دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	دور القاضى الإدارى فى انتاج قواعد قانون الإدارى
المصدر:	مجلة قانونك
الناشر:	محمد أمين اسماعيلي
المؤلف الرئيسي:	الحمومى، مروان
المجلد/العدد:	ع4
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2017
الشهر:	أكتوبر
الصفحات:	35 - 65
رقم MD:	1104532
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	التشريعات القانونية، القانون الجنائى، العلوم الجنائية، القضاء الإدارى
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1104532

© 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.

دور القاضي الإداري في إنتاج قواعد قانون الإداري

The role of the administrative judge in producing the rules of administrative law

من إعداد: مروان الحمومي
Merouane ELHAMOUMI
باحث في القانون الجنائي والعلوم جنائية

مقـدمة

يسن التشريع عادة في قواعد كلية توضع لتسري على جميع الناس، وتحسم كل ما عسى أن ينشأ عن علاقاتهم من أنواع النزاع، وتكون هذه القواعد مظروفة في ألفاظ لغوية وجيزة وتتمتع بالعمومية والتجريد والإلزام والاجتماعية، وباعتبار أن بشرية المشرع تعرضه للخطأ والسهو والنسيان، وتعجزه عن استحضار كل أنواع النزاع الذي سيقوم ليكون النص جامعا لشتى هذه النزاعات، ولا تستطيع هيئة تشريعية مهما بلغت فطنتها و معرفتها أن تعطي نصوصا، لا تختلف المحاكم في تطبيقها ولا يختلف الفقهاء في فهمها وشرحها[32]، وعليه فإن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري وظروف نشأته من الناحية التاريخية، وعدم تقنين كل لقواعده، وزيادة لتعدد مجالات النشاط الإداري أدى كل ذلك إلى أن أصبح القضاء الإداري يلعب دورا مميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه[33] من خلال اجتهادات قضائية.

[32] ذ. عز الدين الماحي: مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القصر العدد السابع، سنة 2004، ص: 78.

[33] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: " دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الإداري المعمق، جامعة ابو بكر بلقايد-تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية، 2015/2016، ص: 4.

والاجتهاد مصدر مأخوذ من فعل "اجتهاد الشخص"، يجتهد إذا جد وبدل جهدا للوصول إلى الهدف والمبتغى، أما الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء فهو عملية استنباط الأحكام الشرعية من خلا أدلتها التفصيلية وهي القرآن والسنة وإجماع علماء الأمة الإسلامية والقياس.

ويعرف القاضي الإداري هو ذلك القاضي الذي يتمتع بوظائف أوسع عن القاضي العادي، هذه الوظائف من شأنها أن تساعده على إقرار قاعدة عادلة تحكم النزاع الذي بين يده، و خاصة أن أحد أطراف النزاع هي سلطة عامة، وبالإضافة إلى أن القاضي الإداري يتعدى كونه قاضيا تطبيقيا فقط فمهمته تتجلى في التأسيس والإبداع والإنشاء، فهو يصنع قاعدة قانونية في حالة انعدام النص القانوني،[34] وفي حالة وجود فراغ تشريعي قائم، فطبيعة عمله كقاضي إداري يحكمه وجود نص قانوني أو غيابه.

ويمكن تعريف القانون الإداري بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم الجهاز الإداري للدولة من حيث تكوينه ونشأته، وبما يتمتع به من امتيازات السلطة لتحقيق المصلحة العامة ، وبما يفرض عليه من قيود وأحكام ضمانا لحقوق وحريات الأفراد.[35]

وبناءا على التعاريف التي أعطيناها سلفا، تبرز لنا العلاقة الوثيقة بين القانون الإداري والقضاء الإداري إذ أن القانون الإداري هو الابن الشرعي للقضاء الإداري، من هنا تكمن أهمية معالجة الاجتهاد القضائي في مجال الإداري والدور الأساسي الذي يلعبه القاضي الإداري،[36] خاصة في المغرب وتجربته الفتية في هذا المجال، نظرا لعدم تقنين الكثير من أحكام القانون الإداري.

وبالرجوع للتطور التاريخي فإن الاجتهاد الذي يتغنى به القاضي الإداري كأحد أعمدة مهامه لم يكن مرحبا به في البداية، ونبرهن على ذلك من المصادر التاريخية بحيث نادى بعض مفكري الثورة الفرنسية إلى إلغاء كل دور للاجتهاد القضائي في إنتاج القاعدة الإدارية،[37] وبضرورة قصر عمل

القاضي على تطبيق مقتضيات التشريع بصورة آلية، وهكذا جاء كتاب " روح القوانين " لمونتيسكيو قوله :

[34] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: المرجع السابق، ص: 3.

[35] ذ. عبد الفتاح الخال و ذ. محمد باسك منار: التنظيم الإداري، سلسلة العلوم الإدارية و القانون الإداري، بدون عدد الطبعة 2016، ص: 10.

[36] عوامرية أسماء: "دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه، الدولة و المؤسسات العمومية، السنة الجامعية 2014/2015، ص: 8.

[37] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 4.

" إن قضاة الوطن ليسو سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع، فهم أشخاص لا يمكنهم التخفيف من قوة أو صرامة القانون " وقد ذهب "روبسيير" أبعد من ذلك بتصريحه في البرلمان سنة 1790 : " إن كلمة اجتهاد يجب أن تمحى في لغتنا، ففي دولة لها دستورها وتشريعها فإن اجتهاد المحاكم ما هو إلا قانون ".

ولكن هذا الرأي لم يكتب له النجاح، ومكان ليكتب له أن ينجح فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي الإداري من سلطة الاجتهاد، إلا تعطل عمله وتعذر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان.

وتتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع، باعتبار أن الاجتهاد القضائي في مجال القانون الإداري له دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل أهمية عن دور التشريع نفسه، فهو يضفي على القانون الطابع العملي الحي ويحدد مداه وأبعاده، وبذلك تظهر أهمية وضرورة دور القاضي الإداري في إنشاء القواعد اللازمة لحل المنازعات الإدارية التي تطرح عليه.

و بالتالي انطلاقا من هذه النظرية العامة، فإن هـذا الموضـوع يثير لنا إشكالية رئيسـية مفادها:

مدى أهمية اجتهاد القاضي الإداري في إنتاج قواعد الإدارية ؟ وإلى أي حد ساهم القاضي الإداري باجتهاداته في حل المنازعات الإدارية التي لا توجد فيها قاعدة قانونية تتضمنها؟

لعل أكبر صعوبة عانينا منها في دراستنا لهذا الموضوع، هي قلة المراجع المتخصصة إن لم نقل ندرتها في هذا المجال، إذ أننا لم نجد حتى مؤلف أو رسالة ماستر تطرقت لموضوع بحثنا، حيث اكتفينا بالمراجع العامة، لأن فكرة الاجتهاد في حد ذاتها مهمة صعبة وغير دقيقة وكذا قلة الاجتهادات القضائية.

وتم الاعتماد لإنجاز هذا البحث على المنهج الوصفي من خلال دراسة عناصر موضوع البحث، إضافة إلى ذلك الأخذ بالمنهج التاريخي لكون طبيعة الموضوع تقضي الرجوع إليه .

و لمقاربة هذه الإشكالية سنعتمد على التصميم التالي:

التصميم

المبحث الأول: دوافع اجتهاد القاضي الإداري ووظيفته

المطلب الأول: دوافع حلول السلطة القضائية محل السلطة التشريعية

الفقرة الأولى: وجود فراغ تشريعي أو قانوني

الفقرة الثانية: تشتت عديد من النصوص القانونية لقانون الإداري.

المطلب الثاني: وظيفة القاضي الإداري

الفقرة الأولى: صياغة القاضي الإداري قاعدة قانونية

الفقرة الثانية: القيمة القانونية لاجتهاد القاضي الإداري

المبحث الثاني: الإطار العملي والتطبيقي للاجتهادات القضائية كمصدر للقانون الإداري

المطلب الأول: المبادئ العامة لنظام المرافق العمومية في العمل القضائي

الفقرة الأولى: مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد

الفقرة الثانية: مبدأ المساواة أمام المرفق العام وقابلية المرفق للتعديل والتغيير

المطلب الثاني: نظرية تعليل القرارات الإدارية بين عدم التعليل و التعليل الوجوبي

الفقرة الأولى: مبدأ عدم تعليل القرارات الإدارية

الفقرة الثانية: التعليل على ضوء القانون 03.01

المبحث الأول: دوافع اجتهاد القاضي الإداري ووظيفته

كما هو معلوم فأن القاضي الإداري يجد نفسه أمام منازعات لا يجد فيها حلا قانونيا، نظرا لغياب النص الذي سيستند عليه، و هذا الأخير يرجع الى دوافع تشريعية (المطلب الأول)، تتمثل في عدم قيام المشرع بممارسة وظيفته التشريعية هذا من جهة. و من جهة أخرى فإن القاصي الإداري مطالب بل إن صح القول فهو ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه، فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء قاعدة قانونية التي تحكم النزاعات المعروضة عليه، و بالتالي يتحتم عليه أن يحل محل السلطة التشريعية "المشرع" و ذلك بطبيعة الحال من خلال قيامه بالاجتهاد القضائي بحكم وظيفته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دوافع حلول السلطة القضائية محل السلطة التشريعية

إن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري، وحتى ظروف نشأته من الناحية التاريخية، وعدم تقنين كل قواعده القانونية، و زيادة تعدد مجالات نشاطاته، إذ أدى كل ذلك إلى أن أصبح القضاء الإداري يلعب دورا مميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه، حيث يصبح القاضي الإداري بصريح اللفظ "مشرعا " يحل قضاؤه محل القانون، ومن هنا أصبح يطلق – وبحق - على القانون الإداري أنه قانون قضائي أساسا،[38] وبالتالي فهناك عدة أسباب أو دوافع لاجتهاد القاضي الإداري ولعل أهمها تتمثل فيما يلي:

الفقرة الأولى: وجود فراغ تشريعي أو قانوني

إن كان القانون الإداري مستقلا بذاته ومكتملا، فكما يبدو أن معظم القواعد والمبادئ الأساسية فيه ليست من صنع المشرع، بل من ابتكار مجلس الدولة، لسبب بسيط هو انعدام النصوص التشريعية التي يمكن للقاضي تطبيقها على القضايا الإدارية، كما أن بعض النصوص التشريعية التي يمكن أن يعتمد عليها القاضي الإداري أثناء محاولته لإيجاد حل للنزاع المعروض عليه لأن هذه النصوص لا تضع سوى مبادئ عامة يصعب على القاضي الاكتفاء بها وحدها لتطبيقها.[39]

---

[38] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 5- 4.

