

Royaume du Maroc



Agence Judiciaire du Royaume

Rapport d'Activité de l'Agence Judiciaire du Royaume

2012

Avenue Haj Ahmed Cherkaoui, Quartier
Administratif, Agdal, Rabat
Tél. : (212) 5 37 68 93 09
Fax : (212) 5 37 68 96 43

Portail Internet : <http://www.finances.gov.ma> - E-mail : ajr@ajr.finances.gov.ma

Sommaire

Mot du Directeur	3
-------------------------------	----------

Section I : Les activités judiciaires

1- Caractéristiques des nouvelles affaires prises en charge en 2012 :.....	6
1-1 Evolution du nombre des dossiers ouverts annuellement entre 2008 et 2012 :.....	6
1-2 L'analyse de la nature des dossiers ouverts en 2012 :.....	7
1-2 Les secteurs les plus générateurs du contentieux :	10
2- L'effort fourni en matière de traitement du contentieux en 2012	11
2.1. Traitement des dossiers :	12
2.2. Rendement du personnel de l'institution :	14
2.3 L'évolution du courrier arrivé en 2012	15
2.4 Pourcentage des affaires gagnées par l'AJR en 2012:.....	16
2.5. Le mandatement des avocats par l'AJR en 2012 :	17

Section II : Les activités extrajudiciaires

1-Le règlement amiable des conflits :	20
1.1 Le règlement des litiges dans le cadre du comité du contentieux :.....	20
1.2 La récupération des débours de l'Etat :	21
2- La prévention du risque juridique	22
2.1 Les études juridiques :	23
2.2 Les activités de sensibilisation :	23
2.3 La formation, l'expertise, et la communication interne :	28
2.4 La veille juridique :.....	30

Section III: La jurisprudence

1- L'exception d'incompétence est-elle d'ordre public.	32
2- L'irrecevabilité pour défaut de qualité due à une erreur de dénomination d'une compagnie d'assurance qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.	33

Section IV : Le plan d'action stratégique

1- Les principales orientations retenues.....	35
1-1 La révision du cadre juridique de l'institution :	35
1-2 La restructuration interne des activités de l'AJR et leur décentralisation :	36
2- les actions à mener à moyen et court terme	36
2.1 La modernisation des outils de travail de l'Agence Judiciaire du Royaume :.....	36
2.2 Renforcement des effectifs et amélioration de leurs compétences professionnelles:	37
2.3 La consolidation des activités de prévention et ouverture de l'institution sur son environnement:	37

Section V- Les Etudes

الجزء الخامس: الدراسات

39.....	الموضوع الأول: قانون الالتزامات والعقود بين القاضي الإداري و القاضي المدني
80.....	الموضوع الثاني: تطور مسؤولية الدولة عن الفيضانات
98.....	الموضوع الثالث: المسؤولية الطبية وفق منظور القضاء الإداري



Mot du Directeur

M. Mohamed KEMMOU
Agent Judiciaire du Royaume

Selon la constitution, le Maroc a choisi d'une manière irréversible de construire un Etat de droit, tout en développant une société solidaire où le citoyen jouit de l'égalité des chances dans le cadre du principe de la corrélation entre les droits et les obligations.

Réussir un tel défi requiert, non seulement la participation de toutes les forces vives de la société et la mobilisation des ressources nécessaires, mais aussi l'adoption d'une approche de gestion de la chose publique basée sur les règles de bonne gouvernance, soumettant le service public aux exigences de qualité, de transparence, de responsabilité et de reddition des comptes.

Sur le plan juridique, la bonne gouvernance exige une harmonisation des textes normatifs avec la Constitution et les conventions internationales dûment ratifiées par le Maroc. Elle met en évidence également la nécessité de disposer d'acteurs performants pour promouvoir ces exigences.

Consciente de son rôle primordial dans la défense des intérêts de l'Etat devant la justice, l'Agence Judiciaire du Royaume a opté pour une stratégie de proximité avec ses partenaires, et ce à travers le conseil juridique, la prévention du contentieux et la défense judiciaire.

Par ailleurs, les mutations introduites par le nouvel ordre juridico- judiciaire initié en 2011, exigent dans l'immédiat une refonte du statut de l'Agence Judiciaire du Royaume afin qu'elle puisse anticiper ces changements et continuer à jouer pleinement son rôle.

Le présent rapport témoigne de l'effort fourni durant l'exercice 2012, et la qualité du service rendu par l'ensemble des cadres et fonctionnaires de l'Agence Judiciaire du Royaume.

SECTION 1



LES ACTIVITES JUDICIAIRES

De par le Dahir du 02 mars 1953, l'Agence Judiciaire du Royaume « AJR » est appelée en cause dans toutes les actions judiciaires intentées contre l'Etat et ses démembrements et qui visent à déclarer celui-ci débiteur dans tous les domaines à l'exception de la matière fiscale et domaniale (Article 4), les mêmes dispositions légales prescrivent cette obligation sont énoncées par l'Article 514 du code de procédure civile.

De même, le code de procédure pénale qui dispose que lorsque l'action publique est dirigée contre un magistrat, fonctionnaire public, agent ou préposé de l'autorité ou la force publique, l'Agent Judiciaire du Royaume est avisé.

En dépit des efforts déployés par l'AJR en matière de défense judiciaire de l'Etat et ses démembrements, la pratique a permis l'identification d'un certain nombre d'insuffisances et des dysfonctionnements qui limitent l'efficacité du travail fourni par l'institution, parmi lesquelles il y a :

- Le manque d'initiative dans la prise de décision, lié au fait que l'institution dépend de la position de l'administration concernée par le litige,
- L'intervention de l'AJR pour défendre les intérêts de l'administration n'est pas systématique, car l'administration concernée peut désigner un avocat ou même un fonctionnaire pour assurer sa défense devant les tribunaux, sans même informer l'AJR.

Par conséquent, il est indispensable d'élargir et de renforcer les missions et les prérogatives de l'AJR, afin de garantir une meilleure défense des deniers publics et un contrôle continu durant les différents stades du procès, ce qui peut être justifié par :

- La garantie d'une bonne défense judiciaire des deniers publics peut réduire les frais qu'occasionnent les jugements défavorables au trésor public ;
- La majorité absolue du contentieux des personnes de droit public, concerne le volet financier, ce qui pose la question du contrôle des procédures judiciaires où l'objectif est d'éviter les jugements qui engendreraient les charges supplémentaires au trésor public.

En attendant et malgré les obstacles que l'AJR rencontre, elle continue d'assurer la défense de l'Etat et de ses administrations, en mobilisant l'ensemble de ses cadres.

La présente section du rapport d'activité met en exergue :

- *Les caractéristiques des affaires prises en charge par l'institution au titre de l'année 2012.*
- *La segmentation du contentieux généré par les partenaires de l'institution.*
- *L'effort fourni en matière de traitement du contentieux pris en charge par l'institution.*
- *Le mandatement des honoraires des avocats par l'AJR (externalisation de la défense).*

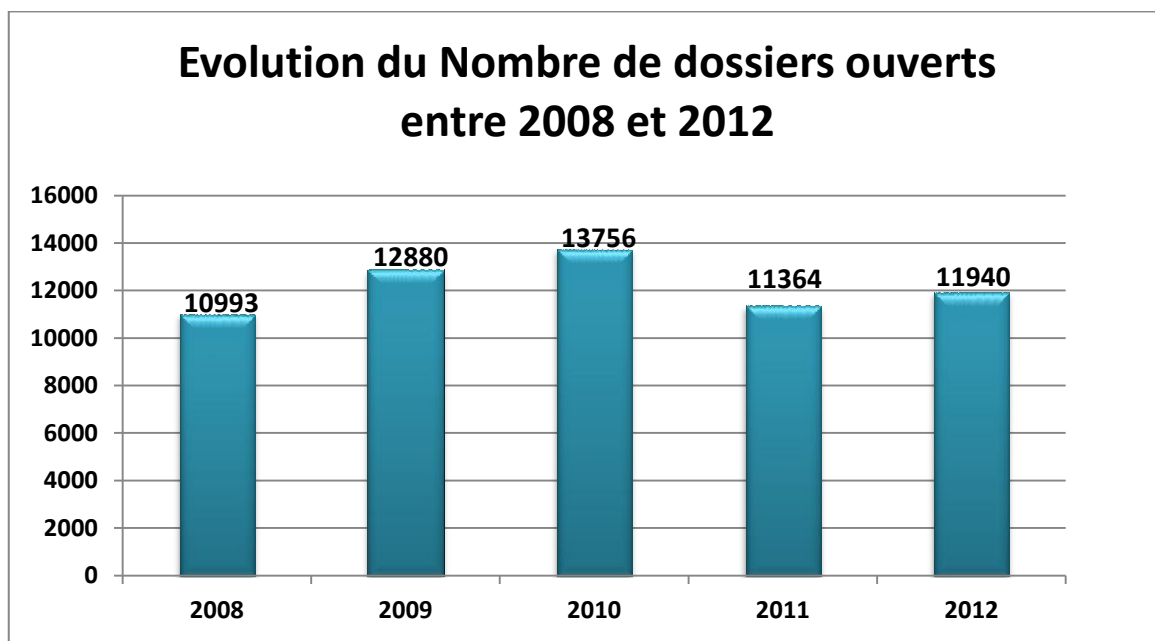
1- Caractéristiques des nouvelles affaires prises en charge en 2012 :

L'Agence Judiciaire du Royaume reçoit quotidiennement un grand nombre de mémoires et de notifications judiciaires se rapportant aux affaires dirigées contre l'Etat et ses administrations. Dans ce qui suit, nous examinerons l'évolution globale du nombre des dossiers transmis annuellement à l'AJR durant les cinq dernières années (1.1), et la composition par branche du contentieux traité par l'institution en 2012 (1.2).

1-1 Evolution du nombre des dossiers ouverts annuellement entre 2008 et 2012 :

Le nombre d'actions judiciaires dirigées contre l'Etat et les autres personnes morales de droit public a marqué une hausse de 5,07% en 2012 avec 11940 nouvelles affaires enregistrées par l'AJR, soit 576 affaires de plus, par rapport à 2011.

Le graphique ci-dessous illustre l'évolution du nombre des dossiers ouverts annuellement :



Cette légère hausse peut être expliquée par la mise en application des dispositions de la nouvelle Constitution qui a élargi le champ de la responsabilité de la puissance publique, ce qui rend l'Etat dans l'obligation de réparer les dommages causés par une erreur judiciaire. Par conséquent, le souci de l'Agence Judiciaire du Royaume est d'adopter dans certains cas des moyens alternatifs pour régler les affaires du contentieux comme l'adoption de la voie amiable sans avoir recours à la procédure judiciaire.

1-2 L'analyse de la nature des dossiers ouverts en 2012 :

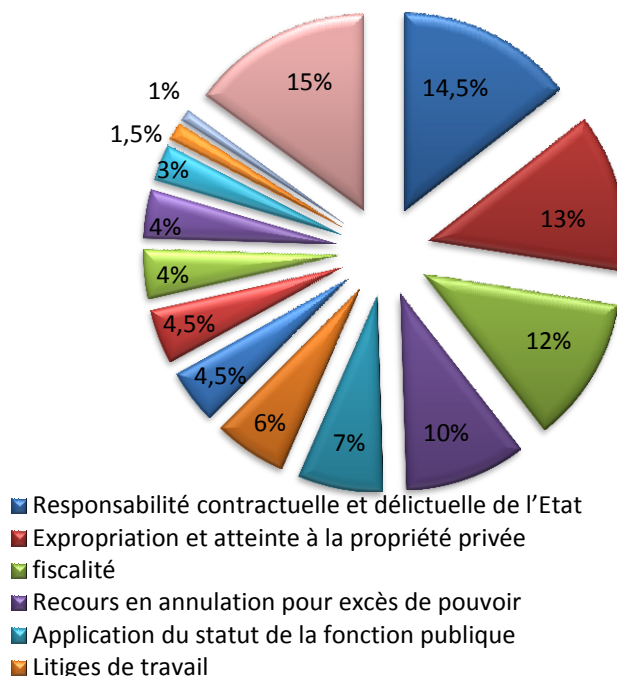
1.2.1 L'analyse des dossiers ouverts en 2012 selon le type de contentieux

L'analyse des nouveaux litiges reçus par l'AJR, portés en 2012 devant les différentes juridictions à l'encontre de l'Etat et de ses démembrements, montre que les affaires relatives à « la responsabilité contractuelle et délictuelle de l'Etat » et à « l'expropriation et l'atteinte à la propriété privée » arrivent en tête, suivies des « affaires fiscales » et des « recours en annulation pour excès de pouvoir ». Ces types de contentieux totalisent à eux seuls quasiment la moitié des nouvelles affaires reçues en 2012. Le tableau suivant présente la part relative de chaque type de contentieux :

Nature du Litige	Nombre	Part en %
Responsabilité contractuelle et délictuelle de l'Etat	1710	14,5%
Expropriation et atteinte à la propriété privée	1566	13%
fiscalité	1426	12%
Recours en annulation pour excès de pouvoir	1201	10%
Application du statut de la fonction publique	869	7%
Litiges de travail	747	6%
Litiges forestiers et fonciers	526	4,5%
Evacuation des logements administratifs	524	4,5%
Accidents de travail	489	4%
Recours de l'Etat contre les tiers responsables	466	4%
Affaires pénales	343	3%
Accidents causés par les véhicules de l'Etat	151	1,5%
Comité de contentieux	97	1%
autres (Police administrative, infraction à la législation des prix, etc.)	1825	15 %
Total	11940	100%

Tab.1- Parts relatives des différentes catégories du contentieux en 2012

La répartition des dossiers selon le type de contentieux en 2012



Il en ressort du graphique ci-dessus que les affaires se rapportant à la responsabilité délictuelle et contractuelle de l'Etat représentent la plus grande part des litiges avec 14,5 %, ceci peut trouver son explication dans le fait que la justice administrative tend à rendre l'administration responsable en se basant non seulement sur la théorie de la responsabilité délictuelle fondée sur une faute ou sur la théorie des risques, mais également en se basant, entre autres, sur la théorie de la solidarité sociale en demandant dans ce cas à l'administration de se justifier même si celle-ci n'a pas commis de faute.

En ce qui concerne les affaires relatives à l'expropriation et atteinte à la propriété privée, une réflexion doit être menée par l'administration pour adopter une politique foncière et ce en disposant d'un fonds foncier suffisant et adapté aux besoins. Il est aussi proposé une révision de la loi relative à l'expropriation en allant vers une facilitation de la procédure et de la réglementation des cas urgents, ce qui éviterait à l'administration le recours à la voie de fait.

1.2.2. L'analyse des dossiers ouverts en 2012 par ordre juridictionnel

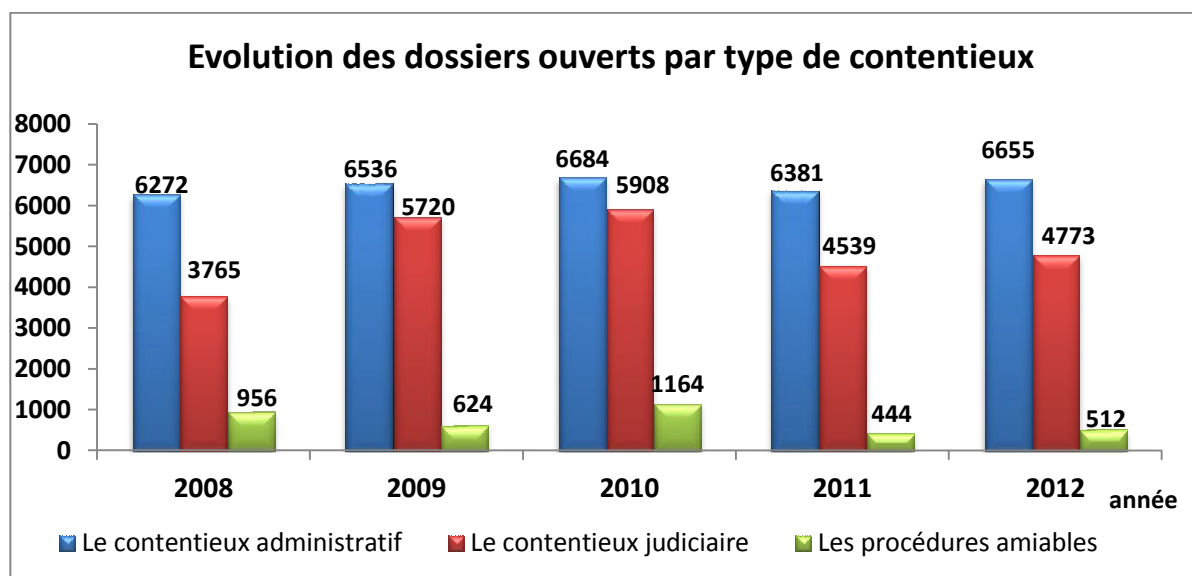
Le contentieux traité par l'institution a connu en 2012 une hausse par rapport à 2011, aussi bien pour les affaires judiciaires que pour les affaires amiables.

Le contentieux administratif vient en tête avec 6655 affaires, suivi du contentieux judiciaire avec 4773 affaires, cet écart a augmenté entre 2011 et 2012 en passant de 1842 en 2011 à 1882 en 2012.

La faiblesse de la part des activités amiables s'explique par le fait que la fonction de défense judiciaire continue à occuper une place largement prépondérante dans l'activité de l'AJR.

Année	2011			2012		
	Nombre de dossiers	Part dans le contentieux	Evolution / année précédente	Nombre de dossiers	Part dans le contentieux	Evolution / année précédente
contentieux administratif	6381	56%	-4,53	6655	56%	+ 4,29%
contentieux judiciaire	4539	40%	-23,17	4773	39%	+5,15%
procédures amiables	444	4%	-61,85	512	5%	+15,31%
Total	11364	100%	-17,38	11940	100%	+5,07%

Tab 2. L'évolution des types de contentieux entre 2011 et 2012



Il ressort des données du tableau ci-dessus, que l'essentiel des activités de l'AJR se focalise autour du contentieux judiciaire ou administratif avec 95% alors que les affaires de récupération des débours de l'Etat représentent 5% seulement. Il devient nécessaire de consolider le recours aux procédures amiables et particulièrement la transaction en vue des avantages qu'elle présente pour le trésor public. Cette baisse de la part des procédures amiables peut être expliquée en partie par la réticence des compagnies d'assurance à informer l'Agent Judiciaire du Royaume des accidents de la

circulation dont sont victimes les fonctionnaires de l'Etat, quoique cette obligation d'information est instituée par l'article 32 et l'article 28 des lois relatives aux pensions militaires et civiles.

1-2 Les secteurs les plus générateurs du contentieux :

Les textes en vigueur (l'article 1^{er} du Dahir de 2 mars 1953 régissant les attributions de l'AJR et l'article 514 du code de la procédure civile) prescrivent l'appel en cause de l'AJR chaque fois que l'action judiciaire dirigée contre l'Etat et ses démembrements tend à déclarer ces derniers débiteurs dans tous les domaines à l'exception des matières fiscales et domaniales.

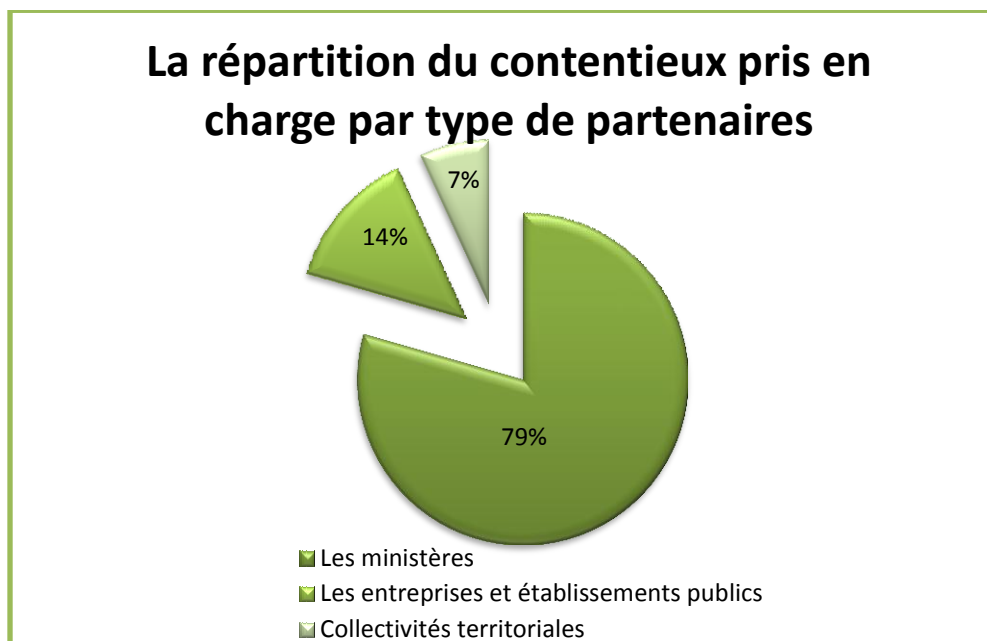
Néanmoins, dans la pratique, les justiciables ont tendance à appeler en cause l'AJR systématiquement sans prendre en considération les exceptions sus-visées. Il s'ensuit que l'institution est notifiée pratiquement dans toutes les actions dirigées contre les personnes morales de droit public.

type de client	Evolution %	Nombre d'affaires en 2012
Les ministères	79%	9484
Les entreprises et établissements publics	14%	1638
Collectivités territoriales	7%	818
Total	100%	11940

Tab.3- Parts relatives des types de partenaires dans le contentieux en 2012

A ce titre, sur les 11940 nouvelles affaires reçues par l'AJR en 2012, près de 79% concernent l'Etat (ministères). Le reste des dossiers provient respectivement des établissements et entreprises publiques d'une part avec 14% et des collectivités territoriales d'autre part avec 7%.

Il est à signaler que depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 28/08 réglementant la profession d'avocat, les établissements publics sont dans l'obligation de désigner un avocat pour ester devant les tribunaux (cf. l'article 31 de ladite loi).



2- L'effort fourni en matière de traitement du contentieux en 2012

La loi permet à l'Etat et aux administrations publiques de se défendre devant les tribunaux par leurs propres cadres mandatés à cet effet, par un avocat du barreau, ou en ayant recours aux services de l'AJR.

Dans la pratique, tous les ministères recourent aux services de l'AJR pour les défendre devant les tribunaux, soit exclusivement, soit pour prêter main forte à leurs avocats. Dans ce cas, il n'est pas rare que l'AJR soit sollicitée en plein milieu d'une procédure lorsque l'administration concernée estime que le traitement du dossier confié initialement à un avocat, nécessite davantage de compétences.

Dans tous les cas, dès que l'AJR est saisie par le tribunal d'une action introduite à l'encontre de l'Etat, elle demande à l'administration concernée de lui fournir tout document ou information permettant d'assurer l'instruction du dossier et la défense des intérêts de l'Etat. Par la même occasion, elle demande à ladite administration si elle souhaiterait que l'AJR assure sa défense ou si elle préfère s'en charger elle-même ou encore recourir aux services d'un avocat. Souvent, l'administration concernée préfère confier cette mission à l'AJR.

Dès réception d'un acte de procédure (généralement un pli de justice portant notification d'une requête introductive d'instance), l'AJR procède à l'ouverture d'un dossier pour la nouvelle affaire. Ledit dossier subit des modifications au fur et à mesure de l'avancement de la procédure.

Généralement, le règlement d'un dossier s'étend sur une durée supérieure à une année. Néanmoins, la durée de vie de celui-ci dépend du type de juridiction devant laquelle il est instruit, de l'importance et de l'enjeu que représente l'affaire ainsi que du degré de complexité des procédures entreprises dans le cadre de son traitement.

Il y a lieu de souligner que les dossiers se référant à la matière fiscale ne sont pas traités par l'AJR étant donné que les textes en vigueur excluent le contentieux fiscal du champ de ses attributions. Une copie des actes de procédure est toutefois transmise à la Direction Générale des Impôts à laquelle revient la représentation de l'Etat en matière fiscale (art. 515 CPC). De même, le contentieux concernant uniquement les entreprises et établissements publics (EEP) et les collectivités territoriales est traité par les parties concernées, par l'intermédiaire d'avocat. Ils sont, aussi, assistés et conseillés par l'AJR sur leur demande. Ceci étant, l'AJR prend en charge le dossier chaque fois que la responsabilité de l'Etat est invoquée solidairement avec celle d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public.

Compte tenu de ce qui précède, l'effort de l'institution en matière de traitement du contentieux peut être apprécié à travers l'examen du nombre des dossiers traités et des écrits, des plaidoiries et des déplacements que cela a occasionné, et au regard du taux des affaires jugées, généralement en faveur de l'Etat.

2.1. Traitement des dossiers :

Le processus de traitement d'une affaire donne lieu à l'accomplissement d'un certain nombre de procédures, notamment :

- ◆ La tenue de réunions de coordination pour cerner les aspects techniques de l'affaire et définir en commun une stratégie de défense ;

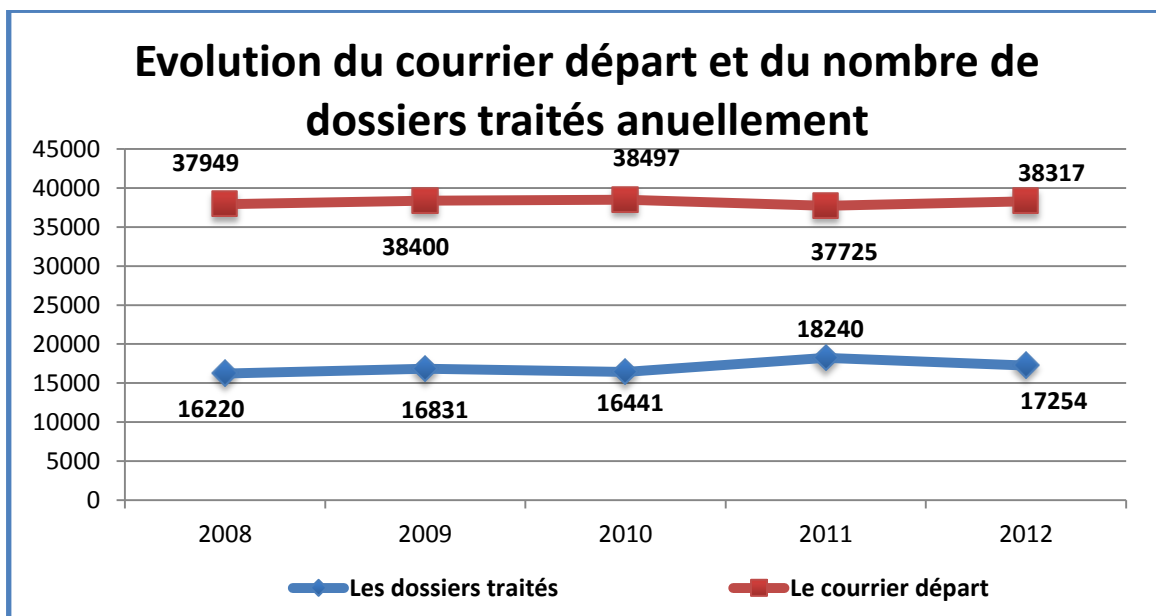
- ♦ La réalisation de recherches pour réunir les textes de loi applicables, la jurisprudence établie en la matière et le point de vue de la doctrine ;
- ♦ L'instruction du dossier sur le terrain (déplacement pour diverses raisons : collecte de données, assistance à des expertises et audiences, etc.) ;
- ♦ La production d'actes de défense (requêtes, mémoires, conclusions, correspondances diverses, etc.) ;
- ♦ L'information continue des partenaires concernées sur le déroulement des diverses procédures entreprises.

En effet, l'examen de l'évolution du nombre des documents produits par l'institution et destinés à l'extérieur (Juridictions, partenaires, avocats, etc.) permet d'avoir une vision globale sur l'effort consacré au traitement du contentieux.

L'examen des données du tableau et du graphique ci-dessous montre que le nombre global d'écrits a augmenté par rapport à l'année précédente, alors même que le nombre d'affaires traitées en 2012 a connu un recul par rapport à 2011 (-5,40%). Ceci est un indicateur qui consacre l'effort de l'institution dans le traitement du contentieux.

<i>Année</i>	2008	2009	2010	2011	2012	Evolution 2011-2012
<i>Nombre global des litiges traités</i>	16220	16831	16441	18240	17254	-5,40%
<i>Total des écrits produits à ce titre</i>	37949	38400	38497	37725	38317	+1,57%

♦ Tab.4 – Evolution des dossiers traités entre 2008 et 2012



Outre la production des écrits, les cadres et agents de l'institution ont effectué plus de 450 missions en dehors de la zone de Rabat Salé dans le cadre de l'instruction et du suivi des affaires dont ils ont la charge.

De plus, le personnel de l'institution effectue régulièrement et quasi-quotidiennement des déplacements vers les juridictions de Rabat, notamment la Cour de cassation, les cours d'appels et les tribunaux de première instance, administratifs et commerciaux.

2.2. Rendement du personnel de l'institution :

Le rendement du personnel de l'institution se mesure essentiellement par le volume de dossiers traités par les cadres et du courrier produit à cet effet. A ce titre, le nombre moyen des affaires traitées par chaque cadre chargé du contentieux en 2012 est de 171 dossiers. De même, les cadres chargés du dossier assistent aux audiences dans les tribunaux et aux différentes mesures d'instruction ordonnées par le juge comme les audiences d'enquête, les expertises judiciaires, et les constatations, par exemple.

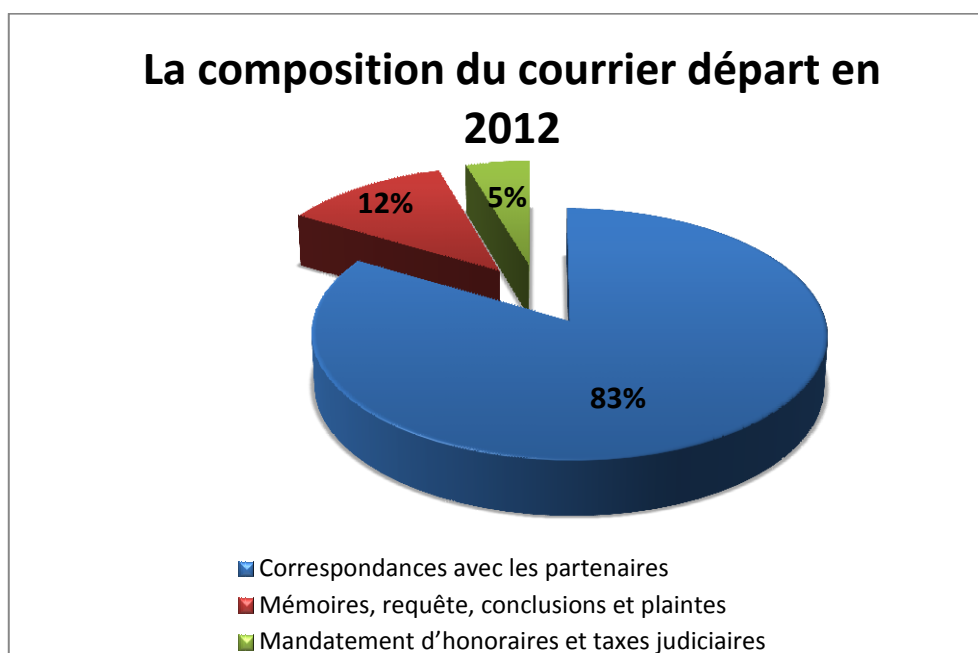
Le tableau suivant fournit la ventilation des différentes catégories du courrier départ 2012:

Catégorie de document	2011	2012	
	La part %	Nombre	La part %
<i>Correspondances avec les partenaires</i>	84%	31992	83%
<i>Mémoires, requêtes, conclusions et plaintes</i>	12%	4569	12%
<i>Mandatement d'honoraires et taxes judiciaires</i>	4%	1756	5%
TOTAL	100%	38317	100%

♦ Tab.5- répartition du courrier produit par catégorie de documents

Ainsi, qu'il ressort des données du tableau ci-dessus, la production du courrier a enregistré une hausse de 1,5 % en 2012, ce qui représente 592 documents de plus en comparaison à l'année précédente. Cette hausse s'explique par l'augmentation du nombre de mémoires, de requêtes et de conclusions et plaintes, qui se sont élevées à 4569 enregistrant ainsi une hausse de 173 écrits de plus par rapport à l'année précédente.

Il faut toutefois signaler que les mémoires et les requêtes constituent une vraie valeur ajoutée, vu que leur préparation exige une connaissance des dossiers et un effort de rédaction juridique.



Sur les cinq dernières années, la production du courrier départ sur support classique s'est pratiquement stabilisée autour des 38.000 envois. Cependant, une partie de plus en plus importante des échanges s'effectue par voie électronique.

Années	2008	2009	2010	2011	2012
Evolution de la production des écrits	37949	38400	38497	37725	38317
Variation en % de l'activité	0,44%	1,19%	0,25%	-2,05%	1,56%

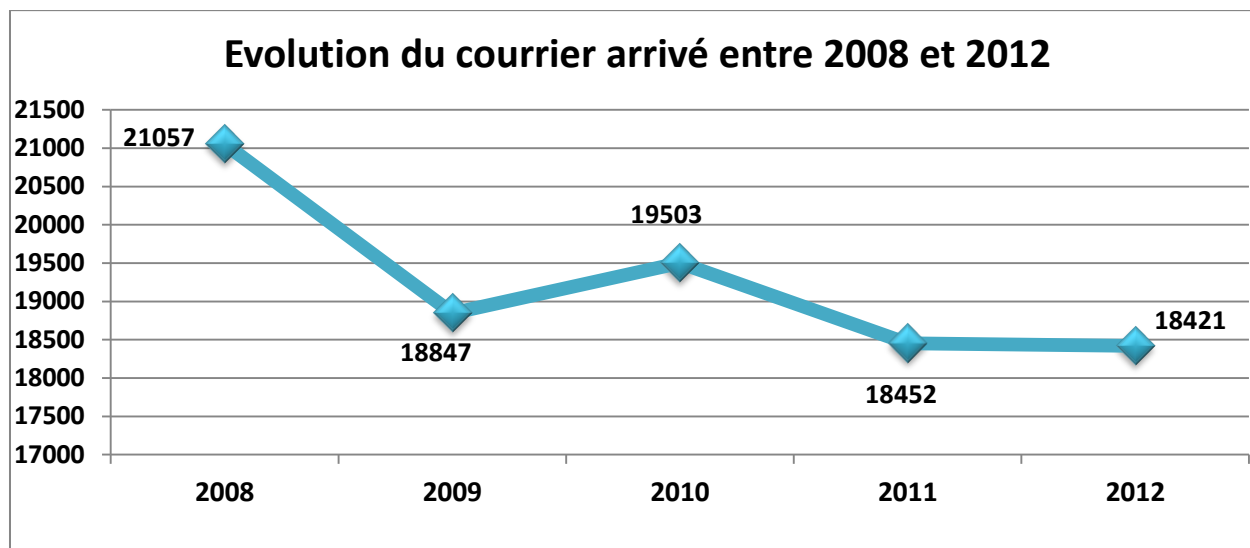
♦ Tab.6- Evolution de l'activité de l'institution entre 2008 et 2012

2.3 L'évolution du courrier arrivé en 2012

En 2012, l'AJR a reçu 18421 courriers sur support papier, soit une baisse de 0,2 % par rapport à l'année 2011. Ce chiffre ne comprend pas les jugements dont le nombre s'élève à plus de 5123 et les plis de justice qui proviennent des tribunaux et dont le nombre est de 20589 en 2012, soit un total de courrier « arrivé » de 44133.

Année	2008	2009	2010	2011	2012
Le courrier arrivé	21057	18847	19503	18452	18421
Evolution en %	9,08	-0,105	0,0348	-0,0539	-0,2

• Tab.7- Evolution du courrier « arrivée » entre 2008 et 2012



2.4 Pourcentage des affaires gagnées par l'AJR en 2012:

En plus du rendement des cadres chargés du contentieux, le pourcentage des affaires gagnées en faveur de l'Etat et de ses administrations publiques dont l'AJR se charge est un indicateur significatif des efforts fournis par l'institution dans le domaine de la défense juridique, il reflète clairement l'efficacité et l'efficacité du travail de l'institution.

Toutefois, il y a lieu de souligner que la mesure de cet indicateur reste plus au moins difficile, vu qu'il dépend de facteurs exogènes à l'institution, à savoir les orientations de la jurisprudence, l'interprétation des textes juridiques, surtout pour la justice administrative qui n'applique pas seulement la règle juridique mais la crée, aussi quelques administrations ne font appel à l'AJR qu'à un stade avancé de la procédure judiciaire ce qui limite les efforts de l'institution à réduire les répercussions financières de quelques jugements. En effet, « le gain d'une affaire » est une notion très relative, vu qu'une affaire peut être gagnée totalement ou partiellement. En général, on peut dire que l'institution a gagné environ 56% des affaires qu'elle a traité en 2012.

Dans ce cadre, un autre indicateur peut pertinemment traduire l'efficacité dans la gestion des dossiers du contentieux, il s'agit en l'occurrence de la différence entre les montants

demandés et les montants jugés. A ce niveau la somme représentant le solde entre les montants réclamés et les montants jugés est très significative.

2.5. Le mandatement des avocats par l'AJR en 2012 :

L'AJR assure par le biais de ses propres cadres l'essentiel du travail de la défense judiciaire, il n'en demeure pas moins qu'elle fasse appelle aux prestations des avocats dans certains cas pour pallier à l'insuffisance du nombre des cadres chargés d'assurer le traitement des affaires en cours.

