



مجلة المحاكم الإدارية

القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة

أشغال ندوة علمية منظمة بشراكة بين وزارة العدل والحريات
وجمعية هيئات المحامين بالمغرب

يومي 6 و 7 يناير 2017 بالرباط

العدد الخامس - إصدار خاص - يناير 2017

المملكة المغربية



وزارة العدل و الحريات

مجلة المحاكم الإدارية

"القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة"

أشغال ندوة علمية

منظمة بشراكة بين وزارة العدل والحريات
وجمعية هيئات المحامين بالمغرب

يومي 6 و 7 يناير 2017 بالرباط

العدد الخامس

إصدار خاص، يناير 2017

الجمهورية الجزائرية
بمجلس متخصصة، العدا الخامس، يناير 2017
إصدار خاص بأشغال الندوة العلمية الوصنية يوم 6 و 7 يناير 2017

هيئة الإشراف:

عبد الاله لحكيم بناني؛ الكاتب العام لوزارة العدل والحريات

مدير البعثة:

الحسن الكاسم؛ مدير الشؤون المدنية

مدير النشر:

محمد الرزاقى؛ قاضي ملحق بمديرية الشؤون المدنية

اللجنة العلمية للندوة:

الحسن الكاسم، النقيب محمد أقديم، عبد المجيد اغميحة، محمد قصري، محمد صقلي حسيني، لطيفة الخال، محمد لمزوغى، عبد المعطي القدوري، مصطفى سيمو، رشيدة مروني علمي، عز العرب الحمومي، عبد الله بونيت، المصطفى بوزيان، محمد الناصر

اللجنة التنضيمية للندوة:

ادريسية الوردى، محمد جناح، أسماء نفال، جميلة أكرام، ليلي صدقي، حليلة ستوت، ثريا البوشيخي، فاطمة الزهراء ملاكي، يوسف اوتوحي، مهدي بوشوى، حنان بنسيعلي، الهام مرزوكي، وفاء الراضي



صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله

مقتطف من نص الخطاب السامي
الذي ألقاه صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله
يوم الجمعة 14 أكتوبر 2016 في افتتاح الكورة الأولى من السنة التشريعية الأولى
من الولاية التشريعية العاشرة

"...ومن غير المقبول أن لا تجيب الإمارة على شكايات وتسؤلات الناس وكأن الموازن لا يساوي شيئاً، أو أنه مجرد جزء بسيط من المنظر العام لقضاء الإمارة. فيكون الموازن لن يكون هناك إمارة. ومن حقه أن يتلقى جواباً عن رسائله، وحلولاً لمشاكله، المعروضة عليها. وهي ملزمة بأن تفسر الأشياء للناس وأن تبرر قراراتها التي يجب أن تتخذ بناء على القانون .

و على سبيل المثال، فالعديد من الموازين يشتكون من قضايا نزع الملكية، لأن الدولة لم تقم بتعويضهم عن أملاكهم، أو لتأخير عملية التعويض لسنوات طويلة تضر بمصالحهم، أو لأن مبلغ التعويض أقل من ثمن البيع المعمول به، وغيرها من الأسباب. إن نزع الملكية يجب أن يتم لضرورة المصلحة العامة القصوى، وأن يتم التعويض صافياً للأسعار المعمول بها، في نفس تاريخ القيام بهذه العملية مع تبسيط مساطر الحصول عليه. ولا ينبغي أن يتم تغيير وضعية الأرض التي تم نزعها، وتحويلها لأغراض تجارية، أو تقييدها من أجل المضاربات العقارية.

كما أن الموازن يشتكي بكثرة، من حصول وتعميق المسائل القضائية، ومن عدم تنفيذ الأحكام، وخاصة في مواجهة الإمارة. فمن غير المفهوم أن تسلب الإمارة للموازن حقوقه، وهي التي يجب أن تصونها وتدافع عنها. وكيف لمسؤول أن يعرقل حصوله عليها وقد صدر بشأنها حكم قضائي نهائي؟

كما أنه من غير المعقول أن لا تقوم الإمارة حتى بتسديد ما بذمتها من ديون المقاولات الصغيرة والمتوسطة، بكل كرمها وتشجيعها، اعتباراً لدورها الهام في التنمية والتشغيل.

كما أن المواكبين يشكون أيضا من الشك في استعمال السلحة والنفوس، على مستوى مختلف الإجراءات، ومن تعقيد المسلك، وصول آجال منح بعض الوثائق الإدارية. إذ لا يعقل أن يسافر المواكبين لصلب وثيقة، ويقدم كل الوثائق الضرورية، ومنتصر أياما و أحيانا أسابيع للحصول عليها...

تقديم

في إطار تنزيل مضامين الخطاب السامي الذي ألقاه صاحب الجلالة الملك مُجَّد السادس نصره الله يوم الجمعة 14 أكتوبر 2016 بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة و الذي تضمن رسائل قوية بخصوص علاقة المواطن بالإدارة ورفع جودة الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية، بادرت وزارة العدل والحريات بشراكة مع جمعية هيئات المحامين بالمغرب لتنظيم ندوة علمية وطنية يومي الجمعة 6 والسبت 7 يناير 2017 حول موضوع: "القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة".

إن أهمية هذه المحطة العلمية تكمن في تكريس أسلوب التشاور والحوار بين مختلف الفاعلين القضائيين و الإداريين تحقيقا لتكامل الأفكار وتلاقح الرؤى، وتعزيزا للمقاربة التشاركية المعتمدة في ورش إصلاح منظومة العدالة، وفي احترام تام لمبدأ استقلال القضاء؛ وذلك بهدف تشخيص أهم الاشكالات التي تواجه الإدارة العمومية بخصوص الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، و تحديد أهم العوائق القانونية والواقعية التي تحد من نجاعة القضاء الإداري، مع اقتراح التوصيات المناسبة لتجاوز الاشكالات والعوائق المذكورة.

ونظرا لما عرفته أشغال هذه الندوة العلمية من نجاح غير مسبوق على مستوى الحضور النوعي و جودة المداخلات ومستوى النقاشات التفاعلية، يسعدنا أن نقدم للقراء الكرام - في هذا الإصدار الخاص - كل العروض القيمة التي قدمها نخبة من الأساتذة الكرام مع ملخص التقارير المتضمنة للمناقشات الشفوية حتى تعم الفائدة على الجميع.

ولا يسعنا بهذه المناسبة إلا أن نجدد شكرنا وامتناننا لكل الحضور الكريم وكل الأساتذة المتدخلين وخاصة منهم السادة القضاة والمحامين وموظفي الوكالة القضائية للمملكة وباقي الإدارات العمومية المشاركين لما أبانوا عنه من مستوى رفيع في الحوار والنقاش العلمي العميق، آمليين أن تكون هذه المنصة العلمية منطلقا لحوار قوي و رزين و مستمر بين مختلف الفاعلين القضائيين والإداريين لإرساء دعائم دولة الحق والقانون. والله ولي التوفيق.

الأستاذ المصطفى الرميد

وزير العدل والحريات



الكلمة الإفتتاحية للمسيد وزير العدل والحريات
الأستاذ المصطفى الرميد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف المرسلين وعلى آله
وصحبه أجمعين

حضرات السيدات والسادة

يطيب لي في مستهل هذه الكلمة أن أتوجه اليكم بأسى عبارات الشكر والامتنان على
حضوركم المتميز للمساهمة في اغناء أشغال هذه الندوة العلمية الهامة التي تتمحور حول
موضوع "القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة".

ويندرج هذا اللقاء العلمي في إطار التشاور والحوار الذي نتطلع إلى مأسسته وتكريسه
بصفة مستمرة بين الفاعلين القضائيين والفاعلين الإداريين تحقيقا لتكامل وتلاقح الأفكار
والرؤى، وتعزيزا للمقاربة التشاركية التي ننهجها في ورش إصلاح منظومة العدالة وفق نظرة
شمولية تقوم على تقييم الواقع بسلبياته ووضع الحلول الناجعة لتجاوزها، مع رصد إيجابياته
لترشيدها، وهي النظرة التي ترجمت في ميثاق إصلاح منظومة العدالة.

أيها الحضور الكريم

إن أهمية هذه التظاهرة العلمية تكمن في أننا مطالبون جميعا بتزليل الخطاب الملكي
السامي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من الولاية التشريعية العاشرة الذي تضمن رسائل قوية
بخصوص علاقة المواطن بالإدارة ورفع جودة الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية، حيث
جاء فيه:

«كما أن المواطن يشتهي بكثرة من طول وتعقيد المساطر القضائية، ومن عدم تنفيذ
الأحكام وخاصة في مواجهة الإدارة...»

لذلك، ووعيا منا بأهمية الحوار بين القضاء الإداري والإدارة والدفاع، في احترام تام
لمبدأ استقلال القضاء فقد حرصنا على أن تكون هذه الندوة محطة للتفكير سويا، كل من
موقعه، وفي نطاق اختصاصه، وذلك بهدف تشخيص أهم الإشكالات التي تواجه الإدارة
العمومية بخصوص الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، وكذا تحديد أهم العوائق القانونية
والواقعية التي تحد من نجاعة القضاء الإداري، لاسيما على مستوى تنفيذ أحكامه.

وكلي يقين بأن أشغال هذا اللقاء ستعرف حوارا هادئا ورضينا منطقه الاستماع المتبادل لوجهات النظر بين الفاعلين القضائيين والإداريين، ومبتغاه الوصول إلى حلول وخلاصات علمية تحقق التوازن المنشود والتواصل المحمود.

واستكمالا لهذا المنظور، فقد حرصنا في برنامج هذه الندوة على إدراج أهم المحاور ذات الاهتمام المشترك والتي تتلخص بالأساس في قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاعتداء المادي وقضايا الصفقات العمومية والاشكالات التي تثيرها، وكذا المنازعات المتعلقة بالموارد البشرية، وموضوع تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة أشخاص القانون العام.

ولا بد أن نستحضر بهذه المناسبة التطور الهام الذي تعرفه بلادنا على مستوى تدعيم الجهوية المتقدمة، فالقوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية تضمنت انتقالات واضحة من المفهوم التقليدي للوصاية الإدارية إلى مفهوم متطور يعتمد على إشراك القضاء الإداري في الرقابة على الجماعات الترابية، إذ تم منح المحاكم الإدارية اختصاص توقيع الجزاءات التأديبية على أعضاء مجالس الجماعات الترابية في حالة إخلالهم بواجباتهم، حيث أصبح العزل والتوقيف يتم بمقتضى حكم قضائي بدل قرار إداري، كما تم منحها اختصاص البت في جميع المنازعات الإدارية بين الجماعات الترابية والسلطة المركزية، مما يشكل إشارة قوية إلى تقوية الدور المحوري للقضاء الإداري في تعزيز مشروع الجهوية المتقدمة من خلال تحقيق التوازن بين السلطة الإدارية المركزية والمجالس الترابية المنتخبة.

وقد واكبنا هذا التطور الإداري الهام من خلال مشروع قانون التنظيم القضائي بملائمة الخريطة القضائية للمحاكم الإدارية مع التقسيم الجهوي الجديد، بحيث سيتم إحداث أقسام إدارية متخصصة في الجهات التي لا توجد فيها محكمة إدارية، ومن جهة أخرى، وارتباطا بإشكالية تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة أشخاص القانون العام، فالوزارة عملت في إطار تجويد مشروع قانون المسطرة المدنية على إعداد مقتضيات خاصة بالتنفيذ في مواجهة أشخاص القانون العام، وفق مقارنة تشاركية مع جميع الفاعلين القضائيين والإداريين.

كما دأبت هذه الوزارة على تنظيم اجتماعات سنوية تنسيقية مع جميع القطاعات الحكومية المعنية بتنفيذ الأحكام القضائية لتذليل الصعوبات المثارة، وهي الاجتماعات التي ساهمت بشكل فعال في حل عدد كبير من الإشكالات ورفع نسب التنفيذ، ولا يسعني بهذه المناسبة إلا الإشادة بالمجهودات الملحوظة التي يقوم بها السيد رئيس الحكومة والسادة الوزراء ومدراء المؤسسات العمومية وباقي المسؤولين، إضافة إلى المسؤولين القضائيين والسادة المستشارين والقضاة والموظفين العاملين بالمحاكم الإدارية ومحكمتي الإستئناف الإداريتين.

فمؤشر التنفيذ بالمحاكم الإدارية و إن عرف تطورا ملحوظا إلا أنه لم يصل بعد إلى النتائج المنشودة مادام أن تنفيذ الأحكام من طرف الدولة و باقي أشخاص القانون العام هو المدخل الأساسي لتكريس سيادة القانون و حماية المؤسسات ، وفي هذا الإطار بلغت نسبة الملفات التي تم تنفيذها من مجموع الملفات التنفيذية الراجعة 53.45 % خلال تسعة أشهر الأولى من سنة 2016، وهي نسبة ايجابية تعكس تطورا مطردا في التنفيذ، بحيث لم تكن تتجاوز سنة 2006 نسبة 29.26 % ، ونسبة 46.02 % سنة 2011، ونسبة 41.37 % سنة 2015، هذا وقد تضاعفت نسبة المبالغ المالية المنفذة في مواجهة أشخاص القانون العام من طرف المحكمة الإدارية بالرباط خمس مرات ما بين سنتي 2014 و 2016، إذ وصلت سنة 2016 إلى مبلغ 1.908.363.928,29 درهما، في حين لم تكن تتجاوز سنة 2014 مبلغ 391.829.718,22 درهما، هذا دون احتساب المبالغ التي يتم تنفيذها من طرف بعض الإدارات مباشرة إلى أصحاب الحق فيها دون المرور عبر صندوق المحكمة.

وإيماننا منا بأنه لا جدوى للحكم بحق لا يبلغ صاحبه في إبانه المعقول، وتنزيلا لمقتضيات الفصل 120 من دستور المملكة الذي يقضي بأن "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول" فقد سهرنا على عقد جملة من اللقاءات مع السادة المسؤولين القضائيين لوضع تصورات متفق عليها حول متوسط الأمد التي يتطلبها البت في الملفات حسب كل تخصص والتي تأسست على توافق بناء مع القضاة و نقباء المحامين، وبناء على ذلك تم تحديد آجال مرجعية للبت في القضايا، ومن ضمنها القضايا الإدارية حتى يتم رفع مستوى النجاعة القضائية على مستوى القضاء الإداري.

أيها السيدات والسادة

إننا نتطلع بكثير من الثقة والتقدير إلى ما سيسفر عنه هذا اللقاء العلمي الهام من خلاصات، ستساهم دون أدنى شك في تحقيق التوازن المنشود بين متطلبات الحماية القضائية الكاملة للحقوق والحريات من جهة، وضوابط حماية المصلحة العامة في جميع تجلياتها من جهة ثانية.

وفقنا الله جميعا لما فيه خير هذا البلد الأمين تحت القيادة الحكيمة

لجلالة الملك محمد السادس نصره الله، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الكلمة الافتتاحية للسيد رئيس جمعية هيئات المحامين
الأستاذ النقيب محمد أقدم

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على اشرف المرسلين

السيد وزير العدل المحترم

السيد رئيس محكمة النقض

السيد الوكيل العام لدى نفس المحكمة

السادة النقباء السادة الوزراء السادة المسؤولون القضائيون السيد وسيط المملكة السادة الحضور الكرام . اعتذر إن سهوت أو لم اذكر كل الشخصيات الحاضرة ولكن سوف أقول السادة الحضور الكرام كل بصفته واسمه ولقبه ، يشرفني وأنا أتواجد بهاته المنصة أن أتوجه إلى السيد وزير العدل والسادة المدراء والسادة المسؤولون بوزارة العدل على الأهمية ، وأقول الأهمية لأنني عايشت وأعايش وسأعايش وسنبقى نعايش جميعا الأريحية والمكانة الجيدة والطيبة التي لنا لدى السيد وزير العدل والسادة المسؤولين القضائيين وجهاز القضاء بصفة عامة ، فلا بد أن أقول لهم تحية وشكر وتقدير وامتنان لماذا لان هذا هو الواقع وان إشراك جسم الدفاع في العملية الإصلاحية أساسية ومهم وسيعطي النتائج المتوخاة .

السيد وزير العدل السادة الحضور الكرام

نحن كجمعية لهيئات المحامين بالمغرب نشمن كل ما تقومون به وهاته الندوة العلمية المتعلقة بقضاء متخصص يتمثل في القضاء الإداري الذي يمكن القول انه الركيزة الأساسية لدولة الحق والقانون ، لمادا لأنه قبل إنشاء المحاكم الإدارية وما عايشه وعاشه المواطن المغربي يمكن القول اليوم بعد مرور سنوات متعددة من ظهور المحاكم الإدارية بأنه فعلا المواطن أصبح يعيش في خضم الدفاع عن حقوقه وحرته لأنه أصبح بإمكانه أن يلج لدى القضاء الإداري للدفاع عن مصالحه وحقوقه وحرته إلا انه مازال أمامنا مجهود كبير من اجل توعية المواطنين بأن الدولة ومؤسساتها العمومية، والشبه العمومية لن تبقى بمئي عن المسائلة حينما يكون هناك تعسف أو شطط في استعمال السلطة ، حين تكون هناك تجاوزات و اعتداء من كل أشخاص القانون العام الذين وضع القضاء الإداري ليكونوا على كفة متساوية مع المواطنين حيث أمكن للمواطن ان يلجأ لدى القضاء وهو في وضع مريح وبكيفية تمكنه من إتباع المساطر الايجابية والجيدة للدفاع عن حقوقه وان كنا من هذا المنبر نتوجه كذلك للقضاء بتحية لأنه لم يطبق المساطر بشكل جامد بل عمل على أن تكون هناك مرونة في تطبيق هذه المساطر.

القضاء على كافة مستوياته مستعد ونحن الآن في هاته الندوة العلمية لا نقيم ولكن سندرس مواضيع متعدد وهي محاور تشكل القضاء الإداري بكافة تفرعاته وخاصة المقتضيات المتمثلة في حماية الملكية الخاصة وكذلك المرفق العام، وكيفية تعامل المرفق العمومي مع الاكراهات والإشكالات التي تصادفه لتحقيق التوازن لحماية المصلحة العامة.

المشكل الأكبر هو مسألة التنفيذ التي يعاني منها المتقاضى وحينما نقول المتقاضى نقول الدفاع بصفة أساسية ،مسألة التنفيذ التي تشكل هاجس يؤرق كل الفاعلين في هذا الميدان لان البطء في عملية التنفيذ وكذلك تراكم الملفات على مستوى أقسام التنفيذ لدى المحاكم الإدارية ، وأنا احبي من هذا المنبر السيد رئيس المحكمة الابتدائية الإدارية بالرباط الذي قام بمبادرة جيدة تتمثل في إبرام اتفاقات مع مؤسسات متعددة ووضعت أجل محددة لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة ، فعلا أنجز عملا هو في إطار التطبيق للقانون حيث وضع المدى الأقصى للتنفيذ ستة أشهر وهناك شهر وربما توسعت العملية لكي لا تبقى مع بعض الجماعات لتشمل كل المرافق العامة ومجموعة من المرافق العامة وبصفته يشرف على محكمة تتواجد في عاصمة المملكة المغربية وأهم الإدارات والوزارات والمؤسسات تتواجد بالعاصمة فأشكره لأنه يستحق الشكر لماذا؟ لأنه قام بمبادرة منتجة ومساعدة لإنهاء كل المساطر المتخلفة.

يجب أن نساعد في إعطاء الأحكام القضائية هيبتها حينما يصدر حكم باسم جلالة الملك ويبقى رهين الرفوف ولا يعرف الطريق إلى التنفيذ أي قيمة لهذا يجب أن يتعبأ القطاع العام بكافة تمفصلاته يجب كذلك أن يعمل على أن ينفذ هذا الحكم أو القرار الصادر داخل أجل معينة ولم لا تحديد أجل التنفيذ ، لا تكفي الغرامات التهديدية لأنه حينما تنضاف الغرامة التهديدية للحكم الأصلي دون الوصول إلى النهاية المتمثلة في تنفيذ الحكم الصادر فلا فائدة ولا أثر.

وستطرح علامات استفهام فيما يخص دولة الحق والقانون لأن الدولة التي لا تنفذ بها الأحكام لن تكون لها ولا لأحكامها أي قيمة وحتى قوة و جدية الدولة تصبح مثار تساؤل.

السيد وزير العدل لم لا ونحن نتحدث اليوم عن القضاء الإداري هل نبتغي أن نصل إلى ازدواجية في القضاء وألا نبقى نتعامل في إطار أحادية وأن ما عمل في السابق وما وصلنا إليه يقتضي ان تكون هناك محاكم استئنافية جديدة ولم لا محكمة استئنافية ثالثة وهذا من التوصيات الصادرة عن المناظرة السابقة ولم لا مجلس دولة أو محكمة نقض إدارية تختص بالعمل القضائي الإداري لأن دولة الحق والقانون تقتضي أن يكون القضاء الإداري متخصص ومستقل وناجع و فاعل وبالتالي فالتراكمات وما سرتم عليه يفيد في تقريب القضاء للمتقاضين ولكن لابد من التفكير مليا في إتمام هياكل القضاء الإداري.

أنتم بصدد القيام بإصلاح منظومة العدالة وأنكم ستستجيبون لطموحات وتطلعات
العاملين في مجال الحقوق والحريات وذلك بالوصول إلى تدعيم مرجعية للقضاء الإداري
من خلال محكمة عليا لتوحيد العمل القضائي الإداري والعمل على تجسيد وترسيخ دولة
الحق والقانون.

أتمنى لأشغال لقائكم النجاح وأن يخرج الملتقى بتوصيات تنير الطريق لكافة الفاعلين
والمشتغلين في كل المجالات.

مع التقدير والاحترام

الحماية القضائية لحق الملكية من خلال دعاوى الاعتداء المادي :

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

ذ.أنوار شقروني

مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

يعتبر حق الملكية من الحقوق التي يحميها كلا من القانون والدستور، حيث ينص الفصل 35 من دستور المملكة لسنة 2011 على أنه: "يضمن القانون حق الملكية"، كما تجد هذه الحماية أساسها القانوني كذلك في المواثيق والنصوص القانونية المقارنة، حيث ينص الفصل 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".

على أن هذه الحماية التي أحاطها المشرع والدستور بالملكية العقارية الخاصة هي ليست مطلقة، وإنما يمكن الحد منها متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، بشرط أن يتم ذلك وفقا للمساطر المنصوص عليها قانونا، وهذا ما نصت عليه الفقرة 6 من الفصل 35 من الدستور، والتي تنص على أنه: "ويمكن الحد من نطاقها (أي الملكية) وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون"، وأن يكون الغرض من ذلك تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي فإن الإدارة عندما تقوم بوضع يدها على عقارات الخواص، فإن ذلك يبقى مشروط بضرورة التقيد بالمساطر والإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون رقم 81-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت، وأن يكون ذلك من أجل تحقيق منفعة عامة ذات طبيعة اقتصادية واجتماعية، وأي خرق لذلك يجعل عمل الإدارة في هذه الحالة مجرد اعتداء مادي صرف على الملكية الخاصة، مما يخول الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة إما برفع حالة الاعتداء المادي أو المطالبة بتعويض عن الأضرار التي قد تترتب عن ذلك.

لذلك ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع، فإننا سنعمل أولا على بيان ماهية فكرة الاعتداء المادي، والآليات التي يعمل من خلالها القضاء الإداري على حماية المراكز القانونية للأفراد وملكيته الخاصة، وكيف يعمل على الموازنة في ذلك بين أحقية هؤلاء في حماية ملكيتهم الخاصة والحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي قد تلحق بهم في حالة المساس بها، وبين حق الإدارة في تحقيق المنفعة العامة بوضع يدها على هذه الملكية.

الفقرة الأولى: ماهية فكرة الإعتداء المادي :

أولا: التأصيل التاريخي لنظرية الاعتداء المادي:

نظرية الاعتداء المادي هي من النظريات القديمة التي يرجع أصلها إلى قواعد الشريعة اللاتينية، عمل كلا من القضاء والفقهاء الفرنسي (الفقيه لافريير) على تطويرها وجعلها نظرية أساسية من نظريات القانون العام، تقوم على أساس أن الإدارة تتبع في سبيل اقتضاء حقوقها وسيلة تخالف

الطريق الذي حدد لها القانون، فالاعتداء المادي - كما تدل عليه عبارته - هو أن تعتدي الإدارة على القانون وتخالف بذلك مبدأ المشروعية وسيادة القانون.

ويعتبر الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية Iasserre سنة 1837 من أولى الأحكام التي أبرز فيها القضاء الفرنسي هذه النظرية كنظرية قائمة لها مفاهيم ومبادئ، إذا اعتبرت فيه هذه المحكمة بأن تصرف العمدة أو أحد أتباعه بوضع أواني مقدسة في مكان عام بدلا من إعادتها إلى مالكاها الذي لم يسمح باشتراكها في مهرجان العبادة إلا تحت شرط إعادتها إليه بعد انتهاء المهرجان، هو مجرد اعتداء مادي صرف على حق الملكية.

ثانيا: التعريف الفقهي والقضائي لنظرية الاعتداء المادي وشروطه:

لقد تعددت واختلقت التعاريف التي أعطتها الفقه الفرنسي لنظرية الاعتداء المادي، إلا أنها أجمعت جميعها على تعريف واحد لها، وهي أنها كل عمل مادي تنفيذي غير مشروع، ماس بالملكية الخاصة أو بالحريات العامة أو بحقوق الأفراد والجماعات صادر عن سلطة إدارية، وبالتالي يصبح مجردا عن صفته الإدارية وتفتقد الإدارة بسببه كل الامتيازات المعترف لها بها كسلطة عامة، فتنزل منزلة الأفراد العاديين ويخرج عملها هذا عن رقابة القضاء الإداري.

أما الفقه المغربي فقد عرف الاعتداء المادي بأنه كل عمل لا صلة له مطلقا بتطبيق نص قانوني أو تنظيمي، أو حتى بإحدى الصلاحيات المسندة للإدارة، فهو عمل لا يمكن اعتباره عملا ذي طبيعة إدارية أو مندرجا ضمن ممارسة السلطة الإدارية.

في حين عرفه القضاء المغربي، وكما جاء في العديد من القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من بينها القرار عدد 74 الصادر بتاريخ 12 مارس 1992، على أنه كل عمل مادي غير مرتبط بنص تشريعي أو تنظيمي، وليست له أية صلة بالقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة الإدارية، أي كل تصرف صادر عن الإدارة لا صلة له بالسلطات التي تستعملها الإدارة والتي خولت لها بمقتضى القوانين المعمول بها.

وبالتالي وانطلاقا من هذه التعاريف فإنه يشترط للقول بوجود اعتداء مادي ضرورة توفر ثلاثة شروط:

1 - أن يكون العمل الذي تقوم به الإدارة عملا ماديا "الأعمال المادية هي التي لا تستحدث بها الإدارة ولا تعدل ولا تلغى فيها أية أثر قانونية بل يقتصر دورها على إقرار أو إثبات ما سبق أن قرره القوانين أو قررته الإدارة بنفسها بقرارات سابقة".

2 - أن يرتكب أثناء القيام بالعمل المادي خطأ جسيم.

3 - أن يقع الاعتداء على حرية فردية أو عقار مملوك لأحد الأفراد، وهي الشروط التي أكدتها المحكمة الإدارية بالرباط من خلال الأمر الصادر عن السيد رئيسها في قضية "شركة ميديا تروست ضد الدولة المغربية"، والذي جاء فيه بأن الاعتداء المادي يتحقق عندما تأتي الإدارة بعمل مادي

تنفيذي سواء تعلق الأمر بتنفيذ قرار إداري أم لا، متى شاب هذا العمل خطأ جسيم، أو أن يشتمل التنفيذ على عيب جسيم يخلع عن عمل الإدارة الصفة العامة ويحوّله إلى تصرف مادي وفي جميع الحالات يتعين أن تكون المخالفة القانونية بالغة الجسامه .

الفقرة الثانية: اختصاص القضاء الإداري للبت في دعاوى الإعتداء المادي: أولاً: قبل إحداث المحاكم الإدارية:

قبل إحداث المحاكم الإدارية، لم تكن مسألة انعقاد الاختصاص النوعي بخصوص قضايا الاعتداء المادي تطرح أية إشكالية بالنسبة للمحاكم، إذ أن القضاء المغربي - سواء على مستوى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى أو المحاكم الابتدائية والاستئنافية، ظل يطبق قواعد القضاء المدني على هذه الدعاوى، فقد اعتبرت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 27 الصادر بتاريخ 04 دجنبر 1958 في الملف الإداري عدد 667 في قضية "كنسور فيليكس" ضد الدولة المغربية، بأن: "محكمة الاستئناف بالرباط قد خرقت طبيعة سلطاتها عندما فصلت في دعوى مرفوعة ضد الدولة المغربية تتعلق باستيلاء هذه الأخيرة على أرض الطاعنين بدون سند قانوني، وهي تبث في المادة الإدارية، في حين كان عليها أن تبث فيها طبقاً لقواعد القانون المدني، وفي إطار سلطتها القضائية العادية، لكون الإدارة قامت بعمل مادي لا علاقة له بأي شكل من الأشكال بممارسة السلطات التي تختص بها".

وهذا التوجه هو الذي كرسته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها، من ضمنها القرار عدد 143 صادر بتاريخ 6 يونيو 1976 والذي جاء فيه بأن قرار عامل إقليم ورزازات القاضي بإغلاق مقهى مؤقت لموقعه الاستراتيجي قصد مواجهة ظروف طارئة يعد عملاً مادياً لا علاقة له بقرار إداري، وعليه فإن طلبات الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة لا توجه إلا ضد القرارات الإدارية وليس ضد الأعمال المادية الصرفة .

أما في قرارها عدد 191 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1975 قضية "الليكتراس مروكيس" ضد وزير الداخلية، فقد جاء فيه بأنه : " بما أن الإدارة تعترف باحتلال المركز الاجتماعي للمدعية ومكاتبها وأن هذا الاحتلال لا صلة له بقرار إداري، فإن ما قام به أعوان الإدارة يعد اعتداء مادياً صرفاً، لا يختص به المجلس الأعلى، ما دام اختصاصه منحصر في نظر طلبات الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة المتصلة بقرار إداري، لا بعمل مادي صرف".

وهو الأمر الذي كرسته محاكم القضاء العادي من خلال عدد من الأحكام والأوامر القضائية، إذ جاء في الأمر الاستعجالي عدد 263 الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بأسفي بتاريخ 17 غشت 1989 في الملف الإستعجالي عدد 234، بأن : " انعدام مشروعية هذا العمل الجسيم والظاهر، إذ أن السيد العامل كأمّر، والسلطة المحلية كمنفذة تدخل في عمل من أعمال السلطة القضائية التي ينص عليها الفصل 76 من الدستور على أنها مستقلة عن السلطة التنفيذية والتشريعية، الشيء الذي يجعل أمر السيد العامل وتنفيذ السلطة المحلية اعتداء مادياً صرفاً عارياً عن أية مشروعية..."

وحيث إن السلطة الإدارية عند ارتكابها اعتداء ماديا صرفا تسقط عنها الامتيازات القانونية والإجرائية التي حولها إياها القانون، لتصبح شخصا عاديا يخضع لرقابة القاضي العادي " .

ثانيا: بعد إحداث المحاكم الإدارية:

الواقع، أنه بعد إحداث المحاكم الإدارية بمقتضى قانون 90-41 حدث تضارب بين هذه المحاكم حول انعقاد اختصاصها للبت في دعاوى الاعتداء المادي، فمنها من بتت بعدم اختصاصها في هذا المجال بدعوى أن المادة 8 من هذا القانون لم تنص على دعاوى الاعتداء المادي، ومنها من بتت واعتبرت نفسها مختصة.

فمن بين المحاكم التي بتت بعدم الاختصاص لكون المادة الثامنة من القانون 90-41 السالف الذكر أعلاه، لم تنص على قضايا الاعتداء المادي، نجد المحكمة الإدارية بمكناس في أمر استعجالي صادر عن السيد رئيسها بتاريخ 14 يونيو 1994، نفس الأمر بالنسبة للمحكمة الإدارية بالرباط التي بتت بعدم اختصاصها في دعاوى الاعتداء المادي، بحيث سلكت في البداية نفس الاتجاه الذي كان القضاء الفرنسي يسير عليه بل كانت متأثرة به بشكل كبير، وصدر عنها بتاريخ 23 فبراير 1995 حكم يقضي بعدم اختصاصها بالنظر في قضية الاعتداء المادي، معتبرة أن القضاء العادي هو الجهة القضائية المختصة، مستندة في ذلك إلى أن الإدارة عندما تتخلى عن صفتها كسلطة لها امتيازات قانونية، فإن القضاء العادي حامي الحقوق والحريات، هو المختص بالبت في طلب وضع حد للاعتداء المادي على الملكية الخاصة الواقع من طرف الإدارة، كما صدر عنها بتاريخ 13 أبريل 1995 حكم أخر قضت فيه بعدم اختصاصها بالنظر في قضية الاعتداء المادي، حيث جاء في هذا الحكم، بأنه : " إذا خرجت الإدارة أثناء مباشرتها لوظائفها الإدارية عن الحدود المقررة لها في القانون خروجاً يشكل اعتداء صارخاً وجسيماً على مبدأ المشروعية، فإن العمل الإداري يفقد في هذه الحالة طبيعته الإدارية وتنقطع الصلة بينه وبين القانون، ويصبح مجرد عمل مادي يشبه عمل الأفراد العاديين، ومن ثم فإن هذا العمل يخضع لقواعد القانون الخاص، وبالتالي فإن الاختصاص بالنظر في دعاوى الاعتداء المادي يعود للجهة القضائية العادية، وهو اختصاص مانع لا تراحمها فيه المحاكم الإدارية" ، وهو اتجاه يجد أساسه في المبادئ التي كرسها القضاء الفرنسي.

وهذا الاتجاه الذي سارت عليه المحاكم الإدارية لقي تأييدا من الفقه الإداري، الذي اعتبر بدوره بأن اختصاص البت في دعاوى الاعتداء المادي يعود للمحاكم العادية وليس إلى المحاكم الإدارية، فقد اعتبر الأستاذ الحسن سيمو (الذي كان يشغل آنذاك منصب رئيس المحكمة الإدارية بمكناس) بأن المحاكم الإدارية تختص فقط بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة الإدارية، مما يدل على أنها غير مختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالاعتداء المادي، إذ لو كانت نية المشرع متجهة إلى ذلك لاستعمل عبارة الأعمال الإدارية التي هي أعم وأشمل من القرارات الإدارية، مستندا إلى العبارات التي استعملها المشرع في المواد 8-20-23-24-25-44 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وهذا الموقف هو الذي ذهب إليه الأستاذ محمد الصقلي حسيني (الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط) عندما اعتبر بأن الحامي الأصلي للحقوق والحريات الأساسية والملكية

الخاصة هو القضاء العادي وليس القضاء الإداري، وبالتالي فهو المختص بالنظر في دعاوى الاعتداء المادي.

أما الأستاذ محمد الكشور فقد اعتبر أن المحاكم الإدارية هي استثنائية عن المحاكم العادية، مادامت اختصاصاتها قد وردت على سبيل الحصر، معتبرا بأن القاعدة تقضي بأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، وبالتالي مادام قانون إحداث المحاكم الإدارية لم ينص صراحة على أن هذه الأخيرة مختصة في قضايا الاعتداء المادي، فإنه لا يجب التوسع في تفسير هذه النصوص .

غير أن هناك محاكم أخرى اعتبرت نفسها هي صاحبة الاختصاص للبت في قضايا الاعتداء المادي، من قبيل المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 26 أبريل 1994 في قضية "كادليا راشيل" ضد الجماعة الحضرية لسيدي بليوط، حيث أعطت لنفسها الاختصاص للنظر في هذا النوع من الدعاوى.

بعد ذلك حولت المحاكم الإدارية الأخرى اتجاهها تحويلا جذريا، وأصبحت تمنح لنفسها اختصاص النظر في قضايا الاعتداء المادي، واعتبرت أن إرادة المشرع كانت تسير في منح إعطاء الاختصاص للمحاكم الإدارية بالنظر في قضايا الاعتداء المادي، متأثرة بقرارات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في هذا الصدد والتي أيدت فيما بعد توجه هذه المحاكم في اختصاصها بالبت في دعاوى الاعتداء المادي.

وهكذا، فقد تراجعت المحكمة الإدارية بالرباط عن اتجاهها السابق في حكم لها صادر بتاريخ 09 مايو 1996 في قضية "أكوح عمر ضد الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق"، مبررة هذا التراجع بما يلي: "... حيث بأن هذا الطلب، فالأمر يتعلق باعتداء مادي للإدارة على الملكية الخاصة للمدعي، وأن هذه المحكمة دأبت سابقا على اعتبار القضاء العادي هو الحامي للحريات العامة والملكيات الخاصة وبالتالي كانت تصرح بعد اختصاصها للبت في مثل هذه الطلبات مساندة لها للقضاء الفرنسي، لكن حيث إن هذه المحكمة ارتأت التراجع عن هذا الاجتهاد لسببين: السبب الأول أن هذا الاجتهاد من جذور تاريخية خاصة ببلد أجنبي وبالتالي فإن تطبيقه على الواقع المغربي هو أمر يتعين استبعاده، والسبب الثاني يرجع إلى الغاية الحقيقية من إحداث المحاكم الإدارية ببلادنا، وهي حماية حقوق المواطنين وصيانتها من تعسف الدولة والسلطة والإدارة. وأمام هذه المعطيات وتمشيا مع مقاصد مشرع قانون 90-41 يكون القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي للبت في طلبات رفع الاعتداء المادي...".

وهو الحكم الذي أيدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر بتاريخ 29 أبريل 1999، وتواترت عليه من خلال عدد من القرارات الأخرى من ضمنها القرار الصادر بتاريخ 20 يونيو 1996 في الملف الإداري رقم 96/150، وكذا القرار رقم 658 الصادر بتاريخ 19 شتنبر 1996 الذي جاء فيه: " وحيث إنه إذا كان الاجتهاد القضائي السابق للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قد سار على أن المحاكم الإدارية تقتصر على الاختصاص بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن نشاطات أشخاص القانون العام ومنها دعاوى التعويض عن احتلال الإدارة

غير المشروع لأراضي الخواص كما يفهم من الفصل 8 من قانون 41.90 المنشئ للمحاكم الإدارية دون النظر في رفع الاعتداء المادي على أساس أنه من اختصاص المحاكم العادية .

وبالتالي أصبحت المحاكم الإدارية هي المختصة فعلياً للبت في قضايا الاعتداء المادي، كما أن المحاكم العادية بدورها أصبحت تصرح بعدم اختصاصها للبت في هذا النوع من القضايا، وتعتبر أن ذلك يعود لاختصاص المحاكم الإدارية، وهذا ما جاء فعلاً في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 12 نونبر 2009 في قضية السيدة صبر الله الزوهره ومن معها ضد المديرية الجهوية للتجهيز والبناء ومن معها، والذي اعتبر فيه بأن اختصاص رفع حالة الاعتداء المادي يعود للقضاء الإداري.

هذا التوجه الجديد والذي استقر عليه القضاء حالياً، لقي تأييداً فقهيها خصوصاً من طرف الأستاذ ميشيل روسي الذي كان أول المدافعين عن موقف المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في قضية "كادليا راشيل"، معتبراً ذلك بمثابة إنجاز قضائي متميز، مؤكداً أن القانون المحدث للمحاكم الإدارية لم يلغي أهمية نظرية الاعتداء المادي، وإنما أتى بمواصفات جديدة يجب أن تكيف في ضوء التنظيم القضائي الجديد، ووظائفه المستمدة من واقع مغربي صرف، ومن ضرورة حماية المواطن من السلطة الإدارية وأن توزيع الاختصاص بين نوعي القضاء العادي والقضاء الإداري مؤسس على اعتبارات علمية مرتبطة بفعالية اللجوء إلى القضاء الإداري، وأن استمرار تصدي القضاء العادي للقضايا المرتبطة برفع الاعتداء المادي لا مبرر له.

الفقرة الثالثة: مظاهر الاعتداء المادي:

يتحقق الاعتداء المادي إما بتنفيذ قرار معدوم، أو عندما تقوم الإدارة بالتنفيذ المباشر لأعمالها دون الالتزام بالشروط التي حددها القانون. فالإدارة تستطيع أن تصدر قرارات بإرادتها المنفردة دون اللجوء مقدماً إلى القضاء، وهذه القرارات كما هو معلوم قد تنشأ أثراً قانونياً أو تعدل في هذه الآثار أو تلغيه كلياً، كما أن هذه القرارات تتصل مباشرة بحقوق وحرريات الأفراد، وبالتالي عليها أن تخضع لمبدأ المشروعية في جميع ما تقوم به من أعمال قانونية ومادية لتنفيذ قراراتها، إلا أنه قد يحصل وأن تصدر قراراً خارجاً عن هذا المبدأ ومخالف له عن طريق الخطأ أو التهاون، ويختلف هذا الخروج ما إذا كان بسيطاً أو جسيماً.

فإذا كان بسيطاً كعيب في الشكل أو في الاختصاص... ففي هذه الحالة يحتفظ القرار بطبيعته الإدارية، ويتحصن بفوات أجل الطعن والتي حددها المشرع في القانون المحدث للمحاكم الإدارية 41-90 في المادة 23 بأنه يجب الطعن في القرار المشوب بعيوب في أجل 60 يوماً، بمعنى أنه بفوات هذا الأجل يصبح للقرار آثاره القانونية وكأنه صدر صحيحاً وسليماً، وقد يكون هذا الخروج جسيماً وصارخاً، هنا يتصف هذا القرار بالانعدام وكأنه غير موجود، والقرار المعدوم لا يتحصن بفوات أجل الطعن السالف ذكره، بل يمكن للإدارة سحبه وللأفراد الطعن بإلغائه في أي وقت، ومن أمثلته اعتداء السلطة الإدارية على اختصاص السلطة القضائية .

إن استناد الإدارة في عمل ما من أعمالها المادية على قرار معدوم، ومس هذا القرار بإحدى الحقوق والحريات الفردية والجماعية أو مس بالملكية الخاصة، فإننا نكون أمام اعتداء مادي، حيث يستند هذا الأخير على الأول، قرار لمحكمة التنازع الفرنسية في قضية -04-06 schneider 1940. كما تستطيع الإدارة تنفيذ قراراتها تنفيذا مباشرا دون استصدار حكم قضائي في ذلك الشأن، لكن قد يحصل وأن تقوم بهذا التنفيذ دون الالتزام بالشروط التي حددها القانون أي التنفيذ المباشر الغير مشروع، ومن بينها التي حددها مرسوم رقم 2.58.157 بتاريخ 26 ماي 1980 المتعلق بتحديد الشروط التي تنفذ بها تلقائيا التدابير الرامية إلى استتباب الأمن وضمان سلامة المرور والصحة والمحافظة على الصحة العمومية. وهذه الشروط تتجلى أساسا في أن يرخص القانون بإمكانية التنفيذ التلقائي للقرارات الصادرة عن الإدارة تنفيذا جبريا دون اللجوء إلى القضاء، نظرا لحالة الاستعجال، أما إذا لم يكن هناك نص قانوني يجيز التنفيذ فلا يحق لها أن تلجأ إليه. أن لا تكون هناك وسيلة أخرى تمكن من تنفيذ القرار الصادر، غير وسيلة التنفيذ المباشر. حالة الضرورة القصوى، ويقصد بها وجود خطر حقيقي يستوجب تدخل الإدارة فورا ودون تأخر لتفادي الضرر المحقق المهدد للنظام العام.

إن تنفيذ الإدارة لقراراتها بشكل مباشر دون خضوع تلك القرارات للشروط المحددة في القانون، وخروجها عن مبدأ المشروعية يشكل اعتداء مادي، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرار لها تحت عدد 132 بتاريخ 12 فبراير 2006 حيث جاء في حيثيات هذا القرار : "لئن كان من حق الإدارة تنفيذ قراراتها بإرادتها المنفردة في إطار ما تتمتع به من سلطة التنفيذ المباشر، فإنه يتعين عليها في المقابل أن تقوم بذلك في إطار المشروعية، وبدون الخروج عن الحدود التي يسمح بها القانون، وإلا اعتبر عملها اعتداء مادي تتحمل فيه مسؤولية الضرر الناجم عنه إذا مس حق ملكية أو حرية فردية..."

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال قرارها عدد 2148 الصادر بتاريخ 2013/05/28 في الملف عدد 6/12/937 (عمالة مكناس ضد المحصر البشير) والذي جاء فيه بأن : "الثابت من خلال عناصر المنازعة ومعطياتها وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات، كون رئيس الجماعة الحضرية لمكناس سبق له وأن أصدر بتاريخ 15 أكتوبر 2007 قرارا عدد 11754 يقضي فيه بإلغاء رخصة استغلال الملك الجماعي العام مؤقتا لإقامة كشك في اسم السيدة زهور السليماني رقم 4560 وتاريخ 29 أبريل 2005 (التي حولت الرخصة عدد 2927 وتاريخ 31 أكتوبر 1994 التي كان يكتريها المستأنف عليه من زوجها في اسمها وذلك بمقتضى هذا القرار الملغى)، كما سبق له وأن أصدر في نفس التاريخ قرارا عدد 11756 يقضي فيه بتفكيك وإزالة الكشك الحديدي الكائن بباب بوعماير مع تكليف القائد رئيس المنطقة الحضرية لإسمايلية بتنفيذ هذا القرار، فإنه بالمقابل يتبين أن جهة الإدارة المستأنفة لم تدل بما يفيد أن إزالة الكشك المذكور قد تم بطلب من رئيس الجماعة الحضرية لمكناس، ذلك أنه إذا كانت المادة 53 من قانون 00-78 المتعلق بالميثاق الجماعي قد نصت على أن السلطة الإدارية المحلية تبقى هي المختصة بالعمل على استخدام القوة طبقا للتشريع المعمول به، قصد ضمان احترام قرارات رئيس المجلس وتنفيذ

مقرراته، فإن ذلك يبقى وبالمقابل مشروط بضرورة أن يكون هذا التنفيذ قد تم بطلب من الرئيس، مما يعني أن تصرف رئيس المنطقة الحضرية الإسماعيلية في هذه الحالة اكتسى صبغة العمل المادي الصرف غير مرتكز على أساس لكونه لا يدعو أن يكون مجرد مبادرة فردية من قبله عندما عمد على تنفيذ مقرر رئيس المجلس الجماعي لمكناس بإزالة الكشك المستغل من قبل المستأنف عليه وفي نفس التاريخ الذي تم اتخاذه فيه بدون أن يكون قد توصل بأي طلب من هذا الأخير بالعمل على تنفيذ المقرر الذي اتخذته في هذا الخصوص".

تتجلى مظاهر الاعتداء المادي في مظهرين أساسيين، الأول يتجلى في الاعتداء على الملكية الخاصة، والثاني يتجلى في الاعتداء على حريات الأفراد والتي حددها الباب الأول من الدستور .

أ: الاعتداء على الملكية الخاصة:

كما أشير إلى ذلك أعلاه، فإن حق الملكية مضمون بمقتضى الدستور والقانون، إلا أن الإدارة قد تلجأ أحيانا إلى احتلال عقار أو تضع يدها على منقول مملوك لأحد الأفراد دون إتباع الإجراءات القانونية والمسطرية اللازمة لذلك تحت ذريعة الاستعجال أو تعقد وطول المساطر، وذلك لتحقيق المصلحة العامة، وتخرق بذلك القانون ويجرد عملها هذا من أية صفة إدارية، وتنزل منزلة الأفراد العاديين.

والقضاء الإداري المغربي مليء بأمثلة كثيرة في هذا الصدد، نذكر منها على سبيل المثال:

إقدام الدولة على إقامة مدرسة على ملك الغير الخاص دون موافقة أو إذن المالكين، وتعتبر هذه الحالة من أكثر حالات الاعتداء المادي التي تعرض على المحاكم الإدارية، وقد صدرت في هذا الصدد عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد من القرارات من ضمنها القرار عدد 2081 الصادر بتاريخ 2015/05/06 في الملف رقم 14/7206/836 و 14/7206/1012.

ونشير هنا إلى القضاء الإداري لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط قد كرس في هذا الخصوص عددا من القواعد والمبادئ من ضمنها :

أن مباشرة بعض من إجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة لا يفي عن تصرف الإدارة القبلي والذي بمقتضاه قامت بوضع يدها على عقار الغير صبغة الاعتداء المادي، بحيث أنها تكون ملزمة بسلوك جميع المساطر الإدارية والقضائية المنصوص عليها قانونا قبل إقامة المنشأة، وهذا ما أكدته اجتهاد قضاء محكمة الاستئناف الإدارية من خلال عدة قرارات من ضمنها القرار عدد 2079 الصادر بتاريخ 2015/05/06 في الملف رقم 6/13/968 المضموم له الملف رقم 14/7206/289 (قضية عبد السلام الشعيري الدامون ضد الجماعة القروية للقصر الصغير) والذي جاء فيه على أن : "إذا كان الثابت من خلال عناصر ومعطيات المنازعة وكذا وثائق الملف ومستندات، أن المستأنفة سبق لها وأن استصدرت مشروع القرار المشار إليه أعلاه، وما سبقه من عقد اللجنة التقنية للتقويم بتاريخ 18 غشت 2011 لاجتماع من أجل تحديد القيمة العقارية للعقارات التي شملها هذا المشروع، فإن هذه الإجراءات لا يمكن أن تنزع عن تصرف الإدارة

القبلي، وهو التصرف الذي في ضوئه تقدم المستأنف عليه بطلب رام للتعويض عن قيمة عقاره المستولى عليه، صبغة عدم المشروعية باعتبار أن كافة هذه الإجراءات كان يتعين القيام بها وبكيفية مسبقة وقبل مباشرة أي عملية بناء أو تشييد ولو استهدفت من خلالها تحقيق المنفعة العامة لأن حق الملكية هو حق مقدس لا يمكن لأي طرف ولو كانت له طبيعة الشخص المعنوي العام أن يتجاوزها أو يخرقه سيما وأن مصدره الدستور كأسى قانون في البلاد، وبالتالي تخليها وبارادتها عن الاستفادة من المزايا التي يخولها لها قانون 81-7 ولو قامت بها فيما بعد وبشكل متأخر وبعد أن انتهت من بناء المنشأة حسب الثابت من وثائق الملف ومستنداته، مما يعطي تبعا لذلك للمستأنف عليه الحق في الحصول على تعويض يوازي قيمة ما تم الاستيلاء عليه من عقاره في إطار القواعد العامة للتعويض وبدون التقيد بالمعايير المحددة في هذا الصدد في الفصل 20 من قانون نزع الملكية المتمسك به من قبل الإدارة المستأنفة، وذلك وفقا لما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 345 الصادر بتاريخ 4 غشت 1978 في الملف الإداري عدد 54269 على أن احتلال الإدارة لملك الغير قبل أن تتخذ قرار بالاحتلال المؤقت هو عمل يكتسي صبغة اعتداء مادي وقت إنجازها وبأنه يحق للمتضرر من هذا الاحتلال أن يطالب بالتعويض طبقا للقواعد العامة بمسؤولية الدولة ولا يتقيد بالمقتضيات المنصوص عليها في قانون نزع الملكية".

قيام الإدارة بمباشرة جميع الإجراءات الإدارية والقضائية ولكن ثبت من خلال وثائق الملف أن الإدارة وضعت يدها على عقار الخواص وأحدثت المنشأة العامة فووقه قبل هذه الإجراءات، فإن ذلك لا يبرز عن تصرفها صبغة الاعتداء المادي ولا ينفى على رافع الدعوى الحق في الحصول على التعويض الكامل عن القيمة العقارية للمساحة المستولى عليها باعتبار أن تصرف الإدارة هو مجرد اعتداء مادي على حق الملكية، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات من ضمنها القرار الصادر بتاريخ 2011/06/30 في الملف عدد 6/11/77 والذي جاء فيه على أنه : " إذا كان من الثابت من خلال عناصر ومعطيات المنازعة وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات، أن جهة الإدارة المستأنفة سبق لها وأن استصدرت بتاريخ 2007/02/26 قرارا بالاحتلال المؤقت للعقار غير المحفظ المملوك للمستأنف عليه الحامل لرقم 999 ضمن قائمة القطع الأرضية التي استلزمها ضرورة بناء محول الطريق السيار الرابط بين تطوان والفنيدق (مقطع طنجة - أصيلة)، ثم استصدارها بعد ذلك لمشروع مرسوم بخصوص نفس الغاية تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 4855 وتاريخ 2005/11/16 قبل أن تستصدر بتاريخ 2007/05/07 المرسوم رقم 2-07-191 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5524 وتاريخ 2007/05/10، وما استتبعه من تقديمها لطلب بالإذن بالحيازة وكذا لطلب آخر بخصوص نقل الملكية، فإن هذه الإجراءات - والتي تم القيام بأغلبها ودعوى التعويض لازالت رانجة أمام المحكمة الإدارية - لا يمكن أن تنزع عن تصرف الإدارة القبلي، والذي على ضوئه تقدم المستأنف عليه بطلب رام للتعويض عن قيمة عقاره المستولى عليه، صبغة الاعتداء المادي الصرف أو أن تضي عليه أي صبغة للمشروعية باعتبار أن كافة هذه الإجراءات كان يتعين القيام بها وبكيفية مسبقة وقبل مباشرة أي عملية بناء أو تشييد ولو استهدفت من خلالها تحقيق المنفعة العامة ... فإن الإدارة المستأنفة إذا كانت تتمسك بأن توأجدها بهذا العقار وقبل صدور المرسوم النهائي لنزع الملكية كان بالاستناد إلى قرار الاحتلال

الموقت الذي سبق لها وأن استصدرته قبل ذلك، فإنه من المؤكد أنه إذا كانت مقتضيات الفصل 50 من قانون 7-81 المشار إليه أعلاه قد خولت الإدارة هذا الحق وذلك من أجل القيام بأنواع محددة حصرا من الأشغال تتجلى على الخصوص في القيام بالدراسات والأعمال التحضيرية للأشغال العامة، الإيداع الموقت للآلات والمواد، القيام بالأوراش والطرق الضرورية لإنجاز الأشغال والمنشآت الأخرى، أو استخراج بعض المواد، وذلك طبقا للشروط المبينة في الفصول بعده، فإنه مادام قد ثبت أن هذا القرار بالاحتلال كان من أجل فقط إقامة ممرات لآليات الورش وإنجاز الأشغال التحضيرية اللازمة لبناء المحول المذكور وذلك لمدة سنة قابلة للتجديد، والإدارة حادت عن هذا الهدف وسائر الحالات الأخرى للاحتلال الموقت كما هي محددة قانونا وذلك بتحويل تواجدتها بهذا العقار من تواجد مؤقت إلى تواجد دائم وبالتالي انحرافها في استعمال المسطرة الواجبة قانونا عوض القيام في الوقت الملائم بمسطرة نزع الملكية ووفقا للكيفيات المقررة قانونا، فإن هذا القرار وفي جميع الأحوال لا يمكن أن يضيف صبغة المشروعية على تصرف الإدارة التي يبقى عملها وخلافًا لما تتمسك به مجرد اعتداء مادي صرف لا يبرر استفادتها من المزايا التي يخولها لها قانون 7-81 ولو قامت بها فيما بعد وبشكل متأخر وبعد أن انتهت من بناء المنشأة حسب الثابت من وثائق الملف ومستنداته ."

في حالة قيام الإدارة بتقديم دعوى من أجل نقل الملكية من أجل المنفعة العامة في إطار الضوابط المنصوص عليها في قانون 7-81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت، وقيام مالك العقار في ذات الوقت بتقديم دعوى من أجل المطالبة بتعويض عن وضع اليد على عقاره بدون سلوك المسطرة المنصوص عليها قانونا وكون تصرفها يعتبر مجرد اعتداء مادي صرف على عقاره، فإن الإدارة لا يمكنها في هذه الحالة الاستفادة من ضم الملفين معا، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار الصادر بتاريخ 2011/06/30 في الملف رقم 6/11/130 والذي جاء فيه على أنه : "وفيما يتعلق بما أثير من كون أن المحكمة المصدرة للحكم المستأنف كان يتعين عليها أن تضم الملف الحالي رقم 09/12/368 للملف رقم 09/11/478 الذي سبق وأن تقدمت به من أجل نقل ملكية العقار موضوع النزاع في إطار المرسوم النهائي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5524 وتاريخ 2007/05/10، فإنه من المعروف أنه إذا كان ضم الملفات المرتبطة فيما بينها يتم إما بطلب من الأطراف أو بكيفية تلقائية من قبل المحكمة، فإنه وفي جميع الأحوال لا يمكن الاستجابة لمثل هذه الطلبات إلا إذا توفرت موجبات هذا الضم خاصة ما تعلق منها بوحدة الموضوع والأسباب والأطراف، بيد أنه بالإطلاع على عناصر المنازعة ومعطياتها تبين أنه ليس هناك أي موجب لضم هذين الملفين إلى بعضهما البعض لاختلاف موضوعهما مادام أن الأول يتعلق بدعوى ترمي إلى المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستأنف عليه (المدعي) وذلك في إطار القواعد العامة للتعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام كما هي متفق عليها فقها وقضاء، في حين أن الثانية تستهدف أساسا الحكم بنقل ملكية عقار في إطار الضوابط المنصوص عليها في القانون رقم 7-81 المتعلق بنقل الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت، وبالتالي اختلاف

الإطار القانوني للدعويين معاً مما تنفي معه موجبات الضم المطالب به، ويبقى لذلك ما تتمسك به المستأنفة في هذا الصدد غير مؤسس ويتعين رده لهذه العلة .

لا يمكن للإدارة أن تستفيد في حالة الاعتداء المادي على عقارات الخواص من مزايا قانون 81-7 وتحديد التعويض لفائدة مالك العقار على أساس المعايير والضوابط المنصوص عليها في الفصل 20 من هذا القانون، بحيث أنها تعامل نقيض قصدها ويحدد التعويض كاملاً وعلى أساس القيمة العقارية الفعلية والحقيقية للعقار بتاريخ رفع مقال دعوى التعويض، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من خلال قرارها عدد 790 الصادر بتاريخ 2004/07/07 وأكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار الصادر بتاريخ 2015/10/21 في الملف رقم 2015/7206/1252.

لا تستفيد الإدارة في حالة عدم احترام الضوابط القانونية لوضع يدها على عقارات الخواص فإنها لا تستفيد من بعض الامتيازات المنصوص عليها قانوناً بما فيها تلك المنصوص عليها في الفصل 37 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير والمتعلق بالمساهمة المجانية في إحداث الطرق، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 2947 الصادر بتاريخ 2015/06/17 في الملف رقم 2015/7206/606 (قضية الجماعة الحضرية لثمارة ضد عباس لمذك ومن معه) والذي جاء فيه على أن: "وفيما يخص السبب الثاني من الاستئناف المتصل بتطبيق مقتضيات المادة 37 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير، فإنه إذا كان هذا المقتضى القانوني قد نص على أنه : "...يكون مالك كل بقعة أرضية تصير أو تبقى مجاورة للطريق العامة الجماعية المقرر إحداثها ملزماً بالمساهمة مجاناً في إنجازها إلى غاية مبلغ يساوي قيمة جزء من أرضه يعادل مستطيلاً، يكون عرضه عشرة أمتار وطوله مساوياً لطول واجهة الأرض الواقعة على الطريق المراد إحداثها، على أن لا تتعدى هذه المساهمة قيمة ربع البقعة الأرضية..."، فإنه بحسب المبادئ المتواترة عليها فقها وقضاء فإنه لا مجال للحديث عن هذه المساهمة المجانية متى كان تصرف الإدارة قد تم خارج الضوابط القانونية المتعلقة بنقل الملكية، وكان الأمر يتعلق بإحداث طريق وليس توسعة لها، وذلك وفقاً لما أكدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 91 الصادر بتاريخ 2007/02/28 في الملف الإداري عدد 2006/3/4/1764 والذي جاء فيه على أن: "...موضوع الدعوى هو اعتداء مادي على عقار المستأنف عليهما فلا يستساغ معه إعمال مقتضى المادة 37 بشأن المساهمة المجانية في إحداث طريق، ومن جهة أخرى فإن الخبر قد أشار إلى المعطيات الواقعية إذ بين في تقريره أن الأمر يتعلق بإحداث الطريق وليس بتوسعتها بعد أن اطلع على تصميم التهيئة لمدينة جرسيف بالوكالة الحضرية لمدينة تازة حسبما تبينه بوضوح شهادة المحافظة العقارية المتعلقة بالرسم العقاري عدد 21/3125 المؤرخة في 2004/12/10 وكذا التصميم الهندسي المرفق"، وبالتالي ومادام قد تبث من خلال عناصر المنازعة ومعطياتها، أن الجهة المستأنفة لم تدل بما يفيد سلوكها لمسطرة نزع الملكية المنصوص عليها في قانون 81-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت، لأنه إذا كانت

مقتضيات المادة 28 من قانون التعمير تنص على أنه : " يعتبر النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة بمثابة إعلان بأن المنفعة العامة تستوجب القيام بالعمليات اللازمة لإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في البنود 3 و 4 و 5 و 6 و 12 من المادة 19 أعلاه"، فاته وبحسب المادة 29 من نفس القانون وما أكدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في قرارها عدد 184 الصادر بتاريخ 2007/04/11 في الملف الإداري عدد 06/992 و 06/1098، فإن الإجراءات المنصوص عليها في قانون 7-81 المشار إليها أعلاه، يجب أن تطبق كذلك على تصميم التهيئة المعترف بمثابة قرار تعين فيه العقارات المراد نزع ملكيتها، وذلك فيما يتعلق بالإجراءات التي يخضع لها والآثار المترتبة عليه"

بالرغم من أن تصرف الإدارة الذي يتم حيادا على الضوابط القانونية يعتبر بمثابة اعتداء مادي على الملكية الخاصة، مما كانت معه المحاكم الإدارية تقضي برفض أي طلب رام إلى الحكم بنقل الملكية تتقدم به الإدارة بمناسبة دعوى التعويض عن تصرف مادي للإدارة، إلا أن الاجتهاد الحديث لمحكمة النقض أصبح يلزم المحكمة بأن تقضي بنقل الملكية مقابل مبلغ التعويض المحكوم به ولو كان تصرف الإدارة مجرد اعتداء مادي صرف على الملكية الخاصة، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 345 الصادر بتاريخ 2011/04/28 في الملف الإداري عدد 2009/2/4/504 على أنه : "صح ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه، ذلك أن المحكمة قضت بتعويض عن فقد المطلوبة ملكية عقارها المعتدى عليه ماديا من طرف الطاعنة، ومع ذلك رفضت الحكم بنقل ملكيته لهذه الأخيرة، خلافا لأحكام الإثراء بلا سبب، المتمثلة في نازلة الحال في إثراء المطلوبة عندما قضي لها بالتعويض المذكور مع احتفاظها بملكية نفس العقار إليها، مما شكل افتقارا مباشرا يقابله إثراء مباشر وتقوم بينهما علاقة سببية مباشرة تتمثل في واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما، وهو دفع تعويض عن قيمة عقار لم تنتقل ملكيته إلى من حكم عليه بدفعه، وهو الطالبة المفترقة، فكان بذلك القرار المطعون فيه لما لم يقض بنقل الملكية لهذه الأخيرة والحال ما ذكر فاسدا التعليل ومعرضا للنقض"، وسارت عليه محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 2545 الصادر بتاريخ 2015/05/27 في الملف رقم 14/7206/1266 و 2015/7206/364.

إن مراعاة توازن المصلحتين العامة والخاصة ومراعاة الحفاظ على المال العام يفرض أنه في حالة صيرورة المنشأة التي أحدثت على عقار الغير من قبيل الغصب مرفقا عاما يستفيد منه العموم حسب الغرض الذي أعد له يفرض أن هذا الوضع يجعل من طلب الطرد ورفع الاعتداء طلبا غير مؤسس إعمالا لمبدأ "إن المنشأة العامة متى أحدثت بشكل غير سليم لا يمكن هدمها"، لما سبترتب على ذلك تعطيل مرفق عام ذي نفع عام، ولأنه هدمها أو إزالتها يؤدي إلى أضرار تفوق الأضرار الناتجة للمعتدى على عقاره والذي يبقى بإمكانه المطالبة بالتعويض الكامل عن جميع الضرر الحاصل له من هذا الاعتداء، وهكذا يكون المال العام الذي أنفق على المنشأة وتقدير حجمها وأهميتها وما أسفر عنه كل ذلك من مرفق عام ينتفع منه العموم ويرتادونه يمنع من هدم تلك المنشأة ويحول

دون رفع الاعتداء وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، ومن ثم فإن حق مالك العقار موضوع الاعتداء يتحول إلى تعويض كامل فقط، وهكذا ما جعل القضاء الإداري يعتمد بعد أن يتأكد بمقتضى خبرة في الموضوع إلى رفض طلبات رفع الاعتداء المادي في مثل هذه الحالة.

إن الدفع بسقوط الحق في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الاعتداء المادي بالتقادم طبقاً لمقتضيات المادة 106 من قانون الالتزامات والعقود دفع غير سائغ إطلاقاً طالما أن الاعتداء المادي وهو عمل غير مشروع قائم باستمرار بسبب تواجد الإدارة الدائم على العقار ووضعها يدها عليه، ذلك أن دعوى التعويض المذكورة إنما تقوم على أساس الحرمان الدائم من العقار المحتل وليس على أساس الحرمان من الاستغلال الذي قد يكون خاضعاً لاحتساب أمد التقادم الخمسي طبقاً للمادة السابقة، وقد أقرت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض هذا المبدأ في قرارها رقم 692 الصادر بتاريخ 2002/06/27 في الملف رقم 2004/1/4/2203، والذي جاء فيه بأنه: "حيث ركز المستأنف استئنافه على أن التعويض المحكوم به قد طاله التقادم لأن عملية الاحتلال كما يقر بذلك المدعي ترجع إلى سنة 1984... لكن حيث أن الأمر يتعلق باعتداء مادي ظل قائماً طيلة سنوات، ومن المعلوم أن عملاً غير مشروع من النوع يرتب دأماً الحق في التعويض وأن الأمر لا يتعلق بديون في ذمة الدولة للحديث عن التقادم الرباعي أو غيره من أنواع التقادم المتعلق بالديون مما يعني أن دعوى التعويض في مثل الأحوال تظل واردة، ولا يمكن التمسك بأي حال من الأحوال بالتقادم المسقط المستدل به مما يتعين اعتبار السبب غير منتج"، وهو الأمر الذي أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2011/06/09 في الملف رقم 6/09/295.

والتعويض كما يشمل في حالة الاعتداء المادي على العقار القيمة العقارية للمساحة التي تم وضع اليد عليها يمكن أن يشمل التعويض عن الحرمان من الاستغلال، ولكن بشرط في هذه الحالة بيان الفترة التي حرم فيها المعني بالأمر من الاستغلال والتي تواتر الاجتهاد القضائي على أنها تمتد من تاريخ وضع اليد على هذا العقار إلى تاريخ إحداث المنشأة، وإثبات نوعية الحرمان من الاستغلال الذي حرم منه، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 2946 الصادر بتاريخ 2015/06/17 في الملف رقم 2015/7206/574 والذي جاء فيه على أنه: "مما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية بمحكمة النقض ومن خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 886 الصادر بتاريخ 2004/12/22 في الملف الإداري عدد 03/730، القرار عدد 602 الصادر بتاريخ 2006/10/11 في الملف الإداري عدد 2005/3/4/3047، والقرار عدد 453 الصادر بتاريخ 2006/07/05، أصبح متواتر على أنه يشترط للمطالبة بأي تعويض عن هذا الحرمان بالإضافة إلى بيان الفترة التي تحقق فيها، إثبات نوعية وطبيعة الاستغلال الذي حرم منه المعني بالأمر، وبالتالي وفي ظل عدم بيان المستأنفة لهذه الفترة والتي تمتد من تاريخ وضع اليد إلى تاريخ إحداث المنشأة، فضلاً عن عدم إثباتها لنوعية الاستغلال الذي كان مخصصاً له عقارها بموجب وثائق التعمير التي كانت سارية المفعول والذي حرمت منه فعلاً، فإن ذلك يعني أن طلبها الرامي إلى التعويض عن هذا الحرمان يبقى غير مؤسس قانوناً".

واعتماد الإدارة على الملكية الخاصة كما يشمل العقار فإنه قد يشمل كذلك المنقول، كأن تضع الإدارة يدها على بضائع أو أشياء أخرى منقولة دون موافقة المالك ودون صدور قرار بالاستيلاء، وكأن تقوم ببيع المنقولات المملوكة لتاجر دون إتباع الإجراءات الجوهرية للاستيلاء، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 261 الصادر بتاريخ 2015/01/21 في الملف رقم 6/14/212 والذي جاء فيه على أن : **"وبمقتضى هذا الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به قد أصبح محققا في استرجاع الناقلّة المحجوزة والتي استعملت في نقل المخدرات، وهو الأمر الذي لم تمتثل له إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة وذلك بالرغم من المراسلات التي وجهها إليها المستشارف عليه وكذا المراسلات التي وجهها إليها السيد الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء على التوالي بتاريخ 2005/07/26 - 2005/11/01 و 2005/11/30، حسب الثابت من خلال كتابه عدد 557/ن/ع/05 وتاريخ 2006/04/07، حيث عمدت بتاريخ 2005/10/17 إلى بيع هذه السيارة بالمزاد العلني بمبلغ 23.500 درهم، وبالتالي فإنها تكون قد أتت تصرفا غير مشروع مرتب لمسؤوليتها الإدارية لما ترتب عنه من حرمان للمعني بالأمر من سيارته التي تم بيعها بالرغم من صدور حكم قضائي نهائي لفائدته بإرجاع السيارة إليه وسبق المطالبة بها في ضوء هذا الحكم، وأنه لا مجال للتمسك في هذا الصدد بالإذن القضائي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2005/03/14 في الملف رقم 2005/1/9001، والذي نصب على لائحة من المنقولات تضمنت 58 سيارة و 105 دراجة نارية و 11 دراجة هوائية بعد انصرام المدة القانونية التي يسمح بها الفصل 266 من مدونة الجمارك، بدون بيان وضعية السيارة موضوع الدعوى الحالية وكونها كانت قبل ذلك موضوع إرجاع لفائدة مالكها بمقتضى حكم قضائي نهائي".**

لكن هناك حالات يرفض فيها القضاء تكييف تصرف الإدارة على أنه يشكل اعتداء مادي، فمثلا إذا كان هناك اتفاق مبدئي بين الإدارة والمالك أو الترخيص من هذا الأخير للأولى بالاستيلاء على ملكه والتصرف فيه بشتى أنواع التصرف، حيث ينتفي عنصر المساس بحق الملكية وتتعهد ظاهرة الاعتداء المادي بالرغم من تحققها قانونيا، كذلك العمل المادي غير المشروع المرتكب في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية فإنه لا يرقى إلى اعتداء مادي .

كما أنه في حالات أخرى قد يحكم القاضي برفع الاعتداء وذلك بأمره بالإفراغ، أو بالتعويض عن الضرر الحاصل أو هما معا، وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من خلال قرارها عدد 132 الصادر بتاريخ 2006/02/15 في الملف رقم 2004/2/4/1236 والذي جاء فيه على أنه : **"لئن كان من حق المجلس الجماعي للدار البيضاء سحب الرخصة المتعلقة باستغلاله للمتجرين رقم 12 و 14 المتواجدين بسوق الجملة بالدار البيضاء من المستشارفة لعدم الوفاء بالتزاماتها، فإنه ليس من حقه استرجاع المحلين المذكورين بالقوة عن طريق كسر أقفاله، بدل اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بذلك بالطرق القانونية، مما يشكل عمل المستشارف عليه مجرد اعتداء مادي يتحمل فيه المسؤولية عن الضرر اللاحق بالمستأففة".**

إلا انه في حالة قيام الإدارة بإنشاء المرفق فوق العقار الذي نزعته، لا يمكن رفع هذا الاعتداء وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بل تكفي بالتعويض عن الضرر الحاصل، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء حكم رقم 525 بتاريخ 26 ماي 2004 حيث جاء في إحدى حيثيات الحكم بأنه بالنظر لكون العقار موضوع الاعتداء المادي قد شيد فوقه مرفق عمومي فإن طلب الإفراغ يكون غير مبني على أي أساس لتعذر إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء.

ب : الاعتداء على إحدى الحريات الفردية:

- لا تقتصر نظرية الاعتداء المادي على حق الملكية فقط، بل تشمل أيضا المساس بأي حرية أساسية والحقوق الأخرى التي يضمنها الدستور كحرية التجول والتنقل، وحرية الرأي وحرية التعبير بجميع أشكاله وحرية الاجتماع... وغيرها من الحقوق الأساسية.

- أهم الأحكام الصادرة في هذا المجال تتعلق أساسا بحرمة المسكن وحرية الصحافة، فبخصوص الأولى نذكر نازلة علي بوسفيرة، يتعلق الأمر هنا بأمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 7 نونبر 1999 ضد المفتشية العامة للقوات المساعدة. وتتلخص وقائع هذه النازلة في أن علي بوسفيرة تعرض مسكنه للاقتحام من طرف الإدارة حيث قامت بترحيل أمتعته دون سلوك المسطرة القضائية الواجبة الاتباع، فقدم هذا الأخير مقالا استعجاليا أمام المحكمة الإدارية بالرباط لأنه لم يتلقى أي حكم قضائي بالإفراغ، وجاء في إحدى حيثيات هذا الأمر أن هذا العمل الذي قامت به الإدارة المدعى عليها يشكل انتهاكا لحرمة المنزل المضمونة بالدستور الذي نص في فصله العاشر على أن المنزل لا تنتهك حرمة، وحيث أن الإدارة حينما تعتدي بشكل صارخ على حق الملكية أو على حق من الحقوق الفردية أو الجماعية، فإن قيامها بتنفيذ عملها المادي هذا، يدخل في إطار الاعتداء المادي، ونتيجة لذلك قضت المحكمة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل إقدام المدعى عليه على اقتحام المنزل. وفي نفس السياق اعتبرت المحكمة الإدارية بوجوده أن قطع الماء على السكن الوظيفي يشكل صورة الإعتداء المادي المادي، أمر استعجالي بتاريخ 2 أبريل 1998 قضية طاهر طاهري ضد المفتشية الإقليمية للوقاية المدنية رجال المطافئ .

الفقرة الرابعة : دور القضاء الاستعجالي في مجال الإعتداء المادي

- إن القضاء الاستعجالي للمحكمة الإدارية يملك حق الأمر برفع الاعتداء المادي وذلك بطرد الإدارة من العقار المعتدى عليه وبإفراغه وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

- كما يملك حق الأمر بإيقاف الأشغال التي تقوم بها الإدارة على العقار، وقد كان هذا هو موقف المجلس الأعلى كذلك قبل إحداث المحاكم الإدارية بمناسبة بثه في الطعون بالنقض المرفوعة ضد الأوامر الإستعجالية في هذا الباب وهو موقف عرف بعض الاضطراب قبل إقراره نهائيا حسب ما يبدو من قرارات المجلس الأعلى بهذا الخصوص.

- ويستمد القضاء الاستعجالي الإداري اختصاصه هذا من اختصاص المحكمة الإدارية نفسها كقضاء موضوع في مجال رفع الاعتداء المادي والتعويض عنه، لأن قضايا المستعجلات الإداري

جزء من المحكمة الإدارية، ويستمد اختصاصه من اختصاصها، ويعتبر قرار الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 1996/09/20 تحت عدد 474، من أول القرارات التي أعطت تأويلا واسعا لمقتضيات الفصل 19 من قانون إحداث المحاكم الإدارية المتعلق باختصاص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه بصفته قاضيا للمستعجلات حيث جاء فيه بأنه: "... والحالة كذلك أن المحاكم الإدارية إذا كانت مقيدة من حيث الاختصاص النوعي ينص الفصل 8 من قانون 90-41 المنشئ لها فإن هذا الفصل عندما خولت البت في طلبات التعويض عن الأضرار الناتجة عن أعمال الإدارة المادية فإنها تكون من باب أولى وأحرى مؤهلة للبت كذلك في طلبات رفع الاعتداء المادي، مما يخول المحكمة الإدارية النظر في شقين متلازمين لدعوى واحدة تجمعهما رابطة واحدة ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وإلا فما هي المحكمة المتوخاة من إسناد الاختصاص بالبت في التعويض عن الاعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم الإدارية وإسناد الاختصاص فيما يخص رفع الاعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم العادية في الوقت الذي كان من المفروض قانونا أن يكون الاختصاص في المجالين معا موكولا لجهة قضائية واحدة... وحيث إنه من جهة أخرى، فإذا كان الاختصاص قبل إحداث المحاكم الإدارية منعقدا للمحاكم الابتدائية كدرجة أولى ولمحاكم الاستئناف كدرجة ثانية للنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام وكانت هذه المحاكم تنظر في دعاوى التعويض عن الاعتداء المادي في هذا الإطار، وتقضي تبعا لذلك إذا طلب منها برفع حالة الاعتداء المادي وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كطلب تابع أو بأمر استعجالي وقتي من قاضي المستعجلات أو بحكم قطعي بناء على طلب منفرد بذلك فإن المشرع عندما نقل اختصاص النظر في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ومنها دعاوى التعويض عن الاعتداء المادي على المحاكم الإدارية ونقل اختصاص قاضي المستعجلات الوقتية المرتبط من رئيس المحكمة الابتدائية إلى رئيس المحكمة الإدارية يكون بذلك قد نقل على المحاكم وإلى رئيسها اختصاص النظر في الطلبات التبعية، وأصبح اختصاصها بالتبعية إذا طلب منها ذلك النظر في رفع الاعتداء المادي الممارس من طرف الإدارة".

- ويتوخى القضاء الاستعجالي الإداري من اختصاصه للأمر بإيقاف الأشغال إذا كانت في بدايتها أو إذا كانت للإدارة بصدد التحضير والتهيئ لها فقط تحقيق أهداف منها:

- 1- الحد من استمرار الأشغال التي قد يؤدي إلى إحداث تغييرات على العقار موضوع الاعتداء يصعب تداركها وإزالتها في إطار تصحيح المراكز القانونية التي يقتضيها إنهاء حالة الاعتداء.
 - 2- حماية المال العام وذلك لأن من شأن إيقاف الأشغال الحيلولة دون قطعها أشواطا كبيرة في وضعية غير شرعية كما أن من شأن كذلك تجنب الإدارة مصاريف التعويضات التي تترتب عن تمام تلك الأشغال.
- إن طلب وقف الأشغال إجراء وقتي إلى حين بت قضاء الموضوع بشأن الاعتداء.

- وتطبق على الطلبات المرفوع إلى القضاء الاستعجالي الإداري في مجال الاعتداء المادي القواعد العامة التي يخضع لها القضاء الاستعجالي عامة ومنها توفر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

فبالنسبة لشرط الاستعجال، فهو تقتضيه نوعية تلك الطلبات التي تهدف إلى الحد من استحقاق الاعتداء وحماية المراكز القانونية، ولقد سبق للمجلس الأعلى أن قرر بهذا الشأن بمقتضى قراره رقم 155 الصادر بتاريخ فاتح يوليوز 1983 في الملف المدني عدد: 85764 بأن " احتلال ملك الغير بدون حق ولا سند من طرف الجماعة المحلية وبنائها فيه بناءات تجارية واجتماعية يشكل وضعاً غير قانوني تقتضي المصلحة العامة، وكذلك مصلحة المالك جعل حد له في أقرب وقت الأمر الذي يعطي لدعوة الإفراغ صبغة استعجال يختص قاضي المستعجلات بالنظر فيها".

ولم يكتف القرار المذكور بتقرير تلك القاعدة بل تصدى وقضى بإفراغ الإدارة من العقار موضوع الاعتداء، وهو ما سار عليه القضاء الاستعجالي بالمحاكم الإدارية، غير أنه إذا مرت مدة طويلة على الاحتلال أصبح معها العقار مرفقا عاما، فإن اختصاص قاضي المستعجلات لم يعد قائما، وهذا يحيلنا على نظرية الدعوى الموازية.

أما بالنسبة لشرط عدم المساس بجوهر النزاع وما يصطلح عليه بأصل الحق فليس منه البت في مسائل قانونية عن طريق مجرد استظهار الوثائق والبحث في المستندات بحثا عرضيا فقط بغية الوصول إلى إقرار صاحب الحق المستحق لحماية قضاء الاستعجال لأن من شأن ذلك استبعاد ما يثار بعض الدفوع المفتعلة والتي غايتها فقط استبعاد اختصاص وحماية هذا القضاء، غير أن وجود منازعة جدية تقتضي لأجل الحسم في جوهرها التأويل والتفسير والتقويم للأسباب القانونية المثار ولمستندات الطرفين المدلى بها سيؤدي لا محالة إلى التعرض لأصل الحق والمس بجوهر النزاع الذي هو من اختصاص قضاء الموضوع، ومن ذلك على سبيل المثال وجود منازعة جدية حول انتهاء الترخيص وصدور قرار برفض تجديده.

- ومن القواعد التي قررها القضاء الاستعجالي الإداري بشأن طلبات إيقاف الأشغال:

إن طلب إيقاف الأشغال التي تقوم بها الإدارة يتعلق بإجراء وقي استعجالي بهدف حماية حق الطالب إلى حين صدور حكم نهائي في الموضوع أو حل النزاع بطريقة رضائية.

إن أشغال البناء التي تقوم بها الإدارة على عقار الطالب بدون سند شرعي والتي لازالت في بدايتها تستوجب الأمر بإيقافها.

لا يمكن إزالة الأشغال التي لها ارتباط بالمنفعة العامة والتي ستؤدي إزالتها إلى أضرار بهذه المنفعة تفوق الضرر الناتج للمعتدى عليه.

لا يمكن إيقاف أشغال انتهى إنجازها أو قطعت شوطا كبيرا ينفي عنها حالة الاستعجال.

إن قاضي الاستعجال يختص كذلك بإصدار الأمر بالتنشيط على تسجيل مشروع مقرر التخلي على العقار المقرر نزع ملكيته نتيجة التراجع عن هاته المسطرة إذا ما تم نشر مقرر التراجع بالجريدة الرسمية.

الإشكالات التي يطرحها الاعتداء المادي على الملكية العقارية

د. سعيد العقاوي

رئيس مصلحة بالوكالة القضائية للمملكة

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق التي حظيت بحماية قانونية، إذ تكفل الدستور وكذا التشريعات الوضعية والسماوية بحمايته.

وهكذا نجد أن الدستور المغربي في فصله 35 نص على ما يلي:

"يضمن القانون حق الملكية، ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون".

كما ينص الفصل الأول من القانون رقم 7-81 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-81-254 الصادر بتاريخ 6 ماي 1982 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت على ما يلي:

"إن نزع ملكية العقارات كلاً أو بعضاً لا يجوز الحكم به إلا إذا أعلنت المنفعة العامة، ولا يمكن إجراؤه إلا طبق الكيفيات المقررة في هذا القانون مع مراعاة الاستثناءات المدخلة عليه كلاً أو بعضاً بموجب تشريعات خاصة".

غير أن الإدارة تعتمد في بعض الحالات إلى وضع يدها على عقارات مملوكة للغير دون اتباع مسطرة نزع الملكية للمنفعة العامة متذرة بالطابع الاستعجالي لمشاريعها وببطء مسطرة نزع الملكية، مما يؤدي إلى رفع المتضررين من هذا الإجراء لدعاوى أمام المحاكم للمطالبة بالتعويض عن هذا التصرف أو برفعه أو إيقافه.

ولقد استقر القضاء الإداري رغم اختلاف الفقه على اعتبار هذا السلوك بمثابة اعتداء مادي على حق الملكية.

وتجدر الإشارة إلى أن البعض من الفقه وبعض التوجهات القضائية ميزت بين الاعتداء المادي وبين الغصب أو الاستيلاء.

وفي هذا الصدد نجد على سبيل المثال الدكتور العربي محمد مياد في مؤلفه العمل القضائي في دعوى استيلاء الإدارة على الملكية العقارية يسوق ما يلي:

"وعليه إذا كان هناك فيه إجماع فقهي وقضائي على أن استيلاء الإدارة على أراضي الخواص دون سلوك المسطرة القانونية عمل غير مشروع، فإن التساؤل المطروح هل هذا التصرف يعتبر

غصبا بما تحمله الكلمة من معنى أصولي ام انه فقط تعديا لكن درجة خطورتته تقاس حسب المنفعة العامة المرجو تحقيقها."

ويتضح ان مناط تمييز الدكتور مياد بين الاعتداء المادي والغصب سيما على الملكية العقارية هو كون الغصب اصطلاحا يروم تملك العقار المغتصب في حين ان الاعتداء المادي يطال على وجه الخصوص حيازة العقار بحيث يحرم المالك من استغلاله دون أن يحرمه من التصرف فيه من الناحية القانونية.

اما الدكتور رأفت فودة فقد كان مناط تمييزه بين الغصب والاعتداء المادي هما معيارين: المعيار الأول يكمن في محال الاعتداء إذ اعتبر ان الغصب يكون مقصورا على العقار وان الاعتداء يكون شاملا لكافة الحقوق، والمعيار الثاني يكمن في كون الغصب يستند على شبهة المشروعية كأن تكون الإدارة قد استغلت قرار الاحتلال المؤقت في غير غايته بان استهدفت حيازة العقار بشكل دائم ومستمر، أما الاعتداء المادي بحسب الدكتور رأفت فودة، فتكون فيه نية الإدارة منذ البداية قائمة على عدم التقيد بأدنى مظاهر المشروعية (راجعوا من فضلكم مؤلف الدكتور رأفت فودة دروس في قضاء المسؤولية الإدارية جامعة القاهرة طبعة 1994 صفحة من 106 إلى 109).

ومهما يكن من اختلاف في الآراء والتصورات فإن الاعتداء المادي الوارد على حق من حقوق الملكية يستند إلى غصب غير مشروع للحق المذكور دون التقيد بالمسطرة القانونية التي جعلها المشرع ضمانا لحماية حق الملكية وكافة الحقوق العينية المتعلقة بالعقار.

ويلاحظ أن موضوع الاعتداء المادي قد حظي باهتمام واسع من طرف الدارسين والمهتمين، بل إن الخطاب الملكي السامي للمغفور له جلالة الملك الحسن الثاني عند إعلانه عن إحداث المحاكم الإدارية قد أشار بوضوح إلى بعض الإشكاليات المرتبطة بنزع ملكية عقارات المواطنين كما جدد الخطاب الملكي السامي لجلالة الملك محمد السادس الإشارة إلى أهمية هذا الموضوع من خلال خطابها أمام نواب الأمة بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الحالية، مما يعني أن الموضوع رغم كونه مطروق باستمرار من طرف الدارسين والمهتمين إلا أنه لا يزال يكتسي راهنية وأهمية، وهو ما حدا بنا إلى أن نساهم ببعض الأفكار في مقاربتة لتدارس الإشكالات العملية التي لا تزال تلح بآثارها على كل مهتم بهذا المجال.

المبحث الأول : صور وحالات الاعتداء المادي من خلال منظور القضاء المغربي :

يأخذ مفهوم الاعتداء المادي على الملكية العقارية والحقوق العينية المرتبطة بها عدة صور كرسها العمل القضائي بشكل يؤكد على أنه يوسع من مفهوم الاعتداء المادي ومن أهم تلك الصور ما يلي :

صور الاعتداء المادي المباشر أو ما يمكن أن يصطلح عليه بالإعتداء المادي الإيجابي

نقصد بذلك الحيازة الفعلية والمباشرة للعقار قصد استغلاله لإنشاء مرفق عام دون سلوك للمسطرة القانونية المنصوص عليها في القانون 81/7، وهي الحالة التي لا تطرح أي نقاش أو جدال بشأنها

ما دام أن مظاهر انتفاء المشروعية في مسلك الإدارة لا يمكن تبريره أو الدفاع عنه، غير أن القضاء قد تجاوز هذه الحالة إلى حالات أخرى تكون الإدارة قد شرعت في سلوك إجراءات نزع الملكية إلا أنها لم تستكملها أو أنها حازت العقار بسند تجهل عيوبه وصرح القضاء بإلغائه أو بطلانه.

أ: حالات شروع الإدارة في مسطرة نزع الملكية دون استكمالها

قد يتبادر إلى الذهن بأن الشروع في مسطرة نزع الملكية، سواء من خلال الاقتناء بالتراضي أو عن طريق مسطرة نزع الملكية، من شأنه أن ينفي عن التصرف صفة الاعتداء المادي، غير أن القضاء يعتبر أن الإدارة تكون في وضعية اعتداء مادي بمجرد وضع يدها على العقار دون أن تستكمل مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة إلى منتهاها، ولا يشفع لها كونها قد شرعت في سلوك المسطرة الإدارية لنزع ملكية العقار ما لم تقم باستصدار أمر قضائي بحيازته وتقديم طلب من أجل الحكم بنقل ملكيته لها.

وقد أكدت محكمة النقض هذه المسألة في العديد من قراراتها، ومن بينها ما يلي:

- قرار محكمة النقض تحت عدد 2/1032 الصادر بتاريخ 2014/10/30 في الملف عدد 2013/2/4/1508 والذي تضمن ما يلي:

"لكن حيث أن مجرد صدور مرسوم نزع الملكية و قبل استكمال باقي إجراءات الإذن بالحيازة و نقل الملكية يجعل وضع الإدارة يدها على العقار اعتداء ماديا، والمحكمة لما ردت الدفع المثار بهذا الخصوص بما جاءت به من ان "الثابت من وثائق الملف أن الإدارة المستأنفة قد وضعت يدها على العقار المتنازع بشأنه دون وقوع اتفاق بالمرضاة مع مالكة و دون سلوك مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة الأمر الذي يعد غصبا و اعتداء ماديا على العقار المذكور، وأن احتجاج الإدارة بشروعها في المسطرة الإدارية لنزع الملكية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينزع عن تصرفها هذا صبغة الغصب و لا يصح ما قامت به من عمل غير مشروع..." تكون قد بنت تعليلها المنتقد على أسس سليمة مادام أن المشرع قد نظم مسطرة نزع الملكية و لم يقصرها على المسطرة الإدارية منها وإنما كذلك على وجوب التعاقد مع المالك بالمرضاة إن أمكن و إلا الحصول على الحيازة و نقل الملكية عن طريق المسطرة القضائية و هو الشيء غير المتحقق في النازلة و من ثم الفرع من الوسيلة غير جدير بالاعتبار".

- القرار عدد 2/18 وتاريخ 2014/1/9 في الملف عدد 2012/2/4/140 والذي جاء فيه ما يلي:

"لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قد ردت وخلافا لما ورد في النعي الدفع بانتفاء واقعة الاعتداء المادي المتمسك به على أساس شروع الطاعنة في سلوك المسطرة المنصوص عليها في قانون نزع الملكية بقولها (إن تمسك المستأنفة سلوك مسطرة نزع الملكية لا يوجد ما يفيد فضلا عن أن مجرد الشروع دون إتمام الإجراءات المسطرية لا يكفي وحده لنفي الاعتداء) و هو تعليل مطابق لواقع الملف الذي بالرجوع إليه يلقى أن الطالبة لم تثبت أنها سلكت مسطرة نزع الملكية وفق ما هو منصوص عليها في قانون 81/7 قبل أن تضع يدها على العقار محل النزاع، فضلا عن

أن التعويض عن الاعتداء المادي - وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض - يخضع للقواعد العامة ولا تؤثر فيه العناصر المعتمدة في قانون نزع الملكية، والمحكمة لما ذهبت إليه من (ان التعويض الذي حددته المحكمة بالاستناد إلى العناصر الواردة في الخبرة مناسب ولا يتسم بأية مبالغة) جاء قرارها مرتكزا على أساس قانوني، و ما بالوسيلة على غير أساس إلا ما هو خلاف الواقع فهو غير مقبول".

وكذلك القرار عدد 1/63 الصادر بتاريخ 2014/02/06 في الملف الإداري عدد 2011/1/4/462.

وقد سايرت هذا التوجه مجموعة من محاكم الاستئناف الإدارية¹.

ويتساوى في هذا الموقف اتخاذ الإدارة لمرسوم يقضي بالإعلان على المنفعة العامة أو شروعها في المسطرة الإدارية التي تعقب صدور المرسوم كأن تكون قد اجتمعت لجنة التقويم وحددت الثمن الذي يشكل التعويض الاحتياطي المقترح ، أو كذلك الحالة التي يكون العقار فيها خاضعا لتصميم التهيئة باعتباره أيضا كما من الإجراءات القانونية المفضية إلى الإعلان عن المنفعة العامة، و الذي عالجه المشرع في المواد من 18 إلى 31 من القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير، واكتفى في المادة 28 منه بالتأكيد على أن الموافقة على تصميم التهيئة يعتبر بمثابة إعلان عن المنفعة العامة التي تستوجب القيام بالعمليات اللازمة لإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في البنود 3 و 4 و 5 و 6 و 12 من المادة 19 .

وأضاف أن الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة تنتهي عند انقضاء أجل 10 سنوات يبتدىء من تاريخ نشر النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة في الجريدة الرسمية، وعندما يستعيد ملاك الأراضي التصرف في أراضيهم فور انتهاء الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة يجب أن يكون استعمال تلك الأراضي مطابقا للغرض المخصصة له المنطقة التي تقع فيها.

ويسود الاعتقاد على أن المرسوم القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة ينهض سندا كافيا لحيازة العقار المشمول بتخصيص عمومي والشروع في البناء والتشييد، والحال أن المادة 29 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير توجب التقيد بالأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع

1 من أمثلة ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش تحت رقم 597 وتاريخ 2012/6/7 في الملف عدد 2011/6/299 و الذي جاء في حثياته ما يلي:

"... بالنسبة لواقعة الاعتداء المادي فإنها قائمة ما دام لم يتم سلوك مسطرة نزع الملكية، و أما محضر اللجنة المحرر بتاريخ 1999/2/13 المحتج به الذي تعلق بحضور اللجنة لأشغال عملية المسح الطبوغرافي و تسجيل عدم تعرض المدعي على المشروع لا يمكن بتاتا اعتباره موافقة و إنذا و تخليا منه عن جزء من عقاره دون تعويض أو مقابل".

-القرار رقم 832 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 25 فبراير 2015 موضوع الملف عدد 2014/7206/990 الذي ضم له الملف رقم 2014/7206/1031

-القرار عدد 3382 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/07/15 في الملف عدد 6/11/629.

-القرار عدد 2335 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 20 ماي 2014 في الملف عدد 6/12/210.

-القرار عدد 904 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/03/06 في الملف عدد 6/08/375،

-القرار عدد 1562 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/05/19 في الملف عدد 6/11/21.

الملكية للمنفعة العامة والاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 من رجب 1402 (6 ماي 1982).

والملاحظ كذلك أن المادة 28 من نفس القانون 12/90 المتعلق بالتعمير وإن كانت قد استعملت عبارة "فور" التي تحمل دلالة على الآنية وعلى أن استرداد الملك يتم بقوة القانون وفور انتهاء الأجل القانوني لتصميم التهيئة، إلا أن الأمر لم يستتبعه استعراض لمسطرة توطر كفيات الاسترداد، مما يثير مجموعة من الإشكاليات.

ويتبين من خلال مجموعة من الأحكام القضائية أن مجرد تخصيص عقار للمنفعة العامة في تصميم التهيئة لا يعفي الإدارة من اتباع إجراءات نزع الملكية واستصدار الإذن في الحيازة أو الاتفاق على نقل الملكية بالتراضي وإلا كانت في حالة اعتداء مادي تستوجب المساءلة والتعويض، وهذا ما جاء في مجموعة من قرارات محكمة النقض، ومن بينها:

القرار عدد 2/48 وتاريخ 22 يناير 2015 في الملف الإداري (الثاني) عدد 2013/2/4/1473 والذي جاء فيه ما يلي:

"لكن حيث إنه لا يكفي لإضفاء المشروعية على وضع الإدارة يدها على عقار الغير مجرد كونه مخصصا في إطار تصميم التهيئة كمرافق عمومي وكونها شرعت في سلوك المسطرة الإدارية لنزع ملكيته باستصدار أمر قضائي بحيازته وتقديم طلب من أجل الحكم بنقل ملكيته لها، وأن كل تصرف من الإدارة خارج هذا الإطار يشكل اعتداء ماديا يخول مالك العقار الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عنه والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لديها وضع الإدارة يدها على عقار المطلوبين في النقض قبل استصدار أمر بحيازته ورتبت على ذلك اعتبار الإدارة في وضعية الاعتداء المادي تكون قد سايرت مجمل ما ذكر وعللت قرارها بهذا الخصوص تعليلا سليما".

القرار عدد 271 المؤرخ في 2012/05/17 في الملف الإداري عدد 2011/2/4/779 والذي جاء في حثياته ما يلي:

"لكنه حيث إنه وخلافا لما ورد في الفرع الثاني من الوسيلة فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تغفل الدفع موضوع النعي الوارد فيه بل ردت به بعلة (أن الإشارة في تصميم التهيئة إلى إنشاء مرافق عمومي على عقار المطلوب لا يعفي الإدارة من سلوك المساطر القانونية لنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وذلك باستصدار مرسوم بنزع الملكية واستصدار احكام قضائية بالإذن بالحيازة و بنقل الملكية داخل الأجل القانوني المحدد لذلك، و أن الإدارة طالما لم تنقيد بذلك يعتبر تصرفها اعتداء ماديا على ملك المطلوب)، وبخصوص الفرع الاول من الوسيلة فإنه و فضلا عن كونه لم يتضمن أي نعي على القرار المطعون فيه بل اقتصر على إيراد ما تمسك به الطالبون، فإن المحكمة أخذت برسم الشراء المدلى به لإثبات الملكية بعلة (أنه يتضمن الإشارة إلى شراء البائعين ومرافق بصورة طبق الأصل لرسوم شرائهم) والوسيلة في فرعيها غير مقبولة".

القرار عدد 307 الصادر بتاريخ 13 ماي 2009 في الملف الإداري عدد 2009/2/3/1260 الذي جاء في حثياته ما يلي:

"حيث لما تبين لمحكمة الموضوع أن الطاعنة وضعت يدها دون سلوك المسطرة القانونية المنصوص عليها في قانون نزع الملكية، باعتبارها أن تصميم التهيئة بمثابة إعلان عن المنفعة العامة لا يكفي لوضع اليد على العقار المنازع عليه واعتبرت ما قامت به اعتداء ماديا تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما".

و هو الشيء الذي تبنته مجموعة من محاكم الموضوع².

ب- حالة الإعتداء على حق عيني

من ضمن صور الاعتداء المادي المباشرة نجد تلك التي تطال حقا عينيا على عقار وإن كان في ملكية الإدارة.