[39] يونس أبلاغ: "إسهامات القضاء في تطوير القانون الإداري،" رسالة لنيل شهادة ماستر، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2012/2013، ص: 24.

و أكثر من ذلك أن القانون الإداري هو قسم كبير غير تشريعي، فالمشرع وحتى إذا صاغ قانونا فإنه في بعض الحالات يضع سوى مبادئ عامة إلى درجة أن محتواها يحدده القاضي الإداري في الحقيقة.[40]

وفي حالات أخرى لا يضع سوى فرضيات خاصة تاركا كتلة كبيرة من الحالات المتنازع فيها خارج حقل تطبيق النصوص القانونية، وعلى سبيل المثال فإن المشرع إذ نظم مسؤوليته الإدارية للدولة منذ القرن 19م، فإن الأضرار التي سببتها المناورات والتمارين العسكرية، والأضرار الناجمة عن الفتن والشغب الطلابي، فقد أهمل تنظيم المشكلة العامة لمسؤولية الأشخاص العامين.[41]

وأيضا كثير هي النصوص القانون الإداري ابتكرها القضاء الإداري وأساسا مجلس الدولة الفرنسي كما اشرنا سلفا، كعقود الإدارية، مسؤولية الإدارية، قانون الوظيفة العمومية،[42] نزع الملكية من أجل المنفعة العامة،[43] تنفيذ القرارات الإدارية[44]...

فإن التشريع مع ذلك في مجال القانون الإداري يبقى يعاني من فراغ، ويظل قاصرا عن تغطية كل المجالات الإدارية، ذلك أن دور المشرع محدودا نظرا لكونه لا يهتم إلا بمعالجة بعض الحالات دون التصدي لكل ما قد يحدث من نزاعات تكون الإدارة طرفا فيها،[45] وفي هذه الحالة أذا وجد نزاع معروض على القاضي الإداري يكون ملزما بالفصل فيه، إذ لم يفصل فيه يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة.[46]

أما إذا فصل فيه واجتهد و وجد وأنشئ قاعدة قانونية ألا يكون قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات؟ وبالتالي إذن حل محل السلطات التشريعية ؟

[40] جورج ڤوديل: القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى النشر و التوزيع، بيروت 2001، ص: 62.

[41] جورج ڤوديل: مرجع سابق، ص: 62.

[42] ظهيرا شريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) يحتوي على القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية. عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 - 11 أبريل 1958).

[43] ظهير الشريف رقم 1.18.254 صادر في 11 من رجب 1402 (6 مايو 1982) بتنفيذ قانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة و بالاحتلال المؤقت، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983)، ص: 980.

[44] مليكة الصاروخ: القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة السابعة 2011، ص: 39.

[45] ذ. عبد الفتاح الخال و ذ. محمد باسك منار: مرجع سابق، ص: 36.

[46] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 36.

وبالرجوع إلى دستور 2011، فإنه لم يمنح للقضاء سلطة التشريع أو وضع قواعد قانونية، بل وضعها من اختصاص القانون أي " السلطة التشريعية " بموجب المادة (71)[47] من دستور 2011، ومن اختصاص السلطة التنظيمية باعتبارها هي صاحبة الجهة المختصة بالمجال التنظيمي بموجب الفصل (72)[48] من دستور 2011.

فإذا كان عمل القاضي الإداري من الناحية النظرية يتعارض مع المادتين السالفتين الذكر(71-72) من الدستور، ومبدأ فصل السلطات بحيث أنه لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في شؤون السلطتين التشريعية والتنفيذية، غير أن هذا الأخير لا يسلم من الناحية الواقعية والعملية، حيث ظهر قصور هذا الموقف، لأنه كثيرا ما يضطر القاضي الإداري حتى لا ينعت بهروبه عن العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حد يطبق على النزاع ثم تتواتر هذه الأحكام ، وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة فتوجد بذلك القاعدة القانونية.[49]

وأيضا ما يمكن قوله بخصوص هذا الإشكال المطروح، هو أن القانون الإداري بمعناه الفني والدقيق أنه لم يظهر، إلا بعد أن أوجد المشرع جهة قضائية مختصة بالنظر في المنازعات الإدارية، ة هذه الجهة التي قامت باجتهادات مختلفة في الميدان الإداري والتي كانت سببا رئيسا في وضع أسس وقواعده المتبصرة.[50]

الفقرة الثانية : تشتت عديد من النصوص القانونية لقانون الإداري

إضافة الى عامل الفراغ التشريعي الذي يواجهه القاضي الإداري عند أداء مهنته وهي الفصل في النزاع، فإن حتى تلك النصوص التشريعية الموجودة في مجال القانون الإداري فهي نصوص قانونية مشتتة غير مجمعة في مدونة موحدة، وهذا هو الدافع الآخر الذي يدفع القاضي الإداري إلى الاجتهاد في ضل غياب تقنين موحد .

حيث أن هناك كثير من نصوص القانون الإداري قد تضمنتها تشريعات مستقلة، مثال ذلك: النظام الأساسي للوظيفة العمومية، والنظام الأساسي لرجال القضاء، والنظام الأساسي للمتصرفين بوزارة

---

[47] المادة 71 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المراجع، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

[48] المادة 72 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المراجع، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

[49] عز الدين الماحي: مرجع سابق، ص: 78.

[50] مليكة الصاروخ: مرجع سابق، ص: 37.

الداخلية...، وقد ترد هذه قواعد التشريعية في شكل قواعد تنظيمية..[51] ، وأيضا منها ما ورد في الدستور، و أيضا منها ما ورد في قانون الالتزامات والعقود....

فالتقنين له ميزة أساسية و التي تتمثل في تسهيل الرجوع إلى القواعد المقننة من جانب المشتغلين بتطبيق القانون وتنفيذه،[52] ونقصد هنا بطبيعة الحال القاضي الإداري حيث يسهل عمله بشكل كبير، ويجعله يقوم بمهنته على أكمل وجه، كما هو الحال في مدونة القانون المدني أو مدونة القانون الجنائي، وما يخفى ما لتدوين القواعد العامة للقانون ما من أهلية من أهلية من حيث إضافة الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة القاضي الإداري الرجوع إلى أحكامه[53].

فتناثر نصوص القانون الإداري هو عيب يلاحقه ، وحيث يؤدي الى تضارب بين نصوصه في بعض الأحيان تحاول من خلاله السلطة الإدارية الاستفادة منه[54]، و عليه في حالة وجود نزاع فالقاضي الإداري تزيد مشقته أكثر في البحث على النص القانوني الذي يحكم هذا النزاع الأخير، حيث يبذل جهدا مضاعفا للتنقيب عن النصوص التي تحكم الموضوع الواحد.

و ما ينبغي الإشارة إليه أن عمل التقنين هو موضوع يتم القيام به حاليا في المادة الإدارية كما هو في المواد الأخرى.[55]

ولكن ما يمكن التساؤل عنه في هذا المجال هو ما إذا كان من الممكن تجميع هذه التشريعات المتناثرة التي أشرنا لها سابقا، و استكمال معظم قوتها وجعلها في تشريع واحد يسمى تشريع إداري[56]. وبالإضافة فإن كل هذه القوانين الصادرة عن المشرع بشأن الإدارة سواء تعلق الأمر بالتنظيم أو النشاط الإداري، وهذا مما لا يدع شك صدور مثل هذه القواعد أو النصوص في تقنين القانون الخاص كالقانون المدني[57].

و هـذا ما يطرح تساؤلا ليس بالسهل هو تجاهل المشرع التفـرقة بين القانون العـام والخـاص؟

---

[51] مليكة الصاروخ: المرجع السابق، ص: 38.

[52] كريم لحرش: القانون الإداري المغربي، الطبعة الثانية، مطبعة طوب بريس، الرباط 2012، ص: 24.

[53] ذ. عبد الفتاح الخال و ذ. محمد باسك منار: مرجع سابق، ص: 37.

[54] كريم لحرش: القانون الإداري المغربي ، المرجع السابق، ص: 25.

[55] جورج ڤوديل: مرجع سابق ص: 61.

[56] مليكة الصاروخ: المرجع السابق، ص: 38.

[57] محمد عبد الله محمد عادار با عمر: "مفاهيم و أهداف القضاء الإداري و مجالات تطبيقاته (دراسة تحليلية و مقارنة)، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، الرباط باگدال، السنة الجامعية 2001/2002، ص: 21.

