عن خضوع المقرر الصادر عنه لأحكام القانون العام أو القانون الخاص.

وحيث إنه من المسلم به أن المستأنف عليه يعمل في أحد مرافق الدولة، وهو بنك المغرب وحيث أن المشرع قد نص صراحة بوضوح في الفصل 8 من قانون 41.90 على أن النزاعات التي تهم العاملين في مرافق الدولة تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية، إذا كانت تتعلق فعلا بوضعيتهم الفردية وحيث أن المقصود بالوضعية الفردية، كما استقر عليه الاجتهاد القضائي، هو كل ما يتصل بترقية المعني بالأمر وتأديبه، ونقله، وتسوية وضعيته الإدارية وحيث إن المستأنف عليه وإن كان يخضع في علاقته مع بنك المغرب لأحكام القانون العام، ولظهير 1958/2/24، إلا أن هذه العلاقة، وما يترتب عنها من نزاعات تهم وضعيته الفردية تظل من اختصاص المحاكم الإدارية بصريح العبارة أعلاه.

وحيث نستنتج مما 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، ولذلك قضى المجلس الأعلى بتأييد الحكم المستأنف وبإرجاع الملف إلى المحكمة الإدارية بالرباط لمتابعة الإجراءات في القضية¹.

¹ قرار مجلس الأعلى رقم 369 بتاريخ 1958/05/26 في قضية عبد الجليل فنيش ضد بنك المغرب، (قرار غير منشور).

هكذا إذن يلاحظ أن السلطة التقديرية للمؤسسة العمومية، في مجال نقل مستخدميها تظل مقيدة وتخضع لمقتضيات قانونية، وليست تعسفية، وتخضع للرقابة على مشروعية قراراتها من طرف القاضي الإداري، عن طريق دعوى الإلغاء، دون تجاوز اختصاصه المعهود له في هذا المجال، إذ يقتصر دوره في تمحيص وتفحص مشروعية القرار¹، وإلغائه عندما يشوبه عيب من عيوب المشروعية، دون الخوض في مسائل أخرى قد يضطر معها القاضي لاستعمال وسائل القانون الخاص.

خاتمة :

فإذا كان المشرع قد حسم الأمر بخصوص الجهة المختصة في النظر في المنازعات المتعلقة بفئة الموظفين المعيّنين بظهير أو مرسوم أو موظفين في إطار وضعية الإلحاق فإن تحديد الجهة المختصة في البت في منازعات باقي المستخدمين لآزال يعرف تباينا وتضاربا في مواقف القضاء الإداري وهو الأمر الذي دفع بهذا الأخير إلى تبني معيارين أحدهما عضوي والآخر موضوعي لتحديد الجهة القضائية المختصة.

إذ استقر الاجتهاد القضائي المغربي بداية على اعتماد المعيار العضوي الذي ينظر إلى الجهة المصدرة للقرار كأساس لتحديد الاختصاص ليتم الاعتماد في مرحلة لاحقة على المعيار الموضوعي.

وعليه إن قراءة العديد من القرارات والأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المغربي والمتعلقة بنزاعات مستخدمي المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية توجي بوجود تضارب وتباين في مضمونها، الأمر الذي يستدعي ضرورة تدخل المشرع من أجل إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 08 باعتبار مضمونها جاء عاما ومطلقا، لا يفرق في النزاعات الفردية لمستخدمي المؤسسات العمومية التجارية والصناعية بين النزاعات التي يسعى من خلالها المستخدم إلى إلغاء القرار الإداري وغيرها من النزاعات الرامية إلى المطالبة بالتعويض.

¹ محمد الأعرج "المنازعات الإدارية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد، 78، 2012، ص 87-88.

طبيعة النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العامة لدى الفقه والتشريع والقضاء المغربي.

يونس بريبري

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

جامعة محمد الخامس الرباط

تبقى أحكام الوظيفة بما تتضمنه من حقوق، وما تفرضه من واجبات مستمدة مباشرة من نصوص القوانين والمراسيم التطبيقية لها، هذه الحقوق هي أساسية بالنسبة للموظفين وبالتالي فهي تعتبر من المبادئ العامة، لذا حرص المشرع المغربي على حفظها وصيانتها، كما أضحي القضاء الإداري متطورا في ضمان حقوق الموظف وتسوية أوضاعه الإدارية والمالية، إذ عمل على تكريسها وترسيخها بالحياة الوظيفية، كما سهر على حماية الموظف من تعسف الإدارة في حالة تجاوزها للسلطة التقديرية المخولة لها أو في حالة اتخاذها لقرارات غير مشروعة¹.

ولقد أسند المشرع في الفصل 8 من القانون رقم 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية اختصاص النظر في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظف أو العامل في المرفق العام للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية للمحاكم الإدارية، مما جعل جانبا من الفقه يعتبر أن هذه المنازعات تشمل جميع الأوضاع الفردية التي يكون مصدرها قانون الوظيفة الخاضع إليه صاحب الشأن.

وفي خضم البحث عن الإطار الحقيقي لدعوى التسوية الفردية للموظفين والتحديد الذي أقره كل من الفقه والقضاء الإداريان، بالإضافة إلى التساؤل هل دعاوى التسوية تدخل في مجال دعوى الإلغاء أم دعوى القضاء الشامل يدفعنا إلى البحث في المعايير الفقهية والاجتهادات القضائية التي أصلت لطبيعة النزاعات الناتجة عن الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالمرافق العامة.

من خلال ذلك، سوف نتطرق إلى مدلول النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية (المبحث الأول) ثم موقع دعاوى تسوية الوضعية الفردية من القضاء الإداري (المبحث الثاني).

¹ - الهام أمقران، دور القضاء الإداري في تسوية الوضعية الادارية والمالية للموظفين، بحث لنيل دبلوم الماستر في القضاء الاداري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2015-2016، ص 8.

المبحث الأول: مدلول النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية.

لقد تضاربت آراء الفقهاء حول إعطاء تعريف دقيق ومحدد لدعوى تسوية الوضعية الفردية للموظفين والعاملين في إدارات الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية، وذلك نتيجة للصيغة التي وردت في المادة 8 من قانون المحاكم الإدارية بحيث جاءت مقتضبة جداً وغير محددة المعالم، لذلك يحق لنا التساؤل عن ماهية الوضعية الفردية، وهل تدخل في إطار دعوى الإلغاء، أم تعتبر من بين دعاوى القضاء الشامل، مادامت لا ترمي إلى مخاصمة قرار إداري بقدر ما تهدف إلى المطالبة بتسوية وضعية وما ينتج عنها من تعويضات.

بذلك، سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى المفهوم التشريعي للوضعية الفردية (المطلب الأول) على أن نخصص (المطلب الثاني) للمفهوم الفقهي.

المطلب الأول: المفهوم التشريعي للوضعية الفردية.

لقد تم تحديد اختصاص المحاكم الإدارية بموجب المادة الثامنة¹ من القانون 41/90 المحدثة بموجبه هذه الأخيرة، كما تم تحديد شروط ممارسة تلك الاختصاصات من خلال مجموعة من الأبواب.

ونصت المادة الثامنة من قانون 41/90² السالفة الذكر على أن المحاكم الإدارية تختص مع مراعاة أحكام المادتين 9 و11 من هذا القانون بالبت ابتدائياً في الدعاوى المتعلقة بالوضعية

¹ تنص المادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية على أنه " تختص المحاكم الإدارية، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و11 من هذا القانون، بالبت ابتدائياً في طلبات إلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ماعدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام.

وتختص المحاكم الإدارية كذلك بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة وموظفي إدارة مجلس النواب وعن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات والضرائب ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة، بالبت في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة والنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات والمؤسسات العامة، وذلك كله وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

² ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية منشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/03 الصفحة 2168.

الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، ذلك كله وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

لكن المثير للانتباه من خلال قراءة المادة الثامنة أن المشرع لم يحدد شروطا للدعوى المتعلقة بالوضعية الفردية التي تختص بنظرها المحاكم الإدارية رغم أهميتها البالغة، بل اكتفى فقط بإقرار اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في مجموعة من النزاعات - التي نجد من بينها الوضعية الفردية للموظفين والعاملين في الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية - دون تقييد وتحديد دقيق لها.

تعتبر هذه صعوبة أولى تعترض تطبيق هذه المقتضيات، لأنه في غياب تحديد مسبق لتلك النزاعات يستعصي تأسيس اختصاص المحاكم الإدارية، إذ يرتبط الاختصاص بهذا النوع من النزاعات الذي يتعين توضيحه مسبقا، وذلك تلافيا لأي اختلاف في تطبيق المقتضيات القانونية الخاصة بها من طرف القضاة الإداريين¹.

بالرجوع الى القانون المقارن، نجد المشرع المصري قد اتخذ المنحى الصحيح بتحديدده للنزاعات المتعلقة بالموظفين العموميين وذلك من خلال المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 إذ جاء فيها:

تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية:

أولا:.....

ثانيا: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم.

ثالثا: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات.

رابعا: الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستبعاد أو فصلهم بالطريق غير التأديبي.

خامسا: الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

تاسعا: الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

1- أمال المشرقي، النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 26 يناير-مارس، 1999، ص 30.

يلاحظ على أن المشرع المصري من خلال المادة العاشرة أعلاه من قانون مجلس الدولة حدد المنازعات الخاصة بالموظفين العموميين، سواء المتعلقة بالتأديب، أو المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات، والمنازعات الخاصة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية، والمنازعات المتعلقة بالإحالة على المعاش أو الاستبعاد، أما النص القانوني المغربي سواء في المادة الثامنة أو المادة 11 من قانون 90/41 جاء عاما ومقتضيا ولم يحدد النزاعات المتعلقة بشؤون الموظفين، إذ نص على اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية في المادة 8، واختصاص محكمة الرباط الإدارية بالنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للأشخاص المعيّنين بظهير أو مرسوم في المادة 11. من خلال ما سبق، يتضح لنا أن المشرع المغربي لم يخصص أي باب في قانون 41/90 للنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين وتحديدًا على غرار النزاعات الأخرى (الانتخابات، نزع الملكية، الضريبة، المعاشات، التحصيل...) تاركا المجال للفقه والقضاء في تكييف ذلك لكون أن القضاء الإداري يعرف تنوعا وتطورا مع تطور المجتمع.

فإلى أي حد استطاع كل من الفقه والقضاء ملئ هذا الفراغ التشريعي؟

المطلب الثاني: المفهوم الفقهي للوضعية الفردية.

أمام سكوت المشرع المغربي في إعطاء تعريف مدقق وصريح لدعوى التسوية وتحديد مفهومها باعتبارها إحدى النزاعات المتصلة بشؤون الموظفين بصفة عامة، تشعبت الآراء الفقهية في تقديم محاولات للتعريف بها لحل الإشكال الواقع، مما نتج عنه اختلاف التعاريف تبعاً لاختلاف أصحابها في الأحكام.

وفي هذا السياق المرتبط، قد ذهب الاستاذ محمد عنترى إلى القول بأن المنازعة المتعلقة بالوضعية الفردية تشمل جميع الأوضاع الفردية التي يكون مصدرها قانون الوظيفة الخاضع إليه صاحب الشأن¹.

بينما ذهب الاستاذ أمال المشرقي إلى القول: "إن نزاعات الوضعية الفردية تنشأ خلال الحياة الوظيفية للموظف أو العامل، الممتدة من تعيينه إلى إنهاء الخدمة، أي كانت الحالة التي يوجد عليها (القيام بالعمل، الإلحاق، التوقيف المؤقت...) وطبيعة العلاقة القانونية مع الشخص العام الذي يشغله.

1- محمد عنترى دراسة حول: "أعوان المؤسسات العمومية في الاجتهاد القضائي المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 23، 2003، ص 41.

فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بهذه الفترة وتتعلق بجميع جوانب الوضعية الادارية للموظف أو العامل كالتعيين وتخصيص المهام، والنقل من مصلحة إلى أخرى، والترقية بجميع أنواعها، والتأديب كيفما كان الفعل الخاطئ، إلى غير ذلك من التدابير الأخرى. وحتى بعد انتهاء هذه المدة، عند الخروج من العمل والإحالة على التقاعد.

فإن هذه النزاعات تشمل أيضاً جل الخلافات المتعلقة بالمعاشات ومنح الوفاة المستحقة¹. و تتميز هذه النزاعات بكونها تخص مباشرة أو بصفة غير مباشرة الجوانب المادية لمركز الموظف أو العامل، ويطالب فيها هذا الأخير بالتمتع بالحقوق المترتبة عن مزاولة الوظيفة قصد تسوية وضعيته الخاصة التي تضررت من جراء الآثار السلبية للقرار الصادر عن الشخص العام الذي يشغله والقاضي بحرمانه من الاستفادة من هذه الامتيازات، فالطابع المادي للنزاع هو الذي يضفي صبغة ذاتية وفردية على الوضعية المتنازع حولها، ويؤسس حق الموظف أو العامل المتضرر في المطالبة باسترجاع حقوقه الشخصية المستحقة التي حرم منها².

وهناك من اعتبر دعاوى الوضعية الفردية منطقة وسطى يبن دعوى الالغاء ودعوى التعويض، حيث ذهب الأستاذ عبد العزيز البعكوي إلى القول أن مضمون الوضعية الفردية حسب منطوق المادة 8 من قانون المحاكم الإدارية ورد عاماً إلا أنه لا يعني تقصيره على الحالات المتعلقة بالنقل أو الترقية أو العزل وغيره من العقوبات التأديبية ولا يمكن مده للحالات المتعلقة بالتعويض³.

فيما نجد جانب آخر حاول إعطاء تعريف للوضعية الفردية بالمقارنة بينها وبين الوضعية التنظيمية باعتبار أن هذه الأخيرة لا تتحدد ولا تتغير إلا بنص مجرد عام، بينما الوضعية الفردية تتحدد شخصياً وبكيفية مشخصة، وعلى صعيد كل فرد أو جماعة من الأفراد، في مواجهة سلوك أو

1- ماعدا الاستثناءات المشار إليها في المادة 41 من قانون المحاكم الادارية، وتخص هذه الاستثناءات، النزاعات الناشئة عن تطبيق الفصل 28 من نظام المعاشات المدنية (ظهير 30 دجنبر 1971)، والفصل 32 من نظام المعاشات العسكرية (ظهير 30 شتنبر 1971)، والفقرة 2 من الفصل 52 من النظام الجماعي لرواتب التقاعد (ظهير 4 أكتوبر 1977).

2- أمال المشرفي، النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، مرجع سابق، ص 34.

3- عبد الوهاب رافع، نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارة العمومية من خلال اعمل القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، 2006، ص 14.

قرار إداري متخذ خصيصا ليس ضدهم كأشخاص، ولكن في شأن مطلب يعتبرونه حقا مخولا لهم بقوة القانون¹.

من خلال ما سبق، وفي ظل هذه الاختلافات الفقهية في التعريف، يمكن اعتبار دعاوى التسوية الإدارية أو الوضعية الفردية للموظفين طلبات ذات صبغة مالية متصلة بشؤون الموظفين ومستحقة لهم أو حتى لورثتهم من بعدهم، فهي دعاوى تعتبر جزء من الدعاوى المتصلة بشؤون الموظفين، لكنها تهم الجانب المالي حيث أن موضوعها ليس الطعن في مشروعية أحد القرارات الإدارية النهائية المتصلة بشؤون الموظفين بصفة مستقلة، وإنما نزاع ذو صبغة مالية بين الموظفين والإدارة يطلب منها - إذا كان مدعيا - تعديل وضعيته أو تسويتها وفقا للقانون ودور المحكمة في هذا الإطار هو الحكم بوضعه في المركز القانوني الذي يترتب على ذلك وتحديد حقوقه التي يستمدها من القانون².

المبحث الثاني: موقع دعوى تسوية الوضعية الفردية من القضاء الإداري

إذا كان الفقه والمشرع، كما لاحظنا سابقا، قد عملا على وضع الإطار القانوني للوضعية الفردية للموظف، فإن القضاء بدوره قد عمل على إيجاد مسار واضح في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الوضعية، وهو دور يلعبه الاجتهاد القضائي في خلق وبلورة مبادئ القانون، اعتبارا لكون القضاء الإداري هو قضاء انشائي بطبيعته.

وتأتي أهمية معرفة موقف القضاء من الطبيعة القانونية للوضعية الفردية للموظف، لكونه - وهو يتدخل في هذه المنازعات - يلعب دورا تفسيريا وتقنيا هاما للمقتضيات التشريعية والتنظيمية. بالتالي، يشكل مصدرا هاما من مصادر القانون الإداري.

بناء عليه، سنتطرق لموقف المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) من الطبيعة القانونية للوضعية الفردية للموظف قبل إنشاء المحاكم الإدارية، على أن نتناول في مرحلة ثانية الطبيعة القانونية للوضعية الفردية للموظف بعد إنشاء المحاكم الإدارية.

1- أشغال الندوة العلمية التي نظمتها كلية الحقوق بمراكش يوم 4 و5 فبراير 1994، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات القاضي، العدد 1965 ص 90.

2- المصطفى الدحاني، دعاوى التسوية الفردية للموظفين بين قضاء الإلغاء والشامل وسلطة المحكمة بشأنه، منشورات مجلة رحاب المحاكم، عدد 4، سنة 2010، ص 37.

المطلب الأول: مرحلة إحداث المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) .

عمل المغرب على إحداث المجلس الأعلى بموجب ظهير 27 شتنبر 1957¹ (محكمة النقض حاليا) حيث تم التنصيص على أن من بين صلاحياته النظر في طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بدعوى الشطط في استعمال السلطة، ولقد شمل اختصاص المجلس الأعلى منذ بداية الستينيات النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والمؤسسات العمومية، بحيث كان في هذه المرحلة يقبل البت في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد رفض الإدارة منح أعوانها مبالغ مالية، باعتبار الفصل في هذا النزاع يستلزم الفصل في مشروعية قرار الرفض، فالحكم على الإدارة بتسديد المبالغ المالية لمستحقيها، رهين بحل إشكالية المشروعية².

هكذا عمل المجلس الأعلى في هذه المرحلة على توحيد النظام القضائي للنزاعات المتعلقة بمطالبة الأعوان العموميين بمبالغ مالية، من خلال تجميع الاختصاص في هذه القضايا، وإسناده لنفس الجهة القضائية عن طريق نفس الدعوى، دون أن يبحث فيما إذا كانت هذه النزاعات تتعلق بالوضعية الفردية أم لا، حيث اعتبرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قضية السيد ابن ادريس ضد وزير البريد³ "أن الموظف الذي يكون في وضعية الإلحاق يظل تابعا لإطاره الأصلي... وعلى الإدارة أن تستجيب لطلب تسوية وضعيته الإدارية وأن رفضها لهاته التسوية يكتسي شططا في استعمال السلطة".

كما اعتبرت في قضية السيد بن خريفة عبد العزيز ضد وزير الاقتصاد والمالية⁴ أن القرار المطعون فيه القاضي برفض تسوية الوضعية الإدارية للطاعن الناتج عن السكوت عن الطلب الذي قدمه إلى وزير المالية مع وجوب إجراء مراجعة لهاته الوضعية لم يكن مشوبا بأي شطط في استعمال السلطة وأن الإدارة لم تنحرف في استعمال سلطتها التقديرية بالاختيار في خصوص معالجة وضعية المعني بالأمر".

من خلال ما سبق، يتبين أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى خلال هذه الفترة، كانت لها الولاية الشاملة للنظر في المنازعات المتعلقة بالوضعية الفردية بمناسبة دعوى الإلغاء للتجاوز في

1- ظهير شريف رقم 1.57.223 يتعلق بالمجلس لأعلى، الجريدة الرسمية عدد 2347 الصادرة بتاريخ 23 ربيع الأول 1377 (18 أكتوبر 1957).

2- د أمال المشرفي، مرجع سابق، ص: 36.

3 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 279 الصادر بتاريخ 1994/7/21 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47.

4- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 48 بتاريخ 1999/12/2.

استعمال السلطة، الموجهة ضد القرارات الإدارية التي ترفض تسوية هذه الوضعية الى حين مجيء مرحلة احداث المحاكم الادارية، وهو ما سوف نتطرق اليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مرحلة إحداث المحاكم الإدارية.

تدعيما لصرح التنظيم القضائي المغربي وخدمة لمبدأ ازدواجية القضاء والقانون صدر بتاريخ 10 شتنبر القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 41.90، حيث نصت المادة 8 منه على اختصاص المحاكم الإدارية كذلك بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة.

هذا المسلك الذي أكدت عليه الغرفة الإدارية في أكثر من مناسبة انعكس أيضا على عمل المحاكم الادارية التي كانت تنظر في نزاعات الوضعية الفردية بمناسبة دعاوى الإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة باعتبارها الوسيلة القضائية الأقل كلفة والأكثر ممارسة عند المتقاضين، كما في قضية علال اشعالي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إذ اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط " أن وضعية الإلحاق لا تنشئ للموظف الملحق أي حق مكتسب تجاه الملحق لديه وإنما يبقى لإدارته الأصلية الحق في وضع حد لإلحاقه"¹.

خلال هذه المرحلة، كانت المحاكم الإدارية في بداية الأمر تناقش الدعوى المقدمة أمام جهة القضاء الشامل دون التقيد بأي أجل وتحكم على أساس ذلك بتسوية الوضعية الفردية للطلاب إن كان له حق في ذلك أو تقضي برفض الطلب حسب الأحوال، ونشير هنا إلى مجموعة من الأحكام الصادرة عن بعض المحاكم الإدارية:

الحكم الصادر عن إدارية الرباط بتاريخ 1999/2/4² في الملف الإداري 11/1152 بين محمد العلمي ووزير الدولة ووزير الشؤون الخارجية والذي قضت فيه المحكمة المذكورة بأحقية المدعى في الترقية إلى درجة وزير مفوض مع تسوية وضعيته الإدارية والمالية والذي تم تأييده من طرف الغرفة الإدارية بتاريخ 2000/6/22 حسب قرارها عدد 963.

الحكم الصادر عن إدارية الرباط بتاريخ 2004/6/15³ بين أحمد بن دحمان وبين وزير المالية والذي قضت فيه المحكمة بتسوية وضعية الطاعن لكون الإدارة قد رفضت تسوية الوضعية بحجة عدم متابعة الدروس في حظيرة جامعة أجنبية والإدلاء ببطاقة الإقامة في البلد

1- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 71 بتاريخ 1996/4/11.

2- أورده عبد الوهاب رافع في مقاله "نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارات العمومية من خلال العمل القضائي"، منشور بسلسلة المكتبة القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، ص: 23.

3- عبد الوهاب رافع، مرجع سابق، ص: 23.

المسلمة منه الشهادة الجامعية دون المنازعة في المستوى التعليمي لنظام التكوين الذي تلقاه والمحكمة في هذه القضية لم تناقش إطلاقاً مسألة الأجل.

الحكم الصادر عن إدارية مراكش بتاريخ 2001/2/21¹ في الملف الإداري عدد 2000/80 الذي قضت فيه بتسوية وضعية العلوي بنعبد الله مولاي الحسن ضد بلدية المشور القصبة وذلك بأحقيته في السلم السابع من 1998/7/1 ولم تناقش مسألة رفع الدعوى داخل أجل الطعن وإن الغرفة الإدارية أيدته بتاريخ 2001/10/10 حسب الملف الإداري عدد 2001/1087.

مع تسجيل المحاكم الإدارية للنزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية سرعان ما أخذت تطرح إشكاليات عملية بمناسبة الجمع بين هاته الدعوى ودعوى الإلغاء في عريضة واحدة من طرف صاحب الشأن، إذ اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط² في قضية بلغازي محمد ضد المدير العام للأمن الوطني بأنه لا يجوز الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في طلب واحد لأسباب متصلة بأن لكل دعوى خصوصيتها التي تتميز بها عن الأخرى، وعلى هذا الأساس بتت فقط في جانب النزاع المتعلق بإلغاء قرار الإيقاف دون جانبه الآخر الرامي إلى التمتع بالراتب والتعويض المستحق الذي قضت بعدم قبوله مع أنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يحول دون الطعن ضد القرار الإداري مع تسوية الأوضاع المترتبة عن حالة القضاء بإلغائه في عريضة واحدة أمام نفس المحكمة الإدارية التي سبق لها البت في الطلبين بمقتضى حكم واحد سيما وأن كلا الدعويين تندرجان ضمن الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية³، كما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بوجدة⁴ في قضية فتيحة بنت عبد الرحمان ضد عامل إقليم بركان.

أما الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى⁵ فاعتبرت أن الأحكام الصادرة في نطاق الإلغاء تقتصر على إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بأحد العيوب دون إمكانية تعويض القرار الملغى بقرار آخر على عكس ما هو عليه الأمر في إطار دعوى القضاء الشامل، مع أن مجرد قضائها بإلغاء قرار رفض ترقية الطاعن إلى السلم 10 بدلا من السلم 9 وإحالة الطاعن على الإدارة لتسوية وضعيته الإدارية

1- عبد الوهاب رافع، نفس المرجع، ص: 23.

2- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 68 بتاريخ 1996 / 4 / 11.

3- صقلي حسيني، النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المرافق العامة بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة عدد 47، 2004. ص: 97.

4- حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 98/211 بتاريخ 1998/12/16.

5- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 235 بتاريخ 1999/3/11.

كما في قضية جرجي كلموزي الحاج ابراهيم ضد وزير المالية والاستثمارات الخارجية فيه تجاوز لسلط قاضي الالغاء التي لا تتعدى حد إلغائه القرار محل الطعن¹.

أما في الحالات الأخرى التي يهدف من خلالها أصحاب الشأن المطالبة بتسوية وضعيتهم الفردية دون المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية التي تكون قد أثرت في هذه الوضعية، فيمكن القول أنها شكلت المناسبة لتدخل القاضي الإداري ووضعه للمبادئ الرئيسية للمنازعة المتعلقة بالوضعية الفردية وطبيعتها القانونية الحقة، كما يصادف في الأثر القضائي للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى التي اعتبرت " أن الطلب الرامي إلى الحكم بالتسجيل ضمن الجدول التعديلي للترقية إلى السلم 10 ضمن موظفي الخزينة العامة واستحقاق السلم 10 ابتداء من فاتح يناير 1982 مع إحالة الطالب على الإدارة لتسوية وضعيته لم يقدم في إطار دعوى الإلغاء ولكن في إطار القضاء الشامل باعتبار أن مشروع قانون 90/41 المحدث للمحاكم الادارية قد أعطى لهاته المحاكم طائفتين من الاختصاصات في هذا الميدان، إحدهما يتعلق بالبت في دعاوى الالغاء بسبب تجاوز السلطة والطائفة الثانية تتعلق بتسوية الوضعية الفردية التي لن كانت تنتمي إلى القضاء الشامل فإن القاضي الاداري وهو يناقش الوضعية الفردية موضوعا لا يوجه أوامر للإدارة ولا يحل محلها ولا يعتبر نفسه رئيسا تسلسليا وإنما يفحص العناصر المعروضة عليه للتأكد مما إذا كانت هاته التسوية المطلوبة مشروعة ولها ما يبررها تاركا للإدارة بنفسها أن تنفذ الآثار القانونية الواجب ترتبها على الحكم الذي يصدره في النازلة"².

لكن الغرفة الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 97/1/30 في الملف الإداري عدد 96/492 قد ذهبت بالقول على أنه "إذا كانت النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية من اختصاص المحاكم الإدارية طبقا للفصل الثامن من قانون 90.41 المحدث لهذه المحاكم وكان من حق المعني بالأمر أن يسلك دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل للحصول على تسوية هذه الوضعية، فإنه لا يمكنه أن يتجاوز آجال الطعن المحددة لممارسة دعوى الإلغاء وينتقل إلى ممارسة دعوى القضاء الشامل والحال أن الدعوى الأولى مقيدة بآجال محددة تتصل بالنظام العام، ولا يمكن للطاعن أن يتجاهل وجوب احترام هذه الآجال إذا كان قصده الوصول إلى إلغاء القرار المطعون فيه، الذي أثر في وضعيته

1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 708 بتاريخ 1998/7/16 الذي أيدت من خلاله الحكم المستأنف الصادر عن المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 1998/7/18 في الملف عدد غ 96/37.

2-صقلي حسيني، النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المرافق العامة بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، مرجع السابق، ص 98.

الفردية وتقرر بمقتضاه ترسيمه ابتداء من 1992/08/01 في السلم 7، كما هو الحال في النازلة الأمر الذي يجعل الطلب غير مرتكز على أساس ولو أنه قدم في إطار تسوية الوضعية الإدارية أمام القضاء الشامل بالمحكمة الإدارية إذ كان على المعني بالأمر أن يسلك في هذه الحالة دعوى الإلغاء داخل أجلها القانونية¹.

إن الغرفة الإدارية من خلال هذا القرار وبعد مراجعتها للمقال الافتتاحي للدعوى تبين لها أن الدعوى وإن كانت تهدف إلى تسوية الوضعية الإدارية للمدعي، إلا أنه من خلال الوقائع تبين أن الطاعن يطعن بصفة ضمنية في القرار القاضي بإزالته من السلم الثامن إلى السلم السابع، وبالتالي فإن هذا القرار مادام لم يطعن في أجله القانوني فإنه أصبح محصنا من كل طعن ولا يمكن للمعني بالأمر أن يطالب بتسوية وضعيته وهو لم يطعن في القرار الذي أزيله من السلم الثامن إلى السلم السابع داخل أجل الطعن².

الملاحظ من خلال العمل القضائي المتقدم، أن المنازعة المتعلقة بالوضعية الفردية لنن أخذت تتبوأ مكانتها الطبيعية في إطار القضاء الشامل فإن عدم اقتران الأمر بوجود مبادئ مميزة لها عن دعوى الإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة، جعل الغرفة الإدارية من خلال هذا القرار تحد من إمكانية خيار صاحب الشأن لسلوك الدعوى التي يراها ذات نتائج إيجابية على وضعيته.

إن هذا الاتجاه الجديد للغرفة الإدارية عمل على التمييز بين دعوى الإلغاء والمنازعة المتعلقة بالوضعية الفردية المنتمية لولاية القضاء الشامل، حيث عمدت من جديد إلى التمسك بقرارها الصادر بتاريخ 1997/1/30 وطبقته على عدة قضايا أشير هنا إلى بعض القرارات الصادرة عن الغرفة في الموضوع:

القرار عدد 623 بتاريخ 2000/4/27 الصادر عن الغرفة الإدارية في الملف الإداري عدد 98/1/5/226 والذي جاء فيه "وحيث إذا كان المدعي حرا في الاختيار بين سلوك دعوى الإلغاء أو سلوك دعوى القضاء الشامل في مجال الوضعية الفردية المشار إليها فإن ذلك لا يعني كما أشارت إليه الغرفة الإدارية في عدة اجتهادات قضائية أن يتجاوز الطاعن دعوى الإلغاء التي لها شروط

1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، عدد 96 /492 الصادر بتاريخ 1997/1/30، بين بوبكري إبراهيم وبلدية أكادير الذي ألغى حكم المحكمة الادارية بأكادير التي قضت بتسوية وضعية المدعى .

2- عبد الوهاب رافع، نزاعات الوضعية الفردية للموظفين والعاملين بالإدارات العمومية من خلال العمل القضائي، مرجع السابق، ص: 25.

3- أورده عبد الوهاب رافع، نفس المرجع أعلاه، ص 30.

ومواصفات محدودة ويلجأ إلى دعوى القضاء الشامل والحالة أن الوضعية الفردية التي يطلب تسويتها هي رهينة أولاً بالبت في دعوى الإلغاء".

القرار عدد 547 بتاريخ 2004/05/19 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في الملف رقم 2003/1/4/739.¹

" لكن حيث أنه ليس في الامكان سلوك دعوى تسوية الوضعية الادارية إذا كانت مبنية على المنازعة في قرار إداري كان ينبغي الطعن فيه بالإلغاء داخل الأجل القانوني ولم يراع ذلك. وحيث أن الطاعن يطلب التصريح باستحقاقه للترقية إلى درجة مفتش إقليمي ابتداء من سنة 1992 وإلى درجة مفتش إقليمي رئيس ابتداء من سنة 1997 ولم يقدم طعنه من قراري عدم ترقيته إلا في 2001/09/12 في حين أن أجل الطعن بالإلغاء للشطط هو 60 يوما من تاريخ التبليغ الذي يقوم مقامه العلم اليقيني والطاعن عندما علم بعدم ترقيته وامتثل لذلك حوالي 9 سنوات بالنسبة للترقية الأولى و4 سنوات بالنسبة للترقية الثانية لم يبق له أي حق في مناقشة مشروعية قراري إداريين تحصنا بفوات أجل الطعن فيهما كما أخذ به عن صواب الحكم المستأنف"

وكرست الغرفة الإدارية الاجتهادات المذكورة أعلاه بقرار آخر صادر بتاريخ 2005/10/12 إذ أعطت مفعولا لتحقيق العلم اليقيني الشامل بالوضعية الإدارية المحال بواسطتها أحد الموظفين على التقاعد وذلك حسب القرار عدد 717 الصادر في الملف الإداري عدد 2005/1/4/23² بين العماري بريك ووزير التربية الوطنية والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي:

" لكن وحيث أنه من الثابت من أوراق الملف ومما لا ينازع فيه المستأنف أنه وقعت إحالته رسميا على التقاعد منذ فاتح يناير 2000 وأن قرار إحالته على التقاعد كان شاملا ومتضمنا للوضعية الادارية التي يطلب تسويتها وأن سكوته منذ سنة 2000 عن طلب تسوية هذه الوضعية وقد كان عالما بها وامتثل لها إلى غاية 2003/11/4 تاريخ مقال الطعن أي بعد حوالي ثلاث سنوات، يجعل دعواه غير مقبولة لأنه لا يمكن تجاوز دعوى الالغاء والانتقال لممارسة دعوى القضاء الشامل بعد أن يكون قرار تسوية الوضعية قد تحصن بفوات أجل الطعن فيه".

1- أورده عبد الوهاب رافع، مرجع سابق، ص 30.

2- أورده عبد الوهاب رافع، نفس المرجع أعلاه، ص: 32.

قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 249 المؤرخ في 2007/3/7 ملف إداري عدد 1.2006/11/4/754

"إذا كان المدعي حرا بين اختيار سلوك دعوى الإلغاء أو سلوك دعوى القضاء الشامل في مجال الوضعية الفردية، فإن ذلك لا يعني أن يتجاوز الطاعن دعوى الإلغاء التي لها شروط ومواصفات محدودة ويلجأ إلى دعوى القضاء الشامل متى كانت الوضعية الفردية المطلوب تسويتها رهينة بالفصل في دعوى الإلغاء".

من خلال ما سبق، يتضح أن العمل القضائي المغربي عرف تأرجعا من خلال القرارات والأحكام الصادرة عنه، بحيث في المرحلة السابقة لإحداث المحاكم الإدارية كان المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) يقبل البت في دعاوى الوضعية الفردية في إطار دعوى الإلغاء دون أن يميز فيما إذا كانت تدخل في إطار قضاء الإلغاء أو القضاء الشامل، أما بعد إحداث المحاكم الإدارية فقد ذهب في اتجاه آخر وهو إذا كان للمدعي الحق في الاختيار بين دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل فإنه لا يمكن له أن يتجاوز أجل الستين يوما المحددة للطعن على اعتبار أن دعوى الإلغاء لها شروط ومواصفات تحددها، ويلجأ إلى دعوى القضاء الشامل متى كانت الوضعية الفردية المطلوب تسويتها رهينة بالفصل في دعوى الإلغاء، وذلك لكون أن لكل دعوى خصوصيتها التي تتميز بها عن الأخرى.

بذلك، فالقضاء المغربي لم يستطع لا في مرحلته الأولى السابقة لإنشاء المحاكم الإدارية التي كان يغلب فيها القضاء الموضوعي أي دعوى الإلغاء، ولا في المرحلة التالية لانطلاق العمل بالمحاكم الإدارية إعطاء معيار للتمييز بين الإلغاء والقضاء الشامل في دعوى التسوية.

وظلت دعوى الإلغاء هي المهيمنة على أحكامه، وحافظت على ذات الدور الذي كانت تضطلع به سابقا حتى ولو تعلق الأمر بمواضيع تعتبر من صميم دعاوى التسوية كإجراءات تنفيذية مادية تهدف إلى تسوية وضعية الموظف الإدارية طبقا للقانون.

بل قد يصل الأمر إلى الحكم في دعاوى الترقية المتشابهة بإلغاء قرار الإدارة في بعضها، مع التشدد في إجراءات رفع الدعوى من حيث قبولها والحكم بتسوية الوضعية دون النظر إلى هذه الإجراءات في أخرى، وهو الأمر الذي أثر على الاجتهاد القضائي بعد العمل بالمحاكم الإدارية،

1- قرار منشور بالمنتقى من عمل القضاء في المنازعات الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، يوليوز 2010، ص: 43.

حيث شكل ذلك نموذجا للمكانم الشاذة التي ضلت تعتبره في غياب معيار محدد للتمييز بين الدعويين ورسم الحدود الفاصلة بينهما.

لكن، رغم ذلك لا ننكر على القضاء المغربي حتى في المرحلة السابقة إصابته في التصنيف، والأمر الذي بدأت بواره في الاجتهادات الحالية ليس فقط باعتماد معيار مصدر الحق المطالب به، ولكن في اعتبار الإجراءات والقرارات المرتبطة بمجرد أعمال شرطية وعنصر من العناصر التي تنبني عليها المطالبة ويتوقف الفصل في النزاع وهي مجرد قرارات تصفي على صاحب الشأن فيها نظاما قانونيا موضوعيا يرتب له حق.

مدى رقابة القضاء الإداري على حجز وبيع العقارات من أجل تحصيل الديون العمومية.

أكلو خديجة
طالبة باحثة بسلك الدكتوراه
بكلية الحقوق سلا

تنص المادة 67 من القانون 15-97 بما معناه أنه يتم حجز العقارات وبيعها عن طريق أعوان التبليغات والتنفيذات القضائية طبقاً لأحكام قانون المسطرة المدنية، ونلاحظ أن المشرع من خلال المادة المذكورة لم يحدد الجهة القضائية المختصة مما يطرح تنازعا في الاختصاص. إذ يرى البعض أن الاختصاص يعود للقضاء العادي بالإحالة على قانون المسطرة المدنية، في حين يرى البعض الآخر أن الاختصاص يعود إلى المحاكم الإدارية حيث نصت المادة 141 من القانون 15-97 ينص على أن النزاعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون تعرض على المحاكم الإدارية الموجودة بالمكان الذي تستحق فيه الديون العمومية وأن المسطرة المدنية تطبق كذلك من طرف القضاء الإداري بالإحالة الصريحة من الفصل 7 من القانون 41-90 على قواعد قانون المسطرة المدنية¹ لذلك فإن صياغة الفصل 67 من مدونة التحصيل والتي لا تحدد الجهة القضائية المختصة بشكل واضح وصريح خلقت تنازعا في الاختصاص بين القضاء العادي والإداري. وفي هذا الصدد عرضت على أنظار القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية بفاس قضية كان فيها الطالب قد تقدم بطلب استصدار أمر بإيقاف بيع العقار المحجوز حجزاً تنفيذياً الجارية مسطرة بيعه أمام المحكمة المركزية بتياسة لغاية البث في الدعوى المعروضة على قضاء موضوع المحكمة الإدارية المستند من تقادم المطالبة بالدين العمومي، وقد سنت إدارية فاس أمر في هذا الشأن قاعدة مفادها أن حجز العقار وبيعته لاستخلاص الدين العمومي عملاً بالمادة 67 من القانون 15-97 والنظر في الإشكال والصعوبات التي تعترض تنفيذه الناتجة عن تطبيق قواعد المسطرة المدنية يختص به القضاء العادي دون الإداري الذي يختص بالمنازعات المتعلقة بإجراء تحصيله كما هي منصوص عليها بنفس القانون 15-97 متى كانت الإدارة تتمتع بسلطة التنفيذ التلقائي لمباشرة تلك الإجراءات الموالية للحجز سواء كانت موضوعية أو استعجالية تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي دون الإداري، إجراءات التحصيل الجبري السابقة على الحجز من توجيه إشعار

¹ - د. محمد قصري "المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي" الطبعة الثانية 2011 دار النشر أبي رقراق للطباعة والنشر ص 229.

بدون صائر وتبليغ الإنذار القانوني يختص بالبحث فيها القضاء الإداري كذلك إيقاف تنفيذ بيع العقار لإخلالات شابت الحجز¹.

في هذا الصدد جاء أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 08/07/02 على أنه طبقاً للقانون رقم 15/97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية تحيل في حجز العقارات وبيعها على قانون المسطرة المدنية الذي يسند الاختصاص بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية، وبالتالي فإن مثل هذا الحجز من اختصاص المحكمة الابتدائية².

وهذا ما ستحدث عنه في هذا الفصل حيث ستطرق في المبحث الأول إلى المنازعات الخاصة بالحجز وبيع عقارات المدين أمام قاضي المستعجلات الإداري، أما المبحث الثاني ستطرق فيه إلى المنازعات المتعلقة برفع دعوى إبطال الحجز وبيع عقارات المدين أمام قضاء العادي.

المبحث الأول: المنازعات الخاصة بالحجز وبيع عقارات المدين أمام قاضي المستعجلات الإداري
من المعلوم أن المادة 19 من قانون إحداث المحاكم الإدارية تعطي صلاحيات واسعة لرؤساء هاته المحاكم قصد البحث في الطلبات الوقتية والتحفظية، واعتبار أن منازعات التحصيل تدخل في إطار القضاء الشامل للمحكمة الإدارية كقاعدة عامة فإنه لا يوجد لما يمنع قاضي المستعجلات الإداري من إصدار أوامر للحفاظ على حقوق الطرفين. وأهم المنازعات التي تعرض على رؤساء المحاكم الإدارية في هذا الميدان هي تلك المتعلقة بإيقاف مسطرة التحصيل.

والحالات التي تتعلق بالقضاء الاستعجالي في مجال التحصيل: الطلبات الرامية إلى رفع الحجز على العقار المتعلقة بالأساس بالتشطيب على الرهن الجبري (المطلب الأول). الطلبات الرامية إلى إيقاف بيع العقارات المحجوزة لإخلالات شابت الحجز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطلبات الرامية إلى رفع الحجز على العقار
غالباً المدين عندما يتم حجز على عقاره لأجل تحصيل ديون الخزينة يلجأ إلى قاضي المستعجلات الإداري وذلك من أجل إيقاف مسطرة الحجز عن طريق التشطيب على الرهن الجبري المقام على العقار من أجل تحصيل الديون العمومية. وكذلك عدم احترام القابض لمبدأ التدرج في التحصيل.

ولذلك سنركز في هذا المطلب: حول الطلبات الرامية إلى رفع الحجز على العقار (الفرع الأول)، حول طلب المهلة الاستعطفية لأجل تحصيل الديون العمومية (الفرع الثاني).

¹ - محمد قصري، مرجع سابق ص 230-231.

² - أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 08/07/02 تحت عنوان 355 في الملف عدد 08/276 منشور بمجلة الإشعاع عدد 37 و38 ص 508 وما يليها

الفرع الأول: حول طلبات إيقاف مسطرة الحجز على العقار

أغلب الطلبات التي تعرض على قاضي المستعجلات الإداري طلبات رفع الحجز على أساس عدم احترام القابض لمبدأ التدرج عند القيام بالتنفيذ الجبري، وهو تبليغ المدين بالإنداز (الفقرة الأولى) وكذلك طلب المدين من قاضي المستعجلات الإداري التشطيب على الرهن الجبري المقام على العقار لأجل تحصيل الديون العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم تبليغ المدين

يعتبر التبليغ كما ذكرت سابقاً أساسياً وجوهرياً في عملية تحصيل ديون الدولة المختلفة، وذلك أن بعد صدور الأمر بتحصيلها من طرف إدارة الضرائب وأن صحة التبليغ من عدمه لها انعكاسات بالغة الأهمية على إجراءات الحجز وبيع العقارات، حيث نصت المادة 36 من المدونة على أنه لا يمكن التحصيل الجبري عن طريق بيع العقارات إلا بعد إرسال آخر إشعار للمدين دون صوائر ويجب تقييده في سند تنفيذي ويعتد بهذا التقييد ما لم يطعن فيه بالزور¹. وحيث يجب على القابض أو الخازن أن يحترم تسلسل الإجراءات المنصوص عليها في المادة 39 من مدونة التحصيل لتحصيل الديون العمومية وهي توجيه الإنذار أولاً ثم القيام بالحجز على العقار ثم بيعه. وفي هذا الصدد جاء قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش في قرار عدد 473 على أنه عدم توجيه الإشعار بدون صائر المنصوص عليه في المادة 36 من مدونة تحصيل الديون العمومية يترتب عنه بطلان إجراءات التحصيل حيث يعيب الطاعن على الحكم الابتدائي لكونه لم يركز على أساس لكونه لم يأخذ بعين الاعتبار المادة 36 من مدونة التحصيل التي تنص "لا يمكن مباشرة التحصيل الجبري إلا بعد إرسال آخر إشعار للمدين دون صوائر، ويجب تقييد تاريخ إرسال هذا الإشعار في جدول الضرائب والرسوم أو في أي سند تنفيذي آخر ويعتد بهذا التقييد ما لم يطعن فيه بالزور"²، وكذلك في نفس الاتجاه صدرت محكمة النقض قرار في 2004/6/23 على أنه "يتعين على القابض، عمل بأحكام المادتين 36 و41 من مدونة تحصيل الديون العمومية احترام مبدأ تدرج إجراءات التحصيل ومباشرتها داخل أجل المحدد قانونياً"³.

¹ - الندوة الجهوية السادسة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى حول المنازعات الانتخابية والجنائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى سنة 2007 مداخلة د. إسماعيل زكيرة ودة. فاطمة غيلالي حول منازعات تحصيل الديون العمومية على ضوء اجتهادات القضاء الإداري، ص 436.

² - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 473 بتاريخ 09 ماي 2012 ملف عدد 2006-2008 غير منشور.

³ - قرار محكمة النقض عدد 503 بتاريخ 2004/06/23 في ملف إداري عدد 2003/2/614.

وفي هذا الصدد وانطلاقاً من المحكمين السابقين فقد سار القضاء الإداري على إلزام المحاسب بضرورة احترام تسلسل إجراءات التحصيل، وذلك بعدم تقديم إجراء لاحق على إجراء سابق له طالما أن الترتيب الذي حدده المشرع قد جاء ملزماً له ومن هذا المنظر إذن يمكن القول أن القضاء الإداري قد أكد على ضرورة تسلسل إجراءات التحصيل الجبري الخاصة بحجز وبيع عقارات المدين من طرف المحاسب المكلف بالتحصيل وإلا رتب على ذلك بطلال الإجراءات وجعلها غير ملزمة في مواجهة المدين، مما يترتب كذلك سقوط مسطرة الحجز وبيع العقارات وبالتالي سقوط حق الخزينة العامة للمملكة في استخلاص الديون المطالب بها المدين. ولعل في ذلك حماية حقوق المدين في مواجهة تعسف الإدارة.

وكذلك ينظر القضاء الإداري في التشطيب على الرهن الجبري وذلك حماية لحقوق المدين. (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: التشطيب على الرهن الجبري.

لم يعرف المشرع الرهن في مدونة تحصيل الديون العمومية وبرجعنا إلى الفصل 157 من ظهير 12 غشت 1913 (9 رمضان 1331) بشأن تحفيظ العقارات، نجد أن المشرع عرف الرهن بأنه "حق عيني تبقي لا يقبل التجزئة وهو حق خاص".¹

فالرهن الرسمي للخزينة يعتبر حق يخوله القانون وحده في الحدود المقررة له.

وقد عرض المشرع الرهن للخزينة في مدونة التحصيل في المواد 113 إلى 116 حيث نصت المادة 113 على ما يلي: "تتمتع الخزينة من أجل تحصيل الضرائب والرسوم وديون المحاسبين العموميين الناتجة عن قرارات الحجز، برهن رسمي على جميع الأملاك العقارية للمدنيين الذين يدينون بمبلغ يساوي أو يفوق عشرين ألف درهم".²

كما جاءت المادة 116 تقول على أنه تتم بالمجان التقييدات الاحتياطية وتقييدات الرهن الرسمي المطلوبة فيما يخص تحصيل الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى.³

لذلك فإن الرهن الرسمي الذي سبق تقييده على المدين يمكن التشطيب عليه بطلب من صاحب العقار كلما توفر هذا الأخير على شهادة رفع اليد مسلمة من القابض المعني بالأمر أو بناء على أمر قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به.⁴

¹ - ظهير شريف 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري.

² - المادة 113 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

³ - المادة 116 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

⁴ - حمادة بن المختار، أطروحة الدكتوراه، مرجع سابق، ص 408.

كما أنه يتعين على المحاسب المكلف بالتحصيل تقديم طلب التشطيب فور استيفاء الديون التي طلب تقييد الرهن الجبري من أجلها أو انقضاء التزامات المدين تجاه الخزينة.¹ وفي هذه الحالة، يجوز للقابض أو الخازن أن يقدم طلب التشطيب على الرهن الجبري الذي سبق أن طلب تقييده إلى محافظ الأملاك العقارية، وفي حالة إذا ما رفض محافظ الأملاك العقارية التشطيب على الرهن الجبري لسبب من الأسباب، فإن قرار الرفض الذي يجب أن يكون معللاً قابلاً للطعن أمام المحكمة.

وهناك أحكام عديدة صادرة عن القضاء الإداري تهم بالأساس الرهن الجبري على العقارات حيث صدر عن قاضي المستعجلات بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2016/02/22 أمر بدفع الرهن الجبري المقيد لفائدة قابض قباضة طنجة الطبري والمديرية الجهوية للضرائب بطنجة لدى محافظة طنجة المدينة على الرسوم العقارية المملوكة للطالبة شركة سليمان العقارية".¹

وفي حكم آخر صادر عن نفس المحكمة "على أنه يستفاد من أوراق الملف ومحتوى الأمر المستأنف أنه بتاريخ 2014/04/15 تقدم المدعي بمقال استعجالي إلى رئيس المحكمة الإدارية بالرباط أن قابض إدارة الضرائب كان قد سبق له إيقاع رهون جبرية على العقارات المحكومة ذات الرسوم العقارية عدد 50/4884 وعدد R/12272 وعدد 38/1561 وعدد R/40930 وعدد R/73696 ونصيبه المشاع في العقار ذي الرسم العقاري عدد R/70359 بالإضافة إلى العقار المسمى زيتونة ذي الرسم العقاري عدد R/40930 الذي حددت قيمته من طرف خبير مختص في مبلغ 19.456.000,00 وقد صدرت المحكمة الإدارية بالرباط أمراً بإبقاء على الرهن الجبري وفي أسباب الاستئناف تعيب المستأنفة على الأمر المستأنف على أن الرهون الجبرية موضوع الطلب تمت في نطاق مقتضيات خاصة تتمثل في المادتين 29 و67 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي خولت للمحاسبين العموميين صلاحية اتخاذ كل الإجراءات التحفظية التي من شأنها المحافظة على ضمان الخزينة ولو تعددت الإجراءات المباشرة في حق الملمزم على أن لا يتجاوز التنفيذ الجبري حدود ما يفي باستخلاص الدين الضريبي لذا تلتزم بالغاء الأمر. وقررت محكمة الاستئناف الإدارية بقبول الطلب ورفع الرهن الجبري".²

¹ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية عدد 41 بتاريخ 2016/02/22 في ملف عدد 2016/7202/581 غير منشور.

² - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد: 78 بتاريخ 2015/03/23 ملف عدد 2015/7202/43 غير منشور.

وهناك ثلاثة قرارات أخرى صادرة كذلك عن نفس المحكمة تهم رفع الرهن الجبري ساضيفهما في الملحق.

وكذلك يمكن للمدين أن يطلب أمام قاضي المستعجلات الإداري طلب المهلة الاستعطافية (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: طلب المهلة الاستعطافية:

هذه الوسيلة سمح بها المشرع المغربي للمدين الذي حكم عليه بصفة نهائية أن يطلب من القاضي عند التنفيذ عليه منحه أجلا استعطافيا للوفاء بالتزاماته، والمهلة الاستعطافية يعطيها قاضي المستعجلات الإداري بصفته أقدم القضاة، ولقد نص صراحة القانون الفرنسي على أن قاضي المستعجلات له الحق في منح أجل للمدين في حالة الاستعجال وذلك في الفقرة الثانية من الفصل 1244 من القانون المدني¹، عادة الأجل الاستعطافي لا يتعدى الشهر أو الشهرين على الأكثر.

المهلة الاستعطافية أو الاسترحامية يطلبها المدين من القضاء استعطافا وشفقة لحالته الاقتصادية والاجتماعية. ومن المعلوم أن القضاء الاستعجالي هو المختص بالبحث في هذا الطلب وذلك في إطار القواعد العامة للاستعجال ويقصد من طلب المهلة الاستعطافية تأجيل التنفيذ لمدة معقولة يقدرها القاضي بحسب كل حالة قصد إتاحة الفرصة للمدين من أجل الوفاء بدينه في ظروف طبيعية² (الفقرة الأولى). وكذلك طلب إيقاف مسطرة التحصيل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تأجيل تنفيذ الدين الناتج عن بيع العقار

مما لا شك فيه أن المادة 117 من المدونة وكذا المادة 124 لم تأتينا بجديد ما دام أن الأولى تتحدث عن التأجيل بمناسبة المنازعة في الدين مشترطة توفر الضمانات من يطلب التأجيل بناء على ذلك دون أن تتعرض للطالب الذي ينازع في أصل الدين وإنما يطلب مهلة استرحامية لأدائه في حين تتحدث الثانية عن إمكانية قبول الأداء على أقساط مقابل تقديم ضمانته وهو ما يفهم منه مراعاة ظروف الملزم الاقتصادية والاجتماعية فضلا عن كون المادة 61 تعير للمدين عليه أن يطلب بيع الأمتعة المحجوزة بنفسه ويخول له القيام بذلك داخل أجل ثلاثين يوما وعليه فإن طلب المهلة الاستعطافية تتعلق بالأساس ببيع المنقولات وليس العقار على اعتبار أن بيع العقار حسب المادة 67 يتم بيع العقار إذا كانت المنقولات غير كافية أو منعدمة على اعتبار أن بيع

¹ - الطيب برادة مرجع سابق ص 159

² - مقال محمد النجاري تساؤلات حول اختصاص المحاكم الإدارية في مسطرة منازعات تحصيل الضرائب على ضوء المدونة الجديدة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 31، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص 67.

العقار هو آخر إجراء يلجأ إليه في حالة عدم كفاية المنقولات وذلك من أجل تسديد المدين لدينه للخزينة العامة للمملكة، والملاحظ أن المادتين معا تتحدثان عن تأجيل الدين ولا تتحدثان عن إيقاف الدين، وفي قرار محكمة النقض في ملف إداري "تقول أن طلب تأجيل التنفيذ الجبري هو طلب استعجالي بطبيعته لا شيء في القانون ينفي صفة الاستعجال عن الإجراءات الوقتية التي تطلب بمناسبة تنفيذ استخلاص الديون"¹.

عليه يلاحظ أن طلب المهلة الاستعطافية تتعلق بالأساس بتأجيل تنفيذ الدين وليس إيقاف تنفيذ بيع العقار وبالتالي فإن تأجيل تنفيذ الدين الذي أدى إلى بيع العقار يمكن أن يؤدي إلى تأجيل تنفيذ بيع العقار بالمزاد العلني ولكن لا يمكن أن يؤدي إلى إيقاف المسطرة،² بل تظل المسطرة سارية المفعول وكذلك يمكن للمدين إلى جانب طلب تأجيل تنفيذ الدين في انتظار صدور حكم في جوهر النزاع وأن يطلب كذلك طلب إيقاف مسطرة التحصيل على أساس أن الحجز وبيع العقار قد تم من أجل تحصيل الديون العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: طلبات إيقاف مسطرة التحصيل.

كثيرا ما يلجأ المدين إلى رؤساء المحاكم الإدارية مطالبين بتأجيل مسطرة التحصيل بناء على أسباب متعددة وقد حرص المشرع على التخصيص صراحة في مدونة التحصيل على قاعدة إلزامية أداء الديون الضريبية في أجلها القانوني. وهكذا بعد أن خصص 16 فصلا للاستحقاق لطرق الأداء ولجزاءات تأخير الأداء نص بهذا الخصوص في الفقرة الأولى من المادة 117: "بصرف النظر عن أي مطالبة أو دعوى، ينبغي على المدينين أن يؤديوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى، طبقا للشروط المحددة في هذا القانون"³.

لذلك إذا كانت هذه القاعدة هي أداء الدين داخل أجل القانوني بغض النظر عن أية دعوى، فإن الاستثناء طبعاً إذا كان هناك استثناء يجب أن يكون بنص تشريعي صريح وواضح وذلك وفق ما أكدته المادة 36 من قانون المحاكم الإدارية وهذا الاستثناء هو ما تضمنته المادة 117 من مدونة التحصيل التي تنص "أنه يمكن للمدين الذي ينازع كلا أو بعضاً في المبالغ المطالب بها، أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه، وأن يكون قد كون ضمانات من شأنها أن تؤمن تحصيل الديون المتنازع فيها." وكذلك تنص المادة 124 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه لا يحق

¹ - قرار عدد 83 مؤرخ في 1999/10/28 في الملف الإداري عدد 98/712 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 24 سنة 2000.

² - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 487 المؤرخ في 09 ماي 2012 في ملف عدد 11/2-82.

³ - المادة 117 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

لأية سلطة عمومية أو إدارية أن توقف أو تؤجل تحصيل الضرائب والرسوم والديون الأخرى، أو أن تعرقل سيره العادي".

ويعتبر طلب وقف تحصيل دين عمومي عن طريق حجز وبيع عقارات المدين هو طلب وقف تنفيذ قرار إداري. لذلك يحق للمدين اللجوء إلى قاضي المستعجلات الإداري من أجل المطالبة بوقف التحصيل الذي أدى إلى حجز العقار، وفي هذا الصدد جاء أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط "على أنه نأمر بإيقاف إجراءات التحصيل إلى حين صدور حكم ابتدائي قطعي في دعوى الموضوع وأن هذا الأمر بطبيعة الحال مشمول بالتنفيذ المعجل بقوة القانون"¹. وكذلك هناك أمر آخر صادر عن نفس المحكمة الإدارية بتاريخ 2016/01/12 بإيقاف إجراءات التحصيل إلى حين البث في موضوع النزاع أمام محكمة الاستئناف².

ويشترط في المنازعة أن تكون الجدية وأن مواصلة إجراءات الاستخلاص ستسبب في أضرار يصعب تداركها مستقبلاً أو ما يسمى بعنصر الاستعجال وهكذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قام بتحديث بعض المجالات التي يصعب فيها تدارك الضرر منها بيع المسكن الرئيسي للمدين، تصفية أصله التجاري الوحيد، التوقف عن مزاولته نشاطه الوحيد، الحجز الكلي على دخله، ومهما يكن الأمر فإن من حق كل طالب أن يتمسك بأن مباشرة إجراءات التحصيل في حقه من شأنها أن تسبب له أضراراً وخيمة يصعب تداركها مستقبلاً لكن من واجبه تقديم الحجة والإثبات الكافي بذلك³.

وعليه فإن المدين يمكن أن يطلب من قاضي المستعجلات الإداري طلب وقف تحصيل الديون إذا كان حجز العقار وبيعه يستهدف المسكن الرئيسي للمدين. وفي هذا الصدد يمكن للمدين أن يطلب إيقاف بيع العقارات المحجوزة (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: الطلبات الرامية إلى إيقاف بيع العقارات المحجوزة

ويشترط لإيقاف بيع العقارات المحجوزة أمام قاضي المستعجلات الإداري تحقق عنصر الاستعجال فشرط الاستعجال يبقى شرطاً قائماً بذاته ومستقلاً عن شروط المنازعة الجدية وعرفه

¹-أمر استعجالي رقم 486 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 2016/03/04 في ملف عدد 2016/7101/372 غير منشور

²-أمر استعجالي رقم 40 صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2016 /01 /12 في ملف عدد 2015/7101/3078 غير منشور

³ - مداخلة عبد الرحمان أبليلا حول الأوامر القضائية المتعلقة بوقف التحصيل الجبري للديون الندوة الجهوية السادسة للاحتفاء بالذكرى الخمسين لتأسيس المجلس الأعلى ماي 2007 دار النشر المطبعة الأنمية 2007، تحت عنوان المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، ص 450.

الفقه والقضاء الاستعجالي بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحقوق المراد التدخل العاجل ودون تأخير لحماية والمحافظة عليه من الضياع والذي يلزم درؤه عنه بسرعة ووفق إجراءات ميسرة فالاستعجال هو حالة وقتية تنبع من طبيعة الحق المتنازع عليه ومن ماهية الإجراءات الوقتية المطلوب المحافظة عليهما، وكذلك يتطلب الجدية للإيقاف البيع وجدية المنازعات غالباً ما تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ولقناعته،¹ لذلك متى توفر عنصر الاستعجال والجدية يحق للمدين المطالبة بإيقاف البيع بالمزاد العلني (الفرع الأول) وكذلك إيقاف البيع لإخلالات شابت الحجز.

الفرع الأول: إيقاف البيع بالمزاد العلني.

قبل المطالبة بإيقاف البيع بالمزاد العلني لابد من المطالبة بإيقاف تنفيذ إجراءات الحجز (الفقرة الأولى)، ثم إيقاف الحجز يؤدي بدوره إلى إيقاف البيع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طلب إيقاف تنفيذ إجراءات الحجز.

كما ذكرت في البداية، الحجز التحفظي هو إجراء يهدف إلى حجز على عقار المدين خشية التصرف فيه لذا يتم وضع العقار بين يدي المحاسب المكلف بالتحويل إلى أن يتحول إلى الحجز التنفيذي الذي يهدف إلى بيع العقار جبراً ليستوفي الدائن حقه من حصيلة البيع.²

ومن خلال العمل القضائي للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى والمحاكم الإدارية يلاحظ التضخم بخصوص عدد الأوامر القضائية لصالح المدينين من خلال الأمر بإيقاف إجراءات تنفيذ الديون الذي يؤدي إلى إيقاف إجراءات الحجز والبيع.

كما درج القضاء على وقف تنفيذ إجراءات الحجز دون التقيد بشروطها، مستدلاً على ذلك بالقرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 18 فبراير 1999 في الملف الإداري عدد 95/1/5/752 الذي جاء فيه ما يلي³: "حيث أنه من الثابت وكما لاحظ ذلك قاضي المستعجلات الإداري أن المنازعات جدية، لأن المعني بالأمر ينازع في الفرق الكبير بين ما تطالب به إدارة الضرائب وقوع حجز ممتلكات الطالب لضمان الأداء مما تكون معه الضمانة التي

¹ - عبد الرحيم بشكار، إيقاف الدين الضريبي في المنازعات العجائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط، السنة الجامعية 2007-2008، ص 79.

² - طارق الدنداني، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المنازعات المترتبة عن تحصيل الديون العمومية المستحقة للجماعات الترابية العدد 5 سنة 2014، ص 99.

³ - قرار محكمة النقض بتاريخ 18 فبراير 1999 في الملف عدد 95/1/5/752، أوردته حجبية جهديكان، مرجع سابق ص 40

اشتراطها الفصل 15 من ظهير 21 غشت 1935 متوفرة ويكون طلب إيقاف المتابعات الجارية وجبها ومرتكزا على أسس ثابتة..." ويعلق على ذلك بقوله: "غير أن سعي المدين في ظل المدونة الجديدة إلى الوفاء بدينه كاملا هو الذي يوقف إجراءات الحجز مع الملاحظة في هذا الإطار أن المشرع اشترط الأداء الكلي للمدين بما في ذلك صوائر الحجز ومعنى ذلك أن الأداء الجزئي أو على شكل دفعات لا يوقف الحجز" وأضاف في هذا الإطار: أجمع الوزير والخازن العام للمملكة أمام لجنة المالية بمجلس النواب على أنه يمكن أن يتوقف الحجز في حالة الأداء بيد أنه في حالة عدم الأداء يمكن أن يفضي البيع في أجل ثمانية أيام بعد تاريخ الحجز."

لذلك فإن الطلبات التي ترمي إلى إيقاف تنفيذ الحجز فإنه كذلك تؤدي إلى إيقاف البيع بالمزاد العلني. (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: الطلبات التي ترمي إلى إيقاف بيع العقار.

يحق للمدين طلب إيقاف بيع العقار إذا تبين له أن المحاسب لم يلتزم بما سطرته مدونة تحصيل الديون العمومية في إطار صحة عمليات البيع حيث يحق له في هذا الإطار الاعتراض على بيع العقار أمام القضاء الإداري الاستعجالي عند توفر وبطبيعة الحال عنصر الجدية وعنصر الاستعجال. وذلك إذا تبين له أن عملية البيع قد كانت غير مشروعة، أو أنه قام بأداء الدين المطلوب منه أو أن بيع العقار قد تم في مكان لا يمكن الحصول فيه على ثمن أفضل. في هذا الصدد جاء قرار محكمة النقض عدد 107 المؤرخ في 2000/10/26 في الملف الإداري عدد 2000/114/1407 "إن قاضي المستعجلات ليس ممنوعا من مناقشة ظاهرة ما هو معروض عليه للتأكد من جدية طلب لإيقاف التنفيذ، واستخلاصه من ظاهر معطيات النزاع ما يفيد هذه الجدية لا يشكل مساسا بجوهر النزاع".¹

لذلك فإن المحاسب العمومي يقع على عاتقه إثبات صحة إجراءات البيع، وعلى أن صحة إجراء البيع رهين بإثبات صحة الإجراء السابق الذي هو إجراءات الحجز،² وكذلك إذا تم البيع على العقار الذي يعتبر بمثابة السكنى الرئيسية للملزم وعائلته حيث يحق للمدين الطعن أمام القضاء الاستعجالي الإداري بوجود عنصر الاستعجال حيث أكد المشرع من خلال مدونة تحصيل الديون العمومية أنه لا يجوز بيع العقار المخصص لسكنى المدين وعائلته والذي يقطن به فعلا وباستمرار. هذا بخصوص الأشخاص الطبيعية، أما فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية فقد

¹ - قرار عدد 107 المؤرخ في 2000/10/26 في الملف الإداري عدد 2000/114/1407 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 16.

² - عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 180.

استثنت الدورية التطبيقية لمدونة التحصيل في صفحتها التاسعة والتسعون العقارات الغير القابلة للبيع المملوكة للمنظمات العمومية، والأملاك العائدة للدولة أي الوقف أو الأحباس¹ فإن تبين أن البيع قد تم على هذه العقارات السالفة الذكر فإن عملية البيع تكون باطلة لأن المشرع استثنائها من عملية الحجز وكذا البيع بحيث لا تكون قابلة للحجز عليها أو بيعها لاستيفاء أي دين من ديون الدولة.

كذلك ينظر قاضي المستعجلات الإداري في إيقاف تنفيذ بيع العقار المحجوز لإخلالات شابت الحجز (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: إيقاف تنفيذ بيع العقار المحجوز لإخلالات شابت الحجز

يتم إيقاف تنفيذ بيع العقار المحجوز لإخلالات التي شابت التحصيل السابقة على الحجز والقاضي الإداري الاستعجالي له في هذا المجال أن يأمر بإيقاف إجراءات بيع العقار المحجوز حجزا تنفيذيا الجارية مسطرة تنفيذه أمام المحكمة العادية متى ظهر له من واقع النزاع خرق واضح وسافر لإجراءات التحصيل مناط الحجز لغاية البث في جوهر النزاع المتعلق ببطان تلك المسطرة أمام قضاء موضوع²، وتتجلى الإخلالات في حالة التنفيذ على ممتلكات المدين بدون الحصول على إذن بالتنفيذ وهو الترخيص وهو الترخيص (الفقرة الأولى) من أجل مباشرة الحجز التنفيذي وكذلك عدم القيام بالإنذار القانوني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم الحصول على الترخيص

لا بد لمباشرة الحجز الحصول على الترخيص من طرف رئيس الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل أو من الشخص المفوض من طرفه ذلك، بحيث يمنع على المحاسب العمومي القيام بإجراءات الحجز دون الحصول على ترخيص مسبق، على الرغم من كون المشرع لم يحدد الجزاء في الحالة التي تتم مباشرة إجراءات التحصيل بدون الحصول على الترخيص إلا أنه جاء في الإطار المادة 35 وحدد جزاءا خاصا يتمثل فيعزل المحاسب المكلف بالتحصيل أو أي شخص مؤهل لذلك والذي باشر الإجراءات التحصيل بدون حصوله على ترخيص مسبق وفق الأشكال المحددة في مدونة التحصيل³.

¹ - حجيبة جهدكان، مرجع سابق، ص 405.

² - فقه المنازعات الإدارية سلسلة متخصصة في مجال العلوم والمنازعات الإدارية، العدد الثاني 2012، مجلة الحقوق المغربية، مجلة قانونية تصدر كل نصف شهر، العدد الثاني 2012، ص 42.

³ - شريف محمد أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون شعبة القانون العام وحدة التكوين تدير الإدارة المحلية "منازعات التحصيل الجبري للضرائب بين الإدارة والقضاء" جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات السنة الجامعية 2014-2015 ص 70

ويترتب عن عدم حصول المحاسبين العموميين للترخيص جزاءات خاصة تتمثل في عزل مأموري الخزينة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في هذا الإطار، وكذلك يحق للمدين اللجوء إلى القاضي الاستعجالي الإداري من أجل المطالبة بإيقاف البيع لعدم حصول المحاسب العمومي على إذن مسبق لمباشرة الحجز. لذلك فمتى توفر عنصر الضرر على المدين نتيجة عدم حصول المحاسب على الترخيص يحق للمدين المطالبة أمام القاضي الاستعجالي إيقاف الحجز لإخلال شاب مسطرة الحجز وذلك لأن الحجز تم من غير الحصول على إذن مسبق من طرف رئيس الإدارة التابع لها المدين¹.

وكذلك ينظر قاضي المستعجلات في حالة عدم توجيه الإنذار القانوني (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: عدم توجيه الإنذار القانوني

يجب على عون التنفيذ أن يقوم بإنذار المدينين بمبلغ الدين الواجب أدائه وذلك بهدف قيامه بالوفاء بطريقة اختيارية قبل البدء في إجراءات التحصيل الجبري وعلى العون أن يبلغ المدين بالإنذار القانوني مرفوقاً بسند المدين وذلك داخل أجل 10 أيام من تاريخ تقديم طلب التنفيذ²، ويجب أن يتضمن الإنذار القانوني البيانات وشروط إيقاع الحجز على العقارات، أما إذا كانت العقارات في حوزة شخص آخر غير مالكها، وجب تبليغ هذا الغير بقرار الحجز الذي من واجبه تنفيذه حالا، أما إذا لم يتم تبليغ المدين بالإنذار القانوني مرفوقاً بسند التنفيذ أقر قاضي المستعجلات الإداري بضرورة إيقاف البيع نتيجة إخلالات شابت إجراءات التحصيل، والملاحظ خلال هذا الفصل أن القضاء الإداري الاستعجالي ينظر فقط في الإجراءات السابقة للحجز أما الإجراءات اللاحقة للحجز يختص في البث فيها القضاء العادي هذا ما سأنتظر له في المبحث الثاني الذي عنوانه المنازعات المتعلقة برفع دعوى إبطال الحجز وبيع عقارات المدين أمام القضاء العادي.

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة برفع دعوى إبطال الحجز وبيع عقارات المدين أمام القضاء العادي.

لقد استثنى المشرع بخصوص حجز وبيع العقارات من اللجوء إلى المطالبة الإدارية، حيث أنه يمكن اللجوء إلى القضاء مباشرة وذلك أن خصوصيات حجز وبيع العقار يقوم على أساس الرسم العقاري لذلك سككت المشرع عن المطالبة الإدارية في حجز وبيع العقار. وهو نفس التوجه

¹ - د عمر أزوكار، العقار المحفظ بين قواعد الحجز التحفظي والإنذار العقاري، الطبعة الأولى 2014، ص 283.

² - عبد الرزاق شعبية مرجع سابق، ص 117.

الذي تبناه أيضا المشرع المصري¹. و الطعن ببطان إجراءات الحجز العقاري طبقا للفصل 484 من قانون المسطرة المدنية يترتب عليه إيقاف تنفيذ بيع العقار من طرف القضاء العادي² لذلك سنتطرق مباشرة إلى الدعاوى المرفوعة أمام القضاء العادي المتعلقة بإبطال حجز عقارات المدين (المطلب الأول)، والمتعلقة بدعوى إبطال بيع العقارات المحجوزة. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعوى إبطال حجز عقارات المدين

يقدم المدين طعن ببطان مسطرة بيع العقار المحجوز وذلك طبقا للفصل 484 الفقرة الأولى التي تقول يجب أن يقدم كل طعن بالبطان في إجراءات الحجز العقاري بمقال مكتوب قبل السمسرة وتتبع في هذا الطعن نفس المسطرة المنصوص عليها في الفصل 483 المتعلقة بدعوى الاستحقاق حيث ترك المشرع دعوى استحقاق العقار إلى القضاء العادي حيث أن القضاء الإداري ينظر فقط في دعوى استحقاق المنقول وليس العقار، حيث أن دعوى استحقاق العقار (الفرع الأول) منازعة موضوعية أعطى المشرع للقضاء العادي البث فيها وكذلك دعوى ببطان إجراءات الحجز العقاري المتعلق بالحجز التحفظي والحجز التنفيذي (الفرع الثاني). أسندت كذلك للقضاء العادي دون الإداري وما يؤكد ذلك أن المشرع من خلال قانون 15-97 قد أسند دعوى استحقاق المنقول أمام القضاء الإداري دون العقار وكذلك بطلان في إجراءات الحجز للقضاء العادي باعتباره المجال الطبيعي للعقار³.

الفرع الأول: دعوى استحقاق العقار

دعوى الاستحقاق نظمها قانون المسطرة المدنية في الفصول من 482 إلى 484، وهي تعني: "الدعوى التي رفعها مدعي ملكية العقار الذي شرع في نزع ملكيته أثناء التنفيذ، طالبا الحكم له بملكية العقار وبطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة به"⁴، وهي دعوى فرعية لأنها تنفرع عن التنفيذ، لذلك فإن دعوى استحقاق العقار كدعوى استحقاق المنقول سنها المشرع لفائدة من يدعي حقا على عقار حجز من طرف الغير، من دون أن يكون المدعى طرفا في إجراءات الحجز المنصب على العقار.

¹ - رضوان اعميمي، "ضمانات المدين في الاستخلاص الجبائي" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، ص 400.

² - زكرياء الدغمي مرجع سابق ص 157

³ - الأستاذ النقيب عبد الله الحمودي، مقال حول تنازع الاختصاص بين المحاكم حول مدونة التحصيل الجديدة العدد الثلاثون، أكتوبر 2003 ص 46.

⁴ - عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص 336

لذلك إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنه إبطال الحجز برفع دعوى الاستحقاق أمام القضاء العادي وليس الإداري قبل إرساء المزاد ويزترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى العقار المدعى استحقاقه إن كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح¹. ويشترط في دعوى الاستحقاق شرطين أساسيين وأولهما أن ينصب الحجز التنفيذي على العقار وأن تكون الدعوى مرفوعة قبل المزايدة (الفقرة الأولى) وأن تكون صفة الغير في دعوى الاستحقاق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أن ينصب الحجز التنفيذي على العقار وأن تكون الدعوى مرفوعة قبل المزايدة
هو شرط ضروري لصحة دعوى الاستحقاق بحيث إذا لم يكن هناك حجز تنفيذي واقع على عقار فإن مصلحة طالب الاستحقاق تنعدم وبالتالي تكون دعواه غير مقبولة شكلاً حسب الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية وترفع أمام المحكمة الابتدائية وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض "حيث جاء فيه" يجب على طالب الاستحقاق أن يقدم دعواه أمام المحكمة المختصة والتي هي المحكمة الابتدائية² وقد أكدت كذلك محكمة النقض في القرار عدد 21 الصادر بتاريخ 8 يناير 2015 في الملف الإداري على أن دعوى الاستحقاق تختص المحاكم الابتدائية نوعياً بالثبت فيها وتخرج بالتالي عن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية³ وترفع بواسطة مقال مكتوب يتضمن الاسم العائلي والشخصي وصفة وموطن أو محل إقامة كل من طالب الاستحقاق "مدعي" و"المحجوز عليه والدائن الحاجز" ومدعى عليهما وأن يبين بإيجاز موضوع الدعوى، أي اسم العقار وموقعه وحدوده ومساحته بكل دقة وحالته تجاه المحافظة العقارية. ويجب أن ترفع قبل المزايدة النهائية⁴. وأن يرفق المقال بالحجج المثبتة للملكية طالب الاستحقاق للعقار المطلوب استحقاقه حسب الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية. ويشترط كذلك وجود صفة الغير في دعوى استحقاق العقار (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: صفة الغير في دعوى استحقاق العقار
لا ترفع دعوى الاستحقاق إلا من طرف الغير الذي يدعي ملكية العقار المحجوز أو جزءاً منه. أي أن ملكية العقار قد انتقلت إليه قبل حجزه، بأن يكون قد سجل عقده قبل ذلك الوقت

¹ - إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مرجع سابق ص 187.

² - قرار عدد 161 الصادر بتاريخ 18 مارس 2014 في الملف المدني عدد 20112/7/601 منشور في مجلة محكمة النقض الغرفة المدنية العدد 15 سنة 2014.

³ - قرار عدد 21 الصادر بتاريخ 08 يناير 2015 في الملف الإداري عدد 2014/4/3520 نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الإدارية العدد 24 سنة 2015.

⁴ - جمال أمريكي: "النظام القانوني للتنفيذ الجبري" الأطروحة السابقة ص 176.

إذا كان العقار محفظاً فدعوى الاستحقاق هي طريق خصصه المشرع لغير أطراف التنفيذ للاعتراض على التنفيذ العقاري. ويجب على طالب الاستحقاق لوقف الإجراءات أن يستدعي المحجوز عليه والدائن الحاجز إلى أقرب جلسة ممكنة لإبداء اعتراضهما، وإذا اعتبرت المحكمة أنه لا موجب لوقف إجراءات الحجز العقاري كان حكمها مشمولاً بالنفاذ المعجل رغم كل طعن.¹ وإلى جانب دعوى الاستحقاق هناك دعوى رفع الحجز التحفظي والتنفيذي (الفرع الثاني)

الفرع الثاني: دعوى رفع الحجز التحفظي والتنفيذي على العقار.

تتجلى دعوى رفع الحجز التحفظي عن العقار لعدم تحويله إلى حجز تنفيذي (الفقرة الأولى)، وكذلك مخالفة إجراءات الحجز العقاري (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: رفع الحجز التحفظي عن العقار لعدم تحويله إلى حجز تنفيذي.

يجب على القابض أن يتقدم بموجب طلب إلى رئيس كتابة ضبط المحكمة الصادر عنها أمر الحجز التحفظي، والذي يتكلف بإعداد ملف تنفيذي للعقار المحجوز، كما يقوم بتبليغ المزم المنفذ عليه بتحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي.²

وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة الابتدائية بمراكش حكم قضى برفع الحجز التحفظي الواقع على عقار شركة مدعية منذ 1995، ولم يرقم القابض الحاجز بأي إجراء من الإجراءات التالية للحجز طبقاً لمقتضيات الفصل 208 من ظهير 2 يونيو 1915 منذ تقييده وإلى غاية تقديم الدعوى والبث فيها بتاريخ 5 غشت 2000: مما يجعل الحجز تعسفياً ويحرم المدعية من الانتفاع بعقارها وفق ما يخوله له القانون الأمر الذي يضيف صبغة الاستعجالية على الطلب ويبرر تدخل قاضي المستعجلات العادي للأمر برفع الحجز.³

وإلى جانب عدم الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي مخالفة كذلك لإجراءات الحجز التنفيذي (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: الطعن في إجراءات الحجز العقاري

الطعن هو الذي يتمسك به المدين والحائزون الدائنون وأصحاب الحقوق المقيدة على العقار وكل من له مصلحة في ذلك إذا تبين للمحكمة كفاية المنقولات قضت ببطلان الحجز

¹ - إبراهيم بحماني، مرجع سابق ص 188.

² - زكرياء الدغمي مرجع سابق ص 132

³ - حكم عدد 817 الصادر بتاريخ 15 غشت 2000 في الملف عدد 2000/4/663. المدون بتاريخ 4 ماي 1995 كناش 153 1872 استناداً إلى الأمر الصادر بتاريخ 30 مارس 1995 قضية شركة تاشفين ضد قابض مراكش الحي المحمدي أوردته حبيبة جهديكان في مرجعها تحصيل الديون الضريبية ص 432 و433.

الواقع على العقار نظرا لكفاية المنقولات استنادا إلى الفقرة الأولى من الفصل 469 من قانون المسطرة المدنية التي قضت على أنه "لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا إذا كان المدين مستفيدا من ضمان عيني¹ وكذلك تقضي محكمة الموضوع بالبطلان لعدم الحصول الدائن المباشر لمسطرة الحجز العقاري على سند قابل للتنفيذ وهذا ما يؤكد الفصل 438 من قانون المسطرة المدنية "لا يجوز إجراء أي حجز على عقار أو منقول إلا بموجب سند قابل للتنفيذ وبسبب دين مقدر".

كما هو معلوم أن طلب الطعن أو بطلان الحجز العقاري يتعلق بعيب في الشكل: مخالفة مسطرة تبليغ الحجز أو عدم احترام الإشهار أو عدم إيداع دفتر التحملات والتعليق على باب المحكمة حسب الفصل 469 من قانون المسطرة المدنية أو عيب في الموضوع أو يكون الدين غير معين المقدار.

ولمزيد من التوضيح في هذا الموضوع هناك أمر صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، الذي يوضح ما يلي: "حيث أنه اعتبارا لتقديم دعوى رامية إلى إبطال الإنذار العقاري وأنه تطبيقا لأحكام الفصل 484 الذي يحيل على الفصل 483 فإن هذه الدعوى توقف إجراءات التنفيذ تلقائيا وأن محكمة الموضوع هي التي ستأمر بمواصلة إجراءات التنفيذ إذا اعتبرت أنه لا موجب لوقف الحجز العقاري، لذا فإنه يتعين إصدار أمر إلى عون التنفيذ بأن يوقف هذه الإجراءات في انتظار صدور حكم من المحكمة في شأن بطلان الإنذار العقاري"².

لذلك إذا تبين للمحكمة أن إجراءات الحجز لم تحترم فإنها تبطلها ويكون حكمها قابلا للطعن وفق طرق الطعن العادية، فبطلان إجراءات الحجز يؤدي إلى إبطال بيع العقارات المحجوزة (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: دعوى إبطال بيع العقارات المحجوزة

إن ترسيخ الفكر القانوني يقتضي حكمة حقوقية من خلال إحاطة المشرع البيع القضائي بجملة من المقومات والعمليات والإجراءات الشكلية التي ستوجب احترامها عند القيام بعملية البيع، وبالمقابل قد خلق نوعا من الحماية لعملية السمسرة وأن كل إخلال يعترى تطبيق هذه القواعد يبرر لجوء كل ذي مصلحة للطعن في صحة إجراءات البيع بالمزاد العلني (الفرع الأول)،

¹ - الرجراجي ذكرىاء مرجع سابق ص 217.

² - الأمر رقم 5448 بتاريخ 86/10/14 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، منشور أورده عبد اللطيف العمراني مراد الخروبي منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية مرجع سابق ص 95.

وذلك عن طريق وضع دعوى بطلان السمسرة وحالات بطلان عملية السمسرة وكذلك رفع دعوى حول بطلان إجراءات توزيع ثمن البيع (الفرع الثاني)

الفرع الأول: دعوى إيقاف إجراءات البيع بالمزاد العلني

يفرض مبدأ الشرعية مراعاة القواعد الإجرائية والموضوعية التي وضعها المشرع لحماية عملية البيع بالمزاد العلني. فكل إخلال بقواعد البيع بالمزاد العلني يبرر كل ذي مصلحة بإبطال عملية البيع عن طريق رفع دعوى بطلان عملية السمسرة، فإذا ما ثبت للمحكمة المعروض عليها الطلب جديته ألغت السمسرة.

وتختلف آثار إلغاء السمسرة إما بإعادة السمسرة مع التقيد بالقواعد القانونية المؤطرة للسمسرة. لهذا سأطرق في هذا الفرع لدعوى بطلان السمسرة (الفقرة الأولى) وحالات بطلان السمسرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دعوى بطلان السمسرة

إذا ما ثبت إرساء العطاء إلى شخص ممنوع من المزايدة أو إذا أجريت المزايدة دون أن يطلب ذلك الدائن أو وقع خطأ في المزايدة بسبب التدليس أو الغش فإن المسطرة تعاد.

تهدف دعوى بطلان السمسرة أو إبطال البيع بالمزاد العلني إلى بسط رقابة قضائية بعدية على سلامة مسطرة البيع، والتأكد من أن عون التنفيذ قام باحترام الإجراءات التي يفرضها عليه القانون¹

ويقدم الطعن أمام المحكمة التي باشرت إجراءات الحجز والبيع، على اعتبار أن عون التنفيذ عندما يباشر عملية البيع لا يباشر مهاماً إدارية، لكي تكون مقرراته ذات طبيعة إدارية يتعين الطعن فيها أمام جهة القضاء الإداري، وإنما يباشر مهام التنفيذ تحت إشراف السلطة القضائية، ومن ثم تبقى المحكمة الابتدائية المباشرة لإجراءات البيع هي المختصة للنظر فيما يتفرع عن عملية السمسرة من منازعات وليست المحكمة الإدارية هي المختصة.

ويقدم مقال الطعن في إجراءات السمسرة بمقال مكتوب إلى المحكمة المختصة ويجب أن يختصم فيها علاوة على أطراف التنفيذ، عون التنفيذ باعتباره الجهة التي قامت بأعمال التنفيذ²، وبعد تجهيز الملف تصدر المحكمة المعروض عليها النزاع حكماً إما ببطلان السمسرة أو بعدم الاستجابة للطلب، وفي الحالتين معا فإن الحكم الصادر في الموضوع يكون قابلاً للطعن وفق القواعد والإجراءات العامة، فإذا قضي بعدم قبول الدعوى أو برفض الطلب فلا إشكال، إذ أن الحكم القاضي ببطلان السمسرة يفترض فيه محو كل الآثار المترتبة عليها وإعادة الأطراف إلى

¹ - يونس الزهري، مرجع سابق ص 259.

² - عبد العلي حفيظ: العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري مطبعة دار القلم - الرباط طبعة أولى من سنة 2010 ص 165.

الحالة التي كانوا عليها قبل إجراء السمسرة، حيث يلزم في هذه الحالة إعادة السمسرة من جديد، مع وجود احترام كافة الإجراءات الشكلية التي يوجبها القانون أما إذا كان الإبطال ناتجا عن بطلان السند التنفيذي المعتمد في البيع، فإنه يكتفي في هذه الحالة بإبطال السمسرة ولا يكون هناك من موجب لإعادة السمسرة ويترتب عن بطلان السمسرة اعتبار البيع لاغيا.

أما في حالة الشخص الذي رعى عليه المزاى يكون من حقه أن يطلب استرداد المصاريف القضائية ورسوم التسجيل التي أداها بمناسبة شراء للعقار بالمزاد العلني، وذلك استنادا إلى مقتضيات الفصل 152 من مدونة تحصيل الديون العمومية الذي ينص على إمكانية استرجاع المبالغ المؤداة بغير حق فيما يتعلق بالرسم العقاري، وذلك من خلال طلب يودعه المعني بالأمر لدى قابض التسجيل المختص¹ ويشترط أن يباشر طلب الاسترجاع قبل ثلاث سنوات تبتدئ من تاريخ قبضها، وذلك تحت طائلة سقوط الحق في الاسترجاع، ولا يمكن الاعتراض على استرجاع الرسوم التي تم استيفاؤها. كما تطرح الإشكالية من الناحية العملية بصدد استرداد رسوم التسجيل ومبلغ الرسم القضائي المحدد في ثلاثمائة وذلك في الحالة التي ترفض فيها إدارة الضرائب إرجاعه رغم تقديم طلب إليها داخل أجل بعة وجود تعقيدات في مسطرة الإرجاع، لارتباط أساسا بميزانية الدولة من جهة ومن جهة ثانية لادعاء الإدارة الضريبية أن المبالغ لا زالت بكتابة الضبط ولم يتم تحويلها إلى حسابها بعد² وعليه يثار التساؤل حول الطريقة التي تمكن الراعي عليه المزاى من استرداد هذا المبلغ؟ أو بصيغة أخرى هل رفض الخزينة إرجاع الرسوم المذكورة يعد قرارا إداريا يعطي للراعي عليه المزاى حق الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية للحكم عليها بأدائها؟

لهذا اعتبرت المحكمة الإدارية بمراكش بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ 21 يونيو 2006 إن الاختصاص بالبحث في مثل هذه الطلبات يرجع إلى المحكمة التي باشرت كتابة ضبطها إجراءات البيع الجبري للعقار، باعتباره إشكالا من الإشكالات الموضوعية المرتبطة بالتنفيذ، والتي تجد سندها التشريعي ضمن مقتضيات الفصل 26 من قانون المسطرة المدنية وهو ما يجعل المحكمة

¹ - يونس الزهري، مرجع سابق ص 266.

² - عبد الرحيم حزيكر، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق "إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب: محاولة في التأصيل والبحث في سبل تحقيق التوازن بين امتيازات إدارة التحصيل وضمانات الملتزم. جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق الدار البيضاء السنة الجامعية 2003 - 2004 ص 310.

الإدارية غير مختصة للبحث في طلب الإرجاع إلا في حالة وحيدة، وهي التي يكون فيها البيع قد أجري عن طريق كتابة ضبط المحكمة المذكورة نفسها¹.

وانطلاقاً من كل هذه الإشكاليات الواقعية التي يطرحها استرجاع ثمن الشراء والمصاريف فإن الراسي عليه المزاد متى اكتشف سبب البطلان في وقت لم تصرف فيه مبالغ الشراء بعد أو رفعت الدعوى داخل الأجل فإنه لكي يحافظ على كافة حقوقه يمكنه أن يتقدم بطلب إلى قاضي المستعجلات أمام المحكمة الابتدائية للتعرض على صرف المبالغ التي أودعها بصندوق المحكمة كمقابل لثمن الشراء. فإنه إذا أبطلت السمسرة لغيب في إجراءاتها فإنه يمكن أن يشارك في السمسرة الثانية فإذا رسي المزاد عليه مرة أخرى فإن الوضع يختلف حسب ما إذا كان ثمن الشراء في المرة الثانية أعلى أو أقل من الأول².

فما هي إذن حالات بطلان السمسرة التي حددها المشرع؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: حالات بطلان السمسرة

تتجلى حالات بطلان السمسرة في خرق قواعد البيع الجبري وهي كالآتي:

- خرق القواعد الإجرائية المتعلقة بإشهار البيع: قرر المشرع أن عملية البيع بالمزاد العلني يلزم أن يسبقها إشهار على نطاق واسع لأنه إذا لم يعلم المنفذ بجريان مسطرة الحجز وتاريخ البيع، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان المزايدة على اعتبار أن من شأن عدم إعلامه الإضرار به فالمشرع ألزم الخزينة العامة بأن تقوم بالإشهار للعقار المراد بيعه في المزاد العلني من أجل تحصيل الدين وإلا أدت إلى بطلان البيع برمته لأنه خرق القواعد الإجرائية المتعلقة بالإشهار وكذلك أكد على ضرورة التبليغ بمكان وتاريخ البيع³.

- الخرق المؤسس على بيع العقار بثمن أقل من قيمته الحقيقية، تتحدد قيمة العقار انطلاقاً من الثمن المحدد في دفتر التحملات وكذلك انطلاقاً من الخبرة ولذلك إذا تم بيع العقار بأقل من قيمته الحقيقية المحددة في المزاد فإن عملية البيع بالمزاد العلني تعد باطلة وغير صحيحة.

- البطلان المؤسس على خرق القواعد الموضوعية بشأن البيع بالمزاد العلني: لصحة البيع بالمزاد العلني يجب أن لا يتم البيع لشخص عديم الأهلية أو لفائدة طرف ممنوع من الشراء، كأن يكون الراسي عليه البيع بالمزاد هو الخبير الذي عهد إليه تقويم العقار المراد بيعه أو من طرف

¹ - عبد الرحيم حزيكر أطروحة سابقة ص 312.

² - أحمد نهيد: أثر طعن على التنفيذ في المادة المدنية - مجلة القضاء والقانون - عدد 153 - ص 77.

³ - إبراهيم عماشا إجراء التحصيل الجبري في مبدونة تحصيل الديون العمومية مجلة المناهج عدد المزدوج السنة 9-

محامي أحد أطراف النزاع لأن القانون يمنع هؤلاء من شراء الأموال المتنازع بشأنها وعليه فإذا تم الشراء فإنه يؤدي إلى إمكانية إبطال البيع حفاظا على نزاهة المزايدة والسمسرة.

- البطلان المؤسس على عدم مطابقة حقيقة العقار لما ورد بدفتر التحملات: فإذا تم البيع وكان البيع مخالف لما ورد في دفتر التحملات حول شروط المزايدة والبيانات المتعلقة بالعقار، حدوده مساحته وموقعه وكذا شروط البيع فإن البيع يكون باطلا لكونه غير مطابق للبيانات الواردة بدفتر التحملات.¹

- البطلان المؤسس على إلغاء السند التنفيذي: يرتبط التنفيذ ارتباطا وطيدا بالسند التنفيذي المؤسس عليه بحيث إذا ما ألغي هذا الأخير من طرف محكمة الموضوع زالت قوته التنفيذية، وبالتالي يكون من العدل والمنطق إعادة أطراف التنفيذ إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تنفيذ الحكم الملغى، أي إعادة الخصوم إلى ذات المراكز القانونية التي كانوا عليها قبل التنفيذ.²

- بطلان السمسرة وإعادتها في الحالة زيادة السدس ويترتب عن ذلك إجراء سمسرة نهائية بعد انصرام أجل ثلاثين يوما مع الإعلان عن البيع من جديد.

- البطلان في حالة ما إذا لم ينفذ الراسي عليه المزايدة تطبق في حقه الفصول 485 إلى 487 من قانون المسطرة المدنية، مع إنذار المزايد بذلك، فإن لم يستجب خلال عشرة أيام أعيد البيع تحت مسؤوليته.

كذلك إن أهم ما يلتزم به الراسي عليه المزايدة هو أداء ثمن المبيع ويلزمه الوفاء بالثمن داخل أجل عشرة أيام من تاريخ رسو المزايدة، فإذا لم ينفذ التزامه أنذر بذلك ومنح أجلا إضافيا يماثل الأجل الأول وهو عشرة أيام، والغاية من ذلك هو تفادي إعادة السمسرة من جديد ربعا للوقت، أما إذا لم يبادر إلى إيداع الثمن رغم إنذاره، فإن السمسرة تعتبر قد فشلت³، وبالتالي يجب أن تعاد تحت مسؤوليته.

لذلك فإن دعوى بطلان إجراءات البيع بالمزاد العلني والمتعلقة بالأساس ببطلان السمسرة فإنه يؤدي كذلك إلى بطلان إجراءات توزيع ثمن البيع (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: دعوى بطلان إجراءات توزيع ثمن البيع

دعوى إجراءات توزيع ثمن البيع هي دعوى موضوعية ذات أثر إجرائي ينصرف إلى عدم احترام الإجراءات والضوابط المقررة قانونا.

¹ - حجبية جهدكان، مرجع سابق، ص 445.

² - يونس الزهري مرجع سابق ص 274.

³ - Grilles Tormina : Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution-T2- saisie immobilière – ordre et distribution – 1amy- 1995-p.595

وفيما يخص طرق التمسك بالبطلان فقد نظم القانون إجراءات التوزيع على نحو يتيح للمدين والدائن أي الخزينة الحضور أمام القضاء لإبداء ما يعني لهم من منازعات بطريق الاعتراض في جلسة التسوية ويطرح صعوبات فعلية في حالة الحكم بالبطلان بعد توزيع حصيلة التنفيذ على الدائنين وتوصلهم بحقوقهم.

لذلك فإن القصور القانوني في تنظيم دعوى بطلان توزيع ثمن البيع يظهر على مستوى عدم تحديد القيود الإجرائية على مباشرة هذه الدعوى في ترك الباب مفتوحا في جميع الحالات أمام ادعاء البطلان دون قيود تتعلق بمراجعة أجل تقديم دعوى البطلان (الفقرة الأولى) ومراعاة التدابير القانونية للمحافظة على حصيلة التنفيذ.

الفقرة الأولى : مراعاة أجل تقديم دعوى البطلان

خلافًا للمشرع المغربي فقد عملت بعض التشريعات على تحديد أجل معين لمباشرة دعوى البطلان بانصرامه يسقط الحق في إثارة البطلان أو التمسك به، وهو توجه يرمي بالدرجة الأولى إلى استقرار عملية توزيع الثمن بصفة نهائية. حيث نص المشرع المصري من خلال المادة 486 من قانون المرافعات والتي جاء فيها ما يلي " بعد تسليم أوامر الصرف لمستحقيها لا يكون لمن يعلن أو يختصم حق إبطال إجراءات التوزيع وإنما يكون له الرجوع على المتسبب من العاملين بالمحكمة بالتعويضات إن كان لها وجه.¹

وعدم مراعاة الأجل يعطي فقط للمتضرر الذي سقط حقه في التمسك ببطلان توزيع الثمن، كما أورد الفقه المصري بعض الاستثناءات التي يمكن معها رفع دعوى أصلية أو طلبتعديل التوزيع النهائي للثمن مع اقتران هذه الدعوى بطلب وقف تنفيذ أوامر الصرف وهي الحالات الواردة أساس في:²

- حالة إذا ما تم التوزيع نتيجة غش أو تواطؤ عملا بقاعدة الغش يفسد سائر التصرفات.
- حالة تبوُّث استيفاء الدائن الذي تسلم أوامر الصرف لحقه من غير حصيلة التنفيذ أو كان حقه قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء، فإنه يجوز للمدين أو الدائن الذي لم ينل نصيبه في التوزيع الاعتراض على تنفيذ أوامر الصرف المسلمة لدائن.

¹ - عزمي عبد الفتاح: إجراءات الحجز التنفيذية والتحفظية، دار النهضة العربية، القاهرة سنة غير مذكورة ص 569.

² - فتحي والي: التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة 1995 ص 660.

- حالة قيام سبب من أسباب استحقاق كل أو بعض المال محل التوزيع، إذ يجوز لمشتري العقار بالمزاد العلني الرجوع إلى الدائنين المعترين طرفا في التنفيذ بما قد يكونوا قد قبضوه من ثمن بيع العقار المحجوز لأجل تحصيل الديون.

وإلى جانب ضرورة مراعاة الأجل في تقديم دعوى البطلان لا بد من مراعاة التدابير القانونية للمحافظة على حصيلة التنفيذ (الفقرة الثانية).

الفقرة الثانية: التدابير القانونية للمحافظة على حصيلة التنفيذ

- يقتضي من صاحب المصلحة المبادرة إلى اتخاذ بعض التدابير التحفظية لضمان عدم توصل الدائنين بحصيلة التنفيذ. وتتمثل هذه التدابير في دعوتين أساسيتين تستندان للقواعد العامة للقضاء الاستعجالي أمام محكمة الموضوع وهما كالآتي:¹

- دعوى وقف إجراءات التوزيع مؤقتا: مفاد هذه الدعوى مطالبة قاضي المستعجلات بالأمر بوقف إجراءات التوزيع الجارية مؤقتا إلى حين الحسم في دعوى البطلان المقدمة، ويشمل هذا الوقف تسليم قوائم التوزيع للدائنين مما يضمن لصاحب المصلحة إمكانية الاستفادة من حصيلة التنفيذ.

- دعوى وقف استخلاص قوائم التوزيع: ويتم اللجوء إليها في الحالة التي يكون فيها الدائن قد توصل بقوائم التوزيع، وإلا أنه لم يبادر بعد إلى استخلاصها من كتابة الضبط لدى المحكمة العادية، إذ يبادر صاحب المصلحة إلى تقديم طلب لقاضي المستعجلات من أجل إصدار أمر بعدم الوفاء بقوائم التوزيع المنجزة في إطار ملف التوزيع، ويمكن اللجوء إلى هذه الدعوى حتى في الحالة التي يكون فيها الدائن لم يستوفي حقوقه من صندوق المحكمة.

ويمكن لصاحب المصلحة بعد تسليم أوامر الصرف للدائن أن يعتمد إلى المطالبة بإيقاع حجز لدى الغير على ما بقي من حصيلة التنفيذ غير المؤداة.

ويتضح من خلال هذا المبحث على أن البث في الدعاوى المتعلقة بالحجز والبيع من أجل تحصيل الديون العمومية هي من اختصاص محاكم الموضوع أي القضاء العادي دون الإداري وذلك أن الطعون المتعلقة بالإجراءات الموالية للحجز سواء كانت موضوعية أو استعجالية تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي دون الإداري. أما إجراءات التحصيل الجبري السابقة على الحجز يختص في البث فيها والمطالبة ببطلانها أمام القضاء الإداري.²

¹ - عبد العلي لحفيظ: توزيع حصيلة البيع الجبري للعقار المحجوز في القانون المغربي الطبعة الأولى 2011 دار النشر فضالة المحمدية ص 209.

² - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق ص 210.

يتضح أن دعوى بطلان الحجز وإيقاف إجراءات البيع بالمزاد العلني للعقار يبيث فيها القاضي العادي دون الإداري وذلك أن حجز العقار والطعون المتعلقة بالإجراءات الموالية للحجز سواء كانت موضوعية أو استعجالية تدخل ضمن القضاء العادي خاصة دعوى استحقاق العقار الذي يبيث فيها القاضي العادي دون الإداري وكذلك إجراءات البيع بالمزاد العلني المتعلقة ببطلان إجراءات السمسرة والمزايدة لذلك فإن القضاء الإداري الاستعجالي ينظر فقط في التشطيب على الرهن الجبري والإجراءات السابقة على الحجز وتتعلق بالأساس بإجراءات التحصيل من توجيه إشعار دون صائر وتوجيه الإنذار القانوني وكذلك النظر في إخلالات شابت الحجز كعدم الحصول على الإذن من رئيس الإدارة لمباشرة الحجز التنفيذي.

كذلك الملاحظ أن سلطة القاضي الإداري غير واسعة في مجال النظر في إجراءات الحجز وبيع العقار وذلك على اعتبار أن القضاء العادي هو المختص في النظر فيها، وهنا تتجلى محدودية القضاء الإداري في هذا المجال بالرغم من أن المنازعات المتعلقة بتحصيل الديون العمومية تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري الشامل إلا أن الحجز وبيع العقار من أجل تحصيل الديون العمومية يبيث فيه القضاء العادي باعتباره المجال الطبيعي للعقار.

حاولنا من خلال ثنايا هذا المقال التاصيل لموضوع مسطرة حجز وبيع العقار من أجل تحصيل الديون العمومية، كمرحلة أساسية لاقتضاء الدائن لحقه الذي في ذمة مدينه، على اعتبار أن تحريك المحاسب العمومي لمسطرة إجراءات تنفيذ الحجز على العقارات الخاصة بمدينه، ليس في حد ذاته بقدر ما كان الهدف هو استيفاء للدين من حصيلة بيع هذه العقارات بالمزاد العلني من أجل تحصيل الديون العمومية.

فرغم إحاطة المشرع المغربي لمسطرة الحجز وبيع عقارات المدين بقواعد مسطرية تراعى فيها مصلحة المدين والدائن فإن الواقع العملي يلامس إشكالات ومعوقات تعرقل سير إجراءاته وتحد من نجاعته والمتعلقة أساسا بالتضخم الإجرائي غير الفعال والعبء المسطري غير المنتج أحيانا للذين أفضيا إلى تعقيدات إجرائية لا تساير إجراء البيع بالمزاد العلني التي تتجلى أساسا في طول الإجراءات في مجال الحجز والبيع بالمزاد العلني للعقار في إطار الحجز التنفيذي. ويتجلى بوضوح أن الإجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني يبيث فيها القاضي العادي وليس الإداري وهنا تظهر رقابة القاضي الإداري في مجال الحجز وبيع العقار لأجل تحصيل الديون العمومية فقط في الإجراءات السابقة للحجز وإيقاف البيع لأجل إخلالات شابت الحجز، ويبقى للقضاء العادي صلاحيات واسعة في مجال الحجز التنفيذي ومراقبة البيع بالمزاد العلني ومدى احترام الدائن لشروط إجراءات البيع.

والملاحظ من خلال استقراء مدونة التحصيل أن بعض بنودها، خصوصا فيما يتعلق بإجراءات التحصيل الجبري للدين الذي يؤدي إلى حجز وبيع العقار لأجل تحصيل الديون العمومية، تحمل سلبيات وإيجابيات وتتجلى الإيجابيات في كون أن المشرع قد خص مسطرة بيع العقار بنصوص تنظم مسطرة الحجز بدقة أما السلبيات فيكفي أن يتدخل المشرع لإصلاحها وكذا تكوين اجتهادات قضائية لسد ما قد يتسم من فراغات، وذلك حتى نصبح أمام قانون يتسم بالجدية والعصرية يحاول الحفاظ على حقوق الخزينة لضمان تحصيل الديون العمومية لذا نقترح على المشرع أن يتدخل بنصوص واضحة منظمة لإجراءات التحصيل، الناتج عن حجز وبيع العقار من أجل تحصيل الديون. ومن خلال استقراء أحكام القضاء الإداري يتضح أنه يختص فقط في البث في الإجراءات السابقة للحجز من توجيه الإشعار بدون صائر والبث في الإنذار القانوني. من خلال الأوامر الاستعجالية الصادرة عن قاضي المستعجلات الإداري أنه ينظر في طلبات إيقاف الحجز التحفظي وإيقاف بيع العقار لإخلالات شابت التحصيل السابقة على الحجز وكذلك في التشطيب على الرهن الجبري. ولكن رغم ذلك تبقى اختصاصات القاضي الإداري غير مطلقة مقارنة مع الاختصاصات الواسعة والمطلقة للقاضي العادي في مجال الحجز التنفيذي وبيع العقار بالمزاد العلني. لذلك أقترح على أنه يجب تفعيل الدور الإيجابي للقاضي الإداري في مجال الحجز وبيع العقار بالمزاد العلني باعتباره قاضي متخصص في مجال منازعات تحصيل الديون العمومية.

ونختم في هذا الإطار على أن القضاء الإداري هو القضاء الأمثل للنظر في النزاعات الناشئة عن حجز وبيع عقار المدين، على اعتبار أن الحجز والبيع يهدف إلى تحصيل الديون العمومية، وأن القضاء الإداري هو المختص في البث في النزاعات الناشئة عن تطبيق مدونة تحصيل الديون العمومية.

وإذا كنا قد لمسنا تضاربا واختلافا بين توجهات القضاء الإداري والعادي من خلال المسطرة المنصبة على حجز وبيع عقارات المدين، فإن ذلك راجع إلى عدة أسباب منها على الخصوص كثرة القضايا المعروضة على القضاء وخاصة المحاكم الإدارية، مع تعقد النزاعات في ظل الارتباط بالأجال التي حددها المشرع وهو ما يطرح جدية التفكير في خلق قضاء متخصص في المادة الجبائية، ولو على شكل أقسام داخل المحاكم الإدارية، وليس خلق أقسام إدارية داخل المحاكم الابتدائية حسب التنظيم القضائي الجديد وذلك لكون القاضي الإداري قاضي متخصص في مجال تحصيل الديون العمومية وكذلك دائم الاجتهاد عكس القاضي العادي الملزم بتطبيق النصوص القانونية، لأن من شأن ذلك وحده توفير عنصر السرعة في البث في القضايا مع الحلول الناجعة وهو ما يمكن أن يساهم دونشك في خلق استقرار لدى المدين وفي ترسيخ الاستقرار والازدهار الاقتصادي وهو ما تطمح إليه كل الأمم.

إيقاف تنفيذ الديون العمومية أمام القضاء الاستعجالي

فائلة ويس

باحثة بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس الرباط
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا -

يكتسي القضاء الاستعجالي أهمية قصوى، إذ يهدف إلى حماية حقوق الأطراف حماية مؤقتة وعاجلة في انتظار الفصل الحاسم في جوهر النزاع الذي يترك أمره إلى محكمة الموضوع¹، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من القضاء لأن إجراءات التقاضي العادية لا يمكنها أن تحفظ بعض الحقوق والمراكز القانونية التي تحتاج إلى إجراءات عاجلة² فالقضاء الاستعجالي يعد استثناء يرد على قضاء الموضوع.

نجد في المجال الضريبي بأن القاعدة هي الأداء الفوري والاستثناء هو إمكانية إيقاف الأداء والتنفيذ، باعتبار أن كل تقاعس عن الأداء من طرف المدين يعرض الدولة إلى الخطر المتمثل في تعطيل تنفيذ برامجها التنموية³.

لأن رفع الدعوى الضريبية اعتبارا لعدم شرعية الفرض الضريبي لا يحول البتة دون القيام بإجراءات التحصيل الضريبي من طرف القابض وهذا ما قضت به الغرفة الإدارية في قرارها عدد 70 بتاريخ 2006/1/25 في الملف الإداري عدد 1074/4/2004 إذ نصت على أن " منازعة المستأنف في أساس فرض الضريبة لا يحول دون متابعة القابض لإجراءات التحصيل التي شرع فيها، وبالتالي فإن القابض لا يكون ملزما بانتظار نتيجة الطعن لمتابعة الإجراءات المذكورة مالم يصدر حكم بإيقاف الأمر بالتحصيل حائز لقوة الشيء المقضي به أو قابل للتنفيذ. والملاحظ أن المشرع المغربي لم يكن حريصا على تنظيم اللجوء إلى القضاء الاستعجالي صراحة بالنسبة لبعض الدعاوى خصوصا الضريبية⁴، إذ ليس في القانون الجبائي ما يشير إلى

1- محمود حلمي: " القضاء الإداري"، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي 1977، ص 361.

2- عبدالله حداد: " تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي"، مرجع سابق، ص 253.

3- محمد قصري: " المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء الإداري"، الطبعة الأولى منشورات م.م.إ.م.ت عدد 62/52، ص 143.

4- العجيب العطشان: " القضاء الضريبي والإكراهات الملازمة لحماية الملمزم"، م.م.إ.م.ت عدد مزدوج 84-85 يناير / أبريل 2009.