ذلك أن الإدارة قد تكون مالكة لرقبة عقار مثقل بحق عيني عقاري مثل حق الزينة، غير أن هذا لا يعفيها من اللجوء إلى مسطرة نزع الملكية للمنفعة العامة بالنسبة للحقوق المملوكة للغير في حالة رغبتها الحصول على العقار وإلا كانت في وضعية اعتداء مادي. وقد سبق لمحكمة النقض أن سارت في هذا الاتجاه في قرارها عدد 2_544_2 المؤرخ في 29 ماي 2014 ملف إداري عدد 108-4-2-2013 والذي جاء من حثياته ما يلي:

"لكن حيث إنه لما ثبت للمحكمة من أوراق وشهادة المحافظ على الأملاك العقارية أن العقار الذي شيدت فوقه المؤسسة التعليمية وإن كانت الدولة تملك رقبته إلا أنه مثقل بحق عيني عقاري متمثل في حق الزينة لفائدة المطلوبين في النقض و اعتبرت لذلك تصرف الدولة في جزء من هذا العقار فيه مساس بحق الزينة المقرر لفائدة المطلوبين ورتبت على ذلك أن هذا التصرف يشكل اعتداء ماديا على حق عيني لهم لعدم سلوك الدولة لمسطرة نزع الملكية للمنفعة العامة باعتبار أن حق الزينة يخول مالكيه حق التصرف في العقار وتبقى ملكية الرقبة لمالكها دون أن يكون له حق التصرف في

² ومن أمثلة ذلك، القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 2122 وتاريخ 2014/05/08 في الملف رقم 6/12/452 والذي جاء في حثياته ما يلي:

"وحيث من جهة ثانية، فلئن كانت الإدارة متمسكة بأن العقار مشمول بتصميم التهيئة الذي يعتبر بمثابة إعلان للمنفعة العامة، فإن ذلك الإعلان لا يخولها ولوج العقار وإحداث البناء العمومية قبل استصدار الإذن في الحيازة أو قبل الاتفاق بالتراضي، والحال أن البناية العمومية قد تم إحداثها دون أن تنلى الإدارة لحد الساعة بما يفيد استصدار الإذن في الحيازة، فتكون بالتالي في وضعية اعتداء مادي لعدم استكمال الإجراءات المطلوبة قانونا قبل الإقدام على إحداث أبنية في عمارات الخواص، مما يجعل الفرع المرتبط بانتفاء الاعتداء المادي مردودا". وكذا القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية تحت عدد 34 وتاريخ 13 يناير 2011 في الملف رقم 231-6-2010-1 والذي جاء في حثياته ما يلي:

"حيث بالنسبة للوسيلتين الأولى والثانية يعيب المستأنفون على الحكم خرقة لمقتضيات الفصول 4 و 13 و 19 و 20 و 28 و 29 من القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير ذلك أن تصميم التهيئة لمدينة كلميم والذي يعتبر بمثابة إعلان للمنفعة العامة وفق المادتين 28 و 29 ينص على إنشاء مدرسة في العقار المذكور مما ينتفي معه عنصر المفاجأة والترامي المزعوم. لكن حيث إن الإشارة في تصميم التهيئة إلى إنشاء مرفق عمومي على عقار المستأنف عليه لا يعفي الإدارة من سلوك المساطر القانونية في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة وذلك باستصدار مرسوم بنزع الملكية واستصدار أحكام قضائية بالإذن بالحيازة و بنقل الملكية داخل الأجل القانوني المحدد لذلك. و أن الإدارة طالما لم تنقيد بذلك يعتبر تصرفها اعتداء ماديا على ملك المستأنف عليه و تبقى بالتالي وسيلتنا الاستئناف غير مبنيتين على أساس".

العقار بالاستعمال أو الانتفاع فإنها تكون قد طبقت نظرية الاعتداء المادي تطبيقاً سليماً و الوسيلة غير مرتكزة على أساس".

ج- حالة تزامن تقديم المضرور لدعوى الاعتداء المادي مع ثبوت تقديم الإدارة لدعوى نزع الملكية :

إذا كان توصيف مسلك الإدارة بالاعتداء المادي رهين بثبوت عدم تقيدها بمسطرة نزع الملكية، فإن القضاء قد اعتبر أن تأخر الإدارة في سلوك مسطرة نزع الملكية ومبادرة المتضرر إلى مباشرة دعوى الاعتداء المادي يبرر الاستمرار في النظر في الدعوى الأخيرة ومساءلة الإدارة في إطار نظرية الاعتداء المادي وليس في إطار دعوى نزع الملكية.

ولقد اختلف القضاء في تحديد موقفه من كلا الدعويين بحيث أجاز في بعض الأحكام ضمهما إلى بعضهما لما تطلب الإدارة ذلك وإصدار حكم واحد بالنسبة إليهما، أما بعض الأحكام فقد رفضت طلب الضم واعتبرت أن الإدارة تظل معتدية على العقار لما حازته خلافاً للضوابط القانونية وإن كانت بعد ذلك قد سلكت مسطرة نزع الملكية.

ويطرح هذا الموقف إشكالات عدة سواء على مستوى صدور حكمين مختلفين في حال استمرار النظر في الدعويين مع إيهامان نفس العقار، واحد وكيف تواجد الإدارة على العقار بكونه اعتداء مادياً ويحدد التعويض في إطار المبادئ العامة والآخر يعتبر الإدارة نازعة لملكية العقار ويحدد التعويض على أساس أحكام القانون 7-81 سيما الفصل 20 منه.

كما أن حكم نزع الملكية يعتبر نهائياً في شفه القاضي بنقل الملكية، أما الحكم الصادر في إطار الإعتداء المادي فيكون ابتدائياً وبالتالي فهل تؤثر حجية الحكم الأول الذي أقر نقل ملكية العقار إلى الدولة واصبحت هي مالكة العقار على دعوى الإعتداء المادي في المرحلة الاستثنائية، فضلاً عن آثار الحكمين المذكورين من حيث تنفيذهما بمعنى أي منهما يكون واجب التنفيذ وهل يعقل أن يطالب المحكوم لفائدته بتنفيذهما معاً، وما موقف قاضي التنفيذ عند تقديم هذا الطلب .

أما في حال ضم الدعويين وشمولهما بحكم واحد فهنا يطرح إشكال آخر يتعلق بكيفية تعامل القاضي مع مطالب الدعويين معاً سيما فيما يتعلق بتحديد التعويض الذي تختلف عناصره من دعوى إلى أخرى أو بالحكم بنقل الملكية.

د-حالة الغاء أو بطلان سند الإدارة في تملك العقار أو حيازته:

تتمظهر هذه الصورة حينما تكون الإدارة قد تملك عقار في إطار القانون وبناء على سند طعن فيه وصرح القضاء ببطلانه كما هو الشأن على سبيل المثال في الغاء قرارات تعيين العقارات المسترجعة في إطار تطبيق ظهير 1973/03/2

ومن خلال استقراء بعض الأحكام الصادرة في هذا المجال يتأكد أن القضاء الإداري يقضي بتعويض المدعي في إطار التعويض عن الضرر جراء التصريح بعدم مشروعية قرار إداري وليس

في إطار التعويض عن حيازة العقار في إطار المبادئ العامة، في حين أنه يبدو من الأولى معاملة الإدارة بوصفها حائزة حسن النية وتطبيق أحكام هذه الحيازة عند النظر في طلب التعويض، فشرط الحيازة بحسن نية متوفرة في مثل هذه النوازل إذ أن الإدارة تكون قد تملك العقار استنادا إلى سند كانت تعتقد بصحته وتجهل عيوبه.

وقد يقول قائل أن الإدارة من المفترض فيها أن تعلم مدى توفر شروط الاسترجاع من عدمه وأنها من ثم لا تصنف على أنها كانت تجهل عيوب السند الذي تملكته به العقار، إلا أن الأصل هو حسن النية وأن الإدارة حين تعيينها للعقار ضمن العقارات المسترجعة كانت ولا شك تعتبره متوفرا على شروط الاسترجاع، وإن مخالفة القضاء لتوجه الإدارة والقول بعدم مشروعية قرارها باعتبارها قد أساءت تطبيق القانون أو أخطأت التقدير لا يخرجها عن مصاف الحائز حسن النية.

ومن المعلوم أن المشرع قد وضع أحكاما خاصة بالحائز حسن النية فبعد أن عرفه في الفقرة الأخيرة من الفصل 103 من ق.ل.ع على أنه هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها نص على أن الحائز حسن النية يملك الثمار ولا يلزم إلا برد الشيء ورد ما جناه من الثمار بعد رفع دعوى الإفراغ أو الاسترداد، وهي نفس المقضييات التي نصت عليها مدونة الحقوق العينية في إطار المادة 237 التي جاء فيها ما يلي:

"إذا قام أحد بإحداث أغراس أو بنايات أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت.

أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته".

واستنادا إلى ذلك فإن الإقرار بحسن النية في الحيازة يجعل من غير المقبول إلزام الحائز حسن النية بتعويض المالك عن حرمانه من الاستغلال خلال فترة الحيازة.

كما أن القضاء وتأسيسا على ما أقره الفقه الإسلامي بالنسبة لأحكام الحائز حسن النية قد اعتبر أن ثبوت إنجاز بناء على العقار المراد استرداده يجعل من غير الجائز إلزام الحائز حسن النية برد العقار ويكون المالك مستحقا لقيمه فقط متى تبث أن قيمة البناء تفوق قيمة العقار³.

ويتضح أن أحكام الحائز حسن النية تخول للحائز الحق في الاحتفاظ بالعقار إن هو أقام بناء تكون قيمته أكثر من قيمة العقار، كما تخوله الحق في المطالبة بتعويض عن قيمة الأبنية أو ما زاد في قيمة الملك إذا أراد المالك استرجاع عقاره وفي المقابل لا تلزمه سوى برد الثمار التي تم جنينها بعد إقامة دعوى الإفراغ.

³ القرار الصادر عن المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا - تحت عدد 933 في الملف المدني عدد 05/4127

إلا أن القراءة في الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري تنحو نحو اعتبار حيازة الإدارة للعقار اعتداء ماديا يبرر مساءلة الإدارة في أداء التعويض عن الرقبة عند استحالة الاسترداد وتعويض عن الحرمان من الاستغلال طيلة مدة الحيازة.

لكن من المعلوم أن القاضي لا يساير الأطراف في طبيعة تكييفهم للدعوى وإنما يكيف الوقائع المعروضة عليه وفق التكييف القانوني السليم لها.

وحيث إن كان تواجد الإدارة على العقار يستند إلى مدخل قانوني فإن هذه الوضعية وطبيعة تواجد الإدارة على العقار يخالف كلياً مفهوم الاعتداء المادي الذي عرفه بعض الفقه على أنه: " قرار صادر عن السلطة الإدارية يتبلغ خرقه للمشروعية درجة من الجسامة لم يعد معه ممكناً عزوه إلى أية صلاحية من الصلاحيات المخولة للإدارة"⁴.

وحيث استناداً إلى هذا المفهوم فإنه متى ثبت أن هناك بادرة من بوادر المشروعية أو بداية مسطرة اختفى وجه التعدي⁵.

كما عرفه القضاء بكونه كل عمل يستعصي إدخاله ضمن ممارسة السلطة العامة يتمثل في نشاط مادي تنفيذي عديم الصلة بأي نص قانوني تشريعي أو تنظيمي⁶.

وحيث بناء على ذلك فإن بعض التوجهات القضائية قضت برفض الطلب على اعتبار أن الإدارة ليست معتدية على حق الملكية وأنها تتواجد على العقار بوصفها مالكة له، مما تكون معه دعوى الاعتداء المادي مفتقدة لأساسها القانوني.

الإعتداء المادي السلبي:

لقد اعتبر القضاء في عدة أحكام أن حالات الاعتداء المادي لا تقتصر على فعل مادي غير مشروع بل يستوعب هذا المفهوم حالات لا تبادر فيها الإدارة إلى حيازة العقار، بل يعتبر احجامها عن تسليم مالك العقار رفع اليد أو إحجامها عن تفعيل آثار تصميم التهيئة رغم مرور المدة المحددة قانوناً طبقاً للمادة 28 من القانون 12-90 المتعلق بالتعمير يشكل بدوره اعتداء مادياً إن كان قوامه فعلاً سلبياً أي امتناعاً عن الفعل وليس قياماً بالفعل.

لقد رتب القضاء عن ذلك إنهاء هذا التخصيص (أي تخصيص وفقاً لتصميم التهيئة) بل حتى إقرار مسؤولية الإدارة عن عدم تفعيله على اعتبار أن يد مالك العقار ظلت مغلوطة عن استعمال العقار طيلة مدة التخصيص، وذلك رغم أن النص القانوني ينص على انتهاء آثار تصميم التهيئة بمرور 10 سنوات مما يعني أن الأمر لا يحتاج إلى استصدار حكم قضائي لإنهاء التخصيص المذكور كما لا يمكن اعتبار الإدارة التي لم تستغل العقار في الوجه الذي خصص له معتدية عليه، إلا أنه ومع ذلك نجد أحكاماً قضائية قضت باعتبار الإدارة معتدية على العقار وأصدرت حكماً يقضي عليها برفع

⁴ مؤلف المنازعات الإدارية بالمغرب لصاحبه الأستاذ ميشيل روسي ص 99 ومايليها .

⁵ مؤلف القانون الإداري المغربي للأستاذ ميشيل روسي ومن معه ص 420 .

⁶ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء تحت عدد 1806 وتاريخ 2009/11/04 في الملف عدد 2008/13/138

حالة الاعتداء المادي كما هو الشأن لأمر صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 7233 بتاريخ 2014/10/22 في الملف عدد 2014/7101/7272 الذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث تبين لنا نحن قاضي المستعجلات من خلال ظاهر الوثائق والمعطيات المتوفرة أن المطلوب ضدها وزارة التربية الوطنية التي سبق لها أن استفادت من تخصيص هذا العقار لمصلحتها بمقتضى تصميم التهيئة المشار إلى مراجعه أعلاه والذي انتهى مفعوله حقا منذ 2010/01/18 تاريخ انصرام أجل 10 سنوات المقرر بمقتضى الفصل 28 من قانون التعمير ودون أن تبادر الوزارة المذكورة إلى سلوك المسطرة القانونية لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فإنه بمجرد حلول التاريخ المذكور تكون قد أضحت في حكم المعتدي ماديا على العقار المملوك للطالبة لعدم استناد إصرارها على الاستمرار في وضع يدها على ذلك العقار إلى أي مقتضى قانوني أو تنظيمي ولمساس هذا التصرف بحق الملكية المضمون بمقتضى الدستور، لذلك ارتأينا الأمر استعجاليا برفع هذا الاعتداء المادي استجابة للطلب سيما وأن عنصر الاستعجال متوفر في نازلة الحال"

وفي المقابل نحت بعض الأحكام إلى توجه مغاير، وفي هذا السياق جاء في حيثيات قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2004/02/16 في الملف الإداري رقم 2004/5/2/91 ما يلي:

"فإن الفصل 13 من القانون القديم لم يكن يتضمن ما يدل بأي شكل على أن تصميم التهيئة المصادق عليه تكون له آثار دائمة بدوامه وبالذات فيما يخص المواقع المخصصة للمصالح العمومية كالمدراس فكان الحكم المستأنف على صواب **عندما اعتبر أن التخصيص المتمسك به انتهى بانقضاء أجل عشر سنوات** واعتمد على ما ورد في رسالة رئيس بلدية معروف المؤرخة في 1999/11/9 الموجهة إلى عامل عمالة الحي الحسني عين الشق من أن مشروع التجزئة المزمع إنشاؤه لا يتعارض مع الغرض المخصصة له المنطقة في تصميم التهيئة الخاص بالجماعة المذكورة وكان ما أثير بدون أساس".

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن الاعتداء المادي وفق أحدث اجتهادات القضاء الإداري:

رغم تعدد صور منازعات الاعتداء المادي فإن له قواسم مشتركة أهمها تشدد القضاء في مساءلة الإدارة بالنظر إلى طبيعة دعوى الاعتداء المادي ولكون حق الملكية مضمون دستوريا والمساس به يفترض ألا يكون إلا بالقانون.

ويعتبر القضاء الإداري المغربي هو الجهة القضائية التي تنظر في الدعاوى المترتبة عن الاعتداء المادي سواء تعويضا أو إنهاء أو إيقافا، وذلك خلافا لما هو عليه الشأن في القضاء الفرنسي.

ودون الدخول في جدال الاختصاص الذي يمكن القول أنها مسألة أضحت محسومة في الوقت الحالي بالنظر لتواتر الاجتهادات التي حسمت منذ زمن غير يسير في اختصاص القضاء الإداري في دعاوى الاعتداء المادي فإن توزيع الاختصاص ما بين القضاء الاستعجالي وقضاء الموضوع ما يزال يثير بعض النقاش، كما أن هناك إشكالات أخرى مرتبطة بمبادرة الإدارة إلى سلوك مسطرة نزع الملكية في شقها القضائي موازاة مع تقديم المتضرر لدعوى التعويض عن الاعتداء المادي،

وكذلك الإشكالات المرتبطة بتعامل القضاء مع الإدارة ، فضلا عن الإشكالات التي صاحبت تطور وجهة نظر القضاء الإداري في مجال الحكمينقل الملكية للإدارة من عدمه هو التطور الذي يعد من مظاهر تفاعل القاضي الإداري مع محيطه وتصديه بنجاعة للإشكالات العملية في إطار اجتهاد يتسع مجال ابداعه إلى أن يرقى في العديد من الأحيان إلى خلق القاعدة في حال سكوت المشرع.

وعليه يمكن مقارنة هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب يخصص الأول لمناقشة مجال تدخل كل من قاضي المستعجلات الإداري وقاضي الموضوع في منازعات الاعتداء المادي، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه عناصر تحديد التعويض عن الأضرار المترتبة عن الاعتداء المادي ثم يخصص المطلب الثالث لتناول تطور موقف القضاء الإداري من الحكم برقبة العقار الذي التزمت الإدارة بأداء ثمنه.

المطلب الأول- توزيع اختصاص القضاء الإداري في قضايا رفع الاعتداء المادي والتعويض عنه بين قضاء الموضوع والقضاء الاستعجالي :

يلاحظ أن القضاء الإداري يملك حق الأمر برفع الاعتداء المادي وذلك بطرد الإدارة من العقار المعتدى عليه وبإفراغه وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه. كما يملك حق الأمر بإيقاف الأشغال التي تقوم بها الإدارة على العقار.

ويستمد القضاء الاستعجالي الإداري اختصاصه هذا من اختصاص المحكمة الإدارية نفسها كقضاء موضوع في مجال رفع الاعتداء المادي والتعويض عنه، لأن قاضي المستعجلات الإداري جزء من المحكمة الإدارية، ويستمد اختصاصه من اختصاصها، ويعتبر قرار الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 1996/09/20 تحت عدد 474، من أول القرارات التي أعطت تأويلا واسعا لمقتضيات الفصل 19 من قانون إحداث المحاكم الإدارية المتعلقة باختصاص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه بصفته قاضيا للمستعجلات حيث جاء فيه:

... "والحالة كذلك أن المحاكم الإدارية إذا كانت مقيدة من حيث الاختصاص النوعي ينص الفصل 8 من قانون 90-41 المنشئ لها فإن هذا الفصل عندما خولت البت في طلبات التعويض عن الأضرار الناتجة عن أعمال الإدارة المادية فإنها تكون من باب أولى وأخرى مؤهلة للبت كذلك في طلبات رفع الاعتداء المادي، مما يخول المحكمة الإدارية النظر في شقين متلازمين لدعوى واحدة تجمعهما رابطة واحدة ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وإلا فما هي المحكمة المتوخاة من إسناد الاختصاص بالبت في التعويض عن الاعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم الإدارية وإسناد الاختصاص فيما يخص رفع الاعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم الإدارية والمفروض قانونا أن يكون الاختصاص في المجالين معا موكولا لجهة قضائية واحدة...

وحيث إنه من جهة أخرى، فإذا كان الاختصاص قبل إحداث المحاكم الإدارية منعقدا للمحاكم الابتدائية كدرجة أولى ولمحاكم الاستئناف كدرجة ثانية للنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام وكانت هذه المحاكم تنظر في دعاوى التعويض

عن الاعتداء المادي في هذا الإطار، وتقضي تبعا لذلك إذا طلب منها برفع حالة الاعتداء المادي وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كطلب تابع أو بأمر استعجالي وقتي من قاضي المستعجلات أو بحكم قطعي بناء على طلب منفرد بذلك فإن المشرع عندما نقل اختصاص النظر في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ومنها دعاوى التعويض عن الاعتداء المادي على المحاكم الإدارية ونقل اختصاص قاضي المستعجلات الوقتية المرتبط من رئيس المحكمة الابتدائية إلى رئيس المحكمة الإدارية يكون بذلك قد نقل على المحاكم وإلى رئيسها اختصاص النظر في الطلبات التبعية، وأصبح اختصاصها بالتتبع إذا طلب منها ذلك النظر في رفع الاعتداء المادي الممارس من طرف الإدارة."

ويتوخى القضاء الاستعجالي الإداري من اختصاصه للأمر بإيقاف الأشغال إذا كانت في بدايتها أو إذا كانت للإدارة بصدد التحضير والتهيئ لها فقط، تحقيق أهداف منها:

- الحد من استمرار الأشغال التي قد يؤدي إلى إحداث تغييرات على العقار موضوع الاعتداء يصعب تداركها وإزالتها في إطار تصحيح المراكز القانونية التي يقتضيها إنهاء حالة الاعتداء.

- حماية المال العام وذلك لأن من شأن إيقاف الأشغال الحيلولة دون قطعها أشواطا كبيرة في وضعية غير شرعية كما أن من شأن كذلك تجنيب الإدارة مصاريف التعويضات التي تترتب عن تمام تلك الأشغال.

ومن القواعد التي قررها القضاء الاستعجالي الإداري بشأن طلبات إيقاف الأشغال:

إن طلب إيقاف الأشغال التي تقوم بها الإدارة يتعلق بإجراء وقتي استعجالي بهدف حماية حق الطالب إلى حين صدور حكم نهائي في الموضوع أو حل النزاع بطريقة رضائية.

إن أشغال البناء التي تقوم بها الإدارة على عقار الطالب بدون سند شرعي والتي لازالت في بدايتها تستوجب الأمر بإيقافها.

لا يمكن إزالة الأشغال التي لها ارتباط بالمنفعة العامة والتي ستؤدي إزالتها إلى أضرار بهذه المنفعة تفوق الضرر الناتج للمعتدى عليه.

لا يمكن إيقاف أشغال انتهى إنجازها أو قطعت شوطا كبيرا ينفي عنها حالة الاستعجال. ذلك أن الحكم برفع اليد عن عقار وذلك بطرد المحتل وبهدم البناءات مع إرجاع الحالة إلى ماكانت عليه. يتنافى ومبدأ حماية المال العام و المحافظة عليه من التلف كما أنه يصعب الأمر بهدم المرفق العام أصبح من الصعب الأمر بهدم ما تم بناؤه عليه من طرف الإدارة و يرجع هذا القيد إلى قاعدة فقهية شهيرة تفيد أنه لا يمكن هدم الأشغال العامة حتى ولو كان قد تم بناؤه بطريقة الخطأ. « L'ouvrage public mal planté ne se détruit pas »

لذا فقد دأب القضاء الاستعجالي بدوره على رفض طلبات الاعتداء المادي وإيقاف الأشغال في مثل نفس الحالات، ويترتب على ذلك في المقابل أنه إذا ما ثبت أن الأشغال لا زالت في بدايتها أو

في المرحلة التحضيرية لها لم يترتب عنها بعد إنشاء أية منشأة، فإن إيقاف الأشغال ورفع الاعتداء أمر محمود لما في ذلك من حماية للمال العام وحماية العقار من إحداث تغييرات جذرية تغير معالمه ويصعب تداركها.

وفي المقابل يظل قضاء الموضوع مختصا بالنظر في دعوى التعويض عن الاعتداء المادي أو رفعه إذا كان الأمر ممكنا في حال عدم ثبوت إنشاء المرفق العام.

المطلب الثاني : الإشكالية المرتبطة بأسس وعناصر تحديد التعويض

إذا كان الأصل في التعويض عن الضرر هو رفع الضرر وذلك بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل الضار، فإن تواجد الإدارة على عقار على وجه الاعتداء قد لا يسمح بطردها من العقار إذا كان قد سبق لها إنشاء مرفق عام فوqe بناء على نظرية الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة التي تقتضي حماية المال العام وبالتالي تعذر هدم المنشأة العامة بما في ذلك من ضياع للمال العام.

وبناء عليه أجاز القضاء الإداري إمكانية التعويض عن واقعة الاعتداء المادي في إطار نظريات متعددة كنظرية النقل الجبري للملكية ونظرية ضمان حماية المال العام وإن ثبت أن المنشأة العامة قد أنجزت دون احترام المساطر .

ولقد اعتبر القضاء الإداري أن التعويض عن الضرر يجب أن يكون شاملا لكافة الأضرار في إطار مقتضى الفصل 98 من ق ل ع بحيث يشمل التعويض عن فقدان رغبة العقار إذا ثبت استحالة رفع الاعتداء وكذا التعويض عن الحرمان من استغلاله.

ولقد عرف القضاء الإداري في هذا المجال تطورا سواء من حيث عناصر تقييم الضرر عن فقدان الرغبة أو عناصر تقييم التعويض عن الحرمان من الاستغلال.

ويمكن أن نستعرض هذا الأمر من خلال مايلي :

- تحديد تاريخ تقدير التعويض عن رغبة العقار:

إذا كان تاريخ تحديد التعويض عن نزع الملكية محدد قانونا في إطار الفصل 20 من القانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة، فإن تحديد تاريخ تقدير التعويض في إطار نظرية الاعتداء المادي غير محدد، وقد تضاربت الآراء بهذا الشأن بين من يجعله هو تاريخ حيازة العقار أو تاريخ إقامة الدعوى أو تاريخ إجراء الخبرة. مع العلم أن اختلاف هذه التواريخ له انعكاس على قيمة التعويض.

وقد سار بعض العمل القضائي على جعل تاريخ بداية تحديد التعويض هو تاريخ حيازة العقار حتى لا يكون هناك تراخ من المدعي في إقامة الدعوى بغيره، استناداً للمبدأ القائل بأنه لا يجوز للدائن أن يحدد مقدار دينه، وهذا ما تبنته بعض المحاكم في العديد من قراراتها⁷.

غير أن محكمة النقض أخذت في أحد قراراتها بمبدأ "الاجل المعقول" في تحديد قيمة التعويض، ذلك أنه بالرغم من الاعتماد في تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على قواعد المسؤولية المدنية التي من نتائجها أن الضرر يقدر إما بتاريخ الفعل الضار أو تاريخ إقامة الدعوى بحسب مصلحة المضرور، فإن أعمال هذه القاعدة مشروط بإقامة دعوى المطالبة بالتعويض داخل أجل معقول.

و هكذا جاء في قرار محكمة النقض عدد 2/525 المؤرخ في 2015/06/11 في الملف الإداري (الثاني) تحت عدد 2014/2/4/2225 ما يلي:

"حيث استندت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه فيما انتهت إليه من تعديل الحكم المستأنف وذلك بخفض مبلغ التعويض إلى 2700 درهم إلى ما جاءت به من أن (محكمة الدرجة الأولى كان عليها تحديد التعويض انطلاقاً من تاريخ وقوع الاعتداء المادي -1980/1979- باعتباره تاريخ حيازة الإدارة الفعلية للعقار المدعى بشأنه)، في حين أن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الإدارة حينما تقوم بالاعتداء مادياً على ملك الغير تفتقد أساس المشروعية و من ثم لا تطبق عليها قواعد المسؤولية الإدارية بل تصبح مسؤولة في إطار قواعد المسؤولية المدنية و التي من نتائجها أن الضرر يقدر بتاريخ الفعل الضار أو إقامة الدعوى بحسب مصلحة المضرور، غير أن أعمال القاعدة المذكورة مشروط بإقامة دعوى المطالبة بالتعويض داخل أجل معقول يتم تقديره أخذاً بعين الاعتبار للظروف والملابسة لحدوث فعل الاعتداء المادي وللأسباب التي حالت دون تقديم المضرور لدعواه بعد حصول الفعل الضار، و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت بتحديد مبلغ التعويض بتاريخ وضع اليد دون مراعاة ما إذا كانت الدعوى قد أقيمت داخل أجل معقول من عدمه لترتب على ذلك الآثار القانونية المناسبة و منها تاريخ احتساب التعويض، يكون قرارها فاسد التعليل عرضة للنقض".

3- المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال:

⁷ وكمثال على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش رقم 351 الصادر بتاريخ 2014/04/02 موضوع الملف رقم 2013/1914/1467 والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث من جهة أخرى فقد صح ما تمسك به المستأنف ذلك أن التعويض عن الرقبة يستحق بتاريخ إقامة المنشأة العامة على العقار موضوع النزاع وليس بتاريخ رفع الدعوى". ونفس الشيء بالنسبة لقرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 595 الصادر بتاريخ 2012/6/7 في الملف رقم 2011/6/189 والذي جاء فيه ما يلي:

"حيث إن التعويض عن الرقبة إنما يستحق بتاريخ إنشاء المنشأة العامة لا بتاريخ رفع الدعوى إذ لا يمكن للمضرور أن يستفيد من تراخيه في رفع دعوى التعويض عن الاعتداء المادي بخصوص ارتفاع قيمة العقار ومن ثم فما دام الثابت من وثائق الملف أن تشييد تكتة المخزن المتنقل كان خلال سنة 1985 على مساحة 330 متر مربع فإن تحديد التعويض المذكور يجب أن يكون باعتبار هذا التاريخ وهو ما لم يلتزم به الحكم المستأنف عندما اعتبر التعويض المحدد بمقتضى الخبرة بتاريخ رفع الدعوى مما يستوجب تعديله".

يجد التعويض عن الحرمان من الاستغلال سنده في الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود، حيث يستحق المضرور تعويضا عن الضرر الناتج عن الجرائم وأشباه الجرائم يشمل الخسارة التي لحقت المدعي فعلا، والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرمه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل⁸.

وقد سار بعض العمل القضائي إلى اشتراط ضرورة توفر عنصرين للحكم بالتعويض عن الحرمان من استغلال العقار الذي وضعت يدها عليه، وذلك كالآتي:

الشرط الأول: تقييد الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال بعدم إنشاء المرفق العام:

من خصوصيات دعاوى الاعتداء المادي أنها تمنح صاحب العقار تعويضين أحدهما تعويض عن فقدان رقبة العقار والآخر تعويضا عن الحرمان من استغلاله.

وقد كان التوجه القضائي في البداية يمنح تعويضا عن الحرمان من استغلال العقار من تاريخ حيازه إلى تاريخ إجراء الخبرة، لكن الوكالة القضائية للمملكة استطاعت أن تركز توجهها قضائيا يقيد الاستفادة من هذا التعويض بعدم إنشاء المرفق العام، وإذا تم إنشاء مرفق عام على العقار لم يستحق صاحبه أي تعويض عن الحرمان من الاستغلال، إذ صدرت أحكام عن مختلف محاكم المملكة تقر أن التعويض عن الحرمان من الاستغلال لا يستحق بعد السنة السابقة عن إنشاء المرفق⁹، مكرسة التوجه الذي سارت عليه محكمة النقض منذ عقد من الزمن، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 2004/07/28 تحت عدد 446 في الملفين عدد 2001/1/4/1748 و 2001/1/4/1053 ما يلي:

"لكن حيث إنه تبين من الخبرة المأمور بها أن تاريخ الاحتلال يرجع إلى سنة 1974 أن البناء قد تم الشروع فيه خلال السنة المالية أي سنة 1975، وأن المحكمة الإدارية عندما قضت للمستأنفين بالتعويض عن فقد الرقبة دون التعويض عن الحرمان من الاستغلال يكون قضاؤها مؤسسا ما دامت عملية البناء قد تم الشروع فيها مباشرة عقب الاحتلال. وأن المطالبة بالتعويض عن الحرمان من

⁸ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 07/09/19 تحت عدد 2925 في الملف عدد 05/1421 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2007 ص 146.

⁹ وكمثل على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش تحت عدد 1098 بتاريخ 2014/10/1 في الملف عدد 2014/7206/971 جاء فيه ما يلي:

"وحيث إنه من جهة ثانية فإن التعويض عن الحرمان من الاستغلال حسبما استقر عليه الاجتهاد القضائي في المادة الادارية لا يشمل سوى الفترة الممتدة ما بين تاريخ وضع اليد و تاريخ إحداث المرفق و لا يحكم به إلا إذا أثبت صاحب الشأن نوع الاستغلال الذي حرم منه و مدته و هو أمر غير ثابت في نازلة الحال مما تكون معه المحكمة قد جانبت الصواب لما قضت بالتعويض المذكور، كما أن الفوائد القانونية تفرض فقط لتغطية الضرر الناتج عن التأخير".

وكذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش تحت عدد 1102 الصادر بتاريخ 2013/10/24 في الملف عدد 2013/1914/478 والذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث إنه من جهة ثالثة فإن تمسك الطرف المستأنف بأحقيته في المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال يبقى عديم الأساس القانوني و الواقعي كما لاحظ ذلك الحكم المستأنف عن صواب على اعتبار أن التعويض المذكور حسبما استقر عليه الاجتهاد القضائي في المادة الادارية لا يمنح إلا عن الفترة الممتدة ما بين تاريخ وضع اليد و تاريخ إحداث المرفق، و لا يمنح إلا إذا أثبت صاحب الشأن نوع الاستغلال الذي حرم منه ومدته و أنه لا دليل بالملف على ذلك مما يكون معه السبب المعتمد بمقتضى هذه الوسيلة أيضا غير قائم على أساس و يبقى تبعا لذلك الحكم المستأنف فيما آل إليه صائبا و واجب التأيد.

الاستغلال لا يكون لها محل إلا إذا كانت الفترة الفاصلة بين تاريخ وضع اليد وتاريخ إنشاء المرفق العام قد تجاوزت أكثر من سنة فكان ما قضى به الحكم المستأنف مؤسسا وواجب التأييد".

الشرط الثاني: تقييد الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال بإثبات وجود استغلال سابق عن حيازة الإدارة للعقار:

لقد ذهب القضاء في العديد من الأحكام إلى تقييد الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال بإثبات وجود استغلال سابق عن حيازة الإدارة للعقار، ذلك أن الادعاء بالحرمان من الاستغلال والمطالبة بالتعويض عن ذلك تفترض أن يكون العقار مستغلا حينما تضع الإدارة يدها عليه، ويقع عبء إثبات الاستغلال على عاتق المطالب به، وكون استغلاله للعقار كان مدرا للدخل قبل واقعة وضع الإدارة يدها على العقار. وهذا ما جاء في العديد من القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الإدارية، ومن أمثلة ذلك:

- القرار عدد 3187 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/7/23 في الملف عدد 6/11/840 والذي جاء فيه ما يلي:

"حيث صح ما نعه المستأنف إذ أن التعويض عن الحرمان من الاستغلال يقتضي الإدلاء بالحجج التي تثبت أن العقار المعتدى عليه كان يستغل وأوجه استغلاله ومداخيل استغلاله حتى تكون واقعة الحرمان ثابتة وهو الشيء غير الحاصل في النازلة ويبقى التعويض عن الحرمان من الاستغلال غير مؤسس مما يقتضي إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به بهذا الخصوص.

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت رقم 4286 وتاريخ 2013/11/26 في الملف عدد 6/11/465 والذي جاء في حيثياته ما يلي:

"وحيث إنه وفيما يخص سبب الاستئناف الفرعي الوحيد المثار من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والمتصل بمبلغ التعويض عن الحرمان من الاستغلال، فإن هذه المحكمة ورعا منها للمبادئ التي تواتر عليها الاجتهاد القضائي للغرفة الادارية بمحكمة النقض من خلال عدد من القرارات الصادرة عنها من ضمنها القرار عدد 886 الصادر بتاريخ 2004/12/22 في الملف الاداري عدد 03/730 و القرار عدد 602 الصادر بتاريخ 2006/10/11 في الملف رقم 2005/3/4/3047، والقرار عدد 453 الصادر بتاريخ 2006/7/5، و التي أكدت من خلالها أنه يشترط للمطالبة بأي تعويض عن هذا الحرمان من الاستغلال بالإضافة إلى بيان الفترة التي تتحقق فيها إثبات نوعية و طبيعة الاستغلال الذي حرم منه المعني بالأمر، و في ظل عدم بيان المستأنفة فرعا لهذه الفترة والتي تمتد من تاريخ وضع اليد إلى تاريخ إحداث المنشأة، فضلا عن عدم إثباتها لنوعية الاستغلال الذي كان مخصصا له عقارها بموجب وثائق التعمير التي كانت سارية المفعول والذي حرمت منه فعلا، فإن ذلك يعني إن طلبها الرامي إلى الحكم بهذا التعويض يبقى غير قائم على أساس والمحكمة الإدارية بوجوده عندما قضت برفض الطلب في هذا الشق منه فإنها تكون قد نحت منحا صحيحا و ليس فيها ما يبرر إلغائه لهذا السبب".

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش تحت رقم 1068 وتاريخ 2014/09/24 في الملف عدد 2014/1914/417 ضم له الملف رقم 2014/7206/526 الذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث إنه بالرجوع إلى مذكرة جواب النائب الإقليمي في المرحلة الابتدائية يتضح أنها لا تتضمن أي إقرار قضائي صريح بوضع الإدارة يدها على العقار المدعى فيه سنة 1993 وأن محضر اختيار البقعة الأرضية المخصصة لمشروع المدرسة المرفق بنفس المذكرة اقتصر على الإشارة إلى وقوع اختيار اللجنة التي انتدبت لذلك الغرض على عقار المستأنف بعد الاطلاع على كافة المواقع المخصصة بمقتضى تصميم التهيئة لإقامة مدارس و لا يمكن بأي حال أن يثبت تحقق واقعة وضع الإدارة يدها على العقار و منع المستأنف من التصرف فيه.

و حيث إنه بالإضافة إلى ما ذكر فإنه بالنظر إلى طبيعة التعويض عن الحرمان من استغلال العقارات التي تتعرض للاعتداء المادي فهو إنما يكون مستحقا في حالة إثبات مالكيها تخصيصها في نشاط معين مدر للمداخل قبل تحقق واقعة وضع الإدارة يدها عليها ومنعهم من التصرف فيها و أنه لما عجز المستأنف عن إثبات تحقق ذلك الشرط في المرحلة الابتدائية فإن طلبه يكون غير مرتكز على أساس سليم".

د- موقف العمل القضائي الإداري من تمسك الإدارة الحائزة للعقار دون ضوابط قانونية بمقتضيات المادة 37 من قانون التعمير

ينص الفصل 37 من قانون التعمير على ما يلي:

"... يكون مالك كل بقعة أرضية تصير أو تبقى مجاورة للطريق العامة الجماعية المقرر إحداثها ملزما بالمساهمة مجانا في إنجازها إلى غاية مبلغ يساوي قيمة جزء من أرضه يعادل مستطيلا يكون عرضه 10 أمتار وطوله مساويا لطول واجهة الأرض الواقعة على الطريق المراد إحداثها على أن لا تتعدى هذه المساهمة قيمة ربع البقعة الأرضية".

و إذا كان هذا الفصل ينطبق على الحالة التي تسلك فيها الإدارة مسطرة نزع الملكية، فإن التساؤل يطرح في حال ما إن كانت الإدارة قد أنجزت طريقا دون اتباع مسطرة نزع الملكية، أي أنها كانت في وضعية اعتداء مادي، فهل يمكنها التمسك بإعمال هذا الفصل عند تقدير التعويض.

يذهب موقف الإدارة إلى أنعدم تطبيق مقتضيات الفصل 37 المذكور أعلاه، معناه إعفاء صاحب العقار من التزام قانوني ملقى على عاتقه برغم وجود سببه وهو مجاورته للطريق العمومية، ومعلوم أن التحملات القانونية لا يجوز أن يعفى منها أحد إلا بنص قانوني.

فضلا عن أنها اعتبرت أن هذا الطرح ينسجم مع مفهوم التعويض في إطار الاعتداء المادي أي في إطار مفهوم المسؤولية التقصيرية مادام أن التعويض لا يرصد إلا لجبر الضرر الحال والمحقق دون سواه، ومادام أن هناك تحمل للشخص المجاور للطريق العمومية بالمساهمة في إنشاء هذه

الطريق في حدود قيمة الربع من عقاره، فإن مبادرة الإدارة إلى إنشاء هذا الطريق حتى إن اعتبر فعلا موجبا للمسؤولية المرفقية باعتباره اعتداء ماديا، فإن التعويض عنه يجب أن يحصر في حدود النفع الفائت والخسارة اللاحقة.

لكن العمل القضائي لم يساير هذا التوجه إذ دأب على رفض هذا الطلب وتقدير التعويض عن قيمة العقار دون استحضار مبدأ المساهمة المجانية، وفي هذا الصدد يمكن الإحالة على الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس تحت عدد 2009/732 في الملف الإداري عدد 2009/12/163 بتاريخ 2009/07/08 والذي اعتبرت المحكمة فيه أن الفصل 37 من قانون التعمير لا يجد مجال تطبيقه إلا في إطار مسطرة نزع الملكية وليس في إطار نظرية الاعتداء المادي.

المطلب الثالث : تطور العمل القضائي في مجال إقرار ملكية الإدارة لرغبة العقار المعتدى عليها نظير إلزامها بأداء ثمنه

كان توجه القضاء الإداري في البداية يرفض إقرار إمكانية نقل الملكية مقابل التعويض المحكوم به، مستندا في ذلك على عدم جواز إضفاء المشروعية على عمل غير مشروع ويعتبر أن الإدارة مطالبة عند رغبتها في تسوية وضعية العقار الذي أدت ثمنه أن تسلك مسطرة نزع الملكية¹⁰.

وما فتئت الإدارة تدافع عن ضرورة نقل ملكية العقارات التي تكون موضوع تعويض في إطار الإعتداء المادي للإدارة مرتكزة في ذلك على مبررا موضوعية وقانونية وتنسجم مع روح القانون ويمكن إجمالها في الإعتبارات التالية :

الاعتبار الأول : نقل ملكية العقار للإدارة يجد سنده في إلزامها بأداء قيمة هذا العقار لفائدة مالكيه السابقين .

حيث من المعلوم أن انتقال الملكية له حالات وأوصاف متعددة فقد يتم بالتراضي مرة وقد يتم بحكم القانون مرة أخرى وقد يتم بحكم القضاء.

وحيث إن كان انتقال ملكية العقار إلى الإدارة قد يتم بتراضي الأطراف، فإنه قد يتم في إطار قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ويمكن أيضا أن يتم عن طريق القضاء، فالقضاء حينما يحسم في المراكز القانونية فإنه يحكم بالإلزام كما يحكم بالحق، وإن إلزام الإدارة بأداء ثمن العقار يترتب عنه بدهاء استحقاقها لرقيبته، وإن ذلك مرده قواعد العدالة والإنصاف ومنطق الأشياء قبل أن يكون مبدأ قانونيا أو حكما قضائيا .

¹⁰ وكمثال على ذلك:

- القرار عدد 4752 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 03 دجنبر 2012 في الملف عدد 6/12/314 المضموم إليه الملف عدد 6/12/736.

- القرار عدد 1672 الصادر بتاريخ 2011/05/26 في الملف رقم 6/11/137 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط.

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/05/06 تحت عدد 1627 في الملف رقم 06/13/1527.

- الحكم رقم 373 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/02/01 موضوع الملف رقم 2010/12/358.

- الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2008/9/23 تحت عدد 1357 في الملف رقم 06/476 ش ت.

فمعلوم أن القانون وسيلة لتحقيق العدالة والإنصاف وأن القاضي هو الموكل له إيصال هذه العدالة إلى مستحقيها.

وحيث من ثم فإن كان انتقال الملكية قد يكون بوسائل متعددة فإن القاسم المشترك بين هذه الوسائل هو تحقيق العدالة والإنصاف فملكية الشيء تثبت لمن أدى مقابله وملكية العقار تثبت لمن أدى قيمته. وحيث لا يعقل لا منطقا ولا شرعا أن يلزم القضاء الإدارة بأداء قيمة العقار لمالكه السابق ثم لا يعترف لها في المقابل باستحقاقها لهذا العقار.

إن العقار ليس سوى مالا من الأموال ومن ثم فلا يمكن أن يجتمع العقار وقيمه بين يدي شخص واحد، فإما أن يظل هو صاحب العقار وإما أن يحصل عن مقابله ويتنازل عن ملكيته لمن أدى هذا المقابل، تلك هي مبادئ واضحة لا غبار عليها لأنها مستمدة من القواعد الأساسية للعدالة والإنصاف.

الاعتبار الثاني : مطالبة المعتدى على ملكه بالحكم لفاندته بتعويض عن رقبة العقار معناه تنازله ضمنيا عن هذه الرقبة مقابل الحصول على ثمنها.

حيث إن المعتدى على ملكه عندما يطالب بتعويض عن رقبة العقار يزعم أن حيازة الإدارة له وإنشائها لمرفق عمومي عليه افقده لملكته.

وحيث إن المحكمة لماتستجيب له وتعتبر أن التعويض المحكوم به مرصود له بعلته فقده لملكية عقاره يعني أن إرادة المعني بالأمر اتضحت في الحصول على قيمة العقار لما طالب بذلك أمام القضاء، ومن ثم فإنه ارتضى في المقابل أن يتنازل للإدارة عن ملكية العقار إذ لا يمكن أن يستبقي الاثنين معا .

وحيث من تم فالإدارة هنا لا تسعى إلا إلى تسوية وضعية عقار ألزمت بأداء ثمنه وتنازل مالكه عن رقبته بمعنى أن الحكم القضائي لن يكون سوى كاشف عن هذه الوضعية ومرتب للأثر القانوني الواجب عن حصول المالك السابق للعقار على ثمنه .

الاعتبار الثالث : التصريح بفقدان المالك للملكية العقار وعدم التسليم بانتقال ملكية العقار إلى الإدارة يفضي إلى خلق وضعية غير قانونية في حين أن الأحكام لا تخلق إلا الأوضاع القانونية.

إنه مما لا جدال فيه أننا في دعوى الإعتداء المادي نكون أمام حكم قضائي نهائي يقضي بفقدان المالك السابق لملكية عقاره .

ومن تم فإن فقدان الملكية بحكم قضائي نهائي معناه أن العقار موضوع النزاع لم يعد في اسم مالكه الأصلي وأن ما هو مضمن في الرسم العقاري يخالف حكما قضائيا نهائيا يتوجب تحيين وضعية العقار على أساسه.

كما أن عدم الإقرار للإدارة بكونها أضحت هي المالكة معناه أن العقار موضوع النزاع قد أضحي دون مالك وأن وضعيته معلقة وهو ما لا يعقل أو يستساغ.

و إذا استحضرننا هذا المعطى و علمنا أن الإدارة ملزمة بأداء قيمة العقار فإن الإقرار لها بملكية رقبته ليس سوى تحصيل حاصل .

فمعلوم أن الالتزام لا يكون محدودا فقط بما تضمنه سنده، ولكن يكون أيضا بما تمليه طبيعة الأمور، كما أن الحق يقابله الواجب وأن استحقاق قيمة العقار يلقي بالالتزام مفاده انتقال ملكية هذا العقار إلى الملتزم بأداء قيمته .

الاعتبار الرابع: إن القول بضرورة سلوك مسطرة نزع الملكية كوسيلة وحيدة لنقل ملكية العقار إلى الإدارة هو حكم لا أساس له.

إن المحكمة لما تصرح أنه يستوجب سلوك الإدارة لمسطرة نزع الملكية بإجراءاتها القضائية والإدارية باعتبارها هي الوسيلة الوحيدة المفضية لنزع ملكية عقار لفائدة المنفعة العامة، أمر لا يركز على أساس مادام أن مسطرة نزع الملكية تستهدف نقل ملكية عقار إلى الإدارة نازعة الملكية من بين يدي المنزوعة ملكيته مقابل تعويض يحدده القضاء استنادا إلى مقترح الإدارة.

و معنى ذلك أن هذه الدعوى تفترض أن يكون هناك مالك للعقار يخاطب بها ويقضي بالزامه بنقل الملكية مقابل حصوله على التعويض، أي أن سبب نقله للملكية هو الحكم بالتعويض، وأن صفته في الدعوى هو كونه مالك العقار.

وحيث إن هذه الشروط غير متحققة لأن مالك العقار وفقا لما قضى به حكم قضائي نهائي يصرح بفقدانه للملكية، ولا المعني بالأمر سوف يبادر إلى نقل الملكية مقابل حصوله على التعويض مادام أنه سبق له أن حكم لفائدته بالتعويض بالفعل.

ومن تمفان الالتزامات المتقابلة كما هو معلوم يكون السبب فيها هو ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق الملتزم الآخر، بمعنى أننا إن كنا في إطار التزام تبادلي مؤداه نقل ملكية مقابل الحصول على التعويض فعندها لا بد أن يتحقق السبب حتى يصح الالتزام وإلا كان باطلا، وهنا يطرح تساؤل مشروع مفاده أليس إلزام الإدارة بسلوك مسطرة نزع الملكية برغم سبقية إلزامها بأداء قيمة العقار في إطار دعوى الإعتداء المادي هو الذي يكتسي طابع إضفاء المشروعية على عمل غير مشروع وإقرار للالتزام لا سبب له ؟

الاعتبار الخامس: ثبوت إلزام الإدارة بأداء قيمة العقار يجعلها في استحالة قانونية لممارسة مسطرة نزع الملكية :

من المعلوم أن لمسطرة نزع الملكية مرحلتين: مرحلة قضائية وأخرى إدارية، وأنهما مترابطتان فلا قبول للإجراءات القضائية إلا عند سلامة الإجراءات الإدارية، ومن ثم فإن كانت مسطرة نزع الملكية تقتضي أن يتم تعيين العقار المنزوعة ملكيته وتحديد التعويض المقترح له وإيداع هذا التعويض حتى تقبل دعوى نقل الملكية وطلب الإذن بالحيازة، فإن سبقية الحكم بالتعويض يحول دون سلوك هذه الإجراءات، فالإدارة لا يمكن أن ترصد تعويضا مرتين عن نفس العقار، ثم إن تقديم

دعوى نقل الملكية يخول للمالك أن يناقش التعويض ويعترض عليه ويستأنف الحكم ويمارس الحق في الطعن بالنقض، بمعنى أن هذا التعويض لا يكون محسوما في قيمته إلا بصور حكم نهائي، فكيف إذا كان المالك قد حصل على التعويض سلفا وتوصل بقيمة العقار مسبقا؟

و من ثم فإن كنا نحتكم إلى القانون فإن إجراءات القانون 7-81 وشروط تقديم دعوى نقل الملكية وطلب الإذن بالحيازة لا يمكن أن تطبق في نازلة الحال .

و فضلا عن ذلك فإن القاضي يمنع عليه أن ينظر في نزاع سبق الحسم فيه، ومن ثم فكيف لقاضي نزاع الملكية أن ينظر في التعويض وهو قد سبق الحسم فيه، ثم إن سلطة قاضي نزاع الملكية في تقدير التعويض تحكمها أحكام الفصل 20 من القانون رقم 81/7 وهي غير العناصر التي تعتمد في حصر التعويض في إطار دعوى الاعتداء المادي .

إضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن القول أن قاضي نزاع الملكية سيكتفي بالنظر في طلب نقل الملكية دون النظر في قيمة التعويض لأن ذلك لا سند له ولا يمكن أن يمنع قاضي نزاع الملكية من بسط سلطته على النازلة والحسم في أساس الدعوى وفقا للأحكام القانونية التي تحكمه استنادا إلى مقتضيات الفصل الثالث من ق. م. م.

و بالنظر إلى ما سبق يتضح أن دعوى نزاع الملكية دعوى خاصة لها شروطها وأحكامها وأنه لا يمكن التعديل في هذه الأحكام ولا في هذه الشروط وإلا كان الأمر افتتاتا على المشرع واجتهادا في غير باب الاجتهاد وتجاوزا لحدود سلطات القاضي الذي سيعطل نصابا في حين أنه يملك في المقابل حلا آخر ليس فيه أي تعطيل لنص قانوني.

الاعتبار السادس: مسابرة المحكمة في منطقتها يتعارض مع وظيفة القاضي الأساسية في الحسم في المراكز القانونية وإنهاء الخصومة .

إن أول مهمة يضطلع بها القاضي هو الحسم في المراكز القانونية بحيث لا تظل هذه الأخيرة معلقة تقضي إلى منازعات أخرى أو تؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية .

و من ثم فإن الإقرار بأحقية المالك السابق في الحصول على تعويض عن رغبة العقار مقابل فقدانه لملكيته يقتضي الحسم في الوضعية القانونية للعقار وتحديد المالك الحقيقي له.

وحيث من ثم فلا يمكن للحكم القضائي أن يساهم في خلق وضعية لا تعكس الواقع بأن يلزم الإدارة بأداء قيمة العقار ولا يعترف لها بملكيتها، إن معنى ذلك هو مزاحمة مركزين قانونيين للمالك السابق، المركز الأول حصوله على ثمن العقار والمركز الثاني استبقاؤه لملكيتها أو معناه عدم حسم في الوضعية القانونية للعقار من خلال القول بفقدان المالك السابق لملكية العقار واعتبار ذلك هو المبرر لاستحقاقه لثمنه ولكن دون الاعتراف في المقابل للإدارة بأنها أضحت هي المالك الجديد بسبب أداءها للثمن .

ثم إنه لا يمكن منطقا الجمع بين الأضداد، فإما أن تقر المحكمة بفقدان الملكية وما يقتضيه ذلك من انتقالها إلى الغير، أو تقر ببقائها مع ما يستتبع ذلك من رفض الاستجابة لطلب الحصول على ثمن العقار.

ونافذة القول بالتنكير إلى إن القاضي وهو يقضي بالزام الإدارة بأداء الثمن يكون قد رتب بداية الحق لها في الحصول على مقابل هذا الثمن، أي على ملكية العقار فتلك هي النقطة المفصلية، إذ أن سبب انتقال الملكية ليست هي الواقعة المادية الغير المشروعة ولكن هو الحكم القضائي الملزم بأداء التعويض .

الاعتبار السابع : تعارض منطق المحكمة مع مبدأ وجوب حماية المال العام .

إن القاضي الإداري كان سابقا لوضع مبادئ وقواعد تكفل حماية المال العام، بحيث كانت هذه الغاية سببا في إنشاء مجموعة من المبادئ القارة في القضاء الإداري، كمبدأ عدم جواز إفراغ الإدارة من العقار إذا ثبت إنشاؤها لمرفق عمومي عليه ومبدأ عدم جواز هدم المرفق العمومي استنادا إلى نظرية التصاق المال العام بالمال الخاص، وغيرها من المبادئ التي يضيف المقام عن سردها والتي لا يختلف عليها اثنان .

و عدم إقرار ملكية الإدارة للعقار الذي أدت ثمنه من المال العام معناه ببساطة التسليم بأن تغرم الإدارة دون أن تغرم أي أن يتم صرف مال عام دون الحصول على مقابله .

هذا فضلا عن أن بقاء وضعية العقار على ما هو عليه، قد يخلق وضعية سوف يصعب إصلاحها فيما بعد، إذ أن الشخص المسجل على العقار كمالك له قد يقدم على تفويته إلى الغير والذي يمكن له أن يسجل اسمه كمالك جديد وهنا وتواجه الإدارة عندها بوضعية جديدة قد تترتب عنها منازعات أخرى وإهدار للمال العام.

و بالنظر إلى ذلك فإن عدم تسجيل الدولة كمالكة للعقار بعد أن ألزمت بأداء ثمنه هو مفسدة لا تحقق مصلحة مادام أن المالك السابق قد روعيت مصلحته واستوفى

حقه وأن الإدارة ظلت في مركز قانوني معلق ووضعية لم يحسم في شأنها الحكم.

هذا وقد استقر القضاء على نقل الملكية لفائدة الدولة وعرف هذا الموقف مرحلتين يمكن تلخيصهما كما يلي :

مرحلة الحكم بنقل الملكية :

أصبح القضاء يستجيب لطلب الدولة بنقل ملكية العقار إليها بعد أداء التعويض وذلك استنادا على مجموعة من النظريات، كالآتي:

أ- نظرية الإثراء بدون سبب، حيث سارت مجموعة من القرارات في اتجاه تبرير الحكم بنقل ملكية الرقبة للإدارة على أساس نظرية العثراء بلا سبب المنصوص عليها في قانون الالتزامات و العقود.

وكمثال على ذلك قرار محكمة النقض عدد 2/394 المؤرخ في 24 أبريل 2014 في الملف عدد 2012/2/4/1669 الذي جاء فيه ما يلي:

"حفا حيث صح جزئيا ما عابه به الطالب القرار المطعون فيه، ذلك أن المحكمة قضت بتعويض عن فقد المطلوبة ملكية عقارها المعتدى عليه ماديا من طرف الطاعنة دون الحكم بنقل ملكيته لفائدة هذه الأخيرة خلافا لأحكام الإثراء بلا سبب المتمثلة في إثراء المطلوبة عندما قضى لها بالتعويض المذكور من احتفاظها بملكية نفس العقار موضوع الحكم بالتعويض، واقتصار الطاعنة لما صرحت من انتقال ملكية نفس العقار إليها (وافتقار الطاعنة لما حرمت من انتقال ملكية نفس العقار إليها)، مما شكل افتقارا مباشرا يقابله إثراء مباشر وتقوم علاقة سببية مباشرة تتمثل في واقعة هي السبب المباشر لكل منهما وهو دفع تعويض عن قيمة عقار لم تنتقل ملكيته على من حكم عليه بدفعه وهو الطالبة المفنكرة، فكان بذلك القرار المطعون فيه لما لم يقض بنقل الملكية لهذه الأخيرة والحال ما ذكر فاسد التعليل ومعرضا للنقض".

القرار عدد 186 الصادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 8 فبراير 2001 في الملف الإداري عدد 98/1/5/178 الذي جاء فيه ما يلي:

"حيث إنه من الثابت من أوراق الملف وباعتراف المستأنف عليهما أن الإدارة التي احتلت عقارهما المذكور قد قامت ببناء مدرسة عمومية عليه الشيء الذي يعني أن المالكين المذكورين قد فقدوا بالفعل ملكيتهما بصورة جبرية بعد أن اتضح أن الإدارة قد أنشأت مرفقا عموميا فوقها مما يخولهما الحق في طلب التعويض عن فقد الملكية كما يخولهما ذلك الحق في طلب التعويض عن الحرمان من الاستغلال العقار والتصرف فيه في الفترة السابقة على إنشاء المرفق العام المذكور .

وحيث إن المحكمة الإدارية اكتفت بتحديد التعويض عن الاعتداء على حق الملكية والحرمان من استغلال العقار دون أن توضح الوقت الذي تم فيه إنشاء المدرسة العمومية المذكورة وفي أي وقت أصبح هذا المرفق يستغل بصورة عادية لتمكين المجلس الأعلى من بسط رقابته حول الفترة الحقيقية التي يستحق فيها المستأنف عليهما التعويض عن الحرمان من الاستغلال وفي أي وقت لم يعد من حقهما إلا طلب التعويض عنه فقد الملكية الجبري . مما يجب معه إلغاء الحكم المستأنف".

وفي نفس السياق القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 2-717 وتاريخ 26-6-2014 في الملف الإداري عدد 2012-2-4-135.

ب- نظرية التوازن بين الحقوق و الواجبات و حماية للمراكز القانونية للطرفين:

وكمثال على هذا التوجه قرار محكمة النقض عدد 2/48 الصادر بتاريخ 2015/1/22 في الملف عدد 2013/2/4/1473 والذي جاء فيه:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه بهذا الخصوص ذلك أن تعويض المالك عن فقدانه رقبة عقاره يقتضي بالضرورة خروج ملكية هذه الرقبة عن ملكه و نقلها إلى جهة الإدارة

الملزمة بأداء التعويض المذكور تطبيقاً لمبدأ التوازن بين الحقوق والواجبات و حماية للمراكز القانونية للطرفين المنبثقة عن الوضعية التي ترتبت عن وضع اليد على العقار واستعماله كمنشأة عامة مملوكة بقوة القانون للدولة (الملك العام). والمحكمة لما قضت برفض طلب نقل ملكية العقار محل النزاع لفائدة الإدارة المعنية مقابل التعويض المحكوم به للمطوبين في النقض لم تجعل لما قضت به من أساس في هذا الشأن و عرضت قرارها للنقض جزئياً".

ج- إغفال المطالبة بنقل ملكية العقار في المرحلة الابتدائية:

من المعلوم ان القاضي تحكمه مقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية وبالتالي فان القاضي لا يحكم الا بما طلب منه.

واستنادا الى هذا المبدأ فقد عمد القضاء الإداري إلى عدم الاستجابة لبعض مقالات الاستئناف فيما يتعلق بطلب نقل الملكية عند الحكم بالتعويض في إطار الاعتداء المادي بالنظر إلى أن هذا الطلب لم يكن موضوع طلب مضاد في المرحلة الابتدائية.

غير أن محكمة النقض أصدرت قراراً تحت عدد 2/966 بتاريخ 2014/10/02 في الملف عدد 2013/2/4/769 اعتبرت فيه أن طلب نقل الملكية يجد سنده في الحكم بالتعويض وإلزام الإدارة بأدائه، كما اعتبر أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد ويتيح للأطراف تقديم الدفوع والطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي، و لم يعتبر بأن طلب نقل الملكية لأول مرة امام محكمة الاستئناف هو طلب جديد، وهو ما جسده الحثية التالية :

"حيث استندت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه في رد طلب نقل الملكية المقدم أمامها بعلّة (أن الإدارة لم يسبق لها ان طلبت الحكم بنقل الملكية إليها أمام المحكمة الإدارية لإمكانية الاحتجاج بخرقها لقواعد الإثراء بلا سبب سيما وأن هذا الطلب (أي نقل الملكية) لم يرد إلا بمناسبة المقال الاستئنافي) في حين أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد ويتيح للأطراف تقديم الدفوع والطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي. وفي النازلة مادام أن دعوى المطوبين كانت تهدف إلى الحكم لهم بالتعويض عن نزع ملكية عقارهم فإن جميع الطلبات المرتبطة بالموضوع المذكور يمكن تقديمها أمام قضاء الموضوع، علماً بأن طلب نقل الملكية للإدارة يجد سنده في إلزامه بأداء التعويض لفائدة المنزوعة ملكيتهم إذ لا يعقل الحكم بالتعويض عن نقل الملكية مع بقاء تلك الملكية لفائدة المحكوم له بالتعويض، والمحكمة لما ردت الطلب بالتعليق المذكور دون مراعاة ما ذكر يكون قرارها غير مرتكز على اساس وعرضة للنقض .

و يظهر أن محكمة النقض قد تراجعت عن قرارها حيث جاء في حثيات قرارها عدد 3/02 وتاريخ 08 يناير 2015 في الملف الإداري عدد 2013/2/4/369، ما يلي:

"وحيث من جهة ثانية فإن المحكمة لما قضت بتعويض عن فقد المطلوب ملكية عقاره المعتدى عليه مادياً من طرف الطاعن بعلّة أنه لا يجوز البت إلا في حدود ما طلب طبقاً للفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، و لما لم يتقدم المستأنف خلال المرحلة الابتدائية بطلب نقل الملكية و لما كان من غير المسموح التقدم بطلبات جديدة خلال المرحلة الاستئنافية فإن ما تمسك به المستأنف بهذا الخصوص مردود، تكون قد بنت قضاءها بهذا الخصوص على أساس القانون وما بالوسيلة على غير أساس".

مسطرة نزع الملكية بين متطلبات المصلحة العامة و ضمانات التعويض العادل

ذ. رضا التايدي

مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

توصف مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بأنها تفويت جبري لملكية العقارات والحقوق المرتبطة بها إلى الدولة وباقي أشخاص القانون العام اقتضته ضرورة القيام بعمليات أو أشغال لها طبيعة المنفعة العامة، وهي بهذا المعنى تعد من أكثر امتيازات السلطة العامة خطورة من حيث آثارها على الحقوق والحريات الفردية نظرا لاصطدامه بحق الملكية العقارية المصان دستوريا بموجب الفصل 35 من دستور فاتح يوليوز لسنة 2011 وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية التي بالإضافة إلى المكانة التي يحظى بها الحق في وجدان المغربية وارتباطه الوثيق بكينونة الشخصية المغربية.

وقد أضحى اللجوء إلى مسطرة نزع الملكية في الوقت الحاضر ضرورة ملحة ومتزايدة باستمرار مع الأوراش الكبرى للتنمية الاقتصادية والاجتماعية التي دشنتها المملكة خلال العقد الأخيرين والتي يحتاج الأمر من أجل تنفيذها إلى وعاء عقاري مهم لا يكون بمقدور الدولة توفيره من رصيد الأملاك الخاصة العائدة إليها. وإذا كانت قلة من أصحاب العقارات المنزوعة ملكيتها من تنازع الإدارة في قيام عنصر المنفعة العامة التي دفعت إلى تحريك مسطرة نزع الملكية مراعاة للأدوار الاقتصادية التي أصبحت تضطلع بها الدولة والانعكاسات الإيجابية لهذه المشاريع على الفرد والمجتمع ككل، فإن الغالبية من هؤلاء يعترضون على التعويض الذي تقترحه عليهم نازعة الملكية والذي يرونه مجحفا ولا يجبر خاطرهم في فقدان ملكهم، الأمر الذي يفتح المجال لحدوث نزاعات قضائية يبرز من خلالها الدور الهام الذي يضطلع به القضاء الإداري في تحقيق التوازن بين متطلبات المنفعة العامة المنشودة من مسطرة نزع الملكية وبين التجسيد الحقيقي لضمانات التعويض العادل لصالح المنزوعة ملكيته تكريسا للمبدأ الدستوري الناص على مساواة المواطنين في تحمل التكاليف والأعباء العامة التي تتطلبها تنمية البلاد، ومن جهة أخرى دوره في التصدي لمحاولات الإثراء على حساب الدولة والإضرار بالمال العام من طرف بعض المضاربين العقاريين الذي يتحنون مثل هذه المساطر القانونية من أجل الاستفادة من تعويضات بدون وجه حق يستغلون في ذلك جوانب القصور التشريعي أو الإخلالات الإدارية في التحضير لإجراءات نزع الملكية.

إن موضوع نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ولا سيما في الجانب المتعلق بالتعويض أصبح يحظى في الآونة الأخيرة بمكانة كبيرة من العناية والاهتمام لمساسبه المباشر بفئات عريضة من المجتمع ومن شرائح مختلفة وأيضاً بمفهوم الحكامة في تدبير المال العام والتوظيف الأمثل له، الأمر الذي يجعل مسؤولية الإدارة ومن بعدها القضاء جسيمة في تحقيق هذه الأهداف وضبط التوازنات بين المصالح المتعارضة، وهو ما حث عليه الخطاب السامي الذي ألقاه جلالة الملك محمد السادس

أعزه الله أمام مجلسي البرلمان يوم 14 أكتوبر 2016 بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة، والذي يعتبر بحق بمثابة خطة عمل يجب أن تسيّر على هديها الإدارة في تدبيرها لمسطرة نزع الملكية والمحاكم في إيجادها حولا للنزاعات القضائية التي تعرض عليها، حيث ورد في الخطاب الملكي السامي: " فالعديد من المواطنين يشتكون من قضايا نزع الملكية لأن الدولة لم تقم بتعويضهم عن أملاكهم أو لتأخير عملية التعويض لسنوات طويلة تضر بمصالحهم أو لأن مبلغ التعويض أقل من ثمن البيع المعمول به وغيرها من الأسباب. إن نزع الملكية يجب أن تتم لضرورة المصلحة العامة القصوى، وأن يتم التعويض طبقا للأسعار المعمول بها في نفس تاريخ القيام بهذه العملية مع تبسيط مساطر الحصول عليه. ولا ينبغي أن يتم تغيير وضعية الأرض التي تم نزعها وتحويلها لأغراض تجارية أو تفويتها من أجل المضاربات العقارية. كما أن المواطن يشتكي بكثرة من طول وتعقيد المساطر القضائية ومن عدم تنفيذ الأحكام وخاصة في مواجهة الإدارة ".

في ظل هذا السياق تأتي هذه المداخلة في محاولة لإماطة اللثام على الإشكالات التي يطرحها موضوع تحديد التعويض عن نزع الملكية من خلال التجربة التي راكمها الاجتهاد القضائي الإداري وذلك في محورين اثنين يعالج الأول دور القاضي الإداري في تحديد التعويض عن نزع الملكية من خلال مجموعة من النقاط المرتبطة بطبيعة الضرر الموجب للتعويض والشروط الواجب توافرها في التعويض النهائي المحكوم به والآليات القانونية والإجراءات المعتمدة في تقديره، ثم بعض المساطر الفرعية ذات الصلة بمسألة فائض أو ناقص القيمة الذي يصيب الأجزاء المتبقية من العقارات التي شملتها مسطرة نزع الملكية.

في حين يتناول المحور الثاني من المداخلة الجانب الحقوقي المتعلق بالمقتضيات الخاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة في دعوى نزع الملكية في الشق المتعلق بالتعويض والصعوبات العملية التي تعترض ذلك التنفيذ في بعض الأحيان بسبب عدم تصفية الوضعية القانونية لمجموعة من العقارات غير المحظفة أو التي توجد في طور التحفيظ أو حتى المحظفة المتعلقة بارتفاقات وتقييدات لفائدة الغير، باعتبار أن الحكم الصادر بنقل الملكية يظهر العقار المنزوعة ملكيته الذي يصبح ملكا خالصا للإدارة نازعة الملكية ويمارس الأغيار إذا كانت لهم حقوق على العقار حقوقهم على التعويض المحكوم به، أو الحالة التي يرفض فيها المالكون أو غيرهم ممن يعتمرون العقار بإذنتهم أو بدونه إفراغه وتسليم حيازته الفعلية إلى الإدارة وهل شكل ذلك حائلا بعدم تمكينهم من التعويض المحكوم به بعد تحقق حيازتها القانونية للعقار بتسجيلها كمالكة بالرسم العقاري.

المبحث الأول: الآليات القانونية لتحديد التعويض عن نزع الملكية

يحتل التعويض موقعا محوريا في المنظومة الإدارية والقضائية لمسطرة نزع الملكية ومن خلاله يتجلى تجاذب المصالح المتعارضة بين طرفي المنظومة، فمن جهة فهو يشكل بالنسبة للإدارة نازعة الملكية إكراها قويا يؤثر بشكل كبير في توجيه اختياراتها لتحديد مكان تنفيذ مشروعها أو رقعته الجغرافية أو قد يدفعها تكلفته إلى الاستغناء عن المشروع بالمرّة لاسيما بالنسبة لبعض

الإدارات التي تعاني من محدودية مواردها المالية كما هو الشأن في العديد من الجماعات الترابية، ومن جهة أخرى يبقى ذلك التعويض هو السبيل الوحيد للمنزوعة ملكيته من أجل التخفيف من مرارة فقدان الجبري لملكه والحصول على مقابل مادي يضمن له تعويض المنافع التي كان يدرها له هذا الأخير، وذلك عندما يكون شرط المنفعة العامة قائما في المشروع الذي بوشرت مسطرة نزع الملكية من أجله ولا مجال للمنازعة في عدم مشروعية المقرر الإداري المعلن عنها.

وإذا كان التعويض عن نزع الملكية تتولى تحديده ابتداء الجهة نازعة الملكية التي يتعين عليها في هذا الشأن أن تتقيد بما تقترحه اللجنة الإدارية للتقييم، فإن تدخل القضاء من أجل إعادة تقديره يكون فقط في الحالة التي لا يقبل فيها المنزوعة ملكيته بالتعويض الذي تقترحه عليه الإدارة على أساس أنه لا يجبر الضرر الفعلي الذي لحقه من جراء نزع الملكية، وهذه المنازعة لا يمكن تصورها إلا إذا تم التعبير عنها صراحة، بينما في الحالة التي يلتزم فيها المنزوعة ملكيته موقف الصمت بعد توصله بمقال دعوى نقل الملكية، فإنه لئن كان هذا الموقف السلبي من جانبه لا يمكن تكييفه على أنه قبول منه للتعويض المقترح من طرف الإدارة، إلا أن الاتجاه الحديث للعمل القضائي تواتر على أنه يتعين على المحكمة الإدارية مع ذلك أن تقضي بنقل الملكية مقابل التعويض الذي تقترحه الإدارة في غياب أي اعتراض صريح عليه من طرف المنزوعة ملكيته الذي تبقى حقوقه محفوظة في المنازعة فيه لاحقا باتباع الطرق المتاحة قانونا للطعن في الحكم الصادر في الدعوى، وهذا التوجه ساهم بشكل كبير في تسريع وتيرة البت في قضايا نزع الملكية وتجاوز الصعوبات التي خلقها الاجتهاد السابق والذي كان يستلزم إجراء خبرة لمعرفة القيمة الحقيقية للعقار -ولو في غياب أي جواب من المعني بالأمر- مع تحميل صائرها إلى نازعة الملكية التي تمتنع غالبا عن أدائها مما أدى إلى تراكم الملفات المعروضة على المحاكم وفي نفس الوقت تعطيل مسألة تصفية الوضعية القانونية للعقارات المنزوعة ملكيتها من خلال تسجيلها باسم الإدارة نازعة الملكية في الرسم العقاري.

ويبقى التساؤل قائما بالنسبة للمنزوعة ملكيته الذي يبدي موافقته الصريحة على التعويض المقترح من طرف الإدارة خلال المرحلة الابتدائية، وهل يجوز له أن ينازع فيها من جديد أمام محكمة الاستئناف أم أنه يصبح عديم المصلحة للطعن بالاستئناف طالما أن المحكمة الإدارية قضت وفق جميع مطالبه، وهذا الحل الأخير هو الذي تبنته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرارها عدد 3958 الصادر بتاريخ 2013/11/19 في الملف عدد 11/13/1214 حيث قضت بعدم قبول استئناف المنزوعة ملكيتهم الذين سبق لهم أن التمسوا أمام المحكمة الإدارية الإشهاد عليهم بقبولهم التعويض المعروض عليهم من طرف نازعة الملكية - وهو نفسه التعويض الذي قضت به المحكمة - مما تنتفي معه مصلحتهم للطعن فيه بالاستئناف. كما أن هذا التوجه يطرح مسألة شكل الموافقة على التعويض المقترح وهل يكفي أن يتم التعبير عنها من طرف المنزوعة ملكيتهم شخصا أم لا بد فيها لترتيب آثارها أن تكون بواسطة محام باعتبار أن إجراءات التقاضي أمام المحاكم الإدارية تخضع للمسطرة الكتابية.

وإذا كان تحديد التعويض عن نزع الملكية يعتبر من صميم السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع متى عللت تقديرها بشكل كافي وأقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الملف كما

أكدت ذلك محكمة النقض في العديد من القرارات الصادرة عنها في هذا الشأن¹، إلا أنه مع ذلك يجب عليها عند أعمال سلطتها في التقدير أن تكون هذه الأخيرة منضبطة للميكانيزمات التي سطرها المشرع في الفصل 20 من القانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت والتي تعتبر إطاراً عاماً في كيفية تحديد التعويض عن نزع الملكية ما لم ترد عليها استثناءات في نصوص خاصة، وذلك سواء من جهة طبيعة الضرر الموجب للتعويض، أو من جهة القواعد الواجب مراعاتها في تحديد هذا التعويض، أو من جهة بعض المساطر الفرعية في التعويض، وهو ما سوف نعمل على معالجته في الفقرات الثلاثة الموالية في ضوء العمل القضائي.

أولاً: طبيعة الضرر الموجب للتعويض عن نزع الملكية.

لقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 20 من القانون رقم 81.7 المشار إليه أعلاه على أن التعويض يجب ألا يشمل إلا الضرر الحالي والمحقق الناشئ مباشرة عن نزع الملكية ولا يمكن أن يمتد إلى ضرر غير محقق أو محتمل أو غير مباشر، وهذا يعني أن المشرع اشترط في الضرر الذي يستحق التعويض عنه في إطار مسطرة نزع الملكية أن يجتمع فيه عنصرين أساسيين هما:

1- أن يكون الضرر حالاً ومحققاً: وهذه الخاصية تقتضي استبعاد الضرر المستقبلي أو المحتمل، وذلك لكونه مبني على الافتراض واستحالة التكهّن بتحقيقه أو بمداه، مع العلم أن الضرر المستقبلي قد يكون في بعض الأحيان متحقق وقوعه، وعلى الرغم من ذلك لا يتعين تعويضه على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يعد يشترط أن يكون الضرر حالاً منذ صدور القانون رقم 58.997 بتاريخ 23 أكتوبر 1958، وأصبح يكفي فقط بأن يكون الضرر متحققاً ولو كان ذلك سيحدث في المستقبل.

وخاصية الضرر الحال والمحقق تم تكريسها من طرف محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) منذ السنة الأولى لإحداثها في القرار الذي صدر عنها بتاريخ 1958/07/01 الذي جاء فيه بأنه " من بين العناصر التي يجب أخذها في الاعتبار عند تقدير الضرر الذي يصيب أحد الملاك إثر نزع ملكية أرضه، الاستعمال الذي خصصت له الأجزاء التي تم نزع ملكيتها، وأن المالك لا يستطيع أن يطلب بأن يؤخذ في الاعتبار كون الأرض يمكن بناؤها في الوقت الذي يستعملها للفلاحة"².

كما أنه من تطبيقات القاعدة المذكورة في قضاء محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط ما تضمنه قرارها عدد 4790 الصادر بتاريخ 2012/12/04 في الملف عدد 11/2010/266، وذلك عندما استبعدت دفع المنزوعة ملكيته بوجوب تعويضه على أساس كون العقار الذي يشمل نزع الملكية يوجد داخل المدار الحضري لمدينة الدار البيضاء، والحال وقد ثبت للمحكمة بكون العقار بتاريخ تحديد قيمته لم يكن مندرجاً ضمن المدار المذكور استناداً إلى وثائق التعمير المنظمة للمجال ويتعين تعويضه بالتالي وفق حالته هاته، الأمر الذي يبرز صعوبة التمييز في بعض الأحيان بين الضرر

¹ على سبيل المثال قرار محكمة النقض عدد 3/474 بتاريخ 2014/05/29 الصادر في الملف الإداري عدد 2013/2/4/1791، وقرارها عدد 3/102 بتاريخ 2015/1/29 في الملف الإداري عدد 2014/3/4/2645.

² القرار عدد 58/15 في الملف الإداري رقم 58/440، قضية كريسلي ضد الدولة المغربية، منشور في مجلة قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية، طبعة 1997.

الحال والضرر المستقبلي في العمل القضائي خصوصا بالنسبة للعقارات التي تتواجد في ضواحي المدن ويرجح أن يمتد إليها العمران قريبا أو في مناطق عشوائية قابلة لإعادة الهيكلة استقبالا، حيث إنه في جميع هذه الحالات يجب تقدير التعويض المستحق أخذا بعين الاعتبار الحالة الراهنة التي يوجد عليها العقار ووجه تخصيصه عند نزع ملكيته وليس قيمته المستقبلية ولو كانت في حكم المؤكد، أي بمعنى أن تحديد قيمته في حالة المثالين السابقين يجب أن يظل في حدود كونه يتواجد بالقرب من المدار الحضري وليس جزءاً منه أو في حي عشوائي وليس قابلاً لأن يصبح مهيكلاً مادام ذلك لم يتحقق بعد ويندرج في إطار الأوضاع المستقبلية.

2- أن يكون الضرر ناتجا مباشرة عن نزع الملكية : ويقصد بذلك أن يكون الضرر المترتب للتعويض نتيجة مباشرة لمسطرة نزع الملكية بحيث لو لم تكن هذه الأخيرة لم تحقق حصوله، أما إذا تسببت في حدوثه وقائع أخرى كان ضرراً أجنبياً لا يستحق التعويض عنه في إطار دعوى نزع الملكية، وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 2013 والذي رفضت فيه تعويض المالك عن الضرر المادي المترتب عن فقدانه للعائد المالي (واجبات الكراء) الذي كان يدره العقار المنزوعة ملكيته باعتباره ليس من صنف الحقوق العينية الموجبة للتعويض عن نزع الملكية ولكونه ضرر غير مباشر ويستوعبه التعويض عن قيمة العقار.

كما رفضت في نفس الدعوى تعويض أحد المكترين عن مصاريف الكراء التي أداها للمالك خلال فترة كرائه للمحلات التجارية التي شملها نزع الملكية على اعتبار أن هذه المصاريف هي نتاج العلاقة الكرائية التي ربطته بالمالك مقابل استفادته من العين المكتراة ولا علاقة لها بمشروع نزع الملكية وليست من آثاره حتى يمكن تعويضه أيضاً، وكذلك رفضت تعويض أحد المستأفنين الذي كان يعمل كقابض لواجب الكراء بعلّة أن الضرر الذي لحقه هو من نتائج انتهاء علاقة الشغل الذي كانت تربطه بمالك البناية بصرف النظر عن السبب المؤدي إلى انتهائها وليس من الآثار المباشرة لتنفيذ مسطرة نزع الملكية³.

ولهذا السبب لا يستحق أي تعويض عن المنشآت السطحية أو التحسينات التي يتم إحداثها بعد صدور المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة دون الحصول على موافقة نازع الملكية وفق ما يقتضيه الفصل 15 من القانون رقم 7.81، لأن الضرر الذي لحق المنزوعة ملكيته في هذه الحالة هو بفعله عندما عمد إلى إنجاز هذه الإضافات دون الحصول المسبق على الإذن المذكور، ولم يكن نتاج مسطرة نزع الملكية في حد ذاتها⁴.

³ القرار عدد 3533 الصادر في الملفات المضمومة ذوات الأعداد 11/12/755 و 11/12/777 و 11/12/888 و 11/12/901 و 11/12/902 و 11/12/903 و 11/12/904 و 11/12/1132 و 11/12/1213 و 11/12/1285.

⁴ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2346 بتاريخ 2014/05/20 في الملف عدد 11/10/808 ضم إليه الملفين عدد 11/10/886 و عدد 11/12/872 (قضية ورثة عبد الله غفيري ومن معهم ضد الدولة المغربية-الملك الخاص) جاء فيه : " وحيث صح ما تمسكت به نازعة الملكية ذلك أن البناية العائدة للسيدة (...) وكذا البئران المشار إليهما في تقرير الخبرتين لم يتم الإشارة إليهما في محضر اللجنة الإدارية للتقييم المنجز عند معابنتها العقار وإحصاء المنشآت القائمة فوقه، وأن ذلك المحضر يظل حجة في إثبات حالة العقار ومشتملاته المستحقة للتعويض إلى أن يثبت ما يخالفه.

وفي نازلة الحال فإن وثائق الملف تخلو مما يدل على أن تلك المنشآت كانت قائمة قبل صدور مقرر التخلي وتم إغفالها أثناء معاينة العقار، وبالتالي فإن المطالبة بأي تعويض عنها في إطار دعوى نزع الملكية تبقى غير مؤسسة وتخالف مقتضيات الفصل 15 من القانون رقم 7.81 المشار إليه أعلاه."

بل إن نفس المحكمة في نازلة أخرى قضت بعدم أحقية أحد المنزوعة ملكيتهم في التعويض عن ترحيل النشاط التجاري على الرغم من أن نازعة الملكية اقترحت تعويضه وذلك بعدما ثبت لها أنه لم يشرع في مزاوله نشاطه بالعقار إلا بعد صدور المرسوم المعين للمنفعة العامة، وتعاملت المحكمة مع المقترضات التي تشترط بالألا يكون التعويض المحكوم به أقل من التعويض الذي اقترحه نازع الملكية من خلال حصر مجال تطبيقها في الحالة التي يكون مبدأ التعويض قائما من أساسه وتقتصر المنازعة على مقداره، ومما جاء في هذا القرار:

" وحيث الثابت من أوراق الملف أن شركة (...) لم تشرع في مزاوله نشاطها بالعقار إلا ابتداء من 07 يناير 2007 تاريخ كرائها للمحل الكائن فوق العقار حسبما يؤكد عقد الكراء المبرم مع المالكة، أي في وقت لاحق على تاريخ نشر المرسوم المعين للمنفعة العامة بالجريدة الرسمية عدد 4503 بتاريخ 2006/03/13، وبالتالي يسقط معه حقها في المطالبة بأي تعويض عن الأضرار التي يمكن أن تكون قد لحقتها من جراء تحويل نشاطها التجاري مادام الفصل في المسألة يكون بالضوابط المقررة قانونا لمبدأ وكيفية احتساب التعويض عن نزع الملكية، وأن المحكمة بموجب الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية ملزمة دائما بالبت طبقا للقوانين المطبقة على النازلة حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة"⁵.

أما بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي، فإنه مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي في قانون نزع الملكية وإن لم يستبعد صراحة الضرر المعنوي أو يشترط أن يكون الضرر ماديا، غير أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 20 ومقتضيات الفصل 21 من القانون رقم 81.7 يتبين بأن قدر التعويض يحدد حسب قيمة العقار، مما يعني بمفهوم المخالفة استبعاده التعويض عن الضرر المعنوي، ولهذا لا توجد سابقة قضائية قررت فيها المحاكم المغربية التعويض عن الضرر المعنوي في إطار مسطرة نزع الملكية.

ثانيا: ضوابط تحديد التعويض عن نزع الملكية.

لقد وضع المشرع المغربي في قانون نزع الملكية مجموعة من الضوابط والقيود التي تؤطر مسألة تحديد التعويض المستحق عن نزع الملكية يراعي شرط العدالة الذي يتحقق من خلاله مبدأ المساواة والتضامن بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة والتكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وتستحضر من جهة أخرى اعتبارات المصلحة العامة التي دفعت إلى سلوك مسطرة نزع الملكية عن طريق سد المنافذ التي قد يحاول البعض استغلالها للاستفادة من تعويضات تفوق القيمة الحقيقية للعقارات وباقي الحقوق المنزوعة ملكيتها، ويمكن إجمال هذه الضوابط العامة في عنصرين أساسيين يضاف إليهما قواعد أخرى في تحديد التعويض سطرها القضاء الإداري :

⁵ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 725 بتاريخ 2014/02/18 في الملف عدد 11/09/179.

1- خاصية التعويض النقدي:

فالتعويض الذي يمكن أن يستفيد منه المنزوعة ملكيته لا يمكن تصوره إلا نقدا استنادا إلى ما تم التنصيص عليه في القانون رقم 81.7 من أنه يوازي قيمة العقار ويتم إيداعه في الحالات التي يتعذر فيه دفعه إلى المعنيين بالأمر بصندوق الإيداع والتدبير، والإيداع لا يتحقق إلا في التعويض النقدي، ولذلك لا يحق للمنزوعة ملكيته أن يطالب نازعة الملكية على وجه الإلزام بتعويضه عينا من خلال تمكينه من قطعة أرضية مماثلة لتلك التي نزعت منه إلا إذا وافقت هي على ذلك، وهو ما أشارت إليه على وجه التخصيص مقتضيات الفصل 22 بالنسبة لتعويض المكترين المصرح بهم أو المقيدين بصفة قانونية في السجلات العقارية حيث تتحمل نازعة الملكية منح التعويضات الواجبة لهم أو عند الاقتضاء تمكينهم من عقار آخر إذا كان ذلك ممكنا، وهي المقتضيات نفسها تقريبا التي كان ينص عليها الفصل 19 من ظهير 24 ماي 1955 بشأن كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، من أن مكثري العقار المنزوعة ملكيته والمقام عليه الأصل التجاري وجب تمكينه من تعويض عن الإفراغ ما لم يعرض عليه نازع الملكية عقار مماثلا للعقار المنزوعة ويكون واقعا بالقرب منه، وذلك قبل أن يتم نسخ الظهير المذكور بمقتضى القانون رقم 16.49 بتاريخ 2016/7/18 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، والذي نصت مادته 21 على أنه: " إذا وقع نزاع ملكية عقار يستغل فيه أصل تجاري لأجل المنفعة العامة، تطبق مقتضيات القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت "، وبالتالي فمسألة التعويض العيني يخضع لتقدير الإدارة ولا رقابة عليها في ذلك، وعلى غرار التعويض المدفوع نقدا لا يصبح التعويض العيني نافذا إلا إذا وافق عليه المنزوعة ملكيته تحت طائلة عرض النزاع على المحكمة الإدارية في إطار دعوى نقل الملكية.

واستثناء على قاعدة التعويض النقدي، يتم التعويض بصفة عينية عندما يتعلق الأمر بنزع ملكية الحقوق المائية، وكان للمنزوعة ملكيتهم أراضي كأنثة بقطاع سقوي أو مقرر سقيه حيث يتم تعويضهم في هذا الحالة بواسطة رخصة الاستفادة من عملية التزويد بماء السقي من غير أداء الوجيبة السنوية عن استعمال الماء إلى غاية استنفاد مبلغ التعويض المستحق عن نزاع الملكية، ولا يصار إلى تعويضهم نقدا إلا إذا تم وقف التزويد بالماء قبل الأداء الكامل للتعويض المستحق⁶.

التاريخ المعتمد في تقدير التعويض:

استهدف المشرع من هذا الضابط في تحديد التعويض الواجب عن نزاع الملكية تحقيق غايتين أساسيتين الأولى هي حث الإدارة على الإسراع برفع دعوى نقل الملكية وتحديد التعويض عندما تفشل في إبرام اتفاق نهائي بالمرضاة مع المنزوعة ملكيته تحت طائلة تحميلها التكلفة الناتجة عن ارتفاع قيمة العقار بعد نشر مقرر التخلي، وكل ذلك من أجل القفل النهائي لمسطرة نزاع الملكية في أقرب وقت ممكن والحيلولة دون استنفاد الأجل الكامل لرفع الدعوى المحدد في سنتين من تاريخ نشر المقرر المذكور، والغاية الثانية تتمثل في تفادي التصرفات التي يقوم بها بعض المنزوعة

⁶ الفصل 41 من القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت.

ملكيتهم من أجل الرفع من قيمة التعويض بعد صدور مقرر إعلان المنفعة العامة، ولهذا نصت الفقرة الثانية من الفصل 20 من القانون 81.7 على أن التعويض النهائي عن نزع الملكية يجب أن يعتد فيه بقيمة العقار المنزوعة ملكيته يوم نشر مقرر التخلي أو مرسوم إعلان المنفعة العامة بمثابة مقرر التخلي بالجريدة الرسمية ولا تراعى في تحديد هذه القيمة عناصر الزيادات بسبب المضاربات التي تظهر منذ صدور مقرر التصريح بالمنفعة العامة، غير أنه إذا لم يتم تقديم مقال الإذن في الحيازة أو رفع دعوى نقل الملكية داخل أجل ستة أشهر من تاريخ نشر مقرر التخلي، وجب تحديد قيمة العقار باعتماد تاريخ آخر مقال قدم إلى المحكمة سواء تعلق بطلب نقل الحيازة أو بطلب نقل الملكية.

ومما يسجل على هذه المقترضات أن المشرع عندما نص على تحديد التعويض بتاريخ رفع الدعوى افترض حدوث ارتفاع في قيمة العقار يستفيد منه المنزوعة ملكيته كجزاء للإدارة عن عدم التزامها بأجل ستة أشهر من أجل رفع الدعوى، مما يطرح التساؤل حول الحالة التي تعرف فيها قيمة العقار انخفاضاً خلال هذه الفترة، هل يعتد آنذاك من أجل تحديد التعويض بتاريخ نشر مقرر التخلي أم بتاريخ رفع الدعوى، ونعتقد أن تحديد المحكمة للتعويض عندئذ يجب أن يكون وفق قيمة العقار بتاريخ نشر مقرر التخلي حتى ولو كانت الدعوى رفعت بعد مضي ستة أشهر على هذا التاريخ، لأن الإدارة تكون هي من تقاعست في مباشرة الدعوى داخل الأجل المذكور ولا يمكنها أن تستفيد من خطئها على حساب حقوق المنزوعة ملكيته في الحصول على تعويض يساوي القيمة الحقيقية للعقار بتاريخ نشر مقرر التخلي باعتبار هذه القيمة هي الحد الأدنى الواجب دفعه نظير نزع الملكية.

كما أنه في حالات خاصة ومراعاة لبعض المشاريع الكبرى المرتبطة عادة بتهيئة منطقة عمرانية شاسعة مما يتطلب إصدار العديد من مراسيم إعلان المنفعة العامة ومقررات التخلي، يتدخل المشرع لتحديد آجال استثنائية لتحديد التعويض عن نزع الملكية يكون في الغالب هو تاريخ صدور النص القانوني المؤثر للعملية برمتها دفعا لمخاطر ارتفاع قيمة العقارات المهدة بنزع ملكيتها منذ البدايات الأولى للإعلان عن إنجاز المشروع، كما نجد ذلك في المادة 35 من القانون رقم 04.16 المتعلق بتهيئة واستثمار ضفتي أبي رقرق، حيث نصت على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتجاوز التعويض عن نزع الملكية المنصوص عليه في الفصل 20 من القانون رقم 81.7، القيمة التجارية للعقار أو للحقوق العينية العقارية في تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية، وهو النشر الذي تم بتاريخ 28 نونبر 2005⁷.

ومسألة التاريخ الواجب إعماله في تقدير التعويض عن نزع الملكية هي من المقترضات التي تتشدد محكمة النقض في بسط رقابتها عليها تحت طائلة اعتبار التعويض الذي لم يتقيد بها مخالفاً للقانون حيث جاء في قرارها عدد 726 الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2006 في الملفين المضمومين 06/949 و 06/1420 "بأن تاريخ صدور قرار نزع الملكية بالجريدة الرسمية هو 6 يوليوز 200 في حين أن نازعة الملكية لم تقدم مقالها لنزع الملكية إلا بتاريخ 2 يونيو 2003 مما يكون هذا المقال خارج أجل

⁷ من التطبيقات القضائية لهذا الأجل الاستثنائي في تحديد التعويض، قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 05 ماي 2015 في الملف عدد 2013/7211/1096 ضم إليه الملفين عدد : 2013/7211/1728 وعدد 2014/7211/710.

سنة أشهر التي يوجبها الفصل من القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية والمحكمة لما اعتمدت التاريخ الأول لتحديد التعويض لم تجعل لقضائها أساسا".

3 - قواعد قضائية في تحديد التعويض عن نزع الملكية:

لقد راكم العمل القضائي في مادة نزع الملكية ومن خلال النوازل التي عرضت عليه العديد من المبادئ في تحديد التعويض تستلهم روحها من غاية التوفيق في تحقيق ضمانات التعويض العادل دون الإضرار بالمال العام، نذكر من بينها :

- إن تقدير التعويض عن العقارات المبنية بالكامل ولا تشمل على أي مساحة عارية وخاصة تلك المتواجدة داخل المدار الحضري يتم على أساس قيمة المتر المربع المبني أو المغطى من غير أن تضاف إليه قيمة الأرض المقام عليها البناء، لأن قيمة المتر المربع المغطى يدخل في تقديرها قيمة الأرض وأنه عند احتساب كل من قيمة الأرض وقيمة البناية بشكل منفصل يعني الاستفادة من التعويض عن الأرض بصفة مزدوجة⁸.

- إن نزع ملكية عقار مقام عليه أصل تجاري لا يترتب عنه اندثار هذا الأخير ويكون لصاحبه الحق فقط في تعويض عن إفراغه من العقار وترحيل نشاطه التجاري يؤخذ بعين الاعتبار في تقديره نوعية النشاط المزاوم وحجم الآلات المستعملة والتكاليف التي تتطلبها عملية تفكيكها ونقلها بالإضافة إلى مصاريف البحث عن محل مماثل والأضرار اللاحقة بالنشاط خلال مدة التوقف، وبالتالي لا يمكن مسابرة نتيجة الخبرة التي حددت تعويضا على فقدان الأصل التجاري رغم أنه ضرر غير متحقق وينبغي حصر التعويض في الأضرار الثابتة اللاحقة بالمعنى بالأمر⁹

- إن تحديد مبلغ التعويض يكون على أساس القيمة الحقيقية للعقار المنزوعة ملكيته وفق الضوابط المشار إليها أعلاه وذلك بصرف النظر عن المنفعة المادية التي يمثلها هذا التعويض أو قيمته الشرائية¹⁰.

- الإحالة على التعويض الذي سبق الحكم به نهائيا عن العقار المنزوعة ملكيته في إطار دعوى الاعتداء المادي التي يرفعها المالك عندما تعمد الإدارة إلى الاستيلاء الفعلي على العقار قبل سلوك المسطرة القانونية لنزع الملكية، وذلك باعتبار أن هذا التعويض يكون مستغرقا للتعويض الذي يتعين على المحكمة تحديده لاحقا في إطار دعوى نقل الملكية وتفاديا للحكم بتعويضين عن نفس العقار، وهذا التوجه تبنته محاكم الموضوع الإدارية¹¹، وسابرتها محكمة النقض في بداية الأمر وتراجعت عنه في مرحلة لاحقة بعلّة اختلاف أساس تحديد التعويض في الدعويين الذي يتمثل في

⁸ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2040 بتاريخ 5 ماي 2015 في الملف عدد 1095/7211/2013 ضمت إليه الملفات عدد 1096/7211/2013 وعدد 1728 /7211/2013 وعدد 710 /7211/2014 .

⁹ يمكن الرجوع في هذا الصدد إلى قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 2346 بتاريخ 20 ماي 2014 في الملف عدد 2010/7211/808 ضم إليه الملفين عدد 2010/7211/886 وعدد 2012/7211/7211/872.

¹⁰ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 527 بتاريخ 12 فبراير 2013 في الملف عدد 09/11/410.

¹¹ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3120 بتاريخ فاتح يوليوز 2014 في الملف عدد 13/11/1202 ضم إليه الملفين عدد 13/11/1815 وعدد 13/11/2091، وأيضا قرارها عدد 4922 بتاريخ 24 دجنبر 2013 في الملف عدد 12/11/679.

المسؤولية التقصيرية بالنسبة لدعوى الاعتداء المادي وفي مقتضيات الفصل 20 من القانون 81.7 بالنسبة لدعوى نقل الملكية . وفي جميع الأحوال لم تعد هذه الإشكالية تطرح بشدة من الناحية العملية في ضوء التوجه الحديث لمحكمة النقض والذي أجاز إمكانية الحكم بنقل الملكية لفائدة الإدارة المعتدية عندما تتقدم بطلب مضاد في هذا الشأن أثناء سريان دعوى الاعتداء المادي في سياق معالجة الأوضاع المختلفة والصعوبات المترتبة عن بقاء العفار في ملكية المدعي رغم الحكم له بتعويض عن فقد رقبته، ومما جاء في قرارها عدد 3/30 الصادر بتاريخ 9 يناير 2014 في الملف الإداري عدد 2012/2/4/1716 "وحيث إنه إذا كان نقل ملكية العقار لنازعها وتحديد التعويض عن نزع الملكية يباشر طبقا للشروط المقررة في القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، فإن مطالبة المالك الذي استولت الإدارة على عقاره عن طريق الاعتداء المادي بالتعويض فحسب، إما لأنه فضل ذلك أو لأن استرداد العقار صار مستحيلا بسبب تخصيصه للمنفعة العامة بصفة نهائية، يؤدي حتما وحسب واقع الحال وبحكم الحيازة المادية والفعلية للإدارة إلى علاقة شبه تعاقدية، والقول بعكس ذلك ينتج عنه وضع شاذ يتمثل في احتفاظ المالك بملكية عقاره رغم الحكم له بقيمته بناء على طلبه، مما لا يصح لا عقلا ولا شرعا، ولا يجدي القول أنه من شأن الحكم بنقل الملكية في حالة الاعتداء المادي أن يكرسه ويضفي المشروعية عليه ما دام القاضي مطالب في جميع الأحوال بإحداث الآثار القانونية عن كل حالة واقعية أو مادية وفق القانون الطبيعي عند الاقتضاء لإعادة التوازن أو لعلاج أوضاع مجحفة تأباها العدالة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بما انتهت إليه من رد طلب نقل الملكية بتعليقها المذكور تكون قد خالفت مجمل ولم تجعل لقرارها أساسا من القانون وعرضته للنقض جزئيا ."

