دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	تأويل القاضى الادارى للقانون: مشكلة أم ضمانة فى دولة القانون؟
المصدر:	المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية
الناشر:	أحمد أجعون
المؤلف الرئيسي:	الحميدي، لحسن
المجلد/العدد:	ع18
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2020
الشهر:	ماي
الصفحات:	111 - 139
رقم MD:	1102791
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	التشريعات القانونية، التأويل القضائى، الحقوق والواجبات، القضاه الإداريون
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1102791

© 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 الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

تأويل القاضي الإداري للقانون: مشكلة أم ضمانة في دولة القانون ؟

ذ. لحسن الحميدي

باحث في سلك الدكتوراه،

جامعة محمد الخامس،

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا

بمثابة تقديم: التأويل في مجال القانون الإداري من الدلالة إلى التداول

تفترض الدراسة العلمية للظاهرة القانونية شروطا منهجية جوهرية لا بد من توافرها من أجل مقاربة تركيبية قادرة على تحقيق فهم أفضل للعقل القانوني وتحقيق أقصى قدر من فعاليته في اتجاه إرساء العدالة. إلا أن الملاحظ في هذا السياق، أن الدراسات القانونية عادة ما تميل إلى الاهتمام بالقانون الواجب التطبيق أكثر من اهتمامها بجدواه وصلاحيته ومدى فعاليته. ويرجع ذلك أساسا للاعتقاد السائد لدى معظم الفقه القانوني بكون القاعدة القانونية معرفة مكتملة في ذاتها، سابقة على وجود أي مجهود علمي، وأن أي تشكيك في جدواها أو إعادة بناء معناها هو تهديد مباشر لنموذج دولة القانون، وتكريس لنزعات إيديولوجية تفتح المجال لتأويل للقاعدة القانونية، وبالمحصلة خلق نظام معياري مواز يمس باستقرار المعاملات والحقوق المكتسبة.

إلا أن إغلاق النسق القانوني على نفسه بوصفه التعبير الوحيد عن العدالة، عملية مستحيلة إبستمولوجيا وعمليا. فالقانون بمختلف درجاته سواء كان دستورا أو قانونا عاديا أو تنظيما يتعرض باستمرار لتأويل كل المعنيين به، ولا ينتج عن ذلك تهديد للنظام القانوني بقدر ما يتعلق الأمر بمعطى موضوعي. إن هذه الحقيقة تعني أن عملية التأويل في مجال القانون حاضرة لدى كل المخاطبين بالنص القانوني وينبغي تقبلها لدى الدارسين.

إلا أنه، وقبل أن نخوض في تبعات التأويل وتداعياته على العدالة وخاصة الإدارية منها، من المستحسن التوقف في البداية على مدلول "التأويل القانوني"؟ وكيف نميزه عن مفاهيم قريبة تلازمه؟

لا تخلو دراسة قانونية اهتمت بسؤال المنهج في مجال القانون من خلط واضح بين التأويل والتفسير والإنشاء[1]. ولقد نتج عن هذا الخلط عددا هائلا من المقولات الفقهية التي أضرت بنموذج دولة القانون وخلطت من حيث لا تدري بالوظائف التي تقوم بها السلط داخل الدولة، وحمَّلت أحيانا جهات معينة مهام غير حقيقية. ولعل أهم هذه المقولات، مسألة قضائية القانون، التي تعني أن القاضي يصنع قانونه بنفسه.

يقصد بتفسير القانون تلك العملية الوصفية التي تبقى في حدود منطوق النص، بمعنى أن المفسر لا يتعامل مع النص القانوني كلغة وإنما كقاعدة قانونية واضحة الدلالة[2]. إلا أن التأويل القانوني يذهب أكثر من ذلك، فهو ينظر للنص على أنه لغة قابلة للتطويع، وذلك حسب الجهة المؤولة وخلفياتها الإيديولوجية وموقعها داخل بنية الدولة، حيث يصبح النص داخل سياقه الزمني والسياسي؛ أي يأخذ النص في هذه الحالة بعدا تداوليا[3]. وعلى ذلك فالتأويل عملية فكرية حرة تستهدف خلق تصور جديد للقاعدة القانونية، أو بصيغة أخرى فهي عملية قادرة على خلق قاعدة معيارية موازية، خاصة في حالة غموض لغة النص القانوني، بحيث تعبر هذه القاعدة الموازية عن روح التشريع لا عن منطوقه. أما الإنشاء فلا يمكن الحديث عنه في دولة القانون إلا للسلطة التشريعية باعتبارها تملك شرعية خلق القواعد القانونية في حدود صلاحياتها الدستورية. فالإنشاء هو خلق القانون Création du droit، وهي عملية سابقة منهجيا عن أي تأويل أو تفسير[4].

وبذلك، لا وجود لعملية إنشاء القانون من قبل الأطراف الأخرى بما فيها القضاء، فالأمر لا يستقيم داخل الدولة القانونية، التي تبقي على عملية التفسير كعملية تقنية لا تتعدى ظاهر النص، إلى جانب عملية التأويل التي تعني تجاوز بعده الدلالي إلى التناول التداولي.

1- أحمد محمد حشيش، علم تأويل القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2018؛
- رفاعي سيد أحمد، تفسير النصوص الجنائية :-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990؛
- عبد الرحمان عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي الإداري التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة للنشر.
- نصير مكاوي، تأويل القاضي الإداري المغربي لقواعد القانون الضريبي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، الموسم الجامعي 2014/2013.

2 - مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني- قراءة استكشافية للتفكير التداولي عند القانونيين، مرجع سابق، ص. 119.

3 - المرجع نفسه، ص. 119 و120.

4- P. A. Coté, L'interprétation de la loi une création sujette à des contraintes, in livre de droit, L.G.D.J, 1992, p. 135.

وعلى ذلك، تعتبر عملية التأويل في المجال القانوني ضرورة منهجية وواقعية لا يمكن إنكارها لدى جميع الفاعلين داخل الدولة القانونية. وإذا كان نموذج "دولة القانون" يسعى في جوهره لحصر عملية تأويل القانون في أضيق نطاق، وذلك، من وجهة نظر "وضعية خالصة" un positivisme pur، فإن هذا المطمح لا يمكن تحقيقه إطلاقا. فالقانون هو خطاب لغوي واللغة القانونية وإن كانت واضحة المعنى والمبنى، فهي مع ذلك تتعرض لنوع من التطويع من طرف المخاطبين بها. ويزيد الأمر تعقيدا عندما يتعلق الأمر باللغة القانونية الإدارية حيث بني القانون الإداري على مقولات فضفاضة ومتغيرة في الغالب[1]، تجعل من التأويل عملية مفتوحة وغير متوقعة النتائج وتهديد مستمر للأوضاع القانونية والحقوق المكتسبة.

وعلى ذلك، حاول H.Kelsen، أن يغلق النظام القانوني الإداري أمام التأويل، ورفض أن يمنح هذه المكنة إلا للسلطة التشريعية أومن يوجد في حكمها. معتبرا أن الهرم التشريعي مجرد لا يتم تأويله إلا داخليا، حيث تفسر القاعدة الأعلى القاعدة الأدنى[2]. فالتأويل القانوني للدستور لا يقدمه إلا القانون التنظيمي تم المراسيم وبعدها القرارات وهكذا.

إلا أن هذا التصور على أهميته لا يبدو واقعيا، إذ يضعنا أمام نظام قانوني إداري متعالٍ لا يصف بشكل حقيقي التأويل المستمر الذي تقوم به أطراف متعددة تحتكر وتتمتع بالشرعية القانونية للقيام بذلك. فللحكومة مثلا أن تسن مراسيم تطبيقية للقانون، وهذه العملية لا شك تجعلها مؤولة لمضامينه، بل ومحرفة أحيانا لنواياه[3].

وبذلك، فالنظرية التي صاغها H.Kelsen، حول التأويل، حصرته في المستوى الدلالي فقط وجعلت منه عملية لا شخصية، فقامت بتحييده عن الواقع وتحولاته. لهذا تعتبر محاولة M. Troper، في هذا السياق، محاولة تستحق التقدير، على اعتبار أنها صاغت ما يمكن أن نسميه "النظرية الواقعية للتأويل" والتي تسعى إلى تقديم عملية تأويل القانون الإداري كعملية ضرورية وتداولية، على أن لا تؤدي بالضرورة إلى خلخلة النظام القانوني القائم.

1- F.Rollond. L'interprétation juridique administrative et la théorie réaliste de l'interprétation. In: Revue juridique de l'Ouest, 2003-4. p. 342

2- H. Kelsen, Théorie pure du droit, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 379.

3- F.Rollond, précité, p. 343.

وقد اعتبر M.Troper، في هذا السياق، أن عملية التأويل في القانون الإداري عملية غير مخيفة، مادامت لا تؤدي إلى إبطال النظام القانوني القائم، لعدة اعتبارات، صاغها بشكل دقيق F. Rollond، كما يلي[1] :

1 – إن تأويل القانون الإداري هو عملية حرة لا تستند على معرفة سابقة، وعلى ذلك ليس هناك تأويل صحيح أو خاطئ ولكن هناك تأويل يمكن الأخذ به أو لا يمكن الأخذ به. بمعنى، لا توجد معايير لتأويل صحيح، وإنما ينبغي أن تتمتع المؤسسة المؤولة بالشرعية التي يكفلها النظام القانوني القائم؛

2 – يرتبط التأويل القانوني في المجال الإداري بالإرادة الحرة، بحيث يمكن أن يدخل في تناقض مع الإرادة التشريعية الأصلية. إلا أن الأمر هنا لا يتعلق بتأويل القاعدة القانونية الملزمة، ولكن يتعلق بتأويل النص القانوني الذي يعبر عن هذه القاعدة، كلغة مفتوحة على معاني متعددة. فالمشرع يختفي بعد إقرار النص القانوني الإداري، وما يتبقى لدى الجهة المؤولة هو لغة القانون التي لا يمكن تلقيها بنفس المعنى. وينتج عن هذه الوضعية مساهمة معيارية جديدة إن لم نقل إنتاج نص جديد؛

3 – إن الذي يؤول القانون الإداري يساهم بالضرورة في فهم جديد للهرم التشريعي، إذ يسعى لخلق قواعد معيارية. إلا أن هذه القواعد تأخذ نفس موقع النصوص القانونية التي تشكل الهرم التشريعي. فالذي يؤول القانون ينتج قاعدة معيارية في نفس مرتبة القانون، والذي يؤول التنظيم يضع قواعد في نفس درجة التنظيم وهكذا(...)؛

4 – لا يتعلق الأمر بخلق هرم تشريعي موازٍ للهرم التشريعي الرسمي، بل إنه من شروط شرعية التأويل هو الانسجام مع النظام القانوني القائم. ولعل هذا ما يجعل من العملية التأويلية برمتها مساهمة إيديولوجية ما دامت تسعى لإظهار نفسها كمصدر لإثراء الشرعية، رغم أنها مساهمة فعلية في إعادة تشكلها؛ إذ لا يمكن أن نعثر على حكم أو قرار قضائي يعترف بكون القاضي جهة مشرعة، كما لا يمكن للإدارة أن تدعي امتلاك حق التشريع. إلا أن الواقع العملي يفند هذا التحفظ؛

5 – وبذلك يرتبط التأويل بالإيديولوجيا التي يسعى المؤول تثبيتها عبر موقعه داخل بنية الدولة القانونية. فالتأويل الذي يقدمه رئيس الحكومة للقانون عبر المراسيم التطبيقية

1- ibid., p. 344 et suiv.