اعتبار هذه الدعوى استعجالية¹، أما قانون المحاكم الإدارية فقد نص بشكل عام في المادة 19 منه على اختصاص رئيس المحكمة الإدارية بالنظر في الأمور المستعجلة، ولم تتم الإشارة فيه سوى إلى شكل محدود في المادة 38 من قانون 41/90 المتعلقة بنزع الملكية، ليأتي قانون رقم 80/03 المحدث بموجبه محاكم الاستئناف الإدارية ليكرس الوضع من خلال المادة 6 منه.

ورغم هذا الفراغ التشريعي، فإن القضاء الاستعجالي الضريبي قبل النظر في الدعوى عندما يتعلق الأمر فقط بدعوى التحصيل في حالات ضيقة ووفق حدود معينة، حيث ميز القضاء الإداري في دعوى التحصيل بين الدعوى في موضوع التحصيل والمتعلقة إما بعدم أحقية القابض في التحصيل أو عدم إجراء التحصيل وفق القوانين الجاري بها العمل وأحالتها على قضاء الموضوع، والدعوى في التحصيل الاستعجالي والتي يمكن أن تكون في حالة دعوى إيقاف التنفيذ أو صعوبته، أو رفع الضرر الناتج عن إجراءات التحصيل وأحالتها على القضاء الاستعجالي².

فهذه الحالات الثلاث هي التي يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه بصفته قاضيا للمستعجلات النظر في دعوى التحصيل على أنها دعوى معجلة، فاختصاص القضاء الاستعجالي في طلبات إيقاف تنفيذ الضريبة باعتبارها إجراءات مؤقتة وغالبا ما يكتنفها الطابع الاستعجالي، راجع لما يتوفر عليه هذا القضاء من سرعة في البت وتقصير لمواعيد الإجراءات، مما يشكل امتيازاً للمتقاضين الذي يريد الاستفادة من هاته المسطرة اعتبارا لكون الملزمين بالضريبة يكونون مهددين بالتنفيذ على ممتلكاتهم وعلى حريتهم أحيانا³.

فالقضاء الاستعجالي وبعد تأكده من توفر أولا عنصر الاستعجال في الطلب، فإنه يعلن اختصاصه ليمدد عملها إلى النظر في الوسائل المبني عليها الطلب الذي غالبا ما يكون الغرض منه إيقاف الإجراءات مؤقتا أمر عدد 530 المؤرخ في 2011 /04/28 ملف استعجالي عدد 01/11/137 طلب الإيقاف المؤقت لإجراءات تحصيل الدين الضريبي - طلب مستعجل بطبيعته " وحيث لن كان الثابت أن طلب الإيقاف المؤقت لإجراءات تحصيل الدين الضريبي طلب مستعجل بطبيعته ولا شيء في القانون ينفي صبغة الاستعجال عنه : " إلى حين البت في أصل النزاع من طرف قضاء الموضوع، وهو ما يبعثر حال الثقة في القضاء من طرف بعض المتقاضين، والأمر الاستعجالي التالي والصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء يشكل

¹- عبد الغني خالد: "المسطرة في القانون الضريبي المغربي"، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء 2002، ص 379.

²- عبد الغني خالد: "المسطرة في القانون الضريبي المغربي"، مرجع سابق، ص 374.

³- محمد النجاري: "تساؤلات حول اختصاص المحاكم الإدارية"، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

مثالا على أهمية القضاء الاستعجالي في مسلسل التقاضي ويتعلق الأمر بالحكم رقم 527 المؤرخ في 2011/04/25 القاضي شكلا بقبول الطلب.

وموضوعا: بأمر إيقاف إجراءات التحصيل الصادرة عن قابض قبضة الواحة البيضاء وذلك بصفة مؤقتة وجزئية إلى حين البث في موضوع الدعوى من طرف المحكمة وإبقاء الصائر على الطرفين، وبعد التأمل وطبقا للقانون قضت المحكمة ب:

" حيث يرمي إن مؤدى الطلب هو الأمر بإيقاف إجراءات تنفيذ إجراءات التحصيل المباشرة حق الطالب بموجب الإشعار للغير الحائز إلى حين البث في دعوى الموضوع.

وحيث لأن كان الثابت أن طلب الإيقاف المؤقت لإجراءات تحصيل الضرائب والرسوم طلب مستعجل بطبيعته ولا شيء في القانون ينفي صبغة الاستعجال عنه، أنه طلب وقتي لكونه محدد في الزمن تستدعيه الضرورة الملحة للحصول على حل مؤقت يحافظ على مصالح الخصوم ويجنب أخطار مواصلة إجراءات التنفيذ التي قد تنشأ عنها أضرار يتعذر تداركها مستقبلا فإن الإستجابة له تبقى رهينة بجدية الوسائل والأسباب المتعددة.

وحيث لما كان الثابت أن الطلب مؤسس على الإدعاء بتقادم إجراءات التحصيل إنه وتأسيسا على الظاهر من المستندات فإن الجدية المطلوبة للإيقاف الجزئي المؤقت تكون متوفرة.

وحيث فيما تبعاً لذلك يتعين الإستجابة للطلب بخصوص ضرائب ورسوم سنوات 2000 و2001 و2002/1999 و2003 و2004 و2005 و2006 ورفض الطلب فيما عدا ذلك، وتحميل الطرفين الصائر بالنسبة". الإشكال الذي يطرحه هذا الموضوع يتمثل في مدى قانونية اعتماد إيقاف تنفيذ الدين العمومي من طرف القضاء الاستعجالي؟

وسيتم تناول الموضوع وفقا للتصميم التالي:

المبحث الأول: شروط وظوابط إيقاف تنفيذ الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي في

إطار القواعد العامة للإستعجال

المبحث الثاني: تنازع الإختصاص في طلبات إيقاف تنفيذ الدين العمومي بين القضاء

الإستعجالي وقضاء الموضوع

المبحث الأول: شروط وظوابط إيقاف تنفيذ الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي في إطار القواعد العامة للإستعجال

المطلب الأول: طلبات إيقاف التنفيذ في إطار الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية

اعتبرت قرارات وأحكام القضاء الإداري أنه يتم إيقاف تنفيذ الدين العمومي في إطار القواعد العامة للإستعجال متى توفرت في الطلب حالة الإستعجال وجدية السبب بصرف النظر عن تقديم الضمانة الكفيلة بتأمين استخلاص الدين العمومية.

فإذا كانت مقتضيات المادتين 117 و118 من مدونة تحصيل الديون العمومية قد اشترطت في كل مطالبة تتعلق بإيقاف أداء الدين العمومي أن تسبقها مسطرة الطعن الإداري لدى مصلحة الضرائب وفقا للأجال والشروط المنصوص عليها قانونا وأن تقتزن تلك المطالبة بتكوين الضمانة الكفيلة بسداد الدين العمومي كما هي محددة بالمادة 118 من م.ت.د.ع، فقد استقر العمل القضائي للمحاكم الإدارية واجتهاد الغرفة الإدارية على قبول طلبات إيقاف تنفيذ إجراءات تحصيل الديون العمومية في إطار الشروط العامة للإستعجال المنصوص عليها في الفصل 149 من ق م م المحال عليه بموجب المادة 7 من قانون 41-90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية ومن غير اشتراط توفر شروط إيقاف التنفيذ المنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية من تقديم الضمانة المالية من جهة وسلوك مسطرة المطالبة الإدارية من جهة أخرى، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 2010/06/09 تحت عدد 525 في الملف عدد 2010/02/12 منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية عدد 4 ص 308 ومايليها: " اللجوء مباشرة إلى دعوى إيقاف إجراءات التحصيل أمام القضاء الإستعجالي دون سلوك مسطرة التظلم الإداري".

هذا وقد استقر العمل القضائي بالمحاكم الإدارية على قبول المطالبة بإيقاف تنفيذ الدين العمومي في إطار القواعد للإستعجال المنصوص عليها في الفصل 149 من ق م م حالة توفر عنصر الجدية وحالة الإستعجال حيث جاء في قرار رئيس محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش بالملف عدد 478 المؤرخ في 9 مايو 2012 ملف عدد 11/2-82 س، وهو يقضي بإيقاف وتأجيل إجراءات الإستخلاص الجبري المباشرة " وحيث إن قبول المطالبة بإيقاف تنفيذ إجراءات تحصيل الدين العمومي المنصوص عليه بالفصل الثاني من م.ت.د.ع في إطار القواعد العامة للإستعجال المنصوص عليها بالفصل 149 من ق.م.م المحال إليه بموجب المادة السابعة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية كإجراء وقتي لغاية صدور حكم نهائي حول النزاع القضائي مقرر قضاء من غير اشتراط تكوين الضمانة الكفيلة بتأمين استخلاص الدين العمومي كما هو منصوص عليها وعلى إجراءاتها بالفصلين 117 و118 من م.ت.د.ع، ومن غير اشتراط سلوك مسطرة المطالبة الإدارية المنصوص عليها في المادة 120 من نفس المدونة، حال توافر عنصري الإستعجال وجدية الطلب

وذلك اعتبارا لكون مقتضيات المادتين 117 و118 من مدونة التحصيل تتعلق بالمطالبة المرفوعة إلى القابض بتأجيل أداء الديون المنازع فيها ولكون مقتضيات المادة 120 من نفس القانون يخص الدعاوى الموضوعية دون الدعاوى الإستعجالية التي يفترض فيها الإستعجال. وحيث إن حالة الإستعجال إنما تنشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانتها ومن الظروف المحيطة به يستنبطها قاضي الإستعجال من ظروف وملابسات الدعوى المعروضة عليه من خلال إمكانية حصول إضرار يصعب تداركها أو تقويم نتائجها بعد التنفيذ.....¹.

المطلب الثاني: أحكام المطالبة بإيقاف إجراءات تحصيل الدين العمومي في إطار الفصل 120 من

مدونة تحصيل الديون العمومية

إذا كانت طلبات إيقاف التنفيذ التي ترفع إلى القضاء الإستعجالي في إطار الفصل 149 من ق م م م بالبناء على جدية النزاع المستمدة من صفة الملزم كخاضع للضريبة أو مسطرة فرضها وحالة الإستعجال غير مقيدة بمسطرة الطعن الإداري وتكوين الضمانة الكفيلة بتأمين استخلاص الدين العمومي، فالتساؤل المطروح هنا هل تطبق هاتاه الأحكام على المطالبة بإيقاف إجراءات تحصيل الدين العمومي للخروقات التي شابت مسطرة تحصيله أو لتقادم المطالبة بالدين العمومي في إطار المادة 120 من مدونة التحصيل؟

بالرجوع إلى الفصل 120 من م.ت.د.ع نجده قد استحدث مسطرة خاصة بالتظلم حول إجراءات تحصيل الدين العمومي ونص بصيغة العموم وبشكل مبني للمجهول ترفع المطالبات المتعلقة بإجراءات التحصيل إلى الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب المكلف بالتحصيل، مما يعني أن الجميع مخاطب بهاته القاعدة سواء كان مدينا أو غير مدين وقد حاول المشرع هنا تفادي التفسير القضائي لبعض النصوص كالفصل 47 من القانون 30-89 والفصل 119 من القانون 17-89 والفصل 15 من ظهير 1935/08/21 وتكريس قاعدة الطعن الإداري الإلزامي تحت طائلة عدم القبول، وقد ذهبت أحكام القضاء الإداري إلى القول بعدم قبول طلب إيقاف إجراءات تحصيل الدين العمومي المبني على خرق مسطرة تحصيله لعدم سلوك مسطرة الطعن الإداري المنصوص عليه في الفصل 120 من المدونة الذي يمكن القابض المالي من فرض رقابته الدائمة على إجراءات التحصيل تفاديا لترتيب مسؤوليته المدنية والجنائية، جاء في أمر إدارية فاس بالملف الإستعجالي عدد 02/46 وهي تقضي بعدم قبول الطلب ماييلي: " قاعدة الطعن الإداري المسبق المنصوص عليه في الفصل 120 من قانون 15/97 تعتبر إلزامية ومن النظام العام اعتبارا لأهميتها

- عبدالرزاق شعيبة: " التحصيل الجبري للديون العمومية في ضوء القانون المغربي"، مرجع سابق، ص 169.¹

في حل النزاع حبيا ومجانيا وتمكين القابض المالي من فرض رقابته الذاتية على إجراءات التحصيل تفاديا لترتيب مسؤوليته المدنية والجنائية".

وعلى خلاف ذلك ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش من خلال أمر رئيسها إلى سن قاعدة مفادها: التقيد بشكليات المادة 120 من مدونة التحصيل غير واجبة كلما قدر قاضي الأمور المستعجلة أن الطلب ينازع جديا في صفته كمدين وقد تم تأييد الأمر القضائي المذكور من طرف الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في القرار عدد 574 بتاريخ 2002/05/30 حيث ذهبت إلى القول وهي تجيب عن الوسيلة المتعلقة بعدم سلوك مسطرة الملزم للإجراءات المسطرية الواجب اتباعها وعدم احترام الأجل المحددة قانونا لرفع الدعوى بما يلي:

" حيث إنه وكما لاحظ ذلك الأمر المستأنف فإن الفصل الأول من ظهير 1792/07/27 ينص أن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تعتبر مؤسسة عمومية وأن استخلاص ديونه وإجراءات المتابعة يتم كما هو الشأن للضرائب المباشرة وأن حالة الاستعجال واردة في النازلة الحالية والمتتمثلة في خطورة الاستمرار في إجراءات البيع المنصبة على الحافلتين ونظرا لكون الطاعن ينازع أصلا في الدين الذي تم بموجبه إيقاع الحجز على أمواله كما ينازع في صفته كمدين مما يجعله ملزما من جهة سلوك الإجراءات المسطرية والتقيد بها ومن جهة أخرى فلا مجال للإلزامه كذلك بأداء أية ضمانات، وإن كل ما هناك هو منحه أجلا لعرض النزاع أمام قضاء الموضوع ولذلك فإن الأمر المستأنف الذي قضى بإيقاف إجراءات بيع الحافلتين كان مرتكزا على أسس سليمة مما ارتأى معه المجلس تأييده".

المبحث الثاني: تنازع الاختصاص في طلبات إيقاف تنفيذ الدين العمومي بين القضاء الاستعجالي وقضاء الموضوع

رغم أن المشرع منح اختصاصا موسعا للقضاء النضر في الإشكالات المتعلقة بإجراءات التحصيل، وذلك من أجل توطيد التوازن بين امتيازات الإدارة وضمانات الملزم وجعل المتابعات المتعلقة باستخلاص الدين العمومي أكثر فعالية ونجاعة. إلا أنه يعاب على مدونة التحصيل عدم الوضوح فيما يخص إسناد الاختصاص للمحاكم¹.

¹ -عزيز بودالي، "أهم محاور تحصيل الديون العمومية الصادرة في 2005/5/3 (قانون 15-97)"، (...)، ص 45.

فإذا كانت الملاحظة الدقيقة لمقتضيات المدونة توضح أن هذه الأخيرة تارة تحدد الجهة القضائية المختصة بشكل معلوم¹، فإنها تارة أخرى تكتفي بالإحالة على المحكمة المختصة دون تحديد، وهو ما يطرح ذلك العديد من الإشكاليات على مستوى الاختصاص.

وسوف نستعرض من خلال هذه الدراسة جانب من الحالات التي تثير تنازعا في الاختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية الجديدة.

المطلب الأول: تنازع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والتجارية في الحجز وبيع الأصل التجاري في استخلاص الدين العمومي

تنص المادة 68 من مدونة التحصيل على أن حجز الأصول التجارية وبيعها يتم وفق الشروط والأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 83-96-1 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح غشت 1996) وإذا رجعنا إلى مدونة التجارة، خاصة القسم الثاني من الكتاب الثاني، المحال عليها بمقتضى المادة 68 المذكورة، نجد أنه يحدد طرق بيع الأصل التجاري والإجراءات المسطرية الواجب اتخاذها من أجل ذلك، وكذا تلك المتعلقة بالنزاعات الناشئة عن البيع، كما تنص المادة 11 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، على أن الدعاوى المتعلقة بالإجراءات التحفظية تعرض على المحاكم التجارية التي يوجد بدائلتها موضوع هذه الإجراءات، فالسؤال الذي يطرح هو، هل يؤخذ من المادة 68 السالفة الذكر أنه يمنع على المحاكم الإدارية تطبيق مقتضيات مدونة التجارة على النزاعات التي تنشأ عن بيع الأصل التجاري²؟ والقول، تبعا لذلك، بعدم اختصاصها أو أن الأمر هو خلاف ذلك، مادامت المادة 141 من مدونة تحصيل الديون العمومية تمنحها اختصاصا عاما للبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية طالما أن المستهدف هو الدين العمومي وليس الأصل التجاري؟.

للجواب عن السؤال، يتعين الرجوع إلى القسم الثاني من الكتاب الثاني من مدونة التجارة، المخصص للعقود المتعلقة بالأصل التجاري، والذي يتضمن في بابه الأول "بيع الأصل التجاري"، وربط مقتضياته بالفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون إحداث المحاكم التجارية، التي تمنح الاختصاص نوعيا للمحاكم التجارية للبت في النزاعات المتعلقة بالأصول

¹ - كما هو الشأن بالنسبة للإجراءات التحصيل القضائية، إذ نجد أن المدونة تخول وبنص صريح الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية باعتباره قاضيا للمستعجلات فيما يتعلق بتحديد مدة الإكراه البدني وغيرها من الحالات التي حدد فيها المشرع وبنص صريح الجهة القضائية المختصة حسب كل إجراء.

² - محمد بنزهر: "المحاكم التجارية والنزاعات القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية"، منشور بمجلة القضاء والقانون السنة الثلاثون، عدد 146 ص. 102 وما بعدها

التجارية، وتدخل في زمرتها النزاعات الناشئة عن بيع الأصل التجاري، ولما كان الأمر كذلك، وكانت المادة 11 من قانون إحداث المحاكم التجارية تنص على أن الدعاوى المتعلقة بالإجراءات التحفظية، تقدم إلى المحكمة التجارية، فإن كل إجراء تحفظي تمهيدا لبيع الأصل التجاري، كالحجز التحفظي مثلا، يجب تقديمه للمحكمة التجارية، إذا كان الأمر كذلك، فإننا نستنتج من هذا أن المحاكم الإدارية لا ينبغي لها الاختصاص في المنازعات المتعلقة بحجز الأصول التجارية وبيعها من أجل استيفاء الديون العمومية، وأن المحكمة التجارية هي صاحبة الاختصاص، وتأسيسا على ذلك، تكون الإحالة الواردة في المادة 68 بوجوب تطبيق مقتضيات مدونة التجارة، كلما تعلق الأمر بتنفيذ حجز وبيع الأصل التجاري، هي إحالة على المادة الخامسة كذلك، والتي تسند الاختصاص للمحاكم التجارية بخصوص النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية¹.

ونستنتج من هذا، أنه قبل إحداث المحاكم الإدارية، كانت المحاكم الابتدائية هي المختصة بالنظر في جميع المنازعات الجبائية، سواء كانت منازعة في أساس الضريبة أو منازعة في إجراءات تحصيلها، وجاء القانون رقم 90/41 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، وكما نصت المادة الثامنة منه، فإن المحاكم الإدارية تختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخرينة²، وإلى جانب هذا الاختصاص العام، الذي يعود للمحاكم الإدارية فيما يتعلق بالنزاعات التي تنشأ عن تطبيق القانون المتعلق بتحصيل الديون العمومية، لا بد من الإشارة إلى الازدواجية في الاختصاص القضائي فيما يتعلق بإجراءات التحصيل القضائية للضريبة، كحجز العقارات وبيعها³، تحديد مدة الإكراه البدني⁴، إثارة المسؤولية التضامنية لمتصرفي الشركات⁵، افتعال العسر⁶، طلب إصدار أمر بفتح أبواب مغلقة⁷، حجز وبيع الأصول التجارية⁸، وحجز السفن

¹ - محمد بنزهر: "المحاكم التجارية والمنازعات القضائية في ميدان تحصيل الديون العمومية ط، مرجع

سابق، ص. 104/105

² - عبد القادر التعلاتي: "الضمانات الجبائية من خلال التشريع والقضاء" منشور ب: م. م. إم. م. ت عدد

19 أبريل - يونيو 1997 ص. 33

³ - المادة 67 من م. م. ت. د. ع.

⁴ - المادة 80 من م. م. ت. د. ع.

⁵ - المادة 98 من م. م. ت. د. ع.

⁶ - المواد من 84 إلى 89 من م. م. ت. د. ع.

⁷ - المادة 52 من م. م. ت. د. ع.

⁸ - المادة 68 من م. م. ت. د. ع.

وبيعها¹. تبقى قائمة، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى الزج بالملزم، خاصة الضعيف، في متاهات القضاء لا يدري كيف يخرج منها.

المطلب الثاني: تنازع الاختصاص حول حجز العقارات وبيعها في إطار تحصيل الديون العمومية بين القضاء الإداري والاستعجالي والعادي

تنص المادة 67 من مدونة التحصيل على أنه يتم حجز العقارات وبيعها من طرف أعوان التبليغات والتنفيذات القضائية طبقاً لأحكام قانون المسطرة المدنية.

إن تطبيق هذا النص، في بدايته، خلق تنازعا بين القضاء العادي والإداري، إذ يرى البعض أن الاختصاص يعود إلى القضاء العادي بالإحالة على قانون المسطرة المدنية، بينما يرى البعض أن الاختصاص في ذلك يعود إلى المحاكم الإدارية بدليل أن المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، تنص على اختصاصها في جميع المنازعات المتعلقة بتحصيل ديون الدولة، وأن الدين الضريبي هو المستهدف بالإجراء وليس العقار، خصوصا وأن المادة 141، من مدونة تحصيل الديون العمومية، تنص على أن استعجالية وأن الدين الضريبي هو المستهدف بإجراء الحجز وليس العقار وأن القاضي الإداري يطبق بدوره قواعد المسطرة المدنية بالإحالة الصريحة بمقتضى الفصل السابع من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، ونعتقد أن الامتياز الممنوح للقابض المكلف بالتحصيل على أموال المدين إنما يتعلق فقط بسلطة التنفيذ المباشر على المنقول دون العقار الذي يبقى القضاء العادي هو المجال الطبيعي للمنازعات المتعلقة به خصوصا وأنه قد يترتب على إيقاع الحجز على العقار رفع دعوى استحقاق فرعية من طرف الغير أمام المحكمة العادية طبقاً للمادة 482 و483 من ق.م.م، وفي هذه الحالة يترتب على دعوى الاستحقاق وقف التنفيذ من طرف القضاء العادي، طبقاً للمادة 483 من ق.م.م، وقد يقام من جهة أخرى طعن بالبطلان في إجراءات الحجز العقاري طبقاً للمادة 484 من ق.م.م وتترتب عنه نفس الآثار القانونية السابقة، وهي إيقاف تنفيذ بيع العقار من طرف القضاء العادي². وإذا كان القابض لا يملك أية سلطة امتيازية على العقار تخوله مباشرة الحجز عليه بصورة تلقائية فإنه مع ذلك فالأمر لا يخلو من إشكال فقد يلجأ المدين المحجوز عليه إلى رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية تتعلق بالمنازعة السابقة على حجز العقار وتتعلق ببطلان مسطرة الحجز على العقار لعدم التبليغ بالإشعار القانوني الذي يسبق مرحلة الحجز وعدم قيام القابض المالي بتوجيه الإشعار بدون صائر ويتقدم على ضوء ذلك

¹ - المادة 66 من م.ت.د.ع.

² - في هذا الإطار صدر أمر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2001/05/10 في الملف رقم 01/54 حيث ورد فيه: "أن دعوى الاستحقاق الفرعية منظمة أمام قضاء الموضوع المختص خارج مدونة التحصيل بموجب المادة 482 من ق.م.م"

بطلب إيقاف إجراءات تحصيل الدين العمومي بما فيه مسطرة الحجز لأجل السبب المذكور أما القضاء الاستعجالي فكيف يتعامل القاضي الإداري الاستعجالي مع هذا الإشكال.

لذلك فإن المحكمة المختصة بحجز العقارات وبيعها، في إطار تحصيل الديون العمومية، تعتبر من صميم القضاء العادي، خاصة وأن المشرع من خلال المادة 121¹، من مدونة التحصيل، وبشكل دقيق ومفصل، نص على أن دعوى استحقاق المنقولات ترفع أمام القضاء الإداري، مستثنياً بذلك دعوى استحقاق العقار، مما يعني، حتماً، أن الاختصاص القضائي، في مجال حجز وبيع العقار، يعد من اختصاص القضاء العادي² باعتبار هذا الأخير المجال الطبيعي للعقار³.

المطلب الثالث: اختصاص القضاء الاستعجالي الإداري بالبت في طلبات إيقاف مسطرة الإكراه البدني
إذا كان أمر تحديد الإكراه البدني لم يطرح أي إشكال حول الاختصاص، على اعتبار أن المادة 80 من مدونة التحصيل قد أناطت الاختصاص به لرئيس المحكمة الابتدائية، خاصة مع مدونة التحصيل الجديدة، إذ يكفي أن يتقدم المحاسب المكلف بالتحصيل بطلب، بعد التأشير عليه من لدن رئيس الإدارة التابع له، ويوجه إلى رئيس المحكمة الابتدائية، باعتباره قاضياً للأمور المستعجلة، الذي يبت في الطلب المعروض عليه داخل أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً، ويحدد مدة الحبس، ثم يحيله على وكيل الملك لدى المحكمة المختصة قصد التنفيذ، وكذلك الشأن فيما يخص بطلان مسطرة الإكراه البدني، حيث تختص بالبت فيه المحكمة الإدارية عملاً بمقتضيات المادة 141 من المدونة، لكن الإشكال يثار بحدّة حول إيقاف مسطرة الإكراه البدني

¹ - المادة 121 من م.ت.د.ع تنص على: " في حالة المطالبة بالأثاث وغيره من المنقولات المحجوزة، أو في حالة طلب فصل أشياء غير قابلة للحجز، يجب على المطالب أن يوجه مذكرة إلى رئيس الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب المكلف بالتحصيل أو إلى من يمثله، مدعماً بجميع الحجج اللازمة، وذلك بالبريد المضمون مع إشعار بالتوصل.

عند عدم الرد داخل أجل ستين يوماً ابتداء من تاريخ التوصل بالمذكرة المشار إليها أعلاه، يمكن للملتزم أن يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية.

يجب أن ترفع الدعوى أمام القاضي، تحت طائلة عدم القبول داخل أجل ثلاثين يوماً الموالي لتاريخ تبليغ قرار الإدارة أو انقضاء أجل الرد الممنوح لها.

يمكن إيقاف بيع الأشياء المطالب بها إلى حين البت النهائي في المطالبة أو طلب الفصل.

² - محمد قصري: " تنازع الاختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية "، م.م.إ.م.ت عدد مزدوج 52/51 يوليو - أكتوبر 2003 ص. 22

³ - محمد قصري: " المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء الإداري " مرجع سابق، ص. 118

بين مؤسسة رئيس المحكمة الابتدائية والإدارية؟ لقد اختلفت، في البداية، المحاكم الإدارية بخصوص التصريح ببطلان الإكراه البدني ووقف تنفيذه ومدى اختصاص القضاء الاستعجالي للبت فيه.

فقد كانت بعض المحاكم تذهب إلى اعتبار طلب بطلان مسطرة الإكراه البدني إجراء وقتيا، يدخل ضمن اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية، باعتباره قاضيا للمستعجلات،¹ بينما ذهبت محاكم أخرى إلى القول بأن الاختصاص بإيقاف مسطرة الإكراه البدني يعود إلى رؤساء المحاكم الإدارية،² كما ذهبت محاكم أخرى إلى التمييز بين طلب بطلان مسطرة الإكراه البدني، الذي يعتبر البت فيه سلبا أو إيجابا من اختصاص محكمة الموضوع، وبين طلب إيقاف مسطرة الإكراه البدني، الذي يعتبر إجراء وقتيا يدخل في نطاق اختصاص قاضي المستعجلات، وهو الاتجاه الذي كرسته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر بتاريخ 28 يناير 1999.³

ومن بين الإشكالات التي أثارها تطبيق مسطرة الإكراه البدني أمام المحاكم الإدارية، ما ذهبت إليه بعض هذه المحاكم بتمييزها، في اختصاصها النوعي للبت في طلبات إيقاف التنفيذ، بين الحالة التي يكون فيها المدين معتقلا، حيث يصرح رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات بعدم اختصاصه للبت في الطلب، استنادا إلى مقتضيات الفصل 683 من قانون

¹ - حكم صدر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 1 ماي 1998 قضى بأن المحكمة الإدارية مختصة في البت في الطلبات الوقفية الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل ومنها الإكراه البدني .

- حكم رقم 95/21 صدر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 8 يونيو 1998 منشور ب: م.م.إ.م.ت عدد 9.

² - حكم رقم 68 صدر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 15 يونيو 1998 حكم غير منشور.

³ - محمد لمزوعي: "التنفيذ الجبري عن طريق الإكراه البدني من خلال مستجدات مدونة تحصيل الديون العمومية"، م.م.إ.م.ت بتعاون مع مؤسسة هانس سايدل الألمانية بالرباط في 25 أكتوبر 2000. تحت عنوان من "أجل توازن أفضل بين مصالح الخزينة وحقوق الملتزمين" منشور ب: م.م.إ.م.ت- سلسلة مواضيع الساعة عدد 31 سنة 2001 ص. 69 / 76

- قرار آخر تحت عدد 141 صدر عن المجلس الأعلى الغرفة الإدارية بتاريخ 09 نوفمبر 2000 في الملف عدد 2000/1/4/835 جاء فيه: " المنازعات المتعلقة بالتحصيل، طبقا للمادة 8 من قانون 41-90 ينعقد الاختصاص بشأنها للمحكمة الإدارية. وبالتالي فإن الطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل على وجه الاستعجال ينظر فيها رئيس هذه المحكمة. وإن صدور قرار وكيل الملك بإيداع طالب الإيقاف في السجن لا ينزع عن رئيس المحكمة الإدارية هذا الاختصاص طالما أن النزاع لا ينصب على القرار الصادر عن النيابة العامة وإنما يرتبط بإيقاف إجراءات التحصيل." قرار منشور بدفاتر المجلس الأعلى عدد 9، 2005 ص. 218.

المسطرة الجنائية التي تسند الاختصاص إلى رئيس المحكمة الابتدائية، والحالة الثانية التي يكون فيها في غير حالة اعتقال وكانت منازعته تنصب على عدم خضوعه للضريبة موضوع المتابعة بالإكراه البدني أو خرق مسطرة التحصيل، في هذه الحالة يبقى رئيس المحكمة الإدارية هو المختص بالبت في طلب إيقاف مسطرة الإكراه البدني في ضوء السبب المذكور لغاية البت في جوهر النزاع¹

ونشير بهذا الصدد الإشكالية التي يطرحها الحكم الاستعجالي، الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 25 يونيو 1999 تحت عدد 360، الذي قضى بإيقاف تنفيذ مسطرة الإكراه البدني، رغم أن المدين كان في حالة اعتقال، حيث طرحت إشكالية تنفيذ هذا الأمر من طرف النيابة العامة، باعتبارها الجهة التي يرجع إليها قانونا أمر تطبيق مسطرة الإكراه البدني والمعنية بإيقاف تنفيذه².

وأمر استعجالي آخر صادر عن نفس المحكمة رقم 290 بتاريخ 2016/02/01 ملف رقم 2016/7101/146 القاضي بإيقاف إجراءات تحصيل الدين العمومي موضوع مسطرة الإكراه البدني في مواجهة الطالبة المقرر في الملف عدد 08/5 بالمحكمة الابتدائية بالعراش، "وحيث من الواضح أن الدين العمومي أساس إجراءات التحصيل التي أفضت إلى تحريك مسطرة الإكراه البدني في مواجهة الطالبة، قد أصبح غير مستحق في ظل إلغاء معظمه بمقتضى القرار الاستثنائي النهائي المدلى به، مما تكون معه جدية الطلب المتوفرة وكذلك حالة الاستعجال، كما أن قاضي المستعجلات الإداري قائم في النازلة لتعلقها بإيقاف تحصيل دين عمومي...."

ونرى خلافا لما يذهب إليه البعض، أن المحكمة الإدارية غير مختصة للبت في مثل هذه الحالة، لعدم توفرها على جهاز النيابة العامة، نظرا لكون دور النيابة العامة يقتصر على تنفيذ الإكراه البدني الذي يحال عليه بعد تحديده من طرف رئيس المحكمة الابتدائية باعتباره قاضيا

¹ - محمد قصري: "تنازع الاختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية"، مرجع سابق، ص 27، 28.

- حكم رقم 95/ 37 صدر بتاريخ 27 ماي 1995 عن المحكمة الإدارية بمكناس، منشور ب: م.م.إ.م.ت عدد: 31 سنة 2002 ص. 75

² - محمد لمزوغ: "التنفيذ الجبري عن طريق الإكراه البدني من خلال مستجدات مدونة تحصيل الديون العمومية"، ص. 75

- صدرت عن المحكمة الإدارية بفاس عدة أحكام تقضي بإيقاف مسطرة الإكراه البدني لغاية البت في جوهر النزاع حول خرق مسطرة استخلاص الدين العمومي، منها- الأمر الصادر في الملف رقم 01/21 والأمر عدد 2001/23 والأمر عدد 2002/41 والأمر عدد 01/91 ب: م.م.إ.م.ت عدد: 52/51- 2003 ص. 28.

للأمور الاستعجالية، وبالتالي فإن صدور الأمر بإيقاف مسطرة الإكراه البدني يعتبر بمثابة عدم الاستجابة لطلب المحاسب المكلف بالتحصيل، على اعتبار أن هذا الأخير، هو الطرف الرئيسي في دعوى الإكراه البدني، هو ما يستوجب رفع حالة الاعتقال تطبيقاً للأمر السالف الذكر، رغم ما يمكن أن يثيره هذا الموضوع من إشكالية علاقة النيابة العامة بالمحكمة الإدارية، وبالتالي فإن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بإيقاف تنفيذ مسطرة الإكراه البدني إلى حين البت في دعوى الموضوع، يعتبر حجة لفائدة المدين، وأن على النيابة العامة تنفيذه، بغض النظر عن الجهة المصدرة له¹

ونرى أنه لتجاوز هذا الإشكال يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية، في إطار مقتضيات الفصل 683 من قانون المسطرة الجنائية، لرفع حالة الاعتقال، استناداً إلى الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية، مع إبقاء الاختصاص النوعي لهذا الأخير للبت في طلبات إيقاف التنفيذ.

وفي جميع الحالات، فإن طلب بطلان مسطرة الإكراه البدني يدخل ضمن اختصاص المحكمة الإدارية، باعتبارها محكمة موضوع، وتبعاً لذلك يكون رئيسها، بصفته قاضياً للمستعجلات، مختصاً للبت في طلب الإيقاف، باعتباره إجراءً وقتياً، وذلك إلى حين البت في دعوى الموضوع، على أساس أن اختصاصه يستمد من الاختصاص النوعي للمحكمة².

ورغم ما يوفره هذا الإجراء من ضمانات لصالح المدين مقارنة مع ما كان معمولاً به في المسطرة السابقة فإن الإشكال يبقى مطروحاً حول مدى حدود اختصاصات رئيس المحكمة الابتدائية خاصة وأن المادة 80 السالفة الذكر تنص على وجوب مراعاة المادة 141 التي تعطي للمحاكم الإدارية اختصاص البث في النزاعات التي قد تنشأ عن تطبيق أحكام المدونة ذلك أنه

قراءة في بعض إشكالات نظام المساعدة القضائية في القانون المغربي "مقاربة نظرية وعملية"

مبارك الأزعر

باحث في سلك الدكتوراه

مختبر البحث في القانون والفقه والعمل القضائي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

أستاذ عرضي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأيت ملول

جامعة ابن زهر

مقدمة

لم يكن قانون المساعدة القضائية معروفا بالمغرب قبل سنة 1912، فأول تشريع نظمها هو قانون 12 غشت 1913، الذي كان يطبق أمام المحاكم العصرية فقط، مقتبسا من قانون 1851 الفرنسي، وانسجما مع قانون المغربية والتوحيد الذين أقرهما قانون 26 يناير 1965، صدر قانون جديد ينظم المساعدة القضائية على ضوء المستجدات التي أفرزها القانون السابق¹. واستنادا إلى ذلك، نظم المشرع المغربي المساعدة القضائية بمقتضى المرسوم الملكي بمثابة قانون الصادر بتاريخ فاتح نونبر 1966²، كما نظم البعض من عناصرها بمقتضى مجموعة من

¹ - يعتبر قانون المساعدة القضائية لسنة الصادر في 22 يناير 1851 أول قانون متكامل يتناول هذا الموضوع في فرنسا، وكانت المبادئ التي تضمنها هذا القانون أساسا لقوانين المساعدة اللاحقة، لذا يرفعه بعض الباحثين إلى منزلة الدستور بالنسبة لها، وهو أساس قوانين المساعدة التالية له، ولا يعني ذلك عدم تنظيم المساعدة قبل صدور قانون 1851، فهناك محاولات عديدة سبقت صدور هذا القانون، إلا أنها كانت قاصرة، لأنها تناولت المساعدة القضائية في مواضع متفرقة، وفي نصوص متناثرة في ثنايا القوانين التي تتناول أساسا موضوعات أخرى.

ينظر: - السيد عبد العال تمام، المساعدة القانونية، دار النهضة العربية، (بدون ذكر باقي البيانات)، ص 25.

لكن بالنسبة لبعض التشريعات الأخرى، فقد تأخر صدور أول قانون للمساعدة القضائية، ففي التشريع الانجليزي مثلا صدر أول قانون للمساعدة القضائية في يوليو 1949، فأمكن بذلك للطبقات الفقيرة ولوج القضاء بدون تحمل نفقاته، وذوو الموارد المحدودة صار بوسعهم رفع دعاويهم على حساب الدولة، كما يحق لهم تنصيب محامين من اختيارهم دون التحمل بتأعابهم.

يراجع: - اللورد ديننج، آفاق القانون في المستقبل، ترجمة هنري رياض وعبد العزيز صفوت، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1991، ص 113.

² - مرسوم ملكي رقم 514-65 بتاريخ 17 رجب 1386 بمثابة قانون يتعلق بالمساعدة القضائية؛ الجريدة الرسمية عدد 2820 بتاريخ 3 شعبان 1386 (16 نونبر 1966)، ص 2379؛ كما تم تغييره بمقتضى المادة 15 من

النصوص الخاصة المتفرقة كقانون المسطرة المدنية¹ والقانون المنظم لمهنة المحاماة² وظهير التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية³، بالإضافة إلى نصوص أخرى واردة في قوانين خاصة.

ويمكن تعريف نظام المساعدة القضائية بأنه مؤسسة تسعف كل متقاض أثبت عوزه من الإعفاء من أداء الرسوم والمصاريف القضائية اللازمة لممارسة الدعوى القضائية، أو ممارسة طعن أو أي إجراء قضائي آخر، مع إمكانية استفادته من خدمات محام يؤازره في دعواه بدون أي مقابل مادي، وذلك إما بقوة القانون أو بناء على طلب يقدمه إلى الجهة المختصة⁴.

ويعاني نظام المساعدة القضائية بالمغرب العديد من الإشكالات التي تعترض التطبيق السليم لهذا النظام الحيوي الذي يرتبط بمبادئ قضائية جوهرية لعل أبرزها مبدأ المساواة أمام القضاء، مبدأ حقولوجية إلى القضاء، ومبدأ المجانية⁵، لكن وبعد مرور ما يقارب 54 سنة على إقراره، نتساءل عن مدى إمكانية استمرار العمل بالمرسوم الملكي المنظم للمساعدة القضائية؟ أم أن الحاجة باتت ملحة لإعادة النظر فيه ومحاولة إصلاحه؟

=

الظهير الشريف رقم 1.92.280 الصادر في 4 رجب 1413 (29 ديسمبر 1992) المعتبر بمثابة قانون المالية لسنة 1993؛ الجريدة الرسمية عدد 4183 بتاريخ 5 رجب 1413 (30 ديسمبر 1992)، ص 1836.

¹ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، كما وقع تغييره وتتميمه الجريدة الرسمية عدد 2330 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

² - ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتنفيذ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044.

³ - ظهير شريف رقم 1.14.190 صادر في 06 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 01 ربيع الأول 1436 (22 يناير 2015)، ص 489.

⁴ - لمزيد من التوسع، راجع: مبارك الازعر، نظام المساعدة القضائية في القانون المغربي بين النص القانوني ومتطلبات الإصلاح، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر، السنة الجامعة 2016.2017، ص 25 وما يليها.

⁵ - راجع: عتيقة بلجل، علاقة مبدأ المساواة أمام القضاء بكفالة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد التاسع، ص 160 وما يليها.

ولمعالجة هذا الموضوع على نحو يشمل كافة عناصره، قررنا أن نخصص شقه الأول للإشكالات القانونية لنظام المساعدة القضائية المغربي، (المبحث الأول)، على أن نفرد الشق الثاني للإشكالات العملية لهذا النظام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإشكالات القانونية لنظام المساعدة القضائية

إن أبرز الإشكالات القانونية التي يعاني منها هذا النظام تتجلى في عدم مواكبته للتطورات المتسارعة التي أصبحت تميز المنظومة القانونية والقضائية بالمغرب (المطلب الأول)، إضافة إلى إشكال مرور عقود من الزمن على إصداره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم مواكبة المرسوم المنظم للمساعدة القضائية للمنظومة القانونية والقضائية
سنتطرق بداية لإشكالية تشتت مقتضيات القانونية المنظمة للمساعدة القضائية (الفقرة الأولى)، لتتطرق بعد ذلك لإشكالية أخرى وهي تناقض النص المنظم للمساعدة القضائية مع نصوص قانونية أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تشتت المقتضيات المنظمة للمساعدة القضائية

لعل من بين المؤاخذات التي تسجل على نظام المساعدة القضائية بالمغرب الحالي، هو اعتماد الممارسة العملية لنظام المساعدة القضائية على نصوص متعددة ومتشعبة، فبالإضافة إلى المرسوم الملكي الصادر في 1966، فإن الأمر يتجاوز ذلك إلى مجموعة من النصوص القانونية المتفرقة، ومنها:

* الفصل 273 من ق.م.م، الذي ينص على أحقية الأجبر في الاستفادة من المساعدة القضائية بقوة القانون، سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه، وذوي حقوقه، في كل دعوى بما في ذلك الاستئناف، وتستمر آثار هذه المساعدة إلى إجراءات التنفيذ.

* الفصل 56 من ق.م.م، الذي يقضي بإمكانية الحصول على المساعدة القضائية مباشرة لإجراءات التحقيق التي يمكن أن تأمر بها المحكمة تلقائياً أو بناء على طلب الأطراف¹.

* الفصل 358 من ق.م.م، في فقرته الأخيرة، التي جاء فيها: "... يوقف أجل الطعن ابتداء من إيداع طلب المساعدة القضائية بكتابة ضبط محكمة النقض ويسري هذا الأجل من جديد

¹ - جاء في الفقرة الأولى من الفصل 56 ما يلي: " يأمر القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية شفويا أو برسالة مضمونة من كتابة الضبط - الطرف الذي طلب منه إجراء من إجراءات التحقيق المشار إليها في الفصل 55 أو الأطراف الذين وقع اتفاق بينهم على طلب الإجراء أو تلقائياً - بإيداع مبلغ مسبق يحده لتسديد صوائر الإجراء المأمور به عدا إذا كان الأطراف أو أحدهم استفاد من المساعدة القضائية ...".

من يوم تبليغ مقرر مكتب المساعدة القضائية للوكيل المعين تلقائيا ومن يوم تبليغ قرار الرفض للطرف عند اتخاذة".

* المادة 40 من القانون المنظم لمهنة المحاماة، التي تنص على تعيين النقيب للمستفيد من المساعدة القضائية محاميا، ولا يجوز لهذا الأخير الامتناع عن تقديم هذا المساعدة تحت طائلة المتابعة التأديبية، وأيضا المادة 41 من نفس القانون التي تقضي بأحقية المحامي المعين في إطار المساعدة القضائية، في أن يتقاضى من موكله أتعابا عن المسطرة التي باشرها ونتجت عنها استفادة مالية أو عينية لهذا الأخير، على أنه يقاضى في الأحوال الأخرى أتعابا من الخزينة العامة.

* المادة 3 من القانون 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية، والمادة 7 و 8 من القانون 80-03 المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية.

* الفصول 25 و 26 و 325 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر سنة 1913 كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون 14-07.

* القانون رقم 81-03 المنظم لمهنة المنظم لمهنة المفوضين القضائيين، في مادته 28 التي تنص في فقرتها الرابعة والخامسة على أنه: "... يقوم المفوض القضائي بانجاز الإجراءات في القضايا المستفيدة من المساعدة القضائية على أن يستخلص مستحقاته عند تصفية الصوائر القضائية.

كل مخالفة لهذه المقتضيات تعرض مرتكبها للعقوبات المنصوص عليها في الفصل 243 من القانون الجنائي".

* القانون رقم 45-00 المنظم لمهنة الخبراء القضائيين، بمقتضى المادة 25 منه، التي تنص على ما عدم جواز امتناع الخبير المعين في إطار المساعدة القضائية، عن إنجاز الخبرة، أو في الحالة التي يعتبر فيها الأتعاب المحدد له غير كافية، ويمكن له بعد الإنجاز طلب أتعاب إضافية وفق النصوص القانونية المتعلقة بالمصاريف القضائية.

ويظهر مما سبق، أن الحاجة أصبحت ماسة إلى جمع شتات النصوص القانونية المتفرقة المؤطرة لنظام المساعدة القضائية في قانون أساسي واحد، درءا لكل اختلاف أو ريب أو تجاذب بين النصوص، وأيضا في سبيل تبسيط المساطر المتعلقة بهذا النظام، وتيسير سبل الاستفادة منه.

الفقرة الثانية: تعارض النص المنظم للمساعدة القضائية مع نصوص أخرى

إن ما يزيد التأكيد على أن المرسوم المنظم للمساعدة القضائية لا يلاءم المنظومة القانونية المغربية، هو ما تتضمنه بعض مقتضياته من تناقض وعدم انسجام مع القوانين ذات الصلة، فعلى سبيل المثال تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 16 من المرسوم الملكي المنظم للمساعدة القضائية على أنه:

"... ويجب على كاتب المكتب في جميع الحالات التي وقع فيها سحب المساعدة القضائية أن يبلغ ذلك فوراً إلى العون المختص بوزارة المالية الذي يقوم بالتحصيل والتوزيع تبعاً للقواعد المبينة في الفصل 13".

فإذا كانت الفقرة الثانية من الفصل 16 المذكور أعلاه، تلزم كاتب المكتب بتبليغ سحب المساعدة القضائية إلى العون المختص بوزارة المالية الذي يقوم بالتحصيل والتوزيع، فإن هذا المقتضى سيطرح إشكالية مدى ملائمته مع المادة 3 من القانون 51.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية¹ كما وقع تغييرها وتتميمها بمقتضى المادة 25 من قانون المالية لسنة 2005، والتي تنص على مجموعة من المحاسبين العموميين المكلفين بالتحصيل - كالخازن العام للمملكة، الخازن الرئيسي، المؤدي العام للأجور، الخزنة الجهويون، خزنة العملات، الخزنة الإقليميون -، وعليه يتضح مرة أخرى عدم ملائمة المرسوم الملكي بمثابة قانون المساعدة القضائية للقوانين ذات الصلة، لذلك نهيب المشرع التدخل لتعديله نفيًا لأي تعارض، وللحيلولة دون الوقوع في إشكاليات يكون المتقاضى المعوز في غنى عنها.

المطلب الثاني: تقادم النص القانوني المنظم للمساعدة القضائية

إذا كان النص القانوني المنظم للمساعدة القضائية يعود إلى فترة الستينيات من القرن المنصرم، فإن عملية الاستفادة منه بشكل كبير لا تتحقق للعديد من مرتفقي العدالة في العقد الثاني من القرن الواحد والعشرين، وهذه النتيجة التي ليست من صنع الخيال وإنما ترجمة حقيقية لما حملته نتائج مجموعة من الدراسات والبحوث الميدانية²، التي تم إنجازها حول هذا الموضوع، والتي عكست تحسر بعض المتقاضين لعدم استفادتهم منها لاعتبارات سنحاول ذكرها. إن المرسوم الملكي بمثابة القانون المنظم للمساعدة القضائية لم يعد يواكب تطورات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والعلاقات الأسرية الحديثة، علاوة على عدم مساهمته للتحويلات التي عرفها التنظيم القضائي، بحيث لا يشمل مبدأ المساعدة القضائية النزاعات المعروضة على المحاكم المتخصصة³، باستثناء المادة 3 من القانون المحدث للمحاكم

¹ - ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

² - من بين الدراسات والبحوث الميدانية التي توصلت إلى هذه النتائج، راجع:

- جمعية عدالة، مرجع سابق، ص 66 وما يليها.

- عبد العزيز إدزني، مرجع سابق، ص 255 وما يليها.

³ - وزارة العدل، دليل محاكم الاستئناف الإدارية والمحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 18، مارس سنة 2009، ص 92.

الإدارية¹، والتي تخول لرئيس المحكمة الإدارية منح المساعدة القضائية طبقاً للمسطرة المعمول بها في هذا المجال، وما جاء في القانون المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية²، مع تسجيل بعض اللبس والغموض حول المساعدة القضائية أمام المحاكم التجارية، لا فيما يتعلق بإمكانية الاستفادة منها، أو الجهة المختصة بمنحها.

والحق يقال، أن نظام المساعدة القضائية كما كان معروفاً في الأنظمة الغربية ولا زال قائماً في القانون المغربي، أثبت عدم فاعليته، ولذلك فإن العديد من التشريعات قامت بتعديل هذا النظام منذ مدة، فالمرشح الفرنسي على سبيل المثال، قام بالمحاولات الأولى منذ تاريخ 3 دجنبر 1972 سعى من خلالها إلى إنقاذ هذا النظام، عن طريق تعميمه لكي يمتد إلى المساعدة الجزئية إلى جانب المساعدة الكلية³.

بالرغم من ذلك، فإن هذا الإصلاح الجزئي لم يأتي بنتائج مهمة، لذلك عمد المشرع الفرنسي مرة أخرى على تعديله بشكل جذري عن طريق إحداث ما يسمى بنظام المساعدة القانونية الصادر بتاريخ 10 يوليوز 1991، والذي تم تعديله هو الآخر بتاريخ 18 دجنبر 1999 بمقتضى القانون رقم 98-1163⁴، وهو ما ليس عليه الحال بالنسبة للقانون المغربي، حيث بقي

¹ - ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4858 بتاريخ 21 دجنبر 2000.

² - راجع في ذلك: محمد النجاري، المساعدة القضائية أمام المحاكم الإدارية، مجلة المحامي، العدد 26-25، سنة 1994.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي، عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائي بين العدالة المؤسساتية والعدالة المكملّة أو البديلة، مطبعة ياديب، الرباط، الطبعة الثالثة، سنة 2017، ص 26.

⁴ - نشير إلى أنه، استمرت التعديلات المدخلة على قانون المساعدة القانونية الفرنسي إلى حدود سنة 2016، وذلك بمقتضى القانون رقم 274-2016 الصادر في 07 مارس 2016.

وعلى غرار المشرع الفرنسي، سعت مجموعة من التشريعات المقارنة إلى تطوير أنظمتها المتعلقة بالمساعدة القضائية وتطويرها لتتلاءم مع تطور منظومتها القانونية والقضائية، ومن هذه التشريعات نذكر المشرع التونسي، الذي كان ينظم الإعانة العدلية بموجب الأمر المؤرخ في 13 فبراير 1922، وتم تدعيمه بعد إحداث هيكل القضاء الإداري بالأمر عدد 882 لسنة 1972، المؤرخ في 26 سبتمبر 1974، المتعلق بالإعانة العدلية لدى المحاكم الإدارية، وبعد ذلك وقع إلغاء أمر سنة 1922 وإصدار القانون عدد 52 لسنة 2002 المؤرخ في 3 جوان 2002 والمتعلق بالإعانة العدلية.

- يراجع أحمد الورفلي، التقرير التمهيدي للدورة الدراسية المنظمة من طرف المعهد الأعلى للقضاء بتونس، في موضوع "الإعانة العدلية"، يوم: 17 أكتوبر 2017، ص 4.

المرسوم الملكي المنظم للمساعدة القضائية على ما هو عليه إلى حدود اليوم، اللهم التعديل الوحيد الذي لحق الفصل 13 منه بمقتضى قانون المالية لسنة 1992.

المبحث الثاني: الإشكالات العملية لنظام المساعدة القضائية

سنخصص هذا المبحث لدراسة العديد من الإشكالات العملية التي يتخبط فيها نظام المساعدة القضائية في القانون المغربي، ولعل أبرز وأخطر هذه الإشكالات هو جهل المتقاضين أصلا بمضمون هذا النظام الذي توصلت إليه العديد من الدراسات الميدانية المنجزة في هذا الصدد، (المطلب الأول).

فضلا عن إشكالات ومعوقات أخرى جعلت الحاجة ملحة أكثر من أي وقت مضى إلى إصلاح هذا النظام بشكل يستجيب للتطورات التي يشهدها المغرب على الصعيدين القانوني والقضائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكالية جهل المتقاضين بمضمون نظام المساعدة القضائية

إن التطبيق السليم لنظام المساعدة القضائية يصطدم بإشكالية أخرى أكثر تعقيدا، ألا وهي جهل المتقاضين بمضمونها، حيث يفترض قياس تفعيل المساعدة القضائية في الحياة القضائية للمتقاضى المعوز، مسألة هذا الأخير حولها وحول شروطها، ولكن قبل هذا وذاك عن مدى معرفته بهذا النظام الذي يعتبر جوهر ضمان ولوج جميع الفئات الاجتماعية إلى العدالة والاستفادة من خدماتها التي تعتبر حقا مشروعاً يضمن الحقوق ويثبت الأمن بين المواطنين¹.

=

ونفس الأمر بالنسبة للتشريع الجزائري، حيث تم إخضاع قانون المساعدة القضائية لعدة تعديلات استمرت إلى حدود سنة 2009، فبعد إقرار الدستور الجزائري للمساعدة القضائية، جسدها المشرع الجزائري وأصبح العمل بها حقيقة منذ صدور الأمر رقم 158.66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتعلق بالمساعدة القضائية، وتم تعديله بعد ذلك بالأمر رقم 298.66 المؤرخ في 26 سبتمبر 1966، هذا الأخير التي تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 57-71 المؤرخ في 3 غشت 1971 الساري المفعول، ليتم بعد ذلك تعديله بالقانون رقم 06.01 المؤرخ في 22 يوليوز 2006، وكذا بالقانون 2009-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009.

- يراجع: يوسف دلاندة، قانون المساعدة القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (الطبعة غير مذكورة)، سنة 2009، ص 2.

بيد أن المشرع المغربي - وللأسف الشديد - لم يساير هذا الركب، حيث بقي المرسوم الملكي لسنة 1966، بما يحمله من ثغرات وإشكالات، دون تعديل أو مراجعة إلى حدود اليوم، اللهم التعديل التتيم بمقتضى قانون المالية لسنة 1992 والذي لم يكن جوهريا حيث شمل فقط الفصل 13 منه.

¹ - جمعية عدالة، الحق في الولوج إلى العدالة ومعايير المحاكمة العادلة، منشور بشراكة مع مؤسسة فريدرش ايبرت وبدعم من وزارة الخارجية الألمانية، (باقي البيانات غير مذكورة)، ص 66.

وعن جهل المتقاضين بمضمون هذا النظام، يرى بعض الباحثين أن " حالة الفقر التي تعيشها فئات واسعة من المجتمع المغربي تحول بينها وبين اللجوء إلى القضاء، وحالة الأمية التي تعانيها شرائح عريضة من المجتمع تحول بينها وبين الاستفادة من المساعدة القضائية، فهي لم تسمع بهذه الأخيرة لا في التلفزة ولا على أمواج الإذاعة، وحتى داخل المحاكم لا توجد ملصقات ولا إعلانات تعرف المواطن بحقيقة وجود نظام يكفل حق اللجوء إلى القضاء بالمجان"¹.

وقد أسفرت البحوث والدراسات الميدانية التي أجريت بخصوص إمكانية الاستفادة المتقاضين الذين شكلوا عينة هذه الدراسات من المساعدة القضائية، عن نتائج مخجلة لمدى سريان هذا الإجراء المهم بين مرتفقي العدالة، حيث أنه ومن خلال القراءة السريعة لهذه الدراسات، يتضح أن الأسباب الحقيقية الكامنة وراء عدم الاستفادة من هذا النظام تتجلى بالأساس في عدم معرفة المتقاضين أصلا بوجود نظام المساعدة القضائية².

¹ - رشيد صدوق، إستراتيجية تنمية العدالة بالمغرب، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، (بدون ذكر الطبعة)، سنة 2013، ص 102.

² - وفي هذا السياق، تدرج النتائج المحصل عليها من الدراسات الميدانية حول مدى استفادة المتقاضين من المساعدة القضائية وحول علمهم بوجودها، تبرز نسبة 93% من مجموع المتقاضين المستجوبين لم يستفيدوا من المساعدة القضائية كما يمنحها لهم القانون لمن يستحقها، في مقابل 07% فقط ممن أجابوا بأنهم قد استفادوا من هذه المساعدة.

فالأسباب الحقيقية الكامنة وراء عدم الاستفادة من نظام المساعدة القضائية تتوزع حسب هذه الدراسات على الشكل التالي، والتي يتصدرها عدم معرفة المتقاضين أصلا بوجود نظام المساعدة القضائية بنسبة 66% ممن أجابوا بأنهم لم يستفيدوا من هذه المساعدة، متبوعة بنسبة 21% ممن اعتبروا أن القضايا التي تقدموا بموجبها إلى العدالة لا تحتاج إلى مساعدة قضائية بالرغم من أن هذه الأخيرة لم يحدد نوع القضايا التي سيستفيد أصحابها من هذا الامتياز القانوني، بقدر ما هو نظام موجه لمساعدة الأشخاص المعوزين غير القادرين على تحمل صوائر الدعوى بشكل عام.

وفيما يتعلق بنفس الدراسة الميدانية، وأثناء وضع اختبار " القضية لا تحتاج إلى المساعدة القضائية "، إلى جانب خيارات أخرى كان الغرض منها جس النبض لدى المتقاضين، هل يعلم بالجوهر المقصود من المساعدة القضائية أم أنه يجب عن شيء لا يعلم مغزاه كما اتضح مع مستجوبين في هذه الدراسة، فكانت النسب جد مخجلة، حيث تتضاف نسبة 21% التي تمثل نسبة المستجوبين عن اقتراح "مضل" ينم عن الجهل وعدم المعرفة الحقبة بمضمون القانون، إلى نسبة 66% من الذين اعترفوا صراحة أنه ليست لهم أية دراية أو معرفة بنظام المساعدة القضائية، لترتفع بذلك نسبة الجاهلين لهذا النظام بمقتضى التحليل المراقب لأجوبة المتقاضين أفراد العينة إلى نسبة 87% من مجموع من عبروا عن عدم استفادتهم من المساعدة القضائية بشكل عام، وإل جانب هذه النسبة الكبيرة التي تمثل السبب الرئيسي لعدم

إن النسبة المستفيدة من المساعدة القضائية وإن كانت ضئيلة مقارنة مع عدد المتقاضين المعوزين، إلا أنها تعبر عن واقع الممارسة الذي تنفتح عليه منظومة العدالة، وإن كانت هذه الوضعية تدعو إلى التفكير بجديّة في وضع برامج تشرك فيها المواطنين بصفة خاصة، حيث بالاستناد إلى المرسوم الملكي المنظم للمساعدة القضائية، والأبحاث التي أجريت بهذا الخصوص، يتضح بشكل لا ريب فيه اللبس القانوني الكبير الذي يتخبط فيه المتقاضى، إن لم نقل الجهل بالقانون الذي يكفل هذا الحق من الأساس.

حيث تم اختبار متغير مهم في إطار الدراسات الميدانية، والذي لطالما اعتبر مهما في فهم وتفسير العديد من الظواهر، ويتعلق الأمر بمتغير المستوى الدراسي للمتقاضين، لمعرفة العلاقة بين المستوى الدراسي ومدى المعرفة بالمساعدة القضائية والاستفادة منها، وخلصت إلى تقارب كبير بين نسب الجهل بهذا النظام حسب جميع وضعيات التمدرس وعدمها¹.

واستنادا إلى ما سبق يتضح، أن من بين أهم إشكاليات نظام المساعدة القضائية من الناحية العملية، هو غياب الوعي من قبل المتقاضين بصفة عامة والمتقاضين المعوزين بصفة خاصة، حيث أن هناك حالات كثيرة من المتقاضين بحاجة ماسة إلى المساعدة القضائية، ولم

=

الاستفادة من هذا النظام ينضاف سبب آخر يوسع نسبة عدم المعرفة ويتعلق الأمر بنسبة 02% التي عبر من خلالها المستجوبون عن عدم وجود إمكانية المساعدة القضائية.

- جمعية عدالة، مرجع سابق، ص 67-68-69.

¹ - معلوم أن التعليم والمستوى الدراسي يعد مؤشرا أساسيا في ترتيب الدول من حيث درجة التنمية التي تتحقق فيها، ولذلك كان من الضروري قياس متغير التعليم بالنسبة للمساعدة القضائية والوعي بها، فمن خلال الدراسة الميدانية التي أجريت بهذا الخصوص، أصبحت جميع أسلاك التعليم التي من المفترض أن يمر بها المتقاضون أثناء تدمرسهم متساوية في غياب تأثيرها على المعرفة بنظام المساعدة القضائية مع عدم التمدرس بشكل نهائي.

حيث تبرز النتائج المتوصل إليها كما سبق وأشرنا في المآل أعلاه، تقاربا شديدا بين نسب الجهل بالمساعدة القضائية وحسب جميع أسلاك التعليم وانعدامها، فكانت النسب تباعا على النحو الآتي: 12% لغير المتدربين، 10% لمن درسوا في السلك الابتدائي، 14% بالنسبة للمستجوبين الذي درسوا بالسلك الإعدادي، 11% بالنسبة للمتدربين في السلك الثانوي، وأخيرا نسبة 07% بالنسبة لمن درسوا بالجامعة، متقدمين بذلك عن من درسوا فقط بالمسيد والذين مثلوا نسبة 06% من المستجوبين الذين يجهلون بالمساعدة القضائية والحق في الاستفادة منها.

- جمعية عدالة، مرجع سابق، ص 72.

يطلبوها، ومن بين الأسباب التي حالت دون ذلك هو عدم الوعي بهذا النظام، فالممارسة العملية أثبتت أن بعض الهيئات القضائية لا تسدي النصح للمتقاضين لتوعيتهم بهذا النظام¹. فبين الجهل بالقانون المنظم للمساعدة القضائية عند البعض من مرتفقي العدالة، وتشتت نصوصه وغموضها أحيانا أخرى، يبقى نظام المساعدة القضائية أمام محك أداء الرسالة التي أقر من أجلها، حيث يواجه هذا النظام العديد من الصعوبات والعراقيل كما مر معنا، منها ما هو مرتبط بجهل المتقاضين بمضمونه، ومنها ما يتعلق بغموض النص القانوني في تحديد بعض الإجراءات التي تجعل التوافق على جوهره في خدمة العدالة ومساعدتي القضاء والمتقاضين على حد سواء، وبالتالي فإن تحقيق إصلاح منظومة العدالة، وتفعيل مبدأ المساواة أمام القضاء والقانون، يصعب الحديث عنه بل ولن يتأتى في نظرنا إلا بإعادة النظر في نظام المساعدة القضائية.

المطلب الثاني: قراءة في ضوء مشروع القانون رقم 58.10 المنظم للمساعدة القانونية والقضائية
بعدها تعالت أصوات الباحثين والممارسين مطالبة بسن نظام جديد للمساعدة القضائية، وجعله مواكبا للتطور الذي عرفه النظام القانوني والقضائي المغربي، تراءت بالفعل ملامح التغيير، في سبيل تجاوز الصعوبات التي أفرزها التعامل بنظام المساعدة القضائية الحالي، حيث تم سن مشروع القانون رقم 58.10 المتعلق بالمساعدة القانونية والقضائية من طرف وزارة العدل².

¹ - أثبتت بعض البحوث الميدانية الأخرى، التي أجريت بهذا الخصوص، أن المتقاضين المستفيدين من المساعدة القضائية، كان مصدر علمهم هو المحامي، وتكثر هذه الحالات في القضايا التي تكون فيها المصاريف القضائية باهظة كحوادث السير، مما يؤدي للمحامين إلى تقديم النصح لزبائنهم في حالة ضعفهم المادي إلى تقديم طلبات المساعدة القضائية في شقها المتعلق بالإعفاء من الرسوم القضائية، وقد أرجع المستطلع رأيهم من المحامين والقضاة مشاكل تطبيق نصوص المساعدة القضائية كما رأينا سابقا إلى عدم وعي المتقاضين بهذا النظام وحدوده.

- يراجع: عبد العزيز إدزني، نظام المساعدة القضائية في المادة المدنية: دراسة نظرية وعملية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق مراكش، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية 2014-2015، ص 314.

² - عرفت الساحة القانونية في الآونة الأخيرة، وجود مقاربتين لمعالجة الإشكاليات التي يعاني منها النظام الحالي للمساعدة القضائية، فبالإضافة إلى المقاربة الأولى التي جسدها مشروع قانون المساعدة القانونية والقضائية المشار إليه في المتن أعلاه والمعد من طرف وزارة العدل، ظهرت مقاربة ثانية جسدها مسودة مقترح قانون المساعدة القانونية والقضائية الذي أعدته فيدرالية جمعيات واتحادات المحامين الشباب بالمغرب، حيث تم الاشتغال على مسودة مقترح القانون الأخيرة، لمدة سنتين وفقا لمنهجية مختلفة تماما

=

عما هو متبع، كما تم الحرص على احترام مبدأ قدسية القانون بتيسير الولوج إلى مؤسسة القضاء، والتعاون مع مختلف المتدخلين في الموضوع على أساس سياسية واضحة متفق عليها، علاوة على مراعاة التطورات التي طبعت المنظومة القانونية والقضائية المغربية، دون تناسي التطورات التي وصلت إليها التشريعات المقارنة في هذا الباب، والالتزامات التي تطوق المملكة المغربية على الصعيد الدولي.

يراجع في هذا الصدد: منير بلغيتي، المساعدة القانونية والقضائية المعالجة والاختيارات، الندوة الوطنية لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، مكناس في 14-15 مايو 2010، مطبعة دار القلم، الرباط، (باقي البيانات غير مذكورة)، ص 17.

وبالتالي يكون المحامون بصفة الفاعل الأساسي في نظام المساعدة القضائية قد دخلوا بدورهم على الخط، بتقديم الخطوط العريضة لمسودة مقترح القانون المذكور، مختلف تماما للتصور الذي وضعت وزارة العدل لدى الأمانة العامة للحكومة، حيث يتميز مقترح القانون المذكور الذي كان يروج له المحامون عن طريق بعض الفرق النيابية داخل البرلمان بكونه يجعل من نظام المساعدة القضائية "مؤسسة عمومية" قائمة الذات، بدل المكاتب التي تتواجد حاليا على مستوى كل محاكم المملكة سواء في المحاكم الابتدائية أو في محاكم الاستئناف ومحكمة النقض.

حيث ينصب المقترح المذكور الوزير الأول كرئيس للمجلس الإداري " للمجلس الوطني للمساعدة القضائية " وهو مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية وتمول وفقا للمقتضيات المتعلقة بتمويل المؤسسات العمومية، ويتكون أعضاؤها من نقباء هيئات المحامين الممارسين إضافة إلى خمسة أعضاء يعينهم الوزير الأول باقتراح من وزير العدل بالنظر إلى كفاءتهم لمدة ثلاثة سنوات غير قابلة للتجديد، وتحاكي تجربة المساعدة القضائية في شكلها الذي يتضمنه مقترح القانون المذكور تجربة "مؤسسة الوسيط" من خلال تركيزها على إحداث مراكز الاستقبال، والإعلام القانوني في الدائرة الترابية لكل محكمة، وتهتم هذه المراكز باستقبال الأشخاص، وتوجيههم، والاستماع إلى تظلماتهم، وتقديم الخدمات المستعجلة إليهم، وهي مصالح دائمة الاشتغال، يسهر عليها المحامون المسجلون في السجل المحلي للمساعدة القضائية.

ويذكر أن مقترح القانون المذكور قد انكبت على إعدادة فدرالية جمعيات واتحادات المحامين الشباب بدعم مالي من سفارة هولندا والجمعية الأمريكية للمحامين والقضاة، وقد تم إعدادة لتجاوز التنافر بين الواقع العملي للمساعدة القضائية وفلسفتها، وغياب التوجيه والاستشارة، وتششت النصوص، والبطء في الاستفادة من نظام المساعدة القضائية.

- للمزيد من التفصيل حول مقتضيات مسودة مقترح القانون الذي تقدم به المحامون، يراجع:
- عبد الرحيم الأمين، عدالة القرب بالمغرب: محاولة في وضع المقومات وتقييم الحصيلة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2013، ص 113.

- منير بلغيتي، مرجع سابق، ص 18 وما يليها.

وما تجدر الإشارة إليه بداية، هو أن هذا المشروع أحيط بسرية تامة أثناء صياغته، إضافة إلى إبعاده على النقاش العمومي، رغم أنه قانون يهم شريحة هامة من المجتمع، ويرتبط بحق التقاضي بالنسبة للفئات الفقيرة، إضافة إلى ذلك فإن هذا المشروع لم يرى النور منذ سنة 2010 إلى حدود اليوم، وتم إقباره، وحذفه من جميع المواقع الرسمية (الموقع الرسمي لوزارة العدل والموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة)، مما يطرح معه التساؤل عن مصير هذا المشروع وعن الأشواط التي قطعها.

وقد تضمن هذا المشروع، حسب واضعيه مقتضيات ستكفل حق الشخص في الولوج إلى العدالة وتقريب القضاء من المتقاضين من الناحيتين المعنوية والإجرائية، والموازنة بين الاعتبارات المالية، والاجتماعية والإنسانية قبل منح المساعدة المطلوبة، الأمر الذي من شأنه تكريس مبدأ المساواة أمام القضاء واحترام حقوق الدفاع وقواعد المحاكمة العادلة، حيث يهدف هذا المشروع كإطار قانوني عام لتنظيم المساعدة القانونية والقضائية لتحقيق عدة غايات¹، وتجاوز الإشكالات التي يتخبط فيها القانون الحالي².

فأول ما يلاحظ على هذا المشروع، هو تضمنه لمقتضيات جديدة تتعلق بالمساعدة القانونية، وذلك من خلال تمكين المتقاضين عبر مكاتب يتم إحداثها بمحاكم المملكة من الإرشاد والتوجيه والتوعية بالإجراءات الإدارية والقضائية، على أن يتم تحديد تشكيلة هذه المكاتب وطريقة عملها بمقتضى نص تنظيمي³.

¹ - المذكرة التقديمية لمشروع القانون رقم 58.10 المتعلق بالمساعدة القانونية والقضائية.

² - من بين المؤاخذات التي تعاب على المرسوم الملكي المنظم للمساعدة القضائية حالياً، حسب المذكرة التقديمية لمشروع القانون رقم 85.10، نذكر:

- * غياب مطلق للمساعدة القانونية ؛
- * تعقد الإجراءات، وانعدام معايير موضوعية تتعلق بمنح المساعدة ؛
- * الغموض والتشتت الذي يطبع التنظيم القانوني الحالي للمساعدة القضائية ؛
- * عدم التوسع في حالات منح المساعدة بسبب المغالة في التشدد ؛
- * عدم فعالية الآليات المتعلقة بالبحث والتحقيق والبت في الوضعية المادية لطالب المساعدة ؛
- * البطء في منح المساعدة القضائية، وعدم مراعاة عنصر الاستعجال الذي يطبع بعض الحالات ؛
- * عدم امتداد المساعدة القضائية لمراحل الطعن ؛
- * طغيان جانب المجانية في عمل الدفاع ... إلخ،

تراجع: المذكرة التقديمية لمشروع القانون 58.10 المتعلق بالمساعدة القانونية والقضائية .

³ - تراجع: المواد 3.2.1 من مشروع القانون 58.10 المتعلق بالمساعدة القانونية والقضائية.

كما حاول مشروع القانون جمع شتات النصوص القانونية المتفرقة في قانون أساسي واحد، باعتبار النظام الحالي كما سبق وأشرنا تتجاذبه نصوص متفرقة بين أكثر من قانون، بالإضافة إلى توسيع مجال الأشخاص المستفيدين من المساعدة القضائية¹، وتمديد نطاق هذه المساعدة لحالات ووضعية اجتماعية صعبة أحوج ما تكون إليها²، كذوي الاحتياجات الخاصة، والمهاجرين وطالبي اللجوء، وضحايا الإرهاب، وضحايا العنف ضد النساء³. ووضع المشروع أيضا مقتضيات خاصة بتحديد أتعاب المحامين في إطار المساعدة القضائية، إلا أنه اكتفى بالنقل الحرفي لمحتوى المادة 41 من القانون المنظم لمهنة المحاماة، ولم يأتي بأي جديد يذكر، اللهم محاولته جمع شتات النصوص المتفرقة⁴، وفي نفس الصدد رتب المشروع المسؤولية المدنية عن إخلال أو تقصير المحامي في مباشرة المساعدة القضائية⁵، ومن شأن

¹ - تراجع: المادة 5 من المشروع.

² - يلاحظ أن هذا المشروع جاء مسترشدا ومتضمنا للكثير من مقتضيات القانون العربي الاسترشادي للمساعدة القضائية ومذكرته الإيضاحية، والذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الرابعة والعشرين بالقرار رقم 746 بتاريخ 27 نونبر 2008، ومن ذلك على الخصوص ما يتعلق بتوسيع مجالات المساعدة القضائية حسب المواد الأولى والثانية والثالثة والرابعة منه.

حيث تنص المادة الأولى على أنه: "يقصد بالمساعدة القضائية: الإعفاء من الرسوم والمصروفات القضائية أو دفعها كلها أو بعضها عمن يشبت عجزه عن دفعها، كما تشمل انتداب محام". أما المادة الثانية من القانون العربي الاسترشادي فتتنص على أنه: "تقدم المساعدة القضائية في الحالات الآتية: تحقيقات النيابة العامة، والدعاوى القضائية كلها وما يتصل بها أو يتفرع عنها من إجراءات ولائية أو تحفظية أو تنفيذية، والاستشارة القانونية وصياغة العقود".

وتنص المادة الثالثة على أنه: "تشمل المساعدة القضائية: رسوم الدعاوى والطلبات كلها أو بعضها، ورسوم الأوراق القضائية كالشهادات والملخصات وغيرها، ورسوم التنفيذ، وأجر نشر الإعلانات القضائية، والمصروفات الأخرى التي يتحملها طالب المساعدة، وانتداب محام، وأتعاب الخبير المنتدب". والمادة الرابعة تنص على أنه: "يستفيد من المساعدة القضائية كل من: الأشخاص الطبيعيين الذين يشبت عجزهم ماليا، والأشخاص المخاطبين بقوانين خاصة تعفيهم من الرسوم والمصروفات القضائية، والأشخاص الاعتبارية الخيرية وذات النفع العام التي يشبت عجزها ماليا".

³ - تراجع: المادة 8 من المشروع.

⁴ - تراجع: المادة 44 من المشروع.

⁵ - تراجع: المادة 45 من المشروع.

تطبيق هذا المقتضى حسب العديد من الباحثين¹ ردع العديد من المحامين والمساهمة في تخليهم عن سلوكياتهم اللامبالية والتي يطبعها التهاون كلما تعلق الأمر بملف المساعدة القضائية². وحاصل القول، أن هذا المشروع حاول تجاوز بعض نقائص النظام الحالي، حيث صرحت مذكرته التقديمية بأنه يهدف إلى تحقيق عدة غايات، من خلال الاستجابة لكثير من مطالب الحقوقيين والفئات المتدخلة في جهاز العدالة، ويتأكد ذلك من خلاله حرصه على ما يلي³:

* تحديث النص المنظم للمساعدة القضائية الجاري تطبيقه منذ سنة 1966، ومواكبته للأنظمة القانونية والقضائية الراهنة، وللتوجهات والمفاهيم المستجدة لدولة الحق والقانون؛

* الحرص على تبسيط قواعد ومساطر التقاضي، وعلى توفير المعلومة القانونية والقضائية، وتيسير ولوج العدالة؛

¹ - أنظر:

- لمياء بوزيان، الولوج إلى العدالة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 132.

- عبد الرحيم الأمين، مرجع سابق، ص 117.

² - تضمن المشروع المذكور العديد من المستجدات الأخرى، من قبيل مراجعة تشكيلة مكاتب المساعدة القضائية، بتحويل رئاستها لرئيس المحكمة أو من ينوب عنه، وإضافة ممثل عن هيئة المفوضين القضائيين مع الحفاظ على التشكيلة السابقة، وتوفير ضمانات بخصوص تعليل مقرر المساعدة، ووضع آجال لصدوره، وضبط طرق الطعن.

كما تضمن المشروع التنصيص على حق جميع مساعدي القضاء في استخلاص أتعابهم المقدمة في إطار المساعدة القضائية من الجهة المكلفة بصرف هذه الأتعاب، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 73 التي تنص على أنه: "يتقاضى جميع مساعدي القضاء في نطاق المساعدة القضائية أتعابا من الجهة المكلفة بصرف هذه الأتعاب يتم تحديد مبلغها وطريقة صرفها بمقتضى نص تنظيمي".

ولمزيد من التوسع بخصوص المستجدات التي جاء بها هذا المشروع، يراجع:

- لمياء بوزيان، مرجع سابق، ص 129 وما يليها.

- عبد الرحيم الأمين، مرجع سابق، ص 112 وما يليها.

- منابر بلغيتي، مرجع سابق، ص 15 وما يليها.

³ - المذكرة التقديمية للمشروع.

*تقوية آليات المساعدة القانونية والقضائية، وتوسيع مفهومها ونطاقها ليشمل مراحل سابقة لبسط النزاع أمام القضاء من خلال المشورة والتوجيه، والحث على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات؛

*جمع شتات النصوص القانونية المتفرقة في مدونة واحدة، باعتبار أن النظام الحالي للمساعدة القضائية تتجاوزه نصوص قانونية متفرقة.

كما أن هذا المشروع، وبما له من حمولة قانونية أقل ما يمكن القول عنها أنها خطوة إلى الأمام تروم فاعلية مؤسسة المساعدة القضائية، فإنه بدوره حفته مجموعة من الاختلالات. ويتأكد ذلك من خلال السرية التامة التي أحيط بها في مختلف أطوار إعداداته والتي تشكل سمة سلبية، وتكرس الاستفراد بالقرار، فإنه لم يسمح بالإطلاع عليه إلا في الآونة الأخيرة، مما ينم عن إبعاد موضوع مهم ذو حمولة اجتماعية وحقوقية عن النقاش العمومي البناء، كما لم يتوفق المشروع ذاته في إيجاد جميع الأجوبة الكفيلة بتجاوز كافة المعوقات التي تطبع النظام الحالي¹.

إذ حافظ المشروع المذكور على نفس الهيكلة التي يقدمها المرسوم الملكي بمثابة قانون المساعدة القضائية الحالي، ولم يتجرأ على تقديم مقترحات جذرية، كما حافظ على نفس طرق منح المساعدة القضائية، وأثقل ذلك بأجال طويلة ومساطر تتناقض والرغبة في تبسيط المسطرة والإجراءات²، فعلى سبيل المثال فإن بعض مقتضياته - منها المادة 23 - لا تسعف على هذا الفهم، نظرا لاشتراطها على طالب المساعدة القضائية أن يثبت أن دخله الشهري لا يتجاوز الحد الأدنى القانوني للأجور، أو يدلي بشهادة تثبت وضعيته المادية مسلمة من السلطات المحلية المختصة، أو من السلطات الدبلوماسية أو القنصلية المختصة وشهادة بعدم الضرائب.

خاتمة:

بعدما حاولنا البحث من خلال هذه الدراسة المقتضية عن أبرز الإرهاصات التي يعاني منها نظام المساعدة القضائية في القانون المغربي، الأمر الذي مكننا من الإطلاع على أهم التشريعات المرتبطة خصوصا بنظام المساعدة القضائية بالمغرب، وتقييمها في ضوء التطورات التي عرفها المجتمع المغربي على كافة المستويات، وما لحق منظومة العدالة من تحولات، وما وصلت إليه التشريعات المقارنة التي كانت محط دراستنا من تطورات، نخلص إلى أن نظام

¹ - منير بلغيتي، مرجع سابق، ص 15.

² - للتوسع راجع منير بلغيتي، مرجع سابق، ص 16.

المساعدة القضائية بشكل عام يعاني من اختلالات عميقة، أدت إلى بون وهوة شاسعين بين المتقاضين ومؤسسات العدالة بشكل عام، مما أثر سلبا في ثقتهم في جهاز العدالة، وتتنجلى هذه الاختلالات في مجموعة من المظاهر، منها ما يتعلق بالجانب التنظيمي، والجانب الإجرائي، وأخرى تتعلق بالأرضية القانونية.

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير هو أن نظام المساعدة القضائية لم يعد في عصر الحقوق والحريات مسألة القيام بعمل إحصائي، أو حضور الدفاع، بل إنه أضحي مسألة من صميم عمل الدولة، وجزءا من سياستها الاجتماعية، وآلية من آليات تحقيق السلم الاجتماعي، وتكريسا لقاعدة المساواة بين المواطنين أمام القضاء والقانون، والحرص على تكافؤ الفرص في الدفاع عن الحقوق وقدسيتها القانون، لذلك فإن نظام المساعدة القضائية يتجاوز طابعه التقني ليفصح عن طابعه الحقوقي الاجتماعي.

إسهامات القاضي الإداري في حماية الحق في معاش التقاعد

عائشة فضيلي:

باحثة بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية بسلا

نظام التقاعد هو نظام الإحالة على المعاش الذي تفرضه الدولة على موظفيها ومستخدميه لتؤمن لهم، بمقتضاه المعاش عند الحذف أو الإعتزال من الخدمة بعد مدة معينة، يدفعون خلالها أقساطا من الاشتراكات لصناديق التقاعد المؤسسة لهذا الغرض، والغاية من هذا النظام، تمكين هؤلاء الموظفين وعائلاتهم من الحصول على الرزق عندما يتركون وظائفهم لأسباب معينة في القانون.

فالموظف يتمتع بحق التقاعد بعد أدائه للوظيفة، ويعتبر من الآثار الناتجة عن تولي الشخص وظيفة عمومية، ويحال الموظف على التقاعد إما بعد قضائه سن معينة في الوظيفة، أو عند نص القانون على ذلك، كما يمكن أن يحال الموظف على التقاعد بموجب قرار تأيبي.

ويعتبر حماية حق التقاعد من الأمور الأكثر تشبثا بها من طرف الموظف لما لهذا الحق من آثار مادية على الموظف وعائلته، لذلك فالمحاكم الإدارية بالمغرب تحرص على حماية حق التقاعد للموظف، وتؤكد على اختصاصها بالنظر في المنازعات المتعلقة به.

فالقاضي الإداري يتمتع في إقرار بسلطة واسعة في إطار تفسير المقتضيات القانونية خاصة في إطار منازعات التقاعد من خلال تكريسه في إقرار إمكانية الجمع بين الحق في المعاش والحقوق الأخرى (الفقرة الأولى)، حيث يسعى من خلال تفسيره الواسع إلى تكريس البعد الاجتماعي وسد الثغرات القانونية، والرقابة على أعمال الإدارة حماية للمشروعية، ويشكل ضمانا للحقوق مع التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فيما يتعلق بالإحالة على التقاعد نظرا للآثار المترتبة عنها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى جواز الجمع بين راتب التقاعد وموارد مالية عامة إضافية.

إن بلوغ الموظف مرحلة التقاعد تعني، بصورة أو بأخرى، نقص في الموارد المالية، نظرا لهزالة راتب المعاش الذي يتم احتسابه إنطلاقا من الراتب الأساسي الذي، في بعض الأحيان، يعادل نسبة 30% من الراتب، يضطر معه المعني بالأمر إلى البحث عن موارد مالية أخرى، مما يتيح إمكانية جمع المتقاعد بين المعاش وبين الحقوق الأخرى.

فالموظف المحال على التقاعد، يتمتع بحق الاستفادة من راتب المعاش بعد إنقطاع العلاقة التي تربطه مع الإدارة التي ينتمي إليها، لكن، في بعض الأحيان، قد يستمر بعض الموظفين في القيام بمهام الإدارة التي ينتمون إليها، أو غيرها، سواء في نفس الإطار أو غيره، أو عن طريق

التعاقد، مما يجعل المعني بالأمر يحصل على راتبين: راتب التقاعد، وراتب العمل الذي يباشره، الأمر الذي يطرح تساؤل حول ما مدى قابلية الجمع بينهما؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، وجب التمييز بين مرحلتين فاصلتين، سواء من الناحية القانونية أو من ناحية الاجتهاد القضائي، مرحلة جواز الجمع بين راتب المعاش وموارد مالية عامة إضافية (أولا)، ثم بعد ذلك مرحلة منع الجمع بينهما (ثانيا).

أولا: إقرار القاضي الإداري جواز الجمع بين راتب التقاعد وموارد مالية أخرى.
أولا، وقبل التطرق إلى مدى إمكانية الجمع بين المعاش ومورد مالي آخر كأجر يستحقه عن العمل الذي يؤديه، بغض النظر عن تقاضيه للمعاش أولا، فإنه، في البداية، يتوجب التعريف بهذا الأجر، على اعتبار أن تعريف المعاش تم التعرف عليه سابقا، فالأجر وحسب قانون المتعلق بالوظيفة العمومية: "يشمل على المرتب، والتعويضات الأخرى، والمنح بواسطة نصوص تشريعية وتنظيمية".¹

والأجر هو كراء الأجير، ويقال إستأجر الرجل، أي إتخذة أجيرا. وقد إستعمل المشرع في النص الفرنسي كلمة *salaire*، وهي مقابل الراتب، أو المرتب، أو الأجر.²

ويعتبر الأجر بالنسبة للموظف مقابلا ماليا يتقاضاه عن عمله، ويستحقه من تاريخ تسلمه العمل.³ وللأجر أهمية كبيرة، لأن الأغلبية الساحقة من الموظفين تعتمد عليه، بالضرورة، لتوفير قوته قبل إحالته على المعاش⁴، وبعد إحالته على هذا الأخير، فإنه قد يجده غير كاف، وبالتالي يضطر إلى الارتباط مع الإدارة بعقدة عمل، رغم إحالته على المعاش، وحذفه من أسلاك الوظيفة العمومية، حيث إن المعاش في هذه الحالة، حسب القانون، لا يشكل إمتدادا للراتب الذي يتقاضاه الموظف، أو المستخدم (أي العون)، مدة قيامه بعمله في منصبه، بل يكون مقابلا عما

¹ - الفصل 26 من ظهير شريف رقم 1-58-008 الصادر في 24 فبراير 1958، بمثابة القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية 2372، بتايخ 1958.

² - الحسين شمس الدين، "المعاش يعتبر أجرا بمفهوم ظهير 2 أكتوبر 1984"، مجلة المقال، العدد المزدوج 4/3، سنة 2011، ص 10.

³ - الفصل 26 من ظهير 1958/02/24 السالف الذكر.

⁴ - حداد عبد الله: "القضاء الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية"، مطابع منشورات عكاظ، الرباط، 1994، ص 139.

تم إقتطاعه من راتبه طيلة الفترة المذكورة. لذلك لا يمكن حرمان الموظف المتقاعد من هذا المعاش إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة، وذلك بإقتطاع معاشه من المعاش المدني¹.

في إطار الارتباط بعقدة الحق العام، على إعتبار أن ذلك سيعكس مشاكل عدة، كتدني المستوى المادي والأخلاقي، فيعم التكاسل ونقص في المردودية، مما يفسح المجال أمام إنتشار الأمراض الإجتماعية، كالرشوة، والإخلال بالواجبات.

فهذه المرحلة تؤرخ لما قبل صدور القانون رقم 77.99²، حيث عرفت هذه الفقرة فراغا تشريعيا فيما يخص الجمع بين راتب المعاش وراتب العمل المؤدى من خزينة الدولة، الشيء الذي أعطى مبررا كافيا ومقنعا للقاضي لسد هذه الثغرات القانونية، من خلال قراراته وأحكامه، ليجيز، بموجبها، الجمع بين راتب التقاعد وراتب آخر في بعض الحالات، مع المنع في حالات أخرى³.

وقد إستقر الإجتهد القضائي، في هذه المرحلة، سواء على مستوى الغرفة الإدارية، أو المحاكم الإدارية، على توجه، مؤداه أن لا شيء يمنع الجمع بين راتب التقاعد وراتب العمل، سنده في ذلك مدلول المعاش الذي لا يعد إمتدادا للراتب، بل هو مقابل لما تم إقتطاعه طيلة المسار المهني للموظف.

وقد إشتراط القضاء على الموظف الذي يشغل المنصب الذي كان مرتبا في إطاره، أو العمل عن طريق التعاقد، مادام لا يوجد نص قانوني يمنع الجمع بين راتب المعاش وأجرة العمل، الذي لم يصبح مقررا إلا إبتداء من تاريخ 2003/03/15. حيث جاء في قرار للغرفة الإدارية أنه "لا يعتبر معاش التقاعد إمتدادا للراتب الذي كان يتقاضاه الموظف أو العون العمومي، بل هو مقابل لما تم إقتطاعه من راتبه لأجل التقاعد، يجوز الجمع بين التقاعد والراتب المرتبط بعقدة الحق العام"⁴

¹ - محمد الأعرج: تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالرباط حكم عدد 572 بتاريخ 2004/04/27، مولوي يوسف ضد وزير الداخلية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 64 - شتنبر - أكتوبر 2005.

² - ظهير شريف رقم 38 - 01 - 1 الصادر بتاريخ 15 فبراير 2001 القاضي بتنفيذ القانون رقم 99 - 77 الممنوع بموجبه الجمع بين الأجرة والمعاش أو أي إيراد آخر في حكمه، الجريدة الرسمية عدد 4882 بتاريخ 15 مارس 2001، ص 820.

³ - رضا التايدي، قراءة في بعض الإشكالات المتعلقة بمنازعات المعاشات المدنية، مجلة المحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومة الإدارية والقضائية، العدد الثاني، أكتوبر 2005، ص 180.

⁴ - م. الأعلى، غ. إد قرار رقم 372، بتاريخ 12 دجنبر 1991، عبد الرحمان بوعنان ضد الخازن العام للمملكة، أورده أحمد بوعشيق، الدليل العلمي للإجتهد القضائي في المادة الإدارية، سلسلة دلائل التسيير، ص 123.

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى في، قضية منيب محمد¹، إعتبر كذلك بأن المعاش التقاعدي، في الوضعية الراهنة للتشريع، لا يعتبر إمتدادا للراتب الذي يتقاضاه الموظف، أو العون العمومي، مدة قيامه بعمله في منصبه، بل يكتسب صيغة مقابل لما تم إقتطاعه من راتبه طيلة الفترة التي عمل فيها في أسلاك الإدارة. لذلك لا يمكن حرمانه من هذا المعاش إلا في الحالات المنصوص عليها صراحة، وأن الإدارة، عندما أوقفت صرف المعاش التقاعدي للطاعن بعلّة أنه أصبح يشغل منصب محتسب، تكون قد خرقت القانون. فالطاعن، بصفته محتسبا، لا يعتبر منتميا إلى أي إطار من أطر الدولة، خاضعا لنظام أساسي عام أو خاص. وقد جاء في جواب المطلوب في النقض: "ذلك أنه، طبقا لظهير 1986/06/21، الصادر بتنفيذ القانون رقم 02 - 82، المتعلق باختصاصات المحتسبين وأمناء الحرف، فإن المحتسب يعتبر كعون إداري لمراقبة الأثمان وجودة المواد، له سلطة فرض غرامة على مرتكبي المخالفات، وهو بهذا العمل، يساهم في فرض سلطة الإدارة على قطاع التجارة والصناعة، كما أنه يتقاضى أجره محدودة، وليس تعويضا، وهي أجره في مستوى أجره أعلى الأطر الموجودة في السلم الإداري، وتدفع من الميزانية العامة للدولة".

وجاء في قرار آخر للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى²: "حيث يطلب السيد بوعنان بسبب الشطط في استعمال السلطة، إلغاء المقرر الصادر عن السيد الخازن العام بالرباط، المؤرخ في 1989/12/19، والقاضي بإقتطاع معاش التقاعد من المعاش المدني للطاعن عدد 261.214، بدعوى الجمع بين راتب العمل والمعاش.

فعندما يتعلق بالمشروعية، فإن المعاش التقاعدي في الوضعية الراهنة للتشريع، لا يشكل إمتدادا للراتب الذي يتقاضاه الموظف أو العون العمومي مدة قيامه بعمله في منصبه، بل يكون مقابلا لم يتم إقتطاعه من راتبه طيلة الفترة المذكورة. ولذلك، لا يمكن حرمان الموظف المتقاعد من هذا المعاش إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة، وأن 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 الذي كان يعمل فيه إطار من أطر الدولة.

¹-قرار عدد 289 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/08/17 في الملف عدد 7244/87، منيب محمد ضد الخازن العام، أورده إبراهيم زعيم الماسي، المرجع العلمي الإجتهد الإداري القضائي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1416، ص 303.

²- قرار عدد 298 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/08/17 في الملف عدد 7244/87 منيب محمد الخازن العام، أورده إبراهيم زعيم الماسي المرجع السابق، ص 303.

وقد إرتبط الطاعن، بعد إحالته على التقاعد، بطلب من وزارة الشبيبة والرياضة بعقدة مهنية لتدريب الفريق الوطني، وأن كتاب السيد الوزير الأول، المؤرخ في 12/03/1979، وإن كان أضاف على هذه العقدة صبغة العقد العام بصورة إستثنائية، إلا أن المهام التي أسندت للطاعن، بمقتضى العقدة المذكورة، تنحصر في إعداد الفريق الوطني لكرة السلة لعدة مظاهرات دولية. وكذلك، فإنه لم يصبح منتميا بمقتضاه إلى أي إطار من أطر الدولة، مما إستنتجت معه المحكمة عدم أحقية الإدارة في حرمان الطاعن من معاشه التقاعدي، خلال الفترة المتراوحة بين 01/01/1980 و 31/12/1984، مما جعل قرار المطعون فيه متسما بالشطط في إستعمال السلطة، وتعين الغاؤه¹.

والملاحظ أن القاضي الإداري، من خلال الإجتهاادات القضائية السابقة الذكر، قد رخص، وإن كان بصفة ضمنية، للمتقاعد بإمكانية الجمع بين المعاش والراتب، المرتبط بعقدة الحق العام، وهو بذلك، في النازلة الحالية، لم يكتف بتفسير النصوص القانونية فقط، بل إنه كان له دور في إنشاء مجموعة من القواعد والمبادئ، هدفه في ذلك مراعاة البعد الإنساني للمتقاعد.

وفيما يتعلق بالجمع بين راتب التقاعد والتعويض عن الضرر الذي أصاب المعني، فالقرار الصادر عن المجلس الأعلى، في قضية أرملة اعبدو²، إعتبر بأنه ليس هناك أي نص قانوني يمنع الموظف، أو ذوي حقوقه، من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، على أساس الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود. وبعبارة أخرى إن الضرر الذي يصيب أحد الموظفين، بسبب أنشطة الإدارة، ينبغي أن يعوض عنه، بكيفية مماثلة لم يتم عليه الأمر في حالة إصابة أحد الأشخاص بأضرار صادرة عن الإدارة.

وقد أثار القرار المذكور جدلا فقهيًا كبيرًا³، إستنادا على أنه أخذ بنظرية المخاطر. وهو بذلك يعتبر تحولا هاما، ووضع حدا للسؤال الذي كان مطروحا على مستوى الفقه، والمتعلق بمسألة الجمع بين المعاش والتعويض، طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية.

¹- سعيد الويداني: "منازعات المعاشات أمام المحكمة الإدارية"، منازعات المعاشات أمام المحاكم الإدارية، دار النشر المعرفة، الطبعة الأولى، 2012، ص 111.

²- قرار عدد 310 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 3 يوليوز 1968، أرملة اعبدو ضد الدولة المغربية ومن معها، قضاء المجلس الأعلى سنة 1968، ص 101.

³- وذلك لكونه أقر بمبدأ مسؤولية الدولة التقصيرية في حالة إصابة أحد الموظفين الذين يشتغلون لديها بحوادث أثناء ممارسة عملهم والتي تؤدي إلى وفاتهم أو إصابتهم بعجز.

وقد قضت الغرفة الإدارية بأنه: "لا يوجد أي تعارض في الجمع بين مقتضيات الفصل 43 من قانون الوظيفة العمومية، المتعلق بالرواتب، والمصاريف التي تدفع للموظفين الرسميين المصابين بالأضرار أثناء قيامهم بمهامهم الوظيفية، وبين مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، الذي يقرر مسؤولية الدولة عن الأضرار اللاحقة بسائر الأفراد، কিفما كانت صفتهم، والنتيجة مباشرة عن تسيير إدارة الدولة، وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها"¹.

وفي نفس السياق، فقد قضت المحكمة الإدارية بالرباط، بأن: "حصول المدعين على الحقوق المستحقة لهم، بمقتضى قانون المعاشات العسكرية، لا يحول دون أحقيتهم بالمطالبة بالتعويض، في إطار المادة 79 من قانون الالتزامات والعقود، على اعتبار أن المعاش مرتبط بانخراط الموظف في نظام المعاشات مقابل إقتطاع من راتبه، في حين أن المطالبة بالتعويض، في إطار المادة 79 من ق.ل.ع، مؤسسة على الضرر اللاحق بالمعني، وبذوي حقوقه، بسبب تقصير الإدارة في تسيير مرافقها"².

وجاء في قرار صادر عن الغرفة الإدارية، المؤرخ في 21 فبراير 1975³، والذي تتلخص وقائعه في أن السيد المريني محمد تقدم بدعوى أمام المحكمة الإقليمية بمكناس، جاء فيها، أنه بتاريخ 24 ماي 1964، كان يقوم بحراسة مسجون يخضع للعلاج بمستشفى محمد الخامس بمكناس، وأنه عندما أراد أن ينزل إلى الطابق الأسفل، سقط في بئر المصعد، وحصل له عجز مستمر في سائر أعضائه الحيوية، قدره الطبيب بنسبة 80%، ملتصا الحكم له بالتعويض، بناء على مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود وقد كرست الغرفة، بمناسبة نظرها في القضية أعلاه، مفادها أنه لا يوجد أي تعارض في الجمع بين مقتضيات الفصل 43 من قانون الوظيفة العمومية، المتعلق بالرواتب والمصاريف التي تدفع للموظفين الرسميين، المصابين بأضرار أثناء قيامهم بمهمتهم الوظيفية، وبين مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، التي تقرر

¹ - الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قرار عدد 11 بتاريخ 11/02/1975، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، ص 105.

² - المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 159، بتاريخ 27 فبراير 2003، محمد صابر ضد إدارة الدفاع الوطني، المجلة المغربية لإدارة المحلية والتنمية، عدد 56، ماي - يونيو 2006، ص 255.

³ - قرار عدد 11 صادر بالغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 21 فبراير 1975 المريني محمد ضد الدولة المغربية، ورد لدى أحمد بوعشيق دليل العلمي للإجتهد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، العدد 16، سنة 2004، ص 99.

مسؤولية الدولة عن الأضرار اللاحقة بسائر الأفراد، كيفما كانت صفتهم، والنتيجة مباشرة عن تسير إدارة الدولة، وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

وقد إستندت الغرفة الإدارية، فيما قضت به، إلى أن الحكم المطعون فيه كان موافقا للصواب، عندما ركز قضاؤه على كون الموظف الرسمي من حقه أن يجمع بين راتبه الذي يتقاضاه من الدولة، وبين التعويض عن الضرر الذي تكون الدولة مسؤولة عنه قانونا، وأنه حينما نص، في إحدى حيثياته، على أن المبلغ المدفوع، وفقا لقانون الوظيفة العمومية، هي مبالغ تؤدي عوضا عن عمل يقوم به موظف الدولة وفي مقابل المبالغ التي تقتطع من راتبه، وأنه من حق كل موظف أن يجمع بين راتبه، أو معاشه الذي يتقاضاه من الدولة، تنفيذاً لعقدة العمل، وبين التعويض عن ضرريسيه بسبب خطأ ارتكبه عون من أعوان الدولة، يكون بذلك قد علل المبدأ الذي إستند عليه في قضاءه بما فيه الكفاية لتبرير منطوقه.

إن إنشاء المحاكم الإدارية لم يغير المبدأ الذي كان سائدا، بخصوص مسؤولية الدولة، على أساس مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، بل إن القانون المحدث لها، أكد نفس المبدأ في مقتضيات المادة الثامنة، والتي نصت على أنه تختص المحاكم الإدارية بالنظر في التعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام. وعلى هذا الأساس، صدر إجتهد حديث عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، في قضية علي العلوي¹، كرس قاعدة مفادها، أنه إذا كان ظهير فاتح غشت 1958، المحتوي على نظام معاشات الزمانة، المستحقة للعسكريين، يخول، في فقرته الأولى من الفصل الثاني، لهؤلاء الحق في نيل راتب معاش الزمانة العسكري، بخصوص العاهات الناتجة عن جروح تمت الإصابة بها إثر عمليات حربية، أو حوادث طرأت بسبب الخدمة العسكرية، أو أثنائها، بأن ذلك لا يحرمهم من المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم، التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، طبقا للمادة 8 من القانون رقم 90.41، المحدث للمحاكم الإدارية، وبالتالي فإنه يمكن الجمع بين راتب الزمانة والتعويض عن المسؤولية المدنية المحكوم به لفائدة الضحية العسكري.

¹ - قرار عدد 307 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 2006/04/19 في الملف الإداري عدد 2004/2/4/2637، على العلوي ضد إدارة الدفاع الوطني قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية، 50 سنة الجزء الأول، ص 284.

وكان حكم المحكمة الإدارية بالرباط¹ واضحا في تبني نفس الاجتهاد أعلاه، مؤكدة أن حصول المدعين على الحقوق المستحقة لهم بمقتضى قانون المعاشات العسكرية لا يحول دون أحقيتهم في المطالبة بالتعويض في إطار المادة 79 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، على أن المعاش مرتبط بانخراط الموظف في نظام المعاشات مقابل إقتطاعات من راتبه، في حين أن المطالبة بالتعويض على أساس المادة 79 من ق.ل.ع، مؤسس على الضرر اللاحق بالمعني بالأمر، أو بذوي حقوقه، بسبب تقصير الإدارة في تسيير مرافقها.

لقد كرس القاضي الإداري، بخصوص موضوع الجمع بين معاش التقاعد وأجرة العمل أو التعويض، أن معاش التقاعد لا يشكل إمتدادا للراتب الذي يتقاضاه الموظف أثناء قيامه بعمله في منصبه، وتبعاً لذلك، لا يمكن توقيف صرف معاش التقاعد المخول للمتقاعد الذي حذف من الأسلاك نهائياً، ثم باشر عملاً عادياً.

فالمحكمة الإدارية بمراكش²، أكدت على عدم وجود مانع للجمع بين المعاش وأجرة العمل. وتتلخص وقائع القضية، في أن بوسنة المحجوب تقدم بمقال يعرض، من خلاله، أنه بلغ سن التقاعد بتاريخ 1996/12/31، وظل يزاول عمله كمفتش بوزارة التربية الوطنية بصفة عادية ورسمية إلى غاية 1997/09/30، وأن الوزارة إرتأت للحاجة إليه ولخدماته، الإحتفاظ به وبكامل مرتب، ولم يقع التشطيب عليه فعليا إلا بتاريخ 1997/09/30. وقد جاء في قرار الإحالة على التقاعد أن الإستفادة من المعاش سيتم ابتداء من 1997/10/01 أي بعد دخول القانون الجديد حيز التطبيق، مما أضربه ملتصا بالحكم بمراجعة راتبه التقاعدي الذي يتوصل به ابتداء من تاريخ 1997/10/01، والحكم له بكل التعويضات القارة بنسبة 100%، وإحتياطيا بأداء الصندوق المغربي للتقاعد راتبه، ابتداء من شهر يناير 1997 وقد إستجابت المحكمة للطلب، وإستندت، فيما قضت به، إلى كون الإنتفاع من الراتب يعمل به طبقا للفصل 44 من القانون رقم 71.14 المغير والمتمم للقانون 011.71 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية، ابتداء من تاريخ حذف الموظف من الأسلاك، وبما أنه تم حذف المدعي من الأسلاك بتاريخ 1996/12/31، فإنه يستحق راتب المعاش التقاعدي ابتداء من فاتح يناير 1997، ولا يؤثر في ذلك، تقاضيه أجرا عن عمله بمقتضى رسالة الإلتزام، لأن هذا الأجر إنما يستحقه عن عمله بعد إحالته على المعاش، وشطبه

¹- حكم عدد 159 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2003/02/27، قضية رشيدة عيسى ضد إدارة الدفاع الوطني المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 56، ماي يونيو 2004، ص 246.

²- حكم عدد 118 صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 07.6.2000، بوسنة المحجوب ضد وزير التربية الوطنية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 38 - 39 ماي غشت 2001، ص 246.

من أسلاك الوظيفة، ولأنه أجر لا يشكل إمتدادا وإستمرارا لراتبه قبل الإحالة على المعاش، كموظف ولا يوجد ما يمنع الجمع بين راتب المعاش وأجرة العمل، الشئ الذي يستحق معه المدعي راتب معاشه التقاعدي عن الفترة ما بعد إحالته على المعاش، التي كانت تغطيها رسالة الإلتزام، ولم يتم صرف راتب المعاش عنها، وتبتدئ من فاتح يناير 1997 إلى غاية 1997/09/30.

ولقد سلكت المحكمة الإدارية بالرباط نفس الموقف، في قضية مولودي بوسيف¹، التي تتلخص وقائعها في أن هذا الأخير يطلب إلغاء القرار الضمني، الصادر عن وزير الداخلية، على إثر التظلم الموجه إليه من قبل الطاعن عن جراء عدم تمكينه من حقوقه المعاشية طيلة مدة الإحتفاظ به بعد إحالته على التقاعد، موضحا أنه تمت إحالته على التقاعد، إبتداء من تاريخ 1995/12/31، والذي نص على إستحقاقه للمعاش إبتداء من فاتح الشهر الموالي لتاريخ حذفه من الأسلاك، وأنه إحتفظ به لضرورة المصلحة العامة إلى غاية 1998/9/25، مما لا يمكن أن يحرمه من حقوقه المعاشية، ملتصقا بإلغاء القرار الضمني، الرفض للإستفادة من حق المعاش، والحكم بإستفادته من معاشه التقاعدي، بين الفترة الممتدة من 1996/1/01 إلى غاية 1998/9/25. وقد صدر الحكم، وفق الطلب، وإستند فيما إنتهى إليه، بأن الطاعن تم حذفه من أسلاك الإدارة، إبتداء من 1995/12/31، لبلوغه حد السن القانوني كما هو ثابت من قرار الإحالة على التقاعد، فإنه يستحق معاشه التقاعدي، إبتداء من فاتح يناير 1996 ولا يؤثر هذا الإستحقاق تقاضيه أجرا على عمله كعامل على إقليم العرائش طيلة المدة التي إحتفظ بها خلالها، والتي إمتدت إلى غاية 1998/9/25، لأن هذا الأجر إنما إستحقه كمقابل من عمله الذي باشره بعد إحالته على المعاش، والتشطيب عليه من أسلاك الوظيفة العمومية، وبالتالي إنقطاع العلاقة النظامية التي كانت تربطه بالإدارة، في حين أن الإستفادة من معاش التقاعد يجد أساسه القانوني في أن هذا الأخير يكون مقابل الإقتطاعات التي بوشرت من راتب الموظف، طيلة مدة عمله، في إطار الوظيفة العمومية، وأنه يصبح مستحقا مباشرة بعد إحالته على التقاعد، وبالتالي لا يمكن حرمانه من هذا المعاش، إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة.

ومجمل القول، القاضي الإداري يرخص بالجمع بين معاش التقاعد وأجرة العمل، في حالة توظيف المتقاعد من جديد في منصب لا يصنف ضمن السلك الذي كان ينتمي إليه، وينطلق

¹ - حكم عدد 572 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 27.4.2004، مولودي بوسيف ضد وزير الداخلية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 61، سنة 2005، ص 171.

هذا الموقف من كون معاش التقاعد يخول للمستفيدين منه، مقابل الإقتطاعات التي تنجز على أجورهم طيلة حياتهم الإدارية، وهو بذلك لا يشكل إمتدادا لأجرة العمل¹.

هذا فيما يخص المتقاعدين المحذوفين من أسلاك الوظيفة العمومية، على عكس الموظف الذي يستمر في نفس المنصب، رغم بلوغه حد سن التقاعد وصدور قرار بذلك، مما يمنعه من الحصول على المعاش، طبقا للفصل 2 من القانون 011 - 71، وقد أيد هذا التوجه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1991/10/17²، وهو موضوع الفرع الثاني.

ثانيا: منع القاضي الإداري الجمع بين راتب المعاش وموارد مالية أخرى.

يعود الجدل في منع الجمع بين المعاش ومورد مالي عام آخر، إلى مرحلة ما بعد صدور القانون رقم 77-99 في فترة حكومة عبد الرحمان البيوسفي، الذي بموجبه أصبح الجمع بين راتب المعاش وأجرة العمل التي تؤدي من ميزانية الدولة، والجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية، والهيئات التي تمتلك الدولة 50% أو أكثر من رأسمالها، وطبقا للمادة الأولى والثانية منه، غير ممكن. مما حذى ببعض الفقهاء، في هذا الصدد، إلى القول بأنه، بالرغم من أن قانون عدد 77.99، الذي صدر عن المشرع، بقصد المنع بين الأجرة والمعاش، فإن هذا القانون يعتبر في جوهره ومضمونه غير دستوري، لأنه يتنافى مع البعد الإنساني للتقاعد³، لكن في ذلك مخالفة لقاعدة الإثراء بلا سبب.

في هذه المرحلة الثانية، هي المرحلة اللاحقة لصدور القانون المنوع بموجبه الجمع بين المعاش وأجرة العمل⁴، أكد فيها الاجتهاد القضائي قاعدة عدم الجمع بين المعاش وأجرة العمل. ونورد في هذا الصدد قرار الغرفة الإدارية، في قضية ورثة المرحوم عبد الغني المومي⁵، والذي أشار إلى أن القانون رقم 77.99، والذي يمنع بموجبه الجمع بين المعاش وأجرة العمل، لا يطبق على من كان يستفيد من الجمع قبل نشره بالجريدة الرسمية؛ أي ابتداء من اليوم الأول من الشهر الثالث الذي يلي تاريخ 15 مارس 2001.

