

العنوان:	القاضي الإداري السياسي
المصدر:	المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية
الناشر:	أحمد أجعون
المؤلف الرئيسي:	الحميدي، لحسن
المجلد/العدد:	ع14
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2018
الشهر:	مايو
الصفحات:	153 - 171
رقم MD:	884767
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	السلطة القضائية، القضاء الإداري، القانون الإداري
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/884767">http://search.mandumah.com/Record/884767</a>

## دراسات

### القاضي الإداري السياسي

ذ.لحسن الحميدي

باحث بسلك الدكتوراه، كلية الحقوق سلا

جامعة محمد الخامس بالرباط

هناك ضرورة منهجية وعملية للتمييز بين السياسي والقضائي في الاجتهاد القضائي الإداري، فهذا التمييز سيمكن من كشف حجم التداخل بين الفعل السياسي والعمل القضائي الإداري الصرف، ثم يهدف إلى التنبيه لتجليات الدور السياسي للقاضي الإداري والذي لا يعد ضعفا بنيويا في الدولة، بقدر ما يتعلق الأمر بمعطى موضوعي يمكن أن يلعب دورا إيجابيا في تكريس نموذج دولة الحق. وبالتالي يهدف هذا البحث إلى محاولة هدم التمثل القائل بأن القضاء عموما والقضاء الإداري على وجه الخصوص ليس سلطة سياسية. ومعلوم أن هذه المسلمة فوتت علينا فرصة الانتباه للدور الناعم الذي يلعبه القاضي الإداري في بنية الدولة وفي علاقته مع باقي السلط.

لقد كرست الأدبيات الفقهية فكرة أن القاضي عموما يعتبر صوتا للقانون، وبالتالي يفترض أن يكون بعيدا عن الفعل السياسي مبدئيا، وأن القاضي يبت من خلال نص قانوني سابق أي انطلاقا من معرفة جاهزة وهو في مواجهة الوقائع، ويسعى من خلال عملية بَعْدِيَّة -تقوم على الوصف- إلى التكييف والتفسير في حدود الممكن القانوني<sup>1</sup>. وهذه البداهة لا يمكن إنكارها في الاجتهاد القضائي؛ ذلك أن عبارة طبقا للقانون تكاد تحضر بشكل دائم في الأحكام والقرارات القضائية. ومن هنا نفهم موقف زعيم التيار الوضعي "هانس كلسن" والذي يعتبر أن دور القاضي وصفي واستلزامي *imputatif* بالأساس؛ بمعنى أن دوره يقتصر على عمل تقني؛ بحيث يعرف بشكل قبلي أنه كلما توفرت الواقعة "أ" فإن ذلك يستلزم تطبيق القاعدة القانونية "ب".

1- مرتضى جبار كاظم "اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني-قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونيين" منشورات ضفاف لبنان 2015. ص. 118-119.

لكن مقابل ذلك، هذا لا يمنع من وجود شكل مقابل للاجتهاد القضائي، يتمثل في الجهود التأويلية على أساس مبدأ السببية، والذي يستلزم غياب معرفة أو قاعدة قانونية سابقة على وجود النازلة ثم يسعى بعد ذلك لبناء الحكم القضائي على أساس تأويلي صرف؛ أي يتعلق الأمر بمجهود ذاتي وإرادي بعيدا عن الوصفية. وهذا المنهج لقي اعترافا من "هانس كلسن" نفسه، عندما أقر للقضاة بالطبيعة الإنسانية لعملهم، والتي تقوم على نوع من الذاتية أيضا<sup>1</sup>. وبالتالي، يضعنا "التصور الكليني" أمام التباس حقيقي لأنه يحول القاضي إلى فاعل سياسي بالمحصلة. فكما يؤكد Troper؛ عندما لا يكون الاجتهاد القضائي طبقا لحرفية النص فهو بالضرورة اجتهاد سياسي<sup>2</sup>.

إن هذه الوضعية تضع القاضي الإداري أمام اختيارين:

- الأول، يخضع من خلاله للسياسة الاجتهادية ويتعلق الأمر بالتواترات الاجتهادية التي خطتها القضاء الإداري في قضايا معينة، وعادة ما تعمل محكمة النقض لدى الغرفة الإدارية هذا الدور حفاظا على الأمن القانوني والقضائي وبالتالي يسلك منهجا وصفيا يحد من أي قدرة على التأويل.

- أما الثاني، يتحول من خلاله القاضي الإداري للفعل السياسي، بمعنى يفتح المجال للاجتهاد السياسي. فهو يبيّن أحكامه من خلال ما يحمله ذاتيا من تمثلات خاصة حول مفهوم العدالة الإدارية، ومن تمثلات حول دوره ووضعيته المؤسساتية<sup>3</sup>.

لكن، هذا الفصل بين الحالتين يحتاج للتريث؛ ذلك أن السياسي حاضر بقوة الضرورة حتى في حال التقيد بالقانون<sup>4</sup>. ففي الحالة الأولى، يحضر البعد السياسي في الظاهرة الاجتهادية حيث يستلزم الأمر الخضوع للمؤسسة؛ أي الخضوع للغايات التي تسعى الدولة لتحقيقها من خلال مؤسسة القضاء عموما والقضاء الإداري على وجه الخصوص. ويمكن تلمس ذلك من خلال القانون واجب التطبيق في المادة الإدارية ويتعلق الأمر بالقانون الإداري والذي يبنى بطبيعته على أسس إيديولوجية<sup>5</sup>.

أما في الحالة الثانية، فيتحوّل القاضي الإداري إلى سلطة عامة إلى جانب السلط الأخرى حيث يسعى إلى مقاومة أي اندفاع بمس بمبدأ المشروعية، خاصة إذا تعلق الأمر بقضايا لا تجد لها سندا قانونيا.

ومن أجل تأكيد هذا الطرح لا بد أن نفكك هذه العلاقة الملتبسة بين القضائي والسياسي عبر التوقف أولا على إشكالية التمييز على مستوى الاجتهاد القضائي الإداري (مطلب أول)، ثم بعد ذلك التوقف على تجليات الدور السياسي للقضاء الإداري (المطلب الثاني).

1 - H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 340.

2 - M. Troper, *Le constitutionnalisme entre droit et politique*, [www.u-picardie.fr](http://www.u-picardie.fr). consulté le 21/10/2017.

3 - D. Lochak, *La justice administrative*, 3<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, 1998, p. 55.

4 - D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, 11<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, 2017, p. 25.

5 - J. Chevalier, *Les fondements idéologiques du droit administratif*, op.cité, p. 12.

## المطلب الأول : في إشكالية التمييز بين السياسي والقضائي في اجتهادات القاضي الإداري

إن تمييز القضائي عن السياسي في اجتهادات القاضي الإداري ليس بالمهمة السهلة نظرا لتضخم البدايات التي تركز فكرة حيادية القضاء منذ أن قال "مونتسكيو" قوله المشهورة "القانون كالموت لا ينبغي أن يستثنى أحدا"، وبالتالي هناك تباعد نظري بين القضائي والسياسي، فالسلطة القضائية صوت القانون. كما أن هناك تباعد منهجي فرجل السياسة يستهدف الكشف عن العلاقات التي تجمع بين السلط الثلاث وموازن القوى التي تحكم عملها. لكن هذه البدايات النظرية والمنهجية في الفصل بين القضائي والسياسي تحتاج لإعادة النظر سواء من خلال الوقوف على حقيقة التمييز النظري (الفقرة الأولى) أو على حقيقة التمييز المنهجي (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : حقيقة الأساس النظري للتمييز

من المعلوم أن التمييز بين الفعلين السياسي والقانوني في اجتهادات القضاء الإداري قد يبدو واضحا من الناحية النظرية؛ ذلك أن هذا التمييز عادة ما كان غير مطروح للنقاش مادام القاضي صوت القانون، بل إن القوانين الأساسية المنظمة لمهنة القضاء ترفض أي نزعة سياسية للقاضي نظرا لمطلب الموضوعية والتي تضمنها بشكل كاف فكرة سيادة القانون والتطبيق السليم لمقتضياتها<sup>1</sup>.

لكن، وإن صح هذا التحليل بالنسبة للقضاء العادي فإن الأمر يبدو متعذرا بالنسبة للقاضي الإداري نظرا لطبيعة المهمة، والتي تروم البت في قضايا تكون فيها الإدارة طرفا، ومنه فالنتائج المترتبة عن الأمر هي إما في صالح المرتفق، وبالتالي تنتج تمثلا يظهر القاضي الإداري كسلطة مضادة للإدارة، وإما يكون لصالح الإدارة فيظهر القاضي الإداري حاميا للسياسات القطاعية.

تقتضي هذه الجدلية في عمل القاضي الإداري النظر في حدود السياسي والقضائي في تدخلات القاضي الإداري، خاصة من الناحية النظرية لما لذلك من أثر محتمل على العدالة الإدارية<sup>2</sup>.

هناك اتجاهان في مسألة التمييز النظري :

**الاتجاه الإمبيريقى** الذي يعتقد أن القاضي الإداري يواجه النوازل دون أي قواعد قانونية سابقة على وجوده، وإن وجدت فإن معرفته بها لا تلزمه في اتخاذ موقفه، بل يعتبر أن مهمته تأويلية بالأساس مما يجعل اجتهاده يتخذ طابعا ذاتيا فاسحا المجال لقيمه الخاصة وبالتالي لنزعمته السياسية. ويستند هذا الاتجاه

1- في المغرب يحضر النظام الأساسي للقضاة أي نشاط سياسي للقضاة في إطار القانون التنظيمي رقم 13.106 الصادر في 6 رجب 1437 الموافق لـ 14 أبريل 2016، الجريدة الرسمية، فقد نصت المادة 42 في إطار القسم الثاني الخاص بحقوق وواجبات القضاة، أنه طبقا للفصل 110 من الدستور، لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا تصدر الأحكام إلا على أساس التطبيق العادل للقانون. كما نصت المادة 46 من نفس القانون، أنه "تطبيقا لأحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 111 من الدستور، يمنع على القضاة الانخراط في الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية".

