



دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	القانون الإداري قانون قضائي أساسا؛ خاصة خاطئة وغير صحيحة
المصدر:	المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية
الناشر:	أحمد بوعشيق
المؤلف الرئيسي:	السراجي، المكي
المجلد/العدد:	ع140
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2018
الشهر:	يونيو
الصفحات:	51 - 39
رقم MD:	996185
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	القوانين الإدارية، القوانين القضائية، المغرب
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/996185

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الإلكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

القانون الإداري قانون قضائي أساسا : خاصية خاطئة وغير صحيحة

ذ. المكي السراجي

أستاذ بجامعة محمد الخامس، الرباط

القانون الإداري قانون قضائي أساسا هكذا يوصف القانون الإداري، والكل يجمع على هذه الخاصية سواء كان فقها مغربيا أو فرنسيا.

يكتب «Michel Rousset» و«Jean Gragnon» قائلين «إن القانون الإداري إلى حد بعيد هو قانون قضائي على الأقل فيما يتعلق بالمبادئ التي ينبغي أن تقود العمل الإداري. الأحكام المتصلة بشرعية الأعمال الإدارية غير محددة من قبل أي مدونة لكن تم تحديدها مع تعاقب الأحكام القضائية. ونعلم أيضا أنه حتى مع وجود نص قانوني يمكن للقاضي بفضل التأويل أن يلائم مقتضيات هذا النص مع متطلبات التطور الاجتماعي والاقتصادي والقانوني» (1).

يرى الأستاذ جمال الدين زهير بأن «القانون الإداري هو قانون قضائي. فالقاضي الإداري قام ولا زال يقوم بدور مهم في مجال إعداد قواعد القانون الإداري، وهو ما يفسر الأهمية التي يكتسبها الاجتهاد القضائي بين مصادر هذا القانون. مساهمة الاجتهاد القضائي واضحة سواء على مستوى إنتاج القواعد أو على مستوى بناء النظرية العامة للقانون الإداري. ويكفي أن نعود إلى المحاور الكبرى للقانون الإداري لكي نقف على حقيقة أن الاجتهاد القضائي كان وراء نظريته كما هو الشأن بالنسبة لنظرية المسؤولية الإدارية ونظرية الأملاك العامة وغيرها.

ومن جهة أخرى حتى بالنسبة للمجالات المنظمة من قبل نصوص قانونية خاصة لا تخلو من تدخل الاجتهاد القضائي الإداري. وبالفعل فإن القاضي الإداري القوي بسلطته التأويلية الواسعة يمكنه أن يطور قواعد لتجويد وملاءمة النصوص القانونية الموجودة (2).

يكتب «Jean Rivero» و«Jean Waline» عن خصائص القانون الإداري، فيقولان بأنه «قانون قضائي بشكل كبير Le droit administratif est largement jurisprudentiel، وإنها لخاصية جوهرية وإن كانت حالياً تعرف بعض التراجع بفعل تناسل القواعد المكتوبة (3).

وهذا هو الموقف الذي تبنته كذلك «Martine Lombard» في مؤلفها حول القانون الإداري الصادر سنة 1999 حيث ترى أن «القانون الإداري هو قانون قضائي إلى حد بعيد، وإن كان لا ينبغي تجاهل نصيب القانون المكتوب فيه من دستور وتشريع وتنظيم» (4).

إن هذه الخاصية التي تعطى للقانون الإداري خاصية خاطئة وغير صحيحة، وتجعل حقيقة القانون الإداري بعيدة عن الإدراك وعصية على الفهم. فالقانون الإداري بهذا الوصف أي بوصفه قانوناً لا يمكن إلا أن يكون موجوداً في مختلف النصوص القانونية، فلا مجال فيه للعرف وللممارسة الإدارية، ولا لما يسمى بالاجتهاد القضائي (أولاً). ثم أن وظيفة القضاء الإداري هي تطبيق هذا القانون بحذافيره، وليس التشريع فيه، وإن فعل فإنه يحدد عن وظيفته الدستورية (ثانياً).

أولاً: مصادر القانون الإداري مصادر قانونية

يلاحظ أن هناك تلازماً دائماً بين القانون الإداري والقضاء الإداري في التعريفات التي يقدمها الفقه للقانون الإداري حتى وصف هذا القانون بالقضائي. وكان هذا القانون لا تقوم له قائمة بدون القضاء الإداري. صحيح أن القضاء ونخص بالذكر مجلس الدولة ومحكمة التنازع في فرنسا هما اللذان أسسا النظريات الكبرى في مجال القانون الإداري كنظرية العقد الإداري، ونظرية المسؤولية الإدارية، ونظرية القرارات الإدارية، ونظرية المرفق العام، ونظرية الشخصية المعنوية، ونظرية السلطة العامة. وأساساً أيضاً الكثير من المبادئ في مجال هذا القانون كمبدأ توازي الأشكال، ومبدأي العدالة والإنصاف، ومبدأ الصالح العام، ومبدأ التوازن المالي للعقد، ومبدأ استمرارية المرفق العام، ومبدأ المساواة وغيرها من المبادئ والتي استفاد منها أيضاً القانون الدستوري كما يذهب إلى ذلك «Georges Vedel» في تقديمه لكتاب «Bernard Srien» حول الأسس الدستورية للقانون الإداري (5). غير أن هذا الأمر أصبح من الماضي ومن التاريخ.