¹- الأعرج محمد: "المنازعات المتعلقة بتطبيق قانون المعاشات في العمل القضائي للمحاكم الإدارية"، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد 3-4، 2005، ص 31

²- أورده رضا التايدي: "قراءة في بعض الإشكالات المتعلقة بمنازعات المعاشات"، مرجع سابق، ص 181.

³- الأعرج محمد: "تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالرباط"، مرجع سابق، ص 177.

⁴- قانون رقم 77.99 صادر بتاريخ 2001/02/15 منشور ب ج ر عدد 4882 ص 820 بتاريخ 2001/03/15 المنوع الجمع بين المعاش وأجرة العمل.

⁵- قرار عدد 637 صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 2007/07/18 في الملف الإداري عدد 2004/1/4/1848، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 69، ص 195.

أما بالنسبة لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، في قضية أبو بكر الريح¹، وقد سكت نفس التوجه، وذهبت إلى أن القانون رقم 77.99، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4882، الصادر بتاريخ 2001/03/15، الممنوع بموجبه الجمع بين الأجرة والمعاش، قد نص في مادته الخامسة على أنه (يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره، غير أنه بالنسبة للأشخاص الذين يستفيدون في هذا التاريخ (تاريخ نشره) من الجمع بين راتب الأجرة والمعاش، فإنه لا يطبق عليهم إلا ابتداء من الشهر الثالث الذي يلي تاريخ نشره، مما يستنتج القول أن المستأنف عليه، الذي تقاعد بتاريخ 1999/12/31، وإنتهت علاقته التعاقدية مع الإدارة، التي يعمل بها، بتاريخ 2004/07/22؛ أي أن تاريخ حذفه من الأسلاك، الذي هو 1999/12/13، كان سابقا لتاريخ صدور القانون المشار إليه أعلاه، القاضي بمنع الجمع بين الأجرة والمعاش معا يبقى معه المستأنف عيه محقا في الجمع بينهما، ابتداء من فاتح يناير 2000، تاريخ إستحقاقه لراتب المعاش وإلى 2001/05/15، الأجل المنصوص عليه في القانون المذكور، الذي جعل تاريخ سريان المنع يبتدئ من اليوم الأول من الشهر الثالث الذي يلي تاريخ نشر القانون بالجريدة الرسمية، مما يبقى معه سبب الاستئناف، المشار في هذا الشأن، غير مرتكز على أساس، ويبقى الحكم المستأنف مصادفا للصواب وواجب التأييد. وقضت المحكمة الإدارية بفاس، فيما يخص الجمع بين معاشين والتعويضات العائلية، على أنه: "مؤدى هذه المقتضيات القانونية، أو التعويضات العائلية، لا تدخل ضمن عناصر الأجرة التي يحتسب المعاش على أساسها، ولا تسري عليها قواعد الإقتطاع من الأجر من أجل التقاعد. وعليه فإنه لا يمكن الحصول على التعويضات العائلية برسم كل معاش على حدة في حالة الجمع بين معاشين مختلفين، لأن هذه التعويضات إنما هي ذات طبيعة إجتماعية، وتمنح من قبل الدولة، كإعانة على مواجهة الأعباء الإجتماعية مرة واحدة. وعليه فإن إدارة الصندوق المغربي للتقاعد كانت على حق عندما لجأت إلى حذف التعويضات العائلية التي كانت تمنح للمدعي برسم معاشه، بعدما تبين لها أنه يحصل على تعويضات مماثلة برسم معاشه العسكري². أما فيما يتعلق بحصول المتقاعد على راتب الزمالة، فلا يمكن تقسيم ذلك إلى فترات، لأنه جاز بقوة القانون الجمع بين المعاش وراتب الزمالة، طبقا للفصل 25 من القانون رقم 71.14 المغير

¹ - قرار عدد 637 صادر عن المحكمة الإستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2008/7/10 في الملف عدد 22.7.2010 أبو بكر الريح ضد الوكيل القضائي للمملكة، قرار غير منشور، أورده سعيد الويداني، مرجع سابق، ص 109.

² - المحكمة الإدارية بفاس، حكم عدد 869 بتاريخ 2010/05/25، محمد كريمي القادر بن المختار ضد المدير العام للصندوق المغربي للتقاعد غير منشور.

والمتتم للقانون 011.71 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية¹، إذا كانت العاهة وقعت أثناء قيام المعني بمهامه، أو نتيجة مباشرة له، فله ذلك، أما خارج هذا الإطار، فلا يجوز. وهو نفس النهج الذي سار عليه الإجتهد القضائي، حيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى أن: "الموظف أو العون الذي أصبح غير قادر، بصفة مطلقة ونهائية، على مزاوله مهامه، بسبب غير ناتج عن جروح، أو مرض اعترته، أو اشتدت عليه خطورتها، خلال مباشرته لوظيفته، يمكن حذفه من أسلاك الوظيفة العمومية، إما تلقائيا أو بناء على طلبه. في هذه الحالة، يكون له الحق في معاش التقاعد دون راتب الزمانة²."

وعلى العموم، يمكن القول بأنه في المرحلة الأولى، وفي غياب نص قانوني، أجاز القاضي الإداري الجمع بين المعاش وأجرة العمل، مع مراعاة بعض الضوابط، وكان الإجتهد القضائي صائبا في هذا التوجه لكن في المرحلة الثانية أمام وجود نص قانوني رقم 77.99، طبقا لقاعدة "لا إجتهد مع النص"، فإن القاضي الإداري منع الجمع بين المعاش وأجرة العمل وفقا للمقتضيات التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

الفقرة الثانية: القاضي الإداري وتكريس البعد الجماعي للمتقاعدين.

إن نظام المعاشات يهدف إلى حماية حقوق الموظفين الحاليين عليه من مخاطر التقدم في السن. إلا أن الأمر قد لا يتييسر كما تقتضيه إرادة المتقاعد، أمام سلطة الإدارة، حيث قد تلجأ هذه الأخيرة إلى إقتطاع من المعاش بهدف الإقتطاع من المعاش لأجل لإستخلاص الديون العمومية، التي تكون مترتبة في ذمته (أولا)، أو الإقتطاع من المعاش بهدف إفرار السكن الوظيفي (ثانيا).

أولا: الإقتطاع من معاش للإستخلاص الديون العمومية.

تباشر الإدارة، بصفة إنفرادية، عملية الإقتطاع من المعاش لإستخلاص الديون العمومية. وبذلك لا يكون في وسع المتضرر إلا اللجوء إلى القضاء من أجل رفع ذلك الضرر. فالإجتهد القضائي إستقر، منذ مدة، على منع الإقتطاع لإستخلاص الديون العمومية بصفة منفردة.

ففي حكم صادر عن إدارية مراكش، بتاريخ 26 ماي 1999، قضت فيه "بأن المكتب الوطني للسكك الحديدية عمد إلى الإقتطاع من معاش مستخدمه، المحال على التقاعد، بدعوى أن ذلك يشكل تعويضا عن إحتلاله للسكن الذي كان يشغله بمناسبة عمله لديه قبل إحالته

¹ - مرسوم رقم 66 - 05 - 2 بتاريخ 6 ماي 2006 بتحديد كيفية تطبيق أحكام القانون رقم 71.14 المغير والمتمم للقانون 011.71 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية المتعلقة بمعاش الزمانة، الجريدة الرسمية عدد 5425، بتاريخ 29 ماي 2006، ص 1376.

² - الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار رقم 393 بتاريخ 29 نونبر 1990، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 51، يناير 1998، ص 85.

على التقاعد، كما ثبت أنه فرض هذا التعويض تلقائياً بإرادته المنفردة، بدون توفره على أية مرجعية قضائية بشأن تحديده وتنفيذه. لكن حيث أن الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.216، الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 1977، المتعلق بإحداث نظام جماعي لرواتب التقاعد، وإن كان يجيز الإقتطاع من المعاش إلى حدود 50% لاستخلاص ديون المؤسسات العمومية، غير أن هذا الدين لا يكون على حكم قضائي بات، وتجاهل المكتب المذكور هذه المسطرة لم يجعل لتصرفه هذا أساساً وسنداً من القانون. ويكون معه، وبالتالي، الإقتطاع من المعاش غير قائم على أساس، مما يستوجب الحكم عليه بإرجاع جميع المبالغ المقتطعة"¹.

ونفس الاتجاه أيدته الغرفة الإدارية، باعتبارها محكمة إستئناف إدارية (سابقاً في قرارها بتاريخ 15 فبراير 2001، بقولها: "إن الطرف المستأنف أقدم، بصورة إنفرادية، على إجراء إقتطاعات مباشرة من معاش المستأنف التقاعدي، مستغلاً سلطة القانون العام، متعمداً عدم اللجوء إلى القضاء لتحديد التعويض....، مما يكون معه القرار المذكور متسماً بالشطط في استعمال السلطة يعرضه للإلغاء، ومما يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى بإلغاءه واجب التأييد"².

كما ذهبت محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط، أثناء نظرها في قضية الإقتطاع من المعاش، وحماية حقوق الأطراف، والطرف الضعيف خاصة، وتقدير الأسباب لإثبات هذا الإقتطاع، نصت على أن: "على خلاف ما تمسك به المستأنف، فإن الثابت، من خلال الإطلاع على كافة أوراق الملف ومستنداته، وما راج خلال جلسة البحث المنعقدة بمكتب القاضي المقرر....، وكذلك بالإطلاع على تقرير الخبرة المنجزة في النازلة من طرف الخبير المنتدب محمد بناني (الخبير في المحاسبة) والذي وإن أوضح من خلاله أن معاش المستأنف عليه فعلاً خضع لإقتطاعات مستحقة، وأن الفرق الذي مازال بذمة الصندوق المستأنف....، وهو الأمر الذي لا يستطع المستأنف إثبات عكسه، مما يكون معه ما أثير من سبب حول ذلك غير مؤسس"³.

¹ المحكمة الإدارية بمراكش، حكم رقم 44، بتاريخ 26 ماي 1999، أحمد حتميم ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية، أحمد بوعشيق، الدليل العلمي للإجتهد القضائي في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص 144.

² م. الأعلى، غ إد قرار رقم 237، بتاريخ 15 فبراير 2001، مجلة المجلس الأعلى، عدد 57 - 58، يوليو 2001، ص 289.

³ محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد 2065 بتاريخ 2009/10/15، الوكيل القضائي للمملكة ضد مأمون المختار الجامعي، حكم غير منشور.

وقد أيدت الغرفة الإدارية هذا الاتجاه في أحد قراراتها، الذي جاء فيه: "أن الطرف المستأنف أقدم بصورة إنفرادية على إجراء إقتطاعات مباشرة من معاش المستأنف التقاعدي، مستغلا سلطة القانون العام، ومعتمدا على عدم اللجوء إلى القضاء لتحديد التعويض، مما يكون معه القرار المذكور متسما بالشطط في استعمال السلطة يعرضه للإلغاء"¹.

فالقاضي الإداري اعتبر أن الإقتطاع من معاش التقاعد قرار إداري قابل للطعن بالإلغاء، من حقه أن يراقب شرعيته، حسب موقف المحكمة الإدارية بالرباط²، التي أقرت بأنه عندما يكون الدين المطلوب إرجاعه لفائدة الخزينة العامة محل نزاع، فإنه لا يحق للإدارة القيام بإسترجاعه مباشرة عن طريق الإقتطاعات من راتب المدين، وإنما عليها أن تطالبه بذلك أولا بالمرضاة، أو عن طريق القضاء، مما يجعل القرار القاضي بإقتطاع 10% من راتب الطاعنة مشوب بعيب مخالفة القانون يبرر الحكم بإلغاءه.

فمن خلال الإجتهاادات القضائية السالفة الذكر، بخصوص المنازعات المتعلقة بالإقتطاع من المعاش من أجل إستخلاص الديون العمومية، أن القاضي الإداري حرص على الأخذ بعين الإعتبار بالبعدين القانوني والإنساني في هذه المنازعات، مقرا بأن هذه الإقتطاعات لا تجوز إلا باستنادها على حكم قضائي.

فالقاضي الإداري أكد، في العديد من المنازعات التي تهم حالة الإقتطاع من المعاش لإستخلاص الديون، على ضرورة إحترام النصوص القانونية، وفي نفس الوقت، مراعاة الإعتبار المتعلق بحماية الحق في المعاش.

ثانيا: الإقتطاع من معاش من أجل إخلاء السكن الوظيفي.

يستفيد بعض الموظفين، أو المستخدمين، من السكن الوظيفي، حيث تضع الإدارة رهن إشارتهم مساكن لتسهيل مأموريتهم مقابل إقتطاع جزء يسير من الراتب. لكن، الخلاف يثور بين الإدارة والموظف المحال على التقاعد، حينما تطالبه بإرجاع هذا السكن، على إعتبار أن المبرر القانوني للإستفادة منه لم يعد قائما. غير أن المعنى بالأمر، ونظرا لعوامل كثيرة، غالبا ما يرفض

¹ - الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قرار رقم 237، بتاريخ 15 فبراير 2001، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 57 - 58، يوليو 2001، ص 28.

² - حكم عدد 92 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2001/02/01، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 38-39، ص 298.

تسليم السكن الوظيفي، الشيء الذي يدفع الإدارة إلى سلوك مجموعة من الطرق رغبة في إسترداد هذه المساكن من محتليها.¹

فالقاضي الإداري يعتبر إقرار الإدارة للحق في منح الموظفين السكنى الوظيفية المخصصة لهم، أو منحهم التعويض في حالة تعذر إسكانهم الذي يعتبر إلتزاما من جانبها، مما يجعلها مجبرة قانونا على تنفيذه. إلا أن هذا الفعل الذي تقوم به الإدارة تجاه هؤلاء الموظفين قد يعتبره بعضهم أنه حق مكتسب، لانه يعد في نظر الإدارة المانحة للسكن، إحتلالا والذي يجب أن ينتهي بالإحالة على المعاش، مما يدفع بالإدارة إلى السعي نحو إسترداد حقها، فتلجأ بالتالي إلى الإقتطاع من المعاش، في محاولة لإجبار الموظف على إخلاء السكن.

وإذا كان القاضي الإداري يوافق الإدارة على حقها في إسترداد السكن الوظيفي، وبالتالي وجوب إخلاء المحتل بغير سند شرعي له، متى تم إحترام المسطرة القانونية في الموضوع؛ أي إستلزام عرض النزاع على القاضي، وتدخل هذا الأخير لفضه. فالقضاء الإداري، نفسه، حرم على الإدارة اللجوء إلى إقتطاع جزء من راتب المعاش بطريقة إنفرادية، دون سلوك التقيد بالشكليات التشريعية الواجبة التطبيق. وواضح أن الإدارة، بعدم إحترامها لهذه المسطرة، إنما ترغب في البحث عن حل سهل يكفيها شر وعناء تتبع المسطرة القضائية، وهو ما يرفضه القاضي بالبت والمطلق.²

وقد إعتبر القضاء أن لجوء الإدارة إلى الزيادة في الوجيبة الشهرية مقابل إستغلال المسكن الوظيفي لمستخدم محال على التقاعد، بصورة إنفرادية، ودون التقيد بأي معيار موضوعي أو معايير محددة سالفا، ودون اللجوء إلى القضاء، ومن ثم إتخاذ قرار إقتطاع تلك الزيادة من المعاش، متسما بالشطط في إستعمال السلطة، ومعرضا للإلغاء.

وقد قضى المجلس الأعلى بأنه إذا كان الحق في السكنى قد منح للشخص بحكم وظيفته، فإن إحالته على المعاش يؤدي إلى إنقضاء هذا الحق، ويكون لقاضي المستعجلات أن يأمر بإفراغه.³

¹ - امعيوة خديجة: "القاضي الإداري وحماية الحقوق والحريات بالمغرب"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد بن عبد الله كلية الحقوق، سنة 2004 - 2005، ص 337.

² - حميد اربيعي: "القاضي الإداري والتقاعد، دراسة حالة مستخدم المكتب الوطني لسكك الحديدية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 3 - 4، 2005، ص 43.

³ - العربي محمد مباد، "الحماية القانونية للسكن الوظيفي"، سلسلة إعلام وتبصير المستهلك، عدد 5، 2009، ص 81.

وفي حالة أخرى، قضى المجلس الأعلى بأن إحالة الموظف على التقاعد، وحاجة الإدارة الملحة إلى إسكان موظفين آخرين في المحل يضيفي على النزاع طابع الاستعجال، الذي لا ينزعه عنه الإستمرار في إقتطاع مقابل إستغلال المحل من معاش الطاعن¹.

وجاء في حكم المحكمة الإدارية بمراكش: "إن عدم صرف المكتب المدعى عليه لراتب معاش تقاعد المدعي بدون وجه حق، وحجزه لديه في ذلك إلى القضاء، صاحب الإختصاص، في تحديد السن، وتنفيذ الحجز بشأنه في إطار النسبة التي يسمح بها القانون، ثم يجعل لتصرفه هذا أساس وسندا من القانون مما يكون معه، وبالتالي عدم صرف المعاش للمدعي، غير قائم على أساس، مما يستوجب، وبالتالي، الحكم على المكتب المدعى عليه بتسوية ملف تقاعد المدعي ووضعيته المعاشية، وبإحالة هذا الملف على صندوق التقاعد التابع له، والحكم على هذا الأخير بصرف التقاعد لفائدة المدعي².

وفي نفس المنوال، ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش، في حكم آخر لها، والذي نص على أن: "المعاش التقاعدي هي قانونا وفي إتجاه تكريس حق الإدارة في إفراغ السكن الوظيفي، نحت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بمناسبة نظرها في هذا الموضوع من النزاع وباعتبارها من الأمور المستعجلة، حيث نص هذا القرار على أن، "حق الإستفادة من السكنى الإدارية ينتهي بانتهاء العمل، وإحالة الطاعن على التقاعد، وحاجة الإدارة الملحة إلى إسكان موظفين آخرين يضيفي على النزاع طابع الإستعجال الذي لا ينزعه عنه الإستمرار في إقتطاع مقابل إستغلال المحل من معاش الطاعن³.

وقد يدعي المتقاعد في بعض الأحيان حدوث إقتطاع من معاشه للسكن ليتخذ كذريعة من أجل البقاء في إستغلال السكن الوظيفي، أو على الأقل التماطل في الإفراغ. حيث يجد معه القاضي الإداري متصديا بحزم لمثل هذا التصرف، كما جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط، والذي جاء فيه: "حيث يعيد المستأنف الحكم المستأنف بعدم إرتكازه على أساس، لما تنص بعدم

¹ - القرار رقم 12 بتاريخ 15 يناير 1987 في الملف الإداري عدد 91/571، منشور بقرار المجلس الأعلى في ذكره 40 سنة 1997، ص 157.

² المحكمة الإدارية بمراكش، حكم عدد 44 بتاريخ 30 ماي 2001، أحمد حمو ضد المكتب الوطني للسكن الحديدي، أورده أحمد بوعشيق، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "دلائل التسيير"، مرجع سابق، ص 139.

³ الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قرار عدد 12 بتاريخ 15/01/1987، منشور بمجلة القضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص 26.

قبول طلبه رغم ما أدلى به من وثيقة ذات أهمية تفيد إقتطاع واجب السكن، حتى بعد إحالته على المعاش. لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف خاصة شهادة الأداء المدلى بها من طرف المستأنف، والمتعلقة بشهر شتنبر من سنة 1988، وهي فترة سابقة على إحالة المستأنف على التقاعد¹.

ويتضح أن القاضي المغربي فهم بأن الفصل 13 من قرار 19 شتنبر 1951، بشأن النظام الخاص بالموظفين المسكنين من قبل الإدارة، على إجراء مسطرة الإفرار على توجيه إنذار إلى المعنيين بالأمر، ثم منحهم الأجل القانوني المتمثل في شهرين إثنيين، على أن يرفع هذا الأجل إلى 6 أشهر بالنسبة للموظفين المحالين على التقاعد. ويمكن تمديده في حالة إذا تعذر أداء راتب التقاعد في الأجل المذكور، إلا أن هذا الأجل لا يمكن أن يتجاوز 15 يوما بالنسبة للسلطة الحكومية وأعضاء ودواوينهم.

وإذا كنا نتفهم موقف القضاء المغربي من الأوامر بالتحصيل، وتخوفاته من تجاوزات وتعسف الإدارة، فمع صراحة النص ووضوحه، لا يبقى أي مجال للتأويل، حتى لو كان لمصلحة الطرف المدعي.

والأمل معقود على مدونة التحصيل، حيث يجب أن تتشبع بمبادئ حقوق الإنسان، سواء من الجانب الإقتصادي، أو السياسي، أو الإجتماعي²، خاصة في مجال الإقتطاع من المعاش. ويمكن القول، أن التوجه القضائي في منازعات المعاشات تأسس على إقرار التوازن بين حماية المحالين على المعاش وإنزال إرادة المشرع، من خلال تطبيق مقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بقانون المعاش. كما حرص التوجه القضائي إلى تنبيه الإدارة على أهمية الأخذ بعين الاعتبار المعطى الإنساني للمعاش، وذلك عن طريق التوفيق بين مصالح الإدارة صاحبة السكن والمتقاعد أو المحال على المعاش بصفة عامة، الذي يعتمد على ذلك المعاش لتوفير حاجاته الأساسية.

¹ محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد 36 بتاريخ 2009/01/08، حفيظ البخاري ذد الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء بمكناس، حكم غير منشور.

² مباد العربي: "السكن الوظيفي على ضوء الفقه الإداري والإجتهاد القضائي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 17، الطبعة الأولى 2001، ص 74.

المسؤولية على أساس المخاطر عن الأضرار التي تصيب المتعاونين مع الإدارة

عبد الخالق امقاري

باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، سلا.

يحدث أحيانا أن يقدم بعض الأفراد يد المساعدة والعون للإدارة، دون أن يكونوا أعوانا أو موظفين قارين ودائمين لها، وقد تكون هذه المساعدة إجبارية؛ أي أن الإدارة في هذه الحالة هي التي تجبر هؤلاء على تقديم المساعدة أو أداء السخرة، بصفة مؤقتة وظيفية، لفائدة نشاط مرفق عمومي ما، وهذا ما يعرف بحالة المتعاونين المسخرين (المبحث الأول)، وقد تكون مساهمة هؤلاء في نشاط المرفق العام عن طوعية تقع بمحض إرادتهم واختيارهم، وهذا ما يدعى بالمتعاونين المتطوعين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مسؤولية الإدارة عن الأضرار اللاحقة بالمتعاونين المسخرين
قد تسخر السلطة الإدارية الأشخاص لأهداف عمومية، فتلتزمهم بتأدية العمل المطلوب¹. وفي هذه الحالة يعتبر هؤلاء الأشخاص متعاونين مع الإدارة بشكل إجباري لا اختياري، ومن المحتمل أن يتعرضوا ويصابوا ببعض الأضرار، قد تكون جسيمة أو قريبا من ذلك²، ومثال ذلك إصابة أشخاص بجروح بعد إلزامهم من قبل رجال الشرطة أو رجال الوقاية المدنية بمساعدتهم في إخماد الحريق³.

هذا، وقد ينص المشرع في بعض الحالات صراحة على وجوب تعويض المسخرين، فعلى سبيل المثال نص المرسوم الجزائري بتاريخ 28 يناير 1984 على مبدأ التعويض عن أضرار التسخير⁴،

¹ - د. مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2003، ص: 149، ود. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، القضاء الإداري: مسؤولية السلطة العامة، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998 ص: 451.

² - بل قد تكون أفدح وأبلغ في الجسامة كما سنرى لاحقا عند تحليلنا لقرار محكمة النقض الصادر في قضية عزوز اشعبيات.

³ - د. الخوري، المرجع السابق، ص: 451.

⁴ - وهو المرسوم رقم 84-15، الصادر ب.ج.ر. عدد 5 بتاريخ 31 يناير 1984، الفقرة الثانية من المادة الرابعة. ذكره د. شيهوب، المسؤولية عن المخاطر، ص: 150 بالهامش رقم (1).

وفي مجال مكافحة الحرائق ينص كذلك قانون الغابات على مبدأ التعويض، فقد نصت المادة 20 منه على أنه: "تضمن الدولة جبر الأضرار التي تلحق بالأشخاص المسخرين لهذا الغرض"¹. أما على مستوى الاجتهاد القضائي في فرنسا، ففي بداية الأمر كان يرفض مسألة التعويض، ومن ذلك حكم المحكمة المدنية لمدينة "BAR-LE-DUC" الصادر بتاريخ 12 مارس 1856، الذي رفضت من خلاله المحكمة منح التعويض لطبيب مسخر لمكافحة مرض معدي في البلدية، وسندها في ذلك أن سكوت القانون يعني رفض التعويض.

بيد أن هذا التوجه القضائي لم يصمد طويلا، فبعد سنتين فقط أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا في قضية "أندرو" بتاريخ 27 يناير 1858، قضت فيه بتعويض هذا الأخير. واستمر هذا الاجتهاد القضائي على نفس التوجه، ولعل أشهر حكم في هذا المجال هو قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 23 نونبر 1956 في قضية الطبيب "Giry"²، وتتخلص وقائع القضية أنه في صباح أحد أيام شهر دجنبر 1949 اكتشف نزلاء الفندق وفاة مالكيه، الزوجين Du hamel في غرفتهما بسبب تسرب الغاز، فأخبروا الطبيب "Perrier" الذي أخبر بدوره الشرطة. وقد عاين هذا الأخير وفاة الزوجين وقدم إسعافات إلى ضحايا آخرين، وأثناء مغادرته التقى بالدكتور "Giry" الذي سخره محافظ الشرطة لمعاينة الضحايا، وفي هذه الأثناء وقع انفجار عنيف فجرح حوالي 30 شخصا، منهم الطبيبين أعلاه³.

ولأن الدكتور "Giry" كان مسخرا من قبل الضابطة القضائية، فإنه كان من اللازم عليه أن يلجأ إلى القضاء العادي. وهكذا، رفع دعواه أمام محكمة "السين" العادية، التي استبعدت تطبيق قواعد القانون المدني الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، ولجأت إلى مبادئ وقواعد القانون الإداري لمنح التعويض للضحية، حيث جاء في حكمها: "إن مبادئ العدل والإنصاف حسب المحكمة تجعل الجماعة العمومية ملزمة بتحمل الضرر، الذي أصاب أحد الخواص بمناسبة مساهمته في عملية ضرورية لفائدة المرفق العام"⁴.

¹ - وهو القانون رقم 12 - 84 بتاريخ 23 يونيو 1984، ج.ر العدد 26 أوردته د. شيهوب، المرجع السابق، ص: 150، الهامش رقم (2).

² - CASS - Civ. 23 Nov. 1956, Giry. D. 1957 p : 34 Conclusion

مشار إليه عند د. حسان عبد السميع هاشم أبو العلاء، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة القاهرة. 2001، ص: 307 الهامش (23).

³ - د. شيهوب، المرجع السابق، ص: 152 ود. حسان أبو العلاء، المرجع السابق، ص: 306 و 307.

⁴ - Trik, CIV, Seine, 28/11/1952.

مشار إليه عند د. حسان أبو العلاء، المرجع السابق، ص: 307، الهامش رقم (23).

وعند استئناف الحكم من قبل الإدارة، رفضت محكمة الاستئناف بباريس البناء أو التأسيس القانوني الذي استندت إليه محكمة "السين"، غير أن محكمة النقض الفرنسية كان لها اتجاه معارض لهذه الأخيرة، ومؤيد لما ذهبته إليه المحكمة الابتدائية، أي أنها تبنت مبادئ القانون الإداري، فقررت مسؤولية الإدارة بدون خطأ عن الأضرار الحاصلة لمعاون مؤقت مسخر وليس مخير¹.

وأما عن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية السلطة العمومية عن الأضرار التي تصيب المسخرين، فيمكن أن تقوم على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة؛ إذ ليس من المعقول ولا من المقبول أن يتحمل "المتعاون المسخر" لوحده أضرار أدائه وتنفيذه لخدمة عمومية، في الوقت الذي ينتفع فيه المجتمع من العمل الذي قام به لحساب المرفق العمومي، فمبدأ المساواة يفرض على الجماعة عموماً تحمل هذا الضرر. ويمكن أيضاً أن تنعقد مسؤوليتها على أساس المخاطر².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن التسخير لا يكون إلا للأشخاص العامة التقليدية، لذلك ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري، كما هو الحال في المغرب والجزائر، وليس للقضاء العادي كما هو الأمر في فرنسا³.

ومن الأحكام والقرارات الرائدة في اجتهاد القضاء الإداري المغربي، القرار المبدئي الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في قضية اشعيبات عزوز بن احمد، بتاريخ 29 نونبر 2006، والذي قضى فيه لأول مرة بمسؤولية الدولة المغربية بناء على المخاطر، عن الأضرار التي لحقت السيد اشعيبات أثناء أدائه لخدمة عامة سخر لها من طرف سلطة عامة، نتج عنها تعرضه لهجوم واحتجاز قسري من طرف عصابة ومرتزقة البوليساريو⁴.

¹- د. شيهوب، المرجع السالف، ص: 153.

²- د. شيهوب، المصدر السابق، ص: 154 ولمزيد من التفاصيل. انظر: "د. حسان أبو العلا، مرجع سابق، ص: 307 وما بعدها.

³- د. شيهوب، المصدر السابق، ص: 155.

⁴- القرار عدد: 1005، الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض - المجلس الأعلى سابقاً، المؤرخ في 2006/11/29، الملف رقم 2006/4/131، في قضية عزوز بن احمد ضد الدولة المغربية. للأسف الشديد جداً اكتشفت أن "الباحث" يونس الشامخي، هذاه الله، قد نقل هذا القرار - زاعماً أنه قرار غير منشور والحال أني قد سبقته في نشره - من بحثي لنيل شهادة الماستر في القانون العام، الذي خصصته للبحث في موضوع "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"، برسم السنة

وتتمثل وقائع هذه القضية، أنه بتاريخ: 10 يناير 1978 تلقى السيد اشعبيات عزوز بن أحمد أمرا بالسخرة من مندوبية وزارة التجهيز بالعيون الساقية الحمراء كسائق شاحنة مقاوله "حم بيدا"، فتوجه على متن الشاحنة من نوع بيرلي إلى موقع الواد الواعر، وهو موقع كان تحت مظلة حراسة الجيش الملكي بإقليم العيون لينفذ مأمورية السخرة، من 11 يناير 1978 إلى 10 فبراير 1978، لكن العدو المتمثل في عصابة قطاع الطرق التابعين لمرتزقة البوليساريو هاجم كل من وجد بالموقع، واحتجز عددا من المدنيين كان من بينهم المدعي المذكور، وذلك بتاريخ: 16 يناير 1978، حيث نقل إلى مخيمات تندوف تحت تهديد السلاح، وظل هناك محتجزا في ظروف صحية ونفسية سيئة إلى غاية 7 يوليو 2002؛ أي لمدة تناهز ربع قرن من الزمن.

ولأجل جبر الضرر، تقدم السيد اشعبيات بدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء مأمورية السخرة، وفعلا استجابت المحكمة الإدارية بالرباط لبعض مطالبه التي لها علاقة باختصاص المحاكم الإدارية ببلادنا، وقد جاء في حكم المحكمة ما يلي: "وحيث بالنظر لهذه المعطيات، فإن مسؤولية الدولة المغربية عن الأضرار التي لحقت بالمدعي من جراء احتجازه ثابتة، طالما أن هذا الاحتجاز الذي تعرض له خلال تواجده في موقع عسكري رغم عدم انتمائه للجيش، ما كان ليقع لولا تكليفه من طرف الإدارة بالمأمورية المشار إليها أعلاه".¹

=

الجامعية 2008/2009، وقد نوقش هذا البحث بتاريخ 19 فبراير 2010، وذلك دون أن يكلف نفسه بالإحالة إلى بحثي الوارد أسفله.

للاطلاع قصد التحقق مما صرحت به، قارن بين ما هو مكتوب في متن الصفحة المحددة في البحثين أدناه، مع مقارنة بينهما حتى في الهوامش:

عبد الخالق امغاري، "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 113.

يونس الشامخي، "تطور أساس المسؤولية الإدارية في ضوء الاجتهاد القضائي الإداري المغربي والمقارن"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014/2015، ص: 186 وكذا الهامش رقم 394 الوارد فيها.

¹ - المحكمة الإدارية بالرباط، الحكم رقم 1461، المؤرخ في 2004/12/23، قضية عزوز اشعبيات ضد وزارة التجهيز ومن معها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 72-73، يناير - أبريل 2007، ص: 248 - 250.

ولأن حجم التعويض كان ضعيفا وغير متناسب مع حجم الأضرار التي لحقت السيد اشعيبات، فقد استأنف هذا الأخير الحكم الابتدائي أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض¹، التي بدورها أيدت الحكم الابتدائي مع تعديله برفع مبلغ التعويض من 250.000.00 درهم إلى 500.000.00 درهم.

والملاحظ أن هذا القرار المبدئي الصادر عن محكمة النقض، يشكل في واقع الأمر قرارا جريئا، يعكس ويجسد بشكل ظاهر مدى أهمية دور القاضي الإداري عموما، والقاضي الإداري المغربي على وجه الخصوص، في حماية حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق المحتجزين من المدنيين بسبب تنفيذ أمر بالسخرة أصدرته إحدى السلطات العمومية المغربية بصفة خاصة. فهو إذن قرار يضاھي ويمائل قرار محكمة النقض الفرنسية المعروف بقرار "Giry" السالف الذكر².

¹- أي قبل تأسيس وبداية عمل محاكم الاستئناف الإدارية ببلادنا، التي نتمنى أن يعمل المشرع المغربي جاهدا على الزيادة في عددها، وخاصة المحاكم الإدارية لتتناسب مع عدد جهات المغرب. فلا يعقل مثلا أن نجد في جنوب وصحراء المغرب كله محكمة إدارية واحدة، وهي المحكمة الإدارية بأكادير، تغطي مختلف ربوع أقاليم هذه المنطقة ببلادنا؟!

حتى رأيي هذا، الذي أبديته في هذا الهامش منذ أكثر من 08 سنوات في بحثي للماستر الوارد أدناه، لم يسلم حتى هو من النقل الحرفي من قبل "الباحث" يونس الشامخي في أطروحته السالفة الذكر. للاطلاع قصد التحقق والتأكد مما قلت، قارن بين ماهو مكتوب في الهامش المحدد من الصفحة المحددة في البحثين أدناه:

عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 114، الهامش رقم (2).

يونس الشامخي، الأطروحة، المرجع السابق، السنة الجامعية 2015/2014، ص: 187 الهامش رقم (396).

²- هذه الفقرة وجدت كذلك "الباحث" يونس الشامخي قد نقلها في أطروحته، بالحرف الواحد من بحثي السالف الذكر، مع أنها مجرد اجتهاد شخصي خلصت إليه، وذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى رسالتي المتواضعة المشار إليها أدناه. للاطلاع قصد التحقق والتأكد مما قلت، قارن بين ماهو مكتوب في متن الصفحة المحددة في البحثين أدناه:

عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 114.

يونس الشامخي، الأطروحة، المرجع السابق، السنة الجامعية 2015/2014، ص: 187.

وتأسيسا على ما تقدم، نتمنى من القضاء الإداري المغربي أن يحافظ على هذا التوجه القضائي الجريء، الذي يبرهن عن تطوره في مجال المسؤولية الإدارية بدون خطأ على وجه الخصوص، مقارنة مع بعض الأنظمة القضائية العربية كمصر مثلاً. إن المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالمتعاونين مع الإدارة لا تقف عند حد المسخرين فقط، بل إنها تشمل كذلك التعويض عن الأضرار التي تلحق المتعاونين مع الإدارة، الذين يقدمون لها المساعدة والعون على سبيل التطوع والاختيار.

المبحث الثاني: مسؤولية الإدارة تجاه المتعاونين المتطوعين

يقصد بالمتعاونين المتطوعين أولئك الأشخاص الذين يؤمنون للمرافق العامة، مؤازرتهم وتعاونهم في بعض المناسبات مجاناً، ودون أي مقابل من أي نوع كان، إما في الأعمال التطوعية كحملات النظافة، وإما في عمليات الإنقاذ والإغاثة، أو المشاركة في إحياء المناسبات الوطنية. ولاشك أن عملهم التطوعي هذا، قد يعرضهم مثل غيرهم من الموظفين والعاملين الدائمين لأضرار متنوعة ومتفاوتة، مما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى الإقرار لهم بتعويضات لإصلاح تلك الأضرار استناداً إلى نظرية المخاطر¹.

إن الفرد الذي يمد يد العون والمساعدة مجاناً عند الحاجة إليه، سواء كان ذلك بصفة تلقائية منه أو بطلب من الإدارة، لا يجوز إهماله أو نسيانه، وتركه بالتالي يتحمل لوحده وعلى حسابه عبء الأضرار التي يمكن أن يصاب بها بسبب تلك المساعدة قدمها للإدارة، سواء كانت هنالك نصوص تشريعية توجب المسؤولية والتعويض أم لم تكن².

ويبقى أن ثمة حالات معينة يتعين ذكرها، على وجه الإجمال لا التفصيل، كمثال تطبيقي لحالة المساعدة التطوعية لأحد المرافق العمومية (المطلب الأول)، كما ينبغي استعراض مختلف الشروط الواجب توفرها في المساعدة حتى يتأتى تطبيق نظام المسؤولية دون خطأ في حالة ما إذا تعرض أحد المتطوعين لأضرار معينة، وتحديد على أساس المخاطر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات وتجليات المعاونة التطوعية للإدارة العمومية

توجد حالات وتطبيقات قضائية مختلفة باختلاف وتنوع ظروفها ووقائعها، تأخذ فيها مساعدة الأفراد للمرافق العمومية طابع المساعدة الوقتية والمجانية، ولهذا يطبق بشأنها نظام المسؤولية المبنية على نظرية المخاطر، ولعل أكثر هذه التطبيقات القضائية شيوعاً ما يلي:

¹- د. يوسف الخوري، المرجع السابق. ص: 448 ود. عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، دار تويقال للنشر، مطبعة سبة، 1988، ص: 228.

²- د. الخوري، المرجع السابق ص: 448.

1- في مناسبات الأعياد الوطنية أو المحلية¹:

فالمساهمة الوقتية يمكن أن تتجلى خلال هذه المناسبات التي يتم فيها عادة إطلاق أسهم نارية، فعندما يكون تنظيم العيد متعلقا بالجماعات الصغرى، فإن المجلس الجماعي قد لا يستعين عادة بمؤسسة متخصصة في الموضوع، ولا يوجد تحت تصرفه دائما شخص متمرس يجيد إطلاق مثل هذه الأسهم، ولذا فقد يطلب المجلس المذكور من سكان الجماعة أو المقاطعة القيام بهذه العملية، الشيء الذي قد ينجم عنه أحيانا إصابتهم بجروح متفاوتة الخطورة بل وأحيانا أخرى قد تؤدي إلى قتلهم. ففي مثل هذه الحالة، يعتبر اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي أنهم يستحقون أو ورثتهم — في حالة الوفاة — التعويض عن الأضرار اللاحقة بهم على أساس المخاطر وليس بناء على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، في أول قرار له في هذا المجال، في قضية *Commune de saint priest – la plaine*، بتاريخ 22 نونبر 1946².

وبالنسبة للمغرب، فقد اعتبر القضاء المغربي، منذ أكثر من أربعة عقود، الدولة المغربية مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بالمشاركين في ألعاب الفروسية، التي تقام في المناسبات الرسمية، كأعياد العرش سابقا، ولو لم يثبت أي خطأ من جانب الإدارة. وهكذا ورد في حكم صادر عن المحكمة الإقليمية بفاس بتاريخ 1975/5/7 ما يلي: "حيث إن الدولة عندما أرادت تنظيم هذا الحفل كانت تعلم ما سيحدث فيه، خصوصا وقد تأكد من البحث أنها هي التي قامت بتسليم رخص شراء مادة البارود، وهي التي منحت له لا يستطيع شراءه... وحيث من كل ذلك، يظهر أن

¹ - للأسف الشديد جدا وجدت كذلك هذه الفقرة منقولة من بحثي السالف الذكر بالحرف الواحد من طرف "الباحث" يونس الشامي في أطروحته السابق ذكرها، وطبعا دون أن يكلف نفسه بالإحالة إلى بحثي السالف الذكر.
للاطلاع قصد التحقق، قارن بين ما هو مكتوب في متن الصفحة المحددة في البحثين أدناه مع مقارنة حتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 116.

يونس الشامي، الأطروحة، المرجع السابق، السنة الجامعية 2015/2014، ص: 188

² - د. الخوري، المرجع السابق، ص: 449 ود. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص: 53

الدولة بتنظيمها لمثل هذا الاحتفال قد خلقت إمكانية الخطر وإن كل من تضرر منه في حالة وقوعه تكون ملزمة بتعويضه¹.

2- المساعدة في مكافحة الحرائق واصطياد بعض الحيوانات المفترسة²:

ففي هذه الحالة يمكن أن تتحقق المساعدة الظرفية التطوعية بفعل أفراد تم استدعاؤهم عن طريق دق ناقوس الخطر، بغية مساعدة رجال الإطفاء القليلي العدد في البادية أو المناطق النائية، على مكافحة الحرائق³. مما قد يتسبب لهم في أضرار أثناء قيامهم بهذا العمل، فيستحقون بالتالي التعويض وفقاً لذات الأساس السابق الذكر. أيضاً في حال مساعدة السلطة العمومية في مطاردة واصطياد الذئاب التي هي بالتأكيد حيوانات ضالة مفترسة، فكل من يقدم المساعدة في هذه الحالة يعد متعاوناً مع المرفق العمومي بصفة مؤقتة ومجانية⁴.

3- تقديم المساعدة في حالة الاستعجال التام⁵:

وهي الحالة التي يبادر فيها بعض أفراد المجتمع إلى تقديم مساعدتهم ولو بدون طلب مسبق من السلطة الإدارية المختصة، وتقبلها بشكل ضمني غير صريح، علماً أنه في حالة

¹- ذ. عبد الوهاب رافع، مسؤولية الدولة أمام القضاء، مجلة المحامي، عدد ممتاز بدون تحديد تاريخ النشر، ص: 62 و63

²- للأسف الشديد جداً وجدت مرة أخرى هذه الفقرة منقولة بكاملها من بحثي السالف الذكر بالحرف الواحد وبنفس مرجعها من طرف "الباحث" يونس الشامي في أطروحته الموماً إليها أدناه. للاطلاع قصد التحقق، قارن بين ماهو مكتوب في متن الصفحة المحددة في البحثين أدناه مع مقارنة حتى في هوامشها: عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 117.

يونس الشامي، الأطروحة، المرجع السابق، السنة الجامعية 2015/2014، ص: 189 و190

³- سواء تعلق الأمر بحرائق في المنازل، أو في المصانع والمعامل أو حرائق الغابات كما يحدث بشكل سنوي في مدينة تطوان ونواحيها.

⁴- د. الخوري، المصدر السابق. ص: 449.

⁵- وجدت هذه الفقرة، البالغ عددها ثلاث صفحات متتالية، قد نقلها بالحرف الواحد وبنفس الأسلوب، وبجميع المعلومات والأفكار الواردة فيها، "الباحث" يونس الشامي في أطروحته المبينة أدناه، وذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى رسالتي المشار إليها كذلك أدناه، والتي نوقشت بتاريخ 19 فبراير 2010. للاطلاع قصد التحقق مما قلت، قارن بين ماهو مكتوب في متن الصفحات المحددة في البحثين أدناه، وحتى في هوامشها :

عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 117-120.

يونس الشامي، الأطروحة السنة الجامعية 2015/2014، ص: ابتداء من ص: 190 إلى غاية ص: 193

الاستعجال الكلي (en cas d'urgence)، يعامل الشخص الذي يهب عفويا وتلقائيا للمساعدة، كأنه مساهم مجاني في تنفيذ المرفق العام، ولو لم تطلب السلطة العمومية مساعدته أو لم تبد موافقتها على ذلك، ففي هذه الحالة يدعى مثل هذا المساهم: "بالمساعد الفوري" (Le collaborateur spontané)¹.

وفي هذا الإطار، أصدرت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء حكما حديثا، بتاريخ 04 دجنبر 2008، في قضية السيد رشيد قنانيبي ضد الدولة المغربية، وتتمثل وقائع القضية المذكورة في أنه بتاريخ 10 أبريل 2007 صادف مرور المدعي من حي الفرح بالدار البيضاء على متن دراجته النارية رجال الأمن يمنعون المارة من عبور الشارع، لقيامهم بمداهمة لخلية إرهابية يختبئ أعضاؤها بغرفة في عقار بالحي المذكور، وأنهم بمجرد علمهم أن المنزل الذي يقيمون فيه يطوقه رجال الأمن بادروا إلى الهروب، من أجل محاولة الاختلاط بالجمهور في الشارع، وأثناء خروج أحدهم ومحاولته التسلسل وسط الجمهور طارده المدعي ممتطيا دراجته النارية محاولا صدمه وإلقاء أرضا، وهي اللحظة التي انتبه له فيها رجال الأمن فحاولوا القبض على "الإرهابي"، إلا أن هذا الأخير التصق بشرطي يرتدي زيا مدنيا وفجر حزامه الناسف، لتكون نتيجة هذا العمل وفاة الشرطي والانتحاري فورا، في حين أصيب السيد رشيد قنانيبي بجروح خطيرة استدعت نقله على الفور إلى المستشفى الجامعي ابن رشد لتلقي العلاج، حيث مكث فيه مدة من الزمن، خرج بعدها من المستشفى وقد أصيب بعاهات مستديمة.

وسعيا من المحكمة نحو الوصول إلى حقيقة ما يدعيه المدعي من أضرار بدنية ونفسية، فقد عمدت إلى تعيين أربعة خبراء مختصين في الأضرار المتمسك بها من طرفه، وهي فقدان السمع بصفة مطلقة، وفقدان الرؤية بشكل دوري، وعدم القدرة على المشي بالرجل اليسرى، فضلا عن حالته النفسية المتأثرة بهول وفداحة ما وقع أمامه. وقد خلصت المحكمة تبعا للخبرات المنجزة إلى أن المدعي غير مصاب بأضرار جسدية تحد من حرية عمله للكسب وإعانة نفسه وعائلته، أو الاعتماد على مساعد في حركته، باستثناء الأضرار النفسية الناتجة عن الحادثة الإرهابية.

¹ C.E.Ass, 27 Nov. 1970, cours Appert – Colin, Aj, 1971, p : 59.

أشار إليه د. محمد رضا جنبيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، الطبعة الثانية، 2008، ص: 364 الهامش رقم (773).

وبناء على كل ما سبق، فقد قضت المحكمة المذكورة بمسؤولية الدولة المغربية عن الأضرار اللاحقة بالسيد رشيد قناني، مؤسسة حكمها الفريد هذا بناء على مبدأ التضامن الوطني وليس نظرية المخاطر¹.

يتبين من خلال هذا الحكم مدى حرص القضاء الإداري المغربي على حماية حقوق المتضررين من نشاط الإدارات العمومية، ومن ثم حرصه على مسايرة أهم وأحدث الحالات التي يبتدعها القضاء الإداري الفرنسي في إطار المسؤولية الإدارية. لكن ورغم وجاهة هذا الحكم، فإن المحكمة المذكورة وفقت من حيث منطوق الحكم، ولم توفق في تحديد الأساس الصحيح المفضي إلى هذه النتيجة، بل إن القراءة الأولية لحشيات الحكم المذكور تبرز مدى الخلط الواضح لدى المحكمة فيما يتعلق بأسس مسؤولية الإدارة بدون خطأ.

فمن جهة، يلاحظ أن المحكمة المذكورة تعتبر أن المسؤولية بدون خطأ هي نفسها المسؤولية على أساس المخاطر، والتي تقوم على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، حيث ورد في إحدى حشيات الحكم المذكور ما يلي: "وحيث إن المسؤولية الإدارية التي تقوم على أساس المخاطر تقتضي أن يتحمل مجموع المواطنين مخاطر نشاط الإدارة، أي على أساس المساواة أمام تحمل الأعباء والتكاليف العامة، وتتمثل في الحالة التي لا يمكن أن تتضمن بالضرورة ارتكاب الخطأ من طرف المرفق أو القيام بأعمال غير مشروعة للاستناد على ذلك، وتتطلب وجود ضرر يلحق بالضحية جراء العمل المنسوب إلى الإدارة، وأن يكون على قدر كبير من الجسامه".

ومن جهة أخرى، اعتبرت أن أساس المسؤولية في القضية المذكورة هو مبدأ التضامن الوطني، وهو ما يعكس مدى الخلط الذي وقعت فيه المحكمة المذكورة. فهذا الأساس الأخير يلجأ إليه القاضي الإداري لإقرار مسؤولية الإدارة بدون خطأ، حينما تلحق بعض المواطنين أضرار لا علاقة لها بأي نشاط إداري، وهنا تنتقر مسؤولية الإدارة عن التعويض لا عن الأعمال المفضية إلى وقوع تلك الأضرار، ويطبق هذا المبدأ بشكل واضح فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الأعمال الإرهابية وأعمال التجمهر المسلح. وبالتالي، فإن تأسيس مسؤولية الدولة المغربية عن الأضرار اللاحقة بالمدعي المذكور بناء على مبدأ التضامن الوطني، هو تأسيس غير سليم من الناحية القانونية.

¹ - الحكم رقم: 1799، الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2008/12/04 الملف عدد: 2007/1370 ق.ش، في قضية رشيد قناني ضد الدولة المغربية.

ومما لاشك فيه، أن وقائع وظروف هذه القضية تقوم فيها مسؤولية الدولة المغربية بناء على المخاطر وليس مبدأ التضامن الوطني، لأن الأضرار اللاحقة بالسيد رشيد قناني لها علاقة مباشرة بنشاط مرفق الأمن، ويندرج العمل الذي قام به هذا الأخير في إطار ما يعرف بالمساعد الفوري، الذي يقدم مساعدة أو خدمة ما لإحدى السلطات الإدارية، وبدون طلب مسبق منها، في ظروف أقل ما يقال عنها أنها تكتسي طابع "الضرورة الملحة والطارئة"؛ بمعنى أنها مستعجلة جدا كمن ينقذ طفلا ما يكاد يغرق في حمام السباحة، أو يتدخل للمساعدة من أجل انتشال الغرقى أو إنقاذ أرواح بعض المواطنين الذين يوجدون تحت الانقراض، نتيجة انهيار المباني والمنازل بفعل زلزال مدمر أو ما شابه ذلك، فهي كلها نماذج لأعمال تندرج ضمن ما يمكن أن يقدمه، مجانا، المتعاونون المتطوعون مع الإدارة، وهي أعمال تنطوي بلا شك على مخاطر كبيرة وجسيمة مثل حالة المدعي المذكور، الشيء الذي يترتب عليه إقرار مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي قد تصيب بعض هؤلاء المتعاونين المتطوعين معها، كما هو الشأن في القضية أعلاه، وذلك على أساس نظرية المخاطر طبقا لما هو مقرر فقها وقضاء¹.

4- تقديم مساعدات مجانية وتطوعية لها علاقة بالمجال الطبي²:

ففي هذا المجال أيضا، أقر القضاء الإداري بمسؤولية الإدارة عن الأضرار اللاحقة بالمتعاونين العرضيين معها، ومنهم رجل الإسعاف الذي يقضي فترة تدريب، بدون أن يتقاضى أي

¹ - وجدت هذه الفقرة بدورها، البالغ عددها صفتين متتاليتين، والتي تتضمن تعليقي الشخصي حول حكم المحكمة في قضية السيد رشيد قناني، قد قام " الباحث" يونس الشامي في أطروحته السالفة الذكر، بسرقتها بالحرف الواحد وبنفس الأسلوب، فنسب هذا التعليق إلى "اجتهاده الشخصي"، وذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى رسالتي المشار إليها أدناه. للاطلاع قصد التحقق والتأكد مما قلت، قارن بين ما هو مكتوب في متن الصفحات المحددة في البحثين أدناه، وحتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 119 و120.

يونس الشامي، الأطروحة، المرجع السابق، السنة الجامعية 2015/2014، ص: ابتداء من ص: 191-193.

² - وجدت هذه الفقرة بدورها، البالغ عددها صفتين متتاليتين، قد نقلها بالحرف الواحد وبنفس الأسلوب، " الباحث" يونس الشامي في أطروحته، وذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى رسالتي المشار إليها أدناه. للاطلاع قصد التحقق والتأكد مما قلت، قارن بين ما هو مكتوب في متن الصفحات المحددة في البحثين أدناه، وحتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، بحث الماستر، المرجع السابق، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 120-122.

يونس الشامي، الأطروحة، المرجع السابق، السنة الجامعية 2015/2014، ص: ابتداء من ص: 193 و194.

مقابل في المراكز الطبية، ويمكن أن تستعين به هذه المراكز أثناء هذه الفترة في مهام متعددة¹، أو المتطوعين لخدمة الأشخاص المعاقين على قضاء حاجاتهم. وفي هذا الإطار، قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Hospices Civils de Lyon"، بتاريخ 31 مارس 1999، بمسؤولية الإدارة عن تعويض شخص عضو في جمعية لمساعدة الأشخاص المعاقين، عن الضرر الذي لحقه جراء حادثة زلزال فوق ساحة المستشفى؛ لأن هذه الساحة كانت ملبلة نتيجة تنظيفها².

علاوة على ذلك، اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أن عملية التبرع بالدم ليست بعيدة تماماً عن فكرة المتعاون التطوعي للمرفق العمومي، ولهذا فقد أقر بمسؤولية المرفق الطبي في مجال التبرع بالدم بناء على المخاطر، وسنده في ذلك أن المتبرع بالدم يعد معاوناً تطوعياً للمرفق الطبي³، بل هو في واقع الأمر من أعظم — إن لم نقل أعظم — المتعاونين مع المرفق العام الطبي في إنقاذ أرواح عدد كبير من الناس، ضحايا الفيروسات والأمراض الفتاكة كالقصور الكلوي ومرض الأنيميا أو فقر الدم وغيرها من الأمراض والأسقام، وكذلك ضحايا حوادث السير التي تعرف انتشاراً مهولاً في بلادنا... الخ.

ولأن الدم مادة حيوية للإنسان، لا يمكن له أن يعيش بدونها ولا أن يستغني عنها، فهي كالهواء الذي نستنشق ونتنفسه، فإنه يجب الحرص أشد الحرص على مراقبة وفحص دم المتبرع فحصاً جيداً، قصد تفادي وتجنب خطر أولئك الذين احترفوا ببيع دمائهم الملوثة الفاسدة لبنوك الدم، بهدف حصولهم على النقود اللازمة لنفقات حياتهم من جهة، وانتقاماً من المجتمع من جهة أخرى، مما يعني "أنه أضحى من باب الإلزام التحري في أخذ عينات الدم قبل إيصالها للمحتاجين ودراساتها قبل كل توزيع"⁴.

المطلب الثاني: شروط تطبيق المسؤولية على أساس المخاطر تجاه المتعاونين مع الإدارة

لقد حدد القضاء الإداري الفرنسي شروطاً معينة ثابتة، يجب توفرها وتحققها لإقرار مسؤولية الإدارة بدون خطأ تجاه الماعدين والمتعاونين معها، وهي كالتالي :

¹ -C.E, 18 Janvier 1984, centre hospitalier régionale universitaire de Grenoble

د. محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص: 92.

² -Voir, Martine Lombard, Droit administratif, Dalloz, 4ème édition, 2001, p : 504

³ -انظر بتفصيل د. حمدي، المرجع السابق، ص: 65 وما بعدها.

⁴ -د. رشيد مشققة، نقل الدم الملوث بالإيدز ومسؤولية مركز تحاقن الدم، سلسلة الباحث القانوني، العدد 2، مكتبة دار السلام للطباعة، الرباط، الطبعة الأولى، 2002، ص: 97 و102.

1- يجب أن يكون هناك ما يبرر تدخل الشخص المتعاون في تنفيذ المرفق العام:

هذا هو أول الشروط الواجب توافرها في هذا المقام، ويعني أنه يجب أن تكون هناك ضرورة ملحة تستلزم تدخل الفرد المتضرر، أو أن تكون المساهمة مطلوبة من الإدارة. وعلى النقيض من ذلك، فإن صفة المساهمة أو المساعدة لا يعترف بها عندما تكون غير مطلوبة من الإدارة، ولا موافق عليها من طرفها، أو لا توجد حالة ضرورة ملحة تبرر التدخل¹.

إن معيار "الضرورة الملحة الطارئة" (*Urgente Nécessité*) معيار غير ثابت ولا عام، إنما هو معيار استنبطه القضاء الإداري الفرنسي وطبقه، بشكل مرن، بحسب ظروف كل قضية على حدة، ومثال ذلك حالة الأشخاص الذين ينطلقون بسرعة لملاحقة مجرم متلبس بالسرقة للمساعدة على إلقاء القبض عليه²، أو السائق الذي يحاول إسعاف المصاب بحادثة سير على الطريق العام³، أو كالجار الذي يهرب بسرعة لانتشال جارته من حفرة عميقة وقعت فيها⁴.

وتعتبر قضية رشيد قناني، ذلك الشخص الذي تطوع في ظروف ملحة وجد طارئة، من أجل إنقاذ أرواح عدد من المغاربة، من عمل إرهابي قام به أحد ضحايا الفكر التخريبي ببلادنا خير مثال يستدل به في هذا السياق. مع التنبيه أن السيد قناني قد أدى عملاً تطوعياً مجانياً بدون الحصول على موافقة الإدارة المعنية؛ لأن الظروف كانت تقتضي الاستعجال، حيث تزامن تدخله مع وقوع الحادثة بل الكارثة، وهو ما يميز هذه الحالة التي تعكس حالة الضرورة الملحة مع حالات ونوازل أخرى، كالتطوع لانتشال الضحايا من فوق الانقراض إثر زلزال ما أو غير ذلك، فمثل هذه الحالات الأخيرة يستدعي العمل التطوعي فيها موافقة الإدارة المعنية بالأمر، لأنه لا وجود لضرورة ملحة نسبياً.

¹ - د. حمدي، المرجع السابق، ص: 84.

² - C.E. Sect.17/4/1953, Pingnet.

أورده د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الثاني: القضاء الإداري، مسؤولية السلطة العامة، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2004، ص: 329.

³ - المرجع السابق، ص: 329 الهامش رقم (5) C.E. 30/4/1990, Commune de Conéron

⁴ - مجلس الدولة الفرنسي، 9 تشرين الأول 1970، قضية "Gailand" ذكره د. الخوري. م.س، ص: 453 الهامش رقم (3).

2- يجب أن تكون مساهمة الفرد متعلقة بنشاط مرفق عام:

ومقتضى هذا الشرط أن مساهمة ومساعدة الأفراد يجب أن تتعلق بمرافق عمومية حقيقية لا تترك مجالا للشك، وقد تكون في الغالب مرافق عامة تقليدية كمرافق مكافحة الحرائق، أو إنقاذ الأشخاص الذين يواجهون الأخطار¹، والمرفق الاستشفائي ومرفق الجمارك². وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي من صفة المرفق العام، حيث أضفى هذه الصفة على أي نشاط لمجرد أنه يندرج بطبيعته في اختصاصات جهة معينة، مثال ذلك مساعدة الأفراد الذين يهددهم الخطر، فهذا لا يعد في حد ذاته مرفقا عاما، ومع ذلك اعتبره مجلس الدولة الفرنسي كذلك لمجرد كون هذا النشاط يندرج في اختصاصات مرفق عمومي منوط برئيس البلدية ولحسابها³.

3- يجب أن تتوفر في طالب التعويض صفة "المساعد الفعلي" للمرفق العام

ويعني هذا الشرط، أنه لا يمكن اعتبار الشخص شريكا فعليا للمرفق العام إلا إذا قدم مساعدة فعلية وحيوية، ومن ثم فإنه عند قرع ناقوس الخطر وهب شخص ليتوجه إلى مكان اندلاع الحريق، بنية وضع نفسه تحت تصرف جهاز مكافحة الحرائق، فلا يمكن اعتباره مساعدا ظرفيا، إذا لم يشارك ويساهم فعليا في عمليات الإطفاء بإدارة الجهاز المذكور⁴. من ناحية أخرى، يجب أن لا تكون هذه المساعدة نابعة من حرصه على المساهمة في سير المرفق العام الذي ينتفع به، بل مستمدة من حرصه على خدمة الصالح العام، وهذا راجع بالطبع إلى أنه لا يمكن إضفاء صفة المساهمة الفعلية في المرافق العامة للمرتفقين منها، إلا إذا تعدت مساعدتهم نسبة المساهمة التي يمكن توقعها عادة من المرتفق، مقابل المزايا التي يوفرها له المرفق العام⁵.

وبالمقابل، لا يحول أبدا الوضع الشخصي العائلي والاجتماعي للمساهم المتضرر دون اعتباره متطوعا، أو دون تطبيق قواعد المسؤولية على أساس المخاطر بالنسبة إليه إذا أقدم على

¹- د. فرحات، المرجع السابق، ص: 329.

²- د. الخوري، المرجع السابق، ص: 455.

³- المرجع السابق، ص: 455 و 456.

⁴- د. الخوري، م.س، ص: 457.

⁵- انظر القرارين على التوالي:

- C.E, 27 oct 1961, Karm-11

- C.E, Set, 02/02/1979 Gauthier

أوردتهما د. فرحات المرجع السابق، ص: 328، الهامش رقم (2) و(3)

إنقاذ قريب أو نسيب له، شرط أن يثبت أنه ساهم موضوعيا وبصورة مباشرة في نشاط المرفق العام. ولقد أثبتت هذه المسألة خاصة بالنسبة إلى رجال الإنقاذ الذين يندفعون إلى إنقاذ ونجدة أحد أفراد عائلاتهم، في مكان عمومي مخصص لتنفيذ نشاط إغاثة ضحايا الحوادث، فهنا اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الشخص المساهم العائلي بأنه مساهم ظرفي في نشاط مرفق عام جماعي¹. يتضح إذن، أنه متى تحققت هذه الشروط الآنف ذكرها، فإن القضاء الإداري يعتبر الفرد معاونا للمرفق العام في أداء الخدمة العمومية. ولذا، فإنه يكفي وجود رابطة سببية وثيقة بين العمل التطوعي الذي تسبب للشخص المتضرر في الضرر اللاحق به وبين المرفق العام، لكي تتحقق المساهمة في هذا المرفق².

وعموما، يلاحظ ميل القضاء الإداري، وعن وجه حق، نحو العمل على توفير حماية كافية للمتعاونين مع المرافق العامة، لاسيما وأنه أظهر من خلال اجتهاداته القيمة والمتألقة مدى تفانيهم وشجاعتهم وإرادتهم الطيبة في حث المرافق العامة على العمل بفعالية وبإنسانية³. ويرى جانب آخر من الفقه، أن هذه الخطوات الجريئة التي خطاها القضاء الإداري نحو مزيد من التوسع في مفهوم "المساهم الظرفي المجاني"، تعتبر الحد الأقصى الذي لم يعد من الجائز تجاوزه⁴.

¹ - القرارين على التوالي: "C.E. 1/07/1977, comm. de coggia".

- C.E 22/06/1984, Mme Nicolai أوردتهما د. الخوري، م.س، ص: 460.

² - د. حمدي، المرجع السابق، ص: 85 ود. فرحات، المرجع السابق، ص: 330.

³ - د. فرحات، المرجع السابق، ص: 330.

⁴ - د. الخوري، المصدر السابق، ص: 460.

رقابة القضاء الإداري على فسخ الصفقة العمومية.

هشام العقراوي

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية

تتمتع الإدارة بمجموعة من الامتيازات في المجال التعاقدية¹، وأهم هذه الامتيازات سلطة فسخ العقد بصورة منفردة كجزء على إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، أو ارتكابه مخالفات واضحة وخطيرة²، من شأنها أن تؤثر على سير المرفق العام، وتستند الإدارة سلطة الفسخ، من نصوص العقد أو باعتبارها كسلطة عامة، تسهر على الحفاظ على المصلحة العام، والإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية في إنهاء الصفقة العمومية متى اقتضى الصالح العام ذلك، ولو لم يقع أي خطأ من طرف المتعاقد، وسلطة الإدارة في فسخ الصفقة العمومية غير مطلقة بل مقيدة بعنصر المصلحة العامة وتحث رقابة القاضي الإداري، الذي يعمل على ضمان عدم تعسف الإدارة في استعمالها لامتيازاتها، من خلال رقابته على أسباب وإجراءات الفسخ وعبر مراقبته مدى تناسب بين المخالفة المرتكبة والعقوبة كما أنه يسهر على إلزامية تعليل قرار الفسخ.

المطلب الأول : دعوى فسخ الصفقة العمومية.

تندرج دعوى فسخ الصفقة العمومية ضمن اختصاص القضاء الشامل، وذلك لكون قرار الفسخ يعد من القرارات المتصلة بالعقد، واستثناءا يقبل الطعن بالإلغاء لعيب من عيوب المشروعية. ومنه سنسلط الضوء على الأسس النظرية للفسخ ثم نتطرق لمظاهر الحماية القضائية من قرار الفسخ بين تدخل قاضي الإلغاء وقاضي العقد على ضوء اجتهاد القضاء الإداري

¹ تتجلى امتيازات وسلطات الإدارة في المجال التعاقدية في: سلطة الرقابة والإشراف سلطة توقيع الجزاء: والذي ينقسم إلى الجزاءات المالية التي تتمظهر في غرامات التأخير ومصادرة التامين.

سلطة التنفيذ المباشر حيث أن الإدارة تحل محل المتعاقد في تنفيذ التزاماته ولا تلجأ إلى القضاء لأخذ حقوقها و.

سلطة تعديل العقد.

وسلطة إنهاء العقد عن طريق الفسخ: انظر كتاب محمد الاعرج نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية العدد 73 مطبعة دار النشر المغربية سنة 2007 ص 91/88/83/82.

² محمد قصري: «القاضي الإداري والصفقات العمومية» مقال منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاة العدد الثالث سنة 2012 ص 67.

الفقرة الأولى: الأسس النظرية لدعوى فسخ الصفقة العمومية.

تعتبر الصفقة العمومية (حسب المادة الرابعة الفقرة الثالثة عشر من مرسوم 20 مارس 2013)

عقد إداري بعوض تبرم بين صاحب المشروع من جهة وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى يدعى مقاولاً أو مورد أو خدما¹، إلا أنه قد يحدث أن تنتهي هذه الصفقة نهاية غير طبيعية من طرف الإدارة أو المتعاقد عن طريق الفسخ والذي يتخذ عدة أنواع ولا بد من ممارسته وفق شروط محددة وتحت رقابة القضاء الإداري،².

أولاً: مفهوم الفسخ وشروطه.

عرف المشرع المغربي مفهوم الفسخ في الفصل 259 من ظهير الالتزامات والعقود³، ويعتبر الفسخ⁴ نظاماً تلجأ إليه الإدارة لفك الرابطة التعاقدية⁵، ويرتبط بالعقود الملزمة لجانبين وبمدى وفائهم بالتزاماتهم تجاه بعضهم البعض، وأي إخلال في تنفيذ هذه الالتزامات يؤدي إلى المطالبة بفسخ الصفقة العمومية⁶، ويعد الفسخ كذلك جزاء لعدم الالتزام بتنفيذ مقتضيات العقد من طرف أحد أطرافه، وقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لنظام الفسخ حيث أنه لم يستقر على رأي موحد، فهناك من أسس الفسخ على وجود شرط فاسخ ضمني في العقد وهذا الرأي أنتقد من طرف الفقه الفرنسي، حيث اعتبر أن الفسخ لا يتقرر كقاعدة إلا بعد النطق به من طرف

¹ مرسوم الصفقات العمومية رقم 2.12.349، صادر في 8 جمادى الأولى 1434 / 20 مارس 2013 منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 6140، ص 3025

² محمد الاعرج: «نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية» مرجع سابق ص 118.

³ الفصل 259 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي (إذا كان المدين في حالة مَطلُكٍ للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكناً، فإن لم يكن ممكناً للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين).

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكناً، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين. لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة

⁴ الفسخ: لغة النقص والحل يقال فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ أي نقضه فانتقض والفسخ يعني زوال الفعل عن موضعه انظر ابن منظور محمد لسان العرب المجلد الثالث صادر 1997 ص 44.

من الناحية القانونية هو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي وهو جزاء لعدم لقيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ويفترض في الفسخ توفر عقد إداري.

⁵ محمد الاعرج: مرجع سابق ص 118.

⁶ عبد القادر العراري: نظرية العقد دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة منشورات دار الأمان الرباط الطبعة الرابعة 2014 ص 377.

القضاء¹، وتواجد الشرط الفاسخ يؤدي إلى انحلال العقد بقوة القانون بمجرد الإخلال بهذا الشرط، وهناك اتجاه فقهي آخر ربط مسألة توقيع الفسخ بوجود إخلال في تنفيذ الالتزامات، ومنه فإن الفسخ يتسم بعدة خصائص منها:

يعتبر من امتيازات السلطة العامة حيث أن الإدارة مقيدة بدافع المصلحة العامة في حالة ممارستها للفسخ بصورة منفردة، يعد قرار الفسخ من القرارات المتصلة بعقد الصفقة العمومية حيث أن القضاء الإداري المغربي من خلال أحكامه ذهب في هذا الاتجاه حيث نجد حكم إدارية الدار البيضاء بتاريخ 21/2/2000 عدد 93 والتي اعتبرت أن قرار الفسخ يعد قرارا متصلا بالعقد ويتعين الطعن فيه أمام قاضي العقد وليس أمام قاضي الإلغاء². وفي نفس الاتجاه سارت إدارية الرباط في حكم لها بتاريخ 2010 عدد 1817 حيث أشارت أن تقديم الطعن ضد مقرر الفسخ أمام قضاء الإلغاء يجعله غير مقبول شكلا³، أما المحكمة الإدارية باكاير قد اتجهت خلاف هذا الحكم واعتبرت «.... أن القرارات الإدارية القضائية بالفسخ تعد قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة للطعن بالإلغاء....»⁴، ويمكن للإدارة أن تتنازل عن حقها في توقيع الفسخ وتلجأ إلى التقاضي كالمتعاقدين الآخر، حتى تضمن عدم الرجوع عليها للمطالبة بالتعويض، وعلى اعتبار أن الفسخ وسيلة لإنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد لا يمكن اللجوء له إلا إذا ارتكب المفاوض خطأ جسيما⁵.

¹ عبد القادر العراري: نظرية العقد مرجع سابق ص 378.

² حكم عدد 98 في الملف رقم 16/2000 بتاريخ 21/02/2001 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 60 ص 330.

³ حكم عدد 1817 بتاريخ 20/12/2010 أشارت إليه الباحثة يمينية بيكيس: في رسالة لنيل دبلوم الماستر (الرقابة على الصفقات العمومية بالمغرب) مرجع سابق ص 121.

⁴ حكم إدارية باكاير عدد 2009/03 بتاريخ 13/01/2009 منشور بنفس المرجع ص 121.

⁵ من الأخطاء الجسيمة الموجبة لفسخ الصفقة العمومية
- عدم التقيد بنود الصفقة العمومية أو بأوامر الخدمة العمومية الصادرة عن الإدارة من طرف صاحب المشروع

- عدم انجاز الأشغال داخل الأجل المتفق عليه /عدم حضور المفاوضة بمكان الأشغال

- تعاقب المفاوض من الباطن دون ادن الإدارة

- ارتكاب المفاوض لأفعال تدليسية

- /فقدان المفاوض للأهلية المدنية

- تعرض المفاوض لتصفية القضائية /عدم تكملة مبلغ التأمين (الضمان).

وسلطة الإدارة في توقيع الفسخ لا يحد منها إلا القاضي الإداري الذي يراقب مدى احترام الإدارة للإجراءات قبل توقيع قرار الفسخ ومن بين هذه الإجراءات إلزامية توجيه إنذار¹ قبل توقيع جزاء الفسخ، وذلك للحفاظ على حق التقاضي والذي يعد مبدأ عاما ودستوريا وفق الفصل 118 من دستور 2011، وفي هذا السياق اعتبرت إدارية مراكش في حكم لها بتاريخ 28/11/2011 عدد 261،.... حيث أنه كما سبق تبيانه فإن فسخ الصفقة العمومية من طرف المدعى عليها كان تعسفيا وذلك بسبب عدم إنذار المفاوضة طبقا للقانون....²، والفقه الإداري الفرنسي شدد على ضرورة احترام إجراء توجيه إنذار وذلك تحت طائلة إعفاء المفاوضة من النتائج المكلفة والناجمة عن الفسخ مهما كانت جسامة الأخطاء المرتكبة، إضافة إلى شرط الإنذار قبل إصدار قرار الفسخ لا بد أن يصدر قرار الفسخ عن الجهة المختصة وهي التي أبرمت العقد، وفق مقتضيات مرسوم الصفقات العمومية 20 مارس 2013، وإذا كان يلزم لإبرام عقد الصفقة لا بد من الحصول على مصادقة من طرف سلطات الوصاية، فإن قرار الفسخ يبقى خاضعا لنفس المصادقة، وذلك طبقا لمبدأ توازي الشكليات³، كما هو الشأن بالنسبة للصفقات المبرمة لفائدة الجماعات الترابية، فإن توقيع الجزاء في هذه الحالة لا يعد صحيحا إلا بالرجوع لسلطة الوصاية للمصادقة على جزاء الفسخ، كما أن المشرع المغربي قد ألزم إدارات الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية بتعليل قراراتها الإدارية السلبية، وعلى اعتبار أن قرار الفسخ يعد قرارا إداريا وبالتالي يلزم تعليله وذلك توخيا لمبدأ شفافية إبرام الصفقات العمومية وضمان حماية للمفاوضة، لأن قرار الفسخ ينبغي أن يكون أكثر شفافية من إبرام العقد الإداري⁴، وإذا لم ينص عقد الصفقة العمومية على إلزامية تعليل قرار الفسخ، فإن الإدارة تكون ملزمة بالخضوع لمقتضيات المادة الثانية من قانون 01/03، ومنه مهما تعددت مبررات فسخ عقد الصفقة العمومية فإن الإدارة تظل خاضعة في امتياز الفسخ لرقابة القضاء الإداري وبالتالي: ما هي حالات الفسخ التي يمكن أن تخضع له الصفقة العمومية؟

¹ يقصد بالإنذار (وسيلة لإثبات حالة تأخير أو إخلال المفاوضة في تنفيذ التزاماتها اثباتا قانونيا) انظر مراد بن عمر حقوق المفاوض في صفقات الأشغال ودور القاضي الإداري في حمايتها) رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون العام تخصص القضاء الإداري بسلا سنة 2012/2013 ص 69.

² حكم عدد 261 الصادر بتاريخ 28/11/2011 منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية ص 482.

³ مراد بن عمر: (حقوق المفاوض في صفقات الأشغال ودور القاضي الإداري في حمايتها) رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون عام تخصص القضاء الإداري مرجع سابق ص 71.

⁴ مراد بن عمر: مرجع سابق ص 71.

ثانياً: حالات فسخ الصفقة العمومية.

قد ينتهي العقد الإداري نتيجة فسخه من طرف الإدارة أو باتفاق الأطراف، وقد يصبح مفسوخاً بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة أو موت المتعاقد أو دخول المقاوله لمرحلة التصفية القضائية، ويمكن للإدارة أن تلجأ إلى فسخ العقد بصورة منفردة كجزاء، وحالات فسخ الصفقة العمومية يوظفها المرسوم المحدد لشروط الإدارية العامة¹، وتتوزع حالات فسخ الصفقة العمومية، بين الفسخ الاتفاقي وبقوة القانون والقضائي² والفسخ كجزاء إداري توقعه الإدارة بصورة منفردة.

(أ) : الفسخ الاتفاقي: قد يعاني صاحب المشروع من صعوبات مالية أو يستحيل عليه الاستمرار في الصفقة العمومية للأمر ما، أو عدم تمكن صاحب المقاوله من تنفيذ التزاماتها، وبالتالي يتم اللجوء إلى اتفاق بين أطراف العقد على فسخه ضد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقد يتم الاتفاق كذلك على كيفية تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الخسارة الناتجة له من جراء الفسخ الاتفاقي³.

(ب) : الفسخ بقوة القانون: هناك حالات معينة يمكن أن تنتهي فيها الصفقة العمومية بقوة القانون، كهلاك محل العقد أو حدوث قوة القاهرة أو نتيجة وفاة المتعاقد أو خضوع المقاوله لصعوبة استمرارية في التنفيذ.

1: حالة هلاك محل العقد: يقصد بمحل العقد الشيء الذي تم التعاقد من أجله حيث أن هلاك هذا الأخير يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون لكون محل العقد لم يعد له وجود، وقد يكون هلاك محل العقد ناتج عن سبب خارج عن إرادة الطرفين حيث لا يتحمل أي منهم مسؤولية التعويض، وإذا كان هلاك محل العقد بسبب الإدارة كما هو الشأن في فعل الأمير فان المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً⁴.

2: حالة القوة القاهرة: القوة القاهرة في العقود الإدارية تختلف عن العقود الخاصة، فلها مدلول خاص وهي ذلك الحادث الخارجي، الذي يستحيل توقعه واستحالة دفعه، وتؤدي إلى

¹ نظم مرسوم المحدد لشروط الإدارية العامة لإبرام صفقات الدولة حالات الفسخ من خلال المواد 70/48/47/28.

² رغم كون الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي يؤديان إلى نفس النتيجة وهي زوال الرابطة العقدية فإنهما يختلفان من حيث مصدر الفسخ وطبيعة الحكم الصادر بشأنهما فالفسخ القضائي مصدره حكم القاضي بإنهاء العقد أما الفسخ الاتفاقي فمصدره إرادة الأطراف وذلك عند إخلال أحدهما بتنفيذ التزاماته.

³ محمد قصري: (الآثار القانونية المترتبة عن فسخ الصفقة في مواجهة الإدارة والمقاوله) مقال منشور بمجلة معيار تصدر عن هيئة المحامين بفاس العدد الرابع والثلاثون نونبر 2005 ص 52.

⁴ محمد قصري: مرجع سابق ص 53.

استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة، ونظرية القوة القاهرة تختلف عن نظرية الظروف الطارئة، في كون هذه الأخيرة لا تجعل التنفيذ مستحيلا بل تجعله مرهقا فقط، ويمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض نتيجة الأضرار الناتجة عن قلب اقتصاديات العقد على خلاف القوة القاهرة التي لا تعطي للإدارة امكانية إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته ولا توقع عليه الجزاءات المالية أو غرامات التأخير نتيجة عدم تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة لأن الأمر خارج عن إرادته¹.

3: حالة وفاة المتعاقد: المتعاقد مع الإدارة ملزم بتنفيذ مقتضيات العقد بصفة شخصية وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه قد يحدث أن يتوفى المتعاقد مع الإدارة، وفي هذه الحالة تفسخ الصفقة بقوة القانون وفق المادة 28 من دفتر الشروط الإدارية العامة²، إلا أنه يمكن للإدارة صاحبة المشروع أن تعطي امكانية استمرار تنفيذ مقتضيات الصفقة بواسطة الورثة في حالة قبولهم³.

4: حالة خضوع المقاوله لتصفية قضائية: نصت المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لفائدة الدولة على أن العقد يفسخ بقوة القانون في حالة خضوع المقاوله لتصفية قضائية وبدون تعويض، ما عدى إذا قامت السلطة الإدارية المختصة بمنح ترخيص لسنديك لمواصلة أشغال المقاوله.

ج) الفسخ القضائي: الفسخ القضائي هو الفسخ الذي يقرره القاضي الإداري، بناء على طلب الإدارة أو بطلب من المتعاقد، حيث أن القاضي يراقب مدى التقيد بالالتزامات المترتبة عن العقد الإداري ويراقب مشروعية الإجراءات الممهدة لإبرام الصفقة العمومية أو الممهدة لفسخها، كم أنه يحرس على إلزامية تعليل قرار الإبرام أو الإنهاء، ويمكن ممارسة الفسخ القضائي إما بطلب من الإدارة أو بطلب من المتعاقد.

✓ الفسخ بطلب من المتعاقد مع الإدارة :

وذلك في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها أو ارتكابها لأخطاء جسيمة مؤثرة على سريان العقد يمكن للمتعاقد في هذه الحالة أن، يطلب من القاضي الإداري، فسخ العقد مع مراعاة ما قد يترتب على ذلك من المطالبة بالتعويض نتيجة الأضرار التي لحقت المقاوله جراء خطأ الإدارة،

¹ مرجع سابق ص 54.

² المادة 28 من دفتر الشروط الإدارية العامة المنظم بموجب مرسوم 2000.

³ محمد قصري: مرجع سابق ص 54.

والقضاء الإداري المغربي أكد في العديد من أحكامه هذا الاتجاه حيث نجد حكم إدارية الرباط عدد 956 الصادر سنة 1996¹.

الفسخ أمام القاضي الإداري بطلب من الإدارة

إن لجوء المتعاقد إلى القضاء للحكم له بفسخ الصفقة العمومية، يبرره حرص هذا الأخير على ضمان حقوقه تجاه الإدارة التي تعد سلطة عامة، من حيث التعويض عن الأضرار وعن الأشغال الخارجة عن إطار التعاقد واسترجاع الضمانة البنكية².

أما الإدارة فإنها تظل مخيرة بين اللجوء إلى فسخ العقد الإداري بصورة منفردة بناء على خطأ المتعاقد في التنفيذ، وبين أن تتنازل عن حقها في فسخ العقد وتسلك طريق التقاضي حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها للمطالبة بالتعويض، والإدارة لا يمكنها القيام بفسخ الصفقة العمومية بعد انجازها وتسليمها إياها، وهذا الأمر أكدته إدارية فاس والتي رفضت طلب الفسخ بعد انجاز الأشغال³.... حيث إن طلب فسخ عقد الصفقة موضوع النزاع والحال أن الأشغال قد تم انجازها وبالتالي فإن طلب الفسخ يكون حليف الرفض.... « ونفس الأمر أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها رقم 14 بتاريخ 3/1/2013 (... حيث أكدت أن طلب الفسخ المقدم من صاحب المشروع بعد أتمام المقاول المدعى عليها لجميع الأشغال المتفق عليها وتسليمها له بدون تحفظ أي بعد تحقق الغاية من الصفقة يجعله غير مؤسس وحليف الرفض...⁴)

د) الفسخ الإداري كجزاء: قد تلجأ الإدارة إلى الفسخ كجزاء، على إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية أو ارتكابه مخالفة واضحة، تجعل تنفيذ العقد صعبا، ورغم تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في توقيع جزاء الفسخ إلا أنها تظل خاضعة لرقابة القاضي الإداري ومقيدة بمبدأ المصلحة العامة⁵.

¹ أشار إليه محمد قصري: (الآثار القانونية المترتبة عن فسخ الصفقة العمومية في مواجهة الإدارة والمقاوله) مرجع سابق ص 54.

² محمد قصري: مرجع سابق ص 55.

³ حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 01/148 بتاريخ 22/7/2009 بين شركة البسط للأشغال المختلفة ضد الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء أشار إليه محمد قصري: في مقاله (الآثار القانونية المترتبة عن فسخ الصفقة العمومية في مواجهة الإدارة والمقاوله) مرجع سابق ص 55.

⁴ حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 14 بتاريخ 3/1/2013 غير منشور.

⁵ محمد قصري: (القاضي الإداري والصفقات العمومية) مقال منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاة مرجع سابق ص 55.

ومنه نستنتج أنه رغم تعدد الحالات الموجبة لفسخ الصفقة العمومية سواء من طرف الإدارة أو بشكل اتفاقي بين الإدارة والمقاولة، فإنه يظل خاضع لرقابة القاضي الإداري والذي يسهر على ضمان مشروعية أسباب الفسخ ومدى احترام إجراءاته من حيث إنذار المقاولة، ووجوب تعليل قرار الفسخ واحترام الآجال القانونية، والقضاء الإداري المغربي لم يكتفي فقط بمراقبة مشروعية قرار الفسخ بل سعى إلى تبني الاجتهادات القضائية الحديثة خاصة نظرية الملائمة، من خلال سهره على مدى تحقيق الملائمة بين سبب الفسخ والعقوبة المتخذة ليعرف هل هناك تناسب بينهما، ومنه سنحاول الوقوف على الحماية القضائية للمقاولة من قرار الفسخ التعسفي بين دعوى الإلغاء والتعويض من خلال (المطلب التالي)

المطلب الثاني: الحماية القضائية من قرار فسخ الصفقة العمومية.

الإدارة وهي تلجأ إلى إجراء الفسخ، عليها أن تراعي عدة إجراءات نص عليها المشرع المغربي من خلال المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة وكرسها القضاء الإداري، وذلك حفاظا على مشروعية قرار الفسخ، وضمانا لحقوق المقاولة المتعاقدة مع الإدارة، ولا تقتصر الحماية القضائية فقط على الإجراءات المسطرية الممهدة لصدور قرار الفسخ، بل تمتد إلى فحص الأسباب التي أدت إلى الفسخ¹، ورقابة القضاء الإداري عرفت تطورا من رقابة المشروعية إلى رقابة الملائمة من خلال رقابته على مدى التناسب بين جزاء الفسخ والمخالفة المرتكبة.

الفقرة الأولى: رقابة القضاء الإداري على الإجراءات المتبعة قبل صدور قرار الفسخ.

تظل سلطة الإدارة في توقيع جزاء الفسخ، مقيدة بضرورة توجيه إنذار للمقاولة، يتضمن جميع الإختلالات والأخطاء وحالات التقصير التي قام بها والمنسوبة إليه، ويعد الإنذار بمثابة تبليغ لفائدة المقاولة لإشعارها بالمخالفات التي قامت بها، حيث أن صاحب المشروع يقوم داخل أجل 15 بارسال إنذار للمقاولة يخبرها بالإجراء المنوي اتخاذه ضدها في حالة عدم تنفيذ مقتضيات الصفقة العمومية² وإذا لم تلتزم الإدارة بهذا الإجراء قبل فسخ الصفقة فإن للمقاولة الحق في منازعتها أمام القضاء الإداري وإذا تبين له أن الإدارة لم تحترم إجراء إنذار المقاولة قبل توقيع الفسخ فإنه يحكم بمخالفة جزاء الفسخ للقانون أو لعييب في الشكل، وفي هذا الصدد قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء - محكمة النقض حاليا - في قرار لها عدد 355 بتاريخ

¹: محمد زهور: (دور القضاء الإداري في حماية حقوق طرفي العقد الإداري - صفقات الأشغال العمومية نموذجاً)

رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام تخصص القانون الإداري والعلوم الإدارية للتنمية بجامعة عبد المالك السعدي سنة 2011/2012 ص 162.

²: المادة 143 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة .

10/05/2006: حيث أنه وبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال المنجزة لفائدة الدولة، خاصة المادة 70 منه إذ يتبين أن حق الإدارة في الفسخ مقيد بشرط الإنذار، مع منح أجل 15 يوما من تاريخ تبليغه لامتثال المفاوضة له.....¹، وقد اعتبرت إدارية الدار البيضاء في حكم لها رقم 243 بتاريخ 23/2/1996 «... أن عدم احترام الإدارة لإجراءات الشكلية المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة داخل أجل 15 يوما وبالتالي فإن المحكمة ترى أن قرار الفسخ جاء مشوبا بعييب في الشكل ومخالفته للقانون.....»²، وفي نفس الاتجاه أكدت المحكمة الإدارية بوجدة في حكم رقم 31 بتاريخ 1996 «... أن قيام الإدارة بفسخ عقد مع المدعى دون إتباعها المسطرة القانونية المنصوص عليها بالفصل 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة يخول للمتعاقد الحق في الحصول على المصاريف التي أنفقها.....»³، وفي نفس السياق قضت إدارية أكادير برفض دعوى المتعاقد مع الإدارة المتعلقة بالتعويض عن قرار الفسخ بعد أن تبين لها أن الإدارة قد استوفت جميع الإجراءات القانونية المتطلبة للفسخ كما منصوص عليها بالفصل 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة.⁴ وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 3371 بتاريخ 3/6/2014 حيث اعتبرت (.... أن تجديد العقد سنويا يخول للإدارة حق فسخ عقد التوظيف المؤقت في أي وقت شريطة توجيه الإخطار بذلك وأشارت كذلك أن قيام الإدارة بفسخ العقد بصورة منفردة بصفة غير مشروعة ودون احترام الإجراءات المقررة قانونا ولاسيما تلك المتعلقة بالإخطار بالفسخ قبل مضي أجل شهرين طبقا للبند الثاني من عقد الالتزام يحتم الحكم بالتعويض عن الضرر يوازي مدة شهرين من العمل...)⁵، وبالتالي وبناء على توجه المشرع المغربي من خلال النصوص القانونية المنظمة لكيفية توجيه إنذار للمفاوضة وفي إطار اختصاص القاضي

¹ : قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء عدد 353 صادر بتاريخ 10 ماي 2006 ملف عدد 2067/4/1/2005 بين مكتب استغلال الموانئ وشركة حفيان

² : حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 243 بتاريخ 23/02/1996 بين شركة التنظيف الصناعي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية الدليل العملي للاجتهاد القضائي ص 414.

³ : حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 31 صادر بتاريخ 3/10/1996 ملف رقم 35/94 أشار إليه محمد قصري:

(الآثار القانونية المترتبة عن فسخ الصفقة في مواجهة الإدارة والمفاوضة) منشور بمجلة معيار عدد 34 سنة 2004.

⁴ : حكم المحكمة الإدارية باكاير بتاريخ 4/1/2004 منشور بمجلة المحاكم الإدارية عدد 1 ص 855.

⁵ : حكم المحكمة الإدارية بالرباط قسم القضاء الشامل عدد 3371 بتاريخ 3/6/2014 غير منشور.

الإداري الذي يحرص أشد الحرص على التقيد بالإجراءات القانونية الشكلية لضمان مشروعية قرار الفسخ، والفقه الإداري الفرنسي شدد على ضرورة قيام الإدارة بإجراء الإنذار، وفي حالة عدم قيامها بهذا الإجراء يترتب عنه إعفاء المقاتلة المتعاقدة من النتائج الناجمة عن الفسخ رغم جسامتها¹، ورغم تشدد الفقه الفرنسي على القيام بإجراء الإنذار قبل توقيع جزاء الفسخ فإن هذا الموقف ليس عاما بل هناك حالات استثنائية تعفى فيها الإدارة من توجيه إنذار للمقاتلة قبل توقيع الفسخ وهذه الحالات أقرها الفقه والقضاء الإداريين بفرنسا ويتعلق الأمر بالحالات التالية²، والقضاء الإداري المغربي قد جسد موقف فسخ الصفقة دون توجيه إنذار في حالة الخطأ الجسيم من خلال حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 08/13/2012 حيث اعتبرت (... أن قرار فسخ الصفقة المستند على إخلال المتعاقد بأحد البنود التعاقدية لا يمكن أن يكون محلا لدعوى الإلغاء في حالة إذا كان الإخلال جسيما بالالتزام الأساسي الذي يترتب العقد على عاتق المقاتلة يخول للإدارة امكانية فسخ الصفقة بدون توجيه إنذار إلى المخل بالالتزام المذكور....) وبالتالي قضت برفض التعويض³.

الفقرة الثانية : رقابة القضاء الإداري على مشروعية أسباب فسخ الصفقة العمومية.

إن تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في إنهاء الصفقة العمومية بصورة منفردة، تحقيقا للمصلحة العامة ولضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولسهر على تنفيذ بنود العقد يقابلها تمتع المقاتلة هي الأخرى بعدة ضمانات وامتيازات من بينها اللجوء إلى القضاء الإداري والذي يعمل على مراقبة أسباب الفسخ ومدى مشروعيتها، وإذا تبين له أن قرار الفسخ يستند على أسباب غير مشروعة فإنه يعمل على إلغائه، ويمكن للمقاتلة المطالبة بالتعويض استنادا على

¹: مراد بن عمر: حقوق المقاتل في صفقات الأشغال ودور القاضي الإداري في حمايتها رسالة لنيل دبلوم

الماستر في القانون العام نخصص القضاء الإداري جامعة محمد الخامس السويسي سلا مرجع سابق ص 70.

² - اذا ورد نص صريح في دفتر الشروط الإدارية الخاصة لصفقة الأشغال أو دفتر الشروط الإدارية العامة .

- اذا أعلن المقاتل صراحة ومن تلقاء نفسه رفضه لتنفيذ التزاماته أو عدم قدرته على تنفيذها .

- اذا ارتكب المقاتل أفعال الغش في تنفيذ التزاماته.

- اذا خالف المقاتل التزاما جوهريا يتعذر تداركه أو إصلاحه في ما بعد .

- اذا تنازل المقاتل عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية للغير أو تعاقد من الباطن دون ادن الإدارة.

- ثم في حالة الاستعجال التي يبقى للإدارة كامل الصلاحية في تقديرها . أشار إليها مراد بن عمر: حقوق

المقاتل في صفقات الأشغال ودور القاضي الإداري في حمايتها مرجع سابق ص 70 .

³: حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 08/11/2012 غير منشور

الضرر الذي سببه فسخ الصفقة العمومية¹، وفي هذا السياق ذهبت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء - محكمة النقض حاليا - وهي تنظر في مدى صحة سبب الفسخ في قرار تحت عدد 923 بتاريخ 29/9/2004، واعتبرت أنه «.....وحيث أنه بالرجوع إلى قرار الإنذار الصادر عن الإدارة صاحبة المشروع تبين أنه معلل بالتأخير في انجاز الأشغال التي حددت في 18 شهرا طبقا للفصل 46 من كناش المقتضيات الخاصة، وحيث دفعت المقاول المتعاقدة معها بأن السبب في تأخير الأشغال يعود إلى الإدارة التي لم تسلمها التصاميم التقنية الخاصة بكل جزء من أجزاء الصفقة رغم مطالباتها العديدة بذلك، وحيث أن الإدارة لم تدل بما يثبت تسليمها للمدعية المستأنف عليها التصاميم التقنية الحاملة، لعبارة صالحة لتنفيذ..... وانطلاقا من كل هذه الوقائع الثابتة في حق الإدارة، تجعل المستأنف عليها في وضعية سليمة اتجاه عقد الصفقة العمومية، مما يجعل مسؤولية الإدارة في فسخ عقد الصفقة قائمة.....². ستحتفظ الغرفة الإدارية، بنفس الموقف وستعمل به جل المحاكم الإدارية بالمغرب. حيث أن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكم لها تحت عدد 264 بتاريخ 5/5/2003 ذهبت من خلاله، وهي تتحرى الأسباب التي كانت وراء الفسخ وانتهت إلى عدم مشروعية وأحقية المتعاقد مع الإدارة بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار الناتجة له جراء الفسخ غير المشروع وأشارت في حكمها. (.... حيث أنه إذا كان الفقه والقضاء قد استقر على أنه للإدارة الحق دائما في إنهاء عقودها حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي إخلال أو خطأ من جانبه وان للإدارة سلطتها في إنهاء العقد، متى قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة، ويبقى للطرف الآخر الحق في التعويضات، في حالة وجود ظروف تستدعي هذا الإنهاء وأن يكون دافع الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة....)³.

وذهبت إدارية الدار البيضاء في حكم آخر لها بتاريخ 09/02/2006 إلى القول (....حيث أنه إذا كانت للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري فإن تلك السلطة ليست مطلقة ولكنها مقيدة بموجبات تحقيق المصلحة العامة، وبمراعاة الإجراءات القانونية الشكلية والموضوعية وان

¹: محمد زهور: دور القضاء الإداري في حماية حقوق طرفي العقد الإداري صفقات الأشغال نموذجا بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام تخصص القانون الإداري والعلوم الإدارية للتنمية مرجع سابق ص 165.

²: قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء عدد 923 صادر بتاريخ 29/9/2004 ملف إداري عدد 1935/4/1/02 أشار إليه محمد قصري في مقال بعض الإشكاليات المتعلقة بالمنازعة في مجال الصفقات العمومية منشور بمجلة القصر عدد 22 يناير 2009 ص 25.

³: حكم إدارية الدار البيضاء عدد 264 بتاريخ 5/5/2003 قضية شركة المغربية للأعمال ضد وزير التجهيز والنقل منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية ص 476.

استعمالها لتلك السلطة يكون تحت رقابة القضاء الإداري الذي يقوم بالبحث في مشروعية سبب الفسخ....¹، ونجد كذلك المحكمة الإدارية بوجدة التي أوضحت أن «...قاضي العقد يراقب سلامة الإجراءات الشكلية وكذا الأسباب المعتمدة لاتخاذ الجزاءات وأن فسخ العقد من طرف الإدارة يعطي الحق للمقاولة والمطالبة بقيمة الأشغال المنجزة وإرجاع الضمانة مادام لم يثبت بشكل قاطع وجود خطأ أو تقصير من طرفها...»² وإدارية فاس هي الأخرى أكدت من خلال حكم لها بتاريخ 6/10/2004 تحت عدد 90 أن رقابة القاضي الإداري على سبب الفسخ وبعد أن تبين له الإخلال البين للمتعاقدين بالتزاماته العقدية مما يجعله مقتنع برفض طلب المتعاقد بإلغاء قرار الفسخ³ والمحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها عدد 3911 بتاريخ 25/10/2012. قضت أنه «.. إذا كان من حق الإدارة أعمال الفسخ التلقائي لعقد الصفقة فإنها خاضعة لرقابة القضاء الإداري حين ترتبها لذلك الجزاء بهدف التبيين من صحة الأسباب المعتمدة بشأن ذلك ضمانا لسيادة مبدأ المشروعية، وأشارت في نفس الحكم أن فسخ عقد الصفقة بصفة تعسفية من قبل الإدارة يوجب تعويض صاحب الصفقة وكذا إرجاع مبلغ اقتطاع الضمان ورفع اليد عن الكفالة النهائية».

ومنه إذا كان القاضي الإداري لا يتوانى في توفير الحماية القضائية للإدارة، فإنه في نفس الوقت يحرص أشد الحرص على ضمان حقوق المقاولة، وذلك من أجل التشجيع على الاستثمار، والقاضي الإداري في إطار سلطاته الاستنباطية وباعتباره كقاضي مجتهد، انفتح على الاجتهادات القضائية الحديثة، وذلك دائما من أجل توفير حماية أكثر للمتعاقدين مع الإدارة، حيث أصبح يراقب مدى تناسب جزاء الفسخ مع المخالفة المنسوبة للمتعاقدين.

الفقرة الثالثة: ملأمة جزاء الفسخ للمخالفة المنسوبة للمتعاقدين مع الإدارة.

أصبح القاضي الإداري المغربي يأخذ بالاجتهادات القضائية الحديثة، وذلك لتحقيق موازنة فعالة بين المصلحة العامة والخاصة، وفي هذا الإطار أسست المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 23/9/1996، قاعدة مهمة مفادها أن مراقبة القاضي الإداري للجزاءات المطبقة

¹: حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 26 بتاريخ 09/02/2006 ملف رقم 484/2003. بين شركة كونصوليدير للأشغال العمومية ضد الجماعة الحضرية للدار البيضاء غير منشور.

²: حكم إدارية وجدة عدد 37/1998 رقم 724/99 بتاريخ 1998 قضية مقاول بوزيان ضد المكتب الوطني للبريد منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية ص 477.

³: حكم المحكمة الإدارية بفاس ملف 2000/90 بتاريخ 6/10/2004 قضية بنكيران أحمد ضد وزارة الفلاحة منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية ص 360.

من طرف الإدارة لا يقتصر على الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني وإنما تشمل أيضا مدى ملائمة الجزاء مع خطورة الأفعال الصادرة عن المفاوضة¹.

حيث ذهبت في نفس الحكم إلى القول (...حيث أنه من خلال مراقبة المحكمة للأسباب التي أدت إلى فسخ العقدة المبرمة بين شركة التنظيف والتطهير والصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وأن هذا الفسخ جاء كجزاء لخطأ المتعاقد في تنفيذ بنود عقد انجاز أشغال الخدمات العامة..... وحيث إن عقوبة الفسخ التي لجأت إليها الإدارة كجزاء لسوء الصيانة، وعدم احترام بنود العقد، لا تتلاءم مع الأخطاء المنسوبة للمتعاقد معها، سيما وأن السبب المعتمد عليه في الفسخ، تفنده الرسالة المؤرخة ب 24 غشت 1990 والتي عبر من خلالها مدير إدارة العمل الاجتماعي عن ارتياحه للخدمات المقدمة من طرف الشركة المدعية.....)²، كما أن القضاء الإداري عمل على ابتكار قواعد أخرى حاول من خلالها تقييد سلطات الإدارة في فسخ عقد صفقة الأشغال واعتبر أن الفسخ مقترن بإعادة طرح الأشغال في طلب العروض جديد على مسؤولية المفاوض لا يعتبر حقا للإدارة بقوة القانون، حيث أنه لا بد من التنصيص عليه صراحة في العقد، أو دفر الشروط الإدارية الخاصة، حيث أن هذا المبدأ من ابتكار الاجتهاد القضائي الفرنسي، وذلك لحماية المفاوضة من أعباء مالية غير متوقعة³، واعتبر القضاء الإداري المغربي أنه إذا تم فسخ عقد الصفقة العمومية في حين أن الأشغال المتعاقد حولها قد تم انجازها، فإن قرار الفسخ لا يترتب أي آثار قانونية، وهذا المبدأ أكدته إدارية فاس في حكم لها بتاريخ 22 يوليوز 2003 والذي جاء فيه: (...طلب فسخ العقد موضوع النزاع والحال أن الأشغال كلها قد تم انجازها وإتمام بناءها وتسليمها، يبقى غير مبرر ما دام أن الصفقة أتمت محلها، ولم يعد هناك محل للفسخ ويكون الطلب موضوعه حليف الرفض.....)⁴.

¹ محمد قصري: الآثار القانونية المترتبة عن فسخ الصفقة في مواجهة الإدارة والمفاوضة. مرجع سابق ص 65.

² حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 243 بتاريخ 23/9/ 1996 منشور بمجلة المحاكم الإدارية ص 380.

³ أنوار شقروني: الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية منشورات مجلة المعيار تصدر عن هيئة المحامين بفاس عدد 40 دجنبر 2008 ص 126.

⁴ حكم إدارية فاس صادر بتاريخ 22/07 /2003 ملف رقم 148 / 2001 أشار إليه أنوار شقروني مرجع سابق ص 126.

الخاتمة

ومنه نستنتج أنه رغم تعدد الحالات الموجبة لفسخ الصفقة العمومية سواء من طرف الإدارة أو بشكل اتفاقي بين الإدارة والمقاولة، فإنه يظل خاضع لرقابة القاضي الإداري والذي يسهر على ضمان مشروعية أسباب الفسخ ومدى احترام إجراءاته من حيث إنذار المقاولة، ووجوب تعليل قرار الفسخ واحترام الآجال القانونية، والقضاء الإداري المغربي لم يكتفي فقط بمراقبة مشروعية قرار الفسخ بل سعى إلى تبني الاجتهادات القضائية الحديثة خاصة نظرية الملائمة، من خلال سهره على مدى تحقيق الملائمة بين سبب الفسخ والعقوبة المتخذة ليعرف هل هناك تناسب بينهما، كما نستنتج أن القاضي الإداري المغربي كان متشدد في الرقابة على أسباب الفسخ بل أصبح يراقب مدى تناسب جزاء الفسخ مع المخالفة المرتكبة، وسلطة القاضي الإداري لا تقتصر على إلغاء قرار الفسخ إذا كان منفصلا فقط بل تصل إلى درجة الحكم على الإدارة بأداء مبالغ من المال لفائدة المقاولة المتضررة.

رقابة القاضي الإداري على قرارات ترقية الموظف العمومي

عبد الفتاح بلخال

استاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية السويسي - الرباط؛

- إبراهيم المجراوي

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية السويسي - الرباط

تعتبر الترقية أهم الحوافز في الوظيفة العمومية، إذ تعد الدعامة الأساسية التي تقوم عليها نظم التوظيف خصوصا تلك التي تعتبر الوظيفة العمومية بمثابة مهنة ينقطع لها الموظف، حيث تعتبر عاملا محفزا للموظف خصوصا وأنها مرتبطة بالجانب المالي الذي يعد معيارا لتحديد موقع الموظف ضمن الحلقات أو الدورات الاقتصادية للبلاد، بمعنى قد تحدد قدرته الشرائية وموقعه الاجتماعي، وعلى أساس ذلك، فإن طموح الموظف للتحويل أو الارتقاء من رتبة إلى أخرى، ومن درجة إلى أخرى لصيق بهواجسه اليومية المرتبطة بالعمل الإداري وكيفيات أدائه¹، فلا يمكن أن يتصور أنه سيعين في وظيفة ويبقى فيها بنفس الأجر مدى حياته، ثم إن الترقية لوظيفة أعلى ذات أجر أكبر، تعد من المؤثرات الهامة في حياة الموظفين، وفي مقدمة الحوافز القوية لزيادة إنتاجهم².

إن ترقية الموظف وإن كانت تنتقله من وضعية إلى أخرى من الناحية القانونية، فإن الواقع العملي يبين أن هذه العملية تثير صعوبات كثيرة ولا سيما في إدارات الدولة السائرة في طريق النمو، حيث يظهر للعيان بوضوح النظام التفضيلي وانعدام المساواة والمحابة في توزيع هذه المزايا³ وما يشوبها من خروقات ومشاكل خصوصا بالنسبة للموظفين الذين يشتغلون بنزاهة وكرامة ومروءة، وبالتالي فإن الترقية تخضع في عدة مناسبات إلى درجة تقرب الموظف من رئيسه ومدى خضوعه للثقافة الإدارية السائدة ولمجموع المسلكيات الأخلاقية التي تتميز بها بعض الإدارات⁴.

¹ عبد الغني أعبيزة: "ترقية الموظف والقاضي الإداري"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 65، نوفمبر- دجنبر 2005، ص 111

² عصمت عبد الكريم خليفة: نظام الترقية في الوظيفة العمومية في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مطبعة الهنداوي، عمان، 1981، ص 10.

³ مولاي ادريس الحلالي الكتاني: الترقية الداخلية للموظفين من الناحية القانونية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 27، أبريل- يونيو 1999، ص: 17

⁴ عبد الغني أعبيزة: "ترقية الموظف والقاضي الإداري"، مرجع سابق، ص 111.

وأمام تعدد هذه الخروقات وما ينتج عنه من ضياع لحقوق الموظف، فإن القاضي الإداري يراقب مدى استعمال سلطة الإدارة في ترقية موظفيها، وعدم انحرافها عن تحقيق أغراضها، إذ تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من أهم وأكثر صور الرقابة فعالية، حيث تسند سلطة الرقابة للقضاء لما يتميز به من استقلالية وحياد عن السلطة التنفيذية¹، وبالتالي فإن الفعالية التي يمكن أن يتميز بها عمل القاضي الإداري هو مراقبة ملاءمة القرار الإداري المتعلق بترقية الموظف أو رفضها، بحيث التوسع في مراقبته مثل هذه القرارات الإدارية رغم إدراجها في السلطة التقديرية للإدارة من شأنه أن يكرس الاتجاه نحو دولة الحق والقانون خطايا وممارسة.

وانطلاقا مما سبق، يمكن أن نتساءل إلى أي حد استطاع القاضي الإداري أن يحمي الموظف من الإدارة في الحالة التي تنتعسف في استعمال سلطتها التقديرية تحت مبرر تحقيق المصلحة العامة على اعتبار أن الموظف يمثل الطرف الضعيف في هذه المعادلة؟ وحتى نتمكن من معالجة هذه الإشكالية، لابد من التطرق إلى الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري إبان مرحلة التحضير للترقية، قبل التعرض إلى الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على القرار الرئيسي للترقية.

المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري على مرحلة الإعداد للترقية

تشتمل مرحلة الإعداد للترقية على مرحلتين التنقيط وإعداد لائحة الترقية من طرف السلطة المختصة. وإذا كانت هاتان المرحلتان تدخلان في إطار الإعداد للقرار الرئيسي للترقية، فهل يجوز الطعن فيهما بالإلغاء؟

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على تنقيط الموظف العمومي

لا تقبل دعوى الإلغاء إلا ضد القرارات النهائية، أي القابلة للتنفيذ بغير حاجة إلى تصديق أو أي إجراءات لاحقة، فهل تعتبر النقطة الإدارية عملا تحضيريا وبالتالي لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري؟

الفقرة الأولى: إمكانية الطعن في النقطة الإدارية

تعتبر النقطة التي يمنحها الرئيس المباشر للموظف خطوة حاسمة للترقية، حيث من المفروض أن يحصل الموظف على نقطة أعلى حتى يتمكن من الانتقال من رتبة إلى أخرى، ومن درجة إلى درجة أخرى، غير أن معيار منح النقطة تتداخل فيه الاعتبارات الشخصية والموضوعية معا، فالرئيس قد يمنح النقطة بناء على درجة طاعته وتقرب أو تملق الموظف، أي أنه يمنحها لكل موظف يطيع أو أمره حتى لو كانت مخالفة للقانون، أما الموظف الذي لا يستجيب لرغبات

1- عزيزة الشريف: قضاء التعويض، مطبعة مؤسسة دار الكتب، الجزء الثاني، 2001، الكويت، ص: 94

الرئيس الشخصية، فغالبا ما يحصل على نقطة دون المستوى المطلوب لترقيته ترقية سريعة.¹ وأمام غياب مقياس محدد لمنح نقطة للموظف توافق والمؤهلات التي أظهرها، فإن هذه الإمكانية متروكة للسلطة التقديرية للإدارة² وهذا ما سارت عليه اجتهادات الغرفة الإدارية. ففي قضية "بلحسيني الإدريسي" أكدت هذه الأخيرة على أن تقدير كفاءة الموظف يدخل ضمن الاختصاص التقديرى العام للرئيس الإداري ولا يمكن الطعن فيه من ناحية المشروعية الداخلية إلا بمناسبة طلب إلغاء رفض الترقية بسبب الانحراف في استعمال السلطة أو الخطأ القانوني والمادي³.

