

المجلة

مجلة فصلية متخصصة تعنى بالدراسات القانونية

المدير المسؤول :

ذ. عز الدين الماحي

elmahiazzedine2013@gmail.com

رئيس التحرير :

د. عبد الحق دهمي

dahbi.abdelhak@gmail.com

عدد 14، السنة الثانية عشر، فبراير/أبريل 2018

الخبرة القضائية في المنازعات الإدارية (1)

الأستاذ عز الدين الماحي،
المدير المسؤول لمجلة «محاكمة»

مقدمة :

يفيد الإثبات من الناحية الاصطلاحية، إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها. ذلك أن الواقعة المدعى بها أمام القضاء، ومن أية طبيعة كانت، والتي تتعرض للإنكار من جانب الخصم المدعى عليه فيها، لا تكون لها عمليا أية قيمة حقيقية إلا إذا أثبتتها من يتمسك بها⁽²⁾ طبقا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن البينة على من

1- يقصد بالمنازعة الإدارية مجموع النزاعات التي يتم تسويتها من طرف القاضي الإداري وفقا للقانون الإداري. وتتخذ صوراً متعددة يقسمها الفقه إلى نوعين أساسيين: المنازعات التي تنتمي إلى قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي والمنازعات التي تنتمي إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشرعي، ويهدف قضاء المشروعية إلى حماية هذه الأخيرة والدفاع عن القانون وإلغاء كل عمل يخالفه، ومنع الاعتداء على المراكز القانونية العامة أو الموضوعية، وتدخل في نطاق هذا القضاء المنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية اللاتجارية والفردية غير المشروعة، ومنازعات الانتخابات التي يكون موضوعها صحة الانتخابات ومشروعيتها، والمنازعات الضريبية التي تتعلق بمشروعية ربط الضريبة وفقا للقانون...

ويهدف قضاء الحقوق إلى حماية المراكز القانونية الشخصية أو الذاتية، وتدخل في نطاق هذا القضاء المنازعات المتعلقة بالتسوية المالية للموظفين العموميين، والمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والمنازعات المتعلقة بطلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن نشاط الإدارة.

- أشرف محمد خليل حماد: التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية دراسة مقارنة . دار الفكر الجامعي 2010 ص 15.

2- لذا فالإثبات له أهمية خاصة فردية وأخرى اجتماعية. فمن ناحية يحقق مصلحة خاصة فردية لكل من الخصوم المتنازعين، فبالنسبة للمدعي يتوقف الحكم له بما يدعيه من حق على إثباته لوجود الواقعة المنشئة لهذا الحق، وبالنسبة للمدعى عليه يتوقف عدم الحكم عليه بما يطالبه به المدعي على إثباته، عكس ما أثبتته هذا المدعي من قيام الواقعة المنشئة لما يدعيه من حق أو إثباته قيام واقعة أخرى، يترتب عليها انقضاء ذلك الحق بعد نشوئه، ولهذا فإن الإثبات ليس واجبا فحسب، بل هو أيضا حق وحق مقدس لا يمكن الحرمان منه لكونه الوسيلة التي تحافظ على الحق، والذي يتجرد من قيمته العملية متى عجز صاحبه عن إثباته حيث سيؤول لسواه لينتفع بشماره، فهو سياق لحرية الشخص وأداة لحماية الحق.

ومن ناحية أخرى يحقق الإثبات مصلحة عامة اجتماعية، وهي خاصة بالنزاع بين أفراد المجتمع وتحقيق ما تقتضيه العدالة من وصول كل ذي حق إلى حقه، فالمجتمع ممثلا في القاضي يتدخل في الخصومة لحسم النزاع بين المتخاصمين بما يحقق العدالة تدعيما لدور القاضي الايجابي في الإثبات، ولذلك يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقيق من الوقائع القانونية والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع. للمزيد في التوسع:

- علاء الدين ابراهيم أبو الخير: دور القاضي الإداري في الإثبات، مطبعة الفتح الاسكندرية السنة 2014 ص 9 وما بعدها.

3) لذلك قيل بحق أن الدليل هو فدية الحق المتنازع فيه، فيستوي حتى معدوم أحيانا، وحق لا دليل عليه (4).

فالإثبات عموما لا يتم أمام القضاء إلا بصدد حق أو واقعة متنازع بشأنها، وهو لا يتم عادة إلا بالوسائل ووفق الإجراءات القانونية التي حددها المشرع (5).
والمشرع المغربي وإسوة ببعض التشريعات المقارنة، عمل على توزيع طرق ووسائل الإثبات (6) بين ظهير الالتزامات والعقود، وبين قانون المسطرة المدنية. فالأولى ذات طابع موضوعي تتمثل في الإقرار (7) وشهادة

3- جاء في حديث للرسول صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» رواه البخاري. وقد نص المشرع المغربي ضمن الفصل 399 من ظهير الالتزامات والعقود على أنه: «إثبات الالتزام على مدعيه» والملاحظ أن هذه القاعدة التشريعية وإن وردت في الباب المتعلق بالالتزامات إلا أنها تطبق في جميع المجالات القانونية إلا ما استثنى بنص خاص، كما أن هذه القاعدة التي تجيز للمدعي الإثبات بكافة الوسائل قد يصعب تطبيقها وتبنيها في بعض المنازعات من قبيل المنازعات الجبائية، وذلك لغياب نص مسطري عام وقاعدة مطلقة فيما يتعلق بإسناد عبء الإثبات في المادة الجبائية، ومن جهة أخرى أن بعض وسائل الإثبات المتعارف عليها تتنافى وطبيعة المعاملة الجبائية:
للمزيد من التوسع: - مولاي عبد الرحمان أبليلال: الإثبات في المادة الجبائية بين القواعد العامة وخصوصيات المادة على ضوء الممارسة والاجتهاد القضائي، مطبعة الأمانة الرباط السنة 2013 ص 13 (الكتاب في الأصل هو أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش 2007-2006).

4- لذلك نجد الكثير من المتقاضين يخسرون دعواهم ويفقدون بالتالي حقوقهم لأنهم لم يستطيعوا تقديم الدليل الذي يتطلبه القانون لإثبات هذه الحقوق. فالدليل إذن وحده الذي يجعل للحق كيانا في نظر القانون.
للمزيد من الإطلاع أنظر:
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 الإثبات 1956 فقرة 19 ص 27.
- نبيل إبراهيم سعد: أحكام الالتزام والإثبات، دار الجامعة الجديدة 2011 ص 343.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في دعاوى الإدارة 2010 دار الفكر الجامعي ص 18.

5- محمد الكشور: الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية «دراسة مقارنة»، مطبعة النجاح الجديد الدار البيضاء ص 10.
6- تحظى وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي بأهمية كبرى، حيث تضمنت أصول التشريع الإسلامية أهم القواعد التي تنظم هذه الناحية من التشريع، واشتمل القرآن والسنة على عدد كبير من الأحكام التي تتعلق بالبينات. للمزيد من الإيضاح:
- محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء السنة 1995 ص 9 (الكتاب في الأصل هو رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية والحديث نوقشت بدار الحديث الحسنية سنة 1970).
7- خص المشرع المغربي للإقرار الفصول من 405 إلى 415 من ق ل ع. والجدير بالذكر أن الإقرار قد يكون قضائيا وغير قضائي، فالأول هو الذي يقوم به الخصم أمام القضاء، أما الثاني فلا يكون أمامه بل يمكن أن ينتج من كل فعل يحصل من الخصم منه ومناف لما يدعيه.

الشهود⁽⁸⁾ والقرائن⁽⁹⁾. أما الثانية فذات طابع إجرائي تتجلى خصوصاً في المعاينة⁽¹⁰⁾ والأبحاث⁽¹¹⁾ وتحقيق الخطوط والزور الفرعي⁽¹²⁾ بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة بالإدلاء بالشهادة وبأداء اليمين⁽¹³⁾.

والذي يهمننا من وسائل الإثبات هذه، الخبرة القضائية في المنازعات الإدارية لا سيما المصنفة ضمن مجال دعوى القضاء الشامل باعتباره المرتع الخصب الذي يتم اللجوء فيه إليها. وعليه فالسؤال الذي نعتبر طرحه والإجابة عنه باقتضاب مسألة أساسية لتناول هذا الموضوع. ما هي أهم الإشكالات العملية التي تثيرها الخبرة القضائية في مجال بعض الدعاوى المتعلقة بالقضاء

8- نظم المشرع المغربي الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات من خلال الفصول 416 إلى 442 من ق ل ع، وبالتالي أولاهها عناية كبرى، وقد سائر مؤخراً في التعديلات التي طالت مقتضيات ق ل ع مختلف وسائل الإثبات التي أفرزها التطور التكنولوجي الحديث من عقود وتوقيع ومراسلات إلكترونية، للمزيد من الإيضاح راجع:
- نور الدين الناصري: المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ع 12. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 13 وما بعدها.

9- شهادة الشهود منظمة بموجب الفصول من 443 إلى 448 من ق ل ع.

10- القرائن هي دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة. وتنقسم إلى قرائن قانونية، وأخرى قضائية. وقد خصص لها المشرع المغربي الفصول من 449 إلى 459 من ق ل ع.
وللمزيد من الإيضاح حول القرائن:
- الجعافرة عماد زغل: القرائن في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة 1 الدار البيضاء العلمية الدولية عمان 2001.
- أمهمول محمد جلال: نظام الدفوع في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق للدار البيضاء 1997-1998.

- أولقاضي محمد: القرينة في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة المرافعة ع 1 يونيو 1992.

- جمال الطاهري: حجية الأمر المقضي به في المادة المدنية، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة 2011.

11- تنقسم اليمين إلى يمين حاسمة، وأخرى متممة. وقد خصص لها المشرع في ق ل ع الفصل 460 وأحال على الفصول الأخرى المرتبطة بها المضمنة بقانون المسطرة المدنية.

12- خصص لها المشرع الفصول من 67 إلى 70 من ق م م.

13- نظمها المشرع من خلال الفصول من 71 إلى 84 من ق م م. والملاحظ من الناحية العملية أنه وبصرف النظر عن الإيجاز المتوخاة من إجراء جلسات البحوث لملازمة الظروف والوقائع المرتبطة بالمنازعات. فإنه وفي بعض الأحيان، وبالرغم من توافر عناصر المنازعة ووضوحها فإنه في بعض الأحيان تحكم المحكمة بإجراء بحث وهو ما قد يطيل أمد النزاع، ويمس بالنجاعة القضائية. أضحت تفرض البت في النزاع داخل أجل معقول.

* حظي بعناية تشريعية من خلال تخصيص المشرع لهما الفصول من 89 إلى 102 من ق م م.

* حيث أفرد لها المشرع الفصول من 58 إلى 88 من ق م م.

الشامل (14) انطلاقا من تعايشنا اليومي مع المفاهيم الدستورية التي تنظم القضاء الإداري (15).

نستطيع تلمس الإجابة عن ذلك من خلال إتيان المصباح التالي :

المبحث الأول : الأحكام العامة للخبرة.

المبحث الثاني : مظاهر الخبرة القضائية في المنازعات الإدارية.

المبحث الأول

الأحكام العامة للخبرة

لما كان الهدف الأسمى والأمثل من اللجوء إلى القضاء، هو تحقيق العدالة (16) واستعادة الحقوق، فإن هذا المسعى في واقع الأمر، لا يمكن للقاضي في بعض الأحيان أن يصل إليه وأن يجلو

14- إلى جانب هذه الدعوى هناك دعوى الإلغاء والتي هي دعوى عينية ترمي إلى مخاصمة القرار الإداري في حد ذاته، وأنها دعوى مصلحة عامة لأنها ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة، وأنها دعوى مشروعة حيث لا ترفع إلى ضد القرارات الإدارية غير المشروعة، وأنها تتعلق بالنظام العام. أما دعوى القضاء الشامل فهي دعوى الحقوق الشخصية الذاتية، لأنها تتحرك وتتعقد على أساس مركز قانوني خاص وذاتي تستهدف أصلا مباشرة تحقيق مصلحة خاصة تهدف إلى حماية المراكز الفردية والحقوق الشخصية لرافعها، كما أنها تهاجم السلطات الإدارية مصدرة القرارات الإدارية غير المشروعة المطالبة بالتعويضات والإصلاح. وهذا والجدير بالذكر أنه وانطلاقا من مقتضيات الفصل 118 من الدستور المغربي الجديد فإن أي قرار إداري اتخذ في المجال الإداري سواء كان تنظيميا أو فرديا يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة. للمزيد من الإيضاح: حول دعوى الإلغاء انظر:

- سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء دار الفكر العربي مصر 1986 ص 305.

- عدنان عمرو : القضاء الإداري قضاء الإلغاء الطبعة 2 منشأة المعارف مصر، 2004 ص 11.

- عبد المجيد مليكي: التقعيد الدستوري لحق دعوى الإلغاء الإداري مقال منشور بنشرة قرارات محكمة النقض «الغرفة الإدارية» العدد 18 ص 209.

15- من المعروف أن المشتغل في القضاء الإداري يتمتع بنوع كبير من الحرية، ذلك أن القاضي الإداري هو الذي يخلق معظم قواعده، لأنه قانون غير مقنن ونصيب التشريع فيه محدود حتى قيل بحق أن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الغالب قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص، ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته الإدارية التي استقل بها في هذا الموضوع.

16- الواقع أن تحقيق العدالة لا يرتبط فقط بالجهاز القضائي، بل يرتبط أساسا بالتشريع نفسه الذي ينبغي أن يكون عادلا، فالعدالة هدف وغاية ينبغي تحقيقها من خلال تشريع عادل، فالعلاقة بين القضاء والتشريع والعدالة وطيدة ومتلازمة، وكل مفهوم يعضد الآخر ويتكامل معه في المعاني والدلالات، والوظائف والأبعاد، ولئن أحالت العدالة منذ القديم على المنظومة الفلسفية والقيمية للمجتمعات، فإن التشريع والقضاء يرمزان إلى التنظيم، والضبط، والحكم على التصرفات والأفعال الفردية والجماعية التي من شأنها احترام العدالة وضمان تحققها في الواقع، أو الإخلال بها، وإعاقة إشاعتها في جسم المجتمع ومؤسسات الدولة، لذلك تبدو الصلة تلازمية وطرديّة بين المفاهيم الثلاثة أعلاه، فالتشريع، باعتباره وسيلة لضبط النظام في الدولة، يسهم في توفير شروط تحقق العدالة وسريان مفعولها، والقضاء بحسب أداة لتزليل التشريع وفرض احترام تطبيقه، يسر للناس الشعور بالاطمئنان على حقوقهم وحياتهم، أي يولد لديهم الثقة في وجود العدالة في حياتهم السياسية والمدنية، بيد أن التلازم بين التشريع والقضاء والعدالة لا يمنع من الإقرار منهجيا بوجود فصل إجرائي بين المفاهيم الثلاثة، يخول القضاء منزلة التوسط بين القانون والعدالة، ويكسبه بالضرورة دورا مفصليا في إدراك العدالة من عدمها، وتستمد المكانة التوسعية للقضاء أهميتها البالغة من الوظائف التي تروم تحقيقها في النظم السياسية المعاصرة بحيث يهدف القضاء إلى حماية الشرعية في فرض احترام سلطات القانون، وسريان أحكامه على الجميع، كما يصون استقلال القاضي ونزاهته وتجرده ويحقق العدالة، ويساهم في إنكسار روح السلم الاجتماعي. عبد الرحيم الأمين، عدالة القرب بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة الرباط ط 2014 ص 8.

معالمه، ويستكشف مكنونه، انطلاقاً من ثقافته القانونية، واستكناكه اليومي مع الخصومات القضائية (17) التي تطرح أمامه، وذلك حينما يتعلق الأمر بوقائع ذات طابع علمي أو فني أو تقني (18) تتجاوز قدراته، مما يتعين عليه الاستعانة بأراء المختصين وذوي المعرفة (19) بدل الوقوف موقف العاجز وإلا اعتبر منكراً للعدالة (20)، هؤلاء المختصين خول لهم المشرع إمكانية المساهمة في حل النزاعات، وذلك باستعانة القضاء (21) بهم، فهم من مساعدي القضاء (22) ويسمون بالخبراء القضائيين.

17- استعملنا مصطلح الخصومة تماثياً مع ما هو معمول به في القانون المقارن، لا سيما القانون الفرنسي والمصري، في حين أن القانون الإجرائي المغربي لا يميز بين الدعوى والخصومة والطلب القضائي.

- للمزيد من الإيضاح حول مفهوم الخصومة : راجع : محمد صابر : الأثر الناقل لاستئناف الأحكام المدنية في القانون المغربي، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش الطبعة الأولى، السنة 2010 ص 74 وما بعدها.
- أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة 14 ص 116.