وهـذا الأمر بطبيعة الحال ليس بالشك يؤثر على عمل القاضي الإداري في التحكم في النزاع، حيث يجب على القاضـي الإداري أن يكن ملما بفروع قواعد القانـون العام و أيضا فـروع القانون الخاص. و بإضـافة إلى ما تفـرضه، عـدم المساواة بين الأطــراف الدعوى الإدارية في هذا السياق[58].

المطلب الثاني : وظيفة القاضي الإداري

حقيقة أن التحليل الصحيح لدور القاضي الإداري وهو يفصل في منازعات المعروضة عليه ، واجتهد في البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها ، ليصدر عليها حكمه النهائي ، يتبين لنا أن وظائف القاضي الإداري متعددة والتي هي بطبيعة الحال تمليها عليه طبيعة عمله كقاضي[59]، والتي تظهر لنا من خلال وجود نزاع أمام القاضي الإداري، بل قاعدة تحكمه فهنا القاضي الإداري يمارس وظيفة أخرى غير فصل في نزاع وهي وظيفة الاجتهاد عن طريق إنشاء قاعدة قانونية (الفقرة الأولى).

وبالتالي فعندما يصيغ القاضي الإداري قاعدة قانونية فإنه يحل محل المشرع كما أشرنا في المطلب السابق، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول قيمة هذا الاجتهاد أو قيمة هذه القاعدة القانونية أنشأت (الفقرة الثانية) وهذا ما سنتعرف عليه من خلال الفقرتين الآتيتين .

الفقرة الأولى: ضرورة صياغة القاضي الإداري قاعدة قانونية

لا شك في أن الدور الاجتهادي للقاضي في جل فروع القانون هام جدا ، لكن خاصة في المجال الإداري له صبغة خاصة ، ذلك أن أهم قواعد القانون الإداري وضعها القاضي الإداري أما لأنه رأى حينها الى حد ما هذه القواعد بنص ما أو لأنه أكدها بمبادرة منه[60].

ولما عرف القانون الإداري بأنه قانون غير مقنن وغير مدون كما أشرنا سلفا ، وهو ما يفيد عدم وجود النصوص القانونية التي يعتمد عليها القاضي الإداري للقيام بعمله على أحسن وجه ، فهنا تظهر أهمية وظيفة القاضي الإداري من خلال ما يقوم به من أنشاء لقواعد قانونية، بل إن القاضي الإداري أصبح يؤسس لقواعد من خلال الأحكام التي تصدر عن المحاكم الإدارية ، تلك القواعد لأن لم تكرس في نصوص قانونية، يمكن أن تكون منها للمشـرع في بعض الأحيان[61]، باعتبار أن الاجتهاد القضائي فهو أساس المسلك الذي ينهجه

---

[58] ميشيل روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، ترجمة (محمد هيري، الجيلالي امزيد)، الرباط 1992، ص: 16.

[59] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 11.

[60] جورج ڤوديل: مرجع سابق، ص: 62.

[61] يونس أبلاغ: مرجع سابق: ص: 26.

القاضي في حكمه بما يتعلق باستنباط الحكم الواجب تطبيبه عند عدم وجود نص قانوني[62]، وهنا يكـون القاضي الإداري " مشرعا " أن صح القول لقاعدة قانونية جديدة ، وكل قاعدة يقررها تعتبر - وبحق - جزء لا يتجزأ من كتلة النظام القانوني .

إذ يرجع الفصل أولا وأخيرا للقاضي الإداري في البحث عن هذه القاعدة القانونية في المحيط القانوني وإيجاد الصيغة المناسبة لها ، ثم تجربتها وبإعلانها وإدخالها حيز العلم القانوني ، وفي النهاية إدماجها في القانون الوضعي القائم وأكثر من ذلك فرض جزاء قضائي على كل من يخالفها من أشخاص أو أفعال الإدارة قصد إصداراتها على ما تقتضيه القاعدة القضائية، باختصار تصبح القاعدة التي ابتدعها أو صاغها ، - فالأمر يستوي - القاضي مصدر إلزام للإدارة كقاعدة تشريعية حال وجودها ، إذ تتولى القاعدة القضائية ملء الفراغ التشريعي،[63]

وهكذا قام القاضي الإداري رغم أنه ليس مشرعا بخلق القواعد القانونية التي يطبقها على المنازعات المرفوعة إليه في دور يشبه دور البريتور في القانون الروماني[64] ، وهذه هي الخاصية التي يتميز بها القانون الإداري ، والتي تجعل منه قانونا من إنتاج الاجتهاد القضائي ، مكنت القاضي الإداري أن يلعب دورا أساسيا في خلق قواعد قانونية ، الشيء الذي دفع الاجتهاد الفقهي إلى التأكيد على السلطة التقنينية التي يتوفر عليها القاضي الإداري في هذا المجال[65].

وهذا ما يجعلنا نتسائل حول كيف تتم عملية خلق القاعدة القانونية من طرف القاضي ؟

من الخطأ الاعتقاد بأن عملية خلق القاعدة القانونية من طرف القاضي الإداري تعتبر عملية تحكيمية ، فالقاضي الإداري يكتشف القانون أكثر مما يصنعه ، حيث أن القاضي الإداري في عمله الإبداعي لاكتشاف أو بناء قاعدة قانونية قبل كل شيء يسترشد من الناحية الواقعية ذلك أنه إذا كان المشرع لم يفصل في مشكل معروض أمام الفضاء فإنه يكون بصورة مطابقة أعطى حلا في حالات مماثلة نوعا ما وهذا يبقى مجرد رأي فقهي[66].

---

[62] ذ. عز الدين الماحي: مرجع سابق، ص: 82.

[63] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 94.

[64] مليكة الصاروخ: مرجع سابق، ص: 37.

[65] ذ. محمد كرامي: القانون الإداري، (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2015، ص: 15.

[66] ذ. محمد المنتصر الداودي، الإشكاليات القانونية و الواقعية في اختصاص القضاء الإداري، مطبعة دار القلم للطباعة ونشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2005، ص: 200.

الفقرة الثانية: القيمة القانونية لإجتهاد القاضي الإداري

إن المنازعة الإدارية تقتضي البحث في مجالها والقواعد المطبقة عليها. وعلى ضوء الاجتهاد القضائي يتم العمل على إصلاح النصوص القانونية، فالنتائج إذن المستخلصة على ضوء الاجتهاد القضائي يجب أن تدرج تعديلات النصوص القانونية. وإدراج الاجتهاد القضائي للقاضي الإداري أثناء تعديل ذلك النص القانوني، وهو ما يشكل تعاون بين الاجتهاد القضائي والمشرع لخلق نصوص قانونية.[67]

وهنا تظهر لنا أهمية وقيمة اجتهاد أو جهد، الذي يبدله القاضي الإداري فكما اتضح لنا فإن القاضي الإداري عند اجتهاده. فإنه يتجاوز مهمته العادية أو دوره التقليدي ويتحول إلى مصدر إنشائي للقواعد قانونية[68]، وبذلك فإن اجتهاده يعتبر حكما قضائياً يتجاوز حدود الحجية المقررة للأحكام القضائية ليتحول إلى قاعدة قانونية واجبة التطبيق ،

وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل هل تتمتع القاعدة القضائية التي صنعها القاضي الإداري بنفسه خصائص القاعدة القانونية ؟ وما هي مرتبة هذه القاعدة القضائية المنشئة ضمن التدرج القانوني للقواعد القانونية ؟

فبخصوص التساؤل الأول، فمن المسلم به أن القاعدة القانونية تتوجه إلى كافة أفراد المجتمع ولا تخص البعض دون البعض الآخر ، حيث تتوجه إلى عموم الأفراد داخل المجتمع وتتمتع بخاصية العموم

والاجتماعية والإلزامية[69]، هذا المفهوم بالنسبة للقاعدة القانونية التي هي موضوعة من طرف سلطة تشريعية. أما بخصوص القاعدة القضائية التي ينشئها القاضي الإداري وهذا الأمر ليس بالسهل فهناك رأيين لفقهاء القانون.

الأول يرى أنها لا تتمتع بخصائص القاعدة القانونية ما دام القاضي الإداري بإمكانه أن يخالفها وبالتالي فهي لا ترقى إلا مستوى القاعدة القانونية.

أما الثاني فيرى أنها تتمتع بكل خصائص القاعدة القانونية فهي اجتماعية أي نابعة من ظروف مجتمعية وعامة أيضا لأنها سوف تطبق على أشخاص غير معروفين مستقبلا بذواتهم، وكذلك ملزمة لمن صدرت في

---

[67] يونس أبلاغ: مرجع سابق، ص: 31.

[68] عادل العسلة: "مناهج عمل القاضي الإداري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، ظهر المهراز، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 26.

[69] ذ. عبد الواحد شعير، القانون الوضعي بدون دار النشر، الطبعة الأولى 2013، ص: 36.

مواجهته سواء إدارة أو أشخاص بحيث في حالة إذا خالفوها ، فسيطبق عليهم القاضي الإداري نفس الجزاءات التي يطبقها على مخالفة قواعد مكتوبة[70].

إن القاعدة القضائية في المجال الإداري لها خاصيتين:

- خاصية المرونة: إن القاضي الإداري لا يحدد الصيغ الجامدة التي تقيده في المستقبل وهذا الأمر بديهي ما دام أن القانون الإداري غير مقنن؛
- صيغة الفهم : أن القاعدة القضائية هي ثمرة اجتهاد القاضي الإداري فقد صاغها لتعبر عنه كمشرع في القانون الإداري مما جعلها مفعمة بمصطلحات إدارية صعبة الفهم موجهة لأهل الاختصاص عن غيرهم لتكتسب خاصية تضاف إليها ألا وهي صعوبة الفهم فهي تعكس كفاءات القاضي الإداري في إثراء القانون الإداري[71] .