نفس الاتجاه أكدته الغرفة في حكم لاحق، إذ نصت على أن المشرع أكد وبشكل واضح على أن تنقيط الموظفين يستند إلى ثلاث عناصر هي الكفاءة المهنية والمردودية والسلوك، لا يمكن مساءلة الإدارة عن تنقيط موظفيها لأن ذلك يدخل في نطاق السلطة التقديرية إلا إذا ثبت انحرافها كأن تقصد معاقبة الموظف المذكور، وحيث أنه تبعا لذلك كله، فإنه لم يثبت أن الإدارة وهي تنقط الطاعن قد انحرفت في استعمال سلطتها مما يتعين معه رفض طلب الإلغاء.⁴

في هذا السياق وبعد الإطلاع على عدد من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، نجد أنها اتخذت موقفا أكثر جرأة من موقف المجلس الأعلى، فبتاريخ 2000/03/02، أكدت المحكمة الإدارية بمكناس على ما يلي: «وحيث إنه وبخصوص قرار التنقيط فلئن كان تنقيط الموظف يدخل في اختصاص السلطة التقديرية للإدارة، فإن ذلك مقيد بعدم الانحراف في استعمال السلطة حتى لا يحرم الموظف من حقوقه المشروعة. وفي النازلة المعروضة، يتضح من أوراق الملف أن هناك ظروفًا وملابسات ووقائع، ومنها التناقض الذي وقع فيه المطعون في استعمال سلطته وإخضاع الطاعن لعقوبة مفضلة... وحيث أنه تبعا لذلك تكون القرارات موضوع الطعن مشوبة بتجاوز السلطة ويتعين الحكم بإلغائها»⁵.

- 1- عبد الغني أعبيزة: "ترقية الموظف والقاضي الإداري"، مرجع سابق، ص 111.
- 2- أحمد الباز: "تقييم أداء الموظفين في التشريع المغربي (التقرير العددي والوضعي)، مجلة الشؤون الإدارية، عدد 7، 1987، ص 43 وما بعدها.
- 3- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 1 صادر بتاريخ 21 نونبر 1969، حكم أشار إليه الأستاذ عبد الله إدريسي في رسالته القرارات الإدارية بين رقابة المشروعية والملائمة في المغرب، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 1982-1983، ص 205.
- 4- قرار رقم 20 صادر بتاريخ 17 يناير 1997، ملف عدد 92/20056، منشورات المجلس الأعلى، مرجع سابق، ص 183.

5- حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 3/2000/23 غ بتاريخ 2000-03-02، منشور بالدليل العلمي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16، ص 41-42. وفي نفس الاتجاه

في نفس الاتجاه، أكدت المحكمة الإدارية بوجدة في أحد حشيات حكمها الذي جاء فيه: «وحيث إنه من المعلوم أن السلطة التقديرية للإدارة تفلتت عن رقابة القضاء إلا في الحالات التي يثبت لهذه الأخيرة وجود انحراف في استعمالها أو ملابسات تثبت أنها استعملت في غير تسيير المرفق العام تسييرا يؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة، وهو لم يثبت في نازلة الحال علما بأن نقطة التفتيش وإن كانت أيضا قرارا إداريا إلا أنها تخضع بدورها للسلطة التقديرية للمفتش ما لم يثبت الانحراف¹».

إن القاعدة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الغرفة الإدارية والمحاكم الإدارية هي كون الإدارة عندما تخول سلطة تقديرية في تنقيط موظفيها، فإن ذلك لا يعني أن المشرع أضفى على قراراتها حصانة مطلقة تصل حد عدم خضوعها لأي رقابة قضائية، وإنما على الإدارة أن تمارس سلطتها تلك في إطار المشروعية خدمة للمصلحة العامة، ولها الحرية في التقدير بشرط أن يكون الغرض المستهدف مطابقا للقانون.

وإذا كان القضاء الإداري قد اعترف للموظف العمومي بإمكانية الطعن في النقطة الإدارية باعتباره قرارا منفصلا عن القرار الرئيسي الذي يمثل قرار الترقية، فإن ذلك مرتبط بشرط أساسي يتجلى في ميعاد رفع هذه الدعوى.

الفقرة الثانية: ميعاد رفع دعوى الإلغاء ضد التنقيط غير المشروع

صار من الممكن الطعن في قرار التنقيط حسبما أكدت عليه اجتهادات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى والمحاكم الإدارية بعد إحداثها²، وذلك وفق شروط محددة أهمها شرط الآجال.

=

أكدت إدارية وجدة في أحد حشيات حكمها الذي جاء فيه: "...وحيث أنه من المعلوم أن السلطة التقديرية للإدارة تفلتت عن رقابة القضاء إلا في الحالات التي يثبت لهذه الأخيرة وجود انحراف في استعمالها أو ملابسات تثبت أنها استعملت في غير تسيير المرفق العام تسييرا يؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة، وهو لم يثبت في نازلة الحال علما بأن نقطة التفتيش وإن كانت أيضا قرارا إداريا إلا أنها تخضع بدورها للسلطة التقديرية للمفتش ما لم يثبت الانحراف"، حكم رقم 2000/22 ملف رقم 99/103 بتاريخ 2000/2/2، "إدريس المجتهد" ضد النائب "الإقليمي لوزارة التربية الوطنية بالناظور"، (غير منشور).

¹ حكم رقم 2000/23 بتاريخ 2000-02-02، دخيبي بن لحسن ضد وزير التربية الوطنية، (غير منشور). وفي نفس الاتجاه راجع:

- حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2002/97 ملف رقم 2001/1668. بتاريخ 2002/04/30. (غير منشور).
2- فمجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال، اعتبر لمدة طويلة 1962-1950 النقطة الإدارية الممنوحة للموظف لتقدير قيمته المهنية غير قابلة للطعن مباشرة بسبب الشطط في استعمال السلطة، وذلك لكون

=

يجب لقبول الطعن في النقطة الإدارية أمام القضاء الإداري، أن يقدم داخل أجل شهرين بعد تبليغ النقطة العددية للموظف¹، ولكن هناك عدة تظلمات إدارية واستعطفية يمكن أن تمدد هذه الآجال وذلك كما يلي²:

- أولا- إذا طلب المعني بالأمر إطلاعه على التقدير العام عن طريق اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء التي تمثله طبقا لمقتضيات الفصل 10 من المرسوم الملكي المحدد لمسطرة التنقيط، فإن هذا الطلب يشترط تقديمه خلال أجل الطعن - يحافظ على الآجال المقررة، بحيث أنها لا تعود في السريان إلا بعد إبلاغ اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء بالملاحظات المهنية والملاحظات الخاصة بكل عنصر من عناصر التنقيط؛

- ثانيا- إذا طلب المعني بالأمر مراجعة التنقيط الموجه إلى اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء (أو الشكاية الموجهة مباشرة إلى الرئيس المباشر) ليس واجب قبل تقديم تظلم قضائي، ولكن يحافظ على آجال الطعن ويشترط إيداعه خلال أجل شهرين ابتداء من تبليغ النقطة؛

- ثالثا- بناء على الطلب المقدم إلى اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء من أجل مواجهة التنقيط ليس تظلم استعطفيا، لأن الموظف ليس هو الذي طلب المواجهة، ولكن اللجنة هي التي طلبتها، وهذه الأخيرة يمكنها طلب المواجهة، حيث أن الأمر يتعلق بمسطرة استعطفية، إلا أن الموظف الذي يحسن تطلعه بهذه الطريقة يمكنه الاحتفاظ بالآجال من أجل الدعوى القضائية دون التعرض عليه بقاعدة ثنائية التظلم الاستعطفية.

وبمجرد فوات أجل الطعن، لا يمكن للموظف الطعن في النقطة المحصل عليها، ولا حتى الخروقات التي نتجت عنها، بل يجب أن يتم ذلك في الوقت المناسب لا أن يثار ذلك بمناسبة

=

القاضي الإداري يعتبرها مجرد إجراء داخلي أو إجراء تحضيرية لقرار آخر. ويستند موقف القضاء هنا أيضا على أساس أن القاضي الإداري لا يتوفر على المعطيات الكافية ولا على التخصص الفني لفحص النقطة العددية أو القيمة المهنية التي عبر عنها رئيس الإدارة أو لجنة الامتحان. راجع في هذا:

- أحمد الباز، مرجع سابق، ص 42.

- CHÉRIF Slaheddin , KAMOUN Maher: « le fonctionnaire en droit tunisien », Edition C.L.E, volume 2, 2000, P 204.

-HAMONFrancis, « droit des fonctions publique, Organisation et Gestion»,L.G.D.J, Paris, 2002,p 68.

1- CHERIF Slaheddin , KAMON Maher: « le fonctionnaire en droit tunisien »,Op.Cit. p205.

2- علي أشقير: النظام العام للترقية في الوظيفة العمومية، بحث لنيل دبلوم سلك التكوين في التدبير الإداري للمدرسة الوطنية للإدارة، السنة الدراسية 2001-2004، ص 261 وما بعدها.

الطعن في قرار الترقية¹. ولأجل هذا فإنه لا يمكن الاعتداد بالنقطة الإدارية لتقديم طعن آخر بسبب الشطط في استعمال السلطة موجه ضد قرار الترقية لأنه لا يوجد صلة حتمية بين النقطة السنوية وبين الاقتراحات الرامية إلى ولوج درجة عليا عن طريق الاختيار، لأن النقطة تعد أرقاماً للدلالة على إنتاج الموظف في أعمال خاصة برتبته وليس لها تأثير على اقتراح الرئيس لترقية مرؤوسيه من هذه الرتبة إلى رتبة أعلى².

الفرع الثاني: رقابة القاضي الإداري لللائحة الترقية

إن عملية الترقية لا تتم إلا إذا تم تسجيل الموظفين المتوفرين على الشروط المطلوبة في لائحة الترقى، وبالتالي فالإدارة ملزمة بإعداد هذه اللائحة كل سنة، وأي تقصير من طرفها، قد يؤدي إلى تعطيل ترقية الموظفين، وهنا يمكن أن نتساءل، هل من سلطة للقاضي الإداري في ممارسة الرقابة على التزام الإدارة بإعداد لائحة الترقى؟ وما النتائج التي تترتب عن إلغاء هذه اللائحة في حالة الشطط في استعمال السلطة؟

الفقرة الأولى: إمكانية الطعن في لوائح الترقية

يعتبر التسجيل في لائحة الترقية التي تعدها السلطة الإدارية صاحبة حق التسمية أحد أهم شروط الترقية، وأي إعراض للإدارة عن إعداد هذه اللائحة يؤدي إلى حرمان الموظفين من حقهم في الترقى، لذا فقد ألزم القانون الإدارة بإعداد جدول الترقية كل سنة، علماً أن إلزامية هذا الإعداد غير متوقف على قيد أو شرط³، فالجهة الإدارية التي لا تقوم بإعداد جدول الترقية في الوقت المحدد له قانوناً ينتج عنه تعطيل ترقية الموظف إلى الدرجة الأعلى، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بمكناس من خلال الحيشة التالية:

« حيث إن الجهة الإدارية المطلوبة في الطعن لم تقم بإعداد جدول الترقية خلال الفترة المتنازع فيها، لذلك تكون قد ساهمت في تعطيل ترقية المدعي إلى درجة متصرف رئيس، طالما أن عدد المناصب المالية موجودة بحكم القانون، وبالتالي فإن القول بعدم توفر المناصب المالية خلال

1- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 770، بتاريخ 16-09-1999، "الزهاني عبد المجيد" ضد "وزير البريد"، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، الجزء الثاني، 2004، ص 90 وما بعدها.

2- حكم عدد 1 صادر بتاريخ 21 نونبر 1969 بلحسين الإدريسي، حكم سبقت الإشارة إليه.

3- حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 55/2001/3 صادر بتاريخ 7/6/2001، "كلية عبد القادر" ضد "وزير الفلاحة"، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص 58.

الفترة ما بين 93-97، لا يشفع للإدارة الامتناع عن إعداد جدول الترقّي، طالما أن إعداد هذا الجدول يعتبر حلقة مهمة في عملية الترقية¹.

إن قراءة حثيات هذا الحكم، تبين بشكل واضح موقف المحاكم الإدارية من امتناع الإدارة من إعداد جداول الترقية، فتبرير الإدارة لموقفها بعدم التوفر على المناصب المالية في حدود النسبة المحددة قانوناً، لا يشفع لها بالامتناع عن إعدادها طالما يعد مرحلة مهمة في مسطرة الترقية.

إلى جانب إلزام الإدارة بإعداد جدول الترقية، لم يتردد القضاء الإداري في تأكيد مسألة إلزام هذه الأخيرة بتقييد جميع الموظفين المؤهلين في جدول الترقية، لأن التسجيل بهذا الجدول، يعد بمثابة حق للموظف كلما توفر المعنى بالأمر على الشروط النظامية، فالغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى حاولت تأكيد ذلك، إذ قضت بوجوب تسجيل الطاعن في لائحة الأهلية للسلم 10 بالجدول التعديلي للترقية للسلم 10 لسنة 1993 ضمن لائحة موظفي الخزينة العامة للمملكة².

ومن خلال الرجوع لأحكام المحاكم الإدارية، نجدها تبنت نفس موقف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، إذ قضت المحكمة الإدارية بمراكش في قضية "إدريس بن دحو" «بأن عدم إدراج الإدارة للموظف بجدول الترقّي طوال عدة سنوات بدون أي سبب رغم استحقاقه لذلك، إنما يفيد تجميد الوضعية الإدارية للموظف وإهمالاً وتقصيراً في تتبع هذه الوضعية³».

إن الملاحظة الجوهرية التي يمكن إثارتها في هذا الإطار، رغم التوجه الإيجابي الذي أظهره الاجتهاد القضائي في مسألة إلزام الإدارة بإدراج أسماء بعض الموظفين في جدول الترقّي، أن هذا لا يعني أن القاضي الإداري ليست له إمكانية خلق مناصب مالية أو إلزام الإدارة بتجاوز نسبة هذه المناصب، أو ينتج عن التسجيل بهذه الجداول ترقية الموظف بطريقة آلية، بل إن الترقية بالاختيار تبقى رهينة لعدد المناصب المالية وترتيب الموظفين بهذه الجدول، وهذا الترتيب هو الذي يحدد مدى استفادة الموظف من الترقّي⁴، وهذا ما عبرت عنه الغرفة الإدارية

1- حكم عدد 3/2007/55 غ بتاريخ 2007/06/07، "كلية عبد القادر" ضد "المدير الإقليمي لوزارة الفلاحة والتنمية"، حكم سبق الإشارة إليه.

2- قرار عدد 125 بتاريخ 1996/02/15، قضية "الوكيل القضائي" ضد "عبد الحق كازم"، م.م.أ 1996-1970، ص 41 وما بعدها.

3- حكم عدد 111 بتاريخ 2003/05/07، "إدريس بندقو" ضد "وزير الداخلية"، م.م.إ.م.ت، عدد 53، نوفمبر- دجنبر 2003، ص 226 وما بعدها.

4- حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 150 بتاريخ 1999/11/17، "فنيي كبيرة" ضد "وزير التربية الوطنية"، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص 87.

بالمجلس الأعلى في قضية السيد "بيرييز سيمون" ضد "مدير المكتب الوطني للمواصلات السلوكية" من خلال الحثية التالية:

«إنه وإن كانت الإدارة ملزمة بإعداد جدول الترقى، فإنها -أي الترقية- لا تتم بمجرد التقييد في الجدول بل تتم بمقتضى قرار فردي لفائدة المعني بالأمر، وهذا القرار هو الذي تترتب عليه حقوق مكتسبة للمستفيد منه ويرجع الأمر في اتخاذه للوزير المعني، وما دامت السلطة الإدارية المطلوبة في النقص لم تصدر أي قرار فردي لفائدة الطالب، فإن تقييده في الجدول هو مجرد أمل ولا يعطي أي حق مكتسب¹».

إن قراءة حثيات هذا القرار تؤكد على أن رقابة الغرفة الإدارية لا تمتد في هذه الحالة إلى إلزام الإدارة بترقية المعني بالأمر رغم تسجيله في اللائحة أو الجدول، فهي مسألة متروكة لسلطة الإدارة التقديرية، بحيث قد يتبين لها تأجيل أو تأخير ترقية موظف لاعتبارات معينة لا دخل للقضاء فيها إلا في حالات محدودة، وبالتالي فإن الغرفة الإدارية تراقب القرار الإداري الصادر عن السلطة الإدارية المحدث أثر في المركز القانوني للموظف، غير أنها قد تراقب القرار الضمني القاضي بعدم ترقية المعني بالأمر، وهو ما يعني أن الموظف يجب أن يسلك اتجاه آخر في رفع الدعوى المتعلقة بالقرار الضمني، أما في حالة رفض ترقيته رغم تقييده في لائحة الترقى فلا يحق له المطالبة بذلك، لأنه على الرغم من إلزامية الإدارة بإعداد الجدول السنوي إلا أنها غير مطالبة بالاستجابة لمضمون الجدول ومحتوياته، فالإدارة قد تتراجع عن تلك اللائحة وتؤخرها أو تؤجلها لأسباب ومعطيات تعرفها هي وحدها ولا يحق للقاضي الإداري مراقبتها إلا حين إصدار القرار الإداري أو برفع الطاعن دعوى الإلغاء تحت طائلة عدم الاستجابة لترقية كاملة الشروط والمعطيات، وذلك في إطار القرار الضمني الذي يراقبه القضاء الإداري، بل إن القاضي الإداري يراقب حتى القرار الشفوي بشرط ألا يكون المشرع قد اشترط أن يكون القرار مكتوباً صراحة أو ضمناً².

إذن، فالقضاء الإداري اعتبر لائحة الترقى إجراء تحضيرياً للترقية يدخل في إطار السلطة التقديرية للإدارة لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء إلا بعد صدور قرار نهائي من طرف السلطة المختصة يقضي بعدم ترقية المعني بالأمر، إلا أنه ولما كان هذا الإجراء من شأنه أن يحدث ضرراً في

1- قرار رقم 52 صادر بتاريخ 1990/2/5، منشورات وزارة الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري، اجتهادات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في ميدان الوظيفة العمومية، ص 136 وما بعدها.

2- عبد الغني عبيزة: مرجع سابق، ص 107.

وضعية الموظف الإدارية، اقتضى الأمر تقييد سلطة الإدارة التقديرية بالزامها بإعداد لائحة الترقي وفق ما حدده القانون وترتيب الموظفين داخل هذه الجداول حسب استحقاقهم.

الفقرة الثانية: نتائج إلغاء لائحة الترقية

إذا قدمت دعوى الإلغاء ضد لائحة الترقية بسبب الشطط في استعمال السلطة وفقا لشروطها وحكمت المحكمة الإدارية بالغائها، وجب على الإدارة إلغاء هذه اللائحة وإعداد لائحة أخرى جديدة مكان اللائحة الملغاة طبقا للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل في الفترة التي أعدت فيها اللائحة الملغاة بشرط استشارة اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء ذات الاختصاص¹، لأن النتيجة النهائية للإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة هي إعادة الأمور إلى حالتها القائمة قبل اتخاذ القرار الملغى، لذلك يجب أن تزول كل القرارات التي اتخذت بين اللحظة التي تدخلت فيها ولحظة إلغاء القرار الذي ارتكزت عليه.²

ولهذا السبب، فإن إلغاء لائحة الترقية يبرر مراجعة بأثر رجعي الترقيات والتعيينات التي كانت اللائحة المعيبة أساسا لها، وتأسيسا على هذا فإنه يصبح لزاما على الإدارة مراجعة قرارات التعيين أو الترقية التي أقرتها على أساس لائحة لاغية بهدف إعادة اتخاذها، لأن الإبقاء عليها غير متوافق مع الحكم القضائي³، ففي هذا الصدد، أكد المجلس الأعلى في أحد قراراته "بأن الإدارة وإن عملت على تسوية وضعية الطاعن الإدارية، إلا أن هذه التسوية لم تكن شاملة بل جزئية، الشيء الذي يعني أن مقرر رفض التسوية بما يتفق وقرار المجلس الأعلى يكتسي شططا في استعمال السلطة بسبب تنكر الإدارة لقرار المجلس الأعلى الذي حاز قوة الشيء المقضي به".⁴

1- علي اشقير: النظام العام للترقية في الوظيفة العمومية، مرجع سابق، ص 174.

2- الميلود بوطريكي: "محتوى ونتائج إلغاء القرارات الإدارية في قضاء الوظيفة العمومية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 64، شتنبر-أكتوبر 2005، ص 42.

3- الميلود بوطريكي: القرارات الإدارية المنفصلة: دراسة مقارنة في القانون الإداري المغربي والفرنسي والمصري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة 2005، ص 302.

4- قرار المجلس الأعلى عدد 539 صادر في 14 دجنبر 1995. أشار إليه الميلود البوطريكي: محتوى ونتائج إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 42.

ومن خلال قراءة حيثيات هذا القرار، يتضح أن موقف القاضي في هذه النازلة يشكل تجسيدا لما ذهبت إليه المحكمة العليا بمصر، حيث أكدت على أن «الحكم بإلغاء قرار الترقية قد يكون شاملا لجميع أجزائه، وبذلك ينعدم القرار كله كأنه لم يكن بالنسبة لجميع المرقين»¹.
هكذا، يمكن القول أن إلغاء لائحة الترقية يعد تصرفا بناء مادام يبرر مظهرها محتتملا لتنفيذ القرار القضائي بإلغائه، ومنح الإدارة إمكانية سحب التدابير التطبيقية للقرار الملغى بهدف ضمان تنفيذه على أحسن وجه.

الفرع الثالث : رقابة القاضي الإداري على عدم استشارة الإدارة للجان الإدارية المتساوية الأعضاء في مجال الترقية

إن الإشكالية الأساسية التي تطرحها قرارات اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء بترقية أو عدم ترقية الموظف المسجل في الجدول السنوي الذي تعده الإدارة كل سنة هي مدى قوتها الإلزامية بالنسبة للإدارة، بمعنى إلى أي حد تستجيب الإدارة لرأي اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء في مجال ترقية الموظفين خصوصا الذين استوفوا جميع الشروط للاستفادة من حقهم في الترقية؟ وهل يحق للقاضي الإداري مراقبة قرار امتناع الإدارة عن تجسيد قرار الترقية؟ أي مدى مراقبة القاضي الإداري للقرار الضمني الناتج عن عدم استجابة الإدارة لقرار اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء، وبمعنى آخر هل يحق للموظف اللجوء للقضاء الإداري في حالة حسم ترقيته داخل اللجنة دون أن تجسد الإدارة قرار الترقية عمليا وواقعا؟

لا يمكن للموظف العمومي اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل مطالبة الإدارة بحقه في الترقية بمجرد إعداد محضر بترقيته أو عدم ذلك من طرف اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء دون صدور قرار صريح من طرف السلطة ذات التسمية يقضي بترقيته، فالإدارة بإمكانها تجسيد مضمون محضر اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء وذلك بإصدار القرار الإداري بترقية أو عدم ترقية المعني بالأمر، كما يمكن أن تستعمل سلطتها التقديرية وذلك برفضها تجسيد القرار الإداري في هذا المجال، أي مجال الترقية، فقد يتبين لها فيما بعد وتجاوزا لمضمون محضر اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء تأخير أو تأجيل القرار الإداري لظروف ومعطيات جديدة وأسباب ومبررات أخرى مرتبطة أساسا بالعمل الإداري أو بظروف استثنائية خارجة عن إرادة الإدارة.

هكذا، يمكن القول أنه رغم إعداد اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء للمحضر المتعلق بترقية الموظف العمومي، يمكن للإدارة أن تأخذ به أو لا، اعتبارا لكون اجتماع هذه اللجان غير

1- الدعوى رقم 311 سنة 4 قضائية، جلسة 1960/7/5، مجموعة السنة الخامسة، ص 1148، أورده عبد المنعم عبد العظيم جيزة : آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1971، ص 436.

ملزم للإدارة. وهنا يطرح تساؤل، ما الجدوى من اجتماع هذه اللجان ما دام أن رأيها يمكن ألا تأخذ به الإدارة، فلا بد من معرفة على أي أساس تجتمع هذه اللجان وتقرر في ترقية الموظف العمومي، وبالتالي فإن عدم استجابة الإدارة لمقررات اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء في مجال ترقية الموظفين المسجلين في الجدول السنوي الذي تعده الإدارة كل سنة، يعني أنها اتخذت قراراً آخر هو القرار الذي يفهم منه عدم تجسيد القرار الأصلي لترقية الموظف، ومن المفروض على السلطة الإدارية تبرير أو تعليل سبب تأخرها أو تأجيلها للترقية، خصوصاً وأن الإدارة أصبحت بمقتضى القانون رقم 03-01 ملزمة بتعليل القرارات الإدارية السلبية التي تؤثر في المراكز القانونية للموظفين، وذلك تكريساً لدولة الحق والقانون، بحيث يمكن للموظف أن يلجأ للقضاء الإداري الذي ينظر في القرار الضمني بل حتى القرار الشفوي¹، وبالتالي فإن الإدارة لم يعد بمقدورها الالتجاء والاعتماد على سلطتها التقديرية في مجال ترقية الموظفين خصوصاً وأن اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء تضم ممثلين عن الإدارة وعن الموظفين².

لكن القاضي الإداري لم يتبنى هذه الفكرة بشكل كلي حيث أشار في أحد أحكامه إلى أنه رغم الدور الإيجابي للجان الإدارية المتساوية الأعضاء باعتبارها ضماناً للموظف، فقد تستغني الإدارة عن رأيها في الحالة التي لا تنعقد فيها في الوقت المحدد لها، وذلك لكون حق ترقية الموظف العمومي لا يعد منه سوى الضوابط القانونية المعمول بها، ولا ينبغي أن ينتج عن تأخر انعقاد هذه الأخيرة حرمان الموظف من الترقية، وهذا ما تبينه الحثيثة التالية:

« وحيث بالرجوع إلى الرسالة الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 2005/8/3 تحت عدد 2097، تبين بأن المدعية ولجت إطار كاتب ممتاز منذ 1994/01/01 وبأحقيتها في الترقية إلى محرر السلم 8 ابتداء من 2004/1/1 وأن اللجنة الإدارية المختصة لم تنعقد بعد للنظر في الترقية برسم سنة 2004 وأنها ستوافيها بقرار ترقيتها إلى درجة محرر بعد استكمال الإجراءات المسطرية المطلوبة، مما يعد معه إقرار من جانب الإدارة بتوفير المدعية على جميع شروط الترقى الشيء الذي يجعلها محقة في الحصول عليها.

- 1- حكم عدد 282 بتاريخ 17/6/1974 (قضية ليلة بنت محمد بن سودة ضد وزير السياحة) في هذه القضية ألغت الغرفة الإدارية القرار الشفوي الصادر عن وزير السياحة بطرد ليلى بنت محمد بن سودة من عملها شفوياً بدون سابق إنذار مع حرمانها من حقوق الدفاع.
- 2- هيام الوردغي: القضاء الإداري ودوره في حماية حقوق الموظف العمومي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الدراسية 2006-2007، ص 23.

وحيث الحق في الترقية من الحقوق الوظيفية التي لا يحد منها سوى الضوابط الموضوعية المعمول بها بهذا الشأن، ولا ينبغي أن يحول تأخر اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء عن الانعقاد في تفعيل ذلك الحق.

وحيث بالنظر لما ذكر، تكون المدعية محقة في الترقية إلى محرر حسب السلم والدرجة المستحقين ابتداء من 2004/1/1، مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك¹.

هكذا، يمكن القول أن القوة الإلزامية لقرارات ومجلس اجتماع اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء مرهون ومعلق على رغبة وإرادة الإدارة في تجسيد القرار الإداري القاضي بترقية الموظف أو عدم ترقيته، وأن القاضي الإداري وإن كان يراقب شروط ترقية الموظف، فإنه مع ذلك لا يلزم الإدارة بتجسيد القرار الإداري القاضي بترقية أو عدم ترقية الموظف العمومي بناء على محضر اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء، نظرا للطابع الاستشاري الذي يطغى عليها.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري لعدم تنفيذ قرارات الترقية

إن قرار ترقية الموظف العمومي هو قرار إداري، ومن الطبيعي أن مثل هذه القرارات، قرارات نهائية، ومؤثرة في الوضعية القانونية للمعنيين بالأمر، ومن ثم يمكن الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري (الفرع الأول)، أو رفع دعوى التسوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطعن في قرار عدم ترقية الموظف العمومي عبر دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة من الدعاوى الحديثة بالقياس إلى غيرها، فهي تتميز بخصائص وإجراءات خاصة، كما تعتبر الوسيلة القضائية الوحيدة التي يستطيع الطاعن بواسطتها التوجه إلى جهة قضائية مطالبا بإلغاء قرار غير شرعي صادر عن سلطة إدارية تسبب له في إلحاق أضرار.

إن دعوى الإلغاء ضد قرار الترقية لا تقبل إلا بتوفر شروط شكلية وهي تلك الخاصة بشروط قبول دعوى الإلغاء، وشروط موضوعية وهي تلك المتعلقة بالعيوب التي تشوب هذا القرار فتخول لرافع الدعوى الحق في طلب الإلغاء.

توفر دعوى الإلغاء هذه للموظف الكثير من الضمانات الأساسية، وذلك ما سنراه من خلال النقاط التالية².

1- حكم عدد 1865، ملف رقم 07/1033 ش و، بتاريخ 2007/9/20، "فاطمة الشياظمي" ضد الوزير الأول، (غير منشور).

2- هيام الوردني: القضاء الإداري ودوره في حماية حقوق الموظف العمومي، مرجع سابق، ص 13.

الفقرة الأولى: الضمانات التي توفرها دعوى الإلغاء لقرار الترقية أولاً: الشروط المتعلقة بالقرار

ينص الفصل 18 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية¹ على أن هذه الأخيرة تختص في طلبات الإلغاء الموجهة ضد قرارات السلطة الإدارية.

نستخلص من هذا النص، أن المشرع المغربي اشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون محل الطعن قراراً صادراً عن سلطة إدارية، إذ قد يحدث أحياناً أن يصدر قرار إداري لكنه لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء لكونه غير صادر عن سلطة إدارية، ومثال ذلك القرارات الملكية وأعمال السيادة وكذا أعمال السلطة التشريعية. وفي إطار الترقية هل تعتبر قرارات السلطة الرئاسية قرارات يجوز الطعن فيها بالإلغاء؟

ويعتبر قرار الترقية العمل الذي تفصح فيه السلطة الإدارية من خلاله عن إرادتها في ترقية موظف من رتبة إلى رتبة أو من درجة إلى درجة، ويجب أن يصدر هذا القرار عن السلطة الإدارية المخول لها حق الترقية التي يجسدها الوزير في جميع الأحوال.

ولا يمكن أن يكون قرار الترقية صادراً عن السلطة الإدارية حتى تكون دعوى الإلغاء مجالها، بل يجب أن يكون هذا القرار نهائياً، إذ أن القرار النهائي هو الذي يؤثر في المركز القانوني للأطراف. والمقصود بكلمة نهائي هو القرار القابل للتنفيذ الصادر عن السلطة الإدارية التي تملك حق إصداره دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أخرى²، وعلى هذا الأساس لا تقبل دعوى الإلغاء ضد الأعمال التحضيرية.

ويشترط كذلك في قرار الترقية أن يكون مؤثراً في المركز القانوني للطاعن³ أي أن يحدث أثراً قانونياً، فقرار ترقية موظف في الرتبة أو الدرجة ينتج عنه تعديل في المركز القانوني للموظف، حيث ينتقل من رتبة إلى رتبة أو من درجة إلى درجة، وبالتالي يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

1- ظهير شريف رقم 1-31-255 صادر بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)، بتنفيذ القانون رقم 41-90. ج.ر عدد 4227 بتاريخ 3 نوفمبر 1993، ص 2168.

2- وزارة العدل: دليل عمل المحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 3، الطبعة الأولى 2000، ص 36.

3- قرار المجلس الأعلى عدد 169 مؤرخ في 99/2/18، ملف إداري عدد 95/1/5/300. وجاء في مضمون هذا القرار: "أن توفر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة لا يتحقق إلا إذا كان القرار المطعون فيه من شأنه أن يؤثر في المركز القانوني للطاعن.

ثانياً: الشروط المتعلقة برفع الدعوى

نص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية¹ على أنه: «لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية لإثبات حقوقه»، بل إنه جعل توفرها من النظام العام، إذ أضاف قائلاً، «يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة». والأهلية هي أول شرط يجب أن يتوفر عليها الطاعن².

أما شرط الصفة³ فقد جرى غالبية الفقه على دمجها في المصلحة، وذلك على أساس أنه في غالب الأحيان يكون صاحب المصلحة هو نفسه صاحب الصفة في رفع دعوى الإلغاء نظراً لتمتعه بالأهلية الكاملة⁴، ولأجل ذلك سنقتصر على شرط المصلحة التي يجب توفرها في رافع الدعوى.

استقرت أحكام المحاكم الإدارية على أن توفر المصلحة لدى الطاعن شرط لازم لإقامة دعوى الإلغاء، والمصلحة المطلوب توفرها في الشخص الطاعن هي مصلحة شخصية ومباشرة ومادية⁵.

والغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قضت بعدم قبول الطعن المرفوع من طرف رابطة المفتشين والمتصرفين التابعين لوزارة المالية، موضحة على أن الطلبات المقدمة من طرف جمعية خاصة لا يمكن قبولها لكونها لا تهدف مصلحة عامة أو مصلحة معنوية ومادية لمجموع أعضائها، بل يجب أن تقدم طلبات الترقية من طرف المعنيين بالأمر، وهذا ما تبينه الحيشية التالية:

1- ظهير شريف رقم 1.74.447 صادر بتاريخ 28 شتنبر 1974، ج.ر عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2742.

2- الأهلية المتطلبة بالنسبة للطاعن في قرار الترقية لا تختلف عن مثيلاتها في الدعاوى الأخرى.

3- أكد المجلس الأعلى في قرار عدد 249 المؤرخ في 2004/03/3. قضية "محمد عبده بوجداني" ضد "الوكيل القضائي للمملكة": أن صفة التقاضي أو المصلحة الشخصية تكمن في المطالبة بتسوية وضعية الموظف الطالب بشأن الحقوق التي تتركسها الضوابط التنظيمية أثناء فترة عمله التي لم تنتهي إلا في 1997/9/30، ويطلب ترقية تمسك بأنها كانت مستحقة منذ 1996/06/17.

4- تورية لعيوني: القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2005، ص 138.

5- محمد الأعرج: "المنازعات المتعلقة بانتخاب أعضاء اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء في العمل القضائي للمحاكم الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 47، 2004، ص 190.

«حيث إنه من الواضح أن الدعوى الحالية قدمت من طرف مجموعة باسمها الخاص كشخص معنوي وأن مثل هذه الدعاوي لا يمكن قبولها إلا إذا كان الهدف منها الحصول على إجراءات أو تدابير نظامية تتعلق بالمصلحة العامة أو المصالح المعنوية أو المادية لمجموع أعضائها، أما إذا كان الأمر يتعلق بحالات فردية وأوضاع مختلفة لأفرادها كما هو الأمر بالنسبة للترقية مثلا موضوع النازلة الحالية، فإن الطعن في مثل هذه القرارات لا يكون واردا إلا من قبل الأفراد المعنيين بالأمر أي الموظفين خصوصا وأن وضعية كل موظف من حيث أقدميته وتاريخ ترقيته، تختلف عن وضعية الموظفين الآخرين الشيء الذي يعني أن الطعن يهم مصالح خاصة وفردية لكل متصرف على حدة مما يكون معه شرطا للصفة والمصلحة غير متوفرين في المقال ويتعين التصريح بعدم قبول الطعن»¹.

ثالثا: شرط معيار رفع الدعوى

حدد المشرع لدعوى الإلغاء ميعادا قصيرا يجب أن ترفع فيه الدعوى، بحيث إذا انقضى ذلك الميعاد دون تقديم الطعن في القرار من صاحب المصلحة فإن دعوى الإلغاء تصبح غير مقبولة².

ويعد أجل الطعن من النظام العام³ يمكن للقاضي أن يثبته من تلقاء نفسه، كما يمكن للأطراف إثارته أيضا في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما لا يجوز الاتفاق على إطالته أو تمديده⁴.

وبناء على الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية والمادة 23 من قانون المحاكم الإدارية، فإن دعوى الإلغاء يمكن رفعها أمام الجهة القضائية المختصة خلال 60 يوما من تاريخ العلم اليقيني

- 1- قرار عدد 611، ملف رقم 99/1/4/445، بتاريخ 2001/05/03، ملحق بكتاب عبد الوهاب رافع، نزاعات الوضعية المادية للموظفين والعاملين بالإدارة العمومية من خلال العمل القضائي، مرجع سابق، ص 238..
- 2- محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان حمد عثمان: القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، قضاء التعويض، قضاء المظالم، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 47.
- 3- راجع القرار عدد 1119 بتاريخ 2000/7/20، صادر عن المجلس الأعلى في الملف الإداري رقم 98/1/4/814. وكذا الحكم عدد 2000/181 بتاريخ 3/1/2000 صادر عن إدارية فاس في الملف الإداري رقم 99/165، حكم إدارية الرباط رقم 97-47 بتاريخ 1994/9/29، حكم عدد 95/65 بتاريخ 1995/6/28 صادر عن إدارية وجدة في ملف رقم 94/74.
- 4- محمد العلمي: أجل الطعن بالإلغاء في القضاء الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 42، يناير- فبراير 2002، ص 50.

كما سار عليه ذلك الاجتهاد القضائي¹. وقد عمل المشرع على تحديد واقعتين لبدء سريان الميعاد هي النشر والتبليغ، كما أضاف القضاء وسيلة ثالثة هي العلم اليقيني الذي يقوم مقام التبليغ². إلا أنه يمكن تمديد ميعاد الطعن بالإلغاء أو قطعه.

أ- امتداد ميعاد الطعن بالإلغاء

إن ميعاد الطعن هو ميعاد كامل، فيوم صدور القرار الإداري برفض التظلم لا يدخل في ميعاد الستين يوما التي يجب أن يتم الطعن خلالها، وينقضي بانقضاء اليوم الأخير منه، ويمتد هذا الميعاد ليوم واحد أو عدة أيام إذا وافق الميعاد يوم عطلة³. وفي حالة وجود الطاعن خارج أرض الوطن، يستفيد من تمديد هذا الميعاد لمدة تتراوح بين شهرين أو أربعة أشهر وذلك حسب اختلاف المسافة⁴.

ب- وقف ميعاد الطعن

يقصد بحالة وقف ميعاد الطعن وقف ميعاد سريانه على أن يستكمل هذا الميعاد بعد زوال السبب الموقوف له، وغالبا ما يتعلق الأمر بوجود قوة قاهرة⁵، والتي تعني وجود الطاعن في حالة استحالة مطلقة لا يد له فيها تمنعه من رفع الدعوى⁶ كإصابته بالمرض المزمن أو المرض الفعلي الذي استقر القضاء الإداري على جعله من القوة القاهرة التي تمنع الطاعن من مباشرة دعوى

1- راجع قرار عدد 257 الصادر في 27 يوليوز 1979، ملف إداري رقم 7-1-900، م.م.أ عدد 28 ص 162. وحكم رقم 98/28 بتاريخ 19/02/1997 "محدوي الشيخ" ضد "وزير التربية الوطنية"، منشورات وزارة التربية والتعليم العالي وتكوين الأطر والبحث العلمي، مديرية الشؤون القانونية والمنازعات، الاجتهادات القضائية في مجال التربية والتكوين، الجزء الثاني، فبراير 2007، ص 75.

2- الفصل 512 الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية كما تعديله وتغييره، جريدة رسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 30 شتنبر 1974.

3- الفصل 512 من نفس القانون.

4- الفصل 41 من قانون المسطرة المدنية.

5- بلقاسم بنبراهي: ضمانات المتقاضى في دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، أطروحة في القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 36.

6- محمد العلمي: أجل الطعن بالإلغاء في القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 42، يناير- فبراير، ص 53.

الإلغاء في ميعادها القانوني، الأمر الذي يجعل هذا الميعاد موقوفاً¹ فهذا التوقف مؤقت بطبعه ويزول بزوال المانع.

إذا كانت القوة القاهرة سببا من أسباب وقف آجال الطعن، فإنه لم يرد نص تشريعي في فرنسا أو مصر أو المغرب يؤكد ذلك، ومع هذا فقد استقرت أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر على التسليم به استنادا إلى قواعد المنطق والمبادئ العامة للقانون².

ج- قطع ميعاد الطعن

يقصد بقطع ميعاد الطعن أن تحدث واقعة عند بدء سريان الميعاد أو أثناء سريانه ويكون من شأنها

إسقاط المدة التي جرت قبل تلك الواقعة وزوال كل أثر لها، ويبدأ ميعاد جديد كامل بعد انتهاء الواقعة، فالواقعة التي وقعت قطعت الميعاد بحيث تبدأ مدة الستين يوما من جديد ويسقط ما سبق جريانه من قبل³. وأهم حالات قطع ميعاد الطعن بالإلغاء ضد قرار الترقية، نجد تقديم التظلم الإداري⁴ إلى الرئيس التسلسلي، فالتظلم الإداري يؤدي إلى قطع الميعاد المحدد لرفع دعوى الإلغاء وبالتالي حساب ميعاد رفع الدعوى، على أن يشرع في حساب ميعاد جديد كامل ويبدأ من تاريخ توصل المعني بالأمر بقرار رفض التظلم الإداري أو بعد مرور ستين يوما على تقديم التظلم.

وينقطع أجل الطعن ابتداء من إيداع طلب المساعدة القضائية لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية أو المجلس الأعلى، ويسري هذا الأجل الجديد من يوم تبليغ مقرر بمكتب المساعدة القضائية للوكيل المعين تلقائيا، ومن تبليغ قرار الرفض للطرف عند اتخاذه. كما أن رفع الطلب

1- حكم عدد 93/3/2003 بتاريخ 2003/10/16، المحكمة الإدارية بأكادير، عبد الخالق عفيف ضد وزير العدل، حكم منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 65 نونبر، دجنبر 2005، ص 206 وما بعدها.

2- علي اشقير: النظام العام للترقية في الوظيفة العمومية، مرجع سابق، ص 253.

3- محمد رفعت عبد الوهاب، حسن عثمان محمد عثمان: القضاء الإداري قضاء الإلغاء، قضاء التعويض، قضاء المظالم، دار المطبوعات الجديدة، الاسكندرية، 2000، ص 60.

4- يعرف محمد العلمي التظلم الإداري بأنه: الطلب المقدم للإدارة لإعادة النظر في قرارها بالتعديل أو الإلغاء، ولا يشترط مضمونه أن يكون محتويا على طلبات محددة وأن يكون بصيغة أو أسلوب معين. للمزيد من التفصيل راجع:

- محمد العلمي: أجل الطعن بالإلغاء في انقضاء الإداري المغرب، مرجع سابق، ص 53.

إلى جهة قضائية غير مختصة، ينتج عنه كذلك قطع ميعاد الطعن، إلا أن الآجل يبدأ سريانه من جديد ابتداء من تبليغ المدعي الحكم الصادر نهائيا بتعيين الجهة القضائية المختصة.

رابعا: شرط عدم وجود دعوى موازية

يأخذ المشرع المغربي بفكرة الدعوى الموازية في المادتين 23 من قانون المحاكم الإدارية، التي تنص على أنه لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية، والمادة 360 من قانون المسطرة المدنية، التي تنص على أنه: «لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية».

وبناء على ذلك فدعوى الإلغاء لا تكون مقبولة إذا كان في إمكان الطاعن رفع دعوى قضائية أمام المحكمة العادية يحقق من خلالها نفس المزايا أو أكثر التي يمكن أن يجنيها من دعوى الإلغاء¹.

وعموما إلى جانب الشروط الشكلية التي سبق أن أشرنا إليها، والتي نص المشرع على ضرورة توفرها في الدعوى لقبولها أمام المحاكم الإدارية، فقد نصت المادة 20 من قانون المحاكم الإدارية على بعض الحالة التي من شأنها أن تعرض قرار الترقية للإلغاء كعيب مخالفته القانون، الانحراف في استعمال السلطة، عيب السبب

الفقرة الثانية: العيوب التي تشوب قرار الترقية في دعوى الإلغاء

يقصد بالعيوب التي تشوب قرار الترقية، الصور المختلفة للمخالفات التي يمكن أن تقع فيها الإدارة، حين إصدارها للقرار فتجعله معيبا وقابلا للطعن بالإلغاء. وقد حصرت المادة 20 من قانون المحاكم الإدارية هذه الحالات في خمس، حيث نصت على أن: كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة، أو لعب في شكله، أو الانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل، أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزا في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية.

من خلال هذه الفقرة سيتم التطرق لكل عيب على حد.

أولا: عيب عدم الاختصاص

عندما يصدر القرار الإداري عن سلطة غير مختصة لم يخول لها القانون حق إصداره يكون قرارها مشوبا بعيب الاختصاص. ويرتبط هذا العيب بالنظام العام، ومؤدى ذلك أن قاضي الإلغاء يستطيع من تلقاء نفسه أن يتدخل لإثارة هذا العيب في أي مرحلة تكون عليها الدعوى

1- راجع في هذا الإطار القرارات التالية:

قرار عدد 148 بتاريخ 1989/6/8 الصادر عن المجلس الأعلى في الملف رقم 1985/7069 والقرار عدد 540 بتاريخ 1995/12/14 الصادر عن المجلس الأعلى في الملف الإداري رقم 1993/10017.

ولم يثره المدعى كسبب للإلغاء¹، ومثال ذلك إصدار قرار بترقية موظف إلى منصب إداري من طرف اللجنة المشرفة على إسناد المناصب الشاغرة بالأكاديمية الجهوية للتعليم دون مصادقة السلطة الإدارية المختصة عليها، يجعل القرار صادر عن سلطة غير مختصة وبالتالي يعرضه للإلغاء².

ثانياً: عيب الشكل

يقصد بعيب الشكل حسبما اتفق عليه الفقه، إهمال الإدارة لبعض الإجراءات التي يجب أن يخضع لها المقرر الإداري قبل إصداره، وعلى هذا الأساس فإن الفقهاء يسمونه بعيب الشكل والإجراءات على اعتبار أن هناك شكليات لا بد من توفرها في القرار الإداري حتى يمكن قبوله³ ومن أهم هذه الشكليات التي قد يستوجب القانون توفرها في القرار، نجد تنصيبه على استشارة لجنة معنية قبل إصدار القرار⁴ فأصدار قرار بترقية موظف دون استشارة اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء يعتبر قراراً مخالفاً للشكليات المحددة قانوناً وبالتالي يجعله عرضة للإلغاء.

ثالثاً: عيب مخالفة القانون

يكون هذا العيب مجسداً في محل أو موضوع القرار الإداري، ويقصد به احترام القواعد القانونية بشكل عام كأن يخالف القرار القواعد الدستورية أو القواعد التشريعية والتنظيمية، وحالات هذا العيب تتمثل في المخالفة المباشرة لأحكام القانون⁵، فتجميد ترقية موظف بسبب انتماؤه النقابي وعضويته في مكتب نقابي يعارض الفصل 9 من الدستور⁶ الذي ينص على حرية الانخراط في أية منظمة نقابية وسياسية، والفصل 14 من قانون الوظيفة العمومية، مما يكون معه

- 1- وزارة العدل: دليل المحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 3، الطبعة الأولى، 2004، ص 42
- 2- حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 136، ملف إداري عدد 2004/3/23، محمد عالم ضد وزير التربية الوطنية، أشار إليه عبد الرحيم العلمي: ترقية الموظف العمومي بالمغرب، مرجع سابق، ص 200.
- 3- عبد الواهب رافع، العشيري توفيق، الدعاوى الإدارية في التشريع المغربي، المطبعة الوراقية الوطنية، الطبعة الأولى 1998، ص 72.
- 4- أحمد السنهجي، الوجيز في القانون الإداري المغربي والمقارن، مطبعة imprizare، مكناس، الطبعة الثانية 2002، ص : 227 و228.
- 5- وزارة العدل: دليل المحاكم الإدارية، مرجع سابق، ص 44.
- 6- ظهير شريف رقم 157-96-1 صادر في 23 جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996) بتنفيذ الدستور المراجع، ج.ر، عدد 4420، بتاريخ 26 جمادى الأولى 1917 (10 أكتوبر 1996)

تصرف الإدارة بعدم ترقية الموظف إلى الإطار المواقف لوضعيته غير مرتكز على أساس قانوني سليم ومخالف للنصوص القانونية¹.

رابعاً: عيب الانحراف في استعمال السلطة

القرار الإداري ليس غاية في حد ذاته بل هو وسيلة يهدف منها تحقيق الغايات والأهداف والمصالح العامة للمجتمع، فإذا كان مصدر القرار يستهدف غاية بعيدة عن الغاية التي حددها القانون، فإن قراره يكون مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة² فالإدارة تكون قد خرقت مبدأ الحقوق المكتسبة وأيضاً مبدأ المساواة بين موظفيها المتواجدين في نفس الدرجة لما قررت ترقية الطاعن إلى السلم التاسع، بينما رقت غيره إلى السلم العاشر، وأن عدم تبريرها لهذا الموقف جعل الانحراف في استعمال السلطة قائماً يبرر الحكم بإلغاء القرار الإداري الضمني القاضي برفض ترقية الطاعن إلى السلم 10³.

خامساً: عيب السبب

يمثل القرار الإداري الحالة القانونية أو الواقعية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة إلى إصداره، بمعنى آخر يجب أن يقوم القرار الإداري على حالة واقعية أو قانونية صحيحة لحمل الإدارة على إصداره⁴ وإلا كان تصرفها متسماً بعدم المشروعية وقابلًا للإلغاء. والقاضي الإداري وهو في سبيل التحقق من صحة قيام الوقائع التي تشكل سبب القرار يتصدى لها من زاويتين، فمن ناحية يبحث في وجودها المادي، ومن ناحية أخرى يتحقق من

1- حكم عدد 207 ملف رقم 03/1557 صادر عن المحكمة الإدارية الدار البيضاء، قضية "حيان الحسين" ضد "الدولة المغربية". حكم أشار إليه محمد العلمي في رسالته "ترقية الموظف العمومي المغربي"، مرجع سابق، ص 202. وفي نفس الاتجاه أكدت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها عدد 96/919 غ بتاريخ 98/01/07 على أن عدم استجابة الإدارة لترقية أحد موظفيها اعتماداً على تأويل مخالف لنص قانوني هو سبب حرمان الموظف من حق الاستفادة من السلم الإداري المناسب مما يكون معه القرار مخالف للقانون على هذا المنوال يشكل تجاوزاً في استعمال السلطة، حكم أشارت إليه هيام الوردغي في رسالتها القاضي الإداري ودوره في حماية حقوق الموظف العمومي، مرجع سابق، ص 22.

2- خالد خالص: الأوجه المتعددة في دعوى الإلغاء، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 103، يوليو-غشت 2006، ص 59.

3- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 344، ملف رقم 99/267 غ بتاريخ 2000/03/23، "توفيق الحاج" ضد "وزير الاقتصاد والمالية"، (غير منشور).

4- ثورية لعبوني: القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الجسور وجدة، الطبعة الأولى، 2005، ص 178.

صحتها القانونية بالبحث فيما إذا كانت الوقائع المزعومة من طرف الإدارة هي نفسها الوقائع التي يشترط القانون قيامها لإضفاء المشروعية على المقرر الإداري المتخذ¹.

وعموما إن دور قاضي الإلغاء وإن كان مهما في حماية حق الموظف في الترقية، فإنه لا يمكن أن يتجاوز حدود التصريح بإلغاء القرارات الإدارية المتسمة بتجاوز السلطة²، حيث إن سلطات قاضي الإلغاء في مجال الترقّيات تشتمل مراقبة مدى مشروعية موقف الإدارة بشأن وضعية الموظف بذاته، لتخلص إلى ما إذا كان مستحقا فعلا للترقية المطلوبة طبقا للنظام القانوني الذي تخضع له، دون أن يتجاوز ذلك إلى خلق مناصب مالية أو يلزم الإدارة بتجاوز عدد المناصب المالية المخصصة في الميزانية³ وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، حيث صرحت "بأن القاضي الإداري يراقب مدى تقيد الإدارة بمقتضيات الترقية ولا يخلق مناصب مالية أو يلزم الإدارة بتجاوز عدد المناصب المخصصة، ولكن يراقب مدى تقيد الإدارة باحترام مبدأ مساواة موظفيها أمام الفرص المتاحة، كما يراقب عدم انحرافها في استعمال السلطة التقديرية⁴.

ويفهم من حيثيات هذا الحكم، أن المجلس الأعلى وهو يناقش ترقية الموظفين يراقب مدى احترام الإدارة للمشروعية ومدى تقيدها بالقوانين والأنظمة المعمول بها تجاه موظفيها، ولا يوجه أوامر للإدارة ولا يحل محلها، ولا يعتبر نفسه رئيسا تسلسليا لها، وإنما يفحص عناصر القرار المعروضة عليه للتأكد مما إذا كان القرار مشروعاً وله ما يبرره تاركا للإدارة نفسها تنفيذ الآثار القانونية الواجب ترتيبها على الحكم الذي يصدره في النازلة⁵.

إن اقتصار قاضي الإلغاء على مجرد إلغاء قرار الترقية دون أن يتوفر على أية سلطة لتعويض القرار الملغى بقرار آخر ملزم للإدارة، قد يترك للإدارة هامشا كافيا للامتناع أحيانا من

1- حكم رقم 2000/143 في الملف رقم 99/194 الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2000/06/16، الميسي الهادي ضد وزير التربية الوطنية، منشور في كتاب الاجتهادات القضائية في مجال التربية الوطنية، مرجع سابق، ص: 86 - 90.

2- عبد الواحد القريشي: "النظام القانوني لترقية الموظف العمومي"، م.م.إ، العدد 112، يناير-فبراير 2008، ص 78.

3- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 494 بتاريخ 2005-03-17، "خدوج برطيل ضد وزير الصحة"، منشور ب: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 64 شتنبر أكتوبر 2005، ص 218 وما بعدها.

4- قرار المجلس الأعلى عدد 21 صادر بتاريخ 2000-01-13، منشور ب: المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 36، يناير - فبراير 2001، ص: 116 وما بعدها.

5- محمد المنتصر الداودي: الإشكالية القانونية والواقعية في اختصاص القضاء الإداري، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2000، ص 116 و 117.

الاستجابة لقرار الإلغاء¹. وهذا ما لا ينسجم مع اجتهاد الفقه والقضاء في كثير من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المستقل المستمد من النظرية الفرنسية القائلة بأن القاضي الإداري يقضي ولا يدير ولا يوجه بذلك وأمر إلى الإدارة، لا مبرر له من الناحية القانونية، باعتبار أن هاته النظرية تخص بلد نشأتها بل وأن هاته النظرية تطورت في فرنسا نفسها، إذ بإمكان القاضي الإداري بموجب القانون المؤرخ في 16/07/1989 ولو تلقائياً إلزام الإدارة بدفع الغرامات المالية لحثها على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، كما أصبح بإمكانه بمقتضى القانون المؤرخ في 08/02/1995 أن يحدد في منطوق حكمه الكيفية التي يجب على الإدارة التقيد بها عند تنفيذها للحكم القضائي الصادر في مواجهتها وأن يحدد لها أجل لذلك².

الفرع الثاني: الطعن في قرار الترقية عبر دعوى التعويض

يراد بدعوى التعويض-في مجال الترقية- الدعوى التي يرفعها أحد الموظفين إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما لحقه من ضرر نتيجة عدم مشروعية قرار الترقية الذي قضى بإلغائه. وتعتبر دعوى التعويض من الدعاوى التي تشير ولاية القضاء الشامل، ويتمتع القاضي في نظره لهذه الدعوى بسلطات كاملة لحسم النزاع، فيبحث مركز المدعي ويحدد حقوقه ومداها، فلا يقتصر الحكم في دعوى التعويض على إلغاء قرار إداري غير مشروع بل يتعداه إلى إدانة الإدارة وتقدير مديونيتها للمدعي³.

يعتمد القاضي الإداري في إصدار حكمه بتحديد التعويض المستحق أو الاستجابة لمطالب المدعي على مدى احترام الإدارة للنصوص والأنظمة التي تخضع أو كانت تخضع لها وضعية الطاعن الإدارية، وهو الأمر الذي قد يستوجب معه جبر الضرر أو تسوية وضعيته الإدارية بأثر رجعي⁴.

1- محمد المنتصر الداودي، المرجع نفسه، ص 116.

2- صقلي حسيني: "النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المرافق العامة بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 47، 2004، ص 98 و99.

3- محمد حلمي: القضاء الإداري قضاء الإلغاء القضاء الكامل إجراءات التقاضي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية، 1998، ص 207.

4- عبد الواهب رافع: مرجع سابق، ص 156 و157.

وإذا تحققت مسؤولية الإدارة عن عدم ترقية الموظف، فإن جزاءها هو التعويض، وغالبا ما يكون التعويض نقداً، لأن التعويض العيني المتمثل في الإجبار على القيام بأمر معين لا وجود له في مجال المسؤولية الإدارية¹.

تبدو أهمية دعوى التعويض إلى جانب دعوى الإلغاء في عدة نقاط، فقضاء التعويض يتم الحماية التي يصبغها قضاء الإلغاء على حقوق الموظفين بإعدام قرارات الترقية غير المشروعة، وبذلك يجبر الضرر الذي يصيبهم في فترة ما بين صدور القرار المعيب وبين الحكم بإلغائه، وكذلك بتصحيح المركز القانوني للطاعن وبيان الحل الصحيح في النازلة، إذ لا يكتفي القاضي في القضاء الشامل بإلغائه للحل الذي انتهت إليه الإدارة، بل يتعداه إلى اقتراح الحل الصحيح على الإدارة والحكم².

إن القضاء الإداري وإن كان من حقه أن يراقب الأعمال الإدارية، فإنه كما سبق وأشرنا، ليس من حقه أن يوجه أوامر للإدارة، فحتى في إطار القضاء الشامل ليس بإمكانه ذلك³، وإنما ينتهي دوره في التأكد من مشروعية الطلبات المعروضة عليه وفي مدى احترام الإدارة للقانون، وما إذا كانت قد أخطأت في التقدير، حيث يتدخل القاضي لمراقبة ما إذا كان الخطأ واضح التقدير، فاختيار الإدارة لموظف دون آخر قصد إسناد مهمة منصب شاغر وإقصاء الموظف الذي يغوله القانون هذا المنصب، يعتبر خطأ فادحاً خصوصاً عندما كيفت الإدارة تعييناتها بأنها مجرد انتقال داخلي بين الأقسام، في حين أن هذه التعيينات الجديدة والفردية تشكل ترقية فعلية⁴.

ومن خلال قراءة عامة لمجموعة من الأحكام في هذا المجال، نجدها تؤكد على أن القاضي الإداري لا يحل محل الإدارة في إقرار الترقية وترتيب آثارها، ولا يصدر أوامر للإدارة في هذا المجال، لكنه يعاين مدى توافر شروط الترقية، ويحيل المعنى بالأمر على الإدارة لتسوية وضعيته، فالمحكمة المطعون في قرارها عندما صرحت في منطوق حكمها بعد إلغاء سحب النجاح في امتحان الأهلية وإحالة الموظف الطاعن على إدارته لتسوية وضعيته، لم توجه أي أوامر إلى الإدارة وإنما اكتفت بمعاينة توفر الطاعن المستأنف عليه الشروط والمقتضيات التي تخوله

1- علي اشقير: النظام العام للترقية في الوظيفة العمومية، مرجع سابق، ص 258.

2- عبد الرحيم العلمي: مرجع سابق، ص 207.

3- عبد الواحد القريشي: "النظام الجديد لترقية الموظف العمومي"، مرجع سابق، ص 80.

4- قرار أشار إليه مصطفى التراب: "المنازعات الإدارية في مجال الوظيفة العمومية على ضوء اجتهادات المجلس الأعلى"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مواضيع الساعة"، عدد 14، أربعون سنة من القضاء الإداري بالمغرب، سنة 1998، ص 45.

طلب تسوية وضعيته الإدارية والمالية بما يتطابق وما يخوله نجاحه في امتحان الكفاءة التي استدعته الإدارة بمحض إرادتها المنفردة، وأنه لا يوجد بالتالي أي خرق لمبدأ فصل السلط وأن ما استدلت به الإدارة في مذكرة جوابها في تمسكها باجتهاد قضائي فضلا على أن لكل نزاع خصوصياته فإنه كما لاحظت ذلك المحكمة فإن الاجتهاد القضائي المستدل به لا ينطبق على النازلة المعروضة¹.

وغير بعيد عن هذا المعنى، ولما كانت الترقية جزءا لا يتجزأ من الوضعية الفردية للموظفين والتي أسند المشرع وفقا للمادة 8 من قانون المحاكم من الإدارية أمر الفصل في نزاعاتها للغرفة الإدارية والمحاكم الإدارية، نجد المجلس الأعلى يؤكد في أحد قراراته على: «إن القاضي الإداري وهو يناقش الوضعية الفردية ويراقب مدى احترام الإدارة للمشروعية ومدى تقييدها بالقوانين والأنظمة المعمول بها تجاه موظفيها ومستخدمي المرافق العامة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية لا يوجه أوامر للإدارة ولا يحل محلها ولا يعتبر نفسه رئيس تسلسليا لها، وإنما يفحص العناصر المعروضة عليه للتأكد مما إذا كانت التسوية المطلوبة مشروعة، ولها ما يبررها تاركا للإدارة نفسها أمر تنفيذ الآثار القانونية الواجب ترتيبها على الحكم الذي يبرر صدوره»².

ويفهم من حيثيات هذه الأحكام أن القاضي الإداري ينحصر دوره في التأكد من توفر شروط الترقية في طالب التعويض وإحالاته على الإدارة لتسوية وضعية الإدارة دون توجيهه لأي أوامر للإدارة أو الحلول محلها في إقرار هذه الترقية أو ترتيب آثارها.

وترتبيا على هذا، يمكن القول بأن موقف القاضي الإداري من تسوية وضعية الموظف المتضرر من قرار الترقية في إطار دعوى التعويض، لا يشكل ضمانا فعالة وكافية، لأن مخالفة القواعد القانونية تبقى قائمة والقاضي الإداري يسعى فقط إلى تحديد التعويض عن الأضرار الناتجة عنها، في حين أن ما هو أساسي بالنسبة لحق الموظف في الترقية، ليس الحكم لفائدته بتعويض مادي عن القيود القانونية التي فرضتها السلطات الإدارية على الممارسات العادية وغير الخاطئة لهذه الحقوق والحريات، فهذه الأخيرة لا يجوز بتاتا تقييمها ماليا، وإلا كيف سيكون حالها إذا أمكن للإدارة في أي وقت عرقلة ممارستها بصفة تعسفية وأن تكفر عن هذا التعسف

1- قرار عدد 1289، ملف إداري عدد 98/1/5/93. بتاريخ 1999/10/21، سبق الإشارة إليه.

2- قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 87/1/29، ملف رقم 84/7083، أشار إليه محمد المنتصر الداودي، الإشكالية القانونية والواقعية في اختصاص القضاء الإداري، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2000، ص 116.

بمنح تعويض يحدد قيمته القاضي، إذ أن التعويض عن حرمان الموظف من الترقية يتنافى ونظام الشرعية، فالتعويض المناسب في هذا المجال هو الإلغاء من قبل قاضي الشطط في استعمال السلطة، ويمكن إضافة إلى ذلك، إقرار تعويض مكمل للضمانات المترتبة على الإلغاء¹.

إن تتميع المشرع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في ترقية موظفيها سعياً لتحقيق المصلحة العامة، لم يجعلها مطلقة بل فرض على هذه السلطة مجموعة من القيود لضمان مساواة الموظفين في الترقية، وإلزامها بضرورة إخضاع موظفيها لنظام تقييم سنوي أو إعداد جدول الترقية أو استشارة اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء، عندما تقدم على اختيار أكفأ الموظفين للترقية.

وإلى جانب ذلك، لم يكتف المشرع المغربي بالتأكيد على ضرورة التزام الإدارة بمسطرة الترقية لضمان حيادها في الاختيار والمفاضلة بين الموظفين الذين تتوفر فيهم شروط الترقية من أجل ضمان مساواة موظفيها في الاستفادة منها، بل أحاط قرار الترقية باعتباره قراراً رئيساً للترقية بضمانات قضائية هامة تحمي الموظف من تعسف الإدارة والحد من طغيانها.

لكن، يبقى لهذه الضمانات القضائية نواقص تحد من المساهمة في الموازنة بين المصلحة العامة للإدارة والشخصية للموظف، تستوجب تدخل المشرع لمعالجتها، وذلك من خلال منح صلاحيات واسعة للقاضي الإداري تمكنه من فرض رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، حتى يضمن للموظف حماية كاملة من أي تعسف.

1- أمال المشرقي: حماية الحقوق والحريات بالتقييد القضائي للسلطة التقديرية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عدد خاص، ندوة القضاء الإداري وحماية الحقوق والحريات بالمغرب، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة 1995، ص 169.

رقابة القضاء المالي الجهوي على تدبير صفقات الجماعات الترابية

هشام العسري
باحث في سلك الدكتوراه كلية الحقوق فاس

زبيدة نكاز
أستاذة باحثة كلية الحقوق فاس

مقدمة

يحظى نظام الرقابة العليا على الأموال العمومية في إطار منظومة علم المالية العامة بمكانة خاصة ومتميزة؛ باعتباره يشكل أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها صرح الحكامة الجيدة لتدبير الشأن العام في جميع تجلياته، وذلك بالنظر لأهمية المال العام ودوره في بناء الدولة وتكوينها¹.

وباستحضار هذه المكانة لمركزية المال العام في تحقيق التنمية الشاملة، فإن الأمر يستلزم إحاطته بنوع من الحماية حتى لا يتم العبث به سواء بالتبذير أو الاختلاس أو سوء التسيير، لأن حمايته تعتبر مدخلا أساسيا لحماية الأمن الاقتصادي والاجتماعي للدول ومؤشرا قويا على نهضتها وتقدمها، لذلك تعمل كل دولة على سن تشريعات وإنشاء مؤسسات خاصة تتولى الرقابة على هذه الأموال بغية تحصينها من الاعتداء عليها². تأسيسا على هذا الأمر يعد مفهوم الرقابة العليا على الأموال العمومية موضوعا هاما وحاسما في ظل التحولات العميقة التي يعرفها المغرب، حيث أضحت هذه الإشكالية على اختلاف مستوياتها الجدال المحوري الأكثر استعمالا في مختلف النقاشات السياسية والاجتماعية والاقتصادية وكذا الفقهية، خصوصا عند ربط هذا المفهوم المركزي بمشكلات وآفاق التدبير المالي العمومي وسؤال تفعيل ربط المسؤولية بالمحاسبة لا سيما في ميدان الصفقات العمومية³. هذا الأمر الذي أصبح موضوع حديث للخاص والعام، وبمسميات مختلفة (الافتتاح، التدقيق، المراقبة، المساءلة، المحاسبة... الخ) جعل هذا الموضوع يستأثر بحيز هام من لدن الصحافة الوطنية، إذ تكاد لا تخلو هذه الصحف من تناول

¹ - أحمد دوش مدني: المحاكم المالية في المغرب، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مطبعة فضالة - المحمدية، الطبعة الأولى 2003، ص 9

² - العربي البوبكري: دور السياسة الجنائية في حماية المال العام، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 69.

³ - أحمد حاسون: المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، دراسة سوسيو قانونية، منشورات مجلة الدراسات السياسية والاجتماعية، سلسلة أطروحات وأبحاث، العدد 2013/1، طبعة 2013، ص 21.

قضايا الفساد المالي وبالخصوص على مستوى ميدان الصفقات العمومية والمناذاة بملحاحية لتنفيذ مراقبة الأموال العمومية.¹

وعليه إن مفهوم الرقابة المالية المقصود في هذا الموضوع، هو الإشراف والفحص والمتابعة من طرف سلطة أعلى لها حق التعرف على كيفية سير العمل داخل الوحدة أو المنظمة² للتأكد من حسن استخدام الأموال العامة وفقا للأغراض والخططة المرسومة، ومن ثم فالرقابة عملية تسعى لرصد ما تم وما لم يتم من الخططة الموضوعة من قبل المنظمة موضوع الرقابة،³

في ظل هذا السياق يندرج عمل المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات بالمغرب تحديدا، حيث اعتبرها المشرع بصريح نص الدستور هيئات تمارس الرقابة العليا⁴ على المالية العمومية توصف بالقضائية، ومن هنا فهمام المجالس الجهوية للحسابات حسب الفصل 149 من الباب العاشر من الدستور⁵ المعنون بالمجلس الأعلى للحسابات، هي مراقبة حسابات الجهات والجماعات الترابية الأخرى، وهيئاتها وكيفية قيامها بتدبير شؤونها وتعاقب عند الاقتضاء عن كل إخلال بالقواعد السارية عن العمليات المذكورة، فهذه المجالس إذن هي محاكم مالية جهوية تمارس مهامها كما هو محدد لها قانونا للرقابة على مالية الجماعات الترابية. وبالرغم من حداثة

¹- ادريس طاهري: تجربة المجلس الأعلى للحسابات في مراقبة تسيير الجماعات المغربية، المجلة المغربية للمالية العمومية، مطبعة البلابل-البطحاء- فاس العدد 4-2014، ص 17.

²- يقصد بالمنظمة العمومية، الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية²

³- مليكة عرعور: إشكالية الرقابة على المؤسسات من منظور سوسيولوجي، المجلة المغربية للقانون الإداري والعلوم الإدارية - العدد 1 - 2016، ص 11.

⁴- ينص الفصل 147 من الدستور المغربي لسنة 1 201 "المجلس الأعلى للحسابات هو الهيئة العليا لمراقبة المالية العمومية بالملكة، ويضمن الدستور استقلاله.

يمارس المجلس الأعلى للحسابات مهمة تدعيم وحماية مبادئ وقيم الحكامة الجيدة والشفافية والمحاسبة بالنسبة للدولة والأجهزة العمومية.

يتولى المجلس الأعلى للحسابات ممارسة الرقابة العليا على تنفيذ قوانين المالية. ويتحقق من سلامة العمليات، المتعلقة بمداخل ومصاريف الأجهزة الخاضعة لمراقبته بمقتضى القانون، ويقيم كيفية تدبيرها لشؤونها، ويتخذ، عند الاقتضاء، عقوبات عن كل إخلال بالقواعد السارية على العمليات المذكورة. تُنَاط بالمجلس الأعلى للحسابات مهمة مراقبة وتتبع التصريح بالامتلاكات، وتدقيق حسابات الأحزاب السياسية وفحص النفقات المتعلقة بالعمليات الانتخابية .

⁵- دستور المملكة المغربية: الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، ج الرسمية عدد 5964 بتاريخ 30 يونيو 2011، ص 3600.

التجربة نسبيا التي كان انطلاقتها مع سنة 2004، إلا أن الحاجة إليها كانت ماسة نظرا للرهان الجديد الذي يعطى للامركزية على أكثر من صعيد ومنها المالي تحديدا، ثم الاهتمام المتزايد من طرف الهيئات الدولية للرقابة المالية التي تنادي بضرورة إنشاء هذه المؤسسات واعتمادها داخل دولة.

وإذا كان الأخذ بنظام الصفقات العمومية بالمغرب سابق على نظام الرقابة القضائية - منذ سنة 1907 -، فإنه لم يتقرر بشكل حديث تبني الرقابة على المالية العمومية إلا مع بداية الستينيات من القرن الماضي، حيث تميزت نشأة وتطور الرقابة العليا على المال العام بالمغرب في المرحلة الأولى بمراقبة المشروعية، فخلال سنة 1960 تم إحداث اللجنة الوطنية للحسابات، التابعة لوزارة المالية تتولى الرقابة على المالية العامة، حيث اقتصر دورها على ممارسة مراقبة محاسبية عليا ذات طبيعة إدارية، ثم مرحلة ثانية والتي تعتبر مهمة بالنسبة للمغرب، وهي إحداث المجلس الأعلى للحسابات بمقتضى قانون 79-12 كجهاز أعلى للرقابة العليا على تنفيذ قوانين المالية والسهر على مشروعية العمليات المالية ومراقبة أداء الأجهزة العمومية الخاضعة لمراقبته، ليتم فيما بعد ذلك الارتقاء بهذه الجهة سنة 1996 من مؤسسة عادية إلى مصاف المؤسسات الدستورية، وذلك على غرار المؤسسات المماثلة في الدول الأكثر تقدما لتأتي المرحلة الحاسمة والمتمثلة في إصدار مدونة المحاكم المالية من خلال الظهير الشريف بتاريخ 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 99-62¹ الذي تضمن إحداث المجالس الجهوية للحسابات في إطار سياسة اللامركزية للرقابة المالية على الجماعات الترابية²، ولقد تم تنويع هذا المسار وتعزيزه انطلاقا من دستور 2011 الذي منحها اختصاصات جديدة خصوصا في بعض الجوانب كالتخليق وتكريس الحكامة المالية والمحاسبة والشفافية، وفضلا عن هذا تم إحداث ثلاثة مجالس جهوية للحسابات وذلك تماشيا مع الجهوية المتقدمة لتصل في المغرب إلى 12 مجلسا جهويا وذلك بموجب المرسوم رقم 2.15.556 والذي حدد مقارها وتسميتها ودوائر اختصاصاتها.³

¹ - ظهير الشريف رقم 124.2.1 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)، بتنفيذ القانون رقم 99 - 62 المتعلق بمدونة المحاكم المالية، الجريدة الرسمية، عدد 5030، 6 جمادى الآخرة 1423 (15 أغسطس 2002)، ص. 2294.

² - المحاكم المالية للمملكة المغربية، كتيب منشور على الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى للحسابات بصيغة PDF www.courescomptes.com اطلع عليه بتاريخ 2017/07/05 على الساعة 13 زوالا.

³ - مرسوم رقم 556 - 15 - 2 الصادر بتاريخ 21 ذي الحجة 1436 الموافق (أكتوبر 2015) بتحديد عدد المجالس الجهوية للحسابات وتسميتها ومقارها ودوائر اختصاصها، الجريدة الرسمية عدد 6404 - فاتح محرم 1437، (15 أكتوبر) ص 8379.

ومما لا شك أن موضوع رقابة المجالس الجهوية للحسابات على صفقات الجماعات الترابية يعتبر من المواضيع الراهنة وذات الأهمية والأولوية بالدراسة والتحليل، إذ يحظى هذا الحقل باهتمام علمي وعملي كبير من طرف الباحثين والمهنيين المهتمين بهذا الميدان وذلك من منطلق أن المؤسسات العليا للرقابة على المال العام بالمغرب هي بمثابة الضمير المالي للدولة. وأنه فبالإضافة إلى الأهمية التي تحتلها الرقابة داخل منظومة علم المالية العامة من طرف الفقه المالي، فإن الأمر يزداد مكانة وأهمية في حالة الرقابة على الصفقات العمومية وذلك نظرا لما يشكله حجم ومبلغ النفقات المرصودة للصفقات من الميزانية العامة للجماعات التي تبرمج وتنفذ سنويا في شكل صفقات. بلغة الأرقام الدولة خصصت في قانون المالية لسنة 2016 في مجال الصفقات العمومية مجهودا استثماريا يصل إلى 61 مليار درهم في القطاعات الوزارية و12 مليار درهم للجماعات الترابية،¹ لذلك فالصفقات العمومية هي من بين الوسائل المهمة في تدبير وتنفيذ النفقة العمومية، فهي إذن آلية أساسية تمكن من الاستفادة من خيارات البلاد واستغلالها بالشكل الذي يحقق الرفاهية والازدهار لكافة المواطنين في مختلف المجالات سواء تعلق الأمر بالشبكة الطرقية والتجهيزات الأساسية من بنيات تحتية ومؤسسات إدارية وغيرها من المنشآت الحيوية التي تعمل من خلالها الجماعات على تسهيل وجعل عملية التنمية تتحقق، وبذلك صارت الصفقات العمومية التي تشمل نفقات الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية تمثل ما يناهز 24% من الناتج الداخلي الخام وغدت بالتالي مكونا من مكونات النشاط الاقتصادي الذي لا يمكن تجاهله.² وبهذا أضحت الرقابة المالية عليها عنصرا رئيسيا في النظام الديمقراطي.

على ضوء ما مر وما سيأتي يتمحور التساؤل المركزي الذي ينبني عليه هذا الموضوع، حول مدى مساهمة ودور المجالس الجهوية للحسابات في التأثير على أداء المدبرين العموميين بالجماعات الترابية في ميدان تدبير الصفقات العمومية؟.

هذا الموضوع الهام والشائك يطرح نقطتين رئيسيتين للنقاش والتحليل الأول نظري، يتم التطرق فيه إلى الآليات التي عن طريقها يتدخل القضاء المالي الجهوي في الرقابة

¹ محمد مسكاوي : لوبيات تحتكر صفقات الأشغال الكبرى والفساد طور آليات اشتغاله، جريدة المساء، العدد 2942، السبت-الأحد 26- 27 2016/3، ص 14.

² تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، الصفقات العمومية رافعة استراتيجية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، مطبعة كانا برنت، ص 34، تقرير منشور على الموقع الإلكتروني: www.ces.ma/documentpdf اطلع عليه بتاريخ 8-10-2017 على الساعة 11 صباحا، ص 13.

على صفقات الجماعات الترابية (المبحث الأول) والثاني ميداني يتناول الحديث عن العمل القضائي للمحاكم المالية الجهوية في مراقبة تدبير صفقات الجماعات الترابية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آليات تدخل القضاء المالي الجهوي للرقابة على صفقات الجماعات الترابية
يشغل القضاء المالي الجهوي على المستوى النظري للقيام بوظائفه الرقابية في تدبير ميدان الصفقات العمومية بالجماعات الترابية، وفق منظومة قضائية تتأسس على مرجعية رقابية وترسنة قانونية مهمة، تعتمد كآليات ضرورية ومحدد لمختلف تدخلاته التي تمنحه اختصاصات واسعة ومهمة للرقابة على أعمال المحاسبين العموميين والامرين بالصرف والمراقبين، والاجراءات التي تسير عليها هذه الرقابة للنظر في مدى مشروعية أعمال هؤلاء في قيامهم بمهامهم في جميع المراحل والمساطر التي تمر منها الصفقات الترابية. ومن أجل تحقيق رقابة شاملة وإرساء توازن في المسؤوليات فان الاختصاصات المخولة للمحاكم المالية لا تخرج عن الثنائية التي رسمها المشرع وذلك من خلال الرقابة على الصفقات العمومية في اطار الاختصاصات القضائية (المطلب الاول) ثم الرقابة على الصفقات العمومية في اطار الاختصاصات الغير القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة على مشروعية الصفقات العمومية في إطار الاختصاصات القضائية
مبدئيا تؤطر هذه الاختصاصات كل من أحكام الفصل 149 من دستور 2011، والمواد من 126 الى 141 من القانون 62 - 99¹ حيث تتولى المجالس الجهوية للحسابات في هذا الباب النظر في الحسابات المتعلقة بالصفقات العمومية وذلك عن طريق البت في تدقيقها وتحقيقتها (الفقرة الأولى)، ثم التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية إذا ما حصل هناك وجود اختلالات من قبل المدبرين العموميين في إنجازها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التدقيق والتحقيق والبت في حسابات المحاسبين العموميين
بالنظر الى عنوان هذه الفقرة الذي يتضمن ثلاثة مفاهيم كبرى تؤطر هذا الاختصاص والمتمثلة في التدقيق والتحقيق² والبت في الحسابات وربطها بحقل تدبير صفقات الجماعات

¹- الظهير الشريف رقم 124 - 2 - 1، مرجع سابق، ص 2294.

²- في العادة غالبا ما يتم الجمع بين الكلمتين، التدقيق والتحقيق في الحسابات حيث يصعب أحيانا التمييز بين المعنى والوظيفة الجوهرية لكل مهمة لاستجلاء الفرق بينهما، بالرغم من أنهما اختصاصين مسندين لجهة موحدة. علما أن الفرق بينهما كبير، وبشأن هذا الأمر إذا كانت عملية التحقيق التي تتبعها المحاكم المالية تعتبر في جوهرها مسطرة قضائية بامتياز تأخذ مقوماتها من القضاء العادي، وبالتالي

الترايبية، بيدو حجم وشساعة هذا الاختصاص وما يطرحه من تحليل ونقاش نظريا وممارسة، لكن وبشكل مختصر يتم تناول هذا الشق الهام الذي يبرز أصالة وتجربة المحاكم المالية في الباب المتعلق بالنفقات العمومية.

وبهذا يختص المجلس الجهوي للحسابات طبقا لنص المادة 126 من القانون رقم 99-62 بمثابة مدونة المحاكم المالية داخل حدود اختصاصه، بالتدقيق والبت في حسابات الجماعات الترابية ومجموعاتها، والتي تتوفر على محاسب عمومي¹. وفي هذا السياق تجري عملية التدقيق وفق منظور جديد يتمثل في المراقبة المندمجة، التي تمكن المستشار المقرر من القيام بفحص شامل لجميع العمليات التي تتعلق بتنفيذ النفقات العمومية بما فيها عمليات وأنظمة التسيير التي تتطلب المعاينة الميدانية ثم إثارة ملاحظات تهم كل المتدخلين في تنفيذ العمليات المالية، كالأمر بالصرف والمراقب والمحاسب العمومي أو أي مسؤول آخر². لأجل التحقق من مشروعية القرار المالي، وذلك عن طريق التأكد من المطابقة الشكلية لحسابات مديري المالية الترابية للنصوص القانونية³. حيث يهدف التدقيق الى تقويم مختلف الاختلالات تشوب إنجاز الصفقات

=

فهي تكون بشكل تلقائي واجباري من طرف القاضي المالي على العمليات المالية للأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين للتثبت من شرعية العمليات التي قاموا بها. فمن الواضح أن التدقيق لا ينصب فقط على التأكد من مدى شرعية ومطابقة العمليات المالية العمومية للنصوص المعمول بها بل يمتد أيضا الى تقييم التسيير. وتقويم الأداء داخل الهيئة أو المؤسسة. وهكذا وعقب الانتهاء من التدقيق يبلغ المستشار المقرر ملاحظاته، بحسب الحال، إلى كل من الأمر بالصرف أو المراقب أو المحاسب العمومي أو أي مسؤول آخر. ويتعين على هؤلاء الإجابة على هذه الملاحظات داخل أجل شهرين ماعدا في حالة تمديد استثنائي. وعند انتهاء هذا الأجل يعد المستشار المقرر تقريرين. كما سنبينه.

¹ - المادة 126 من مدونة المحاكم المالية، القانون رقم 99 - 62، كما تم تعديله وفقا للقانون رقم 16-55 الصادر بتنفيذه الظهير 153. 16. 1 في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016) ص 6703.

² - محمد براو: الوجيز في شرح قانون المحاكم المالية - مساهمة في التأصيل الفقهي للرقابة القضائية على المال العام الجزء الأول، - مطبعة طوب برس - الرباط، بدون دار النشر، الطبعة الأولى، غشت 2004، ص 119.

³ - أحمد حاسون: المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب - دراسة سوسيو قانونية -، منشورات مجلة الدراسات السياسية والاجتماعية، سلسلة أطروحات وأبحاث العدد 1 - 2013، مطبعة المعارف الجديدة الرباط ص 102.

العمومية، إذ يعود له الفضل في الانتقال من معيار المطابقة بالنظر الى النص، الى معيار الاحقاق والانجاز¹ وبالرجوع الى مدونة المحاكم المالية، في هذا الباب نجد أن المادة 128² من القانون 99 - 62 في الكتاب الثاني تحيل على أن التدقيق والتحقيق تطبق عليه مقتضيات المواد من 27 الى 40 من الكتاب الاول من نفس القانون.

غير أنه بالرجوع الى المادة 142 من مرسوم 20 مارس 2013، نجد صفقات الجهات والعمالات والاقاليم والجماعات وكذا عقودها الملحقة ربطت التدقيق بثمن الصفقة، حيث لا تخضع سوى الصفقات التي يتجاوز مبلغها ثلاثة ملايين 3000.000 درهم مع احتساب الرسوم، ومليون 1000.000 درهم بالنسبة للصفقات التفاوضية³، وبالتالي ما يستشف من هذه المادة أن عدم تعميم التدقيق على كل الصفقات كيف ما كانت نوعيتها، بل جعله إجباريا فقط بالنسبة للصفقات التي يتجاوز مبلغها سقفا محددا، يدل على أن حجم الصفقات وعددها يفوق الآليات والأجهزة والموارد البشرية الكفوة المكونة في هذا الجانب. الامر الذي يتضح منه أنه رغم كون المشرع أدخل آلية التدقيق في مجال الصفقات العمومية فهو لم يجعل هذه المهمة تمارس بإطلاقه الامر الذي يحد من جودة العديد من الصفقات العمومية التي يقل ثمنها عن الرقم المذكور.

أما فيما يخص التحقيق في الحسابات فإنه بناء على البرنامج السنوي للمجلس الجهوي للحسابات المنصوص عليه في المادة 120 من قانون 99 - 62، يقوم رئيس الغرفة بتوزيع الحسابات والبيانات المحاسبية على المستشارين المقررين بهدف تحقيقها، حيث يجوز للمستشار المقرر الذي يقوم بالتحقيق أن يستعين بقضاة آخرين ومدققين يعينهم رئيس الغرفة⁴. حيث يبدأ المستشار المقرر مرحلة التحقيق بجمع المعلومات والأدلة أو أية وثيقة من شأنها أن تساعد على فحص الحسابات التي لها علاقة بالموضوع ثم مباشرة فحصها وتحقيقها⁵ وفي هذا الصدد يجري التحقيق باتباع مسطرة كتابية وتنازعية تمكن المعنيين بالأمر من ابداء تبريراتهم داخل الأجل المحدد قانونا. ومن الضمانات المسطرية الهامة التي أتى بها القانون رقم 99 - 62 بتاريخ 13

¹ - عثمان تالمة : تطبيقات التدقيق في مجال الصفقات العمومية، www.marocdroit.com اطلع عليه يوم 2017/5/9 على الساعة 10:00 ليلا.

² - المادة 128 من القانون رقم 99 - 62 بشأن مدونة المحاكم المالية .

- أنظر المادة 142 من المرسوم رقم 349، 12، 2. المتعلق بالصفقات العمومية.³

- المادة 30 من القانون 99 - 62، المتعلق بمدونة المحاكم المالية.⁴

- أحمد حاسون : مرجع سابق، ص 118.⁵

يونيو 2002 – المحدث للمحاكم المالية – أن القاضي المقرر، أصبح ملزم بإعداد تقريرين، أحدهما يخصص لنتائج التحقيق المتعلقة بالتدقيق والبت في الحسابات، والثاني تبين فيه مراقبة التسيير ومسألة تعيين المستشار المراجع.¹

ومن مميزات هذا الاختصاص الابتدائي هو غياب مبدأ النزاع وكونه كتابيا إضافة الى طابعه التلقائي، ثم طغيان الجانب الاداري والاجرائي الصرف مع إشراك كل الاطراف المعنية بالتحقيق، حيث يمكن للمستشار المقرر إلزام كل من الامر بالصرف والمراقب والمحاسب العمومي أو أي مسؤول آخر بتقديم جميع التوضيحات التي يراها المستشار ضرورية، وذلك تحت طائلة الغرامة التهديدية في حالة الامتناع المنصوص عليها في المادة 29 من هذا القانون، هذا بالإضافة الى أنه يجوز للمستشار المقرر القيام في عين المكان بجميع التحريات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمة التحقيق.

وبخصوص البت في الحسابات فإنهبعد الانتهاء من مرحلة التدقيق والتحقيق في الحسابات من طرف المجالس الجهوية، التي يكون موضوعها صفقات الجماعات الترابية، طبيعي جدا أن هذه المهمة القضائية ستسفر لا محالة، إما عن عدم أو وجود مخالفات – ففي حالة الاولى يتم إبراء ذمة المحاسب ثم البت في الحساب أو الوضعية المحاسبية بقرار نهائي – وإذا ثبت للمجلس وجود مخالفات حسب ما حددته مقتضيات المادة 37 من القانون 99 - 62 الناتجة عن عدم اتخاذ الاجراءات التي يتوجب على المحاسب القيام بها في مجال مراقبة صحة النفقة يأمر المجلس الجهوي المحاسب العمومي بواسطة قرار تمهيدي بتقديم تبريراته كتابة أو عند عدم تقديمها بإرجاع المبالغ التي يصرح بها المجلس كمستحقات للجهاز العمومي المعني.²

تشير مقتضيات المادة 37 أعلاه التي لها علاقة بمسؤولية المحاسب العمومي في حالة ثبوت مخالفات عن مهامه، مجموعة من النقاط المهمة، لذلك سنركز على أهم المعطيات التي تطرحها ما دامت أنها بمثابة السند القوي الذي يعطي للقاضي المالي البت في الحسابات والتثبت من عدم أو صدقية تنفيذ وإعداد وإبرام الصفقات العمومية التي توكل مهمتها الى الجماعات الترابية في احترام تام للقانون المؤطر للطلبات والاشغال العمومية. إذن فهي آلية قوية يستند عليها القاضي المالي لمعرفة وتحديد مدى مشروعية النفقة التي يتولاها المحاسب العمومي، غير أنه إذا ما تبين من خلال التحقيق في الحساب وجود مخالفة من المخالفات

¹ - مليكة الصروخ: الصفقات العمومية في المغرب – الاشغال، التوريدات، الخدمات –، مطبعة دار القلم، بدون دار النشر، الطبعة الثانية 2012، ص 388.

² - المادة 37، من مدونة المحاكم المالية.

المنصوص عليها في المواد 54 و55 و56 بعده تتخذ الهيئة قرارا توجهه الى الوكيل العام للملك الذي يحيل القضية الى المجلس في ميدان التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية.¹

الفقرة الثانية: التأديب المالي في ميدان الصفقات العمومية

معلوم أن ربط المسؤولية بالمحاسبة يعد أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها الحكامة ودولة القانون، فمن هذا المنطلق تعتبر الرقابة بدون جزاء لمن ثبتت إدانته لا قيمة لها. ومنه تعد ممارسة المحام المالية الجهوية لمهمة التأديب المالي للمخالفين للضوابط المالية في صرف النفقات التي تتولاها الجماعات الترابية مسألة منطقية وذات أهمية بالغة حيث يعتبر هذا الاختصاص الوجه الثاني لرقابة المشروعية كونه ينصب أساسا على تصرفات كافة المتدخلين في العمليات المالية والمحاسبية، التي تهم أساسا الصفقات والأشغال العمومية التي تديرها الجماعات الترابية، ويبرز هذا النوع من الرقابة الخصوصية الفريدة لتجربة القضاء المالي المغربي، التي تتميز بغاصيتي الوحدة والشمولية، هكذا يتولى القضاء المالي الجهوي المهام القضائية المنجسة في التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية؛ للنظر في جميع جوانبها وما يترتب عنها من مسؤولية وذلك حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 54 و55 و56، خلافا للنظام الفرنسي حيث لا تتوفر محكمة الحسابات على هذا الاختصاص، بل هو مخول لجهاز آخر ممثل في محكمة التأديب المالي. وبصدد هذا تتولى المجالس الجهوية في هذا الاطار ممارسة المهام القضائية في ميدان التأديب المالي بالنسبة الى الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 118 والذين يرتكبون المخالفات المذكورة طبقا للمواد أعلاه.

وبه إن الأشخاص المعنويين بالتأديب المالي هم مسؤولو وموظفو ومستخدمو الجماعات الترابية ومجموعاتها²، وبخصوص الطبيعة القانونية للمخالفات المنشئة للمسؤولية نتيجة خرق أحد النصوص أو الضوابط المتعلقة بصرف أو تنفيذ النفقات تعتبر الغرامة المالية العقوبة الوحيدة التي تملكها المجالس للزجر بها حيث يتعرض مرتكبها لغرامة تتراوح ما بين 1000 درهم كحد أدنى وأربع مرات الراتب السنوي الصافي للمعني بالأمر كحد أقصى، كما يمكن للمجلس أن يقرر الحكم على المعني بالأمر بإرجاع المبالغ المطابقة لفائدة الجهاز العمومي في حالة إذا ما ثبت له أن المخالفة ألحقت ضررا بالجهاز العمومي³، غير أنه من الناحية العملية يصعب في هذه الحالة إرجاع المبالغ المطابقة إذا كانت كبيرة مع العلم أن ميدان الصفقات غالبا ما يكون سقف

¹ - الفقرة الخامسة من المادة 37، من مدونة المحاكم المالية.

² - الفقرة الرابعة من المادة 118 من مدونة المحاكم المالية، كما تم تغييرها وتنظيمها.

³ - أحمديدوش مدني: مرجع سابق، ص 31.

المبالغ مرتفع وأن المعني بالأمر لأسباب ما ضيع هذه المبالغ وليس بقدره إرجاعها نظرا للوضع الذي هو عليه أثناء الحكم. وفي حالة إذا ما اكتشف المجلس الجهوي أفعالا من شأنها إن تعرض المعني بالأمر لعقوبة تأديبية أو جنائية يتم تطبيق المادة 111¹ من هذا القانون التي عن طريقها تحال القضية على النيابة العامة بالمحاكم العدلية لاتخاذ الإجراءات اللازمة. وبالتالي يبقى الغرض من إقرار الغرامة ليس بهدف التعويض عن الخسارة التي أصابت المال المحلي، بل الهدف من ذلك هو العمل على احترام قواعد التشريع المالي الخاص النفقات إضافة الى محاولة ربط المخالفات المتعلقة بعدم احترام قواعد التدبير المالي والميزانياتي، بتقييم الأداء العام للأجهزة الخاضعة للرقابة المالية ذات الصبغة القضائية². ومن بين الوقائع المنشئة للمخالفات المالية في حقل الطلبات العمومية والتي تستوجب المتابعة أمام المجالس الجهوية للحسابات من خلال ما استقر عليه اجتهاد قضاء التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية يمكن رصد المخالفات التالية³:

- 1- المخالفات المرتكبة من طرف الأمر بالصرف أو أي مسؤول وكذا كل موظف يعمل تحت سلطتهم أو لحسابهم في مرحلة الالتزام بالنفقة:
 - تنفيذ صفقة عمومية قبل المصادقة عليها من لدن السلطات المختصة؛
 - تنفيذ أشغال قبل فتح الاعتمادات؛
 - التسوية البعدية من خلال سندات طلب؛
 - الالتزام بنفقة يتجاوز سقفها الاعتمادات المتوفرة؛
- 2- المخالفات المرتكبة من طرف الأمر بالصرف أو أي مسؤول وكذا كل موظف يعمل تحت سلطتهم أو لحسابهم في مرحلة التصفية والأمر بالأداء:
 - التوقيع على محضر التسليم بالرغم من عدم مطابقة التوريدات للشروط التقنية المنصوص عليها في الصفقة؛
 - التوقيع على محضر التسليم بدون الإشارة الى تاريخ إنجاز الخدمة؛

¹ - تنص المادة 111 من مدونة المحاكم المالية على ما يلي:

² - عماد أبركان : نظام الرقابة على الجماعات الترابية ومتطلبات الملائمة، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة البحث الأكاديمي - الاصدار الثالث عشر، مطبعة الأمنية الرباط - 2016، الطبعة الأولى، ص 160.

³ - Jilali AMZID: La responsabilité financière de l'ordonnateur au tournant de la réforme budgétaire, TOPPRESS, Rabat 2017 , p 354.

- الأمر بأداء مبلغ يفوق ثمن الخدمة المقدمة؛

- التصفية والأمر بأداء النفقة وإنجازها لحساب جهاز عمومي خارجي¹.

المطلب الثاني: الرقابة على الصفقات العمومية في إطار الاختصاصات الادارية

تتولى المجالس الجهوية للحسابات ممارسة صلاحيات رقابية ذات طابع اداري تتعلق بمراقبة التسيير أولا باعتبارها اختصاص حديث نسبيا، وكذلك مراقبة استخدام الأموال العمومية بالجماعات الترابية، ثم مراقبة الاجراءات المتعلقة بتنفيذ الميزانية، ويستهدف هذا الاختصاص الرقابي ذو الصبغة الادارية، تحقيق مراقبة شاملة ومندمجة لكل أوجه ومظاهر التدبير المالي والاداري لصفقات الجماعات دعما للديمقراطية الترابية وذلك عن طريق تقييم المشاريع والمخططات والأهداف التنموية والاستراتيجية والبحث في طبيعة ونوعية مختلف العمليات المالية، والتصرفات التدبيرية ومضمونها وتكلفتها ومردوديتها.

الفقرة الأولى: مراقبة التسيير

تعتبر مراقبة التسيير آلية حديثة لضبط النشاط المالي العمومي وتحديد في مجال الصفقات العمومية التي تديرها الجماعات الترابية، إذ تسمح مراقبة التسيير بتحديد الأهداف وقياس التكاليف لأنها "مراقبة من حيث الكيف" تشمل جميع مظاهر تسيير الأجهزة الخاضعة لرقابة المجالس الجهوية للحسابات² تهدف بالدرجة الأولى الى قياس النشاط المنجز، والوقوف على حقيقته، ومن ثمة بيان ومعرفة هل كان النشاط متفقا في نتائجه مع الأهداف التي يسعى الى تحقيقها.

هذا الاختصاص التي تمارسه المحاكم المالية على حقل الصفقات؛ تصنف من جهة كرقابة للملائمة ذات الأصل الانجلوساكسوني الذي يعتمد على المقارنة بين التكاليف والنتائج المحققة لتجنب كل تسيير غير فعال. ومن جهة ثانية تركز هذه الرقابة على الأهداف والنتائج عبر استخدام أمثل وأنجع للموارد المخصصة لها داخل الوحدة الخاضعة لهذه الآلية الرقابية. فهي إذن تعتبر أداة تعمل على ضبط وتقنين التصرفات داخل المؤسسة حيث تطمح لاحتواء نظام المراقبة في شموليته، في هذا السياق يعرف هنري بوكين Henri Bouquin مراقبة التسيير بأنها عبارة عن مسلسل دائم ومنظم من أجل التدخل قبل وأثناء

¹- كمال الشهيبي: وضعية الأمر بالصرف، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فاس، ص 59 و60

²- عسو منصور: قانون الميزانية العامة، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2005، ص 179.

وبعد العملية، ويفوق بكثير دور مراقب التسيير نفسه.¹ إذن فمراقبة التسيير حسب بعض الفقه هي، مراقبة إدارية غير قضائية مصاحبة وتشاركية (تدقيق شامل ومندمج).² وعليه إن مراقبة المجالس الجهوية في هذا الإطار تكون عن طريق تقييم مدى تحقق الأهداف المحددة والنتائج المحققة، وكذا تكاليف وشروط اقتناء واستخدام الوسائل المستعملة. كما تشمل هذه المراقبة كذلك مشروعية وصدق العمليات المنجزة وكذا تكاليف حقيقة الخدمات المقدمة والتوريدات المسلمة والأشغال المنجزة ثم أيضا التأكد من أن الأنظمة والاجراءات المطبقة داخل الأجهزة الخاضعة لرقابته تضمن التسيير الأمثل لمواردها وحماية ممتلكاتها وتسجيل كافة العمليات المنجزة والعمل على القيام بمهام تقييم المشاريع العمومية للتأكد من مدى تحقق الأهداف والغيات المحددة بكل مشروع انطلاقا مما تم إنجازه وبالنظر ما هو مستعمل من إمكانيات.³

وفيما يخص الاجراء الأول لهذا الاختصاص يقوم الرئيس بتعيين المستشارين الذين يقومون بمراقبة تسيير الأجهزة المدرجة في البرنامج السنوي للمجلس والتي تهم بالدرجة الأولى صفقات الجماعات الترابية، حيث يؤهل أولئك المستشارون للاطلاع على كافة الوثائق أو المستندات المثبتة الكفيلة بتزويدهم بمعلومات حول تسيير هذه الأجهزة مع إمكانية الاستماع الى الأشخاص الذين يرون أن إفادتهم ضرورية، وفي حالة عدم استجابة الأشخاص المعنيين لطلبات أولئك المستشارون ترفع التقارير لرئيس المجلس الجهوي للبت في الأمر وفق مقتضيات المادة 69 من القانون 99 - 62.⁴

وبعد التداول وفق مقتضيات مدونة المحاكم المالية، تبلغ الملاحظات المسجلة من لدن المستشارون الى المسؤولين عن الأجهزة المعنية، الذين يجوز لهم الإدلاء بتعقيباتهم عند الاقتضاء داخل أجل شهرين،⁵ ويحرر المستشارون عند انصرام الأجل تقارير يوجهونها الى رئيس الغرفة

¹- عبد الواحد العسلي: دور الخازن المكلف بالأداء في مراقبة المؤسسات العمومية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية، 2013- 2014، ص. ص 224 و 226

²- محمد براو: مهام واختصاصات المجلس الأعلى أية ملائمة على ضوء التجربة والدستور والمعايير الدولية، المجلة المغربية للمالية العمومية، مطبعة البلابل البطحاء فاس، العدد 3 / 2013، ص 18.

³- عسو منصور: قانون الميزانية العامة ورهان الحكامة المالية الجيدة، مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط - الطبعة الأولى أكتوبر 2017، ص 336

⁴- المادة 151 من مدونة المحاكم المالية.

⁵- المادة 80 من مدونة المحاكم المالية.

ليتم التداول بشأنها،¹ ويعتبر الاستماع هنا لكل مسؤول أو مستخدم أمراً مهماً بحيث يمكن لهؤلاء المسؤولين الإجابة عن هذه التساؤلات في إطار من الحرية ودون إلزامهم بكتمان السر المهني، وعلى إثر النتائج التي يتم الخلوص إليها من تلك المداولة، يتم إعداد تقرير خاص حول جميع العناصر ثم إجابات المعنيين ليتم التداول فيها، وفي حالة الوقوف على أية مخالفة من المخالفات المستوجبة للتأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية فإن النيابة العامة تقوم بالمسطرة اللازمة، والأمر نفسه إذا وجدت ملاحظات أو أعمال تشكل مخالفات ذات صبغة جنائية.²

تأسيساً على ما سبق، يوجه الرئيس ذلك التقرير الخاص، الذي تم التداول فيه إلى كل من وزير الداخلية أو الولي أو العامل في حدود الاختصاصات المخولة لهم تطبيقاً للنصوص الجاري بها العمل، وإلى الوزير المكلف بالمالية أو الخازن بالجهة أو العمالة أو الاقليم الذين يمكن لهم الإدلاء والتعبير عن آرائهم داخل أجل يحدده الرئيس على ألا يقل عن شهر.³ ويجوز لوزير الداخلية أو الوزير المكلف بالمالية أن يطلب من المجلس الجهوي للحسابات إدراج أية قضية مهمة تتعلق بتسيير صفقات الجماعات الترابية الخاضعة لرقابته والتي تدخل ضمن برنامج السنوي للمجلس، ويوجه التقرير الذي يحضره هذا الأخير في هذا الإطار وفق الشروط المنصوص عليها إلى الوزير المعني بالأمر، وهو وزير الداخلية باعتباره الجهة الممارسة لسلطة الوصاية.⁴

وبالتالي فهذه المسألة في نظر الكثير تعتبر معيبة ومستهجنة، إذ لا يعقل أن تبرز هيمنة وزارة الداخلية على الجماعات الترابية والأنشطة التي تمارسها حتى في هذا المستوى المتعلق برقابة المحاكم المالية كرقابة قضائية ومستقلة، كما توصي بذلك المؤسسات الدولية في هذا المجال وكذلك الدستور المغربي من خلال جعل باب مستقل لهذا الهيئات العليا للرقابة على المال العام كما يصفها، فهذه الرقابة من حيث المبدأ أحدثت في إطار التوجه نحو تكريس الرقابة القضائية على الجماعات بشكل تدريجي لتجاوز عيوب الأنواع الرقابية الأخرى، وبالتالي كيف يعقل أن تسلم التقارير الرقابية لسلطة الوصاية فقط دون رؤساء مجالس الجماعات المعنية بالرقابة وكأن الأمر يتعلق بالتعامل مع أشخاص سفهاء أو محجور عليهم؟⁵

¹- المادة 81 من مدونة المحاكم المالية.

²- المواد 83 و84 من مدونة المحاكم المالية.

³- المادة 152 من مدونة المحاكم المالية.

⁴- المادة 153 من مدونة المحاكم المالية.

⁵- عماد أبركان: مرجع سابق، ص، ص 175 و176.

الفقرة الثانية : مراقبة استخدام الأموال العمومية والاجراءات المتعلقة بتنفيذ الميزانية
 في إطار الدعم المالي الذي تتلقاه الجماعات الترابية من طرف مختلف المؤسسات والهيئات، لا بد أن يكون صرف هذا الدعم في شكل نفقات تطبعها الشفافية التامة، لسد الحاجيات المتعددة لهذه الجماعات التي قد تكون هذه الأموال موجهة تحديدا لإنجاز صفقات أو أشغال أو توريدات أو خدمات عمومية، هدفها الرفع من التنمية داخل هذه الوحدات، وكذلك التأكد من أن استخدام الأموال العمومية التي تم تلقيها يطابق الأهداف المتوخاة من المساهمة أو المساعدة، ومن جهة أخرى في إطار نفس الاختصاصات الإدارية يتولى القضاء المالي الجهوي دون المجلس الأعلى للحسابات اختصاص لا يقل أهمية عن باقي الاختصاصات التي سبق وأن تطرقنا إليها، يتعلق الأمر بالإجراءات المتعلقة بتنفيذ الميزانية.

فيما يتعلق بمراقبة استخدام الأموال العمومية ينظم هذا الصنف مقتضيات المواد من 154 الى 156 من مدونة المحاكم المالية لسنة 2002، التي تستهدف من وراء ذلك التأكد من حسن استخدام الاموال العمومية التي تتلقاها الجهات المعنية، ومعرفة مدى مطابقتها للأهداف المتوخاة منها. ولكي تقوم المجالس الجهوية للحسابات بدورها الرقابي المنوط بها في هذا الاطار، ألزم المشرع الأجهزة التي تستفيد من مساهمات ومساعدات الأجهزة العمومية المحلية المعنية بضرورة تقديم حساباتها المتعلقة باستخدام الأموال والمساعدات العمومية الأخرى التي تلقتها طبقا للمقتضيات التشريعية والتنظيمية المعمول بها.¹

تجدر الإشارة الى أن المساهمة المنصوص عليها في مدونة المحاكم المالية، وبالضبط المادة 154، اخذت مفهوما واسعا يسمح للقاضي المالي بأن يجري رقابته على استعمال المال العمومي – سواء تم الحصول عليه في إطار مساهمة رأسمالية أو في شكل دعم مالي مباشر، الذي يعطي لهذا الأخير سلطة واسعة في مجال تحديد مفهوم المساعدة التي تستلزم إجراء الرقابة على استعمال المال العمومي.²

وإذا كان المشرع المغربي في مدونة المحاكم المالية، لم يحدد المقصود من بالمساعدات والمساهمات، فإنه فعل نفس الشيء بالنسبة لمقدار وحجم تلك المساعدات التي تستوجب إجراء الرقابة. بحيث ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للمستشار أو القاضي المالي الذي من حقه أن

¹ -مليكة الصرّوخ : مرجع سابق، ص. 393-394.

² -عائلة الوردى : رقابة المجلس الأعلى للحسابات على المال العام بالمغرب – وفق آخر المستجدات – منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة "دراسات قضائية" الاصدار الأول، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 176.

يراقب جهازا معينا بسبب استفادته من مبلغ معين، وكذلك يمكنه أن يمتنع عن مراقبة جهاز آخر لاستفادته من نفس مقدار المبلغ الأول لسبب أو لآخر. غير أنه في مقابل هذا الأمر لا ينبغي أن يتم هذا التمييز إلا شريطة أن تكون الأسباب منطقية وقانونية ومقبولة.

وعلى هذا الأساس تكون الأجهزة المشار إليه ملزمة بتقديم حساباتها الى المجلس والتي تهم استخدام الأموال العمومية والمساعدات الأخرى التي تلقتها، وذلك حسب الكيفيات والشروط المقررة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل وفقا لما تنص عليه المادة 155 من القانون المحدث للمحاكم المالية، في هذا المسار الذي يتخذ إجراءات أساسية على شاكلة ما مر معنا في الاختصاصات السابقة، يقوم رئيس المجلس الجهوي للحسابات بتعيين المستشارين المقررين الذين يتولون مراقبة استخدام الأموال العمومية التي تلقتها الأجهزة المدرجة في برنامج أشغال المجلس الجهوي، حيث يؤهل هؤلاء المستشارين للاطلاع على كافة الوثائق والادوات المثبتة الكفيلة بتزويدهم بمعلومات حول تسيير هذه الأجهزة. غير أن إجراءات المراقبة وطرق تبليغ الملاحظات وتحرير التقارير هي نفسها تقريبا تكون وفق أحكام المواد من 80 الى 84 والمادة 152 من هذا القانون¹.

أما فيما يخص الاجراءات المتعلقة بتنفيذ الميزانية فإن الممارسة العملية التي دأبت عليها الجماعات الترابية بشأن الحسابات الإدارية، التي أبانت عن مشاكل تطبيقية كثيرة خصوصا في مسألة التصويت السلبي أو الإيجابي على الحساب الإداري، الذي يكون في الغالب راجع لتصفية حسابات حزبية أو سياسية أو لعدم انسجام الأغلبية في بعض المجالس، فإنه تقرر الاستغناء عن هذا الحساب أو الاجراء وتعويضه في القوانين التنظيمية للجماعات سنة 2015 بالتدقيق السنوي². وبالتالي فإن تقرير التدقيق، الذي جاء بديلا عن الحساب الإداري قد

- المادة 156 من مدونة المحاكم المالية¹.

²- يتعلق الأمر بالقوانين التنظيمية المنشورة بالعدد 6380 من الجريدة الرسمية، الصادرة في 6 شوال 1436 الموافق لـ 23 يوليوز 2015 وفق الترتيب الآتي :

- الظهير الشريف رقم 1.15.83 الصادر في 20 رمضان 1436 الموافق 7 يوليوز 2015، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

- الظهير الشريف رقم 1.15.84 الصادر في 20 رمضان 1436 الموافق 7 يوليوز 2015، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم.

- الظهير الشريف رقم 1.15.85 الصادر في 20 رمضان 1436 الموافق 7 يوليوز 2015، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

نصت عليه القوانين التنظيمية على مستوياتها الثلاثة، حيث جاء في مضمونها أنه تخضع العمليات المالية والمحاسبية للجماعة، لتدقيق سنوي تنجزه إما :

- المفتشية العامة للمالية؛

- أو المفتشية العامة للإدارة الترابية؛

- أو بشكل مشترك بين المفتشية العامة للمالية والمفتشية العامة للإدارة الترابية؛

- أو من قبل هيئة التدقيق يتم انتداب أحد أعضائها وتحدد صلاحيتها بقرار

مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية والسلطة الحكومية المكلفة بالمالية.