2 -D.Loachak, *La justice administrative*, 3<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, 1998, p. 141.

على فكرة الحق الطبيعي والذي يفرض على القاضي الإداري أن لا يكون صوت القانون فقط بل صوتا للحق أيضا؛ على اعتبار أن المؤسسة عموما كتنظيم يشرعن وجود الدولة يفضي بالمحصلة لحماية مصالح معينة على حساب الأخرى، ويبقى باب التأويل مفتوحا نظرا لعدم كفاية النص القانوني وثبات الحق وكونيته<sup>1</sup>.

**الاتجاه الشكلائي** الذي يعتبر أن القاضي الإداري محكوم بمعرفة سابقة على وجوده تتمثل في القواعد القانونية، وعلى القاضي الإداري النطق بها دون أي مجهود تأويلي؛ مادام أن التأويل حسب هذا الاتجاه يسقط القاضي الإداري في الذاتية<sup>2</sup>. ويستند هذا الاتجاه نظريا على فكرة الحق الوضعي على اعتبار أن الحق الطبيعي يؤدي إلى حالة من اللانظام، وأن الحق نابع من إرادة عامة تضمن المصلحة العامة والخاصة في الحدود الضرورية للعيش المشترك<sup>3</sup>.

وبالتالي، وأمام هذين التصورين، يصبح ضابط التمييز بين القضائي والسياسي هو الإرادة، فإذا كانت الإرادة التشريعية هي التي تتحكم في العملية الاجتهادية نكون أمام عمل قضائي صرف، لكن إذا تعلقت بإرادة القاضي نفسه فإن نكون أمام تدخل سياسي للقاضي الإداري<sup>4</sup>.

إن القاضي الإداري عندما يسعى للتطبيق المباشر للقاعدة القانونية يكون بذلك وظف قاعدة الوصف أو ما يسميه "ميشيل تري" مبدأ الاستنزام والذي يعني أنه كلما توفرت الحالة "أ" فإن القاضي ملزم بتطبيق القاعدة القانونية "ب"<sup>5</sup>. أما العملية المقابلة فيلجأ فيها لمبدأ السببية، ومعناه أن القاضي الإداري يفسح المجال لعملية عقلية تأويلية يحاول أن يربط الأسباب بالنتائج، وهي عملية عقلية خالصة لا ترتبط بالشرط الواقعي بقدر ما تنزع للانسجام مع تحقيق أكبر قدر من العدالة.

وكان "هانز كلسن" قد قدم تمييزا إبسمولوجيا - في هذا الإطار - عندما اعتبر أن النزعة القانونية تقتضي من القاضي الالتزام بالربط الوصفي بين النازلة والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق. في حين أن النزعة السياسية ترتبط بالمجهود العقلي الذي يبذله القاضي الإداري انطلاقا من تمثلاته الخاصة والقيم التي

1 - J. Chevalier, *l'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et l'administration active*, L.G.D.J, Bibliothèque de droit public, 1970, p. 123.

2 - J. Chevalier, *L'état de droit*, 6<sup>ème</sup> éd, L.G.D.J, 2017, p. 14 s.

يقدم "جاك شوفالييه" توضيحات مهمة حول التصور الشكلائي لدولة الحق والقانون وطبيعة عمل القاضي الإداري خاصة من خلال النموذجين الفرنسي والألماني حيث يعتبر أن النزعة الغربية خاصة في أوروبا تأخذ بالتصور "الكلسني" الذي يمتد إلى حد التأثير بفكرة سيادة القانون من خلال جهاز الدولة كما خطه "هيجل" والذي اعتبر أن الدولة نفسها ليس إلا أداة في يد فكرة القانون الكلي متعاليا على الأطروحات التي ربطت سيادة القانون بسيادة الأمة وهذا التعالي *la transcendance* سيجعل الكل في خدمة القانون بما فيها جهاز الدولة نفسه. ويعد هذا التصور أصل فكرة دولة الحق والقانون إضافة إلى ما كرسه "كانط" وساهم في تثبيته "هانز كلسن" ومعه "دومالبرغ". للتوسع أكثر يمكن مراجعة :

J. Chevalier, *L'état de droit*, L.G.D.J, 6 éd, 2017.

3-C. D. Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état*, 2 toms, Paris, sirey, 1920-1922, p.101.

4 - M. Troper, *Le concept de l'état de droit*, Droits, n 15, 1992, p. 81.

5 -IBID, p. 90.

ذ. الحسن الحميدي

يسعى لتثبيتها من خلال مؤسسته، وفي هذه الحالة يتم تحديد نموذج دولة القانون التي تقوم على سيادة القانون وتدرجه.

لكن "هانس كلسن" نفسه، يعترف بوجود زاوية ميتة في عمل القاضي الإداري قد لا تخضع لمبدأ القانونية، خاصة إذا علمنا أن القواعد القانونية تعبر عن إرادة سياسية أيضا والقاضي الإداري إذ يسعى لتطبيق القاعدة القانونية؛ فهو بشكل تلقائي يعبر عن هذه الإرادة السياسية. ويعتبر "ميشيل تروبي" أن هذا إعلان -من طرف أكثر المدافعين على استبعاد إرادة القاضي الذاتية- بالبعد السياسي للعمل القضائي والتخلي من طرف "هانس كلسن" عن الشكلائية المطلقة<sup>1</sup>.

ويبدو ذلك بشكل واضح عندما رفض "كلسن" التمييز بين عمليتي خلق القانون وتطبيقه؛ فعادة ما ينظر للأولى كعمل سياسي خالص من اختصاص السلطات العامة خاصة السلطة التشريعية والتنفيذية، أما الثانية فهي عمل قضائي خالص على اعتبار أن القاضي يمارس رقابة بعدية لمطابقة الوقائع مع القاعدة القانونية. إلا أن عملية اللجوء للقانون واجب التطبيق والالتزام بمبدأ تدرج القواعد القانونية يفرض بالضرورة على القاضي الإداري القيام بحركة فكرية محيطة تتمثل في استنباط القاعدة الأدنى من القاعدة الأعلى؛ وهذا لا شك يدخل في إطار خلق القاعدة القانونية وبالتالي الاعتراف للقاضي الإداري بإرادته الخاصة في استصدار الأحكام. ومنه تصبح مسلمة تطبيق القانون من طرف القاضي الإداري قابلة للانتقاد؛ على اعتبار النزعة السياسية التي تحضر بقوة الضرورة في العملية الاجتهادية الإدارية.

ينبغي الاعتراف إذن أن الحدود الإستمولوجية بين السياسي والقضائي ليست واضحة بما فيه الكفاية، ذلك أن الحرية التي تصاحب عملية خلق القاعدة القانونية سواء بشكل قبلي من خلال التأويل القضائي الإداري، أو من خلال العمل الذي يقوم به القاضي من استنباط للقواعد القانونية من قواعد أعلى في إطار عمله الوصفي، تعبر على أن إرادة القاضي الإداري حاضرة مما يتيح تحوله لسلطة سياسية حقيقية<sup>2</sup>. إن خلق القانون *la création du droit* هي عملية حاضرة بالضرورة، خاصة عندما يقوم القاضي بعمليتي التأويل والاستنباط. ويمكن الوقوف على ذلك من خلال اعتماد النص الدستوري<sup>3</sup>، أو المبادئ العامة للقانون<sup>4</sup>، أو المعاهدات الدولية<sup>1</sup>، أو حتى التأويل الذي يتعلق بقواعد أدنى<sup>2</sup>، حيث يمكن

1 - J. Chevalier, op. cité, p. 87.

2 - M. Troper, op. cité, p. 84.

3 - B. Stirn, *Les sources constitutionnelles, du droit administratif*, 8 éd, L.G.D.J, 2014, p. 13

في الاجتهادات القضائية الإدارية الفرنسية يمكن الاستئناس بالقرارات التالية والتي أصبحت تؤول انطلاقا من المبادئ العامة للقانون (CE, 9 janvier 2001, Deperthes, Rec. p. 1), le droit de mener une vie familiale normale (CE, sect., 30 octobre 2001, Mme Tliba, Rec. p. 523), le droit de propriété (CE, 29 mars 2002, SCI Stephaur, Rec. p. 117), la liberté du commerce et de l'industrie (CE, 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, Rec. p. 551), la liberté de culte (CE, 25 août 2005, Commune de Massat, Rec. p. 386) ou encore la liberté de réunion, à laquelle se rattache le droit pour un parti politique de tenir des réunions (CE, 19 août 2002, Front national, Rec. p. 311).

4 - J. Arrighi de Casanova, *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges D. Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 11.

الوقوف على الحضور الكبير لإرادة الخاصة للقاضي الإداري، وبالتالي تلمس هذا الدور السياسي الذي يقوم به القاضي الإداري من خلال تماثله وقناعاته الخاصة.

### الفقرة الثانية : حقيقة الأساس المنهجي للتمييز

فضلا عن التداخل النظري بين السياسي والقضائي في الاجتهادات القضائية الإدارية، هناك أيضا الحاجة للكشف عن حقيقة الحدود المنهجية بين القطبين؛ لأن هذا سيمكن من دحض التمثل الذي يروج له التيار الوصفي في القانون حول مسلمة التباعد المنهجي بين الأسلوب السياسي والقضائي.