ليس هو التأويل الذي يقدمه وزير عبر قراراته لنفس القانون. ويلاحظ M. Troper، أن الأمر لا يتعلق بإيديولوجيا مضادة، بل إنها خادمة وفية للإيديويلوجيا المهيمنة على النظام القانوني القائم، فإذا كانت الدولة تعرف نظاما اشتراكيا أو رأسماليا أو غيره، فالمؤول يسعى لتثبيت هذا من خلال القواعد التي ينتجها؛

6- لما كان التأويل محاولة لفهم جديد للنظام القانوني، فإن عليه أن يخضع لشرط أساسي وهو وجود مفارقة واقعية دفعته للقول بمحدودية النظام القانوني القائم. وبالتالي، فهو عملية واقعية تقوم على أسباب مقنعة، يتم تأكيدها في صلب القرارات الإدارية من خلال التأويل الإداري، ومن خلال تعليل الأحكام والقرارات في التأويل القضائي؛

7- تعتبر عملية تأويل القانون الإداري حاضرة لدى كل المتدخلين في الشأن العمومي، إلا أن كل فهم جديد للقانون لا يكتسب حجية مطلقة ولا يعتد به إلا إذا مُنح الشرعية. ولعل الجهة الأكثر احتكارا لهذه الحجية هي القضاء الإداري وخاصة الغرفة الإدارية، على اعتبار أنها محكمة قانون. فالعبرة لا تتعلق بالجهة المؤولة ولكن بمشروعية التأويل.

بعد أن بينا مفهوم التأويل القانوني وخاصة في المجال الإداري، يتضح أن القضاء الإداري يتمتع بنوع من التفويض داخل الدولة القانونية لإعادة تشكيل مضامين القانون الإداري في اتجاه تحقيق العدالة الإدارية. إلا أن الإشكالية التي تطرح نفسها في هذا السياق، مدى مشروعية التأويل القضائي للقانون الإداري (مطلب أول)، خاصة وأن الأمر يثير بعض المشكلات (مطلب ثان)، ينبغي إلقاء الضوء عليها في اتجاه فهم أفضل للعقل القضائي الإداري.

المطلب الأول: مشروعية التأويل القضائي الإداري

من الناحية المبدئية، يعد مجال القانون الإداري من المجالات المفتوحة على التأويل، على اعتبار الأسس التي ينبني عليها سواء منها الدستورية أو السياسية، لكن سلطة التأويل تبدو امتيازا حصريا للقضاء الإداري، على خلاف باقي المنافسين على التأويل في مجال القانون الإداري والذين يفتقدون الشرعية القانونية والعملية لفرض تأويلهم (فقرة أولى)، مما يدفعنا للتساؤل عن المبررات التي تجعل من القاضي الإداري محتكرا لشرعية التأويل (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: استبعاد المنافسين على عملية التأويل القضائي

يبدو أن إعمال السلطة التأويلية للقاضي الإداري لا يكون إلا من خلال دحض تأويل منافس أو منحه الشرعية. ويشهد مجال القانون الإداري تدخل عدة أطراف في تأويل مقتضياته القانونية المتعلقة بالمنازعة، بما في ذلك الإدارة نفسها، أو ما يمكن أن نسميه، الممارسون في حقل القانون الإداري (أولا)، إضافة إلى الدور الكبير الذي يقوم به الفقه في هذا الشأن (ثانيا).

أولا : الممارسون في حقل القانون الإداري

تبدو ظاهرة التأويل القضائي مثيرة للجدل، فهي وإن كانت تشكل لحظة للتشكيك في القانون الإداري وجدواه، إلا أنها وفي نفس الوقت، تؤدي إلى تجويد هذا القانون وتخرج جميع الأطراف من دوغمائيته. فبَيْن إنتاج القانون وتطبيقه تتموقع عملية التأويل حيث يظهر النص القانوني فاقدا لسلطته المطلقة. ومنه، تظل عملية التأويل القضائي مريبة ما دامت تهدد وحدة النظام القانوني القائم. في المقابل، تمكن من إعادة بنائه باستمرار وإزالة غموضه.

ولما كان الأمر كذلك، فيبدو أن سلطة التأويل ينبغي أن تتملكها جهة لها المعرفة الضرورية لذلك والمشروعية الكافية لتقبل حلولها القضائية. ومنه، يطرح التساؤل حول الجهة التي يمكنها احتكار هذه السلطة الكبيرة.

في نظريته الخالصة حول القانون، يميز Kelsen بين التأويل الذي يحتكره القضاة والتأويل الذي يقوم به الممارسون في مجال القانون. ويعتبر أن الفئة الأولى، تتمتع بخاصيتين، فهي مكتسبة لمعرفة قانونية في النوازل التي تنظر فيها، وفي نفس الوقت، تتمتع بنوع من الإرادة الحرة في عملية التأويل يسمح بها النظام القانوني نفسه[1].

أما الفئة الثانية، فتتمتع بهذه المعرفة إلا أنها لا يمكن أن تفرض تأويلها القضائي. في هذا السياق يقدم J. Chevalier، ملاحظة تستحق التقدير، حينما يعتبر أن البحث عن الجهات التي تتمتع بمشروعية التأويل ينبغي أن يصاحبها البحث عن موقع هذه الجهات داخل نظام الدولة القانونية[2].

1 - H. Kelsen, Théorie pure du droit, op.cit., p. 462.
2 - P. Bourdieu, la force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique, ARSS, n° 64, 1986, pp. 9 ss.

ومهما يكن من أمر، فإن النظام القانوني نفسه للدولة أفقد التأويلات المقدمة من طرف بعض الفئات التي تدور في فلك القاضي الإداري مشروعيتها، ويتعلق الأمر بالتأويل الإداري إلى جانب التأويل السياسي والتأويل الذي يقدمه المهنيون في المجال القانوني :

1-التأويل الإداري : لما كان التأويل هو عملية ضرورية لكل المتدخلين في المجال القانوني، فإن الإدارة بدورها، من خلال عملها، تلجأ لتأويل القانون الإداري. فرجل الإدارة يجد نفسه أمام ضرورة الحسم في اختيار من ضمن اختيارات متعددة، عندما يريد أن يقر تشريعا أو أن يسعى لتطبيقه، وهذه الحرية التي تمنح لرجل الإدارة تجعله جهة مؤولة. ويظهر التأويل الإداري للقانون أيضا من خلال المناشير والدوريات التي تهدف لتوضيح مدلول النص القانوني، أو تنهي نصا آخر وتحل محله مقتضيات جديدة. كما يظهر التأويل الإداري عندما يتعلق بالعقوبات التأديبية التي تواجه الموظف، حيث تضطر الإدارة للقيام بنوع من التأويل الخاص بها. إلا أن هذه السلطة تظل تحت رقابة القاضي الإداري الذي يفرض تأويله الخاص على الجميع[1]. ومنه تبدو حجية الشيء المقضي به أقوى من أي تأويل إداري[2].

2-التأويل السياسي : يقصد به التأويل اللاقضائي واللإداري، أي تلك المواقف التي تعبر عنها القوى الحية داخل المجتمع[3]. ويتعلق الأمر برجل السياسة والمجتمع المدني الذي يحاول التأثير على المقاصد القانونية من أجل ربح مكاسب داخل بنية الدولة. وعمليا، نجد أن القاضي الإداري المغربي تعرض لهذا التأثير في بعض القضايا، منها على سبيل المثال، موقفه من الاعتداء المادي. فكما يشير إلى ذلك بعض الفقه[4]، تأثر القاضي الإداري بموقف الفرق البرلمانية من الموضوع، والذي كان يميل إلى اعتماد الصيغة التي تقول بوجوب رقابة القاضي الإداري على هذه الحالة، وقد ظهر ذلك جليا من خلال القرار الشهير "العموري عبد الحفيظ"[5].

3-تأويل مهنيي القانون: وإضافة إلى رجل السياسة، نجد الممارسون في المجال القانوني، وهذه الفئة تقدم بدورها تأويلها القضائي، خاصة المحامون. فإلزامية رفع الدعوى

1 - J. Chevalier, Les interprètes du droit, in la doctrine juridique, P.U.F, 1993, p. 262.

2 - ibid., p. 263.

3 -P. Bourdieu, Droit et passe-droit : le champ de pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des règlements, ARSS, n° 81-82, 1990, pp. 85-86.

4-C. Meurant, L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français, thèse, droit public, 2017, p. 493.

5 - لحسن الحميدي، عقلنة السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال التأويل الحديث لمبدأ فصل السلط لدى القاضي الإداري المغربي- تطور القضاء الإداري المغربي بعد ربع قرن من إحداث المحاكم الإدارية-، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 10، 2018، ص. 95 وما بعدها.

الإدارية بمحام، جعلت هذه الفئة ممارسة فعلية لعملية التأويل القانوني. إلا أن تدخل هذه الفئة يقتصر على الدفوع الكتابية، التي عادة ما تشهد تدخلا مباشرا للقاضي الإداري من أجل تعديلها أحيانا[1].

وينضاف إلى هؤلاء، المتدخلون الجدد في مجال المنازعة الإدارية خاصة بعد حركة تدويل القانون الإداري، حيث نشهد صعودا كبيرا لآلية التحكيم في مجال العقود الإدارية، وهو حل هيَّأته الشركات الكبرى التي صارت تستثمر في المعرفة القانونية من أجل ضمان مصالحها التجارية[2]. وتشهد التجربة المغربية في هذا الشأن، تزايد الانفتاح على التأويلات التي تهيئها هذه الشركات، من أجل تيسير عملها التجاري والذي عادة ما يصطدم باحتكار القاضي الإداري لهذه المهمة[3].