En effet, l'AJR désigne des avocats en vue d'assurer certaines procédures ou traiter certains dossiers lorsque l'affaire en question est pendante devant une juridiction éloignée et suppose une présence soutenue devant le tribunal ou des délais très courts.

De même, elle mandate les honoraires des avocats constitués par d'autres administrations pour défendre leurs propres dossiers devant les tribunaux.

Ainsi, il ressort du tableau ci-dessous que 1012 notes d'honoraires ont été traitées en 2012, soit une charge financière de près de 3.309.120,00 Dirhams .Une note d'honoraire correspond généralement à une procédure judiciaire dans une affaire et non au règlement de toute l'affaire.

	Nombre de notes	Montant global des notes d'honoraires	Moyenne par note
Avocats désignés par l'Etat	761	2.508.459,00	3.296,26
Avocats désignés par l'Administration concernée	251	800.661,00	3.189,9
Total	1012	3.309.120,00	3.269,88

Tab.8- Le nombre des notes d'honoraires par types de désignation en 2012



S'agissant de l'évolution du nombre des notes d'honoraires mandatées et des montants s'y rapportant, nous remarquons une diminution des notes d'honoraires au cours de l'exercice 2012. Cela est expliqué par la baisse des dossiers ouverts par l'Agence Judiciaire du Royaume.

Année	2008	2009	2010	2011	2012
Montants	3.397.296	3.518.935	3.874.954	2.616.730	3.309.120
Note d'honoraires	1366	1508	1438	1031	1012

♦ *Tab.9- Evolution du montant des honoraires mandatés entre 2008 et 2012*

DEUXIEME SECTION:



LES ACTIVITES EXTRAJUDICIAIRES

En plus de la défense des intérêts de l'Etat et de ses démembrements devant les différentes juridictions, l'Agence Judiciaire du Royaume œuvre dans le règlement amiable de certains litiges et la prévention du risque juridique.

1-Le règlement amiable des conflits :

Si la responsabilité de l'Etat ou de l'administration publique est manifestement engagée, l'AJR tente dans la mesure du possible de résoudre le différend par le biais d'une transaction avec la victime ou ses ayants droit (1-1) et par la récupération des débours exposés par l'Etat aux fonctionnaires victimes des accidents de la circulation (1-2).

1.1 Le règlement des litiges dans le cadre du comité du contentieux :

Lorsque la responsabilité de l'Etat s'avère établie, l'Agence Judiciaire du Royaume peut transiger avec les tiers à travers le Comité de contentieux, en application des dispositions de l'article 4 du Dahir du 2 mars 1953 portant réorganisation de l'Agence Judiciaire du Royaume.

Ce comité est présidé par le Ministre de l'Economie et des Finances ou son représentant (le directeur des Assurances et de la Prévoyance Sociale), et comprend comme membres deux représentants du Secrétariat Général du Gouvernement, de la Direction du Budget, de la Trésorerie Générale du Royaume ainsi qu'un représentant de l'administration concernée par le litige.

La transaction s'avère être le moyen le plus approprié pour régler les différends dans lesquels la responsabilité des personnes du droit public se trouve engagée. Ce mode de règlement amiable des litiges permet d'alléger la charge des tribunaux du royaume en évitant des procédures judiciaires longues et coûteuses, et favorise un climat de confiance entre une administration responsable et le citoyen.

La procédure de transaction est enclenchée suite à la demande de la victime. Habituellement les affaires portaient principalement sur l'explosion des mines anti-personnel. Cependant, l'année 2012 a été marquée par une diversification de la nature des dossiers soumis au comité, incluant notamment les affaires des attentats terroristes de Casablanca et de Marrakech ou le démantèlement du camp de « Gdeim Izik ».

C'est ainsi que la cadence du travail réalisé par le comité du contentieux s'est vu accentuée au cours de l'année 2012. En effet, le comité a effectué une dizaine de réunions en 2012, alors qu'il ne s'est réuni que deux fois en 2011.

1.2 La récupération des débours de l'Etat :

Parmi les missions principales de l'AJR figure la procédure de récupération des débours de l'Etat, constituées principalement de versement des traitements et salaires aux fonctionnaires victimes des agressions et des accidents de la circulation pendant la période de l'ITT (incapacité totale temporaire), et/ou l'octroi d'une rente d'invalidité ou même un capital décès le cas échéant, et cela en application des dispositions de l'article 28 de loi n° 011.71 du 12 Kaada 1391 (30 décembre 1971) instituant un régime de pensions civiles, tel qu'il est modifié et complété, et l'article 32 de la loi n° 013-71 du 12 kaada 1391 (30 décembre 1971) instituant un régime de pensions militaires, tel qu'il est modifié et complété.

Une fois informée de la survenance d'un accident de la circulation dont est victime un ou plusieurs fonctionnaire(s), L'AJR procède à la collecte des documents et des informations permettant de chiffrer les débours engagés par l'Etat suite à cet accident. L'AJR tente de régler à l'amiable le litige avec le responsable ou la compagnie d'assurance qui assure sa responsabilité civile en lui présentant directement ses réclamations accompagnées des pièces justificatives. Les compagnies d'assurances répondent différemment à la démarche initiée par l'institution.

Dans le cas où la procédure amiable n'aboutit pas (réticence, refus...etc.) l'AJR doit recourir dans ce cas aux tribunaux pour faire valoir ses droits.

Actuellement, plusieurs arrêts de la Cour de cassation confirment le droit de l'Etat de récupérer tous les débours exposés par celui-ci suite aux accidents de la circulation dont sont victimes des fonctionnaires et dans lesquelles la responsabilité incombe à un tiers, conformément aux dispositions des articles 28 et 32 des lois sur les pensions civiles et militaires.

Dans l'objectif de trouver une solution globale à ce problème, l'AJR a pris contact avec la Fédération Marocaine des Sociétés d'Assurance et de Réassurance (FMSAR). Cette démarche a permis d'aboutir à un accord sur la récupération d'une part importante des réclamations de l'Etat. La conclusion d'une convention sera la bienvenue et permettra de faciliter la réalisation de transactions amiables entre l'AJR et les sociétés d'assurances.

A signaler que l'exercice 2012 a été marqué par le règlement total et définitif des dossiers des compagnies d'assurances en liquidation. Cette liquidation a été opérée conformément à l'arrêté du 12 septembre 1995 du Ministre des Finances et de la Privatisation qui a décidé le retrait d'agrément et de liquidation de cinq compagnies d'assurances. Il s'agit des compagnies: « La Renaissance », « La Victoire », « Arabia», « la Compagnie atlantique d'assurances » et « la Réunion marocaine d'assurances et de réassurances (REMAR) ».

Ces dossiers ont suscité un effort sans précédent pour récupérer les débours de l'Etat auprès de ces compagnies d'assurance, qui refusaient catégoriquement le remboursement total des débours. En revanche, ils ont proposé le remboursement de 50% du montant total.

Vu que l'Agence Judiciaire du Royaume n'est pas habilitée à négocier sur les créances publiques, elle a été obligée de soumettre la situation au comité du contentieux prévu par l'article 4 du dahir du 2 mars 1953 portant réorganisation de l'Agence Judiciaire du Royaume. Après autorisation expresse de Monsieur le Ministre de l'Economie et des Finances, le comité de contentieux a tenu sa première réunion sur ce sujet en 2005 où il a décidé d'accepter la proposition du règlement amiable, et la récupération de 50% du montant total des débours de l'Etat. Sur cette base le comité a conféré à l'Agent judiciaire du Royaume la possibilité de transiger avec les compagnies d'assurances en liquidation.

Suite à la décision du comité de contentieux , plusieurs réunions ont été organisées entre l'AJR d'un côté, et le liquidateur des 5 compagnies d'assurances d'un autre, sous l'égide de la Direction des Assurances et de la Prévoyance Sociale afin de surmonter les difficultés qui entravent la récupération des débours de l'Etat, notamment pour les dossiers non liquidés qui concernent la rente d'invalidité, et le capital décès.

2- La prévention du risque juridique

En plus du rôle de l'Agence Judiciaire du Royaume dans la défense judiciaire, l'institution joue un rôle important dans la prévention du risque juridique à travers plusieurs actions notamment :

- Les études juridiques
- Les activités de sensibilisation
- La formation et la communication
- La veille juridique

2.1 Les études juridiques :

L'expérience accumulée par l'AJR dans le traitement des dossiers du contentieux lui permet d'avoir une vision globale et maîtrisée de l'ensemble des contours d'une problématique juridique donnée. Dans l'objectif de bénéficier de ce savoir, les partenaires de l'institution consultent celle-ci sur les différentes problématiques juridiques auxquelles ils font face. L'AJR reçoit également des projets ou propositions de lois pour émettre son avis.

La procédure de traitement des études consiste à faire un recensement et une analyse de la documentation en relation avec le sujet, notamment les textes juridiques, la jurisprudence et la doctrine afin d'orienter le demandeur de la consultation au sujet des différentes facettes de la problématique juridique posée. Il est à signaler que l'avis de l'AJR est consultatif non contraignant pour l'administration demanderesse.

La nature des demandes d'avis ou de consultation est très diversifiée, puisqu'elle touche une panoplie de domaines du Droit : civil, administratif, pénal, foncier, commercial...etc.

Concernant les projets et propositions des lois et des textes juridiques, l'AJR reçoit un nombre important de textes de la part de l'unité centrale des affaires juridiques du Ministère de l'Economie et des Finances. L'étude de ces textes consiste à veiller au respect des règles de fond et de forme liées à l'élaboration des textes normatifs.

Par ailleurs, la plupart des avis sont émis par l'AJR à travers les nouvelles technologies d'information et de communication ou lors de réunions. Dans ce sens, au cours de l'exercice 2012 l'AJR a réalisé plus de 20 consultations écrites alors que les avis oraux demeurent les plus nombreux et les plus utilisés.

Le rôle consultatif de l'Agent Judiciaire du Royaume s'opère en absence de tout texte juridique régissant cette mission, situation qui doit être rapidement corrigée à travers l'instauration d'un cadre légal régissant l'exercice de cette fonction.

2.2 Les activités de sensibilisation :

Dans le cadre de la prévention du contentieux, l'AJR organise et participe à plusieurs activités de sensibilisation qui permettent de mettre la lumière sur des thématiques et problématiques juridiques bien précises qui engendrent des contentieux, et du coup

occasionnent des frais au trésor public. Ces rencontres constituent une occasion pour débattre et clarifier le point de vue de l'administration à propos de certains sujets juridiques.

Au titre de l'année 2012, l'AJR a participé à plusieurs conférences et journées d'études, comme par exemple :

- La gestion des barrages entre le cadre légal et les répercussions juridiques;
- La responsabilité médicale du point de vue des tribunaux administratifs ;
- L'Agence Judiciaire du Royaume et le droit des obligations et des contrats marocain ;
- Journée d'étude sur : « les réponses de la justice pénale au sujet de l'aide apportée aux victimes des attentats terroristes et la protection des témoins » ;
- La problématique de la compétence matérielle entre l'efficacité judiciaire et l'accès à la justice.

1- Journée d'étude « la gestion des barrages entre le cadre légal et les répercussions juridiques » :¹

En date du 28 juin 2012, l'AJR a participé à une journée d'étude organisée par le Ministère de l'Energie, des Mines et de l'Environnement sur le thème : « la gestion des barrages entre le cadre légal et les répercussions juridiques ». L'intervention de l'AJR s'est portée sur le sujet de « l'évolution de la responsabilité de l'Etat sur les inondations ».

Cette journée d'étude a été marquée par la diversification des interventions, s'articulant autour de deux axes. Le premier était consacré à l'aspect technique, à la définition des barrages et leurs fonctions, la gestion de l'eau des barrages au cours de périodes normales et exceptionnelles, ainsi que les changements et prévisions climatiques. Le second axe était réservé au volet juridique et institutionnel surtout par rapport aux nouveautés apportées par la loi n° 95-10 relative à l'eau.

La communication présentée par l'AJR a mis l'accent sur les problématiques que pose la responsabilité des personnes de droit public suite aux inondations et la position de la jurisprudence marocaine sur ce sujet, puisque cette dernière a tendance à élargir le champ de la responsabilité de l'administration, d'où la proposition du recours à l'approche scientifique pour déterminer la nature de la responsabilité et surtout le volet de la faute. Sans omettre la

¹ Voir la cinquième section « Etudes »

proposition portant sur l'indemnisation allouée en cas de catastrophes naturelles, qui doit être basée sur le principe de solidarité sociale et non sur celui de la responsabilité juridique.

2- *La participation à la journée de formation au Ministère de la Santé portant sur le rôle de l'Agence Judiciaire du Royaume dans la gestion du contentieux du Ministère de la Santé :*

Sur invitation de Monsieur le Ministre de la Santé, l'AJR a participé à une journée de formation au profit des cadres chargés du contentieux dudit ministère les 17 et 18 Décembre 2012. Cette formation a été réalisée par la présentation de trois exposés. Le premier a porté sur les types et les critères des actes administratifs, Le second a traité du particularisme de l'action de régularisation de la situation individuelle entre le texte juridique et la pratique judiciaire, et quant au troisième, il concernait la responsabilité médicale du point de vue du Droit administratif.

Au cours des travaux d'ouverture de cette journée, l'Agent Judiciaire du Royaume a présenté les principaux caractères des actions prises en charge par l'AJR, et particulièrement celles qui concernent le Ministère de la Santé, étant donné la nature même des fonctions des cadres concerne les actions en responsabilité médicale, et les poursuites pénales engagées contre les personnes opérant dans le secteur ou les actions de régularisation de la situation individuelle.

A l'occasion de cette intervention, plusieurs problématiques ont été exposées, notamment :

- La tendance de la jurisprudence vers l'instauration d'une responsabilité médicale sur la base de la faute légère en dépassant l'approche traditionnelle de la faute grave.
- La confusion entre la responsabilité médicale basée sur l'erreur de diagnostic et celle relative aux soins médicaux et la responsabilité du service médical due à l'indisponibilité des moyens matériels pour une meilleure prise en charge.
- La distinction incomplète entre la faute de diagnostic et celle du traitement.
- La nécessité d'une prise en charge adéquate sans que le manque de moyens ne soit utilisé comme cause échappatoire à l'engagement de la responsabilité des centres d'hospitalisation nationaux.
- L'engagement de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des dommages causés suite aux campagnes de vaccination sans chercher la cause réelle du dommage.
- Le recours à l'expertise médicale comme seul moyen pour prouver la faute médicale.

Dans la majorité des cas l'expert chargé d'effectuer l'expertise n'a hélas pas la même spécialité que le médecin accusé de faute médicale.

- La surévaluation du dédommagement dans certains cas, et les procédés utilisés pour la détermination de la base de calcul de l'indemnisation, manquent de clarté et de transparence et ne sont pas unifiés, ce qui donne lieu à une différence dans le dédommagement entre les différents tribunaux du royaume au sujet des dommages identiques.

3 - La position de l'Agence Judiciaire du Royaume vis-à-vis du Dahir des obligations et des contrats :²

L'Agence Judiciaire du Royaume a participé aux journées d'études organisées par la Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales de Rabat Agdal à l'occasion du centenaire du code du Droit des Obligations et des Contrats le 27 janvier, le 15 et 16 mars et le 11 mai 2012. L'AJR a présenté un exposé intitulé « la position de l'Agence Judiciaire du Royaume vis-à-vis du Dahir des Obligations et Contrats à la lumière de la pratique judiciaire civile et administrative ». Le choix du sujet de la communication s'explique par le rôle de l'institution dans l'observation des nouvelles approches judiciaires et la pratique réservée au Droit des Obligations et des Contrats devant les juridictions administratives ou celles du droit commun, et plus particulièrement celles se rapportent aux approches utilisées dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat.

L'Agent Judiciaire du Royaume a exposé l'expérience accumulée par l'institution dans ce domaine, surtout par rapport au développement de la jurisprudence et son rôle dans l'évolution du droit des obligations et des contrats. Il a notamment mis en exergue la synergie qui existe entre celui-ci et les autres branches du droit, dans l'optique d'une réforme éventuelle. La communication de l'Agent Judiciaire était scindée en deux parties. La première s'est intéressée à la théorie du contrat du point de vue des juges civil et administratif. La seconde portait sur la responsabilité délictuelle, toujours dans une approche comparative entre le juge civil et le juge administratif.

4 – La participation à la journée d'étude: « les réponses de la justice pénale au sujet de l'aide apportée aux victimes des attentats terroristes et la protection des témoins » :

En date du 03 et 04 décembre 2012 l'AJR a participé aux travaux d'une journée d'étude nationale organisée par le Ministère de la Justice et des Libertés en collaboration avec l'Office

² Voir la cinquième section « Etudes »

des Nations Unis Contre la Drogue et le Crime, portant sur les réponses de la justice pénale au sujet de l'aide apportée aux victimes des attentats terroristes et la protection des témoins.

La participation de l'AJR à cette rencontre scientifique visait le partage de l'expérience de l'institution accumulée à l'occasion du traitement des transactions opérées par l'AJR avec les victimes des attentats terroristes sur la base des décisions du comité de contentieux.

5- La problématique de la compétence matérielle entre l'efficacité judiciaire et l'accès à la justice :

Dans le cadre du chantier de la réforme de la justice, l'Agence Judiciaire du Royaume a participé à une rencontre scientifique dans ce sens au sein de la Cour d'appel administrative de Rabat par une communication portant sur « la problématique de la compétence matérielle entre l'efficacité judiciaire et l'accès à la justice ». L'intervention a démontré l'importance de l'efficacité judiciaire et l'accès à la justice en étant les principaux objectifs recherchés à travers la réforme de la justice au Maroc.

L'Agent Judiciaire au cours de son intervention a avancé les propositions suivantes pour améliorer l'efficacité judiciaire au Maroc :

- L'unification des textes juridiques qui traitent de la question de la compétence matérielle pour tous les tribunaux du Royaume.
- L'activation des dispositions juridiques qui obligent les tribunaux de statuer sur l'appel formulé contre les jugements portant sur la compétence dans les délais prescrits par le législateur.
- L'activation de la procédure de notification spontanée des jugements et arrêts portant sur la compétence matérielle.
- L'adoption de nouvelles dispositions juridiques précisant que l'exception d'incompétence doit être soulevée par le justiciable avant toute défense au fond et offrir la possibilité de relever les mêmes exceptions d'incompétence par le juge et le commissaire royal devant les juridictions administratives et le ministère public devant les tribunaux de commerce.
- L'unification de la pratique judiciaire en matière de la compétence matérielle, sans oublier de procéder à la publication des arrêts de la Cour de cassation portant sur la question surtout quand il s'agit d'affaires qui posent des problématiques liées à la compétence.

- Rendre les arrêts de la Cour de cassation relatives à la compétence matérielle obligatoires pour les autres juridictions, du moment que la Cour de cassation procède à l'interprétation du texte de la loi afin de pallier aux interprétations susceptibles de remettre en cause l'efficience du pouvoir judiciaire.

Pour conclure l'exposé, l'Agent Judiciaire du Royaume a démontré que la recherche de l'efficience judiciaire par la simplification des procédures et la réduction des délais ne peut s'effectuer sans garantir le droit des justiciables à soulever l'exception d'incompétence ou à interjeter appel contre le jugement portant sur la compétence. Cette garantie est un pilier du droit à la défense et la base d'une justice efficace. Le développement de cette pratique fera en sorte que ce sera le juge compétent qui prendra en charge l'affaire, ce qui aura par la même occasion un impact positif quant à la qualité des jugements rendus.

2.3 La formation, l'expertise, et la communication interne :

L'Agence Judiciaire du Royaume à travers ses activités extrajudiciaires se charge du perfectionnement des compétences de ses cadres, de la gestion des stages de formation au profit de ses partenaires et du renforcement de la communication interne.

2.3.1 La gestion des compétences des cadres de l'institution :

Le cadre des dépenses à moyen terme (CDMT) permet à l'Agence Judiciaire du Royaume d'identifier les besoins en formation dans un plan triennal, actualisé au début de chaque exercice. Ce document englobe l'ensemble des informations sur les axes de formation, les objectifs, le contenu, le nombre des participants, la durée de la formation, le mode de réalisation et les estimations budgétaires.

Par ailleurs, les cadres de l'AJR ont bénéficié au cours de l'exercice 2012 de formations transverses portant sur les thèmes : les nouveautés de l'immatriculation foncière, les écrits du directeur, l'ingénierie de formation, l'arbitrage et la médiation...etc. A noter que ces actions sont organisées par l'institut des finances relevant de la Direction des Affaires Générales et Administratif du MEF.

37 cadres ont bénéficié en 2012 de 22 jours de formation, ce qui fait un total de 814/jour/personne/formation (JHF) qui ont été comptabilisés. On notera également que des cadres ont participé aux actions de formation à distance et bénéficié de la formation en anglais professionnel.

2.3.2 La gestion des stages au sein de l'Agence Judiciaire du Royaume :

L'AJR reçoit annuellement des stagiaires cherchant à bénéficier de l'expérience de l'institution dans le domaine du contentieux. Ces stages ont pour principal objectif le partage de l'expérience de l'AJR et de ses cadres avec les responsables du contentieux relevant des autres administrations, les praticiens et les chercheurs universitaires afin de les former aux techniques de gestion et de traitement des dossiers du contentieux.

Pour encadrer et contrôler cette opération, l'Agent Judiciaire du Royaume a émis une note interne au sujet de la réception des stagiaires, et dont les dispositions se déclinent ainsi :

- L'accord de l'Agent Judiciaire du Royaume après la réception d'une correspondance ou d'une demande officielle de stage ;
- L'ouverture d'un dossier de stage auprès du service des études juridiques ;
- L'accord du chef de la structure d'accueil ;
- Encadrement et contrôle des activités du stagiaire par le chef de la structure d'accueil ;
- La durée du stage ne doit pas dépasser 2 mois, durée susceptible d'être prolongée sur accord de l'Agent Judiciaire du Royaume et du chef de la structure d'accueil ;
- L'octroi d'une attestation de stage à l'intéressé.

Au cours de l'année 2012, l'AJR a fait bénéficier 26 stagiaires de son expertise dans des domaines variés.

2.3.3 La communication interne (la conférence des responsables) :

En 2011, l'AJR a développé un nouveau mode de communication interne entre ses responsables, et cela dans le cadre de réunions bimensuelles, sous le nom de «conférence des responsables », présidée par l'Agent Judiciaire du Royaume. Ces réunions visent plusieurs objectifs, parmi lesquels il y a l'actualisation des données et connaissances dans le domaine juridique, le partage et la transmission des expériences, le perfectionnement des compétences dans les domaines connexes et l'unification des visions et méthodes de travail.

Au cours de chaque réunion, un responsable expose un thème qui fait l'objet d'un débat entre les différents intervenants. 21 réunions ont été réalisées au cours de l'année 2012.

2.4 La veille juridique :

La veille juridique concerne le suivi effectué par l'institution sur son environnement législatif et jurisprudentiel, afin de s'adapter en permanence aux nouveautés juridiques qui peuvent avoir un impact sur son fonctionnement. Cette technique se base sur la collecte d'informations juridiques et judiciaires.

Actuellement, l'Agence Judiciaire du Royaume effectue la veille par le biais de deux méthodes :

2.4.1 Les nouveautés juridiques (le bulletin officiel) :

Le service des études juridiques se charge d'analyser les publications du Bulletin Officiel deux fois par mois afin de s'arrêter sur les textes juridiques qui intéressent le fonctionnement de l'AJR. Les nouveautés législatives sont diffusées à l'ensemble des cadres de l'institution.

2.4.2. Les nouveautés judiciaires : la base de données des jurisprudences :

L'institution dispose d'une base des données regroupant l'ensemble de la jurisprudence et des informations permettant de décrire, entre autres, les décisions judiciaires, l'objet du contentieux, le tribunal saisi, les parties prenantes, la règle juridique. Une copie numérique des jugements est enregistrée également.

Troisième SECTION



La Jurisprudence

L'Agence Judiciaire du Royaume, de par la nature de son action dans le domaine juridique et judiciaire, opère dans le processus d'enrichissement de la jurisprudence. Les aspects de cette contribution se manifestent à travers les nouvelles orientations adoptées par les tribunaux sur certains points de Droit.

Pour mettre en exergue cet aspect qualitatif de l'activité de l'AJR, cette section du rapport sera consacrée à exposer certains points de l'évolution de la jurisprudence en relation avec le domaine d'action de l'institution.

Dans ce cadre, nous relatons quelques normes juridiques établies par la jurisprudence et la pratique judiciaire :

- L'exception d'incompétence est-elle d'ordre public ;
- L'irrecevabilité pour défaut de qualité due à une erreur de dénomination d'une compagnie d'assurance qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.

1- L'exception d'incompétence est-elle d'ordre public.

L'article 16 du code de procédure civile dispose que toute exception d'incompétence, en raison de la matière ou du lieu, doit être soulevée par les parties avant toute exception ou moyen de défense au fond

Toutefois, après la promulgation de la loi n°41-90 instituant les tribunaux administratifs qui précise dans son article 12 que les règles de compétence à raison de la matière sont d'ordre public, un débat a été soulevé sur l'abrogation des dispositions de l'article 16 du code de procédure civile par l'article 12 de la loi 41-90.

La majorité des juges marocains considèrent que l'article 16 n'a pas été abrogé et qu'il est toujours applicable devant les tribunaux de première instance et les tribunaux de commerce institués par la loi n°35-95. Par contre les dispositions de l'article 12 de la loi 41-90 sont exclusivement applicables en matière administrative.

L'arrêt n°269 de la Cour de Cassation en date du 08 mars 2012, dossier commercial n° 32/3/1/2012 confirme la position jurisprudentielle déjà établie.

2- L'irrecevabilité pour défaut de qualité due à une erreur de dénomination d'une compagnie d'assurance qu'elle soit demanderesse ou défenderesse.

La qualité est la première condition pour pouvoir ester en justice. C'est notamment ce qui est précisé par l'article premier du code de procédure civile, qui dispose que : « Ne peuvent ester en justice que ceux qui ont qualité, capacité et intérêt pour faire valoir leurs droits... » A cet effet, le défaut de qualité peut conduire à l'irrecevabilité de la demande.

Le défaut de qualité est considéré d'ordre public. Par conséquent, la Cour de Cassation peut le soulever d'office. Mais certains arrêts posent plusieurs problématiques sur l'application des dispositions légales concernant la qualité pour agir en justice, ce qui peut avoir des conséquences sur les intérêts et les droits des justiciables, surtout si ce moyen de défense est sans incident sur le fond du litige.

Dans **l'arrêt n°5/100 en date du 19 février 2013, dossier civil n°2899/1/5/2012 et l'arrêt n°333 en date du 13 juin 2013, dossier civil n°4803/1/5/2012**, la Cour de Cassation, a considéré que l'erreur de dénomination d'une compagnie d'assurance constitue un défaut de qualité pour agir, sans prendre en considération que cela n'a pas d'impact direct ou indirect sur le fond du litige.

QUATRIEME SECTION



Le Plan d'Action Stratégique

Le plan d'action stratégique « PAS » de l'Agence Judiciaire du Royaume découle des orientations générales du Ministère de l'Economie et des Finances telles qu'elles sont clairement exprimées. Parmi celles qui concernent l'AJR figure en premier lieu la réduction du contentieux de l'Etat et le renforcement des actions concernant la récupération des débours de l'Etat afin d'accroître l'efficacité dans la gestion des deniers publics.

Ainsi, dans le cadre du plan d'action stratégique de l'Agence Judiciaire du Royaume, plusieurs actions de modernisation ont été engagées. Elles s'inscrivent toutes dans une logique de développement constant des prestations, selon une démarche constructive et pragmatique, par le biais d'actions claires et opérationnelles, portant principalement sur :

- ◆ *La révision du cadre juridique de l'Agence Judiciaire du Royaume*
- ◆ *La restructuration interne des activités et leur décentralisation ;*
- ◆ *Le renforcement des effectifs et l'amélioration de leurs compétences professionnelles;*
- ◆ *La consolidation des activités de prévention et d'ouverture de l'institution sur son environnement.*

1- Les principales orientations retenues

Afin de concrétiser les orientations stratégiques du ministère de l'Economie et des Finances et réduire ainsi le contentieux de l'Etat, l'Agence Judiciaire du Royaume s'est fixée un certain nombre d'actions et projets à réaliser à moyen et court terme et qui portent principalement sur :

1-1 La révision du cadre juridique de l'institution :

L'environnement de fonctionnement de l'AJR a profondément changé ces dernières années et sa mission telle qu'elle est définie dans le dahir du 2 mars 1953 dahir s'est vue élargir au fil du temps. Les prestations se sont diversifiées étant donné l'expérience acquise passant de la défense des intérêts de l'Etat à une mission de conseil, d'accompagnement, de formation et de prévention.

De ce fait, la réforme de ce dahir, s'avère nécessaire, pour permettre à l'institution de jouir d'un nouveau statut qui mettrait notamment l'accent sur son rôle d'expertise en matière juridique et judiciaire.

Dans ce cadre le schéma directeur du gouvernement, a prévu la réalisation de ce projet pour l'exercice 2014. À cet effet, des équipes de travail ont été désignées au niveau de

l'Agence Judiciaire du Royaume, afin de préparer une étude de droit comparé avec certaines institutions dont les missions s'approchent de celles de l'AJR.

1-2 La restructuration interne des activités de l'AJR et leur décentralisation :

Depuis quelques années, l'Agence Judiciaire du Royaume a vu ses activités s'élargir passant de la défense de l'intérêt de l'Etat sur le plan judiciaire, à la prévention du risque juridique qui se présente comme une activité nouvelle jouant un rôle primordial dans la réduction du volume et du coût du contentieux de l'Etat. D'une manière générale, les activités extrajudiciaires représentent une forte valeur ajoutée car elles permettent de capitaliser les connaissances et les enseignements tirés des expériences précédentes. Elles ont pour but de limiter les faits générateurs du contentieux. C'est dire tout l'intérêt de développer et réorganiser l'activité de l'AJR autour de deux pôles comme suit :

Un pôle de défense : qui se chargera des activités à caractère judiciaire, en l'occurrence le contentieux administratif et judiciaire.

Un pôle de prévention juridique : qui se chargera des activités à caractère extrajudiciaire, à savoir la prévention du risque juridique, les procédures amiables, le conseil juridique, l'arbitrage, et le contentieux à caractère international.

Toutefois, afin de garantir une meilleure gestion des dossiers du contentieux dont se charge l'AJR, un autre projet prévoit la création de services extérieurs. La mise en place de ce projet assurera un allègement de la charge de travail et rapprochera plus l'AJR des juridictions et des administrations décentralisées, ce qui permettra une plus grande rapidité dans le traitement des dossiers.

2- les actions à mener à moyen et court terme

2.1 La modernisation des outils de travail de l'Agence Judiciaire du Royaume :

Le nouveau système d'information de l'Agence Judiciaire du Royaume est conçu pour suivre les mutations et les changements qui s'opèrent au niveau de l'environnement interne et externe de la direction à la fois sur le plan métier et sur le plan technique.

SIGILE a été lancé en date du 24 septembre 2009, en application des recommandations du schéma directeur informatique du Ministère de l'Economie et des Finances couvrant la période 2008-2013.

2.2 Renforcement des effectifs et amélioration de leurs compétences professionnelles:

Le programme de renforcement des effectifs et compétences, vise dans un premier temps à doter l'AJR de profils et compétences dans le domaine juridique et dans les domaines connexes. Malgré le besoin de l'AJR en effectif, la cadence de recrutement reste plus au moins lente en raison des postes budgétaires très limités.

Parallèlement, une politique de formation est menée pour assurer un perfectionnement des compétences et réussir l'équation poste/profil. La réalisation desdites formations s'est faite au niveau interne et externe.

2.3 La consolidation des activités de prévention et ouverture de l'institution sur son environnement:

La mission principale de l'Agence Judiciaire du Royaume est de veiller à ce que les intérêts de l'Etat soient bien défendus sur le plan judiciaire. Toutefois, les activités de la prévention du risque juridique constituent un outil très important permettant d'agir en amont sur les causes du contentieux.

Consciente du rôle que joue la prévention du risque juridique, l'AJR a procédé depuis plus d'un an à une capitalisation de savoir à propos de certains types de dossiers traités au sein de l'AJR, afin de constituer une base de données jurisprudentielles qui concerne le contentieux de l'Etat. Cette démarche permettra à l'institution de partager les enseignements, et de maîtriser le coût du contentieux de l'Etat.

Pour ce faire, l'Agence Judiciaire du Royaume organise des séminaires et rencontres avec les différents partenaires (administrations publiques) afin de les sensibiliser aux affaires de contentieux qui génèrent des coûts directs, mais qui également entachent l'image de l'administration publique. Ces rencontres sont un lieu où l'AJR diffuse les meilleures pratiques en matière de traitement des litiges afférents à la responsabilité délictuelle de l'Etat.

Dans le cadre de sa démarche de modernisation et d'ouverture sur son environnement, l'Agence Judiciaire du Royaume a prévu d'organiser des séminaires, des formations et des journées d'études sur des thématiques se rapportant au règlement du contentieux et sur les sujets d'actualité juridique. Ceci s'inscrit clairement dans une optique d'ouverture et de partage des connaissances de l'institution avec ses différents partenaires.

CINQUIEME SECTION



Les Etudes الدراسات

تنتج الوكالة القضائية للمملكة في إطار ممارسة مهمتي الدفاع و الوقاية من المنازعات مجموعة من المذكرات و المقالات و العرائض و الدراسات، وتتعاظم مع العديد من الإشكاليات القانونية المتعلقة بمنازعات الإدارة سواء في المجال المدني أو الإداري أو التجاري أو الجنائي... إلخ، وهي بحق إشكاليات مهمة و متميزة، غير أنها تبقى حبيسة الملفات ولا يتسنى الاطلاع عليها إلا ممن يهتمهم الأمر.

ومن أجل تعميم الفائدة، تفكر الوكالة القضائية للمملكة في إصدار مجلة قانونية متخصصة، غير أنه وفي انتظار ذلك، تقرر تخصيص هذا الجزء من تقرير النشاط السنوي لسنة 2012 لطرح مجموعة من المواضيع التي ترتبط بعمل المؤسسة، تكون الغاية منها تعميم الفائدة على كل الممارسين، وقد وقع الاختيار على ثلاثة مواضيع وهي كالاتي:

- موقف الوكالة القضائية للمملكة من قانون الالتزامات والعقود على ضوء العمل القضائي الإداري و المدني؛
- تطور مسؤولية الدولة عن الفيضانات؛
- المسؤولية الطبية وفق منظور القضاء الإداري.

الموضوع الأول: قانون الالتزامات والعقود بين القاضي الإداري و القاضي المدني

مقدمة:

تعتبر الذكرى المئوية لصدور قانون الالتزامات والعقود بالفعل محطة جديرة بالاهتمام، من أجل تقييم تطبيقات هذا القانون/المعلمة، والوقوف على مكان القوة فيه لتدعيمها، وجوانب القصور لاقتراح بدائل لها، ولن يتأتى هذا إلا باستجلاء توجهات مختلف الفعاليات الممارسة للمهن القضائية التي تتعامل مع التطبيقات العملية لهذا القانون.

وفي هذا الإطار تأتي مشاركة الوكالة القضائية للمملكة بموضوع تحت عنوان: موقف الوكالة القضائية للمملكة من قانون الالتزامات والعقود على ضوء العمل القضائي الإداري و المدني.

في الواقع، الوكالة القضائية للمملكة كمؤسسة دفاع عن أشخاص القانون العام ليس لها موقف من قانون الالتزامات والعقود، لكن باعتبار هذا القانون من أهم أعمدة الترسنة القانونية لبلدنا فهو اقتباسا مما هو موجود في فرنسا، حيث يعتبر فيها القانون المدني من بين ما يسمى Les masses de granite فإن التعامل مع هذا النص يبرزه الاجتهاد القضائي باعتباره المرآة العاكسة لمواقف أطراف الخصومة.

والوكالة القضائية للمملكة توجد في موقع استراتيجي يسمح لها برصد توجهات القضاء حسب تخصصه؛ فإذا كانت المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية قد حددت

القضايا التي أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية، فإن ثمة قضايا إدارية أخرى بقيت من اختصاص المحاكم العادية، لذلك فإن الوكيل القضائي للمملكة يتدخل أمام المحاكم الإدارية، كما يدافع أيضا عن أشخاص القانون العام أمام المحاكم العادية، وفي إطار دفاعه ومقالاته ومذكراته ومرافعاته يتمسك بمقتضيات قانون الالتزامات والعقود خصوصا في مجال المسؤولية الإدارية غير التعاقدية وفي مجال العقود، إدارية كانت أم عادية، لكن تعامل القاضي الإداري مع القانون المدني غير تعامل القاضي المدني مع هذا القانون الخاص.

وينعكس هذا التباين في التعامل بالضرورة على موقف الوكالة القضائية للمملكة عند معالجة المنازعات الإدارية.

وانطلاقا من هذه التوطئة فإن موقف الوكالة القضائية للمملكة لن يكون تقييما لهذا القانون ولا نقدا ولا تعليقا عليه، وإنما رسدا للتجربة المتراكمة في هذا المجال من خلال العمل القضائي لمحاولة قراءة هذا النص في حركيته داخل محيطه لمعرفة مدى تأثيره وتأثره بالقوانين الأخرى لمحاولة إغنائه في أفق إعادة النظر فيه. وذلك بالتطرق من جهة لنظرية العقد بين القاضي المدني والإداري، ومن جهة أخرى للمسؤولية التقصيرية بين القاضي الإداري والمدني.

إلا أنه وقبل ذلك، لا بد من القيام بقراءة سريعة في هذا القانون لمحاولة إبراز أهم نقط قوته وضعفه.