18- الملاحظ أن الرأي العلمي يشمل جميع التخصصات بما فيها القانون، فهو مفهوم عام يشمل جميع العلوم، وعلى هذا الأساس يلاحظ أن المشرع الفرنسي ومن خلال المواد من 232 إلى 284 من قانون الإجراءات المدنية تكلم صراحة وخاطب التقني وليس العلمي لأن التقني أدق.

19- الأصل أن المحكمة ملزمة بتحقيق الوقائع التي تفرض عليها وأن تتوصل إلى إثباتها بنفسها. فالنشاط الذي يمارسه قاضي الموضوع لفض النزاعات المطروحة أمامه، هو نشاط متنوع ومتشابه أي أنه يحتوي على جوانب قانونية وجوانب واقعية، وجوانب يمتزج فيها الواقع بالقانون. للمزيد من الإيضاح:

- أستاذنا محمد الكشور : رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى السنة 2001 ص 242.

20- تنص مقتضيات الفصل 392 من م م م على أنه : يعتبر القاضي منكراً للعدالة إذا رفض البت في المقالات أو أهمل إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة.

والجدير بالذكر في هذا المقام، أن هذا المقتض التشريعي يشكل إحدى المفاتيح والآليات التي يتم الاستناد عليها بخصوص النقاش الفقهي المتعلق بالدور الخلاق للقضاء، ذلك أن مساهمة المحاكم في سد النقص العالق بالتشريع، أو جعل هذا الأخير مواكباً للتطور الذي يعرفه المجتمع أضحت من المسائل البديهية التي لم تعد محل جدل فقهي في الوقت الراهن. للمزيد من الإيضاح:
- عز الدين الماحي : مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مقال منشور بمجلة المنتدى عدد 4 خاص على ضوء أعمال اليوم الدراسي الذي نظم بين منتدى البحث القانوني في شراكة مع محكمة الاستئناف بمقر غرفة التجارة والصناعة والخدمات مراكش يوم 14/06/2003 ص 137 وما بعد.

21- القضاء وحده من يرعى حماية الحقوق والحريات حينما يختل توازنها الطبيعي، وهو من أهم مؤسسات الدولة وأعظمها أثراً، لأنه المقياس الذي يعكس درجة المجتمع وفاعلية مؤسساته.

وفي هذا الإطار يقول ابن تيمية: « المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها، وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة والأرض، وقطع الخصومة هو باب دفع الظلم والضرر، وكلاهما ينقسم إلى إبقاء موجود، ودفع مفقود. ففي وصول الحقوق إلى مستحقها يحفظ موجودها، ويحصل مقصودها، وفي الخصومة يقطع موجودها، ويدفع مفقودها، فإذا حصل الصلح زالت الخصومة التي هي إخلال المقصودين (تقي الدين أحمد بن تيمية . مجموع الفتاوى، دار الوفاء للطباعة والنشر الطبعة الثانية، 2005/3/209).

ونظراً لخطورة القضاء وتعلقه بأموال الناس، وأبضاعهم ورقابهم، ونظراً لهافت بعض الناس عليه، فقد جاء التحذير من عاقبته من الرضى صلى الله عليه وسلم حينما قال : « القضاء ثلاثة: قاضيان في النار، وقاضي في الجنة، رجل قضى بغير حق يعلم بذلك، فذلك في النار، وقاض لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاض قضى بالحق فذلك في الجنة» محمد بن عيسى الترمذي / سنن الترمذي

وعليه، وحتى يتسنى لنا إبراز معالم الأحكام العامة للخبرة وتعيين الوقوف على ماهيتها (الفرع الأول) ثم الإجراءات المتعلقة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية الخبرة

يعد تعريف الشيء كشف لهويته، ومدخل إلى بيانه، وتبدو أهمية تعريف الخبرة من ناحيتين الأولى إيضاح مفهومها، والثانية تمييزها عما يشتهبها (المطلب الأول) ولما كانت الخبرة متعددة، فقد ارتأينا تحديد أنواعها وخصائصها (المطلب الثاني) وهذا كل ما سيتناوله هذا الفرع .

المطلب الأول

مفهوم الخبرة و تمييزها عما يشتهبها

نقسم هذا المطلب إلى فقرتين ، نتناول في الأولى المعنى اللغوي و الاصطلاحي للخبرة، و نتناول في الثانية تمييزها عما يشتهبها .

الفقرة الأولى : المعنى اللغوي و الاصطلاحي للخبير

أ- المعنى اللغوي للخبرة

الخبرة لغة من الخبر، أي البناء ورجل خابر وخبير، والخبير من أسماء الله الحسنى (23) فالخبرة لغة هي العلم بالشيء والخبير هو العالم .

بتحقيق العلامة أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي. والملاحظ أن بعض الصحابة كان ينفر من هذا الحديث كابن عمر، كما أحجم عن توليه كثير من الأئمة والفقهاء، على رأسهم الإمام أبو حنيفة النعمان، والإمام أحمد بن حنبل، وغيرهم من علماء الأمة.

الواقع أن جودة الخدمة القضائية، وصناعة الحكم القضائي لا يتحمل مسؤوليتها القاضي وحده، بل يساهم في هذا المنشوج مجموعة من المتدخلين المساعدين لمؤسسة العدالة، حيث يتفاوت دورهم في صناعة هذا الحكم وجودته، بحسب موقع كل واحد منهم، وليس (تقريباً) لوحيد المسؤول عن بقاء الفصل في النزاع وليس وحده المسؤول عن الحكم القضائي المخالف للحقيقة الذي يؤدي في بعض الأحيان إلى إزهاق أرواح أو ضياع أموال، أو فوات حقوق. وعليه فجودة العمل القضائي من جودة مساعديه أي بجودة قضاء العدالة بمختلف أجهزتها ونظامها محيطها، فنزاهة القاضي وكفاءته وجديته وفعالته مهما بلغت فإنه لا ينتج عملاً قضائياً جيداً إلا بتعاون وتأزر مختلف مساعدي القضاء وقيامهم بدورهم على أحسن وجه.

ورد لفظ الخبير في 47 موضع من القرآن الكريم نذكر منها قوله:

﴿ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَىٰ عَلَى الْعَرْشِ الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا ﴾ سورة الفرقان الآية 59.

﴿ اللَّهُ الَّذِي لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي الْآخِرَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ ﴾ سورة سبأ الآية 1

﴿ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾ سورة الملك الآية 14

نفس الشيء إلى بعض أزواجه حديثاً فكما نأت به وأظهره الله عليه عرف بعضه وأعرض عن بعض فكما نأها به قالت من أنبأك هذا قال العلم الخبير ﴿ سورة التحريم الآية 03.

المسطرة

نظم المشرع المغربي أحكام الخبرة ضمن الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المكنة المدنية وتحديدًا في الفصول من 59 إلى 66 من هذا الأمر⁽²⁴⁾.

والملاحظ أنه من خلال هذه المقتضيات القانونية، أن المشرع المغربي لم يعرف الخبرة لا بكيفية مباشرة ولا بكيفية غير مباشرة، وإن كان قد أحاط تقريبًا بأغلب وأهم جوانبها الموضوعية والشكلية⁽²⁶⁾.

ومن الناحية الفقهية عرفها البعض⁽²⁷⁾ بأنها استعانة القاضي أو الخصوم بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أو العلمية التي تتعلق بوقائع النزاع وذلك بالقيام بأبحاث فنية وعلمية واستخلاص النتائج منها في شكل رأي غير ملزم.

في حين ذهب البعض إلى القول : بأنها إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعت بالخبير⁽²⁸⁾، بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها، أو على العموم إبداء رأي يتعلق بها، علما أو فنا، لا يتوافر في الشخص العادي ليقدم له بيانا أو رأيا فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه.

24- نظم المشرع المغربي الخبرة كمهنة بموجب الظهير الشريف رقم 1/01-126 الصادر في 29 من ربيع الأول 1422 هـ الموافق 22 يونيو 2001 بتنفيذ القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين.

كما تم التنصيص عليها من خلال الفصول من 194 إلى 209 من قانون المسطرة الجنائية، كما نصت عليها قوانين أخرى كمدونة التجارة ومدونة الشغل ومدونة الأسرة، والمدونة العامة للضرائب.

25- وقد أحسن صنعا في ذلك لأن التعاريف من اختصاص الفقه والقضاء.

26- تجدر الإشارة إلى أن المشرع أدخل بعض التعديلات على النصوص المنظمة للخبرة في قانون المسطرة المدنية وذلك بموجب القانون رقم 33.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.153 المؤرخ في 17 غشت 2011 والملاحظ أنه على الرغم من التنظيم التشريعي للخبرة القضائية سواء إجرائيا أو مهنيا وعلى الرغم من المجهودات المكثفة التي تبذلها وزارة العدل والحريات (مديرية الشؤون المدنية) من أجل النهوض بهذا القطاع إلا أنه لا زال يعرف عدة إشكالات وصعوبات عملية تؤثر في بعض الأحيان على مسار القضايا الراجعة أمام المحاكم.

27- علي الحديدي الخبرة في المسائل المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالمنصورة 1993 . ص 101 وما بعدها.

28- محمود جمال الدين زكي: الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة 1990 هـ ص 11 و 12.

ويكاد يسير في نفس الاتجاه أستاذنا محمد الكشور الذي يرى، بأن الخبرة هي في جوهرها إجراء من إجراءات التحقيق، يلتجأ إليها قضاة الموضوع عادة قصد الحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أهل «الاختصاص» وذلك من أجل البث في مسائل علمية أو فنية تكون عادة محل نزاع بين الخصوم في الدعوى، ولا يستطيع أولئك القضاة الإلمام بها والتقرير بشأنها دون الاستعانة بالغير. الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية م ص 13.

الفقرة الثانية ، تمييز الخبرة عن غيرها من التقييم القانونية الأخرى

لا تعتبر التفرقة بين مفهوم الخبرة، وبين التقييم القانوني الأخرى، خطوة لاستيعابها كالشهادة والتحكيم، والترجمة.

أ- الخبرة والشهادة

الشهادة كوسيلة للإثبات تفيد قيام شخص من غير أطراف النزاع بعد أدائه لليمين القانونية بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة وقائع منتجة في الإثبات (29).

الواقع أن الخبر والشاهد يتحدان في كونهما من الأغيار، أي لا علاقة لهما بالنزاع. كما أنه لا بد للمحكمة من صدور حكم تمهيدي للاستعانة بهما.

بيد أن مناط التفرقة بينهما، تكمن في كون الخبر رجل فن أو علم، في حين الشاهد (30) غالبا شخص عادي يروي للمحكمة ما شاهده أو سمعه، فضلا على أن الشهادة تؤدي عادة أمام المحكمة، أما الخبر فيقوم بنشاطه بعيدا عنها

29- علي الحديدي، م س ص 22 هو يذهب الفقه المعاصر إلى تعريف الشهادة بأنها الإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو اتصلت بعلمه.
- إدريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي. القواعد العامة لوسائل الإثبات الكتابية. الشهادة - القرائن اليمن الطبعة الأولى 1977 ص 52.

والشاهد عند الفقهاء هو الذي لا يعلم صاحب الحق أن له معه شهادة، احترازا من شهادة مجاملة أو كيد، فيقال قوم يشهدون ولا يشهدون أي لا يظنون للشهادة. والشاهد في مطلق الأحوال إما أن يحضر الواقعة محل الشهادة، فتوسم شهادته بأنها شهادة معانية، أو لا يحضرها وإنما يعلمه بها غيره ممن حضرها، وتسمى شهادته عندئذ بأنها شهادة سماع والأولى أحج لاستنادها على مستند العلم الخاص ولأجله وسم الشاهد بأنه عين القاضي. للمزيد انظر:

عادل حامدي: شهادة اللغيف وإشكالاتها الفقهية والقضائية طبعة 2015 مطبعة المعارف الجديدة، الرباط ص 34.

30- يستمع إلى الشهود على انفراد سواء بمحضر الأطراف أو في غيبتهم. يصرح كل شاهد قبل سماع شهادته باسمه العائلي والشخصي وحرفته وسنه وموطنه وما إذا كان قريبا أو صهرا للأطراف مع ذكر الدرجة أو خادما أو عاملا عند أحدهم.
يقسم الشاهد تحت طائلة البطلان على قول الحقيقة.

لا يؤدي الأفراد الذين لم يبلغوا ست عشرة سنة كاملة اليمين ولا يستمع إليهم إلا على سبيل الاستئناس.
يمكن إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم لبعض.

وفي ختام هذه النقطة لا بد من الإشارة إلى ما تثيره الشهادة الطيبة الصادرة عن أطباء القطاع الخاص التي تعطي في بعض الأحيان دون فحص بل حتى بدون حضور المعني بالأمر من حيث طبيعتها وقوتها الإثباتية.

فهي من جهة أولى لا تدخل في إطار شهادة الشهود لأنه لا يتم الاستماع إلى منشئها أمام القضاء وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية (الفصول من 71 إلى 84) وهي من جهة ثانية لا تعتبر خبرة قضائية لأنها لا يتم إجراؤها على أمر من القاضي الذي يعين الخبر ويحدد مهمته وأجل إنجازها ويقدر أجرته، كما أنها لا تعتبر خبرة اتفاقية لأنها لا تنجز بناء على اتفاق بين الخصوم الذين يعتبرون الخبر بمثابة وكيل عنهم وإنما تنجز بمبادرة خاصة من صاحبها.

للمزيد من الإيضاح في هذا الشأن راجع: - عادل العشابي: الشهادة الطيبة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني. جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط السنة 2001/2002

ب- الخبرة والتحكيم (31)

تتفق الخبرة والتحكيم في الاستعانة بأحد من الأغيار الذي لا علاقة له بالنزاع، وان طلبهما من قبل أطراف النزاع⁽³²⁾، بيد أن الخلاف بينهما يكمن في كون المحكم يعد قاضيا، إذ يعين بانفصال بين الأطراف للفصل في نزاع قائم أو سيقوم بينهم مستقبلا، أما الخبير فهو مساعد للقضاء ورأيه يقرر خاضعا للسلطة التقديرية للمحكمة، كما أن الخبرة الفنية أو العلمية هي التي تتحكم في نشاط الخبير في حين أن المحكم قد يكون خبيرا في موضوع النزاع وقد لا يكون كذلك، وقد يستعين هو نفسه بخبير في المسائل الفنية التي تعرض له.

ج- الخبرة والترجمة.

قد يحدث في بعض الأحيان أن أحد المتقاضين يقدم وثيقة مكتوبة بلغة أجنبية، فيثار السؤال حول ما إذا كان المترجم خبيرا؟⁽³³⁾ فهناك من يرى أن الترجمة لا تحتاج إلى أي استنتاج أو تقدير.

31- نظم المشرع المغربي التحكيم من خلال الفصول 306 إلى 327 من م م ق م دون أن يميز بين التحكيم المدني والتجاري بخلاف الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي نظمهما معا من خلال القانون الصادر بتاريخ 19-04-1994 وهو ما يعني حسب الأستاذ الكريم الطالب أن التحكيم المدني هو الذي يطبق على القضايا التحكيمية بالمغرب بغض النظر عن طبيعتها هل هي مدنية أو تجارية مع احترام الخصوصيات التي تميز إحداهما عن الأخرى. التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي، مقال منشور بمجلة المنتدعي ع 2 ص 2000 ص 37. والملاحظ أن التحكيم يمكن أن يشمل حتى القضايا الإدارية أي أنه ينصرف إلى قضاء الحقوق أو القضاء الشخصي من قبيل المنازعات المتعلقة بتسوية الوضعية الفردية للمواطنين والمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية والمنازعات المتعلقة بطلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن نشاط الإدارة، في حين لا مجال لإعماله في نطاق قضاء المشروعية للمزيد من الإيضاح في هذا الشأن، انظر:

- عبد العزيز الخليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية. منشأة المعارف الإسكندرية السنة 2005 ص 48.
- حماد أشرف محمد خليل: التحكيم في منازعات الإدارية وأثاره القانونية/ دار الفكر الجامعي ط 2010 ص 15.
- و للمزيد من الإيضاح حول التحكيم بشكل عام راجع :
- عبد الله درميش : التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء : 1982-1983
- محمد شعبي : التحكيم التجاري الدولي في الميزان: مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ع 34 السنة 1994 ص 119 وما بعدها.

32- باستثناء الخبرة التي قد يلجأ إليها القاضي تلقائيا على ما يقضي بذلك صراحة الفصل 55 من م م ق م . والجدير بالذكر أنه قد سبق للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النفض حاليا) أن اعتبر المحكم خبيرا جاء فيه: « إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه التي أثير لديها هي كذلك ما تتضمنه هاته الوسيلة قد أجابت عن ذلك بما ملخصه أن الأمر الابتدائي تضمن التمهيد بطرفي النزاع وأورد أسماءهما وصدر في نطاق السلطة الولاية لرئيس المحكمة التي تقتضي البث في غيبة الأطراف وأن المحكمة مجرد خبراء يمارسون مهنتهم الحرة وليسوا مناصبين لتولي مهام القضاء حتى يكون لهم أن يحكموا باسم جلالته الملك وإنما استنادا لصلاحياتهم من إرادة الأطراف...»