(2) Zohir (J.E), *Eléments de droit administratif*, p. 14 et 15.

(3) Rivero (J.), Waline (J), *Droit administratif*, Dalloz, 18^e édition, p. 26.

(4) Martine-Lombard, *Droit administratif*, 3^e édition 1999, Dalloz, Paris, 1999, p. 8.

(5) Bernard Srien, *les Sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public*, 3^e édition, L.G.D.J., 1999, préface de Georges Vedel.

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن قواعد القانون الإداري تواجدت قبل إحداث مجلس الدولة بمقتضى المادة 52 من دستور السنة الثامنة الصادر بتاريخ 12 دجنبر 1799، ومحكمة النزاع بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 24 ماي 1872. وكل ما في الأمر هو أن هذين الجهازين القضائيين استطاعا في ضوء المبادئ الدستورية والتشريعية النافذة آنذاك أن يطورا نظريات ومبادئ تراعي خصوصية القانون الإداري باعتباره قانون الإدارة، وقانون المرفق العام.

إن القضاء الإداري لم ينشئ القانون الإداري، ومخطئ من يقول ذلك، وإنما أنشأ بعض المبادئ، وبعض النظريات في مجال القانون الإداري، والفرق واضح بين العبارتين والفكرتين. يعرف الفقه القانون الإداري بأنه مجموعة من القواعد القانونية المتعلقة بالإدارة في تنظيمها وعملها. وهذا التعريف بهذا الشكل صحيح لكنه يبقى ناقصا، ولا يعكس جميع جوانب الحقيقة في هذا القانون. لذلك ينبغي أن نضيف إليه بأن هذه القواعد ليست مجموعة في نص قانوني واحد أو مدونة واحدة بل متفرقة على الكثير من النصوص القانونية، منها ما هو دستوري، ومنها ما هو تشريعي، ومنها ما هو تنظيمي بل منها حتى ما هو ذو طبيعة داخلية للإدارة. إن هذا التشتت الكبير لقواعد القانون الإداري هو ما يميزه عن باقي فروع القانون الأخرى، وهو الذي ترك الكثير من اللبس والغموض في مفهوم هذا القانون حتى أمسى قانونا قضائيا أساسا. فالقانون الإداري يستمد قواعده القانونية من ثلاثة مصادر أساسية وهي الدستور (1)، والتشريع (2)، والتنظيم (3)، وتجاوزا من الإجراءات ذات الطبيعة الداخلية للإدارة (4).

1. الدستور

يصعب في كثير من الحالات تحديد كل قواعد القانون الإداري الواردة في الدستور. لأن الكثير من الفصول الدستورية وإن كانت تبدو أنها تعالج مواضيع بعيدة عن القانون الإداري إلا أنها في الحقيقة لها بعض التقاطعات غير المباشرة مع هذا الأخير. من ذلك ما جاء في الفصل الأول من الدستور؛ فباستثناء الفقرة الرابعة التي تدخل مباشرة ضمن قواعد القانون الإداري التي تنص على أن «التنظيم الترابي للمملكة تنظيم لا مركزي، يقوم على الجهوية المتقدمة»، فإن ما ورد في الفقرة الأولى والثانية والثالثة من هذا الفصل له أيضا، بشكل غير مباشر، علاقة بقواعد القانون الإداري. وقد جاءت هذه الفقرات كالتالي: «نظام الحكم بالمغرب بنظام ملكية دستورية، ديمقراطية، برلمانية واجتماعية.

يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة. تستند الأمة في حياتها العامة على ثوابت جامعة، تتمثل في الدين الإسلامي السمح، والوحدة الوطنية متعددة الروافد، والملكوية الدستورية، والاختيار الديمقراطي».

والقول يصدق كذلك على أغلب الفصول الواردة في الدستور. لذلك سأكتفي بعرض الفصول الدستورية التي تفرض نفسها لأول وهلة كقواعد قانونية إدارية كالتالي:

الفصل 72: «يختص المجال التنظيمي بالمواد التي لا يشملها اختصاص القانون».

الفصل 89: «تمارس الحكومة السلطة التنفيذية.

تعمل الحكومة، تحت سلطة رئيسها، على تنفيذ البرنامج الحكومي وعلى ضمان تنفيذ القوانين. والإدارة موضوعة تحت تصرفها، كما تمارس الإشراف والوصاية على المؤسسات والمقاولات العمومية».