وينجز لهذه الغاية تقرير تبلغ نسخ منه الى رئيس مجلس الجماعة الترابية والى عامل العمالة أو الإقليم وكذا الى المجلس الجهوي للحسابات المعني الذي يتخذ ما يراه مناسبا في ضوء خلاصات تقرير التدقيق، ويتعين على الرئيس تبليغ نسخ من التقرير الى مجلس الجماعة الذي يمكنه التداول في شأنه دون اتخاذ مقرر¹.

غير أن هذا التطبيق الفعلي لهذا النص لا شك أنه سيواجه صعوبات عملية في ظل وجود العدد الهائل للجماعات الترابية بمختلف مستوياتها والتي ستخضع للتدقيق بشكل سنوي، مقابل قلة الموارد البشرية في الجهازين المكلفين بالتدقيق وكثرة المهام والأجهزة الخاضعة لمراقبتهم خصوصا المفتشية العامة للمالية، وبالتالي غالبا ما سيتم فتح الباب أمام هيئات التدقيق تقوم بهذه المهمة. وبالمقابل فإذا ما تم النجاح في هذه العملية، فإن تقارير التدقيق ستكون لا محالة أكثر واقعية وشمولية من الحساب الإداري. خصوصا وأن إنجازها سيكون من طرف أجهزة مختصة وخارجية تتمتع باستقلالية تامة عن الجماعات الترابية. بل أكثر من ذلك فالتدقيق يشمل جميع جوانب العمليات المالية والمحاسبية عكس الحساب الإداري الذي كان يبين فقط النتيجة العامة للنفقات والمداخيل، وهو ما سيعمل أيضا على تعزيز شفافية إعداد وتنفيذ الصفقات العمومية.

فتقارير التدقيق ستبين مدى احترام مساطر تنفيذ هذه العمليات وهل هناك تضارب المصالح لأعضاء المجالس المنتخبة، خصوصا أن المادة 65 من القانون التنظيمي للجماعات تمنع ربط مصالح خاصة مع الجماعة سواء لفائدة العضو أو بالوكالة لغيره أو لزوجه أو لفروعه أو لأصوله. فتقارير التدقيق ستكون أكثر فعالية من الحساب الإداري. نظرا لشموليتها ودقتها، وستكون من بين الآليات المهمة جدا في محاربة تبذير المال العام، ومن بين الأساليب الحديثة للرقابة المالية، والأهم من ذلك فاعتماد تدقيق سنوي سيمكن من تكريس مبادئ الحكامة المالية

¹ - المواد 214 و201 و223، من القانون التنظيمي للجماعات.

خصوصا الشفافية والنزاهة وربط المسؤولية بالمحاسبة، لكن بالرغم من مزايا تقرير التدقيق إلا أنه أفرغ المراقبة السياسية للمجلس من محتهاها.

المبحث الثاني: الممارسة الميدانية للمجالس الجهوية على المتدخلون في إنجاز صفقات الجماعات الترابية
تعتبر الأعمال الرقابية التي تطلع بها المجالس الهوية للحسابات على مستوى الممارسة، آلية مهمة لأجراً سياسة الدولة والجماعات الترابية في مجال الأشغال والبنيات التحتية والدراسات وأيضا الخدمات والمشتریات، ومنه إن المحاكم المالية في هذا الشق تقع عليها مهام حساس حيث تتعدى فيها مراقبة المشروعية الى مراقبة الملائمة وتتبع المشاريع والأشغال لذلك تعتبر في جوهرها رقابة مندمجة وشاملة. على هذا النحو في فإن التعاطي مع هذا الجزء سيتم التركيز على الأداء الرقابي للمجالس على الصفقات الترابية (المطلب الأول) فيما سيخصص (المطلب الثاني) لتقييم نوعية الأداء الرقابي للمجالس في تعاطيها مع تدبير الصفقات العمومية.

المطلب الأول: الأداء الرقابي للقضاء المالي على صفقات الجماعات الترابية
لترسيخ نجاعة وشفافية الصفقات العمومية بالجماعات الترابية، يعتمد القضاء المالي على مجموعة من التدابير والمهام والإجراءات ثم كذلك توظيف المناهج والمعايير الدولية المعتمدة في الرقابة للتأثير إيجابا في سلوك المديرين العموميين الخاص بإنجاز الصفقات في مختلف المراحل التي تمر منها، ومن الآليات والوسائل المعتمدة كمخرجات القضاء المالي في هذا الحقل نجد التقارير السنوية والقرارات القضائية باعتبارهما أهم الأعمال التي تصدر عن مؤسسات القضاء المالي في هذا الميدان.

الفقرة الأولى: تدبير الصفقات الترابية على ضوء تقارير المجلس الأعلى للحسابات
من خلال الاطلاع على مجموعة من التقارير السنوية للمجلس الأعلى للحسابات التي أنجزتها المجالس الجهوية خصوصا المنشورة بعد دستور 2011، يتبين بأن قطاع الصفقات والأشغال العمومية أصبح يشكل سوق قائمة تخصص لها الجماعات الترابية كل سنة الجزء الثاني من ميزانياتها الذي يخص الاستثمار، لذلك فهي تعد ضمن أولويات الرقابة المالية للمجالس الجهوية للحسابات في إطار مراقبة التسيير التي تقوم بها، نظرا لأهمية هذا الصنف من الصفقات ودوره الاستراتيجي داخل الأنشطة التي تمارسها الجماعات الترابية.

غير أن واقع تدبير الصفقات على مستوى الوحدات الترابية تشوبه مجموعة من الاختلالات والمخاطر والمخالفات في جميع المراحل والإجراءات التي تمر منها الصفقة بدءا من الإبرام والاعداد مروراً بمرحلة التنفيذ وصولاً الى المراقبة وتتبع تنفيذ التوصيات، وبما أن إنجاز الصفقات العمومية بالمغرب قانونا يعتمد على ظواهر ومراسيم عامة أهمها الرسوم المتعلقة بالمحاسبة العمومية ومرسوم مراقبة الالتزام بالنفقات ثم الظهير المتعلق بالمراقبة المالية للدولة

على المنشآت العامة وهيئات أخرى¹، إضافة الى المرسوم الهام والمعني أساسا المنظم للصفقات العمومية، فإن المجالس الجهوية سجلت بشأن خرق لهذه القوانين مجموعة من الاختلالات والملاحظات وذلك حسب مختلف المراحل التي تمر منها الصفقة.

فعلى مستوى الاعداد والإبرام تعتبر برمجة الصفقات والمشاريع المبرمجة خلال السنة المالية مسألة بالغة الأهمية في تنفيذ سياسة الدولة والجماعات الترابية لأجل النهوض بالتنمية المحلية، لكن سرعان ما تبدأ هذه الجماعات في إعداد وإبرام الصفقات حتى تطفو على السطح خروقات تثيرها ملاحظات المجالس الجهوية تناقض الشرعية والمشروعية في تدبير هذه الأشغال والتوريدات والخدمات التي لم تراعى فيها الجماعات بالدرجة الأولى الحاجيات بصفة دقيقة على مستوى برمجة المشاريع، مما يجعلها غير مبنية على إحصاء شامل لجميع المشاريع المراد إنجازها على شكل بنك للمشاريع بحسب الأولويات، وهنا يتعين على صاحب المشروع قبل أية دعوة للمنافسة أو أية مفاوضة أن يحدد بكل ما يمكن من الدقة الحاجيات المراد تلبيتها، وبالمواصفات التقنية ومحتوى الأعمال، كما يجب أن يتم تحديد هذه الحاجيات بالإحالة على معايير مغربية معتمدة وعند انعدامها على معايير دولية.² غير أنه أحيانا لتحديد الحاجيات بدقة يستلزم الأمر القيام بدراسات قبلية، سواء من طرف المصالح التابعة للجماعات أو عبر اللجوء الى مكاتب دراسات خارجية متخصصة إذا ما تطلب الأمر كفاءات علمية ومهنية لا تتوفر عليها الجماعات الترابية. حيث تتجلى أهمية هذه الدراسات في التحديد الدقيق للكلفة التقديرية للمشروع ثم المواصفات التقنية الضرورية لتنفيذه إضافة الى الفئة المستهدفة من المشروع والصعوبات والمخاطر التي تتعرض لتنفيذه.³

بالإضافة الى هذا هناك اختلالات متعددة ومتكررة تتعلق بالشفافية في اختيار صاحب المشروع، فمثلا نجد أن هناك إقصاء غير مبرر لأحد المتنافسين وذلك في إطار الصفقة رقم 2013/39 بقيمة 9.962.980.00 درهم بتاريخ 2009/02/24 والمتعلقة بأشغال تهيئة الشوارع الرئيسية لمدينة خنيفرة، حيث في الاطار سجل المجلس الجهوي للحسابات بفاس أنه تم إقصاء إحدى الشركات بدعوى عدم إنجازها لأشغال مشابهة وذلك بناء على كون نظام الاستشارة ينص

¹- الظهير الشريف رقم 1.03.195 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نونبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى. الجريدة الرسمية عدد 5170 الصادرة بتاريخ 23 شوال 1424 (11 نونبر 2003) ص 4238.

- أنظر المادة 5 من مرسوم 20 مارس 2013، المتعلق بالصفقات العمومية.²

³- اسماعيل الوردي:

في مادته السادسة على ضرورة القيام بأشغال مشابهة لا تقل قيمتها عن 3.000.000.00 درهم. غير انه تبين من وثائق طلب العروض أنه تم إرفاق ملف هذه المقالة بشهادتين تثبتان قيامها بأشغال مشابهة بناء على الشهادتين التاليتين:

- شهادة إنجاز أشغال قيمتها 9.533.586.30 درهم لصالح إقليم إفران؛

- شهادة إنجاز أشغال قيمتها 5.824.043.40 درهم لصالح نفس الإقليم؛

مما يعني أن إقصاء هذه المقالة لم يكن مبرراً.¹ وهذا يعني أن مسطرة الإبرام من أولها معيبة بالرغم من أن مرسوم الصفقات العمومية يضع أمام صاحب المشروع إمكانيات عديدة في اختيار مسطرة الإبرام لكنه ليس دائماً حراً في اختيار نوع المسطرة المتبعة من أجل إبرام صفقاته وذلك راجع إلى أن نفس النص يربط كل طريقة من طرق الإبرام بعدد من العناصر والشروط المبررة. ومن جهة أخرى سجل المجلس الجهوي للدار البيضاء سطات خضوع جميع الصفقات لنظام استشارة واحد رغم تنوعها وبالرغم من اختلاف طبيعة واختصاص كل صفقة على حدة، وبالتالي اختلاف نوعية ومحتوى الأشغال والخدمات اللازمة، إذ لا يمكن مثلاً الاعتماد على نفس نظام الاستشارة من أجل اختيار الشركات التي تتولى صيانة المركب الرياضي محمد الخامس والملعب البلدي سيدي البرنوصي، فالأول مجهز ومؤهل لاستقبال مقابلات وتظاهرات دولية في حين أن الثاني لا يتوفر على التجهيزات الأساسية ويتسم بعشب أرضيته جد متدهورة؛ زد على هذا تأخر في عمليات الإشهار وفتح الأظرفة وأيضاً التأخر في المصادقة على الصفقات.²

وبهذا إن المحاكم المالية الجهوية عند مراقبتها لصفقات الجماعات الترابية لاحظت أن اختيار مسطرة الإبرام والاعداد لا يتم دائماً وفق القواعد القانونية والتنظيمية ومبادئ الحكامة الجيدة، وهكذا تم رصد بعض النواقص المتعلقة بمساطر الإبرام مثل:

- اللجوء إلى الطابع الوهمي لبعض طلبات العروض المفتوح؛

- تم اللجوء الغير مبرر لطلب العروض المحدود؛

- اللجوء المفرط للصفقات التفاوضية؛

- اللجوء المضطرب للصفقات التسوية؛

¹- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2014 المتضمن لتوصيات المجلس الجهوي للحسابات بفاس، الجزء الثاني، الكتاب الثامن، ص 47.

²- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2015 الجزء الثاني المتضمن لتوصيات المجلس الجهوي للحسابات لجهة الدار البيضاء- سطات، ص. ص. 34-35.

- وكذلك اللجوء الدوري لسندات طلب¹

أما على المستوى الثاني الذي يخص مرحلة أو مسطرة التنفيذ، التي تعتبر مرحلة حساسة ضمن دورة حياة الصفقة التي تتعارض فيها المصالح بين المكاو الذي يحاول تحقيق أكبر نسبة ممكنة من الربح عبر تقليص حجم التزاماته وبين المنظمة أو الجماعة التي تحرص على مبدأ المصلحة العامة التي تلزم المكاو الامتثال لامتيازات السلطة، فقد سجلت المحاكم المالية مخاطر واختلالات كبرى من الصعب تناولها كلها لكن التركيز سيكون على المتكررة منها على الصعيد الوطني لدى معظم الوحدات الترابية بالمغرب، حيث أن إعداد الوثائق المثبتة المتعلقة بالأشغال لا تمكن من تحديد الفترة الحقيقية لإنجاز هذه الأشغال، حيث أن تمحيص ملفات الصفقات العمومية في هذا الشأن أبرز أن إصدار الأمر بالخدمة من طرف مصالح الإقليم يتم بطريقة تمكن من حصر فترات الإنجاز وذلك تجنباً لتطبيق غرامات التأخير المنصوص عليها في المادة 61 من دفتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال، إذ من خلال تتبع هذه الوثائق وتدقيقها من قبل المجلس الجهوي للحسابات أدى إلى الوقوف على بعض التناقضات التي تؤكد بالأموس تجاوز المقاولات المكلفة بالإنجاز للمدة المحددة بدفاتر الشروط الخاصة. الأمر الذي فوت غرامات مهمة عن كل يوم تأخير في إنجاز الصفقة والعكس بالنسبة لبعض الصفقات حيث يتم الشروع فيها قبل تبليغ الأمر بالخدمة، إذ أفضى تتبع الملفات من قبل القضاء المالي الجهوي كذلك أن بعض المقاولات تشرع في إنجاز الأشغال قبل أن يتم تبليغها بالخدمة². بشأن التأخير الذي يقع في صفقات الأشغال، فالمنطق يقتضي من المحاسب العمومي ألا يتوانى في استخلاص غرامات التأخير الناتجة عن خطأ أو إهمال المكاو لكي لا تثبت مسؤوليته من جهة ومن جهة ثانية إذكاء روح المساواة بين المكاولين حتى لا يكون أي إخلال أو تواطؤ بشأن تغيير أو تأخير التاريخ لأجل إفلات المكاو من دفع غرامات التأخير التي قد يشاركه فيها المحاسب العمومي.

تبعاً لهذا تسجل المجالس الجهوية للحسابات في بعض الصفقات اعتماد محاضر غير صحيحة للتسليم المؤقت³ وكذلك تغيير موضوع الصفقات وأماكن إنجاز بعض أشغالها كما هو الحال بشأن الصفقة رقم 2012/01 التي تبين للمجلس عند قيامه باختصاص مراقبة التسيير أن

¹- اسماعيل الوردى، مرجع سابق ص. ص 47-48.

²- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2014 المتضمن لتوصيات المجلس الجهوي للحسابات بفاس، المرجع السابق، ص 16.

³- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2014 الجزء الثاني، الكتاب الخامس المتضمن لتوصيات المجلس الجهوي للحسابات بمراكش، ص 122-123.

الجماعة قامت باستبدال انجاز قنطرة بقيمة 99,258.00 درهم وتعويضها بقنطرتين صغيرتين في موقعين غير ذلك الذي تم تعيينه في الأول؛ مخالفين المكان الأصلي المحدد في دفتر الشروط الخاصة وذلك دون احترام المساطر القانونية الواجب اتباعها في مثل هذه الحالات¹. إصدار الأمر بتوقف الأشغال لمدة غير معقولة من طرف الجماعة صاحبة الصفقة حيث يبقى هذا التوقف غير منطقي مما يؤثر على نوعية وجودة الصفقة، كذلك سجل المجلس الجهوي بالدار البيضاء في هذا السياق اختلاف في الكميات المسجلة في جدول المنجزات والكشف التفصيلي، حيث تبين من خلال المقارنة بين الكميات المسجلة في وضعية الأشغال رقم 3 والنهائي، وأن الكميات المدرجة في الكشف التفصيلي المذكور تزيد عن تلك المسجلة في وضعية الأشغال سائلة الذكر التي تفوق 50% من المبلغ الأصلي المحددة للصفقة في غياب إصدار أوامر بالخدمة من لدن صاحب المشروع الذي يبدي بموجبها موافقته الشيء يمكن أن يترتب عنه خطأ في احتساب قيمة الأشغال المنجزة². فالمنطق السليم يتناقض وحجم الزيادة الغير المبررة الذي يصل أو يتجاوز المبلغ المذكور الأمر الذي يندر من الوهلة الأولى أن صاحب المشروع لا يتوفر على قدرات تدبيرية في حكمة صرف المال.

وعند الإشراف على الانتهاء من إنجاز الصفقة الجماعية من طرف المقاول سجلت المجالس عدم القيام باختبار جودة الأشغال المنجزة، بحيث أن الجماعات لم تقم بالزام المقاولين بإنجاز اختبارات جودة المواد والأشغال المنجزة وذلك بخلاف ما تنص عليه المقتضيات التقنية الواردة في دفتر الشروط الخاصة المتعلقة بالصفقات المذكورة، في حين أن المقتضيات المذكورة تكتسي طابعا إلزاميا بالنسبة للجماعات والمقاولين بحيث أن أي إخلال بها يمكن أن يخل بمبدأ المساواة بين المتنافسين في إسناد الصفقات المعنية كما أنه لا يمكن من تقديم ضمانات بخصوص جودة الأشغال المنجزة³. ومن جهة أخرى، فإن الجماعات بشأن الأخطاء التقنية التي يرتكبها المقاولون نانلي الصفقات، فإنها إما تتغاضي عن هذه العيوب التقنية، أو لا تستطيع مواكبتها معرفتها بما يكفي وفي حالات أخرى، تبين أن الجماعات التراخية لم تستعن بخدمات المهندسين

¹ - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2014 الجزء الثاني، الكتاب السادس المتضمن لتوصيات المجلس الجهوي للحسابات بطنجة، ص 75.

² - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2014 الجزء الثاني، الكتاب السابع، المجلس الجهوي للحسابات الدار البيضاء، ص 75 و 83.

³ - التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2014، المتضمن لتقرير المجلس الجهوي للحسابات بطنجة، مرجع سابق، ص 97.

المعماريين والطبوغرافيين، في حين يعتبر تدخل هؤلاء الخبراء المعماريين للاستفادة من خدماتهم إجباريا بالنسبة لكل مشروع صفقة متعلقة بالخدمات التي تتطلب هذه المهمة

الفقرة الثانية: تدبير صفقات الجماعات الترابية على ضوء قرارات المجلس الأعلى للحسابات

في البدء لا بد من تسجيل، بأن نشر القرارات القضائية للمجلس الأعلى للحسابات، بما فيها أحكام المجالس الجهوية المستأنفة، في ميدان البث في الحسابات والتأديب المالي، تشكل مكتسب جديد طالما ثم المناذاة به بملحاحيه من طرف العديد من المنابر والجهات المهتمة بهذا الشأن وعلى رأسها الفقه المالي، وذلك بالنظر لما يكشف عنه الاجتهاد القضائي في المادة المالية من خروقات ومخاطر تثبت مسؤولية المديرين العموميين للنفقات العمومية خصوصا تلك المتعلقة بالصفقات المحلية، التي تعتبر حقل خصب لكل أنواع الفساد.

وعليه فإن نشر أعمال المجلس الأعلى للحسابات فيما يخص قراراته وأحكام المجالس الجهوية، يعتبر من أهم مستجدات الدستور وأعمقها أثرا، وهي ترجمة أمينة لواحدة من أهم المبادئ والمعايير المتعارف عليها عالميا فيما يخص استقلال وفعالية وشفافية الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة، وتعد الأحكام والقرارات القضائية من بين الأعمال الجديدة التي أصبحت ينشرها المجلس توجد الآن على قدر كبير من الأهمية¹.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 148 من الدستور²، وإعمالا للمسطرة المنصوص عليها في المادة 113 من مدونة المحاكم المالية أصدر الرئيس الأول بصدده ما تحدثنا عنه، وذلك بعد استشارة هيئة الغرف المجتمعية المنعقد بتاريخ 18 ماي 2015 مقررنا بالنشر الجزئي لمجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس في مادة التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية، ويشكل هذا النشر، الأول من نوعه للقرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في هذا المجال منذ احداثه.

واعتبارا لذلك يسعى المجلس من خلال نشره لهذه القرارات الى إبراز الطابع العقابي لاختصاصه القضائي في مجال التأديب المالي ونفس الشيء بالنسبة للمجالس الجهوية، وتوضيح قيام مسؤولية المديرين العموميين من خلال حالات عملية، وكذا المساهمة في إرساء قواعد حسن

¹ - محمد براو : المجلس الأعلى للحسابات أمام امتحان الانخراط في العهد الدستوري الجديد، جريدة المساء العدد، 1750، الثلاثاء 9 / 5 / 2012

² - تقضي الفقرة 4 من الفصل 148 من دستور 2011 بـ: ينشر المجلس الأعلى للحسابات جميع أعماله بما فيها التقارير الخاصة والمقررات القضائية.

التدبير العمومي وتوضيح المقتضيات القانونية التي تسري على هذا التدبير وإبراز الاكراهات التي يواجهها.¹

وعليه فإن الغاية من نشر هذه القرارات هو تحسين جودة التدبير وإثارة النقاش العلمي البناء حول المقتضيات الواجبة التطبيق على القضايا موضوع المخالفات التي صدرت بشأنها هذه القرارات وتطوير الممارسة في مجال القضاء المالي وليس المساس بخصوصيات الأشخاص المتابعين أو الأطراف المعنية الأخرى، ولما كانت الممارسات الدولية فيما يتعلق بنشر المقررات القضائية وأعمال الرقابة تحتل على عدم نشر هوية الأطراف المعنية، وحتى لا يكون هذا النشر عبارة عن عقوبة تكميلية أو إضافية بالنسبة للذين حكم عليهم بعجز أو بغرامة مالية، فقد تم اعتماد النشر الجزئي لهذه القرارات من خلال حذف أسماء المحاسبين العموميين أو الأمرين بالصرف المعنيين والأشخاص المتابعين في إطار التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية وكذلك أسماء الأطراف المعنية الأخرى. كما تم حذف بعض الحشيات بدون المساس بالتعليل المؤسس لمنطوق القرار، وذلك بهدف الاختصار وعدم التكرار.²

وبه فإن القضاء المالي الجهوي بشأن الأحكام التي يصدرها في مجال الصفقات يكون التعامل معها بحسب طبيعة الاختصاصات القضائية، وبالتالي فهذه القرارات كما هي معالجة من قبل المجلس الأعلى تنتزع إلى قسمين قرارات متعلقة بالأحكام في مجال البت في الحسابات أولاً ثم قرارات استئناف أحكام المجالس الجهوية في مادة التأديب المالي، وعليه فإن القضاء المالي بالمغرب يكون قد بدأ في التأسيس لأولى لبنات الاجتهاد القضائي في المادة المالية، ومن أهم القواعد التي كرستها القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في حقل الصفقات الجماعية حول استئناف أحكام المجالس الجهوية للحسابات في مادتي البت في الحسابات والتأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية³، ففي القرار عدد 2011/08 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2011 ملف استئناف عدد 2010/08 نجد إن المحاسب العمومي، بأدائه لنفقات تتعلق بصفقة عمومية في

¹ - قرارات صادرة عن المجلس الأعلى للحسابات في المادة التأديبية المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، أكتوبر 2015، ص. 5-6

² - مجموعة القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للحسابات حول استئناف أحكام المجالس الجهوية للحسابات، الجزء الثاني، شتنبر 2018، ص. 09.

³ - إبراهيم بن به: نظام مسؤولية المدبرين العموميين أمام القاضي المالي - دراسة قانونية وقضائية مقارنة - منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، مطبعة طوب بريس - الرباط، الطبعة الأولى، ماي 2017، ص. 587.

غياب وثائق مترابطة ومتناسقة تثبت إنجاز الخدمة بأكملها، يكون قد أحل بواجبه في مراقبة صحة حسابات التصفية، خاصة فيما يتعلق بإثبات حقيقة الدين.¹

وفي قرار عدد 23 / 2015 الصادر بتاريخ 14 مايو 2015 ملف استئناف عدد 02 / 2013، إن تعديل تاريخ الشروع في تنفيذ الصفقة من طرف صاحب المشروع وبياراته المنفردة، يستوجب عند احتساب أجل إنجاز موضوع الصفقة، اعتماد التاريخ الجديد الذي أفصحت عنه الإدارة في الأمر بالخدمة الموجه الى المقاول بعد توصله به. وأن عدم تقديم المحاسب العمومي " للأمر بمتابعة الأشغال بما يفوق الحجم الأولي للصفقة " لا يعتبر إثباتا لعدم إنجاز الأشغال الزائدة أو لغياب حقيقة الدين بقدر ما يتعلق بوثيقة مثبتة كأن يتعين عليه طلبها. كما يتعين التقيد بالسنة المالية موضوع التدقيق والبحث في الحسابات عند تقدير المسؤولية الشخصية والمالية للمحاسب العمومي وعدم الأخذ في الحسابات العمليات المنجزة لاحقا لهذه السنة المالية.² وبشأن التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية، فإن القاعدة الأساسية للقرار عدد 02-2012 الصادر بتاريخ 14 يونيو 2012 ملف استئناف عدد 305-2011 تقضي، باعتبار أن الاتفاق بين صاحب المشروع والمقاول على زيادة في حجم الأشغال والمواد المستعملة المبينة في جدول الأثمان المرفق بالصفقة، التزاما جديدا للصفقة، فإنه كان يتوجب أن تنصب عمليات المراقبة المتعلقة بمطابقة الأشغال على المعطيات الجديدة المضافة إلى جدول الأثمان كذلك قبل القيام بالإشهاد على التسلم المؤقت، وبالتالي فإن الدفع بحسن النية وعدم الإلمام بقواعد تنفيذ الصفقات العمومية في مجال التأديب المتعلق بالميزانية والشؤون المالية لا يمكن أن يعفي المتابعين من المسؤولية، وإنما يمكن أن يعتبر من ظروف التخفيف عند تحديد مبلغ الغرامات.³

بالاطلاع على مختلف القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى والمتعلقة بأحكام المجالس الجهوية للحسابات على صفقات الجماعات الترابية، يتبين أن المشرع المغربي لم يسلك في تحديد هذه العقوبة مبدأ التفريد بالتنصيص على غرامات خاصة بالنسبة لكل مخالفة من المخالفات المستوجبة للمسؤولية إذ ترك للهيئة الحاكمة السلطة التقديرية في تحديد الغرامة المناسبة في نطاق الحدين الأعلى والأدنى التي يراها مناسبة لردع مرتكب المخالفة، غير أنه

¹- ابراهيم بن به: نفس المرجع، ص، 590.

²- ابراهيم بن به: نفس المرجع، ص، 595.

³- قرار عدد 02/2012 ت، م، ش، م صادر بتاريخ 14 يونيو 2012 ملف استئناف عدد 305/2011، المتضمن في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للحسابات حول استئناف أحكام المجالس الجهوية للحسابات، طبعة المجلس الأعلى للحسابات 2017، ص 119.

يذهب القاضي المالي في حكمه الى مبلغ ضعيف في تقديره للمخالفة¹ وهكذا أصدر المجلس الأعلى للحسابات، خلال الفترة الممتدة ما بين 1994 تاريخ رفع أولى القضايا أمام المجلس في مادة التأديب المالي، وإلى غاية 30 يونيو 2016 ما مجموعه 391 قرار قضى من خلالها بغرامات مالية تراوحت ما بين 1000 درهم ومبلغ 150.000 درهم اللهم بعض الحالات القليلة من القضايا التي يتجاوز فيها المجلس المبلغ المذكور².

وعليه إذا ما قمنا بمقارنة بسيطة بين الحكم الأقصى الذي يأتي عبارة عن غرامات ضعيفة وهزيلة في ميدان التأديب المالي وبين حجم الخطأ المادي المرتكب يتبين بشكل جلي أن المبلغ المحكوم به لا يتوافق والضرر الناتج عن المخالفة الواقعة في حقل صفقات الأشغال، نظرا للهوة الكبيرة بين الغرامة والضرر المادي الذي على أساسه يجب تقدير الغرامة، وفي هذا السياق يبقى أن نتساءل عن جودة الأحكام والقرارات التي يصدرها القضاء المالي في الرقابة على المال العام والصفقات العمومية على وجه التحديد؟ وهل هذه الأحكام والقرارات تشكل آلية كافية لردع الأيادي التي تمتد الى المال العام؟. ومن هنا نستنتج أيضا أن الأحكام والقرارات التي يصدرها المجلس الأعلى في ميدان التأديب المالي في حقل صفقات الأشغال تفتقد إلى عنصر الهيبة المعهودة للقضاء.

المطلب الثاني: تقييم الأداء الرقابي للمجالس الجهوية في مجال الصفقات العمومية

مبدئيا تضطلع المجالس الجهوية للحسابات بأدوار رقابية مهمة ومتنوعة على مستوى الصفقات العمومية، عنوانها الكبير هو الوصول إلى النجاعة والفعالية والحكمة في تدبير نفقات الجماعات الترابية، فبالنظر للواقع الإيجابي لأعمال وفعاليات المحاكم المالية التي خولتها حضورا وازنا في المشهد المؤسساتي المغربي خلال السنوات القليلة الماضية، يقتضي منا الوقوف وقفة تأمل وتقييم في تجربة القضاء المالي الجهوي التي تخص الرقابة على الصفقات المحلية³، ولعل دراسة مختلف نقاط القوة والضعف في كل المحاكم المالية على إثر تدخلاتها الرقابية في تدبير الطلبات العمومية يساعدنا على تشخيص واقع هذه المراقبة والوقوف على الحدود والصعوبات التي تحول دون قيام نظام رقابي فعال يمكنه المحافظة على الأموال العمومية والمساهمة في تأهيل تديره.

¹- ابراهيم بن به: مرجع سابق، ص 379.

²- ابراهيم بن به: نفس المرجع، ص 380.

³- محمد براو: مرجع سابق، ص 9.

الفقرة الأولى: الممارسات الفضلى للقضاء المالي الجهوي في الرقابة على الصفقات الترابية
يشتغل القاضي المالي الجهوي داخل ميدان الصفقات العمومية، وفق مجموعة من التقنيات والممارسات العملية الجيدة التي تتماشى والمعايير المعمول بها دوليا، لضبط عمليات الرقابة وتجويدها وكذا لتقويم الأداء عن طريق التأكد من صحة وجودة الخدمة التي تقدمها الأجهزة التي تسهر على تنفيذ الصفقات المحلية التي تمر عبر خطوات ومراحل أساسية بدءا من الاعداد وصولا الى التنفيذ للحصول على نتائج إيجابية في هذا الميدان.

أولا: تقنيات الرقابة في مرحلة الاعداد

إن الرقابة على صفقات الأشغال التي يتولاها القاضي المالي في هذه المرحلة تكون وفق ما يلي:

في بداية الأمر يراقب القاضي المالي؛ أن الأشغال لم يتم إنجازها قبل اللجوء المنافسة، حيث يجب أن يتم تناول وإبرام الطلبات العمومية ضمن مسلسل يهدف الى تعزيز الشفافية والعقلانية في التدبير العام والمساواة في الولوج الى الطلبات العمومية وكذا تشجيع المنافسة والفعالية في النفقات العمومية.¹ وأن الجهة المكلفة بإعداد الدراسات والتصاميم وطلب العروض مؤهلة تقنيا وقانونيا مع التركيز على أن عمليات الاعداد كانت بصفة حيادية تجاه جميع المتنافسين.

وعليه فالقاضي المالي بشأن هذا الأمر، يجب أن يتحقق كذلك من هل أن الحاجيات تم تحديدها باتساق ومشاركة مختلف الفاعلين والمتدخلين في مختلف جوانب المشروع التقنية والاقتصادية والاجتماعية، والتأكد من العقار الموجه لاحتضان المشروع ملك للجهة المعنية وأن نزع وتحويل الملكية كان وفق الاجراءات القانونية وكذا موافقة المشروع للحاجيات المعبر عنها مع مراعات شروط السلامة في الحفاظ على البيئة. وأيضا فالقاضي خلال هذه المرحلة يقوم بالتأكد من أن اللجوء الى الخبرة الخارجية مسألة ضرورية من طرف الجماعة في حالة إذا ما استعصى التعرف على طبيعة الأشغال التقنية، والتأكد من أن كل شيء مر في احترام تام للقوانين والمساطر والتنظيمات الجاري بها العمل، ثم هل أن الادارة تتوفر على أطر تقنية للتتبع التقني للمشاريع بالكفاءة المهنية المطلوبة من قبل هؤلاء الخبراء.

كما يقوم القاضي من جهة أخرى بالتأكد من نوعية الأشغال المحددة في بيان الأثمان ومدى مطابقة التصاميم الهندسية للمشروع، أما الأثمنة التوقعية للصفقة فيجب دراستها على أساس الأثمنة المتداولة في السوق وأن الدراسة أخذت بعين الاعتبار جودة المواد الأولية

¹- مذكرة استعجالية للرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات، مرجع سابق.

المستعملة وصيانة التجهيزات الأساسية مع احترام الدراسة المحددة بطريقة علمية الآجال التوقعية للتنفيذ بشكل يعكس تناغما وتكاملا فيما بينها. وعليه يبقى مراجعة نظام المراقبة الداخلية من قبل القاضي المكلف بالمراقبة قبل نهاية هذه المرحلة مسألة مهمة بالإضافة الى مراجعة العقود الادارية للبناءات والاشغال على مستوى مشروعيتها بالنظر الى إنجاز الأهداف المنوطة عند كل مرحلة من مراحل العقود.¹

ومن جهة أخرى، يؤكد القاضي المالي عبر تدخلاته بشأن النتائج المترتبة عن عدم تحديد الاحتياجات أو الجدوى المالي للمشروع، أنه لن يكون هذا الأخير ممكنا إلا إذا استطاعت السلطة العامة بالجماعة أن تتحمل من الناحية المالية. ولذلك يرى القاضي المالي أن الدراسات الأولية الدقيقة هي الشرط اللازم لتحديد دقيق لمخطط ميزانية المشروع. وبدون تحديد دقيق للمتطلبات، فإنه من المستحيل حصر أفضل تكلفة ممكنة للعقد المعني. ولذلك يجب على صاحب المشروع أن يقدم تقديرا دقيقا لمقدار الصفقة وكذلك النفقات الكافية. كما يجب أن تنص على تدابير التمويل الضرورية قبل منح العقد، وخاصة قبل بدء العمليات وإذا لم يتم تقييم المشروع المالي بشكل كاف، فقد يكون مشروع الطلبات العمومية ممكنا من حيث المظهر، في حين أنه من المستحيل عمليا إعطاء شكل ملموس للوسائل المالية المتاحة وقت منح الصفقة. ومن ثم، فإن وجود ميزانية غير دقيقة من جميع النواحي، مبلغ الإنفاق وطريقة التمويل قد يؤدي إلى زيادة كبيرة في المبلغ الأولي للعقد ونتيجة لذلك، قد يكون مجموع التكلفة المقدرة في إعادة التقييم المستمر ونتيجة لذلك، تتضاعف العقود التكميلية وعقود التسوية التي يتم اللجوء إليها لإنقاذ الوضع.²

ثانيا: تقنيات الرقابة في مرحلة الإبرام

يتولى القاضي هنا تحديد الأوجه التي ينبغي فحصها طوال فترة الإبرام أو التعاقد، وذلك بالتحقق من نشر البرنامج التوقعي للمشروع المنفذ خلال الآجال المحددة له ومقارنة البرنامج المنشور وعدد العقود المبرمة كما يتحقق القضاء المالي الجهوي من أن مساطر طلب المنافسة كانت علنية تراعي في ذلك آجال ونوع الجرائد لنشر الاعلانات ومطابقتها مع موضوع العقد، ثم التأكد بأن النشر تم في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية وفق الحياد العام تجاه كل المتنافسين بحيث يجب أن يكون نفس الملف والمعلومات في طلب العروض لكل المتنافسين وفي نفس الوقت مع إخبار المعنيين بموعد زيارة المكان وكذا موعد تقديم التوضيحات اللازمة. وللمزيد من المصادقية

¹ -Aoughebal Abdellah : vérification des contrats administratifs de construction,présentation d'exposer sur l'expérience de juge financier marocain, dans cours des comptes régionaux des bordeaux ,France. P 3 - 6

² -Aline Kurek : Le juge Financière, juge administratif. Thèse délivrée pour obtenir le garde de docteur en droit public. Université du Droit et de la Santé Lille II, 2010, décembre 2010, p 48.

في هذا المهمة يتأكد القاضي أيضا من أن المشروع المتعاقد بشأنه مطابق للقوانين والأنظمة والمساطر السارية المفعول، ثم التحقق من اختيار أعضاء اللجان التقنية هل كانت قائمة على أساس المؤهلات العلمية والعملية أم لا؛ مع تحديد الأسباب التي أدت الى مشاركة عدد محدود من المتنافسين. وفي اطار هذه المهمة يتأكد القاضي من مطابقة المساطر المتبعة لموضوع العقد وهل هناك إقصاء غير مبرر لأحد المتنافسين وفي حالة ما إذا تم وجود أي إقصاء يجب الإشارة الى ذلك في محضر والأسباب المؤدية الى ذلك. وفي نهاية هذه المهمة لا بد أن يتأكد القاضي من أن نائل الصفقة تتوفر فيه الشروط القانونية والتقنية وقام بتقديم أحسن عرض ولا يتجاوز فيه الامكانيات المالية المخصصة للمشروع والمقارنة بين العرض المقبول والآخرين مقارنة مع الغلاف المتوقع لهذا المشروع.¹

ثالثا: تقنيات الرقابة في مرحلة التنفيذ

خلال هذه المرحلة يتأكد القاضي المالي من تنفيذ جميع الاجراءات والخطوات الأولية حسب ما يأتي:

- الترخيصات القانونية ثم قانونية النصوص المطبقة؛
- تقديم ضمانات برنامج التنفيذ في مواعيدها تحت طائلة العقوبات؛
- احتياطات السلامة والتشوير داخل الورش، واتخاذ جميع الاجراءات الكفيلة لتوقع أية آفاق سلبية على الساكنة المجاورة ومستعملي الموقع؛
- تشغيل اليد العاملة الوطنية المكونة لاحترام قانون الشغل²؛

ونظرا لأهمية هذه المحطة في إنجاز صفقات تستجيب لمعايير الجودة، يعمل القاضي على التحقق من عدم استعمال التجهيزات والاليات إلا بعد ترخيص من الادارة وتقديم شواهد التأمين القانونية وكذا تعيين ممثل المفاوض في الورش ومسك سجل يخص جميع ملاحظات الورش. كما يقوم في نفس الوقت بالتأكد من مسك بيانات يومية للإجازات من طرف المفاوض مع مقارنة هذه البيانات اليومية مع البيان الشهري وضمن العقد وأن التسبيقات تمت حسب القانون. وبهذا فان تتبّع تجاوز الكميات المتوقعة في بيان الأثمنة يعد حاجة ضرورية أضف الى هذا فالقاضي المالي ملزم كذلك بالتحقق من أن اللجوء الى الأشغال الإضافية تم حسب مقتضيات العقد وكذلك فتعديلات العقد تمت في اطار الصالح العام وفي الحدود المسموح بها وهي لا تهدف الى منح امتياز مادي للمفاوض ولا تمس بالمعايير التقنية للبناء وبالتالي فهي متوقعة في العقد والقانون.³

¹ - Aoughebal Abdellah :OP . Cite, p 7- 13

² - idem, p. 14

³ - Aoughebal Abdellah : OP . cite, page 13 - 19

هذا الصدد لاحظ القضاء المالي بفرنسا، أن الرقابة على الأداء من طرف المنظمة العامة على الصفقة التي ينجزها المتعاقد مع الإدارة غير كافية وتعرف إهمالا أحيانا¹ وفي هذا الصدد استطاعت محكمة مراجعة الحسابات بفرنسا إبراز حقيقة أن بعض مقدمي الخدمات لا يترددون في تعديل التزاماتهم مع الإدارة. وعلى الرغم من العواقب التي ينطوي عليها هذا الموقف من وجهة نظر مالية، فإنه غالبا ما يحدث أن القاضي المالي يلاحظ أن صاحب المشروع متساهل تجاه الطرف المتعاقد، علما أن الأصل في الإدارة أو الجماعة الترابية يجب أن يكون في موقف قوي في مثل هذه الحالة وذلك لسببين، الأول أن المتعاقد لم يفي بالتزاماته كليا أو جزئيا ومن ناحية أخرى لدى الإدارة الوسائل اللازمة لإنفاذ العقوبات المالية اللازمة².

ولأجل تحسين تنفيذ الصفقات العمومية بشروط أفضل يلجأ القاضي المالي الى التأكد من الكفاءات التقنية للأشخاص المكلفين بتنفيذ الأشغال ورأي الإدارة المسبق حول نوعية مواد البناء المستعملة ثم الجدية من قبل الإدارة في القيام بتجارب على عينات في المختبر وحضور مهندسي الإدارة عند تسلم الاسمنت المسلح مع انجاز محضر التسليم في النهاية. وفي نفس الاطار يتولى القاضي التأكد من مطابقة التجهيزات للمعايير المحددة في العقد مع قيامه بتنفيذ تجارب على التجهيزات وادراجها في محضر، ثم تثبيت كل الملاحظات في سجل الورش والعمل على التصحيح الاتوماتيكي للأخطاء المسجلة ومن جهة أخرى التأكد من عدم وجود تأخر في وضعية المقاو القانونية وكذلك يقوم القاضي في الرقابة على المحاسب العمومي بشأن التأخيرات التي تحصل للمقاو في حالة تجاوز الآجال التعاقدية والتسليم المؤقت للتأكد :

— من احترام جميع الالتزامات التعاقدية؛

— اصلاح جميع الاختلالات؛

— محضر الاستلام المؤقت تم بحضور طرفي العقد³؛

وأخيرا يتم التحقق من واقعية الحسابات النهائية والاثمنة المحددة في العقد، وأن الأداء بعد التنفيذ قد تم تطبيقا لمنهجية مراجعة الأثمنة، وكذلك فلاحفاظ بكل من مبالغ الضمان والعقوبات والتعويض الجزافي المنصوص عليه في احدى بنود العقد وتطبيق الرسوم حسب السعر الرسمي كلها أمور يجب ان يتحقق منها القضاء المالي.

رابعا: المنهجية الرقابية القائمة على أساس تحليل المخاطر

تسعى المحاكم المالية بالمغرب جاهدة، إلى ملائمة وتوحيد مناهج عملها الرقابي مع المعايير الدولية، لا سيما تلك المتعلقة بإدارة وتحليل المخاطر ووضع الدلائل العملية والمسطرية وفق

¹ - Aline Kurek : OP . Cite, Page 62

² - idem, Page 63

³ -Aoughebal Abdellah : Op, Cite , p 24 - 27

المعايير الدولية. كإحدى الممارسات الفضلى والحديثة للرقابة على الصفقات العمومية بالمغرب. فالسير نحو اعتماد هذه المنهجية، من شأنه أن يعمل على تطوير آليات تدخل المجالس الجهوية لفحص النفقات العمومية بالجماعات الترابية، وذلك من خلال مجموعة الطرق والأهداف، فهذا يقتضى فيه ربح للجهد والوقت والكلفة ثم ثانيا تحديد الزمان والمكان المناسب الذي يجب أن يتدخل فيه القاضي لتدقيق ملفات تتعلق بالصفقات وهنا يكون القاضي يشتغل طبقا لمبادئ الحكامة المالية التي تهدف إلى العمل بوسائل أقل في مقابل الحصول على نتائج أفضل¹. ومن بين العناصر الأساسية في هذه المنهجية هو أن التوجه في السنوات الأخيرة على مستوى التفكير والتكوين أو على مستوى العمل الرقابي أصبح يأخذ بمنهج رقابي فعال قائم على تحليل المخاطر وفق المعايير الدولية في مراحل الإعداد وتنفيذ وتقييم المهام الرقابية، هذه المنهجية تصنف المخاطر إلى أربعة أصناف أساسية.

ـ المخاطر المتعلقة بالأهداف الاستراتيجية

هذا الصنف من المخاطر الكبرى والأساسية، يتعلق بتقييم فعالية السياسات العمومية من خلال الوقوف عند تحليل المخاطر المرتبطة بالقرارات الاستراتيجية التي تتخذها الهيئات التديرية للأجهزة العمومية في مستويين :

ـ تقييم المخاطر المتعلقة بتحديد الأهداف الاستراتيجية حيث من خلال هذه العملية يتولى القضاة المكلفون بالرقابة رصد المخاطر الحقيقية وذلك حسب الأولويات وخطورة الوضع الذي يستدعي التدخل من عدمه ثم التوصل إلى المعلومات الكافية واستثمارها للحصول على نتائج استباقية، وذلك بهدف تقويم الأخطاء والأسباب التي أدت بالأجهزة المسيرة للصفقات إلى ارتكابها، خصوصا في حالات عدم إنجاز دراسات الجدوى ومخاطر التمويل وعدم تحديد الحاجيات الحقيقية للصفقة².

كما أن فعالية الرقابة في المستوى الثاني تبرز من خلال تقييم المخاطر المتعلقة ببرمجة المشاريع الرامية إلى تنزيل الأهداف السياسية والاستراتيجية عن طريق الرصد والمعلومات والنتائج والأسباب ومن بين الحالات التطبيقية التي تقع في هذه المسألة وتستلزم تدخل فعال، نجد الخطر المتعلق بالتباين بين الأهداف الاستراتيجية والمشاريع المبرمجة ثم خطر الانحراف عن

¹- عبد الله أوغبال : عرض حول التجربة العملية للمحاكم المالية في الرقابة على الصفقات العمومية القائمة على أساس تحليل المخاطر، ص 4

²- عبد الله أوغبال : مرجع سابق، ص 5.

المصلحة العامة حيث يتم وضع مشاريع من قبل مسيري الجماعات بهدف تحقيق منافع شخصية بعيدة كل البعد عن مضمون وأهداف الصفقات العمومية.

ـ المخاطر المتعلقة بالعمليات التشغيلية (الاقتصاد والكفاءة)

هذه الفئة من المخاطر التي ترصدها المجالس الجهوية وتتصدى لها تتعلق ببنية وتنظيم وسير عمل الجهاز العمومي والوسائل والإمكانيات المسخرة لتشغيل المشروعات خصوصا في مرحلة التنفيذ، حيث إذا ما تحقق وجود هذه المخاطر يكون لها تأثير مباشر وقوي على وجود الخدمات والوظائف وقدرة الجهاز على أدائها¹. ويقصد بمبدأ الاقتصاد الحد من تكاليف الموارد إذ يجب أن تكون الموارد المستخدمة متوفرة في الوقت اللازم وبالكمية والنوعية المناسبين وبأفضل الأسعار كما أن مبدأ الكفاءة يراد به استغلال الموارد المتاحة إلى أقصى حد ممكن مع تطبيق واستثمار المخرجات الناتجة عنها من حيث الكمية والنوعية والوقت².

ـ المخاطر المتعلقة بالمطابقة وقواعد حسن التسيير

يتجلى هذا النوع من المخاطر في عدم احترام الأحكام القانونية والتنظيمية أو عدم التقيد بمبادئ الحكامة الجيدة أو بقواعد حسن التسيير فهذا الأمر يستدعي من القضاء الجهوي التدخل دون تردد أثناء مزاولة مهمة مراقبة التسيير، ومن ضمن الاختلالات التي تحدث بخصوص هذا الأمر هو تجاوز السقف القانوني المحدد في إنجاز صفقات التوريدات المنصوص عليها في المادة 88 من مرسوم 20 مارس 2013، أضف إلى هذا مخاطر الغش والفساد المتعدد كعدم تنفيذ المشروعات وفق ما خطط له وكذلك عدم احترام الآجال المنصوص عليها في العقود ثم المخاطر المتعلقة بالجودة وفي هذا الصدد يقضي المعيار 300 من المبادئ الأساسية لمراقبة الأداء في أحد بنوده بـ " يجب أن يطبق المدققون إجراءات رقابة الجودة مع ضمان استثناء الشروط المعمول بها والتركيز على التقارير المناسبة والمتوازنة والعادلة تضيف قيمة وتجيب عن أسئلة الرقابة"³ هذا بالإضافة إلى مخاطر أخرى تهم المبالغة في أثمان المشاريع وكذلك عدم تشغيل مقتنيات التي تبرمها الجماعات عن طريق صفقات التوريدات⁴.

¹ - عبد الله أغبال : نفسه، ص 7.

² - المبادئ الأساسية لمراقبة الأداء، مرجع سابق، ص 7، <http://WWW.intosai.org>

³ - المبادئ الأساسية لمراقبة الأداء، نفس المرجع ص، 115.

⁴ - عبد الله أغبال : المرجع السابق، ص 8

الفقرة الثانية: حدود رقابة المجالس الجهوية في تدبير الصفقات الترابية

على الرغم من الأدوار والمجهودات المتواصلة التي تبذلها المجالس الجهوية للحسابات في سبيل إرساء وتدعيم قواعد ومبادئ الحكامة الجيدة في التدبير العمومي، فإن عمل هذه المؤسسات تعترضه مجموعة من العوامل المؤثرة التي تكبح جماح دور المجالس الجهوية في أداء مهامها الرقابية على أحسن وجه، حيث في هذا السياق أبانت الممارسة عن وجود مجموعة من العراقيل التي تحد من فعالية أداء هذه المؤسسات في مجال المحافظة على الأموال العمومية في ميدان صفقات جماعات الترابية الذي يعرف تنامي ظاهرة الفساد بكل أشكاله وأصنافه نتيجة عدم احترام مبادئ الحكامة والشفافية المنصوص عليها دستوريا في تدبير هذا المجال هذه العوامل المؤثرة يمكن الحديث عنها من زاويتين داخلية وخارجية.

فيما يخص الاكراهات الداخلية وبالضبط على المستوى التشريعي، يتبين من مقتضيات القانون رقم 99_62 بمثابة مدونة المحاكم المالية أن هذه المجالس تضطلع بمجموعة من المهام والاختصاصات المتنوعة التي تثقل كاهلها، حيث تجمع بين الاختصاصات القضائية التي تتعلق بالتدقيق والبت والتأديب المالي وبين الاختصاصات الإدارية المرتبطة بمراقبة التسيير واستخدام الأموال العمومية ثم التصويت على الميزانية. نتيجة هذا التنوع يتأثر الأداء الرقابي للمجالس وذلك باتساع مجال تدخلها إذ تمارس اختصاصات واسعة ومتعددة جدا، هكذا يشغل القاضي المالي الجهوي في مجالين كبيرين للرقابة على الأموال العمومية، تتفرع عن كل منها اختصاصات ومهام فرعية ومن هنا، فتتعدد هذه المهام المنوطة بالمجالس التي تبرز كظاهرة رئيسية من شأنها عدم توفير شروط الفعالية والجودة المطلوبة في أدائها الرقابي في ظل مراعاة الآجال القانونية المحددة لإنجاز تلك المهام ويظهر أن هذا الاختصاص الموسع لن يسمح للمجالس بالاطلاع على كل المهام المنوطة بها في تتبع وضبط النفقات العمومية، ومن شأن ذلك أن يقود إلى اعتماد منهجية انتقائية في مجال المراقبة القضائية على النفقات، تقوم على مراقبات ذات طبيعة مختلفة من حيث المنطلقات والخلفيات النظرية والمنهجية، مثل مراقبة التسيير المشبعة بقوة منطق الإنجاز والنتائج، ورقابة قضائية ذات طبيعة زجرية مما يقود إلى الإقرار بصعوبة التوفيق بين منطقتين الأول مرتبط بالإنجاز والثاني قضائي داخل نفس المؤسسة بناء على هذا سيكون من الصعب على المحاكم الجهوية ممارسة وظائف ذات طبيعة مختلفة قابلة للتداخل فيما بينها وأنها تخضع لضرورات ذات طبيعة متناقضة¹.

¹ - أحمد حسون : مرجع سابق، ص. ص. 290_291

وعليه فالسند التشريعي والقانوني الأساسي التي يعتمد عليه القضاء المالي الجهوي بالمغرب المتمثل في مدونة المحاكم المالية أصبحت تعثره مجموعة من النواقص والمعوقات وبهذا الصدد يمكن القول بأن المدونة المعمول بها حاليا غير مواكبة إن لم نقل متخلفة، فالمتصفح لموادها ومقارنتها بالواقع الحالي سيجد بأن هناك العديد من النصوص التي أصبحت ميتة ولا تتماشى مع روح العصر مثل المادة 144 و142 و143¹. وجدير بالذكر أن شساعة الاختصاصات تعتبر من أبرز الانتقادات التي وجهت إلى تجربة المحاكم المالية²، والحقيقة أن هذا الأمر قد يكون على غير صواب لأن شساعة الاختصاصات أمر وارد وموجود في كل الأنظمة الرقابية المقارنة، إذ الانتقاد الذي يجب أن يكون في نظرنا هو لماذا لم يتم التغلب على هذا الأمر وذلك بالتصدي له عن طريق الزيادة في الموارد البشرية والمادية ثم تجويد الاختيارات النوعية الهادفة على مستوى تدخل المجالس في الرقابة على الصفقات العمومية، فغياب استراتيجية واضحة لدى القضاء المالي الجهوي بخصوص تسييس المهام المتعلقة بمراقبة التسيير وغيرها يعتبر أكبر عائق أمام تحسين وتطوير الرقابة المالية.

وفضلا عن ذلك تتميز مساطر اشغال القضاة الماليين الواردة في القانون 99_62، بالطابع المعقد حيث في هذا الإطار فالقاضي المالي يشغل بأربع مساطر تحيل الواحدة منها على الأخرى مما يقود إلى تداخل فيما بينها وكذا في علاقتها المتبادلة مع تحريك مساطر أخرى خاصة تلك المتعلقة بالمسطرة التأديبية والجنائية وبعض قواعد المسطرة المدنية وبالتالي فغياب مسطرة موحدة تميز خصوصية القضاء المالي الجهوي يؤثر على الضمانات الأساسية للمتقاضين من محاسبين عموميين وامرين بالصرف ومراقبين، ففيما يخص مثلا اختصاص التدقيق والبت في الحسابات فإن مسطرتها تتميز بطول المدة والتعقيد (مذكرة ملاحظات رد المحاسب العمومي، حكم تمهيدي حكم نهائي) هذا إلى جانب المدة الزمنية التي تتطلبها عمليات التدقيق والتحقيق في الحسابات والعمليات المالية³.

وفيما يتعلق بالموارد البشرية والمادية فإنها تعتبر المحرك الأساسي لأي نشاط مؤسساتي، فالقيام بالمهام المنوطة بالمجالس الجهوية للحسابات رهين بتوفر هذين الموردين وخصوصا إذا تعلق الأمر بجهاز مكلف بمهمة الرقابة العليا للأموال العامة، وبالتالي فالاختصاصات الموكلة

¹- مقابلة مع الأستاذ عبد الله أغبال، مرجع سابق.

²- عبد اللطيف الحبيب : المجالس الجهوية للحسابات ودورها في التنمية المحلية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العميقة في القانون العام جامعة محمد الخامس، السنة 2005_2006، ص 82.

³- أحمد حسون، مرجع سابق، ص 379.

للقضاء المالي الجهوي تحتاج إلى طاقات بشرية كافية ومؤهلة للقيام بها، لكن الملاحظ أن هؤلاء القضاة المكلفين بهذه المهام جد ضعيف مهما كانت الجهود التي قد يبذلها هؤلاء من القيام بكل أعمال المراقبة¹.

فحسب آخر الاحصائيات التي تم التوصل إليها بلغ العدد الإجمالي للقضاة والموظفين العاملين بالمحاكم المالية في سنة 2015 حوالي 541 قاضيا و202 موظف تمثل فيهم النساء نسبة 19.4 في المائة داخل هيئة القضاة و47 في المائة من مجموع الإداريين²، فهذا الرصيد الكمي للموارد البشرية ليس بمقدوره مواكبة الرقابة على الجماعات الحضرية والقروية والأقاليم والجهات، وأيضا المؤسسات والمقاولات العمومية التي تخضع لرقابة المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات، ولعلها من الأسباب الرئيسية المسؤولة عن ضعف مردودية هذه المجالس، فإن لم ينصب اهتمام الجهات المعنية على هذا الجانب بالذات فإنها ستضل مكبلة وغير قادرة على الالتزام ببرامجها المسطرة وأداء مهامها في الآجال القانونية، ففعالية ومردودية وانتاجية أي مؤسسة أو جهاز إداري أو قضائي يقتزن بمدى الجدبة بالموارد البشرية. ينضاف إلى ذلك التوزيع الغير المتكافئ لقضاة المالية بين المجالين الجهوية، فمثلا المجلس الجهوي بفاس يتوفر على 15 قاضي مكلفين بمراقبة جهة تضم من مجموعة 202 جماعة، يعني 13 جماعة لكل قاضي في حين نجد المجلس الجهوي بالدار البيضاء يتوفر على 16 قاضي يستغلون على أربع عمالات وسبع جماعات حضرية وعشر جماعات قروية، فتولي مراقبة هذا العدد العرمرم من الجماعات مقارنة بعدد القضاة لن يساعد اطلاقا على دعم انتاجية ومردودية المجلس الجهوي للحسابات³.

وعلى مستوى آخر، سكنت قانون 62-99 على مساعدتي القضاة كما الامر بالنسبة للغرف الجهوية للحسابات بفرنسا التي استلهم منها المشرع المغربي الكثير من المقتضيات حيث يلعب هؤلاء المساعدون دورا أساسيا في التخفيف على القضاة أعباء المراقبة خاصة بالنسبة لفحص الوثائق المبررة للمداخيل والنفقات في إطار التدقيق والبحث في الحسابات ومن جهة أخرى لا تتمتع المجالس الجهوية للحسابات بالاستقلال المالي، حيث أن نفقات التسيير لا زال يحددها المجلس الأعلى للحسابات الامر الذي يطرح التساؤل حول ما إذا كانت هذه الوضعية مؤقتة أو أنها تعبر

¹ - عبد العالي الفيلاي : الجماعات الترابية بالمغرب بين الحكامة المالية وتجويد اليات الرقابة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 2014_2015، ص 361.

² - يوسف الساكت: مقال منشور بجريدة المساء، الجمعة 2017/05/19 العدد 5312، ص 3.

³ - عبد العالي الفيلاي: مرجع سابق، ص 363.

عن سياسة تجعل هذه المجالس تابعة للمجلس الأعلى للحسابات بشكل كلي فيما يخص التسيير الإداري والمالي.

وفي الجانب الثاني من العوامل المؤثرة في تدخلات المجالس في الرقابة على تدبير الصفقات الترابية يشكل المحيط السياسي والثقافي مجموعة متسلسلة ومتراصة من السلوكيات وأنماط التفكير التي تتقاطع فيما بينها، التي تساهم في ضعف ممارسة الرقابة العليا على الأموال العمومية في المغرب، وهكذا فإن انجازات المجالس ومدى نجاحها مرتبط بشروط اندماجها الاجتماعي وبغاياتها الخاصة انطلاقا من نوعية انجازات المؤسسة، فهي إما أن تكون حافزا وعاملا مشجعا على مواصلة عملها وتحسين أدائها وبالتالي تلميع صورتها لدى الرأي العام، أما إذا كانت انجازاتها سلبية لدى الرأي العام فإن ذلك ينتج عنه ضغوطات نفسية واجتماعية على المؤسسة والواقع أن مؤسسات المجلس الأعلى والمجالس الجهوية باتت حتى وقت قريب مجهولة وغير معروفة لدى الرأي العام، ويعزى هذا الجهل بالدرجة الأولى إلى غياب وسائل التواصل بين القضاء المالي الجهوي والرأي العام وعزلة المؤسسة وعدم انفتاحها على المحيط.¹ وبذلك ففعالية دور القاضي المالي ونجاحه في أداء مهامه الرقابية مرتبط إلى حد بعيد بمدى قدرته على الاندماج في محيطه السياسي والاجتماعي وبطبيعة الدور الذي ينبغي أن يضطلع به في انسجام مع المحيط بفرض رقابة مالية عمومية فعالة.

ومن المؤكد أن كسب رهان الإصلاح والتحديث لا يستقيم إلا من خلال حسن استثمار الرأسمال البشري عبر توظيفه في الزمان والمكان المناسبين ومدى قدرته واندماجه مع المحيط السوسيوسياسي العام الذي تعمل في مناخه المجالس الجهوية.²

خاتمة

بالنظر الى مجموعة من العوامل والمقومات الهيكلية والتنظيمية والثقافية المرتبطة بهذا الموضوع يتبين أن مراقبة تدبير وتسيير ميدان الصفقات العمومية بالجماعات الترابية من طرف المجالس الجهوية للحسابات، - التي ترسم صورة قاتمة عن هذا القطاع- ليس بالمهمة السهلة تتوقف فقط على منظومة تشريعية مالية جيدة وتوفير الامكانيات اللازمة ووجود جهاز رقابي فعال، بل الأمر أكثر من ذلك يتطلب بالإضافة الى هذا التوفر على منظومة القيم والأخلاق التي يجب أن تسود المحيط العام والخاص الى تشتغل فيه مختلف الأجهزة والمؤسسات

¹ - أحميدوش مدني: مرجع سابق، ص 369.

² - عبد العالي الفيلاي: مرجع سابق، ص 367.

ثم المدبرين العموميين الذين يصهرون على إنجاز هذا الحقل الحيوي المرتبط بالمال العام ودوره في التنمية.

وعموما كخطوة عملية ناجعة نحو تدبير للصفقات الجماعية، فإن تسيير الشأن العام – ولا سيما في هذا الميدان – هو من العلوم التي ينبغي أن تكتب قواعدها وتدرس في المعاهد والكليات والمؤسسات ولما لا الجماعات الترابية خصوصا رؤساء هذه الجماعات باعتبارهم آمرين بالصرف وكل الأجهزة المتدخلة في إبرام الصفقات، وهي من العلوم التي يجب أن تتطور في المغرب ويكتب عنها وينظر، لأنك لو بحثت في إشكالات التنمية على هذا المستوى ستجد أن من بين الأسباب الحقيقية للتخلف هو غياب الحكامة الجيدة وغياب الواقعية في التسيير وأيضا غياب الأطر الكفوة أو تواجدها في أماكن بعيدة كل البعد عن المناصب التي يجب أن تنالها، وكذلك كثرة المحسوبية والرشوة الاستثمارات بهذه الوحدات في اتجاهات خاطئة تأتي على الميزانيات السنوية المتعلقة بالاستثمار دون أن يجد لها المواطن أي فائدة وهذا هو حال الكثير من الصفقات بالجماعات الترابية بالمغرب.

ومن منطلق أن لكل إصلاح تكلفته المادية والمعنوية، فإن تحقيق رقابة ناجعة من قبل المجالس الجهوية للحسابات على المال العام والصفقات العمومية تحديدا، يتطلب تحديد رؤية شاملة ومندمجة بين مختلف المكونات التي تشتغل في هذا الحقل تعمل على القطع مع كل الأشكال الكلاسيكية في الرقابة، والعمل على نهج إصلاحي يبدأ بالهياكل ثم تحديد المخاطر وتقويمها وتبني مفهوم تقييم السياسات العمومية وإعداد الموارد البشرية الملائمة – الرجل المناسب في المكان المناسب – وإعمال عنصر الكفاءة والاستحقاق في اسناد المهام، غير أنه يبقى إيمان المسؤولين والمدبرين العموميين عن إدارة الصفقات العمومية بضرورة القطع مع الفساد بكل أنواعه وأشكاله في حقل الصفقات الضامن الحقيقي لحماية المال العام من التبذير.

ديوان المحاسبة والرقابة على المال العام

علي جبر الهي النعيمي

طالب مسجل بسلك الدكتوراه

بجامعة محمد الخامس،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

مقدمة:

تسعى الدولة دائما إلى تحقيق الصالح العام عكس الفرد الذي يبحث في إطار أنشطته المالية عن تحقيق مصلحته الخاصة عن طريق الربح، فالدولة جهاز هدفه الأساسي تلبية الحاجات اليومية للمجموعة الوطنية¹.

وبالتالي، تحتاج الدولة من أجل ممارسة وظائفها إلى أموال تتعدد مصادرها. وتنوع منابعها وبما أن هذه الأموال توجه لتنفيذ السياسات العمومية في مختلف المجالات. لذلك فالاستخدام الأمثل للأموال العمومية ومراقبة حسن التنفيذ يعتبران من الأسس الداعمة لكيان الدولة وشخصيتها.

من تم كانت الحاجة ملحة في المغرب وقطر، كسائر بلدان العالم، لإيجاد آليات الرقابة العليا على المال العام التي بواسطتها يتم ضبط مراقبة التوجهات المرسومة من طرف ممثلي الشعب بمقتضى قوانين المالية ومالية الجماعات المحلية والرامية إلى تحصيل الموارد وصرف النفقات في الأوجه المحددة بمقتضى القانون من أجل سد حاجيات المواطنين عبر المرافق العامة سواء على المستوى الوطني أو المحلي².

الرقابة لغة هي المحافظة والانتظار والاطلاع على الأحوال³، ومفهوم الرقابة يقتزن بالمحافظة والانتظار والحراسة، فالرقيب يعني الحافظ والمنتظر والحارس⁴. وفي الآية الكريمة

¹ عبد النبي أضرىف، قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 130-13 ونصوصه التطبيقية، العدد 9، إيماليف، ط4، 2016، ص 27

² الطويل أحمد، المحاكم المالية بالمغرب آليات الاشتغال ومعيقات التنفيذ، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعمق، وحدة القانون والعلوم الإدارية للتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية: 2010/2009، ص 5.

³ الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1983، ص 210.

⁴ سعيد جفري، الرقابة على المالية المحلية محاولة نقدية في الأسس القانونية السياسي الإدارية والمالية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1999 - 1998، ص 22.

قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾¹. فالمعنى اللغوي للرقابة هنا يفيد المحافظة والانتظار والحراسة.

الرقابة هي مجموع الإجراءات التي توضع للتأكد من مطابقة التنفيذ الفعلي للخطط الموضوعة، ودراسة أسباب الانحراف في التنفيذ حتى يمكن علاج نواحي الضعف ومنع تكرار الخطأ. ويمكن استخلاص أركان المراقبة من هذا التعريف:²

كشف الانحراف في التنفيذ عن الهدف الموضوع؛ دراسة أسباب الانحراف؛ علاج نواحي الضعف والخطأ ومنع تكراره.

ولمعالجة هذا الموضوع نقترح الإشكالية التالية:

كيف يمارس ديوان المحاسبة اختصاصاته من أجل الرقابة على المال العام؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نقترح التصميم التالي:

المحور الأول: سياق تأسيس ديوان المحاسبة

المحور الثاني: المهام والاختصاصات

المحور الأول: سياق تأسيس ديوان المحاسبة

لقد بدأت الرقابة المالية الحكومية في دولة قطر بشكل فعلي في بداية الخمسينات من القرن الماضي قبل تأسيس ديوان المحاسبة حيث كان التدقيق على الحسابات الحكومية يتم من خلال شركات التدقيق العالمية العاملة في الدولة. وتأسس ديوان المحاسبة عام 1973م بموجب القانون رقم (5) لسنة 1973.

وفي العام 1995 صدر القانون رقم (4) بشأن ديوان المحاسبة والذي عالج بعض الثغرات التي كان يعاني منها القانون السابق حيث أتبع ديوان المحاسبة بالأمر مباشرة ومنحه الاستقلال المالي والإداري عن الدولة الأمر الذي يعتبر طفرة كبيرة في تاريخ الديوان وساهم في تطوير عمله وتعزيز مكانته.

=

راجع أيضاً: أبادي محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز، القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت لبنان، 2007، ص: 523.

¹ سورة النساء، الآية الأولى.

² محمد قطب، الموازنة العامة للدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، 1978، ص 202 وما بعدها.

كما أصدر مؤخراً حضرة صاحب السمو الشيخ تميم بن حمد آل ثاني أمير البلاد القانون رقم «11» لسنة 2016 بشأن ديوان المحاسبة. ويمارس الديوان عمله بناءً على هذا القانون. ويهدف الديوان إلى تحقيق الرقابة على أموال الدولة، وعلى أموال الجهات الأخرى الخاضعة لرقابته¹. إن تعزيز قيم النزاهة ونظم الشفافية والمساءلة في حماية المال، يرتبط بوجود أجهزة رقابية داخلية وخارجية، حيث أن هذه الأخيرة تنطوي على وجود أجهزة مستقلة عن السلطة التنفيذية، تتولى الرقابة على الموازنة العامة.

الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة: في مرحلة التحضير والإعداد للموازنة العامة تكون هناك توقعات أو تقديرات وكذلك الحال في مرحلة اعتماد الموازنة من قبل السلطة التشريعية. أما عملية الرقابة فإنها تأتي للتأكد من تنفيذ ما تم اعتماده من السلطة التشريعية، هذا أولاً؛ وثانياً للتأكد من عدم وجود إسراف أو تبذير في الأموال العامة ويمكن وضع أكثر من تقسيم للرقابة وذلك باختلاف المعايير المحددة لذلك.²

1 المادة 3 من قانون ديوان المحاسبة. كما يهدف بوجه خاص إلى ما يلي:

- 1- المحافظة على المال العام، والتحقق من سلامة ومشروعية استخدامه، وحسن إدارته
- 2- التحقق من صحة البيانات المالية، ومن التزام الجهات الخاضعة لرقابة الديوان بالقوانين واللوائح والأنظمة، وغيرها من نظم وسياسات الحوكمة وتضارب المصالح المعمول بها
- 3- المساهمة في تحسين استخدام موارد الدولة لتحقيق التنمية المستدامة ورفاهية المجتمع، وذلك بمراقبة التزام الجهات الخاضعة لرقابة الديوان بالاستغلال الأمثل للموارد والأصول، وفقاً لمعايير الاقتصاد والكفاءة والفعالية

4- المساهمة في الارتقاء بمبادئ المحاسبة والشفافية لدى الجهات الخاضعة لرقابة الديوان، وذلك بمراقبة التزام هذه الجهات بتلك المبادئ في إدارة أموالها.

² الرقابة اللاحقة للتنفيذ: ولهذه الرقابة أيضاً إيجابيات وسلبيات:

الإيجابيات: أنها تمكن الجهة المسؤولة على الرقابة من الاطلاع على كامل العملية الإنفاقية للمشاريع التي تستغرق عملية الإنفاق فيها فترة زمنية طويلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنها لا تؤثر على سير العمل في الدوائر المعنية بل على العكس فهي تحفز على التقليل من المخالفات المالية لأن الدوائر التي تقوم بعملية الإنفاق تدرك أن هناك رقابة لاحقة عليها.

السلبيات: تتمثل بكونها لاحقة لعملية التنفيذ وعليه فإنها قد تحد من المخالفات المالية لكنها لا تمنع ارتكابها وقد تأتي هذه الرقابة في وقت يكون فيه الموظف المسؤول عن ارتكاب المخالفة المالية قد تغير. ولكن ما يحد من هذه السلبية هو منح سلطة قضائية للجهة التي تقوم بعملية الرقابة كما هو الحال في

وتأخذ الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة لدولة قطر أشكالاً متعددة تختلف باختلاف الجهات التي تقوم فيها، وبالوقت الذي تتم فيه، وبطبيعة هذه الرقابة. من حيث الجهات القائمة عليها، نجد الرقابة الداخلية (تقوم بها الوحدات الإدارية) والرقابة الخارجية يتولاها مجلس الشورى بالنسبة لموازنة المشروعات الرئيسية العامة، ورقابة ديوان المحاسبة كهيئة مستقلة

=

المحكمة المحاسبية في فرنسا أو قد تكون هناك جهة مسؤولة لمحاسبة ذلك الموظف كما هو الحال في النيابة الإدارية في مصر .

الرقابة خلال التنفيذ: وتتمثل هذه الرقابة بتوافقها مع عملية التنفيذ وعادة فإن المجالس النيابية هي الجهة المسؤولة عن هذا النوع من الرقابة إذ تحاول السلطة التشريعية أن تتأكد هنا من التزام الجهات التنفيذية بتنفيذ ما ورد فعلاً في قانون الموازنة العامة .

لرقابة السياسية على تنفيذ الموازنة العامة: إن الجهة التي عادة ما تقوم بالرقابة السياسية هي السلطة التشريعية ممثلة بالمجالس النيابية والتي يقع في صلب اختصاصها عملية الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة وذلك لأمرين:

تمثل السلطة التشريعية الرقيب الحقيقي على السلطة التنفيذية.

إن السلطة التشريعية هي الجهة التي صادقت على الموازنة العامة واعتمدتها كتقديرات ولذلك منطقياً أن تقوم بالرقابة للتأكد من التوافق بين ما تم تقديره وما تم تحقيقه فعلاً.

واستناداً إلى ذلك لا يكفي أن تطلع السلطة التشريعية على ما تم تقديره من إيرادات ونفقات في الموازنة العامة فحسب بل يجب الاطلاع على الأرقام الفعلية المتحققة في جانبي النفقات والإيرادات لأجل مقارنتها مع المتوقع وللإستفادة منها في الاعتمادات اللاحقة. والرقابة السياسية ممكن أن تكون خلال التنفيذ وممكن أن تكون رقابة لاحقة للتنفيذ، ويمكن ان نوضح ذلك :

(أ) الرقابة السياسية خلال التنفيذ: من الممكن أن تتزامن عملية الرقابة مع عملية تنفيذ الموازنة العامة وهناك أنماط متعددة يمكن أن تحملها هذه الرقابة ومن ذلك عملية الإشراف التي تقوم بها السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية والتي يمكن ان تأخذ صور عديدة منها :

1. يطلب المجلس النيابي من السلطة التنفيذية إطلاعه على سير عملية التنفيذ ويمكن أن يصل الأمر إلى حد توجيهه الأسئلة الشفهية أو التحريرية وحتى الاستجواب في بعض الأحيان .

2. يمكن أن تمارس هذه الرقابة من خلال قيام اللجنة المالية المنبثقة عن المجلس النيابي باستدعاء أي مسؤول في السلطة التنفيذية والحوار معه والاستفسار منه عن عملية التنفيذ .

3. يحصل أحياناً أن تطلب السلطة التنفيذية من السلطة التشريعية اعتمادات إضافية للموازنة العامة الأمر الذي يتيح للأخيرة استغلال ذلك لإجراء عملية الرقابة من خلال الاطلاع التفصيلي على مجريات تنفيذ الموازنة العامة .

تتبع للأمير مباشرة، الذي خوله القانون تحقيق الرقابة على أموال الدولة، والتحقق من سلامة ومشروعية إدارة هذا الأموال والمحافظة عليها من سوء التدبير.

الموازنة العامة هي الخطة المالية السنوية للدولة ويتحدد بموجبها تقديرات الإيرادات المتوقعة تحصيلها والنفقات المتوقعة صرفها خلال سنة مالية. وهي بالنسبة للدولة وسيلة لتحقيق أهدافها في شتى المجالات، وأداة أساسية لممارسة الرقابة على إيراداتها ونفقاتها¹. والميزانية العامة نفقات ومداخيل الدولة السنوية غير المرصودة أمور خصوصية والتي لها شكل ميزانية ملحقة أو حساب خصوصي للخزينة.

الميزانية العامة هي واحدة من أهم المعلومات التي ينبغي أن تكون متاحة أمام المواطنين لأنها تنطوي على معلومات عن ثروتهم العامة.

تقع مسؤولية الرقابة على تنفيذ الموازنة بشكل أساسي على عاتق السلطة التشريعية التي تتأكد بدورها من أن السلطة التنفيذية تنقيد بأسس الجباية والإنفاق بالاعتماد على تقارير دورية تقدمها لها إدارات متخصصة في الرقابة المالية. كما ويتضمن مشروع قانون الموازنة، الذي يُقدم إلى مجلس الأمة في كل عام، النفقات الفعلية وإعادة تقدير النفقات للسنتين السابقتين وبهذا يستطيع أعضاء المجلس مراقبة وتقييم ما نُفذ من المشاريع التي كانت مرصودة ضمن قوانين الموازنة للسنوات السابقة².

فمن أجل تعزيز مبدأ فصل السلط الذي أوجبه جميع الدساتير، تكاد تجمع جميع الدول ومنها دولة قطر على ضرورة فرض هذا الأسلوب لحماية المال العام، وإن اختلفت في الطريقة المتبناة في هذا المجال، فبعض الدول كقطر اقتصر على هيئة واحدة للرقابة تدعى

¹ المادة 2 من القانون رقم 5 بتاريخ 1989/3/27.

2 إذا كان تنفيذ القانون المالي يخضع لمراقبة داخلية عن طريق أجهزة تابعة للإدارة. فان تدبير المالية العمومية يخضع كذلك لمراقبة خارجية تهدف إلى مراقبة النشاط المالي للحكومة، نظرا لعدم كفاية الرقابة الداخلية في تدبير المال العام، وذلك لاعتبارات كثيرة منها التبعية المفروضة عليها للسلطة التنفيذية، خصوصا وزارة المالية صاحبة الاختصاص، لذلك كان من اللازم دعم هذه المراقبة الداخلية، بمراقبة خارجية مستقلة عن السلطة التنفيذية. هذا وتستند المراقبة الخارجية إلى مؤسستين دستوريتين هما المجلس الأعلى للحسابات، والذي تكتسي مراقبته طابعا قضائيا، والبرلمان الذي تكتسي رقابته طابعا سياسيا.

ديوان المحاسبة، وهي التي تتولى التدقيق في حسابات المحتسبين وإصدار قرارات قضائية بشأنها.¹

ويتعين على قضاة المجلس أن يحافظوا في جميع الظروف على صفات الوقار والنزاهة والكرامة التي تقتضيها مهامهم، ويمنع عليهم القيام بجميع الأعمال أو اتخاذ جميع المواقف التي من شأنها أن توقف أو تعرقل سير المجلس، ولا يجوز لهم تأسيس نقابات مهنية أو الانتماء إليها وكل نشاط أو موقف سياسي، ويمنع عليهم ممارسة مهن ذات ربح باستثناء التأليف الأدبي أو الفني أو العلمي وأيضا التعليم بعد ترخيص من الرئيس.

يتبع ديوان المحاسبة المنظم بموجب قانون رقم (11) لسنة 2016 بشأن ديوان المحاسبة²، لرئيس مجلس الوزراء ويعين الرئيس ديوان المحاسبة بموجب مرسوم يتخذ من مجلس الوزراء وكذلك بقية الموظفين ويتكون ديوان المحاسبة من رئيس الديوان ومن القضاة والمدعى العام ورؤساء الغرف والمستشارين ومعاوني المدعي العام³.

يتضمن الهيكل التنظيمي لديوان المحاسبة الوحدات الإدارية الرقابية وغير الرقابية بالديوان، وتعيين اختصاصاتها. ويجوز بقرار أميري، بناءً على اقتراح الرئيس، تعديل تنظيم الوحدات الإدارية التي يتألف منها الديوان بالإضافة أو الحذف أو الدمج، وتعيين اختصاصاتها وتعديلها.

المحور الثاني: المهام والاختصاصات

يعتبر ديوان المحاسبة جهاز رقابي مستقل، له شخصية معنوية، يتبع الأمير مباشرة، وله موازنة تلحق بموازنة الديوان الأميري. ويهدف الديوان إلى تحقيق الرقابة على أموال الدولة، وعلى أموال الجهات الأخرى الخاضعة لرقابته.

وبخصوص الجهات الخاضعة لرقابة الديوان حسب المادة 4 من قانون ديوان المحاسبة:

• الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة

¹ للتوسع راجع: عبد النبي أضريرف: المالية العامة أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها آخر التعديلات التي عرفت المنظومة المالية بالملكة المغربية، الطبعة الثانية، دار القرويين، يناير 2007، ص 131.

² بتاريخ 26 محرم 1438هـ الموافق 27 أكتوبر 2016، أصدر حضرة صاحب السمو الشيخ تميم بن حمد آل ثاني أمير البلاد المفدى حفظه الله القانون رقم «11» لسنة 2016 بشأن ديوان المحاسبة. وقد نُشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد الثاني عشر بتاريخ 17 صفر 1438 هـ الموافق 17 نوفمبر 2016، وبدأ العمل به بتاريخ 18 ربيع الأول 1438 هـ الموافق 17 ديسمبر 2016.

³ أحمد دوش مدني، المحاكم المالية في المغرب: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، 2003، ص 161

- حسابات وأموال صناديق المعاشات
- أي جهة حكومية غير تابعة لإحدى الوزارات وتندرج موازنتها ضمن الموازنة العامة للدولة
- الجهات التي تختص بإدارة مال عام أو تمويل موازنتها من الدولة أيا كان نوع الموازنة التي تمويل منها.
- الشركات والمنشآت المملوكة بالكامل للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة.
- المؤسسات الخاصة ذات النفع العام، التي تخصص لها الدولة إعانات مالية أو مزايا عينية.
- الشركات أو المنشآت المرخص لها باستغلال أو إدارة مرفق من المرافق العامة للدولة أو الممنوحة امتيازاً باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية.
- الشركات والمنشآت الخاصة التي تضمن لها الدولة حداً أدنى من الربح أو تقدم لها إعانات مالية.
- الشركات أو المنشآت التي تساهم فيها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بحصة لا تقل عن 51% من رأسمالها.
- على هذه الجهات حسب المواد 10 و9 من نفس القانون يجب على الجهة الخاضعة لرقابة الديوان عرض مستندات مشروع المناقصة أو المزايدة على الديون قبل الطرح، أو مشروع العقد أو الاتفاق قبل الإبرام، للحصول على موافقة الديوان على الطرح أو الإبرام.¹

¹ ويوافي الديوان الجهة برأيه في مشروعات المناقصات والمزايدات والعقود والاتفاقات خلال مدة أقصاها سبعة أيام عمل من تاريخ تسلمه المستندات، ولا يبدأ سريان هذه المدة، إلا من تاريخ وصول ما يطلبه الديوان خلال الميعاد المشار إليه من مستندات أو استيضاحات، وإذا انقضت المدة المشار إليها دون أن يخطر الديوان الجهة برأيه في المشروع، جاز لهذه الجهة أن تطرح المناقصة أو المزايدة أو أن تبرم العقد أو الاتفاق، وذلك دون الإخلال بحق الديوان في ممارسة اختصاصاته في مجال الرقابة اللاحقة. ويجب على الجهة المعنية موافاة الديوان بنسخة من العقود والاتفاقات بعد إبرامها، خلال فترة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع عليها، ولا يجوز تجزئة العقد أو الاتفاق أو المناقصة أو المزايدة، بقصد إنقاص قيمة أي منها إلى الحد الذي يخرجها من نطاق الرقابة المسبقة، وتعتبر قرينة على التجزئة، قيام الجهة بإبرام عقد أو اتفاق أو طرح مناقصة أو مزايدة أخرى عن ذات الأصناف أو الأعمال أو أصناف أو أعمال تعتبر مكملة أو مشابهة لها، وذلك خلال مدة تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام العقد أو الاتفاق الأول أو طرح المناقصة أو المزايدة. المادة 10 من قانون ديوان المحاسبة.

وعلى جميع الجهات الأخرى الخاضعة لرقابة الديوان موافاته بنسخة من الموازنة التقديرية فور اعتمادها، وبنسخة من القوائم المالية الختامية خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من انتهاء السنة المالية لكل منها.

من خلال جهاز المحاسبة والذي يقوم بمسؤوليات هامة في مجال مراقبة التقديم الفعلي للحسابات، واحترام القواعد العالمية المتعلقة بالحفاظ على الأموال العمومية وضمان حسن تسييرها، فهو كأعلى جهاز للرقابة البعدية على الأموال العمومية، يعد برامجها الرقابية السنوية بكل حرية، ويتمتع بسلطة التحري والجزاء والحق في الاتصال ولا يتدخل في تسيير الجهات الخاضعة لرقابته، حيث يعد الهيئة العليا للرقابة، كما يعتبر النواة الأساسية في نظام الرقابة للدولة¹.

يساهم ديوان المحاسبة في تعزيز الوقاية وحماية المال العمومي ضد جميع أشكال الغش والممارسات التي تشكل تقصيرا في واجب مالك سلطة في تدبير المال العمومي.

إن أهم ما يميز التوجه الإنكلسكسوني للرقابة على المال العام عن نظيره الفرانكفوني هو اعتماد هيئات الرقابة المالية على التقويم بواسطة التدقيق بمعنى أن المراقب يتحول إلى طبيب يشخص ويلاص ويغطي العلاج، ولا يعاقب، فهذا النظام لا يتعرض للأشخاص وإنما يتعرض للمشاكل، ولا يهيم إسقاط الرؤوس وإنما معالجة الخلل وسوء التدبير².

يهدف بوجه خاص إلى:

- ✓ المحافظة على المال العام، والتحقق من سلامة ومشروعية استخدامه وحسن إدارته.
- ✓ التحقق من صحة البيانات المالية، ومن التزام الجهات الخاضعة لرقابة الديوان بالقوانين واللوائح والأنظمة وغيرها من نظم، وسياسات الحوكمة وتضارب المصالح المعمول بها.
- ✓ المساهمة في تحسين استخدام موارد الدولة لتحقيق التنمية المستدامة ورفاهية المجتمع، وذلك بمراقبة التزام الجهات الخاضعة لرقابة الديوان بالاستغلال الأمثل للموارد والأصول، وفقاً لمعايير الاقتصاد والكفاءة والفعالية.

¹ جدي وفاء: رقابة الأجهزة المالية والقضائية على الأموال العمومية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2017/2018، ص 234.

² الخدري ادريس: حماية المال العام وإصلاح منظومة الرقابة، مجلة المالية العامة، عدد 14، يونيو 2002، ص 93.

✓ المساهمة في الارتقاء بمبادئ المحاسبة والشفافية لدى الجهات الخاضعة لرقابة الديوان، وذلك بمراقبة التزام هذه الجهات بتلك المبادئ في إدارة أموالها.

وتشكل الرقابة على الحسابات إحدى المهام الأساسية لديوان المحاسبة والذي أنيط به مهمة السهر على الأموال العمومية والأموال المودعة في الخزينة ومراقبة استعمال هذه الأموال والفصل في صحة وقانونية معاملاتها وحساباتها ومحاكمة المسؤولين عن مخالفة القوانين والأنظمة المتعلقة بها.¹

وتنص المواد 19 و 20 من ديوان المحاسبة... أن الديوان له سلطات واسعة في الاطلاع على من الوثائق المملوكة للجهات الخاضعة لرقابته.

ممارسة الرقابة الإدارية المسبقة والغاية منها التأكد من صحتها ومطابقتها للموازنة وأحكام القوانين والأنظمة كما يختص بالرقابة الإدارية اللاحقة والهدف منها تقدير المعاملات المالية ونتائجها العامة من حيث عقدها إلى حين الانتهاء من تنفيذها.²

فالرقابة على الحسابات تتم من خلال التدقيق في حسابات محتسبي النقود المركزيين والمحليين وحسابات كل من تدخل في قبض الأموال العمومية أو الأموال المودعة في الخزينة، ويتم البث في الحسابات في غرفة المذاكرة بالاستناد إلى الأوراق المقدمة ويصدر الديوان في النهاية - بوصفه محكمة- قرارات قضائية تتخذ بالإجماع أو بأكثرية الأصوات.

1 ديوان المحاسبة www.sab.gov.qa

2 احميدوش مدني: م س ص 161

دور القضاء الاستعجالي في حماية المركز القانوني للمدين بالدين العمومي

عدنان أمهيمار

طالب باحث بسك الدكتوراه، بكلية الحقوق سلا

لا غرو أن القضاء قديما كان يمتاز بالفعالية والسرعة والعجلة في إصدار الأحكام وتنفيذها والمرونة في الإجراءات المسطرية، غير أن هذه السمات بدأت تتضاءل في اتجاه معاكس للحضارة المعاصرة وان وجه المفارقة يتمثل في أننا اليوم وفي عصر- السرعة التي شملت مختلف ميادين الحياة، أصبح القضاء يتسم بالبطء وتنوع الإجراءات، فبقدر ما تزداد الحضارة الإنسانية تطورا تتباطأ خطى القضاء الذي أضحى لا يقوى على مسايرة هذا التطور والسرعة بنفس الوتيرة.

وقد تمت معالجة هذا الإشكال عبر قيام رجال القانون بالبحث عن سبل كفيلة لاستنباط طرق إجرائية تهدف إلى تحقيق الانسجام بين سير القضاء وسير المعاملات، وفي هذا الإطار ظهرت الحاجة إلى خلق قضاء من نوع آخر اسمه "القضاء المستعجل"، وهي آلية فرضتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية لحماية الحقوق من خلال صد كل محاولة يائسة لعرقلة حق أو إهداره عن طريق الأمر بكيفية ناجعة باتخاذ الإجراء الوقتي والتحفطي المناسب، ريثما يتم البت في جوهر النزاع المتعلق به وذلك من خلال إسناد هذه المهمة إلى رئيس المؤسسة القضائية بحكم تجربته وقدرته على تلمس حالة الاستعجال دون المساس بالجوهر¹.

ولما كان القابض في إطار مسطرة التحصيل الجبري للديون العمومية يتوفر على امتياز التنفيذ المباشر على أموال المدين، وذلك بواسطة مسطرة قانونية منصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية، والمتمثلة أساسا في الإنذار القانوني²، الحجز³، البيع⁴، الإكراه البدني⁵، وأخيرا مسطرة الإشعار للغير الحائز⁶ فإن من حق المدين بالموازاة مع ذلك اللجوء إلى قاضي

¹- مصطفى التراب، أي تطور للقضاء الاستعجالي الإداري في مجال المنازعات الجبائية، الندوة الوطنية حول الإشكالات القانونية والعملية في المجال الضريبي، دفاتر المجلس الأعلى عدد 16، مطبعة المعارف الجديد، 2011، الرباط، ص 179.

²- نظم المشرع مسطرة الإنذار القانوني في المواد من: 40 إلى 43 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

³- نظم المشرع مسطرة الحجز في المواد من: 44 إلى 57 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

⁴- نظم المشرع مسطرة البيع في المواد من: 58 إلى 65 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

⁵- نظم المشرع مسطرة الإكراه البدني في المواد من: 76 إلى 83 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

⁶- نظم المشرع مسطرة الإشعار للغير الحائز في المواد من: 100 إلى 104 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

المستعجلات بالمحاكم الإدارية من أجل حماية أمواله ونفسه من هذه المساطر وفق مجموعة من الوسائل الحمائية التي يوفرها له هذا الأخير.

وعلى هذا الأساس يلعب قاضي المستعجلات الإداري دورا مهما في حماية المدين في إطار مسطرة تحصيل الديون العمومية، وفق مجموعة من الدعاوى تختلف باختلاف الهدف المتوخى منها. هذا ويختص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات أو من ينيبه لهذا الغرض للنظر في الدعاوى الاستعجالية المرتبطة بتحصيل الديون العمومية تماشيا والفصل 19 من قانون إحداث المحاكم الإدارية¹.

على هدي هذه التوتونة، سنحاول فيما يلي الوقوف على مختلف أوجه الحماية القضائية للمدين بالدين العمومي وذلك من خلال إبراز دور دعوى الإيقاف في الحماية الوقتية للمدين باعتبارها من أهم الدعاوى الرائجة أمام القضاء الاستعجالي، واستنباط أهم القواعد التي قررها العمل القضائي لفائدة المدين في هذا المجال (المبحث الأول)، على أن نقف بعد ذلك على بعض الدعاوى الاستعجالية الأخرى التي تكرر بشكل أو بآخر حماية للمدين في مواجهة الإدارة الجبائية (المبحث الثاني)

المبحث الأول: دور دعوى الإيقاف في الحماية الوقتية للمدين

إن الهدف من وجود دعوى إيقاف إجراءات تحصيل الديون العمومية أمام قاضي المستعجلات، هو منع إلحاق أضرار بليغة للملزم، يكون معها من الصعب تداركها مستقبلا إذا ما تم الانتظار إلى حين صدور حكم نهائي في الموضوع.

فالطلبات الرامية إلى إيقاف الدين العمومي طلبات وقتية يكتنفها الطابع الاستعجالي ولا تحتتمل أي تأخير، ومن هذا المنطلق فالقضاء الاستعجالي يشكل صورة من صور الحماية القضائية التي تتم بإجراءات بسيطة تختصر فيها المواعيد ليحقق هذا القضاء الحماية السريعة للمراكز القانونية للأطراف.

ويتوقف تدخل القضاء الاستعجالي في دعوى إيقاف تحصيل الديون العمومية على توفر مجموعة من الشروط العامة (الفرع الأول) كما استطاع القضاء الاستعجالي أن يؤسس لمجموعة من الضمانات لفائدة المدين (الفرع الثاني).

¹ ينص الفصل 19 من القانون 41.90 على أنه: "يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه عنه بصفته قاضيا للمستعجلات والأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية".

المطلب الأول: القواعد العامة كمناط لتدخل قاضي المستعجلات

منح قانون إحداث المحاكم الإدارية في مادته 19، اختصاصات واسعة لرؤساء المحاكم الإدارية قصد البت في الطلبات الوقتية والتحفظية شريطة أن تكون محكمتهم هي المختصة بأصل النزاع.

وعليه فالأمر يتطلب توفر مجموعة من الأسس الموضوعية لقبول الدعوى، وتتجلى هذه الشروط في توفر عنصر الاستعجال (الفقرة الأولى)، ثم عدم المساس بالجوهر (الفقرة الثانية)، وأخيرا عنصر الجدية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: إيقاف إجراءات التحصيل: طلب استعجالي بطبيعته

يعتبر شرط الاستعجال من الشروط الأساسية لقبول طلب الملمزم المتعلق بوقف تنفيذ إجراءات التحصيل الجبري أمام القضاء الاستعجالي، وإذا كان المشرع المغربي لم يعط أي تعريف لعنصر الاستعجال ولم يضع له معيارا كافيا، من منطلق أن الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية جاء على صيغة العمومية، وذلك بالتنصيص على أن اختصاص القاضي الاستعجالي للنظر في الدعوى الاستعجالية رهين بتوفر عنصر- الاستعجال، فقد لعب الفقه والقضاء دورا في وضع تعريف للاستعجال.

وقد عرف هذا الأخير بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه باتخاذ إجراءات سريعة لا تحتتمل الانتظار ولا يمكن أن تتحقق عن طريق القضاء العادي ولو بتقصير الميعاد، وترتبط على ذلك فإن الاستعجال يتوافر في كل حالة يراد منها درء ضرر مؤكد قد يتعذر تداركه أو إصلاحه إذا حدث كإثبات حالة مادية يخشى زوال معالمها مع مرور الوقت أو المحافظة على أموال متنازع عليها يخشى أن تستهدف إذا استمرت في يد الحائز الفعلي لها¹.

وعليه فإن مسألة تقدير توافر ركن الاستعجال هي مسألة موكولة يستقل بتقريرها قاضي الأمور المستعجلة دون رقابة محكمة النقض حاليا، بشرط أن يؤسس حكمه على أسباب سائغة تحمله، وليس للأطراف في الدعوى أن يتفقوا على قيام حالة الاستعجال، ولا اللجوء إلى قاضي المستعجلات من أجل استصدار حكم في الموضوع بسرعة.

وبالتالي يمكن القول أن شرط الاستعجال يعد شرطا أساسيا في الدعوى الاستعجالية، ويتعين أن يتوفر ويستمر من وقت رفع الدعوى حتى صدور الحكم، ومتى تبين عدم توفر هذا الشرط وجب على قاضي المستعجلات أن يقضي بعدم اختصاصه نوعيا بنظر الدعوى.

¹- محمد منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 1998، ص 46.

وإذا كان القضاء الإداري المغربي يقدر حالة الاستعجال حسب الأحوال خاصة إذا ما ادعى الملمزم أن حقوقه ومصالحه ستتضرر، فإن الأمر على خلاف ذلك في ميدان التحصيل، وفي هذا الصدد ذهبت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض إلى افتراض عنصر- الاستعجال في الطلبات الرامية إلى إيقاف إجراءات التحصيل الجبري التي تعد في طبيعتها استعجالية، فقد جاء في إحدى مقرراتها "... لكن حيث أن طلب إيقاف إجراءات التحصيل، يعتبر طلبا استعجاليا بطبيعته ولا شيء في القانون ينفي عنه هذه الصفة مادام أن الأمر بالتحصيل يهدد الذمة المالية للملمزم... الأمر الذي يجعل الطلب يتوفر على شرطي الاستعجال والجدية، ويكون ما أثير بدون أساس والأمر المستأنف واجب التأييد"¹.

نفس التوجه سارت عليه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في أمرها الصادر بتاريخ 2012/02/20²: "... وإن عنصر الاستعجال متوافر في النازلة لكون القابض سلك في مواجهتها مسطرة التحصيل الجبري عن طريق توجيه إشعار للغير العائز مما قد يتسبب في حدوث أضرار يصعب تداركها مستقبلا عند صدور حكم يقضي بإلغاء الضرائب المطالب بها".

وإذا كانت مباشرة إجراءات التحصيل مجسدة في صدور السند التنفيذي تفيد بالضرورة توافر عنصر الاستعجال الذي يعتبر من الشروط الأساسية لانعقاد اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري، فإن عدم صدور هذا السند يجعل الدعوى حليفها عدم القبول، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في أمر لها بتاريخ 2010/03/09³ وحيث إنه لا يوجد بالملف ما يفيد مواجهة المدعية بإجراءات التحصيل الجبري مما يكون معه عنصر الاستعجال غير ثابت ويتمين من أجل ذلك التصريح بعدم قبول الدعوى".

الفقرة الثانية: عدم المساس بالجوهر

من المعلوم أن القضاء الاستعجالي عبارة عن نظام إسعاف قانوني مكمل للقضاء العادي إن صح التعبير، ولا ينبغي أن يحل محله بتناول البت في النزاعات التي يرجع الاختصاص بالبت فيها إلى قضاء الموضوع على أن شرط عدم المساس بأصل الحق من أهم الشروط التي ينبغي توافرها لانعقاد اختصاص قاضي المستعجلات.

¹- قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، رقم 843 بتاريخ 2006-06-11، ملف إداري عدد 2006-2-4-2564،

غير منشور.

²-أمر عدد 401، ملف عدد 1/12/188 بتاريخ 2012/02/20.

³-أمر استعجالي رقم 2010/30 ملف رقم 2010/06 بتاريخ 2010/03/09 غير منشور.

وفي غياب تعريف قانوني لهذا المفهوم فقد بادر بعض الفقه إلى تقديم تعريف محدد، وقد عرف شرط عدم المساس بأصل الحق¹ بأنه "ألا ينظر قاضي الأمور المستعجلة في موضوع الدعوى ولا في أصل الحق، على أن هذا لا يمنع من أن يتفحص موضوع الدعوى بشكل عرضي بالقدر الذي يكفي لتكوين قناعته".

وإن كنا نشاطر اتجاهات الفقهاء في كون اختصاص قاضي المستعجلات لا يسمح لهذا الأخير بالمساس فيما يمكن أن يتعلق بجوهر النزاع الموضوعي، فإن عدم المساس بالموضوع لا يتنافى مع فحص أصل الحق وجوهره بشكل عرضي حتى يتوصل إلى حقيقة قيام خطر عاجل محقق بالحق المراد المحافظة عليه وبالتالي حقيقة وجود نزاع جدي².

وقد ساءرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط³ هذا المنحى بمناسبة استئناف الأمر بإيقاف إجراءات التحصيل الجبري وقضت بما يلي "إن طلب إيقاف إجراءات التحصيل الجبري هو طلب استعجالي بطبيعته يهدف إلى وقف المتابعات التي تهدد المركز المالي للطالب المدين في انتظار البت في دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن إما في الوعاء الضريبي أو في إجراءات التحصيل، مما يجعله إجراء وقتيا لا مساس له بالجوهر ولو بني على أسباب موضوعية تبرر تقديمه، لأن قاضي المستعجلات في هذه الحالة لا يناقش تلك الأسباب، وإنما يتلمس فقط ظاهرا المستندات المدلى بها للوقوف على مدى جدية المنازعة ذات العلاقة بالحق المراد حمايته". وعليه فإن قاضي الأمور المستعجلات، وإن كان له اختصاص الفحص السطحي لأوراق الملف، فإن ذلك مشروط بعدم غوصه وتعمقه حفاظا على الحق في جوهره، كما لا يمكن له أن يصدر حكما قد يقضي بتحديد مراكز أطراف الدعوى.

الفقرة الثالثة: الجديدة

إذا كان المشرع المغربي قد حدد شروط انعقاد اختصاص القضاء الاستعجالي في عنصرين، يتجلى العنصر الأول في الاستعجال، ويتمثل العنصر الثاني في عدم المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر، وذلك استنادا إلى ما جاء في المادتين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية، فإن الاجتهاد القضائي أضاف شرطا ثالثا ويتعلق الأمر بشرط الجديدة.

¹ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، دراسة في ضوء مستجدات مسودة مشروع 2015، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثامنة، السنة 2016.

² عبد اللطيف هداية، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص 216.

³ قرار عدد 24 ملف رقم 2/06/22 بتاريخ 2006/02/25، غير منشور.

هكذا ولقبول الدعوى الاستعجالية المتعلقة بدعوى الإيقاف، فإنه لا بد من جدية المنازعة، ولعل ما يتميز به هذا الشرط من شروط الاستعجال هو أنه يأخذ وضعه في دائرة المشروعية¹. وقد جاء في تعريف الغرفة الإدارية بمحكمة النقض حول المنازعة الجديدة كونها: "منازعة الملمزم في صفته كخاضع الضريبة أو قانونية تأسيس وفرض تلك الضريبة أو الرسم". وقد جاء في قرار الغرفة الإدارية وهي ترد على الوسيلة المتعلقة بجدية النزاع المستمدة من إجراء خبرة في موضوع النزاع، "لكن حيث إن الاجتهاد القضائي الذي كرسته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قد استقر على أن جدية المنازعة تتجلى إما في منازعة الملمزم في وضعيته كخاضع للضريبة أو قانونية تأسيس وفرض تلك الضريبة وأنه بالرجوع إلى ظاهر أوراق الملف يتبين أن المستأنفة تستكثر تقديرات الإدارة الجبائية المطالب بها ولا تنازع بصورة جدية في صفتها كملزمة بالضريبة أو في مسطرة فرضها وكان ما أثير بدون أساس"².

وعليه فمتى تبين لقاضي المستعجلات وجود منازعات جدية بالمفهوم المذكور، فإن مسألة إيقاف تنفيذ إجراءات التحصيل الجبرية تصبح محسومة، غير أنه لا يعني ذلك أنه يتم الحسم بصفة نهائية في مشروعية الدين العمومي بقدر ما يتم إعمال آليات القضاء المستعجل من خلال التفحص الظاهر للوثائق واستنتاج الجدية من مواقف الإدارة بشأن الادعاء³.

لقد استطاع العمل القضائي أن يكرس مجموعة من القواعد في تحديد مفهوم المنازعة الجديدة المثارة بسبب طلبات التنفيذ، كأن تكون المنازعة متعلقة بعدم قانونية فرض الضريبة أو توقف الملمزم عن مزاولته النشاط الخاضع للتضريب، أو توفر المعنى على شروط الإعفاء الكلي أو الجزئي من الضريبة، أو بطلان مسطرة الفرض الضريبي، أو إحالة إثارة مسطرة التقادم الضريبي، أو صدور حكم ابتدائي قضى بإلغاء الضريبة، لم يصبح نهائياً بسبب استئنافه من طرف إدارة الضرائب أو في الحالة التي تتم فيها مطالبة الملمزم بأداء ضرائب لازال النزاع فيها معروضا على اللجان الضريبية...، ليكون المقصود بجدية النزاع هو وجود احتمال كبير لإلغاء

¹ -عبد الله بونيت، إيقاف تنفيذ القرار الإداري في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، دراسة تطبيقية. الطبعة الأولى، 2009، ص 135.

² - قرار الغرفة الإدارية عدد 10 بتاريخ 3/1/2002 ملف إداري عدد 1528، 15/4/2001.

³ - حميد ولد البلاد، القضاء الاستعجالي في المادة الضريبية، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، مطبعة الأمنية، السنة 2013، ص 160.

الدين موضوع المنازعة أو جزء منه موضوع المطالبة بوقف التنفيذ، وذلك من خلال تصفح واضطلاع القاضي الاستعجالي على الوسائل المقدمة المفيدة لوجود منازعة جديدة¹.

المطلب الثاني: توجه القضاء الاستعجالي نحو التخفيف من شروط الإيقاف

عرف القضاء الاستعجالي في ميدان إيقاف تحصيل الديون العمومية تطورا كبيرا، أدى إلى التوسع في مجالات تدخله في هذا المجال، ومن تجليات هذا التوسع الذي هدفه حماية المدين قبول دعوى الإيقاف في غياب دعوى في الموضوع (الفقرة الأولى)، التنازل عن شرط الضمانة متى كانت المنازعة المعروضة جديدة (الفقرة الثانية)، كما أنه يطرح التساؤل حول مدى إلزامية المطالبة الإدارية في هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: قبول طلبات الإيقاف في غياب دعوى الموضوع

إذا كانت دعوى الموضوع في منازعات التحصيل الجبري هي الأصل لما للقضاء الإداري من سلطات واسعة في إطار القضاء الشامل في فحص الدعوى وتحقيقها، وكذا إرجاع الأوضاع إلى ما كانت عليه متى بدا له اختلال مبدأ المشروعية في تصرف الإدارة المكلفة بالتحصيل، فإن وجود دعوى الموضوع شكلت شرطا أساسيا لقبول الدعوى الاستعجالية خلال مرحلة معينة من عمل المحاكم الإدارية، حيث ما فتى قاضي المستعجلات يرفض طلب إيقاف إجراءات الاستخلاص الجبرية متى تبين له غياب دعوى الجوهر، رغم وجود المنازعة في مرحلتها الإدارية².

إن السبب في تبني القضاء الإداري لهذا التوجه، هو تأثير قاضي المستعجلات إلى حد كبير بما هو عليه الأمر في وقف تنفيذ القرارات الإدارية، حيث اشترطت المادة 24 من القانون 41.90 اقتران طلب إيقاف التنفيذ بدعوى إلغاء القرار الإداري الغير الشرعي.

كما تجد دعوى الموضوع أساسها في تمكين الهيئة القضائية المعروض عليها الطلب من دراسة أولية للتأكد مما إذا كانت مختصة للنظر فيه، وما إذا كان مستوفيا لشروط قبوله الشكلية والموضوعية³.

¹ - مريم الخمليشي، دور القضاء الاستعجالي في حماية المركز القانوني للمدين بالجبايات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 115، مارس أبريل 2015 ص 201.200.

² - رضوان أغميمي، ضمانات المدين في الإستخلاص الجبائي، بين امتيازات الإدارة الجبائية وسلطات القاضي الإداري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، الموسم الدراسي 2013/2014، ص 466.

³ - حسن صعيب، القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، 2008، ص 345، 346.

غير أن هذا التوجه لم يصمد طويلا، وسرعان ما تراجع العمل القضائي عنه في مجموعة من الأوامر الاستعجالية، حيث تم النظر في عدد من القضايا المتعلقة بوقف التنفيذ بالرغم من غياب دعوى في الموضوع، فأمرت بعض المحاكم بوقف التنفيذ شريطة قيام المدعي برفع دعواه أمام قضاء الموضوع داخل آجال معينة، في حين لم تلزم محاكم أخرى المدين بأي أجل معين لتقديم دعوى في الموضوع.

ففيما يخص الاتجاه الأول والمتعلق بتقييد المدعي برفع دعواه داخل أجل معين صرحت المحكمة الإدارية بوجدة¹: "حيث إنه بعد تفحصنا لمضمون الطلب والهدف منه تبين لنا أن الأمر بإيقاف إجراءات التحصيل ككل تستوجب أن تكون هناك دعوى المنازعة في الضرائب موضوع إجراءات التحصيل، إلا أنه مادام قد تقرر بيع المنقولات موضوع محضر الحجز المرفق بالمقال، وأنه بعد اطلاعنا على المطالبة الإدارية التي تقدم بها الطالب إلى المحاسب المكلف بالتحصيل، تبين لنا أنها تتضمن وسائل تبدو في ظاهرها جدية لذا قررنا من باب حسن سير العدالة الأمر بإيقاف إجراءات البيع إلى حين البت في دعوى بطلان إجراءات الحجز التي على المدين تسجيلها بهذه المحكمة داخل أجل 15 يوما من تاريخ هذا الأمر تحت طائلة عدم نفاذه"

أما الاتجاه الثاني كما سبقت الإشارة إليه فلم يقيد المدين بأي أجل معين في تقديم دعوى الموضوع، ويعتبر هذا الاتجاه هو الغالب من الناحية العملية، غير أن هذا الإيقاف ليس على إطلاقه وإلا كان ماسا بالجوهر، إذ أنه يأمر فقط بإيقاف إجراءات الاستخلاص إلى حين استنفاد مسطرة المنازعة الإدارية أو مسطرة المنازعة القضائية أو منح الطالب أجل 30 يوما لرفع الدعوى، ويتم تقييدها في منطوق الأمر الاستعجالي².

وعموما فرغم هذه الضمانة التي أقرها القضاء الاستعجالي للمدين، في دعاوى إيقاف إجراءات التحصيل الجبري، إلا أنه يبقى من الأفضل رفع دعوى في الموضوع قبل اللجوء إلى القضاء الاستعجالي، خصوصا وأنه يستنبط عنصر الجدية منها.

الفقرة الثانية: عدم اشتراط الضمانة في حالة جدية النزاع

الأصل أن المدين المنازع في أصل الدين العمومي، أو في جزء منه، يتعين عليه أداء الديون التي في ذمته فورا، بغض النظر عن أي مطالبة انسجاما مع انعدام الأثر الموقوف للمطالبات، إلا

¹- الأمر عدد 34 صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 30-06-2006، في الملف عدد 06-33، مشار إليه عند رضوان اعميمي، مرجع سابق، ص 468.

²- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بأكاوير عدد، 130-2010، بتاريخ 27-7-2010، ملف رقم 2010-129.

أن المشرع، وحماية منه للطرف الضعيف في العلاقة الجبائية، منح لهذا الأخير استثناء يتجلى في مسطرة وقف الأداء ووقف التنفيذ، وذلك شريطة تقديم تظلم إداري، وتدعيمه بالمستندات التي تفيد تكوين الضمان طبقا للمواد 117 و118 من مدونة تحصيل الديون العمومية¹ مع العلم أن هذه الضمانات لم تأتي على سبيل الحصر، وإنما جاءت على سبيل المثال، لأن المدين قد يقدم أشكال أخرى من الضمانات شريطة قبولها من طرف المحاسب المكلف بالتحصيل².