قرار صادر في 7 يوليو 1992 منشور بمجلة القضاء والقانون ع 144 ص 155 وما بعدها.

33- أستاذنا محمد الكشور: الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية م. ص 49-48

كما هو الحال بالنسبة للخبير، إذ الأمر لا يعدو أن تكون وسيلة إثبات مثل الشهادة حيث
 هذه المترجم بما تحتويه المستندات المعروضة عليه.

في حين هناك من يرى أن الترجمة ما هي إلا نوع من الخبرة الفنية، بعلة أن التناضحي يكون دائما
 وليس الحاجة إلى مساعدته سواء في حالة عدم درايته بفن أو علم أو بلغة أجنبية (34).

المطلب الثاني

أنواع الخبرة وخصائصها

أفرزت مقتضيات الواقع العملي، والمنطق القانوني أنواع عدة من الخبرة (الفقرة الأولى) كما
 هذه الأخيرة تتميز بعدة خصائص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أنواع الخبرة.

يمكن حصر أنواع الخبرات في الخبرة القضائية، والخبرة الاستشارية، والخبرة الاتفاقية وآية
 ذلك على الشكل التالي :

1- الخبرة القضائية

وهي الخبرة التي يأمر بها القاضي أو يطلبها أحد الأطراف وفقا لمقتضيات الفصل 55 من
 المرسوم رقم 261/2011 المؤرخ في 27/05/2011 الذي نص على أنه يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم
 وتلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة.

2- الخبرة الاستشارية

وهي الخبرة التي تتم عن طريق المحكمة لكن لا يشترط صفة الخصم فيمن يلجأ إليها وقد
 تكون خارج القضاء وذلك باللجوء إلى أهل الاختصاص أو الفن أو العلم للوصول للرأي والمشورة فيما
 يتعلق بمعلومات حول بيع أو سلعة أو مادة.

34- التجديز بالذكر أن الفصل 5 من الدستور المغربي لسنة 2011 نص على أنه : تظل العربية اللغة الرسمية للدولة. بيد أنه وانطلاقا من
 الممارسة العملية، فكثيرة هي القضايا التي تعرض على المحاكم ويستند أصحابها على بعض الدفوع في هذا الشأن من قبيل أن القرار
 المطعون فيه صادر باللغة الفرنسية وبالتالي خرقة للدستور المغربي. وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بفاس
 بتاريخ 29/06/2016 ما يلي :

كانت مقتضيات الفصل 5 من الدستور المغربي تنص على أن اللغة العربية تظل اللغة الرسمية، فإن هذا لا يفيد معه
 اللغات الأجنبية الأخرى في التعامل، باعتبارها تشكل رافدا من روافد الدولة العصرية المبنية على الانفتاح والمتشعبة
 وفق دستور 2011 الذي لم يترتب آثار على مخالفة ذلك، فضلا عن كون استعمال اللغة العربية يقتصر على المرافعات
 حكم دون باقي الوثائق، حكم عدد 751/2016 في الملف الإداري 69/7110/2016 غير منشور.

ونعتقد أن مثل هذا النوع من الخبرة لا يرقى إلى مستوى تقرير الخبرة القضائية من القيمة القانونية والحجة باعتبار هذه الأخيرة بينة قانونية.

3- الخبرة الاتفاقية

وتسمى كذلك بالخبرة الودية وهي التي يلجأ إليها أطراف النزاع إلى شخيرة دون تدخل القضاء لكي يبدي رأيه في مسألة فنية أو تخصصية مختلف حولها، حيث يتم اختيار الخبير من الطرفين وتقرير لا يلزم المحكمة إلا بقدر ما تم الاتفاق عليه.

الفقرة الثانية : خصائص الخبرة القضائية.

يمكن إبراز هذه الخصائص فيما يلي :

- الأصل في الخبرة القضائية أن تكون كمسألة عارضة في إطار دعوى جارية أمام محكمة الموضوع. إلا أنه يمكن طلب إجراء خبرة عن طريق دعوى أصلية في إطار الفصل 148 (35) أو 149 (36) من م م م لتهيئة الدليل مع عدم المساس بالجوهري (37).

- الخبرة القضائية هي مسألة اختيارية، أي تتم بناء على السلطة التقديرية (38) للقاضي، بيد أنها

35- تنص مقتضيات الفصل 148 من م م م على ما يلي :

يختص رؤساء المحاكم الابتدائية وحدهم بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بإثبات حال أو توجيه إنذار أو أي إجراء مستعجل في أية مادة لم يرد بشأنها نص خاص...

36- تنص مقتضيات الفصل 149 من م م م على ما يلي :

يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات... إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة... والواقع أنه يتعين عدم الخلط بين الاستعجال والنظر في الدعوى على وجه السرعة وفي هذا الصدد يقول بعض الفقه، ولأن الاختصاص بالدعوى المستعجلة اختصاص نوعي، فإنه لا يقوم إلا حيث يتعلق الأمر بدعوى وقتية، ولهذا فإنه إذا رفعت دعوى موضوعية فإنه أي كان وجه الاستعجال الذي يبرر الإسراع بالفصل في هذه الدعوى فإنها لا تدخل في الاختصاص المقرر للدعوى الوقتية. فنحي والي: « قانون القضاء المدني الكويتي نشر جامعة الكويت الطبعة 1977 ص 139-140.

37- جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) صادر بتاريخ 1997-04-30 ما يلي :

« حيث إن الطلب الرامي إلى تعيين خيرة لمعالجة حسابات الشركة بل يخرج عن نطاق اختصاص قاضي الأمور المستعجلة طالما أنه إجراء وقتي ولا يمس حقوق المساهمين في الشركة، بل الغاية منه التثبيت من حالتها وإجراء تحقيق عليها بعد النزاع الذي نشب بين المساهمين فيها.

- منشور بالمجلة المغربية للقانون ع 14 ص 227 وما بعدها.

38- الملاحظ أن الفقه لم يعر اهتماما لتعريف السلطة التقديرية وبيان مدلولها وغياب ذلك كما ذهب إلى ذلك أستاذي محمد الكشور راجع بالأساس إلى أن هذا المفهوم في حد ذاته من المفاهيم الغامضة نظرا لقلّة الدراسات التي رصدت له من جهة، ولارتباطه بمجال شائك هو مجال التمييز بين القانون والواقع من جهة أخرى، ذلك أن مجال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع يضيف أو يتسع تبعا لانكماش أو اتساع سلطة الرقابة المخولة لمحكمة النقض حيث يظل من الصعب جدا وضع تعريف لمفهوم غير مستقر. رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية . م م م ص 352.

في بعض الأحيان تكون إلزامية إما بأمر من المشرع⁽⁴⁰⁾ وإما نتيجة اجتهاد قضائي⁽⁴¹⁾ قار صادر عن محكمة النقض كما هو الشأن بالنسبة للتعويض التقاضي⁽⁴²⁾ وقضايا نزع الملكية

والجدير بالذكر في هذا المقام أن فكرة السلطة التقديرية هي فكرة جد سائدة في مختلف النظم الإدارية. كما أنه وما لا جدال فيه أن هذه السلطة تمارس في مجال القواعد الموضوعية ومجال القواعد الإجرائية، والمزيد من التوضيح بخصوص السلطة التقديرية في المجال الإجرائي راجع:
- نبيل اسماعيل عمر : سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. منشأة المعارف بالإسكندرية السنة 1984 ص 450 وما بعدها.

39- كما هو الحال بالنسبة للفصل 83 وما يليه من ظهير 6 فبراير 1963 كما وقع تعديله بشأن التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية. وللمزيد من الإيضاح حول هذا الظهير راجع:

- أمال جلال : مسؤولية المؤاجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1997 ص 129.

- أستاذنا محمد الكشور : حوادث الشغل والأمراض المهنية، المسؤولية والتعويض مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1995 ص 149 وما بعدها.

40- الواقع أنه يتعين التمييز بين العمل القضائي والاجتهاد القضائي، إذ لا نكون أمام هذا الأخير إلا في حالة انعدام النص القانوني الواجب التطبيق أو عند نقصانه أو غموضه. وإن كان المجلس الأعلى سابقا قد حصر الاجتهاد القضائي في حالة عدم وجود نص قانوني - والذي لا نشاطه - جاء فيه :

« وحيث إن قرار المجلس الأعلى المستدل به في القرار المطعون فيه لا يشكل اجتهادا قضائيا، لأن الاجتهاد القضائي يسن في حالة عدم وجود نص قانوني. أما الحالة موضوع النزاع فينص عليها الفصل 107 المشار إليه بكل وضوح وهو الفصل الذي بنت عليه محكمة الاستئناف قضاءها وطبقته تطبيقا سليما. مما تكون معه الوسيلة على غير أساس .

- قرار صادر في 21 يناير 1981. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28 ص 129 وما بعدها.

وراجع كذلك قرار المجلس الأعلى الصادر في 1982-07-28 منشور بمجلة المعيار العدد 5 ص 9 وما بعدها.

وتجدر الملاحظة أن الفقه اختلف حول أساس ومدى سلطة قاضي الموضوع عندما يجتهد في هذه الحالة :

أولا فقد أنكر جانب من الفقه أن يكون القاضي حرا في قضاؤه، فهو مقيد دائما بإرادة المشرع. وحتى في الحالات التي يقضي فيها وفقا للعدالة، فإنه لا يستمد الحكم من نفسه وإنما من قاعدة موضوعية غير مكتوبة يبعث عنها القاضي في الضمير العام للجماعة.

ثانيا : وقد ذهب رأي فقهي آخر في اتجاه معاكس حيث يرى أن القاضي يباشر نشاطا حرا خلافا دائما. والتشريع لا يمكن أن ينظم كافة المظاهر الواقعة للحياة الاجتماعية في تنوعها وتجددها، وحتى في الحالات التي ينظمها، فإن قواعده العامة المجردة لا تتضمن سوى توجيهان لسير النظام القانوني يحتاج تطبيقها إلى ملاءمتها مع الملابسات الخاصة للحالات الواقعية.

ويعيدا عن هذا النقاش الفلسفي، فإن أغلبية الفقه تقرر أن القانون الوضعي يعترف لقاضي الموضوع بحرية كاملة لتكملة النصوص للمزيد من الإيضاح:

- حامد فهمي ومحمد حامد فهمي : النقض في المواد المدنية والتجارية القاهرة 1937 ص 243 وما بعدها.

- وجدي عبد الصمد : دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، مجلة المحاماة المصرية سنة 1956 ع 1. 1967.

والملاحظ أن الدور الإنشائي للقاضي يبرز بشكل واضح في المجال الإداري حتى قيل بحق أنه قضاء إنشائي.

41- القسمة من حيث مصدرها إما اتفاقية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مع عدم المساس بالنظام العام، وإما قضائية تخضع لإجراءات سطرها المشرع في قانون المسطرة المدنية ولا دخل لإرادة الأفراد فيها.

والأصل أن تكون القسمة رضائية، حيث تترك للمتقاسمين الرضاء حرية إبرامها، إلا أنها تكون قضائية في فرضيات ثلاث :

- إذا اختلف الشركاء ولو كانوا رضاء، حول إجراءات القسمة الاتفاقية

- إذا كان من بين المتقاسمين من لا تتوفر فيه أهلية التصرف في حقوقه

- إذا كان من بين المتقاسمين غائب أو مفقود.

- الأصل أن الخبرة تنصرف إلى بحث المسائل الفنية وإمطاطة المذاهم عنها (43) لا القانونية بيد أنه يجوز البحث في النقاط القانونية وذلك في نطاق ضيق (44).

والملاحظ أن موضوع القسمة القضائية يطرح العديد من الإشكالات القانونية والقضائية والفقهية. فمن الناحية القانونية هناك كثرة النصوص القانونية الموضوعية التي تتطلب دعوى القسمة تطبيقها. وعلى مستوى القضاء فإنها تعد من القضايا الشائكة التي يجد القضاء المغربي صعوبة كبرى في وجود الحلول الملائمة لها حيث يطول النزاع عدة سنوات أما من الناحية الفقهية فإن الصعوبة تكمن في كون الباحث يتعين عليه الإلمام بكل من القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق وكذا القواعد الشكلية. للمزيد من الإيضاح:

- أستاذنا محمد كشيور: القسمة القضائية في القانون المغربي، الطبعة الأولى 1996 مطبعة النجاح الجديدة ص 11 وما بعد. ولعل من أهم القرارات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا من حيث الاستعانة بالخبرة في مجال القسمة نورد مايلي:

« حيث إنه يجب على المحكمة قبل الحكم بعدم قابلية المحل المتنازع بشأنه للقسمة لأي سبب كان، الوقوف على عين المكان مستعينة بالخبرة الضرورية، قرار صادر بتاريخ 27 شتنبر 1978 منشور بمجلة المحاماة العدد 17 ص 11 وما بعدها.

42- المنظمة بموجب القانون رقم 81.7 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 81.2541 الصادر بتاريخ 11 رجب 1402 الموافق 06 ماي 1982. بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15/06/1983 ص 980.

والملاحظ أن مقتضيات هذا القانون قد أوضحت بآلية ومتجاوزة وتطرح على أرض الواقع عدة إشكالات. مما يتعين معه والحالة هاته التعجيل بإعادة النظر في بنوده الإجرائية والموضوعية. لأن القيام بذلك سيضع حد للاعتداء المادي كعملية منقطعة الصلة بالشرعية والمشروعية والتي تمارسها الإدارة لكونها سهلة بالنسبة لها بذل اللجوء إلى مسطرة نزاع الملكية التي هي طويلة ومعقدة.

43- طبقا لمقتضيات المادة 2 من القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين، فإن الخبير يتولى بتكليف من المحكمة التحقيق في نقط تقنية وفنية ويمنع عليه أن يبدي أي رأي في الجواب القضائية.

كما أن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 59 من ق م م تنص على أنه يجب على الخبير أن يقدم جوابا محددا وواضحا على كل سؤال فني كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 242 من المدونة العامة للضرائب على أنه لا يمكن له (أي الخبير) أن يبدي رأيه في مسائل قانونية غير تلك التي تهم مطابقة الوثائق والأوراق المقدمة إليه للتشريع المنظم لها.

44- يظهر ذلك جليا من خلال المنازعات ذات الصلة بوثائق التعمير بحيث في بعض الأحيان يتم تكليف الخبير بالتأكد من كون المشروع منسجما مع وثائق التعمير وتوقعاته.

كما أن مقتضيات المادة 242 من المدونة العامة للضرائب منحت له ذلك من خلال التأكد من مطابقة الوثائق والأوراق المقدمة إليه للتشريع المنظم لها. ذلك أنه وانطلاقا من الممارسة العملية فإنه وبالرجوع إلى المهمة التي قد يكلف بها الخبير فإنها إما أن تكون لتحديد القيمة الإيجارية إذ لم تكن محددة بعقد كراء أو قيمته التجارية حين بيعه أو أوجه الاستثمارات المتمسك بها والتابثة فعلا بموجب فواتير مقبولة شكلا وتاريخا أو لتقييم المحاسبة أو تقدير دخل أو تحديد أحد عناصر الأساس الضريبي. نعتقد أنه يتعين على الخبير في مثل هذه الحالات وصف المحاسبة ووصف الاختلالات التي تشوبها لا أن يبدي رأيه في مدى مطابقة هذه الوثائق للتشريع الضريبي أو المحاسباتي وهو ما جعل القاضي من تلقاء نفسه إما أن يعمل على استبعادها أو اعتمادها مستحضرا المنظومة القانونية في هذا الشأن. فالاعتماد عليها مؤداه أن القانون سوف يتغذى بالنتائج التي انتهى إليها الخبير إذ يمكن اعتبار هذا الأخير بمثابة الحبل السري الذي يتغذى بالنتائج التي انتهى إليها الخبير. أما الاستبعاد فإن سلطة القاضي تبقى واسعة وليست مطلقة إذ يتعين عليه احترام مبدأ التسبب أي أن يبني استعادته على أسباب. كما أنه وفي إطار القانون الدولي الخاص فإنه يجوز تعيين خبير للبحث عن القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد.

- تقرير الخبرة يعد من الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة ثبوتية معينة وبالتالي فإن رأي الخبير لا يعد ومن الأوراق الرسمية (45) إذ كل ما يرد بتقريره يمكن مجابته والاعتراض عليه بكل الوسائل ما عدا الأوراق التي ترفق بالتقرير حيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور (46).

الفرع الثاني: الإجراءات المرتبطة بالخبرة القضائية

يمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين، مرحلة الإجراءات السابقة (47) أو الممهدة لها (المطلب الأول) ثم مرحلة إعدادها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مرحلة الإجراءات السابقة أو الممهدة لها

تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي :

1- صدور الحكم التمهيدي

الواقع أن الحكم التمهيدي الصادر بإجراء خبرة يجب أن يتضمن عدة بيانات أهمها :

تحديد مهمة الخبير، أي الإشارة إلى مهامه، والنقط التقنية التي تجري الخبرة فيها والذي يجب أن يتقيد بها (48) ولا يتجاوزها.