في البداية، ينبغي الإشارة إلى أن هناك اعتقاد سائد بأن المنهجية القضائية تختلف كلياً عن المنهجية السياسية التي يفضلها الباحثين في علم السياسة؛ بل إن موضوع الاشتغال مختلف مادامت المنهجية السياسية تريد الكشف عن موقع وتأثير مؤسسة القضاء الإداري في بنية الدولة أما المنهجية القضائية فموضوعها تحقيق العدالة<sup>3</sup>، لكن واقعياً هناك صعوبة منهجية في التمييز.

إن منهجية القاضي الإداري لا تنحصر فقط في تبين القانون واجب التطبيق، ولكن أيضاً في فهم السياسة القانونية بل والدفاع عنها. في المقابل، فمنهج علم السياسة يتجه بالإضافة إلى فهم السلوك السياسي للسلط، يهدف أيضاً لفهم قرارات السلطة القضائية الإدارية؛ لأنه يعتقد أن هذه القرارات هي في الأصل قرارات سياسية.

إن التحليل انطلاقاً من المنهجية السياسية عندما ينصب على الخطاب القضائي الإداري لا ينصب على التحليل اللساني لهذا الخطاب ولكن يفتح الأمر على المكانة التي يحتلها هؤلاء القضاة في بنية الدولة وخلفياتهم المعرفية حول المهمة التي يقومون بها<sup>4</sup>. مقابل ذلك فمنهجية القاضي الإداري تتم انطلاقاً من التصورات الخاصة التي يجمعها حول موقعه والأدوار السياسية التي تلعبها مؤسسات الدولة من أجل تثبيت اعتقادات معينة حول المصلحة العامة والمرفق العام والنظام العام...

يمكن القول أن هناك نوع من الالتقائية بين السياسي والقضائي منهجياً؛ بمعنى آخر، فالأمر يتعلق بمنهجية واحدة يسلكها الطرفان<sup>5</sup>. وتطبيقياً، يمكن الوقوف على هذا التطابق أو بلغة أوضح الوقوف على التداخل المنهجي في عمل القاضي الإداري<sup>6</sup>.

إن سكوت الإدارة مثلاً، يتم تلقيه من طرف القاضي الإداري على مستويين، فإما أن الإدارة لم ترضخ لتطبيق القاعدة القانونية وفي هذه الحالة يعتبر أن الإدارة تبني موقفها على إرادة ذاتية، وإما أن هناك

1 - محمد فؤاد عبد الباسط، مدى اختصاص القاضي الإداري في تفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص: 117.

2 - *IBID*, p. 81 s.

3- M. Troper, *le constitutionnalisme entre droit et politique*, [www.u-picardie.fr](http://www.u-picardie.fr). consulté le 05/07/2017.

4-D. Lochak, *Quelle légitimité pour le juge administratif*, *Droit et politique*, PUF, 1993, p.141.

5 - M. Troper, *pré. cité*, p. 10.

6 - *IBID*, p. 12.

غياب لأي قاعدة قانونية تفرض جواب الإدارة وفي هذه الحالة أيضا يتعلق الأمر أيضا بإرادة ذاتية. هذه النزعة الذاتية -والتي سيجري توضيحه آنفا-هي ما يفرز في المقابل اعتماد القاضي الإداري على إرادته الخاصة في تأويل هذا السكوت. فيكون المجال مفتوحا لتأويلات قضائية تحاول خلق التوازن بين الحقوق المكتسبة من جهة، ومقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى<sup>1</sup>.

إن هذه الوضعية تتيح للنزعة السياسية للقاضي الإداري الظهور في شكل أحكام تأويلية وليست وصفية<sup>2</sup>. إن القانون الواجب التطبيق لا يمكنه أن يجل مثل هذه الوضعيات مادام علم القانون لا يمكنه أن يفسر كل ما هو اجتماعي. ويمكن تبين هذا المنهجية السياسية القائمة على التأويل المفتوح في النوازل المتعلقة بأحداث سياسية فارقة تبرز باللموس التموثق السياسي للقاضي الإداري؛ كما هو الشأن بالنسبة للمنازعات الانتخابية وتأسيس الأحزاب والقضايا المتعلقة بالحريات العامة أو العلاقة بين السلطات، وفي هذا الإطار يمكن الوقوف على هذه النزعة السياسية في عمل القاضي الإداري المغربي<sup>3</sup>. ويمكن تلمس ذلك من خلال اجتهاداته القضائية سواء بطريقة غير مباشرة<sup>4</sup>، أو بطريقة مباشرة<sup>1</sup>، كما هو الحال

---

1 - تعد ظاهرة سكوت الإدارة بمثابة عجز وحدلان من جانبها وهي على العموم حالة مرضية ينتج عنها العديد من الإشكاليات القانونية والقضائية. فهذا السكوت لا يبدن تأويله سواء باعتباره رفضا أو قبولا. وعمليا هذه القرارات مادامت قرارات لا نستطيع معرفة مضمونها لغياب إجراءات مسطرية وخاصة إشهارها فأخما فرصة مناسبة ليظهر القاضي الإداري تمثلاته الخاصة حول عمل الإدارة وبالتالي عن نزعته السياسية.

مع العلم أن قانون المحاكم الإدارية 41/90 من خلال مادته 23 من الباب الثالث، ج ر عدد 4227 حدد مدة 60 يوما من أجل رد الإدارة وإلا اعتبر سكوتها رفضا اللهم في حالات استثنائية كقرار رخصة البناء الضمني المستفاد من مرور مدة معينة في مجال التعمير، وفي فرنسا يحدد بدوره قانون 12 أبريل 2000 من خلال مادته 21 يعتبر أن سكوت الإدارة لمدة 60 يوما رفضا من طرفها. ورغم هذا التحديد التشريعي الذي يقرأ معه تفوق الإدارة وتبريرا غير مقبول لعدم جوابها لأن القانون لا يذهب إلى اعتبار هذا السكوت في صالح المعني بالأمر، فإن هناك حالات تدخل فيها القاضي من خلال تأويلات خاصة ليرز نزعته الخاصة في تأويل هذا السكوت خاصة في حال مس هذا السكوت بحقوق مكتسبة سواء تعلق بالمعني بالأمر أو بالأغيار. حيث اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أن اكتساب حقوق من خلال قرارات ناتجة عن سكوت الإدارة يعد إهدارا للحق (قرار مجلس الدولة الفرنسي 4 ماي 1984 في قضية *époux poissonnier*) وفي قرار آخر اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أن الحقوق المكتسبة للأغيار تجمل سكوت الإدارة قبولا لأنها لا يعقل حرمانهم من حقوقهم هاته (قرار مجلس الدولة الفرنسي في 19 فبراير 1971 في قضية *sieur depienne*)

إن الجهود التأويلية يتقوى لدى القاضي الإداري كلما واجه زوايا ميتة لم يشملها القانون واجب التطبيق وفي نفس الوقت تأويله إن وجد كلما تعارض مع تمثله الخاص حول العدالة الإدارية.

2 - Y. Gaudmet, *les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 2013, p.103.

3 - أمينة جبران "المتحد العلمي في المادة الإدارية مدخل لصياغة جذر مشترك في المادة الإدارية المغربية، المطبعة والوراقة الوطنية. الطبعة الأولى، مراكش 2006، ص 200 و 201.

4 - ففي أحد قراراتها اعتبرت محكمة النقض بتاريخ 15/07/09 "أن مقتضيات المادتين 5 و 6 من القانون 14/88 المتعلق بالمراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية العامة التي يشترط إعلام الطاعن بنية اللجنة الإدارية حذف اسمه من اللائحة، لم ترتب أي جزاء على مخالفة هذه المقتضيات القانونية ما دام الطعن أمام المحكمة مكفولا له متى اعتبر مقرر التشطيط عليه لا يتند إلى أساس". قرار محكمة النقض بتاريخ 09/07/15 تحت عدد 1512/1 في الملف الإداري عدد 15/4/1417. قرار غير منشور.

ولقد اعتبرت محكمة النقض بتاريخ 16/07/15 "أن القانون رقم 11/57 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة الصادر بتاريخ 2011/10/28 ينص في مادته 46 على أن البت في الطعون المتعلقة بالقيود في اللوائح الانتخابية العامة يكون نهائيا، مما يترتب عنه

بالنسبة لحكم المحكمة الإدارية بالرباط في الخلاف الذي أثير بين مجلس المستشارين والحكومة بخصوص وقف بث الإحاطة عبر وسائل الإعلام السمعي البصري والذي اعتبره مجلس المستشارين قرارا إداريا يقبل الطعن بالإلغاء، ولأهمية هذا الحكم في توضيح الدور السياسي للقاضي الإداري المغربي نورد منه الحيثيات التالية: "حيث دفعت الجهة المطلوبة في الطعن بكون القرار المطعون فيه لا يستجمع مقومات القرار الإداري وأن الطعن مقدم من غير ذي صفة، وأن القضاء الإداري غير مؤهل للبت في المنازعات التي تنشأ بين مؤسسات الدولة وسلطتها كما هو الشأن النازلة الحالية التي يتعلق موضوعها بنزاع سياسي بين الحكومة والبرلمان، والتمس من أجل ذلك التصريح بعدم قبول الطلب...وحيث من جهة أخرى فلتن كانت المحكمة بخصوص الدفع المتضمن لما مفاده أن السياسة حكرا على السياسيين، وأن دور القاضي ينحصر في المنازعات العادية...إن رسالة القاضي وإن كانت تختلف عن رسالة الفاعل السياسي، لكون الأول عليه أن يتسلح وجوبا بالتحفظ والحياد والتجرد وهذا أمر يصعب تطبيقه في عالم السياسة،.... كما أن الحياد لا يتعارض إطلاقا مع ضرورة إدلاء القاضي بوجه عام والقاضي الإداري بوجه خاص برأيه في مسألة نزاعية ذات بعد سياسي".