أما بالنسبة لمرتبة القاعدة القضائية في الهرم القانوني فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن تلك القاعدة القضائية التي صاغها القاضي الإداري تحتل مكانة وسطى بين التشريع[72] وبين التنظيم[73] فهو أدق من التشريع مادام أن القاضي الإداري ليس بإمكانه رقابة دستورية القوانين فهو إذن لا يستطيع أن يلغي القوانين ، وعليه فإن عمله لا يمكن أن يساوي أو يسمو على القانون ، وهو أعلى من التنظيم مادام أن القاضي الإداري بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية ، حتى لو كانت صادرتا عن أصحاب المجال التنظيمي وعليه فإن عمله هنا يسمو على التنظيمات.

ومن هنا فإن القاعدة القانونية القضائية تحتل مكانة أدنى من التشريعات مادام أن القاضي ليس بإمكانه تعديلها أو إلغاؤها ، وأسمى من التنظيمات مادام أن القاضي الإداري بإمكانه تعديلها أو إلغاؤها[74].

---

[70] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 116.

[71] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: مرجع سابق، ص: 118-119.

[72] التشريع: يفيد التشريع العادي أو القانون بمعناه الضيق، مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدر عن السلطة التشريعية (البرلمان) التي يعينها الدستور ويبين الميادين التي تشرع فيها، وبالنظر إلى دساتير الدول في العالم نجد أن جلها ينص على أن السلطة التشريعية "البرلمان"، هي السلطة المختصة بسن القوانين العادية، كما نص على ذلك الفصل 70 من الدستور المغربي لسنة 2011 ، " البرلمان يمارس السلطة التشريعية..."

[73] التنظيم: تقوم السلطة التنظيمية بممارسة اختصاصاتها عن طريق اتخاذها لقرارات تسمى في الفقه الإداري بالمراسيم التنظيمية. وتصدر هاته الأخيرة عن السلطة التنظيمية التي يرأسها في المغرب الوزير الأول منذ دستور 1972، إلى غاية دستور 2011 الذي تم بموجبه إحداث منصب رئيس الحكومة .مع العلم أن هاته السلطة كانت تمارس في دستور 1970 من قبل الملك.

[74] ابتسام فاطمة الزهراء شقاق: المرجع السابق، ص: 120.

غير أن هذا الرأي لا يمكن ترجيحه ، ذلك أن القاضي الإداري بإمكانه إلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة بموجب المادة 8[75] من قانون 41.90 ، لذلك لا يمكن اعتبار حقه في إلغاء القرارات الإدارية الغير مشروعة سبب في اعتبار عمله يسمو على تلك القرارات.

ومن جهة أخرى فإن ذلك الاجتهاد القضائي للقاضي الإداري الذي ينشأ قاعدة قانونية، يكون في حالة انعدام نص مكتوب بحيث لا يمكن له أن ينشأ قاعدة قانونية في حالة وجود قاعدة قانونية مكتوبة التي يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه ومدام أن الأمر كذلك فإنه يمكن مقاربة تلك القاعدة القانونية المنشأة (قاعدة قضائية) من حيث المرتبة في الهرم القانوني ، مع النصوص القانونية المكتوبة مادام إن هذه النصوص غير موجودة أصلا فمكانته إذن متميزة.

المبحث الثاني: الإطار العملي والتطبيقي للاجتهادات القضائية كمصدر للقانون الإداري

فمن خلال هذا المبحث سنبرز الدور العملي الذي يقوم به القاضي الإداري في مجال المنازعات الإدارية، غير انه يصعب علينا التطرق الى كل أنواع المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، و هذا راجع لاتساع مجال نشاط الإداري، و بالتالي سنقتصر الحديث على مجال معين من خلال دراسة مبادئ مرافق العمومية في العمل القضائي (المطلب الأول)، ثم نظرية تعليل القرارات الإدارية بين عدم التعليل والتعليل وجوبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ العامة لنظام المرافق العمومية في العمل القضائي

المرافق العامة هي وسيلة السلطة العامة في ذاتها الفعالة في نشاطها لتحقيق المصلحة العامة عن طريق سد الحاجيات العامة للمواطنين دون أن تنبغي السلطة العامة من وراء ذلك نفعا أو ربحا ماديا ، بمعنى تعتبر المصلحة العامة أهم العناصر التي تحكم نظام المرافق العمومية[76]. مما دفع المشرع والقاضي إلى العمل على حمايتها ، وذلك بوضع من القواعد التي يقوم عليها النظام القانوني للمرافق العامة[77] ، هذه المبادئ كانت نتاج إرادة القاضي الإداري وفق مجموعة من الاجتهادات التي كرست هذه المبادئ .

---

[75] المادة 8: ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر1993)، ص: 2168.

[76] ذ. محمد كرامي: مرجع سابق، ص: 299.

[77] محمد الأعرج: المبادئ العامة لنظام المرافق العامة في العمل القضائي للمحاكم الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 47، الطبعة الأولى 2004، ص: 204.

هذه المبادئ كرسها دستور 2011 من خلال الفصل (154)[78] في فقرته الأولى" يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنات والمواطنين في الولوج إليها ، والإنصاف في تغطية التراب الوطني ، والاستمرارية في أداء الخدمات . وبالتالي فدستور 2011 أولى أهمية خاصة لمبادئ الحكامة الجيدة في تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنات والمواطنين في الولوج إليها والإنصاف في تغطية التراب الوطني والاستمرارية في أداء الخدمات[79].

هذه المبادئ عمل القاضي الإداري بالمحاكم الإدارية على إيضاحها وإبرازها وتفسيرها في النوازل والخصومات المعروضة عليه حيث حرص على ضمان فعالية نشاط المرافق العامة وحماية حقوق المعاملين معها وهذا ما سنتعرف عليه من خلال فقرتين أساسيتين.

الفقرة الأولى : مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإضطراد

إن مبدأ الاستمرارية من المبادئ العامة التي تم الأخذ بها على مستوى القرارات والأحكام القضائية للمحاكم الإدارية[80] ، وسيمة هذا المبدأ أنه لا يحتاج إلى نص تشريعي لأن طبيعة المرفق العام تستلزم ضمان سيره بانتظام لخدمة المنفعة العامة. ومبدأ استمرارية المرفق العام يطرح إشكالات أهمها. الإضراب ، الاستقالة ، ثم الحجز على أموال المرفق العام، وهي إشكالات حاول قاضي المحاكم الإدارية معالجتها من خلال التوفيق بين مبدأ الاستمرارية وحقوق المتعاملين مع هذا المرفق.

أ – استمرارية المرفق العام وحق الإضراب

يحيل مصطلح الإضراب على امتناع الموظفين عن تأدية أعمالهم لفترة معينة وبصفة مؤقتة ، دون أن تتجه نيتهم إلى التخلي عن وظائفهم بشكل نهائي ، لذلك يعتبر من أخطر الإجراءات التي تتعارض مع مبدأ دوام سير المرافق العمومية بانتظام وباضطراد إذ يشل حركيتها ويعرقل سيرها[81].

وتبعا لذلك نشير إلى حكم بالمحكمة الإدارية بمكناس المدعو محمد شيبان ضد وزير التربية الوطنية بتاريخ 12 - 07 - 2001 جاء بما يلي:

---

[78] الفصل 154 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المراجع، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

[79] ذ. كريم لحرش: الدستور الجديد للملكة المغربية، مرجع سابق، ص: 206.

[80] محمد الأعرج: المرجع السابق، ص: 222.

[81] ذ. كريم لحرش: القانون الإداري المغربي، مرجع سابق، ص: 301.

- الإضراب حق دستوري أكدته جميع الدساتير؛
- عدم صدور تشريع تنظيمي يحدد كيفية ممارسة حق الإضراب لا يعني إطلاق هذا الحق بلا قيود ، فلا بد من ممارسته في إطار ضوابط تمنع استعماله وتضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية على نحو لا يمس سيرها للنظم بشكل مؤثر؛
- عدم ثبوت كون الإضراب الذي خاضه الطاعن فيه خروج عن الضوابط المذكورة، لا يمكن اعتباره تقصيرا في الواجب المهني.[82]

لقد كرس القاضي الإداري بمكناس في قضية شيبان، أن الإضراب في المرافق العامة لم يعد محرما بصفة عامة، ويجوز تجريمه في بعض المرافق بالقدر اللازم لضمان استمراريتها قصد تلبية احتياجات المصلحة العامة ، كما يجوز تقييد ممارسة الإضراب ببعض القيود والإجراءات القانونية [83].

ب - استمرارية المرفق العام واستقالة الموظف

يقصد بالاستقالة ترك الموظف لوظيفة بحرية بصفة نهائية ، فهي عبارة عن عمل إداري من جانب الموظف يفصح فيه عن رغبته في ترك خدمته نهائيا قبل بلوغ السن القانوني المقرر لترك الوظيفة[84]، ويجب على الإدارة أن تصدر قراراتها داخل أجل شهر ابتداء من تاريخ تسلمها الطلب ، وفي حالة الرفض يجوز للموظف المعني بالأمر أن يحيل طلبه إلى اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء التي تبدي رأيها في ذلك ، وإذ أصرت الإدارة على موقفها الرافض بطلب الاستقالة فإن الأمر يرفع الى قاضي الإلغاء.