وبناء على مقتضيات هذه المواد، يتضح أن إقرار هذا الإجراء الإداري ورائه اعتبارين أساسيين، إذ يتجلى الاعتبار الأول في المحافظة على حقوق الخزينة وعدم ضياعها، أما الثاني فيكمن في أن هذا الإجراء يعتبر وسيلة فعالة للوقوف ضد الطلبات الكيدية التي تهدف إلى تعطيل إجراءات تحصيل الديون العمومية.

وفي إطار السلطة التقديرية للخزينة، في شخص المحاسب المكلف بالتحصيل، فقد أقرت جل التشريعات لكل شخص مطالب بدين عمومي حق إيقاف إجراءات تحصيل هذا الدين، وذلك شريطة احترام مجموعة من الضوابط القانونية، حتى يتمكن من الاستفادة من هذا الإجراء³.

فالمشرع المغربي بخصوص هذه المسألة، قد تبنى نفس الطرح، حيث خول مجموعة من الحقوق للمدين، فقد نص في المادة 117 من مدونة تحصيل الديون العمومية على ما يلي:

"... إلا أنه يمكن للمدين الذي ينازع كلاً أو بعضاً في المبالغ المطالب بها أن يوقف الجزء المتنازع فيه شريطة أن يكون قد رفع مطالبته داخل الأجل المنصوص عليه في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وأن يكون قد كون ضمانات من شأنها أن تؤمن تحصيل الديون المتنازع فيها".

وما يتبين من خلال قراءة هذا النص أن المشرع لم يوضح المقصود من عبارة المطالبة، بمعنى هل هي تنصب على المنازعة في الدين العمومي باعتبارها أحد الشروط الأساسية للاستفادة من وقف التنفيذ؟ أم تنصب على وقف الأداء؟

¹ -راجع المادة 118 من قانون 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

² - زيد بوزكري، القضاء الاستعجالي في المادة الضريبية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة التجارة والأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2017-2018، ص 44.

³ - زيد بوزكري، مرجع سابق، ص 45.

جوابا على السؤال المطروح فإن هذا الطلب يجب أن يوجه إلى القابض على اعتبار أن هذا الأخير يتوفر على دراية كاملة بملف المدين، وهذا ما أكدته المذكرة المصلحية¹ الصادرة عن الخازن العام للمملكة والتي تبين الطريقة لمنح التسهيلات في الأداء.

فإذا كنا نتحدث عن هذا الحق، يجب ألا يغيب عن بالنا بأن القضاء الإداري في مجال تحصيل الديون العمومية، يميز صراحة بين طلبات تأجيل الديون العمومية، التي تقدم إلى المحاسب المكلف بالتحصيل، وطلبات إيقاف التنفيذ التي تقدم أمام القضاء الإداري الاستعجالي، حيث أنه في الحالة الأولى يملك المحاسب المكلف بالتحصيل إمكانية تقدير مدى كفاية الضمانات للاستجابة لطلب تأجيل الأداء.

أما بالنسبة للقضاء الاستعجالي في الحالة الثانية، فإنه يستطيع مراقبة موقف القابض، حول كفاية أو عدم كفاية الضمانة المقدمة له في إطار تقديم طلب إيقاف تنفيذ الدين العمومي²، وبغض النظر عن هذا التمييز القضائي، فإن مسألة تقديم الضمانات كرسست بالفعل نحو إيجاد طرق فعالة تجبر المزم بأداء ما بذمته من ضرائب وتؤمن ما يسمى بالتحصيل الضريبي السليم، وبالتالي فإن المشرع الضريبي لما خول هذه الإمكانية، كان يهدف إلى خلق نوع من التوازن بين حقوق المزم والإدارة المكلفة بالتحصيل، وهذا ما سارت عليه كذلك مجموعة من الأنظمة الضريبية³.

وإذا كان العمل القضائي في هذا المجال لم يستقر على نهج موحد، أي في تعامله مع مسألة الضمانة- فإنه قد تتضح الرؤيا إذا انتقل من مرحلة اللزوم المطلق للضمانة إلى مرحلة التمييز بين حالات الجدية التي تعفى منها، وحالات انعدام الجدية التي توجب توفير الضمانة⁴.

وفي هذا الإطار فإن القرارات الأولى التأسيسية للقضاء المستعجل الضريبي في هذا المجال تؤكد أنه: "في حالة المنازعة في صفة المزم أو في مشروعية فرض الضريبة، فلا يتطلب الأمر إيداع الضمانة"⁵.

¹- المذكرة المصلحية رقم 4/06 للخزينة العامة للمملكة الصادرة بتاريخ 06 يناير 2006 حول كيفية منح التسهيلات في الأداء، والتي ألغت المذكرة رقم 17 الصادرة بتاريخ 01 مارس 2000.

²- محمد قصري، المنازعات المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2009، ص 150.

³- فاروق الهاشمي، نشاط الخزينة في مجال تحصيل الضرائب، والرسوم، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 99-100 يوليوز 11 أكتوبر 2011، ص 82-83.

⁴- حميد ولد البلاد، القضاء الاستعجالي في المادة الضريبية، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، مطبعة الأمانة السنة 2013، ص 154.

⁵- قرار المجلس الأعلى عدد 83 الصادر بتاريخ 28 يناير 1999 ملف عدد 98/712، مشار إليه عند حميد ولد البلاد، مرجع سابق، ص 154.

بعد ذلك جاءت مجموعة من الاجتهادات القضائية مكرسة الإعفاء من تقديم الضمانة، كلما ثبتت جدية المنازعة في صفة الملزم أو في مشروعية الضريبة (مسطرة الفرض أو التصحيح)، وهذا ما كرسته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرار لها: "وحيث إن الضمانة التي يفرضها القانون للحصول على إبقاء إجراءات المتابعة المذكورة لا تكون إلزامية في حالة المنازعة في مشروعية الضريبة بصورة جدية كما في نازلة الحال -بعد أن تبين أن المستأنف عليه ينازع في مسطرة التصحيح- فلا يتطلب من الملزم إيداع الضمانة المذكورة"¹.

لكنه خلافا لهذا التوجه القضائي، فقد أدخل تعديل على المادة 242 من المدونة العامة للضرائب بموجب قانون المالية لسنة 2009 بإضافة الفقرة الخامسة والتي أصبحت تنص على أنه: "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 رقم 97/15 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية السالفة الذكر".

وفي ظل هذا التعديل وقع اختلاف في الاتجاهات القضائية حول ما إذا كانت الفقرة الخامسة من المادة 242 المذكورة، قد وضعت مبدأ عاما بإلزام تقديم الضمانة في حالة المراقبة الضريبية دون مناقشة مشروعيتها.

فالاتجاه القضائي الأول، حافظ على نفس الاتجاه السابق، على اعتبار أن مسألة الضمانة، لا تخاطب من كانت منازعته في مشروعية الضريبة جدية سواء على مستوى مبدأ الفرض أو مسطرته أو مسطرة التصحيح أو التحصيل مع العلم أن التصحيح ينتج عن المراقبة الضريبية، وفي هذا السياق ورد أمر قضائي²: "وحيث تواتر الاجتهاد القضائي على الاستجابة لطلبات الإيقاف كل ما ثبتت جدية المنازعة في صفة الملزم أو في البطلان الظاهر لمسطرة الفرض أو التصحيح أو في إجراءات التحصيل، أو في تقادمه، ومتى توفر عنصر الاستعجال بمفهوم الضرر الذي يصعب تداركه لاحقا.

وحيث في النازلة، يؤخذ من ظاهر وثائق الملف جدية المنازعة في مسطرة تصحيح الضريبة سواء ما تعلق منها بالتبليغ في العنوان الجبائي أو الأشخاص المؤهلين للتوصل أو ما تعلق بمواصلة مسطرة التصحيح بالرسالة الثانية التي لم تستظهر الإدارة بما يفيد تبليغها للمدعي،

¹ - محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد 3 صادر بتاريخ 13 يونيو 2006. ملف عدد 02/06/14 المضمون إليه الملف عدد 02/06/3، نفس المرجع السابق، ص 155.

² - أمر عدد 124 صادر من قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 3 مارس 2010، ملف عدد 2010/1/32، مشار إليه عند حميد ولد البلاد مرجع سابق، ص 155.

كما أن الاستعجال قائم بالنظر إلى أن مواصلة تصحيح الضريبة وما قد يؤول إليه من حجز أو إكراه بدني من شأنها أن تخلق أوضاع يصعب تداركها لاحقا.

وحيث لا مجال لمخاطبة الطالب بتقديم الضمانات كما هي منصوص عليها في المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، طالما لم يثبت من ظاهر وثائق الملف أن المراقبة الجبائية كانت مشروعة¹.

ومن هنا يمكن القول أن هذا الاتجاه لا يلزم بتقديم الضمانة، إلا إذا كانت المراقبة الضريبية مشروعة، وبمفهوم المخالفة إذا تبين ظاهريا أن المراقبة الضريبية لم تكن مشروعة، فالطالب والحالة هذه غير مخاطب بتقديم الضمانة.

أما بخصوص الاتجاه الثاني للقضاء، في هذه المسألة، فإنه قد تبنى تطبيقا حرفيا لنص المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، على اعتبار أن الطالب يكون ملزما بتقديم ضمانة تحت طائلة عدم القبول، كلما دفعت مديرية الضرائب بأن هذه الضرائب ناتجة عن مراقبة ضريبية¹، وما يؤكد هذا الاتجاه، ما ورد في مجموعة من الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية بمراكش².

ومن خلال التدقيق في هذين الاتجاهين معا، نلاحظ بأن إدارة الضرائب، تكون ملزمة بإثبات أمرين أساسيين أثناء تمسكها بتطبيق مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 242 من المدونة العامة للضرائب، فمن جهة يقع على عاتقها إثبات أن الضريبة المطلوب إيقاف تنفيذها، صادرة في إطار مراقبة ضريبية، وأن تلك المراقبة مشروعة شكلا وموضوعا، وذلك عن طريق تقديم الوثائق التي اعتمدتها أثناء مسطرة المراقبة، ومن جهة أخرى فإنه في حالة تخلف الإدارة الضريبة عن ذلك، فلا مجال للتمسك بمسألة الضمانة.

وتبعا لذلك يتضح بأن شرط الضمانة يعد إلزاميا قبل اللجوء إلى القضاء، لوقف تنفيذ الضريبة المفروضة إثر مراقبة ضريبية، على اعتبار أن المادة 242 من المدونة العامة للضرائب تعتبر أول مقتضى أقر بمسطرة وقف التنفيذ وذلك بعد تكريسها من طرف القضاء.

وبالتالي يظهر بأن القضاء تعامل مع شرط الضمانة من خلال الجدلية في النزاع، وما قدمه المدين من ضمانات يبرهن على مدى إصراره على إيقاف إجراءات الاستخلاص، وهو ما تواتر

¹- حميد ولد البلاد، م س، ص 152.

²- أمر عدد 145 ملف رقم 15/7101/243 بتاريخ 06 ماي 2015، قسم القضاء المستعجل.

-أمر عدد 139 ملف رقم 2016/7101/91. بتاريخ 18 ماي 2016، قسم القضاء المستعجل.

عليه القضاء للاستجابة لمثل هذه الطلبات، والتي قد تتمثل أيضا في خرق المسطرة الواجبة الإلتفاع أو انعدام صفة الإلزام الضريبي.

الفقرة الثالثة: مدى إلزامية التظلم كشكلية لقبول الدعوى

تعتبر قاعدة اللجوء المسبق إلى الإدارة قبل طرق باب القضاء، قاعدة أساسية في المنازعات الجبائية وكذا المتعلقة بالتحصيل، بهدف كشف موقف الإدارة وسند قرارها الذي قد تتخذ ضد الملزم.

وبالرجوع إلى المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية¹ نجدها تشترط رفع الدعوى القضائية بعد مرور أجل 60 يوما، التي منحها المشرع لرئيس الإدارة من أجل الجواب أو السكوت، ولم يحدد المشرع أي أجل لعرض النزاع على القضاء سواء كان رده سلبيا أم إيجابيا، مادامت دعوى المنازعة في التحصيل هي دعوى تدخل في إطار القضاء الشامل²، والذي لا يتقيد فيها بأي أجل على خلاف دعوى الإلغاء أو أجل بعض المساطر الخاصة كمسطرة المنازعة في الوعاء حيث حدد لها المشرع أجل شهر من تاريخ جواب الإدارة على الشكاية، أو بعد مرور ثلاثة أشهر على عدم جوابها³.

وكما هو معلوم فإن موضوع إلزامية التظلم الإداري، يقوم على خاصية المطالبة أمام الإدارة المكلفة بالتحصيل باعتبارها مصدرة القرار، بغية مراجعة الأساس القانوني الذي تبنى عليه الضريبة، إما بقصد التراجع عنها، بذريعة عدم قانونيتها، أو أن الشخص لا يتحمل الإلتزام الضريبي، وكون أن الضريبة فرضت عليه خطأ.

¹- تنص المادة 120 من القانون 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه: "ترفع الطلبات المتعلقة بإجراءات التحصيل الجبري تحت طائلة عدم القبول إلى رئيس الإدارة التي ينتمي إليها المحاسب المكلف بالتحصيل المعني أو إلى من يمثله، داخل أجل 60 يوما الموالي لتاريخ تبليغ الإجراء، مدعمة بالمستندات التي تثبت تكوين الضمانات طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 118 أعلاه.

عند عدم رد الإدارة داخل أجل 60 يوما الموالي لتاريخ توصلها بالمطالبة، كما في الحالة التي يكون القرار في غير صالح المدين. يمكن لهذا الأخير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة".

²- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 258 بتاريخ 2001/04/05 منشور بالمجلة المغربية الإدارة المحلية والتنمية، عدد 62 ص 202.

³- المادة 243 من المدونة العامة للضرائب.

إلا أن البعض¹ يذهب إلى أن هذا الأجل يتعارض مع عنصر- الاستعجال، على اعتبار أن بعض المزمين تجبيهم الإدارة الجبائية عن تظلماتهم وتتخذ بشأنها قرارات، إما بالرفض أو التحفيظ الجزئي من مبلغ الضريبة، ولا يبادرون إلى الطعن فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية المختصة، بل يلجئون إلى تقديم تظلمات جديدة، الشيء الذي يفوت عليهم تقديم الطعن القضائي داخل الأجل القانوني، وفي هذه الحالة يتم صدور الأحكام بعدم قبول الدعوى.

وإذا كان التظلم الإداري شرطاً يعمل به، سواء تعلق الأمر بالطعون المتعلقة بوعاء الدين العمومي، أو بالطعون المرتبطة بتحصيله، فإن الأثر القانوني العام الذي يترتب عن عدم تقديمه، يظهر في عدم قبول المنازعة أثناء عرضها أمام أنظار القضاء.

إن الأخذ بهذا الطرح الأخير يتعارض وعنصر الاستعجال وبالتالي فاتباع العقل والمنطق والعدالة في حماية الحق يقضي هذا الشرط وبالتالي لا تكون مسطرة التظلم إلزامية قبل سلوك المسطرة القضائية مادامت الإدارة غير ملزمة بالبحث في النزاع داخل الآجال القانونية.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري، وذلك من خلال تأكيد على عدم إلزامية سلوك مسطرة التظلم الإداري، قبل اللجوء إلى القضاء الاستعجالي وما يؤكد صحة هذا القول، القرار² الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، والذي جاء في حشياته ما يلي: "لكن فمن جهة، حيث إن قاضي الأمور المستعجلة يختص في طلب إيقاف إجراءات استخلاص الضرائب المفروضة باعتباره طلباً يكتسي طابع الاستعجال ولا يتعلق بالمنازعة في الموضوع، وأن سلوك مسطرة التظلم الإداري قبل الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإيقاف إجراءات استخلاص ضريبة مفروضة غير لازم لتعارضه مع طبيعة الدعوى الاستعجالية والتي لا تتحمل بطبيعتها الانتظار، وتقتضي عرض النزاع على القضاء بأقصى سرعة ممكنة، وبالتالي فإن احترام هذه المسطرة يسري على الدعاوى الموضوعية دون الاستعجالية".

وكخلاصة عامة لهذه النقطة يبدو أنه يجب على المشرع الضريبي إعادة النظر في صياغة المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية، على أساس جعل مسطرة التظلم الإداري تخاطب

¹- محمد المزوغي، الإشكاليات التي يثيرها تطبيق القانون الضريبي من المحاكم الإدارية عند البحث في المنازعات الجبائية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2006/05/26، حول موضوع "المنازعات الضريبية والإشكالات المطروحة في الميدان العملي على ضوء المدونة العامة الجديدة للضرائب".

²- قرار عدد 381 المؤرخ في 2013/04/11، ملف إداري 2011/1/4/310، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض عدد 12. قضاء الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في مجال الضرائب والتحصيل، ص 34.

فقط دعوى قضاء الموضوع دون دعوى القضاء الاستعجالي، وذلك نظرا للطابع الوقتي والاستعجالي لهذه الأخيرة، من جهة، ولتنافي هذا الإجراء مع متطلبات السرعة والتدخل بشكل مستعجل لتلافي الأخطار المحدقة بالحقوق المراد المحافظة عليها من جهة أخرى.

المبحث الثاني: حماية المدين في بعض الدعاوى الاستعجالية الأخرى

إذا كانت دعوى إيقاف إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية، تعتبر الدعوى الراجعة في المحاكم نظرا لما تحققه من نتائج مهمة مجسدة في غل يد القابض في متابعة إجراءات التحصيل الأخرى إلى حين البت في دعوى الموضوع، فإنه إلى جانب ذلك توجد مجموعة من الدعاوى الأخرى التي ينظر فيها قاضي المستعجلات إما بصفة استثنائية كما هو الأمر في رفع إجراءات التحصيل الجبري (الفرع الأول)، أو من خلال تعامل القاضي مع هذه الإجراءات بوسائل أخرى حماية للمدين (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الاستجابة لطلبات رفع إجراءات التحصيل الجبري

تعتبر إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية وسائل قانونية، تكفل للمحاسب المكلف بالتحصيل باعتباره دائنا، الحفاظ على الضمان العام الذي تشكله أموال المدين، وذلك بغل يد هذا الأخير عن التصرف في أمواله إلى أن يتمكن الدائنون من اقتضاء ديونهم.

إلا أن مسألة غل يد المدين عن التصرف في ملكه قد تؤثر سلبا عليه أو قد يتضرر من ذلك، وبالتالي كان لزاما على المشرع أن يمنح الحق لهذا المدين للمطالبة برفع الحجز، ولكي يعتد بهذه الدعوى ينبغي رفعها أمام الجهة القضائية المختصة للبت فيها.

وإذا كان الأصل أن المنازعة في رفع إجراءات التحصيل الجبري تعتبر بمثابة منازعة موضوعية، تقتضي تدخل محكمة الموضوع لكون المسألة تمس بالمرکز القانونية (الفقرة الأولى) إلا أنه وفي حالات معينة يعقد الاختصاص لقاضي المستعجلات للنظر في هذه الدعاوى بصفة استثنائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اختصاص محكمة الموضوع كأصل للبت في الدعوى

تعد المحاكم الإدارية الجهة المختصة بالبت في دعاوى رفع إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية¹، على اعتبار أنها من المنازعات الموضوعية التي تقتضي تدخل محكمة الموضوع، لكون هذه المسألة تمس بالمرکز القانونية.

¹ - والحديث هنا بالأساس عن محكمة الموضوع المكونة من ثلاثة قضاة ومفوض ملكي طبقا لمقتضيات المادتين 3 و5 من القانون 41.90 المحدثة بموجب المحاكم الإدارية.

وبالتالي فكل القضايا والنزاعات التي تمس موضوع التحصيل الجبري للديون العمومية، يرجع الاختصاص الأصيل فيها لمحكمة الموضوع التي أصدرت الحكم¹، وفي هذا الصدد ينص الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية على أنه " لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر".

وفي هذا صدر قرار عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش جاء فيه²: "وحيث أن طلب رفع الحجز يعتبر دعوى موضوعة تخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي، خاصة وأن وضعية المستأنف غير واضحة تجاه المدين المطالب به، كما أن الحجز تم على معاش المستأنف وفي هذه الحالة على القاضي البحث في مدى احترام مقتضيات الفصل 39 من قانون المعاشات من طرف القابض أي هل استغرقت المعاش بكامله أو جزء منه، وفي مدى كون هذا المعاش هو مورد رزقه لتطبيق الغاية من عدم حجز على المعاش خاصة وأن المستأنف يقر في حسابات أخرى بالبنك المغربي للتجارة الخارجية كودائع للموكلين، وآخر بمبالغ عمله كمحام، مما سيمس بأصل النزاع، وبالتالي خرقا لمقتضيات الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية، مما يبقى معه الأمر المستأنف لما بت في النازلة مجانباً للصواب ويتعين التصريح بإلغائه وبعد التصدي عدم اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلب".

نفس الأمر أكدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في أحد قراراتها³ معتبرة أن "الإشعار للغير الحائز الذي أوقعه القابض إجراء من إجراءات التحصيل، وأن القول بعدم تطابقه مع القانون، يشكل منازعة موضوعية تمس جوهر الحق الذي يخرج عن نطاق قاضي المستعجلات، وأن الأمر المستأنف حينما اعتبر بأن الحجز المذكور مخالفاً للمادة 653 من مدونة التجارة وقضى برفعه على هذا الأساس، يكون قد تجاوز حدود اختصاص قاضي المستعجلات نظراً لمساسه بجوهر الحق، فيكون بذلك غير مصادف للصواب ويتعين إلغاؤه والتصريح من جديد بعدم اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلب".

¹- سارة أوراغ، رفع الحجز التنفيذي على العقار على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهاد القضائي، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة البحث الأكاديمي، مطبعة الأمنية، طبعة 2015، ص 33.

²- قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش، عدد 714، المؤرخ في 11 يوليوز 2012، ملف عدد 20-1902-12، مشار إليه عند عبد الرزاق شعيبة، مرجع سابق، ص 208.

³- قرار صادر عن محكمة النقض عدد 409، بتاريخ 15-05-2006 في الملف الإداري رقم 1441-4-2003، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، مطبعة الأمنية الرباط، يناير 2007.

إن خصوصية إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية كونها مؤسسة على سند تنفيذي، وهو ما يفترض توفر مجموعة من الضمانات الإجرائية بالنسبة للمنفذ عليه، ومن ثم البت في طلب الرفع، من شأنه المساس بالمركز القانوني لأطرافه وهو ما يجعل الاختصاص منعقدا لمحكمة الموضوع.

وعموما فإنه متى كان طلب رفع إجراءات الاستخلاص الجبرية سواء تعلق الأمر بالحجز أو الإشعار للغير الحائز إلى غير ذلك، مقدما بكيفية صحيحة، ومبررا من الناحية الموضوعية فإنه يحكم بالرفع من طرف محكمة الموضوع المختصة كأصل للبت في مثل هذه الدعاوى.

الفقرة الثانية: اختصاص قاضي المستعجلات كاستثناء للبت في الدعوى

بالرغم من أن الاجتهاد القضائي المغربي قد أقر بالصيغة الموضوعية لطلبات رفع إجراءات الاستخلاص الجبرية، فإن هذا لا يحول دون إمكانية تقديم طلب رفع هذه الإجراءات أمام قاضي المستعجلات الإداري والذي يبقى اختصاصه في هذا الإطار محدودا ومقيدا ببعض الضوابط¹.

وهكذا ففي إطار الحماية المقررة للمدينين ضمن القضاء الاستعجالي، لم يتوقف قاضي المستعجلات في حمايته عند الاستجابة لطلبات إيقاف إجراءات التحصيل وفق القواعد العامة، بل تعدى ذلك إلى الاستجابة إلى طلبات رفع الحجز، دون المساس بالقواعد العامة في بعض الحالات التي يلخصها القضاء في وضوح المراكز القانونية للأطراف، ومعنى هذه الأخيرة أن تكون المراكز القانونية لأطراف النزاع واضحة ومحسوم فيها بصفة نهائية.

وتأسيسا على ذلك فإن القضاء الإداري ينظر في طلبات رفع الحجز على المال المحجوز كلما كان هناك تعسف ظاهر من طرف الدائن الحاجز في اتخاذ هذا الإجراء كوسيلة لتقييد سلطات المدين ومنعه من التصرف فيها تصرفا يضر به، أو كلما تراخى الدائن في مواصلة الإجراءات التي تتلو الحجز².

ويختص رئيس المحكمة أو من ينوب عنه بصفته قاضيا للمستعجلات برفع الحجز المضروب على أموال المدين متى كانت المراكز الواقعية والقانونية واضحة، وفي هذا اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرار لها جاء فيه³: "... لكن من جهة، حيث إن قاضي

¹- وهيبه مرصالي، الإشعار للغير الحائز: آلية لتحصيل الديون العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 35/134، ماي غشت 2017، ص 391.

²- عبد الرزاق شعيب، التحصيل الجبري للديون العمومية في ضوء القانون المغربي، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة دراسات قضائية، الإصدار الرابع، مطبعة الأمانة، السنة 2014، ص 35.

³- قرار عدد 156، بتاريخ 2003-03-13، ملف إداري عدد 2002-2-4-2180.

الأمر المستعجلة مختص بالنظر في طلب رفع الحجز على ما للمدين لدى الغير باعتباره طلبا يكتسي طابع الاستعجال ولا يتعلق بمنازعة في الموضوع، ويتمثل عنصر الاستعجال في الضرر الذي يلحق بالمحجوز عليه - المستأنف عليه - في حبس ماله بسبب منعه منه وعدم تمكينه من الانتفاع به، أما عنصر عدم المساس بالموضوع فيتمثل في كون الدين المحجوز لا تتوفر فيه مبررات الحجز" هذا، وإن كان قاضي المستعجلات الإداري يعتبر أن شرط الاستعجال قائم بطبيعته في هذا النوع من الطلبات، فإن استثمار شرط جدية الطلب، من خلال المقتضى- المتعلق بوضوح المركز القانونية والواقعية للأطراف، لا يحيل على تعويض شرط الجدية بشرط آخر، بقدر ما هو نابع من الرغبة في توضيح مفهوم عدم المساس بجوهر الدعوى، ذلك أن وضوح الأوضاع القانونية للمدين، التي تؤكد جدية الطلب، يستشفها قاضي المستعجلات الإداري من ظاهر وثائق الملف، فتغنيه بذلك عن الدخول أو المساس بجوهر النزاع¹.

ويعتبر رفع الإشعار للغير الحائز من بين أكثر الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الاستعجالي، لما يشكله هذا الإجراء من تهديد حقيقي للذمة المالية، خاصة كونه أثبت فعالية كبرى في الواقع العملي لميدان تحصيل الديون العمومية، وغدا آلية ناجعة في يد إدارة التحصيل، وبالتالي فإن إقرار اختصاص قاضي المستعجلات الإداري بالبت في طلبات رفع الإشعار للغير الحائز هو إقرار لحماية الملمزمين من إجراء خطير على السيولة المالية.

وفي هذا الصدد، صدر قرار عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط جاء فيه²: "لا شيء في القانون يمنح قاضي المستعجلات الإداري من حماية المراكز القانونية للأطراف إذا كانت واضحة، وذلك بالتدخل لإرجاع الأمور إلى نصابها متى تحقق عنصر الاستعجال، وكان من شأن هذا التدخل الحد من الخطر الذي يهدد الحق المراد حمايته... ما دام أن الإشعار للغير الحائز الذي باشره القابض قد انصب على حساب بنكي لا يخص الملمزم بصفة شخصية وإنما انصب على ودائع زبنائه حسب الظاهر من الشهادة البنكية المدلى بها في الملف، فإن تدخل قاضي المستعجلات الإداري من أجل الحد من مفعول الإجراء المذكور له ما يبرره لدرء الخطر الذي يهدد الحق المراد حمايته..."

من خلال ما سبق يمكن القول أن القضاء الاستعجالي قد استقر اختصاصه على رفع مسطرة الإشعار للغير الحائز باعتبارها إجراء من إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية،

¹- رضوان أغميمي، ضمانات المدين في الإستخلاص الجبائي بين إمتيازات الإدارة الضريبية وسلطات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 492.

²- قرار صادر عن محكمة الإستئناف الادارية بالرباط، بتاريخ 2007/04/30، ملف رقم 207/13.

حيث صدر قرار عن محكمة الغرفة الإدارية بمحكمة النقض يقضي في هذا الاتجاه¹، إلا أن الأمر ليس على إطلاقه حيث نجد أن قرار صدر عن نفس الغرفة يقضي بعكس ما ورد في القرار السابق، جاء فيه²: "يعتبر الإشعار للغير الحائز الذي أوقعه القابض إجراء من إجراءات التحصيل، وأن القول بعدم تطابقه مع القانون، يشكل منازعة موضوعية تمس بجوهر الحق الذي يخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات".

إن الملاحظة الأساسية التي يمكن الخروج بها من خلال هذا التناقض في الأحكام، هي أن القضاء الاستعجالي ومن خلال الحالات المعروضة عليه حاول حصر مفهوم وضوح الأوضاع القانونية والواقعية للأطراف، إلا أنها لم تكن بالدقة المطلوبة التي يمكن معها القول أن قاضي الأمور الوقفية قد استطاع تحديد المعيار الفاصل بين اختصاصه واختصاص قاضي الموضوع في رفع إجراءات الاستخلاص الجبرية³.

وفي هذا يمكن حصر أهم الحالات التي تندرج في إطار المقتضى- المتعلق بوضوح المراكز القانونية للأطراف، ولعل من أهمها زوال السند التنفيذي، والمقصود بهذا الأخير أنه لم يعد لهذا الأخير وجود، ويتحقق ذلك بالإلغاء الكلي للدين العمومي بموجب حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وبالتالي يعتمد القاضي الاستعجالي في هذا الصدد إلى الأمر برفع اليد عن الحجز المضروب من قبل المحاسب المكلف بالتحصيل، استناداً إلى كون الدين لم يعد لا ثابتاً ولا محققاً ولا حال الأداء.

وقد جاء في أحد الأوامر الصادرة عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط⁴: "وحيث إنه وكما جاء في الطلب، فإن الديون الضريبية أساس الرهن الجبري موضوع طلب التشطيب لم تعد قائمة بعدما صدر لفائدة الطالب قرار نهائي بإلغاء كلي للضريبة أساس هذا الرهن، بما تكون معه المراكز القانونية للأطراف قد أصبحت واضحة، لذا يتعين الأمر استعجالاً برفع الرهن المذكور وبالتشطيب عليه استجابة للطلب، سيما أن حالة الاستعجال بتقديرنا متوفرة"

¹- جاء في هذا القرار: "قاضي المستعجلات يختص بالنظر في طلب رفع الإشعار للغير الحائز باعتباره طلب يكتسي طابع الاستعجال، ولا يتعلق بالمنازعة في الموضوع"، قرار عدد 156 بتاريخ 2003/03/13، ملف عدد 2002/2/4/4108.

²- قرار عدد 409 بتاريخ 2006/05/15، ملف رقم 2003/2/4/1441، منشور بقضاء المجلس الأعلى، مرجع سابق، ص 277.

³- وهيبه مرصالي، مرجع سابق، ص 396.

⁴- الأمر عدد 1092 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2017/05/30، ملف رقم 2017/7101/1047، غير منشور.

كما أنه من بين حالات وضوح المراكز القانونية، ثبوت كون الحجز وقع باطلا بطلانا مطلقا لعدم استنفائه الأركان اللازمة لصحته، أو لعدم تحقق الأوضاع الشكلية الضرورية لإبقائه كحالة حصوله بدون سند أو رغم انعدام المديونية¹، ونفس الأمر في حالة خرق القواعد الموضوعية للحجز، كأن يقع الحجز على عقارات غير مملوكة للمدين، أو على عقارات منع القانون حجزها حيث يعرض الأمر في هذه الحالة على قاضي المستعجلات².

عموما يمكن القول ان قاضي المستعجلات وضع قاعدة ثابتة تخوله رفع إجراءات التحصيل الجبرية كاختصاص استثنائي، حيث حاول حصر مفهوم وضوح الأوضاع القانونية للأطراف من خلال وضع مجموعة من الحالات المتعلقة بوضوح وضعية المدين تجاه الدين، كزوال السند التنفيذي، وعليه فإن هذا التوجه الذي تبناه القضاء الاستعجالي في اختصاصه في البت في طلبات رفع إجراءات التحصيل الجبري كلما كانت المراكز القانونية واضحة، ولا تحتاج إلى فحص هذا الإجراء أو تقييمه من الناحية الموضوعية ودون المساس بجوهر الحق، هو توجه سليم لما فيه من حماية للملزمين.

المطلب الثاني: بعض الوسائل الجمائية الأخرى للمدين في إطار القضاء الاستعجالي

إلى جانب سلطة قاضي المستعجلات في رفع إجراءات الاستخلاص الجبرية، متى كانت المراكز القانونية واضحة، فإنه سلطته تعدت ذلك إلى الاستجابة لطلبات رفع هذه الإجراءات، دون المساس بالقواعد العامة عن طريق تحويل طلب رفع إجراءات الاستخلاص إلى وقف (الفقرة الأولى)، كما أنه وفي إطار الضمانات المخولة للمدين في هذا الإطار يمكن له تقديم طلب قصر- الحجز أو حصره أمام قاضي المستعجلات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقنية تحويل الطلب

إذا كانت طلبات رفع إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية تكون عادة أمام محكمة الموضوع المكونة من ثلاثة قضاة ومفوض ملكي³، فإن التكييف الذي أعطي لهذه المساطر الجبرية ذات الطبيعة التنفيذية⁴، والممارسة من قبل المحاسب المكلف بالتحصيل، سمح لقاضي

¹ - الأمر رقم 480 صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2007/10/31 في الملف عدد، 2007/448، أورده يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة الأولى، 2007، ص 80.

² - يونس الزهري، مرجع سابق، ص 81.

³ - طبقا لمقتضيات المادتين 3 و5 من قانون 41.90.

⁴ - عزيز بودالي، مدى اختصاص قاضي المستعجلات بالنظر في طلب رفع الأشعار للغير الحائز الذي يوقعه القابض أم أن الأمر يتعلق بمنازعة موضوعية تخرج عن نطاق اختصاصه، مرجع سابق، ص 114.

المستعجلات الإداري بالتعامل مع هذه المساطر من منطلق الخصوصية التي تنسم بها، وكذا من مجال اختصاصه أيضا، فالطبيعة الاستعجالية لهذه المساطر جعلت من قاضي المستعجلات ينظر لطلبات المرتبطة برفعها داخل مجال اختصاصه¹.

فإذا نازع المدين في إحدى إجراءات التحصيل الجبرية سواء الحجز أو الإشعار للغير الحائز على اعتبار أنها إجراءات باطلة قانونا وطالب برفعها، فإن البث في النزاع يقتضي - ضرورة فحصها وتقييمها للقول بمدى صحة هذه الإجراءات من عدمها، وهذا ما يضيف على المنازعة الطابع الموضوعي بالنظر لمساسها بجوهر الحق فتكون محكمة الموضوع هي المختصة بالنظر فيها طبقا لمقتضيات المادتين 119 و120 من مدونة تحصيل الديون العمومية، وليس قاضي المستعجلات².

لكن مع ذلك، فإن قاضي المستعجلات، قد تمكن من إيجاد مخرج قضائي في إطار القضاء الاستعجالي للاستجابة لطلبات رفع الحجز بواسطة الإشعار للغير الحائز، باعتباره الوجه البارز للتدخل القضائي في هذا الإطار، وتحويل طلبات إيقاف هذه المسطرة على ضوء القواعد العامة، وهو تكريس حقيقي للطابع الحمائي للقاضي الاستعجالي وفق مقاربة إستباقية للحسم في النزاع³.

وفي هذا الإطار تظهر مقتضيات المادة 3 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه " يتعين على القاضي أن يبت في حدود الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

من هذا المنطلق يظهر أن تحويل القاضي الاستعجالي للطلب من رفع الحجز إلى إيقافه، مخالفا لمقتضيات المادة السابقة، إلا أنه عند الوقوف على روح التشريع يظهر أن تحويل الطلب بالشكل المذكور يأتي في صميم منطوق المادة 3 من قانون المسطرة المدنية فإذا كانت المادة المذكورة تخاطب جميع القضاة بمن فيهم قضاة المحاكم الإدارية سواء قضاة الموضوع أو قضاة المستعجلات، فإن إسقاط مفهوم حدود طلبات الأطراف على الحالة المشار إليها، يجعل التأكيد على أن قاضي المستعجلات باستجابته لطلب وقف التنفيذ على حساب رفعه فإنه أعطى

¹ - وهببة مرصالي، الإشعار للغير الحائز: آلية تحصيل الديون العمومية، مرجع سابق، ص 391، 392.

² - مصطفى التراب، مدى المفارقة والمقاربة بين الحجز لدى الغير والإشعار للغير، مرجع سابق، ص 134.

³ - رضوان أعميمي، مرجع سابق، 468.

لصاحب المصلحة الحد الأدنى من الحماية القضائية التي يستحقها كلما توفر عنصر الاستعجال والجدية ودونما المساس بجوهر الحق ولو بتحويل الطلب¹.

وعموما فإن الأصل أن قاضي المستعجلات لا ينتقيد عند الحكم في الدعوى بذات الطلبات التي تطرح أمامه بل له أن يعدله فيها أو يقضي بخلافها طبقا لما يراه حافظا لحقوق الطرفين، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية بمكناس² بتحويل طلب رفع الإشعار للغير الحائز إلى وقف تنفيذه معتبرة أن:

" طلب رفع الحجز يقضي فحص حقيقة المديونية وما إذا كانت مستحقة وما إذا كان الطالب ملزم بأدائها أمام الشركة وأن ذلك له مساس بجوهر النزاع مما يحظر على قاضي المستعجلات الخوض فيه.

لكن وحيث جرى العمل القضائي أنه إذا كانت المنازعة جدية، فليس هناك ما يمنع المحكمة من تحويل طلب المدعي واعتباره طلب يرمي إلى إيقاف إجراءات الاستخلاص الجبرية وذلك كلما توفر عنصر الجدية والاستعجال... حيث يتعين تبعا لذلك الحكم بإيقاف مسطرة الإشعار للغير الحائز لتوافر عنصر الجدية والاستعجال".

وعليه يظهر من خلال ما سبق أن القاضي في إطار القضاء الاستعجالي أثناء تعامله مع إجراءات الاستخلاص الجبرية لا ينتقيد عند الحكم في الدعوى المقدمة أمامه بذات الطلبات التي تطرح في موضوع النزاع، بل يتجاوز ذلك ويعدل فيها طبقا لما يراه مناسبا حفاظا على حقوق الأطراف، وذلك في حالة قيام حالة استعجال قصوى وجدية الطلب، وهذا في حد ذاته يشكل نقطة ايجابية في وضعية المدين في المنازعة التي يطبعها اللاتوازن بين الإدارة صاحبة الامتياز والسلطة وبين المدين المجرد إلا من سلطة القضاء.

الفقرة الثانية: اختصاص قاضي المستعجلات في دعوى قصر الحجز أو حصره

في كثير من الأحيان قد يسعى المحاسب المكلف بالتحصيل في إطار استخلاصه للمدين العمومية، للحجز على أموال متعددة قد تزيد بكثير عن قيمة حقه، الأمر الذي قد يضر- بمصالح المحجوز عليه لأنه قد يغل يده بالنسبة لها بدون مبرر، وفضلا عن ذلك فإن الدائن الحاجز قد يعمد إلى بيع الأموال المحجوزة كلها إضرارا بالمحجوز عليه، لذا يكون من العدل أن يطلب المحجوز

¹ - وهيبة مرصالة، مرجع سابق، ص 392.

² - المحكمة الإدارية بمكناس أمر رقم 1/2009/43 س، ملف رقم 1/2009/39 بتاريخ 2009/4/14، أوردته وهيبة مرصالي، مرجع سابق، ص 393.

عليه قصر الحجز على بعض أمواله التي تتناسب قيمتها مع قيمة الديون المحجوز من أجلها، ورفع الحجز على أمواله الأخرى¹.

وفي هذا الصدد يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينيبه بصفته قاضيا للمستعجلات بالنظر في الدعاوى المستعجلة والمتعلقة بدعوى قصر الحجز متى تبين عدم التناسب بين قيمة الدين العمومي والأموال المحجوزة.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين دعوى رفع الحجز ودعوى قصر الحجز في إطار القضاء الاستعجالي، فإذا كانت الأولى تستهدف رفع الحجز بصفة نهائية على أموال المدين متى كانت المراكز القانونية للأطراف واضحة، فإن الثانية تعني مطالبة المدين برفع الحجز على بعض الأموال وإيقاعه على ما ستناسب حجم المديونية².

وعليه فدعوى قصر الحجز هي بمثابة وسيلة عامة تطبق على سائر الحجز سواء كان محلها منقولاً أو عقاراً، وسواء كانت تحفظية أو تنفيذية وهي تحد بذلك من سلطة الدائن من حيث الكم متى وقع الحجز على قدر كبير من أموال المدين تتجاوز قيمتها كثيراً مبلغ الدين المحجوز من أجله، وذلك بالتخفيف من الحبس الكلي للمال نتيجة الحجز، حيث يتعين حصره في حدود العقارات الجائز الحجز عليها.

وانطلاقاً مما سبق صدر أمر عن رئيس لمحكمة الإدارية بالرباط جاء فيه³ "حيث يهدف الطلب إلى إصدار أمر بالتشطيب على الرهن المنصب على الرسم العقاري "الخمليشي" ذي الرسم العقاري... وحيث لئن كان الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود قد نص على أن "أموال المدين ضمان عام لدائنيه"، فإن هذا التنصيص ينبغي عدم الأخذ به على إطلاقه أو التوقف عند حرفيته بما قد يوحي بأن جميع ما يملكه المدين يمكن حجزه لفائدة الدائن إلى أن يتم الوفاء بالدين مهما بلغت قيمة هذا الأخير، بل إن النص إنما أورده المشرع فقط في سياق حصري عند تعرضه للأسباب القانونية للأولوية بين الدائنين في حال تعددهم، سيما أن عبارة ضمان عام الواردة في النص العربي المترجم ما هي إلا ترجمة لعبارة "Gage Commun" الواردة في النص الأصلي باللغة الفرنسية أي ضمان مشترك وليس "Gage général" كما قد يتبادر إلى الذهن....

¹ - يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 96.

² - سارة أزواغ، رفع الحجز التنفيذي على العقار على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 41.

³ - أمر صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 01 بتاريخ 2017/01/03، ملف رقم 2016/7101/4125.

وتطبيقا لمقتضيات القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية والفصل 149 من قانون المسطرة المدنية، نأمر بالتشطيب على الرهن الجبري المنصب على الرسم العقاري عدد 06/94104 مع الإبقاء على الرهن الجبري المنصب على الرسم العقاري عدد 19/8614¹.

وعليه يظهر أن قاضي المستعجلات يبحث طلب قصر الحجز انطلاقا من ظاهر الأوراق والمستندات الخاصة بمقدار الحقوق المحجوز من أجلها وقيمة العقارات المحجوزة، ويقدر كافة حقوق الحاجزين وأصحاب الحقوق الذين اعتبروا طرفا في الإجراءات، وهو يعتمد في تقديره للأموال المحجوزة إما نفس قواعد تحديد الثمن الافتتاحي، وإما عناصر التقدير المقدمة من طرف الخصوم، كما يمكنه أن يعتمد على خبرة قضائية في التقدير، فإذا ثبت له انعدام التناسب بين قيمة الدين والعقارات المحجوزة، فإنه يقصر الحجز على عقار معين أو عقارات معينة يحددها في الأمر بالقدر الذي يراه متناسبا مع الدين المحجوز عليه¹.

خاتمة:

عموما يمكن القول أن القضاء الاستعجالي بالمحاكم الإدارية لعب دورا بالغ الأهمية في حماية المراكز القانونية للمدنيين، بالنظر لما يطبعه من بساطة الإجراءات المتطلبة أمامه، وكذا قصر الأجل التي يفصل فيها، بشكل استباقي قبل البت الموضوعي في النزاع، ولعل من بين أهم الضمانات التي كرسها قبوله لطلبات إيقاف إجراءات التحصيل الجبري متى كان النزاع جديا، وذلك استثناء من قاعدة "أد ثم أشك" المنصوص عليها في الفصل 117 من القانون 97-15.

ومما لاشك فيه أيضا أنه أضحى في الوقت الراهن وسيلة حمانية هدفها خلق التوازن بين مصلحة المدين والمصلحة العامة، وذلك بالنظر في الدعاوى بصفة مستعجلة إما بشكل وقتي كما هو الأمر بالنسبة لدعاوى وقف التنفيذ أو بصفة نهائية كما هو الأمر في دعاوى قصر-الحجز أو رفعه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع مدعو أكثر من أي وقت مضى- إلى مسايرة الاجتهاد القضائي والعمل على تكريس مجموعة من المبادئ التي استقر عليها هذا الأخير خاصة فيما يتعلق بعدم إلزامية المطالبة الإدارية وتجاوز الإشكاليات التي تطرحها الضمانة أمام القضاء الاستعجالي، وذلك من أجل تأطير عمل قاضي المستعجلات خصوصا في المادة الضريبية التي تتسم بالتنوع والتعقيد.

¹ - يونس الزهري، مرجع سابق، ص 102.

الأساس القانوني لحالة الظروف الاستثنائية وشروط إعلانها The legal basis for the state of exceptional circumstances and the conditions for their declaration

عمر أحمد سعيد الظاهري

Omar Ahmed Saeed Al Dhaheeri

ماجستير علوم شرطة، كلية الشرطة القاهرة

جامعة محمد الخامس - أكادال كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط

الإيميل : omar.a7mad3@hotmail.com

ملخص

إن ما يميز حالة الظروف الاستثنائية وفرض حالة الطوارئ أنها لا تخرج عن أحكام الدستور مهما كانت الظروف الطارئة التي تتعرض لها الدول من شدة أي لا بد من أن تكون حالة الطوارئ مستندة إلى قواعد دستورية تنص عليها الدساتير ضمن الحدود التي تمكن السلطة التشريعية من إصدار ما تشاء من قوانين لمواجهة الحالات والظروف الاستثنائية كما إن المبرر الأساسي لفرض حالة الظروف الاستثنائية والطوارئ هو حماية المصلحة العامة للدولة أي حماية النظام العام والأمن العام والدفاع عن تراب وأرض الدولة بهدف حماية مصالح الشعب. وتتمثل أهمية البحث في أنه يحدد البحث الحالات الاستثنائية التي تستدعي فرض حالة الطوارئ، وخاصة عندما تتعرض الدولة لظروف تهدد أمنها وسلامتها كما أنه يحدد البحث الأساس القانوني الذي تستند عليه فرض حالة الطوارئ في الدستور والمواثيق الدولية ذات الصلة، كما أنه يحدد البحث الشروط القانونية لفرض حالة الطوارئ، مع ضرورة ألا تتعارض مع حقوق الإنسان.

يمكن بلورة مشكلة البحث في التساؤل التالي: ما هي الحالات التي تستدعي فرض حالة الطوارئ، والشروط القانونية لتطبيقها؟

كما أن أهداف البحث تتمثل في تحديد وحصر الحالات الاستثنائية التي تستدعي فرض حالة الطوارئ والبحث في الشروط القانونية لفرض حالة الطوارئ في القانون الدولي وبعض الدساتير العربية والأجنبية وبيان موقف القانون الدولي من عدم الالتزام بشروط فرض حالة الطوارئ.

ABSTRACT

What distinguishes the state of exceptional circumstances and the imposition of a state of emergency is that it does not depart from the provisions of the Constitution, whatever the emergency circumstances to which

States are subjected to the severity of any state of emergency must be based on constitutional rules stipulated by constitutions within the limits that enable the legislature to issue whatever it wishes. The basic justification for imposing the state of exceptional circumstances and emergencies is to protect the public interest of the State, ie the protection of public order and public security, and the defense of the soil and land of the State in order to protect the interests of the people.

The importance of the research is that it identifies exceptional cases that require the imposition of a state of emergency, especially when the state is exposed to conditions that threaten its security and safety. Emergency, with the need not to conflict with human rights.

The research problem can be crystallized in the following question: What are the cases that require the imposition of a state of emergency, and the legal conditions for its application?

The objectives of the research are to identify and limit exceptional cases requiring the imposition of a state of emergency, to examine the legal conditions for the imposition of a state of emergency in international law and some Arab and foreign constitutions and to indicate the position of international law on non-compliance with the conditions of imposing a state of emergency.

المقدمة

حينما تلجأ الدول إلى إعلان حالات الطوارئ فإنها تعرف جيداً أنها تخاطر بالحريات العامة وحقوق الإنسان في بلدها، إلا أنها تبرر لجوءها إلى هذا الخيار بحجج كثيرة على رأسها المصلحة الوطنية العليا وسلامة واستقرار البلد، عموماً فإن حقوق الإنسان هي دائماً الضحية الأولى والأخيرة لمثل هذه الأنظمة، فالعبرة من انتصار الحريات والحقوق ليس بما يعلن أو يقرر في الدستور بل بما ينفذ ويطبق بالفعل تجنباً اضطراب الإنسان إلى التمرد على الظلم والاستبداد واندفاعه في أعمال انتقامية تؤذي الضمير الإنساني وتعرقل مسيرة البشر.

إلا أنه يجب التفرقة بين نظام الطوارئ والأحكام العرفية، فعالة الطوارئ نظام سياسي والأحكام العرفية نظام عسكري يترتب على إعلانه أن السلطات العسكرية هي التي تتولى السلطة الاستثنائية، بينما تستمر السلطات المدنية خلال حالة الطوارئ في ممارسة السلطات الاستثنائية. كما أن الأحكام العرفية تفترض قيام حالة حرب وتعلن المواجهة لضرورة الدفاع ضد العدوان العسكري بخلاف حالة الطوارئ، فإنها تعلن لمجرد الخطر المترتب على الحرب سواء وقعت الحرب الفعلية أو حدث مجرد تهديد بنشوبها، وذلك لضرورة المحافظة على الأمن الداخلي أو الخارجي ولا شك أن نظام الأحكام العرفية يمثل انتهاكاً صارخاً لحقوق الإنسان، حيث يتم تعطيل العمل بالدستور والقوانين العادية ليطبق بدلاً عنها القانون العسكري وكذلك تعطيل المحاكم العادية وقيام المحاكم العسكرية بمهامها وهو ما يعد اعتداءً صارخاً على اختصاصات السلطة القضائية¹.

إن الإعلان عن حالة الاستثناء لا بد أن يحكمه إطار قانوني يكون محدد سلفاً، أما في الدستور أو القوانين المنظمة لحالة الاستثناء وأن أي خروج عن القوانين المنظمة للحالة الاستثنائية يعد خروجاً عن مبدأ المشروعية من هنا تظهر أهمية الإطار القانوني المنظم للظروف الاستثنائية

أولاً: أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في النقاط التالية:

يحدد البحث الحالات الاستثنائية التي تستدعي فرض حالة الطوارئ، وخاصة عندما تتعرض الدولة لظروف تهدد أمنها وسلامتها.

يحدد البحث الأساس القانوني الذي تستند عليه فرض حالة الطوارئ في الدستور والمواثيق الدولية ذات الصلة.

¹ د. عباس عبد الأمير إبراهيم العامري، إعلان حالة الطوارئ وآثاره على حقوق الإنسان، 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، ص 13.

يحدد البحث الشروط القانونية لفرض حالة الطوارئ، مع ضرورة ألا تتعارض مع حقوق الإنسان.

ثانياً: مشكلة البحث.

يمكن بلورة مشكلة البحث في التساؤل التالي: ما هي الحالات التي تستدعي فرض حالة الطوارئ، والشروط القانونية لتطبيقها؟

ثالثاً: أهداف البحث.

تحديد وحصر الحالات الاستثنائية التي تستدعي فرض حالة الطوارئ.
البحث في الشروط القانونية لفرض حالة الطوارئ في القانون الدولي وبعض الدساتير العربية والاجنبية.

بيان موقف القانون الدولي من عدم الالتزام بشروط فرض حالة الطوارئ.

رابعاً: منهجية البحث.

اقتضت طبيعة الإشكالية موضوع الدراسة المتسمة بتشعب محاورها، الاستعانة ببعض مناهج البحث الاجتماعي¹، التي من شأنها الإسهام في حصر عناصر الإشكالية والإحاطة بمختلف جوانب الموضوع.

وهكذا سنعمد بشكل كبير على المنهج الاستقرائي² باعتبار موضوع الاشتغال يهم تحليل بعض النصوص القانونية وكذلك بعض الأحكام والقرارات القضائية الموظفة في هذه الدراسة. والمنهج الاستقرائي التحليلي يستخدم لتحليل المضمون من أجل تحقيق مجموعة من الأهداف والنتائج المبتغاة³.

وللوقوف على مواقف التشريع والفقه والاجتهادات القضائية واستخلاص بعض المواقف الخاصة بهذا الموضوع، سنعمد على المنهج المقارن، وذلك باستحضار القانون المقارن من بعض جوانبه تشريعاً وفقهاً وقضاءً، وذلك لكون المنهج المقارن يراود به التحقق من نتائج محصل عليها والتعرف على مدى أهميتها وصلاحياتها بالجوء إلى مقارنتها بالتجارب المقارنة وفي هذه

¹ - يراجع محمد الغالي: المختصر في أسس ومناهج البحث في العلوم الاجتماعية، سلسلة الدراسات السياسية، القانونية والاجتماعية، المطبعة الورقية والوراقة الوطنية، مراكش الطبعة الأولى، 2005 م، ص 130.

² - إدريس الفاخوري: مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، الطبعة الأولى، دار النشر الجسور، جدة، 2003 م، ص 62.

³ - إبراهيم أبراش: المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 1999 م، ص 56.

الدراسة اعتمدنا بشكل أساسي على التشريعات الفرنسي والمصري والعراقي واللبناني وكذلك الإماراتي كتجارب مقارنة.

خامساً: تقسيم البحث.

المبحث الأول: المبادئ العامة التي تحكم نظرية الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: أعمال السياد.

المطلب الثاني: نظرية الضرورة المعنى اللغوي للضرورة.

المبحث الثاني: المحافظة على النظام والمرافق العامة

المطلب الأول: خصائص النظام العام في مجال الضبط الإداري.

المطلب الثاني: شروط إعلان حالة الظروف الاستثنائية وأنظمتها.

المبحث الأول : المبادئ العامة التي تحكم نظرية الظروف الاستثنائية

إن المبادئ العامة التي تحكم نظرية الظروف الاستثنائية يمكن في ان القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية والتي توجب الإدارة باحترامها في تصرفاتها إنما وضعت لتحكم الظروف العادية والتي توجب أن تكون محددة مسبقاً، ولكن في فترة الحروب والأزمات والكوارث الطبيعية يصبح مبدأ المشروعية السائرة غير صالح لمواجهة الظروف الطارئة الجديدة فإذا ما تغير الوضع وكان هناك حالة استثنائية عندئذ تصبح الإدارة بحاجة إلى تنظيم جديد ومبادئ جديدة وتتغير فكرة مبدأ المشروعية ليس جامدا وإنما يتغير نطاقه ويتسع تبعاً للظروف الاستثنائية التي تحيط بالدولة¹.

تقوم على فكرة وجود قاعدة تسيطر على القوانين جميعاً وتفوقها ومؤداها أنه لكي يوجد مبدأ المشروعية يجب أن توجد الدولة ويترتب على ذلك أن أول أساس للمشروعية هو بناء الدولة واستمرارها وبالتالي فإذا كان في مراعاة مبدأ المشروعية بدقة خطر على الدولة وتهديد لكيانها وسلامتها وفيه بطريق غير مباشر قضاء على مبدأ المشروعية، فإنه في هذه الحالة يكون بناء الدولة وسلامتها في المقام الأول، وبما أن أعمال السيادة تحتّم على الدولة اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات إلا أنها بذات الوقت من الممكن أن تتسبب في التأثير على حقوق الإنسان، وكذلك الحال بالنسبة لنظرية الضرورة، وسنبين في هذا المبحث أعمال السيادة، ونظرية الضرورة، من خلال مطلبين.

¹ - ثورية لعبوني، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار النشر الجسور، 2005 م، ص 16.

المطلب الأول : أعمال السيادة

يقصد بأعمال السيادة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء، فلا يختص القضاء العادي أو الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها ولا تكون محل إلغاء أو تعويض أو فحص مشروعية، وسنبين في هذا الفرع ماهية أعمال السيادة، في اللغة والاصطلاح والفقه والقانون وطبيعتها على النحو التالي:

أولاً: ماهية أعمال السيادة:

المعنى اللغوي للسيادة: من (سود)، يقال فلان سيد قومه إذا أريد به الحال، وسائد إذا أريد به الاستقبال، والجميع سادة¹. والسيادة اصطلاحاً: السلطة العليا المطلقة التي تفردت وحدها بالحق في إنشاء الخطاب الملزم المتعلق بالحكم على الأشياء والأفعال². وأعمال السيادة إجرائياً: وهي أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء سواء أمام المحاكم الإدارية أو العادية³.

ثانياً: أعمال السيادة باصطلاح فقهاء القانون:

هي مجموعة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء سواء أمام المحاكم الإدارية أو العادية⁴. كما يعرفها البعض بأنها: تلك الإجراءات الصادرة عن الدولة بما تصدره الجهات العليا والتي تدخل ضمن علاقاتها مع الدول الأخرى أو الهيئات أو الجمعيات أو المنظمات دولية كانت أو إقليمية أو ما يماثلها من أعمال أو قرارات الهدف منها الحفاظ على السلم والأمن الاجتماعي والصحة العامة⁵.

ثالثاً: نشأة نظرية أعمال السيادة وتطورها التاريخي:

تعد أعمال السيادة على الأغلب بمثابة قرارات إدارية تصدر عن الهيئة التنفيذية، غير خاضعة لرقابة القضاء إلغاءً أو تعويضاً، الأمر الذي يجسد انتهاكاً صريحاً لمبدأ المشروعية من جهة

¹- أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، تصحيح أمين محمد ومحمد. الصادق، بدار أحياء التراث العربي، ط ١٤١٩ هـ مؤسسة التراث العربي، لبنان،، الجزء ٨، ص ١٧٥ .

²- محمود عبد المجيد الخالدي، قواعد نظام الحكم في الإسلام، دار البحوث العلمية، الكويت، ط ١، ١٩٨٠ م، ص 15.

³- محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري (دراسة مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011 م، ص 53.

⁴- علي خطار شطاوي، الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، دورية دراسات علوم الشريعة والقانون، أيار ٢٠٠٠ م عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٧، العدد ١، صفر ١٤٢١ هـ، ص ٣.

⁵- محمد عبد العزيز السنيدي، صحيفة القضاة الإلكترونية، 2007 / 12 / 21 م. www.algodhat.com

وتوسيعاً كبيراً لصلاحيات الهيئة التنفيذية. إن نظرية أعمال السيادة¹ هي من أخطر الاستثناءات على مبدأ المشروعية. ويعود أصلها إلى قيام مجلس الدولة الفرنسي بالتخلي عن فرض رقابته على أعمال الحكومة تحت ضغط الظروف السياسية للمحافظة على كيانه من الإلغاء. إذ أنه كان قد نشأ في ظل الإمبراطورية الفرنسية الأولى، وعندما سقط نابليون بونابرت وعادت الملكية مع لويس الثامن عشر عام ١٨١٥، خشي المجلس على نفسه. لذا امتنع المجلس عن رقابة الأقاليم الصادرة عن السلطة التنفيذية المتعلقة بنظام الحكم، واكتفى بالرقابة على أعمالها الإدارية الأخرى. ولم يسترد المجلس ولايته القضائية الكاملة إلا سنة ١٨٧٢².

رابعاً: طبيعة ومعايير أعمال السيادة ومفهومها:

ما تتميز به نظرية أعمال السيادة أنها ذات طبيعة قانونية ويرى أغلب الفقهاء اليوم بأنه لا فرق بين السلطة التي تمارس الضبط الإداري وبين السلطة التي تمارس الحكم فكلهما يخضع للقضاء الإداري³. ومن مقتضى نظرية أعمال السيادة، هنالك بعض الأقاليم التي تجربها السلطة الإدارية تظل بمنأى عن رقابة القضاء الإداري وتصبح بالتالي غير قابلة للطعن بالإبطال لتجاوز حد السلطة⁴. وبالنسبة إلى تحديد معيار أعمال السيادة، فقد مر بعدة تطورات إذ كان أول معيار ظهر لتحديد أعمال السيادة هو أساس الباعث من إصدار الهيئة التنفيذية لأعمالها،

¹- يطلق على هذه الأعمال في فرنسا تسمية (أعمال الحكومة)، وفي إنكلترا (أعمال الدولة)، وفي مصر (أعمال السيادة). -ينظر، د. سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري - منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - 2004 - ص 410. وكذلك في العراق سميت بأعمال السيادة على وفق المادة (10) من التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل عندما نصت على أن: (لا ينظر في كل ما يعتبر من أعمال السيادة)، والمادة (7 -خامساً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل عندما نصت على أن: (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي : أ-أعمال السيادة، وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية .ب-القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية .ج-القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها) .

²- محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 56-57.

³- محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ٢٠٠٦، مجلد ٢٢، العدد الثاني، ص 389-388.

⁴- د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007 م- ص 280.

فإذا كان سياسياً فلا يخضع لرقابة القضاء الإداري، وإذا كان غير سياسي فيخضع لرقابة القضاء الإداري، فتوسعت بذلك نطاق أعمال السيادة واستبعدت من رقابة القضاء الإداري وأصبحت خطرة على حقوق الأفراد وحرياتهم لعدم تمكنهم من الطعن في أعمال الهيئة التنفيذية الماسة بهم أمام القضاء¹.

وبعد هجر المعيار الأول ظهر المعيار الموضوعي الخاص بتحديد طبيعة العمل الصادر عن الهيئة التنفيذية، فإذا كان العمل حكومياً يمثل الوظيفة الحكومية فهو من أعمال السيادة، ومن ثم يخرج من نطاق رقابة القضاء الإداري. بينما يكون العمل الإداري غير داخل في نطاق أعمال السيادة ومن ثم يخضع للرقابة القضائية. وبسبب صعوبة التفرقة بين الأقاليم الحكومية والإدارية في كثير من النظم السياسية والدستورية، فضلاً عن غموض هذا المعيار فقد تم هجره أيضاً. وبعد ذلك قام الفقه بحصر الأحكام القضائية الخاصة بالأقاليم الحكومية في قائمة خاصة أطلق عليها القائمة القضائية التي شملت أربع مجموعات متنوعة هي، الأقاليم المنظمة لعلاقة الهيئة التنفيذية بالبرلمان، والأقاليم المتصلة بشؤون الدولة الخارجية، والأقاليم المتعلقة بالحرب، والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي².

مما سبق نستنتج أن نظرية أعمال السيادة تأخذ الصفة الإدارية لأنها تعبير عن قيام السلطات العامة في الدولة بأعمال السيادة لتحقيق الصالح العام، والمعيار المتفق عليه من قبل غالبية فقهاء القانون أن أعمال السيادة هي كل عمل يصدر عن السلطة التنفيذية للدولة، وتخضع لرقابة السلطة القضائية، وبالنسبة لتأثير نظرية أعمال السيادة على حقوق الإنسان، فهي تخضع للرقابة من قبل القضاء وسلطة التشريع، أي أن تطبيق نظرية أعمال السيادة يجب أن لا تمس حقوق الإنسان الأساسية مثل الحق في حرية الرأي والتعبير والحق في الحياة.

المطلب الثاني: نظرية الضرورة المعنى اللغوي للضرورة

ورد في لسان العرب لابن منظور إلى أن الأصل الاشتقاقي للكلمة يرجع إلى لفظ "ضرر". والضرورة: كالضرة، والضرار ضارة، وليس عليك ضرر ولا ضرورة ضرة ولا ضرورة ولا تضرة، ورجل ذو ضرورة وضرورة، أي ذو حاجة، وقد اضطر إلى الشيء أي ألجأ إليه كما ورد فيه أيضاً الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول حملتني الضرورة على كذا وكذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا لقوله

¹- أ.د. علي هادي حميدي الشكراوي، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد (3)، السنة (6)، 2012 م، ص 36.

²- د. يوسف سعد الله الخوري - القانون الإداري العام - الجزء الأول - تنظيم إداري وعقود إدارية - بيروت لبنان، ط 2، 1998 م - ص 288-308. - د. محي الدين القيسي - القانون الإداري العام - المرجع السابق - ص 282-283.

تعالى: "فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ"، أي فمن ألجأ إلى أكل الميتة وما حرم وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله من الضرر وهو الضيق¹.

وسنبين في هذا المطلب مشروعية نظرية الضرورة ونظرية الضرورة في القانون الدستوري، ومن ثم بيان الرأي حول تأثير نظرية الضرورة على حقوق الإنسان على النحو التالي:

أولاً: مشروعية نظرية الضرورة:

وتعد نظرية الضرورة أساس السلطة اللائحية الاستثنائية، وهي نظام قانوني نشأ لمواجهة حالات واقعية غير عادية أي الظروف الاستثنائية².

ومعناها أن بعض الأقاليم التي تعد غير مشروع في الظروف العادية تعد مشروع في الظروف الاستثنائية إذا كانت لازمة للمحافظة على النظام العام أو دوام سير المرافق العامة، ومفاد هذه النظرية أن بعض القرارات الإدارية غير المشروعة في ظل الظروف العادية يعدها القضاء مشروعاً إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام وتأمين سير المرفق العام وبذلك تحرر الإدارة من قيود المشروعية مؤقتاً وبالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف كما هو الحال في حالة الحروب والعصيان المدني (الإضراب) والفتن والكوارث وعلى ذلك لا نستطيع أن نقول باستطاعة الإدارة الإفلات من الخضوع لمبدأ المشروعية بشكل مطلق فتتصرف الإدارة بدون ضوابط كما تشاء ولكن توسع المشروعية واستبدالها بقواعد المشروعية الاستثنائية³ ومما لا شك فيه لم تحظ نظرية من نظريات القانون العام في مدى البحث والدراسة سواء من قبل رجال الفقه والقضاء مثلما حظيت به نظرية الضرورة، والاهتمام الكبير بدراسة تلك النظرية يرجع لمدى أهميتها في حياة الدولة واستمرارها، وكذلك لمدى تأثيرها على حريات الأفراد وحقوقهم نتيجة للتوسع الخطير الذي تمنحه تلك النظرية للسلطات الإدارية في اتخاذ ما يلزم من قرارات وإجراءات إبان فترة الأزمات.

ويمكن تلخيص مفهوم نظرية الضرورة في أن هناك ضرورات عاجلة تستلزم من جانب السلطة التنفيذية التصرف السريع لمواجهة خطر داهم أو ضرر جسيم، ويكون هذا التصرف مغالاً للقواعد القانونية ولكنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر أو الضرر.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، باب الضاد 1881، ط. 1، دار صادر، بيروت، ص 2751.

² - د. سامي جمال الدين -لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية- 1982 منشأة المعارف بالإسكندرية - ص 13.

³ - محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري مبدأ المشروعية ومجلس الدولة، ٢٠٠٧ م دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، ص 50-51.

وفكرة الضرورة رغم ما يترتب عليها من مخالفة القواعد القانونية لا يترتب عليها إعفاء أعمال الضرورة رغم ما يترتب عليها من مخالفة القواعد القانونية كما لا يترتب عليها إعفاء الأعمال الصادرة بناءً عليها من الخضوع للرقابة القضائية، بل تخضع لها ولكن كل ما تؤدي إليه هو إعفاء السلطة التنفيذية من المسؤولية عن الضرر الذي أصاب بعض الأفراد نتيجة هذا التصرف¹.

لذلك فإن قيام حالة الضرورة تفترض قيام خطر جسيم حال لا يمكن تداركه إلا بالتخلي عن قسط من القواعد القانونية، إذ يمثل هذا التخلي العلاج الوحيد للموقف لمواجهة الخطر المساس بالمصالح الحيوية للدولة. ونظرية الضرورة² تقوم على أساس التعارض بين اعتبارين: الاعتبار الأول قانوني ويتمثل في الحفاظ على حد أدنى من قواعد المشروعية التي يجب التمسك بها في جميع الأوقات وفي الظروف الاستثنائية، أما الاعتبار الثاني فواقعي أو عملي يتمثل في ضرورة مواجهة هذه الأخطار التي تهدد المصالح الحيوية للدولة وحققها في الأمن وصيانة الذات، ومن مقتضى مواجهة هذه الأخطار اتخاذ تصرفات محظورة اتخذها في الظروف العادية لتلافي ضرر داهم ومن أجل التوفيق بين هذين الاعتبارين ابتدع الفكر القانوني نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية لأنه من مقتضاها إضفاء المشروعية على الإجراءات المخالفة للقانون حتى يتسنى للدولة مواجهة الظروف العصيبة على هدى من نظرية تمثل الأساس القانوني لسلطاتها الاستثنائية، فمشروعية الإدارة في تلك الأحوال هي مشروعية استثنائية.

مما سبق نستنتج أن نظرية الضرورة هي من النظريات المشروعة، وما يعطي حالة الضرورة صفة المشروعية هو أنها تطبق لمواجهة ظروف غير عادية تمر بها الدولة، وهي تنطوي على اتخاذ السلطات الدستورية لإجراءات قانونية ضرورية لمواجهة المخاطر والظروف الغير عادية، وقد يحدث أن تمس حالة الضرورة حقوق الإنسان في بعض الحالات، وهذا المساس

¹- محمد مصطفى الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة مرجع سابق، ص 159-158.

²- يتجه جانب من الفقه إلى تفضيل. يراجع من الفقه المصري: د. محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، طبعة سنة 1968، دار النهضة، ص 110، وما بعدها. وانظر أيضاً: د سليمان الطماوي، وأن كان سيادته يفضل مصطلح نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية حيث لا يرى أن نظرية الظروف الاستثنائية إلا مجرد تطبيق عادي لفكرة الضرورة وإنما كما يؤسسها مجلس الدولة الفرنسي على أساس واجبات السلطة الإدارية وليس نظرية الضرورة. مؤلف سيادته، الوجيز في القانون الإداري، ص 585.

بحقوق الإنسان يكون مشروعاً أحياناً إذا لم يوجد بديلاً عن تطبيق حالة الضرورة وبناء على المقولة (الضرورات تبيح المحظورات).

ثانياً: نظرية الضرورة في القانون الدستوري

ويقصد بنظرية الضرورة "أن الأحكام الدستورية أو القواعد التشريعية العادية يجب أن تجمد مؤقتاً ويتوقف العمل بها لانتفاء ظروف تطبيقها تقدماً لمصلحة الضرورة العليا لسلامة الدولة"¹، وتتخلص في العبارة الرومانية الشهيرة (سلامة الشعب فوق القانون) فيصعب وضع تعريف محدد وجامع لها وهو ما يدفع بالكثير من الفقهاء إلى إبراز بعض الأمثلة مستمدة من أحكام القضاء كالزلازل، البراكين، الفيضانات، المجاعة، الأوبئة، الثورات، الإضرابات، والحروب².

ولقد تبنت بعض الدساتير نظرية الضرورة التي أكدت على أن الدولة هي التي أوجدت القانون لتحقيق مصالحها، فلا تخضع له إذا كان تحقيق تلك المصالح يتنافى مع أحكامه، لأن القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة. فإذا صادفت الحكومة ظروف خطيرة تهدد السلامة العامة وتعرض البلاد إلى أخطار، يمكنها عندئذ مواجهة الحال باتخاذ تدابير سريعة هي أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية، وعلى البرلمان بعد ذلك أن يصلح الأمور بتصديقه اللاحق على ما صدر مخالفاً للقانون³ كما أخذ بهذه النظرية دستور السنة الثامنة من الثورة الفرنسية عام 1799، وأحاطها الفقه الفرنسي بثلاثة شروط هي⁴:

قيام خطر وطني مداهم، كحرب خارجية أو ثورة مسلحة أو إضراب عام يشمل جميع الموظفين.

استحالة اجتماع البرلمان لاتخاذ التدابير التشريعية السريعة، أو عدم القدرة على انتظار اجتماعه بسبب الخطورة الملحة القائمة إذا كان البرأمان خارج الانعقاد الدستوري.

¹- عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، 2009، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، ص 359.

²- محمد علي سويلم، الدستور الانتقالي في ضوء الفقه والقضاء الدستوري (دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة للإعلان الدستوري المكمل)، 2013، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 503.

³- قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 423 تاريخ 21 / 10 / 1958 - مجموعة 1958-ص 213. تضمن مبدأ إن سلامة الشعب هي القانون الأسمى الذي يعلو حتى على الدستور .

وينظر أيضاً: د. محي الدين القيسي - القانون الإداري العام - المرجع السابق - ص 179.

⁴- د. محي الدين القيسي - المرجع نفسه - ص 180 .

أن تتخذ التدابير السريعة شريطة عرضها على البرلمان في أول اجتماع له. ومن الجدير بالذكر أن القضاء الإداري الفرنسي لم يأخذ بهذه النظرية إطلاقاً لأن غاية القانون تعلق فيه على قوة أحكامه ولأنه من غير المستساغ أن تنهار أحكام القانون انهياراً تاماً أمام القوة. كما أن الأخذ بهذه النظرية في ظروف خطيرة مفاجئة يعرض المصالح العامة المهددة إلى خطر إضافي ويؤدي إلى الفوضى وعدم استتباب الأمن والسلام.

" إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً من دستور 1821 وانتهاء بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها في صلبها..."¹ حيث تبنى المشرع المصري نظرية الضرورة في دساتير مصر المتعاقبة، إذ تضمنتها، المادة 155 من دستور 1923 والمادة 148 والمادة 74 من الدستور المصري لسنة 1971 كما تضمنتها المادة 148 من الدستور المصري لسنة 2012 والمادة 154 من الدستور المصري لسنة 2014² حيث أخذ القضاء الإداري والعادي في مصر بنظرية الضرورة بتحديد مشروط بتوافر أربعة أركان، هي³:

- ١- أن يكون هنالك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن.
 - ٢- أن يكون عمل الضرورة الذي صدر عن الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر.
 - ٣- أن يكون هذا العمل لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة.
 - ٤- أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته.
- وانسجاماً مع هذه النظرية يمكن للسلطة التنفيذية أن تصدر لوائح الضرورة في غيبة البرلمان، كما يمكن للسلطة التشريعية أن تصدرها لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وشعبها، لتنظيم أمور نظمها القانون، على أن يتوجب عرض تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية على البرلمان لإقرارها. يرى البعض أن نظرية الضرورة تتحرك دائماً بعيداً عن مبدأ المشروعية، إذ أن أعمال الإدارة المتخذة بالتطبيق لها تعتبر مشروعة ولا تترتب مسؤولية على جهة الإدارة وهي بهذا تكون أقرب إلى نظرية أعمال السيادة منها إلى نظرية الظروف

¹- محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، 2002، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 13.

²- تونصير إبراهيم، تشريعات الضرورة (دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري)، 2014، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد حيدر بسكرة، ص 157.

³- د. محي الدين القيسي - المرجع السابق- ص 184.

الاستثنائية، لذلك فإن نظرية الضرورة لا تصلح في أن تكون أساساً قانونياً لنظرية الظروف الاستثنائية¹.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة لقد حدد القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2009 الظروف الطارئة -التي أشار إليها في مادته الأولى- وذلك في المادة رقم 2 من ذلك القانون بأنها أحوال الضرورة التي يجوز إعلان الأحكام العرفية (أو الاستثنائية) فيها وخاصة في الفقرة رقم 3؛ حيث تنص المادة الثانية من ذلك القانون على أنه: "يجوز إعلان الأحكام العرفية في أحوال الضرورة الآتية:

تعرض الأمن أو النظام العام في الدولة أو منطقة منها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو عدوان مسلح عليها أو عند قيام حالة تهدد بوقوعهما أو عند احتلال جزء من أراضيها. وقوع اضطراب في الداخل أو الخارج من المحتمل أن يمتد هذا الاضطراب إلى داخل الدولة أو أن يؤثر في أوضاعها الأمنية أو السياسية أو الاقتصادية تأثيراً جسيماً"². وقوع كوارث عامة أو انتشار وباء.

الرغبة في تأمين سلامة القوات المسلحة للدولة وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بتحركاتها وأعمالها العسكرية داخل أو خارج الدولة. ومما سبق نستنتج أن القانون الدستوري اعتبر نظرية الضرورة من النظريات الهامة لمواجهة حالات غير عادية قد تمر بها الدولة، تستدعي اتخاذ إجراءات ضرورية لحماية الدولة في تلك الظروف، وإن الإجراءات التي تتخذها الدولة في حالة الضرورة هي إجراءات دستورية ضرورية لحماية الشعب، حيث أن نظرية الضرورة تبيح للحكومة اتخاذ ما يلزم من إجراءات ضرورية لمواجهة المخاطر وقد يحدث أحياناً أن تؤثر تلك الإجراءات على حقوق الإنسان بنطاق ضيق إذا استدعت الضرورة ذلك، ولكن يجب على الحكومات الأخذ بعين الاعتبار حماية حقوق الإنسان في الدرجة الأولى عند تطبيقها لحالة الضرورة بما يتتفق مع المواثيق الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان، والقواعد الدستورية التي تنص على حماية حقوق الإنسان.

¹- علي صاحب جاسم الشريفي -القيود على الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في العراق والرقابة القضائية عليها- رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2011 م-ص 12-13.

²- قانون اتحادي رقم 11 لسنة 2009، مرجع سابق.

المبحث الثاني : المحافظة على النظام والمرافق العامة

إن فكرة النظام العام هي فكرة نسبية ومرنة، تختلف فلسفياً من دولة لأخرى ومن حقبة زمنية لأخرى في الدولة نفسها وعرفه د. محمد الوكيل، على أنه: "يمثل ظاهرة قانونية واجتماعية تهدف إلى المحافظة على الأسس والقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال والاتحلال المجتمع نفسه، وهذه القواعد تجد مصدرها في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء، وتتصف بالمرونة والنسبية وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة"¹. فالنظام العام في مجال الضبط الإداري، عبارة عن فكرة قانونية شاملة تشمل النظام المادي والأدبي والسياسي والاقتصادي والاجتماعي، ومرنة في نفس الوقت تتطور بتطور القانون الذي يتطور بتطور المجتمع، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، تهدف إلى المحافظة على الأسس والمبادئ والقيم التي يقوم عليها أي مجتمع، وتغول -فكرة النظام العام- لسلطات الضبط الإداري التدخل في حالة وقوع خطر يهدد النظام العام للدولة.

وعموماً يمكننا القول إنه من الصعوبة بمكان وضع تعريف واحد جامع ومانع للنظام العام في مجال الضبط الإداري، وذلك بسبب طبيعة النظام العام الذي يتسم بالمرونة والنسبية والتطور المستمر، فهو يختلف من دولة لأخرى، بل ومن منطقة لأخرى داخل الدولة الواحدة، ومن زمن إلى آخر حسب فلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة² وسنبين في هذا المبحث المحافظة على النظام العام والمرافق العامة، من خلال البحث في خصائص النظام العام في مجال الضبط الإداري، والبحث في شروط إعلان حالة الظروف الاستثنائية وأنظمتها من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول : خصائص النظام العام في مجال الضبط الإداري

إن فكرة النظام العام في مجال الضبط الإداري تتسم بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن فكرة النظام العام في المجالات الأخرى، وفي نفس الوقت تميزها عن غيرها من الأفكار الأخرى المشابهة لها كالمصلحة أو الخير المشترك للجميع وتتمثل خصائص النظام العام في مجال الضبط الإداري في الآتي:

فكرة مرنة ونسبية قابلة للتطور بتطور المجتمع.

ويعبر عن الحلول الآمرة في النظام القانوني ويتصف بالعمومية.

¹ - د. محمد الوكيل -حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري دراسة مقارنة -دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2003 م- ص 80.

² - يامة إبراهيم، لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015 م، ص 87.

ينتمي إلى نطاق التفسير القضائي.

يعتبر وسيلة لحماية الحرية¹.

ويتوجب أن يكون إجراء الضبط الإداري بالقدر الكافي لمواجهة هذه الظروف وتخضع في ذلك لرقابة القضاء للتأكد من مشروعية هذا الإجراء².

ومما سبق نستنتج أن خصائص النظام العام في مجال الضبط الإداري تنحصر في أن تكون قابلة للتطبيق من حيث المرونة على أن تتصف بصفة العمومية وتطبق على الجميع بحيث لا تتعارض مع حق الإنسان في الحرية وإبداء الرأي والتعبير، وأن تكون قابلة للتطبيق بنطاق ضيق يتناسب مع الظروف الغير عادية بحيث يكون محدود بتلك الحالة دون أن يتعداها لغيرها.

المطلب الثاني : شروط إعلان حالة الظروف الاستثنائية وأنظمتها

يتوجب لإعلان حالة الظروف الاستثنائية وأنظمتها شروطاً عديدة لعل من أهمها يكمن في وجود ظرف استثنائي، يحقق المصلحة العامة، تعجز القواعد القانونية العادية من معالجته على أن تتناسب تلك الإجراءات الاستثنائية المتخذة من قبل الجهات المختصة مع ظرف الاستثنائي الحاصل، وأن تنتهي بانتهائه. وفيما يلي عرض لهذه الشروط:

الشرط الأول: وجود ظرف استثنائي:

يتوجب وجود أو تحقق الظروف الاستثنائية لكي تمارس الدولة نشاطها الاستثنائي، أي لا بد من أن تكون ظروف الزمان والمكان متسمة بالطابع الاستثنائي الحقيقي³. ويعني وجود ظرف استثنائي بروز حالات واقعية غير عادية مثل: حالة الحرب، أو الكارثة الطبيعية، أو الفتنة الاجتماعية المؤدية إلى اندلاع حرب أهلية. ومثل هذه المخاطر الداهية هو الذي يكون مسوغاً للدول في أن تخالف قواعد المشروعية العادية⁴ وتتمثل عناصر الظرف الاستثنائي في الآتي:

قيام حالة شاذة غير مألوفة.

عدم قدرة الدولة على مواجهة الظرف الاستثنائي بالظروف العادية.

¹ - يامة إبراهيم، لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، مرجع سابق، ص 92.

² - أ.د. علي هادي حميدي الشكراوي، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء (دراسة مقارنة) مرجع سابق، ص 42:38.

³ - د. محي الدين القيسي - القانون الإداري العام - المرجع السابق ص 189.

⁴ - د. فوزت فرحات: القانون الإداري - الكتاب الأول - مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ط 1، 2004 م - ص 161.

تعرض المصلحة العامة للخطر¹.

ويذكر البعض أن هذا الظرف الاستثنائي يتمثل بوجود تهديد بخطر موجه ضد الدولة وهو أهم الشروط اللازمة لقيام هذه النظرية وهذا الخطر الذي قد يكون داخلياً كالكوارت الطبيعية الاقتصادية أو العصيان المسلح والمظاهرات غير المسلحة، وقد يكون خارجياً كالحروب ويستقر الفقه على وجوب توافر وصفين في هذا الخطر وهما الجسامة والحلول وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الخطر يكون جسيماً إذا كان من غير الممكن دفعه بالوسائل القانونية العادية فإذا أمكن دفعه بهذه الوسائل لا يعد جسيماً، أما بالنسبة لصفة الحلول فإن الخطر الحال يعني أن تبلغ الأحداث أو الظروف حداً تؤدي معه حالاً ومباشرة إلى المساس بالمصلحة موضوع الحماية، ما يعني وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة². فإذا تذرعت الدولة بوجود ظرف استثنائي غير مؤكد حدوثه، فإن أعمالها المستندة إلى وجود هذا الظرف تكون غير مشروعة. ويكون على القضاء مهمة التحقق من وجود الظرف الاستثنائي، ومن ثم اعتبار أعمال وقرارات الدولة مشروعة أم غير مشروعة³.

على الرغم من أن الظروف الاستثنائية توسع صلاحيات السلطات الممنوحة للدولة، إلا أنه لا يجوز عدم إخضاع أي عمل إداري يجري في ظلها لرقابة القضاء. فالقاضي يراقب للتأكد من أن الدولة في حالة الظروف الاستثنائية فعلاً، وأن هذه الظروف قد منعتها من التقييد بأحكام الشرعية العادية، وأن ما اتخذته من تدابير كان لتحقيق المصلحة العامة ولم تتجاوز الفترة التي اعتبرت ظرفاً استثنائياً⁴ ويترتب على رقابة القضاء النتائج الآتية:

إبطال القرارات.

التعويض عن القرارات.

إبطال القرار والتعويض عنه⁵.

¹- تونصير إبراهيم، تشريعات الضرورة (دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري)، مرجع سابق، ص15.

²- د/ أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (14)، العدد (8)، أيلول 2007 م، ص 243-244.

³- مازن ليلو راضي القانون الإداري، دراسة الأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن، دار قنديل، عمان، الأردن، 2005 م، ص 52.

⁴- د. يوسف سعد الله الخوري - القانون الإداري العام - الجزء الأول - تنظيم إداري وعقود إدارية - المرجع السابق - ص 276-277.

⁵- د. يوسف سعد الله الخوري - المرجع نفسه - ص 277.

الشرط الثاني: أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة

إن شرط المصلحة العامة هو شرط جوهري في كل الأقاليم التي تصدر عن الدولة سواء أكانت الظروف عادية أم استثنائية وأن أي عمل تتخذه الدولة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق أغراض شخصية. وإن الدولة يجب أن تهدف إلى دفع هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة وهذا هو الهدف الخاص فإذا ما أخلت الدولة واستعملت سلطتها الواسعة في أي هدف آخر من أهداف المصلحة العامة كان تصرفها مشوباً بانحراف السلطة¹.

الشرط الثالث: عجز القواعد القانونية العادية عن معالجة الظرف الاستثنائي

إن هذا الشرط يعني بأنه إذا ما حدث ظرف استثنائي وكانت هناك قواعد قانونية أو دستورية قادرة على مواجهة هذا الظرف فإنه ينبغي اللجوء إلى هذه القاعدة أما إذا لم تكن هناك نصوص قانونية قادرة على مواجهة هذا الظرف ففي هذه الحالة يجب اللجوء إلى نظام قانوني استثنائي لتفادي هذا الظرف على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء الإداري وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في عام 1958 حين أكد على أنه إذا كان الموقف الاجتماعي أو الاقتصادي الناتج عن الحرب التي كانت دائرة في الهند الصينية بأن السلطات والوسائل التي يملكها الحاكم بموجب القوانين القائمة تكفي لمواجهة متطلبات هذا الموقف دون حاجة إلى أن يتجاوز نطاق اختصاصاته المقررة في هذه القوانين، وعلى هذا الأساس فإن التصرف أو الإجراء الصادر لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي يجب أن يكون مما تقتضيه الضرورة القصوى وفي حدودها، أي أن الضرورة تقدر بقدرها فإذا ما تجاوزت الدولة لهذا القدر فإنها تعرض نفسها للمساءلة وتكون قراراتها عرضة للطعن أمام القضاء بالإلغاء أو التعويض².

وهناك عدة صور لعجز سلطات الدولة المختصة عن مواجهة الظروف الاستثنائية بالوسائل القانونية العادية، هي:

عدم وجود تنظيم قانوني يضبط التعامل مع نتائج الظرف الاستثنائي، لذا يرخص القضاء للدولة بإيجاد اختصاصات إضافية لمواجهة المخاطر الناجمة عن ذلك الظرف، كما جاء في مضمون حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 14 نيسان - أبريل 1962.

¹- د. / أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 243-245.

²- د. / أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 244.

وجود تنظيم قانوني غير كاف لمواجهة الظروف الاستثنائية، لذا منح القضاء الإدارة حق مواجهة تلك الظروف بالوسائل المناسبة، كما جاء في مضمون حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية دلونت وسن مارتن الصادر في 6 / 8 / 1915.

وجود تنظيم قانوني، إلا أن تمسك الدولة به يؤدي إلى عدم مقدرتها على مواجهة الظروف الاستثنائية، مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام وسير المرافق العامة، لذا يرخّص القضاء للدولة بمخالفة قواعد الشرعية العادية لتتمكن من تأمين النظام العام¹.

وهكذا يكون بهدف المحافظة على سير المرافق العامة أو حماية الأمن العام، تضطر الدولة في بعض الحالات إلى الخروج على قواعد المشروعية العادية. ففي قضية رودس Rodés، عد ثورة البركان بمثابة ظرفاً استثنائياً دفعت محافظ مقاطعة كوديلوب Gudeloupe الفرنسية الواقعة فيما وراء البحار، إلى اتخاذ قرارات مختلفة كقرار إخلاء المنطقة الخطرة، والمنع من الإبحار أو التجول من دون إذن خاص، وهي القرارات التي ليس له صلاحية اتخاذها في الظروف العادية ولكن ضرورة حماية الأمن العام أسبغت عليه مشروعية خاصة².

الشرط الرابع: تناسب الإجراءات المتخذة مع الظرف الاستثنائي الذي تواجهه الدولة

يتوجب على الدولة استخدام الوسائل والإجراءات ما يتناسب مع القدر اللازم لمجابهة الظرف الاستثنائي. فإذا اشتطت في استخدام سلطتها بما يزيد عن القدر اللازم للتغلب على الظرف الاستثنائي، فإن أعمالها ستكون غير مشروعة في هذه الحالة³. وأن الضرورة تقدر بقدرها، ومن ثم لا يمكن التضحية بمصالح الأفراد من أجل تحقيق المصلحة العامة إلا بقدر ما تمليه الضرورة، وبالتالي يكون تصرف الدولة محكوم بالقدر الذي يمليه الظرف. فعلى سبيل المثال تكون قرارات الدولة بالاستيلاء على أملاك الأفراد مشروعة، بالرغم من عدم محاولة الدولة الحصول على موافقة صاحب الشأن ودياً قبل اتخاذها لقرارات الاستيلاء. ومن أمثلة عدم التناسب بين الإجراءات المتخذة والظرف الاستثنائي، ما جاء في الحكم Canal، إذ صدر مرسوم جمهوري قضى بإنشاء محكمة عسكرية مهمتها محاكمة الضباط الذين أعدوا للقيام بانقلاب في الجزائر، ومحاكمتهم محكمة عاجلة من دون مراعاة حقوق الدفاع وضماناته الأساسية. وقد أبطل مجلس الدولة الفرنسي هذا المرسوم بعد أن تثبت من أن الظروف الاستثنائية التي كانت

¹ - علي صاحب جاسم الشريفي - القيود على الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في العراق والرقابة القضائية عليها - مرجع السابق - ص 21-22.

² - د. فوزت فرحات: المرجع السابق - ص 161.

³ - مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 53.

سائدة في تلك الحقبة لم تكن تستدعي مثل هذه الانتهاكات الصارخة للقانون الجزائي الفرنسي¹.

الشرط الخامس: ارتباط سلطة الدولة الاستثنائية بوجود الظرف الاستثنائي

ترتبط سلطة الدولة الاستثنائية بوجود الظرف الاستثنائي المتمثل بمصدر الخطر وتنتفي بانتفائه، لتخضع سلطة الدولة لقواعد المشروعية العادية، لأنه لا يجوز لها الاستمرار في ممارسة الصلاحيات المقررة للظروف الاستثنائية في هذه الحالة².

ومن ثم يتوجب أن تكون ممارسة السلطة للوسائل الاستثنائية محددة بالمدة التي يوجد فيها الظرف الاستثنائي بحيث ترجع الدولة لممارسة سلطاتها العادية إذا ما مرت هذه المدة³. وبذلك يبطل العمل بالتدابير المتخذة في ظل حالة الطوارئ ويلغى كل استناد لها أو التمسك بأي قيمة قانونية لها⁴.

الخاتمة

أولاً: النتائج.

إن نظام الظروف الاستثنائية هو من الأنظمة القانونية الخاضعة لمبدأ سيادة القانون فهو غير خاضع لأهواء واعتبارات أخرى حيث أنه يفرض بصفة الاستثناء عندما تكون هناك ظروف استثنائية تهدد أمن وسلامة الدولة ووجودها وكيانها فهو من الأنظمة الدقيقة التي لا يمكن اللجوء إليه إلا في حدود ضيقة فأبرز سمات حالات الاستثناء هي الصفة المؤقتة وفقاً لما تقتضيه الحاجة لمواجهة ظروف طارئة وغير عادية تهدد الدولة.

إن بحثنا في هذه النظرية أدى إلى نتائج مهمة نذكر منها اعتبارها أساس قانوني للصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، وهذه النتيجة المهمة أتت من الفقه والمحاكم المختصة والدساتير المتعلقة بهذه السلطات المذكورة، ولكن يجب أن نذكر بأنه لم يتم أخذ موقف محدد يتعلق بهذه النظرية من قبل الفقه والمحاكم القضائية في بعض الدول، التي لا تأخذ هذه النظرية

¹- د. فوزت فرحات: المرجع السابق -ص 161-162.

²- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 54.

³- د. محي الدين القيسي -القانون الإداري العام -المرجع السابق ص 190.

⁴- د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ -حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1966 م-ص 270-271.

بعين الاعتبار وتعتبرها حالة غير مرغوب بها ولم تشر إليها في أي من قراراتها أو قوانينها إلا في حالات خاصة وقليلة جداً.

إن من أهم الشروط التي يجب تطبيقها على حالات الطوارئ هو عدم وجود طريقة أخرى لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تهدد سلامة الدول بحيث تكون القوانين والتشريعات الداخلية غير كافية لوحدها لمواجهة تلك الظروف كما أن فرض حالة الطوارئ لا يكون إلا بموجب قوانين وتشريعات تصدر من السلطة العامة في الدولة بشرط خضوعه لرقابة الجهات البرلمانية.

ثانياً: التوصيات.

صياغة أسباب إعلان حالة الطوارئ في قوالب لغوية محددة المعنى، بحيث لا تحتل التأويل أو التفسير الذي يترك للسلطة التنفيذية ابتداء أسباب جديدة منها. تحديد صلاحيات السلطة القائمة على حالة الطوارئ المحددة بموجب قانون الطوارئ وحصر وظيفتها على ما هو ضروري لمجابهة الظرف الطارئ والعودة بالأمور إلى ما كانت عليه قبل حدوثه.

لأبد من النص صراحة في قانون الطوارئ على وجوب موافقة السلطة التنفيذية والتشريعية معاً على قرار إعلان حالة الطوارئ وعدم حصرها بالسلطة التنفيذية فحسب لما لنفاذ قانون الطوارئ أثره الواضح على حقوق وحريات الأفراد وكون أن السلطة التشريعية هي ممثلة الشعب في وضع القوانين التي تخدم الأفراد والصالح العام.

الطرق البديلة لحل المنازعات

التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات Electronic arbitration as a means of resolving disputes

الدكتور ياسر احمد العجلوني
متخصص في التحكيم
yajloni@yahoo.com

الملخص:

توجهت الضرورة الفكرية والعملية الى إيجاد وتسخير واختراع تقنيات توازي وتساهي وتحاكي النهضة الالكترونية الرقمية لمواكبة عولمة الاقتصاد الحر , بعد أن خلقت التجارات الرقمية البينية العديد من الإشكاليات التي بدورها تختلف عن الإشكالات التقليدية لعدة اعتبارات , فكان لابد من توفير وسيلة لفض النزاع وبادوات مقاربة للشكل التجاري الحديث تناسب رغبة وطموح سلسلة الممارسات التجارية ولاسيما العالمية.

وكون طرق ووسائل فض المنازعات الناتجة عن التجارة الالكترونية لا ترضى بطرق المعالجة التقليدية بالتقاضي أيضا التحكيم لا يليب الرغبة والجموح التجاري الذي لا يتوقف فكان لابد من إيجاد هذه الوسيلة وهي التحكيم الإلكتروني الذي يعتبر امتدادا طبيعيا وحقيقيا للتحكيم التقليدي ويهدف الى خدمة التجارة العالمية وتحديدًا الالكترونية لما يتميز به من خروج عن وسائل فض النزاع التقليدية , من السرعة , والسرية , وتقليل النفقات والبعد عن التدخلات المحلية للقوانين وتوظيف الوسائل الرقمية. الناتجة عن الثورة المعلوماتية والاتصالات.

ومع القصور التشريعي المتتابع في هذا الباب الا اننا امام مداخل ضيقة في التشريعات توظف في هذا المجال مع عدم الكفاية الا اننا بحاجة الى زخم تشريعي حقيقي يواكب هذه السرعة ويلاحق التطور الرقمي والتكنولوجي.

Abstract

As a result of the steady increase of business transactions through electronic means, it has become necessary to look for alternative ways and means to resolve disputes arising from electronic commerce.

This was the method is electronic arbitration, which is a natural extension of the real Arbitration traditional and aims to serve global trade and specifically Electronic what distinguished by its exit from the means of resolving the conflict traditional, speed, secrecy, and reduce costs and distance from the interventions of local laws.

Became Internet commerce is a booming trade and satisfactory to all and must be put legal rules to protect the dealers out of it accounted for at least 70% of the trade in general, so it is necessary to amend domestic legislation to be compatible with the legislation and international conventions.

الكلمات المفتاحية للدراسة:

التحكيم التقليدي , التحكيم الإلكتروني , فض النزاعات , قانون الانوسيتيرال

النموذجي للتحكيم , اتفاقية نيويورك.

المقدمة:

لاشك ان التجارة الرقمية أضحت نمطاً تجارياً هاماً في الاقتصادات العالمية وأصبحت المسيطرة على النمط التجاري التقليدي لأهمية هذا النوع والاسلوب المستخدم ولما يميزه هذا الاسلوب من السرعة وتقليل النفقات والمحافظة على الاسرار التجارية والصناعية. تشير التقارير الرسمية لمنظمة التجارة العالمية الى ان التطور السريع للتكنولوجيا الرقمية في الآونة الأخيرة لدية القدرة على تحويل التجارة الدولية بعمق في السنوات القادمة , وكما تشير هذه التقارير واورها تقرير لعام 2018 بأنه يدرس كيفية تأثير التقنيات الرقمية وخصوصا الانترنت والذكاء الصناعي على ما يتم تداوله عالميا وكيفية تكوين هذه التجارة لاسيما على البلدان النامية ⁽¹⁾. ومع أن لهذا النوع من المساوئ ما يثير الرعب ايضا لدى المتعاملين الا أنها اصبحت تشكل جزءاً كبيراً من التجارة العالمية , حيث وصل حجم السوق العالمية للتجارة الألكترونية الى 28 تريليون دولار امريكي وفق تقديرات منظمة التجارة العالمية وهو بزيادة واضحة عن الأعوام السابقة بنسبة 2% سنوياً.

وبالتالي فإن الخصومات التي تنشأ عن هذه الاستخدامات في التجارة الألكترونية تزداد بشكل واضح وكبير وتكون بشكل مختلف عن النزعات التقليدية وهذا النوع يحتاج الى طريق مختلف في الحسم عن الطريق التقليدي , لاسيما أن هذا النوع من التجارة يكون على مستوى عالمي ومازالت التشريعات قاصرة في مثل هذا النوع وجامدة أيضاً حتى المعدل منها حالياً ما زال يراوح مكانه وان تقدم فبطيء جداً على المستوى المحلي والدولي.

ونظراً للوصف المطلق على القضاء بأنه قضاء العلاقات المحطمة , ويوصف التحكيم بأنه قضاء العلاقات المتصلة ⁽²⁾ , فإني اسمي التحكيم الالكتروني بقضاء الفصل الرقمي المتجدد او قضاء التشابك الرقمي في فضاء الكون البشري.

ونظراً للتطور العالمي في هذا الاتجاه اي التحكيم الألكتروني في ظل وجود القاضي الافتراضي والمحكمة الألكترونية والمنظمة العالمية للملكية الفكرية , ومحكمة الفضاء (cyber Tribunal) ⁽³⁾ وغيرها , وتقصير التشريعات العربية ومن ضمنها الاردني في تناول التحكيم

¹ . https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr18_e.htm تم الرجوع الى تقرير

منظمة التجارة العالمية على هذا العنوان الرسمي بيوم 2018/1/3 الساعة 22.00 .

² . حيدر مدلول بدر عبد الله , الرقابة القضائية في المنازعات المتعلقة بالعقود الادراية , دراسة مقارنة , المركز العربي للنشر والتوزيع , 2017 , ص 12 .

³ . محكمة الانترنت , نشأت هذه المحكمة وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بجامعة مونتريال في عام 1996.

الألكتروني بجرءه. نسلط الضوء على هذا المعطيات ونقدم التوصيات والاقتراحات في هذا المضمار.

أهمية الدراسة :

يعتبر اتفاق التحكيم الألكتروني من الاهمية بمكان وزمان حتى غدا يمثل ثقل قانوني بأعتبره وسيلة مطلوبة لفض المنازعات بعيدا عن الطرق القانونية التقليدية من القضاء الى التحكيم التقليدي ، ولاسيما ما اصاب العالم من تطور تكنولوجيا هائل. لا بل اصبح هناك ما يسمى التحكيم الالكتروني المعجل (**Accelerated electronic arbitration**) نظرا لمتطلبات السرعة والتطور المتزايد.⁽¹⁾

وأضحى الوقت أهم عامل في التعامل الوجودي والتجاري من خلال المعاملات الألكترونية ، وبذلك ارتقت التحكيم الألكتروني الى الصدارة ، حيث يعتبر من اقوى وافضل الوسائل البديلة لفض المنازعات (**ADR**)⁽²⁾ ، وعليه سيم بحث التحكيم الالكتروني كاحد وسائل فض المنازعات في ضل قصور التشريعات ولاسيما التشريعات العربية.

إشكالية الدراسة :

على اعتبار وجود قصور في التشريعات العربية ومنها الأردني ندرس مدى إمكانية كفاية التشريعات الحالية لتسهيل التحكيم الالكتروني في ظل النص الحالي. وإمكانية تطوير النص لمواكبة انتشار التجارة الالكترونية حماية للاستثمار وأخيرا مدى إمكانية تنفيذ الحكم في التحكيم الالكتروني؟.

منهجية الدراسة :

قضت طبيعة هذه الدراسة الالتزام بالمنهج التحليلي المقارن (**Comparative Approach**) وهو منهج بحثي حديث ينطلق من تحليل الظواهر من قاعدة موضوعية حيث يعتمد على مقارنة الظاهرة او القاعدة او الحادثة المدروسة الحالية معالم ماثلة لها لاكتشاف العوامل التي تصاحب حدثاً معيناً، أو مقارنة في بعض المجالات الاقتصادية والسياسية والقانونية.⁽³⁾ وقد استعمل الباحث هذا المنهج ليقوم بمقارنة التشريعات المحلية مع الاجنبية وكذلك مع الاتفاقيات الدولية مع المراكز التحكيمية.

¹. محمد أبو الهيجاء ، التحكيم بواسطة الانترنت ، دار الثقافة ، الأردن ، 2002، ص 58 ، نقلا عن التحكيم عبر ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني ، توجان فيصل الشريدة ، ص 1096 .

². الوسائل البديلة لفض النزاعات (**ADR**) **Alternative Dispute Resolution** .

³. حسين أحمد علي فروان، قواعد إعداد البحث العلمي وأساليب مناهج التحليل، صنعاء، الجمهورية اليمنية 2009، ص 63 .

خطة الدراسة :

سيكون البحث في التحكيم الإلكتروني في القانون الاردني ضمن بحثين كمايلي :

المبحث الاول : ماهية التحكيم الإلكتروني من خلال مطلبين

المبحث الثاني :أجراءات التحكيم الإلكتروني من خلال مطلبين

المبحث الاول : ماهية التحكيم الإلكتروني

التحكيم الإلكتروني هو نتاج ثورة التكنولوجيا مع ما ترتب عليها من تغيير في سلوك الافراد والمؤسسات والدول عبر الفضاء الإلكتروني , ومع ما يوفره التحكيم الإلكتروني من مزايا فإنه لايمكن التعويل عليه في كل النزاعات القائمة ولا بد من تأطير هذا العقد الجديد وتنظيمه⁽¹⁾. وقبل هذا وذاك لابد من معرفة ماهية التحكيم الإلكتروني ومشروعيته في المطلب الاول ومن ثم ميزاته ومخاطره في المطلب الثاني.

المطلب الاول : تعريف التحكيم الإلكتروني ومشروعيته

يعتبر التحكيم الإلكتروني هو الصورة الاحداث لتطور التحكيم الكلاسيكي او التقليدي بمعنى أنه امتداد طبيعي للتحكيم التقليدي ولكنه يختلف في الشكل عن سابقه حتى انه يسمى التحكيم المعجل كاسم مختلف عمن قبله.

ونظرا لوجود قصور في تعريف التحكيم الإلكتروني من قبل جل التشريعات العالمية والعربية , فإنه لا بد من العودة الى تعريف التحكيم بشكل عام.

وكون هدف أي تعديل لاي تشريع هو تطهير البيئة التشريعية من أي شائبة قانونية مخالفة قد تؤدي الى عرقلة مسيرة التشريعات ووصولها الى الغاية النبيلة من هذا التشريع⁽²⁾ , كما ان الهدف الاخر هو مواكبة التطورات العالمية والحفاظ على البيئة الاجتماعية من دنس المخالفات وتمكين المجتمع من عدم فرض أي قيد ممكن من عولمة التشريعات , ومع ذلك لم ينهض قانون التحكيم الأردني المعدل رقم (2018/16) بما كان يعول عليه اثر التطور العلمي والتكنولوجي بعد قانون رقم (2001/31) والذي كان يلتحفه كثير من القصور في هذا المضمار -

¹ . رجاء نظام بني شمسه , الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني , دراسة مقارنة , رسالة ماستر , جامعة النجاح , 2009, ص 17 .

² .عبد الرحمان المصباحي , قراءة للقانون رقم 5.8.2007 المنظم للتحكيم والوساطة , المؤتمر الثاني لمحاکم العليا في الدول العربية , غير معروف السنة , ص 447

التحكيم الإلكتروني - كما انه لم يعرف التحكيم بعكس ما سبق أن أوضحه في قانونه السابق والأول رقم (1953/18)⁽¹⁾

ومع أن التشريعات كما ذكرت قصرت في تعريف التحكيم إلا أن الفقه استفاد في ذلك ونحن نميل الى هذا التعريف بأن اتفاق التحكيم هو " اتفاق الاشخاص (الطبيعية او الاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم (مشارطه) او محتمل (شرط) ناشئ عن عقد او دون عقد على فرد او على هيئة لاختيار الفرد او الافراد المحكمين وتنظيم عملية التحكيم أو افراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه خلال فترة زمنية معينة يحددها او يختارونها او يتكون تحديدها للقانون وفقاً لقواعد القانون (تحكيم بالقضاء) وفقاً لقواعد العدالة والأنصاف (تحكيم بالصلح) دون عرضه على قضاء الدولة , وذلك بقرار ملزم لهم ويرمي الى استمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم⁽²⁾.

وبطبيعة الحال فهذا هو المفهوم التقليدي للتحكيم والقانون الاردني المعدل رقم (2018/16) اخذ بهذا التعريف من خلال نصوص مواد القانون التي اوضحت ماهية التحكيم والمحكم .

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف من حيث الجوهر عن التحكيم التقليدي حيث يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه " التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الانترنت , وفق قواعد خاصة دون الحاجة الى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين⁽³⁾ " , وتعتبر الخالدي التحكيم الإلكتروني بأنه نظام قضائي كونه يكتسب حكم التحكيم حجية الامر المقضي به ولو كان قابل للاستئناف فيه امام القضاء العادي لأن الحجية تثبت للحكم ولو لم يكن نهائياً⁽⁴⁾. وإن كنا نتفق مع هذا التعريف إلا أننا نميل إلى عدم إصباغ التحكيم بالصبغة القضائية فهو برائينا مختلط.

ومن خلال التعريف يتضح لنا بأن التحكيم الإلكتروني يشمل على عدة عناصر ضرورية :

¹ . المادة (2) من قانون التحكيم الاردني رقم (1953/18) " وتعني عبارة (اتفاق التحكيم): الاتفاق الخطي المتضمن حالة الخلافات القائمة او المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم او المحكمين مذكوراً في الاتفاق ام لم يكن."

² . سيد احمد محمود احمد , مفهوم التحكيم , دار النهضة , الطبعة الاولى , 2003 , ص 4 .

³ . عصام عبد الفتاح مطر , التحكيم الإلكتروني , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2009 , ص 42 .

⁴ ايناس الخالدي , التحكيم الإلكتروني , دار النهضة , 2009 , ص 31

1. أن يكون النزاع الناشئ أو المحتمل وقع بسبب التجارة الإلكترونية ، وهذا ما ذهب اليه كثير من الفقه ، واخرج بذلك أي نزاع اخر لم يكن بسبب التجارة الإلكترونية. القانون الاردني للتحكيم رقم (2018/16) لم يتدخل في شكل النزاع عندما عرف هيئة التحكيم⁽¹⁾، الا انه عندما نص في المادة الثالثة على ما تسري عليه احكام هذا القانون⁽²⁾ حاول تدويل التحكيم من خلال مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة واعتد بمراعاة الاعراف التجارية عند تفسير هذا القانون ، وبالعودة الى اتفاقية نيويورك فانها تؤكد على انه يجوز الإحالة الى التحكيم أي نزاع قد ينشأ ويمكن تسويته بالتحكيم. كما أن القانون الاردني للمعاملات الإلكترونية اكد بتعريفه للاتفاق الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم أنعقاده بوسائل الكترونية كلياً او جزئياً.⁽³⁾

وبطبيعة الحال وحسب النصوص القانونية وتحديدًا الاردنية فيما ورد اعلاه فإن التحكيم الإلكتروني يكون لعقد الكتروني او غيره وهذا ايضا واضح في المادة الخامسة من قانون التحكيم الاردني بخصوص اختيار الاجراء الذي يلائم الطرفين⁽⁴⁾. مما يعني أن الهدف من اللجوء الى التحكيم هو السرعة ونظرا لاهمية الوقت في عصرنا الحالي فإن التحكيم الإلكتروني هو زيادة في السرعة حيث أن النزاع يقع بين المتخاصمين في عقد تجاري معين بدء من التعاقد المباشر واستمر في ظل المراسلات الإلكترونية ، او أن يكون عقد

¹ . المادة الثانية من قانون التحكيم الاردني رقم (16/2018) عرف هيئة التحكيم: الهيئة المشكلة من محكم واحد او اكثر للفصل في النزاع المحال الى التحكيم وفقا لاحكام هذا القانون.

² . قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 ، المادة الثالثة " يلغى نص المادة 3 من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي (أ)

مع مراعاة احكام الاتفاقيات النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي ، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية او غير عقدية . (ب) تراعى في تفسير احكام هذا القانون القواعد والمبادئ الأحوال جميعها بالاعراف التجارية " .