وما ينبغي الإشارة إليه، هو أن التجارب الأنجلوساكسونية لم تعد تأخذ بهذا الفصل المنهجي، حيث كفى الفقه القانوني الأمريكي مثلا، من اعتبار القواعد القانونية والمؤسسات ظواهر معرفية مغلقة، أو إطار محايد للعمل السياسي، وبذلك يصبح التمثل القائم على الفصل المنهجي بين الحقلين متجاوزا. لقد فوتت علينا هذه المسلمة المنهجية تحليل القانون واجب التطبيق عوض البحث في القانون الذي ينبغي تطبيقه<sup>2</sup>.

ويمكن الوقوف على هذا التداخل المنهجي من خلال الأدوار التي تلعبها المحكمة الفدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية منذ 1816 عندما تبنت في دستورية القوانين، ومعلوم أن هذا النموذج تم إقراره في كندا وبعدها اليابان وفي دول أخرى<sup>3</sup>، ويعكس هذه القناعة الراسخة بالدور السياسي الذي يمكن أن يلعبه القضاء في مواجهة النصوص القانونية التي لا تطابق الوثيقة الدستورية، مع العلم، أن

أن الطعن بالاستئناف في هذا الخصوص يعتبر غير مقبول. قرار محكمة النقض بتاريخ 16/07/15 تحت عدد 1640/1 في الملف الإداري عدد 2550/4/15. قرار غير منشور.

وفي قرار آخر اعتبرت محكمة النقض من خلال غرفتها الإدارية أنه يستفاد من مقتضيات المادة 12 من القانون رقم 4/88 المتعلقة بالمراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية العامة، "أن ممارسة الحق في الطعن في قرار اللجنة الإدارية ينحصر فيما يتعلق بالناخب المقيد في اللوائح الانتخابية شخصيا، دون أن يمتد إلى ما يتعلق بتقيد غيره من الناخبين أو المنازعة فيه، وأن القانون المتعلق بمراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية الجديد حول هذا الحق على سبيل الحصر للأشخاص الذين رفض طلب قيدهم أو تم التشطيط عليهم في اللائحة الانتخابية وكذا لباقي الأطراف المبينة في المقتضى القانوني المذكور والمتمثلة في الوالي أو العامل أو السلطة الإدارية المحلية".

قرار محكمة النقض بتاريخ 10/09/15 تحت رقم 1938/1 في الملف الإداري عدد 3447/4/15. قرار غير منشور.

1 - حكم المحكمة الإدارية في الرباط، قسم الإلغاء، رقم 2467، ملف رقم 189/7110/2014، حكم غير منشور.

2- أناس المشيشي، القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، قانون عام، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ووحدة، الموسم الجامعي 2006/2005، ص: 45.

3 - J. Chevalier, *l'état de droit*, op. cit. pp. 31. 32.

ذ.لحسن الحميدي

النموذج الغربي الأوري أسند هذا الاختصاص لجهاز يعينه هو المجلس الدستوري مبعدا أي دور سياسي يمكن أن يلعبه القاضي<sup>1</sup>.

في المغرب شهدت التطورات الأخيرة خاصة مع ما حملته الوثيقة الدستورية من إمكانية البت في دستورية القوانين من طرف القضاء، شهدت نضوج القناعة بأن القاضي يمكنه أن يتحول إلى مؤول للوثيقة الدستورية<sup>2</sup>، وما يعنيه ذلك من دور سياسي يمكن أن يلعبه القاضي. ومن الناحية الواقعية تشهد الاجتهادات القضائية الإدارية على الحضور المتزايد للنزعة الدستورية للقضاء الإداري من خلال عمل المطابقة مع مقتضيات الدستورية والذي يبرز بشكل لافت مع الوثيقة الدستورية الجديدة<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني : تجليات الدور السياسي للقاضي الإداري

بعد أن اتضح أن فكرة الفصل بين القضائي والسياسي مجرد مسلمة جرى تكريسها من خلال الفهم المتسرع لمبدأ فصل السلط، فإن تأكيد ذلك سيتم من خلال الوقوف على بعض تجليات الدور السياسي الذي يلعبه القضاء الإداري سواء من خلال تكريسه لفكرة لا معيارية القانون الإداري (الفقرة الأولى) والتي تتيح للإدارة الاضطلاع بأدوارها كاملة دون أن يشكل تدخل القاضي الإداري عرقلة لعملها، ثم من خلال تكريس السلطة الخفية التي يمثلها القانون الإداري (الفقرة الثانية)، حيث يتجه القاضي الإداري إلى حماية التفوق الخفي للقانون الإداري على المرتفقين. ويعد كل ذلك من التطبيقات التي تؤكد على الدور السياسي الذي يلعبه القاضي الإداري.

### الفقرة الأولى : تكريس فكرة لا معيارية القانون الإداري

من الناحية العملية فإن الدور السياسي للقاضي الإداري يبدو بارزا من خلال تكريسه للامعيارية القانون الإداري. ومن أجل توضيح الأمر، ينبغي الإشارة أولا، أن مهمة تحديد معيار للقانون الإداري ليست مهمة تقنية خالصة، انسجاما مع التحليل أعلاه، ذلك أن هذه المهمة ترتبط أكثر بطبيعة الدولة ومكانتها في المجتمع وعلاقتها بالأفراد<sup>4</sup>. فتأرجح القانون الإداري بين معياري القوة أو ما يسمى السلطة العامة والخدمة أو ما يسمى معيار المرفق العام يرتبط أساسا بالشكل الذي يراد للدولة أن تكون عليه، وليس من باب تحديد مجالات تدخل القضاء الإداري فقط<sup>5</sup>. وللتدليل على ذلك، نجد أن الفقه لم يحدد

1 - IBID, p. 32.

2 - حميد الربيعي، القاضي الإداري وتطبيق الاتفاقيات الدولية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 43، مارس- أبريل 2002، ص 113.

3 - عبد المجيد مليكي، التقعيد الدستوري لحق دعوى الإلغاء الإدارية، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، مطبعة ومكتبة الأمانة، العدد 18، 2014، ص 201.

4 - حسن صحيب، الأسس التاريخية والفلسفية للقانون الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 130- 129، يوليوز-أكتوبر 2016، ص 32 وما بعدها.

5 - D. Lochak, *Quelle légitimité pour le juge administratif*, op. cit. p.141.

بشكل نهائي معيارا وحيدا للقانون الإداري؛ فهو يتأرجح بين الوضعيتين؛ فإما الأخذ بمعيار السلطة العامة أو الأخذ بمعيار المرفق العام<sup>1</sup>.

إذا قرر القضاء الإداري الأخذ بمعيار السلطة العامة يكون بذلك قد قرر ضمان تفوق الجهاز الإداري على المرتفقين، وإذا تبنى معيار المرفق العام يكون قد اتخذ من فكرة استيعاب المتطلبات الواقعية ذريعة لتبني المعيار<sup>2</sup>. وفي الحالتين، هناك حاجة لامتيازات السلطة العامة؛ ذلك أن اللجوء لفكرة السلطة العامة عادة ما يكون تحت ذريعة الخدمة، أما اللجوء لفكرة المرفق العام يفترض تمتع الإدارة بامتيازات تمكنها من ضمان هذه الخدمة. هذه العلاقة الديالكتيكية هي ما يدفعا للقول كما يؤكد كثير من الفقه إلى غياب معيار وحيد للقانون الإداري<sup>3</sup>. إن محاولات الفقه إرجاع القانون الإداري لمعيار وحيد عملية مستحيلة، لسبب بسيط هو الطبيعة الإيديولوجية لهذا القانون والخلفيات السياسية التي تحكمه والتي يراد لها أن تهيمن من خلال قاضي الإدارة<sup>4</sup>.

ينبغي القانون الإداري داخليا على مجموعة من المفاهيم المتعارضة: النظام العام مقابل الحريات العامة والمصلحة العامة مقابل حقوق الأفراد والسلطة العامة مقابل المرفق العام... ومعلوم أن كل إيديولوجيا تبنى منهجيا على تعدد المفاهيم، لأنه من خلال هذا التعدد يفسح المجال للإدارة لتبرير انزلاقاتها وأخطائها وتجعل أعمالها مقبولة لدى المرتفقين<sup>5</sup>.

عندما كتب "جون ريفيرو" مقاله الشهير "هل يوجد معيار للقانون الإداري؟" كانت غايته الدفاع على الطبيعة الخاصة للقاضي الإداري بوصفه قاض منش، ذلك أن غياب المعيار يمنح مساحة كبيرة للتأويل القضائي ويجعل القاضي الإداري متحررا من شروط قبلية ترهن اجتهاداته<sup>6</sup>. لكن هذا التحليل البسيط لا يخفي الإرادة التي تسعى إلى الحفاظ على القانون الإداري كقانون للسلطة التنفيذية من خلال جهازها الإداري، تضمن من خلاله تنفيذ مخططاتها بعيدا عن عراقيل متوقعة من طرف القاضي الإداري، وهذا ما نبه إليه بعض الفقه على رأسهم "جاك شوفالييه" و"دانييل لوشاك"<sup>7</sup>.

1 - رأفت دسوقي محمد، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2015، ص: 351 وما بعدها.  
2 - J.Chevalier, *l'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et l'administration active*, p. 124.