يبدو أن سلطة التأويل القضائي لا يتمتع بها كل المتدخلين في المنازعة الإدارية. وبالتالي، يتم إغلاق النسق القانوني والقضائي أمام هذا التأثير، رغم ما يتمتعون به من معرفة خاصة تؤهلهم لذلك. فالدولة القانونية تتأسس على فكرة العقلنة وتوضيح صلاحيات الأطراف في المجال القانوني حفاظا على الأمن القانوني والقضائي. وبقي أن نتساءل حول جهة بالغة التأثير في العملية التأويلية وهي الفقه الإداري، فهل تمنح صفة العلمية الفقه الإداري الحق في التأويل القضائي؟

ثانيا : الفقه

يعتبر Kelsen، أن الفقه يستمد مشروعيته في التأويل على أساس انتمائه لحقل علم القانون، إلا أن هذا الشرط العلمي لا يجعل من تأويله القضائي يحظى بمشروعية كافية كما يعتبر البعض الآخر[4].

يسعى الفقه إلى إصدار أحكام، مبنية وفق شروط العلمية، على سلامة التأويل القضائي، وهو عمل عقلي خالص يخضع لضوابط التجرد والموضوعية التي يستلزمها المجهود العلمي، إلى درجة يمكن القول إن الفقه يصدر أحكامه على أحكام قضائية.

1 - أمينة جبران وأحمد بخاري، تفاعل القاضي الإداري مع المحيط السياسي والاجتماعي، أعمال الندوة المنظمة من طرف الجمعية المغربية للعلوم الإدارية، 3 و4 ماي 1991، ص. 55.

2 -Y. Dezalay, juristes purs et marchands de droit : division symbolique et aggionamento dans le champ du droit, politix n° 10-11, 1990, pp. 85 ss.

3 - للتوسع، منية بلمليح، المنازعات العقدية في القانون الإداري المغربي بين الحلول القضائية والحلول البديلة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 123، 2018؛ محمد المرغدي، المنافسة أبعادها الاقتصادية والقانونية، الجزء الأول، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 85، 2014.

4 -M. Troper, Le constitutionnalisme entre droit et politique, www.u-picardie.fr. consulté le 21/10/2017.

وبذلك فالعلاقة بين عمل القاضي الإداري والفقه علاقة تظهر كعلاقة تعاون، أثمرت تبني قواعد كثيرة على مستوى الحلول القضائية، التي يسترشد عبرها القاضي الإداري بملاحظات، سواء تعلق الأمر بالفقه الداخلي من خلال المساهمة المباشرة للمفوض الملكي، أو الفقه الخارجي عبر الفقه الإداري المتخصص الذي يمثله أساتذة القانون[1].

وعرفت التجربة المغربية في هذا الشأن، مساهمة واضحة للفقه الإداري في التأويل القضائي. رغم تحفظ البعض على أهدافه وأصنافه، حيث يعتبر في هذا السياق، أن الفقه الإداري المغربي ينبغي أن يخضع لتصنيف على أساس النزعة الكولونيالية التي يوجد على رأسها M.Rousset، إلى جانب الذين تلقوا تكوينهم الأكاديمي في فرنسا، وهمُّهم الأساسي هو إخضاع التجربة المغربية في التأويل القضائي الإداري للنموذج الفرنسي[2]، ويعتبر البعض الآخر أن هذا الصنف الأخير كانت له تأثيرات واضحة على مواقف القاضي الإداري[3].

مقابل ذلك، يرفض القاضي الإداري المغربي نفسه هذه التبعية، عندما يعتبر بأن التجربة المغربية في الرقابة القضائية الإدارية والتأويل القضائي تتميز بخصوصياتها، حيث ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط إلى أنه "في هذا الطلب، الأمر يتعلق بالاعتداء المادي للإدارة على الملكية الخاصة للمدعي، وأن هذه المحكمة دأبت سابقا على اعتبار القضاء العادي هو الحامي للحريات العامة والملكيات الخاصة، وبالتالي كانت تصرح باختصاصها للبت في مثل هذه الطلبات مسايرة لها للقضاء الفرنسي، لكن، حيث إن المحكمة ارتأت التراجع عن هذا الاجتهاد لسببين :

– السبب الأول، هو أن هذا الاجتهاد له جذور تاريخية خاصة ببلد أجنبي وبالتالي فإن تطبيقه على الواقع المغربي أمر ينبغي استبعاده؛

– والسبب الثاني، يرجع إلى الغاية الحقيقية من إحداث المحاكم الإدارية ببلادنا، وهي حماية حقوق المواطنين وصيانتها من تعسف الدولة والسلطة الإدارية.

1 - أمينة جبران "المتحد العلمي في المادة الإدارية مدخل لصياغة جذر مشترك في المادة الإدارية المغاربية، المطبعة والوراقة الوطنية. الطبعة الأولى، مراكش 2006. ص. 82 وما بعدها.

2 - المرجع نفسه، ص. 92.

3 -M, A, Benabdallah, Doctrine et droit administratif, REMALD, Thèmes actuels, n° 1, 1995,p. 9 et siuv.

وأمام هذه المعطيات وتماشيا مع مقاصد القانون 90-41 يكون القضاء الإداري هو القاضي الطبيعي للبت في طلبات رفع الاعتداء المادي"[1].

ورغم أن القاضي الإداري تبنى بشكل مباشر رأي M.Rousset، إلا أن هذا لا يمنع من القول إن أي رأي فقهي كيفما كانت دوافعه ينتظر التأشير عليه من طرف القاضي الإداري، حتى تمنح له شرعية التواجد الفعلي.

ومهما يكن من أمر، فالواقع اليوم لا يخلو من بعض الملاحظات، التي أبداها بعض الفقه الفرنسي حول التراجع الملحوظ للدور الذي يلعبه الفقه في توجيه مواقف القضاء الإداري. وهذا التوصيف ينطبق أيضا على التجربة المغربية. فبعد الزخم الفقهي الذي واكب مرحلة التأسيس للقضاء الإداري يحق لنا أن نتساءل، هل يمكن أن يستمر القانون الإداري قانونا فقهيا؟ وأي دور تبقى للفقه في هذا الشأن بعد تصاعد دور المشرع في القانون الإداري؟

تراجعت المواقف الفقهية المواكبة للعمل القضائي الإداري بشكل واضح[2]، بحيث أصبح القانون الإداري يعرف حركة تدوين كبيرة جعلت مواقف الفقه نفسه دراسات وصفية، تميل إلى الإحالة على القانون الواجب التطبيق في النازلة، أكثر من حرصها على تأويل حقيقي يستهدف إعادة بناء القانون نفسه. وهذا ما يمكن أن يفسر النبرة المتشائمة لبعض الفقه المغربي في هذا الإطار[3]، والتي يوازيه الدفاع الدائم للبعض الآخر، على الخاصية القضائية للقضاء الإداري[4]. ونعتقد أن عدم اعتراف هذا الرأي الأخير بتحولات المنازعة الإدارية يحوله إلى مجرد "حارس معبد" "gardien du temple".

يمكن القول أن الفقه كان ضحية نفسه، عندما أصبح يؤثر بشكل واضح على التوجهات القضائية من خلال سلطاته التأويلية، مما دفع بمحاولة محاصرته، من خلال الكثافة التشريعية في المادة الإدارية، من جهة، و إظهار النسق القانوني الذي يلجأ إليه الفقه

1- أورده أنور الشقروني، الحماية القضائية لحق الملكية من خلال دعوى الاعتداء المادي، مجلة المحاكم الإدارية العدد الخامس يناير 2017.صص. 19و20.

2 -D. Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, A.J.D.A, 20 décembre 1980, p. 632.

3 - المكي السراجي، القانون الإداري قانون قضائي أساسا: خاصية خاطئة وغير صحيحة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 140، ماي-يونيو، 2018، ص. 46 وما بعدها.

4 - من خلال الاطلاع على أغلب مقالات الأستاذ "أمين بن عبد الله"، يتضح أنه من أنصار الخاصية القضائية للقانون الإداري، ويمكن تفسير هذا التوجه الذي لا يأخذ في اعتقادنا التحولات الكبيرة التي تعرفها مؤسسة القضاء الإداري سواء في التجربة الفرنسية أو المغربية، كون أن الفقه الإداري يستمد وجوده وشرعيته من الخاصية القضائية للقانون الإداري، والتي تجعله متموقعا كقوة مؤثرة على التوجهات القضائية الإدارية.

الإداري في حالة من الاكتمال والنضوج، من جهة أخرى، خاصة بعد احتكار جزء كبير من التأويل القضائي لقواعد القانون العام من طرف القاضي الدستوري، الذي صار أكثر تأثيرا على الفاعلين من تأثير التأويل القضائي الإداري.

من خلال ما سبق يبقى التساؤل مفتوحا حول الجهة التي تحتكر التأويل القضائي الإداري؟ والذي يمكن حصرها انطلاقا من المعطيات السالفة، في القاضي الإداري على وجه الحصر، لكن ما الذي يبرر احتكار هذا الأخير لهذه السلطة؟

الفقرة الثانية : مبررات مشروعية القاضي الإداري في احتكار التأويل القضائي

يتعدد المتدخلون في عملية تأويل القانون الإداري وهذا الأمر كرس لدينا الانطباع بأن القاضي الإداري ليست سلطة وحيدة في هذا الشأن، إلا أن قوة الشيء المقضي به تجعل من مؤسسة القاضي الإداري المحتكر الفعلي لعملية التأويل؛ وذلك، بالنظر لطبيعة الدور الذي يقوم به (أولا)، وطبيعة وظيفته وموقعه (ثانيا).

أولا: طبيعة دور القاضي الإداري

في النظرية الوضعية الكلاسيكية، يقصد بعملية التأويل القضائي الإداري، اكتشاف نية المشرع من طرف القاضي الإداري[1]. بمعنى أن الدور الحصري للقاضي الإداري هو محاولة اكتشاف مقاصد النص القانوني من خلال استدلال عقلي. إلا أن هذا الدور يجعل الغاية القضائية هي تطبيق القانون في جميع الأحوال[2]. ومنه، يفضل بعض الفقه اعتبار مهمة القاضي الإداري تتعدى مجرد محاولة لكشف مقاصد النصوص القانونية؛ بل هي عملية ذاتية محكومة بدوافع خاصة لدى القاضي الإداري. وعليه، لا يكون هاجسه إظهار معنى النص أو ما يسمى في عمل القضاء الإداري بعملية التفسير، بل يسعى لتجاوز ذلك، حيث يسعى لبناء معنى معين يهم واقعة بعينها، ودليل هذا الاتجاه هو مبدأ رجعية العمل القضائي الإداري الذي كرسه هذا الأخير من خلال مجموعة من المواقف[3].

1 -P. A. Coté, L'interprétation de la loi une création sujette à des contraintes, op.cit., pp. 135-136.

2 -P. Bourdieu, la force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique, ARSS, n° 64, 1986, p. 9 et suiv.

3-Voir, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif – Droit administratif général, 16ème éd, L.G.D.J, 2001, pp. 367-373.