³ . الماد الثانية من قانون المعاملات الالكترونية رقم (2001/12) عرفت العقد الالكتروني: "الاتفاق الذي يتم أنعقاده بوسائل الكترونية، كلياً او جزئياً."

⁴ . المادة الخامسة من قانون التحكيم الاردني " في الاحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الاجراء الواجب الاتباع في مسالة معينة فإن ذلك يتضمن حقهما في الاذن للغير في اختيار هذا الاجراء، ويعتبر من الغير كل مؤسسة او مركز للتحكيم في المملكة او في خارجها "

الكثروني نشيء عن تعاقد مباشر في الاصل واستمرت اثاره الى العقد الجديد. او أن يكون هذا العقد في الاساس مباشر ورغب الطرفان في التعاقد مع هيئة تحكيم خارجية وبالتالي يجب أن لا نتقيد بمثل هذه القيود ما لم تكن مخالفة للقانون والنظام العام.

2. يجب أن يكون اتفاق بينهما.

وهذا تأكيد لمبدأ سلطان الارادة القائم على حرية الطرفين في اختيار الطريقة المناسبة لحل الخصومة بينهما , وكما يوضح الدكتور احمد سعيد الصاوي بأن التحكيم هو بناء قانوني مكون من ثلاث ارادات، ارادة المشرع في ترخيص اللجوء الى التحكيم (التقليدي، الالكثروني) كبديل عن القضاء، وارادة الاطراف في اللجوء الى التحكيم الالكثروني والاخيرة ارادة المحكمين في قبول مهمة التحكيم الالكثروني ⁽¹⁾، والتعبير عن الارادة تتم من خلال الوسائل الالكثرونية السابقة او اللاحقة، ويجب أن تتوافر في اتفاق التحكيم شرائط صحته الشكلية والموضوعية، وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون التحكيم الاردني⁽²⁾، والذي يملك التصرف في حقوقه هو الذي تتوافر فيه شرائط الصحة الشكلية والموضوعية من الاهلية والرضى والمحل. وكذلك الشروط الشكلية المتمثلة بالكتابة وهو الشرط الشكلي الأهم وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني.

ومع هذا تتشابه الشروط في تأكيد الروابط والقواعد الالكثرونية لتحديد هوية المتصل وهل هو صاحب حق في عقد الاتفاق ام لا ؟ وكذلك ما يميز العقد الالكثروني أنه اتفاق وعقد عن بعد أي أن هناك مسافة تفصل بين المتعاقدين⁽³⁾

وفي هذا المقام اميل الى أن هذا النوع من التحكيم وهو التحكيم الالكثروني يتم بوسيلة الكترونية ولكن ليس بالضرورة أن ينشأ العقد بطريقة الكترونية فيمكن أن يتم العقد وتنشأ اثاره الكترونيا او أن يتم فقط التحكيم الكترونيا. او يتم التحكيم الكترونيا بعد وقوع النزاع، وهذا ما

¹ . دعاء حرز الله ، اشكالية التحكيم الالكثروني والحلول المقترحة في القانون الاردني ، رسالة ماستر ، جامعة اليرموك ، 2010، ص 5 .

² . المادة (9) من قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) " اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء من الأشخاص الحكومية او الطبيعية الذين يتمتعون بالاهلية القانونية للتعاقد على ان يحيلوا الى التحكيم جميع او بعض النزاعات التي نشأت او تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية او غير تعاقدية . ب : ل يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح "

• محمد امين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الالكثروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006، ص 13 .³

ذهب اليه قانون المعاملات الإلكترونية رقم (2001/12) عندما عرف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً.

وهناك من ينظر الى العقد الإلكتروني أنه فقط ذو طابع تجاري وأنه ذو طابع دولي⁽¹⁾
المطلب الثاني : ميزات التحكيم الإلكتروني ونطاقه.

لاشك أن التحكيم الإلكتروني هو واقعة قانونية مستقرة ولا يعتبر طارئاً على القواعد القانونية، لاسيما أن كثير من الدول تستخدم هذا الأسلوب ومما لا شك فيه أننا ما زلنا نعاني ونتخوف من بعض المثالب فيما يتعلق بالأهلية والرضا وغيرها، مع أنه يتمتع بمزايا متعددة ومهمة ويعتبر ثورة عصرية لا يمكن الجمود عندها، لاسيما مع التطور التكنولوجي ونمو التجارة المتسارع للاستفادة من الاستثمار الخارجي والداخلي وعليه سنعرض ما هي أهم ميزات هذا النظام وعيوبه أو مخاطره.

أولاً: ميزات التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الإلكتروني في الوقت الحالي ذو أهمية بالغة لاسيما مع التطور التكنولوجي والعلمي، بالإضافة أنه يعتبر من ضمانات التجارة الدولية حالياً ومن أهم الميزات التي سنتحدث عنها. السرية، وتقليل النفقات، والسرعة، تجاوز التشريعات الداخلية. سهولة حفظ المعلومات والرجوع اليها.

1. السرية في التحكيم الإلكتروني

تعتبر السرية من أهم ميزات التحكيم الإلكتروني وما يذهب إليه أطراف النزاع من لجوئهم الى التحكيم الإلكتروني في عدم افشاء أسرارهم والاطلاع على أعمالهم وخلافاتهم لاسيما أن بعض الشركات الكبرى تفضل أن تخسر الدعوى أو القضية على أن يفصح سرها أو يكشف عن خلافها أو يعرف طريقة عملها.⁽²⁾

وتعتبر ذلك أقل خسارة من خسائرها فيما لو عرفت أسرارها الصناعية لاسيما المنافسين، ولأن الشركات الكبرى لاسيما صاحبة الأسرار التجارية والتي لا ترغب منافسيها الاطلاع ومعرفة أسرارها والطرق الفنية في اعداد المنتج وبالتالي الابتعاد عن المحاكم والعينية في اي ما يدخل بمنتجاتها⁽³⁾.

¹ . محمد امين الرومي ، مرجع سابق ، ص 13.

² . هند السيد الطوخي، التحكيم في عقود التجارة الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2010 ، ص 148.

³ . هند السيد الطوخي ، مرجع سابق ، ص 144 .

و ضمانة سرية المعلومات تبدوا اكثر وضوحا في التحكيم الالكتروني وذلك من خلال استخدام الوسائل الفنية في ادارة التحكيم الالكتروني من شأنها أن تجعل الوصول الى هذه الاحكام شبه مستحيل. وتقضي على حالات الاهمال المادي التي تؤدي الى الكشف عن مضمون بعض الاحكام.⁽¹⁾

ووفق التطور التكنولوجي المتسارع فإن امن وسرية المعلومات اصبح حالة في العالم المادي ولا سيما بعد وجود قرصنة وتهكير لبعض المواقع الرسمية للدولة. وهذه الحالة الإيجابية هي معنية بالحماية الحقيقية وفق أنظمة اتصالات وشركات دولية متخصصة يصعب بل يستحيل اختراقها كما هي البنوك وحساباتها.

وانا ادرج هذه الملحوظة للتاكيد انني مع امان وسرية التحكيم الالكتروني اكثر من التقليدي ومع عدم ادراجها في المعوقات لهذا التحكيم كما يرى البعض.

2. التقليل من النفقات في التحكيم الالكتروني

من مميزات التحكيم الالكتروني بالغة الأهمية التقليل من الوقت والجهد والكلفة الباهضة التي تستوجبها القضاء والتحكيم التقليدي.⁽²⁾ وهنا السبب في التقليل في النفقات هو استخدام الوسيلة الالكترونية في التحكيم الالكتروني، وكذلك اختصار الذهاب او الحضور المادي امام هيئة التحكيم، وكذلك الامر بالنسبة للشهود وحتى المحكمين، وهو حال بحال بالنسبة لتبادل الوثائق وارسال هذه الوثائق بالطرق الالكترونية.

مقارنةً مع القضاء العادي او التحكيم التقليدي وما يتطلبه من حضور مادي ورسوم ومصاريف واتعاب لاسيما اذا كانت القضية دولية.

كما أن طرق تسوية المنازعات على الأنترنت تقدم تخفيضات للنفقات كونها تقلل من التدخل البشري في التعامل مع النزاع وهي على سبيل المثال أنظمة تسوية النزعات الآلية، فالكمبيوتر يحسب قيمة التسوية بناء على إدعاءات الطرفين⁽³⁾.

3. السرعة في التحكيم الالكتروني

إن من أهم ما تحتاجه التجارة في هذا اليوم زيادة سرعة الإنتاج والمرونة والتيسير في الاجراءات، فهم لا يرغبون تجميد اموالهم من خلال الاجراءات الشكلية والعقيمة التي تقوم بها

¹ . بلال عبد المطلب بدوي ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية ،مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 2006 ، ص 85. ايناسالخالدي ، مرجع سابق ص 38.

² . فايز الكندري ، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 2000 ، ص 134 .

³ . O. Cachard , Electronic Arbitration ,the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2003, page 9.

بعض الدول فالانتقال لرأس المال يجب أن يكون سهل وسلس، وليس ادل على ذلك من إنتهاج معظم الدول التخليص عن بعد ومنها قانون الجمارك الاردنية الذي يسمح بالتخليص على البضائع قبل وصولها بأسبوع من ارسال المنافست الألكتروني واعتماده من اي بلد في العالم، وهذا دليل على اعتماد التجارة الألكترونية وفائدة السرعة فيها.

وهذا ما ساهم في أنتشار التحكيم الألكتروني، حيث لايلتزم اطراف النزاع بالانتقال والحضور المادي امام المحكمين او هيئة التحكيم، لابل يمكن لهم المشاركة في جلسات التحكيم من خلال الاتصالات الألكترونية والمحادثات الهاتفية⁽¹⁾. ويمكن للأطراف ارسال كميات مهولة من المعلومات الى أي طرف مهما بعدت المسافة وسرعة في اصدار الاحكام⁽²⁾ اي أن هناك بعد مكاني وتواجد زمني⁽³⁾.

كما أن التحكيم الألكتروني يكون قابل للتنفيذ دون أن يمر بمراحل التقاضي ودرجاته، وفي هذا النوع من التحكيم الألكتروني من يطلق عليه بعقود النقر، إشارة الى النقر على الفارة للتعبير عن الارادة وابرام العقد⁽⁴⁾.

ولا تعود سرعة الفصل في النزاع التي يتميز بها التحكيم الألكتروني فقط الى البيئة التي من خلالها تتم اجراءات التحكيم بل الى لوائح المراكز المنظمة له والتي تضع للمحكم سقفا زمنيا لحسم النزاع⁽⁵⁾ وفي هذا اخذ القانون الاردني في مادته (37) من قانون التحكيم الاردني⁽⁶⁾.

كما أن غالبية المنظمات التي تعمل في مثل هذا المضمار في تسوية المنازعات عبر وسائل غير قضائية لاسيما من خلال الأنترنت تؤكد على سرعة في الإجراءات دون أن يكون ذلك على

¹ . بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق ص 85

² . عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 58

³ . محمد امين الرومي، مرجع سابق، ص 13

⁴ . هند الطوخي السيد، مرجع سابق ص 137، " منقول من الدكتور محمد حسام محمود لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة، بدون دار نشر، 2002، ص 17.

⁵ . بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات في عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماستر، 2002، ص 26

⁶ . المادة (37) من قانون التحكيم الاردني "أ- على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم وفي جميع الاحوال يجوز أن تقر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على الا تزيد على ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك."

حساب النتيجة المتوخاه بطبيعة الحال ⁽¹⁾. لأن معظم المحكمين يعملون على مدار الساعة فالاسبوع دون وجود عطل او اجازات او أعياد حيث يتم التحكيم من خلال الحواسيب الخاصة وهذا يؤدي الى وقت اقل بكثير من الوقت العادي ⁽²⁾

4. تجاوز مشكلة التشريعات الداخلية في التحكيم الإلكتروني

هذا الامر هو اشكالية كانت تواجه عقود التجارة الدولية . ومع ذلك وفق رأي الفقه فأن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود دولية حتى لو تمت داخل البلد الواحد مع الاحتفاظ بحقوق العقد وطريقة تشكيله إذ أن العقد شريعة المتعاقدين، وفي عقود التحكيم وردت الحرية في الاتفاق على تطبيق القانون الذي يتفق عليه الفرقاء وفي هذا نصت المادة (36) من قانون التحكيم الاردني حيث اكدت أن القواعد القانونية المطبقة في النزاع هي القواعد المتفق عليها ⁽³⁾، وإذا لم يتفق الطرفان لهيئة التحكيم تطبق القواعد القانونية التي تراها الاكثر اتصالاً بالنزاع.

ومن هنا تبدوا أهمية التحكيم الإلكتروني حيث يعتبر الفضاء الإلكتروني إقليم قانوني خاص به لا يتعلق بالحدود الجغرافية مما يصعب توطين العلاقات القانونية التي يجري في اطارها اختصاص مكاني يحدد الجهات ⁽⁴⁾ اذ يكون اللجوء اليه امرا مجديا لحل مشكلة تنازع القوانين، فالمحكم يمكنه أن يطبق القانون الذي يتم الاتفاق عليه وليس ملزما كالقاضي بتطبيق قواعد تنازع القوانين

وبالتالي تعتبر ميزه تضاف الى التحكيم الإلكتروني مقارنةً بالقضاء في عدم اخضاع الخصومة الا للقانون المختار من قبل الخصوم ويمكن تركه للمحكمين ⁽⁵⁾.

¹ . O. Cachard , Electronic Arbitration ,the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2003, page 9.

² . سهام صديق , مجلة القانون والاعمال , الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني , العدد الأول , 2019 , جامعة الحسن الأول , المغرب , ص 6

³ . قانون التحكيم الاردني المادة 36- "أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

ب- إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع."

⁴ . سهام صديق , مجلة القانون والاعمال , الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني , مرجع سابق ص 6 .

⁵ . لزهري بن سعيد , التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر الجامعي , 2010 , ص 35 .

5. سهولة حفظ المعلومات والرجوع اليها

في البداية لابد من معرفة ان إحالة النزاع الى التحكيم الالكتروني يتم من خلال مراكز متخصصة على الاغلب وغير ذلك يكون التحكيم وفق افراد وهذا بطبيعة الحال لا يقاس عليه من حيث المجل بالميزات والمعوقات لانها حالات نادرة وفق التجارة الدولية وهذا ما يتم بالعادة للتحكيم الالكتروني.

وعليه لابد من الإحالة الى مركز او محكم عالمي يكون له موقع خاص على شبكة الانترنت ومرتبطة بسيرفرات او خوادم حافظة عالمية للحفاظ على امن وسرية المعلومات، ومن خلال هذه الصفحات يقدم المركز للخصوم رموز وأسماء كما هو البنوك وبطاقات الائتمان لسرية المعلومات والحفاظ عليها والاطلاع عليها وقت الحاجة.

حيث يكون للأطراف عرض نزاعهم ومستنداتهم ودفعوهم وحتى مناقشة الشهود وذلك بصلاحيات يحددها المركز بالاطلاع على المعلومات لكل طرف.

ثانياً : مخاطر التحكيم الإلكتروني

كما للتحكيم مزايا كثيرة فأن لها ايضا مثالب ومساوئ متعددة سواء كانت تقنية فنية ام قانونية نذكر منها :

1. السرية في التحكيم الإلكتروني

تعتبر السرية من اهم مزايا ومساوئ التحكيم الإلكتروني في ذات الوقت، فمن باب تعتبر من اهم ميزات التحكيم الإلكتروني وذلك للبعد عن تداول المستندات والتقليل من افشاء الاسرار التجارية والصناعية، الا أن التحكيم الإلكتروني يمكن اختراقه وقرصنة ملفاته، وهذا هو سبب زعر الاوساط التجارية، لاسيما ممن يعتمدون على المحافظة على اسرارهم التجارية والعلاقات السرية للعملاء ايضا فكثير ممن يعتمد الى عدم افشاء سره التجاري لابل لا يرغب بتسجيله وحمايته احيانا خوفا على طريقة عمله او مكونات منتجه.

الا أنهم كما ذكرنا متخوفين ممن يطلقون على أنفسهم القراصنة (Hackers) أو المخربين (Crackers) وهم اشخاص يجوبون الأنترنت ويعترضون المعلومات السرية خاصة منها، وبالتالي فأن التحكيم الإلكتروني مهدد بعدم السرية خاصة منها ما يخترق او يضعف حفظه وهذا من النودر الان كون الامن المعلوماتي ارتفع الى حد كبير وفق أنظمة الحماية العالمية، وبالتالي فأن التحكيم الإلكتروني مهدد بعدم السرية ايضا الى حد ما اذا ما اخترقات الحسابات الرسمية والأنظمة الفاعلة للامن المعلوماتي⁽¹⁾.

¹ .بوديسه كريم، مرجع سابق ص 29.

كما أن من مساوئ السرية أن يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من اهلية المتعاقد الآخر، وعدم معرفة المعلومات الأساسية عن المتعاقدين لاسيما أن الأطراف ترفض الكشف عن خصوصيتها⁽¹⁾.

2. عدم اتفاق التحكيم الإلكتروني مع التشريعات المحلية.

يعتبر التحكيم بشكل عام وسيلة استثمارية وضعت لصالح المستثمر الاجنبي، ويقصد بها أقصاء القانون المحلي لاسيما الدول النامية للنظر في منازعات عقود التنمية والاستثمار، وحتى لا يتعرض المستثمر الاجنبي والشركات العالمية التي تعتبر الطرف الاقوى للخضوع للقوانين المحلية وهو طوق نجاه للشركات العملاقة⁽²⁾.

كما أن التحكيم الإلكتروني يتعذر معه استيفاء الشروط الشكلية التقليدية تحديداً اوالموضوعية للقوانين المحلية ولا سيما عندما تشترط القوانين شكل معين او شرطاً معيناً كالكتابة او الشروط الموضوعية وتوافقها مع التحكيم الإلكتروني⁽³⁾.

وهذا لا يعني التباكي على الدول النامية والخوف من تطوير القوانين بما يتواءم مع الاتفاقيات الدولية وحركة التجارة العالمية والتطور التكنولوجي، بل هو نقطة ضعف في تشريعاتنا المتهالكة حسب رائينا، وهو ما حاول مشرعنا الاردني تفاديه من خلال التعديل الأخير للقانون رقم 2018/16 المعدل لقانون التحكيم حيث نصت المادة الثالثة المعدلة على ضرورة مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة التي بدورها شرعت التحكيم الالكتروني وعملت به ونظمتها ونظمت اجراءته من خلال المراكز الدولية المعتمدة والتي أوضحت أسس التحكيم واشكاله من خلال اعتمادات معينة لا يجوز مخالفتها كاصل عام الا ما توافق عليه الأطراف في غير ذلك على ان تراعي هذه الاتفاقيات النظام العام الداخلي حتى تنفيذ الحكم تحديداً وهي معضلة أخرى.⁽⁴⁾ وهو تطور يحسب للمشرع الأردني عن ما ورد في المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني

1 . محمد محمود جبران ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الالكترونية . رسالة ماستر ، جامعة الشرق الاوسط ، 2009 ، ص 49 .

2 . لزهرة بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 37 .

3 . بوديسه كريم ، مرجع سابق ، ص 36 .

4 . قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 ، المادة الثالثة " يلغى نص المادة 3 من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي (أ)

السابق⁽¹⁾ وهذا الذي اوضحته محكمة التمييز الاردنية في احد قراراتها⁽²⁾ . كما يحسب للمشرع الأردني بتعديله الأخير للمادة 27 بإضافة الفقرة الثانية التي تسمح صراحةً بالتحكيم الالكتروني من خلال هيئة التحكيم.⁽³⁾

وأخيراً فإن ما يمكن أن يذكر في المثالب الفنية التقنية للتحكيم هو ما يحسب له بذات الاتجاه من حسنات ومزايا. حيث أن بعض الفقهاء يرى ضرورة احكام الاقفال الالكترونية في مواجهة ما يطرىء من أخطاء فنية بحيث يمكن ان تمسح جميع المعلومات والوثائق وتفسد اتفاق التحكيم. ونحن بدورنا نرد على هذا الاتهام ان التكنولوجيا عالجت كل هذه المثالب بحيث يمكن الاحتفاظ بالوثائق الالكترونية من خلال مسجلات ورقية وماسحات ضوئية ووضعها في مخازن الكترونية يصعب العبث بها او تزويرها.

مع مراعاة احكام الاتفاقيات النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي , يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية او غير عقدية . (ب) تراعى في تفسير احكام هذا القانون القواعد والمبادئ الأحوال جميعها بالاعراف التجارية " .

1. المادة (3) من قانون التحكيم الأردني السابق رقم 31 لعام 2001 "تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت او غير عقدية."

2. قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/335 (هيئة خماسية) تاريخ 2004/7/5 منشورات مركز عدالة* اذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى أنه في حالة نشوب أي خلاف بينهما ناشيء عن تنفيذ اتفاقية التحكيم ولم يمكن حله أو التفاهم عليه بشكل ودي فإنه يتوجب أن يعرض هذا الخلاف والنزاع على محكمة التحكيم السويسريه ولما كانت المادة 12 / أ من قانون التحكيم الأردني رقم 31 / 2001 والتي نصت على ما يلي (على المحكمه التي يرفع اليها النزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن يحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى)، وحيث أن المدعى عليهم قد تمسكوا بإحالة النزاع إلى التحكيم فإن من واجب المحكمه أن تقضي برد الدعوى لوجود شرط تحكيم، أما عن القول بأن تخلي المحاكم الأردنيه عن صلاحية النظر في الدعاوى المعروضه عليها لصالح محكمة تحكيم أجنبيه فيه مخالفه للنظام العام، فإن المادة 27 من قانون التحكيم رقم 2000/31 النافذ المفعول قد أجازت لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، وعليه وفي ضوء هذا النص فإنه يجوز الإتفاق على أن يتم التحكيم في بلد أجنبي.

3. قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 ، المادة 27/ب : لهيئة التحكيم استخدام الوسائل الحديثة للاتصال للقيام بأي اجراء من إجراءات التحكيم "

المبحث الثاني: قواعد في اتفاق التحكيم الإلكتروني

كما تناولنا ماهية التحكيم ومميزاته وأنه يتم من خلال وسائل حديثة فالعقد الإلكتروني يتم عن بعد ولا يكون في مجلس حقيقي وإنما مجلس افتراضي ولا يتم بالطرق التقليدية. ومما لاشك فيه أن استخدام الوسائل الحديثة لها اثر قانوني على نتائج الاتفاق وبالتالي ضرورة الالتزام بالمعايير القانونية. وستتناول في هذا البحث شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني ومطابقته للنظام العام في المطلب الاول والثاني تنفيذ حكم التحكيم.

المطلب الاول : شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني والنظام العام

الفرع الأول : شروط الصحة

اتفاق التحكيم في صورتيه المشاركة للتحكيم وشرط التحكيم وهما أن يتم التحكيم بعد وقوع النزاع في الاولى وأن يتفق بداية على التحكيم في الثانية، لا بد من توافر شروط صحته الشكلية والموضوعية.

اولاً : الشروط الموضوعية

والشروط الموضوعية التي تناولتها الدراسة هي أهلية اطراف التحكيم، وتحقيق الرضا بين أطرافه، والمحل الموافق للنظام العام او الاداب ومشروعيته⁽¹⁾.

1. الأهلية

نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الاردني بأن اهلية التصرف في الحقوق هي اهلية الشخص الطبيعي أو الاعتباري⁽²⁾ وهذه الاهلية بطبيعة الحال لاطراف النزاع المتعاقدين وفي

1. عمر مشهور الجازي , اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الاردني رقم (2001/31) مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي 2003, العدد (22) ص 2 .

2 . قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) " المادة9- أ. اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف، سواء من الأشخاص الحكيمة أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية.

ب. لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

حال لم تتوفر هذه الاهلية فجزاء ذلك البطلان حسب ما ورد في قانون التحكيم الاردني⁽¹⁾ واتفاقية نيويورك للتحكيم⁽²⁾ التي اعتبرت ايضا الحكم باطل في حال عدم توافر الاهلية وتركت تحديد البطلان للمحكمة المختصة عند تنفيذ الحكم.

وأما المحكمين فيجب أن يتمتعوا بأهلية التصرف سندا لنص المادة (1/15) من قانون التحكيم الاردني⁽³⁾، مع أننا نذهب الى عدم ضرورة النظر الى اهلية المحكمين لا سيما أن المتنازعين أرتضوا ذلك وفي الاغلب يكون من خلال مراكز كبرى تحرص على سمعتها التجارية. وبطبيعة الحال فإن مسألة تحقق من الاهلية القانونية عبر وسائل الكترونية مسألة فنية دقيقة إذ أن المستخدمين لشبكات الأنترنت يعمدون الى عدم اظهار معلومات حقيقية من مبداء الخصوصية⁽⁴⁾، وبالتالي يجب عدم اعتماد مثل هذه المعاملات مالم تكن مصدقة من قبل جهات رسمية او حتى مراكز خاصة معتمدة لتصديق التوقييع الألكترونية او تعريف بأهلية الاطراف. علما بأن هناك شركات متخصصة بتصديق التوقييع وتأمين تدفق البيانات الحقيقية في العالم الافتراضي.

والمملكة الاردنية الهاشمية اخذت بهذه التصاديق واعتمدتها وذلك من خلال قانون المعاملات الألكترونية حسبما ورد في المواد (2,33,34)⁽⁵⁾ وهذا يوضح مدى التقدم ومواكبة

¹ . قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) المادة (2/49) لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية : اذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقداً للاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.

² . اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية , المادة الخامسة:(1) لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: (أ) أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعة له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

³ . قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) المادة 15- أ- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه او محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية او بجنحة مخلة بالشرف او بسبب شهر إفلاسه ولو رد اليه اعتباره.

⁴ . بوديسه كريم , مرجع سابق , ص 56.

⁵ . قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (2001/85)

التشريعات الاردنية مع التطور التكنولوجي، والخروج من مفهوم الخوف من التقدم العلمي والجرور على الدولة باعتبارها الطرف الاضعف.

2. الرضا

يقوم ركن التراضي على الايجاب والقبول بين المتعاقدين والاصل أن يتم الايجاب والقبول في المجلس الحقيقي وليس المجلس الافتراضي، وهنا تثير الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الارادة ونقلها في المجال الإلكتروني شكوكاً حول الاعتراف بالارادة المعبر عنها إلكترونياً⁽¹⁾.

فالتعبير عن الارادة في العقود الرضائية لا يخضع لشكل خارجي معين ولذا يصح أن يكون صريحاً أو ضمناً سواء بالقول أو عبر وسيلة اتصال كالهاتف أو بالكتابة باشكالها المختلفة والمتعددة⁽²⁾، ومنها الكتابة الإلكترونية عبر شهادة التوثيق الإلكتروني، وهذا ما اكد عليه القانون المدني الاردني في مادته (93) بقوله "التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة التراضي وبأخذ أي مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"⁽³⁾.

ومع ذلك كله الا أنه بأعتقادنا أنه لا بد من الايجاب والقبول الصريح والواضح، لأن التحكيم خروج عن القواعد العامة في التقاضي الى وسيلة استثنائية أخرى وهي التحكيم.

=

المادة الثانية "شهادة التوثيق: الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة او معتمدة لاثبات نسبة توقيع الكتروني الى شخص معين استناداً الى اجراءات توثيق معتمدة"

المادة (33) "يعتبر السجل الالكتروني او أي جزء منه يحمل توقيعاً الكترونياً موثقاً سجلاً موثقاً بكامله او فيما يتعلق بذلك الجزء، حسب واقع الحال، اذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة ومطابقته مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة."

المادة 34- "تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية:-أ- صادرة عن جهة مرخصة او معتمدة.

ب- صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة اخرى ومعتزف بها. ج- صادرة عن دائرة حكومية او مؤسسة او هيئة مفوضة قانوناً بذلك. د- صادرة عن جهة وافق اطراف المعاملة على اعتمادها."

¹ . نور الهدى مرزوق ، التراضي في العقود الالكترونية ، رسالة ماستر ، جامعة مولود معمري ، الجزائر 2012 ، ص 8.

² . أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، منشورات الجامعة الاردنية ، 1987 ، الطبعة الاولى ، ص 46.

³ . القانون المدني الاردني رقم (1976/43) المادة (93) كما وردت اعلاه .

3. المحل

مما لاشك فيه وحسب القواعد العامة أن لكل عقد والالتزام محل معيناً أو قابل للتعيين، ممكناً أو موجوداً، وأن يكون قابل للتعامل فيه أي أن يكون مشروعاً⁽¹⁾.

وحتى نخرج من التزيد أو اللغو فإن المشرع أفصح عن شروط المحل، وأهم هذه الشروط هو أن يكون محل العقد قابل للتعامل فيه أي أن يكون مشروعاً غير مخالف للقانون أو النظام العام والاداب العامة والا كان باطلاً.

وتفرق المحاكم في فرنسا بين قواعد النظام العام الداخلي والدولي فيجوز في فرنسا مخالفة قواعد النظام العام الداخلي إذا كانت المسألة متعلقة بعقد دولي⁽²⁾، ونحن نميل الى هذا الرأي لاستقرار التجارة.

وبطبيعة الحال يقصد بمحل اتفاق التحكيم (عقد التحكيم) هو تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته والذي يرتبط وجوده بوجودها⁽³⁾.

وفي القانون الاردني أكد على القواعد العامة وعدم مخالفتها من خلال القانون المدني كما اسلفنا، وذهب ايضا الى أن شرط التحكيم يعتبر مستقلاً عن شروط العقد الاخرى وفي حال بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه لا يترتب أثر على شرط التحكيم إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته⁽⁴⁾، وعلق نفس القانون اي قانون التحكيم الاردني أنه لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح بمعنى آخر أن محل التحكيم هو ذاته محل الصلح، اذا ما يجوز به الصلح يجوز به التحكيم والعكس صحيح . وخير فعل عندما نص على ذلك صراحة.

¹ . المواد (163-157) من القانون المدني الاردني رقم (1976/43)

² . سمير برهان ، ندوة صياغة وأبرام عقود التجارة الدولية ، مصر (25-29 / ديسمبر 2007) ص 7 .

³ . داميه شهيبو ، اتفاق التحكيم وشروط صحته ، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون ، تاريخ النشر 24 /جنبر 2011، ص 5 .

⁴ . مادة (22) من قانون التحكيم الاردني " بعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته."

كما أن المشرع أحال الى قاضي الموضوع من خلال المحكمة المختصة أن تنظر من تلقاء نفسها ببطالان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو اذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لايجوز فيها التحكيم⁽¹⁾.

وهنا تبرز اهمية المحل في التحكيم وضرورة الانتباه الى المحل كركن اساسي للتحكيم من خلال المحكمة المختصة. ولكن التساؤل يبقى في حال أن المحل محتمل الوجود وهذا مهم جدا لأن الغرر قد يكون موجوداً.

القانون المدني الاردني في المادة (1/160) نص "يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا أنتفى الغرر" والغرر هو عدم القدرة على التسليم⁽²⁾.

وبالتالي لابد من وصف المنتج أو الخدمة بشكل دقيق وأن يكون التسليم ممكناً وصحيحاً و من جهة معلومة، وهذا خوفاً من الدعايات والشركات المضللة والخداعة، والا اصبح المحل غير موجود بعدم وجود الطرف الاخر.

ثانياً : الشروط الشكلية

كما هي الشروط الموضوعية ذات اهمية بالغة، فقد أكدت معظم التشريعات إن لم تكن كلها على أهمية إفراغ الشروط الشكلية في قالب معين اهمية ايضا. ولذلك لابد من دراسة هذه الشروط لما لها من آثار قانونية في بطلان الاتفاق أو اللجوء الى القضاء وهنا تنثور الاشكالية في التحكيم الإلكتروني في الالتزام والقدرة على مثل هذه الاشكاليات المطلوبة.

ونظرا لعدم وجود نص قانوني صريح يخص التحكيم الإلكتروني فأنا نعود الى القواعد العامة والخاصة والدولية في التعاملات الإلكترونية لنسقطها على التحكيم الإلكتروني، وأهم هذه الشروط الشكلية هي شرط الكتابة.

شرط الكتابة في التحكيم الإلكتروني

إن الشرط الشكلي المتمثل في الكتابة شرط رئيسي مهم في التحكيم التقليدي، ويزداد أهمية الكتابة في التحكيم في النص عليه في التشريعات والاتفاقيات الدولية، وبدونه يفقد

¹ . مادة (49/ب) من قانون التحكيم الاردني " تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطالان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة او اذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها".

² . أنور سلطان مرجع سابق ، ص 96

التحكيم كل مقوماته ومبرراته ووجوده، كما ويسترد أطراف العلاقة التعاقدية حق اللجوء الى القضاء في الدولة لفض منازعاتهم⁽¹⁾

وقد نص المشرع الاردني صراحة بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً⁽²⁾، وهو نفس الامر الذي قرره محكمة التمييز الاردنية حين قضت بأن التحكيم لا يكون الا باتفاق خطي بين الفريقين المتنازعين⁽³⁾ وبذلك قطعت المادة الامر بعدم قبول غير الكتابة كشكل لاتفاق التحكيم وهذا ايضا ما اكدته المادة الثانية من اتفاقية نيويورك⁽⁴⁾، والمادة السابعة من قانون الانوسيترال⁽⁵⁾.

وقد كان القانون الاردني للتحكيم على قدر من المرونة من خلال اعتبار أن اتفاق التحكيم يكون مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان او اذا تضمنته ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طرق الفاكس أو التلكس أو غيرهما من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق.

وهذه المرونة تعني فتح الباب أمام الكتابة الألكترونية واعتماد التوقيع الألكتروني، وأن لا يوقع جميع الأطراف على نفس الوثيقة أو أن يقوموا بالتوقيع عليها في نفس الوقت⁽⁶⁾.

كما جاء في اتفاقية نيويورك حيث نصت في الفقرة الثانية من المادة الثانية من الاتفاقية بأن التحكيم المقبول هو الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات، وهو نفس ما

1. ابراهيم صبري الارناؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والاربعون 2012، ص 124.

2. المادة (10) من قانون التحكيم الاردني تنص "أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً".

3. قرار محكمة التمييز رقم (85/217) سنة 1986، برنامج عدالة. "يتم التحكيم باتفاق خطي بين الفريقين المتنازعين".

4. المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية "يقصد باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه 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".

5. الانوسيترال "هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظومة الامم المتحدة في مجال القانون التجاري، وهي متخصصة في مجال اصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي، ومنه هيئة مختصة بالتحكيم وتنص في قانونها في المادة السابعة "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً".

6. عمر مشهور الجازي، مرجع سابق، ص 4

ورد في قانون الانوسيترال في مادته السابعة في الفقرة الثانية ⁽¹⁾ باعتبار اي وثيقة موقعه من الطرفين او حتى في حال تبادل الرسائل او غيرها وسائل سلكية او لاسلكية تعتبر سجل للاتفاق. وأما بشأن التحكيم الإلكتروني وأعتماذ الكتابة بالطريقة المتعارف عليها وهل هي منتجة لاثارها فأن قانون اليونسيترال للمعاملات الإلكترونية ⁽²⁾ اكد أنه عندما يشترط أن تكون المعاملات مكتوبة فأن المعاملات الإلكترونية تستوفي شرط الكتابة اذا تيسر الاطلاع على البيانات الوارد فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقا، وقد احوال قانون المعاملات الإلكترونية الاردني في مادته الثالثة عند تطبيق احكامه مرعاة العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ⁽³⁾ كما اكدت بأن السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للاثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب احكام التشريعات النافذة من حيث الزامها واطرافها او صلاحيتها بالاثبات، ولا يجوز اغفال هذه الاثار لكونها تمت بوسائل الكترونية ⁽⁴⁾، وأن تستوفي الشروط اللازمة المطلوبة في المادة الثامنة من نفس القانون ⁽⁵⁾.

¹ . المادة السابعة من الانوسيترال ، " يعتبر الاتفاق مكتوبا اذا ورد في وثيقة موقعه من الطرفين او حتى في حال تبادل الرسائل او تلكسات او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق....."

² . مادة (6 / 1) من قانون الانوسيترال للمعاملات الإلكترونية " عندما يشترط القانون أن يكون المعاملات مكتوبة فأن المعاملات الإلكترونية تستوفي شرط الكتابة اذا تيسر الاطلاع على البيانات الوارد فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقا "

³ . قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (2001/85) المادة (3 / ب) " يراعى عند تطبيق احكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها."

⁴ . قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (2001/85) " المادة 7- أ- يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للاثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب احكام التشريعات النافذة من حيث الزامها لاطرافها او صلاحيتها في الاثبات. ب- لا يجوز اغفال الاثر القانوني لاي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها اجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها

مع احكام هذا القانون ."

⁵ . قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (2001/85) " المادة 8- أ- يستمد السجل الإلكتروني اثره القانوني ويكون له صفة النسخة الاصلية اذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية:- 1- أن تكون المعلومات

=

وعليه ومن خلال التحليل فإن الكتابة الإلكترونية هي مقره من قبل التشريعات الاردنية والعالمية ومطابقة للكتابة التقليدية ولاسيما أن الكتابة بداية لم تشترط أن تتم على ورق. والمهم أن تقوم هذه الكتابة بوظيفتها المقصودة في الاثبات⁽¹⁾. وبشرط أيضاً أن تكون مكتوبة بشكل واضح ومقروء للتدليل على الفعل القانوني⁽²⁾. لابل ذهب المشرع في اتفاقية نيويورك وفي قانون الانوسيترال للتحكيم والقانون الاردني بأشترط الكتابة اذا تضمنه مستند موقع من قبل الطرفين وفي هذا ايضا مرونة اكثر فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني بالاضافة الى الكتابة الإلكترونية، وهو ما اكدته المادة (3/13) من قانون الاثبات الاردني⁽³⁾.

الفرع الثاني : النظام العام

يعتبر الولوج في التحكيم الالكتروني ومخالفة النظام العام أمر في غاية الخطورة نتيجة التطور السريع للمفاهيم التجارية والثقة التجارية وكذلك الامر بالنسبة للنظام العام الذي يعتبر غير ثابت من مكان الى اخر ومن زمان الى اخر حتى انه قد يختلف من بداية الاتفاق على

=

الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن، في أي وقت، الرجوع اليها.2- امكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به أنشاؤه او ارساله او تسلمه او باي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند أنشائه او ارساله او تسلمه.3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشأه او يتسلمه وتاريخ ووقت ارساله وتسلمه.

ب- لا تطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل ارساله وتسلمه.

ج- يجوز للمنشئ او المرسل اليه اثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير."

¹. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ص 294.

². Overview on Online Arbitration and Procedures (Jordan as an Example) , Mostafa Al Ateyat , Ahmad Kh. Al Dhahir, Canadian Social Science, 2013page 82.

³. قانون البيانات رقم (1952/30) المادة (13) "1. تكون للرسائل قوة الاسناد العادية من حيث الاثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بارسالها. 2- وتكون البرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقفاً عليه من مرسلها.

3-أ- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني قوة السندات العادية في الاثبات.

ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل اليه حجة على كل منهما.

ج- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة او الموقعة قوة الاسناد العادية من حيث الاثبات ما لم يثبت من نسبت اليه أنه لم

يستخرجها او لم يكلف احدا باستخراجها.

التحكيم لحين تقديم قرار التحكيم للتنفيذ وبالتالي ضرورة الالتزام به من حيث المبدأ، وذلك لان مخالفة النظام العام يعني بالمحصلة إنهاء اتفاق التحكيم بعد تقديمه للتنفيذ⁽¹⁾

إن النظام العام كفكرة ترمي الى حماية المجتمع المحلي والاسس الجوهرية التي يقوم عليها⁽²⁾، واما الحماية الفردية فأنها تخرج من هذا المفهوم وهو الحماية الخاصة فلا تعتبر من قبيل النظام العام ولا يمكن حمايتها⁽³⁾ الا من قبل الافراد انفسهم برد هذا الاعتداء من خلال القضاء.

النظام العام لا يختلف بالوسيلة القانونية المستخدمة، بمعنى انه لا تغيير في أساسه سواء كانت طرق فض النزاع عادية كلاسيكية مثل القضاء او التحكيم العادي او كانت بالطرق الالكترونية لاسيما عند التنفيذ.

معظم التشريعات على وجه البسيطة اكدت على حماية النظام العام الدولي ومن ثم الداخلي ومنها ما تضمنته اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم على حماية النظام العام الداخلي لاي بلد ينفذ فيه قرار التحكيم⁽⁴⁾ باستثناء فرنسا كما اشرنا سالفاً في حال كان الخلاف دولياً - وهو ما تضمنه قانون الانسيترال في مادته (1/36/ب 2/) بأن المحكمة تقرر من تلقاء نفسها إذا رأت أن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة للدولة ومخالف للنظام العام⁽⁵⁾ وكذلك التشريعات العربية بمعظمها ومنها ما نصت عليه المادة (49/ب) من قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) بأن محكمة الاستئناف وهي المحكمة صاحبة الصلاحية سواء ما تم أو اجري ضمن اختصاصها التحكيم أو محكمة الاستئناف التي

¹. ياسر احمد العجلوني ، التحكيم والنظام العام في القانون الأردني ، مجلة المنارة للسياسات والدراسات القانونية ، العدد السابع، 2014، ص 120

². اياد بردان ، التحكيم والنظام العام " دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي، 2004، ص 391.

³. جلال محمد مهمول ، الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام ، موجود على الرابط <http://www.berradarz.ma/3adam-ikhtissass.pdf>، بتاريخ 2018/2/22، الساعة 14.15، ص 19.

⁴. المادة (2/5/ب) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 تنص على يمكن رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد.

⁵. الانسيترال " هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظومة الامم المتحدة في مجال القانون التجاري ، وهي متخصصة في مجال اصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي ، ومنه هيئة مختصة بالتحكيم وتنص في قانونها في المادة (1/36/ب 2/) على ضرورة عدم مخالفة قرار التحكيم للسياسة العامة للدولة المراد تطبيق حكم التحكيم فيها".

يتفق عليها الطرفان هي التي تنظر في دعوى البطلان من تلقاء نفسها فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة⁽¹⁾، ويمكن ان يتدخل النظام العام في مراحل التحكيم من بداية الاتفاق على التحكيم الى محل التحكيم مروراً بالاجراءات الى صدور القرار وتنفيذه⁽²⁾.

وامر مهم اخر ان عدم النص على مخالفة النظام العام في القوانين لايعني عدم الاخذ بهذه الأسباب في تلك القوانين للطعن في الحكم فالنظام العام عموماً احد الضوابط الأساسية في كافة التصرفات القانونية والاحكام القضائية والتحكيمية بحيث تؤدي مخالفته الى بطلان او ابطال التصرف او الطعن به وفق أي وسيلة أخرى متاحة قانوناً دون حاجة الى نص خاص به⁽³⁾.

والمحكم اصولاً يجب أن يتمتع بالاهلية وأن لا يكون محكوماً بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب اشهار افلاسه ولورد اليه اعتباره وأن يكون قبول المحكم المهمة التحكيم كتابة كأصلاً، وكذلك لايجوز للمحكم تجاوز مهمته المبينه في اتفاق التحكيم أو اصدار الحكم خارج الوقت المتفق عليه وهو من قبيل مخالفة المحكم للنظام العام⁽⁴⁾ والاهم من ذلك عدم جواز قبول المحكم الاتفاق التحكيمي اذا كان مخالفاً للنظام العام شأنه في ذلك المحكمة الوطنية التي تردها من تلقاء نفسها⁽⁵⁾، كون المحكم هو العنصر الاهم في منظومة المنازعات التحكيمية وله ماليس لغيره من السلطات المكانيّة والزمانية على المنازعة التحكيمية⁽⁶⁾.

ويشور التساؤل عن الوقت الذي تكون فيه مخالفة للنظام العام هل هو وقت الاتفاق ام وقت التنفيذ كون النظام العام مختلف ومتطور من الناحية الزمانية. المستشار محمد الديري يرى بأن مفهوم النظام العام الذي يتعين اخضاع حكم التحكيم له بوقت ممارسة الرقابة على الحكم وهي ذاتها القاعدة الماثلة لهذا المبدأ والتي تطبق على الاحكام الاجنبية والتي يطلق

¹ . المادة (49/ب) من قانون التحكيم الاردني رقم (2001/31) تنص على " تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو اذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم بها " .

² . اياد بردان ، مرجع سابق ، ص 8

³ حمزة حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، الجزء الأول ، 2007 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، فقرة 185 .

⁴ . حمزة حداد ، بطلان حكم التحكيم لمخالته النظام العام ، ملتقى مكة الثاني للتحكيم ، 2008 ، المعهد العربي للتسوية والتحكيم .

⁵ . ممدوح عبد الحميد ، انعام الدسوقي ، مرجع سابق ، ص 9 .

⁶ . محمد احمد شحاته ، التحكيم في الفقه والقانون المقارن ، المكتب الجامعي الحديث ، 2009 ، ص 35 .

عليها مبداء وقتية النظام العام وبالتالي يمكن ان يكون حكم التحكيم متوافقا مع النظام العام لحظة صدوره بينما يعتبر ضد النظام العام لحظة المطالبة بتنفيذه.⁽¹⁾

كما أن اطراف النزاع قد يتفقوا على اختيار قانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وهم على علم والمحكم بمخالفته النظام العام فهل يستطيع المحكم أن يغير هذا القانون؟. كما ذكرنا فإن على المحكم واجب في ضرورة احترام الانظمة القانونية التي سيتم تطبيقها على النزاع، ويفرض عليه اتفاق التحكيم إقامة التوازن بين مراعاة مصالح اطراف النزاع من ناحية ومراعاة مصالح المجتمع او المجتمعات التي قد تتأثر بنتيجة التحكيم، والمطلوب من المحكم هو بذل العناية اللازمة لحسن سير التحكيم وتنفيذ قراره.⁽²⁾

وفي هذا تذهب قواعد غرفة التجارة الدولية في ضرورة أن يتوخى مركز التحكيم أن يطبق القانون الممكن تنفيذه، وعلى المحكم أن يستبعد القانون الذي اختاره الاطراف إذا تبين له أن هذا الاختيار سيؤدي الى عدم تنفيذ حكم التحكيم وعلى المحكم التزام التأكد من قابلية حكمه للتنفيذ.⁽³⁾

وهذا يعني أنه بالضرورة معرفة المحكم أو هيئة التحكيم النظام العام الخاص المراد تطبيقه من قبل الاطراف وفي حال عدم مطابقتها البحث عن النظام العام القريب من النزاع والاطراف، وهذا غير منطقي ومخالف للقواعد القانونية وبالتالي بطلان التحكيم في القانون الاردني وغيره من الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾، الا اذا لم يتفق اطراف النزاع على القانون واجب التطبيق⁽⁵⁾، وفي حال

1. محمد الديري، اجتهادات في القضاء الاردني وتعليقا على نص المادة (49) من قانون التحكيم الاردني . اجتهادات عربية، مجلة التحكيم، 2009، العدد الثالث ص 274 .

2. الدكتور حسام التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام (مجلة التحكيم، العدد الثالث، 2009، ص 208 .

3. المادة (26) من قواعد غرفة التجارة الدولية لسنة 1988 وقرارات لغرفة التجارة الدولية (نقلا عن مقال الدكتور حسام التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام) مجلة التحكيم، العدد الثالث، 2009، ص 210 .

4. المادة (49/أ/4) من قانون التحكيم الاردني " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الحالات التالية :4. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي أنفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع " 5. المادة (1/35) من قواعد الاونسيرال للتحكيم " تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الاطراف بأعتبارها منطبقة على موضوع النزاع، فإن لم يعين الاطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا"

ان تم احوالة الاتفاق الى قانون مخالف للنظام العام قواعد الاونسيترال بينت بعدم الاستمرار في التحكيم من قبل المحكم⁽¹⁾.

أما في حال لم يتفق الاطراف على قانون فإنه ملزم بالبحث عن قانون واجب التنفيذ لانه أصبح بمهمة الوصول الى نتيجة وليس فقط بذل عناية.

وفي حال أن اختلف مكان تطبيق قرار التحكيم في اكثر من بلد أو جهة بالازافة الى تطبيق النظام العام الدولي وجب على المحكم مراعاة جميع تلك البلدان ونظامها العام.

ومن جانبنا نؤكد على ضرورة وجود ثوابت دولية يجب عدم مجاوزتها كما هي الرشوة والفساد وبيع الاعضاء البشرية وغيرها من ما يعتبر نظاما دوليا، بالازافة الى مراعاة النظام الداخلي للدول حماية للقواعد القانونية والمجتمعية.

وحتى نخرج من ما هو نظاما عاما داخليا فلابد من اعتماد الهيئات الدولية للتحكيم واعتمادها للخروج من التحكيم الداخلي حتى تستمر المعاملات التجارية في استقرار وكذلك سهولة الوصول الى قواعدها وعدم الخروج عن ما يعكس صفو التحكيم الدولي عند اللجوء الى التنفيذ.

المطلب الثاني : تنفيذ حكم التحكيم

تعتبر قابلية النزاع للحل عن طريق التحكيم شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، حيث لا يمكن أن يكون التحكيم صحيحاً اذا كانت المنازعة غير قابلة للفصل عن طريق التحكيم وبالتالي لابد للمحكم والاطراف أن يكونوا متأكدين من قابلية المنازعة للتحكيم وتنفيذها من خلال القانون المتفق عليه⁽²⁾.

والاتفاق على التحكيم وأن كان يتضمن نزاعاً للاختصاص القضائي بصورة مبدئية، الا أنه أبعد من ذلك حيث أنه يتضمن الجهة التي ستفصل في النزاع والية اختيارهم والاجراءات والصلاحيات والقانون الواجب التطبيق الذي من المحتمل أن يكون قانوناً أجنبياً ومكان التحكيم الذي قد يكون دولة أجنبية أو هيئة أجنبية أو مكان افتراضي⁽³⁾.

¹ . المادة (2/36) من قواعد الاونسيترال تنص " اذا اصبح الاستمرار في اجراءات التحكيم قبل صدور قرار التحكيم عديم الجدوى او مستحيل التنفيذ لاي سبب غير مذكر في الفقرة 1 , ابلغت هيئة التحكيم الاطراف بعزمها على انتهاء الاجراءات "

² . احمد بن حاجه , التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية , رسالة ماستر , جامعة الجزائر , 2005 , ص 118 .

³ . حمزة حداد , مشاكل اتفاق التحكيم في الدول العربية , ورقة عمل مقدمة في مؤتمر العربي للتحكيم والتسويات البديلة , 2008, ص 5 .

ويجب على النظام القانوني الذي يسير عليه التحكيم أو يتفق عليه ولاسيما التحكيم الإلكتروني أن يراعي متطلبات المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم وكذلك القوانين الداخلية وكل ما يخص تنفيذ الاحكام الاجنبية لأن من الوضع الطبيعي أن تنفذ احكام المحكمين في اطار احد دول الاطراف وهذا يتطلب استصدار امر من الجهة القضائية في بلد احد اطراف النزاع بتنفيذه في اطار القوانين الداخلية⁽¹⁾.

ويتم من خلال هذا المطلب بحث القانون الواجب التطبيق في أولاً، وثانياً الية تنفيذ قرار التحكيم.

أولاً : القانون الواجب التطبيق في التحكيم الإلكتروني

بداية تنص المادة الثالثة⁽²⁾ من قانون التحكيم الاردني بأن قانون التحكيم الاردني هو صاحب الولاية وتسري احكامه على كل تحكيم يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني او تجاري وبين اشخاص القانون العام أو الخاص وسواء كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع تعاقدية او غيرها مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة ومراعاة الأعراف التجارية الدولية في التحكيم الدولي.

وفي هذا قضت محكمة التمييز في احد قراراتها أنه يجب تطبيق القوانين المشار اليها في البند (20) من عقد العمل الذي يحكم العلاقة بين الطرفين وفق قواعد مجلس التحكيم الامريكي وفي ضوء هذا النص فإن التحكيم المتفق عليه يخرج عن التحكيم المشار اليه في المادة الثالثة من قانون التحكيم الاردني، اذ أنه يجري خارج المملكة⁽³⁾.

¹ . نبيل المقابلة ، التحكيم الالكتروني ، 2007 ، ص 7. منشور على الوصلة الالكترونية http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216 بتاريخ 2018/11/28.

² . قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 ، المادة الثالثة " يلغى نص المادة 3 من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي (أ)

مع مراعاة احكام الاتفاقيات النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي ، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية او غير عقدية . (ب) تراعى في تفسير احكام هذا القانون القواعد والمبادئ الأحوال جميعها بالاعراف التجارية " .

³ . قرار محكمة التمييز رقم (4186) ، نقلا عن نشأت السيائدة ، ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل القانون الاردني ، 2012، جامعة الشرق الاوسط ، ص 31.

الا أن التحكيم بين اطراف النزاع اختياري حيث أن لهم حرية الاختيار بداية من التحكيم الى المحكمين وكذلك الاجراءات المتبعة والقانون الذي يحكم علاقتهم ونزاعاتهم بغض النظر عن هذا القانون وبشرط عدم مخالفته للنظام العام والمسائل الجوهرية كحق الدفاع⁽¹⁾، وفي هذا ذهبت المادة (36) من قانون التحكيم الاردني في أن هيئة التحكيم تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ولهم الحق في اختيار اي قانون لاي دولة على أن يتم اتباع القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة⁽²⁾.

وهو نفسه ما اكدته قواعد قانون الانسيترال في المادة (35) في أن هيئة التحكيم تطبق قواعد القانون الذي يتفق عليه الاطراف بما يخص نزاعهما ومع مراعاة النظام العام كما ذكرنا واعراف التجارة الدولية، يجب ايضا أن تراعي العادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين وشروط العقد⁽³⁾.

وفي حال أنه لم يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع فأن هيئة التحكيم او المحكم هو من يختار القانون الملائم والمناسب لنوع وخصوصية النزاع⁽⁴⁾، لاسيما اذا كان احد الطرفين هو مستهلك، ونحن من هنا نوجه مشرنا الاردني بضرورة حماية المستهلك لاسيما في العقود الالكترونية، التي غالبا ما يقع ضحيتها كونه الطرف الاضعف.

¹ . اشرف العاصي ، مقالة الكترونية منشورة على الوصلة الالكترونية " <http://www.alassy.net/news/index.php?news=96> استخرجت بتاريخ 2018/11/20.

² .-المادة (1/36) من قانون التحكيم الاردني (2018/16) " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين."

³ . المادة 36/ج، من قانون التحكيم الاردني " في جميع الاحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الاعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

والمادة (3/35) من قانون الانسيترال للتحكيم " والمادة (3/ب) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني تنص " يراعى عند تطبيق احكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها."

⁴ . مادة (36/ب) من قانون التحكيم الاردني ، ومادة (1/35) من قانون الانسيترال للتحكيم " اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

كما أنه من الضرورة الإشارة الى استقلالية القانون المطبق في التحكيم عن القانون في العقد لاصلي، أي أنه ليس بالضرورة أن يخضع لنفس القانون حيث يعتبر شرط التحكيم او اتفاق التحكيم مستقلاً بذاته عن شروط العقد الاخرى وهذا ما نصت عليه المادة (22) من قانون التحكيم الاردني، ولا يترتب بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه اي اثر على شرط التحكيم إذا كان شرط التحكيم صحيحاً⁽¹⁾.

بالإضافة الى أن بمقدور هيئة التحكيم في التحكيم في الصلح أن تخالف العقد الاصلي وأن لا تنقيد حرفياً⁽²⁾، لأنها تحكم بالصلح استثناءً بشرط أن يتم الاتفاق على ذلك صراحة وتطبق قواعد العدالة والأنصاف.

وهذا الامر يعني ضرورة معرفة طرفي النزاع الى اين هم ذاهبون الى تحكيم قانوني ام صلح حسب قواعد العدالة والأنصاف. وما ينطبق على عقد التحكيم التقليدي يطبق على عقد التحكيم الإلكتروني⁽³⁾.

وفي حال استبعد المحكم أو هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من قبل اطراف الخصومة فأن حكم الهيئة او المحكم باطلا سندا لنص المادة (4/49) من قانون التحكيم الاردني⁽⁴⁾.

واخيراً فأن قانون المعاملات الإلكترونية الاردني اكد على خضوع جميع المعاملات الإلكترونية اليه بما فيها التحكيم الإلكتروني، مالم يتفق على غير ذلك بين الاطراف، كون العقد شريعة المتعاقدين بما لا يتعارض مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية⁽⁵⁾.

¹. مادة (22) من قانون التحكيم الاردني " يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى، ولا يترتب على بطلان العقد او فسخه او إنهائه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته."

². حمزة حداد، مرجع سابق، ص 17.

³. توجان الشريدة، ماهية واجراءات التحكيم الإلكتروني، غير معروف سنة النشر، مقال القى في المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، ص 1104.

⁴. المادة (4/49) من قانون التحكيم الاردني تنص "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية: 4/ اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع."

⁵. المادة 5/ من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني "" - تطبق احكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق اطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

ثانيا : تنفيذ قرار التحكيم

خلاصة خروج اطراف الخصومة من طرق التقاضي بواسطة المحاكم الى الطريق الاستثنائي وهو التحكيم الإلكتروني هو تمكين من سيصدر القرار لمصلحته من الحصول على حقه بأيسر الاجراءات وبأبسطها وكل ما يمر به نظام التحكيم تصب في المرحلة الاخيرة وهي الحل النهائي للنزاع⁽¹⁾.

والاصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بالتراضي بين المتخاصمين لأن الثقة في قرارات التحكيم والاطمئنان الى نفاذها يؤثر بلا شك من الناحية العملية على التجارة الدولية في المقابل أنعدام الثقة تزيد من المخاطر والاثار السلبية على التجارة الدولية⁽²⁾.

المحكمة الالكترونية في المادة (6/25) تقرر أن القرار الصادر من هيئة التحكيم أو المحكم هو قرار نهائي ينفذ فوراً وغير قابل للطعن او الاعتراض ويجب على الاطراف تنفيذه بسرعة وعدم التأخير وعلى الطرف الخاسر التنفيذ.

وبطبيعة الحال يجب أن يكون حكم التحكيم الإلكتروني مسببا كما هو التحكيم التقليدي وفي هذا نص المادة (34) من قانون الانوسيترال للتحكيم وقانون التحكيم الاردني في مادته (41/ب) الا اذا اتفق طرفي التحكيم على غير ذلك اي بدون تسبيب أو كان القانون المطبق على الاتفاق لا يشترط التسبيب⁽³⁾. وهو ما تم تعديله في النص الأخير للقانون الأردني رقم 2018/16 بحيث اشترط التعليل والغى نصه السابق بإمكانية الاتفاق على غير ذلك، ولعل الحكمة زالت بتعديل هذا النص لتعارضه مع النصوص الأولى بمراجعة الاتفاقيات الدولية النافذة المفعول وفق نص المادة الثالثة في القانون المعدل سالف الذكر.

=

ب- لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين اطراف معينة على اجراء معاملات محدده بوسائل الكترونية ملزماً لأجراء معاملات اخرى بهذه الوسائل."

¹. ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، فعالية قرار التحكيم الالكتروني ، مقال نشر في مجلة جامعة بابل للعلوم الأنسانية ، العدد 2 ، المجلد 21 ، 2013 ، ص 363.

². عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ص 486 .

³. قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) مادة (41/ب) تنص " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا " المادة (2/31) من قانون الانوسيترال للتحكيم تنص على " يبين في قرار التحكيم الاسباب التي بني عليها القرار مالم يتفق الطرفان على عدم بيان الاسباب " وهو ذات نص المادة 3/34 من قواعد الانوسيترال المنقحة لعام 2010

كما أن قرار التحكيم الإلكتروني كما هو غيره يجب أن يصدر من المحكمين أو هيئة التحكيم كتابة ويوقع من قبل المحكمين أو الهيئة⁽¹⁾.

كما يشترط أن يكون مكتوباً باللغة العربية ما لم يتفق على غير ذلك بين الأطراف، ويجوز نشر قرار التحكيم علناً إذا وافق الأطراف⁽²⁾.

وهنا يثور التساؤل عن إذا ما رفض أحد الأطراف وتحديدًا الخاسر تطبيق قرار التحكيم الإلكتروني؟

على الطرف الآخر وهو من يريد تطبيق القرار أن يتقدم إلى المحكمة المختصة وهي في قانون التحكيم تكون محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم⁽³⁾، وطبعاً إذا كان كلا الطرفين يخضعان لقانون التحكيم واتفاقاً على تطبيق قانون التحكيم الأردني أو ضمن اختصاصه. أما إذا كان اتفاق التحكيم جرى في خارج الأردن أو بالطرق الإلكترونية فأمر قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في مادته الرابعة حدد محكمة البداية التي يقيم المحكوم عليه

¹ قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) مادة (41/أ) "يتم تدوين حكم التحكيم ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفى بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

"المادة (1/31) من قانون الانوسيترال للتحكيم تنص " يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون ويكتفى في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد أن توقعه أغلبية أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان أسباب غيبية أي توقيع ".

² قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) المادة 28- أ- يجري التحكيم باللغة العربية - ب- على الرغم مما ورد في الفقرة الأولى يجوز للطرفين الاتفاق على لغة أخرى كما يجوز لهيئة التحكيم أن تحدد لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البينات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

ج- ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها". المادة (1/22) من قانون الانوسيترال تنص "لطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم"

³ قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) تنص المادة الثانية " المحكمة المختصة: محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في المملكة.

ضمن صلاحيتها أو المحكمة التي يقع ضمن صلاحياتها املاك المحكوم عليه اذا كان المحكوم عليه لا يقيم في الاردن⁽¹⁾.

ومن الضرورة بمكان ان نشير انه لوعورة امر التنفيذ الناتج عن القرار الالكتروني ظهر ما يسمى بنظام الية تنفيذ ذاتي خاص لاحكامه من خلال مؤسسة الايكان والذي بموجبه يمكن للمعتدى على حقوقهم من استخدامه ضد جائري عناوين المواقع الالكترونية غير المشروعه وهي تلزم جميع مسجلي المواقع الالكترونية المعتمدين من قبل الايكان من الرجوع الى نظام التحكيم الاجباري في البوليصة الموحدة⁽²⁾.

كما لا بد من الإشارة الى ان بعض المراكز التحكيمية تبرم عقود مع مصدري البطاقات الائتمانية كشركة فيزا او ما ستر كارد ويتضمن هذا العقد شرطاً يخول مصدر بطاقات الائتمان والزامه برد المبالغ المطلوبة من قبل مراكز التحكيم وتحويلها لاي من اطراف الخصومة اذا ما تلقت الشركات الائتمانية قرارا تحكيميا من المركز المتفق عليه⁽³⁾.

ويعتبر الحكم الإلكتروني من ضمن الاحكام المشمولة بالتنفيذ حسب ما ود في قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية عندما عرف الحكم الاجنبي بأنه يشمل قرار المحكمين في اجراءات التحكيم⁽⁴⁾.

وبعد ذلك يكون للقاضي الرقابة الشكلية بقابلية التنفيذ وعدم مخالفته للنظام العام بعد أن يكون قد أنقضى ميعاد البطلان واستصدار امر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.

¹ . قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (1952/8) المادة (4) " تقام الدعوى بطلب بتنفيذ حكم اجنبي باستدعاء يقدم الى المحكمة البدائية التي يقيم المحكوم عليه ضمن صلاحيتها او المحكمة التي تقع ضمن صلاحيتها املاك المحكوم عليه التي يرغب في تنفيذ الحكم عليها اذا كان المحكوم عليه لا يقيم في المملكة الاردنية الهاشمية."

² . www.icaan.org/ar تم الرجوع اليه بتاريخ 2019/1/30.

³ . رجاء نظام بني شمسه , الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني, مرجع سابق .

⁴ . قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (1952/8) المادة(2) " تعني عبارة (الحكم الاجنبي) الواردة في هذا القانون كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الاردنية الهاشمية (بما في ذلك المحاكم الدينية) يتعلق في اجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب ويشمل قرارات المحكمين في اجراءات التحكيم اذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور.

الخاتمة :

تمت دراسة التحكيم الإلكتروني ضمن نصوص القانون الاردني للتحكيم، وقانون المعاملات الإلكترونية وقانون الاونسيترال للتحكيم وقواعد الاونسيترال للتجارة الإلكترونية، واتفاقية نيويورك وغيرها من القوانين التي لها علاقة. لما لهذا الموضوع من أهمية متزايدة في ظل اعتماد العالم على التجارة الإلكترونية والتي تقدر بأكثر من 90% من نسبة التجارة العالمية، وبالتالي لابد من ضرورة تجديد وتجويد وتطوير التشريعات العربية والعالمية لضمان سير العملية التجارية وزيادة الثقة المتبادلة والبعد عن الاساليب التقليدية.

وفي ضوء هذه الدراسة رأينا التطور التشريعي المواكب للتشريع العالمي وفق قانون التحكيم الأردني المعدل رقم (2018/16) والذي استقى احكامه من الاتفاقيات الدولية وتحديدًا اتفاقية نيويورك لتنفيذ الاحكام الاجنبية للتحكيم (1958) وقانون الاونسيترال للتحكيم (1985)، الا أننا مازلنا امام بعض الحالات التي تحتاج الى معالجة في قانون التحكيم بعيدا عن الاستثناء من القوانين الاخرى والاتفاقيات الدولية ومنها :

1. لم يعرف قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) المعدل التحكيم التقليدي وبالتالي لم يعرف التحكيم الإلكتروني، وهنا نرى أنه لابد من تعريف التحكيم الإلكتروني والتقليدي في ظل المشروع القادم لتعديل القانون لمنع اللبس عن هذا التحكيم ولينتج هذا الاتفاق اثاره ويظهر اسراره.

2. لم يهتم المشرع الاردني بالاهلية من خلال التعاقد الإلكتروني، وكيفية اعتماد وتصديق الاطراف واهليتهم من خلال مؤسسات الكترونية رسمية محلية وعالمية. وبالتالي ضرورة اعتماد مثل هذه المؤسسات والتضيق على من تسول له نفسه التلاعب.

3. قصر المشرع بمحكمة الاختصاص عندما نص على الرجوع الى محكمة الاستئناف في حين أن قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية ذهب الى محكمة اقل درجة، وخيرا فعل في قانون التحكيم الأول في المملكة رقم (1952/18) عندما اوكل الامر الى محكمة البداية . ولذلك يجب الرجوع الى محكمة البداية وذلك تسهيل على المستهلك والتاجر وتوافقا مع قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية.

4. لم يتطرق القانون الاردني للتحكيم رقم (2018/16) لحماية الطرف الاضعف وهو المستهلك وضرورة تطبيق القانون الاقرب لحماية المستهلك في حال كان طرفا في النزاع.

5. عدل قانون التحكيم رقم 2018/16 ولم يتم مشاركة الباحثين وأصحاب الخبرة والمدارس التحكيمية في الأردن وغيرها لاضافة قيمة حقيقية للقانون والسمو به الى افضل القوانين من خلال نصوص رشيقة تحاذي ركب التطور العالمي الالكتروني.

6. نشيد بموقف المشرع الأردني بإضافة البند الثاني من المادة 27 الفقرة (ب) عندما شرع التحكيم الالكتروني بالسماح للهيئة التحكيمية استخدام الوسائل الحديثة للاتصال للقيام بأي اجراء من إجراءات التحكيم.

كما نوصي في خاتمة هذا المقال لعدة أمور منها :

- تدريب وتأهيل الكوادر التحكيمية لاتمام وتنويع أساليب التحكيم ولاسيما التحكيم الالكتروني الذي قد نشهد قريبا تنوعا اخر يظهر أسلوب جديدا في التحكيم.
- عقد الندوات والمؤتمرات لتمرير الملاحظات ومعالجتها في ظل التطور السريع للمساطر الدولية وتنوع أساليب التجارة الالكترونية.
- زيادة دراسة التشريعات النازمة للتحكيم وتعديل الحقول الجافة في منع التطور التشريعي
- إيجاد مراكز متخصصة للتحكيم الالكتروني وإيجاد تونمة مع المراكز الدولية.

وعليه اتمنى أن تكون هذه الدراسة قد اثرت المكتبة الاردنية والعربية من خلال هذه القراءة، وأن يكون دافع قوي للسير في تعديل بعض النصوص وأن تعقد الجلسات والندوات للتعريف بأهمية التحكيم الألكتروني .

أهمية مكان التحكيم في المسطرة التحكيمية

L'importance du lieu de l'arbitrage dans la procédure arbitrale

يونس العبار

طالب بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

جامعة محمد الخامس _ الرباط

تعالج هذه المساهمة أهمية المقر كخاصية ارتباط في مجال التحكيم. ولقد أثار هذا السؤال ولا يزال، نقاشات نظرية محتدمة، كما أن له تداعيات عملية مباشرة. من خلال هذه المقدمة، يمكن إدراك الدور المهم الذي يلعبه المقر في المنازعة التحكيمية، باعتباره المكان القانوني والنظامي والرسمي، الذي يربط التحكيم بنظام قانوني وطني، نظام معترف له بالشرعية وذو طابع قضائي.

ومن الأجدر في هذا الباب، بل يصح بداية، أن نجعل من هذا العنصر المهم في العملية التحكيمية، ذلك المفهوم المادي والملموس الذي يختص به مقر التحكيم.

وبحيث يتم احترام أولوية إرادة الأطراف في اختيار التحكيم، فإن الطرح العام هو أن كل اتفاق على التحكيم يجب أن يكون له مقر، خصوصا إذا كان الأمر يتحدد على غرار معرفة قاضي الدعم " Le Juge d'appui " الذي تكون له أهمية قصوى في تأمين مسار التحكيم حالة وجود صعوبات.¹

وإذا كان اتفاق الأطراف على المقر أو اختيارهم له تبعا لإرادتهم، يهم فيما يهم مكان سير الإجراءات التحكيمية، فهل ثمة ما يؤثر، في حالة ما إن تم تغيير هذا المقر لغرض تيسير المسطرة التحكيمية وإجراءاتها فيما يخص النزاع الجاري أمام هيئة تحكيمية..؟ وبعبارة أخرى، أن ما يهمنا في هذه المناسبة هو مكان الإجراءات، وفي شقها الاستعجالي على وجه الخصوص، وليس مقر التحكيم الذي يمكن أن يتم الاتفاق عليه مسبقا سواء في العقد أو بعد نشوب نزاع.

إن موضوعنا هذا، يتحدد في مجال التدابير الوقائية والتحفطية بمناسبة مسطرة تحكيمية تقع إجراءاتها في مكان معين. إذن، فما هي خصوصية هذه المسطرة إذا ما أردنا رؤية عنصر المقر من هذا الجانب؟

هذا، مع أننا نعتقد جازمين أن ما يسري على المقر التحكيمي (Sentence) نجده يسري على الإجراءات الاستعجالي في هذا الباب.

¹- A. panchaud, Le siège de l'arbitrage international de droit privé, Rev. Arb. 1966, p. 2-15.

وعليه، سيتم معالجة هذه المسألة من خلال مطلبين كالتالي:
 المطلب الأول: مكان المسطرة التحكيمية
 المطلب الثاني: خصوصية مكان التحكيم من حيث الإجراءات

المطلب الأول: مكان المسطرة التحكيمية

تجدر الإشارة بدءاً، أنه عندما يتلقى المحكم الاستعجالي أو هيئة التحكيم طلباً بالتدابير المؤقتة، فإنهم يواجهون نفس التحدي الذي تواجهه المحكمة الاستعجالية المختصة، إلا أنه ليس الوحيد، بل هناك تحد آخر أكثر صعوبة، وهو حين يتعلق الأمر بالتحكيم ذي الطابع الدولي حيث يكون النزاع مرتبطاً بالتحكيم التجاري الدولي، سواء كان نزاعاً حول الموضوع أو نزاعاً ذا طبيعة استعجالية أثير لغرض التدابير المؤقتة.¹¹¹

والأمر هنا يتعلق أساساً بمقر التحكيم من حيث سير إجراءات الدعوى التحكيمية، والذي يكون له تداعيات جمة على سير المسطرة الجارية أمام الهيئة التحكيمية..

الفقرة الأولى: المبادئ العامة لمكان التحكيم

من المفهوم، أنه في مثل هذه النزاعات، يكون الخصوم في الغالب من جنسيات مختلفة، بالإضافة إلى كون المعاملات الجارية أو الأصول (**Les biens**) موضوع التقاضي تتواجد في بلدان مختلفة. ولهذه الأسباب، نجد من الناحية العملية أنه كثيراً ما يحدث أن يقيم كل من الطرفين في بلدان مختلفة، بينما يقع مركز التحكيم المختص بنزاعه في بلد آخر. وبالمثل، يزيد تعدد الخصوم من الصعوبات، لا سيما في مجال نزاعات مرتبطة بالتدابير الوقائية والتحفظية.

ومع ذلك، فإن الحالة المستعجلة التي دعت إلى تقديم التدابير الوقائية والتحفظية لدى المحكم، تزيد من هذه الصعوبات لأن المحكم الذي يبيت في المطلب الاستعجالي يجب أن يصدر قراره خلال فترة لا تتجاوز بضعة أيام، وفي خلال هذه الفترة القصيرة، يلزم المحكم بإدارة المسطرة

¹¹¹ - Les éléments qui donnent à l'arbitrage le caractère international s'avèrent une question rudimentaire; or, il nous suffit de mentionner l'article 1.3:5 de la loi type qui confirme que : Un arbitrage est international si: a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement: i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention; ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. 4) Aux fins du paragraphe 3 du présent article, a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage; b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu. 5) La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi.

ورد بالهامش للمؤلف: Fehr AbdElazim Emara, L'arbitrage commercial international, op. cit., P. 161.

بطريقة عادلة، كما يجب أن يضمن أن لكل طرف (من حيث التدابير الشائنية - Mesures provisoires bilatérales)؛ حقه ليبدلي بأقواله بالشكل الكافي، لأن الخصوم في المنازعة التحكيمية يجب أن يعاملوا على قدم المساواة فضلاً على وجوب أخذ الفرصة لممارسة حقوقهم.¹

هذا هو التحدي المعقد الذي يواجه التحكيم التجاري الدولي في الشق الاستعجالي. كما أن الحدوث المفاجئ لخطر ما، مع حتمية احترام الحقوق المستحقة للأطراف وكذلك الحاجة إلى فحص المطلب وإصدار القرار خلال فترة زمنية قصيرة هي عوامل تتعارض والسمات المتأصلة في نزاعات التحكيم الدولية المذكورة سابقاً، ومن أجل تقييم قدرة التحكيم التجاري الدولي لتجاوز هذا التحدي المعقد، يظل من الضروري تحليل المقتضيات ذات الصلة التي تنظم مسألة مقر التحكيم فيما يتعلق بالتدابير الوقائية والتحفظية، بما أن هذه مسألة إجرائية عامة، فسوف نركز بأكبر قدر ممكن على ما هو ملائم لغرض دراستنا.

الفقرة الثانية: التحديد القانوني لمقر التحكيم

في مجال التحكيم التجاري الدولي، يعتبر مقر التحكيم عنصراً تأسيسياً جوهرياً ذا أهمية قصوى،² لأنه في حالة عدم وجود إرادة صريحة من الأطراف، قد يكون المقر أحد العوامل التي قد يتم بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من طرف هيئة التحكيم. والتي على أساسها تم إسناد مهمة الفصل في النزاع للمحكم أو لعدة محكمين. كما يحدد كذلك محكمة الدولة التي يرجع لها الاختصاص الترابي، للنظر في الصعوبات التي قد تواجه الدعوى التحكيمية في بداية أو أثناء إجراءات التحكيم (juge d'appui)، أو لممارسة حق الطعن ضد قرار التحكيم.³ وهذه أمثلة عن النتائج القانونية التي قد ترتبط بمقر التحكيم.

بالإضافة إلى ذلك، يشير مكان التحكيم عدداً من الصعوبات العملية، وكثيراً ما نجد أن مقر التحكيم يختلف عن المكان الذي نشأ فيه النزاع. ومن الممكن، من الناحية العملية، ألا نجد أي نوع من العلاقة بين مقر التحكيم والعناصر الرئيسية للنزاع، مثل محل إقامة كل من الأطراف أو موقع الموجودات المعنية، إلخ...، ففي نزاعات التحكيم المعقدة، يمكن عقد إجراءات تخص

¹ - تراجع المادة: 2.5 التذييل الخامس لقواعد عرفة التجارة الدولية-CCI. وبالمعنى نفسه، المادة 6.43 من النظام السوري والمادة 18 من قانون الأونسيترال النموذجي.

² - S. BECHET, « Le lieu de l'arbitrage », (2007), Vol. 84, No 1, RIDC, p. 36 et 37, en ligne : <http://www.jurisquare.be.acces.bibl.ulaval.ca/en/journal/ridc/index.html> consulté le 24 juin 2018. Voir aussi: Alexander J. BELOHLAVEK, "Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth", 2013, Vol. 31, Issue 2, Kluwer Law International, p. 262 et René DAVID, op. cit., p. 390.

³ - Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation: réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », 1998, Vol. 3, Rev.arb.: Bull. du Comité français de l'arbitrage. 517, 519 et Dictionnaire du droit privé, en ligne : <http://www.dictionnairejuridique.com/definition/siege.php> consulté le 15 juin 2018.

الدعوى في مواقع مختلفة¹. وبالنظر إلى ظروف نزاع التحكيم الجاري، يجوز أن يتخذ المقرر القانوني للتحكيم أحد هذه الأماكن أو غيرها،² وعلاوة عن ذلك، فإن ظهور المسطرة الحديثة في التحكيم عبر الإنترنت (cyber arbitrage) يجعل المسألة أكثر تعقيداً.³

بسبب هذه العواقب ذات الطبيعة القانونية، فإن فكرة مقر التحكيم هي قضية مثيرة للجدل. خاصة وأن هناك تعبيرين مختلفين لا ينبغي الخلط بينهما لأنهما لا يمتلكان نفس الدلالة الإجرائية؛ هذان المصطلحان هما: مقر التحكيم ومكان إجراءات التحكيم.⁴

وتحدد المادة 3 من قانون التحكيم البريطاني لعام 1996 مقر التحكيم بتأكيد ذلك كما يلي: "في هذا الجزء" يقصد بمقر التحكيم "المقر القضائي للتحكيم المعين: (أ) من جانب طرفي اتفاق التحكيم، أو (ب) من قبل أي هيئة تحكيمية أو مؤسسة أخرى أو شخص معين من الأطراف ذات الصلاحيات في هذا الأمر، أو (ج) من قبل هيئة التحكيم إذا كان ذلك مرخصاً لها من قبل الأطراف، أو تم تحديده مسبقاً، وفي غياب أي تعيين من هذا القبيل، يراعى اتفاق الأطراف وجميع الظروف ذات الصلة".

في رأينا أن مقر التحكيم هو الموقع الجغرافي الذي يعتبر فيه التحكيم قانوناً قد تم إجراؤه وحيث تم اتخاذ أي قرار تحكيمي على الرغم من أنه ليس فعلاً المكان الذي جرت فيه كل أو بعض إجراءات التحكيم.⁵

خلافًا لما هو منصوص عليه في القوانين الوطنية المتعلقة بالمسطرة المدنية، وما يتم تطبيقه أمام محاكم الدولة، فإن تحديد المقر القانوني للتحكيم يخضع أساساً لإرادة الطرفين.⁶

¹ - René DAVID, op. cit., p. 391.

² - Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 691.

³ - Gabrielle Kaufmann-Kohler, Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation : réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, op. cit., 517, 517.

⁴ - Alexander J. BELOHLAVEK, op. cit., p. 262.

⁵ - voir : Gabrielle Kaufmann-Kohler, Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation: réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, op. cit., 517, 521.

⁶ - Alexander J. BELOHLAVEK, op. cit., 262, 265 et Andrea CARLEVARIS and José Ricardo FERIS, op. cit., p. 30.

بالنسبة للمشرع المغربي فقد تعرض لمكان التحكيم من خلال القانون 08-05، تراجع الفصول التالية:

- الفصل 10-327

تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون دون أن تكون ملزمة بتطبيق القواعد المتبعة لدى المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم.

ولطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة المغربية أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكاناً ملائماً للتحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى ومحل إقامة الأطراف. ولا يحول ذلك دون

=

كما يظل للأطراف الحق في تعيين المقرر في اتفاق التحكيم المبهر بينهما.¹ ويبقى من المقبول أن يختاروه في بداية إجراءات التحكيم.² وبالتالي، فإن حق الأطراف في تحديد مقر التحكيم هو مبدأ عام وقابل للتطبيق بغض النظر عن موضوع النزاع المنظور من قبل هيئة التحكيم، والذي تؤكد الصكوك الدولية للتحكيم، وحتى أغلبية أنظمة التحكيم تركز هذا المبدأ بالإجماع.³

تنص المادة 63 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) على أنه: "إذا قرر الأطراف أن تتم إجراءات التحكيم والتوفيق والتحكيم: (أ) في مقر محكمة التحكيم الدائمة أو أي مؤسسة أخرى مناسبة، عمومية أو خاصة، يكون المركز قد اتخذ ترتيبات لهذا الغرض؛ (ب) في أي مكان آخر توافق عليه اللجنة أو المحكمة بعد التشاور مع الأمين العام.

=

أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

-الفصل 40-327

يعتبر دولياً، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

يعتبر التحكيم دولياً إذا:

- 1- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛
- 2- أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعاً خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف:
 - (أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوصاً عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الاتفاق؛
 - (ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة؛

- 3- أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد.

¹-René DAVID, op. cit., p. 391 et Gabrielle Kaufmann-Kohler, Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation : réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, op. cit., 517, 522.

¹⁹⁴- Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 690.

²- Fehr AbdElazim Emar, op. cit., p.164.

²- LCIA: London Court of International Arbitration.

³- Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 691 et Alexander J. BELOHLAVEK, op. cit., p. 265 .

كما تنص المادة 20 في بندها الأول، من قانون الأونسيترال النموذجي على أن: "للأطراف حرية الاتفاق على مكان التحكيم. فإن لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن تأخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين".

وفيما يتعلق بقواعد التحكيم، تنص المادة 18-1 من قواعد غرفة التجارة الدولية (CCI) على أن: "المحكمة تحدد مكان التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على ذلك"

كما يؤكد البند 1.16 من لوائح محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) على أنه: "يجوز للطرفين الاتفاق كتابة على مكان (أو مكان قانوني) تحكيمهم في أي وقت قبل تشكيل هيئة التحكيم، وبعد ذلك بموافقة خطية مسبقة من طرف هيئة التحكيم".

فيما يتعلق بالتشريعات الوطنية، نشير على سبيل المثال، إلى نص المادة 1.20 من قانون التحكيم التجاري الكندي على أنه: "للأطراف الحرية في تقرير مكان التحكيم. وفي غياب مثل هذا القرار، يتم تحديد هذا المكان من قبل هيئة التحكيم، مع مراعاة ظروف القضية، بما في ذلك رضا الأطراف". كما نذكر القسم 1043 من قانون التحكيم الألماني الذي ينص على أن: "للأطراف الحرية في الاتفاق على مكان التحكيم. وفي غياب هذا التنصيص، تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف القضية، بما في ذلك رضا الأطراف. وهكذا تنص المادة 22 من قانون التحكيم السويدي على أنه: "يحدد الأطراف مكان الاجراءات. وفي غياب هذا التحديد، يقوم المحكمون بذلك".

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد مقر التحكيم، يتم تحديد هذا المقر وفقاً لقواعد المركز المنصوص عليها في اتفاق التحكيم. وفي هذا الصدد، تنص المادة 16-2 من محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) على أنه: "في حالة عدم وجود أي اتفاق من هذا القبيل، يكون مقر التحكيم هو لندن (إنجلترا)، وإلا فإلى أن تصدر أوامر هيئة التحكيم، في ضوء الظروف وبعد منح الأطراف فرصة معقولة لتقديم رأيهم كتابة إلى هيئة التحكيم تقترح مكان تحكيم آخر أكثر ملاءمة (...). وتؤكد المادة 18-1 من قواعد غرفة التجارة الدولية (CCI) على أن: "تحدد المحكمة مكان التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

المطلب الثاني: خصوصية مكان التحكيم من حيث الإجراءات

بالنظر إلى أن إجراءات اتخاذ التدابير الوقائية والتحفطية يمكن أن تجري أمام هيئة التحكيم التي تبنت في موضوع النزاع، وأن ذلك يمكن أن يتم من قبل محكم المستعجلات قبل تشكيل هذه المحكمة، فإنه سيقودنا إلى فحص قواعد التحكيم التي تحكم مسألة المكان حيث تجري مسطرة النظر في هذه التدابير وفق الآتي:

الفقرة الأولى: جدوى اختيار مكان الإجراءات

تجدر الإشارة، إلى أن تحديد مقر التحكيم يخضع في المادة الاستعجالية أمام هيئة التحكيم للقواعد العامة التي تحكم نفس المسألة في جميع منازعات التحكيم العادية. ومع ذلك، قد يكون المقر المختار غير مناسب لظروف طلب تدابير ذات طبيعة استعجالية، التي يجب تقديمها والنظر فيها واتخاذ قرار بشأنها في غضون أيام قليلة على الأكثر. في مثل هذه الحالة، يجوز لهيئة التحكيم عقد جلسات الاستماع والاجتماعات في أي مكان تراه مناسباً لجميع الأطراف ووفقاً لظروف النزاع.¹ وهذا الإجراء، الذي يمكن أن تتخذه هيئة التحكيم (تحديد مكان الإجراءات)، منصوص عليه في غالبية صكوك التحكيم.

ومع ذلك، تعتبر بعض الأنظمة أن موافقة الأطراف أمر ضروري، إذا ما قررت المحكمة تغيير مكان الإجراءات.² وهذا ما نفهمه من نص المادة 2.18 من قواعد غرفة التجارة الدولية (CCP)، على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم، بعد أخذ رأي الأطراف، عقد جلسات استماع واجتماعات في أي مكان آخر تراه مناسباً، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". وأيضاً وبنفس المعنى من خلال المادة 2-20 من قواعد غرفة التجارة بستوكهولم (CCS) على أنه "يجوز لهيئة التحكيم، بعد التشاور مع الأطراف، إجراء جلسات استماع في أي مكان تراه مناسباً. كما يجوز لها أيضاً أن تجتمع وتناقش في أي مكان تراه مناسباً". ونفهم كذلك المعنى نفسه من خلال المادة 39 (ب) من قواعد المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي تنص على أنه: "يجوز للمحكمة، بعد التشاور مع الطرفين أو الأطراف، عقد جلسات استماع في أي مكان تراه مناسباً. ويجوز لها التداول في أي مكان تراه مناسباً". وكذلك المادة 3.16 من قواعد (LCIA)، التي تفيده نفس المعنى.³

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن أنظمة أخرى، مثل القانون السويسري، لا ينص صراحة على هذا الشرط (استشارة الأطراف قبل تغيير مكان إجراءات التحكيم). وعلى سبيل المثال، تمنح المادة 2.16 من القانون السويسري لهيئة التحكيم فقط الإذن بتغيير مكان الإجراءات مع مراعاة ظروف النزاع. وتنص بذلك على أنه: "بصرف النظر عن تحديد مقر التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر أين ستجري الإجراءات. ويجوز لها على وجه الخصوص الاستماع إلى الشهود وعقد الاجتماعات للتشاور معهم في أي مكان تراه مناسباً، مع مراعاة ظروف التحكيم". كما

¹ Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 691 ; Alexander J. BELOHLAVEK, op. cit., p. 266 et S. BECHET, op. cit., p. 77.

² Alexander J. BELOHLAVEK, op. cit., p. 266.

³ L'article 16.3 du règlement de la LCIA disposant que : " The Arbitral Tribunal may hold any hearing at any convenient geographical place in consultation with the parties and hold its deliberations at any geographical place of its own choice; and if such place(s) should be elsewhere than the seat of the arbitration, the arbitration shall nonetheless be treated for all purposes as an arbitration conducted at the arbitral seat and any order or award as having been made at that seat" .

تنص المادة 22 من قانون التحكيم السويدي على أنه: "يجوز للمحكمين عقد اجتماعات في مكان آخر في السويد أو في الخارج، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

ومن شأن الإجراء الموضح أعلاه أن يكون مناسباً للنظر في نزاع تحكيمي استعجالي لا يتميز بالتعقيد. إلا أنه يبقى في تقديرنا، أن الصلاحية الممنوحة لهيئة التحكيم لتحديد المكان المناسب للقيام بإجراءات التحكيم ليست ميزة حقيقية من شأنها تمكين التحكيم الدولي الاستعجالي من التغلب على التحديات التي تواجهه. خصوصاً إذا اتسم النزاع الاستعجالي، الذي قد يحدث بشكل غير متوقع، بالتعقيد بالنظر إلى طابعه الدولي أو لتعدد الأطراف المعنية ووجود موطن كل منهم في بلد مختلف عن البلد المختار كمقر للتحكيم، الأمر الذي يزيد من تعقد المسطرة قيد المناقشة أكثر فأكثر، هذا ما إذا أضفنا إلى كل ما سبق ذكره إمكانية وجود حالة تتطلب تدخل الهيئة التحكيمية للبت استعجالياً في الطلب المقدم أمامها؛ وهو ما يتطلب حتماً قراراً فورياً في غضون ساعة أو بعض الساعات على الأكثر.

فعلى الرغم من الصلاحية التي منحت للهيئة التحكيمية في تحديد المكان المناسب، من حيث الموقع الجغرافي، للمضي قدماً في عملية التحكيم، فلن يكون من السهل والمناسب تماماً في ظل ظروف بالغة التعقيد كهذه، تحقيق الغاية المتوخاة من المسطرة المذكورة.

وهنا يكمن ضعف وعدم فعالية التحكيم التجاري الدولي في الشق المتعلق باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية. ولهذا السبب، نعتقد أن هذه التحديات التي تواجه التقاضي الاستعجالي الدولي أمام هيئة التحكيم لا يمكن التغلب عليها إلا إذا تم عقد جلسات استماع واجتماعات ومداولات في الفضاء الافتراضي (cyber_espace) بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة. إلا أن هذا الحل لا يمكن أن يكون ذا فعالية بالنسبة لطلبات تتعلق بالتدابير الوقائية والتحفظية إلا بالنسبة للأنظمة والمؤسسات التحكيمية التي تعترف وتحتضن نظام المحكم الاستعجالي.

وفي تعبير واضح للغاية، تنص المادة 2.4، التذييل الخامس من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه: "كل اجتماع مع محكم الأمور المستعجلة يجوز أن يكون في شكل جلسة يحضرها الأطراف المعنيون شخصياً في أي مكان يراه المحكم مناسباً، أو عن طريق الجلسة الافتراضية عبر الفيديو (vidéoconférence)، عبر الهاتف أو بوسائل اتصال أخرى مماثلة".

كذلك، تنص المادة 5، الجدول 1 من قواعد المركز الدولي للتحكيم بسنغافورة (CAIS) على أنه: "(...) يجب أن يوفر هذا الجدول الزمني فرصة معقولة لسماع الأطراف، كما يجيز اللجوء للتحدث الجماعي من خلال الهاتف أو عبر المراسلات الكتابية كبداية لجلسة رسمية (...)". وفي صياغة مماثلة، تؤكد المادة 38 (د) - من قواعد الرابطة الأمريكية للتحكيم (AAA) أنه: "(...)،

مثل هذا الجدول الزمني يوفر فرصة معقولة لجميع الأطراف للاستماع إليهم، كما يجيز اللجوء إلى الهاتف أو عن طريق الجلسة الافتراضية عبر الفيديو (vidéoconférence)، أو عبر المراسلات الكتابية كبداية لجلسة رسمية (...).

إن ما يمكن أن نستخلصه من تحليل صياغة هذه المواد؛ هو أن المحكم الاستعجالي لديه صلاحية عقد جلسات استماع واجتماعات بالوسائل الإلكترونية دون الاستشارة مع الأطراف في هذا الصدد، وهو ما يعني أن إجراء جلسات استماع عبر الفيديو من خلال الواقع الافتراضي هو أمر يتعلق بتقدير محكم الاستعجال.

الفقرة الثانية: التحكيم الإلكتروني وإشكالية مقر الإجراءات التحكيمية

في تقديرنا يقدم التحكيم الإلكتروني في هذا المجال ميزة مهمة، خصوصا في موضوع مقر التحكيم، لأنه يساهم في فعالية هذا الإجراء- جلسات استماع عبر الفيديو من خلال الواقع الافتراضي - مادام أن وجود حالات استعجالية لا تسمح للمحكم بإضاعة الوقت للتشاور مع جميع الأطراف في مسألة مكان الجلسة أو الوسائل التي من خلالها يمكن أن تعقد اجتماعات، مع أن الأمر لا يستبعد أبدا الحاجة إلى إخطار جميع الأطراف بمكان جلسات الاستماع أو الوسائل التي ستستخدم لعقد الجلسات.

ومن المهم جدا التأكيد، على أن المقتضيات المذكورة أعلاه، لا تنطبق إلا على الطلبات المقدمة لمحكم المستعجلات، الذي لا يكون مختصا إلا قبل تشكيل هيئة التحكيم. وبعبارة أخرى، فإنها لا تنطبق أبداً على طلب اتخاذ تدابير مؤقتة معروضة على هيئة التحكيم.

لهذا السبب، وفيما يتعلق باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية طلبت من هيئة التحكيم، نرى ضرورة العمل بنفس المقتضيات المذكورة آنفاً، والتي تتيح للمحكمة إذا كانت ظروف القضية تستدعي عقد جلسات الاستماع والاجتماعات والمداولات من خلال وسائل الاتصال الحديثة هذه. والذي نقترح أن يتم العمل على تقنينها ضمن الأنظمة واللوائح التحكيمية التي تعتمد هذا النظام.¹

من حيث المنهجية التشريعية، نعتبر أنه من المنطقي أن استعمال هذه الوسائل التي نقترح أن تكون من أدوات الهيئة التحكيمية، يجب أن تتبع المقتضيات التي تحكم سلطة هيئة التحكيم في منح التدابير الوقائية والتحفظية.

إن إمكانية عقد جلسات استماع واجتماعات بوسائل الاتصال الإلكترونية بغرض التغلب على العقبات التي تواجه النزاع الدولي الاستعجالي أمام التحكيم، لا سيما في حالة تعدد الأطراف. وفيما يتعلق بالمسألة قيد النظر، نعتقد أن هذا الإجراء يزيد من فعالية التحكيم

¹-Fehr AbdElazim Emara, op. cit., p.169.

التجاري الدولي فيما يتعلق باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، لا سيما في حالة الاستعجال القصوى.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه يمنح هيئة التحكيم التفوق على المؤسسة القضائية للدولة التي لديها فقط الآلية التشريعية التي تجعلها أقل قدرة على تسوية النزاعات الدولية المعقدة التي تتميز بتعقيد كبير.

ومع ذلك، إذا كان تطبيق الإجراء الأنف الذكر، بمناسبة طلبات التدابير الوقائية والتحفظية أمام المحكم الاستعجالي يعتبر ضروريا لفعالية المسطرة الاستعجالية التي ينظرها هذا المحكم الوحيد، فإنها تكون بأهمية بل بضرورة أكثر، ولا غنى عنها في حالة اتخاذها من قبل هيئة التحكيم.

في حالة تقديم طلب التدابير المؤقتة إلى هيئة التحكيم، والتي غالبا ما تكون مؤلفة من ثلاثة، لأنه من النادر في الممارسة العملية أن تتكون هذه المحكمة من محكم واحد، ففي حالات الاستعجال القصوى التي تتطلب التدخل القضائي السريع جدا، يكون من الصعب على هؤلاء المحكمين الثلاثة، في غضون ساعات بعد إيداع الطلب، أن يحضروا جميعهم في موقع جغرافي معين لسماع جميع الأطراف (الذين قد يكونون أكثر من اثنين)، والتداول وإصدار قرارهم الذي يجب أن يكون في بعض الأحيان في ساعة أو أكثر من ذلك بقليل.

ولهذا السبب، نعتقد أن الإجراء الذي يعطي المحكم سلطة عقد جلسات استماع واجتماعات بوسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة وخاصة في الفضاء السيبراني (cyber_espace)، يجعل التحكيم التجاري قادرا على التغلب على تحديات الزمن والمسافة الذين يميزان التفاضلي الدولي الاستعجالي، وخاصة التعددية الدولية.

قبل وضع النقطة الأخيرة في هذه الفقرة، لا يزال هناك مبدآن عامان يجب ذكرهما: المبدأ الأول: في حالة عقد جلسات استماع أو اجتماعات في مكان آخر غير المكان الذي يتفق عليه الأطراف بصفته مقر التحكيم، يجب إخطارهم بهذا المكان. وفي جميع الحالات، يجب على الأطراف أيضًا أن يكونوا على دراية بتاريخ ووقت الجلسة. وفي هذا الصدد، تنص المادة 20-2 من قواعد غرفة التجارة بستوكهولم (CCS) على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم، بعد استشارة الأطراف، إجراء جلسات استماع في أي مكان تراه مناسبًا". ومن المفهوم طبعًا، أن استشارة الأطراف حول عقد جلسات الاستماع والاجتماعات في مكان آخر غير الذي تم بالفعل الاتفاق عليه، يؤكد موافقتهم ومعرفتهم الضمنية بهذا المكان.

من الواضح أن المادة 2-27 من قواعد غرفة التجارة بستوكهولم (CCS)، تؤكد هذا المبدأ من خلال النص على أنه: "تحدد هيئة التحكيم، بالتشاور مع الأطراف، تاريخ ووقت ومكان أي جلسة استماع وتخطر الأطراف في غضون فترة زمنية معقولة".

مما سبق، نستنتج أن هذا المبدأ يجب أن ينطبق أيضا في حالة المحكم الاستعجالي أو هيئة التحكيم عندما تقرر عقد جلسات استماع أو اجتماعات بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية. من المسلم به أن هذا ينطبق إذا تم تقديم الطلب لغرض التدابير الشائبة؛ وخلافا لذلك، فإنه يشكل انتقاصا لحقوق الدفاع المخولة للأطراف. ومع ذلك، لا ينطبق هذا المبدأ إذا كان الطلب لغرض التدابير الأحادية، لأن مبدأ التواجية يعتبر من الخصائص الأساسية لهذه المسطرة.

المبدأ الثاني: لا يزال يعتبر التحكيم قد أجري في الموقع الجغرافي التي تم تعيينه من قبل الأطراف من أجل أن يكون المقر القانوني للتحكيم، حتى لو عقدت جلسات أو اجتماعات في مكان آخر. وهو المبدأ الذي بعض اللوائح والأنظمة التحكيمية ذات الصلة.

وتنص المادة 3-20 من قواعد (CCS) على أنه: "يُعتبر قرار التحكيم قد صدر من مقر التحكيم". وبالتالي، فإن المادة 4.16 من القواعد السويسرية التي تنص على أنه: "يعتبر الحكم قد تم إصداره في مقر التحكيم". من أجل تنظيم هذه المسألة، تعتبر المادة 3.16 من لوائح (LCIA) أكثر وضوحا لأنها تؤكد هذا المعنى.¹

هذا المبدأ، يعني ضمنا أن النتائج القانونية تتعلق دائما بالمقر المعين، إما بموافقة الأطراف أو المحكم أو مؤسسة التحكيم في غياب أي اتفاق. وعلى العكس، فإن هذه النتائج تظل في استقلال تام عن المكان الذي تجري في العمليات الإجرائية للتحكيم.²

¹ - l'article 16.3 du règlement de la LCIA est considéré comme le plus clair puisqu'il confirme que : « The Arbitral Tribunal may hold any hearing at any convenient geographical place in consultation with the parties and hold its deliberations at any geographical place of its own choice; and if such place(s) should be elsewhere than the seat of the arbitration, the arbitration shall nonetheless be treated for all purposes as an arbitration conducted at the arbitral seat and any order or award as having been made at that seat ». Edité par: Fehr Abdelazim Emara, op. cit., p.171.

² - Voir S. BECHET, op. cit., p. 80 et Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 691. Voir aussi Cass. 2^e civ., 9 février 1994, Gautier, Rev.arb., 1995.127, obs. P. Véron ; RTD com., 1994.477, obs. Dubarry et Loquin. Cité par Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 692 et Cass. 1^e civ., 28 octobre 1997, Rev.arb., 1998, p. 399.

خاتمة

في مؤلفه المعنون ب: "القاضي والتحكيم" - **Le juge et l'arbitrage**، يعتبر "فرحات حرشاني" - **F. Horchani**، أن لا مجال للحديث عن جدوى المقر، ويرى أن هناك نقاط أخرى التي تجعل من انعدام الجدوى التي تتعلق بمقر التحكيم، من شأنها إثارة الجدل والنقاش.

في حين نجد المدافعين على مبدأ التحديد الجغرافي للمقر في مجال التحكيم التجاري الدولي، يؤيدون المنظور التقرييري للتحكيم، والذي من أجله يجب أن يكون أي التحكيم مختصا وفق خاصية وظيفية، وهو الأمر الذي يوفره مقر التحكيم كأداة فعالة في هذا المجال.¹

ورغم تضارب الآراء في هذا الصدد، نرى من جهتنا، أنه بمناسبة نزاع تحكيمي، وخصوصا في مجال التدابير الوقائية والتحفظية، فإن مسألة المقر تظل ذات جدوى وأهمية في سير المسطرة التحكيمية، إن لم يكن على مستوى الإصدار فالأمر جاد في مجال التنفيذ.

كما نعتقد أن عقد جلسات استماع أو اجتماعات عبر الفضاء السيبراني (**cyberespace**)²، أو غيرها من الوسائل الإلكترونية الموثوق بها في مجال الاتصال، إذا ما تعلق الأمر باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية، فإنه لا يغير من حقيقة أن التحكيم يعتبر كما لو أنه تم في المقر القانوني الذي سبق تحديده، وأن أي حكم أو أمر قد يتم إصداره، يعد كما لو أنه صدر في هذا المقر.³

¹- S. BESSON, « L'importance du siège de l'arbitrage », Rev. brasil. arbitr. 2007, n° 13, p. 107.

²- l'article 20.2 du Règlement de la CCS prévoit que : « le Tribunal arbitral peut, après consultation des parties, conduire des audiences à tout endroit qu'il estimera approprié ».

³- Voir S. BECHET, op. cit., p. 80 et Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 691. Voir aussi Cass. 2^e civ., 9 février 1994, Gautier, Rev. arb., 1995.127, obs. P. Véron ; RTD com., 1994.477, obs. Dubarry et Loquin. Cité par Berthold GOLDMAN, Emmanuel GAILLARD et Philippe FOUCHARD, op. cit., p. 692 et Cass. 1^e civ., 28 octobre 1997, Rev. arb., 1998, p. 399. (256) Près de cette conclusion, voir S. BECHET, op. cit., p. 82.

التحكيم ونزاعات العقود الإدارية -قراءة في الطبيعة القانونية للعقد الإداري الداخلي-

الدكتورة كوثر أمين
باحثة في الإدارة والتنمية

رغم الجهود المبذولة لتحفيز القطاع الخاص للمساهمة في تحريك العملية التنموية في المغرب، فإن الدولة لازالت حاضرة بشكل قوي في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية، إما بشكل مباشر بوسائلها وأموالها وأعوانها، وإما عبر التعاقد مع أطراف خاضعة للقانون الخاص؛ يتم تفويضهم للقيام ببعض المهام التي ترتبط بتدبير مختلف المرافق التي تسهر الأشخاص العامة على تدبيرها. وغاية ذلك الاستفادة من قدرات القطاع الخاص التمويلية والتقنية والخبرات الفنية، والإسهام بالتالي في الرفع من جودة ومردودية الخدمات المقدمة من قبل هذه المرافق.

وعلى ضوء ذلك، تأسست قيم للتعاقد والتعاون بين الأشخاص العامة وأشخاص القانون الخاص، في عملية تشاركيه من أجل تحقيق التنمية، عبر إبرام عقود أشغال وتوريدات وخدمات وعقود امتياز... الخ، لتنفيذ مهام المرافق العمومية بما يخدم الصالح العام.

وبعد أن انفتح المغرب على القطاع الخاص الأجنبي، للاستثمار داخل البلاد، وتحقيق التنمية في المجالات التي لا يستطيع القطاع العام والقطاع الخاص الوطني التكفل بإنجازها، أصبح الآن يسعى إلى تعبئة الاستثمار الوطني المحلي، من أجل الاستفادة من القدرات الحقيقية لهذا القطاع الذي عرف تطورات مهمة في السنوات الأخيرة، كخطوة تستحق الاهتمام بها قصد تشجيع هذا القطاع للمساهمة بشكل أكبر في تحقيق المصلحة العامة وتنفيذ مهام المرافق العمومية.

وفي إطار هذا السعي الحثيث من قبل السلطات العمومية لتحقيق هذا المبتغى، كان من الضروري توفير قدر معين من الضمانات القانونية والقضائية بالأساس، حتى يقدم الرأس المال الوطني على الإقبال من أجل التعاقد مع الأشخاص العامة، خاصة إذا علمنا الموقع المتميز للأشخاص العامة في العقود التي تبرمها مع القطاع الخاص؛ بحكم كونها تتمتع بالسيادة والسلطان، وتمثيلها للصالح العام، في مقابل رأس مال يتميز بطابعه "الحذر"، أي أن المستثمر يفضل أن يستثمر وفق ضمانات تمنحه قدرا من الاستقرار والثبات، وتجنبه أي تغيرات قد تهدد الأموال التي يستثمرها في مشروع ما.

وتأسيسا على ما سبق، عملت السلطات العمومية على القيام بمجموعة من الإصلاحات منها ما مس نظام إبرام العقود الإدارية "الصفقات العمومية"، حيث صدر مرسوم تنظيمي في سنة 1998 ثم غير بمرسوم آخر في 5 فبراير 2007، وهذا الأخير ومن خلال استقراء مضامينه يركز على نقطة أساسية، وهي المتعلقة بتحسين نظام الشفافية في مختلف مراحل إبرام الصفقة

العمومية، كما تم إصدار تشريع خاص يعقود التدبير المفوض كآلية بين يدي الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية لتحسين أداء المرافق العامة المحلية التي تسهر على تدبيرها هذه الأخيرة. وفي "سياق تحسين مناخ الاستثمار"، تم تعديل التشريع المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية من خلال إصدار القانون 08.05 المعدل والمتمم لقانون المسطرة المدنية،¹ والذي أتى بمجموعة من المستجدات، تتضمن مجموعة من الضمانات القانونية والقضائية للاستثمار الوطني والأجنبي خاصة أمام القضاء، وذلك لمواجهة بعض "أزمات" العدالة، التي تواجه العديد من الإكراهات التي تدفع المستثمر المحلي أو الأجنبي على السواء إلى التخوف والنفور من الاستثمار.

ويعد التحكيم من الضمانات التي يشترط المتعاقدون مع الإدارة إدراجها ضمن هذه العقود، قصد إبعاد النزاع الذي قد ينشأ بسببها من اختصاص القضاء الرسمي. ويعتبر التحكيم عموما كمؤسسة لحل المنازعات من أقدم أنظمة العدالة التي عرفتها البشرية حيث تم التعارف عليها منذ عهود قديمة، ونصت عليها جملة من القوانين الخاصة والاتفاقيات الدولية. كما أكدت الشريعة الإسلامية على أهميته باعتباره من المبادئ الأساسية للنظام القضائي الشرعي. ولئن أصبح من المتعارف عليه في الأوساط الأكاديمية والعلمية أن الدولة في إطار علاقتها التعاقدية ذات الصلة بمجال التجارة الدولية، يمكن أن تخضع لقضاء التحكيم، في سياق التراجعات التي يشهدها مفهوم السيادة في العلاقات الدولية، حيث تضطر الدولة الراغبة في الحصول على التمويل والاستثمار الأجنبي إلى قبول إخضاع أي منازعات محتملة بينها وبين المستثمرين لقضاء التحكيم الدولي. فالأمر أصبح يتجاوز هذا الحد لدرجة الحديث عن إخضاع العلاقات التعاقدية الداخلية للإدارة لقضاء التحكيم، وهي من الأمور الجديدة التي أتى بها القانون 08.05 السالف الذكر.

إن التشريع المغربي الحالي الخاص بمجال التحكيم في النزاعات التعاقدية الداخلية للأشخاص العامة، يعد متقدما بشكل كبير خاصة بالنظر إلى التشريع الملغى، وكذا بالنظر للأنظمة القانونية المقارنة كالتشريع الفرنسي أو التونسي على سبيل المثال. وتتجلى فكرة هذا المقال، في البحث عن إشكالية التوازن بين العقد الإداري كآلية لتحقيق المصلحة العامة بما يتضمن من سمات تميزه عن عقود القانون الخاص، وبين متطلبات قضاء

¹ القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

التحكيم المتعارف عليه عالميا، هذا من جهة ومن جهة أخرى بين مفهوم السيادة الداخلية للدولة ومتطلبات التحكيم.

إن لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بعقود إدارية داخلية، ورغم الإيجابيات الممكن إجمالها فيما يتعلق بتحسين مناخ الاستثمار وتحفيز الخواص على التعاقد مع الإدارة بالشكل الذي قد يرفع من جودة الخدمات التي تقدمها مختلف المرافق العامة.

فإن لهذا الأسلوب في فض النزاعات آثار سلبية على الطبيعة القانونية وعلى نظرية العقد الإداري كنظرية أنشأها القضاء الإداري، ويتضح ذلك خاصة بالاستناد إلى حرية الإدارة والمتعاقد معها في اختيار القانون الواجب التطبيق من الناحية الإجرائية والموضوعية أثناء نظر هيئة التحكيم في النزاع محل التحكيم.

فالتحكيم في حد ذاته لا يؤثر على الطبيعة الإدارية للعقد، ولكن الذي يؤثر على تلك الطبيعة هو أن يطبق على النزاع محل التحكيم قواعد موضوعية غير تلك التي تقررها نظرية العقود الإدارية.¹

كما أنه قد يثار تساؤل حول مدى تأثير نظام العقد الإداري أو خصوصيات العقد الإداري على قضاء التحكيم.

ففي هذه الحالة والتي يكون من شأن نظام العقد الإداري أن يعيق أو يحد من صلاحيات ومميزات نظام التحكيم كما هو متعارف عليها، سيثور إشكال جوهري يرتبط بمدى جدوى اللجوء للتحكيم كآلية لحل نزاعات الأشخاص العامة ذات الطبيعة الإدارية، وبالتالي من الأفضل إبقاء ولاية القضاء الرسمي على هذه النزاعات.