وفي قضية أخرى اعتبرت نفس المحكمة أنه يكفي الإدارة في دعوى الاعتداء المادي الدفع أمام محكمة الموضوع بضرورة نقل ملكية العقار المعتدى عليه إليها من غير استلزام تقديم طلب صريح للمطالبة بذلك، ويكون قرار محكمة الاستئناف المطعون فيه بالنقض غير مرتكز على أساس لما اشترط أن يتم تقديم طلب نقل الملكية أمام محكمة أول درجة وأن إثارته أمامها مخالف لمقتضيات الفصل 143 من قانون المسطرة المدنية¹².

ثالثا: المساطر الاستثنائية في تحديد التعويض.

بالإضافة إلى القواعد العامة التي تُوَظَر عملية تحديد التعويض عن نزع الملكية والتي سبقت الإشارة إليها أعلاه، فإنه أحيانا قد تحدث عوارض استثنائية خاصة ببعض حالات نزع الملكية ويكون لها تأثير مباشر في تحديد قيمة التعويض المستحق سواء بالإيجاب أو السلب، كما أنه لا بد من إثارتها من لدن الأطراف حتى تعتمد المحكمة إلى تطبيقها في عملية التقويم ولا يمكنها لها أن تفعلها بصفة تلقائيا عكس الأحكام العامة.

¹² قرار محكمة النقض عدد 2/709 بتاريخ 1 أكتوبر 2015 في الملف الإداري عدد 2014/ 2/4/1951.

1- فائض وناقص القيمة:

وتهدف هذه المسطرة إلى مراعاة التغييرات الطارئة على قيمة الأملاك المتبقية في حوزة المالك عندما تدخل عليها تغييرات أو تقلبات بسبب تنفيذ مشروع نزع الملكية، وقد نصت عليها الفقرة الرابعة من الفصل 20 من القانون 81.7 التي جاء فيها بأنه: " يغير التعويض عند الاقتضاء باعتبار ما يحدثه الإعلان عن الأشغال أو العمليات المزمع إنجازها من فائض القيمة أو ناقصها بالنسبة لجزء العقار الذي لم تنزع ملكيته ".

وهكذا فإن الإعلان عن تنفيذ مشروع نزع الملكية لأجل إحداث منزهات أو ساحات خضراء أو مرافق عمومية يؤدي حتماً إلى رفع قيمة العقارات المجاورة ومن بينها الجزء من العقار الذي لم يشمل نزع الملكية، وبالمقابل سوف تنقص قيمة هذا الأخير إذا كان المشروع المعلن عنه يتعلق بإحداث سكة حديدية أو تشييد مصنع كيماوي أو محطة طرقية أو غيرها من المشاريع التي يكون لها تأثير سلبي على جودة البيئة الحياتية، علماً أنه في الحالة الأولى إذا ما كان فائض القيمة بالنسبة للجزء المتبقى من العقار يتجاوز قيمة الجزء المنزوعة ملكيته فإن المالك لا يستحق أي تعويض، بينما قد يحدث أن يتم مراعاة فائض القيمة عند تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية، ثم تتعاس نازعة الملكية عن إنجاز المشروع المبرمج أو تتراجع عن تنفيذه، وأنداك يبقى من حق المالك المطالبة باسترجاع التعويض غير المحتسب بداية نتيجة فائض القيمة.

وفي هذا الصدد أكدت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بأن الدفع بتفعيل عنصر فائض القيمة لا يعتبر طلباً جديداً ويمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ومما ورد في قرارها: " حيث إن الفقرة الرابعة من المادة 20 من قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة تشكل أحد عناصر التقييم للتعويض عن نزع الملكية والتي تنص نفس المادة على وجوب تحديد مقدار خاص بها، وأن الاستئناف ينشر الدعوى وبالتالي فإن تمسك الطاعن بوجوب تطبيق العنصر المذكور في تحديد التعويض عن نزع الملكية أمام محكمة الاستئناف لا يشكل طلباً جديداً وإنما هو مجرد مطالبة بتطبيق مقتضيات المادة 20 المذكورة من أجل تقدير التعويض استناداً إلى كافة عناصر تحديده بما فيها عنصر ناقص وفائض القيمة للجزء غير المنزوعة ملكيته"¹³.

أما بالنسبة لمطالبة المنزوعة ملكيته بتفعيل عنصر ناقص القيمة، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط أن الأضرار اللاحقة بالقطعة الأرضية المتبقية من العقار المنزوعة ملكيته جراء حرمانها من ماء السقي بعد نزع ملكية البئر المتواجد بالجزء المنزوع، تبقى أضراراً محتملة طالما أن بإمكان المنزوعة ملكيتهم حفر بئر جديد بالجزء المتبقى من العقار ولم يثبت أن هذه الإمكانية مستحيلة التحقيق ويكون معه هذا الشق من الطلب غير مرتكز على أساس¹⁴.

وفي قرار آخر لنفس المحكمة ذهبت إلى أن التخصيص الأساسي للعقار المنزوعة ملكيته والمتمثل في الاستعمال لحاجيات النشاط الفلاحي وفق ما أكدته نتيجة الخبرة المنجزة في الملف،

¹³ القرار عدد 2/837 الصادر بتاريخ 24 يوليوز 2014 في الملف الإداري عدد 2014/2/4/1916.

¹⁴ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3022 الصادر بتاريخ 23 يوليوز 2013 في الملف رقم 2013/7211/274.

يظل متاحاً للمستأنف عليها في المساحة المتبقية من العقار والبالغ حجمها 8234 متراً مربعاً، في حين أن عدم صلاحية المساحة المذكورة للبناء اعتباراً للضوابط الجماعية المقررة للمنطقة والتي لا تسمح بالترخيص بالبناء إلا إذا كانت المساحة تساوي أو تتجاوز 10.000 متر مربع لن يكون له سوى تأثير محدود على قيمتها التجارية اعتباراً للتخصيص المذكور، ولكون هذا الارتفاق يبقى محدوداً في الزمان بمدة سريان الضوابط المقررة له والتي تتأثر بالتطور العمراني وانعكاساته على التهيئة الحضرية للمجال ومادامت المستأنف عليها لم تدل بما يؤكد رغبتها الحقيقية في إنجاز بناية فوق العقار في الوقت الحاضر وأن مشروع نزع الملكية هو الذي وقف حائلاً دون ذلك، مما يبقى معه التعويض المحكوم به وبالنظر إلى جميع هذه الاعتبارات متمسكاً بالمبالغة وعدم التناسب مع الضرر اللاحق بالمستأنف عليها ويتعين خفضه إلى القدر الملائم¹⁵.

2- طلب اقتناء الجزء المتبقي من العقار:

تستهدف هذه المسطرة جبر الضرر الذي يلحق المنزوعة ملكيته عندما ينصب نزع الملكية على جزء من بناية فقط كيفما كان نوعها أو تظل بحوزته قطعة أرضية غير قابلة للاستعمال بالنظر لأنظمة التعمير ولا لأي استغلال مفيد.

ويشترط لها حسب الفصل 23 من قانون نزع الملكية أن يتم تقديم طلب بذلك إلى نازعة الملكية قبل انصرام الأجل المخصص للبحث الإداري أي شهرين من تاريخ نشر مقرر التخلي بالجريدة الرسمية، وهو أجل قصير وفيه إضرار بمصالح المنزوعة ملكيته الذي قد لا تتبين له في هذه الفترة شكل وحجم المساحة المتبقية من العقار كما قد تتغير بعدها المعطيات المتعلقة بوثائق التعمير. وبما أن المشرع لم يرتب أي جزاء على عدم التقيد بهذا الأجل فإنه يمكن حمله على أنه يخاطب إمكانية قبول الطلب من جانب الإدارة، وليس هناك ما يمنع من توجيه هذا الأخير إلى القضاء مباشرة أثناء النظر في دعوى نقل الملكية.

إن الصياغة التي ورد بها الفصل 23 المذكور حول كون الجزء المتبقي لا يمكن المطالبة باقتنائه إلا إذا كان غير صالح للاستعمال وفق أنظمة التعمير ولا لأي استغلال مفيد آخر، لا يعني أن قطعة أرضية ما وإن لم تعد صالحة للبناء بالنظر إلى حجم مساحتها اعتماداً على ضوابط البناء في المنطقة لا يمكن التعويض عنها على أساس أنها قابلة لاستغلال آخر، لأن تخصيص البناء هو المفترض في الأراضي الحضرية، وأن عبارة استغلال مفيد آخر الواردة في الفصل تعني أساساً الأراضي الواقعة خارج المدار الحضري.

كما أنه لئن كان المشرع لم يحدد أي شرط من أجل طلب اقتناء البناية التي شمل نزع الملكية بعضها منها، إلا أن الغاية من سن هذه المسطرة يقتضي القول بأن المقصود هو البناية التي لم تعد

¹⁵ القرار عدد 404 الصادر بتاريخ 08 فبراير 2012 في الملف عدد 2011/7211/255، ويمكن الرجوع في نفس الموضوع إلى قرارها عدد 71 بتاريخ 13 يناير 2015 في الملف عدد 13/11/571.

قابلة للاستغلال ولا يمكن فصلها عن الجزء المنزوعة ملكيته مما يتحقق معه الضرر المبرر لطلب اقتناء الجزء المتبقي منها.

وعموما يلاحظ بأنه من الناحية العملية نادرا ما تلجأ الإدارة نازعة الملكية إلى تفعيل مسطرة فائض القيمة الذي يصيب الجزء المتبقي من العقار المنزوعة ملكيته أو العقارات المجاورة التي تعرف ارتفاعا في قيمتها نتيجة تنفيذ مشروع نزع الملكية، في الوقت الذي لا يتردد المنزوعة ملكيتهم في المطالبة بتعويضهم عن ناقص قيمة الجزء المتبقي من العقار أو اقتنائه حتى وإن قضي في أغلبها برفض الطلب وبالأخص في الحالة الثانية حيث لا يثبت استحالة استغلال الجزء المذكور في الغرض المخصص له، وهذا ما يخل بالتوازن في منظومة التعويض التي تحكم مسطرة نزع الملكية والقائمة على التزامات متبادلة بين جميع أطرافها تفرض على نازعة الملكية تعويض المنزوعة ملكيته عن المساحة المنزوعة تعويضا كاملا يجبر الضرر اللاحق به وفق الضوابط المسطرة في الفصل 20 من قانون نزع الملكية، وفي نفس الوقت تتيح لها اقتضاء حقوقها منه عن مقابل استفادته من ارتفاع قيمة الجزء المتبقي والذي قد يفوق أحيانا مبلغ التعويض المستحق له عن نزع الملكية وكذا من الملاك المجاورين عن الزيادة التي تعرفها عقاراتهم التي تجاوز مشروع نزع الملكية بفعل هذا الأخير استنادا إلى مبدأ عدم الإثراء على حسابها بدون سبب، الأمر الذي سوف يؤدي لا محالة إذا ما تم تفعيل هذه المساطر الموازية إلى خفض الكلفة الإجمالية التي تتحملها الإدارة في أداء التعويضات المستحقة عن نزع الملكية.

3- مسطرة المساهمة المجانية:

نصت عليها مقتضيات المادة 37 من القانون رقم 90.12 المتعلق بالتعمير، وتفرض على الملاك أصحاب العقارات المجاورة للطرق العامة المزمع إحداثها المساهمة بجزء من العقار لا يستحقون عنه أي تعويض يعادل مستطيلا عرضه عشرة أمتار وطوله مساويا لطول واجهة الأرض على الطريق المراد إحداثها، على أن لا تتعدى هذه المساهمة قيمة ربع القطعة الأرضية.

وقد أرسى الاجتهاد القضائي الإداري في تطبيقه لهذه القاعدة العديد من المبادئ التي تستلهم فلسفة المشرع والغاية المتوخاة من إقرارها كإحدى الآليات التي تروم ضبط الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة، تتمثل في:

- أن المساهمة المجانية تجد تطبيقها في حالة احترام الإدارة لمسطرة نزع الملكية ولا مجال للتمسك بها عند النزع الجبري للملكية في إطار الاعتداء المادي¹⁶، كما لا وجه لسريانها عندما يشمل نزع الملكية المساحة الإجمالية للعقار ولا يتبقى منه أي جزء يستفيد من إحداث الطريق العام.

¹⁶ قرار محكمة النقض عدد 91 الصادر بتاريخ 28 فبراير 2007 في الملف الإداري عدد 2006/3/4/1764.

- المساهمة المجانية تسري أيضا على الطرق الوطنية كما تنطبق على الطرق الجماعية استنادا إلى مقتضيات المادة 82 من نفس القانون التي نصت على أن الأحكام المنصوص عليها في المادة 37 تنطبق على طرق المواصلات البرية¹⁷.

ونعتقد بأنه لا يمكن الجمع بين مسطرتي فائض القيمة والمساهمة المجانية طالما أن المبلغ الذي يخصم من التعويض المستحق عن نزع الملكية بفعل فائض القيمة يكون مقابل الارتفاع في قيمة الجزء المتبقي من العقار وهو نفسه الأساس الذي يقوم عليه مبدأ المساهمة المجانية.

- تستثنى مشاريع توسعة الطرق القائمة سلفا من تطبيق المساهمة المجانية لأنه يفترض في نازعة الملكية أنها استفادت منها عند إحداث الطريق لأول مرة إلا إذا أثبتت خلاف ذلك.

- إن المساهمة المجانية لا تعتمد بالنسبة لمشاريع إحداث الطرق السيارة اعتبارا لكون تلك المساهمة هي كمقابل عن الفائدة التي يجنيها صاحب الملك من الوضع الجديد المتمثل في توفره على واجهة تطل على الطريق العام، وهو ما ينتفي في مشروع إحداث الطريق السيارة بحكم الارتفاقات التي يقررها هذا الأخير وتفرض

عدم إمكانية الولوج إليه وانعدام أي منفذ له من أصحاب الأراضي المجاورة وبالتالي ينعدم مفهوم الجوار بمعناه الإيجابي لذي هو أساس إقرار مبدأ المساهمة المجانية¹⁸.

المبحث الثاني: إجراءات تنفيذ التعويض عن نزع الملكية

إذا كانت مسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة تتصف بالتعقيد وكثرة إجراءاتها الإدارية مما يطيل أمد المنازعة قبل الحسم النهائي للمراكز القانونية للأطراف، فإن التعقيد نفسه نجده حاضرا في عملية تنفيذ التعويض الاحتياطي المقترح من طرف نازعة الملكية التعويض التكميلي أو المحكوم به في دعوى نقل الملكية، وهو تعقيد أضحي عائقا في كثير من الأحيان في استيفاء المنزوعة ملكيته من التعويض تحقيقا لغاية جبر الضرر التي يستهدفها خصوصا عندما يشمل نزع ملكية عقارا كان يشكل مسكنا وموردا للدخل للمعني بالأمر في نفس الآن¹⁹، الأمر الذي يفرض وبكيفية ملحّة إعادة النظر في النظام الخاص بتنفيذ شق التعويض في دعوى نقل الملكية من أجل العمل على تطويره في اتجاه تبسيطه والأخذ بعين الاعتبار التداعيات السلبية الناتجة عن تأخر المنزوعة ملكيته في الاستفادة من التعويض المستحق له، وفي نفس الوقت دون الإخلال بوجود مراعاة الطبيعة القانونية للعقارات المنزوعة ملكيتها في ارتباطها بحقوق الأغيار التي قد تتضرر بمسطرة نزع الملكية من غير أن يتم استدعائهم إليها.

¹⁷ على سبيل المثال قرار محكمة النقض عدد 123 الصادر بتاريخ 14 مارس 2007 في الملف رقم 2007/3/4/833.

¹⁸ قرار محكمة الاستئناف الإدارية عدد 71 الصادر بتاريخ 13 يناير 2015 في الملف عدد 2013/11/571، وأيضا قرارها عدد 402 بتاريخ 8 فبراير في الملف عدد 2011/11/883.

¹⁹ حالة بعض العقارات الفلاحية التي تنتزع بالكامل وكانت تستغل من طرف المنزوعة ملكيته في سكنها وفي ممارسة النشاط الزراعي وتربية الماشية.

لقد أرسى القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت نظاماً استثنائياً لتنفيذ الحكم الصادر في دعوى نقل الملكية وتحديد التعويض يخرج عن القواعد العامة لتنفيذ الأحكام القضائية الواردة في قانون المسطرة المدنية سواء من جهة الحكم القابل للتنفيذ أو من جهة الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذه، وهذه الأحكام الخاصة كثيراً ما تتفرع عنها نزاعات قضائية تتطلب تدخل رئيس المحكمة الإدارية التي تشرف على عملية التنفيذ من أجل إيجاد حلول لها تراعي حقوق الطرفين وبالأساس مصالح الغير التي أناط المشرع بالمحكمة مسؤولية ضمانها من خلال احترام الإجراءات المذكورة.

أولاً: الحكم القابل للتنفيذ في دعوى نزع الملكية:

مما ينبغي الإشارة في البداية أن كلا من الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الإذن في الحيازة مقابل التعويض الاحتياطي أو الحكم القضائي الصادر في دعوى نقل الملكية وتحديد التعويض النهائي يخضعان لمسطرة موحدة في عملية تنفيذهما ولم يميز المشرع بينها في الإجراءات الواجب اتباعها لحصول هذا التنفيذ، والتي تقتضي قبل الشروع فيها التأكد مما إذا كان الأمر أو الحكم المذكورين قابليين للتنفيذ من الأساس.

وهكذا فإنه بالنسبة للتعويض الاحتياطي الذي تقترحه نازعة الملكية يكون قابلاً للتنفيذ فور صدور الأمر الاستعجالي القاضي بالإذن في الحيازة وتبليغه لنازعة الملكية لأنه مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون ولا يقبل الطعن بالتعرض استناداً إلى مقتضيات الفصل 153 من قانون المسطرة المدنية، ولأنه لا يقبل الطعن بالاستئناف بصريح نص الفقرة الثانية من الفصل 32 من قانون نزع الملكية.

أما بالنسبة للحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الإدارية في دعوى نقل الملكية واستثناء على أصل القواعد العامة التي تجعل للاستئناف أثر واقف للتنفيذ، فقد نص الفصل 33 من القانون رقم 7-81 كما تم تغييره بمقتضى المادة 39 من القانون رقم 90.41 المحكمة بموجبه محاكم إدارية على أن الاستئناف المرفوع ضد الحكم الصادر في دعوى نقل الملكية في الشق المتعلق بالتعويض لا يترتب عليه وقف التنفيذ، وزادت في تأكيد هذا الأثر غير الموقوف للاستئناف مقتضيات الفصل 35 من القانون رقم 81.7 عند ما نصت على " أن دفع الفرق المحتمل بين مبلغ التعويض المعروض ومبلغ التعويض المحدد بحكم استئنافي يتوقف في حالة استئناف أو طلب النقض مع مراعاة أحكام الفصلين 30 و 31 على تقديم ذوي الحقوق لكفالة بنكية. وفي حالة عدم تقديم الكفالة يودع الفرق ويبقى مودعاً إلى أن تنتهي المسطرة القضائية".

وبالتالي فإنه بحسب هذه المقتضيات يكون التعويض المحكوم به ابتدائياً عن نزع الملكية قابلاً للتنفيذ فوراً حتى مع وجود الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية في شقه المتعلق بالتعويض باعتباره لا يقبل ذلك الطعن في شقه الأول المتعلق بنقل الملكية²⁰، وكل ما هنالك

²⁰ الفقرة الثالثة من الفصل 32 من القانون رقم 81.7.

أن تقديم الطعن بالاستئناف يلزم المنزوعة ملكيته بتقديم كفالة بنكية كشرط لتمكينه من التعويض وفي حالة عدم تقديمها وجب على نازعة الملكية إيداع هذا الأخير لدى صندوق الإيداع والتدبير، ولا يمكنها أن تتدرع بكون الحكم لم يحز بعد قوة الشيء المقضي به لتعطيل تنفيذه، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في قرارها عدد 556 الصادر بتاريخ 22 ماي 1997 في الملف الإداري عدد 96/1334، جاء فيه بأن " الأحكام الصادرة في مادة التعويض عن نزع الملكية تكون قابلة للتنفيذ ولو طعن فيها بالاستئناف مادامت الإدارة نازعة الملكية لم تطلب إيقاف تنفيذها أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى " ²¹.

وهكذا فإن استئناف الحكم الصادر في دعوى نقل الملكية ليس له أثر واقف، وإنما فقط تختلف آثاره بحسب نوعية التنفيذ هل يتعين دفع التعويض إلى المنزوعة ملكيته مباشرة في حالة تقديمه كفالة بنكية أو في حالة العكس إيداعه لدى صندوق الإيداع والتدبير، ومن نتائج ذلك أنه لا يمكن تصور شمول الحكم بالنفاذ المعجل خلافا لما ذهب إليه بعض الفقه من أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل بناء على طلب المنزوعة ملكيته في الشق المتعلق بالتعويض أو بناء على طلب السلطة نازعة الملكية في الشق المتعلق بنقل الملكية²²، علما بأن الحكم يصدر انتهائيا في هذا الشق الأخير ولا يقبل الطعن بالاستئناف كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه.

ولعل من الإشكاليات التي يثيرها تداخل طرق الطعن في الأحكام المتاحة في دعوى نزع الملكية لأجل المنفعة العامة مسألة الطعن بالاستئناف الذي يرفعه المنزوعة ملكية وقد سبقه طعن مماثل من طرف نازعة الملكية صدر فيه قرار انتهائي وغيابي في حق المنزوعة ملكيته يقضي بخفض التعويض المحكوم به ابتدائيا وأحيانا إلى حدود التعويض المقترح من طرف نازعة الملكية لعدم سبق المنازعة فيه وفي غياب مؤشرات في وثائق الدعوى دالة على كونه لا يلائم القيمة الحقيقية للعقار، وبالتالي فأيا كانت النتيجة التي سيؤول إليها الاستئناف الثاني المرفوع لاحقا من طرف المنزوعة ملكيته فإنها ستكون غير متجانسة مع منطوق القرار الأول وستكون المحكمة قد أصدرت قرارين متناقضين في نفس القضية مما يخلق صعوبة في تنفيذهما.

وقد حاولت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط معالجة هذه الإشكالية بما يمنع سقوطها في هذا التناقض بين قراراتها بعد تأكدها من ضمان حقوق المنزوعة ملكيته في الدفاع عن مصالحه، وذلك من خلال التصريح بعدم قبول الاستئناف الثاني المرفوع من طرف هذا الأخير ما دام بإمكانه المنازعة في التعويض من خلال الطعن بطريق التعرض في القرار الاستئنافي الأول، ومما جاء في أحد قراراتها الصادرة في هذا الشأن " وحيث إنه بمراجعة وثائق الملف الابتدائي، يتضح أن الحكم المستأنف في نازلة الحال كان موضوع طعن سابق بالاستئناف من طرف الوكالة الخاصة طنجة البحر الأبيض المتوسط صدر فيه قرار غيابي في حق المستأنف عليها (المستأنفة في ملف النازلة)

²¹ أشار إليه الدكتور العربي محمد مياد في مؤلفه "الدليل العملي في قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العامة"، سلسلة إعلام وتبصير المستهلك، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة منقحة 2012، صفحة 61-62.

²² د. محمد الكشور : " نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، قراءة في النصوص وفي مواقف القضاء "، طبعة ثانية محينة ومزودة ومنقحة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2007، صفحة : 230.

بعد تخلفها عن الحضور والجواب رغم التوصل، يقضي بتأييد الحكم المستأنف في مبدئه مع حصر التعويض في مبلغ 700,00 درهم للمتر المربع وذلك بتاريخ 2013/3/22 في الملف عدد 11/12/372، مما مؤداه أن إعادة مناقشة المستأنف للتعويض المحكوم به بموجب حكم نهائي لا يمكن أن تتأتى إلا من خلال الطعن بالتعرض في القرار الاستئنافي المذكور، في حين أن الاستئناف الحالي المقدم من طرفها وكيفما كانت النتيجة التي آل إليها مع الأخذ بعين الاعتبار وجوب احترام مبدأ لا يضر أحد باستئنافه سيفضي إلى صدور قرارات متناقضة في نفس النزاع، لذا واعتبارا لحسن سير العدالة وما دام المشرع قد ضمن حقوق المستأنفة في الدفاع عن مصالحها وفق طريق الطعن المناسب لظروف النازلة، يتعين التصريح بعدم قبول الاستئناف.²³

وهي العلة ذاتها التي اعتمدها المحكمة للتصريح بعدم قبول الاستئناف المرفوع من طرف المنزوعة ملكيته بعد سبق طعنه بالتعرض في القرار الاستئنافي الصادر بناء على الاستئناف الذي تقدمت به نازعة الملكية وأن ممارسة حقوقه في الدفاع عن مصالحه من خلال الطعن بالتعرض يحول دون الجمع بينه وبين الطعن بالاستئناف في الحكم الابتدائي.²⁴ وذلك باعتبار القرار الاستئنافي الصادر في الشق المتعلق بالتعويض في دعوى نقل الملكية يكون قابلا للطعن فيه بالتعرض في إطار الأحكام العامة المنصوص عليها في الفصلين 130 و352 من قانون المسطرة المدنية، طالما لا يوجد أي مقتضى خاص في قانون نزع الملكية يمنع هذا الطعن.²⁵

ثانيا: تنفيذ التعويض عن نزع الملكية

إن الحكم بنقل الملكية لفائدة الإدارة نازعة الملكية وتقييد العقار باسمها في الرسم العقاري وفق الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 26 من القانون رقم 81.7²⁶، يترتب عنها التزامها الفوري بدفع التعويض المحكوم به إلى المنزوعة ملكيته تحت طائلة استحقاقه لفوائد قانونية حسب السعر القانوني المعمول به في المعاملات المدنية إذا لم يتم ذلك الدفع خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ أو نشر الحكم الصادر بنقل الملكية وتحديد التعويض.²⁷

غير أنه في كثير من الأحيان تعترض مسطرة تنفيذ التعويض عن نزع الملكية صعوبات وإكراهات عملية تحتم الانتقال من مسطرة الدفع المباشر للمنزوعة ملكيته إلى إيداع التعويض بصندوق الإيداع والتدبير إما مراعاة لمصالح الإدارة في حالة دفع التعويض التكميلي قبل صيرورة

²³ القرار عدد 361 الصادر بتاريخ 28 يناير 2014 في الملف رقم 11/13/1762.

²⁴ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1327 الصادر بتاريخ 25 مارس 2014 في الملف رقم 11/13/802، وكذا قرارها عدد

3023 الصادر بتاريخ 2013/7/23 في الملف رقم 11/13/406.

²⁵ صدر حديثا قرار عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض تحت عدد 3/309 بتاريخ 2016/3/3 في الملف الإداري عدد 2014/3/4/1887، ذهب إلى كون القرار الاستئنافي الصادر في مادة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة في الشق المتعلق بالتعويض لا يقبل التعرض استنادا إلى مقتضيات الفصل 24 من القانون رقم 81.7، وذلك خلافا لما تواتر عليه العمل القضائي لمحكمتي الاستئناف الإدارية من أن تلك المقتضيات تخاطب الحكم الابتدائي وليس القرار الاستئنافي.

²⁶ تتمثل هذه الإجراءات في تبليغ الحكم تلقائيا إلى نازع الملكية والمنزوعة ملكيتهم الذين عرفوا بأنفسهم خلال مسطرة الإشهار في المرحلة الإدارية، وإلى ذوي الحقوق المثبتين في شهادة المحافظة العقارية بالنسبة للعقارات المحفظة أو التي في طور التحفيظ، أو نشر الحكم في شكل ملخصات في جريدة أو عدة جرائد مألوف لها بنشر الإعلانات القانونية، وتعليقه بالكامل في مكتب الجماعة التابع لها موقع العقار إذا لم يعرف المنزوعة ملكيتهم بأنفسهم وكان العقار غير محفظ ولا في طور التحفيظ.

²⁷ الفصلين 29 و31 من القانون رقم 81.7.

الحكم مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، أو حفاظا على مصالح الغير الذي قد تكون له حقوق في العقار المنزوعة ملكيته وتحولت إلى حقوق في التعويض بعد نقل ملكيته إلى السلطة نازعة الملكية ومن غير أن يكون حاضرا في دعوى نقل الملكية، وبالتالي يمكن حصر الحالات التي تجيز للإدارة سلوك مسطرة إيداع التعويض بدل دفعه في:

1- حالة استئناف الحكم الابتدائي الصادر في دعوى نقل الملكية أو الطعن بالنقض في القرار الاستئنافي ولم يعمد المنزوعة ملكيته إلى تقديم الكفالة البنكية المنصوص عليها في الفصل 35 من قانون نزع الملكية.

2- حالة وجود تقييدات مسجلة بالرسم العقاري لفائدة الغير (حجوزات أو رهون) وتقدموا بتعرضاتهم لدى الإدارة أو المحكمة التي تباشر عملية التنفيذ، حيث إن دفع التعويض للمالك في هذه الإحالة يكون في حدود ما تجاوز مبلغ الحجز أو الرهن، بينما يتعين إيداع المبلغ المتبقي من التعويض الموازي لقيمة هذا الأخير لدى صندوق الإيداع والتدبير إلى حين إدلاء المنزوعة ملكيته برفع اليد صادر بصورة صحيحة عن المستفيد من التقييد أو بحكم قضائي، باعتبار ذلك من تجليات الغاية التي تستهدفها مسطرة الإشهار في نزع الملكية.

3- حالة ما إذا لم يتم ذوي الحقوق بالتعريف بأنفسهم.

4- حالة وجود تعرضات مقدمة ضد عقارات في طور التحفيظ أو عقارات غير محفظة متنازع بشأنها أمام المحاكم، حيث يودع التعويض بصندوق الإيداع والتدبير ويظل مودعا إلى حين تعيين ذوي الحقوق على إثر استنفاد إجراءات التحفيظ، أو صدور حكم نهائي من لدن القضاء المختص في الدعوى الجارية في موضوع الاستحقاق.

5- حالة عدم إدلاء المنزوعة ملكيتهم بالوثائق المثبتة للملكية أو كانت هذه الوثائق ناقصة، وعندئذ يتعين على نازع الملكية تعليق إعلانات بمكتب الجماعة والمحافظة على الأملاك العقارية اللذين يتواجد العقار المنزوعة ملكيته بدائرتهما تعرف بالعقار وبأسماء الأشخاص المظنون أنهم ذوو الحقوق، وإذا لم يقدم أي تعرض خلال أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ هذا التعليق، فإن التعويض يدفع إلى الأشخاص المظنون أنهم ذوو الحقوق، وعند حدوث تعرض يبقى التعويض مودعا بصندوق الإيداع والتدبير إلى حين تعيين المستحق له بحكم نهائي أو أن يدلي الأشخاص المظنون أنهم ذوو الحقوق برفع يد صحيح ومقبول عن التعرض²⁸.

وقد أبانت التجربة العملية أن الإدارة نازعة الملكية تتشدد غالبا في إجراءات تنفيذ التعويض التكميلي المحكوم به أو حتى التعويض الاحتياطي المقترح من طرفها وذلك بدون موجب قانوني إلى حد التعسف أحيانا لاسيما بالنسبة للعقارات غير المحفظة حيث تبادر بصورة تلقائية إلى إيداع التعويض لدى صندوق الإيداع والتدبير عوض دفعه إلى المنزوعة ملكيته الذي تشترط عليه استيفاء إجراءات التعليق المشار إليها أعلاه، وذلك على الرغم من إدلائه بكافة الوثائق المثبتة لملكيته وعدم

²⁸ الفصل 30 من القانون رقم 81.7.

وجود أي تعرض عليها من طرف الغير والحال أن تلك الإجراءات لا تكون واجبة إلا عندما تكون وثائق الملكية المدلى بها غير كافية أو غير متوفرة بالمرّة.

كما أنها تمتنع عن تمكين المنزوعة ملكيته من رفع اليد عن التعويض المودع لدى صندوق الإيداع والتدبير بذريعة أنها لم تتمكن بعد من الحيابة الفعلية للعقار مما يطرح التساؤل ما إذا كان تنفيذ التعويض لفائدة المعني بالأمر مرتبط بالحيابة القانونية للعقار من طرف نازعة الملكية من خلال تسجيلها كمالكة بالرسم العقاري أم لا بد أن يكون ذلك مقترنا بالحيابة الفعلية. وفي جوابها على هذا التساؤل اعتبرت محكمة النقض إلى " أن تنفيذ الإذن بالحيابة مرتبط بالتزام مقابل له متمثل في تسليم المنزوعة ملكيته للتعويض المقابل، وأن القاعدة أن من يطالب بتنفيذ التزام الطرف الآخر عليه أن يثبت أنه نفذ التزامه المقابل، ولما كان النزاع الماثل يتعلق بطلب تسليم التعويض المحكوم به في مقابل الإذن بالحيابة إلى المنزوعة ملكيته، وذلك نتيجة امتناع الطالبة عن تنفيذ الأمر بدفع التعويض المذكور بدعوى عدم تسلمها العقار موضوع الإذن بالحيابة، فإن هذا الالتزام المتبادل الذي أساسه الأمر بالإذن بالحيابة مقابل التعويض والذي هو موضوع طلب التنفيذ في نازلة الحال لا علاقة له بالحكم القاضي بنقل الملكية مقابل التعويض النهائي والمحكمة المطعون في قرارها لما عللت بما جاء به من أنه (وكما صح في تعليل الأمر المستأنف، فالثابت من شهادة الملكية الصادرة عن المحافظ على الأملاك العقارية بالمحمدية عدد 853325 بتاريخ 2011/01/30 أن العقار موضوع النزاع انتقلت ملكيته إلى المستأنفة وأصبح مسجلا في اسمها بالرسم العقاري عدد 66663/س وبالتالي تكون قد تحققت لها الحيابة القانونية للعقار التي يقابلها التزام بدفع التعويض النهائي عن نقل الملكية لفائدة المنزوعة ملكيته والذي يستغرق التعويض الاحتياطي المودع بصندوق الإيداع والتدبير، وأنه على فرض صحة ادعاء المستأنفة بأنها لم تتمكن من الحيابة الفعلية للعقار لامتناع المستأنف عليه والغير من إفراغه، وهو أمر لم يقم دليل عليه في الملف، فإنه يفرض عليها اتباع الآليات القانونية للحصول على تلك الحيابة وإفراغ العقار ممن يعتمره ما دامت أنها تتوفر على السند القانوني للحيابة المذكورة وانتقال العقار إلى ملكيتها...) فإنها تكون قد بنت قضائها على تعليل فاسد ينزل منزلة انعدامه وخالف مقتضيات الفصل 234 من قانون الالتزامات والعقود وعرضت قرارها للنقض"²⁹.

وبالمقابل فإنه في حالات كثيرة بادرت الإدارة نازعة الملكية قبل البت في دعاوى نقل الملكية أو بعده إلى رفع دعاوى استعجالية في مواجهة المنزوعة ملكيته أو غيره ممن يحتل العقار بإذنه أو بدونه من أجل المطالبة بإفراغه، وهو ما تستجيب له المحكمة استنادا إلى الأمر القضائي الذي أذن للإدارة في حيابة العقار مما يجعل المعتمتر له في وضعية المحتل بدون سند قانوني تبرر تدخل قاضي المستعجلات الإداري للأمر بإفراغه، واستحضارا " للغاية الأساسية التي استهدفها المشرع من ذلك الأمر وهي السماح للإدارة بحيابة العقار على وجه السرعة والشروع في إنجاز المشروع المعلن أنه من المنفعة العامة قبل استنفاد الإجراءات القضائية لدعوى نزع الملكية والحكم النهائي

²⁹ قرار محكمة النقض عدد 2/314 بتاريخ 23 ماي 2013 في الملف الإداري عدد 2012/2/4/654.

بنقل الملكية إليها، وهو ما لا يمكن تأتيه إلا بإفراغ العقار ممن يعتمره بعد استفادته من كافة الضمانات القانونية المخولة له في هذا الشأن³⁰

وهذا يعني أن السلطة نازعة الملكية تتوفر على المساطر القضائية من أجل إفراغ كل من يعتمر العقار المنزوعة ملكيته استنادا إلى المركز القانوني الذي قرره له الأمر الاستعجالي الذي أذن لها في حيازة العقار أو الحكم النهائي بنقل ملكيته عليها والذي يترتب عنه تطهير العقار الذي يصبح ملكا خالصا لها وانصراف جميع الحقوق التي يمكن أن تكون للغير عليه إلى حقوق في التعويض، وهي الوسائل التي لا تكون متاحة للمنزوعة ملكيته من أجل المطالبة بإفراغ الغير المحتل للعقار أمام القضاء العادي لأنه سيواجه بانعدام صفته في تلك المطالبة بعد نقل ملكية العقار إلى الإدارة نازعة الملكية، الأمر الذي يحول دون اقتضائه للتعويض المحكوم به عن نزع الملكية إلى حين أن تبادر الإدارة إلى سلوك مسطرة الإفراغ في مواجهة ذلك الغير وتتمكن من الحيازة الفعلية للعقار.

ودائما في سياق الحلول القضائية التي تستهدف تمكين المنزوعة ملكيته من التعويض المحكوم به تحقيقا للضمانة التي يمثلها هذا الأخير في مسطرة نزع الملكية، قضت نفس محكمة الاستئناف الإدارية برفض طلب الصعوبة الذي تقدمت به الإدارة نازعة الملكية تأسيسا على عدم تمكنها من الحيازة الفعلية للعقار، وذلك بعد أن ثبت للمحكمة أن هذه الأخيرة قد أصدرت موقرا برفع اليد عن التعويض المودع لدى صندوق الإيداع والتدبير لفائدة المنزوعة ملكيته مما يعتبر قرينة على قيام هذا الأخير بإفراغ العقار لفائدتها ويجعل الصعوبة المثارة غير

ذات معنى بعد حصول التنفيذ موضوعها ولم يصدر قرار عن الإدارة بالترجع عن الموقر الإداري برفع اليد.

وفي نازلة أخرى اعتبرت المحكمة ذاتها أن حيازة الإدارة للجزء الأكبر من المساحة المنزوعة ملكيتها المثبتة بموجب محضر الحيازة المنجز من طرف مأمور إجراءات التنفيذ، يفرض عليها تمكين المنزوعة ملكيته من التعويض المحكوم به في حدود المساحة التي تمت حيازتها سيما وأنها أصدرت موقر برفع اليد عن مبلغ التعويض المناسب لقيمة هذه المساحة الأخيرة، وبالتالي لا يجوز لها التذرع بوجود صعوبة في تنفيذه بعلة عدم تمكنها من حيازة المساحة المتبقية من العقار المعتمرة من طرف الغير³¹.

³⁰ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 441 بتاريخ 2015/10/12 في الملف عدد 2015/7202/449. أنظر كذلك في نفس الاتجاه قرارها عدد 536 بتاريخ 2015/11/30 في الملف عدد 2015/7202/512، وقرارها عدد 355 بتاريخ 2016/4/25 في الملف عدد 2016/7202/319.

³¹ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 594 بتاريخ 25 يوليوز 2016 في الملف رقم 2016/7202/596.

خصوصية القواعد المسطرية في مادة نزع الملكية

ذ. محمد أوزيان

رئيس مصلحة بمديرية أملاك الدولة

تعتبر الدولة (الملك الخاص) من الأشخاص المعنوية العامة التي لها صلاحية ممارسة مسطرة نزع الملكية في إطار مقتضيات القانون رقم 7.81 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بتاريخ 6 ماي 1982.

ويتم اللجوء الى ممارسة المسطرة المذكورة بعد تعذر الإقتناء بالمراضاة، وذلك لفائدة الوزارات وبعض المؤسسات العمومية والشبه العمومية من أجل تمكينها من إنجاز منشآت ذات منفعة عامة كالمستشفيات والمصالح الإدارية والمؤسسات التعليمية... الخ.

ويشكل القانون رقم 7.81 الصادر بتاريخ 6 ماي 1982¹ وكذا المرسوم التطبيقي المؤرخ في 16 أبريل 1982² النظام التشريعي العام المؤطر لمادة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والإحتلال المؤقت وذلك بالإضافة الى تشريعات خاصة تم سننها لخصوصية بعض المشاريع والمناطق المتواجدة بها³.

وجاء القانون المعني بعدة مقتضيات موضوعية وإجرائية تهم مسطرة نزع الملكية، مع الإحالة في بعض الحالات على قانون المسطرة المدنية والتحفيظ العقاري⁴.

كما أنه فرض من خلال مجمل مقتضياته الرقابة على مسطرة نزع الملكية من خلال تحديد الأموال القابلة للنزع وحصر الجهات المؤهلة لسلوك المسطرة والغرض منها (المنفعة العامة)، وهو توجه ينسجم مع الفصل 35 من دستور 2011 الذي جاء في فقرته الأولى والثانية بأنه: " يضمن القانون حق الملكية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الإقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون....".

ونظرا لتعدد قواعد القانون محل الدراسة وتنوعها، فإن الأمر يتطلب التوقف ابتداء عند الخصائص المسطرية وإبرازها مع ترتيب الآثار اللازمة وتقديم الإقتراحات المساعدة على حسن تفعيل مضامينها وسنخصص لاحقا في مناسبات علمية بحول الله مقاما لرصد الخصائص الموضوعية لنزع الملكية.

¹ منشور بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1983، ص. 980.

² صدر المرسوم التطبيقي رقم 2.82.382 المؤرخ في 2 رجب 1403 هـ الموافق لـ 16 أبريل 1983م، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1983، ص. 988.

³ كنزع الملكية لإعادة إعمار وبناء مدينة أكادير و نزع الملكية لتهيئة خليج طنجة ونزع الملكية لتهيئة بحيرة مارتشيا... الخ.

⁴ انظر مثلا الفصلين 12 و 24 وغيرهما.

تبعاً لذلك، سنعمد في هذه الورقة تقسيماً ثنائياً كما يلي:

- الفقرة الأولى: طبيعة مسطرة نزع الملكية

- الفقرة الثانية: آثار خصوصية قواعد نزع الملكية

الفقرة الأولى: طبيعة مسطرة نزع الملكية

تتميز مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بكونها مسطرة عينية تهتم بالوضعية القانونية والواقعية للوعاء العقاري المراد نزع ملكيته وليس بصفة وأهلية أو شخصية المنزوعة ملكيته.

ونستشف هذه القاعدة الإجرائية الهامة من خلال العديد من المقتضيات المضمنة في القانون رقم 7.81 ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- ما نص عليه الفصل السادس في فقرته الأولى من أنه: " تعلن المنفعة العامة بمقرر إداري يعين المنطقة التي يمكن نزع ملكيتها ويمكن أن تشمل هذه المنطقة بالإضافة إلى العقارات اللازمة لإنجاز المنشآت أو العمليات المعلن أنها ذات منفعة عامة على الجزء الباقي من هذه العقارات وعلى العقارات المجاورة لها..."،

- مانص عليه الفصل السابع في فقرته الأولى من أنه: " يمكن للمقرر المصرح بالمنفعة العامة العامة أن يعين مباشرة الأملاك التي يشملها نزع الملكية..."،

- ما نص عليه الفصل 18 في فقرته الرابعة من أنه: "... استثناء من أحكام الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية تقبل الطلبات المذكورة ولو لم ينص فيها على أحد البيانات المقررة في الفصل المذكور إذا تعذر على نازع الملكية الإدلاء بها..."،

- ما نص عليه الفصل 37 في فقرته الخامسة من أنه: "... يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بناء على هذا الحكم بوضع رسوم نهائية في اسم السلطة النازعة للملكية بمجرد التحقق من الحدود واعداد التصميم العقاري، مع العلم بأنه لا يمكن قبول أي تعرض ولا يمكن ممارسة الحقوق المحتملة لفائدة الغير كيفما كان نوعها إلا بخصوص التعويض..."،

- ما نص عليه الفصل 38 من أنه: " لا يمكن لدعاوى الفسخ أو الإستحقاق وجميع الدعاوى العينية الأخرى أن توقف نزع الملكية أو أن تحول دون إنتاج آثاره، وتحول حقوق المطالبين إلى حقوق في التعويض ويبقى العقار خالصاً منها...".

فهذه المقتضيات وغيرها توضح بجلاء الطبيعة العينية لمسطرة نزع الملكية بحيث أن الأولوية للعقار وليس لمالكه وهو ما يترتب عنه النتائج الإجرائية التالية:

- إمكانية مباشرة مسطرة نزع الملكية حتى في ظل عدم وجود المالك أو عدم معرفته مع العلم بأنه وإن وجد خاصة في العقار غير المحفظ، فإنه يبقى مالكا مفترضا إلى حين إدلائه بالوثائق المثبتة للملكية،

- عدم اعتبار الحكم الصادر في دعوى نزع الملكية سندا لإثبات الملكية لأن قاضي نزع الملكية هو قاضي التعويض وليس قاضي إثبات الملك، كما أن منهجية القاضي الإداري تختلف عن منهجية القاضي المدني في قضايا نزع الملكية،

- أن أداء التعويض يكون لفائدة من يثبت ملكيته للوعاء العقاري المنزوعة ملكيته وإلا تم الإيداع بمؤسسة صندوق الإيداع والتدبير ويبقى المبلغ مودعا الى حين تحقق الشرط المذكور،

- أنه من بين أسباب نزع الملكية في بعض الحالات عدم توفر المتواجدين بالعقار المعني بهذه العملية العقارية على سندات الملكية،

- أن رئيس المحكمة الإدارية الواقع في دائرة نفوذها الترابي العقار المنزوعة ملكيته أو من ينوب عنه يصدر أمر أدنا بالحيازة مقابل أداء أو ايداع مبلغ التعويض الذي هو في الأصل عرض الدولة من خلال عناصر التقويم المعتمد من لدن اللجنة الإدارية للخبرة،

- أن قاضي الموضوع يقضي بنقل الملكية مقابل أداء أو ايداع التعويض المحكوم به سواء الموافق لعرض الدولة (التعويض الاحتياطي) أو يعدهل من خلال الرفع من قيمته فيصير تعويضا تكميليا،

- أن الوعاء العقاري المنزوعة ملكيته هو في اسم السلطة النازعة للملكية حيازة وملكية بغض النظر عن الجهة الإدارية وكذا طبيعة العقار، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في الفصل الرابع من قانون نزع الملكية⁵ وكذا مقتضيات المادتين 59 و 129 من مدونة الأوقاف⁶

ولعل ما يزيد في تكريس المشرع للطابع العيني لمسطرة نزع الملكية هو الفصل 30 من القانون رقم 7.81 الذي ينص على أنه: " غير أنه إذا لم يعرف ذوو الحقوق بأنفسهم وجب إيداع التعويضات المستحقة لدى صندوق الإيداع والتدبير.

ويتخذ نفس الإجراء إذا لم يدل بالوثائق المثبتة للملكية أو كانت هذه الوثائق غير كافية، وفي هذه الحالة يعمل نازع الملكية على تعليق إعلانات بمكتب الجماعة والمحافظة على الأملاك العقارية المعنيتين بالأمر تعرف بالعقارات وبأسماء الأشخاص المظنون أنهم ذوو الحقوق وإذا لم يقدم أي تعرض خلال أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ هذا التعليق فإن التعويضات تدفع الى الأشخاص المظنون أنهم ذوو الحقوق وفي حالة حدوث تعرض يبقى التعويض مودعا الى أن يصدر قرار قضائي بتعيين المستفيد النهائي من التعويض أو الى أن يدلي الأشخاص المظنون أنهم ذوو الحقوق برفع يد صحيح ومقبول عن التعرض المقدم.

⁵ نص الفصل الرابع من قانون نزع الملكية على أنه: " لا يجوز نزع ملكية المباني ذات الصبغة الدينية المعدة لإقامة الشعائر وكذا المقابر والعقارات التابعة للملك العام والمنشآت العسكرية."

⁶ يتعلق الأمر بتعلق الأمر بالظهير الشريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 هـ الموافق لـ 23 فبراير 2010، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 هـ الموافق لـ 14 يونيو 2010.

جاء في المادة 59 من المدونة ما يلي: "لا يجوز نزع ملكية العقارات الموقوفة وفقا عاما من أجل المنفعة العامة الا بموافقة صريحة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف".

كما جاء في المادة 129 من نفس المدونة على أنه: " يخضع الوقف المشترك لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وفقا عاما. وتقوم إدارة الأوقاف بتدبيره."

وفيما يخص العقارات الموجودة في طور التحفيظ المعترض عليها أو العقارات غير المحفظة المتنازع في شأنها أمام المحاكم فإن التعويض يبقى مودعا الى أن يتم تعيين ذوي الحقوق الحقيقيين على إثر إجراءات التحفيظ أو الدعوى الجارية".

بقراءة متأنية لهذا الفصل، فإننا نميز بين الحالات التالية:

1- حالة عدم معرفة مالك العقار المنزوعة ملكيته:

بخصوص هذه الصورة الأولى فقد أوجب المشرع ايداع مبلغ التعويض المحكوم به بصندوق الإيداع والتدبير. وتفترض هذه الحالة مباشرة مسطرة نزع الملكية ضد مجهول أو عدم مطالبة المفترض أنهم المالكين بالتعويض.

فالإيداع مطلوب بحكم الفصل 31 من القانون الذي يحدد أجلا معيناً للتنفيذ ويرتب عن ذلك فوائد، حيث جاء فيه: " إذا لم يتم دفع المبالغ الواجبة أو ايداعها خلال أجل شهر ابتداء من يوم تبليغ أو نشر الحكم الصادر بالأمر بالحيازة أو بنزع الملكية ترتبت على ذلك بحكم القانون لصالح المعنيين بالأمر بمجرد انتهاء هذا الأجل فوائد حسب السعر القانوني المعمول به في المعاملات المدنية.

وتترتب كذلك بحكم القانون فوائد لصالح المعنيين بالأمر إذا لم يرفع الحظر عن المبالغ المودعة في أجل شهرين يبتدئ من اليوم الذي أدلوا فيه برسوم صحيحة أو برفع اليد عن التعويضات".

2- حالة عدم الإدلاء بالوثائق المثبتة للملكية أو عدم كفايتها:

بخصوص هذه الصورة الثانية فيجب فيها ايداع التعويض أيضا بصندوق الإيداع والتدبير. وتفترض هذه الحالة عدم توفر المنزوعة ملكيتهم على أية وثيقة لإثبات الملكية بشكل نهائي أو التوفر عليها وعدم كفايتها.

وهنا يطرح السؤال حول مفهوم الوثيقة المثبتة لنزع الملكية في ضوء القانون رقم 7.81؟

قد يقدم المنزوعة ملكيتهم عدة وثائق عدلية أو رسوم اعتقادا منه بأتميتها لإثبات الملك ومنها رسوم المقاسمة أو المخارجة أو عقود الشراء المجردة عن أصل الملكية إلا ما تعلق برسوم استمرار الملك الدالة على الملكية بعناصرها ومقوماتها الشرعية والقانونية.

ولقد عبرت مدونة الحقوق العينية عن المقصود بقولها في الفقرة الثانية من المادة الثالثة بأنه: "لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفظة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية".

وبالعودة الى الفصل 30، فقد رتب في الحالة الثانية بعد الإيداع سلوك مسطرة الإشهار المحدد أجلها في ستة أشهر تامة تحتسب من تاريخ التعليق بمكتب الجماعة الترابية ومصلحة المحافظة على الأملاك العقارية الواقعة بدائرتي نفوذهما الوعاء العقاري موضوع نزع الملكية. وبانتهاء الأجل المحدد قانونا، تترتب عنه ما يلي:

- إما رفع اليد عن المبلغ المودع بصندوق الإيداع والتدبير عند عدم تسجيل أي تعرض من أي شخص على العقار والشخص المالك له،
- وإما الإبقاء على المبلغ مودعا بنفس المؤسسة البنكية حال تسجيل أي تعرض بدفتر الملاحظات وبالتالي عدم رفع اليد عنه إلا باستصدار قرار قضائي نهائي فاصل في موضوع الإستحقاق أو الإدلاء بما يفيد تنازل المتعرض عن تعرضه المسجل بهذا الخصوص،
- أما فيما يتعلق بالعقارات الجاري تحفيظها فيحفظ بالتعويض مودعا الى حين انتهاء دعوى التحفيظ وخلو العقار من أي تعرض.

وفي هذا الصدد، نؤكد على الخصوصيات المسطرية الآتية:

- أن سلوك مسطرة الإشهار لا ينبغي أن يتم إلا بعد الإيداع،
- أن تسجيل أي تعرض خارج أجل الستة أشهر المحددة في الفصل 30 لا يوقف مسطرة رفع اليد عن مبلغ التعويض المودع قياسا على حالة نهائية تأسيس الرسم العقاري،
- أن الإيداع قد يتجاوز حصرية الفصل 30 وذلك لوجود تحملات بالوعاء العقاري المنزوعة ملكيته أو دعاوى استحقاق بين مجموعة من المالكين. ونستحضر في هذا المقام مضمون الفصل 38 الذي ورد فيه بأنه: " لا يمكن لدعاوى الفسخ أو الإستحقاق وجميع الدعاوى العينية الأخرى أن توقف نزع الملكية أو أن تحول دون انتاج آثاره، وتحول حقوق المطالبين الى حقوق في التعويض ويبقى العقار خالصا منها".

وبغض النظر عن هذه المعطيات، فقد أوجد قانون نزع الملكية العديد من الضمانات لفائدة المنزوعة ملكيتهم منها على سبيل المثال لا الحصر:

- المراقبة القضائية لسلامة الإجراءات الإدارية لنزع الملكية،
- إمكانية استئناف حكم نزع الملكية دون تحديد لمبلغ التعويض، وهذا ما يضمن للملاك مناقشة عرض الدولة أمام القضاء بمختلف درجاته،
- حصول المالك على تعويضات يحددها القضاء.

لكن وبقدر وضوح هذه المميزات الإجرائية لدينا، فإنها تترتب مجموعة من الإشكالات العملية سننتظر لها في الفقرة الموالية مقدمين قدر الإمكان بعض الاقتراحات العملية.

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن خصوصية قواعد نزع الملكية

لن نكون نمطين تقليديين في رصد هذه الآثار بل سنربط في هذه الفقرة بين الآثار واشكالات مسطرة نزع الملكية على أن نعد الى طرح ثلة من الإقتراحات التي تفيد في تجاوز بعض صعوبات المسطرة المعنية.

ولن تسع هذه الورقة البحثية لرصد جميع الإشكالات بل سنقتصر على بعض منها وذلك عبر عنصرين كما هو مبين أدناه:

أولاً: إشكالات عامة

ترتبط هذه الإشكالات بمجموعة من الآثار والقواعد التي سنها قانون نزع الملكية والتي تحكم تطبيق مجموعة من الفصول ومن ذلك ما يقرره الفصل 20 والذي حدد قواعد التعويض عن نزع الملكية في المعايير التالية:

- التعويض عن الضرر الحالي والمحقق والمباشر عن مسطرة نزع الملكية،
- تحديد قدر التعويض بتاريخ صدور قرار نزع الملكية،
- ألا يتجاوز التعويض قيمة العقار يوم نشر المرسوم،
- اعتماد قيمة العقار بتاريخ آخر ايداع لمقال الإذن بالحيازة ونقل الملكية في حال تجاوز أجل 6 أشهر من تاريخ نشر المرسوم وهي قاعدة تهم السلطة النازعة للملكية.

بيد أن الممارسة أثبتت أن الخبرات المنجزة في قضايا نزع الملكية بناء على قانون المسطرة المدنية كثيراً ما تتجاوز هذه القواعد ولا تراعيها بل إن القاضي يصادق على بعضها ويعتمدها.

وعلى صعيد آخر، تنص الفقرة الأولى من الفصل 42 من القانون المشار اليه في الموضوع أعلاه على أنه: "إذا اتفق نازع الملكية والمنزوعة ملكيته على الثمن الذي حددته اللجنة بعد نشر مقرر التخلي وعلى كفيات تفويت العقار أو الحقوق العينية المنزوعة ملكيتها، فإن هذا الاتفاق الذي يجب أن يبرم طبقاً لمقرر التخلي، يدرج في محضر أمام السلطة الإدارية المحلية التابع لها موقع العقار إذا كان المنزوعة ملكيته يقيم بالمكان المذكور. أما إذا كان المنزوعة ملكيته غير مقيم بذلك المكان فإن هذا الاتفاق يبرم وفق مقتضيات القانون الخاص بواسطة عقد عرفي أو عدلي ويبلغ الى السلطة الإدارية المحلية وتترتب عليه ابتداء من تاريخ ايداعه لدى المحافظة على الأملاك العقارية جميع الآثار المنصوص عليها في الفصل 37 وكذا سحب الدعوى عند الإقتضاء من المحكمة الإدارية أو المجلس الأعلى."

فمن خلال الفصل المذكور فإنه يتضح أن الإتفاق بالمرضاة في اطار قانون نزع الملكية قد يكون:

- عبر محضر أمام السلطة الإدارية المحلية إذا كان المنزوعة ملكيته يقيم بموقع العقار،

- عرفيا أو عدليا إذا كان موطن المنزوعة ملكيته خارج مكان تواجد الوعاء العقاري المعني.

وفي إطار تنفيذ المقتضى القانوني أعلاه، فقد تم التوصل ببعض الملفات للتسوية مرفقة بعقود رسمية في إطار الفصل 42 دون تمييز بين الحالتين المشار إليهما وذلك بدعوى أن المادة الرابعة من القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية تقرر رسمية العقود الناقلة للملكية وتتيح استثناء التعامل بالمحررات الثابتة التاريخ المحررة من لدن محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض.

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن الفقرة الأولى من المادة المذكورة قررت المبدأ المشار إليه مالم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

كما أن الدورية عدد 395 الصادرة عن السيد المحافظ العام بتاريخ 27 نوفمبر 2013 تشير إلى مجموعة من الإستثناءات الوارد على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ومنها الفصل 42 من قانون نزع الملكية.

وتحفظ صراحة على هذا الإستثناء لعدم استيعابه من لدن المادة الرابعة المذكورة بالنظر إلى البنية اللغوية للنص ودلالته⁷.

وبخصوص إشكال آخر يتعلق بالإذن بالتجزئة والتقسيم والإدلاء بالملفات التقنية في إطار مسطرة نزع الملكية فقد اعتبرت دورية المحافظ العام عدد 406 أن عمليات الإقتطاع في إطار تنفيذ مشاريع نزع الملكية لا تستوجب الإذن بالتجزئة أو التقسيم المنصوص عليه في بعض التشريعات العقارية الخاصة وذلك بالنظر إلى القوة التنفيذية المستمدة من مرسوم إعلان المنفعة العامة.

وعلى هذا الأساس، يمكن الإستجابة من لدن المحافظين على الأملاك العقارية لطلبات ايداع أو تقييد عمليات نقل الملكية دون الإدلاء بالإذن المذكور.

أما فيما يتعلق بالملف التقني المنجز لإستخراج رسوم عقارية محددة المساحة، فإن الدورية المذكورة قد أبقت على شرط الإدلاء بالملفات التقنية طبقا للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل وخاصة الفصل 17 من مرسوم اجراءات التحفيظ العقاري.

ورغم ذلك، فإن هذا الإشكال الأخير يظل قائما.

ثانيا: إشكالات خاصة

تثير خاصية "العينية" في مسطرة نزع الملكية اشكالات تطبيقية عديدة منها:

⁷ انظر موقفنا الذي عبرنا عنه في المداخلة التي ألقيناها بمناسبة الذكرى المنوية لقانون الإلتزامات والعقود المنظمة بكلية الحقوق بأكدال بعنوان "رسمية العقود من ظهور الإلتزامات والعقود إلى مدونة الحقوق العينية"، التقرير السنوي لمحكمة النقض 2013، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ص.174.

- أن المنزوعة ملكيتهم أو من ينوب عنهم يطالبون بتنفيذ أحكام نزع الملكية دون إدلائهم بالوثائق المثبتة للملكية معتبرين هذه الأحكام هي السند والمنطق القانوني غير ذلك كما سبق بيانه سابقاً،

- نتيجة لذلك يبادرون الى رفع دعاوى الحجز ضد الدولة أو طلبات تحويل المبالغ المودعة من صندوق الإيداع والتدبير الى صندوق المحكمة الإدارية المعنية (محكمة التنفيذ). وغالبا ما يستجيب القضاء لهذه الطلبات وهو ما يشكل في نظرنا هدرا للمال العام إذا لم يتم إثبات الملك وصفة المنزوعة ملكيته،

- أن الأداء في مسطرة نزع الملكية هو الأصل والإيداع هو الاستثناء. وعلى هذا الأساس تجب الإشارة إلى أن أداء التعويض مرتبط بمبدأ العمل المنجز كما ينص على ذلك قانون المحاسبة العمومية ويقابله في مادة نزع الملكية نقل الملكية لفائدة السلطة النازعة الملكية،

- أن مأموري إجراءات التنفيذ أو المفوضين القضائيين وفي إطار الاختصاصات المخولة لهم لا يعترفون بتقنية "إيداع التعويض" للسبب المذكور أو لغيره فينجزون محاضر الامتناع المرتبة لآثار إجرائية خطيرة ضد الموظف العمومي والحال أن بعض الحالات لا صلة لها بالامتناع على الإطلاق،

- أنه يجب عند الحديث عن الطابع العيني استحضار الدلالات والآثار القانونية للفصل 11 من القانون رقم 7.81.

لذلك، وجب إعادة النظر في تكييف واقعة الامتناع وبسط رقابة القاضي الإداري على هذا التكييف ضمانا لحقوق المتقاضين ورعا لمصالح الدولة.

كما أنه ينبغي الربط بين أداء التعويض الاحتياطي وحياسة العقار المنزوعة ملكيته من لدن السلطة النازعة للملكية⁸.

وعلى العموم ولتجاوز الصعاب المرتبطة بسلوك مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فإننا نقترح:

- بداية مراجعة الإطار التشريعي،
- عدم نقل الملكية في إطار دعاوى الاعتداء المادي لكون هذا الأخير أصبح هو الأصل ومسطرة نزع الملكية كما هي منظمة في القانون رقم 7.81 هي الإستثناء،
- تقليص الأجلات،
- التنصيص في مرسوم نزع الملكية على حياسة العقار المراد نزع ملكيته مقابل ايداع تعويض احتياطي لفائدة المفترض أنهم الملاك،
- تفعيل الفصل 50 وما بعده من قانون نزع الملكية.

⁸ هناك توجه قضائي يكرس هذا الموقف. انظر مثلا:

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 375 الصادر بتاريخ 5 غشت 2015 في الملف عدد 2015/7202/258، غير منشور. انظر خلافة:

قرار الغرفة الإدارية (القسم الثاني) بمحكمة النقض عدد 2/314 الصادر بتاريخ 23 ماي 2013 في الملف الإداري عدد 2012/2/4/654، غير منشور.

الأثار القانونية لتصميم التهيئة بين النص القانوني والعمل القضائي

ذ. محمد بهاء الدين الزباخ
رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة

حضرات السيدات والسادة،

من دواعي سروري أن أشارك في هذا الندوة العلمية، التي تجمع ثلة من خيرة المهتمين بالشأن القانوني والتواقين إلى التأصيل والتعديد والتدقيق، كما تعد مناسبة للتواصل والتداول والارتقاء بالنقاش المعرفي والقانوني وتبادل وجهات النظر و كفل تلاقح الأفكار والآراء، سيما في موضوع يلامس أهم الانشغالات المرتبطة بقضايا التعمير، ألا وهي الأثار القانونية لتنفيذ وثنائق التعمير.

موضوع مداخلتني اخترت أن أعنونها بالأثار القانونية لتصميم التهيئة بين النص القانوني والعمل القضائي، فكما لا يخفى عليكم أن تصميم التهيئة يصنف كأهم وثيقة من وثنائق التعمير التنظيمي، فإذا كان التعمير التقديري عبارة عن تصورات استشرافية واستراتيجية وتوجهات عامة ذات صبغة مستقبلية تتعطف في الزمن المستقبل، فإن تصميم التهيئة باعتباره يتربع على قمة وثنائق التعمير التنظيمي يشكل أداة لترجمة توجهات وتصورات المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية على أرض الواقع، كما أنه يحدد قواعد استعمال الأراضي وضوابط تنظيم المجال، بل الأكثر من ذلك يعد وثيقة مرجعية للتخطيط العمراني .

ولقد عالج المشرع تصميم التهيئة في المواد من 18 إلى 31 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير، إلا أن الدراسات والكتابات أبانت عن قصور في الإطار القانوني المنظم لتصميم التهيئة ورصدت مظاهر العور وتجسيديات النقص التي تطال تنفيذ تصاميم التهيئة بشكل خاص و وثنائق التعمير بشكل عام، ويمكن إجمال أهم المعوقات فيمايلي :

- طول المدة التي يستغرقها إعداد تصاميم التهيئة والتي تتراوح ما بين 7 إلى 12 سنة، مما يفضي بطبيعة الحال إلى اصطدام بتغيير الواقع المجالي وتقدم التقديرات والتوقعات، ويؤدي بالتبعية إلى صعوبة تنزيل مضامين هذه الوثيقة على أرض الواقع وهو ما يستدعي بجدية التفكير في تقليص آجال إعداد تصاميم التهيئة بمناسبة أي مراجعة لمقتضيات قوانين التعمير .

- الإفراط في تقدير الحاجيات المرتبطة بالتهيئة الحضرية و المبالغة في إدراج عدد كبير من التجهيزات العامة التعليمية والصحية والثقافية والمباني الإدارية والمساحات الخضراء وهو ما يعكسه مؤشر تواضع نسب التنفيذ مقارنة مع ما هو مبرمج (ولنا في مدينة الدار البيضاء خير نموذج بحيث إن نسبة التنفيذ لم تتعد 12%)، فضلا عن ارتفاع عدد طلبات استرداد العقارات المشمولة بتخصيصات عمومية لعدم إنجاز ما هو مخطط داخل المفعول القانوني لتصاميم التهيئة، دون إغفال تعييب مقاربة الكلفة المالية و مراعاة المبالغ المالية المرصودة في الميزانية حين برمجة هذا النوع من التخصيصات .

- تسجيل مفارقة بين عدم انجاز التجهيزات العمومية بالمواقع المخصصة لها بتصميم التهيئة وارتفاع حالات الاعتداء المادي على العقارات لتشييد المرافق العمومية، الشيء الذي يبرز وجود اختلال في منظومة التخطيط الحضري من زاوية نوايا المخطط وواقع التخطيط.

- عدم مرونة تصاميم التهيئة وصلابة مضامينها والضوابط التي ترسيها، بدليل تناسل الدوريات والمناشير في مجال التعمير كأسلوب لإضفاء نوع من اليسر لتشجيع الاستثمار وخلق دينامية و حركية اقتصادية ولو على حساب خرق مبدأ التراتبية الشرعية للنصوص القانونية، مما يحتم انتهاج منطق التلئين كبديل عن الصرامة في محتوى تصاميم التهيئة، فضلا عن إرساء آليات التقييم الدوري لهذه الوثيقة لإخضاعها للمراجعة كلما تطلب الأمر ذلك .

وموازاة مع ذلك، فإن الإطار القانوني المنظم لتصميم التهيئة يطرح جملة من الإشكاليات على مستوى التطبيق والممارسة عرضت على أنظار القضاء للفصل فيها وسأقتصر في هذه المداخلة على ملامسة الجوانب التالية :

- إشكالية محو أو إنهاء آثار تصميم التهيئة عن عقار مشمول بتخصيص عمومي .

- إشكالية التعويض عن التخصيصات والارتفاقات المقررة بتصميم التهيئة .

- إشكالية المحددات الضابطة للمساهمة المجانية في إطار المادة 37 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير .

المبحث الأول : إشكالية محو أو إنهاء آثار تصميم التهيئة عن عقار مشمول بتخصيص عمومي .

سنقف في سياق التعرض لهذه الاشكالية على مواقف العمل القضائي من نقطة الاختصاص للنظر في المنازعات التي تروم محو آثار تصميم التهيئة عن عقار مخصص لاحتضان تجهيز عمومي، ثم ننقل إلى تبيان التبريرات المعتمدة لمعالجة إشكالية الاختصاص هذه .

الفرع الأول : تطور موقف العمل القضائي بشأن نقطة الاختصاص.

اكتفى المشرع في المادة 28 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير بالتأكيد على النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة يعتبر بمثابة إعلان عن المنفعة العامة التي تستوجب القيام بالعمليات اللازمة لإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في البنود 3 و4 و5 و6 و12 من المادة 19 .

وأضاف أن الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة تنتهي عند انقضاء أجل 10 سنوات يبتدىء من تاريخ نشر النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة في الجريدة الرسمية، وعندما يستعيد ملاك الأراضي التصرف في أراضيهم فور انتهاء الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة يجب أن يكون استعمال تلك الأراضي مطابقا للغرض المخصصة له المنطقة التي تقع فيها .

ويسود الاعتقاد على أن المرسوم القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة ينهض سندا كافيا لحيازة العقار المشمول بتخصيص عمومي والشروع في البناء والتشييد والحال ان المادة 29 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير توجب التقيد بالأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة والاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 من رجب 1402 (6 ماي 1982) على تصميم التهيئة المعتبر بمثابة قرار تعين فيه العقارات المراد نزع ملكيتها، وذلك فيما يتعلق بالإجراءات التي يخضع لها والآثار المترتبة عليه.

والملاحظ كذلك أن المادة 28 من نفس القانون 12/90 المتعلق بالتعمير وإن كانت قد استعملت عبارة "فور" التي تحمل دلالة على الآنية وعلى أن استرداد الملك يتم بقوة القانون وفور انتهاء الأجل القانوني لتصميم التهيئة، إلا أن الأمر لم يستتبعه استعراض لمسطرة توطر كفييات الاسترداد، فهل يستدعي الأمر أن يبلور في شكل شهادة برفع اليد يستصدرها المالك، أم أن الوضع يتطلب من الإدارات المعنية أن تباشر من تلقاء نفسها الترتيبات المجسدة لإنهاء مظاهر عقل العقار المشمول بتخصيص عمومي .

كما أن الوضع تميز بسكوت ملحوظ عن الجهة الإدارية المخاطبة بالاسترداد هل هي الإدارة المستفيدة من المنشأة العمومية المبرمجة، أم الوكالة الحضرية باعتبارها متخدلا أساسيا في إعداد وثيقة التعمير، أم الجماعة الترابية التي يتواجد العقار بدائرة نفوذها وباعتبارها تستأثر بصلاحيات في مجال التعمير، أم رئيس الحكومة بوصفه الجهة التي تملك التأهيل القانوني لإصدار النص المصادق بموجبه على تصميم التهيئة الذي يعطي لهذا الأخير مقومات النفاذ والدخول حيز الوجود القانوني .

كما يطرح الأمر سؤالا ملحا أيضا يتعلق بموقع المحافظ العقاري هل يلزمه أن يقوم بالتشطيب على التقيد الموجود ضمن مندرجات الرسم العقاري بشأن التخصيص الواقع على العقار من منظور أنه هو الآخر مخاطبا بعبارة " فورا " الواردة بالمادة 28 اعلاه . أم أنه يحق له التمسك بضرورة تدخل الإدارة المعنية وسلوك المسطرة الرامية إلى التشطيب المذكور ورفع العقل عن العقار، وذلك دفعا لأي مساءلة أو مسؤولية محتملة قد يواجه بها المحافظ .

هذه كلها تساؤلات طرحتها الصياغة الحالية للمادة 28 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير مما يقتضي إرساء مسطرة واضحة حول ترتيبات استرداد العقارات بعد انتهاء مفعول تصميم التهيئة تكفل الأمان القانوني لرجل الإدارة والمالك على حد سواء .

ولقد قدر لهذه الإشكالات أن تعرف طريقها إلى القضاء ويتناولها السادة القضاة بالتحليل والمناقشة و اختزلتها منازعات تتعلق بمحو آثار تصميم التهيئة عن عقار مشمول بتخصيص عمومي تميزت الأحكام الصادرة في موضوعها باختلاف في وجهات النظر وتباينات في المواقف وهو ما سنعرض له بنوع من التفصيل .

أولاً: التوجه القائل بانعقاد الاختصاص للفرقة الإدارية لدى محكمة النقض .

إن رصد مسار العمل القضائي بشأن نقطة الاختصاص فيما يتعلق بالطلبات الرامية إلى محو أو إنهاء آثار تصميم التهيئة عن عقار كان مخصصاً لتجهيز أو مرفق عمومي يفضي إلى الوقوف على توجيهين اثنين يعكسان التطور الذي حصل للحسم في الجهة القضائية، إذ أن محكمة النقض كرسست في البداية توجهها يعتبر أن الآثار المترتبة عن تطبيق مرسوم التهيئة لها ارتباط وثيق وغير قابل للتجزئة بالمرسوم ولا يتصور التوصل إلى وضع حد لتلك الآثار إلا بسلوك مسطرة الطعن في المرسوم وهو ما تحتكره محكمة النقض بصريح النص القانوني(1).

لكن هذا التوجه لم يصمد طويلاً، ذلك أن المرسوم المصادق بموجبه على تصميم التهيئة لا يتصور الطعن فيه بعد انصرام مدة طويلة على نشره بالجريدة الرسمية ولم يبق من طائلة من استهدافه بالطعن مادام مأل ذلك معروف مسبقاً وهو عدم القبول شكلاً لفوات أجل الطعن المحدد في 60 يوماً من تاريخ نشره، ولا مبرر لمطالبة أصحاب الشأن بالطعن في المرسوم كمنفذ للتوصل إلى تقرير إنهاء آثاره.

ثانياً: الاتجاه القائل بانعقاد الاختصاص للمحاكم الإدارية .

دشنته المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ويقوم هذا الاتجاه على أساس أن المنازعة لا تنصب على صحة وسلامة المرسوم المصادق على تصميم التهيئة وإنما تروم الحكم بانتهاء كل الآثار المترتبة عن إعلان المنفعة العامة واعتبارها غير نافذة المفعول والحكم بالأحقية في استعداد العقار وهو ما يدخل في صميم اختصاص المحكمة الإدارية انطلاقاً من مقتضيات المادة 8 من القانون 41/90.

وهكذا ردت المحكمة المذكورة الدفع بعدم الاختصاص النوعي معللة ذلك بالحجج التالية(2):

«حيث تمسك الوكيل القضائي للمملكة والوكالة الحضرية للدار البيضاء بعدم الاختصاص النوعي لهذه المحكمة بعلّة أن الطعن قدم في مواجهة مقرر تنظيمي صادر عن الوزير الأول الذي يرجع النظر في طلب إلغاؤه للمجلس الأعلى.

وحيث إنه بمقتضى المادة الثامنة من قانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية، فإن المشرع خول الاختصاص لهذه المحاكم للنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

1- راجعوا في هذا الإطار: • القرار عدد 1488 الصادر عن نفس الجهة القضائية بتاريخ 2000/10/26 في الملف الإداري رقم 200/1/4/1380، غير منشور.

• القرار عدد 284 المؤرخ في 2005/05/25 والصادر في الملفات الإدارية أرقام 2004/3/4/1897 و 2004/2049، قضية السيد الهاشمي بن صالح، غير منشور.

• القرار عدد 713 بتاريخ 2006/09/20 الصادر في الملف الإداري رقم 2006/1/4/1006 قضية العباسي بزة.

2- الحكم عدد 225 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000/05/17 في الملف الإداري رقم 99/428، قضية شركة لافليت، غير منشور.

وحيث إنه وما دامت المنازعة تدخل في الإطار المذكور، فإن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يكون بالتالي غير مبني على أساس سليم ويتعين رده».

كما جاء في حكمها عدد 398(3) ما يلي: «.... وحيث إنه بالرجوع إلى وقائع الدعوى يتبين أن المدعين لا ينازعون في صحة وسلامة المرسوم عدد 2.89.151 المؤرخ في 17 مارس 1989 وإنما يهدفون الطعن في قرار نازع الملكية الذي لم يبادر إلى إتمام الإجراءات القانونية اللازمة لنزع الملكية لأجل المنفعة العامة إذ لم يتقدم بأي طلب لمقرر التخلي أو أمر بالحيازة ودون أن يمنحهم أي تعويض مقابل نزع الملكية عقارهم.

وحيث بذلك لا يمكن أن تتضمن طلبات الطاعنين على النحو الوارد بالمقال لما حدد في الفصل التاسع من قانون 41/90 المحتج به، مما يكون معه الاختصاص منعقدا للمحكمة الإدارية»(4).

وقد سايرت محكمة النقض هذا الاتجاه وغيرت موقفها السابق مرتكزة على أن هدف الدعوى هو محو آثار تصميم التهيئة بالنظر إلى انتهاء مفعوله، مما يكون معه الاختصاص منعقدا للمحكمة الإدارية.

وبهذه العلة أيدت محكمة النقض حكما صادرا عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء موضحة أن:

«بالرجوع إلى موضوع الطلب، يتضح أن هدف الدعوى هو محو آثار تصميم التهيئة بالنظر لانتهاء مفعوله في 10 سنوات، وذلك في إطار ما حددته المادة 28 من قانون التعمير 90.12، كما هو وارد في الطلب المقدم من طرف المستأنف عليه، مما يكون معه الاختصاص منعقدا للمحكمة الإدارية، والحكم المستأنف لما قضي بانعقاد الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية، يكون قد طبق القانون بكيفية سليمة ويبقى حليف التأييد»(5).

وتعزز هذا(6) المسلك بقرارات أخرى، إذ جاء في القرار عدد 59 ما يلي:

«وحيث إنه لما كان من آثار تصميم التهيئة، تطبيق نزع الملكية فإن القضاء الإداري هو المختص للبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة.. مما يكون معه الحكم المستأنف في محله وينبغي تأييده».

3- الحكم عدد 398 الصادر بتاريخ 2007/05/23 في الملف الإداري رقم 2006/831 غ، قضية ورثة الحاج العربي، غير منشور.

4- نفس الشيء سار فيه :

• الحكم عدد 294 الصادر بتاريخ 2005/04/25 عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في الملف الإداري رقم 2004 462 غ .

• الحكم عدد 429 الصادر عن نفس الجهة القضائية بتاريخ 2008/03/03 في الملف رقم 2007/247 غ، قضية الشركة العقارية «روزي دي فان»، غير منشور.

5- القرار عدد 524 الصادر بتاريخ 2007/06/13 في الملف الإداري رقم 2007/1/4/524، قضية السيد سرغيني، غير منشور.

6- القرار عدد 59 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2008/01/30 في الملف الإداري رقم 2007/1/4/571، قضية الشركة المدنية العقارية «ميمون»، غير منشور.

وكانت محكمة النقض أكثر وضوحا حين أكدت في قرارها عدد 559(7): « لكن حيث إن الطلب الإصلاحي – الواجب البت في حدود موضوعه عملا بمقتضيات الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بمقتضى المادة 7 من القانون رقم 41/90 المحدثة بموجب المحاكم الإدارية - يروم فقط الحكم برفع الاعتداء المادي الذي طال العقار موضوعه لعدم تفعيل تصميم التهيئة الذي أدرج هذا العقار ضمن المجال الأخضر وفقا لشروط المنصوص عليها في المادة 28 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، وبالتالي عدم توخي المنازعة الطعن في أي مرسوم وإنما محو الآثار المترتبة عن هذا المرسوم ومن جعلتها قانون نزع الملكية التي تدخل النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة به ضمن الاختصاصات الموكولة إلى المحاكم الإدارية في نطاق المادة 8 من القانون رقم 41/90 المحدثة بموجب هذه المحاكم حسبما استفرد عليه قضاء المجلس الأعلى في مثل هذه النوازل. مما يكون معه الحكم المستأنف في محله وينبغي تأييده».

واسترسالا في تثبيت هذا التوجه أكدت محكمة النقض في قرارها عدد 815 الصادر في قضية ورثة المرحوم عبد القادر ساهل(8)، «... لكن، حيث إن الثابت من وثائق الملف، ومما لا نزاع فيه، فإن المستأنف عليهم تقدموا أمام المحكمة الإدارية بطلب يرمي إلى رفع الضرر الناتج عن عدم متابعة مسطرة نزع الملكية، وبالتالي إنهاء آثار المرسوم المتعلق بالمصادقة على تصميم التهيئة لمرور المدة المحددة قانونا لإنهاء تلك المسطرة، لا يطلبون إلغاء مرسوم، لذا فالحكم المستأنف لما قضى بانعقاد الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية، والحال ما ذكر كان صائبا فيما قضى به وواجب التأييد، وما أثير حوله بدون أساس».

ومن هذا المنطلق تبلور توجه آخر يقوم على أساس أن المنازعة لا تنصب على صحة وسلامة المرسوم المصادق على تصميم التهيئة وإنما تروم الحكم بانتهاء كل الآثار المترتبة عن إعلان المنفعة العامة واعتبارها غير نافذة المفعول والحكم بالأحقية في استبعاد العقار وهو ما يدخل في صميم اختصاص المحكمة الإدارية انطلاقا من مقتضيات المادة 8 من القانون 41/90.

وصفوة القول من خلال مضامين الأحكام والقرارات السالفة الذكر أن قضاء محكمة النقض قد حسم في النقطة القانونية المتمثلة في إسناد الاختصاص للمحاكم الإدارية للنظر في الدعاوى التي تستهدف إنهاء ومحو آثار القرار المصادق على تصميم التهيئة كما أرسى تفرقة واضحة بين الطعن في المرسوم والمطالبة بإلغائه ومراقبة مشروعيته، إذ في هذه الحالة الأخيرة تكون محكمة النقض مخاطبة في صلاحياتها الاستثنائية وبين المطالبة بفحص الآثار المترتبة عن مرسوم تصميم التهيئة وتقرير انتهاء تلك الآثار، ففي هذه الحالة نكون أمام اختصاص راجع للمحاكم الإدارية وبالضبط قسم القضاء الشامل.

7- القرار عدد 559 الصادر عن نفس الجهة القضائية بتاريخ 2009/5/27 في الملف الإداري رقم 2009/1/4/359، قضية السيد بدر اجديرة، غير منشور.

8- القرار عدد 815 الصادر بتاريخ 2010/11/04 في الملف الإداري رقم 2010/1/4/1258، غير منشور.

وإذا كان هذا التوجه صائبا وسديدا إلا أن المبررات التي تم اعتمادها كمدخل للقول بانعقاد اختصاص المحاكم الإدارية عرفت هي الأخرى تباينات وتباعدات.

الفرع الثاني: تباين التبريرات المعتمدة لمعالجة إشكالية الاختصاص

يثير التطبيق القضائي لاختصاص المحاكم الإدارية بالبت في الدعاوى التي تروم محو أو إنهاء آثار المرسوم القاضي بالمصادقة على تصميم التهيئة بشأن عقار مخصص لاحتضان تجهيز عمومي تساؤلات ملحة حول المبررات المعتمدة في التأسيس له كتوجه.

أولا: مبرر الاعتداء المادي كمدخل لاختصاص القضاء الشامل.

ذهبت بعض الأحكام إلى أن اختصاص المحاكم الإدارية للبت في الطلبات المتعلقة بمحو آثار تصميم التهيئة على عقار مشمول بتخصيص معين يجد تأطيره القانوني ضمن دعاوى الاعتداء المادي.

ففي إحدى النوازل عرض الطالب أنه يملك قطعة أرضية و أنه بعث برسالة إلى السيد رئيس الجماعة الحضرية للدار البيضاء يطلب منه الترخيص له بالاستفادة من بقعته الأرضية عن طريق البناء، فتلقى جوابا في شكل قرار إداري مفاده أن تصميم التهيئة الخاص بمقاطعة عين السبع المصادق عليه بتاريخ 17 مارس 1989 مازال ساري المفعول، ملتصقا بإلغاء القرار الإداري الصادر عن رئيس الجماعة المذكورة المؤرخ في 2005/04/06.

وفي معرض دفاعه في هذا النزاع احتج الوكيل القضائي للمملكة بعدم قبول الطلب شكلا مادام قرار رئيس الجماعة لا يعود أن يكون قرار تنفيذيا للمرسوم المصادق على تصميم التهيئة باعتباره المؤثر في المركز القانوني لطالب الإلغاء لكونه هو الذي نص على تخصيص عقاره لإحداث مرفق عمومي.

بيد أن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ردت الدفع بعدم القبول مؤكدة على:

" حيث دفع الوكيل القضائي للمملكة بعدم قبول الدعوى لكون القرار المطعون فيه هو قرار تنفيذي لمقتضيات تصميم التهيئة.

لكن يتبين من مقال الدعوى أن طلب المدعي يرمي بالأساس إلى التصريح بانتهاء الآثار المترتبة عن تصميم التهيئة، وأن الشق الثاني من الطلب وإن كان يستهدف إلغاء القرار الصادر عن رئيس الجماعة الحضرية بالدار البيضاء المؤرخ في 6 أبريل 2005، فإن المحكمة بما لها من صلاحية لإعادة تكييف الطلب ارتأت تأطيره ضمن دعاوى رفع الاعتداء المادي، مما يتعين معه رد الدفع بعدم القبول(9) ."

وفي نازلة أخرى لم تتردد نفس المحكمة في الحكم برفع الاعتداء المادي الواقع على عقار المدعية ومهدت لذلك بحجتيات تضمنت:

9- الحكم عدد 513 الصادر بتاريخ 2008/03/17 في الملف الإداري رقم 2006/22 غ قضية السيد أهراي ادريس.

"وحيث إنه يمكن الجزم بوجود حالة اعتداء مادي لما ترتكب الإدارة أو أحد أعوانها أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي غير مشروع جسيم وظاهر من شأنه أن يتضمن اعتداء على حق الملكية أو مساسا بحرية من التحريات العامة، ومن ثم فإن الاعتداء المادي هو كل عمل منعدم الصلة بتطبيق أي نص قانوني أن تنظيمي أو حتى بإحدى السلطات المخولة للإدارة يستعصي إدخاله ضمن ممارسات السلطة العامة...

وحيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف ومستنداته، تبين أنه ليس من بينها ما يفيد أن الطرف المدعى عليه قد سلك المسطرة المذكورة، مما تكون معه آثار تصميم التهيئة المذكور قد انتهت بمرور الأجل القانوني وليس هناك ما يفيد تمديده وفقا للمسطرة القانونية الواجبة السلوك، الأمر الذي يصيب عليه صفة الاعتداء المادي الواجب الحكم برفعه لعدم مشروعيته"⁽¹⁰⁾.

وفي نفس الاتجاه أصدرت هذه المحكمة حكما مماثلا انتهى منظور الاعتداء المادي كمدخل للاختصاص بالبت في النزالة المعروضة عليها، إذ شددت على أنه: " إذا كان الثابت قضاء أن محو الآثار المترتبة قانونا عن مرسوم التهيئة الصادر عن الوزير الأول تدخل ضمن الاختصاصات الموكولة للمحاكم الإدارية، فإن صدور مرسوم تهيئة مدينة الدار البيضاء مقتضى المرسوم رقم 89-152-2 وتاريخ 17 مارس 1989 والقاضي بتخصيص عقارات المدعين لإنشاء تجهيزات ثقافية و مساحات خضراء دون أن تسلك الجماعة المدعى عليها الإجراءات الواجبة اتخاذها لتحديد آثار تصميم التهيئة داخل أجل سريان تصميم التهيئة المحدد في عشر سنوات يجعلها في موضع المعتدي ماديا على عقارات المدعين ويشكل مساسا بحق دستوري كفله المشرع الدستوري لكل مواطن وهو حق الملكية ومنعاه له من التصرف فيه تصرف المالك في ملكه بكل حرية.

وحيث إنه واستنادا لما ذكر يكون الاعتداء المادي على عقارات المدعين ثابتا في مواجهة الجماعة المدعى عليها لمرور أكثر من عشر سنوات على سريان مرسوم التهيئة، مما يناسب التصريح برفعه"⁽¹¹⁾.

والملاحظ أن أطروحة الاعتداء المادي التي تبنتها بعض الأحكام القضائية لمعالجة إشكالية الاختصاص ليست موفقة، ذلك أنه يصعب مجازة منطلق يميل الى تصنيف انصرام أجل تصميم التهيئة دون إقدام الإدارة على إنجاز المنشأة العمومية فوق عقار كان مشمولا بهذا التخصيص على أنه اعتداء مادي، مادام فعل الاعتداء يقتضي من ضمن عناصره وجوده عملاً أو نشاطاً مادياً من جانب الإدارة أو على الأقل التهيؤ للشروع في تنفيذه"⁽¹²⁾، وهو ما كانت النوازل

¹⁰- الحكم عدد 1280 الصادر بتاريخ 2008/09/10 عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في الملف الإداري رقم 2007/266 غ، قضية السيدة فاطمة بركات، غير منشور.

¹¹- الحكم عدد 816 الصادر بتاريخ 2009/05/11 عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في الملف الإداري رقم 2008/13/309، قضية السيد عبد الرحمان بن الحسين ومن معه، غير منشور.

- نفس الأمر أقره الحكم عدد 2052 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2009/12/09 في الملف الإداري رقم 2009/4/199، قضية السيدة فاطمة بركات، غير منشور.

¹²- د. صالح لمزوغ: "المسؤولية المدنية الشخصية للموظف، أطروحة لنيل الدكتوراه، وحدة القانون المدني العميق، جامعة محمد الخامس - أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط - أكاد، السنة الجامعية: 2011 - 2012، ص: 179.

المستعرضة تخلو منه، إذ لم يثبت فيها أن الإدارة قد وضعت يدها على العقار أو حازته حيازة مادية .

ثانياً: مبرر قوانين نزع الملكية كمدخل لاختصاص القضاء الشامل.

إن أطروحة الاعتداء المادي تعايشت مع أطروحة أخرى تعتبر بأن الأساس للقول بانعقاد الاختصاص للقضاء الشامل للبت في الطلبات التي تستهدف محو أو إنهاء آثار تصميم التهيئة عن عقار مشمول بتخصيص عمومي هو قوانين نزع الملكية، وترى أن المرجعية القانونية لتأطير هذا الاختصاص تجد سندها فيما أشارت إليه المادة 8 من القانون 41/90 تحدث بموجبه محاكم إدارية حينما أناطت بالمحاكم الإدارية صلاحية النظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية.

وفي هذا السياق، يمكن الاستدلال بحجيات الحكم عدد 225 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، إذ صرحت بما يلي: «وحيث إنه بمقتضى المادة 8 من قانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية، فإن المشرع خول الاختصاص لهذه المحاكم للنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

وحيث إنه ومادامت المنازعة تدخل في الإطار المذكور، فإن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يكون بالتالي غير مبني على أساس سليم ويتعين رده»⁽¹³⁾.

وفي حكم آخر⁽¹⁴⁾ انتهت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بشكل يدعو إلى التأمل إلى أن الطالبين يهدفون الطعن في قرار نازع الملكية الذي لم يبادر إتمام الإجراءات القانونية اللازمة لنزع الملكية لأجل المنفعة العامة، مع أن هؤلاء لم يلتمسوا ذلك على الإطلاق بمقالهم الافتتاحي للدعوى ولم يتحدثوا عن أي قرار من قبيل ما حدده الحكم المذكور، بل اكتفوا فقط بالمطالبة باسترداد حرية التصرف في عقارهم المشمول بتخصيص عمومي حسب تصميم التهيئة، علماً بأن الطعن في قرار إداري معين يستلزم تحديده مراجعاً وتاريخاً وجهة صدور وبيان كيف تم استصداره والإدلاء بالمكاتب التي توصلت بها الإدارة وكانت منطلقاً لاتخاذها للقرار المنازع فيه وغيرها من الأمور الأخرى التي ترتبط بشكليات دعوى الإلغاء.

وقد باركت محكمة النقض من جانبها هذه الواجهة من النظر في بعض قراراتها، حيث صرحت بمناسبة تأييدها لحكم ابتدائي قضى بانعقاد الاختصاص للمحاكم الإدارية أنه لما كان من آثار تصميم التهيئة تطبيق قانون نزع الملكية، فإن القاضي الابتدائي هو صاحب الولاية للبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة⁽¹⁵⁾.

¹³- الحكم عدد 225 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2000/05/17 في الملف الإداري رقم 99/428 غ، قضية شركة لافليب، غير منشور.

¹⁴- الحكم عدد 398 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2007/05/23 في الملف الإداري رقم 2006/831 غ، قضية ورثته الحاج العربي، غير منشور.

¹⁵- القرار عدد 59 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2008/1/30 في الملف الإداري رقم 2007/1/4/571، قضية الشركة المدنية العقارية "ميمون" غير منشور.

كما جاء في قرار لاحق صادر عن نفس الهيئة القضائية ما يعضد توجهها السابق حين استنرد في معرض تعليلاته قائلا: "وبالتالي عدم توخي المنازعة الطعن في أي مرسوم وإنما محو الآثار المترتبة عن هذا المرسوم ومن جملتها تطبيقها النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة به ضمن الاختصاصات الموكولة إلى المحاكم الإدارية في نطاق المادة 8 من القانون رقم 41/90 المحدثة بموجب هذه المحاكم"⁽¹⁶⁾.

ونرى أن مبرر الاعتداء المادي ونظيره مبرر قانون نزع الملكية المعتمدين من طرف القضاء الإداري للخلوص إلى قيام الاختصاص للبت في الطلبات الهادفة إلى محو آثار تصميم التهيئة عن عقار مشمول بتخصيص معين لا يصلحان لذلك إطلاقاً، على اعتبار أن المدعين لم يطالبوا برفع الاعتداء المادي عن عقاراتهم، بل إن مطالبهم كانت واضحة في التعبير عن رغبتهم في الحكم لهم بانتهاء آثار تصميم التهيئة بعد انصرام أجله وتمكينهم من استرداد عقارهم وهي ملتزمات لا علاقة لها بالاعتداء المادي لغياب عنصر هام وهو ثبوت وضع اليد على تلك العقارات.

أما تصنيف منازلهم على أنها تدرج ضمن المنازعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية، فإنه وإن كان يبدو أقرب إلى الصواب من منظور أن المادة 29 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير تنص في فقرتها الثانية على تطبيق الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 7/81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة على تصاميم التهيئة المعتبرة بمثابة قرار تعين فيه العقارات المراد نزع ملكيتها، إلا أنه يغيب من الاعتبار أن المسطرة القضائية في نزع الملكية تكون بمبادرة وبمسعى من الإدارة نازعة الملكية التي تكون هي الطرف المدعي، فيما تبقى المنازعات الأخرى ذات الارتباط بالقانون رقم 81/7 المذكور تنصب على مقررات إدارية صرفة كالمرسوم المعلن عن المنفعة العامة ومقرر التخلي وهي من اختصاص قضاء الإلغاء، ولا يتصور من هذا المنطلق تكييف منازعات محو آثار تصميم التهيئة على أنها تدرج ضمن النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنزع الملكية.

وفي هذا الإطار أيضاً، يمكن التساؤل هل يجوز من الناحية القانونية للجوء رأساً ومباشرة إلى القضاء من أجل التماس محو أو انتهاء آثار تصميم التهيئة عن عقار مشمول بتخصيص معين، ألا ينطوي ذلك على مساس بمبدأ أن القاضي يحكم ولا يدير وأنه لا يقرر فيما هو من صميم صلاحيات السلطة التنفيذية، وهل يتطلب الأمر وجود قرار إداري يحمل منعاً لصاحب العقار من التصرف فيه واستغلاله في إنجاز مشروعه بدعوى أنه لازال خاضعاً للتخصيص المذكور وينهض امتناعاً من جانب الإدارة عن رفع يدها عن هذا العقار، يتاح آنذاك الطعن فيه ومخاصمته أمام قاضي الإلغاء.

والجدير بالذكر أن المشرع استعمل عبارة "فور" وهو تعبير عن الفورية والأنية، ومؤدى ذلك أن استعادة الملاك لحرية التصرف في عقاراتهم بعد انصرام المفعول القانوني لآثار تصميم

¹⁶- القرار عدد 559 الصادر بتاريخ 2009/05/87 في الملف الإداري رقم 2009/1/4/359، قضية السيد بدر اجديره، غير منشور.

التهيئة تتم بصورة تلقائية وبقوة القانون ولم يرهن المشرع ذلك بإجراءات أو ترتيبات معينة أو بتدخل سلطة ما كما لم يربطه بالحصول على قرار أو شهادة أو ما شابه ذلك من أي سلطة كانت. وهذا ما أقره بعض العمل القضائي، إذ ورد على سبيل المثال في حيثيات الحكم عدد 3/2000/37 غ والذي قضى بعدم قبول الدعوى الرامية إلى إلغاء قرار صادر عن رئيس جماعة ويسلان القاضي برفض منح طالبي الإلغاء شهادة إدارية تفيد أن عقارهم أصبح خاليا من أي منفعة عامة بعد انصرام أجل 10 سنوات على إعلان المنفعة العامة ما يلي: "وحيث أنه اعتبارا لمقتضيات المادة فإن استعادة الملاك لحرية التصرف في عقاراتهم طبقا للفرض المخصصة له المنطقة، بعد انصرام الأجل المذكور يتم بصورة تلقائية، ودونما حاجة لتسليم شهادة بذلك من طرف رئيس المجلس الجماعي المطلوب في الطعن.

وحيث إنه نتيجة لذلك يكون جواب رئيس المجلس المدعى عليه غير ذي تأثير في المراكز القانونية للطاعنين طالما ليس فيه ما يفيد منعهم من التصرف في عقاراتهم التي استعادوها بصورة تلقائية بعد انتهاء الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة حسب منطوق المادة 28 المذكورة. مما حاصله أن هذا الجواب غير مستجمع لمقومات القرار الإداري ويكون الطعن غير مقبول شكلا.

وحيث إنه اعتبارا لهذه النتيجة، فإن قرارات رئيس المجلس القابلة للطعن في هذا الإطار هي التي تؤدي إلى تعطيل مفعول المادة 28 المذكورة، عن طريق حرمان المدعين من استعادة حرية التصرف في عقاراتهم أما بشكل أي في شكل اعتداء مادي أو بسبب الامتناع عن منح التراخيص المسموح بها بالنظر للأغراض المخصصة لها المنطقة، مما يعني بالتبعية تعطيل استعادة حرية التصرف. أما طلب استصدار قرار من رئيس المجلس للإشهاد على استعادة حرية التصرف، فلا يعد من قبيل هذه القرارات المؤثرة في المركز القانوني طالما أن هذا الطلب يستهدف الإشهاد على شيء، قد نص عليه القانون نفسه، وقرره مباشرة لفائدة المعنيين بالأمر من غير إلزامية استصدار قرار إداري بذلك. لذلك يكون الطعن المقدم بهذا الخصوص غير مقبول⁽¹⁷⁾.