يتحول التأويل القضائي الإداري، بهذا المعنى، إلى عملية غير قابلة للتوقع[1]، تعكس الحرية التي يمتع بها القاضي الإداري في تطويع النص القانوني والدور المؤثر الذي يضطلع به من خلال قوة الشيء المقضي به. وعلى ذلك يظهر القاضي الإداري غير مقيد بالسلطة التي يمارسها النص القانوني كمعرفة سابقة على مواجهة النازلة.

وما يحد من هذه الحرية في التأويل القضائي معطيات موضوعية، لا علاقة لها بالقانون الواجب التطبيق، بل ترتبط أكثر بمنطق اللغة التي يعبر به القاضي الإداري على قراراته وأحكامه[2]. إضافة إلى السياق القانوني والحقوقي الذي ينتمي إليه القاضي الإداري. هذا بالإضافة إلى قيد مؤسسي على التأويل تلعبه أعلى مؤسسة قضائية إدارية تتمثل في الغرفة الإدارية لدى محكمة النقض.

يحاول القضائي الإداري الإقناع من خلال الانطلاق من مقدمات عامة بديهية، تلقى نوعا من الإجماع لدى أطراف الدعوى، وينتهي من خلال عمل برهاني إلى الحل القضائي. ويتحول بذلك العمل القضائي الإداري إلى عمل عقلي خالص لا يستند على التأهيل القانوني المباشر للوقائع، بل على أساس تأويل مقتضيات قانونية لا تتعلق بالمنازعة بشكل مباشر، أو أنها غير موجودة من الناحية الفعلية وعبارة فقط على مشروع قانون، وترتبط بالسياق الحقوقي الذي يكفي لتبرير موقفه. وفي هذا الإطار، يمكن الاستئناس بموقف المحكمة الإدارية بالرباط من خلال أمرها الاستعجالي بتاريخ 11/ 08/ 2015، الذي جاء فيه على أن "اتجاه المشرع إلى شخصنة امتناع الإدارة غير المبرر عبر مسؤوليها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، برزت معالمها بوضوح من خلال الفصل 32 من ظهير 17 مارس 2011 بشأن إحداث مؤسسة وسيط المملكة الذي نص على عدة إجراءات وجزاءات يتعين اتخاذها هذا الأخير في حق المسؤول أو الموظف الممتنع عن التنفيذ بدون مبرر، بدء بإخبار الوزير المعني بالأمر(...) كما أن المشرع الدستوري جاء حاسما بشكل نهائي عندما أقر هذا التوجه بمقتضى الفصل 126، الذي نص الأحكام القضائية النهائية تعتبر ملزمة للجميع. وهو المنحى الذي سارت على هديه مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية المرتقب في مادته 587 التي أقرت إمكانية إصدار قاضي التنفيذ

1 -M. Van. Dekerchove, le droit ou les paradoxes du jeu, PUF, Coll, les voies du droit, 1992, p. 162.

2 - محمد الشيلح، دور الميتودولوجيا القانونية في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الاصطلاحية في القانون المغربي للالتزامات والعقود، مجلة القانون والاقتصاد، عدد مزدوج 21-22، يناير 2006، ص. 16.

لغرامة تهديدية في مواجهة شخص القانون العام المنفذ عليه أو المسؤول عن التنفيذ أوهما معا"[1].

يتضح أن القاضي الإداري المغربي جعل من مسألة شخصنة امتناع الإدارة كمقدمة منطقية ضرورية، ونتيجة سابقة على وجود النص القانوني، ومن أجل تبرير هذا التوجه لم يجد أي نص قانوني يسعفه بشكل مباشر وواضح، فلجأ إلى المسطرة الخاصة بمؤسسة الوسيط، ثم لجأ للمقتضى الدستوري العام، والذي لا يتحدث بوضوح عن شخصنة التنفيذ في مواجهة الشخص المعنوي العام، إنما يخلق نفسا حقوقيا جديدا ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار، لينهي بناءه المنطقي بمقتضيات لا وجود لها شكليا ولا تنتمي للنظام القانوني، بل يتعلق الأمر بمسودة مشروع قانون المسطرة المدنية الذي لم يحسم في مقتضياته بشكل نهائي، إذ لا يجوز الاستدلال بقانون لم يخرج للحياة القانونية.

وتعد محكمة النقض من خلال وظيفتها كمحكمة قانون قيدا يحد من المدى التأويلي للقاضي الإداري، من خلال إعادة بناء الأحكام على أسس قانونية متينة، حيث ينبغي أن يكون التعليل منضبطا شكلا ومضمونا للقانون. وتضطلع في هذا الشأن بدور حاسم رغم تعذر القيام بهذه المهمة على الدوام، على اعتبار أنها تتحول أحيانا لمحكمة موضوع[2].

ومهما يكن من أمر، يبدو أن الدور الذي يلعبه القاضي الإداري المغربي، في عملية التأويل دور مؤثر للغاية، على اعتبار أنه يتمتع بدور حصري بالنظر لمهمته القضائية، إضافة إلى محدودية تأثير التأويل القضائي الذي تقدمه الأطراف الأخرى، والذي ينتظر موقف القاضي الإداري لشرعنته.

ومن مبررات احتكار القاضي الإداري لهذه المهمة التأويلية أيضا، الوظيفة التي يقوم بها إضافة إلى موقعه داخل بنية الدولة، واللذان يبينان خصوصية المهمة التي يقوم بها القاضي الإداري.

1 - المحكمة الإدارية بالرباط، الأمر الاستعجالي رقم 2165، بتاريخ 2015/8/11، ملف عدد 2015/7101/2104، الأمر منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 129-130، يوليوز-أكتوبر، 2016، ص. 352.

2 - لحسن الحميدي، حدود الدور البيداغوجي للغرفة الإدارية لدى محكمة النقض، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 141، شتنبر-أكتوبر، 2018، ص. 198.

ثانيا: طبيعة وظيفة وموقع القاضي الإداري

1 – طبيعة وظيفة القاضي الإداري : يقوم القاضي الإداري بوظيفيتين حصريتين عندما يدخل غمار التأويل القضائي وتجاوز النص القانوني وهما : النوظمة والتكيف.

فيما يتعلق بعملية النوظمة، نقصد إعادة بناء المنظومة القانونية، وفتحها على السياق المتحول، فالنص القانوني يتميز بالجمود الذي يوازيه انغلاقه على دلالات كانت تتضمن فهما معين للواقع، وهذا ما يطلق عليه البعض بعقلنة النظام القانوني التي تتم بشكل مستمر من طرف القاضي[1]، أو ما يعتبره J.Chevalier، فتحا وتنسيبا "لدوغمائية القانون" « Ladogmedelaloi » [2]. إلا أن محاولات فتح القانون على سياقه الاجتماعي عملية مقرونة بوظيفة لا تقل أهمية وهي الحفاظ على نوع من الانسجام في المواقف القضائية، حتى يستطيع أن يظهر النظام القانوني منسجما أيضا. ولعل هذا ما ينعت بالسياسة الاجتهادية[3]، والتي تعني أن هناك خيط ناظم لتوجهات المحاكم الإدارية يسعى للحفاظ على الحد الأدنى من الأمن القانوني والقضائي، وهذا الأمر هو ما جعل الفقه يتحدث عن عقلنة تستهد الحد من اندفاعات القاضي الإداري في التأويل[4].

وإلى جانب وظيفة النوظمة، هناك وظيفة التكيف، حيث يكون على التأويل القضائي جعل النص القانوني قادرا على التكيف مع الوضعيات غير المتوقعة، حيث ينقل القاضي الإداري النص القانوني من مستواه المجرد إلى الواقع المادي، الذي يفرض شخصنة القاعدة القانونية. وتظهر هذه الوظيفة بشكل بارز حينما يعرف النظام القانوني طفرات تتعلق بتغير مضامينه، حيث يكون على القاضي ضمان هذا الانتقال بشكل سلس، دون المساس بالحقوق المكتسبة والوضعيات القانونية القائمة. ولقد شكل دخول دستور 2011 في إطار النسق القانوني للدولة تحولا كبيرا على مستوى توسيع مجال الحق، ولوحظ معه حرص القاضي الإداري على إعمال مقتضياته الجديدة، سواء على مستوى الحقوق والحريات، أو على مستوى الخطأ القضائي، أو ما يتعلق بتوسيع مجال دعوى الإلغاء بسبب التجاوز في استعمال السلطة. ويلاحظ على الأحكام والقرارات القضائية، في هذا الشأن، أنها وظفت عبارات دالة على هذه النقلة التي عرفها النظام القانوني المغربي.

1 -M. Weber, Sociologie du droit, PUF, Coll, Recherches politiques, 1976, p. 11.

2 -J. Chevalier, L'ordre juridique, in le droit en procès, PUF, 1983, p. 7.

3 -M. Deguergue. politique jurisprudentielle et jurisprudence politique. A.J.D.A, 1995, p. 211.

4 -المكي السراجي، القضاء الإداري بين العقلنة وتدخل السلطة التنفيذية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 130-129، يوليوز-أكتوبر 2016، ص 61 وما بعدها.

ولتأكيد ذلك نورد قرارا لمحكمة النقض من خلال غرفتها الإدارية تعتبر فيه، "إن إقرار دستور المملكة في المادة 122 أحقية كل متضرر من خطأ قضائي في الحصول على تعويض تتحمله الدولة، يعتبر تراجعا عن هيمنة مبدأ عدم مسؤولية الدولة الذي كان سائدا"[1].

2-طبيعة موقع القاضي الإداري : عندما يتجه القاضي الإداري إلى إعمال سلطته التأويلية، فإنه يتموقع بذلك كسلطة مؤثرة تمكن من تجاوز ما يمكن أن نسميه "أزمة القانون" التي تعرفها الدولة[2]. فأمام حركة التقنين القوية التي تعرفها الدولة المعاصرة يمكن أن يتحول القاضي الإداري كسلطة مضادة لهذه الحركة، حتى تحافظ دولة القانون على الحق أيضا، أو بصيغة أخرى فالقاضي الإداري يذكرنا بالبياضات التي يتركها القانون المدون، والذي لا يمكن أن يغطي حالات مستحدثة باستمرار[3]. مقابل ذلك، يعترف بعض الفقه بالمحاصرة المستمرة لهذا الدور في نموذج دولة العناية، ذلك أن وجود القاضي الدستوري[4]، إلى جانب القاضي الإداري جعل الأول متفوقا، على اعتبار أن مختلف الفاعلين السياسيين ينتظر مستنتجات القضاء الدستوري وتأويلاته، التي تمنح ضمانات وفهما أفضل للقانون، أكبر من التي يمنحه القاضي الإداري الذي عادة ما يوصف على أنه الحامي الأصيل لمبدإ المشروعية[5].