فقضاء التحكيم هو قضاء اتفاقي وبالتالي يبقى لإرادة الطرفين الحسم في هذه المسألة، حسبما تقتضيه مصلحة كل طرف، فتحديد صلاحيات الهيئة التحكيمية هو من اختصاص أطراف النزاع.

وقبل التعرض للآثار المحتملة على نظرية العقود الإدارية كأحدى نتائج أعمال آلية التحكيم (المحور الثاني)، لا بد من أن نعرض أولا للنظام القانوني للعقد الإداري (المحور الأول) من خلال التطرق لامتيازات الإدارة وحقوق المتعاقد، ثم بعد ذلك نتناول في (المحور الثالث) الحديث

¹ - جعفر كريشان، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، بحث لنيل الدبلوم الجامعي العالي في المهنة القضائية والقانونية، كلية الحقوق السويسي، السنة الجامعية 2006/2007، ص 65.

عن بعض التقنيات الكفيلة بالحفاظ على نظرية العقد الإداري في ظل الاستعانة بالتحكيم كآلية لحل النزاعات المرتبطة به.

المحور الأول: النظام القانوني للعقد الإداري.

يتميز العقد الإداري بمجموعة من الخصائص التي تجعله يختلف عن باقي العقود الأخرى الخاضعة للقانون الخاص، والتي أقرها له الاجتهاد القضائي،¹ وذلك بحكم تواجد الإدارة والمصلحة العامة طرفاً في هذه العقود، وذلك من خلال الامتيازات التي تتمتع بها الأشخاص العامة "المطلب الأول"، إلا أن المتعاقد مع الإدارة يتمتع هو الآخر بمجموعة من الضمانات التي تحمي موقعه ومركزه في العقود الإدارية "المطلب الثاني"، والتي كان الهدف من إقرارها تشجيع الخواص على التعاقد مع الإدارة لتنفيذ مهمة المرفق العام.

المطلب الأول: امتيازات الأشخاص العامة في العقد الإداري.

تتمتع الأشخاص العامة في العقود الإدارية بمجموعة من الامتيازات كنتيجة لحضور مبدأ السيادة والسلطان في مثل هذه العقود والتي يمكن ذكرها كالتالي:

الفقرة الأولى: الحق في مراقبة تنفيذ العقد.

يعطي العقد الإداري للإدارة الحق في مراقبة تنفيذ العقد من قبل المتعاقد بشكل يلتزم فيه المتعاقد بكافة الشروط التعاقدية والتنظيمية الواردة في العقد، وتملك الإدارة في ذلك سلطة التتبع والتوجيه والإشراف، ولها أن تصدر الأوامر والتعليمات والمنشورات، التي تلزمه بأن يتبع طرقاً معينة في تنفيذ الالتزامات المتعاقد بشأنها.²

كما أن للإدارة أن تقوم بالمراقبة المادية لتنفيذ العقد من خلال التعرف على مناخ تنفيذ الأعمال، من حيث جودة المواد المستعملة والشروط الفنية والتقنية والاجتماعية، ولها أن تصدر في ذلك ما تراه مناسباً من أوامر وتوجيهات لضمان حسن سير المرفق العام، وعلى المتعاقد أن يلتزم بتلك التوجيهات وإلا كان محل مسألة قانونية.³

¹ - إن العقود الإدارية بمميزاتهما مرتبطة بالقضاء الإداري، لأنه هو من أنشأها
- أنظر: رمزي زيد، التحكيم في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص 49.

² - شريف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، طبعة 2011، ص 18.
³ - أنظر المادة 52 من المرسوم رقم 2.01.2332 صادر في 4 يونيو 2002 بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة.

الفقرة الثانية: الحق في توقيع جزاءات على المتعاقد.

تملك الإدارة في مواجهة المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، إمكانية توقيع مجموعة من الجزاءات،¹ كالجزاءات المالية² "غرامات التأخير و/أو مصادرة التأمين"³ والضغط والإكراه أو فسخ العقد والفسخ يعد أقوى جزاء في هذا الإطار، لذا يستلزم القضاء الإداري أن يكون اللجوء لمثل هذا الإجراء في الحالة التي يرتكب فيها المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً يمس السير العادي والمنظم للمرفق العام،⁴ وهو في ذلك يختلف عن سلطة إنهاء العقد الإداري التي تملكها الإدارة حتى في الحالات التي لا يرتكب فيها المتعاقد مع الإدارة أي خطأ. وللإدارة في حالة الفسخ نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته إمكانية رفع الدعاوى أمام القضاء التي ترى أنها كفيلة بالحصول من خلالها على التعويضات المناسبة.⁵

كما تملك الإدارة في نفس السياق سلطة التنفيذ المباشر وعلى نفقة المتعاقد، أو القيام بتفوييت الصفقة موضوع العقد إلى متعاقد أو متعهد آخر، ويتم هذا الإجراء على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته، في الحالات التي يتطلبها سير المرفق العام ذلك.

والهدف من وراء هذه الجزاءات هو تقويم المتعاقد حتى لا يقصر في ضمان السير العادي والمنظم للمرفق العام، بشكل يضمن المصلحة العامة التي هي مناط عمل الدولة وسائر الأشخاص العامة الأخرى.

=

- أنظر كذلك المادة 70 من المرسوم رقم 2.99.1087 صادر في 4 ماي 2004 بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة.

¹- ويمكنها أن تباشر تطبيق هذه الجزاءات بنفسها أو عن طريق اللجوء إلى القضاء المختص، ويرى البعض أن الإدارة تلجأ للقضاء في هذا الصدد، مخافة تحمل أية مسؤولية في حالة خطأ الإدارة في تقدير حجم الإخلال وبالتالي حجم الجزاء، وقد انتقد بعض الباحثين هذا السلوك من قبل الإدارة، وأكدوا على عدم جواز التفريط في صلاحيات الإدارة من قبل الإدارة نفسها.

أنظر في هذا الصدد: عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، سنة 1975، ص 69 و70.

²- فؤاد عزوزي: دور القضاء الإداري في حماية أطراف العقد الإداري، مقالة منشورة بموقع عدالة ماروك التابع لوزارة العدل المغربية، ص 14 و15.

<http://cutt.us/S10WA>

³- البند 3 من المادة 52 من المرسوم رقم 2.01.2332 المشار إليه سابقاً.

⁴- فؤاد عزوزي: مرجع سبق ذكره، ص 18.

⁵- الفقرة الثانية من البند 3 من المادة 52 من المرسوم 2.01.2332 المشار إليه سابقاً.

الفقرة الثالثة: سلطة تعديل العقد بصورة انفرادية.

للإدارة الحق في تعديل الشروط والالتزامات التعاقدية بشكل انفرادي، ودونما حاجة إلى موافقة الطرف المتعاقد حسبما تقتضيه المصلحة العامة،¹ وهذه سمة تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، ولا ضرورة للنص عليها في العقد الأصلي أو في دفاتر الشروط الملحقة به سواء دفاتر الشروط العامة أو المشتركة أو الخاصة.²

لكن الدولة أو الإدارة حينما تلجأ إلى سلطة التعديل الانفرادي فإنها تنفقد بمجموعة من القيود التي تضمن حقوق المتعاقد مع الإدارة، حيث لا تشمل سلطة التعديل هذه الشروط المالية للعقد والمزايا المالية المعترف بها للمتعاقد.

وتستند سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد إلى مسألتين أساسيتين، الأولى تتعلق بأن الإدارة تمثل الصالح العام وبالتالي لا بد وأن تستجيب لما تتطلبه عملية الحفاظ ورعاية الصالح العام، والثانية تتمثل من كون الإدارة تمثل السلطة العامة التي تسموا على باقي الأفراد الأخرى.³

الفقرة الرابعة: سلطة إنهاء العقد.

للإدارة الحق في إنهاء العقد حتى في الحالة التي يكون فيه المتعاقد غير مخل بالتزاماته التعاقدية، وهذه القاعدة مسلم بها في إطار العقود الإدارية، وهي سمة أخرى تميز العقود الإدارية عن باقي العقود الأخرى الخاضعة للقانون الخاص، وقد تعتمد الإدارة في إنهاء العقد مجموعة من الأسباب والمبررات، كأن تعتبر أن استمرار العقد لا يشكل فائدة بالنسبة لسير المرفق العامة، وأن هذا العقد لا يحقق المصلحة العامة التي كانت السبب وراء إبرامه.

وقد يرى البعض أن هذه السلطة ما هي إلا مظهر من مظاهر تدخل الإدارة في تغيير بنود العقد، فهنا تتدخل الإدارة لتغيير وتعديل البند المتعلق بالمدة، وبالتالي فهي مرتبطة بسلطة الإدارة

¹ عادل مصلح ناجي الظفيري، مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، بجامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية 2006/2007، ص 178.

² تتكون الصفقة العمومية "العقد الإداري" من العقد نفسه بالإضافة إلى دفاتر شروط عامة خاصة بنوع محدد من الصفقات كصفات الأشغال أو التوريد... الخ، وتصدر بمرسوم ودفاتر شروط مشتركة إما بين مجموعة معينة من الصفقات أو بين مجموعة من الإدارات وتصدر بقرار للوزير المعني ودفاتر شروط خاصة بالصفقة عينها التي يصدرها الأمر بالصرف المكلف بإبرام تلك الصفقة.

³ علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، سنة 1976، ص 148.

في تعديل بنود العقد الإداري، غير أن اتجاهها آخر يرى بأن هذه السلطة مستقلة بذاتها، عن سلطة الإدارة المتعلقة بتعديل بنود العقد.¹

وتتمتلك الإدارة في هذا المجال سلطة تقديرية في تقدير ملائمة التعاقد مع المصلحة العامة، فإن رأت أن إنهاء العقد يشكل مصلحة عامة، كان لها أن تنهي العقد الإداري، حتى ولو لم يخطئ المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الأشخاص العامة.

في مواجهة تلك الامتيازات التي تتمتع بها الأشخاص العامة في العقود الإدارية، تم إقرار مجموعة من الحقوق والضمانات للأشخاص الخاصة التي تتعاقد مع الإدارة لضمان حقوقهم خاصة ذات الطبيعة المالية، هذا من جهة،² وقصد ردع الأشخاص العامة من التعسف في استعمال السلطات المخولة لها بموجب العقود الإدارية بصفتها صاحبة سيادة وسلطان وتمثل الصالح العام من جهة أخرى.

ويمكن إجمال تلك الحقوق والضمانات في الحصول على المقابل المادي للخدمات التي ينجزها للشخص العام، والحق في الحصول على التعويض نتيجة حالات معينة، والحق في تحقيق التوازن المالي للعقد.

الفقرة الأولى: الحصول على مقابل مادي.

يقع المقابل المادي الذي سيتقاضاه المتعاقد من الشخص العام، في هرم أولوياته وهو الدافع الرئيسي إن لم نقل الدافع الوحيد نحو التعاقد، فالأشخاص الخاصة تهدف إلى تحقيق الربح المادي من وراء ما تسديه وما تقدمه للشخص العام من خدمات.

وبالتالي يكون من حق هذا المتعاقد أن يحصل على مقابل مادي متعاقد عليه مقابل الأعمال التي أنجزها لفائدة الشخص العام، ويمكن أن يكون هذا المقابل إما في شكل مبالغ مالية تسدد عبر مراحل بحسب إنجاز الأعمال وهذه تنصب بالأساس على إنجاز الأشغال العامة أو بعد انتهاء الأشغال.³

¹ مصطفى خربوش، رقابة القاضي الإداري على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة لنيل شهادة الماستر بكلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2008/2009، ص 26.

² للمزيد أنظر: م. إدريس الحلابي الكتاني، العقود الإدارية، دار السلام الرباط، الطبعة الثانية 2000، ص 67 إلى 70.

³ عبد القادر باينة، الوسائل القانونية للنشاط الإداري: القرارات الإدارية: العقود الإدارية، منشورات زاوية 2006، ص 228.

ويمكن أن يكون هذا المقابل في شكل رسوم يتقاضاها المتعاقد المسير للمرفق العام من قبل المرتفقين مقابل الخدمات التي يقدمها لهم، وتطبق هذه الطريقة في عقود الامتياز وعقود التدبير المفوض، على أن تحديد مقدار هذه الرسوم يعود إلى العقد الإداري المنشأ لحق الامتياز أو للتدبير المفوض.

الفقرة الثانية: الحصول على تعويض مقابل تدخلات الإدارة.

عطفا على ما سبق، يكون الإدارة تمتلك العديد من السلطات لتتدخل في تنفيذ العقد الإداري وتحديد طريقة التنفيذ، بما ينسجم وحسن أداء المرفق العام لنشاطه، وأن هذا التدخل قد يزيد من حجم الأعباء والتكاليف المالية على المتعاقد، خاصة بالنسبة لتدخل الإدارة في تغيير شروط العقد التعاقدية، وفي توجيه تعليمات وأوامر لتحديد للمتعاقد طريقة تنفيذ العقد، والتي لا يملك إزاءها المتعاقد إلا الانقياد لها بشكل كلي. فإن الإدارة ملزمة بتقديم تعويض مادي بشكل يتناسب مع حجم التكاليف المتحملة من قبل المتعاقد، بشكل يضمن له قدر معين من الربح المادي،¹ وذهب القضاء الإداري في هذا الاتجاه، بل أكثر من ذلك حيث أقر منح المتعاقد الذي ينفذ أشغال خارج الصنفقة، تعويضا عن هذه الأشغال حتى ولو لم تطلب الإدارة منه ذلك طالما أن تلك الأشغال أساسية لحسن سير المرفق العمومي.²

الفقرة الثالثة: الحق في التوازن المالي للعقد.

المتعاقد مع الإدارة في غالب الأحيان يكون من أشخاص القانون الخاص، ويجعل الربح المادي هدفه ودافعه من أجل التعاقد مع شخص عام، من أجل تدبير أحد المرافق العامة التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة ولا تستهدف تحقيق الربح المادي.

لذا فإن على الإدارة أن تضمن له حيزا معقولا من الربح المادي من خلال ضمان التوازن المالي للعقد،³ خاصة في حالات معينة أقرها الاجتهاد القضائي، فليس من المنطق في شيء أن يتحمل المتعاقد من ماله الخاص تسيير مرفق عام يستفيد منه العموم. وعليه، فالإدارة ملزمة

¹ -أنظر المادة 54 من المرسوم رقم 2.01.2332. المشار إليه سابق.

- انظر كذلك المادة 71 من المرسوم رقم 2.99.1087 المشار إليه سابق.

² - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 24 بتاريخ 2007/1/3 في ملف رقم 07/1431 ش ع: بين مقابلة للبناء ووزارة التربية الوطنية والأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين بالقنيطرة، حيث قضت المحكمة باستحقاق المقابلة تعويض عن أشغال أنجزتها دونما أمر من الإدارة المعنية، لكن الإدارة تقر بإنجاز تلك الأشغال.

³ - مصلح ناجي الظفري: مرجع سابق ذكره، ص 179.

بموجب قاعدة الحفاظ على التوازن المالي للعقد، بالتدخل لتعويض المتعاقد في حالات معينة وهي:

1- فعل الأمير: كل عمل يصدر عن السلطة العامة دون خطأ من جانبها، يترتب عليه وضع المتعاقد في مركز سيء.

2- الظروف الطارئة: وقوع أمور وأحداث خارجة عن إرادة الإدارة وكذا المتعاقد معها، ولم يكن متوقع حدوثها عند التعاقد، فتؤدي تلك الأمور إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، مما يصبح معه تنفيذ العقد مرهقاً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، مثل الزيادة في أسعار المواد الأولية أو خفض قيمة العملة...الخ.

3- الصعوبات المادية غير المتوقعة: وهو حدوث أمور غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد كالعثور على صخور صلبة غير متوقع وجودها في مكان تنفيذ الأشغال مما يترتب عنه زيادة في التكاليف وتأخر في الإنجاز.¹

ففي مثل هذه الحالات تتدخل الإدارة لتعويض المتعاقد بشكل يتناسب مع حجم الضرر الذي لحقه من جراء زيادة تكاليف وأعباء تنفيذ مهمة المرفق العام، وذلك بشكل يحقق له التوازن المالي للعقد.

المحور الثاني: آثار التحكيم على نظرية العقود الإدارية الداخلية.

لقد أجاز المشرع المغربي لجوء الأشخاص العامة للتحكيم في نزاعاتها المرتبطة بالعقود الإدارية الداخلية كما رأينا سابقاً، وهذا في حد ذاته لا يؤثر على النظام القانوني للعقود الإدارية، لكن أن يصحب ذلك بإعطاء أطراف النزاع الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق هو ما قد يؤثر على نظرية العقود الإدارية، خاصة في الحالات التي يختار فيها الأطراف الاحتكام لقانون لا يقر بامتيازات الإدارة في العقد الإداري، ولا يقيم التفرقة بين المنازعات الإدارية والمنازعات المدنية والتجارية، وهو ما يؤدي إلى عدم إعمال مبادئ القانون العام التي تحكم نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية الداخلية.²

ولذلك فتأثير التحكيم على النظام القانوني للعقود الإدارية، يكون له مجموعة من النتائج منها ما يرتبط بامتيازات الإدارة داخل العقد الإداري وخاصة أثناء تنفذه، ومنها ما يرتبط بحقوق الطرف المتعاقد مع الإدارة.

¹ عبد القادر باينة، مرجع سابق ذكره، ص 229.

² هلال حمد هلال السعدي، التحكيم ودوره في تسوية المنازعات الإدارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق أكادال، السنة الجامعية 2007/2008، ص 540.

المطلب الأول: آثار التحكيم على امتيازات الإدارة.

إن خضوع العقود الإدارية إلى التحكيم كما هو مقرر من قبل المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية كما تم تعديله وتنظيمه، والذي يعترف للأطراف بحرية اللجوء للتحكيم، وفق شكليات معينة بالنسبة للأشخاص العامة وكذا حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق، فضلا عن كون باقي إجراءات التحكيم تتم بشكل اتفاقي وفق مبدأ المساواة بين الأطراف، كاختيار الهيئة التحكيمية مثلا، فإن هذا يمس سيادة الدولة من خلال تخلي الدولة عن حصانتها القضائية "القضاء الإداري" وكذا عن سمو مركزها القانوني في العقود الإدارية.

إن القواعد الموضوعية التي سيتفق الأطراف على إخضاع نزاعات العقود الإدارية الداخلية لها، أو القانون الذي ستختاره الهيئة التحكيمية في الحالات التي لا يتفق الأطراف على القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق وذلك بالنظر للفقرة الثانية من الفصل 18-327¹، لا يشترط فيه أن يعترف للإدارة بامتيازات قانونية في مواجهة المتعاقد معها مما قد يضر بسير المرافق العمومية وبالتالي الأضرار بالمصلحة العامة، التي تشكل العقود الإدارية آلية مهمة في تحقيقها، بل قد يتجاوز هذا الحد بإقرار امتيازات لصالح الطرف المتعاقد مع الإدارة، تسمو على ما هو منصوص عليه لفائدة الشخص العام.²

ونذكر من أمثلة ذلك التنصيص على شرط الثبات التشريعي أو شرط عدم المساس بالعقد، والذي يحرم الإدارة من التدخل في تغيير العقد بما يخدم الصالح العام.

وبالتالي لن يُعترف للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى بالحق في المراقبة والتتبع والإشراف على تنفيذ العقد الإداري وفق التصور المتعارف عليه في نظرية العقد الإداري، حيث تحدد الإدارة طريقة تنفيذ العقد من خلال المنشورات والتعليمات التي توجهها إلى للمتعاقد، بما يخدم المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة.

وكذا لن يعترف للدولة بحقها في توقيع جزاءات معينة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته، وعليها اللجوء في هذه الحالة لتحريك مسطرة التحكيم، مما قد يضر بالسير العادي والمنتظم للمرفق العام، حيث ستفقد الإدارة قدرتها على التدخل المباشر لتنفيذ العقد على نفقة المتعاقد في حالة التقصير أو حتى تفويت الصفقة إلى متعاقد آخر على نفقة المتعاقد المقصر دائما.

¹- حيث تطبق هيئة التحكيم القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع

²- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2003، مرجع سابق ذكره، ص 148.

وعليه، فإن غياب مثل هذه السلطة للإدارة في مواجهة المتعاقد قد يجعل هذا الأخير وفي حالة عدم وفائه بالتزامات المتعاقد عليها بالشكل المطلوب، وفي المدة المحددة، مما يضر بالصالح العام، واتفاق التحكيم سيقيد يد الإدارة في التدخل للدفاع عن المصلحة العامة التي تمثلها مختلف الإدارات العمومية وسائر الأشخاص العامة، خاصة في الحالة التي يتمظهر فيها اتفاق التحكيم في صورة شرط للتحكيم.

وزد على ذلك، حرمان الإدارة من حقها في إمكانية التدخل بشكل انفرادي في تعديل بعض بنود العقد بما ينسجم مع حسن تدبير المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة بالشكل الأكثر ملاءمة لمتطلبات الإدارة، وبما ينسجم مع التطورات التي يعرفها المرفق العام انسجاما مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والديمقراطية للبلاد.

أما سلطة الفسخ بشكل انفرادي في الحالة التي يخل المتعاقد في تنفيذه للعقد بالتزاماته الأساسية، أي حينما يرتكب المتعاقد أخطاء جسيمة وبالغة الفداحة تضر بالسير العادي للمرفق العام، فيبدو مستحيلا تصور تطبيقها في ظل عقود إدارية تتضمن شرط اللجوء للتحكيم لحل النزاعات المرتبطة بها، بالرغم مما قد تقتضيه المصلحة العامة، والتي تتطلب في بعض الأحيان التدخل السريع من قبل الإدارة لتلافي بعض المخاطر التي قد تقع من جراء توقف المرفق العام أو تأخره في تقديم الخدمات المرجوة منه.

وحتى في الحالة التي لا يخل فيها المتعاقد بالتزاماته، فالإدارة قد ترى بأن استمرار تنفيذ العقد لم يعد يستجيب للمصلحة العامة التي كان متصور أن يؤديه تنفيذ العقد أثناء إبرامه، مما يدفعها إلى إنهاء التعاقد، وفي حالة وجود شرط التحكيم فمن المستبعد قيام الإدارة بمثل هذا التصرف، والذي قد يترتب على الإدارة تعويضات ضخمة لفائدة المتعاقد رغم تنازل الإدارة عن المطالبة بتنفيذ العقد.

ورغم ما تم ذكره من آثار للتحكيم على طبيعة العقود الإدارية فإنه يلزم توضيح ماهية العناصر المكونة للعقد الإداري التي تكون محل تحكيم، هل يشمل التحكيم العقد الإداري بشكل كامل؟ أم أن هناك عناصر من العقد الإداري لا تخضع لمقتضيات التحكيم كالشروط التنظيمية التي تحمي مصالح وامتيازات الإدارة في مثل هذه العقود، وإذا كانت كذلك فما أهمية التحكيم في هذه العقود في هذه الحالة.

يعتقد البعض أن ما يخضع للتحكيم في إطار نزاع قائم جراء عقد إداري، لا يتعلق بالشروط التنظيمية المتضمنة في العقد أو الشروط الواردة في اللوائح ذات الصلة بمجال العقد، والتي قد

توفر للشخص العام هامش معين في مراقبة تنفيذ العقد الإداري.¹ بما يضمن تحقيق المصلحة العامة المستهدفة أصلاً من العقد الإداري.

وإنما يشمل فقط الشروط التعاقدية، وهو ما قد يحرم الإدارة من بعض الامتيازات في هذه الحالة، وهي تلك المتعلقة مثلاً بحرية تعديل بنود العقد وسلطة الفسخ والإنهاء... الخ.

المطلب الثاني: آثار التحكيم على حقوق الطرف المتعاقد مع الإدارة.

إن تأثير التحكيم في نزاعات العقود الإدارية الداخلية لا يقتصر على امتيازات الإدارة التي سبق أن تحدثنا عنها في المطلب السابق، بل يمتد إلى الضمانات التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة.

فبحكم أن تلك الضمانات منحت للمتعاقد في إطار نظرية العقد الإداري لحمايته من التعسف المحتمل للإدارة في استخدام سلطاتها وصلاحياتها، وبالتالي فحرمان الإدارة من تلك الصلاحيات والسلط، يصحبه بشكل تلقائي حرمان المتعاقد من كافة تلك الضمانات والحقوق. وبالتالي يصبح المتعاقد في تنفيذ التزاماته وكأنه يتعامل مع أي شخص خاص، وبطبيعة الحال نتحدث هنا في الحالة التي يتم فيها اختيار تطبيق القانون العادي على مثل هذا النزاع، وأن يكون هذا القانون لا يقيم التفرقة ولا يميز بين العقود الإدارية والعقود المبرمة في إطار القانون الخاص.

وبناء على أن الإدارة تفقد سلطاتها في التدخل الانفرادي في تعديل بنود العقد "نظرية فعل الأمير"، فالمتعاقد لن يكون بحاجة إلى التعويض الملازم لهذا التدخل في الحالة التي يترتب عن تدخل الإدارة زيادة في الأعباء والتكاليف المالية على المتعاقد، طالما أن الإدارة لن تتدخل. وتأسيساً عليه، فإن الأثر السلبي الذي يمكن أن يقع على المتعاقد هو في حالة تعلق الأمر بصعوبات مالية يواجهها المتعاقد في تنفيذ العقد أو في حالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، وفي مثل هذه الحالات يستحق المتعاقد تعويض "تحقيق التوازن المالي للعقد"، وهو غير ملزم بإثبات خطأ الإدارة لاستحقاقه، أما في الحالة التي يرتبط فيها العقد بالتحكيم فالإدارة غير ملزمة بتحقيق التوازن المالي للعقد ولها أن تطالب المتعاقد بتنفيذ التزاماته بالشكل المحدد في العقد، وداخل الآجال المحددة، ولها في حالة الإخلال بذلك أن تطالب بالتعويض المادي، لكن التساؤل المطروح هنا، ماذا ستستفيد الإدارة من هذا التعويض في حالة إقراره من قبل هيئة التحكيم في الحالة التي يتضرر المرفق العام من جراء تعثر المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

¹ - هلال حمد هلال السعدي، مرجع سابق، ص 584.

المحور الثالث: كيفية الحفاظ على الطبيعة القانونية للعقود الإدارية.

إن التحكيم في العقود الإدارية الداخلية وفق ما جاء في التشريع المغربي وخاصة في الجزئية المتعلقة بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وما لها من آثار، والتي تعرضنا لها سابقا، سواء تلك المرتبط بامتيازات الإدارة أو تلك المرتبطة بحقوق التعاقد، تجعل الحديث عن نظام أو نظرية العقود الإدارية شيئا صعب الاستيعاب في ظل وجود شرط أو عقد تحكيم، فالعقد الإداري يتميز عن غيره من العقود بتلك الامتيازات التي يمنحها للإدارة ممثلة الصالح العام، والتي وضعها القضاء الإداري لمنح السلطات الإدارية القدرة على التحكم في سير المرافق العامة، وبالمقابل منح التعاقد مع الإدارة مجموعة من الحقوق التي تضمن له تحقيق قدر معقول من الربحية وحمايته من تدخلات الإدارة الانفرادية، بهدف تشجيع الخواص على التعاقد مع الإدارات العمومية وذلك كنتيجة لتراجع الدولة في حجم تدخلاتها، والرغبة في الاستعانة بالقدرات المالية والتقنية والتنظيمية للقطاع الخاص في تحسين جودة الخدمات المقدمة من قبل مختلف المرافق العمومية.

لكن أن تصبح رغبة الدولة في تعبئة القطاع الخاص المحلي وإشراكه في تدبير بعض المرافق العمومية، تجعلها تتخلى عن حصانتها القضائية وعن امتيازاتها وعن موقعها المتميز داخل نظرية العقد الإداري في سبيل تحقيق التنمية، تجعل هذه السيادة تنتقل من يد الدولة إلى يد الاستثمار والمستثمرين، المحليين والأجانب على السواء، ولذلك ومن أجل الحفاظ على الطبيعة القانونية للعقود الإدارية وخاصة تلك المعروض نزاعاتها على قضاء التحكيم، يلزم اتخاذ بعض الخطوات التي يمكن من خلالها تحقيق ذلك.

وقبل أن نذكر بعض هذه الإجراءات، تجدر الإشارة إلى أن التشريع المغربي حاول الحفاظ شيئا ما على قدر معين من تدخل القضاء الإداري في النزاعات المرتبطة بالعقود الإدارية المعروضة على قضاء التحكيم، وذلك من خلال إسناد إصدار الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي للقضاء الإداري، وذلك من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية حيث جاء فيه ما يلي: "... يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل، إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها، أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني."، وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه المشرع المصري من خلال المادة 9 من نظام التحكيم والتي جاء فيها: "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيله هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة

أصلاً بنظر النزاع..."، ومن بين هذه المسائل التي يحيله القانون المصري للتحكيم إلى القضاء ما يتعلق بإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي.¹

والقضاء هنا لا يملك مناقشة الحكم التحكيمي لا في الشكل ولا في الجوهر فيكتفي إما بإصدار الأمر بالتنفيذ وتذييله بالصيغة التنفيذية، أو رفض تذييله بالصيغة التنفيذية.

وقد ثار نقاش فقهي حول حجية الحكم التحكيمي وهل يكتسب قوة الشيء المقضي به بمجرد صدوره، أم لا بد من تذييله بالصيغة التنفيذية حتى يكتسبها،² وما فائدة إصدار الصيغة التنفيذية في الحالة التي يكون فيها للحكم التحكيمي حجيته بمجرد صدوره، خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع أحد أطرافه شخص عام، وهكذا حسم المشرع المغربي هذا الخلاف في الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 26-327 من قانون المسطرة المدنية، حيث أكد على أن الحكم التحكيمي يكتسب بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه، غير أن الحكم التحكيمي لا يكتسب حجية الشيء المقضي به، عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام طرفاً فيه، إلا بناء على أمر بتحويل صيغة التنفيذ.

وهو الحال الذي ينطبق على منازعات العقود الإدارية الداخلية المعروضة على قضاء التحكيم، ولعله إجراء يحفظ نوعاً ما من مكانة العقود الإدارية، وبالتالي من مكانة الشخص المعنوي العام في أي علاقة تعاقدية ذات طبيعة إدارية داخلية ولو بشكل رمزي.

واعتباراً لذلك، لا يكفي للحفاظ على الطبيعة القانونية والقضائية للعقد الإداري الداخلي، ذكر بعض الإجراءات التي يمكن اعتمادها في هذا السياق، والتي تتطلب تدخل المشرع لإعادة النظر في القانون المتعلق بالتحكيم، ونذكر على سبيل المثال، التنصيص على عدم جواز إبرام الأشخاص العامة من غير الدولة على عقود تتضمن شرط تحكيم، وأن تمنح باقي

¹ - المادة 56 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

راجع في هذا الصدد، وبخصوص التجارب المقارنة:

- شادية إبراهيم مصطفى المحروقي وأحمد محروس، التحكيم في العقود الإدارية - دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، طبعة 2012.

- علاء محي الدين مصطفى ومحمد إبراهيم خيري، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، طبعة 2014.

² - عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة 2014، ص 78.

الأشخاص العامة الأخرى الحق في إبرام عقود للتحكيم فقط،¹ أي أن تمنح للأشخاص المعنوية العامة من غير الدولة الحق في اللجوء للتحكيم ولكن بعد نشوء النزاع، وليس بشكل قبلي كما هو الحال في شرط التحكيم، رغم أن أغلب المستثمرين الخواص يشترطون النص على شرط التحكيم في العقد الإداري خوفا من تشبث الدولة بحصانتها القضائية بعد نشوب أي نزاع حول تنفيذ العقد.

وهو المبدأ الذي اعتمدته المشرع المغربي بالنسبة للنزاعات المالية الناشئة عن التصرفات الأحادية للأشخاص العامة حيث منحت هذه الأخيرة إمكانية إبرام عقود تحكيم دون الحق في إبرام اتفاق التحكيم في شكل شرط التحكيم، وذلك من خلال منطوق الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية، والتي جاء فيها: "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية".

غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جنائي،...".

وأن تضمن العقود الإدارية محل التحكيم المبادئ الأساسية للعقود الإدارية،² من خلال تضمين تلك العقود حق الشخص العام في الإشراف على تنفيذ العقد، وحقه في إدخال تعديلات من جانب واحد إذا دعت المصلحة العامة إلى ذلك، وحقه في توقيع جزاءات محددة ومعينة ومتناسبة، وحقه في فسخ العقد بشكل انفرادي في الحالة التي يرتكب فيه المتعاقد إخلال جسيما بالتزاماته الأساسية، وأن يتم ذلك وفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

ويمكن إدخال هذه الشروط في العقود الإدارية انطلاقا من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإذا كان الشخص الخاص يشترط اللجوء للتحكيم في مثل هذه العقود، فمن حق الإدارة هي الأخرى أن تقدم ما تشاء من الشروط التي تضمن لها حقوقها في مراقبة حسن تنفيذ العقد وحسن سير المرفق العام بما يخدم المصلحة العامة، رغم أن الأمر هنا يتوقف على موافقة الطرف الآخر، ولا يمكن للإدارة أن تتعلل بأن مثل هذه الشروط ستدفع القطاع الخاص إلى النفور من التعاقد مع الإدارة، لأن حجم التنافس بين القطاع الخاص في الظفر بصفقات وعقود مع الأشخاص العامة،

¹ من أجل منح الشخص العام الفرصة في تقييم حجم النزاع ومتطلبات المصلحة العامة، وبذلك يكون اختياره موضوعيا وواقعيا، بين اللجوء للقضاء الإداري أو اللجوء إلى قضاء التحكيم، من خلال اعتماد الأسلوب الذي يحفظ المصلحة العامة.

² - جعفر كريشان: مرجع سبق ذكره، ص 68.

خاصة تلك التي تهم المشروعات الكبرى تجعل الإدارة في موقع قوة، يمكنها من أن تشتترط ما قد يضمن لها الحدود المعقولة التي تخول لها تتبع ومراقبة وتوجيه عملية تنفيذ العقد الإداري.

بالإضافة إلى ضرورة تقييد حرية الأطراف في نزاع مرتبط بعقد إداري داخلي معروض على التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق، باشرط أن يكون هذا القانون يقيم التمييز بين العقود الإدارية وباقي العقود الخاضعة للقانون الخاص، حتى ولو تعلق الأمر بقانون أجنبي، المهم هو أن يحفظ القانون المطبق من الناحية الموضوعية في التحكيم للإدارة سلطاتها التي تكفل لها القدرة على حماية الصالح العام من خلال امتيازاتها المتعارف عليها في هذا المجال، أما القواعد الإجرائية فللأطراف حرية مطلقة للاختيار في هذا الباب، بالشكل الذي يوفر ضمانات التقاضي المتعارف عليها، وبما ينسجم مع حسن سير إجراءات التحكيم، وما تتطلبه من يسر وليونة وتبسيط في المساطر المتبعة.

خاتمة:

إن للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية آثار قانونية واقتصادية تطال مجموعة من الجوانب، سواء تلك المرتبطة بطبيعة العقد الإداري أو بالهدف أو الغاية المتوخاة من ورائه.

وإن كانت للتحكيم آثار إيجابية تتجلى بالأساس فيما هو اقتصادي، من خلال استفادة الشخص العام من القدرات التقنية والفنية والتمويلية للقطاع الخاص في تسير وتدبير المرافق العامة والرفع من مردوديتها وجودة خدماتها.

هذا فضلا عما يمكن أن نذكر من إيجابيات ترتبط بسرعة فض النزاعات الناشئة أو الممكن أن تنشأ بسبب هذه العقود، والتي تتمظهر من خلال سلاسة قضاء التحكيم وبساطة إجراءاته، هذا بالإضافة إلى التخفيف من حجم النزاعات المعروضة على القضاء الرسمي.

فإن للتحكيم من جهة أخرى آثار يمكن اعتبارها سلبية، وهي التي تطال طبيعة العقد الإداري الداخلي وتنصب على كنهه وماهيته، كما تطال الشخص العام في امتيازاته وسلطاته.

والتي تتجلى بالأساس في تقييد الامتيازات التي يمنحها العقد الإداري الداخلي للشخص العام، والمتمثلة في سلطة الفسخ والتنفيذ الجبري والإنهاء وإنزال العقوبات المختلفة على المتعاقد مع الإدارة، وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذ هذا العقد، بما يضمن السير العادي للمرفق العام.

وفي الختام يجد التأكيد بأن اللجوء إلى التحكيم لا يؤثر على طبيعة العقد الإداري، وإنما يتأثر الأخير حينما يقترن قضاء التحكيم بتطبيق قانون لا يميز بين العقد الإداري وعقد القانون الخاص.

التدخل القضائي بالرقابة والمساعدة في تقويم الأحكام التحكيمية دراسة مقارنة في ضوء التشريعين المغربي واليميني

د. عبدالله الهاملي

مقدمة:

إن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات بات أمراً ضروريا لا يمكن الاستغناء عنه لمواكبة التطورات الحديثة التي يشهدها عالمنا اليوم لا سيما في المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والائتمان، وبما يتميز به من سرعة وفاعلية لحل الخلافات التي تزداد مع زيادة التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما ينتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات التي لم تعد محاكم الدولة قادرة على التصدي لها بشكل منفرد.

ولما كان التحكيم نظام خاص للتقاضي بديل عن القضاء الرسمي يتميز بالمرونة والسرعة في الإجراءات، تسود فيه إرادة الأطراف الحرة في اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم، وحريرتهم في اختيار الإجراءات التي تناسبهم وتحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهم والفصل فيه من لدن هيئة تحكيمية بطريقة ودية، بدون إفراز طرف غالب وطرف مغلوب، فإنه في الوقت الراهن لم يعد التحكيم مستقلا كما كان عليه بفعل تلك التحولات الاقتصادية والتجارية وكثرة النزاعات الناتجة عن ممارستها محليا ودوليا، وأن إرادة الأطراف أصبحت مقيدة باتباع النصوص الإجرائية التي نص عليها المشرع، فإذا كان التحكيم عملاً اتفاقياً في مصدره فإنه عمل قضائي في آثاره.¹

ووعيا من المشرعين المغربي واليميني لأهمية التحكيم وما يقوم به من دور فعال في حسم المنازعات التجارية، وحتى لا يتعطل نظام التحكيم ويصبح مجرد نصوص لا جدوى منها بفعل الخصوم أو هيئة التحكيم، ودون أن يتأثر نظام التحكيم بتدخل القضاء في إجراءاته اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي، فالأحكام التحكيمية شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية من حيث أنها لا تخلو من الأخطاء عند تحريرها من قبل الهيئة التحكيمية التي أصدرتها، والتي يعبر عنها بأنها أخطاء القلم لا أخطاء الفكر². وفي بعض الأحيان قد تحتاج الأحكام التحكيمية إلى تفسير وإيضاح الغامض وبيان المبهم، والبحث فيما يتضمنه الحكم التحكيمي من عناصر ذاتية يتكون

¹ حفيظة العداد، "الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية"، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 7.

² محمد سليم العوا، "دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن"، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 175.

منها وليس عن إرادة من أصدره¹. وبالتالي فقد تم إحداث نوع من المرونة والتوازن عند تنظيمهم للتحكيم وإجراءاته بحيث يحافظ نظام التحكيم على استقلاليته، ويكون تدخل القضاء في إجراءاته تدخلا رقابياً مساعداً لتصحيح وتفسير الأحكام الصادرة عنها، وإذا تعذر عليها القيام بذلك جاز لها وللأطراف طلب تدخل القضاء للقيام بعملية التصحيح والتفسير، دون أن يؤثر ذلك على إرادة الأطراف والخصومة التحكيمية، أو جوهر الحكم التحكيمي.

المطلب الأول: التدخل القضائي في تصحيح الأحكام التحكيمية

مما لا شك فيه أن لهيئة التحكيم صلاحية تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب الأحكام الصادرة عنها، كما أنه يجوز للقضاء القيام بعملية التصحيح. وهنا نتساءل حول مدى اختصاص هيئة التحكيم بتصحيح الأحكام الصادرة عنها، وما هي الإجراءات التي تتبعها من أجل التصحيح؟ وكيف يتدخل القضاء في إجراءات تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب الأحكام التحكيمية؟

الفقرة الأولى: مدى اختصاص هيئة التحكيم في تصحيح الأخطاء المادية للحكم التحكيمي

الأخطاء التي تشوب الحكم التحكيمي هي إما أن تكون بمخالفة الحكم للإجراءات القانونية المتطلبية لصحة الحكم التحكيمي، التي قد تنال من ذاتية الحكم وتؤثر على كيانه الذي لا يمكن تصحيحه إلا عن طريق الطعن فيه بالبطالان، وإما أن تكون الأخطاء المادية متعلقة بمسائل كتابية أو حسابية، لا تؤدي بطبيعتها إلى تغيير منطوق الحكم زيادة أو نقصاناً، ولا تؤثر على كيانه مهما كانت جسامتها ولا تؤدي إلى بطلانه عند وقوعها². غير أن إهمال الحكم التحكيمي وعدم تصحيحه يؤثر وبشكل غير مباشر على إجراءات تنفيذه أثناء مرحلة التنفيذ الإجباري، مما ينتج عن ذلك بروز صعوبات عملية وقانونية تحول دون تحقيق هذه الغاية³. الأمر الذي دفع بمعظم التشريعات القانونية إلى الاتجاه نحو حماية الأحكام التحكيمية التي تصدر بشكل نهائي، وذلك بوضع إجراءات قانونية ينطو بها تصحيح الأحكام التحكيمية

¹ محمد نور عبد الهادي شحاته، "الرقابة القضائية على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 120.

² شاهر مجاهد الصالحي، "الرقابة القضائية على التحكيم في القانون اليمني"، مجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، 2006، ص 184، عبد العزيز توفيق، "موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، منشورات المكتبة القانونية، الطبعة الثالثة، 2011، ص 705.

³ مريم العباسي، ناصر بلعيد، كريم بنموسى، "دور القضاء في مسطرة التحكيم"، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، سلسلة نهاية تدريب المحققين القضائيين، العدد الثالث، الطبعة الأولى، 2011، ص 49.

وتطهيرها من الأخطاء المادية التي قد تشوبها بما يساعد على عدم تعطيلها أو تأخير إجراءات تنفيذها، وهنا نتساءل عن الجهة المختصة بتصحيح تلك الأخطاء؟

اختلف الفقه حول تحديد الجهة المختصة بإصلاح الأخطاء المادية التي تشوب الأحكام التحكيمية، حيث ذهب جانب منهم¹، إلى اعتبار أن الأحكام التحكيمية كالأحكام القضائية تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها بصفة قطعية، وبالتالي تستنفذ ولاية الهيئة التحكيمية عن الأحكام التي أصدرتها، بحيث لا يحق لها العودة إليها للنظر في النزاع من جديد، أو حتى تعديلها وتصحيحها²، لأن قيامها بذلك قد يؤدي إلى صعوبة عملية، كون استنفاد الولاية متعلق بالنظام العام، وعليه فإن تصحيح الأخطاء المادية للأحكام التحكيمية يكون من اختصاص القضاء³.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه⁴، إلى أنه بالرغم من استنفاد هيئة التحكيم لولايتها بمجرد إصدارها لحكم التحكيم بصفة قطعية، فإن ذلك لا يقيدتها من العودة إلى حكمها إذا تعلق الأمر بوجود أخطاء مادية يخشى مع إهمالها وعدم تصحيحها التسبب في تعطيل الإجراءات أثناء مرحلة التنفيذ، وهذا لا يتفق وطبيعة التحكيم التي تقتضي سلامة الأحكام التحكيمية من أجل سرعة تنفيذها. أما إذا وضع حكم التحكيم تحت تصرف القضاء لأي سبب كان، كإيداعه أو صدر أمر بتنفيذه أو تم رفع دعوى أصلية ببطلانه عند تحقق حالاته المنصوص عليها في القانون، فإن سلطة المحكم أو هيئة التحكيم تنتهي، وبالتالي تقوم بهذه المهمة الجهة التي تنظر حكم التحكيم سواء كانت محكمة الاستئناف أو المحكمة المختصة بنظر النزاع أو قاض التنفيذ⁵. وقد أخذ بهذا الاتجاه التشريعيين المغربي واليمني⁶، حيث ينص الفصل 28-327 من القانون رقم 08-05 المغربي على أنه "ينهي الحكم مهمته الهيئة التحكيمية بشأن النزاع الذي

¹. أحمد أبو الوفاء، "التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 693.

². ينص الفصل 26-327 من القانون رقم 08.05 المغربي على أنه "يكتسب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به...".

³. فتحي والي، "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 916.

⁴. أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 268.

⁵. عزمي عبد الفتاح، "قانون التحكيم الكويتي"، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص 138 وما يليها.

⁶. وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع الفرنسي في المادة (475) من قانون المرافعات الجديد، والمشرع المصري في المادة (50) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 الذي ينص على أنه "تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع

تم الفصل فيه غير أن للهيئة التحكيمية:

- 1- أن تقوم تلقائياً داخل أجل الثلاثين يوماً التالية للنطق بالحكم بإصلاح كل خطأ مادي أو خطأ في الحساب أو الكتابة أو أي خطأ من نفس القبيل وارد في الحكم.
- 2- أن تقوم داخل أجل الثلاثين يوماً التالية لتبليغ الحكم بناء على طلب أحد الأطراف ودون فتح أي نقاش جديد بما يلي:

1. تصحيح كل خطأ مادي أو أي خطأ في الحساب أو الكتابة أو أي خطأ من نفس القبيل وارد في الحكم".

كما نصت المادة (52) من قانون التحكيم اليمني على أنه "يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من لجنة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليم حكم التحكيم تصحيح ما يكون قد وقع في الحكم من أخطاء كتابية أو حسابية أو أي أخطاء مماثلة...".

والملاحظ من هذه النصوص أن للهيئة التحكيمية مدى واسع في تصحيح الأخطاء التي تشوب الأحكام الصادرة عنها إما من تلقاء نفسها، وإما بناء على طلب أحد الخصوم مع التقيد بالمواعيد والإجراءات المنصوص عليها.

- إجراءات تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب الأحكام التحكيمية:

تهدف إجراءات التصحيح إلى إزالة الأخطاء المادية التي تشوب حكم التحكيم، بحيث يجب على هيئة التحكيم التي أصدرته أن تقوم بتصحيحه من تلقاء نفسها دون توقف ذلك على طلب من أحد الخصوم، وذلك داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم التحكيمي. ولا يشترط القانون على هيئة التحكيم أن تقوم بالتصحيح في حضور الخصوم أو حتى في غيابهم، كما أنه لا يمنعها من تبليغ الحكم بعد تصحيحه إلى الخصوم، لأن هذا الإجراء مفترض، إذ تظهر أهميته في استفادة الخصوم منه في وقت قصير وقبل لجوؤهم إلى طلبه. وعلى عكس ذلك فهناك من يرى أنه لا يجوز إجراء التصحيح إلا في مواجهة الخصوم وذلك احتراماً لحقوق الدفاع¹. فإذا لم تقم هيئة التحكيم بإجراء التصحيح من تلقاء نفسها، جاز لأحد طرفي التحكيم تقديم طلب

=

في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم".

¹ نجيب أحمد عبدالله، "التحكيم في القانون اليمني"، منشورات مركز الصادق، اليمن، 2004، ص 448.

التصحيح إليها داخل أجل ثلاثين يوماً التالية لتبليغ الحكم، طبقاً لما نص عليه الفصل 28-327 من القانون رقم 05-08، والمادة (52) من قانون التحكيم اليمني.¹

على عكس المشرع المصري الذي أجاز تمديد مدة إجراء التصحيح إلى ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت هيئة التحكيم ضرورة لذلك². وقد أحسن المشرع المغربي واليمني حينما لم يجيزا تمديد مدة إجراء التصحيح إلى ثلاثين يوماً أخرى، حيث أن هذا الأمر يتنافى وطبيعة التحكيم التي تقتضي السرعة في تنفيذ المقررات التحكيمية بمجرد صدورهما.

كما لا يجوز لهيئة التحكيم وهي تقوم بإجراء التصحيح أن تتجاوز صلاحيتها إلى تعديل حكمها مثلاً، أو فتح باب النزاع من جديد وإضافة أشياء لم يتضمنها حكم التحكيم عند صدوره، لأن هذا التجاوز من شأنه الإضرار بمصلحة الخصوم، ومع ذلك أجاز لها القانون تعديل حكمها فيما لا يؤدي إلى تغيير منطوقه أو مضمونه. ونحن نتفق مع فتح المجال أمام هيئة التحكيم إلى تعديل حكمها بما لا يضر بمصلحة الخصوم، لأن ذلك يؤكد استقلال الهيئة التحكيمية وجعلها بمثابة القاضي الذي يصدر حكمه ويقوم بتصحيحه، ولكن ما هو الحل إذا تجاوزت هيئة التحكيم صلاحيتها أثناء قيامها بإجراء التصحيح؟

حقيقة لم يتطرق المشرع المغربي ونظيره اليمني لمسألة تجاوز هيئة التحكيم صلاحيتها في تصحيح الحكم الصادر عنها، إلا أن المشرع المصري أجاز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المصحح الذي تجاوز فيه المحكمون سلطاتهم، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (50) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه "2-... وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطاتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان...". وبهذا النص يكون المشرع المصري قد حسم مسألة تجاوز هيئة التحكيم لصلاحيتها أثناء قيامها بإجراء التصحيح، حتى وأن كان فيه إطالة الإجراءات وتأخير عملية التنفيذ، إلا أنه يعتبر الحل الوحيد لهذه المسألة، والذي يضمن للخصوم عدم تجاوز المحكمين لسلطاتهم أثناء إجراء التصحيح. كما أن عدم قيام هيئة التحكيم بهذا التصحيح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، فإنه لا يوجد ما يمنع هذا الأخير من طلب تدخل القضاء بالمساعدة في تصحيح حكم التحكيم المشوب بخطأ مادي.

¹. انظر الفصل 28-327 من القانون رقم 05-08، تقابله المادة (52) من قانون التحكيم اليمني.

². انظر المادة (50) من قانون التحكيم المصري.

الفقرة الثانية: الإجراءات القضائية المتبعة من أجل تصحيح الأخطاء المادية

لم يتعرض المشرع اليمني لمسألة إعطاء القضاء صلاحية تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب حكم التحكيم الصادر عن الهيئة التحكيمية بصفة قطعية، بحيث اقتصر حق البت في طلب التصحيح لهيئة التحكيم التي تقوم به داخل الأجل المنصوص عليه في قانون التحكيم.¹ أما المشرع المغربي فقد نظم هذه المسألة بمقتضى الفصل 29-327 من القانون رقم 08.05 الذي ينص على أنه "عندما يتعذر على الهيئة التحكيمية الاجتماع من جديد فإن صلاحية البت في طلب التصحيح... تخول لرئيس المحكمة الصادر الحكم التحكيمي في دائرتها والذي يجب عليه أن يبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوما بأمر غير قابل للطعن".

وقد أحسن المشرع المغربي بهذا النص، من حيث مواكبته للتوجهات الحديثة في إعطاء القضاء الوطني سلطة التدخل بالرقابة والمساعدة في انجاح فاعلية حكم التحكيم من خلال البت في طلب التصحيح عندما يتعذر على هيئة التحكيم البت فيه، إما بسبب سفر أحد أعضائها أو موته أو فقد أهليته، أو لأي سبب آخر يحول دون اجتماع تلك الهيئة من جديد لإجراء التصحيح في المدة التي حددها القانون، الأمر الذي يخشى معه عدم تحقيق غاية حكم التحكيم من سرعة تنفيذه.

ويلاحظ من النص أعلاه أن الاختصاص القضائي يكون لرئيس المحكمة الصادر الحكم التحكيمي في دائرتها، ولا يمتد إلى محكمة الموضوع، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن سلطة رئيس المحكمة تتمتع بالسرعة في تسوية مثل هذه المنازعات مقارنة بمحكمة الموضوع. كما ألزم المشرع رئيس المحكمة بإصدار أمره القضائي بالتصحيح داخل أجل محدد وهو ثلاثين يوما يبتدأ من تاريخ وضع الطلب أمامه، وهو أجل معقول يتوافق وطبيعة أحكام التحكيم التي تتطلب سرعة كبيرة في حلها أكثر من غيرها من القضايا العادية. فضلا عن أن الأمر القضائي الصادر عن رئيس المحكمة بتصحيح الأخطاء يكون غير قابل لأي طعن، وهو توجه محمود قد يجنب التحكيم إطالة أمد النزاع نهائيا.

وعلى الرغم من ذلك إلا أن المشرع لم يتنبه للحالة التي يتخلف فيها رئيس المحكمة عن إصدار أمره بالتصحيح خلال المدة التي حددها، وهذا الإشكال سيؤدي فعلا إلى إطالة أمد النزاع

¹. أنظر المادة (52) من قانون التحكيم اليمني. كذلك لم يتعرض المشرع المصري لمسألة إعطاء القضاء صلاحية تصحيح الأحكام التحكيمية الصادرة عن هيئة التحكيم، بحيث اقتصر ذلك الحق على هيئة التحكيم وحدها، المادة (50) من قانون التحكيم المصري.

وتأخير أحكام التحكيم عن تنفيذها، وبالتالي ستتدخل أحكام التحكيم وتصبح دون تحقيق الغاية منها.

كما يلاحظ أن المشرع جعل من تقديم طلب التصحيح لرئيس المحكمة المختصة سبباً يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي، وكذلك آجال تقديم الطعون إلى حين تبليغ حكم التحكيم المصحح إلى الأطراف¹. وفي جميع الأحوال يخضع طلب التصحيح للمقتضيات العادية في إطار الأوامر المبنية على طلب، وذلك بواسطة مقال مؤداه عنه الرسوم القضائية، مرفقا بنسخة من حكم التحكيم المراد تصحيحه، وكذا بنسخة من اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: تدخل القضاء في تفسير وتأويل الأحكام التحكيمية
تقتضي منا دراسة تدخل القضاء لتحقيق فاعلية الحكم التحكيمي في تفسير وتأويل الحكم التحكيمي، معرفة مدى صلاحية القضاء في هذا التدخل والإجراءات القضائية المتبعة في تفسير وتأويل الحكم التحكيمي.

الفقرة الأولى: مدى صلاحية القضاء في تفسير وتأويل الحكم التحكيمي
بعد أن تصدر هيئة التحكيم قرارها الحاسم في النزاع بصفة نهائية، يكون قابلاً للتنفيذ إذا لم ترفع دعوى بطلانه عند توافر إحدى حالاته المنصوص عليها في القانون.
إلا أنه في بعض الأحيان قد يصدر الحكم التحكيمي بعبارات وألفاظ معقدة يصعب معها فهم المقصود منه، مما يحتاج إلى تفسيره وإزالة الغموض عنه. فالتفسير يهدف إلى استجلاء ما وقع بالحكم التحكيمي من غموض أو إبهام للوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة التحكيمية بحكمها، وتقديرها لمواضع النزاع عن طريق البحث في العناصر الموضوعية التي تكون الحكم نفسه وليس عن طريق البحث عن إرادة الهيئة التي أصدرته²، كما أن التفسير يمكن صاحب المصلحة من السير بالحكم في طريق التنفيذ وفق ما قضى له به³.

¹ تنص الفقرة الأولى من الفصل 327.30 من القانون 08.05 على أنه "يوقف طلب التصحيح أو التأويل تنفيذ الحكم التحكيمي وآجال تقديم الطعون إلى حين تبليغ الحكم التصحيحي أو التأويلي...".

² نجيب أحمد عبدالله، مرجع سابق، ص 44، فتحي والي، "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2001، ص 652، محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص 170.

³ محمود مختار بريري، "التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999، ص 215.

وتأكيداً لأهمية تفسير الأحكام التحكيمية فقد نظم المشرع المغربي ونظيره اليمني هذه المسألة¹، وأعطوا لهيئة التحكيم صلاحية تفسير الأحكام الصادرة عنها بشكل جزئي أو كلي، بحيث تمارس هذه الصلاحية استثناء من قاعدة استنفاد ولايتها بعد إصدارها حكم قطعي في النزاع أو جزء منه، لأنها هي التي أصدرت الحكم ومن الطبيعي أنها تقوم بتفسيره لأنها الأقدر على القيام بذلك من غيرها².

غير أنه ليس لهيئة التحكيم أن تباشر صلاحية تفسير حكمها من تلقاء نفسها، بل أن ذلك يتوقف على طلب أحد الخصوم، وهذا مقتضى على عكس ما نجده في تصحيح الأخطاء المادية المتسربة لهذه المقررات التي تكون لهيئة التحكيم أن تباشره من تلقاء نفسها. هذا وقد حدد المشرع لهيئة التحكيم أجل معين يتم من خلاله تفسير حكمها وهو ثلاثين يوماً التالية لتقديم الطلب إلى الهيئة التحكيمية، وهو نفسه الأجل الممنوح لإجراءات تصحيح الأخطاء التحكيمية.

الفقرة الثانية: الإجراءات القضائية المتبعة لتفسير الأحكام التحكيمية

ينص الفصل 29-327 من القانون 08.05 على أنه "إذا تعذر على الهيئة التحكيمية الاجتماع من جديد، فإن صلاحية البت في طلب التأويل تغول لرئيس المحكمة الذي يجب عليه أن يبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوماً بأمر غير قابل للطعن".

من خلال النص نلاحظ أن المشرع منح القضاء سلطة البت في طلب تفسير وتأويل الحكم التحكيمي، وذلك في حالة ما إذا تعذر على هيئة التحكيم الاجتماع من جديد لسفر أحد أعضائها أو وفاته أو اعتراض الخصم على تقديم الطلب إلى هيئة التحكيم أو انقضاء الأجل

¹ ينص الفصل 28-327 من القانون 08-05 على أنه " ينهي المحكم مهمة الهيئة التحكيمية بشأن النزاع الذي تم الفصل فيه. غير أن للهيئة التحكيمية:

2- أن تقوم داخل أجل الثلاثين يوماً التالية لتبليغ الحكم التحكيمي، بناء على طلب أحد الأطراف ودون فتح أي نقاش جديد، بما يلي :

ب. تأويل جزء معين من الحكم". كما نصت المادة (52) من قانون التحكيم اليمني على أنه "... كما أنه يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من اللجنة تفسير أي عبارات أو جمل أو إجراء من الحكم وبشرط إخطار الطرف الآخر بالطلب...". كما تنص المادة (52) من قانون التحكيم اليمني على أنه "... ما يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من اللجنة أن يطلب من اللجنة أن تصح أي عبارات أو جمل أو أجزاء من الحكم بشرط إخطار الطرف الآخر، وإذا رأت اللجنة أن التصحيح أو التفسير المطلوب له ما يبرره فعليها إصدار التصحيح أو التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليم الطلب، ويعتبر التفسير جزءاً من حكم التحكيم".

² محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 215.

المحدد قانوناً للنظر في طلب التفسير من قبل تلك الهيئة، وعليه فإن رئيس المحكمة الصادر الحكم التحكيمي في دائرتها يفصل في ذلك الطلب داخل أجل ثلاثين يوماً بأمر غير قابل للطعن فيه.

ويترتب على تقديم طلب التفسير إلى المحكمة المختصة وقف مسطرة التنفيذ بمجرد تقديمه، وكذلك آجال تقديم الطعون إلى حين تبليغه، وفي حال تم قبول الطلب فإن الأمر التفسيري الصادر من قبل رئيس المحكمة يعتبر متما للحكم الأصلي حيث يرتبط به ارتباطاً وثيقاً وامتداداً له وجزء لا يتجزأ منه، وبالتالي يخضع للأحكام التي يخضع لها الحكم الأصلي.

كما أن أمر رئيس المحكمة التفسيري يحوز حجية الأمر المقضي، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وهنا نطرح تساؤلاً لم نتمكن من إجابته عليه عن ما هو الحل القانوني في حالة ما إذا انقضت مدة الثلاثين يوماً ولم تصدر المحكمة أمرها التفسيري؟ في الحقيقة لم يتطرق المشرعين المغربي واليمن إلى هذا الإشكال المتعلق بمضي المدة القانونية ولم تصدر المحكمة أمرها التفسيري، كما لم يتم التعرف على حالة كهذه من قبل. ومع ذلك يبقى الاجتهاد في هذه المسألة مفتوحاً أمام الباحثين للإجابة عليه.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة نصل إلى أن تدخل القضاء في إجراءات إلى المرحلة اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي، هو في الحقيقة لتقديم المساعدة من أجل تقويم الأحكام التحكيمية وتصحيح الأخطاء المادية التي تشوبها وتفسير وتأويل تلك الأحكام، وهذه الرقابة لا تتعدى أن تكون رقابة شكلية فعالة لا تمتد إلى موضوع النزاع الصادر بشأنه ذلك الحكم.

كما أن تدخل القضاء في إجراءات التحكيم لا يكون تلقائياً وإنما بناء على طلب الخصوم أو هيئة التحكيم، من أجل تذليل الصعوبات وإزالة العراقيل التي تعترض سير إجراءات الخصومة التحكيمية سواء في المرحلة السابقة على صدور الحكم التحكيمي، أو اللاحقة لصدوره، فضلاً عن أن هذا التدخل يكون وفق مسطرة استعجالية لتحقيق السرعة وضمان عدم البطء في إجراءات التقاضي، وهو أمر محمود يؤكد استقلال التحكيم عن القضاء، ويجعل تدخل القضاء رقابياً لا يمس مضمون الحكم التحكيمي وإنما مصححاً ومفسراً له.

ضمانات المقابلة أمام لجان التحكيم العامة

عواطف بلخضر

باحثة في صف الدكتوراه

قانون الأعمال والاستثمار

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول - وجدة

تعتبر وساطة اللجان الضريبية من أهم الضمانات المخولة للملزم في التشريع المغربي أمام الامتيازات والسلطات المخولة للإدارة الجبائية في إطار قيامها بمراقبة وتصحيح إقرارات الملزمين¹. ويساهم الطعن أمام هذه اللجان في خلق توازن بين امتيازات الإدارة الضريبية وحقوق الملزمين وقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 29 يناير 1969 مايلي: "بأن المقصود من إحداثها منح الملزمين ضمانات إضافية تتمثل في اختيار وتقدير واقعية من شأنها أن تساعد على تحديد أسس الضريبة من قبل هيئات إدارية..."².

ويمكن القول بأن الهدف من إقرار مرحلة الطعن أمام اللجان الضريبية يتمثل في الإبقاء على الحوار بين الملزم والإدارة الضريبية قصد تخفيف العبء على القضاء وتكريس حقوق الخاضع بإيجاد حل ودي وإداري للنزاع وضمان حسن سير الدعوى القضائية عند الاقتضاء من جهة أخرى.

ونظرا لأهمية هذه اللجان سواء اللجنة الوطنية أو المحلية كمرحلة وسطى بين المنازعة الإدارية والقضائية³، وكأداة لحماية الخاضعين للضريبة من تعسفات الإدارة الضريبية فإننا سنتطرق لتشكيلة هذه اللجان التحكيمية واختصاصها مبررين في نفس الوقت مظاهر حماية المكلفين وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول التظلم أمام اللجان المحلية وفي المطلب الثاني التظلم أمام اللجان الوطنية.

المحور الأول: التظلم أمام اللجان المحلية

¹ - Fatima Rafi : « le contentieux de l'imposition dans la phase administrative cas des commission fiscales » mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies en finances publiques. Faculté des sciences juridiques économiques et sociales Ain Chock Casablanca 1999-2000, p : 8.

² - Décision de la cours suprême à date du 29 janvier 1969 qui stipule que : « le sens de l'avènements de ces commissions est de donner des garanties professionnelles aux contribuables et de choisir un des points réalistes qui aideront à déterminer la base de l'impôt par des instances administratives » cité par BILAL ETBER « les garanties offertes aux contribuables en matière d'assiette fiscale Mémoire pour l'obtention du master en droit public master des contentieux publics. Université sidi Mohamed ben ABDELLAH. Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales Fès, année universitaire : 2008-2009, p : 27.

³ - Yahya Aissoui : « le recours devant les commissions fiscales » Revue Marocaine des contentieux N°5-6, Année 2007, p : 113.

تحتل اللجنة المحلية مكانة متميزة في مختلف التشريعات الضريبية المعاصرة، وتلعب هذه اللجنة دورا هاما في إيجاد حل للخلافات التي تنشأ بين طرفي المنازعة الجبائية المحلية عبر ضمان استمرارية الحوار بينهما، ذلك أن جل القوانين الجبائية المنظمة لعمل هذه اللجان تصب في اتجاه تدعيم الضمانات المخولة للملزمين، لترسيخ آليات التواصل الفعال مع الإدارة الجبائية المحلية وإيجاد الحلول الملائمة والتوافق حولها دون الاضطرار إلى اللجوء إلى المنازعة أمام القضاء، وتساهم في حماية حقوق الملزم وضمان مراقبة الإدارة الجبائية المحلية بالتأكد من مدى احترامها للضوابط المنظمة لعملها، بالإضافة إلى إشراك الملزم في العمليات الجبائية وضبط فعله اتجاه الجبائية المحلية من جهة أخرى¹، وتتوخى دراسة هذا النوع من اللجان توضيح مختلف القواعد والمساطر التي تنظم طريقة عملها حيث سنتطرق في الفقرة الأولى لتكوين اللجان المحلية وفي الفقرة الثانية لاختصاص هذه الأخيرة.

الفقرة الأولى: تكوين اللجان المحلية

يهدف المشرع المغربي من وراء إحداث محور يتعلق بالمنازعات الجبائية المحلية إلى ضمان توازن عادل ومنصف بين الملزم والإدارة الجبائية المحلية، وتعد اللجنة المحلية لتقدير الضريبة إحدى الجهات التي يمكن للملزم أن يلجأ إليها للمنازعة حول الضريبة المفروضة عليه².

وتتكون هذه اللجنة حسب المادة 225 من المدونة العامة للضرائب من:

- قاضيا بصفته رئيسا.
- ممثلا لعامل العمالة أو الإقليم الواقع مقر اللجنة بدائرة اختصاصه.
- رئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله الذي يقوم بمهنة الكاتب المقرر.
- ممثلا للخاضعين للضريبة يكون تابعا للفرع المهني الأكثر تمثيلا للنشاط الذي يزاوله الطالب.

1- قاضي وهو الرئيس

يرأس اللجنة المحلية لتقدير الضريبة قاضي يتم اختياره من الهيئة القضائية، ويشكل وجود قاض ضمن تشكيلة اللجنة المحلية ضمانا أساسية لعمل هذه الأخيرة ضمن إطار قانوني سليم، ويكفل مجموعة من الضمانات للمكلفين بالضريبة ويساهم في تفعيل دورها باعتبارها هيئة بديلة

¹- كريم لعرش: "النظام الجبائي المحلي المغربي"، مرجع سابق، ص: 124.

²- أيوب الجرهمي: "التبليغ في مسطرة تصحيح الضرائب بين النص القانوني والاجتهاد القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام والعلوم السياسية بجامعة محمد الخامس، الرباط، أكدال السنة الجامعية 2015-2016، ص: 64.

لتسوية النزاعات الضريبية. وأن رئاسة هذه اللجنة من طرف قاضي يضمن استقلاليتها وحيادها¹، كما أنه يخفف من حدة المشاكل التي تعترض عملها والمتمثلة في صعوبة التمييز بين المسائل القانونية والواقعية. وقد كانت هذه المهمة تستند إلى قاضي يتم تعيينه من قضاة المحكمة الابتدائية، وبعد دخول قانون المحاكم الإدارية حيز التطبيق تم إسناد رئاسة اللجنة المحلية لقاض من المحاكم الإدارية. وقد أعطى هذا الأمر انطلاقة أخرى ونفسا جديدا للجان المحلية في سبيل ترسيخ عملها المهم والحيوي في حماية مصالح المزمين، وتحقيق نوع من التوازن بين الإدارة الضريبية والمزمين، المساهمة في التقليل بشكل كبير من حجم المنازعات التي تعرض على القضاء الإداري، غير أن إسناد رئاسة اللجان المحلية لقضاة من المحاكم الإدارية بعد هذه اللجان من المزمين نظرا لعدم وجود المحاكم الإدارية في كل عمالة أو إقليم، ثم إن هذا الإسناد من شأنه أن يؤدي إلى البث في الملف مرتين إذا رفع النزاع أمام المحاكم الإدارية من جهة أخرى².

2- ممثل لعامل العمالة أو الإقليم

يمثل السلطة المحلية الواقع مقر اللجنة بدائرة اختصاصها، ويعتبر تواجد ضمن تشكيلة اللجنة ظاهرة فريدة يختص بها التشريع المغربي مقارنة بنظيره الفرنسي³. ويلعب هذا العضو حسب بعض الباحثين دورا مهما بالموازنة بين تضارب ثلاث مصالح وهي المصلحة الخاصة للمزمين والمصلحة العامة الوطنية التي تمثلها الإدارة الضريبية والمصلحة العامة المحلية المتمثلة في حماية استقرار النسيج الاقتصادي والاجتماعي للعمالة أو الإقليم⁴.

3- رئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله

يمثل الإدارة الضريبية في اللجنة المحلية لتقدير الضريبة رئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله الذي يقوم بمهمة الكاتب المقرر، وهذا التمثيل يستمد قوته من القانون لما يتوفر عليه ممثل هذه المصلحة من تجربة في المسائل التقنية، بالإضافة إلى أن هذه اللجنة تعتبر

¹- الحسين باريش: "ضمانات المسطرة الإدارية غير القضائية للمزمين بالضريبة"، مداخلة نشرت بندوة القضاء الإداري وحماية النشاط الاقتصادي التي انعقدت يوم 17 ماي 1996، جامعة القرويين منشورات كلية الشريعة بأكادير، سلسلة ندوات ومحاضرات عدد 1، ص: 74.

²- عبد القادر تيعلاطي: "النزاع الضريبي في التشريع المغربي"، دار الأحمدي للنشر، الطبعة الثانية، لسنة 2001، ص 92.

³- محمد شكيري: "القانون الضريبي المغربي"، دراسة تحليلية ونقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 59، الطبعة الثانية محينة ومنقحة 2005، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 580.

⁴ - bilal ETBER HARS : op.cit, page 29.

طرفاً أساسياً في النزاع الضريبي تمكنها من الدفاع عن مصالح الإدارة الضريبية، بحيث أن وجود موظف ملم بالعمل الضريبي ضمن تركيبة اللجنة المحلية لتقدير الضريبة من شأنه أن يحد من الآثار السلبية لعدم وجود قضاة متخصصين في المجال الضريبي كرؤساء هذه اللجنة، كما أن من شأنه أن يضمن التوازن داخل هذه الأخيرة، غير أن الملزم يعتبر الطرف الضعيف ويجد نفسه أمام خبرة ممثل إدارة الضرائب، وهذا ما يستوجب دراية كبيرة بالمادة الضريبية من طرف ممثل الملزمين¹، فوجود ممثل الإدارة الضريبية بين أعضاء اللجنة المحلية لتقدير الضريبة كمقرر لها أو كممثل للإدارة أو كمدافع يعتبر وجوداً قوياً، ولا يقف دور رئيس المصلحة المحلية للضرائب أو ممثله عند هذا الحد بل يتعداه إلى تنظيم عمل اللجنة بقيامه بإعداد ملف كامل للقضية في نسخ تكفي لأعضاء اللجنة المحلية لتقدير الضريبة ويسلم إحداها لرئيسها وعند انعقاد الجلسة يقوم بدور المقرر بحيث يحضر الجلسة المفتوح لكل ملف على حدة.

4- ممثل الخاضعين الضريبية.

يعتبر الخاضع للضريبة ممثلاً في إطار اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، فوجود ممثل عن الملزمين في تشكيلة اللجان المحلية ضماناً فعالة بالنسبة لهم في مواجهة كل القرارات التحكيمية التي قد تتخذها هذه اللجان.

ويتم تعيين ممثلي الخاضعين للضريبة وفقاً للشروط التالية²:

أ- ممثل في النشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الفلاحي:

يعين عامل العمالة أو الإقليم المعني بالأمر الممثلين الرسميين ومثل عددهم من الممثلين الاحتياطيين لمدة ثلاث سنوات من بين الأشخاص الطبيعيين أعضاء المنظمات المهنية الأكثر تمثيلاً لفروع النشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الفلاحي، المدرجين في القوائم التي تقدمها المنظمات المذكورة وكل من رئيس غرفة التجارة والصناعة والخدمات وغرفة الصناعة التقليدية وغرفة الفلاحة وغرفة الصيد البحري قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة التي تبتدأ من خلالها مهام الأعضاء المعنيين في حضيرة اللجنة المحلية.

ب- ممثل المهن الحرة

يعين عامل العمالة أو الإقليم المعني بالأمر، الممثلين الرسميين ومثل عددهم من الممثلين الاحتياطيين لمدة ثلاث سنوات من بين الأشخاص الطبيعيين أعضاء المنظمات المهنية الأكثر

¹ كريم لحرش: شرح القانون الضريبي المغربي، مرجع سابق، ص 181.

² المادة 225 من المدونة العامة للضرائب.

تمثيلاً، المدرجين في القوائم التي تقدمها المنظمات المذكورة قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة التي تبتدئ خلالها مهام الأعضاء المعيّنين في حظيرة اللجنة المحلية.

ويباشر تعيين الممثلين الخاضعين للضريبة التابع للفرع المهني الأكثر تمثيلاً النشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الفلاحي أو ممثل المهن الحرة، قبل فاتح يناير من السنة التي تبتدئ خلالها مهامهم في حظيرة اللجنة المحلية.

ومن حسنات ما قام به المشرع الضريبي المغربي، أنه حرص على ضرورة تواجد ممثل الملمزمين حتى في الحالة التي يتأخر أو يستحيل فيها تعيين ممثلين جدد، حيث أن انتداب الممثل الذي تنتهي فترة انتدابه يمدد لمدة لا تتجاوز ستة أشهر بينما كانت في القانون القديم محدودة في ثلاثة أشهر.

الفقرة الثانية: اختصاص اللجنة المحلية وكيفية اشتغالها

خول المشرع الضريبي المغربي للجنة المحلية مجموعة من الاختصاصات سنحاول التطرق إليها، بالإضافة لكيفية اشتغالها.

أ- اختصاص اللجنة المحلية

تتكسر الضمانات المخولة للملزم من خلال اللجان المحلية لتقدير الضريبة بواسطة الاختصاصات الموكولة لها، حيث عمل المشرع المغربي على توسيع نطاق الطعن أمامها في مجال المنازعة الضريبية إلى نوعين من المهام، أحدهما محلي والآخر نوعي¹.

ويتحدد الاختصاص المكاني أو الترابي للجان المحلية لتقدير الضريبة بمكان فرض الضريبة الذي يدخل في دائرة نفوذها، ففي الضريبة على الشركات مثلاً يعود الاختصاص للجنة التي يوجد بدانرتها موقع مقر الشركة الاجتماعي كما يمكن أن تكون لجنة موقع مؤسستها الرئيسية².

وبالرجوع إلى المادة 225 من المدونة العامة للضرائب نجد بأن اللجان المحلية لتقدير الضريبة تختص بالمسائل الواقعية لا القانونية، ويجب عليها أن تصرح بعدم اختصاصها في المسائل التي ترى بأنها تتعلق بتفسير نصوص تشريعية أو تنظيمية، والإشكال المطروح هنا هو كيفية التمييز بين المسائل القانونية والمسائل الواقعية أثناء بث اللجان في المنازعات المعروضة

¹ إبراهيم الكرناوي: التعريف باللجنة المحلية لتقدير الضريبة والمسطرة المتبعة أمامها للبث في المنازعات الضريبية، عمل جماعي تحت عنوان المنازعة الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمانة، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 293.

² عبد القادر تعلاتي: مرجع سابق، ص 95.

أمامها، ويعتبر هذا الإشكال المتمثل في صعوبة التمييز بين المسائل الواقعة والقانونية لحصر اختصاص اللجان الضريبية هي من أعقد المشاكل الجبائية التي لا تواجه فقط اللجان الضريبية بل تواجه الفقه والقضاء الإداري أيضا¹.

وأمام صعوبة التمييز بين ما يعتبر من مسائل الواقع وما يعتبر من وسائل القانون، يمكن أن تختص اللجان المحلية لتقدير الضريبة بالفصل في النزاع الضريبي الذي يعرض عليها دون تمييز بين ما يعتبر من قبيل الواقع وبين ما يعتبر تفسيراً للقانون. ويرجع ذلك إلى أنه إذا كانت هناك أمور ترتبط بتأويل مقتضيات قانونية واستبعدتها اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، وأصدرت قرارها فقط فيما اعتقدته من اختصاصها أي فيما يتعلق بالمسائل الواقعية، فإن قرارها يكون معيباً قانونياً باعتبار أنها جزأت الطعن المقدم لها وفصلت فيه جزئياً، وبالتالي فالنزاع لازال قائماً على الأقل في الجزء المتعلق بتفسير القانون، كما أن العمل على تجزئة النزاع إلى جزئين أحدهما خاص بالناحية الحسابية حيث سيتم عرضه على ثلاثة درجات وهي اللجان الضريبية ومحكمة الدرجة الأولى ثم محكمة الدرجة الثانية، في حين أن ما يتعلق بالجانب القانوني سيعرض على درجتين فقط أي محكمة الدرجة الأولى والدرجة الثانية².

ب- كيفية عمل اللجنة لتقدير الضريبة

فبعدما كانت السلطة التقديرية تمارس من طرف الإدارة الضريبية أصبحت هذه السلطة إلى اللجان المحلية التي تحدد طبيعة النزاع المعروض عليها، أي ما إذا كان يدخل أو لا يدخل في اختصاصها، ويعتبر إلزام الإدارة الضريبية بالاستجابة لطلب الخاضع للضريبة بعرض النزاع على اللجنة المحلية من أهم الضمانات التي جاء بها الإصلاح الجبائي³.

وينبغي أن يوجه هذا الطلب إلى مفتش الضرائب الذي توجد المرافعة في دائرة نفوذه التراخي، وأن يتضمن كافة البيانات التي تمكن المرافعة من تدعيم موقفها لدى اللجنة عند اجتماعها، بحيث تجتمع هذه الأخيرة ثم تبث في الأمر بصورة صحيحة إذا حضرها الرئيس واثنان من أعضائها، ويتم التداول بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين وإن تعادلت رجح الجانب الذي يكون فيه الرئيس. ويجب أن تكون مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة مفصلة ومعللة ويبلغها مقررو هذه اللجان إلى الطرفين خلال الأربعة أشهر الموالية لتاريخ

¹ - عزيزة هنداز: المساطر الضريبية بين القانون والتطبيق، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لسنة 2011، ص 139.

² - كريم لحرش: شرح القانون الضريبي المغربي، مرجع سابق، ص: 186.

³ - حماد الطيبي: مرجع سابق، ص 43

صدورها، ويمكن للجنة المحلية أن تستعين بخبير أو خبيرين متى عرضت عليها مسائل تقنية، ويعتبر رأي الخبير استشارياً. وتشكل إلزامية تفصيل وتعليل مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة حماية هامة تتمتع بها المقاتلة في هذه المرحلة من النزاع¹، ويمكن أن تكون هذه المقررات موضوع طعن سواء من طرف الإدارة الضريبية إذا انخفض الأساس الضريبي الذي حددته اللجنة عن الأساس الذي بلغته الإدارة بصورة جد واضحة، أو إذا تجاوزت اللجنة اختصاصها وبتت في مسائل تتعلق بتفسير القانون، أو من طرف الملزم إذا لم تقم اللجنة بالاستجابة لجمال طلباته، ولكن لا يمكن تقديم الطعن في آن واحد أمام المحاكم وأمام اللجان المحلية لتقدير الضريبة.

وعلاوة على ما سبق، ندعو المشرع الضريبي المغربي إلى التنصيص على رئاسة اللجنة من طرف رئيس المحكمة الإدارية شريطة الزيادة في عدد المحاكم الإدارية وتمكينها من صلاحيات النظر في المسائل القانونية وكذا الواقعية كما هو معمول به في العديد من التشريعات كالتشريع المصري مثلاً، بالإضافة إلى توعية الملزمين بدور اللجنة المحلية لتقدير الضريبة، فإدراك الملزم لهذه المرحلة وأهميتها سيرفع حتماً من نسبة اللجوء إليها، وبالتالي تجاوز الوضعية الراهنة لمكانة اللجنة².

المحور الثاني: النظم أمام اللجان الوطنية

أحدثت منذ سنة 1989 لجنة دائمة تختص بالنظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات اللجان المحلية لتقدير الضريبة، وتسمى باللجنة الوطنية للطعون الضريبية³، وتعتبر هذه الأخيرة درجة استئنافية بالنسبة للمقررات الصادرة عن اللجان المحلية، وتهدف بالأساس إلى تحقيق نوع من الفعالية في عملها والتمكن من مراقبة قرارات اللجان المحلية ومدى مطابقتها للقانون. وقد نظم المشرع الضريبي المغربي هذه اللجنة في المادة 226 من المدونة العامة للضرائب، وللتعرف لما توفره هذه اللجنة من ضمانات للمقاتلة سنتطرق لتكوين هذه الأخيرة في الفقرة الأولى ولاختصاصها وطريقة عملها في فقرة ثانية.

¹ المادة 225 من المدونة العامة للضرائب.

² المحجوب الدربالي: المنازعات الجبائية المحلية في ضوء المستجدات القانونية وآخر الاجتهادات القضائية، الطبعة الأولى، لسنة 2015، ص 84.

³ الحسن الكاسم: اللجنة الوطنية للطعون الضريبية: الاختصاص والمسطرة والقرارات الصادرة عنها، مساهمة في الندوة الوطنية حول موضوع الإشكاليات القانونية والعملية في المجال الضريبي، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 16، سنة 2011، ص 96.

الفقرة الأولى: تكوين اللجنة الوطنية

منح المشرع الضريبي المغربي كضمانة إضافية للملزم إمكانية الطعن في المقررات الصادرة عن اللجنة المحلية لتقدير الضريبة أمام اللجنة الوطنية، وتختلف هذه الأخيرة عن اللجنة المحلية من حيث كونها لجنة دائمة، ومن حيث تكوينها وتركيبتها والاختصاصات الموكولة لها. ومن ثم فإن اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية تخضع للسلطة المباشرة للوزير الأول، وتتألف حسب المادة 226 من المدونة العامة للضرائب من قضاة وأعضاء ممثلين للإدارة الضريبية.

أ- القضاة:

تتألف اللجنة الوطنية للنظر في الطعون الضريبية من سبعة قضاة منتمين إلى هيئة القضاة يعينهم الوزير الأول باقتراح من وزير العدل.

ب- الأعضاء الممثلين للإدارة الضريبية

يمثل الملزمين أمام اللجان الوطنية مائة شخص من ميدان الأعمال، يعينهم رئيس الحكومة لمدة ثلاث سنوات بصفتهم ممثلين للخاضعين للضريبة، بناء على اقتراح مشترك لكل من الوزراء المكلفين بالتجارة والصناعة التقليدية والصيد البحري والوزير المكلف بالمالية. ويختار هؤلاء الممثلون من بين الأشخاص الطبيعيين أعضاء المنظمات المهنية الأكثر تمثيلاً المزاويلين نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو خدماتياً أو حرفياً أو في الصيد البحري والمدرجين في القوائم التي تقدمها المنظمات المذكورة وكل من رؤساء غرف الفلاحة وغرف الصيد البحري، وذلك قبل 31 أكتوبر من السنة السابقة للسنة التي تبتدئ خلالها مهام الأعضاء المعينين في حظيرة اللجنة الوطنية¹.

وفي حالة ما إذا طرأ تأخير على تعيين الممثلين الجدد أو حال عائق دون ذلك، وقع تلقائياً تمديد انتداب الممثلين المنتهية مهامهم لفترة لا تتجاوز ستة أشهر.

ولا يمكن لأي ممثل من ممثلي الخاضعين للضريبة أن يحضر اجتماع اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة عندما يعرض عليها نزاع سبق أن نظر فيه في حظيرة لجنة محلية لتقدير الضريبة.

والملاحظ فيما يتعلق بتركيبة اللجنة الوطنية أن جميع أعضائها يتم تعيينهم من طرف الوزير الأول أي السلطة التنفيذية، مما قد يؤثر على استقلاليتهم، ويعاب على هذه اللجنة أيضاً أنها لم تشترط في ممثلي الملزمين أدنى معرفة بالأمور القانونية أو الاقتصادية أو المحاسبية قد

¹ - المادة 226 م م ع ض.

يسبب هذا عدم التوازن بين مستواهم ومستوى ممثلي الإدارة الضريبية الذين اشترط فيهم المشرع أن يكونوا مؤهلين في ميدان الضرائب أو المحاسبة أو القانون أو الاقتصاد وأن تكون لهم على الأقل رتبة مفتش.

الفقرة الثانية: اختصاص اللجان الوطنية وكيفية عملها

لاحظ بعض الفقه أن اهتمام المشرع الضريبي بتدعيم ضمانات المكلف أمام اللجنة الوطنية للنظر في الطعون التي تتعلق بالضريبة فاق ما قام به في هذا الاتجاه بالنسبة للجان المحلية لتقدير

الضريبة. ويعتبر نطاق اختصاصها أحد أهم النقاط التي شملها هذا الاهتمام¹.

وتختص اللجنة الوطنية بالنظر في الطعون الضريبية المرفوعة ضد مقررات اللجان المحلية لتقدير الضريبة. وقد خول المشرع للملزم أيضا حق رفع طعنه مباشرة إلى اللجنة الوطنية وذلك على عكس اللجنة المحلية حيث توجه الطعون المرفوعة ضد قرارات اللجان المحلية من طرف الملزم أو الإدارة إلى رئيس اللجنة الوطنية خلال 60 يوما من تاريخ التبليغ.

ويعهد رئيس اللجنة إلى الموظفين الملفات قصد البحث فيها، ويوزع بعد ذلك الملفات على اللجان الفرعية التي تجتمع بمسعى من رئيس اللجنة ثم يقوم الكاتب المقرر باستدعاء أعضاء اللجنة قبل التاريخ المحدد للاجتماع بما لا يقل عن خمسة عشر يوما، ثم يخبر الكاتب المقرر اللجنة الوطنية الطرفين بتاريخ انعقاد اجتماعها قبل حلول موعده بما لا يقل عن ثلاثين يوما.

وتعقد كل لجنة فرعية العدد اللازم من الجلسات وتستدعي وجوبا ممثل أو ممثلي الخاضع للضريبة وممثل أو ممثلي إدارة الضرائب المعنيين لهذا الغرض قصد الاستماع إليهما كل على حدة أو هما معا إما بطلب من أحدهما أو كلما ارتأت ضرورة هذه المواجهة، ويمكن أن تصنف اللجنة الفرعية فيما يخص كل قضية خبيرا أو خبيرين موظفين أو غير موظفين يكون لهما صوت استشاري. ولا يجوز لها في أي حال من الأحوال أن تتخذ مقرراتها بحضور الممثل الخاضع للضريبة أو وكيله أو ممثل الإدارة أو الخبيرين.

ومن أهم ما نص عليه المشرع الضريبي المغربي بخصوص عمل اللجنة الضريبية، إلزامية تعليل قراراتها حيث نص بشكل صريح على ضرورة تعليل وتفصيل مقررات اللجان الفرعية، وهذه تعتبر ضمانا مهمة جدا بالنسبة للملزم يستطيع من خلالها معرفة الأسس التي على أساسها بنت اللجان الضريبية مقرراتها. وبعد أن تصدر مقررات اللجان الفرعية مفصلة ومعللة يبلغها القاضي الذي يشرف على سير اللجنة إلى الطرفين خلال الأربعة أشهر الموالية لتاريخ صدور

¹ - محمد مرزاق وعبد الرحمان أبليلال: مرجع سابق، ص 81.

المقرر. ويجب أن تبت اللجنة داخل أجل إثني عشر شهرا يبتدى من تاريخ تسلمها المطالبات والوثائق من الإدارة وبالتالي فإن المشرع عمد إلى تقييد أعمال اللجنة الوطنية من حيث المدة الزمنية التي يمكن أن تفصل بين تاريخ تقديم الطعن إلى اللجنة الوطنية وإصدار قرارها. وإذا لم تتخذ اللجنة مقررها بعد انصرام الآجال المحدد في 12 شهرا، فإنه لا يجوز إدخال أي تصحيح على إقرار الخاضع للضريبة بصورة تلقائية بسبب عدم الإدلاء بالإقرار أو بسبب الإقرار الغير التام. غير أنه في حالة إعطاء الخاضع للضريبة موافقته الجزئية على الأسس المبلغة من لدن إدارة الضرائب أو في حالة عدم تقديمه لملاحظات على أسباب التصحيح المدخلة من طرف الإدارة يكون الأساس المعتمد لإصدار الضرائب هو الأساس الناتج عن تلك الموافقة الجزئية وأسباب التصحيح المذكورة.

ويبدو لنا من خلال المادة 226 من المدونة العامة للضرائب أن المشرع المغربي أقر مجموعة من الضمانات بالنسبة للخاضع للضريبة بصفة عامة والمقاولة بصفة خاصة وذلك على مستوى تركيب اللجنة وطريقة عملها، إلا أن هذه الضمانات تبقى محدودة وغير كافية وذلك لعدة أسباب منها عدم توفر اللجنة الوطنية على ميزانية خاصة بها، مما يجعلها غير مستقلة، ويعين القضاة من طرف السلطة التنفيذية، وعدم اشتراط مستوى معين في ممثلي الخاضعين للضريبة عكس ممثلي الإدارة الضريبة.

ولتجاوز هذه المشاكل وبالتالي ضمان فعالية اللجنة الوطنية، يجب أن يتوفر مستوى معرفي وتقني في المجالات المرتبطة بالنزاعات الضريبية في ممثلي الخاضعين للضريبة ومنح اللجنة الوطنية استقلالا ماليا وإداريا، وإحداث ملحقات لها على مستوى الجهات أيضا. وكخلاصة يمكن القول بأن اللجنة المحلية لتقدير الضريبة واللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة تعتبران إحدى أهم الضمانات التي خولها المشرع الضريبي المغربي للخاضع للضريبة بصفة عامة والمقاولة بصفة خاصة أمام السلطات التي تتمتع بها الإدارة الضريبية أثناء ممارستها لمهامها من مراقبة وتصحيح إقرارات المزمين، خصوصا وأن رئاستها أسندت إلى هيئة القضاء باعتبارها هيئة مستقلة وهذا الأمر يمنح الثقة والاطمئنان في نفوس المزمين، كما أن اللجان الضريبية تعتبر أداة فعالة لتسوية النزاعات المعروضة عليها وتمنح للمقاولة مجموعة من الضمانات قد تساعد في الكثير من الأحيان على حل نزاعه في هذه المرحلة دون اللجوء إلى المرحلة القضائية لاستكمال نزاعه أمام المحاكم الإدارية.

التعليق على حكم قضائي

تعليق على أول حكم قضائي إداري في المملكة المغربية يقرر المسؤولية في التعويض عن الخطأ القضائي حسب الفصل 122 من دستور 2011

د. الشرقاوي مجيدي
باحث في القانون العام والعلوم السياسية

أ. الحكم القضائي:

أول حكم قضائي أقر مسؤولية النيابة العامة عن الخطأ القضائي بالمملكة المغربية.

الحمد لله وحده

المملكة المغربية

المحكمة الإدارية بالرباط

أصل الحكم المحفوظ بكتابة الضبط

بالمحكمة الإدارية بالرباط

قسم القضاء الشامل

حكم رقم:

بتاريخ: 2013/7/25

ملف رقم: 2012-12-613

القاعدة:

مسؤولية النيابة العامة عن الخطأ القضائي في الإشراف على الشرطة القضائية المتمثل في عدم تنفيذ مقرر المحكمة الجزرية بإحضار المتابعين لجلسة المحاكمة -الإخلال بقواعد المحاكمة العادلة الدستورية والقانونية الوطنية والدولية -خطأ جسيم- قد يرقى إلى معاملة مهينة - تعويض -نعم

-إن تقصير النيابة العامة في الرقابة على الشرطة القضائية بإلزامها على تنفيذ الإجراءات القضائية بإحضار المتابعين أمام المحكمة الجزرية، وتحريك الوسائل القانونية في مواجهتها تدعيماً لمبدأ المحاسبة والمسؤولية وتطبيقاً للفصول 18 و 37 و 40 و 45 و 364 من قانون المسطرة الجنائية، وعدم تدارك الخطأ، رغم الطلب المتكرر للدفاع والمحكمة لعدة جلسات، بشكل أصبح التأخير وتأجيل المحاكمة أمراً اعتيادياً لا لبس فيه، يرتب مسؤولية النيابة العامة عن الخلل في سير مرفق القضاء وعرقلة نشاطه المعتبر خطأ جسيماً، مما جعل صورة المرفق والثقة فيه تتضرر من

كثرة التأجيلات وعشوية إجراءات المحاكمة التي لم يجدى منها شيء للإخلال بجميع مبادئ المحاكمة العادلة في جميع صورها (المادتين 23 و120 من الدستور) ولا سيما قرينة البراءة ومبدأ المحاكمة في أجل معقول، واحترام كرامة الأشخاص المتابعين وحياتهم، والولوج السهل والسريع والشفاف للعدالة، وهيبة القضاء والدفاع ورجاله إن لم يكن المساس بسمو القانون نفسه وما يفرضه من مستلزمات جودة الخدمة القضائية التي أساسها احترام حقوق وحيات المواطن كان متابعاً أو ضحية، وضمان الأمن القانوني والقضائي.

إن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المملكة أوجبت على السلطة القضائية صيانة مبادئ المحاكمة العادلة وصونها وعلى أساسها احترام كرامة المتابعين والابتعاد عن مظاهر المعاملة الانسانية أو المهينة (المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادتين 7 و14 من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية، المادتين 1 و16 من اتفاقية مناهضة التعذيب ومختلف ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة).

-إن عدم تنفيذ النيابة العامة لمقرر المحكمة بإحضار المتابعين لجلسات المحكمة بالمخالفة للأسس الدستورية والقانونية الوطنية والدولية ألحق ضرراً مباشراً مادياً ومعنوياً للمدعي تمثل في تفويت فرصة المحاكمة العادلة عليه وبقائه أكثر من سنة بدون محاكمة في حالة "اعتقال احتياطي" غير مبرر مس بمبدأ قرينة البراءة وبحريته، وما سببه ذلك من أثر نفسي ومعاناة وألم من جراء هذه الإجراءات، وتحملات مادية عن مصاريف الدفاع، فقد أرتأت المحكمة تبعا لسلطاتها التقديرية في تحديد التعويض المناسب لجبر الأضرار.

-طلب نشر الحكم يندرج في إطار الحق في المعلومة المكرس في الفصل 27 من الدستور، ولا يتوقف على أمر قضائي لأنه من الحقوق العامة باعتباره آلية للرقابة الشعبية على العمل القضائي، ومصدر للثقة في عمل القضاة وتقويمه لضمان الأمن القانوني والقضائي

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ الخميس 16 رمضان المعظم 1434 الموافق لـ 25 يوليوز 2013
أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة:

محمد الهيني.....رئيسا ومقررا
أمينة ناوني.....عضوا
معاذ العبودي.....عضوا
بحضور السيد سعيد المرتضيمفوضا ملكيا
بمساعدة السيدة فاطمة الزهرراء بوقرطاشيكاتبة الضبط

الحكم الآتي نصه:

بين: السيد.....

عنوانه: سجن عكاشة ///

النقيب الأستاذ عبد الرحيم الجامعي، المحامي بهيئة الرباط.
من جهة

وبين:

الدولة في شخص رئيس الحكومة
وزارة العدل والحريات في شخص الوزير بمكاتبه بالرباط
وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بعين السبع الدار البيضاء
الوكيل القضائي للمملكة بمكاتبه بالرباط
من جهة اخرى

الوقائع

بناء على المقال الإفتتاحي للدعوى المقدم إلى هذه المحكمة من طرف المدعي بواسطة نائبه والمودع بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 20 دجنبر 2012 والمؤدى عنه الرسوم القضائية والذي يعرض فيه أنه أثناء محاكمته جنائيا أمام المحكمة الزجرية بالدار البيضاء سنتي 2011 و2012 لم تقم النيابة العامة بهذه المحكمة بإحضاره لجلسة المحاكمة ليتمتع بحق المشول أمام قاضي الحكم لعدة جلسات سواء بمفرده أحيانا أو بمعية مجموعة من المعتقلين في نفس الملف مما كان يترتب عنه تأخير الملف لجلسة أخرى ويتم تفويت فرصة المحاكمة عليه باستمرار، مما تسبب له في عدة أضرار نتيجة الخلل في سير مرفق القضاء تتحمله النيابة العامة بصفة غير مبررة ومقبولة مس بحقه المطلق في المحاكمة والوصول للقاضي والتمتع بالولوج للعدالة وللقانون بالمخالفة للأسس الدستورية والقانونية سواء الوطنية أو الدولية، أو لما أقره القضاء المقارن في مثل هذه النوازل، والتمس تحميل الدولة المسؤولية الإدارية عن الأضرار المعنوية والمادية الناجمة عن سوء تسيير وتدبير المرفق القضائي والحكم عليها بأدائها لفائدة المدعي تعويضا قدره 100.000.00 درهم مع النفاذ المعجل وبشر الحكم في جريدين يوميتين لمرتبتين متتاليتين على نفقة المدعى عليهم، مع الصائر. وعضد الطلب بمذكرة إدلائية مؤرخة في 4-4-2013 مرفقة بمحاضر الجلسات وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف الوكيل القضائي للمملكة بتاريخ 18 أبريل 2013 يلتبس من خلالها التصريح بعدم اختصاص المحكمة نوعيا لفائدة محكمة النقض لتعلق الطلب بالتعويض عن المسؤولية عن الأعمال القضائية المحددة بنصوص خاصة طبقا للفصل 391 من ق.م.م، والفصل 571 من ق.م.ج

وبناء على الحكم الفرعي الصادر عن هذه المحكمة عدد 1895 وتاريخ 2013-5-23 والقاضي بانعقاد الاختصاص النوعي للمحكمة للنظر في الطلب.

وبناء على عرض القضية بجلسة 2013-7-18، حضر خلالها النقيب نائب المدعي وأكد الطلب، وتخلّف الوكيل القضائي عن إبداء الدفوع الموضوعية بعد الحكم بالاختصاص رغم التوصل بالإنذار بالجواب، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكدّت في مستنتاجاته الكتابية فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

من حيث الشكل:

حيث قدم الطلب وفقاً للشروط المتطلّبة قانوناً مما يتعين معه قبوله شكلاً

من حيث الموضوع:

حيث يهدف الطلب إلى تحميل الدولة المسؤولية الإدارية عن الأضرار المعنوية والمادية الناجمة عن سوء تسيير وتدبير المرفق القضائي والحكم عليها بأدائها لفائدة المدعي تعويضاً قدره 100.000.00 درهم مع النفاذ المعجل ونشر الحكم في جريدتين يوميتين لمرتبتين متتاليتين على نفقة المدعى عليهم، مع الصائر وحيث استنكفت الجهة المدعى عليها عن إبداء دفعوها الموضوعية بعد الحكم بالاختصاص النوعي رغم توصلها بالإنذار.

وحيث إن مرفق القضاء، وما يتفرع عنه من جهاز النيابة العامة، المعتبر دستورياً هيئة قضائية، وباعتباره من المرافق العمومية للدولة شأنه شأن باقي الإدارات العمومية يخضع لقواعد المسؤولية الإدارية، ولا يحد من المسؤولية أو يلغيها من حيث المبدأ استقلال القضاء أو خصوصية الأعمال القضائية، لأن السلطة القضائية ليست فوق المحاسبة أو المساءلة، طالما أن الشرعية أو المشروعية هي عماد المؤسسات وحصنها الأساسي لخضوع الجميع لمقتضياتها، حاكمين ومحكومين، وواجب المحاسبة المكرس دستورياً في الفصل 154 هو المحك الأصلي لإثبات وجودها وفعاليتها حماية لحقوق المتقاضين وضماناً لقواعد سير العدالة المكرسة دستورياً وصوناً للأمن القانوني والقضائي.

وحيث نصت المادة 120 من الدستور على حق كل شخص في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول.

وحيث نصت الفقرة الثانية من المادة 22 من الدستور على أنه لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية.

وحيث نصت المادة 122 من الدستور على "حق كل متضرر من خطأ قضائي من الحصول على تعويض تتحمّله الدولة".

وحيث نصت المادة 117 من الدستور على تولي القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون.

وحيث نصت المادة 37 من قانون المسطرة الجنائية على تولي النيابة العامة السهر على تنفيذ المقررات القضائية.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف ولاسيما محاضر الجلسات الجنحية المدلى بها تخلف النيابة العامة عن تنفيذ أوامر المحكمة بإحضار المدعي المتابع لعدة جلسات أو إحضاره مع عدم إحضار المتابعين معه على ذمة نفس القضية (على سبيل المثال لا الحصر -محاضر جلسات: 1-17-2012 و 2012-2-14 و 2012-3-1 و 2012-3-22 و 2012-4-5 و 2012-4-17 و 2012-5-29 و 2012-6-14 و 2012-6-21 و 2012-6) مما تسبب في تأخير المحاكمة عقب كل تأخير لتنفيذ الإجراء القانوني المطلوب من طرف هيئة الحكم في الملف عدد 2010-4090-المحكمة الابتدائية الزجرية بالبيضاء.

وحيث إن تقصير النيابة العامة في الرقابة على الشرطة القضائية بإلزامها على تنفيذ الإجراءات بإحضار المتابعين أمام المحكمة، وتحريك الوسائل القانونية في مواجهتها تدعيما لمبدأ المحاسبة والمسؤولية تطبيقا للفصلين 128 و 154 من الدستور وللфصول 18 و 37 و 40 و 45 و 364 من قانون المسطرة الجنائية، وعدم تدارك الخطأ، رغم الطلب المتكرر للدفاع والمحكمة لعدة جلسات، بشكل أصبح التأخير وتأجيل المحاكمة أمرا اعتياديا لا لبس فيه، يترتب مسؤولية النيابة العامة عن الخلل في سير مرفق القضاء وعرقلة نشاطه المعتبر خطأ جسيما، مما جعل صورة المرفق والثقة فيه تتضرر من كثرة التأجيلات وعشوية إجراءات المحاكمة التي لم يجدى منها شيء للإخلال بجميع مبادئ المحاكمة العادلة في جميع صورها (المادتين 23 و 120 من الدستور) ولاسيما مبدأ قرينة البراءة والمحاكمة في أجل معقول، واحترام كرامة الأشخاص المتابعين وحرياتهم، والولوج السهل والسريع والشفاف للعدالة، وهيبة القضاء والدفاع ورجاله إن لم يكن المساس بسمو القانون نفسه وما يفرضه من مستلزمات جودة الخدمة القضائية التي أساسها احترام حقوق وحريات المواطن كان متابعا أو ضحية، وضمان الأمن القانوني والقضائي.

وحيث إن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المملكة أوجبت على السلطة القضائية صيانة مبادئ المحاكمة العادلة وصونها وعلى أساسها احترام كرامة المتابعين والابتعاد عن مظاهر المعاملة الإنسانية أو المهينة (المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادتين 7 و 14 من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية، المادتين 1 و 16 من اتفاقية مناهضة التعذيب ومختلف ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة).

وحيث إن عدم تنفيذ النيابة العامة لمقرر المحكمة الزجرية بإحضار المتابعين لجلسات المحكمة بالمخالفة للأسس الدستورية والقانونية الوطنية والدولية ألحق ضررا مباشرا ماديا

ومعنويا للمدعي تمثل في تفويت فرصة المحاكمة العادلة عليه وبقائه أكثر من سنة بدون محاكمة في حالة "اعتقال احتياطي" غير مبرر مس بمبدأ قرينة البراءة وبحقه في الحرية وبإنسانيته، وما سببه ذلك من أثر نفسي ومعاناة وألم من جراء هذه الإجراءات الباطلة، وتحملات مادية عن مصاريف الدفاع، فقد أرتأت المحكمة تبعا لقواعد العدل والإنصاف باعتباره أساس المسؤولية الإدارية الموضوعية، وتبعا لسلطتها التقديرية في تحديد التعويض المناسب جبر الأضرار اللاحقة بالمدعي في مبلغ 100.000.00 درهم.

وحيث إن طلب نشر الحكم يندرج في إطار الحق في المعلومة المكرس في الفصل 27 من الدستور، ولا يتوقف على حكم قضائي لأنه من الحقوق العامة باعتباره آلية للرقابة الشعبية على العمل القضائي، ومصدر للثقة في عمل القضاة وتقويمه لضمان الأمن القانوني والقضائي.

وحيث إن طلب النفاذ المعجل غير مبرر مما يتعين معه رفضه.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

المنطوق

وتطبيقا للفصول 6 و19 و22 و23 و27 و110 و117 و118 و128 و154 من الدستور، ومقتضيات القانون رقم 90-41 المحدث بموجبه محاكم إدارية ومقتضيات قانون المسطرة المدنية والفصول 18 و37 و40 و45 و364 من قانون المسطرة الجنائية والمادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادتين 7 و14 من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية، المادتين 1 و16 من اتفاقية مناهضة التعذيب ومختلف ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علنيا ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل: يقبل الطلب

وفي الموضوع: بأداء الدولة في شخص رئيس الحكومة لفائدة المدعي تعويضا عن الخطأ القضائي قدره (100.000.00 درهم) هكذا مائة ألف درهم والصائر وبرفض باقي الطلب.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

II / التعليق:

1 - الوقائع:

من خلال هذا الحكم تم إثبات خطأ جسيم اتجاه النيابة العامة كسلطة إدارية تابعة لجهاز القضاء، وذلك بعدم احضار المتابعين لجلسة المحاكمة، رغم الطلب المتكرر للدفاع وكذا كثرة التأجيلات، وعبثية إجراءات المحاكمة، حسب ما جاء في نص الدفاع، تعد إخلالا بقواعد المحاكمة العادلة حسب الفصل 23 من الدستور الذي يحدد إجراءات المتابعة¹، وكذا الفصل 120 الذي يضمن المحاكمة العادلة².

وكذا الفصول 18، 37، 40، 45 و 364³ من قانون المسطرة الجنائية وانتهاكا جسيما لقرينة البراءة، كما أنه يضرب عرض الحائط المواثيق الدولية، والتي قد تسمو على الدستور نفسه، جاعلة من حقوق الإنسان في شكلها الدولي أسمى من القوانين الداخلية للدول، كما تشير إلى ذلك ديباجة الدستور⁴ وبالتالي تقرر اعتبار هذا المقتضى خطأ جسيما وجب معه تعويض المدعي ب 100,000 درهم مع النفاذ المعجل بسبب هذا التقصير الذي أدى إلى إلحاق ضرر مادي ومعنوي بالمدعي، وذلك بإبقائه سنة كاملة بدون محاكمة، وفي حالة اعتقال احتياطي⁵، غير أن المحكمة رفضت النفاذ المعجل.

¹ - حسب منطوق الفصل 23 من الوثيقة الدستورية: " لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص واعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون"

² - كما ينص الفصل 120: " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول، حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم."

³ - حسب الفصل 18 من قانون المسطرة الجنائية: " يعهد إلى الشرطة القضائية ... تقوم بتنفيذ أوامر وإنابات قضاء التحقيق وأوامر النيابة العامة." كما أن باقي الفصول المشار إليها أعلاه تدخل في إطار اختصاص النيابة العامة."

⁴ - جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق احكام الدستور، وبقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة.

⁵ - يمكن الإشارة في هذا الصدد أن الاعتقال الاحتياطي لا يمكن أن يتجاوز 10 أشهر في اقصاه حسب مقتضيات المادة 175، 176، 177 من قانون المسطرة الجنائية.

2- الاستدلال القانوني:

استند الطرف المدعي على أدلة قانونية ذات الطابع الوطني وهو الوثيقة الدستورية خاصة الفصل 23 و120 اللذان، يؤكدان على المحاكمة العادلة وقرينة البراءة وكذا المواثيق الدولية لحقوق الإنسان كما سلف الذكر.

غير أن تغيب المفوض القضائي للمملكة لا يمكن إلا أن يكون حجة عليه مما جعل القاضي الإداري يكون قناعة راسخة لحصول الخطأ الجسيم اتجاه المدعي بناء على ما تقدم من حجج.

3- الإشكالات القانونية المثارة من خلال هذا الحكم النوعي:

(أ) يمكن القول إن القاضي الإداري، وضمانا لمحاكمة عادلة جعله يتريث أكثر من الواجب في اتخاذ القرار المناسب، مما يمكن تفسيره لصالحه بعدم التسرع وتمديد الاعتقال حتى يتأتى لهيئة الحكم تكوين قناعة ثابتة لإصدار حكم معين، علما إن فترة الاعتقال تحتسب في مدة السجن ما لم يتبث براءة المدعي.

(ب) القضايا المثارة أمام القضاء كثيرة ومتعددة وقد تتطلب وقتا، لتناقض الأدلة أحيانا، أو تداخل عناصر متنوعة وأحيانا متعددة، قد يصعب معها اتخاذ قرار حاسم بإصدار الحكم.

(ج) أمام الكم الهائل من القضايا المثارة والعدد الغير متناسب معها وعدد القضاة، قد يتعذر على القاضي الإحاطة بشكل مستفيض وبسرعة لأجل البث في القضية.

(د) الاعتقال الاحتياطي مؤطر بقانون ولا يمكنه أن يمدد أكثر من الوجوب، 10 أشهر في أقصى الحالات،¹ ضمانا لحقوق المتقاضين، وخاصة قرينة البراءة والمحاكمة العادلة.

(هـ) القاضي الذي سبق له أن تعرض لحالة نصب أو سرقة أو اعتداء من نفس القضية المثارة أمامه قد يسرع في إصدار الحكم على المتابع عكس قاض لم يسبق له أن كان عرضة لنفس الحدث، وهذا ما يتبثه الجانب السيكولوجي ومدى تأثيره في إصدار الحكم.²

4- إشكال:

إلى أي حد يمكن اعتبار هذا الحكم نوعيا إذا ما تبث أن المدعي مدان فعلا وتبث في حقه المنسوب إليه بمدة سجنية تفوق السنة وقد تكون أقل، وما هو مآل الاعتقال الاحتياطي لهذه الفترة إذا ما تمت تبرئته بظهور عناصر جديدة في القضية؟

¹ سبقت الإشارة إلى هذا المقتضى: فصل 174، 175، 176، 177 من قانون المسطرة الجنائية.

² حسب ما جاء في مداخلة الأستاذ إدريس الضحاك في إحدى مداخلاته بجامعة الحسن I، سطات - 2015، أبريل. بمناسبة ندوة منظمة من طرف شعبة القانون الخاص.