هذا الرأي عبرت عنه أيضا المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها عدد 869⁽¹⁸⁾، وجاء في تعليقاتها ما يلي: "وحيث وإنه لما كان تاريخ نشر نص المصادقة على تصميم التهيئة المذكور في الجريدة الرسمية هو 2002/04/11، فإن سريان مفعول تصميم التهيئة يبدأ من التاريخ المذكور وأن أثره يمثل طيلة 10 سنوات لينتهي تاريخه في 2012/4/10.

وحيث تبعا لما فصل أعلاه، فإن المدعين يحق لهما استعادة حرية التصرف في عقارهما بعد انصرام أجل الارتفاق، والذي يجب أن يتم بصورة تلقائية وبقوة القانون...".

ولنا في حيثيات الحكم رقم 2326 خير مثال على التيه الذي قد يتخبط فيه المتقاضي "وحيث إنه يرجوع المحكمة إلى المقال الافتتاحي للدعوى والوثائق المرفقة به تبين لها أن الطاعن لم يحدد على وجه التدقيق الوضعية القانونية للقطعة الأرضية المراد رفع اليد عنها ومدى علاقة وزارة

17- الحكم عدد 869 الصادر بتاريخ 2012/12/18 في الملف الإداري رقم 2012/278 ش، قضية السيد بن أمشعل أحمد وأمشعل محمد.
18- الحكم عدد 869 الصادر بتاريخ 2012/12/18 في الملف الإداري رقم 2012/278 ش، قضية السيد بن أمشعل أحمد وأمشعل محمد.

التربية الوطنية بها، وهل هي مخصصة حسب تصميم التهيئة لمدينة سلا لإنشاء مؤسسة عمومية حتى يتأتى له تقديم طلب إلى الوزارة المعنية قصد رفع يدها عنها، الأمر الذي يجعل من المقال المقدم على هذا النحو مبهما وغير واضح ومخالف لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، ويكون مآله تبعا لذلك عدم القبول"⁽¹⁹⁾.

لكن هذا الموضوع لا يعرف فقط إشكالية الاختصاص بتشعباتها التي استعرضناها، بل تطاله إشكالية أخرى تتبع من صياغة المادة 90 من القانون 12/90 التي وإن كانت قد جاءت ضمن التدابير الانتقالية إلا أنها تعالج مفعول آثار تصاميم التهيئة التي تمت الموافقة عليها في ظل القانون المؤخر في 30 يوليو 1952 في شأن التعمير.

ولقد نصت المادة 90 من القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير أنه "يبقى لتصاميم التهيئة التي يكون قد تمت الموافقة عليها في تاريخ نشر هذا القانون مفعولها المنصوص عليه في الظهير الشريف الصادر في 7 ذي القعدة 1371 (30 يوليو 1952) في شأن التعمير إلى تاريخ نشر النص الموافق بموجبه على تصاميم التهيئة الجديدة التي تحل محلها:

وفقا للصياغة الحرفية لهذه المادة، يمكن القول بأن المشرع حافظ لتصاميم التهيئة التي تمت المصادقة عليها في ظل قانون 30 يوليو 1952 على مفعولها بالرغم من دخول القانون الجديد وهو القانون رقم 12/90 إلى حيز التنفيذ، وكان من الممكن إلى غاية هذه الحدود القول بأن هذا المفعول ينصرف إلى 10 سنوات أو 20 سنة بحسب الحالات ووفقا لنوعية وطبيعة التخصيص المبرمجة على عقار ما، إلا أن واضعي المادة 90 أعلاه أضافوا عبارة لها دلالاتها ومعانيها الواضحة "إلى تاريخ نشر النص الموافق بموجبه على تصاميم التهيئة الجديدة التي تحل محلها".

ومؤدى ذلك، أن استمرار المفعول حسب الصياغة الحرفية لهذا النص يبقى قائما إلى حين نشر النص الذي تتم بمقتضاه الموافقة على تصميم تهيئة جديد يحل محل تصميم التهيئة القديم.

والنتيجة القانونية والمنطقية التي يمكن استنباطها من العبارات السالفة الذكر، هو أن تصاميم التهيئة، التي وجدها القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير قائمة، احتفظ لها بآثارها إلى غاية إعداد تصاميم تهيئة جديدة والموافقة عليها ونشر المراسيم المجسدة لهذه الموافقة بالجريدة الرسمية، ففي غياب التصاميم الجديدة التي ستحل محل القديمة، تكون هذه الأخيرة صالحة ومنتجة لآثارها، أي أن أي عقار كان خاضعا لتخصيص معين حسب تلك التصاميم القديمة سيظل مغلولا كنتاج لإمتداد المفعول بإرادة من المشرع، ومن ثم، فإن انقضاء التخصيص رهين بصدور تصاميم التهيئة الجديدة.

بيد أن العمل القضائي كان له موقف مغاير ونحا إلى اعتماد قراءة رصينة وتطبيق عادل للقانون، وفي هذا السياق انتهت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى القول :

¹⁹- الحكم عدد 2326 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/11/22 في الملف الإداري رقم 2007/210 غ، قضية السيد عبد المجيد فاهمي، غير منشور.

"فإن الفصل 13 من القانون القديم لم يكن يتضمن ما يدل بأي شكل على أن تصميم التهيئة المصادق عليه تكون له آثار دائمة بدوامه وبالذات فيما يخص المواقع المخصصة للمصالح العمومية كالمدراس فكان الحكم المستأنف على صواب عندما اعتبر أن التخصيص المتمسك به انتهى بانقضاء أجل عشر سنوات واعتمد على ما ورد في رسالة رئيس بلدية معروف المؤرخة في 9/11/1999 الموجهة إلى عامل عمالة الحسي الحسني عين الشق من أن مشروع التجزئة المزمع إنشاؤه لا يتعارض مع الغرض المخصصة له المنطقة في تصميم التهيئة الخاص بالجماعة المذكورة وكان ما أثير بدون أساس"⁽²⁰⁾.

المبحث الثاني: إشكالية التعويض عن التخصيصات والارتفاقات المقررة بتصميم التهيئة

إذا كان القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير يسمح للإدارة بإنجاز التجهيزات والمرافق العمومية داخل أجل نفاذ تصميم التهيئة، فإن تساؤلات عديدة لازالت مثار نقاش تتعلق في مجملها بمدى احقية أصحاب الأملاك التي من المزمع أن تحتضن تلك المرافق أو التجهيزات، في المطالبة بالتعويض عن الرقبة بغض النظر عن انصرام اجل عشر، أم أن حقهم في ذلك مرهون بتفعيل تصميم التهيئة وتنفيذ المشاريع المبرمجة فوق أملاكهم؟

وماذا عن التعويض عن الحرمان من الاستغلال سواء تم تنفيذ المشاريع داخل الأمد القانوني أم تقاعست الإدارة عن ذلك؟ وهل استرداد الملاك لأراضيهم بعد انتهاء المدة يغني عن المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال .

بالرجوع الى المادة 30 من قانون التعمير نجدها قد وضعت تأطيرا قانونيا للأحقية في الحصول على التعويضات المستحقة عن العقارات المشمولة بتخصيص عمومي، حيث نصت على أن أصحاب الأراضي اللازمة لإنجاز التجهيزات الواردة في البنود 3 و4 و5 و6 من المادة 19 يستحقون تعويضات عن أراضيهم تحدد فيما يخص الطرق باعتبار العناصر المحددة في المادتين 37 و38، أما التجهيزات الأخرى عدا الطرق، فتطبق عليها الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة والاحتلال المؤقت، دون أن توضح التاريخ الذي يتعين اعتماده لاستحقاق التعويض، هل هو تاريخ المصادقة على تصميم التهيئة أم تاريخ إنجاز المرفق العمومي على الملك موضوع التخصيص.

والملاحظ أن هذه المقننات لم تعالج مسألة التعويض عن العقارات المشمولة بتخصيص عمومي، فهي إن كانت قد أشارت إلى مبدأ التعويض إلا أن هذه الإشارة جاءت عامة وخالية من أي تفصيل يسعف في تقديم أجوبة عن الإشكالات التي تطرح بهذا الصدد الأمر الذي يقتضي تفصيل ما يلي:

الفرع الأول: بالنسبة للتعويض عن الرقبة

إن مجرد تخصيص عقار لاحتضان تجهيز أو مرفق عمومي لا يكفي للمطالبة بالتعويض عن الرقبة ما لم يتم الانتقال إلى تفعيل مسطرة نزع الملكية، فالتخصيص لا يعدو أن يكون مجرد

²⁰- قرار صادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ 2004/02/16 في الملف الإداري رقم 2004/5/2/91.

حلقة من حلقات مسطرة نزع الملكية، ذلك أن المرسوم الموافق بموجبه على تصميم التهيئة هو إعلان للمنفعة العامة فقط، أي أن الأمر يتعلق بوضعية قانونية مؤقتة يترتب عنها غل يد المالك عن إجراء بعض التصرفات على عقاره.

واعتبارا لذلك، فإن المطالبة بالتعويض عن الرقبة قبل انصرام أجل 10 سنوات تفتقد لأي سند أو مرتكز قانوني، طالما أن تصميم التهيئة لازال ساري المفعول ومنتجا لآثاره ولم تقدم الإدارة على أي إجراء في اتجاه تملك العقار إما برضى المالك أو جبرا بنزع ملكيته.

ومن ثم، فإنه يعد سابقا لأوانه وتعجلا غير مبرر القول باستحقاق التعويض عن الرقبة مادامت المدة القانونية المخولة للمنفعة العامة لم تعرف نهايتها، وهذا المنحى أقره العمل القضائي في أكثر من مناسبة، ففي حكمها عدد 1438 اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط أن الإشكال المطروح يكمن في تحديد مدى جواز التعويض عن القطع الأرضية المخصصة حسب تصميم التهيئة لإحداث التجهيزات العامة والتي لم يشرع في تفعيل مسطرة نزع ملكيتها؟

وإجابة عن هذا التساؤل أكدت المحكمة على أنه يتعين الإشارة بداية أن تخصيص قطعة حسب تصميم التهيئة، لإنجاز إحدى التجهيزات العامة يعتبر طبقا للمادة 28 من قانون التعمير بمثابة إعلان بأن المنفعة العامة تستوجب نزع ملكيتها. ومعنى ذلك أن مجرد التخصيص لا يعطي الحق للملاك في المطالبة بالتعويض ما لم يتم تفعيل تصميم التهيئة عن طريق سلوك مسطرة نزع الملكية، فالتخصيص يعتبر مجرد حلقة من حلقات مسطرة نزع الملكية وبالتالي فإن إمكانية الحكم بالتعويض عن قيمة البقع الأرضية المخصصة لإحداث التجهيزات العامة لا تتحقق إلا بتفعيل هذه المسطرة وفي حالة عدم تفعيلها طيلة العشر سنوات التي تسري خلالها آثار تصميم التهيئة، فإن الملاك يستعيدون طبقا للمادة 28 من قانون التعمير التصرف في أراضيهم فور انتهاء هذا الآثار.

وحيث إنه تأسيسا على ذلك، فإن المطالبة بالتعويض عن قيمة القطعة الأرضية موضوع النزاع، المخصصة حسب تصميم التهيئة لإحداث مؤسسة تعليمية، دون ثبوت احتلالها ماديا من قبل الإدارة المعنية أو سلوك مسطرة نزع ملكيتها، يعتبر في غياب تحقق ما ذكر، طلبا سابقا لأوانه ومن ثم يتعين الحكم برفضه⁽²¹⁾.

وفي حكمها عدد 984 الصادر بتاريخ 2001/07/10 الملف الإداري رقم 1999/121 سارت المحكمة الإدارية بفاس⁽²²⁾ في نفس الاتجاه، معلنة ان الإدارة لم تعمل على تفعيل تصميم التهيئة بالنسبة لعقار المدعي، ومادام أن العقار لازال بيده، وهو موضوع إعلان عن المنفعة العامة حسب مدلول المادة 28 من القانون رقم 90.12 المشار إليه أعلاه، فإن المدعي لم يجرم من هذا العقار بصفة دائمة، ذلك أنه بوسعه وحسب نفس المادة المذكورة استعادة التصرف فيه في حالة عدم تنفيذ تصميم التهيئة بعد انتهاء أجل 10 سنوات من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية

²¹-حكم عدد 1438 الصادر بتاريخ 2003/12/11 عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف الإداري رقم 2001/188 ش ت.

²²- حكمها عدد 984 الصادر بتاريخ 2001/07/10 الملف الإداري رقم 1999/121 سارت المحكمة الإدارية بفاس،

في 1998/11/16، وبالتالي، فإن طلبه الرامي إلى الحكم لفائدته بالقيمة العقارية لهذا العقار بسبب النقل الجبري لملكيته وحرمانه الدائم منه الذي لم يتحقق، يبقى طلبا سابقا لأوانه ومآله عدم القبول". ولقد قدر لهذا الإشكال أن يتم تداوله من لدن محكمة النقض بغرفتين مجتمعيتين، إذ أقرت في القرار عدد 670 بتاريخ 23 يوليو 2008 الصادر في الملف رقم 2005 12/4/2949⁽²³⁾ ما يلي: "وحيث يتبين من دراسة الملف أن المدعي تقدم بدعواه بتاريخ 2004/05/20 ملتصقا بالحكم له بالتعويض ابتداء من سنة 1984 إلى تاريخ إجراء الخبرة مع حفظ حقه في تقديم مطالبه النهائية لمنعه من البناء بأرضه بعد أن أصبحت مخصصة لطريق الراجلين ومساحة عمومية خضراء والتي كانت مخصصة لبناء فيلا قبل تصميم التهيئة الصادر بتاريخ 1998/10/27 المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1998/11/16.

وحيث تبين من الفقرة الثالثة من المادة 28 أعلاه أنه بعد مرور عشر سنوات من تاريخ نشر النص الموافق على تصميم التهيئة يستعيد ملاك الأراضي التصرف في أراضيهم فور انتهاء الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة، ويجب أن يكون استعمال تلك الأراضي مطابقا للغرض المخصصة لها لمنطقة التي تقع فيها.

وبذلك تكون الدعوى الحالية المقدمة بتاريخ 2004/05/20 سابقة لأوانها، باعتبار أن قانون تصميم التهيئة نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1998/11/16، الشيء الذي يستلزم إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بعدم قبول الدعوى.

والجديد في هذا القرار أن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) أثارَت هذا السبب تلقائيا، ودون أن يكون الطرف المستأنف قد تمسك به في مقاله الاستئنافي، مما يعني أن المحكمة قد أصبغت عليه صبغة النظام العام وإلا لما أثارته من تلقاء نفسها.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للتعويض عن الرقبة، فماذا عن التعويض عن الحرمان من الاستغلال؟

الفرع الثاني: بالنسبة للتعويض عن الحرمان من الاستغلال

لم تشر المقتضيات المنظمة على الإطلاق إلى التعويض عن الحرمان من الاستغلال بشأن عقار شمله تخصيص عمومي حسب تصميم التهيئة، الشيء الذي يجعلنا نتساءل هل هذا الصمت يمكن تفسيره أنه إجازة لمبدأ التعويض أم أنه حظر ومنع له، من منطلق أن المشرع حين يقرر أحقية التعويض في مواضع معينة، فإن سكوتة في مواضع أخرى لا يمكن أن يفهم منه سوى المنع.

وفي اعتقادنا، فإن تقرير التعويض عن الحرمان من الاستغلال أثناء سريان المفعول القانوني لتصميم التهيئة يبقى فاقدا لتبرير منطقي وواقعي، لسبب بسيط وهو أن التخصيص الذي يطال العقارات المبرمجة فوقها التجهيزات أو المرافق العمومية، لا يفضي إلى حرمان المالك من الاستغلال السابق، صحيح أن العقار يصبح مغلولا نتيجة القيود التي انصبت عليه مراعاة لتصميم

²³- قرار منشور بمجلة أملاك الدولة، منشورات مجلة الحقوق لسنة 2013، العدد: 2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 347.

التهيئة، إذ ليس بمقدور صاحبه أن يقوم بإقامة بناء عليه أو استغلاله استغلالا يعوق إنجاز التجهيزات المقررة في التصميم، لكن لا يجرمه من الاستمرار في الاستغلال السابق، بدليل أن الفقرة الأخيرة من المادة 28 من القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير أجازت استثناء من الأحكام المقررة أن تكون الأراضي المخصصة للأغراض المشار إليها في البنود 3 و4 و5 و6 من المادة 19 أن تأذن الجماعة الواقعة فيها بأن تستعمل بصورة مؤقتة لغرض غير الغرض المنصوص عليه في تصميم التهيئة، شريطة ألا يسلم هذا الإذن إلا إذا كان الاستعمال المزمع القيام به لا يعوق إنجاز التجهيزات المقررة في التصميم، ويلزم المالك في جميع الأحوال أن يقوم حين مباشرة إنجاز هذه التجهيزات بإعادة الأرض إلى الحالة التي كانت عليها فيما قبل.

ونفس الشيء يصدق بعد تمام الأمد القانوني لتصميم التهيئة دون تنفيذ المشروع المبرمج، إذ لا مجال للحديث أيضا عن الحرمان من الاستغلال، مادام أن استرداد الملاك لعقاراتهم يتم بشكل تلقائي وبقوة القانون بمجرد انصرام أجل 10 سنوات، اللهم إذا ثبت أن الإدارة حرمتهم من هذا الاسترداد أو أعاقته، إذ أن الوضع يكون مختلفا ونكون أمام اعتداء مادي وتصرف غير قانوني يبيح الأحقية في الحصول على التعويض عن الحرمان من الاستغلال إن لم يكن تصرف الإدارة قد مس بحق الملكية هو أيضا، إذ في الحالة نكون أمام استحقاق لهذا التعويض الأول بالإضافة إلى التعويض عن الرقبة.

ويمكن الاستدلال في هذا المقام بحثيات الحكم عدد 3/2000/37 غ الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2000/05/11 في الملف الإداري رقم 3/99/66 غ والتي جاء فيها:

"حيث إن هذا الشق من الطلب يرمي إلى تحميل الجماعة كامل المسؤولية عن الأضرار التي وقعت للمدعين بسبب المنع من التصرف في ملكهم بيعا أو قسمة بعد انتهاء العشر سنوات المذكورة. مع تحميل المدعى عليهم الصائر وشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وحيث إنه تبعا للتحليل الوارد أعلاه، فإن الملاكين يستعيدون تلقائيا حرية التصرف في عقاراتهم، تبعا للأغراض المخصصة لها المنطقة، فور انتهاء الآثار المترتبة عن المنفعة العامة.

وحيث إن الجهة المدعية لم تعزز طلبها بما يفيد أن الجهة المدعى عليها منعتها من التصرف في عقاراتها بعد انتهاء المدة المذكورة، عن طريق البيع والقسمة، وأن الشهادة المدلى بها في الملف الموقعة بتاريخ 91/4/24 من طرف المهندس رئيس قسم التعمير بعمالة المنزه مكناس، المستدل بها لإثبات واقعة المنع من التصرف، تفيد أن الموافقة على المخطط والنظام المتعلق بتهيئة دوار السويسي تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 337 بتاريخ 86/5/14، وأنه منذ إعلان المنفعة العامة المقررة بما ذكر والمعنيين بالأمر أي المدعين، لا يسمح لهم بالتصرف في مجال المخطط المذكور.

وحيث إنه بالنظر إلى تاريخ تحرير هذه الشهادة وهو 91/4/26 وتاريخ الموافقة على مرسوم تصميم التهيئة المتعلق بدوار السويسي الذي هو 1986/5/14 يتضح أن المنع من التصرف المشهود به في الشهادة المستدل بها إنما ينصرف إلى المنع القانوني المنصوص عليه في قانون التعمير، أي المنع الواقع داخل أجل عشر سنوات من تاريخ الموافقة على المرسوم وليس بعد

انصرامها. ذلك أن الشهادة المدلى بها لا تفيد أنه بعد انتهاء أجل العشر سنوات بتاريخ 96/5/14 تم منع المدعين من استعادة حق التصرف في أملاكهم خلافا لما تنص عليه مقتضيات المادة 28 المشار إليها أعلاه. مما حاصله أن هذا الطلب لم يعزز بالحجج المعضدة له لذلك يتعين الحكم بعدم قبوله".

لكن ذلك لم يمنع القضاء من البحث عن مبررات لإرساء أسس التعويض عن عقل العقارات المشمولة بتخصيص عمومي وهو سنتناوله في فرع مستقل.

الفرع الثالث: استحداث القضاء لأسس التعويض عن عقل العقارات المشمولة بتخصيص عمومي.

اعتبر البعض أن القول بكون ملكية المالك لعقار مشمول بتخصيص عمومي لا يطرأ عليها أي تغيير، كلام غير منطقي باعتبار أن مدة 10 سنوات عمر التصميم تؤدي إلى فوات فرص متعددة عليه، مما يلحق به ضررا ماديا يتعين تعويضه عنه⁽²⁴⁾.

وهذه الوجة من النظر لقيت صدى لدى القضاء الإداري ففي حكمها عدد 2006/297 الصادر بتاريخ 2006/07/14 في الملف الإداري رقم 2005/185 اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير أن الحق في التعويض عن الحرمان من الاستغلال يبدأ من تاريخ المصادقة على التصميم في حين يستحق التعويض عن قيمة الملك ابتداء من تاريخ إنجاز المرفق العمومي.

وبأتي الحكم المذكور تكريسا لتوجه سبق لنفس المحكمة أن خطته في حكمها عدد 2005/33 بتاريخ 2005/02/17 في الملف الإداري رقم 2003/101، إذ أوضحت أن تصميم التهيئة لمدينة إنزكان المصادق عليه أشار إلى أن البقعة الأرضية موضوع طلب التعويض مخصصة لإنشاء مرفق رياضي وأنه بذلك تكون المدعية محقة في المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال⁽²⁵⁾.

كما انتهت ذات المحكمة في حكم حديث⁽²⁶⁾ صادر عنها يجسد باللموس محاولة إيجاد مبررات لإرساء مبدأ التعويض عن الحرمان من استغلال عقار كان مخصصا حسب تصميم التهيئة لمسار السكة الحديدية إلى تأكيد ما يلي:

"وحيث إنه فيما يتعلق بأن مطالبة المدعين طالها التقادم الخماسي وفقا للفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الثابت من وثائق الملف أن واقعة حرمان المدعين من استغلال عقارهم بموجب تصميم التهيئة العمرانية لمدينة اولاد تايمه تعتبر واقعة مستمرة لا تخضع إلى التقادم المتمسك به من طرف الجهة المدعى عليها."

24- ذ. محمد النجاري، نزع الملكية لأجل المنفعة العامة في ظل قوانين التعمير، الندوة الجهوية الثالثة المنعقدة بمرآش 21 و22 مارس 2007، تحت عنوان قضايا العقود الإدارية ونزع الملكية للمنفعة العامة وتنفيذ الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة المنية، ص: 195.

25- أورده ذ. محمد النجاري، المرجع السابق، ص: 194.

26- الحكم عدد 2013/369 الصادر بتاريخ 2013/03/28 في الملف رقم 2010/82ش، قضية السيدة فاطمة طاوسي ومن معها، غير منشور.

والأكيد أن هذا الحكم لم يكن صائبا فيما انتهى إليه، إذ فضلا عن كون المبلغ المحكوم به كتعويض عن الحرمان من الاستغلال كان مبالغا فيه بشكل كبير على النازلة مقومات الاعتداء المادي، مع أن الآثار المشتكى منها ناجمة عن سند قانوني هو تصميم التهيئة أعطاه القانون مفعولا قانونيا وآثارا رتبها هو بنفسه ولا يجوز التعامل مع وضع كهذا من منظور الاعتداء المادي.

وفي سبيل البحث عن مبررات لإرساء التعويض عن الحرمان من الاستغلال ذهب بعض العمل القضائي إلى تأسيس استجابته على منصوص المادة 84 من القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير، ففي حكم حديث أكدت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء على ما يلي:

وحيث إن الثابت فقها وقضاء، وإن كان المشرع المغربي لم ينص صراحة عن مسألة التعويض عن الأضرار اللاحقة بملأكي الأراضي في حالة عدم تفعيل مقتضيات تصميم التهيئة واكتفى بالنص على القيود الواردة على حق التصرف بالنسبة للعقارات اللازمة لإنجاز التجهيزات المشار إليها مع التنصيص على أحقية هؤلاء الملاك في استعادة حق التصرف بعد انصرام أجل 10 سنوات على نشر تصميم التهيئة، فإنه يمكن مساءلة الجهة الإدارية بالتعويض عن الأضرار المذكورة.

وحيث إن الفصل 84 من القانون رقم 90.12 المتعلق بالتعمير يقر حق الملك المتضرر من الارتفاقات المحدثة عملا بأحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية الصادرة لتطبيقه والتي نتج عنها إما مساس بحقوق مكتسبة وإما تغيير أدخل على الحالة التي كانت عليها الأماكن من قبل ونشأ عنه ضرر مباشر مادي ومحقق.⁽²⁷⁾

وهذا التبرير هو الآخر مناقش على اعتبار أن مقتضيات المادة 84 تتحدث عن التعويض عن الارتفاقات استجابة لمتطلبات الأمن والصحة والمتطلبات الجمالية وتجعله موقفا على توافر الشروط المقررة في الفقرة الثانية منها والتمثلة إما في وجود مساس بحقوق مكتسبة وإما تغيير أدخل على الحالة التي كانت عليها الأماكن من قبل ونشأ عنه ضرر مباشر مادي محقق، وهو أساس قانوني لا يصلح كمرتكز لمقاربة طلبات التعويض عن التخصيصات المتعلقة بالتجهيزات والمرافق العمومية وفق التعداد الذي أتت به المادة 19 من القانون رقم 12/90.

ولا يفوتني أن أشير في هذا المقام أن بعض العمل القضائي شرع يعالج أوضاع شبيهة من زاوية المسؤولية عن الأعمال التشريعية ويقر بالأحقية في الحصول عن الأضرار الناجمة عن تصميم التهيئة انطلاقا من هذا النمط من المسؤولية، وإذا كان القرار الذي بين أيدينا يهم التعويض عن ارتفاق عدم البناء⁽²⁸⁾ وهو مجال مختلف عن التخصيص لإحداث تجهيز أو مرفق عمومي، فإنه ليس مستبعدا أن يعتمد نفس المضمون كأساس للمسؤولية ويعبر مناط الضرر المبيح للحصول على تعويض عن الحرمان من الاستغلال بالنسبة لعقار مشمول بتخصيص عمومي هو وجود

27- الحكم عدد 926 الصادر بتاريخ 2013/04/18 في الملف الإداري رقم 6/11/379 قضية السيد عبد السلام مغوس ومن معه، غير منشور.

28- القرار عدد 2844 الصادر بتاريخ 2012/06/19 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف الإداري رقم 6/2011/796، قضية السيد أحمد صبحي، غير منشور.

تصميم التهيئة كنص قانوني أخذاً بالمفهوم الواسع للتشريع، ومن ثم إقرار مسؤولية الإدارة عن عملها القانوني.

وتجدر الإشارة إلى أن آثار تصميم التهيئة لا يمكن أن تكون خاصة بفرد معين بل هي تهتم كافة القاطنين في المجال الحضري الذي يشملهم هذا التصميم وإلا جاز عن ذلك أن يعوض كل من جاور عقاره طريقاً عمومياً أو خصص جزء من عقاره كمنطقة خضراء أو منطقة محظور فيها البناء بل حتى من سمح له البناء في حدود معينة يستطيع أن يدعي أنه حرم من التوسع في البناء.

ومعنى ذلك أنه سيقبل أن يتم تعويض الجميع، مما يعني أن الضرر لا يمكن أن يكون خاصاً بأي حال من الأحوال.

ومن المعلوم أن تصميم التهيئة يحظر البناء في أماكن معينة أو يحد منه أو ينظمه أو يحظر أنواع من أنواع النشاطات ومعنى ذلك أنه لا يمكن أن يعتبر المنع من البناء من الأضرار الاستثنائية وغير المتوقعة.

وتم، فإن مسابرة المنطق الذي يقول بضرورة التعويض عن إرتفاقات التعمير دون قيد أو شرط معناه تعطيل كافة المشاريع العامة وتقييد سلطة الإدارة في ضبط المجال الحضري الذي يعتبر وسيلة وأداة من أدوات الإقلاع الاقتصادي.

و إن كان ضبط المجال الحضري وتنظيمه ضرورة من الضرورات الاقتصادية والاجتماعية، فإن الجميع يتحمل الأعباء المترتبة عن ذلك وفقاً لما ينص عليه الفصل 40 من الدستور الذي جاء فيه مايلي :

" على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، ...".

و بجانب ذلك، فإن المشرع الدستوري كان واضحاً حينما اعتبر أن حق الملكية الذي يعتبر من أول الحقوق المالية وأصبغ عليه العصمة والحصانة وبالرغم من ذلك أجاز أن يتم الحد منه بمقتضى القانون.

و قانون التعمير يجعل ضبط المجال الحضري وتنظيمه يتم بمجموعة من القرارات التنظيمية وعلى رأسها تصميم التهيئة، مما يعني أن آثار هذا الأخير من الآثار القانونية التي توقعها المشرع الدستوري وجعلها واجباً يتحملها المواطن ومن ثم لا يجوز المطالبة بالتعويض عن تحمل الواجب والأعباء، ذلك أن الدولة المواطنة تضمن الحقوق وبالموازاة على مواطنيها أن يتحملوا واجباتهم تجاهها.

المبحث الثالث: إشكالية المحددات الضابطة للمساهمة المجانية في إطار الفصل 37 من قانون التعمير :

تنص المادة 37 من القانون رقم 12/90 المتعلق بالتعمير على أن الجماعة تقوم بتملك العفارات الواقعة في مساحة الطرق العامة الجماعية، وذلك إما يرضى ملاكها وإما بنزع ملكيتها منهم مع مراعاة الأحكام التي عدتها نفس المادة بمساهمة مالك كل بقعة أرضية تصير أو تبقى مجاورة للطريق العمومية الجماعية المقرر إحداثها مجاناً في إنجازها إلى غاية مبلغ يساوي قيمة جزء من أرضه يعادل مستطيلاً يكون عرضه عشرة أمتار وطوله مساوياً لطول واجهة الأرض الواقعة على الطريق المراد إحداثها، شريطة ألا تتعدى هذه المساهمة قيمة ربع القطعة الأرضية، مع إلزام الجماعة في تلك الجزء الذي يبقى من البقعة إذا أصبح غير قابلاً للبناء بموجب الضوابط الجاري بها العمل .

كما أحالت المادة 38 من نفس القانون فيما يتعلق بمسطرة تحديد التعويض المستحق لملاك الأراضي المجاورة للطرق العامة بموجب المادة 37 المذكورة آنفاً على أحكام القانون 7-81 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة والاحتلال المؤقت .

ومما تنبغي الإشارة إليه أن المساهمة المجانية المنصوص عليها في المادة 37 من قانون التعمير أثارت هي الأخرى جملة من الإشكاليات من بينها :

- هل ينحصر تطبيقها على إحداث الطرق داخل المدار الحضري من قبل المجالس الجماعية ولا يمتد أثرها إلى الأراضي الواقعة خارج الدوائر الحضرية²⁹ .
- هل المساهمة المجانية قاصرة على إحداث الطريق الجماعية أم أنها تشمل أيضاً عمليات التوسعة، مع استحضار أن العمل القضائي عرف تبايناً في المواقف بخصوص هذه النقطة إلا أن محكمة النقض اعتبرت أنه بالرجوع إلى المادة 37 من قانون التعمير يتبين أنه يفرض المساهمة المجانية في إحداث طريق جماعية عامة وليس على توسعتها.

إن الصياغة المعتمدة في الفقرة الثانية من المادة 37 تثير لبساً وتحتمل التأويل، إذ نصت على أنه يكون مالك كل بقعة أرضية ملزماً بالمساهمة مجاناً في إنجاز الطريق المجاورة لملكه إلى غاية مبلغ يساوي قيمة جزء من أرضه يعادل مستطيلاً يكون عرضه عشرة أمتار وطوله مساوياً لطول واجهة الطريق المراد إحداثها على أن لا تتعدى هذه المساهمة قيمة ربع البقعة الأرضية، ذلك أن بعض العمل القضائي ذهب إلى أن المشرع قد حدد عرض المساحة الخاضعة للمساهمة المجانية بشكل ثابت في 10 أمتار في حين لم يفعل ذلك بالنسبة للطول مما يعني أن المشرع لا يسمح إلا باقتطاع 10 أمتار من الزائد عنها يستوجب التعويض ولو كانت المساحة المقطوعة أقل من ربع المساحة الاجمالية .

° مدى المساهمة المجانية في حالة استغراق الطريق لكل الأرض إذ في هذه الحالة تنتفي المجاورة التي تعد مناط إرساء المساهمة المجانية .

²⁹- القرار عدد 7 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/01/10 في الملف الإداري رقم 11/01/11.

° إذا كانت الغاية من المساهمة المجانية وجود فائدة يجنيها صاحب الملك المجاور للطريق، وهو وضع ينتفي في مشروع إحداث الطريق السيار بحكم أن الارتفاقات التي يضعها هذا الأخير بخصوص عدم إمكانية الولوج إليه وانعدام أي منفذ له من أصحاب الأراضي المجاورة، ومن ثم ينعدم مفهوم الجوار بمعناه الإيجابي الذي هو أساس المساهمة المجانية³⁰.

لكن يختلف الوضع حينما تقوم الإدارة بشق طريق عمومي في عقار دون سلوك المساطر القانونية، إذ تعتبر والحالة هذه معتدية ولا يمكنها أن تتمسك بالمساهمة المجانية لأنه من غير المستساغ أن تهدر الإدارة القانون في جانب حماية حق الملكية وتطلب تطبيقه في جانب الامتياز الممنوح لها فيما يتعلق بالمساهمة المجانية، فاستيلاء الإدارة على العقار يجردها من الاستفادة من مقتضيات المساهمة المجانية.

وفي هذا الاتجاه سار العمل القضائي في الكثير من المناسبات ويمكن الاستشهاد بهذا الصدد بحديثيات الحكم عدد 2010/649 الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير حين أكدت على ما يلي:

"حيث أثار الطرف المدعى عليه ضرورة إخضاع التعويض لمقتضيات المادتين 37 و38 المذكورتين أعلاه تكون واجبة التطبيق في حالة ما إذا احترمت الإدارة القانون وقامت بنزع ملكية العقارات المعنية تطبيقاً للقانون رقم 81/7 المنظم لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة³¹."

ورسخت نفس المحكمة رأيها المذكور في نازلة أخرى، مشددة على أنه فيما يتعلق بالمساهمة المجانية طبقاً للمادة 37 من القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير فإن الحكم بها يقتضي أن تكون الجماعة الحضرية لكليم قد سلكت مقتضيات قانون التعمير وقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بشأن العقار الذي قامت بغصبه .

وحيث إن غصب ملك المدعي وإقامة عليه مرفق عمومي دون احترام مسطرة نزع ملكيته وفقاً لما ذكر أعلاه، فإن الجماعة التي قامت بهذا الغصب لا يحق لها المطالبة بحق المساهمة المجانية طبقاً للمادة 37 من قانون التعمير التي يكون له محل في حالة استيفاء إجراءات قانون التعمير والقانون رقم 81/7 المتعلق بالملكية من أجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت³².

وفي قضية مماثلة تمسك دفاع المجلس البلدي بوجوده بكون تقرير الخبرة التي أمرت بها المحكمة لم يراع نسبة المساهمة المجانية عند تحديد التعويض، مادام الأمر يتعلق باعتماد مادي وليس بمسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة حيث يمكن للإدارة الاستفادة من الامتيازات المقررة بنص القانون³³.

³⁰- القرار عدد 1790 بتاريخ 2012/12/04 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف الإداري رقم 11/10/266، قضية أحمد بلقاضي، غير منشور

³¹- الحكم عدد 2010/649 الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 2010/11/10 في الملف الإداري رقم 2009/222 في قضية السيدة اخويري عائشة .

³²- الحكم عدد 2012/689 الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2012/10/11 في الملف الإداري رقم 2011/398 ش، قضية السيد البيكم محمد سالم بن الحاج مبارك غير منشور، ونفس الشيء سار فيه الحكم عدد 872 الصادر بتاريخ 2012/12/19 في الملف الإداري رقم 2011/242 ش، قضية ابراهيم بن فاتح بن محمد.....

³³- الحكم عدد 130 الصادر عن المحكمة الإدارية بوجوده بتاريخ 2013/02/21 في الملف الإداري رقم 6/12/216، قضية بنكاك بوزيان ومن معه، غير منشور .

وفي حكم صادر مؤخرا لم تشد المحكمة الإدارية بمكناس عن هذه الوجة من النظر مؤكدة أنه لا مجال للحديث عن المساهمة المجانية أمام اعتداء الإدارة على ملكية المدعي وأن هذه المساهمة لا تكون إلا في إطار القانون 7/81 34.

وهذه الأحكام تأتي انسجاما مع ما تواترت عليه الغرفة الإدارية لدى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) والتي أجمعت على أن المعتدى على عقاره اعتداء ماديا غير معني بالمساهمة المجانية في الطريق العمومية، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في القرار عدد 184 الصادر بتاريخ 2007/4/11 في الملفين المضمومين عدد 2006/992 و 2006/1098 : "حيث يعيب المستأنفون الحكم بخرق مقتضيات المادة 37 من قانون 12/90، ذلك أن المحكمة قضت عليهم بالمساهمة في شق الطريق في حين أن الأمر يتعلق باعتداء مادي صرف حرهم من استغلال أرضهم وأن المحكمة بالرغم من أهمية العقار كما حددتها خبرة الخبير، فهي عمدت إلى خفض التعويض ملتزمين إلغاء الحكم جزئيا في شقه المتعلق بالمساهمة والحكم وفق طلباتهم.

لكن حيث إن صدور المرسوم المصادق على تصميم القضية لا يعطي الحق للمستأنفة في وضع يدها على العقار المدعى فيه وتفعيل تصميم التهيئة بشق طريق قبل أن تسلك مسطرة نزاع الملكية وتقديم دعوى الفصل 18 من قانون نزاع الملكية، مما لا مجال معه لتطبيق مقتضيات المساحة المجانية، فيكون الحكم قد جانب الصواب عندما قضى بتلك المساهمة" 35 .

وأكيد أن هذا المنحى يبرز رغبة القضاء في تحميل الإدارة نتائج فعل الاعتداء بحرمانها من كل الامتيازات المخولة لها قانونا كسبيل للتقويم والتصحيح والردع على الأرجح.

³⁴- الحكم عدد 2013/1914/927 الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2013/10/03 في الملف الإداري رقم 2013/1914/26، قضية الرمل بوشتى، غير منشور.

³⁵- القرار عدد 184 الصادر بتاريخ 2007/4/11 في الملفين المضمومين عدد 2006/992 و 2006/1098.

خصوصية الإثبات في المنازعات الإدارية – دراسة مقارنة

ذة. نادية احديدو

محامية بهيئة المحامين بالرباط

يعتبر الإثبات في المادة الإدارية من أهم الركائز التي يقوم عليها نظام العدالة الإدارية، وهو من المواضيع الشائكة التي يصعب التحكم فيها، خصوصاً وأنه يسطر مجموعة من الإشكاليات سواء على المستوى النظري أو العملي، والتي تتضارب في شأنها الآراء الفقهية وتختلف الإتجاهات والمواقف القضائية حولها.

ولذلك، فإن قواعد الإثبات الإداري، تصاغ على أساس ظروف القانون الإداري، و طبيعة الدعوى الإدارية التي تتعلق بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة كسلطة عامة. تقوم بوظيفتها الإدارية للصالح العام و بين الأفراد، مع بروز عدة عوامل تتحكم في تشكيل قواعد الإثبات في القانون الإداري، مما تؤدي إلى خلق ظاهرة انعدام التوازن العادل بين الطرفين من جهة الإثبات، مما يجعل للإثبات في المنازعات الإدارية أهمية خاصة، و يجعل الحاجة ملحة لتدخل القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات من خلال دوره الإيجابي في اثبات الدعوى الإداري.

إلا أن ذلك لا يعني انقطاع الصلة تماماً بين قواعد الإثبات في القانون الإداري و غيرها من قواعد الإثبات في فروع القانون الأخرى، إذ توجد أصول و أحكام عامة في الإثبات تعتبر من أصول التقاضي و مقتضياته، و لا تختلف من دعوى إلى أخرى، و هي عبارة عن مجموعة من المبادئ الكلية التي تنتظم تحت لوائها مختلف القواعد الجزئية المؤطرة لوسائل الإثبات و الطرق القانونية في طرحها، و الترجيح بينها، و تمييز المدعي عن المدعى عليه، و عبئ الإثبات، و محله، و من تم وجب التحقق من المعنى الحقيقي لهذه القاعدة في ضوء العلاقة غير المتساوية بين أطراف الدعوى الإدارية، لإبراز دور القاضي الإداري، في تطبيق هذه القاعدة.

تبعاً لذلك، فموضوع هذه المداخلة، فرض على الباحثة تدقيق البحث لإيجاد إشكالية محورية تغطي جميع جوانب الموضوع، و خلصت إلى طرح الإشكالية الآتية:

ففي ضوء العلاقة غير المتساوية بين أطراف الدعوى الإدارية يبرز دور القاضي الإداري، في تطبيق القاعدة العامة في الإثبات.

فكيف يقوم القاضي الإداري بتطبيق هذه القاعدة في ظل خصوصية الدعوى الإدارية من أجل حماية حقوق و حريات الأفراد و المتعاملين مع الإدارة؟

فهل يتحمل القاضي الإداري بعبء معين في الإثبات، أو أنه يحل محل الأطراف بالكامل في هذا العبء؟ أم أن العبء يقع أصلا على عاتق الطرفين سواء تعلق بالفرد أو الإدارة، حيث يقتصر دور القاضي على تطبيق القانون على ما يثبت أمامه من وقائع طبقا للأوراق التي قدمها الطرفان بمعاونته و توجيهه؟

ومن أجل الوقوف على دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات من خلال إثبات الدعوى الإدارية، سنقدم الموضوع إلى مبحثين نتناول في أسباب تدخل القاضي الإداري في إثبات الدعوى الإدارية(المبحث الأول)، فيما نتطرق لمسلك الاجتهاد القضائي من تحمل عبئ الإثبات حماية لحقوق و حريات الأفراد(المبحث الثاني).

المبحث الأول: أسباب تدخل القاضي الإداري في إثبات الدعوى الإدارية
لعل مرجع تدخل القاضي الإداري في إثبات الدعوى الإدارية، مرده لإعتبارات القانونية و أخرى واقعية:

الفقرة الأولى: الإعتبارات قانونية:

مرد تدخل القاضي الإداري في تنظيم و تطبيق قواعد الإثبات لعاملين أساسين هما: لغياب قانون مستقل بالإثبات أمام القضاء الإداري (أ) و مرونة قواعد القانون الإداري (ب).

أ) الإعتبار الأول: غياب قانون مستقل بالإثبات أمام القضاء الإداري:

إن القوانين المتعاقبة سواء في مصر أو فرنسا وكذا المغرب لم تضع قانونا متكاملا لأحكام الإثبات في المواد الإدارية سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية، وإنما أوردتها ضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية سواء أكانت جهات إدارية أو عادية.

ويمكن إرجاع ذلك إلى مقتضيات المرونة و التطور الذي يتميز بها القانون الإداري خاصة في مجال الإثبات¹، وبالتالي فسح المجال للقاضي الإداري في الهيمنة على إجراءات الدعوى الإدارية بصفة عامة ووسائل الإثبات بصفة خاصة، و التي تظل خاضعة لرقابته و سلطته التقديرية فيما يتعلق بمدى جدية تلك الوسائل المقدمة من قبل الأطراف سعيا منهم لإثبات الحق المتنازع فيه، لذلك فإن الدعوى الإدارية تتميز عن تلك الوسائل المقننة والمنحصرة في القانون الخاص لتنتقل بذلك من نظام الإثبات المقنن إلى نظام الإثبات المعنوي.

وفي هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا في المصر أنه: للقاضي أن يحدد بكل حرية وسائل الإثبات التي يقبلها وأدلة الإثبات التي يرتضيها وفقا لظروف الدعوى المعروضة عليه².

و تبعا لذلك، فالقاضي الإداري غير ملزم بالالتجاء إلى أحكام القانون العادي إذ أنه لا يلجأ إليها باعتبارها ملزمة له، و إنما باعتبار أن تلك الأحكام نفسها تفتضيها طبيعة الدعوى الإدارية

1 - رفعت رشوان، رقابة القاضي الجنائي لمشروعية القرار الإداري-دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية القاهرة، ط الأولى 2005 ، ص 167 .

2 - جلسة 1988/2/20، طعن رقم 3063 لسنة 13 ق مجموعة سنة 33 ص 935 ف 147.

وعلاقات و رابط القانون العام³ من جهة، وكون القانون الإداري لا يفرق بين الوقائع المادية و التصرفات القانونية في مجال الإثبات حيث يجوز إثباتها بكافة الطرق المقبولة أمام القضاء الإداري⁴ من جهة ثانية.

ب) لاعتبار الثالث : مرونة قواعد القانون الإداري :

تعتبر قواعد القانون الإداري قواعد متغيرة وغير ثابتة و مرنة، تتطور حسب المستجدات و طبق ما تقتضيه المصلحة العامة، مما يجعله قانونا مختلفا نوعيا عن فروع القانون الخاص، إذ تتمركز الإدارة في مرتبة أعلى في النزاع مما يكسب هذا القانون خصوصيته و القائم أساسا على فكرة عدم التوازن بين أطراف النزاع⁵، مما إترف للقاضي الإداري بسلطات واسعة للإقتناع (I'intime conviction) بأدلة و سلطات إستثنائية إيجابية مستمدة من الصفة الإيجابية للإجراءات، و بصفة خاصة لذلك فهو يقوم بدور إيجابي في الدعوى الإدارية بصفة عامة وفي مجال الإثبات بصفة خاصة⁶.

الفقرة الثانية: الإعتبارات الواقعية

يرجع أسباب تدخل القاضي الإداري في نقل عبئ الإثبات إلى عاتق الإدارة المدعى عليها إحقاقا للعدالة الإعتبارات الواقعية أدت إلى إختلال التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية

إن مرد تدخل القضاء الإداري في إثبات الدعوى الإدارية، للطبيعة الخاصة لهذه الدعوى والتي يخلل فيها التوازن بين أطرافها الغير المتكافئين، هما جهة الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات مهمة أهمها: امتياز قرينة سلامة القرارات الإدارية و امتياز التنفيذ المباشر بالإضافة إلى حيازة الأوراق و الوثائق الإدارية و امتياز المبادرة و الفرد المتضرر من عمل الإدارة و الخالي من أي إمتياز أو أدلة، و بالتالي تنشأ مشكلة عدم تحقيق التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية، التي تعتبر دعوى موضوعية و تبني القاضي الإداري مذهب الإثبات الحر، الذي يتطلب توافر أنماط فكرية خاصة لدى القاضي الإداري تمكنه من بسط سلطته الرقابية القوية على القضايا المعروضة عليه حتى يستطيع الفصل فيها ليحقق العدالة و يحمي الحقوق الخاصة من إعتداء الإدارة عليها، و من ثمة فهو يتمتع إزاء الدعوى الإدارية بسلطات كبيرة تساعد على تكوين إقتناعه و التثبت من تحقيق الإدعاء، مما يحقق معه نقطة التوازن بين الأطراف عن طريق الحفاظ على المصالح العامة و حماية المصالح الخاصة كما سنرى بعده.

3- حسن السيد بسبوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية ، دار الشعب، ط 1981، القاهرة، ص 219.

4- طعمية الجرفدى التعارض بين المنازعات الإدارية وقواعد المرافعات، مجلة مجلس الدولة المصري السنة السابعة، ص 318.

5- عبد المنعم خيرة، آثار حكم الإلغاء- دراسة مقارنة- دار الفكرة العربي، ط 1971، ص 296

6- محمد علي محمد عطا للالإثبات بالقرائن في القانون الإداري و الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة أسبوطمصر 2004 ص: 33.

ونستخلص مما سبق أن مذهب الإثبات الحر الذي يعتنقه القاضي الإداري، يظهر مدى الدور الذي يلعبه هذا الأخير في الدعوى الإدارية و الذي يفوق دور الطرفين في الدعوى، حيث أن دور هؤلاء تابعاً لدور القاضي و يسير في فلكه و تحت رقابته وتوجيهه⁷.

بينما يملك القاضي الإداري سلطات إستثنائية إيجابية مستمدة من الصفة الإيجابية للإجراءات، ولذلك فهو يقوم بدور إيجابي في الدعوى الإدارية بصفة عامة وفي مجال الإثبات⁸ بصفة خاصة لاسيما في تحضير الدعوى الإدارية، و الاستعانة بكافة وسائل الإثبات و أمره بإجراءات التحقيق الازمة من أجل تحديد الحلول المناسبة التي تتماشى مع القضايا المعروضة عليه .

و إذا كان بوسع القاضي الإداري الإرتكان إلى مذهب الإثبات الحر في الدعوى الإدارية بما يخوله من تنظيم عبئ الإثبات و بيان الأدلة المقبولة أمامه و حجيتها ومدى الإقتناع بها دون قيد، إلا أن سلطاته في هذا الشأن ترد عليها مجموعة من القيود المبينة أدناه .

(أ) القيد الأول : إستثناء عن الأصل العام الذي يقضي بأن أدلة الإثبات تتساوى من حيث قيمتها أمام القضاء الإداري، فقد يتطلب الواقع العملي من هذا الأخير الإلتزام بوسيلة إثبات معينة يحددها القانون في إثبات بعض الدعوى، كدعوى إثبات الجنسية التي يتطلب إثباتها بواسطة شهادات رسمية صادرة عن السلطات المختصة، أو التقيد بما ورد بالملف الإداري للموظف لحسم النزاع حول إثبات إمتحان الموظف عند الولوج للوظيفة العمومية، أو إشتراط الوثائق الرسمية لإثبات بعض البيانات دون المستندات العرفية، و في ذلك اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس أن شهادة الإعراف بحفظ القرآن الكريم، لا يمكن أن ترقى إلى الوسائل القانونية المثبتة للمستوى التعليمي المطلوب، سواء من حيث مدة التمدرس أو المواد و البرامج المقررة، أو الجهة المختصة بتسليم الشهادة المثبتة لذلك المستوى⁹.

(ب) القيد الثاني: القاضي الإداري شأنه شأن القاضي المدني و الجنائي، يقع على عاتقه التزامات كالإلتزام بالمبادئ العامة لأصول التقاضي و ضماناته و حقوق الدفاع، و تطبيقاً لذلك فعليه أن يؤسس ويستمد قناعته من أدلة يتمكن أصحابها من مناقشتها أمامه إعمالاً لمبدأ الصفة الحضرية لإجراءات التقاضي، و من تم فإنه يحضر على القاضي الإداري بناء حكمه على معلومات شخصية مستقاة من خارج نطاق الإجراءات القضائية¹⁰، و يترتب على إلتباع مبدأ حرية الإثبات أمام القاضي الإداري أن طرق الإثبات التي تعتمد على الإحساس و المشاعر الشخصية مستبعدة من مجال الإثبات أمام القاضي الإداري و التي لا تتناسب مع طبيعة الدعوى

7- للمزيد أنظر:

- احمد كمال الدين موسى، فكرة الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط 1980 السنة 27 ص 237.

8- محمد علي محمد عطا الله، س، ص 33 .

9- حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 1544/203، الصادر بتاريخ 2003/10/31 في الملف عدد: 525 غ/ 2003، منشور في مجلة المعيار، العدد 31 يونيو 2004 ص 299.

10- حامد ربيع، la théorie de la preuve et la légalité administratif، مجلة القانون و الاقتصاد العدد الثاني، السنة 32، سنة 1956 ص 37 وما بعدها .

الإدارية كالأقرار و اليمين الحاسمة¹¹ التي يوجهها القاضي لأحد الخصوم 12، ولقد علل القضاء الإداري ذلك كون اليمين سواء أكانت حاسمة أم متممة تتنافى مع طبيعة الدعوى الإدارية، لأن وقائع المنازعة الإدارية تكون في العادة مسجلة سلفاً بملفات وسجلات إدارية، الأمر الذي يتيح للمحكمة أن تحصل على الدليل الإزم منها وهو الأمر الذي إستقر عليه القضاء الإداري في كل من مصر¹³ و فرنسا و المغرب.

في حين يرى البعض الآخر جواز ذلك، لأنه لا يوجد ما يمنع القاضي الإداري من توجيه اليمين خاصة المتممة منها للأفراد فقط لتتوير و لإستكمال عقيدته و الإستئناس بها وفقاً لتقديره الخاص ودون أي قيد أو ترتيب أثر قانوني ملزم و لأنها تتفق مع طبيعة الأفراد، و القاضي يعامل كل طرف بما يتفق مع طبيعته و ظروفه، الرأي الذي نؤيده خاصة أمام عجز الفرد على إثبات إدعاءاته، و بالتالي خسارته للدعوى لا شيء إلا أن الإدارة هي التي تحوز الدليل الذي لو أخرجته الإدارة لكسب دعواه بكل يسر و سهولة .

ت) القيد الثالث: حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم لمحكمة الموضوع أثناء سريان الدعوى الإدارية:

من المبادئ الجوهرية المسلم بها في قانون المرافعات، و التي تتصل بصميم حقوق الدفاع، إتاحة الفرصة للخصوم كي يطلعوا على جميع الأدلة التي تقدم لقاضي الموضوع أثناء سريان الدعوى، و في جميع أطوارها، ثم السماح لهم بمناقشتها و إبداء ملاحظاتهم بشأنها، و لهذا المبدأ إتصال وثيق بمبدأ أعم و أشمل يتمثل في الموقف الحيادي الذي يجب أن يتخذه قاضي الموضوع من الخصوم بشأن الإثبات و ذلك بتمكين الطرف الآخر من الإطلاع عن كل دليل يعتمد عليه خصمه لتعزيز مطالبته و تقوية دفاعه¹⁴.

و نظراً لخصوصية الدعوى الإدارية، و نظراً لصعوبة تطبيق قاعدة عبئ الإثبات على المدعي في ظل معظم الأنظمة القانونية، من حيث كون الفرد في الدعوى الإدارية يقف دائماً كأصل عام موقف المدعي الذي لا يحوز أي دليل و ليس له أي امتياز في مواجهة الإدارة، المتمتع بالامتيازات و الحائزة على أدلة الإثبات، و بالتالي تنشأ ظاهرة عدم التوازن بين الطرفين، الأمر الذي يتطلب معالجة هذا الوضع في مجال الإثبات لتحقيق التوازن العادل، و بما يتلاءم مع طبيعة القانون الإداري بصفة عامة و ظروف الدعوى الإدارية بصفة خاصة.

لذلك ينبغي الإقرار للقاضي الإداري بدور إيجابي كبير سواء على المستوى الإجرائي أو على المستوى الموضوعي، و الذي يزيد من مساحته و أهميته و فاعليته كون أن أدلة الإثبات

11 - اليمين الحاسمة هي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه عندما يعوزه كل دليل آخر حتى يحسم بها النزاع، و تكون عند عجز الخصم عن الإثبات فيحتكم إلى ضمير الخصم الآخر طالما أعوزه الدليل، وهي وسيلة للإعفاء من الإثبات .

12 - عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرافعات الإدارية و الإثبات أمام القضاء الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، طبعة الأولى 2008 ص 271.

13 - حكم محكمة القضاء الإداري في 1950/6/21 في قضية رقم 425 لسنة 2 ق مجموعة سنة 4 ص 349 ف 296.

14 - محمد كشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة التمييز بين الواقع و القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2001 ص 269.

(المستندات، الأوراق... إلخ)، عادة ما تكون في حوزة و سيطرة الإدارة، ومن هنا ينشط الدور الإيجابي للقاضي الإداري في مجال إثبات الدعوى الإدارية، من خلال تطبيق القاعدة العامة في عبء الإثبات بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة الدعوى الإدارية.

المبحث الثاني: مسلك الإجتهد القضائي من تحمل عبئ الإثبات حماية للحقوق و الحريات

لاشك أن تطبيق الأصل العام في الإثبات أمام القضاء الإداري "البينة على المدعي" تؤدي إلى وقوف المدعي الفرد في الموقف الصعب في حين تقف الإدارة في موقف المدعي عليه في الدعوى الإدارية وهو مركز أيسر و أفضل من ناحية عبئ الإثبات في الدعوى، و بالتالي تنتج آثارا فيما يتعلق بنظرية الإثبات أمام القضاء الإداري.

وهذه القاعدة متفق عليها في المغرب و مصر و فرنسا على السواء، ومع التسليم بها فإن القضاء الإداري يتساهل في تخفيف عبئ الإثبات على الأفراد، تشجيعا لهم في السهر على حماية مبدأ سيادة القانون و تقديرًا لوضعهم كطرف ضعيف يلقى على عاتقه دائما عبئ الإثبات¹⁵.

ونظرا لأن عبئ إقامة الدليل من قبل المدعي يعد أمرا عسيرا، و قد أدرك القضاء الإداري ذلك، حيث أن المدعي لو ترك وشأنه اعتمادا على ملف الدعوى فإنه سيلقى صعوبة بالغة في الإثبات، و من تم فإن القضاء الإداري يتدخل في قواعد الإثبات لحماية الحقوق و الحريات للأفراد فيما يلي:

درج على تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة الدعوى الإدارية (الفقرة الأولى) وكذا عمل على نقل هذا العبئ بين طرفي الدعوى الإدارية لتحقيق التوازن بينهما (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضرورة تطبيق القاعدة العامة بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة الدعوى الإدارية

يترتب على إلقاء عبئ الإثبات على عاتق المدعي طبقا للقاعدة العامة في الإثبات، أن المدعي عليه "الإدارة" بوسعها أن تلتزم الصمت فلا تبدي دفاعاً إنتظاراً للنتيجة التي تترتب على إدعاء المدعي، فإن أخفق رفضت دعواه، وإن نجح في الحصول على دليل مقنع هنا يتحرك المدعي عليه ليقدم ما يثبت عكس الإدعاء و إلا حكم لصالح المدعي¹⁶، و بالتالي فإن المدعي عليه يكون موقفه في الدعوى أفضل من المدعي، فدوره مؤجل إلى حين حصول المدعي على دليل مقنع، بل أن المدعي عليه قد لا يمارس أي دور في الدعوى، وذلك في حالة فشل المدعي في الحصول على هذا الدليل¹⁷.

15- أنظر مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، مصر، 1999، ص 829.

16 - Bactet, Essai d'un thorie de la preuve devant le juridiction administrative, Thèse, Paris 1952, p30.

17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، طبعة، 2008، ص 268.

ومن تم فإن تطبيق القاعدة العامة في الإثبات على إطلاقه في مجال الدعوى الإدارية لا يستقيم وظروف وطبيعة هذه الدعوى، وفي مقدمة الظروف للصيقة بهذه الطبيعة و المؤثرة على تطبيق الأصل العام، إمتيازات الإدارة العامة ومركزها مما جعل القاضي الإداري يدرك بخبرته أن الطاعن لو ترك و شأنه سوف ينوء حتماً بعبئ الإثبات، وبهذه الطبيعة المتميزة للدعوى الإدارية، كانت الحاجة إلى صيانة أحكام خاصة في الإثبات أمام القضاء الإداري، تعطي لهذا الأخير سلطة أوسع حتى يستطيع التوفيق بين مراكز الخصوم في الدعوى الإدارية و التدخل بشكل ملموس في تحديد عبئ الإثبات عن طريق منحه مجموعة من الوسائل التي تلتف من تطبيق¹⁸ القاعدة العامة للإثبات بالقدر الذي يتلاءم مع الدعوى الإدارية وخصوصيتها، ذلك أن الإثبات في الدعوى الإدارية يكتفي به عند درجة الوصول إلى درجة إقناع القاضي بحقيقة الوقائع المتنازع عليها دون أن يشترط به بلوغ درجة اليقين الثابت و المطلق كما لا يكفي أن يقضي عند مجرد الظن و الإحتمال، فهو إذن وسط بين اليقين الثابت و الاحتمال الراجح، بصورة تحقق الإقتناع الكافي، طالما أن الحقيقة القضائية نسبية و ليست مطلقة¹⁹.

وترتيباً على ذلك، و بموجب الدور الإيجابي و التدخل المخول للقاضي الإداري فيما يتعلق بعبئ الإثبات في الدعوى الإدارية، الذي لا يقف مكتوف الأيدي و يدع الخصومة يحركها الأطراف كما يشاؤون و إنماله شيء من الحرية في تحريك الدعوى و توجيه الخصومة، حتى لا يترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم، وهذا هو الموقف الإيجابي للقاضي الإداري في تسيير الدعوى الإداري²⁰، و الذي يجعله يلزم الإدارة بتقديم ما تحت يديها من أوراق و مستندات حاسمة في الدعوى، تخفيفاً من عبئ الإثبات الملقى على كاهل المدعي²¹، و إذا ما نكلت جهة الإدارة عن تقديمها رغم طلب المحكمة، يترتب على ذلك قيام قرينة لصالح المدعي تلقي بعبء الإثبات على عاتق الإدارة²²، ومن هنا ينشط دور القاضي الإداري في تحقيق التوازن العادل بين أطراف الدعوى الإدارية، لأن الإثبات في هاته المنازعات يتم عن طريق التحقيق في الدعوى، و بواسطته يكون للقاضي الإداري إقتناع في إيجاد الحل المناسب في النزاع، عكس دعاوى المدنية، فإقامة الدليل هي قائمة على مبدأ حياد القاضي، بينما في دعاوى الإدارية هو صاحب المبادرة في إقامة الدليل، وهو لا يخضع لإدارة الخصوم و له أن يأمر أو يقوم بأي إجراء من تلقاء نفسه، وهذا نظراً للصفة التحقيقية للإجراءات أمام القضاء الإداري.

وترتيباً على ذلك، فالسلطات المخولة للقاضي الإداري قد تحد من تطبيق القاعدة العامة التي تقر بالبينة على من ادعى، و التي تكلف المدعي بإقامة الدليل على ما يدعيه. فمثلاً في المنازعات

18- محمد يوسف علام، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2004 ص 186.

19- أحمد كمال الدين موسى، م س، ص 12 وما بعدها .

20- محمد عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني في القانون المصري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، غياب مكان الطبع، 1998 ص 26 و ما يليها .

21- إبراهيم المنجي، المرافعات الإدارية (دراسة عملية لاجراءات التقاضي أمام مجلس الدولة)، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 520.

22- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 608 السنة 30 قضائية، جلسة 1989/9/30، المجموعة السنة 35 ص 583 مشار إليه في مؤلف عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بالغاء القرار الإداري، م س، ص 441.

المتعلقة بتجاوز السلطة، فالخصم لم تكن له علاقة أو معاملة سابقة مع الإدارة، قبل إصدار القرار الإداري المطعون فيه، ولذا قد يصعب بل قد يستحيل عليه تقديم الدليل، وهذا لا يكون ممكنا إلا عن طريق تدخل القاضي الإداري.

وتأكيدا لما سبق، ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أنه إذا لم يشمل القرار على ذكر الأسباب التي إستند إليها، يفترض فيه أنه صدر وفقا للقانون و يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذه قرينة تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة لا تمة للمصلحة العامة، و للمحكمة كامل السلطات في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد، و لها إذا رأت وجها لذلك أن تطلب بيان المبررات التي بني عليها القرار المطعون فيه، وهذا عن طريق إعتبار الدليل الذي يقدمه المدعي كافيًا على الأقل لزرحة قرينة الصحة " المشروعية " التي يتمتع بها القرار الإداري، فينتقل عبئ الإثبات من على عاتق المدعي إلى عاتق الإدارة²³.

و يطبق مجلس الدولة الفرنسي بدوره مبدأ إلقاء عبئ الإثبات على عاتق المدعي كقاعدة عامة وذهب إلى أن المدعي الذي إستند إلى قرار المنفعة العامة قصد به تأييد قرار سابق غير مشروع برفض منح رخصة البناء، فإن عبئ الإثبات الانحراف بالسلطة الذي يدعيه يقع عليه، ويجب عليه تقديم عناصر وشواهد تؤيده، وقد اتضح للمجلس عدم تقديم المدعي لهذه العناصر إلا أنه مع ذلك، فمجلس الدولة الفرنسي يقبل البحث عن عيب الانحراف من خلال أوراق ملف الدعوى، ولو عن طريق القرائن، وذلك لعلمه بصعوبة إثبات العيب المذكور من طرف الطاعن²⁴.

أما بخصوص القضاء المغربي، والذي منذ احداث المحاكم الإدارية، وفي إطار الدور الايجابي والاستيفائي للقاضي الإداري في سبيل الكشف عن الحقيقة فهو يأمر بإجراء بحث للتأكد من مدى ثبوت بعض الوقائع المدعى بشأنها خاصة فيما يتعلق بإثبات عيب إنحراف الإدارة في إستعمال سلطتها، عندما يخلو القرار المطعون فيه من عيوب عدم المشروعية الأخرى، على إعتبار أنه عيب إحتياطي، من ذلك مثلا قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض حاليا - المجلس الأعلى سابقا - الذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف عن المحكمة الإدارية بمراكش²⁵ إستنادا إلى التعليل التالي:

"حيث انه من جملة ما يعيب به المستأنف الحكم المستأنف، كونه إلتمس إجراء بحث حتى يتواجه مع الإدارة للتأكد من مدى ثبوت إنتقامها منه، لأن القرار المطعون فيه صدر مباشرة بعد الإحتجاج الذي صدر عن الطاعن، بعدما لاحظ نقصا في المواد الموضوعة رهن إشارة الطلبة

23- محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 525 السنة 6 قضائية، جلسة 1953/06/16، المجموعة ص 1582، مشار إليه في، م س، ص 439.
24-Mohammed amine BENADALLAH :La preuve du détournement de prouvoir dans la décision de mutation de fonctionnaire vol I, publications de la revue marocaine d'Administration Locale et de Développement , collection , manuls et Travaux Universitaires , n 77 , première édition , 2008, p :29.

25- حكم إدارية مراكش الصادر بتاريخ 2004/11/02 في الملف الإداري رقم 2004/3/5 غ أشارت إليه عفاف ملوك، الانحراف في استعمال السلطة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، اكدال الرباط، السنة الجامعية 2001/2000، ص 217.

لأجل التكوين²⁶، كما أفاد بأن مصدر القرار المذكور هو نفسه المسؤول عن تلك المواد وعن تسبير مركز التكوين والتأهيل، و أن المحكمة الإدارية، لما لم تجب عن هذه الوسيلة لم تمكن مجلس الأعلى من مراقبة مدى صحة هذه الواقعة من عدمها، مما تكون معه القضية غير جاهزة للبت فيها على حالتها²⁷.

مما سبق، يتبين أن كل من القضاء الفرنسي و المصري وكذا المغربي، قد ألقوا على كاهل مدعي الانحراف مثلا عبئ إثباته، تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات ولقرينة الصحة المفترضة في القرارات الإدارية، وعلى مدعي عكس ذلك إثبات دعواه، ولا شك في أنه عبئ شديد الوطأة قد ينوء به كاهله لدرجة قد يعجزه عن الاطلاع به في كثير من الأحيان.

إزاء هذه الصعوبة اتجه القضاء الإداري إلى تخفيف عبئ الإثبات على الطاعن مثلما فعل بالنسبة لعيب السبب، إذ يقبل ما يقدمه المدعي من أدلة وقرائن تؤيد دعواه، وتثير الشك حول نية الإدارة ومقصدتها من اتحاد القرار الإداري، وبناء على هذه الأدلة و البراهين يطالب القاضي الإدارة بإثبات صحة الهدف الذي سعت إلى تحقيقه، أي أن عبئ الإثبات ينتقل من المدعي إلى الإدارة²⁸، فهذه الأخيرة تملك من الأدلة ما يكفي لحسم الدعوى لصالح المدعي وذلك من واقع احتفاظها بالمستندات، و استشعار القضاء الإداري لصعوبة موقف المدعي الملقى عبئ الإثبات على عاتقه فقد أعفاه من تحمل هذا العبئ ونقله إلى جانب الإدارة بشرط أن يثير المدعي قرائن مقنعة تشكك في قرينة صحة أسباب القرار الإداري محل الطعن، وبذلك يقع على الإدارة عبئ إثبات صحة هذه الأسباب، فإن هي امتنعت عن ذلك، أو لم يقنع القاضي ما ساقته من أدلة على سلامة أسباب قرارها، قضى بإلغاء هذا القرار لكونه معيبا في سببه²⁹.

وللمدعي وهو سبيله لإثبات دعواه حق اللجوء إلى إقامة الدليل على صحة الدعوى بأية وسيلة يرى جدواها للوصول إلى غايته، ذلك أن جميع الأدلة متساوية في المرتبة أمام القضاء الإداري فيما عدا ما قرر له المشرع إستثناء مرتبة أو قوة معينة³⁰.

ومن جانبنا نؤيد التوجه القضائي الذي لا يروم إلى التطبيق الصارم لقاعدة عبئ الإثبات على المدعي، ولا أن يلقى كاملا على عاتق المدعي نظرا للصعوبات التي تقف في وجهه من أجل إقناع القاضي الإداري بصحة دعواه، بل على هذا الأخير و بصفته صاحب الإختصاص التحقيقي أن يستعمل سلطته في التحقيق لمواجهة الأشخاص العموميين، إذ أن السلطة التي يتمتع بها من شأنها التخفيف من نطاق المبدأ الذي يحمل المدعي عبئ إثباته ويكفل التوازن بين طرفي الدعوى

26 - للإشارة فالطاعن كان يعمل أستاذا مختصا في تكوين وتأهيل أفواج السفاطين نظريا وتطبيقيا .
27- قرار عدد 918 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/11/01 في ملف اداري رقم 2005/ 1/4/1148 مشار إليه في عفاف ملوك، م س، ص 217.

28- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري -الكتاب الثاني، قضاء الالغاء - أو الإبطال - قضاء التعويض وأصول الاجراءات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2003، ص 229.

29- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إلغاء القرار ...، م س، ص 272.

30- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، إلغاء القرار ...، م س، ص 270.

الإدارية عن طريق نقل عبئ الإثبات إلى الإدارة وهذا ما سنتعرض له في الفترة الموالية من هذا الفرع .

الفقرة الثانية: نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى الإدارية

إن تطبيق الأصل العام في الإثبات الذي بموجبه يلقي عبئ الإثبات على عاتق المدعي الملزم بإثباته بالإثبات على ما يصدر عنه من إدعاءات، إلا في حالة وجود قرينة لصالحه.

ونظرا لصعوبة الإثبات، ونظرا لإنعدام التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية، جعل القاضي الإداري يطبق هذا الأصل بمرونة، لذلك فقد ذهب البعض إلى القول إلى أن القاضي الإداري يلقي بعبئ الإثبات " نظريا " على عاتق المدعي، أما من الناحية العملية فإن تدخله الإيجابي في سبيل البحث عن عناصر الإثبات بهدف إستظهار الحقيقة، يؤدي به إلى تخفيف العبئ الواقع على عاتق المدعي بنقله إلى المدعي عليه جزئيا، بل وربما كلياً³¹ عن طريق قيادته للإجراءات الإدارية لدرجة أنه في معظم الأحيان ينقل عبئ الإثبات من على عاتق الأفراد إلى عاتق الإدارة، بل أنه كثيرا ما يخلق قرائن لصالحهم تعينهم في هذا الصدد و التي تؤدي إلى إعفاء من يتمسك بها من عبئ الإثبات، و تعد القرائن القانونية من أهم الضمانات التي وردت في بعض النصوص للتخفيف من ظاهرة إنعدام التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية، كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي نص على بعض الإجراءات الإستشارية، وحق الإطلاع على المعلومات الموجودة التي تحتفظ بها الإدارة، و النص في بعض الحالات على التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية، و التوسع في الإجراءات المتعلقة بالمواجهة بين الأطراف، كل ذلك من أجل نقل عبئ الإثبات بين طرفي الدعوى الإدارية، لتحقيق التوازن بين الخصوم في المنازعة الإدارية.³²

وفي فرنسا وخاصة في مجال المسؤولية الإدارية، فالإدارة لا تستطيع التخلص من المسؤولية التي تثبت في حقها نتيجة إنتقال عبئ الإثبات على عاتقها، إلا بإثبات خطأ المضرور أو القوة القاهرة في حين أنه يمكن للإدارة التحلل من المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ بإثبات فعل الغير أو العمل الفجائي إذ يعتبر في هذه الحالة سببا لإعفائها من المسؤولية بجانب خطأ المضرور و القوة القاهرة.³³

وفي هذا الصدد أعفى مجلس الدولة الفرنسي المريض من إثبات عدم قيام الطبيب بتنفيذ إلتزامه بالتبصير، نظرا لصعوبة هذا الإثبات لأنه يرد على واقعة سلبية، ونقل عبئ إثبات قيامه بتنفيذ إلتزامه بالتبصير و أجاز له اللجوء إلى جميع طرق الإثبات³⁴ وهو التوجه نفسه تبنته محكمة

31-ch.Debbash , La charge de la preuve devant le juge administratif , f d.1983 chronique , p 43.

32 -Alain PLANTEY-François Charles BERNARD ,La preuve devant le juge administratif , Economica, Paris ,2003 ,p :89.

33-Michel Paillet ,La Faute de Service public en droit administratif français ,éd .L.G.D.J, paris, 1980,p :118 et p :146.

c,E, section ,5 janvier 2000, CTstelle .A.J.D.A .2000 , P :180 chron ,p :140.

C.E,section ,5 janvier 2000 , l'assistance publique Hopitaux de paris ,A.J.D.A .2000,p 182.

النقض الفرنسية³⁵. وكذا مختلف المحاكم الإدارية بالمغرب، و نورد كمثل على ذلك: حكم المحكمة الإدارية بوجدة³⁶ الصادر بتاريخ 2005/02/15 و الذي نقل عبئ الإثبات إلى عاتق الإدارة المدعى عليها إحقاقاً للعدالة وقد جاء فيه :

" وحيث أنه فيما يخص تحميل المكتب مسؤولية وقوع الحادث إلى الهالكة لعدم تبصرها وتهورها عند ذهابها إلى الحفرة قصد غسل يديها، فإن المحكمة بعد تفحصها لهذا الدفع و اطلاعا على ما جاء في محضر الضابطة القضائية المشار إلى مراجعه أعلاه تبين لها أن الحفرة التي وقعت بها الحادثة كانت تشكل خطرا على ساكنة المنطقة خاصة التلاميذ بحيث أن الحفرة المذكورة ثم إحداثها بالقرب من المدرسة التي تقع بمنطقة نائية، و تم تركها بدون إشارات أو علامات توضح خطورة المكان، وأن إدعاء المكتب بكونه قد قام بجميع الإحتياطات اللازمة إلا أن السكان المجاورين كانوا يزيلون السياجات الموضوعة قصد التزود بالماء هو قرينة على أنه كان على علم بما يقوم به السكان، و بالتالي كان عليه أخذ الإحتياطات اللازمة لتدارك الوضع و العمل على إنهاء أشغاله بالورش المحدثه به الحفرة أو وضع حارس قصد تقادي الأخطار التي تشكلها، ذلك أن وقوع الحادثة التي أدت إلى هلاك مورثة المدعين، تشكل قرينة أخرى تؤكد أن المكتب المدعى عليه لم يتخذ إحتياطاته و خاصة أن الهالكة لا يتجاوز سنها 11 سنة و أن الحفرة المائية يصل عمقها إلى مترين ونصف و توجد بالقرب من المدرسة حسب الثابت من محضر الضابطة المذكور، مما يكون معه الدفع المثار في هذا الصدد غير مبني على أساس و يتعين إستبعاده.

...مسؤولية المكتب الوطني للكهرباء تقوم على خطأ مفترض بصفته حارسا للشيء - الحفرة - و أنه لتفنيذ هذه المسؤولية يجب عليه أن يبين أنه قام بجميع الإحتياطات اللازمة وهو ما تحضه القرائن و المعطيات المشار إليها أعلاه، و أن الحادث قد وقع بشكل فجائي أو بقوة قاهرة وأنه في نازلة الحال لا يوجد أي دليل يفيد قيامه بإثبات ذلك وهو ما يكون معه الدفع المذكور كذلك غير مبني على أساس سليم و يتعين إستبعاده -

وحيث أنه بإستبعاد هذين الدفيعين تكون مسؤولية المكتب عن الحادث ثابتة ويكون مبدأ المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للمدعين مؤسسة "

هذين الحكمين مشار إليهما في مؤلف محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دارالنهضة العربية، القاهرة، طبعة 2004 ص 170 هامش رقم 4 .
35 - أنظر:

cass, 1er civ, 14 octobre 1997, bull 1 n°278 .

قرار مشار إليه في مؤلف محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دارالنهضة العربية، القاهرة، طبعة 2004، ص 170 الهامش رقم 5.

36 - حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 29 في الملف الإداري عدد 2003/886 ش. ب. قضية ورثة المرحومة فتية غازي بنت لخضر ضد المكتب الوطني للكهرباء، مشار إليه في مقال صلاح الدين الزويبر، المسؤولية الإدارية الناجمة عن مخاطر الأشغال العمومية، منشور بمجلة القضاء الإداري ع الثاني، السنة الأولى - شتاء /ربيع 2003 ص 96، الهامش رقم 2، و تتلخص وقائع هذه النازلة في ان المرحومة غازي فتية و على اثر عرقها بحفرة مائنة كائنة بالقرب من المدرسة التي كانت تدرس بها و ان هذه الحفرة التي كانت سببا في هلاك المرحومة، قامت بحفرها مصالح المحطة الحرارية بجرادة التي تركتها مملوئة بالماء بدون اية علامة او اشارة تنبيه إلى خطورتها، كما أنه لم يتم انشاء اي حاجز أو بناء على الحفرة و من شأنه الحيلولة دون الاخطار التي قد تسببها تلك الحفرة بالنسبة للتلاميذ المدرسة القريبة منها .

وغيرها من الحالات التي نقل القاضي الإداري عبئ الإثبات على من يطيقه من الطرفين كل على حسب ما يقدر عليه³⁷.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر³⁸ بأنه و من حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الأصل في عبئ الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية و الطعون التأديبية لا يستقيم مع واقع الحال، بالنظر إلى احتفاظ الإدارة أو الجهة التي يتبعها العامل في غالب الأمر بالوثائق و الملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات، لذا فإنه من المبادئ المستقرة في هذا المجال أن الجهة التي يتبعها العامل تلتزم بتقديم سائر الأوراق و المستندات المتعلقة بموضوع النزاع و المنتجة في إثباته إيجابيا و نفيًا، متى طلب منها ذلك، فإذا نكلت الجهة عن تقديم الأوراق المتعلقة بالنزاع فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي و اعتبر نكولها تسليما بطلبات المدعي.

و في القضاء المغربي، فقد جاء في حكم لمحكمة الإدارية بالرباط رقم 1026 الصادر بتاريخ 2012/3/21 في الملف الإداري رقم 2010/12/221 ما يلي: "و حيث إن وقوع الحادثة نتيجة الاصطدام بكلب أثناء قيادة السيارة بالطريق السيارة، يرتب مسؤولية المدعى عليها عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع مثل هذه الحوادث، مما تكون معه مسؤوليتها قائمة بتحقيق أركانها من خطأ و ضرر و علاقة سببية"³⁹

ويتبين من خلال ما سبق، أن موقف القضاء الإداري متردد، فتارة يأخذ بالأصل العام في الإثبات، ويلزم المدعي بهذا العبء، وتارة أخرى يعفيه منه ويحمله للإدارة المدعى عليها.

و هذا التردد دفع الفقه القانوني، إلى دعوته بضرورة تدخل المشرع عن طريق إقرار نظام قانوني واضح يحمي المتعاملين مع الإدارة. وفي انتظار ذلك، يظل عبئ الإثبات في الدعوى الإدارية، كما هو الحال في الدعوى المدنية واقعا على عاتق الطرفين بإعتباره من طبيعة الإدعاء و شأنه لا يؤثر في صحة ذلك، الدور الإيجابي للقاضي الإداري⁴⁰، الذي تبقى مساهمته أكثر فعالية في مجال إثبات الدعوى الإدارية.

ونحن من جانبنا نؤيد تخلي القاضي الإداري عن إتباع القاعدة العامة في الإثبات لأن التقيد بحرفية هذه القاعدة فيه إجحاف كبير للفرد المدعي بإعتباره الطرف الضعيف في علاقته مع الإدارة، خاصة أنه غالبا ما يكون مقترا إلى وسائل الإثبات، بخلاف الإدارة الطرف القوي.

37 - لحسن بن الشيخ ات ملوية، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، ط السادسة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008 ص 89 وما بعدها .

38- حكمها في الطعن رقم 1059 لسنة 30 قضائية، جلسة 1986/12/2 مشار إليه في مؤلف المستشار حمدي ياسين عكاشة، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، طبعة 1997، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ص 1169 مبدأ رقم 944.

39- منشور في مؤلف محمد الهبني، المرتكزات الدستورية الناظمة للعمل القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط وفقا لاجتهادات محكمة النقض - القضاء الشامل- مطبعة المعارف الجديدة، الرباط ط 2014 ص 626.

40 - أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، م س، ص 21 وما تليها .

لذلك، فنحن نرى بأن يعهد بتحديد من يتحمل عبئ الإثبات في المادة الإدارية، إلى القاضي الذي عليه أن يستنتج ذلك من روح النصوص الإدارية⁴¹، من أجل إعادة التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية إذ من حق القاضي أن يخفف تطبيق قواعد الإثبات بحكم ما يتمتع به من سلطات واسعة سواء في مجال استخدام القاضي لسلطاته في التحقيق، أو في مجال إثبات الدعوى الإدارية تعينه على تكوين إقتناعه و التشبث من تحقيق الإدعاء، و لا يحده في ذلك سوى قدرته على ابتداع الحلول المناسبة و العادلة التي توفق بين المصلحتين العامة و الفردية، فإذا ما بلغ المبادئ التي إستقرت في نفوس الناس عنوانا للحق و ضمانا للعدل و جب عليه أن يقف دونها، و بذلك يفوق الدور الإجرائي الذي يلعبه القاضي الإداري في إثبات الدعوى دور طرفيها، و الذي دورها تابع لدور القاضي و يسير في فلكه و تحت رقابته و توجيهه، على اعتبار أن القاضي الإداري بحكم وظيفته يحاول البحث عن الحقيقة التي قد تكون خفية، إما لظروف الحال أو التفاوت بين مراكز الخصوم، و هنا يتجلى الدور الإجرائي للقاضي الإداري في تسوية المنازعات المعروضة عليه من خلال بحثه عن الحقيقة التي هي هدفه الأول، و مناط تطبيق القواعد القانونية على النزاع المطروح، و عندما تشوب هذه العملية الغموض و اللبس، يلجأ إلى إتباع شتى الطرق و الوسائل لتحقيق الهدف المرجو، و لعل من أهم وسائله في ذلك اللجوء إلى تدابير التحقيق و التقدير بكل حرية قيمة الأدلة المعروضة عليه، بما فيها: إلزام الإدارة بتقديم المستندات التي بحوزتها، و مطالبتها بالإفصاح عن أسباب القرارات الإدارية التي اتخذتها لتقدير مدى مشروعيتها، و يعد نكولها عن ذلك، قيام قرينة قضائية لصالح المدعي تنقل بموجبها عبء الإثبات من عاتقه إلى الإدارة المدعى عليها، أو من خلال قيام القاضي الإداري بمعاينة مكان النزاع أو الإستماع للأطراف و الشهود و أخذ إقرارهم أو التحقيق بواسطة مساعدي القضاء من خبراء و فنيين متخصصين في فك طلاسم بعض المنازعات الإدارية ذات الطابع التقني.

و لكن ممارسة هذه الحرية ليست مطلقة فهو ملزم بتعليل الحكم القطعي. أما الجانب الثاني وهو الجانب الموضوعي، فيعني أن القاضي الإداري يقوم بدور موضوعي من أجل تحقيق التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية وذلك بإستخلاص القرائن القضائية⁴² شريطة أن تكون قوية و واضحة و أن يكون إستخلاصها من قبل القاضي إستخلاصا مؤديا عقلا و منطقا إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه و أن يوجد إتصال بين القرينة و الواقعة محل الإثبات، و إذا ما توافرت هذه الشروط في القرائن، اعتبرت في مقدمة أدلة الإثبات المقبولة أمام القضاء الإداري و هي مألوفة و شائعة في العمل حيث تلائم ظروف الدعوى الإدارية، و تؤدي إلى تيسير عبئ الإثبات الواقع على المدعي، و ذلك على عكس القاضي العادي الذي يكون دوره في الإثبات سلبيا فلا يتدخل في الدعوى إلا لحسم النزاع نظرا لدوره الحيادي في الدعوى.

41 - سعاد بنور، العمل القضائي في المادة الجبائية، دراسة تحليلية - قانونية - فقهية وقضائية مع أحدث الاجتهادات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى ص 121 .

42- القرائن القضائية لا تقع تحت الحصر، لأنها نتاج الإجتهد القضائي الإداري، و من أهمها: قرائن الانحراف في استعمال السلطة، و قرائن العلم اليقيني بالقرار الإداري، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية، بالإضافة إلى القرائن القانونية التي هي في أصلها قرائن قضائية نص عليها القانون الإداري بعدما أصبح لها تطبيق واسع في المنازعات الإدارية.

و في الأخير، فهذه المداخلة لا تعدو أن تكون سوى محاولة لدراسة الموضوع والوقوف على أهم ما يطرح من إشكاليات الدعوى الإدارية وخصوصيتها التي تنشأ بين طرفين غير متكافئين، الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تجعلها طرفاً قوياً في الدعوى، لا يحتاج إلى اللجوء إلى القضاء لإقتضاء حقوقها، مما يجعلها في أغلب الأحيان في مركز المدعى عليه مقارنة مع مركز الفرد المدعي الذي يقف أعزلاً من أدلة الإثبات المؤيدة لدعواه.

و من تمة يكون هذا البحث مساهمة و لو بلبنة في بناء نظرية الإثبات في القانون الإداري بما يتفق و ظروف ذلك القانون، و الذي نأمل أن يصدره المشرع في الوقت القريب حسماً لما قد يثور من خلال أمام القضاء الإداري

كما نخرج بجملة من التوصيات و النتائج أهمها:

- إعادة النظر في التكوين القانوني و القضائي للقضاة و المحامين
- ضرورة الرفع من عدد المحاكم الإدارية لتتلافى البعد الجغرافي
- إنشاء مجلس للدولة أو المحكمة الإدارية العليا
- دعم استقلالية القضاء و العمل على تنفيذ و احترام الأحكام القضائية
- تفعيل دور المجلس الأعلى للسلطة القضائية
- على المشرع أن المغربي أن يعمل على إيجاد نظام خاص بإثبات الدعوى الإدارية، لكي يكتمل دور القاضي الإداري في تحقيق الدعوى الإدارية على الوجه الذي يتفق و خصوصيتها و مركز طرفيها
- ضرورة جمع الاجتهادات الخاصة بالمنازعات الادارية بمجلدات خاصة و تمكين الباحثين من الاطلاع عليها
- الاسراع بإصدار قانون الاجراءات المنازعات الادارية
- الاستفادة من تجربة قوانين الدول العربية و الغربية المنظمة للتجارة و المعاملات الالكترونية.

ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية

ذ. هشام الوازيكي

مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

إذا كانت نشأة القضاء الإداري بفرنسا راجعة لرغبة رجال الثورة الفرنسية في منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك العهد من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية لاعتبارات تاريخية، وذلك بإحداث قضاء إداري ظل يتطور إلى أن صار يساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص وابتداع الحلول المناسبة لحسن سير الإدارة العمومية.

فإنه بالنسبة للنظام القضائي المغربي، فإن إنشاء المحاكم الإدارية جاء ثمرة لما ورد في خطاب صاحب الجلالة الحسن الثاني رحمه الله بتاريخ 8 ماي 1990 بمناسبة إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والمحاكم الإدارية.

حينما صرح جلالته بأن "الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى لا تستطيع أن تبت وتنتظر في كل القضايا...." وأضاف جلالته بأنه "لا يمكن لهذا البلد أن يكون دولة إلا إذا جعلنا لكل مغربي الوسيلة كي يدافع عن حقه كيفما كان خصمه...." وبخصوص نشاط الإدارة صرح جلالته "إنني لا أقول أن الإدارة أو الحكومة أو الدولة تفعل ذلك بنية تعسفية، ولكن وأخذ عليها عدم احترام القانون، ولاسيما أن لكل إدارة مصلحة قانونية ومستشارين قانونيين"¹.

وخلال ذلك لا بد من الاستلham بأنه إذا كانت الإدارة في حاجة ملحة إلى الحفاظ على سلطتها وامتيازاتها التي يقرها لها القانون، فإنه بالمقابل لا بد للمواطنين من آليات قانونية تمكنهم من الحفاظ على حقوقهم التي كرسها الدستور، وهنا يبرز دور القاضي الإداري في فض النزاعات التي قد تنترتب عن ممارسة الإدارة لنشاطاتها.

وفي هذه المداخلة سوف أعمل على مناقشة النزاعات التي قد تثار بمناسبة لجوء السلطات الإدارية إلى عقد صفقات عمومية في إطار تسييرها للمرفق العام.

وبطبيعة الحال فإنه ما دامت الصفقات العمومية عقودا إدارية بقوة القانون، فإن الاختصاص بالنظر في النزاعات الناجمة عنها يعود لجهة القضاء الإداري طبقا لمقتضيات المادة الثامنة من القانون 41 - 90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية².

وفي هذا الإطار فإن الدور المقترض القيام به من طرف القاضي الإداري يتجلى في ضمان حد معين من التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية والتكامل بين متطلبات حماية المصلحة العامة والمال العام موضوع الصفقة العمومية من جهة وبين كافة الحقوق المخولة للمتعاقد مع الإدارة

1- الخطاب الملكي السامي لجلالة الملك الحسن الثاني بتاريخ : 8 ماي 1990 بمناسبة إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان.
2- الظهير الشريف رقم 1.91.255 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 90 - 41 المحدثة بموجبه محاكم إدارية ج.ر عدد 4227 بتاريخ 3 نونبر 1993، ي : 2168.

من جهة أخرى³ كل ذلك في استحضار تام للأهداف المتوخاة من مرسوم الصفقات العمومية والتي تتمحور حول تثمين القواعد التي تشجع على حرية المنافسة وإلزام صاحب المشروع بضمان الإعلام المناسب والمنصف لجميع المتنافسين، فضلا عن ترسيخ أخلاقيات الإدارة بمحاربة الممارسات المرتبطة بأفعال الغش و الانحراف، بالإضافة إلى اعتماد وسائل الطعن واللجوء للمصالحة لتسوية النزاعات المتعلقة بإبرام الصفقات⁴.

وسأحاول من خلال هذه الدراسة العمل على مناقشة الحماية التي أقرها القضاء الإداري لمبدأ الشفافية وحرية المنافسة في الصفقات العمومية كوسيلة للمحافظة على المال العام، ومن جهة أخرى بيان دور القضاء في معالجة بعض الاختلالات التي قد يعرفها إبرام الصفقات العمومية وانعقادها.

أولا : حماية مبدأ الشفافية وحرية المنافسة في الصفقات العمومية كوسيلة للحفاظ على المال العام.

تعتبر الحاجة إلى الرقابة القضائية على الصفقات العمومية ملحة، ذلك أنه منذ المراحل التمهيدية للتعاقد تهدر قاعدة المساواة بين طرفي الصفقة العمومية، وتبدو الإدارة في مركز متميز عن المتعاقد معها، إذ تمارس امتيازات السلطة العامة منذ الإعلان عن الصفقة وفحص العروض وانتقاء أحد المتنافسين وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه وإنهائه.

غير أنه تجدر الإشارة أن هذه السلطة لا ينبغي أن تكون مطلقة ذلك أن التعاقد في مجال الصفقات العمومية يخضع لأساليب محددة تشكل في حد ذاتها قيودا على حرية الاختيار، وذلك بغرض الحصول على أفضل عرض من الناحيتين المالية والتقنية تحقيقا للمصلحة العامة. فمبدأ حرية الإدارة في التعاقد لا يوازيه سوى مبدأ حرية المنافسة. فضلا عن ذلك فإن عقد الصفقة مرتبط بالمرفق العام الذي يستخدم أموالا عامة. ذلك أن مرسوم الصفقات العمومية كرس مجموعة من المبادئ المتمثلة في حرية الولوج إلى الطلبية العمومية والمساواة في التعامل بين المتنافسين وضمان الشفافية في اختيارات صاحب المشروع. ومن جهة أخرى عمل على تحديد مساطر دقيقة يجب على الإدارة التقيد بها عند إبرام عقد الصفقة العمومية.

وباستقراء الأحكام الصادرة في منازعات الصفقات العمومية يتبين بأن القضاء الإداري حرص على ضمان حرية المنافسة وفي هذا الصدد صرحت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في أحد أحكامها بأن "إسناد الصفقات العمومية يجب أن يتم بأسلوب أخلاقي، وأن يتم انتقاء المرشحين بعيدا عن التفاضلية، وبالتالي فإن صفقة طبعها التمييز بين المتنافسين يتعين إلغاء قرار اسنادها للانحراف في استعمال السلطة⁵.

³- هشام الوازيكي، منازعات العقود الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء 2015 - 2016، ص : 4.

⁴- مرسوم رقم 2.12.349 صادر بتاريخ 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) يتعلق بالصفقات العمومية ج.ر عدد 6140 بتاريخ 4 أبريل 2013.

⁵- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 3 يناير 2005 من الملف رقم 2003/219 غ.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط بأن " الاختصاص الممنوح للإدارة في اختيار من سترسو عليه الصفقة هو اختصاص مقيد وتجري عليه قواعد جوهرية وضعت لصالح الإدارة والمتعهدين على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة⁶.

وفضلا عن ذلك فإن القضاء يمارس رقابته على أعمال لجنة العروض نظرا لدورها المركزي في الاختيار بين المتنافسين على أساس جودة العروض المقدمة سواء من الناحية المالية والتقنية⁷. وإذا ثبت للمحكمة أن إقصاء أحد المتنافسين قد تم بناء على أسباب غير قانونية، فإن قرار الإقصاء يكون غير مشروع ويستوجب الحكم بإلغائه⁸.

وبخصوص نظام الاستشارة اعتبرت محكمة النقض في أحد قراراتها " أن الثابت من وثائق الملف المدلى بها من الطرفين بأن ملف طلب العروض المعد من طرف صاحب المشروع تضمن نظام الاستشارة، والذي حددت بموجبه الوثائق التي يجب أن يتكون منها ملف طلب المشاركة وهي الملف الإداري والتقني والمالي، وأوضح النص المذكور الوثائق المكونة لكل ملف بدقة ونقط التقييم لعروض المتنافسين، وهو ما لم تطبقه لجنة فتح الأظرفة إذ لا يوجد ضمن وثائق الملف ما يفيد قيامها بعملية التتقيط التي تسمح بتفضيل شركة على أخرى، الأمر الذي يجعل ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه مبنيا على أساس سليم⁹.

ثانيا : الرقابة القضائية على سلامة إبرام الصفقات العمومية.

بخصوص الرقابة على سلامة لإبرام عقد الصفقة العمومية، فإنه يتعين على جهة الإدارة احترام إجراءات وشكليات التعاقد والتقييد بها لكي تستطيع إبرام عقد الصفقة بشكل سليم، وتتعلق هذه الإجراءات عموما بصياغة العقد والتوقيع عليه وتوفير الاعتماد المالي اللازم واحترام عملية المصادقة.

وبالنسبة لصياغة العقد فإن المادة 13 من مرسوم الصفقات العمومية نصت على أن الصفقات هي عقود مكتوبة تتضمن دفاتر تحملات تحدد شروط إبرامها وتنفيذها.

وبذلك فإنه ما دام النص القانوني قد أوجب إفراغ الصفقة في عقد كتابي، فإن مؤدى ذلك أن الصفقات العمومية هي عقود شكلانية تكون فيها الكتابة شرط انعقاد وليس فقط شرط إثبات، و بالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد، وفي هذا السياق ذهبت محكمة النقض إلى التصريح في أحد قراراتها " بأن الأمر يتعلق بمعاملة مع الإدارة التي أوجب القانون إبرام عقودها وفق الشكليات المحددة في قانون الصفقات العمومية، وليس بها ما يسمح بالأخذ بشهادة الشهود لإثبات التعاقد¹⁰.

وبخصوص ضرورة توفر الاعتماد المالي، فإنه لا يمكن للإدارة أن تتعاقد أو تلتزم بمبالغ معينة إلا إذا وجد الاعتماد لمواجهة الأعباء الجديدة، غير أن مخالفة القواعد المالية لا يترتب عنها بطلان العقد بل يبقى سليما وملزما للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ويمكنهما أن تصحح وضعها بتدبير المال اللازم لتنفيذ التزاماتها التعاقدية باعتباره نفقة بمفهوم المحاسبة العمومية . وإذا كان

⁶- حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 29 مارس 2004 تحت رقم 437.

⁷- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 19 يونيو 2006. في الملف عدد : 2004/1388 تحت عدد : 666.

⁸- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2010 الملف عدد : 2006/130 تحت عدد : 723.

⁹- قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 19 ماي 2004 في الملف الإداري عدد : 1-4-1636-2003 تحت عدد : 551.

¹⁰- قرار محكمة النقض- الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 21 يونيو 2006 تحت عدد : 510.

المنطق السليم يفرض على الإدارة عدم إبرام أي صفقة إلا بعد توفير الاعتماد المالي وكفايته لتغطية النفقات المترتبة عنها، وأن لا يتم الشروع في تنفيذها إلا بعد حصولها على تأشيرة الأجهزة المكلفة بمراقبة سلامة العقد، فإن الواقع العملي يكشف أن عدة صفقات يتم إبرامها دون مراعاة هذا الجانب مما يخلق نزاعات قضائية بعد أن يتعذر على المتعاقد استيفاء مستحقاته المالية.

وبالنسبة للمصادقة على العقد فإنها تعتبر المرحلة الأخيرة في إبرام الصفقة العمومية فهي تعد بمثابة شهادة ميلادها بكيفية صحيحة ورسمية. ويصبح العقد منتجا لآثاره القانونية بالنسبة للطرفين المتعاقدين. وبالمقابل فإن افتقار عقد الصفقة للمصادقة من الجهة المختصة يجعله باطلا من حيث آثاره القانونية، لكن ذلك لا يحول دون حصول المتعاقد المتضرر من الحصول على المقابل المالي للأشغال التي قام بإنجازها وعلى تعويض عن الأضرار التي لحقت به.

وبالنسبة لموقف القضاء الإداري من الحياد عن القواعد المنظمة لإبرام الصفقات العمومية، وبخصوص الشروط المتعلقة بالجهة المختصة بالتعاقد أكدت محكمة النقض على ضرورة أن يكون الشخص المتعاقد باسم الإدارة متوفرا على الصفة القانونية التي تخوله ذلك¹¹.