إلا أن المبررات التي جعلت من مؤسسة القاضي الإداري تتراجع على بعض المجالات التي كانت تختص بها، لا يعني أنها صارت متجاوزة، والدليل على ذلك أنها تكون في صلب النقاش المجتمعي والسياسي بحكم بعض الاختصاصات التي مازال يمنحها القانون حصرا لهذه المؤسسة، خاصة تلك التي ترتبط بطبيعة مؤسسات الدولة. ونشير هنا تحديدا لاختصاصات القاضي الإداري المغربي في ما يتعلق بالرقابة على تشكيل الأحزاب السياسية، وما يعنيه ذلك من أن قوة الشيء المقضي به قادرة على التأثير في الخريطة التمثيلية السياسية، خاصة إذا تعلق الأمر بحل الأحزاب. إضافة إلى

1 - محكمة النقض، الغرفة الإدارية، قرار عدد 98، بتاريخ 28 يناير 2016، الملف الإداري عدد 2015/1/4/4152، قرار غير منشور.

2 - يقصد بأزمة القانون في التجربة الفرنسية، عدم كفاية مبدأ سيادة القانون، والذي يستند لنزعة وضعية تعتبر أن القاعدة القانونية في إطار علم القانون تعبير عن كمال التشريع وكفايته. إلا أن التطورات التي ستعرفها الدولة القانونية والمتمثلة خصوصا في حركية التشريع المستمرة وعدم قدرتها على استيعاب كل التطورات الاجتماعية والاقتصادية، جعلنا أمام ما يسمى بأزمة القانون وبشكل أدق أمام أزمة علم القانون.

3 -J. Chevalier, les interprètes du droit, op.cit., p. 262 et suiv.

4 -B. Petit, Introduction général au droit. 8 éd. Grenoble, presses universitaires de Grenoble. 2015, p. 65.

5 - ذهب المجلس الدستوري المحكمة الدستورية حاليا، في أحد قراراته إلى "أنه ليس من صلاحياته التعقيب على السلطة التقديرية للمشرع في اختيار نوعية التدابير التشريعية التي يرتضيها سبيلا لبلوغ أهداف مقررة في الدستور طالما أنه لا يخالف أحكام هذا الأخير"، قرار المجلس الدستوري، رقم 817 بتاريخ 13 أكتوبر 2011، ملف عدد 2011/1170.

الاختصاصات التي منحتها القوانين التنظيمية للجماعات الترابية[1]، حيث يلاحظ أن القاضي الإداري في كثير من أحكامه صار قادرا على عزل رؤساء الجماعات. هذا فضلا عن المنازعات الخاصة بالحريات العامة وتحديدا ما يتعلق بتأسيس الجمعيات. وكل هذه الأدوار تجعل التأويل القضائي الإداري داخل دولة القانون محط تتبع دائم. وعلى حد تعبير J. Chevalier[2]، أصبح القاضي الإداري محط طلب مستمر داخل دولة القانون بوصفه المؤسسة الوحيدة القادرة على إخراج القانون من وثوقيته وفتحه على التحولات. ومنه يمكن تفسير الارتفاع الكبير للدعاوى الإدارية[3].

يبدو أن القاضي الإداري ورغم المحاصرة الواضحة التي يواجهها من مؤسسات معينة كالقاضي الدستوري، ورغم حركة التدوين الكبيرة التي همت القانون الإداري وحاولت إغلاق زوايا التأويل القضائي، وتحويل مهمته إلى مهمة وصفية، إلا أنهلا زال يحتكر وظيفة ودورا وموقعا خاصا، يمكنه من الاضطلاع بمهمة حصرية للتأويل القضائي الإداري، وهذه المهمة تبدو مهمة مضادة لفكرة قانونية الدولة. وعلى ذلك فهي تثير بعض المشكلات التي ينبغي مقاربتها.

1 - أصبح القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات رقم 113.14، الصادر بتاريخ 7 يوليوز 2015، الجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص 6660، ينص من خلال المادة 63 :

يختص القضاء وحده بعزل أعضاء المجلس وكذلك بالتصريح ببطلان مداولات مجلس الجماعة وكذا بإيقاف تنفيذ المقررات والقرارات التي قد تشوبها عيوب قانونية، مع مراعاة مقتضيات المادة 117 من هذا القانون التنظيمي. يختص القضاء وحده بحل مجلس الجماعة؛ كما تنص المادة 64 : إذا ارتكب عضو من أعضاء مجلس الجماعة غير رئيسها، أفعالا مخالفة للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل تضر بأخلاقيات المرفق العمومي ومصالح الجماعة قام عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه عن طريق رئيس المجلس بمراسلة المعني بالأمر للإدلاء بإيضاحات كتابية حول الأفعال المنسوبة إليه داخل أجل لا يتعدى (10) أيام ابتداء من تاريخ التوصل.

إذا ارتكب رئيس المجلس أفعالا مخالفة للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل، قام عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه بمراسلته قصد الإدلاء بإيضاحات كتابية حول الأفعال المنسوبة إليه، داخل أجل لا يتعدى عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ التوصل.

يجوز للعامل أو من ينوب عنه، بعد التوصل بالإيضاحات الكتابية المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، حسب الحالة، أو عند عدم الإدلاء بها بعد انصرام الأجل المحدد، إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية وذلك لطلب عزل عضو المجلس المعني بالأمر من مجلس الجماعة أو عزل الرئيس أو نوابه من عضوية المكتب أو المجلس.

وتبت المحكمة في الطلب داخل أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ توصلها بالإحالة.

وفي حالة الاستعجال، يمكن إحالة الأمر إلى القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية الذي يبت فيه داخل أجل 48 ساعة من تاريخ توصله بالطلب.

يترتب على إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية توقيف المعني بالأمر عن ممارسة مهامه إلى حين البت في طلب العزل.

لا تحول إحالة الأمر إلى المحكمة الإدارية دون المتابعات القضائية، عند الاقتضاء.

2 - J. Chevalier, Les interprètes du droit, p. 256.

3 - في هذا الشأن يمكن الاضطلاع على التقرير السنوي للوكالة القضائية للمملكة سنة 2016، الصادر عن وزارة الاقتصاد والمالية، حيث يؤكد ارتفاع القضايا بنسبة مهمة تقدر 26 في المائة بالمقارنة مع 2015، ويؤكد التقرير في نفس الوقت أن النفس الدستوري الجديد كرس ثقافة التقاضي لدى المواطنين مما زاد من عدد الطلب على الدعوى الإدارية. www.finances.gov.ma تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/01/03.

المطلب الثاني: مشكلات التأويل القضائي

عندما تم اختيار عبارة المشكلات فإن المقصود من ذلك أن هناك عدة مفارقات يطرحها التأويل القضائي الإداري، خاصة عندما يواجه النص القانوني ويعلن عن عدم جدواه، ولعل هذا المنهج التأويلي هو ما يُظهر القاضي الإداري كمساهم في التشريع. ومنه، نكون أمام مشكلة تحول القاضي الإداري إلى سلطة تشريعية (فقرة أولى)، أو ما يصطلح عليه في الفقه الإداري الفرنسي الدور المعيار للقاضي الإداري Le rôle normatif du juge administratif. ثم بالاستلزام تطرح مشكلة لا تقل أهمية وهي التوجس من سلطات القاضي الإداري (فقرة لثانية)، أو ما يعرف بتغوُّل "حكومة القضاة".

الفقرة الأولى : تحول القاضي الإداري إلى سلطة تشريعية

إن تحول القاضي الإداري إلى سلطة تشريعية يعد مشكلة حقيقية في دولة القانون؛ بل هناك من ذهب إلى اعتبار هذه الوضعية بمثابة تدمير مباشر لحقوق المواطنين وحرياتهم، والذي يأخذ القانون على عاتقه حمايتها، بحيث لا تحتاج إلى حماية إضافية قد تعصف بجدوى القاعدة القانونية[1]. ومنه سنحاول رصد ملابسات هذه المشكلة (أولا)، ثم محاولة تقدير مدى جديتها (ثانيا).

أولا : ملابسات مشكلة الدور التشريعي للقاضي الإداري

إذا كان من الضروري أن يلجأ القاضي الإداري للتأويل، بما هو رفض للقانون، فإن هذا المنهج القضائي يطرح سؤالا قديما جديدا، وهو مدى قيام القاضي الإداري بدور تشريعي؟ أو بصيغة أخرى، ألا يتحول القاضي الإداري إلى سلطة تشريعية؟

يمكن القول بأن هذه المشكلة الدستورية كما يسميها البعض[2]، تجد مبرراتها في طبيعة الدولة المعاصرة التي توصف بكونها دولة القانون. لقد جعل H.Kelsen، من أنموذج دولة القانون الذي سيتلقاه الفقه الفرنسي بكثير من الإعجاب[3]، تطابقا ضروريا بين النظام القانوني الذي يعكس مجموع القواعد القانونية الخاضعة لهرمية التشريع، وبين دولة القانون نفسها، ذلك أن تقيد المؤسسات والأفراد بهذه القواعد القانونية هو الذي يحقق هذا

1 -عبد الرحمان اللمتوني، دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2018. ص. 62.
2-المرجع نفسه، ص. 63.
3 -J.Chevalier, L'État de droit, L.G.D.J, 6ème éd, 2017, p. 40 et suiv.

الأنموذج، مستبعدا في نفس الوقت أي ذاتية محتملة لمكونات الدولة تؤدي إلى تهديد هذا البناء المغلق. وبالتالي استطاع H.Kelsen، أن يعزل الدولة القانونية عن التحولات السياسية والاجتماعية التي تهدد استقرار القواعد القانونية أو استقرار الأمن القانوني.

وفي هذا السياق، يشكل تدخل القاضي الإداري من خلال سلطته التأويلية واستثمارها في الكشف عن قواعد قضائية منافسة للنص القانوني، لحظة فهم جديد لمبدإ سيادة القانون، أو بصيغة أخرى، يساهم القاضي الإداري في إعادة تشكيل مبدأ المشروعية من خلال التذكير بمحدوديته عبر هذه القواعد الجديدة[1]. وتشكل هذه النزعة تهديدا حقيقيا للنظام القانوني القائم الذي يكون عليه أن يعيد النظر في بعض مقولاته الأساسية.