3 - رشيد أجلاب، تطور مفهوم القرار الإداري بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2017، ص: 30.

4 - J.Chevalier, *les fondements idéologiques du droit administratif*, op. cité,

5 - C. CHauvet, *La personnalité judiciaire des autorités administratives indépendantes*, revue de droit public et sciences politiques, L.G.D.G, 2007, p : 392.

6 - J. Rivero, *existe-t-il un critère du droit administratif*, revue du droit public, 1953, pp. 280 ss.

7 - تمكنت "دانييل لوشاك" من خلال كتابها الدور السياسي للقاضي الإداري الفرنسي وهو عبارة عن أطروحة لنيل الدكتوراه إخراج النقاش من دائرة المسكوت عنه عندما شرحت الدور السياسي الذي تلعبه مؤسسة القاضي الإداري في تثبيت التوازنات الاجتماعية، وكان "جاك شوفالييه" قد رصد جوانب كثيرة من الخلفيات الإيديولوجية التي يكرسها القضاء الإداري من خلال القانون الإداري من خلال أطروحته كذلك تحت عنوان تطور مبدأ الفصل بين القضاء الإداري ونشاط الإدارة، وذلك إضافة إلى "دوكي" الذي كانت له مواقف صارمة من توغل فكرة المصلحة العامة ومبدأ السيادة والغلو في استعمال مفهوم الشخص المعنوي

ذ.لحسن الحميدي

بهذا المعنى، فإن المحاولات الفقهيّة التي استهدفت إيجاد معيار وحيد للقانون الإداري انطلقت من فكرة مفادها أن القانون الإداري هو قانون إمبريقي يبينه القاضي الإداري من خلال وضعيات معينة<sup>1</sup>، ومسعى الفقه لتحديد معيار ثابت يجعل القاضي أمام تحديدات جاهزة تسهل مهمته. لكن هذه البناءات النظرية يبدو أنها كانت متفائلة أكثر من اللازم، فالأرضية التي بني عليها القانون الإداري تاريخياً هي أرضية متحركة بطبيعتها<sup>2</sup>.

إن الفصل الذي تعرض له القانون الإداري عن سياقه الاجتماعي والسياسي هو الذي جعل الفقهاء يؤمنون بإمكانية تحقيق حلمهم بإيجاد معيار للقانون الإداري؛ بحيث أغفلوا أن معيار السلطة العامة - باعتباره المعيار الأصيل - بني أساساً على بدهاة تحاول الإدارة تكريسها وهي قوة الدولة من خلال كل الوسائل التي تتمتع بها.

إن تميز الدولة من خلال جهازها الإداري مر في البداية من خلال إظهارها كشخص معنوي لا يمكن معرفته، إلا كونه مختلف تماماً عن الأشخاص الفيزيائيين، فالدولة هي مصدر القانون ومصدر كل القوة الاجتماعية<sup>3</sup>. وفي هذه الجزئية بالأساس، يقودنا البحث إلى ضرورة طرح سؤال أنطولوجي حول مشروعية القوة التي تتمتع بها الدولة في مواجهة الأفراد.

إن فكرة القوة والتميز يجري تكريسها باستمرار من طرف الإدارة وقاضيتها، فبالرجوع للفقه المقارن خاصة الألماني نجد أنه في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 تم تكريس مقولة تفوق الدولة خاصة مع *Labaud و Gerber* وتحديدًا *Jellinex* حيث يعتبر أن الدولة في الفقه الألماني محتكرة للقوة *Herrshaft*، وتم تثبيت هذه الفكرة من خلال مبدأ قانوني معروف هو أن "الدولة المصدر الوحيد للقانون"؛ وبالتالي فالدولة تخط الحدود التي ستخضع إليها من خلال ما يسمى بـ "الرقابة الذاتية"<sup>4</sup>. ورغم التغييرات التي قد تظهر على مفهوم الدولة وبروز فكرة دولة الحق والقانون، فإن هذا التحول من دولة القوة والهيمنة إلى دولة الحق هو انتقال إرادي محكوم بغايات محددة سلفاً، لا يفرضها بالضرورة الدور

---

العام وكلها مفاهيم ساعدت في لعب دور محوري في تكريس الدور السياسي الذي يلعبه القاضي الإداري الذي تحول إلى الحامي الأول لهذه المفاهيم الفضفاضة والتي عادة ما تضع المرتفق في موقف ضعيف يعصف بفكرة العدالة الإدارية. وفي المغرب يعد تصور أمينة جبران إضافة نوعية في هذا الإطار عندما نبهت للخلفيات الإيديولوجية لبعض المقتضيات القانونية التي يلجأ لها القاضي الإداري المغربي سواء تلك المتعلقة بقواعد القانون الخاص كالمادة 25 من قانون المسطرة المدنية المغربي والتي تحضر على القضاء عرقلة عمل الإدارة أو بعض مقتضيات قانون المحكمة الإدارية 41/90. ويضاف إلى هذا الزخم بعض المقالات التي قدمها كل من "المكي السراجي" خاصة مقال "القضاء الإداري بين العقلنة وتدخل السلطة التنفيذية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 129-130، يوليو-أكتوبر 2016. أو "حسن صحيب من خلال مقاله "الأسس التاريخية والفلسفية للقانون الإداري المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 129-130، يوليو-أكتوبر 2016" وهي تصورات مهمة تكشف الأدوار التي تلعبها السلطة العامة كالسلطة التنفيذية في الحد من فعالية القاضي الإداري.

1- Y. Gaudmet, *les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 103.

2 - J. Chevalier, *l'Etat de droit*, op. cit., p. 112

3 - *IBID*, p. 44

4 - Voir, A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel et comparé*, 8 éd, 1927, 2 vol.

الإنشائي للقاضي الإداري بقدر ما تحددها الدولة من خلال قانون إداري يبني على فكرة "الرقابة الذاتية"، ومنه يتحول القاضي الإداري إلى قاض في خدمة غايات الدولة بل مدافع على أحقية الدولة للدفاع عن نفسها بما في ذلك توفير قاض ينحدر من بنيتها<sup>1</sup>.

أما النموذج الفرنسي والذي تبناه النموذج المغربي، فيجد سنده حول فكرة علو الإدارة من خلال نظرية السيادة التي بناها "كارلي دومالبرغ"، حينما يؤكد على أن القانون عموماً والقانون الإداري خصوصاً هو من صنع الدولة وبالتالي لا مصدر للقانون سوى الدولة. وأي بحث عن تغيير القانون الإداري ينبغي البحث فيه عن إرادة الدولة في هذا التغيير وبالتبعية عن إرادة القاضي الإداري في هذا التغيير<sup>2</sup>.

ومع ذلك ينبغي التنبيه أن هناك فرق جوهري بين الفقه الألماني والفرنسي في هذا الشأن؛ فإذا كان الألمان يعتقدون أن مصدر القانون هو الدولة<sup>3</sup>، فالفرنسيون يعتبرون أن مصدر القانون هو الأمة<sup>4</sup>. وبالتالي إذا كان ينظر الفقه الألماني لفكرة سيادة الدولة بشكل إيجابي، فإن هذه الهيمنة يتم تلقيها بكثير من التوجس بفرنسا، كما في المغرب؛ بحيث هناك تخوف مستمر في إمكانية استخدام فكرة السيادة بشكل سيئ.

لقد ظهرت حالة من التشكيك في فكرة السيادة نفسها، والتي تعني بالمحصلة إنكار فكرة وجود قانون عام. وهذا ما أكده "ديكي" بحيث يعتبر أنه لا وجود لفكرة السيادة وإنما هناك اعتقاد ميتافيزيقي كرسه تاريخ الدولة الموعول في العجائية<sup>5</sup>. وبالتالي فوجود قانون إداري لا يمكن أن يتحقق إلا إذا وجد شرط جوهري هو خضوع الدولة نفسها للقاعدة القانونية؛ في حين أن مبدأ السيادة يعطيها إمكانية احتكار إنشاء القانون. وبالتالي فالخضوع للقانون يقتضي استبعاد مبدأ السيادة ومنه الحد من فكرة القانون الذاتي ومبدأ الرقابة الذاتية.

ورغم الزخم الفقهي الذي طالما أكد على ضرورة الحد من امتيازات السلطة العامة فإن الإدارة لا تدخر جهداً من أجل الإفلات من الرقابة القضائية الإدارية؛ بل ودفع القاضي الإداري إلى تبني هذا الاختيار، من خلال الحيل التي يلجأ إليها الشخص المعنوي. وقد نبه "دوكي" إلى مدى الانزلاق الذي تتعرض له العدالة الإدارية من خلال مبرر السيادة أو فكرة الشخص المعنوي، إذ يعتبر أنه لا وجود

1 - J. Audry, la professionnalisation du juge, thèse de doctorat, Université de Toulouse, Centre d'Études et de Recherche sur les Contentieux, soutenu le 6 décembre 2016, p. 231.

2 - J. Chevalier, l'état de droit, op. cité, p. 110.

3 - P. Ferrari, Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire, pp.141, 142.

4 - ينص الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة الصادر في 4 أكتوبر 1958 كما تم تعديله وتتميمه في الفصل الثالث إلى أن "السيادة الوطنية هي للشعب وتمارسها من خلال تمثيلها وعبر الاستفتاء..." يمكن مراجعة الدستور الفرنسي من خلال البوابة الرسمية للمجلس الدستوري الفرنسي. للاضطلاع على الدستور الفرنسي يمكن مراجعة الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

5 - C. Chauvet. La personnalité judiciaire des autorités administratives indépendantes, pré cité p : 392.