كما صرحت في قرار أنه " بالرجوع إلى سنوات الطلب ووصولات التسليم والمعتمدة من طرف المحكمة كأساس للحكم المطعون فيه يتضح بأنها مجرد نسخ لا تبين الصلاحية المخولة لموقعها هل هو الأمر بالصرف أو أنه يتوفر على تفويض قانوني من الأمر بالصرف، وبذلك فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون¹².

ويطرح التساؤل حول كيفية تعامل القضاء الإداري المغربي مع الحالات التي يتم فيها التعاقد في خرق للضوابط الإجرائية المتطلبية. هل استحضرت الاعتبارات المتمثلة في حماية المال العام فقط؟ أم غلب عنصر حماية المتعاقد مع الإدارة باعتباره الطرف الضعيف ما دام أنه يفترض في الإدارة أن تكون هي الأحرص على خضوع كافة معاملاتها للقانون؟

إن البحث في الاجتهادات القضائية الصادرة في هذا الإطار يكشف بأن القضاء قد أكد على ضرورة استيفاء عقد الصفقة للشروط المتطلبية حتى يكتسب طبيعته القانونية وينتج كافة آثاره، وهنا اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس بأن " عدم توفر عقد الصفقة على أحد الشروط الجوهرية يجعله باطلا، وغير منتج لأي أثر قانوني ناتج عن العقد وينأى بالتالي عن مجال العقود الإدارية ويجرده من الضمانات التي يخولها القانون للمتعاقد¹³.

كما صرحت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بأن " غياب أمر إداري بالإنجاز وغياب الأمر بالخدمة وعدم مصادقة الجهة المختصة يجعل عقد الصفقة غير مستوف لشكلياته " واعتبرت في قرار آخر بأن " إبرام الصفقة العمومية يجب أن يتم وفق شكل سند طلب أو عقد مكتوب¹⁴.

وإذا كان القضاء قد نفى عن العقود المبرمة حيادا عن المساطر القانونية صبغة العقد الإداري واعتبرها عقودا باطلة، فإنه في نفس الوقت أكد على ضرورة عدم تحميل المتعاقد مع الإدارة المسؤولية عن عدم سلامة العقد.

11- قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 2004/10/13 تحت عدد : 1031.

12- قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 2007/12/15.

13- حكم المحكمة الإدارية بفاس الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002 مقولة طليح.

14- قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية، عدد : 409 بتاريخ 25 ماي 2006 ملف 25/4/1254.

وهنا صرحت المحكمة الإدارية بالرباط بأنه " لا يمكن للمقولة المتعاقدة مع الإدارة أن تتحمل وزر الإجراءات والشكليات الإدارية المعقدة من أجل الحصول على مستحقاتها مما يبرر الحكم لفائدتها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"¹⁵.

ومن جهة أخرى فإنه إذا كان من غير الممكن تسوية النزاعات المترتبة عن العقود المبرمة حيادا على شروط التعاقد الإداري في إطار قواعد المسؤولية العقدية، فإنه يلاحظ بأن القضاء الإداري قد أسس أحقية التعاقد المتضرر على قواعد المسؤولية التقصيرية، والتي أسسها على قاعده الإثراء بدون سبب المستمدة من قواعد القانون المدني، والتي تتمثل شروطها في إثراء المدين وهو المدعى عليه وافتقار المدعي ووجود علاقة سببية بين الإثراء والافتقار. وذلك اقتداء بالاجتهاد القضائي الفرنسي الذي سبق له أن طور مفهوم شبه العقد الإداري بمناسبة النزاعات الناشئة عن العقود الباطلة التي اختلفت شروط تكوينها، وأخذ بنظرية الإثراء بدون سبب لسد النقص القانوني ولتحقيق التوازن المختل بين الطرفين وتعويض المتعاقد عن افتقاره الناتج عن الأشغال النافعة التي قام بها والتي أثرت بها جهة الإدارة.

وفي هذا الإطار ذهب القضاء المغربي إلى اعتبار أن الأشغال التي تم إنجازها وترتب عنها تحمل الطرف المدعي لنفقات أثبتتها الوثائق وتقرير الخبرة المنجزة، وفي المقابل حققت جهة الإدارة نفعاً ثابتاً، واعتباراً كذلك لكون المدعي لم يكن ليقوم بإنجاز تلك الأشغال إلا بموافقة الإدارة وتحت إشرافها، فإن مثل هذه الوضعية تشكل إثراء لهذه الإدارة على حساب المدعي بما أنفعه من مال.

وحيث إن مثل هذه الوضعية تندرج ضمن الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود المعتبر إطاراً عاماً لكل الالتزامات التي لا يوجد نص قانوني ينظمها والذي ينص على أن " من أثرى بغير حق إضراراً بالغير لزم أن يرد له عين ما تسلمه إذا كان موجوداً أو أن يرد له قيمته في يوم تسلمه إياه إذا كان قد هلك أو تغيب بفعله أو بخطئه"¹⁶. وحيث لما كانت الأشغال المنجزة تشمل مواداً وأدوات وتجهيزات صارت جزءاً لا يتجزأ من المنشآت العامة مما لا يتصور معه ردها عينا، فقد بات من الضروري رفعا للضرر الحاصل للمدعي جراء إثراء الإدارة بدون وجه حق إلزام هذه الأخيرة برد قيمة ما ذكر وما تسلمت إياه في حدود هذه القيمة"¹⁷.

وهو ما كرسه قضاء محكمة النقض التي اعتبرت في أحد قراراتها بأنه " بالرجوع إلى وثنائق الملف يتبين بأن الأشغال المطالب بها قد تم إنجازها فعلا، وأن شكليات إنجاز تلك الأشغال كما تتحدث عنها النصوص التشريعية والتنظيمية لا يمكن مواجهة المقاول بها متى كان حسن النية، ومتى ثبت أن الإدارة أمرت بإنجاز تلك الأشغال في ظروف خاصة، ودون الالتزام بما تفرضه تلك النصوص، ومسؤوليتها في هذا الباب لا غبار عليها، مما يكون معه من اللازم على الإدارة التي أنجزت الأشغال لفائدتها ووقع تسليمها لها أن تؤدي مقابل تلك الأشغال ماليا، حتى لا تكون أمام حالة إثراء بلا سبب على حساب الغير"¹⁸.

¹⁵ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد : 790 الصادر بتاريخ 1999/09/30.

¹⁶ - الفصل 75 من ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بقانون الالتزامات والعقود.

¹⁷ - حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد : 239 الصادر بتاريخ 30 أبريل 2002.

¹⁸ - قرار محكمة النقض - الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ : 11 يوليوز 2007 تحت عدد : 609 في الملف الإداري عدد :

2006/14/2195 وكذلك القرار الصادر عنها بتاريخ 24 مارس 2004 في الملف عدد 2002/14/1223 تحت عدد : 337.

والجدير بالذكر أنه إذا كانت مسؤولية الأشخاص العامة متميزة منذ نشأتها عن القواعد الواردة في القانون المدني المنظمة لعلاقة الخواص فيما بينهم ولها قواعدها الخاصة التي تختلف بحسب احتياجات المرافق العامة وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة، فإن ذلك لا يعني بالضرورة الاستقلال التام وقطع الصلة بين القانون الإداري والقانون المدني، ذلك أن اتحاد القاعدة في محل هذين القانونين مرده أنه في حالات معينة تقتضي الضرورة ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أن تطبق نفس القاعدة. والقانون الإداري حين يطبق تلك القاعدة إنما يقصد نقلها إلى نطاقه وإدماجها في منظومة قواعده دون أن يشكل ذلك مساسا باستقلاليتها وتميزه عن القانون الخاص.

غير أنه يلاحظ أن القضاء الإداري المغربي ما لبث لاحقا أن تراجع عن اعتماد نظرية الإثراء بدون سبب، ليستند على قواعد المسؤولية الإدارية المؤسسة على مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، ويبدو أن هذا التوجه راجع إلى الرغبة في اعتماد قواعد قانونية تنتمي إلى مجال القانون العام، ذلك أن قواعد المسؤولية الإدارية ظلت دوما من أهم ركائز القانون الإداري، وفي هذا السياق ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط إلى التصريح بأنه " لئن كان تنفيذ الصفقة بين الطرفين يتوقف على الموافقة المبدئية للوزارة الوصية، فإن الثابت من أوراق الملف أن المدعية لم تشرع في إنجاز تلك الأشغال المتفق عليها بمقتضى عقد الصفقة إلا بعدما توصلت بالأمر ببدايتها من طرف الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء، وإذا كان هناك خطأ في إبرام الصفقة، فإن تبعاته لا تتحملها المقاوله لذا فإن إنجاز جزء كبير من الأشغال يجعل المدعية محقة في المطالبة بالتعويض عنها عملا بمقتضيات المادة 8 من القانون 41 - 90 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية، التي تقضي بإمكانية مطالبة الإدارة المعنية بالتعويض عن الأضرار التي تسببها للغير بسبب نشاطها، كما في نازلة الحال"¹⁹.

وإذا كان هذا القرار قد أيد الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء فيما قضى به من أحقية المقاوله في التعويض عما أنجزته من أشغال، فإنه غير الأساس القانوني للتعويض وذلك باعتماده قواعد المسؤولية الإدارية في حين أن الحكم الابتدائي اعتمد على نظرية الإثراء بلا سبب لتعويض المقاوله المتعاقدة²⁰.

ويتعين لقيام المسؤولية الإدارية توفر أركانها الثلاث وهي الخطأ والذي يتمثل في حالتنا هذه في عدم تقيد الإدارة بالضوابط القانونية لإبرام عقد الصفقة، وعنصر الضرر الذي يصيب المتعاقد والعلاقة السببية بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المتعاقد بحيث أنه لولا هذا الخطأ لما حدث الضرر.

غير أنه ينبغي على القاضي عند تقديره للتعويض أن يستحضر حجم الضرر اللاحق بالمتعاقد، كما يتعين عليه التحقق مما إذا كان الخطأ مشتركا بين الإدارة والمتعاقد معها، أي مدى مساهمة هذا الأخير في عدم التقيد بمسطرة التعاقد الإداري، ففي حالة ثبوت تقصير من جانبه، فإنه لا ينبغي تحميل الإدارة كامل المسؤولية، وإنما ينبغي تشطيرها وجعلها متقاسمة بين الطرفين.

¹⁹- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 2007 في الملفين رقم 6/06/84 و 6/06/137 تحت عدد : 806.

²⁰- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد : 484 الصادر بتاريخ 24 أبريل 2006 في الملف عدد 2003/476 ت.

وبذلك فإن التعويض - عامة - لا يكون خاضعا في تقديره لأسس ثابتة، بل يراعي فيه القاضي كافة ظروف التعاقد وسلوكيات أطرافه.

وعموما فإنه يمكن القول بأن الاعتماد على قواعد المسؤولية الإدارية من طرف القاضي الإداري، يبقي المنازعة المعروضة أمامه داخل نسق قانوني يندرج في إطار قواعد القانون العام. وخلاصة القول، فإنه يتبين مما سبق بسطه أعلاه، بأن القضاء الإداري المغربي قد حرص على تكريس الضمانات القانونية التي أقرها المشرع للمتعاقد في مواجهة الإدارة، باختيار المتعاقد وتجنب أي تجاوز أو انحراف. ذلك أنه تم التأكيد على ضرورة احترام مبدأ المساواة بين كافة المتنافسين المستوفين للشروط التقنية والإدارية والمالية المطلوبة، وحماية المنافسة الحرة والتحقق من شفافية عملية الاختيار، وفي ذلك تفعيل للقيود المفروضة على الإدارة بموجب النصوص القانونية المنظمة لعملية التعاقد الإداري، والتي لا يمكن تجاوزها أو الحياد عنها.

ومن جهة أخرى فإن القاضي الإداري يسهر على حسن تدبير المال العام، وذلك بتقييد السلطة التقديرية للإدارة حتى لا تحيد عن غايات المصلحة العامة، وذلك في تناغم مع المبدأ الجوهري الذي يعمل القاضي الإداري على تكريسه وهو إيجاد نقطة التوازن بين متطلبات المصلحة العامة والحقوق المكفولة قانونا للمتعاملين مع الإدارة.

الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري

ذ. محمد أيت حسو

رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع الحساسة التي تحافظ دائما على راهنتها وقابليتها للنقاش لما تمثله من أهمية قصوى في الاقتصاد الوطني باعتبارها من أهم الطرق المعتمدة في وقتنا الحاضر في الانفاق العمومي وباعتبارها الوسيلة الأساسية التي تمكن الأشخاص المعنوية العامة من تنفيذ سياساتها وبرامجها التنموية .

ولذلك فلا غرابة أن يتدخل المشرع لتحديد الإطار القانوني المنظم لهذا النوع من العقود والذي استهدف من ورائه تحقيق غايات أساسية كبرى لعل أهمها الثلاثة التالية :

- حماية المال العام من خلال إيجاد آليات متعددة لمراقبة أوجه وسلامة صرفه، وهي الرغبة المجسدة سواء من خلال الأحكام المضمنة في قانون المحاسبة العمومية أو في النصوص المنظمة لمختلف أنواع المراقبة المالية الداخلية أو الخارجية.

- إرساء القواعد الضامنة للشفافية في تعاملات الإدارة والمساواة بين جميع المقاولات وكذا ضمان فعالية النفقة العمومية وهو ما تمت ترجمته من خلال النص المنظم لكيفيات إشكال وطرق إبرام الصفقات العمومية والنصوص التطبيقية له .

- الحرص على حماية التعاملات وإيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للحد من الصراع المصلحي بين طرفي العلاقة التعاقدية وهو ما كان وراء تخصيص دفتر الشروط الإدارية العامة لتنظيم العلاقة بين صاحبة المشروع والمقولة .

وحيث بالرغم من التنظيم التشريعي الدقيق والمحكم لهذا النوع من العقود فالملاحظ من خلال استقراء ما يرد بشأنها سواء في تقارير المجلس الأعلى للحسابات أو في تقارير المفتشية العامة للمالية أو ما تنشره الصحف أو من خلال المنازعات الناشئة عنها والمطروحة على القضاء أن تدبيرها لا زال يثير مشاكل متعددة سواء على مستوى إبرامها أو على مستوى تنفيذها أو إنهائها كما أن هذه المنازعات في تزايد مطرد مما ينبئ بوجود خلل ما، لذلك اعتقد أنه الباحثين والممارسين الانكباب على هذا الموضوع وإعطائه الأهمية خاصة لتحديد تجلياته وأسبابه لا سيما وأن الأمر يتعلق بعصب الاقتصاد الوطني وبالمال العام الذي لا شك أن حمايته وصونه من كل تلاعب هو من أهم الواجبات الملقة على عاتق الجميع .

وكما سبقت الإشارة فإن الجهات المعنية بحماية التعاملات ومراقبة حسن صرف المال العام على الصفقات العمومية متعددة إلا أننا سنقتصر في هذه المداخلة على تناول الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في هذا المجال بمناسبة بثه في المنازعات المطروحة عليه.

ولا شك أن المنازعات التي تنشأ سواء بمناسبة إبرام الصفقة العمومية أو بمناسبة تنفيذها أو إنهاؤها متعددة بتعدد أسبابها منها ما يعرض على القاضي الإداري بصفته قاضي الإلغاء أو قاضي المشروعية ومنها ما يعرض عليه باعتباره قاضي العقد أو قاضي القضاء الشامل فإني سأقتصر هنا اعتبارا للحيز الزمني المخصص لهذه المداخلة على تناول صورة واحدة من صور هذه المنازعات أولا لارتباطها الشديد بموضوع هذه الندوة وثانيا لكونها تحتل الصدارة ضمن المنازعات القضائية الناشئة عن الصفقات العمومية وكونها ثالثا الحالة التي تطرح أكثر إشكالات قانونية حد مهمة .

وتتمثل هذه الحالة التي سنحاول تناولها في المنازعة الناشئة عن علاقة تعاقدية مبرمة خارج الضوابط القانونية وتطرح مثل هذه المنازعة في صورتين أساسيتين هما :

الحالة التي يلجأ فيها المقاول إلى إنجاز أشغال أو توريد معدات أو تقديم خدمة دون وجود أي صفقة أو عقد يجسد الاتفاق المسبق على ذلك بوجود عقد لكن غير مستوف لشروطه المتطلبية أو لم يبرم طبقا للنصوص والأحكام القانونية الواجبة .

فبالرغم من أن المشرع تدخل كما سبق لتنظيم الصفقات العمومية بشكل دقيق فالواقع العملي يكشف أن الإدارات والمقاولات لازالت تدخل في علاقات تعاقدية غير قانونية غالبا ما تتعذر تصفيته بالطرق العادية مما يدفع المقاول إلى طرح النزاع على القضاء بقصد استصدار سند تنفيذي يظفي المشروعية على تلك العلاقة ويمكنها من الحصول على ما تعتبره مستحقاتها .

فإلى أي حد استطاع القاضي الإداري التوفيق بين ضرورة حماية المعاملات وواجب حماية المال في إطار بنه في النزاعات الناشئة عن الصفقات غير القانونية والتي لا شك أنها من أكثر التعاملات التي تحوم حولها الشبهات ويخشى منها على المال العام لانفلاتها من أية مراقبة سواء على مستوى تقدير ضرورة إنجاز الأعمال موضوع الصفقة أو على مستوى تحديد المقابل المالي لها أو على مستوى جودتها وحسن تنفيذها .

إذا كانت الصلاحيات المتاحة للقضاء الإداري في مجال حماية المال العام قاصرة عن أن تبلغ مستوى تلك الممنوحة للمحاكم المالية وللقضاء الجزري ولمختلف هيئات التفتيش والمراقبة المالية فإنه مع ذلك له من المكنات القانونية ما يمكنه من بلوغ نفس الغاية دون الخروج عن دوره كقاضي العقد .

فاعتبارا لكون الدعوى التي تقام بشأن هذا النوع من التعاملات غالبا إن لم نقل دائما ما تؤسس على مبادئ المسؤولية العقدية، واعتبارا لخصوصية مثل هذه المعاملة المبرمة غير الضوابط القانونية فإن الموضوع يطرح إشكالات قانونية جد مهمة أولها تلك المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء الإداري للبت في مثل هذه المنازعة وهو السؤال الذي يحيلنا بالضرورة على سؤال لا يقل أهمية وهو ذلك المرتبط بتحديد الطبيعة القانونية لعقد الصفقة بصفة عامة وما إذا كان يعتبر دائما عقدا إداريا أم لا .

أما ثاني هذه الإشكاليات فهي تلك المرتبطة بسبل اثبات قيام العلاقة التعاقدية المثار بشأنها النزاع، وإذا ما تم الفصل في مسألتي الاختصاص النوعي والإثبات فإن الإشكالية التالية التي يجد القاضي نفسه أمامها هي تلك المتعلقة بمدى سلامة العلاقة التعاقدية المطلوب منه الفصل في النزاع الناشئ عنها ومدى صلاحيتها لإنتاج آثار قانونية معينة .

تلكم إذا هي أهم الشكاليات التي سنحاول تناولها بشيء من التفصيل مستعرضين موقف القضاء الإداري خاصة مها ومختلف التوجهات التي تبناها وذلك من خلال المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : ونخصه لأثر عدم احترام ضوابط عقد الصفقة على تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في النزاع .

المبحث الثاني : وتناول فيه الضوابط القانونية المنظمة للصفقات على إثبات قيام العلاقة التعاقدية وعلى سلامتها وصحتها .

المبحث الثالث : وتناول فيه آثار عدم سلامة العلاقة التعاقدية في تحديد مستحقات المتعامل مع الإدارة .

المبحث الأول : عدم احترام ضوابط عقد الصفقة واثره على تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا .

لاشك في أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، وإنما منها ما تطبق عليه قواعد القانون الخاص ومنها ما يخضع لضوابط وقواعد القانون الإداري مما يجعل تلك العقود تنقسم إلى فئتين أساسيتين : عقود القانون الخاص والعقود الإدارية .

ولما كان المشرع قد تدخل لتوزيع الاختصاص بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية بشأن البت في النزاعات الناتجة عن تلك العقود فأسند النظر بشأن العقود الإدارية للمحاكم الإدارية بينما ترك الاختصاص بشأن العقود الأخرى للمحاكم العادية فأعتقد أن أول ما يجب على القاضي الحسم فيه هو تحديد الطبيعة القانونية لأساس النزاع المطروح أمامه حتى يتأتى له بعد ذلك تحديد ما إذا كان مختصا للبت فيه أم لا، فكيف يمكن له إذا الفصل في هذه المسألة ؟

في فرنسا مثلا تعتبر مهد نظرية العقود الإدارية¹ نجد أن المشرع قد تدخل في عز النقاش الدائر سواء على مستوى الفقه أو القضاء حول تحديد المعيار الواجب اعتماده لتمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود ونص صراحة على اسناد الاختصاص فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن صفقات الأشغال العمومية للقضاء الإداري وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع المصري في وقت لاحق حيث نص بدوره على اسناد الاختصاص لذات الجهة القضائية فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن عقود الامتياز أو عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد².

¹ انظر سلميان الطماوي م س ص 41

² نصت المادة 5 من القانون رقم 9 سنة 1959 على مايلي :

"تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية وهي نفس المقترضات التي تم التخصيص عليها كذلك في القانون رقم 165 لسنة 1955 وكذا قانون رقم 55 لسنة 1959.

وإذا كان المشرعان الفرنسي والمصري قد حسما كما سلف بشأن الجهة التي يعود لها الاختصاص لفض المنازعات التي تثور بشأن بعض الصفقات العمومية، فإن موقفها ليس من شأنه أو يؤثر مع ذلك في الطبيعة القانونية لتلك العقود باعتبار أن تحديد طبيعة العقد وما إذا كان إداريا أم لا - وكما سنرى فيما بعد - لا يتوقف على ارادة المشرع وإنما على خصائص الذاتية .

وبما أن جميع تلك العقود التي جعلها المشرعان المصري والفرنسي من اختصاص القضاء الإداري ليست بالضرورة عقود إدارية بطبيعتها إذ أن بعضها يحتمل الطبيعتين بحسب ما اتجهت إليه ارادة المتعاقدين (الإدارة والمقولة) ولتأخذ مثلا عقد التوريد فكما يمكن أن يكون عقدا إداريا إذا لجأت الإدارة إلى الاخذ بوسائل القانون العام فإنه يمكن أن يكون عقدا خاصا تطبق بشأنه قواعد القانون الخاص إذا رأت الإدارة أن ذلك انجع لتحقيق هدفها وبالتالي المصلحة العامة، ولذلك فقد طرحت بحدّة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمة الإدارية التي اناط بها المشرع اختصاص البت في النزاع وذلك انطلاقا من فكرة أنه " لا يكفي أن ينص المشرع على أن المنازعات المتعلقة بعقد معين تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية للقول باخضاعه لقواعد القانون العام، بل يجيب أن يحتوي العقد الذي تبرمه الإدارة على خصائص ذاتية تجعل خضوعه لقواعد القانون العام أمرا حتميا ..."³

ووعيا بأهمية هذا الاشكال فقد عمد الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر إلى هجر فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون واتجها إلى توسيع اختصاص القضاء الإداري ليشمل جميع العقود الإدارية سواء نص عليها المشرع أو لا وإلى تضيق نطاق اختصاصه في العقود التي جعلها المشرع من مجال اختصاص ولا تعتبر عقودا إدارية بطبيعتها .

أما المشرع المغربي فقد اكتفى بحصر حدود اختصاص القضاء الإداري في العقود الإدارية بدون تعداد لتلك العقود وهو موقف يبدو بشكل واضح أنه موقف سليم وصائب ومن شأنه تفادي الإشكالات التي طرحها موقف المشرعين الفرنسي والمصري.

وإذا كان المشرع المغربي قد تحاشى ايراد تعداد للعقود التي تختص المحاكم الإدارية للفصل في المنازعات الناشئة عنها واكتفى بتحديد طبيعة تلك العقود والتي يجب أن تكون إدارية، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا هو هل عقد الصفقة العمومية عقد إداري بالطبيعة ؟

باستقراء مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية نجد أن المشرع لم يعمد إلى إعطاء أي وصف لعقد الصفقة ولا هم بتحديد طبيعته القانونية وهو ما يستدعي بالضرورة الرجوع إلى المعيار العام للتمييز بين العقود الإدارية وغيرها.

وحيث بالرجوع إلى المجمع عليه فقها وقضاء في هذا المضمار نجد أن الشروط اللازم توافرها في العقد حتى يتسنى وصفه بكونه عقدا إداريا هي 3 شروط جوهرية :

- أن تكون الإدارة طرف فيه .

³ انظر سليمان الطماوي م س ص 40

- أن يتعلق بالمرفق العام .

- أن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

وبتطبيق هذه الشروط على عقود الصفقات المكتوبة - واقول هنا المكتوبة - التي تبرمها الإدارة مع المقاولين نجد أنها تتوافر لها جميعا، ذلك أنه وإذا كان التأكد ممدى توافر الشرطين الأوليين لا يطرح أي إشكال، فإن مسألة البحث عما إذا تضمنت تلك العقود شروط استثنائية لا يتطلب بدوره عناء أو مجهود كبير إذ بالإضافة إلى أن كل الصفقات تضمن بنودا تنطوي على شروط استثنائية (الفسخ بإرادة مفردة، سلطة التعديل والمراقبة، سلطة توقيع الجزاء ...) فإن أي منها لا يخلو من الإشارة إلى اعتماد نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة وغيرها من النصوص المطبقة على الصفقات العمومية وهي نصوص تنص على شروط استثنائية بامتياز .

ولذلك فلا خلاف فإن الصفقات التي تبرم بناء على المسطرة الضوابط المنصوص عليها قانونا هي عقود إدارية بطبيعتها ومن تم لا جدال في ان الاختصاص بشأنها معقود للقضاء الإداري .

وإذا كان الامر كذلك بالنسبة لصفقة ابرمت في ظروف عادية فإن الامر ليس بهذه السهولة بالنسبة لعلاقة تعاقدية لم تحترم فيها المسطرة القانونية، فإلى أي حد إذا يمكن القول بأن العلاقة التي تنشأ بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم هذا الأخير على اساسها بتوريد معدات أو انجاز أشغال في غياب عقد يبين شروط التعاقد هي علاقة تعاقدية تخضع للقانون العام وبالتالي لاختصاص القضاء الإداري ؟

إذا كنا اشرنا فيما سبق إلى الشروط الثلاثة المتطلبة حتى يوصف العقد بالإداري، فإن الاتجاه الغالب في الوقت الحالي سواء على مستوى الفقه أو القضاء يميل نحو الارتكاز أكثر على الشرط الثالث المتعلق بالشروط الاستثنائية كمعيار أساسي للتمييز بين العقد الإداري وغيره من العقود .

وبما أن البحث في مدى توافر تلك الشروط الاستثنائية وبيانها لا يمكن أن يتأتى إلا من خلال دراسة بنود التعاقد وتكييفها وهو مايفرض بالضرورة وجود عقد مكتوب يحدد التزامات وحقوق طرفي العلاقة التعاقدية، فإن السؤال الذي طرحناه بشأن الاختصاص النوعي يجد أهميته ومشروعيته في كون الموضوع الذي نطرحه الآن للمناقشة يرتكز على منازعة ناشئة عن علاقة تعاقدية تفتقر إلى عقد مكتوب مما يثير التساؤل حول السبل الممكن اعتمادها لتكييف تلك العلاقة من أجل تحديد طبيعتها .

إن تناول هذه النقطة يقتضي منا التمييز بين الصورتين اللتين يمكن أن يطرح في إطارهما النزاع وهما :

أ - حالة انجاز أعمال⁴ إضافية أو خارجه عن إطار الصفقة دون ابرام صفقة جديدة أو ملحق بشأنها .

ب - حالة انجاز اعمال بدون وجود صفقة أصلا .

⁴ تعتمد بشأن تحديد مفهوم الاعمال هنا التعريف الذي اورده المشرع المغربي البند 14 في المادة 4 من مرسوم 20 مارس 2013 بشأن تحديد شروط واشكال ابرم صفقات الدولة حيث عرف الاعمال بأنها " اشغال أو توريدات أ خدمات".

الحالة الاولى : ويتعلق الأمر هنا بالحالة التي تكون الإدارة قد أبرمت صفقة مع المقاول أو المورد أو الخدماتي إلا أنه أثناء التنفيذ تم الإقدام على انجاز أعمال إضافية أوجب المشرع ابرام عقد جديد بشأنها (ملحق أو عقد صفقة جديدة بحسب الحالات) فإنه في هذه الحالة وبغض النظر عن الشروط الواجب توافرها في هذا الشأن وكذا المسطرة المتعين سلوكها والتي سنعود إليها بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذه المداخلة فإنه يمكن القول بأن القضاء الإداري هو الإداري هو المختص نوعيا للبت في النزاع باعتبار أن هذه المنازعة هي في الحقيقة منازعة ناشئة عن عقد تبعي أو متفرع عن عقد إداري أصلي والقاعدة ان العقد التبعي يسرى عليه ما يسري على العقد الاصلي، وهو الاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي المغربي اسوة بالقضاء الفرنسي والمصري .

أما الحالة الثانية : فهي التي لا يوجد فيها عقد مكتوب أصلا ويثور النزاع بشأن العمل الذي انجز لفائدة الإدارة، فكيف تعامل القضاء المغربي مع هذه الحالة ؟

أن ما تجدر الملاحظة إليه هنا هو أنه بالرغم من الاختلاف الذي ظهر خلال السنوات الاولى من عمل المحاكم الإدارية بين القضاء المدني والقضاء الإداري حول تحديد الطبيعة القانونية لسندات الطلب (Bons de l'ommande) هل هي عقود إدارية أم عقود خاصة وكان كلا القضائين يحاول كل منهما جعل المنازعات المترتبة عنها من اختصاصه النوعي، وهو " الصراع " الذي انتهى في الأخير لفائدة القضاء الإداري بعد استقرار موقف المجلس الاعلى في هذا الشأن فإن هذا النقاش لم يكتب له أن يتبلور بشأن العلاقات التي تنفقد إلى عقد يحدد خصائصها وطبيعتها لاسيما وأن القضاء المدني خسر مبكرا "الصراع" حول سندات الطلب مما جعله يتنازل عن كل نزاع ينشأ عن صفقة عمومية أو عن علاقة تعاقدية يمكن أن تكون موضوع صفقة عمومية .

هذا وبالإطلاع على مختلف الاحكام التي اصدرها القضاء العادي في هذا الشأن والتي صرح فيها بعدم اختصاصه نوعيا في الطلب نجد غالبا ما يكتفي بترييد عبارة " أن النزاع يتعلق بصفقة عمومية وهي عقد إداري ... "

أو " أن النزاع منصب حول عقد إداري " دون أن يبحث في طبيعة العلاقة التعاقدية المطروح أمر تكييفها عليه وهل تسوفي مقومات العقد الإداري أم لا لاسيما الشروط غير المألوفة .

أما القضاء الإداري فإن موقفه لا يختلف عن موقف القضاء العادي، إذ أنه بدوره لم يكلف نفسه عناء التأصيل القانوني لاختصاصه للبت في هذا النوع من المنازعات وكأن المسألة لا تحتاج إلى نقاش أو تعليل وغالبا ما يبنى بدوره نفس العبارات لتبرير اختصاصه .

ويرجع السبب في قلة إن لم نقل انعدام الاجتهادات القضائية المبدئية في هذا الشأن (أي تحديد طبيعة العلاقة التعاقدية التي تتم خارج الضوابط القانونية للتعاقد) إلى نكول الاطراف المتقاضية عن استعمال " السلطة " التي يمنحها لهم قانون المسطرة سواء في إطار الدفوع أو في إطار الطعون للدفع بالقضاء إلى تحديد موقفه من مثل هذه العقود إغناء للنقاش واثراء للإجتهادات .

غير أن الأمر لم يستمر طويلا على هذا النحو إذ سرعان ما فتح هذا النقاش وطرح بشكل صريح مسألة الاختصاص النوعي للقضاء الإداري للبت في النزاعات الناشئة عن علاقة تعاقدية مبرمة خارج الضوابط القانونية، وهكذا وفي إطار دعوى رانجة أمام المحكمة الإدارية بفاس تقدم بها مقاول يدعي أنه قام بانجاز أشغال لفائدة إدارة معينة بناء على مكالمة هاتفية وبدون إبرام أي عقد في هذا الشأن ويطلب بالتالي باستيفاء مقابلها⁵، وفي إطار مذكرة الجواب المقدمة نيابة عن الإدارة تم الدفع بعدم اختصاص المحكمة الإدارية نوعيا باعتبار أن المدعي قد أسس لدعواه على مبادئ المسؤولية العقدية استنادا على الزعم بوجود عقد إداري بينه وبين الإدارة والحال أنه لم يدل بما يثبت قيام تلك العلاقة ولا ما يفيد أن العقد إداريا حتى يتسنى للقاضي بسط ولا تيه عليه

وحيث بالرغم من هذه الفرصة التي اتاحت للمحكمة الإدارية بفاس من أجل التأسيس لاجتهاد قضائي مغربي في هذا الشأن وبالرغم من أن السيد المفوض الملكي قد لمس أهمية هذا الدفع فحاول مناقشته من خلال مستنتاجاته التي أعدها وذهب فيها إلى أن اثبات الخبرة كون المدعي قام بانجاز الأشغال موضوع النزاع يقتضي " من جهة الإدارة المستفيدة من هاته الأشغال والمأدون من لدنها بإجرائها الإداء بالوفاء بقيمتها بغض النظر عن شكل إبرام هذا الاتفاق الذي لم تنف قيمه أن يكون لعدم إبرامه طبقا للشكليات التي يحددها المرسوم المؤرخ في 1976/10/14 المطبق بتاريخ إبرام تلك العلاقة الحقوقية اثر يحول دون ترتيب الآثار القانونية للصيقة به طالما أن عدم اللجوء بمناسبته إلى مبدأ المناقصة والمزايدة لا ينزع عنه صبغة الأشغال العامة أي صبغة العقد الإداري بقوة القانون" فالملاحظ أنها (أي المحكمة) لم تكلف نفسها عناء الخوض في هذا النقاش ولم تهتم بالتالي بتحديد طبيعة العلاقة التعاقدية المطروحة النزاع الناشئ عنه أمامها وإنما حرصت على البحث عن مبرر يمكن أن تستند عليه لتأكيد اختصاصها للبت في الطلب، انطلاقا من الأساس الذي يمكن اعتماده لتعويض المدعي .

هكذا وأمام تبوت عدم وجود أي عقد يمكن الرجوع إليه لاستجلاء طبيعة العلاقة القائمة بين طرفي النزاع، وحرصا منها على تأكيد اختصاصها لم تجد المحكمة المطروح عليها النزاع سوى تغيير أساس الدعوى من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية .

وهو ما يتضح من خلال التعليل الذي اعتمده المحكمة المذكورة اساسا لما قضت به والذي تضمنته الحيثية التالية :

" حيث أنه من المسلم به من طرف الإدارة المدعى عليها أن الأشغال المنجزة من طرف المدعي قد تم إنجازها في جزء منها بمقر عمالة إقليم صفرو وفي الجزء الآخر منها بساحة الشرف وبساحة باب المقام عمالة إقليم صفرو .

وحيث إن الطرف المدعى عليه ممثلا في شخص السيد عامل إقليم صفرو وإن كان قد تمسك بالدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة للبت في الدعوى على اعتبار أن الأمر بإنجاز الأشغال المذكورة لم يكن بناء على عقد صفقة عمومية ووفق الضوابط المتطلبة في إبرام الصفقات

⁵ قضية الحاج محمد طليح ضد عمالة إقليم صفرو موضوع الملف الإداري عدد 20/ت/2000 .

العمومية وإنما بناء على أمر شخصي من عامل غقليم صفرو السابق عما كان يستوجب مقاضاته شخصيا، فإنه مما لا جدال فيه أن الاشغال المنجزة قد تمت لفائدة مرفق عمالة غقليم صفرو، وبالتالي فإنه إذا كان هناك من خطأ من جانب السيد عامل غقليم صفرو السابق عند إعطائه امره بإنجاز تلك الاشغال فإن الخطأ عند تحققه يبقى خطأ مرفقيا ممتثلا في أداء هذا الأخير للخدمة على وجه سئى ومن المعلوم أنه طبقا للمادة 8 من القانون 90-41 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية أن هذه الاخيرة تختص بالنظر في طلبات التعويض عن أعمال ونشاطات شخص من اشخاص القانون العام والتي هي الدولة في نازلة الحال باعتبارها مسؤولة عن الأخطاء المصلحية لموظفيها طبقا للمادة 79 من قانون الالتزامات والعقود .

ونظرا لأن إدارية فاس قد وضعت جوهر الاشكال القانوني بطبيعة العقد المطروح عليها جانبا، فإن الوكالة القضائية للمملكة عمدت إلى نقله إلى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بمناسبة طعنها بالاستئناف ضد الحكم الصادر عن المحكمة المذكورة غير أن المجلس الاعلى قد تحاش بدوره الخوض في ذلك النقاش واكتفى بأن عاب على محكمة الدرجة الاولى تغييرها لاساس الدعوى من تلقاء نفسها فضلا عن تناقض موقفها بشأن الاساس الواجب اعتماده حيث أخذت بمبادئ المسؤولية التقصيرية من أجل تبرير الاختصاص وبنظرية الاثراء بلا سبب من أجل تحديد مستحقات المدعي .

ولذلك قضى بالغاء الحكم المستأنف وارجاعه إلى نفس المحكمة التي لم تغير موقفها السابق حيث أصدرت حكما مماثلا للحكم الذي سبق إلغائه معللة هذه المرة موقفها بكونها ملزمة بالبث في حدود النقطة التي بث فيها المجلس الاعلى وأن مسألة الاختصاص سبق لها الفصل فيه والمجلس الاعلى لم يعب عنها موقفها في هذا الشأن .

إلا أن الوكالة القضائية للمملكة واقتناعا منها بأهمية الاشكال الذي يطرح في هذا الشأن ورغبة في استصدار اجتهاد قضائي يبين موقف القضاء المغربي من المسألة فقد عمد إلى الطعن بالاستئناف مرة أخرى في الحكم وأعاد طرح نفس السؤال على المجلس الاعلى الذي لازال الملف راجبا أمامه وتنمى أن يصدر اجتهادا في هذه النقطة .

إن حرص كل جهة قضائية على توسيع نطاق اختصاصها لا يجب أن يتم بهدر بعض المبادئ المستقرة قانونا أو قضاءا ومن هذه المبادئ أن العقد لا يكون إداريا إلا إذا استجمع شروطه الثلاثة وبالتالي فإن الصفقات العمومية وإن كانت عقودا فهي ليس بالضرورة إدارية لأن ليس هنا نص قانوني يقضي بذلك وذلك

عكس ما ذهب السيد المفوض الملكي بالمحكمة الإدارية بفاس، وأن الاجتهادات القضائية التي سارت على وصف الصفقات بالعقود الإدارية لا تعلق ذلك بشكل مقنع ولذلك فعلى القاضي أن يبين قبل البت في جوهر النزاع طبيعة العقد الناشئ عنه هذا النزاع هل يدخل ضمن اختصاصه أم لا وهو الأمر الذي لن يكلفه عناء إذا كان هناك عقد مكتوب أم إذا لم يكن هناك عقد وهناك علاقة تعاقدية فعلية فلا شك أن تحديد طبيعة العلاقة التعاقدية تختلف باختلاف موضوعها وذلك على النحو التالي :

أ - إذا تعلق الأمر بأشغال عمومية أنجزت لفائدة الإدارة :

يمكن أن نقول أن عقد الأشغال العامة في إطار التشريع المغربي هو عقد إداري بطبيعته وليس بقوة القانون سواء أبرم عقد مكتوب في هذا الشأن أم لا باعتبار أن الشروط الاستثنائية الواجب توفرها في أي عقد حتى يوصف بأنه إداري إنما أساسها رغبة الإدارة في الظهور في العلاقة التعاقدية باعتبارها الطرف صاحب السلطة والسيادة فتفرض بناء على ذلك على المتعاقد شروطا ما كان ليقبلها لو كانت الإدارة تتعاقد بغير تلك الصفة أي في نفس مركز المتعاقد معها .

ولاشك أن الشروط الاستثنائية بالشكل الذي أوضحناه تتوفر في عقد الأشغال العامة لأن الإدارة وكيفما كان شكل تعاقدتها مع المقاوله تحتفظ دائما لنفسها بسلطة المراقبة والإشراف وبحق التعديل وزيادة أو نقصانها في كمية الأشغال وغيرها من الشروط التي يقتضيها إنجاز تلك الشغال بشكل يحقق المصلحة العامة، وهي كما هو واضح شروط استثنائية ولذلك فقد استقر الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر منذ مدة على اعتبار عقد الأشغال العامة عقدا إداريا بطبيعته .

ب- أما إذا تعلق الأمر بعقد التوريد فإن الأمر يقتضى التمييز بين حالتين أساسيتين :

الحالة التي يتم فيها توريد البضاعة المرغوب فيها وتسليمها دفعه واحدة فلا شك أن هذه العملية لا تختلف في شيء عن عملية الشراء التي قد يلجأ إليها أي شخص من أشخاص القانون الخاص وبالتالي فإذا لم يرق هناك دليل قاطع على أن الإدارة قد لجأت إلى الأخذ بوسائل القانون العام في إطار هذه العلاقة التعاقدية فإن القاضي لا يمكنه أن يصرح إلا بكون العقد من عقود القانون الخاص لأن توافر الشروط الاستثنائية أمر لا يفترض وإنما لا بد من إقامة الدليل على قيامها .

الحالة الثانية وهي التي يتم فيها التوريد على دفعات وعلى امتداد حيز زمني وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يسترشد بالظروف والملابسات المحيطة بالعملية التعاقدية وعليه البحث أكثر في السلطات والإمكانيات التي احتفظت الإدارة بها لنفسها سواء بصفة صريحة أو من خلال ممارستها أثناء تنفيذ الصفقة فإذا ظهر له تحقق الشروط الاستثنائية اعتبر العقد إداريا والعكس صحيح .

وبناء على التكييف الذي ينتهي إليه يحدد اختصاصه للبت في النزاع من عدمه .

ج- أما إذا تعلق الأمر بعلاقة تعاقدية تصب في نفس الوقت على إنجاز أشغالا وتوريد معدات

ففي هذه الحالة لا يستبعد أن يشكل الشق المتعلق بالتوريد عقدا من عقود القانون الخاص وفق ما سبق بيانه أعلاه مما يعني أننا أمام اتفاق مركب يتضمن نوعين من العقود: عقد إداري وعقد خاص، فكيف يفصل القاضي في النزاع هل يميز العقدتين فيطبق بشأن كل واحد منها الحكم الذي تقتضيه طبيعته أم يخضعها معا لنظام قانوني واحد ؟

تطرق الأستاذ سليمان الطماوي لهذا الإشكال في كتابه الاسس العامة للعقود الإدارية⁶ فأوضح أن القضائين الفرنسي والمصري درج في مثل هذه الحالة إلى معاملة الاتفاق ككل بمعنى أن ينظر

⁶ ض 104 وما بعدها

القاضي إلى العنصر الغالب وبطبع الاتفاق بطابعه، غير أن القضاء الفرنسي مع ذلك درج على تغليب الجوانب الإدارية في الاتفاق على اساس ترجيح المصلحة العامة .

تلكم إذا بعض الاسئلة التي يطرحها موضوع الاختصاص النوعي بشأن العلاقات التعاقدية التي تكون الإدارة طرفا فيها والتي لا يستند تنفيذها على عقد مكتوب من شأن الاهتداء ببنوده تحديد طبيعته، وهي اسئلة مؤسسة بالدرجة الأولى على قناعة مفادها أن الصفقات العمومية ليست عقودا إدارية بالضرورة .

المبحث الثاني : اثار غياب العقد المكتوب على اثبات قيام العلاقة التعاقدية وعلى سلامتها وصحتها :

إذا كانت مسألة الاختصاص هي أول ما يجب الفصل فيه بشأن النزاعات التي نحن بصدددها، فإنه متى تم تحديد الجهة المختصة فلا شك أن السؤال الذي سي طرح على هذه الجهة بداية هو ذلك المتعلق بثبوت قيام العلاقة التعاقدية وصحة انعقادها حتى يتأتى لها ترتيب الآثار المتولدة عنها وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل فيما يلي :

المطلب الأول : الاثبات :

إذا كانت القاعدة العامة في الاثبات هي أن اثبات الالتزام على مدعية وفق ما نص عليه الفصل 391 من ق.ل.ع فلا شك أن المقاول هو المطالب باثبات ادعائه وبالتالي إثبات قيام العلاقة التي يدعي أنها تربطه بالإدارة فما سبيله إلى ذلك أو بعبارة أخرى هل يؤخده هنا بمبدأ حرية الاثبات أم بمبدأ الاثبات المقيّد؟

باستقراء مختلف الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي في النوازل التي تهم موضوع هذه المداخلة نجد أن العمل القضائي عمد في البداية إلى الأخذ بحرية الاثبات حيث كان يجيز للمدعي إثبات ما يدعيه بكافة وسائل الاثبات ولا يلزمه سوى باثبات كونه أنجز العمل الذي يطالب بمقابلته وكان أهم ما يتم الارتكاز عليه في هذا الصدد السندات والوثائق التي تفيد استلام الإدارة للأعمال موضع النزاع - وحتى ولو لم تكن مصحوبة بأية حجة تفيد طلب الإدارة لتلك الأعمال - وكذا المراسلات التي يتم تبادلها بين الإدارة والمعني بالأمر، فإذا تضمنت تلك الوثائق ما يفيد انجاز المدعي للاشغال أو توريده للمعدات أو أدائه للخدمة قضت المحكمة بقيام العلاقة التعاقدية ومن تم بأحقية المدعي في الحصول على مستحقاته، بل أنه في بعض الأحيان التي يتعذر فيها على المتعاقد الادلاء حتى بهذا النوع من الاثبات فإن المحكمة تأمر بإجراء خبرة للتأكد من الوجود المادي للاشغال أو لإداء الخدمة ومتى أكد الخبير ذلك قضت بقيام العقد ورتبت آثاره .

واقترناعا منها بأنه وطالما أن المشرع قد حدد بدقة طرق ابرام الصفقات العمومية وبين المساطر الواجب اتباعها والبيانات الواجب تصنيفها وتحديدتها فإنه لا يمكن الادعاء بقيام صفقة إلا إذا تم اثبات قيامها وفقا لما هو مسطر تشريعا فإن الوكالة القضائية للمملكة لم تستغ هذا التوجه اعتبارا لمساسه بأهم القواعد التي تتأسس عليها القواعد المنظمة للصفقات العمومية ولادراكها لخطورة الآثار التي تترتب عليه على المال العام ولذلك فقد كانت تدفع دائما برفض الطلب لعدم الإثبات .

وبالرغم من استقرار العمل القضائي على رد هذا الدفع لمدة طويلة فقد ضلت مصرّة على موقفها في محاولة لاقتناع القضاء بضرورة العدول عن موقفه مستندة في ذلك تارة على الوقاعد المنظمة للاتبات وتارة بإبراز أهم النتائج الوخيمة التي تترتب على ذلك لاسيما وأن من شأن هذا التوجه فتح باب التلاعب في مجال الصفقات العمومية فضلا عن هدر مبد أي الشفافية والمساوات بين جميع المقاولين⁷ وهو ماتأتى لها بعد جهد طويل حيث أصدر المجلس الأعلى قرارا تحت عدد 10481 بتاريخ 1998/11/19 في الملف الإداري عدد 96/2277 قضى برفض طلب مقاول ادعى انجازه لأشغال لفائدة إدارة دون أن يدلي بعقد صفقة في هذا الشأن وقد علل المجلس الأعلى ما قضى به بالحيثية التالية :

" حيث إن ابرام الصفقات العمومية يجب ان يتم وفق الشكليات التي يستوجبها القانون إما بسند طلب أو عقد كتابي فكانت المحكمة على صواب عندما قضت برفض طلب أداء مقابل اشغال لا وجود لأية وثيقة تثبت الاتفاق على إنجازها ."

وبالرغم من وضوح القرار المذكور فالملاحظ أن المحاكم الإدارية لم تغير موقفها وضلت متشبثة بحرية الاثبات وهو ما كان المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) يزكيه بالرغم من موقفه السابق إذ باستقراء القرارات التي صدرت عنه القرار المشار إليه أعلاه يبين أن هذا المجلس بدوره قد تراجع عن قراره الأول وأخذ بدوره يميل إلى الأخذ بحرية الاثبات حيث عمد إلى التصريح بتأييد بعض الاحكام التي تم الطعن فيها على هذا الاساس إلا أنه رجع مرة أخرى وتبنى الموقف الذي عبر عنه بمقتضى القرار المشار إليه وأخذ مرة أخرى بقاعدة الاثبات المقيد وهو ما ضمنه في قرار صادر بتاريخ 2003/3/27 تحت عدد 170 في الملف عدد 2000/1/4/1264 جاء فيه :

"لكن حيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أنه لا يوجد أي اقرار من الدولة بالدين المطالب به وأنه هناك جواب من والي جهة العيون بوجدور الساقية الحمراء وعامل إقليم العيون يتضمن ان الشركة انهدت أشغالها وتفاضت جميع مبالغ الصفقات التي انجزتها وكان آخر بيان أداء بتاريخ 1988/2/24 وهي تطالب بمبالغ عن أشغال إضافية لم يتم إثباتها لا بواسطة أوامر بالإنجاز ولا بصفقات ملحقّة مبرمة مع صاحب المشروع كما جاء في جواب عامل إقليم العيون ولم تدل الشركة المدعية بما يثبت الصفقة المطالب بثمنها والقاعدة ان الاقرار لايمكن تجزيته إذا كان هو السند الوحيد للمدعي فضلا عن أن للصفقات العمومية مسطرة خاصة لابرامها وبالتالي لاثباتها ولا شيء يستدعي تغيير النظر فيما قضى به الحكم المستأنف ."

وباستعراضنا للعمل القضائي نلاحظ أن المحاكم الإدارية وإن كان موقفها واضحا بشأن هذه المسألة بحيث غالبا ما تأخذ بحرية الاتبات، فإن موقف محكمة النقض (المجلس الأعلى) لا زال

⁷ إنه بعض النظر عما إذا كانت نصوص الصفقات تلزم الاثبات بالكتابة فإنه بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود نجد أنه ينص على أن اثبات الالتزام الذي تفوق مبلغا محددًا لا يمكن أن يتم إلا بالكتابة، وبالتالي فإن موقف المحاكم التي تعتمد الخبرة لاثبات ما يدعيه المقاول يبقى موضوع نقاش .

متدبدا وغير مستقر، مما يستوجب صدور قرار يتناول هذا المسألة بشيء من التفصيل والتأصيل حتى يتسنى الحسم في هذه المسألة اعتبارا للآثار والاهمية التي تكتسبها .

المطلب الثاني : انجاز أعمال خارج الضوابط القانونية واثره على صحة وسلامة العلاقة التعاقدية

بغض النظر عن أهمية النقاش الذي تطرقنا إليه في المطلب السابق بشأن القاعدة الواجب إعمالها في الإثبات، فلا شك ان اثبات المقاول انجازه لأعمال لفائدة الإدارة غير كاف للقول بقيام علاقة تعاقدية بينهما يتعين ترتيب آثارها، وانما لا بد من اثبات أن العقد المنشئ لتلك العلاقة صحيح وغير مشوب بأي عيب يمكن أن يؤثر في سلامته⁸، فما هي إذا شروط سلامة عقد الصفقة وكيف تعامل معها القضاء المغربي ؟

ان الصفقة باعتبارها عقدا بالدرجة الأولى تقوم على الاركان التي تقوم عليها جميع العقود وهي الرضا، المحل والسبب بالإضافة إلى ركن آخر يميز الصفقات العمومية باعتبارها عقود شكلية هو شرط الكتابة، بالإضافة إلى مجموعة من الشروط الخاصة التي يستلزمها المشرع ضرورة استجماعها تحت طائلة بطلان عقد الصفقة، وهي شروط تهم جميع المراحل التي يقطعها ابرام عقد الصفقة ابتداء من التهيئ له والاعداد لابرامه إلى حين المصادقة عليها مرورا طبعا بمرحلة ابرامه .

وباعتبار أن أغلب هذه الشروط قد استهدف منها المشرع الحرص على تأمين سلامة التعبير عن إرادة الشخص المعنوي العام ولكونها في مجملها تهم

الركن الرضا في العقد وتفايدا للإطالة فإننا سنكتفي هنا بالتطرق لأركان عقد الصفقة مرتكزين بالأساس على ركني الرضا والكتابة لأهمية الإشكاليات التي تثار بشأنهما .

* الرضا :

إذا كان جوهر عقد الصفقة ذاته يرتكز على توافق إرادتين على انجاز أشغال أو توريد معدات أو القيام بخدمة، فإنه لا يكفي الاستدلال على وجود رضا الإدارة لالزامها بآثاره، وانما يتعين التأكد من سلامة هذا الرضا عن طريق التأكد من سلامة التعبير عن إرادة الإدارة وصدور ذلك التعبير من الجهة المختصة ص 16 .

وفي هذا الصدد يقول الاستاذ محمود خلف الجموري⁹ "يشترط لسلامة الرضا الصادر من الإدارة، أن يكون صادرا من جهة إدارية مختصة بالتعاقد وضمن صلاحياتها المالية، وإذا اشترط

⁸ سبق لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن أوضحت هذه الفكرة في حكمها الصادر في 23 ديسمبر 1956 الذي جاء فيه : "إن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية، تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالنقص عن شروط تكوين العقد الإداري، ومن بعدهما يبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائفه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الغدارة واعداد شروط التعاقد " حكم أورده سليمان الطماوي مرجع سابق ص 231 .

⁹ محمود الجموري - العقود الدارية ص 92

القانون شكلية معينة لصدور تلك الإرادة فيجب أن تتوفر ابتداء كآن يكون التعبير عن الإدارة صادر من لجنة مختصة بالتعاقد وأن هناك إجراءات تمهيدية لابرام العقد، حتى لو كانت تلك الاجراءات بسيطة فيجب أن تتبعها الإدارة لأنها في الحقيقة تبعت على ايجاد الضمائية فيما بعد على سلامة التعبير عن رضاها ."

وهو نفس التوجه الذي سبق أن كرسه القضاء المصري حيث جاء في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 23 دسمبر 1956 مايلى :

"إن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة ومتشابكة وقد يكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الاحوال وعادة ما تسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه ابرام العقد الإداري طائفة من الاجراءات والتدابير التي تمهد وتهى لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لابرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة عمال أحكام وتطبيق بنوده"¹⁰،

وبالرجوع إلى قانون الصفقات نجد أن المشرع المغربي قد حدد الجهة المختصة بالتعاقد وحدد الإجراءات التمهيدية التي يتعين سلوكها لابرام الصفقة .

ولذلك فإن اثبات صحة العقد يستوجب أولا اثبات كون الإدارة قد عبرت صراحة عن إرادتها وان طريقة تعبيرها عن تلك الإدارة كانت سليمة وهو ما لن يتأتى إلا باثبات احترام القواعد والطرق المسطرة تشريعيًا في هذا المجال، ويستوجب ثانيا اثبات ان ذلك التعبير قد صدر من الموظف المؤهل قانونا لذلك .

(1) سليمان الطماوي : م.س. ص 267

* الكتابة :

إن السؤال الممكن طرحه بشأن هذه النقطة هو ذلك المتعلق بما إذا كان عقد الصفقة عقدا شكليا تعتبر الكتابة فيه ركن انعقاد يترتب عن تخلفه بطلان العقد أم أنه عقد رضائي يكفي لقيامه توافق إرادة المفاوض مع إرادة الإدارة ؟

إذ كان الفقه قد أجمع على أن العقود الإدارية متحررة كمبدأ من الشكليات ويكفي فيها توافق إرادة الارادتين لقيام الرابطة التعاقدية وهو نفس الرأي الذي تبناه القضاء المقارن (1)، فإنهما اجمعا كذلك على أنه كلما اشترط المشرع إجراء شكليا في ابرام عقد معين وجب احترام ذلك الشرط تحت طائلة البطلان فكيف تعامل المشرع المغربي مع مسألة الشكلية في الصفقات العمومية ؟

¹⁰ اكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى ذلك في مجموعة من الاحكام الصادرة عنها تشير منها إلى الحكم الصادر عنها في 18 ماي 1968 الذي جاء فيه :

"ومن حيث العقد غير المكتوب، ولئن كان غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى اثبات روابطها التعاقدية بالكتابة، إلا أنه لا زال يؤدي دورا مكمل لبعض أنواع العقود الإدارية،... وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة هذا العقد " حكم اورده الأستاذ الطماوي م س ص 374 .

بالرجوع إلى مرسوم 30 مارس 2013 يمكن أن نجزم بأن المشرع المغربي قد عمد إلى جعل الصفقة العمومية عقدا شكليا ذلك أنه وبعد أن عرف الصفقة في المادة 3 بكونها " عقد بعوض يبرم بين صاحب مشروع من جهة وشخص طبيعي أو معنوي من جهة أخرى يدعي مقاول أو مورد أو خدماتي، ويهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات وفق التعريفات الواردة بعده " فإنه حرص على تحديد شكل هذه العقود وافرد لذلك مادة مستقلة هي المادة 13 التي نصت صراحة في البند " ألف " على مايلي :

" الصفقات عقود مكتوبة تتضمن دفاتر تحملات تحدد الشروط التي يتم بموجبها تنفيذ الصفقات، وتتألف دفاتر التحملات من دفاتر الشروط الإدارية العامة ودفاتر الشروط المشتركة ودفاتر الشروط الخاصة " .

وحيث باستقراء البند " باء " من المادة المشار إليها نجد أن المشرع لم يكتف فقط بتحديد شكل الصفقات العمومية وإنما حرص كذلك على تعداد البيانات التي يجب تضمينها في تلك العقود مما يفيد أنها عقود شكلية.

هذا ولا ينال من صحة هذا الطرح ما قد يذهب إليه البعض من ان شكلية الكتابة غير مطلوبة إلا فيما يتعلق بالصفقات التي تبرم بناء على مسطرة طلب العروض أو بناء على مسطرة المباراة دون أن تهم الصفقات التفاوضية التي حدد المشرع احكامها في الموارد من 84 إلى 88 والتي اعفى بمقتضاها الإدارة من التقيد بمجموعة من الإجراءات والشكليات المعمول بها بالنسبة للصفقات المبرمة بناء على طلب عروض أو بناء على مباراة، ذلك أن هذا الرأي مردود عليه بناء على مايلي :

* أنه باستقراء الأحكام المنظمة للصفقات التفاوضية نجد أن المشرع قد استهدف من ورائها تحقيق غايتين اساسيتين لا علاقة لهما بشرط الكتابة وهما :

* تمكين الإدارة من صلاحية إختيار المتعاقد معها بحرية أكثر دونما التقيد بالمسطرة المنصوص عليها كمبدأ في هذا المجال وذلك في حالات محددة على سبيل الحصر اقتضتها اعتبارات موضوعية لا ترجى معها فائدة في المسطرة العادية .

* تمكين الإدارة من إمكانية مواجهة حالات مستعجلة لا يمكن أن تتحمل مسطرة طلب العروض أو المباراة.

كما تعلق الامر بالتعاقد من أجل اشياء يحفظ بصفقتها خصيصا لحامل براءة الاختراع أو الاعمال التي لا يمكن اسنادها لضرورة تقنية إلا مقولة معددة أو الحالة التي تفتح فيها المسطرة العادية ولا يتقدم أحد بعرضه، أو الحالة التي تهم مرفق الدفاع الوطني أو الامن العام ولا يؤتمن إلى جانب جميع المتنافسين المحتملين فيما يتعلق بالمحافظة بسرية الاعمال المراد انجازها .

- انه بالرجوع إلى المادة 87 التي خصها المشرع لتحديد شكل الصفقات التفاوضية نجد أن جميع الطرق المنصوص عليها لابرام تلك الصفقات تستلزم الكتابة (التوقيع على عقد التزام وعلى دفتر الشروط الخاصة، وجود مراسلات تحدد شروط انجاز العمل صدور طلبات - ضرورية

ابرام ملحق.) مما يفيد أن المشرع وإن كان قد اعفى الإدارة في هذا النوع من الصفقات من التقيد ببعض الاجراءات الشكلية فإنه حرص على ضرورة توافر الكتابة .

ولعل ما يزكي هذا الطرح أكثر ما ذهب إليه المشرع في المادة 88 المتعلقة بسندات الطلب والتي تهم في الحقيقة صفقات قليلة الأهمية طالما أن قيمتها لا تتجاوز 200.000,00 درهم وذلك حينما أوجب أن تتم هذه المعاملات بناء على سندات الطلب واشترط أن تحدد هذه السندات مواصفات ومحتوى الاعمال المراد تليبيتها وطبيعي أن ذلك لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت تلك السندات مكتوبة .

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن المشرع المغربي قد جعل الصفقة العمومية عقدا شكليا فإن مؤدى ذلك أن تخلف الكتابة يعدم الرابطة التعاقدية ويجعلها والعدم سواء، ومن تم لا يمكن مساءلة الإدارة بناء على ما يترتب عنها على أساس

المسؤولية العقدية كما لا يمكن اثبات علاقة تعاقدية بشأن صفقة عمومية إلا عن طريق الادلاء بعقد مكتوب يحدد التزام كلا طرفي الرابطة العقدية .

* المحل :

يشترط لصحة المحل أن يكون ممكنا ومشروعا ولا يثور إشكال بشأن محل الصفقة العمومية باعتبار أن الإدارة لا يتصور ان تتعاقد في إطار صفقة عمومية على محل مستحيل تحقيقه أو محل غير مشروع .

* السبب :

إذا كان المبدأ العام أن الغاية التي تستهدفها الإدارة من وراء ابرامها للصفقات العمومية هو تحقيق المصلحة العامة عن طريق اشباع حاجيات المرفق العام لداوم استمراريته وأدائه للخدمة المنتظرة منه، ومن تم يسود الاعتقاد غالبا بأن السبب يكون دائما مشروعا إلا أنه مع ذلك لاشيء يمنع من الناحية العملية تصور بعض الحالات التي قد يكون فيها السبب غير مشروع ويمكن أن تمثل لهذه الحالات ببعض الافتراضات نذكر منها مثلا الحالة الذي يدعي فيها مورد مثلا أنه قام وبطلب من الإدارة على توريد اثاث فيتبين بعد البحث ان ذلك الأثاث قد وجه إلى السكن الخاص بأحد الموظفين أو أنه قام بنا على طلبها على إصلاح سيارة أو تزويدها بالوقود مثلا فيتبين أن تلك السيارة هي في ملك أحد الموظفين ففي هذه الحالات يتضح أن السبب غير مشروع ان لم نقل أنه منعدم مما يعد الرابطة التعاقدية من اساسها ويحول دون ترتيب اثرها .

تلك إذا هي أهم الشروط اللازم توافرها للقول بسلامة عقد الصفقة، فكيف تعامل معها القضاء المغربي في إطار النزاعات المثارة بشأن العلاقات التعاقدية التي تتم خارج الضوابط المنصوص عليها في قانون الصفقات ؟

يمكننا أن نقول ومن خلال إستقرائنا لمختلف الاحكام والقرارات الصادرة في هذا المجال أن العمل القضائي المغربي قد سار في اتجاه التساهل كثيرا بشأن النقصي عن مدى استجماع العقد

والعلاقة المثارة بشأنها النزاع المعروض عليه لجميع أركانها وشروط صحتها إذا كان يكتفي كما سبقت الإشارة إلى ذلك سابقا بإثبات أن المتعاقد مع الإدارة قد أنجز العمل ليصرح بقيام العلاقة التعاقدية وبضرورة الزام الإدارة على تنفيذ التزامه الناتج عنها، دون التأكد من استجماع ذلك العقد لكافة أركانه وشروط صحته بحيث لم يكن يولي أية أهمية للدفع التي تتقدم بها الإدارة بشأن انقضاء ركن الرضا أو بعدم سلامة التعبير عن إرادتها أو صدوره عن جهة غير مختصة أو عدم استيفاء الشكلية المطلوبة، ولذلك نجد أن بعض الأحكام قد استندت على وثائق تنسب إلى الإدارة فقط لأنها تحمل خاتمتها حتى لو لم تكن موقعة من طرف أحد وإذا كانت موقعة فهي لا تبين لا صفة ولا اسم صاحب التوقيع .

وللاعتبارات التي سبقت الإشارة إليها فإن الوكالة القضائية للمملكة عملت جاهدة على مقاومة هذا التوجه القضائي عن طريق الطعن بالاستئناف أو بالنقض ضد جميع الأحكام والقرارات التي تكرسه .

وإذا كانت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) قد سلكت بدورها مسلك محاكم الموضوع في هذا الشأن لمدة طويلة فالملاحظ أنه عمدت بعد مدة إلى تغيير موقفها وأصبحت تستجيب للطعون التي تقدم أمامها والتي تعيب عن حق على محاكم الدرجتين الأولى والثانية عدم تأكدها من سلامة العقد الذي رتب آثاره .

وهكذا تواترت اجتهادات محكمة النقض بشأن هذه النقطة وكانت كلها تصب حول وجوب تأكد المحكمة من قيام شروط صحة العقد المطلوب أعماله لاثاره لاسيما ما يتعلق منها بالرضا وسلامة التعبير عن إرادة الإدارة، ونذكر من هذه القرارات مايلي :

- القرار عدد 337 المؤرخ في 24-3-2004 والصادر في الملف الإداري عدد 2002/1/4/1223¹¹ (الوكيل القضائي ضد السيد الحاج محمد طليلج) .

" حيث لم يحقق قضاة المحكمة في الظروف والملابسات التي صدر فيها أمر العامل بإنجاز الأشغال في غياب عقد صفقة عمومية سابق وفي مدى مساهمة منجز تلك الأشغال بتغاضيه عن إبرام صفقة عمومية وقبوله القيام بتلك الأشغال التي تستلزم عقد صفقة عمومية ."

- القرار الصادر بتاريخ 13/10/2004 تحت عدد 1031 في الملف عدد 2003/1/4/2617 (الوكيل القضائي ضد لزرق التهامي والذي جاء فيه :

" وحيث تعيب المستأنفة على الحكم المطعون فيه فساد التعليل ذلك أن ادعاء المدعي (المستأنف عليه) بنصب على دين مؤسس على التزام تعاقدي فثبوت الدين إذن يقتضي إثبات العلاقة التعاقدية عن طريق الإدلاء إما بعقد الصفقة أو سند الطلب تم إثبات وفاء المعني بالأمر بالتزاماته التعاقدية حتى يتسنى مطالبة الإدارة بعدها بمقابلها أما الفاتورات وشواهد التسليم فإن كانت تثبت تزويد الجهة المدعى عليها بالمواد فإنها لا تثبت السبب القانوني الذي تمت على أساسه ..."

¹¹ القرار الصادر في الطعن الموجه ضد الحكم الذي أصدرته محكمة الإدارية بفاش في القضية السابقة الإشارة إليها .

حقا حيث بالرجوع إلى الحكم المستأنف يتبين أنه اعتبر الفواتير والسندات التي حصرها تخمل تاشيرة العمالة المدعى عليها وتوقيع ممثلها دون البحث في صفة هذا الممثل ومدى صلاحيته للقيام بذلك نيابة عن الأمر بالصرف (العامل) عن طريق التفويض مما يستوجب الزيادة في البحث بهذا الشأن ..."

- القرار عدد 1228 الصادر بتاريخ 2004/12/15 في الملف الإداري عدد 377-4-1-2004 (الوكيل القضائي ضد شركة درا الصحافة) وقد جاء فيه كذلك:

" حيث يعيب الطرف المستأنف على الحكم المستأنف فساد التعليل ذلك أن سندات الطلب ووصولات التسليم المدلى بها لإثبات الدين لا تتضمن أية إشارة تبين صفة الموقع عليها فالدين المترتب عن صفقة عمومية لا يكون مشروعا إلا إذا كانت الصفقة في حد ذاتها قانونية ومستوفية لجميع الشروط الشكلية والجوهرية وفق القوانين والضوابط المعمول بها في إطار الصفقات العمومية .

حيث إنه بالرجوع إلى سندات الطلب ووصولات التسليم المعتمد من طرف المحكمة كأساس للحكم المطعون فيه ومنها ما هي مجرد نسخ يتبين أنها لا تبين الصلاحية المخول لموقعها هل هو الأمر بالصرف أو يتوفر على تفويض قانوني من طرف الأمر بالصرف واقتصرت المحكمة في تعليلها على ما أورته الخبرة بشأن سندات سابقة ليست موضوع المطالبة الحالية للقول بأن سندات الطلب الحالية صادرة عن الأمر بالصرف (والي جهة فاس بولمان) فلم تجعل لما قضت به أساسا من القانون على " .

- القرار عدد 1199 الصادر بتاريخ فاتح دجنبر 2001 في الملف عدد 3103-4-1-2003 (الوكيل القضائي ضد اوحميد علي) وقد جاء فيه :

" حيث يعيب الطرف المستأنف على الحكم المستأنف فساد التعليل فالمستأنف عليه لم يدل بية وثيقة تؤكد وجود اتفاق على القيام بالعمل الذي يطالب بأداء مقابلة لعدم ادلائه بالعقد أو سند الطلب أما الإدلاء بالفاتورات فلا تثبت السبب القانوني الذي تم على أساسه العمل ...

حقا حيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف تبين أنه لا وجود لأي أمر بإنجاز الأشغال موضوع الدعوى والمحكمة اعتمدت للقول بوجود اتفاق بين الطرفين على الرسائل الصادرة عن النائب الإقليمي لوزارة التربية الوطنية بإقليم

قلعة السراغنة التي تتضمن المطالبة فقد بالتعجيل بالانجاز دون أن تبحث في وجود الأمر بالقيام بالأشغال وممن صدر ذلك وبأية صفة ولفائدة من وإذا تم الانجاز والتسليم فلمن وقع حتى يتجسد اطراف العلاقة العقدية بشكل صحيح " .

- القرار عدد 272 الصادر بتاريخ 2005/4/6 في الملف عدد 2004/1/4/2522 الذي جاء فيه :

" وحيث ان الطلب يهدف إلى استخلاص دين ترتب بذمة دائرة الريصاني نتيجة تزويدها بعدة تجهيزات اساسية وأدوات حسب مقال الادعاء .

وحيث ان المحكمة لم تبحث صفة أطراف الدعوى من خلال التأكد من صفة متسلم البضائع والموقع على الفواتير المحتج بها والملزم بالإدلاء من خلال طبيعة وأطراف العقد مما تكون معه القضية غير مستوفية لجميع عناصر البت فيها " .

ويتضح من القرارات السابقة أن محكمة النقض أصبحت يتشدد فيما يتعلق بضرورة استجماع عقد الصفقة لجميع شروطه الشكلية والجوهرية حتى يمكن أن يرتب اثاره وأن اخلال أي شرط من تلك الشروط يرتب بالضرورة بطلان ذلك العقد .

فما هي اثار هذا البطلان على تحديد حقوق المتعاقد مع الإدارة ؟

المبحث الثالث : أثار عدم احترام الضوابط القانونية في التعاقد على تحديد مستحقات المتعاقد مع الإدارة .

إذا كان أهم جزء يترتب على تقرير بطلان العقد الإداري هو اعدام اثاره بحيث لا يمكن أن يلزم بذاته الطرفين المتعاقدين فإن مؤدى ذلك أنه لا يمكن البت في النزاع الناشئ عن ذلك العقد الباطل على اساس مبادئ المسؤولية العقدية، وهو الأمر الذي تترتب عليه نتائج في غاية الأهمية يمكن ان تجمل أهمها فيما يلي :

- أنه لا يمكن مواجهة الإدارة ببند العقد الباطل ولا يمكن إلزامها بتنفيذ ما يرتبه عليها من التزامات ومن تم لا يجوز إلزامها بأداء ثمن الأشغال أو الأدوات الموردة لفائدتها .

- لا يمكن تطبيق القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبار أنه لا يمكن تطبيقها إلا على العقود الصحيحة .

- لا يمكن الحكم بقيام مسؤولية أي من الطرفين عن الضرر الذي قد يحصل للطرف الاضر عن امتناعه عن تنفيذ إلزامه مادام العقد المنشئ لهذا الالتزام باطلا وبالتالي فلا يجوز الزام الإدارة بأداء أي تعويض عن الضرر الذي قد يحصل للمتعاقد معها نتيجة امتناعها عن الأداء ولا الحكم ضدها بفوائد التأخير عن الأداء المنصوص عليها في قانونا الصفقات العمومية .

القضاء المغربي لم يكن يرتب هذه الاثار ولكن هل يعني بطلان العقد وبالتالي العلاقة التعاقدية إنكار حق المتعامل مع الإدارة في الحصول على مقال ما انجزه من عمل ؟

درج القضاء الفرنسي على أن انعدام الرابطة العقدية لا يعني حرمان الفرد من التعويض في بعض الحالات، وأقر حقه بالرجوع على الإدارة بذلك التعويض لكن ليس على اساس المسؤولية العقدية وانما على أحد الأساسين التاليين :

- المسؤولية التقصيرية ويشترط فيها تحقق جميع اركانها .

- الاثراء بلا سبب وقد اشترط لجواز الحكم بالتعويض على هذا الأساس توفر شرطين هما لزوم كون تلك الاعمال التي نفدها المراد الحكم له بالتعويض قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة وأن تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الاعمال ولو بصفة ضمنية .

أما بالنسبة للقضاء المغربي وكما سبقت الإشارة فإنه في الغالب الاعم لا يناقش بطلان أو سلامة العقد ويكتفي بالتأكد من ثبوت قيام العلاقة التعاقدية ليرتب عليها جميع اثارها ويبحث في النزاع بناء على أساس المسؤولية العقدية و احيانا نادرة يعمد إلى رفض طلب التعويض الذي يتقدم المتعاقد مع الإدارة في هذا الشأن ليس بناء على بطلان الرابطة العقدية ولكن بسبب عدم اثبات قيامه¹².

إلا أنه يبدو أن القضاء المغربي بدأ يقتنع بضرورة ترتيب الآثار التي اجمع الفقه والقضاء المقارن على ضرورة ترتيبها على بطلان العقد فأصبح يقر تبعاً لذلك بأن عدم احترام الضوابط القانونية في ابرام الصفقة وعدم العلاقة التعاقدية من اساسها ويخرج بالتالي النزاع الناشئ عنها عن المنازعة القضائية في إطار العقود الإدارية ولذلك اجتهد للبحث عن الأساس الواجب اعتماده لتعويض المعني بالأمر .

ومن بين الاجتهادات التي تتأتى لنا الإطلاع عليها في هذا المجال نذكر حكيمين الاول صادر عن إدارية فاس وهو السالفة الإشارة إليه واعتمدت فيه

المحكمة على أساسين هما المسؤولية التقصيرية ونظرية الاثراء بلا سبب حيث ارتكزت على الأساس الاول لتبرير الاختصاص واستندت على الثاني لتحديد التعويض أما الحكم الثاني فهو الحكم رقم 818 الصادر عن المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2007/04/23 والذي جاء فيه :

" إن القضاء في سببها إيجاد حل قانوني لتسوية الوضعية الحسابية لأشغال إضافية أنجزت جون احترام المساطر التنظيمية الواردة في المجال التعاقدية داب على محاكمة هذه الأشغال في إطار مقتضيات الفصل 79 من ق.إ.ع ."

وما تجدر الإشارة إليه هنا أنه وإن كان من الممكن الاعتماد على مبادئ المسؤولية التقصيرية ولمقتضيات الفصل 79 من ق.إ.ع والعقود فإنه يجب إعمالها بشكل سليم .

إن الخطأ الذي يتم الإعتماد عليه لترتيب المسؤولية هو المتجلى في الإقدام على التعاقد خارج الضوابط القانونية ولا شك أنه هنا لا يجوز نسبة الخطأ إلى الإدارة وحدها باعتبار أنه خطأ مشترك بينهما وبين المتعاقد معها لأنها قبلاً معا خرقت النصوص المنظمة للصفقات العمومية مما يستوجب تشطير المسؤولية هنا وتحميل كل طرف نصيبه من المسؤولية .

أما الاخذ بمبدأ فكرة الاثراء بلا سبب فإنه يشترط بدوره عدم صدور أي خطأ من المفتقر¹³ وطالما أن المتعاقد مع الإدارة قد أخطأ بدروه قبول انجاز أشغال خارج المسطرة فإن السؤال المطروح هل يجوز مع ذلك الحكم باحقيته في التعويض .

¹² انظر القرارين الصادرين عن المجلس الاعلى في هذا الشأن السالف الشارة إليها
¹³ انظر في هذا الصدد الاستاذ مامون الكزيري مصادر الالتزام ص 339 الطبعة الثانية

تقرير الجلسة الصباحية ليوم الجمعة 6 يناير 2017

ذ. صالح لمزوعي

قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط

ترأس هذه الجلسة الاستاذ النقيب محمد أقديم وتولى مهمة التقرير كل من الاستاذ صالح لمزوعي قاضي بالمحكمة الادارية بالرباط والاستاذ الجيلالي فجار محام بهيئة الجديدة. وخلالها تناول الكلمة في المداخلة الاولى الاستاذ انور الشقروني مستشار بمحكمة الاستئناف الادارية بالرباط في موضوع "الحماية القضائية لحق الملكية من خلال دعوى الاعتداء المادي" وتطرق فيها الى الشروط الشكلية لقبول دعوى التعويض عن الاعتداء المادي سواء ما تعلق باثبات شرط الصفة في الادعاء ووجوب الادلاء بما يفيد الملكية او من جهة الاطراف المدعى عليها والتي يجب ادخالها في الدعوى تحت طائلة عدم قبولها، وتناول الحالات التي يتعين فيها ادخال الوكيل القضائي للمملكة والوكيل القضائي للجماعات الترابية، مؤكدا على ان عدم استيفاء اجراءات نزع الملكية يعتبر اعتداء ماديا يحرم الادارة من الاستفادة من مزايا مسطرة نزع الملكية، مستعرضا بعض المبادئ التي اقرها القضاء بهذا الخصوص.

وفي المداخلة الثانية تناول الكلمة الاستاذ سعيد العقاوي رئيس مصلحة بالوكالة القضائية للمملكة في موضوع "الاشكاليات التي يطرحها الاعتداء المادي حول الملكية العقارية" وأبرز فيها صور الاعتداء المادي سواء بوضع الادارة يدها على العقار دون سلوك المسطرة الخاصة بنزع الملكية، او قبل استكمال هذه الاجراءات، او عند ابطال سند تملك الادارة للعقار كما في حالة الغاء قرارات الاسترجاع طبقا لظهير 1973 مع وجوب اعتبار الادارة في حكم الحائز حسن النية عند تقدير التعويض في هذه الحالة، او عند عدم تفعيل مقتضيات مرسوم التهيئة وانهاء التخصيص. كما تطرق لاثار الاعتداء المادي من حيث التعويض ونقل الملكية.

وفي المداخلة الثالثة تناول الكلمة الاستاذ رضى التايدي مستشار بمحكمة الاستئناف الادارية بالرباط في موضوع " مسطرة نزع الملكية من اجل المنفعة العامة بين متطلبات المصلحة العامة و ضمانة التعويض العادل " وتطرق فيها الى مسألة تحديد التعويض وما تستوجبه من التوفيق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، ووضح ضوابط تقدير التعويض والاشكاليات التي يطرحها في حال انخفاض قيمة العقار بعد تاريخ نشر مقرر التخلي وكذا مراعاة الاجال الاستثنائية كما هو الحال بالنسبة لووكالة تهيئة صفتي ابي رقرق، و اشار الى بعض المبادئ التي اقرها العمل القضائي.

وفي المداخلة الرابعة تناول الكلمة الاستاذ محمد اوزيان رئيس مصلحة بمديرية املاك الدولة في موضوع " خصوصية القواعد المسطرية في نزع الملكية" ووضح فيها حرص الادارة على اقتناء العقارات بالمرضاة والتي بلغت نسبة 90 في المائة، و اشار الى بعض الاشكاليات

المرتبطة بالطبيعة العينية لدعوى نزع الملكية خاصة على مستوى تحديد صفة المالك بمناسبة التنفيذ ورفع الادارة يدها عن العقار.

وفي المداخلة الخامسة أعطيت الكلمة للاستاذ بهاء الدين الزباخ رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة وتناول فيها "الاثار القانونية لتصميم التهيئة بين النص القانوني والعمل القضائي" ووضح الاشكاليات الناتجة عن عدم احترام الادارة للتخصيص الوارد بمرسوم التهيئة مبينا اسبابه والمتمثلة في الافراط في تقدير الحاجيات المرتبطة بالتهيئة الحضرية مما يؤثر على نسبة الانجاز التي لا تتعدى 8 في المائة، وكذا عدم مرونة تصاميم التهيئة وما تقتضيه من وجوب اصدار دوريات للتلطيف منها، ملاحظا المفارقة بين عدم انجاز البنيات العمومية وارتفاع حالات الاعتداء المادي، واثار الى انتهاء اثار مرسوم التهيئة وتباين الاتجاهات القضائية بين قضاء الموضوع والقضاء الاستعجالي الذي اصدر قرارات برفع الاعتداء المادي والحال ان الادارة لم تقم عمليا بوضع اليد على العقار موضوع التخصيص.

وفي المداخلة السادسة تناولت الكلمة الاستاذة نادية احديبو محامية بهيئة الرباط في موضوع" خصوصية الاثبات في المنازعات الادارية" وتطرق في دور القاضي الاداري في الاثبات وتحقيق التوازن بين اطراف الدعوى وتدخله الايجابي لتخفيف عبء الاثبات في ظل غياب قانون خاص مستقل للاثبات يراعي خصوصية المنازعة الادارية.

وفي المداخلة السابعة تناولت الكلمة الاستاذ هشام الازكي مستشار بمحكمة الاستئناف الادارية بالرباط في موضوع" ضمان المراكز المتعارضة في منازعة الصفقات العمومية" وأكد على ان دور القاضي هو ضمان التوازن في العلاقة بين المواطن والادارة وابرز دور القاضي في حماية مبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة عند ابرام الصفقات العمومية واستعرض بعض اوجه الحماية التي وفرها القضاء الاداري المغربي بمناسبة رقابته على التقيد بمقتضيات قانون الصفقات العمومية.

وفي المداخلة الثامنة والاخيرة تناولت الكلمة الاستاذ محمد آيت حسو رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة في موضوع" الاشكالات الي تطرحها الصفقات العمومية المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الاداري" ووضح فيها الاشكاليات المرتبطة بالصفقات الباطلة ومساسها بالمال العام لانفلاتها من اي رقابة مالية تباشرها الدولة وابرز الاشكاليات المرتبطة بتنازع الاختصاص النوعي وتباين الاتجاهات بخصوص المعايير المعتمدة بشأن الطبيعة القانونية لهذه العقود، وكذا مسألة الاثبات وما يطرحه مشكل حرية الاثبات الذي ينجم عنه اعتماد فواتير في بعض الحالات دون التحقق من عقد الصفقة، ومدى سلامة الاساس القانوني للعقد بين الاثراء بلاسبب والمسؤولية التقصيرية.

تقرير الجلسة المسائية ليوم الجمعة 6 يناير 2017

ذ. حسن اليحياوي

قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط

لقد تم افتتاح الجلسة المسائية من طرف السيد وزير العدل والحريات على الساعة الثانية والنصف زوالا، وبعده تم فتح لائحة للمتدخلين .

بداية تناول الكلمة الأستاذ عبد اللطيف حاتمي محامي بهيئة الدار البيضاء، والذي نوه بالقضاء الإداري وأنه معجب به، مضيفا أن الاعتداء المادي أصله باطل وقد أمر القضاء الإداري عدة مرات بطرد الإدارة، كما أن الغرفة الإدارية لها دور مهم بحيث أنها ساهمت في إنتاج مبادئ جديدة، فضلا على انه يجب مراعاة مبدأ التوازن في إطار نزاع الملكية بحيث أنه في إحدى الحالات فإن تصميم التهيئة نص على شق طريق سيار يمر عبر مجموعة من المدارس، علما أنه كان يمكن أن يمر على اراضي فارغة وهذا فيه ضرر .

ثم تناول الكلمة الأستاذ علاء الدين راجي رئيس قسم الممتلكات بالرباط، والذي طرح سؤال يتعلق بمدى اعتماد القاضي الإداري لقرار اللجنة الإدارية للتقويم بحيث أن القضاة يعتمدون دائما على الخبرة والتي غالبا ما ترفع التعويض، ملتصقا بتسجيل بعض التوصيات منها إعفاء الجماعات من الرسوم القضائية وإعمال مبدأ التوازن في التعويض.

بعده تناول الكلمة الأستاذ عبد المجيد قباب قاضي بالمحكمة الإدارية بأكادير والذي ذكر بأسباب إنشاء القضاء الإداري والذي يجد سنده في خطاب جلالة الملك المغفور له الحسن الثاني، وأن القضاء الإداري كرس مجموعة من الاجتهادات القضائية رغم أنه يتشدد في الشروط الشكلية وخاصة الفصل 514 من قانون المسطرة المدنية بإدخال الوكيل القضائي للملكة، مضيفا أن رسوم الأثرية المجردة من الملك لا يعتد بها بل لا بد من وجه مدخل التملك لإثبات الصفة.

وتناول الكلمة الأستاذ عبد المجيد شفيق مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط متسائلا عن كيفية التعويض عن الأضرار عن الاعتداء المادي في ظل النقص المسجل في الخبراء المختصين في مجال الطبوغرافية، وعن انتهاء آثار تصميم التهيئة بمرور 10 سنوات والرقابة القضائية الممكنة ثم مدى امكانية التعويض عن الحرمان من الاستغلال في هذه الحالة علما أن قضاء النقص اشترط اثبات وجه الحرمان من الاستغلال.

وأخذ الكلمة بعده الأستاذ هنوف عبد السلام محام بهيئة الرباط ابتدأها بأنه انطلاقا من المبدأ الدستوري القائل بأن الجميع سواسية امام القضاء وأنه في إطار نزاع الملكية فالتعويض دائما يراعي المصلحة العامة وهذا فيه إجحاف للمنزوعة ملكيته وأن المساهمة المجانية فيها رعاية للمصلحة العامة، مضيفا أنه بشأن الاعتداء المادي فالرسوم القضائية تنتقل كاهل المتقاضي.

وبعده تناول الكلمة الأستاذ أحمد حرمة محام بهيئة فاس والذي نوه بأهمية العنصر البشري في القضاء الإداري وأن عملية إفراز قاضي إداري هي عملية مكلفة، مضيفا أن الجماعات السبلية

تعاني من نزع الملكية ومدى امكانية التعويض عن حق الانتفاع وما إن كانت هناك اجتهادات قضائية في هذا المجال.

وتدخل الأستاذ الدادسي محام بهيئة الدار البيضاء والذي أبدى اقتراح بخصوص التنفيذ في إطار التعويض عن نزع الملكية وذلك بإعمال المقاصة مع الديون الضريبية، كما أضاف اشكالية التعويض عن المركبات السياحية (بنكالو) وأن قرار محكمة النقض رجح روح القانون عن الشكل.

وتدخل الأستاذ نبيل بونجمة خبير قضائي وأوضح أنه في إطار تحديد التعويض فالمعيار الدولي يعتمد على تعويض عيني ومادي، مقدما توصيات تتعلق بتفعيل عملية ضم الأراضي وإعادة توزيعها لأجل تخفيف العبء عن الجماعات، ثم تكوين الخبراء، عدم الإقتصار على عناصر المقارنة في تحديد التعويض ضرورة ايجاد طرق جديدة، الرفع من الأتعاب، اعتماد نظام معلومات جغرافية بيد القضاة إعادة النظر في اللجنة الإدارية للتقويم.

وتدخل النقيب محمد فجار بهيئة الجديدة موضحا أنه في إطار الصفقات العمومية غالبا ما لا يتم إجراء بحث للتأكد من التسليم الفعلي وأنه بشأن نزع الملكية فأهم مشكل هو تقدير التعويض لذا لا بد من إجراء معاينة بحضور الخبير، أما بخصوص الاعتداء المادي فهل يمكن القياس على نزع الملكية في تاريخ تحديد التعويض لذا فالقضاء عليه أن يراعي قيمة العقار وقت إنشاء المنشأة وليس وقت الخروج للخبرة.

وتناولت الكلمة الأستاذة عالية شباطي قاضية بالمحكمة الإدارية بأكادير موضحة أنه في إطار نزع الملكية فيحكم لفائدة المالك المفترض وليس للمالك الحقيقي، كما أنه لما لا يمكن الإقتداء بالأنظمة المقارنة بخصوص تحديد التعويض منها القانون الأردني، مبينة أن خصوصيات الإثبات في مجال نزع الملكية ينقل عبئ الإثبات للإدارة.

وتناول الكلمة الأستاذ مرزاق محام بهيئة تطوان والذي أوضح أن القضاء الإداري نشأ من رحم الاستبداد والتسلط وخلق القضاء الفرنسي مضيفا أنه يفخر بالقضاء الإداري وأن المحامي يطمئن أمام هذه الجهة القضائية والتي ساهمت في بناء دولة الحق والقانون، كما أن الخلل في تقدير التعويض وأن محاكم الاستئناف الإدارية إما تؤيد التعويض أو تخفض ولا قرار قضى بالرفع من التعويض.

وأخذ الكلمة الأستاذ النقيب الزرقتي العيادي والذي أوضح هو الآخر بأن الرسوم القضائية تعتبر عائقا أمام المعتدى على ملكيتهم وأنهم عندما يلجئون للقضاء لا يحصلون على وثيقة بعدم وجود ما يملك لكونهم يتوفرون على أجر .

وبعده تدخل الأستاذ الحسن كاسم مدير الشؤون المدنية وأضاف بأن الكل يتذمر من الخبرة ومن المبالغة أو التدني وأن الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية نص على المقضيات المتعلقة بالخبرة والتي تتم تحت مراقبة القضاء وأن بإمكان القضاة الحضور للخبرة، كما أنه طرح سؤال حول مداخلة الأستاذ هشام الوازيكي يتعلق بإمكانية تطبيق نظرية تحول التصرف الباطل طبقا للفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود ومن تم هل يمكن تحويل التصرف الباطل . كما طرح

إشكال بخصوص استرجاع الأراضي التي كانت مملوكة للأجانب وطلب التعويض عن حرمانهم وهل يخضع لتقادم 15 سنة أم خمس سنوات.

وبعد أخذ الكلمة النقيب أوعمو والذي أوضح أن إشكالية الندوة تتعلق بثلاث عوامل أساسية موقع العقار في التنمية واستحضار المصلحة العامة ودور المحاكم الإدارية كضابط للتوازنات وأن المحاكم الإدارية وأحكامها عبارة عن اجتهادات، مضيفاً أنه بخصوص العقار الغير المحفظ فعقد الشراء تأخذ به المحكمة بدون مدخل التملك، كما أن الدولة حسب المحاكم لا تملك العقارات إلا بسند وهذا خطأ لأن ما هو فارغ وبدون سند فهو ملك للدولة، مضيفاً إشكالية المقابر وكذا تصنيف الطرق ومدى إمكانية التعويض عنها فضلاً على تجاهل اتفاقية الشراكة، كما اقترح بأنه لما لا يتم السماح للأطراف بتعيين خبراء هم كحل لمشكل التعويض.

وتدخل الأستاذ طالب حمدي محمد وهو خبير قضائي وركز على تكوين الخبراء.

وتدخل بعده الأستاذ حميد البسطيلي محام بهيئة الجديدة والذي أوضح أنه في دولة الحق والقانون لا يمكن اللجوء إلى الغصب وأنه مفتخر بالقضاء الإداري وبخصوص التعويض اقترح اللجوء إلى خبرة أو خبرتين ثم معاينة إن أمكن، كما أن الإدارة هي في حد ذاتها مواطن لكونه جزء منها وحميتها كذلك حماية له .

وأخذ الكلمة بعد الأستاذ محمد لمزوعي رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء وركز على دور القاضي الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وأنه بخصوص الإثبات فالإدارة هي من تثبت الملكية بواسطة البحث الإداري وأن القاضي الإداري لا يطلب الملكية، فضلاً على أنه في إطار دعاوى الاعتداء المادي فيتم تمتيع المتقاضى بالمساعدة القضائية تسهيلاً للولوج للقضاء، ثم إن القاضي الإداري لا يطبق حرفية النص بل روح النص وبخصوص محو آثار تصميم التهيئة فهناك أحكام قضائية، كما أنه اقترح إعفاء قضايا الضرائب من الرسوم القضائية مسبقاً.

وتدخل بعده الأستاذ عبد الكبير امحجور موضحاً أن وضع نزع الملكية هو ناتج عن تراكمات وأن مقاربة الدولة للتعامل مع المواطن والملك الخاص وأن الاعتداء المادي أدى فعلاً إلى التنمية ولكن اليوم غير ممكن المواصلة في ذلك وأن جماعة طنجة مهددة بالإفلاس حالياً بسبب الملفات والأحكام وأن هناك عجز عن التنفيذ .

وأخذ الكلمة الأستاذ حميد ولد البلاد قاضي بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وتساءل حول الوظيفة الدستورية للقضاء وخاصة الفصلين 109 و 117 من الدستور بحيث حماية حقوق الأفراد والجماعات وأمنهم ليس هناك دور للقضاء لحماية المصلحة العامة لأنها ليست غائبة بل هي حاضرة دائماً في جميع المراحل، وأن المصلحة العامة لا تعني الانحراف في استعمال السلطة أو الغلو في التقدير ولكن في نفس الوقت ضمان حق الملكية الذي هو حق دستوري، فتساءل حول مدى استطاعة القضاء الإداري تحقيق التوازن، وأن رفع الاعتداء يجب أن يكون في بدايته .

وبعده أخذ الكلمة الأستاذ محي امبارك إطار بوزارة التجهيز والنقل وأوضح أنه في بعض الحالات يكون رسم عقاري أم ويتفرع عنه رسوم أخرى مستخرجة ولا تدخل الإدارة تقوم بنزع العقار الأم، إلا أن يفاجئ صاحب الرسم المستخرج فما هو الحل وأنه بخصوص الخبرة فلا بد من خبير طبوغرافي .

وأخذ الكلمة الأستاذ جيلالي فجار محامي بهيئة الجديدة مضيفا أن إحداث قانون المحاكم الإدارية مكسب مهم وأنه لا يشاطر الأستاذة التي قالت ودعت لقانون إثبات مستقل للقضاء الإداري، وبخصوص عقد الصفقة الباطل فيتم التعويض في إطار الإثراء بلا سبب وتحول الالتزام كما قال الأستاذ الحسن كاسم، وبخصوص التقادم بشأن استرجاع الأراضي فلا يسري الأمن تاريخ اكتشافها .

وبعده تدخلت الأستاذة نفيصة شكراد قاضية بالمحكمة الإدارية بوجدة ونوهت بأهمية الموضوع وأنه بخصوص نزع الملكية فالقاضي يضع نفسه موضع الأطراف ويحقق التوازن، وأن الإدارة غالبا ما تتوصل في قضايا الاعتداء المادي ولا تحضر الخبرة وأن القاضي يحكم .

وتدخل السيد المصمودي رئيس جماعة تازة وأوضح أنه بتازة صدر تصميم التهيئة وأن حكما صدر مخالفا له، مما استعصى التنفيذ وركز على التعويض العادل وإشكالية الخبرة التي غالبا ما يكون التعويض المحدد فيها يتسم بالخلو .

وبعده تدخل رئيس جماعة أكادير السيد بوتريك بلعيد وأضاف أن مصطلح الاعتداء المادي فيجب التدقيق فيه وأن حالات يتبين أن الأمر لا يتعلق باعتداء مادي وأن إحداث الطرق بالتجزئات لا يعتبر اعتداء ماديا فضلا على إشكالية الخبرة .

وبعده تدخل الأستاذ بنجنان والذي كانت له ملاحظة على مستوى الشكل لكون القاضي الإداري يحمي الأفراد ويوازن بين المصلحة الخاصة والعامة .

وبعد انتهاء المداخلات حسب اللائحة المحصورة تدخل السيد وزير العدل والحريات ونوه بالمداخلات القيمة مضيفا أن سبب الندوة جاء بناء على شكايات للمدراء من الأحكام والقرارات الإدارية، وهي محاولة لتقريب وجهات النظر بين الطرفين، كما انه وعد بتنظيم ندوة مماثلة على الأقل مرة في السنة ويتم اختيار موضوع واحد.

وبعد ذلك أعطيت الكلمة للأستاذ محمد قصري الوكيل القضائي للمملكة والذي أوضح أن القضاء الإداري يعتبر بمثابة مشرع يراعي المنظور الاقتصادي والاجتماعي ولا يتم الاجتهاد مع وجود النص الواضح، أنه بعد الانتقال من الدولة الراعية إلى الدولة الرشيدة برز دور القاضي الإداري بالتطبيق العادل للقانون مع احترام فصل السلطات، وأنه بخصوص قانون نزع الملكية فهو قانون بطيء ومعقد وأن المطلوب هو اختصار الأجل في هذه المسطرة مع ضرورة ترأس اللجنة من طرف قاض حتى يكون التقويم عادل، فضلا على أن دعوى نزع الملكية هي دعوى عينية لا شخصية طبقا للفصل 30، بالإضافة إلى أن مشكل الخبرة في نزع الملكية هو أن القاضي لا يتشدد في مراقبة الخبرة وأحيانا يتنازل عن سلطته لفائدة الخبير وفعلا هناك في بعض الأحيان

تعويضات مبالغ فيها أو مخالفة لضوابط التقدير، كما أن القاضي وازن بين نظرية المنافع والمضار وهناك اجتهادات قضائية عديدة منها أنه في حالة عدم وجود منفعة تم الغاء الإعلان عن المنفعة، كما لا يخفى أن الوضعية العقارية بالمغرب جد معقدة، ثم إنه ضد الاعتداء المادي والذي تطور الاجتهاد القضائي وأصبح يتم الحكم بنقل الملكية تحت إطار الإثراء بلا سبب، إن كان يتصور في العقار المحفظ فيصعب في إطار العقار الغير المحفظ وخاصة من يتحمل التكاليف وكذا حالة وجود تعرضات، أو عرقلة في النقل، هذا فضلا على أنه عندما يتم بناء المنشأة لا يتم هدمها ترجيحاً للمصلحة العامة ثم إن المدعي لا يلجأ للقضاء الإستعجالي من أجل طلب وقف الأشغال في الإبان، كما أن دعوى الاعتداء المادي لا تتقدم وهذا طبقاً لقرار فريد لغرفة النقض، كما أنه بخصوص تصميم التهيئة وخاصة الفصل 28 من قانون التعمير فيتم التعويض عن الاستغلال في حالة حرمان الشخص من وجه التخصيص للعقار لأن في ذلك مساس بحقوقه، أما إذا بقي حائزاً للعقار فلا يتم التعويض

أما بخصوص الصفقات العمومية فقد ظهرت اجتهادات قضائية أصلت لنظرية التوازن المالي للعقد وفعل الأمير والصعوبات المادية والظروف الطارئة، وحول سؤال معرفة أو تحديد التسليم النهائي فيتم اللجوء للخبرة للتحقق من ذلك، وبخصوص الأشغال الباطلة فعلا هناك نظرية تحول العقد الباطل ولكن البطلان يعني أن التصرف معدم ولا يصحح، الشيء الذي أدى للجوء لنظرية الإثراء بلا سبب في حالة عدم ارتكاب خطأ أما في حالة وجود هذا الأخير فيتم تشطير المسؤولية التي تبقى مشتركة.