الفصل 90: «يمارس رئيس الحكومة السلطة التنظيمية، ويمكن أن يفوض بعض سلطه إلى الوزراء.

تحمل المقررات التنظيمية الصادرة عن رئيس الحكومة التوقيع بالعطف من لدن الوزراء المكلفين بتنفيذها».

الفصل 91: «يعين رئيس الحكومة في الوظائف المدنية في الإدارات العمومية، وفي الوظائف السامية

في المؤسسات والمقاولات العمومية، دون إخلال بأحكام الفصل 49 من هذا الدستور.

يمكن لرئيس الحكومة تفويض هذه السلطة».

الفصل 93: «الوزراء مسؤولون عن تنفيذ السياسة الحكومية كل في القطاع المكلف به، وفي إطار

التضامن الحكومي.

يقوم الوزراء بأداء المهام المسندة إليهم من قبل رئيس الحكومة، ويطلعون مجلس الحكومة على ذلك.

يمكن للوزراء أن يفوضوا جزءا من اختصاصاتهم إلى كتاب الدولة».

الفصل 114: «تكون المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة

القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة، أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة».

الفصل 118: «حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون.

كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية

الإدارية المختصة».

الفصل 135 إلى الفصل 146 من الباب التاسع المخصص للجهات والجماعات الترابية الأخرى، كلها

فصول تدخل في مجال القانون الإداري.

الفصل 154 إلى الفصل 1602 من الباب الثاني عشر المخصص للحكامة الجيدة، كلها فصول تتناول

قضايا تدخل في مجال القانون الإداري.

2. التشريع

نقصد بالتشريع مختلف القوانين الصادرة عن البرلمان سواء في شكل قوانين تنظيمية أو في شكل

قوانين عادية. فالغالبية العظمى من القوانين التنظيمية تنظم مواضيع يعنى بها القانون الإداري. من ذلك

القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، والقانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات

والأقاليم، والقانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، والقانون التنظيمي رقم 130.13 المتعلق

بقانون المالية، القانون التنظيمي رقم 065.13 المتعلق بتنظيم وتسيير أشغال الحكومة والوضع القانوني لأعضائها. القانون التنظيمي رقم 02.12 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا تطبيقا لأحكام الفصلين 49 و92 من الدستور كما تم تعديله وتميمه. القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية.

ومن القوانين العادية التي تنظم موضوعات إدارية، وتدخل جميع مقتضياتها في إطار قواعد القانون الإداري نذكر على سبيل المثال لا الحصر: الظهير الشريف رقم 1.58.008 بتاريخ 26 فبراير 1958 في شأن النظام الأساسي العام للتوظيف العمومية. القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت الصادر بتاريخ 15 يونيو 1983. القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيآت أخرى الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 2003. القانون رقم 131.13 الصادر بتاريخ 27 يوليو 2013 بوضع مبادئ لتحديد الدوائر الترابية للجماعات الترابية. القانون رقم 36.11 المتعلق بتحديد اللوائح الانتخابية العامة وضبطها بعد إخضاعها للمعالجة المعلوماتية الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 2011. القانون رقم 88.14 المتعلق بالمراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية العامة بتاريخ 11 ديسمبر 2014. وغيرها من القوانين الأخرى ذات الطبيعة الإدارية الواضحة.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن قواعد القانون الإداري لا نجدتها فقط في القوانين الصادرة في المجال الإداري بل نجدها أيضا في جميع القوانين التي تنتمي إلى فروع القانون الخاص. لأنه ليس هناك، على الإطلاق، قانونا لا يتضمن قواعد تنتمي إلى القانون الإداري. لأن الإدارة حاضرة في كل القوانين والقانون الإداري هو قانون الإدارة وحيثما وجدت وجد هذا القانون بل حيثما وجد المرفق العام وجد هذا القانون. ولعل أبرز نموذج عن هذه القواعد الإدارية الموجودة في فروع القانون الخاص يقدمه الفصلين 79 و80 من قانون التزامات والعقود.

إن القانون الإداري قانون مهمين ومسيطر وغازي لكل فروع القانون. بل إننا نجد قواعده حتى على مستوى المادة الواحدة، والفصل الواحد والفقرة الواحدة، والبند الواحد. على سبيل المثال لا الحصر نستدل بالفصل 19 من الدستور الذي ينص على أنه «يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها.

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء.

وتحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز».

فهذا الفصل لا يمكن لأي أحد أن يجادل في كونه يؤسس لبعض القواعد القانونية الإدارية، إنه يؤسس لمبدأ المساواة في المجال الانتخابي، في مجال الوظيفة العمومية، في مجال الاستفادة من خدمات المرافق العمومية، في مجال الانتفاع بالأراضي الجماعية والسلالية، وفي مجالات إدارية أخرى.