وتعتبر الاستقالة إحدى الصور التي تهدد مبدأ الاستمرارية للمرفق العام بانتظام وإضطراد ، فدور القاضي الإداري هنا هو مراقبة مدى احترام الإدارة لحق الموظف ، والحفاظ على استمرارية المرفق العام، حيث ذهبت في هذا الاتجاه المحكمة الإدارية بأگادير بتاريخ 17-04-1996 ، في قضية بوريقة عابد ضد رئيس الجماعة القروية. حيث أكد الحكم على مايلي:

- إن طلب الاستقالة ينبغي أن يكون مكتوبا بشكل صريح؛

---

[82] انظر حطم عدد 63، بتاريخ 2001/07/12 محمد شيبان ضد وزير التربية الوطنية ، منشور بالمجلة المغربية للإدارة و التنمية، عدد 47، ص 224.

[83] محمد الأعرج: مرجع سابق، ص: 225.

[84] ذ. كريم لحرش: القانون الإداري المغربي، مرجع سابق، ص: 302.

- إن قبول طلب الاستقالة لا يكون إلا من قبل السلطة التي لها الحق في ذلك ومن تاريخ رفع الطلب؛
- إن الاستقالة لا يعتد بها إذا لم يتم قبولها من قبل السلطة في ذلك ومن تاريخ تسلمها الطلب.
- ضرورة استمرار الموظف أو المستخدم الذي قدم طلب الاستقالة في مزاولة وظيفته إلى حين قبول طلبه؛
- عدم الاعتداد بالاستقالة المحررة تحت التهديد[85]؛
- ولا ينبغي اعتبار طلب الاستقالة مقدما من قبل الموظف في حالة مرض نفسي أو تحت إكراه مادي.[86]

ج- استمرارية المرفق العام و عدم الحجز على أمواله

إن تطبيق مبدأ الدوام و استمرارية المرفق العمومي يقضي عدم الحجز على أمواله ، باعتبارها تعتمد عليها المرافق العمومية في تلبية الحاجيات ذات المنفعة العامة ، ولأنها تخضع لنظام قانوني يحميها من تفويت ، فتحريم الحجز على أموال المرافق العمومية يختلف من حيث طريقة أو أسلوب المرفق العمومي[87]، ومن بين أحكام المحاكم التي كرست ذلك نذكر ، حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 174 بتاريخ 17-09-1997 بين الإسماعيلي ضد المكتب الوطني للأبحاث و الاستثمارات النفطية «إذ كان يجوز الحجز على أموال المؤسسات العمومية فلكونها مليئة الذمة وليس لكونها أموالا عمومية ، مادام لا يوجد أي نص قانوني يمنع حجزها[88]» .

و يمكن أن نضيف في هذا المجال ما تضمنته المادة 8[89] من قانون المالية رقم 73.16 لسنة 2017 من مقتضيات التي تمنع من تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الدولة أو الجماعات الترابية عن طريق الحجز وهذا ما أثارت جدلا كبير في الساحة القانونية.

---

[85] حكم المحكمة الإدارية باكادير عدد 44 ، بتاريخ 07/06/1996، بوريقة عابد ضد رئيس جماعة قروية، غير منشور.

[86] حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 210 بتاريخ 2008/02/25، رفيق الحافظي ضد وزير التربية الوطنية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية،عدد22، ص 27.

[87] ذ. كريم لحرش: القانون الإداري المغربي، مرجع سابق، ص: 302.

[88] حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد174 بتاريخ 2011/08/14، الإسماعيلي ضد المكتب الوطني للأبحاث و الاستثمارات النفطية، غير منشور.

[89] المادة 8 من قانون المالية لسنة 2017

ت – استمرارية المرفق العام ونظرية الظروف الطارئة

ظهرت نظرية الظروف الطارئة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي لما كان معروفا بقضية غاز بوردو الذي أقرها خروجا عن المبدأ في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ضمانا لاستمرار سير المرافق العمومية وللحيلولة دون توقف المتعاقد ، مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته ، وتعطيل المرافق العمومية، وتحيل هذه النظرية في معناها العام على حوادث أو ظروف

استثنائية لم تكن متوقعة حين إبرامهن للعقد وخارجة عن إرادة طرفي العقد مما يخل بالتوازن المالي للعقد الإداري نتيجة الأعباء المالية الغير متوقعة التي بات يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، الذي جعل تنفيذه لالتزاماته التعاقدية أمرا مرهقا ومتعذرا[90].

وفي هذا الإطار قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء:

« حيث أن الطلب يرمي إلى الحكم للمدعي بالتعويضات عن الأضرار التي لحقته نتيجة عدم استغلاله لمرافق السوق من جراء مقاطعة التجار والحرفيين بالسوق كردة فعل عن الزيادة الغير متوقعة في أسعار ورسوم الدخول إلى السوق من طرف السلطة المحلية دون سابق إخطار ، وهو ما انعكس سلبا على مداخله ...

وحيث أن مما لا جدال فيه أن التصرف الذي أقدم عليه للمجلس البلدي يمكن تصنيفه في إطار عمل الأمير التي هي أفعال تأتيها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد، ويترتب عليها جعل تنفيذ التزامات المتعاقد مرهقة... وبهذا تشارك نظرية فعل الأمير نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية الغير المتوقعة...، و حيث أنه ما لا جدال فيه أن المدعي قد لحقه ضرر يرفع أسعار الرسوم ومن ثم فأنه من واجبات الجهة المتعاقد معها تعويضه تعويضا كاملا [91]» .

الفقرة الثانية : مبدأ المساواة أمام المرفق العام وقابلية المرفق للتعديل والتغيير

إضافة إلى مبدأ استمرارية المرافق العامة هناك مبدأين آخرين ألا وهما مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ومبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير فهذين المبدأين يضمنان تحقيق الغرض المرجو منهما وذلك على

[90] ذ. محمد كرامي: مرجع سابق، ص: 302 .

[91] : انظر حكم عدد 426، بتاريخ 2003/04/28، الجيلالي شكير ضد بلدية خريبكة، منشور بالدليل العملي، المرجع السابق، ص: 434.

أتم وجه ، ولقد عمل الفقه على إبراز هـذه المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري في أحكامه وأكدها المشرع من جهته سـاعيا من وراء ذلك إلى تحقيق العدالة الاجتماعية[92].

أ – مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

إن مبدأ المساواة هو من المبادئ الأساسية التي تم التنصيص عليها في الدستور مت ذلك مثال الفصل 6 من دستور 2011 الذي يرى على أن جميع المغاربة سواء أمام القانون. ومن ثم فإنه يعتبر أحد العناصر الأساسية التي تقوم عليها المرافق العامة.[93]

فالمساواة في الاستفادة من خدمات المرفق العام تعد أول مظهر لهذا المبدأ بمعنى أن الشروط القانونية المطلوبة للاستفادة من خدمات المرفق تخلو من المرافق العامة الإدارية أو المرافق العامة الصناعية والتجارية المنتفع أو المستفيد من المرافق الأولى يعتبر في وضعية قانونية تنظيمية ، وفي المقابل فإن المستفيد من المرافق العامة الصناعية و التجارية يخضع للشروط المرتبطة بتلك المرافق كونها تعمل في دائرة احترام قواعد الأعراف التجارية التي تقضي التميز بين أصناف المنتفعين كاختلاف أسعار الكهرباء للاستعمال المنزلي عن أسعار استخدامها للمعامل[94].

أما المظهر الثاني للمساواة في الحقوق هو مساواة جميع المواطنين في ولوج وظائف المرفق العام بدون أية تفرقة لا تسند إلى مبرر قانوني ، ولا يمكن العمل بأي ميز على أساس الآراء المختلفة ولا على أساس الجنس[95]. ومن بين أحكام المحاكم الإدارية في هذا المجال نذكر، حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 25-01-2000 قضية زبيدة بن يحي ضد الدولة المغربية الذي جاء فيه ، مادام أن شرطان المنصوص عليهما في جواب السيد الأمين العام للحكومة لا ينطبقان على الطاعنة ، فإن عدم مساواة نازلتها مع النوازل المماثلة لها يشكل مسا بمبدأ المساواة.[96]

---

92 ذ. رضوان بوجمعة: قانون المرافق العامة، بدون دار النشر، الطبعة الأولى 2000، ص: 34.

93 الفصل 6 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المراجع، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

94 ذ. احمد بوعشيق: المرافق العامة الكبرى ة، طبع بدار النشر المغربية بالدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2000، ص: 201.

95 ذ. احمد بوعشيق: المرجع السابق، الصفحة 201.

96 حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 69 بتاريخ 2001/01/25، زبيدة بنيحي ضد الدولة المغربية، حكم غير منشور.

كما قضت المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ (16-09-1996) في قضية بن جليلة مرابط ضد وزير التربية الوطنية جاء فيه (وحيث أنه على مقتضى ما جاء وما ذكر يكون القرار المطعون فيه قد تعارض مع مبدأ المساواة بالحق في التعليل ، وأخل بالمبادئ الدستورية العليا ... مما جعله مخالفا للقانون).[97]

ب- مبدأ قابلية تعديل وتغيير المرافق العامة

إن مسايرة المرافق العامة للمقتضيات المستجدة ومواكبتها للتطور الاقتصادي من شأنها الإدارة أن تخضع الى تعديل القواعد التي تحكم المرافق القائمة على إدارة نشاطها ، من ثم فأن حق الإدارة في جعل المرافق العامة تساير متطلبات العصر و مستجداته لا يقيده إلا المراعاة للمصلحة العامة[98] ، ومن هذا القبيل فلا يمكن للمنتفعين مم خدمات هذه المرافق أن يعترضوا على ذلك أو يتحصنوا بحق مكتسب.