45- عرف المشرع المغربي الورقة الرسمية من خلال مقتضيات الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود والتي تنص على أنه: «الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون وتكون رسمية أيضا:

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاء في محاكمهم

2- الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها،

وتعد رسمية أيضا الوثائق التي يحررها العدلان ويخاطب عليها قاضي التوثيق وفق الأحكام المتعلقة لخطة العدالة بموجب الظهير الشريف لرقم 56/06/1 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 03-16 وتعد رسمية أيضا الوثائق المحررة من طرف الموثقين في إطار القانون رقم 09-32 الصادر بشأنه الظهير الشريف رقم 1.11.179 الصادر في 22 نونبر 2011.

46- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط الجزء الثاني دار النهضة العربية بالقاهرة 1964 ص 154 وما بعدها.

47- تعد مادة الإجراءات من أهم التخصصات المعقدة بالنسبة للباحثين والمحامين والقضاة على حد سواء لما تشكله هذه المادة من أهمية باعتبارها الوسيلة المفضلة لحرية اللجوء إلى القضاء للحصول على الحقوق، حتى قيل بحق أنها الابن الرهيب للعائلة القانونية.

48- جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي:

ولكن حيث إن الخبير مقيد أساسا بمنطوق الحكم التمهيدي القاضي بإجراء خبرة، وأنه لا يمكن من تلقاء نفسه القيام بأحد الإجراءات التي يقتضيها البحث دون استئذان المحكمة في ذلك...،

قرار عدد 537 الصادر بتاريخ 19/10/2005 في الملف عدد 1067/4/3/2005

تحديد الأجل الذي بموجبه يتعين على الخبير إيداع تقريره. وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 60 من ق م م (49)، غير أنه واستنادا للمادة 22 من القانون 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين (50)، فإنه يمكن للسيد الخبير تقديم ملتمس يلتمس من خلاله تمديد الأجل بعد تقديمه لمبررات معقولة، فاحترام الأجل يعد أمرا لا مندوحة عليه، لكون المواعيد تعد من أهم الإجراءات المؤثرة في سير الدعوى (51).

- الإشارة فيه إلى ضرورة إيداع الأطراف لمبلغ مسبق، تعمل المحكمة بموجبه على تحديد صوائر الخبرة ما عدا إذا كان الأطراف أو أحدهم استفاد من المساعدة القضائية (52). ويتعين أن يراعى

49- ينص الفصل 60 من ق م م على ما يلي :

« إذا كان التقرير مكتوبا حدد القاضي الأجل الذي يجب على الخبير أن يضعه فيه وتبلغ كتابة الضبط الأطراف بمجرد وضع التقرير المذكور بها... »

50- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 22 من قانون 45.00 على ما يلي :

« ينجز الخبير تقريره داخل الأجل المحدد له بمقتضى المقرر القضائي، ما لم تتم الموافقة على تحديد الأجل بناء على طلبه.

51- الأصل في التحديد القضائي للأجل قول عمر رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري: « واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذت له بحقه وإلا سجلت القضية عليه، فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى. أبو الحسن المارودي . الأحكام السلطانية والولاية الدينية. مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت ص 91.

وفي ذلك يقول ابن عاصم : ولاجتهاد الحاكم الأجل موكولة حيث لها استعمال

والواقع أن تحديد أجال قصيرة ملزمة للقضاء وللمتقاضين من شأنه المساهمة بشكل ايجابي في ترشيد الزمن القضائي.

وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه إلى القول : لتحديد أجال الإجراءات القضائية وظيفتان :

الوظيفة الأولى: تهدف إلى دفع الخصم وحمله على القيام أو اتخاذ إجراء معين خلال زمن معقول ، حتى لا تبقى الخصومة رهن إرادته يتحرك بها في أي وقت شاء، ومثال ذلك تحديد أجل ممارسة الطعن في الأحكام، وأجل سقوط الخصومة حتى لا تكون مؤبدة بغير نهاية. والوظيفة الثانية: ترمي إلى منح الخصوم فترة زمنية كافية ومعقولة منطقيا للقيام ببعض الإجراءات القضائية مثل الأجل الذي يفصل بين التبليغ والحضور، وهذا يقضي أن لا يترك أمر مباشرة إجراءات الدعوى للخصوم بغير قيد زمني وألا تأبدت المنازعات. إدريس العلوي العبدلاوي : حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع، مجلة أكاديمية المملكة المغربية العدد 18 السنة 2001 ص 45.

والجدري بالذكر في هذا المقام أن جل الأنظمة الانكلوسكسونية تعتمد نظام إدارة الدعوى ويعني هذا النظام مجموعة من الإجراءات القانونية التي يقوم بها قاضي متخصص يتم من خلالها التأكد من صحة تمثيل الأطراف وحصر البيئات، وتهيئة الفرصة المناسبة لجمع الأطراف بهدف تحديد جوهر النزاع، وعرض حل النزاع بينهم مصالحة أو بإحدى الطرق البديلة عن التقاضي أو إحالة الملف إلى محكمة الموضوع. أما الدول التي لا تأخذ بهذا النظام كالمغرب، فإنه يتعين على الأقل تطوير المسطرة الكتابية و تفعيل دور القاضي المقرر وذلك بإعطائه صلاحيات واسعة لتحديد أجل معقول ومناسب لتجهيز القضايا للمناقشة ثم الحكم.

52- المرسوم الملكي رقم 514.65 الصادر بتاريخ فاتح نونبر 1966 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2820 بتاريخ 16 نونبر 1966 ص 2379 كما تم تغييره بالظهير الشريف رقم 280.92.1 الصادر 29 دسمبر 1992 بمثابة قانون المالية لسنة 1993 الجريدة الرسمية عدد 4182 بتاريخ 30 ديسمبر 1992 ص 1936. والواقع أن نظام المساعدة القضائية هو نظام إسعافي حاول من خلاله المشرع تحقيق مجانية

القضاء على الأقل لبعض الفئات المعوزة، وبعض الأنواع من القضايا ذات الطبيعة الاجتماعية. بيد أن هذا النظام بقي جامدا ولم يساير تطور المجتمع المغربي وقضاياها والنتيجة من هذا وذاك فإنه قد آن الأوان لإعادة النظر في نظام المساعدة القضائية من خلال ما يلي :

- وضع معايير وشروط موضوعية للاستفادة منها. - تبسيط مسطرة الحصول عليها.
- توسيع مجال الاستفادة منها من حيث الأشخاص كالمعاقين، والمهاجرين وضحايا الإرهاب وضحايا العنف ضد النساء.
- توسيع مجالها لتشمل مصاريف وأجور الخبراء والتراجمة والمفوضين القضائيين.

هذا التحديد العمل الموكل للخبير لا الوضعية الاجتماعية والمادية للأطراف . وفي حالة عدم أداء صوائر الخبرة يتم صرف النظر عنها ويتم الحكم برفض الطلب (53).

- أن يتضمن اسم الخبير المطلوب منه إجراء الخبرة والذي يجب أن يكون مقيدا في جدول الخبراء، غير أنه إذا لم يوجد خبير مقيد في هذا الجدول، فلذلك يمكن إمكانية الاستعانة بخبير غير مقيد شريطة أدائه لليمين القانونية (54). كما يتعين مراعاة التخصص عند تعيين الخبراء (55).

2- تبليغ الحكم التمهيدي للأطراف والخبير

بعد صدور الحكم التمهيدي يتم تبليغه للأطراف والخبير، فتبليغ الحكم للأطراف يمكنهم من إمكانية ممارسة إحدى الحقوق المخولة لهم بموجب الفصل 62 من قانون المسطرة المدنية المتمثلة

53- يرى بعض الفقه أن الحكم برفض الطلب هو إجراء قاسي جدا وأنه جذا لو استعمل المشرع عبارة عدم قبول الدعوى أو التشطيب عليها إسوة ببعض التشريعات المقارنة كما هو الحال بالنسبة لمقتضيات المادة 137 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري والفصل 271 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد حيث يستدعي القاضي الخصوم في حالة عدم إيداع الأمانة لكي يقدموا له الإيضاحات اللازمة ويكون أمام القاضي .
- إما أن يوافق على منح ميعاد جديد لإيداع الأمانة .
- إما الاستمرار في سير الدعوى دون خبرة .
أستاذنا محمد الكشور: الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية م ص 78-79 .
ونعتقد أن عبارة رفض الطلب تبقى هي الأنسب لأن عدم أداء صوائر الخبرة يفيد معه أن النزاع أضحى غير جدي .

54- تنص مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 59 من ق م م على مايلي:

« وعند عدم وجود خبير مدرج بالجدول يمكن بصفة استثنائية للقاضي أن يعين خبيرا لهذا النزاع، وفي هذه الحالة يجب على الخبير أن يؤدي اليمين أمام السلطة القضائية... »

والملاحظ أن هذا المقتضى لم يجد الأثار المترتبة عن إنجاز الخبرة دون أداء اليمين القانونية للخبير غير المقيد بالجدول فهل مآلها البطالان؟ نعتقد أن الجواب سيكون بالنفي لأن المشرع استحضر إمكانية الإغفاء من أداء اليمين باتفاق الأطراف مما يفيد معه أن الأمر غير متصل بالنظام العام .

جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا مايلي :

« وجوب أداء اليمين بالنسبة للخبراء غير المحلفين نقطة قانونية يمكن التمسك بها للطعن في الخبرة ولو بعد إجرائها عملا بما اقتضاه الفصل 59 المحتج به مما يكون معه القرار المطعون فيه باعتبار أن الخبرة صحيحة بالرغم من عدم أداء اليمين من طرف الخبير المعين خارج الجدول وعدم إعفاء منها باتفاق الأطراف فاسد التعليل وغير مرتكز على أساس .

- قرار صادر بتاريخ 18/06/1980 مجلة المحامي ع 7 ص 105 .

كما أن نفس المقتضى يطرح إشكالية حول مفهوم السلطة القضائية المضمنة به، فهل المقصود بذلك أن اليمين القانونية يتعين أن تؤدي أمام الهيئة القضائية؟ أم أمام القاضي المقرر فقط؟ وهل يمكن أداء اليمين القانونية أمام رئيس المحكمة؟

55- الواقع أن تعيين خبراء في غير تخصصهم وكما ذهب إلى ذلك الأستاذ محمد صقلي حسيني يساهم في الهدر الإجرائي. كلمة السيد الرئيس الأول لدى محكمة الاستئناف الإدارية بمناسبة انعقاد يوم دراسي حول موضوع الخبرة القضائية بمناسبة تفعيل برنامج التكوين المستمر. والذي أضحى من أهم الأهداف المسطرة في ميثاق إصلاح منظومة العدالة من خلال ربط المسار المهني به واعتباره سبيلا للترقية من جهة وتعميق المعارف المهنية للمتبعين لكل مهنة من مهن منظومة العدالة.

في التجريح⁽⁵⁶⁾ في حين تبليغه للخبير يمكنه من معرفة الوقائع والمهام التي أسندت إليه من طرف المحكمة.

3- استبدال الخبير

إذا ما استجدت ظروف طارئة ما طلبت تغيير الخبير الذي سبق للمحكمة أن عينته بكيفية قانونية كوفاته، أو عزله من منصبه، أو رفضه للمهمة التي أنيطت به، أو تجريحه بكيفية قانونية⁽⁵⁷⁾.

56- طبقا للفصل 62 من م ق م م فإنه يمكن تجريح الخبير الذي عينه القاضي تلقائيا للقرابة أو المصاهرة بينه وبين أحد الأطراف إلى درجة ابن العم المباشر مع إدخال الغاية:

- إذا كان هناك نزاع بينه وبين أحد الأطراف
- إذا عين لانجاز الخبرة في غير مجال اختصاصه
- إذا سبق له أن أبدى رأيا أو أدلى بشهادة في موضوع النزاع
- إذا كان مستشارا لأحد الأطراف
- لأي سبب خطير آخر ... يتعين تقديم طلب التجريم داخل 5 أيام من تاريخ تبليغ ...

باستشفافنا لهذا المقتضى القانوني نخرج ببعض الملاحظات :

- المشرع استعمل عبارة « الأسباب الخطيرة » وهي عبارة عامة لا تسمح للمحاكم بتوحيد مواقفها في هذا الصدد.
- انصرافه إلى الخبراء المعينين من طرف المحكمة بحيث إذا تم التعمين بناء على اتفاق بين الخصوم في الدعوى فلا يقبل طلب التجريح.
- التجريح مسألة إجرائية تخضع لقانون المسطرة المدنية وبالتالي يجب أن تثار قبل المناقشة في الجوهري وإلا عدت غير مقبولة طبقا للفصل 49 من م ق م م .

- مدة 5 أيام كأجل سقوط لطلب التجريح تبقى مدة قصيرة جدا ويتعين بالتالي إما مضاعفتها أو مسايرة المشرع الفرنسي الذي اشترط أن تتم قبل بدء عملية الخبرة. مع الإشارة أن المشرع الفرنسي لم ينظم أسباب تجريح الخبراء بنص خاص وإنما أحال على تلك الخاصة بتجريح القضاة.

- المشرع حدد درجة القرابة لأول مرة كما فصل في أسباب التجريح ولم يجعلها على سبيل الحصر تفاديا لأي تأويل مخالف وبذلك حاول وضع ضوابط ومؤشرات للسلطة التقديرية للقاضي.

- المشرع المغربي حينما نص على عدم قابلية المقرر الصادر في التجريح أي طعن إلا مع الحكم الفاصل في الجوهري جعله يحتل موقف وسط بين التشريعات التي حرمت هذا الطعن، وأخرى فتحت إمكانية الطعن فيه استقلالا.

57- تنص مقتضيات الفصل 61 من م ق م م على ما يلي :

إذا لم يتم الخبير بالمهمة المسندة إليه داخل الأجل المحدد له أو لم يقبل القيام بها، عين القاضي بدون استدعاء للأطراف خبيرا آخر بدلا منه وأشعر الأطراف فورا بهذا التغيير.

بصرف النظر عن الجزاءات التأديبية، يمكن الحكم على الخبير الذي لم يتم بالمهمة المسندة إليه أو رفضها بدون عذر مقبول بالمصاريف والتعويضات المترتبة عن تأخير إنجاز الخبرة للطرف المتضرر كما يمكن الحكم عليه بغرامة لفائدة الخزينة، الثابت من خلال هذا المقتضى القانوني أنه ليس من اللازم في حالة استبدال خبير بأخر أن يتم ذلك في حضور الأطراف أو في جلسة علنية وإنما المهم هو أن يشعروا بذلك.

وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي :

« لكن ، فمن جهة أولى حيث إن تعيين خبير بدل آخر لا يستلزم حضور الأطراف ولا وقوعه في جلسته... »
- قرار صادر بتاريخ 14/03/1988 منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء العدد 10 ص 159 وما بعدها.

والجدير بالذكر أنه وأثناء الممارسة العملية، فإن بعض الخبراء يرفضون في بعض الأحيان القيام بالمهام دون سبب جدي أو مشروع، مما يتعين معه والحالة هاته مسايرة من يرى أن تطبق في حقهم جريمة إنكار العدالة ، فضلا على العقوبة غير التأديبية التي قلما تعرف طريقها إلى التطبيق العملي على مستوى محاكم المحكمة. فالقاعدة العامة أن الخبير لا يلتزم بقبول المأمورية التي يندب لها فله وحده الحرية

4- استدعاء الأطراف لإنجاز الخبرة

من المبادئ القانونية المسلم بها في مجال الإجراءات أن الخبرة الفنية أو العلمية و التي تأمر بها محكمة الموضوع يجب أن تكون حضورية، أي يجب أن تنجز بحضور الأطراف المتنازعة (58) وهي قاعدة إجرائية سائدة في أغلب التشريعات المقارنة، وعندنا في المغرب من صميم حقوق الدفاع (59).

الكاملة في قبولها أو رفضها وهذا المبدأ تقره معظم التشريعات في الوقت الحاضر كالقانون الألماني والاسباني والسويد بالحرية في قبول أو رفض المأمورية دون أدنى قيد، وعلى العكس من ذلك، ذهبت بعض التشريعات الأخرى إلى وضع قيود على حرية الخبير وخاصة إذا كان مقيدا بالجدول وتلزمه بقبول المأمورية فلا يستطيع رفضها إما للأسباب التي يحددها القانون ومن هذه التشريعات القانون اليوناني والقانون الهولندي، بل ذهب القانون الايطالي إلى أبعد من ذلك بتوقيع عقوبة على الخبير إذا كان مقيدا على القائمة ورفض المأمورية. وقد اتخذ المشرع المصري موقفا وسطا عندما أعطى للخبير الحرية في رفض المأمورية التي أسندت إليه، ولكنه وضع قيودا في هذا الشأن وهو أن يكون هذا الرفض مبنيا على أسباب وجيهة يقبلها القاضي (المادة 140 من قانون الإثبات). أما المشرع الفرنسي فقد تحدث عن إمكانية تغيير الخبير لرفض المأمورية المسندة إليه دون الحديث عن إمكانية إزال عقوبة ما عليه طبقا للفصل 235 من قانون الإجراءات .
- علي الحديدي : مرجع سابق ص 218.