ما يميز القانون الإداري هو كونه القانون الوحيد في فروع القانون الداخلي الذي لا يتخذ شكل قانون صادر عن البرلمان. فكل فروع القانون الخاص تتخذ شكل قانون واحد صادر عن البرلمان. فهذا الأمر ينطبق على القانون الجنائي، وعلى قانون التجارة، وعلى مدونة الأسرة، وعلى قانون الالتزامات والعقود، وعلى قانون الشغل، وعلى قانون المسطرة المدنية، وعلى قانون المسطرة الجنائية، وعلى مدونة الحقوق العينية، وعلى سائر القوانين الأخرى.

وما يميز كذلك القانون الإداري عن غيره من فروع القانون، هو كونه لا يسمح بجمعه في مدونة واحدة. لأنه لا يهتم بموضوع واحد. فجميع القوانين المدونة تنظم موضوعا محددا ومعينا؛ فالقانون الجنائي يحدد الجرائم ويبين العقوبات المقررة لها، والقانون التجاري ينظم قضايا التجارة والتاجر، وقانون الالتزامات والعقود ينظم الالتزامات ومختلف العقود. وقانون الشغل ينظم علاقات الشغل. وهكذا فكل قانون إلا وينظم مجالا وموضوعا محددا من أمور الحياة داخل المجتمع. غير أن مواضيع القانون الإداري مختلفة ومتنوعة. لأنها تتعلق بأمور الحياة كلها داخل الدولة. إنها موجودة في كل المعاملات التجارية، والاقتصادية، والمدنية، والعقارية، وغيرها. وبهذا الشكل يستحيل جمع كل قواعد القانون الإداري في مدونة واحدة، وليست هناك فائدة عملية من وراء هذا الجمع ما دامت هذه القواعد تنظم موضوعات مختلفة، وتخص مجالات متعددة يصعب حصرها. هذا فضلا على أن هذه القواعد قابلة دائما للتعديل والتميم، وحتى للنسخ، والإلغاء لأنها ترتبط بما هو سياسي، وبما هو اجتماعي، وترتبط ببرامج الحكومات المتعاقبة، بل لأنها ترتبط بأمور الحياة التي لا يستقر لها حال داخل المجتمع.

3. التنظيم

نقصد بالتنظيم مختلف المراسيم والقرارات التنظيمية. كل المراسيم التنظيمية تتضمن بحكم أنها تصدر في إطار ممارسة السلطة التنظيمية قواعد قانونية إدارية سواء تعلق الأمر بالمراسيم التنفيذية للقوانين أو بالمراسيم التنظيمية المستقلة.

ومن أمثلة المراسيم التنفيذية للقوانين نذكر:

- المرسوم رقم 2.11.621 الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 2011 بتحديد شروط وكميات تنظيم مباريات التوظيف في المناصب العمومية (6) كما وقع تغييره وتميمه بالمرسوم رقم 2.13.435 بتاريخ 11 يونيو 2013 (7).
- المرسوم رقم 2.04.403 الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2005 بتحديد شروط ترقى موظفي الدولة في الدرجة أو الإطار كما وقع تميمه وتغييره (8).

(6) جريدة رسمية عدد 6007 مكرر بتاريخ 27 ديسمبر 2011.

(7) جريدة رسمية عدد 6160 بتاريخ 13 يونيو 2013.

(8) جريدة رسمية عدد 5394 بتاريخ 9 فبراير 2006.

ومن المراسيم الصادرة في المجال المستقل نذكر:

- المرسوم الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2005 المتعلق بتنظيم القطاعات الحكومية وباللاتمركز الإداري (9).
- المرسوم رقم 2.17.265 الصادر بتاريخ 23 يونيو 2017 بتحديد كفايات تلقي ملاحظات المرفقين واقتراحاتهم وشكاياتهم وتبعتها ومعالجتها (10).
- وكل القرارات التنظيمية الوزارية هي الأخرى تتضمن قواعد تنتمي إلى القانون الإداري. ومن نماذج هذه القرارات نذكر:
- قرار وزير الداخلية رقم 2354.15 الصادر بتاريخ 23 يونيو 2015 الذي يحدد بحسب العملات والأقاليم قائمة الجماعات التي يشمل مدارها الحضري كامل النفوذ الترابي للجماعة.
- قرار الأمين العام للحكومة رقم 2696.10 الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 2010 بإحداث الأقسام والمصالح التابعة للمديريات المركزية للأمانة العامة للحكومة (11).

4. الإجراءات ذات الطبيعة الداخلية للإدارة

يشكل الدستور والتشريع والتنظيم المصادر الرئيسية والوحيدة لقواعد القانون الإداري. إلا أن بعض الإجراءات ذات الطبيعة الداخلية للإدارة قد تأتي ببعض هذه القواعد. يتعلق الأمر بالمناشير، والدوريات، والمذكرات، وحتى بالرسائل.