فلا أحد يجادل في أن قانون الالتزامات والعقود هو من أقدم النصوص وأعتدها ضمن الترسانة القانونية بالمغرب، وينطوي على حمولة تاريخية وقيمة قانونية جعلته يحافظ على موقعه ومكانته المتميزة طيلة قرن من الزمن، فهو يدنو من ذكراه المئوية.

ودون الدخول في النقاشات الفقهية التي تعرضت لظروف نشأة هذا القانون وحاولت مقاربتة من زاوية واضعيه وموضوعه والمصادر المرجعية التي استقى منها أحكامه، فإن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن واضعيه حاولوا مراعاة التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي وخصوصيات البيئة والمجتمع والوسط المغربي من جهة وبين القوانين الأوروبية والإصلاحات التي نودي بها داخل فرنسا ولم يكتب لها أن ترى النور من جهة أخرى.

بيد أن التطور الهائل الذي شمل العالم المعاصر في مختلف الميادين، سيما الاقتصادية والمالية والمعرفية، طرح نقاشا قانونيا ومعرفيا مشروعا وملحا حول مدى استجابة قانون الالتزامات والعقود للأوضاع المستجدة التي أفرزها هذا التطور وكذا الآفاق المستقبلية لهذا القانون في ظل التغييرات القانونية المتسارعة، وفيما إذا كان بمقدوره مواكبة كل ذلك وتحقيق الأهداف المرجوة لضمان استقرار المعاملات المالية والتعاقدية وإشاعة الاطمئنان في النفوس.

وفي هذا السياق، تباينت الآراء في أوساط الفقه المغربي حول المنهجيات التي يمكن اعتمادها في التعامل مع قانون الالتزامات والعقود؛ فهناك من الفقه من يرى بأن مقتضياته تحتاج فقط إلى إعادة القراءة، بينما يميل آخرون إلى القول بالاكتهاء بتعديل نصوص قانون الالتزامات والعقود التي اتضح أنها لم تعد ملائمة لواقع العصر، فيما سار اتجاه آخر إلى اقتراح حل جذري يروم إعادة بناء كلي لهذا القانون، بعلّة قصور التعديل الجزئي في إصلاح عيوبه، مناديا بضرورة تجميع النصوص المتعلقة بالقانون المدني في مدونة واحدة وتبويبها تبويبا منطقيا والانفتاح على ما استجد في القانون والفقه والقضاء المقارن، مع ضرورة ملاءمتها مع الواقع المغربي.

و يمكن القول بأن التوجه الغالب على المستوى التشريعي خلال السنوات المنصرمة نحا إلى الاكتهاء بإحداث تنقيحات وتغييرات على مستوى العديد من مقتضيات قانون الالتزامات والعقود لإضفاء نفحة تجديدية عليها وجعلها قادرة على تقديم أجوبة قانونية لمواضيع مستجدة، وهو ما لوحظ على سبيل المثال في العديد من المحطات التشريعية³.

إلا أنه بالرغم من نجاعة هذا الاختيار في تجاوز إشكالات آنية فإنه لا يفي بالغرض، مما يجعل من الأفيد اعتماد مقاربة شمولية في التعديل، وذلك لعدة اعتبارات موضوعية منها:

- كان لإصدار بعض النصوص القانونية التأثير الواضح والمباشر على البنية القانونية لقانون الالتزامات والعقود، وأضحت الكثير من فصوله تحتاج إلى ملاءمتها مع هذه النصوص الجديدة، ومن تلك النصوص على سبيل المثال مدونة التجارة والقانون المنظم للشركات ومدونة الشغل والقانون المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكترى للأماكن المعدة للاستعمال السكني أو المهني أو التجاري،... إلخ، الشيء الذي أصبح يتطلب بالإحاح ملاءمة قانون

³ ومن أمثلة ذلك:

* الظهير الشريف بمثابة قانون 345-93-1 بتاريخ 10 سبتمبر 1993 بتنظيم الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بإضافة فقرة ثانيا مكرر التي جعلت الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومنعتها ونفقتها ونفقة الأولاد والأبوين من الديون الممتازة على كل المنقولات.

* القانون رقم 95-27 المتمم للفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود وبإضافة الفقرة الثانية للفصل المذكور التي تتحدث عن التعويض الاتفاقي والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 157-95-1 المؤرخ في 11 غشت 1995.

* القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.309 بتاريخ 2002/10/03 (الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2002/11/07 الذي جاء لتنظيم مقتضيات الفرع الرابع، الباب الثالث (في بعض أنواع خاصة من البيوع) من القسم الأول من الكتاب الثاني لظهير 1913/08/12 بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

* القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 المؤرخ في 2007/11/30 (الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 2007/12/06).

الالتزامات والعقود مع مضامين تلك النصوص ورفع التناقض الذي قد يعتري العديد من فصوله وحذف ما ألغي منها لتحقيق الأمان القانوني.

- عمد المشرع في بعض النصوص القانونية الخاصة إلى الإحالة على بعض مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، كما هو الشأن في القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد التدابير لحماية المستهلك الذي أشار في مواده 15 و16 و65 و106 و132 و140 و145 و149 إلى إحالة صريحة على مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، وهذا ما يقتضي من الباحث والممارس الرجوع في كل آن وحين إلى قانون الالتزامات والعقود للتعرف على أحكامه وترتيب الآثار القانونية اللازمة على ضوء ما جاءت به تلك الإحالات، مع أنه يبقى من المستحسن، خدمة لموجبات الأمان القانوني، اعتماد تقنية تجميع النصوص ذات الصلة تيسيرا على المتعاملين.

- تحتاج العديد من العبارات الواردة في قانون الالتزامات والعقود إلى التحيين، إذ أصبحت متجاوزة، كقاضي الصلح أو كالمحكمة الإقليمية الواردة في الفصل 85 مكرر⁴، مع أن التنظيم القضائي الحالي لم يعد يعرف هذا النوع من القضاء. وكذا ما ورد في الفصل 193 حول بطلان حوالة الحق إذا تجلى أن الهدف منها هو إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين، إذ تضمن هذا الفصل ما يفيد أن هناك جهات للتقاضي على أساس جنسية المتقاضين، مع أنه بعد توحيد المحاكم سنة 1965 لم يعد وجود لذلك.

- وجود مجموعة من النقائص والشوائب في ترجمة الصيغة الفرنسية لقانون الالتزامات والعقود إلى الصيغة العربية على مستوى العديد من المصطلحات.

يتبين إذن أن المقاربة الشمولية في تعديل قانون الالتزامات والعقود لها ما يبررها وما يسوغها، بل وأصبحت لها ملحاحيتها نظرا لما استجد من تطور سواء في عالم الأفكار والتصورات أو في الواقع المعيش.

وموازاة مع ذلك، فإن التعامل مع قانون الالتزامات والعقود على مستوى المحاكم انضاف هو الآخر كعامل محفز لإعادة النظر في أحكام هذا القانون؛ ذلك أنه إذا كان تطبيقه على مستوى المحاكم العادية، مدنية أو تجارية، لا يطرح إشكالات عميقة، فإن القضاء الإداري وإن كان يلجأ إلى تطبيق

⁴ من أمثلة الإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع، القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1999/05/20 تحت عدد 620 في الملف الإداري عدد 99/216 والذي اعتبر فيه أن اختصاص البت في المسؤولية عن الحوادث المدرسية يعود للمحاكم الابتدائية عملا بالفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود الذي أشار إلى أن الجهة المختصة هي المحكمة الإقليمية والتي حلت محلها المحاكم الابتدائية.

مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، بحكم أن المشرع لم يستتبع إنشاء المحاكم الإدارية بوضع قواعد خاصة تتناسب مع طبيعة القضايا المعروضة عليها، فإنه يتجه نحو اعتماد قراءة تتسجم مع خصوصية هذه المنازعات، وهو ما أفضى إلى هجر الكثير من مقتضيات قانون الالتزامات والعقود أو تحميلها أكثر مما تحتل، بل إن القضاء الإداري المغربي أصبح يجد ضالته في نظريات مستلهمة من القضاء الفرنسي حين لا تسعفه مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في معالجة القضايا المعروضة عليه.

ولا شك أن قراءة متأنية في العمل القضائي، سواء الصادر عن القضاء العادي أو القضاء الإداري، يبين درجة الاختلاف القائم بين القضائين بشأن إعمال مقتضيات قانون الالتزامات والعقود.

ومن ثم، سيتم الاقتصار في هذا الموضوع على مقارنة العمل القضائي الصادر في مجال المسؤولية التقصيرية ونظرية العقد حين يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً في المنازعة، وذلك بهدف الإجابة عن سؤال عريض وهو: كيف يتعامل القضاء الإداري مع أحكام وقواعد قانون الالتزامات والعقود، وما مدى تأثيره بالنظريات المستوحاة من القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية الإدارية ومدى جواز إعمال القضاء الإداري لتلك النظريات حين لا تسعفه مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، على اعتبار أن مسؤولية الإدارة في القانون المغربي توطرها نصوص صريحة وردت في صلب القانون السالف الذكر، بينما القضاء الفرنسي هو الذي انشأ تلك المسؤولية وطورها.

ويبرر هذا المعطى الأساسي طرح تساؤل آخر حول القانون الواجب التطبيق في مجال المسؤولية الإدارية؛ فهل ورود النصوص المنظمة للمسؤولية الإدارية في متن قانون الالتزامات والعقود يلزم القاضي الإداري بتطبيق قواعد القانون المدني أم أن ذلك ليس سوى إعلان إمكانية مساءلة أشخاص القانون العام، وحتى إذا تم الإقرار بذلك استرجع القاضي الإداري حريته ولجأ إلى مجاله الطبيعي لتطبيق قواعد القانون الإداري عوض القانون المدني؟.

ولعل الهدف المباشر من الإجابة عن هذا السؤال هو إبراز موقف الوكيل القضائي للمملكة من قانون الالتزامات والعقود انطلاقاً من الدفوعات التي يثيرها أمام القاضي الإداري والقاضي المدني، بحيث يمكن للعمل القضائي الصادر في المجالين أن يوضح موقف المؤسسة وطريقة تعاملها مع نصوص القانون المدني وأن يستجلي توجه القضائين في مجال المنازعات المتعلقة بالإدارة.

ولهذه التساؤلات أهمية كبيرة، فنحن لا نروم من وراء طرحها مجرد إغناء النقاش الفكري النظري أو مجرد معرفة موقف المتعاملين مع القانون المدني، وإنما نجعل من هذه الإشكالية سؤالاً مركزياً يتعين الإجابة عنه في حال تأكد ضرورة تعديل قانون الالتزامات والعقود، فالمشرع المغربي ومعه جميع رجال القانون سيكونون مدعويين لاستلهاهم التعديلات من القانون المقارن، وهذا طبيعى إذا

أخذنا بعين الاعتبار الانفتاح الدولي واعتبار المعاهدات الدولية التي أصبحت تسمو على القوانين الوطنية والتي قد تشكل بداية تكوين قانون عالمي كمرجعية تفرض نفسها على الدول القطرية.

لكن يجب أن لا يغيب الاهتمام بالبعد الدولي ضرورة الاعتماد على البعد الوطني في هذا المجال، لأن القانون الخاص يجب أن يستفيد من القواعد والمبادئ التي أرساها القضاء الوطني عند تعامله مع نصوص قانون الالتزامات والعقود، وخصوصا القاضي الإداري الذي يتعامل بنوع من التحرر مع نصوص القانون الخاص ويسعى لتكريس مبادئ وقواعد أخرى، ومن شأن الأخذ بهذه المبادئ أن يؤدي إلى حصول نوع من التلاقح بين القانونين الإداري والمدني أخذا وعطاء، علما بأن التوجه الحالي أصبح يدفع نحو ردم الهوة بين النظامين.

وإذا كانت أوجه وتجليات هذا الاختلاف في تعامل كل من القضاء المدني والإداري مع قانون الالتزامات والعقود متعددة، فسيتم الاختصار على مقارنة هذا الموضوع من زاويتين أساسيتين ربما تعتبران من أهم الركائز التي يقوم عليها قانون الالتزامات والعقود وهما المسؤولية التقصيرية ونظرية العقد، وذلك من أجل الوقوف على التوجهات التي تبناها القضاء المغربي بجهتيه سواء في إطار أعمال النص القانوني أو تلك التي تبناها القضاء الإداري من أجل إيجاد حلول لحالات ارتأت فيها أن النص القانوني لا يسعفه في معالجتها. لذا يتم تقسيم هذا الموضوع على فصلين:

- الفصل الأول: نظرية العقد بين القضاء المدني والإداري.

- الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية بين القضاء المدني والإداري.

الفصل الأول: نظرية العقد بين القضاء الإداري والقضاء المدني

تعتبر نظرية العقود الإدارية من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الإداري، ذلك أنها تستند على الأحكام القضائية التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي في بداية القرن العشرين⁵. ولقد أخذت نظرية العقود الإدارية تشق طريقها في أحكام القضاء الفرنسي حتى تأكدت بشكل واضح ونهائي في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1912 في قضية شركة الكرانيت⁶.

⁵ حكم TERRIE الصادر عام 1903 انظر الدكتور أحمد عثمان عياد في مؤلفه مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية 1973 ص 14 .

⁶ كان أساس نشوء نظرية العقد الإداري هي فكرة المرفق العام، إذ اعتبر مفوض الحكومة الفرنسية روميو من خلال تقريره المقدم في قضية TERRIE أن القضاء الإداري يختص بكل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا عاديا كالعقود التي تبرمها بمناسبة تسيير هذه المرافق.

ودون الدخول في النقاشات الفقهية التي أثّرت حول مدى استقلالية العقد الإداري عن العقد المدني أو وحدتهما⁷، فيمكن القول إجمالاً بأن هناك العديد من الاختلافات بين العقدين، وهذا ما يتجلى أساساً في وضعية طرفي العقد؛ ففي الوقت الذي تكون فيه مصالح المتعاقدين متكافئة ومتوازنة في عقود القانون الخاص، هناك ترجيح للمصلحة العامة للإدارة على المصلحة الخاصة للأفراد في العقود الإدارية، ويتمثل هذا الترجيح أساساً في حق مراقبة تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد نحو الأسلوب الأصح في التنفيذ، وحق تعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة للإدارة دون أن يستطيع المتعاقد أن يتمسك بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، يضاف إلى ذلك بعض الحقوق والامتيازات الأخرى التي لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، والتي لا تهدر مصلحة المتعاقد وإنما تجعل مصلحته ثانوية بالنسبة للمصلحة العامة.

إلا أنه وفي المقابل، فإن التمسك باستقلال نظرية العقد الإداري عن النظرية العامة للعقود بشكل مطلق قد يعاب عليه أن هاتين المؤسستين القانونيتين تحكمهما نفس المبادئ العامة، وأن هناك وحدة في العناصر الأساسية المكونة لكلا العقدين، وهو ما يجعل العقود الإدارية تخضع لمجموعة من النظريات الواردة في المبادئ العامة والمتعلقة بالرضا والمحل والسبب والأثر النسبي للعقد ثم المسؤولية العقدية، لأن هذه المبادئ ليست خاصة فقط بالقانون الخاص أو القانون العام وإنما تشكل الرصيد المشترك للعقود، بل وتطبق حتى على المعاهدات الدولية.

وقد بدأت هذه الفكرة تثمر عن آراء تقول بإمكانية بناء "نظرية عامة للعقد" مشتركة بين القانون الإداري والقانون المدني تقوم على مفهومي المنفعة والعدالة.

وتأسيساً لهذه الفكرة، يحق التساؤل عن كيفية تعامل قضائنا المغربي، المدني والإداري، مع النظريات التي أسس لها قانون الالتزامات والعقود عند حله للنزاعات المترتبة عن العقود التي تبرمها الدولة، وفي المقابل يتوجب الوقوف على مدى إمكانية استفادة القاضي المدني عند تطبيقه لقانون الالتزامات والعقود من النظريات التي نشأت في ظل القضاء الإداري، وهل يوجد تطابق بين القضاءين في قراءتهما لهذه المقتضيات، أم أن لكل جهة قراءتها الخاصة التي تستلهمها من طبيعتها؟

⁷برز اتجاهان بهذا الخصوص : الاتجاه الأول يمثلته الأستاذ Dugit الذي اعتبر أنه لا يوجد فرق أساسي بين العقد المدني والعقد الإداري لأنهما متفقان في عناصرهما الجوهرية فالعقد الإداري يتمتع دائماً بالخصائص نفسها والآثار عينها، وعلى هذا الأساس لا يوجد عقد إداري متميز عن العقود التي تبرم بين الأفراد ولكن يوجد اختلاف في الاختصاص القضائي فقط إذ يرفع النزاع أمام القضاء الإداري لأن الإدارة تبرز في العقد بصفقتها سلطة عامة وبقصد تسيير مرفق عام وإدارته. والفرق بين هذه العقود والعقود المدنية يشبه تماماً الفرق بين العقد المدني والعقود التجارية التي تخضع للمحاكم التجارية لاستهدافها أغراضاً تجارية .

أما الاتجاه الثاني فيمثلته طائفة من الفقهاء منهم الأستاذ Jeze و de laubadere اللذان ذهبا إلى أن النظام القضائي في القانون الإداري نظام خاص مستقل عن نظام القانون الخاص لاختلاف منابعهما ومصادرها القانونية الأساسية ، كما أن العقود الإدارية تختلف هي أيضاً عن عقود القانون الخاص من حيث نظام منازعاتها والقواعد الأساسية التي تختلف بصورة عامة عن قواعد القانون المدني وتتقاضها أحياناً، وهذه الخصوصية تملئها متطلبات المصلحة العامة التي تهدف العقود الإدارية إلى تحقيقها .

وهذا ما يمكن الوقوف عليه من خلال استجلاء موقف القضاء المغربي (المدني والإداري) من المقتضيات المنظمة لإبرام العقد و آثاره و إنجائه، وذلك في أربعة مباحث:

المبحث الأول: موقف القضاء من إبرام العقد:

إذا كان الأصل في العقود أنها عقود رضائية لا تحتاج إلى شكليات خاصة لإبرامها، فإن العقود الإدارية كمبدأ عام محكومة بمسطرة خاصة تظل الإدارة ملزمة بسلوكها من أجل الوصول إلى إبرامها⁸. و لعل التعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء بشأن العقود الإدارية هو ذلك الذي عرف هذه الأخيرة من خلال شروطها، معتبرا أن العقد الإداري هو "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بغرض تسيير مرفق عام، ومتضمنا لشروط استثنائية".

ويتضح من هذا التعريف أنه من الصعوبة بمكان إلحاق العقود الإدارية بأحد تصنيفات العقود المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، ما دام أنها تأخذ منها بعض خصائصها، كما تتميز عنها في العديد من الجوانب.

ومن بين الخصوصيات التي تميز العقد الإداري عن العقود الخاصة المنظمة بقانون الالتزامات والعقود، هو المسطرة التي تحكم إبرامها، إذ أن الإدارة كمبدأ عام مطالبة بسلوك مسطرة محددة تفضي إلى إبرام العقد الإداري ضمانا لمبدأ المساواة والمنافسة الحرة والنزاهة والشفافية في الوصول إلى الطلبات العمومية، كما أن خصوصية الالتزام بالنفقات في جانب الإدارة تطرح إشكالات فيما يتعلق بعنصر الرضا في العقد الإداري كركن من أركان تكوينه.

وبالنظر إلى هذه الخصوصية، اعتبر بعض الفقه أن الإدارة لا تملك حرية مطلقة للتعاقد، جاعلا من مفهوم سلطان الإرادة في هذه العقود مفهوما ثانويا خلافا لما هو عليه الأمر في العقود الخاصة. غير أن الفترة الأخيرة أصبحت تعرف بروز مواقف تشير إلى تطابق بين المبادئ التي تحكم العقود الإدارية والعقود الخاصة لدرجة أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر أن سلطان الإرادة يشكل مبدأ عاما في القانون⁹.

وبالنسبة للنظام القانوني المغربي فإنه يؤكد على وجوب سلوك مساطر محددة عند إبرام العقود الإدارية (خصوصا الصفقات العمومية)، غير أن بعض القوانين الحديثة أخذت تمنح الإدارة سلطة أكبر في إبرام العقد وتحديد محله في توافق مع شريكها من القطاع الخاص، إضافة إلى تنصيب المشرع على مجموعة من الاستثناءات على إلزامية اللجوء إلى مسطرة الصفقات بالنسبة للدولة (مقرر الوزير

⁸ يلاحظ على سبيل المثال أن عقود الصفقات العمومية منظمة بمقتضى المرسوم رقم 2.06.388 المؤرخ في 5 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها. كما أن عقد التدبير المفوض منظم بمقتضى القانون رقم 54-05 المؤرخ في 14 فبراير 2006.

⁹ يمكن الرجوع إلى مقال الأستاذ فرونسا بيرنيت تحت عنوان "نظرية العقد الإداري التحولات الأخيرة" المنشور في مجلة 2003 A J D A ص 22.

الأول رقم 07-70-3 الصادر في 5 رمضان 1428 (18 سبتمبر 2007) بتحديد لائحة الأعمال الممكن أن تكون موضوع عقود أو اتفاقات خاضعة للقانون العادي¹⁰ .

ولعل الفائدة العملية من هذا الجدل الفقهي تتجلى أكثر عند الوقوف على موقف القضاء من تكوين العقد المبرم من طرف الإدارة¹¹ لمعرفة درجة تأثيره بالمبادئ التي أسس لها قانون الالتزامات والعقود. وذلك من خلال دراسة خصوصيات تكوين العقد الإداري (1) ومرحلة ما قبل تكوينه (2):

1: خصوصيات تكوين العقد الإداري:

سننظر لخصوصيات تكوين العقد الإداري من خلال التطرق لموقف القضاء من عنصر الرضا و عنصر الشكلية في العقد:

أ: موقف القضاء من عنصر الرضا:

يقوم العقد الإداري كغيره من العقود على ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب، ولا شك في أن ركن الرضا هو الذي يطرح بعض الإشكالات الخاصة لاسيما في جانب الإدارة¹². وإذا كان يشترط في عنصر الرضا، لكي ينتج العقد الإداري آثاره، أن يكون خاليا من العيوب المنصوص عليها في قواعد القانون الخاص (الغلط و الإكراه و التدليس و الغبن) فإنه يشترط بالإضافة إلى ذلك توافر شروط أخرى أهمها أن يكون صادرا من جهة إدارية مختصة وفي حدود صلاحياتها المالية¹³.

وبالرجوع على سبيل المثال إلى القانون المنظم لكيفية إبرام الصفقات العمومية بالمغرب، يلاحظ أن المشرع كان حريصا على تحديد الأشخاص والجهات الإدارية التي يرجع إليها اختصاص التعبير عن إرادة الإدارة، كما حدد الإطار الإجرائي الذي يجب أن يتم من خلاله ذلك التعبير، مما يطرح السؤال حول حدود الحرية التعاقدية للإدارة وكيفية تعامل القضاء مع هذا الإشكال.

¹⁰ المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5565 وتاريخ 18 رمضان 1428 (فاتح أكتوبر 2007) الصفحة 3197.

¹¹ سنجل من الصفقات العمومية المثال الأبرز لموقف القضاء المغربي من العقود الإدارية.

¹² وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1956/12/23:

"إن التعبير عن إرادة الإدارة غالبا ما تتم في شكل عملية مركبة ومتشابهة وقد تكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال وعادة ما تسبق ذلك التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة أخرى من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده".

¹³ يمكن الرجوع لمؤلف العقود الإدارية للأستاذ محمود خلف الجبوري (ص 92) الذي جاء فيه ما يلي:

"يشترط لسلامة الرضا الصادر من الإدارة أن يكون صادرا من جهة إدارية مختصة بالتعاقد وضمن صلاحيتها المالية، وإذا اشترط القانون شكلية معينة لصدور تلك الإرادة فيجب أن تتوافر ابتداء كان يكون التعبير عن الإرادة صادر من لجنة مختصة بالتعاقد أو هناك إجراءات تمهيدية لإبرام العقد حتى لو كانت تلك الإجراءات بسيطة فيجب أن تتبعها الإدارة لأنها في الحقيقة تبعث على إيجاد الضمانة فيما بعد على سلامة التعبير عن رضاها".

وللجواب عن هذا الإشكال العريض، يمكن القول إن القضاء المغربي سواء الإداري أو العادي لم يتبنى في أحكامه موقفا واضحا من تأثير تخلف ركن الرضا أو اعتلاله على صحة التصرف أو العقد. فبالنسبة للقضاء الإداري يتبين من خلال استقراء بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري بشأن النزاعات المرتبطة ببعض العقود المبرمة خارج الضوابط القانونية أنه لم يتخذ موقفا موحدا في هذا الشأن، وهذا ما يمكن إبرازه كما يلي:

فقد اعترف القضاء الإداري في بعض قراراته¹⁴ للإدارة بحرية مطلقة للتعبير عن إرادتها دون التقيد بأية ضوابط، فبمجرد قيام المقاوله بالأشغال يعتبر العقد قائما حتى ولو لم يتم احترام الشكليات المتطلبة قانونا أو حتى إذا تم الالتزام من طرف جهة غير مختصة، ويمكن إثبات ذلك بالمراسلات المتبادلة بين الطرفين و بالفواتير...إلخ.

غير أن المجلس الأعلى ذهب في العديد من قراراته إلى خلاف هذا الموقف، وغن كان قد اكتفى في بعض القرارات¹⁵ بمناقشة سلامة الرضا الصادر عن الإدارة، من خلال اشتراطه صدور

¹⁴ تجلى هذا الموقف من أحكام المحاكم الإدارية التي لم تكن تتردد في الإعلان عن نشوء علاقة تعاقدية بين الإدارة والمقاول، ومن تم ترتيب الآثار بمجرد تأكدها على أرض الواقع من إنجاز تلك المقاوله لالتزامها الذي هو محل العقد المفترض بغض النظر عما إذا تم ذلك "التعاقد" وفق الإجراءات التي يجب بمقتضاها ومن خلالها التعبير عن إرادة الإدارة وبغض النظر عما إذا كان التعبير عن إرادة الإدارة صادر عن الجهة المختصة أم لا.

ومن أمثلة الاجتهادات الصادرة في هذا الشأن يمكن أن نشير إلى ما يلي:

— الحكم عدد 842 الصادر عن المحكمة الإدارية بالبيضاء بتاريخ 2006/11/08 الذي جاء فيه:

"وحيث أكدت الخبرة المأمور بها من طرف المحكمة في مجال الأشغال العمومية والمنجزة من طرف الخبير كون كل الأشغال المذكورة أعلاه أنجزت فعلا على أرض الواقع ومطابقة للمواصفات المتفق بشأنها وبمعاينة الخبير المذكور فتكون بذلك كافة الدفع المثاره من طرف الجماعة المدعى عليها في هذا الشق غير جديرة بالاعتماد....".

— الحكم عدد 368 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2004/03/18 الذي جاء فيه:

"وحيث إنه علاوة على مجموع الفواتير التي أدلت بها المدعية رفقة مقالها لإثبات مديونية الجهة المدعى عليها فلقد أرفقت مذكرتها المؤرخة في 2003/07/03 بصورة من مراسلة توصلت بها عن طريق الفاكس تتضمن إقرار من مندوبية وزارة الصحة ببني ملال بالدين المطالب به ، لذا فأمام هذا الإقرار الذي لم تنازع فيه الجهة المدعى عليها ، يكون طلب أداء المبلغ المذكور مرتكزا على أساس وبتعين الاستجابة إليه".

— الحكم عدد 342 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 1997/11/13 الذي جاء فيه:

حيث إن المدعية ثبتت ديونها المستحقة على بلدية برشيد بالفواتير وأوراق التسليم المؤشر عليها من طرف المدعى عليها والغير المطعون في صحتها مما يتعين معه الحكم بما مجمله من أصل الدين وهو 19.250,00 درهم".

— الحكم عدد 1709 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2005/12/01 الذي أسس لقاعدة مفادها:

" ثبوت إنجاز الأشغال بالتأشير على فواتيرها من طرف الممثل القانوني للإدارة بالإقليم وبإصدار شهادة تفيد ذلك يجعل المقاول محقا في الحصول على المقابل المالي لتلك الأشغال حتى في غياب ما يفيد وجود صفقة قانونية ...".

¹⁵ ومن أمثلة الاجتهادات الصادرة عنه في هذا المجال نذكر ما يلي:

القرار عدد 1031 الصادر في 2004/10/13 الذي جاء فيه:

التعبير عن إرادة الإدارة ممن له صفة القيام بذلك (الأمر بالصرف)، أو عن طريق اشتراطه احترام المساطر الواجب إتباعها لإبرام العقد دون تناول مدى صحة التعبير عن الإرادة الصادر من جانب الأمر بالصرف لوحده. وقد اعتبر المجلس الأعلى بأن العقد المشوب بأحد هذه العيوب يظل غير منتج لآثاره.

ويمكن أن نستخلص من هذه التوجهات أن القضاء الإداري في مجمله لم يناقش بشكل صريح تأثير عدم صحة ركن الرضا على سلامة تكوين العقد الإداري، إذ كان من المفترض أن يعتمد نظرية البطلان ما دام أن غياب ركن أساسي من أركان العقد يفضي بالتبعية إلى بطلانه، وهذا ما ذهبت إليه بعض الأحكام التي تطرقت لصلب هذا الإشكال و حاولت تحديد الآثار المترتبة عن عدم سلامة التعبير عن إرادة الإدارة إن على مستوى الجهة الصادر عنها ذلك التعبير أو على مستوى الإخلال بالجانب الإجرائي الذي يجب أن يصدر في إطاره الرضا¹⁶.

ولعل الهاجس الذي دفع القضاء الإداري في مجمله إلى عدم إثارة البطلان طبقا لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود هو رغبته في الاحتفاظ باختصاصه للنظر في هذه المنازعات أكثر من رغبته في التأسيس لموقف قانوني سليم ومبرر، وذلك ما سيتضح أكثر عند استعراض التوجه القضائي الذي أقر ضمنا بعدم نفاذ العقد الإداري المحتج به وفي المقابل ألزم الإدارة بتحمل مقابل الأشغال أو الخدمات

"حقا حيث بالرجوع إلى الحكم المستأنف يتبين أنه اعتبر الفواتير والسندات التي حصرها تحمل تأشيرة 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 في هذا الشأن".

— القرار عدد 1228 الصادر بتاريخ 2007/12/15 (قضية دار الصحافة) الذي جاء فيه:

"وحيث حقا إنه بالرجوع إلى سندات الطلب ووصولات التسليم المعتمدة من طرف المحكمة كأساس للحكم المطعون فيه ومنها ما هي مجرد نسخ يتبين أنها لا تبين الصلاحية المخولة لموقعها هل هو الأمر بالصرف أو يتوفر على تفويض قانوني من طرف الأمر بالصرف ، واقتصرت المحكمة في تعليلها على ما أوردته الخبرة بشأن سندات سابقة ليست موضوع المطالبة الحالية للقول بأن سندات الطلب الحالية صادرة عن الأمر بالصرف (والي جهة فاس بولمان) فلم يجعل لما قضت به أساس من القانون " القرار عدد 662 المؤرخ في 2005/09/21 في الملف الإداري عدد 2003/1/4/1891 والذي جاء فيه ما يلي:

"حقا حيث إنه بالرجوع إلى موضوع الدعوى يتبين أن الأمر يتعلق بأشغال كلف بها المدعي بناء على وصل الطلب المستدل به والمحكمة لم تبحث عنصر إنجاز الأشغال و تاريخ الإنجاز وإن الرسالة الصادرة عن رئيس الجماعة لا تكفي للاستجابة للطلب وإنه لا يمكن للأمر بالصرف وهو في النازلة رئيس الجماعة المحلية أن يلزمها بأي نفقة إلا في حدود القوانين والأنظمة المطبقة على الصفقات العمومية وفي إطار الميزانية المصادق عليه بصفة قانونية.

¹⁶ يمكن الاستدلال في هذا الإطار بالحكم عدد 139 الصادر عن إدارية الدار البيضاء بتاريخ 2005/02/09 الذي جاء فيه ما يلي: "إن عدم توفر عقد الصفقة على أحد الشروط الجوهرية يجعله باطلا وغير منتج لأي أثر قانوني ناتج عن العقد وينأى بالتالي مثل هذا العقد عن مجال المنازعة القضائية في إطار العقود الإدارية ومن ثمة يجرده من الضمانات التي يخولها للمتعاقد مرسوم 1976/10/14 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة الذي حل محله مرسوم 30 دجنبر 1998 "...".

المنجزة في إطار نظريات استقى بعضها من قانون الالتزامات والعقود وعمد في البعض الآخر إلى تأسيس نظريات جديدة¹⁷.

أما بالنسبة للقضاء العادي فإنه يطبق على الإدارة القواعد الواردة في قانون الالتزامات والعقود كمبدأ، وهكذا اعتبرت بعض المحاكم أن إبرام الإدارة لعقد خاص يجعلها محكومة بالقواعد التي تنظم تكوين العقد ونشؤه، شأنها شأن باقي المتعاقدين، ويمكن أن نمثل لهذا التوجه بحكم صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة¹⁸، التي اعتبرت أن عقد الكراء من العقود العادية التي تتم بالمرضاة، وأن الجهة المستأنفة لا يمكنها أن تتمسك في هذا الشأن بقانون الصفقات العمومية أو العقود الإدارية طالما أنها أبرمت هذا العقد بصفتها طرفا عاديا وليس شخصا من أشخاص القانون العام وبالتالي فإن توقيع عقد الكراء ممن يمثلها محليا يلزمها وتترتب عنه الآثار القانونية بين المتعاقدين.

غير أن المجلس الأعلى راعى في بعض قراراته بعض الخصوصيات المرتبطة بتكوين هذه العقود سيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن إرادة الإدارة وعن رغبتها في التعاقد، حيث قضى بأن العقد الذي يبرم مع مؤسسة عمومية للدولة ويستلزم القانون موافقة سلطة الوصاية عليه، يجب أن يراعى لتطبيق بنوده احترام النصوص القانونية المنظمة لتلك الموافقة والتي لا تخضع لاتفاق الأطراف¹⁹.

ويمكن القول بأن القاضي المدني يتعامل مع الدولة في معاملاتها وتعاقداتها مع الخواص كطرف عادي لا ينفرد بأية امتيازات أو خصوصيات، إلا إذا وجد نص قانوني صريح يفرض توافر شرط معين في تكوين العقد وإتمامه كما هو الحال بالنسبة للعقود المبرمة من طرف مؤسسة عمومية ينص القانون المتعلق بإحداثها بضرورة مصادقة الوزارة الوصية على كافة العقود التي تبرمها، أما ما عدا ذلك فإن الدولة وإدارتها تخضع في إبرام العقد وترتيب آثاره للمقتضيات القانونية الواردة في قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا يتبين بأن القاضي المدني يعتبر الإدارة في تعاقداتها مع الأغيار طرفا عاديا مثلها مثل الشخص العادي في كل مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المنظمة للالتزامات وفي مقدمتها مقتضيات الفصل 230 من هذا القانون التي تعتبر العقد شريعة المتعاقدين وما يترتب عن ذلك من آثار، غير أنه

¹⁷ يتجسد هذا الموقف من خلال الأحكام التي قضت بتعويض المقاول في إطار نظرية الإثراء بدون سبب أو نظرية المسؤولية المتقاسمة والتي سيتم استعراضها فيما بعد.

¹⁸ القرار رقم 140 صادر عن استئنافية وجدة بتاريخ 2012/02/09 في الملف المدني عدد 08/687 قضية بنطه عمار ضد الخازن العام للمملكة.

¹⁹ قرار المجلس الأعلى رقم 229 بتاريخ 2001/03/29 في الملف عدد 99/1/4/151 (قضية المؤسسة الجهوية للتجهيز والبناء لتانسيفت ضد).

يأخذ بعين الاعتبار بعض خصوصيات الإدارة خاصة فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها إذا ما تطلب القانون شكلية معينة في ذلك.

ب - موقف القضاء من عنصر الشكلية في العقد:

من بين النقط القانونية التي عرفت تباينا في تعامل القضاء معها، سواء الإداري أو المدني، مسألة ترتيب الأثر القانوني الواجب عند غياب الشكلية في العقود التي تبرمها الإدارة، وهي من النقط التي تبرز أن القضاء راعى خصوصية الإدارة في هذا الشأن، ويمكن إبراز ذلك من خلال التطرق لبعض مواقف القضاء الإداري ثم المدني:

- القضاء الإداري:

اختلف القضاء الإداري في ترتيب الأثر القانوني الواجب في حالة غياب الشكلية في العقد، وباستقراء بعض الاجتهادات في هذا الباب يمكن الوقوف على ثلاثة مواقف أساسية:

الموقف الأول: غياب الشكلية في العقد الذي تبرمه الإدارة يجعله عقدا خاصا وليس إداريا:

ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته²⁰ إلى أن عدم احترام الشكلية التي يتطلبها القانون في عقد الصفقة يجعل من هذا الأخير عقدا خاصا وليس عقدا إداريا، معتبرا بذلك أن شرط الشكلية هو شرط لإضفاء الصفة الإدارية على العقود وليس شرطا من شروط الانعقاد، ويتبين من هذا القرار أن المجلس الأعلى لم يعمل مقتضيات قانون الالتزامات والعقود خاصة الفصل 402 منه الذي يعتبر أن غياب الشكلية متى كانت ركنا من أركان تكوين العقد، سواء اتفق على ذلك الأطراف أو نص عليها القانون، ينجم عنه غياب الالتزام أصلا.