58- في هذا الصدد نصت مقتضيات الفصل 63 من ق م م على ما يلي :
يجب على الخبير تحت طائلة البطلان أن يستدعي الأطراف ووكلائهم لحضور إنجاز الخبرة مع إمكانية استعانة الأطراف بأي شخص يرون فائدة في حضوره.
يجب عليه أن لا يقوم بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية ما لم تأمر المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها أن هناك حالة استعجال.
يضمن الخبير في محضر مرفق بالتقرير أقوال الأطراف وملاحظاتهم ويوقعون معه عليه مع وجوب الإشارة إلى من رفض منهم التوقيع.
يقوم الخبير بمهمته تحت مراقبة القاضي الذي يمكن له حضور عمليات الخبرة إذا اعتبر ذلك مفيدا.
الملاحظ أن المشرع المغربي ومن خلال ترتيبه للبطلان من خلال تعديل الفصل 63 من ق م م بموجب القانون رقم 33.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.153 المؤرخ في 17/08/2011 سائر الاجتهادات المتواترة للفرقة الإدارية (محكمة النقض) والتي كانت ترتب البطلان على خرق هذا الفصل، من قبيل القرار عدد 53 الصادر في 20/2008 في الملف رقم 751/4/3/2006. مما يبرر معه الدور الخلاق للاجتهاد القضائي والذي يستفز المشرع من أجل تعديل النصوص القانونية بالتالي أضحت مسألة استدعاء الأطراف من صميم النظام العام وخاضعة لرقابة محكمة النقض وإن كان البعض يرى أن عدم دعوة الخصوم لا يتعلق بالنظام العام لأنه يترتب على أساس أن هناك إخلالا بحق الخصوم في الدفاع، ومن أجل ذلك فإن هذا البطلان يرتفع بحضور الخصوم فيما بعد وتمكينهم من الدفاع عن مصالحهم وإبداء ملاحظاتهم وطلباتهم.

59- مبدأ المواجهة أو التواجهية يعد من الحقوق الطبيعية وأحد العناصر الأساسية لحقوق الدفاع التي لا ينبغي التناول عليها.
جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا ما يلي:

« حيث صح ما عابه المستأنف على الحكم المستأنف ذلك أن الفصل 63 من ق م م أوجب على الخبير أن يستدعي الأطراف ووكلائهم لحضور إنجاز الخبرة، وذلك قبل خمسة أيام على الأقل الموعد المحدد، والثابت من تقرير الخبرة المنجز من لدن الخبير السيد الحسين الصابر أنه لم يستدع المدعى عليهم لحضور إجراءات الخبرة طبقا للفصل 63 المشار إليه، فإن المحكمة لما اعتمدته في الحكم المستأنف عليها بالتعويض تكون قد خرقت الفصل المحتج به وعرضت حكمها للإلغاء.

- قرار عدد 296 الصادر في 30/06/2004 في الملف الإداري عدد 2681/4/2/2003.

وفي نفس السياق أنظر القرار عدد 95 الصادر في 22/2/2006. الصادر في الملف عدد 628/4/3/2005 الذي جاء فيه:

« حيث إنه بالرجوع إلى تقرير الخبرة يلاحظ أن الخبير قام بانجاز الخبرة في غيبة المدعية دون قيام أي دليل على توصلها بالإشعار بالاستلام حسب الثابت من وثائق الملف، الشيء الذي يجعل الخبرة معيبة لخرقها مقتضيات الفصل 63 من ق م م الذي تعد مقتضياته من القواعد الأمرة».

وذلك باستدعاء الأطراف ووكلائهم بجميع طرق الاستدعاء القانونية⁽⁶⁰⁾ نفاذها وفكرة الغاية في العمل الإجرائي أيا كانت الوسيلة المحددة للإبلاغ ولتفادي إشكاليات التطيغ⁽⁶¹⁾ ورجوع الرسائل بعبارة غير مطلوب (61).

وفي ختام هذه النقطة لا بد من الإشارة أنه في قضايا المنازعات الإدارية يجد الخبراء صعوبة من حيث توجيه الاستدعاء لحضور الخبرة لجميع الأطراف المدعى عليهم، هذه الصعوبة نابعة في واقع الأمر من تعدد الإدارات والمؤسسات، مما يطرح معه سؤال مؤداه هل هو ملزم بتوجيه الاستدعاء للجميع؟ المنطق يقتضي توجيه الاستدعاء فقط للأطراف المعنية بالنزاع. ليس إلا بعله أن المشرع المغربي ومن خلال الفقرة الثانية من الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية تحدث عن أطراف النزاع وليس أطراف الدعوى (62).

5- الاستماع إلى الأطراف والأغيار والشهود

عملا بمقتضيات الفقرة 3 من الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية، فإن الخبير يستمع لأقوال الأطراف وملاحظاتهم التي يبدونها شفوية أو يقدمونها كتابة، هذه الأقوال والملاحظات تفرغ في محضر

60- حسن المشرع المغربي صنعا حينما عدل مقتضيات الفصل 63 من ق م م ولم يوجب الاستدعاء بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل، حيث ترك إمكانية الاستدعاء بجميع الطرق القانونية أي أنه أحال بصفة ضمنية على الطرق العادية للتبليغ المنصوص عليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية إلى جانب التبليغ عن طريق الموظفين القضائيين.
للمزيد من الإيضاح حول الإشكاليات المثارة في التبليغ على المستوى العملي راجع: بديعة الممناوي أحكام التبليغ القضائي وإشكالاته العملية في المادة المدنية. أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق بمراكش السنة 2010-2011.

هذا والجدير بالذكر أن استدعاء المحامي لا يعني عن استدعاء الأطراف شخصيا وفق ما كرسه المجلس الأعلى سابقا من خلال العديد من قراراته من قبيل .

- قرار صادر في 6 شتنبر 1989 منشور بمجلة الإشعاع العدد 2 ص 59 وما بعدها .

كما ذهب إلى أن حضور أحد الورثة الخبرة لا يعني عن حضور الورثة الآخرين .:

- قرار صادر في 11 مارس 1992 منشور بمجلة رسالة المحاماة العدد 9 ص 85 وما بعدها .

61- للاطلاع على التطور القضائي المغربي بشأن عبارة غير مطلوب في المادة المدنية راجع:
الرافة وثاب: عبارة « غير مطلوب» في التبليغ بواسطة البريد المضمون على ضوء العمل القضائي. مقال منشور بمجلة محاكمة العدد 5 فبراير - يناير 2008/2009 ص 73 وما بعد.

62- الملاحظ على مستوى القضاء الفرنسي أنه وضع استثناءات لقاعدة وجوب حضور الخصوم أثناء إجراءات الخبرة ومن ذلك:
- عندما ينتقل الخبير إلى محل النزاع وحده للتعرف على معطيات لا تهم الأطراف.
- عندما يقوم الخبير بتحضيرات مادية أو علمية.
- عندما يستدعي الخبير الطرف بكيفية قانونية إلا أنه لم يحضر.

مستقل يوقع معه عليه الأطراف مع الإشارة إلى من رفض منهم التوقيع كما يمكن للخبير الاستماع للأغيار (63) عملا بالفقرة الثانية من الفصل 65 من قانون المسطرة المدنية.

لكن السؤال المطروح هل يجوز للخبير الاستماع إلى الشهود؟

الواقع أنه باستشفافنا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 65 من قانون المسطرة المدنية يلاحظ أن المشرع تحدث عن تلقي الخبير على شكل تصريح عاد كل المعلومات الضرورية مع الإشارة إلى مصدرها في تقريره عدا إذا منعه القاضي من ذلك. لا في شكل شهادة المنظمة بموجب الفصول من 71 إلى 84 من ق م م وكلها تفيد أن الشهادة كإجراء للتحقيق لا تسمع إلا من قاضي الموضوع وبالكيفية التي حددها المشرع (64).

63- المقصود بهم الأغيار الذين قد تفيد تصريحاتهم الخبير في إعداد تقريره بشكل جيد وذلك بالنظر لمعرفة موضوع النزاع وإحاطتهم بظروف وملابسات القضية، ويطلق عليهم المشرع الفرنسي مصطلح العارفين تمييزا لهم عن الشهود، فؤاد عزوزي مهام الخبير القضائي في المادة الإدارية. مداخلة أقيمت بمناسبة يوم دراسي حول الخبرة القضائية انعقد بالمعهد العالي للقضاء في إطار سياسة التكوين المستمر المنظم من طرف رئاسة محكمة الأشقاق الإدارية بالرباط.

64- تطبيقا لذلك جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا

«... إن المحكمة اعتمدت على تحريات الأشخاص المستمع إليهم من طرف الخبير وبتت قضاءها على ذلك رغم أن الخبير مهنته تقنية ولا علاقة له بالتدخل فيما يخص الموضوع الذي يبقى النظر فيه للقضاة الذين عليهم أن يناقشوا الدعوى في إطارها القانوني وذلك باعتماد وسائل الإثبات وكل الإجراءات الواجبة للوصول إلى الحقيقة وإقرار العدل والإنصاف بما فيها تطبيق المقتضيات القانونية من طرف المستشار المقرر بدل الاعتماد على تصريحات الأشخاص الذين لم يتم الاستماع إليهم من طرف المحكمة مما يجعل القرار المطعون فيه خارقا للمقتضيات المذكورة ويجعله معرضا للنقض».

- قرار صادر بتاريخ 3/1/1955 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 47 ص 175 وما بعدها.

والواقع أنه متى لاحظت المحكمة أن أقوال الأغيار قد تفيد في الدعوى فإنه لا ضير من استدعائهم والاستماع إليهم بالطرق التي حددها القانون والخاصة بشهادة الشهود وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه :

« يستوجب النقض الحكم الذي يعهد إلى الخبير بمهمة سماع الشهود».

Civ. 5 Juin 1947 D 1947. Jurip P 406

هذا وينبغي التذكير أن الفصل 69 من ق م م قبل تعديله كان يخول للخبير إمكانية إجراءه للصلح بين الأطراف بيد أنه وبموجب التعديل بموجب القانون رقم 85.00 تم تجريد الخبير من هذه الصلاحية مسائرا في ذلك بعض التشريعات المقارنة التي نصت على صراحة من قبيل الفصل 240 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد في حين سكت المشرع المصري عن ذلك بيد أنه وعلى مستوى محكمة النقض المصرية فقد ذهبت في إحدى قراراتها على أن مهمة الخبير تقتصر على تحقيق الواقعة في الدعوى وإبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصاء عنها بنفسه دون المسائل القانونية. مما يفيد معه أن إجراء الصلح هو مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصات السلطة القضائية وحدها، بيد أن مشروع قانون المسطرة المدنية المغربي منح للخبير إمكانية إبراء محاولة الصلح من خلال الفصل 63 ونعقد أن توجهه هذا يتماشى مع الدور الذي أضحت تلعبه الوسائل البديلة في حل النزاعات بغية التخفيف على المحاكم التي تعرف تراكما كبيرا للقضايا المعروضة أمامها.

مرحلة إنجاز الخبرة القضائية

تمثل هذه المرحلة في تحرير تقرير الخبرة (الفقرة الأولى) وفي تبليغه لأطراف الدعوى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مرحلة تحرير تقرير الخبرة

بعد انتهاء الخبير من إنجاز المهمة المحددة له بمنطوق الحكم التمهيدي بعمل على وضع تقرير غالبا ما يكون مكتوبا يضمن فيه مختلف الملاحظات العلمية أو الفنية المطلوبة منه.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينظم شكلية تقرير الخبرة⁽⁶⁵⁾ وإنما اكتفى فقط بالإشارة من خلال مقتضيات الفصل 60 إلى ما يلي :

« إذ كان التقرير مكتوبا حدد القاضي الأجل الذي يجب على الخبير أن يضعه فيه، وتبلغ كتابة الضبط الأطراف بمجرد وضع التقرير المذكور بها، لأخذ نسخة منه.

إذا كان التقرير شفويا حدد القاضي تاريخ الجلسة التي يستدعي لها الأطراف بصفة ثانوية، ويقدم الخبير تقريره الذي يضمن في محضر مستقل .

فالتقرير يجب أن يتصف بالشخصية لأنه يعبر عن وجهة نظر الخبير، وأن يتسم بالجزم واليقين، فالأحكام لا تبنى على الشك. وأن الدفع ببطلان إجراء من إجراءات الخبرة يجب التمسك به مباشرة بعد إبداع التقرير وليس بعد مناقشة موضوعه تحت طائلة عدم قبوله لوقوعه بعد فوات الأجل وذلك تماشيا مع الفصل 49 من م م م ومع ما ورد بإحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى «سابقا»

65- وفي هذا الإطار يذهب الفقيه علي الحديدي إلى القول أنه يجب أن يكون التقرير واضحا تحدد فيه كل عناصر التقرير الضرورية من :

1- الديباجة : تتضمن ما يتعلق بالوقائع محل الخبرة وبهوية الخصوم وباستدعائهم وأقوالهم وطلباتهم وملاحظاتهم.

2- أعمال الخبرة : ويعرض الخبير في هذا الصدد وصفا دقيقا للمهمة المطلوبة منه والنتيجة أو النتائج التي توصل إليها ويجب أن يكون رأي الخبير مسببا بمعنى أنه يجب على الخبير أن يبين في تقريره الأسباب التي استند إليها بإيجاز ودقة وتوضح أهمية التسبب هنا من أن يكون جزءا من حكم القاضي متى اعتمده هذا الأخير كلية، فيصبح بذلك سببا لذلك الحكم.

3- التاريخ والتوقيع : ومن اللازم أن يتضمن التقرير التاريخ وكذلك توقيع الخبير. فالتوقيع من البيانات الجوهرية لأنها هي التي تعطي للتقرير الصفة الرسمية وتتفق أغلب التشريعات المقارنة على أنه لا يلزم أن يكتب التقرير بخط يد الخبير وإنما يكفي أن يكون موقعا من طرفه.

4- المرفقات : وتتمثل في مختلف الأوراق أو المستندات التي تكون تحت يد الخبير بمناسبة تنفيذ خبرته، وكذلك ما يثبت استدعاء الأطراف ومستنداتهم الكتابية والرسوم ونتائج مختلف التحاليل. مرجع سابق، ص 337 وما يليها.

فمن الناحية العملية كثيرا ما يقوم قاضي الموضوع بتبني تقرير الخبير بأسبابه وفي هذه الحالة تصبح تلك الأسباب جزءا من الحكم الذي تبناه.

جاء فيه : «بما أن الطاعنة قدمت مستنتجات في التقرير بعد إنجاز الخبرة دون أن تلمس قبل ذلك بطلانها لعل عدم استدعائها من طرف الخبير للحضور أثناء قيامه بمهمته فإن الطعن يكون غير مقبول». (قرار صادر في 24 دجنبر 1969 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 16 ص 20 وما بعدها).

فالخبرة إذن لا تبطل إلا إذا أثبت من يتمسك بذلك البطلان أنه قد أصابه ضرر من جرائها. ويجب التنبيه في هذا الإطار أنه على مستوى الواقع العملي، نجد أن بعض الخبراء يضمنون تصريحات الأطراف بالتقرير وليس بمحضر مستقل وذلك حيادا على مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 63 من قانون المسطرة المدنية، مما يفتح المجال لبعض الأطراف إلى نفي تصريحاتهم والتمسك بعدم مسؤوليتهم عنها. مما يتعين معه والحالة هاته تضمين تصريحاتهم بمحضر مستقل وتوقيعهم عليها.

الفقرة الثانية : مرحلة تبليغ تقرير الخبرة للأطراف

تكريسا لمبدأ حق الدفاع باعتباره من أهم المبادئ المكرسة عالميا، فإنه وبعد أن يعمل السيد الخبير على إيداع تقريره بكتابة الضبط، تعمل هذه الأخيرة وبعد الموافقة الأولية للسيد القاضي المقرر⁽⁶⁶⁾ على تبليغ نسخة منه لجميع أطراف الدعوى بغية تقديم مستنتجاتهم حوله وتقديم مطالبهم النهائية، فلهم الحق في مناقشة مضامينه، وبالتالي فإنه يمكن لمن قدم التقرير في مصلحته أن يلمس المصادقة عليه، في حين يمكن للخصم الآخر تنفيذ ما ورد به مبررا ما يتضمنه من تناقض بين أجزائه أو أخطاء في بياناته، أو فساد في الرأي أو في الاستدلال أو في الاستنباط، بل له أن يطعن في المقدرة العلمية أو الفنية للخبير، انطلاقا من الهفوات التي يشملها تقريره⁽⁶⁷⁾ فضلا عن إمكانية طلب إجراء

66- الملاحظ أنه من الناحية العلمية، فإن بعض القضاة يتوصلون بتقرير الخبرة، فإنهم لا يعملون على الاطلاع على مضمونه ومراقبته من حيث المهام التي أسندت للخبير، حيث يعملون على إحالته مباشرة على الجلسة. إذ بالمراقبة القليلة تتيح إمكانية إرجاع التقرير للسيد الخبير لتوضيح ما يمكن توضيحه.