من نماذج هذه المناشير نذكر:

- منشور رئيس الحكومة رقم 2017/3 المتخذ بتاريخ 6 يونيو 2017 حول مسطرة تمديد حد سن الإحالة على التقاعد.
- منشور الوزير الأول رقم 2119 بتاريخ 26 سبتمبر 2003 حول استعمال المناصب المالية الشاغرة.
- منشور رئيس الحكومة رقم 7/2013 بتاريخ 29 أبريل 2013 في موضوع التعيين في مناصب المسؤولية بالمؤسسات العمومية.

ومن الدوريات التي تضمنت قواعد قانونية في المجال الإداري نذكر:

- الدورية عدد 34 د.ي. بتاريخ 5 مارس 2015 الصادرة عن وزير العدل والحريات حول البت في التعرضات والطمعون المتعلقة بقرارات رفض القيد ونقل القيد والتشطيب من اللوائح الانتخابية.

(9) جريدة رسمية عدد 5386 بتاريخ 12 يناير 2006.

(10) جريدة رسمية عدد 6582 بتاريخ 29 يونيو 2017.

(11) جريدة رسمية عدد 5622 بتاريخ 3 ماس 2011.

- الدورية عدد 28 س.3 الصادرة عن وزير العدل والحريات بتاريخ 5 فبراير 2015 حول المخالفات المرتكبة بمناسبة التقييد في اللوائح الانتخابية.
ومن نماذج المذكرات نذكر المذكرة رقم 866/16 بتاريخ 1 نونبر 2016 الصادرة عن وزير التربية الوطنية والتكوين المهني في شأن التوظيف بموجب عقود من طرف الأكاديميات الجهوية للتربية والتكوين.
ومن الرسائل نذكر:

- رسالة وزير الاقتصاد والمالية إلى السيد الأمين العام للحكومة رقم 1166 بتاريخ 22 نونبر 1999 في موضوع المناصب المالية الشاغرة من طرف المستفيدين من التقاعد النسبي.
- رسالة الوزير الأول رقم 1491 بتاريخ 4 مايو 1999 إلى السيد وزير الوظيفة العمومية والإصلاح الإداري في موضوع مسطرة تسوية الوضعية الإدارية والمالية للموظفين الموقوفين والمطرودين الذين صدر في حقهم عفو ملكي شامل.
هكذا نلاحظ أن قواعد القانون الإداري هي قواعد مكتوبة موجودة في مختلف النصوص القانونية، والمتعلقة بالإدارة في تنظيمها وعملها وفي المراقبة الخاضعة لها، والمتفرقة على الدستور وعلى القوانين التنظيمية والقوانين العادية والمراسيم والقرارات التنظيمية، وأيضا على بعض الإجراءات ذات الطبيعة الداخلية للإدارة من مناشير ورسائل ودوريات ومذكرات وغيرها. ولا يمكن بأي شكل من الأشكال أن نجد في ما يسمى بالعرف الإداري أو الممارسة الإدارية أو في القرارات والأحكام القضائية. فهذه القرارات وهذه الأحكام تستند في النطق بها إلى القانون فكيف يجوز أن نعتبرها مصدرا لهذا القانون. إنها معادلة غير مستقيمة، ولا تتفق إطلاقا مع المبادئ الدستورية.

ثانيا: القضاء الإداري ليس سلطة تشريعية

إن اعتبار القانون الإداري قانون قضائي معناه أننا نعتبر القضاء الإداري سلطة تشريعية في المجال الإداري. وهو الأمر الذي لا يتفق مع الدستور الذي لا يقيم أي فرق بين القضاء العادي والقضاء الإداري. ويلزم القضاة بجميع أصنافهم بتطبيق القانون، وأن لا يصدروا أحكامهم وقراراتهم إلا على أساس التطبيق العادل للقانون. وهذا ما تؤكد الفصول الدستورية التالية:

الفصل 110: «لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاة إلا على أساس التطبيق العادل للقانون.»

يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الإلتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها.»

الفصل 117: «يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون.»

الفصل 124 «تصدر الأحكام وتنفذ باسم الملك وطبقا للقانون».

وينص الدستور أيضا في الفقرة الأولى من الفصل السادس من الباب الأول المخصص للأحكام العامة، على أن «القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاص ذاتيين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له».

كما أكد القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة (12) استنادا إلى مقتضيات الدستورية السابقة، على التزام القاضي بتطبيق القانون. فنص في المادة 40 على ما يلي: «يؤدي كل قاض عند تعيينه لأول مرة في السلك القضائي وقبل الشروع في مهامه اليمين التالية:

«أقسم بالله العظيم أن أمارس مهامي بحياد وتجرد وإخلاص وتفان، وأن أحافظ على صفات الوفاق والكرامة، وعلى سر المداوات، بما يصون هيبة القضاء واستقلاله، وأن ألتزم بالتطبيق العادل للقانون، وأن أسلك في ذلك مسلك القاضي النزيه».