فالإدارة تملك حق تغيير طبيعة الخدمات وتنظيم المرافق العامة بالطريقة التي تراها مناسبة شريطة احترام بعض الشكليات والإجراءات ليبقى عملها مشـــروعا فيعود لها وحدها هذا الاختصاص في تقييم وضعية المرافق العامة، ومدى ضرورة تكييفها مما قد يحدث من مستـــجدات يقضي بالتغييرات اللازمة[99]، فقد تقتضي الظروف والمستجدات تعديل نظام الدراسة أو نظام الامتحانات في كلية من الكليات مـثلا ، كما جاء في قرار الغرفة الإدارية بتاريخ 23-11-2000 من الوكيل القضائي للمملكة ضد لحسن مشقران حيث جاء فيه :

(أن مرفق التعليم يعتبر من المرافق العمومية لا يمكن أن يظل مرفقا جامدا بل من المفروض أن يخضع للتطور وأن يستجيب لحاجيات المجتمع والمصلحة العامة مـــن حيث برامجه وأهدافه وطريقة تنظيم الولوج إليه ...، وحيث أن الإدارة المشرفة على التعـليم العالي تتوفر على كل المؤهلات والإمكانيات الضـــرورية لإدخال التغييـــرات والتعديلات التي تراها ضرورية لضمان الأداء الجيد لهذا المرفق... وحيث أن مؤدى ذلك أن المقرر المطلوب إلغاءه لم يخرق أي حق مكتسب)[100].

كما قضت المحكمة الإدارية بالرباط (حذف الصندوق الصحي الذي يشرف على تسييره المكتب الوطني بسبب الأزمة المالية التي تعرض لها لا يبرر تحميل المحالين على التقاعد النسبي دون المستخدمين الممارسين

---

[97] حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 295، بتاريخ 1996/06/16،قضية ابن جليلة مرابط ضد وزير التربية الوطنية، حكم غير منشور.

[98] ذ. رضوان بوجمعة: مرجع سابق، ص: 56.

[99] محمد الأعرج: مرجع سابق، ص: 234.

[100] راجع قرار الغرفة الإدارية عدد 1602، بتاريخ 2000/11/23، بين وكيل القضائي للمملكة ضد لحسن مشقران، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد، 46 ص: 209.

ليس إضافية من خلال تحويل انخراطهم إلى التعاضدية العامة ، طالما ليست لهم يد في الوضعية التي أصبح عليها الصندوق من جهة ، ولعدم وجود أي مسوغ للمستخدمين الممارسين من جهة أخرى[101].

وباستقراء أحكام المحاكم الإدارية، يتضح أن للسلطة العامة الحق في تكليف وتطوير المرفق العام وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، في تغيير وتعديل بأحكام العقد وشروطه فإن لهم الحق في المطالبة بالتعويض.

المطلب الثاني: نظرية تعليل القرارات الإدارية بين عدم التعليل والتعليل وجوبي

إن هذه النظرية أو المبدأ أصبح جزءا من أخلاقيات الإدارة حيث أن في فرنسا تبنته قبل المغرب من خلال قانون يوليو 1979 فقد كانت خطوى كبيرة خطاها المشرع فيما يتعلق بالتعليل الوجوبي للقرارات الإدارية وهو ما تكرس لاحقا بقانون 12 أبريل 2000 الذي أكد فيه المشرع الفرنسي على إلزام الإدارة بتعليل قراراتها باعتبار أن التعليل كان قبل ذلك مرتبطا بوجود نص قانوني صريح ،حيث سادت قاعدة عامة مفادها (لا تعليل إلا بنص).

وبرجوعنا إلى المشرع المغربي نجده قد أخذ نفس المبدأ العام مع إضفاء بعض الاستثناءات في مجالات معينة (الفقرة الأولى)، وذلك قبل صدور القانون 01 . 03 الذي عمل فيه المشرع على توسيع مجال تعليل القرارات الإدارية وإلزام الإدارات بتسبيب مقرراتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مبدأ عدم تعليل القرارات الإدارية

بات من المستقر عليه أن القضاء الإداري أن المبدأ العام هو أن الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها ما لم يوجد نص يوجب عليها ذلك، أي أن الأصل هو عدم التعليل و الاستثناء هو تعليل بنص.

فما هو مضمون هذا المبدأ وما هي مبرراته؟

أ- مضمون المبدأ

إن الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها إلا إذا وجد نص خاص فالتعليل هو الاستثناء وإن عدم التعليل هو القاعدة العامة وإذا كان لا يجوز للإدارة إعفاء نفسها من التعليل، حيث يكون و جوبيا فأنها تستطيع أن تقوم به إذا كان جوازيا فالتعليل حين لا يكون وجوبيا بطل جوازيا[102].

---

[101] حكم المحكمة الإدارية بالرباط في الملف 20/20، بتاريخ 2003/08/07، منشور بجريدة العلم، بدون عدد، ص: 3.

[102] ذ. محمد المنتصر الداودي: مرجع سابق: ص: 191.

إن عدم تعليل القرارات الإدارية قد تقرر في عصر مبكر من قضاء مجلس الدولة الفرنسي وذلك اعتبارا من سنة 1880 إذ يؤكد المجلس أن القرارات الصادرة عن وزير الدفاع بشأن منح التعويض للمدعي لا يلزم تعديله ، لأنه ليس من بين القرارات التي تطبق بشأنها من قانون 30 أبريل 1810[103] ، ومع ذلك من الصعب تفسير هذا القضاء ؟

ففي هذه الحقبة من الزمن كانت نظرية الوزير القاضي والتي بمقتضاها قيام الإدارة بوظيفة القضاء والإدارة في آن واحد ما زالت قائمة لم تندثر ، وبالتالي كانت المناقشة حـــول ما إذا كان الوزير يصـدر قرارا بصفته قاضيا فيجب أن يكون القرار مسببا وإذا كانت القـــرارات ذات طبيعة إدارية فإنه لا يشترط التعليل فإذا كانت نظرية الوزير القاضي قد جعلت التمييز بين الإجراءات القضائية وغير القضائية أمرا ضروريا[104].

أما في المغرب فقد استقر اجتهاد الغرفة الإدارية على مبدأ مفاده لا وجوب للتعليل لصلب القرار الإداري إلا حين يوجب القانون ذلك صراحة بنص خاص و أنه يكفي أن تبين هذه الأسباب استنادا النظر في طلب إلغاء هذه القرارات أمام المجلس الأعلى ضمن جوابها على موضوع الطعن. ة وهو نفس الاتجاه الذي تبنته المحاكم الإدارية إذ اعتبرت العديد من أحكامها أن الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها إلا في حالة وجود نص تشريعي صريح يقضي بذلك[105].

و إذا كانت الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها وقت إصدارها في إطار المبدأ العام أعلاه فإنها تكون ملزمة بالإفصاح عن هاته الأسباب كلما طلب منها ذلك من طرف المحكمة قصد تمكين القضاء من بسط رقابته عليها للتحقق من صدقها وقعا و قانونا و هذا ما سنتعرف عليه آتيا.

ب- مبررات مبدأ عدم تعليل القرارات الإدارية و إستثناءاته

فبخصوص مبررات عدم تعليل القرارات الإدارية واستثنائه سنختصر في الحديث عليهم ، نظرا لا يتسع المجال للتطرق ومعالجة كل الإشكاليات المتعلقة بهذا المبدأ الأخير هذا من جهة ، ومن

---

[103] سعيد نگاوي: القانون الإداري و القضاء الإداري، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، دار نشر المعرفة الطبعة الأولى 2009، ص: 132.

[104] سعيد نگاوي: القانون الإداري و القضاء الإداري، المرجع السابق، ص: 134.

[105] حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 54، بتاريخ 22-6-1996، الطاهري حرية منشور بمجلة المغربية للإدارة بالمجلة التنمية عدد 12.

جهة أخرى حيث لا يمكن لنا المرور على هذا المبدأ دون إعطاء ولو نبذة بخصوص مبرراته واستثناءاته فبالنسبة للمبررات فإن مبدأ عدم التعليل الوجوبي للقرارات الإدارية فإن له عدة مبررات منها ما يتعلق بسير النشاط الذي يرى أنصار هذا المبدأ أنه يكفل فعالية النشاط الإداري وأن العمل على تسهيل هذا النشاط والمحافظة على السرية التامة لضمان الفعالية[106].

فبخصوص الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ كما هو معروف أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها غير أن المشرع بنصوص خاصة يفرض تعليل بنص بعض القرارات الصادرة في موضوعات معينة وبهدف المشرع من فرض هذا الإلزام إلى منح ضمانات للمخاطب بالقرار في مجالات يعتقد بأنها جديرة بالحماية ، ومن بينها مجالات الوصايا الإدارية،[107] والوظيفة العمومية،[108] والاستثمار[109]، والصفقات العمومية[110].

ج – موقف القضاء الإداري من مبدأ عدم تعليل القرارات الإدارية

أمام غياب تدخل المشرع لإلزام الإدارة بتعليل قراراتها والنص على ذلك بشكل صريح ، ويلعب القضاء الإداري دورا رئيسيا في هذا الإطار ليس بإلزام الإدارة بالتعليل حيث حاول القضاء الفرنسي ومن بعده المصري والليبي التقليص ولو بقليل من نطاق تطبيق مبدأ عدم تعليل القرارات الإدارية الفردية، ما لم يوجد نص يوجب ذلك عن طريق الدور الإنشائي في خلق قواعد القانون الإداري ، بأن فرض على الإدارة تعليل بعض قراراتها حتى في حالة غياب نص على وجوب التعليل ، اهتداء بالمبادئ العامة للقانون ، كما هو الشأن بالنسبة للقرارات الصادرة في مجال التأديب ، أو تلك الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي مـــر بنا فضلا عن أقدامه لإلزام الإدارة ببيان في تسبيب قراراتها ، كلما قد رأى أن أوجه الطعن بالإلغاء موجهـة للقرار المطعون

---

[106] سعيـد نكاوي: تعليل القرارات الإدارية، دراسـة مقارنة مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، دار نشر معرفة الطبعة 2014، ص: 25.