إلا أن المساهمة التشريعية للقاضي الإداري واقع ينبغي تقبله كما يرى أغلب الفقه[2]، ويتجسد الأمر سواء من الناحية المنهجية، من خلال النزعة التأويلية التي قد تذهب إلى حد إنكار جدوى النصوص القانونية، والتي تشكل جزء من النظام القانوني، بحيث عادة ما ينتهي الأمر في هذه الحالة بخلق قواعد قضائية. أو يتجسد من خلال تثبيت المبادئ العامة للقانون خاصة في حال سكوت النص القانوني أو ما يسمى الاجتهاد في حالة غياب النص La jurisprudence praeterlegem. ويمكن القول إن هذه الحالة الأخيرة تبدو فيها نزعة القاضي الإداري واضحة في تقمص دور التشريع، على عكس الحالات التي من خلالها يسعى لخلق القاعدة القضائية، وذلك بالتعارض مع النص الموجود سلفا أو ما يسمى الاجتهاد القضائي ضدا عن النص La jurisprudence contralegem، مادام يستمر الأمر داخل نطاق العمل القضائي الذي تؤطره المراقبة بواسطة وسيلة النقض من خلال الغرفة الإدارية، والتي تضطلع بمهمة ضبطية في هذا الشأن[3].

إلا أن اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون يجعل من وسيلة النقض غير قابلة للتحقق، نظرا لكون أن المبادئ العامة للقانون في حالة غياب النص القانوني، تصبح ملزمة

1 -ibid., p. 42.

2 -Voir, siuv. Belaid, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, thèse, Droit, L.G.D.J, Paris, 1970 ; M. Deguergue. Politique jurisprudentielle et jurisprudence politique, op.cit. ; D. Lochak, Le rôle politique du juge administratif français, 11ème éd, Montchrestien, 2017;D. Lochak, La justice administrative, Montchrestien, 3ème éd, 1998; J. Chevalier, Les J. Chevalier, Les fondements idéologiques du droit administratif, www.u-picardie.fr, p. 30 et suiv. consulté le 21/10/2017; B. Stirn, les sources constitutionnelles du droit administratif, L.G.D.J, 8eme éd, 2014.

3 -M. EL Yaaghoubi, le rôle régulateur de la chambre administrative, in Réflexions sur le contentieux administratif, imprimerie dar al maarif al jadida, Rabat, 2013, p.151 et siuv.

للغرفة الإدارية نفسها. وهناك استثناء وحيد كان قد أثاره R.Chapus[1]، حيث بإمكان مجلس الدولة الفرنسي رفض الأخذ بالمبادئ العامة للقانون في حالة وحيدة، وهي اعتبار أن هذه المبادئ من العمومية والتجريد بحيث لا تتناسب مع طبيعة المنازعة المعروضة والتي عادة ما تخص حالة بعينها.

ويبدو أن المبادئ العامة للقانون تلعب دورا ضروريا، لا يمكن التخلص منه، ففي التجربة الفرنسية، هناك قناعة مفادها أن هذه المبادئ هي التي استطاعت حماية روح الثورة الفرنسية في أشد الأزمات السياسية قسوة والتي هددت النظام القانوني القائم[2]. لقد استطاع القاضي الإداري الفرنسي تمثيل ضمير الأمة الفرنسية من خلال تذكيرها عبر مجموعة من القرارات بهذه بالمبادئ العامة للقانون، وفي الوقت الذي كان فيه النظام القانوني القائم غير قادر على معالجة القضايا المطروحة[3].

أما في التجربة المغربية، فيمكن القول إن الحياة السياسية عندما عرفت تحولات كبيرة، إما باعتماد دساتير جديدة، أو بانفتاح النظام القانوني على المرجعيات الحقوقية الكونية، كان لا بد للقاضي الإداري المغربي أن يتفاعل إيجابا، خاصة عندما يتعلق الأمر بغياب النص القانوني[4]. وفي هذا السياق، حاول القاضي الإداري المغربي كشف بعض المبادئ العامة للقانون[5].

يبدو مما سبق، أن القاضي الإداري يخلخل بناء "الدولة القانونية" بالمعنى الكلاسيكي للكلمة، وفي الوقت نفسه، لا يقبل المساس بالنظام القانوني الذي يعد مساسا بنموذج "الدولة القانونية" نفسها. ورغم التحولات الجذرية التي عرفها هذا النموذج، من حيث المساهمة المتزايدة للسلطة التنفيذية، في تمدد النظام القانوني، على حساب السلطة التشريعية، وما يعنيه ذلك من تهديد لهرمية التشريع من حيث تراتبية القوانين وقوتها الملزمة. غير أن خضوع السلطة التنفيذية خاصة ما يتعلق بالسلطة التنظيمية المستقلة،

1 -R. Chapus Droit du contentieux administratif, 5ème édition, Edition Montchrestien, E.J.A., Paris, 1996, p. 67 et suiv.

2 -J. Chevalier, L'Etat de droit, op.cit., p. 69.

3 -ibid., p. 69 et 70.

4 - عبد العزيز العروسي، حقوق الإنسان بالمغرب : ملاءمات دستورية وقانونية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 103، 2018، ص. 566 وما بعدها.

5 -M. A. Benabdellah, Bref regard sur la Cour suprême à l'occasion de son quarantième anniversaire, op.cit., p. 7 et suiv.

لرقابة المشروعية على ضوء المبادئ العامة للقانون، سيجعل الأمر أشبه بنوع من الحوار بين السلط الثلاث.

ثانيا : تقدير حقيقة الدور التشريعي للقاضي الإداري

ينبغي إمعان النظر في حقيقة كون القاضي الإداري يلعب دورا تشريعيا، ذلك أن هذا القول في اعتقادنا ينطوي على مغالطة كبيرة.

لقد نشأت هذه المقولة مع توالي الكتابات الفقهية الفرنسية التي واكبت المساهمة الكبيرة لمجلس الدولة الفرنسي في ظل الجمهورية الثانية والثالثة. ففي هذه اللحظة التاريخية كان على القاضي الإداري الفرنسي حماية الدولة من التراجعات الكبيرة التي عرفها المجال الحقوقي خاصة في ظل حكومة فيشي Vichy[1]، وقد سانده الفقه الإداري الفرنسي في هذه المهمة التي توصف بالتشريعية، مما دفع البعض إلى اعتبار مجلس الدولة الفرنسي سلطة سياسية أكثر منها قضائية في تلك الفترة[2]، وعليه، تقوت مقولة الدور التشريعي للقاضي الإداري Le rôle normatif du juge administratif.

إلا أن التحولات التي ستعرفها الدولة الفرنسية في ظل الجمهورية الخامسة، سيفقد مقولة الدور التشريعي للقاضي الإداري بريقها لعدة أسباب أهمها :

1- حركة التدوين الكبيرة لقواعد القانون الإداري، والذي عادة ما كان يوصف بكونه قانونا غير مكتوب، مما يسَّر على القاضي الإداري الفرنسي التعرف على القانون الواجب التطبيق وإن تعلق الأمر بالمبادئ العامة للقانون[3]؛
2- خضوع القاضي الإداري الفرنسي لمراقبة المحكمة الأوروبية، حيث يلاحظ من خلال العمل القضائي لمجلس الدولة الفرنسي اللجوء للقوانين الأوروبية في مجال الحقوق والحريات، وعدم قدرته على معاكسة هذه المقتضيات بذريعة المبادئ العامة للقانون التي جرى تثبيتها في التجربة الفرنسية[4]؛

1 -J. Massot, Le conseil d'état et le régime de vichy, in vingtième siècle, Revue d'histoire, n° 58, 1998, p. 84.
2 -D. Lochak, Le conseil d'état en politique, Pouvoirs, n° 123, 2007, p. 19 et suiv.
3 -P. Malaurie, Les enjeux de la codification, A.J.D.A, 1997, p.661. Voir aussi, siuv.S. Lamouroux, La codification ou la démocratisation du droit, R.F.D.C, n° 48, 2001, p.802.
4 -V. C. Coustère, Le juge administratif et le droit communautaire : difficultés anciennes et résistances nouvelles, Pouvoirs, n° 46, 1988, p. 85 et suiv.

3- الدور الذي أصبح يلعبه المجلس الدستوري الفرنسي في احتكار بعض المجالات التي كانت من اختصاص مجلس الدولة. فقد صار من النظام الدستوري الفرنسي الذي يقوم على مراقبة قبلية وبعدية على دستورية القوانين، لا يسعف القاضي الإداري الفرنسي للقيام بأدوار ذات مضمون سياسي، كالرقابة على صلاحية القانون أو ما يسمى الرقابة الدستورية المجردة على القانون[1]؛

4- ونضيف على ذلك، بروز النزعة الأخلاقية التي ينبغي أن تؤطر عمل القاضي الإداري حتى لا يسقط في تغليب الذاتية على حساب المشروعية[2].

أمام كل هذه المعطيات صار لزاما على القاضي الإداري الفرنسي الخضوع بشكل أكبر للنظام القانوني القائم، فأغلقت أمامه الزوايا الميتة التي كان يبرز فيها سلطته التأويلية. وبالمحصلة، تراجع هذا الدور التشريعي وتحول القاضي الإداري إلى ناطق بالقانون في أغلب القضايا.

يختلف الأمر في التجربة المغربية اختلافا جوهريا، على اعتبار أن القضاء الإداري المغربي صناعة تشريعية وقرار سياسي، جاء نتيجة التحولات التي عرفتها الدولة المغربية خاصة في ظل دستور 1992، حيث كانت الإرادة واضحة في تجاوز محدودية الرقابة التي قام بها المجلس الأعلى من خلال غرفته الإدارية[3]، والتي لم تستطع إثراء مبدأ المشروعية وإغناء نطاقه، ولم تؤثر كثيرا في بنية النظام القانوني المغربي[4].

ويمكن القول، إن دستور 2011 لعب دورا كبيرا في الحد من الدور التشريعي المحتمل للقاضي الإداري المغربي من خلال تثبيت المبادئ العامة للقانون، حيث إن التفصيل الكبير الذي عرفته الوثيقة الدستورية من خلال التنصيص على العديد من هذه المبادئ، يعفي القاضي الإداري المغربي من عملية الكشف عنها. ويمكن أن نستدل على ذلك من خلال ما ورد في ديباجة الدستور والتي تعد جزء لا يتجزأ من المتن الدستوري كما

1 -D. Lochak, Le conseil d'état en politique, Pouvoirs, n° 123, 2007, p. 19 et suiv.

2 -la loi du 20 avril 2016 dispose que les magistrats administratifs « exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard », Art. L. 231-1-1 du code de justice administrative issu de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

3 - إدريس البصري وميشيل روسي وجورج فيديل، مراجعة الدستور المغربي لسنة 1992: دراسات وتحاليل، سلسلة تشييد دولة حديثة، مرجع سابق، 37.

4 -M. EL yaagoubi, Les principes généraux du droit et la protection des droits de l'homme par le juge administratif au Maroc, REMALD, n° 23, 1998, p. 81.

ورد في آخرها[1]. وإلى جانب ذلك يمكن استحضار ما جاء به الفصل 154 من الدستور، والذي ينص على المبادئ القانونية الكبرى التي تخص الولوج للمرافق العامة والتي تعتبر في أصلها صناعة قضائية[2].