وختاماً أوضح بأن تظلمات الإدارة تتعلق بالأجال الممنوحة لها للجواب لأنه غالباً ما تكون تراتبية للجواب والأجال قصيرة لا تكفي، فضلاً على أن التعويضات الممنوحة مبالغ فيها من طرف الخبراء الذين يخضعون لمسؤولية تأديبية ومدنية وجنائية.

وبعد تدخل الأستاذ أنور الشقروني قاضي بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط مجيباً على التساؤلات موضحاً أنه لا يمكن اعتماد أو القياس بخصوص منح التعويض في إطار نزاع الملكية مع التعويض في إطار الاعتداء المادي، لأن هناك اجتهاد قضائي متواتر مفاده أن الإدارة عندما ترتكب الاعتداء وهو عمل غير مشروع تفقد المزايا وتنزل منزلة الأطراف ويتم التعويض عن القيمة الحقيقية للعقار، كما أنه بخصوص الفصل 514 من قانون المسطرة المدنية فيتم ادخال الوكيل القضائي للمملكة متى كان الطلب يرتب مديونية، وأنه في حالة خرق هذا المقتضى وكذا عدم ادخال الوكيل القضائي للجماعات الترابية فيم ارجاع الملف للمحكمة الإدارية الابتدائية قصد اشعار المعني بالأمر بتدراك الإغفال المسطري وخاصة عندما يكون قد أدى رسوم قضائية ضخمة كما أنه يتم الأخذ برسم الشراء ولا يتم طلب أصل التملك إلا في حالة المنازعة، مضيفاً أنه فعلاً المعاينات هي جد مهمة للقضاة وأنه أمام محكمة الاستئناف فيعتمد القضاة على جداول تتعلق بكل مرسوم على حدى وكل منطقة على حدى في إطار تحديد التعويض.

وتدخل الأستاذ العقاوي وأشاد بالاجتهاد القضائي لنقل الملكية وأوضح أن التعويض يعتبر نقطة سوداء وأنه حسب قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية بمراكش فقد تم التعويض في إطار الاعتداء المادي بقيمة وضع اليد على العقار.

وتدخل الأستاذ رضا التايدي قاضي بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط موضحاً أنه في غالباً الأحيان ما يتم اغفال تقدير التعويض عن الحقوق السطحية من طرف اللجنة الإدارية، كما أن عمل اللجنة يجب أن يكون احترافي للتقليل من النزاعات، مضيفاً أن الإدارة لا تلجأ لمسطرة فائض القيمة ولا تفعلها علماً أنه يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف الإدارية، وهذا ينطبق كذلك على مسطرة فائض قيمة الملاك المجاورين، وأن تفعيل هذه المساطر يخفض التعويض الذي يثقل كاهل الإدارة، إضافة إلى أن محكمة النقض قد حسمت في عدة قرارات بان عنصر المنفعة العامة ليس من عناصر التقويم.

وتدخلت الأستاذة نادية احديبو وأوضحت أن لا موجب لإيجاد قانون خاص بالإثبات، وخاصة أن الاجتهادات القضائية قررت حرية الإثبات في المادة الإدارية.

وتدخل الأستاذ هشام الوازيكي قاضي بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وأوضح أن موضوع الصفقات العمومية يتطلب وقت كثير للمناقشة موضحاً أنه بعد مرور سنة عن التسليم المؤقت فالتسليم الفعلي والنهائي يعتبر متحققاً، وأن العقد الباطل لا يولد أي أثر لكن المتعاقد حسن النية يواجه بالعقد الباطل، وفي هذه الحالة الفقه يقول أن التعويض يزكي المشروعية وبالتالي برز دور القضاء، وفعلاً هناك الفصل 309 من ق ل ع مع استلهم قواعد أخرى منها الفصلين 75 و79 من نفس القانون التي تتحدث عن الإثراء بلا سبب، وفي حالة مساهمة المتعاقد في الخطأ يتم تشطير المسؤولية.

وأخذ الكلمة الأستاذ محمد ايت حسو إطار بالوكالة القضائية موضحاً أن بطلان الصفقات غالباً ما يتم بسبب عدم احترام الشكليات والقضاء لم يتخذ موقف من هذه الحالة بل ذكر فقط عدم ترتيب الآثار القانونية، وأن القضاء طبق فعلاً قاعدة الإثراء بلا سبب أما المشرع الفرنسي فلم يأخذ بها كلها بل مزج بينها وبين أحكام الفضالة.

وتدخل الأستاذ بهاء الدين زباخ إطار بالوكالة القضائية موضحاً أنه لا وجود لاعتداء مادي في إطار محو آثار تصميم التهيئة، لأن الاسترداد مصدره القانون وأن اللجوء للقضاء محل نقاش. كما أنه يجب ادخال الوكيل القضائي للمملكة دائماً لأنه غالباً ما تكون الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة. ثم إنه ليس ما يلزم الإدلاء بما يفيد التكاليف أمام القضاء، وأن تمثيل الإدارة يشمل حتى حق المرافعة، فضلاً على أنه بخصوص الجماعات السبلالية فإنه لا يتم التعويض عن حق الانتفاع، ثم إنه بشأن الحرمان من الاستغلال فإنه يجب التعويض عن سنة قبل إنشاء المرفق وأنه لا يعتد بهذا المعطى في التعويض.

وبعد تدخل الأستاذ محمد الصقلي الحسيني رئيس محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وأوضح أن ما كان يود قوله سبق التطرق إليه، مضيفاً أن مرامي السادة المتدخلين نفذت لقلوب السادة القضاة وأصدق التواصل تم عن طريق الإجابة بكل اريحية وبهجة عن الأسئلة، والتدخلات كانت

مبعث فخر واعتزاز ودفعة قوية للعاملين بالقضاء حتى نكون بمستوى رسالتهم وتكريس دورهم كما جاء في الخطاب الملكي السامي خلال الدورة التشريعية الأولى، وأنه فعلا لم يتم تداول جميع الإشكاليات وختم الكلمة بشكر جميع الحاضرين والسيد وزير العدل والحريات .

وبعد تدخل الأستاذة لطيفة الخال رئيسة محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش موضحة هي الأخرى ان المتدخلين تفاعلوا مع المداخلات، مضيئة أن مسطرة نزاع الملكية تمارس في مواجهة العقار وأنه يتم غالبا الحكم بإيداع المبالغ بدل الأداء، كما انه يتعين على الإدارة الالتزام بتعليق القرارات، كما انه بخصوص الأشغال الإضافية فقد صدرت قرارات لمحكمة النقض تبنت نظرية التوازن المالي للعقد وتم الاعتماد على محاضر الورش.

وختاما أكد السيد وزير العدل والحريات بان هذه الندوة عبارة عن وليمة علمية رائعة وأنه يعتز بما سمعه وما رآه وأن يوم الغد سيخصص لموضوع آخر لا يقل أهمية عن المواضيع التي تم تناولها اليوم وهو التنفيذ، مذكرا بالساعة والمكان وهو المعهد العالي للقضاء.

المنازعات القضائية في مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة

ذ. علاء حميدي

رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة

تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من أهم الضمانات للحفاظ على مبدأ الشرعية و ضمان الحقوق الفردية والجماعية.

ويعتبر مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة من أهم المجالات التي تترب عنه منازعات يختص القضاء الإداري بالنظر فيها استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية مع استحضار المادتين 9 و11 من نفس القانون.

ومن اجل مقارنة الاشكالات العملية المترتبة عن تدبير المنازعات القضائية في هذا المجال فان ذلك يقتضي منا بداية تحديد نطاق هذه المنازعات وتعريف طبيعتها القانونية والتميز بين المنازعات التي ينظرها قاضي الالغاء وتلك التي ينظرها قاضي القضاء الشامل ثم نعرض بعد ذلك على تناول نماذج من اهم الاشكالات المترتبة عن منازعات تدبير الموارد البشرية المعروضة امام القضاء الاداري سواء قضاء الالغاء او القضاء الشامل، وذلك وفق التصميم التالي :

المبحث الأول: تعريف طبيعة الدعوى الناجمة عن تدبير الموارد البشرية وتحديد نطاقها .
المبحث الثاني: نماذج من اهم الاشكالات التي ترتبط بالمنازعات القضائية في مجال تدبير الموارد البشرية

المبحث الأول: تعريف طبيعة الدعوى الناجمة عن تدبير الموارد البشرية للإدارة وتحديد نطاقها
يمكن القول ان الادارة هي اداة الدولة لتحقيق اهدافها واداء ادوارها، ولذلك فان الجميع مدرك لأهمية اصلاح الادارة والنهوض بمواردها البشرية تكوينا وتأهيلا وتحفيزا، باعتبار تلك الموارد رأس مال لا مادي .

ويعتبر تدبير مجال الموارد البشرية بالإدارة من اهم المجالات التي تحظى باهتمام واسع لا على مستوى عمل الادارة ولا على مستوى المجال القانوني، كما انه من المجالات التي تتقاطع فيها المصلحة الخاصة للموظفين والعاملين باسلاك الادارة والمصلحة العامة التي يسعى كل مرفق عام الى ضمانها وتحقيقها من خلال الخدمات التي يقدمها للجمهور بواسطة موظفيه.

ويعرف الموظف وفقا للفصل الثاني من الظهير الشريف رقم 1.58.008 الصادر بتاريخ 24 فبراير 1958 بشأن النظام العام للوظيفة العمومية حسب ما تم تعديله وتتميمه بما يلي :

"يعد موظفا كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في احدى رتب السلم الخاص باسلاك الادارة التابعة للدولة".

وبالتالي فإن مصطلح موظف، يشمل كل موظف يطبق عليه النظام الأساسي للوظيفة العمومية أو يخضع للأنظمة الخاصة، أما مصطلح العامل في مرافق الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية، فهو يضم جميع العاملين في هذه المؤسسات .

ويعتبر تدبير الموارد البشرية تدبيراً للوضعية الادارية والمالية لتلك الموارد وهو ما يصطلح عليه قانوناً بالوضعية الفردية، وقد طرح هذا المفهوم نقاشاً واسعاً من حيث تحديد نطاقه ومجاله إلى أن حسمه القرار الصادر عن المجلس الأعلى-محكمة النقض حالياً- في قضية عبد الحق كارم ضد وزارة المالية إذ أنه وسع من نطاق الوضعية الفردية ولم يجعلها قاصرة على الوضعية المالية بل نص في إحدى حيثياته على ما يلي :

" إن مصطلح الوضعية الفردية جاء على إطلاقه دون تقييد أو حصر، فهو يشمل جميع الحالات والأوضاع التي تعترى الموظف وهو يعمل فيخدمة الإدارة أو المرفق أو الجماعة المحلية أو المؤسسة العامة، سواء فيما يتعلق بتسميته في وظيفة معينة أو ترقيته أو تأديبه أو حصوله على أجوره ومستحقاته إلى غير ذلك من الدعاوى التي يمكن أن يقيمها ضد الجهة الإدارية من أجل تسوية هاته الوضعية مما ينعكس إيجاباً أو سلباً على وضعيته المادية حسب الأحوال".

وهكذا يلاحظ من خلال هذا التعريف الشامل والجامع، أن القرار المذكور لم يكتفي بتعريف مفهوم الوضعية الفردية وإعطائها تعريفاً واسعاً يشمل حالات الموظف أو العامل بمرفق الدولة، بل حدد نطاق تدخل القضاء الإداري وحدود دوره وسلطاته في الحسم في الطلب، كما خول الحق للطاعن في سلوك دعوى تسوية الوضعية للمطالبة بحقوقه التي ينازع الإدارة فيها إلى جانب إمكانية سلوكه لدعوى الإلغاء في مواجهة القرارات التي يعتبرها ماسة بتلك الحقوق.

كما يلاحظ ان المنازعات القضائية الممكنة ان تترتب عن مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة اما ان تأتي في اطار دعوى الغاء ينازع فيها الطاعن في القرار الذي ارتأى انه يآثر في وضعيته الادارية واما ان يأتي في اطار دعوى القضاء الشامل هو ما يقتضي منا التمييز بين الدعويين ثم تناول موقف القضاء من امكانية اختيار الموظف سلوك احدهما وموقفه من امكانية الجمع بينهما وذلك في مطلبين .

المطلب الأول : التمييز بين دعوى قضاء الإلغاء ودعوى القضاء الشامل:

إن طرح إشكالية تقاطع دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة يجد مبرره في الارتباط بينهما على اعتبار أن وضعية الموظف محكومة بقرارات فردية في معظم الأحيان، وبالتالي فإنه عندما يسلك دعوى التسوية سوف ينازع لا محالة في القرار الذي أثار في مركزه القانوني.

وبالتالي فإن التقاطع يفرض منا في البداية التمييز بين كلا الدعويين في أفق إيضاح الأسباب الكامنة وراء طرح إشكالية مدى إمكانية الجمع بينهما من عدمه.

وهكذا فيالرجوع إلى عديد التعريفات التي ساقها الفقهاء بخصوص كلا الدعويين يمكن أن نقول باختصار ان دعوى الإلغاء هي دعوى عينية تخاصم القرار الإداري المطعون فيه وتروم إلغاءه بالنظر إلى اتسامه بعبء التجاوز في استعمال السلطة وفقاً لما هو وارد في المادة 20 من القانون رقم 90-41، أما دعوى القضاء الشامل فإنها خصومة بين اشخاص يدعي فيها المتضرر انه وقع المساس بمركز من مراكزه القانونية ويروم من خلال دعواه الحكم له بحقه الذي تم المساس به.

وبعد هذا التعريف البسيط يتضح ان دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل تتمايزان وتختلفان فيما بينهما من حيث موضوعهما ومن حيث سلطات القاضي الإداري في كلا الدعويين لأنه يكفي في دعوى الإلغاء بالتصريح بإلغاء القرار المطعون فيه دون ان يحل محل الإدارة أو يوجه لها أمرا بالقيام بإجراء معين تصحيحا للأوضاع التي صرح بعدم مشروعيتها، أما قاضي القضاء الشامل فإن سلطاته في الدعوى أشمل إذ يحق له أن يأمر بجميع التدابير التي يراها مناسبة لتصحيح الوضع غير المشروع، سواء بتعديله أو جبره أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

كما تتمايز الدعويان أيضا من حيث شروط تقديمهما، فدعوى الإلغاء كما هو معلوم لكافة الدارسين محكومة بأجل هو أجل سقوط، كما أنها لا تقبل عند وجود دعوى موازية باعتبارها دعوى احتياطية واستثنائية أما دعوى القضاء الشامل فهي محكومة أيضا بشروط أخرى باعتبارها خصومة بين أطراف مما يقتضي احترام الإجراءات المسطرية وإدخال كافة الأطراف المعنية بالنزاع تحت طائلة عدم قبول الدعوى، كما يتوجب أداء الرسوم القضائية على الطلبات ويجب تحديد الطلب بشكل يسمح للقاضي أن يبت فيه دون أن يتجاوزها الى طلبات أخرى لم تكن موضوع الدعوى.

ونظرا لهذا التمايز فقد طرح تساؤل مشروع حول مدى إمكانية الجمع بين الدعويين في مجال تسوية الوضعية أو مدى إمكانية الاختيار بينهما مع العلم أن مفهوم الخيار يقتضي استبعاد مفهوم شرط انتفاء الدعوى الموازية كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري من حق الخيار بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في مجال تسوية الوضعية

من نافلة القول التأكيد على أن القضاء الإداري قد حسم منذ وقت غير يسير بين منح المدعي حق الاختيار بين دعوى تسوية الوضعية أو دعوى الإلغاء ، وخير دليل على ذلك هو القرار السابق الاستشهاد به الذي يمكن اعتباره من القرارات المبدئية والأولى التي حسمت في حق الخيار.

ويترتب عن منح حق الخيار بين الدعويين إمكانية لجوء الطاعن إلى المطالبة بتسوية وضعيته الإدارية بمفهومها العام أي الوضعية المادية وجميع الأوضاع والمراكز القانونية التي تعترى الموظف أثناء حياته الإدارية، كما يمكنه أن ينازع في القرار الإداري الذي مس بوضعية من وضعياته المذكورة من خلال الطعن فيه مباشرة بدعوى الإلغاء.

الا انه لا بد من الإشارة ان الحق في الخيار لا يتصور الا فيمن اجتمعت فيه صفة اقامة كلا الدعويين،اي كان ممن يجوز له ان يتقدم بدعوى التسوية وفق الفقرة الثامنة من المادة 8 من القانون 41/90 وكذا كانت له الصفة لتقديم دعوى الطعن بالإلغاء،وفي هذا الصدد لا بأس من

التذكير ببعض الأحكام التي ميزت بين الصفتين على اعتبار أن الطاعن لا يجوز له أصلاً تقديم دعوى التسوية لأنه لا يملك صفة الموظف¹.

ولقد ترتب عن منح حق الخيار بين الدعويين في بداية أعماله وتطبيقه ظهور اتجاه مكثف نحو اختيار دعوى القضاء الشامل باعتبارها غير مرتبطة بأجل سقوط كما هو الشأن في دعوى الإلغاء، مما ترتب عنه فسخ المجال للمنازعة في قرارات إدارية تحصنت وفات أجل الطعن فيها، بل فسخ المجال إلى المنازعة في وضعيات إدارية مستقرة لعقود، مما كان يسفر عن مراجعة قرارات إدارية حسمت في هذه الوضعيات منذ مدة وكان يترتب عنه تهديد استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

ونظراً لهذه الإشكالات فقد سن القضاء الإداري ضابطاً مهماً من الآثار المذكورة، وهو ضابط ضرورة احترام الأجل القانوني للطعن في القرار الإداري وإن تم تقديم دعوى تسوية الوضعية في إطار دعوى القضاء الشامل متى كان الطاعن يروم من خلاله دعوى تسويته المنازعة في قرارات إدارية.

¹ ومن ضمن تلك الأحكام، قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 3590 بتاريخ 2014/08/01 في الملف الإداري عدد 5/13/388 الذي جاء فيه ما يلي :

" بالإضافة إلى ذلك فإن هذه المحكمة قد خرقت مقتضيات المادة 8 من قانون 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية باعتبار أن الدعوى الحالية قدمت على غير المسلك المتاح قانوناً اعتباراً للوضعية المستأنف عليه والذي لا يتوفر على صفة الموظف ولم يسبق أن صدر قرار بتعيينه في وظيفة معينة أو ترسيمه في إحدى السلاسل الإدارية، وبالتالي لا يمكن اعتبار مطالبه مما يندرج في إطار دعاوى تسوية الوضعية الفردية مادام هذا الصنف من الدعاوى يخاطب الموظفين والعاملين بمرافق الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية، كما أنها تنصب على توجيه أوامر للإدارة وإحلال القاضي محل الإدارة وتقرير توظيف المستأنف عليه في أسلاك الوظيفة العمومية مع أن ذلك فيه خرق لمبدأ استقلال وفصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية

..... وحيث إنه تفرعاً على ما تم بسطه أعلاه ولما كان الطرف المستأنف عليه يستهدف من خلال دعواه، وبحسب ما أكده في مقاله الإصلاحية الواجب البت في حدود موضوعه عملاً بمقتضيات الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، الحكم لفائدته بتسوية وضعيته الإدارية والمالية وذلك بإدماجه في أسلاك الوظيفة العمومية وفقاً لما جاء في محضر 20 يوليوز 2011، يكون قد أدرج دعواه ضمن الدعاوى المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، المنصوص عليها في المادة 8 المشار إليها أعلاه، والحال أنه لم يتحقق تعيينه في أي منصب ضمن أسلاك الوظيفة العمومية، أو اكتسب صفة موظف عمومي متمتع بوضعية قانونية ونظامية إزاء الإدارة المعنية، بحسب الثابت من عناصر المنازعة ومعطياتها، حتى يجوز اعتباره " في حكم الموظف بحسب الطبيعة أو المال والمحتمل خضوعه لمسطرة الولوج"، كما ذهب إلى ذلك الحكم المستأنف، مادام أن القوانين المنظمة لمجال الوظيفة العمومية تعد من النظام العام، ولا يجوز التوسع في تفسيرها وتأسيس استثناءات عليها أو خلق مفاهيم جديدة تخالفها وتكسب صفة موظف لغير من هو خاضع لها، مما تظل معه دعواه مقدمة حياً على الإطار القانوني المحدد لها والمبرر لأي مطالبة رامية إلى تسوية المركز القانوني لرافعها، وبالتالي انتفاء الصفة التي تخول له الحق في تقديم مثل هذه الدعوى بمفهومها القانوني المتقدم والمتواتر عليه في فقه القضاء الإداري."

وكذلك الحكم عدد 2067 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/05/19 في الملف رقم 2015/7105/21 والذي جاء في حيثياته ما يلي " وحيث إن الموظف المخاطب بالمنازعة المتعلقة بالوضعية الفردية هو الشخص المعين والمرسب في وظيفة قارة والمرتبب في أحد أسلاك الإدارة العمومية، وهو ما لا يتحقق في نازلة الحال وفق ما ذهب إليه قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3590 في الملف الإداري 5/13/388 الصادر بتاريخ 2014/8/1 مما ارتأت معه المحكمة مسايرة لقرار محكمة الاستئناف الإدارية واعتباراً لعدم تحقق صفة الموظف في المدعي التي تخوله حق الاستفادة من دعاوى تسوية الوضعية الفردية وتغيبه من الشروط الخاصة التي تحكم هذه الدعوى من التقيد بأجل رفع الدعوى مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى لتقديمها في غير المسلك القانوني المقرر لقبولها.

ولقد تواتر القضاء الإداري في تكريس هذا الموقف ونكتفي لضيق المقام بإيراد نموذج من اجتهادات صادرة عن أعلى هيئة قضائية والتي ما فتئت تأصل لهذه القاعدة²

وبالموازاة مع هذا الموقف المشهود له بسعة البصيرة، فإنه في المقابل وحتى لا يكون الأجل سلاحا في يدرجل الإدارة يحول به دون أن يصحح الموظف أو العامل في المرفق العام وضعيته الإدارية فإن القضاء الإداري أصل لمبدأ آخر يحد من المبدأ السابق الذكر، إذ ميز في دعوى تسوية الوضعية المقدمة في إطار القضاء الشامل بين الحقوق التي تستمد مباشرة من النص القانوني، إذ يكون فيها القرار الإداري مجرد إجراء تنفيذي ولا يمكن أن يحتج عندها على طالب التسوية بالأجل القانوني للمنازعة في القرار الذي حرمه من تلك الحقوق، أما إن كانت الحقوق تستمد من القرار المنازع فيه فعندها تكون مقيدة بأجل الطعن في دعوى الإلغاء³.

وإذا كان حق الخيار بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل لا يطرح إشكالا عميقا على مستوى المحاكم الإدارية، ما دام أن كلا الدعويين يختص بهما الفاضيا لإداري طبقا لمقتضيات المادة 8 من القانون 41/90، فإن الإشكال يطرح مع ذلك في بعض الحالات المرتبطة بالعاملين في إحدى الهيئات العامة أو شركات الدولة عند تقديمهم لطلب الإلغاء في مواجهة القرارات الصادرة عن هذه الهيئات معتبرين إياها قرارا إداريا في إطار المعيار العضوي لتعريف القرار الإداري، في حين تظل وضعيتهم إزاء هذه الهيئة أو الشركة محكومة بمدونة الشغل أو نظام اساسي خاص⁴.

2- القرار عدد 1/273 الصادر بتاريخ 2016/02/18 عن محكمة النقض في الملف الإداري عدد 2015/1/4/4564 والذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث صح ما عاب به الطالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنه يتبين من الوقائع كما أثبتتها القرار المطعون فيه أن المطلوب في النقض تمت ترفيته وتعغير إطاره إلى أستاذ للتعليم الثانوي التأهيلي الدرجة الأولى ابتداء من 2011/07/22، وهو القرار الذي علم به علما يقينيا من خلال استفاذته من هذه الوضعية دون أن يكون محلا لأي طعن بالإلغاء داخل أجل 60 يوما الواردة بالمقتضيات المحتج بخزفها وأن المعني بالأمر لم يراجع القضاء إلا في 2010/10/10 الذي يصادف تاريخ إيداعه لمقاله الافتتاحي، مما يجعل دعواه غير مقبولة لورودها خارج الأجل المحدد بالمادة 23 المذكورة، علما بأنه إذا كان من حق المعني بالأمر أن يختار بين دعوى القضاء الشامل ودعوى الإلغاء للحصول على تسوية هذه الوضعية، فإنه لا يمكن أن يتجاوز أجل الطعن المقرر في دعوى الإلغاء ليمارس دعوى القضاء الشامل متى شاء، والحال أن الأجل من النظام العام، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث بذلك لم يبق ما يستوجب إحالة القضية على محكمة الموضوع طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية." 3- وإن نفس المعيار معمول به من قبل القضاء المصري، ذلك أن هذا القضاء يفرق بين الدعوى التي تدخل في إطار القضاء الكامل والتي تدخل في إطار قضاء الإلغاء، بالاعتماد على تحديد مصدر الحق الشخصي الذي يطالب به المدعي في دعواه، فإن كان يطالب بحق شخصي مقرر له مباشرة في قاعدة تنظيمية عامة، كالعقود واللائحة، فإن الدعوى تكون من اختصاص القضاء الشامل، ويكون ما أصدرته الإدارة من أوامر أو تصرفات في هذه المناسبة مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف، وتوصيل ما نص عليه القانون إليه، ولا يكون هذا التصرف الإجرائي قرارا إداريا بالمعنى المفهوم، بل يكون مجرد إجراء تنفيذي أو عمل مادي لا يسمو إلى مرتبة القرار الإداري، وبالتالي لا تكون الدعوى المقامة في هذا الشأن من دعوى الإلغاء، وعلى عكس ذلك إذا لم يكن مركز الموظف قد نشأ عن القاعدة التنظيمية ذاتها، بان استلزم الأمر صدور قرار إداري خاص بخوله هذا المركز القانوني، فإن الدعوى تكون من دعوى الإلغاء.

4- جدير بالذكر أن هذا الإشكال كان يطرح أيضا فيما سبق بالنسبة للعاملين في المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي عندما كان القضاء الإداري ما يزال مختلفا في تحيد اختصاصه للنظر في منازعات تسوية وضعية هؤلاء العاملين ويعتبر أن القضاء العادي يظل مختصا للنظر في جزء منها إذ نجد على سبيل للقرار عدد 359 المؤرخ في 2003/05/29 في الملف عدد 2002/1/4/2379 الذي جاء فيه: "حيث إنه يتبين من الوثائق والحكمين المطعون فيهما أعلاه أن السيد حسن حتاش تعرض لحادث بتاريخ 5-5-1995 وهو في خدمة المكتب الوطني للبريد والمواصلات السلوكية وأصيب من ذلك بعجز مؤقت عن العمل حسب الشهادة الطبية التي أرفق بها تصريحه المقدم يوم الحادث كما جاء في الوثائق وحيث إن الفصل 20 من قانون المسطرة المدنية صريح في إسناد الاختصاص النوعي بالنظر في قضايا حوادث الشغل إلى المحاكم الابتدائية ولم يتضمن القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية أي تعديل للفصل المذكور فكانت المحكمة الإدارية على صواب عندما صرحت بعدم اختصاصها وإن المحكمة الابتدائية التي صرحت بخلاف ما نص عليه الفصل 20 المذكور تكون قد خرقتة برفضها تطبيقه"

وتتمظهر تجليات هذا الإشكال في كون المنازعة في القرارات التي تتخذ من طرف مسيري هذه الهيئات قد اعتبرها القضاء الإداري قرارات إدارية أجاز الطعن فيها بالإلغاء استنادا إلى المعيار العضوي في تعريف القرار الإداري.

وبالتالي فإذا كان القضاء الإداري هو صاحب الولاية والاختصاص للنظر في مشروعية تلك القرارات، وكان في المقابل القاضي العادي هو المختص بالنظر في النزاعات المترتبة عن تسوية الوضعية، فما هو مجال أعمال حق الخيار وهل يمكن أن نستحضر في هذه الحالة مفهوم الدعوى الموازية للتصريح بعدم قبول دعوى الإلغاء، أم أننا سنجنيز للقضاء الإداري أن ينظر في منازعة التسوية من خلال فحصه لمشروعية القرار وفي المقابل نقر للقضاء العادي بولايته للنظر في دعوى التسوية؟

والملاحظ من خلال تتبع أحكام القضاء الإداري المغربي، أن الاجتهاد القضائي قد سار على نهجين:

النهج الأول: أجاز القضاء فيه للعاملين في الهيئات العامة الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن مسيرتها باعتبارها قرارات إدارية استنادا إلى كونها صادرة عن سلطة إدارية تفعيلاً للمعيار العضوي في تحديد القرار الإداري⁵.

⁵ وهذا الموقف تبنته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، وتبعته في ذلك المحاكم الإدارية في العديد من الأحكام، ومن القرارات التي اعتمدت فيها الغرفة الإدارية المعيار العضوي، نجد قضية محمد بدوي ضد مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية، وقضية الصادقي المومني ضد مكتب التسويق والتصدير، الذي جاء فيه: "وبالتالي فإن المقررات المتخذة من طرف المدير تدخل في عداد المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية، الأمر الذي يجعلها قابلة للطعن أمام المجلس الأعلى عن طريق الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، وذلك بقطع النظر عن الروابط التي تربط الطاعن بالمكتب". كما اعتبرت الغرفة الإدارية، في قضية ماريما المزكدي ضد مكتب التسويق والتصدير، أن قرار مدير مكتب التسويق والتصدير والقاضي بإعفاء المعنية بالأمر بناء على قرار تقليص المستخدمين يعتبر قراراً إدارياً يمكن الطعن فيه بواسطة دعوى الإلغاء. وقد اتبعت المحاكم الإدارية نفس التوجه، في عدد مهم من أحكامها، بحيث اعتمدت المعيار العضوي لتأسيس اختصاصها، واكتفت بكون المقرر المطعون فيه صادراً عن مدير المؤسسة العمومية المعنية بصفته سلطة إدارية ليكون النزاع الناشئ بين المؤسسة التي يشرّف على تسيرها وأحد مستخدميها، من اختصاص المحكمة الإدارية، ومن بين هذه الأحكام نذكر: حكم المحكمة الإدارية بوجدة، قضية القاسمي عبد المالك، الذي جاء فيه: "وحيث أن الطاعن يشتغل لدى المكتب الوطني للاستثمار الفلاحي المنشأ بمقتضى المرسوم الملكي المؤرخ في 22 أكتوبر 1996، والذي ينص فصله الأول على أن المكتب مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وأن المادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية تتحدث عن النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للعاملين في المؤسسات العامة".

حكم إدارية مراكش، قضية عبد الإلاه منصور ضد وزير الصيد البحري، الذي جاء فيه: "حيث إن وزارة الصيد البحري مصدره القرار المطعون فيه شخص من أشخاص القانون العام وسلطة إدارية، الشيء الذي تكون معه قرارات العزل الصادرة عنها قرارات إدارية وذلك بإعمال المعيار العضوي، ومن ثم تعتبر قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة بقطع النظر عن العلاقة التي تربط الطاعن بالإدارة وهل تخضع للقانون العام أو الخاص؟ ومن المعلوم أن أعمال هذا المعيار يتماشى ومقتضيات المادة الثامنة من القانون المنظم للمحاكم الإدارية التي أخذت بهذا المعيار عندما نصت على اختصاص هذه المحكمة بإلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة، كما أن نفس القانون كرس نفس المعيار عندما أسند لهذه المحاكم الاختصاص للبت في الوضعية الفردية لجميع الموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة دون أن يميز في ذلك بين ما إذا كانوا موظفين عموميين تابعين لقانون الوظيفة العمومية أو أعوان مؤقتين غير مرسمين تربطهم بالإدارة عقود خاصة، كما يتماشى مع قبول الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للطعون بالإلغاء الموجهة ضد قرارات العزل كما في النازلة معتبرة إياها قرارات إدارية صادرة عن سلطة إدارية (انظر على سبيل المثال القرار رقم 46 الصادر بتاريخ 1966/1/25 وغيره) هذا فضلاً عن أنه على فرض ثبوت خضوع الطاعن في علاقته مع الإدارة لقانون الشغل فعلا فإن الطلب لا يتعلق بحالات التعويض التي يحكمها القانون الذي تخصص المحكمة الابتدائية بتطبيقه وإنما ينصب على الطعن ضد قرار عزل الطاعن مما يجعل المحكمة مختصة للبت فيه".

أما النهج الثاني: فقد اعتمد شرط الدعوى الموازية، من أجل استبعاد اختصاص القضاء الإداري للنظر في وضعية العاملين في تلك الهيئات.

والمقصود بشرط الدعوى الموازية هو: "عدم قبول دعوى الإلغاء، سواء أمام الغرفة الإدارية أو أمام المحاكم الإدارية، إذا كان القانون قد نص على وجود دعوى في الموضوع ذاته تؤدي إلى نفس النتيجة،

وفي نفس السياق عرف الفقيه روجي بونارك الدعوى الموازية بما يلي :

"توجد هناك دعوى موازية لدعوى الإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة، عندما يوجد طعن قضائي آخر يؤدي عن طريق دعوى مباشرة إلى إلغاء أو إبعاد تطبيق القانون المطعون في شرعيته."

ويستفاد من ذلك أن الدفع بعدم القبول لوجود الدعوى الموازية لا يقوم على أي أساس إلا إذا توفر للطاعن مسعى قانوني وقضائي من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة عملية تعادل على الأقل النتيجة التي يوفرها الطعن بالإلغاء⁶.

لكن في المقابل نجد توجهها مخالفا لا يقبل بإعمال الدعوى الموازية في مجال تسوية الوضعية⁷، وبالموازاة مع هذا الاشكال يطرح اشكال آخر متعلق بطبيعة الدعوى الموازية التي يمكن ان تكون مبرر لعدم قبول دعوى الإلغاء، اذ وكما هو معلوم، فإن تطبيق شرط الدعوى الموازية، رهين بتحقيقها لنفس نتائج دعوى الإلغاء، فهل الدعوى الموازية في مجال المنازعات المتعلقة بوضعية مستخدمي الهيئات العامة تحقق دائما نفس النتائج، سيما حينما

⁶ ومن القرارات التي طبقت فيها الغرفة الإدارية، شرط الدعوى الموازية، نجد:

*قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1998/10/19، الذي جاء فيه ما يلي:

"إن مهمة المستأنف تنحصر في القيام بدور كاتب رئيس مساعد، وبذلك فهو يعتبر من فئة المستخدمين الخاضعين لأحكام القانون الخاص في علاقته التعاقدية مع بنك المغرب، كما لاحظ قضاة الدرجة الأولى، وبذلك فإن قرار إداريا صادرا عن سلطة إدارية قابلا للإلغاء، إلا أن هذه القابلية مشروطة بعدم وجود دعوى موازية، كما نص على ذلك القانون المحدث للمحاكم الإدارية".

وقد اتبعت المحاكم الإدارية هذا الاتجاه، في العديد من أحكامها نذكر منها:

*حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 1998/03/19 عدد 346، بين الدحاني فاطمة والصندوق الوطني للفرص الفلاحي، بحيث جاء فيه ما يلي:

"وحيث إنه كان في إمكان الطاعنة اللجوء إلى المحكمة العادية للمطالبة بحقوقها في إطار نزاعات الشغل، وحيث إنه أمام وجود دعوى موازية يتعين التصريح بعدم قبول الطلب".

*حكم المحكمة الإدارية بالرباط الذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث أن الصندوق الوطني للفرص الفلاحي، حسب الظهير الشريف الصادر بتاريخ 1961/12/04 المنظم له، يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع مالي، وتتمتع بالخصخصة المدنية والاستقلال المالي، وأن القرارات الصادرة عن المدير العام لهذه المؤسسة، وإن كانت قرارات إدارية قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء، إلا أن قبول الطعن مشروط بعدم وجود دعوى موازية طبقا للمادة 23 من القانون رقم 41-90، وحيث أن الطاعن كان بإمكانه الحصول على نفس النتائج أمام المحكمة العادية في إطار نزاعات الشغل، لهذا يتعين الحكم بعدم قبول الطلب".

⁷ ومن ضمن ذلك ما يستشف من القرار الصادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا- عدد 201 المؤرخ في 2004/02/18 في الملف عدد 2004/1/4/11 الذي جاء فيه:

"حيث تمسكت الإدارة في طعنها بالاستئناف على أساس أن العلاقة التي تربط الإدارة بالمستأنف عليه يحكمها القانون الخاص، بالإضافة إلى وجود دعوى موازية وأن المجلس الأعلى في قرارات متعددة أكد هذه القاعدة، ملتزمة بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي التصريح بعدم الاختصاص.

فيما يخص الاختصاص النوعي:

حيث يتضح من وثائق الملف وما عرض ونوقش أن المؤسسة المطلوبة في هذه الدعوى هي مؤسسة عمومية بمقتضى ظهير شريف... وبالتالي فإن القرار الذي أصدرته في شأن الوضعية الفردية لموظفيها هو قرار إداري وإن المختص بالنظر في مسألة مشروعيتها هو المحكمة الإدارية ونفس المحكمة هي المختصة كذلك بالنظر في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية كما هو الشأن بالنسبة لوضعية الموظف الطاعن ويبقى الدفع المثار بدون أساس."

يتعلق الأمر بالمنازعة في قرار الطرد على اعتبار انه طرد تعسفي، فالإلغاء القرار سوف يفضي الى ارجاع الحالة الى ماكانت عليه قبل صدوره اي ارجاع العامل اما اذا نازع في طرده امام القضاء العادي فقد تؤول المطالبة الى دعوى تعويض عن الطرد اذا فشلت جلسة الصلح.

المطلب الثاني : موقف القضاء من الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التسوية

لقد حظي النقاش حول مدى جواز الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الشامل في دعوى واحدة بمجال واسع سيما أمام اختلاف شروط كلا الدعويين، وتجدر الإشارة الى النقاش انصب في الحقيقة على امكانية الجمع بينا دعوى الالغاء ودعوى القضاء الشامل بمفهومها العام وليس فقط دعوى التسوية.

لكن حدة هذا النقاش أضحت تخبو بعدما استقر لدى القضاء الإداري التوجه الذي يجيز الجمع بين الدعويين، إلا أن ومع ذلك ما يزال هذا الجمع يطرح بعض الإشكالات التي تفرض نفسها على كل مهتم بمجال القانون.

وإذا كان القضاء الإداري المغربي هو الذي تصدى لإشكالية الجمع بين الدعويين فإننا نجد المشرع المصري قد حسم بنفسه في إمكانية هذا الجمع من خلال المادة 14 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم 40 في 1972/10/05...⁸

وفي نفس السياق نجد أن مجلس الدولة الفرنسي نص على إمكانية الجمع بين طلبي الإلغاء والتعويض في عريضة دعوى واحدة.⁹

المرحلة الأولى: عدم إمكانية الجمع :

لقد طرحت إشكالية الجمع بين طلبي الإلغاء والقضاء الشامل في دعوى واحدة بعد إحداث المحاكم الإدارية، ولقد كان الاجتهاد الذي سلكته هذه المحاكم أول الأمر هو عدم إمكانية الجمع بين الطلبين على الوجه المذكور، بعلة استقلال الطلبين، وبالتالي الدعويين عن بعضهما البعض، سواء من حيث أداء الرسوم القضائية أو الإعفاء من أدائها، أو من حيث رفع كل دعوى على حدة، أو من حيث سلطات القاضي الإداري بشأن كل طلب من الطلبين.

⁸ هذه المادة تنص على ما يلي:

" تختص المحاكم الإدارية:

أولاً : بالفصل في طلبات إلغاء القرارات المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً من المادة 10 متى كانت متعلقة بالموظفين العموميين بين المستوى الثاني والمستوى الثالث ومن يعادله، وفي طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات..."، وقبل ذلك، نصت المادة 10 من نفس القانون، في البند العاشر منها، وهي بصدد تحديد المسائل التي تختص محاكم مجلس الدولة المصري بالفصل فيها، على ما يلي: "... طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة، سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية" راجعوا مؤلف الدكتور. سامي جلال الدين: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ص 55، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 2004.

⁹ قرارات صدرت عنه في 31 مارس 1911 (بلان وأركان وبيزي)، - Blanc, Arogaing et Bézie، - وفيما بعد لم تصدر عنه قرارات مماثلة.

راجع: د. ماجد راغب الحلو، في مؤلفه: القضاء الإداري، ص 267، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 2004.

ويمكن القول ان الطرفين يختلفان ايضا من حيث آثار الأحكام الصادرة في اطارهما، ذلك ان كون دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية او عينية فان آثار الحكم الصادر في اطارها يستفيد منه الكافة (اي كل من له علاقة بالقرار) كما قد يتضرر لم يكن طرفا فيها اذا كان مستفيدا من اقرار الملغى، في حين تظل الأحكام الصادرة في اطار القضاء الشامل على العموم وتلك الصادرة في اطار دعوى التسوية على الخصوص من الأحكام التي لها آثار نسبية اي ان الأصل فيها ان لا تمتد آثارها الا بين اطرافها.

ومن بين الأحكام التي لم تقبل الجمع بين الدعويين في عريضة واحدة، حكم المحكمة الإدارية بالرباط في قضية محمد بلغازي ضد المدير العام للأمن الوطني، بعله أنه " لا يجوز الجمع بين دعوى الإلغاء، ودعوى القضاء الشامل في طلب واحد، لأسباب متصلة بأن لكل دعوى خصوصياتها التي تتميز بها عن الأخرى"، واستنادا إلى ذلك، اكتفت بإلغاء القرار المطعون فيه من دون الاستجابة إلى طلب تمتيع الطاعن بالمرتب والتعويض المستحق، فقضت بعدم قبول هذا الشق من الطلب.

المرحلة الثانية: إمكانية الجمع

يمكن القول ان اشهر حكم حظي بالتعليق والمناقشة في مسالة جواز الجمع بين الدعويين، هو الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2004/10/12 في قضية إلهام بحوصي ضد وزير التربية الوطنية¹⁰، الا ان هذا لا يعني ان احكاما اخرى كانت سابقة الى اقرار ذات النهج. فعلى سبيل المثال نجد ان المحكمة الإدارية بمكناس، و قبل انتهاء السنة الأولى على إحداث المحاكم الإدارية، قد اقرت بمبدأ الجمع ضمنيا لما صرحت بعدم قبول طلب التعويض شكلا، بعدما ألغت قرار رئيس بلدية بوفكران القاضي بإزالة لوحة إشهارية من سطح دكان الطاعن، ذلك ان سبب عدم القبول لم يكون بعله عدم جواز الجمع بل كان بسبب عدم إخطار المدعي وزير الداخلية بموضوع الدعوى المرفوعة على الجماعة المحلية، خلافا لمقتضيات الفصل 43 من الميثاق الجماعي قبل تعديله وتنظيمه.

¹⁰ تتلخص وقائعه في أن التلميذة المذكورة تقدمت لأجل اجتياز امتحان البكالوريا (الثانوية العامة) شعبة العلوم التجريبية المزوجة في دورة يونيو 2002 بإحدى ثانويات مدينة سطات وعند الإعلان عن نتائج الامتحان، فوجئت بعدم إدراج اسمها من بين الناجحين، فتوصل والدها بعد ذلك، برسالة مجهولة تفيد أن ورقة امتحان ابنته تعرضت لعملية تزوير، فانتهى الأمر إلى ثبوت ذلك فعلا، حيث تم تغيير ورقة امتحان الطاعنة المتعلقة بمادة الفيزياء، من طرف موظف تابع لوزارة التربية الوطنية، بورقة أخرى بيضاء تتعلق بتلميذة أخرى، وأدين ذلك الموظف من أجل التزوير، وتم الحكم عليه من طرف المحكمة الابتدائية بسطات بتاريخ 2003/4/8 بسنة ونصف حبسا نافذة وتعويض لفائدة الطاعنة في حدود 10.000,00 درهم، وهو الحكم الذي تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف بسطات بتاريخ 2003/5/12، وعلى إثره تقدمت الطاعنة بتاريخ 2003/05/28 أمام المحكمة الإدارية بالرباط بطلب إلغاء نتيجة الامتحان المذكور بالنسبة لها، وإعلان نجاحها في شعبة العلوم التجريبية، وتعويض قدره 500.000,00 درهم، فدفع الوكيل القضائي للمملكة بعدم قبول الطلب، لعدم إمكانية الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في نفس العريضة، ولتقديم طلب الإلغاء خارج الأجل القانوني، وبعدم الاختصاص النوعي، لأن الضرر اللاحق بالطاعنة ناتج عن خطأ شخصي للموظف، فضلا عن أنه سبق لها أن استفادت من تعويض كمطالبة بالحق المدني أمام القضاء الجزري اتجاه مرتكب التزوير، فأصدرت المحكمة الإدارية الحكم المشار إليه أعلاه، الذي قضت بموجبه بإلغاء قرار رسوب الطاعنة في امتحانات البكالوريا لسنة 2002 المجراة بأكاديمية الشاوية وريديغة، مع ما يترتب عن ذلك قانونا، وبإداء الدولة المغربية لفائدتها تعويضا قدره 200.000,00 درهم...

والملاحظ ان هناك من الدارسين من تحمسوا لمبدأ جواز الجمع بين الطلبين بعله انه يحقق نفع للمتقاضين في تبسيط المساطر واستيفاء الحق في اقرب وان كان النص لا يتحدث عن امكانية الجمع الا ان المصلحة المرسله تتبرر بحسبهم اقرار هذا المبدأ سيما واننا لا نجد في المقابل نصا يمنع الجمع مما يمكن معه القول ان الأصل في الأشياء الإباحة.

غير ان امكانية الجمع رهينة باحترام كل دعوى لشروط قبولها وتقديمها امام القضاء المختص محليا ونوعيا، ويبدو ان امكانية الجمع بين دعوى التسوية ودعوى الالغاء في مقال واحد قد لا تثير نفس الحدة في النقاش نظرا للترابط بين الدعويين باعتبارهما تستهدفان سواء بشكل مباشر او غير مباشر تسوية وضعية ادارية الا ان هذا الترابط قد يكون في نفس الوقت هو مكن الاشكال ذلك ان التصريح بعدم قبول دعوى الالغاء لسبب من الأسباب قد يكون له أثر مباشر على دعوى التسوية التي لا يمكن ان تنتظر الا اذا صرح بعدم مشروعية القرار الذي اثر في وضعية الموظف او العامل الملتزم للتسوية .

كما ان تقديم عريضة واحدة تجمع بين طلبي الالغاء والتسوية قد يطرح اشكالية ان كان طلب التسوية طلب قائم بذاته ام انه قدم في اطار طلب تابع للطلب اصلي هو الالغاء، اذ ان العديد من المقالات التي تقدم بصيغة تفيد ان طلب التسوية طلب تابع او فرعي وليس اصليا كان يستعمل الطاعن عبارة " الغاء القرار المطعون فيه والأمر تبعا لذلك بتمكين المدعي من الترقية الى السلم ...".

والملاحظ ان العديد من الأحكام تستجيب لكلا الطلبين حتى دون ان تتأكد مما ان كان طلب التسوية قد اديت عنه الرسوم القضائية او انه معيب بأحد العيوب الشكلية التي تؤدي الى التصريح بعدم قبوله مما يوحي ان المحكمة لا تعتمد سوى الا اعمال ما تراه من آثار قانونية لإلغاء القرار المطعون مخالفة بذلك قاعدة ان القضاء الاداري يقضي ولا يدير .

ولقد نجم عن التسليم بإمكانية الجمع بين دعوى الالغاء ودعوى التسوية بشكل تلقائي بعض الصعوبات في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الاطار.

المطلب الرابع : بعض الإشكالات العملية المترتبة عن الجمع بين دعوى الإلغاء و دعوى التسوية في مقال واحد

يمكن القول أن الإشكالات المترتبة عن الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التسوية في مقال واحد لا تقف عند وجوب التوفيق بين شروط كلا الدعويين وأيضا تحديد مجال تدخل القاضي الإداري بين كلا الطلبين على أساس اختلاف سلطاته عند البت بين دعوى الإلغاء ودعوى التسوية، بل إن هذه الإشكالات تتعدى إلى آثار الحكم الصادر في حالة الجمع بين كلا الطلبين والاستجابة لهما معا .

ومن ضمن الإشكالات التي تطرح نفسها على هذا المستوى نجد كيفية تنفيذ الحكم القاضي بالإلغاء وفي نفس الوقت بالتسوية، إذ طرحت على الإدارة حالات استشكل فيها الأمر سيما في مجال التسوية لأن المحكمة لم تكن قد اكتفت بإلغاء القرار بل تعدت ذلك إلى إلزام الإدارة بتسوية

وضعية الطاعن بأثر رجعي في الوقت الذي لم يكن فيها المرسوم المعتمد لإقرار الترقية نافذا في حالة المعني بالأمر¹¹.

كما أن من بين الإشكالات التي تطرح على مستوى تنفيذ الأحكام الصادرة في إطار الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التسوية هو اختلاف إجراءات التنفيذ الجبرية بين أحكام الإلغاء وأحكام القضاء الشامل.

فعلى سبيل المثال فإن الأحكام القاضية بإلغاء القرارات الإدارية لا تعد من قبيل الأحكام التي تلزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وبالتالي فهي ليست من الأحكام التي يجوز أن تكون مشمولة بالغرامة التهديدية، وفي المقابل فإن أحكام التسوية يجوز إشفاؤها بالغرامة.

وإذا كان القضاء قد أجاز الحكم في بعض الحالات بالغرامة التهديدية حتى بالنسبة للأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء، فإن القضاء ما يزال في البعض الآخر من أحكامه ينص على أن الغرامة التهديدية تقتصر على الأحكام التي يكون منطوقها غايته الإلزام بقيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل¹².

وهكذا يتضح من خلال هذا القرار أن المحاكم وإن كانت ما تزال مختلفة فيما يتعلق بإقرار الغرامة التهديدية على الأحكام التي لا تتضمن الإلزام بقيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل كأحكام الإلغاء على سبيل المثال، إلا أن هناك قرارات أخرى تصدر وتؤكد هذه القاعدة.

وحيث إن هذا الإشكال في اختلاف وسائل التنفيذ الجبري للأحكام بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل يترتب عنه إشكال تحديد وسيلة التنفيذ المثلى عندما يكون الحكم قد قضى بالإلغاء والتسوية.

كما أن تنفيذ الحكم القاضي بالتسوية قد يعدم أصلا الجدوى من تنفيذ الشق القاضي بالإلغاء إذا كانت التسوية تتطلب أصلا مراجعة القرار المطعون فيه، وهو ما يطرح الجدوى أصلا من الجمع بين الدعويين عند التنفيذ ما دام أن غاية الأحكام في الأخير هي تنفيذها.

وبجانب هذه الإشكالات هناك إشكال آخر يطرح عند التنفيذ في حال الجمع والمترتب عن اختلاف الجهة المصدرة للقرار الملغى والجهة الملزمة بالتسوية، ويتمظهر هذا الإشكال على

¹¹ وتتلخص هذه الإشكالية في كون الطاعن تقدم بدعوى يروم من خلالها إلغاء قرار عدم تسوية وضعيته الإدارية وذلك من خلال تفعيل مرسوم أقر الترقية الاستثنائية على اعتبار أنه كان قد استحق هذه الترقية قبل إحالته على التقاعد، غير أن الإشكال كان يكمن في أن آثار المرسوم لم تكن لتنسحب على الطاعن لأن المرسوم المذكور وإن كان قد صدر قبل إحالة المعني بالأمر على التقاعد إلا أنه نص على أن آثار الترقية التي أقرها لا تنسحب إلا بأثر مستقبلي، وقبل سريان تلك الآثار كان المعني بالأمر قد أحيل على التقاعد. ولقد وجدت الإدارة نفسها أمام صعوبة حقيقية لأن الحكم قد حدد بالضبط تاريخ احتساب الترقية وهو التاريخ الذي لم تعد فيه الإدارة صاحبة الاختصاص لاتخاذ أي قرار لفائدة هذا الأخير وذلك لانقضاء العلاقة الوظيفية بينهما.

ولقد كان هذا الإشكال ممكن أن يحل لو كان الحكم قد صدر بإلغاء القرار الضمني كان يمكن للإدارة أن تدرس الحالات الممكنة لتنفيذ هذا الحكم، أما وأن الحكم قد حدد تاريخ احتساب الترقية بالضبط فإن الإدارة كانت مغولة البيدين عن تجاوز منطوقه. وهو ما حدا بها إلى تقديم صعوبة في التنفيذ أمام قاضي التنفيذ.

¹² وفي هذا الصدد صدر قرار عن محكمة النقض تحت عدد 1/2243 وتاريخ 2015/11/05 في الملف الإداري عدد 2015/1/4/577 جاء فيه ما يلي:

"حيث صح ما نعى به الطاعن القرار المستأنف ذلك ان الفصل 488 من قانون المسطرة المدنية قرن الغرامة التهديدية برفض المنفذ عليه أداء التزام أو خالف التزام بالإمتناع عن عمل."

سبيل المثال في الحالة التي يكون فيها المعني بالأمر قد طعن في قرار المحاسب الذي رفض التأشير على قرار التسوية وطلب في نفس الوقت تمتيعه بالتسوية المذكورة والتي تختص بها في آخر المطاف سلطة التسمية¹³.

وخاصة الأمر ان الإشكالات التي تطرحها إمكانية الجمع بين دعوى الإلغاء ودعوى التسوية في عريضة واحدة تتطلب منا إعادة فتح النقاش حول الحالات التي يمكن أن يكون لهذا الجمع فائدة عملية ومسوغ قانوني ومتى يكون الفصل أولى لا من حيث تحقيق المصلحة ولا من حيث التبرير القانوني.

غير انه وبغض النظر عن النقاش الدائر حول هذا الموضوع فان الاشكالات المترتبة عن المنازعات القضائية في تدبير الموارد البشرية لا تقف عند هذا الحد ولكن تتعدى وبشكل اشد بروزا إلى الجانب الموضوعي من تلك المنازعات، وبمعنى اوضح فان مبادرة رجل الادارة عند اتخاذه قرارات لتدبير الوضعية الادارية للموظف او العامل في مرفق الادارة، فان ذلك يسفر عنه منازعات عديدة تتطلب تسليط الضوء عليها لفهم مسبباتها والتعامل مع تداعياتها في افق تجاوزها او على الأقل التقليل منها .

ولذلك ارتأينا ان نتناول في المبحث الثاني من هذا الموضوع نماذج من اهم الاشكالات العملية المترتبة عن المنازعات المرتبطة بمجال تدبير الموارد البشرية .

المبحث الثاني: اهم الاشكالات العملية المترتبة عن تدبير مجال الموارد البشرية بالإدارة.

يمكن القول ان تدبير الموارد البشرية مجال غني، ما داك أنه يتعلق بتدبير المسار المهني للموظف أو العامل في المرفق العمومي تعيينا وترقية وإعفاء أو عزلا فضلا عن منح مجموع من المزايا والتعويضات المستحقة للموظف بحسب وضعيته ومهامه التي يمارسها.

¹³ والملاحظ أن هناك عديد من القرارات التي تعتبر أن رفض المحاسب التأشير على قرار للتسوية هو قرار إداري قابل لفحص المشروعية، ومن ضمن تلك القرارات نورد ما يلي :

* القرار الصادر تحت عدد 312 بتاريخ 2005/4/20 في الملف عدد 205/1/4/161 الذي جاء فيه :

" وإن قرار وزير الداخلية في هذا الشأن رقم 34.96 بتحديد كيفية تنظيم المباراة لم يصدر إلا بتاريخ 1996/01/09، في حين أن المباراة كانت قد جرت في 29 و 30 غشت 1992، وهو ما لا يجادل فيه المستأنف عليه، وهذا يعني أن المباراة قد جرت في غياب أي ضابط قانوني وأن التصرف الذي تم بخلاف القانون كما أشير إليه لا يمكن أن ينتج عنه أي أثر قانوني، وبالتالي لم ينشأ للمستأنف عليه أي حق من المشاركة في المباراة المشار إليها وأن قرار القابض برفض التأشير يبقى مشروعا وأن الحكم المستأنف لما خالف هذه النتيجة يكون قد جانب الصواب . "

- القرار عدد 183 الصادر بتاريخ 2005/03/09 في الملف رقم 2003/1/4/3734 الذي جاء فيه ما يلي:

" والحالة أن الطاعن يتمسك بأنه اجتاز المباراة يوم 1994/04/28 كما أورد في مقاله الافتتاحي للدعوى فكان ما أظن به يؤكد أن المباراة التي تمسك بنجاحها فيها أجريت قبل يومين من اجتماع اللجنة التي كان يجب أن يسبق إجراء المباراة للبت في تشكيل الهيئة المشرفة على المباراة وليس بعد ذلك، فكان هذا الإخلال الجوهري وحده كافيا لاستنتاج أن رفض التأشير على النجاح في المباراة المذكورة كان مبينا على سبب مشروع. "

ولقد انتقينا بعض النماذج المرتبطة بتدبير المسار المهني المذكور، وكان معيار هذا الانتقاء هو وثيرة المنازعات المرتبطة بكل إشكال على حدة وكذا دقة الإشكال المعروض على القضاء، ومت تم نرى أن نخصص لكل صنف من صنف الدعاوى التي سنتطرق لها مطلباً خاصاً بها .

المطلب الأول: المنازعة في قرارات العزل المتخذة في إطار الفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية.

يعتبر المجال التأديبي من أهم المجالات التي حظيت بتنظيم من طرف المشرع حفاظاً على التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للموظف، إذ بعد أن حصر قانون الوظيفة العمومية العقوبات التأديبية ورتبها حسب تزايد خطورة الفعل وفقاً لأحكام

الفصل 66 من النظام المذكور نص على جملة من الضمانات التأديبية التي يجب أن يخول إياها الموظف قبل أن يكون عرضة للتأديب .

ولقد حرص القضاء الإداري على ضرورة احترام جميع الضمانات التأديبية المخولة للموظف ولم يتردد في إلغاء القرارات التي يختل فيها احترام أحد الإجراءات المكرسة للضمانات المذكورة .

وبالموازاة مع هذا الحرص من طرف المشرع والقاضي لضمان حماية حقوق الموظف في مجال التأديب فإن المشرع حرص على إلزام الموظف بمجموعة من الواجبات وعلى رأسها أداء المهام المنوطة به واعتبر أن تغيب الموظف الغير المبرر والمتعمد يشكل إخلالاً خطيراً بواجباته يبرر عزله على إثر سلوك مسطرة ترك الوظيفة المنظمة وفق مقتضيات الفصل 75 مكرر من النظام الأساسي للوظيفة العمومية والتي يعتبر بموجبها الموظف المتعمد لترك وظيفته كما لو تخلى عن الضمانات التأديبية المخولة له، ومن تم يحق للإدارة حذفه من أسلاكها بعد استنفاد الإجراءات المسطرة في هذا الفصل، وباعتبار وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني أكبر مرفق مدني مشغل للموظفين فقد صدرت عنه قرارات عدة بإعمال هذا الفصل تمت المنازعة في مشروعيتها امام المحاكم الادارية.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل المذكور نجد أنه ينص على أنه باستثناء حالة التغيب المبررة قانوناً فإن الموظف الذي يتعمد الانقطاع عن عمله، يعتبر في حالة ترك الوظيفة . ويعد حينئذ كما لو تخلى عن الضمانات التأديبية التي ينص عليها هذا النظام الأساسي .

وهكذا بعد أن عرف هذا الفصل مفهوم ترك الوظيفة الذي ينجم عن تغيب غير مبرر وانقطاع متعمد عن العمل، فإن المشرع نص على مسطرة يجب على الإدارة سلوكها تكون غايتها إنذار الموظف وإعداره من أجل الالتحاق بالوظيفة تحت طائلة العزل الفوري والمباشر دون سابق استشارة للمجلس التأديبي، ويكون العزل المذكور إما من غير توقيف الحق في المعاش أو بتوقيف حق المعاش .

أما الإجراءات الواجب سلوكها قبل إصدار قرار العزل فتستهل بإنذار يوجهه رئيس الإدارة إلى الموظف المؤخذ بترك الوظيفة يطالبه فيه باستئناف عمله ويوضح له الإجراءات التي سيتعرض لها في حال رفضه ذلك، ويبلغ الموظف بالإنذار المذكور برسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم إلى آخر عنوان شخصي له مصرح به للإدارة.

وبعد انصرام أجل سبعة أيام عن تسلم الإنذار دون استئناف المعنى بالأمر لعمله فإن رئيس الإدارة يخول له اتخاذ العقوبة المنوه بها أعلاه.

وفي حال تعذر تبليغ الإنذار فإن الإدارة وفق الفصل السابق الذكر تعتمد إلى اتخاذ قرار إيقاف أجره الموظف وإذا لم يستأنف عمله داخل أجل 60 يوما من تاريخ اتخاذ قرار إيقاف الأجره وجب تطبيق عقوبة العزل، أما إذا استأنف الموظف عمله قبل انصرام المدة المذكورة فإنه يحال على المجلس التأديبي لتقرير العقوبة المستحقة عليه، بمعنى أن الموظف يسترجع عندها الضمانات التأديبية التي خولها إياه المشرع.

وإذا كان المشرع قد حدد بدقة مفهوم ترك الوظيف والمسطرة المقررة لاتخاذ قرار العزل في هذه الحالة، فإنه ومع ذلك نجد أنه هناك مجموعة من الإشكالات من الناحية العملية التي تتضح من خلال الدعاوى المقدمة للمنازعة في قرارات العزل المتخذة في إطار الفصل 75 مكرر السابق الذكر والتي رصدنا بشأنها صدور عدة قرارات وأحكام تقضي بإلغاء تلك القرارات ..

وبالاطلاع على تعليقات هذه القرارات والاحكام يتضح بانها استندت في حكمها بالإلغاء اما على كون التغيب مبرر طبيًا، واما على سوء تطبيق المسطرة المنصوص عليها في الفصل 75 مكرر.

أ: المبررات التي يستند إليها القضاء في اعتبار التغيب مبررا وغير متعمد

اعتبر القضاء الاداري المغربي في العديد من قراراته واحكامه بان تطبيق الفصل 75 مكرر يقتضي أن يتواجد الموظف في حالة ترك الوظيفة التي عبر عنها المشرع بتعمد الانقطاع عن العمل، وان الاصابة بمرض وبالأخص العقلي او النفسي يبرر التغيب عن مقر العمل ويحول دون اعمال مقتضيات هذا الفصل.

وبناء على ذلك فقد الغى مجموعة من قرارات العزل في اطار اعمال مقتضيات الفصل 75 مكرر من النظام الاساسي للوظيفة العمومية لتجاهله لذلك.

ويمكن الاستدلال على ذلك على سبيل المثال بالقرارات والاحكام التالية :

- القرار عدد 750 وتاريخ 2011/10/20 الصادر عن محكمة النقض في الملف الاداري رقم 2010/1/4/711 والذي اعتبرت بموجبه بان الغياب من طرف الموظف المبرر لسلوك الإدارة للمسطرة المنصوص عليها بالفصل 75 مكرر من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية يجب

أن يكون غيابيا غير مبرر أما الغياب الذي يقع لسبب خارج عن إرادة الموظف كما هو الوضع في النازلة (الاصابة بمرض نفسي) فلا يبرر اللجوء إلى هذه المسطرة.

- القرار عدد 954 وتاريخ 2010/11/24 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش في الملف رقم 1/2008/5/180 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من كون ان الاصابة بمرض نفسي يجعل الموظف غير قادر على ممارسة نشاطه المهني وتنفيذ التزاماته المالية ومباشرة حقوقه وبالتبعية غير مخاطب بمقتضيات الفصل 75 مكرر .

- القرار عدد 212 وتاريخ 2015/01/19 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط في الملف رقم 5/14/173 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل لتطبيق مقتضيات الفصل 75 مكرر رغم الادلاء بشواهد طبية تبرر التغيب وتوصل الادارة بها .

- القرار عدد 575 وتاريخ 2012/06/06 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بمراكش في الملف رقم 2011/5/677 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من كون أن التغيب الذي اقتضته الحالة الصحية المثبتة بشهادة طبية يحول دون اعتبار الموظف تاركا للوظيفة ومخاطبا بمقتضيات الفصل 75 مكرر .

- الحكم عدد 87 وتاريخ 2010/06/03 الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش في الملف رقم 2009/3/104 غ والذي اعتبر بان المرض العقلي يعتبر من الأعدار التي ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة ويبرر التغيب عن مقر العمل لأنه يعتبر غيابا اضطراريا فرضته الظروف الصحية والحالة العقلية .

- الحكم عدد 2011/154 الصادر عن المحكمة الادارية بأكادير في الملف رقم 2010/238 غ والذي اعتبر بان الاصابة بمرض عقلي ونفسي مثبت طبيا لا يمكن معه اعتبار الموظف في وضعية تغيب غير قانوني.

- الحكم عدد 2167 الصادر عن المحكمة الادارية بالرباط في الملف رقم 2010/5/237 والذي اعتبر بان التغيب المبرر طبيا يحول دون اعمال مقتضيات الفصل 75 مكرر.

- الحكم عدد 2014/7110/370 الصادر عن المحكمة الادارية بمكناس في الملف رقم 2013/1912/33 والذي اعتبر بان التغيب المبرر طبيا والذي اكدته حتى الخبرة الطبية القضائية يحول دون اعمال مقتضيات الفصل 75 مكرر.

- الحكم عدد 266 وتاريخ 2013/10/18 الصادر عن المحكمة الادارية بأكادير في الملف رقم 2013/7110/20 والذي اعتبر بان التغيب المبرر طبيا يحول دون اعمال مقتضيات الفصل 75 مكرر.

- الحكم عدد 151 وتاريخ 2009/02/24 الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس في الملف رقم 2008/5/117 والذي قضى بإلغاء قرار العزل لإدلاء الموظف المتغيب بشهادة طبية تبرر الغياب .

- الحكم 542 وتاريخ 2011/01/26 الصادر عن إدارية الرباط في الملف رقم 2010/5/165 والذي قضى بإلغاء قرار العزل لأنه طبق الفصل 75 مكرر على موظفادلى بشهادة طبية تبرر غيابه عن مقر عمله.

- الحكم عدد 2167 وتاريخ 2013/06/11 الصادر عن إدارية الرباط في الملف رقم 2010/5/237 والذي قضى بإلغاء قرار العزل لأنه طبق على موظف مصاب بمرض نفسي مثبت طبيا.

ب: المبررات التي يستند إليها القضاء في اعتبار سوء تطبيق المسطرة المنصوص عليها في الفصل 75 مكرر

اعتبر القضاء الإداري المغربي في العديد من قراراته واحكامه عدم احترام الإدارة لمقتضيات الفصل 75 مكرر مبررا لإلغاء مجموعة كبيرة من قرارات العزل الصادرة عنها.

ويمكن الاستدلال على ذلك على سبيل المثال بالقرارات والأحكام التالية :

- القرار عدد 1/1347 وتاريخ 2014/11/27 الصادر عن محكمة النقض في الملف الإداري رقم 2013/1/4/3796 والذي قضى برفض طلب النقض المقدم ضد قرار استئنافي قضى بإلغاء قرار العزل وذلك استنادا على وجود منع للموظف من قبل مدير المؤسسة التعليمية التي يشتغل بها من توقيع محضر الانتحاق بعمله، وعدم تدخل النيابة لوضع حد لهذا المنع رغم مطالبتها بذلك، إضافة الى توجيه الإنذار الى عنوان غير العنوان الاخير المصرح به من طرف الموظف للإدارة.

- القرار عدد 3431 وتاريخ 2012/09/12 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف رقم 5/11/335) والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل وذلك لتطبيق مقتضيات الفصل 75 مكرر رغم عدم توجيه انذار، ورغم تقديم شهادة طبية تبرر التغيب، ورغم الانتحاق بمقر العمل قبل انصرام 60 يوما على وقف صرف الراتب.

- القرار عدد 238 وتاريخ 2015/01/20 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف رقم 5/12/369 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل وذلك لتطبيق مقتضيات الفصل 75 مكرر رغم ان الموظف المتغيب كان يعاني من اضطرابات نفسية وعصبية مثبتة طبيا واكدها المجلس الصحي عند عرض الملف عليه وهو الامر الذي كان يستلزم اعمال اجراءات قانونية اخرى وليس تطبيق مقتضيات الفصل 75 مكرر .

- القرار عدد 5055 وتاريخ 2012/12/19 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط في الملف رقم 5/12/17 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل استنادا على ان الادلاء بشهادة طبية تبرر الغياب ينفي واقعة الانقطاع العمدي عن العمل التي تنتسبها الإدارة للموظف، مما كان يتعين معه على الإدارة في هذه الحالة (أي حالة الشك في صحة الشهادة الطبية المحتج بها أو في صحة الحالة المرضية للمستأنف عليه) أن تلجأ إلى تطبيق مقتضيات المادة 42 من قانون الوظيفة العمومية وكذا المرسوم رقم 2-99-1219 الصادر بتاريخ 10 مايو 2000 المتعلق بالرخص لأسباب صحية ورخص الولادة، ولا سيما المادة 8 منه التي تنص على أنه : " يتعين على الإدارة، داخل أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ التوصل بالشهادة الطبية، عرض حالة المعني بالأمر على المجلس الصحي الذي يتعين عليه البت في حالته على ضوء الملف الطبي في غضون مدة أقصاها ثلاثون يوما " وليس تطبيق مسطرة الانقطاع المتعمد عن العمل .

- القرار عدد 74 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط بتاريخ 2014/01/08 في الملف رقم 5/13/467 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل لاعتباره الموظف متغيبا بصورة غير قانونية اثناء العطلة السنوية .

- القرار عدد 145 وتاريخ 2014/01/13 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط في الملف رقم 5/13/196 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل بعلة ان الادارة هي التي يقع عليها عبء اثبات سلوك مسطرة التبليغ عن طريق البريد المضمون مع الاشعار بالتوصل واثبات تعذر التبليغ المفضي الى الاستعاضة عن الانذار بإجراء الاقتراع من الراتب لمدة 60 يوما، وان عدم قيامها بذلك يبرر إلغاء قرار العزل.

- القرار عدد 10 وتاريخ 2010/01/06 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط في الملف رقم 5/09/114 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل بعلة تقديم الموظف المتغيب لشهادة طبية تبرر الغياب واستئنافه لعمله بعد انتهاء الفترة التي تعطىها.

- القرار عدد 257 وتاريخ 2010/02/10 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط في الملف رقم 5/09/242 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل بعلة ان ادلاء الموظف المتغيب بشواهد طبية وتوصل الادارة بها، كان يستدعي في حالة الشك حول الملف الطبي القيام بفحص مضاد أو الاحالة على المجلس الصحي أو على المجلس التأديبي للحسم في مشروعية الغياب، وليس اتخاذ قرار بالعزل.

- القرار عدد 1085 وتاريخ 2010/6/9 الصادر عن محكمة الاستئناف الادارية بالرباط في الملف رقم 5/10/69 والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء لقرار العزل بعلة عدم التوصل بالإنذار، وعدم إيقاف الراتب ، اضافة الى التوقيع على محضر الخروج والدخول.

- القرار عدد 498 وتاريخ 2010/06/24 الصادر عن محكمة النقض في الملف الاداري رقم 2009/1/4/963 والذي قضى برفض طلب النقض المقدم ضد قرار استئنائي قضى بإلغاء قرار العزل وذلك للاستمرار في مسطرة العزل رغم التوصل بشهادة طبية تبرر الغياب.

- الحكم عدد 2013/135 وتاريخ 2013/05/22 الصادر عن ادارية اكادير في الملف رقم 2012/113 غ والذي قضى بإلغاء قرار العزل لصدوره بعد مرور 21 يوما من صدور قرار إيقاف الراتب أي اقل من ستين يوما المنصوص عليها في المادة 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية

- الحكم عدد 835 وتاريخ 2009/04/28 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف رقم 2006/30 غ والذي قضى بإلغاء قرار العزل لعدم توصل الموظف المتغيب بالإنذار.

- الحكم عدد 238 وتاريخ 2011/04/21 الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة في الملف رقم 5-10/66 والذي قضى بإلغاء قرار العزل لأنه طبق على موظف كان يخضع لعقوبة الإقصاء المؤقت لمدة ستة أشهر.

- الحكم عدد 526 وتاريخ 2011/01/25 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط في الملف رقم 2010/5/10 والذي قضى بإلغاء قرار العزل لأنه طبق على موظف تم اللجوء الى وقف صرف راتبه قبل توجيه الإنذار اليه.

- الحكم عدد 5/2012/50 وتاريخ 2012/2/29 الصادر عن ادارية مكناس في الملف رقم 5/2011/45 والذي قضى بإلغاء قرار العزل وذلك للتناقض بين ما جاء في قرار إيقاف الراتب، وما جاء في قرار العزل، ذلك ان القرار الاول يشير الى عدم التوصل بالإنذار وقرار العزل يشير الى التوصل به.

- الحكم عدد 1973 وتاريخ 2012/05/24 الصادر عن ادارية الرباط في الملف رقم 2009/5/458 والذي قضى بإلغاء قرار العزل وذلك لكون تغيب الموظف عن مقر عمله كان بسبب منعه من الالتحاق به، اضافة الى عدم توجيه الإنذار اليه في اخر عنوان مصرح به من طرفه للإدارة.

- الحكم عدد 3/2010/445 وتاريخ 2010/12/01 الصادر عن إدارية مكناس في الملف رقم 3/2009/118 غ والذي قضى بإلغاء قرار العزل لأنه طبق على موظف تم إيقاف راتبه قبل توجيه الإنذار اليه.

- الحكم عدد 13 وتاريخ 2013/01/03 الصادر عن إدارية الرباط في الملف رقم 2012/5/98 والذي قضى بإلغاء قرار العزل لوجود تناقض في المعطيات بين الادارة المركزية والمصالح الخارجية في تدبير ملف مسطرة ترك الوظيفة.

ويبدو أنه رغم وضوح النص السابق الذكر فإن تطبيقه لا يزال يطرح عدة إشكالات من الناحية العملية، ومن أجل ذلك ولتلافي الآثار المترتبة عن إلغاء قرارات العزل المتجلية على وجه الخصوص في تحميل خزينة الدولة الأثر المالي الناتج عن إلغاء هذه قرارات العزل والذي يقتضي وجوب اعتبارها كأن لم تكن ومن تاريخ العزل وهو تاريخ ترك الوظيفة وتسوية الوضعية الادارية والمالية للموظف المعزول من جهة ثانية، فإنه يجب تبني مقاربة توازن بين المصلحة الخاصة والعامة في تحديد الحالات التي تستدعي لزوما تطبيق مسطرة ترك الوظيفة.

وفي هذا الإطار يمكن اقتراح اتخاذ جملة من التدابير منها:

- العمل على الالتزام الحرفي بمقتضيات الفصل 75 مكرر من النظام الأساسي للوظيفة العمومية قبل اتخاذ قرارات العزل، وذلك بالتأكد من واقعة الغياب العمدي عن مقر العمل، والتدرج في استعمال المسطرة المحددة في الفصل 75 مكرر، وتحيين المعلومات الشخصية للموظف سنويا.
- القيام بأبحاث لتحديد الأسباب الحقيقية للتغيب الالاقانوني وذلك موازاة مع البدء في تفعيل مسطرة الفصل 75 مكرر.
- التنسيق بين الادارة المركزية والاكاديميات والنيابات الاقليمية قبل اتخاذ قرار العزل.
- تطبيق مقتضيات مرسوم 10 مايو 2000 المتعلق بالرخص لأسباب صحية ورخص الولادة عند تقديم شواهد طبية مشكوك في صحتها.

المطلب الثاني: المنازعة في قرارات الاعفاء من المسؤولية.

من الأوضاع التي قد يعرفها الموظف اثناء مساره الوظيفة تقلده لمناصب المسؤولية الذي يتسم بطابع الوقتية والذي لا يخول اي حق مكتسب للموظف ويمنح للإدارة وفق تصوراتها الاستراتيجية ومتطلبات حسن التدبير ان تتراجع عن قرارات التعيين في مناصب المسؤولية وإن ما يؤكد على الطبيعة المؤقتة للتعينات في مناصب المسؤولية وكذلك حق الإدارة في التراجع عن قرار التعيين في أي وقت وحين دون أن يكون للشخص المعني بقرار التعيين في المسؤولية أي حق في التشبث بالحق المكتسب أو الاعتراض على إلغاء التعيين، ما نص عليها المرسوم رقم 681— 11— 2 الصادر بتاريخ 2011/11/25 في شأن كليات تعيين رؤساء الأقسام ورؤساء المصالح بالإدارات العمومية قد نص في مادته 11 على أنه:

" يعين الموظفون والموظفات الذين تم انتقاؤهم لمزاولة مهام رئيس قسم أو مهام رئيس مصلحة بقرار لرئيس الإدارة المعنية، ويعتبر التعيين في هذه المهام قابلا للرجوع فيه. يخضع رؤساء الأقسام ورؤساء المصالح لتقييم سنوي لأدائهم."

وحيث يتجلى أن التكليف بمهمة لا يخول أي حق مكتسب ويمكن أن يجعل له حد في أي وقت كلما اقتضت المصلحة العامة.

كما أنه من المسلم به فقها وقضاء أن التكليف بمهمة أو الإعفاء منها يمكن أن يتم في أي وقت دون أن يطرح ذلك أي إشكال لأنه لا يتنافى مع أي نص تشريعي أو تنظيمي ويدخل ضمن صلاحيات الإدارة المختصة والتي تملك حرية واسعة في مجال إسناد المهام التي ترى بأنها في حاجة إليها مادام ذلك يدخل ضمن السهر على حسن تسيير المرفق العمومي بانتظام واضطراب، ولذلك فإن التكليف بمهمة يبقى قابلاً للإعفاء كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك ويمكن الاستدلال على ذلك على سبيل المثال لا الحصر بالقرار لمحكمة النقض عدد 332 الصادر بتاريخ 2003/05/22 عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في الملف الإداري عدد 1-4-1123-2002 (قضية السيد محمد زاد ضد المندوبية السامية لقدماء المقاومين وأعضاء جيش التحرير) أكد على أن على ما يلي:

"وحيث إن الإدارة في الأصل غير مقيدة بتحديد أسباب الإعفاء، ما لم تكن قد انحرفت في استعمال سلطتها، ولا وجود لذلك في النازلة كما أنه لا وجود للمساس بأي حق مكتسب مستمد من الإطار الأصلي للمعني بالأمر فإن القرار المطعون فيه يبقى مشروعاً وأن الحكم المستأنف عندما خالف هذه النتيجة يكون قد جانب الصواب."

وبالرغم من ذلك فالملاحظ أن القضاء الإداري ما يزال في بعض الحالات يلغي هذه القرارات بعلّة عدم التعليل استناداً إلى القانون رقم 03-01 الذي يلزم الإدارات العمومية بتعليل قراراتها وعلى وجه الخصوص على عيب الانحراف في استعمال السلطة.

وكنموذج على هذا التوجه نجد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش تحت عدد 277 بتاريخ 2016/6/2 في الملف 2015/7110/588 الذي قضت فيه المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه مستندة في ذلك على الحيثية التالية :

"إن رقابة القضاء على قرارات الإعفاء من مهمة تنحصر في حالة انحراف مصدرها في استعمال السلطة وأنه اتضح للمحكمة أن كون القرار المطعون فيه كان مسبقاً بمجموعة من الملابس والظروف تتسم بخلافات بين الطاعن والمندوبية الجهوية للسياحة بمراكش، تم على إثرها عرض المعني بالأمر على المجلس التأديبي وتم توقيفه مؤقتاً عن العمل، إلا أن المجلس اقترح تبرئته من المنسوب إليه وهو ما ترتب عنه عدم اتخاذ أية عقوبة في حق المعني بالأمر وإرجاعه إلى العمل دون تسميته رئيساً للمصلحة التي يرأسها وسحبت كافة مهامه والملفات التي كان مكلفاً بها دون تكليفه بمهام جديدة، كما مورست في حقه مجموعة من المضايقات كما تم تقييم عمله بصورة سيئة مما أدى إلى عدم ترقّيته "

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع ميز في حالات الإعفاء من المسؤولية بين الحالات الواردة وفق أحكام الفصل 11 من المرسوم رقم 681— 11— 2 والفصل 12 من نفس المرسوم .

فإذا كانت الحالة الأولى تنص على إمكانية التراجع عن قرار التعيين دون تحديد لمبررات ذلك بمعنى أنها تترك للإدارة سلطة تقدير أسباب التراجع وهنا ليست هناك أي إلزامية لتعليل

القرار، فإن الفصل 12 نص على حالة الإعفاء لخطأ جسيم أو إخلال المسؤول بالتزاماته الوظيفية، وهنا يكون الإعفاء بقرار معلل لبيان الخطأ المنسوب إلى المسؤول.

المطلب الثالث: التعويض عن تكوين موظفي وزارة التربية الوطنية بينالمرسوم رقم 1841-2-57 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1957 والمرسوم رقم 2.05.1366 الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2005.

من بين المنازعات القضائية التي تعرض على القضاء الإداري تلك المرتبطة بالتعويض عن تكوين موظفي وزارة التربية الوطنية والذي كان يحكمه المرسوم رقم 1841-2-57 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1957 والمتعلق بتعيين الأجور المنفذة للموظفين والمساعدين والطلبة الذين يتابعون تمارين التعليم أو دروس تكوين، والذي شرع في تطبيق مقتضياته ابتداء من فاتح يناير 1957.

و ينص الفصل الأول منه على ما يلي:

"يبقى الموظفون و المساعدون المعينون لمتابعة التمارين أو دروس التكوين و الإلتقان إما بالمدارس أو بإدارة عمومية أو بمؤسسة خاصة يتقاضون الأجور المطابقة لحالتهم في إدارتهم الأصلية، ويتقاضون أيضا تعويضا يوميا عن التمرين إذا كان هذا التمرين أو الدروس المتبعة قد جرت خارج محل إقامتهم".

و بعد مرور مدة من تطبيق هذا النص تم تغييره بالمرسوم رقم 2.05.1366 الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2005 و المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي و أعوان الدولة.

لكن الملاحظ أن تطبيق النص الجديد أثار مجموعة من المنازعات عرضت أمام أنظار القضاء بت فيها وفق منظور معين لا يتوافق و رؤية الإدارة و خلفياتها في إصدار هذا المرسوم. و هكذا أثارت هذه المسألة مجموعة من الإشكاليات وذلك كالآتي:

أ- مدى نسخ المرسوم رقم 2.05.1366 لمقتضيات المرسوم رقم 1841-2-57 :

من بين الإشكالات التي أثارها تطبيق المرسوم رقم 2.05.1366 الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2005 هو مدى أو حدود نسخه لمقتضيات المرسوم القديم رقم 1841-2-57 الصادر بتاريخ 16 دجنبر 1957.

و سبب هذا الإشكال هو العبارات التي تضمنها المرسوم الجديد و لا سيما الفقرتين الأولى والثانية من المادة 10 التي جاء فيها ما يلي:

"يعمل بهذا المرسوم الذي ينشر بالجريدة الرسمية ابتداء من فاتح يناير 2006 وتنسخ ابتداء من نفس التاريخ مقتضيات المرسوم رقم 1841.57.2 الصادر في 23 من جمادى الأولى 1377 (16 ديسمبر 1957) بتحديد الأجور المنفذة للموظفين والأعوان والطلبة الذين يتابعون دورات تكوين أو دروس استكمال الخبرة.

و تظل المقترضيات المتعلقة بالطلبة الذين يتابعون دروس التكوين المنصوص عليها في المرسوم رقم 1841.57.2 السالف الذكر سارية المفعول".

و بالتالي إذا كان مضمون هذه المادة واضح من حيث أنها تضمنت مبدأ و استثناء، فأما المبدأ فهو نسخ مقتضيات المرسوم رقم 1841.57.2 الصادر في 23 من جمادى الأولى 1377 (16 ديسمبر 1957) بتحديد الأجور المنفذة للموظفين و الأعوان و الطلبة الذين يتابعون دورات تكوين أو دروس استكمال الخبرة و ذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة أعلاه. أما الاستثناء فهو بقاء مقتضيات هذا المرسوم سارية المفعول، لكن نطاق هذا الاستثناء محدود يهم فقط الطلبة دون غيرهم حسب الفقرة الثانية من نفس المادة.

فإن الاشكال طرح بخصوص تحديد مفهوم الطلبة المستثنون و خاصة ما إن كان الموظفون الخاضعون للتكوين هم طلبة و بالتالي هم معنيون كذلك بهذا الاستثناء و بالتالي استبعاد تطبيق المرسوم الجديد عليهم أم لا ؟

وقد سار العمل القضائي في اتجاه اعتبار أن المرسوم رقم 2.05.1366 لم ينسخ المرسوم رقم 1841-57-2 كلياً، وإنما جزئياً فقط، بدليل أن مقتضيات المادة 14 منه أبتت مقتضيات المرسوم سارية على الموظفين الطلبة الذين يتابعون دروس التكوين، كما هو الشأن بالنسبة للتكوين بالمدرسة الوطنية للإدارة، إذ يتم اعمال المرسوم القديم على اعتبار ان المستفيدين من التكوين لهم في هذه الفترة صفة الطالب. و كمثل على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في 2014/02/23 في الملف عدد 202-7208-2014.

و على الرغم من أن الاستثناء المضمن في هذه المادة يتعلق بالطلبة الذين يتابعون دروس التكوين و لا يتعلق بالموظفين الذين يخضعون للتكوين المستمر فالقضاء و في العديد من الأحكام يمكن يستبعد تطبيق المرسوم الجديد¹⁴، و صدرت مجموعة من القرارات حول أحقية الموظفين الذين خضعوا لفترة التكوين بالمدرسة الوطنية للإدارة في التعويض عن التكوين باعتبارهم طلبة¹⁵.

¹⁴ و كمثل على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت رقم 538 و تاريخ 11 فبراير 2015 في الملف عدد 966-1200-2014 الذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث إنه بالنسبة لسبب الاستئناف المتعلق بخرق مقتضيات المرسوم رقم 2.05.1366 الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2005 المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة، إذ أن محكمة الدرجة الأولى طبقت مقتضيات قديمة لم تعد سارية المفعول و حلت محلها، فإن المادة 14 من المرسوم رقم 2.05.1366 المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة لم تنسخ المرسوم رقم 1841-57-2 بشكل كلي وإنما نسخت منه فقط مقتضيات المتعلقة بدورات التكوين أو دروس استكمال الخبرة بدليل أن الفقرة الثانية أبتت على مقتضيات المرسوم رقم 1841-57-2 مطبقة بالنسبة للطلبة الذين يتابعون دروس التكوين المنصوص عليها في المرسوم المذكور سارية المفعول".
¹⁵ و من أمثلة ذلك ما يلي :

-القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت رقم 782 و تاريخ 23 فبراير 2015 في الملف عدد 201-7208-2014.

-القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 16 أبريل 2015 في الملف عدد 1200-7206-2014.

-القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت رقم 6560 و تاريخ 29 دجنبر 2015 في الملف عدد 196-7208-2014.

- القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت رقم 779 و تاريخ 23 فبراير 2015 في الملف عدد 198-7208-2014.

-القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 23 فبراير 2015 في الملف عدد 200-7208-2014.

غير ان الملاحظ هو ان محكمة النقض قد عدلت عن هذا التوجه اذ اوضحت تؤكد ان المرسوم الواجب التطبيق هو مرسوم رقم 2.05.1366 وكنموذج على هذا التوجهالقرار الصادر تحت عدد 2/898 بتاريخ 2015/12/10، جاء فيه ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطالبون على القرار المطعون فيه، ذلك أن مقتضيات المرسوم رقم 1841-57-2 الصادر بتاريخ 1957/12/16 بتحديد الأجور المنفذة للموظفين والأعوان والطلبة الذين يتابعون دورات التكوين أو دروس استكمال الخبرة، قد تم نسخها بمقتضى المادة 14 من المرسوم رقم 1366-05-2 الصادر بتاريخ 2005/12/02، والمتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، لما عللت قرارها بما جاء به من أنه(بالرجوع إلى معطيات النازلة يتبين بأن المستأنف - المطلوب في النقض - ولج سلك التكوين المستمر وبالتالي فهو لا يخضع لمقتضيات المرسوم رقم 1366-05-2 الصادر المتعلق بالتكوين المستمر لفائدة موظفي وأعوان الدولة وإنما يبقى خاضعا للمرسوم رقم 1848-57-2)، تكون قد طبقت على النازلة نصوص قانونيا منذ فاتح يناير 2006 واستبعدت من التطبيق مقتضيات المرسوم رقم 1366-05-2 الصادر في 2005/12/02 والذي يسري مفعوله ابتداء من نفس التاريخ والواجب تطبيقه على النازلة والذي جعل التعويضات المنصوص عليها في المادة 8 مرهون الحصول عليها بعدم تجاوز مدة التكوين المستمر ستة أشهر، فجاء قرارها والحالة هذه مخالفا للقانون ومعرضا للنقض."

وقد سارت محاكم الموضوع على هذا النهج وأصبح المستفيد من التكوين المستمر ومن اجل الاستفادة من التعويض المخصص لذا الغرض يخضع للشروط المنصوص عليها في المرسوم رقم 1366-05-1 السالف الذكر مما وفر على الميزانية تحمل نفقات زائدة.

ب- استفادة الورثة من التعويض عن التكوين المستحق لمورثهم:

يلاحظ على صعيد آخر أنه في كثير من الأحوال يتم التقدم أمام القضاء بطلبات للاستفادة من التعويض عن التكوين من قبل ورثة المستفيد منه وبالتالي يطرح السؤال حول مدى أحقية هؤلاء في الاستفادة من هذا التعويض أم لا ؟

وهكذا إذا كانت القواعد العامة تقضي بأن صفة المطالبة بالتعويض عن فترة التكوين تثبت للمستفيد و أن عدم مطالبته بتلك التعويضات قيد حياته مانع من المطالبة بها من قبل الورثة، وذلكبمبرر أن الحقوق التي تنتقل عن طريق الإرث هي الحقوق المالية التي تكون قد نشأت بذمة الموروث قيد حياته و هو ما لا ينطبق على مثل هذه الحالات، فإن الملاحظ أن القضاء كرس هذه المسألة في العديد من الأحكام معتمدة في تعليلها على القاعدة القائلة بأن من مات عن حق فلوارثه، وكمثال على ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/10/30 تحت عدد 5560 في الملف رقم 14/7112/891 ش ت والقاضي بالحكم على الدولة - وزارة التربية الوطنية في شخص ممثلها القانوني-لفائدة ورثة الحسين الخبيش بأداء

تعويض التكوين المستحق لفائدة مورثهم وفقاً لمقتضيات المرسوم عدد 2-57-1841 عن المدة من 1976 الى 1978 ورفض باقي الطلبات وجعل الصائر على من يجب.

المطلب الرابع : المنازعات المتعلقة بالتعويض عن المهام بالخارج في إطار المادة 3 من المرسوم رقم 2.75.898 بتاريخ 1975/12/30 بشأن إقامة وتنقل أعوان وزارة الشؤون الخارجية العاملين بالخارج

من بين المنازعات التي تواترت على القضاء الإداري في مجال تدبير الموارد البشرية للادارة، تلك المتصلة بتطبيق مقتضيات المادة 3 من المرسوم رقم 2.75.898 بتاريخ 1975/12/30، بشأن إقامة و تنقل أعوان وزارة الشؤون الخارجية العاملين بالخارج الذي ينص على أنه : "تحدد حقوق الموظفين فيما يتعلق بالتعويضات و المنافع المشار إليها في الفصول 7 و 27 و 29 و 32 ابتداء من التاريخ الذي شرع به في العمل المرتبطة به التعويضات و المنافع المذكورة، ولا يمكن منح أي مدرک من حيث الزيادة أو النقصان نظراً لتغيير يدخل على وضعية العون مع مفعول رجعي".

وتطبيقاً لمقتضيات هذه المادة، فإن الإدارة تعمل على تمكين كل من هو مخاطب بأحكامه من التعويض اليومي عن الإقامة بالخارج بالنظر للإطار الذي يشغله، غير أن الإشكال يثار عندما يطرأ تغيير على وضعية العون أو الموظف المعني كأن يحصل على ترقية بأثر رجعي، فهل يستوجب ذلك أداء التعويضات وغيرها من المنافع المنصوص عليها في المرسوم المذكور بالنظر لتاريخ سريان الترقية بأثر رجعي، أم بالنظر لتاريخ توصل الإدارة (وزارة الشؤون الخارجية و التعاون) بقرار ترقيته من طرف الجهة الإدارية الصادرة عنها سيما عندما يتعلق الأمر بموظف ملحق، مادام ان هذا الأخير يبقى خاضعاً فيما يتعلق بترقيته لإدارته الأصلية.

من جهتها تعمل الإدارة (وزارة الشؤون الخارجية و التعاون) على إفادة المعنيين بالأمر من التعويض بالنظر للتغيير الذي قد يطرأ على وضعية العون ابتداء من تاريخ صدور قرار الترقية وتوصل الإدارة به، مستندة في ذلك إلى مقتضيات المادة 3 أعلاه الذي نص على أنه: "لا يمكن منح أي مدرک من حيث الزيادة أو النقصان نظراً لتغيير يدخل على وضعية العون مع مفعول رجعي".

في حين أن المحاكم الإدارية مؤيدة في ذلك من طرف محاكم الاستئناف الإدارية و محكمة النقض، عمدت في البداية على استبعاد تطبيق مقتضيات المادة 3 أعلاه باعتباره أن التعويض يمنح ابتداء من تاريخ سريان الترقية بعلّة أن " التعويضات وغيرها من المنافع الأخرى تبقى مرتبطة بالإطار الذي يشغله الموظف".

ويبدو ان مقارنة هذا الاشكال يكون من خلال دفاعها تحليل مضمون المادة الثالثة السابق التنويه بها اعلاه باعتبارها أكدت على أمرين متلازمين هما:

الأمر الأول: كون التعويضات والمنافع التي يستفيد منها أعوان وزارة الشؤون الخارجية والتعاون العاملين بالخارج والواردة بالمواد 7 و 27 و 29 و 32 من المرسوم رقم 2.75.898 المؤرخ في 1975/12/03 لا تعد مستحقة إلا من تاريخ الشروع في العمل فعلياً بالخارج ولا استحقاق لها قبل ثبوت الشروع في العمل.

الأمر الثاني: هو أن تلك التعويضات والمنافع تمنح للعون التابع لوزارة الشؤون الخارجية والتعاون ابتداء من تاريخ صدور قرار الترقية وليس من تاريخ سريان مفعولها، بمعنى أنه لا يستحق أي مدرك سواء من حيث الزيادة أو النقصان بسبب تغيير قد يطرأ على وضعيته.

نخلص من ذلك، أن استفادة الأعوان العاملين بالخارج من التعويضات والمنافع المذكورة وضع له المشرع التنظيمي إطاراً خاصاً وحدد ضوابطه بمقتضى المادة 3 من المرسوم أعلاه، الذي حظر إمكانية الاستفادة من أي مدرك بالزيادة أو النقصان نتيجة تغيير يدخل على وضعية العون، وإمعاناً في التأكيد على ذلك أضاف المقتضى المذكور عبارة "مع مفعول رجعي"، مما يفيد قطعاً على أنه لا يمكن الحديث عن أي إفادة من التعويضات المتنازع عليها أو الزيادة فيها إلا من تاريخ صدور قرار الترقية المنشئ للوضعية الجديدة، إذ بهذا المفعول يمكن الاستفادة من الزيادة في تلك التعويضات.

وقد أصدرت محكمة النقض قراراً حديثاً تحت عدد 1/419 المؤرخ في 2015/03/05 الصادر في الملف الإداري عدد 2013/1/4/440 تبنى هذه القراءة حينما صرح في إحدى حيثياته بما يلي :

"حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بخرقه لمقتضيات المرسوم رقم 2.75.898 الصادر بتاريخ 1975/12/03 بشأن إقامة و تنقل أعوان وزارة الشؤون الخارجية العاملين، وبانعدام الأساس القانوني وفساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة في تأييدها للحكم المستأنف لم تنتقد بمقتضيات المادة الثالثة من المرسوم المذكور، خاصة وأن استفادة المطلوب من التعويضات اليومية عن الإقامة بمرسلياً بعد تغيير وضعيته، يحدد مفعوله ابتداء من تاريخ إصدار القرار بترقيته والذي صادف 2007/06/25 وليس من تاريخ سريان مفعولها في الدرجة الجديدة، وهي باعتمادها على تاريخ سريان الترقية الذي كان في 2006/02/29 تكون قد مكنته من مدرك بشأن التعويضات والمنافع المخولة بمقتضى المادة الثالثة المذكورة، اعتباراً لكون ترقيته إلى درجة مستشار الشؤون الخارجية سابق عن التحاقه بالعمل بالقتصالية العامة للمملكة بمرسلياً بفرنسا، وأن وضعيته في هذا الوقت وقبل ترقيته إلى درجة مستشار لم تتم إلا بتاريخ 2007/06/25، وهو التاريخ الذي يستحق فيه التعويضات والمنافع الذي صدر فيه المقرر والذي أدخل تغييراً على وضعيته على الرغم من كون القرار الذي منحه بالتعويضات المستحقة له مقابل مهامه بالخارج بالصفة الجديدة يشير إلى تاريخ 2006/06/29، وجعلت قرارها عرضة للنقض.

وحيث صح ما عابه الطالب القرار المطعون فيه، ذلك أنه حسب الفصل 3 من المرسوم رقم 2.75.898 الصادر بتاريخ 1975/12/03 بشأن إقامة و تنقل أعوان وزارة الشؤون الخارجية

العاملين الذي ينص "تحدد حقوق الموظفين فيما يتعلق بالتعويضات والمنافع المشار إليها أعلاه في الفصول 7 و27 و29 و32، ابتداء من التاريخ الذي شرع به في العمل المرتبطة به التعويضات والمنافع المذكورة، ولا يمكن منح أي مدرك من حيث الزيادة والنقصان نظراً لتغيير يدخل على وضعية العون مع مفعول رجعي" بما معناه أن التعويضات والمنافع تمنح بالنظر للوضعية التي يوجد عليها العون في تاريخ التحاقه للعمل بالخارج، وأن جميع التغييرات، التي تطرأ على وضعيته لا يعتد بها إلا من تاريخ صدور القرار المجسد للوضعية الجديدة الذي هو 2007/06/25 وليس من تاريخ سريان هذه الترقية الذي هو 2006/12/19 كما ذهبت إلى ذلك المحكمة ما دام الفصل المذكور قد حظر إمكانية الاستفادة من أي مدرك بالزيادة أو النقصان نتيجة تغيير يدخل على وضعية العون، وما يؤكد ذلك إشارته إلى عبارة "مع مفعول رجعي" التي لا تفيد الأقدمية حسب تفسير المحكمة وإنما من تاريخ صدور قرار الترقية، وأن المحكمة بإعراضها بالبت في النزالة وفق ما ذكر جعلت قرارها عرضة للنقض".