67- في هذا الصدد ذهب بعض المهتمين إلى القول :
ويمكن للخصوم أن « يحاربوا » التقرير بمختلف الأدلة، بشهادة الشهود والمستندات وبآراء رجال الفن ومؤلفاتهم، بل ويتقرير استشاري بحرق بمعرفة أي شخص آخر له خبرة بموضوع النزاع ،
- أحمد نشأت : رسالة الإثبات السنة 1971 ص 437 ،

هذا ومما تجدر الإشارة إليه وحسب مقتضيات الفصل 64 من ق م م فإنه يمكن للخبير حضور الجلسات التي تعقدها المحكمة إما من تلقاها أو بناء على طلب الأطراف، حيث تستدعيه متى ارتأت فائدة في ذلك كما لو أرادت استيضاح نقطة مبهمه وردت في التقرير أو مناقشة بشأن ما جاء فيه غير أن المحكمة غير ملزمة بإجابة الخصم أو الخصوم إلى طلبهم الرامي إلى استدعاء الخبير لكي يناقشوه في الجلسة لأن ذلك يندرج ضمن السلطة التقديرية بها والتي يجب مبدئيا أن تكون معللة.

خبرة مضادة أو جديدة⁽⁶⁸⁾.

المبحث الثاني

مظاهر الخبرة القضائية في مجال المنازعات الإدارية

كثيرة هي الحالات التي يلجأ من خلالها القضاء الإداري إلى أهل الخبرة انطلاقاً من الخصومات القضائية المعروضة عليه، وما تنطوي عليه هذه الأخيرة من مسائل فنية محصنة يعجز عن إدراكها بحكم تخصصه القانوني⁽⁶⁹⁾.

وعليه، فإذا كان المشرع المغربي وإسوة ببعض التشريعات، لم يخصص مواد خاصة للخبرة القضائية في المنازعات الإدارية، فإنه قد أحال على المواد المتعلقة بالخبرة لا سيما المضمنة بقواعد المسطرة المدنية⁽⁷⁰⁾.

والواقع أن الخبرة القضائية في المنازعات الإدارية تكثر في منازعات القضاء الشامل، أما الخبرة في دعاوى الإلغاء تكاد تنعدم⁽⁷¹⁾.

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث ملامسة نماذج لبعض الإشكالات التي تطرحها الخبرة القضائية في مجال المنازعات الإدارية، وذلك من خلال قضايا نزع الملكية والمسؤولية الإدارية (الفرع الأول). والمنازعات الجبائية والصفقات العمومية (الفرع الثاني).

68- إن الأسباب التي تدعو إلى سلوك مسطرة خبرة جديدة أو مضادة عديدة ومتنوعة لا تقع تحت الحصر من قبيل حالة بطلان تقرير الخبرة لإنجازه مثلاً دون استدعاء الأطراف أو نقصان بياناته أو عمومها....

واللجوء إلى كل من الخبرة الجديدة أو المضادة هي من الأمور الموضوعية التي تندرج ضمن السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع.

69 الواقع أن معيار المسائل الفنية لا يمكن أن يكون معياراً مطلقاً يوجب اللجوء إلى أهل الخبرة بالنسبة للقاضي الإداري بل يمكن لهذا الأخير الوقوف عليها بناء على وسائل أخرى كالمعاينة.

70- تنص المادة 7 من قانون المحاكم الإدارية على ما يلي: تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية.

71- باستثناء بعض القضايا ذات الصلة مثلاً بالظعن في قرار عزل موظف بعلة أن هذا الأخير كان منعدم الإدراك أو التمييز وقت سلوك الإدارة في حقه مسطرة ترك الوظيفة، وكذا الظعن في القرارات المرتبطة برخص البناء التي تندرج ضمن مقتضيات قانون التعمير

الفرع الأول

إشكالية الخبرة القضائية في قضايا نزع الملكية
من أجل المنفعة العامة (72). والمسؤولية الإدارية

تثير الخبرة القضائية عدة إشكالات سواء على مستوى نزع الملكية (المطلب الأول) أو على مستوى المسؤولية الإدارية بمعناها الواسع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إشكالية الخبرة القضائية في قضايا نزع الملكية

من أهم الإشكالات التي تطرح في هذا الشأن مسألة استحضار عنصر المنفعة العامة في تقويم التعويض ذات الصلة بقضايا نزع الملكية، ذلك أن مقتضيات الفصل 20 من قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة نص على أن التعويض عن نزع الملكية يحدد طبقاً للقواعد الآتية :

1- يجب ألا يشمل إلا الضرر الحالي والمحقق الناشئ مباشرة عن نزع الملكية، ولا يمكن أن يمتد إلى ضرر غير محقق أو محتمل أو غير مباشر؛

2- يحدد قدر التعويض حسب قيمة العقار يوم صدور قرار نزع الملكية دون أن تراعى في تحديد هذه القيمة البناءات والأغراس والتحسينات المنجزة دون موافقة نازع الملكية منذ نشر أو تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة المعين للأموال المقرر نزع ملكيتها؛

3- يجب ألا يتجاوز التعويض المقدر بهذه الكيفية قيمة العقار يوم نشر مقرر التخلي، أو تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة المعين للأموال التي ستنزع ملكيتها، ولا تراعى في تحديد هذه القيمة عناصر الزيادات بسبب المضاربات التي تظهر منذ صدور مقرر التصريح بالمنفعة العامة، غير أنه في حالة ما إذا لم يودع نازع الملكية في ظرف أجل ستة أشهر ابتداء من نشر «مقرر التخلي» أو تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة المعين للعقارات التي ستنزع ملكيتها، المقال الرامي إلى الحكم بنزع الملكية وتحديد التعويضات وكذا المقال الرامي إلى طلب الأمر بالحيازة، فإن

72-الملاحظ أن المشرع المغربي ومن خلال قانون 81-7 لم يعط تعريف للمنفعة العامة، لكون هذه الأخيرة تندرج ضمن المفاهيم الفضفاضة المرتبطة بتغيرات الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية حيث لم يعد نزع الملكية استثناء كما كان من قبل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بل أصبح يشكل القاعدة.

للمزيد من الايضاح في هذا الشأن راجع أحمد أجعون: اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من اجل المنفعة العامة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس الرباط السنة 2000-1999 ص 359

القيمة التي يجب ألا يتجاوزها تعويض نزع الملكية هي قيمة العقار يوم آخر إيداع لأحد هذه المقالات بكتابة ضبط المحكمة الإدارية⁽⁷³⁾.

4- يغير التعويض، عند الاقتضاء، باعتبار ما يحدثه الإعلان عن الأشغال أو العملية المزمع إنجازها من فائض القيمة أو ناقصها بالنسبة لجزء العقار الذي لم تنزع ملكيته.

ويجب تحديد مقدار خاص عن كل عنصر من العناصر المشار إليها في الفقرات 2 و3 و4 أعلاه: فباستقراءنا لهذا المقتضى القانوني نخرج بالملاحظات التالية :

- انسجام الفقرة الأولى منه مع القواعد العامة المرتبطة بالشروط الواجب توافرها في الضرر الموجب للتعويض، وهي أن يكون محققا وقائما.

- التعويض يحدد حسب قيمة العقار وذلك منذ نشر مقرر التخلي (هو الذي يبين ويحدد بدقة الأملاك العقارية الواجبة لهذا الغرض وهو ثاني إجراء يباشره نازع الملكية)، أو تبليغ مقرر المنفعة العامة (هو الذي يعين المنطقة التي سينجز بها المشروع الذي ستنزع الملكية من أجله ويصدر عن رئيس الحكومة في شكل مرسوم). مع عدم الأخذ بعين الاعتبار المضاربات التي تقع منذ صدور مقرر المنفعة العامة.

- في حالة عدم سلوك نازعة الملكية للإجراءات القضائية المرتبطة بتقديم مقال نزع الملكية داخل أجل 6 أشهر من تاريخ نشر مقرر التخلي أو تبليغ مقرر المنفعة العامة، فإن التعويض يقدر بحسب قيمة العقار انطلاقا من آخر مقال تم إيداعه بكتابة الضبط بذي المحكمة.

- استحضار مسألة فائض القيمة أو ناقصها⁽⁷⁴⁾ في تغيير التعويض بالنسبة للجزء من العقار الذي لم تنزع ملكيته.

73- حلت عبارة «كتابة ضبط المحكمة الإدارية» محل عبارة «كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية» في الفصل 20 أعلاه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون رقم 41.90 المحدث موجه محاكم إدارية،

74- جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:

إن قاعدة فائض القيمة أو ناقصها بالنسبة لجزء العقار الذي لم تنزع ملكيته يشكل أحد عناصر التقييم للتعويض عن نزع الملكية والتي يجب تحديد مقدار خاص عنها وما دام الاستئناف ينشر الدعوى فإن تمسك الطاعن بوجود تطبيق العنصر المذكور في تحديد التعويض عن نزع الملكية أمام محكمة الاستئناف لا يشكل طلبا جديدا وإنما هو مجرد مطالبة بتطبيق مقتضيات المادة 20 من قانون نزع الملكية من أجل تقدير التعويض استنادا على عناصر تحديده بما فيها عنصر فائض أو ناقص القيمة للجزء غير المنزوعة ملكيته. قرار عدد 837 الصادر بتاريخ 2014-07-24 في الملف الإداري عدد 1916/4/2/2014 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 78 ص 274

والجدير بالذكر أنه وانطلاقاً من تفاعل الممارسة العملية مع هذا المقتضى القانوني يلاحظ

ما يلي :

- بعض الأحكام التمهيدية وهي بصدد تحديدها للمهام المسندة للسيد الخبير في الشق المتعلق بتقويم العقار المنزوعة ملكيته لا تستحضر تلك العناصر الموما إليها أعلاه. مما يفضي إلى نتيجة مؤداها تقويم العقار من قبل الخبير حياداً على مقتضيات المادة 20 .

- المحكمة وهي بصدد تكوين قناعتها على التعويض المقترح من طرف السيد الخبير لا تبسط رقابتها على الإجراءات (من قبيل مراقبة أجل مرور سنتين باعتباره الأجل الفاصل بين تاريخ نشر مقرر التخلي والتاريخ الواجب على الجهة نازعة الملكية سلوك دعوى نقل الملكية) والوثائق ذات الصلة بنزع الملكية، والحال أن مقتضيات المادة 20 الموما إليها أعلاه ربطت التعويض بها.

- في بعض الأحيان وانطلاقاً من المهام المسندة للخبير من طرف المحكمة يلاحظ أن هذه الأخيرة تلزم الخبير بالاستناد على عناصر المقارنة لتقويم العقار، والحال أن عنصر المقارنة لم تشر إليه مقتضيات المادة 20 ضمن عناصر التقويم⁽⁷⁵⁾.

- المحكمة وهي بصدد تحديدها للتعويض المستحق تستحضر عنصر المنفعة العامة، والحال أن هذا العنصر لم تتم الإشارة إليه في المادة 20⁽⁷⁶⁾

75- وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض:

إن تحديد التعويض عن الضرر من صميم السلطة التقديرية لفضاء الموضوع والمحكمة لما أخذت بتقرير الخبرة تكون قد بينت الأسس التي اعتمدها ومنها مواصفات العقار وتاريخ تحديد التعويض ولم تكن ملزمة بإيراد عناصر للمقارنة مماثلة ما دامت قد اعتمدت عناصر أخرى منتجة وفق مقتضيات الفصل 20 من قانون نزاع الملكية. قرار عدد 623 الصادر بتاريخ 11-09-2014 في الملف الإداري عدد 740/4/3/2014 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 78 ص 287

76- وإن كانت مقتضيات الفصل 1 من قانون نزاع الملكية نصت صراحة على أن نزاع ملكية العقارات كلا أو بعض أو ملكية الحقوق العينية العقارية لا يجوز الحكم به إلا إذا أعلنت المنفعة العامة. فالثابت أن المحكمة هنا تكون مختصة في تقدير وجود المنفعة العامة من عدمها هذا والجدير بالذكر أن شرط المنفعة العامة يخضع لرقابة القضاء الإداري من خلال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي من خلال قضية المدينة الشرقية وذلك في إطار توسيع رقابته على القرارات الإدارية وهو ما تأثر به القضاء المغربي فيما بعد من خلال قرار المجلس الأعلى رقم 378 الصادر بتاريخ 10-02-1992 في الملف رقم 10023 في قضية الشركة العقارية ميموزا ضد الوزير الأول ومن معه. أما قبل ذلك فإن القضاء الإداري كان يتبنى الاتجاه التقليدي المتعلق بالامتناع عن رقابة السلطة التقديرية للإدارة في إعلان المنفعة العامة مكتفياً بالتأكد من مادية الوقائع أي من وجود المشروع الذي اقتضت المنفعة العامة إنجازه. للمزيد من الإيضاح في هذا الشأن انظر:

- عبد العزيز البعكوبي تطور الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع الملكية من خلال نظرية الموازنة. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 15-14 يناير يونيو السنة 1996 الصفحة 117.

- ضرورة استحضار مسألة المساهمة المجانية في تقدير التعويض (77)

- الملاحظ أن المحكمة تطلب من الخبير تحديد قيمة العقار المنزوعة ملكيته، في حين يعمل هذا الأخير وإلى جانب ذلك على تحديد الجزء أو الأجزاء غير القابلة للاستعمال ويتم استحضارها في تقديره للتعويض، في حين أنه ووفقا لقانون نزع الملكية فإنه يمكن للمنزوعة ملكيته أن يتقدم بطلب لنزع الملكية لإدخاله مع الجزء المنزوع . مما يجعلنا نطرح سؤال مؤداه هل أضحى الخبير هنا نازعا للملكية؟

- ناقص القيمة تعثره صعوبة من حيث تقديره من طرف الخبراء، إذ البعض منهم من يرى تحديده في 20% من قيمة العقار.

- البين أن عناصر التعويض المضمنة في الفصل 20 تبقى غير عادلة في حق المنزوعة ملكيته، لأنه وكما هو معلوم فالإجراءات المتعلقة بنزع الملكية تستغرق ردحا طويلا من الزمن ولا شك أن العقار تزداد قيمته وتتغير معالمه من حيث المبدأ بعد مرور الوقت وما يصاحبه من مضاربات عقارية قد ترفع قيمته، فيستفيد البعض المجاور للقطعة المنزوعة ملكيتها من ذلك، وفي الأخير يتم تعويض المنزوعة ملكيته على أساس العناصر المضمنة بالمادة 20 ويزداد الحيف أكثر حينما يتضح أن شرط المنفعة العامة تم تحويله فيما بعد لتحقيق أغراض غير ذي صلة به. فعن أية عدالة تعويضية نتحدث؟، لا شك أن الأمر يستلزم المزيد من الإصلاحات في اتجاه تقوية مركز المنزوع ملكيته في عملية النزع عن طريق التعجيل بالمسطرة وتبسيطها وتفعيل وسائل الإشهار وضممان تعويض عادل بإعادة النظر في عناصر التقييم التي يبنى على أساسها التعويض في قضايا نزع الملكية، أو على الأقل تبني عناصر أخرى إضافية إليها.

- أحمد أجمعون: تطور رقابة القضاء الإداري على شرط المنفعة العامة المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 39-38 ماي غشت 2001 ص 133

- سمير أحيادار: الرقابة القضائية على قرارات نزع الملكية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا كلية الحقوق بوجدة السنة الدراسية 2002 ص 83

77- أشارت إليها مقتضيات المادة 37 من قانون التعمير.

والملاحظ أن قانون التعمير يحيل فيما يخص مسطرة تحديد التعويض على القانون المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة باستثناء مقتضيات المادتين 37 و 38 إلا أن ذلك لا يفهم منه أن كل القرارات التي تحد من ملكية العقار يمكن أن تكون موضوع تعويض فالمادة 30 منه تنص على أنه تحدد التعويضات المستحقة لأصحاب الأراضي اللازمة لإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في البنود 3-4-5-6 من المادة 19 هذه الأخيرة استنتجت من التعويض المناطق التي يحظر فيها البناء بجميع أنواعه والارتفاعات المحدثة لمصلحة

المصطلح الثاني

إشكالية الخبرة القضائية في مجال المسؤولية الإدارية.

مما لا ريب فيه أن مجال الخبرة القضائية في مجال المسؤولية الإدارية متسع ومتعدد من ذلك، الدعاوى المتعلقة بالاعتداء المادي، والحوادث المدرسية، والحوادث التي تسببها القطارات، والحوادث الواقعة في المسابح البلدية، والحوادث التي تسببها الأسمال العمومية، يضاف إليها حالياً الأضرار الناتجة عن الخطأ القضائي.