تؤدي هذه اليمين أمام محكمة النقض في جلسة رسمية.

يحرر محضر أداء اليمين ويوجه إلى الأمانة العامة للمجلس، كما توجه نسخة منه إلى المحكمة المعين بها القاضي المعني وكذا إلى الوزارة المكلفة بالعدل.

وكل إخلال بالالتزامات الواردة في اليمين المذكورة يعتبر إخلالا بالواجبات المهنية».

وتنص المادة 41 على أنه: «تطبيقا لأحكام الفصل 117 من الدستور، يجب على كل قاض أن يسهر، خلال مزاولته لمهامه القضائية، على حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون».

وتنص المادة 42 على أنه: «طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 110 من الدستور، لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا تصدر أحكام القضاة إلا على أساس التطبيق العادل للقانون».

وتنص المادة 97 على ما يلي: «يمكن توقيف القاضي حالاً عن مزاوله مهامه إذا توبع جنائيا أو ارتكب خطأ جسيما.

ويعد خطأ جسيما:

- الخرق الخطير لقاعدة مسطرية تشكل ضمانا أساسية لحقوق الأطراف؛
- الخرق الخطير لقانون الموضوع؛
- الإهمال أو التأخير غير المبرر والمتكرر في بدء أو إنجاز مسطرة الحكم أو في القضايا أثناء ممارسته لمهامه القضائية؛
- خرق السر المهني وإفشاء سر المداوات؛

(12) ظهير شريف رقم 1.16.41 بتاريخ 24 مارس 2016 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي الخاص للقضاة، جريدة رسمية عدد 6456 بتاريخ 14 أبريل 2016.

- الامتناع العمدي عن التجريح التلقائي في الحالات المنصوص عليها في القانون؛
- الامتناع عن العمل المدبر بصفة جماعية؛
- وقف أو عرقلة عقد الجلسات أو السير العادي للمحاكم؛
- اتخاذ موقف سياسي؛
- ممارسة نشاط سياسي أو نقابي أو الانتماء إلى حزب سياسي أو نقابة مهنية.

إن هذه الفصول الدستورية هي التي تجعل القاضي الإداري يتحدث عن نفسه بوصفه مراقب لمشروعية. أي مراقب لمدى مطابقة أعمال السلطات الإدارية للقانون بمفهومه العام. وهكذا نقرأ في أحد أحكام المحكمة الإدارية بالدار البيضاء «وحيث إنه إذا كان أمر اتخاذ القرارات التأديبية يدخل في إطار السلطة التقديرية للإدارة، فإن للقاضي الإداري باعتباره المراقب لمشروعية القرارات الإدارية أن يفحص السبب المعتمد من طرف الإدارة مقارنة مع القرار المتخذ من طرف هذه الأخيرة في مواجهة الخطأ المقترف، كما لو تعطلت الإدارة في اتخاذ قراراتها أو أصدرت قرارا غير ملائم أو قرارا قاسيا لا يتناسب مع سببه» (13).

ويبدو أن القضاء الإداري لا يتقيد في بعض الحالات بما جاء في النص القانوني؛ فيقضي بما يخالف مقتضياته. فقد قبل الطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن مجلس الوصاية على الأراضي الجماعية رغم تحصينها من قبل ظهير 1919/04/27 المتعلق بالوصاية على الأراضي الجماعية. وفي الحقيقة حتى في هذه الحالة استند القضاء إلى الدستور باعتباره القانون الأسمى للدولة، وإلى القانون ذاته ويتعلق الأمر بالقانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية. وهذا ما يبدو من قرار محكمة النقض عدد 383 بتاريخ 5 مارس 2015 في الملف الإداري عدد 2012/1/4/1281 حيث قضت بما يلي: «حيث يعيب القرار المطعون فيه بخرق القانون، ذلك أن محكمة الاستئناف علته بكون قرارات مجلس الوصاية قابلة للطعن بالإلغاء، وكونها واجبة التعليل في صلبها عملا بمقتضيات القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، وهو ما يعتبر خرقا لمقتضيات الفصل 12 من ظهير 1919/04/27 بشأن الوصاية على الأراضي الجماعية الذي ينص على أن قرارات مجلس الوصاية تكون غير مدعمة بأسباب وغير قابلة لأي طعن، ذلك أن التفسير لا يلجأ إليه إلا في حالة غموض النص القانوني أو إبهامه، وهو أمر لا وجود له، كما أن النص الخاص يقدم على النص العام في حالة التعارض، وأن قابلية القرارات الإدارية للطعن بالإلغاء ليست مطلقة، وإنما توجد استثناءات لها، حتى بعد نفاذ القانون رقم 41.90 بشأن إحداث المحاكم الإدارية، وأن القرار

(13) حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 550 بتاريخ 2001/11/21، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الأول، أحمد بوعشيق، عدد 16، 2004، ص. 287.