[107] الظهير الشريف الصادر بتاريخ 30 شتمبر 1976، متعلق بالتنظيم الجماعي.

[108] المادة 66: ظهير شريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) يحتوي على القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية. عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 - 11 أبريل 1958).

[109] الرسالة الملكية الصادرة في 14 يونيو 1989، المتعلقة بقوانين الاستثمار.

[110] مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013) يتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 6140 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1434 (4 ابريل 2013).

فيه[111] ، فيما يخص رقابة القاضي الإداري على الوقائع المادية للسبب حين يكون قرار متسما بعدم مشروعيته. وهذا ما توصلت إليه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قراره[112] يقضي بإلغاء قرار بلدي صادر عن باشا مدينة فاس والقاضي بإفراغ السيد الهشومي بن محمد من الدكان الذي كان يعمل به كميكانيكي لإصلاح الدراجات النارية في سكنى وذلك يحدث ضوضاء تقلق راحة السكان ، وبعد إجراء خبرة تثبت أنه لم يسمع داخل مسكن المدعي أي ضوضاء ناتج عن استعمال محركات الدراجات ، فاضطرت الغرفة الإدارية الى إلغاء القرار لكون الإلغاء المطعون فيه غير مرتكز على أساس ووقائع غير صحيحة ماديا.

الفقرة الثانية : التعليل على ضوء القانون 03.01

لمبدأ العام في القرارات الإدارية هو عدم إلزامية الإدارة بالتعليل إلا بنص و قد كرس هذا المبدأ القضاء الإداري المغربي من خلال اجتهادات كل من الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى و العمل القضائي بالمحاكم الإدارية بعد إحداثها إلا أنه بعد صدور القانون 03.01 بات الطريق سالكا أمام كل المتعاملين مع الإدارة لفهم الأسباب القانونية و الواقعية التي يتم الاستناد إليها في رفض طلباتهم ، حيث حمل هذا القانون في طياته عدة فصول تؤسس لمبادئ الشفافية و الوضوح مشكلا بذلك لبنة أساسية و أرضية قانونية لحمايتهم من تعسف الإدارة و سلطتها إزاء القرارات التي تصدرها و التي قد تمس في الصميم حقوق المواطنين[113].

فالقانون03.01 المتعلق بإلزامية الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية جاء من أجل تدارك الفراغ القانوني المتمثل في عدم وجود نص صريح يجبر الإدارة على تعليل قراراتها السلبية.

أ-إلزامية التعليل في القرارات الإدارية

لقد نص القانون 03.01 على إلزام جميع إدارات الدولة و الجماعات المحلية و هيئاتها و المؤسسات العمومية و المصالح التي عهد إليها تسيير المرافق العامة بتعليل جميع قراراتها الإدارية الفردية السلبية الصادرة لغير المعني بالأمر ، حيث أتى في منطوق مادته الأولى[114] أنه لكي يكون القرار الإداري صحيحا يستوجب

---

[111] سعيد نگاوي: تعليل القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص: 28.

[112] قرار رقم 22 صادر بتاريخ 8 ماي 1970، منشور بمجلة قرارات المجلي الأعلى الغرفة الإدارية (1970/1966)، الطبعة الأولى يناير 1983، ص: 234.

[113] سعيد نگاوي: القانون الإداري و القضاء الإداري، مرجع سابق.

[114] المادة 1: ظهير شريف رقم 202 - 02 - 7 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423(23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01 - 03 بشأن إلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية (الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الاثنين 12 غشت 2002).

تضمنه تعليلا مكتوبا في صلبه، و إلا اعتبر فاقدا لأهم شروطه ، و من تم يصبح قرارا تحت طائلة عدم الشرعية ،حيث أتت هذه المادة بمجموعة من الخاصيات تجلت أهمها:

أولا في تحديد مختلف الأجهزة الخاضعة لهذا القانون و هي كل جهاز إداري متعامل مع العموم من وزارات ، إدارات مركزية و جماعات محلية و مؤسسات عمومية على اختلاف أنواعها، إضافة إلى ما أطلق عليه في نص المادة بالمصالح التي عهد إليها تسيير المرافق العامة و المتمثلة في الأجهزة الخاصة التي تستفيد من امتيازات السلطة العامة في تسييرها للأنشطة التي تهدف إلى تقديم خدمة عمومية (الهاتف،الماء،الكهرباء ،النظافة...)

أما الخاصية الثانية فإن إلزامية التعليل مرتبطة فقط بالقرارات الفردية دون سواها و بالتالي فقد تم استثناء القرارات التنظيمية نظرا لأنها نصوص قانونية ذات قواعد عامة مجردة و ملزمة. بالإضافة إلى ذلك تم اشتراط السلبية في القرارات الفردية في علاقتها بالمعني بالأمر ، بمعنى صدورها لغير مصلحته[115].

والخاصية الثالثة هي وجوب تضمين القرار الإداري للتعليل بغض النظر عن جدية مضمونه ، ومهما كانت مشروعية الأسباب الحقيقية المبررة لصدوره[116].

و حددت المادة الثانية[117] مجال وجوب التعليل القرارات الإدارية بالإضافة إلى الحالات التي أوجبت النصوص التشريعية والتنظيمية تعليلها في مجالات معينة كالمادة 33 من الميثاق الجماعي و الفصول 16 و17 و19 من القانون 47.96 المتعلق بالجهة ، وقانون الصحافة من خلال المادة 77....

هذا وقد أوجبت المادة الثانية تعليل كلا من القرارات الإدارية التالية:

- القرارات الإدارية المرتبطة بمجال ممارسة الحريات العامة مثال: قرار عدم منح رخصة لعقد تجمع عمومي أو تأسيس حزب سياسي؛
- القرارات التي تكتسي طابع إجراء ضبطي و التي الهدف منها الحفاظ على النظام العام في عناصره الثلاث : الأمن- السكينة - الصحة العامة؛

[115] ذ. محمد المنتصر الداودي: مرجع سابق، ص: 191.

[116] سعيد نگاوي: تعليل القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص: 31.

[117] المادة 2: ظهير شريف رقم 202 - 02 - 7 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423(23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01 - 03 بشأن إلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية (الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الاثنين 12 غشت 2002).

- القرارات القاضية بإنزال عقوبة إدارية أو تأديبية مثال : قرار إصدار عقوبة ضد موظف بالتوبيخ أو الحذف من لائحة الترقي أو القهقرة من الرتبة؛
- القرارات الإدارية التي تقيد تسليم رخصة أو شهادة أوثيقة إدارية أخرى بشروط أو تفرض أعباء غير منصوص عليها في القانون مثال: ربط تسليم رخصة بناء بضرورة تعبيد طريق عمومي مجاور؛
- القرارات القاضية بسحب أو إلغاء قرار منشئ للحقوق مثال: قرار سحب رخصة النقل العمومي؛
- القرارات الإدارية التي تستند على تقادم أو فوات اجل أو سقوط حق مثال : قرار رفض تمديد رخصة استغلال مقلع على أساس أحد هذه الأسباب : التقادم أو فوات الأجل أو سقوط حق؛
- القرارات التي ترفض منح امتياز يعتر حقا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية مثال: قرار قاض برفض منح جواز السفر.

و تجدر الإشارة إلى أن القرارات الواردة في المادتين الأولى و الثانية وردت على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال ، إضافة إلى تضمنها بعض الاستثناءات نصت عليها كل من المواد الثالثة و الرابعة و الخامسة[118].

ب- الاستثناءات الواردة على إلزامية التعليل

إذا كان المشرع ألزم بتعليل القرارات الواردة حصرا أعلاه ، فقد أورد على ذلك استثناءات:

- **القرارات الإدارية التي تقتضي الأمن الداخلي و الخارجي :**

أشارت إلى استثناء هذه القرارات المادة الثالثة[119] من قانون 03.01، إلا أن مفهوم الأمن الداخلي و الخارجي يطرح التباس لعدم وجود معايير دقيقة وواضحة للفصل فيما يدخل في إطاره، الأمر الذي قد يترتب عليه إمكانية توسيع نطاق عدم تعليل القرار الإداري تحت ذريعة الأمن ليشمل حقوق الأفراد كالحق في الإضراب وغيره... بيد أنه يجوز للمعني بالأمر الطعن في هذه القرارات، وتبقى الصلاحية هنا للقضاء الإداري

[118] المادة 3و4و5: ظهير شريف رقم 202 - 02 - 7 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423(23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01 - 03 بشأن إلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية (الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الاثنين 12 غشت 2002).

[119] المادة 3:ظهير شريف رقم 202 - 02 - 7 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423(23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01 - 03 بشأن إلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية (ج، ر رقم 5029 الصادرة يوم الاثنين 12 غشت 2002).

لمراقبة مدى صحة ارتباط عدم التعليل بالأمن الداخلي و الخارجي للدولة شكلا ومضمونا ، والمثال على ذلك قرار عدم التقاط صور لبعض المواقع تحت ذريعة أنها تكتسي صبغة أمنية و عسكرية[120].