ويبدو أن هذا القرار قد ساهم في توضيح الإشكال الذي كان مطروحا والذي كانت تترتب عنه الزامات مالية في مواجهة وزارة الشؤون الخارجية والتعاون حتى في الحالات التي يكون فيها الموظف قد أنهى مهامه بالخارج وأنهى بالتبعية إحقاقه بها ولم تعد له أي علاقة تربطها به، إذ أن اتخاذ قرار الترقية بأثر رجعي واعتبار أن تفعيل آثار التعويضات مرتبط بتاريخ تفعيل القرار المذكور كان يسفر عن وضعيات غير مستساغة من الناحية القانونية ولا من الناحية المحاسبية والمالية .

الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الإداري والإشكاليات المطروحة

ذ. محمد قصري

الوكيل القضائي للمملكة

مقدمة :

ينص الفصل 126 من الدستور المغربي على انه الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع، ويجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذ هذه الأحكام.

والبين من المبدأ الدستوري السالف الذكر أن الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به والتي لم يتقرر إيقاف تنفيذها طبقا لمقتضيات المادة 361 من قانون المسطرة المدنية¹ والمادة 436 من نفس القانون لوجود صعوبة واقعية أو قانونية حول تنفيذها، خصوصا أحكام الإلزام، تكون الإدارة ملزمة بتنفيذها طبقا للضوابط القانونية المقررة في هذا الشأن، مع الأخذ بعين الاعتبار الإشكالات المتعلقة بتطبيق أحكام ومقتضيات ظهير 1944 في تنفيذها ومدى قابليته للتطبيق لما يترتب عن استبعاده من صعوبة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

ويلاحظ بداية أنه في الواقع عندما يصبح الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، بأن يصبح نهائيا ومحصنا من أي طعن عادي باكتسابه القوة التنفيذية بعد تذييله بالصيغة التنفيذية، فإنه في هذه الحالة يصبح قابلا للتنفيذ بواسطة طرق التنفيذ الجبري متى تعلق الأمر بأحكام الإلزام، وليس بأحكام تقريرية التي تقر فقط بوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني معين.

و في الواقع لا قيمة للقانون بدون تنفيذ، ولا قيمة لأحكام القضاء بدون تنفيذها، ولا قيمة لمبدأ الشرعية في الدولة ما لم يقترن بمبدأ آخر مضمونه احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها، وإلا فماذا يجدي أن يجتهد ويبتكر القاضي الإداري في إيجاد الحلول الناجعة بما يتلاءم وصون الحقوق والحريات والمشروعية إذا كانت أحكامه مصيرها الموت، فما يطمح إليه كل متقاض من رفع دعواه لدى القضاء الإداري ليس هو إغناء الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بل استصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المعتدى عليها من طرف الإدارة مع ترجمة منطوقه على أرض الواقع بتنفيذه.

إن عدم التنفيذ يضرب في الصميم حرمة وهيبة وقدسية القضاء وتزرع الشك حول فعالية وجدوى قضاء إداري يقتصر دوره على معاينة عدم مشروعية المقررات الإدارية المطعون فيها أو الحكم بالتعويض، إن ذلك يتعارض مع الآمال المعقودة على هذه المحاكم في بناء صرح دولة الحق والقانون، فبدون تنفيذ تصير الأحكام عديمة الجدوى والفعالية ويفقد الناس ثقتهم في القضاء

¹ ينص الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

1 - في الأحوال الشخصية؛

2 - في الزور الفرعي؛

3 - التحفيظ العقاري.

يمكن علاوة على ذلك للمحكمة بطلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائية أن تأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية ومقررات السلطات الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء".

ويدب اليأس في نفوسهم وينعدم الأمن والاستقرار، وذلك كما يقول صاحب الجلالة الحسن الثاني تغمده الله بواسع رحمته "يجر المرء إلى تفكير آخر هو انحلال الدولة".

و في نفس السياق أكدالخطاب الملكي السامي الذي ألقاه صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله اليوم الجمعة في افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة (14 أكتوبر 2016) على ضرورة وأهمية تنفيذ الأحكام القضائية من طرف الإدارة، حيث جاء في الخطاب السامي ما يلي:

"...كما أن المواطن يشتكى بكثرة، من طول وتعقيد المساطر القضائية، ومن عدم تنفيذ الأحكام، وخاصة في مواجهة الإدارة، فمن غير المفهوم أن تسلب الإدارة للمواطن حقوقه، وهي التي يجب أن تصونها وتدافع عنها. وكيف لمسؤول أن يعرقل حصوله عليها وقد صدر بشأنها حكم قضائي نهائي؟".

ورغم الاتفاق الحاصل حول ضرورة التنفيذ، ووضوح موقف القضاء، فإن الإدارة قد تجد نفسها في وضعية يصعب معها تنفيذ حكم قضائي، مما يطرح مجموعة من التساؤلات حول الوسائل الكفيلة لحثها على التنفيذ، وأهمها، هل يمكن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري لإرغامها على التنفيذ إذا امتنعت عن ذلك، خصوصا الغرامة التهديدية و الحجز، أم أن الأمر غير متاح قانونا؟وما هي الإشكاليات التي يمكن أن يثيرها اللجوء إلى قواعد التنفيذ الجبري ضد الإدارة؟.

وفي نفس السياق يمكن طرح تساؤل آخر وهو هل استطاع القضاء الإداري أن يوفق بين مبدأ إلزامية تنفيذ الأحكام النهائية ومتطلبات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتجنب تعطيل الانتفاع بخدماتها؟.

ويتطلب التطرق لهذه المسألة، والإشكاليات التي تثيرها، أن يتم تحديدالمسطرة الإدارية المتبعة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الدولة، ثم التطرق بعد ذلك لوسائل وطرق التنفيذ ضدها، لذا يتم تقسيم هذا العرض إلى فصلين:

الفصل الأول: المسطرة الإدارية المتبعة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الدولة والإكراهات الإدارية التي تؤثر في عملية التنفيذ،

الفصل الثاني: أهم طرق التنفيذ الجبري ضد أشخاص القانون العام (الغرامة التهديدية و الحجز).

الفصل الأول: المسطرة الإدارية المتبعة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الدولة:

إن الأصل هو تنفيذ الأحكام القضائية النهائية من طرف الدولة، وهو ما تعمل على القيام به بعد استنفاد جملة من الإجراءات الإدارية تختلف بحسب ما إذا كان الحكم المراد تنفيذه يتعلق بالتزام بعمل، أو امتناع عن القيام بعمل معين، أو يهم أداء مبلغ مالي، أو يحمل صبغة تجمع بين الأمرين:

أ- فبالنسبة للحكم القاضي بالالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فإن التنفيذ يكون على مستوى السلطة الإدارية صاحبة الاختصاص، كإرجاع موظف تم نقله إلى مكانه الأول على إثر إلغاء قرار نقله، إذ يكفي أن يصدر قرار بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغى، ولا يحتاج الأمر إلى ترتيبات خاصة، اللهم إذا كان ما بين الفترة الذي صدر فيها القرار الذي تم إلغاؤه وتاريخ استصدار حكم يلغيه، قد اتخذت الإدارة قرارا آخر يصبح في ظل وجوده

من المتعذر إعادة الأمور إلى وضعها الأول، كمن أعفي من مهامه على سبيل المثال و عوض بخلفه الذي أصبح يشغل نفس المهمة.

كما يتعين الإشارة أيضا بهذا الصدد إلى مقتضيات منشور السيد الوزير الأول عدد 29F.P وتاريخ 1964/10/5 الذي حدد المسطرة التي يجب سلوكها بشأن إرجاع الموظفين الذين تم عزلهم من العمل وصدر حكم قضائي بإلغاء قرار العزل وذلك وفق ما يلي:

- إصدار قرار وزاري يحدد في ديباجته الحكم القضائي القاضي بإلغاء قرار عزل الموظف المعني بالأمر، وينص أيضا على إعادة ترتيب الوضعية الإدارية لهذا الأخير كما لو أنه لم يتوقف عن ممارسة عمله أصلا.

- قرار يعرض على السيد الوزير الأول بقصد التوقيع مؤشرا عليه من طرف مراقبة الالتزام بنفقات الدولة والوزارة المكلفة بالوظيفة العمومية يحدد التعويض الممنوح للمعني بالأمر يوازي مبلغ الأجور التي كان سيتقاضاها خلال مدة العزل بعد خصم المبالغ التي قد يكون تقاضاها نظير ممارسته لعمل مأجور، ويؤدى التعويض المذكور من باب التحملات المشتركة. تعويضات، أخرى تتحملها الدولة، تسوية وتنفيذ الأحكام القضائية والقرارات الإدارية.

ب- أما بالنسبة للأحكام التي تقضي بأداء مبلغ مالي، فيتعين أن يتم التنفيذ بحسب الأحوال إما من التحملات المشتركة، أو من الميزانية الفرعية لكل إدارة أو شخص من أشخاص القانون العام، كما يتعين أن تحترم بشأنه قواعد المحاسبة العمومية وأن يمر التنفيذ عبر عدة محطات أرسنها النصوص القانونية ابتداء من الأمر بالصرف مروراً بمراقبة الالتزام بأداء النفقة وانتهاء بالمحاسب العمومي. و هنا تجدر الإشارة إلى الإشكالية التي يثيرها تنفيذ بعض الأحكام التي يتم الحكم فيها على الدولة المغربية بالرغم من أن المسؤولية تتحملها قطاع وزاري معين، مما يطرح الإشكال حول الجهة التي يتعين عليها التنفيذ، هل من التكاليف المشتركة أم من الميزانيات الفرعية. وعلى العموم، يتم طلب التنفيذ طبقاً للمبادئ العامة إما من طرف الدائن الحقيقي، أو خلفه العام في حالة وفاته، أو من طرف ممثله المكلف بذلك، وقد يكون هذا الممثل إما قانونياً مثل الأب والأم ومدير الشركة أو قضائياً مثل السنديك أو الحارس القضائي أو اتفاقياً مثل المحامي، وبالتالي على طالب التنفيذ أن تكون له صفة المطالبة بهذا الدين.

وتتمثل الوثائق التي تتطلبها عملية التنفيذ عادة فيما يلي:

- نسخة عادية من الحكم التمهيدي في حالة وجوده،
- نسخة تنفيذية من الحكم الابتدائي في الحالة التي يكون فيها هذا الحكم قد قضى بالتعويضات،
- نسخة تنفيذية من القرار الاستئنافي إذا كان قد قضى بتعديل المبالغ المحكوم بها وإلا نسخة عادية منه إذا كان قد قضى بالتأييد،
- نسخة من القرار الصادر عن محكمة النقض،
- وصولات المصاريف القضائية إذا قضت المحكمة بتحميل الدولة الصائر بالكامل أو بنسبة معينة،

- رقم الحساب البريدي أو البنكي لطالب التنفيذ أو ممثله والذي سيحول إليه المبلغ المحكوم به (التعويضات مع الفوائد القانونية في حالة الحكم بها والتي تحتسب إما من تاريخ الحكم أو من

تاريخ قابلية الحكم للتنفيذ) مع مراعاة مقتضيات المادة 57 من قانون المحاماة التي تفرض تحويل مبلغ التنفيذ إلى الحساب المفتوح تحت اسم (حساب ودائع و أداءات المحامين المهنية لهيئة المحامين)،

- رقم الحساب البريدي أو البنكي لطالب التنفيذ إذا رغب المدعي في أن يتم التنفيذ له مباشرة دون وساطة المحامي النائب عنه فيجب عليه الإدلاء بتنازل هذا المحامي لفائدته عن إجراء التنفيذ.

لكن قد يحصل ألا يعرف الحكم طريقه للتنفيذ لسبب من الأسباب، ذلك أنه من غير المستساغ في الواقع العملي تصور رفض الإدارة تنفيذ حكم قضائي لمجرد الرفض أو إرضاء لأنانية المسؤول عن التنفيذ، فالإدارة عندما لا تستطيع تنفيذ حكم قضائي حائز على قوة الشيء المقضي به، غالباً ما يرجع ذلك إلى وجود إكراهات إدارية ومسطرية يصعب تجاوزها. ويمكن إيراد أهم الصعوبات التي تواجهها الإدارة في عملية التنفيذ كما يلي:

1- الخضوع لمبدأ سنوية الميزانية:

ينص القانون التنظيمي لقانون المالية² على سنوية الميزانية وعدم إمكانية الالتزام بالنفقات أو الأمر بصرفها أو بأدائها إلا في حدود الاعتمادات المفتوحة. ومادام الأمر كذلك، فإن الأحكام القاضية بأداء مبالغ مالية والصادرة خلال السنة المالية الجارية يتعذر تنفيذها من اعتمادات هذه الميزانية، ما دام لا يجوز للأمر بالصرف أن يأمر بصرف نفقة لم ترصد لها اعتمادات في الميزانية، وما دام مراقب الالتزام بأداء نفس النفقة يتأكد من إدراجها في الميزانية، وما دام المحاسب العمومي لا يصرف إلا النفقة المدرجة في ميزانية السنة التي أشر فيها على الأداء.

2- ضعف الموارد المالية:

لا يجب أن يغيب عن البال أن ضعف الموارد المالية لبعض القطاعات الإدارية والجماعات الترابية، المخصصة لتنفيذ الأحكام يقف سبباً حقيقياً يعوق تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة أشخاص القانون العام.

3- الضغوطات المرتبطة بنظام المحاسبة العمومية :

يخضع نظام المحاسبة العمومية الجاري به العمل عملية أداء النفقة العمومية، ومن بينها تنفيذ حكم قضائي، لمجموعة من الإجراءات؛ حيث يجب أن تمر تصفية نفقة معينة عبر محطات متعددة، بدء من إعداد قرار صرف النفقة إلى حين أدائها، مروراً بالأمر بالصرف وتأشيرة المراقب المالي بالنسبة للمؤسسات العمومية ومراقب الالتزام بنفقات الدولة بالنسبة للإدارات العمومية، وانتهاء بصرفها من طرف الخزينة العامة.

أ- المرحلة الأولى: الأمر بصرف النفقة:

ينص المرسوم الملكي رقم 330.66 بتاريخ 21 أبريل 1967 بسن نظام عام للمحاسبة العمومية في فصله الثالث بأن العمليات المالية العمومية تناط بالأمرين بالصرف والمحاسبين

² القانون التنظيمي للمالية رقم 13-13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1/15/62 الصادر في 02 يونيو 2015 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6370 وتاريخ 08 يونيو 2015 صفحة 5810.

العموميين، ويعتبر أمرا بصرف نفقة معينة بأنه كل "شخص مؤهل باسم شخص القانون العام لرصد أو إثبات أو تصفية أو أمر بأداء دين".

كما نص الفصل 32 من نفس المرسوم على أن الأمر بالصرف هو الذي يلتزم ويصفي و يأمر بتسديد النفقة ما لم تكن هناك مقتضيات مخالفة.
أما الفصل 64 فقد نص على كون الأصل أن كل وزير أمر بصرف نفقة يكون المرفق الذي يوجد على رأسه مدينا بها، مع التأكيد على أن النفقة التي تؤدي من التحملات المشتركة يأمر بصرفها وزير المالية.

ومعلوم أن المحاسبة العمومية، حسب الفصل الأول من المرسوم السالف الذكر، هي مجموعة قواعد تجري على العمليات المالية والمحاسبية للدولة والجماعات المحلية ومؤسساتها وهيئاتها والتي تحدد الالتزامات والمسؤوليات المنوطة بالأعوان المكلفين بها.
ب- المرحلة الثانية: مراقبة الالتزام بأداء النفقة:

يقضي الفصل الأول من المرسوم رقم 839/75/2 الصادر بتاريخ 1975/12/30 بشأن مراقبة الالتزام بنفقات الدولة كما تم تعديله وتتميمه، بأن الالتزامات بنفقات الدولة تخضع إلى مراقبة مالية يجريها المراقب العام للالتزام بالنفقات والمراقبون المركزيون والمراقبون بالعمالق والأقاليم.

ونص الفصل الثالث من نفس المرسوم على أن هذه المراقبة تهدف إلى التأكد من صحة إدراج النفقة في الميزانية، لكون أية نفقة لا يمكن الأمر بصرفها إلا إذا وجدت الاعتمادات المفتوحة لهذا الغرض في الميزانية.

كما يتأكد مراقب الالتزام بالنفقات من كون النفقة قد دفعت من اعتماد متوفر وكون نوعها مطابقا لباب الميزانية المقترح باقتطاعها منه وما إذا كانت مقدرة بكيفية صحيحة وغير مخالفة للقوانين والأنظمة، فضلا عن التحقق مما إذا كان الالتزام المقترح يتعلق حقيقة بمجموع النفقة التي تلتزم الإدارة باقتطاعها طيلة السنة وينظر في التأثير الذي قد يكون للالتزام على مجموع استعمال اعتماد السنة الجارية والسنوات المقبلة (الفصل 11)، علما بأن النفقة لا تؤدي إلا بعد إنجاز العمل أو استحقاق الدين (الفصل 41 من ذات المرسوم).

وتجري المراقبة المذكورة قبل أي التزام، بحيث يتم وضع التأشير على مقترح الالتزام أو رفض التأشير مدعم بأسباب (الفصل 4 منه).

ج- المرحلة الثالثة: المحاسب العمومي:

المحاسب العمومي هو كل موظف أو عون مؤهل باسم شخص القانون العام للقيام بعمليات المداويل و النفقات (الفصل 3 من مرسوم 1967/4/21).

يتحتم على المحاسب العمومي مراقبة صحة الدين عند صرف النفقة، وتشمل هذه المراقبة:

- صفة الأمر بالصرف أو مفوضه،
- الاعتمادات المتوفرة،
- صحة إدراج النفقات في الأبواب المتعلقة بها،
- إثبات العمل المنجز،

- صحة حساب التصفية،
- أعمال المراقبة القانونية السابقة والإدلاء بالأوراق المثبتة،
- صفة إبراء التسديد،
- احترام قواعد التقادم وسقوط الحق.

4- وجوب احترام قاعدة تخصيص النفقات:

يعني مبدأ تخصيص النفقات أن يرصد لكل وجه من أوجه الإنفاق العام مبلغ مالي محدد بصطلح عليه باسم "اعتماد"، وأن يتم الإنفاق في حدود المبالغ المالية المخصصة لكل نفقة في الميزانية وعدم تجاوزها أو استخدامها لغرض آخر. وقد شددت المادة 41 من القانون التنظيمي رقم 7.98 لقانون المالية على ذلك بصريح العبارة حين نصت على أنه :

"لا يجوز الالتزام بالنفقات والأمر بصرفها وأدائها إلا في حدود الاعتمادات المفتوحة".
وتطبيق المبدأ المذكور يفرض على الإدارة عدم الالتزام بالنفقات والأمر بصرفها وأدائها إلا في الأوجه المخصصة لها وفي حدود الاعتمادات المفتوحة، وبشكل قيدها لا يمكنها تجاوزه أو الحياد عنه.

5- إكراه المسؤولية للأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين:

إن الموظف المكلف بأداء النفقة العمومية، سواء كان أساسها نفقة أو حكماً قضائياً، ملزم بأن يتبع المراحل التي يفرضها نظام المحاسبة العمومية وأن يتقيد بالمبادئ التي تحكم الإنفاق العام، وعلى رأسها مبدأ تخصيص النفقات تحت طائلة مساءلته شخصياً في حالة إخلاله فيما ذكر، وهو ما يمكن قراءته بوضوح في مقتضيات المنصوص عليها بالظهير الشريف رقم 1.02.25 بتاريخ 3 أبريل 2002 بتنفيذ القانون رقم 61-99 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين بشكل يتأكد منه بأن هؤلاء يقع عليه عبء احترام الضوابط التي حددها المشرع بشأن صرف نفقة معينة، ويوجدون تحت إكراه إثارة مسؤوليتهم الشخصية عن إي تقصير أو إغفال من جانبهم للضوابط والقواعد الأنفة الذكر.

6- صعوبة تحديد الجهة الإدارية الملزمة بالتنفيذ:

تثار هذه الصعوبة أحيانا في حالة ما إذا لم يوضح الحكم المطلوب تنفيذه الجهة الإدارية الملزمة بالتنفيذ بدقة، سيما أمام تعدد فصول الميزانيات التي تنفذ منها الأحكام القضائية (التحملات المشتركة، الميزانيات الفرعية لكل وزارة، الميزانيات الملحقة، الحسابات الخصوصية...).
و تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من دفع الإدارة بالتبريرات أعلاه، والإكراهات المرتبطة بالتنفيذ و المتمثلة في ضرورة اتباعها لمسطرة خاصة تنظمها قواعد المحاسبة العمومية، تبتدأ برصد النفقة وإصدار أمر بالأداء ثم صرف النفقة، وهو ما يتطلب وجود اعتمادات كافية، فضلا عن اتخاذ إجراءات محاسبية، إلا أن القضاء أخذ يتجاوز هذه التبريرات من خلال العديد من المواقف يعد أحدثها اعتبار الحكم وثيقة محاسبية في حد ذاتها، ويمكن إعطاء مثال على هذا التوجه من خلال الاجتهادين صادرين عن محكمة النقض:

فقد جاء في حيثيات قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 1/440 وتاريخ 2015/03/12 في الملف الإداري رقم 2014/1/4/1317 في مواجهة جماعة ترابية ما يلي:

"لكن حيث إنه بالنظر لصفة الإلزام التي تفرض بحكم القانون للأحكام القضائية القابلة للتنفيذ، فإن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه بما أوردته في قضائها من كون الأمر يتعلق في النازلة بتنفيذ حكم نهائي صادر لفائدة طالبة تصحيح الحجز (المطلوبة في النقض) و أن الحكم المذكور يعتبر في حد ذاته وثيقة محاسبية لا يمكن تجاهلها من طرف القابض، بل يتوجب عليه تنفيذ مقتضياتها دون حاجة لصدور أمر بالأداء من لدن الأمر بالصرف وبما جاءت به أيضا من كون مقتضيات المادة 77 من المرسوم المشار إليه اعلاه والمحتج بها إنما تطبق في حالة التنفيذ الطوعي، ولا يمكن أن تلزم طالب التنفيذ الجبري كما هو الامر في النازلة و يكون القابض لئن كان، باعتباره محاسبا عموميا، مكلفا فقط بتدبير و تسيير أموال الجماعة في إطار قواعد المحاسبة العمومية، فإنه لا تربطه بهذه الأخيرة علاقة تبعية، بل يتوفر على شخصية قانونية مستقلة، و ان حيازته لأموالها تعتبر حيازة قانونية، و هو ما يعتبر معه غيرا بالنسبة إليها بالمفهوم الوارد ضمن مقتضيات الفصل 488 من قانون المسطرة المدنية، فإنها تكون قد تحققت من توافر شروط الحجز لدى الغير و بنت قرارها على أساس قانوني سليم، وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار".

وفي نفس السياق القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 1/286 وتاريخ 2015/02/19 في الملف الإداري عدد 2014/1/4/2163.

وتطرح مسألة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القابلة للتنفيذ جملة من التساؤلات حول السبل التي يتعين اعتمادها حينما تمتنع الإدارة عن هذا التنفيذ، وهل يباح اللجوء إلى وسائل الإجبار المطبقة إزاء الأشخاص العاديين لدفعها نحو التنفيذ؟ وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: أهم طرق التنفيذ الجبري ضد أشخاص القانون العام:

من المسلم به فقها وقضاء أن الأحكام القضائية متى أصبحت نهائية، وجب تنفيذها ضد المحكوم عليه، دون تمييز بين اشخاص القانون العام أو الخاص، لأن تنفيذها يعد تكريسا لسيادة القانون. إلا ان هذه المسألة قد تثير مجموعة من الإشكاليات عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي عام، و تتبع هذه الإشكاليات من طبيعة أشخاص القانون العام و طبيعة المال العام، والنصوص القانونية المتعددة التي سنها المشرع لتحديد كفيات صرف هذا المال العام.

ومن أهم التساؤلات التي أثرت سواء من طرف القضاء أو الفقه هو مدى إمكانية اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري لإرغامها على التنفيذ إذا امتنعت عن ذلك؟:

لقد اعتبر القضاء في البداية أن امتناع الإدارة عن التنفيذ يعد قرارا إداريا موسوما بعدم المشروعية، يجوز الطعن فيه بالإلغاء، كما يجوز المطالبة عنه بالتعويض عنه، غير أنه سرعان ما انتقل إلى القول بجواز إجبار الإدارة على التنفيذ في إطار مسطرة التنفيذ الجبري للأحكام الواردة في قانون المسطرة المدنية، دون مراعاة الخصوصيات التي تميز بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص.

وحتى بعد تبني هذا التوجه، فإنه لم يسلم من وجود اختلاف حوله من طرف الفقه، حيث ذهب البعض إلى القول بعدم وجود مسطرة للتنفيذ الجبري ضد الإدارة، ذلك أن القاضي لا يتوفر

على قوة عمومية... وليست له الوسائل لإجبار الإدارة ماديا عن طريق القوة لتنفيذ قراره، بل على العكس، فإن الإدارة هي التي تملك القوة"³.

و يستند هذا التيار على مجموعة من المبررات للقول بعدم إمكانية اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري الواردة في قانون المسطرة المدنية لإلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية من بينها:

- نظرية اليسر على اعتبار أن الإدارة مليئة الذمة من المفروض أنها تفي بالتزاماتها.

- نظرية الفصل بين القاضي والإدارة، وهي تطبيق لمبدأ فصل السلط.

- نظرية تخصيص الأموال العامة للمنفعة العامة، أي أن التنفيذ جبرا على الأموال العامة

سيترتب عنه خلل في سير المرفق العام.

و في المقابل يذهب اتجاه آخر⁴ إلى أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق الوسائل الجبرية ضد الإدارة، اللهم ما استعصى منها بسبب طبيعتها، كاستعمال القوة العمومية التي تعد ملكا لها، بل هناك من اعتبر أن استعمال الوسائل الجبرية ضد الإدارة غير كافية لحملها على التنفيذ وإنما لابد من تدخل المشرع بوضع قواعد صارمة بما فيها تجريم الامتناع عن التنفيذ⁵.

وبالنسبة للعمل القضائي، فقد تبنى جانب من القضاء الإداري الرأي الثاني، وذلك انطلاقا من التفسير الواسع للمادة 7 من القانون 90-41 التي تنص على تطبيق قواعد المسطرة المدنية في المادة الإدارية ما لم يوجد نص مخالف، وهكذا تم اللجوء إلى بعض الوسائل المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها كالغرامة التهديدية والحجز، علاوة على وسيلتين أخريين غير منصوص عليهما قانونا ويتعلق الأمر بالتنفيذ التلقائي ضد الإدارة في الحالة التي لا يستلزم تنفيذ الحكم أي تدخل من جانبها، وبالمساءلة الشخصية للمسؤول الإداري الراض لتنفيذ الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به.

وسنعمل في هذا العرض على التطرق للوسائل الجبرية الأكثر استعمالا من طرف القضاء ضد الإدارة لحملها على التنفيذ وهي الغرامة التهديدية و الحجز بين يدي الغير، و ذلك في مبحثين اثنين:

المبحث الأول: الغرامة التهديدية؛

المبحث الثاني: الحجز لدى الغير.

³- شاهدي الوزاني "تنفيذ القرارات القضائية من طرف شركات الدولة. المجلة المغربية للقانون - السلسلة الجديدة العدد 4، السنة 1986 ص 184.

⁴- مقال للأستاذ مصطفى التراب حول إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 27 - أبريل/يونيو 1999 ص 111.

تعليق الأستاذ أمين بنعيد الله على حكم إدارية الرباط القاضي برفض غرامة تهديدية - المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 20 و 21 ص 243.

تعليق الأستاذ محمد عنتر على الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط (المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 23 ص 176 - فرنسية).

⁵- راجع مقال الأستاذ ميمون يشو تحت عنوان "الإدارة العمومية وتنفيذ القرارات الإدارية" منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية التي تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء العدد 17 ص 117.

راجع كذلك مقال الأستاذ أمال المشرفي تحت عنوان "الغرامة التهديدية وتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة" على شكل تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 06 مارس 1997 منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 23، تعليق على أحكام ص 75.

المبحث الأول:

الإشكالات التي يطرحها تنفيذ الأحكام من خلال مسطرة الغرامة التهديدية

تجدر الإشارة إلى أن الغرامة التهديدية وسيلة قانونية منحها المشرع بمقتضى المادة 448 من قانون المسطرة المدنية⁶ للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني متى كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، لصيق بشخص المنفذ عليه. وتتميز الغرامة التهديدية بمجموعة من الخصائص أهمها أنها تهديدية تحذيرية، وتحكمية، ولا يقضى بها إلا بناء على طلب:

- فهي تهديدية تحذيرية لكونها تنبه المحكوم عليه إلى الجزاءات المالية التي سوف يتعرض لها إن هو استمر في الامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر ضده، وهي تحذر المحكوم عليه إلى الالتزامات المالية التي سوف تثقل عاتقه في حالة امتناعه عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به،

- وهي تحكمية لأنه يؤخذ في تحديدها بمدى تعنت المدين في تنفيذ التزامه الوارد بمنطوق الحكم المعني بالتنفيذ،

- كما أنه لا يقضى بها تلقائياً بل بناء على المطالبة القضائية لصاحب الشأن، وهي تنقلب في نهاية الأمر إلى تعويض يحدد تبعاً لطبيعة الضرر وأهميته ومداه الناتج عن الامتناع عن التنفيذ مع الأخذ بعين الاعتبار تعنت المدين.

وقد عرف العمل القضائي تطوراً في ما يتعلق بكيفية إعمال الغرامة التهديدية في مواجهة اشخاص القانون العام الممتنعة عن التنفيذ، ويمكن رصد هذا التطور من خلال مجموعة من المراحل، ومجموعة من المواقف وذلك كالاتي:

أ- الغرامة التهديدية بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل:

- التمييز بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل:

في البداية ميز المجلس الأعلى بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل، وقرر عدم إمكانية إجبار الإدارة على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية عندما يتعلق الأمر بدعوى الإلغاء، وكمثال على ذلك، القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تحت عدد 1301 المؤرخ في 1997/09/25 والذي أيدت فيه حكم المحكمة الإدارية بالرباط في قضية تتعلق برفض وزارة التربية الوطنية تنفيذ أمر يقضي بوقف أشغال البناء، الصادر بتاريخ 1997/03/06 والذي صرحت فيه بانعقاد اختصاصها في البت في طلب الغرامة التهديدية وحكمت بها على الإدارة

⁶ ينص الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية على الآتي:

"إذا رفض المنفذ عليه أداء التزام بعمل أو خالف إلزاماً بالامتناع عن عمل، أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخبر الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية ما لم يكن سبق الحكم بها. يمكن للمستفيد من الحكم أن يطلب علاوة على ذلك التعويض من المحكمة التي أصدرته.

المدعى عليها⁷. وكذا القرار عدد 235 المؤرخ في 11/03/1999 في الملف الإداري عدد 98/1/4/590⁸.

وفي قرارات حديثة، أكد القضاء على حصر نطاق الحكم بالغرامة التهديدية في الأحكام التي تقتضي التنفيذ العيني، وهو ما قرره محكمة النقض في قرار عدد 149 وتاريخ 2006/02/22 في الملف الإداري عدد 2003/2/4/1609 الذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث يحكم بالغرامة التهديدية المنصوص عليها في الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية المحتج به في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بأداء التزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، والحال أن الحكم المدعى الامتناع عن تنفيذه من قبل المستأنف عليها قضى بمبالغ مالية التي تطبق بشأنها قواعد التنفيذ الجبري المنصوص عليها في الباب الثالث من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية إن كان هناك مجال لتطبيقها في مواجهتها، الشيء الذي يتعين معه التصريح بتأييد الأمر المستأنف".

ونفس الشيء في القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 692 وتاريخ 2008/09/10 في الملف الإداري عدد 2006/3/4/3055، وهو ينظر في استئناف في مواجهة حكم قضى بتحديد الغرامة التهديدية بعلّة عدم تنفيذ حكم قاضي بتصحيح الحجز، نص على ما يلي:

"حيث ثبت صحة ما نعه المستأنف على الأمر المستأنف ذلك أن الفصل 448 من ق.م.م يوجب للحكم بالغرامة التهديدية أن يتعلق الأمر بأداء التزام عمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، وأن الحكم الذي ادعى المستأنف عليه امتناع المستأنف عن تنفيذه قضى بأداء مبالغ مالية يطبق في شأنها قواعد التنفيذ الجبري المنصوص عليها في الباب الثالث من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية إذا كان هناك مجال لتطبيقها في مواجهتها، الأمر الذي يكون معه الأمر المستأنف عندما قضى على نحو مخالف لذلك غير مرتكز على أساس وواجب الإلغاء".

وهو ما تم تبنيه في قرار حديث صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش تحت عدد 1075 وتاريخ 2016/6/22 في الملف الإداري رقم 2016/7202/562⁹.

7- القرار عدد 1301 المؤرخ في 25/09/1997 -الوكيل القضائي للمملكة ضد ورثة عبد القادر العشري -منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 23 اجتهادات قضائية ص 139، والذي جاء في حيثياته ما يلي:
"وحيث إن الفصل 448 من ق.م.م. الذي ينص على الغرامة التهديدية "كوسيلة لإجبار المحكوم عليه على التنفيذ، قد ورد ضمن الباب الثالث من القانون المذكور المتعلق بالقواعد العامة بشأن التنفيذ الجبري "للأحكام

"وحيث إن المحاكم الإدارية تطبق القواعد المقررة في قانون المسطرة "المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك طبقا للمادة 7 من القانون رقم 41/90..."

8- جاء في حيثيات عدد 235 المؤرخ في 11/03/1999 في الملف الإداري عدد 98/1/4/590 ما يلي:
"وحيث إنه إذا كانت الجماعة القروية التي الغي قرارها بعزل الطاعن المذكور قد امتنعت عن تنفيذ الحكم المذكور رغم سلوك المعني بالأمر الإجراءات المسطرية لحملها على التنفيذ فإنه لا يمكن إجبارها على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية ما دام القضاء الإداري قد اقتصر على إلغاء قرارها الذي اعتبره متسما بالشطط في استعمال السلطة "فيبقى أمام المعني بالأمر الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري، وبعد الإدلاء بمحضر الامتناع عن التنفيذ لطلب تعويض عن الأضرار الناتجة عن التصرف بخصوص نشاطات أشخاص القانون العام التي من شأنها الإضرار بمصالح الخواص". (قرار منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 31 مارس -أبريل 2000).
9 جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي:

"وحيث صح ما عاب المستأنف الحكم المستأنف بهذا الخصوص ذلك أن الغرامة التهديدية تندرج ضمن إجراءات التنفيذ الجبري للأحكام ويتجلى الهدف من الحكم بها في إجبار المحكوم عليه على تنفيذ الحكم الصادر ضده بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل في حالة رفضه وامتناعه الصريح عن التنفيذ طبقا لمقتضيات الفصل 448 من ق.م.م التي تنص على أنه "إذا رفض المنفذ عليه أداء التزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخير الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية ...
"وحيث إنه بالرغم من أن الحكم المحتج بالامتناع عن تنفيذ مقتضياته يبين أنه إنما قضى بمبالغ مالية وهي غير مخاطبة بالمقتضى القانوني أعلاه، بل تطبق بشأنها قواعد التنفيذ الجبري المنصوص عليها في الباب الثالث من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية إن كان مجال لتطبيقها

وكذا القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 1/2243 وتاريخ 2015/11/05 في الملف الإداري رقم 2015/1/4/577 (الوكيل القضائي للمملكة ضد شركة أوديميل) الذي ألغى القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 215 وتاريخ 2014/08/07، وجاء في حيثيات قرار محكمة النقض ما يلي:

"وحيث صح ما نعى به الطالب القرار المستأنف، ذلك أن الفصل 488 من قانون المسطرة المدنية قرن الغرامة التهديدية برفض المنفذ عليه أداء التزام أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، وأن الحكم المطلوب تنفيذه قضى بأداء مبلغ مالي للمطلوب ضدها عن أشغال كهربية لفائدة وزارة الصحة، تطبق بشأنه قواعد التنفيذ الجبري، مما يكون معه القرار الاستئنافي واجب الإلغاء"

وفي نفس الاتجاه صدر مؤخرا أمر استعجالي عن المحكمة الإدارية بمراكش تحت عدد

146 وتاريخ 25 ماي 2016 في الملف عدد 2016/7101/94 جاء فيه ما يلي:

"وحيث إنه حقا فإن جواز إقران أحكام الإلغاء، كما هو الشأن في نازلة الحال، يبقى غير ذي أساس طالما أن تنفيذ الحكم الصادر لفائدة المدعية والذي قضى بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه ليس من شأنه أن يتطلب تدخلا مباشرا من طرف المحكوم عليه، وهو بذلك ليس من قبيل العمل أو الامتناع المتعلق بإرادتها والذي لا يتأتى إلا بتدخلها شخصيا باعتبار أن هذا الصنف وحده هو المحمي بإجراء الغرامة التهديدية كوسيلة مادية للإجبار على تنفيذ العمل أو الامتناع عنه، وأنه في حالة استمرار الإدارة في عدم تنفيذ الأحكام الصادرة في إطار دعوى الإلغاء فإنه يحق للمعني بالأمر أن يتقدم في إطار القضاء الشامل بطلب تعويضه عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك الامتناع، وهو ما أكدته قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا عدد 236 وتاريخ 1999/03/11 وهو المنحى الذي دأبت عليه محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش في العديد من قراراتها نذكر منها القرارين الأول عدد 39 بتاريخ 2015/05/06 في الملف رقم 2015/7202/7 والثاني عدد 602 بتاريخ 2015/04/23 في الملف الإداري عدد 2015/7205/251.

وحيث تبعا لذلك يكون الطلب غير مؤسس قانونا، دونما حاجة إلى مناقشة باقي الدفوع المثارة، ويتعين الحكم برفضه وإبقاء الصائر على رافعه".

وهكذا، فقد تبنى هذا الاتجاه مسألة التمييز بين دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الشامل، و اعتبر أن الغرامة التهديدية لا يمكن اللجوء إليها إلا عندما يتعلق الأمر بدعاوى الإلغاء متى رفض المنفذ عليه أداء التزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، أما دعاوى التعويض فلا يسري عليها هذا الإجراء وتبقى خاضعة لوسائل التنفيذ الجبري الأخرى.

- عدم التمييز بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل:

وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي على مستوى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال القرار عدد 149 المؤرخ في 2006/6/22 في الملف الإداري رقم 2003/2/4/109 .
"وحيث إنه اعتبارا لما ذكر يبقى الحكم المستأنف فيما آل من رفض غرامة تهديدية وبصرف النظر عن باقي وسائل الاستئناف المثارة قد جانب الصواب ويتعين لذلك التصريح بإلغائه والحكم تصديدا برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه".

درجت المحاكم في العديد من القرارات إلى الحكم بالغرامة التهديدية في كافة القضايا حتى ولو لم تكن تقضي بعمل أو الامتناع عن عمل¹⁰، وذلك دون تمييز بين دعاوى الإلغاء ودعاوى التعويض، وهذا ما ذهبت إليه أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط¹¹ الصادر بتاريخ 2008/07/23 الذي جاء فيه ما يلي:

"حيث تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة قانونية لإجبار المحكوم عليه على التنفيذ متى كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو الامتناع عنه لصيق بشخص المنفذ عليه وتلزم إرادته في تنفيذه دون أن تسعف فيه إجراءات التنفيذ الجبري، وشرط في ذلك أن يكون التنفيذ ممكنا وجائزا وامتناع المنفذ عليه غير المبرر عن تنفيذ سواء يتعلق الأمر بحكم صادر في إطار دعوى الإلغاء أو القضاء الشامل مادام أن إمكانية التنفيذ الجبري غير ممكنة في حقه".

و هو ما أيده بعض الفقه¹²، بعلّة عدم وجود أي مبرر للتمييز بين أحكام دعاوى الإلغاء وأحكام القضاء الشامل في ما يخص تحديد الغرامة التهديدية، لأن النتيجة واحدة وهي امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، و يعتبر هذا التوجه أن مبدأ الفصل بين السلطات وما يستتبعه من استقلال الإدارة وعدم توجيه أو امر لها لم يتخذ إلا ليضمن للموظفين العموميين حرية الحركة وليس عدم الالتزام بقوة الشيء المقضي به.

ومن بين الإشكاليات التي أثّرت في هذا المجال هو **تحديد وتكييف امتناع الإدارة**، ومتى تعتبر ممتنعة عن التنفيذ، ذلك أنه لا يكفي في هذا المجال تحرير محضر الامتناع عن التنفيذ من طرف مأمور التنفيذ بل لا بد من معرفة ما إن كانت التصريحات الواردة على لسان الإدارة المنسوبة إليها تشير إلى امتناعها الصريح وغير المبرر في التنفيذ أم تتضمن إشارة إلى اتخاذها لإجراء من الإجراءات التي تبرر إرجاء التنفيذ، لأن الجهة المخولة بتكييف تصريحات الإدارة وإعطائها المدلول القانوني السليم هو القاضي وليس مأمور التنفيذ. وهذا ما درج عليه بعض العمل القضائي الذي كان لا يقر هذا الامتناع إلا إذا ثبت من خلال المحضر تعنت باد عن الامتثال للحكم دون مبرر قانوني، وكفي في هذا الصدد التذكير بما جاء به القرار عدد 3876 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2006/12/20 في الملف عدد 05/1379 (منشور بمجلة المعيار عدد 40 ص 219 وما يليها) الذي جاء فيه ما يلي:

"إن الغرامة التهديدية هي إجبار المحكوم عليه ليقوم بعمل أو الامتناع عن عمل وهو ما يقتضي أن يكون العمل المطلوب يدخل في دائرة الإمكان، لهذا لا يمكن الحكم بتصفية هذه الغرامة كتعويض إلا إذا كان الامتناع من التنفيذ ليس له ما يبرره وأنه مجرد عناد".

غير أنه لوحظ من خلال مجموعة من القرارات القضائية اللاحقة أن القضاء الإداري أصبح يعتبر الإدارة ممتنعة عن التنفيذ لمجرد وجود محضر الامتناع عن التنفيذ، وهذا ما جاء

¹⁰ وكمثال على ذلك الأمر عدد 7264 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/10/17 في الملف عدد 2014/7101/7214 والقاضي "بتحديد غرامة تهديدية في مواجهة وزارة التربية الوطنية في شخص وزيرها في مبلغ 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ في ملف التنفيذ عدد 5/12/548، وذلك ابتداء من تاريخ الامتناع الذي هو 2013/5/7 وإلى غاية يوم التنفيذ مع الصائر".

¹¹ أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط 08/334 س تحت رقم 497 بتاريخ 2008/07/23 قضية الشراقي ضد رئيس المجلس البلدي بسوق أربعاء الغرب.

¹² الأستاذ محمد قصري، الغرامة التهديدية والحز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية، عدد 37 ص 11 - دراسات.

في قرار محكمة النقض عدد 20 وتاريخ 2012/01/12 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/113 كما يلي:

"لكن حيث إن الطلب كما هو واضح من أوراق الملف ومستنداته إنما كان يهدف إلى استصدار أمر الغرامة التهديدية التي لم يشترط لها الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية سوى التأكد من الامتناع عن تنفيذ حكم قابل للتنفيذ سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً ولم يقرن المقتضى القانوني المذكور بالحكم بالغرامة من التأكد من نوايا المحكوم عليه وما إذا كان يتعمد الإضرار بخصمه أو كان عدم التنفيذ ناتجاً عن أمور خارجة عن إرادته.

وحيث إن قضاة الموضوع لما عللوا قرارهم بأنه بالاطلاع على أوراق الملف يتبين أنه لا وجود لما يفيد تنفيذ الحكم سواء المتعلق بأداء التعويضات نزع الملكية أو الحكم القاضي بالمصادقة على الحجز والذي أصبح بمقتضاه المحجوز بين يديه طرفاً وبذلك أصبح الدفع بخرق الفصل 437 من قانون المسطرة المدنية متجاوزاً أمام امتناع الخازن الرئيس عن التنفيذ رغم كون الأحكام تعتبر بمثابة وثيقة محاسبية تصبح ملزمة للمحاسب العمومي لتبرير صرفه المستحقات للمنزوع ملكيتهم التي يفترض القانون مسبقاً رصد نفقات لتغطيتها يكون بذلك معللاً تعليلاً سائغاً وسليماً".

ب- الحكم بالغرامة التهديدية على الموظف المسؤول عن التنفيذ:

درج بعض العمل القضائي على الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة الشخص المسؤول عن التنفيذ ومن أمواله الخاصة وليس من المال العام، وهذا ما تم اعتماده في أول الأمر من طرف المحكمة الإدارية بمكناس في القرار الاستعجالي الصادر بتاريخ 1998/4/3¹³ بشأن قضية العطاوي حيث تم الحكم بغرامة تهديدية شخصية في مواجهة رئيس جماعة ترابية بعلة انه ليس هناك أي مقتضى قانوني يمنع إقرار الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة أو المسؤول الإداري نتيجة امتناعها غير المبرر عن التنفيذ، إلا أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ألغت هذا الحكم، وذلك بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 11 مارس 1999¹⁴، الذي اعتبر أنه لا يمكن إجباره الإدارة على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية ما دام القضاء الإداري قد اقتصر على إلغاء قرارها الذي اعتبره متسماً بالشطط في استعمال السلطة.

وقد صدرت لاحقاً العديد من الأحكام تذهب إلى القول باختصاص القضاء الإداري في شخص رئيس المحكمة الإدارية في النظر في طلب تحديد الغرامة التهديدية ضد المكلف بالتنفيذ سواء في إطار نظرية الخطأ المرفقي أو نظرية الخطأ الشخصي على حد سواء، وفي هذا السياق أصدر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط أمراً مؤرخ في 2008/12/11 ذهب أمر

¹³ جاء في حثيات هذا القرار بأنه: "لا شيء يمنع من إقرار الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة أو المسؤول الإداري نتيجة امتناعها غير المبرر عن التنفيذ، وحيث أنه في غياب أية وسيلة لإرغام المحكوم عليه على الرضوخ لمقتضيات الحكم وتنفيذه، فإننا نرى أن طلب تحديد الغرامة التهديدية في محله، مما نرى معه الاستجابة لهذا الطلب".

¹⁴ جاء في حثيات هذا القرار بأنه: "إذا كانت الجماعة القروية التي ألغى قرارها بعزل الطاعن المذكور قد امتنعت عن تنفيذ الحكم المذكور رغم سلوك المعنى بالأمر الإجراءات المسطرية لحملها على التنفيذ، فإنه لا يمكن إجبارها على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية ما دام القضاء الإداري قد اقتصر على إلغاء قرارها الذي اعتبره متسماً بالشطط في استعمال السلطة، فيبقى أمام المعنى بالأمر الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري وبعد الإدلاء بمحض الامتناع عن التنفيذ لطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا التصرف بخصوص نشاطات أشخاص القانون العام التي من شأنها الإضرار بمصالح الخواص".

رئيس المحكمة الإدارية بالرباط¹⁵ حدد فيه الغرامة التهديدية في مواجهة الخازن الخاص لوزارة الداخلية السيد عبد الله الفاضلي، وقد سطر هذا الأمر القواعد التالية:

- لا قيام لدولة القانون وسيادة المشروعية ولا قيمة لهذا المبدأ ما لم يقترن بمبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها ولا حماية قضائية إلا بتمام تنفيذ الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية ولا قيمة للقانون بدون تنفيذ مقتضاه.

- الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به أو المشمول بالنفذ المعجل تسمو على القاعدة القانونية وعلى القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية وباقي الإجراءات الإدارية الأخرى.

- مادام أن القابض قد أوقع حجزاً بين يديه في إطار تنفيذ مسطرة الإشعار للغير الحائز يكون ملزماً برفع الحجز بناء على حكم قضائي مشمول بالنفذ المعجل لأن الأحكام القضائية تسمو على القرارات الإدارية والإجراءات الإدارية الأخرى.

- مادام أن الخازن الخاص لوزارة الداخلية قد رفض طلبه المتعلق بإثارة الصعوبة في التنفيذ لم يعد له أي مبرر للامتناع عن التنفيذ سيما وأن التنفيذ لا يحتاج إلى اتخاذ ترتيبات إدارية أو برمجة للمال العام.

- التنفيذ في مواجهة الإدارة هو في حقيقة الأمر ترجمة للأحكام الصادرة في مواجهتها إلى واقع من طرف رجال الإدارة المسؤولين عن التنفيذ باعتبار أن الإدارة شخص معنوي وآلية إدارية.

¹⁵ أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بالملف 08/807 تحت رقم 787 بتاريخ 2008/12/11 قضية شركة بريفيير ضد الخازن الخاص لوزارة الداخلية عبد الله الفاضلي، والذي جاء في حثياته ما يلي:

" وحيث يؤخذ من أوراق الملف ومستنداته والملف التنفيذي عدد 2/08/360 أن الخازن الخاص لوزارة الداخلية هو المنفذ لعملية الإشعار للغير الحائز بعد إشعاره بذلك من طرف إدارة الضرائب باعتباره محجوزاً بين يديه وقد صدر أمر قضائي أعلاه مشمول بالنفذ المعجل يقضي في مواجهته برفع الحجز المضروب بين يديه، وبعد أن عبر عن استعداده لتنفيذ الحكم القضائي موضوع التنفيذ آثار صعوبة قانونية في التنفيذ كانت محل رفض من طرف القضاء بحكم قضائي على أساس أنه المعني بالتنفيذ ويرفع الحجز وأن الحكم القضائي المذكور مشمول بالنفذ المعجل ولا تطبق بشأنه مقتضيات الفصل 437 من ق م م، وبعد مواصلة التنفيذ في حقه من طرف مأمور التنفيذ امتنع عن التنفيذ بعلّة أنه ينبغي إحالة ملف رفض الصعوبة على الجهة التي أصدرت الحجز وموافاته بنسخة من رفع اليد عن الحجز ليتأتى له التنفيذ.

وحيث اعتباراً لذلك ولما كان القابض قد أوقع حجزاً بين يديه بناء على مجرد إجراء إشعار للغير الحائز ولما صدر حكم قضائي يخاطبه برفع الحجز، وكانت الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به أو المشمولة بالنفذ المعجل والقابلة للتنفيذ تسمو على كل قاعدة قانونية وعلى القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية وعلى الإجراءات التنفيذية الأخرى يكون ملزماً بالتنفيذ خصوصاً بعد رفض منازعته المتعلقة بالصعوبة في التنفيذ.

وحيث أن الالتزام بالشيء المقضي به هو مبدأ قانوني مقدس يستهدف سيادة القانون والمشروعية وليعطي في القيمة على كل قرار أو إجراء إداري وأنه لا قيام للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة ورجالها للقانون وسيادة المشروعية وأنه لا قيمة لهذا المبدأ ما لم يقترن مبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها من طرف المسؤولين عن التنفيذ فإنه لإحماية قضائية ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ.

وحيث لذلك ولما كان المطلوب ضده هو المعني بالتنفيذ في وضوء فحوى منطوق الأمر القضائي أعلاه وكان الحكم القضائي مشمولاً بالنفذ المعجل ولهايتين العلتين قضى برفض طلب إثارة الصعوبة من طرف المطلوب ضده بالملف 08/937 س يبقى امتناعه عن التنفيذ غير مبرر مما يبرر تحديد الغرامة التهديدية في حقه بصفته مسؤولاً عن التنفيذ خصوصاً وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد اتخاذ الإجراءات المقابل لتنفيذ الحجز وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه برفعه ولا تستدعي ترتيبات إدارية معنوية أو برمجة للمال العام أو تعطيل وظيفة المرفق العام".

- امتناع أشخاص الإدارة عن التنفيذ بدون مبرر واقعي أو قانوني ترتب مسؤولياتهم الشخصية وتحديد الغرامة التهديدية في مواجهتهم.
- يراعي في تحديد الغرامة التهديدية طبيعة الحكم المعني بالتنفيذ ومدى تعنت أشخاص الإدارة في التنفيذ نعم.

وفي نفس السياق أصدر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط أمرا مؤرخ في 16/2009/01/19 حدد فيه غرامة تهديدية في حق الخازن الرئيسي، وقد أيدت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط¹⁷ هذا القرار الابتدائي وأقرت إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة الخازن الرئيسي في إطار نظرية الخطأ الشخصي، حيث جاء في قرارها وهي تجيب عن الوسيلة المتعلقة بكون الأحكام القضائية ليست وثائق محاسبية كما وصفها الحكم وأن الإدارة لا يمكنها أن تؤدي نفقة خارج إطار ما نص عليه المشرع "وفي نازلة الحال، وأمام امتناع الخزينة في شخص الخازن الرئيسي عن التنفيذ بدون مبرر قانوني رغم كون الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ والتي تجسد قواعد القانون تعتبر بمثابة وثيقة محاسبية تفرض إلزامها، ولهذا الاعتبار تصبح ملزمة للمحاسب العمومي لتبرير صرفه لمستحقات المنزوعة ملكيته التي يفترض القانون مسبقا رصد نفقات لتغطيتها مما يبقى معه تمسك الطرف المستأنف بخرق قواعد المحاسبة العمومية ليس له ما يبرره ويقضي ترتيب مسؤولية الممتنع عن التنفيذ بتطبيق الغرامة التهديدية في حقه وترتيباً على ذلك يكون الحكم المستأنف صائبا وواجب التأييد".

ونفس الشيء بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 1485 وتاريخ 2015/4/02 في الملف عدد 15/7206/93، والذي أيد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 2014/09/23 تحت عدد 2014/7112/538 في الملف 2014/7112/92 القاضي بتحديد الغرامة التهديدية في مواجهة وزارة التربية الوطنية في شخص

16 أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بالملف رقم 08/65 تحت رقم 16 بتاريخ 09/01/19 قضية الساخي عائشة والمهني ضد الخازن الرئيسي للمملكة السيد المرزوقي، والذي جاء في حيثياته ما يلي:
"وحيث أن الالتزام بالشئ المقضى به هو مبدأ قانوني مقدس يستهدف سيادة القانون والمشرعية ويلعب في القيمة على كل قرار أو إجراء إداري وأنه لا قيام للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة ورجالاتها للقانون وسيادة المشروعية وأنه لا قيمة لهذا المبدأ ما لم يقترن مبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها من طرف المسؤولين عن التنفيذ فإنه لا حماية قضائية ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ. وحيث أن المرجع القانوني في تحديد الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة ورجالاتها على التنفيذ هو مقتضيات الفصل 448 من ق م م بناء على الاحالة الواردة في فصل 7 من القانون 90-41 على قواعد المسطرة المدنية، وأن صيغة المنفذ عليه الواردة بالمادة 448 من ق م م جاءت عامة وبذلك تشمل كلا من أشخاص القانون العام والخاص، خصوصا وأن التنفيذ في نهاية الأمر لا يجري ضد الإدارة كشخص معنوي وآلية إدارية بقدر ما يجري ضد المسؤولين في الإدارة عن التنفيذ وان امتناعهم عن التنفيذ بدون مبرر بصفتهم هاته يبرر تحديد الغرامة التهديدية في حقهم.

وحيث إن المناط في تحديد الغرامة التهديدية على مقتضى الفصل 448 من ق م م هو أن يتعلق الحكم أو الأمر المعني بالتنفيذ بالقيام بعمل او بالامتناع عنه ويشمل ذلك حتى الأداءات المالية، وأن يكون العمل المقصود بالتنفيذ مما يدخل في صلاحيات المعني بالتنفيذ ويتطلب تدخله الشخصي لإنجازه وان يكون الامتناع عن التنفيذ غير مبرر ويكتسى طابع التعنت .
وحيث يؤخذ من أوراق الملف التنفيذي امتناع الخزينة في شخص الخازن الرئيسي لها باعتبارها محجوز بين يديه عن تنفيذ قوة الشئ المقضى به بدون مبرر ذلك أن الأحكام القابلة للتنفيذ تعتبر بمثابة وثيقة محاسبية تلزم المحاسب العمومي بالتنفيذ باعتبارها تسمو على القاعدة القانونية ومن تم فلامجال للتمسك بخرق قواعد المحاسبة العمومية، مما يرتب مسؤولية المطلوب ضده، وبالتالي يبقى طلب تحديد الغرامة التهديدية في حقه مؤسس".

17 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1370 بتاريخ 09/06/01 بالملف عدد 2/09/80 قضية الوكيل القضائي للمملكة ضد الساخي عائشة ومن معها.

وزيرها في مبلغ 500 درهم وذلك ابتداء من تاريخ الامتناع الذي هو 2013/05/07 الى تاريخ التنفيذ مع تحميلها الصائر.

هذا، وتجدر الإشارة إلى صدور مجموعة من الأوامر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحكم فيها بالغرامة التهديدية الشخصية في مواجهة الأمرين بالصرف في الإدارة (وزراء و رؤساء جماعات ترابية) ومن أمثلتها الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 2251 وتاريخ 2015/09/01 في الملف رقم 2015/7101/2105 ضد السيد حسين الوردى (وزير الصحة)، والأمر عدد 2165 وتاريخ 2015/08/11 ضد السيد فتح الله ولعلو (رئيس المجلس الجماعي للرباط)، وقد جاء بهما أن تحديد الغرامة التهديدية للإجبار على تنفيذ الأحكام القضائية النهائية القاضية بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، يكون في مواجهة الممتنع عن التنفيذ الذي أسماه الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية "المنفذ عليه" و ليس "المحكوم عليه"، وهي عبارة يتجاوز معناها شخص هذا الأخير لتتسع لكل من يقوم مقامه في التنفيذ، ويندرج ضمن هذا المفهوم ممثل الشخص المعنوي العام المحكوم عليه، شرط أن يكون امتناعه عن التنفيذ غير مبرر حسبما يستشف من عبارة "إذا رفض المنفذ عليه" التي وردت في هذا المقتضى القانوني، كما أن الاختصاص في تحديد الغرامة يبقى منعقدا أيضا في هذه الحالة لرئيس المحكمة الإدارية طالما أنه هو المشرف على التنفيذ وانسجاما مع نفس المقتضى القانوني الذي يجعل الاختصاص في ذلك منعقدا لرئيس محكمة التنفيذ. كما أن اتجاه المشرع نحو شخصنة امتناع الإدارة غير المبرر عبر مسؤوليها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، برزت معالمه بوضوح من خلال الفصل 32 من ظهير 17 مارس 2011 بشأن إحداث مؤسسة وسيط المملكة الذي نص على عدة إجراءات وجزاءات يتعين أن يتخذها هذا الأخير في حق المسؤول أو الموظف الممتنع عن التنفيذ بدون مبرر، بدء بإخبار الوزير المعني بذلك ومرورا برفع تقرير إلى رئيس الحكومة أو إصدار توصية بمتابعته تأديبيا وانتهاء بالدفع إلى متابعة المسؤول أو الموظف المذكور جنائيا عند الاقتضاء، كما أن موقف المشرع الدستوري ل 29 يوليوز 2011 جاء حاسما بشكل نهائي وواضح عندما أقر هذا التوجه بمقتضى الفصل 126 من دستور المملكة الذي نص على أن الأحكام القضائية النهائية تعتبر ملزمة للجميع وهو المنحى الذي سارت على هديه مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية المرقب في مادته 587 التي أقرت إمكانية إصدار قاضي التنفيذ لغرامة تهديدية في مواجهة شخص القانون العام المنفذ عليه أو المسؤول عن التنفيذ أو هما معا.

وفي نفس السياق صدر الأمر عدد 3262 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2016/08/30 في الملف عدد 2016/7101/3029 القاضي بتحديد غرامة تهديدية في مواجهة رشيد بلمختار بن عبد الله بصفته الشخصية في مبلغ 1000 درهم عن كل يوم تأخير.

وتتير هذه الأوامر عدة ملاحظات، وذلك كالآتي:

- لقد حدد القانون مجال اختصاص القضاء الإداري حيث لا ينعقد له اختصاص البت في نزاع أو مسألة في مواجهة شخص عادي، ومن هذا المنطلق، فإن الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة الشخص الممتنع عن التنفيذ لا يندرج ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، علما بأن الغرامة التهديدية تعد إجراء وقتيا وليس سندا تنفيذيا، ويتعين أن تطلب تصفيتها لتصبح تعويضا

بمقدار الضرر وأهميته بالنسبة لطالب التصفية وهو ما يثير بإلحاح كون الجهة المختصة بالتصفية هي القضاء العادي وليس الإداري، ويؤكد بشكل لا لبس فيه أن تحويل القضاء الإداري نفسه حق البت في المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ هو خروج عن قواعد وضوابط الاختصاص النوعي كما وضعها المشرع، هذه الوجهة من النظر انتهى إليها الأمر عدد 532 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2005/7/15 في الملف الاستعجالي رقم 05/450س¹⁸.

- يحمل هذا الاتجاه الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية أكثر مما يحتمل، لأن هذا الفصل يتحدث عن المنفذ عليه وليس عن الشخص المكلف بالتنفيذ، والفرق واضح بين المفهومين والذمم المالية مستقلة، فالمنفذ عليه ليس سوى محكوم عليه أو خلفه العام أو الخاص باعتبار أن التنفيذ لا يكون إلا في مواجهة هؤلاء الأطراف، وهذا ما يتأكد من خلال مقتضيات الفصل 440 من قانون المسطرة المدنية الذي يشير إلى أن إجراءات التنفيذ تتم في مواجهة المحكوم عليه¹⁹.

- حتى ولو اعتبر امتناع الموظف عن التنفيذ خطأ شخصيا فإنه يجب أن يسائل في إطار المسؤولية التقصيرية وليس على أساس الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية.

- إن الغرامة التهديدية هي وسيلة للإجبار على التنفيذ، إذ جاءت في الباب الثالث من ق.م.م الذي نظم القواعد العامة بشأن التنفيذ الجبري للأحكام، وهي بالتالي إجراء يتم في مواجهة المخاطب بالحكم ولا يمكن أن يمتد لغيره، و بالتالي فإن الشخص الذاتي الذي يعتبر ممثلا لشخص معنوي لا يعبر عن إرادته ولكن يعبر عن إرادة الشخص المعنوي الذي يمثله وأن جميع التصرفات التي يقوم بها كمثل قانوني تنسب إلى الشخص المعنوي العام، فالمساءلة لا يمكن أن توجه إلا ضد الشخص المعنوي العام وليس ضد ممثله القانوني، مادام أن الحكم سند التنفيذ قد صدر في مواجهة المرفق العام وأن تنفيذه يتم من طرف الموظف بصفته المرفقية وليس الشخصية.

- إن مساءلة الأمر بالصرف شخصيا عن واقعة الامتناع يستلزم أن يكون قد صدر عنه تصريح شخصي يفيد عدم التنفيذ، إذ من المعلوم أن المسؤولية الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات، وبالتالي فالقول بصحور فعل الامتناع عن السيد الوزير شخصيا يستدعي إثبات ذلك

¹⁸ اجاء في حثياته هذا الأمر ما يلي:

"حيث إن حاصل طلب المدعية الحكم على السيد المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بصفة شخصية بأداء غرامة تهديدية بمبلغ 5000 درهم عن كل يوم تأخير في تنفيذ حكم صادر لفائدتها.

وحيث انه حقا، وكما جاء في جواب الوكيل القضائي للمملكة، فإن قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية هو جزء من هذه الأخيرة وولايته محدودة بالقدر الذي يدخل أصلا في اختصاصها، وهو بالتالي لا يجوز له إصدار أي إجراء أو أمر إلا إذا كان أصلا في اختصاصها، وهو بالتالي لا يجوز له إصدار أي إجراء أو أمر إلا إذا كان جوهر النزاع مما تختص بالبت فيه نوعيا المحكمة الإدارية، ولما كانت هذه الأخيرة غير مختصة نوعيا بالبت في كل ما يتعلق بالمسؤولية الشخصية للموظفين، فإن تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الموظف بصفة شخصية والتي ستؤول حتما إلى تعويض شخصي في مواجهته، يخرج بدوره عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات الإداري.

وحيث يتعين أمام هذه المعطيات التصريح بعدم اختصاصها النوعي وبإبقاء الصائر على رافعه".

¹⁹ ينص الفصل 440 منق.م.م على ما يلي:

"يبلغ عون التنفيذ إلى الطرف المحكوم عليه، الحكم المكلف بتنفيذه ويعذره بأن يفى بما قضى به الحكم حالا أو بتعريفه بنواياه وذلك داخل أجل لا يتعدى عشرة أيام من تاريخ تقديم طلب التنفيذ.

إذا طلب المدين أجالا أخبر العون الرئيس الذي يأذن بأمر بحجز أموال المدين تحفظيا إذا بدا ذلك ضروريا للمحافظة على حقوق المستفيد من الحكم.

إذا رفض المدين الوفاء أو صرح بعجزه عن ذلك اتخذ عون التنفيذ الإجراءات المقررة في الباب المتعلق بطرق التنفيذ".

بموجب قانوني، ذلك أن مساءلة شخص أجنبي عن الحكم عن عدم التنفيذ لا يكون إلى في حالة استثنائية يثبت فيها أن هذا الأخير كان بمقدوره أن يبادر إلى تنفيذ الحكم وأنه عرقل التنفيذ المذكور عن سبق إصرار وعن نية مبيتة مما يضعه موضع المساءلة والجزاء .

وقد صدرت قرارات استئنافية ألغت الأوامر السالف ذكرها، وعلى سبيل المثال:

-القرار عدد 531 وتاريخ 2015/11/30 في الملف عدد 2015/7202/497 ضم إليه الملف عدد 2015/7202/446 الذي ألغى الأمر الابتدائي عدد 2165 وتاريخ 2015/08/11 ضد السيد فتح الله ولعلو، وجاء في حيثياته أنه:

"حيث صح ما عابه المستأنف على الأمر المستأنف، ذلك أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية يستفاد منها بأن المشرع سن من خلالها مجموعة من الضوابط المؤطرة لتحديد الغرامة التهديدية كوسيلة لحمل المنفذ عليه على التنفيذ والامتثال لقوة الشيء المقضي به، تتمثل في أن يكون محل التنفيذ يتعلق بأداء عمل أو خالف التزاما بعمل، وأن يثبت الامتناع عن التنفيذ في حق المحكوم عليه من طرف من أهله القانون لذلك، وأن يكتسي طابع التعنت غير المؤسس على مبررات معقولة" ليخلص بأن شرط الامتناع عن التنفيذ لم يكن ثابتا ما دام أن الموظف المكلف بالتنفيذ قد صرح بأن المجلس الجماعي قد ألغى القرار المطعون فيه امتثالا للحكم القضائي، مما تبقى معه واقعة الامتناع عن التنفيذ غير ثابتة وفق الضوابط المقررة قانونا لذلك، وطلب تحديد الغرامة التهديدية يكون سابقا لأوانه".

- والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية تحت عدد 642 المؤرخ في 2016/09/28 في الملف عدد 2016/7202/670 الذي أيد الأمر الابتدائي عدد 1683 وتاريخ 2016/06/14 في مبدئه مع تعديله وذلك بجعل الغرامة التهديدية المحكوم بها في مواجهة وزارة الصحة عوض السيد الحسين الوردي بصفته الشخصية، وجاء في حيثياته ما يلي:

"وحيث من جهة ثانية، فإن الحكم القاضي بإلغاء قرار إداري ينشئ التزاما على عاتق الجهة الإدارية مصدرته بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وترتيب الآثار الناتجة عن إلغائه المتمثلة في نازلة الحال في إصدار قرار جديد بقبول استقالة طالبة الأمر الذي يندرج في باب الالتزام بالقيام بعمل وفقا لما هو مشروط بموجب مقتضيات المادة 448 من قانون المسطرة المدنية، ومن ثم فإن امتناع الإدارة المستأنفة عن تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء قرارها غير المشروع برفض طلب استقالة المعنية بالأمر من خلال تدخلها وفق الشكل المذكور منذ تاريخ إعداها بالتنفيذ في 22 مارس 2016، يقوم سببا مبررا لتحديد غرامة تهديدية في مواجهتها كمرقق عمومي يكون هو المخاطب بالتنفيذ، وإليه ينسب الامتناع في شخص من يمثله قانونا أو الموظف الذي انتدبه لهذا الغرض وبقالما جرى عليه العمل القضائي لمحكمة النقض، وطالما لم يصدر عن الممثل القانوني أي موقف يبرز فيه تعنته الشخصي عن تنفيذ الحكم استنادا إلى أسباب ذاتية عديمة الصلة بمهامه الوظيفية في تمثيل إرادة الشخص المعنوي المنفذ عليه، ويثير مسؤوليته الشخصية عن تعمده الإضرار بمصالح طالبة التنفيذ، مما يتعين معه تأييد الأمر المستأنف في مبدئه مع تعديله وذلك بجعل الغرامة التهديدية المحكوم بها في مواجهة وزارة الصحة عوض السيد الحسين الوردي بصفته الشخصية".

-القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية تحت عدد 663 المؤرخ في 2016/09/28 في الملف عدد 2016/7202/687 الذي أيد الأمر الابتدائي عدد 1699 وتاريخ 2016/06/14 في الملف رقم 2016/7101/1648 في مبدئه مع تعديله و ذلك بجعل الغرامة التهديدية المحكوم بها في مواجهة وزارة الصحة عوض السيد الحسين الوردي بصفته الشخصية.

ج- تصفية الغرامة التهديدية:

إذا كانت الغرامة التهديدية تعتبر وسيلة قانونية لحمل الإدارة على التنفيذ فكيف تتم تصفيتها بعد تسجيل امتناع المنفذ عليه على التنفيذ، هل تصفى بإجراء عملية حسابية لمبلغ الغرامة المحدد لضربه في عدد الأيام المشمولة بالامتناع عن التنفيذ بشكل تسلب معه السلطة التقديرية للمحكمة باعتبار أن لها نظام خاص مستقل عن التعويض؟ أم تصفى تلك الغرامة التهديدية في إطار الضرر المترتب عن عدم التنفيذ تبعاً لحجمه وأهميته ونوعه ومداه؟ :

لقد سبق للغرفة المدنية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)²⁰ أن اعتبر في قراره الصادر بتاريخ 14 مارس 1979 أن الغرامة التهديدية تصفى في شكل تعويض مدني بناء على الضرر وحجمه وأهميته ومداه بالنسبة للطالب، وهو يركز في ذلك على نفس المقترضات القانونية المنصوص عليها ب الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية، و هذا ما أكده في قرار حديث صادر بتاريخ 2016/03/24 تحت عدد 2/162 في الملف الإداري عدد 2014/2/4/2393 (قضية المهندس ومن معه) حيث جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث إن الغرامة التهديدية هي وسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه في حالة امتناعه عن ذلك، وان تصفيتها يعني تحويلها على تعويض عن ضرر ناتج عن ذلك الامتناع عن التنفيذ، فإذا ثبت حصول التنفيذ لم يعد للغرامة التهديدية مبرر قانوني كما ان تصفيتها تغدو فاقدة لسندها بعد التنفيذ".

غير أن المحكمة الإدارية بفاس ذهبت في منحنى آخر²¹ حيث اعتبرت أن الغرامة التهديدية تعتبر وسيلة لإكراه المدين على تنفيذ السند القضائي وليس هدفها التعويض عن الأضرار، ولذلك اعتبرت أنه من الواجب فصلها عن التعويض، وقد استنتجت ذلك من تنسيقات الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على تحديد الغرامة والمطالبة بالتعويض لذلك فهي تنفرد بوضع قانوني مميز ولا ينبغي أن تؤول إلى تعويض، وقد كانت الغرامة التهديدية التي طالب المنفذ له بتصفيتها في إطار عملية حسابية خارج قواعد التعويض عن الضرر محددة في مبلغ 500 درهم يومياً وقد حددتها المحكمة من جديد في مبلغ 50 درهم يومياً معللة ذلك بأنه لا يوجد أي مانع قانوني يحول دون تدخل قضاء الموضوع لتحديد مبلغها من جديد متى كان الامتناع ناشئاً في تاريخ لاحق لتاريخ السند المحدد لها، وفي النهاية قامت المحكمة بعملية حسابية لتحكم على الجهة المعنية بالتنفيذ وهي وزارة الشبيبة والرياضة بالمبلغ الناتج عن التصفية، وقد تم تبني هذا الاتجاه بتأييده من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى²². كما قضى المجلس الأعلى في قراره عدد 87 وتاريخ 03 فبراير 2011 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/721 بما يلي:

²⁰ قرار المجلس الأعلى بالملف المدني عدد 56542 تحت رقم 109 بتاريخ 14 مارس 1979

²¹ حكم المحكمة الإدارية بفاس بالملف 01/96 بتاريخ 2002/03/5 غير منشور.

²² قرار الغرفة الإدارية عدد 1100 بتاريخ 3-11-2004 قضية وزارة الأوقاف ضد وزارة الشبيبة والرياضة.

"حيث صح ما نعتة الوسيطتان على القرار المطعون فيه، ذلك ان الفقرة الاخيرة من الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية والمحتج بخرقه قد ميزت بين الغرامة التهديدية والتعويض، وأن القضاء قد درج على اعتبار الغرامة التهديدية أداة لإجبار المدين او المحكوم عليه على تنفيذ التزامه، وأنها في الأخير وسيلة غير مباشرة للتنفيذ الجبري و تهديد مالي تحكمي لا يقاس بالضرر، وأن مقدارها يمكن ان يزيد كلما طالت مدة التأخير في التنفيذ، وفي نازلة الحال فإنه ما دام مقدار هذه الغرامة التهديدية ومدتها قد تم تحديدهما بواسطة حكم نهائي كما هو ثابت من وثائق الملف، وأن امتناع الإدارة عن التنفيذ ثابت هو الآخر من خلال المحاضر المنجزة من طرف ثلاثة مفوضين قضائيين حسب التواريخ 2007/11/14 و 2007/11/23 و 2008/02/13، فإن القرار المطلوب نقضه لما اعتبر خلافا لما ذكر، الغرامة التهديدية مجرد تعويض من جهة، وأنها لا تصفى بما تجمد منها من تاريخ الامتناع دون الأخذ في الاعتبار ما أشير إليه اعلاه، يكون قد جاء خارقا للقانون ومعللا تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه ويعرضه للنقض".

وقد أثار هذا التوجه الأخير مجموعة من التساؤلات حول مدى إمكانية امتداد رقابة المحكمة لتشمل تحديد الغرامة التهديدية المحكوم بها سابقا خارج وسائل الطعن في الأحكام أو إذا كان هذا الاتجاه من شأنه أن يجعل الغرامة التهديدية بالفعل وسيلة حقيقية لإجبار الإدارة على التنفيذ، فهل أن الغرامة التهديدية تعتبر بالفعل ذات نظام خاص مستقل عن التعويض وكيف يكون الحل في حالة تقديم دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ علاوة على طلب تصفيتها في إطار القواعد الواردة بالحكم المذكور ألا يعتبر ذلك من قبيل الازدواج في التعويض عن نفس الضرر.

ثم إن الاتجاه الأول الذي يقول بتصفية الغرامة التهديدية في شكل تعويض بناء على الضرر وأهميته ومداه يبعث على التساؤل حول ما إذا كانت الغرامة التهديدية المحكوم بها تصفى بناء على الضرر الناتج عن الخطأ المرفقي للإدارة الممتنعة عن التنفيذ وأهميته ومداه فما الجدوى من سلوك المسطرة اللازمة لتحديدها والمطالبة بتصفيته مادام أن الاتجاه المذكور يخول اللجوء إلى القضاء مباشرة للمطالبة بالتعويض كذلك تبعا للضرر وأهميته ومداه انطلاقا من اعتبار امتناع الإدارة عن التنفيذ خطأ مرفقيا لذلك، ومع إقرار هذا المنحى يبقى أن تحديد الغرامة التهديدية أمرا زائدا لا فائدة من اللجوء إليه.

واعتقد أنه يمكن الجمع بين الاتجاهين معا باعتبار أن الغرامة التهديدية المحكوم بها تصفى في شكل تعويض بناء على الضرر وأهميته ومداه مع اعتبار تلك الغرامة بالفعل وسيلة إكراه في إطار النظام الخاص بها، والأخذ بعين الاعتبار في احتساب التعويض تعنت المنفذ عليه وإصراره على الامتناع عن التنفيذ كعنصر في احتساب التعويض، وكطرف مشدد للرفع من التعويض. وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض قد تبنت مؤخرا توجهها أكثر تشددا في ما يتعلق بعناصر تقدير الغرامة التهديدية، وذلك في القرار عدد 537 و تاريخ 01 نونبر 2012 في الملف الإداري عدد 2011/2/4/774 و الذي كرس لقاعدة مفادها ما يلي:

"الغرامة التهديدية هي وسيلة لإجبار المنفذ عليه على تنفيذ التزامه، والحكم بها تؤول حين تصفيتها إلى تعويض يحكم به لفائدة المستفيد من التنفيذ، والتعويض المذكور لا يشمل فقط الضرر

الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر في ذلك والذي يمكن المطالبة به في إطار القواعد العامة للمسؤولية دون حاجة إلى المرور عبر مسطرة تحديد الغرامة التهديدية، بل كذلك يجب الأخذ بعين الاعتبار مبلغ الغرامة المحدد في الحكم الأمر بها وتعسف المنفذ عليه وتعنته في التنفيذ، شريطة ألا يكون من شأن تصفية الغرامة التهديدية بشكل كامل أي بضرب قيمته في عدد أيام الامتناع إثراء من المنفذ له على حساب المنفذ عليه، بحيث لا يكون هناك تناسب بين التعويض المحكوم به والحقوق محل التنفيذ والضرر الحاصل عن عدم التنفيذ. والمحكمة لما لم تبرز العناصر المعتمدة من طرفها في تأييدها الحكم المستأنف وفق ما ذكر، يكون قرارها معرضاً للنقض".

تقييم اللجوء إلى الغرامة التهديدية:

ونخلص في نهاية الأمر إلى القول بأن تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به لا يعتبر وسيلة ملائمة وناجعة لإلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها ذلك لأن الغرامة التهديدية تنقلب في نهاية الأمر إلى تعويض، وتنفيذ هذا التعويض في مواجهة الإدارة تعترضه عدة معوقات قانونية وواقعية تتمثل في الإجراءات المعقدة والمساطر الطويلة التي تحددها قواعد المحاسبة العمومية التي تستلزم تدخل عدة سلطات: الأمر بالصرف، المحاسب، الخزينة العامة، إضافة إلى ذلك فهاته المبالغ المالية تعتبر نفقات طارئة لا تدخل في الحساب عند تحديد الميزانية والاعتمادات اللازم رصدها.

المبحث الثاني:

الإشكالات التي يطرحها تنفيذ الأحكام من خلال

مسطرة الحجز بين يدي الغير

تعتبر مسطرة الحجز لدى الغير وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري للأحكام المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية (الفصول من 488 إلى 496)، من أجل إجبار المحكوم عليه على التنفيذ متى ثبت امتناعه عن تنفيذ الحكم الصادر في مواجهته، دون أن يوجد مانع قانوني أو واقعي يبرر هذا الامتناع.

وتتصف مسطرة الحجز لدى الغير بكونها تطال أموال المحكوم عليه الموجودة بين يدي الغير، باعتبار هذا الأخير مديناً للمحكوم عليه بتلك الأموال، ما دام أن القانون المدني يجعل أموال المدين جميعها ضماناً لديونه، ويجيز من ثم إمكانية تتبع الدائن لهذه الأموال ولو كانت بيد الغير وإجباره على تسليمها إياه وعدم أدائها للمحكوم عليه.

وإذا كان المجال الطبيعي لسريان هذه المسطرة هو المجال (الخاص) حيث يتم تطبيقها على أشخاص القانون الخاص دون إشكالات تذكر، فقد برز توجه قضائي في القضاء الإداري يجيز إعمالها في مواجهة أشخاص القانون العام وهكذا تم إيقاع مجموعة من الحجزات بين يدي الخازن العام للمملكة أو الخازن الرئيسي وكذا مجموعة من القباض الجماعيين، الشيء الذي أثار العديد من المنازعات والإشكاليات.

وقد مرت هذه المسطرة في مواجهة الإدارة بعدة مراحل، واتخذ القضاء بشأنها مجموعة من المواقف يمكن تحديد أهمها في الآتي:

أ: الحجز على الحسابات الخصوصية:

تجدر الإشارة في البداية إلى أن المبدأ لدى العمل القضائي كان و ما يزال هو عدم جواز إيقاع الحجز على الأموال العمومية، استنادا على مجموعة من المبررات، وكمثال على ذلك قرار المجلس الأعلى الصادر (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 1992/07/06 بالملف الاجتماعي عدد 8/9902²³ الذي أكد على عدم جواز إيقاع الحجز على أموال الشخص المعنوي العام لافتراض ملاءة ذمته. وكذا القرار الصادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 510 وتاريخ 1996/5/22 والذي أكد على حظر التنفيذ الجبري ضد الإدارة، وأسس ذلك على مبدأ فصل السلط باعتبار أن الإدارة هي وحدها المنوط بها استخدام النفقات العامة في السهر على حاجات المرفق العام، وكذا على مبدأ الاعتماد المالي المسبق المتمثل في عدم إمكانية القيام بأداء نفقات دون وجود اعتمادات موضوعة سلفا بواسطة السلطة المختصة كما أكدت نفس الجهة القضائية هذا التوجه في قرار صادر في تحت عدد 200 المؤرخ في 1999/2/18، وهو التوجه الذي تبنته مجموعة من الأحكام الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة.

وقد استندت هذه القرارات على مجموعة من المبررات للقول و الحكم بعدم جواز الحجز على الأموال العمومية من أهمها أن الحجز يعرقل سير المرفق العام، وأنه يتعارض مع طبيعة الأموال العمومية التي لا تقبل الحجز، كما أن هذه المسطرة تشكل تعديا للقضاء على اختصاص السلطات المخول لها وضع القانون المالي وتنفيذه.

غير أن العمل القضائي خفف من حدة و غلواء هذا المبدأ، وغير توجهه حيث عمد في مجموعة من القضايا إلى توقيع الحجز على الحسابات الخصوصية للإدارة المنفذ عليها. ويبدو أن ما ساهم في تغيير التوجه السابق هو تفاقم معضلة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام الصادر في مواجهتها، وذلك بالرغم مجموعة من الجهود التي بذلت في هذا المجال والتي أسفرت عن تنفيذ العديد من الأحكام التي كانت غير منفذة، وقد جسد إرادة الإدارة في إيجاد حلول لهذه المعضلة منشور السيد الوزير الأول الذي يحث الإدارات على تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها (المنشور عدد 37/98 الصادر بتاريخ 31 غشت 1998 حول تنفيذ الأحكام والقرارات النهائية). ومن بين الحالات الأولى لهذا التوجه تلك التي انصبت على الحساب الخصوصي للطرق التابع لوزارة التجهيز والنقل بعدما اعتبرت هذه الأخيرة ممتنعة عن تنفيذ مجموعة من الأحكام التي سبق أن صدرت في مواجهتها، والمتعلقة بوجوب أداء تعويضات في إطار مسطرة نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة.

وقد وجد القضاء الإداري مبررا للحجز على الحسابات الخصوصية للخزينة في حيثيات القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لدى المجلس الأعلى- سابقا- تحت عدد 556 بتاريخ 1997/5/22 في الملف الإداري عدد 96/1334 والذي اعتبر أن الأموال التي تتشكل منها ذمة المحجوز عليها (وهي مؤسسة عمومية، الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق) على

²³ القرار منشور بمجلة الإشعاع، عدد 8، صفحة 72.

افتراض أنها أموال عمومية لا يمكن الحجز عليها أو مباشرة إجراءات التنفيذ ضدها إلا بكفالة، فإن الإدارة في ميدان نزع الملكية للمنفعة العامة، ترصد مسبقاً أموالاً لتغطية التعويضات الناتجة عن نزع ملكية أراضي الخواص، وهي بذلك تخرج بإرادتها هذه الأموال من ذمتها المالية لتخصصها للتعويض عن نزع الملكية، وبالتالي فإنها تضي عليها صبغة خصوصية وتجعلها قابلة للتنفيذ عليها.

كما أقر المجلس الأعلى في قراره عدد 413 وتاريخ 2008/05/07 في الملف الإداري عدد 06/756²⁴ إمكانية الحجز على أموال المؤسسات العمومية إذا ثبت امتناعها عن التنفيذ، مستندا على الحيثيات التالية:

"إذا كان لا يجوز الحجز على أموال المؤسسات العمومية لكونها مليئة الذمة ولا يخشى عسرها، فإنه إذا ثبت امتناعها عن التنفيذ فملاءة الذمة تصبح غير مجدية، علماً أنه يجوز القيام بالتنفيذ الجبري في مواجهتها نظراً لصفة الإلزام التي تفرضها بحكم القانون الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ ما دام لم يثبت أن له تأثيره على سير المرفق العام".

ولم يقتصر الأمر على المؤسسات العمومية، بل عمم هذا الحكم على الإدارات (الوزارات)، من خلال العديد من الأوامر الصادرة عن مختلف المحاكم الإدارية، وكمثال على ذلك الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2001/3/22 في الملف الاستعجالي رقم 201/04 س²⁵.

وتكرس هذا المنحى بأوامر أخرى صادرة عن نفس المحكمة كالأمر عدد 2 بتاريخ 2002/1/9 في الملف الاستعجالي عدد 2001/192.

وقد استندت هذه الأحكام على مجموعة من المبررات، أهمها أنه يجوز حجز الأموال العمومية متى تم تخصيصها، ومن ثم فإن الحجز على الحساب الخصوصي التابع لأحدى الوزارات جائز لأن الأموال العمومية المرصودة به انتفت عنها صفة العمومية لما خصصت لأداء خدمات معينة.

وقد واجهت الإدارة هذا التوجه من خلال الدفوع المقدمة أمام القضاء، والتي تتمثل أساساً

في ما يأتي:

-ان تبرير جواز الحجز على الأموال العمومية المرصودة لتغطية نفقة معينة بكون هذه الأموال قد خرجت من الذمة المالية للشخص الاعتباري العام وأضيفت عليها صبغة خصوصية هو نسبي، مادام الرصد والتخصيص لا يفقد المال صبغته العمومية، سيما وأن الميزانية العامة برمتها ترصد وتخصص لمواجهة نفقات معينة،

²⁴ منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 71 ص 307.

²⁵ جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي:

"حيث يؤخذ من قرار السيد وزير المالية المضاف للملف، وجواب السيد مدير صندوق الإيداع والتدبير أنه تم رصد مبلغ كتعويض مؤقت عن حيازة مجموع العقار في إطار نزع الملكية وتم إيداعه بصندوق الإيداع والتدبير.

وحيث إن رصد التعويض المذكور من طرف السيد وزير المالية وتخصيصه لأصحاب القطع الأرضية بما فيها الطالب المقرر نزاعها منهم لفائدة المنفعة العامة وإيداعه بصندوق الإيداع والتدبير معناه إخراج تلك الأموال من دائرة الأموال العامة وجعلها أموالاً خاصة مرصودة للتنفيذ، مما يجوز مباشرة الحجز عليها سواء التحفظي أو التنفيذي".

- ان الحسابات الخصوصية إنما هي جزء من مشمولات القانون المالي، ومن ثم فإن الاعتمادات المفتوحة بها إنما هي أموال عمومية مرصودة لأداء خدمة عامة وليست أموالاً خاصة.

- الحجز على حساب خصوصي هو حجز على اعتمادات مفتوحة لأداء نفقات محصورة، مما يشكل عرقلة لأداء هذه النفقات ومن ثم عرقلة لسير المرفق العام،

- تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة أشخاص القانون العام يجب أن يتم في إطار قواعد المحاسبة العمومية التي تضبط مسطرة أداء النفقات وتحصيل المداخيل، وتعتبر قواعدها من النظام العام، ومن ضمن هذه الإجراءات الأساسية، ضرورة صدور أمر بالأداء عن الأمر بالصرف، ووجود اعتماد مفتوح مخصص لأداء صنف النفقة المذكورة .

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنه سبق للمجلس الأعلى في إحدى قضايا الحجز لدى الغير وهو ينظر كجهة استئنافية - قبل إحداث محاكم الاستئناف الإدارية- أن أصدر قراراً يقضي بجواز إيقاع الحجز على أموال مؤسسة عمومية متى كان المبلغ المحجوز أساسه سند يقتضي رصد اعتمادات لأداء الدين المترتب عنه (القرار عدد 560 في الملف الإداري عدد 2004/1/4/2351).

ب: الحجز على الميزانية العامة:

بعدما كان الأمر يقتصر على الحجز على الحسابات الخصوصية بعبء انتفاء صفة المال عنها بعد تخصيصها، ذهب بعض العمل القضائي إلى إجازة الحجز على الميزانية العامة للدولة، ويستند في ذلك على العديد من المبررات، أهمها:

- إن مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العمومية ليس مقرراً إلا لغاية تفادي عرقلة السير العادي للمرفق العام، باعتبار أن هذه الأموال من مستلزمات ممارسة نشاطه، ولكون الدولة مليئة الذمة، وليس لأن أموالها أموالاً عمومية، ما دام لا يوجد نص قانوني يمنع حجزها، ولكن إذا ثبت امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي بدون مبرر فإن ملاءة الذمة المالية تصبح غير مجدية بالنسبة للتنفيذ الذي يرغب فيه من صدر الحكم لفائدته، وفي هذه الحالة يجوز القيام بالتنفيذ الجبري للأموال العمومية، نظراً لصيغة الإلزام التي تفرضها بحكم القانون الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ.

- تطبيق القضاء للمقتضيات القانونية المتعلقة بالحجز لدى الغير لا يعتبر تعد على السلطة التشريعية، لأن ذلك يدخل ضمن مهمته الدستورية.

- من واجب القضاء مواجهة الإدارة في حالة امتناعها بدون مبرر عن تنفيذ حكم صدر في مواجهتها بكافة وسائل التنفيذ الجبرية الممكنة، ولا يعتبر قيامه بذلك تعد على السلطة التنفيذية.

وكمثال على ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية تحت عدد 483 وتاريخ 2016/05/30 في الملف عدد 2016/7202/447 ضم إليه الملف عدد 2016/7202/491 بين وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية ضد وزارة الصحة ومن معها، وجاء في حثيثاته ما يلي:

"وحيث في ما يخص السبب الأخير، المتصل بفساد التعليل لكون المال المحجوز له صيغة عمومية ولا يقبل الحجز، فإن العمل القضائي تواتر على أن قاعدة عدم جواز الاموال العمومية للحجز عليها تجد مجال تطبيقها في الحالة التي يؤدي فيها الحجز إلى عرقلة السير العادي للمرفق

العمومي على أساس أن المبالغ المحجوزة هي مرصودة لنفقات محددة و عليها تتوقف استمراريته في أداء خدماته، وأيضا من منطلق أن أشخاص القانون العام يفترض فيها ملاءة الذمة ولا يخشى عسرها كما يفترض فيها كذلك الرضوخ للأحكام الصادرة ضدها وتنفيذها تجسيدا لمبدأ المشروعية واحترام قوة الشيء المقضي به، وليس باعتبار أن الأموال العامة غير قابلة للحجز ما دام لا يوجد أي نص قانوني صريح يمنع ذلك.

وحيث إنه تبعا لذلك، فإنه في حالة الامتناع من طرف الشخص العام عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضده رغم صيرورته نهائيا ودون وجود مبررات معقولة لذلك الامتناع كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن ملاءة الذمة المشار إليها أعلاه تصبح غير مجدية في التنفيذ الطوعي كما ينتفي معه أي مانع قانوني يحول دون إجراء الحجز على أموال المستأنف لمواجهة الامتناع المذكور طالما لم يقدّم دليل من أوراق الملف على أن إجراءه سوف يترتب عنه تعطيل مهامه المرفقية و عرقلة أداء وظيفة النفع العام المناطة به، مما تبقى معه جميع الأسباب المثارة في استئناف وزارة الصحة والخازن الوزاري لديها غير قائمة على أساس".

وي نفس السياق القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 758 وتاريخ 21 نونبر 2016 في الملف رقم 2016/7202/780 (بين وزارة التربية الوطنية و السيد دريدر السويلم).

و قد واجهت الإدارة هذه التعليقات بمجموعة من المبررات التي تؤكد على مبدأ عدم جواز الحجز على الميزانية العامة، وأهمها ما يلي:

-ان الإقرار بالحجز على الأموال العمومية كمبدأ عام دون قيد أو شرط من شأنه أن يثقل سير مرافق عمومية حساسة وأن يؤدي إلى مشاكل لا يمكن التنبؤ بنتائجها، وفي ذلك خروج عن القاعدة الفقهية "بأن الضرر الأعم يدفع بالضرر الأخف".

- إن عدم قابلية أموال أشخاص القانون العام للحجز تعتبر قاعدة عامة، وقد صنفها محكمة النقض الفرنسية في مرتبة النص القانوني، لتصرح في القرار الذي أصدرته بتاريخ 21 دجنبر 1987 بما يلي:

"بما أن الأمر يتعلق بأموال في ملك أشخاص القانون العام ولو كانت تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا، فإن مبدأ عدم قابلية أموالها للحجز لا يسمح باللجوء إلى طرق التنفيذ الواردة في القانون الخاص".

-وجوب الفصل بين السلط وعدم تعدي السلطة القضائية وهي تصدر أحكامها في إطار القانون على سلطة أو اختصاص هيئة أخرى وأن تصحيح الحجز بما يقتضيه من توجيه اعتماد مفتوح لأداء نفقة غير مقررة يعتبر اعتداء على السلطة التشريعية التي لها اختصاص إصدار القوانين المالية وتعديلها بما يتطلب ذلك من تقرير النفقات ورصد الاعتمادات.

- طبيعة المال العام بوصفه موقوف على أداء النفع العام لا يجعله ضمانا للدائنين كما أنه تحكمه أحكام خاصة به من قبيل عدم جواز التصرف فيه أو تفويته ومن ثم فهذه الطبيعة تتعارض مع إمكانية إيقاع الحجز عليه.

- جميع التشريعات المقارنة التي حاولت وضع تشريعات لمواجهة ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة الأحكام القضائية لم تلجأ إلى إيقاع الحجز على الأموال العمومية لخطورة هذا الوسيلة ولكونها تطال مالا مرصودا ومتوقفا على أداء الخدمة العامة ومن ثم فالمساس به يشكل عرقلة أكيدة لأداء المرفق العام للخدمات المنوطة به.

- الطبيعة التوقعية للميزانية، ذلك أن الاعتمادات المرصودة في اطار القانون المالي هي عبارة عن توقعات بما سيتم تحصيله من مداخيل وان مجال صرف هذه الاعتمادات محدد في النفقات التي قررها القانون المالي، فالأمر لا يتعلق بمبالغ مالية ولا بسيولة نقدية حتى تكون قابلة للحجز بل إن تنفيذ القانون المالي قد يكشف عن تعذر تغطية كامل النفقات المقرر فيتم الغاء بعضها او يتم اللجوء إلى الاستدانة مما يثبت الطابع التوقعي لقانون المالية.

ج: الحجز على حساب الخزينة العامة المفتوح لدى بنك المغرب.

من بين المساطر التي أضحت اللجوء إليها متداولاً هو لجوء المحكوم له إلى مباشرة الحجز على حساب الخزينة العامة للمملكة المفتوح لدى بنك المغرب، بعلّة عدم تنفيذ الخزينة العامة للأحكام القضائية بتصحيح الحجز.

وغالبا ما يكون هذا الحجز مترتبا عن حكم سابق بالمصادقة على حجز لدى الغير بين يدي الخزينة، بمعنى أن الحكم الأصلي سند الحجز كان هو الحكم الذي صدر في مواجهة ادارة واعتبرت ممتنعة عن تنفيذه، فبوشرت في حقها مسطرة الحجز لدى الغير بين يدي الخزينة، ولما لم ينفذ الحكم الأول القاضي بالمصادقة على الحجز أضحت الخزينة هي المخاطبة بالحجز الثاني الذي يتم ايقاعه لدى بنك المغرب.

وقد أثارَت هذه المسألة العديد من الإشكاليات، من بينها مسألة الاختصاص في تصحيح هذا الحجز؟، وهل يختص رئيس المحكمة بصفته هاته للتصديق على الحجز أم بصفته قاضي المستعجلات أم أن الاختصاص في ذلك يرجع لقضاء الموضوع؟: وقد استقر الرأي على القول بأن رئيس المحكمة يختص بصفته هاته للتصديق على الحجز وليس بصفته قاضي المستعجلات على اعتبار أن الحجز والتصديق عليه مما يدخل في إجراءات التنفيذ التي تشرف عليها مؤسسة الرئيس، وهو ما قالت به المحكمة الإدارية بوجدة²⁶، وأقرته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى²⁷ بقولها:

"حيث إنه من الواضح أن الطلب الحالي وإن كان يكتسي صبغة الاستعجال فإن ذلك لا يعني أن الاختصاص قائم لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات، لأن الفصل 494 من قانون المسطرة المدنية ينص على أن الاختصاص للتصديق على الحجز لدى الغير قائم لرئيس المحكمة بصفته هذه لا بصفة قاضي المستعجلات ولا بصفة محكمة موضوع".

²⁶ الأمر السابق قضية توفيق محمد ضد المكتب الوطني للكهرباء.

²⁷ قرار عدد 660 مؤرخ في 4-5-2000 بالملف الإداري 15-1-97 قضية العنصري فاطمة ضد المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي.

وهكذا يتبين بأن العمل القضائي ذهب في العديد من الأوامر إلى الحكم بتصحيح الحجز على حساب الخزينة العامة للمملكة المفتوح لدى بنك المغرب واعتبار الخازن العام منفذا عليه وإمكانية مساءلته شخصيا والحكم عليه بغرامة تهديدية شخصية²⁸.

ومن أمثلة القرارات التي أقرت بإمكانية الحجز على حساب الخزينة العامة للمملكة المفتوح لدى بنك المغرب يمكن الإشارة إلى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 758 وتاريخ 21 نونبر 2016 في الملف رقم 2010/7202/780 والذي جاء في حيثياته ما يلي:

"وحيث من جهة أخرى، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية، يستفاد منه أنه ليس شرطا في صحة الحجز لدى الغير أن تكون العلاقة التي تربط بين المحجوز يديه والمحجوز عليه هي علاقة مديونية، أي لا يشترط أن يكون الطرف الأول مدينا بمبالغ مالية لفائدة الطرف الثاني يمكن الحجز عليها، وإنما فقط أن يكون الغير المحجوز بن يديه حائزا لمبالغ أو مستندات تعود للمحجوز عليه ويصح الحجز عليها من طرف القائم بالحجز والتعرض على تسليمها له ضمانا لاستيفاء دينه منه.