الإداري المطعون فيه هو من جنس القرارات غير القابلة لأي طعن قضائي بنص قانوني صريح، وهو ما أكدته محكمة النقض في عدة قرارات وأن القرار الملغى بغض النظر عن ذلك، وخلافا لما ذهب إليه محكمة الاستئناف، غير مشوب بانعدام التعليل، ذلك أنه يشير بداية إلى الفصول القانونية التي تم الاستناد عليها في اتخاذها، وهي الفصول 3 و4 و12 من ظهير 1919/04/27 كما يشير إلى أنه تم اتخاذها بناء على قرار المجلس النيابي للجماعة السلالية «اللوثة البور»، وتقرير السلطة المحلية بعين المكان والحجج المدلى بها من طرف النزاع، مما جعله يصدر وفقا للشكل المحدد قانونا، وبغاية تحقيق مبادئ العدالة والإنصاف، ويعرض القرار المطعون فيه بالتالي للنقض.

لكن، حيث لما كان دستور المملكة، وفي إطار حماية حقوق المتقاضين وقواعد حسن سير العدالة، قد نص في المادة 118 على كون كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة، مانعا بذلك تحصين أي قرار إداري من الخضوع للرقابة القضائية، ولما كانت دعوى الإلغاء في طبيعتها دعوى قانون عام يمكن أن توجه ضد أي قرار إداري، دونما حاجة إلى نص قانوني صريح يجيزها أو رغم وجود نص يحظرها، وذلك اعتبارا لكون حق التقاضي هو من المبادئ الأساسية التي لا يجوز إطلاقا المساس بها، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بما أوردته في قضائها من كون الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - قد استقر على أن عدم قابلية قرارات مجلس الوصاية للطعن لا يمكن أن ينسحب إلى الطعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة الذي يمكن القضاء من تسليط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية، ومن أنه بدخول القانون رقم 03.01 المتعلق بالزام الإدارة بتعليل قراراتها الإدارية حيز التطبيق، فإنها أصبحت ملزمة تحت طائلة عدم الشرعية بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية الصادرة لغير فائدة المعني بالأمر، وذلك بالإفصاح كتابة في صلب تلك القرارات عن الأسباب القانونية والواقعية الداعية إلى اتخاذها، واعتبرت كون قرارات مجلس الوصاية لا تدرج ضمن طائفة القرارات المستثناة من التعليل وفقا للقانون المذكور، وبالتالي فإنها تكون مشمولة بالزاميته، مرتبة على ذلك كون القرار الإداري المذكور متسم بعدم الشرعية لعدم تعليله، وبالتالي متسم بالتجاوز في استعمال السلطة، وقضت بعد إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي، بإلغاء القرار الإداري المذكور، فإنها تكون بذلك قد بنت قرارها على أساس قانوني سليم ولم تخرق أي مقتضى قانوني محتج بخرقه، وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار» (14).

علما أنه قبل دستور 2011 كان المجلس الأعلى يتشبه بما تنص عليه المادة 12 من ظهير 1919/4/27، ولا يقبل الطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة ضد قرارات مجلس الوصاية على أراضي الجماعات السلالية. وهذا ما يبدو من قراره عدد 975 بتاريخ 22 ديسمبر 2011 كالتالي: «حيث صح ما عاب به الطاعن القرار المطعون فيه ذلك أنه بالرغم من أن الفصل 12 من ظهير 1919/04/27

(14) قرار منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، العدد 24، السلسلة 5، 2015، ص. 51.

المنظم للوصاية على الجماعات السلالية يتضح أنه ينص على أن المقررات الصادرة عن مجلس الوصاية على أراضي الجماعات السلالية تكون غير قابلة لأي طعن، وأن مقرر المجلس المذكور مادام قد صدر عن جهة مختصة، وبت في حدود توزيع الانتفاع بأرض لا نزاع في صبغتها الجماعية بين أشخاص لا نزاع كذلك في انتمايتهم لنفس الجماعة، فإنه يبقى بمنأى عن أية رقابة قضائية في حدود ما نص عليه الفصل 12 المذكور، خاصة وأن توزيع حق الانتفاع بين أفراد الجماعة السلالية يتم وفقاً للأعراف والعادات والتقاليد وتعليمات الجهة الوصية كما يؤيد ذلك الفصل 4 من الظهير المذكور أعلاه، والقرار المطعون فيه لما قضى بإلغاء قرار مجلس الوصاية يكون قد بنى قضاءه على غير أساس ويتعين نقضه، وبالتالي يبقى الطلب غير مقبول» (15).