لشخص جماعي من الناحية القانونية وبالتالي فالقانون الذي يسعى لشرعنة هذه الوضعية لا يخلو من إيديولوجية تتمثل في الإخضاع. وكما يؤكد "دوكي" ففكرة السلطة العامة ينبغي حذفها نهائيا من القانون الإداري لأنها تجعل من هذا الأخير حيلة ثانية للإخضاع إضافة لما يمارسه هذا القانون من تفوق الإدارة<sup>1</sup>. فحسب "دوكي" لا وجود للشخص المعنوي بل هناك حُكَّام وإداريون يتخذون قرارات تؤثر في المراكز القانونية للأفراد وتمس أحيانا بحقوقهم، فلا مجال للصورة المجردة للإدارة بل ينبغي أن ننظر إليها كأجهزة مادية.

وفي التجربة المغربية فالقانون الإداري على غرار نظيره الفرنسي يعاني من غياب المعيار مما يبرر القول بوجود خلفية سياسية تحكم تصور السلطة التشريعية والتنفيذية في إنتاج القاعدة القانونية الإدارية. وقد واجه القاضي الإداري المغربي هذه الوضعية الملتبسة من خلال أحكام مترددة بين الأخذ بمعيار السلطة العامة أو المرفق العام أو هما معا<sup>2</sup>. ففي الوقت الذي تم تبني قانون المحاكم الإدارية كان المفروض هو دفع المرفق لجهة قضائية مختصة للنظر في المنازعات الناشئة ضد الإدارة<sup>3</sup>، لكن الاستدراكات التشريعية التي استهدفت إخراج مؤسسات معينة من الرقابة القضائية الإدارية تؤكد الأطروحة القائلة بالحمولة السياسية التي تطبع القانون الإداري. وعندما يبقى القاضي الإداري رهين هذا القانون بوصفه صوته؛ يكون قد كرس الهيمنة التي يراد للشخص المعنوي أن يتمتع بها.

وهناك تصور شائع لدى الفقه بأن الاختصاص القضائي الإداري لا يرجع لحرية القاضي بالأساس ولكن يرتبط بإرادة المشرع. إن إنكار حرية القاضي الإداري في اختيار القانون واجب التطبيق يجعله ناطقا رسميا بصوت المشرع دون أي هامش للمناورة وبغض النظر عن تحقيق العدالة الإدارية<sup>4</sup>.

### الفقرة الثانية : القانون الإداري كنظام لشرعنة نموذج الدولة

عندما كتبت "دانييل لوشاك" مقالتها حول الدور السياسي لمجلس الدولة الفرنسي<sup>5</sup> وقبلها أطروحتها حول الدور السياسي للقاضي الإداري والملاحظات التي أبدتها "جاك شوفالييه" في أطروحتها حول الأسس الدستورية للقانون الإداري<sup>6</sup>. بعد هذا الزخم الفقهي اتجه الفقه المغربي بشكل محتشم لكشف ما يمكن أن نسميه الدور الخفي للقاضي الإداري في تكريس نموذج الدولة، خاصة من خلال مقال "أمنية جبران" و"محمد البخاري" حول تأثير القاضي الإداري بال محيط الاجتماعي أو كتابها "المتحد العلمي" التي أشارت فيه بوضوح لإيديولوجية المادة 25 من قانون المسطرة المدنية المغربية<sup>7</sup>...

1 - Voir L. Sfez, *Duguit et la théorie de l'Etat représentation et communication*, Archive, philo, droit, Tom 11, Sirey, 1976, pp. 111 ss.

2 - J. Chevalier, *les fondements idéologiques du droit administratif*, op. cité, p. 34.

3 - ميشيل روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، ترجمة محمد زهير والجيلالي أمزيد، منشورات لابورت، 1995، ص: 37.

4 - D. Lochak, *la justice administrative*, op cité, p. 134.

5 D. Lochak, *le conseil d'état en politique*, Pouvoirs, 2007, n 123, p. 19 s.

6 - J. Chevalier, *les fondements constitutionnels du droit administratif*,

7 - أمينة جبران "المتحد العلمي في المادة الإدارية مدخل لصياغة جذر مشترك في المادة الإدارية المغربية، مرجع سابق، ص: 201.

إن أطروحة الدور السياسي الذي يلعبه القاضي الإداري لم تعد "طابوها" فقها وإنما يتعلق الأمر بنتيجة حتمية فرضتها طبيعة القضاء الإداري نفسه الذي يجد نفسه أمام ضرورة تطبيق القانون الإداري، والذي تنتج الإدارة حول أدوارها ومجال تدخلها، بل وتصورها حول طبيعة النظام السياسي والاقتصادي الذي تريد أن تكرسه. لقد ساهم الاجتهاد القضائي الإداري في تكوين مسلمات مرتبطة بالدولة والإدارة بغاية شرعنة عمل الدولة<sup>1</sup>، حيث تم تكريس مقولة المرفق العام والسلطة العامة من خلال إلحاق فكرة الخدمة العمومية الصناعية والتجارية وإدراجها في فضاء المصلحة العامة، ومقولة النظام العام والسلم الاجتماعي بالاعتراف للسلطة العامة بامتيازات خاصة من خلالها، والنتيجة هي إمكانية المساس بفكرة الشرعية بطريقة شرعية<sup>2</sup>.

وبالتالي، فإن السكوت التشريعي عن معيار القانون الإداري غايته بالأساس الحفاظ على تميز جهاز الدولة؛ لأن إشكالية المعيار ليست إشكالية تقنية بقدر ما تحمل خلفية إيديولوجية، وهذا البعد الإيديولوجي حاضر منذ نشأة القانون الإداري<sup>3</sup>. إن نهاية التوتر بين معسكري السلطة العامة والمرفق العام يؤكد على أن البناء الإيديولوجي قد اكتمل أو بصيغة أخرى يعني أن القانون الإداري نجح في تكريس تفوق الدولة وبالتالي لا جدوى من البحث عن معايير أخرى<sup>4</sup>.

يعتبر تأرجح معيار القانون الإداري بين معياري السلطة العامة والمرفق العام تكريسا لفكرة "الالتزام الذاتي" للإدارة بغض النظر عن الرقابة القضائية اللاحقة والتي يمارسها القضاء الإداري، ما دام أن مجال التدخل لديه معروف ومحدد سلفا. إن اعتماد الإدارة على هذين المعيارين يعبر عن رغبة لديها في استيعاب المتطلبات الجديدة للمرتفق، وبالتالي شرعنة نموذج الإدارة وبالأستزمام شرعنة نموذج الدولة.

إن تكريس إيديولوجية القوة من طرف الإدارة تبدو أكثر وضوحا من خلال امتيازات السلطة العامة والتي نتجت عن فكرة "الرقابة الذاتية" والتي تتمتع بها الدولة بوصفها ضرورة أنطولوجية بالنسبة للأفراد، كما يؤكد على ذلك "هيغل" -والذي يشكل الخلفية النظرية لمفهوم الدولة لدى الفقه الألماني- حيث أعطى للدولة زحما ميتافيزيقيا كبيرا يجعلها كيانا أخلاقيا مطلقا، لا يتوقع منه إلا خدمة المصلحة العامة<sup>5</sup>. ورغم أن هذا الزخم الميتافيزيقي ينجو بشكل واضح لدى الفقه الفرنسي والذي يفضل "التصور الكلسني" الشكلائي، إلا أنه لا ينكر ضرورة تفوق الدولة كجهاز مهيم يضمن سيادة القانون. ورغم التوجس الذي يحوم حول التفوق الذي تفرضه الإدارة من خلال مفاهيم فضفاضة كالمصلحة العامة والسيادة والنظام العام... ورغم هذا التوجس، إلا أن الدولة من خلال جهازها الإداري قد تبدو مستعدة

1 - D. Lochak, *le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 150.

2 - D. Lochak, *quelle légitimité pour le juge administratif ?*, op. cit., p. 151.

3 - J. Chevalier, *Réflexion sur l'idiologie de l'intérêt général*, in *Variation autour de l'idiologie de l'intérêt général*, vol. 1, P.U.F, 1978, p. 41.

4 - Voir J. Chevalier, D. Lochak, *Science administrative, Théorie générale de l'institut administrative*, L.G.D.J, 1978, n 220-221.

5 - يمكن الاضطلاع في هذا الصدد، هيغل، أصول فلسفة الحق، المجلد الأول، تحقيق إمام عبد الفتاح، مكتبة مدبولي، الطبعة الأولى، 1995.

ذ.لحسن الحميدي

للتخلي عن هذا التفوق خاصة عندما تختار الخضوع للقانون الخاص<sup>1</sup>. لكن هذا التخلي تلقاه "جاك شوفالييه" بكثير من الحذر على اعتبار أن أي تحول لمعيار المرفق العام لا يعني تحول الدولة من نموذج دولة الهيمنة إلى نموذج دولة الحق والقانون؛ لأن هذا التحول يتم بإرادتها الخاصة وفي ذلك استمرار لفكرة "الرقابة الذاتية" التي تمارسها الدولة على اندفاعتها. ومنه، يتقوى مجال الإيديولوجيا حينما يظهر القاضي الإداري لا يراقب الإدارة بشكل ذاتي، ولكن من خلال ما تريد الإدارة إخضاعه للرقابة ووفق الشروط التي تراها مناسبة.

يقدم القانون الإداري -بهذا المعنى- خدمة غير مشروطة للإيديولوجيا أو لنظام شرعنة الدولة رغم أن القاعدة الثابتة لدى الفقه الفرنسي هي أن الإيديولوجيا تكون دائما في خدمة القانون.