إن القول بالمساهمة التشريعية للقاضي الإداري المغربي من خلال كشفه عن المبادئ العامة للقانون أومن خلال الأحكام المبادئ، تفقد بريقها أمام المضايقة التشريعية، سواء من خلال الوثيقة الدستورية، أو من خلال الكم الهائل للقوانين المدونة في المجال الإداري، والتي كنا قد أشرنا إليه في مقال سابق[3]، أو الدور الذي تلعبه بعض المؤسسات المنافسة على حماية المشروعية كمؤسسة الوسيط والاجتهادات القضائية الدستورية وغيرها.

أمام كل ذلك، يعتبر إعلان القاضي الإداري المغربي عن المبادئ العامة للقانون تكريسا لسلطة النص القانوني، فهذا الأخير، لم يترك مجالات كبيرة لأي دور معياري محتمل.

الفقرة الثانية: مشكلة التوجس من سلطات القاضي الإداري

أمام المساهمة الواضحة للقاضي الإداري الفرنسي في الحياة السياسية الفرنسية في لحظات معينة، خاصة من خلال دفاعه المستميت عن أفكار الثورة الفرنسية، عبر تثبيته لمجموعة من التوجهات القضائية[4]. إضافة إلى التوجس الذي حصل خلال حكومة "فيشي" حيث لعب مجلس الدولة الفرنسي دورا سيئا حينما ساهم في شرعنة اختيارات هذه الحكومة والتي كانت مناقضة لتوجهاته السابقة. أمام هذه الأسباب، صار واضحا التوجس من سلطات القاضي الإداري الفرنسي[5].

1 - أنظر ديباجة دستور المملكة 2011.

2 - ينص الفصل 154 من الدستور المغربي على أنه : "يتم تنظيم المرافق العامة على أساس المساواة بين المواطنات والمواطنين في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني، والاستمرارية في أداء الخدمات
تخضع المرافق العامة لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الدستورية التي أقرها الدستور".

3 - يراجع، لحسن الحميدي، حدود الدور البيداغوجي للغرفة الإدارية لدى محكمة النقض، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 141، شتنبر-أكتوبر، 2018، ص. 198.

4 -D. Lochak, Le rôle politique du juge administratif français, op.cit., p.18.

5 -D. Lochak, La doctrine sous Vichy ou les mésaventures des positivismes, Cahiers du CURAPP, 1989, p. 253 et suiv.

في التجربة المغربية، وعند اعتماد دستور 2011 أثيرت نفس ملامح النقاش سياسي الفرنسي، حول ضمانات استقلال السلطة القضائية، وما يثيره ذلك من تخوفات، إلى درجة تردد لدى الكثير من السياسيين والقضاة مفهوم "دولة القضاة". ومنه، سيكون علينا أن نوضح ملابسات مشكلة التوجس من القضاء الإداري (أولا)، ثم التثبت من جدية هذه المشكلة (ثانيا).

أولا : ملابسات المشكلة

ننطلق في رصد هذه المشكلة من خلال النقطة السالفة الذكر، وهي ما يتعلق بالدور التشريعي للقاضي الإداري، ولئن كنا قد بينا قصور هذه المقولة، إلا أن هناك من يثير مشكلة مجاورة لها والمتمثلة خصوصا، في كون القاضي الإداري يدير ويحكم.

إن مساهمة القاضي الإداري تشريعيا معناها، أن يتحول إلى سلطة منافسة على التشريع، فعندما يلغي القرار الإداري المعيب فإن قوة الشيء المقضي به، توجه العقل الإداري والسياسات العامة، وبالتالي يتحول إلى قاض يدير بشكل غير مباشر.

إن هذا الوصف السريع للآثار التي يخلفها القاضي الإداري على المستوى التشريعي والتنفيذي كما يعتبر بعض الفقه، هو ما جعل التوجس قائما والتشكيك في إطلاقية القانون حاضرة بقوة في العمل القضائي[1]. نتج عن هذا الوضع إثارة مفهوم يستغرق الوضعية التي صار يمثلها مجلس الدولة الفرنسي وهو مفهوم "دولة القضاة". لقد ورد هذا المفهوم لدى الفقيه الأمريكي E. Lambert، الذي لفت الانتباه إلى الطبيعة الخاصة للقضاء في التجربة الأمريكية، والتي لا تنكر على القاضي المساهمة التشريعية خاصة ما يتعلق بالدفع بعدم الدستورية[2].

شكل ظهور هذا المفهوم في الفقه الفرنسي صفعة قوية للنموذج القضائي الفرنسي، الذي أصبح محط توجس وانتقاد، فهذا المفهوم يضرب في أحد أهم إبداعات العقل القانوني الفرنسي في العصر الحديث المتمثل في مؤسسة القضاء الإداري. وعلى ذلك،

1 -J. Rivero, La fin d'un absolutisme, Pouvoirs, n° 13, 1980, p. 5.

2 -E. Lambert, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921, rééd, Dalloz, Paris, 2005.

حاول أن يتلقاه الرأي العام السياسي ومعه بعض الفقه بحذر منهجي، على اعتبار اختلاف التجربتين الفرنسية والأمريكية حول موقع القضاء داخل بنية الدولة[1].

وعليه، أوجد الفقه مبررات توخت الحفاظ على مؤسسة القضاء الإداري كخيار فرنسي يتعلق بهوية الدولة الفرنسية، نابع من توافق دائم بين الفاعلين المباشرين في تشكيل القانون الإداري الفرنسي، وخاصة الحوار الدائم بين الفقه الإداري ومجلس الدولة الفرنسيين[2].

ودفعا لكل توجس، حاول الفقه الإداري الفرنسي أن ينظر للجزء الممتلئ من الكأس، حينما اعتبر أن القاضي الإداري الفرنسي عندما كان يساهم في الحياة السياسية في اللحظات العصيبة، لا يعني أنه حول الدولة إلى "دولة قضاة"، وإنما يتعلق الأمر بضمانة أساسية أثبتت نجاعتها في كل الدول التي أخذت بهذا النموذج. فكما يقول G. Jèze، يعد القضاء الإداري الفرنسي أفضل ما توصل إليه رجال القانون والسلاح، فهو الأكثر فعالية والأكثر براغماتية والأكثر اقتصادا لحماية الحريات في العالم بأسره[3].

ومهما يكن من أمر، فإن تدخل القاضي الإداري في الحياة السياسية في التجربة الفرنسية سيعرف أفولا كبيرا، خاصة مع تحولات موضوعية فرضها دخول دستور الجمهورية الخامسة حيز التطبيق في 1958، حيث كان واضحا أثر هذا الأفول عندما لم يعترف المشرع الدستوري بالقضاء كسلطة[4]. إضافة إلى ذلك، يشكل اعتماد المجلس الدستوري الفرنسي كمؤسسة للرقابة على مبدأ فصل السلط وتوازنها، إبعاد للمساهمة المحتملة لمجلس الدولة الفرنسي في الحياة السياسية، حيث سيتعذر عليه في ضوء ذلك مراقبة دستورية القوانين، وما كان يعنيه ذلك من مساهمة مباشرة في التشريع[5].

مقابل ذلك، فالتجربة المغربية مختلفة تماما في هذا الصدد، إذ لم تشكل، عند أغلب الفقه، سلطة القاضي الإداري مشكلة ديمقراطية أو دستورية، ولم ينظر إليه على أنه مهدد

1 -محمد اليعكوبي، القانون الإداري المقارن، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2009، ص. 30.

2 -J. Rivero, Le juge administratif français : un juge qui gouverne, dans Andrés de Laubadère et autre, Pages de doctrine, t 1, Paris, L.G.D.J, 1980, p.303.

3 -Cité par, P. W. Toco, Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ?, Les cahier de Droit, Vol 54, n° 1, Mars 2013, p. 153.

4 - المكي السراجي، القضاء الإداري بين العقلنة وتدخل السلطة التنفيذية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها.

5 - لحسن الحميدي، مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة وعلاقته بمبدأ فصل السلط، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 143، نونبر-دجنبر، 2018، ص. 371 وما بعدها.

للنظام القانوني للدولة، بل لم نجد، حسب علمنا، إلا بعض المواقف النادرة في هذا الشأن[1].

إلا أن دخول دستور 2011 حيز الوجود وتنصيصه على استقلال السلطة القضائية من خلال الفصل 107[2]، وما استتبعه ذلك من تفاعل واضح من طرف القاضي الإداري مع هذا التحول التاريخي من خلال بعض الأحكام، أضف إلى ذلك النقاش السياسي الذي واكب القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية[3]، سيدفع المحكمة الدستورية إلى تمتيع القضاء بضمانات كافية لتحقيق استقلالها الفعلي، من خلال إبعاد السلطة التنفيذية من التأثير على عمل القضاء، في مناسبات متعددة، كان آخرها بتها في مدى دستورية القانون التنظيمي المتعلق بالتنظيم القضائي[4]. أمام هذه المعطيات يبدو واضحا أن القاضي الإداري يتعرض لنوع من التحييد، بحيث تُحصر مهمته في المستوى التنازعي، وما يعنيه ذلك من انتفاء فكرة المساهمة التشريعية. ويمكن أن نضيف على ذلك، أن هذا التوجس كان واضحا من خلال مشروع قانون التنظيم القضائي الذي لم يذهب إلى ما كان تطمح إليه بعض الأصوات الفقهية من استكمال الهرم القضائي الإداري، ومن تكريس القضاء الإداري كخيار استراتيجي[5].

1 - أمينة جبران وأحمد بخاري، تفاعل القاضي الإداري مع المحيط السياسي والاجتماعي، مرجع سابق؛ لحسن الحميدي، القاضي الإداري السياسي، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، عدد 14، 2018، ص. 153 وما بعدها.

2 - ينص الفصل 107 من دستور المملكة على أنه "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية".

3 - القانون التنظيمي رقم 13-100 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-16-40 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016)، عدد 6456. ص. 3143. من خلال المادة السادسة من هذا القانون لم تعد هناك تمثيلية للسلطة التنفيذية من خلال وزارة العدل، حيث تنص على أنه "تطبيقا لأحكام الفصل 115 من الدستور، يتألف المجلس من:

- الرئيس الأول لمحكمة النقض، رئيسا منتدبا ؛
-الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ؛
-رئيس الغرفة الأولى بمحكمة النقض ؛
-أربعة ممثلين لقضاة محاكم الاستئناف، ينتخبهم هؤلاء القضاة من بينهم ؛
-ستة ممثلين لقضاة محاكم أول درجة، ينتخبهم هؤلاء القضاة من بينهم ؛

ويجب ضمان تمثيلية النساء القاضيات من بين الأعضاء العشرة المنتخبين، بما يتناسب مع حضورهن داخل السلك القضائي، وفق مقتضيات المادتين 23 و45 من هذا القانون التنظيمي.