وغني عن البيان أنه على مستوى الممارسة العملية، فإن الخبرة القضائية في دعاوى المسؤولية الإدارية بشكل عام تعترتها هي الأخرى العديد من المعوقات، نبسط البعض منها من خلال دعاوى الاعتداء المادي، ودعاوى الأخطاء الطبية المرفقية .

فعلى مستوى دعاوى الاعتداء المادي يلاحظ ما يلي :

- اللجوء إلى الخبراء المنتمين لصفة المعاينات العقارية، والحال أن الأمر يفرض انتداب خبراء ينتمون لصفة الشؤون العقارية.
- عدم الاستعانة بخبراء المسح العقاري في مضمار التقييمات العقارية، إذ يتم الاكتفاء لمن تسند لهم مهمة عملية التقييم العقاري بالمساحات التي يرد ذكرها في الرسوم دون القيام بأي مسح يذكر للعقار (78).
- بعض التقارير، الخبير لا يتقيد بما أمره به الحكم التمهيدي بالانتقال إلى العقار موضوع الدعوى والطواف به ومسحه ووصفه وصفا دقيقا إذ يصرح بأنه تعذر عليه الانتقال لعين المكان لصعوبة التعرف على موقعه.

النظافة والمرور وكذا الارتفاقات التي تفرضها قوانين خاصة إن وجدت من قبيل الارتفاقات المقررة لفائدة الملاحة الجوية والحرمان الدفاعية والمآثر التاريخية كما أن المادة 31 من قانون 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية لا يخول لصاحب التجزئة أي تعويض عن الارتفاقات التي تنشأ لما تقتضيه متطلبات الأمن والصحة والمرور والمتطلبات الجمالية كما أن المادة 28 من قانون التعمير أرجأت التعويض إلى ما بعد تنفيذ تصميم التهيئة حيث من حق المنزوعة ملكيتهم المطالبة بالتعويض عن فقدانهم لأملأهم بعد تنفيذ المشروع المزمع إقامته فوق هذه الأملاك

78- وإن كانت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في إحدى قراراتها الصادرة في 2005-12-21 قضت بعدم ضرورة مسح العقار وقياسه متى كانت المساحة المستولى عليها تشكل كامل العقار المملوك للمدعي وليس فقط جزء منه وكانت المساحة غير منازع فيها أو كانت المساحة مثبتة في شهادة الملكية المتعلقة بالرسم العقاري للأرض موضوع الاعتداء

- بعض تقارير الخبرة حينما تستند على عقود المقارنة، فإنها لا ترفقها بنسخ منها، بل لا تتم الإشارة إلى مراجعتها الكاملة عند تعذر الإدلاء بها، وحتى وإن تم الاعتماد عليها فإنها لا تكون حديثة التاريخ (79).

- هيمنة النزعة التخمينية على بعض تقارير التقييم من ذلك استعمال العبارات التالية (و بعد التحريات التي قمنا بها عند سمسرة المدينة دون تحديد هذه التحريات، وبعد استفسار بعض المنعشين العقاريين والسماسرة، نتيجة التطور الاقتصادي الذي عرفه سوق العقار دون تبيان هذا التطور، بعد استشارة بعض السكان والمارة حول قيمة العقار، بالنظر للموقع الهام والاستراتيجي الذي يتواجد به العقار دون توضيح الموقع الاستراتيجي، بل إن هناك بعض التقارير من أقحم الخبير من خلالها مبدأ لا ضرر ولا ضرار في تحديد قيمة الأرض المستولى عليها والحال أن هذا المبدأ يخص المجال الشرعي ولا صلة له بالأمر الفنية التي وحدها تدخل في اختصاصه).

- بعض التقارير تقدر التعويض عن الأراضي الفلاحية بالمترب كوحدة للقياس، في حين أنه يتعين احتسابها بالهكتار حسب ما ذهبت إليه محكمة النقض بموجب قرارها الصادر بتاريخ 01-12-2004 في الملف عدد 3099/4/2/2003.

- بعض الخبراء ومن خلال تقاريرهم يستحضرون المساهمة المجانية وهم بصدد تحديدهم للتعويض المقترح، في حين وحسب ما استقرت عليه محكمة النقض ومحاكم الموضوع أنه لا حديث عن المساهمة المجانية في دعاوى الاعتداء المادي.

- بعض الأحكام القضائية وهي بصدد تحديدها للتعويض في هذا المجال قد تستحضر عنصر المنفعة العامة. ونعتقد أن هذا الاستحضار يبقى في غير محله لكون الاعتداء المادي منقطع الصلة بالشرعية والمشروعية.

- أغلب تقارير السادة الخبراء يستندون على عقود المقارنة (80) فقط دون استحضار عناصر أخرى في تقويم العقار من قبيل أسلوب الدخل، أي النظر إلى مدخول العقار انطلاقاً من إدخاله

79- الظاهر من خلا تصفحنا لبعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض ذات الصلة بالخبرة يتضح أنها تؤكد على ضرورة استعانة السيد الخبير بعقود المقارنة مما يجعلنا نطرح سؤال مؤداه ما الحكم حينما تلزم المحكمة الخبير بالإدلاء بعناصر المقارنة، بيد أن الخبير لا يدل بها ولا يشير من خلال تقريره إلى تعذر حصوله عنها؟

80- أو ما يسمى بأسلوب السوق ويعتبر أسلوب المقارنة من أكثر الأساليب استعمالاً وأقلها تعقيداً والملاحظ أن هذا الأسلوب لا يستلزم فقط إجراء تحليل الأمان بل أيضاً تحليل وتوصيف كل المميزات لمعرفة الفوارق الموجودة بين العقار المطلوب تقييمه وبين العقارات محل المقارنة سواء من حيث الموقع أو المساحة أو حالة البناء إلى غير ذلك من العناصر وذلك كله حتى يتأتى لخبير التقييم حذف أو إضافة فارق قيمة الأجزاء غير المتماثلة لأنه من شبه المستحيل العثور على عقارين مماثلين غاية الشامل، بل إن لكل عقار مميزاته الخاصة وهذا راجع لخاصية التفرد أو عدم التجانس التي تمتاز بها العقارات. للمزيد من الإيضاح إبراهيم زعيم: تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية مطبعة النجاح الجديدة الصفحة 167

- في رأسمال، أو أسلوب التكلفة أو ما يسمى بأسلوب القيمة الاستبدالية أي استخلاص قيمة المبنى المراد تقييمه من تكلفة تشييد مبنى آخر حديث أو بديل مشابه له على افتراض أنه تم هدم المبنى المراد تقييمه واستبداله ببناء جديد، أو الاستناد على معلومات أخرى (مرصد المعلومات، ولوحات إخبارية) وفي هذا الإطار نطرح السؤال التالي هل يمكن الاستعانة بالسعر المرجعي الذي تم تحديده من طرف الإدارة الجبائية للعقارات، والاستناد عليه في عملية تقويم العقار؟
- بعض الخبراء تعترضهم صعوبة فيما يخص التواجهية بين الأطراف لا سيما من أجهزة الدولة التي لا تعير اهتماما لذلك، حيث لا تحضر، وإن حضرت لا يكون ممثلها على علم بمجريات الدعوى. مما يطرح معه السؤال التالي : كيفية الوصول إلى عدالة تعويض المعتدى عليه مع حماية المال العام من كل إثراء غير مبرر؟
- أما على مستوى دعاوى الأخطاء المرفقية الطبية فيلاحظ ما يلي :
- كثيرا ما تختلط النواحي الفنية والنواحي الطبية، فيعد كل ما هو فني مسألة طبية وهو ما يزيد من غموض فكرة الخبرة الطبية.
- بعض الأحيان يتوسع الخبير في نطاق مهمته في هذا المجال ويعطي تقريرا قانونيا للموقف في محاولة منه للقفز على الجوانب الفنية.
- صعوبة الحصول على تقرير موضوعي من الخبير في نطاق مسؤولية الطبيب عن أخطائه نتيجة التضامن المهني السائد في هذا الشأن .
- بعض التقارير الطبية تعتمد على بعض الآراء العلمية التي ما زالت محلا للجدل العلمي والحال أنه يتعين على الخبير تجنب ذلك بل عليه الابتعاد عن طرح آرائه الشخصية إذا لم تكن متفقة مع الأصول العلمية المستقرة
- معظم التقارير للخبراء لا تحدد ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ أم لا؟ أي أنها تتحاشى ذلك مخافة اهتزاز الثقة بين الأطباء.
- في بعض الأحيان قد يتمسك دفاع المدعي بكون تقرير الخبرة منجز باللغة الفرنسية وبالتالي مخالفته للفصل 5 من الدستور المغربي، ويلتمس استبعاده، ونعتقد أنه لئن كانت مقتضيات الفصل 5 من الدستور تنص على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية، فإن هذا لا يفيد معه استبعاد باقي اللغات الأجنبية الأخرى في التعامل، باعتبارها تشكل رافدا من روافد الدولة العصرية

المبنية على الانفتاح والمتشبهة بالمواثيق الدولية وفق دستور 2011 الذي لم يرتب آثارا علم مخالفة ذلك، فضلا عن كون استعمال اللغة العربية يقتصر على المرافعات والأحكام دون باقي الوثائق (حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 751/2016 في الملف الإداري 016/7110/69 غير منشور).

الفرع الثاني

إشكالية الخبرة القضائية في المنازعات

الجبائية والصفقات العمومية

تثير الخبرة القضائية عدة إشكالات سواء على مستوى المنازعات الجبائية (المطلب الأول) أو على مستوى المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإشكالات المثارة بخصوص الخبرة

القضائية في المنازعات الجبائية

الواقع أن الإشكالات التي تثار في هذا الشأن تبقى مرتبطة بإشكالية كبرى تتمثل في كون المشرع الجبائي المغربي لم يحدد بشكل مفصل وسائل الإثبات في المادة الجبائية. فالخبرة القضائية في هذا المجال تنصب في واقع الأمر على الوثائق والإثباتات المدلى بها من الأطراف والنتيجة من هذا وذاك أن الخبير يمنع عليه في هذه الحالة الحلول محل الأطراف في تقديم وسائل الإثبات. ولعل من أهم الإشكالات المطروحة على أرض الواقع نورد ما يلي :

- إشكالية الوثائق المدلى بها لأول مرة أمام الخبير القضائي؟

لا شك أن المادة 242 من المدونة العامة للضرائب وضعت حدا لمثل هذا الإشكال حينما نصت على أنه لا يمكن للسيد الخبير الاستناد في خلاصاته على دفع أو وثائق لم يتم اطلاع الطرف الآخر في الدعوى عليها خلال المسطرة التواجهية.

- إشكالية تعيين الخبراء في التقويم العقاري بخصوص تصحيح الأرباح العقارية؟

لقد درجت المحاكم على تعيين خبراء في التقويم العقاري عند البت في المنازعات ذات الصلة بالأرباح العقارية مستندة في ذلك على أنه وبالرغم من كون مقتضيات الفصل 242 من المدونة

العامّة للضرائب تفرض تعيين خبير حيسوبي، فإن الأمر لا ينسحب على كافة المنازعات الجبائية بل يجب أن ينصرف إلى النزاعات ذات الصبغة الفنية والمحاسبية (81) لكن محكمة النقض كان لها موقف آخر حين اعتبرت أن النص واضح (أي المادة 242 من المدونة العامة للضرائب) ولا يحتاج إلى تفسير ولا إلى تمييز بين الضرائب التكميلية المتعلقة بالربح العقاري ولا باقي الضرائب التكميلية الأخرى (82). وهنا نود طرح سؤال مؤداه ما مدى فعالية ونجاعة إسناد الخبرات في ميدان التقويم العقاري إلى خبير محاسب وما مدى قدرته على القيام بذلك خاصة تقويم البنايات وتحديد قيمة الاستثمارات المنجزة على عقار خاضع للضريبة في الوقت الذي نجد أن الواقع العملي يفيد أن العديد من الخبراء المحاسبين يرفضون ذلك بعلّة عدم قدرتهم على القيام بالمهمة بل يطالبون في أحيان أخرى بالاستعانة بخبير عقاري لتنفيذ المهمة. فالخبرة الجبائية بالنسبة له تشكل مهام استثنائية، فضلا عن سؤال فرعي يتفرع عن ذلك مفاده كيفية تحقيق الموازنة بين المادة 242 من المدونة العامة للضرائب والفصل 62 من قانون المسطرة المدنية الذي نص على إمكانية تجريح الخبير المعين في غير مجال تخصصه؟

- إشكالية الفقرة الأخيرة من المادة 242 من المدونة العامة للضرائب التي قضت بأنه لا يمكن للسيد الخبير أن يبدي رأيه في مسائل قانونية غير تلك التي تهم مطابقة الوثائق والأوراق المقدمة له للتشريع المنظم لها.

الواقع أن هذه الفقرة قد توحى بأن الملزم لا يمكن له الاستناد على وسائل إثبات أخرى لم تكن بيد يديه حين المنازعة الإدارية، كما أنها قد تفيد بأنها تشكل نشازا عن القاعدة المكرسة تشريعا وفقها وقضاء وهي أن الخبير لا يمكن له البحث في المسائل القانونية ذلك أن المهمة التي تسند للخبير في المجال الضريبي متعددة، فإما أن تكون لتحديد القيمة الإيجارية إن لم تكن محددة بعقد الكراء، أو قيمته التجارية حين بيعه وأوجه الاستثمارات المتمسك بها والثابتة فعلا بموجب فواتير مقبولة شكلا وتاريخيا أو لتقييم المحاسبة أو تقدير دخل أو تحديد أحد عناصر الأساس الضريبي. لذلك يتعين على

81- من قبيل قرار محكمة الاستئناف الإدارية عدد 243 الصادر بتاريخ 02-02-2011 في الملف رقم 217/10/5

82- قرار عدد 592 الصادر في 06-12-2012 في الملف الإداري عدد 86/4/2/2012

محاكمة

الخبير ألا يشهد على مطابقة تلك الوثائق للنظم القانونية، بل يتعين عليه وصفها ووصف الإخلالات التي تعترها، وأن القاضي هو الذي له الصلاحية للأخذ بها أو استبعادها (83).

- إشكالية عدم إشارة الحكم التمهيدي إلى جميع المراحل التي مرت منها المنازعة الجبائية؟
ذلك أن بعض الأحكام التمهيدية تشير فقط لفحص المحاسبة والتأكد من الوثائق المتوفرة لدى إدارة الضرائب لا سيما الرسالة الأولى والثانية بدون الإشارة لمرحلة اللجن والتي غالبا ما يكون الطرفان قد اتفقا على بعض التصحيحات أمامها.

وصفوة القول، فإن الخبرة الجبائية في المغرب تعترها صعوبات نتيجة عدم وجود هيئة للخبراء الجبائيين، وكذا نتيجة عدم تفعيل مقتضيات الفصل 59 من قانون المسطرة المدنية (84)، والفصل 225 من المدونة العامة للضرائب (85).

فالخبرة في الميدان الجبائي هي فن تقدير مبلغ الكلفة الجبائية من خلال مزج مقتضيات قانونية معينة بواقع معين بدقة متناهية. فالملزم عندما يقدم تصريحاً يتضمن معطيات خاضعة لمقتضيات قانونية جبائية، ففي هذا التصريح يقدر بنفسه مقدار مساهمته في تحمل تكاليف عمومية، وبالتالي يقوم بخبرة، وعندما يقوم المفتش بتصحيح هذه الكلفة معتمداً هو الآخر على مقتضيات قانونية وواقعية لم يتضمنها تصريح الملزم أو فسرها بطرق أخرى، فإن المفتش في هذه الحالة يقوم بخبرة قد تكون مقنعة فيقبلها الملزم أو تكون غير مقنعة فيطعن فيها الملزم، ويطلب تحكيم آخرين من قبل أعضاء اللجان الضريبية أو من قبل الخبراء الذين تعينهم للمحكمة بهذا نعتبر كل متدخل في العملية الضريبية خبيراً يمكن الاستعانة بخبرته في حالة صوابها.

83- غالباً ما يتم إسناد ما ذكر للسيد الخبير وخاصة في ظل الصعوبات الواقعية التي تعترض القاضي لا سيما حينما تكون الدفاتر المحاسبية عديدة ومتنوعة وممسوكة من طرف محاسب خاص فكيف السبيل إلى ذلك بالنسبة للقاضي الذي قد لا تكون له دراية كافية بالقواعد المحاسبية لذلك فغالباً ما تسند تلك المهمة للخبير الذي يجب أن لا يكون رأيه حاسماً بل مجرد اقتراح وهنا يطرح سؤال مؤداه هل يتم الأخذ بما جاء به الخبير جملة وتفصيلاً بشأن تحديد القيمة مثلاً في الضريبة على الأرباح العقارية أو واجبات التسجيل؟ أم أنه يمكن للقاضي الزيادة في ذلك أو النقصان؟ لا شك أن بعض الممارسين يذهبون إلى القول أنه يتعين على القاضي الأخذ بما جاء به الخبير وأن القول في ذلك لا أساس له إذ ما الغاية من اللجوء للخبرة متى كان القاضي له الصلاحية لتحديد القيمة منذ الوهلة الأولى لكن يبدو أن هذا التوجه لا يتماشى وقاعدة كون الخبرة هي وسيلة من وسائل التحقيق وأن القاضي له الصلاحية في التصرف فيها زيادة ونقصاناً شريطة تعليقه لذلك

84- عند عدم وجود خبير مدرج بالجدول يمكن بصفة استثنائية للقاضي أن يعين خبيراً لهذا النزاع...