عندما يتحول القاضي الإداري إلى مدافع عن نزع الملكية باسم المنفعة العامة، مثلا، فإن في ذلك حماية لاختيارات السلطة التنفيذية من خلال جهازها الإداري. وبما أن اختيار دولة القانون يجعل من الخضوع للقانون وتدرجه أساسا لعمل القاضي الإداري، فذلك لا يمنع من استمرار بعض النزوايا الميئة حيث لا يمكن للقاضي الإداري بسط رقبته. ومنها على وجه الخصوص ما يتعلق بأعمال السيادة تحت ذريعة الباعث السياسي لهذه الأعمال، كما لا يمكنه أن يبسط رقبته انطلاقا من القانون الإداري نفسه، الذي يخرج جملة من القرارات من الرقابة القضائية الإدارية فتصبح كمسلمة لا يمكن تحطيمها.

إن التحولات التي عرفتها الدولة وخاصة سيادة نموذج الدولة الليبرالية والتي تروم فتح المجال للقطاع الخاص للاضطلاع بأدوار حاسمة في مجال المصلحة العامة<sup>2</sup>، أدى بالحصلة، إلى تحول القرار الإداري من تعبير عن القانون إلى تعبير عن نزعة براغماتية تحتاج للحماية من أي تدخل للقاضي الإداري، كما أن هذا التحول جعلنا أمام تراجع السمة الإدارية للعقود -والتي كانت إطارا لضمان المصلحة العامة- لصالح عقود بين القطاع الخاص ذات أهداف اقتصادية خاصة كما هو الشأن بالنسبة لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، واللجوء الممنهج للتحديد القانوني لطبيعة بعض العقود في هذا الشأن، كعقد الامتياز والذي يخرج بقوة القانون من الرقابة القضائية الإدارية ويلحق بالقضاء العادي رغم تعلقه بمصلحة عامة<sup>3</sup>. ثم ما يتعلق بتطور أسس المسؤولية الإدارية والتي تعتبر مبدئيا أسسا قضائية، حيث انتقلت من أساس الخطأ إلى مسؤولية بدون خطأ ثم على أساس المخاطر، وفي ذلك تكريس لمقولة أن الإدارة لا تخطئ وإنما تسعى للتضامن عن أنشطة لا مناص من القيام بها<sup>4</sup>، وكما يقول "شابيس" إن تاريخ الخطأ الجسيم هو تاريخ تراجع هذا الأخير<sup>5</sup>.

1 - أناس المشيشي، القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص، مرجع سابق، ص. 45 و46.  
2 - J. Chevalier, *Réflexion sur l'idologie de l'intérêt général*, pré. cité, p. 42.

3 - عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم للطباعة الأولى، 2010، ص. 203.

4 - للتوسع أكثر أنظر: يونس الشاخي، تطور أسس المسؤولية الإدارية في ضوء الاجتهاد الإداري المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2015/2014.

5 - R. Chapus, *Droit administratif général*, tom 1, 15 éd, 2001, p. 1304.

إن التحولات التي مست نموذج الدولة ستضعنا في المحصلة أمام تحول في مؤسسة القاضي الإداري الذي أصبح تابعا بالضرورة لغايات العمل الإداري مما يجعله بالضرورة قاض سياسي<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة: القاضي الإداري في خدمة السلطة الخفية للقانون الإداري

إن معالجة الدور السياسي للقاضي الإداري يقتضي التوقف على الدور غير المباشر الذي يلعبه القاضي الإداري في تكريس السلطة الخفية للقانون الإداري، والتي تستمد من الطبيعة المتميزة لهذا القانون عن القانون المدني من جهة، ومن جهة أخرى تستمد من الحرية التي يتمتع بها القاضي الإداري في اختيار القانون الواجب التطبيق.

من الشائع لدى الفقه أن القاضي صوت القانون وأن تكون قاضيا فأنت بالضرورة في خدمة دولة القانون، أو بصيغة أخرى يسعى القاضي لضمان سيادة القانون كوسيلة للحفاظ على التوازنات الاجتماعية وفي الوقت نفسه إنه القوة الضامنة للديمقراطية<sup>2</sup>، إنه يجد من السلطة السياسية ويحد من كل الأجهزة التي تتفرع عنها<sup>3</sup>. لكن مقابل ذلك وضعية القاضي الإداري مختلفة في هذا الشأن لأنها تفرز بعض التناقض، فإلى جانب دوره القضائي فهو لا يلجأ للقانون الموضوعي القابل للتطبيق بين طرفين متساويين، بل يضطر لتطبيق قانون حدده أحد الأطراف من أجل إنصاف أحدهما. ومنه فدور القاضي الإداري لا يخلو من لبس، فلا قدراته التأويلية ولا فعالية مساطره ينبعون منه ذاتيا<sup>4</sup>.

إن مجالات تحرك النزعة التأويلية للقاضي الإداري محددة سلفا من خلال قانون لا يعرفه المرتفقين في الغالب<sup>5</sup>، بل أصبح يتمدد بشكل متزايد مما دفع بعض الفقه اعتبار أن "كل القانون أصبح قانونا عاما"<sup>6</sup>، أو أن القانون العام نجده على رأس فصول القانون الخاص<sup>7</sup>. ولعل الحرية التي يتمتع بها القاضي الإداري في توظيف قواعد القانون الخاص دليل على هذا الأمر رغم أن القاضي العادي يلجأ بدوره لقواعد القانون الإداري وهذا الأمر طبيعيا نظرا للأحقية التاريخية التي يتمتع بها هذا الأخير.

إن توسيع مجال القانون الإداري كما يشير لذلك "إزغمان" يعكس رغبة السلطة السياسية في حماية الإدارة من البياضات التي قد تستغل من طرف المرتفقين ضد العمل الإداري<sup>8</sup>. ورغم أن هذه الوضعية يمكن قراءتها بشكل مختلف كما يؤكد على ذلك نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي "Jean-Marc Sauvé" بحيث يعتبر أن خلفيات القانون الإداري تتيح للقاضي الإداري حرية أكبر لتكريس

1 - M. Deguerge, *politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*, AJDA, 1995, p. 211.

2-P. bouretz, *la force du droit*, Panorama, Débats contemporains, Esprit, col. Philosophie, 1991, p.17.

3 - IBID, p. 18.

4 - B. Stim, *les libertés en question*, Paris, Montchrestien, 7éd, 2010, p. 78.

- أناس المشيشي، القاضي الإداري وقواعد القانون الخاص، مرجع سابق، ص ص. 45 و 46.

- المرجع نفسه، ص. 46.

7 - J.E.M, Portail, *discours préliminaire, sur le projet de code civil*, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Aix en Provence, Presse universitaire d'Aix Marseille, 1998, p. 22.

8 - C. Eseinmenn, *la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, RDF, 1972, p.419.

دولة الحق والقانون<sup>1</sup>، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن هناك مجال لتكريس السلط الخفية التي يلعبها القانون الإداري لصالح الإدارة.

هذا التحليل يسعنا في الاعتراف للقاضي الإداري بنوع من "التفويض الذاتي" من أجل تكريس السلطات الخفية التي يسعى القانون الإداري لتكريسها<sup>2</sup>. ويقصد بالتفويض الذاتي ذلك المجهود التأويلي الذي يبذله القاضي من أجل خلق قاعدة قضائية خاصة، تتيح له التدخل الذاتي تلقائياً دون الحاجة لقواعد خارجية<sup>3</sup>. وتم هذه العملية من خلال آليتين أساسيتين، الأولى، تتمثل في التفويض الذي تمنحه الإدارة للقاضي الإداري حتى يستطيع ممارسة هذا الامتياز، والثانية، نابعة من التدخل التلقائي للقاضي الإداري. لكن الحاليتين كما يلاحظ *Tusseau* يرتبطان بالإرادة الحرة للقاضي الإداري. والنتيجة أن هناك اعتراف من طرف الإدارة باختصاص حصري للقاضي الإداري، خاصة في المرحلة التنازعية يستهدف شرعنة سلطها الخفية.

1- في الحالة الأولى يمكن الوقوف على مقتضيات قانون المحاكم الإدارية نفسه، والذي يعد في منطلقه محاولة لإخضاع الإدارة لقانون متميز عن القانون العادي. وفي هذا الأمر رفض من طرف الإدارة -ومبشيتها الخاصة- بأن تخضع لمبدأ المساواة والذي يميز عادة القانون العادي. وفي هذا الشأن، يمكن القول أن القاضي الإداري أول حام لمقتضيات هذا القانون، وفي ذلك حماية أيضاً للإدارة. وعملياً يمكن الوقوف في الاجتهادات القضائية الإدارية المغربية على ما يمكن أن نسماه استمرار روح المادة 8 من ظهير التنظيم القضائي 1913، والتي تحضر على القضاء عرقلة العمل الإداري<sup>4</sup>.

1 - Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, Justice administrative et Etat de droit, Intervention à Institut d'études judiciaires, Université Panthéon-Assas, Lundi 10 février 2014, p.2. [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) 14/04/2017.

2-G. Tusseau, Les normes de l'habilitation, Paris, Dalloz, Coll, Nouvelles bibliothèques des thèses, 2006, p.600.

3-IBID, p. 482.

4 - يتعلق الأمر بالمادة 8 من ظهير التنظيم القضائي الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 بشأن تنظيم المحاكم العادية وتسييرها، وخاصة من خلال فقرتها الثالثة والرابعة؛ وللتأن نصان على أنه: "يمنع على المحاكم أن تأمر ولو بصفة تابعة للطلبات الواردة أعلاه أو بصفة أصلية أي إجراء من شأنه أن يعرقل عمل الإدارات العمومية، سواء عن طريق وضع موانع أمام تطبيق اللوائح التنظيمية الصادرة عنها، أو عن طريق إصدار الأمر بتنفيذ الأشغال العمومية أو توقيفها، أو بتغيير نطاق هذه الأشغال أو كيفية تنفيذها".