الموقف الثاني: غياب الشكلية في العقد الذي تبرمه الإدارة يؤدي إلى انتفاء العقد من أساسه

دون أن يحجب اختصاص القضاء الإداري في الحكم بالتعويض على أساس نظرية الإثراء بدون سبب:

يمكن الاستدلال على هذا الموقف بقرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تحت عدد

337 بتاريخ 2004/03/24 في الملف رقم 2002/1/4/1223 والذي جاء فيه ما يلي:

²⁰ القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى-محكمة النقض حاليا- تحت عدد 422 بتاريخ 2001/3/29 في الملف عدد 49/4/1/2002 والذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث إن الصفقة موضوع النازلة تجاوزت مبلغ مائة ألف درهم حسب مقال المدعية دون أن تفرغ في الشكل المقرر قانونا ودون أن يكون هناك كناش للتحملات فضلا عن تمسك الإدارة بعدم إبرام أية صفقة مع المدعي.

وحيث يستخلص من ذلك كله أن الحكم المستأنف كان واجب التأييد على أساس أن الأمر لا يتعلق بعقد إداري أي بصفقة عمومية ولكن بدين عادي على فرض ثبوته يبقى النزاع بشأنه من اختصاص المحكمة العادية".

"و حيث من جهة -إن اعتماد الحكم على نظرية الإثراء بلا سبب بالرغم من عدم اعتمادها من الطالب- تشترط لقيامها عدم خطأ المتضرر، وفي نازلة الحال فإن الطالب بقبوله القيام بأشغال تفوق قيمتها 100.000 درهم في غياب إبرام صفقة عمومية (حسبما يوجبه الفصل 51 من مرسوم 14-10-1976) يشكل مبدئياً خطأ من جانبه.

و حيث من جهة ثانية إن قبول المحكمة النظر في الطلب باعتماد الفصل 79 من ق ل ع و تمسكها باختصاص النظر استناداً إلى ذلك وعملاً بالمادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية فيما تنص عليه من اختصاصها للنظر في طلبات التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال و نشاطات أشخاص القانون العام يناقضه -حين النظر في التعويض وتحديده- اعتمادها الفصل 75 (نظرية الإثراء بلا سبب) لتحديد التعويض عن قيمة الأشغال المنجزة دون أرباح منجزها".

ويتضح أن المجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- وإن كان قد عاب على محكمة الدرجة الأولى في هذه النازلة اعتمادها على نظرية الإثراء بدون سبب بعلّة عدم توفر شروطها -كما سيأتي توضيحه لاحقاً- فإنه اكتفى بإلغاء الحكم وإرجاعه إلى نفس المحكمة دون أن يحدد أساساً آخر يجوز اعتمادها في هذه الحالة. وما زالت بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية تعمل هذه النظرية كأساس للبت في طلبات إنجاز أشغال أو أداء خدمات رغم ثبوت غياب أية علاقة تعاقدية تبرر إنجاز تلك الأشغال أو أداء تلك الخدمات.

الموقف الثالث: غياب الشككية في العقد الذي تبرمه الإدارة يؤدي إلى انتفاء العقد من أساسه دون أن يحجب اختصاص القضاء الإداري في الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية المرفقية:
وهذا ما ذهبت إليه بعض المحاكم الإدارية والتي اعتبرت بأن غياب الشككية في عقد الصفقة يجعل هذا الأخير منتقياً من أساسه وغير منتج لأي أثر قانوني²¹، ومع ذلك فقد تمسكت باختصاصها

²¹ يمكن التمثيل لهذا التوجه بالحكمين التاليين:

-الحكم عدد 139 الصادر بتاريخ 2005/02/09 عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء و الذي جاء فيه:
"و حيث درج القضاء الإداري على مستوى المحاكم الإدارية المغربية على أن عدم توفر عقد الصفقة على أحد الشروط الجوهرية يجعله باطلاً و غير منتج لأي أثر قانوني ناتج عن العقد و ينأى بالتالي ... هذا العقد عن مجال المنازعة القضائية في إطار العقود الإدارية...

و حيث إنه لما كان الأمر كذلك في هذه النازلة و أمام استبعاد أي مجال للعقد الإداري بشأن الأشغال المنجزة من طرف المدعي لفائدة الجماعة المدعى عليها و في إطار سلطة المحكمة الإدارية في تكييف طلبات الخصوم وفقاً للقانون الواجب التطبيق دون تحريف للوقائع و لهذه الطلبات ومراعاة لقواعد القانون العام بهدف تحقيق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في حماية المال العام و المصلحة الخاصة المتمثلة في حماية حقوق المتعامل مع الإدارة، واستناداً إلى مقتضيات الفصل الثامن من القانون رقم 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية و أمام تمسك المدعي بمقاله الافتتاحي والإضافي للمطالبة بمستحققاته عن الأشغال التي أنجزها لفائدة

للبت في هذا النزاع وارتأت تأطير الدعوى ضمن دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام (المسؤولية المرفقية في إطار الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود)، وهنا يظهر التعامل الانتقائي للقضاء الإداري مع مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، ذلك أنه في حال عمل على تطبيق قواعد المسؤولية العقدية المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود سيؤدي إلى استبعاد اختصاص القضاء الإداري للنظر في هذه النازلة. لكن وحتى على فرض ذلك فإنه لا يعني غياب الأساس الذي يمكن من خلاله الحصول على مقابل الأشغال المنجزة، سواء استناد إلى نظرية الإثراء بدون سبب أو نظرية تحول التصرف أو نظرية الفضالة أو غير ذلك من النظريات التي تسعف في هذا المجال أكثر مما تسعف نظرية المسؤولية المرفقية.

يتبين من هذه القرارات أن القضاء الإداري يتعامل مع قانون الالتزامات والعقود بمنظور خاص ومتميز، فبالرغم من إقراره بغياب العقد من أساسه لعدم احترام الشكليات التي يتطلبها القانون في العقود الإدارية، فإنه لم يطبق نظرية البطلان المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وإنما توسع في تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية المرفقية و بالإثراء بدون سبب، متعللا في ذلك بضرورة حماية حقوق المتعاقدين مع الإدارة، والحال أن نصوص قانون الالتزامات والعقود تسعف في الوصول إلى نفس النتيجة بإعمال مقتضيات الفصل 306 وفقا لما تقتضيه وقائع النازلة إما برد ما دفع بغير حق إن كان هذا الرد ممكنا أو بالتعويض عنه تعويضا يعادل قيمته الحقيقية إن كان ذلك الرد مستحيلا.

- القضاء المدني:

في مقابل التوجهات التي كرسها القضاء الإداري، يستند القضاء المدني على مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع الذي ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين، إذ لم يشترط هذا القضاء شكلية معينة يجب أن يفرغ فيها تعبير الأطراف عن إرادتها إلا أنه ومع ذلك اعتبر هذه الشكلية واجبة لإثبات وجود التصرف.

جهة الإدارة ارتأت المحكمة تأطير الدعوى ضمن دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام".

— الحكم الصادر مؤخرا عن إدارية الرباط تحت رقم 818 بتاريخ 2007/04/23 والذي جاء فيه:

"إن القضاء في سبيل إيجاد حل قانوني لتسوية الوضعية الحسابية لأشغال إضافية أنجزت دون احترام المساطر التنظيمية الواردة في المجال التعاقدية دأب على محاكمة هذه الأشغال في إطار مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود..."

فالقضاء المدني موحد ومستقر على ضرورة وجود عقد مكتوب وعلى جعل عبء إثبات وجوده على عاتق المدعي، حتى وإن كان الأمر يتعلق بعقد الإيجار الذي لا تتوقف صحته على شرط الكتابة.

وفي هذا الإطار اعتبرت محكمة الاستئناف بالرباط أنه وإن كان معروفاً أن إدارة الدرك الملكي تكتري محلات سكنية لإسكان موظفيها، فإن تواجد دركي بالعين المكثرة دون إدلاء المكري بما يثبت إبرام العقد مع إدارة الدرك الملكي ينفي هذه العلاقة التعاقدية.

وهكذا ورد في قرار صادر عنها بتاريخ 2011/06/21 في الملف عدد 7/2010/55 ما

يلي:

"وحيث إنه أمام تنازع طرفي النزاع حول عقد الكراء المدعى به... والمستأنف عليها أكدت في معرض الاستماع إليها بأنها لا تتوفر على أي عقد كتابي يربطها بإدارة الدرك الملكي مما يجعل العلاقة الكرائية غير ثابتة بأي حجة في ملف النازلة من جانب الطرف المكري الذي يبقى وحده الملمزم بإثباتها وما قضى به الحكم المستأنف قد جانب الصواب ومآله الإلغاء وتصديا التصريح بعدم قبول الطلب".

وإذا كان القضاء المدني يفرض شرط الكتابة في إثبات العلاقة التعاقدية مع الدولة بغض النظر عن إجراءات المصادقة على العقد والتأشير عليه من طرف المراقب المالي، فإنه أكد في عدة حالات على أن صرف المبالغ المستحقة بموجب العقد من ميزانية الدولة تخضع لقواعد قانونية تتعلق بالمحاسبة العمومية وينبغي أخذ هذه القواعد بعين الاعتبار.

2- مرحلة ما قبل تكوين العقد الإداري:

إن المسؤولية ما قبل التعاقدية وفقاً لقانون الالتزامات والعقود لها نطاق ضيق قد يتجلى في التزام صاحب الإيجاب بإيجابه إذا كان هذا الأخير مرتبطاً بأجل أو عند التعاقد بالمراسلة كما قد يتمظهر أيضاً في الأحكام المنظمة للعربون عندما يكون لهذا الأخير دلالة العدول وليس دلالة البت، غير أن المسؤولية ما قبل التعاقدية بالنسبة للعقود الإدارية لها تجليات متعددة سواء عند مساءلة الإدارة في إطار نظرية القرار المنفصل أو عند مساءلتها في إطار نظريات أسس لها القضاء الإداري لحل إشكاليات مرتبطة بأداء خدمات لمرفق عام في غياب أساس تعاقدي.

أ- المسؤولية ما قبل التعاقدية في إطار نظرية القرار المنفصل:

من المعلوم أن تكوين العقد الإداري يمر بعدة مراحل تتخذ في إطارها قرارات إدارية ويتم فيها تبادل الإيجاب والقبول بين أطراف العلاقة التعاقدية، ولذلك فإن بعض التصرفات التي تأتيتها الإدارة في

هذه المرحلة منها ما يصدر عنها بالإرادة المنفردة ومنها ما يعتمد على النقاء إرادتها بإرادة المتعاقد معها.

وتعتبر التصرفات التي تصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة وحدها القابلة لأن تكون موضوع طعن بالإلغاء متى شكلت قرارات يمكن فصلها عن العقد وذلك لاعتبارين أساسيين:

* إما لكون القرار قد اتخذ قبل إبرام العقد.

* إما لكونه قد اتخذ أثناء تنفيذه ولكن استنادا إلى مقتضيات غير تعاقدية.

وإذا كانت نظرية القرار المنفصل قد أملت لها خصوصية مسطرة إبرام العقد الإداري لكون الإدارة لها سلطة في اتخاذ الإجراءات الممهدة لإبرام هذا العقد بإرادتها المنفردة وكانت لهذه القرارات آثار على المتعاقد المحتمل مع الإدارة، فإن القضاء الإداري قد خول لهذا الأخير الحق في منازعتها سواء قبل إبرام العقد أو حتى على فرض ثبوت إبرامه²².

ب - المسؤولية ما قبل التعاقدية في إطار نظرية المسؤولية المرفقية:

قد تختار الأطراف الأجنبية عن العقد المتضررة من قرار منفصل عنه سلوك دعوى التعويض والإحجام عن اختيار دعوى الإلغاء، ومن ضمن الحالات التي يمكن أن يثار فيها هذا الصنف من المسؤولية: الاستبعاد غير القانوني، عدم الالتزام بالوعد بالتعاقد (إيقاف المفاوضات)، إنجاز أشغال دون عقد تام.

²² يمكن التمييز هنا بين حالتين : إلغاء القرار قبل ثبوت إبرام العقد وإلغاء القرار بعد إبرام العقد :

- إذا ثبت أن إلغاء القرار المنفصل قد تم قبل إبرام العقد - وهو أمر يصعب تصوره - فإن حجية الشيء المقضي به ستمنع لا شك من إبرام العقد. وتبرز أهمية هذه الحالة عند إعمال أحكام المادة 47 من المرسوم رقم 2.06.388 الصادر بتاريخ 2007/02/05 والتي تمنح إمكانية إيقاف مسطرة طلب العروض من قبل الوزير عندما يتقدم له أحد المتنافسين بشكاية تتعلق بإخلالات شابت هذه المسطرة، إذ أن استصدار مقالعها لحكم بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة خلال هذه المسطرة له فائدة عملية.

- أما إذا ثبت إلغاء القرار بعد إبرام العقد، فيجب التمييز بين أطراف العقد والأجنبي عنه ، ففي الحالة الأولى يمكن لمن استصدر حكما بإلغاء قرار من القرارات التي ساهمت في تكوين العقد أن يلتجأ إلى قاضي العقد في إطار دعوى الإبطال ويطلب بإبطال العقد ويكون القاضي ملزما بقوة الشيء المقضي به وعندها يتوجب عليه إبطال العقد المذكور إن كان القرار الملغى قد ساهم بشكل واضح في تكوين العقد، أما بالنسبة للأجنبي فإن اعتباره أجنبيا عن العقد يحول دونه ودون إمكانية المنازعة فيه استنادا إلى مبدأ نسبية العقود السابق الإشارة إليه أعلاه .

غير أنه وفي جميع الأحوال فإنه يمكن لمستصدر حكم بإلغاء قرار منفصل أن يلتجأ إلى قاضي التعويض للمطالبة بجبر الضرر الناجم عن هذا القرار.

وقد يتظاهر الخطأ المنسوب إلى الإدارة إما في اتخاذها لقرار غير مشروع كما هو الشأن بالنسبة للمترشح الذي يناقش قرار الاستبعاد ويعتبره مجحفاً في حقه وغير مستند إلى أساس، كما قد يتمثل الخطأ المنسوب إلى الإدارة في إخلالها بوعدها بإبرام عقد أو تراجعها عن برتوكول الاتفاق. و تبرز أهمية هذه الدعاوى الرامية إلى الحصول على تعويض في كون قاضي الإلغاء يكتفي بإلغاء القرار غير المشروع و لا يمكنه تجاوز ذلك وتوجيه أمر للإدارة بالعدول عنه و إعادة إجراءات إرساء الصفقة، و لكون المقاول الطاعنة لا ترمي من وراء إقامتها للدعوى تنصيب نفسها حارساً للمشروعية، و إنما تسعى إلى الوصول إلى الغاية التي استهدفتها من وراء مشاركتها في المنافسة و هي الفوز بالصفقة و تحقيق الربح المتوقع منها، سيما وأن الممارسة العملية أبانت أن الحكم القاضي بالإلغاء ليس بمقدوره في حد ذاته إيصال المقاول إلى مبتغاه بحيث أن طول المدة التي يقتضيها الفصل في دعوى الإلغاء ابتدئاً و استئنافياً يفسح المجال أمام الإدارة لاستكمال إجراءات التعاقد مع المقاول التي اختارتها بل و في غالب الأحيان يكون تنفيذ الصفقة المثار بشأنها النزاع قد قطع أشواطاً مهمة مما يجعل مسألة تنفيذ حكم الإلغاء متعذرة.

وبالرغم من أن الحكم الصادر في إطار دعوى الإلغاء قد لا يسعف المقاول في الإبقاء على حظوظها في الفوز بالصفقة فإنه مع ذلك يصلح أن تعتمد أساساً للمطالبة بالتعويض عن الضرر في إطار دعوى المسؤولية التقصيرية، و لا شك أن تسليحها بهذا الحكم يعفيها من إثبات شرط الخطأ من جانب الإدارة باعتباره أحد الأركان الثلاثة الأساسية التي تقوم المسؤولية التقصيرية على أساسها، و لا تكلف سوى بإثبات الضرر و علاقته بالخطأ الصادر عن الإدارة²³.

يمكن التمثيل لهذا التوجه بالحكم عدد 279 الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 23/07/2007 الذي جاء فيه ما يلي:

"حيث إنه من الثابت من وثائق الملف أن المدعية سبق لها أن شاركت في طلب عروض مفتوح أعلن عنه المجلس البلدي لأولاد تايمية موضوعه بناء حديقة بحي الشراردة، و تم رفض العرض المقدم من طرفها رغم أنه كان الأقل، فاستصدرت حكماً من المحكمة الإدارية بأكادير يقضي بإلغاء قرار رئيس المجلس البلدي لأولاد تايمية بإقصاء عرض المدعية و هو الحكم الذي تم تأييده من طرف الغرفة الإدارية.

...

و حيث إن مسؤولية المجلس البلدي لأولاد تايمية عن الضرر اللاحق بالمدعية ثابتة في الحدود المشار إليها أعلاه.

...

و حيث إن المحكمة انطلاقاً من سلطتها التقديرية وأخذاً بعين الاعتبار حرمان المدعية من الربح الذي كان يمكن أن تحققه من الصفقة التي تم إقصاؤها منها قررت الحكم على المجلس البلدي لأولاد تايمية بأدائه للمدعية مبلغ 250.000,00 درهم".

وبالرغم من أن هذا التوجه يجد سنده في الأحكام المؤسسة للمسؤولية المرفقية المنصوص عليها في الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود فإنه قد لا يستحضر أن هذا القانون قد استبعد المسؤولية ما قبل التعاقدية إلا إن كان هناك عقد ابتدائي يكون موضوعه إبرام عقد أو إن كان هناك إيجاب مرتبط بأجل وتراجع صاحبه عن إيجابه قبل انصرام الأجل المذكور.

ولعل قائل يقول أن نطاق المسؤولية المرفقية أوسع وأشمل إذ أنه ينسحب حتى على القرارات التي تم فحص مشروعيتها وصرح القضاء بإلغائها غير أن التأسيس للمسؤولية ما قبل التعاقدية بناء على هذا التصور يجب أن يظل محكوما بالنظريات التي تؤسس لهذه المسؤولية والتي لا تربط بين إلغاء القرار وبين مسؤولية الإدارة عنه بشكل مباشر سيما وأن هذا الإلغاء لا يرتب المسؤولية إلا في نطاق ضيق.

المبحث الثاني: موقف القضاء من آثار العقد:

سيتم التطرق في هذا العنصر لتعامل القضاء مع مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بآثار العقود التي تبرمها الإدارة، والتي تتجلى أساسا في المسؤولية التعاقدية للإدارة بشقيها أي المسؤولية التعاقدية بدون خطأ والمسؤولية التعاقدية بخطأ:

1: المسؤولية التعاقدية بدون خطأ²⁴

حرص المشرع من خلال تحديده للمقتضيات المنظمة للعقود الإدارية على منح الإدارة امتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لعل أهمها سلطة التوجيه والمراقبة وحق تعديل بنود العقد وإنهائه بصفة منفردة وكذا حق توقيع الجزاءات الضاغطة، وخول لها حق استعمال هذه السلطات

²⁴ تجدر الإشارة إلى أن هناك حالات لإقرار المسؤولية برغم انتفاء أي خطأ في جانب الإدارة قد تكلف المشرع بتحديدتها وتنظيمها وبيان شروطها ولذلك ارتأينا عدم التطرق إليها بتفصيل من أجل فسح المجال أمام مناقشة الحالات التي أقرها القضاء استنادا إلى نظريات حاول فيها الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وأهم الحالات السابق ذكرها هي التالية:

* حالة توقيف الأشغال إذ يحق للمقاوّل بمجرد صدور أمر بتوقيف الأشغال طلب التعويض داخل أجل 40 يوما من تاريخ تبليغه الأمر بالخدمة القاضي بالتوقف، - لمدة تفوق السنة : يحق للمقاوّل طلب التعويض كما يجوز له طلب الفسخ ويلزم باحترام نفس الأجل المنصوص عليه سابقا بالنسبة للطلّبين معا. ويمكن قبول هذا الطلب سواء كان هذا التوقف لمرات متتالية استأنفت فيها الأشغال أو لمرة واحدة.

* حالة الزيادة أو التقليل من حجم الأشغال إذ نص المشرع على إمكانية تعويض المقاوّل حين تقلص حجم الأشغال حينما يتجاوز ذلك نسبة 25% من الحجم الأولي للأشغال ولا تطبق هذه المقتضيات على صفقات الإطار، أما عن التعويض عن الزيادة في حجم الأشغال فقد تطرق لها المشرع عندما يتعلق الأمر بتغيير في مختلف أنواع المنشآت وبكيفية تجعل الكميات المنفذة تزيد بنسبة تفوق 30% وذلك حينما يتعلق الأمر بأشغال مسددة على أساس أثمان أحادية.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن القضاء لا ينضبط كثيرا إلى شروط استحقاق لتعويض في هذه الحالات بل ينطلق من حق المقاول في التعويض بمجرد ما يتبين له أن هناك زيادة أو تقليصا في حجم الأشغال من شأنه أن يؤدي إلى انخفاض هامش الربح المراهن عليه.

بشكل تلقائي و دون حاجة إلى مراجعة القضاء مسبقا و ذلك بغية الحفاظ على المصلحة العامة التي ابتغتها من وراء العقد.

غير أن مقتضيات المصلحة العامة لم تثن القضاء و قبله المشرع عن مراعاة المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة محاولة منه لخلق التوازن بين المصلحتين من أجل الحيلولة دون استعمال الإدارة للسلطات المخولة لها بشكل تعسفي.

لذلك يلاحظ أن الامتيازات المخولة للإدارة تقابلها حقوق و ضمانات مقررة لفائدة المتعاقد معها سواء تلك التي أرسنها نصوص صريحة أو تلك التي قررتها نظريات راسخة في القضاء الإداري أصبحت تشكل مبادئ لا محيد عنها.

وهكذا سعى القضاء الإداري في العديد من القرارات إلى ضمان التوازن بين الإدارة والمتعاقد معها أو إلى ضمان مبدأ العدالة عبر تخويل المتعاقد مع الإدارة التعويض عن مقابل أشغال أنجزها دون وجود اتفاق سابق على القيام بها.

وقد حاول القضاء الإداري التأسيس لهذه المسؤولية وتبريرها انطلاقا من مجموعة من النظريات، والتي يمكن تقسيمها إلى نظريات مستحدثة من طرفه، ونظريات أصيلة في القانون الإداري:

أ: النظريات المستحدثة:

أسس القضاء الإداري سعيه لخلق التوازن في العلاقة بين الإدارة والمقاول بالرغم من عدم وجود أي إخلال تعاقدية من جانب الإدارة على نظريتين هما: الإثراء بدون سبب، ونظرية المسؤولية المتقاسمة:

- في ما يتعلق بإقرار المسؤولية بناء على نظرية الإثراء بدون سبب:

يرجع أصل هذه النظرية في القضاء الإداري الفرنسي إلى القرار الصادر بتاريخ 1960/04/14 بين وزارة الإسكان والإنشاء وشركة SUD AVIATION.

و يضطر القضاء الإداري إلى اللجوء إلى نظرية الإثراء بدون سبب من أجل حل الإشكالات المترتبة عن إنجاز المقاول لأشغال استفادت منها الإدارة دون وجود اتفاق حولها أو في حال وجود عقد باطل.

وقد استقى القضاء الإداري المغربي هذه النظرية من أحكام قانون الالتزامات والعقود (الفصلين 66 و 67) ويشترط لقيام المسؤولية على أساس هذه النظرية قيام شرطين ماديين وهما: استفادة المثير

من الإثراء المذكور وافتقار الطرف الآخر نتيجة هذا الإثراء، ثم شرطا قانونيا هو أن يكون الإثراء المذكور دون سبب قانوني أو تعاقدى²⁵.

وبالنظر إلى طبيعة هذه النظرية التي لا تتسجم مع العديد من الحالات التي ترتبط بإنجاز أشغال خارج العقد، فإن القضاء المغربي أخذ يهجرها ليطبق نظرية أخرى هي نظرية الخطأ المشترك أو المسؤولية المتقاسمة .

- في ما يتعلق بإقرار المسؤولية المتقاسمة:

استند القضاء الإداري في بعض قراراته على نظرية المسؤولية المتقاسمة أو المشتركة للحكم على الإدارة بالتعويض بالرغم من غياب التزام تعاقدى من جانبها أو بطلان العقد لعدم استيفائه للشروط المتطلبة قانونا، في حين أنه لو تم تطبيق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود لما كانت هناك حاجة للتأسيس لنظرية مستقلة .

وهكذا ألزم القضاء الإداري الإدارة بأداء تكلفة أشغال كلما تأكد له إنجازها، واستند في ذلك على المسؤولية المشتركة بين الإدارة وصاحب الأشغال، إذ أن قيام الإدارة بتكليف المقولة بإنجاز الأشغال دون سلوك المساطر القانونية اللازمة في هذا المجال تكون قد خالفت بدورها القانون الواجب التطبيق ويتعين تحميلها بدورها وزر ذلك، خصوصا وأن المقولة قد أنجزت أشغالا لفائدة الإدارة²⁶.

²⁵ سبق الاستشهاد بقرار صادر عن المجلس الأعلى يتناول شروط هذه النظرية ويؤكد ضمنا أنه لا مجال لاعتمادها في مثل هذه الحالات، خصوصا إذا ما ثبت أن إخلال المقاول بحدود العقد أو إنجاز له لأشغال كان دون عقد مبرم وفق الشكليات المتطلبة ما دام أن ذلك يشكل خطأ في جانبه.

²⁶ ويمكن أن نمثل لهذا التوجه بقرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2005/02/09 تحت عدد 100 والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث يعيب الطرف المستأنف على الحكم المطعون فيه خرق مقتضيات الفصل 51 من المرسوم رقم 479-76-2 بتاريخ 1976/10/14 المتعلق بصفقات الأشغال والخدمات المبرمة لحساب الدولة...، ذلك أن عملية التوريد التي تربط الإدارة بالخواص تتم في إطار صفقة عمومية أو بناء على سندات الطلب طبقا للفصل 51 من المرسوم أعلاه والمستأنف عليه لم يدل لا يعقد التوريد ولا بسند الطلب وإنما أدلى بحجج لا يعتد بها قانونا في مجال الصفقات العمومية... .

لكن حيث إن الثابت من الفاتورات المدلى بها إن باشوية مدينة طرفاية تصرح بتسليمها للمبلغ موضوعها وبمطابقتها للحقيقة بشهادة باشا المدينة الذي قبل الفاتورات وأمضى على التصريح المذكور فكانت كافية وكان ما انتهى إليه الحكم المستأنف في محله "... و بحكم صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2006/07/25 تحت عدد 2006/520 في الملف عدد 96 ت/2004 .

ب: النظريات الأصلية:

وتتمثل هذه النظريات أساساً في نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

- تعديل العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة:

من بين السلطات المخولة للقضاء الإداري والتي يتجاوز فيها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الإمكانية المخولة له في تعديل بنود العقد استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة²⁷، وذلك لإعادة التوازن إلى بنود العقد، وهكذا يمكن للقاضي وهو يطبق هذه النظرية أن يعدل في العقد بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بالزيادة في الالتزام المقابل وإما بإنقاص الالتزام المرهق وإما بإيقاف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ.

ويستند القضاء الإداري في إعماله لهذه النظرية على مبادئ (العدالة)، وقد نادى بعض الفقهاء²⁸ لإعمال هذه النظرية بالنسبة للعقود الخاصة، وهذا ما يتطلب تدخلاً تشريعياً لإقرار هذه النظرية في القانون المدني كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري²⁹.

- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة أساسها قيام حادث طارئ غير متوقع له طابع عام ومن آثاره إرهاب المتعاقد عند تنفيذه لالتزامه إرهاباً غير يسير، فإن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حاولت أن توازن بين مبدأ قار في العقود الإدارية وهي مسؤولية المتعاقد مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، وبين حالات استثنائية قد يؤدي فيها تطبيق هذا المبدأ إلى إرهاب المتعاقد بشكل يؤثر على تنفيذ العقد .

²⁷ كان أول تطبيق لهذه النظرية في المجال الإداري من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية "غاز بورديو" وتتلخص وقائع هذه القضية في ارتفاع أسعار الفحم في فرنسا بسبب ظروف الحرب العالمية الأولى مما أدى إلى إرهاب الشركة المتعاقدة مع المشترين واخذ يهددها بالتوقف فأقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ وجوب تعويض الإدارة للمتضرر بالقدر الكافي لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية.

ويشترط في هذه النظرية ما يلي: * أن يكون العقد مستمراً أو متراكباً في التنفيذ، * أن يطرأ حادث استثنائي له طابع عام وشامل بعد إبرام العقد، * أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن دفعه ببذل جهد معقول، * أن يكون تنفيذ الالتزام بسبب هذا الحادث مرهقاً وليس مستحيلاً كأن يهدد بخسارة فادحة.

²⁸ الطيب الفصايلى "النظرية العامة للالتزام"، طبعة 1991، ص 212.

²⁹ المادة 147 / 2 من التقنين المدني المصري.

ويتجلى من خلال هذا التمييز أن الباعث في إقرار هذه النظرية كان هو ضمان تنفيذ العقد الإداري بغية استدامة سير المرفق العام بمعنى أن هذه النظرية استحضرت المصلحة العامة أكثر مما استحضرت المصلحة الخاصة³⁰.

ويرى بعض الفقه أن النظريات التي تم التأسيس لها من أجل إعادة التوازن المالي للعقد أو منح القاضي سلطة تعديل بنوده لتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته قد تجد بعض نقاط التقاطع مع مفهوم القوة القاهرة الذي يعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزامات التعاقدية في القانون الخاص .

ولعل القضاء الإداري وهو ينص على وجوب استمرار تنفيذ العقد بعد تعديله قد سمح بإمكانية تحقيق المصلحة العامة التي كانت وراء إبرام العقد دون أن يضحى بالمصلحة الخاصة مما قد يسمح بالاستئناس بهذه النظريات حتى في إطار العقود الخاصة.

وغير خاف أن قانون الالتزامات والعقود قد منح للقاضي إمكانية تعديل بعض بنود العقد كما هو الشأن بالنسبة للفصل 264 الذي أضحي بعد تعديله يسمح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي وتخفيض التعويض المتفق عليه أو الرفع من قيمته.

2 : المسؤولية بخطأ:

تتجلى المسؤولية بخطأ في إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته التعاقدية ومن ثم فإن صورها تتعدد بتعدد مظاهر الإخلال، ويمكن القول في هذا الصدد إن إخلال الإدارة بالتزام أصيل من التزاماتها كعدم أداء مقابل الخدمة أو التراخي في أدائه يجعلها ملزمة بأداء مقابل الخدمة فضلا عن أداء تعويض عن التراخي في الأداء.

ويختلف تعامل القضاء مع هذه الحالة بحسب ما إذا تعلق الأمر بالقضاء الإداري أو المدني:

أ - القضاء الإداري:

يلاحظ أن القضاء الإداري عند إقراره للأحقية في التعويض إما أنه يستند إلى النصوص الخاصة بالعقود الإدارية كما هو الشأن بالنصوص المنظمة لفوائد التأخير عن أداء مقابل ناجم عن عقد إداري، أو أنه يعمد إلى أعمال مقتضيات قانون الالتزامات والعقود سيما الفصلين 245 و 255 منه، وفي بعض الحالات يكتفي بإقرار الحق في الفوائد القانونية دون تحديد أساسها.

³⁰ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر بتاريخ 1969/06/14 والذي تم التعليق عليه من قبل الدكتور خميس السيد اسماعيل

في مؤلفه العقود الإدارية والتعويضات طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 سنة 1998 والذي جاء فيه ما يلي: "ولئن كانت الشروط العامة قد جعله المفاوض كقاعدة عامة مسؤولا عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة إلا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفت في البند 40 المفاوض من المسؤولية في حال تأخره في تنفيذ التزامه إذا كان مرد ذلك إلى أسباب لم يكن في الإمكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن إرادته.

وهكذا تم الوقوف على مجموعة من الأحكام التي تعاملت بشكل مختلف ومتباين مع هذه المسألة؛ فهناك من قضى باستحقاق الفوائد القانونية دون تحديد أساسها³¹، وهناك من أقر الحق في فوائد التأخير دون الحق في التعويض عن التماطل³²، وهناك توجه أقر الحق في الجمع بين فوائد التأخير والتعويض عن التماطل³³.

ب- القضاء العادي:

أما بالنسبة للقضاء العادي فقد راعى خصوصية الإدارة في أداء الالتزام، ولم يعتبرها متماطلة في الأداء لمجرد حلول أجل الأداء، بل تطلب مراعاة قانون المحاسبة العمومية الذي يفرض عليها مسطرة خاصة لأداء الالتزام³⁴.

³¹ جاء في القرار عدد 500 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/03/02 في الملف عدد 7/08/70 ما يلي: "وحيث إنه من جهة رابعة فالثابت من أوراق الملف كون الأشغال قد تم تنفيذها إلا أن الإدارة تقاعست عن الأداء دون مبرر، مما يترتب فوائد قانونية على المبلغ المستحق غير المؤدى وبالتالي يبقى السبب المعتمد في هذا الصدد غير مرتكز على أساس، والحكم المستأنف لما نحى ذلك المنحى صائبا وواجب التأييد."

³² يمكن أن نمثل له بحكمين : الأول صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2006/02/15 تحت عدد 2006/84 في الملف عدد 144/ت/2005 والذي جاء فيه : "ومادام المدعي لم يحصل على المبالغ المستحقة له في إبانها فإنه يكون محقا في المطالبة بهذه الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال موضوع العقد إلى تاريخ التنفيذ دون طلب التعويض مادام أن الفوائد القانونية كافية لجبر الضرر اللاحق بالمدعي من جراء عدم تنفيذ الإدارة المدعى عليها لالتزاماتها"، والثاني صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 2439 بتاريخ 2010/09/22 في الملف عدد 09/12/350 والذي جاء فيه : "وحيث إن طلب التعويض عن التماطل يبقى غير مبرر لوجود مسطرة المطالبة بفوائد التأخير عن الأداء المطبقة على الصفقات العمومية".

³³ يمكن أن نمثل له بالحكم عدد 544 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/03/20 في الملف عدد 06/391 ش ت والذي قضى بتعويض عن التماطل في الأداء إضافة إلى الفوائد من تاريخ الاستحقاق. والملاحظ على هذا الحكم أنه وإن كان لم يشر صراحة إلى طبيعة الفوائد المحكوم بها فإن تصريحه بالحكم بالفوائد من تاريخ ثبوت التماطل يدل على أنه قد قصد بذلك فوائد التأخير.

³⁴ وفي هذا الاتجاه ورد في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2009/05/20 في الملف عدد 2007/6/1/3245 ما يلي: "...في حين أن صرف المبالغ الكرائية من ميزانية الدولة يخضع لقواعد قانونية تتعلق بالمحاسبة العمومية وصرف النفقات العمومية، التي تتطلب أن يتم تحويل المبالغ إلى حساب الدائن ولا تسمح بالأداء النقدي المباشر وقد تمسك الطاعن بكون الدائن المطلوب لم يمكنه من رقم حسابه الصحيح مما حال دون صرف مبلغ الكراء من ميزانية الدولة، وأن القرار لما اعتبر مع كل ذلك بأن الطاعن في حالة مطل فقد جاء معللا تعليلا فاسدا يوازي انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال". (قرار رقم 1837 قضية الوكيل القضائي للمملكة ضد عبد الواحد بناني ومن معه).

وكذلك القرار رقم 3490 الصادر بتاريخ 2010/08/31 في الملف عدد 2009/6/1/1692 قضية الدولة المغربية ضد ورثة احمد بن التهامي الذي جاء فيه: "... في حين انه بمقتضى الفصلين 253 و 254 من ق.ل.ع يكون المدين في حالة مطل إذا تأخر عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول، وأنه إذا لم يعين للالتزام أجل لم يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذارا صريحا بوفاء الذين داخل أجل معقول، ... وأن الطاعنة تمسكت بكون الأداء يتم عن طريق

المبحث الثالث: موقف القضاء من المسؤولية عن إنهاء العقد (الفسخ):

إن أهم ما يميز الفسخ في العقود الإدارية هو أنه من الممكن اتخاذه بالإرادة المنفردة للإدارة، ويمكن التمييز بين حالة الفسخ الجزائي وحالة الفسخ غير الجزائي؛ إذ أنه في الحالة الأولى يكون الفسخ مقرونا بجزاءات تبعية (مصادرة الضمانات، الفسخ على حساب المقاول) أما في الحالة الثانية فتكتفي الإدارة بفسخ العقد دون إيقاع هذه الجزاءات.

غير أن منح الإدارة إمكانية فسخ العقد (الصفقة) يوازيه بسط القضاء رقابته على مشروعية الفسخ سواء عبر الاكتفاء بالتأكد من مشروعية السبب أو عبر مراقبة مدى ملاءمة قرار الفسخ للإخلال المنسوب للمقاول.

وإذا كان الفسخ من الأسباب المؤدية إلى إنهاء العقد سواء تم باتفاق الطرفين أو بقوة القانون أو عن طريق القضاء، فإن هذه الحالات تشترك فيها العقود الإدارية مع العقود الخاصة، وتظل حالة الفسخ التلقائي من طرف الإدارة هي التي تميز العقد الإداري، إلا أن سلطة الإدارة ليست مطلقة في هذا الشأن بل تمارسها تحت رقابة القضاء، وللقاضي الإداري أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد وله أن يقرر عدم مشروعية هذا الفسخ، و في هذه الحالة يقضي إما بإلغاء قرار الفسخ أو بالتعويض فقط³⁵.