وحيث في نازلة الحال، لئن كان الخازن العام (المحجوز بين يديه) يتولى تدبير ومراقبة الحساب المفتوح باسم رئاسة الحكومة (المحجوز عليها)، إلا أن ممارسته لهذه المهام إنما تكون بصفته المحاسب العام الأسمى وتعطيه حق الاعتراض على استخلاص موارد مالية غير مستحقة أو صرف نفقة غير مبررة رغم صدور قرار بشأنها من طرف الأمر بالصرف، الأمر الذي يعني أنه يمارس صلاحياته باستقلالية تامة عن الولاية المنفذ عليها، وتنتفي معه أية علاقة تبعية تجاهها وبالتالي يجعله ذلك في موقف الغير بالنسبة إليها، يمكن الحجز بين يديه على المبالغ المدرجة في حسابها، طالما أنه يفترض فيها تخصيص اعتمادات مالية كافية لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها.

وحيث إنه من جهة أخرى، فإن قواعد المحاسبة العمومية موضوعة لضبط العلاقة بين الأمر بالصرف والمحاسب العمومي في إطار التدبير الإداري للميزانية، والحال ان الحجز لدى الغير في النازلة أجري بناء على سند تنفيذي في إطار القواعد الخاصة بتنفيذ الاحكام القضائية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ولم يميز المشرع بشأنها بين التنفيذ على الإدارات والتنفيذ على الخواص بموجب الإحالة الواردة في المادة 7 من القانون المحدثة بموجب محاكم إدارية، وبالتالي فإن الأولوية في التطبيق تعطى للنص الخاص الذي ينظم الواقعة، وهو في نازلة

²⁸ وكمثال على هذا الموقف الأخير، القرار الصادر عن محكمة النقض تحت عدد 53 وتاريخ 17/01/2013 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/115 (بين الوكيل القضائي للمملكة و السيد المهندس محمد بن البشير ومن معه) والذي جاء في حيثياته ما يلي:

"لكن حيث إن دعوى المطولين في النقض تنصب على طلب تحديد الغرامة التهديدية التي ينظمها الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية الذي لم يشترط فيها سوى توفر الطالب على سند تنفيذي قابل للتنفيذ وامتناع المحكوم عليه طوعا من تنفيذه، والمحكمة المصدرة للقرار لما تأكدت من وجود امتناع عن التنفيذ صادر عن المحجوز لديه الخازن الرئيسي بعد صدور حكم بصحة الحجز لدى الغير أي صيرورة الخازن الرئيسي مدينا أصليا لا محجوزا لديه غيرا في النزاع الحالي، كان قرارها معللا "

وفي نفس السياق قرار محكمة النقض عدد 566 وتاريخ 19/04/2001 في الملف الإداري عدد 00/919 المنشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2001 صفحة 159.

وكذا القرار عدد 431 وتاريخ 16/04/2008 في الملف التجاري عدد 05/64 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 70 ص 207.

الحال قانون المسطرة المدنية الذي ينظم إجراءات تنفيذ الاحكام القضائية، ومن بينها الاحكام الصادرة في مواجهة اشخاص القانون العام التي تبقى قابلة للتنفيذ الجبري على أموالها سيما أمام عدم وجود نص قانوني آخر يرسى قواعد مخالفة لذلك أو يستبعد الحجز لدى الغير على الاعتمادات الراجعة إلى قطاع وزاري بعينه (قرار محكمة النقض عدد 74 الصادر بتاريخ 31 يناير 2013 في الملف الإداري عدد 2010/1/4/448) مما يتعين معه استبعاد السبب المثار بهذا الشأن".

وبشكل هذا التوجه الأخير موقفا خطيرا على مالية الدولة على اعتبار أن هذا الحساب تؤدي منه نفقات استعجالية وسيادية وضرورية كأجور الموظفين ونفقات خدمة الدين العمومي... إلخ. وقد واجهت الوكالة القضائية للمملكة هذا التوجه الأخير بمجموعة من المبررات، معتبرة أنه لا يمكن اعتبار الخازن الوزاري منفذا عليه، ذلك أن الفقه حدد طبيعة العلاقة التي يجب أن تجمع المحجوز عليه مع الغير (المراد إجراء الحجز بين يديه) حتى يتأتى توقيع هذا الحجز. وفي هذا الصدد نجد الأستاذ الفكهاني في مؤلفه التعليق على قانون المسطرة المدنية يؤكد على ما يلي:

"المحجوز بين يديه "الغير" وهو المدين الأصلي والمقصود بالغير فيما يتعلق بحجز ما للمدين لدى الغير هو الشخص الذي تكون له على الشيء سلطة خاصة تجعل له حيازة مستقلة عن حيازة المدين...، فضلا عما تقدم يجب أن تكون علاقة الدائنية قائمة بين المحجوز عليه والمحجوز بين يديه علاقة مباشرة، بمعنى أن يكون المحجوز لديه مدينا للمحجوز عليه، وبمعنى آخر أن يكون الحق الخاص بالمحجوز عليه لدى المحجوز لديه يدخل بطريق مباشر في الضمان العام الأول حتى ولو تسلسل المحجوز لديهم. بالمثل لا يجوز الحجز لدى الغير على المبالغ والأشياء الموضوعة في خزانة يستأجرها المحجوز عليه في أحد البنوك، إذ أن البنك فضلا عن أنه مكري هذه الخزانة فإنه لا يعتبر مدينا لما فيها، ومن ثم فلا يعد البنك من الغير ممن يجوز الحجز بين يديه".

وبالتالي فلا يمكن أن يعتبر الخازن الوزاري، باعتباره محاسبا، بمثابة الغير الذي يجوز الحجز بين يديه على أموال لدائنه تتواجد في حيازته للاعتبارات التالية:

- الخازن الوزاري ليس هو الجهة التي عهد اليها بتدبير اعتمادات المرصودة لفائدة الإدارة المعنية.

- المحاسب لا يتوفر بين يديه على أية أموال نقدية لأنه مكلف فقط بتنفيذ أداء نفقات وتحصيل المداخل المصادق عليه من طرف البرلمان في إطار مناقشة القانون المالي السنوي.

- المحاسب لا يحوز أموال الإدارة بوصفه مدينا بها أو حارسا عليها بل يقوم بتدبير ميزانيتها استخلاصا و أداء وفقا للقانون المالي والمحاسبي ولا يستطيع أن يغيرها أو يعدلها أو يعطي من تلقاء نفسه أوامر بالدفع لفائدة شخص أو يؤدي دينا دون سند تنفيذي صادر عن الأمر بالصرف.

- المحاسب ليس شخصا مستقلا بذاته وليس من الأغيار في علاقته بصرف أموال الإدارة بل هو جزء من آليات تنفيذ وصرف تلك النفقات.

وبالنظر إلى هذه الخصوصيات وتمايز صفة المحاسب وعلاقته بالمحجوز عليه عن تلك الواردة بين الغير المنصوص عليه في الفصل 494 من قانون المسطرة المدنية فإن ذلك يؤدي إلى القول بتعذر تطبيق هذا الفصل على نازلة الحال لعدم تحقق شروطه وعلى رأسها علاقة المديونية بين المدين (المحجوز عليه) والمحجوز بين يديه، والذي يعتبر مبرر اللجوء إلى هذه المسطرة كإجراء تنفيذي يحل فيه المحجوز بين يديه محل المحجوز عليه في أداء الدين بشكل يبرأ ذمته في حدود الدين المحجوز وفقا لما نص عليه الفصل 495 من قانون المسطرة المدنية. كما يمكن الإشارة إلى إشكال محاسبي يتمثل في ازدواجية التنفيذ، حيث تسلك الإدارة المعنية بالتنفيذ الإجراءات الإدارية لرصد المبالغ المالية لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية، وعند إتمام هذه الإجراءات تفاجأ بكون المعني بالأمر قد نفذ الحكم بمباشرة الإجراءات في مواجهة حساب الخزينة العامة للمملكة المفتوح لدى بنك المغرب، مما يخلق إشكالا محاسبيا للإدارة المعنية بالتنفيذ والتي رصدت المبلغ المالي لتنفيذ حكم قضائي بعينه.

وبالرغم من ذلك فقد أفرز هذا التوجه القضائي الأخير موقفا حاسما من طرف مصالح الخزينة العامة للمملكة يقضي بتنفيذ جميع الأحكام الصادرة في إطار مسطرة الحجز متى أصبحت نهائية، وهو التوجه الذي كرسه المنشور الصادر عن السيد رئيس الحكومة حول تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام تحت عدد 2015/12 وتاريخ 19 غشت 2015.

و كخلاصة يمكن القول بأن القضاء قد تدرج في ما يتعلق بالحجز، ففي البداية كان هناك اجتهاد قار في القضاء ينص على عدم جواز إيقاع الحجز على الأموال العمومية، ثم استقر بعد ذلك على إمكانية اقتصار الحجز على الحسابات الخصوصية، وفي مرحلة ثالثة أضحي توجه القضاء الإداري بحيز الحجز على الميزانية العامة للدولة على اعتبار انه ليس هناك نص يحظر الحجز على الأموال العمومية، وعلى اعتبار أن الامتناع عن التنفيذ يجعل ملاءة ذمة الإدارة كمبرر لعدم الحجز عليها مبررا متجاوزا، وفي مرحلة أخيرة صدرت أحكام بتصحيح الحجز على حساب الخزينة العامة للمملكة المفتوح لدى بنك المغرب واعتبار الخازن العام منفذا عليه وإمكانية الحكم عليه بغرامة تهديدية شخصية.

وهذا التوجه القضائي، إن لم يمارس بكيفية معقلنة تراعي التوازن بين الصالح العام وبين تنفيذ الأحكام القضائية النهائية لفائدة الملزم، فإن ذلك يكون له انعكاسات على التوازن المالي للدولة، ومن شأنه أن يؤدي إلى تعطيل تنفيذ قوانين المالية، وبالتالي تعطيل المرافق العمومية مما يترتب عن ذلك من تعطيل انتفاع المواطنين من خدماتها. لذا يستحسن أن تتبع في شأن التنفيذ سياسة قضائية مرنة تراعي مبدأ التوازن بين الحقوق الخاصة و الصالح العام.

المقترحات:

في الختام يمكن الإدلاء بمجموعة من المقترحات حول هذا الموضوع وذلك كالآتي:

- 1- أن تكون صياغة منطوقات الأحكام القضائية واضحة وغير مشوبة بأي غموض أو إجمال وأن تحدد بها كيفية التنفيذ، خصوصا في المجال المتعلق بتسوية الوضعية الإدارية والمالية،
- 2- تحديد المنفذ عليه بشكل واضح بمنطوق الحكم،
- 3- صياغة محاضر التنفيذ بشكل دقيق ومفصل، على أن يترك للقضاء السلطة التقديرية في تكييف التصريحات الواردة في تلك المحاضر لاستخلاص الامتناع أو عدم الامتناع عن التنفيذ،

4- يستحسن أن يتم رصد اعتمادات مالية كافية بالسطر المتعلق بتنفيذ الأحكام بالميزانية الفرعية، يكون غير قابل للتحويل ويأخذ بعين الاعتبار في تحديد الاعتمادات المرصودة إليه حاصل الأحكام الصادرة في مواجهة الدولة والدعاوى الجارية ضدها أمام القضاء، وأن تكون تلك الاعتمادات مبنية على تقديرات حقيقية وواقعية تشكل ضمانا لتنفيذ الأحكام القضائية في ضوء المبادئ المقررة بقانون المحاسبة العمومية بين الأمر بالصرف و المحاسب، على ان يتم التنفيذ في ضوئها على مراحل لتدارك تراكم الاحكام القضائية غير المنفذة خلال السنوات السابقة؛

5- يستحسن إدخال تعديل على قواعد المسطرة المدنية وتخصيص باب مستقل يتعلق بتنفيذ الاحكام القضائية في مواجهة اشخاص القانون العام يأخذ بعين الاعتبار الترتيب الإدارية الواجب إعمالها في التنفيذ وأجالها، كما هي منصوص عليها بقواعد المحاسبة مع التخصيص على إمكانية تجزئ التنفيذ وتحديد أجل التنفيذ في سنة ابتداء من تاريخ الإصدار بالتنفيذ من جهة ومسألة التوفيق بين إلزامية تنفيذ الاحكام القضائية النهائية وعدم تعطيل وظيفة النفع العام الملقاة على عاتق المرافق من جهة أخرى؛

6- لتدارك الإشكال المتعلق بالاختصاص النوعي للبت في قضايا تحديد الغرامة التهديدية بين القضاء العادي و القضاء الإداري بناء على الخطأ الشخصي، يستحسن تنظيم هذه المسألة ضمن الباب المتعلق بالتنفيذ مع التخصيص على ضوابط هذا التحديد سواء في مواجهة اشخاص القانون العام أو الاشخاص الذاتيين في إطار تعديل مقتضيات المادة 8 من القانون رقم 90/41 ليشمل اختصاص القضاء الإداري كلا من الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي المرتكب في إطاره، مع بيان عناصر تحديد هاته الغرامة بكل دقة وكذا كيفية تصفيتها والحرص على تحديد الغرامة الشخصية في حق الأمر بالصرف أو المحاسب، متى كانت إمكانية التنفيذ قائمة وثبت امتناع المنفذ عليه بدون مبرر معقول عن التنفيذ، على أن يتم التخصيص على تصفيتها بمراعاة طابعها الجزائي والتعويض.

7- تعديل المادة 361 من ق م م مع التخصيص على أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في النزاعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، ضمانا لحماية المال العام؛

8- التخصيص على منع الحجز على الأموال اللازمة لسير المرفق العمومي بانتظام واضطراد؛
9- يلاحظ ان جل الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة تتعلق بقضايا الاعتداء المادي على الملكية العقارية، وتقاديا لهذا الإشكال وباعتبار ان الإدارة تنفذ المنفعة العامة على العقار المعتدى عليه بواسطة آليات قانونية و هي عقود الصفقات، نقترح للحيلولة دون ممارسة الاعتداء المادي، عدم التأشير على عقد الصفقة العمومية من طرف المصالح المالية المختصة إلا بعد معاينة تصفية الوضعية القانونية للعقار.

كانت هذه مجموعة من المقترحات النابعة من الاحتكاك المباشر مع ملفات منازعات الإدارة و من الاطلاع على توجهات العمل القضائي في هذا الموضوع، و التي تروم إيجاد حلول نابعة من هاجس خلق التوازن بين مبدأ ضرورة تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، و بينمتطلبات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وانتفاع المواطنين بخدmatها دون تعطيل أو عرقلة.

مستجدات تنفيذ أحكام القضاء الإداري

ذ. مصطفى سيمو

رئيس المحكمة الإدارية بالرباط

السيدات و السادة الأفاضل

أود بداية أن أتوجه بجزيل الشكر للمنظمين على إتاحة الفرصة لي اليوم للحضور و المشاركة في هذه الندوة الهامة والناجحة التي أعتبرها بمثابة امتداد للنقاشات العلمية الرفيعة التي عرفها الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، كما أشكرهم أيضا على تخصيص أحد محاور الندوة الثلاثة لهذا الموضوع بالذات الذي يهم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، فهو موضوع الساعة بامتياز، و هو أيضا يصب في صميم الانشغالات اليومية للمحكمة الإدارية بالرباط التي أتشرف حاليا برئاستها، باعتبارها محكمة تنفيذ على الصعيد الوطني.....

لن أكرر اليوم نفس الحديث الذي نردده جميعا و دائما حول أهمية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية أو عن علاقة ذلك بأحكام الدستور أو بتكريس مفهوم دولة الحق و القانون أو مبدأ استقلال القضاء أو ضمان الأمن القضائي أو تحفيز الاستثمار أو غير ذلك ..، فهذا كلام لفرط ما قيل و تكرر من دون أن يفرز نتائج يلمسها المواطن و المتقاضي، أصبح لازمة ثقيلة ومستهلكة لا يمكن لتريدها إلا أن يصيب المستمع بالعزوف و الملل، بل و تحول إلى مجرد شعارات موسمية فضفاضة نسوقها و نتغنى بها من حين لآخر ثم سرعان ما تخفت هذه الشعارات و يلفها النسيان، و قد ساهم في ذلك أن عملنا القضائي - وهذا يمكن اعتباره من باب النقد الذاتي - كان في كثير من الأحيان و ليس في جميعها طبعاً، كان ينأى عن ممارسة كامل صلاحياته في هذا الباب، مقدما المسوغات تلو المسوغات لتبرير عدم اضطراره بكامل مسؤولياته في هذا المجال وفق ما يخوله له القانون، علما أن هذه المسؤوليات لا تتجسد في أكثر من مجرد الحرص على الإيصال الفعلي للحقوق إلى أصحابها. وبذلك فإنني أستطيع أن أجزم اليوم بأن المسؤولية عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية لم تكن ترجع للإدارة فحسب، بل تتحملها نحن القضاة بالدرجة الأولى .

بيد أنني أعتقد جازما أن التوجيهات الملكية السامية الواضحة والمباشرة الواردة في الخطاب التاريخي لعاهل البلاد وقاضيها الأول صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله و أيده بمناسبة افتتاح الدورة التشريعية الأخيرة، لا بد أن وقعها سيضع حدا لهذه المقاربة غير الفعالة في تعاطي السلطات المعنية مع مسألة تنفيذ الأحكام القضائية، هذا الخطاب الذي تضمن تشريحا دقيقا لظاهرة التقاعس في تنفيذ الأحكام القضائية، أرى من المفيد جدا تلاوة فقرات منه على أسماع حضراتكم، حيث جاء فيه ما يلي :

" كما أن المواطن يشتكي بكثرة، من طول و تعقيد المساطر القضائية، ومن عدم تنفيذ الأحكام، وخاصة في مواجهة الإدارة.

فمن غير المفهوم أن تسلب الإدارة للمواطن حقوقه، وهي التي يجب أن تصونها وتدافع عنها. وكيف لمسؤول أن يعرقل حصوله عليها وقد صدر بشأنها حكم قضائي نهائي؟ كما أنه من غير المعقول، أن لا تقوم الإدارة حتى بتسديد ما بذمتها من ديون للمقاولات الصغرى والمتوسطة، بدل دعمها وتشجيعها، اعتبارا لدورها الهام في التنمية والتشغيل." انتهى النطق الملكي السامي.

وهكذا يتبين من القراءة المتأنية للفقرة الأولى أعلاه، أن المآخذ التي تضمنها الخطاب الملكي السامي، ليست موجهة فقط إلى السلطة التنفيذية، بل إنها تعني جميع الجهات المتدخلة في عملية تنفيذ الأحكام الإدارية و على رأسها السلطة القضائية، وذلك من منطلق أن المشرع، وخلافا لما يمكن أن يعتقد البعض، قد خول فعلا للقضاء جميع الأدوات والصلاحيات اللازمة لتمكينه من تنفيذ أحكامه، وسواء كانت هذه الأحكام صادرة ضد الإدارة أو في مواجهة غيرها، و بما لم يدع أي مبرر بعد ذلك لأن يبقى القضاء في ظل هذه النصوص القانونية المتاحة، مكتوف الأيدي و مستسلما أمام ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام القضائية.

وقد كان يبدو للبعض أن إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في المغرب تنطلق من غياب مسطرة خاصة بتنفيذ هذه الأحكام، ما دام أن قانون المحاكم الإدارية الذي اكتفى بوضع مادة فريدة في ميدان التنفيذ، هي المادة 49 التي تنص على أن التنفيذ يتم بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، لا يتضمن مسطرة خاصة بالتنفيذ، وأن هذا القانون وإن أحال إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية إلا أن هذا الأخير لم يتضمن مقتضيات خاصة بالتنفيذ في مواجهة أشخاص القانون العام. إلا أن أحكام قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بالتنفيذ تبقى واجبة التطبيق لأنها لم تميز الإدارة عن باقي المنفذ عليهم وبالتالي لا يمكن أن تطبق أحكام قانون المسطرة المدنية في حالات ونعطلها في حالات أخرى فإعمال النص أولى من إهماله كما يقال.

و في الواقع، فإذا كان من الواجب الاعتراف بالدور الإيجابي الذي لعبه مسؤولو بعض الإدارات وأشخاص القانون العام في مجال التنفيذ التلقائي للأحكام القضائية النهائية الصادرة ضد مؤسساتهم لدرجة أصبحت معها هاته الإدارات نماذج في هذا الباب....، إلا أن مثل هذه الحالات كانت تبقى نسبيا محدودة، وفي الغالب أن التنفيذ لم يكن يتم إلا بعد تحرير محاضر بامتناع الإدارة عن التنفيذ ثم اللجوء في مواجهتها إلى إجراءات التنفيذ الجبري.

و غالبا ما يكون عدم التنفيذ ناتجا عن موقف سلبي من قبل الإدارة لكن غير صريح، بحيث تقوم الإدارة بتفادي التنفيذ عبر النذرع بصعوبات قانونية أو مسطرية أو واقعية واهية وغير جدية أو عبر التراخي في التنفيذ أو من خلال تنفيذ الحكم بشكل معيب أو ناقص، و يتم في هذه الحالات استنتاج امتناعها عن التنفيذ حسب المفهوم الذي أورده المشرع في الفصل 460 من قانون المسطرة المدنية، وأحيانا قد ترفض الإدارة تنفيذ الحكم بشكل صريح، إلا أن هذا النوع من الامتناع نادر الوقوع، ولهذا فإنني لا أتفق مع توجه قضائي يعتبر أن امتناع الإدارة عن التنفيذ ينبغي أن يكون صريحا و صادرا عن رئيس الإدارة بصورة شخصية تحت طائلة عدم الاعتراف بهذا الامتناع وتبعا لذلك عدم المصادقة على الحجز لدى الغير أو عدم الحكم بغرامة تهديدية،

والحال أن الامتناع بهذا المفهوم ليس ضروريا، كما أن التصديق على الحجز لدى الغير لا يتوقف قانونا على تحقق امتناع عن التنفيذ، بل على وجود سند تنفيذي لم يدل المدين بما يثبت براءة ذمته منه...

إذن فما هي إجراءات التنفيذ الجبري التي ينبغي اللجوء إليها في مواجهة الإدارة؟ وما هي الإجراءات غير الجبرية البديلة التي قد يتم من خلالها التوصل إلى تنفيذ الأحكام؟

أولا: إجراءات التنفيذ الجبري:

إذن رغم عدم وجود نص خاص بإجراءات التنفيذ في مواجهة أشخاص القانون العام، و في انتظار القانون الجديد المرتقب للمسطرة المدنية، فإنه يمكن أو على الأصح يجب ولا شيء يمنع من اللجوء إلى القواعد العامة الحالية للتنفيذ الجبري، و التي تتيح القيام بما يلي :

1- الحجز على المنقولات، وقد سارت المحكمة الإدارية بالرباط مؤخرا في اتجاه تلافي إيقاع و اعتماد هذا النوع من الحجزات لكونها غالبا ما تنصب على أدوات العمل بمفهوم الفصل 458 من قانون المسطرة المدنية والتي يحظر حجزها (سيارات و حافلات نقل الموظفين، تجهيزات المكاتب، شاحنات نقل النفايات أو آلات تنفيذ الأشغال العمومية..)، بل إنه تم اعتبار من خلال أحد الأحكام أن وسائل نقل الموظفين تعتبر من بين مجسدت المزايا المكتملة للأجر بالنسبة لهذه الفئة وبالتالي فحجزها فيه مساس بزمهم المالية كأغيار.

2- الحجز على العقارات التي تملكها الإدارات أو الجماعات إذا لم تكن قد أقيمت فوقها منشآت للمنفعة العامة، و قد تم لدى المحكمة الإدارية بالرباط حجز عقار يدخل ضمن أملاك الدولة الخاصة تنفيذا لحكم بالأداء في مواجهة الدولة - قطاع التربية الوطنية، و كانت هذه المسطرة مجدية في الإجبار على التنفيذ.

3- الحجز لدى الغير، الفصول 488 وما يليه من قانون المسطرة المدنية، وقد استقر العمل القضائي على جواز الحجز على اعتمادات الإدارات لدى الخزينة العامة لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، وفي حال امتناع هذه الأخيرة عن تحويل المبالغ المحجوزة بعد المصادقة على الحجز يتم إيقاع حجز على حسابها لدى مؤسسة بنك المغرب، ويتعين في هذا الباب الإشادة بالموقف الإيجابي لمؤسسة بنك المغرب و بعدها الخزينة العامة، و دور منشور رئيس الحكومة في تيسير تحويل الأموال المحجوزة مباشرة من الخزينة العامة.

4- الغرامة التهديدية الفصل 448 ضد الإدارة أو ضد المسؤول، وقد استقر العمل القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط في هذا الباب على إرساء ما يلي:

- أن تحديد الغرامة التهديدية على تنفيذ الأحكام القضائية النهائية القاضية بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، يكون في مواجهة الممتنع عن التنفيذ، الذي أسماه الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية "المنفذ عليه" وليس "المحكوم عليه" وهي عبارة يتجاوز معناها شخص هذا الأخير لتتسع لكل من يقوم مقامه في التنفيذ، ويندرج ضمن هذا المفهوم بالطبع، ممثل الشخص

المعنوي العام المحكوم عليه، شرط أن يكون امتناعه عن التنفيذ غير مبرر حسبما يستشف من عبارة " إذا رفض المنفذ عليه " التي وردت في هذا المقتضى القانوني، كما أن الاختصاص في تحديد الغرامة يبقى منعقدا أيضا في هذه الحالة لرئيس المحكمة الإدارية طالما أنه هو المشرف على التنفيذ.

- أن موقف المشرع الدستوري ل 29 يوليوز 2011 جاء حاسما بشكل نهائي وواضح عندما أقر هذا التوجه بمقتضى الفصل 126 من دستور المملكة الذي نص على أن الأحكام القضائية النهائية تعتبر ملزمة للجميع، وهو المنحى الذي سارت على هديه مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية المرتقب في مادته 587 التي أقرت إمكانية إصدار قاضي التنفيذ لغرامة تهديدية في مواجهة شخص القانون العام المنفذ عليه أو المسؤول عن التنفيذ أو هما معا.

هذا الاتجاه تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بمقتضى قرارها الصادر في قضية محمد العطاوي ضد رئيس جماعة تونفيت تأييدا لحكم صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بمكناس، كما أن محكمة النقض سبق لها تأييد حكم مماثل لرئيس المحكمة الإدارية بالرباط ضد وزير الصحة من زاوية الاختصاص النوعي بعدما تقدم الوكيل القضائي للمملكة بطعن بالاستئناف بهذا الخصوص.

ثانيا: - الإجراءات البديلة:

الاجتماعات القطاعية.. وهي اجتماعات تتم برعاية وزارة العدل و الحريات :

فتحت إشراف وزير العدل والحريات، جرت العادة أن يقوم رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بالدعوة على امتداد الأشهر الثلاثة الأخيرة من كل سنة، لحضور اجتماعات مع جميع القطاعات الوزارية المعنية بعملية التنفيذ والوكالة القضائية للمملكة، تتم هذه الاجتماعات بمقر الوزارة، و الغاية منها تدليل الصعوبات ورفع العراقيل التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارات العمومية برسم السنة الجارية.

لابد من الإشارة أيضا إلى أن تعيين قاض مكلف بالتنفيذ خلال افتتاح السنة القضائية 2015 مع جعله متفرغا لهذه المهمة أعطى قيمة مضافة للتنفيذ، حيث لا شك أن ذلك ساهم وسيساهم في إعادة هيكلة قسم التنفيذ على أسس تروم تحقيق النجاعة عبر إعادة تنظيم وتغيير أسلوب العمل به، مع إتاحة إمكانية تواصل جميع المتدخلين معه والرجوع إليه من أجل إيجاد حلول لبعض الإشكاليات التي قد تثار على مستوى تنفيذ الأحكام والتي تتطلب في كثير من الأحيان التدخل الفوري.

وفي هذا الإطار، تم إشعار هيئات المحامين وجميع ممثلي القطاعات الوزارية أن باب التواصل مع المحكمة الإدارية بالرباط سيبقى مفتوحا باستمرار وعلى مدار السنة كلما دعت الضرورة إلى ذلك لتدليل الصعاب التي تعترض عملية التنفيذ وإيجاد الحلول الناجعة بما يتلاءم وصيانة الحقوق في ظل المشروعية.

- المواكبة المستمرة لوزارة العدل و الحريات سواء على مستوى مؤسسة الوزير.. أو مديرية الشؤون المدنية ولمؤسسة وسيط المملكة.

- الاتفاقيات الأخيرة التي تم توقيعها مع بعض أشخاص القانون العام:

لما كان التنفيذ في مواجهة أشخاص القانون العام يستتبع في كثير من الأحيان اللجوء إلى بعض إجراءات التنفيذ الجبري التي تبقى على أهميتها وقانونيتها، ذات تأثير بالغ على المصلحة العامة وخصوصا منها إجراءات الحجز على اعتمادات الإدارة لدى الخزينة العامة للمملكة وغيرها والتي قد تحدث ارتباكا في تسيير المرفق العمومي. فإن عددا مهما من الإدارات و المؤسسات العمومية كجهة منفذ عليها لها ملفات تنفيذ مفتوحة في مواجهتها بالمحكمة الإدارية بالرباط، استجابت بإرادة كبيرة لفكرة توقيع التزامات كتابية بتنفيذ الأحكام القضائية التي لا تزال قيد مسطرة التنفيذ في ظل جدولة زمنية واضحة محددة بمقتضى اتفاقيات الغاية منها تحقيق الموازنة بين حقوق طالبي التنفيذ وبين ضرورة تأمين حسن سير المرفق العام الذي تشرف عليه الإدارة.

وتجد هذه الاتفاقيات سندها وصفة موقعيها في مقتضيات الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على ما يلي: " إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد، لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء، ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة، وذلك ما لم يتفق على خلافه إلا إذا تعلق الأمر بالكمبيالات.

مع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".

وتنص المادة الأولى من هذه الاتفاقيات على أن القضايا المعنية بها هي جميع أحكام دعاوى الموضوع المرتبطة بالأداء والتعويض والإلغاء دون القضايا الإستعجالية أو قضايا إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية والديون العمومية.

و بمقتضى المادة الثانية، تلتزم الجهة المنفذ عليها، بخصوص ملفات التنفيذ التي تم إرسال إعدار بالتنفيذ بشأنها قبل تاريخ توقيع هذه الاتفاقية، بتنفيذ الأحكام المذيلة بالصيغة التنفيذية المتعلقة بها داخل أجل ستة أشهر بالنسبة للإدارات و ثلاثة أشهر بالنسبة للمؤسسات العمومية و شركات الدولة ابتداء من تاريخ هذا التوقيع، ويبقى هذا الأجل قابلا للتמיד عند الاقتضاء بطلب من المنفذ عليها وموافقة رئيس المحكمة بعد تأكده من جدية التنفيذ .

أما بالنسبة لملفات التنفيذ الجديدة، فقد جاء في المادة الثالثة أن الجهة المشرفة على التنفيذ تقوم بمراسلة الجهة المنفذ عليها بواسطة مراسلة إدارية عادية مرفقة بنسخة تنفيذية للحكم موضوع طلب التنفيذ تبين فتح ملف تنفيذي جديد بالمحكمة. وتلتزم الجهة المنفذ عليها تبعا لذلك بتنفيذ الأحكام المذيلة بالصيغة التنفيذية المتعلقة بها داخل نفس الأجل المتفق عليه في المادة

الثانية تبتدى من تاريخ توصلها بالمراسلة المذكورة، ويبقى هذا الأجل قابلاً للتمديد عند الاقتضاء بطلب من المنفذ عليها وموافقة رئيس المحكمة بعد تأكده من جدية التنفيذ .

وبالطبع، ولتحقيق الغاية من الاتفاقية، نصت المادة الرابعة منها على توقف جميع مساطر التنفيذ غير الرضائية خلال الأجل المشار إليه خاصة ما يتعلق بالحجوزات والغرامات التهديدية وباقي المساطر المختلفة، وسواء كانت المساطر راجعة بين يدي مأموري إجراءات التنفيذ أو المفوضين القضائيين، إلا أن طلبات إيقاف التنفيذ أمام محكمة النقض أو الرامية إلى إثارة صعوبة في التنفيذ أو إلى إيقاف التنفيذ المعجل، لا يمكنها إيقاف الأجل المنصوص عليه في هذه الاتفاقية إلا في حال صدور قرار قضائي يقضي بإيقاف التنفيذ، إلا أنه في حال انصرام الأجل المذكور دون البت في هذه الطلبات من طرف الجهات القضائية المختصة، فإن التنفيذ يبقى متوقفاً إلى حين هذا البت، وذلك حسبما ورد في المادة الخامسة من الاتفاقية.

ولتمكين المحكمة من تتبع حسن تنفيذ الاتفاقية، نصت المادة السادسة منها على إلزام الجهة المنفذ عليها بإخبار الجهة المشرفة على التنفيذ فور كل عملية تصفية لملف تنفيذي من طرفها، سواء تم ذلك عن طريق الصلح أو أي طريقة أخرى.

وكجزء على إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها، نصت المادة السابعة على الرجوع إلى إجراءات التنفيذ الجبري في كل حكم تبين أن الجهة المنفذ عليها لم تبادر إلى تنفيذه داخل المدة المتفق عليها والمدد المضافة عند الاقتضاء. وعلى اعتبار الاتفاقية لاغية في حال حصول تراخي لخمس مرات متكررة بقيت كلها بدون تسوية بعد منح أجل ثاني للمنفذ عليها في كل حالة من هذه الحالات لا يتجاوز 15 يوماً بمقتضى رسالة تذكيرية ثانية.

و حسب المادة الثامنة والأخيرة من الاتفاقية، فإن دخول الاتفاقية حيز التنفيذ يكون ابتداء من اليوم الموالي لتوقيعها.

ولحد الآن، تم توقيع اتفاقيات بهذا الخصوص مع الجهات التالية :

- وزارة التربية الوطنية.
- الوزارة المنتدبة لدى وزارة الطاقة المكلفة بالماء.
- صندوق التقاعد و التأمين.
- وكالة تهيئة ضفتي أبي رقرق.
- النظام الجماعي لمنح رواتب التقاعد.
- وزارة التجهيز و النقل.
- المكتب الوطني للسكك الحديدية.
- جماعة الرباط.
- جماعة وزان.
- مكتب السكنى العسكرية.

وخلال الأسبوع المقبل، سيتم بحول الله توقيع اتفاقيات مماثلة مع كل من المديرية العامة للضرائب ومؤسسة العمران والوكالة الخاصة طنجة المتوسط، مع فارق يتمثل بالنسبة لإدارة الضرائب في كون السيد المدير العام لهذه الأخيرة أصر على ألا يتجاوز أجل التنفيذ الممنوح لإدارته بمقتضى الاتفاقية مدة 30 يوما.

وتتجلى أهمية هذه الاتفاقيات في أن جميع أطراف عملية التنفيذ والجهات المتدخلة فيها ستستفيد منها: تخفيف العبء على الإدارة- على طالب التنفيذ ودفاعه خصوصا عند بعد المسافة - المحكمة : ضعف وقلة الموارد البشرية - الخزينة العامة و بنك المغرب..

لقد حرصنا على أن تحظى هذه الاتفاقيات بتغطية إعلامية واسعة إيماننا بأن التحسيس ودور الإعلام بصفة عامة يبقى من أهم أسباب نجاح مثل هذه المبادرات التي وإن كانت قد لقيت ترحيبا من لدن جميع الجهات المعنية بها فيما يشبه الإجماع، فهناك بالمقابل من عبر عن بعض التخوفات والتحفظات إزاءها، ولذلك فإنني أبقى رهن إشارة السادة الحضور لمناقشة كل الملاحظات التي قد يثيرونها بهذا الصدد أو بخصوص موضوع التنفيذ بصفة عامة.

بقي لي أن أجدد مقترحي الذي سبق لي التعبير عنه في عدة مناسبات في مجال التنفيذ والمتمثل في ضرورة أن يصبح الطعن بالنقض موقفا للتنفيذ في المادة الإدارية، مع تحديد سقف زمني للبت في الطعن بالنقض.

شكرا على تتبعكم.

الإشكالية المترتبة عن الحجز على الاعتمادات المالية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك

ذ. مبارك ربيعي

رئيس قسم بوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك

تقديم

من المعلوم أن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية النهائية يعتبر أحد مظاهر دولة الحق والقانون ودليلا على تكريس مبدأ سيادة القانون واحترام سلطة القضاء ومؤشرا حقيقيا على الحكامة الجيدة في تدبير الشأن العام.

ولقد انخرطت وزارة التجهيز والنقل منذ سنة 2005 في عملية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية بكل ما يستلزم ذلك من الجدية والصرامة والشفافية، بل إن هذه الوزارة عملت على ادراج هذا "الورش" ضمن اهتماماتها الكبرى، الشيء الذي يؤكد تطور الاعتمادات المرصودة لهذه العملية برسم سنوات 2005-2011 وكذا عدد الاحكام المنفذة خلال نفس السنوات، حيث يمكن الجزم بأن جميع الاحكام المبلغة لهذه الوزارة إلى غاية سنة 2011 والقابلة للتنفيذ قد نفذت إما لفائدة صندوق المحكمة الادارية بالرباط أو عن طريق الايداع لدى صندوق الايداع والتدبير. غير أن الاعتمادات المالية المرصودة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الوزارة منذ سنة 2005 إلى سنة 2011 والتي تم على إثرها تنفيذ ما مجموعه 618 حكما قضائيا بغلاف مالي قدره 61.343.078,38 درهم عرفت ترجعا كبيرا من حيث وثيرتها.

ومن أجل الرفع من وثيرة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك وتقادي مباشرة المحكوم لفائدتهم لمساطر التنفيذ الجبري التي تثقل كاهل الدولة بمبالغ إضافية كالغرامات التهديدية والفوائد القانونية والحجز على منقولات الوزارة وعلى حساباتها الخاصة في إطار مسطرة حجز ما للمدين لدى الغير وكذا رفع دعوى شخصية ضد الموظفين المكلفين بالتنفيذ، تم اتخاذ مجموعة من التدابير من أجل توفير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية العالقة، همت بالأساس توجيه مجموعة من المراسلات إلى كل من رئاسة الحكومة ووزارة الاقتصاد والمالية، من أجل توفير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة هذه الوزارة.

غير أن كل هذه الجهود الرامية إلى توفير الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية لم تسفر مع الأسف الشديد سوى عن تنفيذ عدد محدود من الاحكام خلال أربع سنوات 2012-2015، الشيء الذي دفع بالمحكوم لفائدتهم في الأونة الأخيرة إلى مباشرة مسطرة حجز ما للمدين لدى الغير وذلك بالحجز على الحسابات الخاصة للوزارة المفتوحة لدى الخزينة الوزارية بصفتها محجوزا لديها، علما أن هذه الأخيرة لا تتردد في تحويل المبالغ المحكوم بها مباشرة إلى صندوق المحكمة الإدارية بالرباط قصد صرفها للمعنيين بالأمر.

وقد نتجت عن هذه الوضعية مجموعة من الإشكالات والإكراهات، يمكن إجمالها فيما يلي:

1. فيما يخص تدبير ميزانية الوزارة:

إن الحجز على ميزانية الوزارة من طرف السيد الخازن الوزاري وعلى أبوابها المختلفة أدى الى ارتباك شديد في تدبير هذه الميزانية بل احيانا الى شل عملية الالتزام بالنفقات العمومية بشكل كامل، خاصة وأن المبالغ المحجوزة كانت مهمة، كما أدى من جهة أخرى إلى اضطراب حقيقي في عمليات البرمجة للمشاريع سواء تعلق الأمر بمشاريع البنيات التحتية أو بالخدمات، الشيء الذي ترتبت عنه نتائج جد سلبية على وثيرة الانجاز.

2. فيما يخص صلاحيات الأمر بالصرف:

إن قيام السيد الخازن الوزاري بالحجز على ميزانية الوزارة وتحويل المبالغ المحجوزة مباشرة إلى حساب صندوق المحكمة الادارية بالرباط بدعوى تنفيذ أحكام قضائية نهائية صادرة في مواجهته دون الرجوع إلى الأمر بالصرف ودون حتى استشارته في أمور ميزانيته، يجعل الخازن الوزاري هو المدبر الفعلي للميزانية والمتحكم في دواليبها ويجعل يد الأمر بالصرف مغلولة لا يقدم ولا يؤخر في هذا الموضوع وهو ما يحد من صلاحيات الأمر بالصرف في تدبير الميزانية، علما بأنه سيبقى في جميع الأحوال المسؤول الأول عن هذا التدبير أمام مختلف الهيئات الرقابية.

3. حول تداعيات عملية الحجز بحد ذاتها:

إن مسطرة الحجز ما للمدين لدى الغير التي تعتبر من وجهة نظر قانونية صرفة مسطرة استثنائية، بحيث لا يتم اللجوء إليها نادرا، خاصة إذا تعلق الأمر بأموال الدولة، أصبحت اليوم، مسطرة عادية لاسيما في مواجهة وزارة التجهيز والنقل واللوجيستيك وفي سياق محدد وبتفاق أطراف محددة.

وإن السهولة التي أصبح عليها اللجوء الى هذه المسطرة المعقدة أصلا وعدد الأحكام الصادرة في إطارها وسهولة تنفيذ هذه الأحكام بالرغم من المبالغ الكبيرة التي تتضمنها، تسمح بالقول ان الاستثناء تحول مع الاسف الى قاعدة والفرع الى أصل وتطرح وثيرة محاضر الحجز التي أصبحت تتوصل بها الوزارة اليوم أكثر من تساؤل حول الدواعي والخلفيات، وتجعل من الصعب إغلاق هذا الباب الذي فتح على مصراعيه اليوم.

لكن الأخطار والمشاكل الناتجة عن مسطرة الحجز ما للمدين لدى الغير تترتب عنها نتائج أخرى غير مباشرة تهم أثارها السلبية في المحصلة الأخيرة، الملك العمومي كمعني أول بهذه المسطرة من خلال أحكام نزع الملكية والاعتداء المادي وكذا المال العام في طريقة صرفه وفي مدى استحقاقه ويمكن إجمال مجموع سلبيات المسطرة، خاصة سلبيات تطبيقها فيما يلي:

أولاً: فيما يخص عيوب تطبيق المسطرة :

← يبدأ تحريك مسطرة الحجز ما للمدين لدى الغير بمجرد إصدار العون القضائي المكلف بالتنفيذ لمحضر يحرره طبقاً لمقتضيات الفصل 444 من قانون المسطرة المدنية، يقضي هذا المحضر بإيقاع حجز تحفظي على أموال المنفذ عليه (وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك) بين يدي الخازن الوزاري، وبمجرد ما يبلغ هذا المحضر إلى السيد الخازن الوزاري يقوم فوراً بإيقاع الحجز التحفظي على ميزانية الوزارة في انتظار انتهاء مسطرة المصادقة على الحجز من طرف القضاء.

← إن مسطرة المصادقة على الحجز وإن كانت مسطرة قضائية تواجيهية، فإنها تتميز بالسلبيات التالية :

1. إنها مسطرة متحكم فيها مدخلا ومخرجا : من طرف عون التنفيذ الذي يباشر المسطرة ويختار الملفات التي سيعرضها هو نفسه ولا رقيب عليه في ذلك، ومن جهة أخرى لأن تنفيذ أحكام المصادقة يقع على عاتق ممثل الخازن العام أي الخازن الوزاري الذي يرتب الملفات التنفيذية وفق سلطته التقديرية ولا رقيب عليه في ذلك سوى ضميره ومن ثم، فإن الملاحظة تفرض القول أن الملفات التي نفذت إلى حدود الآن هي ذات المبالغ الكبيرة والكبيرة جداً؛

2. بالرغم من أن مسطرة الحجز تواجيهية وأطرفها متعددون (وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك، الخازن الوزاري، بنك المغرب وطالب الحجز ومن معه أحيانا) وبالإضافة إلى أنها مسطرة ليست استعجالية حسب القانون، فإن الأحكام الصادرة في شأنها تصدر في مدد قياسية، يسهلها طبيعة الحال التصريحات الإيجابية لكل من الخازن الوزاري وبنك المغرب بوجود الأموال القابلة للحجز، وهو ما يضاعف عدد الأحكام ويزيد من حدة إشكالية التنفيذ؛

3. جل الأحكام الابتدائية في مادة المصادقة على الحجز مشفوعة بالنفذ المعجل، مما يجعل تنفيذها ابتدائياً ملزماً للخازن العام وهو ما يجعل بالتالي استئنافها من طرف الوزارة عملية لا طائل من ورائها لأنها تكون قد نفذت وقضي الأمر وحتى في الحالات التي يتم فيها إلغاء هذه الأحكام استئنافياً، فإن الفرصة تكون قد فاتت لأن الخازن الوزاري لدى وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك لا يعترف أصلاً بالأحكام الاستئنافية.

ثانياً: فيما يخص سلبيات المسطرة على الملك العام :

إن وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك المكلفة بتدبير الملك العام وحمائته ملزمة من الناحية القانونية عندما تنفذ الأحكام الصادرة في مادتي نزع الملكية والاعتداء المادي بالتأكد من المالك الحقيقي للقطع الأرضية المنزوعة ملكيتها والقطعة المعتدى عليها، وهي لا ترفع اليد عن التعويضات إلا طبق الشروط القانونية التالية:

أ. إدلاء المالك بشهادة عقارية حديثة العهد تثبت كونه المالك الحقيقي وكذا كون العقار غير مثقل بأي رهن أو تكليف عيني؛

ب. أن يقوم المالك قبل الحصول على التعويض المحكوم به بتحفيظ الملك المنزوع ملكيته في اسم الملك العام للدولة؛

ت. أن يثبت أن ليس هناك أي تعرضات مسجلة أثناء إعداد مرسوم نزع الملكية أو بعده والإدلاء بما يثبت رفع هذه التعرضات في حالة وجودها؛

ث. يتم رفع اليد عن الفرق فقط بين التعويض الاحتياطي الذي يكون مودعا قبلا لدى صندوق الإيداع والتدبير وبين المبلغ النهائي المحكوم به؛

ج. بالنسبة لقضايا نزع الملكية يجب قانونا انتظار صدور الأحكام النهائية عن محكمة النقض قبل رفع اليد عن التعويضات المحكوم بها؛

ح. بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة في قضايا الإعتداء المادي يكون طالب التنفيذ مطالب بتقديم تنازله عن القطعة الأرضية موضوع الإعتداء المادي مقابل التنفيذ والترخيص للإدارة بتحفيظها في إسم الملك العام؛

ولهذا فإن تنفيذ الأحكام القضائية عن طريق مسطرة الحجز ما للمدينوخاصة عن طريق الخازن الوزاري يضرب عرض الحائط كل هذه الإحترازاات القانونية، وبالتالي يؤدي إلى التنازل عن حقوق الملك العام دون مبرر قانوني.

والأنكى من ذلك أن التنفيذ بواسطة الخازن الوزاري يؤدي إلى تنفيذ أحكام الحجز بعلاقتها من قبيل عدم تنصيبها على خصم التعويضات الاحتياطية المودعة وتنصيبها على أداء الفوائد القانونية دونما تبيان لمدى استحقاقها أو على الأقل لكيفية احتسابها والسند القانوني في ذلك، وهو ما يؤثر سلبا على عملية التدقيق في صرف المال العام.

وهكذا يتضح مما سبق أن مساوئ هذه المسطرة وإن كانت منصوص عليها قانونا أكثر من منافعها، خاصة على مستوى تطبيقها، وأضرارها واضحة سواء على المال العام أو على حقوق الملك العمومي سيما بالنسبة لتنفيذ الأحكام المتعلقة بنزع الملكية والاعتداء المادي.

وبالرغم من أن السيد رئيس الحكومة أصدر بتاريخ 19 غشت 2015 منشورا حول تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام يحاول من خلال مقتضياته مراعاة الإكراهات المالية والمحاسبية التي يطرحها تنفيذ الأحكام القضائية على الإدارات العمومية، فإن بعض المحاكم التي تمت مواجهتها بهذا المنشور اعتبرت نفسها غير معنية به لأنه في نظرها موجه إلى الجهة الإدارية فقط.

أما مصالح الخزينة العامة للمملكة وبنك المغرب، فلها كما تزعم وثائقها الخاصة في المحاسبة العمومية التي تعمل بمقتضاها على صرف النفقات العمومية بما في ذلك المترتبة عن

تنفيذ الأحكام القضائية، هذا فضلا على أن الخازن الوزاري لا يعترف إلا بالحكم القضائيا لإبتدائي كسند للتنفيذ مضمونا وأجلا.

الحلول المقترحة

- التقيد بالتسوية المسبقة للوضعية القانونية للعقارات المخصصة لإنجاز مشاريع البنية التحتية والمرافق والتجهيزات العمومية، تطبيق لمنشور السيد رئيس الحكومة رقم 2014/7 بتاريخ 08/08/2014 والمذكرات الوزارية الصادرة بتاريخ 26/01/2015 - 13/02/2015 و 22/02/2016؛
 - ضرورة توفير الاعتمادات المالية الضرورية لتنفيذ الأحكام النهائية في الوقت المناسب تقاديا للتراكمات؛
 - تفعيل مقترح إعادة استعمال المداخل المتأتية من الملك الخاص للدولة موضوع عملية الإخراج لتنفيذ الأحكام وتأدية تعويضات نزع الملكية؛
 - دراسة إمكانية الاستفادة من صندوق إعادة استعمال أملاك الدولة لتنفيذ الأحكام كما كان معمول به سابقا؛
 - الاستمرار في تحسيس الشركاء وإثارة ناقوس الخطر إلى تداعيات وإشكالات مسطرة الحجز؛
 - عقد يوم دراسي تحضره كافة الأطراف المعنية لمعالجة معضلة تنفيذ الأحكام القضائية؛
- تنفيذا للخطاب السامي الذي ألقاه صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله يوم الجمعة 14 أكتوبر 2016 في افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة.

تقرير الجلسة الصباحية ليوم السبت 8 يناير 2017

ذ. شوقي لعزيري

قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط

مرحلة إلقاء العروض:

افتتح اليوم الثاني من الندوة العلمية الوطنية المنظمة من طرف وزارة العدل والحريات بشراكة مع جمعية هيئات المحامين بالمغرب حول موضوع "القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة"، على الساعة العاشرة صباحا على الشكل التالي:

- كلمة رئيس الجلسة الحسن القاسم مدير الشؤون المدنية بوزارة العدل والحريات، الذي أكد من خلالها على أهمية موضوع الندوة وضرورة مراعاة ما بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بخصوص تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية.

- تقديم عرض حول "المنازعات القضائية في مجال تدبير الموارد البشرية للأدارة" من طرف الأستاذ علاء حميدي، رئيس قسم الطعون بالإلغاء بالوكالة القضائية للمملكة، الذي أبرز من خلاله أن رقابة القضاء الإداري على مشروعية قرارات الإدارة يمكن أن تمتد إلى مجموع ما يمس تدبير الموارد البشرية، بحيث يمكن للدعوى المرفوعة من طرف الموظف أن تتعلق بإلغاء قرار إداري أو تسوية الوضعية الفردية، وركز في مداخلته على الإشكاليات التي يطرحها تطبيق الفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية خصوصا بالنسبة لموظفي وزارة التربية الوطنية، منها عدم احترام الإدارة للتدرج واعتماد القضاء الإداري على الشواهد الطبية وليس الملف الطبي وإسناد الخبرة لخبراء غير متخصصين في بعض الأحيان، ثم الإشكاليات التي يطرحها تطبيق مرسوم 1957 ومرسوم 2005، المتعلقين بالتعويض عن التكوين، ثم المرسوم المتعلق بالإعفاء من المهام وعدم التمييز ما بين الفصل 11 الذي يعطي للإدارة حق إمكانية الرجوع عن قرار منح المسؤولية للموظف، والفصل 12 الذي يلزم الإدارة بتعليق قرار إعفاء الموظف من المسؤولية نتيجة ارتكابه لخطأ جسيم، كما تطرق لمختلف الإشكاليات المطروحة بخصوص تطبيق مرسوم 1975 المتعلق بتعويض موظفي الشؤون الخارجية العاملين بالخارج.

- تقديم عرض حول "الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ والإشكاليات المطروحة" من طرف الأستاذ محمد قصري، الوكيل القضائي للمملكة، أوضح من خلاله أنه لا قيمة للقانون بدون تنفيذ ولا قيمة لأحكام القضاء بدون تنفيذها ولا قيمة لمبدأ الشرعية في الدولة ما لم يقترن بمبدأ آخر مضمونه احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها، فبدون تنفيذ تصير الأحكام عديمة الجدوى والفعالية ويفقد الناس ثقتهم في القضاء ويدب اليأس في نفوسهم وينعدم الأمن والاستقرار وذلك كما قال صاحب الجلالة الحسن الثاني تغمده الله بواسع رحمته "يجر المرء إلى تفكير آخر هو انحلال الدولة"، مشيرا أن الخطاب الملكي

السامي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية العاشرة، قد أكد على إلزامية تنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة وفي مواجهة الإدارة على الخصوص. وقد أوضح بأنه أمام الفراغ التشريعي المتعلق بالغياب التام لوسائل التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة ضد الإدارة، فإن القاضي الإداري لم يبق مكتوف الأيدي أمام استفحال ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها بل انطلقا من دور القضاء الإداري الذب يسعى إلى خلق القاعدة القانونية وتكريسا لدوره الخلاق والمبتكر وانطلاقا من التفسير الواسع لأحكام المادة 7 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية الذي ينص على تطبيق قواعد المسطرة المدنية ما لم يوجد نص مخالف اهتدى القاضي الإداري إلى بعض الوسائل المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها كالعقوبات التهديدية والحجز علاوة عن على وسيلتين أخريتين غير منصوص عليهما قانونا ويتعلق الأمر بالتنفيذ التلقائي ضد الإدارة في الحالة التي لا يستلزم تنفيذ الحكم أي تدخل من جانبها وبالمسائلة الشخصية للمسؤول الإداري الرافض لتنفيذ الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به، وإذا كانت هاتين الوسيلتين الأخيرتين قد لقيتا حماسا كبيرا واستحسانا من لدن الفقه فإن قرار المسائلة الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ لم يكتب له البقاء بعد إلغائه من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وقد بقيت الوسيلة الأخرى المتعلقة بالتنفيذ المباشر يتيمة وحالة منفردة لم تتكرر بعد، موضحا أن المشرع المصري قد قرر جزاءات خاصة تحمل الإدارة على التنفيذ كتقريره للمسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ وتقرير مسؤوليته الجنائية بموجب الفصل 123 من قانون العقوبات المصري فضلا عن إثارة المسؤولية السياسية أمام مجلس الوزراء عن طريق تقديم رئيس مجلس الدولة سنويا لتقرير يتضمن ما أظهرته الأحكام والبحوث من نقص في التشريع أو غموض فيه وحالات إساءة استعمال السلطة التي تدخل فيها حالات الامتناع عن تنفيذ الأحكام أو تعطيلها، كما أن المشرع الفرنسي قد سن تدابير خاصة لحمل الإدارة على التنفيذ ممثلة في نظام وسيط الجمهور الذي يتدخل لدى الإدارة المعنية بالتنفيذ لحملها على الرضوخ لقوة الشيء المقضي به داخل أجل معين تحت طائلة تحرير تقرير خاص ينشر في الجريدة الرسمية ويتم الإعلان عنه للعموم. وبخصوص الإشكاليات التي تواجه التنفيذ لخصها في كون بعض الأحكام غير واضحة في منطوقها، كما هو الحال بالنسبة لحكم جاء في منطوقه الحكم على جميع مرافق الدولة، وعدم تحديد المنفذ عليه بدقة الذي يبقى في دعوى الإلغاء مصدر القرار المطعون فيه وفي دعوى التعويض الأمر بالصرف، وعدم دقة محاضر التنفيذ، بحيث أن المفوض القضائي مهمته هو أخذ الواقعة من المنفذ عليه كما هي، في حين نجده ينجز محاضر الامتناع دون انتظار تحقق واقعة الامتناع، والمطلوب هو أخذ التصريحات من المنفذ عليه كما هي وإحالتها على الجهة المسؤولة عن التنفيذ. وفيما يتعلق بالحجز، فقد أكد انه مر بمرحلة ما قبل 1996، التي رفض القضاء إيقاع الحجز على الأموال العامة للدولة لمساسه بمبدأ فصل السلط، ومرحلة 1997، التي ميزت فيها محكمة النقض ما بين المال العام والمال الخاص، ومرحلة الحجز على الحسابات الخصوصية، بحيث تم الحجز على حساب مديرية الطرق بوزارة التجهيز والنقل واللوجيستيك، كما أكدت محكمة النقض في

إحدى قراراتها بجواز حجز حسابات الخزينة العامة لدى بنك المغرب، وأنه في جميع الأحوال ينفذ على حسابات الإدارة المفتوح لدى بنك المغرب الذي يمثل الإطار الأوسع الذي تنفذ منه كل النفقات العامة، متسائلا عما إذا استمر الحجز الذي يستهدف بنك المغرب، فهل يمكن تنفيذ قانون المالية والبرامج الحكومية؟ وهل ستؤدي المرافق العمومية خدماتها؟ وهل الحجز سيعرقل عمل الإدارة؟ مقترحا ضرورة رصد ميزانية فرعية لكل وزارة مخصصة لتنفيذ الأحكام القضائية، تكون مبنية على أساس الأحكام الواجب تنفيذها والدعاوى الجارية في حق الإدارة المعنية، ووجوب التنفيذ على هذه الميزانية على مراحل حسب منشور رئيس الحكومة، أخذا بعين الاعتبار الموازنة ما بين الحجز وحسن سير عمل الإدارة. أما بخصوص الغرامة التهديدية، فأوضح بأن تطبيقها هي الأخرى من بعدة مراحل، ففي البداية تم فرضها في مواجهة المرفق العام، وبعده في مواجهة الإدارة الممتنعة والموظف الممتنع عن التنفيذ، ثم فرضها في مواجهة الشخص الممتنع عن التنفيذ بصفة شخصية، وبالتالي فالموظف الذي يمتنع عن التنفيذ بدون مبرر يعد مرتكبا لخطأ شخصي، وأكد على أن فرض الغرامة التهديدية يكون بخصوص دعوى الإلغاء وليس دعوى التعويض التي يبقى من حق طالب التنفيذ اللجوء بشأنها إلى وسائل التنفيذ الجبري دون الغرامة التهديدية.

- تقديم عرض حول "الإشكالية المترتبة عن الحجز على الاعتمادات المالية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك"، من طرف الأستاذ مبارك ربيعي، رئيس قسم المنازعات بوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك، جاء فيه أنه بفضل مجهودات وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك تم تقليص حالات الاعتداء المادي التي تشكل في معظمها موضوع تنفيذ بالنسبة للوزارة المذكورة، وذلك بالزامية الخازن الوزاري بعدم التصديق على الصفقات العمومية قبل التأكد من وجود العقار ووضعيته القانونية الغير متنازع بشأنها، موضحا أنه أمام نقص في المبالغ المالية والاعتمادات المخصصة للتنفيذ يتم اللجوء إلى مسطرة الحجز لدى الغير التي يجب أن تراعى فيها حسن سيرورة المرفق العمومي، علما أن 50 في المائة من الأحكام القضائية التي نفذت كانت على حساب ميزانية الاستثمار، مما جعل مقر الوزارة يظل دون حراسة ونظافة لمدة أربع أشهر، مشيرا إلى أن مسطرة التنفيذ عادة ما تشوبها عدة إشكاليات تتعلق بعدم دقة محاضر الحجز، بحيث يتم إنجاز محاضر الامتناع دون الرجوع إلى الوزارة المعنية، إضافة إلى سرعة البت التي لا تتماشى والنظام اللامركز في تسيير مصالح الوزارة، وما يطرحه من صعوبات في الجواب عن المذكرات وجمع المعلومات الكافية لتكوين عناصر الجواب، كما أن شمول بعض الأحكام بالنفذ المعجل يطرح صعوبة استرجاع المبالغ المحكوم بها في حالة إلغاء الحكم من طرف محكمة الاستئناف، بالإضافة إلى إشكاليات عدم إدلاء طالبي التنفيذ بما يفيد ملكية العقارات موضوع التنفيذ في إطار دعاوى نزع الملكية والاعتداء المادي، مما يطرح إمكانية بيع العقار رغم سبقية الحصول على تعويض بشأنه في بعض الأحيان.

- تقديم عرض حول "مستجدات تنفيذ أحكام القضاء الإداري"، من طرف الأستاذ مصطفى سيمو، رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، أشار فيه إلى أن مسؤولية عدم تنفيذ الأحكام الإدارية

لا تتحملها الإدارة فقط، بل إن السلطة القضائية تتحمل جزءا كبيرا منها لكون القضاء تخلى عن جميع صلاحياته في مجال التنفيذ، باعتبار أن هناك مساطر قانونية لم يتم تطبيقها في هذا المجال، مؤكدا أن التنفيذ لا يجب أن يتم بشكل انتقائي وحكرا على فئة معينة، مذكرا بالخطاب الملكي السامي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية العاشرة، وما أثاره من ظاهرة تقاعص الإدارة عن تنفيذ الأحكام، وأن الطرح القائل بأن مشكل التنفيذ مرده لعدم وجود قوانين تنظم التنفيذ ضد أشخاص القانون العام، يبقى مردودا لكون قانون المسطرة المدنية المحال عليه بمقتضى القانون المحدث للمحاكم الإدارية لم يميز بين الإدارة وباقي المنفذ عليهم، وبالتالي لا يجب تطبيق قانون المسطرة المدنية في حالات وتركه في حالات أخرى، مشيرا إلى مجموعة من الإشكاليات التي تطرحها محاضر الامتناع عن التنفيذ. كما أوضح بخصوص إجراءات التنفيذ الجبري بأنه لا يتم الحجز على المنقولات اللازمة لسير المرفق العمومي، كالحافلات التي تستعملها الإدارة لنقل الموظفين نظرا لضرورتها في سير المرفق العام ونظرا لكونها تبقى من مكملات الأجر بالنسبة للموظف حسب ما سارت عليه المحكمة الإدارية بالرباط في إحدى قراراتها، كما أنه لا يمنع الحجز على العقارات المملوكة لشخص القانون العام إلا إذا ثبت إنشاء مرفق عام فوقها، وبخصوص الحجز لدى الغير فإنه ليس في القانون ما يمنع صراحة حجز اعتمادات الإدارة لدى الخزينة العامة وبنك المغرب، وأن غياب إذن الأمر بالصرف للمحاسب بتسليم مبالغ لا يجب أن يعرقل تنفيذ أحكام ملزمة للجميع بمقتضى الدستور، ومادام أن محكمة الاستئناف ومحكمة النقض يقران بقانونية وسلامة مسطرة الحجز لدى الغير كآلية لإجبار الإدارة على التنفيذ فإن المحكمة الإدارية بالرباط لن تتراجع عنه، وبخصوص الغرامية التهديدية، فقد أوضح بأنه يتم الحكم بها حين يتعلق الأمر بالقيام أو الامتناع عن القيام بعمل من طرف الإدارة، وأنه أمام تعنت الإدارة عن التنفيذ رغم صدور أحكام بتحديد الغرامة التهديدية في مواجتها جعل المحكمة الإدارية بالرباط تهتدي إلى الغرامة التهديدية في شخص الموظف الممتنع عن التنفيذ، علما أن عبارة " المنفذ عليه " الواردة بالفصل 448 من قانون المسطرة المدنية يفهم منها أن التنفيذ يمكن أن يمتد إلى كل من تثب تعنته عن التنفيذ وليس فقط المحكوم عليه، بالإضافة إلى إمكانية الحكم بها كذلك في الأحكام الصادرة في مجال التعويض كلما كان الأمر يستوجب تدخل الإدارة للقيام بعمل قصد تسهيل عملية التنفيذ وامتنتعت عن ذلك، كما ناقش الإشكاليات المطروحة بخصوص طلبات إيقاف تنفيذ الأحكام أمام محكمة النقض وعلاقتها بظهير 1944.

وتناول الكلمة السيد وزير العدل والحريات، الذي أكد من خلالها على سياق عقد هذه الندوة العلمية الذي يتمثل في توصله في الآونة الأخيرة بمجموعة من الشكايات من الإدارات العمومية، تهم الاكراهات التي يطرحها موضوع تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية، وباعتبار انه لا يملك سلطة تخوله التدخل في أعمال القضاء، فقد دعى إلى عقد هذه الندوة العلمية التي تروم فتح باب الحوار بين الإدارة والقضاء لمناقشة الموضوع وإيجاد الحلول، ملتزما بتبليغ السيد رئيس الحكومة بضرورة إخضاع الموظفين المكلفين بمصلحة المنازعات القانونية بالإدارات العمومية لتكوين مستمر، مقترحا ضرورة انعقاد ندوة علمية في كل سنة تهم موضوعا

معينا، وأكد في ختام كلمته على ضرورة الخروج بتوصيات في ختام أشغال هذه الندوة العلمية
قصد إبلاغها لمن يجب.

مرحلة تقديم المداخلات:

وبعد انتهاء تقديم العروض المذكورة أعلاه، فتح رئيس الجلسة باب المناقشة للحاضرين،
والذين جاءت مداخلاتهم كالتالي:

- إن فلسفة الفصل 57 مكرر تتمثل في رغبة الموظف في قطع صلته بالإدارة، والمحكمة لا
يجب عليها التدخل في قرار العزل وإنما في الضمانات الممنوحة للموظف وحقه في المثل
أمام المجلس التأديبي، أما بالنسبة للإعفاء من المسؤولية، فالمحكمة لا يجب عليها أن تناقش
السلطة التقديرية للإدارة، خصوصا أن التراجع عن قرار منح المسؤولية لا يتم إلا بعد إثبات
عدم الكفاءة.

- إذا لم تكن هناك إرادة للإصلاح من طرف الدولة والمواطن والقضاء، فلا مجال للحديث عن
تنفيذ الأحكام التي تبقى حبر على ورق، علما أن الأحكام القضائية لا تحتاج إلى استصدار أمر
بالصرف، بل تبقى سندا تنفيذيا في حد ذاتها.

- إن القاضي الإداري يجب أن يكون على علم ودارية كاملة بعمل المرفق الذي يشتغل به
الموظف خصوصا أن المعلمين مثلا يقومون بالمغادرة الطوعية لعدم الاستجابة لطلب
الانتقال، وأن القاضي الإداري لا يجب أن يستجيب لطلب إلغاء قرار عقوبة العزل بسبب
المغادرة الطوعية إلا إذا كانت الخبرة الطبية تثبت عدم قدرة المعلم على ولوج الإدارة، كما
يجب على المفوض القضائي التثبت من صفة الممثل القانوني الذي يتمتع عن التنفيذ وتوفره
على تفويض بخصوص ذلك، قبل تحرير محضر الامتناع، تفاديا لكل لبس بشأن صفة الممتنع
عن التنفيذ الذي لا يتوفر في بعض الأحيان على الصفة بمقتضى تفويض من الإدارة بشأن
ذلك.

- لماذا لا تطبق قاعدة الموازنة حين تكون الدولة دائنة؟ علما أن الإدارة تطبق جميع أساليب
التنفيذ الجبري في حق المواطن، لماذا الإدارة مازالت تقوم بالاعتداء المادي على عقارات
المواطنين رغم أن حق الملكية مقدس بمقتضى الدستور؟ لماذا المراقب المالي يمتنع عن
التصريح الايجابي ويرفض التأشير على التنفيذ رغم موافقة رئيس الجماعة؟

- إن مسؤولية التنفيذ تقع على عاتق الإدارة التي تفرط في سلطتها الرقابية وحماية مصالحها،
علما أن القضاء الإداري أصبح يحل محلها في توفير حماية حقوقها من خلال سنه للعديد من
المبادئ، لاسيما التأكيد على إثبات الملكية في دعاوى الاعتداء المادي عندما يكون رسم الشراء
مجرد من سند الملكية رغم عدم منازعة طرف ثالث في حق الملكية، والعمل على نقل ملكية
العقار لفائدة الإدارة المعتدية ماديا بعد الحكم بالتعويض دون تقديمها لطلب بشأن ذلك صراحة،

رغم أن الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية ينص على أن المحكمة يتعين عليها البت في حدود طلبات الأطراف.

- إن الإدارة تكون هي المسؤولة في حالات عديدة عن وضعيات غير قانونية، كما هو الحال بالنسبة للدفعات الغير جدية التي أثارها وزارة الخارجية بالنسبة للاختصاص في ملف كان معروض على أنظار محكمة هولندية، بخصوص وضعية الأعران المؤقتين الخاضعين للقانون الهولندي بمقتضى اتفاقية.

- كيف يتم التمييز بين رئيس الإدارة بصفته تلك وصفته كأمر بالصرف في حالة رفض التنفيذ؟ إضافة إلى أن عدم دقة منطوق الأحكام القاضية بنقل الملكية لصالح الإدارة يطرح مشكل رفض المحافظ الاستجابة لنقل الملكية.

- إن المشرع أعطى للإدارة سلطة الاختيار والاقتراح بالنسبة للترقية الاختيارية، وأن مرسوم 2011 المتعلق بالتعيين في مناصب المسؤولية ميز بين وضعية الفصل 11 والفصل 12 وأن المسؤولية هي مقررة لحسن سير المرفق العام وليس حقا مكتسبا.

- إن الإدارة لديها رغبة مهمة في تنفيذ الأحكام لكن عدم كفاية الاعتمادات المالية يحول بينها وبين التنفيذ، علما أن والي جهة الرباط سلا القنيطرة ووالي جهة طنجة تطوان الحسيمة مثلا رفضا للتأشير على ميزانية الجماعة لعدم كفاية المبالغ المتعلقة بالتنفيذ، مما يستوجب تدخل إيجابي من طرف رؤساء الجماعات لحل مشكل الميزانية.

- إن غياب التنفيذ الإرادي ينتج عنه التنفيذ الجبري، الذي يهدم مبدأ الإدارة كخصم شريف، كما أن الضمانات المخولة للإدارة في دعاوى نزع الملكية تنجلي في إمكانية تقييد المرسوم بالرسم العقاري، وأن تراكم أخطاء الإدارة ينتج عنه إدانتها بمبالغ مالية كبيرة، ويؤدي إلى تراكم إجراءات التنفيذ الذي يجب أن يحدد له وقت معين بمقتضى نص تشريعي يأخذ فيه بعين الاعتبار الاعتمادات الخاصة والديون المحتملة في ذمة الإدارة، و أن طلب الغرامة التهديدية لا يجب قبوله إلا إذا ثبت تعنت الشخص المكلف بالتنفيذ.

- كيف وصل الأمر بالإدارة إلى هذا المستوى من التشكي بخصوص الأحكام الصادرة ضدها، علما أنها المسؤولة عن ذلك بسبب الأخطاء التي ترتكبها كالاعتداء المادي على عقار الغير مثلا، إن الإدارة أصبحت ملزمة بتنفيذ الأحكام في ظل الطفرة الحقوقية التي تعرفها بلادنا والتي لم يعد من المسموح معها عدم تنفيذ الإدارة للأحكام لأي سبب كان.

- يجب تثمين المبادرة التي قام بها رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بخصوص الاتفاقيات المبرمة مع مختلف الإدارات العمومية قصد تحديد أجل لتنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهتها، مما يعكس رغبة الإدارة في التنفيذ بعد أن كانت تعتبر نفسها فوق القانون، وأنه على القضاء الإداري الاستمرار في اتخاذ جميع الإجراءات القانونية الكفيلة بإلزام الإدارة ودفعها نحو

تسريع وثيرة تنفيذ الأحكام، كما انه لا يجب الانسياق وراء ما أصبحت تسوق له الإدارة من اعتبارها طرف ضعيف في مواجهة المواطن باعتباره طرف قوي.

- إن من بين الاكراهات التي تسقط الإدارة في واقعة الاعتداء المادي مجبرة لا مخيرة، والذي يشكل موضوع أغلبية الأحكام المتعلقة بالتنفيذ، هي المركزية في اتخاذ قرار نزع الملكية وبطء المساطر الناتجة عنه، مما يجب معه التفكير في لامركزية قرار نزع الملكية.

- إن المشكل الحقيقي الذي تواجه وزارة الصحة يكمن في قلة الموارد البشرية، وأن مجموعة من الأطباء يقومون بتقديم استقالتهم ويتراجعون عنها أمام مطالبتهم بإرجاع المبالغ المطالبون بإرجاعها، هناك أيضا إشكالية ارتفاع المبالغ المحكوم بها كتعويض عن واقعة الفقد الجبري للعقار في إطار مسؤولية الدولة عن الاعتداء المادي، مما يجعل سعر الوعاء العقاري مرتفع بأضعاف الميزانية المرصودة لبناء مستشفى إقليمي بأكمله أحيانا.

- إن إشكالية التنفيذ ترجع لكون المبالغ المضمنة بالأحكام تتجاوز الميزانية المرصودة للتنفيذ، وانه في إطار الاتفاقية المبرمة بين المحكمة الإدارية بالرباط وباقي الإدارات العمومية يجب معاملة المتدخلين بالتساوي دون تمييز مع إمكانية تجزيء التنفيذ، وتفعيل دور قاضي التنفيذ بإصدار أوامر بخصوص ذلك.

- بخصوص الأحكام الصادرة في معاشات الزمانة يتم الحكم على الصندوق الوطني للتقاعد رغم أن الأمر يتعلق بالمعاشات العسكرية أحيانا، كما أنه في بعض الأحكام يتم التخصيص فيها على أن الجماعة لا تمنع في تسوية الوضعية الإدارية للموظف في حين يتم الحكم على وزارة الداخلية، مما يطرح مشكل وقت التنفيذ.

- إن القاضي الإداري ملزم بتطبيق القانون، ولا يوجد ما يلزمه باحترام الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة، بالإضافة إلى أنه من غير المعقول القول بضرورة الخروج بتوصيات عقب هذه الندوة، والتي ستكون بمثابة توجيه تعليمات للقضاء الإداري الذي يفترض فيه أن يبقى مستقلا ويصدر أحكامه بكل تجرد.

- إن الإدارة تشتكي من الأحكام الصادرة ضدها ولكن لا تتحدث عن الأحكام الصادرة لفائدتها كتلك المصرحة بحق الاقتطاع من الأجر في حق الموظف المضرب عن العمل دون مبرر، تكريسا لمبدأ الأجر مقابل العمل، إضافة إلى أن الإدارة لا تصحح أخطاءها التي كانت موضوع صدور أحكام قضائية بل في غالب الأحيان تكرر نفس الأخطاء وبنفس العلل، إلى جانب تراخيها عن إثارة صعوبة التنفيذ في حالة تحرير محضر امتناع من طرف مفوض قضائي، رغم تمسكها بانتفاء واقعة الامتناع عن التنفيذ.

- إن الغرامة التهديدية يجب الحكم بها سواء تعلق الأمر بالامتناع عن تنفيذ حكم صادر في دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض، خصوصا عندما يكون الحكم بالتعويض يستوجب تدخل الموظف المكلف بالتنفيذ قصد القيام بعمل ويمتنع عن ذلك، إضافة إلى أنه بخصوص المبالغ

المودعة بصندوق الإيداع والتدبير، فلا يتصور تسليم الإدارة المعني بالأمر مقرر رفع اليد وتثيير في نفس الوقت صعوبة التنفيذ وكيف يمكن للمنزوعة ملكيته بعد حيازة الإدارة لعقاره اللجوء للقضاء من أجل رفع دعوى الاحتلال بدون سند من طرف الغير في حين أنه سيواجه بعدم القبول لانعدام صفته.

- إن الإدارة المنفذ عليها تمنع المفوضين القضائيين من اللجوء لرحابها من خلال تجنيد أعوان خصيصا لهذا الغرض، مما يدفع المفوض القضائي إلى تحرير محضر امتناع دون اللجوء للإدارة، كما أنها تثيير دفوعا أصبحت متجاوزة، علما أن المواطن أصبح يمر من مرحلة الحصول على حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، ليجد نفسه أمام مرحلة مضنية ومتعبة أكثر من سابقتها وتتعلق بالتنفيذ، لدى يجب التفكير في خلق أجال محددة للتنفيذ وكذا التفكير في التنفيذ على المستوى الجهوي.

- يجب وضع حد لإشكالية تضارب مواقف الهيئات داخل نفس المحكمة بالنسبة للتعويض.

- يجب اللجوء إلى وسائل بديلة في التنفيذ، كإجراء مقاصة أو إعفاء من دين عمومي في ذمة المواطن طالب التنفيذ أو كراء طويل الأمد لمحلات في ملكية الدولة مقابل مبالغ التنفيذ.

- يجب إعادة النظر في إشكالية طلب إيقاف تنفيذ الأحكام أمام محكمة النقض وعلاقتها بظهير 1944.

- إن الامتناع عن التنفيذ هو واقعة وليس مجرد محضر امتناع منجز من طرف عون التنفيذ أو المفوض القضائي، بل الإدارة توجد في مركز الممتنع عن التنفيذ مادامت لم تنفذ الحكم القضائي موضوع طلب التنفيذ.

- يجب إعادة النظر في تطبيق مقتضيات الفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية، خصوصا بالنسبة لإشكالية توقيف الموظف مؤقتا دون التنصيص على احتفاظه بكامل الأجر أو جزء منه وهل مجرد تقديم شكاية للنيابة العامة يعتبر منتجا لآثار الفصل 75 مكرر من قانون الوظيفة العمومية؟

مرحلة الرد على المداخلات:

- الأستاذ محمد قصري، الوكيل القضائي للمملكة:

أكد السيد الوكيل القضائي للمملكة بأن موضوع الندوة تختلط فيه القرارات السياسية والإدارية، علما أن نفس الدستور الذي ينص على مجموعة من المبادئ التي تتركس ضرورة حسن سير المرفق العام، ينص في الوقت نفسه على ضرورة تنفيذ الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به، مبرزا أن إشكالية تنفيذ الأحكام تبقى حاضرة سواء في مواجهة الإدارة أو في مواجهة المواطن، باعتبار أن الإدارة هي الأخرى لم تتمكن من تنفيذ مجموعة من الأحكام المتعلقة باختلاس الأموال العامة رغم إحداث اللجان الجهوية التي يترأسها الوكيل العام للملك، مؤكدا أن

التنفيذ يجب أن تحضر فيه الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة، بحيث لا يمكن التنفيذ على ميزانية التسيير وعدم أداء حقوق الموظفين، كما انه يبقى من غير المعقول امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام، إلا أنه يجب التفكير في حلول وقائية وتشريعية لحل معضلة التنفيذ، فالإدارة مثلا يجب أن تتجنب الاعتداء المادي وذلك بعدم التأشير على عقد الصفقة إلا بعد التأكد من توفر الوعاء العقاري الكافي، مضيفا أن التنفيذ يتطلب البرمجة والتحقق من مبدأ تخصيص النفقة تحت طائلة المسؤولية، هذه الإجراءات يلزمها مدة كافية لا تقل عن سنة، وهي نفس المدة التي حددتها بعض التشريعات المقارنة، بالإضافة إلى ضرورة تعديل الفصل 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية ليشمل الاختصاص بالنسبة للغرامة التهديدية في شخص ممثل الإدارة الممتنع عن التنفيذ، وتحديد ضوابط الغرامة التهديدية من قبيل الامتناع الصريح والانحراف في السلطة علما أن محكمة النقض حاليا تعتبر في تحديدها درجة التعنت والضرر وطبيعة الحكم.

- الأستاذ مصطفى سيمو، رئيس المحكمة الإدارية بالرباط:

- أكد على أنه لا تراجع عن إجراءات التنفيذ في ظل قانونيتها وتأييدها من طرف محكمة الاستئناف ومحكمة النقض، مشيرا إلى ارتفاع نسبة الاعتداء المادي بكل من طنجة وتطوان، مؤكدا أن المعنيين بالشأن المحلي بجماعة طنجة اختاروا تدبير الشأن المحلي بها رغم إفلاسها وبالتالي يجب عليهم تحمل مسؤوليتهم في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

- الأستاذ مبارك ربيعي، رئيس قسم المنازعات بوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك:

- أوضح بأن الاعتداء المادي صدر بشأنه منشور ينص على وجوب التأكد من وضعية العقار قبل التأشير على عقد الصفقة وبأن الأمر بالصرف يتحمل مسؤوليته في ذلك، وأنه بخصوص الاعتمادات المودعة بصندوق الإيداع والتدبير التي لا تتحرك لمدة 15 سنة يمكن استرجاعها لفائدة الدولة بمقتضى مرسوم وأن المحكمة الإدارية بالرباط سايرت هذا النهج في بعض أحكامها إلا أن محكمة الاستئناف بالرباط كان لها رأي آخر مخالف.

- الأستاذ علاء حميدي، رئيس قسم الطعون بالإلغاء بالوكالة القضائية للمملكة:

- أكد على أنه يجب التفاعل مع الأفكار المؤيدة والمعارضة بخصوص نظرية الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة، علما أن القاضي الإداري وهو بصدد تطبيق القانون يقوم بتكريس تلك الموازنة، في رد على من يقول بأن القاضي الإداري غير ملزم بحماية المصلحة العامة، باعتبار أن الضرر بالمصلحة العامة ينتج عنه ضرر بمصالح خاصة أخرى.

التقرير الختامي للندوة العلمية الوطنية المنظمة
من طرف وزارة العدل والحريات بشراكة مع جمعية هيئات المحامين بالمغرب
حول موضوع: "القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة"

ذ. عبد الحق أخو الزين
قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط

نظمت وزارة العدل والحريات بشراكة مع جمعية هيئات المحامين بالمغرب ندوة علمية وطنية في موضوع: "القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة" وذلك يومي الجمعة والسبت 7 و6 يناير 2017 بكل من قاعة المؤتمرات لبنك المغرب والمعهد العالي للقضاء بالرباط.

وقد افتتح الندوة السيد وزير العدل والحريات الذي أكد بأن هذا اللقاء يشكل مناسبة للتشاور والحوار بين الفاعلين القضائيين والإداريين تفعيلًا للمقاربة التشاركية التي اعتمدها وزارة العدل والحريات بمناسبة اصلاح منظومة العدالة، مذكرا بأن تنظيم هذه الندوة يستهدف تحديد العوائق التي تحد من فعالية القضاء الإداري على مستوى الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة، فضلا على أنه يأتي في سياق تطور إداري هام مرتبط بالجهوية المتقدمة إذ أن القوانين التنظيمية للجماعات الترابية منحت القضاء الإداري اختصاص توقيع الجزاءات التأديبية على أعضاء الجماعات الترابية في حالة اخلالهم بواجباتهم، كما تم منحه اختصاص البت في جميع المنازعات الإدارية الناشئة بين الجماعات الترابية والسلطة الإدارية، ومؤكدًا على أن الوزارة واكبت التطور الإداري في مشروع قانون التنظيم القضائي وذلك بإمكانية أحداث أقسام إدارية متخصصة في الجهات غير المتوفرة على محكمة إدارية، وعلى مستوى التنفيذ أكد السيد الوزير على أنه تم ادراج مقتضيات قانونية في مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة، منوها بتطور نسبة تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري، داعيا إلى بدل العناية اللازمة للرفع من نسبة التنفيذ، ونوه السيد السيد رئيس جمعية هيئات المحامين بالمغرب بالمجهود الذي تقوم به وزارة العدل والحريات على مستوى تنظيم لقاءات علمية من هذا القبيل، مؤكدا على أهمية القضاء الإداري في الدفاع على حقوق وحريات الأفراد، داعيا إلى ضرورة أحداث محكمة استئناف إدارية على الأقل في أفق أحداث مجلس للدولتبالنظر إلى أن تدعيم وتقوية القضاء الإداري من شأنه ترسيخ دولة الحق والقانون.

كما تميز هذا اللقاء العلمي بحضور السيد رئيس الحكومة الذي أكد في كلمة له على أهمية القضاء معتبرا بأنه القطاع الذي يتعين أن يحظى بالأولوية، منوها بالقاضي المغربي باعتبار ما يحظى به من مكانة خاصة لدى بعض الدول العربية، داعيا القاضي الإداري إلى بلوغ التميز من خلال التوفيق بين حماية حقوق وحريات الأفراد و مراعاة المصلحة العامة.

وقد شارك في هذه التظاهرة العلمية فعاليات قضائية وإدارية ورجال قانون من محامين وأساتذة جامعيون و خبراء قانونيين والذين أغنوا الحوار المفتوح على مدى يومين بتدخلاتهم التي

استعرضوا من خلالها مقارباتهم واقتراحاتهم الكفيلة بإيجاد الحلول الملائمة للإشكالات ذات الصلة بدور القاضي الإداري في الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة وذلك خلال ثلاث جلسات خصصت للجلسة الأولى لمواضيع متصلة بحماية القضائية لحق الملكية العقارية من خلال دعوى الاعتداء المادي والإشكاليات ذات الصلة بذلك، ومسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بين متطلبات المصلحة العامة وضمان التعويض العادل، وخصوصية القواعد المسطرية في مجال نزع الملكية، والآثار القانونية لتصميم التهيئة، وخصوصية الإثبات في المنازعات الإدارية، والإشكاليات التي تثيرها منازعات الصفقات العمومية، أما الجلسة الثانية فقد كرست للنقاش بشأن المواضيع التي تم عرضها حيث تم التركيز على إشكالية الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية، وإبراز أهمية العمل القضائي الإداري في ضمان حماية متوازنة لطرفي المنازعة من خلال حماية المال العام من جهة وحماية وحقوق وحريات الأفراد والجماعات بغية إدراك عدالة مواطنة متطورة تحقق الاستقرار والأمن القضائيين، وإشكالية تقدير التعويض ما بين نزع الملكية والاعتداء المادي وضوابط ذلك وخصصت الجلسة الختامية لموضوعي المنازعات القضائية في مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة وتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، حيث تم الوقوف على المنازعات المرتبطة بعزل الموظف نتيجة ترك الوظيفة، والتعويض عن التكوين بالنسبة لموظفي وزارة التربية الوطنية، والإعفاء من المهام، وتعويضات الأعوان الديبلوماسيون، كما تم التركيز على خصوصية التنفيذ في مواجهة هذه الأخيرة خاصة على مستوى أعمال الغرامة التهديدية والحجز وما يرتبط بذلك من إشكالات، والصعوبات التي تعترض عملية التنفيذ وفعالية إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة الإدارة مع إبراز تطور العمل القضائي الإداري في مجال التنفيذ من حيث سلوك واعتماد قواعد اجتهادية حديثة تروم الرفع من منسوب تنفيذ الأحكام القضائية .

وتدبير التنفيذ وفق مقاربة مستجدة متمثلة في إبرام اتفاقية بين المحكمة الإدارية بالرباط وبعض الإدارات بشأن تنفيذ المقررات القضائية الصادرة في مواجهتها، تراعي من جهة ضمان فعالية التنفيذ في مواجهة الإدارة رعايا لحقوق طالبي التنفيذ-المحكوم لفائدتهم-، ومن جهة أخرى، مراعاة خصوصية التنفيذ في مواجهة الإدارة المستمدة من الترتيبات الإدارية المطلوبة لتفعيل منطوق المقرر القضائي والتي تقتضي حيزاً زمنياً معقولاً.



التوصيات الصالحة على ضوء أشغال الندوة

**التوصيات الصادرة على ضوء أشغال الندوة العلمية الوطنية
المنظمة من طرف وزارة العدل والحريات بشراكة مع جمعية هيئات المحامين بالمغرب
حول موضوع: "القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة"**

التوصية الأولى:

التأكيد على الوظيفة الدستورية للقضاء في حماية حقوق الأفراد والجماعات وممتلكاتهم وحسن تطبيق القانون، وعلى دور القضاء الإداري في إرساء دعائم دولة الحق والقانون من خلال حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة في جميع تجلياتها.

التوصية الثانية:

التأكيد على أن حق الملكية مضمون بموجب الدستور ولا يجوز المساس به إلا في حدود القانون، وأن قيام الإدارات العمومية بالاعتداء المادي على العقارات دون سلوك المساطر القانونية الواجبة يعتبر عملاً غير مشروع؛ يمس بدستور الدولة وهيبتها؛ ويرفع تكلفة التقاضي؛ ويهدر المال العام.

التوصية الثالثة:

حث الإدارات العمومية على تفعيل المسطرة الرضائية للحصول على الأرصدة العقارية بشكل يحد من سلوك مسطرة نزع الملكية المتسمة بطول الاجراءات، وعلى تفعيل عملية ضم الأراضي والتحفيز الجماعي للعقارات – على الأقل في المناطق التي تشهد أوراشا عمومية كبرى – وذلك للحد من منازعات الاستحقاق التي تؤخر تصفية مستحقات المنزوعة ملكيتهم.

التوصية الرابعة:

حث الإدارات العمومية على اعتماد مقاربة متجددة في الوقاية من المنازعات القضائية تقوم على ترشيد العمل الإداري و تفعيل مساطر الحل الودي للمنازعات بالشكل الذي يساهم في خفض عدد القضايا المعروضة على القضاء والتخفيف من تكلفة التقاضي الباهظة.

التوصية الخامسة:

التأكيد على ضرورة تعليل القرارات الإدارية الصادرة في مجال تدبير الموارد البشرية الإدارية وفقا لمقتضيات القانون رقم 01-03 المتعلق بإلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، وعلى أهمية تعميم واجب التعليل على جميع القرارات الإدارية لتكريس مبدأ الشفافية أساس الحكامة الجيدة، وللتدبير الحسن للمنازعات القضائية التي يمكن أن تنشأ بعد صدور القرارات المذكورة.

التوصية السادسة:

إيلاء موضوع التكوين المستمر الأهمية المركزية لتأهيل الموارد البشرية القضائية والإدارية بكيفية علمية ومهنية عالية، من خلال العمل على تيسير الوصول للمعلومة القانونية والاجتهادات القضائية و الإحصائيات، والعمل على تنظيم دورات تكوينية للقضاة الإداريين بهدف الرفع من جودة الاحكام وضمان الأمن القضائي، ودورات تكوينية مشتركة بين مختلف الفاعلين القضائيين والإداريين تحقيقا لتلاحح الأفكار وتكامل الرؤى.

التوصية السابعة:

إيلاء موضوع تدبير المنازعات القضائية الأهمية اللازمة والعمل على تأهيل المصالح المكلفة بإدارة الموارد البشرية وإبرام الصفقات بالرفع من قدراتها العلمية وتطعيم المصالح المكلفة بالمنازعات بأطر إدارية كافية ومتخصصة وذات كفاءة، والتعاقد مع محامين متخصصين حتى يتم الدفاع عن مصالح الإدارة بشكل ناجع ورشيد.

التوصية الثامنة:

تعديل مقتضيات القانونية المنظمة لمسطرة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة في اتجاه تبسيط إجراءاتها و تقليص الأجال الواردة فيها، مع إعادة النظر في تشكيل اللجنة الإدارية للتقييم من خلال إضافة خبير قضائي مختص في التقويم العقاري لعضويتها.

التوصية التاسعة :

تعديل القانون المتعلق بالمصاريف القضائية في الميدان المدني والإداري والتجاري من خلال إعفاء دعاوى الاعتداء المادي من الأداء المسبق للرسوم القضائية على غرار دعاوى نزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

التوصية العاشرة :

- اعتماد المعاينة كآلية أساسية من آليات تقدير التعويض في مجال نزع الملكية والاعتداء المادي كبديل للخبرة.

- تفعيل مقتضيات الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بتمكين الأطراف من الاستعانة بأي شخص يرون فائدة في حضوره في إجراءات الخبرة، وفيما يتعلق بحضور القاضي عمليات الخبرة إذا اعتبر ذلك مفيدا.

التوصية الحادية عشر :

حث الإدارات العمومية على التقيد بالضوابط القانونية المقررة لإبرام الصفقات العمومية درءاً للمنازعات التي يمكن أن تترتب عن الإخلال بذلك، وعدم التأشير على عقد الصفقة إلا بعد تصفية الوضعية القانونية للعقار، وتفعيل مسطرة الحل الودي للمنازعات الناشئة في هذا المجال.

التوصية الثانية عشر:

إقرار المسؤولية الشخصية للأمر بالصرف أو من يقوم مقامه في حالة ثبوت إصداره لأمر بإنجاز أعمال لفائدة الإدارة بشكل مخالف لضوابط وأحكام الصفقات العمومية.

إقرار المسؤولية التصديرية للمقاوله عن الأضرار اللاحقة بها نتيجة قبولها إنجاز أعمال لفائدة الإدارة خارج الضوابط القانونية.

إقرار المسؤولية التعاقدية للجهة المشرفة على تتبع ومراقبة تنفيذ الصفقة (المهندس المعماري أو مكتب الدراسات) في حال ثبوت أنها هي التي أمرت بإنجاز أعمال دون احترام المسطرة القانونية الواجبة.

التوصية الثالثة عشر:

التأكيد على وجوبية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد أشخاص القانون العام لتكريس مبدأ سيادة القانون وصيانة حرمة القضاء واحترام حقوق المتقاضين وتعزيز مصداقية الإدارة، وذلك ب :

1- مواصلة التعبئة الدائمة على مستوى وزارة العدل بخصوص موضوع التنفيذ من خلال الاجتماعات التنسيقية السنوية مع مختلف الإدارات العمومية بهدف تذليل الصعوبات ورفع العراقيل التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة أشخاص القانون العام.

2- العمل على إبرام التزامات كتابية بتنفيذ الأحكام القضائية وفق جدولة زمنية واضحة ومحددة يشعر بها طالب التنفيذ، وذلك لتحقيق التوازن بين حقوقه المحمية قانوناً وبين ضرورة تأمين حسن سير المرفق العمومي بانتظام.

3- رصد اعتمادات مالية كافية بالسطر المتعلق بتنفيذ الأحكام بالميزانيات الفرعية يكون غير قابل للتحويل، ويؤخذ بعين الاعتبار في تحديد الاعتمادات المرصودة فيه حجم المبالغ المحكوم بها في مواجهة الدولة والدعاوى الجارية ضدها أمام القضاء، ويجب أن تكون تلك الاعتمادات مبنية على تقديرات حقيقية وواقعية تشكل ضماناً لتنفيذ الأحكام القضائية على ضوء قواعد المحاسبة العمومية.

4- حث الجماعات المحلية والإدارات العمومية على تخصيص فائض الميزانية لتنفيذ الأحكام القضائية، إذ من غير المستساغ اعتبار وجود فائض بالميزانية والحال أن الإدارة المعنية مدينة لطالبي التنفيذ.

5- تعديل قانون المسطرة المدنية وتخصيص باب مستقل يتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية في مواجهة أشخاص القانون العام يأخذ بعين الاعتبار الترتيب الإدارية الواجب اتباعها في التنفيذ وأجالها كما هي منصوص عليها بقواعد المحاسبة العمومية، مع التنصيص على إمكانية تجزئ التنفيذ، وتحديد أجل للتنفيذ أقصاه سنة ابتداء من تاريخ الإعدار بالتنفيذ.

6- اعتبار الحكم الحامل للصيغة التنفيذية بمثابة وثيقة محاسبائية تلزم الأمر بالصرف بالتنفيذ و المحاسب العمومي بالأداء.

7- تعديل الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية بالتنصيص على أن الطعن بالنقض في القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية يوقف التنفيذ.

8- التنصيص على عدم جواز إيقاع الحجز على الأموال العمومية اللازمة لسير المرفق العمومي بانتظام.

9- تعديل مقتضيات المنظمة للغرامة التهديدية بشكل يسمح بتحديدتها في مواجهة الأشخاص الذاتيين الذين يمثلون الإدارات العمومية متى كانت إمكانية التنفيذ قائمة وثبت امتناعهم عن التنفيذ بدون مبرر مقبول، وبشكل يسمح بضبط عناصر تحديدها وكيفية تصفيته.

10- تعديل مقتضيات المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية ليشمل اختصاصها النوعي البت في المنازعات المتعلقة بالخطأ المرفقي والشخصي المترتب عن الامتناع عن التنفيذ.

11- إقرار المسؤولية الشخصية والتأديبية والجنائية للمسؤول الممتنع عن تنفيذ الحكم القضائي دون مبرر مقبول.

12- العمل على أن تكون صياغة منطوقات الأحكام القضائية واضحة وغير مشوبة بأي غموض أو إجمال وأن تحدد بها كيفية التنفيذ، خصوصا في المجال المتعلق بتسوية الوضعية الإدارية والمالية، وتحديد المنفذ عليه بشكل واضح بمنطوق الحكم.

13- العمل على أن تتم صياغة محاضر التنفيذ بشكل دقيق ومفصل، وللقاضي المختص تكيف التصريحات الواردة في تلك المحاضر لاستخلاص واقعة الامتناع عن التنفيذ من عدمها.

14- اعتماد أسلوب اللاتمرکز الإداري في تبليغ وتنفيذ الأحكام القضائية.

الفهرس

- تقديم.....9
- الكلمة الافتتاحية للسيد وزير العدل والحريات الأستاذ المصطفى الرميد.....10
- الكلمة الافتتاحية للسيد رئيس جمعية هيئات المحامين بالمغرب الأستاذ النقيب محمد أقدم.....15
- الحماية القضائية لحق الملكية من خلال دعاوى الاعتداء المادي : محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط...19
الأستاذ أنوار الشقروني، مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط
- الإشكالات التي يطرحها الاعتداء المادي على الملكية العقارية.....37
الأستاذ سعيد العقاوي، رئيس مصلحة بالوكالة العقارية للمملكة
- مسطرة نزع الملكية بين متطلبات المصلحة العامة وضمانة التعويض العادل.....61
الأستاذ رضا التايدي، مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط
- خصوصية القواعد المسطرية في مادة نزع الملكية.....81
الأستاذ محمد أوزيان، رئيس مصلحة بمديرية أملاك الدولة
- الأثار القانونية لتصميم التهيئة بين النص القانوني والعمل القضائي.....89
الأستاذ محمد بهاء الدين الزباخ رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة
- خصوصية الإثبات في المنازعات الإدارية – دراسة مقارنة.....111
الأستاذة نادية حديدو، محامية بهيئة الرباط
- ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية.....125
الأستاذ هشام الوازكي، مستشار بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط
- الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري.....132
الأستاذ محمد آيت حسو، رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة
- تقرير الجلسة الصباحية ليوم الجمعة 6 يناير 2017.....151
الأستاذ صالح لمزوعي، قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط
- تقرير الجلسة المسائية ليوم الجمعة 6 يناير 2017.....153
الأستاذ حسن اليحياوي ، قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط
- المنازعات القضائية في مجال تدبير الموارد البشرية للإدارة.....160
الأستاذ علاء حميدي، رئيس قسم بالوكالة القضائية للمملكة

- الغرامة التهديدية والحجز في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الإداري والإشكاليات المطروحة 186
- الأستاذ محمد قصري، الوكيل القضائي للمملكة
- مستجدات تنفيذ أحكام القضاء الإداري 216
- الأستاذ مصطفى سيمو، رئيس المحكمة الإدارية بالرباط
- الإشكالية المترتبة عن الحجز على الاعتمادات المالية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك 223
- الأستاذ محمد ربيعي، رئيس قسم بوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك
- تقرير الجلسة الصباحية ليوم السبت 8 يناير 2017 228
- الأستاذ شوقي لعزيزي، قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط
- التقرير الختامي للندوة 237
- الأستاذ عبد الحق أخو الزين، قاضي بالمحكمة الإدارية بالرباط
- التوصيات الصادرة على ضوء أشغال الندوة 239