القرارات الإدارية الفـردية التي تتخـذها الإدارة في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية:

وفي هذين الحالتين تكون الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها الإدارية وقت صدورها ، فلا تكون بذلك مشوبة بعيب الشرعية ، غير أن هذا الإعفاء من التعليل يظل مؤقتا فقط ، إذ يحق للمعني بالأمر تقديم طلب يستفسر فيه عن الأسباب التي دعت إلى اتخاذ القرار السلبي الصادر في حقه داخل أجل 30 يوما من تاريخ الإبلاغ لترد عليه الإدارة خلال 15 يوما الموالية لتوصلها بالطلب وأشارت المادة في صلب هذا الاستثناء إلى الاستثناء المتمثل في حالة الضرورة وهو تلك القرارات الإدارية القاضية بإنزال عقوبة إدارية أو تأديبية و القرارات الإدارة التي تستند على تقادم أو فوات أجل أو سقوط حق و الواردة في المادة الثانية من نفس القانون[121].

القرار الإداري الضمني :

ويقصد به ذلك القرار الذي تلتزم فيه الإدارة بالصمت ، حيث إذا كان بطبيعته هاته غير قابل للتعليل فإن المادة الخامسة[122] ألزمت الإدارة تعليله شأنه في ذلك شان القرار المكتوب ، إذ خولت للمعني بالأمر حق تقديم طلب لإطلاعه على أسباب اتخاذ القرار داخل أجل 30 يوما الموالية لانصرام الأجل القانوني للطعن (60 يوما) وتكون الإدارة آنذاك ملزمة بالرد على الطلب داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل به ، ويبقى للمعني بالأمر أجل 60 يوما للطعن القضائي يبتدئ من تاريخ توصله بجواب الإدارة أو من تاريخ انصرام أجل 15 يوما في حالة عدم الجواب[123].

وحتى لا يتضرر المعني بالأمر خاصة في الجانب المتعلق بالطعون المقدمة سواء في إطار المواد الرابعة و الخامسة ، نصت المادة السادسة على تمديد أجل الطعن المنصوص عليها في الفصل 360 الفقرة 5 من قانون

---

[120] سعيد نگاوي: تعليل القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص: 32.

[121] سعيد نگاوي: القانون الإداري و القضاء الإداري، مرجع سابق، ص: 133.

[122] المادة 5: ظهير شريف رقم 202 - 02 - 7 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423 (23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01 - 03 بشأن إلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية (الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الاثنين 12 غشت 2002).

[123] سعيد نگاوي: تعليل القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص: 33.

المسطرة المدنية[124]، وفي القانون المنظم للمحاكم الإدارية ، وهذه الآجال لا تنتقص من أجل الطعن المقررة سابقا ، بهدف إعطاء ضمانات أساسية لكافة المتعاملين مع الإدارة من أجل الدفاع عن حقوقهم .

خاتمة

إن اجتهاد القاضي الإداري قد ساهم بشكل رئيسي في إنشاء وتطوير القانون الإداري ، من خلال بحثه عن الحلول المناسبة للتطبيق على المنازعات الإدارية التي الإدارة طرفا فيها ، و ذلك بسبب عدم وجود التنظيم القانوني المتكامل لموضوعات القانون الإداري ، مما فتح معه الباب للاجتهاد القضائي الذي وضع النظريات و المبادئ و الأحكام التي تفصل في موضوع النزاع تطبيقا للعدالة و تحقيقا للتوازن المنشود بين المصالح العامة و المصالح الخاصة.

فمن من خلال دراستنا المتواضعة هذه توصلنا إلى المهمة و الدور الصعب الذي ألقي على عاتق القاضي الإداري في تصديه للمنازعات الإدارية المعروضة أمامه ، و هي اجتهاد القواعد و المبادئ القانونية اللازمة و ملائمة النزاع الإداري القائم بين الأفراد و الإدارة. و يتميز الاجتهاد القضائي الإداري ببعد خاص معتبر من حيث مصدره و خصوصية مواقفه عند فصله للنزاعات الإدارية المطروحة على القاضي الإداري ، و يعود مصدر الاجتهاد القضائي في المجال الإداري إلى القاضي الإداري المطلوب منه عند فصله في الدعاوى والطعون الإدارية التوفيق بين المتطلبات المرفق العمومي و احترام حقوق المواطنين كما رأيناه سابقا.

وما يمكن قوله أيضا أن القاضي الإداري بسبب الفعل "الإنشائي" للقواعد القانونية في مجال القانون الإداري ، يجعل هذه القواعد القضائية إن صح التعبير تتميز بمزايا و خصائص معينة،فهي قواعد مرنة ، حيث أن هناك عداوة بين القاضي الإداري و فكرة الجمود ، فهو قاضي "متحرر" يسعى دائما لإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، و يكره أن يكبل نفسه بقيود مسبقة ، إذ تتطلب ممن يتعامل معها التخصص في فهم القضاء.

فتشكل هذه القواعد صلب القانون الإداري ، فهي تنفصل شيئا فشيئا عن القضاء الإداري لتصبح قاعدة قانونية يلتزم بها القاضي الإداري في المنازعات المشابهة مستقبلا ، كما يقع على عاتق كل من الإدارة و

[124] تنص الفقرة 5 من الفصل 360 من ق.م.م.(يعتبر سكوت الإدارة ستين يوما بعد تقديم الطلب رفضا ويتعين على المعني بالأمر في هذه الحالة أن يقدم طلبا إلى محكمة النقض داخل أجل ستين يوما من انصرام الأجل الأول المحدد أعلاه).

الأفراد احترامها ، و إلا تعرضوا لتوقيع الجزاء عليهم كما هو الشأن في مسألة مبدأ تعليل القرارات الإدارية الذي بلعب فيها القاضي الإداري دورا هاما.

و في الأخير الاستنتاج الذي يمكن أن نختم به "دور القاضي الإداري في إنتاج قواعد قانونية" هي ما أصبح اليوم محل إجماع فقهي ، فلم يعد القاضي الإداري مجرد أداة تطبيق أو تنفيذ لإرادة المشرع في كثير من الأحيان فطبيعة النشاط المتغير و ضرورة مواكبة التطور و مسايرة الركب الحديث ، جعلت من القاضي الإداري "صانعا" للقاعدة القانونية في مجال الإداري في الأغلب و الأعم من الحالات.

لائحة المراجع:

الكتب:

- جورج ڤوديل، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى النشر و التوزيع، بيروت 2001.
- ميشيل روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، ترجمة (محمد هيري، الجيلالي امزيد)، الرباط 1992.
- د. محمد كرامي، القانون الإداري، (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2015.
- ذ. كريم لحرش، القانون الإداري المغربي، الطبعة الثانية، مطبعة طوب بريس، الرباط 2012.
- ذ. مليكة الصاروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة السابعة 2011.
- سعيد نگاوي،القانون الإداري و القضاء الإداري، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، دار نشر المعرفة الطبعة الأولى 2009.
- ذ. محمد المنتصر الداودي، الإشكاليات القانونية و الواقعية في اختصاص القضاء الإداري، مطبعة دار القلم للطباعة و نشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2005.
- ذ. رضوان بوجمعة، قانون المرافق العامة، بدون دار النشر، الطبعة الأولى 2000.
- ذ. احمد بوعشيق،المرافق العامة الكبرى ة، طبع بدار النشر المغربية بالدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2000.
- سعيد نگاوي ، تعليل القرارات الإدارية، دراسة مقارنة مطبعة المعارف الجديدة، الرباط ، دار نشر معرفة طبعة 2014.
- ذ. عبد الواحد شعير، القانون الوضعي بدون دار النشر، الطبعة الأولى 2013.

المقالات:

- ذ. عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القصر العدد السابع، سنة 2004.
- ذ. عبد الفتاح الخال و ذ. محمد باسك منار، التنظيم الإداري، سلسلة العلوم الإدارية و القانون الإداري، بدون عدد الطبعة 2016.
- ذ. عبد الواحد القريشي، التنظيم الإداري المغربي،سلسلة إضاءات في دراسات القانونية، العدد 4 طبعة 2016.
- محمد الأعرج، المبادئ العامة لنظام المرافق العامة في العمل القضائي للمحاكم الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 47، الطبعة الأولى 2004.
- محمد بفقير، قانون المحاكم الإدارية و العمل القضائي المغربين، العدد 12، الطبعة الأولى 2016.

- ذ. كريم لحرش، الدستور الجديد للملكة المغربية، سلسلة العمل التشريعي و الاجتهادات القضائية، العدد 3، السنة 2012.

الأطروحات و الرسائل:

- يونس أبلاغ: "إسهامات القضاء في تطوير القانون الإداري،" رسالة لنيل شهادة ماستر، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2012/2013.
- ابتسام فاطمة الزهراء شقاق:" دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الإداري المعمق، جامعة ابو بكر بلقايد-تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية، 2015/2016.
- محمد عبد الله محمد عادار با عمر: "مفاهيم و أهداف القضاء الإداري و مجالات تطبيقاته (دراسة تحليلية و مقارنة)، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، الرباط باگدال، السنة الجامعية 2001/2002.
- عوامرية أسماء: "دور الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون الإداري في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه، الدولة و المؤسسات العمومية، السنة الجامعية 2014/2015.
- عادل العسلة: "مناهج عمل القاضي الإداري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، ظهر المهراز، السنة الجامعية 2008/2009.

النصوص القانونية:

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور المراجع، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).
- ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر1993)، الصفحة 2168.
- ظهير شريف رقم 202 - 02 - 7 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423(23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01 - 03 بشأن إلزام الإدارات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية (الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الاثنين 12 غشت 2002).
- ظهير شريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) يحتوي على القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية. عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 - 11 أبريل 1958).

- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1934 (25 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ (30 شتنبر 1974) ص 2741.