أما بالنسبة للقضاء العادي فإنه كان محكوما بنظرية الفسخ كما هو متعارف عليها في قانون الالتزامات والعقود وبالتالي فإنه لم يجز للإدارة فسخ العقد بإرادتها المنفردة إلا حينما يتبين له أن العقد يسمح بذلك، بمعنى أنه لم يحد عن أعمال مفهوم الشرط الفاسخ ولم يعمد إلى أعمال نظرية الفسخ كما هي متعارف عليها في القضاء الإداري³⁶.

التحويل الدوري الذي تحكمه ضوابط المحاسبة الإدارية التي تميز تسديدات الإدارات العمومية، وبذلك فإن المحكمة لما اعتبرت أن الأداء جاء خارج أجل 16 يوما المضروبة في الإنذار وقضت بالإفراغ دون بيان ما إذا كان الأجل المذكور أجلا معقولا أو مناقشة السبب الذي تمسكت به الطاعنة جاء معه قضاؤها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال". (قرار رقم 1837 قضية الوكيل القضائي للمملكة ضد عبد الواحد بناني ومن معه).

³⁵ يعتبر القضاء الفرنسي أن فسخ الإدارة لعقود الأشغال العامة يسمح في حال إقرار عدم مشروعيته للقاضي الحكم بالتعويض عن ذلك دون إمكانية إلغاء قرار الفسخ معتبرا أن الإدارة لها مطلق الحرية في التصرف بخصوص هذه العقود بخلاف عقود التوريد أو الخدمات التي قد يلزم القضاء الإدارة بالاستمرار في تنفيذها إذا ما هو أقر عدم مشروعية قرار الفسخ (راجع في هذا الصدد مؤلف العقود الإدارية والتعويضات لصاحبه الدكتور خميس السيد إسماعيل)

³⁶ مثال على ذلك ما تضمنه القرار رقم 3868 الصادر بتاريخ 2011/09/20 في الملف عدد 2008/3/1/3459، الذي جاء فيه ما يلي: "الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 307 بتاريخ 2002/3/14 في الملف عدد 98/613 والذي جاء فيه ما يلي: وحيث فضلا عن ذلك فإنه من الثابت من أوراق الملف وخاصة المحضر الذي تقرر فيه حذف القضبان والمؤرخ في 99/3/25 أن القرار اتخذ بحضور كل من المهندس ومكتب مراقبة التنفيذ الذي لم يدل بما يفيد أنه عارض في ذلك مع المقاول مما يتعين معه الحكم بمسؤوليتهم عن ذلك وبالتالي الحكم عليهم تضامنا بأداء التعويض.

المبحث الرابع: موقف القضاء من المسؤولية ما بعد إنهاء العقد:

إن من مظاهر المسؤولية المرتبطة بالعقد ما نص عليه الفصل 769 من قانون الالتزامات والعقود³⁷، الذي رتب مسؤولية المهندس المعماري أو المهندس والمقاول إذا ما انهار البناء المنجز أو هددته عيوب خطيرة بالانهيار، وذلك في إطار الضمانة العشرية.

ويشترط لقبول دعوى المسؤولية ما يلي:

- أن يرجع سبب الانهيار أو العيب الخطير المهدد به إلى نقص مواد البناء أو عيب في طريقة البناء أو عيب في الأرض.

- أن تقع الواقعة المرتبة للمسؤولية داخل أجل 10 سنوات من يوم تسلم البناء.

- أن يتم تقديم دعوى التعويض داخل أجل 30 يوما يحتسب من لحظة العلم بالواقعة التي تستدعي الضمان.

ويعتبر هذا الأجل، أجل سقوط، غير أنه قد يتوقف سريانه في حال وجود مفاوضات حقيقية بين الطرفين، ويستأنف سريانه ابتداء من انتهاء المفاوضات، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ فاتح يونيو 1956³⁸.

ولقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، فهناك من اعتبرها مسؤولية تعاقدية، وهناك من اعتبرها مسؤولية بعد التعاقدية، وهكذا ذهب بعض الفقه إلى أن المسؤولية العشرية في القانون العام ليست بمسؤولية تقصيرية وليست كذلك مسؤولية تعاقدية وإنما هي مسؤولية بعد التعاقد أنشئت بقانون أشخاص مرتبطين بعقد تم تنفيذه أو بين ذوي حقوقهم³⁹.

وفي نفس السياق تساءل الفقيه جان لوي كوسطا حول إمكانية إقامة دعوى المسؤولية بناء على قواعد القانون العادي في إطار مفهوم المسؤولية المتبقية la responsabilité résiduelle⁴⁰، وقد استند هذا الفقيه في تبرير موقفه على قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 يوليو 1978.

³⁷ ينص الفصل 769 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي " المهندس المعماري أو المهندس والمقاول المكلفان مباشرة من رب العمل يتحملان المسؤولية إذ حدث خلال العشر سنوات التالية لإتمام البناء أو غيره من الأعمال التي نفذها أو أشرف على تنفيذها أن انهار البناء كلياً أو جزئياً أو هددته خطر واسع بالانهيار بسبب نقص المواد أو عيب في طريقة البناء أو عيب في الأرض.... "

³⁸ القرار رقم 4794 المؤرخ في فاتح يونيو 1956 والمنشور في مجلة قرارات محكمة استئناف الرباط في سنتي 1955-1956 ص 571 والذي جاء فيه ما يلي: عندما تطبع البناء عيوب خطيرة تهم صلابته يجب تطبيق الفصل 769 من ق.ل.ع. وبالتالي فإن على صاحب المشروع أن يلجأ إلى القضاء داخل أجل 30 يوما ابتداء من لحظة العلم بالواقعة التي تستدعي الضمان.

غير أن هذا الأجل يمكن أن يمدد إذا كانت هناك مفاوضات بين الطرفين ويستأنف سريانه ابتداء من انتهاء المفاوضات.

³⁹ أو دان في مؤلفه (دروس في المنازعات الإدارية)

روني شابي، القانون الإداري العام، المجلد الأول، الطبعة التاسعة، دلتا، ص 1073، الفقرة 12000.

⁴⁰ جون لوي كوسطا، مقال مسؤولية المشيدين حسب قانون 4 يناير 1978 المنشور بمجلة دالوز سيرري 1979، الوقائع، ص 35.

وبالرجوع إلى موقف القضاء المغربي يلاحظ بأنه لم يحدد موقفا صريحا من طبيعة هذه المسؤولية واكتفى بإقرارها إذا ما تأكد له تحقق شروطها، وإن كان يستفاد ضمنا من الأحكام التي تم الاطلاع عليها والصادرة عن القضاء الإداري أنها تقيم هذه المسؤولية على أساس تعاقدية، ما دامت أنها أبقت على اختصاصها للنظر في هذه الدعوى⁴¹.

ويمكن في الختام القول أن هناك نقاط تلاقي عديدة بين نظرية العقد الإداري ونظرية العقد التي أسس لها قانون الالتزامات والعقود؛ إذ أن النصوص التي تنظم تكوين العقد تنطبق على كلا العقدين إلا في بعض الاستثناءات التي تتعلق بضرورة مراعاة خصوصية أشخاص القانون العام عند تعبيرها عن الإرادة في التعاقد، كما أن النظريات التي تحكم تنفيذ العقد الإداري استحضرت منطق الموازنة بين المصالح، الذي لا يعد منطقا بعيدا عن الغايات التي كان يصبو إليها المشرع عند وضعه لقانون الالتزامات والعقود، مما قد يسمح بالاستئناس بهذه النظريات وإعمالها في مجال العقود الخاصة. وبالموازاة مع ذلك، فإن بروز التحليل الاقتصادي في العمل الإداري، يجعل القاضي الإداري مطالبا أكثر من أي وقت مضى باستحضار النظريات التي تحكم العقود الخاصة والاستئناس بها عند فض النزاعات المترتبة عن العقود الإدارية. سيما فيما يتعلق بالعقود العمومية إذ يلاحظ بأن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر منذ سنة 1999 أن قرارات تدبير الملك العام يجب أن تجمع بين الصالح العام وبين مبدأ حرية التجارة والصناعة معتبرا أن القاضي الإداري ملزم بأن يضيف البعد التنافسي عند تقدير مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بتسيير المرافق ذات الطبيعة التجارية والصناعية، ويمكن القول بأن منظومتنا القانونية ليست بعيدة عن هذا المنطق، إذ أن قانون المنافسة وقانون حماية المستهلك أصبحا من مكونات ما يسمى بقانون السوق وأنه يتوجب استحضار مقتضياتهما عند إبرام العقود سواء كانت خاصة أو إدارية.

⁴¹ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 307 بتاريخ 2002/3/14 في الملف عدد 98/613 والذي جاء فيه ما يلي: وحيث فضلا عن ذلك فإنه من الثابت من أوراق الملف وخاصة المحضر الذي تقرر فيه حذف القضبان والمؤرخ في 99/3/25، أن القرار اتخذ بحضور كل من المهندس ومكتب مراقبة التنفيذ الذي لم يدل بما يفيد أنه عارض في ذلك مع المقولة مما يتعين معه الحكم بمسؤوليتهم عن ذلك وبالتالي الحكم عليهم تضامنا بأداء التعويض.

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية لأشخاص القانون العام ما بين القضاء المدني والقضاء الإداري

لعل أهم ما يميز قانون الالتزامات والعقود المغربي كونه تضمن مقتضيات تنظم المسؤولية الإدارية، وهذه الميزة تبرر التساؤل عن إمكانية تطبيق قواعد القانون الخاص على أشخاص القانون العام في مجال المسؤولية، وبمعنى آخر هل القاضي ملزم عند النظر في مسؤولية أشخاص القانون العام بتطبيق القانون المدني أم أن للمسؤولية الإدارية قواعد خاصة يجب مراعاتها انسجاماً مع المبادئ الأساسية الواردة في القانون الإداري؟.

يكتسي الجواب عن هذا السؤال أهمية كبيرة، وسوف تتم ملامسته على مستوى المواقف المختلفة لكل من القضاء الإداري والعادي من خلال معالجة القضايا الإدارية. وهكذا يتم التطرق في مبحث أول للإطار القانوني لمسؤولية الإدارة غير التعاقدية، وفي مبحث ثانٍ للنظريات المستحدثة التي يعتمدها القضاء الإداري لتقرير مسؤولية الدولة:

المبحث الأول: الإطار القانوني للمسؤولية الإدارية غير التعاقدية:

إن الفكرة التي كانت سائدة فيما قبل هي عدم إمكانية مساءلة الدولة عن أخطائها، لكن هذا الاعتقاد بدأ يتلاشى شيئاً فشيئاً، ولقد لعب القضاء الإداري الفرنسي دوراً هاماً في تأسيس المسؤولية الإدارية، ويعتبر قرار "بلانكو" الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية أهم منطلق للاجتهاد القضائي في تطور فكرة مساءلة الدولة، بحيث إن من أهم الضوابط التي سطرها هذا القرار هو الإقرار بأن قواعد القانون الخاص لا مجال لتطبيقها على المسؤولية الإدارية⁴².

وإذا كانت المسؤولية الإدارية في فرنسا منشؤها القضاء، فإن المشرع المغربي وعلى العكس من ذلك تعرض لتقنين هذا النوع من المسؤولية في الفصلين 79 و 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود، في حين تطرق الفصل 80 من هذا القانون لأحكام المسؤولية الشخصية للموظف كلما ثبت في حقه تدليس أو خطأ جسيم عند ممارسته لوظيفته، كما حدد شروط حلول الإدارة محله في الأداء. ومن خلال القراءة المتأنية للفصل 79 المذكور أعلاه، يمكن استخلاص الملاحظات الأساسية التالية:

- لقد حصر المشرع ميدان مساءلة الدولة والبلديات في مجال التسيير، وهو أمر مفهوم على اعتبار أن في هذه الحقبة وإلى غاية صدور قرار توماس كريكو في 10

⁴² قبل صدور هذا القرار صدر قراران عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 6 دجنبر 1805 أكد فيهما بأن العلاقة بين المصالح العمومية وموظفيها من جهة والخواص من جهة أخرى لا يمكن أن تعالج حسب مبادئ وقواعد القانون المدني وحده (قرار روتشيلد و كلوكسين).

فبراير 1905، فإن مساءلة الدولة عن أعمال السلطة كانت تتطلب وجود خطأ جسيم⁴³.

- وضع هذا النص إطارين لمسؤوليتين؛ مسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التسيير وهي مسؤولية موضوعية لا تتطلب الخطأ، ومسؤولية ناتجة عن الأخطاء المصلحية لمستخدمي الدولة، على اعتبار أن الخطأ المصلحي هو الذي يشكل المبدأ والإطار العام للمسؤولية الإدارية⁴⁴.

- لم يحدد هذا النص الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن أعمال التسيير، مما سمح للاجتهاد القضائي والفقه بالتوسع في هذا المجال حيث أوجدا عدة أسس لهذه المسؤولية منها نظرية المخاطر في الشق المتعلق بالأشياء الخطيرة، والخطأ المفترض أو المضمّر في بعض الأحيان، والمساواة في تحمل التكاليف العامة، والأضرار الاستثنائية وغير العادية... إلخ.

وتبين هذه الملاحظات تأرجح القضاء المدني والإداري في تطبيق هذا النص وعدم استقرار أي منهما على موقف ثابت، خصوصا فيما يتعلق بالأساس المعتمد للمسؤولية، مع الإشارة إلى أن القضاء الإداري يعتمد مقاربة واسعة في هذا المجال، تصل إلى حد اعتماد نظريات تخرج عن إطار قواعد المسؤولية وتدخل في مجال التضامن والتكافل الاجتماعيين ومبدأ الإنصاف والعدل.

ويتفرع عن هذه الملاحظات أيضا تساؤل جوهري يتعلق بمدى تطبيق النصوص الأخرى المؤطرة للمسؤولية المدنية الواردة في قانون الالتزامات والعقود على أشخاص القانون العام، وبمعنى آخر هل الفصل 79 يشكل الإطار الوحيد الذي تخضع له مسؤولية المرافق العامة أم تطبق على هؤلاء الأشخاص منظومة المسؤولية كما أرستها باقي مقتضيات قانون الالتزامات والعقود؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل يجب التأكيد على أن استقلال المسؤولية الإدارية عن المسؤولية المدنية لا يعني رفض التقنيات المعمول بها في القانون المدني جملة وتفصيلا، لأن للقانون المدني التأثير

⁴³ قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1905 منشور بمجلة لوبون ص 139.

⁴⁴ تجدر الإشارة إلى أن هناك اجتهادات قضائية تنص على أن المسؤولية المرفقية المستندة إلى مقتضيات الفصل 79 قوامها خطأ واجب الإثبات، مستبعدة بذلك القراءة المستقرة حاليا والتي تؤكد أن الفصل المذكور يؤسس لمسؤوليتين أولاها في إطار المسؤولية الموضوعية، وثانيهما في إطار المسؤولية بخطأ. وكمثال على هذا التوجه يمكن ذكر القرار الصادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 2391 وتاريخ 1994/05/06 في الملف المدني عدد 90/3804 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48 ص 97 والذي جاء فيه ما يلي: طبقا للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود فإن مسؤولية الدولة عن تسيير إداراتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها، لا تفترض بل لا بد من إثبات الخطأ المصلحي المنسوب إلى موظفيها لأنها من المسؤولية التقصيرية".

الواضح في بناء المسؤولية الإدارية، علماً بأن الأركان الأساسية للمسؤوليتين واحدة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية⁴⁵.

ومن أجل استجلاء موقف القضاء من المسؤولية التقصيرية للدولة وإداراتها العمومية، سيتم التطرق لكيفية تعامله مع النصوص المتعلقة بالمسؤولية الخاصة لأشخاص القانون العام (أولاً) على أن يتم التطرق بعد ذلك لموقفه من تكييف دعوى المسؤولية في إطار الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود (ثانياً)

أولاً - موقف القضاة الإداري والمدني من أعمال النصوص الخاصة في المسؤولية على أشخاص القانون العام:

إذا كان المبدأ العام أن مسؤولية أشخاص القانون العام مقررة بمقتضى الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، فإن هناك نصوصاً أخرى خاصة حددت أصنافاً من هذه المسؤولية كالفصل 85 مكرر الذي تناول أحكام المسؤولية عن الحوادث المدرسية والفصل 81 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 400 من قانون المسطرة المدنية بشأن مخاصمة القضاة، ومن شأن هذا المعطى أن يبرر التساؤل حول النص الواجب تطبيقه عندما تكون المسؤولية مؤطرة بنص خاص، كالمسؤولية عن حراسة الشيء أو الحيوان أو البناء... الخ، وذلك نظراً لما تتميز به هذه الحالات من خصوصيات سواء فيما يتعلق بأساس المسؤولية أو بأسباب الدفع للإعفاء منها.

والملاحظ من خلال استقراء العمل القضائي أن كلا من القضاء الإداري والمدني متفق على وجوب إعمال الفصل 85 مكرر كإطار خاص للمسؤولية عن الحوادث المدرسية (أ)، في حين انهما مختلفان فيما يتعلق بإعمال باقي الفصول الخاصة بالمنظمة للمسؤولية التقصيرية على أشخاص القانون العام (ب)، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطتين الموالتين:

أ- مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية المنصوص عليها في الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود:

ينص الفصل 85 مكرر على أن المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة يسألون عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم، ويلزم المدعي بإثبات الخطأ الذي تسبب في الضرر وفقاً للقواعد القانونية العامة وتحل مسؤولية الدولة محل الموظفين المذكورين. ويتبين من هذه المقننات القانونية أنها تضمنت القواعد الآتية:

- مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية ليست مفترضة وإنما مبنية على أساس الخطأ الواجب

الإثبات؛

⁴⁵ تجدر الإشارة إلى أن جانباً من الفقه يميز بين الأركان والشروط ويعتمد عناصر أخرى وهي الفاعل والمسؤول والفعل المنشئ للضرر والخسارة والعلاقة السببية والإسناد.

- إحلال الدولة محل المعلمين وموظفي الشببية والرياضة في أداء التعويض المحكوم به؛
- لا يجوز إقامة دعوى مدنية ضد الموظفين لمطالبتهم بالتعويض؛
- يجوز للدولة إقامة دعوى الاسترداد في مواجهة الموظف المرتكب للخطأ؛
- تتقدم دعوى المسؤولية عن الحوادث المدرسية بمرور ثلاثة سنوات من تاريخ ارتكاب الفعل الضار؛

وتجدر الإشارة إلى أن العمل القضائي لم يستقر على إسناد الاختصاص إلى جهة قضائية واحدة فيما يتعلق باختصاص البت في دعاوى مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية، إذ يتوزع هذا الاختصاص بين القضاء الإداري بناء على مقتضيات المادة 8 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية، وبين القضاء العادي بناء على مقتضيات الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود.

وينجم عن هذا التباين في توزيع الاختصاص اختلاف في أعمال أحكام الفصل 85 مكرر بحسب ما إذا كان النزاع معروضا أمام القاضي الإداري أو أمام القاضي المدني، خصوصا فيما يتعلق بشروط إقرار المسؤولية في إطاره.

بالنسبة للقضاء الإداري:

تواترت القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى⁴⁶ على اعتبار المسؤولية في إطار الفصل 85 مكرر قائمة على خطأ واجب الإثبات، وهو الأمر الذي سارت عليه المحاكم الإدارية منذ إحداثها في العديد من أحكامها⁴⁷، غير أن هذه الأخيرة بدأت مؤخرا تقيم هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض ولمجرد وقوع الحادثة داخل المؤسسة التعليمية دون بيان مكامن الإهمال أو عدم الحيلة المنسوب للمشرفين التربويين⁴⁸، متجاوزة بذلك مقتضيات الفصل 85 مكرر المذكور.

⁴⁶ جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 373 الصادر في الملف الإداري عدد 132 بتاريخ 1998/04/30 المنشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى ما يلي:

"مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية تخضع لمقتضيات الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات والعقود. المسؤولية قائمة على الخطأ الثابت وليس المفترض.

عدم قيام دليل على إخلال الأستاذ بواجباته في المراقبة والحيلة ينفي أية مسؤولية في هذا المجال.

⁴⁷ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 2004/11/10 تحت عدد 386 في الملف عدد 2004/304 الذي جاء فيه ما يلي: "دعوى التعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، والتي تختص المحاكم الإدارية بالنظر فيها طبقا للمادة 8 من القانون المحدث لها، تندرج في إطارها الدعاوى المنصوص عليها في الفصل 85 مكرر من ق ل ع. والمتعلقة بدعاوى مسؤولية الدولة عن الضرر الحاصل للأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابة المعلمين وموظفي الشببية والرياضة بسبب الخطأ أو الإهمال أو عدم الحيلة الذي يحتج به على هؤلاء الموظفين.

⁴⁸ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2010/06/21 تحت عدد 1873 في الملف رقم 06/1269 ش ت. والذي جاء فيه ما يلي: "حيث إنه طالما أن المدعي أصيب أثناء فترة التربية البدنية التي من المفروض على المشرف عليها أن يأخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون وقوع أي اصطدام بين التلاميذ وذلك بإسداءه توجيهات إليهم إلى غير ذلك، ومن ثم يبقى التقصير ثابت في حقهم، مما يضحى معه تمسك الوكيل القضائي غير وجيه ويتعين استبعاده...".

بالنسبة للقضاء المدني:

ذهب المجلس الأعلى في العديد من قراراته⁴⁹ إلى تأسيس المسؤولية عن الحوادث المدرسية على أساس الفصل 85 مكرر، واعتبرها مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات وليست مسؤولية مفترضة في حق المعلمين والمسؤولين عن رقابة الأطفال، غير أنه حمل مؤخرًا الدولة مسؤولية الأضرار الناتجة عن الحوادث المدرسية ولو لم يثبت أي خطأ مرتكب من طرف موظفيها، حيث أيد القرار الاستئنافي (القرار رقم 1389 وتاريخ 2008/04/16) الذي اعتمد مقتضيات ظهير 26 أكتوبر 1942 كأساس لمساءلة الدولة والذي ينص في فصله الأول على أن هذه الأخيرة ضامنة لكل تعويض ناتج عن الحوادث التي يتعرض لها التلاميذ المسجلون بانتظام بالمؤسسات المدرسية.

وواقع أن هذا القرار يعتبر استثناء من التوجه الذي يسلكه المجلس الأعلى في هذا الصدد، وهو وجوب إثبات الخطأ لقيام مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية وهو ما تواترت عليه قراراته لحد الآن.

ب - مسؤولية أشخاص القانون العام في إطار النصوص المنظمة للصور الخاصة للمسؤولية

التقصيرية:

يتم استقصاء موقف كل من القضاء الإداري و القضاء المدني في ما يتعلق بمسؤولية أشخاص القانون العام في إطار النصوص المنظمة للصور الخاصة للمسؤولية التقصيرية، والمتمثلة في المسؤولية عن حراسة الأشياء والحيوان والبناء:

موقف القضاء الإداري:

إن التوجه السائد بل الراسخ لدى مختلف المحاكم الإدارية وكذا محكمة النقض هو اعتبار الفصل 79 من ق ل ع بمثابة النص الذي يحدد الإطار القانوني للمسؤولية المرفقية دون الفصول الأخرى التي تتناول الصور المختلفة للمسؤولية؛ فالمحاكم الإدارية تستبعد الفصول المنظمة للمسؤولية عن حارس الحيوان التي يؤطرها الفصلان 86 و 87، والمسؤولية عن حارس الشيء التي يؤطرها الفصل 88، والمسؤولية عن حارس البناء التي يؤطرها الفصل 89، وتطبق في جميع حالات المسؤولية المرفقية مقتضيات الفصل 79 من ق ل ع.

⁴⁹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19 / 9 / 2007 ، والذي قضى بأنه مادامت المسؤولية بمقتضى الفصل 85 مكرر، واجبة الإثبات وليست مفترضة في حق المعلمين والمسؤولين عن رقابة الأطفال، فإن محكمة الاستئناف لم تبرز الخطأ أو الإهمال الصادرين عن مسؤولي المؤسسة التعليمية التي وقعت فيها الحادثة، سيما وأن المتضرر لم يدل بما يثبت قيام الخطأ أو عدم الحيطة أو الإهمال في جانب الطرف الطاعن.

وفي قرار آخر كانت محكمة الاستئناف قد حملت الدولة مسؤولية الأضرار التي نتجت عن حادثة مدرسية، بناء على مجرد تواجده التلميذ المصاب بالمؤسسة التعليمية إلا أن المجلس الأعلى نقض قرارها معللاً قضاءه بكون المحكمة لم تلزم المدعي بإثبات الخطأ وفقاً لمقتضيات الفصل 85 مكرر (القرار رقم 457 الصادر بتاريخ 2000/5/23).

فقد أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها عدد 15 الصادر بتاريخ 1986/02/16 في الملف الإداري رقم 5189 بأن مسؤولية الدولة ومؤسساتها العمومية عن الأضرار الناتجة عن الأشياء التي تستعملها كالقطار، تخضع لمقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، التي تجعل مسؤولية الدولة قائمة ولو بدون ارتكاب الإدارة أي خطأ من جانبها، مستبعدة مقتضيات الفصل 88 من نفس القانون التي تنظم المسؤولية عن حراسة الأشياء، وهو التوجه الذي كرسته الغرفة المدنية في قرارها عدد 302 الصادر بتاريخ 1987/02/09 في الملف المدني عدد 84/7892⁵⁰.

أما في ما يتعلق بمسؤولية المرفق العام عن الأضرار الناجمة عن حراسة الحيوان، فقد أكد القضاء أيضا أنها تظل محكومة بمقتضيات الفصل 79 وليس بمقتضيات الفصلين 86 و 87⁵¹. وهو نفس التوجه الذي تبناه في ما يتعلق بالمسؤولية عن الأشياء الخطيرة⁵².

50

• جاء في حيثيات هذا القرار ما يأتي "تخضع مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة مباشرة عن الأشياء الخطيرة التي تستعملها في تسير مصالحها لمقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع . في جزئه الذي يرتب هذه المسؤولية ولو بدون خطأ، بل يكفي وجود علاقة سببية بين الضرر والأشياء المذكورة.

•

طار الذي تسبب في الحادثة هو للمكتب الوطني للسكك الحديدية يعد مرفقا من مرافق الدولة فالمسؤولية عن الحادثة تخضع لمقتضيات الفصل 79 المذكور لا للفصلين 88 و 95 ."

•

كرس من هذا التوجه بواسطة القرار عدد 1787 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1987/07/22 في الملف عدد 99431 الذي أكد أن مسؤولية المكتب الوطني للسكك الحديدية باعتباره مؤسسة عمومية عن الأضرار الناشئة عن الأشياء التي يستعملها تخضع لمقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، ثم أضاف بأن محكمة الاستئناف أخطأت عندما بحثت مسؤولية المكتب المذكور في نطاق الفصل 88 من نفس القانون وعوض هذه العلة الخاطئة حسب ما جاء في حيثياته بالعلة القانونية المستقاة من الفصل 79.

51

• في هذا الإطار سارت المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها عدد 2003/20 الصادر بتاريخ 2003/01/20 في الملف الإداري رقم 2002/37 ش إلى الحكم بالتعويض عن الأضرار التي سببها الخنزير البري لفائدة ورثة الضحية الذي تعرض لإصابة مباشرة من الحيوان المذكور الذي صدرت توجيهات تحضر صيده في إطار المحافظة على التوازن البيئي، معتمدة حيثية التالية:

•

حيث بالرجوع إلى الفصل 79 من ق.ل.ع،، والمادة 8 من القانون 41/90 المنظم للمحاكم الإدارية يتبين بأن المشرع المغربي حدد الشروط الموضوعية لدعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها نشاطات وإعمال أشخاص القانون العام. وحيث إن مسؤولية الدولة تكون ثابتة سواء كان ذلك بخطأ منها أو بدون خطأ متى توافرت الشروط المحددة في المادة 8 من القانون 41/90 لأن النص جاء مطلقا ويجب أخذه على إطلاقه".

52

• يجسد هذا التوجه القرار الصادر عن المجلس الأعلى والذي قضى فيه بأن الأضرار الحاصلة للضحية والتي كانت نتيجة انفجار لغم، تجعل مسؤولية المرفق العام قائمة على أساس الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود في إطار المسؤولية عن المخاطر(القرار رقم 455 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/6/5).

وفي المقابل أكدت قرارات قضائية أخرى أن بعض مناحي المسؤولية المرفقية يخرج عن إطار الفصل 79 من ق ل ع. معتبرة على سبيل المثال أن المسؤولية في إطار نظرية الاعتداء المادي لا تجد سندها في هذا الفصل⁵³.

ولعل هذا الموقف الأخير يجد سنده في التوجه السائد في القضاء الفرنسي الذي لم يشأ أن يربط المسؤولية عن الاعتداء المادي في إطار الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية وإن كان هذا الأخير جعل اختصاص البت في هذه المسؤولية من ولاية القضاء العادي، معتبرا أنه لا يمكن للإدارة أن تتمتع بامتيازات السلطة العامة وتساءل أمام القضاء الإداري عن فعل تم خارج كافة الضوابط الإدارية، فضلا عن أن القضاء العادي في فرنسا هو الذي يعتبر حاميا للحريات، وله الولاية العامة للنظر في المسؤولية المترتبة عن أي مساس بحق من الحقوق الفردية أو حرية من الحريات.

موقف القضاء المدني:

إذا كان القضاء الإداري يتمسك بالفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود كإطار قانوني للمسؤولية المرفقية، ويستبعد الفصول المنظمة لأحكام المسؤولية في صورها المتعددة، فإن القضاء المدني وقف موقفا متباينا من هذه المسألة؛ فقد اعتبر في بعض الحالات أن مسؤولية أشخاص القانون العام يؤطرها الفصل 79 فقط، بينما أسس هذه المسؤولية في حالات أخرى على الفصول التي تتناول الصور الخاصة للمسؤولية، وهو ما سيتضح من خلال تحديد مواقفه بالنسبة لكل حالة على حدة:

• وف

ي نفس الاتجاه، ذهب الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 61 بتاريخ 2012/01/09 في الملف رقم 2009/12/1399 إلى اعتماد مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود كأساس لإثارة مسؤولية المكتب الوطني للكهرباء والحكم بالتعويض لفائدة ورثة الهالك الذي تعرض لصعقة كهربائية من عمود كهربائي، جاء في حيثياته ما يلي: "وحيث إن المادة 79 من قانون الالتزامات والعقود ترتب مسؤولية الدولة ولو بدون خطأ، بل يكفي لقيامها وجود الضرر وعلاقة السببية بينه وبين الآلة الخطيرة ولا تعفى الإدارة من المسؤولية إلا بإثبات خطأ الضحية.

وحيث إن وفاة الضحية كانت نتيجة صعقة كهربائية ثابتة من خلال محضر الضابطة القضائية المذكور أعلاه، وكذلك الشهادة الطبية المرفقة بالملف وإن كان على المدعى عليه أن يتخذ الاحتياطات اللازمة ولا سيما في الأماكن الأهلة بالسكان وذلك على الأقل استعمال السياج للأعمدة ذات الضغط المرتفع أو حراستها، مما يجعل مسؤولية المدعى عليه قائمة في نازلة الحال".

⁵³ القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 19/06/1996 تحت عدد 658 في الملف الإداري عدد 96/668 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53-54 الصفحة 285 وما يليها، والذي جاء فيه ما يلي: "الفصلان 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود لا مجال لتطبيقهما في مجال الاعتداء المادي الممارس من طرف الإدارة، لأن الفصل 79 المذكور يتعلق بترتيب مسؤولية الدولة والبلديات عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها في حين أن الفصل 80 يتعلق بالمسؤولية الشخصية لمستخدمي الدولة والبلديات".

1 - مسؤولية الدولة عن الأشياء:

يتجلى من الاطلاع على الأحكام المتعلقة بمسؤولية الدولة عن حراسة الأشياء أن القضاء يؤسس هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض (الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود)، معتبرا أنه لا يمكن أن تخضع للقواعد العادية للمسؤولية المدنية⁵⁴.

وقد ظل هذا المبدأ قائما بالنسبة للقضاء المدني حتى بعد إحداث المحاكم الإدارية، حيث تمسك القضاء المدني بمقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود⁵⁵.

ومع ذلك يمكن الوقوف على بعض الاستثناءات التي طبق فيها القضاء المدني مقتضيات الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود، حيث ذهب المجلس الأعلى إلى أن المسؤولية عن الأشياء تبحث في إطار الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود بغض النظر عن الجهة المسؤولة، سواء كانت شخصا معنويا أو عاديا⁵⁶.

2- المسؤولية عن الحيوان:

نظم الفصلان 86 و 87 من قانون الالتزامات والعقود مسؤولية حارس الحيوان، ورغم قلة الأحكام القضائية التي صدرت في هذا الشأن فإنه يمكن القول إن القضاء المدني يتجه نحو تطبيق هذين الفصلين القانونيين وترجيحهما على الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود.

⁵⁴ وهكذا فقد نصت محكمة الاستئناف بالرباط في القرار الصادر بتاريخ 1953/5/19 على ما يلي: "أن المشرع المغربي عندما وضع أحكاما خاصة بمسؤولية الإدارات العمومية وكرس لها الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود أبعد ضمنا تطبيق القواعد العادية للمسؤولية المدنية عن تلك الإدارات، فلا يجوز إذن أن تطبق عليها مقتضيات القانون الخاص المثبتة في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود بشأن المسؤولية الناجمة عن الأشياء الجامدة، وهكذا يجب بالتالي البحث في المادة الإدارية والاستيحاء من اجتهاد مجلس الدول (الفرنسية) لتقدير مسؤولية البلدية المالكة للشاحنة التي تسببت في الحادثة".

⁵⁵ وهكذا فقد سبق للمجلس الأعلى أن استبعد تطبيق مقتضيات الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود على الدعوى المقامة ضد الدولة من أجل التعويض عن الأضرار التي تسببت فيها سيارة تابعة لها وكيفها في إطار الفصل 79 من هذا القانون (القرار رقم 44 الصادر بتاريخ 1979/2/23 في الملف عدد 43677)؛

⁵⁶ ذهب المجلس الأعلى في قرار حديث بأن المسؤولية عن الأشياء تبحث في إطار الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود بغض النظر عن الجهة المسؤولة، سواء كانت شخصا معنويا أو عاديا، بمقتضى القرار عدد 434 الصادر بتاريخ 2009/2/04 والذي جاء فيه ما يلي: "لكن ردا على ما أثير أعلاه فإنه طبقا للفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود فإن كل شخص سواء كان معنويا أو عاديا يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته إذا ثبت أن هذه الأشياء هي السبب المباشر لحدوث الضرر وذلك ما لم يثبت أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر أو أن الضرر يرجع إما لحادث فجائي أو لقوة قاهرة أو لخطأ المضرور والمحكمة مصدرية القرار لما ثبت لها أن الهالك قاصر وأنه لم يمنع من دخول المسبح وأنه غرق به وأن هذا المسبح كان تحت حراسة الطالب وأنه لم يثبت أن خدامه وتابعيه والمسؤولين عنه فعلوا ما كان ضروريا لمنع غرق الطفل بالتدخل في الوقت المناسب والعمل على إنقاذه وأن الضرر يرجع لحادث فجائي أو لقوة قاهرة أو لخطأ المتضرر فقضت تبعا لذلك بمسؤوليته عن الحادث وحكمت عليه بالتعويض لفائدة المطلوبين فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا وقضاؤها مرتكزا على أساس".

وفي هذا الإطار صدر قرار عن المجلس الأعلى تحت رقم 1955 وتاريخ 1998/3/23، جاء فيه بأنه بغض النظر عما تضمنه تقرير الخبرة، فليس بالملف ما يفيد بأن المطلوبة قامت بجلب الخنازير ولا ما يفيد أن الغابة معدة لتربية هذه الخنازير حتى تقوم مسؤولية الإدارة طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 87 من ق.ل.ع. بل إن دور الإدارة يدخل في تنظيم فترات الصيد فقط، وبالتالي فقد طبق المجلس الأعلى الفصل 87 عوض الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود .

غير أن ما يلاحظ على هذا القرار أنه كان بإمكانه تطبيق الفصل 79 عوض الفصل 87 لكون الغابة التي خرج منها الحيوان المتسبب في الضرر تقع تحت إشراف ومراقبة الإدارة المكلفة بالمياه والغابات، وبالتالي يمكن اعتبار هذا الحادث مرفقياً أو مصلحياً وتحمل الدولة تبعاً لذلك مسؤولية الحادث بناء على نظرية المخاطر أو خطأ موظفي الإدارة وهذا ما يتبناه القضاء الإداري.

3 - مسؤولية حارس البناء:

ينص الفصل 89 من ق.ل.ع. على أن مالك البناء يسأل عن الضرر الذي يحدثه انهياره أو تدمره الجزئي، إذا وقع هذا أو ذاك بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء. وقد سبق للمجلس الأعلى أن طبق هذا النص القانوني في دعوى تتعلق بالمطالبة بالتعويض في مواجهة الدولة عن الأضرار التي تسبب فيها انهيار حائط تابع لها⁵⁷.

ويلاحظ أن هذا القرار طبق القواعد العامة المحددة لحالات الإعفاء من المسؤولية، إضافة إلى مقتضيات الفصل 89 من ق.ل.ع المنظمة لمسؤولية حارس البناء، وهو ما يعتبر استثناء من التوجه العام الذي سلكه القضاء في تكييف مثل هذه الدعاوى في إطار الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود.