ويرى بعض الفقه أن روح هذه المادة المؤسسة للقضاء الإداري استمرت رغم التغيرات المتلاحقة التي شهدتها بنية الدولة المغربية كما هو الشأن بالنسبة "لأمنية جبران" والتي تعتبر أنه حتى بعد صدور ظهير التنظيم القضائي 28 غشت 1974 والذي وإن لم يردد نفس عبارات المادة الثامنة فقد احتفظ بروحه ومضمونه، إذ نص من خلال المادة 25 على ما يلي "يمنع على المحاكم عدا إذا كانت مقتضيات قانونية مخالفة أن تنظر ولو بصفة تبعية في جميع الطلبات التي من شأنها أن تعرقل عمل الإدارات العمومية للدولة أو الجماعات العمومية الأخر أو أن تلغي إحدى قراراتها" معلقة على الأمر بقولها أنه الشيء الذي يعد استمراراً لقانون فترة الحماية ويكذب الطرح الذي يذهب إلى القطيعة بين الماضي والحاضر على الأقل في جانب منه. في اتجاه آخر يرى في هذا الصدد يشير "ميشيل روسي" من خلال كتابه "المنازعات الإدارية بالمغرب" أن القاضي الإداري في ظل الدساتير السابقة ظل يشتغل محترماً حرفية النص الدستوري سواء في فرض اختصاصه النوعي كما هو الشأن بعد تأسيس المجلس الأعلى المحدث بظهير 1957 وقانون توحيد القضاء المؤرخ في 62 يناير 1965 والذي دخل حيز التنفيذ في فاتح يناير 1966، أو حتى إصلاحات 1974 وفي هذا الصدد

2- في الحالة الثانية يفوض القاضي الإداري لنفسه تلقائيا حماية فكرة تميز قواعد القانون الإداري عن باقي المقتضيات خاصة عندما يصبح مدافعا شرسا عن المصلحة العامة والمنفعة العامة وأعمال السيادة.

ففي أحد أحكامه اعتبر القاضي الإداري المغربي "أن الإدارة لم تفصح عن الأسباب الداعية لإصدار القرار المطعون فيه كتابة ولم تتمكن الطاعنة أو تدل للمحكمة بأي قرار مكتوب يتضمن العناصر التي ارتكز عليها، ويبقى ما تمسكت به من اندراج القرار المذكور ضمن نطاق القرارات التي يقتضي الأمن الداخلي والخارجي للدولة عدم تعليلها في إطار الاستثناء المنصوص عليه المادة الثالثة من القانون أعلاه، غير ذي أساس، ما دام أنها لم توضح وجه التهديد الذي يطال الأمن الداخلي أو الخارجي نتيجة الإفصاح عن أسباب قرار عدم تجديد بطاقة الإقامة، حتى تتبين المحكمة من سلامة ما سارت عليه الإدارة من عدم التعليل، على أساس أن القرارات الصادرة في إطار رفض الترخيص بإقامة الأجانب وإن كانت غايتها حماية النظام العام"<sup>1</sup>. وفي نازلة أخرى اعتبرت نفس المحكمة أن وحيث إنه بالرجوع للنازلة يتبين أن الطالب تم منعه فعليا من السفر خارج أرض الوطن دون تبليغه قبل ذلك بقرار المنع، ودون أن تدلي به الجهة المطلوبة أثناء الجلسة حتى تتأكد المحكمة من تاريخ صدوره وتاريخ تنفيذه... وحيث نصت المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية على أن الأمر بسحب جواز السفر وإغلاق الحدود محدد في الزمن بعدم تجاوز مدة سريته شهرا واحدا، ولا يتم تمديده إلا استثناء إذا كان المعني بالأمر هو المعرقل لعملية البحث... إلا أن عدم إفصاح الوكيل القضائي الحاضر بالجلسة عن أوجه العرقلة متمسكا بسرية البحث يبقى موقفا وجيها... ويبقى استمرار المنع من طرف النيابة العامة وتمديده في الوقت الراهن غير متسم بأي غلو أو تعسف أو خطأ جسيم يبرر قاضي المستعجلات... وقرار المنع لم يتجاوز الثلاثة أشهر التي تقرر المحكمة في ظل الفراغ التشريعي تبقى مدة معقولة من أجل الأبحاث التمهيدية..."<sup>2</sup>.

لكن هذا التمييز الذي يطبع القانون الإداري من خلال تقوية السلط الخفية التي يمثلها لا تنبع من إرادة التمييز في ذاته بل هناك ضرورات عملية مرتبطة أساسا بطبيعة بعض السلط والتي تحتاج بحكم طبيعتها لهذا الأمر، وأحيانا يمنحها القانون الإداري من أجل ضمان الفعالية الإدارية. والقاضي الإداري من خلال تأويله يسعى لتحقيق هذه الغاية. ومن هنا نفهم إصرار "جاك شوفالبييه" على ضرورة تجاوز

كرس الفصل 25 من المسطرة المدنية روح الفصل 8 من ظهير 1913 حيث منع على القضاء الإداري النظر في مسألة سمو القاعدة الدستورية كلما تعارضت مع التشريع الأدنى درجة، لكن ميشيل روسي يلاحظ أن قانون المحاكم الإدارية حرق هذه القاعدة المتمثلة في فصل السلط فالفصل 50 من القانون من خلال فقرته الأخيرة نسخها مع التشديد على أن مسألة دستورية القوانين لا تعود للجهات القضائية، وأصبح الحظر متجاوزا من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 79 من دستور 1992 حيث أصبح لزاما على السلطات بما فيها القضائية عدم الأخذ بالقواعد القانونية المخالفة للدستور. وهكذا فإن مبدأ سمو القاعدة الدستورية في اجتهادات القاضي الإداري أصبحت سارية المفعول مع دخول المحاكم الإدارية حيز الاشتغال.

1 - المحكمة الإدارية بالرباط، القضاء الاستعجالي، ملف رقم: 2013/7101/3026 أمر رقم: 2917، بتاريخ 05 غشت 2016، غير منشور.

2 - أمر قضائي رقم 2446 بتاريخ 28 شتنبر 2015 عن المحكمة الإدارية بالرباط. غير منشور.

الفصل الذي تكرر في ظل فهم خاطئ لمفهوم دولة الحق والقانون بين الدولة من جهة، والقانون من جهة أخرى، على اعتبار أن هذا الأخير تعبير موضوعي على علو القاعدة القانونية على الإدارة نفسها. فواقعيا لا يمكن الفصل بين السياسي والقانوني ذلك أن القانون لا يأخذ معناه الحقيقي إلا من خلال مختلف الوضعيات التي يواجهها، وأهمها، هو الحاجات الوظيفية والسياسية لمؤسسات الدولة في قانون مرن لا يمنع من تحقيق الغايات الاقتصادية خصوصا<sup>1</sup>. إن هذا التحول تحديدا، هو ما يبرر الحاجة الموضوعية لزوايا مبنية في القانون الإداري ينبغي تفسيرها لصالح الإدارة ما دام هناك قاض إداري غايته الأساسية تذكير المتقاضين بتميز جهاز الإدارة.

في الاجتهادات القضائية الإدارية المقارنة يتم تلقي هذه القوة الخفية للقانون الإداري بكثير من الحذر ففي الولايات المتحدة الأمريكية يقبل القاضي الإداري فكرة تميز القانون الإداري، لكن بعد ذلك يخضع الأمر للتطابق مع مبدأ الشرعية. وفي فرنسا يتم التعامل بشكل مختلف مادام أن القاضي الإداري يسعى لخدمة مبدأ الشرعية في حدود المتطلبات الواقعية وفي الحدود التي لا تعرقل العمل الإداري<sup>2</sup>.

وفي الحالتين ورغم اختلاف المرجعيات ينبغي الاعتراف بالدور السياسي للقضاء الإداري فمطابقة الشرعية تحتاج لتأويل متحدد على ضوء القانون الذي تنتجه الإدارة نفسها، وفي الوقت نفسه المطلوب من القاضي الإداري تكريس متطلبات السياسة العامة للدولة.

### خاتمة

من خلال ما سبق يبدو أن القاضي الإداري سواء في التجارب المقارنة أو في التجربة المغربية يلعب دورا سياسيا، خاصة إذا تعلق الأمر بتفعيل سلطته التأويلية. وهذه السلطة -وعلى عكس ما هو معتقد- لا تنبع منه ذاتيا وإنما من إرادة ذاتية للإدارة، والتي تخلق قانونها بنفسها وتخلق معها الهوامش التي يمكن أن يؤول من خلالها القاضي الإداري مفاهيم فضفاضة كالمصلحة العامة والنظام العام والحريات العامة، مكرسا بذلك نموذج الدولة التي تراه الإدارة وليس كما يراه القاضي الإداري بالضرورة. إن هذا التصور سيتم تأكيده بشكل من الأشكال مع لاختيارات الجديدة للدولة المغربية فيما يتعلق بمبدأ فصل السلط وخاصة فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية؛ حيث سيشكل حدث استقلال النيابة العامة في النموذج المغربي عن السلطة التنفيذية وغياب أي رقابة على قرارات رئيسها، فرصة أكبر بالنسبة للأبحاث المقبلة للتأكد من إمكانية التحول من نموذج قاضي الدولة إلى دولة القضاة.

1-J.Chevalier, *L'Etat de droit*, LGDJ, 6éd, 2017, p.137.

2 - *IBID*, p. 45.