-الوسيط ؛
-رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان ؛
-خمس شخصيات يعينها الملك، مشهود لها بالكفاءة والتجرد والنزاهة، والعطاء المتميز في سبيل استقلال القضاء وسيادة القانون ؛ من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى.

4 - المحكمة الدستورية، قرار رقم 89/19، ملف عدد 19/041، الصادر في 2019/02/08، قرار يمكن الاضطلاع عليه في البوابة الرسمية للمحكمة الدستورية المغربية. https://cour-constitutionnelle.ma تاريخ الزيارة في 2019/03/27.

5 - لم يشهد القانون التنظيمي المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة أي جديد فيما يتعلق بالتنظيم القضائي الخاص بالمحاكم الإدارية، ففي الوقت الذي كنا ننتظر فيه استكمال الهرم القضائي الإداري المغربي، أحدثت غرف إدارية لدى المحاكم الابتدائية، مما يطرح التساؤل حول حقيقة كون القضاء الإداري خيار استراتيجي حقيقي، أم صار محط توجس.

وبذلك، يصبح النقاش السياسي حول مقولة "دولة القضاة"، دون جدوى[1].

ومهما يكن من أمر فإن التساؤل يبقى قائما، هل فعلا هناك مبررات موضوعية للتخوف من سلطات القاضي الإداري المغربي؟ مع العلم كما أسلفنا أن مقولة المساهمة التشريعية وتهديد دولة القانون مقولة غير صحيحة.

ثانيا : تقدير مشكلة التوجس من سلطات القاضي الإداري

ننطلق في هذه الجزئية من السؤال التالي: هل التوجس من القضاء عموما ومن القاضي الإداري له ما يبرره؟ وهل يتعلق الأمر فعلا بتوجس مشروع مما يسمى "دولة القضاة"؟

بداية، لم ينظر دائما للقاضي داخل بنية الدولة بنوع من الرضى، ويرجع ذلك لكون لحظة التقاضي وخاصة أمام المحكمة الإدارية هي لحظة تقييم للعلاقة بين المُدار والإدارة. وهي لحظة قد تتيح للقاضي الإداري إمكانية الخروج عن النص القانوني بدعوى حماية الحق. وقد شهدت مجموعة من الدول هذه العلاقة المتوترة بين النظام القانوني والسلطة القضائية، وأثيرت دائما المخاوف من تحول السلطة القضائية لمعرقل لسياسات الدولة ومخططاتها[2]. واعتبر بعض الفقه في هذا الشأن أن ظاهرة "دولة القضاة" لها ما يبررها في عمل القضاء الإداري؛ لأن الأمر يرتبط بالمساس المباشر بمبدأ فصل السلط والتشكيك في ديمقراطية القاعدة القانونية[3].

وفي التجربة الفرنسية، هناك مبررات تاريخية كثيرة ساهمت في تغذية هذا التوجس، خاصة ما يتعلق بملابسات الثورة، حيث كان الثوار يعتقدون أن القضاة عموما يتمتعون

1 - شهد اعتماد القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية نقاشا سياسيا كبيرا، حول إمكانية تغول السلطة القضائية إلى درجة ذهب البعض للحديث عن دولة القضاة صراحة، والغريب في الأمر أن هذا الموقف اتخذته الأغلبية التي كانت دائمة الدفاع عن استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، والدليل على ذلك أن مشروع القانون أودع بتاريخ 10 دجنبر 2014 ولم يحل على الأمانة العامة للحكومة إلا في 2016/02/10، يمكن الاطلاع على مزيد من التفاصيل على موقع مجلس النواب : http://www.chambredesrepresentants.ma/

2 - عبد الرحمان اللمتوني، دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص. 91.

3 -M.Troper et O. Pfersmann, Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?, in Gouvernement des juges et démocratie, op.cit., p. 21.

بامتيازات سياسية عادة ما تمس بالسلط الأخرى، وتكريسا لمبدإ فصل السلط تم تقييد مهامهم[1].

واستمر هذا الاعتقاد من خلال محطات لاحقة خاصة مع تبني دستور 1958 خلال الجمهورية الخامسة؛ إذ تشهد الأعمال التحضيرية لهذا الدستور على التوجس من القضاة[2]، والذي نتج عنه عدم الاعتراف الكامل باستقلالية السلطة القضائية.

إلا أن التحولات التي ستعرفها التجربة الفرنسية وخاصة ما يتعلق بالنظام القانوني الذي صار أكثر انفتاحا على مستلزمات الاقتصاد الحر، وما يعنيه ذلك من ضرورة توفير أكبر قدر ممكن من الأمن القانوني، وإدراج هذا المبدأ في القانون العام، مادام يوفر نوعا من التوقعية لدى الشركاء الجدد للدولة في المرفق العام، وخاصة ممثلي القطاع الخاص؛ سيساهم هذا التحول في أفول فكرة الدور التشريعي وبالنتيجة أفول الدور الاجتهادي[3]. وسيَقِلُّ التوجس من مؤسسة القاضي الإداري، على اعتبار المحاصرة التشريعية الكبيرة التي ستفرض عليه الاكتفاء بالنطق بالقانون، أمام تعذر الكشف عن المبادئ العامة للقانون بعدما تم تدوين أغلبها.

رغم كل ذلك، استمر بعض الفقه في اعتبار القاضي عموما والقاضي الإداري على وجه الخصوص، بكونه لا يمكن أن يكتفي بمهمة تنازعية، والذين يريدون حصر تدخلاته في أضيق نطاق تحت مبرر المساس بالنظام القانوني، لابد أنهم يجعلون من مهمة القضاء الإداري عملية تقنية خالصة، في حين أن الذي يلج إلى المحكمة الإدارية يصبو لتحقيق عدالة إدارية. وعليه، فالقاضي الإداري عندما يفضل اللجوء لعملية التأويل فهو ينتقل من مهمة تقنية إلى مهمة إنسانية، ومنه نفهم دلالة العبارة التي يدافع عنها بعض الفقه كون القاضي الإداري هو الحامي الأول للحقوق والحريات[4]. إلا أن هذا التصور ينطوي على خطأ في التقدير فالقاضي الإداري حامٍ للشرعية بالأساس.

1 - نور الدين أشحشاح، الرقابة على دستورية القوانين –دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، السنة الجامعية 2001/2000. ص. 81.

2 - نفس المرجع السابق، ص. 104.

3 -D. Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, A.J.D.A, 1980, p. 631.

4 -M. Rousset, Progrès du droit et interprétation, R.M.C, n° 1, 2004, p. 10.

والشيء نفسه يقال على تجربة القضاء الإداري بالمغرب، ففضلا عن الدور المحدود الذي لعبه على مستوى كشف المبادئ العامة للقانون[1]، فإن النظام القانوني والقضائي المغربي لا يسمح بتغوُّل سلطاته[2]؛ هذا فضلا عن الوسائل الكثيرة التي تملكها سواء السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية للحد من هذه السلطة[3].

وفضلا على ذلك، فإن مشكلة التوجس من سلطات القاضي الإداري المغربي تخبو شيئا فشيئا كلما استحضرنا الكوابح الإضافية التي خلقها القاضي الإداري المغربي نفسه، عندما أقر التعويض عن الخطأ القضائي انطلاقا من تفعيله الفصل 122 من دستور المملكة[4]، من جهة، وعند تتبع منهجيات عمل الغرفة الإدارية لدى محكمة النقض والتي عادة ما تنحو اتجاه دور ضبطي بالأساس، من أجل دفع القاضي الإداري للمطابقة مع النص القانوني، من جهة أخرى[5].

نكون من خلال ما سبق، قد حاولنا تفنيد مشكلة التوجس من سلطات القاضي الإداري سواء في التجربة الفرنسية أو المغربية. وبالاستلزام تفنيد مقولة الدور التشريعي للقاضي الإداري عندما يكشف عن المبادئ العامة للقانون، باعتبارها مرجعية غير تشريعية، تمكنه من تجاوز قصور القاعدة القانونية، والتخفيف من سلطتها، على اعتبار أن ذلك يتم في حدود روح التشريع القائم، من جهة، ووفق الضمانات والشروط القانونية التي تجعل من عملية التأويل والكشف عن المبادئ العامة للقانون، حالة استثنائية لا تعني أبدا أن القاضي الإداري ينشئ القاعدة القانونية، على خلاف ما يذهب إليه معظم الفقه المغربي، من جهة أخرى. ومن هنا نفهم إصرار الأستاذ "المكي السراجي" على التشكيك في قضائية القانون الإداري[6].

1 -M. El Yaagoubi, Les principes généraux du droit et la protection des droits de l'homme par le juge administratif au Maroc, op.cit., p. 85.

2 - المكي السراجي، القانون الإداري قانون قضائي خاصية خاطئة وغير صحيحة، مرجع سابق، ص. 46 وما بعدها.

3 - المكي السراجي، القضاء الإداري بين العقلنة وتدخل السلطة التنفيذية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها.

4 - سيتم حسم مسألة انعقاد الاختصاص للقضاء الإداري في دعاوى التعويض عن الخطأ القضائي، من خلال القرار، الصادر عن غرفتين، رقم 986/2، الصادر بتاريخ 2014/10/16، في الملف رقم 2012/1/4/222ن قرار غير منشور (قرار سبقت الإشارة إليه).

5 - لحسن الحميدي، حدود الدور البيداغوجي للغرفة الإدارية لدى محكمة النقض، مرجع سابق، ص. 200.

6 - المكي السراجي، القانون الإداري قانون قضائي خاصية خاطئة وغير صحيحة، مرجع سابق، ص. 46 وما بعدها

بمثابة خاتمة

لقد حاولت هذه الورقة البحثية إلقاء الضوء على بعض المنزلقات الإبستمولوجية التي وسمت المواقف الفقهية من عملية التأويل القضائي، حيث يلاحظ سوء الفهم الكبير على المستوى المفهومي، من جهة، والتقدير السيئ لمنهج القاضي الإداري الذي لا ينبغي أن ننظر إليه على أنه منهج يقوم على تأويل مفتوح وغير معياري يستهدف عدالة بمعنى معين، غير تلك التي تحفظها النصوص القانونية، من جهة أخرى.

كما تعد هذه المساهمة محاولة في اتجاه إرساء نظرية للتأويل القضائي الإداري، رفعا لكل لبس وتحقيقا لفهم أفضل للعقل القضائي الإداري المغربي، فهو لا ينشئ قاعدة قانونية ولا يسعى إلى ذلك، إنه يشتغل داخل دولة القانون وخاضع لكوابح مؤسساتية وأخرى موضوعية، فكل ما يمكن أن يقدمه هو فهم أفضل للنظام القانوني في اتجاه تحقيق أكبر قدر من العدالة الإدارية.