ثانياً: موقف القضاء الإداري والمدني من تكييف دعوى المسؤولية في إطار الفصلين 79

و80 من قانون الالتزامات والعقود:

من المعلوم أن القاضي هو الذي يكيف الوقائع المعروضة عليه من طرف المتقاضين في إطارها القانوني الصحيح، ولذلك فإن المحكمة لا تلزم بتتبع الخصوم في مناحي أقوالهم، وإنما يكتفي هؤلاء بعرض الوقائع وإثارة الملتمسات على أن تقوم المحكمة بتطبيق النص القانوني الملائم وفقاً

⁵⁷ قضى المجلس الأعلى في القرار رقم 1239 الصادر بتاريخ 1998/2/24 بأنه طبقاً للفصل 95 من قانون الالتزامات والعقود فإنه لا محل للمسؤولية فيما إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه والثابت من عناصر الملف... إن الحادث الذي أودى بحياة مورث المطلوبين نتج عن سقوط سور تابع للمدرسة المملوكة للدولة بسبب رياح هبت من الشمال وهو ظرف قاهر لا يمكن توقعه كما أنه ليس في الملف ما يفيد أن السور المنهار لم يكن مبنياً وفق الضوابط الهندسية والشروط المطلوبة حتى يمكن تحميل الدولة مسؤولية ما حدث لمورث المطلوبين، مما كان معه القرار المطعون فيه قضى بخلاف ذلك باعتبار الدولة مسؤولة عن الضرر خارقاً للفصل 95 من قانون الالتزامات والعقود .

لمقتضيات الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، وإذا تعلق الأمر بمسؤولية الدولة تكون المحكمة ملزمة بالتمييز بين الخطأ المرفقي أو المصلحي الذي تتحمل تبعاته الدولة نفسها وبين الخطأ الشخصي للموظف الذي يسأل عنه هذا الأخير شخصيا ولا تحل الدولة محله في الأداء إلا إذا ثبت عسره⁵⁸.

غير أن الإشكال الذي أثير بخصوص الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود هو صعوبة التمييز بين الأخطاء الإدارية أي الأخطاء الناجمة عن سير الإدارة أو ما يصطلح عليه بالأخطاء المصلحية التي تتصل بممارسة الوظيفة، وبين أخطاء الموظفين الشخصية أي الأخطاء التي تتفصل عن ممارسة الوظيفة وتقوم على تدليس أو خطأ جسيم يقع من الموظف أثناء أداء وظيفته.

وقد أدت صعوبة التمييز بين الخطأين إلى تباين في العمل القضائي سواء بالنسبة للقضاء المدني أو القضاء الإداري:

بالنسبة للقضاء المدني:

لم يحدد القضاء المدني معيارا موضوعيا موحدا لتمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي للموظف، إذ يقوم أحيانا باعتماد مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود ويحمل الدولة مسؤولية الأضرار الناتجة عن الأخطاء الشخصية لموظفيها ولو كانت جسيمة، في حين يعتمد في حالات أخرى على الفصل 80 من نفس القانون مع أن الخطأ يكون أقل جسامته وخطورة من الحالة الأولى. وهكذا فقد قضى المجلس الأعلى بتحميل الدولة مسؤولية خطأ طبي تسبب في شلل لأحد الأشخاص، ومضاعفات خطيرة ظلت عالقة بالمضرر طيلة حياته فاعتبر المجلس الأعلى بأن ذلك الخطأ يعتبر خطأ مصلحيا تسأل عنه الدولة⁵⁹. في حين اعتبر أن الخطأ المرتكب من طرف الطبيب الذي تسبب في إلحاق ضرر لمريض بسبب عدم احترامه لضوابط المهنة، خطأ شخصيا رغم تماثل المريض للشفاء⁶⁰.

⁵⁸ قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته الصادر في 17/09/1986 بأنه يعتبر غير مرتكز على أساس ومنعدم التعليل الحكم الذي لم يميز بين الخطأين واعتبر بأن المحكمة ملزمة بأن تكيف الدعوى حسب الوقائع الثابتة أمامها وتطبق عليها النص الواجب التطبيق، مما كان عليها أن تبحث وتميز بين ما إذا كان ما صدر عن الممرض بصفته أحد مستخدمي الإدارة في أحد المستشفيات العمومية، هل هو خطأ مصلحي بالمعنى المنصوص عليه في الفصل 79 فتقضي بمسؤولية الدولة أم أنه خطأ شخصي لا علاقة له بإطلاقا بعمله الإداري فتقضي بعدم مسؤولية الدولة وتثبت في الدعوى في مواجهة الممرض وحده .

⁵⁹ القرار رقم 3632 المشار إليه أعلاه

⁶⁰ قضى المجلس الأعلى في القرار رقم 1286 الصادر بتاريخ 25/7/2007 بما يلي:

"حيث صح ما عابه الطالب على القرار ذلك أن الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود يقضيان بأن الدولة مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها وأن هؤلاء الأخيرين مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظيفتهم وهو ما يعني أن مسؤولية الدولة تقوم في حالتين: أولاها عدم إمكانية نسبة الضرر إلى شخص أو أشخاص معينين أي أن الضرر نشأ مباشرة من تسيير مرفق الدولة فالمسؤولية لذلك قائمة على المخاطر ولا يشترط لقيامها وجود خطأ بل يكفي حدوث الضرر وقيام العلاقة السببية بينه وبين مرفق الدولة. وثانيتهما تسبب الضرر عن خطأ مصلحي لأحد موظفيها أو مستخدميها بشرط أن يكون الخطأ غير مطبوع بطابع الموظف أو المستخدم الشخصي بأن لا تكون له علاقة إطلاقا بعمله الوظيفي أو يكون مندرجا في مهامه الوظيفية، ولكنه مع ذلك يكتسي قدرا من الجسامه أو ينطوي على عمد أو نية

يتبين مما سبق أن المجلس الأعلى لم يستقر على توجه واحد في ما يتعلق بتكييف دعوى مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية فأحيانا يكتفيها في إطار الفصل 79 وأحيانا أخرى يتم تكييفها في إطار الفصل 80.

بالنسبة للقضاء الإداري:

إن القراءة المتأنية للفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود تفضي إلى التأكيد بأن المشرع أراد مساءلة مستخدمي الدولة والبلديات شخصا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ويتمظهر الخطأ الشخصي في كل تصرف أو عمل صدر عن الموظف، لكنه منقطع الصلة بعمله الوظيفي، أو في الحالة التي يكون فيها الفعل الضار يندرج ضمن واجبات الموظف، إلا أنه على قدر من الجسامة أو صدر عنه عمدا أو بنية الإضرار بالغير⁶¹.

ومن ثم يتضح أن الخطأ الشخصي هو الخطأ القابل للانفصال عن واجبات الوظيفة *La faute détachable* والانفصال إما أن يكون ماديا أو معنويا فالخطأ يعد منفصلا ماديا عن الوظيفة في حالة قيام الموظف بعمل لا علاقة له ماديا بالوظيفة ولا يتفق وأخلاقياتها وواجباتها "non-conformité aux habitudes de service" ويتحقق الانفصال المعنوي إذا ما دخل العمل ماديا في واجبات الوظيفة ولكن قام به الموظف لأغراض غير التي حددها المشرع أصلا لهذا العمل⁶².

وفي الوقت الذي كان فيه الفقه واضحا في موقفه عند التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يلاحظ أن التوجه القضائي الإداري أخذ ينحو مؤخرا نحو التوسع في حالات مسؤولية أشخاص القانون العام، إلى درجة أنه أخذ يستبعد مقتضيات الفصل 80 من ق.ل.ع الذي ينظم المسؤولية الشخصية للموظفين.

الإضرار وفي هذه الحالة يقيم الفصل 80 من ق.ل.ع مسؤولية الموظف عن الضرر الذي تسبب فيه ولا تسأل الدولة إلا في حالة إيساره والمحكمة مصدرة القرار المطعون... ثبت لديها أن الخطأ الذي تسبب عنه الضرر للمطلوب ينسب إلى الطبيب المذكور أثناء قيامه بالعملية الجراحية للمريض ويوصف بأنه خطير وفادح وأنه ناتج عن عدم مبالاته وهو لذلك يكتسي قدرا من الجسامة ومرتكب من الطبيب المعني ومطبوع بإهماله ولا مبالاته مما يسأل عنه شخصيا لأنه ناتج عن خطأه الجسيم ولا تسأل الدولة عنه إلا عند ثبوت إيساره".

⁶¹ عرف العميد دوجي Duguet الخطأ الشخصي بكونه يتمثل في تجاوز الموظف وخروجه من أهداف وظيفته ومقاصدها حتى وإن كان خطأ خفيفا أو بسيطا وهكذا ، فإن كان الباعث وراء تصرف الموظف أهداف غريبة عن الخدمات ، فإن خطأه يعد شخصيا يسأل عنه في مآله الخاص.

* وهو نفس التوجه الذي سار عليه الفقيه لافيريير La frérrière الذي اعتبر أن الخطأ الشخصي يتمظهر متى كان الفعل الضار مطبوعا بطابع شخصي ويكشف عن إنسان ضعيف الشخصية وخاضع لأهوائه ونزواته ويتم عن ضعفه ورعونته (دروس في قضاء المسؤولية الإدارية الدكتور رأفت فودة - طبعة سنة 1994).

⁶² راجعوا من فضلكم مؤلف دروس في قضاء المسؤولية الإدارية الدكتور رأفت فودة — طبعة سنة 1994).

ولقد ذهب القضاء الإداري إلى تقرير المسؤولية المرفقية في حالات كان قد أدين فيها الموظف من لدن القضاء الزجري في إطار مسؤوليته الجنائية عن الأفعال التي تسببت في الضرر، ويمكن الاستدلال في هذا الصدد بقضية تتعلق باختلاسات وقعت من أحد صناديق الودائع الممسوكة من لدن كتابة الضبط، تم على إثرها اعتقال وكيل الحسابات الذي اعترف بتبديد المبلغ المالي الذي تسلمه وصرفه في أغراض شخصية⁶³، وهو اتجاه يبرز بوضوح أقول الخطأ الشخصي وهجره لفائدة الخطأ المصلحي مع ما يحمله من تعطيل لمقتضيات الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود بعد أن كان القضاء الإداري المغربي والمقارن مستقر على وجوب إقرار المسؤولية الشخصية للموظف كلما ثبت في حقه خطأ جسيم أو منفصل عن الوظيفة⁶⁴.

63

القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لدى المجلس الأعلى في قرارها عدد 493 المؤرخ في 2008/5/28 في الملف الإداري رقم 2006/2/4/1439 المفتوح لدعوى تهدف إلى المطالبة بالتعويض عن ضياع مبالغ محكوم بها لفائدة أحد المتقاضين انتهى إلى استبعاد الخطأ الشخصي والإقرار بمسؤولية الدولة اعتمادا على حيثيات ورد فيها ما يلي:

و

حيث إن عدم صرف المبالغ التي تم الحكم بها لفائدة المستأنف عليها حسب ملفي التنفيذ رقم 84/16 و 1985/1 من طرف كتابة الضبط التابع لمركز القاضي المقيم بسبب ضياعه يعد سوءا في التسيير حسب الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود قد نتج عنه أضرار للمستأنف عليها يرتب مسؤولية الدولة عن ذلك بغض النظر عن طبيعة الخطأ المسبب للضياع ومدى جسامته".

وفي القرار عدد 321 بتاريخ 2009/03/25 انتهت نفس الغرفة - بمناسبة بحثها في طعن بالاستئناف هم نقطة الاختصاص النوعي طالما أن الخطأ الشخصي ينعقد البت فيه للقضاء العادي وليس للقضاء الإداري-، إلى أن مجرد تأسيس الطلب على مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع التي تتعلق بالمسؤولية عن الأخطاء المرتبطة بالوظيفة الإدارية للمرافق العمومية يجعل اختصاص النظر فيه منعقدا للمحاكم الإدارية في نطاق المادة 8 من القانون 41/90.

⁶⁴ - قرار المحكمة العليا بمصر بتاريخ 7 يونيو 1959 ما يلي:

"

يعتبر الخطأ شخصا إذا كان العمل الضار مصطبغا بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره ، أما إذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي وينم عن موظف عرضه للخطأ أو الصواب فإن الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحيا ، فالعبارة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته فكلما قصد النكابة أو الأضرار أو تغيا منفعته الذاتية كان خطأه شخصا يتحمل هو نتائجه ، وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي يكون بالبحث وراء نية الموظف فإذا كان يهدف من القرار الذي أصدره إلى تحقيق الصالح العام أو كان قد

ت

سرف ليحقق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية ، فإن خطأه يندرج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام ويكون خطأ الموظف هنا مصلحيا ، أما إذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعا بعوامل شخصية أو كان خطوة جسيما بحيث يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات ... فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصا ويسأل عنه الموظف الذي وقع منه الخطأ في ماله الخاص."

المبحث الثاني: تجاوز القضاء الإداري لصور المسؤولية المقررة في الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود استناداً إلى النظريات المستحدثة في القضاء المقارن:

إن لجوء القاضي الإداري للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود كإطار عام للمسؤولية الإدارية كيفما كانت مظاهرها وطبيعتها، وإزاه أيضاً توسيع هذه المسؤولية وتمديد أحكامها، حينما لا يسعفه المقتضى القانوني المذكور أو عندما يضيق لاحتواء طلب التعويض.

فقد عمد القاضي الإداري في عدة مناسبات إلى تجاوز المقتضى القانوني للمسؤولية الإدارية، واستلهم الحلول من القضاء الإداري الفرنسي الذي أنشأ واستحدث في مسيرة تطوره العديد من النظريات والقواعد النابعة من مبادئ المساواة والعدل والإنصاف لسد النقص الناتج عن غياب نصوص قانونية تؤطرها.

1- اعتماد القضاء على قواعد العدالة والإنصاف وموجبات الإنسانية المبنية على التضامن

الوطني:

يعتبر القرار عدد 935 الصادر عن المجلس الأعلى باجتماع غرفتين بتاريخ 2005/12/14 في الملف الإداري رقم 2002/461 مثالا واضحا على نهج توسيع المسؤولية الإدارية ارتكازا على قواعد العدالة والإنصاف وموجبات الإنسانية المبنية على التضامن الوطني، ومن حيثياته:

"غير أنه استجابة لقواعد العدالة والإنصاف ولموجبات الإنسانية المبنية على التضامن الوطني الذي تتكفل دول المعمور بموجبه - على سبيل الإسعاف والمساعدة وفي حدود الإمكان - بصرف تعويضات لكل متضرر كلما وقع مس خطير بالنظام الأمني".

و

حيث إن هذا ما أكد عليه القضاء المغربي بدوره في مجموعة من أحكامه وقراراته والتي منها على سبيل المثال :

قرار المجلس الأعلى الغرفة الإدارية الصادر تحت عدد 125 وبتاريخ 2 ماي 1962 (منشور مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1961-1965 ص 230). "... حيث إنه بناء على الفصول 79 و80 من ظهير الالتزامات والعقود ، الدولة مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن سير الإدارات العمومية وعن الأخطاء المرفقية لموظفيها ، وأن هؤلاء يسألون شخصيا عن الأضرار التي تحدث بسبب أداء وظيفتهم في حالة تدليسهم أو حدوث خطأ جسيم ، وأنه في هذه الحالة لا تتابع الدولة إلا في حالة إفسار الموظف المسؤول مسؤولية شخصية ."

وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تحت عدد 43 بتاريخ 2012/01/09 في الملف الإداري رقم 8/08/137، تم الحكم بالتعويض بناء على مبدأ "التكافل الاجتماعي".

2- اعتماد القضاء على مبدأ المساواة:

يلاحظ أيضا أن القضاء الإداري كثيرا ما يركز على مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة كأساس للحكم بالتعويض عن الأضرار المحتج بها ، ويستمد هذا المبدأ هو أيضا جذوره من اجتهاد القضاء الإداري الذي يعتبر أن الأعباء التي تقع على عاتق الفرد يجب أخذها بعين الاعتبار، مادام قد نجم عن السلطة الإدارية في سبيل تحقيق الصالح العام، وهكذا انتهت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 2004/06/14 في الملف رقم 2003/785 إلى أنه عندما يلجأ المرفق العام أثناء قيامه بمهامه إلى استعمال بعض الوسائل التي تكتسي شيئا من الخطورة كالأسلاك الكهربائية والتي قد ينجم عنها في بعض الأحيان وقوع أضرار للمواطنين، فإن المنطق يقضي بتعويض هؤلاء الأشخاص استنادا إلى مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة.

ومن ثم، فإن القضاء الإداري قد وسع من نطاق المسؤولية الإدارية كما وكيفا، من خلال اعتماده على نظريات مستحدثة مقتبسة من القضاء المقارن، وهذه الطفرة النوعية جعلت التفكير في ضرورة تطعيم الهيكل التقليدي للمسؤولية التقصيرية عموما كما ترسمه مقتضيات قانون الالتزامات والعقود بما أفرزته تلك النظريات من مبادئ، مسألة جدية وذات إلحاحية؛ ذلك أن الوضع أضحي يتطلب أن يسترشد المشرع من تلك النظريات لتأصيل تشريع يجسر الهوة بين ما هو معمول به في القانون الخاص وما هو جار في القانون العام في أفق التقريب بين القانونين وخلق نوع من التمازج الإيجابي بينهما.

الخاتمة:

من خلال استقراء الأحكام التي تم الاطلاع عليها، يتبين أن القضاء العادي لم يغير موقفه من التعامل مع قضايا الدولة المؤطرة في نطاق قانون الالتزامات والعقود، وهو بذلك يعتبر الدولة في أغلب الأحيان في مرتبة الأشخاص العاديين، رغم بعض الخصوصيات التي تتميز بها الإدارة العمومية وبعض النصوص القانونية الخاصة التي تخضع لها كقانون المحاسبة العمومية والمقتضيات المتعلقة بالنقد. وما يمكن استنتاجه من خلال ما سبق أن القضاء العادي لم يتأثر لحد الآن بالتوجهات والنظريات الجديدة التي يتبناها القضاء الإداري، مما يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة في نوازل متشابهة، لكنها عرضت على محاكم مختلفة. واختلاف موقف القضاء المدني من قانون الالتزامات والعقود مع موقف القضاء الإداري منه يطرح سؤالا عريضا حول مدى تحقيق الأمن القضائي، والذي يفرض استصدار أحكام

قضائية تخضع لنفس المعايير والشروط ولنفس القواعد القانونية بغض النظر عن الجهة القضائية التي أصدرتها.

غير أن هذه الملاحظة يجب أن تستحضر معطى أساسيا، وهو أن جل القضايا الإدارية تعالجها المحاكم الإدارية على اعتبار أن المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدثه بموجبه محاكم إدارية وإن اعتمدت أسلوب تعداد القضايا التي يختص بها القاضي الإداري فإن هذا الأخير ما فتى يتوسع في هذا الاختصاص. ومعلوم أن الإدارة تتمتع في نشاطها بعدة امتيازات تملئها عدة مبادئ أساسية منها مبدأ استمرارية المرفق العمومي، ومبدأ المصلحة العامة، ومبدأ تحمل التكاليف العامة، وبقدر ما بررت هذه المبادئ بعض أنشطة الإدارة بقدر ما شكلت أساسا للتوسع في المسؤولية الإدارية، لكن لا بد أن نسجل بأن عصنة الإدارة فرضت تدبيرا حديثا لدواليبها يعتمد على النجاعة والفعالية والتدبير حسب النتائج والزيادة في الإنتاجية والتحكم في التكلفة واعتماد التدبير المندمج وهو أسلوب مستلهم من تسيير المقولة الخاصة، من شأن هذه المقاربة بطبيعة الحال أن تحد من تأثير المبادئ التقليدية التي يقوم عليها القانون الإداري لمحاولة إخضاع الإدارة أكثر لقواعد القانون الخاص. لكن إذا كانت هذه تبدو منسجمة مع المقدمات فإنها ليست واقعية تماما حيث سيظل المرفق العام هو العمود الفقري للتدبير الإداري وإن استفاد من تقنيات التدبير الخاص، لذلك فإن التصور المنطقي هو أن يحصل كثير من التقارب بين القانون المدني و القانون الإداري ليتم تطعيم الأول بالقواعد والمبادئ التي أرساها القاضي الإداري، ويعمل هذا الأخير على إعمال قواعد القانون الخاص كلما ظهر أن ذلك منصف.

الموضوع الثاني: تطور مسؤولية الدولة عن الفيضانات

تمهيد:

لعل من نافلة القول التذكير بأن أساس المسؤولية الإدارية غير التعاقدية يجد سنده في الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود المغربي وبالتالي فإن المشرع المغربي اختار منذ البداية أن يضع إطارا قانونيا لهذه المسؤولية بخلاف الموقف القائم في فرنسا حيث شكل القضاء الإداري مهد هذه المسؤولية منذ قرار "بلانكو" الشهير.

وإن هذه الخصوصية جعلت الباحث يقف متسائلا حول ما إذا كان هذا الإطار القانوني يحدد النظرية العامة في المسؤولية المرفقية مما يسمح للقضاء أن يضع نظريات تسير ما درج عليه القضاء المقارن تعتمد صورا للمسؤولية تتجاوز ما حدده الفصل السابق الذكر⁶⁵.

⁶⁵ يمكن في هذا الصدد الرجوع إلى مؤلف الأستاذ ميشيل روسي "المنازعات الإدارية بالمغرب" ترجمة الأستاذ محمد هيري و الجيلالي أمزيد، الذي تناول بإسهاب الجدل الفقهي الذي طرحه الفصل 79 من ق ل ع وخلص في الأخير إلى اعتبار أن المشرع وضع مبدأ عاما للمسؤولية من خلال هذا الفصل وترك للقضاء أن يعملوا على تطبيقه بالشكل الذي يعتبرونه أكثر مطابقة في آن واحد وبنفس القدر للإنصاف ولمساواة المواطنين أمام الأعباء العامة من جهة وللمتطلبات والشروط التي تحيط بالنشاط الإداري من جهة أخرى، معتبرا أن قاضي الإدارة يجب أن يكون بالنظر إلى كل ذلك قاضيا ملما بشكل جيد بالقانون الذي يطبقه وعارفا أيضا بشكل جيد بالعمل الإداري.

ولعل العمل القضائي قد أجاب عن هذا التساؤل حينما كرس صورا للمسؤولية المرفقية تتجاوز حدود المسؤولية المقررة في أحكام الفصل 79 من ق ل ع، إذ نجد أن أحكاما تبنت مفهوم المسؤولية في إطار المساواة في تحمل الأعباء العامة وهي مسؤولية قائمة على عنصر الضرر والعلاقة السببية بمعنى أنها لا تبحث في نشاط المرفق و لا تستدعي أن يكون ذلك النشاط قد ترتب عنه خطأ مفترض أو غير مفترض.

كما أن هناك أحكاما أخرى أقرت المسؤولية في إطار مبدأ التكافل الاجتماعي، مما يعني أن القضاء الإداري أخذ يوسع من نطاق هذه المسؤولية سواء عبر التوسع في تأويل الأساس القانوني أو عبر البحث عن أسس لهذه المسؤولية خارج هذا الإطار واعتماد نظريات مقتبسة من الاجتهاد القضاء المقارن⁶⁶.

وبالرغم من اقتصار هذا الموضوع على تناول أحد صور المسؤولية الإدارية من خلال الوقوف على توجه القضاء الإداري وتطوره في تحديد عناصر المسؤولية عن الفيضانات فإن استحضار هذا النقاش القانوني يفرض نفسه من أجل محاولة فهم الأسس النظرية والتطبيقية للمسؤولية الإدارية في إطار منظومتنا القانونية.

وهكذا فإن كنا ننطلق من نص قانوني يشكل المرجع في تحديد أسس المسؤولية المرفقية فإن الخروج عن إطار هذا النص نحو تبني نظريات أخرى قد يطرح إشكالا عميقا من حيث مدى سلطة القاضي في تجاوز النص القانوني استنادا إلى المبدأ القائل أنه لا اجتهاد مع وجود النص، كما أن تحديد مرجع قانوني لهذه المسؤولية سوف يجعلنا لا شك أمام ضابط لأسس الاجتهاد، مادام أن مفهوم هذا الأخير ليس سوى استنباط إرادة المشرع من خلال روح النص وممته، ومن ثم فالاجتهاد هو تعبير عن هذه الإرادة وليس تجاوزا لها.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الاختلاف في تأويل الفصل 79 من ق ل ع مرده أيضا إلى صياغته والتي توحى أنه تضمن مسؤوليتين: مسؤولية موضوعية على أساس المخاطر تتعلق بالمسؤولية عن تسيير المرفق والتي لا يشترط فيها قيام الخطأ الموجب للمسؤولية، بجانب المسؤولية عن أخطاء أعوان المرفق والتي تظل بحسب الشراح مسؤولية على أساس الخطأ. ويعتبر الأستاذ ميشيل روسي في مؤلفه المنوه به أن محرر الفصلين 79 و80 من ق ل ع هو مستشار مجلس الدولة جورج تيبسي وهو صاحب مؤلف "مسؤولية السلطة العامة" معتبرا أن مسؤولية السلطة العامة خلال هذه المرحلة ارتكزت على العبارة المشهورة لقرار بلانكو والتي مفادها أن المسؤولية التي يمكن أن تقع على عاتق الدولة بسبب الأضرار الناجمة عن المرافق العامة ليست عامة ولا مطلقة وبأن لها قواعد خاصة المترتبة عن ضرورة التوفيق بين متطلبات المرافق العامة والحقوق المشروعة للأفراد.

66 في هذا الصدد نجد الأستاذ الجيلالي امزيد في مؤلفه نظرات في مستجدات القضاء الإداري يعتبر أن العمل القضائي ظل في مد جزر دائمين بين الإجحاف والمناصرة للمتضررين من أنشطة المرافق العمومية، ملاحظا أن السعي نحو توسيع نطاق المسؤولية الإدارية تجلي في المنعطفات الحاسمة التي سلكتها إشكالية التأويل القانوني للمسؤولية الإدارية (ص 136 إلى 141).

ولعل القراءة في العنوان قد تطرح تساؤلا مشروعا يتمثل في مدى إمكانية الجمع بين المسؤولية وبين سبب من أسباب الإعفاء منها، إذ أن الفيضانات تعتبر أحد الحالات الممتازة للقوة القاهرة التي اعتبرها المشرع سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

غير أن اختيار هذا العنوان كان من أجل التنبيه إلى عمق الإشكال الذي يطرحه موقف القضاء الإداري من خلال إقراره لمسؤولية المرفق العمومي المكلف بتدبير قطاع السدود عن الفيضانات. ومن أجل تناول هذا الموضوع وإبراز تشعباته، يتم تحديد أسس المسؤولية وفقا لمنظور القضاء الإداري سيما في ما يتعلق بتعريفه للخطأ (الفصل الأول) ثم بيان موقفه من مدى اعتبار الفيضانات قوة القاهرة تنتفي معها مسؤولية المرفق عن الآثار المترتبة عنها (الفصل الثاني) وفي الأخير الوقوف عند مفهوم الضرر الموجب للمسؤولية عن الفيضانات (الفصل الثالث).

الفصل الأول : أسس المسؤولية وفقا لمنظور القضاء الإداري

إن القراءة في ما توفر لدى الوكالة القضائية للمملكة من أحكام قضائية صادرة عن مختلف المحاكم الإدارية وعن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) سواء باعتباره درجة استثنائية أو باعتباره محكمة نقض، يمكن القول أن جل هذه الأحكام تعتبر أن المسؤولية عن تدبير قطاع السدود، وبصفة عامة المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الفيضانات، هي مسؤولية قائمة على خطأ، إلا أنها تختلف في تحديد صور هذا الخطأ؛ فمرة تعزوه إلى تقصير في توقع وتيرة التساقطات والتباطؤ في التعامل مع آثارها، ومرة ترده إلى فعل مباشر يتمثل في إفراغ حقينة السد دون مبرر وجيه، وفي بعض الأحيان تجعل هذا الخطأ قوامه التقصير في تنبيه المواطنين إلى إقدامها على تصريف مياه السد تجنباً لما قد يترتب عن حدة التساقطات من آثار وكوارث طبيعية، وهذا ما يتم إبرازه في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تحديد الخطأ من خلال قيام الإدارة بتصريف مياه السد⁶⁷.

إن رصد موقف القضاء من خلال القراءة في مجموعة من الأحكام يؤكد أنه مقتنع بأن الأضرار المترتبة عن فيضان الوديان والمجاري المائية وإن كانت في فترات مطيرة واستثنائية مردها إلى إطلاق حقينة السد دون اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان انسياب مياهه في الوديان بالشكل الذي لا يؤدي إلى ارتفاع منسوب هذه الوديان إلى أكثر من علو ضفافها.

و يلاحظ بأن هذه الأحكام تدافع عن هذا الموقف برغم كل ما يثار أمام المحكمة من استثنائية التساقطات واستحالة توقعها وكذا حسن تدبير تصريف المياه، إذ أنها تعتبر أن كل هذه المبررات تنزوي أمام وجود فعل إرادي يتمثل في إطلاق حقينة السد.

والملاحظ أن القضاء يتخذ هذا الموقف دون أن يستند في ذلك إلى معطيات علمية أو تقنية تبين قدرة إدارة السد على التصرف في صبيب المياه بالشكل الذي لا يؤدي إلى ارتفاع منسوب الوديان، ففي الوقت الذي تستند فيه الإدارة إلى معطيات تقنية وعلمية تؤكد أن أنجع السبل قد تم سلوكها وأن صبيب المياه قد تم التحكم فيه من خلال إدارة كيفية تصريف المياه وليس العكس، فإن استبعاد هذه المبررات من طرف القضاء لا يكون من خلال تفنيد هذه المعطيات تفنيدا علميا وتقنيا بل يكون فقط من خلال وضع مبدأ قوامه أن هذا التصريف كان من الممكن أن يتم التحكم فيه بشكل لا يؤدي إلى حدوث الأضرار المدعى بها.

⁶⁷ يمكن أن نمثل لهذا التوجه من خلال القرارات والأحكام التالية:

*القرار عدد 762 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/10/22 في الملفين المضمومين ذوي العددين 2006/2/4/1106 و 2006/2/4/1253 والذي جاء فيه ما يلي: "لكن حيث إن إطلاق مياه السد يستدعي قيام الجهة المشرفة عليه باتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان انسياب مياهه في الوديان بالشكل الذي لا يؤدي إلى ارتفاع منسوب مياه هذه الوديان على أكثر من علو ضفافها.

*القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط تحت عدد 583 في الملف 6/07/177 والذي جاء فيه ما يلي: "لكن من جهة فإن الإدارة المستأنفة لا تنازع في فتح قنوات السد على الأراضي المجاورة له ومن بينها عقار المستأنف عليهم وذلك بسبب كثرة الأمطار التي تهاطلت على المنطقة بتاريخ الحادث...، وهو ما يؤكد أن تلك الأضرار ناتجة بصفة مباشرة عن فتح تلك القنوات على أرض المستأنف عليهم دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة "

*الحكم عدد 2006/13 الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس في الملف عدد 64 ت/2004 والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث إن الجهة المدعى عليها لا تنفي قيامها بإطلاق مياه السد وإنما تعزي ذلك إلى امتلاء هذا الأخير وتجنب وقوع كارثة منه. وحيث إن إطلاق مياه السد يستدعي قيام الجهة المشرفة عليه باتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان انسياب مياهه في الوديان بالشكل الذي لا يؤدي إلى ارتفاع منسوب مياه هذه الوديان إلى أكثر من علو ضفافها.

*الحكم عدد 256 الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2006/04/18 في الملف عدد 29 ت/2004 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث إنه من المستقر عليه فقها وقضاء أنه لقيام المسؤولية الإدارية لأي مرفق من المرافق العامة فإنه لا بد من وجود ثلاث عناصر هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وأن هذا الخطأ والضرر لا يفترض وإنما لا بد من إثباته كما أدت على ذلك الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 391 الصادر بتاريخ 1994/07/06 وكذا قرارها عدد 287 الصادر بتاريخ 1995/06/21.

وحيث بالإطلاع على عناصر المنازعة والوثائق المدلى بها يتبين أن إدارة سد علال الفاسي قامت بإفراغ حاملة هذا السد نتيجة التساقطات المطرية الغزيرة التي عرفتها المنطقة خلال تلك الفترة، والتي تسببت في ارتفاع مستوى هذه الحقينة مما ألزمها بضرورة فتح المفاريغ القعرية التي كانت أمرا لازما لتفادي حدوث أضرار أخرى أخطر وأكثر فداحة قد تنتج عن انسياب المياه من فوق السد وبشكل كبير يفوق ذلك الذي كان من الممكن تسريبه من هذه المفاريغ وبشكل تدريجي، وأنه كان على إدارة السد اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحكم في تصريف المياه لمنع إلحاق أضرار بالغير.

ولعل تحديد طبيعة الخطأ في هذه النقطة يقتضي القيام بتحليل علمي لكافة المعطيات التي تظل معطيات محايدة، لكونها تقنية وعلمية ولكونها صادرة عن أهل الاختصاص، فهي من ثم ليست من قبيل الحجة التي يصنعها الخصم وإنما هي من قبيل الدليل الموضوعي الذي يقتضي تنفيذاً بدليل علمي يخالفه ويكشف عن قصوره.

وإذا كان الخطأ بحسب التعريف القانوني هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، فإن تحديد طبيعة التقصير أو مناهج الإخلال، يكون بالاعتداد بظروف الزمان والمكان وطبيعة النشاط المرفقي ومحدداته العلمية والتقنية⁶⁸.

⁶⁸ تجدر الإشارة إلى أن فقهاء القانون الإداري قد اعتبروا أن الخطأ المصلحي له بعض الخصوصية من حيث أنه خطأ موضوعي يتم تقديره على أساس ما يقتضيه التسيير العادي للمصلحة، فهو لا يشتمل على أي سمة معنوية أو ذاتية، بخلاف الخطأ بمفهومه العام. ولقد اعتبر الخطأ المصلحي ذي صور متعددة؛ فقد يتخذ شكل عدم أداء الخدمة بالمرة وقد يتخذ سوء أداء الخدمة أو البطء فيها. وفي هذا الصدد يسوق الدكتور ميشيل روسي في مؤلفه المنوه به أعلاه ص 186 ما يلي: "وقد يكون من البديهي أن يأخذ الخطأ المصلحي كل الأشكال والأصناف: فهو مفهوم نسبي متغير بحسب المرفق المعني بالخطأ ما دامت لكل مرفق مهمة تخصه وتنظيم خاص وواجبات خاصة به. ولكنه أيضاً مفهوم نسبي لأنه يتم تقديره بحسب الظروف التي يمكن أن تكون متيسرة بدرجة تزيد أو تنقص كما يمكن أن تكون في أقصى الاحتمالات ظروف استثنائية".

وبالنظر إلى اختلاف صور الخطأ المصلحي باختلاف طبيعة المرفق فقد اشترط القضاء والفقه بالنسبة لبعض حالات المسؤولية أن يكون الخطأ فيها جسيماً وذلك بعلّة أن أعباء المرفق لها طابع استثنائي وخاص.

المبحث الثاني: التقصير في توقع وتيرة التساقطات والتباطؤ في تصريف المياه بشكل متدرج يمنع من وقوع الفيضانات⁶⁹.

يتكرر هذا الموقف القضائي من خلال مجموعة من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو عن محكمة النقض، وهو موقف يتبدى حينما يكون القضاء قد اقتنع بقوة التساقطات المطرية وكثافتها واستثنائيتها بشكل يجعلها من الناحية العلمية سببا مباشرا في حدوث الفيضانات، إلا أن القضاء ومع ذلك يعتبر أن إدارة السد، وبحكم توقعها لامتلأه، تكون ملزمة باتخاذ الاحتياطات الضرورية في إبانها وذلك بالتقليص من حملته بالتدريج وقبل امتلائه بشكل يجعلها مضطرة إلى إفراغه تجنباً لحدوث فيضانات أو كارثة تتجاوز ذلك.

وقد اعتبرت الأحكام القضائية التي تبنت هذا التوصيف أن هذا الإخلال يشكل أداء للخدمة بوجه سيء، منطلقة من مقدمة مفادها أن التساقطات المطرية مهما كانت أهميتها يمكن التنبؤ بها و رصدها لتجاوز آثارها.

ومرة أخرى يلاحظ أن موقف القضاء يستند إلى مسلمة لم يعرضها على نقاش علمي ولم يستند فيها على دليل تقني بل إنه سلم بها وجعلها مقدمة للحكم، في حين أن الحكم يقتضي تبرير المقدمات وليس التسليم بها.

⁶⁹ يمكن أن نمثل لهذا التوجه من خلال القرارات والأحكام التالية:

*القرار عدد 762 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/10/22 في الملفين المضمومين ذوي العددين 2006/2/4/1106 و 2006/2/4/1253 والذي جاء فيه ما يلي: "... وأن الإدارة بحكم توقعها لامتلاء السد من جراء التهاطلات المطرية كان عليها اتخاذ الاحتياطات الضرورية في إبانها وذلك بالتخفيض من حمولة مياه السد بالتدرج وقيل انسحاب الأمطار إليه وأن عدم قيام الإدارة في الوقت بالتدخل لفتح صمامات السد لانسحاب المياه قبل امتلائه تجنباً لحدوث فيضانات يعتبر سوء تسيير المرفق العمومي".

*الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2006/12/27 تحت عدد 1050 في الملف عدد 146 ت/2005 والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث إنه من الثابت من أوراق الملف ومستنداته... أن واد سبو امتلأ بالماء ووقعت فيضانات تسببت في تسرب الماء إلى ضيعة المدعي بعلو متر بالتقريب وحمل معه أحوال صلصالية بيضاء غطت أجزاء كبيرة من أرض الضيعة...".

وحيث إن تسريب مياه الفيضان إلى ضيعات المدعين المجاورة للسد نتيجة إهمال الإدارة الممثلة في وكالة الحوض المائي لسبو في اتخاذ اللازم لتصريف هذه المياه في القنوات المعدة لذلك مما يعد في حد ذاته خطأ مرفقياً يحملها مسؤولية ذلك".

*الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 2692 في الملف 2010/12/475 الصادر بتاريخ 2011/09/22 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث إن المسؤولية الموجبة للتعويض تستوجب توافر ثلاث عناصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. وحيث إنه بخصوص العنصر الأول، فإنه يستفاد من محضر المعاينة المؤرخ في 2010/06/02 المنجز من قبل المفوض القضائي المحلف... أنه انتقل إلى العقار موضوع الطلب وعابن أن المحل يوجد حالياً على حافة وادي ورغة وأصبح أهلاً للسقوط وذلك نتيجة انجراف التربة وكذا وجود تصدعات وشقوق بارزة على الجدران وكسور بارزة على الأرض وعابن وجود محل ساقط بوادي ورغة نتيجة انهيار أرضي وكذا سقوط أشجار النخيل والموز وغيرها من الأشجار نتيجة فيضانات وادي ورغة... وهذا يؤكد أن الوكالة المدعى عليها لم تقم بواجباتها اللازمة وقصرت في اتخاذ الإجراءات الضرورية لتفادي إلحاق الضرر بالغير مما يشكل ارتكاب خطأ من جانبها...".

وحيث إن الضرر اللاحق بالمدعي تسبب فيه الخطأ المرتكب من طرف الوكالة المدعى عليها المتمثل في تسريب مياه سد المجاعة، وليس الأمطار الغزيرة التي تهطلت على المنطقة، ذلك أن المدعي عليها تقرر أن السد له طاقة محددة فكلما ارتفعت حقيونة الماء بداخله فوق حد معين وجب على الإدارة تسريب المياه من السد بشكل تدريجي تفادياً لكارثة قد تؤدي إلى انفجار السد وإصابة الأراضي المجاورة بأضرار فادحة".

و جدير بالذكر أنه يستحيل من الناحية العلمية والتقنية التنبؤ بوتيرة التساقطات المطرية تنبؤا حاسما وقاطعا واتخاذ القرار المناسب على ضوء ذلك، فالأمر يتعلق بتوقع ينبغي على قراءة في معطيات علمية، إلا أنها معطيات قائمة على تداخل مجموعة من العوامل المناخية والتقلبات الجوية مما يجعلها مجرد توقع وليس حقيقة علمية.

وفضلا عن ذلك، فإن تصريف حقينة السد قرار لا تتحكم فيه وتيرة التساقطات فحسب، بل تتحكم فيه عوامل أخرى من قبيل الحفاظ على الثروة المائية للاستجابة للحاجيات من هذه المادة الحيوية باعتبار أن ذلك يشكل التزاما قانونيا من بين الالتزامات الملقة على عاتق الجهة المكلفة بإدارة السدود. كما يلاحظ أيضا أن الأحكام التي سبق استعراض أمثلة من توجهاتها تجمع بين صورتين الخطأ أي بين المسؤولية عن تصريف مياه السد والمسؤولية عن عدم تصريفه في الوقت المناسب، بمعنى أنها تساءل الإدارة عن الفعل وعن عدم الفعل دون أن تحدد متى كان يجب على الإدارة أن تبادر إلى تصريف المياه حتى يعتبر قرارها قد صدر بشكل متباطئ ومتى يمكن أن تحجم عن هذا التصريف حتى لا تسأل عن قرارها.

المبحث الثالث: الخطأ في التنبيه إلى خطر الفيضانات⁷⁰

إن من بين صور الخطأ الموجب للمسؤولية بحسب الأحكام والقرارات الصادرة عن بعض المحاكم الإدارية هو التقصير في التنبيه إلى خطر الفيضان أو الإشعار المسبق لأصحاب القطع الأرضية المجاورة للسد ولمجرى المياه عند اتخاذ قرار إفراغ حمولة السد. وإذا كان إشعار الساكنة قرار تتخذه السلطة المحلية بعد إخطارها من طرف الجهات الإدارية المكلفة بإدارة السدود والأحواض المائية بصفة عامة، فإن المحكمة لا تميز بين مسؤولية وكالات الأحواض المائية وبين مسؤولية السلطة المحلية في هذا الإطار.

وإن كان عدم التمييز سوف لن يفيد كثيرا في نفي المسؤولية بصفة عامة، فإنه يطرح إشكالا في تحديد الجهة المخاطبة بهذه المسؤولية، سيما وأن وكالات الأحواض المائية لها شخصية معنوية مستقلة عن الدولة⁷¹، كما أن عدم التمييز يطرح إشكالا آخر في ما يتعلق بتحديد أوجه دفع هذه المسؤولية أثناء

⁷⁰ يمكن أن نمثل لهذا التوجه من خلال الحكمين التاليين:

*الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس تحت عدد 520 بتاريخ 2009/12/27 في الملف عدد 2009/12/64 والذي جاء فيه ما يلي: "...وأنه كان على إدارة السد بالمقابل اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للتحكم في تصريف المياه لمنع إلحاق أضرار بالغير وإشعار أصحاب القطع الأرضية المجاورة للسد ولمجرى المياه بعملية إفراغ جزء من حمولة السد".

*الحكم عدد 256 الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس والسابق التتويه به أعلاه والذي تضمن ما يلي: "...وأنه كان على إدارة السد... إشعار أصحاب القطع الأرضية المجاورة للسد ولمجرى المياه بعملية إفراغ جزء من حمولة السد".

⁷¹ نصت المادة 20 من القانون رقم 95/10 المتعلق بالماء والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-95-154 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1416 الموافق ل 16 غشت 1995 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4325 بتاريخ 1995/09/20 على ما يلي: "تحدث على مستوى كل حوض مائي أو مجموعة أحواض مائية تحت اسم وكالة الحوض مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي...".

مناقشة مطالب الجهة المدعية، ذلك أن تمسك هذه الأخيرة بقيام مسؤولية جهة إدارية على أساس تقصيرها يتطلب تحديد أوجه هذا التقصير بالنظر إلى طبيعة المسؤولية الملقاة على عاتق المرفق حتى تدرك الجهة المعنية بالنزاع أنها ستكون مخاطبة لا محالة بالدعوى وأن تهئ وسائل دفاعها على ضوء ما يعاب عليها.

غير أن الخصم يكتفي في الغالب الأعم بإثارة المسؤولية على أساس وجود خطأ في جانب قطاع السدود وإذا اقتنعت المحكمة بانتفاء المسؤولية على هذا المستوى فإنها تقرها مع ذلك على أساس التقصير في التنبيه والإخطار.

وبجانب ما سبقت الإشارة إليه من ملاحظات، فإن تقرير المسؤولية على أساس الخطأ في التنبيه لا يتم التدقيق فيه بشكل واضح وجلي، إذ في الغالب ما تكتفي الأحكام القضائية التي تم الإطلاع عليها بالانطلاق من مسلمة مفادها أن التساقطات المطرية مهما كانت أهميتها يمكن التنبؤ بها ورصدها والتدخل في الوقت المناسب لتنبيه وإخطار أصحاب القطع الأرضية المجاورة للسد ولمجرى الوادي إلى الخطورة التي قد تشكلها هاته التساقطات.

لكن هذه المسلمة يصعب قبولها من الناحية العلمية، إذ أن رصد الأحوال الجوية قائم على مفهوم التوقع الذي تحدده مجموعة من العوامل غير الثابتة و غير المستقرة، كما أن مصداقية هذا التنبؤ تتناقص كلما طالت مدة التوقع. فالأمر لا يتعلق بأمر يمكن رصده بشكل قطعي ولكنه توقع وتنبؤ يحتمل الصواب كما يحتمل الخطأ.

كما أن الأحكام التي أقامت المسؤولية على أساس التقصير في التنبيه إلى خطر الفيضان لا تحدد في الغالب الأعم مكامن التقصير، سيما وأن الإدارة تدفع أمامها بحجج وأدلة تؤكد أنه تم تنبيه الساكنة إلى خطر الفيضان وأنه قد تم إخلاء المناطق المهددة، بدليل عدم وقوع أية خسارة في الأرواح أو على الأقل نجاح الإدارة في تفادي خسائر كبيرة.

كما أن عدم التنبيه إلى خطر الفيضان سوف لن يستطيع إنقاذ العقار أو الأشجار أو غير ذلك من الموجودات القارة والتي لا يمكن نقلها أو تحريكها، ومن تم فبالرغم من ثبوت الخسارة في هذه الموجودات فإنه لا يمكن أن ينسب ذلك إلى خطأ أو تقصير في التنبيه.

و يلاحظ من خلال استشراف موقف الفقه والقضاء الفرنسي من المسؤولية عن الفيضانات أن أساس هذه المسؤولية، وإن كان يقوم بدوره على خطأ واجب الإثبات، فإنه يتخذ صوراً مختلفة عما هو الحال في منظومتنا القانونية، كما أنه يعتمد مفهوم المسؤولية التضامنية بين كل من الدولة والجماعات المحلية على أساس تقاسمها لاختصاصات الحماية من آثار الفيضانات وكذا اختصاص الشرطة الإدارية في هذا المجال.

ويلاحظ من خلال القرارات التي تم الاطلاع عليها في هذا الباب أنها تقيم المسؤولية على أساسين

هما:

- التقصير في الالتزام العام الملقى على السلطة العامة والذي يقتضي منها اتخاذ التدابير للوقاية من الكوارث الطبيعية وكذا كافة تدابير المساعدة و الإنقاذ.
- التقصير في اتخاذ التدابير الضرورية عند وقوع الكارثة الطبيعية بحسب الظروف وكذا بحسب الإمكانيات التي تتوفر عليها السلطة العامة⁷².

وفي الأخير إن صرامة ورصانة البحث العلمي تفرض على كافة المهتمين تطرح هذا الموضوع بشيء من التدقيق والتركيز، ذلك أن المسؤولية إن كان أساسها خطأ، فإنها لا تقوم إلا بثبوت هذا الخطأ ثبوتاً قطعياً، بمعنى أن قوام المسؤولية بخطأ هو المحاسبة بتقصير في بذل العناية اللازمة والجهد

⁷² في هذا الصدد لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في مسائلة جماعة محلية عن تقصيرها في اتخاذ تدابير الوقاية الكافية لأجل تلافي الأضرار التي سببتها كارثة طبيعية، وهو ما يستشف من خلال القرار الصادر بتاريخ 14/03/1986 والذي جاء فيه ما يلي: « l'insuffisance de mesures de prévision et de prévention prises par la commune, a constitué une faute de nature à engager sa responsabilité vis à vis des victimes dans les circonstances de l'affaire, et compte tenu, tant de l'importance du développement de la station de sports d'hiver, que de la gravité des risques encourus ». Il est ajouté que la commune n'avait pas procédé de façon approfondie à l'étude des zones exposées à des risques d'avalanche, et qu'elle n'avait entrepris qu'une part très réduite du programme de construction des ouvrages de protection qui eussent été nécessaires, sans que ces travaux apparussent hors de proportion avec les ressources. En outre, le fait que la responsabilité de l'Etat soit engagée par son retard à délimiter les zones exposées aux risques naturels, « n'est pas de nature à exonérer la commune de la responsabilité qu'elle encourt, du fait de ses obligations en matière de police de la sécurité ».

كما لم يتوانى مجلس الدولة الفرنسي في إقرار المسؤولية حينما يتضح له أن هناك تقصير في اتخاذ تدابير الحماية، حتى إن اقتضى الحال إغلاق المنطقة المهددة كإجراء وقائي، (CE 4 mars 1991, commune de Saint-Lary-Soulan, in *Jurisques*, 2000). وفي جميع الأحوال يمكن القول بأن القضاء الفرنسي يقر المسؤولية على أساس خطأ عادي حينما يتعلق الأمر بالتقصير في اتخاذ التدابير التنظيمية المعتادة والاعتيادية والتي لا تكلف مجهوداً أو مصاريف استثنائية (CE 9 novembre 1983, Cousturier, in *Jurisques*, 2000)

وفي المقابل يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يتعامل بنوع من المرونة في ما يتعلق بمسؤولية السلطة العامة كلما تبينت له خصوصية ظروف الزمان والمكان أو وجود خطأ من طرف المضرور، وفي هذا الصدد استبعد مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الجماعة في حادثة تسبب فيها ركام صخري عيب على الإدارة عدم تنبيه المتزلجين إليه وإلى خطورته، إذ اعتبر المجلس المذكور أن هذا الركام من الحواجز الطبيعية التي يمكن أن يصادفها المتزلجون مما يفترض فيهم الحذر عند التزلج بالمنطقة (CE 16 juin 1986, Rebora, in *Jurisques*, 2000)

المعقول وفقا لظروف الزمان والمكان، وفي حدود الإمكانيات المتوافرة، إذ أن كل فعل خرج عن حدود هذه القدرة والإمكان لم يكن فعلا موجبا للمسؤولية.

ومادام أن تقرير المسؤولية في مجال دقيق وتقني يتطلب إحاطة دقيقة وتقنية بظروف الزمان والمكان، فالعبرة ليست بالمحاسبة على النتيجة ولكن العبرة بالمحاسبة على التقصير في بذل العناية. ولعل تعقد هذا المجال من الناحية التقنية والعلمية وصعوبة توقع الفيضان أو الحيلولة دون آثاره المدمرة باعتباره كارثة طبيعية ومصابا جلا لا تستطيع القدرة البشرية مهما أوتيت من قوة أن تدفعه، هو الذي حدا بالمشرع إلى اعتباره من الحالات الممتازة للقوة القاهرة والتي تعتبر سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية أكانت هذه المسؤولية بخطأ أو حتى بدون خطأ.

وإن الإطلاع على مجموعة من الأحكام الصادرة في إطار المسؤولية عن الفيضانات تثير العديد من التساؤلات المشروعة حول المفهوم الذي يمكن أن تبنيه للقوة القاهرة إذا تم استبعاد حالة الفيضانات من دائرتها.

الفصل الثاني: موقف القضاء من تكيف الفيضانات بقوة القاهرة نافية للمسؤولية:

نص الفصل 95 من قانون الالتزامات والعقود على أنه لا محل للمسؤولية متى نتج الضرر عن حادث فجائي أو قوة القاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه، ولقد تكفل المشرع من خلال مقتضيات الفصل 269 من نفس القانون بتعريف القوة القاهرة معتبرا إياها كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولقد نص المشرع في نفس الفصل على أن من بين الحالات الممتازة للقوة القاهرة الظواهر الطبيعية كالفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد...

و ينص الفصل المذكور على أنه لا يمكن الاعتداد بالقوة القاهرة عندما يتعلق الأمر بشيء كان من الممكن دفعه، وذلك حينما يثبت أن المسؤول لم يحم ببذل كل العناية لدرء هذا الفعل، كما أنه لم يعتد بالقوة حينما تنتج عن خطأ سابق للمسؤول⁷³.

ومن خلال هذا التعريف القانوني اشترط الفقه والقضاء لاعتبار حادث معين قوة القاهرة تنتفي معه المسؤولية أن تتوفر فيه الشروط التالية:

-**الشرط الأول:** عدم إمكانية التوقع⁷⁴، ذلك أن إمكانية توقع حادث كفيضان نهر يحصل في أوقات

دورية لا يشكل قوة القاهرة ولو استحال دفعه.

⁷³ ينص الفصل 269 من ق ل ع على ما يلي: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

⁷⁴ في هذا الصدد صدر قرار من المجلس الأعلى بتاريخ 1996/05/28 تحت عدد 780 في الملف الاجتماعي عدد 94/8274 منشور بمجلة الإشعاع عدد 17 ص 120 وما يليها والذي جاء فيه ما يلي: "إن صدور قرار منع نشاط يخالف القانون العام... ليس من الأمور التي لا يمكن توقعها ومن ثم تنعدم تطبيق شروط القوة القاهرة".

- **الشرط الثاني:** استحالة الدفع، وهنا يجب أن تكون الاستحالة مطلقة، بمعنى أن يكون دفع

الحادث خارجاً عن قدرة المسؤول وليس فقط متطلباً لبذل مشقة زائدة واستثنائية⁷⁵.

- **الشرط الثالث:** انتفاء أي خطأ من جانب المسؤول كان هو السبب في وقع الحادث، بمعنى أنه لا

يتوجب أن يكون هناك فعل سابق عن وقوع الحادث كان هو السبب في وقوع الضرر⁷⁶.

وإذا كان الفقه قد اتفق على تعريف القوة القاهرة وتحديد شروطها، فقد اختلف حول اعتبارها من

ضمن أسباب الإغفاء من المسؤولية أو من ضمن حالات نفي المسؤولية فبالنسبة للتوجه الأول اعتبر

الأستاذ ميشيل روسي في مؤلفه المنوه به أنفاً أن من ضمن حالات الإغفاء من المسؤولية حالة القوة

القاهرة⁷⁷. أما بالنسبة للتوجه الثاني فقد اعتبر الأستاذ مأمون الكزبري أن من آثار القوة القاهرة هو

قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي لا تحقق المسؤولية⁷⁸.

أما بالنسبة للقضاء، فقد اعتبر القوة القاهرة من بين أسباب الإغفاء من المسؤولية المرفقية، إذ أن

الأحكام الصادرة قبل إحداث المحاكم الإدارية كانت تعتبر القوة القاهرة من بين الحالات الممتازة لانتفاء

المسؤولية المرفقية، وقد كانت على وجه الخصوص تعتبر الفيضان أو حتى التساقطات المطرية الغزيرة

من بين حالات القوة القاهرة التي تعفى فيها الإدارة من كل مسؤولية⁷⁹.

⁷⁵ ومن أجل التمييز بين مفهوم الاستحالة وما سواه من مفاهيم فقد اعتبر الفقه أن تقاضي الضرر يجب أن يكون أمراً مستحيلاً بحيث لا يمكن دفعه بأي حال من الأحوال إذ أورد الأستاذ الكزبري في مؤلفه نظرية الالتزامات في إطار قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الأول (مصادر الالتزام) والذي جاء في الصفحة 417 ما يلي: "يجب أن يكون الحادث مما يجعل تقاضي الضرر أمراً مستحيلاً لا يستطاع دفعه ونقص بالاستحالة هنا لا الاستحالة بالنسبة للشخص المسؤول فحسب بل تلك التي تكون بالنسبة لأي شخص يوجد في موقف المسؤول أما إذا كان من شأن الحادث أن يجعل تقاضي الضرر أكثر مشقة أو أكثر إرهاقاً أو كلفة فلا يكون هناك قوة القاهرة"⁷⁶ انظر مؤلف الأستاذ مأمون الكزبري المنوه به أنفاً من ص 415 إلى ص 418

• إذ جاء في المؤلف المذكور (القانون الإداري المغربي للأستاذ ميشال روسي ومن معه ص 569) ما يلي:

"ومن الطبيعي أن يندرج السبب الخارجي في طليعة أسباب الإغفاء من المسؤولية بحيث لا يعزى الضرر للإدارة ولا للمتضرر، ويكتسي هذا السبب الخارجي أساس صبغة القوة القاهرة أي الحادث الطارئ الذي لا يمكن درؤه أو اتقاؤه، ثم إن القوة القاهرة تعفي دائماً الإدارة من مسئوليتها".

⁷⁸ ورد في الصفحة 418 من مؤلف الأستاذ الكزبري السابق التنويه به أعلاه ما يلي: "إذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي السبب الوحيد في وقوع الضرر فإن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تكون مفقودة وبالتالي لا تتحقق المسؤولية، كما لو هبت عاصفة فقلبت السيارة على أحد المارة فأصابته. وهذا ما أوضحته المادة 95 إذ اشترطت لعدم ترتب المسؤولية التقصيرية أن يكون الضرر حصل بحادث فجائي أو قوة القاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤخذ عليه المدعى عليه.

أما إذا اشتركت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع خطأ من المدعى عليه في إحداث الضرر كان المدعى عليه مسؤولاً مسؤولية كاملة لأن خطأه هو الذي أدى إلى وقوع الضرر.

وفي ذات السياق ذهب الأستاذ زايد قدرتي الترجمان في مؤلفه "الموجز في القانون المدني نظرية الالتزام طبعة 1992 في الصفحة 373 إلى ما يلي: "إذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي السبب الوحيد في حدوث الضرر فإن صلة السببية ما بين الخطأ والضرر تنتفي وبالتالي لا تقوم المسؤولية".

• وهو ما كرسه المجلس الأعلى في العديد من القرارات نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

القرار عدد 77 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1974 (في الملف عدد 40972 والمنشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 14 السنة 1998) والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: إن مسؤولية الدولة بالنسبة للأضرار اللاحقة بمستعملي الطريق العام تنشأ

وهو نفس المبدأ الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي⁸⁰، ومن بعده المحاكم الإدارية الفرنسية، إذ على سبيل المثال اعتبرت المحكمة الإدارية "بكرونوبل" أن وتيرة التساقطات المطرية التي لا يمكن توقعها بفعل عدم تكرارها إلا خلال مدد طويلة تعتبر قوة قاهرة نافية للمسؤولية⁸¹.

غير أن القضاء كان يعتبر أن وقوع حادث في غياب اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنعه أو تفاديه ببذل كافة الاحتياطات اللازمة لذلك من بين الأسباب التي تحول دون الاعتداد بالقوة القاهرة، وفي هذا الصدد اعتبر المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 1982/07/22 بأنه لا يمكن الإدعاء بالقوة القاهرة ما دام أنه ثبت للمحكمة أن انقلاب القطار كان في الوقت الذي كانت فيه السكة الحديدية مغطاة بالمياه نتيجة الأمطار الغزيرة الأمر الذي كان معه لحارس القطار توقع حدوث الحادث ومن ثم تفاديه لو اتخذ كافة الإجراءات والتي منها التريث حتى ينزل مستوى الماء أو إلغاء الرحلة نهائيا بسبب سوء حالة الطقس ووجود الفيضانات⁸².

وإذا كانت تلك هي المواقف القضائية والفقهية التي تناولت مفهوم القوة القاهرة بصفة عامة، فإن الأحكام والقرارات الصادرة في مادة المسؤولية عن الفيضانات تقف موقفا يحتاج لنقاش عميق بشأن تحديد مداها لمدى تحقق القوة القاهرة.

وهكذا فإن كانت بعض الأحكام التي تم الاطلاع عليها لا تجيب البتة عن دفع الإدارة المرتبطة بكون الضرر المدعى به مرده إلى قوة قاهرة تتجلى في فيضانات لم يكن من الممكن توقعها وأنه

عن عدم صيانتها لهذه الطرق وإغفالها تنبيه المارة باللائقة البارزة لما يمكن أن يعترضهم من أخطار، ولا يمكن إعفاء الدولة من هذه المسؤولية إلا إذا أثبتت خطأ الضحية أو حدوث قوة قاهرة ."

• القرار عدد 44 الصادر بتاريخ 23 فبراير 1979 (المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 31 مارس 1983 ص 118) والذي جاء فيه : "وإن الإدارة لا تعفى من هذه المسؤولية إلا إذا أثبتت أن الضرر يرجع إلى خطأ الضحية أو قوة قاهرة".

• وفي هذا الصدد ورد في مؤلف "مسؤولية الدولة غير التعاقدية" للدكتور أنور أحمد أرسلان ص 244 ما يلي : "إذا ترتب على نشاط الدولة أضرار خاصة واستثنائية يحكم مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض، إلا إذا توفرت حالة القوة القاهرة حيث تنتفي العلاقة السببية بين النشاط والضرر"، وهو ما تم تكريسه بالفعل في القرار الصادر بتاريخ 23 يناير 1981 والمتعلق بالفيضانات التي عرفتتها مدينة فيرزون، وأيضا القرار الصادر بتاريخ 11 يناير 1978 بالنسبة للفيضانات التي عمت مدينة ماريون، حيث استبعد مجلس الدولة الفرنسي في هذين القرارين مسؤولية الدولة وقرر إعفاءها منها نظرا لأن هذه الفيضانات كانت تشكل قوة قاهرة (Juris-Classeur Administratif Fascicule 700. Année 1990 p14).

⁸¹ القرار الصادر بتاريخ 1994/06/02 والذي اعتبرت فيه المحكمة أن وتيرة التساقطات المطرية التي لا تكرر إلا كل 200 سنة أو 170 لا يمكن توقعها ومن ثم لا يمكن أن تترتب عنها مسؤولية السلطة العامة

⁸² القرار عدد 1787 الصادر في الملف المدني عدد 99431 منشور بمجلة الندوة عدد 3 ص 69 وما يليها والذي جاء فيه ما يلي : "لا يمكن الإدعاء بالقوة القاهرة والحال أنه ثبت للمحكمة أن انقلاب القطار وقع في الوقت الذي كانت السكة الحديدية مغطاة بالمياه نتيجة الأمطار الغزيرة الأمر الذي كان معه لحارس القطار توقع وقوع الحادث وكان في وسعه تفاديه لو أنه اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة التي منها التريث حتى ينزل الماء أو اقتضى الأمر أن يلغي رحلته نهائيا بسبب سوء حالة الطقس ووجود الفيضانات في المنطقة التي سيمر منها".

استحال دفعها برغم بذل كل أسباب هذا الدفع⁸³، فإن بعض الأحكام الأخرى فضلت نفي حالة القوة القاهرة بالمرة معتبرة أن التساقطات المطرية وإن كانت قوية وكثيفة فإنه لم يقد دليل على كونها بالحجم الذي يؤدي إلى الفيضان بالمنطقة، خاصة وأن الفيضان لا ينحصر في حدود الأراضي المجاورة للواديان وإنما يمتد إلى المناطق المجاورة كذلك وهو الشيء الذي لم يقد دليل على تحققه، وتعتبر أن الأمطار كانت شبه عادية ولا يمكن أن تشكل قوة القاهرة وأنه كان يمكن درء الضرر الناتج عنها إذا ما اتخذت الاحتياطات اللازمة بصورة قبلية⁸⁴.

وإذا كان هذان الموقفان يختلفان نسبيا في المبررات، فإنهما يتفقان في النتيجة النافية لتحقيق القوة القاهرة. وهذا ما يدفع لطرح التساؤل عن المرتكزات التي استندت إليها الأحكام والقرارات الصادرة في هذا الباب عند نفيها للقوة القاهرة، بمعنى هل يمكن دفع تحقق القوة القاهرة من خلال قرائن اعتمدها المحكمة وحاولت أن تستدل بها على أن التساقطات المطرية وإن كانت كثيفة واستثنائية فإنها لم تكن لتؤدي إلى فيضان، وهل يعتبر الفيضان عاما وشاملا أم أنه يتحقق بمجرد تحقق أسبابه حتى وإن كان محصورا في منطقة محددة؟ وهل يمكن بهذا التعريف اعتبار أن فيضان ضفاف الوادي ليس فيضانا لأنه يقتصر على منطقة الضفاف دون أن يتعدى ذلك إلى المناطق المجاورة؟.

إن التعريف القانوني للقوة القاهرة لم يضع عنصر العمومية والشمولية كشرط من شروط هذه الأخيرة، كما أنه من المعلوم أنه من الناحية التقنية والعلمية أن قوة التساقطات قد تكون محصورة في مكان محدد، ومن ثم قد تؤدي إلى فيضان في مكان بعينه دون باقي الأماكن الأخرى المجاورة له. ولعل تحديد طبيعة الفيضان وحدوده هو من الأمور التقنية التي يمكن أن يستدل عليها بمعطيات وأرقام محددة، وعند الشك يتوجب الاسترشاد برأي أهل الاختصاص، مادام أن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

الفصل الثالث : مفهوم الضرر في إطار المسؤولية عن الفيضانات:

إنه مما لا خلاف فيه أن الضرر يعد هو الركن الركين في جميع صور المسؤولية وحالاتها. ومن ثم فإنه لا يتصور أن تبحث المسؤولية عن الفيضانات دونما التطرق إلى موقف القضاء لعنصر الضرر الموجب لهذه الأخيرة.

⁸³ وهو ما يجسده على سبيل المثال القرار الصادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 762 بتاريخ 2008/10/22 في الملفين المضمومين ذوي العددين 1006 / 2006/2/4 و 1253 / 2006/2/4، وكذلك الحكم عدد 521 الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2009/12/27 المنوه به أعلاه..

⁸⁴ وهو ما يجسده على سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف عدد 6/07/177 والذي جاء فيه ما يلي: "وأنه لا يمكن عزو تلك الأضرار إلى القوة القاهرة طالما أن تلك الأمطار كانت شبه عادية ويمكن درء الضرر الناتج عنها إذا ما اتخذت الإدارة ما يلزم من احتياطات بصورة قبلية"

كما جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2006/01/10 في الملف عدد 64/2004 ما يلي: "وحيث أنه لئن كانت التساقطات المطرية خلال الفترة التي وقعت فيها الأضرار اللاحقة بالضبيعة كانت كثيفة وقوية، إلا أنه لم يقد دليل على كونها بالحجم الذي يؤدي إلى حدوث فيضان بالمنطقة خاصة وأن الفيضان لا ينحصر في حدود الأراضي المجاورة للواديان عندما تكون الأمطار قوية جدا وإنما تمتد إلى المناطق المجاورة كذلك وهو الشيء الذي لم يقد دليل على تحققه في النازلة"

ودون الدخول في تعريفات فقهية لمفهوم الضرر أو تحديد شروطه وحالاته، فإنه يمكن القول بإجمال أن الضرر هو ما يمس مصلحة مشروعة ومحمية قانونا سواء كانت مصلحة مادية أو معنوية وأنه يفترض فيه أن يكون مباشرا ومحققا.

وعلى ضوء هذا التعريف يمكن القول أن الأحكام القضائية التي تم الاطلاع عليها في مجال المسؤولية عن الفيضانات تستند في الغالب الأعم عند تحديد الضرر على خبرة قضائية تأمر بها، إذ تعتبر أنها لا تتوفر على العناصر التي تمكنها من البت في هذه النقطة وتستدعي من ثم رأي أهل الاختصاص.

والملاحظ أن الأضرار المدعى بها غالبا ما تكون قد تلاشت مما يؤدي بالخبراء المعيّنين من طرف المحكمة إلى اعتماد معاينات يكون المدعي قد أجراها قبل إقامة الدعوى وفي غيبة الأطراف ودون التأكد مما إذا كانت هذه المعاينات قد انصبت بالفعل على العقارات أو المنشآت المعنية بالنزاع. كما أنه من الملاحظ أيضا أن معظم هذه الأضرار هي أضرار مادية تتمثل في الخسائر اللاحقة بالمنتجات الفلاحية أو التجهيزات التي كانت تعرفها عقارات المضرور، دون أن يتم البحث مما إذا كانت هذه الأضرار مباشرة ودون التأكد أيضا مما إذا كان خطأ المضرور من بين الأسباب التي أدت إلى حصول الضرر أو تفاقمه على الأقل.

ومن بين جميع الأحكام التي تم الاطلاع عليها من طرف الوكالة القضائية للمملكة، قضى حكم واحد فقط⁸⁵ بغياب الضرر بعلّة أن المدعي لم يكن يملك العقار المدعى فيه وقت وقوع الضرر ومن ثم لم يكن يتوفر على أية غلة يجوز له أن يطالب بتعويضه عن ضياعها.

إلا أن هذا الحكم وعوض أن يقضي برفض الطلب لعدم ثبوت الحق في التعويض لغياب عنصر أساسي من عناصر المسؤولية وهو الضرر، فإنه قضى بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة.

ولعل البحث في عنصر الضرر يتطلب الإجابة عن مجموعة من التساؤلات أهمها ما إذا كان الضرر المدعى به ضررا مباشرا ومحققا، إضافة إلى وجوب البحث فيما إذا كان تحديد التعويض عن الضرر يستند إلى الأحكام العامة أو إلى الأحكام الخاصة التي تبين كيفية إثبات وجود الضرر في مواجهة أشخاص القانون العام.

⁸⁵ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2009/12/22 تحت عدد 1309 في الملف عدد 2009/12/121 والذي جاء فيه ما يلي: وحيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على عقد البيع المستدل بنسخة مصادق عليها من طرف المدعي تبين لها بان مصادقة المدعي تمت بتاريخ 2008/11/10 ومصادقة البائع عليه تمت بتاريخ 2008/11/13 وهي فعلا تواريخ لاحقة على تاريخ 2008/10/08 الوارد في مقال المدعي كتاريخ للحادثة المتمثلة في إفراغ إدارة سد علال الفاسي لكمية هامة من المياه ما يعني إن عقد البيع المذكور تمت المصادقة عليه بعد ضياع الغلة أي أن المدعي وبتاريخ الحادث لم يكن يملك أية غلة حتى يمكنه المطالبة بتعويضه عن ضياعها "

المبحث الأول : شروط الضرر الموجب للمسؤولية

من المعلوم أن الضرر في المسؤولية التقصيرية هو الخسارة اللاحقة فعلا بالمضرور والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.

ومن خلال هذا التحديد الذي استقيناه من الفصل 98 من ق ل ع فإن الضرر لا يخرج عن كونه الخسارة اللاحقة والربح الفائت، وفي هذا الصدد اشترط الفقه شروطا ضرورية لقيام الضرر الموجب للمسؤولية وأهمها أن يكون الضرر مباشرا وأن يكون محققا وقبل هذا وذاك أن يكون ضررا مشروعاً. ومعلوم أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل، وأن الضرر المحقق هو ما كان واقعا بالفعل أو ما كان محقق الوقوع بحيث لا يكون هناك أدنى احتمال لعدم وقوعه، كما أن الضرر المشروع هو ذلك الذي يمس مصلحة مشروعة يحميها القانون.

وإذا كانت هذه بعجالة هي المبادئ العامة التي لا يختلف عليها أحد عند تناوله لطبيعة الضرر الموجب للمسؤولية، فإن مدى تنزيلها على الواقع هو الذي يطرح بعض الإشكالات التي يتوجب إشارة النقاش حولها، ذلك أن الضرر الناجم عن وقوع فيضان إن كان في الغالب الأعم ضررا ماديا فإن الأحكام القضائية الصادرة في إطار المسؤولية عن الفيضان تكفي بما خلصت إليه الخبرة القضائية من حصرها للأضرار و تحديد قيمتها دون تمييز بين تلك الأضرار التي قد تكون مباشرة والأخرى التي تظل غير مباشرة أو الأضرار الاحتمالية وتلك المحققة.

وفي هذا الصدد نجد أن المحاكم ألزمت الإدارة بتعويض المضرور عن الخسارة اللاحقة به والمتمثلة بحسب الخبرة التي أجريت في الملف في تضرر ضيعته وضياع منتوجه الفلاحي، لكنها لم توضح ما إذا كانت هذه الأضرار مرددا إلى فيضان الوادي أم إلى أسباب أخرى شارك فيها المضرور ومن ضمنها احتلاله للملك المائي بصفة غير مشروعة أو تواجده بعقار له طبيعة جيولوجية تساعد على ترسب المياه بفعل التساقطات المطرية⁸⁶.

بل إن القضاء ذهب إلى أكثر من ذلك حينما استجاب لطلب التعويض برغم ثبوت أن العقار يوجد في ملك مائي وأن هناك نزاعا جديا في ما يتعلق بملكيته مطروح أمام القضاء المختص معتبرا أن المدعين يعدون مالكين ظاهرين للعقار وأنهم من ثم لهم الصفة في التعويض عن الأضرار اللاحقة به⁸⁷.

⁸⁶ في نازلة طرحت أمام القضاء الإداري تمسكت الإدارة فيها أن تضرر العقار من تسرب المياه مردده إلى طبيعته الجيولوجية بفعل تواجده في قعر منحدر مما يؤدي إلى تجمع المياه بشكل طبيعي لا دخل للإدارة به وهو الدفع الذي لم تناقشه المحكمة ولم تحدد موقفها منه بالرغم من أنه قد استند إلى معطيات ثابتة من خلال إدلاء الإدارة برسوم بيانية تحدد موقع العقار وطبيعته
⁸⁷ وهذا ما نجده في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف عدد 6/07/177 المنوه به أنفا والذي نص على ما يلي: "لكن حيث يتبين من وثائق الملف .. أن مسطرة التحفيظ تتابع في اسم ... وان هؤلاء يعتبرون الملاك الظاهرون والحائزون للعقار موضوع النزاع ، مما يجعل صفتهم في المطالبة بالتعويض قائمة "

وإذا كان هذا الموقف قد يجيب عن شرط الصفة فإنه لا يجيب عن غياب الضرر الموجب للمسؤولية، على اعتبار أن التواجد في ملك مائي يجعل العقار معرضاً لا محالة لتسرب المياه إليه ما دام أن الأمر يتعلق بسيلان في المجرى العادي للوادي وأن هذا السيلا لا يتحقق في الظروف العادية فما بالك في مرحلة وفرة التساقطات المطرية ويبدو أن القضاء لا يعير هذه النقطة الأهمية الكافية بالرغم من لها تأثير جلي وواضح على تحديد عنصر الضرر الموجب للمسؤولية من زاويتين :

الزاوية الأولى: احتلال الملك العام المائي يجعل الضرر المدعى به ضرراً غير مشروع لأنه يستند إلى مصلحة غير مشروعة

الزاوية الثانية: التواجد بالملك المائي يؤدي إلى عرقلة السير العادي لمياه الحمولات ويقلص من عرض الأودية المحتلة وبالتبعية يؤدي إلى الرفع من حدة وخطر الفيضانات⁸⁸.