85- التي تجيز تعيين خبير لحضور أشغال اللجنة المحلية لفرض الضريبة دون أن يكون مدرج بالجدول.

فإذا كان المشرع من خلال تعديل المادة 242 المبينة أعلاه يهدف إلى الاستجابة للتفاعل الإيجابي بين الإدارة والقضاء حول مهام الخبير، إلا أن هذا التعديل زاد من التقييد إذ بذل فتح الباب للمتخصصين في تصفية الضريبة على الوجه الأمثل حصر هذه المهمة على المحاسبين من جهة وقيد مجال تدخلهم من جهة ثانية، هذا بالإضافة إلى أن حصر الخبرة على المحاسبين فيه إجحاف للملزم والإدارة معاً ما دام أن الأمر قد يتجاوز مسألة المحاسبة ليشمل نشاط المؤسسة التجاري أو الصناعي وطريقة تسييرها والمجال القانوني الذي تشتغل في إطاره وهي أمور تتطلب تدخل خبراء من مختلف المشارب.

فعندما تعرض القضية الجبائية على القضاء نكون أمام ثلاثة مصالح مصلحة الملزم ومصلحة الإدارة ومصلحة القاضي، فالملزم يريد إثبات صحة تصريحه وهو في ذلك يحصر الموضوع فيما يقدمه من وثائق ويطلب من الخبير تأكيدها، والإدارة تريد من المقاولات التي تصرح أقل أن تتساوى مع المقاولات التي تعتبر تصريحاتها معقولة وتطلب من الخبير أن يكون ملماً بها، في حين تكمن مصلحة القاضي في أن يحقق التوازن وقيم كل الآراء المعقول منها وغير المعقول. فتلبية لهذه الطلبات نجد بعض التشريعات المقارنة سمحت بأن تتم الخبرة ثلاثية، خبير يختاره الملزم من ضمن الخبراء الخواص، وخبير تختاره الإدارة، وخبير يختاره القاضي. ونعتقد أنه يتعين إتباع هذه الطريقة حينما يكون موضوع الدعوى يتعلق بمبالغ كبيرة أو بقضية معقدة.

فالجانب التقني في الدعوى الجبائية لا يعدو أن يكون جزئية بسيطة يستدعى فيها الخبير المحاسبي أو العقاري أو... لكي يبدي نظره في الموضوع. إذ في نظري لا يمكن تصور الخبرة سوى في تقدير العقار، والأصل التجاري. أما باقي الأمور فإنها مسألة إثبات فالجانب الأهم في الدعوى الجبائية هو القانون الضريبي، والمسطرة الضريبية، والقانون المحاسبي... مثلما تضيف إلى كل ذلك مهام القضاء في تقدير وسائل الإثبات المقدمة من كل طرف. وعليه فعندما تقوم الإدارة بتصحيح أساس الضريبة معتمدة على إعادة تقدير ترميم الأعمال بسبب وجود إخلال محاسبي ينقص من مصداقية محاسبة الملزم، فإن الخبير الذي تعيش المحكمة مهمته هو النظر في نوع الإخلال من حيث وجوده وكيفية حدوثه ولا يتعدى رأيه ذلك.

ويترتب عن كل هذا أنه لما كانت مسطرة الخبرة بهذا الشكل هي مسطرة قانونية، فإنها تصبح إعاقة أمام المحكمة لأنها تصبح إجراء لا يمكن تجاوزه بسهولة أو تركه جانبا نظرا لقانونيته ولو كان غير مجددا وأحيانا يصعب استئناف الحكم بإجراء خبرة لأنه طعن في اختيار قضائي. فالذي يجب الاعتناء

به في هذا المجال هو قوة الإثبات والجهة التي تتحملها، فإذا كانت الإدارة هي التي تتحمل عبء إثبات التصحيحات التي طالب بها في حالة الفرض التلقائي للضريبة لأن الفرض التلقائي لا تقوم به الإدارة سوى إذا أخل الملزم بواجبه التصريحي أو لم يستجب لمراسلات الإدارة إذ من اللازم الاستماع إلى طريقة عملها وتقديراتها لأن منطقتها يكون دائما المعلومات التي تتوفر عليها حول المهنة وتصريحات المقاولات المشابهة أما إذا كان الإثبات من جانب الملزم فعليه أن يبين سبب عدم تصريحه أو تخليه عن مسطرة المراقبة وهي الأسباب التي تؤدي إلى الفرض التلقائي وبعد ذلك عليه أن يبين أن الطريقة التي اتبعتها الإدارة أو التقييم الذي اعتمده انطلقا من محاسبته ووثائقه طريقة خاطئة وأن نتائج مراقبتها غير صائبة وذلك كله قبل أن يأتي بوثائق جديدة.

المطلب الثاني

إشكالات الخبرة القضائية في مجال الصفقات العمومية.

إن الدافع إلى اعتماد الخبرة القضائية في مجال الصفقات العمومية بكثرة هو لجوء الإدارة المفرط في بعض الأحيان إلى العقود الملحقة، مما ينم عن غياب الدقة في تحديد الحاجات المراد تلبيتها هذا فضلا عن ضعف المراقبة التقنية للأشغال والخدمات على أرض الواقع بالكيفية اللازمة مما ينتج عنه عدد كبير من الأخطاء.

ولعل من أهم الملاحظات وبعض الإشكالات التي يمكن رصدها بخصوص الخبرة القضائية في هذا المجال، نذكر ما يلي :

- في بعض الأحيان ينصب عمل الخبير إلى البحث في بعض النقط القانونية من قبيل التأكد من خضوع المشروع المزمع إنشاؤه لقانون التعمير، وتكليفه بالتأكد من كون المشروع ملتثما ومنسجما مع وثائق التعمير وتوقعاته. مما يجعلنا كذلك أمام إشكالية اختلاط القانون بالجانب الفني بالنسبة لمهام الخبير
- تطرح على أرض الواقع إشكالية إمكانية الاعتماد على الخبرة للقول بانتهاء الأشغال وأحقية المقاول في استرجاع الضمانة؟ الواقع أنه إذا ثبت من خلال تقرير الخبير أن الأشغال انتهت وفق ما تم الاتفاق عليه وتبت ذلك من خلال تقرير الخبير، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون محقا في استرجاع الضمانة النهائية ومقتطع الضمان.

- الخبرة القضائية تلعب دورا لا يستهان به في مساعدة القاضي على إعادة التوازن المالي للعقد نتيجة فعل الأمير والظروف الطارئة⁽⁸⁶⁾ فالخبير هنا يكون هو سند المحكمة في البحث والتحقيق في هذه التوازنات والترجيح بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.
- على امتداد هذه الصفحات بحثنا موضوعا هاما وإذا سمحنا لأنفسنا الإدلاء ببعض الاقتراحات فإنها تتمثل فيما يلي :
- إعادة النظر في المنظومة التشريعية المنظمة للخبرة القضائية، وذلك بإصدار تشريع خاص بها في الإجراءات الإدارية إسوة بالقانون الفرنسي، إذ بهذا تتجسد استقلالية القضاء الإداري ويستقيم عمل القاضي، ومنه يستقيم لا محالة عمل الخبير الذي يعاونه.
- إعادة النظر في المادة 242 من المدونة العامة للضرائب بشكل يكفل تعيين الخبراء في مجال تخصصهم.
- الاهتمام بمؤسسة الخبرة كنظام يعمل جنبا إلى جنب مع مؤسسة العدالة في البحث عن الحقيقة.
- عدم اللجوء إلى الخبرة وعدم الإكثار منها إلا إذا دعت الضرورة التقنية إلى ذلك :
- تحديد بدقة في منطوق الحكم التمهيدي بالخبرة، المهام الموكولة للخبير والاقتصار على النقاط الفنية دون القانونية.
- تفعيل مسطرة استدعاء الخبير للجلسة لتوضيح الجوانب الغامضة والخفية في تقريره.
- احترام مبدأ التخصص في تعيين الخبراء حتى لا يتم المس بمصداقية الأحكام والإضرار بمصالح المتقاضين. ويقترح في هذا الشأن ترك الخبرة بالنسبة للعقار للخبراء العقاريين الذين

86- إذا كانت نظرية فعل الأمير تنصب على جميع الأعمال المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي ترتب آثارا ضارة بالمتعاقدين وتزيد في أعباءه التعاقدية كما هي محددة بالعقد لم تكن متوقعة فيؤدي ذلك إلى التزام الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقدين عن كافة الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد أما نظرية الظروف الطارئة فالتعويض حولها لا يشمل إلا جانب الخسارة فقط التي لحقت المتعاقدين مع الإدارة وليس ما فاته من كسب. هذا ويشترط لتطبيق هذه النظرية أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه. وقد رسخ القضاء الفرنسي هذه النظرية من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو بتاريخ 1916-03-30 حيث ارتفعت أسعار الفحم بسبب الحرب العالمية الأولى الشيء الذي لم يكن متوقفا من طرف الأطراف أثناء إبرام العقد ولم يعد بإمكان الشركة صاحبة الامتياز إنتاج الغاز وتوزيعه على مدينة بوردو وأن تحافظ على التوازن المالي للعقد على أساس المصاريف المضمنة بكناش التحملات ولم يكن لها سوى تقديم طلب على مدينة بوردو للزيادة في سعر ثمن الغاز لكن طلبها جوبه بالرفض وعندما طرحت القضية أمام مجلس الدولة الفرنسي اعتبرت أن الشركة مهددة بتوقيف نشاطها بصفة نهائية نتيجة هذه الظروف غير المتوقعة وانتهى إلى القول بأن مدينة بوردو ملزمة بتحمل النصب الأوفر عن عجز الشركة. كما ان القضاء الإداري المغربي يتبنى نظرية الظروف الطارئة من خلال بعض الوقائع المعروضة عليه، وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش أن انتشار هجوم الفئران على منطقة الأفراس يشكل ظاهرة طارئة غير متوقعة للمتعاقد مع الإدارة. حكم صادر بتاريخ 2000-06-07.

- يقومون بمهمة المعاينة وإذا كان معقداً وجب تركه للخبير الطوبوغرافي، أما الخبير الحيسوبي فيتعين أن تسند له المهام ذات الصلة بعمله.
- توزيع القضايا بالتناوب على الخبراء المشهود لهم بالكفاءة والنزاهة وسرعة الإنجاز.
- إعادة النظر في المعايير المحددة لاختيار الخبراء وذلك بإعادة تأهيل الخبرة على ضوء مستجدات دستور 2011.
- تحيين جدول الخبراء بشراكة بين وزارة العدل والحريات والهيئة الوطنية للخبراء ومحكمة النقض.
- استحضار المقاربة النوعية في صفوف الخبراء وذلك بتشجيع العضو النسوي للولوج إليها.
- إعداد دفتر الواجبات المهنية الخاص بالخبراء لرصد جميع الملاحظات الخاصة بهم سواء في الشق الإيجابي أو السلبي.
- التنويه بالتقارير المنجزة من طرف الخبراء المتسمة بالموضوعية والإشادة بالخبراء النزهاء الشرفاء.
- عدم السماح للسيد الخبير بسحب أتعابه قبل اطلاع القاضي على الخبرة المنجزة والتأكد من مطابقتها للشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانوناً.
- تكريس ثقافة التخليق، وذلك بوضع مدوني حسن السلوك والأخلاقيات، لأن السمعة الطيبة للخبراء هي السمعة الطيبة للعدالة.
- تفعيل سياسة التكوين والتكوين المستمر مع الاعتماد على مناهج بيداغوجية تتماشى والتحوليات والمتغيرات التي تعرفها البلاد.
- إقامة ندوات نوعية يتلقى فيها الخبراء محاضرات نظرية ودراسات علمية وتطبيقية خاصة بكيفية إنجاز أعمال الخبرة بدقة.
- الاعتماد على الوسائل الحديثة والمعلومات في تبليغ إجراءات الخبرة وفي تلقي تقاريرهم.
- ضرورة تبني الخبير في تقاريره للمقاربات الحديثة في مجال تقويم العقار من قبيل مقارنة الدخل أي معاينة قيمة العقار بالنظر للدخل الذي يوفره أو يمكن أن يوفره مستقبلاً، وكذا مقارنة التكلفة أو ما يسمى بالقيمة الاستبدالية أي استخلاص قيمة المبنى المراد تقييمه من تكلفة تشييد مبنى آخر حديث أو بديل مشابه له بذل المقاربة التقليدية الكلاسيكية المبنية على المقارنة، فصحيح أنه على المستوى العالمي ليس هناك معادلة رياضية للتقويم فالتعويض هو لتقريب القيمة أما القيمة فهي شيء مثالي

173

- التفكير والبحث عن منهج علمي ناجح يكون بمثابة بوصلة للقاضي الإداري تساعده على الحد من التطبيقات التعويضية الاعتبائية والجزافية في مادة الاعتداء المادي، واجتثاث أسباب تضاربها بما يكفل الاستجابة لانتظارات المواطنين المعتدى على ممتلكاتهم وإرواء تعطشهم للأمن القضائي ومن تم تحقيق تقدير جيد للتعويض عن الاعتداء المادي الذي هو جزء جوهري من الحكامة الجيدة.

- إنشاء منظومة متكاملة للتقييم العقاري، مع التفكير في إحداث معهد متخصص في هذا الشأن لتخريج الخبراء العقاريين أو على الأقل إحداث شعب متخصصة على صعيد الجامعات والكليات توضع لها أصول وضوابط على غرار بقية المهن القضائية الأخرى وذلك بهدف نشر الثقافة العلمية الخاصة بأعمال التقييم العقاري بمفهومه العام

- إحداث بنك نموذجي رقمي للتقييم العقاري بكل محكمة تفرغ فيه وتخزن كافة المعطيات المتعلقة بالتفويطات العقارية التي تم إجرائها بحسب كل منطقة على أساس انخراط مصالح وزارة المالية في هذه العملية وغرفة الموثقين والمندوبية السامية للتخطيط.

- نهج الإدارة لسياسة الأبواب المفتوحة في وجه الخبراء القضائيين وتقديم المساعدة لهم كلما طالبوا بمداهم بالوثائق والمستندات، وفي هذا الصدد يقترح تضمين هذا المعطى بمنطوق الحكم التمهيدي.

- ضبط مسطرة الخبرة في إطار المساعدة القضائية، مع العمل على تطوير هذه الأخيرة بما ينسجم والمادة 118 من الدستور المغربي وهو ما تم التأكيد عليه من خلال إصلاح منظومة العدالة.

- إحداث قاضي التسعيرة لتحديد أجرة الخبراء، لا سيما بالنسبة لقضايا الاعتداء المادي.

- مراعاة الظروف الاجتماعية للمتقاضين في تحديد مستحقات الخبراء

- تطبيق جريمة إنكار العدالة على الخبراء الذين تعينهم المحكمة ويرفضون القيام بالمهام دون عذر مقبول.

- مواكبة أعمال الخبراء وتتبع إجراءاتهم ومراقبتهم من أجل إنجاز الخبرات داخل الأجال المحددة لها. وذلك عن طريق إحداث لجنة على صعيد كل محكمة مكونة من قاض وموظف من جهاز كتابة الضبط مهمتها تتبع ومراقبة أشغال الخبراء.

- خلق قنوات للتواصل البناء بين القضاة والخبراء وفق ما هو منصوص عليه في القانون بما يخدم مصلحة العدالة.

- التفاعل الإيجابي للإدارة مع الخبرة سواء كانت مدعية أو مدعى عليه وذلك بحضورها إلى
وبتقديم المستنتجات بعدها، بدل عدم إبلاء ذلك أي اهتمام بحضورها يؤمن الدفاع
مصالحها وبالتالي المساهمة في حماية المال العام.

- وضع قواعد وضوابط للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في مضمارة تقدير التعويض.

- وضع حد للانطباع السائد عند بعض القضاة مفاده أن مهمتهم تنتهي بصدور الحكم التمهيدي
بإجراء الخبرة وأنه مباشرة بعد تعيين الخبير تنقطع الصلة بالملف إلى أن يضع الخبير تقريره في

حين أن الفصل 63 من ق م م يشير على أن الخبير يقوم بمهمته تحت مراقبة القضاء.

- إعادة النظر في مسألة أداء اليمين القانونية بالنسبة للخبراء غير المقيدين بالجدول وذلك بعدم

تكرار عملية الأداء كلما تم تعيين الخبير في الملف. فالمنطق السليم يوحي بأن أدائه لليمين

المهنية الأولى كافية.