فلا ينبغي أن يغيب عن ذهننا أن القضاء عموماً والقضاء الإداري على سبيل التخصيص ليس بسلسلة تشريعية، ولا ينبغي له أن يكون كذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلط الذي كرسه دستور المملكة في فصله 107: «السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية». لذلك نرى أن ما يذهب إليه القضاء الإداري في تنصيب نفسه كسلطة تشريعية في حالة الفراغ القانوني يتناقض جملة وتفصيلاً مع مقتضيات الدستورية ومع صفة كسلطة لتطبيق القانون، وليس لوضع القانون. هذا علاوة على أنه لا يوجد في القوانين المنظمة لاختصاص المحاكم الإدارية ولمحاكم الاستئناف الإدارية ولمحكمة النقض ما يعطيه سلطة التشريع في حالة الفراغ القانوني. لذلك لا نؤيد ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 2006/2/7 حيث قضت بأنه «وحيث إن إضراب الموظفين هو امتناعهم عن تأدية أعمال وظائفهم بصفة مؤقتة تعبيراً عن عدم الرضا على أمر معين، وهو من الحقوق المكفولة بمقتضى الدستور الذي نص في فصله 14 على أن «حق الإضراب مضمون، وسيبين قانون تنظيمي الشروط والإجراءات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق». لكن حيث إنه أمام عدم إصدار الجهات المختصة للنص التنظيمي المشار إليه، فإن القاضي الإداري بما له من دور في خلق قواعد قانونية عندما يخلو المجال من التشريع، يكون ملزماً بوضع ضوابط ومعايير من شأنها أن تضمن لهذا الحق البقاء والحماية من جهة، ومن جهة أخرى عدم التعسف في استعماله لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا المبدأ تم تأصيله من طرف مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار «ضوهين» عندما أعطى الاختصاص للقاضي الإداري في خلق الموازنة بين مبدأ استمرارية المرفق العام والحق في ممارسة الإضراب» (16).

إن التأويل الذي قد يقوم به القاضي الإداري للنصوص القانونية يقتصر على حالة واحدة فقط؛ وهي حالة غموض المقتضيات القانونية حين تكون هذه الأخيرة غير قطعية الدلالة. هذا التأويل الذي يعبر في

(15) قرار المجلس الأعلى عدد 975 بتاريخ 22 ديسمبر 2011، غير منشور.

(16) حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 148 بتاريخ 2006/2/7، غير منشور.

نظر الفقه عن الدور الإنشائي للقاضي الإداري، يتم على مرأى ومسمع المشرع؛ فإذا استحسنه قبله، وترك العمل به، وإذا استهجنه رفضه، ولا يتردد في تعديل أو تغيير أو تميم أو نسخ النص التشريعي أو التنظيمي أو بعض مقتضياته حتى يسد الباب بشكل تام على كل تأويل قضائي مخالف (17).

وكثيرا ما يتحدث الفقه والقضاء عن الاجتهاد القضائي، لكن هل يصح من الناحية القانونية أن نستعمل عبارة الاجتهاد والاجتهادات القضائية في المجال الإداري؟ فإذا عدنا إلى القانون لا شيء فيه يرر استعمالنا لهذه العبارة. فالقانون يتحدث عن الأحكام والأوامر بالنسبة للمحاكم الإدارية، وعن القرارات بالنسبة لمحاكم الاستئناف الإدارية وبالنسبة لمحكمة النقض. ولا يتحدث إطلاقا عن عبارة الاجتهاد القضائي. لأن هذه العبارة لا تليق بالقضاء وبالوظيفة التي أسندها الدستور إليه. فهو يصدر أحكاما وأوامر وقرارات لها قوة الشيء المقضي به، ويصفه بالسلطة القضائية، ولا يصفه بالسلطة الاجتهادية. لذلك ينبغي أن يقتصر مصطلح، ووصف الاجتهاد على أعمال الفقه، وأن لا يمتد إلى أعمال القضاء كسلطة قضائية فالمجتهد قد يصيب، وقد يخطئ في حين أن القاضي ليس له إلا أن يصيب ولا ينبغي له أن يخطئ، ولا يصيب إلا إذا طبق القانون وطبق إرادة المشرع.

فلا يجوز أن نتحدث عن القانون الإداري إلا إذا كان مكتوبا ومقننا في الدستور، وفي النصوص التشريعية والتنظيمية. أما إذا كان موجودا في الأحكام والقرارات القضائية، وفي الأعراف، والممارسات الإدارية، فهذا ليس بقانون إداري، ولا علاقة له إطلاقا بهذا القانون.

(17) المكي السراجي، «القضاء الإداري بين العقلنة وتدخّل السلطة التنفيذية»، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية في عددها المزدوج 129-130، يوليو-أكتوبر 2016.