ومعلوم أن الملك العام المائي يشمل من ضمن ما يشمل مسيل مجاري المياه الدائمة وغير الدائمة وكذا الحافات إلى حدود المستوى الذي تبلغه مياه الفيضان والتي تحدد بواسطة نصوص تنظيمية بالنسبة لكل مجرى مائي أو تقاطع منه، كما يدخل ضمن الملك العام المائي الضفاف الحرة من حدود الحافات بعرض 6 أمتار على المجاري المائية أو مقاطع المجاري المائية المحددة في المادة الثانية من القانون رقم 10-95 المتعلق بالماء وكذا بعرض مترين عن المجاري المائية أو مقاطع المجاري المائية الأخرى.⁸⁹

وبالنظر إلى ذلك فإن استحقاق أي تعويض عن الضرر المدعى به يستوجب أن يكون التواجد على العقار تواجداً مشروعاً حتى تكون المصلحة المترتبة عنه مصلحة مشروعة يستوجب حمايتها القانون، كما أن التواجد على المجرى المائي بشكل خطأ في جانب المضرور وسبباً مباشراً لوقوع الضرر وبالتالي سبباً من أسباب انقطاع العلاقة السببية بين نشاط المرفق العام والضرر المدعى به أو على الأقل سبباً من أسباب تشطير هذه المسؤولية كما أن القضاء وهو يبحث في عنصر الضرر لا يتناول بدقة علاقة الخطأ المنسوب إلى الإدارة بالضرر المدعى به، بمعنى أنه في الحالات التي يجعل فيها الخطأ مرده التقصير في تنبيه السكان إلى خطر الفيضان ، فإنه لا يترتب الأثر الواجب فيما يتعلق بتحديد الأضرار المباشرة عن هذا الخطأ، إذ لا يعقل أن يتم في هذه الحالة التعويض عن الضرر الذي يطل العقار أو الغلل التي لم يتم جنيها بعد والتي لم يكن من الممكن تلافي الأضرار اللاحقة بها سواء وقع الأضرار في الوقت المناسب أم لم يقع.

وتبرز من بين الأمثلة التي تؤكد أن المحاكم لا تتناول بالتدقيق اللازم عنصر الضرر، حالات عوض فيها أصحاب العقارات في سنوات متتالية عن تضرر عقاراتهم وضياح غلهم في حين أن

⁸⁸ يراجع في هذا الصدد الكتيب الصادر في إطار المائدة المستديرة الثالثة حول قانون الماء ودور القضاء وشرطة المياه في تفعيله الصفحة 26

⁸⁹ انظر المادة الثانية من القانون رقم 10-95 المتعلق بالماء.

التعويض عن اقتلاع الأشجار على سبيل المثال وضياع الغلة في سنة محددة لا يسمح بأن يتم في السنة الموالية التعويض عنه مرة أخرى، إذ أن الأشجار حتى تثمر وتنتج غلة تتطلب على أقل تقدير من 3 إلى 5 سنوات.

المبحث الثاني: عناصر تقدير التعويض عن الضرر:

لعل تقدير التعويض عن الضرر في مجال المسؤولية بصفة عامة يفسح مجالا واسعا لسلطة القاضي لتحديد حجمه بناء على العناصر المحددة قانونا والتي حصرها المشرع كما هو معلوم في الخسارة اللاحقة والربح الفائت .

وإذا كانت هذه السلطة التقديرية بحسب ما استقر عليه القضاء ممنوحة لقاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فإنها ومع ذلك يستوجب أن تكون معلة ومستندة إلى مبررات تبين عناصر الضرر وحجم التعويض عنه .

إلا أن تقدير التعويض عن الضرر بالنسبة لأشخاص القانون العام يحكمه بجانب المبادئ العامة نص خاص وهو ظهير 15 ماي 1944 (المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1651 الصادرة بتاريخ 1944/6/16 الصفحة 623) والذي حدد المعايير الواجب اعتمادها لاحتساب التعويض الذي يمكن مطالبة الدولة أو إحدى إداراتها به بسبب ما قد يحدثه نشاطها للغير من أضرار⁹⁰ . ويستخلص من هذا النص:

- أن المعيار الواجب اعتماده أثناء تقدير التعويض عن الأرباح والمداخل جاء على سبيل الحصر.

- أن تحديد التعويض لا يتم بشكل جزافي بل يخضع لقواعد مضبوطة وواضحة.

- أنه فرض تحديد هذا التعويض على أساس مبلغ الضرائب الذي يؤديه المعني بالأمر.

ولقد صدرت عن المجلس الأعلى سابقا قرارات تؤكد وجوب اعتماد أحكام هذا الظهير عند تقدير

التعويض عن الضرر المدعى به في مواجهة أشخاص القانون العام⁹¹

⁹⁰ نص هذا الظهير في فصله الفريد على ما يلي: "إن أسس الفريضة المعتمدة عليها لتأسيس الضرائب المقررة يعارض بها المطلوبين بأداء الأداءات لتعيين التعويضات أو الغرامات التي يطالبون بها (...) الحكومة المغربية أو إحدى البلديات أو جماعة أخرى من الجماعات العمومية المغربية أو إدارة الأحباس إذا كان مبلغ هاته التعويضات أو الغرامات يتعلق مباشرة أو غير مباشرة بمبلغ أرباحهم أو مداخلهم . وعلى المطالب بالأداء أن يدلي تدعيما لطلبه بنسخة من قائمة الضريبة أو بشهادة عدم تقييد بالقائمة المسلمة من طرف القابض المقيم (...) " .

⁹¹ القرار الصادر تحت عدد 420 بتاريخ 2006/6/28 موضوع الملف عدد 04/738 المضموم إلى الملف عدد 03/3305 الذي جاء فيه: حيث يعيب المستأنف الحكم المستأنف بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه، ذلك أن المحكمة استندت في ما قضت به من تعويض إلى ما ورد في تقرير الخبرة وإلى سلطتها التقديرية... والبين من مقتضيات ظهير 15 ماي 1944 أنها تنص على أن

ولعل المهتم والدارس يطرح تساؤلاً مشروعاً مفاده أن أحكام هذا الظهير قد لا تجد مجالاً لتطبيقها في معظم حالات التعويض عن الأضرار المتصلة بالمسؤولية عن الفيضانات، مادام أن معظم هذه الأضرار تتعلق بضياح غل فلاحية غير خاضعة أرباحها للضريبة حتى يمكن أن يعتمد في شأنها تصريح من قبل المتضرر لدى الإدارة الضريبية لكن هذا التساؤل إن كان له جانب من الصوابية فإنه لا يصدق على كافة حالات التعويض التي قد ترتبط بنشاطات غير فلاحية كما أنه لا يعفي المعني بالأمر من أي يدلي بشهادة تفيد إعفاءه من الضريبة فيما يتعلق بالمجال الفلاحي مع إدلائه بالبيانات الأخرى المرتبطة بالمداخل غير الفلاحية.

وفي جميع الأحوال فالملاحظ أن القضاء لا يتطرق لا من قريب ولا من بعيد إلى هذا النص ولا يستحضره حتى يجوز القول أنه يعتمد إلى استبعاده لعدم تطابقه مع النوازل المعروضة أمامه، بل إنه يظل عند تحديده للتعويض رهين خلاصات الخبرة القضائية التي تحدد الأضرار استناداً إلى تصريحات الخصم وما قد يدلي به من فواتير تثبت مداخله السنوية أو من خلال معاينة حجم الخسائر وتوقع حجم الربح الذي كان من المنتظر تحقيقه لولا تلك الخسائر.

الخاتمة

لعل التساؤلات التي تم التطرق إليها في هذا الموضوع كانت غايتها هو تطرح مسؤولية أشخاص القانون العام في حالة وقوع فيضان وفقاً لما كرسه العمل القضائي حتى نستطيع الإجابة عن إشكاليات عميقة يطرحها هذا الموضوع لا تكفي المقاربة القانونية للإجابة عنها بل لا بد من استحضار المقاربة العلمية للموضوع أيضاً حتى تتحدد طبيعة المسؤولية وبخاصة عنصر الخطأ المرتب لها. كما أن الوقوف على موقف القضاء من هذه المسؤولية يسمح لنا بمعرفة النقاط التي قد تظل معلقة وجب الحسم فيها واتخاذ موقف راسخ و محدد منها.

التعويض عن الضرر المطالب به في مواجهة أشخاص القانون العام يعتمد في تقديره على الضرائب المؤداة وعلى ما صرح به أمام الإدارة الضريبية...

حيث صح ما عابه المستأنف على الحكم المستأنف، ذلك أن المحكمة اعتمدت فيما قضت به من تعويض على ما انتهى إليه الخبير السيد عبد العزيز العلمي من الأرباح المتوقعة بالنسبة لسنة 1997 هي 5.306.640,00 درهم مستنداً بدوره في هذه النتيجة إلى وثيقة حساب الاستغلال العام لسنة 1997 المنجزة من لدن الخبير السيد حوات حسن، أي أنها نتيجة لم يستخلصها الخبير المعين من خلال اطلاعه على الوثائق المحاسبية وإنما استخلصها غيره، ومع ذلك فالمحكمة لم تناقش ما أدلى به المستأنف من وثائق تتعلق بالتصريحات الضريبية الصادرة من المدعية وخصوصاً التصريح المتعلق بالمدة المتراوحة مابين 97/1/1 و 97/12/30 التي لم تحقق فيها المدعية أي رقم للمعاملات، وهو واقع يتعارض مع ما انتهى إليه الخبير من أن الأرباح المتوقعة خلال نفس المدة هي 5.306.640,00 درهم وخصوصاً والمدعية لم تنازع في صدور التصريحات عنها، ولم تعمل المحكمة على رفع التعارض المذكور فجاء حكمها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه مما يتعين معه إلغاؤه.

ولعل إقرار المسؤولية عن تدبير قطاع السدود على أساس المسؤولية بخطأ أمر يكاد يكون محسوماً من خلال الاجتهادات القضائية التي أتيحت لنا فرصة الإطلاع عليها وهو توجه يتماهى مع ما استقر عليه العمل القضائي المقارن، إلا أن تحديد مفهوم الخطأ وتجلياته يتطلب تدقيقاً واستعانة بالمقاربة العلمية والتقنية في الموضوع، كما أن التسليم بأن هناك حالات من حالات القوة القاهرة النافية للمسؤولية يتوجب أن يتم ترتيب الأثر القانوني عنها دون أن يكون استحضار هاجس تعويض المتضرر متحكماً في محاولة نفيها.

غير أنه ومن أجل خلق موازنة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة نضم صوتنا إلى صوت جانب من الفقه الذي نادى بأن يكون التعويض عن الأضرار الناجمة عن الكوارث الطبيعية أساسه التكافل الاجتماعي وليس المسؤولية القانونية سيما وأن هناك تجارب أقدمت عليها السلطات العامة من أجل تجاوز آثار بعض الكوارث الطبيعية كما أن هذه الفكرة قد تجد لها سنداً قانونياً من خلال أحكام الدستور المغربي الذي يجعل تحمل التكاليف العامة من ضمن التكاليف التي يتضامن في تحمل أعبائها كافة المواطنين كل بحسب قدرته⁹².

الموضوع الثالث: المسؤولية الطبية وفق منظور القضاء الإداري

تمهيد:

تعتبر المسؤولية الطبية من أدق المواضيع وأكثرها تشعباً على اعتبار أن هذه المسؤولية تختلف من حيث أساسها إذا ما ارتبطت بالقطاع الخاص أو القطاع العام كما أنها تتنوع من حيث مظاهرها وتجلياتها بين مسؤولية الطبيب أو الممرض وبين مسؤولية المرفق الصحي أو المستشفى باعتباره مؤسسة علاجية كما يزيد من تعقيد الموضوع اختلاف التوجهات القضائية في تحديد مظاهر هذه المسؤولية وطبيعتها.

⁹²يراجع في هذا الشأن على سبيل المثال ما أورده الأستاذ الجليلي أمزيد في مؤلفه مباحث في مستجدات القضاء الإداري والذي أورد في صفحته 131 منه ما يلي:

" والملاحظ أن الأضرار المترتبة عن الكوارث الطبيعية لا يمكن بأي حالات أن تدخل ضمن حالات المسؤولية التي تشكل مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود سنداً تشريعياً لها، وبالتالي فإنه لا يتصور أن يقع على الخزينة العامة وحدها عبء التعويض عن هذه الأضرار.

لكن يتعين التأكيد على ضرورة إدراج الحق في التعويض في هذا المجال ضمن الحقوق الاجتماعية التي تستمد مقوماتها وأصولها من فكرة المواطن أو انتماء الفرد إلى الجماعة وما يتولد على ذلك من روابط حقوقية بينهما، كما أن هذا الحق تطبق لمبدأ التضامن الذي لا بد أن تحرص الدولة الحديثة على ترسيخه في ممارستها وفي وعي المواطن، للحد من الآثار السلبية التي يمكن أن تنجم عن الإيغال في النزعة الفردية الناجمة عن العيش في ظل النظام الليبرالي.

وسيتم طرح بعض الإشكاليات التي قد تكون بداية لنقاش جدي وحصيف حول المسؤولية الطبية للمرفق الصحي، على أنه لن يتم التطرق لمسؤولية الطبيب في القطاع الخاص التي يكاد يجمع الفقه والقضاء على أنها مسؤولية عقدية قوامها العقد الطبي الذي يؤسس للالتزام تبادلي بين الطبيب وزبونه، سيما وأن هذه المسؤولية هي ذات طابع مدني تختص بها المحاكم العادية وإن كانت تتشارك في العديد من النقاط والمناحي مع مسؤولية الطبيب في القطاع العام، الشيء الذي يمكن معه الاستعانة بالتوجهات القضائية المكرسة في هذا المجال عند محاولة إعطاء مقاربة علمية لما هو عليه توجه القضاء الإداري. وتجدر الإشارة في الأخير أن هذا الموضوع أخذ يكتسي أهمية أكبر بعد صدور الدستور الجديد لسنة 2011 الذي ارتقى بمضمونه من الحقوق الفردية والجماعية إلى حقوق دستورية بل ونص على وجوب الحرص على إيصال هذه الحقوق إلى أصحابها عبر اتخاذ كافة الإجراءات وتعبئة كافة الإمكانيات المتاحة لدى الدولة وباقي المؤسسات العمومية لتحقيق هذه الغاية، ولا شك أن من ضمن هذه الحقوق الحق في العناية الصحية، مما سيلقى على عاتق هذا المرفق الصحي مسؤوليات أكبر في هذا المجال وسيوسع من نطاق ومجال مساءلتها.

أولاً: تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية وفق منظور القضاء الإداري:

إن تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية ليست له أهمية نظرية فحسب بل يكتسي أيضاً أهمية عملية تتجلى في تحديد الجهة المختصة للنظر في الدعاوى المرتبطة بهذه المسؤولية من جهة و في تحديد مفهوم الخطأ الذي يشكل أساس المسؤولية في أفق تقرير هذه الأخيرة أو نفيها من جهة أخرى.

أ- التمييز بين الخطأ الطبي الشخصي والخطأ الطبي المرفقي:

يمكن القول أنه من خلال استقراء مختلف الأحكام والقرارات القضائية التي تم الاطلاع عليها والصادرة عن مختلف المحاكم المملكة أنها لا تهتم كثيراً بتكييف الخطأ الطبي، فهو خطأ شخصي أو مرفقي، بل يلاحظ أن معظم الأحكام تنحو نحو إقرار المسؤولية المرفقية وإن كانت كافة معطيات الملف تشير إلى أن الخطأ المدعى به قد بلغ من الجسامة ما قد يجعله خطأ شخصياً وليس مرفقياً. ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى إحدى حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ **2010/06/21** تحت عدد **1195** في الملف عدد **6/08/516** والتي وبعد أن نفت الخطأ عن الطبية المعالجة واعتبرت أن التزام الطبيب المعالج هو ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، اعتبرت أن مسؤولية المرفق تظل قائمة، ومما جاء فيه:

"وأنه في غياب ذلك يكون المرفق الإداري هو الجهة المسؤولة عن الأضرار طالما أن الضرر" الذي مني به الضحية المذكور تم داخل إحدى المستشفيات التابعة للدولة نظراً لعدم قيامه "بالواجب على الوجه المطلوب وهو ما ذهب إليه الحكم المستأنف عن صواب".

ولعله من نافلة القول التذكير بأن الخطأ الشخصي يتميز عن الخطأ المرفقي باعتباره هو ذلك الخطأ الذي يرتكب من طرف الموظف أثناء تأدية مهامه أو بمناسبة إياها إلا أنه يكتسي درجة من الخطورة أو الجسامة أو انفصل عن الوظيفة ككل أو انفصل عنه معنوياً فقط. وإن كان المجال لا يسمح باستعراض كافة الآراء الفقهية والقضائية التي تطرقت إلى تعريف كل من الخطأين الشخصي والمرفقي وتمييزهما عن بعضهما، فإن الذي يهم في هذا المقام هو التأكيد على أن المسؤولية الطبية بالمرفق العام باعتبارها مظهراً من مظاهر المسؤولية، لا بد وأن يتم فيها التمييز بين الخطأ الطبي الشخصي الذي تحكمه مقتضيات الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود وبين الخطأ المرفقي الذي تحكمه مقتضيات الفصل 79 من نفس القانون.

وتتجلى أهمية هذا التمييز أولاً في تحديد جهة الاختصاص مادام أن القضاء الإداري يختص بالنظر في الدعاوى التي تهم المسؤولية المرفقية دون المسؤولية الشخصية للموظف والتي تظل من اختصاص القضاء العادي، وكذا في تحديد طبيعة المسؤولية والجهة المخاطبة بها وإن كان المتضرر سوف يجبر ضرره في جميع الأحوال بناء على نظرية الحلول، إلا أن احترام المبدأ الدستوري الذي يستوجب أن تقترن المسؤولية بالمحاسبة يتطلب أن يساءل المسؤول شخصياً وإن كان سيتحمل الأداء عنه المرفق العمومي.

ب: التمييز بين الخطأ في العلاج و خطأ المرفق الطبي:

إن المسؤولية الطبية قد يكون مردها إلى خطأ يعزى إلى الطاقم الطبي، وذلك من خلال مجموعة من مظاهر هذا الخطأ، سواء تعلق الأمر بخطأ في العلاج أو خطأ في التشخيص أو خطأ في بذل العناية اللازمة أو غيرها. وبين خطأ المرفق الطبي الذي يقصد به التقصير في وسائل العلاج أو البطء في أداء الخدمة أو قصور في عمل المرفق بوجه عام.

ولعل أهمية التمييز بين هذين الخطأين يكمن في ضرورة تحديد الجهة المسؤولة عن الضرر، لكون هذا التحديد سيجعلنا نقف على طبيعة الخطأ الواجب قيامه لإقرار هذه المسؤولية والمقصود بذلك أن مسؤولية الطبيب المعالج أو مساعديه تختلف من حيث طبيعتها ومظاهر الخطأ المرتب لها عن مسؤولية المرفق الطبي.

غير أنه برغم أهمية هذا التمييز يلاحظ أن معظم الأحكام التي صدرت في مادة المسؤولية الطبية عن جهة القضاء الإداري لا تعير لها كثير الاعتبار بل إنها تخلط بين المسؤوليتين وتجعل مسؤولية المرفق الطبي وكأنها مسؤولية احتياطية تلجأ لها كلما تعذر عليها إثبات الخطأ الطبي. ويمكن الاستدلال على ذلك بالقرار السابق استعراضه أعلاه، فالمحكمة وبعد أن اقتنعت بدفع الوكالة القضائية للمملكة في نفي وجود أي خطأ في التشخيص أو العلاج واقتنعت أن الشلل الذي تعرض له الضحية لا يؤشر على وجود تقصير في بذل العناية اللازمة من قبل الطببة المعالجة لا عند تشخيصها للحالة ولا عند وصفها

للدواء، أقامت ومع كل ذلك المسؤولية الطبية على أساس مفهوم مسؤولية المرفق الطبي دون بحث لتجليات هذه المسؤولية ولا تحديد لمظاهر الخطأ المنشئ لها.

ثانيا: تحديد مظاهر الخطأ الطبي وفق منظور القضاء الإداري:

اعتمد القضاء الإداري على مجموعة من الأسس لتحديد مسؤولية الدولة بشأن الخطأ الطبي، ومن أهمها ما يأتي:

أ: تحديد المسؤولية على أساس الخطأ المتجلي في عدم تحقيق النتيجة وليس على عدم بذل العناية:

لعل معظم الآراء الفقهية والتوجهات القضائية التي تطرقت إلى المسؤولية الطبية قد اتفقت في البداية على أنها مسؤولية قوامها بذل العناية اللازمة وليس تحقيق نتيجة. وهكذا ذهب القضاء الفرنسي وفي قرار مبدئي صادر بتاريخ 26 ماي 1936 وهو القرار المعروف بقرار "مورسيي" إلى التأكيد على أن المسؤولية قائمة بين الطبيب ومريضه على بذل العلاج الصادق والليقظ والمتسق مع الظروف الاستثنائية ومع المعطيات المستقر عليها في العلم وليس على تحقيق الشفاء، وهو ذات التوجه الذي انبرى لتأييده القضاء المغربي من خلال أولى القضايا التي عرضت عليه وهي قضية "كرنيي" ضد الدكتور كوميت حينما أكدت محكمة الاستئناف بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 1946/01/29 على ما يلي:

"حيث إن العلاقات القائمة بين الطبيب والمريض تشكل حسب أحدث المبادئ التي أقرها الاجتهاد القضائي عقدا... وينشئ هذا العقد التزاما يقضي فقط بالتعهد باستخدام الوسائل الملائمة لتحقيق نتيجة معينة دون ضمان الشفاء وبأن يقدم للمريض علاجات صادقة يقطعة ومتفقة في غير الظروف الاستثنائية مع المعطيات المستقر عليها في العلم، ويشكل الإخلال الخاطئ والضرر بهذا الالتزام سببا لمسؤوليته".

و قد كرس القضاء المغربي هذا التوجه قبل إحداث المحاكم الإدارية و بعيد إحداثها سواء كان يبحث في المسؤولية الطبية المدنية أو الإدارية، ومن ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2001/05/31 تحت عدد 2149 في الملف المدني عدد 00/1081 (منشور بمجلة الإشعاع عدد 25 ص 171 وما يليها)، والذي جاء في حيثياته:

"... مسؤولية الطبيب لا تتعدى إلا بثبوت إهمال من طرفه يستخلص من وقائع قاطعة وواضحة تتنافى مع الأصول العلمية الثابتة في علم الطب".

وكذا القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 1979/12/21 تحت عدد 79/3551 في الملف المدني عدد 11752 منشور بمجلة المعيار عدد 15 ص 123 وما يليها، والذي جاء فيه:

"إن الأعمال التي يقوم بها الطبيب تجاه مريضه تقتضي طبيعتها المهنية انتفاء أي قصد لديه للإضرار بهذا المريض، وأن مسؤولية الطبيب ليست مفترضة ولا تقوم على مجرد المخاطر بل لا بد من إثبات خطأ الطبيب المهني وكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حصول الضرر اللاحق بالمريض".

غير أنه في السنوات الأخيرة، لوحظ صدور قرارات قضائية عن المحاكم الإدارية تتجاوز هذا الإطار وتقيم المسؤولية على خطأ مفترض لمجرد وجود ضرر أصيبت به الضحية مما يعني أنها من الناحية العملية والواقعية تقيم المسؤولية على أساس النتيجة وتحاول أن تبرر لها من خلال القول بأن الضرر ما كان ليتحقق إلا لوجود إخلال في بذل العناية.

و يمكن استعراض نموذج من هذه التوجهات القضائية من خلال حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط. جاء فيه ما يلي:

"وحيث إنه من جهة أخرى فإنه مما لا ينازع فيه الطرف المستأنف أصليا أن الأضرار الجسمانية التي تعرض لها الطفل القاصر (ب.إ) والمتمثلة في إصابته بشلل نصفي على مستوى رجله اليمنى مردها إلى حقنة الدواء التي استعملت له بتاريخ 2005/10/07 بمستشفى "الإدريسي بالقنيطرة مما يجعل الأضرار التي تعرض لها الحدث المذكور تعد خطأ مرفقيا كما "جاء في توصيات الحكم المستأنف عن صواب.

(...) فإن الاتجاه يذهب إلى القول أنه ليس من المفروض أن يكون الخطأ المرفقي على درجة كبيرة من الجسامة بل تجد المسؤولية سندها اعتمادا على فكرة الخطأ الواضح، المؤسس على الاحتمال والافتراض وليس على الحسم واليقين في بسط حقيقة علمية يمكن للقضاء أن يعتمدها كقرينة قوية يضيفها إلى القرائن الأخرى التي يمكن أن يستتبطها من ظروف وملابسات القضية المعروضة أمامه للوقوف على الخطأ الطبي الذي قد يكون السبب المباشر "في حصول الضرر للمريض، وأن الخطأ الطبي في نازلة الحال يتمثل في حقن الطفل المريض بحقنة دواء نتج عنها شلل نصفي، علما أنه لم يكن يعاني من هذه الإصابة قبل دخوله للمستشفى المذكور فكان ما أثير في هذا الشق غير مؤسس".

ويتضح من الحيثية السابقة أنها أصلت لمجموعة من المبادئ كالاتي:

- قيام الخطأ الطبي على أساس مفهوم الخطأ الواضح المؤسس على الاحتمال والافتراض وليس على الحسم واليقين.
- اعتبار أن الضرر ناجم عن الحقنة لمجرد أن الطفل كان قد راجع المستشفى دون أن يكون مصابا بأعراض الشلل المذكور وذلك دون البحث في الملف الطبي للضحية لمعرفة حالته

الصحية وما إن كان الشلل يعود إلى سبب آخر أو أنه من المضاعفات التي تترتب عن حالته المرضية وليس بسبب الحقنة التي عولج بها .

- إن هذا القرار قد وضع مفهوما جديدا ومستحدثا للخطأ الطبي أسماه الخطأ الواضح دون إعطاء أي تعريف لطبيعة هذا الخطأ أو تأصيل له.

- بررت المحكمة موقفها بكون "الاتجاه الحديث يذهب إلى القول أن المسؤولية الطبية تقوم على مجرد الاحتجاج والافتراض" دون أن تبين أصول هذا التوجه وأساسه وتبرر له في حين أن الحكم يجب أن يتضمن مبرراته ومؤيداته حتى يكون حكما سليما، خصوصا و أن التوجهات السائدة حديثا سواء في الفقه المقارن أو القضاء تؤكد أنه ليس هناك من توجه حديث يقيم المسؤولية الطبية على أساس ما أسمته المحكمة "مجرد الاحتجاج والافتراض"، لأن مسؤولية المرفق الطبي تقوم على عناصر ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية و أن التزام الطبيب ليس قوامه تحقيق نتيجة بل بذل العناية الممكنة وفقا للمعايير الطبية المتعارف عليها ولما هو متاح له من الإمكانيات. وهو ما ارتأى المشرع الفرنسي أن يكرسه في نص تشريعي جسده قانون 2002/03/04 الذي سطر المبدأ العام في مجال المسؤولية الطبية وذلك في الفصل 1142 فقرة 1 و 2 من مدونة الصحة العمومية والذي ورد فيه ما يلي:

"مهنيو الصحة، المؤسسات، والمصالح والتنظيمات التي تمارس أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج لا يسألون عن النتائج الضارة بسبب أعمالهم إلا في حالة ثبوت الخطأ".

ب: تأسيس المسؤولية على أساس الخطأ اليسير وليس على أساس الخطأ الجسيم:

إن من ضمن ما كان يميز المسؤولية الطبية هو قيامها على خطأ غير يسير يؤثر على رعونة أو تقصير في بذل العناية اللازمة بشكل يخرج عن ما هو معتاد من تجاوزات تفرضها دقة وخصوصية المرفق الطبي، وفي هذا الصدد أسس كثير من الفقه مسؤولية المرفق الصحي العمومي على الخطأ الجسيم. وهكذا جاء في كتاب "مسؤولية مرافق الصحة العمومية" لأحمد ادريوش الصفحة 23 ما يلي:

" إقامة المسؤولية على أساس الخطأ الجسيم:

تقضي المحاكم التي تسير في هذا الاتجاه بأن الفصل 79 من ق.ل.ع يشترط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية مرفق الصحة العمومي، وتشترط على الضحية إثباته واثبات العلاقة السببية بينه وبين الضرر. وبناء على ذلك تقضي برفض طلبات الضحية إذا لم يثبت لها شيء من ذلك أو بمسؤولية المرفق الصحي العمومي في الحالة المعاكسة."

ج-المسؤولية عن عدم إسداء العلاج المناسب:

من المعلوم أن من صور الخطأ المرفقي عدم أداء الخدمة بشكل نهائي أو بشكل غير تام أو مناسب.

ويلاحظ بأن القضاء الإداري وهو ينظر في دعاوى المسؤولية الطبية حاول من خلال المنظور السابق أن يؤسس لمسؤولية المرفق عن عدم ضمان العلاج لأحد المواطنين معتبرا أن المملكة المغربية باعتبارها العضو النشط في المنظمات الدولية قد تعهدت بالالتزام بما تقتضيه المواثيق الدولية من حقوق وواجبات وعلى رأسها الحق في الصحة لكونه أحد حقوق الإنسان الأساسية.

ويعتبر هذا التوجه سابقة في القضاء المغربي إذ تعود صورة القضية إلى تقديم إحدى المواطنات لدعوى أمام المحكمة الإدارية بأكاير تعرض فيها أنها أصيبت بمرض خطير ونادر على مستوى الدماغ وأن علاجه يتطلب إمكانات هائلة لا تتوفر عليها المستشفيات المغربية معتبرة أن الدولة ملزمة باتخاذ كافة التدابير لتوفير العلاج المناسب لها بما فيها ضمان سفرها للعلاج بالخارج إن تعذر ذلك بالمستشفيات المغربية العمومية والخاصة، هذا بجانب الحكم لها بتعويض قدره مليار درهم، ولقد استجابت المحكمة الإدارية بأكاير لطلب المعنية بالأمر في شقه الرامي إلى إلزام الدولة بتوفير العلاج، إذ جاء في الحكم عدد 2007/148 الصادر بتاريخ 2007/4/27 ما يأتي:

"وحيث إنه إذا كان فقهاء القانون الدولي اختلفوا حول ما إذا كان الحق في الصحة المقرر من طرف المواثيق الدولية يفرض التزامات محددة على الدولة أو غيرها يمكن المطالبة بها قضائيا ، أم مجرد هدف يقوم عليه نظامها الاقتصادي والاجتماعي فإن الرأي الراجح هو أن الحق في الصحة يحمل طابعا إلزاميا للدول متى قام هذا الحق على عناصر وتدابير كفيلة بتنفيذه على اعتبار أن حياة الفرد وسلامته الجسدية وصحته تعتبر من القيم التي يحميها القانون ويجرم كثيرا من الأفعال الماسة بها مثلما يخول الحق في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به سواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن عمل إيجابي أو عمل سلبي متمثل في امتناع الدولة عن القيام بواجبها في هذا المجال.

وحيث إن الحالة الصحية للمدعية في هذه النازلة تقتضي توفير عناية طبية وخدمات علاجية ليس من المستحيل توفيرها على أرض الواقع وهو ما أقرت به الإدارة من خلال ملفها الطبي خاصة وأن الدولة قد باشرت بالفعل تقديم خدمات طبية للمدعية في المراحل الأولى ، غير أنها توقفت عن مواصلة هذه الخدمات دون الوصول إلى أعلى مستوى

من الصحة الذي تقتضيه العهود الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية والتزمت بتنفيذها بمقتضى الدستور.

وحيث إن الدولة أمام عدم توفيرها للمرافق والتجهيزات اللازمة لمعالجة المدعية وإنقاذها من الخطر الذي يتهدها بين الفينة والأخرى مع أنها الضامنة والملزمة بكفالة حق العلاج والحق في التمتع بصحة سليمة بأكبر قدر ممكن فإن مسؤوليتها عن الأضرار التي لحقت ويتعين من أجل ذلك الحكم على الدولة المغربية (...توفير العلاج على نفقتها للمدعية مع ما يترتب عن ذلك قانونا.

ويتضح من خلال الحثيات أن هذا الحكم شكل نقلة نوعية في مجال إقرار مسؤولية الدولة عن سير المرفق الصحي، فاعتبر أن مسؤوليتها مستمدة من ضمان الحق في العلاج الذي يقوم على رعاية طبية وقائية وعلاجية من أحسن مستوى دون أن يحد من ذلك العوائق المالية أو غيرها . ولقد سايرت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش هذا التوجه من خلال قرارها عدد 125 الصادر بتاريخ 2008/03/26 في الملف رقم 1-2007/6/323 ومن ضمن الحثيات الأساسية والمرجعية التي ساقها هذا القرار والتي جاء فيها ما يلي:

"حيث إنه لئن كان الهدف من الإدارة هو إشباع الحاجات وتأمين الخدمات الطبية إحداها -فإن التقاعس عن إتيان هذا الواجب ، تحت ذريعة انعدام الإمكانيات يفقد مصداقية الإدارية ويجردها من هيبتها ويشكل من حجة أخرى إخلالا بواجبها مما يستوجب تغطية الضرر الناجم للأفراد من جراء هذا الموقف السلبي المتمثل في الامتناع عن توفير العلاج باعتبارها ملزمة به طبقا للمواثيق والمعاهدات الدولية التي أصبحت تشكل في وقتنا الحاضر أحد المراجع الدستورية للقوانين الوطنية".

غير أنه وبعد الطعن بالنقض في مواجهة هذا القرار تم نقضه بموجب القرار الصادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا- تحت عدد 28 المؤرخ في 2010/1/13 في الملف الإداري عدد 2009/2/4/59 والذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث أنه إذا كانت الإدارة ملزمة باستيفاء خدمة عامة وهي خدمة العلاج فإنها لم تتأخر في ذلك إهمالا وإنكارا لحق المريضة في العلاج بل قامت بما يجب عليها في حدود إمكانياتها المتاحة.

وحيث إن الادعاء بأن الدولة ملزمة بعلاج المواطنين إطلاقاً حتى في المجالات النادرة وأنها أهملت أداء واجبها يكون بمثابة تحميلها عبئاً ثقيلاً وإلزاماً صارماً لا يتيح لها ما بين أيديها في وسائل القيام بها وحيث يجب تقدير جسامة الواجبات الملقاة على عاتق الدولة وما تتوفر عليه من وسائل وإمكانيات فعلية لمواجهةها وأنها تكون مسؤولة عن خطأ يمكن تفاديه بالحرص العادي وغير مسؤولة إذا كان لا يمكن تفاديه إلا باتخاذ إجراءات استثنائية تتجاوز قدرتها الفعلية".

ويتضح من خلال حيثيات هذا القرار أنه أعاد الأمور إلى نصابها استناداً إلى مبدأ عام في القانون الذي ينص على أنه لا تكليف بمستحيل وأن المسؤولية محدودة بحدود القدرة والاستطاعة.

د-المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن عمليات التلقيح:

يعتبر الخطأ في العلاج من صور الخطأ الطبي، ويقصد به الخطأ في وصف العلاج المناسب، غير أنه يلاحظ في الآونة الأخيرة أن بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري أخذت توسع من صورة هذا الخطأ وأخذت تساءل الدولة عن الأضرار الناجمة عن عمليات التلقيح، وفي هذا الصدد نورد على سبيل المثال حيثيات القرار عدد 2739 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في الملف 6/10/574 والذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث إن النظام القانوني للمسؤولية الطبية يركز على عنصر الخطأ الطبي الإثبات متى تعلق الأمر بعلاجات استشفائية عادية تقدم في المستشفيات والمستوصفات العمومية.

وحيث لما كانت الحالة الصحية للطفل قبل عملية التلقيح عادية وأن المضاعفات التي تعرض لها كانت بعد عملية التلقيح وكان التعفن المذكور هو انطلاق التعفن الذي امتد إلى الرئة والسحايا وأدت إلى صمم تام، فإن ذلك يشكل خطأ طبياً ثابتاً ثبوتاً يقيناً، يرتب للمضروب كامل الحق في التعويض الجابر للضرر".

وقد أخذ هذا الصنف من الدعاوى يتزايد بشكل ملحوظ إذ كثرت القضايا المعروضة على القضاء التي تسأل الدولة عن المضاعفات المترتبة عن عمليات تلقيح وقائية تمت لفائدة عموم المواطنين مما يتوجب معه التساؤل عما إن كان القضاء يتجاوز المبادئ الأساسية في المسؤولية الطبية التي تستوجب تحديد الخطأ في العلاج من خلال محددات دقيقة على اعتبار أن بعض المضاعفات التي تعقب عملية

علاجية أو وقائية قد تكون من المضاعفات المتوقعة والتي لا يمكن تلافيها وبالتالي لا تؤثر عن أي تقصير في بذل العناية اللازمة.

وخلاصة القول أن المسؤولية الطبية هي من المواضيع التي يتقاطع فيها القانون بمجال تقني شديد الدقة والخصوصية مما يتطلب مزيدا من البحث والتدقيق في الإشكالات التي تطرحها هذه المسؤولية مع تكاثف جهود المتدخلين في هذا المجال سواء من أطباء ومتخصصين أو قانونيين.